

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



عقد هبة العقار^٣

- دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: قانون خاص

إشراف:

أ. د: بودالي محمد

إعداد الطالب:

خلادي عبد الرحمن

لجنة المناقشة

- د. براسي محمد: أستاذ محاضر أ جامعة سيدي بلعباس رئيساً
- أ. د. بودالي محمد: أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس مشرفاً ومقرراً
- د. عثمان عبد الرحمن: أستاذ محاضر أ جامعة سعيـدة مناقشاً
- أ. د. بن عصمان جمال: أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مناقشاً

السنة الجامعية

2020-2019 م

1442-1441 هـ

جامعة جيلالي ليابس - سيدي بلعباس

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص



عقد هبة العقار^٣

- دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم، تخصص: قانون خاص

إشراف:

أ. د. بودالي محمد

إعداد الطالب:

خلادي عبد الرحمن

لجنة المناقشة

- د. براسي محمد: أستاذ محاضر أ جامعة سيدي بلعباس رئيساً
- أ. د. بودالي محمد: أستاذ التعليم العالي جامعة سيدي بلعباس مشرفاً ومقرراً
- د. عثمان عبد الرحمن: أستاذ محاضر أ جامعة سعيـدة مناقشاً
- أ. د. بن عصمان جمال: أستاذ التعليم العالي جامعة تلمسان مناقشاً

السنة الجامعية

2020-2019 م

1442-1441 هـ

باسم الرحمن الرحيم

﴿قَالَ رَبِّ اغْفِرْ لِي وَهَبْ لِي مُلْكًا لَا يَنْبَغِي لِأَحَدٍ مِنْ بَعْدِي إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾¹.

"عن معمر، عن الزُّهري، عن عُرْوَةَ، عن عائشة قالت: لَمَّا حَضَرَتْ أَبَا بَكْرٍ الْوَفَاةَ؟

قَالَ: «أَيُّ بُنْيَةٍ لَيْسَ أَحَدٌ أَحَبَّ إِلَيَّ غِنًى مِنْكَ وَلَا أَعَزَّ عَلَيَّ فَقْرًا مِنْكَ وَإِنِّي قَدْ كُنْتُ نَحْلُثُكَ

جُدَادَ عِشْرِينَ وَسَقَاءَ مَنْ أَرْضِي الَّتِي بِالْعَابَةِ وَإِنَّكَ لَوْ كُنْتَ حَزْتِهِ كَانَ لَكَ فَاذٌ لَمْ تَفْعَلِي فَإِنَّمَا

هُوَ لِلْوَارِثِ، وَإِنَّمَا هُوَ أَخَوَاكَ وَأُخْتَاكَ...»².

¹ - سورة ص، الآية: 35.

² - أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنّف، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ج 9، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403 هـ، ص. 122، أثر رقم: 16507.

إهداء

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ ... ﴾

إلى من وصّى بهما حتّى جعل شكرهما تبعاً لشكره، فقال: ﴿ أَنْ أَشْكُرَ لِي وَلِوَالِدَيْكَ إِلَيَّ الْمَصِيرُ ﴾

إلى المخفور له بحفوه ... روح المرحوم والدي ... طيّب الله ثراه ..

إلى هبة الله وسره في الوجود ... زهراء الحياة ... والدي ..

إلى تلك الأفتدة التي - ما فتئت - ترقب لي فتجاً مبينا ... أسرتي ..

إلى كلّ مسـلم حــــر ..

وهبه الله عقلاً ... ليسخره طوع عقيدته ..

ويرسل عناؤ تفكيره من قيد إرادته ..

يُعمل به النّظر كي ينتقي الذي يريد ..

لَا أَنْ يَفْرَضَ عَلَيْهِ - حتماً - كيف يفكر ..

أهدي هذا العمل المتواضع ..

عبد الرحمن خلاّدي.

شكر وعرف

الحمد لله على مواهبه التي لا نحصيها عدداً، ولا نعرف لها أمداً، حمداً نبليغ به رضاه، ونستدرّ به نِعَماءه، والشكر له على منائحه التي أولّاها ابتداءً، ووعد على شكرها جزاءً، شكراً نبليغ به عذراً، ونرتهن به ذخراً وأجراً، ونستديم به من نعم ربّنا الشّاحط الشّاطن، والصّلاة والسّلام على سيّدنا محمد - هبة الله للعالمين - الذي هدانا به إلى السّنن الأرشد، بوحيه الذي به أوحاه إليه وكلامه الذي أنزله عليه، مبلّغاً لرسالته، منادياً إلى عبادته، صادعاً بالدّعاء إلى توحيده، معلناً بتعظيمه وتمجيده، ناصحاً لربّه في عبيده، صلّى الله عليه صلاة عطرة مزكّاة نامية، وسلّم عليه تسليماً فياضاً كثيراً، وعلى آله هداة الإسلام الأطهار، وأصحابه السّادة الأعلام الأخيار، وعلى من تبعهم واهتدى بهديهم وسلك نهجهم الهادي إلى سواء الصراط ... وبعد:

فلله الحمد الأجلز الأكمل، والمنة الأوفى المثلى أن أسبغنا بموفور توفيقه وألهمنا عظيم صبره - برغم المشاق - لإتمام إنجاز هذا العمل المتواضع ...

إنّ قيد النّعم شكرها، "ومن لم يشكر النّاس لم يشكر الله" ...

واتّساقاً مع ذلك، إذا كان من كمال الفضل شكر أهله، فإنّي لا أجد - بداءة - إلا أن أتوجّه بجزيل الشّكر وعظيم الامتنان لفضيلة الأستاذ الدّكتور محمد بودالي وقد اهتمّ بهندسة البحث من مبتداه إلى منتهاه ... حيث رعى مختلف أطواره نصحاً وتصويباً وتوجيهاً ... ولم يألُ جهداً إلاّ بذله حتّى يخرج متقناً وافياً على نحو ما هي عليه حلّته النّهائية ... فجزا الله صنيعه وأثابه فاتحاً عليه فتحاً مبيناً ...

والشّكر موصول إلى أعضاء لجنة المناقشة على تكرمهم بفيض أوقاتهم وتفضّلهم بقبول قراءة ومناقشة فصول هاته الرّسالة وتصويب ما شابها من زلل في الأخير.

قائمة أهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

ت: تحقيق.

ج. ر: الجريدة الرسمية.

ج: الجزء.

د ج: دينار جزائري

د. ب. ط: دون بلد الطبع.

د. ت: دون تاريخ.

د. د. ط: دون دار الطبع.

د. س. ط: دون سنة الطبع.

س. ق: السنة القضائية.

ش: شرح.

ص: الصّفحة.

ط : الطّبعة.

ع: عدد.

غ. أ. ش: غرفة الأحوال الشخصية

غ. إ: الغرفة الاجتماعية.

غ. ت. ب: الغرفة التجارية والبحرية.

غ. ع : الغرفة العقارية.

غ. ق. خ: غرفة القانون الخاص.

غ. م: الغرفة المدنية.

ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ق. ت. ج: قانون التّسجيل الجزائري.

ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.

ق. م. ف: القانون المدني الفرنسي.

ق. م. م: القانون المدني المصري.

ق: قضائية.

م. ع: المحكمة العليا.

م. ق: المجلّة القضائية.

م: المجلّد.

م²: متر مرّبع.

ن. ق. ل: النّشرة القضائية الصّادرة عن وزارة العدل اللّبنانية.

ن. ق: نشرة القضاة.

هـ: هجرية.

A. J. D. I. : Actualité juridique de Droit Immobilier.

A. J. E. D : Association Juridique pour l'Égalité en Droit.

Art. : Article.

Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la cour de cassation français chambre civile.

Cass. Civ. : Arrêts des chambre civiles de la cour de cassation française.

Cass. Com. : Arrêts des chambre commerciale de la cour de cassation française.

Cass. Req. : Arrêts des chambre des requêtes de la cour de cassation française.

Cass. soc. : Cour de cassation chambre sociale.

Cf. : Confer.

Chr. : Chronique (Etude parue dans une revue).

Coll. : Collection.

D. H. : Dalloz Hebdomadaire.

D. P. : Dalloz Périodique.

D. S. : Dalloz Sirey.

D. : Dalloz.

éd. : Édition.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

J. C. P. : Juris-Classeur Périodique (semaine juridique).

L. G. D. J. : Libraire générale de droit et de jurisprudence.

n°. : Numéro.

O. P. U. : Office des publications universitaires.

Obs. : Observation.

Op. cit. : Ouvrage précédemment cité.

P. : Page.

P. U. F. : Presse Universitaire de France.

PP. : Pages.

R. I. D. C. : Revue internationale de droit comparé.

R. T. D. Civ./ Rev. Trim. dr. Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

Req. : Requête (ancienne chambre de la cour de cassation).

S. N. E. D. : Société Nationale d'Édition et de Diffusion.

S. : Sirey.

s. : suivants/ suivantes

Somm. : Sommaires de jurisprudence.

T. : Tome.

Trib. : Tribunal.

Vol. : Volume.

مُقَلَّمَةٌ

ليس ثمة شك في أن مجمل دساتير مختلف الدول قد حرصت على حماية الملكية الفردية¹ وتقديس إنشائها ومنحت أكبر الضمانات للأشخاص - طبيعية أو معنوية - في تسييرها عن طريق إصدار تشريعات عدة تبيح لهم إبرام التصرفات الناقلة للملكية عقارية كانت أم منقولة.

وقد حضت - قبلاً - مختلف الشرائع السماوية وتبعتها القوانين الوضعية مؤكدة على منع تقييد الأشخاص في التصرف في أموالهم وإطلاق حريتهم فيها، فيحق لهم - تبعاً لذلك - التصرف فيها بكل أريحية لمن شاؤوا وكيفما شاؤوا² مادام هذا التصرف يترتب أثره القانوني إبان حياتهم³ وليس لورثتهم المحتملين عليهم في ذلك من سبيل حتى ولو كان تصرفهم هذا تبرعاً بلا عوض، كون أن الحق في الميراث لا ينشأ إلا على ما يخلفه المورث من تركته وقت وفاته⁴، أما ما يكون قد تصرف فيه حال حياته فليس

¹ - من ذلك ما نصت عليه:

- المادة: 1/64 من القانون رقم: 01-16، المؤرخ في: 2016/03/06، المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر، ع 14، المؤرخة في: 2016/03/07، التي قضت بأن "الملكية الخاصة مضمونة".

- المادة: 35 من دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1956، جريدة الوقائع المصرية، ع 5 مكرر (غير اعتيادي)، المؤرخة في 1956/01/16، المعدل والمتمم، القاضية بكون "أن الملكية الخاصة مصونة، وحق الإرث فيها مكفول، ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون، وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل يدفع مقدماً وفقاً للقانون".

- Art 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, publiée le 26 août 1789, Supplément à la Constitution de la République française du 04 octobre 1958, Journal Officiel de La République Française, n° 0238 du 05/10/1958, modifié et complété, Qui a statué que « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

² - وذلك ما أكدته المحكمة العليا في أحد قراراتها بالقول: "من المقرر شرعاً بأن التدخل في إرادة الواهب أو الحبس فيما وهبه أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرمه من الإرث، هو تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الواهب وهب أملاكه للطاعين في سنة 1930 ووقعت حيازتهم لهم وقتذاك، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بإبطال الهبة خالفوا القواعد الشرعية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه". أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 47072، الصادر في: 1988/03/14، م. ق، ع 1، 1991، ص. 39.

³ - وهذا ما أقره اجتهاد المحكمة العليا من حيث المبدأ استناداً إلى أحكام المادة 205 من ق. أ. ج، وتبعاً لذلك قضت نفس المحكمة في أحد قراراتها بأنه: "يجوز قانوناً للواهب أن يهب كل ممتلكاته قيد حياته". أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 572205، الصادر في: 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2010، ص. 272 وما يليها.

⁴ - وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا الذي ذهب إلى أنه: "لما كان الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته فإن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لمشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارث كان أو غير وارث ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر. إن المجلس الذي منح تعويضاً للأطراف المتضررة مراعيًا جسامة الضرر يكون بقضائه ذلك قد طبق القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 24770، الصادر في: 1982/04/14، م. ق، ع 4، 1989، ص. 55.

لورثته حق فيه إلا إذا صدر أثناء مرضه المفضي إلى موته¹.

ومما لا ريب فيه أن التصرف بوجه التبرع له تأثير كبير في استقرار الروابط الإنسانية على اعتبار أنه من أبواب البر والإحسان ودعامة مثلى في تقوية أواصر الأخوة والتكافل بين بني الإنسان، فضلاً عن أن النفس البشرية تهفوا إلى ما كان تبرعاً بدون مقابل.

ونظراً لأن التبرع أخطر ما في التصرفات المدنية كون أنه يتم غالباً من دون أي عوض فقد أحاطت الشريعة الإسلامية الغراء عقود التبرع بسياج من القواعد التي ضبطت شروطها ونظمت أحكامها فقهاً ومقاصد وتشريعاً.

وبعد أن رصدت لها باباً واسعاً من أبواب الفقه تحت مسمى "باب التبرعات"²، بادرت إلى تأطيرها بقواعد محكمة لم يكن لها مثيل في مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الأجنبية المقارنة³، وتبعاً

¹ - حيث يكفي وصية مع ضرورة إثبات ذلك بكافة وسائل الإثبات. أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 41111، الصادر في: 1986/05/05، (غير منشور). ومما ورد فيه: "من المقرر شرعاً وقانوناً بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت، وتعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا بأن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق". نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص. 263.

² - ويدخل في جملته مختلف عقود التبرع، وهي تلك "العقود التي يكون فيها التملك بغير مقابل". أنظر: بدران أبو العينين بدران، الشريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، د. س. ط. ص. 491؛ وراجع في مفهوم التبرع في الفقه الفرنسي:

ESMEIN Paul, Droit Civil approfondi, L'acte juridique a titre gratuit, Les cour de droit, paris, 1933, p. 34.

³ - على غرار القانون الروماني الذي لم يعرف تنظيمًا للهبة - بوصفها باب التبرعات وأساسه - مثل الذي عرفته مدارس الفقه الإسلامي، ذلك أن هذا العقد في العصر الكلاسيكي "L'epouque Classique" إبان الحكم الروماني لم يكن تصرفاً قائماً بذاته متميزاً عن غيره ومحققاً للغرض المبتغى منه بصورة مستقلة، بحيث لم يكن هناك ما اصطلاح عليه بعقد الهبة؛ غاية ما في الأمر أن الاتفاق عليه كان يتم - في الأصل - من خلال وسائل مختلفة كما هو الشأن في التعهد الرسمي والإبراء الشكلي والدعوى الصورية، فمثل هذه الأعمال كانت تؤدي في منتهىها إلى تصرف موصوف بالهبة متى كانت تنطوي على نية التبرع "Amimus donandi" لدى الواهب.

وقد ضل الحال على ما هو عليه حتى عهد الإمبراطورية السفلى حيث أصدر جوستينيان "Justinien" سنة 531 قبل الميلاد مرسوماً يفيد باعتبار الاتفاق على الهبة مشروعاً "Pacte légitime" وتميزاً عن غيره يترتب عليه آثاراً قانونية بعد أن كان مجرداً عن أي أثر قانوني، وتبعاً لذلك أضحي اتفاق الهبة يتم بمجرد التراضي عليها دون حاجة إلى تسليم الموهوب أو توثيقه بأي صيغة كانت.

وإزاء ذلك حافظ عقد الهبة في ضل القانون الروماني على أركانه المعروفة: الرضاء، ومحل الهبة، وعاقديها. فبخصوص الرضاء فإن الهبة كانت في الأصل من العقود الشكلية التي لا يكفي فيها مجرد التراضي عليها، حيث وقع الإمبراطور قسطنطين عام 316 قبل الميلاد مرسوماً قضى فيه بضرورة توافر بعض الشروط في الهبة حتى تتعدّد صحيحة، من بينها: تحرير سند رسمي بالهبة تدون ضمنه هوية طرفيها ومحلها وشهيدتها من الجيران (وجوبا) اللذان يشهدان على واقعة تسليم الموهوب إلى الموهوب له، فضلاً عن تسجيل السند كتابة وإدراج هذه الأخيرة في سجلات حاكم المقاطعة أو لدى رئيس حكام محل إقامة الواهب عند عدم وجود الأول، فإذا تم التسجيل الرسمي على هذا النحو أصبحت الهبة بصفة الرسمية "Scripturae Verbis" انتهاء.

لذلك أبدعت المصنّفات الفقهية الكبرى وشروحها المعتمدة ومؤلفات التّوازل قديماً وحديثاً بالبحث والتّدقيق فيها.

ولئن كانت التبرّعات عموماً هي كلّ ما يمنحه الشّخص لغيره مجّاناً بدون مقابل كالهبة والصدّقة والعُمري ممّا يتنظم تحت مسمّى واحد اصطلاح عليه "بالعطايا"، فإنّ مجموع هذه الأخيرة لا يختلف عن بعضها البعض من حيث الأحكام إلّا في بعض الجزئيات التي اعتبرها الفقهاء في كلّ باب، حيث اختصّوا الهبة والصدّقة بتمليك الرّقبة والعين، وجعلوا الأولى فيما كان بقصد ثواب المعطي أو لوجه المعطى لقربة أو صداقة ونحو ذلك، وقرّروا الثانية فيما كان بقصد نيل الثّواب الأخروي خالصاً في منتهاه¹.

ولمّا كان عقد الهبة من أخطر عقود التبرّع وأعقدها إجراءً نظراً لأنّ الشّخص يتنازل بموجبه عن كلّ أو جزء من ماله يتبعه تأثير على وضعيته المالية وعلاقاته الشّخصية، فقد أحاطه مختلف المشرّعين بحماية خاصّة وسنّوا له ترتيبات دقيقة ينشأ وينعقد في خضمتها وإلّا شمله البطلان.

واستمرّ الوضع على ما هو عليه إلى أن بادر الإمبراطور تيودور الثاني بالتخفيف من الشّروط المذكورة أعلاه، حيث أجاز إثبات الهبة بكافة وسائل الإثبات، ولم يعتدّ بشرط التّسجيل إلّا إذا كانت الهبة قد تمّت بين الزّوج والمرأة وأبرمت قبل التّزوج بما لا يتجاوز قيمتها 200 سوليد، لينتهي جوستنيان أخيراً إلى إلغاء الإدراج في السّجّلات الرسمية لمختلف الهبات غير المتجاوزة قيمتها 500 سوليد وتصبح من ثمّة اتّفاقاً مشروعاً بعد أن كان مجرد التّراضي عليها يجعل الاتّفاق ملزماً، هذا على غرار التّسجيل الذي لم يعد وجوبياً بالنّسبة إلى الهبات التي تزيد قيمتها على النّسبة المتقدّمة.

أمّا بالنّسبة لطرفي عقد الهبة، فلقد منع القانون الرّوماني إبرام التبرّعات لفائدة أصناف معيّنة من الأشخاص حيث لم يجز قانون "كينيكيا Cincia" الصّادر عام 204 قبل الميلاد والمستمرّ التّفاد حتى نهاية القرن الثالث بعد الميلاد التبرّع بالهبة لمصلحة المحامين انسياقاً للحكم المقرّر بمقتضى قانون "كالبورنيا Calpurnia" الصّادر سنة 149 قبل الميلاد والقاضي بتحريم أيّة هبات ممنوحة للقضاة في الأساس. وقد درج العرف حتى نهاية العصر الجمهوري على عدم جواز التبرّعات الواقعة بين الزّوجين لاحتمال إبرامها تحت تأثير العاطفة أو التهديد بالطلاق، إلى أن قام الإمبراطور "كراكالا Cracalla" بإصدار قرار - بإيعاز من مجلس الشّيوخ - بجواز هذه التبرّعات شريطة أن يتوفّى الواهب وهو مصرّاً على هبته، وهذا ما سار عليه جوستنيان لمّا اعتبر الهبة صحيحة ويصحّ الرجوع فيها حال حياة أحد طرفيها، لكن متى توفّى الواهب ولم يعد فيها إتيان حياته، استقرّت العين الموهوبة في ذمّة الموهوب له في الأخير.

وفيما يتعلّق بمحلّ الهبة، فلقد أوجب قانون كينيكيا حدّاً أقصى لا يجوز تجاوزه إلّا إذا كان الموهوب له من القرابة حتى الدّرجة الخامسة، فإنّ تعدّي الواهب الحدّ الأقصى للهبة لم تكن هذه الأخيرة محلاً للبطلان؛ غاية ما في الأمر أنّ القانون المحلّل أعلاه حوّله دفعاً اصطلاح عليه بدفع كينيكيا "Exceptio legis Cincia" يسوغ له بمقتضاه الاستناد إليه إذا لم تُسلّم العين الموهوبة إلى الموهوب له، بل ويحقّ له الرجوع في هبته باستعماله حتى وإن تمّ تسليم نفس العين خلال ستّة أشهر من إصدارها شرط ألا تكون من صنف العقّارات. لأكثر تفصيل أنظر: بدر جاسم اليعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، د. د. ط، الكويت، ط1، 1986، ص. 30 وما يليها؛

TIMBAL Pierre-Clément, Droit Romain et Ancien droit français, Régimes matrimoniaux, Successions, Liberalités, 2^{ème} éd, Dalloz, 1975, p. 209.

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، ط1، مطبعة التّحاح الجديدة، الدّار البيضاء، 1992، ص. 9.

وتزداد الخطورة وينبغي التعقيد إذا كان هذا الأخير - أي عقد الهبة - وارداً على عقار، وليس يخفى على المهنيين واقع العقار في مختلف النظم القانونية المعاصرة ولا سيما في الجزائر¹، إذ يعتبر من أعظم المشاكل لما يكتنفه من موروث سلبٍ ورثه عن العهد الإستعماري² ولا يزال يحاول تصحيحه إلى غاية اليوم.

لذلك فقد حتم الوضع ضرورة دراسته بشكل محكم وموضوعي بتكاثف جمهور المتدخلين - باحثين ومهنيين وأجهزة حكومية - من أجل الحد من العقوبات التي تعيق تنظيمه، إسعافاً لحماية المعاملات العقارية وضمان الزيادة في حركتها من جهة، وتمكيناً لأجهزة الدولة من إحكام رقابتها على السوق العقارية من جهة ثانية، بل وبتكريس مبدأ الأمن القانوني وتعزيز آلياته بين جمهور المستهلكين من جهة أخيرة.

وهكذا تتجلى أهمية الموضوع لاتصاله الوثيق بجوانب تتعلق بتصرف هو وإن كان تبرعياً ألا يشاركه فيه بقية التصرفات الأخرى، وبالرغم من ذلك فهي في مجموعها لا تخرج عن الآتي:

- يتسم بحث عقد هبة العقار بأهمية بالغة إزاء العلاقات والتوابط الإنسانية المرتكزة أساساً على عنصر البر والإحسان وعلى التراحم والتكافل، فضلاً عن أن تكريم الشخص لأخيه مثال حيّ لإسعافه والأخذ بيده وإن كان قد توارى الغرض من إتيانه في ظل استعماله اليوم كوسيلة للتحويل والصورية³ خلافاً لمقصد الشارع من تشريعه في الأساس.

- تنطوي دراسة عقد هبة العقار في إطار قانون العقود على أهمية ملفتة للنظر، ذلك لأنه تصرف

¹ - على اعتبار أن التملك العقاري يعدّ مصدراً من المصادر المتجددة للثروة وعنصراً فعالاً للإستثمار والتماء الاقتصادي والاجتماعي للدول الحديثة، لأجل ذلك اضطلعت معظم النظم القانونية المقارنة وعبر مختلف العصور إلى خلق تشريعات عقارية متكاملة تخضع للتحيين المستمر بغرض ضمان استقرار الملكية العقارية وحماية الحائزين للأموال والحقوق العينية الواردة على العقار، وذلك بتنظيم آليات التملك والاستغلال والتداول للمال العقاري بما يضمن حقوق المتعاملين والدولة على حدّ سواء. أنظر: عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغداددي، الجزائر، ط2، 2010، ص. 5.

² - أنظر في المحاور الكبرى للسياسة العقارية في الجزائر أثناء الفترة الإستعمارية: نور الدين رحيمي، الحياة العقارية في الجزائر إبان الحقبة الإستعمارية 1830 إلى 1871، مجلة المؤتق، ع3، سبتمبر - أكتوبر، 2001، ص. 25 وما يليها؛ وراجع في آليات دعم الإستيطان برصد عقارات الجزائريين لسياسة المستعمر المحورية: نفس المؤلف، الحياة العقارية في الجزائر، مجلة المؤتق، ع3، 5، فيفري - مارس 2002، ص. 44-45.

³ - ومثال ذلك التحويل على الحوز أو صورته كما اصطلاح عليه. لمزيد من الإستزادة حول هذا الموضوع، أنظر: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، دراسة للهيئة وما يتصل بها من صدقة وخبث و غمري ... في المذهب المالكي والقانون المغربي، ط2، مطبعة التّحاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001، ص. 278 وما يليها.

يكتسي على خطورة بالغة مردّها تنازل الشخص عن كلّ أو جزء من ماله يتبعه تأثير على وضعيته المالية وصلته الأسرية؛ الأمر الذي يتوجّب عليه التزوّي والتّفكير العميق قبل الإقدام عليه، فضلاً عن ضرورة الإحاطة علماً بآثاره، على اعتبار أنّه عقدٌ تبرّعيّ خطير يشكّل حدثاً هاماً إبان حياته كون أنّه ينقص من ثروته ويسبّب ضرراً لغيره جراء إتيانه.

- بالإضافة إلى مكانة عقد هبة العقار ضمن المنظومة التشريعيّة، سارعت مختلف التّقنيات المدنية إلى سنّ الحماية اللازمة لمن يريد الإقدام عليه علاوة على إحاطته بضوابط قانونية تنذره إن كان قد تسرّع في إبرامه، وذلك بالتّشديد على استجلاء رضائه وتام أهليته وعزمه الأكيد الذي لا يشوبه أدنى شكّ في إبرامه، بل وحماية الغير من تصرفه هذا الذي قد يطال ضرره كلاً من أقاربه المستحقّين للتّفقة ودائنيه وورثته انتهاءً¹.

لا جرم أنّ ما يتكشف من استشكل بخصوص هذا الموضوع بالإضافة إلى الخطورة المكتنفة للتصرف ذاته ومدى جواز الرجوع فيه، هو تشعبه وصلته بمبادئ تشريعية مختلفة على غرار القانون العقاري المضطرب وغير الدّقيق في نصوصه²، هذا فضلاً عن أنّ معظم أحكام التصرف محلّ الدّراسة وردت مجتزأة تشريعاً ممّا يتوجّب التعمّق في بحثه تأصيلاً وتحليلاً وتطبيقاً.

وتبعاً لما سبق، فلقد اعتراني اقتضاب النّصوص المنظّمة لعقد الهبة عموماً - وهبة العقار على وجه الخصوص - والإحالة ضمنها حال انعدام النصّ المقرّر لأحكام تتعلّق بها إلى مبادئ الشّريعة الإسلامية، ومن خلاله بعث في نفسي حافزاً للغوص في مختلف الأحكام الفقهيّة المتناولة إياه، عسى أن يسعف ذلك في محاولة لسدّ الثّغرات التشريعية بصده بعد أن بات يحتلّ مكاناً بارزاً في ساحات التّنازع القضائي والعمل المهنيّ التّوثيقي على حدّ سواء.

تحقيقاً لذلك، فإنّ البحث يستهدف - في أساسه - تسليط الضّوء على النّظام الفقهي والتّشريعي الذي يحكم عقد هبة العقار ومن خلاله يطمح إلى تقصّي النّقاط الآتية:

¹ - وهذا ما يميّز عقد الهبة - في الأصل - عن غيرها من عقود المعاوضات كالبيع مثلاً. أنظر في تفصيل ذلك: عبد الكريم شهبون، المرجع السابق، ص. 10 وما يليها.

² - في ظلّ تزايد أهمية العقار وثقل موازينه، تواجه مختلف المحاكم نتائج الصّراعات التي تنشأ بشأنه بمختلف المواضيع والمشاكل المطروحة في ضوء تناثر موادّ تنظيمه وتضادّ أحكامها ممّا يصعب الإمام بها في الأخير. أنظر: عبد الرزاق حمودي، الموسوعة القضائية في القضايا العقارية باجتهادات حديثة لم يسبق نشرها وتعاليق قانونية، روافد العلم للنشر والتّوزيع، الجزائر، 2015، ص. 8.

- التطرّق لهذا الموضوع بمختلف جوانبه الفقهية وتناوله بالشرح والتحليل والتأصيل توصلاً للعمل على تدارك ما شابه من نقص وتقريباً لأبعاده لمختلف المشتغلين عليه.

- السّهر على إبراز أهمّ الإشكالات الموضوعية ومن ورائها عرض المشاكل المطروحة أمام القضاء ونظيرتها الممارسة على مستوى مهنة التوثيق - وما يرتبط بها من مرافق ذات صلة¹ - واقتراح أهمّ الحلول لها في هذا الصّدد.

- العمل على إثراء المكتبة الشرعية والقانونية ببحثٍ متخصصٍ يُسهم في سدّ النقص الذي لا زالت تعانيه مختلف الدّراسات في هذا المجال، مع اقتراحه كمصدر لتقويم وتصحيح المواد المنظّمة لموضوع هذا البحث انتهاءً.

تلكم هي أهمّ الأسباب التي دفعتنا - بلا ريب - لاختيار "عقد هبة العقار (دراسة مقارنة)" كموضوع لبحثنا هذا في ظلّ عدم طرقه - مسبقاً - بصورة نظريّة وتطبيقية محكمة.

ذلك أنّه وبالرجوع إلى مختلف البحوث والدّراسات التي اشتغلت على هذا المحور، نجد أنّها قد تناولت طرفاً منه من خلال عناوين مختلفة لا ريب أنّ البحث قد استقى منها وحاول استثمار نتائجها العلمي وإن كانت لا تخرج في عمومها عن تناول موضوع عقد الهبة مجرداً دون التطرّق إلى أحكام شقّه العقاري بتركيز، لعلّ من بين هذه المؤلّفات المتناولة إيّاه بانفراد أو ضمن مجموع عقود التبرّع على سبيل المثال:

- نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1 (دراسة فقهية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.

ويبدو أنّ المؤلّف قد عالج نفس العقد منفرداً بالتركيز في مضمونه على قانون الموجبات والعقود اللبناني مع الإشارة أحياناً إلى بعض التشريعات المدنية المقارنة - كالتقنينين المدنيين المصري والفرنسي أساساً - دون التطرّق لأحكامه ضمن مدارس الفقه الإسلامي المجيد.

¹ - كمصالح التسجيل والطابع، ومديريات مسح الأراضي، والمحافظات العقارية المختصة. أنظر في علاقة مهنة التوثيق بهذه المرافق وغيرها: محمّد بركي، التوثيق والإشهار العقاري، ج 2، مجلّة المؤتّق، ع 6، أبريل 1999، ص. 28 وما يليها؛ الطاهر ملاحسو، التمدج الألماني والمسح والحفظ العقاري، مجلّة المؤتّق، ع 2، مارس 1998، ص. 31.

- عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، السابق تهميشه¹.

وقد ضمّنه المؤلّف خلاصة دراسته للهبة وما يرتبط بها من صدقة وحُجُس وعُمُرَى في التشريع المغربي مقارناً بأحكام المذهب المالكي دون سواه.

- إبراهيم إبراهيم الصّالحي، مضمون الهبة وحقّ الرجوع فيها، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د. د. ط. د. ب. ط. ط. 1، 1989.

والظاهر أنّ المؤلّف اقتصر في دراسته ضمنه على أحكام عقد الهبة في التّقنين المدني المصري مقارناً بمذهب الأحناف في الأساس.

- عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، السالف التوثيق².

ومن عنوانه يتوضّح بأنّ المؤلّف عقّد مقارنة بين عقود التبرّع الآتية: (الوقف، الهبة والصّدقة، العُمُرَى والرّقبي، المنحة والعريّة، الإرفاق، العارية والوديعة والقرض) محاولة منه لسدّ بعض الثّغرات في التشريع المغربي، على اعتبار أنّ هذا الأخير يعتمد قضائه في توجّهه ضمن مادّة الأحوال الشّخصية والمعاملات على الرّاجح والمشهور وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك - رحمه الله - كما أشير في التّمهيد له ابتداءً.

كما يشار أيضاً إلى أنّ هناك مجموعة من الرّسائل الجامعية التي استفاد منها البحث تناولت بالدراسة عقد الهبة منفرداً أو في خضمّ التطرّق لعقود التبرّع، نشير إلى بعض منها كالآتي:

- مؤلّف الأستاذ محمّد بن أحمد تقيّة الذي هو في الأصل رسالته للدكتوراه، وعنوانه الكامل هو "دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003".

ولو تأملنا هذا الكتاب لوجدناه - بحسب ما تمّ التّقديم له - بتجديدٍ لبحث شرعيّ تضمّن مقارنة

¹ - أنظر الصّفحة رقم: 4، هامش رقم: 3.

² - أنظر الصّفحة رقم: 3، هامش رقم: 1.

للعقد المذكور ضمن مختلف المدارس الفقهية الإسلامية وبعض التشريعات المدنية العربية والأجنبية.

- يوسف نؤاسة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحكامها ومقاصدها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.

وقد اختار الباحث دراسة عقد الهبة والعارية كأنموذجين لعقود التبرع، بعد أن برع لاسيما في إبراز مقاصد الشريعة الإسلامية بصدددها بما يؤكّد ضرورة الإهتمام بها خدمة للشريعة الإسلامية الغراء، وبياناً لفضلها وتفوقها وإعجازها الذي لا يضاهيه فيها أيّ تشريع سماوي أو وضعي مماثل.

- خالد سمّاحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013.

وقد أبدع الباحث ضمنها في خلق نظرية جامعة لعقود التبرع - المتفرقة بين عدّة تقنيات - تميّزها عن بقية أنواع العقود الأخرى - كما هو الحال في عقود المعاوضات - أحكاماً وتأصيلات.

- محمد محمد سليمان بدر، الرجوع في الهبة وأثره في القانون المصري مقارناً بالفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، بدون ذكر سنة المناقشة.

ومن فحواها يتبيّن بأنّ الباحث حاول إبراز خصوصية عقد الهبة إزاء مبدأ لزومها من عدمه، على اعتبار أنّ الواهب يبقى محتفظاً - في ضلّله - بحقه في الرجوع بقيود معينة، كون أنّ هذا الأخير هو استثناء من القوّة الملزمة للعقد - خلافاً لباقي العقود الأخرى - نظراً لطبيعته التبرعية، وذلك بعد أن تطرّق بالشرح والتحليل لأحكام الرجوع في نفس العقد باستفاضة، عاقداً مقارنة لاسيما بين مذاهب الفقه الإسلامي المشهورة والتّقنين المدني المصري دون غيره.

والرأي عندي أنّه لا يمكن الاكتفاء بالدراسات العربية بمعزل عن التطرّق إلى نظيرتها الأجنبية - لا سيما الفرنسية - في موضوع محلّ بحثنا هذا، إذ ينبغي الانتفاع وتحصيل ما انتهت إليه من أفكار وتشريعات تتميماً للفائدة وتعرّفاً على ما استقرّت عليه من نظم مقارنة في مثل هذا الشأن، من تكلم الدراسات مثلاً:

- ما تناول عقد الهبة بين الأحياء "Des donations entre vifs"¹:

وذلك بدراسة نفس العقد إجمالاً دون تمييز في محلّه بين المنقول والعقار - وبدون تناول هذا الأخير بصورة مستفيضة -، بدءاً ببيان إنشائه وتفصيل أركانه فتوضيح انقضائه، مع ما يستتبع ذلك من إبراز لمختلف أحكامه في الأخير.

- ما تعلّق بالهبات المستترة "Donation déguisée" أو نظيرتها غير المباشرة "Donation indirecte"².

ففي التّوعين المذكورين أعلاه، درجت بعض المؤلّفات على إبراز كون أنّ الأصل في الواهب قد يتصرّف في ماله دون عوض بنية التبرّع إمّا بنقل حقّ عينيٍّ للموهوب له أو بإنشاء التزام شخصيٍّ في ذمّته لهذا الأخير وهذا ما اصطلح عليه بالهبة المباشرة أو المكشوفة المقتضي إفراغها في الشكل الذي يقرّره القانون، خلافاً للهبة غير المباشرة التي لا يستوجب أن تأتي في شكل معيّن، مع بيان أنّ الهبة المباشرة نفسها - كما نحت إليه بعض التشريعات - لا يستلزم أن تستوفي الشكّلية المطلوبة إن هي لم تكن ظاهرة سافرة حينما تتمّ تحت ستار عقد آخر.

نتيجة لما سبق، إنتهت هاته الدّراسات إلى أنّ الهبة المستلزم أن تكون صحيحة ومستوفية للشكل المطلوب وفقاً لما اقتضاه التشريع، هي تلك الهبة المباشرة الظاهرة؛ أمّا ما يمكن أن يخرج من الشكّلية المفروضة قانوناً - إستطراداً للمفهوم المبين أعلاه - فهي الهبات غير المباشرة والأخرى المستترة.

¹ - من ذلكم مثلاً:

- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, par TRASBOT André et LOUSSOUARN Yvon, 2^{ème} éd, L. G. D. J, Paris, 1952.
- T. Raymond, M. Troplong, Donations entre vifs, T. 1, éd Nabupress, paris, 2010.
- M. Troplong, Droit Civil Expliqué, Des donations entre-vifs et des Testaments ou commentaire du titre II du livre du code Napoléon, T. 1, charleshigray, libraire-éditeur, paris, 1855.

² - من بين المؤلّفات المتناولة إيّاها على سبيل المثال لا الحصر:

- MEAU-LAUTOUR Huguette, La donations déguisée en droit civil français, contributions à la théorie générale de la donation, L. G. D. J, paris, 1985.
- PONSARD André, Les donations indirectes en droit civil français, libraire du recueil sirey, paris, 1946.

- ما اتّصل ببحث مختلف الهبات المنعقدة في إطار الزّواج وبين الزّوجين " Donation entre époux"¹:

وفي هذا التّوع من الهبات الذي يقترب من الهبة لما بعد الموت "Morits causa donation" التي عرفها القانون الرّوماني قبلاً، ذهبت الدّراسة المحلّلة بالهامش - وهي في الأصل أطروحة دكتوراه - إلى أنّ الهبة المبرمة بين الزّوجين أو مثلتها هبة الأموال المستقبلية التي يتضمّنهما الاتّفاق المالي في الزّواج "Contrat de mariage" تختلف عن التبرّعات العادية وتتميّز بنظام قانوني خاص مرتكز على مبادئ متضاربة، ممّا يتعيّن معه إلغاء أيّة قواعد مستوحاة من انعدام الثّقة غير المبرّر إبان فترة الزّواج وتقرير حكم عادل بمناسبة التبرّع بالهبة لأيّ من الزّوجين لقرنيه في هذا الصّدّد.

- ما تكلم عن مختلف أركان عقد الهبة²:

وقد عاجلت بعض الدّراسات في فحواها إزاء ذلك جانباً مهمّاً في مجمل عقود التبرّع - ومن بينها عقد الهبة - ممثلاً في أحد أركانها: كالأهلية فيها لإنشائها أو قبولها، والسبب ضمنها، فضلاً عن ضرورة استلزام الشّكلية بصددّها.

وفي السّياق ذاته، يجدر التذكير إلى أنّ هناك جملة من الصّعوبات واجهت إعداد البحث، وهي ترجع في مجملها إلى:

- إنّسام البحث بالصّبغة النظرية ابتداءً، كون أنّ أحكام هذا الموضوع وجزئياته متعدّدة ومتناثرة في بطون مصادرها الشرعيّة، الأمر الذي صعب الإلمام بها بالموازاة مع ما يقتضيه ذلك من بذل جهد التّدقيق والتّمعّن والتّحليل.

¹ - RIEUBERNET Christelle, Les Donations entre époux, étude critique, éd Defrénois, paris, 2002.

² - مع بحث كلّ ركن على حدى ضمن مجموع التبرّعات بشكل عام، لعلّ من أبرزها:

- COLLIN Paul, De la capacité de disposer de recevoir à titre gratuit, Typographie D'august Marc, paris, 1861.

- BERNARD péchaud, Capacité des personnes morales étrangères de recevoir en france à titre gratuit, Thèses Doctorat, faculté de droit, paris, 1900.

- TARBOURIECH Ernest, De la cause dans les libéralités, V. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, Paris, 1894.

- NICOD Marc, Le formalisme en droit des libéralités, thèse de doctorat, Droit privé, Université paris XII, 1996.

- مشكلة الفراغ التشريعي الذي أدى إلى إعمال آلية الإحالة إلى مدارس الفقه الإسلامي من أجل استنباط بعض أحكام موضوع الدراسة مع ما يستتبع ذلك من تعدّد للأقوال في المسألة الواحدة وصعوبة الترجيح بينها مع اقتراح الحلول القانونية بشأنها من ثمة.

- إنعدام المراجع القانونية المتخصصة في الموضوع سيما ما تعلّق بأحكام الشقّ العقاري فيه، فكان البحث - بالتالي - اجتهاداً شخصياً مستنداً على الأحكام والمبادئ العامة المستخلصة من بطون مؤلفات الفقه والقانون بما يتيح تطبيقها على مادّة البحث وإسقاطها عليه توسّلاً لإثراءه بما لا يوحى للتفعيد والتّنبؤ في الأخير.

لأجل الإعتبارات سالفة الذكر، آثرنا عنوان موضوع هذا البحث بالعنوان الآتي: "عقد هبة العقار (دراسة مقارنة)" للدّواعي الآتية:

- إستعمالنا لاصطلاح "عقد الهبة" مردّه أنّ الدّراسة ستخصّص في المجال المدني، وبالضّبط ضمن نطاق النظريّة العامة للعقد، دون الخوض في أحكام القانون التجاري الممكن تطبيقه لو ورد هذا التصرف بين أشخاص أحد أطرافه تاجراً معنوياً كما هو الحال في الشركات التجارية مثلاً.

- إستخدامنا لمصطلح "العقار"، الغرض منه تخصيص بحث هذا التصرف منصباً على العقار وما يتّصل به من أحكام دون غيره.

- أمّا انتقاؤنا لعبارة "دراسة مقارنة"، فهذا يعني بأنّ البحث سيرتكّن لاستعمال آلية المقارنة حيث أضحى التوجّه حديثاً يتّسم بالانفتاح على التشريعات المقارنة وخاصّة الرائدة منها قصد استلهاهم - وليس نقل - الحلول التي تتلائم والواقع الاجتماعي المعيش.

هذا ورغم اتّساع وتشعّب الإشكاليات التي من الممكن أن يطرحها مثل هكذا موضوع، فإنّه يبدو بأنّه يرتبط بالإجابة عن إشكاليات محوريّة مفادها:

إلى أيّ مدى يمكن القول بكفاية ومسايرة نصوص قانون الأسرة الجزائري في معالجة عقد هبة العقار؟

وتبعاً لذلك: هل وُفق المشرّع الجزائري في تنظيمه لأحكام هذا العقد مقارنة بغيره من التشريعات المقارنة الأخرى!.

حتى إذا فرغنا من بحث سالف الإشكاليات الرئيسية انبرت لنا استفسارات ثانوية بصدد مؤداه:

كيف ينعقد عقد هبة العقار؟ وما هي أركانه؟.

وهل يرتّب التزامات بين أطرافه مثل بقية العقود الأخرى الناقلة للملكية العقارية؟.

وما مدى إمكانية الرجوع فيه تمهيداً لترتيب آثار عليه بين عاقيه والغير!!.

إجابة عن الإشكاليات المسطرة أعلاه، كان من المفيد أن تعتمد الدراسة محلّ البحث الحالي على منهجين أساسيين:

- المنهج الإستقرائي المقارن: وذلك بجمع وتحصيل وعقد مقارنة لكل ما يمتّ بصلة لموضوع الدراسة من الجوانب الآتية:

فمن الجانب الفقهي الشرعي، كان من الواجب تتبّع الآراء الفقهية وتقصّي النصوص والأحكام المرتبطة بموضوع البحث من مصادرها وشروحيها المعتمدة.

ويبرز هذا المنهج بشكل واضح ضمن المراجع الفقهية الأصلية التي كانت تتعمّد إيراد الفروع الفقهية وبيان أحكامها دوغماً اعتناء منها بالجانب الأكاديمي كما هو الشأن في الدراسات الحديثة.

أمّا من الجانب الفقهي القانوني، فلقد حتمّ الوضع ضرورة الوقوف على دراسة النصوص القانونية التي لها علاقة بموضوع الدراسة في مختلف التشريعات المدنية لاسيما عقد مقارنة بين قانوني الأسرة والمدني الجزائريين ونظيرهما التقنين المدني المصري - ومن اتفق أو اختلف معه من تقنينات مدنية عربية - دوغماً إغفال للإشارة إلى التقنين المدني الفرنسي في ذات السياق.

- المنهج التحليلي: وذلك بمعالجة وتحليل كلّ ما تمّ رصده من مفاهيم وأقوال فقهية ونصوص قانونية واجتهادات قضائية، والوقوف عليها في نسقٍ متسلسلٍ بحسب الترتيب الموضوعي لفحوى موضوع البحث مع الإقتصار على المسائل التي تخدمه بشكل مباشر في الأساس، تمهيداً إلى ما يؤدّي إليه التحليل والإستقراء من نتائج في الأخير.

إنّساقاً مع أهمية الموضوع والمنهج المتّبع، كان من المناسب تقسيم خطة الدراسة إلى بابين يتقدّمهما

فصل تمهيدي ليتنهي الجميع بخاتمة كالآتي:

ينفرد بداءة الفصل التمهيدي بدراسة التأصيل لعقد هبة العقار.

في حين يتكفل الباب الأول ببيان إنشاء نفس العقد من خلال تناول مختلف أركان انعقاده من حيث الموضوع (الفصل الأول)، ثم الوقوف على باقي أركان انعقاده الأخرى من حيث الشكل (الفصل الثاني).

يليه الباب الثاني الذي يخصص لمعالجة أحكام ذات العقد، ومن خلاله يتم بحث الإلتزامات المترتبة على إبرامه (الفصل الأول)، ثم تفصي حكم الرجوع فيه انتهاءً (الفصل الثاني).

لئذيل هذا البحث - في الأخير - بخاتمة ما أهدي إليه من نتائج واقتراحات.

الفصل التمهيدى التأصيل لعقد هبة العقار

من نافلة القول، الإشارة - بداءة - إلى أنّ التصرف بوجه التبرع يكتنف في مضمونه على تأثير واسع في استقرار الروابط الشخصية على اعتبار أنّه من أبواب البرّ والإحسان وركيزة أساسية في تمتين أواصر الأخوة والتكافل بين أشخاص المجتمع الواحد.

وقد كان للتعاليم الدينية على مرّ تعاقب العصور، أثر كبير على هذا العطاء المجاني، ذلك لأنّ مختلف الشرائع السماوية تتبعها التشريعات الوضعية، ما فتئت تؤكّد على منع تقييد الشخص في التصرف في ماله وإطلاق يده فيه، فيسوغ له - من ثمة - التصرف فيه - بملء إرادته - لمن شاء، طالما أنّ الأثر القانوني لتصرفه هذا يرتّب أثره في الحين وحال حياته.

ولما كان عقد الهبة من أخطر عقود التبرعات وأعقدها إجراء نظراً لأنّ الشخص يتنازل بمقتضاه عن كلّ أو بعض من ماله، يترتب عليه تأثير على أوضاعه المالية وعلاقاته الشخصية، فقد حقّه مختلف المشرّعين بحماية خاصّة بعد أن شرّعوا له ترتيبات قانونية ينشأ وينعقد في حقها وإلاّ طاله البطلان.

وتزداد الخطورة مدى ويبرز التعقيد أكثر إذا كان عقد الهبة منصبّاً على عقار، وليس يخفى على أحد وضعية هذا الأخير المتأزّمة بالموازاة مع ضعف الترسّانة القانونية الحاكمة إياه في مختلف القوانين الوضعية ولاسيما في الجزائر العميقة.

واستطراداً لذلك، فلقد استأثر التبرع بواسطة الهبة على مرّ الأزمنة باهتمام مختلف المشرّعين ولا يزال تأثيره مستمراً نظراً لأهمية موضوعه التي تنامي إذا كان قد ورد على عقار، هذا فضلاً عن ارتباطه بحقيقة الإنسان ونواياه كون أنّ القصد ضمنه - لاشكّ - هو معيار الإرادة الداخلية للمتصرّف¹، لذلك فقد حتمّ الوضع تنظيمه - تبعاً لذلك - بشكل محكم وموضوعي في الأخير.

ولئن كان عقد هبة العقار تصرّف تبرّعي - في الأصل - صادر عن جانبيين شرّعت أحكامه على نحو يتوافق والغايات التي يرومها الشارع منه، فلا غرو بأنّ البحث في تفرّعات تأصيله وهو - بالطبع - منطلق الإحاطة بمباهيته، يستدعي أولاً تحديد نطاقه المفاهيمي من خلال الوقوف على مضامين الاصطلاحات والمقوّمات الرئيسة التي يتركز عليها، والتي ستحدّد - لا محالة - مدى إعمالها بصدد تنظيمه بشكل أو بآخر، وهذا ما يدعوننا - اتّساقاً مع ما سبق - إلى الوقوف على تحديد مفهومه قصد إزالة اللبس الذي يعتريه ابتداءً (المبحث الأوّل)، فتميّزه عمّا يقاربه أو يفارقه من تصرّفات احترازاً لما قد يختلط به ثانياً (المبحث الثّاني)، تمهيداً لبيان تنظيمه انتهاءً (المبحث الثّالث).

¹ - محمّد سليمان الأحمد، النّظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، د. ب. ط، 2009، ص. 23.

المبحث الأول: مفهوم عقد هبة العقار

إعتداداً بالمنهجية العلمية المتخذة، وبُغية التوصل إلى إخراج مفهوم سليم، من المفيد بداءة الوقوف على تعريف عقد هبة العقار ابتداءً (المطلب الأول)، ثمّ تبيان مقوماته وخصائصه انتهاءً (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد هبة العقار

لأجل التعرض لتعريف شامل لعقد هبة العقار يُستلزم تبيان تعريفه لغةً (الفرع الأول)، ثمّ توضيح تعريفه شرعاً (الفرع الثاني)، فاستعراض تعريفه قانوناً (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف اللغوي لعقد هبة العقار

حتى يتسنى إبراز معالم التعريف اللغوي لعقد هبة العقار بشكل دقيق اتّساقاً وعنوان البحث، يتوجب تعريف الهبة (البند الأول)، لتحديد معنى العقار (البند الثاني).

البند الأول: تعريف عقد الهبة لغة

يُفَرّق النّحاة في تعريف الهبة بين مبناها (تصريفها) ومعناها اللّغوي، ففيما يتعلّق بمبادئ تصريفها: فالهبة لغة هي مصدر الفعل "وَهَبَ" ¹ وجمعها هَبَات ². وأصل الهبة من الوَهَب بتسكين الهاء وتحريكها كما هو القياس في كلّ معتلّ الفاء كالوعد والعِدّة والوعظ، ومصادرها تحذف أوائلها وتعوّض في آخرها التّاء ³.

"وَهَبْتُ لَهُ شَيْئاً، وَهَباً، وَوَهَباً بِالتّحريك، وهبة، والإسم: المؤهّب والمؤهبة بكسر الهاء فيهما" ⁴.

"(وَهَبَ): الواو والهاء والباء: كلمات لا ينقاس بعضها على بعض" ⁵.

¹ - أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1988، ص. 390.

² - ويأتي لفظ "وهب" فعلاً من أفعال التحوّل إذا كان بمعنى "جعل" ينصبّ مفعولين أصلهما مبتدأ وخبر، أو بمعنى "أعطى" ينصبّ مفعولين ليس أصلهما مبتدأ وخبر. أنظر في هذا المعنى: طاهر يوسف الخطيب، المعجم المفصّل في الإعراب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 4، 2007، ص. 478.

³ - أيّوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللّغوية، ت: عدنان درويش ومحمّد المصري، مؤسسة الرّسالة، بيروت، لبنان، 1998، ص. 960.

⁴ - إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري، الصّحاح، تاج اللّغة وصحاح العربية، ت: أحمد عطار، ج3، دار الملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 1984، ص. 351.

⁵ - أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرّازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللّغة، ت: عبد السلام محمّد هارون، م 6، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط

تقول: "وَهَبْتُ الشَّيْءَ أَهْبَهُ¹، هِبَةً وَمَوْهَبًا".

"وَهَبَ" في أسماء الله تعالى: الوَهَّابُ.

"الهبة" العطية الخالية من الأعيان والأغراض، أو هي أن تجعل ملكك لغيرك بلا عوض²، فإذا كثرت سُمِّيَ صاحبُها وَهَّابًا، وَهُوَ مِنْ أُنْبِيَةِ الْمُبَالِغَةِ.

غيره: الوَهَّاب، من صفات الله المنعم على العباد، والله سبحانه وتعالى الوَهَّابُ الوَاهِب.

وكلُّ ما وَهَبَ لك من ولد وغيره: فهو موهوب، مصداقاً لقوله عزّ وعلا: ﴿... يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءً وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ﴾³، وقوله في موضع آخر على لسان سيّدنا إبراهيم عليه الصّلاة والسلام: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي وَهَبَ لِي عَلَى الْكِبَرِ إِسْمَاعِيلَ وَإِسْحَاقَ إِنَّ رَبِّي لَسَمِيعُ الدُّعَاءِ﴾⁴.

"ويجوز أن يكون الموهوب [حسب شرح بن فارس] "ما وهب لك من غير الولد"، وفي ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لقد هممت ألاّ أهب إلاّ من قرشي أو أنصاري أو ثقيفي"، أي لا أقبل هبة إلاّ من هؤلاء⁵.

"والوهوب": رجل كثير الهبات، ورجل واهب ووَهَّاب ووَهَّوب ووَهَّابة، أي كثير الهبة لأمواله والهاء للمبالغة⁶.

"تَهَبَ": قَبِلَ الهبة.

"تَوَاهَبَ" القوم: وهب بعضهم لبعض.

1، 1991، ص. 147.

¹ - الخليل بن أحمد أبو عبد الرحمن الأزدي اليميني الفراهيدي، كتاب العين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص. 1069.

² - الرّاغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، ت: محمّد سيّد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 533.

³ - سورة الشّورى، الآية: 49. وقد جاء تفسير كلمة "يَهَبُ" عند بن كثير بمعنى "يرزق". أنظر: إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي أبو الفدا بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 4، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص. 2577.

⁴ - سورة إبراهيم، الآية: 39.

⁵ - أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكرياء الرّازي، معجم اللّغة، ت: زهير عبد المحسن سلطان، ج 3، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط 2، 1986، ص. 937.

⁶ - أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 15، دار صادر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة منقّحة، د. س. ط، ص. 288؛ بطرس البستاني، قطر المحيط، قاموس لغوي ميّسر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ط 2، 1995، ص. 680.

"إِسْتَوْهَبَ" الهبة: سألها.

"وَوَاهَبَ مُوَاهَبَةً" (و. ه. ب) ه: غلبه في الكرم¹.

"والهبة مشتقة من الهبوب، والهبوب كهبوب الرّيح، وحيث أنّ الشّيء يمرّ من يد الواهب إلى يد الموهوب له، شُبّه بهبوب الرّيح في سرعتها وانتقالها"².

وقيل: "الهبة مأخوذة من النوم لأنّ فاعلها يكون قد انتبه للإحسان"³.

البند الثاني: تعريف العقار لغة

جاء في المصباح المنير بأنّ العقار هو "كلُّ ثابت له أصل كالدار والتّخل"⁴.

وقيل بأنّه "الضّيقة" والتّخل والأرض ومن في حكمها، يقال: "ماله دار ولا عقار"⁵.

والضّيقة هي العقار، والديار سمّيت ضياعاً، لأنّها محلّ ضياع إذا ترك عمارتها وتعهدها"⁶.

وقد اختصّ بعض اللغويين العقار بالتّخل، حيث يطلق - بعضهم - على الأخير من بين كلّ الأموال عقاراً⁷ مصداقاً للحديث: "مَنْ بَاعَ دَارًا أَوْ عَقَارًا، فَلَمْ يَجْعَلْ فِي مِثْلِهِ، كَانَ قَمِزٌ أَوْ لَا يُبَارَكُ فِيهِ"⁸.

¹ - جبران مسعود، الرائد، معجم ألفبائي في اللغة والأعلام، دار الملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 2005، ص. 943؛ إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي التّجار، المعجم الوسيط، ج 1، المكتبة الإسلامية للطباعة والنّشر والتّوزيع، إستانبول، تركيا، د. س. ط، ص. 1059.

² - أحمد بن محمّد المقرئ، المصباح المنير، ج 1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1922، ص. 928.

³ - محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدّين الرّازي، مختار الصّحاح، ت: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د. س. ط، ص. 737.

⁴ - أحمد بن محمّد المقرئ، المصباح المنير، ج 2، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1922، ص. 421؛ أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 4، دار صادر، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 288؛ محمّد بن محمّد بن عبد الرّزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمترضى، الزّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحقّقين، ج 21، دار الهداية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 432.

⁵ - محمّد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدّين الرّازي، المرجع نفسه، ص. 187؛ محمّد بن محمّد بن عبد الرّزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمترضى، الزّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحقّقين، ج 13، دار الهداية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 110.

⁶ - مجد الدّين الفيروز أبادي، القاموس المحيظ، ج 1، مؤسّسة الحلبي، د. ب. ط، 1981، ص. 960.

⁷ - أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 4، المرجع نفسه، ص. 597.

⁸ - الحديث تمّ تخريجه من لدن: محمّد بن يزيد القزويني أبو عبد الله ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ت: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد -

وجاء عند بعضهم العقار بمعنى "اليُس" ¹، فكل ما ليس بماء فهو عقار مطلقاً.

هذا، وقد ورد للفظ العقار في الأحاديث الشريفة معانٍ متباينة، ومنها على سبيل المثال:

- وروده بمعنى الدار في الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "إشترى رجل من رجل عقاراً له، فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب، فقال له الذي اشترى العقار: خذ ذهبك مني، إنما اشتريت منك الأرض، ولم أبتع منك الذهب، فقال الذي شري الأرض: إنما بعثك الأرض، وما فيها، قال: فتحاكما إلى رجل، فقال الذي تحاكما إليه: ألكما ولد؟ فقال أحدهما: لي غلام، وقال الآخر لي جارية، قال: أنكحوا الغلام الجارية، وأنفقوا على أنفسكما منه وتصدقاً" ².

والمراد بالعقار في هذا الموضع - حسبما ذكره ابن حجر في شرحه له - بأنه الدار ³.

- وروده بمعنى الثمار في الحديث المروي عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسُنن والدِّيَّات، وبعث به مع عمرو بن حزم، فقرأت على أهل اليمن، وهذه نُسخُها:

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ]

مِنْ مُحَمَّدٍ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى شُرَحْبِيلِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ، وَالْحَارِثِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ، وَنُعَيْمِ بْنِ عَبْدِ كَلَالٍ، قِيلَ ذِي رُعَيْنٍ وَمَعَاوِرَ وَهَمْدَانَ: أَمَّا بَعْدُ، فَقَدْ رَجَعَ رَسُولُكُمْ، وَأُعْطِيتُمْ مِنَ الْعَنَائِمِ خُمُسَ اللَّهِ، وَمَا كَتَبَ اللَّهُ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ مِنَ الْعُسْرِ فِي الْعَقَارِ، وَمَا سَقَتِ السَّمَاءُ أَوْ كَانَ سَيْحًا أَوْ بَغْلًا، فَفِيهِ الْعُسْرُ إِذَا بَلَغَ خَمْسَةَ أَوْسُقٍ... ⁴.

محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، ج 3، (كتاب الزهون)، دار الرسالة العالمية، د. ب. ط، ط 1، 2009، ص. 539، حديث رقم: 2490؛ أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، مسند ابن أبي شيبة، ت: عادل بن يوسف العزازي وأحمد بن فريد المزيدي، ج 2، دار الوطن، الرياض، ط 1، 1997، ص. 181، حديث رقم: 666.

¹ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 4، المرجع السابق، ص. 597.

² - الحديث مخرّج من لدن: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 4، (باب حديث الغار)، دار طوق النجاة، د. ب. ط، ط 1، 1422هـ، ص. 174، حديث رقم: 3472؛ مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3، (كتاب الأقضية)، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 1345، حديث رقم: 1721.

³ - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1402 هـ، ص. 519.

⁴ - الحديث مخرّج من لدن: أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، صحيح موارد الظمان إلى زوائد

- وروده بمعنى النخل في حديث أنس بن مالك رضي الله عنه أنه قال: "لَمَّا قَدِمَ الْمُهَاجِرُونَ الْمَدِينَةَ مِنْ مَكَّةَ، وَلَيْسَ بِأَيْدِيهِمْ - يَعْنِي شَيْئًا - وَكَانَتْ الْأَنْصَارُ أَهْلَ الْأَرْضِ وَالْعَقَّارِ، فَقَاسَمَهُمُ الْأَنْصَارُ عَلَى أَنْ يُعْطَوْهُمْ ثَمَارَ أَمْوَالِهِمْ كُلِّ عَامٍ ..."¹.

والمراد بالعقار هنا النخل، وذلك لما عُرف عن المدينة كثافة النخل فيها.²

الفرع الثاني: التعريف الشرعي لعقد هبة العقار

إنّ الباحث عن تعريف عقد هبة العقار في بطون المصادر الفقهية، يجد لها تعاريف كثيرة قد تتطابق عند نفس المذهب، وقد تتوافق أحياناً مع مذهب مخالف. ولأجل التحديد السليم له، يستلزم المقام استعراض التعريف الاصطلاحي الشرعي لعقد الهبة (البند الأول)، ثم بيان ماهية العقار في الاصطلاح الشرعي (البند الثاني).

البند الأول: تعريف عقد الهبة في الاصطلاح الشرعي

تباينت التعاريف الاصطلاحية لعقد الهبة لدى الفقهاء واختلفت، إمّا بسبب التعميم أو التقييد فيها، وإمّا لتخصيصها بقيود مرجعها التعصّب المذهبي للرأي فيها. ذلك ما سنحاول إبرازه ومناقشته من خلال التطرّق لتعريف نفس العقد لدى مختلف المدارس الفقهية المشهورة بدءاً بالأحناف (أولاً)، ثم المالكية (ثانياً)، والشافعية (ثالثاً)، فالحنابلة (رابعاً).

أولاً: تعريف عقد الهبة عند الحنفية

عرّف الحنفية الهبة بأنها "تمليك العين بغير (أو بلا) عوض"³.

ابن حبان، ج 1 (باب فرض الزكاة وما تجب فيه)، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2002، ص. 349-350، حديث رقم: 661؛ محمد بن أحمد بن معاذ بن مَعْبُد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُسْتَيْنِي حَبَان، صحيح ابن حَبَان بترتيب ابن بلبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 14 (كتاب التاريخ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1993، ص. 501، حديث رقم: 6559.

¹ - أخرج: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 3، (كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها)، دار طوق النجاة، د. س. ط، ط 1، 1422 هـ، ص. 165، حديث رقم: 2630.

² - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج 12، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1392 هـ، ص. 99؛ ولحمّد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي في الحديث قول. راجع مؤلفه: الرسالة، ت: أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 422.

³ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط

وهذا التعريف مستعمل لدى الحنفية أكثر من نظرائهم بهذا المعنى¹ أو بألفاظ تدنو منه كقولهم: "الهبة تمليك العين مجّانا"².

فقولهم: تمليك يُراد به جعل الشيء لآخر يجوز³ وينفرد بالتصرف فيه، وهو جنس في التعريف يشمل الدّوات والمنافع، كما يصلح لأيّ تمليك بعوض كان أم بغير عوض.

وبالتّالي فإضافة الملك إلى العين من إضافة المصدر إلى مفعوله، قيد يخرج ما ليس بتمليك كالإباحة التي هي إذن المالك لغيره بأن ينتفع بماله لا على وجه التعاقد.

وإضافة العين إلى "تمليك" قيد يخرج به تمليك المنافع كالإعارة والإجارة والرّقبي والعُمري وغيرهم⁴.

وقولهم: "بغير، أو بلا عوض"، أو "مجّانا" قيد أخير أخرج كلّ تمليك بعوض.

لوحظ على هذا التعريف أنّه غير مانع وجامع.

فعن كونه غير مانع، فهو بهذا المفهوم يشمل عقوداً أخرى كالوصيّة أو الصدقة فهما "تمليك عين بغير عوض"، ومع ذلك لا يُعدّان هبة.

ورغم ردّ بعض الفقهاء لمن استعمل التعريف بهذا الشكل أنّه صيغ على نهج الفقهاء الأقدمين في التعريف بالأعم⁵، إلّا أنّ إضافة قيد لهذا التعريف يُخرج ما ذكر، وهو ما قام به بعض الفقهاء حيث أضافوا إلى التعريف لفظ "في الحال" أو "في الحياة" ليصبح التعريف: "تمليك العين في الحال من غير

2، 1986؛ عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، 1313 هـ، ص. 91.

¹ - شمس الدّين محمّد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثمّ القاهري الشّافعي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقّعين والشّهود، ت: مسعد عبد الحميد محمّد السّعدني، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1996، ص. 311؛ زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، ج 7، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 284.

² - محمّد بن علي بن محمّد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدّين الحصفكي الحنفي، الدرّ المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ج 5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1387 هـ، ص. 687؛ وهو نفس التعريف لمجلّة الأحكام العدلية باستثناء تغيير كلمة "عين" بـ "مال". أنظر: سليم رستم باز، شرح المجلّة، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 3، 1305 هـ، ص. 462.

³ - رواس قلعة جي، صادق قنيبي، قطب سانو، معجم لغة الفقهاء، دار النّفائس، بيروت، لبنان، ط 2، 2006، ص. 178.

⁴ - عبد الرّحمن بن محمّد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمّع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت: خليلي المنصور، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 489.

⁵ - ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (ردّ المختار على الدرّ المختار)، ت: عادل عبد الموجود وصاحبه، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص. 460.

عوض" أو "تمليك في الحياة بغير عوض"¹.

أمّا عن كونه غير جامع على اعتبار عدم شموله لهبة الدين لكونها إسقاطاً²، ولهبة الثّواب على اعتبارها هبة بعوض؛ فقد رُدّ على هذا الاعتراض بالقول بأنّ عدم شمول التعريف لهبة الدين لغير المدين يفسّر بأنّ المقصود بالعين في التعريف ما كان عيناً حالاً ومآلاً، وهبة الدّين لغير المدين جائزة إذا ما أمره الواهب بقبضها استحساناً، ذلك أنّ العين وإن كانت غير حاضرة إلّا أنّها موجودة مآلاً.

ورُدّ أيضاً على أنّ هذا التعريف غير جامع، كونه يصدق على هبة الثّواب - التي هي هبة بعوض - بالقول: بأنّ مقصودهم من لفظ "بلا عوض" يفسّر "بلا شرط" ومن ثمّ لا يضرّ خروجها عن هذا التعريف.³

ثانياً: تعريف عقد الهبة عند المالكية

عرّف المالكية الهبة بأنّها "تمليك من له التبرّع ذاتاً تنقل بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدلّ"⁴.

فقولهم: "تمليك" جنس في التعريف يشمل كلّ تمليك كما سبق الإشارة إليه.

قولهم: "من له التبرّع"⁵ فهو الحرّ البالغ الرّشيد غير المحجور عليه، وهو قيد أوّل أخرج كلّ تمليك محالاً يصحّ تبرّعه، كعدم الأهلية أو ناقصها ومن في حكمها.

قولهم: "ذاتاً" قيد ثانٍ أخرج تمليك المنافع كالإعارة والإجارة ومن في حكمها.

قولهم: "تنقل شرعاً" قيد ثالثٌ يخرج به تمليك مال يرُدّ عليه النّقل شرعاً كالمكاتب.

قولهم: "بلا عوض" قيد رابع أخرج كلّ تمليك للذّات بعوض كالبيع ومجمل أنواع المعاوضات.

¹ - أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ت: التّركي والخلو، ج 8، دار عالم الكتب، الرّياض، 1997، ص. 239.

² - زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، المرجع السّابق، ص. 284.

³ - محمّد بن علي بن محمّد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدّين الحِصْنِي الحنفي، ج 5، المرجع السّابق، ص. 706.

⁴ - أبو العباس أحمد بن محمّد الخلوئي، الشّهير بالصّاوي المالكي، بلغة السّالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصّاوي على الشّرح الصّغير، ت: محمّد عبد السلام شاهين، ج 4، دار المعارف، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 139 وما يليها؛ أبو البركات أحمد بن محمّد العدوي الدّردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيّوب، كانو، نيجيريا، 2000، ص. 126.

⁵ - محمّد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 102.

قولهم: "الأهل" أي المستحق لها، وهو قيد خامس أخرج به من ليس أهلاً لتملك الذات كالكافر الحربي¹ فليس أهلاً لإيهابه، وكذا الذمي الذي لا تصح هبة المصحف له.

قولهم: "بصيغة" المراد بها الإيجاب والقبول، وهو قيد سادس متعلق بتمليك سواء كانت الصيغة صريحة كوهبت، أم ضمنية دلّت على إرادة الهبة²، وقولهم "أو ما يدل" أي كلّ ما دلّ على التملك وإنّ في صورة المعاطاة لذات المعطى³.

ثالثاً: تعريف عقد الهبة عند الشافعية

عرّف الشافعية الهبة بقولهم "تمليك عين بلا عوض حال الحياة تطوّعاً"⁴.

فقولهم: "تمليك" جنس في التعريف كما سبق الإشارة إليه، فخرج به ما ليس بتمليك كالعارية، والأرض المخصّصة للرعي.

قولهم: "عين" قيد خرج به تملك المنافع كالإعارة والإجارة، وكذا تملك الدين لمن هو عليه.

قولهم: "بلا عوض"⁵ قيد خرج به كلّ تملك بعوض كالبيع ومن في حكمه.

قولهم: "حال الحياة" قيد أخرج به التملك المضاف إلى ما بعد الوفاة كالوصيّة فإنّها تملك عين ليس في حال الحياة⁶.

قولهم: "تطوّعاً" قيد أخرج الواجبات كالزكاة والكفّارات، إذ هي واجبة، كما أخرج النذر لأنّه بعد

¹ - محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989، ص. 176.

² - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1996، ص. 490.

³ - أبو العباس أحمد بن محمد الخلوّقي، الشّهير بالصّاوي المالكي، المرجع السابق، ص. 140.

⁴ - شمس الدّين، محمد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع، ت: مكتب البحوث والدّراسات، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 هـ، ص. 365.

⁵ - زكريّا بن محمد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السنيكي، نهج الطلاب في فقه الإمام الشّافعي رضي الله عنه، ت: صلاح بن محمد بن عويضة، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ، ص. 66؛ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشّافعي، ت: زكريّا عميرات، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995، ص. 404.

⁶ - سليمان بن محمد بن عمر البجيري الشّافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، د. س. ط، ص. 637.

الالتزام به واجب تنفيذه¹.

لوحظ على هذا التعريف الكثير من الملاحظات التي وردت على تعريف الحنفية ومنها:

- إشتل التعريف على الاشتراك اللفظي بإتيانه لفظ "العين فيه" كما سبق تفصيله في تعريف الحنفية مما جعله محل انتقاد.

- أن تعريف الشافعية غير مانع وغير جامع للأسباب السالف ذكرها في تعريف الحنفية للهبة².

رابعاً: تعريف عقد الهبة عند الحنابلة

عرّف الحنابلة الهبة بأنها "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه، موجوداً مقدوراً

على تسليمه، غير واجب في الحياة بلا عوض بما يعدّ هبة عرفاً [من لفظ هبة وتمليك ونحوهما]"³.

قولهم: "تمليك" جنس في التعريف سبق التفصيل فيه.

قولهم: "جائز التصرف" قيد أخرج به تمليك الممنوع من التصرف لمانع ومثاله تمليك القاصر والسفيه والمجنون والمدين، فكلّ تصرف ضارّ أو دائر بين النفع والضّر لا يجوز في حقهم بخلاف التصرفات النافعة لهم.

قولهم: "مالاً" يدخل في ذلك كلّ منقول أو عقار، وهو قيد أخرج به تمليك من له التصرف في أشياء حقيرة كالحشيش والحجر ونحو ذلك.

قولهم: "معلوماً" أي يصحّ بيعه، وفي ذلك احتراز عن هبة المجهول.

¹ - زكريّا بن محمّد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، دار الكتاب الإسلامي، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 478؛ حسن الكهوجي، زاد المحتاج، ت: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج 2، المكتبة العصرية، د. س. ط، ص. 423.

² - راجع الصّفحتين: 21-22.

³ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، مكتبة النّصر الحديثة، الرّياض، د. س. ط، ص. 298؛ موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاوي المقدسي، ثمّ الصالح، شرف الدّين، أبو النّجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ت: عبد اللّطيف محمّد موسى السبكي، ج 3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 29؛ عثمان بن أحمد التّجدي، هداية الرّاغب لشرح عمدة الطالب، ت: حسنين محمّد مخلوف المدني، د. د. ط، د. ب. ط، ص. 411.

قولهم: "أو مجهولاً" صفة لمال، ولفظ "أو" لا يضر في التعريف لأنها للتنوع وليست للشك.

قولهم: "تعذر علمه" كحال اختلاط مال اثنين على وجه يتعذر فيه التمييز فوهب أحدهما ماله للآخر.

قولهم: "موجوداً" خرج به كل ما كان معدوماً كهبة الثمر قبل الظهور أو موصوفاً في الذمة كالتسليم، فذلك مما لا تصح هبته¹.

قولهم: "مقدوراً على تسليمه" قيد خرج به كل مال غير مقدور على تسليمه².

قولهم: "غير واجب" أي غير واجب على المكلف، وهو قيد خرج به كل ما وجب في ذمته من نفقة (إذا ما وهب لأبويه ونحوهما)، أو ما أوجبه المكلف على نفسه كمن نذر ماله للفقراء، فإنه لما ألزم نفسه به أصبح واجبا عليه، فلا يجوز توصيفهما بالهبة.

قولهم: "في الحياة" قيد خرجت به الوصية، ذلك أن تملكها يكون بعد الوفاة.

قولهم: "بلا عوض" قيد خرج به جميع عقود المعاوضات.

قولهم: "بما يعد هبة عرفاً" قيد خرج به جميع الألفاظ التي لا تنعقد بها الهبة كلفظ أجزت واشترت³.

قولهم: "من لفظ هبة وتمليك ونحوهما" بمعنى كل قول أو فعل دلّ عليهما، فهو بيان لما يعتبر هبة⁴.

لوحظ على هذا التعريف مثل الذي لوحظ على تعريف الحنفية للهبة بوصفه غير جامع ومانع فيرجع إلى الأول تفادياً للتكرار.

¹ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، المرجع السابق، ص. 304 وما يليها.

² - المرجع نفسه، ص. 306.

³ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، التوضيح المرتب شرح زاد المستقنع، ت: عبد الله الطيار وصحبه، ج 1، مدار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط 1، 2005، ص. 297؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح المنتهى الإرادات، ج 2، عالم الكتب، د. ب. ط، ط 1، 1993، ص. 429.

⁴ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، المرجع السابق، ص. 365.

البند الثاني: تعريف العقار في الاصطلاح الشرعي

إذا كان الاتفاق قد حصل عند الجمهور على دخول الأرض في مسمى العقار، فقد ظهر الاختلاف فيما عداها من دور وغراس ونحوهما على قولين:

الأول: ويتزعمه كل من مذهبي الحنفية¹ والحنابلة²، حيث ذهبا إلى القول بأن العقار لا يشمل إلا الأرض فقط، وما عداها من بناء وغراس لا يمكن وصفهما عقاراً، وإن كانوا يطلقون عليهما عقاراً بالتبعية للأرض، فإذا انفصلا عنها فلا يدخلان في مسمى العقار.

إستدللاً على هذا التوجه ذهب البهوتي إلى القول بأنه "لا شفعة فيما ليس بعقار كشجر مفرد وحيوان وبناء مفرد على أرض"³.

الثاني: به قال كل من المالكية⁴ والشافعية⁵، ومفاده أن العقار يطلق على البناء والشجر كما يطلق على الأراضي، ذلك أن مسمى العقار عندهم هو كل ما لا يمكن نقله أو تحويله مع بقاء هيئته، وبهذا فهو يصدق على البناء والشجر إذ بنقلهما تتغير حالتها وهيئتهما على نحو ما ذكر.

قد لا يتبين أول وهلة وبالنظر المجرد إلى وجود اختلاف بين الرأيين أعلاه على اعتبار إطلاق الفريق الأول على البناء والشجر عقاراً إذا ما اتصل بالأرض، وهم بذلك يوافقون ما نحا إليه الرأي الثاني؛ لكن عند التثبت يظهر بأن الخلاف بينهما له نتيجة فقهية مقتضاها: عدم وجود حق شفعة في البناء والشجر إذا بيعا منفصلين عن الأرض⁶، وبه قال أصحاب القول الأول، بينما يجري أصحاب

¹ - محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرّومي الباري، العناية شرح الهداية، ج 9، دار الفكر، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 403.

² - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ت: التركي والخلو، ج 7، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997، ص. 36.

³ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المرجع السابق، ص. 140.

⁴ - محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 6، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 164؛ أحمد غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، دار الفكر، د. ب. ط، 1995، ص. 151.

⁵ - شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 4، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984، ص. 93؛ سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهرى، المعروف بالجل، فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بمحاشية الجمل، ج 3، مصطفى البابي الحلبي، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 167.

⁶ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 14، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، ص. 177.

القول الثاني حق الشفعة على البناء والشجر على اعتبار أنّها من العقار¹.

الفرع الثالث: التعريف القانوني لعقد هبة العقار

حتى يتسنى إخراج تعريف شامل لعقد هبة العقار في التشريع الوضعي، ينبغي تبيان أهم التعاريف المقننة لعقد هبة العقار (البند الأول)، فعرض تعريف العقار انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: تعريف عقد الهبة في القانون الوضعي

سنتوقف في تعريف عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي في كل من قانون الأسرة الجزائري (أولاً)، لنعرّج على بيان تعريفه أيضاً ضمن التقنين المدني المصري (ثانياً)، ثم التقنين المدني الفرنسي انتهاء (ثالثاً).

أولاً: تعريف عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري

عرّف المشرّع الجزائري من خلال نصّ المادة 1/202 من ق. أ. ج الهبة بأنّها "تمليك بلا عوض". وأردف في نصّ المادة 206 من نفس القانون بالقول بأنّ الهبة "تتعدّد بالإيجاب والقبول وتتمّ بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق".

وإذا احتلّ أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

مما تقدّم يستحسن الوقوف على تعريف المشرّع الجزائري لعقد هبة من خلال إبراز الملاحظات الآتية:

- توصيف المشرّع الجزائري للهبة بأنّها "تمليك" يفيد بأنّها وسيلة للتمليك ينتقل بموجبها المال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، فالهبة إذن عقد ناقل للملكية العقارية إذا ما روعي إجراء الشّهر العقاري، وهذه الأخيرة كما تنصبّ ضمنه على تملك العين رقة وانتفاعاً²، فإنّها قد تنصبّ على حقّ الانتفاع فقط³.

¹ - زكريّا بن محمّد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السّنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطّالب، ج 2، المرجع السابق، ص. 363؛ مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، ت: محمّد فؤاد عبد الباقي، ج 2، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 714.

² - يبد أنّه لا يجوز - في هذا الصّدّد - "هبة الأموال المحبّسة لأنّها تتنافى مع التّأييد وأحكام الحبّس، كما أنّه لا يجوز التمسك بالتّقديم في استغلال الأرض المحبّسة لانعدام نيّة التملك". أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 39360، الصّادر في: 13/01/1986، (غير منشور)، نقلاً عن حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 22، هامش رقم: 1.

³ - عبد الرّحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 14.

ويترتب على عملية نقل الملكية إلى الموهوب له افتقار في جانب الواهب الذي تنازل عن كل أو بعض ماله وإثراء في جانب الموهوب له الذي اغتنى بالمال الموهوب¹.

- توصيف المشرع الجزائري للهبة بأنها "تمليك بلا عوض" يفيد - بالإضافة إلى ما سبق شرحه - بأن المال الموهوب ينتقل إلى الموهوب له بالجمان وبدون مقابل وهو ما اصطلاح عليه بعنصر "نية التبرع في عقد الهبة"؛ إذ أن الواهب لما يتنازل عن كل أو بعض من ماله إلى الموهوب له، فإنه لم يتنازل عنه إلا بقصد التودد إلى الموهوب لا بنية التقرب إلى وجه المولى سبحانه، وهذا هو الفرق المميز للصدقة عن الهبة².

- إغفال المشرع الجزائري إبان تعريفه للهبة للفظ "عقد" لم يكن بغرض نزع صفة العقد عنها، بل أنه أكد صفتها العقدية من خلال نص المادة 206 من ق. أ. ج المشار إليه أعلاه والقاضية بانعقاد الهبة بالإيجاب والقبول، مما يجعل توصيفها عقداً ينطبق عليه ما ينطبق من قواعد مطبقة على مختلف العقود تبرعية كانت أو عوضية³.

غير أنه كان من الأجدى به تلافي مثل هكذا انتقاد لو أضاف في تعريفه لفظ "عقد" توازياً وتنظيمه لها بحسبها كذلك من خلال المواد المنظمة لها في قانونه للأسرة.

- خلو نص المادة 202 من ق. أ. ج من عبارة "حال الحياة" جعل تعريف عقد الهبة غير مانع من اشتماله لبعض التصرفات التبرعية التي هي ليست بهبة كالوصية مثلاً، ذلك أنها تمليك للمال بلا عوض مضاف لما بعد الموت بخلاف عقد الهبة القاضي بتمليك المال حال حياة الواهب والموهوب له⁴، وهي الخاصية التي أبرزها فقهاء المذهب الحنبلي بجلاء في تعريفاتهم للهبة، وكان الأحرى بالمشرع إضافة عبارة "حال الحياة" تلافياً لدخول بعض العقود التبرعية في مفهوم الهبة وتمييزاً له عنها.

¹ - نسيم شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص. 17؛ عبد الحسي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج 1، م 1، مطبوعات جامعة الكويت، د. س. ط، ص. 91.

² - يرى بعض المالكية بأنه إذا قصد الواهب بهبة ذات المعطى فهو هبة وإن قصد بها ثواب الآخرة فقط أو ثواب الآخرة مع ذات المعطى. أنظر في الفرق بين الهبة والصدقة عند المالكية: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 6، دار الفكر، د. ب. ط، ط 3، 1992، ص. 49.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، 2003، ص. 21.

⁴ - محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج 2 (الهبة - العارية - القرض - الدخل الدائم المترتب مدى الحياة)، مطبعة لجنة البيان العربي، د. ب. ط، ط 2، 1952، ص. 19.

- يستخلص من مضمون نصّ المادتين 202 و 206 من ق. أ. ج مجتمعين إظهارهما لأهمّ عناصر عقد الهبة كالاتي:

- الهبة عقد يتم بين الأحياء، وهو ما يستفاد من المادتين المذكورتين على اعتبار أنّ ذات العقد لا يتم إلا باقتران إيجاب الواهب وقبول الموهوب له¹، كما أنّه لا يتم إلا أثناء حياتهما لزوماً.

- بمقتضى عقد الهبة يتصرّف الواهب في كلّ أو جزء من ماله بلا عوض، ممّا يترتب عليه افتقار من جانبه وإثراء في ذمة الموهوب له بسبب مجانيّة التصرف وانعدام العوض في الأصل.

- يلاحظ بأنّ تعريف عقد الهبة الوارد في المادة 1/202 من ق. أ. ج منقول حرفياً من صدر تعريف العلامة خليل له في مختصره حيث قال: "الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة"²، وهو نفس التعريف لابن قدامة الحنبلي مع إضافة عبارة في الحياة حيث وصفها بأنّها "تمليك في الحياة بغير عوض"³.

هذا وبالرغم من ترجيح الدارسين للمدرسة المالكية في تعريفها لعقد الهبة، إلا أنّ التعريف الذي أورده الشيخ خليل وحمله تعريف الهبة بالمعنى العام لها، كان محلّ انتقاد مقارنة بالإمعان فيه من خلال تعريفه الخاص الذي سار عليه بعض علماء نفس المدرسة، وكان ينبغي عليه أن يقتبسه من مصدر مالكي آخر تضمّن تعريفاً شاملاً له على غرار تعريف الدردير أو ابن عرفة له⁴، وهذا هو ما فعلته مدوّنة الحقوق العينية المغربية في مادّتها 273 - وإن عيب عليها حصر تعريف الهبة في العقار والحقّ العيني العقاري وحسب⁵ - التي قضت بأنّ "الهبة، تمليك عقار أو حقّ عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة

¹ - قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 40651، الصادر في: 1986/02/24، (غير منشور)، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 249؛ قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 26990، الصادر في: 1982/02/22، ن. ق، عدد خاص، 1982، ص. 273.

² - خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر العلامة خليل، ت: أحمد جاد، ج1، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2005، ص. 214.

³ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 239.

⁴ - بقوله "الهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه الموعظ بغير عوض". أنظر: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرضا التونسي المالكي، شرح حدود بن عرفة، ت: محمد أبو الأحناف وصاحبه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1993، ص. 593.

⁵ - مع استبعادها للمنقول في نفس التعريف، وإزاء ذلك ذهب بعض الباحثين إلى أنّه كان ينبغي على المشرّع المغربي اعتماد عبارة "مال أو حقّ مالي" عوض حصر ذات التعريف في العقار والحقّ العيني العقاري على اعتبار أنّ الهبة كما يمكن أن تردّ على العقار يمكن أن تنصبّ على المنقول كذلك، هذا فضلاً عن أنّ عنصر المال يحتوي مفهوماً واسعاً يشمل الأشياء التي لها قيمة إقتصادية، سواء أكانت منقولة أو غير منقولة، علاوة على شموليته للحقوق التي يمكن أن تترتب على تلك الأشياء أيضاً. أنظر: مامون الكزبري، التّحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط2، 1987، ص. 201؛ أحمد

الواهب بدون عوض".

ثانياً: تعريف عقد الهبة في القانون المدني المصري

عرّف المشرع المصري عقد الهبة من خلال نصّ المادة 486 من تقنينه المدني فقال بأنها "عقد يتصرّف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض.

ويجوز للواهب، أن يتجرّد عن نيّة التبرّع، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معيّن".

يلاحظ على التعريف الذي أورده المشرع المصري للهبة ما يلي:

- يقابل نصّ المادة 486 من ق. م. م. نصوص التقنيات العربية المقتبسة عنه وهي المواد: 454 مدني سوري¹، 601 مدني عراقي²، 475 مدني لبي³، 504 موجبات وعقود لبناني⁴.

- لم يبادر المشرع المصري إلى تعريف الهبة في القانون المدني الملغى بدعوى أنّ التعاريف من عمل الفقه لا التشريع، بيد أنّه اقتبسه لاحقاً ضمن تقنينه المدني نقلاً عن كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم محمد قدري باشا المستقيم أصلاً عن مذهب الأحناف الذين لم يعتدّ بالمنافع أموالاً، خلافاً لمذهب الجمهور غير المستقيم لديهم ذلك باعتبار أنّهم يدخلون المنافع ضمن الأموال ممّا جعله تبعاً لذلك موضع انتقاد.

- جدير الإشارة إلى أنّ الفقرة الأولى من المادة 486 ق. م. م. كانت تقابلها المادة 659 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي التي كانت تعرّف الهبة بأنها "عقد يتصرّف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض [ويكون من شأن هذا التصرف أن يثري الموهوب له]"، غير أنّ المقطع الأخير استبعد من لجنة المراجعة لعدم ضرورته⁵، بخلاف نظرة بعض الشراح الذين أكّدوا ضرورة إيراد بدعوى أنّ

أدريوش، الحوز في التبرّع بعقار محفّظ، محاولة لرفع الالتباس والخلط بين شكلية التّفاد ومستلزمات الشرط، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، المطبعة الأمنية، الرباط، 2010، ص. 196.

¹ - منقول حرفياً عن التعريف الذي أورده المشرع المصري في نصّ المادة 486 من ق. م. م.

² - التي تنصّ على أنّ "الهبة تملك مال لآخر بلا عوض".

³ - متطابق ونصّ المادة 486 ق. م. م.

⁴ - التي تنصّ على أنّ "الهبة تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرّغ المرء لشخص آخر عن كلّ أمواله أو عن بعضها بلا مقابل".

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدّخل الدائم والصّالح)، ج 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص. 4، هامش رقم 1؛ إبراهيم إبراهيم الصّالح، مضمون الهبة وحقّ الرجوع فيها، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د. د. ط. د. ب. ط. 1، 1989، ص. 9.

نص المادة بعد حذف المقطع المذكور لم يعد يُخصّص التصرف بنتيجته التي هي إثراء المتصرف إليه وانتقال الحق إلى ذمته، ومن ثمّ فإنّ استبعاد العبارة المشار إليها أعلاه تضع النصّ شاملاً لأنّ تدخل الكفالة العينية ضمنه؛ ذلك لأنّ الكفيل العيني يتصرّف في ماله دون مقابل ولا يعتبر واهباً وإنّ عُدد متبرّعاً، حيث لا يتحقّق معنى الهبة في الكفالة العينية إلّا في حالة قيام الكفيل العيني بالوفاء بالدين المكفول والتنازل عن مطالبة المدين بالمبلغ الموقّ من الدائن، ففي هذه الحالة يعدّ التنازل عن المطالبة بالمبلغ الموقّ هبة غير مباشرة لا الكفالة العينية بذاتها¹.

- بالرغم من إبراز المشرّع المصري لمصطلح "نية التبرّع"، وتنصيبه الصريح على أنّ الهبة عقد عكس نظيره الجزائري وهو ما يحسب له، إلّا أنّه أغفل ذكر عبارة "حال الحياة" وكان عليه إضافتها تفادياً لاشتمال التعريف للوصيّة المعتدّة تملك للمال بلا عوض مضاف إلى ما بعد موت الموصي، ولو أنّ الهبة في الواقع لا تتمّ إلّا بين الأحياء بخلاف الوصيّة.

ثالثاً: تعريف عقد الهبة في القانون المدني الفرنسي

عرّف المشرّع الفرنسي من خلال نصّ المادة 894 من ق. م. ف الهبة بأنّها "تصرّف بين أحياء، بمقتضاه يتبرّع الواهب حالاً وبصورة لا تقبل الرجوع، بشيء لصالح الموهوب له يقبله"².

يستفاد من تعريف المشرّع الفرنسي للهبة ما يأتي:

- قضت المادة المحلّلة أعلاه بكون الهبة بين الأحياء تصرّف "acte" ولم تذكر بأنّها عقد "contrat". ويعود أصل ذلك إلى المشروع التمهيدي للتقنين المدني الفرنسي الذي كان يعتبر الهبة عقداً، ولكن حينما قدّم هذا المشروع أمام مجلس الدولة لاحظ القنصل "بونابرت" بأنّ الهبة لا تلزم إلّا الواهب، بالتالي كان لا مندوحة أن تعرّف بكونها تصرّفاً وليس عقداً، وتبعاً لذلك فقد تبوّ المشروع هذه الملحوظة فعرّف الهبة - من ثمة - بأنّها تصرّف ضمن نصّ المادة المحلّلة أعلاه بقوله "la donation

¹ - جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، د. ب. ط، 1998، ص. 14؛ محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة (الصّلة والهبة، القرض والدخل الدائم والعارية)، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1973، ص. 64-63.

وهو نفس الرأي الذي قضت به محكمة ليموج، أنظر: 209، 2، 1884، D، 19 Feb 1884، Limoges.

لأكثر تفصيل عن تكييف التنازل بالهبة غير المباشرة راجع:

MEAU-LAUTOUR Huguette, Op. cit, P. 406; PONSARD André, Op.cit, p. 135.

² -Art 894 : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de lachose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».

"entre vifs est un acte"، ومع ذلك فإنّ هذه الملاحظة تبقى محلّ نظر، ذلك لأنّ الهبة وإن كانت ملزمة للواهب في الأصل، إلّا أنّها لا تتمّ ولا تنعقد إلّا بتطابق إيجاب وقبول عاقيدها، فهي - في الأخير - عقد وإن كانت ملزمة لجانب واحد¹.

- بخلاف المشرّعين الجزائري، والمصري - ومن اقتضى أثره -، نصّ نظيرهما الفرنسي صراحة على ضرورة إبرام عقد الهبة حال الحياة، على اعتبار أنّه تصرّف يستلزم تطابق إيجاب الواهب مع قبول الموهوب له، وهذا ما لا يمكن أن يتمّ إلّا بين أحياء حيث يشمل التملك في الحال وفي المستقبل.

- بالرغم من اعتبار المشرّع الفرنسي الهبة تصرّفا تبرّعياً يمنح بموجبه أحد المتعاقدين للآخر شيئاً بدون مقابل، إلّا أنّه يلاحظ بأنّه اعتمد لفظ "شيء" بدلا من لفظ "مال"، ولعلّه يكمن الغرض في ذلك، توسيع مفهوم المقابل الممنوح ليشمل غير المال في الأساس.

- نظرة الرّيب والتحقّظ التي ينظر بها المشرّع الفرنسي لعقد الهبة، جعله يحيطها بضمانات تنبّه المتعاقد المقبل عليها إلى خطورة العقد، وعدم إمكانية الرجوع فيه إلّا بتوافر مسوّغات معيّنة على اعتبار أنّ عدم جواز الرجوع فيه هي القاعدة الأصل، وذلك ما تجلّى بوضوح في نصّ المادة المذكورة أعلاه.

- نظرة المشرّع الفرنسي لعقد الهبة بهذا الشكل وجعله يضع من القواعد والقيود ما يكفل الضّرر المحتمل من إتيانه، مردّه مراعاته الشديدة لضمان الاحتفاظ بالأموال في العائلة حتّى لا يكاد ينظر إلى المالك سوى حائز للمال الموهوب يسيّره ويديره لفائدة العائلة لا كمالك له يتصرّف فيه بمحض إرادته².

البند الثاني: تعريف العقار في القانون الوضعي

عرّف المشرّع الجزائري العقار مقتفياً في ذلك نظيره المصري ضمن المادة 628 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 82 من ق. م. م - بأنّه "كلّ شيء مستقرّ بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، وكلّ ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

¹ - أحمد عبد الرزّاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 29، هامش رقم: 2؛ نادر عبد العزيز شابي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1 (دراسة فقهية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002، ص. 12-13؛ زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، عقد الهبة، ج8، دار الثقافة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 17.

² - أكتفم أمين الخولي، العقود المدنية (الصّلح والهبة والوكالة)، مطبعة النهضة، مصر، د. س. ط، ص. 69.

غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقاراً بالتخصيص".

ويعتبر مالاً عقارياً - بحسب نصّ المادة 684 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نصّ المادة 1/83 من ق. م. م.¹ "كلّ حقّ عيني يقع على عقار بما في ذلك حقّ الملكية وكذلك كلّ دعوى تتعلق بحقّ عيني على عقار".

أمّا المشرّع الفرنسي، فلقد أفاض - وهو المصدر الذي اقتبس عنه التقنين المدني المصري، ومن بعده نظيره الجزائري فكرة العقار وبالخصوص العقار بالتخصيص - في تعريف العقار وبيان تطبيقاته ضمن المواد 516 وما يليها من ق. م. ف.²

ويؤخذ من النصّ السالف الذكر أنّ فيصل التفرقة بين العقار والمنقول إنّما يرجع إلى طبيعة الأشياء³، فالعقار هو الشيء الثابت المستقرّ بجيزه بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى آخر دون تلف، وما خرج عن هذا المفهوم فهو منقول. والمنقول - بحكم طبيعته - قابل للتلف أو الحركة دون تلف خلافاً للعقار، وهذا هو معيار التمييز بينهما انتهاء.

إنّساقاً مع ما سبق فإنّه يستخلص من النصوص المشار إليها أعلاه، مميزات وخصائص يميّز بها العقار عن غيره من الأشياء المادّية الشبيهة به كالمنقول، وهي لا تخرج عن خاصيتين:

الأولى: أنّه شيء مادّي؛ ويُراد من هذا المعنى بأنّ العقار شيء مادّي ملموس له طبيعته وكيانه المستقلّ في الوجود، لذا تستلّ أن يكون محلاً لحقوق عينية، وبداهة يخرج من حيز الأشياء المادّية الملموسة

¹ - يقابل هذا النصّ في التقنينات المدنية العربية: المادة 84 مدني سوري، المادة 82 مدني ليبي، المادة 62 مدني عراقي، المادة 10-3 قانون الملكية العقارية اللبناني. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حقّ الملكية مع شرح مفصّل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص. 13.

² - راجع المواد: 516 إلى 526 من ق. م. ف.

³ - "فالعقار هو الشيء الثابت المستقرّ بجيزه، بحيث لا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلّا إذا هدم أو اقتلع، ومن ثمّ لا يمكن نقله دون تلف. والأرض هي خير مثال للعقار لأنّها ثابتة مستقرّة بجيزها، وإذا جاز نقل أجزاء منها فإنّما يكون ذلك بتفتيت سطحها وانتزاع بعض الأتربة أو الصّخور. وكذلك البناء عقار لأنّه ثابت مستقرّ بجيزه ولا يمكن نقله من مكان إلى آخر إلّا بهدمه أو بدم أجزاء منه. والأشجار والغراس عقار، ولا يمكن نقلها إلّا باقتلاعها من الأرض التي هي مغروسة فيها". أنظر باستفاضة: أحمد عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، ج 8، المرجع نفسه، ص. 13-14.

المميّزة للعقار، الأشياء المعنوية والمادية كالديون والحقوق المالية ونحو ذلك.

الثانية: تتمثل في صفة الثبات والاستقرار، وهي أجلّ ميزة تميّز العقار عن غيره من الأشياء المادية المماثلة له، ذلك أنّ الثبات والاستقرار خصيصتان ملازمتان له ويزولهما واندثارهما يتحوّل العقار - لاحالة - إلى منقول¹.

وتبعاً لذلك فإنّ الخصيصتان المحلّلتان أعلاه، هما من أهمّ العوامل التي ارتقت بالعقار لأن ينفرد بمفهوم خاص ضمن نظام قانوني مستقل، محدّد ومرتبّ لآثاره.

ويستوي في ذلك أن يكون العقار قد اكتسب ثباته من أصل خلقته كالأرض، أو كان بفعل صانع كما هو الشأن في المباني والمنشآت²؛ والأمر سيان في كلّ حقّ عيني يقع على العقار بما في ذلك حقّ الملكية وكذا كلّ دعوى تتعلّق بحقّ عيني تردّ عليه وفقاً لما قرّره القانون كما أسلف القول إليه.

¹ - ينقسم العقار - كما أسلف القول إليه - إلى:

أ. عقار بطبيعته ويشمل ثلاثة أنواع:

1- الأرض: سواء كانت أرضاً زراعية أو أرضاً فضاء، وسواء كانت واقعة في المدن أو في الرّيف، وسواء كانت أرضاً حجرية أو رملية. وتشمل الأرض (Fonds) سطحها (Surface) دون ما يقام فوق السطح (Superficie) من مبانٍ أو منشآت أو ما ينبت من زروع أو يغرس من شجر، وكذلك تشمل باطنها (Tréfonds) بعناصره المختلفة من صخور أو أحجار أو أتربة ورمال ومعادن ونحو ذلك.

2- الثّبات: وهو كلّ ما تنبته الأرض من ثمار ومحصول وزرع وكلّ ما يغرس فيها من أشجار يكون عقاراً بطبيعته ما دامت جذوره ممتدة في باطن الأرض.

3- المباني والمنشآت: هي عقار بطبيعته لاندماجه في الأرض، والاندماج (Incorporation) وهو الذي يضيف عليها صفة العقار، فالأرض إذن هي مصدر الصّفة العقارية للمباني والمنشآت كما هي مصدر هذه الصّفة للثّبات. وتختلف المباني والمنشآت عن الثّبات في أنّ الأولى إنّما تندمج في الأرض بفعل الإنسان فلا بدّ من تشييدها بصنع صانع، أما الثّبات فاندماجها في الأرض يضاف فيه إلى فعل الإنسان، فعل الطّبيعة.

ب. عقار بالتخصيص: الذي هو منقول بطبيعته رصده مالكة لخدمة أو استغلال عقار بطبيعته كما إذا خصّص صاحب الأرض الفلاحية مواشي أو آلات زراعية يستعين بها على زراعة أرضه، ففي هذه الحالة يأتي صاحب العقار بمنقولات يملكها ويضعها في العقار رصداً على خدمته أو استغلاله فتربط المنقولات بالعقارات ارتباطاً لا انفكاك منه حتّى ليصبح العقار والمنقولات جميعاً وحدة اقتصادية لا تتجزأ. ومن ثمّ يضيفي العقار - وهو الأصل - على المنقولات وهي التّبع صفة العقار بحكم هذا التّخصيص، فيعتبر القانون هذه المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتّخصيص بواسطة الافتراض القانوني (Fiction) انتهاء. لأكثر تفصيل راجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، ج 8، المرجع السابق، ص. 20 وما يليها؛ وأنظر في ذلك أيضاً: عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، العقار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 5، 2009، ص. 118-119.

² - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 5.

المطلب الثاني: مقومات وخصائص عقد هبة العقار

تبيّن من استظهار تعاريف عقد هبة العقار السابق عرضها، بأنّه عقد تبرّعي يتميّز عن غيره من بقيّة العقود شكلاً ومضموناً. ذلك ما سنحاول إبرازه من خلال بيان أهمّ مقوماته ابتداءً (الفرع الأوّل)، ثمّ خصائصه انتهاءً (الفرع الثّاني).

الفرع الأوّل: مقومات عقد هبة العقار

لعقد هبة العقار مقومات لا يقوم إلّا بها، فهو عقد لا يتمّ إلّا بين أحياء (البند الأوّل)، ويتصرّف بمقتضاه الوهاب في ملكية عقاره (البند الثّاني)، بنية التبرّع (البند الثّالث).

البند الأوّل: هبة العقار عقد يتمّ بين الأحياء

مقتضى كونه عقد، أنّه ككلّ العقود لا يتمّ إلّا بتوافق إدارتا طرفيه على إنشائه، إرادة الوهاب "Donateur" مع إرادة الموهوب له "Donataire"، بالإضافة إلى الأركان والشّروط التي يقرّها القانون¹.

وبهذا فعقد هبة العقار لا ينعقد بإرادة الوهاب المنفردة، وهذا ما يميّزه عن الوصيّة، حيث أنّ هذه الأخيرة تصرّف ينشأ بإرادة الموصي المنفردة دون توقّف على إرادة الموصى له، ويجوز للموصي أن يرجع فيها ما دام على قيد الحياة على اعتبار أنّ الوصيّة لا تنتج أثرها إلّا بعد موت الموصي، أمّا رضاء الموصى له بالوصيّة بعد موت الموصي فليس قبولا لإيجاب من الموصي بل هو تثبيت لحقّه في الموصى به.

وتبعاً لذلك فقد نصّ المشرّع الجزائري صراحةً بمقتضى المادّة 1/206 من ق. أ. ج - المقابلة لنصّ المادّتين 487-1 من ق. م. م، و894 من ق. م. ف - على أنّ "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول"²، الأمر الذي يستفاد منه بأنّ هبة العقار عقد يتمّ بين أحياء، ذلك أنّ تبادل الإيجاب والقبول

¹ - عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية، الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشّريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، د. ب. ط، 1967، ص. 19؛

G. BAUDRY- Lacantinerie et Colin, traité théorique et pratique de droit civil, T. 10, de donation entre vifs et testaments, 3^{ème} éd, Paris, 1898, p. 55 ; AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Course de droit civil français, T. 10 , 5^{ème} éd, par ESMEIN Paul, L. G. D. J, Paris, 1920, p. 411.

² - وهو ما أقرته مدارس الفقه الإسلامي عموماً، قال ابن رشد في هذا الصّدّد: "... وأما الهبة فلا بدّ من الإيجاب فيها والقبول عند الجميع". أنظر: محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ت: أبو عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمّد، ج 2، المكتبة الوقفية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 497.

ضمنه لا يمكن أن يتمّ إلاّ في حياة عاقديه، حيث يجوز للواهب تملك العقار الموهوب في الحال للموهوب له أو في المستقبل شرط أن يبقى الواهب حيّاً.

وما دامت هبة العقار عقد يتمّ بين أحياء، فإنّه يخرج من نطاقها هبة العقار لما بعد الموت، وهي تلك الهبة التي عرفها القانون الرّوماني¹ ولم تعرفها التقنيات المدنية العربية. ومن ثمّ كان لا يجوز للواهب أن يعقد هبة باّنة ويرجى في الوقت ذاته نقل ملكية العقار الموهوب إلى ما بعد وفاته على اعتبار أنّه لا يتأتّى له فعل إلاّ عن طريق الوصيّة وهذا ما استقرّ عليه اجتهاد المحكمة العليا في القرار الصّادر عنها بتاريخ 17 مارس 1998² الذي قضى بأنّه "من المقرّر أنّ الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنّها لا تنقذ إلاّ بموت الواهب وتأخذ حكم الوصيّة".

وهذا هو نفس المعنى الذي أكّده قرار المحكمة العليا الصّادر في 19 أكتوبر 2005³ بالقول بأنّ "التّصرف على أساس الهبة المنقذ بعد وفاة المورث في تركته، يأخذ حكم الوصيّة".

يشار أخيراً، بأنّه كان يلزم وقد تصدّى المشرّعين الجزائري والمصري لتعريف الهبة ضمن المادتين 1/202 من ق. أ. ج، و 1/486 من ق. م. م على التّوالي ألاّ يغفلا النصّ على أهمّ مقوم يميّز الهبة عن الوصيّة بإضافة عبارة "حال الحياة"⁴ اقتداءً بالمشرّع الفرنسي ضمن مادّته 498 من ق. م. ف وبعض مدارس الفقه الإسلامي المجيد في هذا الصّدّد.

¹ - الهبة ما بعد الموت "moritis causa donation" بمقتضاها يتجرّد الواهب عن ماله بلا عوض لمصلحة الموهوب له عندما يخشى دُخْرُ أجله كأن يكون مريضاً مرضاً يستحيل شفاؤه، أو يكون على وشك ولوج حرب يخشى الهلاك فيها. ولا ينتقل المال الموهوب إلى الموهوب له إلاّ إذا مات الواهب قبله، فإن نجا الواهب من الموت أو شفي من مرضه انفسخت الهبة تلقائياً. ويميز القانون الفرنسي أشكالاً تقترب من هذا النوع من الهبة، ومنها: هبة الأموال المستقبلية التي يتضمنّها الاتّفاق المالي في الزواج "contrat de mariage"، والهبة ما بين الزوجين. أنظر في هذا الصّدّد: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السّابق، ص. 7-8، هامش رقم: 1، وانظر في ذات السّياق:

VERON Michel, La Donation de Biens à Venir entre époux au cour du mariage et la loi du 6 Novembre 1963, D, 1965, chr., p.66; NAJJAR Ibrahim, les Libéralités, théorie Générale Testaments - donation, Librairie du Liban, Beyrouth, 1973, p. 54 et s; FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Droit civil, les libéralités, 2^{ème} éd, Coll. U série droit privé, Armand Colin, paris, 1982, p. 980; MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, les Successions et les libéralités, Paris, 1983, p. 513; RIEUBERNET Christelle, Op. cit, p. 13.

² - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 186058، الصّادر في: 17/03/1998، م. ق، ع 1، 1999، ص. 119.

³ - أنظر: قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 307934، الصّادر في: 19/10/2005، م. ق، ع 2، 2005، ص. 195.

⁴ - ذهب بعض الباحثين إلى أنّه طالما أنّ الهبة تملك (اقتداءً بتعريف ابن عرفة للهبة)، فهو بالطّبع لا يصحّ إلاّ بين الأحياء، وبالتالي كان لا داعي تقييد التعريف بشرط الحياة، إذ أنّ مصطلح التملك يستغرق المعنى. أنظر: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السّابق، ص. 15.

البند الثاني: عقد هبة العقار من أعمال التصرف بدون عوض

بموجب عقد هبة العقار، يتصرف الواهب في عقاره دون عوض، مشكلاً بذلك المقوم المادي في عقد هبة العقار "élément matériel"¹.

ومفاد هذا القول أنّ الواهب يلتزم بنقل حقّ عيني إلى الموهوب له، ويتحقق ذلك بالتصرف المباشر في العقار الموهوب بنقل ملكيته إلى الموهوب له، وليس من الضروري أن يكون الحقّ الموهوب هو حقّ الملكية في العقار الموهوب، بل يجوز أن يكون حقّ استعمال أو حقّ انتفاع أو حقّ سكنى أو حقّ ارتفاق أو غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن حقّ الملكية².

كما قد يكون مؤدّى ذلك أيضاً، أن يلتزم الواهب للموهوب له بحقّ شخصي يتمثل في منح شيء "obligation de donner"، إذ يجوز أن يتحقق عقد الهبة بطريق غير نقل حقّ عيني كأن يلتزم الواهب بتسديد دين في ذمة عقار الموهوب له، وهذا تصرف غير مباشر في ماله ينتقص من مجموع ذمة الواهب ويشري جانب الموهوب له دون مقابل، فالإثراء هنا يكون سببه عقد هبة العقار لا الإثراء بلا سبب³، ومن ثمّ لا يستطيع الواهب استرداد العقار الموهوب إلّا في حالات الرجوع المقررة بنصّ القانون⁴.

ولما كانت الهبة تصرفاً في المال، فإنّ الكفالة العينية لا تندرج ضمنها، وذلك لأنّ الكفيل العيني وإن كان يتصرف في عقاره بأن يثقله برهن ضماناً لدين شخص مكفول، إلّا أنّه لا يلتزم بنقل حقّ عيني أصلي لا إلى الدائن ولا إلى المدين، فإذا حجزت ملكية العين المثقلة بالرهن وفاء للدّين، فإنّه يحقّ للكفيل العيني الرجوع بما أدّاه من دين على المدين، فإن تنازل عن هذا الحق فإنّه يكون متبرعاً به لا بحقّ الرهن

¹ - MEAU-LAUTOUR Huguette, Op.cit, p. 44-45.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 10؛ جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 20؛ بدران أبو العينين بدران، الموارث والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 214.

³ - الإثراء بلا سبب نظمه المشرع الجزائري ضمن المادتين 141 و142 من ق. م. ج اللّتان قضتا بتوافر ركنان فيه حتّى يتحقّق وهما: أن يترتب إثراء ينتج عنه افتقار، وأن ينعلم السبب القانوني لهذا الإثراء، وطبقاً لمبدأ الإثراء بلا سبب، ينبغي على كلّ شخص أثرى على حساب غيره دون سبب قانوني أن يردّ لمن افتقر جراء هذا الإثراء قدر ما أثري به وفي حدود ما لحق المفتقر من خسارة. أنظر في هذا الصّدّد:

NAJJAR Ibrahim, Acte à titre gratuit, Disposition à titre gratuit, donation, donation entre époux, pacte sur succession, DOLLOZ Éditions DELTA, 1999, p. 49 ;

أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970، ص. 217.

⁴ - راجع: المادّة: 211 و212 من ق. أ. ج، المادّة: 500 من ق. م. م، والمادّة: 953 من ق. م. ف.

المثقل للعقار.

وعلى هذا الأساس فإنّ التزام الواهب يجب أن يتمّ دون مقابل على اعتبار أنّ طبيعة عقد هبة العقار هي تصرف في العقار دون مقابل إعتدالاً لما درج عليه التشريع الجزائري والمصري والفرنسي ضمن المواد: 202 ق. أ. ج، 487 ق. م. م، 894 ق. م. ف في هذا الصدد¹.

خلاصة لما سبق، لا يعتبر هبة - وإن عدّ تبرعاً - أن يتمتع المتبرّع عن الإثراء، إذ يجب أن يفتقر الواهب بأن يلتزم بنقل حقّ عيني أو يلتزم بأداء حقّ شخصي بمنح شيء كما سبق عرضه، فمثلاً رفض المنتفع في الاشتراط لمصلحة الغير الحقّ المشترط لمصلحته، أو رفض الموصي له الوصيّة لا يعدّ هبة. ويترتب على ذلك أنّ الإبراء من الدين باعتباره نزولاً عن حقّ شخصي، والاشتراط لمصلحة الغير باعتباره إلزام الغير بحقّ شخصي للمنتفع، ليسا هبة مباشرة، وإنّ عدا هبة غير مباشرة لأتّهما لا ينطويان على التزام بنقل حقّ عيني أو شخصي كما تقدّم².

وبذلك يتميّز عقد هبة العقار بوصفه عقداً تبرعياً عن بقيّة التبرّعات التي يندرج فيها تمليك للمنتفعة كالعارية أو أداء لخدمة كالوديعة³ والوكالة دون أجر، في أنّها من أعمال التصرف، وهي بهذا المعنى يقصد منها هبة العقار المباشرة حيث يتصرف الواهب في عقاره بشكل مباشر لا مستتر.

والأصل أن ينقل الواهب ملكية عقاره إلى الموهوب له دون عوض - كما سبق وأنّ أشير إليه - مشكّلاً للعنصر المادّي لعقد هبة العقار⁴، حيث يكون هناك افتقار في جانبه يؤدّي إلى اغتناء في جانب الموهوب له، وعلى الرّغم من ذلك فإنّه لا يوجد مانع من أن يفرض الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين وذلك ما أكّده الفقرة الثّانية من المادّة 202 من ق. أ. ج بالقول "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له، القيام بالتزام يتوقّف على إنجاز الشّروط"، وتكون الهبة في هذه الحالة ملزمة

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 30.

² - أنور طلبة، العقود الصّغيرة، الهبة والوصيّة، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 5.

³ - ثار خلاف بين الفقهاء الفرنسيين حول التّمييز بين التبرّع والهبة على اعتبار أنّ دائرة العقود تحوي التبرّع بنوعيه: أ- عقود الخدمات المجّانية التي يمنح بمقتضاها المتبرّع فائدة للمتبرّع له دون أن يخرج شيئاً من ماله كالعارية والوديعة، وعقود هبة التي بموجبها يخرج الواهب جزءاً أو كلاً من ماله. وقد تباينت آراء الفقهاء بشأن معيار التّمييز بينها، ففي حين اعتمد البعض المعيار الإقتصادي الذي بمقتضاه تختصّ الهبة بافتقار الواهب بينما لا يترتب على عقود الخدمات المجّانية إلّا فوات منفعة أو ربح للمتبرّع؛ إختار فريق آخر من الفقه معياراً قانونياً أساسه التّفريق بين الحقوق العينية والشّخصية، فالهبة ينتقل بموجبها حقّ عيني من ذمّة إلى أخرى، وعقود الخدمات المجّانية ينحصر موضوعها في الحقوق الشّخصية فحسب. أنظر في هذه المسألة: بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 61-62؛

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Op. cit, p. 241.

⁴ - FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Op.cit, p.39.

لجانبيين "contrat bilatéral ou synallagmatique"¹ حيث أنّها تنشئ في ذمة الموهوب له التزاماً بأداء العوض المتفق عليه في متن العقد.

ومع ذلك فإنّه يلاحظ بأنّ الالتزام المشترط من لدن الواهب قد يتخذ عدّة أشكال:

- فقد يشترط الواهب الالتزام لمصلحته "Lacharge stipulée l'intérêt du donateur" ومثاله: اشتراط الواهب على الموهوب له أداء الديون² المثقلة للعقار الموهوب له، وفي هذه الحالة يلتزم الموهوب له بالوفاء بالديون وتبعاتها المترتبة عن ذات العقار لا غير.

- وقد يكون الالتزام المشترط لفائدة الغير "La charge stipulée au profit d'un tiers"، ومثاله: هبة الواهب عقاراً للموهوب له مع اشتراطه الإنفاق على شخص يحدده مدى حياته.

- وقد يكون الالتزام المشترط لفائدة الموهوب له نفسه "La charge stipulée dans l'intérêt du donataire" ومثاله: أن يهب الواهب مبلغاً معتبراً من المال للموهوب له، ويشترط عليه شراء عقار يسكنه، أو أن يؤدّي الواهب مالاً لفائدة جمعية خيرية ويشترط الواهب تخصيصه لبناء مقرّ لها، فمثل هذا الالتزام لا يكون عوضاً عن المال الموهوب لأنّه والهبة ذاتها في مصلحة الموهوب له نفسه، فضلاً عن أنّ هذا الاشتراط يعتبر فائدة محضة للموهوب له يعينه على تحقيق مآربه.

- وقد يكون الالتزام المشترط لفائدة المصلحة العامة، ومثاله أن يهب الواهب عقاراً للموهوب له شريطه تخصيص حيّز منه لحفر بئر وتركه لسقيا العامة³.

والخلاصة ممّا سبق، أنّ عقد هبة العقار يجوز بشرط العوض، إذ أنّ وجود هذا الأخير لا ينفي عنه وصف التبرّع طالما أنّ قيمة المال الموهوب تزيد عن العوض، ذلك أنّ الهبة لا تتحقّق إلّا إذا ترتّب عليها اغتناء الموهوب له، فيكون المقدار المتبرّع به في هذه الحالة هو الفرق بين قيمة العقار الموهوب والعوض المشترط في عقد الهبة.

وحثّى يضلّ عقد هبة العقار محتفظاً بطابعه التبرّعي، فإنّه ينبغي أن تكون قيمة العوض المشترط، أقلّ

¹-GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, T. 2, Les Obligations, 2^{ème} éd, L. G. D. J, paris, 1988, p. 7.

²- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Op. cit, p. 521 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçon de droit civil, Les Obligation, Théorie générale, T. 2, Vol. 1, Montchrestien, 2000, p. 707 ; TERRÉ François et LEQUETTE Yves, Droit civil, Les successions, les libéralités, Coll. précis Dalloz, 1983, pp. 393-394.

³- عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 22.

من قيمة المال الموهوب، أمّا لو كانت هذه القيمة تعادل أو تزيد على قيمة العقار الموهوب، وكان الموهوب له على علم بذلك، فإنّ العقد يصبح معاوضة لا تبرعاً¹. أمّا إذا تبين بأنّ العوض تزيد قيمته على قيمة العقار الموهوب وكان الموهوب له لا يدري بذلك، فإنّه لا يكون ملزماً بالعوض إلاّ في حدود قيمة العقار الموهوب وذلك ما سار عليه المشرّع المصري ضمن المواد: 497 إلى 499 من ق. م. م.²

تجدر الإشارة إلى المشرّع الجزائري لم يفصل في مسألة العوض سوى إيرادها لمسألة اشتراط القيام بالتزام يتوقّف على إنجاز الشرط ضمن نصّ المادة 2/202 من ق. أ. ج الوحيدة، وكان الأجدى به اقتفاء أثر المشرّع المصري - ومن اقتبس عنه - الذي سبق وأن فصل وفصل فيها بنصوص صريحة تفيد بالتزام الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض سواء أكان لمصلحته، أم للغير، أم للمصلحة العامة، علاوة على تبيان أداء العوض وحالاته وشروطه، ساداً بذلك مختلف أوجه التأويل والتفسير التي من الممكن أن تثار في هذا الصدد³.

البند الثالث: عقد هبة العقار يتمّ بنية التبرّع

لا يقوم عقد هبة العقار بعنصره المادّي بتقديم عقار بدون مقابل فحسب، ذلك لأنّ هذا المقوم ليس يكفي وحده للتفرقة بين عقد الهبة وغيره من عقود التبرعات، وإنما يتوجب فضلاً عن ذلك إتماماً لمقوماتها توافر العنصر المعنوي "élément intentionnel" وهو ما اصطلح عليه "بنية التبرّع"⁴ "l'animus donandi ut standi"، ويقصد به أن يتجرّد الواهب عن العقار الموهوب دون الحصول على عوض يعادلة⁵، فقد يهب الشخص عقاراً له دون عوض، ومع ذلك لا تتوفّر لديه نية التبرّع، فيكون تصرفه هذا بعيداً عن الهبة وغير خاضع لأحكامها.

فالمعتمد عليه في هذا الشأن هو نية الواهب إبان إبرام العقد وما انطوت عليه نفسه، فإن كان يروم إلى تضحية من جانبه دون أن يعود عليه من ورائها مصلحة شخصية، مادّية كانت أو أدبية، أو أن

¹ - إنشطر الفقه في فرنسا في هذه المسألة إلى فريقين: الأول ذهب إلى أنّ العقد يكون مختلطاً بين التبرّع والمعاوضة، وذهب فريق آخر إلى أنّ العقد يبقى بالرغم من ذلك هبة يطبّق عليها المبادئ العامة لعقد الهبة. أنظر:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Op. cit, p. 728 ; MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Op. cit, p. 237.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 14-15.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص. 31-32.

⁴ - محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 2، 1987، ص. 453.

⁵ - جلال العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 63؛

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Op. cit, p. 237.

يؤيِّ بالتزام عليه ولو كان طبيعياً، أُعتبر تصرفه حينئذ هبة ولو عاد عليه بالتَّفع، أمّا إذ نوا من هذا التصرف منفعة معيّنة، فلا يعتبر عندئذ هبة ولو لم يجن من ورائه أي نفع يذكر.

ولما كانت نيّة التبرّع مسألة نفسية خفيّة، فإنّ توافرها يخضع لتقدير محكمة الموضوع، والعبارة فيها بما وقّر في نفس المتبرّع وقت التبرّع كما أسلف القول إليه¹، وبناء على ذلك، تنتفي نيّة التبرّع ولا يكون لعقد هبة العقار وجود في الحالات الآتية²:

- **الوفاء بالتزام طبيعي**³: ومثاله منح الوالد عقاراً لابنه مساعدة له بغرض مزاولة التجارة فيه، أو توفير الإبن سكناً لوالديه بغرض الإيواء حال كبرهما، ففي هذه الحالات فالتصرف (الأب أو الابن) ليسا بمبرّعين، وتصرفهما هذا هو وفاء بالتزام طبيعي في ذمتهما لا هبة منهما لانتفاء خاصية التبرّع.

- **عطايا المكافأة**: وتدعى بمبات المجازاة وهي التي تمنح مكافأة للموهوب له لقاء خدمات قدّمها للواهب، فتعتبر وفاء بالتزام طبيعي، ومثال ذلك أن يُعطى الخادم نظير تفانيه وإخلاصه في خدمة مخدومه عقاراً مخصّصاً للسكن بجواره، فمثل هذا التصرف لا يعتبر من قبيل المبات دون عوض وإنّما من قبيل مبات المجازاة التي هي في حقيقتها معاوضة في الأساس⁴.

- **إذا قصد المتصرف من تصرفه جني منفعة مادية أو أدبية**: ومثال المنفعة المادية، منح الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين قطعة أرض لمستثمر بغرض تشييد مركب ترفيهي وقصدت من خلاله رواجاً واستقطاباً للعروض قصد بيع باقي العقارات المجاورة لها، فإنّ تصرفها هذا لا يعتبر هبة لانتفاء نيّة التبرّع لديها.

ومثال المنفعة الأدبية: تبرّع شخص بقطعة أرض بغرض تشييد مسجد شريطة إطلاق اسم والده عليه، فالواهب في هذه الفرضية يهدف إلى تحقيق ميزة أدبية أو اجتماعية، وبالتالي لا يعدّ تصرفه هذا هبة.

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 23؛ المرجع السابق، ص. 156.

² - أنظر بتفصيل مستفيض أهم الحالات: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 16 وما يليها؛ بدر جاسم البعقوب، المرجع السابق، ص. 68 وما يليها؛ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. 69 وما يليها؛ خالد سمّاحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013، ص. 25.

³ - NAJJAR Ibrahim, Les Libéralités, théorie Générale Testaments – donation, Op. cit., pp. 25-26.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 17.

الحصيلة مما سبق، وحتى يتشكّل عقد الهبة صحيحاً، فإنّه ينبغي أن تتوافر في الهبة نية التبرّع خالصة¹ دون أن يروم الواهب من خلالها الوفاء بالتزام طبيعي، أو المكافأة نظير خدمات قدّمت إليه، أو استهداف تحقيق وجني منافع مادية أو أدبية.

ويجب فضلاً عما سبق، أن تكون نية التبرّع وقصد المتبرّع صريحاً إبان إبرام عقد الهبة، وعلى محكمة الموضوع تحريّ توافر نية التبرّع من عدمها، فإن وجدت طبّقت عليها القواعد الخاصة بعقد الهبة، وإلاّ كان التصرف المعروض بمنأى عن تلك الأحكام.

وفي كلّ الأحوال لا يكون القاضي خاضعاً أثناء تحريّيه عن نية التبرّع لرقابة المحكمة العليا²، لأنّها مسألة واقع حيث يجب استنتاجها³ والتعرّف عمّا إذا كان المتصرف قد قصد التّضحية بعقاره دون انتظار منفعة، وبالتالي توافر نية التبرّع لديه حتّى ولو جنى بعد ذلك منفعة لم تكن في حسبان، أو كان قد استهدف من وراء تبرّعه منفعة تعود عليه⁴.

الفرع الثاني: خصائص عقد هبة العقار

بالإضافة إلى باقي المقوّمات المذكورة آنفاً، يختصّ عقد هبة العقار بخصائص تميّزه عن غيره من التصرفات الأخرى، من ذلكم أنّه عقد مسمّى ملزم لجانب واحد (البند الأوّل)، فضلاً عن أنّه عقد شكليّ في الأساس (البند الثاني).

البند الأوّل: هبة العقار عقد مسمّى ملزم لجانب واحد

لا مندوحة في أنّ العقد يعتبر من أهمّ مصادر الالتزام كافّة، لذلك فقد احتلّت النظرية العامّة للعقد لبّ مصادر الالتزام بحكم إرساءها للقواعد المنظّمة لمختلف العقود ومعالجتها لأحكامها.

¹ - أكتّم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 48؛ محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 77.

² - يقابل جهاز المحكمة العليا في الجزائر: محكمة النقض في مصر وفرنسا.

³ - أنظر: نقض صادر في: 1984/02/21، طعن رقم: 1527 لسنة 53، نقلاً عن: أنور طلبه، المرجع السابق، ص. 7؛ حكم صادر عن المحكمة المدنية، الغرفة الأولى رقم: 5 بتاريخ: 1987/01/13، ن. ق. ل 1987، بداية جبل لبنان المدنية، ص. 367، تمييز مدني، الغرفة 4، رقم: 19 بتاريخ 1982/06/06، الشّرق الأدنى، ع 35-36، ص. 253، نقلاً عن: نادر عبد العزيز شاتي: عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 2 (دراسة اجتهادية)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2001، ص. 522، وأنظر أيضاً:

Civ., 1^{re}, 12 mars 1974, G. P., 1974, Somm., 127 ; Civ., 3^{ème}, 20 février 1974, Bull Civ., III. n°: 84 ; Civ., 1^{re}, 21 Juin 1976, D, 1967, 584. Note Berton; J. C. P., 1967; Civ., 1^{re}, 28 mars 1977, D, 1977, I.R. 294.

⁴ - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 36.

يُبد أن مختلف المشرّعين لم يكتف بتشريع القواعد العامة التي يمتد تطبيقها إلى جميع العقود، وإنما حرصوا على تنظيم بعض العقود التي تتمتع بأهمية عملية بالغة وانتشار واسع بشيء من التفصيل، لذلك فقد أضافوا إلى القواعد العامة لها قواعد خاصة، وخلعوا عليها اسماً خاصاً واختصوها بتنظيم دقيق حتى باتت تعرف بالعقود المسماة "contrats nommés"¹.

ولما كانت الهبة عقداً مسمى، فقد تولّى المشرّع الجزائري تنظيمه ومعالجة أحكامه في الفصل الثاني من الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان "التبرّعات" وضمن المواد: 202 إلى 212 منه.

ولئن كان المشرّع الجزائري قد وُفق في تسمية الكتاب بعنوان "التبرّعات" على اعتبار جمعه فيه أهمّ العقود المجانية الشائعة (الهبة، الوصية، الوقف) التي هي في الأصل عقود تنطوي في طبيعتها على التبرّع، فقد كان الأولى والأصحّ تقديم ترتيب عقد الهبة وتنظيم أحكامه أولاً ضمن نفس الكتاب بوصفه باب التبرّعات وأساسه، ضف إلى ذلك ضرورة تصحيح التسمية الخاطئة لعنوان الكتاب بالنصّ الفرنسي "DISPOSITION TESTAMENTAIRES" الذي جعل العقود الثلاثة المذكورة أنواعاً من التبرّعات المتعلقة بالموت "Des libéralités à cause de mort".

فإذا كان هذا التوصيف يتوافق مع القانون المدني الفرنسي التي نظّمها على هذا النحو، فإنّه لا يتمشى وأحكام الفقه الإسلامي الذي نظّم تبرّعا وحيداً من بين جملة التبرّعات متعلّق بوفاة المتبرّع أسمائه "بالوصيّة"².

وعلى غرار المشرّع الجزائري تولّى المشرّع الفرنسي معالجة أحكام عقد الهبة في موقعها الأصلي ضمن التقنين المدني في الباب الثاني من الكتاب الثالث تحت عنوان "العطايا" من المواد: 894 إلى 966 منه، ونهج نفس النهج المشرّع المصري حينما شرّع أحكام نفس العقد في قانونه المدني ضمن الفصل الثالث من الباب الأول تحت عنوان "الهبة" في المواد: 486 إلى 504.

وينبغي على اعتبار الهبة عقداً مسمى، إعتبارها عقد ملزم لجانب واحد في الأصل إذا كانت بدون عوض، إذ هي ترتّب في ذمّة الواهب التزاما بنقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له وما يقتضيه هذا الالتزام من التزامات أخرى تتصل به كالالتزام بتسليمه والحفاظ عليه وضمّانه.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998، ص. 111-130؛

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 89 ; GHESTIN Jacques, Op. cit., p. 15.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 19.

أما إذا اقترنت الهبة بعوض ففي هذه الحالة تكون ملزمة للجانبين، ويتعيّن - حينئذٍ - على كلّ طرف الوفاء بما التزم به ضمن العقد¹.

البند الثاني: هبة العقار عقد شكلي

تفيد هذه الخاصية بأنّ عقد هبة العقار من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقاده وجود التراضي بين المتعاقدين، وإنما ينبغي إفراغ هذا التراضي في شكل معيّن وتحريره في قالب رسمي على يد مهنيّ موثّق أو موظّف مكلف بالتوثيق.

ولعلّ استلزام الشكلية في عقد هبة العقار بما تقتضيه من إجراءات وما تستتبعه من علانية وما تتطلبه من وقت وجهد، له ما يبرّره إزاء إنشاء العلاقة التعاقدية وآثارها فيه.

فبالنسبة للواهب، فإنّ الشكلية فيها حماية له، لأنّه في الوقت الذي يودّ أن يتفرّغ فيه عن ماله العقاري دون عوض، يكون في حاجة إلى التدبّر والتروّي ليأمن تبعات اندفاعه لإبرام عقد الهبة.

وبالنسبة لورثة الواهب، ففي الشكلية وقاية لهم جراء ما قد يؤدّي إلى سلب حقوقهم في التركة التي ستؤول إليهم من الواهب، وبالتالي فإنّ إجراءاتها سبيل لإحاطة أيّ منهم وعلمه بما يقدم عليه مورثه من تبرّع فيصّره بنتيجة فعله.

أما بالنسبة للموهوب له، فالشكلية مفيدة له لأنّها تحميه من إمكانية الطعن في وجود عقد الهبة وصحّته، فتكون بذلك إجراءاتها أقوى وسيلة حمائية تصون حقّه في تملك العقار الموهوب².

نتيجة لما سبق، إشتراط المشرّع الفرنسي لصحّة عقد هبة العقار بالإضافة إلى ضرورة توافر أركانها الموضوعية أن تتمّ في شكل رسمي "L'autenticite"³، حيث قضى في نصّ المادة 931 من ق. م. ف على أنّ "كلّ هبة تتمّ بين الأحياء يجب أن تحرّر أمام الموثّق وإلاّ كانت باطلة"⁴، وهو نفس النهج الذي انتهجه المشرّع المصري لما قرّر في المادة 488-1 من ق. م. م ضرورة انعقاد عقد هبة العقار بورقة رسمية

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 25-26؛ محمّد حسنين، المرجع السابق، ص. 17.

² - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 22.

³ - TERRÉ François et LEQUETTE Yves, Op.cit., p. 387 ; GUIHO pierre, Cours de droit civil, Vol. 8, Les successions, Les libéralité, L'Hermès, paris, 1983, p. 507.

⁴ - Art 931 : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

بمعرفة موظف مختص بالتوثيق تحت طائلة بطلانه¹.

وفي ذات السياق، ألزم المشرع الجزائري إفراغ عقد هبة العقار في الشكل الرسمي متى كان وارداً على عقار، وأكد ضمن نص المادة 206 من ق. أ. ج² على أنّ انعقاده بإيجاب وقبول أطرافه لا يكفي لقيامه، بل يستلزم إضافة إلى ذلك أن يتمّ بحيازة العقار الموهوب ومراعاة أحكام قانون التوثيق، وإذا احتلت تلك الإجراءات بطلت الهبة³.

غير أنّ الشكل المتطلب في العقود الشكلية وفقاً للقانون، لا يغني عن صحّة التراضي وتوافر إرادة سليمة، فهو لا يعدو أن يكون اللباس الذي ينبغي أن يلبس الرضاء بالعقد فيه، فمثلاً إذا أبرم عقد هبة عقار لدى الموثّق، ثمّ تبين لاحقاً إنعدام أو نقصان إرادة الواهب أو الموهوب له فإنّ العقد لا ينشأ من الأصل، ذلك أنّ العقد الشكلي يلزم لتكوينه ورود الرضاء فيه صحيحاً وفي الشكل المعين قانوناً، إذ أنّ أحد الركنين لا يغني أحدهما عن الآخر في تمام عقد هبة العقار في الأخير.

تجدر الإشارة إلى أنّ الفقهاء المسلمون لا يستلزمون لإنشاء عقد هبة العقار وإبرامه أن يفرغ في الشكل الرسمي، مخالفين في ذلك ما استقرت عليه مختلف القوانين الوضعية من لزوم الشكلية فيه تحت طائلة بطلانه الفعلي⁴.

ومع ذلك فإنّ استلزام الشكلية في نفس العقد لا ينبغي أن يفسر على أنّه مخالفة لأحكام الشرع⁵ طالما أنّ مصلحة المتعاقدين تقتضي ذلك، وبخاصّة الواهب وورثته الذين ينطوي عقد الهبة على خطر يهدّد مصالحهم، كما لا يمكن أن يبرّر أيضاً - حسب قول البعض - بأنّ المسلمين لم تسعفهم قريحتهم للوصول إلى تشريع مثل هذا النظام ولم يتوصّل إلى إدراك المزايا التي يحققها من تحصين واستقرار

¹ - نصّت المادة 488-1 من ق. م. م على أنّه "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة...".

² - أكّد المشرع الجزائري في المادة 206 من ق. أ. ج على أنّ "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتمّ بالحيازة، ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات [...] وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

³ - محمّد تقيّة، الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مجلّة الموثّق، ع4، سبتمبر 1998، ص. 38؛ محمّد حسنين، المرجع السابق، ص. 17.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 18 هامش رقم: 1؛ محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 37.

⁵ - الشكّية في مفهوم الفقه الإسلامي هي "تلك التي تردّ كافة الأحكام الشرعية إلى إرادة الشّارع الإلهي حتّى ما كان منها نتاجاً إنسانياً". أنظر في المقارنة بين الشكّية في مفهوم النّظم القانونية الوضعية وفي الشريعة الإسلامية، محمّد جمال عطية عبد المقصود عيسى، الشكّية القانونية، دراسة مقارنة بين النّظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة الزّقازيق، 1993، ص. 166-107.

للعقد؛ بل يجب أن يفهم بأن المسلمين شرّعوا أحكاماً تكفل لعقد هبة العقار حجّيته وتحمي حقوق المتعاقدين بما لا يتعارض مع مبادئهم السامية التابعة من تعاليم الإسلام الجليلة القاضية بجعل الإنسان خليفة الله في أرضه يسمو بنفسه عن كلّ تعدي بحقوق الغير وأنّ معاملاته تسودها مخافة المولى، ومجتمع هذه سيرته لا يمكن أن يشرّع آية آلية تتعارض مع تلك المبادئ السامية¹؛ ذلك لأنّ مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي - في الأساس - متى وأين توجد مصالح العباد فتمّة شرع الله، ولولي الأمر - حينئذ - تنظيم المعاملات باستحداث تشريعات تصون حقوق الناس وتحفظ مصالحهم انتهاء².

المبحث الثاني: تمييز عقد هبة العقار عمّا يقاربه أو يفارقه من تصرّفات

إنّ تشابه عقد هبة العقار مع بعض التصرفات في أوجه عدّة، يجعل أمر الالتباس بينهم محتمل الوقوع، سيما أمام القاضي الملزم بالتوصّل إلى أنّ العقد محلّ النزاع عقد هبة يطبّق عليه الأحكام الخاصة به، ممّا يتطلّب معه - من ثمة - التمييز بينه وبين ما يقاربه (المطلب الأوّل)، أو يفارقه من تصرّفات (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: تمييز عقد هبة العقار عمّا يقاربه من تصرّفات

لمّا كان عقد هبة العقار من العقود المسماة الذي اعتنى التشريع بتنظيم أحكامه ومعالجة تفاصيله، فإنّه قد يتداخل مع بعض التصرفات الشبيهة به، ممّا يدقّ أمر التفرقة بينهم في بعض الأحيان. ذاك ما سنحاول بيانه فيما يلي من خلال التعرّض للتفرقة بين: هبة العقار والعطية (الفرع الأوّل)، هبة العقار والصدقة (الفرع الثاني)، هبة العقار والهديّة (الفرع الثالث).

الفرع الأوّل: هبة العقار والعطية

العطية لغة مفرد عطايا، وهي مشتقة من العَطُو الذي يعني التناول، ومنه عطوات، أعطوا، عطاء. والعطية إسم لما يعطى، والجمع عطايا أو أعطية، وجمع الجمع: أعطيات³.

¹ - علوي أمين السيد خليل، الملكية العقارية وشهرها في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دراسة مقدّمة للحصول على درجة العالمية (الدكتوراه)، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، د. ت، ص. 560 ما يليها.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 37.

³ - أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 9، دار صادر، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 274.

وعرّف ابن الأثير الهبة بقوله: "هي العطية الخالية من الأعيان والأعراض"¹.

أمّا العطية شرعاً فقد تبين تعريف الفقهاء إزاءها تبعاً لتباين الأعراف السائدة لديهم بشأها.

فقد عرّفها ابن عرفة بقوله: "تمليك متمول بغير عوض إنشاء"²، جاعلاً بذلك العطية جنساً لمختلف العقود التبرعية، فيدخل ضمن التعريف: الوقف، والوصية، والعارية، والهبة ونحو ذلك، مما يتحقق فيه المناولة والعطاء³.

أمّا الكاساني فذهب إلى أنّ العطية والهبة لفظان مترادفان إذا أطلق أحدهما أريد به الآخر، ومّا جاء في قوله: "فالإيجاب أن يقول الواهب وهبت هذا الشيء لك، أو ملكته منك، أو جعلته لك، أو هو لك عطية"، وقال في موضع آخر "والهبة بمعنى العطية"⁴.

وخلاف الأولين، إختصّ ابن مفلح العطية بنوع معيّن من الهبة وهي الهبة في مرض الموت، ومّا جاء في قوله: "وَالْعَطِيَّةُ هُنَا الْهَبَةُ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ"⁵، بمعنى أنّ العطية يُراد منها الهبة في مرض الموت.

باستقراء ما تقدّم من تعاريف، فإنّه يترتّب على ما قرره ابن عرفة من أن تكون العطية تصرفاً تبرعياً، وبالتالي فإنّها تأخذ حكم التصرف الذي وردت عليه، وتبعاً لذلك تكون هبة العقار أحد أنواع العطايا، إذ أنّ كلّ هبة عطية، وليست كلّ عطية هبة مصداقاً لقول محمد بن يوسف المواق "الْهَبَةُ أَحَدُ أَنْوَاعِ الْعَطِيَّةِ"⁶.

ويترتّب على ما ذهب إليه ابن مفلح من أنّ العطية متّصلة بالهبة في مرض الموت، إعتبار هبة العقار حال الصحة ليست بعطية، ومن ثمّ لا يجوز تسميتها بذلك، كما ينبني على قول الكاساني من أنّ

¹ - مجد الدّين أبو السّعادات المبارك بن محمّد بن محمّد بن عبد الكريم الشّيباني الجزري ابن الأثير، النّهاية في غريب الحديث والأثر، ت: طاهر أحمد الزّاوي ومحمود محمّد الطّاحي، ج 5، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1979، ص. 518.

² - محمّد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرّصاع التّونسي المالكي، المرجع السّابق، 593، محمّد بن أحمد بن محمّد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السّابق، ص. 174.

³ - علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّسوّلي، البهجة في شرح التّحفة، ت: محمّد عبد القادر شاهين، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ص. 393.

⁴ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، المرجع السّابق، ص. 115-116.

⁵ - إبراهيم بن محمّد بن عبد الله بن محمّد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدّين، المبدع في شرح المقنع، ت: محمّد الشّافعي، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997، ص. 190.

⁶ - محمّد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغزنائي، أبو عبد الله المواق المالكي، التّاج والإكليل شرح مختصر خليل، ج 8، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 1994، ص. 3.

الهبة والعطية لفظان مترادفان كلّ منهما يعني الآخر، ويُراد به تمليك المال حال الحياة بغير عوض اعتبار أنّ كلّ منهما ليس نوعاً من الآخر.

الفرع الثاني: هبة العقار والصدقة

الصدقة لغةً: مفرد صدقات وهي مشتقة من لفظ صدق، تقول صدقت الحديث، ومنه المتصدق الذي يمنح الصدقة، والمصدق الذي يأخذ صدقات النعم، وتصدق أي أعطاه الصدقة، وهذه الأخيرة هي ما تصدقت به على الفقراء، من ذلكم قوله تعالى: ﴿... فَأَوْفِ لَنَا الْكَيْلَ وَتَصَدَّقْ عَلَيْنَا إِنَّ اللَّهَ يَجْزِي الْمُتَصَدِّقِينَ﴾¹، وصادق المرأة مهرها، وسمي بذلك لقوة إلزامه².

واصطلاحاً ذهب النووي إلى أنّ "التَّمْلِيكَ لَا بِعَوَضٍ هِبَةٌ، ... وَإِنْ انْضَمَّ إِلَيْهِ كَوْنُ التَّمْلِيكَ لِلْمُحْتَاجِ تَقَرُّبًا إِلَى اللَّهِ تَعَالَى، وَطَلَبًا لِثَوَابِ الْآخِرَةِ، فَهُوَ صَدَقَةٌ"³.

لا شك أنّ اقتران هبة العقار بطلب ثواب الآخرة يخرج ما عدا الصدقة كالهديّة والعطية على اعتبار تجريدهم عن نيّة الثّواب الأخروي؛ وعلى ذلك إن نوا المعطي وجه المعطى وثواب الآخرة، عُذّت صدقة عند كلّ من المالكية والشافعية⁴، بخلاف الحنفية والحنابلة الذين يرون بأنّ الصدقة هي ما نوا بها المعطي ثواب الآخرة فقط، فإن اشتركت بأمر دنيوي اعتبرت هبة⁵.

وعليه، فإنّ هبة العقار والصدقة تلتقيان في أنّ كلّ منهما تمليك مال حال حياة الواهب بلا عوض، وأنّهما من التبرّعات المندوب إليهما شرعاً، ويفترقان في أمور عدّة، أهمّها:

- تبذل ملكية المال في الصدقة محتاج تقريباً للمولى عزّ وجلّ وطمعاً في ثوابه الأخروي⁶، فتكون لدفع الحاجة، بخلاف الهبة التي قد يؤدّى فيها المال العقاري الموهوب محتاج، وقد يمنح لغيره تقوية لأواصر

¹ - سورة يوسف، الآية: 88.

² - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدّين الزّازي، المرجع السابق، ص. 359.

³ - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النووي، تحرير ألفاظ التنبيه، ت: عبد الغني الدّقر، دار القلم، دمشق، ط1، 1408 هـ، ص. 239-240.

⁴ - محمد بن أحمد بن عرفة الدستوقي المالكي، المرجع السابق، ص. 87.

⁵ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المرجع السابق، ص. 133.

⁶ - وهذا ما قضت به المادّة 853 من مجلّة الأحكام العدلية بقولها: "الصدقة هي المال الذي وهب لأجل الثّواب"؛ وأكّده مدوّنة الحقوق العينية المغربية ضمن مادّتها 290 حينما نصّت بأنّ "الصدقة تمليك بغير عوض، ويقصد بها وجه الله تعالى".

الصِّلَة وتألّيفاً للقلوب، كما يمكن أن يروم الواهب من خلالها الحصول على عوض دينوي أو أخروي¹.
- لا تقتضي الصدقة عوضاً دينوياً عند جمهور الفقهاء خلافاً لحبة العقار التي تقتضيه لدى بعضهم.

- لا يجوز للمتصدّق الرجوع في صدقته أو اعتصارها بعد تمام قبضها² مصداقاً لقول عمر رضي الله عنه³ "من وهب هبة على وجه الصدقة فإنّه لا يرجع فيها"، ذلك لأنّ المراد منها نيل الثواب حيث أنّها خالصة لوجه الله خلافاً للهبة التي يجوز للواهب اعتصارها أو الرجوع فيها إذا وجد سبب من أسباب الرجوع على خلاف بين الفقهاء كما سيأتي بيانه في حينه.

الفرع الثالث: هبة العقار والهدية

الهدية لغة: "ما أتخف به"⁴، يقال أهديت الهدية أهديها إهداءً إذا أرسلتها، والهدية إسم لما أرسل إلى المهدي له وفيها دلالة على الملاطفة⁵.

وفي معنى ذلك قال تعالى: ﴿وَإِنِّي مُرْسِلَةٌ إِلَيْهِمْ بِهَدِيَّةٍ...﴾⁶، والتّهادي تبادل الهدية.

وقد جاء في السنّة الحثّ على ذلك بالقول: "تَهَادُوا تَحَابُّوا"⁷، والجمع هدايا.

أمّا الهدية في الاصطلاح فقد عُرِّفت بكونها "المال الذي أتخف به وأهدي لأحد إكراماً له"⁸.

¹ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 33-34.

² - وذلك ما قضت به المادة 529 من كتاب الأحكام الشّرعية في الأحوال الشّخصية لمحمد قدري باشا بأنّ "الصدقة كالحبة لا تملك إلّا بعد القبض ولا رجوع فيها ولو كانت لغني"، بخلاف ما ذهب إليه فقه الشيعة الزّيدية في هذا الصّدّد. أنظر: أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ط 1، 1949، ص. 137.

³ - وفي نفس السّياق ذهبت الموسوعة الكويتية إلى أنّه: "... وقد يحرم الاسترداد، كمن أخرج صدقة، فإنّه يحرم عليه استردادها؛ لقول عمر: من وهب هبة على وجه صدقة فإنّه لا يرجع فيها ولأنّ المقصود هو الثّواب وقد حصل". أنظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج3، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، دار السّلاسل، الكويت، ط 2، 1987، ص. 283.

⁴ - أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 15، المرجع السابق، ص. 61.

⁵ - محمّد بن علي بن محمّد، أبو سهل الهروي، إسفار الصّحيح، ت: أحمد بن سعيد بن محمّد قشّاش، ج 1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السّعودية، 1420هـ، ص. 430.

⁶ - سورة التّمل، الآية: 35.

⁷ - أبو بَشَر محمّد بن أحمد بن حماد بن سعيد بن مسلم الأنصاري الدّولابي الرّازي، الكنى والأسماء، ت: أبو قتيبة نظر محمّد الفارابي، ج2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2000، ص. 644.

⁸ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج42، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

وفي السياق ذاته عرّفت المجلّة العدلية الهدية في المادة 834 بقولها: "هي المال الذي يعطى لواحد أو يرسل إليه إكراماً له"¹.

وعليه فإنّ الهدية هي ذاك المال الذي يعطى لأحد ويرسل إليه إكراماً له² لكسب مودّته وطلب التقرب منه، وهي كهبة العقار في أحكامها وإن كان لا يشترط فيها الإيجاب والقبول، بل يكفي أن يرسلها المهدى ويقبضها المهدى له، وحيث يصحّ الرجوع في الهبة يصحّ الرجوع في الهدية أيضاً، وذلك ما أكّده محكمة النقض المصرية بقولها: "الهدايا التي يقدمها أحد الخاطبين للآخر إبان الخطبة ومنها الشبكة تعتبر من قبيل الهبات، فيسري عليها ما يسري على الهبة من أحكام في القانون المدني [...] وحقّ الخاطب والواهب في استرداد هدايا الخطبة يخضع لأحكام الرجوع في الهبة الواردة في المادة 500 وما بعدها من القانون المدني"³.

الحاصل ممّا تقدّم، فإنّ هبة العقار والهدية تشابهان في أنّ كلّ منهما تمليك لمال في الحياة بدون عوض، فضلاً عن أنّهما من أعمال التبرّع، غير أنّهما يختلفان في ما يأتي:

- تميّز الهدية عن هبة العقار في نية الإكرام، وقد مثّل بهذا القيد للتفريق بين الهدية والصدقة، ذلك أنّه إذا قصد المعطي بعطيته ثواب الآخرة فهي صدقة، وإنّ نوا بها التقرب والتحبّب والإكرام فهي هدية بخلاف الهبة التي يكون القصد فيها نفع الموهوب له⁴.

- تنطوي الهدية - بخلاف هبة العقار - على تعظيم المهدى إليه وتكريمه، فضلاً عن أنّ المال المهدى ينقل إلى المهدى إليه، وفي ذلك الفعل احتراز عن الهدية التي لا تنطبق على العقار كون اصطلاح

الكويت، طبع الوزارة، الكويت، ط2، 1987، ص. 120.

¹ - سليم رستم باز، المرجع السابق، ص. 462.

² - ومن ضروب التكريم ما نصّت عليه المادة 834 من مجلّة الأحكام العدلية بقولها: "الهدايا التي تردّ في الختان والعرس تكون لمن تردّ باسمه من المختون والعروس والولد والوالدة".

³ - طعن رقم: 62 لسنة 39، جلسة يوم: 1984/05/26، سنة 25، منشور ضمن الموسوعة الدّهية، الإصدار المدني، ج 10، 1982، ص. 948؛ نقض جلسة يوم: 1996/05/15، س. ق 64، نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ - أنظر أهم الفروق بين الهدية، الصدقة، والهبة: أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ت: علي معوض وصاحبه، ج 4، دار عالم الكتب، بيروت، طبعة خاصّة، 2003، ص. 364؛ أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهراّن العسكري، الفروق اللّغوية، ت: محمّد إبراهيم سليم، دار العلم والثّقافة للنّشر والتّوزيع، القاهرة، مصر، 1988، ص. 167؛ محمّد بن علي بن محمّد، أبو سهل الهروي النّحفي، التّحفة النّظامية في الفروق الإصطلاحية، دائرة المعارف النّظامية، الزّاهرة، د. ب. ط، 1312 هـ، ص. 180.

الهدية لا يقع عليه¹.

- عدم اشتراط الإيجاب والقبول في التهادي، بل يكفي إرسال المهدى هديته ويقبضها المهدى له، بخلاف هبة العقار المشترط فيها ذلك تحت طائلة بطلانها².

المطلب الثاني: تمييز عقد هبة العقار عما يفارقه من تصرفات

بعد دراستنا للتصرفات التي تشبه بعقد هبة العقار، يقتضي المقام الوقوف على تصرفات أخرى تتفارق معه في الماهية، وحتى ينجلي اللبس بينهم، من المفيد البحث عن أهم مواطن التمييز بين عقد هبة العقار والتصرفات الصادرة من جانب واحد (الفرع الأول)، ثم التفرقة بينه وبين التصرفات الصادرة من جانبين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تمييز عقد هبة العقار عما يفارقه من تصرفات صادرة من جانب واحد

لا مراء في أنّ الوصية والوقف والإباحة تصرفات تصدر من جانب واحد، تتشابه مع الهبة في وصف التبرع لكنها تتباين معها في أوجه عدة. وبيان ذلك يتعين بحث أهم معايير المفارقة بين: هبة العقار والوصية (البند الأول)، ثم بينها وبين الوقف (البند الثاني)، فبينها وبين الإباحة انتهاء (البند الثالث).

البند الأول: هبة العقار والوصية

الوصية "Testament" (تمليك مضاف إلى ما بعد الموت) يعني بطريق التبرع³.

فهو بهذا التوصيف تعتبر من التصرفات التبرعية المحضة، ومن ثم فإنّ الوصية تشبه هبة العقار في أنّها تمليك بلا عوض بنية التبرع، غير أنّها يتباينان في عدة أوجه، لعل أهمها:

- هبة العقار عقد يلزم لتكوينه توافق إرادة عاقيه: الواهب والموهوب له، بخلاف الوصية فهي

¹ - أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني، التاج المذهب لأحكام المذهب، ج 3، د. د. ط، بيروت، لبنان، 1366 هـ، ص. 275.

² - محمد بن علي بن محمد، أبو سهل الهروي النحفي، المرجع السابق، ص. 180.

³ - وهو أشهر تعاريف الوصية عند الحنفية، أنظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت: خليلي المنصور، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 691؛ نفس التعريف أورده المشرع الجزائري في نص المادة 184 ق أ.ج. أنظر: العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص. 230.

ليست بعقد وإنما تصرف ينشأ بإرادة منفردة¹، وعلى اعتبارها ليست بعقد فإن ملكية العقار الموصى به لا تنتقل إلا بعد وفاة الموصي² وليس من تاريخ الإيضاء، لأنها تصرف يضاف إلى ما بعد الموت ولا تنتج أثرها إلا بعده على نقيض عقد هبة العقار، إذ أن ملكية العقار الموهوب تنتقل إلى الموهوب له إبان حياة الواهب³.

- على اعتبار أن هبة العقار عقد تبرّعي لازم، فالأصل فيها أنه لا يجوز الرجوع فيه إلا في الأحوال المقررة شرعاً وقانوناً، في حين أن الوصية يجوز للموصي الرجوع فيها متى أراد ما دام حياً، ويتم الرجوع في الوصية بإرادة الموصي وحده دون أدنى قيد أو شرط⁴.

- إستلزم المشرّع لانعقاد عقد هبة العقار الرسمية المطلوبة⁵ تحت طائلة بطلانه⁶، على اعتبار أن توافر الشكل ركن لتكوينه، بينما الوصية تصرف رضائي والرسمية المتطلّبة فيها قانوناً ما هي إلا وسيلة لإثباتها⁷ لا ركناً لإنشائها.

- أطلق المشرّع يد المالك في أن يهب ممتلكاته لمن شاء وكيف ما شاء مادام على قيد الحياة، على عكس الوصية فهي لا تصح إلا للأجنبي أو للوارث المجاز من لدن الورثة.

- هبة العقار مطلقة غير مقيدة بنصاب معين⁸ في الأصل، إذ يجوز للواهب التنازل عن كل أو

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون والشريعة الإسلامية، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ص. 98؛ علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، بحث مقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص. 121؛ محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص. 33؛ محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، د. ب. ط، 1988، ص. 239؛ وأنظر أيضاً: نقض، جلسة يوم: 1981/12/07، طعن 139، س. ق 45، نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 25.

² - محمد زكي عبد البرّ، التصرفات الشرعية الانفرادية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 2، السنة 9، أبريل - يونيو 1965، ص. 67.

³ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 144-145.

⁴ - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 64-65.

⁵ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 39.

⁶ - زكريّا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة (مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 31؛ وأنظر في ذات السياق: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 81376، الصادر في: 1992/02/18، م. ق، ع 4، 1993، ص. 92؛ قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 307934، الصادر في: 2005/10/19، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2005، ص. 195 وما يليها.

⁷ - إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، د. ب. ط، 1968، ص. 30.

⁸ - عبد العزيز محمودي، ردّ التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرف في مرض الموت والتصرف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة، مدغم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص. 23.

جزء من ممتلكاته العقارية لمن يشاء ما لم تكن الهبة صدرت عنه في مرض موته¹ أو لمكفوله²، فإنها لا تنفذ إلا في حدود الثلث، في حين أن الوصية مقيدة بالثلث من التركة دوماً ولا تنفذ إلا في حدود هذا النصاب، وما زاد عليه فهو متوقف على إجازة الورثة³.

- ينتج عقد هبة العقار آثاره في الحال بحيث لا يتراخى إلى موت الواهب على اعتبار أنه عقد تمليك لازم ما لم يقترن بأجل أو شرط مقيد، ويترتب على ذلك انتقال ملكية العقار الموهوب إبان حياة الواهب، في حين أن الوصية هي تصرف في التركة يضاف إلى ما بعد الموت⁴، وبالتالي فإن أثرها ينعدم في الفترة الممتدة من تاريخ إصدارها من الموصي وتاريخ وفاته، بحيث لا يترتب عنها انتقال ملكية العقار الموصى به إلا بعد وفاة الموصي⁵.

البند الثاني: هبة العقار والوقف

إذا كانت هبة العقار تمليك مال عقاري بلا عوض في حياة عاقيه الواهب والموهوب له، فالوقف هو "حبس العين عن ملك الواقف والتصدق بالمنافع"⁶، وهو بهذا المعنى يعتبر تصرفاً تبرعياً يلتقي مع عقد الهبة في عنصر التبرع، غير أنه يفترق معها في جوانب عدة نجملها فيما يلي:

- ¹ - الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2008، ص. 23؛ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 319؛ وأنظر في مفهوم مرض الموت، قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 33719، الصادر في: 1984/07/09، م. ق، ع 3، 1989، ص. 51.
- ² - قضت المادة 123 من ق. أ. ج بأنه "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة".
- ³ - أكرم ياغي، الوحي في أحكام الوصية والإرث، دراسة فقهية قانونية مقارنة على ضوء الشريعة الإسلامية (حنفي، جعفري، درزي وقانون الإرث لغير المحمدين 23 حزيران 1959)، منشورات زين الحقوقية، د. ب. ط، ط 1، 2013، ص. 40 وما يليها.
- ⁴ - نقض مدني، جلسة يوم: 1947/03/13، طعن 38، سنة 16، نقلاً عن: أنور طلبه، المرجع السابق، ص. 23.
- ⁵ - محمد زهدور، المرجع السابق، ص. 32.
- ⁶ - هو أحد تعاريف الحنفية للوقف، أنظر: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1993، ص. 375؛ أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، د. س. ط، ص. 15؛ ويلتقي هذا التعريف مع تعريف المالكية للوقف في بقاء ملك العين للواقف حيث عرّفه الدردير بقوله: "الوقف جعل منفعة ولو بأجرة أو غلته لمستحق بصيغة مدّة ما يراه المحبس مندوب". أنظر: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الدردير، المرجع السابق، ص. 165. تجدر الإشارة إلى أن المالكية نظّموا أحكام الوقف في كتبهم متقنين له مصطلح الحبس، حيث تجده أكثر شيوعاً لدى مالكية المغرب الإسلامي بهذا الاصطلاح بدلاً من مصطلح الوقف. لأكثر تفصيل، أنظر: عبد الوهاب بن إبراهيم أبو سليمان، الوقف مفهومه ومقاصده، بحث ملقى ضمن أعمال ندوة المكتبة الوقفية في المملكة العربية السعودية، من 27-28 محرم 1420 هـ، ص. 7، منشور على الصفحة الإلكترونية للمكتبة الوقفية (www.waqfeya.com) على الرابط الإلكتروني الآتي: https://archive.org/details/FP01_80525-03؛ أطلع عليه يوم: 2015/12/23، على الساعة: 10 و 23 دقيقة مساءً.

- هبة العقار عقد يستلزم إنشائه اقتران وتطابق إرادة عاقيه إيجاباً وقبولاً، في حين أنّ الوقف تصرف يصدر من جانب واحد ويتحقق بإرادة واحدة عند الجمهور، ومعنى ذلك أنّ ركن الوقف هو الإيجاب من الواقف وحده، وأمّا القبول من الموقوف عليه فليس بركن، فصيغة الوقف هي كلّ ما يصدر من الواقف دالاً على إنشائه¹.

- الهبة ترد على ذات العقار ومنفعته، بخلاف الوقف فهو ينصبّ على الانتفاع بالعقار فقط.

- يبيح الوقف للموقوف عليه حقّ الانتفاع بالعقار فقط، بخلاف الهبة التي تخوّل للموهوب له حقّ التصرف في العقار الموهوب - رقة أو منفعة أو معاً - بكافة أوجه التصرف.

- يقبل الوقف التأقيت والتأبيد² بخلاف هبة العقار التي يفسدها التأقيت.

- هبة العقار عقد يلتزم الواهب فيه بتسليم العقار الموهوب إلى الموهوب له بلا عوض بنية التبرّع، فيؤدّي هذا إلى زوال ملك الواهب من العقار الموهوب ويتنقل تملكه للموهوب له ليتصرف فيه كما يريد، بخلاف الوقف الذي يراد على منافع العقار فقط دون تملكه للموقوف عليه، حيث يبقى العقار الموقوف على ملك الواقف فلا تنتقل ملكيته للموقوف عليه، وهو في نفس الوقت لا يبيح للواقف بعد إصداره للوقف أن يتصرف فيه بأيّ تصرف ناقل للملكية وهذا قول الحنفية والمالكية³.

أمّا الحنابلة في القول الظاهر لديهم، والشافعية في أصحّ أقوالهم، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية فذهبوا إلى أنّ ملكية الوقف تنتقل بالوقف إلى المولى عزّ وجل، وبذلك فالواقف ممنوع من التصرف فيه ويلزم بأن يتبرّع بربيعه على الجهة الموقوف لها⁴.

¹ - وثبة بن مصطفى الزحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط 2، 1993، ص. 159؛ محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، لبنان، ط 4، 1982، ص. 324؛ محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، مصر، ط 2، د. س. ط. ص. 54؛ أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003، ص. 245.

² - وهذا هو مذهب المالكية، أنظر: محمد بن عبد الله الخزشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 88 وما يليها.

³ - علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح بداية المبتدي، ت: طلال يوسف، ج 3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ط. ص. 15؛ عبد الله بن الشيخ محفوظ، أثر المصلحة في الوقف، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 47، السنة 12، 2000، ص. 8.

⁴ - أحمد إبراهيم يكن، المعاملات الشرعية المالية، د. د. ط. 1936 هـ، ص. 316؛ علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، المرجع نفسه، ص. 16.

- يستمدّ عقد هبة العقار قوّته العقدية من إرادة عاقديه، بخلاف الوقف المعتبر تصرفاً صادراً عن إرادة واحدة، حيث يستمدّ قوته - خصوصاً الوقف العام - من الشخصية المعنوية التي اصطبغ بها، كون أنّ إرادة الواقف محمية من أجهزة الدولة المكلفة بتنفيذه وحمايته من أيّ تعدّ أو تلف يطلال الملك الوقفي، معزّزة وجوده واستثماره بترسانة قانونية تسهر على تنظيمه في الأساس¹.

البند الثالث: هبة العقار والإباحة

عرّف الزُّرقا الإباحة بأنّها "الإذن باستهلاك الشيء باستعماله، وهي لا تجعله مملوكاً، بل هي دون التّملك"².

نفس التعريف أشار إليه أحمد إبراهيم بإضافة الملكية للمباح، حيث ذهب إلى أنّ الإباحة هي "إذن الإنسان لغيره بأن ينتفع بماله، أو يستهلكه أو يملكه..."³.

واعتبرت مجلّة الأحكام العدلية في مادّتها 836 الإباحة بأنّها "رخصة أو إذن لشخص بأن يأكل أو يتناول شيئاً بلا عوض".

وعليه، فالإباحة هي إذن الشخص لغيره بأن يستهلك ماله أو ينتفع به أو يملكه بلا عوض، فمن يضع جوالي الماء على قارعة الطريق يبيح للمارة الشرب منه، فليس له أن يطالب بعوض عنه، وصاحب المزرعة لما يأذن للغير بأن يأكل من ثمار بستانه لا يحقّ له أن يطالب بقيمته ... وقس على ذلك.

ومما يجب الإشارة إليه في هذا الصّدد، أنّ الإذن بالإباحة قد يكون من الشّارع الحكيم، ويتحقّق بالاستيلاء على المال المباح المسبّل من المولى عزّ وجلّ لعباده بغرض الانتفاع به كالانتفاع بالطّرقات والمنشآت فيما شرّعت له؛ وقد يصدر هذا الإذن من الأشخاص لبعضهم البعض، سواء بالاستهلاك بالمال المباح أو الانتفاع بالعين المباحة كما سبق التّمثيل له⁴.

¹ - خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعّمة بأحدث النصوص القانونية والإجراءات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004، ص. 39.

² - مصطفى الزُّرقا، المدخل في الفقه الإسلامي، مطبعة الجامعة السّورية، دمشق، سوريا، ط 6، 1964، ص. 265.

³ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات (حكم الهبة وما يتفرّع على ذلك من الرجوع فيها)، مجلّة القانون والاقتصاد، ع 1، السنة الثالثة، يناير 1933، ص. 65.

⁴ - أنظر في صور الإباحة: محمّد الحبيب التّجكاني، نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري، دار النشر المغربية، الدّار البيضاء، 1983، ص. 33.

يتبين مما سلف ذكره بأن هبة العقار والإباحة يلتقيان في أنّ كلاً منهما تمليك للعين بلا عوض، كما تشبهان من حيث جواز الرجوع فيها قبل القبض عند غير المالكية، ويفترقان في عناصر أخرى، أهمّها:

- من حيث الملكية: يؤدي عقد هبة العقار ملكية المال العقاري الموهوب بمجرد القبض، فيكون من حق الموهوب له التصرف في ما وهب له تصرف المالك، بخلاف إباحة الاستهلاك التي لا تقتضي ملكية تسمح للمباح له بأن يتصرف في المال المباح تصرف المالك، فلا يجوز له أن يبيع المأذون فيه لغيره أو يهبه مثلاً؛ غير أنه إذا وجد الدليل على أنّ الإذن قد رام بلفظ الإباحة الهبة، فإنّ حكم هذه الأخيرة ينطبق عليها، لأنّ التعبير بالإباحة هنا يكون مجازاً.

محضلة القول أنّ الأثر الناشئ عن إباحة العين من الأشخاص لا يفيد التمليك، بخلاف إذن الشارع بها فإنّه يفيد تمليكاً واختصاصاً في الأخير.

- الإباحة تنشأ بمجرد حصول الإذن القولي أو العمل بالانتفاع، لذا لا تعتبر عقداً، خلافاً لهبة العقار المعتدة عقداً يتم بعد اقتران الإيجاب بالقبول¹.

- يشترط في هبة العقار أن يكون الموهوب معلوماً عند جمهور الفقهاء، بخلاف الإباحة التي تجوز في المجهول².

الفرع الثاني: تمييز عقد هبة العقار عما يفارقه من تصرفات صادرة عن جانبيين

بعد أن سبق وأن تعرّضنا إلى أهمّ التصرفات الصادرة عن جانب واحد، وبيننا أهمّ نقاط التشابه والاختلاف بينها وبين عقد هبة العقار، فإنّه يقتضي المقام الوقوف فيما يلي على أهمّ عناصر الالتقاء والافتراق بين ذات العقد وبين أهمّ التصرفات الصادرة من جانبيين. ذلك ما سنحاول التعرّض له من خلال إعمال التفرقة بين العقد المحلّل أعلاه وعقد البيع (البند الأول)، وبينه وبين عارية الإستهلال (البند الثاني)، ثمّ بينه وبين الإيجار (البند الثالث).

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 36-37.

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ت: أحمد شاكر، ج 9، مطبعة النهضة، مصر، د. س. ط، ص. 163.

البند الأول: هبة العقار والبيع

إذا كانت هبة العقار تمليك لعقار أو حق عيني وارد على عقار بلا مقابل بقصد التبرع، فالبيع "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء [عقار] أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي"¹، ومع أنّهما يتشابهان في أنّ كليهما عقد ناقل للملكية² العقارية إذا ما روعي إجراء الشهر العقاري، فإنّهما ملزمان لجانبين إذا كانت الهبة بعوض، ومن ثمّ كان لا بدّ من اقتران الإيجاب والقبول لانعقادهما، كون أنّ الإيجاب في الهبة يصدر من الواهب يقابله قبول الموهوب له، هذا على غرار البيع، فكذا الإيجاب يصدر من البائع ليلتقيه قبول من المشتري، وبالرغم من ذلك فإنّ هبة العقار تفتقر عن البيع في جوانب عدّة نعرض أهمّها كالآتي:

- يعتبر عقد البيع رأس عقود المعاوضة³ التي يأخذ فيها كلّ من المتعاقدين مقابلاً لما أعطى، فالبائع يمنح للمشتري عقاراً يقابله ثمن يؤدّيه المشتري، بخلاف هبة العقار التي هي تنبني في الأصل على منح الواهب عقاراً أو حقّاً عينياً وارداً على عقار لا يقابله أيّ عوض من الموهوب له، لذا وصفت بكونها أمّ التبرعات.

- لا مرأى من أنّ نقل الملكية في عقد البيع يتمّ وجوباً بمقابل معلوم ومن دون استلزام توافر قصد التبرع فيه، خلافاً لهبة العقار التي تتمّ - في الأصل - دون أدنى عوض مع ضرورة وجود نية التبرع، ومع ذلك فإنّ هذا لا يعني بأنّ التمييز بينهما يكون سهلاً يسيراً، إذ قد تصعب التفرقة بينهما في بعض الأحيان سيما في حالة كان هناك التزام أو تكليف اشتراطه الواهب على الموهوب له وألزمه بأدائه، كما في فرض هبة العقار بعوض، فهل تبقى هذه الأخيرة - من ثمة - عقداً تبرعياً كما هي في الأصل، أم تتحوّل إلى عقد معاوضة؟.

الإجابة على هذا التساؤل يقتضي النظر إلى قيمة العوض⁴، فإذا كان معادلاً لقيمة العقار

¹ - إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، القاهرة، مصر، 1958، ص. 9؛ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 9؛ سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973، ص. 22؛ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط 2، 1952، ص. 13؛ عبد المنعم البدرائي، الوجيز في عقد البيع، مكتبة سيد عبد الله وهبة، د. ب. ط، 1980، ص. 31.

² - CHOUCRI Cardahi, la vente en droit comparé occidental et oriental, L. G. D. J, paris, 1968, p. 15.

³ - وقد اعتبر كذلك لأنّه من أكثر العقود التي يحسّن الشخص عند ممارسته له، بأنّه يشبع بواسطته رغبته في التعاقد، أنظر: CARBONNIER Jean, flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur, L. G. D. J, paris, 1979, p. 238.

⁴ - كيف الفقه الفرنسي أحد المعاملات المتمثلة في التنازل عن قصر لقاء عوض قدره فرنك واحد يبعاً، بدعوى ضخامة التّفقات المرصودة

الموهوب أو مساوياً له كان العقد معاوضة لا هبة، ولا ينطبق عليه - بالتالي - وصف التبرع، بحيث يخرج من نطاق عقود التبرعات ليدخل في حيز عقود المعاوضات¹، فيأخذ وصف البيع أو المبادلة ونحو ذلك من عقود المعاوضة مع مراعاة طبيعة العوض والظروف الملازمة له.

أما إذا كان العوض غير معادل أو مساوٍ لقيمة العقار الموهوب أو غير متناسب مع قيمته، فالعقد يبقى كما هو هبة ولا ينقلب بيعاً. ويبرز الفقه موقفه من ذلك بالعودة إلى العنصر المعنوي المتمثل في قصد التبرع²، فإن قصّد المتعاقد إبرام عقد موصوف بالمعاوضة لم نكن بصدد هبة العقار بعوض وإنما أمام عقد معاوضة حتى ولو تجاوزت قيمة العقار الموهوب قيمة العوض.

أما إذا أبرم المتعاقدان عقد تبرع وأفرغاه في الشكل الرسمي للهبة، فإننا نكون أمام قرينة جازمة تؤكد على أنّ نية المتعاقدين قد انصرفت إلى إبرام عقد هبة عقار حقيقي، ومع ذلك فوجود العوض أو الالتزام المشترك لا يلغي بالضرورة قصد التبرع طالما كان هذا العوض أقل من قيمة العقار الموهوب³، ويبقى - في الأخير - لمحنة الموضوع تقدير ملاسبات العقد والفصل في تكييفه انتهاءً.

- إذا كانت هبة العقار بعوض، فإنّ هذا العوض المقابل للعقار الموهوب قد يكون نقوداً أو التزامات أو أية تكاليف أخرى، في حين أنّ الثمن المقابل للعقار المبيع في عقد البيع درجت العادة أن يكون دوماً من النقود⁴.

لترسيم هذا القصر وهو ما برز مثل هذا الثمن الزهيد، كما ألح الاجتهاد الفرنسي بضرورة التأكد من نية التبرع لوصف العقد بأنه هبة حتى ولو لم يدفع الثمن أو لم يذكر في صلب العقد أصلاً، أنظر:

Cass. Civ., 1^{re}, 4 novembre 1981, civ., I, N 329 ; Cass. Civ., 1^{re}, 14 février 1989, Bull. civ., I, N. 97 ; Cass. Civ., 4 décembre 1990, Bull. Civ., IV, N. 307, Cité par : BÉNABENT Alin, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^{ème} éd, Montchrestien, paris, 1995, p. 67.

¹ - توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، بيروت، 1998، ص. 20.

² - عبد المنعم البدرأوي، المرجع السابق، ص. 22.

³ - زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000، ص. 19-20.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 72 وما يليها؛ وفي ذات السياق قضت المادة 351 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نص المادة 418 من ق. م. م والمقابلة لنص المادة 1582 من ق. م. ف - بأن "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي"، وفي سياق هذا المفهوم، ذهب الأستاذ عبد الرحمن بلعكيد إلى أنّه لا وجود لمثل تمييز المقابل "بالثمن النقدي" في أغلب القوانين المدنية الأجنبية، حيث يكتفي المشرع بذكر "الثمن" دون توصيفه، ولعلّه يرجع السبب في ذلك إلى تغليب المعنى الاصطلاحي على المعنى اللغوي، كون أنّه في الاصطلاح يكون الثمن عادة نقوداً. راجع عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 3، 2001، ص. 36-37؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1998، ص. 20؛ رمضان أبو السعود، الموجز في شرح العقود المسماة، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، د. ب. ط، 1994، ص. 16.

- يتبين مما سبق عرضه أنّ البيع عقدٌ يدخل ضمن نطاق التصرفات التي تدور بين النفع والضّرر حيث يلزم لإبرامها توافر أهلية التصرف، على عكس هبة العقار المنضوية ضمن دائرة الأعمال الضارة ضرراً محضاً خاصةً إذا كانت بدون عوض¹، حيث لا يمكن لناقصي أو عديمي الأهلية إصدار هبة عقار من جانبه على اعتبار الضّرر المحض الذي يطاله من خلالها، لذا قرّر المشرّع جزاء البطلان بشأنها حماية لهما في الأخير.

- ينبنى على اعتبار عقد هبة العقار عقداً تبرعياً إمكانية الرجوع فيه ضمن الحالات المقررة قانوناً، بينما لا يمكن الرجوع في عقد البيع بوصفه عقد معاوضة حتى في حالة اعتباره هبة مستترة².

- تختلف هبة العقار عن عقد البيع في إلزامية الرسمية التي يتطلبها المشرّع، فقد سبق وأن علمنا بأنّ من بين خصائص عقد هبة العقار أنّه عقدٌ شكليّ بامتياز، وعلى اعتبار ذلك فهبة العقار لا تنعقد صحيحة ولا تنشأ أصلاً، أي أنّه لا يتم العقد فيها بمجرد تطابق إيجاب وقبول طرفيها فحسب، بل ينبغي لتكوينها إفراغها في شكل حدّده القانون عادة ما يكون في سند رسمي يدوّن فيه بنود العقد³، وكذلك هو شأن عقد البيع الوارد على العقار، وإن كان هذا الأخير - في الأصل - عقداً رضائياً ينشأ صحيحاً بمجرد تطابق إرادتي البائع والمشتري عليه "وإن غلب عليه عملياً إفراغه في محرّر رسمي فما ذلك إلّا لإثبات التعاقد لا لإبرامه، بمعنى أنّ المحرّر الرسمي يعتبر أداة إثبات فقط وليس إجراء شكلياً لازماً لانعقاد العقد، ذلك أنّه إذا كان العقد معترفاً به فإنّه يعتبر موجوداً قانوناً حتى ولو لم يكن ثابتاً بالكتابة" يقول سليمان مرقس⁴.

هذا، وقد ذهب محكمة النقض المصرية في بعض أحكامها إلى القول بأنّ قوانين الشّهر العقاري لم تعيّر من طبيعة عقد البيع ولم تحوّل من عقد رضائي إلى عقد شكلي؛ غاية ما في الأمر أنّ هذه القوانين اتّسمت بالقول بأنّ نقل الملكية العقارية قد تأخّر عن وقت البيع إلى ما بعد وقوع التّسجيل خلافاً لما كان عليه الحال قبل إصدار قوانين الشّهر العقاري، حيث كانت الملكية - آنذاك - تنتقل

¹ - إبراهيم إبراهيم الصّاحي، المرجع السّابق، ص. 57.

² - نزيه شلالا، دعوى الهبة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000، ص. 160؛ وأنظر في الأحكام الصّادرة في الهبة المستترة بعقد البيع، أنور طلبة، المرجع السّابق، ص. 57 وما يليها.

³ - WERY Patrick, Droit des contrats, le mandat, Bruessel, Larcier, 2000, pp. 79-81 ; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les obligations, 4^{ème} éd, Defrénois, Lextenso édition, paris, 2009, pp. 269-299.

⁴ - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد البيع، د. د. ط، 1980، ص. 170.

بمجرد إبرام عقد البيع صحيحاً دون التوقف على الشهر العقاري في الأساس¹.

البند الثاني: هبة العقار وعارية الاستعمال

إذا كانت هبة العقار عقدٌ بمقتضاه يتصرف الوهاب في ماله العقاري دون عوض، والعارية عقد يلتزم المعير بموجبه تسليم شيء غير قابل للاستهلاك ليستعمله المستعير بلا عوض، أو أنّها "إباحة منفعة ما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه"²، فإنهما يجتمعان في أنّ كلّ منهما من عقود التبرّع³ حيث أنّ المنتفع فيهما يشترى على حساب غيره دون مقابل، ومع ذلك فإنهما يفترقان في عدّة أمور نوجزها فيما يأتي:

- إنتنال الحق من المتصرف إلى المتصرف إليه ليس هو نفسه في كلّ منهما، ذلك أنّ هبة العقار تمليك بدون عوض، ويترتب على ذلك انتقال ملكية العقار الموهوب أو منفعته أو غير ذلك من الحقوق المتفرّعة عن حق الملكية إلى الموهوب له، أمّا الذي ينتقل في العارية إلى المستعير فهو حق الانتفاع بهذا الشيء فقط مع بقاء ملكيته كما هي لملكه الأصلي، وبالتالي فهي تمليك المنفعة مؤقتاً بلا عوض⁴، وفي هذا المعنى قضت المادة 538 من ق. م. ج - المنقولة حرقياً من المادة 635 من ق. م. م - بالقول بأنّ "العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معيّنة أو في غرض معيّن على أن يردّه بعد الاستعمال".

- تنتقل ملكية العقار الموهوب في عقد هبة العقار إلى الموهوب له دون رجعة إلا في حالة اعتصاره⁵ من لدن الوالد عن ولده، بخلاف العارية التي يلتزم بموجبها المستعير برّد محلّ العارية للمعير بعد استعماله.

¹ - أنظر: حكم محكمة النقض (المصرية)، الصادر في: 1933/05/05، مجموعة عمر رقم: 1، ص. 163؛ حكم محكمة النقض (المصرية) الصادر في: يونيو 1963 مجموعة عمر رقم: 1؛ حكم محكمة النقض (المصرية) الصادر في: 1932/11/07، طعن رقم: 60، السنة الثانية، مجموعة القواعد القانونية المقررة من محكمة النقض، ج 1، قاعدة رقم: 188 (تحت كلمة بيع)، ص. 375، وراجع أيضاً: سليمان مرقس، المرجع السابق، ص. 17، هامش رقم: 1.

² - أنظر: سليمان بن محمد بن عمر البُخَيْرِيّ المصري الشافعي، المرجع السابق، ص. 154؛ أحمد بن أحمد بن سلامة أبو العباس شهاب الدّين القليوبي، حاشية القليوبي على شرح المحلّي للمنهاج، ج 3، مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط 3، 1965، ص. 17.

³ - AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Droit civil français, T. VI, 7^{ème} éd, par ESMEIN Paul et PONSARD André, Librairie techniques, paris, 1975, p. 160.

⁴ - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 70؛ محمد بن عبد الله زين الدّين السّامري، المستوعب، ت: عبد الله دهبش، ج 2، مكتبة الأسد، مكنة المكرمة، 2003، ص. 50.

⁵ - الاعتصار مصطلح فقهي قال به المالكية دون غيرهم، حيث عرّفه ابن عرفة الاعتصار بكونه "ارتجاع المعطي عطية دون عوض لا بطوع المعطي". أنظر: محمد بن قاسم الأنصاري الرّضاع، المرجع السابق، ص. 605، وقد أخذ به المشيّع الجزائري، فأجاز للوالدين الرجوع في الهبة عن ولدها إذا انعدمت الموانع. راجع المادة 211 من ق. أ. ج.

- تردّ الهبة في الغالب - عكس هبة العقار - على كلّ ما يستهلك أو لا يستهلك، بخلاف العارية التي تصحّ في ما لا يستهلك فقط، وذلك حتّى يتسوّى للمستعير ردّها بعد الانتفاع بها¹.

- في الغالب يكون قصد الواهب من هبته العقارية التبرّع المحض، وذلك بمنح الموهوب له منافع قد يحرم منها نفسه، بينما العارية على عكس ذلك، إذ لا يكون غرض المعير من إعارته إفادة المستعير في الغالب، بل قد يكون الهدف منها تحقيق مصلحة نفسية، وحتّى لو نوا منها التبرّع فلا يعتبر ذلك هبة إعتباراً لضالة المنفعة المتبرّع بها، فضلاً عن أنّ الدافع إليها - في الكثير من الأحوال - غرضه اجتماعي لا يخرج عن المجاملة وتوثيق عُرى الصداقة أو مراعاة لحسن الجوار².

- إستلزم المشرّع لانعقاد هبة العقار أن تؤثّق في عقد رسمي تحت طائلة بطلانها بخلاف العارية³، وذلك لأنّ الشكلية فيها ركنٌ لإنشائها - كما سبق وأن رأينا -، بينما لم يشترط ذلك في العارية⁴، حيث يكفي لانعقادها رضا المتعاقدين.

البند الثالث: هبة العقار والايجار

إذا كانت هبة العقار عقد يملّك فيه العقار بدون عوض بنية التبرّع، فالإيجار هو عقدٌ ينشئ التزامات شخصية في جانب أطرافه المؤجّر والمستأجر ولا يترتب من خلاله حقّاً عينياً في الشئ المؤجّر، فيتشابه كلّ منهما في كونهما عقدان مسميان، غير أنّهما يتمايزان في جوانب عديدة، نذكر منها:

- هبة العقار من عقود التبرّعات التي يؤدّي فيها الواهب للموهوب له عقاره دون عوض بخلاف عقد الإيجار المعتبر من قبيل عقود المعاوضات، حيث يمنح فيه المؤجّر للمستأجر منفعة عقاره لاستعماله

¹ - أبو محمّد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدّين العيني، البناية في شرح الهداية، ج 8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990، ص. 786.

² - جمال الدّين طه العافل، المرجع السابق، ص. 33؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 76.

³ - أنظر قرار م. ع، غ، إ، ملف رقم: 214328، الصّادر في: 2001/02/13، م. ق، ع 1، 2002، ص. 191، ومما جاء فيه "إنّ إثبات عقد العارية يخضع لكلّ وسائل الإثبات، ومنه فإنّ اشتراط إخضاعه لشكلية غير منصوص عليها قانوناً لإثباته هو خرق للقانون".

⁴ - تعتبر العارية في التقنين المدني الفرنسي - خلافاً لبعض التشريعات - عقداً عينياً لا يتمّ بالتراضي وحده وإنما يتمّ بتسليم محلّ العارية، ويجوز للقاضي إجبار المعير على تسليمها، كما يمكن أن يتحوّل الالتزام إلى دفع تعويض لعدم تنفيذه إذا نتج عن عدم التنفيذ إلحاق أضرار بالمستعير، أنظر:

JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, T. 3, 2^{ème} éd, Librairie du recueil Sirey, paris, 1933, p. 700.

مقابل عوض معيّن معلوم يتفقان عليه¹.

- هبة العقار عقدٌ ينقل بموجبه الواهب للموهوب له عقاراً بنية التملك بلا مقابل، بينما في عقد الإيجار يمكن المؤجر منفعته عقاره للمستأجر لمدة محدودة مقابل بدل يؤدّيه له.

- هبة العقار عقد لا يقبل التأقيت، بخلاف عقد الإيجار الذي يكون فيه عنصر الزمان عنصراً جوهرياً، فهو بطبيعته عقد مؤقت تؤدّى فيه أجرة معلومة بدلاً للانتفاع بالعقار المؤجر لمدة معيّنة².

- الإلتزامات الملقاة على عاتق الواهب والموهوب له في عقد هبة العقار هي التزامات فورية، أما الإلتزامات التي يتحملها كلٌّ من المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار فهي التزامات مستمرة التنفيذ³.

- هبة العقار عقدٌ شكليّ اشترط المشرع الرسمية والإجراءات اللاحقة لها من تسجيل وشهر عقاري حتى تنشأ تامة صحيحة⁴، بخلاف عقد الإيجار الذي هو في الأصل عقدٌ رضائي⁵ لا يتطلب شكلية معيّنة (الشهر العقاري)، اللهم إلا في الإيجار الطويل المدى المتجاوز مدته اثنا عشر سنة.

المبحث الثالث: تنظيم عقد هبة العقار

إهتمّت الشريعة الإسلامية بتنظيم عقد هبة العقار وأعلت من شأنه بوصفه أمّ عقود التبرعات، بل وأولته العناية اللازمة فرصدت له من النصوص الفقهية ما أحكم تنظيمه ترغياً وتشريعاً. وهكذا انبثرت الشريعة الإسلامية وتسامت فوق كلّ تشريع سموّاً لا حدود له في تنظيم العقد المحلّل أعلاه، حيث وضعت من التشريعات ما أحكم بيان مشروعيته أدلةً وأحكاماً (المطلب الأول).

ولما كانت هبة العقار عقدٌ بالغ الخطورة والتأثير على الواهب من خلال تجريده كلاً أو جزءاً من

¹ - عرفت المادة 467 من ق. م. ج الإيجار بأنه "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محدّدة مقابل بدل إيجار معلوم"، وهو ذات التعريف المنقول عن المشرع المصري في المادة 558 من ق. م. م التي قضت بأنّ "الإيجار عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمنح المستأجر من الانتفاع بشيء معيّن مدّة معيّنة لقاء أجر معلوم".

² - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 43؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 6، العقود الواردة على الانتفاع بالشئ (الإيجار والعارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص. 4-5.

³ - زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص. 16.

⁴ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 253؛ وأنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 81376، الصادر بتاريخ: 1992/02/18، م. ق. ع 4، 1993، ص. 92.

⁵ - SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit civil, Les suretés la publicité foncière, 2^{ème} éd, Dalloz, paris, 1995, p. 66.

ماله، فإنّ التشريعات الوضعية تباينت مواقفها إزاءه بين مرعّب ومتحفّظ على إتيانه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مشروعية وحكم عقد هبة العقار

فضل عقد الهبة عموماً - وهبة العقار على وجه الخصوص - ظاهرٌ جليٌّ في تقوية أواصر الودّ والمحبة بين العباد، فضلاً عن بناء مجتمع متآزر يسوده الأمن والرخاء ويعمّه الرّضا والاطمئنان، فتتصهر فيه إرادة الفرد مع إرادة الجماعة، فيشعر الكلّ بالتّراحم والتّكافل المرعّب إليه شرعاً وفضلاً¹. لذا كانت هبة العقار - من الأصل - عقدٌ مشروع ثابت جوازه بالكتاب والسّنة والإجماع والمعقول. ذاك ما سنحاول إبرازه من خلال دراسة أدلّة مشروعيته ابتداءً (الفرع الأوّل)، فتبيان حكمه انتهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: أدلّة مشروعية عقد هبة العقار

هبة العقار عقدٌ مشروع، وقد ثبتت مشروعيته بأدلّة من القرآن العظيم (البند الأوّل)، والسّنة المشرّفة (البند الثاني)، وإجماع الأئمة (البند الثالث)، والمعقول والنّظر (البند الرابع). هذا ما سنحاول التفصيل فيه من خلال ما سيأتي.

البند الأوّل: دليل مشروعية عقد هبة العقار من القرآن الكريم

ثبتت مشروعية عقد الهبة في سياق العموم - الذي يشمل هبة العقار - ضمن القرآن الكريم بشكل بيّن على اعتبار أنّه مطلوب ومندوب إلى إتيانه، فقد ضلّت الآيات تترى في بيان فضله والتّحريض عليه، من ذلك قوله عزّ وجلّ: ﴿وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبَّنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾².

¹ - إمعاناً لهذا المعنى جاءت الشريعة لإنشاء مجتمع فاضل متكامل، مبنيّ أسسه على الأخوة والمساواة بين النّاس أجمعين لا تفاضل بينهم إلاّ بالكفاية والأمانة والسلوك السّوي، لذا نجد كلّ أحكامها - سواء ما يتعلّق منها بالعبادات أو المعاملات - تتّجه إلى تحقيق هاته المقاصد والغايات، حفاظاً للمصالح العامة والخاصّة للمجتمع وأفراده، وتمثيلاً للرّوابط الإنسانية بينهم، ومما لا شكّ فيه أنّ عقد هبة العقار بما يمثّله من "إحسان اختياري"، يعتبر من أهمّ ما يسهم في هذا الحقل ويؤدّي وظيفته المجتمعية المبتغاة من خلاله كأداة تحقّق مقصد الشّارع من الحثّ على انعقادها والتّكثير منها في الأساس. أنظر في بيان مقصد تحقيق التّكافل الاجتماعي: عبد الكريم حامدي، نظرات في أصول الشريعة والفقه الإسلامي للإمام محمد الغزالي، بيت الحكمة للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2010، ص. 53؛ محمّد أحمد الرّاشد، الرّقائيق، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنّشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 18، 2003، ص. 51.

² - سورة النّساء الآية: 4. والنّحلة نوع من أنواع العطية، قال الرّمخشري في معرض شرحه للفظ "نحلة" بأنّها من نخله كذا إذا أعطاه إياه ووجهه له عن طيبة من نفسه نحلة ونحلاً. أنظر: أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الرّمخشري جار، الكشّاف عن حقائق غوامض

وجه الدلالة في أنّ الوهب عَزَّ وعلا أجاز أكل مهر الزوجة - منقولاً كان أو عقاراً - بطريق الهبة، وإباحة الأكل بهذا الطريق دليل على جوازها.

وليس المراد في الآية الكريمة الأكل العضوي المعتاد - كما يتراءى للبعض -، وإنما المعنى في ذلك استباحة صدق الزوجة بأيّ طريق كان؛ ذلك أنّه لما كان في الأكل أرقى أنواع التمتع بالأموال، عبّر عن التصرف فيها بالأكل مصداقاً لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾¹.

لا شك أنّ الآية السالفة الذكر فيها دلالة جازمة على هبة الصّدق (منقولاً كان أو عقاراً)، كون أنّ الصّميم في قوله تعالى "فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً" عائد إلى الصّدق حملاً على المعنى "فإن وهبن لكم شيئاً من الصّدق عن طيب نفس فكلوه هنيئاً مريئاً"².

قال القرطبي في معرض تعليقه على هذه الآية: "ويدلّ بعمومه على أنّ هبة المرأة صدقها لزوجها بكرة كانت أو ثيباً جائزة، وبه قال جمهور الفقهاء"³.

وأكد الشرقاوي نفس المعنى لما ذهب إلى أنّه "والمراد أنّ الزوجة الرشيدة إذا أعطت لزوجها شيئاً من صدقها، بعد أخذها له، عن طيب نفس، جاز له أخذه"⁴.

أمّا ابن عاشور فقد أشار إلى أنّه "سمّيت الصّدقات نَحْلَةً إِبْعَاداً لِلصّدقات عن أنواع الأعواض، وتقريباً بها إلى الهدية، إذ ليس الصّدقات عوضاً عن منافع المرأة عند التحقيق"⁵.

وقد أخرج ابن كثير في تفسيره عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن النّبي صلّى الله عليه وسلّم أنّه سئل عن هذه الآية "فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه"، فقال: "إذا جاءت الزوجة

التنزيل، ج 1، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407 هـ، ص. 469. وفي السّياق ذاته فسر السّعدي الآية الكريمة "فإن طبن لكم عن شيء منه" أي من الصّدق، (نفساً) بأنّ سمحن لكم عن رضا واختيار بإسقاط شيء منه أو تأخير أو المعارضة عنه، (فكلوه هنيئاً مريئاً) أي لا حرج عليكم في ذلك ولا تبعة، وفيه دليل على أنّ للمرأة التصرف في مالها ولو بالتبرع إذا كانت رشيدة، فإن لم تكن كذلك فليس لعطيّتها حكم". أنظر: عبد الرحمن السّعدي، تفسير السّعدي، مكتبة الإيمان، المنصورة، د. س. ط، ص. 142.

¹ - سورة النساء، الآية: 10.

² - محمّد كمال حدي، في الموارث والهبة والوصية، د. ب. ط، 1987، ص. 146.

³ - أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدّين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 31.

⁴ - محمّد الشّرقاوي، حاشية الشّرقاوي على التّحرير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 113.

⁵ - محمّد الطّاهر بن محمّد بن محمّد الطّاهر بن عاشور، التّحرير والتّنوير، ج 4، دار سحنون، تونس، 1997، ص. 230.

لزوجها بالعطية طائفة غير مكرهة لا يقضى به عليكم سلطان، ولا يؤخذكم الله تعالى به في الآخرة"¹.

وما دامت الصدقات مشروعة بالنص القرآني وهي كما علمنا صورة من صور الهبة، فإن هذه الأخيرة تعتبر أيضاً مشروعة، ذلك أنّ "إثبات مشروعية الأخصّ يستلزم إثبات مشروعية الأعمّ" على اعتبار أنّ الهبة تشمل الصدقة والهدية، الأمر الذي يترتب عليه أنّ الهبة مشروعة بما ورد النص عليه في كتاب الله تعالى².

الحاصل ممّا تقدّم من الشرح، يبيّن بجلاء وجه الاستدلال بهذه الآية على مشروعية الهبة واستباحة أكل صدقات الزوجة - منقولاً كان أو عقاراً - بواسطتها³.

- قوله تعالى: ﴿وَأَتَى الْمَالَ عَلَى حُبِّهِ ذَوِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينَ وَابْنَ السَّبِيلِ وَالسَّائِلِينَ وَفِي الرِّقَابِ ...﴾⁴.

وجه الدلالة من هذه الآية ظاهرة على جواز الهبة (سواء انصبت على منقول أو عقار) ومشروعيتها، لأنّ معنى "قوله" (وأتى المال على حبه) أيّ مع حبّ المال أو لأجل حبّ الله، فالضمير عائد على المال، وعلى، بمعنى مع، أو لله. وعلى بمعنى لام التعليل⁵، وقد استدلل بهذه الآية من قال إنّ في المال حقاً سوى الزكاة، وبها كمال البر⁶.

ومعنى "إتياء المال" ليس المقصود منه الزكاة المفروضة، وإلاّ غُدّ تكراراً على اعتبار ورود الزكاة المفروضة على اسم الله في قوله "ولكن البرّ من آمن بالله"، وبذلك يكون المعنى أنّه أتى المال وأعطاه على حبّ الله.

وقيل، هو عائد على المال، بحيث أنّ حرف (على) جاء بمعنى (مع)، وبذلك يكون المفهوم:

¹ - أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثمّ الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ت: سامي سلامة، ج 1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 2، 1999، ص. 401-402.

² - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 22.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، صحّحه مجموعة من العلماء، ج 12، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، ص. 48.

⁴ - سورة البقرة، الآية: 177.

⁵ - أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدماطي الشافعي، إعانة الطالبين على حلّ ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهّمات الدين)، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1997، ص. 168.

⁶ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 246.

"أعطى المال على حبه له وحرصه عليه خشية الفقر" مصداقاً لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لما سئل "... أي الصدقة أعظم أجراً، قال: أن تصدق وأنت صحيح شحيح تخشى الفقر وتأمل الغنى..."¹.

وفي شرح آخر قيل: بأنه عائد على المصدر في قوله تعالى "ولكن البر من آمن"، وبذلك تكون دلالة الآية موافقة لجواز الهبة لما يكون المعنى "أعطى المال على حباً في البر"².

- قوله عز وجل: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ...﴾³.

وجه الاستدلال بهذه الآية جاء بين الدلالة على جواز إتيان هبة العقار ومشروعية إبرامها، فقد حوت أمراً لجميع الخلق بالتعاون على البر والتقوى، بمعنى "ليعين بعضكم بعضاً على كل بر وتقوى"⁴.

قال ابن خوزير منداد في أحكامه "والتعاون على البر والتقوى يكون بوجوه: فواجب على العالم أن يعين الناس بعلمه فيعلمهم، ويعينهم الغني بماله، والشجاع بشجاعته في سبيل الله، وأن يكون المسلمون متظاهرين كاليد الواحدة تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على سواهم".

وأردف الماوردي قائلاً: "ندب الله سبحانه إلى التعاون بالبر وقرنه بالتقوى له؛ لأن في التقوى رضا الله تعالى، والبر رضا الناس، ومن جمع بين رضا الله تعالى ورضا الناس، فقد تمت سعادته وعمت نعمته"⁵.

- قول الباري: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيْبًا﴾⁶.

¹ - الحديث مروى عن أبي هريرة رضي الله عنه وهو متفق عليه، أنظر: محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، (باب في المبادرة إلى الخيرات وحث من توجه للخير على الإقبال عليه بالجد من غير تردد)، منشورات دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة م فهرسة، د. س. ط، ص. 55، حديث رقم: 90.

² - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2، المرجع السابق، ص. 242؛ ناصر الدين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ت: محمد عبد الرحمن المرعشلي، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 1418 هـ، ص. 121.

³ - سورة المائدة، الآية: 2.

⁴ - أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، المرجع السابق، ص. 141.

⁵ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 2، المرجع نفسه، ص. 50.

⁶ - سورة النساء، الآية: 86.

وقد استدلل بعض الحنفية بالآية أعلاه على جواز الهبة عموماً - وهبة العقار أيضاً - وإن كانت غير ظاهرة في الاستدلال عليها كما ذهب إليه بعض المفسرين من أن المقصود بها التحية أي السلام. قال السرخسي: "والمراد بالتحية العطية، وقيل المراد بالتحية السلام، والأول أظهر، فإن قوله (أو ردوها) يتناول ردّها بعينها، وإنّما يتحقّق ذلك في العطية"¹.

وعلق الرّازي على معنى الآية بقوله: "إعلم أنّ لفظ التحية على ما بيّناه صار كناية عن الإكرام، فجميع أنواع الإكرام يدخل تحت لفظ التحية [...] يدخل فيه التسليم ويدخل فيه الهبة"².

وذهب أصحاب أبي حنيفة - حسب قول القرطبي - إلى أنّ "التحية في هذه الآية، الهدية لقوله تعالى (أو ردوها)، ولا يمكن ردّ السلام بعينه، وظاهر الكلام يقتضي أداء التحية بعينها وهي الهدية، فأمر بالتعويض إن قبل أو الرد بعينه، وهذا لا يمكن في السلام"³، والصحيح أنّ التحية هنا السلام لقوله تعالى "وإذا جاؤوك حيّوك بما لم يحثّك به الله"، وبهذا تخرج الآية عن الاستدلال بها.

البند الثاني: دليل مشروعية عقد هبة العقار من السنة

وردت أحاديث كثيرة عن النبي صلى الله عليه وسلم تدلّ كلّها على مشروعية عقد الهبة على وجه العموم حيث أنّ الحكم يشمل هبة العقار أيضاً بوصفها من التصرفات المندوب إليها شرعاً، "فالأصل فيها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولا شك أنّها كانت تجري في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، فطريق ثبوتها التواتر، وإنّما ينقل الأحاد في تفاصيل أحكامها أخباراً، وهذا سبيل كلّ أصل من أصول الشريعة ... وأصل الهبة مجمع عليه"⁴، ولعلّ أبرز الأحاديث الدالة عليها:

- ما روي عن عائشة أمّ المؤمنين - رضي الله عنها - "أنّها قالت لعروة: ابن أختي «إن كنّا لننظر إلى الهلال، ثمّ الهلال، ثلاثة أهلة في شهرين، وما أوقدت في أبيات رسول الله صلى الله عليه وسلم نار»، فقلت يا خالة: ما كان يعيشكم؟ قالت: "الأسودان: التمر والماء"، إلّا أنّه قد كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم جيران من الأنصار، كانت لهم منائح، وكانوا يمنحون رسول الله صلى الله عليه وسلم

¹ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 83.

² - أبو عبد الله محمّد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرّازي الملقّب بفخر الدّين الرّازي خطيب الري، مفاتيح الغيب - تفسير الرّازي، ج 10، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص. 171.

³ - محمّد بن أحمد الأنصاري شمس الدّين أبو عبد الله القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، المرجع السابق، ص. 298.

⁴ - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدّين، الملقّب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، ت: عبد العظيم محمود الدّيب، ج 8، دار المناهج، جدّة، السّعودية، ط 1، 2007، ص. 407.

وسلم من ألبانهم، فيسقيناً¹.

وجه الاستدلال أنّ هذا الحديث نصّ في قبول الهدية، وذلك لأنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل هدية الأنصار من ألبان منائحهم، فشرها وناول أهله منها، وكان يردها لهم إذا انقطع لبن منائحهم، وعلى ذلك إذا جازت عطية المنافع جازت عطية الذات والعين بجامع التبرع في كليهما²، فدلّ ذلك - من ثمة - على جوازها ومشروعية انعقادها والتعامل بها.

- ما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنّها قالت: "كان النبي صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ويثيب عليها"³. وجه الدلالة أنّ الرسول الكريم كان يقبل الهدية ويثيب عليها؛ وقوله لها مهما كانت قيمتها دليل على جوازها ومشروعيتها.

- ما روي عن بُرَيْدَةَ عِنْدَ إِبْرَاهِيمَ الْحَرَبِيِّ وَابْنِ خُزَيْمَةَ وَابْنِ أَبِي عَاصِمٍ: "أَنَّ أَمِيرَ الْقُبْطِ أَهْدَى إِلَى رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - جَارِيَتَيْنِ وَبَعْلَةً، فَكَانَ يَرْكَبُ الْبَعْلَةَ بِالْمَدِينَةِ، وَأَخَذَ إِحْدَى

¹ - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج 3 (كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها)، المرجع السابق، ص. 153، حديث رقم: 2567؛ المهملّب بن أحمد بن أبي صُفْرَةَ أَيْبَدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَسَدِيِّ الْأَنْدَلُسِيِّ، المِزْيُ، الْمُخْتَصَرُ النَّصِيحُ فِي تَهْذِيبِ الْكِتَابِ الْجَامِعِ الصَّحِيحِ، ت: أَحْمَدُ بْنُ قَارِسٍ السَّلُوم، ج 3، (كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها)، دار التوحيد، دار أهل السنة، الرياض، 2009، ص. 169، حديث رقم: 1565.

² - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 5، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379 هـ، ص. 199.

³ - أخرجه: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج 3 (باب المكافأة في الهبة)، المرجع نفسه، حديث رقم: 2585. وفي شرحه يقول القتيبي: "أي يعطي الذي يهدي له بدلها. واستدل به بعض المالكية على وجوب الثواب على الهدية إذا أطلق وكان ممن يطلب مثله الثواب كالفقير للغني بخلاف ما يهبه الأعلى للأدنى، ووجه الدلالة منه مواظبته - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - على ذلك ومذهب الشافعية لا يجب بمطلق الهبة والهدية إذ لا يقتضيه اللفظ ولا العادة ولو وقع ذلك من الأدنى إلى الأعلى كما في إعارته له إلحاقاً للأعيان بالمنافع، فإنّ أثابه المتهب على ذلك فهبة مبتدأة، وإذا قيدها المتعاقدان بثواب معلوم لا مجهول صح العقد بيعاً نظراً للمعنى فإنّه معاوضة مال بمال معلوم كالبيع بخلاف ما إذا قيدها بمجهول لا يصح لتعذر بيعاً وهبة. نعم المكافأة على الهدية والهبة مستحبة اقتداء به - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -". أنظر: أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدين، إرشاد الساري لشرح صحيح البخاري، ج 4، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 7، 1323 هـ، ص. 343؛ وكذلك أخرجه الترمذي في كتاب البرّ والصلة، باب قبول الهدية والمكافأة عليها، أنظر: محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، سنن الترمذي، ت: مشهور آل سلمان، ج 4، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، د. س. ط، ص. 338، حديث رقم: 1953، ص. 338؛ وأخرجه أحمد في مسنده، أنظر: أحمد بن حنبل، المسند، ت: شعيب الأرنؤوط وآخرون، ج 41، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1999، ص. 138، حديث رقم: 24591؛ وأخرجه أبو داود في كتاب الإجارة، باب قبول الهدايا، أنظر: أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ت: مشهور آل سلمان، ج 3، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1، د. س. ط، ص. 314، حديث رقم: 3538.

الْجَارِيَتَيْنِ لِنَفْسِهِ فَوَلَدَتْ لَهُ إِبْرَاهِيمَ وَوَهَبَ الْأُخْرَىٰ لِحَسَّانَ¹.

وجه الاستدلال من هذه الأحاديث: أَنَّ الرَّسُولَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، وَهُوَ لَا يَقْبَلُ شَيْءَ إِلَّا إِذَا كَانَ مَشْرُوعًا، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى مَشْرُوعِيَّةِ الْهَبَةِ - الْوَاقِعِ مَحَلًّا عَلَى مَنْقُولٍ أَوْ عَقَّارٍ - وَجَوَازِ إِتْيَانِهَا، وَدَلِيلُ ذَلِكَ قَبُولُهُ هَدِيَّةَ كَسْرَى وَقَيْصَرَ وَغَيْرَهُمَا مِنَ الْمُلُوكِ، وَقَدْ قَبِلَ هَدِيَّةَ الْمُقَوْقَسِ وَتَسْرَى مِنْ جَمَلَتِهَا بِمَارِيَةِ الْقُبْطِيَّةِ وَأُنْجَبَ مِنْهَا ابْنُهُ إِبْرَاهِيمَ، كَمَا قَبِلَ هَدِيَّةَ النَّجَاشِيِّ وَتَصَرَّفَ فِيهَا أَيْضًا، فَدَلَّ ذَلِكَ كُلَّهُ عَلَى أَنَّ التَّهَادِيَّ فِعْلٌ مُحْتَوٌّ عَلَيْهِ وَمَنْدُوبٌ إِتْيَانُهُ شَرْعًا.

- ما روي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "لو دعيت إلى ذراع أو كراع لأجبت، ولو أهدي إلي ذراع أو كراع لقبلت"².

وجه الدلالة من هذا الحديث الحثُّ على التَّهَادِيَّ وَقَبُولِ الْهَدِيَّةِ وَلَوْ كَانَ الْمَهْدَى شَيْئًا يَسِيرًا، وَفِيهِ "حُضٌّ" مِنْهُ لِأَمْتِهِ عَلَى الْمَهَادَاةِ وَالصَّلَاةِ، وَالتَّأْلِيفِ وَالتَّحَابِ، وَإِنَّمَا أَخْبَرَ أَنَّهُ لَا يَحْقِرُ شَيْئًا مِمَّا يُهْدَى إِلَيْهِ أَوْ يَدْعَى إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ يَمْتَنِعُ الْبَاعِثُ مِنَ الْمَهَادَاةِ لِاحْتِقَارِ الْمَهْدَى، وَإِنَّمَا أَشَارَ بِالْكَرَاعِ وَفَرَسِ الشَّاةِ إِلَى الْمَبَالِغَةِ فِي قَبُولِ الْقَلِيلِ مِنَ الْهَدِيَّةِ، لَا إِلَى إِعْطَاءِ الْكَرَاعِ وَالْفَرَسِ وَمَهَادَاتِهِ؛ لِأَنَّ أَحَدًا لَا يَفْعَلُ ذَلِكَ"³.

- حديث عائشة - رضي الله عنها - أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "تَهَادَاوُ تَحَابُّوا"⁴، وَفِي رِوَايَةٍ ثَانِيَةٍ مِنْ حَدِيثِ أَبِي هُرَيْرَةَ - رضي الله عنه - أَنَّهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ قَالَ: "تَهَادَاوُ إِنَّ الْهَدِيَّةَ تَذْهَبُ وَحَرَ الصَّدْرِ، وَلَا تَحْقِرَنَّ جَارَةً لِجَارَتِهَا وَلَوْ شَقَّ فَرَسَنَ شاة"⁵، وَفِي رِوَايَةٍ ثَالِثَةٍ مَا رَوَى عَنْ عَطَاءِ بْنِ أَبِي مُسْلَمٍ عَبْدَ اللَّهِ الْخُرْسَانِيَّ أَنَّهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ "تَتَصَافَحُوا يَذْهَبُ الْغِلُّ وَتَهَادَاوُ

¹ - مُحَمَّدٌ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الشُّوكَايَ الْيَمَنِيَّ، نَيْلُ الْأَوْطَارِ، ت: عَصَامُ الدِّينِ الصَّبَّابِيُّ، ج 6، دَارُ الْحَدِيثِ، مِصْرَ، ط 1، 1993، ص. 6.

² - أَخْرَجَهُ: مُحَمَّدٌ بْنُ إِسْمَاعِيلَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْبُخَارِيُّ الْجَعْفِيُّ، صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ، ج 3، (بَابُ الْقَلِيلِ مِنَ الْهَبَةِ)، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ص. 153.

³ - إِبْنُ بَطَّالٍ أَبُو الْحَسَنِ عَلِيُّ بْنُ خُلْفٍ بْنِ عَبْدِ الْمَلِكِ، شَرْحُ صَحِيحِ الْبُخَارِيِّ، ت: أَبُو تَمِيمٍ يَاسِرُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ، ج 7، مَكْتَبَةُ الرَّشْدِ، الرَّيَّاضُ، ط 2، 2003، ص. 87-88.

⁴ - الْحَدِيثُ مَخْرُجٌ مِنْ لَدُنْ: مُحَمَّدٌ بْنُ إِسْمَاعِيلَ بْنِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ الْمَغِيرَةِ الْبُخَارِيِّ، أَبُو عَبْدِ اللَّهِ، الْأَدَبُ الْمَفْرَدُ بِالتَّعْلِيلَاتِ، حَقَّقَهُ وَقَابَلَهُ عَلَى أَصُولِهِ: سَمِيرُ بْنُ أَمِينٍ الزَّهْرِيُّ مُسْتَفِيدًا مِنْ تَخْرِيجَاتٍ وَتَعْلِيلَاتٍ الْعَلَامَةِ الشَّيْخِ الْمُحَدِّثِ: مُحَمَّدُ نَاصِرُ الدِّينِ الْأَلْبَانِيُّ، ج 1، (بَابُ قَبُولِ الْهَدِيَّةِ)، مَكْتَبَةُ الْمَعَارِفِ لِلنَّشْرِ وَالتَّوْزِيعِ، الرَّيَّاضُ، ط 1، 1998، ص. 306، حَدِيثٌ رَقْمٌ: 594.

⁵ - الْحَدِيثُ مَخْرُجٌ مِنْ لَدُنْ: مُحَمَّدُ بْنُ عِيْسَى بْنِ سُوْرَةَ بْنِ مُوسَى بْنِ الضُّحَّاكِ، التَّرْمِذِيُّ، أَبُو عِيْسَى، سَنَنِ التَّرْمِذِيِّ، ج 4، (كِتَابُ الْوَلَاءِ وَالْبِرَاءِ)، بَابُ فِي حَثِّ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى التَّهَادِيَّ، الْمَرْجِعُ السَّابِقُ، ص. 441، رَقْمُ الْحَدِيثِ: 2130؛ مَعَ الْإِشَارَةِ إِلَى تَضْعِيفِهِ مِنْ لَدُنْ الْحَافِظِ، أَنْظَرُ: أَبُو الْفَضْلِ أَحْمَدُ بْنُ عَلِيٍّ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ حَجَرِ الْعَسْقَلَانِيِّ، التَّلْخِصُ الْحَبِيرُ فِي تَخْرِيجِ أَحَادِيثِ الرَّافِعِيِّ الْكَبِيرِ، ج 3، دَارُ الْكُتُبِ الْعِلْمِيَّةِ، بِيْرُوتَ، ط 2، 1989، ص. 163.

تَحَابُّوا وَتَذَهَبُ الشَّحْنَاءُ"¹.

وجه الاستدلال من جملة هذه الأحاديث في روايات المتعددة "الحض على التهادي ولو باليسير، لما في ذلك من استجلاب المودة وإذهاب الشحنة"²، وفيها ما يدل على مشروعية الهبة مهما اختلف محلها، لأنَّ الرسول صَلَّى الله عليه وسلَّم حثنا على تبادل الهدايا لما في ذلك من تقوية للعلاقات وتوطيد للروابط بين أفراد المجتمع الواحد، ولو لم تكن الهبة مشروعة لما حثَّ عليها الرسول الكريم³.

كذلك، فإنَّ وجه الاستدلال يرمي إلى جواز الهبة والهدية فضلاً عن القول بقبولهما والنهي عن ردِّهما لما في ذلك من توطين للوحشة وتنافر للخواطر.

وتبعاً لذلك فإنَّ الأحاديث المشار إليها أعلاه، لا ريب أنَّها تتضمن "دليلاً على أنَّ الأشياء الواصلة إلى العباد على أيدي بعضهم هي من الأرزاق الإلهية لمن وصلت إليه، وإنَّما جعلها الله جاريةً على أيدي العباد لإثابة من جعلها على يده فالمحمود على جميع ما كان من هذا القليل هو الله تعالى"⁴.

- ما رواه الشيخان بسندهما عن ابن عباس - رضي الله عنه - أنَّ النبي صَلَّى الله عليه وسلَّم قال: "ليس لنا مثل السوء، الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه"⁵، فقد شبَّه الرجوع في الهبة بالكلب العائد في قيئه، ولما كان العود في القيء حرام، فإنَّ الرجوع في الهبة يأخذ حكمه⁶.

ووجه الاستدلال في الحديث أنَّ الرسول صَلَّى الله عليه وسلَّم نقر من الرجوع في الهبة عموماً، ولا يتحقق الرجوع فيها إلا إذا كانت موجودة بالفعل، إذ كيف يرجع الشخص في هبة لا وجود لها، فلو لم تكن الهبة مشروعة ما تمَّ الحثُّ على ضرورة الالتزام بها حين وجودها، والتنفير من العودة فيها⁷.

¹ - أخرجه: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، ج 2 (باب ما جاء في المهاجرة)، المرجع السابق، ص. 908، حديث رقم: 16؛ وأنظر في مختلف رواياته: الحسين بن محمد بن سعيد اللاعني، المعروف بالمغربي، البدور التمام شرح بلوغ المرام، ت: علي بن عبد الله الزين، ج 6، دار هجر، د. ب. ط، ط 1، 2007، ص. 443.

² - أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذ بشرح جامع الترميذي، ت: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، د. س. ط، ص. 1738.

³ - إبراهيم إبراهيم الصالح، المرجع السابق، ص. 20.

⁴ - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ت: عصام الدين الصبابطي، ج 5، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993، ص. 415-416.

⁵ - أخرجه: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج 2، المرجع السابق، ص. 164، حديث رقم: 2622.

⁶ - أحمد ياسين القرلة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، م 32، ع 1، 2005، ص. 88.

⁷ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 26.

هذا، وأنَّ المقصد من الهبة عموماً وهبة العقار على وجه الخصوص يبقى دوماً يحقّق مبدأ الإيهاب المندوب إليه شرعاً¹، فهذه الأحاديث وغيرها دلّت على استحباب الهبة والتدب إلى إتيانها، وعلى اتباع كلّ وسيلة تقوّي الروابط وتؤلّف القلوب وتزيل الأحقاد بين أفراد المجتمع².

البند الثالث: دليل مشروعية عقد هبة العقار من الإجماع

إنعقد الإجماع على استحباب الهبة بكلّ أنواعها بما في ذلك تلك الواردة على عقار، فقد ورد ما يدلّ على إجماع الصحابة - رضوان الله عليهم - على مشروعية الهبة والإيهاب بين أفراد المجتمع، ودليل ذلك ما رواه مالك من حديث عائشة قالت: "إِنَّ أَبَا بَكْرٍ الصِّدِّيقَ كَانَ يُحْلِلُهَا جَادَّ عِشْرِينَ وَسَقًّا مِنْ مَالِهِ بِالْعَابَةِ، فَلَمَّا حَضَرَتْهُ الْوَفَاةُ قَالَ: "وَاللَّهِ يَا بُنَيَّةُ مَا مِنْ النَّاسِ أَحَدٌ أَحَبُّ إِلَيَّ غَنَى بَعْدِي مِنْكَ، وَلَا أَعَزُّ عَلَيَّ فَقْرًا بَعْدِي مِنْكَ، وَإِنِّي كُنْتُ نُحْلِلُكَ جَادَّ عِشْرِينَ وَسَقًّا، فَلَوْ كُنْتُ جَدَدْتِيهِ وَاحْتَرَيْتِيهِ كَانَ لَكَ. وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ، وَإِنَّمَا هُمَا أَخَوَاكَ، وَأُخْتَاكَ، فَاقْتَسِمُوهُ عَلَى كِتَابِ اللَّهِ، قَالَتْ عَائِشَةُ، فَقُلْتُ: يَا أَبَتِ، وَاللَّهِ لَوْ كَانَ كَذَا وَكَذَا لَتَرَكْتُهُ، إِنَّمَا هِيَ أَسْمَاءُ، فَمِنْ الْأُخْرَى؟ فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: دُو بَطْنِ بِنْتٍ خَارِجَةٍ، أَرَاهَا جَارِيَةً"³.

دلالة الرواية تدلّ على مشروعية هبة العقار، فضلاً عن أنّ الصحابة - رضوان الله عنهم - كانوا يهبون، فلو كان الخليفة أبا بكر يرتاب لحظة في مشروعيتها ما أقدم على القيام بإبرامها، أمّا أنّه نُحِّلَ ابنه جزءاً من ضيعته، فذلك دليل على جوازها.

ومّا يدلّ على مشروعية هبة العقار أيضاً، ما رواه ابن عيينة عن الزّهرري بن عروة أنّ عمر ابن الخطّاب - رضي الله عنه - قال: "ما بَالُ أَقْوَامٍ يَنْحَلُونَ أَوْلَادَهُمْ، فَإِذَا مَاتَ أَحَدُهُمْ، قَالَ: مَالِي وَفِي يَدِي. وَإِذَا مَاتَ هُوَ، قَالَ: كُنْتُ نُحْلِلُهُ وَلَدِي؟ لَا نَحْلَهُ إِلَّا نَحْلَةً يُحَوِّرُهَا الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ، فَإِنْ مَاتَ

¹ - جاء في تعليق المتأوي على حديث (تمادوا) "أَيُّ لِيَهْدِ بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ نَدَبًا". أنظر: زين الدّين محمّد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحّدّادي ثمّ المتأوي القاهري، التّفسير بشرح الجامع الصّغير، ج 1، مكتبة الإمام الشّافعي، الرّياض، ط 3، 1988، ص. 457.

² - بدران أبو العينين بدران، المرجع السّابق، ص. 217؛ غالب بن علي عواجي، المذاهب الفكريّة المعاصرة ودورها في المجتمعات وموقف المسلم منها، ج2، المكتبة العصرية الدّهية، جدّة، ط1، 2006، ص. 1289.

³ - الحديث مخرّج من لدن: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، ج2 (كتاب الأفضية، باب ما لا يجوز من التّحل)، المرجع السّابق، ص. 752؛ وهو من غريب الحديث، أنظر: أبو سليمان حمد بن محمّد بن إبراهيم بن الخطّاب البستي المعروف بالخطّابي، غريب الحديث، ت: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، خرّج أحاديثه: عبد القيوم عبد رب التّي، ج 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982، ص. 43 وما يليها.

وَرِثَهُ¹.

وقد دلّت هذه الرواية أيضاً على مشروعية هبة العقار، حيث أعلن عمر - رضي الله عنه - من خلال حديثه هذا منع الناس من التلاعب في النحلة والعطية التي ينحلونها لغيرهم، موضحاً لهم فيه ما ينبغي عليهم اتّباعه والالتزام به، وبالتالي فلو لم تكن هبة العقار جائزة ما بيّن في كلامه ما سبق.

كما أنّ عمر بن الخطّاب - رضي الله عنه - أردف مؤكداً فحوى خطابه السابق فقال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه صدقة فإنّه لا يرجع فيها ..."².

محضلة القول: أنّ سادتنا أبي بكر وعمر وعلي وأبو الدرداء وعبد الله بن عمر وفضالة بن عبيد وغيرهم من صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم أقرّوا جميعهم مشروعية هبة العقار وجواز التعامل بها، ولم يرد عن غيرهم خلاف ما ذكروا فيكون قولهم ذلك إجماعاً³.

ولم يقتصر الأمر على إجماع الصحابة رضوان الله عليهم، بل نقل هذا الإجماع كذلك غالبية فقهاء مدارس الفقه الإسلامي وجاء النصّ عليه في بطون مؤلفاتهم.

ومن ثقات الفقهاء الذين نقلوا إجماع المسلمين على جواز الهبة واستحبها بأيّ نوع وقعت - على منقول كان أو عقار - الشوكاني والنووي والحافظ عن ابن عبد البر.

قال الحافظ مبرراً لهذا الحكم: "إنّ الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده، فإذا جاز له أن يخرج جميع ولده من ماله جاز له أن يخرج عن ذلك بعضهم، ذكره ابن عبد البر"⁴، وعزّز الجويني هذا القول بأن صرح في ذات السياق "... وأصل الهبة مجمّع عليه"⁵.

أمّا ابن قدامة فقد أشار إلى إجماع صحابة رسول الله على انعقاد الهبة فقال: "ولنا إجماع الصحابة

¹ - أبو محمد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 91.

² - مجد الدّين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشّيباني الجزري ابن الأثير، الشّافعي في شرح مُسنَد الشّافعي لابن الأثير، ت: أحمد بن سليمان، أبي تميم ياسر بن إبراهيم، ج4، مكتبة الرّشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2005، ص. 225.

³ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشّافعي، فتح السّلام شرح عمدة الأحكام، للحافظ ابن حجر العسقلاني، جمعه وهذّبه وحفّقه: أبو محمّد عبد السّلام بن محمّد العامر، ج5، د. ط، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 306.

⁵ - عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدّين، الملقّب بإمام الحرمين، المرجع السابق، ص. 407.

- رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ - فَإِنَّ مَا قُلْنَاهُ مَرْوِيٌّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ وَعُمَرُ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا -، وَلَمْ يُعْرِفْ لهُمَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالِفٌ¹.

كذلك فعل الزيلعي فأشار إلى مشروعيتها، فقال: "وَهِيَ مَشْرُوعَةٌ مُنْدُوبٌ إِلَيْهَا بِالْإِجْمَاعِ"².

وجاء في شرح منح الجليل قوله: "نَصَّ اللَّحْمِي وَابْنُ رَشْدٍ عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ مَنْدُوبَةٌ وَحَكَى ابْنُ رَشْدٍ عَلَيْهِ بِالْإِجْمَاعِ"³.

كما أقر ابن رشد (الحفيد) ذلك حينما ذكر بأنه "اتَّفَقُوا عَلَى أَنَّ لِلْإِنْسَانِ أَنْ يَهَبَ مَالَهُ لِلْأَجْنَبِيِّ"⁴، "وعلى ذلك انعقد الإجماع" يضيف صاحب الفتح القدير⁵.

خلاصة لما تقدّم، يتبيّن - بجلاء - من النصوص المنقولة انعقاد إجماع فقهاء الأمة على مشروعية هبة العقار والندب لإتيانها وعقدتها انتهاء.

البند الرابع: دليل مشروعية عقد هبة العقار من المعقول

يتبيّن من آي القرآن وأحاديث السنّة النبوية، أنّ من شأن الهبة - انصبت على عقار أو على منقول - التّأليف بين القلوب وتقوية أواصر الصّلة والمودّة بين النّاس، فهي تذهب وَحَرَ الصّدور وتؤلّف القلوب على الودّ والمحبة، كما أنّها تدلّ على كرم الخلق وأصالة العرق، فضلاً عن أنّها باب من أبواب الإحسان واكتساب دواعي التّرابط بين الإخوان، ولا يكون الشّيء مستحبّاً فعله إلّا إذا كان جائزاً ثابتاً مشروعته⁶.

وما يدلّ على أنّها أقوى أبواب الإحسان واكتساب التودّد بين الإخوان قوله تعالى ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ...﴾⁷، والهبة بذلك هي برٌّ، إذ هي سبب التّحاب والتّواد، "ونذب الله

¹ - أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 6، المرجع السابق، ص. 237.

² - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 91.

³ - محمّد بن أحمد بن محمد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 174.

⁴ - محمّد بن أحمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 496.

⁵ - كمال الدّين محمّد بن عبد الواحد السيّوasi المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج 9، دار الفكر، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 19.

⁶ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 47.

⁷ - سورة المائدة، الآية: 2.

سبحانه إلى التعاون بالبرّ وقرنه بالتقوى له؛ لأنّ في التقوى رضا الله تعالى، وفي البرّ رضا الناس، ومن جمع بين رضا الله تعالى ورضا الناس فقد تمتّ سعادته وعمّت نعمته"¹.

"قال بعضهم ستّ كلمات جوهرية لا يحويها إلاّ العقول الذكيّة، أصل المحبّة، الهدية، وأصل البغضة، الأسيّة، وأصل القرب، الأمانة، وأصل البعد، الخيانة، وأصل زوال النعمة، البطر، وأصل العقّة، غضّ البصر" يشير إلى هذا القول الدميّاطي².

وأردف الزّيلعي مؤكّداً "وهي [أيّ الهبة] من صفات الكمال، فإنّ الله تعالى وصف بها نفسه³ بقوله ﴿... إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾"⁴.

على ذلك فإتيانها من لدن الناس اكتساب لأجلّ الصفات تبعاً لوصف المولى عز وجلّ نفسه بالوهاب، ودلائلها عظيمة لما تكتنف من خلالها من استعمال للكرم وتنقية النّفس من الشحّ والبخل، ولما فيها من علامات إدخال الفرح والغبطة على المعطى له، إذ أنّها تورّث المحبّة بين الواهب والموهوب له، وتزيل الضّغينة والحسد من نفوسهما، ولهذا فكلّ من تعامل بها كان من المفلحين مصداقاً لقوله تعالى ﴿... وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ﴾"⁵.

ثمّ إنّ محاسن الهبة لا تخفى على ذوي النّهي، ومن محاسنها جلب المنفعة، وقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال: "إنّك أنت الوهاب" يؤكّد قاضي زاده⁶ نفس المعنى معقّبا.

وفي الهدية أيضاً اتّباع لسنة المصطفى - عليه الصّلاة والسّلام - الذي قبل الهدية وأثاب عليها، قال القرطبي في هذا الشّأن: "ومن فضل الهدية مع اتّباع السنة أنّها تزيل حزازات النّفوس، وتكسب المهدي والمهدي إليه رنة في اللّقاء والجلوس".

ويؤكّد في موضع آخر قول الصّحابة في الهبة فيقول: "وما ذكره عليّ - رضي الله عنه - وفصله

¹ - أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدّين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 50.

² - أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمّد شطا الدّميّاطي الشّافعي، المرجع السابق، ص. 172.

³ - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، المرجع السابق، ص. 91.

⁴ - سورة ص، الآية: 35.

⁵ - سورة التّغابن، الآية: 16.

⁶ - كمال الدّين محمّد بن عبد الواحد السيّواسي المعروف بابن الهمام، المرجع السابق، ص. 19.

من الهبة صحيح¹.

وقد أحسن الإمام أبو المنصور حينما حرص على القول بأنه "... يَجِبُ عَلَى الْمُؤْمِنِ أَنْ يُعَلِّمَ وَلَدَهُ الْجُودَ وَالْإِحْسَانَ كَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُعَلِّمَهُ التَّوْحِيدَ وَالْإِيمَانَ؛ إِذْ حُبُّ الدُّنْيَا رَأْسُ كُلِّ خَطِيئَةٍ هَائِلَةٍ مَنُذُوبَةٌ وَقَبُولُهَا سُنَّةٌ، قَالَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «تَهَادَوْا تَحَابُّوا»²، ذلك أنه ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ...﴾³، فكلّ تصرف على هذه الشاكلة يتقبّله ذو الألباب، ويسعون للعمل على نحوه لأنّه يحقّق - انتهاءً - مصلحة مشروعة للعباد، وهي نفسها حكمة التشريع، ممّا يجعل الحكمة في مشروعية الهبة بالغة بالغة⁴.

إضافة إلى ما سبق عرضه، فإنّ العقل والمنطق يقضيان القول بضرورة مشروعية الهبة عموماً - وهبة العقار لقيمتها على وجه الخصوص - بوصفها إحدى التصرفات التي يُقدم عليها الشخص فيما يملك، وليس ثمة مانع من مباشرتها، طالما كانت إرادة الواهب سليمة من كلّ عيب، غير واقعة تحت تأثير أدنى ضغط أو إكراه.

ويقضي العقل بجواز إتيانها - أيضاً - لما ترتّبته من آثار جليلة تكمن في توثيق أواصر الأخوة وتقوية الروابط بين أفراد المجتمع، الأمر الذي ينشأ عنه تأليف لعرى القلوب، وزرع للتوادّ والتحابّ من خلالها، لذا فلا محالة أن يقضي العقل والمنطق بمشروعيتها في الأساس⁵.

¹ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدّين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 38. وقد أجاب أبو حامد الغزالي عن ماهيتها باستفاضة بمناسبة مسألة أوردتها في الإحياء مفادها: "ما الفرق بين الرّشوة والهدية، مع أنّ كلّ واحد منهما يصدر عن الرّضا ولا يخلو عن غرض، وقد حرّمت إحداها دون الأخرى". أنظر: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطّوسي، إحياء علوم الدّين، ج 2، دار الثقافة، الجزائر، 1991، ص. 239؛ وأنظر في الفرق بين الهدية والرّشوة: أحمد محمد عسّاف، الحلال والحرام في الإسلام، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1984، ص. 358.

² - ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي الحنفي، المرجع السابق، ص. 488.

³ - سورة آل عمران، الآية: ص. 92.

⁴ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 27.

⁵ - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 24.

الفرع الثاني: حكم عقد هبة العقار

إذا كان عقد هبة العقار الأصل فيه النَّدب والاستحباب اتِّساقاً والمقاصد التي شُرِّع لأجلها¹، فلا

¹ - وذلك لعظم فائدته، إذ هو يعتبر من أبواب التعاون على البرِّ؛ واعتماد الفقه الإسلامي على الوازع الدِّيني في إبراز فضائله، جعل أمر أحكامه يكتسي طابعاً خاصاً في معالجة وتنظيم سلوك الفرد والمجتمع من خلاله، ففي موضوعه لا تنفك الشريعة الإسلامية تدعو الناس وتحظهم على مباشرة أعمال مقصد الإيهاب والعطاء بكل أساليب التَّغريب مبرزة أهم أبعاده المقاصدية المنشئة لأجله، سواء شملت: أولاً: البُعد المقاصدي الفردي لعقد هبة العقار المنطوي على مقصدين أساسيين: أ- مقصد التَّعبد للمولى عز وجل: ذلك أنَّ ما أوجده الشارع الحكيم من عقود تبرع وعلى رأسهم عقد الهبة، إنما شرعه طريقاً للتَّعبد به والتَّقرُّب إليه وطمعاً في نيل ثوابه ورضاه، ولولا هذه الغاية لما بادر الناس إلى إبرامه، ولغالبتهم نفوسهم ودافعتهم عاطفة حبهم للمال وإمساكه، لذا انبرت آي القرآن الكريم وأحاديث السنَّة النبوية مرغبة في بذل المال وإنفاقه في كلِّ ما هو خير، ومن جملة عقد هبة العقار، فهو ضرب من ضروب التبرع بل وأجل أنواعه، لما يكتنفه من مزية التفضُّل على الغير. ب- المقصد التَّركوي: المنبثق عن أصله الفردي، ومؤداه: تهذيب وتركيز نفس الواهب مقصداً لعقد هبة العقار، وهو يتمحور حول أهم العناصر الأساسية المكوِّنة له، من بينها: 1- اتِّقاء فتنة المال بإنفاقه في سبيل الخير: ذلك لأنَّ الشَّرْع لم يتوان في الحثِّ على الإنفاق والتبرع عموماً، وترغيبه في هبة وصدقة العقار خصوصاً، فذلك ممَّا يرد به تحقيق معية النَّجاة بتزكية نفس المعطي من طغيان شغف المال وتهذيبها باعتياد إنفاقه تبرعاً من غير إلزام وإجبار. 2- التبرع بالهبة تركيزاً لنفس الواهب من الشَّح والبخل: وممَّا لا ريب فيه أنَّ العنصر الرَّئيس في تحقيق هذا المقصد هو الإنفاق المندوب ممثلاً في إتيان عقد هبة العقار، سيما وأنَّ الباعث عليه - غالباً - دافع ذاتي وأريحية خُلقيَّة نفسية، ممَّا ينبئ - تبعاً لذلك - بتمكُّن حبِّ الإنفاق في النَّفس وغرسه فيها، ومدافعة بواعث الشَّح والبخل في الأخير. ثانياً: البُعد المقاصدي الاجتماعي لعقد هبة العقار: ولتحقيقه شَرَّع الشارع مبادئ راقية لإنشاء مجتمع فاضل متكامل، مبنيٍّ أسسه على الأخوة والمساواة بين الناس أجمعين لا تفاضل بينهم إلَّا بالكفاية والأمانة والسلوك السَّوي، لذا نجد كلَّ أحكامها - ما تعلق منها بالعبادات أو المعاملات - تتجه إلى تحقيق هذه المقاصد والغايات، حفاظاً على المصالح العامة والخاصة للمجتمع وأفراده، وتقوية للروابط الإنسانية والمعنوية بينهم، وممَّا لا شكَّ فيه أنَّ عقد هبة العقار بما يمثِّله من "إحسان اختياري" من أهم ما يُسهم في هذا النُّطاق، وإذا أمعنا النَّظر إلى أحكام عقود التبرع عموماً وهبة العقار بشكل خاص، نجد أنَّ أهم ما تستهدفه هذه الأخيرة بشأن المجتمع مقصدان ركيزان يرجع إليهما كلَّ الغايات التي ترومها الشريعة الإسلامية السَّمحة، وهما في الأخير لا يخرجان عن مقصدي: 1- تحقيق وتقوية مبدأ الأخوة. 2- تحقيق مبدأ التكافل الاجتماعي.

ثالثاً: البُعد المقاصدي العَقْدِي لعقد هبة العقار: ويُراد به كلُّ ما تغيَّاه الشارع الحكيم من عقد هذا العقد فضلاً عن اهتمام الشريعة الإسلامية بأحكامه وبيان فروعه ومسائله، لذلك فقد رَغِبَت هذه الأخيرة في إبرامه بوصفه من أجل التبرعات، وأثبتت فاعله القواب الجزيل لما يكتنفه في مضمونه من تحقيق مصالح العباد العامة والخاصة، وإرساء هذا المبدأ كان الشَّرْع يبتغي من خلال هذا العقد ويتقصد في الأساس، مقصدين ثانويين هما: 1- التَّكثير من إبرامه والتوسُّع في وسائل انعقاده. 2- صدوره عن طيب نفس وقصد.

رابعاً: البُعد المقاصدي الإقتصادي لعقد هبة العقار: إتَّفَق علماء الشريعة الإسلامية على اعتبار المال من الصُّرُوريات الخمس التي جاء بها الشَّرْع مؤكِّداً على حفظها ومراعاتها ابتداءً؛ فالمال إذن هو من ضروريات الحياة لأنَّ مصالح العباد ديناً ودنيا لا تتمُّ إلَّا به، فإذا فُقِدَ لم تجر مصالحهم على استقامة، بل لو عُذِمَ المال لم تبقَ أية معيشة.

هذا، وإن كان ترتيب الشريعة للضروريات الخمس يتقدَّمهم الدِّين مرتبة أولى من حيث الأهمية والاعتبار، فإنَّ ذلك لا يجعل ما دونه مُهمَّلاً الأهمية، بل إنَّه في تأخير مقصد المال في التَّرتيب هو اعتبار لأهميته موازنة مع غيره من الكليات، فهو وسيلة للحفاظ على جميعها سواء من حيث الوجود أو عدمه، وهذا ما ينبئ بعناية الشريعة الإسلامية للجانب الاقتصادي وتوليتة الاهتمام الكبير لدوره الخطير في تحقيق مصالح العباد ومنافعهم، هذا فضلاً عن تأثيره في جميع جوانب الحياة لديهم، ويبرز ذلك من خلال أحكام المعاملات المشروعة سواء في عقود المعاوضة أو عقود التبرع. غير أنَّ الأثر الاقتصادي لعقود التبرع ليس هو على مستوى تنظيمي واحد من التأثير مقارنة بعقود المعاوضات، فبقدر انصهار العقد في تنظيم مقنن ويُعده عن الفردية يكون تأثيره أبرز ومساهمة أكبر كالحُبْس العام المكوَّن لشخصية معنوية مؤسَّساتية مثلاً بخلاف هبة العقار المعبرة عن مواقف شخصية وإن تمَّ رعايتها وتنظيمها من بعض المؤسَّسات. ومع ذلك فإنَّ مقاصدية هبة

رب أن تعثره باقي أوصاف الحكم الشرعي التكليفي، لذا سوف نحاول تسليط الضوء عليه من خلال إبراز الحكم الشرعي العام لعقد هبة العقار بداءة (البند الأول)، ثم ما يمكن أن يتفرع عنه من أهم المسائل كحكم العدل بين الأولاد في نفس العقد انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: الحكم الشرعي العام لعقد هبة العقار

والمقصود بالحكم في هذا الموضع: هو صفة المكلف به، حيث يتبين أثرها في الثواب أو العقاب وهو ما يسمى لدى علماء أصول الفقه بالحكم التكليفي الذي يقسم فعل المكلف فيه إلى واجب ومندوب ومكروه ومحرم¹.

ولما كانت الهبة عموماً - بما في ذلك هبة العقار - أصل باب التبرعات، فقد اعترتها مختلف الأحكام التكليفية الشرعية، إذ قد تكون:

- مندوبة: فالحكم في تشريعها هو الندب بالاتفاق، ذلك أنه وعلى حد قول القرافي: "النظر

العقار الاقتصادية تجسد أكثر في عنصرين فرعين هما: 1- مقصد تحقيق تداول ورواج الأموال. 2- مقصد الإسهام في التنمية الاقتصادية. لأكثر تفصيل واستفاضة في موضوع المقاصد الخاصة بعقود التبرع، راجع: يوسف نؤاسة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحكامها ومقاصدها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص. 240، وما يليها؛ إبراهيم عنتر فتحي، المقاصد المدنية للعقد التبرعي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، م1، ع2، ج2، السنة 1، كانون الأول 2016، ص. 229 وما يليها؛ محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب ابن الخوجة، ج3، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004، ص. 505 وما يليها؛ وأنظر في بيان مختلف مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال: يوسف القرضاوي، مقاصد الشريعة المتعلقة بالمال، دار الشروق، القاهرة، ط2، 2010، ص. 84 وما يليها؛ يوسف حاد العالم صادر الحقم، المقاصد العاقبة للشريعة الإسلامية، دار الحديث، القاهرة، د. س. ط. ص. 467؛ محمد صالح حدي، البعد العقدي للمعاملات المالية، مركب المنار، الجزائر، 2011، ص. 41 وما يليها؛ مسفر بن علي القحطاني، الوعي المقاصدي، قراءة معاصرة للعمل بمقاصد الشريعة في مناحي الحياة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ط 2، 2013، ص. 186 وما يليها؛ أحمد الزيسوني، مقاصد المقاصد، الغايات العلمية والعملية لمقاصد الشريعة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ط 2، 2014، ص. 110؛ إبراهيم أبو إسحاق بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ت: مشهور آل سليمان، ج 3، دار ابن عقان، الخبر، السعودية، ط 1، 1997، ص. 23 وما يليها؛ جميلة قارش، حفظ المال ودوره في حفظ بقية الضروريات، الصراط، مجلة كلية العلوم الإسلامية للبحوث والدراسات الإسلامية المقارنة، ع 18، السنة 11، محرم 1430 هـ، جانفي 2009، ص. 64.

¹ - أنظر في أقسام أحكام التكليف: محمد الأمين بن المختار الشنقيطي، مدركة أصول الفقه (على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة)، الدار السلفية للنشر والتوزيع، الجزائر، د. س. ط. ص. 9 وما يليها؛ محمد ابن أحمد أبو زهرة، أصول الفقه، د. د. ط. د. ب. ط. د. س. ط. ص. 21؛ عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دار التوزيع، د. ب. ط. ص. 1993، ص. 15؛ محمد مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 3، 1986، ص. 14؛ وأنظر في المقاصد الشرعية للمكلف بالتكليف: أحمد الزيسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشاطبي، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، د. ب. ط. ص. 143 وما يليها.

الثَّالِثُ فِي أَحْكَامِهَا وَأَصْلِهَا وَأَصْلُ كُلِّ مَعْرُوفٍ وَإِحْسَانٍ النَّدْبُ¹، فهي مندوب إليها مرعَّب في فعلها، إذا أتت على وجهها الصحيح بأن صحَّ القصد فيها وجاءت خلواً ممَّا يختلج النفس من عواري السُّمعة والرياء؛ وقد ثبت ذلك من عموميات الكتاب والسنة والإجماع - على نحو ما سبق الإشارة إليه - ومنها قوله تعالى: ﴿... وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾² أي "تحروا ما هو خير وأصلح فيما تأتون وتذرون كنوافل الطاعات وصلة الأرحام ومكارم الأخلاق. "لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ" أي إفعلوا هذه كلها وأنتم راجون الفلاح غير متيقنين له واثقين على أعمالكم"³، ذلك أنَّ الهبة بأنواعها (وردت على منقول أو عقار) هي من مكارم الأخلاق، إذ يكتنف مضمونها التعاون على البرِّ والتقوى، وتأليف القلوب، وصلة الأرحام.

لذا فقد حثَّ الشارع الحكيم إلى إتقانها بقوله "وافعلوا الخير"، وإن دلَّ الأمر في حقيقته على الوجوب، إلاَّ أنَّه صُرف في هذا الموضع إلى التدبُّ بدلالة أنَّ المولى سبحانه وتعالى أمر خلقه بفعل الخير.

والمولى تعالى إذ يكلف عباده بفعل شيء على وجه الوجوب، فالواجب إمَّا أن يكون معيَّنًا بذاته أو مخيَّرًا فيه، والفعل في الآية الكريمة لو جاء معيَّنًا بذاته لاعتراه الوجوب ولما أمكن الفقهاء من القول بأنَّ الأمر هنا جاء بصيغة التدبُّ.

كما يمكن القول بأنَّ الذي صرفه هو الإجماع على اعتبار أنَّ التحلِّي عن فعل الهبة وتركه لا إثم فيه ولا عقاب عليه، ولا أدلَّ على ذلك قوله تعالى ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ...﴾⁴، فالله سبحانه أمر بالتعاون وهبة العقار من صميمه، والبرُّ قد يتناولها حكماً الواجب والمندوب.

وممَّا يدلُّ على ذلك أيضاً حديث خالد بن عديٍّ "أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: مَنْ جَاءَهُ مِنْ أَحِبِّهِ مَعْرُوفٌ مِنْ غَيْرِ إِشْرَافٍ وَلَا مَسْأَلَةٍ فَلْيَقْبَلْهُ وَلَا يَزِدَّهُ فَإِنَّمَا هُوَ رِزْقٌ سَاقَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ"⁵.

¹ - أبو العباس شهاب الدِّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الدَّخِيرَةُ، ت: سعيد أعراب، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ص. 258.

² - سورة الحج، الآية: 77.

³ - ناصر الدِّين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمَّد الشَّيرَازي البيضاوي، أنوار التنزيل وأسرار التأويل، ت: محمَّد عبد الرحمن المرعشلي، ج4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1418 هـ، ص. 80.

⁴ - سورة المائدة، الآية: 2.

⁵ - رواه أحمد، أنظر: محمَّد بن علي بن محمَّد بن عبد الله الشُّوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج5 (بابُ افْتِتَارِ الْهَبَةِ إِلَى الْقَبُولِ وَالْقَبْضِ)، المرجع السابق، ص. 413، حديث رقم: 2468؛ وأخرجه البخاري باللفظ الآتي من حديث عَبْدَ اللَّهِ بْنِ عُمَرَ "قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ يَقُولُ كَانَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - يُعْطِينِي الْعَطَاءَ فَأَقُولُ أَعْطِهِ أَفْقَرُ إِلَيْهِ مِنِّي. حَتَّى أَعْطَانِي مَرَّةً مَالاً فَقُلْتُ أَعْطِهِ مَنْ هُوَ أَفْقَرُ إِلَيْهِ مِنِّي. فَقَالَ النَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - «خُذْهُ فَتَمَوَّلْهُ وَتَصَدَّقْ بِهِ، فَمَا جَاءَكَ مِنْ هَذَا الْمَالِ وَأَنْتَ غَيْرُ مُشْرِفٍ وَلَا سَائِلٍ

كلّ هذا يدلّ على أنّ الهبة عموماً - وكذلك هبة العقار الشّامل لها ذات الحكم - من الأمور المَحْثُوث على فعلها والمندوب إليها، وهذا هو الحكم الأصلي لها، لكن قد يعرض لها أسباب تخرجها عن هذا الأصل بأن تكون واجبة أو محرّمة أو مكروهة.

- **فقد تكون واجبة:** إذا كان الموهوب له في حالة اضطرار واحتياج إلى المال، فتخرج من حكم النّدب لها إلى أمر الوجوب عليها، إذ المولى عزّ وجل أمر بمساعدة المحتاج والمضطرّ.

- **أو تكون محرّمة:** إذا كانت الهبة مقدّمة لأرباب الولايات العامّة والعَمّال، فإنّه يحرم عليهم قبول الهدايا من أهل ولايتهم ممّن ليست له عادة بذلك قبل تولّي الولاية¹، وكذا إذا كان الموهوب له يستعين بالموهوب على فعل المعصية².

- **كما قد تكون مكروهة** إذا قصد الواهب بهبته الرّياء والسّمعة والتّباهي بها بين النّاس، قال عليه الصّلاة والسّلام: "مَنْ يُسَمِّعْ يُسَمِّعِ اللَّهُ بِهِ. وَمَنْ يُرَائِي يُرَائِي اللَّهُ بِهِ"³.

البند الثاني: حكم العدل بين الأولاد في هبة العقار

لا شكّ بأنّ من أهمّ الحقوق الواقعة على الآباء إزاء أبنائهم - التي قد يفترط فيها البعض وقد لا يوليها البعض الآخر بالغ الاهتمام - هي مسألة العدل بين الأولاد في هبة العقار المنجزة حال الحياة، حيث أنّ تخصيص بعضهم بالهبة أو تفضيله فيها عن غيره، ذريعة داعية إلى وقوع العداوة بينهم لما قد يقع في نفس الموهوب له فيمنعه من حسن البرّ بوالديه، ولربّما كان مدعاة لعقوق الوالد وقطيعة الرّحم

فُخِّدُهُ، وَمَا لَا فَلَا تُتْبِعُهُ نَفْسَكَ". أنظر: أحمد بن إسماعيل بن عثمان بن محمد الكوراني الشّافعي ثمّ الحنفي، الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، ت: الشّيخ أحمد عزو عناية، ج 11 (باب رِزْقِ الْحُكَّامِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا)، دار إحياء الثّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2008، ص. 73، حديث رقم: 7164.

¹ - أنظر: أحمد بن محمّد بن علي بن حجر الهيتمي، إيضاح الأحكام لما يأخذه العمّال والحكّام، ت: رضا العبّادي، بيروت، لبنان، ط 1، 2004، ص. 139 وما يليها؛ وأنظر في تحريم الرّشوة اعتباراً لمقصد الهدية: مامادو سوماورو، الرّشوة، بحث مقدم ضمن فعاليات أعمال الملتقى الدّولي المنعقد بالجزائر في: 27، 28، و 29 مارس 2006 تحت عنوان "أخلاق الإسلام واقتصاد السّوق"، ج 2، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2007، ص. 135 وما يليها.

² - شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، الإقناع في حلّ ألفاظ شجاع، ج 3، المرجع السابق، ص. 636-637.

³ - أخرج مسلم في كتاب الزّهد والرّقائق، باب من أشرك في عمله، وشاركه في رواية هذا الحديث: البخاري في الرّقاق باب الرّياء والسّمعة [6499]، وفي الأحكام باب من شاقّ شاقّ الله عليه [7152]، وابن ماجه في الزّهد باب الرّياء والسّمعة [4260]، وأحمد [4/312]، والبخاري [14/323]. لأكثر إستزادة، أنظر: محمّد الأمين بن عبد الله الأزمي العلوي الحرّري الشّافعي، الكوكب الوهاج شرح صحيح مسلم (المسمّى: الكوكب الوهاج والرّوض البهّاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج) مراجعة: لجنة من العلماء برئاسة البرفسور هاشم محمّد علي مهدي، ج 26، دار المنهاج، دار طوق النّجاة، مكّة المكرمة، ط 1، 2009، ص. 408، حديث رقم: 7300.

بينه وبين أشقائه¹.

ونظراً لأنّ الوضع يقتضي شيء من التفصيل في هذه الجزئية، حرّئ بنا عرض الأقوال في المسألة ابتداءً (أولاً)، ثمّ التعرّيج على ترجيح الأقوى منها انتهاءً (ثانياً).

أولاً: أقوال الفقهاء في مسألة التسوية بين الأولاد في هبة العقار

تعتبر هذه المسألة من أهمّ مسائل باب هبة العقار - كما هو الحال في هبة المنقول - التي تباينت آراء الفقهاء فيها، واختلفت وجهات مذاهبهم إزاءها، وحاصل مقولاتهم فيها يتجاذبه رأيان:

الأول: ذهب إلى القول باستحباب التسوية بين الأولاد في العطية العقارية، فإن فضّل بعضهم صحّت الهبة، وكرّه. بهذا قال الجمهور: أبي حنيفة، ومالك، والشافعي، وروي معنى ذلك أيضاً عن جابر بن زيد والحسن بن صالح وشريح².

قال الكشناوي في هذا الصدد: "ويكره أن يهب لبعض ولده ماله كله، وأمّا الشّيء منه فذلك سائغ"، وذكر ابن رشد في نفس المعنى بأنّ "مالك قال بجواز التفضيل، ولا يجوز أن يهب بعضهم جميع المال دون بعض، فإن خصّ بعض ولده كلّ ماله حرّم وتُرّد بالقضاء"³.

أمّا أبو يوسف في رواية المعلّى عنه فقال: لا بأس بتفضيل بعض الأولاد على بعض في العطية إذا لم يقصد الوالد الإضرار بالباقيين، فإن قصد بذلك الإضرار لزمه التسوية بينهم⁴.

هذا، وقد استدللّ هذا الفريق لقولهم بأدلة من السنة والآثار؛ فمن السنة: فقد استند الفقهاء في بحث هذه المسألة إلى الحديث المرويّ عن حامد بن عمر، عن أبو عوانة، عن حصين، عن عامر، قال: سمعت النّعمان بن بشير - رضي الله عنهما - وهو على المنبر يقول: أعطاني أبي عطية، فقالت عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتّى تشهد رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فأثنى رسول الله صلّى الله عليه

¹ - أحمد بن عبد الرّحيم بن الشّهد وجيه الدّين بن معظم بن منصور المعروف بـ «الشّاه ولي الله الدّهلوي»، حجة الله البالغة، ت، السيّد سابق، ج2، دار الجيل، بيروت، لبنان، 2005، ط1، ص. 179.

² - أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 256؛ أبو القاسم، محمّد بن أحمد بن محمّد بن عبد الله، ابن جزّي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ت: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005، ص. 241.

³ - أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السالك في مذهب إمام الأئمة مالك»، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ط. ص. 95؛ محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 496.

⁴ - نظام الدّين براهنبوري الشّيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 4، دار صادر، بولاق، بيروت، لبنان، ط 2، 1310 هـ، ص. 391.

وسلم، فقال: إني أعطيت ابني من عمرة بنت رواح عطيّة، فأمرتني أن أشهدك يا رسول الله، قال: «أعطيت سائر ولدك مثل هذا؟»، قال: لا، قال: «فاتقوا الله واعدلوا بين أولادكم»، قال: فرجع فردّ عطيّته¹.

من خلال النظر في روايات الحديث المختلفة²، يرى الشراح أنّه وُجد بكون العطيّة كانت غلاماً، باستثناء رواية ذكرها ابن حبان عن عُمَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْهَمْدَانِيُّ وقال بكونها عقاراً، ومما جاء في قوله: "حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ الْأَعْلَى، قَالَ: حَدَّثَنَا مُعْتَمِرُ بْنُ سُلَيْمَانَ، قَالَ: قَرَأْتُ عَلَى الْفُضَيْلِ، عَنْ أَبِي حَرِيرٍ، أَنَّ غَامِراً، حَدَّثَهُ أَنَّ التُّعْمَانَ بْنَ بَشِيرٍ، قَالَ: إِنَّ وَالِدِي بَشِيرَ بْنَ سَعْدٍ، أَمَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ عَمْرَةَ بِنْتَ رَوَاحَةَ نَفَسَتْ بِغُلَامٍ، وَإِنِّي سَمَيْتُهُ نُعْمَانًا، وَإِنَّهَا أَبَتْ أَنْ تُرَبِّيَهُ حَتَّى جَعَلْتُ لَهُ حَدِيقَةً لِي أَفْضَلَ مَالِي هُوَ، وَإِنَّهَا قَالَتْ: أَشْهَدُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلْ لَكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ؟»، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «لَا تُشْهَدُنِي، إِلَّا عَلَى عَدْلٍ، فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»³.

فمن تحليل ألفاظ الحديث أعلاه برواياته المتعددة يتبين استدلال الفريق في محلّ الشواهد الآتية:

- قوله: "أشهد على هذا غيري" فالإشهاد على الهبة تأكيد لها، ولا يباح إشهاد الغير إلا على أمر مباح، فلو كان حراماً وباطلاً ما أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بأن يشهد عليه أحد⁴، وأما امتناعه عن الشهادة فلا يدلّ بالضرورة على حرمتها، لأنّ له أن يترك الشهادة على مكروه، أو لكونه الحاكم فقد ترك ذلك، لأنّ شأنه الحكم لا الشهادة، فكان تركه للشهادة هنا ترك تنزيه

¹ - محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج 3 (باب الإشهاد في الهبة)، المرجع السابق، ص. 158، حديث رقم: 2587.

² - من بينها ما خرّجه على سبيل المثال لا الحصر: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبّد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 11 (باب في أحكام الهبة، ذِكْرُ الْأَمْرِ بِالتَّشْوِيعِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ فِي النَّحْلِ إِذْ تَزَكُّهُ حَيْفٌ)، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1988، ص. 498، حديث رقم: 5098؛ وأنظر في إيراد جميع روايات هذا الحديث بالتفصيل: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ج 11، ت: عبد القادر الأرنؤوط، مكتبة الحلواني، مطبعة الملاح، مكتبة دار البيان، د. ب. ط، 1972، ص. 617 وما يليها، حديث رقم: 9235.

³ - أخرجه: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن معبّد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلان، ج 14 (كتاب الهبة، ذِكْرُ خَيْرِ سَادِسٍ يُصْرَحُ بِأَنَّ الْإِثَارَ فِي النَّحْلِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ غَيْرُ جَائِزٍ)، المرجع السابق، ص. 506، حديث رقم: 5107.

⁴ - فالمراد من النص الوعيد والتنفير وإن اكتشف ظاهره الأمر. أنظر: محمد بن علي القشيري تقي الدين أبو الفتح ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ت: الفقي، ج 2، مكتبة السنّة المحمّدية، القاهرة، مصر، 1953، ص. 167.

لا تحريم¹.

- قوله: "فأرجعه" يفيد نفاذ الهبة، فلو كانت غير ذلك لما احتاج إلى الرجوع عنها².

- قوله: "قاربوا بين أولادكم" فالمقاربة لا تعني المساواة، وإنما تفيد وجود التفاوت³.

- قوله: "لا أشهد على جور"، والجور فيما معناه: الميل عن الاستواء والاعتدال، وكل ما يخرج عن هذا الأخير فهو جور، سواء أكان حراماً أم مكروهاً، وتبعاً لهذا القول ينبغي تأويل الجور على أنه مكروه كراهة تنزيه⁴.

أمّا من حيث الآثار الدّاعية إلى ندب التّسوية، فقد استدللّ أنصار هذا القول بآثار الصحابة - رضوان الله عنهم - لما قاموا بتخصيص بعض أولادهم بالعطية فكان إجماعاً سكوتياً على جوازه وصحّ وقوعه من ثمة، من ذلكم مثلاً:

- حديث أبو بكر - رضي الله عنه - في نخل عائشة جداد عشرين وسقاً دون سائر أولاده⁵.

- ما روي عن عبد الرحمن بن عوف - رضي الله عنه - أنه فضّل ولد أمّ مكتوم في العطية دون بقيّة ولده⁶.

- ما روي عن عمر بن الخطّاب - رضي الله عنه - أنه فضّل ابنه عاصماً بشيء أعطاه إياه⁷.

- ما روي عن "القاسم بن عبد الرحمن الأنصاري" أنّه كَانَ مَعَ ابْنِ عُمَرَ إِذْ اشْتَرَى أَرْضًا مِنْ رَجُلٍ

¹ - ظفر أحمد العثماني التّهانوي، إعلاء السنن، ج 15، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1، 2001، ص. 7355.

² - أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، ت: محمد التّجار ومحمد جاد الحق، ج 4، عالم الكتب، د. ب. ط، ط 1، 1994، ص. 85.

³ - محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصّدّيق، العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه شرح ابن القيم الجوزية، ج 9، دار الفكر للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ط 2، 1979، ص. 459.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

⁵ - أنظر: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزّرقاني المصري الأزهري، شرح الموطأ، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ، ص. 217.

⁶ - أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، المرجع نفسه، ص. 88.

⁷ - جمال الدّين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزّيلعي، نصب الرّاية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزّيلعي، ت: محمد عوامة، ج 4، مؤسسة الرّيان للطباعة والنّشر ودار القبة للثقافة الإسلامية، بيروت، جدّة، 1997، ص. 123.

مِنْ الْأَنْصَارِ، ثُمَّ قَالَ لَهُ ابْنُ عُمَرَ: هَذِهِ الْأَرْضُ لِابْنِي وَإِقْدٍ، فَإِنَّهُ مَسْكِينٌ، نَحَلَهُ إِيَّاهَا دُونَ وَلَدِهِ"¹.

الثاني: تجب التسوية بين الأولاد في العطية العقارية وتحريم تفضيل أحدهم أو بعضهم فيها، فإن فاضل الواهب بينهم أثم، ووجبت عليه التسوية برّد ما فضّل به البعض أو بإتمام نصيب الآخر.

بهذا قال الإمام أحمد، والطاوس، وابن المبارك، وروي عن عروة ومجاهد، وقال ابن حزم بحرمة التفضيل ووجوب ردّ الهبة والرجوع فيها².

وروي عن الإمام أحمد أنّه يجزى التفاضل إن كان له سبب كزمانة، أو عمى، أو قضاء دين، أو اشتغال بعلم، أو كثرة عائلة، أو صرف العطية عن بعض لولده لفسقه أو بدعته أو لكونه يستعين بما يأخذه على معصية الله فذلك جائز، وهو قول قال به كلّ من بعض الحنفية والمالكية والشافعية انتهاء³.

ووجه الاستثناء - كما هو قائم - مؤداه: مراعاة لجانب الضعف والحاجة والشفقة بسبب عدم القدرة على التكسب.

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي على قولهم بمجموعة أدلة من السنة والآثار كما سيأتي:

فمن السنة: إستدلّوا بحديث النعمان بن بشير المتعدد الروايات، فقالوا بأنّ هذا الأخير دليل على وجوب التسوية بين الأولاد في الهبة، وهو ما تقتضيه ألفاظ الحديث من الأمر بإرجاع العطية في قوله صلى الله عليه وسلّم "اعدلوا بين أولادكم"، "لا أشهد على جور"، و من ثمّ كان هذا دليل على التحريم لأنّه سمّاه جوراً وأمره برّدّه، وامتنع عن الشهادة عليه، كون أنّ الجور حرام، والأمر يقتضي الوجوب، وامتناعه عن الشهادة - استطراداً لذلك - دليل على عدم موافقته على هذا الفعل⁴.

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المرجع السابق، ص. 144.

² - المرجع نفسه، ص. 142.

³ - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجتمّع الأخر في شرح ملتقى الأبحر، ت: خليلي المنصور، ج 3، المرجع السابق، ص. 497؛ أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيّوب بن وارث التحيي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج 6، مطبعة السعادة، مصر، ط 1، 1332 هـ، ص. 93؛ الزوياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب، ت: طارق فتحي السيد، ج 7، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 2009، ص. 243؛ محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي النجدي، مختصر الإنصاف والشرح الكبير (مطبوع ضمن مجموعة مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب، ج 2)، ت: عبد العزيز بن زيد الزوي، محمد بلتاجي، سيّد حجاب، مطابع الرياض، الرياض، ط 1، د. س. ط، ص. 622.

⁴ - قال ابن القيم في هذا الصدد: "وهذا أمر تهديد قطعاً لا أمر بإباحة؛ لأنّه سمّاه جوراً وخلاف العدل، وأخبر أنّه لا يصلح وأمره برّدّه، ومحال مع هذا أن يأذن الله له في الإشهاد على ما هذا شأنه". أنظر: محمد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد شمس الدّين ابن القيم

كما استدّلوا بنفس الحديث من رواية مسلم لما قال رسول الله صَلَّى الله عليه وسلم "أفعلت هذا بولدك كلهم؟ قال: لا، قال: "اتّقوا الله واعدلوا في أولادكم"، قال: "فرجع فردّ عطيته".

وجه الاستدلال أنّه ربط الأمر بالتسوية بالأمر بالتقوى على اعتبار أنّ التسوية بين الأولاد في حدّ ذاتها تقوى ونقيضها ليس من فعل هذه الأخيرة، وهذا ما يتبيّن من ظاهر الحديث في القول بتحريم عدم التسوية¹.

أمّا دليلهم من الآثار، فقد استدّلوا بما صدر عن بعض السلف - رضي الله عنهم -، ومنها:

- قول أبي بكر لعائشة - رضي الله عنهما - يا بنية، إني نخلتك نخلًا من خير، وإني أخاف أن أكون آثرتك على ولدي، وإن لم تكوني احتزتيه، فردّيه على ولدي، فقالت: "يا أبتاه، لو كانت لي خير يجذاها ذهباً لرددتها".

فمن خلال هذا الأثر يحتمل أنّ أبا بكر خصّ ابنته عائشة بحبته لحاجتها وعوزها عن الكسب مع اختصاصها بفضلها على أمّ المؤمنين، كما يحتمل أن يكون نخلها ونخل غيرها من أبناءه، أو نخلها وهو يريد أن ينحل غيرها فوافته المنية قبل ذلك².

- عن معاوية بن حيدة، أنّ أباه كان له بنون لعلات - أمّهات - أصاغر ولده، وكان له مال كثير، فجعله لبني علة واحدة، فخرج ابنه معاوية حتّى خرج على عثمان - رضي الله عنه - فأخبره بذلك، فخبر عثمان الشيخ بأن يردّ إليه ماله، وبين أن يوزّعه بينهم، فارتدّ ماله، فلمّا مات تركه الأكابر لإخوتهم.

- روي عن مجاهد أنّه قال: من نخل ولدًا له نخلًا دون بنيه فمات فهو ميراث.

- وسأل زهير بن نافع عطاء بن أبي رباح: أردت أن أفصل بعض ولدي في نخل أنخله؟ فقال: لا، وأبى إباء شديداً، وقال: سوّ بينهم.

الجوزية، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، ت: محمّد عبد السلام إبراهيم، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1991، ص. 255.

¹ - أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصّعيدي العدوي، حاشية كفاية الطالب الرّباني شرح الرّسالة، ت: محمّد تامر، ج 3، دار الثقافة الدّينية، القاهرة، مصر، د. س. ط، ص. 527.

² - شمس الدّين أبو الفرج عبد الرّحمن بن محمّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشّرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التّركي، عبد الفتاح محمّد الحلّو، ج 17، هجر للطباعة والتّشّير والتّوزيع والإعلان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط 1، 1995، ص. 65.

فكل هذه الآثار المعروضة فيها استدلال على منع التفضيل؛ يؤكّد ذلك فعل أبي بكر برّد ما وهبه لعائشة قبل وفاته، وطلب عثمان إعادة توزيع مال أبي معاوية بن حيدة لما وجد فيه تفضيل لبعض ولده عن البعض الآخر مع اعتباره ميراثاً يُردّ إلى التركة، كما طالبت نفس الآثار إعطاء من لم يوهب له مثلما وهب لغيره تحقيقاً لفعل التسوية بين الأولاد وإحقاقاً للعدل بينهم انتهاءً¹.

وأما استدلالهم من المعقول فذهبوا إلى القول محتجّين بما يلي:

- كون أنّ التسوية مقدّمة الواجب، ذلك لأنّ قطع الرّحم محرّم، وبالتالي فكل ما يؤدّي إليهما يكون محرّماً، والتّفضيل ممّا يؤدّي إليهما بطبيعة الحال، وتبعاً لذلك فمالا يتم الواجب إلّا به فهو واجب.
- إنّ تفضيل بعض الولد عن غيرهم يؤدّي إلى زرع البغضاء والمشاحنة بينهم، وينشئ العداوة وقطع الرّحم ويدفعهم فضلاً عن ذلك إلى العقوق، وهذا ممّا هو محرّم، وما يؤدّي إلى الحرام فهو حرام ممنوع من الأصل².

ثانياً: ترجيح أقوى الأقوال في المسألة

بعد النظر في آراء الفقهاء وأدلّتها يتبيّن رجحان القول الثاني القاضي بوجوب التسوية بين الأولاد في الهبة والعطيّة عموماً - بما في ذلك هبة العقار على وجه الخصوص -، ويشهد على ذلك قول ابن القيم في تعليقه على روايات حديث التّعمان السّالف الذّكر بقوله: "أمر بالتّسوية بين الأولاد في العطيّة وأخبر أنّ تخصيص بعضهم بما جورّ لا يصلح، ولا تنبغي الشّهادة عليه. وأمر فاعله برّدّه ووعظه وأمره بتقوى الله تعالى، وأمره بالعدل لكون ذلك ذريعة ظاهرة قريبة جداً إلى وقوع العداوة بين الأولاد وقطيعة الرّحم بينهم، كما هو المشاهد عياناً، فلو لم تأت السنّة الصّحيحة الصّريحة التي لا معارض لها بالمنع منه، لكان القياس وأصول الشّريعة وما تضمّنته من المصالح ودرء المفاصد يقتضي تحريمه"³.

¹ - أحمد محمّد السّعد، عطية الآباء للأبناء في الفقه الإسلامي، مجلّة الشّريعة والدّراسات الإسلامية، ع 33، السّنة 12، ديسمبر 1997، ص. 174-175.

² - الصّادق عبد الرّحمن الغرياني، مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته، ج 4، مؤسّسة الرّيان للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، 2006، ص. 263؛ زين الدّين المنجّي بن عثمان بن أسعد ابن المنجّي التّنوّخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهب، ج 3، مكتبة الأسد، مكّة المكرمة، ط 3، 2003، ص. 192.

³ - محمّد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد شمس الدّين ابن القيم الجوزية، إغاثة اللّاهفان من مصائد الشّيطان، ت: محمّد حامد الفقي، ج 1، مكتبة المعارف، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، د. س. ط، ص. 365.

وقال الشوكاني مؤكداً نفس المعنى بقوله: "فَالْحَقُّ أَنَّ التَّسْوِيَةَ وَاجِبَةٌ وَأَنَّ التَّفْضِيلَ مُحَرَّمٌ"¹.

ومع ذلك فإنّ الأدلة التي جاء بها مختلف الفريقان كانت من نفس الحديث، إلا أن توجيه القائلين بالاستحباب كان ضعيفاً أمام توجيه القائلين بالوجوب، وذلك لدلالة بعض الألفاظ - على اختلاف الروايات - على الوجوب.

على أنّ ترجيح الرأي بوجوب التسوية بين الأولاد في الهبة² لا يجب أن يحمل على إطلاقه، بل يمكن التفضيل بينهم بداعي يقتضيه التخصيص كالحاجة، الزمانة، العمى، الانشغال بالعلم وغير ذلك مما ذكره الحنابلة.

ولا يخفى أنّ الأمّ في المنع من المفاضلة بين الأولاد شأنها في ذلك شأن الأب باعتبارها أحد الوالدين، ولأنّ ما يترتب من تخصيص الأب بعض أولاده من العداوة والبغضاء هو نفسه الموجود في تخصيص وإيثار الأمّ لبعض ولدها، فثبت لها مثل حكمه في هذه المسألة³.

تجدر الإشارة انتهاءً إلى أنّ التشريعات المدنية - بما في ذلك قانون الأسرة الجزائري - جاءت خلوة من النصّ على ضرورة التسوية بين الأولاد في الهبة عموماً - بما في ذلك هبة العقار - ضمن مختلف تقانينها، ومادام أنّ العقد المحلل أعلاه في التشريعين الجزائري أو المصري - ومن هذا حذوهما - مصدره فقه الجمهور والمذهب الحنفي على التوالي، نحيب بالمشرعين الجزائري والمصري - ومن اقتفى أثرهما من تقنينات - أن يسنا مادة توجب على الوالد ضرورة التسوية بين أولاده في العطايا والهبات بتبني القول الرّاجح في المسألة، تحقيقاً في الأخير لأغراض الشارع ومراميه منها في الأساس.

المطلب الثاني: موقف التشريع الوضعي من عقد هبة العقار

نظراً لما ينتج عن عقد الهبة عموماً - وهبة العقار خاصّة - من آثار خطيرة تمسّ ثروة الوهاب وتنتقص ذمّته من خلالها، فإنّ التشريعات الوضعية لم تتفق في النظرة إليه بل اختلفت، ومردّ ذلك النظرة الفلسفية واختلاف القيم الأخلاقية التي تسود المجتمعات المطبّق فيها.

¹ - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج6، المرجع السابق، ص. 12.

² - وقد اختلف الفقهاء في كيفية التسوية بين من يقول بتحقيقها بتقسيم المال على حسب قسمة الشارع في الميراث للذكر مثل حظّ الأنثيين، وبين من يقضي بأن تكون بالسوية بين الذكر والأنثى. أنظر باستفاضة: أحمد محمد السعد، المرجع السابق، ص. 182 وما يليها.

³ - نزيه كمال حماد، من حقّ الأبناء على الآباء: العدل بينهم في العطية والتّفقة، مجلّة البحوث الفقهيّة المعاصرة، ع 17، السّنة 1413 هـ، ص. 20.

فهناك تشريعات تنظر إليه نظرة برّ وإحسان، وتشجع - من ثمة - على الإقدام عليه وتحضّ الأفراد على إتيانه مستقية ذلك من مقاصد الشريعة الإسلامية السمحة.

وهناك تشريعات أخرى ممّن ينظر إليه نظرة المحتاط المحتفظ، ولأجل ذلك قامت بسنّ قوانين تحدّ من الإقدام عليه على اعتبار أنّه من التصرفات المريبة التي لا تتفق مع ما فطر عليه الإنسان من الأثرة وحبّ المال والذات.

وعلى اعتبار سبق الإشارة إلى البعد المقاصدي لعقد هبة العقار بمناسبة التطرق لأحكامه¹، فإنّه يرجع إليها لمعرفة موقف التشريع الإسلامي من هذا العقد تفادياً للتكرار، ليتسنى لنا فيما يلي بيان مواقف مختلف التشريعات بكلا النظرتين - المشجّع والمرتاب - بدءً من توضيح موقف التشريع الجزائري من عقد هبة العقار (الفرع الأول)، ثمّ إبراز نفس الموقف للتشريع المصري (الفرع الثاني)، فالفرنسي (الفرع الثالث) في الأخير على النحو الموالي.

الفرع الأول: موقف التشريع الجزائري من عقد هبة العقار

ضلّت الجزائر أكثر من اثنين وعشرين سنة منذ استقلالها دون قانون ينظّم الأحوال الشخصية للأفراد، فإن لم توفّق في ذلك، فقد وقّعت في ميادين أخرى حيث شرّعت قوانين وضعية عصرية على غرار القانون المدني والجنائي والتجاري ونحو ذلك من القوانين الأخرى².

ولربّما كان يرجع السبب في ذلك إلى وجود تيارين متعاكسين لهما نفس القوّة الاجتماعية، ونفس التحمّس للمبادئ التي كان يعتنقها مناصرو كلاً من التيارين.

فأمّا الأوّل فقد كان ينادي بضرورة احترام المبادئ التي جاء بها الفقه الإسلامي الحنيف في سنّ قانون ينظّم الأسرة دون أيّ تغيير فيه، وأمّا الثاني فقد كان متركّباً من المجدّدين سواء ممّن تشبّعوا بأفكار يسارية أو ممّن آمنوا بإدخال تنقيحات على الفقه الإسلامي بما يتماشى ومتطلّبات المجتمع العصري

¹ - راجع الصّفحة 76-77، هامش رقم: 1.

² - أنظر في مسار نصف قرن من الإنتاج القانوني في الجزائر:

BEKHECHI Mohammed Abdelwahab, Variations autour d'un demi-siècle de production juridique algérienne, Le long chemin vers la construction d'un système juridique pour le développement et la bonne gouvernance, Algérie cinquante ans après, La part du droit, T. I, Auteur collectif sous la direction de LAGGONE Walid, Editions AJED, Réghaïa, Algérie, 2013, p. 153 et s.

الحديث¹.

وبما أنّ الجدال كان عنيفاً دون أن يوجد حكم من الممكن أن يغلب كفةً على نظيرتها أو أن يتحمّل مسؤوليته التعرض إلى الانتقاد، فقد مكث الصّراع طويلاً وجاء المخاض عسيراً²، ويبدو أنّ المشرّع الجزائري بعدما سنّ مواداً لقانون الأسرة، إهتدى في خاتمة المطاف إلى تقنين يغلب عليه صبغة المحافظة على الدين الإسلامي المعتنق من لدن جلّ الجزائريين في شتى مجالاته الأسرية، مضيفاً إليها عقود التبرّع التي أراد من خلال تشريعها في هذا القانون المحافظة عنصر الدين في تطبيقها اعتياداً لما ألفه الجزائريون من خلالها منذ قرون³.

ولئن كان المشرّع الجزائري قد سمّى الكتاب الرابع من قانون الأسرة بـ "التبرّعات" وهي تسمية تكاد تكون موقّعة لحصرها للعقود الشائعة (الوصيّة والهبة والوقف) تحت هذا المسمّى، فقد كان من الأجدر عليه تقديم أحكام الهبة بوصفها أم التبرّعات، إضافة إلى تصحيح النص الفرنسي لعنوان الكتاب الموسوم بالتصرّفات الإيصائية "dispositions testamentaires"، حيث جعل العقود الثلاثة أنواعاً من التبرّعات المتعلّقة بالموت، فإن كان يتوافق هذا المسمّى مع التشريع الفرنسي الذي اعتدّها كذلك، فهو لا يتماشى مع الفقه الإسلامي الذي جعل الوصيّة تبرّعاً وحيداً يتصلّ بالموت⁴.

وبالرغم من المآخذ التي وقع فيها المشرّع الجزائري بمناسبة تقنينه لقانون الأسرة، فلقد كان موقفه إزاء تشريع عقد الهبة موقّفاً يتماشى وأصاله الشعب الجزائري الذي يعتنق الدين الإسلامي ديانة وترتبط سلوكاته به، فضلاً عن اتّصال قيمه وأخلاقه بالحضارة الإسلامية ارتباطاً يرجع إلى عمق تاريخه الحافل بالثقافة الإسلامية، فكان لابدّ من ربط حاضره بماضيه الزّاهر، لأجل ذلك استمدّ أحكام قانون الأسرة من تراثه الفقهي المجيد⁵.

¹ - أنظر في أهمّ العوائق التي حالت دون تطبيق الشريعة الإسلامية في مختلف البلاد العربية: مناع القطّان، معوّقات تطبيق الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، 1991، ص. 13-15؛ محمّد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 2003، ص. 23 وما يليها.

² - أنظر في مسار إنشاء التشريع الجزائري الخاص بالأسرة:

NAHAS Mahieddin, Le droit algérien de famille, Une double succession sous bénéfice d'inventaire, Algérie cinquante ans après, La part du droit, T. I, Op. cit., p. 297 et s.

³ - ساسي بن حليمة، خواطر حول قانون الأسرة الجزائري، مجلّة الأحداث القانونية التونسية، كلفة الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ع 3، السداسي 1990/1، ص. 9-10.

⁴ - علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص. 44.

⁵ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.

ومّا يلاحظ في هذا الصّدّد أنّ المشرّع الجزائري استقلّ في تشريعه لعقد الهبة عموماً - بما في ذلك هبة العقار الشّامل لها ذات الحكم - عن التّشريع المصري، حيث وافق في عموميه المذهب المالكي الذي اختاره الشعب الجزائري مذهباً له منذ القرن الثّاني الهجري، مخالفاً بذلك نظيره المصري الذي اعتنق المذهب الحنفي بشأن تشريعه لذات العقد، ولقد أحسن المشرّع الجزائري صنعاً حينما اقتبس معظم موادّ قانون الأسرة من الفقه المالكي وجمهور الفقهاء، وتعمّد أن يشرّع المبادئ العامّة من الفقه المالكي فضلاً عن استقاء أهمّ الأحكام التّفصيلية منه بدون أن يتوسّع فيها بما أحال فيما يلي منها على القانون المدني باعتباره الشّريعة الأم، وذلك كلّه بما لا يتصادم مع الأحكام الموضوعية في الشّريعة الإسلامية تبعاً لما نصّت عليه المادّة 221 من ق. أ. ج¹، كما أحال فيما لم ينصّ عليه قانون الأسرة إلى أحكام الشّريعة الإسلامية بمقتضى المادّة 222 من ذات القانون.

"وهكذا يتبيّن بأنّ موقف المشرّع الجزائري من عقد الهبة [الذي يشمل هبة العقار أيضاً] كان موقف انتماء وسند وأخذ من الفقه الإسلامي الذي سبق أن اعتمد القضاء في فصله في مسائل الهبة على مبادئه واستند في أحكامه على قواعده مقتفياً ما استقرّ عليه العمل من مذهب الإمام مالك رحمه الله"².

الفرع الثّاني: موقف التّشريع المصري من عقد هبة العقار

يختلف موقف المشرّع المصري في نظريته لعقد الهبة عموماً - بما في ذلك هبة العقار - في القانون المدني الملغى عن نظيره الجديد، حيث لم ينظّمه التّنظيم الكامل ولم يموّقه التّموقع الصّحيح في القانون المدني الملغى، واقتصر في نصوصه على الأحكام الخاصّة بشكل الهبة وعلى جانب يسير من أحكامه الموضوعية.

وإزاء موقفه ذلك، كان يتعيّن عليه الرّجوع فيما لم ينصّ عليه إلى قانون الأحوال الشّخصية على اعتبار أنّ عقد الهبة ملحق بالأحوال الشّخصية وإن كان يعتبر في الصّحيح عقدٌ مالي يندرج في مسائل الأحوال المالية، لكن عندما لاحظ المشرّع المصري قيامه غالباً على عنصر التصدّق المندوب إليه شرعاً

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السّابق، ص. 48. على أنّه يشار بأنّ المؤلّف المذكور ورد فيه خطأ مطبعي بخصوص التّطرّق لموقف المشرّع الجزائري من تشريعه لعقد الهبة، حيث أنّ المؤلّف ضمنه كان يقصّد في معرض حديثه نصّ المادّة 221 من ق. أ. ج محلّ الشّاهد، لا المادّة (121 من نفس القانون) المستشهد بها كما ورد خطأ فيه، على اعتبار أنّ النصّ الأخير متعلّق بمبحث الكفالة ضمن ق. أ. ج في الأصل، وهو خطأ وقع فيه إبان الطّباعة - ووجب تصحيحه في طبعات لاحقة - فجّلّ من لا يخطئ.

² - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

أخرجه من اختصاص المحاكم المدنية المطبق فيها التقنين المدني ليحيله إلى اختصاص الأحوال الشخصية، على اعتبار أنّ العلاقة بين عقد الهبة والأحوال الشخصية تبرز وبصفة خاصة في صلته بالروابط العائلية من زواج وميراث ونحو ذلك¹.

يُبد أن المشرع المصري تدارك الوضع في القانون المدني الجديد، حيث تناول تنظيم أحكام عقد الهبة عموماً - بما في ذلك هبة العقار - تنظيمًا شاملاً من حيث الشكل والموضوع مُرجعاً إياه في الأساس إلى مكانه الطبيعي بين العقود المالية الأخرى عكس ما فعل في التقنين المدني الملغى².

فمن ناحية الشكل، فقد أبقى على أحكام القانون المدني الملغى كما هي مع تغيير بسيط مقتنياً بذلك أثر التشريع الفرنسي في هذا الصدد، بخلاف الأحكام الموضوعية التي اقتبس معظمها من الشريعة الإسلامية وبخاصة من كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم قذافي باشا حيث قننت هذه الأحكام³.

وبالرغم من ذلك، فلقد أدخل المشرع المصري تعديلاً جوهرياً على أحكام الرجوع في الهبة إذ قيد هذا الحق بقيام عذر مقبول متأسياً في ذلك بالتقنين المدني الفرنسي - على حدّ قول البعض⁴ -، فضلاً عن إغفاله الفارق الجوهري بين فكرة وعناصر الهبة في الفقه الحنفي وبين المعنى القانوني للهبة في نظر

¹ - ذاك ما أكدّه حكم محكمة النقض المصرية الصادر في: 1951/05/04، طعن رقم 177، س. ق 18، حيث قرّر بأنّ "مسائل الهبة في نظر الشارع ليست كلّها من الأحوال الشخصية ولا هي كلّها من الأحوال العينية، ومن ثمّ كانت الهبة محكومة بقانونين لكلّ مجاله في التطبيق، القانون المدني فيما أورده من أحكام لها بالذات محكومة بالأحكام العامة للالتزامات، وقانون الأحوال الشخصية في غير ذلك من مسائلها". نقلاً عن: أنور طلبه، المرجع السابق، ص. 12؛ وأنظر أيضاً في نفس السياق: حكم محكمة النقض المصرية الصادر في: 1947/04/03، مجموعة عمر 5، رقم: 181، ص. 490، وحكم آخر عن نفس المحكمة صادر في: 1951/04/05، مجموعة أحكام النقض 2، رقم 96، ص. 573، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 23، هامش رقم: 1.

² - إبراهيم إبراهيم الصالح، المرجع السابق، ص. 25.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 12.

⁴ - ممّن كتبوا في موضوع عقد الهبة، فقد ثبت من خلال البحث خلاف ذلك - كما سيرد في حينه - بكون أنّ أبعاد الرجوع في الهبة مصدر بعضها مذهبي المالكية والشافعية، ويعزّز هذا القول ما دار من مناقشات في لجنة الشيوخ وهي بصدد سنّ المادة 501 من ق. م. م المتعلقة بأبعاد الرجوع المنوّه عنها، فقد "ذكر بأنّ أحكام هذا النص مأخوذة من القانون الفرنسي ولا تتعارض مع الشريعة الإسلامية التي تقضي بالرجوع في الهبة بالتراضي أو بقضاء القاضي. ولما قيل في اللجنة إنّ الرجوع في الهبة مطلق إلّا في الأحوال الممنوع فيها الرجوع، رُدّ على هذا الاعتراض بأنّ الرجوع في الشريعة غير مطلق، لأنّ من ضمن بواعث الرجوع في الهبة في مذهب المالكية إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد من أقاربه بحيث يُكوّن هذا الإخلال حدوداً كبيراً من جانبه ... وانتهت لجنة مجلس الشيوخ إلى الموافقة على النصّ، أخذاً ببعض أقوال فقهاء الشريعة التي تحرم الرجوع في الهبة إلّا لعذر مقبول ...". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د. س. ط، ص. 286-288؛ وقد أشار إليه أيضاً: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 198، هامش رقم: 1.

التقنين الوضعي مما ترتب عن ذلك وقوعه في أكثر من خطأ¹.

علاوة على ذلك، فقد اقتبس موانع الرجوع في الهبة عن المذهب الحنفي رغم أنّ من بين أحكامه ما لا قد يتوافق مع أحكام التقنين المدني، "ومن المسلم به أنّ أحكام الشريعة تلك قد أصبحت جزءاً من هذا التقنين، يفسر على ضوء قواعده العامة وروحه، فلا يلزم القاضي بالرجوع في تفسيرها إلى الشريعة الإسلامية، إلا أن يكون ذلك على سبيل الاستئناس، وهو لا يلزم إذا رجع إلى أحكام الشريعة بالأخذ برأي فريق معين من الفقهاء، بل ولا بأرائهم جميعاً، بل له أن يتركها ويفسر هذه النصوص المنقولة عن الشريعة الإسلامية على ضوء المبادئ العامة في التقنين الجديد.

وأكثر من ذلك أنه لا محل للرجوع إلى أحكام الشريعة فيما لم يقتبسه منها التقنين من أحكام تقيّد حق الهبة من بعض الأشخاص لبعض أو تبطل أنواعاً خاصة من الهبة لا تقتضي بطلانها القواعد العامة أو نصوص خاصة في التقنين الجديد².

وعلى العموم يمكن القول بأنّ المشرع المصري قد وُفق في تنظيمه لعقد الهبة عموماً - وهبة العقار تبعاً للأصل - في القانون المدني الجديد باستثناء بعض المآخذ التي أخذت عليه، وبذلك كان موقفه أصيلاً حيث لم ينظر إليه من زاوية الشك والريبة كما فعل المشرع الفرنسي³، بل نظر إليه نظرة برّ وإحسان متأسيّاً في ذلك بمقاصد الشريعة الإسلامية السمحة التي ما فتئت تحت الأفراد على التعامل به وإتيانه طمعاً في الثواب الأخروي الجزيل.

الفرع الثالث: موقف التشريع الفرنسي من عقد هبة العقار

اختلفت نظرة المشرع الفرنسي إلى عقد الهبة - وهبة العقار على وجه الخصوص - على خلاف نظرة التشريعات العربية التي كانت تنظر إليه من زاوية البرّ والإحسان مقتدية في ذلك بالمقاصد الشرعية التي شرّعت من أجله، فقد اكتنفت نظرته إليه نظرة المستريب المحتاط ممّا دفعه إلى وضع الكثير من القواعد والإجراءات ما يكفل التقليل من الضرر المحتمل من التعامل به، ذلك أنّه كان يرى بأنّ الملكية الفردية تخضع للتخصيص العائلي، فضلاً عن ربطه بين الهبة والإرث برباط وثيق؛ فالمالك لا يكون له مطلق الحرية فيما يملكه لأنّه مقيّد بالمصلحة العامة للعائلة حتّى لا يكاد ينظر إليه مجرد حائز لهذه الأموال

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 49.

² - نفس المرجع، ص. 50.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 30.

يسيرها لفائدتها لا كمالك لها يتصرف فيها بمحض إرادته¹.

ومما لا ريب فيه أنّ تلك النظرة لها علاقة وطيدة بنظام الملكية الجماعية التي سادت في العهد القديم الذي كان يتبنّى وحدة الملكية الجماعية للأسرة، وقد أدّت هذه النظرة إلى اهتمام التشريع الفرنسي أساساً بتوفير الحماية الكافية للورثة من أضرار الهبة التي تجرّد الواهب من ملكه، وبالتالي انتقال الأموال من أسرة إلى أخرى².

هذا، ولقد كانت حماية المشرّع الفرنسي للورثة من خطر عقد الهبة مقصوراً على العقار دون المنقول، حيث كان العقار مصدر القوة في العصر الإقطاعي أوائل القرن 19 ميلادي قبل أن تتزايد أهميّة المنقول، لذا جاءت نصوصه التي تستهدف الإقلال من التعامل بالهبة قاصرة على هبة العقار دون المنقول، ممّا دفع بالفقه إلى القول بتعديل النصوص المنظمة لنفس العقد تعديلاً يتماشى وظروف المجتمع المعاصر³.

وتبعاً لذلك، شرّع المشرّع الفرنسي مجموعة من الآليات الوقائية بغرض توفير أكبر حماية للورثة وكذا إرساء أقوى أساليب للمحافظة على مال العائلة من خطورة عقد الهبة ابتداءً.

فمن بين الوسائل الوقائية التي استعملها لتحقيق هذه الغاية، إشتراطه للرسمية والاعتداد بها كركن في هذا العقد، ومبالغته في مدى القوة الملزمة له إلى حدّ يجعل الواهب بعيداً عن التسرّع في إبرام عقد هبة العقار قبل التروّي والتأني فيما هو مُقدّم عليه⁴.

ومن الوسائل العلاجية الموضوعة من لدن المشرّع الفرنسي في هذا الصدد:

- توقيعه لجزء فسخ أو إنقاص الهبات العقارية - وكذلك هو الشأن بالنسبة لنظيرتها الواردة على المنقول - لصالح الورثة إذا تجاوزت النصاب المسموح بالتبرّع به حفاظاً للملكية الأسرة الجماعية، ووصله - تبعاً لذلك - بين نظام الهبة والميراث بوصال وثيق، حيث جعل الحدّ الجائز للتبرّع به لا يتعدّى الثلث، ذلك لأنّ ذمّة المورث التي تنتقل إلى الورثة تحوي إلى جانب مخلّقات تركته من الوفاة، الأموال التي

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 50-51.

² - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 26.

³ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص. 51.

⁴ - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 25.

وهبها إبان حياته، فإذا جاوزت هذه الأخيرة القدر المسموح التبرّع به، جاز للورثة استرجاع الأموال الموهوبة أو إنقاص الهبة عمّا زادت به عن الثلث¹.

- أتاح للواهب حقّ الرجوع في هبته العقارية - ونفس الحكم يطبّق على هبة المنقول - استثناء إذا ما وُلِدَ له ولد ولم يكن قد رُزِقَ بمثله وقت إبرامها، أو ظهر من الموهوب له عقوقٌ للواهب أو مبارزته بجحود نظير إحسانه.

تلكم هي أهمّ الآليات الوقائية التي أقرّها المشرّع الفرنسي لانتقاء خطر إبرام عقد هبة العقار - بما في ذلك هبة المنقول أيضاً -، ممّا يوضّح - وبشكل جازم - نظرتة المستريية وموقفه الحذر من مباشرة أعمال مثل هذا العقد في الأخير.

¹ - كون أنّ التبرّع بالهبة عموماً في التشريع الفرنسي يرتبط ارتباطاً لصيقاً بنظام الموارث إلى حدّ يتقرّر على الموهوب له إزاء الورثة حقّان: أولهما: حق الرجوع "Droit de rachat" إذا كانت الهبة - منقولة أو عقارية - ممنوحة لوارث، فيجب على الموهوب له الوارث - تبعاً لهذا الحقّ - إرجاع الهبة إلى مجموع التركة بعد وفاة الواهب فتوزّع على كافّة الورثة كلٌّ بحسب نصيبه المقدّر له قانوناً. ثانيهما: حقّ الإنقاص "Droit de réduction" إذا كانت نفس الهبة لغير وارث وتزيد عن الحدّ المسموح التبرّع به في حدود نصاب الوصيّة، فيسوغ للورثة - تبعاً لهذا الحقّ - استرجاع القدر الزائد على حدّ التبرّع بالهبة. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 21-22.

البَابُ الْأَوَّلُ

إنشاء عقد هبة العقار

لا مندوحة من أنّ العقد يعتبر من أهمّ مصادر الإلتزام جميعاً، لأجل ذلك تبوّئت دراسة النّظرية العامة للعقد الصّدارة في بحثها على اعتبار أنّ هذه النّظرية تنظّم الأحكام العامة المتعلقة بأركان مختلف العقود وما يستتبعه من بيان آثارها وإحلالها بصرف النّظر عن نوع العقد وأهميته؛ إذ هي في الأخير تمهّد لوضع القواعد العامة التي ما إن طبّقت فإنّها تشمل في حكمها كافّة العقود قاطبة.

ولمّا كان الوضع على هذا الحال، فإنّ مختلف المشرّعين لم يكتفُ بتشريع تلك القواعد العامة ليشمل سريانها تطبيقاً مختلف العقود، بل أمعنوا الحرص على أن تنظّم بعض العقود بشيء من التفصيل نظراً لما تحوزه من أهمية بالغة على غرار عقد الهبة رأس عقود التبرّعات وأساسها، وبخاصّة إذا كان قد ورد محلّه على العقار الذي ليس يخفى على أحد وضعيته المتأزّمة في مختلف النّظم القانونية المعاصرة، ومع ذلك، فإنّ انتقاءهم لأن ينظّم هذا العقد - أو غيره من العقود المسماة الخاصّة - بشكل خاصّ، مرده اعتبارات هامة، أظهرها:

- شيوع العقد عملياً: فمن الطّبيعي أنّه متى كان العقد من العقود التي انتشر العمل بها وتواتر العرف بتداولها، فإنّ الوضع يفرض على المشرّع وضع قواعد وأحكام خاصّة تنظّم التفاصيل التي لم تتناولها النّظرية العامة للعقد¹، هذا فضلاً عن إمعانه لأن تصدر موادّ القانون بشيء من الوضوح يضع معه حدّاً لما قد ينشأ من نزاعات مستقبلية في الأخير.

- الخروج على القواعد العامة: حيث أنّ المشرّع قد يكون غرضه من سنّ تنظيم خاصّ لبعض العقود، مؤداه الخروج على القواعد العامة نفسها، وذلك لحكمة خاصّة تقتضيها ظروف معيّنة ترتبط بفكرة النظام العام على سبيل المثال أو لاعتبارات مشابهة، فيكون الغرض من التشريع هو وضع تطبيق خاص لهذا الاعتبار أو ذاك نظراً لخصوصية العقد وأهميته ابتداءً.

- تكملة إرادة المتعاقدين: فقد يستهدف المشرّع تكملة إرادة المتعاقدين بُغية التيسير على الأشخاص صلاحية إنشاء العقود، فضلاً عن تسهيله للمحكمة مهمّة الفصل فيما قد يثور إزاءها من نزاعات؛ إذ لو انحصر التشريع في وضع القواعد العامة التي تحكم العقد بشكل عام لكان المتعاقدون في أمس الحاجة للتعبير عن إرادتهم في تنظيم مختلف المسائل التفصيلية التي ترتبط بتعاقداتهم ويحتمل أن يظهر نزاع بصددّها، وهو ما يحتاج إلى مزيد من الوقت والجهد اللذان من شأنهما أن يقفا عائقاً في وجه مرونة

¹ - يقول السّنهاوري في هذا الصّدّد: "وإذا كنّا لا نخصّ بعض العقود باسم معيّن، فما ذلك إلّا لاعتبار عملي محض، وذلك أنّ العقد المسّعى هو عقد كثير الشّيوع بين النّاس في معاملاتهم، فرأى المشرّع أن يخصّه بنصوص تفصّل أحكامه، تسهلاً للأمر على المتعاقدين، حتّى لا يحتاجوا إلى الخوض في التفاصيل، بل يتركوا ذلك للقانون ينظّمه بأحكام هي ثمرة التّحارب...". أنظر: أحمد عبد الرزّاق السّنهاوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 122.

المعاملات وضمنان تدوالها وائتمانها انتهاء.

على أنه يشار إلى أنّ العقد مهما اختلف شكله ينبرم باتّفاق يحصل من تلاقي إرادتين واتّفاقها على إحداث أثر قانوني، ولا شك أنّ الإرادة بهذا المفهوم هي محور العقد وركنه الركنين، وتبعاً لذلك كان لا بدّ أن يتّجه غرضها إلى تحقيق غرض مشروع يجيزه القانون اصطلاح عليه بالسبب، وهو الركن الثاني ضمن العقد يتميّز في عقد هبة العقار بميزة خاصّة ينفرد بها عن غيره من عقود المعاوضات، هذا علاوة على أنّ الالتزامات التي يحدّثها العقد لا بدّ أن يحتضنها محلّه وهو الركن الثالث الذي قرّره القانون لأنّ ينشأ العقد ضمنه في الأساس¹.

هذا، ولم يكتفِ مختلف المشرّعين بتطبيق تلك القواعد العامّة على مضمون الهبة بوصفها عقداً رضائياً في الأصل ما لم تنصب على عقّار، فإذا كانت كذلك جعلت عقداً شكلياً لا ينعقد إلّا بحوز العقّار الموهوب فضلاً عن ضرورة إفراغ نفس العقد في الشّكل الرسمي كما يقتضيه القانون تحت طائلة بطلانه.

على ذلك، وقصد الإحاطة بأحكام إنشاء عقد هبة العقّار كلّية، إقتضى الحال التعرّض بادئاً إلى بيان أركان ذات العقد من حيث الموضوع (الفصل الأوّل)، ليتّم - بالضرورة - التطرّق فيما يليه إلى أركانه الأخرى من حيث الشّكل انتهاء (الفصل الثاني).

¹ - مع التّنبية - في هذا الشّأن - إلى استغناء المشرّع الفرنسي عن ركني السّبب والمحلّ ومجرهما في ركن واحد اصطلاح عليه "بمضمون العقد"، وذلك بعد أن نظّمه بداية من المادّة 1162 إلى 1171 ضمن تعديله تقنينه المدني المعدّل بمقتضى الأمر رقم 2016-131، التّأخذ التّطبيق في الفاتح من شهر أكتوبر سنة 2016، أنظر:

L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de La République Française, n°0035 du 11/02/2016- texte n° 26, Cité par : www.Legifrance.gouv.fr.

الفصل الأول: أركان انعقاد عقد هبة العقار من حيث الموضوع

لا شك أنّ أهميّة عقود التبرّع عامّة وهبة العقار على وجه الخصوص تتمثل في كونها تصرف ينطوي على خطورة بالغة؛ فغني عن التأكيد أنّ التبرّع بالهبة هو في منتهاه تضحية بالمال بلا عوض أو مقابل، وهو بذلك لا يخلو من عنصر الخطر الذي سارعت مختلف النظم القانونية إلى توفير الحماية اللازمة للحد منه، فضلاً عن حماية عاقده ابتداءً عن طريق إحاطته بضوابط قانونية تنذره إن كان قد تسرع في إتيانه، بالتشديد على استجلاء رضائه وتتمام أهليته التي لا يشوبها أدنى عيب، بل وبحماية الغير من تصرفه هذا الذي قد يطال ضرره كلاً من قرابته المستحقين لنفقتة وغرمائه الدائنين وورثته في الأخير.

وتبعاً لذلك، فلقد استدعى الأمر التنبّه إلى وضع ضوابط لمثل هذا التصرف، فضلاً عن سنّ أحكام خاصّة له من حيث موضوعه لا يشاركه فيه أيّ تصرف مغاير ابتداءً. مع الإشارة إلى أنّ العقد موضوع الدراسة - في هذا الصدد - شأنه شأن أيّ عقد آخر يستلزم لإبرامه توافر أركان موضوع العقد بصفة عامّة وهو ذاك الذي اصطلح عليه "بالأركان الموضوعية لعقد هبة العقار".

ذلك ما سنحاول دراسته من خلال اكتشاف: ركن التراضي ضمنه (المبحث الأول)، ثمّ ركن صحّة الرضاء فيه (المبحث الثاني)، فركنا المحل والسبب بصده انتهاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: التراضي في عقد هبة العقار

يستلزم المشرّع لانعقاد عقد هبة العقار توافر ركن الرضاء الذي يُراد به توافق إرادة المتعاقدين وانصرافهما إلى إبرام مثل هذا العقد. على أنّه يراعى بأنّ القواعد العامّة في نظريّة العقد والخاصّة بالإيجاب والقبول هي التي تسري على عقد هبة العقار في الأساس¹.

ولما كان التراضي هو أساس عقد هبة العقار وقوامه، يقوم بقيامه ويذول بانعدامه، كانّ لا بد أن نتعرّض إلى التعبير عن الإرادة فيه ابتداءً (المطلب الأول)، مع بيان ضرورة تطابق إيجاب الواهب مع قبول الموهوب له ثانياً (المطلب الثاني)، لنعرّج على دراسة أهمّ كيفية وصور اقتران القبول بالإيجاب انتهاء (المطلب الثالث).

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 26.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في عقد هبة العقار

يُراد بالإرادة أن يعي الشخص الأمر وأن يقصده بأن يكون مدركاً لماهية التصرف الذي هو مُقدم عليه وكذا الحقوق والواجبات المترتبة له أو عليه، فإذا انعدمت الإرادة من أحد المتعاقدين إبان انعقاد العقد، لم يقدّم الرضا، ومن ثمّ بطل العقد.

ولا تكفي أن توجد هناك إرادة حتى يقوم عقد هبة العقار، إذ أنّ الإرادة إذا كانت مختلجة لنفس صاحبها ولم تخرج للوجود، فإنّ القانون لا يعتد بوجودها، ولا يترتب أيّ أثر عليها، لذا وجب أن تخرج إلى حيّز الوجود عن طريق تعبير صاحبها واتّجاهها إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب¹.

وعلى هذا الأساس، فالتعبير عن الإرادة "Déclaration de la volonté" هو عنصرها المادّي المحسوس ومظهرها الخارجي الملموس، فقد يكون تعبيراً صريحاً (الفرع الأول)، أو ضمناً (الفرع الثاني)، كما قد يتخذ مظهراً سلبياً اصطلاحاً عليه بالسكوت² (الفرع الثالث). ذلك ما سنحاول عرضه من خلال ما سيأتي:

الفرع الأول: التعبير الصريح

يكون التعبير عن الإرادة صريحاً "expresse volonté"³ كلّما انصرفت إرادة عاقده إلى الكشف عنه بما هو مألوف بين الناس، متخذاً في ذلك سبيلاً يدلّ عليه بطريق مباشر من غير حاجة إلى إعمال الفكر في الاستنتاج عنه⁴.

ولما لم يتعرض قانون الأسرة لمسألة التعبير عن الإرادة في عقد هبة العقار، فإنّه يستلزم الوقوف في بيانها باستعراض موقف الفقه الإسلامي وكذا القانون الوضعي في هذا الصدد على التوالي.

واتّساقاً مع ذلك يُراد بالصيغة في الفقه الإسلامي: اللفظ الدالّ المعبر عن إرادة المتعاقدين والذي يبيّن المقصود من عقد الهبة كما يبرز الإرادة إلى حيّز الوجود. وعلى هذا الأساس فالصيغة هي كلّ ما

¹ - أنظر في مظهر التعبير عن الإرادة: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 149 وما يليها.

² - نفس المرجع، ص. 150.

³ - Cf. MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit, pp. 132-135; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit, p. 245; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, T. I, L'acte juridique, Armand Colin, 8^{ème} éd, 1998, p. 100.

⁴ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2^{ème} éd, L. G. D. J, Paris, 1952, p.111 et s.

يقتضي الإيجاب والقبول من قول وفعل¹.

ويجري التعبير الظاهر باللفظ الدال على انعقاد هبة العقار دلالة صريحة كوهبتك أو تصدقت عليك، أو ما يقوم مقامها من تعبير كتنازلت لك أو أعطيتك وملكتك، أو بالإشارة المفهمة والمقصود منها الهبة والتعليك دون التصريح. قال العلامة خليل "بَصِيغَةً أَوْ مُفْهِمَهَا وَإِنْ بَفِعْلٍ كَتَحْلِيَّتِهِ وَلَدَهُ"².. "وقد علّق الخرخشي على هذا القول: "... هذا هو الركن الثالث وهو الصيغة كقوله وهبت لك، أو مفهم معناها، وسواء كان مفهم معنى الصيغة قولاً كخذ هذا ولا حق لي فيه، أو فعلاً كدفعه له وتقوم قرينة على إخراجها عنه وتمليكه للمعطى، ومثّل المؤلف للفعل بقوله (كتحلية ولده)، والمعنى أنّه إذا حلّى ولده الصّغير بحلّي ثمّ مات فإنّه يكون للصّبي..."³.

ونفس المعنى يؤكّده صاحب الشفاء بقوله "الصيغة لفظ الهبة وما تصرف منها ومفهمها كأعطيتك وبذلتك، وبنحو هذا فسّر كلام ابن الحاجب في "توضيحه"، كتحلية ولده لا بابن مع قوله داره"⁴.

ويؤثر الفقهاء صيغة الماضي لانعقاد عقد الهبة، ذلك أنّ تلك الصيغة هي المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها الأخيرة على اعتبار أنّها قد جاوزت طور التردد والتفكير إلى طور الحسم والقطع.

أما لو أتت الصيغة بالمضارع والأمر والاستفهام، فلاّتها تحتمل الحال والمستقبل فلا بدّ من أن تتمحّض للحال دون الاستقبال، لذا يتعيّن الرجوع في هذه الصيغة إلى الملابس والظروف، فإن دلّت الصيغة عند الاقتضاء على الحال انعقد العقد. على أنّ صيغ الماضي فهي وإن كانت للماضي وضعاً، إلّا أنّها استعملت إيجاباً للحال في عرف اللّغويين وأهل الشّرع، والعرف - كما هو معروف - قاضٍ على الوضع. قال الكاساني: "... الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضي، وقد يكون بصيغة الحال..⁵، "لأنّ هذا في عرف أهل اللّغة والشّرع مُستعمل لإيجاب الملك للحال [...] وإن كان

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 76.

² - خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدّين الجندي المالكي المصري، المرجع السابق، ص. 214.

³ - محمّد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 104.

⁴ - أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن محمّد بن علي بن غازي العثماني المكناسي، شفاء الغليل في حلّ مقفل خليل، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج 2، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التّراث، القاهرة، مصر، ط 1، 2008، ص. 976، وانظر في نفس المعنى: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدّين التّفراوي الأزهري المالكي، المرجع السابق، ص. 73.

⁵ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1986، ص. 133.

بصيغة الماضي " يضيف السمرقندي مؤكداً¹.

وعليه، فالصيغة على هذا النحو لفظ يتمحّض للحال فينقصد به العقد دون أن يبحث في النية والقصد، أخذاً بالإرادة الظاهرة لأنها واضحة، فلا يعدل عنها إلى نظيرتها الباطنة على اعتبار أنّ تمحّض نية المتعاقد وتوجّس ما انطوت عليه نفسه أمر عسير.

أما صيغة المضارع فتحمل الحال والمستقبل، بل إن وضعها غلب للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً، وبالتالي فلا يؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة، بحيث ينبغي الرجوع إلى النية والقصد أي إلى الإرادة الباطنة.

هذا وتجدر الإشارة إلى أنّ صيغ الأمر والاستفهام والاستقبال هي صيغ تتمحّض للاستقبال عند الحنفية، فلا ينعقد بها العقد ولو نوى الإيجاب. على أنّ صيغة الأمر طلب للإيجاب والقبول وليست إيجاباً وقبولاً، ذلك لأنّ الإرادة الظاهرة هنا بيّنة في عدم البتّ، ومن ثمّ لا ينعقد بها العقد. يقول الكاساني مؤكداً ومستطرداً لهذا القول "... ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ..."².

وتأخذ صيغة الاستقبال المقرونة بسوف والسّين نفس الحكم، فالبين أنّها تمحّضت للاستقبال، وبالتالي لا ينعقد بها العقد، قال الشّيخ نظام في ذات الشأن: "وأما ما تمحّض للاستقبال كالمقرّون بالسّين وسوف ... فلا ينعقد به"³.

هذه جملة الأحكام المقرّرة لدى الحنفية فيما يتعلّق بصيغة التعاقد⁴، وقد اقتضت على بيانها في هذا المذهب بدعوى التفصيل فيه من لدن فقهاء مقارنة بباقي المذاهب. على أنّه يشار في هذا الصّد بأنّ صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة جميعهم باستثناء أبا حنيفة؛ وصيغة الماضي ينعقد بها العقد لدى جميع المذاهب بلا خلاف، وصيغة المضارع ينبغي اقتراحها بالنية لانعقاد العقد، كما لا ينعقد هذا الأخير بصيغتي الاستفهام ولا الاستقبال⁵.

¹ - محمّد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدّين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1994، ص. 29.

² - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص. 133.

³ - نظام الدّين برهانوري الشّيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 3، دار صادر، طبعة بولاق، بيروت، لبنان، ط 2، 1310 هـ، ص. 4.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 1 (مقدّمة - صيغة العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998، ص. 86 وما يليها.

⁵ - وهو ما أخذ به المشيّع العراقي في المادّة 77 من القانون المدني العراقي التي قضت: "1- الإيجاب والقبول كلّ لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب، والثاني قبول.

هذا وأنّ التعبير عن الإرادة في القانون يتمّ بواسطة وسائل أخرى وهذا ما قضت بها المادة 1/60 من ق. م. ج بالقول: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أيّ شكّ في دلالة على مقصود صاحبه".

يلاحظ بأنّ أحكام الصيغة في الفقه الإسلامي تتفق مع أحكام القانون بشكل عام، ذلك لأنّ إرادة المتعاقدين لابدّ لها - في الفقه الإسلامي أو الفقه الغربي - أن تأخذ مظهراً خارجياً حتى يتعرّف كلّ من المتعاقدين على إرادة صاحبه، إذ لا يعتد القانون بالإرادة الباطنة وإنما يعتد بالإرادة الظاهرة¹ التي يبرز مظهرها الخارجي كما أشارت إليه المادة السالفة الذكر، وأوضحت مظاهر تتجلى فيها الإرادة صراحة، وهي:

الأول: هو التعبير باللفظ المفهم من لدن المتعاقدين، ويستوي أن يعبر عنه شخصياً وجهاً لوجه أو بواسطة وكيل ينقل التعبير إلى الطرف الموكل.

الثاني: وقد يكون التعبير بالكتابة، فالقاعدة أن تكون الكتابة بخط اليد أو بالآلة الرقّنة، أو بأيّ وسيلة معلوماتية، سواء أكانت عرفية أو رسمية، وقّعت أم لم يوقع عليها من حرّرها ما دام لا يثور شكّ في صدورهما منه؛ إستثناءً اشترط القانون أن تكون الكتابة رسمية كما هو الحال في عقد هبة العقار طبقاً لنصّ المادة 206 من ق. أ. ج وكذا المادة 324 مكرّر 1 من ق. م. ج.²

وجدير بالذكر، أنّ المشرّع المصري والفرنسي قد استلزما أن يرد الرّضاء صريحاً في عقد هبة العقار ومفرغاً في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وذلك ما يتوضّح من خلال نص المادتين 488 من ق. م. م و932 من ق. م. ف.³

الثالث: يكون بالإشارة المتداولة في العرف، كالإشارة التي أَلَفَ الناس دلالتها على معنى واضح

2- ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي، كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال.

¹ - أنظر في فحوى نظريتي الإرادة الظاهرة ونظيرتها الباطنة:

DEMOGUE René, Traité des obligations en général, Sources des obligations, T. 1, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923, pp. 88-104 ; CARBONNIER Jean, droit civil, T. 4, Les obligations, 22^{ème} éd, P. U. F, 2000, pp. 90-91.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 79.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 63؛ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 232.

مثل حال الأخرس الذي يهتز رأسه عمودياً دلالة على القبول، أو هزة أفقياً دلالة على الرفض¹.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي في هذه المسألة، يلاحظ بأن المذهب المالكي هو أوسع المذاهب في القول بالإشارة على اعتبار مسايرته لمقتضيات التعامل وما تتطلبه الحياة العملية، إذ هو يميز التعاقد بالإشارة للأخرس وغير الأخرس. قال الخطّاب في شرحه تدليلاً على ذلك: "عُلِمَ مِنَ الْمُبَالَعَةِ بِقَوْلِهِ، وَإِنْ بِمُعَاطَاةٍ أَنَّ الْبَيْعَ يَنْعَقِدُ بِالْمُعَاطَاةِ مِنْ جِهَةٍ وَالْقَوْلُ مِنَ الْجِهَةِ الْأُخْرَى مِنْ بَابٍ أُخْرَى وَسَيُصَرِّحُ بِذَلِكَ وَعُلِمَ أَيْضًا أَنَّ يَنْعَقِدُ بِكُلِّ قَوْلٍ يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا وَالْإِشَارَةِ الدَّالَّةُ عَلَى ذَلِكَ، وَهِيَ أَوْلَى بِالْجَوَازِ مِنَ الْمُعَاطَاةِ؛ لِأَنَّهَا يُطْلَقُ عَلَيْهَا أَنَّهَا كَلَامٌ [...]"، وَغَيْرُ الْأَخْرَسِ كَالْأَخْرَسِ، قَالَهُ أَبُو الْحَسَنِ فِي شَرْحِ مَسْأَلَةِ الْمُدَوَّنَةِ الْمَذْكُورِ وَنَصَّهُ وَكَذَا غَيْرُ الْأَخْرَسِ إِذَا فُهِمَ عَنْهُ بِالْإِشَارَةِ، وَإِنَّمَا ذَكَرَ الْأَخْرَسَ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَأَتَّى مِنْهُ غَيْرُهَا [...] كُلُّ لَفْظٍ أَوْ إِشَارَةٍ فُهِمَ مِنْهَا الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَزِمَ بِهَا الْبَيْعُ وَسَائِرُ الْعُقُودِ"².

الرابع: يكون التعبير الإرادي الصريح باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه³.

الفرع الثاني: التعبير الضمني

التعبير الضمني هو الذي لا يفيد المعنى المقصود منه إلا بطريق غير مباشر، أي إذا اتخذ سبيلاً يدلّ عليه بطريقة غير مباشرة وبعد إعمال الفكر في الاستنتاج المنطقي⁴، ويكون غالباً بوسيلة لا تتفق والمألوف بين الأشخاص في الكشف عن الإرادة المعبر عنها⁵، ومع ذلك يمكن أن يستخلص فيها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال.

وعلى العموم، فكل ما يرومه القانون، هو أن يبرز الإرادة إلى العالم الخارجي وتفصح عن المقصود عنه بغض النظر عن الوسيلة التي يقع بها التعبير عن الإرادة، ويستوي أن يكون التعبير صريحاً أو ضمناً

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط 4، 2009، ص. 81، وأنظر أيضاً: FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, p. 108.

² - شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطّاب الرّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، د. ب. ط، ط 3، 1992، ص. 229.

³ - أنظر: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 45658، الصادر في: 1987/12/07، م. ق، ع 4، 1990، ص. 61.

⁴ - عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص. 80.

⁵ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2004، ص. 59.

مالم يستلزم القانون التعبير الصريح حسبما قضت به المادة 2/60 من ق. م. ج بقولها: "ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينصّ عليه القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"¹.

يظهر ممّا تقدّم أنّ التعبير عن الإرادة قد يأت صراحة، أو يكون ضمناً، وهذان النوعان من التعبير عن الإرادة متساويان في القيمة، حيث يعتدّ بالإرادة سواء عبّر عنهما صراحة أو ضمناً كقاعدة عامة، ولا يستثنى منها إلاّ الحالات التي نصّ عليها القانون أو اتفق فيها الأطراف المتعاقدين على ضرورة أن يكون التعبير صريحاً².

واستناداً إلى نصّ المادة 2/60 من ق. م. ج السالف الذكر والقاضي بجواز التعبير ضمناً عن الإرادة، فإنّه يلاحظ بأنّ القانون لم يحدد فحوى التعبير الضمّني عن الإرادة تاركاً التمييز بينه وبين التعبير عنه لاجتهاد القضاء الفاصل في النازلة المعروضة عليه، مع الإشارة إلى أنّ الفقه ذهب إلى أنّ التعبير يكون صريحاً كلّما عبّر عنه بشكل مباشر موجّه إلى الطرف الآخر، ويكون ضمناً حينما يعبّر عنه بأسلوب غير مباشر ولا يقصد منه إيصال العلم مباشرة إلى الطرف الثاني.

الحاصل من الشرح، فإنّه يمكن القول بأنّ عقد هبة العقار لا يتسنى التعبير عنه بأسلوب التعبير الضمّني على اعتبار أنّ دلالة التصريح فيه أقوى من دلالة الاقتضاء وفقاً لقواعد الأصوليين³.

وعلى هذا، فإن لم يكن التعبير يفصح عن المقصود بالإرادة بما لا يدع مجالاً للشكّ في أنّ المتعاقد يرمي التعبير عن الهبة، فالقانون لا يحفل به، ومن ثمّ لا يمكن تفسيره على أنّه عقد هبة.

وطالما كان عقد هبة العقار أصله التبرّع، فلا بدّ من أن يأتي التعبير فيه موضحاً بجلاء لنية التبرّع المستلزمة قانوناً، على اعتبار الخطر المكتنف للتصرف يتطلّب التعبير عن الإيهاب صراحة حتّى تكون إرادة الواهب ظاهرة بما لا يدع مجالاً للشكّ في أنّه أراد التبرّع بالهبة، وهذا ما قضت به المادة 206 من ق. أ. ج إذ نصّت على أنّه "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ... وإذا احتلّ أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

ويبدو أنّ عقد هبة العقار لمّا اعتبر المشرّع الرسميّة فيه ركناً لانعقاده على اعتبار أنّ التعبير فيه عن

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 81.

² - محمّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 82.

³ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع نفسه، ص. 81.

الإرادة ينطوي على ضرب من ضروب الشككية¹، فلا مجال للقول بإعمال التعبير عن إرادة الإيهاب ضمناً، وذلك ما أكدّه التقنين المدني الفرنسي في المادة 932 منه²، وكذا التقنين المدني المصري في المادة 1/488 منه³ على التوالي.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد بأنّ مختلف مذاهبه عرفت التعبير عن الإرادة صراحة من خلال اللفظ⁴ والكتابة والإشارة، كما عرفت ما يقابل التعبير الضمني حين تنظيمها للتعاقد بالتعاطي وإن اختلفت في جواز ذلك بين قولين:

الأول: وهو الصحيح من مذهب الحنابلة والمالكية والأحناف وبعض الشافعية الذين قالوا بجواز انعقاد العقد بالمعاطاة، وقد استدّلوا على هذا الرأي بالكتاب والمعقول، فأما دليلهم من القرآن فقوله عزّ وجلّ ﴿.. وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ..﴾⁵، ووجه الاستدلال من هذه الآية: دلالتها على حلّ البيع، والتعاطي بيع لتحقيق معنى البيع فيه وهو مبادلة مال بمال بالتراضي.

أما استدلالهم بالمعقول، فهو أنّ الفعل إذا كان يدلّ على الرضا بالمعنى، كان معنى القول متحققاً فيه فينعقد العقد بالفعل (بالمعاطاة) كما ينعقد بالقول، وإن كان من يرى تخصيص جواز بيع المعاطاة بالمحقرات كالكرخي من الأحناف⁶.

الثاني: وهو قول بن حزم والمشهور من مذهب الشافعية والشيعة الجعفرية والإباضية الذين رأوا بعدم انعقاد العقد بالتعاطي. وقد استدّل أنصار هذا الرأي على أنّ العقد منوط بالرضا، وهذا الأخير أمر خفيّ باطن، فاستلزم اعتبار ما يدلّ عليه بالقول، وإن ردّ على ذلك بمنع حصر الدلالة على عنصر الرضا

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 232.

² - Art : 932 « La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès ».

³ - قضت الفقرة الأولى من المادة 488 من ق. م. م بالقول: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة...".

⁴ - أكثر الفقهاء من الكلام في عنصر صيغة العقد، إذا اعتنوا بها عناية فائقة على اعتبار أنّ الفقه الإسلامي ذو نزعة موضوعية، وأوّل أثر لهذه النزعة وقوفه عند الإرادة الظاهرة دون الباطنة؛ ولما كانت الأولى هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الباطنة فقد أمعن الفقهاء الوقوف عند هذا المظهر الخارجي، اعتداداً باللفظ كدرجة أولى؛ فاللفظ قبل الكتابة والإشارة أو أيّ مظهر خارجي آخر يمكن استخلاص الإرادة منه هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة، وعلى هذا فاللفظ والإرادة الظاهرة يمتزجان معا في صيغة العقد انتهاءً. أنظر في تحليل هذا المعنى باستفاضة: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص. 84 وما يليها.

⁵ - سورة البقرة، الآية: 275.

⁶ - شمس الدّين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 3، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984، ص. 375.

في القول كون أنّ التراضي يقع بما يستشعره الشخص سواء أكان ذلك بالقول أو الفعل¹.

ويبدو من بيان أدلة الرأيين أنّ الأرجح ما ذهب إليه قول الجمهور الذي يفيد انعقاد العقد بالمعاطاة، ذلك أنّ المولى تعالى أحلّ مقايضة المال بالمال عن تراضٍ ولم يثبت لذلك لفظ في الشرع، ومن ثمّ وجب الرجوع إلى العرف مصداقاً لقول ابن قدامة في ترجيحه لانعقاد عقد البيع - شأنه في ذلك شأن عقد الهبة - القاضي بأنّه "وَلَمْ يُنْقَلْ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا عَنْ أَصْحَابِهِ، مَعَ كَثْرَةِ وُقُوعِ الْبَيْعِ بَيْنَهُمْ، اسْتِعْمَالُ الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، وَلَوْ اسْتَعْمَلُوا ذَلِكَ فِي بَيَاعِهِمْ لَنُقِلَ نَقْلًا شَائِعًا وَلَوْ كَانَ ذَلِكَ شَرْطًا، لَوَجِبَ نَقْلُهُ، وَلَمْ يُتَصَوَّرْ مِنْهُمْ إِهْمَالُهُ وَالْعَقْلُ عَنْ نَقْلِهِ، وَلَئِنْ الْبَيْعُ مِمَّا تَعُمُّ بِهِ الْبُلُوى، فَلَوْ أُشْطِرَ لَهُ الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ لَبَيَّنَهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بَيَانًا عَامًّا، وَلَمْ يَخَفْ حُكْمُهُ؛ لِأَنَّهُ يُفْضِي إِلَى وُقُوعِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ كَثِيرًا، وَأَكْلِهِمُ الْمَالَ بِالْبَاطِلِ، وَلَمْ يُنْقَلْ ذَلِكَ عَنْ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا عَنْ أَحَدٍ مِنْ أَصْحَابِهِ فِيمَا عَلِمْنَاهُ، وَلَئِنْ النَّاسُ يَتَّبَاعُونَ فِي أَسْوَاقِهِمْ بِالْمُعَاطَةِ فِي كُلِّ عَصْرِ، وَلَمْ يُنْقَلْ إِنْكَارُهُ مِنْ قِبَلِ مُخَالِفِينَ، فَكَانَ ذَلِكَ إِجْمَاعًا، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ، فِي الْهَبَةِ، وَالْهَدِيَّةِ، وَالصَّدَقَةِ"، على هذا لا يشترط في الصيغة أن تكون بالألفاظ².

قال الخطّاب تأكيداً لهذا التوجه: "وَيَعْنِي أَنَّ الرُّكْنَ الْأَوَّلَ الَّذِي هُوَ الصِّعَةُ الَّتِي يَنْعَقِدُ بِهَا الْبَيْعُ هُوَ مَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنَ الْبَائِعِ وَيُسَمَّى الْإِيجَابَ، وَمَا يَدُلُّ عَلَى الرِّضَا مِنَ الْمُشْتَرِي وَيُسَمَّى الْقَبُولَ، وَسَوَاءٌ كَانَ الدَّالُّ قَوْلًا كَقَوْلِ الْبَائِعِ بَعْتُكَ وَأَعْطَيْتُكَ وَمَلَكَتُكَ بِكَذَا وَشَبَّهَ ذَلِكَ، وَقَوْلِ الْمُشْتَرِي اشْتَرَيْتُ وَمَلَكَتُ وَابْتَعْتُ وَقَبِلْتُ وَشَبَّهَ ذَلِكَ، أَوْ كَانَ فِعْلًا كَالْمُعَاطَةِ وَهِيَ الْمُنَاوَلَةُ..."³، ووجه استدلال مذهب الجمهور أقوى ويظهر جلياً في قول ابن ضويان لما صرح بكون "أنّه صلى الله عليه وسلم كان يهدي ويهدى إليه، ويعطي ويعطى، ... ويأمر ساعاته بأخذها وتفريقها، وكان أصحابه يفعلون ذلك، ولم ينقل عنهم إيجاب ولا قبول، ولو كان شرطاً لنقل عنهم نقلاً متواتراً أو مشهوراً، ولأنّ دلالة الرضى بنقل الملك تقوم مقام الإيجاب والقبول"⁴، ويقاس على البيع - باعتباره العقد الشائع في

¹ - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي، المرجع السابق، ص. 3؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ط 1، 1949، ص. 299؛ ضياء الدين عبد العزيز التّميني، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج 2، دار التراث العربي، ليبيا، 1392 هـ، ص. 11.

² - أبو محمّد موفّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ت: التّركي والخلو، ج 3، دار عالم الكتب، الرياض، السعودية، 1997، ص. 61.

³ - شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطّاب الرّعيني المالكي، المرجع السابق، ص. 228.

⁴ - إبراهيم بن محمّد بن سالم ابن رضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ت: زهير الشاويش، ج 2، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 5، 1982، ص. 21.

الفقه - بقيّة العقود الأخرى بما في ذلك عقد الهبة، وينبغي عليهم ما ينبغي على أحكامه في هذه المسألة.

الفرع الثالث: السكوت

الأصل أنّ السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإيجاب بالعقد¹ ولا خلاف في ذلك، لأنّ العقد - في ذاته - هو اقتران للقبول بالإيجاب، والإيجاب مفاده عرض يتقدّم به المتعاقد، وأمر قبوله أو رفضه متروك للمتعاقد الآخر.

وهذا العرض ينبغي أن يكون واضحاً، في بيان الصّفة المزمع التعاقد عليها، والسكوت - بلا شك - لا يصلح أن يكون وسيلة لهذا البيان، فلا يمكن تصوّره بالذات في عقد الهبة، بحسب أنّها تبرّع في الأصل، والتبرّع لا يفترض البتّة، وعلى ذلك يستلزم أن تكون نيّة الهبة واضحة جليّة في إيجاب الواهب، فمن المستحيل أن يكون السكوت إيجاباً².

أمّا بالنسبة للقبول، فهو ما يمكن إثارة التساؤل بشأنه فيما لو وجّه شخص لآخر إيجاباً بإبرام عقد الهبة، ولم يبادر الطرف الثاني بالردّ عليه، قولاً، أو كتابة، أو إشارة، ولم يفعل ما يدلّ على موافقته على الإيجاب واكتفى بمجرد السكوت؟³.

المبدأ القانوني العام يفيد بأنّ السكوت في ذاته مجرداً عن أيّ ظرف ملابس له لا يكون تعبيراً عن الإرادة⁴، ذلك أنّ التعبير عن الإرادة عمل إيجابي ومجرّد السكوت عمل سلبي "ومهما يكن من التّساهل في استخلاص الإرادة الضمنية، فلا شكّ أنّ هذا التّساهل لا يصل إلى الحدّ الذي يعتبر فيه امتناع الشخص عن إبداء رضائه صراحة أو دلالة رضا منه، فنخلق من الوجود عدماً. ولو أخذنا بهذا الرّأي جعلنا كثيراً من النّاس يرتبطون بعقود لا يرتضون بها، ولكنهم لم يجدوا ما يقتضي أن يكلفوا أنفسهم عناء رفضها، أو وجدوا مانعاً أدبياً من المجابهة بالرفض، فلزموا الصّمت، فتصبح الرّوابط القانونية عرضة للتقلقل والاضطراب، ولئن دلّ السكوت ضمناً على شيء فأولى أن تكون دلالاته الرفض لا

¹ - Cf. DREIFUSS-NETTER Frédérique, Les manifestation de volonté abdicatives, L. G. D. J, paris, 1985, p.162 et s ; GODÉ Pierre, Volonté et manifestations tacites, P. U. F, Paris, 1977, p. 175 et s.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 83.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، م 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 1998، ص. 235-236.

⁴ - وهذا ما قضى به القضاء الفرنسي في بعض أفضيته، أنظر:

Cass. Civ., 1^{re}, 16 avril 1996; Cass. Civ., 1^{re}, 18 avril 2000, « Le silence opposé à L'affirmation d'un fait ne vaut pas, à lui seul, reconnaissance de ce fait », Cité par : www. Legifrance.gouv.fr

القبول، والعدم لا ينتج إلاّ العدم"¹.

الحاصل ممّا سبق، فإنّ السّكوت البسيط غير المدعّم بظروف من شأنها أن تقوّي دلّالته لا يصلح أن يكون تعبيراً عن القبول وهو ما أفترته محكمة النقض الفرنسية بداءة بقولها: "إنّ الأصل في السّكوت لا يصلح تعبيراً عن القبول..."²، ولكن إذا لابتسته ظروف تجعله دالاً على القبول، أمكن اعتبار السّكوت تبعاً لهذه الظروف قبولاً، وبالتالي يمكن أن يكون صالحاً للارتباط بالإيجاب وتكوين العقد، وهذا النوع من السّكوت هو ما يعرف بالسّكوت الملايس "silence criconstancié" الذي يصدر من شخص يكون في ظروف يمكن أن يستنتج منها بأنّه لو كان يريد الرّفص لأفصح عنه³.

هذا، ولقد أعطى التّقنين المدني الجزائري تمثيلاً على هذا النوع من السّكوت ضمن فحوى المادّة 2/68 منه لما قرّر بأنّه: "... يعتبر السّكوت في الردّ قبولاً [...] إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجّه إليه" وهو نفس معنى التّقنين المدني المصري الذي أشار إليه ضمن المادّة 2/98 منه بالقول: "يعتبر السّكوت عن الردّ قبولاً [...] إذا تمخّض إيجاب لمنفعة من وجّه إليه".

وعليه، فإنّه إذا تمخّض عن عقد الهبة التي لا يشترط فيها ركن الشكّلية - تطبيقاً لهذا المبدأ - منفعة للموهوب له، فإنّ السّكوت في مثل هذه الحالة يعتدّ به كقبول. بينما إذا كان عقد الهبة يتضمّن عوضاً، أو ألزم فيه الواهب الموهوب له القيام بتكليف معيّن، فإذا السّكوت هنا لا يعتبر قبولاً إلاّ إذا كانت الظروف تدلّ على أنّ الواهب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، أو لم يرفض الموهوب له الهبة في وقت ممكن ومناسب⁴.

على أنّه يشار أخيراً بأنّه لا مجال لإعمال السّكوت في عقد هبة العقار المتطلّب فيها الرسميّة إلزاماً، إذ لا يكفي في انعقادها إيجاب وقبول صريحان بل يجب تفرّع في الشّكل الرسمي⁵ وذلك ما أكّدته المادّة 206 من ق. أ. ج، والمادّة 1/488 من ق. م. م، وكذا المادّة 932 من ق. م. ف على التّوالي.

¹ - أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 157؛ وأنظر في التّفرة بين التّعبير الضّمّني والسّكوت: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، المرجع السابق، ص. 57 وما يليها.

² - Cass. Civ., 25 mai 1870, D, 1870-1-257, « en droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire, en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée », Cité par : www. Legifrance.gouv.fr.

³ - العربي بلحاج، النّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 61.

⁴ - بدر حاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 91.

⁵ - أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 41-42.

إستطراداً للأحكام السالفة العرض، فقد اعتبر الاجتهاد القضائي بأنّ السكوت لا يعتدّ به ما لم يقترن بظروف تجعل من الثابت أنّه دليل على القبول، فالسكوت بحدّ ذاته لا يفيد الموافقة الضمنية إلّا إذا ارتبط بفعل إيجابي ينم عن إرادة الساكت بالموافقة، بحيث لا يشترط حتماً فعلاً إيجابياً للقول بحصول القبول، بل إنّ ملابسات السكوت هي من تنبئ بالموافقة وإن لم يصدر عن الساكت فعل إيجابي. وقد قضى بأنّه إذا كانت الهبة غير رسمية تتمخّض منفعة للموهوب له، فإنّ السكوت من جانبه بعد علمه بالإيجاب يشكّل قبولاً¹.

على أنّه في جميع الأحوال يعود للقضاء بما يملك من سلطة تقديرية الفصل في التوازن المعروضة عليه بأن يستنبط القبول من السكوت من خلالها، بالإستناد إلى الملابسات والظروف التي حصل فيها هذا السكوت انتهاءً².

وبالعودة إلى الفقه الإسلامي، يشار إلى أنّ الأصل في التعاقد عامّة هو الرضا، والذي لا يتحقّق إلّا باقتران إيجاب وقبول قولي، وباعتبار السكوت موقف سلبيّ محض، فالأصل ألاّ يعتبر تعبيراً عن الإرادة وفقاً للقاعدة الفقهية القاضية بأنّ "لا ينسب لساكّت قول"³، وهذا ما قد يصدق على الإيجاب دون القبول.

بيد أنّه وإن كان لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت إيجاباً، فإنّه يجوز استنباطه من القبول تبعاً للظروف والملابسة له، لذلك قيل تكملة للقاعدة الفقهية السابقة "... ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان"⁴.

هذا، وقد عدّد ابن نجيم عدّة مسائل تدرج في نطاق هذه القاعدة الفقهية، حيث يعتبر فيها السكوت قبولاً نظراً لما لا بسها من ظروف، لعلّ ما جاء منها اتّساقاً بالموضوع قوله في هذا الصدد:

"لَا يُنسَبُ إِلَى سَاكِتٍ قَوْلٌ" [...] وخرجت عن هذه القاعدة "مَسَائِلُ كَثِيرَةٌ يَكُونُ السُّكُوتُ فِيهَا كَالنُّطْقِ:

¹ - عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 236.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 61.

³ - أنظر في شرح هذه القاعدة: أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدّين الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1985، ص. 438 وما يليها.

⁴ - أنظر في شرح هذه القاعدة: محمد مصطفى الرّحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج 1، دار الفكر، دمشق، ط 1، 2006، ص. 160.

- الخامسة: سُكُوثُ الْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِ قَبُولٌ لَا الْمُؤْهُوبُ لَهُ. السادسة: سُكُوثُ الْمَالِكِ عِنْدَ قَبْضِ الْمُؤْهُوبِ لَهُ أَوْ الْمُتَصَدِّقِ عَلَيْهِ إِذْنٌ¹.

تأسيساً على ما سبق، فإنه إذا تمخّض عن عقد هبة العقار منفعة لفائدة المؤهوب له، فإنّ سكوته في مثل هذه الحالة يعدّ قبولا في الفقه الإسلامي، على اعتبار عدم اشتراطه شكلية خاصة لمثل هذا الفعل خلافاً للقانون الوضعي الممعن لاستلزام الرسمية في عقد الهبة الوارد على العقار تحت طائلة بطلانه، ممّا جعل الاعتداد بالسكوت كتعبير عن الإرادة فيها، أمرٌ مرفوض قانوناً².

المطلب الثاني: توافق الإرادتين في عقد هبة العقار

سبق القول بداءة، بأنّ هبة العقار عقد في طبيعته، ومن ثمّ استلزم فيه ارتباط إيجاب الواهب بقبول المؤهوب له.

وبالرغم من إقرار مختلف المشرعين بالرضاء كأول ركن من أركان عقد الهبة، إلّا أنّهم لم يسرّ نصوباً تنظيمية تفصّل مسائل الإيجاب عن القبول وتبيّن توافقهما، تاركين الأمر في ذلك إلى الفقه والقضاء.

إعتباراً لذلك، سنحاول البحث في توافق إرادتي الواهب والمؤهوب له انطلاقاً من التطرّق إلى الإيجاب (الفرع الأول)، ثمّ دراسة القبول (الفرع الثاني)، لتتوقّف عند موقف الفقه الإسلامي بخصوص توافق الإدراتين في هبة العقار في الفقه الإسلامي انتهاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإيجاب

وفيه يتعيّن دراسة مفهومه (البند الأول)، وأثره (البند الثاني) ومسقطاته (البند الثالث)، على النحو الموالي:

البند الأول: مفهوم الإيجاب

الإيجاب "L'offre"³ هو العرض الصّادر من الواهب والمتضمّن عزمه الجازم على تسليم المال

¹ - أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدّين الحسيني الحموي الحنفي، المرجع السابق، ص. 440.

² - راجع المواد: 206 من ق. أ. ج، 1/488 من ق. م. م، 932 من ق. م. ف.

³ - العربي بلحاج، النّظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 67؛ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في

بدون عوض، بحيث إذا ما اقترن به قبول الموهوب له انعقد عقد الهبة¹، وذلك ما أكدته نص المادة 1/206 من ق. أ. ج بالقول: "تنعقد الهبة الإيجاب والقبول...".

وعليه، فالتطابق بين الإيجاب والقبول أمر يتعلّق بمحتوى الإيجاب والقبول، حيث يفترض في القبول أن يكون من السّعة بحيث يشمل كامل الإيجاب²، ولتحقيق ذلك يستلزم في الإيجاب الشّرائط الآتية:

- تضمّن العرض وضوح العبارة التي لا تكتنف أيّ غموض³، بحيث تبيّن - على الأقل - طبيعة العقد المزمع انعقاده على أنّه هبة عقار.

- تضمّن العرض بيان الشّروط الأساسية اللازمة لنشوء عقد الهبة، كالعوض مثلاً إذا كانت الهبة بعوض، كما لا يقلّل من صحّة الإيجاب إذا تضمّن العقد بعض الشّروط التي يرغب الواهب التعاقد بمقتضاها، حتّى لو كانت ليست ذات أهميّة في ذاتها.

- ينبغي أن يكون الإيجاب باتّاً ونهائياً وواضحاً، بحيث يكون الواهب عازماً على إبرام العقد بلا رجعة فيه وليس مجرد التّمهيد له.

- ينبغي أن يكون الإيجاب جدّياً، بمعنى لا يأتي على سبيل المجاملة أو المزاح والهزل.

- يجب أيضاً أن يكون الإيجاب حقيقياً، أي أن يكون صادراً من ممّن له إرادة يعتدّ بها

القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 222؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p. 122.

¹ - عرّفت المادة 54 من ق. م. ج العقد بأنه "اتّفاق يلزم بموجبه شخص أو عدّة أشخاص نحو شخص أو عدّة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". هذا، ولم يرد للعقد تعريف في القانون المدني المصري خلافاً للتّقنين المدني الفرنسي الذي عرّفه ضمن تعديله الأخير بمقتضى المرسوم رقم: 131 - 2016 الصادر في: 2016/02/10 من خلال المادة 1101 منه بأنه "اتّفاق إرادات بين شخصين أو أكثر بهدف إنشاء أو تعديل، نقل أو اقتضاء التزامات"، وفيما يلي نصّ المادة الأصلي كالاتي:

Art 1101 : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ».

² - يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون المدني الأردني والمقارن، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ع 4، السّنة 27، ديسمبر 2003، ص. 91.

³ - Cf. AUBERT Jean-Luc, Notions et roles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L. G. D. J., paris, 1970, p. 24.

قانوناً، فضلاً عن أنه أهلٌ لمباشرة التصرفات القانونية¹.

هذا ولما كان الإيجاب هو اللفظ الذي يعبر فيه عن إرادة الواهب ويبيّن المراد من عرضه للإيجاب²، فإنه قد يتم بأيّ لفظ أو عبارة تتداول عرفاً لإبرام العقد، وقد سبق وأن أشرنا بأنه يمكن أن ينعقد عقد هبة العقار بصيغة الماضي كأن يقول الواهب للموهوب له وهبتك داري، أو بصيغة المضارع أو الحاضر ومثاله قول الواهب للموهوب له أعطيتك الدار، أو بصيغة الأمر ومثاله قول الشخص لنظيره أوهني دارك فيقول الآخر هي لك³.

أمّا إذا جاء الإيجاب بصيغة المستقبل، ورام به إبرام العقد في المستقبل، فإن ذلك لا يعتدّ به كإيجاب لإبرام عقد الهبة، وإنّما إيجاب بوعده بإبرام عقد هبة كمن يقول لآخر سوف أهبك داري بعد تسلّم مفاتيحها، فهذه صيغة تعبر عن الإيجاب بالوعد بالهبة، لا هبة تامة، لأنّ هذه الأخيرة لا يمكن أن تنعقد على مال مستقبل كما سنرى⁴.

وجدير بالذكر، أنّ الإيجاب يتمّ - في غالب الأحوال - لاسيما في عقد الهبة دون أن تسبقه مرحلة تمهيدية للتفاوض، إلّا أنّه ليس ثمة مانع من أن يسبق الإيجاب تفاوضاً⁵ بين المتعاقدين خاصّة إذا كانت الهبة بعوض.

¹ - بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 91-92.

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., pp. 154-155.

³ - أنظر في صيغ التعاقد ومدى اتّفاق أو اختلاف الفقهاء فيها: محمّد وحيد الدّين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2، 1998، ص. 229، وما يليها.

⁴ - بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 93؛ وأنظر في ذات السّياق: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص. 85 وما يليها؛ صبحي محمّصاني، النظريّة العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج 2، دار العلم للملايين، د. د. ط، د. ب. ط، ط 3، 1983، ص. 353، وهبة بن مصطفى الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 4، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1984، ص. 2935-2937.

⁵ - وفي شأن المفاوضات، قضت المادة 1112 من ق. م. ف المعدّل بالقول: "يكون اقتراح المفاوضات قبل التعاقدية وسيرها وقطعها حرّاً يجب لزماً أن تراعي هذه المسائل مقتضيات حسن النّية.

تعويض الضّرر النّاجم عن الخطأ الحاصل خلال المفاوضات لا يشمل خسارة المزايا التي كانت منتظرة من العقد الذي لم يتمّ إبرامه". ونصّها الأصلي هو كالآتي:

Art 1112 : « L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres. Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi.

En cas de faute commise dans les négociations, la réparation du préjudice qui en résulte ne peut avoir pour objet de compenser la perte des avantages attendus du contrat non conclu ».

البند الثاني: أثر الإيجاب

المقصود بأثر الإيجاب القوّة الملزمة له أو مدى التزام الموجب بالبقاء على إيجابه بعد صدوره، وطالما أنّ العقد يتمّ باقتران الإيجاب بالقبول، فإنّه لا ينعقد ما لم يتمّ هذا الاقتران.

ولكن هل يبقى الموجب ملتزماً بإيجابه خلال مدّة معيّنة، أم يحقّ له أن يعود فيه ما دام لم يرتبط بقبول؟.

إذا كان الأصل أنّ الإيجاب يقع غير ملزم لمن صدر منه¹، فالموجب بالخيار في العدول عن إيجابه طالما لم يرتبط به القبول، أي ما دام لم يتصلّ بعلم من وجهه إليه².

بل أنّه حتّى إذا اتّصل الإيجاب بعلم من وجهه إليه، وأصبح له كيان قانوني، كان لمن أصدره - كقاعدة عامّة - أن يرجع فيه طالما بقي مجرد إيجاب، أي لم يقتن به قبول الموجب له. أمّا بعد أن يتمّ اقتران القبول به، ويتكوّن العقد، فإنّ الواهب في هذه الحالة لا يملك التحلّل من إيجابه³.

إلا أنّ قاعدة الإيجاب غير ملزم لمن صدر منه ليست مطلقة، إذ أنّ الإيجاب يقع ملزماً ومن ثمّ يمنع على الواهب الرجوع فيه إذا حدّد ميعاداً للقبول طوال مدّة هذا الميعاد⁴، وذلك ما قضت به المادة 63 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 93 من ق. م. م. والمقابلة لنصّ المادة 1116 من ق. م. ف⁵ - بقولها: "إذا عيّن أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد

¹ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp. 91-92.

² - ولا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أيّ التزام طالما لم يتصلّ بعلم من وجهه إليه، وهذا ما يستشفّ من المفهوم بالمخالفة لنصّ المادة 61 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نصّ المادة 91 من ق. م. م. - والقاضية بأنّه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجهه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على ذلك".

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - من بين تطبيقات القضاء الفرنسي القاضية بالزامية الإيجاب متى قيده مصدره بالبقاء عليه أجلاً معيّناً، الأحكام القضائية التالية: Cass. Civ., 3^{ème}, 8 février 1968, n° 65-10600 ; Cass. Civ., 1^{ère}, 19 Janvier 1977, n° 75-14096 ; Cass. Civ., 1^{ère}, 25 Juin 2014, n° 13-16529, Cité par : www. Legifrance. gouv.fr.

⁵ - التي نصّت على أنّه "لا يجوز الرجوع عن الإيجاب قبل انقضاء المدّة التي حدّدها الموجب، أو قبل انقضاء مدّة معقولة إذا لم يحدّد مدّة. الرجوع عن الإيجاب بالمخالفة لهذا الحظر يحول دون إبرام العقد". وهذا هو نصّها الأصلي:

Art 1116 : « Elle ne peut être rétractée avant l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, l'issue d'un délai raisonnable.

La rétractation de l'offre en violation de cette interdiction empêche la conclusion du contrat.

Elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun sans l'obliger à compenser la perte des avantages attendus du contrat ».

يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة"¹.

وعليه، فالإيجاب الملزم لمصدره، هو ذاك المقترن بأجل للقبول، على أنه يكون تحديد الميعاد إما بشكل صريح، كأن يخطر الموجب (الواهب) من يعرض عليه التعاقد بالهبة أجلاً قدره شهر مثلاً يمكن من خلاله أن يقبل أو يرفض هذا الإيجاب، أو بشكل ضمني² يستخلص من ظروف الحال التي تدل على أن المهلة هي التي تستغرقها التجربة بحسب العادة، فإذا صدر الإيجاب لغائب عن طريق المراسلة - مثلاً - ظلّ الموجب (الواهب) ملتزماً به إلى أن ينقضي الأجل الذي يتسع عادة لوصول الإيجاب إلى الموجب له (الموهوب له) ولوصول القبول إلى الموجب (الواهب).

الحاصل مما تقدّم، أنّ الإيجاب غير ملزم في الأصل، ويمكن للواهب أن يعدل عن إيجابه قبل اقتران القبول به، واستثناء من هذا الأصل، فإنّ الإيجاب يكون ملزماً لمن صدر منه، ولا يكون لعدول الواهب أثر على نشوء العقد طالما اقترن بأجل حدّد صراحة أو ضمناً، فإذا حدث نزاع حول تحديد الميعاد، فإنّه يترك لقاضي الموضوع صلاحية التقدير والفصل في الواقعة انتهاءً³.

تأسيساً لما سبق، فقد ذهب الفقه - وسار على نهجه القضاء - إلى أنّ الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه طوال الميعاد المحدّد، بيدّ أنّه قد تشعب في تأسيس هذه القوّة الملزمة للإيجاب، فتارة يقيم جانب منه تأسيسها على مبادئ المسؤولية التقصيرية على اعتبار أنّ عدول الموجب عن إيجابه يشكّل خطأ يقيم مسؤوليته؛ وتارة يقيمها فريق ثانٍ على فرضية العقد الضمني الذي يفيد بأنّ الإيجاب الذي يقترن بمهلة يتضمّن مهلة للتفكير في العرض، ويعتبر سكوت الموجه إليه على هذا الإيجاب الأخير قبولاً له لأنّه يتمخض لمصلحته، فيقوم بين الطرفين عقد ضمني ينشأ عنه التزام الموجب لعدم العدول عن إيجابه خلال هذه المدّة؛ بينما مال فريق ثالث إلى اعتبار الإيجاب الملزم تصرف بالإرادة المنفردة حين بحثه في أساس الإيجاب الملزم في هذا الصدد⁴.

¹ - راجع في هذا الصدد: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 71؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 107.

² - MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit., pp. 242-243.

أنظر أهم التطبيقات القضائية الفرنسية الصادرة في مثل هذا الشأن:

Lyon, 19 décembre 1917, S. 1918, 2, 40 ; Lyon, 27 juin 1867, S. 68, 2, 182, D. 67, 2, 194 ; Bordeaux, 17 janvier 1870, S. 70, 2, 219, D. 71, 2, 96, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p. 156.

³ - بدر جاسم البعقوب، المرجع السابق، ص. 94-95.

⁴ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 107؛

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., pp. 126-127.

هذا، وقد أقرّ التقنين المدني المصري القوّة الملزمة للإيجاب على أساس تشريعي، إذ نصّت المادة 93 منه على أنّ الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ملزم للموجب، وهو ما سار على نهجه باقي التقنينات العربية ومنها التقنين المدني الجزائري لما نصّ على ذات الحكم من خلال المادة 63 منه¹، ونفس الشيء أكّده التقنين المدني الفرنسي (المعدّل) من خلال مادّته 1116 في الأساس.

على أنّه يشار وإن كان التقنين المدني الفرنسي القديم لم يرد فيه نصّ في قوة الإيجاب الملزمة، فقد كان هناك إقرار مباشر بقدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام ولو بشكل استثنائي، سيما وأنّ جانب من الفقه - كما أشرنا - تبنّى فرض اعتبار الإيجاب الملزم تصرّف بالإرادة المنفردة²، الأمر الذي تمّ تداركه من لدن المشرّع الفرنسي من خلال جعل الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام بمقتضى المادة 1101-1³ من ق. م. ف المعدّل أخيراً.

البند الثالث: سقوط الإيجاب

بداية لا يظلّ الإيجاب قائماً إلى ما لا نهاية، إذ أنّ مصيره يتحدّد بارتباطه بالقبول فيقوم العقد عندئذ؛ أو لا يرتبط فيسقط ويعتبر كأن لم يكن، على أنّ سقوطه يكون في الأحوال الآتية:

- إنقضاء الأجل الذي يكون فيه الإيجاب ملزماً:

يسقط الإيجاب إذا حدّد الموجب (الواهب) أجلاً لردّ الموجب له (الموهوب له) على الإيجاب⁴ ثمّ فات هذا الأجل دون يصل إلى علمه قبول، ففي هذه الحالة لا مسؤولية على الموجب إذا وجّه الإيجاب لشخص غيره وتمّ قبوله⁵.

¹ - العربي بلحاج، النظريّة العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص. 72؛ محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص. 107.

² - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-luc, Op. cit, p. 92-94.

³ - Art 1100-1: « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux.

Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats».

⁴ - وفي ذلك نصّت المادة 1117/1 من ق. م. ف بقولها: "يسقط الإيجاب بانقضاء المدة التي حدّدها صاحبه، أو بانقضاء مدة معقولة إذا لم يقرنه صاحبه بمدة". وهذا هو نصّها الأصلي:

Art 1117/1 : « L'offre est caduque à l'expiration du délai fixé par son auteur ou, à défaut, à l'issue d'un délai raisonnable».

⁵ - Cass. Civ., 21 Décembre 1846, S, 1847, 1. 66; req. 28 Février 1870, D, P, 1871, 1. 16 ; 27 Juin 1894, D. P. 1894, 1, 423, S, 1898, 1, 434 ; paris 5 Février 1910, D. 1913-2.1, note :valery ; Cass. soc. 22 mars

- الرّفص الصّادر ممّن وجّه إليه الإيجاب:

يسقط الإيجاب حتّى لو لم يمضِ الأجل الذي يكون فيه الإيجاب ملزماً عند رفض من وجّه إليه¹ الإيجاب (الموهوب له)، كما يعتبر تعديل شروط الإيجاب إذا كان عقد الهبة بعوض رفضاً له، فمثلاً إذا عرض الواهب هبة مسكنه على الموهوب له على أن يسكن معه هذا الأخير لمدة 5 سنوات، فردّ عليه الموهوب له بقبوله هبة هذا العقار شريطة أن يسكنه معه فيها لمدة سنة واحدة فقط، فإنّ هذا الردّ يعدّ رفضاً للإيجاب، وفي نفس الوقت إيجاباً جديداً موجّهاً إلى الواهب.

على أنّ رفض الموهوب إليه الهبة لا يخوّل الحقّ لدائنيه بأن يستعملوا حقّه في قبول الهبة أو أن يقبلوها بدله، لأنّ قبول الهبة أمر شخصيّ خاص بالموهوب له، إذ قد تكون له أضراراً خاصّة تدفعه إلى رفض الهبة، فإن لم يقبل لم يجز لدائنيه الطّعن في ذلك بالدّعوى البوليصة على اعتبار أنّ عدم القبول يتضمّن معنى الافتقار، الذي هو - في حقيقة الأمر - امتناع عن الإثراء فحسب².

- عدول الموجب عن إيجابه:

الأصل أنّ القبول لا ينتج أثره إلّا في الوقت الذي يتّصل فيه بعلم الواهب، حيث يعتبر وصوله إلى هذا الأخير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدّليل على عكس ذلك، وهذا ما قضت به المادّة 61 من ق. م. ج المطابقة حرفياً لنصّ المادّة 91 من ق. م. م.

فإذا صدر إيجاب - صريح أو ضمّنيّ - من الواهب ولم يكن ملزماً، فإنّه يمكن للواهب أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يصل فيه قبول الموهوب له إلى علمه³، شريطة أن يصل الرّجوع عن الهبة إلى علم الموهوب له قبل وصول قبول الموهوب له إلى علم الواهب. ففي هذه الحالة لا تتمّ الهبة، ذلك أنّ القبول وقت أن يصل إلى علم الواهب لم يوافق إيجاباً قائماً فلم يرتبط القبول بالإيجاب، على أنّه يصحّ أن يكون هذا القبول إيجاباً جديداً من الموهوب له، فإذا عزم الواهب وقبله فإنّ هذا القبول هو الذي

1972, D, P. 468, Cité par : AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Op. cit., p. 493.

¹ - محمّد صبري السّعدي، المرجع السّابق، ص. 108.

² - أنور سلطان، المرجع السّابق، ص. 82؛ أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السّابق، ص. 36.

³ - وفي ذلك قضت المادّة 1115 من ق. م. ف بقولها: "يجوز الرّجوع عن الإيجاب بكلّ حرّية طالما لم يصل إلى من وجّه إليه". وهذا هو نصّها الأصلي:

Art 1115 : « Elle peut être librement rétractée tant qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire ».

يقترن بإيجاب الموهوب له فتتمّ الهبة وتنعقد إذا اكتملت شروطها الشكلية الأخرى¹.

على أنّه يشار بجواز رجوع الواهب عن إيجابه قبل قبول الموهوب له للهبة لدى جمهور الفقهاء المسلمين عدا الإمام مالك، فالرأي في مشهور مذهبه ومعتمده عدم جواز رجوع الواهب عن إيجابه، ذلك أنّ الأصل في المعروف لازم لمن أوجبه على نفسه ما لم يكن هنالك مانع، وعلى اعتبار عقد الهبة نوع من المعروف، وهي تتحقّق بالإيجاب وحده، فلتزم الواهب بإيجابه على نفسه كالنذر وفاء بما عقد عليه عزمه، وأمّا على قول الجمهور فللواهب الرجوع عن إيجابه كما هو الشّأن في عقود التّملّيكات².

– موت المتعاقدان أو فقد الأهلية عند أحدهما:

من المعلوم بداءة، حتّى وإن كان قد بقي موت أو فقد الأهلية في التّعبير عن الإرادة مثار جدل في القضاء الفرنسي³ قبيل تعديل التّقنين المدني الفرنسي الأخير لا سيما ما قضت به المادّة 2/1117 منه، إلّا أنّ "المبدأ المقرّر في النّظرية التّقليدية الفرنسية أنّ موت أيّ من الطّرفين أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد يحول دون انعقاده، وذلك على أساس ضرورة تحقيق توافق الإرادتين وقت تمام العقد، وإرادة الشّخص لا يكون لها وجود بعد موته ولا يعتدّ بها القانون إذا فقد أهليته، وفي هذه النّظرية تغليب للإرادة الباطنة التي تنتهي بموت صاحبها وتزول بفقده لأهليته، وذلك بعكس المذهب الألماني الذي يجعل للتّعبير وجوداً ذاتياً لا يتأثّر بموت موجّهه أو الموجه إليه ولا يفقد أهلية أحدهما"⁴.

وعلى اعتبار أنّ قانون الأسرة لم يتطرّق لهذه المسألة فإنّه يلزم الرجوع إلى القواعد العامّة، حيث نجد أنّ المشرّع الجزائري قضى وفقاً لنصّ المادّة 62 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادّة 92 من ق. م. م - بأنّه "إذا مات من صدر منه التّعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التّعبير أثره، فإنّ ذلك لا يمنع من ترتّب هذا الأثر عند اتّصال التّعبير بعلم من وجّه إليه، ما لم يتبيّن العكس من التّعبير أو من

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 31.

² - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، مجلّة القانون والاقتصاد، ع 5، السّنة 2، مطبعة الرّغائب، 1933، ص. 608-609؛ أحمد إبراهيم بك، أحكام الهبة والوصيّة وتصرّفات المريض، مطبعة العلوم، د. ب. ط، 1939، ص. 6.

³ - جاك غستان، المطوّل في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسّسة الجامعية للدراسة والنشر والتّوزيع، د. د. ط، 2000، ص. 313، وأنظر أيضاً:

FLOUR Jacque, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, p. 95-96.

⁴ - العربي بلحاج، النّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 65.

طبيعة التعامل¹.

وبتطبيق أحكام هذه المادة على التعبير الإرادي للواهب والموهوب له، نجد أنها تفرّق بين فرضين:

الأول: موت الواهب أو فقد أهليته قبل وصول الإيجاب إلى علم الموهوب له

إذا توفي الواهب أو فقد أهليته قبل أن يصل إيجابه إلى علم الموهوب له، فإن ذلك لا يمنع من اتصال الإيجاب بعلم الموهوب له وقبوله للهبة، ولكن القبول لا يرتّب أثراً إلا إذا وصل إلى علم الواهب، ولما كان الواهب قد وافته المنية أو فقد أهليته فيستحيل علمه بالقبول، ومن ثم لا تنعقد الهبة².

الثاني: موت الموهوب له أو فقد أهليته قبل صدور القبول

الأمر كذلك بالنسبة للموهوب له، فإذا مات أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول ولكن بعد أن صدر إيجاب الواهب، فلا تواجد لتطابق الإرادتين هنا، ومن ثم فلهبة لا تنعقد على اعتبار أنّ الإيجاب لم يصادف شخصاً يقبله، إذ الهبة أمرٌ خاصٌ يتصل بشخص الموهوب له، فلا يجوز لورثته أن يحلّوا محلّه في قبولها، وعلى هذا التّهج سار التّقنين المدني المصري الحالي خلافاً لنظيره الملغى³.

وبالرجوع إلى الفقه الإسلامي، نجد أنّ المذهب المالكي من أكثر المذاهب تشدّداً في مسألة أثر الإيجاب، ذلك أنّ مالكا - رحمه الله - يرى بالإلزامية الإيجاب وعدم استطاعة الموجب الرجوع عنه في الأصل⁴، ولما كان كذلك فقد أُرثني سوق رأيه في هذا الفرض دون بقية المذاهب الأخرى اعتباراً للعلّة المذكورة أعلاه.

¹ - يرجع أساس الحكم في هذه المادة إلى النظرة الحديثة التي ترى بأنّ الإرادة لا تموت ولا تنعدم بوفاة مُصدرها، وهي في الأصل فكرة اقتبست عن الفقه الإسلامي انطلاقاً من نزعة الموضوعية التي قلّده فيها التشريع الألماني على خلاف غريمه الفرنسي الذي لم يعرفها. أنظر في هذا الصّدد: علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقاً للقانون المدني الجزائري، مجلّة الفكر القانوني، ع 1، 1984، ص. 133، وأنظر أهمّ التطبيقات القضائية في هذا الصّدد: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 47824، الصّادر في: 1988/06/20، م. ق. ع 3، 1990، ص. 147؛ قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 46711، الصّادر في: 1988/12/07، م. ق. ع 2، 1990، ص. 23.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 31؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 35؛ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، 2005، ص. 36-37. وفي ذلك نصّت المادة 2/1117 من ق. م. ف على أنّه "وسيقط كذلك في حالة فقدان صاحبه لأهليته أو وفاته". وهذا هو نصّها الأصلي:

Art 1117/2 : « Elle l'est également en cas d'incapacité ou de décès de son auteur ».

³ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 71.

⁴ - أنظر تفصيل للمذهب: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطّاب الرّعيني المالكي، المرجع السابق، ص. 240.

وعليه، فحقّ القبول ثابت للموهوب له وكذا لورثته من بعده، ما لم يوجد منه ردّ حال حياته، ويتفرّع على ذلك أنّه إذا مات الموهوب له قبل أن يعلم بالهبة كان لورثته أن يقوموا مقامه، ويتنزّلوا منزلته في الردّ والقبول إذا علموا بالهبة قبل موت الواهب، سواء أكان علمهم بذلك قبل موت الموهوب له أم بعده، على شرط ألاّ تقوم قرينة على أنّ الواهب إنّما قصد بهبته شخص الموهوب له، فإن كان الأمر كذلك فليس لورثته حقّ في تلك الهبة، وإلاّ كان لهم الحقّ فيها وذلك بأن تقوم قرينة على أنّ الواهب يريد بهبته الموهوب له وورثته، وكذا الحكم إذا لم تقم قرينة على إحدى الإرادتين، وإن مات الموهوب له بعد علمه بالهبة لكن لم يظهر منه ردّ حتى مات، فكذلك الحكم على التفصيل المتقدّم حتى لو كان ترك الموهوب له مطالبة الواهب بالهبة تفريطاً وتكاسلاً منه¹.

الفرع الثاني: القبول

القبول "L'acceptation" هو التعبير البات عن إرادة الموهوب له بارتضائه العرض الذي تقدّم به الواهب²، ولعل السبب في اعتبار الهبة عموماً - بما في ذلك هبة العقار - عقداً واستلزام قبول الموهوب له، أنّ الهبة وإن كانت من عقود التبرّع، إلّا أنّها يترتب عليها تطويق الموهوب له بالجميل، الأمر الذي يترتب عليه إلزامه بواجبات أدبيّة تجاه الواهب، وقد يؤثر الموهوب له عدم قبولها لو اتّضح له أنّ ورائها غايات وأهداف غير أخلاقية يرمي إليها الواهب من خلالها³.

وحقّي يعتد بالتعبير عن الإرادة قبولاً، وينهض سليماً لإنشاء عقد الهبة، فلا بدّ أن تتوافر فيه جملة من الشروط هي كالآتي:

- أن يصدر القبول تعبيراً عن إرادة الموهوب له: فكما هو الشأن بالنسبة للإيجاب، فإنّ القبول يتمّ بأيّ لفظ أو عبارة تتداول عرفاً لإبرام عقد الهبة، سواء أكان ذلك بشكل صريح أو ضمني⁴، بصيغة الماضي أو المضارع - كما سبق الإشارة إليه عند التّكلم عن الإيجاب - باستثناء الهبة الرسميّة كما هو الحال في عقد هبة العقار التي استلزم فيها الرسميّة كركن لانعقادها، وبالتالي فلا مجال للقول بإعمال التعبير عن القبول ضمناً فيها، وذلك ما أكّدته المادة 206 من ق. أ. ج وكذا المادة

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، التزام التبرعات، ع 5، المرجع السابق، ص. 612؛ مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، شرح مفصّل لأحكام التقنينات العربية المستمّدة من الفقه الغربي والمستمّدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996، ص. 113.

² - محمّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 109.

³ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 65.

⁴ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, p. 100.

1/488 من ق. م. م، فضلاً عن اشتراط المادة 1/932 من ق. م. ف أن يأتي القبول بعبارات صريحة¹.

- وجوب صدور القبول قبل سقوط الإيجاب: ومفاده أنه يجب أن يكون الإيجاب ما يزال قائماً، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة تعيّن أن يصدر القبول قبل مضي هذه المدة، أي قبل سقوط الإيجاب وإلا عدّ إيجاباً جديداً.

وإذا كان الإيجاب قد صدر ضمن مجلس العقد ولم يحدّد له ميعاداً معيناً فيجب أن يصدر القبول قبل أن ينفض مجلس العقد²، أمّا إذا كان الأجل الذي حدّد للإيجاب قد انتهى أو كان المجلس قد انفضّ، أو كان الإيجاب قد سقط بأيّ سبب من الأسباب - السّابق الإشارة إليها - فإنّ القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجاباً جديداً وللطرف الآخر حقّ قبوله أو رفضه³، وذلك ما قضت به المادّتان 64 و66 من ق. م. ج المقابلتان لنصّ المادّتين 94 و96 من ق. م. م على التّوالي.

- مطابقة القبول للإيجاب: حتّى يكون التّعبير عن الإرادة قبلاً، وبالتالي يصلح للارتباط بالإيجاب، فينبغي أن يأتي مطابقاً له مطابقة تامّة⁴، بمعنى صدور القبول بالموافقة على كلّ المسائل التي وردت بالإيجاب سواء ما تعلّق منها بالمسائل الأساسية أو الثانوية⁵، فالقبول إذن، يجب أن يكون مرادفاً للإيجاب في الأخير.

فمثلاً لو تنازل الواهب عن عقاره على سبيل الهبة، وقبّل به المتنازل له على سبيل الإعارة، فإنّ الهبة لا تنعقد من الأصل.

على أنّه إذا جاء الردّ مخالفاً للإيجاب بما يزيد أو ينقص منه أو يعدّل فيه، اعتبر رفضاً متضمّناً لإيجاباً جديداً فيصبح الموجب موجّباً له ويكون لهذا الأخير حقّ الرّفص أو القبول انتهاء، وذلك ما نصّت عليه المادّتين 66 من ق. م. ج و96 من ق. م. م تباعاً.

غير أنّه إذا اتّفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية في العقد وأرجئا المسائل الثانوية للاتّفاق

¹ - Cass. Civ., 1^{re}, 2 Juin 1970, Bull. Civ. 1, n° 187, p. 151; Sem. Jur. 1972, 2, 17095, note Dagot.

² - أنظر: قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 45658، الصّادر في: 1987/12/04، م. ق، ع 4، 1990، ص. 61.

³ - العربي بلحاج، النظريّة العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السّابق، ص. 77.

⁴ - محمّد صبري السّعدي، المرجع السّابق، ص. 110.

⁵ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., p. 103 ; LARROUMET Christian, Droit Civil, T. 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3^{ème} éd, 1996 p. 232.

عليها لاحقاً ولم يتشارط بكون العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تمّ، ومثال ذلك عدم تحديد ميعاد تسليم العقار الموهوب.

وعليه، فإن اتفقا فيما بعد على المسائل المرجأة قضي الأمر، وإن اختلفا فيها تولّت محكمة الموضوع القضاء فيها طبقاً لأحكام القانون والعرف والعدالة، مع مراعاة طبيعة¹ عقد هبة العقار المعتبرة في ذاتها تبرعاً محضاً، وذلك ما نوهت عنه المادّتين 65 من ق. م. ج و 95 من ق. م. م على التوالي.

تجدر الإشارة إلى أنّ التعديل الأخير للتقنين المدني الفرنسي بعد أن عرّف القبول - ضمن المادّة 1118/1 منه - بكونه ذاك التعبير عن إرادة صاحبه بالإرتباط طبقاً لشروط الإيجاب؛ قضى في الفقرتين 2 و 3 من نفس المادّة بأنّه يمكن الرجوع عن القبول طالما لم يصل إلى الموجب شريطة أن يصل الرجوع إلى الموجب قبل القبول. ويكون القبول غير المطابق للإيجاب مجرداً من كلّ أثر، ما لم يشكّل إيجاباً جديداً².

الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي بخصوص تطابق الإرادتين في عقد هبة العقار

هبة العقار شأنها شأن أي عقد آخر ينبغي لإنشائها ارتباط الإيجاب بالقبول، فضلاً عن بقيّة الشّروط الأخرى المستلزمة، فإذا كان هذا الحكم في ضوء التشريعات الوضعية - كما سبق وأن رأينا - فهل يجب لقيامها في الفقه الإسلامي توافر قبول الموهوب له بالموازاة مع الإيجاب الصّادر عن الواهب؟ أم يمكن إنشاؤها بمجرد صدور إيجاب الواهب وحده ولولم يقبل الموهوب له ذلك؟. وهل يمكن القول تبعاً لذلك بأنّ الصّيغة ممثلة بالإيجاب والقبول هي ركن الهبة الوحيد!.

إجابة على التّساؤلات المشار إليها أعلاه، يستلزم التّعرض بالتّحليل في بيان أقوال مدارس الفقه الإسلامي بصدد الإعتداد بالركن في هبة العقار ابتداء (البند الأوّل)، ثمّ النّظر في حقيقة الصّيغة ضمنها انتهاء (البند الثّاني).

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 76.

² - Cf. Art 1118 : « L'acceptation est la manifestation de volonté de son auteur d'être lié dans les termes de l'offre.

Tant que l'acceptation n'est pas parvenue à l'offrant, elle peut être librement rétractée, pourvu que la rétractation parvienne à l'offrant avant l'acceptation.

L'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, sauf à constituer une offre nouvelle».

البند الأول: اختلاف الفقهاء بالاعتداد بالركن في عقد هبة العقار

أجمع الفقهاء على أنّ الصيغة (الإيجاب والقبول) ركن من أركان هبة العقار على اعتبار أنّها عقد يصدر ممن له التبرّع إلى شخص آخر أهلاً للملك، وهذا العقد يحتاج إلى تحقّقه إلى صيغة تعبر عن إنشائه، كما تعبر عن إرادة الواهب في التبرّع، وهذه الصيغة المعبرة عن التبرّع هي الإيجاب من الواهب مرتبطاً به القبول.

وبعد أن اتفق الفقهاء جميعهم على أنّ الصيغة ركن في عقد هبة العقار اختلفوا فيما سواها، فرأى الأحناف بأنّ الصيغة هي الركن الوحيد فيها¹ كما هو مذهبهم في الركن ضمن سائر العقود، وقد احتجوا على ذلك بالقول بأنّ عقد هبة العقار من حيث العقدية هو عقد متحقّق وجوده في الخارج على اعتبار أنّ عاقيه ومحله كانوا موجودين قبل وقوع الصيغة وإعمالها، أمّا الصيغة فلم تكن موجودة من قبل وإنما برزت حين إنشاء العقد فحسب، وعلى ذلك فالصيغة هي ركن الهبة الوحيد.

ولمّا كانت الصيغة من العناصر التي لا تنشأ إلّا بمحل كونها تصدر بالتلفّظ أحياناً، وأحياناً أخرى بالإشارة والكتابة والمعاينة، كان العاقدان ومحلّ الهبة من لوازم العقد لا من ماهيته، وبالتالي كان الركن في هذا العقد متكوّن من الإيجاب وحده. هذا ما قال به أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد، خلافاً لغير الذي اعتدّ بالإيجاب والقبول مجتمعين فيها²، وعلى العموم فهذه العناصر المذكورة (طرفا العقد ومحلّ الهبة) إنّما هي أركان من باب التسامح، كما أنّ الأحناف حين قولهم بأنّ الصيغة هي الركن الوحيد للهبة إنّما قرروا ذلك نسبة إلى عاقيها المعتران خارجان عن حقيقتها، خلافاً لركن الشيء الذي ينبغي أن يكون من فحواه وجزء من ماهيته.

أمّا الجمهور (الشافعية والمالكية والحنابلة) فقد عدّوا تارة أركان عقد الهبة إلى أربع هي: الصيغة، والواهب، والموهوب له، والموهوب، وتارة أخرى إلى ثلاثٍ بحسب اعتبار الواهب والموهوب له عنصر واحد عبّر عنه بالعاقد³ أو اعتبارهما ركنين متباينين⁴.

¹ - وهبة بن مصطفى الرُّخَيْلِي، الفقه الاسلامي وأدلّته، ج4، المرجع السابق، ص. 92.

² - ظفر أحمد العثماني التّهانوي، المرجع السابق، ص. 7318 وما يليها.

³ - أنظر: أبو البركات أحمد بن محمد العدوي الدردير، الشرح الصّغير على أقرب المسالك، ت: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، 1986، ص. 141؛ أحمد بن أحمد بن سلامة أبو العباس شهاب الدّين القليوبي، حاشية القليوبي على شرح المحلّي للمنهاج، ج 3، المرجع السابق، ص. 111.

⁴ - شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ت: خليل عيتاني، ج 2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1997، ص. 512؛ أبو محمّد جلال الدّين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجندامي

على أنه يشار إلى أنّ بعض المالكية ذهبوا إلى القول بأنّ تعداد هذه العناصر من الأركان فيه نوع من التسامح، ذلك أنّ العاقدان ومحلّ الهبة متقدّمان على العقد في الإنشاء، لكن باعتبار أوصافها لا توجد إلّا بعد قيام عقد هبة العقار.

وأتساقاً مع ذلك، أطلق مصطفى الزرقا مصطلح مقوّمات العقد على العناصر المذكورة معتبراً بأنّ توصيفها بالركن مجرد تساهل في تسميتها¹، كون أنّه يظهر بأنّ هذا الاختلاف مجرد اختلاف اصطلاحي لا تأثير له ولا مشاحة فيه².

البند الثاني: حقيقة الصيغة في عقد هبة العقار

إذا كانت الصيغة في الفقه الإسلامي تتمثّل في مجموع الإيجاب والقبول، فإن كان الإيجاب ضمنها محلّ إجماع في إعماله لدى الفقهاء، فإنّ القبول الذي إذا انظمّ إلى الإيجاب ينعقد عقد هبة العقار هو مختلف فيه، وعلى ذلك يثار التساؤل حول انعقاد الهبة بالإيجاب وحده أم يستلزم إلى جانبه القبول؟.

لذا فقد تباينت آراء الفقهاء في المسألة إلى قولين:

الأول: تنعقد هبة العقار بالإيجاب والقبول، ذلك أنّه لا وجود لها إلّا بعد ارتباط قبول الموهوب له بإيجاب الواهب على اعتبار أنّ الهبة عقد من عقود التملك فلا يتحقّق لها وجود شرعي إلّا بالإيجاب والقبول كالبيع. إلى هذا ذهب المالكية³ والشافعية⁴ والحنابلة⁵ والشيعة الإمامية⁶ والزيدية⁷ وقول لزفر⁸.

السعدى المالكي، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت: أبو الأحفان وصاحبه، ج 3، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1995، ص. 59.

¹ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 2، 2004، ص. 389-390.

² - وهبة بن مصطفى الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، ج 4، المرجع السابق، ص. 92.

³ - أبو الحسن علي بن سعيد الزجاجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدميّطي - أحمد بن علي، ج 9، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2007، ص. 377.

⁴ - أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المرجع السابق، ص. 334.

⁵ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 246.

⁶ - أبو القاسم السيّد الموسوي الخوئي، منهاج الصالحين، المعاملات، فتاوى، ج 2، مطبعة التعمان، التحف الأشرف، العراق، د. س. ط، ص. 22.

⁷ - أحمد بن يحيى بن المرتضى، عيون الأزهار في فقه الأئمة الأطهار، دار الكتاب اللبناني، بيروت، لبنان، ط 1، 1975، ص. 353.

⁸ - أحمد إبراهيم إبراهيم، التزام التبرعات، ع 5، المرجع السابق، ص. 607.

قال الزَّيْلَعِي فِي هَذَا الصَّدَدِ: "... وَرُكْنُهَا [أَيُّ الْهَبَةِ] الْإِيجَابُ وَالْقَبُولُ وَحُكْمُهَا ثُبُوتُ الْمَلِكِ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَكُونَ لَازِمًا"¹.

وهذا ما أكَّده ابن رشد بقوله "... وأما الهبة فلا بدَّ فيها من الإيجاب والقبول من الجميع..."².

الثاني: تتعقد هبة العقار بالإيجاب وحده، ويتحقق وجودها شرعاً بمجرد صدور إيجاب الواهب ولو لم يقبل الموهوب له. إلى ذلك ذهب الحنفية عدا زفر، ودليلهم في ذلك أنَّ الهبة ملك من جانب واحد وهو الواهب المالك، وذاك الصنيع يتم به وحده وقد برزت إرادته بإيجابه.

يُبدَّ أنَّ القبول هو شرط ثبوت الملك للموهوب له لا شرط وجود الهبة، على اعتبار أنَّ لا أحد يملك إدخال شيء في ملك غيره دون إذنه، هذا خلافاً للبيع فإنه عقد تمليك من جانبين لا يتم إلاَّ بهما³.

أما زفر فقد ذهب إلى أنَّ القبول ركنٌ في عقد هبة العقار بالإضافة إلى الإيجاب والقبض. يؤكِّد ذلك قول الكاساني: "... أمَّا ركن الهبة فهو الإيجاب من الواهب، فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحساناً والقياس أن يكون ركناً وهو قول زفر"⁴.

مما سبق، تظهر ثمرة الخلاف فيمن حلف ألاَّ يهب له هذه الدار فوهبها إيَّاه إلاَّ أنَّ الموهوب له لم يقبل، فعلى رأي الشافعية ومن سلك توجُّههم أنَّ الواهب لا يحنث لأنَّ الهبة لم تتمَّ على اعتبار أنَّها لا تكون لها وجود إلاَّ بارتباط القبول بالإيجاب، وإذا لم يقبل الموهوب له فإنَّ الهبة لم تكن من الأصل، لذا قالوا بعدم الحنث. أمَّا على قول أبي حنيفة ومن تبى رأيه فإنه يحنث لأنَّه حلف ألاَّ يهب وقد وقعت منه الهبة وصدر الإيجاب.

الحاصل ممَّا تقدَّم، وبعد عرض آراء كلا الفريقين، فإنه يستحسن ترجيح رأي الجمهور القائل بأنَّ القبول والإيجاب ركنان في هبة العقار للاعتبارات الآتية:

- لا يجوز إدخال الملك إلى الغير بدون رضاه ومن غير قبوله.
- عدم قبول الهبة من لدن الموهوب له قد يكون له اعتبارات تحول دون قبوله، ومن ثمَّ لا يصحَّ

¹ - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدِّين الزَّيْلَعِي الحنفي، المرجع السابق، ص. 91؛ وأنظر في نفس المعنى: علاء الدِّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، ج 6، المرجع السابق، ص. 115.

² - محمَّد بن أحمد بن محمَّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 497.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 32.

⁴ - علاء الدِّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، ج 6، المرجع نفسه، ص. 115.

أن يرغم الشخص على قبول ما لا يريد.

وعلى ذلك فهبة العقار عقد لا ينشأ إلا بارتباط الإيجاب الصادر عن الواهب وقبول واردة من الموهوب له، لذا كان الرّاجح ما تبناه الجمهور وتبعهم في ذلك مختلف التشريعات الوضعية في هذا الشأن¹.

المطلب الثالث: كيفية وصور اقتران القبول بالإيجاب في عقد هبة العقار

لا تنعقد هبة العقار بمجرد توافر إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، وإنما ينبغي أن يقترن القبول بالإيجاب²، ولا يتم ذلك إلا باتصال القبول بعلم الواهب شرط ألا يكون الإيجاب قد سقط، ومع ذلك فإن انعقاد العقد لا يتم إلا إذا أتى القبول مطابقاً للإيجاب تمام التطابق.

الأمر الذي يتوجب معه تحديد كيفية اقتران القبول بالإيجاب (الفرع الأول)، مع الإشارة إلى بعض الصور التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول في الأخير (الفرع الثاني).

الفرع الأول: كيفية اقتران القبول بالإيجاب

تسري القواعد العامة على عقد هبة العقار من حيث مكان العقد وزمانه، وقد أشرنا سابقاً بأنه لا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول مطابقاً للإيجاب تمام التطابق. على أنّ ظروف تطابق الإيجاب بالقبول تختلف بحسب ما إذا كان العاقدان يجمعهما مجلس عقد واحد وهو ما اصطلاح عليه بالتعاقد بين حاضرين (البند الأول)، أو يقيمان في مكانين مختلفين وهو ما اصطلاح عليه بالتعاقد بين غائبين (البند الثاني).

البند الأول: التعاقد بين حاضرين

يُراد بالتعاقد بين حاضرين في عقد هبة العقار أن يجمع المتعاقدان مجلس عقد واحد³، فيكونان

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 45.

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p. 176.

³ - أنظر في مفهوم مجلس العقد بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة الإسكندرية، مصر، د. ت. ص. 84 وما يليها؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 3، د. س. ط. ص. 170 وما يليها؛ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د. س. ط. ص. 212؛ محمد سلام مذكور، الوجيز للمدخل في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، د. ب. ط. 1978، ص. 157؛ حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دار الإتحاد العربي للطباعة، د. ب. ط. د. س. ط. ص. 37 وما يليها؛ محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، دراسة

على اتصال مباشر، بحيث لا يكون هناك فاصل زمني يفصل بين صدور القبول من الموهوب له وعلم الموجب (الواهب)¹، وهذا ما عالجته نص المادة 64 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 94 من ق. م. م - بقولها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأيّ طريق مماثل.

غير أنّ العقد يتمّ، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدلّ على أنّ الموجب قد عدّل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

يستخلص من المادة المذكورة أعلاه بأنّه إذا كان التعاقد بين حاضرين حقيقة أو حكماً كما هو الحال في التعاقد بالهاتف أو بأيّ طريقة مشابهة، فالأصل أن يصدر القبول بعد الإيجاب ما دام الموجب لم يعيّن أجلاً للقبول، فإذا لم يصدر القبول فوراً فإنّ للموجب أن يرجع في إيجابه أو يتحلل منه (المادة 1/64 من ق. م. ج).

إستناداً إلى الأصل المحلّل أعلاه، أجازت الفقرة 2 من نفس المادة بأن يتراخى القبول مادام المتعاقدان في مجلس العقد منشغلان بالتعاقد وطالما بقي الموجب (الواهب) على إيجابه². على أنّه يشار بأنّ هذا الحكم مستمدّ من الشريعة الإسلامية³، وهو ينطوي على تحليل معقول لنية الموجب في أن يبقى على إيجابه رغم عدم صدور القبول فوراً ما دام لم يعدلّ عنه قبل أن ينفض مجلس العقد، بحيث يتمّ العقد إذا صدر القبول قبل انفضاض المجلس⁴. وبالرغم ممّا قرره المشرّع الجزائري في هذه المسألة، إلّا أنّه يجدر القول بأنّه ما هو إلّا نقل حرفي لفحوى نص المادة 94 من ق. م. م الذي استقاه بدوره من الفقه الحنفي⁵ الذي بلغ في صياغته لهذه النظرية⁶ من الإتقان الملفت - خلافاً للتقنين المدني الفرنسي

موازنة، معهد الإدارة العامة بالملكة العربية السعودية، السعودية، ط 1، 1985، ص. 138 وما يليها.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 78.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 33-34.

³ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع نفسه، ص. 79.

⁴ - أنظر قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 45658، الصادر في: 1987/12/07، ق. م. ج، ع 4، ص. 61، السابق الإشارة إليه.

⁵ - أنظر في أهمية الشريعة الإسلامية ومدى تطبيقها في القانون المدني: جمال العطيفي، التقنين المدني المصري، ج 1، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1949، ص. 1؛ عبد الستار آدم، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، دراسة مقارنة، مطبوعات المجلس الأعلى، مصر، د. س. ط. ص. 2؛ عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، د. ب. ط. 1995، ص. 10. وما يليها.

⁶ - يلاحظ الدارس للفقه الإسلامي بأنّ هذا الأخير لم يرتكز ويؤنّ على النظريات العامة، بل بُني على الاستقراء والاستخلاص الذي توصّل إليه الفقهاء من خلال دراستهم للمسائل الفردية التي كانت محلّ اجتهدهم وأبحاثهم، لذلك عندما يتحدثون عن العقود التي كانت معروفة لديهم

الذي كان يعالجها (قبل تعديله الأخير) بشكل خاص¹ - لولا إغراقها في المادّية "فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً، بل له أن يتدبّر بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حدّ الإضرار بالموجب بإبقائه معلّقاً مدّة طويلة دون الردّ على إيجابه، فوجب التوسّط بين الأمرين ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد"².

البند الثاني: التعاقد بين غائبين

سبق القول حين التّعرض لتطابق الإرادتين إلى أنّ الإيجاب والقبول يجب أن يقرّرن أحدهما بالآخر، وهذا عندما تعلّق الأمر بالتعاقد بين حاضرين اتّحد مجلسهما في العقد، أمّا إذا لم يتّحد المجلس بحيث يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول (من الموهوب له) وعلم الموجب به (الواهب)، فإنّه يأخذ صورة أخرى وهو ما تمّ تنظيمه تحت مسمّى التعاقد بين غائبين من لدن الفقه الفرنسي. ولعلّ أبرز

فناهم يتكلّمون عن كلّ عقد على حدى، ويتبعون في دراستهم طريقتهم العلمية وأسلوبهم الاستقرائي ولا يفرّدون لها نظريّة عامّة، إلّا أنّ الباحث يستطيع أن يستنبط الأحكام العامّة السّارية على العقود في إطار نظرية عامّة للعقد، وهو ما تمّ فعله من لدن الباحثين المحدثين في العصر الحديث. أنظر باستفاضة في هذا الموضوع: محمّد يوسف موسى، الأموال ونظريّة العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1987، ص. 249؛ أحمد فراج حسين، الملكية ونظريّة العقد في الشريعة الإسلامية، الدّار الجامعية، القاهرة، مصر، 1987، ص. 126؛ محمّد أحمد سراج، نظرية العقد والتّعسف في استعمال الحقّ من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص. 7 وما يليها.

¹ - وأصبح خلاف ذلك في تعديله الأخير لسنة 2016، ذلك أنّه إذا تمعّنّا نصوصه قبل التعديل نجدها كانت خلوة ممّا يعتبر تنظيمياً للإيجاب والقبول، بيد أنّ التعديل الأخير أتى بنصوص أدرجها تحت بند فرعي سمّاه الإيجاب والقبول ابتداء من المادّة 1113 إلى 1222. ففيما يتعلّق بالإيجاب، فقد جاءت المادّة 1113 مؤكّدة على ضرورة توافر العقد على إيجاب مطابق لقبول، تليها المادّة 1114 موضّحة للشروط الواجب توفّرها في الإيجاب وإلاّ اعتبر مجرّد دعوة للتفاوض، هذا على غرار المادّة 1115 التي نصّت على حرّيّة التّراجع عن الإيجاب ما لم يصل إلى علم صاحبه، وكذا المادّة 1116 التي نصّت على الإيجاب الملزم الذي يحدّد مصدره أجلاً للقبول، لتنتهي المادّة 1117 بمباحث الإيجاب بتوضيح الحالات السّاقط فيها.

أمّا بخصوص القبول، فلقد ابتدأ التعديل الأخير لنفس التقنين بيان مفهومه وإمكانية الرجوع عنه - طبقاً لمبدأ حرّيّة القبول - إلّا إذا وصل إلى علم من وجهه إليه، حيث أنّه إذا سقط الإيجاب ولم يصدر القبول، فإنّ كلّ قبول يعدّ بعد ذلك إيجاباً جديداً. كما أورد في المادّة 1119 على التّص على آلية الإحتجاج بالشروط في العقود حينما يقبل بها الطّرف المقابل، علاوة على طرح الحلول بصدها عند التّنازع. أمّا المادّة 1120 فقد أشارت إلى عدم صلاحية السكوت للتعبير عن القبول ما لم تتّصل به ملاسبات وفقاً لما اصطلاح عليه بالسكوت الملابس الذي يفهم منه القبول، تليها المادّة 1121 ماردة لنظرية العلم بالقبول - ومتبنّية إياها - ممثلة في زمان ومكان علم الموجب بالقبول كضابط لزمان ومكان الإنعقاد. ولعلّ آخر نص منظم لمبحث القبول كان بمقتضى المادّة 1222 التي نصّت على تحديد مدّة للتّفكير حينما يجزها الإتّفاق أو القانون، وهي بذلك فترة لا يسوغ ملتقى الإيجاب ضمنها تثبيت قبوله أو سحبه، وبموجبها منح القانون لكلّ متعاقد زمناً للتّفكير أو الرجوع، حيث لا يتمّ حينها تثبيت القبول أو الرجوع عنه إلّا بعد انقضاء الأجل المحدّد ضمن العقد أو ذاك المنصوص عليه بمقتضى القانون. أنظر في مختلف مواد التعديل الأخير للتقنين المدني الفرنسي:

Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op.cit., Cité par : www. Legifrance.gouv. fr.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحقّ في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 2 (توافق الإرادتين في مجلس العقد - صحّة التراضي (الغلط - التدليس - الإكراه))، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطّبعة الثّانية الجديدة، 1998، ص. 6.

أمثلته التعاقد عن طريق المراسلة والبريد أو طريق رسول، ولا شك أنّ العبرة في هذا الأخير تتمثل في وجود فاصل بين صدور التعبير وعلم الطرف الثاني، بحيث أنّ التعاقد بالهاتف أو بآية وسيلة مستحدثة مشابحة هي من قبيل التعاقد بين حاضرين حكماً زماناً وإن كانا غائبين مكاناً¹.

غير أنّ البحث عن مكان انعقاد العقد وزمانه لا يثور في فرض التعاقد بين حاضرين مقارنة بفرض التعاقد بين غائبين على اعتبار أنّ مكان وزمان التعاقد بين حاضرين هو ذاته زمان ومكان مجلس العقد الجامع لهما، خلافاً لزمان ومكان التعاقد بين غائبين الذي هو مثار الخلاف لدى الدول التي لم يتضمن تشريعها نصوصاً لتحديد زمان ومكان انعقاده كما هو الحال في فرنسا (قبل التعديل الأخير للتقنين المدني الفرنسي)²، وقد ظلّ الفقه الفرنسي يبحث عن حلّ لهذا الإشكال بين نظريّات أربع هي كالاتي:

الأولى: نظرية إعلان القبول "système de déclaration"

يرى أنصار هذه النظرية³ أنّ العقد يتمّ في الوقت وفي المكان اللذان يعلن فيهما الموجب له عن قبوله للإيجاب وهو ما يتّفق مع القواعد العامة، إذ العقد توافق إرادتين، ويتمّ هذا التوافق بمجرد إعلان الطرف الآخر (الموهوب له) قبوله للإيجاب الموجّه إليه.

وقد أيد أصحاب هذه النظرية وجهة نظرهم بكون أنّ هذه النظرية تتّفق مع ما تتطلبه التجارة من سرعة التعامل، إلّا أنّ ما يعاب عليها يكمن في صعوبة الإثبات لكون الموجب لا يعلم بتمام العقد، وبالتالي قد يرجع الموجب له عن قبوله دون أن يعلم الموجب بذلك، فضلاً عن التناقض مع أحكام القانون المدني التي لا ترتّب أثراً على الإرادة إلّا عند اتّصالها بعلم من وُجّهت إليه⁴.

الثانية: نظرية تصدير القبول "d'expedition système"

فحوى هذه النظرية⁵ لا يخرج عن منطق نظيرتها السابقة إلّا فيما يتعلّق من استلزام أن يكون إعلان القبول نهائياً لا رجعة فيه، وبالتالي لا يستطيع القابل (الموهوب له) العدول عن قبوله، ويكون القبول نهائياً بإرساله بخطاب بريدي أو تسليم البرقية لمصالح البريد.

¹-Cf. MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit, pp. 246-248.

² - الذي تبوّى من خلاله بموجب المادة 1121 منه نظرية العلم بالقبول ممثلة في زمان ومكان علم الموجب بالقبول كميّار لزمان ومكان انعقاد العقد. راجع المادة 1121 من ق. م. ف.

³ - Cf. MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit, p. 138.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2005، ص. 104-105.

⁵ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, p. 106.

إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية أنه إذا كان القبول يكفي لانعقاد العقد، فإنّ تصدير القبول لا يضيف لها قيمة قانونية، علاوة عن أنّ التراجع عن القبول ممكن الوقوع كما لو أرسل صاحبه رسالة عاجلة تتضمن رجوعه عن القبول تصل قبل الرسالة الأولى المتضمنة للقبول¹.

الثالثة: نظرية استلام القبول "reception de système"

مؤدّى هذه النظرية² أنّ العقد يتمّ في الزمان والمكان اللذين يستلم فيهما الموجب (الواهب) قبول الطرف الآخر، إذ يصبح العقد نهائياً فلا يستطيع الموجب (الواهب) التراجع عن إيجابه ولا الموجب له (الموهوب له) عن قبوله، وعلم الموجب (الواهب) بالقبول أو عدم العلم به لا يؤثّر في إبرام العقد طالما تسلّم القبول، إذ يعتبر الوصول قرينة على العلم به.

ويؤخذ على هذه النظرية عدم استقلاليتها في أحكامها، إذ أنّها تقتبس من نظرية تصدير القبول عدم إمكانية استرداد القابل (الموهوب له) لقبوله، كما أنّها تأخذ من نظرية العلم على اعتبار استلام القبول قرينة على العلم به، وفي الغرض الأوّل يوجّه لها ذات الانتقاد الموجه لنظرية تصدير القبول، وفي الغرض الثاني تختلط بنظرية العلم بالقبول وتفقد استقلالها وهو ما يؤدّي إلى عدم وجود تطابق حقيقي بين القبول والإيجاب انتهاءً³.

الرابعة: نظرية العلم بالقبول "d'information système"

يكنم فحوى هذه النظرية⁴ بأنّ العقد يتمّ في الوقت الذي يعلم فيه الموجب (الواهب) بالقبول وهو ما يقتضي أن يطلع على الرسالة المتضمنة للقبول. ومبنى هذه النظرية إنّما يقوم على منطق توافق الإرادتين الذي يقتضي لزوماً أن يكون كلّ متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، ممّا يؤدّي إلى استقرار المعاملات انتهاءً، إلاّ أنّه يعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات وقت العلم بالقبول، فيتحمّل الموجب له (الموهوب له) تعسف الموجب (الواهب)، علاوة على أنّ قرينة وصول القبول ومن ثمّ العلم به يمكن دحضها من خلال دعوى يثبت فيها الموجب (الواهب) عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه⁵.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 113.

² - Cf. LARROUMET Christian, Op. cit, p. 257; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-luc, Op. cit, p. 107.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص. 105-106.

⁴ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, pp. 106-107; LARROUMET Christian, Op. cit, p. 258.

⁵ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 106؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 88-89.

هذا ولقد كان القضاء الفرنسي متردداً من خلال انقسام موقفه بين نظريتي إعلان القبول والعلم به¹، إلا أنّ محكمة النقض الفرنسية فصلت في الأمر مؤخراً من خلال قرارين شهيرين² اعتبرت فيهما مسألة تحديد وقت العقد ضمن التعاقد بين غائبين مسألة موضوعية تعود فيها محكمة الموضوع إلى نية المتعاقدين إبان إبرام العقد دون أن تتدخل رقابة محكمة النقض عليها، ليتّوجّ المشروع الفرنسي - أخيراً - توجهه بتبني نظرية العلم بالقبول، فيقضي بموجب المادة 1121 من تقنينه المدني المعدّل بأن "ينعقد العقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب، ويعتبر منعقدًا في مكان وصول القبول"³.

أمّا في مصر فقد ظلّ التقنين المدني القديم - مؤازراً من لدن القضاء - يتّجه في الأخذ بنظرية العلم بالقبول، ليتّم المشروع المصري ويحسم موقفه بنصّ تشريعي واضح تبني من خلاله الأخذ بهذه النظرية في التقنين المدني الحالي وهو ما أكّده المادة 97 منه بقولها: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نصّ قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذان وصل إليه فيهما هذا القبول".

وقد حذا المشروع الجزائري حذو نظيره المصري⁴ إذ أخذ بمقتضى المادة 67 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نصّ المادة 97 من ق. م. م - بنظرية العلم بالحكمي الذي يستتبط من وصول القبول إلى الموجب ما لم يتفق العاقدان أو ينصّ القانون على خلاف ذلك.

وتأسيساً على ذلك، فإنّ زمان انعقاد العقد ومكانه يكون هو زمان ومكان علم الموجب (الواهب) بالقبول، ولعلّ هذا الحكم أرفق بالموجب (الواهب) وأكثر رعاية لمصلحته، غير أنّه نظراً للصعوبات التي يمكن أن تنور حول اللحظة التي علم فيها الموجب (الواهب) بالقبول فعلاً، فقد أقامت

¹- Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p. 187.

²- Cass. Req., 21 mars 1932; Cass. Com., 7 Janvier 1981, Cité par: CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés Broché, 12^{ème} éd, 2008, pp. 13-18.

وأنظر أيضاً في ذات السياق: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 116، هامش رقم: 94.

³-Art 1121 : « Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est Parvenue ».

⁴ - إنقسمت التقنيات المدنية الأجنبية في هذا الشأن، فبعضها أخذ بمذهب إعلان قبول: كالتشريع التونسي (المادة 28)، والتقنين المغربي (المادة 24)، والتقنين اللبناني (المادة 84) والتقنين السوري (المادة 98)، وبعضها تبني مذهب تصدير القبول: كالتقنين السويسري (المادة 10)، وبعضها أسس على مذهب استلام القبول: كالتقنين البولوني (المادة 70)، وبعضها اعتنق مذهب العلم بالقبول: كالتقنين الألماني (المادة 130)، والتقنين الإسباني (المادة 2/262). راجع: العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 81 هامش رقم: 1؛ محمد صبري السعدي، المرجع نفسه، ص. 117.

المادة 67 من ق. م. ج قرينة بسيطة مفادها أنّ تلك اللحظة هي لحظة وصول القبول، وعلى من يدّعي عكس ذلك فعبء الإثبات يقع عليه¹.

هذا، واعتبار وقت انعقاد العقد بين غائبين هو وقت علم الواهب بالقبول تطبيق لتوجّه المشرّعين في اعتبار القبول تعبير واجب الاتّصال لا ينتج أثره إلّا إذا علم به من وجّه إليه تنفيذاً لأحكام المادة 61 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 91 من ق. م. م. -، لذا فلم يكن المشرّع في حاجة إلى تقرير هذا الحكم ضمن المادة 67 من ق. م. ج للتعاقد بين غائبين إعمالاً لنصّ المادة الأولى.

مع الإشارة إلى أنّ مختلف التشريعات أقرت بأنّ عقد هبة العقار لا ينعقد حتّى باقتران القبول بالإيجاب - حضورياً كان أم عن غياب - بل يستلزم إضافة إلى ذلك توثيقها في عقد رسمي وحيازتها من لدن الموهوب له تحت طائلة بطلانها.

وبالرجوع إلى ما يقابل ما سبق في الفقه الإسلامي، جدير التنبيه نحو ما تقدّم بخصوص تعرّض الفقهاء للتعاقد بواسطة الكتابة²، وهذه الوسيلة كما قد تكون بين حاضرين اتّحد مجلسهما واقتزن إيجاب أحدهما بقبول الآخر، قد يكون التعاقد بالمراسلة بين عاقلين لا يجمعهما مجلس واحد، لذلك اعتبرت مختلف المذاهب الكتاب كالخطاب في حقيقة صيغة العقد.

كما أنّ التعاقد بين غائبين يفترض عدم اتّحاد مجلس العقد للعاقلين، ممّا جعله يثير مسألة زمان ومكان انعقاد العقد شأنه في ذلك شأن الفقه الوضعي على اعتبار أنّ هذا النوع من التعاقد يفرض مجلسين متتاليين: الأوّل يصدر فيه الإيجاب من أحد المتعاقلين، والثاني يكون محلّ وصول الإيجاب إلى المتعاقد الثاني، لهذا نجد الفقه الإسلامي - بمختلف مدارس - بحث هذه الفرضية من خلال اشتراط الفورية من عدمها في مجلس العقد³ حيث أنّ أقوالهم تباينت بصدد هذا إلى قولين:

الأوّل: يمعن اشتراط الفورية في صيغة المتعاقلين ضمن مجلس العقد، بحيث ينبغي أن يصدر الإيجاب والقبول على الفور في عقد هبة العقار، ولا يجوز تأخير القبول قياساً على البيع وسائر التمليكات، كون أنّه اشترط في صيغة عقد الهبة ما اشترط في صيغة البيع. بهذا قال الشافعية عدا ابن

¹ - العربي بلحاج، المرجع السابق، ص. 81.

² - أنظر في صيغ التعاقد في الفقه الإسلامي: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص. 85 وما يليها.

³ - أنظر في اختلاف مذاهب الفقه الإسلامي في خيار مجلس العقد: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 2، المرجع السابق، ص. 20 وما يليها.

سريج الشافعي¹.

الثاني: لا ينعن اشتراط الفورية في صيغة المتعاقدين ضمن مجلس العقد، بحيث يجوز تراخي القبول عن الإيجاب في عقد هبة العقار، وقد استدلل أصحاب هذا القول بهبة النبي - صلى الله عليه وسلم - للملك النجاشي القاطن بالحبيشة حيث أنّ القبول تراخي وتأخر ضرورة. بهذا قال الجمهور وابن سريج الشافعي².

الفرع الثاني: صور اقتران القبول بالإيجاب

يتخذ اقتران القبول بالإيجاب صوراً متعددة، لكن سنحاول أن نتعرض لصورتين خاصتين متعلقتين تطبيقاً بأحكام عقد هبة العقار بالذات بوصفه أبرز العقود الشكلية، ومن خلالها سنتناول بالدراسة عقد الوعد بهبة العقار بداءة (البند الأول)، ثم عقد الوكالة ضمنه انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: الوعد بهبة العقار

ومن خلاله سنتطرق إلى ماهيته (أولاً)، وأركان انعقاده (ثانياً)، ثم آثاره (ثالثاً).

أولاً: ماهية عقد الوعد بهبة العقار

سنتناول ضمن بيان الماهية - كما هو معروف - مفهوم الوعد بهبة عقار، ثم دراسة صور الوعد بها على النحو الآتي:

I. مفهوم عقد الوعد بهبة العقار:

"هو اتفاق³ يلتزم بمقتضاه الواعد بأن يبرم عقد هبة العقار النهائي متى أبدى الموعود له رغبته في

¹ - أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ت: قاسم محمد النوي، ج 8، دار المنهاج، جدة، ط 1، 2000، ص. 112.

² - علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزدائي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج 17، هجر للطباعة والنشر، الجزيرة، مصر، ط 1، 1995، ص. 13؛ محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ج 8، مؤسسة خلف أحمد الحبتور للأعمال الخيرية، د. د. ط، 2014، ص. 518.

³ - أنظر: جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهميّة التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السنة 20، مارس 1996، ص. 133؛ رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية

ذلك خلال مدّة معلومة"¹، فالوعد بهبة العقار هو عقدٌ كاملٌ يتمّ بإيجاب وقبول طرفيه، وليس مجرد إيجاب من أحدهما فحسب²، والعقد الذي ينشأ هنا ليس هو العقد الذي يتغيّاه الأطراف في النّهاية، إنّما هو مجرد وسيلة للوصول إليه، إذ لا يعدو أن يكون من مقدّماته³. على ذلك فالوعد بالهبة لا يقصد به إلّا الآلية المستهدفة - انتهاءً - إبرام عقد هبة العقار.

وعليه، فقبول الموعود له لا ينصبّ إلّا على مجرد الوعد بالهبة، فهو لا يتناول ذات الهبة الموعود بها، وبالتالي فطالما لم يبد الموعود له رغبته في إبرام عقد الهبة في المدّة المحدّدة لا يعتبر هبة ولا يترتب عليه أيّ أثر، فملكية العقار المزمع إيهابه تبقى للواعد، كما لا يلتزم الموعود له بدفع العوض إذا كانت الهبة الموعود بها تتضمن العوض⁴.

ويبدو أنّ هذا التعريف ينسجم ونصّ المادّة 71 من ق. م. ج، وعلى ذلك فالوعد بهبة عقار هو عقد تامّ يتمّ بإيجاب وقبول على تصرّف يقع في المستقبل كما هو الحال في أيّ وعد بالتعاقد، غير أنّه لا يعدو أن يكون عقداً تمهيدياً وخطوة مؤدّية إلى إتمام عقد الهبة النّهائي عند إظهار رغبة الموعود له في ذلك⁵.

ويلجأ إلى هذا الشكل من التعاقد في حالة عدم رغبة الواهب أو الموهوب له إبرام عقد الهبة النّهائي في الحال، بل مؤجّلاً إلى مدّة معلومة يتفقان عليها ضمن متن عقد الوعد بالهبة.

يجدر التنبيه إلى المشرّع الجزائري لم يعالج الوعد بالهبة في قانون الأسرة ولم يخصّصه بنصّ كما فعل نظيره المصري، بل نصّ عليه - كقاعدة عامّة شأنه في ذلك شأن سائر العقود - ضمن نصّ المادتين

تحليلية مقارنة، دار النّهضة العربية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 105 وما يليها؛ فؤاد صالح درادكة، التعهد بنقل ملكية العقار، دراسة فقهية قضائية في القانونين المدني الأردني والمدني العراقي، رؤية جديدة، مجلّة الحقوق، كلفة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السّنة 2، مارس 2008، ص. 259.

¹ - محمود جمال الدّين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المصري، في مصادر الالتزام، ج 1، د. د. ط، القاهرة، 1968، ص. 51.

² - أنظر في طبيعة الوعد بالتعاقد والتّفرة بينه وبين الإيجاب الملزم الذي أثارت بعض صوره جدلاً واسعاً لاسيما في تحديد طبيعة الوعد بالبيع:

MESTRE Jacques, deux promesses unilatérales croisées ne valent pas forcément promesse synallagmatique, R.T.D. Civ., 2003, p. 77 et s; BRUN Philippe, Qualification d'un acte emportant promesse croisée de vente et d'achat, R. I. D. C., 1 avril 2006, n° 2, p. 383 et s.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 72.

⁴ - بدر حاسم البعقوب، المرجع السابق، ص. 101.

⁵ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع نفسه، ص. 72.

71 و 72 من ق م ج، خلافاً للتقنين المدني المصري الذي أفرد له نصاً خاصاً بمقتضى المادة 490 منه التي قضت بأن "الوعد بالهبة لا ينعقد إلا إذا كان بورقة رسمية"¹.

ويشار في هذا الصدد - أيضاً - بأنّ التعديل الأخير للتقنين المدني الفرنسي لسنة 2016 أورد مادة تتكلم عن الوعد الأحادي الجانب، وقضى بكونه عقد يعد فيه أحد الطرفين نظيره الآخر بإبرام عقد في المستقبل، مع ضرورة تعيين العناصر الأساسية لهذا العقد، حيث يتوقف قيامه على موافقة الموعد له حينها فقط.

على أنّ رفض الموعد له التعاقد خلال مدة الوعد لا يؤدي إلى عدم إمكان التعاقد بعد انتهاء الوعد؛ هذا فضلاً عن بطلان العقد الذي يبرمه الواعد مع الطرف الثالث أثناء مدة الوعد متى كان هذا الأخير يعلم بتعلق فحوى التعاقد بوعد (المادة 1124 من ق. م. ف.²).

وبالمقارنة بين نص المادة 1124 من ق. م. ف والمادتين 71 و 72 من ق. م. ف نجد أنّ التقنين المدني الجزائري كان يعرف الوعد بالتعاقد بفكرة أكثر شمولية منه في نظيره الفرنسي؛ والعلّة في ذلك إنّما ترجع إلى سبق الأول للثاني وتسليمه بقدرة الإرادة المنفردة في ترتيب التزامات بما يفرض الوعد بالتعاقد من جانب وحيد أكثر من الوعد من جانبين الذي يدنو من فكرة العقد، لينتهي المشرع الفرنسي إثر تعديله الأخير لتقنينه المدني بتسليمه بقدرة الإرادة المنفردة على التواجد في مجموعة التصرف القانوني عموماً.

وبالعودة إلى بحث الوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي، ينبغي أن ننوّه بأنّ مدارس الفقه الإسلامي عامة تتفق والقانون الوضعي على كون العقد ارتباط بين إيجاب صادر من أحد المتعاقدين بقبول وارد من آخر، أمّا الوعد بالتعاقد فهو "ما يفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الإلزام في الحال"³.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 230.

² - Art 1124 : « La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque que le consentement du bénéficiaire.

La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.

Le contrat conclu en violation de la promesse unilatérale avec un tiers qui en connaissait l'existence est nul ».

³ - مصطفى محمد الجمال، المرجع السابق، ص. 508.

وبالرجوع إلى موقف الفقه الإسلامي بخصوص لزوم الوعد للواعد، نجد أنّ أقوال فقهاء قد تباينت بصددده على نحو أربعة أقوال:

الأول: أنّ الوعد يجب القضاء به مطلقاً، وهذا ما أقرّه عبد الله بن شبرمة¹ حيث قال بأنّ الوعد كلّ لازم ويقضى به على الواعد ويجبر عليه استدلالاً بقوله تعالى: ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾²، ومّا روي من حديث جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنّه قال: "أربع خلال من كنّ فيه كان منافقاً خالصاً: ... وإذا وعد أخلف ..."³، فالآية الكريمة أمرت بالوفاء بالوعد، والأمر ضمنها يفيد الوجوب لعدم وجود قرينة على خلاف ذلك، ممّا يجعل الوفاء بالوعد واجب القضاء.

الثاني: يرى بأنّه لا يفي بالوعد مطلقاً لأنّه تفضّل وإحسان وإن أمر بالوفاء به ديانة، ووجه استدلالهم في ذلك قوله عليه الصلوة والسلام "إِذَا وَعَدَ الرَّجُلُ وَيَنْوِي أَنْ يَقِيَ بِهِ فَلَمْ يَقِفْ بِهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ"⁴، وهذا مذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وجمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين⁵.

الثالث: يرى بلزوم الوفاء بالوعد إن كان على سبب وإلا فلا، ويستوي فيه إن كان الواعد قد أدخل الموعد له في السبب أو لا⁶، وهذا ما قضى به عمر بن عبد العزيز يقول أصبغ⁷.

الرابع: وهو المشهور من تلك الأقوال، ومؤداه أنّ الموعد له إذا دخل بسبب الوعد في فعل شيء اقتضاه اتفاقاً قضى على الواعد به.

ومثاله أن يقول شخص لآخر بأنّه ينوي أن يبني داره وليس عنده ما يمكنه من ذلك، فيقول الآخر: إفعل وأنا أعطيك أو أقرضك كذا من المال، فإنّه يلزمه تأدية ما وعد إذا دخل في العقد بناء على

¹ - رمضان علي السيّد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تطوره، مدارسه، مصادره، قواعده، نظرياته، د. د. ط، ط2، 1982، ص. 364.

² - سورة الصّاف، الآية: 3.

³ - علّق عليه الألباني في مؤلّفه صحيح موارد الظّمان إلى زوائد ابن حبان، ج 1 (باب ما جاء في النّفاق)، أنظر: أبو عبد الرحمن محمّد ناصر الدّين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، المرجع السّابق ص. 115، حديث رقم: 53-61.

⁴ - بشّار عواد معروف، أبو المعاطي محمّد التّووي، أحمد عبد الرّزاق عيد، أيمن إبراهيم الزّاملي، محمود محمّد خليل، المسند الجامع لأحاديث الكتب السّنّة ومؤلّفات أصحابها الأخرى، وموطأ مالك، ومسائيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدّرامي، وصحيح بن خزيمة، ج 5، دار الجيل، بيروت، والشّركة المتحدة، الكويت، ط 1، 1993، ص. 492.

⁵ - محمّد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، المرجع السّابق، ص. 217.

⁶ - رمضان علي السيّد الشّرنباصي، المرجع نفسه، ص. 349-350.

⁷ - محمّد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام، المرجع نفسه، ص. 217.

ذلك، وهذا ما قال به مالك وابن القاسم واختاره سحنون¹.

ثمّ سبق، يتبيّن بأنّ الوعد من جانب واحد ملزم للواعد في الفقه الإسلامي مع بعض القيود البسيطة - التي يمكن تقييدها به كما يتّضح من أقوالهم - وينبغي القضاء به خلافاً للرأي الآخر الذي يذهب إلى أنّ الوفاء به مكرمة خلقية وأنّ مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به.

هذا، وقد ساق أحمد إبراهيم إبراهيم عديد الأمثلة على لزوم الوفاء بالوعد في عقود التبرّع حيث قال: "كلّ ما كان من صدقة أو هبة أو حُبس على وجه الصلّة وطلب البرّ والمكافأة وما أشبه ذلك من الوجوه المعروفة ... فإنّ صاحبها لا يرجع فيها، وإن خاصمه المتصدّق بها عليه أو الموهوب له أو الموقوف عليه قضى له بها إذا كان معيّناً، أمّا إذا كان غير معيّن كالفقراء والمساكين فالمشهور من المذهب [يقصد المذهب المالكي] أنّ الملتزم يؤمر بالوفاء ديانة بما التزمه، ولا يقضى عليه بما التزمه، ولا يقضى عليه به لعدم تعيين الملتزم به، وقيل يجبره السلطان على إخراجه، والقولان في المدونة، لكن المشهور هو الأول وعليه الاعتماد، قالوا وإنّما يؤمر به ولا يقضى عليه به، لأنّه لا أجر له على معروفيه إذا قضى عليه به فأخرجه وهو كاره فلا بدّ من إخراجه باختياره ومحض إرادته حتّى يثاب من الله تعالى على نيّته، على أنّه إذا امتنع عن الوفاء بما التزمه كان آثماً.

ومن الأمثلة على ذلك قول الرّجل لزوجته "إن ولدت غلاماً فلك كذا، فولدت غلاماً لزمه ما التزم به لها وقضى عليه به ما لم يمت أو يفلس..."².

II. صور عقد الوعد بهبة العقار:

الوعد بهبة عقار شأنه في ذلك شأن الوعد ببيع أو شراء عقار³، إذ يلاحظ أنّه يتّخذ صورتين: وعد بإيهاب، ووعد بأنّهاب، فالوعد بالإيهاب يتصوّر في هبة المال المستقبل، وفي هبة ملك الغير، فلو فرضنا - مثلاً - أنّ شخصاً أراد أن يهب لآخر منزله، ولكنّه لم يبدأ في تشييده بعد، فإنّه لا يستطيع أن

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 238.

² - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات (حكم الهبة وما يتفرّع على ذلك من الرجوع فيها)، ع1، المرجع السابق، ص. 66-72.

³ - وفي هذا الصّدّد ذهب جانب من الفقه إلى أنّ الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين ليس بعقد نهائي بالنظر لما يترتّب عليه من آثار، ومن ثمّ فهو لا يمنح أية محاسن للموعد له بوصفه طرفاً في العقد النهائي. وعليه، فليس ثمة بدّ من البحث عن التمييز بين صور الوعد بالتعاقد طالما أنّه لم يُقدّم أية إضافة مقارنة بالوعد الملزم لجانب وحيد. أنظر:

STAPYLTON-SMITH Duncan, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir?, A. J. D. I, 1996, p. 568 et s.

يهبه فوراً وذلك ما قضت به المادة 492 من ق. م. م.¹ بقولها "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة". على ذلك فالهبة الواردة على المال المستقبل تقع باطلة امتثالاً للنص المذكور، لذا فالواهب يتّجه إلى الوعد بهبة عقار لأنه لا يريد أن ينتظر حتى ينتهي من بناء منزله خشية من احتمالات المستقبل التي قد تمنع وقوع مثل هذه الهبة ويقبل الطرف الآخر هذا الوعد، فيلتزم به الواعد منذ صدور الوعد، ويكون بذلك قد تمّ وعد بإيهاب قبّله الموعود به ورضيه، فلو توفّي الواعد قبل الفراغ من بناء المنزل ثمّ تمّ تشييده، استطاع الموعود له أن يبدي رغبته في استنجاز الوعد فتتمّ الهبة بالإرادة المنفردة، وتنقذ في حقّ ورثة الواعد.²

وكذلك الحال لو أنّ المنزل الموعود بإيهابه موجود حالاً وقت الوعد ولكنه غير مملوك للواعد فإنّه لا يستطيع أن يهبه في الحال على اعتبار أنّ هبة مال الغير باطلة وفقاً لنصّ المادة 491 من ق. م. م، فيتريث الواهب حتى يتملّك المنزل ثمّ يهبه، ولكن يستطيع أن يعد فوراً الطرف الآخر بهبة نفس المنزل عند تملكه إيّاه، فيقبل الموعود له الوعد بالإيهاب على أن يصبح هذا الوعد هبة كاملة إذا ملك الواهب المنزل وأبدى الموعود له رغبته في إبرام عقد الهبة.

وتتسع دائرة الوعد بالإيهاب إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكليف أو التزام، كما لو وعد شخصاً جمعية دينية بأن يهب لها مبلغاً من المال على أن تشيّد به مدرسة قرآنية، فتقتصر الجمعية على قبول هذا الوعد حتى تتدبّر شؤونها فتقبل أو ترفض.³

وقد يكون الوعد وعداً بالأنّهاب، كمن يعدّ شخصاً بقبول هبة منزله على أن يرتّب للواهب إيراداً طوال حياته، فيقتصر صاحب المنزل على قبول هذا الوعد بالأنّهاب حتى يتدبّر الأمر، فهنا انعقد عقد بالأنّهاب ملزم لجانب الواعد وحده دون أن يلزم الموعود له صاحب المنزل. والأمر نفسه لو وعد نادي هواة بأن يقبل هبة من شخص على أن ينشئ قاعة للترفيه، فيقتصر الموعود له على هذا الوعد بالإيهاب، ثمّ ينتظر - لاحقاً - هل يقبل أن يهب أو لا يقبل.⁴

¹ - لا يوجد مثيل لهذه المادة في قانون الأسرة الجزائري، والواقع أنّ هذه المادة ما هي إلا تكرار لحكم القاعدة الواردة في نصّ المادة 101 من ق. م. م. - المطابقة لنصّ المادة 71 من ق. م. ج -، بل إنّ المادة 102 من نفس القانون - المطابقة لنصّ المادة 72 من ق. م. ج - تقضي بقيام الحكم مقام العقد في حالة نكول الواعد بعد طلب تنفيذ الوعد وكانت الشّروط اللازمة متوفّرة تغني عن المادتين 101 و490 من ق. م. م. أنظر: علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 48.

² - عبد الوهاب البندري، المرجع السابق، ص. 39.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 37-38.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 74؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 102-103.

ثانياً: أركان انعقاد عقد الوعد بهبة عقار

يترتب على اعتبار الوعد بهبة عقار بوصفه عقدًا ضرورة توافر ما يجب أن يتوافر في جميع العقود من أركان وهي الرضاء والمحلّ والسبب والشكلية، وبالتالي فينبغي أن يترضى الواعد والموعود له بالهبة، وأن يكون كلٌّ منهما متمتعًا بالأهلية اللازمة لإبرامه¹ بحيث يجب أن يكون الواعد وقت العقد أهلاً للإيهاب والأتخاب ولو فقد الأهلية وقت التعاقد النهائي.

على أن عيوب الرضاء بالنسبة للواعد تقدر وقت الوعد كذلك، لأنه لا يصدر منه رضاء بعد ذلك، إذ أن هبة العقار النهائية تنعقد وتتم بمجرد ظهور رغبة الموعود له.

أما بالنسبة لأهلية الموعود له بالهبة فتقدر وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد بالهبة، فيصح أن يكون غير أهل وقت الوعد بالهبة شريطة أن تتوافر فيه الأهلية وقت ظهور رغبته في إتمام الهبة² على اعتبار أنه لا يلزم بشيء وقت التعاقد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي.

وفيما يخص عيوب الإرادة بالنسبة إليه، فتقدر وقت الوعد بالهبة ووقت التعاقد النهائي، إذ أنه يصدر منه رضاء في كلٍّ من هذين الزمنين، فيجب أن يقع في كليهما صحيحاً³.

وينبغي - بالإضافة إلى سبق - أن يكون محلّ الوعد بهبة العقار مشروعاً، كما يستلزم أن يكون للواعد سبب مشروع يدفعه إلى التحمل بهذا الوعد، ويجب علاوة على ذلك أن يتوافر ركن الشكل في عقد الوعد بهبة عقار وهذا ما قضت به المادة 71 من ق. م. ج - المطابقة للمادة 101 من ق. م. م - بقولها: "الاتفاق الذي يعد به كلاً المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضاً على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

¹ - أنظر في الأهلية المتطلبة لانعقاد الوعد بالتعاقد:

DAGORNE-LABBE Yannick, Promesse de vente, Répertoire du notariat, Defrénois, 30 juin 2000, n° 12, p. 775 et s.

²-Cf. COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Cour élémentaire de droit civil français, T. 2, 7^{ème} éd, Librairie, Dalloz, paris, 1932, pp. 473-474; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p.170.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، م 1، المرجع السابق، ص. 136؛ نفس المؤلف، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 41.

تعقيماً على ما تقدّم، يستلزم لانعقاد الوعد بهبة العقار توافر الشروط التالية:

- أن يشتمل الوعد بهبة عقار - سواء أكان وعداً بالإيجاب أو وعداً بالإلتزام - على جميع المسائل الجوهرية في عقد الهبة، ويُراد بها الأمور التي لا ينعقد بغير التراضي عليها، فيحدّد العقار المزمع هبته تحديداً وافياً، بما في ذلك تعيينه الدقيق ومعامله، كما يحدّد نوع الهبة محلّ هذا الوعد، هل هي بغير عوض أم بعوض، مع ذكر العوض وقدره وبيان التّكليف وأوصافه وشروطه¹.

- أن يحتوي الوعد بهبة العقار المدة التي يتعيّن فيها إبرام عقد الهبة النهائي وهذا ما تقتضيه القواعد العامة، على أنّ اشتراط تعيين المدة في عقد الوعد بالهبة لا يقتضي أن يكون بشكل صريح كشهر أو سنة مثلاً، بل يكفي أن يكون من الممكن استنتاجها ضمناً من ظروف الاتفاق، كما لو كان الموعود به يكمن في هبة عقار لا يجدي تنفيذه إلاّ بعد مضيّ أجلٍ معيّن².

ويراعى أنّه يجوز الوعد بهبة عقار في حالة إذا ما اتّفق المتعاقدان على تحديد المدة بالمدة المعقولة، وذلك إذا وجدت عناصر تنهض لتحديد هذه المدة، وإذا وقع خلاف بشأنها تكفل القاضي بتحديد بناء على العناصر التي من الممكن استخلاصها من ظروف التعاقد³.

- يستوجب إفراغ الوعد بهبة العقار في عقد رسمي كالهبة نفسها⁴، ومن ثمّ يقع الوعد بهبة العقار غير الموثّق أو الثابت في ورقة عرفية باطلاً، وتبعاً لذلك لا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده عينياً، لأنّ ذلك يقتضي تدخلاً شخصياً من الواعد لإتمام رسمية الهبة ولا يسوغ إجباره على هذا التدخّل، كما لا يجوز كذلك أن يقوم الحكم على الواعد بالتنفيذ مقام الهبة لأنّ الوعد بها - في أصله - باطل.

ولعلّ المقصد في تطلّب إفراغ الوعد بالهبة في الشّكل ذاته الذي يطلبه القانون لتمام عقد هبة العقار الموعود بإبرامه واضح الحماية لطرفي العقد، حيث أنّ الوعد بإبرام عقد الهبة إذا نشأ صحيحاً كان من شأنه أن يؤدّي إلى تمام عقد الهبة نفسها إن رغب الموعود له في ذلك، فإن خلا الوعد بهبة العقار

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 40.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 231.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 73؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p. 170.

⁴ - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 45371، الصّادر في: 1987/04/20، (غير منشور) القاضي بأنّه "من المقرّر قانوناً بأنّ العقد العربي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة...". نقلاً عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994، ص. 199.

من الشكل الذي يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه لأمكن بطريق ملتوٍ أن يصل الشخص إلى إبرام عقد هبة عقار دون عقد رسمي مقتصرًا على عقد الوعد بالهبة غير الرسمي يصل به إلى حكم يقوم مقام الهبة¹.

بيد أنه يمكن - مع ذلك - الاعتداد بالوعد بالهبة غير الرسمي - كما قال به رأي من الفقه - عقدًا غير مسمّى تمّ بعد إيجاب وقبول مرتبًا التزامًا شخصيًا في ذمة الواعد، ولما كان هذا الالتزام يتعدّد تنفيذه عيناً، فلا يبقى إلاّ التعويض يحكم به على الواعد، ولا سيما في فرض الوعد بالإيهاب، فإنّ الموعود له إذا لم يحصل على العقار الموهوب بسبب عدم تنفيذ الواعد لوعده يطاله ضرر يستحقّ من أجله التعويض².

تجدر الإشارة انتهاءً إلى مسألة حام حولها الكثير من الجدل على المستوى العلمي، تمثلت في مدى إمكانية توثيق الموثّق الجزائري لعقد الوعد بهبة العقار، حيث انشطر الرّأي بصدها إلى قسمين:

الأوّل: ومؤاده عدم جواز توجّه المتعاقدين للموثّق من أجل إبرام الوعد بهبة العقار على اعتبار أنّ هذه الأخيرة من العقود التي تتمّ بصورة فورية ولأنّ الحوز في الهبة ركن ركين لا يمكن تلمّسه في الوعد بها، علاوة على خلوّ التنصيص القانوني الملزم بإبرامها³.

الثاني: قضى بجواز إبرام وتوثيق عقد الوعد بهبة العقار بناء على طلب عاقيدها طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة في ذلك، فضلاً عن انعدام النصّ القانوني المانع لذلك.

على أنّه يُرى بأنّ الرّأي الأخير هو الأولى بالإقرار وبالصحّة للدّواعي الآتية:

- تبرير الرّأي الأوّل موقفه الرافض لتحرير الوعد بهبة العقار بحجّة فورية عقد الهبة تبرير غير سليم، على اعتبار أنّ هذه الميزة لما ذكرها الفقه إبان تحليل ماهية الهبة إنّما قصد من ورائها التّملك الفوري تمييزاً لها عن الوصيّة التي يكون فيها التّملك لما بعد الموت، كما أنّ الهبة شأنها شأن باقي العقود النّاقلة للملكية العقارية التي تتميّز بأنّها فورية ولم يكن لهذه الخاصيّة أن تمنع إبرام عقود بالتّعاقد بشأنها كالوعد بالبيع مثلاً، فلما يختصّ حكم المنع بها دون غيرها!.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 41.

² - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 97-98؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 41، هامش رقم: 1.

³ - مصطفى لعروم، عقد الهبة، مجلّة الموثّق، ع 8، 1999، ص. 29.

- إنعدام التّصيص على الوعد بالهبة في قانون الأسرة لا يفيد المنع من إبرامها، بل بالعكس يقرّ ذلك من خلال العودة إلى القواعد العامة التي أقرتها الشريعة العامة من خلال أحكام المادتين 71 و72 منه¹.

- بالعودة إلى القضاء المصري نجد هذا الأخير سبق وأن أقرّ صحّة الوعد بالهبة قبل تشريعها بمقتضى المادة 490 من ق. م. م. الحالي مستنداً في ذلك إلى نصّ المادة 2/101 منه - المطابقة للمادة 72 من ق. م. ج - التي أرست فكرة الوعد بالتعاقد، وبالتالي لو رأى المشرّع عدم جواز الوعد بالتعاقد بالهبة لشرّع نصّاً خاصّاً يبطله كما فعل المشرّع المغربي من خلال نصّ المادة 277 من مدونة الحقوق العينية المغربية².

ثالثاً: آثار عقد الوعد بهبة العقار

إذا نشأ عقد الوعد بهبة العقار صحيحاً - على النحو السابق تفصيله - أنتج آثاره قانوناً، بيد أنّ هذه الأخيرة تختلف تبعاً لإبداء الموعد له رغبته في تمام عقد الهبة، أو عدم إبداء ذلك خلال الأجل المحدّد لتمام هذا العقد، لذا وجب التمييز بين هاتين المرحلتين كالآتي:

الأولى: المرحلة السابقة لإبداء الموعد له رغبته في إتمام عقد هبة العقار

قبل رضی الموعد له بالعقد الموعد بإبرامه، لا يوجد هناك سوى عقد يكون بموجبه الواعد ملتزماً التزاماً شخصياً إزاء الموعد له، فالواعد، سواء كان واعداً بالإيجاب أو واعداً بالانتهاب، يترتب في ذمته التزام القيام بوعده عند ظهور رغبة الموعد له، فيهب العقار الموعد بإيهابه أو يقبل أن يوهب إليه، أمّا الموعد له فيكون له مجرد حق شخصي في مواجهة الواعد³.

ومّا يترتب على ذلك:

- يبقى العقار موضوع الوعد بالهبة في ملكية الواعد ولا ينتقل إلى الموعد له، ومن أجل ذلك لا يستلزم شهر عقد الوعد بهبة العقار على اعتبار تضمّنه التزاماً شخصياً يقع على عاتق الواعد تنفيذ هذا

¹ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 29-30.

² - المنشور بالجريدة الرسمية رقم: 5998 الصادرة في: 2011/11/24 والمطبّق بعد 6 أشهر من نشرها، أنظر: إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط 1، 2012، ص. 525.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 43.

الوعد¹.

ومن ثم فإنّ للواعد الحقّ في التصرّف في العقار المزمع إيهابه أو الانتفاع به إلى وقت إتمام العقد النهائي، ويسري تصرّفه في حقّ الموعود له متى استوفى شروطه الرسمية والشكلية طبقاً للقانون².

- إذا تصرّف الواعد في العقار محلّ الوعد بالهبة بتصرّف يخالف ويتنافى مع وعده بأن نقل ملكيته لشخص آخر - بالبيع أو بالهبة ونحو ذلك - فلا يكون للموعود له إلّا الحقّ في الرجوع على الواعد بالتعويض عن الضرر الذي لحقه جراء هذا الفعل.

يُبد أن الموعود له لا يمكنه الرجوع بالتعويض إذا كان الواعد بالالتّهاب في حالة من الحالات التي يباح فيها الرجوع في الهبة، على اعتبار أنّه يجوز الرجوع في الوعد بالالتّهاب حيث يجوز الرجوع في الهبة ذاتها³.

- إذا انتهى الميعاد المحدّد لبقاء الوعد سارياً دون أن يتّصل بعلم الواعد رضى الموعود له، سقط الوعد تلقائياً وأبرأت ذمّة الواعد نهائياً دون حاجة إلى إعدار أو تنبيه⁴.

الثانية: المرحلة اللاحقة لإبداء الموعود له رغبته في إتمام عقد هبة العقار

إذا أعلن الموعود له رغبته في إتمام هبة العقار خلال الأجل المتّفق عليه فإنّه يترتب على ذلك ما

¹ - أنظر في هذا الصّد: قرار م. ع. غ. ع، ملف رقم: 1021381، الصّادر بتاريخ: 2016/12/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 2، 2016، ومّا جاء فيه "بما أنّ عقد الوعد بهبة العقار يرتّب مجزّد التزامات شخصية لأطرافه وتدرج آثاره ضمن أحكام المادّة 71 من القانون المدني، فإنّ عدم شهره لا يرتّب البطلان". هذا على غرار الوعد ببيع العقار، حتّى ولو أبرم رسمياً فإنّه يبقى مرتّباً لالتزامات شخصية، ممّا لا يتوجّب إشهاره تبعاً لهذا السّبب، وذلك ما أكّدته المحكمة العليا في قرار لها صدر بصدد قضية وعد ببيع عقار بالقول: "... ذلك أنّ الوعد بالبيع لا يتطلّب القانون إشهاره بالمحافظة العقارية لأنّه يتضمّن فقط التزاماً شخصياً يقع على عاتق الواعد تنفيذ الوعد بالبيع، إذ يبقى الواعد مالكا للعقار الموعود به للغير، ملتزماً بتحرير العقد النهائي". أنظر: قرار م. ع. غ. ع، ملف رقم: 271898، الصّادر في: 2003/09/24 (غير منشور) نقلاً عن: حمدي باشا، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصّادرة من مجلس الدّولة والمحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 127 وما يليها. جدير التنبيه بأنّ قانون المالية لسنة 2004 جاء برسم إشهار يطبّق على الوعد بالبيع العقاري، لكن أن يفهم منه ضرورة إشهاره - خطأ من لدن بعض المحافظين العقاريين - فهو ما يتنافى مع طبيعته وكذا أحكام المادّة 72 من ق. م. ج في الأساس.

² - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 76.

³ - وقد أكّدت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي هذا الحكم صراحة بقولها "يجوز الرجوع في الوعد على التّحو الذي يجوز فيه الرجوع في الهبة"، أنظر: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 42، هامش رقم: 1.

⁴ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.

يلي:

- يصبح عقد هبة العقار النهائي منعقداً بمجرد صدور الرضاء ممن صدر الوعد لصالحه واتصاله بعلم الواعد دون حاجة إلى رضی جديد من لدن الواعد¹، فالواعد سبق وأن عبّر عن رضائه في عقد الوعد بهبة العقار نفسه، وإعلان الموعد له رغبته في التعاقد يتحقق به تطابق الإرادتين اللازم لانعقاد عقد هبة العقار الموعد به، فينعقد هذا الأخير بمجرد إبداء هذه الرغبة، شريطة أن يأتي القبول مطابقاً للإيجاب كما يقتضيه القانون.

- يعتبر عقد هبة العقار تاماً من تاريخ إبداء الرغبة وليس من تاريخ الوعد بالهبة، وعلى طرفي العقد - حينئذٍ - مباشرة إجراءات إبرام العقد النهائي على نحو ما يتطلبه القانون².

- إذا أخلّ الواعد بتنفيذ ما وعد به بعد إبداء الموعد له رغبته في إنجاز عقد الهبة، جاز لهذا الأخير التوجه إلى القضاء المختص من أجل استصدار حكم قضائي يقوم مقام عقد الهبة ما دام الوعد بالهبة قد تمّ تحريره في الشكل الرسمي³ طبقاً لأحكام نصّ المادة 72 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 102 من ق. م. م - القاضية بأنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثمّ نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوفرة، قام الحكم مقام العقد"⁴.

يلاحظ أنّ المادة المذكورة أسقطت صفة الحكم بأن يكون نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه خلافاً لنصّ المادة 102 من ق. م. م المنقول عنها، على اعتبار أنّ الحكم غير النهائي معرّضٌ لهدمه بأوجه الطعن المقررة قانوناً، لذا ينبغي تدارك هذا النقص وإعادة صياغة المادة المشار إليها صياغة تامة بعيدة عن أيّ تأويل، ذلك أنّ الحكم لا يمكنه أن يحلّ محلّ العقد ما لم يحز قوة الأمر المقضي فيه⁵.

وبصيرورة هذا الحكم نهائياً وحائزاً لقوته المقضي فيها قانوناً، يتعيّن على من تقرّر لمصلحته أن

¹- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., pp.181-182.

² - MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit, pp.229-230.

³ - وقد أكدت المحكمة العليا على رسمية الوعد بالبيع في الكثير من قراراتها الممكن إسقاطها على الوعد بالهبة ومن بينها: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 33528، الصادر في: 1985/04/03، م. ق. ع 4، 1985، ص. 48؛ قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 154760، الصادر في: 1996/04/17، م. ق. ع 1، 1996، ص. 99.

⁴ - مصطفى لعموم، الوعد بالبيع صورة من صور التعاقد، مجلة الموثّق، ع 9، جانفي 2000، ص. 30؛ عبد الحميد سعداوي، الوعد بالتعاقد، مجلة الموثّق، ع 9، 2003، ص. 18.

⁵ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 237.

يتقدّم لأيّ مكتب عمومي للتوثيق من أجل إيداعه استكمالاً لإجراءات الشهر العقاري، حيث يقوم الموثّق المكلف بإيداعه - بعد إمضائه من طالبه - بتسجيله لدى مصالح الضرائب المختصة، فإشهاره لدى المحافظة العقارية الواقع بدائرة اختصاصها العقار محلّ الحكم القضائي، ليستّى بعد ذلك شهره من لدن المحافظ العقاري انتهاءً التّأشير به في مجموعة البطاقات العقارية حتّى يولّد حقّاً عينياً لفائدة الموعود له بالهبة والصّادر في شأنه نفس الحكم، وذلك حتّى يكون حجة على الطّرفين المتعاقدين وكذا الغير.

على أنّ الحكم القضائي الصّادر في مثل هذه الحالات، لا يعدو أن يكون مثبّثاً لحقّ عيني عقاري، حيث يكون تدخّل القاضي الفاصل في الدعوى مستمداً أساساً من نصّ القانون وليس من سلطته التقديرية أو من الظروف المحيطة بملف الدعوى¹.

البند الثاني: الوكالة في عقد هبة العقار

ينعقد عقد هبة العقار بتطابق إيجاب الواهب مع قبول الموهوب له وهذا هو الأصل، بيد أنّه يجوز أيضاً أن يتمّ هذا العقد عن طريق النيابة طبقاً للقواعد العامة²، ويتحقّق ذلك عندما يصدر الواهب إيجاباً، يعقبه قبول يصدر من غير الموهوب له، كأن يكون نائباً عنه نيابة قانونية "Représentation légale" كوليّ الموهوب له أو وصيّه أو القيمّ عليه؛ أو أن يكون نائباً عنه نيابة اتّفاقية "Représentation conventionnelle" وهي غالباً ما تتخذ شكل عقد الوكالة.

والوكالة بحسبانها المثيرة لبعض الإشكالات في عقد هبة العقار عرّفها المشرّع الجزائري في المادّة

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعّم بقرارات قضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2008، ص. 192.

² - أنظر في مفهوم النيابة في الفقه الإسلامي: هبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 7، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1984، ص. 139؛ محمّد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1985، ص. 518؛ بدران أبو العنين، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 456، وراجع أيضاً مفهومها في القانون الوضعي: شفيق شحاته، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مجلّة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، ع 5، 1959، ص. 47؛ بدر جمال مرسي، النيابة في التصرفات القانونية، دار البصير، الإسكندرية، د. س. ط، ص. 06 وما يليها.

على أنّه ينبغي التنبيه إلى أنّ المشرّع الفرنسي لم يكن يشمل النيابة في التعاقد بنظرية عامة مستقلة قبل تعديل تقنيته المدني سنة 2016 حيث كان ينظّمها في نصوص مبعثرة كما هو الشأن في المادتين 1119 و1165؛ هذا فضلاً عن اعتناؤه بأهمّ مظاهر النيابة في التعاقد حين تنظيمه للوكالة ضمن المواد من: 1984 إلى 2010. أمّا بعد التعديل فقد وضع أحكاماً خاصة منظمّة بإحكام لنظرية النيابة في التعاقد من خلال المواد: 1153 إلى 1161، حيث اقتفى في ذلك أثر فقهه وكذا قضائه الذي ما فتء يصدر عدّة تطبيقات أنتجت ما يستحقّ بنظرية النيابة في التعاقد. أنظر:

LARROUMET Christian, Op. cit., pp. 144-160; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp. 311-314.

571 من ق. م. ج بقوله: "الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصاً آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه".

بالرغم من أنّ النص منقول من نصّ المادة 1699¹ من ق. م. م. المقتبس عن المادة 1984 من ق. م. ف²، إلاّ أنّه يلاحظ عليه بأنّه غير واضح، فمن جهة يبقى غامضاً عندما يتحدث عن القيام بعمل شيء على اعتبار أنّ مهمّة الوكيل أكثر دقة حيث تتمثّل في إنجاز تصرّفات قانونية لحساب الغير سواء كانت تندرج ضمن عقود ملزمة لجانين أم تصرّفات صادرة بإرادة منفردة، ومن جهة ثانية، نجد أنّ المادة 571 المذكورة أعلاه سكّنت عن عنصر ضروري للتعرف على الوكالة يتمثّل في استقلالية الوكيل وغياب التبعية للموكل على اعتبار أنّ هذين العنصرين لا غنى عنهما في إضفاء صفة الوكالة على العقد³.

تجدر الإشارة إلى أنّه ينبغي التفريق في هذا الصدد بين فرض ما إذا كانت الوكالة في عقد هبة العقار صادرة عن الواهب، أو فرض ما إذا كانت صادرة عن الموهوب له كآلآتي:

ففي فرض ما إذا كانت الوكالة صادرة عن الواهب، فإنّه يستلزم أن يراعى فيها الشّروط الآتية:

- أن يكون الموكل - ذاته - ذو أهلية كاملة للإيهاب، أيّ أن يتوافر لديه أهلية التبرّع، وفي هذا المعنى أوجبت المادة 571 من ق. م. ج بأنّه يتطلّب لصحّة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأداء التصرف الذي وكلّ عنه غيره، ذلك أنّ التصرف القانوني الذي يبرمه التائب لحساب الأصيل وباسمه ينصرف أثره إلى الأصيل مباشرة وذلك ما قضت به المادة 74 من ق. م. ج.

لأجل ذلك وجب أن يكون الموكل أهلاً لأن يؤدّي بنفسه التصرف الذي وكلّ به غيره، فالعبرة في توافر الأهلية في الموكل هي بوقت الوكالة وكذا بالزمن التي يباشر فيه الوكيل المهمّة المسندة إليه⁴.

- أن تكون الوكالة الصّادرة من جانب الواهب خاصّة ومحدّدة عملاً بمقتضى المادة 574 من ق.

¹ - قضت المادة 699 من ق. م. م. بأنّ "الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل".

² - Art 1948 : « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

³ - لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 25.

⁴ - رمضان بو عبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2008، ص. 23.
PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p. 79 et s.

م. ج - المطابقة للمادة 702 من ق. م. م.¹ وكذا المادة 1988 من ق. م. م. ف - التي نصّت على أنّه "لابدّ من وكالة خاصّة في كلّ عمل ليس من أعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرّع ...

الوكالة الخاصّة في نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصحّ ولولم يعيّن محلّ هذا العمل على وجه التّخصيص، إلّا إذا كان العمل من التبرّعات.

الوكالة الخاصّة لا تخوّل للوكيل إلّا القدرة على مباشرة الأمور المحدّدة فيها وما تقتضيه هذه الأمور من توابع طبيعية وفقاً لطبيعة كلّ أمر وللعرف الجاري".

مؤدّي هذه المادة أنّه لكي يعتدّ بالتوكيل الصّادر يتعيّن تخصيص محلّ الهبة وتحديدده على الوجه الذي يتطلّبه القانون، فإذا كان الموهوب عقّاراً وجب أن يذكر تعيينه بدقّة بما في ذلك مراجعه وحدوده ومساحته وبشكل عام جميع أوصافه.²

- يجب أن يتوافر في عقد الوكالة الشّكل الواجب توافره في عقد الهبة نفسه، وذلك بأن يفرغ في عقد رسمي مستوفٍ لشروطه طبقاً لنصّ المادة 572 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 700 من ق. م. وكذا المادة 1985 من ق. م. ف - القاضية بأنّه "يجب أن يتوفر في الوكالة الشّكل الواجب توفّره في العمل القانوني الذي يكون محلّ الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"³.

أمّا في فرض ما إذا كانت الوكالة صادرة عن الموهوب له فإنّه يجب مراعاة الآتي:

- لم يتضمّن التّقنين المدني المصري أو الجزائري نصّاً يحدّد فيه ما يجب أن تكون عليه أهلية الوكيل، ومسايرة لما استقرّ عليه الفقه فإنّ الأمر يختلف بالنسبة لأهلية هذا الأخير عمّا هو مقررّ لأهلية الموكل، فالوكيل مادام لا ينصرف إليه أثر العقد محلّ الوكالة، فلا يلزم أن تتوافر فيه الأهلية الواجبة لإجراء العمل القانوني الموكل فيه، لكن لما كان طرفاً في عقد الوكالة، فإنّ العقد موضوع الوكالة يكون قابلاً للبطلان إذا كان قاصراً، فإذا أبطل العقد لم يكن مسؤولاً عن التزاماته، ولا يجوز للغير الذي تعامل معه

¹ - أنظر نفس الحكم في: المادة 1/402 مدني لبي، المادة 1/668 مدني سوري، المادة 837 مدني أردني.

² - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 69؛ بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 111.

³ - عبد الوهّاب البنداري، المرجع السابق، ص. 37؛ غازي طه عوض، الثّابة التعاقدية في القانون الزوماني والشّريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلّية الحقوق، عين شمس، 1991، ص. 121؛

ABDALLA Fathi Abdelrahim, Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civil, étude comparative, Revue internationale de droit comparé, Trentième année, Vol 30 n° 4, Octobre- Décembre 1978, p. 1069 et s.

أن يتمسك ببطلان عقد الوكالة على اعتبار أن هذا الجزء لم يتقرر إلا لمصلحة القاصر¹.

وعليه لا يشترط في الموكل (الموهوب له) أن تكون لديه أهلية التبرع لدى معظم التشريعات المدنية، بل تكفي أهلية الاغتناء متى كانت الهبة بدون عوض²، أما إذا اشتملت الهبة على عوض أو تكليف، لزم أن يكون أهلاً للتصرف.

- لا يشترط أن يكون عقد الوكالة خاصاً ومحددًا إذا كانت الهبة بلا عوض³، على اعتبار أن قبولها يكون نافعاً للموهوب له نفعاً محضاً، أما إذا اشتملت الهبة على العوض والتكليف وجب أن تكون الوكالة خاصة ورسمية شأنها في ذلك شأن قبول الموهوب له أو وكيله الذي يجب أن يكون رسمياً⁴، سواء أكان قبول الوكيل أو الموهوب له منفصلاً عن إيجاب الواهب أو متصلاً به، والدليل على ذلك أن هبة العقار طالما هي عقد ولا تتم إلا بإفراغها في عقد رسمي، فينبغي أن يكون كل من الإيجاب الصادر عن الواهب والقبول الصادر عن الموهوب له أو وكيله - سواء أكان الإيجاب أو القبول متصلين أو منفصلين - في محرر رسمي، وهذا ما يتوافق ونص المادة 700 من ق. م. م - المقابلة لنص المادة 572 من ق. م. ج - الذي جاء على إطلاقه الذي يحقق مقصد المشرع من اشتراط الرسمية في عقد الهبة.

إمعاناً للغاية المذكورة أعلاه، اشترطت المادة 932 من ق. م. ف أن يكون قبول الهبة - سواء كان محلها منقولاً أو عقاراً - صريحاً في عقد رسمي علاوة على ضرورة إعلان الموهوب له القبول للواهب على يد محضر حتى لو ثبت أن الواهب قد علم فعلاً بالقبول لم يكن ملزماً بالهبة قبل إعلانه بالقبول، ولا يلتزم إلا من وقت هذا الإعلان، ويشترط أيضاً إذا تمت الهبة بواسطة وكيل ينوب عن الواهب أن تكون الوكالة رسمية وإلا كانت باطلة، حيث أن الوكيل بمقتضى هذه الوكالة يقرر رضا الواهب بالهبة إعمالاً للمبدأ القاضي بأنه إذا كان العقد المزمع إجراءه يشترط فيه الرسمية، فإن التوكيل بعمل هذا العقد ينبغي أن يكون رسمياً، وتطبيقاً لنفس المبدأ فإنه يجب أن تكون الوكالة بقبول الهبة رسمية أيضاً⁵.

تجدر الإشارة إلى أن الفقه المصري - وهو بصدد تفسيره لنص المادة 488 من ق. م. م - نحاً

¹ - رمضان بو عبد الله، المرجع السابق، ص. 24.

² - أما في الشخص المعنوي فيقبل عنه من يمثله قانوناً كمدير المؤسسة أو مسير الشركة ونحو ذلك. أنظر:

GUIHO pierre, PAYRARD Georges, droit civil, Les obligations, T. 2, Le régime général, L'Hermès, 3^{ème} éd, 1992, pp. 458-459.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 73.

⁴ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 70.

⁵ - TERRE François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p.415 ; GUERRIERO Marie-Antoinette, L'acte juridique solennel, L. G. D. J, paris, 1975, p. 82.

منحى معاكساً حيث لم يشترط الرسمية في القبول ضمن هبة العقار إذا جاء منفصلاً عن الإيجاب بدعوى أنه لما أغفل النص صراحة على أن يكون القبول مفرغاً في الشكل الرسمي، فإنه لم يشأ - كما قرّر التقنين المدني الفرنسي - أن يجعل لقبول الموهوب له شكلاً خاصاً، وقد بنى تحليله هذا على القواعد العامة التي تقضي بأن الشكلية إذا كانت قد شرّعت لحماية أحد المتعاقدين دون الآخر، كما هو الشأن في الرهن، فإنه يكفي توافرها في رضا من تقرّرت حمايته، حيث تجب في رضا المدين دون رضا الدائن المرتهن، وقياساً على ذلك فإن قبول الهبة إذا كان منفصلاً عن الإيجاب يمكن أن يكون في ورقة عرفية، بل يمكن أن يتمّ باللفظ وحتى بمجرد السكوت، فعلى اعتبار أنّ الشكلية قد شرّعت أصلاً لحماية الواهب، جاز تيسيراً على الموهوب له أن يقبل الهبة بأيّ وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وفي هذا تخفّف من الشكلية في عقد الهبة¹.

وبخلاف ما يراه الفقه المصري في الصّد، ذهب البعض - ممّن نساند رأيه - بالقول بأنّ "المشرّع المصري في التقنين المدني الجديد لم يخرج على الوضع الذي كان سائداً في ظلّ التقنين المدني القديم حيث نصّ في المادة 70/48 على أنّه "إنّما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر، فلا تصحّ الهبة ولا القبول إلّا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي وإلّا كانت الهبة لاغية"، ولا يعتبر موقفه في التقنين المدني الجديد في المادة 488 المشار إليها عدولاً عن الوضع السابق، وإنّما مازال اشتراط أن يكون القبول رسمياً في الهبة الرسمية معمولاً به تحت ظلّه وإن اختلفت صياغة النصّ.

أضف إلى ذلك أنّ المشرّع المصري في التقنين المدني الجديد قد أحسن صنعاً بصياغة النصّ على هذه الصورة، لأنّ النصّ القديم لاشكّ يعتبر معيباً من ناحية الصياغة، لأنّه طالما اعتبر الهبة عقداً، فهي لا تنعقد إلّا بالإيجاب والقبول، مع مراعاة الرسمية، ولا داعي لتكرار لفظ "ولا القبول" في النصّ، لأنّه في ذلك يفرّق بين الهبة والقبول ولا مبرّر لهذه التفرقة لأنّها تحصيل حاصل، أيّ أنّ الهبة تتضمن إرادة طرفي العقد متمثلة في الإيجاب من جهة الواهب والقبول من جهة الموهوب له. فلفظ "ولا القبول" تزيّد، إذن، لا أهميّة له، أحسن المشرّع صنعاً بحذفها من التقنين المدني الجديد والإكتفاء بالصياغة الحالية لنصّ المادة 488 المشار إليها لأنّها تؤدّي إلى الغرض نفسه. كما أنّ الشكلية لم تقرّر لمصلحة الواهب فقط بل لمصلحة الموهوب كما يتّضح فيما بعد. ولا نرى، من ثمة، مبرراً للرجوع إلى القواعد العامة لتفسير نصّ المادة 488 المشار إليها، لأنّ هذا الرجوع لا يكون مطلوباً إلّا عند غموض النصّ، ونصّ المادة المذكورة واضحة الدلالة، كما نرى، في اشتراط أن تكون الهبة أيّ الإيجاب والقبول بورقة رسمية.

¹ - أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 51؛ محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 93؛ أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 40؛ محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 76-77.

أما القول بأنّ القبول، بعد ذلك، يمكن أن يتمّ باللفظ الصريح أو الضمني أو حتى السكوت الملابس إذا تمخّض الإيجاب لمنفعة الموهوب له، فإنّ هذا الكلام يكون صحيحاً، فقط في الهبة اليدوية حيث لا يشترط فيها الرسمية - وإنما يكتفي بالقبض - لا بالنسبة لإيجاب الواهب ولا قبول الموهوب له¹.

وعلى العموم، فإنّ الجاري به العمل ميدانياً والممارس من خلاله توثيقياً في الجزائر، ضرورة أن يأتي عقد الوكالة - سواء أكانت صادرة عن الواهب أم صادرة عن الموهوب له - في الشكل الرسمي طبقاً لأحكام المادة 572 من ق. م. ج، وذلك بأن يكون محرراً من لدن ضابط عمومي مختص² تحت طائلة بطلان عقد هبة العقار. ودون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص الخاصة، يجب أن يتضمّن هذا الأخير - أي عقد هبة العقار - بالإضافة إلى البيانات الأساسية، وكالات³ الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بأصل العقد⁴ (المادة 29 من قانون رقم 06-02)⁵.

المبحث الثاني: صحّة التراضي في عقد هبة العقار

لكي ينعقد عقد هبة العقار صحيحاً، يستلزم توافر شروط صحّة التراضي بين المتعاقدين على اعتبار أنّ عقد الهبة في ذلك مثل سائر العقود. ومن ثمّ فإنّه ينبغي أن يكون العاقدان ولاسيما الواهب أهلاً لإبرام عقد الهبة، هذا فضلاً عن أن يكون رضائهما سليماً غير مشوب بعيب من العيوب المفسدة للرّضاء.

وعليه، فدراسة شروط صحّة التراضي تستلزم بيان ضرورة توافر الأهلية اللاّزمة لإبرام عقد هبة العقار (المطلب الأول)، وإبراز براءة الرّضاء من العيوب المفسدة له (المطلب الثاني).

¹ - بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 113-114.

² - مصطفى لعروم، الضوابط القانونية والشكلية للعقد التوثيقي، مجلّة المؤتّق، ع 5، فيفري- مارس، 2002، ص. 43.

³ - المحرّرة من لدن المؤتّق أو القنصل مثلاً. أنظر في هذا الصّدّد قرار المحكمة العليا الصادر في شأن صحّة عقد الوكالة المحرّر من لدن القنصل: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 49623، الصادر في 2009/09/29، مجلّة المحكمة العليا، ع 2، 2009، ص. 162 وما يليها.

⁴ - عمر زيتوني، حجّية العقد الرسمي، مجلّة المؤتّق، ع 3، سبتمبر- أكتوبر، 2001، ص. 36.

⁵ - المؤتّق في 21 محرم عام 1427 الموافق ل 20 فبراير 2006، المتضمّن تنظيم مهنة المؤتّق، ج. ر، ع 14، المؤتّق في: 2006/03/08.

المطلب الأول: الأهلية في عقد هبة العقار

درج الفقه الفرنسي على تنظيم أحكام أهلية التعاقد تحت بند انعدام الأهلية "L'incapacité"¹ وذلك بتقسيم هذا الانعدام إلى قسمين: أحدهما يتعلق بأهلية الوجوب وآخر يرتبط بأهلية الأداء، ذلك أنّ الأهلية وإن كانت تتسع لتشمل صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن يكسبه حقاً أو أن يحمله التزاماً على الوجه المعتد به قانوناً وفق ما يعرف بأهلية الأداء "capacité d'exercise" شمولها لصلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالتزامات وفق ما اصطلح عليه بأهلية الوجوب "capacité de jouissance"، فإنّ النطاق التعاقدي ضمن عقد هبة العقار يتعلق أساساً بضرورة عدم انعدام أهلية الأداء أكثر من ارتباطه بأهلية الوجوب، بدعوى توقّف التصرف القانوني على صدوره ممّن يملك قدرة تحمّل نتائجه بصدد، حيث يفرّق القانون ضمنه بين أهلية الواهب وأهلية الموهوب له، ويتشددّ في أهلية الواهب فينطلب أهلية كاملة للتبرّع باعتبارها أقوى من أهلية التصرف كون أنّ الواهب يقوم بعمل ضارّ به ضرراً محضاً، وعلى النقيض من ذلك يخفّف القانون من أهلية الموهوب له، فلا يشترط فيه حتّى أهلية التصرف، بل يكفي فيه التمييز لأنّه يقوم بعمل نافع له نفعاً محضاً². لذا سوف نتطرق فيما يلي إلى أهلية الواهب ابتداءً (الفرع الأول)، ثمّ نتوقّف عند أهلية الموهوب له انتهاءً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهلية الواهب

تنقسم فئات الأشخاص من حيث أهلية الواهب إلى ثلاثة أقسام، فهناك عديم الأهلية (البند الأول)، وناقصها (البند الثاني)، وكاملها (البند الثالث). لذا سوف نبحت فيما يلي أيّ فئة ممّن ذكر تمتع بأهلية الإيهاب وفقاً للآتي:

البند الأول: عديم الأهلية

لا شك أنّ وجود أهلية الأداء لازمة لقيام عقد الهبة، إذ بانعدامها ينعدم الإدراك والتمييز، ومن ثمّ ينعدم الرضى.

على ذلك فمن تنعدم لديه أهلية الأداء يقع تصرفه باطلاً، بل لا يقوم أصلاً لفقد الإرادة ذاتها

¹ - TODOROVA liliana, L'engagement en droit, L'individualisation et le code civil au xxle siècle, Publibook Université, paris, 2007, pp. 151-153.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 98.

لديه، أما ما يُراد بمناط الأهلية فهو الإدراك والتمييز، ففاقد التمييز فاقد الإرادة لأنّه فاقد الإدراك، وعليه فالشخص وهو جنينٌ في بطن أمّه معدوم لأهلية الأداء، وناقص لأهلية الوجوب، إذ ليس له من هذه الأخيرة إلاّ دّمة صالحة لوجوب بعض الحقوق التي تؤهّله ليكون دائناً، والسبب في ذلك شيان: فهو من جهة يعدّ جزءاً من أمّه، ومن أخرى يعتبر إنساناً مستقلاً مهيماً للانفصال عنها بعد تمام تكوينه، لذا تثبت له بعض الحقوق النافعة التي لا تحتاج إلى قبول، كالحق في الميراث من مورثه، والحق في الوصية من الموصي له، بل والحق في الهبة كما سنرى.

يبد أن تلك الحقوق ليس له فيها ملكية نافذة في الحال بل تتوقّف على ولادته حيّاً، على أنّه إذا ولد ميتاً فيعتبر كأنّه لم يوجد من أصله¹.

فالشخص في مرحلة انعدام الأهلية لا يجوز له مباشرة التصرفات القانونية أيّاً كان نوعها، سواء أكانت نافعة نفعا محضاً، أو ضارة ضرراً محضاً، أو مترددة بين النفع والضّرر، فتقع جميع تصرفاته - بما في ذلك هبة العقار - باطلة بطلاناً مطلقاً ولا تنقلب صحيحة ولو بإجازة من له الولاية عليه²، وفي هذا الطور تبرز أهلية الصبي غير المميّز والمجنون والمعتوه.

ولئن حدّدت مدارس الفقه الإسلامي سنّ التمييز بالسابعة من عمر الشخص³، فلقد انتهج المشرّع المصري ذات التهج من خلال نصّ المادة 2/45 من تقنينه المدني، وعلى نحوه سارت مختلف التقنينات المدنية العربية⁴، وكذا التقنين المدني الألماني⁵، والقضاء الفرنسي بالرغم عدم من وجود نصّ على ذلك، خلافاً للمشرّع الجزائري الذي شدّ عنهما بأن اعتبر - بمقتضى المادة 2/42 من تقنينه المدني - كلّ غير مميّز من لم يبلغ سنّ ثلاثة عشرة سنة⁶.

¹ - أنظر: مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، دار القلم، دمشق، ط 1، 1999، ص. 203-204؛ عبد السلام التّوحي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، نظرية الحق، ج 3، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط 2، 1997، ص. 38 وما يليها.

² - Cf. FERCHICHI Béchir, La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits marocain et tunisien comparés, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1983, p. 411.

³ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 4، المرجع السابق، ص. 2968.

⁴ - أنظر نصوص التقنينات المدنية العربية: المادة 47 سوري، المادة 45 ليبي، المادة 3118 أردني، المادة 97 عراقي.

⁵ - أنظر المادة 106 من القانون المدني الألماني.

⁶ - وقد كان المشرّع الجزائري قبل تعديل القانون المدني - بمقتضى القانون 05-10 - يعتبر الشخص الذي لم يبلغ 16 سنة فاقداً للتمييز في مادته 2/42، إلا أنّه خفّض سنّ التمييز بثلاث سنوات - بعد التعديل - والعلة في ذلك قصر المدّة الفاصلة بين سنّ التمييز وسنّ الرشد (19 سنة)، أنظر: علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 49.

وبناء على ذلك، فإنّ طور الصبيّ غير المميّز يبدأ منذ ولادته إلى قبل بلوغه سن 13 سنة، وهو في هذه المرحلة يكون عديمًا للأهلية لا يستطيع إجراء أيّ تصرّف قانوني حتّى ذاك الذي يعود عليه بالتّفعّل المحض كقبول الهبة مثلاً، وكلّ تصرّف يقوم به باطلاً، إلى ذلك أشارت المادة 82 من ق. أ. ج - الموافقة لنصّ المادة 110 من ق. م. م - بقولها "من لم يبلغ سنّ التّمييز لصغر سنّه طبقاً للمادّة 42 من القانون المدني تعتبر جميع تصرفاته باطلة".

ويلحق بعدم التّمييز، الجنون والمعتوه¹، فهبة عقار كلّ منهما باطلة إذا صدرت بعد تسجيل قرار الحجر عليهما، إلى ذلك أشارت الفقرة الأولى من المادة 114 من ق. م. م.

أمّا إذا كانت هبة عقارهما قد صدرت منهما قبل تسجيل قرار الحجر عليهما، فلقد نصّ التّقنين المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 114 المحلّة أعلاه على أنّ هذا التصرّف لا يكون باطلاً إلّا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التّعاقد أو كان المتعاقد الآخر على بينة منها، وعليه فهبتهما لا تكون باطلة إلّا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة ومعلومة للنّاس وقت الإقدام على التّعاقد معهما بغضّ النظر عن علم المتعاقد الآخر أو جهله بها، كما تكون باطلة أيضاً إذا ثبت علمه بها².

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري بعد أن قضى في نصّ المادة 1/42 من ق. م. ج على أنّ العته والجنون معدمان للأهلية بحيث لا يكون المصاب بهما أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية، نصّ في المادة 85 من ق. أ. ج على أنّ تصرّفات الجنون والمعتوه غير نافذة إذا صدرت حال الجنون والعته؛ وبحسبانهما محجور عليهما بحسب نصّ المادة 101 من نفس القانون، إعتبر تصرّفهما - طبقاً لنصّ المادة 107 من ق. أ. ج - بعد الحكم باطلاً، وقبل هذا الأخير كذلك إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما ممّا يجعل التّناقض في تطبيق النصوص قائماً.

هذا، علاوة على أنّ المشرّع لم يوفّق في صياغة نصّ المادة 85 من ق. أ. ج، ففي حين اعتبر تصرّفات الجنون والمعتوه غير نافذة في النصّ العربي، نجد في المقابل لترجمته بالفرنسية يشير إلى أنّها

¹ - الجنون: هو من اختلّ عقله على نحو يمنع جريان أفعاله وأقواله على ما يقتضيه العقل السّوي، والجنون لديه أهلية وجوب كاملة بخلاف أهلية الأداء فمعدومة عنده شأنه في ذلك شأن الصبيّ غير المميّز، بحيث تقع أعماله باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الإرادة لديه، أمّا المعتوه فهو من كان مختلط الكلام فاسد التّمييز وإن كان لا يضرب أو يشتم كما يفعل الجنون، فالعته إن ذهب بالعقل والتّمييز فهو نوع من الجنون الساكن، وبأخذ المعتوه غير المميّز حكم الجنون والصبيّ غير المميّز فيكون معدوم الأهلية، أمّا إذا لم يذهب تمييزه فيكون ناقصاً للأهلية شأنه في ذلك شأن الصبيّ المميّز. أنظر: محمّد صبري السّعدي، المرجع السابق، ص. 157-158؛ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطّاب، الإسكندرية، د. س. ط. ص. وما يليها، ص. 317 وما يليها، عبد السلام التّبوخي، المرجع السابق، ص. 109 وما يليها.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 55.

باطلة¹، وبذلك لا يستقيم القول بأنَّ تصرّف المجنون والمعته غير نافذ وهما عديما الأهلية، وعليه فالنصّ الفرنسي هو الصّحيح بما اقتضاه من حكم البطلان².

المحصّلة ممّا سبق، أنّ عدم الأهلية - سواء أكان صغيراً ما دون السابعة أو الثالثة عشر من عمره أو ممّن يعتريه الجنون والعته - هبته باطلة بطلاناً، وفي ذلك يتّفق القانون المدني مع حكم الفقه الإسلامي³ وما قضت به التشريعات المعاصرة⁴. واستدلّ على ذلك أورد المرحوم قدري باشا تلك الأحكام في المادّة 209 من مرشد الحيران اقتباساً من الفقه الحنفي حيث قضت بأنّ "المحجور عليه لصغر سنّه وعدم تمييزه، تصرّفاته وعقوده باطلة لا تنعقد أصلاً سواء أكانت نافعة له أو مضرة أو دائرة بين النفع والضّرر، والكبير والمجنون جنونا غالباً على عقله حكمه حكم الصّغير الذي لا يعقل، فلا تصحّ عقوده التي يعقدها حال جنونه، بل تكون باطلة أيضاً، فإن كان يجنّ تارة ويفيق أخرى فعقوده التي يعقدها حال إفاقته وهو تامّ العقل صحيحة نافذة"⁵.

البند الثاني: ناقص الأهلية

يدخل في حكم ناقص الأهلية الصبيّ المميّز والسّفيف وذو الغفلة، وفي شتّى الأحوال، فإنّ هؤلاء لا يملكون الإيهاب لأنّه تصرّف ضارّ ضرراً محضاً، ومن ثمّ فإنّه يستلزم لإجرائه أهلية التبرّع.

ويبدأ طور الصبيّ المميّز طبقاً لنصّ المادّة 43 من ق. م. ج من وقت بلوغه سنّ التمييز المحدّدة بـ

¹ - Art 85 : « Les actes d'une personne atteinte de démence, d'imbécilité ou de prodigalité, accomplis sous l'empire de l'un de ces états, sont nuls ».

² - محمّد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضّرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص. 167.

³ - لم تؤسّس مدارس الفقه الإسلامي لمسائل الأهلية نظرية مستقلة إلا من خلال نظيرتها الحديثة، وقد كان السبب في ذلك اهتمامهم بالبحث عن حلول عملية تساير متطلبات الواقع الاجتماعي من خلال استنباطها من مصادر اجتهادية مرنة، جعلت أحكام الأهلية تتباين ضمن مختلف صيغ التعاقد بين الصحة والبطلان، وبناء على ذلك أصل الفقه الإسلامي الحديث لمسائل الأهلية نظرية مستقلة أكثر توسّعاً من نظيره القانون الوضعي، حيث ابتدئها بإيراد مفهوم لها ثمّ تفصيل لأقسامها، لينتقل إلى بيان أطوارها فتوضيح عوارضها. لأكثر تفصيل راجع: عبّاس حسني محمّد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. د. ط، د. س. ط، 1، 1993، ص. 197 وما يليها؛ يوسف القرضاوي، عوامل السّعة والمرونة في الشريعة الإسلامية، سلسلة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، د. س. ط، ص. 47.

⁴ - كالتقنين المدني الفرنسي الذي علّل فقهاء حماية المشرّع لعدم الأهلية إلى طبيعة عقد الهبة المفقرة أساساً. أنظر:

TODOROVA Liliana, Op. cit., p.153.

⁵ - قدري باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال التّاس على مذهب أبي حنيفة التّعمان، إعتناء صلاح الدّين التّاهي، دار العربية للنشر والتوزيع، عمّان، الأردن، 1987، ص. 265. ويعتبر هذا الأخير من أجلّ أعمال تقنين الفقه الإسلامي في مصر، وقد جمع فيه مختلف أحكام المعاملات معتمداً في ذلك على المذهب الحنفي، فضلاً عن اقتباسه من مجلّة الأحكام العدلية، بعد أن صاغه في شكل التقنينات الوضعية الحديثة ضمن أكثر من 941 مادّة.

13 سنة، أو 7 سنوات وفقاً لنص المادة 46 من ق. م. م - ومن اقتضى أثره من مختلف التقنيات العربية - إلى حين بلوغه سن الرشد، وفي هذه المرحلة يتمتع بأهلية أداء محدودة بالتصرفات النافعة له نفعاً محضاً، فتكون صحيحة إذا صدرت منه وإن لم يأذن بها وليه، حيث يستطيع أن يقبل الهبات العقارية متى كانت بدون عوض، أما التصرفات الضارة به كأن يهب بعض عقاراته للغير، فتعتبر باطلة ولا ترد عليها الإجازة، خلافاً للأخرى المترددة بين النفع والضّرر حيث تنعقد صحيحة موقوفة متى أقرها وليه أو وصيه، فوليّه مخير بين إعطاء الإجازة من عدمها، فإن رآها مفيدة في حق الصغير أجازها وإلا فلا ومثالها البيع والشراء والاستئجار وسائر المعاوضات¹. والقول بأن هذا النوع من العقود موقوف على إجازة الولي هو ما ذهب إليه أبو حنيفة² ومالك³ وابن حنبل⁴، ووافقهم المشرع الجزائري في المادة 83 من ق. أ. ج حينما قضى بأنه "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 من القانون تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما كانت مترددة بين النفع والضّرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

على أنه يشار إلى أنّ المشرع الجزائري قد جعل من التصرف الدائر بين النفع والضّرر للصبي المميز يأخذ حكماً مزدوجاً، إذ يعتبره بموجب نص المادة 101 من ق. م. ج قابلاً للإبطال، في حين يقرر بمقتضى المادة 83 من ق. أ. ج بأنه موقوف التّفاذ على إجازة الولي أو الوصي؛ ونظراً لتعارض نصين مختلفين يورد كل منهما حكماً مخالفاً للآخر مع انعدام إمكانية التوفيق بينهما، فالعبرة بالنص الأحدث المتمثل في نص المادة 101 من ق. م. ج باعتباره ملغٍ للنص الأقدم المتمثل في نص المادة 83 من ق. أ. ج، وذلك تطبيقاً لنص المادة 2 من ق. م. ج القاضي بأنه "لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء"، وبذلك تكون فكرة الوقف⁵ التي قرّرت بمقتضى المادة 83 من ق. أ. ج

¹ - محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال: القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص. 123 وما يليها.

² - أنظر في شرائط التّفاذ ومنها الولاية: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، المرجع السابق، ص. 153 وما يليها.

³ - عبد السّند حسن بمامة، موسوعة شروح الموطأ للإمام مالك بن أنس، التّمهيد والاستدكار لأبي يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ، القبس لأبي بكر محمد عبد الله بن العربي المالكي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز البحوث الإسلامية، القاهرة، ط1، 2005، ص. 91؛ وهو نفس الحكم الذي قضت به المادة 24 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "وبصح عقد السّفيه أو الصغير المميز ولا يكون لازماً إلا إذا أمضاه وليه أو كان وكيلاً في عقده عن رشيد".

⁴ - يشار في هذا الصّدّد بأنّ الحنابلة والشافعية في قول ثانٍ لهم ذهبوا إلى القول بطلان تصرف الصبي المميز الدائر بين النفع والضّرر ولو أذن به وليه. أنظر في ذلك: طاهر معتمد خليفة السّيسي، نظرية الإجازة وأثرها في العقود والتصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1999، ص. 83.

⁵ - أنظر في فكرة الوقف وإجازة العقد الموقوف:

ملغية ضمناً بنص المادة 101 من ق. م. ج القائلة بالقابلية للإبطال¹، وهو نفس الحكم الذي ذهب إليه المشرع المصري في هذا الصدد بمقتضى المادة 111 من ق. م. م² اقتداء بالتقنين المدني الفرنسي وخلافاً لباقي التشريعات المدنية العربية³.

ويلحق بالصبي المميز السفه⁴ وذو الغفلة⁵، غير أنّ الحكم بالنسبة إليهما يختلف باختلاف ما إذا جاءت هبة العقار قبل تسجيل قرار الحجر أو بعده تبعاً لما قرّرت المادة 115 من ق. م. م بالقول: "إذا صدر تصرف من ذي الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على التصرف ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام.

أمّا التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للإبطال إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ".

وعليه، فقبل الحجر عليهما فإنّ تصرفاتهما تقع صحيحة، فيجوز أن يهبها وتصح هبتهما حسب الأصل، ما لم تكن قد أبرمت بالتواطؤ بين المتعاقدين توقعاً للحجر⁶، أو كانت نتيجة استغلال من

juridique et économique, 31^{ème} année, n° 1 et 02, janvier et juillet 1989, p. 4 ; CHAHATA Chafik, le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé, Revue de sciences juridique et économique, 5^{ème} année, n° 1, 1963, p. 7.

¹ - تجدر الإشارة إلى أنّ التقنين المدني الجزائري لم يتناول جميع أحكام ناقصي الأهلية، تاركاً أهمها لقانون الأسرة، مع أنّه هو المختص بإيراد أحكام مختلف التصرفات المدنية خلافاً لقانون الأسرة الذي ينبغي أن يتناول الأحكام المتعلقة بحالة الأشخاص، وعلى ذلك فأحكام التصرفات القائم بها ناقصي الأهلية أصبحت موزعة بين قانونين مختلفين مع أنّها في الأصل تدخل في دائرة اختصاص الشريعة العامة. أنظر في هذا الصدد: علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 18 وما يليها.

² - القاضية بأنّه "إذا كان الصبي مميّزاً كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً. أمّا التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصر .."

³ - أنظر موقف التقنينات المدنية العربية الآخذة بنفاذ التصرف المتروك بين النفع والضرر متى أجازها الولي أو الوصي: المادة 5 مدني سوداني، المادة 61 مدني يمني، المادة 87 مدني كويتي، المادة 97 مدني عراقي، المادة 2/118 مدني أردني.

⁴ - السفه: هو من يبدّر المال على غير مقتضى من العقل والشرع، ويكون في حالة لا يحسن القيام بالتصرف في ماله وتديره وينفق منه في غير محلّ إنفاق. أنظر في مختلف تعريفاته: محمّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 157؛ مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه، المرجع السابق، ص. 504؛ بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، المرجع السابق، ص. 496.

⁵ - ذو الغفلة: هو الذي لا يهتدي إلى معرفة النافع له إذا تصرف، بحيث لا يميّز بين الرّبح والخسارة فيدخل بسهولة في التفاوض ويؤمن لسلامة نتية على الوجه الذي يهدّد ماله لخطر الضياع. أنظر في مختلف تعاريفه: بدران أبو العينين، الشريعة الإسلامية، تاريخها ونظرية الملكية والعقود، المرجع نفسه، ص. 443؛ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، المرجع السابق، ص. 131؛ محمّد سلام مذكور، المرجع السابق، ص. 457.

⁶ - يُراد بالتواطؤ: أن يقوم الشخص المزمع الحجر عليه بالاتفاق مع طرف ثانٍ والتعاقد معه بغية تبديد أمواله قبل التحجير عليه عندما يتوقع ذلك. أنظر: عبد المجيد الحكيم، الكافي، شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني ج1، مصادر

المتعاقد الآخر¹، حيث تكون في هذين الفرضين باطلة أو قابلة للإبطال حسب الأحوال.

أما بعد تسجيل قرار الحجر عليهما، فإنه يسري على تصرفهما في هذه الحالة ما يسري على تصرفات الصبي المميز المنصوص عليها بموجب المادة 111 من ق. م. م.

ومؤدى ذلك أن التصرفات النافعة نفعاً محضاً للسفيه أو لذي الغفلة تقع صحيحة، على أن تلك الضارة بهما ضرراً محضاً باطلة، في حين أن تلك الأخرى المترددة بين النفع والضرر تقع قابلة للإبطال لأيّ منهما².

إتساقاً مع ذلك، فإن كل منهما لا يستطيع أن يهب عقاره للغير، فإن وهبه بدون عوض وقعت هبته باطلة لا ترد عليها الإجازة، أما إذا كانت الهبة بعوض فإنها تقع قابلة للإبطال لفائدة أيّ منهما.

فإذا كان هذا هو شأن التقنين المدني المصري فيما أورده من أحكام للسفيه وذي الغفلة، فإن المشرع الجزائري قد اختلط عليه الأمر في ذلك، فطبقاً للمادة 43 من ق. م. ج والمادة 85 من ق. أ. ج التي جاءت بأحكام السفيه تبعاً لأحكام المجنون والمعتوه حيث قضت بأنه "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته والسفه"، فإنه يلاحظ ما يلي:

- أخطأ المشرع الجزائري لما ألحق تصرفات السفيه بالمجنون والمعتوه (باعتبارهما عديمي الأهلية)، في حين كان قد عدّه بمقتضى المادة 43 من ق. م. ج ناقص أهلية.

- سبق وأن أشرنا إلى أن النص الأصلي (العربي) للمادة 85 من ق. أ. ج قد أخطأ بإيراده لحكم عدم النفاذ في حين أن النص الفرنسي لها يكون صحيحاً لما قضى بالبطلان تبعاً لتوجه المشرع الجزائري واختياره لحكم البطلان طبقاً لنص المادة 101 من ق. م. ج المعدل (المستحدث)³.

- بالرغم من الإشارة إلى ذي الغفلة بحسابه ناقصاً للأهلية بمقتضى المادة 43 من ق. م. ج، فإن كلاً من المادتين 85 و 101 من ق. أ. ج أغفلتا ذكر ذي الغفلة إلى جانب السفيه، مع أن مختلف

الالتزام، د. د. ط، د. ب. ط، 1993، ص. 298.

¹ - يُراد بالاستغلال: إغتنام الغير فرصة ما يعانیه الشخص من نقص بسبب السفه أو الغفلة، فيستصدر منه تصرفات يستغل بها ويثري بها من أمواله. أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 49.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 98-99؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 84.

³ - أنظر: محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، المرجع السابق، ص. 28.

المدارس الفقهية¹ والتقنيات المدنية² قرنت بينهما وقضت فيهما بنفس الحكم.

إنساقاً مع ما سبق، وطبقاً لنص المادة 107 من ق. م. ج - المحيلة إلى نص المادة 101 من نفس القانون -، فإنّ السّفيه - ويلحق به ذو الغفلة - تكون هبة عقّاره بعد الحكم عليه باطلة، وقبل الحكم كذلك إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورهما. وفي هذه الحالة تكون للقاضي السلطة التقديرية، بحيث يتعيّن عليه أن يتحقّق من حسن النّيّة لدى الغير والوقت الذي كان فيه إدراك للمحجور عليه (السّفيه وذو الغفلة)، كما يجب عليه أيضاً أن يأخذ بعين الاعتبار مصلحته قبل كل اعتبار.³

وبالرّجوع إلى ما يقابل ما تقدّم في الفقه الإسلامي، جدير الإشارة إلى أنّ الأحناف ذهبوا إلى القول بعدم التّحجير على السّفيه، ولو حجر عليه القاضي لم ينقذ حكمه، إذ السّفيه - في رأيهم - كالرّشيد في التّصرف المالي وغير المالي، وعللّ بعض أصحابه ذاك المنع بالقول بأنّ الحجر استلاب لآدميته السّفيه وإلحاقه بالبهائم⁴، وبأنّ الشّخص إذا بلغ اكتملت أهليته وارتفعت الولاية عنه سلّم له ماله، فإذا ما أصابه السّفه بعد ذلك فلا يحجر عليه ولا يسلب منه ماله، لأنّ الحجر⁵ إهدار لآدميته؛ وذلك ضرر عظيم فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص. وعلى ذلك فهبة عقّاره صحيحة نافذة على قول أبي حنيفة خلافاً للجمهور - المالكية والشافعية والحنابلة والإمامية والصّاحبين من الحنفية - الذين قالوا بضرورة الحجر عليه⁶ ومن ثمّ تكون هبته باطلة.

¹ - أنظر: وهبة الزّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 4، المرجع السابق، ص. 2972 وما يليها.

² - أنظر موقف التقنيات المدنية العربية من ذلك في التّصوُّص الآتية: المادة 115 مدني مصري، المادة 116 مدني سوري، المادة 115 مدني ليبي، المادة 110 مدني عراقي.

³ - الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط1، 2005، ص. 218-219.

⁴ - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 193.

⁵ - فإذا كان الصّاحبان من الحنفية (محمد بن الحسن وأبو يوسف) يريان الحجر على السّفيه، فإنّ الأوّل قال بأنّ الحجر يكون بذات السّفه تصرّف يصدر بعد ثبوت السّفه عليه ولا يكون نافذاً حتّى ولم يصدر حكم القاضي بالحجر، لأنّ العلة متى وجدت وجد معلولها بلا توقّف على أمر آخر، بخلاف الثّاني الذي قال بضرورة الحجر على السّفيه بحكم القاضي وكلّ تصرّف يصدر منه قبل الحجر يكون صحيحاً نافذاً وذلك حتّى لا يضارّ من يتعامل معه على غير بّيّنة، كما أنّ الحجر عليه مختلف فيه لدى الفقهاء، فحسماً للخلاف يجب القضاء به، وإن كان الحجر أمر متروك بين الضّرر والتّفع بالنّسبة إليه، فضلاً عن أنّ إهدار أهليته ضرر عليه وإبقاء ماله خير له، فكان لا بدّ من القضاء بالحجر عليه ترجيحاً لأحد الجانبين على الآخر. أنظر: عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع نفسه، ص. 195؛ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشّريعة، المرجع السابق، ص. 269.

⁶ - أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها والولاية في الشّرع الإسلامي، مجلّة القانون والاقتصاد، كليّة الحقوق، جامعة القاهرة، ع 1، سنة 1، ماي 1931، ص. 370.

وكما اختلف الفقهاء في تأثير السّفه على الأهلية، اختلفوا أيضاً في الغفلة على قولين:

الأول: قال به أبو حنيفة وابن حزم، حيث رأيا بأنّ الغفلة لا تؤثر على أهلية الأداء¹، ومن ثمّ لا يعتبر ذو الغفلة ناقص أهلية، ولا يجوز الحجر عليه على اعتبار أنّه كامل الأهلية وهبته صحيحة.

الثاني: قال به الشافعية الذين رأوا بضرورة الحجر على ذي الغفلة² إذا علم عنه أنّه لا يحسن التصرف ويغبّن في تصرفاته، بحيث يكون الغبن سمة متكرّرة في أكثر حالاته، على ذلك فهبة عقاره باطلة.

البند الثالث: الواهب البالغ الرّشيد

إذا بلغ الشّخص رشيداً مكتملاً سنّ 19 سنة - حسب نصّ المادة 2/40 من ق. م. ج³، أو 21 سنة كما تقتضيه المادة 2/44 من ق. م. م.⁴، أو 18 سنة حسب ما قرّرت المادة 414 من ق. م. ف⁵ - وتوافرت فيه أهلية التبرّع يستطيع عندئذ أن يهب ما يريد من ماله - عقّاراً كان أو منقولاً -، فله أن يهب جزء من ماله أو كلّه لمن يشاء وارثاً كان أو غير وارث، فليس هناك نصّاً للهبة⁶ كما وجد الثّلاث نصّاً للوصيّة⁷ ما لم تكن الهبة قد صدرت في مرض موته فتأخذ - حينئذ - حكم الوصيّة.

¹ - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السّابق، ص. 198.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشّريعة الإسلامية، المرجع السّابق، ص. 282 وما يليها.

³ - قضت المادة 2/40 من ق. م. ج بأنّ "سنّ الرّشد تسعة عشر (19) كاملة".

⁴ - قضت المادة 2/44 من ق. م. م بأنّ "سنّ الرّشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

⁵ - Art 414 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance ».

⁶ - اللّهم إلّا إذا كانت الهبة للمكفول، حيث أجازت المادة 123 من ق. أ. ج للكافل بأن يهب لمكفوله بماله في حدود الثّلاث، وإن وهب أكثر من ذلك بطل على ما زاد على الثّلاث إلّا إذا أجازته الورثة، وهذا حكم غريب أورده المشرّع الجزائري فسّر على نحو حماية الورثة من خلاله. أنظر: لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدل والمتّم بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، دراسة تفسيرية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص. 112.

⁷ - يعدّ نصاب الهبة في لبنان من الأمور الشّائكة في المحاكم وبين رجال القانون، يرجع ذلك إلى أنّه قبل صدور قانون الموجبات والعقود في 09 آذار 1932، كانت مجلّة الأحكام العدلية هي المطبّقة على الهبة سواء للمسلمين أو غير المسلمين ولم تكن تحدّد نصّاً معيّناً لها، ممّا كان يسمح للواهب أيّاً كانت طائفته التصرف بحبة كلّ أو جزء من أمواله دون تحديد نصاب، وبقي الأمر على هذا الحال حتّى صدور قانون الموجبات والعقود، حيث قضت المادة 512 منه على أنّه "لا يصحّ أن تتجاوز الهبات حدّ النّصاب الذي يحقّ للواهب أن يتصرف فيه"، وأردفت المادة 531 من نفس القانون بالقول إنّ الهبة التي تتجاوز - طبقاً لما نصّ عليه في المادة 512 - حدّ النّصاب المعين بالنّسبة إلى قيمة الأموال التي تركها الواهب عند وفاته، يجب أن يخفّض منها كلّ ما تجاوز ذلك النّصاب. على أنّ هذا التخفيض لا يبطّل مفاعيل الهبة ولا حيّزة الواهب للثّمار في مدّة حياته". ومع ذلك فإنّ قانون الموجبات والعقود لم يعيّن حدّ النّصاب في الهبات ممّا أثار خلافاً واسعاً في الاجتهاد والفقه في الأخير. لأكثر تفصيل في المسألة، راجع: عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج

فإذا صدر عن الواهب الرّشيد هبة كلّ ماله - عقّاراً كان أو منقولاً - حال صحّته، فإنّ الهبة تكون صحيحة، إذ لا يوجد في التشريع الجزائري أو المصري ما يسمّى بحقّ الورثة في إنقاص الهبة "Droit de réduction" إلى نصاب الوصيّة بعد موت الوارث. وإذا كانت الهبة لوارث، لم يكن للورثة - كما لهم في التّقنين المدني الفرنسي - أن يستردّوا المال الموهوب للتركة "Droit rapport" ليقتسموه جميعهم مع الموهوب له كلّ بحسب نصيبه في التركة¹.

ومع ذلك فإنّ المقام يستلزم في هذا الصّدّد التّعرض إلى بعض الحالات التي ينبغي التوقّف عندها تبياناً لهبة الرّشيد البالغ، بدءاً بهبة الزّوجة الرّشيدة (أولاً)، ثمّ هبة المدين البالغ (ثانياً)، فهبة أصحاب العاهة (ثالثاً) على التّحوّ التّوالي:

أولاً: هبة الزّوجة الرّشيدة

لم يشأ المشرّعين الجزائري والمصري - شأنهما شأن باقي التّقنينات المدنية - أن يضعوا قيوداً على حرّية الزّوجة في التّصرف في مالها، إذ أنّها تملك حال صحّتها كامل الحرّية² في أن تهب كلّاً أو جزءاً منه - منقولاً كان أو عقّاراً - دون حاجة إلى استئذان زوجها أو استصدار موافقته، فهي وزوجها سواء في ذلك حيث يملك كلّ منهما في أن يتصرّف بماله بحريّة دون أن يتوقّف على إذن أحدهما على الآخر.

أمّا في ضوء التّقنين المدني الفرنسي، فإنّ المرأة المتزوّجة إلى ما قبل صدور قانون 18 فيفري 1938 الذي عدّل بمقتضاه بعض نصوص القانون المدني، لم يكن يمنحها الحقّ في أن تهب مالها إلّا برضا زوجها، وفي حالة عدم موافقة الزّوج، جاز لها أن تحصل على إذن بمباشرة الهبة من القضاء طبقاً لنصّ المادّة 905 من ق. م. ف. بيد أنّ المشرّع الفرنسي بعد تعديل التّقنين المدني الفرنسي بموجب القانون المذكور أعلاه ألغى هذا الحكم فضلاً عن إلغائه لنصّ المادّة 934 من نفس القانون التي كانت تقضي بمنع قبول المرأة المتزوّجة الهبة دون رضا زوجها واستصدار إذن قضائي في حالة رفضه.

ومن ثمّ، فإنّه بعد صدور قانون 18 فيفري 1936 أضحت المرأة تملك حقّ قبول الهبة دون توقّف على إذن من الزّوج أو القضاء، ولم تعد مساهمة الزّوج ضرورية إلّا إذا كانت الهبة بعوض أو تكليف يرهق نظام الذمّة المالية المشتركة بين الزّوجين، ما لم يتمّ إعفاء الزّوجة من هذا العبء، وذلك ما

1، المرجع السابق، ص. 355 وما يليها.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 100.

² - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 96.

أقره لاحقاً القانون الصادر في 13 يوليو 1965 بشأن قبول الهبة مع مراعاة التحفظ السابق¹.

أما بخصوص الفقه الإسلامي، فلقد تباينت أقوال فقهاء مدارس حول صحة هبة الزوجة الرشيدة من مالها دون ترخيص من زوجها، "قَالَ اللَّيْثُ: لَا يَجُوزُ لَهَا ذَلِكَ مُطْلَقًا لَا فِي الثُّلْثِ وَلَا فِيمَا دُونَهُ إِلَّا فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ، وَقَالَ طَاوُسٌ وَمَالِكٌ: إِنَّهُ يَجُوزُ لَهَا أَنْ تُعْطِيَ مَالَهَا بِغَيْرِ إِذْنِهِ فِي الثُّلْثِ لَا فِيمَا فَوْقَهُ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَذَهَبَ الْجُمْهُورُ إِلَى أَنَّهُ يَجُوزُ لَهَا مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ إِذْنٍ مِنَ الزَّوْجِ إِذَا لَمْ تَكُنْ سَفِيهَةً، فَإِنْ كَانَتْ سَفِيهَةً لَمْ يَجُزْ"².

وقد احتج الجمهور بأحاديث مختلفة تقضي بجواز تصدق الزوجة من مال زوجها من دون ترخيصه، فإن جَوَّزَ لها ذلك في ماله على النحو الذي ذكر، فمن باب أولى يكون الجواز حقيق في مالها، لأجل ذلك حمل الفقهاء الحديث المروي عن عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو أَنَّ النَّبِيَّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ: «لَا يَجُوزُ لِمَرْأَةٍ عَطِيَّةٌ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا» على كون الزوجة سفيهة، كما حمل مالك أدلة الجمهور على الشيء اليسير جاعلاً حده الثلث وأقله³.

ثانياً: هبة المدين البالغ

تباينت آراء الفقهاء فيما يتعلق بهبة المدين البالغ الرشيد على نحو ثلاثة أقوال:

الأول: قضى بأن تكون هبة المدين الرشيد - إنصبّت على منقول أو عقار - وكافة تبرعاته صحيحة نافذة، ولا معنى للحجر عليه على الإطلاق طالما هو في تمام صحته وعافيته. إلى ذلك أشار أبو حنيفة وابن حزم الظاهري.

الثاني: قال بكون هبة المدين الرشيد - وردت على منقول أو عقار - وهو في تمام صحته وغير محجور عليه صحيحة، أما لو كان محجوراً عليه فهبته وجميع تبرعاته موقوفة على إجازة الدائنين. إلى ذلك نحي الجمهور.

¹ - ومن شاكلته مثلاً أنه في حالة امتناع الزوج عن الإذن بالشهر إذا كان محل الهبة عقاراً، فإنه يمكن لها أن تبشره بدون أي تصريح (المادة 1/940 من ق. م. ف). أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 224، هامش رقم: 1.

² - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج 6، المرجع السابق، ص. 24.

³ - القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين، ت: عبد الكريم بن محمد اللّاحم، ج 1، مكتبة المعارف، الرياض، ط 1، 1985، ص. 441-442؛ محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج 6، المرجع نفسه، ص. 18 وما يليها.

الثالث: تكون هبة المدين - سواء كان محلّها منقولاً أو عقاراً - ومختلف تبرّعاته موقوفة مطلقاً على إجازة دائنيه. بهذا نوّه مالك واستحسن رأي ابن القيم على اعتبار اختياره من لدن شيخه ابن تيمية.

ولقد أسّس مالك - رحمه الله - اختياره هذا بالقول بأنّ هذا المذهب هو مقتضى الشرع وقواعده، لأنّ حقّ الغرماء قد تعلّق بماله ولأجل ذلك يحجر عليه قضاء، ولولا تعلّق حقّ الغرماء بماله لم يكن ليسع الحاكم التّحجير عليه¹.

فإذا كان التّقنين المدني الجزائري في ذلك - مقتفياً لأثر التّقنين المدني المصري - ينجح إلى رأي أبي حنيفة في صحّة ونفاذ هبة المدين العاقل، فإنّه مع ذلك أجاز للدائن مباشرة الدّعى البوليصية "L'action Paulienne"² القاضية بعدم نفاذ التّصرف الذي أجراه المدين في حقّه، مشروطاً ضمن نصّ المادتين 191، 192 من ق. م. ج - المقابلتين لنصّ المادتين 237-238 من ق. م. م - الشّرائط الآتية:

- أن يصدر تصرّف ضارّ من المدين يكون قد انتقص من حقوقه أو زاد في التزاماته، وترتّب عليه إعسار المدين أو الزّيادة في إعساره³.

- أن ينطوي التصرّف بعوض دون التصرّف بالتبرّع على غشّ المدين وعلم المتصرّف إليه بهذا الغشّ، أمّا إذا كان التصرّف الذي قام به المدين تبرّعاً فإنّه لا يحتجّ به على الدائن ولو كان المتبرّع له حسن النّيّة.

يستشف من النصّ المذكور أنّ المدين إذا صدر منه عقد تبرّعي كالهبة مثلاً، فليس من الضّروري أن يثبت الدائن غشّ المدين الواهب أي علمه بإعساره، بل ليس من الضّروري أن يثبت علم الموهوب له بإعسار المدين من باب أولى، ويكفي - حينئذ - لقيام الدّعى البوليصية في هذه الحالة أن يثبت الدائن أنّ هذا التبرّع قد سبّب إعسار المدين أو زاد في إعساره، سواء كان المدين يعلم بذلك أو لا يعلم، وسواء كان الموهوب له يعلم هو كذلك أو لا يعلم⁴. والعلة في ذلك واضحة، إذ ليس من المعقول أن يتبرّع

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص. 621؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 224-225.

² - أنظر في مدى اهتمام الفقه الفرنسي بتنظيم هذه الدّعى فضلاً عن إبراز أحكامها وآثارها:

VAN OMMESELAGHE Pierre, Droit des Obligation, T. 3, Régime général de L'obligation, Bruylant bruxelles, Belgique, 2010, p. 2114 et s.

³ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 76-77.

⁴ - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات - آثار

المدين في ماله وينقذ تبرّعه في حقّ دائنيه في الوقت الذي يترتب على تبرّعه هذا عدم إمكان تحصيل الدائنين على حقوقهم. هذا كلّه خلافاً للوضع في فرنسا، إذ الغشّ مستلزم في جانب المدين فضلاً عن اشتراطه لقيام الدّعى البوليصية، سواء أكان التصرف المطعون فيه معاوضة أو تبرّعاً. لكن إذا كان التصرف معاوضة أشرط أيضاً الغشّ في جانب من صدر له التصرف، عكس ما إذا كان التصرف تبرّعاً فإنّ المشرّع لم يشترط الغشّ في جانب من صدر له التبرّع¹.

إنهاء، يجدر التنويه حين التكلّم عن الدّعى البوليصية في مواجهة عقد هبة العقار ضمن ما قرره التقنين المدني الفرنسي لنفس الدّعى من أحكام، أنّ المشرّع الفرنسي وضع تطبيقاً لهذه الأخيرة من خلال نصّ المادة 921 من نفس القانون²، حيث قضى بإرجاع الهبة إلى نصابها المفروض قانوناً بناء على طلب كلّ ذي مصلحة في ذلك.

ثالثاً: هبة أصحاب العاهة

قد يخشى على من أصيب بعاهة التصرف - عند انفراده - في ماله، لاسيما إذا كان قد أصيب بعاهتين من عاهات فقد السمع والبصر والنطق بأن يكون الشخص أصمّاً أبكمّاً، أو أعمى أصمّاً، أو أعمى أبكمّاً، فهو في هذه الحالة لا يمسّ العجز عقله ولا يصيب تدبيره، فهو كامل الأهلية رغم إصابته بهذه العاهة، غير أنّه يتعدّر عليه بسبب هذا العجز الجسماني التعبير عن إرادته تعبيراً صحيحاً يخاف عليه أن يقع فريسة الغلط عند إبرامه التصرفات³، لذا قرّر القانون نظام المساعدة القضائية له فأجاز للمحكمة أن تعيّن له من يتولّى مساعدته في إبرام التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها وذلك طبقاً لما نصّت عليه المادة 80 من ق. م. ج بقولها - المطابقة لنصّ المادة 117 من ق. م. م - "إذا كان الشخص أصمّاً أبكمّاً، أو أعمى أصمّاً، أو أعمى أبكمّاً⁴ وتعذر عليه بسبب تلك العاهة التعبير عن إرادته

(الالتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998، ص. 1039.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 226، هامش رقم: 3.

² - Art 921 : « La réduction des dispositions entre vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayants cause : les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.

Le délai de prescription de l'action en réduction est fixé à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, ou à deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès ».

³ - محمّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 158.

⁴ - أضاف قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 (المصري) المتعلّق بأحكام الولاية على المال الصادر في 30 يونيو 1952 ضمن مادّته 2/70 إلى العاهات المذكورة، حالة أخرى يجوز للمحكمة أن تعيّن للشخص مساعداً قضائياً لو تحققت، وهذه الحالة تتمثّل في "إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف في ماله بسبب عجز جسماني شديد"، وهي الحالة غير المنصوص عليها في التشريع

جاز للمحكمة أن تعيّن له مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات¹ التي تقتضيها مصلحته.

ويكون قابلاً للإبطال كل تصرف عُيّن من أجله مساعد قضائي إذا صدر من الشخص الذي تقرّرت مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة".

يستشفّ من المادة أعلاه بأنّ نظام المساعدة يتقرّر للأشخاص أصحاب العاهات متى توافرت الشروط الآتية:

- إجتماع عاهتين على الأقلّ من العاهات المذكورة في الشخص وهي الصّم والعمى والبكم.

- أن يتعدّر على الشخص المجتمع فيه عاهتين مصاب بهما من التعبير عن إرادته تعبيراً سليماً، فإن أمكنه بالرغم من اجتماع هذين العاهتين لديه أن يتفهّم ظروف التصرف الذي يرمه وأن يعبر عمّا يبتغيه بشأنه، فلا يحقّ إخضاعه لنظام المساعدة القضائية، ويرجع الفصل في ذلك لقاضي الموضوع.

- إلزامية تسجيل قرار المساعدة حماية للغير وإعلاماً لهم بوضعية من يتعاملون معه من أصحاب العاهات المذكورة، مع العلم بأنّ المشرّع الجزائري لم يوضّح آليات شهر قرار المساعدة في التشريع الجزائري.

- يكون قابلاً للإبطال كل تصرف صدر من الشخص الذي تقرّر مساعدته قضائياً من دون معاونة المساعد إذا وقع التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة².

وعليه إذا عيّنت المحكمة مساعداً قضائياً للشخص المجتمع فيه عاهتين، فإنّه لا يستطيع أن يهب ماله إلاّ بمعاونة المساعد، وإلاّ كانت هبة عقاره قابلة للإبطال لمصلحته.

غير أنّه إذا امتنع المساعد القضائي - وفق ما تقتضيه المادة 2/81 من قانون الولاية على المال -

الجزائري، وقد أثير بشأنها عدّة إشكالات في نطاق الممارسة المهنية على اعتبار أنّها مغفل التّنصيب على أحكامها ممّا يتوجب تدراك الوضع بالضرورة.

¹ - وهي التصرفات التي ذكرتها المادة 39 من قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 (المصري) المتعلّق بأحكام الولاية على المال الصادر في 30 يونيو 1952، ويدخل ضمنها التبرعات التي يجوز للوصيّ مباشرتها بإذن المحكمة؛ كما لا يجوز للوصيّ - بحسب المادة 38 من نفس القانون - التبرّع بمال القاصر إلاّ لأداء واجب إنساني أو عائلي وبإذن من المحكمة. أنظر: أسامة أحمد شتات، قوانين الأحوال الشخصية والميراث والوصيّة والولاية على المال حسب أحدث التعديلات، دار الكتب القانونية، المحلّة الكبرى، مصر، 2006، ص. 147-148.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السّابق، ص. 101.

من أن يشترك في إبرام عقد هبة العقار، جاز رفع الأمر إلى المحكمة المختصة، فإن رأت الامتناع في غير محله أذنت للمحكوم بمساعدته بالإنفراد في إبرامه، أو عيّنت بدله شخصاً آخر للمساعدة في إبرامه وفقاً للتوجيهات التي تبنيها في قرارها. غير أنه إذا كان عدم قيام الشخص الذي تقرّر مساعدته قضائياً بإبرام عقد هبة العقار يعرّض أمواله للخطر جاز للمساعد رفع الأمر للمحكمة ولها أن تأمر - بعد التحقيق - بالإنفراد المساعد بإجراء عقد الهبة تحقيقاً لمصلحة العاجز.

هذا، وقد كرّس اجتهاد محكمة النقض الفرنسية منذ القرن 19 ميلادي مبدأً مؤداه بأنّ الأصمّ أو الأبكم ليس عديماً للأهلية، بل يرجع للمحاكم مسألة تقدير إدراكهما وبما التزما به، كما درج الفقه الفرنسي - في هذا الصدد - على اعتبار الأصمّ والأبكم والضّير حتى بالولادة لهم حقّ التصرف بالتبرّع¹ شريطة وعيهم بما أقدموا عليه بالطريقة المألوفة لديهم² شأنهم في ذلك شأن الرّشيد الصّحيح.

الفرع الثاني: أهلية الموهوب له

الموهوب له شأنه شأن أيّ شخص آخر، إمّا أن يكون حملاً مستكناً (البند الأوّل)، أو عديماً للأهلية (البند الثّاني)، أو ناقصها (البند الثّالث)، أو كاملها (البند الرّابع). ذلك ما سنتناوله فيما يلي:

البند الأوّل: الموهوب له الحمل المستكن

يختلف الفقهاء في هبة العقار للحمل المستكن على رأيين:

الأوّل: ذهب جمهور الفقهاء إلى القول بأنّ هبة العقار للجنين³ باطلة على اعتبار أنّ تملكه لها معلقٌ على خروجه حيّاً والهبة لا تقبل ذلك⁴.

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 263.

² - Req. 20 janvier 1903, D. 1903, 1, 205, S. 1903, 1, 399 ; Req. 1^{er} mars 1904, D. 1905, 1, 47, S. 1904, 1, 400 ; Req. 31 juillet 1913, D. 1917, 1, 62, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit, p. 256.

³ - الجنين لغةً من جنّ الشيء، يجنّه جنّاً أي يستره، وكلّ شيء ستر عنك فقد جنّ عنك، وأجنّه: أي ستره ومنه سمّي الجنين لاستتاره في بطن أمّه، والأصل فيه ألاّ يعتبر شخصاً مالم يولد. واصطلاحاً هو الكائن البشري ذو الأصل الترابي الناتج عن عملية التلقيح أو الإخصاب بين الحيوان المنوي الذكري والتطفة الأنثوية أيّاً كانت طبيعته. أنظر في تعريفه: عبد الرحمن مسلم، مفهوم الجنين ومراحل تطوّره وطبيعته القانونية، مجلّة الحقوق والعلوم السّياسية، كلبية الحقوق والعلوم السّياسية جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، ع 8، 2011، ص. 70؛ محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1969، ص. 31؛ جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للجنين، مجلّة الحقوق، جامعة البحرين، ع 1، م 4، يناير 2007، ص. 244.

⁴ - قال ابن رضويان في هذا الصّدّد: "وشروطها ثمانية ... 4- كون الموهوب له يصحّ تملكه" فلا تصحّ حمل، لأنّ تملكه تعليق على

وتبعاً لذلك فهم يشترطون أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة¹ إبان إبرام الهبة؛ فضلاً عن أن الجنين لا يملك بنفسه ولا ولاية لأحد عليه لأنّ هذه الأخيرة تبدأ بالولادة، ولأنّ الهبة تمليك محض تتم بتطابق إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول وليس له ولي يقبل عنه، وذلك على عكس الوصية والوقف اللذان ليسا بعقد، بل مجرد تصرف يتم بإرادة منفردة، لهذا يصحّ - تبعاً لذلك - للحمل المستكن²، وعلى هذا سار التشريع المصري³ والقوانين التي حذت حذوه.

القّاني: قال به مالك وأصحابه حيث أجاز هبة العقار للحمل المستكن قياساً على صحة الوقف عليه على اعتبار أنّ كليهما تبرّعاً⁴. فمن وهب للجنين مالاً عقارياً تقع هبته صحيحة ولازمة ويوقف الشيء الموهوب، فإن ولد حيّاً وعاش كان ذلك له، وإن استهل صارخاً ثم مات كان لوثته، وإن نزل ميتاً بقي المال الموهوب على ملك الواهب⁵.

وجرباً على العرف السائد بالعمل بالفقه المالكي، إعتقد المشرّع الجزائري هذا الرّأي، حيث أجاز هبة العقار للجنين بمقتضى المادة 209 من ق. أ. ج التي قضت بأنّه "تصحّ الهبة للحمل بشرط أن يولد حيّاً"⁶.

خروجه حيّاً، والهبة لا تقبل التعليق". أنظر: إبراهيم بن محمد بن سالم ابن رضويان، المرجع السابق، ص. 22؛ وأنظر في نفس المعنى: شمس الدّين، محمد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 5، ت: خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1997، ص. 512.

¹ - أنظر في الشخصيّة القانونية للجنين: محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السنة 34، مارس 2010، ص. 449؛

BERTRAND-MIRKOVIC Aude, La Notion de Personne, Étude visant à Clarifier le Statut Juridique de L'enfant à Naitre, Presses Universitaires D'aix Marseille, 2003, p. 261 et s.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 58-59؛ أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 102-103.

³ - ثار الخلاف بين الفقهاء في مصر - بعد أن أقرّ قانون المحاكم الحسبية ومن بعده قانون الولاية على المال رقم 119 لسنة 1952 إقامة وصيّ على الحمل المستكن - بشأن جواز الهبة للجنين، حيث رأى بعض الشّراح أنّ امتناع الهبة لمصلحته لم يعد له مبرّر، لذلك يجب القول بامتداد شخصيته إلى كلّ ما هو نافع له نفعاً محضاً سواء في ذلك ما توقّف على القبول وما لا يتوقّف عليه، بينما رأى البعض الآخر عدم جواز ذلك بحجّة أنّ الحقوق التي يرثها القانون للجنين هي حقوق واردة على خلاف الأصل فينبغي ألاّ يقاس عليها ولا يتوسّع فيها. لأكثر تفصيل أنظر: حسين طه منصور التّوري، دراسة في عوارض الأهلية في الشّريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1952، ص. 23.

⁴ - أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص. 17؛ علي بن عبد السلام أبو الحسن التّسولي، المرجع السابق، ص. 270.

⁵ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 147؛ أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص. 623.

⁶ - الملاحظ بالنسبة للمادة 209 من ق. أ. ج اختلاف صياغة نصّها العربي عن ترجمته بالفرنسية ممّا جعلهما غير متطابقين، فصياغة

كما أيد نفس الرأي المشرع اللبناني حيث أجاز الهبة للجنين بموجب المادة 518 من قانون الموجبات والعقود التي نصّت بأن "الهبات التي تمنح للأجنة في الأرحام يجوز أن يقبلها الأشخاص الذين يمثلونهم"، فيكفي أن يكون الموهوب له موجوداً حقيقة أو تقديرًا شرط أن يولد الجنين حيًّا¹، وهو ما أجازته أيضا المشرع الفرنسي في المادة 1/906 من ق. م. ف² التي قضت بأنه "يكفي في أهلية الموهوب له للقبول أن يكون حملاً وقت الهبة"، كما اعتبر الاجتهاد الفرنسي بأن هبة العقار تبطل إذا ولد الجنين ميتاً، وتقع باطلة إذا كان الجنين غير موجود في رحم أمه وقت الهبة حتى وإن حملت به لاحقاً بعد تاريخ منح هبة العقار³.

البند الثاني: الموهوب له عديم الأهلية

لا يمكن لعدس الأهلية - بأن كان صبيّاً غير مميّز أو مجنوناً أو معتوهاً - قبول الهبة بنفسه، لأنّ قبولها أساسه التمييز، وهو عديم التمييز، وإنّما يقبلها عنه نائبه وليّاً كان أو وصيّاً أو مقدّماً عليه، بيدّ أنّه يستلزم التفرقة في هذا الصدد بين حالتين:

الأولى: إذا كانت هبة العقار بلا عوض خوّل المشرع لمن ينوب عنه، كالوليّ والوصيّ والقيم، الحقّ في قبول الهبة لصالحه إذا كانت الهبة بدون مقابل، وإذا كانت الهبة لا تتمّ إلّا بالقبض قبضها عنه، وذلك دون حاجة إلى استصدار إذن من المحكمة، وهذا ما قرّرتّه المادة 1/487 من ق. م. م بقولها: "لا تتمّ الهبة إلّا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه". على أنّه تجدر الإشارة إلى أنّه لا يوجد مثل لهذا النصّ في التشريع الجزائري⁴، غير أنّه يمكن الاستعانة بالمبدأ العام المضّمّن في المادة 81 من ق. أ. ج وتطبيقه

النصّ العربي يقضي بأنّه "تصحّ الهبة .."، بينما النصّ الفرنسي يقول "أنّ الهبة الصادرة لصالح الجنين لا تنتج أثراً إلّا إذا ولد الطّفل حيّاً ..". ممّا جعل التساؤل مثاراً حول الأصحّ من الصّياغتين. لأكثر تفصيل أنظر: إبراهيم داودي، الشّخصية القانونية للحمل المستكن، مجلّة الرّاشدية للدراسات والبحوث القانونية، كلّية الحقوق والعلوم السّياسية، جامعة معسكر، الجزائر، ع 2، السّنة 1، جوان 2010، ص. 130 وما يليها؛ محمّد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 534.

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 113.

² - Art 906-1: « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation ... ».

³ - أنظر في تنظيم أحكام أهلية التّعاقّد في حالة انعدامها بالنّسبة للطّفل في الفقه الفرنسي: PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit, p. 316 et s.

⁴ - وإن كان له مقابل في التّقنينات المدنية العربية الأخرى، ومنها: المادّة 455 مدني سوري، المادّة 476 مدني ليبي، المادّة 604 مدني عراقي. أنظر: أحمد عبد الرزّاق الشّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 103، هامش رقم: 2.

بخصوص النِّبَاة الشرعية¹، بحيث يكون المقدم نائباً عن المجنون والمعتوه في قبول الهبة الممنوحة لهما، ويكون الأب - طبقاً لنص المادة 87 من ق. أ. ج - ولياً على ولده القاصر، وبعد وفاته تحلّ الأم محلّه قانوناً. وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحلّ الأم محلّه في القيام بالأمور المستعجلة، وفي حالة الطلاق يمنع القاضي للحاضن حقّ الولاية على القاصر، ولكلّ من ذكر حقّ قبول الهبة لولدهما طبقاً للقانون².

ولا تتمّ هبة العَقَّار الممنوحة للمكفول³ إلّا إذا قبلها عنه كافله باعتباره وليّاً عنه، حيث أنّ الكفالة تحوّل الولاية القانونية عنه طبقاً لنص المادة 121 من ق. أ. ج⁴.

الثانية: إذا كانت هبة العَقَّار بمقابل أو محمّلة بالتزامات معيّنة، فلا يملك الوليّ في هذه الحالة قبول هبة العَقَّار عن الصبيّ غير المميّز إلّا إذا أذنت المحكمة بذلك وإن جاز رفضها دون إذن منها وذلك طبقاً لنص المادة 12 من قانون الولاية على المال.

أمّا الوصيّ أو القيمّ فلا يجوز لهما قبولها أو رفضها إلّا بعد استصدار إذن من المحكمة تبعاً لنص المادة 39 من قانون الولاية على المال.

هذا، ويجوز أن يشترط المتبرّع للصغير ألاّ يدخل مال التبرّع في الولاية، فتقيم المحكمة في هذه الحالة وصيّاً خاصاً تحدّد مهمّته تبعاً لنصّ المادتين 03 و 31 من قانون الولاية على المال، كما يجوز للمتبرّع نفسه أن يقيم وصيّاً مختاراً، على أنّ تعرض هذه الوصاية على المحكمة لتثبيتها وذلك طبقاً

¹ - لم يستعمل تعبير النِّبَاة في الفقه الإسلامي بالمعنى الذي ينصرف إليه في القانون الوضعي، ومرجع ذلك أنّ الفقه الإسلامي لا يتقيد بوضع نظريات عامة كما يفعل القانون الوضعي، وعلى هذا لم نجد لمذلول النِّبَاة كما هو معلوم عنها وضعياً نفس المذلول في مدارس الفقه الإسلامي، فلم يستعمل تعبير النِّبَاة للدلالة على السلطة التي تعطي للغير إنشاء العقد وإلزام الغير به، بل استعمل في ذلك معنى الولاية. ويبدو أنّ النِّبَاة ليست مرادفة للولاية في الشريعة الإسلامية، إذ الولاية تستغرق فكرة النِّبَاة بحيث تشمل الولاية ما يسمّى بالولاية القاصرة التي تعني سلطة من أبرم العقد لنفسه في تنفيذ العقد وترتيب آثاره عليه، وهذا النوع من الولاية لا محلّ له بصدد النِّبَاة. لأكثر تفصيل راجع: غازي طه عوض، المرجع السابق، ص. 367 وما يليها؛ وأنظر في نفس السياق: محمد محمدي مكّي، النِّبَاة في التصرفات القانونية في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د. ت، ص. 69 وما يليها.

² - الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص. 203-204.

³ - وقد قضى الإجتهد القضائي إستناداً إلى نصّ المادة 123 من ق. أ. ج بأنّه "لا يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرّع للمكفول بماله إلّا في حدود الثلث. عقد الهبة المبرم من طرف الكافل للمكفول، يدخل ضمن عقود التبرّع". أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 620402، الصّادر في: 2011/05/12، مجلّة المحكمة العليا، ع2، 2011، ص. 283 وما يليها.

⁴ - لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدّل والمتّم بموجب الأمر 02-05 المؤرّخ في 27 فبراير 2005، المرجع السابق، ص.

لمقتضيات المادة 28 من نفس القانون¹.

يجدر التنبيه أخيراً، إلى أنّ الأحكام المشار إليها أعلاه لا يوجد لها مقابل في التشريع الجزائري، وإن كان الأصل أنّ الولي أو الوصي أو القيم، ينوب عن المشمول بولايته أو وصايته أو قوامته في قبول هبة العقار وفي قبضها ولو كان هو الواهب عملاً بنص المادة 2/487 من ق. م. م. القاضية بأنه "إذا كان الواهب هو وليّ الموهوب له أو وصيّيه ناب عنه في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب"².

البند الثالث: الموهوب له ناقص الأهلية

ينبغي التمييز في هذا الصدد بين حالتين:

الأولى: إذا كانت هبة العقار بدون عوض فإنّ قبولها يكون عملاً نافعاً نفعاً محضاً، وبالتالي يكفي فيها أهلية الاغتناء أي التمييز. وبناء عليه، فإنّ الصبيّ المميّز، أو السفّيه، أو ذا الغفلة، يصبح من حقّهم قبول هبة العقار دون حاجة إلى حصولهم على إذن من الولي أو الوصي أو المقدّم ودون ترخيص من المحكمة، كما يجوز لهؤلاء الأخيرون قبول وقبض هذه الهبة نيابة عنهم دون استصدار إذن من المحكمة.

الثانية: إذا كانت الهبة بعوض فليس لناقص الأهلية قبول هبة العقار وإنّما يحقّ لوليّه أو وصيّيه أو المقدّم عليه قبولها نيابة عنه، شريطة الحصول على إذن من المحكمة وذلك طبقاً لنصّ المواد: 12، 39 و78 من قانون الولاية على المال على التّوالي.

غير أنّه يجوز للوليّ رفض هذه الهبة دون إذن من المحكمة وفقاً لمفهوم المخالفة لنصّ المادة 12 من نفس القانون التي قضت بأنه "لا يجوز للوليّ أن يقبل هبة أو وصيّة للصغير محمّلة بالتزامات إلّا بإذن المحكمة"³.

أمّا الوصي أو القيم، فكما أنّه لا يمكنهما قبولها إلّا بإذن المحكمة، فلا يجوز لهما أن يرفضها كذلك إلّا بمثل هذا الإذن⁴ وذلك طبقاً لفحوى المادة 39 من ذات القانون التي نصّت بأنه "لا يجوز للوصيّ مباشرة التصرفات الآتية إلّا بإذن من المحكمة: ...

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 104-105.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 58.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 100.

⁴ - عبد الوهاب البنداري، المرجع نفسه، ص. 57-58.

... تاسعاً: قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها".

على أنه تجدر الإشارة إلى أنّ التشريع الجزائري جاء خلوّاً من تلك الأحكام المشار إليها أعلاه، غير أنّه يمكن القول بأنّ الهبة إذا اقترنت بالتزامات أو جاءت محمّلة بتكاليف، فإنّها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فتتعدّد موقوفة على إقرار الوليّ أو الوصيّ عملاً بنصّ المادة 83 من ق. أ. ج.¹

البند الرابع: الموهوب له كامل الأهلية

إذا ما اكتملت أهلية الموهوب له بأن أصبح بالغاً رشيداً طبقاً للقانون²، كان له - طبقاً للقواعد العامة - مباشرة كافة التصرفات القانونية إلا إذا اعترضه عارض من عوارض الأهلية.

وعليه، فالبالغ الرشيد يثبت له الحقّ في قبول هبة العقار دون حاجة إلى إذن من أحد سواء أكانت تبرعاً محضاً أو بعوض³.

وفي هذا الصدد، قضت محكمة النقض المصرية في قرار صادر لها⁴ بأنّه "إذا كان الواهب قد قبل الهبة التي صدرت منه لأحد أولاده بصفته وليّاً عليه، مع أنّ الموهوب له كان وقت القبول بالغاً سنّ الرشد وتمسك الموهوب له أمام محكمة الموضوع بأنّ عقد الهبة قد تنقذ وتسلم الشيء الموهوب ووضع اليد عليه وانتفع به بإقرار ورضى جميع الورثة، وطلب الإحالة على التحقيق لإثبات ذلك، فأبطل الحكم الهبة قبولها، ولم تأبه المحكمة لهذا الدّفاع وأغفلت التّعرض له مع أنّه دفاع جوهريّ يحتمل معه - فيما لو ثبت - أنّ يتغيّر وجه الحكم في الدّعوى فإنّ ذلك يعتبر قصوراً في التّسبب يعيب الحكم".

على أنّه إذا كان الموهوب له غائباً، قبلها عنه وكيله، وإن كان صادراً في شأنه عقوبة جنائية بأن أحجر عليه قضائياً قبلها عنه مقدّمه⁵، وإن اجتمعت فيه عاتين: بأن كان أصمّ أبكم، أو أعمى أصمّ أو

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 112؛ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج 1، المرجع السابق، ص 287.

² - بأن بلغ سنّ 19 سنة كما تقتضيه المادة 2/40 من ق. م. ج، أو اكتمل سنّ 21 كما توجبه المادة 2/44 من ق. م. م، أو أتم سنّ 18 سنة كما تنصّ عليه المادة 388 من ق. م. ف.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 106.

⁴ - نقض مدني بتاريخ: 1958/11/21، طعن رقم 355 لسنة 23 ق، أنظر: الموسوعة الذهبية، ج 3، رقم 922، ص. 501؛ وقد أشار إليه كذلك: أنور طلبة، المرجع السابق، ص 37.

⁵ - طبقاً لنصّ المادة 9 مكرر من قانون العقوبات الجزائري القاضي بأنّه "في حالة الحكم بعقوبة جنائية، تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثّل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية.

أعمى أبكم، إشتراك معه في القبول المساعد القضائي المعين له من لدن المحكمة. كل ذلك مع مراعاة استصدار إذن من المحكمة إذا كانت هبة العقار بعوض أو مقترنة بشروط أو تكاليف¹.

وما يجب التنبيه إليه أخيراً في هذا الشأن، أنّ التقنين المدني الفرنسي درج على التفريق بين نظامين مختلفين بشأن قبول هبة العقار، ففي ضوء نظام الوصاية فإن عقود التبرع تقبل من لدن الوصي وبدون تصريح إذا كانت بدون عوض، أمّا إذا كانت محمّلة بالتزامات أو تكاليف فيشترط الموافقة المسبقة لمجلس الأسرة. وفي ظلّ نظام القوامة، فإن قبول عقود التبرع يكون من المستفيد مباشرة إذا لم تحمّل تلك الأخيرة بتكليف، ويوافق بدون إذن أو تصريح إذا كانت مقترنة بعوض أو تكليف، هذا طبعاً بمعاونة القيم أو استصدار إذن أو تصريح من القاضي المشرف على الوصاية².

المطلب الثاني: عيوب الرضاء في عقد هبة العقار

تعدّ نظرية عيوب الرضاء الصدى الجوهري لمبدأ سلطان الإدارة الذي يمثّل قوام التقنين المدني، فمادامت الإرادة تعتبر ركن التصرف القانوني بحيث هي من ينشئه صحيحاً ويحدّد آثاره، إستلزم أن تأتي سليمة من أيّ عيب يفسدها تحقيقاً لمبدأ سلطانها التام ضمن قيام العقد³.

ولما كانت هبة العقار عقد كغيره من بقيّة العقود، فإنّ العيوب المفسدة للرضاء المطلوب في الهبة هي ذات العيوب المفسدة لأيّ عقد آخر، وهي لا تخرج عن نوعان:

- عيوب تمنع وجود الرضاء ذاته، أي تعدمه، فلا يكون له وجود، فتؤدّي إلى بطلان التصرف بطلاناً مطلقاً.

- وعيوب لا تعدم الرضاء، بل تشوبه وتفسده دون أن تعدمه، حيث يوجد الرضاء مع اعتلاله في صحّته⁴، فإذا شاب إرادة العاقد نوع من هذه العيوب، فإنّ العقد يقع قابلاً للإبطال لمصلحته.

هذا، وقد حرص التقنين المدني الجزائري على أن يواكب ما توصّل إليه التقنين المدني المقارن في شأن عيوب الرضاء، مع المبادرة إلى تعديل ما ينبغي تعديله موازاة مع ما تتطلبه المصلحة العامة، حيث

تتم إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي."

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 100-101.

² - بدر جاسم البعقوب، المرجع السابق، ص. 232، هامش رقم: 3.

³ - Cf. LARROUMET Christian, Op. cit, p. 102.

⁴ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 60.

قنّ المشرّع أحكامها ضمن المواد من: 81 إلى 91 منه.

وإذا كانت مجمل العيوب التي تشوب إرادة المتعاقدين في عقد هبة العقار لا تخرج عن العيوب المعروفة في مختلف العقود وهي: الغلط، والتدليس، والإكراه، والغبن، فإنّ هذا الأخير - أي الغبن - بمجرّده لا يعدّ في الحقيقة من عيوب الرّضاء¹، بحيث لا يعمل به في عقد هبة العقار لأنّ تطبيقه لا يمتدّ إلى عقود التبرّع²، وإنّما يجد له تطبيقاً في عقود المعاوضات على اعتبار أنّه يقوم على التّفاوت في قيمة الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين، لذا فلا يمكن بحثه بالدراسة في هذا الصّدّد.

على أنّه يجدر التنبيه إلى أنّ بحث هذه العيوب تفصيلاً موضعه النّظرية العامّة للعقد³، ولا يعدو بحثها ضمن عقد هبة العقار أن يكون تطبيقاً لهذه النّظرية. لذا سنحاول تطبيقها على هذا العقد انطلاقاً من التوقّف عند عيب الغلط (الفرع الأوّل)، ثمّ عيب التدليس (الفرع الثّاني)، فعيب الإكراه (الفرع الثّالث)، وكذا عيب الاستغلال (الفرع الرّابع) انتهاءً.

الفرع الأوّل: الغلط في عقد هبة العقار

يقصد بالغلط "L'erreur" بأنّه وهم يقوم في ذهن الشّخص يحمله على اعتقاد غير الواقع، وهو ما يعيب الإرادة ويجعلها في اتجاه غير الذي أراده صاحبها لو كان على بينة من أمره⁴.

ويشترط في الغلط الذي يفسد الرّضاء، فيجعل العقد قابلاً للإبطال توافر شرطين:

- أن يكون الغلط جوهرياً "Substantielle"⁵، ويكون كذلك إذا بلغ حدّاً من الجسامة بحيث كان سيمنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو كان على بينة من أمره، ويستوي أن يقع في ذات الشّيء أو صفة من صفاته مادامت جوهريّة في اعتبار المتعاقد. وبما أنّ هبة العقار عقد من عقود التبرّع، فيعتبر

¹ - العربي بلحاج، النّظرية العامّة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السّابق، ص. 96.

² - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, p. 129-130.

³ - تجدر الإشارة إلى أنّ التعديل الأخير للتّقنين المدني الفرنسي لسنة 2016 نظّم ركن الرّاضي من خلال بندين فرعيين، الأوّل: قضى بضرورة وجود الرّاضي من خلال نصّ المادّة 1129 منه، أمّا الثّاني فقد سُنّ لتناول صحّة الرّاضي أو ما اصطلح عليه بعيوب الإرادة في المواد: 1130 إلى 1144 من نفس التّقنين. ومع ذلك فهو لم يتضمّن جديداً كبيراً (وإن كان قد أضاف عيب الإكراه النّاتج عن الظّروف بمقتضى المادّة 1143) مقارنة بتنظيم ذات العيوب في سلفه القديم ابتداءً من المادّة 1109 إلى 1118 قبل تعديل 2016.

⁴ - أحمد عبد الرّزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السّابق، ص. 349؛

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 158; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Op. cit., p. 205.

⁵ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, pp. 132-133.

الغلط في شخص المتبرع له غلطاً جوهرياً يعيب الرضاء ويجعله من ثمّة قابلاً للإبطال إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه الواهب عن إبرام عقد هبة العقار، وهذا ما أكّده المادة 1/82 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 1/121 من ق. م. م - بقولها: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط"؛ وقترته المادة 1/1130 من ق. م. ف بالقول "الغلط ... يعيب الرضاء عندما يكون من طبيعته أو بدونه ما كان لأحد الأطراف أن يتعاقد أو لكان تعاقد بشروط مختلفة اختلافاً جوهرياً"¹.

- أن يكون الغلط مشتركاً، بمعنى أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع هو كذلك في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من اليسير عليه أن يكتشفه (المادة 120 من ق. م. م)²، وإن كان الغالب أن الواهب هو الذي يقع في الغلط على اعتبار أن هبة العقار ملزم له - في الأصل - دون الموهوب له الذي لا يلتزم بشيء باستثناء ما إذا كانت هبة العقار محمّلة بعوض أو تكليف³.

ويتبين من نصوص التقنين المدني الجزائري ونظيره المصري بأنه يجب أن يكون الغلط متصلاً بالمتعاقد الآخر، أي أن يكون عالماً به أو من المفروض أن يكون عالماً به، وفي ذلك قضت المادة 2/82 من ق. م. ج - المقابلة لنص المادة 2/121 - بأنه "يعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهريّة، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد ولحسن النية". فمحض عبارة "يراهما المتعاقدان" توحى إلى أنه يجب أن يشترك المتعاقدان في الغلط دون تفريق بين التصرف إذا كان تبرعاً أو معاوضة.

والصفات الجوهرية في الأداء - بحسب المادة 1133 من ق. م. ف⁴ - هي تلك الصفات التي تمّ الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً، والتي بالنظر إليها تعاقد الطرفان. ويكون الغلط سبباً للبطلان حين يطل أداء أحد الطرفين.

على أن قبول المخاطرة بشأن صفة في الأداء يستبعد الغلط المتعلق بهذه الصفة.

¹ - Art 1130/1 : « L'erreur, ... vicie le consentement lorsqu'ils sont de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ».

² - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 103.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 61.

⁴ - Art 1133 : « Les qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté.

L'erreur est une cause de nullité qu'elle porte sur la prestation de l'une ou de l'autre partie.

L'acceptation d'un aléa sur une qualité de la prestation exclut l'erreur relative à cette qualité ».

يُبد أن تقنينات مدنية أخرى فرقت بين عقود المعاوضات والتبرع في شأن هذا الأمر، حيث اكتفت بخصوص تصرفات التبرع بوقوع الغلط من أحد المتعاقدين من دون مشاركة للمتعاقد الآخر فيه، ففي عقد هبة العقار مثلاً، لا يلزم أن يكون الغلط الذي يقع فيه أحد المتعاقدان متصلاً بالآخر ففي جوهريته وحدها الكفاية، وذلك ما أشارت إليه المادة 2/147 من التقنين المدني الكويتي - المطابقة لنص المادة 85 من التقنين المدني البحريني - بقولها: "أنه في عقود التبرعات، يجوز طلب الإبطال، دون اعتبار لمشاركة المتعاقد الآخر في الغلط أو علمه بحصوله"¹.

وعلى هذا النحو سار التقنين المدني الفرنسي في تعديله الأخير، حيث قضى بمقتضى المادة 1135² منه بكون الغلط في مجرد دافع لا علاقة له بالصفات الجوهرية للأداء المستحق أو في المتعاقد معه لا يكون سبباً للبطلان، إلا إذا اعتبره الأطراف صراحة عنصراً حاسماً لرضائهم. ومع ذلك، فإن الغلط في الدافع للتبرع الذي بدونه ما كان للمتبرع أن يقوم بهذا التصرف، يكون سبباً للبطلان.

وفي معرض تعليق المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي على نص الفقرة الثانية من المادة 147 المشار إليها أعلاه، أشارت إلى "أن المشروع، إذ لا يتطلب، لإعمال الغلط، أن يكون متصلاً بالمتعاقد الآخر، فهو لا يفعل ذلك إلا في المعاوضات دون التبرعات، وقد حدا به إلى ذلك حرصه على أن يجيء التبرع من صاحبه على إرادة خالصة من كل ما يشوبها. فحسب المتبرع، لإبطال تبرعه، أن يكون رضاه به قد جاء نتيجة وقوعه في الغلط دون اعتبار بعد ذلك لموقف المتبرع له من غلطه. وهذا هو ما يقرره في الفقرة الثانية من المادة 147، وهو حكم استحدثه المشروع تمثيلاً مع طبيعة التبرع"³.

لذا، فإذا أراد الواهب إبطال تبرعه ينبغي أن يأتي رضاه معيماً بأن شابه غلط وقع فيه ودفعه إليه، دون اعتداد - بعد ذلك - لموقف الموهوب له من غلطه، اتصل به أو لم يتصل. وهذا الحكم إنما جاء به المشرع الكويتي ليرد شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر إلى حده المعقول الذي يفرضه مبدأ استقرار المعاملات، إذ لا يضحى - من ثمة - بمبدأ سلامة الرضا إلا حينما يقوم المسوّغ المنطقي المقبول، فالواهب في عقد هبة العقار - خلافاً لعقود المعاوضة - يمنح ولا يأخذ مقابل ما يمنحه.

¹ - خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 103.

² - Art 1135 : « L'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement.

Néanmoins l'erreur sur le motif d'une libéralité, en l'absence duquel son auteur n'aurait pas disposé, est une cause de nullité ».

³ - أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، مطابع الخط، وزارة العدل، الكويت، ط1، فبراير 2011، ص. 122.

ومن ثمّ وجب أن تأتي إرادته سليمة دوماً، بحيث لو أنّها شيتت بعب، حقّ له أن يتخلّص من هبته لمجرّد هذا العيب، وليس له هنا أيّ مبرّر للشكوى من إبطال الهبة بدعوى أنّ الغلط لم يتّصل به¹، ذلك أنّ الضّرر أولى ومقدّم على جلب المنفعة.

على أنّه يلاحظ - بوجه عام - أنّ معيار الغلط الجوهرى في هبة العقار² أخفّ من معياره في عقود المعاوضة وعلى رأسها عقد البيع، لأنّ الهبة عقد تبرّع فجسامته الغلط فيها قد لا يرقى إلى جسامته في عقد البيع، مع مراعاة أنّ الواهب غالباً هو الذي يقع في الغلط باعتبار أنّ عقد هبة العقار ملزم له وحده دون الموهوب له الذي لا يلتزم بشيء، اللهم إلا إذا كانت هبة العقار بعوض³.

هذا، ويقع الواهب في غلط جوهرى إمّا في الشّيء الموهوب، وإمّا في شخص الموهوب له، وإمّا في القيمة أو في الباعث على هبة العقار.

فالغلط الجوهرى في صفة الشّيء⁴ الموهوب يعيب الإرادة إذا كان جوهرياً بأن وقع في صفة الشّيء ترقى في نظر المتعاقد إلى المستوى الذي يجعلها هي الدافع إلى التعاقد⁵، إذ أنّه حينئذ تكون هي الصّفة الجوهرية، وكثيراً ما يستعان بظروف التعاقد للوقوف على مدى أهميّة هذه الصّفة في تقرير التعاقد.

ومثال الغلط الجوهرى في الشّيء الموهوب⁶ أن يبادر شخص بحبة أرض فلاحية لآخر، ليتبيّن بعد ذلك أنّها مجرد أرض تصلح لبناء مسكن فحسب، فإذا كان الغلط مشتركاً بين الواهب والموهوب له أو كان هذا الأخير يعلم أو يستطيع أن يعلم بغلط الواهب، كانت هبة العقار قابلة للإبطال بناء على

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 237-238.

² - يجدر التنبيه إلى أنّ النظرية الحديثة تبنت للغلط معياراً ذاتياً أخذ به كلّ من التقنينين المدنيين الجزائري والمصري وتبنّاه القضاء الفرنسى في عدّة قرارات قضائية، وقد تمثّل أساساً في تعلّقه بالصّفة التي اعتبرها المتعاقد جوهرية. أنظر على سبيل المثال: Cass. Civ., 1^{re}, 22 février. 1978; Cass. Civ., 1^{re}, 13 décembre 1983 ; Cass. Civ., 1^{re}, 13 février 2001, Cité par : CAPITANT Henri, les grands arrêts de la jurisprudence civile, Op. cit., pp. 30-54.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 107.

⁴ - Cf. MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 162-163.

⁵ - درج الفقه في تحديد صفة الشّيء إعتماد معياران: أحدهما شخصى ذاتي، والثاني موضوعي مادّي. واتّساقاً مع ذلك فالصّفة الجوهرية للشّيء في ضوء مفهوم المعيار الأوّل هي التي يعتقدها الشخص بناء على رغبته التي تحمله على التعاقد؛ أمّا في ظلّ المعيار الثاني فهي تلك التي تتعلّق بذاتية الشّيء بصرف النظر عن كلّ اعتبار أو دافع شخصى دفع المتعاقد إلى إبرام ذات العقد. أنظر في هذا الصّدّد: علي فيلال، المرجع السابق، ص. 113؛

FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp. 132-133.

⁶ - Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp.137-138 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., pp. 168-169.

طلب الواهب¹، حيث يحق له في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد هبة العقار للغلط في الشيء، حتى لو لم يكن يستطيع الرجوع فيها لقيام مانع من موانع الرجوع.

والغلط الجوهرى في شخص الموهوب له² يعيب الإرادة إذا وقع في ذات المتعاقد وتمتد إلى صفة من صفاته³ إذا كانت تلك الذات أو هذه الصفة هي الدافع إلى التعاقد، ويتحقق ذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار في التعاقد، إذ المعيار ذاتي كما هو الشأن في جميع حالات الغلط.

ويلاحظ بأن شخصية الموهوب له في عقد هبة العقار ذات اعتبار مهم في التعاقد وتنفوق كثيراً في الاعتبار شخصية المتعاقد في عقود المعاوضة، لذلك يكون الغلط في شخص الموهوب له أشد أثراً من الغلط في شخص المشتري⁴ أو المقايض.

ومثال الغلط في شخص الموهوب له أن يهب شخص لآخر عقاراً معتقداً بأنه قريبه فيتبين الأمر خلاف ذلك، أو أن يهب عالم شرع مدرسته القرآنية لشخص اعتقد أنه فقيه يصلح لتدريس العلم الشرعي ثم يتضح أنه ليس كذلك. وعليه، فإذا كان الغلط مشتركاً أو كان الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بغلط الواهب، جاز لهذا الأخير - حتى لو قام مانع من موانع الرجوع - أن يطلب إبطال عقد هبة العقار للغلط في شخص الموهوب.

والغلط الجوهرى في قيمة المال العقارى الموهوب يعيب الإرادة إذا كان جوهرياً بأن وقع في قيمة الشيء محل الالتزام وكان هو الدافع إلى التعاقد⁵.

ومثال الغلط الجوهرى في قيمة المال العقارى الموهوب، أن يهب شخصاً لآخر مسكناً باعتباره مشيداً من الإسمنت المسلح، ليتبين بعد ذلك أنه مبني بالطوب فحسب. وفي هذه الحالة تدل الظروف والملابسات على أن الموهوب له إما أن يكون مشتركاً في الغلط، وإما أن يكون عالماً به أو يستطيع أن

¹ - أنظر في إمكانية طلب المتنازل إبطاله لتصرفه الإنفرادي المبرم من لدنه سواء علم الغير أو لم يعلم بالغلط المكتنف لذات التصرف وإسقاطه على عقد هبة العقار بوصفه تصرفاً ملزم لجانب واحد في الأصل:

BOUREL Peirre, L'erreur dans La renonciation à une succession, R. T. D. Civ, 1961, pp. 249-250.

² - MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., pp. 168-169; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. V, Op. cit., p. 266-267.

³ - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp. 132-133;

وأنظر في هذا الصدد: قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 49339، الصادر في: 14/11/1988، م. ق، ع 4، 1990، ص. 147.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 108.

⁵ - عبد المنعم فرج الصدة، الغلط في القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، مجلة الأمن والقانون، تصدر عن شرطة دبي، ع 1، السنة 6، يناير 1998، ص. 125.

يعلمه، فيجوز للواهب - حتى لو لم يملك الرجوع في الهبة - أن يطلب إبطالها للغلط في القيمة.

أما الغلط الجوهرى في الباعث¹، فينطبق عليه المعيار الذاتي أيضاً كما هو الشأن في غيره من الحالات، فإذا وقع الغلط في الباعث الدافع إلى التعاقد فإنه يعيب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال.

ومثال الغلط الجوهرى في الباعث، أن يتنازل شخصاً عن عقاره بطريق الهبة لآخر معتقداً أنه في مرضه المفضي إلى الموت، ليشفى بعد ذلك ويتبين أن الذي أصابه كان مجرد مرض ماضٍ²، فيجوز له - حتى ولو لم يكن له الحق في الرجوع في عقد الهبة - أن يطلب إبطاله للغلط في الباعث إذا كان الموهوب له مشتركاً معه في الغلط أو كان عالماً به أو يستطيع أن يعلمه.

تجدر الإشارة انتهاء إلى أن الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل عقد هبة العقار قابلاً للإبطال وذلك حسبما قضت به المادة 1132 من ق. م. ف³ وكذا المادة 83 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من المادة 122 من ق. م. م - بقولها: "يكون العقد قابلاً للإبطال لغلط في القانون إذا توفرت فيه شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 81 و82 ما لم يقض القانون بغير ذلك".

هذا، ولا يجوز الاحتجاج بقاعدة أن الغلط في القانون يؤثر في صحة العقد بالقاعدة الأخرى القاضية بأنه "لا يفرض في أحد أنه يجهل القانون" *"Nul n'est censé ignorer la loi"*، وقد حسب فريق من الفقهاء أن هذه القاعدة تتعارض مع الحكم الذي نحن بصددده، فذهبوا إلى أنها لا تنطبق إلا بالنسبة إلى القواعد القانونية الآمرة التي تتعلق بالنظام العام ويدخل في هذه القوانين، القوانين الجنائية وبعض القوانين المدنية، ومن ثم فإن هذه القواعد لا يجوز طلب الإبطال لغلط فيها. أما القواعد المكتملة، فلا تنطبق القاعدة في شأنها؛ لأنها لا تتعلق بالنظام العام وبالتالي يجوز طلب الإبطال لغلط فيها⁴، وهذا الزعم غير صحيح، ذلك أن القاعدة يُراد بها أن أحداً لا يستطيع أن يحتج بجهله قانوناً معيناً كي يستبعد تطبيق هذا القانون عليه، وليس في ذلك ما يتعارض مع أن يكون للمتعاقد الحق في

¹ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. V, Op. cit., pp. 267-268.

طرح مشكل الغلط في الباعث مع بروز النظرية الحديثة للسبب، حيث كان القضاء الفرنسي يربط الغلط بالباعث، بالسبب، ذلك أنه إذا كان هنالك غلط في الباعث فإن معنى ذلك وجود سبب خاطئ "Fausse Cause". أنظر في هذا الصدد: بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 239، هامش رقم: 1.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 62.

³ - Art 1332 : « L'erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant ».

⁴ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 107؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 97-98؛ علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 116-117.

طلب الإبطال لغلط في القانون، ما دام أنّ هذا الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد. فإبطال العقد لا يعني استبعاد قاعدة قانونية ولا الهروب من حكم هذه القاعدة¹.

ومثال الغلط في القانون أن يهب شخص عقاراً لمطلّقه معتقداً أنّه أرجعها إلى عصمته مع جهله بأنّ الطلاق الرجعي يصبح بائناً بانتهاء العدة، فلا تعود إليه إلّا بعقد جديد.

على ذلك، فالقاعدة إذن، أنّ الغلط في القانون حكمه حكم الغلط في الواقع، فهو يجعل العقد قابلاً للإبطال إذا كان جوهرياً ودفع إلى التعاقد على نحو ما ذكر. إلى ذلك أشارت المادة 1132 من ق. م. ف بقولها: "يكون الغلط في القانون أو في الواقع غير مغتفر، سبباً لبطلان العقد إذا وقع في الصفات الجوهرية..."، هذا بخلاف التقنين المدني الجزائري الذي مثّل له سوى في عقد الصلح² حسبما أشارت إليه المادة 465 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نصّ المادة 556 من ق. م. م - بقولها: "لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون".

وبلاحظ بأنّ القاعدة القانونية التي يبيح الغلط فيها طلب الإبطال هي تلك التي ليست محلّ اختلاف في مفهومها³، أمّا الغلط في قاعدة مختلف فيها بحيث يؤدّي إلى ترجيح رأي على آخر خطأ، فلا يعتبر غلطاً في القانون يجوز طلب إبطال العقد. وفي هذا الصدد ذهب محكمة النقض المصرية في حكم لها⁴ بالقول بأنّه "لا يجوز الاحتجاج على فساد الرضا، التمسك بأنّه بني على حصول غلط في القانون إلّا إذا كان الغلط قد وقع في حكم منصوص عليه صراحة في القانون أو مجمع عليه في القضاء".

¹ - عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق، ص. 161.

² - لم يكن القانون الزّوماني يعترف بالغلط في القانون ولا يعتدّ به كسبب لبطلان العقد على اعتبار أنّ الغلط كان لا يغتفر في نظره، وقد استقى التقنين المدني الفرنسي القديم هذه القاعدة عنه حتّى انبرى دوما "Domat" فأقرّ بأنّ الغلط في القانون موجباً لبطلان العقد إذا كان هو السبب الوحيد في التعاقد. وقد استدلّ على ذلك بأدلة من المنطق وأخرى ترجع إلى التصّوص، أمّا المنطق فيقتضي بأنّ الغلط في القانون يفسد الرضا كما يفسد الغلط في الواقع، وما دام كان هو الدافع إلى التعاقد ولو كان واقعاً في القانون، فالواجب إبطال العقد لأنّه لم يكن ليتمّ لو لم يوجد هذا الغلط. أمّا فيما يخصّ التصّوص، فإنّ الموادّ التي تشير إلى الغلط في القانون ألفاظها عامّة حيث قضت بأنّ الغلط يفسد الرضا دون تفرقة بين الغلط في الواقع ونظيره في القانون، وقد نصّ المشرّع الفرنسي على ذلك صراحة كما فعل في الإقرار أمام القضاء وفي الصلح، ففي خلافها من الأحوال الأخرى التي لم يرد فيها نصّ على هذه التفرقة، ينبغي ألاّ يكون هناك تمييز بين التّوعين، ويترتّب على ذلك أنّه باستثناء الإقرار والصلح يكون الغلط في القانون كالغلط في الواقع سبباً في بطلان العقد، وهو ما نقله المشرّع المصري ومن بعده نظيره الجزائري في هذا الصّدد. راجع بتفصيل مستفيض: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 286-385.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 117.

⁴ - نقض مدني مصري صادر في: 03 يونيو 1938، مجموعة القواعد القانونية، ج 2، ص. 394، رقم: 280، نقلاً عن: عبد المنعم فرج الصّدة، المرجع السابق، ص. 191.

الفرع الثاني: التدليس في عقد هبة العقار

التدليس "Le dol" هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى استعمال طرق احتيالية لتضليله تضليلاً يحمله على التعاقد¹.

والظاهر من هذا التعريف أنّ التدليس، لا يعتبر عيباً مستقلاً من عيوب الإرادة بقدر ما هو سبب لعيب آخر هو الغلط، ذلك أنّ الوهم في الغلط يقع تلقائياً، أمّا التدليس فيقع بصورة عمدية من لدن المتعاقد الآخر²، لذا يسمّى بالتغليط³.

وإذا كان هذا هو حال التدليس كعيب من عيوب الرضاء، أفلم يكن من الأجدى الإستغناء عنه اكتفاءً بالغلط؟.

حقيقة أنّه في ضوء النظرية التقليدية للغلط كان وجود التدليس كعيب مستقلاً بجانب الغلط ضرورياً إذا ما أريد إبطال العقد في الحالات التي يقصر عنها الغلط. فالغلط غير الجوهرية في القيمة أو في الباعث لم يكن ليؤثّر في صحّة العقد، ولو كان غلطاً مستشاراً أيّ وليد التدليس لكان سبباً في إبطاله. بيد أنّ هذه الخاصية التي كانت لنظرية التدليس لم يعد لها وجود بعد أن اتسع مجال الغلط في النظرية الحديثة وأصبح شاملاً في القيمة أو الباعث.

وإزاء ذلك استجابت بعض التقنيات المدنية الحديثة لهذه الحقيقة العلمية التي تردّ أثر التدليس في الإرادة إلى ما يولّده في ذهن المتعاقد من غلط، فأغفلت ذكر التدليس كعيب قائم بذاته. أمّا المشرّع المصري فبالرغم من إقراره لهذه الحقيقة، رأى أن يعطي لنظرية التدليس مكانها التقليدي، فنصّ عليه استقلالاً عن الغلط ضمن المادتين 125 و126 من تقنيته المدني مراعيّاً في ذلك اعتبارين عمليين:

أحدهما يسر إثبات التدليس الذي تُسنده عادة وقائع مادية يسهل التدليل عليها عن إثبات عيب الغلط الذي - هو في الأصل - حالة نفسانية، والآخر ما يحوّل التدليس من حقّ مطالبة المدلس

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 391. وقد عرّف المشرّع الفرنسي التدليس بمقتضى المادة 1137 من تقنيته المدني فقال بأنّه "هو حصول أحد المتعاقدين على رضا الآخر باستخدام الطّرق الإحتيالية أو الأكاذيب. ويعتبر تدليساً كذلك، إخفاء أحد المتعاقدين عمداً لمعلومة يعرف صفتها الحاسمة بالنسبة للطرف الآخر".

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Op. cit., pp. 258-262, Op. cit, 240; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, pp. 144 et s; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit, pp. 258-262.

³ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 176.

بتعويض الضرر الناجم وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية بجانب إبطال العقد¹.

والتساقاً مع توجه التشريع المصري، نصّ المشرع الجزائري على أحكام التدليس ضمن المادتين 86² و 87³ من تقنينه المدني ناقلاً إياهما حرفياً عن نظيره المصري في مادتيه 125 و 126 المحللتين أعماله، هذا على غرار المشرع الفرنسي الذي خصّ عيب التدليس - كما هو الحال بالنسبة للغلط - بمادتين مقارنة بتوسّعه في عيب الإكراه، حيث نظّمه تباعاً ضمن المواد 1137⁴ و 1138⁵ من تقنينه المدني الأخير المعدّل بالأمر رقم: 131-2016 والتّأفد في 01 أكتوبر 2016.

ويشترط في التدليس الذي يفسد الرضاء، ويجعل عقد هبة العقار - من ثمة - باطلاً شروطاً نوجزها كالآتي:

الشّرط الأول: أن يستعمل الموهوب له طرقاً احتيالية من شأنها إيقاع الواهب في غلط

فيجب أن يكون المدّلس الموهوب له قد لجأ إلى حيل بنية التّضليل، بحيث لولاه لما أقدم الواهب على إبرام عقد هبة العقار⁶.

تطبيقاً لأحكام المادة 1/86 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 1/125 من ق. م. م - وكذا

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 100-101؛ يزيد أنيس نصير، عدالة التعاقد، الغلط والتدليس (القسم الأول)، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ع 2، 2012، ص. 299 وما يليها؛ وأنظر في علاقة التدليس بالغلط واختلاف الفقه الفرنسي حول إمكانية استغناء أحدهما عن الآخر:

JOSSERAND Louis, Op. cit, pp. 56-57 ; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Op. cit., p. 247.

² - قضت المادة 86 من ق. م. ج بأنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو التائب عنه من الجسامة لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أنّ المدّلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

³ - نصّت المادة 87 من ق. م. ج على أنّه "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المدّلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم، أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس".

⁴ - Art 1137 : « Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manoeuvres ou des mensonges.

Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont ilsait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

⁵ - Art 1138 : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ».

⁶ - عبد الوهاب البندري، المرجع السابق، ص. 62.

المادة 1/1137 من ق. م. ف، ينبغي لقيام التدليس أن تُستعمل وسائل احتيالية "Manœuvres dolosives" تولّد الغلط في ذهن الواهب فتخفي عنه الحقيقة، وهذا بهدف التأثير على إرادته ودفعه إلى إبرام عقد هبة العقار¹، ويقوم هذا العمل من جانب المدّلس الموهوب له على عنصرين: أحدهما مادّي ومؤداه استعمال الحيلة، وتتخذ الحيل المستعملة في التدليس صوراً شتى تختلف باختلاف حالة المتعاقد المدّلس عليه، لذا فالمعيار فيها ذاتياً، وعادة تتكوّن هذه الحيل من وقائع إيجابية أي من تأكيدات كاذبة تستند على طرق احتيالية بغرض إخفاء حقيقة الأمر على الواهب أو إيهامه بخلاف الواقع.

وإذا كان الأصل أنّ الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس، إلّا أنّه ولو كان مجرداً عن الطّرق الاحتياطية يعتبر تدليساً إذا تناول واقعة ذات أهمية عند الواهب، بحيث ما كان ليتعاقد لولا التّأكيدات الخاطئة التي صدرت له في شأنها².

ويعتبر مجرد السّكوت من الوسائل المادّية التي تهدف إلى إخفاء الحقيقة ممّا يعدّ تدليساً حسبما قضت به المادة 2/86 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 2/125 من ق. م. م -، ذلك أنّ الكتمان ما هو إلّا الوجه السّلبي للكذب، فإذا تناول الكتمان المعتمد واقعة يجب الإخبار بها نزولاً على حكم القانون، أو الاتّفاق، أو طبيعة العقد وما يحيط به من ظروف، وجب اعتباره تدليساً ما دام المدّلس عليه الواهب لا يستطيع معرفة حقيقة الواقعة من طريق آخر³.

كما يعتبر تدليساً كذلك - بحسب نصّ المادة 2/1137 من ق. م. ف - إخفاء أحد المتعاقدين عمداً لمعلومة يعرف صفتها الحاسمة بالنسبة للطرف الآخر.

والجدير بالذكر أنّ التدليس المدني يختلف عن نظيره الجنائي (النصب) في هذا الشأن، إذ ليست الحيل في التدليس المدني عنصراً قائماً بذاته ومستقلاً يدعم الكذب كما هو الحال في التدليس الجنائي، وإنّما العبرة بما ينشأ من وهم لدى الواهب المدّلس عليه فيرى الوقائع على خلاف حقيقتها.

وعلى ذلك لا يلزم أن يكون المدّلس الموهوب له قد اتخذ عملاً إيجابياً بالمعنى المراد منه من الحيلة في القانون الجنائي، بل يكفي مجرد الكذب أو الكتمان لقيام التدليس المدني، بمعنى أنّ التدليس المدني قد يتحقّق بالفعل أو بالقول أو بالكتمان⁴.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 110.

² - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 102.

³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 105-106.

هذا، وقد توسّع القضاء الفرنسي في مفهوم التدليس بأنّ عدّ "كلّ الأفعال غير الشريفة agissements malhonnêtes" التي تستهدف مفاجأة شخص بقصد حمله على ارتضاء التزام ما كان ليقبله بغيرها يمكن أن تعتبرها وسائل تدليسية ... ومناطق التدليس هو التنكر للشرف "malhonnêteté" الذي يوحى بوسائل الاحتيال، وليس الانخداع "tromperie" الذي من شأن هذه الوسائل أن ترتبه .. ولا يتحتّم في ضحية التدليس أن يكون قد انخدع، ففكرة التدليس تتجاوز الغلط والإكراه¹.

والتدليس بمختلف الطّرق الاحتمالية هو أشدّ تأثيراً في عقد هبة العقار منه في عقود المعاوضات كون أنّ آية وسيلة منها تدفع الواهب إلى إبرام نفس العقد تكفي لإفساد رضائه حتّى لو كانت مجرد الكذب ومحض الكتمان² كما تقدّم، فلو حرّض الموهوب له الواهب على ورثته وأوغر نفسه بأكاذيب اختلقها، فدفعه بذلك إلى أن يهب له عقّاره بغرض حرمان الورثة منه، عدّ هذا تدليساً يجيز للواهب - حتّى لو لم يكن يملك حقّ الرجوع في الهبة - أن يطلب إبطال عقد هبة العقار للتدليس، والحال كذلك إذا كتم الموهوب له عن الواهب أموراً لو علمها لما اندفع إلى إبرام عقد الهبة، إذ يحقّ له طلب إبطالها بسبب هذا التدليس³.

أمّا بالنسبة للعنصر المعنوي، فإنّه يجب لقيام التدليس أن يقترن استعمال الحيل أو الكذب أو الكتمان بنية التّضليل "Intention de tromper" بأن يروم الموهوب له المدّلس خداع الواهب والوصول إلى غرض غير مشروع، فإذا انتفتت نية التّضليل انعدم التدليس⁴.

¹ - بدر جاسم البيعوب، المرجع السابق، ص. 242، هامش رقم: 1.

² - وقد درج الاجتهاد القضائي في فرنسا على اعتبار وسائل أخرى من قبيل التدليس كالكتمان المبني على سكوت عمدي عن وقائع لو علم بها المتعاقد الآخر لما أبرم العقد، وكذا الكذب غير المألوف في طبيعة المعاملة، وذلك كلّ بعد أن جعل تقديرها يرجع لسلطة القاضي ابتداءً، من بين تلكم الأحكام القضائية مثلاً:

Cass. Civ, 3^{ème}, 02 octobre 1974; Cass. Civ, 3^{ème}, 17 janvier 2007 ; Cass. Civ, 1^{ère}, 03 mai 2000, n° de pourvoi: 98-11381; Cass. civ, 3^{ème}, 21 février 2001, n° de pourvoi: 98-20817; Cass. Civ, 1^{ère}, 06 novembre 2002, n° de pourvoi: 00-10192; Cass. Civ, 1^{ère} juin 2004, n° de pourvoi: 01-17258, Cité par : CAPITANT Henri, les grands arrêts de la jurisprudence civil, Op. cit, pp. 61-67, Cité par : www.Legifrance. gouv. fr.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، ص. 109.

⁴ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 111؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص.

الشَّرْطُ الثَّانِي: أن يكون التدليس صادراً من الموهوب له أو نائبه أو بتواطئ من الغير¹

تشتترط أحكام المادة 86 من ق. م. ج. السالفة الذكر بأن يكون التدليس صادراً من الموهوب له أو ممّن يمثّله، أمّا إذا كان التدليس صادراً من الغير فتقضي المادة 87 من ق. م. ج. - المقابلة لنصّ المادة 126 من ق. م. م. - بأنّه "... ليس للمتعاقد أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا التدليس".

وهو ما أشارت إليه المادة 1138 من ق. م. ف. أيضاً، حيث قضت بأنّه "يتحقّق التدليس بصورة مماثلة إذا صدر عن نائب للمتعاقد ...

ويتحقّق التدليس كذلك إذا صدر عن الغير المتواطئ"².

وقد روعي في تقنين المادتين 86 و 87 من ق. م. ج. - المطابقتين لنصّ المادتين 125 و 126 من ق. م. م. - التّوفيق بين ما ينبغي للمعاملات من استقرار وما يجب للواهب المدّلس عليه من حماية، فإذا كان الأصل هو استلزام صدور التدليس ممّن كان طرفاً في العقد أيّ من الموهوب له أو من نائبه - ويشمل لفظ النائب التفسير الواسع له بحيث ينصرف إلى المساعد القضائي مثلاً -، إلّا أنّه إذا كان هذا الطّرف على علم بالتدليس الصّادر من الغير أو كان من المفروض حتماً علمه به، فإنّه يحقّ للواهب المدّلس عليه متى أثبت واقعة علم الموهوب له بالتدليس أن يطلب إبطال العقد، فإن عجز عن هذا الإثبات فلا مجال للقول بإبطال عقد هبة العقار للتدليس رعاية لواجب الاستقرار في المعاملات³.

على أنّه يشار إلى أنّ التدليس - بالمفهوم المذكور سالفاً - هو واقعة مادّية يمكن إثباتها بكلّ وسائل الإثبات، ويتحمّل الواهب المدّلس عليه عبء إثباته، فإذا ما استطاع تحقيق ذلك يبطل عقد الهبة بطلب منه، كما يمكنه فضلاً على ذلك الرّجوع على الغير بالتّعويض على أساس المسؤولية التّقصيرية طبقاً للقواعد العامّة⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الكويتي - ومن وافقه كالبحريني - ذهب خلافاً لما قرّر في القواعد

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 63.

2- Art 1138 : « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant.

Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ».

³ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 133.

العامة باستثناء عقود التبرع ومنها عقد الهبة من وجوب اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر¹، حيث قرر بأن يكون عقد هبة العقار قابلاً للإبطال لمجرد كون الرضاء جاء مشوباً بالتدليس دون الاعتداد بمن تسبب فيه ولو كان أجنبياً، فضلاً عن إذا كان المتعاقد الآخر (الموهوب له) يعلم به عند إبرام عقد الهبة أو لا يعلم؛ وذلك ما أورده المادة 154 من تقنينه المدني - المطابقة لنص المادة 92 من التقنين المدني البحريني - بقولها: "... استثناء مما تقضي به المادة السابقة، يجوز في عقود التبرع طلب إبطال العقد، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس دون اعتبار لمن صدرت الحيل منه"

وفي معرض تعليق المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي على نص المادة 154 المشار إليها أعلاه، نوهت بأنه "ارتأى المشروع بالمادة 154 أن يستثني عقود التبرع من شروط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر، مكتفياً، لإمكان إبطالها، أن يجيء رضاء المتعاقد بها نتيجة التدليس، ودون اعتبار بعد ذلك لمن وجهت منه الحيلة، ولما إذا كان المتعاقد الآخر قد علم بها أم لم يعلم. وقد حدا به إلى تقرير هذا الحكم رغبة في أن يجيء التبرع، في جميع الحالات، عن إرادة بعيدة عن الغش والإحتيال والخديعة"²

وقد عمد المشرع الكويتي من خلال استثناء عقد هبة العقار - على غرار باقي عقود التبرع - من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر إلى التوفيق بين حماية رضاء المتعاقدين وتوفير الثقة في المعاملات، إذ أنّ التبرع بالهبة يقوم على المنح الخالص للواهب، يقابله الأخذ الخالص من الموهوب له ومن ثم رأى أن تكون الإرادة هنا وهناك سليمة لا تشوبها أدنى شائبة، بصرف النظر عن دور المتعاقد الآخر مما يؤدي إلى إفسادها، وإن كان إبطال الهبة في هذه الفرضية لا تحمّل الموهوب له أية خسارة بقدر ما تقتصر على تفويته كسب له فحسب³.

الشّرط الثالث: أن يكون التدليس هو الذي دفع الواهب إلى إتمام عقد هبة العقار

يشترط المشرعين الجزائري والمصري أن تكون الحيل مؤثرة، بمعنى أن تبلغ من الجسامة حدّاً يعتبر دافعاً للمتعاقد على التعاقد، وبعبارة أخرى أن تكون الوسائل الاحتيالية من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم

¹ - خالد سمّاحي، المرجع السابق، ص. 114.

² - أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 127.

³ - والحال كذلك في فرنسا، حيث يذهب الاجتهاد القضائي والفقه إلى استثناء التبرعات من شرط صدور التدليس من المتعاقد الآخر رغم عدم وجود نص في ذلك، مبرزين ذلك بضرورة وجوب أن تأتي نية المتبرع خالصة من الشوائب، فضلاً عن الاستناد في ذلك إلى القاعدة القائلة بـ"درء المغارم مقدّم على جلب المغام". أنظر في ذلك: بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 241؛ محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 181، هامش رقم: 246؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Op. cit., p. 245 et s.

الواهب المدّلس عليه عقد هبة العقار، وهذا بصريح نصّ المادة 1/86 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 1/125 من ق. م. م- التي قضت بأنه "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد"¹.

والمعيار هنا معيار شخصي لمعرفة مدى الجسامة وتأثيرها، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان التدليس هو العامل الذي حمل الواهب على التعاقد؛ إذ من الأشخاص من يصعب خداعه، ومنهم من يسهل غشه، مع مراعاة ظروف التعاقد وأحوال المتعاقدين ودرجة ثقافة الواهب المدّلس عليه وذكاءه وجنسه وعمره وخبرته². وفي جميع الأحوال فإذا توافرت الشروط المطلوبة لقيام التدليس كان من حقّ الواهب أن يطالب بإبطال عقد هبة العقار للتدليس الواقع فيه.

الفرع الثالث: الإكراه في عقد هبة العقار

الإكراه "La violence" هو ضغط يقع على أحد المتعاقدين، فيؤلّد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد، بحيث لا يعدم إرادته بل يفسدها بطريقة تجعله يعلم وقت التعاقد أنّ رضاه معيب³.

يتبيّن من هذا التعريف أنّ الإكراه يشوب الإرادة في حرّيتها واختيارها، إذ هو يحدث رهبة أو خوفاً في نفس المكره يدفع إلى التعاقد وإن كان يميّز عادة بين وسائل الإكراه وما تحدثه هذه الأخيرة في نفسية المتعاقد من الرّهبة. فوسائل الإكراه "VIS" هي النّاحية المادّية، والرّهبة التي تحدث "Metus" هي تلك النّاحية السيكلولوجية، والملاحظ أنّ الذي يفسد الرّضاء ليست هي الوسائل المادّية التي تستعمل في الإكراه، بل هي الخوف والرّهبة التي تحدثه هذه الوسائل⁴.

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 104.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 102؛

STARCK Boris, Droit civil, T 2, Les obligations, 2^{ém} éd, Litec, Presses Universitaires de France, 1986, p. 878.

³ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI , Op. cit., pp. 230-231; FLOUR Jean-Luc, AUBERT Jean-Luc, Op. cit, p. 154; MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit, p. 262 et s.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنّ "الإكراه المبطل للرّضا لا يتحقّق إلّا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محقق بنفسه أو بماله، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبّل له باحتمالها أو التخلص منها، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمل على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً". أنظر: نقض مدني مصري صادر في: 1973/02/27، مجموعة المكتب الفتي لمحكمة النقض، س 24، ص. 336.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 419.

والأصل في الإكراه أنه يفسد الإرادة ولا يعدمها على اعتبار أن الإرادة موجودة ولكنها ليست بحرة، لذا كان الإكراه عيباً في الإرادة مجيزاً لطلب إبطال عقد هبة العقار، أما لو بلغ الإكراه حداً يعدم الإرادة كما لو أمسك المكره بيد المكره واستمضاه على عقد هبة العقار، أو أخذ منه إمضاه تحت تأثير مخدر أو منوم فإن عقد الهبة يكون باطلاً لانعدام إرادة الواهب التي لم تتجه إلى التوقيع على هذا العقد¹.

وعلى غرار عيبي الغلط والتدليس نظم المشرع الفرنسي أحكام عيب الإكراه بشيء من التفصيل ضمن تعديله الأخير لتقنيته المدني، وهو ما يتبين جلياً من خلال المواد من 1140 إلى 1144 منه فضلاً عن اعتباره للإكراه الناشئ عن الظروف عيباً من عيوب الإرادة بمقتضى المادة 1143 من ق. م. ف².

أما المشرع الجزائري فقد تناول عيب الإكراه في تقنيته المدني من خلال المادتين 88 و 89 منه مقلداً وناقلاً عن نظيره المصري الذي قننه أيضاً في مادتين وحيدتين (127 و 128) من تقنيته المدني.

ويشترط في الإكراه³ الذي يجعل عقد هبة العقار قابلاً للإبطال طبقاً للقواعد العامة، الشروط الآتية:

- استعمال وسائل للإكراه من شأنها إحداث خطر جسيم محقق يبعث في نفس الواهب خوفاً يدفعه إلى إتمام عقد الهبة:

وهنا تكون إرادة الواهب واقعة تحت ضغط التهديد، ومن ثم يُقدّم على إبرام عقد هبة العقار تحت تأثير الخوف فتكون إرادته معيبة⁴.

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 107.

² - Art 1143 : « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ».

وراجع في شأن الإكراه الناشئ عن الظروف: أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 112 وما يليها.

³ - Cf. JOSSERAND Louis, Op. cit., pp. 46-52; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Op. cit., pp. 38-41; PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Op. cit., pp. 230-240.

وراجع أيضاً: حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، أثر الإكراه على التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، ع 21، ج 1، 2005، ص. 71 وما يليها.

⁴ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 108.

هذا، ولا شك أنّ الإكراه الذي يشوب الإرادة فيجعلها معيبة إنّما يقوم على عنصرين:

أحدهما: مادّي يتمثّل في استعمال وسائل ضاغطة على حريّة إرادة الواهب، سواء أكانت ماديّة كالضرب والعنف، أو وسائل نفسية كالتهديد بالأذى، وهو الذي يعنيه نصّ المادة 1/88 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 127 من ق. م. م - حينما يتحدّث عن الرّهبة البيّنة التي بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتستلزم المادة 2/88 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 2/127 من ق. م. م - أن يكون التهديد بخاطر جسيم محقق يتعلّق بشخص الواهب أو أحد أقاربه في النفس، أو الجسم، أو الشرف، أو المال.

هذا على غرار نصّ المادة 1140 من ق. م. ف التي قضت بكون أنّه "يتحقّق الإكراه عندما يتعهّد أحد الأطراف تحت تأثير ضغط يولّد الخوف من تعرّض شخصه أو ثروته أو ثروة أقاربه لضرر جسيم"¹.

ويُرجع في تقدير جسامته الخطر "La gravité" إلى سيكولوجية المكروه، ويكون له هذا الوصف متى بعث في نفسه رهبة دفعته إلى التّعاقّد، ولو كانت الوسائل غير جدّية كأعمال السّحر والشعوذة وهي مسألة متروكة لقاضي الموضوع"².

ومّا يشترط في التهديد بالخطر أن يكون محققاً "Imminent"، أيّ وشيك الوقوع على اعتبار أنّ الخطر الحال "Le mal présent" هو الذي ينشأ الرّهبة عادة، عكس التهديد بخاطر مستقبل فقد لا يولّدها لاحتمال تلافيه مع مرور الوقت³.

ويستوي أن يكون الخطر المهدّد به جسيماً وحالاً "Un mal considérable présent" موجّهاً إلى الواهب نفسه أو أحد أقاربه دونما تحديد لهؤلاء الأقارب، وفي تقييد الحكم بالأقارب يكون التّقنين المدني الجزائري قد خالف التّقنين المدني الفرنسي المعدّل في مادّته 1140 المذكورة أعلاه، وكذا

¹ - Art 1140 : « Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches à un mal considérable ».

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 118.

³ - نفس المرجع نفس الصّفحة.

التقنين المدني المصري في مادته 2/127 منه السالفة الذكر¹.

أما العنصر الثاني فهو شخصي، ذلك أنّ التهديد قد يكون من شأنه أن يبعث رهبة وخوفاً في نفس المتعاقد، وهذه هي المسألة الجوهرية في موضوع الإكراه، إذ ينبغي أن تؤثر وسيلة الإكراه في نفسية الواهب، فتبعث فيها رهبة أو خوفاً يدفعه إلى إبرام عقد هبة العقار.

على أن يراعى في تقدير هذا العنصر الذاتي جنس من وقع عليه الإكراه عليه، وسنّه، وحالته الاجتماعية والصحية، وغيرها من الظروف والملازمات الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه مثلما قضت الفقرة الأخيرة من المادة 88 من ق. م. ج - المقابلة لمثيلتها المادة 127 من ق. م. م - انتهاء².

- إستهداف وسائل الإكراه تحقيق غرض غير مشروع:

فإذا كانت الوسائل التي يلجأ إليها المكره مشروعة في ذاتها، ويُرَاد بها الوصول إلى غرض مشروع، فإنّ العقد لا يكون في هذه الحالة باطلاً للإكراه، ومثال ذلك: تهديد الدائن مدنيه بلجوهه للتنفيذ الجبري على عقاره إذا لم يهبه إياه، فالواهب وهو الدائن في هذا المثال، لا يستطيع أن يطالب بإبطال عقد الهبة لأنّ الوسائل التي استعملها المدين وهو الموهوب له مشروعة، فضلاً عن أنّ الغرض الذي يرومه مشروعاً وهو استيفاء دينه³، إلى ذلك أشارت المادة 1/1141 من ق. م. ف - حصراً - بقولها: "لا يشكّل التهديد باللجوء إلى الطّرق القانونية إكراها"⁴.

على أنّه إذا استعملت الوسائل المشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع، فإنّ الإكراه يتحقّق ويكون العقد - من ثمة - باطلاً⁵. إلى ذلك نبّهت المادة 2/1141 من ق. م. ف - حصراً - حينما قضت بأنّه "ويكون الأمر على خلاف ذلك عندما تستعمل الطّرق القانونية لغاية غير التي وجدت من

¹ - حيث يعتدّ المشرّع المصري بالخطر الذي يهدّد الغير، وقد قضى - تبعاً لذلك - في المادة 2/127 من ق. م. م بالقول: "وتكون الرّهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصوّر للطّرف الذي يدّعيها أنّ خطراً جسيماً محدقاً يهدّده هو أو غيره في النّفس أو الجسم أو الشّرف أو المال"، هذا بخلاف التقنين المدني الجزائري الذي لم يأخذ في حسبانته سوى الخطر المهدّد للأقارب فقط (المادة 2/88 من ق. م. ج). أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 139، هامش رقم: 9.

² - محمّد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 136.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 108-109.

⁴ - Art 1141/1 : « La menace d'une voie de droit ne constitue pas une violence ».

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 428.

أجلها أو عندما يتم التلويح بها أو استعمالها بقصد الحصول على منفعة زائدة بشكل واضح¹.

ومثال ذلك التهديد بإشهار إفلاس تاجر توقّف عن الدّفع لإجباره على هبة عقاره في الأخير.

ولعلّ أشدّ ما يكون الإكراه في عقد هبة العقار إنّما يكون بواسطة التأثير في نفسية الواهب بنفوذ أدبي من لدن الموهوب له عليه، فيؤثّر في إرادته ويحمّله على التنازل عن عقاره لمصلحته، وعادة ما يقع من الأب على ابنه، أو لرجل الدين على مريده، أو من الرئيس على مرؤوسه، أو من الزوج على زوجته².

وإذا كان القصد من استعمال النفوذ هو التوصل إلى غرض غير مشروع، فإنّه يعدّ كالإكراه الذي يشوب الإرادة فيجعل العقد قابلاً للإبطال، أمّا إذا استخدم الوليّ أو الوصيّ نفوذه الأدبي لحمل ابنه أو الموصى عليه على إبرام عقد رآه نافعاً له، فإنّ العقد يكون صحيحاً ولو كان الأب أو القاصر المميّز قد أبرم العقد على غير رغبة منه.

وكما أنّ النفوذ الأدبي إذا قصد به التوصل إلى غرض مشروع يعتبر إكراهاً، فإنّ الحنو والعطف إذا استغلّ لابتزاز عقار الواهب عُدّ إكراهاً أيضاً³.

- أن يكون الإكراه صادراً من الموهوب له:

يشترط أن يكون الإكراه الواقع على الواهب صادراً من الموهوب له، فإن صدر عن الغير حُقّق للواهب المطالبة بإبطال عقد هبة العقار في حالة ما إذا كان الموهوب له يعلم أو كان من المفروض حكماً أن يعلم بهذا الإكراه وذلك تطبيقاً لما أورده المادة 89 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً عن نصّ المادة 128 من ق. م. م - بقولها "إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلّا إذا أثبت أنّ المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا

¹ - Art 1141/2 : « Il en va autrement lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif ».

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 110؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 64.

NAJJAR Ibrahim, les Libéralités, théorie Générale, Testaments - donation, Op. cit., p. 97.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع نفسه، ص. 64؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 111؛ وأنظر أيضاً في هذا الصدد: حكم محكمة استئناف أسبوط المؤرخ في: 1937/02/09، منشور بمجلة المحاماة، 17 رقم 587، ص. 1181.

الإكراه¹.

يُبد أن بعض الشراح من ذهب خلاف ذلك، فرأى أن الإكراه يفسد رضاء الواهب ويجعل هبة العقار قابلة للإبطال "حتى لو صدر الإكراه من الغير، وحتى لو كان الموهوب له لا يعلم بالإكراه ولا يستطيع أن يعلم به... فإرادة الواهب يجب أن تكون مختارة، فإذا شابها الإكراه وأبطلت الهبة لم يتحمل الموهوب له خسارة وإنما فاته كسب، ولالإكراه علامة مادية تدل عليه كما هو الأمر في التدليس"²، وهذا وهو الذي استهدفته المادة 1142 من ق. م. ف بقولها: "يعتبر الإكراه سبباً للبطلان سواء تمت ممارسته من قبل الطرف الآخر أو الغير"³.

فإذا كان هذا هو الحال في التقنينات المدنية السابقة، فإنّ التقنين المدني الكويتي - ومن حذا حذوه كالتقنين المدني البحريني - ذهب إلى استثناء عقود التبرّع - ومن ضمنها عقد هبة العقار - من شرط اتصال الإكراه بمن يتعاقد مع المكره واكتفى بضرورة وقوع الإكراه على أحد المتعاقدين حتى يتاح طلب إبطال عقد هبة العقار بصرف النظر عمّن صدر عنه الإكراه، ودون اعتبار لعلم الطرف الآخر أو جهله، وذلك تقريراً لنص المادة 158 من تقنينه المدني - الموافقة لنص المادة 3/95 من التقنين المدني البحريني - التي قضت بأنه "يجوز في التبرّعات طلب الإبطال إذا كان الرضا بها قد جاء نتيجة الإكراه دون اعتبار لمن صدر عنه الإكراه"⁴.

ولاشك أن الغاية التي تعيها المشرّع الكويتي من استثناء التبرّعات من شرط اتصال الإكراه بمن يتعاقد مع المكره، هي نفس الغاية التي تقصدها من تقرير الاستثناء ذاته حينما تطلب اتصال كل من الغلط والتدليس بمن يتعاقد مع الغالط أو المدلس عليه، فقد أعمل المشرّع هذا الاستثناء "حرصاً منه على أن يجيء التبرّع دوماً عن إرادة حرّة مختارة، كما حرص من قبل على أن تجيء عن بينة من الأمر، لم يفسدها غلط ولم يضلّلها تدليس"⁵.

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 109.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، ص. 110، هامش رقم: 2.

³ - Art 1142 : « La violence est une cause de nullité qu'elle ait été exercée par une partie ou par un tiers ».

⁴ - خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 114-115.

⁵ - مقتطع من المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي وهي في معرض تعليقها على نص المادة 158 منه. أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 132.

الفرع الرابع: الإستغلال في عقد هبة العقار

الاستغلال "L'exploitation" هو أن يستغل شخص طيشاً بيئاً أو هوى جامحاً في آخر لكي يرم تصرفاً يؤدّي إلى غبن فادح به¹.

ويستنبط من تعاريف فقهاء القانون² أنّ الاستغلال هو ما يستفاد من حالة ضعف أحد المتعاقدين بحيث يستغل المتعاقد الآخر في نظيره طيشاً بيئاً أو هوى جامحاً فيختلّ التعادل بين التزامات المتعاقدين ويقلّ ما يأخذه أحدهما عمّا يعطيه الآخر.

ويعتبر الاستغلال من أبرز العيوب التي تفسد الرضاء في عقد هبة العقار، فغالباً ما ينتهز الموهوب له وجود طيش بيئ، أو هوى جامح لدى الواهب ويستغل ذلك لمصلحته.

هذا، وقد نظم المشرّع الجزائري عيب الاستغلال ضمن المادة 1/90 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 1/129 من ق. م. م - فعده عيباً من عيوب التي تفسد الرضاء³، قاضياً - في ذات السياق - بأنّه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أنّ المتعاقد المغبون لم يرم العقد إلّا لأنّ المتعاقد الآخر قد استغلّ فيه طيشاً بيئاً أو هوى جامحاً، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد".

وعليه، فإنّه ينبغي في الاستغلال الذي يجيز إبطال عقد هبة العقار أو إنقاصه توافر شرطين:

الأول: وجود طيش بيئ أو هوى جامح يقع فيه الواهب.

الثاني: إستغلال الموهوب له هذا الطيش البيئ أو ذاك الهوى الجامح بغرض استيلائه على عقار

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 198.

² - إرتكزت مختلف التعاريف الفقهية بخصوص عيب الاستغلال على الضعف النفسي للمتعاقد من جهة، وعلى الغبن المترتب عنه من جهة أخرى وكأنّ الاستغلال لا يعني إلّا عقود المعاوضة. أنظر في ذلك: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 151، هامش رقم: 17.

³ - تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يشر من الأمور التي تكن محلاً للإستغلال إلّا الطيش البيئ والهوى الجامح، وهو ما فعله سلفاً نظيره المصري في المادة 129 من تقنينه المدني، وكذلك ممّن اقتفى أثر هذا الأخير كالتقنين المدني الليبي (المادة 129)، والتقنين المدني السوري (المادة 130). أمّا التقنين المدني العراقي فقد جاء أكثر شمولاً في هذه المسألة حيث ذكر الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك في مادته 125، كما أورد التقنين المدني الألماني الذي هو أصل نظام الإستغلال الحاجة والخفة وعدم الخبرة ضمن مادته 138، هذا على غرار نظيره البولوني الذي صرّح بكون الخفة والغباء وعدم الخبرة وسائل يقوم بها عيب الإستغلال. أنظر في هذا الشأن: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 245-246، هامش رقم: 2.

الواهب بطريق عقد الهبة¹.

يُبد أنه لما كان عيب الاستغلال لا يتحقق - في الأصل - إلا في عقود المعاوضة، فقد ثار التساؤل حول إمكانية تحققه في عقود التبرع خاصة وأن المتبرع يلتزم بدون مقابل؛ فقد ذهب رأي إلى أن الاستغلال باعتباره اختلال التعادل بين الالتزامات لا يسعف في هذا الخصوص مهما كان الاختلاف فادحاً مادام أن التبرع بالهبة لا يقوم إلا عليها، كون أن الواهب يمنح ولا يأخذ في مقابل منحه، ورغم هذا فإن المادة 2/129 من ق. م. م - المقابلة لنص المادة 1/90 من ق. م. ج - تنطبق أيضاً على عقد هبة العقار بدلالة الفقرة الثالثة من المادتين المحللتين التي ينصرف حكمها إلى عقود المعاوضة وحسب، الأمر الذي يستشف منه بأن أحكام تلك المادة فيما عدا ذلك الحكم تنطبق على عقود التبرع انطباقاً على عقود المعاوضة، وهذا ما ينسجم تماماً مع نظرية الاستغلال، إذ العبرة بالضعف النفسي للمغبون بالدرجة الأولى، بينما يترجم الاختلال في تعادل التزامات المتعاقدين كنتيجة مترتبة على عملية الاستغلال.

في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه إذا كانت فداحة الاختلال في التزامات المتعاقدين لا تسعف بالنسبة لعقود التبرع - ومنها عقد هبة العقار - وكان عيب الاستغلال مما يتناولها، فإن العنصر الموضوعي للاستغلال فيها لن يكون اختلال التعادل، بل انعدامه في الأساس، وليس ذلك فحسب، بل إن عقود التبرع هي ما يتحقق فيها عملياً بكثرة عيب الاستغلال².

هذا، وقد أكدت المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي وهي في معرض تعليقها على نص المادة 160 من نفس التقنين على ما هو أبلغ مما قيل سلفاً في الرأيين السابقين، فقضت بأنه "... وأنت المادة 160 لتؤكد إمكان إعمال نظام الاستغلال في عقود التبرع دفعاً لأي شبهة. فلا يوجد أي مسوغ لقصر دائرة الاستغلال على المعاوضات. وإذا كانت ثمة شبهة قامت في الماضي حول هذا الأمر، فإن مردّها إلى الاعتقاد بأن نظام الاستغلال لا يعدو أن يكون مجرد تطوير لنظام الغبن، وإلى أن هذا الأخير لا يسري في صدد التبرعات. فأياً ما كان وجه الحق في البنية المدعاة بين الاستغلال والغبن، فقد اكتملت لنظام الاستغلال ذاتيته، وأصبحت له دائرة إعماله الخاصة به، فضلاً عن شروطه وأثره. ولا يوجد ثمة ما يمنع من سريانه على التبرعات. بل إن التبرعات تتمثل الحقل الخصيب لإعماله، لاسيما

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 111.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

بالنسبة إلى ما قام به على الهوى الجامح¹.

أما فيما يتعلق بتوافر العنصر المادي للاستغلال في عقود التبرع، فقد ساد الاعتقاد إلى أن المتعاقد من خلال التصرفات التي يبرمها يرغب في تحقيق غاية معنوية، فيتمثل الاختلال في التعادل بالنسبة لهذه العقود في الفرق بين الالتزامات التي يتحملها المتبرع والغاية التي يستهدف تحقيقها، وتكون العبرة - عندئذ - بالقيمة الشخصية للأشياء لا بالقيمة المادية لها، فما هو تافه القيمة بالنسبة للبعض قد يعده غيره أمراً هاماً وضرورياً، وعليه فإنه يرجع في ذلك إلى القناعة الشخصية لكل متعاقد².

بناء على ما سبق، إقترح الفقه طريقتين لتقدير التفاوت بين التزامات المتعاقد والغاية التي يستهدفها هذا الأخير، فبخصوص الأولى ذهب القائلون بما بأنه مادام عدم التوازن في عقود التبرعات موجوداً أصلاً لانعدام المقابل فيها، فهي أولى بتحقيق عيب الاستغلال فيها، ومن ثم فإن العنصر المادي للاستغلال يكون مفترضاً دوماً في عقود التبرع. أما الثانية فيرى معتنقوها بأن التفاوت بين التزامات المعبون والغاية التي يروم تحقيقها يتمثل في المقدار غير المألوف للمال المتبرع به من جهة، وكذا ثروة المتبرع من جهة أخرى، وهذه الكيفية هي الأقرب لفحوى أحكام المادة 1/90 من ق. م. ج. المقابلة لنص المادة 1/129 من ق. م. م.³

وكما يمكن أن يبرز عيب الاستغلال في عقود المعاوضة بصورة صريحة، فإنه ينجلي أيضاً بوضوح أكثر في عقود التبرع على اعتبار أنه إذا جاز القول بتحقيق الاستغلال فيما يختل فيه التعادل، فإن المنطق يقتضي أن يتحقق هذا العيب فيما لا تعادل فيه من الأصل.

فغالباً ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشاً بيناً أو هوى جامحاً فيدفعه إلى إبرام عقد هبة العقار، مثال ذلك: الشيخ العجوز التي تذهب بقلبه يافعة غيداء فيتزوجها، ويجمع به هواه فيخصها بعقاراته ويحرم زوجته الأولى وأولاده منها بعد أن تستكتبه من الهبات العقارية ما تريد.

وعكس ذلك، قد تتزوج المرأة الثرية الطاعنة في السن من زوج شاب، فيستغل هيامها به وبيتز عقاراتها عن طريق الهبات لفائدته، والحال كذلك عندما يلقي الطيش والنزق بشاب اغتنى من تركة آت إليه، فيقع في أيدي بطانة السوء، فيستغلون طيشه وبيتزون دياره بطريق إيهاها لهم⁴. كل هذه الأمثلة -

¹ - أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 134.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 155.

³ - نفس المرجع ونفس الصفحة.

⁴ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 66؛ بدر حاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 244-245.

وغيرها كثير - تدلّ على ما قد يكون من الاستغلال من تأثير على إرادة الواهب فيعييها من خلاله.

الحاصل ممّا تقدّم، أنّ عيب الاستغلال يمكن أن يتحقّق في عقود التبرّع وليس قاصراً على عقود المعاوضات، بل أنّه كثيراً ما يتحقّق في عقد هبة العقار وهي من عقود التبرّع، فإذا توافرت شروطه على الوجه الذي بيّناه كان للواهب بحسب نصّ المادة 2/90 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 2/129 من ق. م. م - استعمال إحدى دعويين: دعوى إبطال التعاقد، أو دعوى إنقاصه ورفع إحدهما في غضون سنة من تاريخ العقد تحت طائلة عدم قبولها انتهاء¹.

فإذا اختار الواهب دعوى الإبطال، كان للقاضي بما يمتلك من سلطة تقديرية أن يجيبه إلى طلبه فيبطل عقد هبة العقار إذا تبين له أنّ الواهب لم يكن ليهب لولا هذا الاستغلال.

أمّا لو وجد القاضي بأنّ الاستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى هذا الحدّ، وأنّ الواهب كان سيهب دون استغلال بعض المال العقاري، يقتصر حكمه على إنقاص الهبة إلى القدر الذي كان سيهبه دون استغلال. كما يحقّ للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة إلى هذا النحو، فيتوقّى بذلك إبطال الهبة كلّها.

أمّا إذا اختار الواهب دعوى الإنقاص بداءة، فليس للقاضي سلطة تقديرية في هذه الحالة، ويتعيّن عليه - حينئذ - أن يقضي بإنقاص الهبة، وليس له أن يحكم بإبطالها، لأنّه لو فعل يكون قد قضى للخصم بأكثر ممّا طلب².

¹ - قضت الفقرة الثانية من المادة 2/90 من ق. م. م - المنقولة حرفياً من نص الفقرة الثانية من المادة 2/129 من ق. م. م - بالقول: "ويجب أن ترفع الدّعى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلاّ كانت غير مقبولة". وقد طرحت مدّة وطبيعة هذا الأجل برفع الدّعى أكثر من إشكال "... فقد نشكك في التّكييف الذي انتهينا إليه بخصوص الاستغلال (على أنّه عيب من عيوب الرّضا)، إنّ مثل هذا الأجل سواء من حيث مدّته أو موعد انطلاقه أو طبيعته، يخصّ - عادة - حالات الغبن كما هو الوضع بالنّسبة للغبن في بيع العقارات الذي أشارت إليه المادة 359 ق م، أو الغبن في القسمة الذي تضمّنته أحكام المادة 732 ق م. ففي مثل هذه الحالات يعتبر الغبن عيباً في العقد قائماً بذاته ولا علاقة له بسلامة رضا المتعاقد المغبون، فمن الطّبيعي إذن أن تكون مدّة الطّعن في صحّة العقد قصيرة، وأن ينطلق موعدها من تاريخ العقد، وأن يكون الأجل أجل إسقاط لا تقادم. غير أنّ اعتماد مثل هذا الأجل بالنّسبة للاستغلال معناه رفض الحماية القانونية للمغبون، وإلاّ كيف يستطيع المغبون الذي يعتريه طيش أو هوى جامع أن يتفطّن لحالته ويطعن في العقد في هذه المدّة القصيرة؟. وقد يدفع البعض باستقرار المعاملات لتبرير مثل هذا الحل، لكن حالة الاستغلال لا تختلف عن حالات عيوب الرّضا الأخرى، وإذا كانت الأحكام التي تسري على هذه العيوب لا تنال من استقرار المعاملات، فكيف يمكن تبرير هذا الحكم الخاص بالاستغلال بمثل هذا العذر؟ لذا كان يجدر بالمشرّع الأخذ بنفس الأحكام التي تسري على عيوب الرّضا التّقليدية" يؤكّد علي فيلالي. أنظر مؤلّفه الالتزامات، المرجع السابق، ص. 159-160.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 112؛ جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 112.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة للتقنينين المدنيين الجزائري والمصري حيث اتجهما إلى عدم التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع في غير موضوع الاستغلال - شأنهما في ذلك مع بقية عيوب الرضاء الأخرى - غير ما قرراه في القواعد العامة للعقد، فإن التقنين المدني الكويتي ومن قلده كالبحريني درجا على أعمال هذه التفرقة إذ شددوا في أمر التصرف إذا كان تبرعياً، ولم يخص الأمر في عيب الاستغلال فقط كما فعلا نظيريتهما الجزائري والمصري¹.

وإذا كان عيب الاستغلال يتأسس ضمن عقود المعاوضة طبقاً لنص المادة 159 من التقنين المدني الكويتي² في ثبوت الخيار بين إنقاص التزامات ضحية الاستغلال أو الزيادة في التزامات الطرف المستغل أو إبطال العقد، فإنه في عقد هبة العقار - شأنها في ذلك بقية عقود التبرع - يكون الخيار محصور بين إنقاص المال العقاري المتنازل عنه أو إبطال عقد هبة العقار، إذ لا مجال لطلب الزيادة كما هو الحال في عقود المعاوضة على اعتبار أن الموهوب له لم يمنح شيئاً حتى يقال بزيادة ما منح، إذ ليس ثمة التزام يقع عليه من الأصل. إلى ذلك أشارت المادة 160 من نفس التقنين - المطابقة لنص المادة 96/ب من التقنين المدني البحريني³ - بالقول: "في عقود التبرع التي تجيء وليدة الاستغلال يكون للقاضي بناء على طلب المتبرع، أن يبطل العقد أو ينقص قدر المال المتبرع به وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة والاعتبارات الإنسانية".

يجدر التنبيه إلى أن النص المحلل أعلاه أوجب على القاضي مباشرة خياره - إلى جانب ظروف الحال والاعتبارات الإنسانية التي ارتكز عليها التبرع المطعون فيه - "حتى لو كانت قد استهدفت من الطرف المستغل نفسه، كما إذا استغلت الزوجة الهوى الجامح الذي يستشعره زوجها نحوها، فتحجعه يهب أولادها الصغار من أمواله ما يلزم لتربيتهم نظراً لصغرهم، ثم رفع بعد ذلك الورثة (إخوة لهم مثلاً) دعوى طالبوا فيها بإبطال الهبة، كان على القاضي وهو ينظر طلبهم أن يدخل في تقديره الاعتبارات الإنسانية في تربية الصغار وما يحتاجون إليه في هذا الخصوص، سيما إذا كان الورثة قد شقوا طريقهم إلى الحياة، وأن يوازن بين مصالح أولئك وهؤلاء، الأمر الذي يحتم عليه أن يرفض الإبطال، ويقتصر على إنقاص المال المتبرع به إذا طلب منه ذلك، في حدود ما اتسم به المتبرع من شطط وإسراف، وإلا رفض

¹ - راجع المادة: 3/90 من ق. م. ج، والمادة 3/129 من ق. م. م.

² - التي قضت بأنه "إذا استغل شخص في آخر حاجة ملحة أو طيشاً بيناً، أو ضعفاً ظاهراً، أو هوى جامعاً، أو استغل فيه سطوته الأدبية عليه، وجعله بذلك يرم لصالحه أو لصالح غيره عقداً ينطوي، عند إبرامه على عدم تناسب باهظ بين ما يلتزم بأدائه بمقتضاه وما يجزه عليه من نفع مادي أو أدبي، بحيث يكون إبرامه تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية، كان للقاضي بناء على طلب ضحية الاستغلال ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال، أن ينتقص من التزاماته أو أن يزيد في التزامات الطرف الآخر، أو أن يبطل العقد".

³ - نص المادة 96/ب من التقنين المدني البحريني بما يلي: "في عقود التبرع تقتصر سلطة القاضي في دعوى الاستغلال على إبطال العقد أو إنقاص قدر المال المتبرع به، وفقاً لظروف الحال، وبمراعاة مقتضيات العدالة الإنسانية".

الإنقاص بدوره، فالإستغلال نظام قصد به المشرع أن يحول دون التنكر لمقتضيات الشرف ونزاهة التعامل ومقتضيات حسن النية، ليس في وسيلته فحسب، بل في غايته أيضاً، فإن كانت الغاية إنسانية، ولها مبررات العدالة وحسن النية ما يسوغها، فإن الوسيلة التي اتبعت في بلوغها لا تكفي لقيام الإستغلال حتى لو كانت في ذاتها كريهة بغضبة¹.

المحصلة مما سبق، فإن عبء إثبات الاستغلال يقع على من يدعيه طبقاً للقواعد العامة، حيث يتعين على العاقد المستغل (الواهب) إقامة الدليل على اختلال التعادل الصارخ، وعلى اندفاعه إلى إبرام عقد هبة العقار تحت تأثير الطيش البين الذي لحقه أو الهوى الجامح الذي أصابه، ولقاضي الموضوع الفاصل في التازلة كامل سلطة تقدير عناصر الاستغلال دون رقابة من المحكمة العليا عليه².

المبحث الثالث: محل وسبب عقد هبة العقار

بعد توافر الركن الأساسي في عقد هبة العقار وهو الرضاء، يأتي الكلام فيما يلي على ركنين لا يقلان أهمية عن الأول وهما محل وسبب نفس العقد، مع الإشارة - في هذا الصدد - إلى استثناء المشرع الفرنسي عن هذين الركنين³ ومجزهما في ركن واحد اصطلاح عليه "بمضمون العقد"⁴، وذلك بعد أن نظمته بداية من المادة 1162 إلى 1171 ضمن تعديله الأخير للتقنين المدني بموجب الأمر رقم 2016-131 التّأخذ التطبيق في الفاتح أكتوبر 2016⁵.

¹ - بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 247.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 201؛ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 132.

³ - بدعوى التعقيد المكتنف إياهما، وكذا انسجاماً مع بعض النظريات القائلة بأن الاعتماد على السبب كركن لقيام العقد جعله يتداخل من حيث الوظيفة مع ركن المحل خصوصاً عند البحث في مسألة سبب العقد وسبب الالتزام، هذا ما جعل التعديل يشكّل انتصاراً لنظرية الفقيه بلانيول الذي اعتبر فيها نظرية السبب التقليدية غير صحيحة وغير نافذة، وهذا دونما إغفال لدور الفقيه كابيتان الذي عدّل النظرية التقليدية للسبب بما أسس لركائز نظيرتها الحديثة. أنظر في هذا الصدد:

CAPITANT Henri, De la cause des obligation, 3^{ème} éd, Librairie DALLOZ, Paris, 1927, p. 80 et s.

⁴ - Cf. Art 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain ».

⁵ - من هذا التعديل أهم ركائز التقنين المدني الفرنسي ممثلة في نظرية الالتزامات التي عرفت بثباتها الذي بقي دون تعديل جذري - لم يتجاوز عشرة تعديلات في مجمله - لمدة جاوزت قرنين من الزمن منذ صدور قانون نابليون عام 1804. أنظر في ذلك: سعد نبيل إبراهيم، تقنين نابليون، التطور في ظل الثبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ط1، بيروت، لبنان، 2005، ص. 91-92. وأنظر في شأن هذا التعديل أيضاً:

BLANDINE Mallet-Bricout, « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », R. T. D. Civ,

ولما كان يسري على هذين الركنين ما يسري على كافة العقود طبقاً للقواعد العامة، سوف نبحت كلاهما تباعاً كالاتي: محل عقد هبة العقار (المطلب الأول)، ثم سبب عقد هبة العقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: محل عقد هبة العقار

قدّمنا أنّ محل عقد هبة العقار يطبق عليه ما يطبق من أحكام مختلف العقود بوجه عام طبقاً للقواعد العامة، لذا يستحسن بدءاً التوقف بإيجاز عند الشروط العامة لمحل عقد هبة العقار في القانون دون التعرّض لموقف الفقه الإسلامي المرجئ تناوله ضمن صور التعامل فيما يلي (الفرع الأول)، ثمّ بحث أهمّ صور التعامل في عين العقار الموهوب (الفرع الثاني)، فدراسة أهمّ صور التعامل في منفعة العقار الموهوب (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشروط العامة لمحل عقد هبة العقار

يشترط في محل عقد هبة العقار ما يشترط في محل الالتزام بصفة عامة، ولكي ينشأ هذا العقد صحيحاً منتجاً لآثاره، يتعيّن استلزام توافر الشرائط الآتية:

الشّرط الأول: ضرورة وجود المحلّ وقت إبرام عقد هبة العقار

إذا كان محل الالتزام إعطاء شيء فينبغي أن يكون موجوداً أو محتمل الوجود وفقاً لقصده المتعاقدين، ذلك أنّهما قد يقصدان التعامل في شيء موجود وقت التعاقد، وقد يقصدان التعامل في شيء محتمل الوجود.

وإذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل فيجب أن يكون العمل أو الامتناع ممكناً، فالوجود في الالتزام بإعطاء، يقابل الإمكان في الالتزام بعمل أو الامتناع عنه، والتمييز بين نوعي الالتزام في هذا السياق، ما هو في الواقع إلّا تمييزاً مدرسياً لأنّ محل الالتزام إذا لم يكن موجوداً أو محتمل الوجود كان مستحيلاً¹.

وأتساقاً مع ما سبق، يشترط أن يكون العقار الموهوب ممكناً في ذاته، وهذا شرط طبيعي اقتضته طبيعة الأمور نفسها، إذ أنّ الشخص لا يلزم بعمل المستحيل، على هذا نصّت المادة 93 من ق. م. ج

avril-juin 2016, France, pp. 463-470.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 140؛ أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 123.

- المنقولة من المادة 132 من ق. م. م - بقولها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً".

ويقصد بمعنى المحل الممكن "Objet possible" في هذا الصدد، أن يكون غير مستحيل في ذاته، فإذا كان كذلك، كان العقد باطلاً إعمالاً للقاعدة القاضية بأنه "لا التزام بمستحيل Al'impossible nul n'est tenu". ويُراد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام وبالتالي العقد، الاستحالة المطلقة، وهي عدم استطاعة الأشخاص كافة القيام بمحل الالتزام، وليس بالنسبة للمدين بالذات فحسب.

فالاستحالة المطلقة "Impossibilité absolue"¹ الموجودة وقت التعاقد تمنع قيام الالتزام ويترتب عليها بطلان العقد سواء أكانت طبيعية أم قانونية، ومثال الأولى التزام شخص بنقل ملكية شقة هدمت عن طريق الهبة.

أما الاستحالة النسبية "Impossibilité relative"² فتنشأ إذا كان موضوع الالتزام مستحيلاً على بعض الأشخاص دون البعض، بأن كان الالتزام مستحيلاً على المدين وممكناً بالنسبة لغيره، كأن يلتزم شخص ببناء منزل موهوب لآخر وهو لا يحسن البناء، ففي هذا المثال يستحيل على المدين نفسه القيام بالأمر الذي تعهد به ولكن يوجد شخص آخر يستطيع القيام بهذا الالتزام.

وحكم الاستحالة النسبية أنها لا تمنع قيام الالتزام، ولا يترتب عليها بطلان العقد، سواء أكانت سابقة أم لاحقة على إبرامه، ويستطيع الدائن لتعذر قيام المدين بالتزامه، أن يباشر إجراءات التنفيذ العيني على نفقة المدين إذا كان هذا ممكناً، أو أن يطالب بالتعويض، مع بقاء حقه في الفسخ أيضاً³.

والحاصل مما تقدم، أن الاستحالة التي تمنع نشوء العقد هي الاستحالة المطلقة دون النسبية⁴، ويراعى أن تكون الاستحالة المطلقة وقت إبرام العقد حتى تمنع من قيامه، فلو كان المحل سكناً

¹- Cf. FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp. 166-167.

²- Cf. JOSSERAND Louis, op. cit., pp. 67-68.

³- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 207؛ جاك غوستان، المرجع السابق، ص. 747.

⁴- Cf. COLIN Ambroise, et CAPITAN Henri, Op. cit., pp. 48-49.

وبالمقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي في هذا الصدد، نجد أن الاستحالة المطلقة في الفقه الأول كما هي في الثاني تجعل العقد باطلاً، بيد أنه يبدو بأن الفقه الإسلامي يميز بمعايير الخاصة بين الاستحالة المطلقة والأخرى النسبية. فالأولى دون الثانية هي التي تؤدي بالعقد إلى البطلان، والغلة في ذلك تكمن أساساً في أن الفقه الإسلامي أيسر من غريمه الغربي في تصوّر الاستحالة المطلقة. لأكثر تفصيل أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه العربي، ج 3 (محل العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص. 55-56.

وقت عقد الهبة ثم أصبح مستحيلاً بعد إبرامه، فلا يؤثر ذلك في وجود العقد، كما إذا وهب منزل ثم انتزعت ملكيته للمنفعة العامة فأضحى نقل الملكية للموهوب له مستحيلاً، فعقد الهبة هنا لا يعدّ باطلاً ولكنه يفسخ¹.

وأتساقاً مع ما سبق، فإنّ إمكان الشيء (العقار) الموهوب يتّطلب ألا يكون مستحيلاً استحالة مطلقة تحول دون نشأة الالتزام. والوجود ليس شرطاً مستقلاً في محلّ الالتزام، بل هو لازم لتحقيق شرط الإمكان، ويتراد بالوجود - في هذا الخصوص - أن يكون الشيء موجوداً في الحال لدى نشوء الالتزام أو يمكن وجوده بعد ذلك في المستقبل، فالشيء غير الموجود حالاً ولكنه سيوجد في المستقبل يعتبر محلاً موجوداً في هذا المعنى.

الشّرط الثاني: ضرورة تعيين محلّ عقد هبة العقار

يجب أن يكون المحلّ معيّناً، فلا يكفي وجود الشيء (العقار) الموهوب في عقد الهبة، بل ينبغي أن يكون معيّناً وقت الهبة أو قابلاً للتعيين بحيث يكون معلوماً بكفاية نافية للجهالة المؤدّية إلى الغرر وبالتالي إلى حدوث النزاع.

ولقد نصّ المشرّع الجزائري على هذا الشرط مقلّداً نظيره المصري حيث قضى في المادة 94 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 133 من ق. م. م - بأنه "إذا لم يكن محلّ الالتزام معيّناً بذاته، وجب أن يكون معيّناً بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً.

ويكفي أن يكون المحلّ معيّناً بنوعه فقط إذا تضمّن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أيّ ظرف آخر، إلّزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط".

يتبين من المادة المذكورة أعلاه أنّه يشترط في المحلّ بصفة عامة أن يكون معيّناً بذاته، فإن لم يكن كذلك وجب أن يكون معيّناً بنوعه ومقداره وإلا كان باطلاً، ويصحّ الاكتفاء بتعيين المحلّ بنوعه إذا وجد في العقد ما يساعد على تعيين مقداره، وفي حالة عدم الاتفاق بين المتعاقدين على تعيين درجة الشيء المعقود عليه استلزم على المدين أن يسلم شيئاً من صنف متوسط².

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 207.

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. VI, Op. cit., pp. 268-269; COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Op. cit., p. 48.

والتساقاً مع ما سبق، فإذا كان محل التعاقد بالهبة شيئاً قيمياً كما هو الحال في هبة العقار، فإن تعيينه يكون بذكر أوصافه المميزة له عن غيره، بمعنى تعيينه بذاته كتعيين العقار محل الهبة، فالأرض مثلاً تعين بموقعها وحدودها ومساحتها وأحواضها إن كانت فلاحية، والمنزل يعين كذلك بمساحته، ورقمه واسم الشارع أو الحي والبلدية والولاية الكائن بدائرتها مع بيان حدوده ومراجعته المسحية إذا كان واقعاً بمنطقة ممسوحة، وغير ذلك من الأوصاف المساعدة على تعيينه¹.

الشروط الثالث: مشروعية محل عقد هبة العقار وصلاحيته للتعامل فيه

قد يكون الشيء موجوداً ومعيناً ومع ذلك لا يصلح محلاً للتعامل فيه، وعدم قابليته للتعامل إما أن يرجع إلى طبيعته² أو إلى الغرض الذي خصص له³ أو إلى القانون⁴.

وينبغي أن يكون الشيء (العقار) الموهوب مشروعاً، أي جائز قانوناً، فإن كان غير مشروع ما قام الالتزام وبطل العقد الذي كان من شأنه أن يولده لعدم مشروعية محله، إلى ذلك أشارت المادة 135 من ق. م. م بقولها: "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

وهكذا يؤكد هذا النص بضرورة توافر شرط المشروعية في محل الالتزام، بمعنى أن يكون سائغاً قانوناً، فإن كان المحل غير مشروع لم يقيم الالتزام وبطل العقد لانتهاء محله⁵.

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 121-122.

² - الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها ولا تسمح بطبيعتها أن تكون محلاً لحق خاص، ومثالها الجبال أو البحار وغيرها. أنظر المادة 682 من ق. م. ج.

³ - هي تلك الأشياء التي تقبل التعامل فيها بطبيعتها، غير أنّ هذا التعامل لما كان يعطّل الغرض الذي خصصت له أخرجها القانون من نطاق الأشياء الجائز أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها، ومثالها التعامل في الأملاك العقارية العمومية (Les domaines publics). أنظر المادة 3 من قانون رقم: 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008، المعدل والمتّم للقانون رقم: 90-30، المؤرخ في 1 ديسمبر 1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج. ر، ع 44، المؤرخة في: 2008/08/03.

⁴ - وهي الأملاك العقارية التي يرجع عدم قابلية التعامل فيها إلى حكم القانون، ومثالها التعامل في تركة إنسان لا زال على قيد الحياة. أنظر المادة 2/92 من ق. م. ج.

⁵ - وكان قضاء المحكمة العليا قد استقرّ على أنّه إذا أوجب القانون في الالتزام التعاقدي مشروعية المحلّ وفقاً لنصّ المادة 96 من ق. م. ج (الملغاة)، اعتبر محظوراً كلّ اتفاق مخالف لذلك، وكان من أثر البطلان المترتب إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد. أنظر في هذا المعنى: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 30072، الصادر في: 16/02/1983، م. ق، ع 2، 1989، ص. 37. وتعتبر فكرة قابلية المحل للتعامل من أبرز الأفكار التي أثارت جدلاً بخصوص مشروعية المحلّ بعدم مخالفته للنظام العام والآداب، سيما وأنّ القضاء الفرنسي كثيراً ما كان يتدخل للحكم على مدى مخالفته المحلّ للنظام العامة والآداب من عدمه، ولعلّ أشهر اجتهاد قضائي في هذا المجال هو ذاك الصادر سنة 1929، حيث أضحى من المستساغ أن يكون للقاضي دوراً في تحديد النظام العام والآداب العامة. لأكثر تفصيل عن هذا القرار. أنظر:

وعليه، فمناط مشروعية الشيء (العقار) الموهوب أو عدم مشروعيته، هو مجاراته واتساقه للنظام العام وحسن الآداب¹ أو مخالفته لهما، فإن كان محل عقد هبة العقار لا يتعارض مع النظام العام ولا مع حسن الآداب في الدولة² كان مشروعاً ونشأ العقد، وإلا فهو غير مشروع وبطل من ثمة³.

الشّروط الرّابع: ملكية العقار الموهوب وقت إبرام عقد الهبة

يستنبط هذا الشرط من مفهوم المادة 205 من ق. م. ج القاضية بأنه "يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير".

فهذا النصّ يسوّغ للواهب هبة ما يملك سواء جميع ممتلكاته - منقولة أو عقارية - أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير، ممّا يجعل هذا الجواز مشروطاً بأن يكون الواهب مالِكاً لما يهبه، فإن لم يكن مالِكاً للشيء الموهوب لم يسع له أن يهب. وعليه ووفقاً لمفهوم المخالفة - لهذه المادة - فإنّه لا يجوز للواهب أن يهب ملك الغير⁴.

على أنّه يشار إلى أنّ الملكية التامة هي تلك المستوفية لعناصرها من استعمال واستغلال وتصرف دون أدنى قيد أو نزع أو ادّعاء استحقاق من الغير، باستثناء ما تضعه التشريعات من ضوابط منظّمة

CAPITANI Henri, les grands arrêts de la jurisprudence civile, T. 1, Op. cit., p. 109 et s.

¹ - اختلف الشّراح في تعريف فكرة النّظام العام والآداب بحسبانها من أدق الأفكار القانونية من حيث نطاقها وطبيعتها، وعموماً يمكن القول بأنّ النّظام العام هو مجموع المصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان المجتمع، سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية، وبالتالي فإنّ قواعد النّظام العام هي مجموعة النّظم التي يُراد بها تأمين سير المصالح العامّة في الدولة، وضمان الثّقة وحسن الآداب في علاقات الأفراد فيما بينهم، بحيث لا يجوز لهؤلاء استبعادها في اتّفاقاتهم فضلاً عن الاتّفاق على عكسها، فإن هم خرجوا عن هذا النّظام باتّفاق خاص وقع هذا الاتّفاق باطلاً. أنظر: العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 148-149؛ وباستفاضة أكثر راجع: عماد طارق عبد الفتاح، فكرة النّظام العام في التشريع الإسلامي، النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، كلّية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د. ت، ص. 145 وما يليها.

² - وهذا ما يمكن في جوهر فكرة النّظام العام في الشّريعة الإسلامية، فهو يتمثّل في كونها وصفاً تكليفيّاً بالأساس يرد على سبيل الاقتضاء حتماً، فما تستقرّ عليه الجماعة أو تقرّره الدولة من أوضاع تكليفية تجري بالنّسبة لكلّ منهما مجرى القيم العليا والأسس الأصلية حيث يتدعّم تماسكها بها ويكون نظاماً عامّاً سواء تفرّج عنه حكم تكليفي فرعي أم لم يتفرّج. أنظر في جوهر مفهوم فكرة النّظام والآداب العامّة: محمّد عصفور، وقاية النّظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريّات العامة، الكتاب الأوّل، المطبعة العالمية، د. ب. ط، 1961، ص. 129 وما يليها؛ أحمد سلامة، الأحوال الشّخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب، دار الفكر العربي، مصر، ط 3، د. س. ط، ص. 341 وما يليها، محمود جمال الدّين زكي، دروس في مقدّمة الدّراسات القانونية، الهيئة العامّة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، ط 2، 1969، ص. 173 وما يليها.

³ - محمّد صبري السّعدني، المرجع السابق، ص. 213.

⁴ - محمّد بن أحمد نقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 146؛ محمّد كمال حمدي، في الموارث والهبة والوصيّة، المرجع السابق، ص. 166.

لممارسة هذا الحق، فمضى اكتسب الشخص ملكية عقار بسبب من أسباب الملكية على غرار عقد الهبة فإنه يغدو المالك الشرعي له، وتنتقل عناصر الملكية إلى ذمته، وعندئذ له أن يستعمل أو يستغل أو يتصرف في ملكه العقاري بمختلف أنواع التصرف متى وكيف شاء، فلو بادل أو وهب بما سبق تملكه كانت مبادلتة وهبته صحيحة، ويصير المقايض أو الموهوب له خلفه الخاص، وينتقل إليه - بالتالي - حق الملكية بعناصره الثلاث كذلك، ما لم يتفق على خلافه¹.

وتبعاً لما سبق، أجاز كل من المشرعين الجزائري والمصري تطبيقاً للقواعد العامة القاضية بصحة التصرف في المال المشاع²، هبة العقار في الشئاع ولو كان قابلاً للقسمة.

كما قيد المشرع الوهاب - أحيانا - في التصرف في ماله العقاري حيث لم يجز له التصرف إلا في جزء محدد منه، وهو ما يتمثل في هبة المريض مرض الموت حيث تطبق عليها أحكام الوصية³.

الفرع الثاني: صور التعامل بالهبة في عين العقار الموهوب

بعد شرح أهم الشروط الواجب توافرها في محل عقد هبة العقار، يجدر بنا المقام أن نبحث عن أهم صور التعامل في عين العقار الموهوب، وذلك من خلال تطبيق الأحكام المذكورة أعلاه، على: هبة العقار المستقبل (البند الأول)، وهبة عقار ملك الغير (البند الثاني)، فهبة العقار الشائع (البند الثالث)، ثم هبة عقار المريض مرض الموت انتهاء (البند الرابع).

البند الأول: هبة العقار المستقبل

الأصل في أن الشيء الذي يتعلق به محل الالتزام ينبغي أن يكون موجوداً حال التعاقد، ولكن يجوز أن يكون مالا مستقبلاً قابلاً للوجود لاحقاً، طالما أن وجوده غير مستحيل استحالة مطلقة، ذلك أن إجازة التعامل في الأشياء المستقبلية فضلاً عن أنه يتماشى مع توجه التشريعات المعاصرة المقررة إياه فهو يتجاوب مع ما تقتضيه المصلحة ومتطلبات العصر المعيش.

وفي إجازة التعامل بالهبة في الأشياء المستقبلية، يتباين موقف التشريع المعاصر والقانون الجزائري خاصة من القاعدة المقررة في الفقه الإسلامي بشأنها.

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 161.

² - وذلك ما قضت به المادة 1/714 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نص المادة 1/826 من ق. م. م - بقولها: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

³ - وذلك ما نصت عليه المادة 204 من ق. أ. ج بقولها: "الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية".

فقد تناولت مدارس الفقه الإسلامي هذا الموضوع إبان تكلمهم عن مسألتين هامتين: الأولى مسألة الحوز في هبة العقار وسيأتي تفصيلها في حينها، والثانية مسألة الغرر ومدى اعتباره فيها.

وتبعاً لذلك، يمكن تقسيم موقف الفقهاء في هذا الصدد إلى قولين: قول يرى بعدم تأثير الغرر على صحة هبة العقار فيجيز هبة العقار المجهول، وقول ثانٍ يرى بتأثير الغرر في عقد هبة العقار شأنه في ذلك شأن عقد بيع العقار فيبطلها من ثمة.

فأما القول الأول: فمؤداه، عدم الاعتداد بتأثير الغرر على صحة هبة العقار، وبه قال كلٌّ من المالكية والإباضية، حيث ذهبوا إلى صحة هبة العقار المجهول¹.

وموقف الإمام مالك - رحمه الله - يختلف عن غيره من المذاهب الأخرى بتقرير قاعدة أصلية بالنسبة للغرر في عقود التبرعات بحسبانها لا يؤثر في صحتها، ومّا قال به في هذا الصدد: "والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز، لا في البيع"²، ويفهم من ذلك تفريقه بين البيع والهبة في اعتبار الغرر من عدمه. واستدلال قوله ما ذكره القرافي في فروقه³، وما أشار إليه ابن رشد (الحفيد) بقوله: "ولا خلاف في المذهب في جواز هبة المجهول والمعدوم المتوقع الوجود، وبالجملة: كلّ ما لا يصحّ بيعه في الشرع من جهة

¹ - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المؤثق المالكي، المرجع السابق، ص. 6؛ محمد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، كتاب التّيل وشفاء العليل، ج 6، دار الفتح، بيروت، د. س. ط، ص. 7.

² - خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، ت: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ج 4، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط 1، 2002، ص. 344.

³ - حيث قال: "وردت الأحاديث الصحيحة في نهي عليه السلام عن بيع الغرر، وعن بيع المجهول، واختلف العلماء بعد ذلك؛ فمنهم من عمّمه في التصرفات - وهو الشافعي - ... ومنهم من فصل - وهو مالك - بين قاعدة: ما يجتنب فيه الغرر والجهالة ... وقاعدة: ما لا يجتنب فيه الغرر والجهالة ... وانقسمت التصرفات عنده ثلاثة أقسام: طرفان وواسطة، فالطرفان أحدهما: معاوضة صرقة؛ فيجب فيها ذلك إلّا ما دعت الضرورة إليه عادة ... ثانيها: ما هو إحسان صرف لا يقصد به تنمية المال كالصدقة والهبة والإبراء؛ فإنّ هذه تصرفات لا يقصد بها تنمية المال، بل إن فاتت على من أحسن إليه بما لا ضرر عليه؛ فإنّه لم يبذل شيئا، بخلاف القسم الأوّل إذا فات بالغرر والجهالات ضاع المبدول في مقابلته، فاقترضت حكمة الشرع منع الجهالات فيه، أمّا الإحسان الصّرف فلا ضرر فيه، فاقترضت حكمة الشرع وحثّه على الإحسان، التوسعة فيه بكلّ طريق بالمعلوم والمجهول؛ فإنّ ذلك أيسر لكثرة وقوعه قطعاً، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله، فإذا وهب له عبده الآبق جاز أن يجده، فيحصل له ما ينتفع به، ولا ضرر عليه إن لم يجده؛ لأنّه لم يبذل شيئا ... وأمّا الواسطة بين الطرفين، فهو النكاح فهو من جهة أنّ المال فيه ليس مقصوداً، وإنّما مقصده المودة والألفة والسكون، يقتضي أن يجوز فيه الجهالة والغرر مطلقاً، ومن جهة أنّ صاحب الشرع اشترط فيه المال بقوله تعالى: (أن تبغوا بأموالكم) يقتضي امتناع الجهالة والغرر فيه؛ فلو جاز الشبهين توسط مالك، فجوّز فيه الغرر القليل دون الكثير ... فهذا هو الفرق بين القاعدتين والضابط للباين، والفقه مع مالك - رحمه الله - فيه". أنظر في ذلك: أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرافي، الفروق = أنوار البروق في أنوار الفروق، ج 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 150-151.

الغرر"¹.

ويقترّب مذهب الإباضية من مذهب الإمام مالك²، فقد ذهب أطفيش إلى أنّ الهبة تصحّ في كلّ مملوك³، وأنّ هبة المجهول تجوز عند قول أكثر علمائهم على اعتبار أنّ الهبة تحتل ما لا يحتمله البيع من وجود الغرر، وإن كان في المذهب أقوال أخرى في هبة المجهول⁴. على أنّ القول بالصحة هو الذي يتفق مع قولهم بأنّ الهبة تصحّ في كلّ مملوك، ولعلّ هذا الضابط هو الذي يجعل أكثر أوجه الغرر المؤثرة في البيع غير مؤثرة في عقد الهبة.

القول الثاني: مفاده، الإعتداد بتأثير الغرر في صحة هبة العقار، وبه قال مذهب الجمهور - حنفية وشافعية وحنابلة وظاهرية -، وعندهم أنّ هبة العقار المجهول باطلة على اعتبار أنّ شرط الموهوب لديهم ينبغي أن يكون معلوماً⁵.

وهكذا يظهر موقف الشافعية المعترين الغرر في هبة العقار كما هو بيّن من إبطالهم هبة المجهول على اعتبار اشتراطهم في الموهوب ما اشترط في المبيع، فما جاز بيعه جاز هبته، وما لم يجز بيعه لم يجز هبته⁶.

على أنّه يراعى بأنّ الاعتداد بالغرر وتأثيره على صحة عقد هبة العقار لدى كلّ من الحنفية والحنابلة أخفّ من تأثيره في عقد البيع، حيث يشترطون في صيغة الهبة ألا تكون مضافة شأنها في ذلك شأن عقد البيع، فلا تصحّ الهبة مثلاً لو قال أحدهم وهبتك هذه الدار رأس السنة القادمة، على اعتبار

¹ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، ج 2، المرجع السابق، ص. 498.

² - المرجح من لدن ابن تيمية، ومما قال به في هذا الشأن: "ولا يقاس على بيع الغرر كلّ عقد على غرر؛ لأنّ الأموال: إمّا أنّها لا تجب في هذه العقود، أو ليست هي المقصود الأعظم منها، وما ليس هو المقصود إذا وقع غرر لم يفض إلى المفسدة المذكورة في البيع، بل يكون إيجاب التحديد في ذلك فيه من العسر والحرج المنفي شرعاً ما يزيد على ضرر ترك تحديده". أنظر: تقيّ الدّين أبو العباس أحمد بن عبد الحلّيم بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، ت: القحطاني، ج 4، مكتبة الرشد، بيروت، لبنان، ط1، 2005، ص. 281.

³ - محمد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، المرجع السابق، ص. 7.

⁴ - ومنها قولهم: لا تجوز الهبة إلّا في المعلوم، وقال بعضهم: تجوز الهبة في المعلوم بالوصف، ولا تجوز في المجهول من كلّ وجه. لأكثر تفصيل أنظر: ضياء الدّين عبد العزيز التّميني، المرجع السابق، ص. 13.

⁵ - أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السّغدي، حنفي، الثّنف في الفتاوى، ت: صلاح الدّين التّاهي، ج 1، مؤسسة الرّسالة، عمان، الأردن، ط2، 1984، ص. 512؛ أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشّافعي، المرجع السابق، ص. 121؛ عبد الرّحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الحنبلي، أبو الفرج، شمس الدّين، المرجع السابق، ص. 42؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المرجع السابق، ص. 116.

⁶ - وهو ما قال به أيضاً مذهب الزّيدية، أنظر في هذا الصّدّد: أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الرّخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 133.

أنّ الهبة تمليك مال في الحال؛ هذا بخلاف التعليق الذي تباينت أقوال الفقهاء في حكم الهبة معه، ففي حين أقرّ بعضهم صحة هبة العقار مع التعليق كالبيع، ذهب آخرون إلى أنّه تصحّ إذا تمّ تعليقها بالشرط الملازم¹ دون سواه.

ويشترطون كذلك أن يكون الشيء (العقار) الموهوب معيّناً ومعلومًا، ذلك أنّ هبة المجهول لا تجوز²، فلو قال أحدهم مثلاً: وهبتك بعض ديارى فلا تصحّ الهبة للجهل بالموهوب، ويستثنى من ذلك المجهول المتعذر علمه، كما لو اختلط مال اثنين على وجه يتعسر التفرقة بينهما فوهب أحدهما للثاني فإن الهبة تصح³.

أمّا فيما يخصّ هبة المعلوم وغير المقدور على تسليمه فقد تباينت آراء الفقهاء بشأنه إلى رأيين:

الأول: تبنّاه المالكية، حيث ذهبوا إلى القول بصحة هبة المعلوم، فضلاً عن صحة هبة غير المقدور على تسليمه، وفي هذا الشأن صرح ابن رشد (الحفيد) قائلاً بأنّه "لا خلاف في المذهب في جواز هبة المعلوم المتوقع الوجود، وبالجملة: كلّ ما لا يصحّ بيعه في الشرع من جهة الغرر"⁴.

الثاني: قال به جمهور الفقهاء - حنفية وشافعية وحنابلة وظاهرية - حيث ذهبوا إلى القول بعدم جواز هبة المعلوم، وهبة غير المقدور على تسليمه⁵، على اعتبار اشتراطهم لوجوب وجود المال الموهوب

¹ - وفي هذا الشأن تباينت مواقف الفقهاء في جواز تعليق هبة العقار على شرط، ففي حين رأى الأحناف في أحد أقوالهم والشافعية والحنابلة والظاهرية عدم صحة تعليقها ابتداءً، فإن هي علّقت فسدت؛ ذهب الأحناف في قول آخر لهم، والمالكية - بحسبانهم أكثر المذاهب استفاضة في بيان الأمثلة التي تفيد جواز تعليق هبة العقار على شرط ملائم - وشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى القول بصحتها في الأساس. أنظر في مدى تعليق الهبة على شرط: خديجة محمدي، الشرط في الهبة بين التقييد والتعليق، حوليات جامعة الجزائر، ج1، ع31، ج3، 2016، ص. 347 وما يليها.

² - يشار بأنّه للحنابلة تفصيل بين المجهول غير المعتذر علمه، فهذا ممّا لا تصحّ هبته، وبين نظيره المعتذر علمه وهو الذي تصحّ هبته. بيد أنّ بعض فقهاء نفس المدرسة صرحوا بأنّه يحتمل أنّ الجهل إذا كان من الواهب منع الصحة كون أنّه غرر في حقّه، وإن كان من الموهوب له لم يمنعها على اعتبار أنّه لا غرر في حقّه. أنظر: شمس الدّين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 42.

³ - مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي، دليل الطالب لنيل المطالب، ت: أبو قتيبة نظير محمّد الفارياي، ج1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2004، ص. 193.

⁴ - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، ج2، المرجع السابق، ص. 498.

⁵ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 119؛ الزوياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 215؛ أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المرجع السابق، ص. 116. وللحنابلة قول بصحتها خلاف ما هو قائم في المذهب. أنظر: أحمد بن عبد الله بن أحمد البجلي، التّوضيح للّذي شرح كافي المبتدي في فقه إمام السنّة أحمد بن حنبل الشّيباني رضي الله عنه، أشرف على طبعه وتصحيحه: فضيلة الشّيخ: عبد الرحمن حسن محمود، ج1، المؤسسة السّعيدية، الرياض، د. س. ط، ص. 303.

وقت العقد، إذ هو شرط في كل عقود التملك في الحال كما هو الشأن في البيع وهبة العقار، والقول بذلك إنما هو صون للعقد من الإلغاء عند فوات المحل¹.

وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد أنّ المشرع المصري لم يشأ أن يخضع هبة العقار المستقبل للقواعد العامة التي تقضي بجواز أن يكون الالتزام شيئاً مستقبلاً حيث أخرجها من نطاق هذه القاعدة² وقضى ببطالان هبة الأموال العقارية المستقبلية بمقتضى نصّ المادة 492 من ق. م. م بقوله: "تقع هبة الأموال المستقبلية باطلة"، وإن كان هذا الحكم معمولاً به في ظلّ التقنين المدني الملغى رغم عدم وجود نصّ قانوني يقرّره³، وهذا أخذاً بالقواعد الموضوعية لعقد الهبة لدى بعض مدارس الفقه الإسلامي.

وقد أخذت أغلب التشريعات العربية⁴ بمبدأ عدم جواز هبة الأموال العقارية المستقبلية، بما في ذلك التقنين المدني الفرنسي الذي اعتبر ضمن المادة 943 من ق. م. ف⁵ بأنّ الهبات بين الأحياء التي تتناول أموالاً مستقبلية تعدّ باطلة، ولهذا المعنى كان من المفروض ألاّ تشمل الهبة شيئاً من الأموال إلّا تلك التي يملكها الواهب وقت التعاقد بالهبة، لا الأموال التي سيكتسبها في المستقبل.

وبحسب هذا الحكم، فالأموال العقارية المستقبلية هي التي لا يكون للواهب حقّ حاليّ ظاهر عليها، وتطبيقاً لذلك لا يجوز هبة منزل لم يتمّ تشييده بعد، أو هبة التركة التي ستؤول إلى الوارث في المستقبل، وإن كانت هذه الأخيرة غير جائزة لا إعمالاً للتوجه المذكور سلفاً وحسب، بل تطبيقاً لنصّ أعمّ يحرم التعامل فيها بشكل مطلق بالهبة أو غيرها من بقيّة التصرفات الأخرى⁶.

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلتزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 631.

² - التي محلّها المادة 1/131 من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 1/92 من ق. م. ج - القاضية بأنّه: "يجوز أن يكون محلّ الإلتزام شيئاً مستقبلاً".

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 114-115.

⁴ - كالتقنين المدني السوري في مادته 460؛ والتقنين المدني العراقي في مادته 1/609، وقانون الموجبات والعقود اللبناني في مادته 513؛ والتقنين المدني الأردني في مادته 563، والتقنين المدني الكويتي في مادته 526، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية في مادتها 205، ومدونة الحقوق العينية المغربية في مادتها 3/277، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي في مادته 632، والتقنين المدني السوداني في مادته 234، والتقنين المدني الصومالي في مادته 489، ومدونة الإلتزامات السويسرية في مادتها 1/243، والتقنين المدني الفرنسي في مادته 943، والتقنين المدني الليبي في مادته 481 مع الإشارة إلى استثناء هبة الثمار التي لم تُجَنّ بعد. أنظر في هذا الصدد: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 115، بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 285، هامش رقم: 3؛ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 847 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 527.

⁵ - Art 943 : « La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard ».

⁶ - أنظر: المادة 2/92 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادة 1/131 من ق. م. م.

هذا، وإن اعتبر التقنين المدني الفرنسي ضمن مادته 943 بأنه لا يمكن للهبة أن تتضمن إلا الأموال العقارية الحاضرة للواهب، فإذا تضمنت أموالاً مستقبلية عدّها باطلة؛ فإنّ الفقه الفرنسي ضيق من مفهوم الهبة في المال العقاري المستقبل، واعتبر بأنّ المال الموهوب وإن كان لم يوجد إلا أنّ الواهب سوف يملكه بمجرد وجوده، فيكون تصرفه واقعاً على ملكه¹.

على ذلك فإنّ الأموال العقارية الحاضرة - في ضوء هذا المفهوم - هي تلك الأموال العقارية الموجودة والمملوكة للواهب وقت انعقاد الهبة، وغيرها من الأموال التي سيملكها بمجرد وجودها²، كما تشمل الأموال المعلقة على شرط الإلغاء أيضاً³ بالرغم من أنّ المادة 943 من ق. م. ف المذكورة لا تجيز هبة المال العقاري المستقبل بشكل صريح.

وطالما أنّ المشرع الفرنسي - ومن تبّى نفس الموقف من غيره من التشريعات - ينصّ صراحة على عدم جواز هبة المال العقاري المستقبل، فلا يصحّ إعطاء هذا الحكم مفهوماً واسعاً إلى درجة تفرّيعه عن مفهومه الأصلي، وبالتالي لا يجوز أن يكون محلّ الهبة أموالاً عقارية ليس للواهب حقّ التصرف فيها بتاريخ إبرام عقد الهبة⁴.

والحكمة في ذلك - على حدّ رأي البعض - أنّ هبة المال العقاري المستقبل تنطوي على خطر بالنسبة للواهب على اعتبار أنّه يندفع إلى هبة نفس المال أكثر ممّا يندفع إلى هبة المال الحاضر، فأراد المشرع أن يحميه من هذا الاندفاع بإبطال هبته ابتداءً.

وينبغي على بطلان هبة الأموال العقارية المستقبلية بطلاناً مطلقاً، أمّا لا تلحقها الإجازة، ولا تصحّ بمرور الزمن، ولا يرد عليها التقادم، ويجوز لكلّ صاحب مصلحة أن يتمسك ببطلانها، بل ويجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه طبقاً للقواعد العامة⁵.

ويجدر التنبيه هنا إلى أنّه إذا كانت الهبة واردة على مال عقاري حاضر وآخر مستقبل لشخص واحد وفي آن واحد وكانت الهبة غير قابلة للتجزئة، فإنّه - تطبيقاً لأحكام المادة 143 من ق. م. م

¹ - FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Op. cit., p.44, p. 396; AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Op. cit., p. 622.

² - Cass. civ 28 mai 1974, D, 1975, 144, note Ponsard; Sem, Jur, 1975, 11, 17911 note Thuillier, Rev, Trim, dr, civ, 1974, 844, Obs, R. savatier.

³ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 568.

⁴ - نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 319.

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 117.

المطابقة لنص المادة 104 من ق. م. ج¹ - تكون الهبة صحيحة بالنسبة للمال الحاضر وباطلة بالنسبة للمال المستقبل².

وبالرّجوع إلى قانون الأسرة الجزائري، نجد أنّه لم يرد فيه استثناء في شروط محلّ هبة العقار لا تضيقاً ولا توسّعاً، فقد جاء خلواً من النصّ على هبة الأموال المستقبلية خلافاً للتّقنين المدني المصري وباقي التشريعات المدنية العربية في هذا الصّدّد، وإن كان الفقه المالكي - كما سبق عرضه - المعتنق من لدن التشريع الجزائري يتوسّع ويتساهل كثيراً في شروط محلّ الهبة فيخفّف منها كثيراً ممّيزاً بذلك مع ما يقابلها من شروط في باب المعاوضات³، وعلى هذا الأساس يكون هو الأجدر بالتطبيق للأسباب الآتية:

- سكوت المشرّع وعدم تنصيبه صراحة على المنع من هبة الأموال العقارية المستقبلية، دليل على إمكانية إبرامها تبعاً للمبدأ القاضي بصحة التعامل فيها طبقاً لنص المادة 92 من ق. م. ج.

- عدم استثناء المشرّع بنصّ صريح عدم جواز هبة الأموال العقارية المستقبلية كما فعل التّقنين المدني المصري وباقي التّقنينات المدنية العربية التي حذت حذوه.

- القول بضرورة تقليد التّقنين المدني المصري وباقي التشريعات المدنية العربية المقررة لبطلان هبة الأموال المستقبلية كاستثناء أوجدته، أمر لا مبرّر له نتج عنه تضارب في أحكام التشريع، فكيف يستقيم القول بإجازة البيع في المال العقاري المستقبل ولا يصحّ ذلك في هبة نفس المال؟.

- تبرير بطلان هبة المال العقاري المستقبل كما ذهبت إليه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتّقنين المدني المصري بقولها: "بطلان هبة المال المستقبل تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في مبدئها العام الذي يقضي بعدم جواز التعامل في المعلوم، ولكن قصر التطبيق هنا على الهبة دون المعاوضات حيث أجاز التعامل في الشيء لإزالة العوائق عن التعامل العادي"⁴، قول يعتريه التّمحيص في نقل موقف

¹ - قضت المادة 104 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 143 من ق. م. م - بأنه: "إذا كان العقد في شقّ منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشقّ وحده هو الذي يبطل، إلّا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتمّ بغير الشقّ الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كلّهُ".

² - كما لو باع شخص لآخر منزله بما فيه من متاع وما سيوجد من الأثاث إلى يوم وفاته، وتبين أنّ العقد هبة مستترة في صورة بيع صحّت الهبة في المال الحاضر وهو المنزل وما يوجد فيه من متاع وقت الهبة، وبطلت في المال المستقبل وهو الأثاث الذي سيوجد فيما بعد إلى يوم موت الواهب. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 118، هامش رقم 1.

³ - خالد سمّاحي، المرجع السابق، ص. 119.

⁴ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 260.

الفقه الإسلامي في هذا الشأن، فمن المعلوم أنّ التّهي عن الغرر والجهالة في عقود المعاوضة ورد صوناً للمالية عن الضّيع في العوضين أو أحدهما، ذلك أنّ مقصود المعاوضات تنمية المال، والغرر يعرّضه للضرر والخسارة، لأجل ذلك نُهيّ عنهما وهذا خلافاً لعقود التبرّع ومنها الهبة، فهي بعيدة عن قصد التّمنية، بل ومحمّقة للمال على حدّ قول القرّاني، إذ لا يورث فيها الغرر والجهالة؛ وعليه فقياس الجمهور الهبة على البيع قياس مع الفارق لا يصحّ ولا يستقيم¹.

ضف إلى ذلك إلى أنّه لا يوجد في بطون الفقه الإسلامي نُهيّ عن التّعامل في المعلوم، وإنّما ورد فيه التّهي عن بيع المعلوم المتضمّن على غرر ممنوع²، ومن خلال ذلك قيست الهبة على البيع في منع التّعامل في المعلوم؛ وبالتالي فتقرير المذكورة - ومن بعدها القانون - بمنع هبة المال العقاري المستقبل فيه إجماع بتأثير الشخص في الهبة أكثر من تأثيره على البيع، وهو بهذا المفهوم جاء مناقضاً تماماً لما قالت به مختلف المدارس الفقهية في هذا الصّد.

علاوة على ما سبق، فإنّ القول بقصر تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الهبة دون المعاوضات التي أجاز ضمنها التّعامل في الشّيء المستقبل بغرض إزالة العوائق عن التّعامل العادي أمر لا يستقيم والمنطق العملي أو التشريعي؛ فليس من المعقول أن تزال العوائق عن التّعامل العادي ولا تزال عن الهبة، اللهم إلا إذا كانت ليست من قبيل تعاملات الأشخاص وهو ما يفنّده العقل قبل النقل³.

فإذا كان العرف التشريعي في الجزائر - ومنذ أمد بعيد - قد استقرّ على العمل بالمذهب المالكي في مادة الأحوال الشخصية اتّساقاً واعتناقه من لدن المجتمع الجزائري⁴، فلا مرأى من الأخذ برأي المالكية القاضي بجواز هبة المال العقاري المستقبل، ذلك أنّه وبالإضافة إلى وجاهته وقوّة ترجيحه، يعدّ أخذاً بأحكام الشريعة الإسلامية التي نوّهت عنها المادة 222 من ق. أ. ج ونصّت على الرّجوع إليها حال انعدام النصّ⁵.

¹ - أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرّاني، الذّخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 243-244.

² - الصّدّيق محمّد الأمين الضّير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. د. ط. د. ب. ط. 1967، ص. 353 وما يليها؛ وأنظر أيضاً في ما يقابل بيع المال المستقبل في الفقه الإسلامي: الصّدّيق محمّد الأمين الضّير، الغرر في العقود آثاره في التطبيقات المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتّدريب، البنك الإسلامي للتّمنية، جدّة، ط 1، 1993، ص. 51.

³ - بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 262.

⁴ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 153.

⁵ - قضت المادة 222 من ق. أ. ج بأنّه "كلّ ما لم يرد النصّ عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية".

البند الثاني: هبة عقار ملك الغير

سبق وأن ذكرنا بأنه يشترط في الشيء الموهوب أن يكون مملوكاً للواهب، لأنه لو لم يكن كذلك فإن المتصرف فيه يعتبر فضولياً ينعقد تصرفه موقوفاً على الإجازة شريطة أن يكون المالك أهلاً للتبرع¹، فلو تصرف الأب في عقار ابنه القاصر كانت هبته هذه باطلة لا تلحقها الإجازة على اعتبار أن هذا المال العقاري ليس مملوكاً للوالد²، ويستحيل تمليك ما ليس بمملوك، علاوة على أن المالك الحقيقي هو قاصر ليس أهلاً للتصرف، وفيه ضرر محض عليه.

وفي إجازة التعامل بالهبة في عقار ملك الغير يتبين موقف التشريع الوضعي تبعاً لتباين آراء الفقهاء المسلمين بشأنها، ذلك أنهم انقسموا بشأن وقف هبة عقار ملك الغير أو بطلانها إلى قولين:

الأول: يرى بانعقاد هبة عقار ملك الغير موقوفة على إجازة المالك أو ممن له الحق في إجازتها شرعاً، وبه قال الحنفية، والمالكية على أحد الرأيين في المذهب، وكذا الشافعية في المذهب القديم³.

وقد استدلوا على ذلك بكون الهبة كالبيع، وبما أن بيع عقار الفضولي موقوف فهبة عقاره كذلك. إلا أن ما يمكن أن يشار على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق على اعتبار أن حكم الأصل مختلف فيه كون أنه من الفقهاء من يذهب إلى بطلان بيع الفضولي، فضلاً عن أن البيع لا يتم إلا بتبادل عاقديه مال بآخر خلافاً للهبه التي تفتقد لعنصر المبادلة سيما إذا كانت بلا عوض.

هذا علاوة على اعتبارهم بكون هبة عقار ملك الغير تصرف شرعي صادر من أهل مضاف إلى المحل، فينعقد موقوفاً على إجازة المالك، فإن أجازه نُقِذ وإلا بطل. على ذلك فإنه لا ضرر في وقفها

¹ - وذلك ما قضت المادة 857 من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "يلزم أن يكون الموهوب من مال الواهب، فلو وهب أحد مال غيره لا يصح، وإذا أجاز المالك الهبة تصح لأن الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة".

² - ومما قاله الكاساني في هذا الصدد: "... أن يكون (الشيء الموهوب) مملوكاً في نفسه، فلا تجوز هبة المباحات لأن الهبة تمليك، وتمليك ما ليس بمملوك محال (ومنها) أن يكون مملوكاً للواهب فلا تجوز هبة مال الغير بغير إذنه لاستحالة تمليك ما ليس بمملوك ...". أنظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 119.

³ - حيث يقولون بانعقاد جميع التصرفات القابلة للتبابة موقوفة على إجازة المالك، قال الشربيني: "(فبيع الفضولي)، وهو البائع مال غيره بغير إذنه ولا ولاية (باطل) للحديث المتقدم، وكذا سائر تصرفاته القابلة للتبابة كما لو زوج أمة غيره أو ابنته أو طلق منكوخته أو أعق عبده أو أجز داره أو وقفها أو وهبها أو اشترى له بغير ماله، لأنه ليس بمالك ولا ولي ولا وكيل، فلو عبّر المصنف بالتصرف بدل البيع لشمّل الصور التي ذكرتها (وفي القليم) تصرفه المذكور كما رجّحه المصنف كما مر (موقوف) وقيل لتصرف صحيح". أنظر: شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 351.

لأنّ الضرر يتحقق في انعقادها من الفضولي نافذة غير موقوفة¹.

الثاني: يرى ببطلان هبة عقار ملك الغير، وهو ما ذهب إليه الشافعية في المذهب الجديد والحنابلة والمالكية في الرأي الآخر².

وقد احتجوا على قولهم في ذلك بما يأتي:

- هبة الفضولي لعقار ملك الغير باطلة كبيعها، فكما لا يجوز بيعه لا تجوز هبته، وبما أنّ حكم الأصل مختلف فيه على اعتبار أنّ الحنفية والمالكية والحنابلة في إحدى روايتهم، والشافعية في قدم مذهبهم يقولون بوقف بيع الفضولي، ولما كان شرط القياس يقتضي أن يكون حكم الأصل متفقاً عليه، فالشرط غير متوافر وتبعاً لذلك فالمشروط لا يتوافر ومن ثمّ فالقياس لا يصح.

- تعدّ هبة عقار ملك الغير صادرة ممن ليس له ولاية شرعية على التصرف، وبما أنّ الولاية شرط في الانعقاد لا في النفاذ، فهبة الفضولي لا تصحّ، كما لا يصحّ أيّ تصرف آخر منه لعدم الولاية على الشيء المتصرف فيه.

وقد تمّ الردّ على هذا الادّعاء بأنّ التصرف صادر من أهله مضافاً إلى محله، وإذا كان الفضولي لا ولاية له فهذا شرط في النفاذ وليس في الانعقاد، فيترتب عليه انعقاد تصرفه بالهبة موقوفاً على الإجازة لا القول ببطلانه، ثمّ إنّ القول بالحكم الأخير فيه إهدار للتصرف دون مقتضى، أمّا القول بالوقف فإنّ فيه تحقيقاً حمائي للمتعاقدين وللمالك الذي يوقف نفاذ التصرف على إجازته³.

¹ - وما ورد في حاشية الدسوقي: "... وذكر بعضهم أنّ وقفه وهبته وصدقته وعنته كبيعها في أنّ كلّاً صحيح غير لازم فإنّ أمضاء المالك مضي وإن رده رُدّ واختاره شيخنا العدوي؛ لأنّ المالك إذا أجازته كان في الحقيقة صادراً منه قال وممكن خَلّ كلام المصنّف على هذا القول بأنّ يَراد بالصحة الصّحة التامة التي لا تتوقف على شيء وتقدّم هذا في باب الوقف". أنظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، د. س. ط، ص. 98.

² - جاء في حاشية الدسوقي: "حاصله أنّ هبة الفضولي باطلة بخلاف بيعه فإنّه صحيح وإن كان غير لازم فيجوز للمشتري التصرف في المبيع قبل إمضاء المالك البعّ؛ لأنّ صحة العقد ترتب أثره عليه من جواز التصرف في المعقود عليه، والفرق بين بيع الفضولي وهبته ما قاله الشارح من أنّ بيعه في نظير عوض يعوّض على المالك بخلاف هبته ومثلها وقفه وصدقته وعنته فمضى صدر واحد من هذه الأربعة من فضولي كان باطلاً ولو أجازته المالك كما ذكره حش في أول الوقف وهو ظاهر المصنّف أيضاً هنا وفي الوقف حيث قال في الوقف صحّ وقف مملوك وقال هنا وصحّت في كلّ مملوك فظاهره أنّ غير المملوك: وقفه وهبته باطل ولو أجازته المالك". أنظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، نفس المرجع ونفس الصفحة.

³ - بدر حاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 266-267؛ إسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015، ص. 259؛ عبد الرزاق حسن فوج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص. 108.

وبالرجوع إلى أحكام هبة عقار ملك الغير في القانون الوضعي نجد أنّ التقنين المدني المصري ألحق هبة الفضولي بأحكام بيع ملك الغير - المنصوص عليها ضمن المادتين 466 و 467 منه - وذلك بمقتضى نص المادة 491 من نفس التقنين التي قضت بأنه "إذا وردت الهبة على شيء معين بالذات غير ملوك للواهب سرت عليه أحكام المادتين 466 و 467"¹.

يتبين من المادة المذكورة أعلاه بأن أحكام هبة ملك الغير يتعلّق بعضها بالطرفان المتعاقدان والبعض الآخر بالمالك الحقيقي، ولتوضيح ذلك يتعيّن دراستهما تباعاً في الحالتين الموليتين على النحو المولي:

الحالة الأولى: حكم هبة عقار ملك الغير فيما بين المتعاقدين

قرّر المشرّع المصري بأن هبة عقار ملك الغير فيما بين المتعاقدين قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له، وعلى ذلك يجوز لهذا الأخير أن يطلب إبطال الهبة إذا كان الواهب غير مالك لما وهبه من عقار تطبيقاً لأحكام المادة 466 من ق. م. م، وهي وإن كانت خاصّة بالبيع إلّا أنّها تطبّق على الهبة للإحالة الواردة عليها بمقتضى المادة 491 من نفس التقنين.

وتبعاً لذلك، فللموهوب له وحده أن يطلب إبطال هبة العقار حتّى قبل أن يتعرّض له المالك الحقيقي، وبالخصوص إذا كانت هبة العقار بعوض أو مقترنة بتكاليف والتزامات، وتكون له المصلحة في ذلك حتّى يتنصّل من دفع العوض أو القيام بهذه الالتزامات أو التكاليف².

فإذا أجاز الموهوب له الهبة انقلبت صحيحة ولو لم يقرّها المالك الحقيقي، شأنه في ذلك شأن إجازة المشتري في بيع ملك الغير. وليس معنى ذلك أن يترتب على إجازته نقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، لأنّ المالك الحقيقي لم يقرّ الهبة وهو أجنبي عنها فلا تنتقل الملكية إلّا بإقراره، كما أنّ هذه الإجازة لا تؤثر على ملكية المالك للعقار الموهوب إذ يبقى مالكا له، فيكون - عندئذ - حكمها عدم

¹ - وبطابقها من التقنينات المدنية العربية: المادة 459 سوري، المادة 480 لبي، أمّا المادة 1/609 عراقي فقد أرسّت حكماً موحّداً بخصوص هبة المال المستقبل وهبة ملك الغير، هذا على غرار نصّ المادة 513 من قانون الموجبات والعقود اللبناني الذي استقرّت على نحو ذات الحكم تبعاً لما ذهب إليه التقنين المدني الفرنسي في هذا الصدد. تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الفرنسي قضى بموجب المادة 943 من ق. م. ف بعدم جواز التفريغ - بشكل عام - بعقد بين الأحياء إلّا عن المال الحاضر للواهب. وتبعاً لهذا المفهوم كان من المفروض ألاّ تشمل الهبة شيئاً من الأموال إلّا تلك التي يملكها الواهب إبّان إبرام عقد الهبة، لا تلك التي سيتملكها في المستقبل، فإذا وقع شيء من ذلك كانت الهبة باطلة. أنظر: بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 267-268، هامش رقم: 2.

AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Op. cit., p. 622.

² - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 127.

السريان أو عدم التّفاذ بالنّسبة إليه¹.

وتنقلب الهبة صحيحة كذلك إذا آلت ملكية العقار الموهوب إلى الواهب بعد صدورها، وفي هذا الفرض تنتقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له طبقاً لنصّ المادة 467 من ق. م. م² المحال إليها بمقتضى المادة 491 من نفس التقنين .

على أنّه يجوز للموهوب له أن يطالب بتعويض عادل عمّا لحقه من ضرر بسبب إبطال عقد هبة العقار إذا كان الواهب قد تعمّد إخفاء كون العقار الموهوب مملوك للغير، كما يكون له الحقّ في استرداد العوض إذا كانت الهبة متضمّنة للعوض، كلّ ذلك قياساً على ضمان الواهب للاستحقاق الواقع في جانبه.

يشار أخيراً، بأنّ شهر الهبة المنصّبة على عقار لا يحول دون قابليتها للإبطال، ذلك أنّ الشهر - كما هو معلوم - لا يجعل من الباطل صحيحاً، ولا من الصحيح باطلاً³.

الحالة الثانية: حكم هبة عقار ملك الغير بالنّسبة إلى المالك الحقيقي

يختلف حكم هبة العقار بالنّسبة للمالك الحقيقي تبعاً لإقراره لها من عدمه، ففي حالة إقراره للهبة تنتقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له شريطة أن يكون إقرار المالك الحقيقي بتسليمه للعقار الموهوب، قد تمّ إفراغه في الشّكل الرسميّ متبوعاً بشهره بالمحافظة العقارية المختصة، إذ يلزم في إقرار الهبة من لدن المالك الحقيقي ما يلزم لإنشائها في الأصل، وذلك تبعاً لنفس العلة التي فرضت الرسمية فيها.

يجدر التّنبية إلى أنّ انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له يكون من وقت صدور الإقرار من المالك الحقيقي لا من وقت إبرام الهبة صحيحة من تاريخ انعقادها وذلك دون حاجة إلى عملها من جديد⁴.

أمّا في حالة عدم إقرار المالك الحقيقي لهبة العقار، فإنّه لا يعتدّ بها في مواجهته ولا تسري في

¹ - أنور طلبه، المرجع السابق، ص. 77.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 73.

³ - "من المسلّمات القانونية أنّ شهر العقد لا يحول دون فسخه إذا ثبت أنّ البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها، ومن ثمّ فإنّ التذرع بأنّ العقد مشتهر وهو بهذه الصّفة محصّناً ولا يمكن الطّعن فيه، قول مخالف للقانون مادام أنّ البائع باع ما ليس مالكا له". راجع في هذا الصّدّد: قرار مجلس الدّولة رقم: 6426، الصّادر في: 2002/04/08، مجلّة مجلس الدّولة، ع2، 2002، ص. 202.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 123.

حقه، سواء أجزيت من لدن الموهوب له أو لم تجز، وينبني على ذلك أنّ ملكية العقار الموهوب تبقى في ذمة المالك ولا تنتقل إلى الموهوب له على اعتبار أنّ انتقالها يتوقف على إقراره لهذه الهبة.

ويترتب على ذلك بأنه يحق للمالك الحقيقي بأن يرجع على الواهب بالتعويض، كما يجوز له الرجوع على الموهوب له بدعوى الاستحقاق على النحو المقرر في رجوع المالك الحقيقي في بيع عقار ملك الغير على البائع وكذا المشتري¹.

فإذا كان هذا هو الحال في التقنين المدني المصري على نحو ما سلف عرضه، فإنّ التشريع الجزائري لم يورد نصّاً مثلما فعل نظيره المصري، حيث جاء كلّ من التقنين المدني على غرار قانون الأسرة الجزائريين خلويين من أية إشارة إلى هبة عقار ملك الغير خلافاً لبيع عقار ملك الغير²، لذلك ينبغي العودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقاً لما اقتضته المادة 222 من ق. أ. ج، وتبعاً لذلك يستحسن الأخذ بالرأي الأول للمدرسة المالكية³ (وهو أيضاً رأي الأحناف والشافعية في قدم مذهبهم) القاضي بانعقاد هبة عقار ملك الغير موقوفة على إجازة المالك. فبالإضافة إلى رجحان هذا الحكم، فهو أكثر ملائمة لمواجهة حكم هبة عقار ملك الغير، إذ تبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين وكذلك بالنسبة للمالك الحقيقي حتى يجيزها فلا يطل الضرر أيّ منهما.

هذا علاوة على توحيد الحكم بصدها بالنسبة للحالتين، وتغدياً للاضطراب الذي وقع فيه المشرع المصري بتقريره لقابلية العقد للإبطال بالنسبة للموهوب له، وعدم سريانه في حق المالك الحقيقي. لذا فإنّ تبني فكرة العقد الموقوف⁴ أولى بالتطبيق وأرجى بالتنفيذ لما تتضمنه من حكم عادل للكافة.

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 129.

² - الذي خصّص له المشرع الجزائري فرعاً أولاً من القسم الثاني لأنواع البيوع، أسماه "بيع ملك الغير" من المادة: 397 إلى 399 من ق. ج. م.

³ - خلافاً لما ذهب إليه المذكورة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي - خطأ - في سياق تعليقها على نصّ المادة 527 منه بقولها: "وفي هبة مال الغير نصّ المشروع في المادة 527 على أنّها تقع باطلة، فلم يلتزم في ذلك بما جرت عليه تقنيات عربية أخرى من تطبيق حكم بيع ملك الغير على الهبة ولا بما ذهب إليه الحنفية من اعتبارها عقداً موقوفاً على إجازة المالك. بل أثر الحكم الذي جاء به مستمداً من مذهب مالك والذي يتأسس على أنّ هبة مال الغير تؤدي إلى تمليك ماله بلا عوض يعود عليه فتقع باطلة، والباطل لا تصحّ إجازته، وهو حكم يرفع الحرج عن المالك الأصلي، إذا وهب غيره مالا يملكه، ثمّ عرض الأمر عليه ليقرّ الهبة أو لا يقرها". ذلك أنّ القول بكون مرّة هذا الحكم مستنبط من المذهب المالكي قول تعزيره الدقة في نقل أقوال المدرسة المالكية، إذ الصّحيح القول بأنّ هذا الرأي الأخير يتفق وقول المالكية على أحد الرأيين، حيث أنّه سبق وأن رأينا قولاً آخر في نفس المذهب قال بانعقاد هبة عقار ملك الغير موقوفة على إجازة المالك وهو ما تمّ ترجيحه في المتن. أنظر في القول المتقدم: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكورة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 336؛ وراجع باستفاضة في الردّ عليه: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 272 ما يليها.

⁴ - عبد الرزاق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 160.

البند الثالث: هبة العقار المشاع

لا مندوحة من أنّ الشّيع هو الوضع القانوني الناتج عن تعدد المالكين للحقّ العيني دون أن يختصّ كلّ منهم بجزء مفرز فيه¹، وبذلك فالملكية العقارية الشّائعة² هي الملكية التي تخوّل سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرّف³ لأكثر من شخص على عقار واحد دون إفراز أو تحديد جزء من هذا العقار لكلّ مالك.

وتثبت سلطة التصرّف على العقار الشائع للشركاء مجتمعين بحسب الأصل، ونظراً لتعذر توافر إجماعهم في بعض الأحيان، فقد منح القانون سلطة التصرّف لأغلبية الشركاء الحائزين على 4/3 العقار الشائع⁴، أمّا الشريك الوحيد فلا يجوز له التصرّف في العقار كلّ أو في جزء منه، وإن جاز له - قانوناً - أن يتصرّف في حصّته المشاعة⁵.

هذا وإن كان ما يعنينا في هذا الصدد تصرّف الشريك الوحيد في حصّته العقارية بواسطة الهبة، فإنّه يجدر بنا التوجّه - بادئاً - إلى دراسة موقف مدارس الفقه الإسلامي من هبة المال الشائع ليتسنى معرفة توافقه أو اختلافه مع القانون الوضعي انتهاء.

ترتيباً على ما سبق، فلقد اختلف الفقهاء المسلمون بالنسبة لحكم المال العقاري الشائع حيث

¹ - يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الشائعة، إكتسابها، إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها، على ضوء القانون الجزائري وما استقرّ عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2016، ص. 26.

² - أنظر: مهّاب نجا، الملكية العقارية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1993، ص. 61؛ الطاهر بن سلطان، الشّيع في الملكية العقارية، مجلّة المؤتق، ع 6، أفريل 1999، ص. 35.

³ - أنظر في عناصر حق الملكية وخصائصها: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8، المرجع السابق، ص. 496 وما يليها.

⁴ - طبقاً لمقتضيات المادة 720 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادة 832 من ق. م. م. فإذا كان هذا هو الحال في التقنيين المدنيين الجزائري والمصري، فإنّ المشرّع الفرنسي حاول التخفيف من قاعدة الإجماع في إدارة والتصرّف في المال المشاع التي كان يقرّها تقنيه المدني. ونظراً لما سبّته هذه القاعدة من عوائق إبان تحقيقها على المستوى العملي لاختلاف رغبات الشركاء في نفس المال، عمد إلى تعديل التصوّر المنظم للملكية الشائعة بمقتضى القانون رقم: 728-2006 المؤرخ في 23 جوان 2006 الذي عدّل به تقنيه المدني، حيث أضاف مواد جديدة - على غرار المادة 815-3 - بغرض التيسير على الشركاء بعد أن عوّض قاعدة الإجماع بحكم الأغلبية في إدارة المال الشائع، دون إلغاء للقاعدة الأولى (الإجماع) نهائياً حيث أبقاها في التصرفات الماسة بجوهر المال الشائع باستثناء بعد الحالات الناص عليها في المادة محلّلة أعلاه. راجع: المادة 815-3 من ق. م. ف.

⁵ - أنظر المادة: 1/714 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادة 1/826 من ق. م. م.، وراجع: قرار م. ع. غ. ع، ملف رقم: 161833، الصّادر في: 1998/09/30، مجلّة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج 2، 2004، ص. 195؛ وأنظر أيضاً: جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، إصدار شركة كليك لخدمات الحاسوب، الجزائر، ط 1، سبتمبر 2009، ص. 174 وما يليها.

فَرَّقُوا بين المال الشائع غير الممكن قسمته، والآخر الممكن قسمته.

وإذا بالمال العقاري المشاع غير القابل للقسمة، هو ذاك الذي يضره التبعض ولا يصلح للانتفاع به بعد القسمة، أو لا يبقى منتفعاً به بعدها انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي قبلها، كالربع (4/1) من منزل صغير مثلاً. كما يقصد بالمال العقاري المشاع الذي يحتمل القسمة هو ذاك الذي لا يضره التبعض، بل يظلّ منتفعاً به بعد القسمة انتفاعاً من جنس الانتفاع الذي كان قبله، كنصف بيت كبير أو بضع هكتارات من أرض فلاحية شاسعة¹.

ومّا لا شكّ فيه أنّ هبة المال العقاري الشائع غير القابل للقسمة جائزة سواء أكانت لشريك أم لأجنبي وقد انعقد الإجماع على ذلك²، شريطة أن يكون المال العقاري الموهوب معلوم المقدار كالثلث والثلثين ونحو ذلك، حيث يُكتسب بحوزه مشاعاً ضمن الكلّ، لأنّ الحوز التام لا يكون إلّا بعد الفرز وهو متعذر مع بقاء المنفعة الأصلية، أمّا إذا كان المال الموهوب غير معلوم النصاب كما لو وهب شخص لآخر نصيبه في المال العقاري الشائع وكان غير معلوم من لدنه، لم تصحّ الهبة مع الجهالة³.

أمّا بخصوص هبة حصّة عقارية مشاعة في عين تقبل القسمة، ويتنفع بتلك الحصّة بعد قسمتها وفرزها، فقد تباينت آراء الفقهاء إزاءها على نحو ثلاثة أقوال:

الأول: مؤداه، جواز هبة المال العقاري الشائع غير المقسوم، ولو كانت حصّة مشاعة في عين تقبل القسمة، وإن حاز الحصّة وهي شائعة حاز صحيح يتمّ به الملك، وذلك لأنّ الهبة عقد تمليك كالبيع والحلّ قابل له، وكونه تبرعاً لا ينافي الملك على الشيوع، ومن ادّعاه فعليه الدليل. وعلى العموم فهبة الحصّة العقارية الشائعة صحيحة ونافذة مطلقاً، ويتمّ الملك بقبضها على شيوعها سواء أكان الموهوب له شريكاً للوهاب في عقاره أم أجنبياً عنه غير شريك⁴.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 156.

² - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 633؛ يشار هنا إلى أنّ الفقهاء المسلمون قد اختلفوا في جواز هبة العلوّ إذا لم يكن السفّل قائماً (هبة الطوابق) من عدم جوازه؛ فذهب المالكية والحنابلة إلى القول بجواز هبة العلوّ مطلقاً سواء أكان البناء الأسفل موجوداً أم لا، بينما ذهب الأحناف والشافعية والزيدية والإمامية والباطنية إلى القول بعدم جواز الهبة إلّا إذا كان البناء الأسفل موجوداً، ومنع ابن حزم هبة الهواء مطلقاً تأسيساً على قوله بعدم بيع العلوّ. لأكثر تفصيل أنظر: مراد محمود حيدر، ملكية الطوابق والشقق، أحكامها والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، جلال حزي وشركائه، الإسكندرية، 2010، ص. 106-107.

³ - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 41-42.

⁴ - ويمتدّ الحكم عند جمهور الفقهاء على صحّة هبة المال المشاع القابل للقسمة إلى هبة المتصل بغيره، فيجيزون هبة المال المتصل بغيره مهما

إلى ذلك أشار جمهور الفقهاء¹.

الثاني: مفاده، كون أنّ هبة الحصّة العقارية الشائعة فيما يقبل القسمة لا يتمّ الملك فيها للموهوب له إلاّ إذا حازها وقبضها مفرزة عن غيرها²، فقبل ذلك لا ملك له فيها وإنّما الملك للواهب³. بهذا قال أبو حنيفة وصاحبيه والإمامين زيد والباقر وبعض العلماء.

الثالث: مقتضاه، كون أنّ هبة العقار المشاع الذي يمكن قسمته جائزة إذا كان الموهوب له شريكاً، فإن كان أجنبياً لم تصحّ هبته، إذ الجواز هنا مقصور على الشريك دون غيره⁴. بهذا نوّه ابن أبي ليلى في مذهبه، وهذا ما يجد له صدق عند الإباضية أيضاً، حيث ذهبوا إلى أنّه "لا تصحّ الهبة في الشيوع، وتصحّ لشريك في مشتركٍ مثل أن يشترك اثنان في أصل أو عروض فيهب أحدهما سهمه للآخر إن لم يشترك ثالث معهما فصاعداً، وإلاّ لم تصحّ لبقاء شريك آخر أو شركاء لم تتميّز سهامهم لشياعها ولو تميّزت بالتسمية فلا قبض حينئذ"⁵.

هذا، وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد بأنّ "الحصّة الشائعة للشريك المشاع هي مجموع ماله من سلطات على الشيء الشائع، ولذلك فتصرف الشريك في حصّته الشائعة هو تصرف يصدر ممّن له حقّ على الشيء، فهو يستعمل الرخصة لصاحب كلّ حقّ في أن يتصرف في حقّه. ولا تحدّد الحصّة الشائعة مفرزة أو موضحة المعالم، وإنّما تحدّد بنسبة محدّدة في كلّ ذرة من الذرات الشائعة في كامل الشيء المملوك

كان شكل الاتّصال مع ورود استثناء وحيد عليه. أنظر في هذا الصّدّد: أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 634.

¹ - ومنهم مالك والشافعي وأحمد وأبو ثور وإسحاق وأبو سليمان وداود الظاهري وأصحابه والإمامية وإبراهيم التّخعي. أنظر في ذلك: بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 278-279، هامش رقم: 5. وأنظر في مختلف استدلالاتهم: محمّد حسني إبراهيم سليم، الهبة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الطّباعة المحمدية، د. ب. ط، ط1، 1994، ص. 46 وما يليها.

² - محمّد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدّين السّمّرقندي، المرجع السابق، 162؛ بدر جاسم اليعقوب، المرجع نفسه، ص. 280؛ وأنظر: محمّد سيد أحمد عامر، الكلّيات التي يرجع إليها حكم العقد في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2012، ص. 137-138.

³ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 633-634؛ وأنظر مختلف استدلالاتهم: محمّد حسني إبراهيم سليم، المرجع نفسه، ص. 50 وما يليها، وبخصوص هبة المتّصل بغيره، فإنّ أبا حنيفة ومن رأى رأيه يشترطون كما في هبة المشاع قابل القسمة، الفصل والقبض. راجع: أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع نفسه، ص. 634؛ محمّد كامل مرسى، المرجع السابق، ص. 45 وما يليها.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 135.

⁵ - بدر جاسم اليعقوب، المرجع نفسه، ص. 283.

على الشيوع¹.

وعليه، فالعقار الشائع²، إذن، تجوز هبته وفقاً للقواعد العامة للتصرف³ في المال الشائع، لذلك وإن كان المشرعين المصري والجزائري قد أجازا هبة العقار مشاعاً سواء أكان ممّا يقبل القسمة أو لا يقبلها، فإنهما قد فرّقا بين حكم هبة الحصّة العقارية الشائعة وهي في حالة الشيوع، وبين حكم هبة جزء مفز من العقار المشاع، لأجل ذلك يستلزم التفصيل بينهما كالآتي:

الحالة الأولى: هبة الحصّة العقارية الشائعة في حالة الشيوع

لشريك أن يهب منفرداً حصّته الشائعة من العقار، إذ هو يملك هذه الحصّة ملكية تامّة، ومن مقتضى ذلك أن يتصرّف فيها بالهبة، ذلك ما نصّت عليه المادة 1/714 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 1/826 من ق. م. م - بقولها: "كلّ شريك في الشيوع يملك حصّته ملكاً تامّاً، وله أن يتصرّف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء"⁴.

فإذا وهب المالك في الشيوع حصّته الشائعة أو جزءاً من هذه الحصّة وهي في حالة الشيوع، إنتقل ما وهبه شائعاً إلى الموهوب له في حالة الشيوع التي كانت عليها الحصّة وهي في ملك الواهب، فمن يهب مثلاً ثمن (8/1) الدار شائعاً ينقل ملكية هذا الثمن في الشيوع للموهوب له، ويصبح هذا الأخير خلفاً خاصّاً للواهب محلّ محله في الثمن الشائع، فيصبح مالكاً لثمن الدار في الشيوع مع بقية الملاك المشتاعين إذا تمّت الهبة على مجموع الحصّة الشائعة⁵.

¹ - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص. 73.

² - أنظر باستفاضة في مفهوم الشيوع ومقتضياته: يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع للطباعة، الأردن، 2011، ص. 328؛ عبد المنعم فرج الصّدة، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، د. د. ط، د. ب. ط، 1960، ص. 155؛ إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، د. د. ط، د. ب. ط، 2، 1961، ص. 195.

³ - تعدّ سلطة التصرف أوسع مجالاً من سلطتي الإستغلال والإستعمال، كون أنّها أقوى سلطة تحوّل للمالك التحكّم في ملكية ماله ابتداءً، وهي وإن كانت ترد على ربة هذا الأخير، فإنّها قد تنصبّ على منفعتة. وبناء على ذلك يتمّ التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف، ففي الثانية يتوجب لمباشرتها أهلية الأداء أكثر ممّا تقتضيه أعمال الإدارة، فلو كان أحد الشركاء ناقص أو عديم الأهلية فلا يسوغ لهما التصرف إلّا من خلال إدارة الوليّ أو الوصي أو القيمّ بحسب الأحوال المقرّرة قانوناً بعد استصدار ترخيص بذلك من المحكمة المختصة وذلك على عكس الوضع في سلطتي الإستغلال والإستعمال التي لا يشترط فيها استصدار الإذن المذكور. أنظر: نواف محيط عبد الله الميطري، التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة عين شمس، 2006، ص. 8.

⁴ - أنظر في هذا المقتضى: محمود رضا الحضيري، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية: دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع، د. د. ط، د. ب. ط، 1989، ص. 224 وما يليها.

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 125.

ويكون الموهوب له مشتركاً مع الواهب إذا انصبّت الهبة على جزءٍ من الحصّة الشائعة، فمثلاً لو قام الشريك المالك لثمن الدار بهبة نصفه إلى شخص آخر، ففي هذه الحالة يبقى الواهب شريكاً ويدخل الموهوب له في الشّيع شريكاً بالنّصف الموهوب له أيضاً.

الحالة الثانية: هبة المالك المشتاع لنصيبه مفرزاً

إذا وهب المالك في الشّيع جزء مفرزاً من العقار الشائع قبل قسمته، فإنّه يكون قد وهب ما يملك (وهو حصّته) وما لا يملك (وهو حصص بقيّة الشّركاء)، لذا ينبغي التّمييز في هذه الحالة بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون الموهوب له يعلم إتيان إبرام عقد الهبة بأنّ الواهب لا يملك المال العقاري الموهوب ملكية مفرزة، وإنّما يملك فيه حصّة على الشّيع، ففي هذه الحالة يكون المفروض أنّ الموهوب له قد قبل هبة الجزء المفرز أو ما يحلّ محله ممّا يقع في نصيب الواهب عند القسمة، فإذا لم يقع الموهوب في نصيب الواهب عند القسمة ووقع بدله جزء آخر، تحوّل حقّ الموهوب له بحكم الحلّ العيني¹ إلى الجزء المفرز الذي وقع في نصيب الواهب طبقاً لمقتضى نصّ المادّة 2/714 من ق. م. ج² المطابقة لنصّ المادّة 2/826 من ق. م. م انتهاء.

الفرض الثاني: إذا كان الموهوب له يجهل بأنّ الواهب يمتلك ما وهبه على الشّيع، ففي هذه الحالة يعتبر قد وقع في غلط جوهري³. وبناء عليه يكون من حقّه المطالبة بإبطال عقد الهبة⁴ لاسيما إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بشروط وتكاليف وفي ذلك مصلحة له، هذا ما لم يتمّ إجراء القسمة بين المشتاعين قبل مطالبة الموهوب له بإبطال الهبة⁵.

¹ - محمّد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص. 144؛ عبد المنعم البدر، التأمينات العينية، مكتبة سيّد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، د. س. ط، ص. 157.

² - التي قضت بأنّه "وإذا كان التصرف منصّباً على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف، إنتقل حقّ المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة...".

³ - وقد تبين الفقه الفرنسي في تبرير هذا الحكم، ففي حين عزاه جانب منه إلى فكرة الغلط بكون أنّ المتصرف إليه (الموهوب له) يكون بصده قد وقع في غلط جوهري لولاه لما اندفع إلى إبرام هذا العقد؛ أسنده جانب آخر إلى فكرة الضمان في حالة الإستحقاق الجزئي أساساً. أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 290، هامش رقم: 1.

⁴ - وفي ذلك تنصّ المادّة 3/714 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادّة 3/826 من ق. م. م - بقولها: "وللمتصرف إليه، الحقّ في إبطال التصرف إذا كان يجهل أنّ المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة".

⁵ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 88.

أما إذا حصلت القسمة قبل ذلك وكان من نتيجتها وقوع الجزء المفرز محلّ الهبة في نصيب الواهب، فإنّه لا يصبح من حقّ الموهوب له إبطال الهبة، حيث تنقلب صحيحة بوقوع الجزء المفرز في نصيبه¹.

فإذا كان هذا هو الحال في التّقنينين المدنين الجزائري والمصري - ومن اقتفى أثرهما من تقنينات مدنية عربية -، فإنّ التّقنين المدني الكويتي - ومن حذا حذوه - لم يشأ أن يقتبس الحكم الوارد في المادة 714 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادة 826 من ق. م. م المحلّتين أعلاه والقاضي بانتقال حقّ المتصرّف إليه من وقت التصرّف إلى ما يقع في نصيب المتصرّف من أموال أخرى غير المال المتصرّف فيه إبان إجراء القسمة، كون أنّ هذا الحكم على حدّ تعبير المذكورة الإيضاحية للتّقنين المدني الكويتي وهي بصدد تعليقها على نصّ المادة 829 من نفس التّقنين "غير منطقي من الناحية النظرية وغير مقبول من الناحية العملية. فمن الناحية النظرية يثور التساؤل: ما هو الحقّ الذي ينتقل؟ وهو سؤال يستدعي التساؤل عن ماهية حقّ المتصرّف إليه قبل القسمة، وهو الحقّ الذي يقال أنّه ينتقل، وقد بيّنا أنّه لا يصحّ أن يقال إنّ حقّ عينيّ فهو ليس حقّ ملكية مفرزة ولا حقّ ملكية شائعة. ومن الناحية العملية ليس من المقبول أن يشتري شخص شيئاً معيّناً بذاته ويفرض عليه أن يمتلك شيئاً آخر حتّى ولو كان معادلاً له في القيمة، إذ لا يحقّق الشيء الآخر الغرض الذي قصد إليه حتّى لو كان كلّ من الشئين جزءاً من كلّ. مثال ذلك أن يشتري شخص قطعة أرض لبني عليها وهي جزء من أرض شائعة واسعة ولكنها قريبة من العمران، ثمّ يقع في نصيب البائع أرض بعيدة عن العمران وقد لا تصلح للبناء عليها"²، وما يمكن أن يقال عن التصرّف الذي من شأنه نقل الملكية العقارية بالبيع في المثال السابق يقال كذلك في شأن التصرّف الذي يقع عن طريق هبة العقار لعموم حكم نصّ المواد المذكورة أعلاه وشملها لبقية التصرفات دون تمييز بينهم في ذلك بين تصرّف عوضي وآخر تبرّعي.

البند الرابع: هبة العقار في مرض الموت

تعدّدت تعاريف الفقهاء واختلفت حول تعريف مرض الموت، غير أنّ المتتبّع لهذه التعريفات المتباينة في عباراتها يجدها لا تخرج عن معنى واحد مفاده بأنّه هو ذاك "المرض الذي يغلب فيه الهلاك عادة ويتّصل به الموت فعلاً"³.

¹ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 132.

² - مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 503.

³ - وهذا هو تعريف المذكرة الإيضاحية للتّقنين المدني الكويتي وهي في معرض تعليقها على نصّ المادة 942 من نفس القانون. أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 595. هذا، وإذا كانت مدراس الفقه

يُتَّضح من هذا التعريف ضرورة توافر شرطين في المرض المعتد به كمرض للموت:

الأول: أن يغلب فيه الهلاك عادة، ومرجع ذلك الأطباء وأهل الخبرة في تحديد طبيعة المرض الذي يغلب فيه الموت.

الثاني: أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلاً به.

الثالث: أن يقعد المريض مرض الموت عن قضاء مصالحه¹.

فإذا كانت مواقف التقنينات المدنية العربية والتقنين المدني الفرنسي تبدو متباعدة بخصوص مرض الموت، فإنه لم يضطلع بتعريفه من بين التقنينات المدنية العربية سوى التقنين المدني الأردني الذي عرّفه ضمن مادته 543 - المقتبسة من المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية - بكونه "المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة ويغلب فيه الهلاك، ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة، فإن امتد مرضه وهو على حال واحدة دون ازدياد سنة أو لأكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح.

- يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي تحيط بالإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها

الإسلامي قد تنوّعت تعاريفها لمرض الموت فإنهم - لاشكّ - قد اتفقوا بكونه ذاك المرض المؤدّي للموت غالباً، وتبعاً لذلك، عرّفه الأحناف بأنه "هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجاً عن داره إن كان من الذكور، وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء أكان صاحب فراش أم لا"؛ كما وصفه المالكية بأنه "ما حكم أهل الطبّ بأنه يكثر الموت في مثله ولو لم يغلب"؛ ونعته الشافعية بأنه "كلّ مرض كان الأغلب منه الموت"؛ وقال الحنابلة بأنه "ما اتصل به الموت". أنظر باستفاضة في هاته التعاريف: مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإسلامية)، م 19، ع 2، يونيو 2011، ص. 670.

¹ - وقد اتفق الفقهاء على ضرورة توافر هذه الشروط لكي يتحقّق وصف الشخص بأنه مريض مرض الموت، غير أنّهم اختلفوا حول الأمارات الظاهرة التي يظهر منها إذا كان المرض يؤدّي غالباً إلى الموت، فالبعض قال بأنّ من أماراته أن يلازم الشخص الفراش دائماً والبعض الآخر قال بأنّ علامته ألاّ يخطو الشخص ثلاثة خطوات من غير أن يستعين بغيره، وآخرون ذهبوا إلى أنّ أماراته ألاّ يقدر على الصلوة قائماً، وهناك من رأى بأنه المرض الذي يعجز فيه المريض عن رؤية مصالحه خارج الدار إن كان ذكراً، أو يعجز عن رؤية مصالحه داخل الدار إن كانت أنثى ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن. وقد ألحق جانب من الفقه بمرض الموت الأمور الآتية: راكب البحر عند هيجانه، الحامل حال المخاض، من أصاب الطاعون بلده، الأسير والمحبوس لدى قوم عادتهم القتل، من كان بين طائفتين متحاربتين متكافئتين لتوقع الهلاك. أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 296؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 91. ومن الضوابط المقررة في تحديد مرض الموت على ما جرى العمل به في القضاء المصري، أن يكون المرض ممّا يغلب فيه الهلاك ويشعر المريض فيه بدنو أجله وينتهي بوفاته، وتبعاً لذلك ذهبت المحكمة الشرعية في مصر إلى أنّ مرض السرطان كمرض السل لا يلزم في اعتباره مرض موت أن يقعد صاحبه عن قضاء حوائجه، بل المعتبر في كونه مرض موت أن يخاف منه الهلاك وألاّ يطول سنة فأكثر مع استمراره بحالة واحدة سواء أقعد صاحبه عن قضاء حوائجه أم لم يقعه وإلاّ لم يكن مرض موت. أنظر: حكم المحكمة الشرعية الصادر في: 1953/05/07، المحاماة الشرعية 6 لرقم 147، ص. 560، نقلاً عن: بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 296-297، هامش رقم: 4.

الهلاك ولو لم يكن مريضاً".

هذا بخلاف التّقنينين المدنيين الجزائري والمصري اللّذان تجنّبا تعريف مرض الموت تاركين إيّاه لأعمال الفقه والقضاء¹ على اعتباره أنّه من مهامهما الأصلية كما هو معروف، وكذلك فعل المشرّع الفرنسي فهو لم يعرف هذا المرض تاركاً لقضاة الموضوع السلطة التقديرية في تحديده، ومع أنّه لم يبيّن مفهومه في المادّة 909 من ق. م. ف إلاّ أنّ هناك إجماعاً من جانب الفقه الفرنسي على أنّ مرض الموت هو مسألة حدث واقع "Question de fait".

غير أنّه ما يهمّنا في هذا المقام هو بيان حكم هبة العقار في مرض الموت ضمن الفقه الإسلامي والقانون الوضعي دون التفرّع في ماهية هذا المرض وأحكامه.

فإذا كان الأصل أنّ الواهب حال صحّته وأهليته للتبرّع يجوز له أن يهب كلاً أو بعضاً من ماله لمن شاء وكيفما شاء، فإنّ الفقهاء اختلفوا بشأن هبته المبرمة حال مرض الموت إلى اتجاهين:

الأول: قضى الظاهرية بصّحة تصرفات المريض مرض الموت، وأنّ هبة عقار هذا الأخير صحيحة نافذة من كل ماله كالصّحيح، وتخرج من رأس ماله إذا مات²، أمّا لو صحّ من مرضه فلا خلاف في هبة الصّحيح.

الثاني: مذهب الجمهور³ حيث جعل هبة عقار المريض مرض الموت في حكم الوصيّة؛ وأوجب التّمييز بين ما إذا كانت لوارث أو لغير وارث. فإذا كانت لأجنبي نفّذت إذا لم يكن للواهب المريض وريث ولو كان المال الموهوب هو كلّ مال الواهب، إذ ليس لأيّ كان أن يعترض على ذلك ولا حتّى لبيت مال المسلمين، فإن لم تكن الهبة بالكلّ فلبيت المال ما تبقي، والعلة في ذلك أنّ الموهوب له يعتبر موصى له وهو مقدّم على بيت المال في الاستحقاق. وإذا كان للواهب المريض ورثة، فإن كان المال العقاري الموهوب أقلّ من الثلث أو في حدوده نفّذ ولو لم يجزه الورثة، وإن كان أكثر من الثلث فلا ينقذ

¹ - أنظر في تعريف مرض الموت وأهمّ الضوابط المحدّدة له، أحكام محكمة النقض المصرية الآتية: نقض بتاريخ: 1984/02/08، طعن 1002، س. ق 49؛ نقض في: 1988/06/09، طعن 1994، س. ق 57؛ نقض في: 1977/12/06، طعن 816، س. ق 43؛ نقض في: 1976/01/07، طعن 15، س. ق 40؛ نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 278 وما يليها؛ وأنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 33719، الصّادر في: 1984/07/09، م. ق، ع 3، 1989، ص. 51، السابق الإشارة إليه.

² - أنظر في هذا الحكم وما يتصل به باستفاضة، مسألة رقم: 1395 [مسألة المريض والحامل والمؤثوف للقتل والأسير في الحجر سؤاء] أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلّى، ج 7، دار الفكر، بيروت، د. س. ط، ص. 164 وما يليها.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 89 وما يليها.

في الزائد عليه إلا بإجازة الورثة.

أما إذا كانت هبة العقار لوارث فلا تنفذ إلا بإجازة بقية الورثة، سواء أكانت بأقل من الثلث أو حدوده أو بأكثر منه، ذلك أن هبة العقار في مرض الموت تعد وصية ولا وصية لوارث، على اعتبار أنه يكتنفها تفضيل جانب من الورثة على آخر¹.

على أن الأحكام السابقة التي ساقها الجمهور تنطبق على الأحوال التي لا يكون فيها الواهب مدينا، أما لو كان كذلك فينبغي التفرقة بين فرضين:

الأول: أن يكون الدين الذي على الواهب مستغرقاً لجميع تركته، ففي هذه الحالة تكون هبة العقار موقوفة على إجازة دائني الواهب - بصرف النظر عن كون الموهوب له وارثاً أو أجنبياً - ولا يعتد بإجازة الورثة لها في هذا الفرض، لأن حق الدائنين مقدم على حق الورثة تطبيقاً لقاعدة "لا تركة إلا بعد سداد الديون"، على أنه إذا أجازها الدائنون، فلا بد من إجازة الورثة في الزائد على الثلث أيضاً².

الثاني: أن يكون الدين الذي على الواهب غير مستغرق لجميع تركته، ففي هذه الحالة، فإن هبة ماله العقاري في المتبقي منها بعد سداد الديون تأخذ حكم التركة الخالية من الديون، فتتخذ في حدود الثلث من المتبقي بعد السداد والباقي للورثة³.

وهبة العقار التي يسري عليها حكم الوصية هي تلك الهبة التي تتم في مرض الموت مستوفية لشروطها، فإذا وهب المالك المريض هبة عقار لشخص ولم يحزه الموهوب له حتى توفي الواهب، فإن الهبة تبطل لموت الواهب قبل القبض وكما تبطل لو كان الواهب في تمام صحته وقت الهبة، وهذا ما ذهب إليه أبو حنيفة وأصحابه⁴، ولا تنقلب هبة العقار في هذه الحالة صحيحة، لأنها صلة والصلوات يبطلها الموت كالتفقات، بالإضافة إلى أن الهبة من العقود المنجزة المقتضية للتملك في الحال لا بعد الموت. يعقب السرخسي على ذات الحكم مضيفاً: "ولكننا نقول: المعنى الذي له ولأجله لا تتم الهبة والصدقة من الصحيح إلا بالقبض موجود في حق المريض، وهو أنه تملك بعقد تبرع؛ فيكون ضعيفاً في نفسه لا يفيد حكمه، حتى ينضم إليه ما يؤيده، وهذا في حق المريض أظهر؛ لأن تصرفه أضعف من تصرف الصحيح. واعتباره من الثلث لا يدل على أنه غير ثابت في الحال - ككفالتة، فإعتاقه، وهذا بخلاف

¹ - بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 303-304.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 52.

³ - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 365.

⁴ - أحمد إبراهيم بك، المرجع السابق، ص. 13.

الْوَصِيَّةُ؛ فَإِنَّهَا خِلَافَةٌ - ثُمَّ الْمَلِكُ مِنْ مَمَرَاتِهَا، وَالْخِلَافَةُ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ الْمَوْتِ، وَهَذَا عَقْدُ تَمْلِيكِ، لَا يَحْتَمِلُ الْإِضَافَةَ"¹.

أما مالك فقد ذهب إلى أنّ هبة عقار المريض تنقذ من ثلث التركة، لأنّها وصيّة. قال زروق في هذا الصدد: "فإن مات قبل أن تحاز عنه فهي ميراث إلا أن يكون ذلك في المرض فذلك نافذ من الثلث إن كان لغير وارث"²، هذا على غرار ما تبناه الفقه الجعفري، حيث ذهب علمائه إلى أنّ هبة العقار في مرض الموت تعدّ نافذة لوارث ولغير وارث في حدود الثلث كما هو مستقرّ لديهم بكون الوصيّة بقدر نفس النصاب تجوز للوارث ولغيره بلا تمييز³.

هذا، فإذا كان الواهب غير مريض فيجوز له حال تمام أهليته للتبرّع أن يهب كلاً أو جزءاً من ماله العقاري لمن يريد، أما لو كان مريضاً مرضاً مؤدياً للموت، فإنّ هبته - في نظر القانون - تأخذ حكم الوصيّة⁴، وهذا ما قضت به المادة 204 من ق. أ. ج تطبيقاً لنصّ المادة 1/776 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادة 1/916 من ق. م. م في الأساس⁵، مع الإشارة إلى أنّ المشروع التمهيدي للتقنين

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 102.

² - كما عبّر في ذات السياق موضحاً: "شرط الحوز أن يكون في صحة المعطى وعقله، وشرط الواهب كونه لا حجر عليه بوجه فإن كان في غير صحته كان لاحقاً بكلّ تصرفاته تخرج من ثلثه كما لم يكن عليه دين مستغرق سابق لها، وفي كون إحاطته بعدها قبل حوزها يطلها أو لا قولان لأخوين وأصبع، وفيما إذا منعه منع من الحوز دون تراخ اختلاف، وفيما حيز في مرض موت معطية ثلاثة بطلانها وصحتها في ثلث الشيء الموهوب للمعطي وكونها في ثلث المعطى بجمليتها للمدونة وأشهب وتخريج اللّخمي فانظره وظاهر الرسالة فيما إذا عقد ولم يجز والله أعلم". أنظر: شهاب الدّين أبو العباس أحمد بن أحمد بن محمد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ زروق، شرح زروق على متن الرسالة لابن أبي زيد القيرواني، إعتنى به: أحمد فريد المزيدي، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2006، ص. 813.

³ - بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 307.

⁴ - ومع أنّ المشرّع الجزائري تبّى رأي الجمهور في هذا الشأن إلاّ أنّه أضاف - خلافاً لباقي التشريعات العربية - حالة ستمها بالحالات المخيفة (المادة 204 من ق. أ. ج)، ولعلّ هذا التوصيف هو حكم غريب يحتاج إلى تفسيره من لدن القضاء، بل ويحتاج إلى تعديل نفس المادة بشكل أكثر وضوحاً يؤدّي إلى المعنى المطلوب.

⁵ - ويشترط في هبة العقار التي تأخذ حكم الوصيّة: 1- أن يثبت بأنّ هبة العقار قد تمّت في مرض الموت: إذ ينبغي على الورثة أن يثبتوا بأنّ الهبة تمت من الواهب المريض حال مرضه المؤدّي إلى الموت. ونظراً لاحتمال إعطاء التصرف تاريخاً سابقاً على تاريخ المرض غشاً وتحايلاً حتّى لا تأخذ هبة العقار حكم الوصيّة، فللورثة إثبات حصول هذا التصرف في مرض الموت بجميع الطّرق المقرّرة قانوناً، ولا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً. هذا ولم يتبنّ المشرّع الكويتي الحكم الذي "وضعه المشرّع المصري في الفقرة الثانية من المادة 916 ونقلته بعض القوانين المدنية العربية (السوري المادة 2/877، المادة 2/920، الصّومالي المادة 2/727، الأردني المادة 2/1128، الجزائري المادة 2/776) وهو "لا يحتاج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً"، فهو حكم غير صحيح، لأنّ الورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة للورقة الصّادرة من مورّثهم وبالتالي يحتاج عليهم بتاريخها ولو لم يكن ثابت التاريخ، وإن كان لهم أن يثبتوا صحة التاريخ بجميع الطّرق ومنها البينة والقرائن لما ينطوي عليه تقديم التاريخ من غشّ أريد به الإخلال بحقوق الورثة في الميراث". 2- أن يُرام من خلال التصرف التبرّع بالهبة: وقد أعفى المشرّع الجزائري بموجب الفقرة الثانية من المادة 776 من ق م ج شأنه في ذلك شأن المشرّع المصري بمقتضى المادة 3/916 من تقنينه المدني، الورثة من عبء إثبات تبرّعية التصرف، بمعنى أنّه وضع قرينة بسيطة لمصلحة الورثة تفيد بأنّ كلّ

المدني المصري كان يتضمن نصاً صريحاً لهذا المعنى ضمن المادة 2/665 من ذات المشروع، حيث كان يقضي بأن "تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية"، غير أنه تم حذفه ضمن أعمال لجنة المراجعة إكتفاءً بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 916 المحللة أعلاه¹.

فطبقاً للتقنين المدني المصري، فإن هبة العقار سواء كانت لوارث أو لأجنبي ولم تزد قيمة العقار الموهوب على ثلث التركة وقت الوفاة، صحّت ونقّدت، أمّا إذا كانت قيمة العقار الموهوب وقت الموت تزيد على ثلث التركة، فإن الهبة تصحّ ولا تنقذ إلا بإجازة الورثة تطبيقاً لنصّ المادة 1/37 من قانون الوصية²، فإن لم يُجز الموهوب له، وجب عليه ردّ ما جاوز الثلث إلى التركة. بيد أنه لو تصرف الموهوب له في الزائد على الثلث، لم ينقذ التصرف في حقّ الورثة بغير إجازتهم وإقرارهم إلاّ وفقاً للقواعد العامة "لأنّ النص الخاص ببيع المريض مرض الموت - 478 مدني - لم يرد في هبة المريض مرض الموت. ومن ثمّ يسري التصرف في حقّ الورثة فيما جاوز الثلث إذا كان المتصرف إليه حسن النية قبل تسجيل دعوى الاستحقاق التي ترفعها الورثة على الموهوب له مطالبين إياه بالزائد على الثلث. ولا يسري التصرف في حقّهم من وقت تسجيل هذه الدعوى، ولو كان المتصرف إليه حسن النية"³.

أمّا وفقاً للتقنين المدني الجزائري⁴، فهبة المريض للأجنبي لا تصحّ إلاّ في حدود ثلث التركة وقت

تصرف يثبت وقوعه في مرض الموت يكون على سبيل التبرع مالم يثبت العكس، وإذا ثبت أنّ التصرف معاوضة ولكن يكتفه المحاباة لمن صدر له التصرف، فإن أحكام الوصية تسري على المحاباة دون سواها. على أنه تدقّ معرفة هذه الحالة في تلك التصرفات المستترة والصورية وفي كلّ التصرفات التي يبرمها المريض تحايلاً على أحكام القانون الآمرة، وباستقراء نصّ المادة 777 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 917 من ق. م. م - تستنبط قرينة قانونية مفادها أنّه إذا تصرف شخص بالهبة في عقاره حال حياته إلى أحد ورثته مع احتفاظه بحياة العقار الموهوب والانتفاع به مدى حياته، غُدّ تصرفه هذا في حكم الوصية مالم يثبت ما يخالف ذلك، "وقد روعي في وضع هذه القرينة ما شاع في العمل من التحايل على أحكام الوصية لمحاباة بعض الورثة على بعض عن طريق التصرف إلى الوارث الذي يراد محاباته تصرفاً منجزاً في الظاهر يستتر في حقيقته تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت". لأكثر تفصيل أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 596، وراجع: عبد العزيز محمودي، ردّ التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، المرجع السابق، 2006، ص. 102 وما يليها.

¹ - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 257.

² - كما "تنقذ وصية من لا دين عليه ولا وارث له بكلّ ماله أو بعضه من غير توقّف على إجازة الخزانة العامة" (الفقرة 2 من المادة 37 من قانون رقم 71 لسنة 1946 المتعلق بإصدار قانون الوصية. وقد قضت المحكمة الدستورية بدستورية المادة 37 المشار إليها أعلاه لصدورها قبل تعديل المادة 2 من الدستور، فلا يكون هناك مجال لبحث مدى تعارضها مع مبادئ الشريعة الإسلامية من عدمه. أنظر: جلسة يوم: 1987/06/06، قضية رقم: 125 لسنة 6 قضائية دستورية، منشور بالجريدة الرسمية، ع 25، بتاريخ: 1987/06/20. نقلاً عن: أسامة أحمد شتات، قوانين الأحوال الشخصية والميراث والوصية والولاية على المال حسب أحدث التعديلات، المرجع السابق، ص. 111، هامش رقم: 1.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - وهدف المشرّع الجزائري - كنظيره المصري - هو حماية الورثة من الهبة المستترة التي تصدر من المورث في مرض موته، والتي تنطوي في الحقيقة على اعتداء على حقّ الورثة في الإرث من الغير، والحال أنّ الوارث يتلقّى حقّه من القانون لا من المورث، فإنّ قصد الحماية المقررة

الوفاة وما زاد على الثلث توقّف على إجازة الورثة بعد موت الواهب طبقاً لنصّ المادة 185 من ق. أ. ج، فإن أجزيت من جميع الورثة نفّذت وإن لم تجز بطلت فيما زاد على الثلث ووجب على الموهوب له - من ثمة - ردّ ما جاوز الثلث إلى التركة. أمّا إذا تمّ إجازتها من بعضهم وامتنع البعض الآخر عن الإجازة نفّذت الهبة في الزيادة في حقّ المميزين وبطلت في الزيادة في حقّ غير المميزين.

أمّا إذا وهب المريض مرض الموت لوارث، فإنّ الهبة لا تصحّ إلاّ إذا أجازها الورثة بعد موت الواهب وفي حدود الثلث وذلك تطبيقاً لنصّ المادة 189 من ق. أ. ج.¹

على أنّه يجدر التنبيه بأنّ الإجازة المعتبرة تكون بعد الوفاة ولا عبرة بالتي تكون قبلها، ذلك أنّ تنفيذ هبة عقار المريض مرض الموت - طالما كانت تطبّق عليها أحكام الوصيّة - هو زمن الوفاة كون أنّه قبل تاريخ موت الواهب لا يمكن معرفة الورثة على التّحديد، إذ قد يتوفّى بعضهم قبل الواهب، وقد يحصل من بعضهم ما يقتضي منعه أو حرمانه من الميراث، وقد يوجد من يحجب أحدهم، وعلى ذلك فالصفة التي كانت سبباً للحقّ لم تثبت بعد، ولما كانت الإجازة تبرّع بحقّ فلا يكون قبل ثبوته بموت الواهب. ويشار أيضاً بأنّ إجازة الهبة كإنشائها، فيتوجب توافر الشروط الموضوعية والشكلية لانعقادها وصحّتها، من ذلكم مثلاً: توافر أهلية التبرّع للمميز، وإستيفاء الإجازة للشكل المطلوب قانوناً.

تجدر الإشارة إلى أنّ مختلف الأحكام المذكورة تطبّق إذا لم يكن الواهب مديناً، لأنّه لو كان كذلك فإنّ هبة العقار لا تنفّذ إذا كان دينه مستغرقاً لكلّ تركته، سواء كان الموهوب له وارثاً له أم غير وارث إلاّ إذا أجازها الدائنون، ولا عبرة بإجازة الورثة في هذا الفرض كون أنّ الحقّ ليس لهم وهو مؤخّر إلى ما بعد قضاء الديون، ولكن إذا ما أجازها الدائنون كان لابدّ من إجازة الورثة في القدر الزائد على الثلث. أمّا إذا كان دينه غير مستغرق لتركته كان حكم هبة الباقي بعد الدين، كهبة التركة الخالية من الدين.²

الفرع الثالث: صور التعامل بالهبة في منفعة العقار الموهوب

سنبحث ضمن هذا الفرع عن أهمّ صور التعامل في هبة منفعة العقار ممثلة في: العمري (البند الأول) ابتداءً، ثمّ الرقبي (البند الثاني) انتهاءً.

له من المشيخ ترتكز أساساً حول كلّ ما يتعلّق بالتّحاييل على القانون. أنظر: محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 125.

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

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 51-52؛ بدر حاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 310-311.

البند الأول: العُمري

العُمري لغة: "العين والميم والراء أصلان صحيحان، أحدهما يدلّ على بقاء وامتداد زمان، والآخر على شيء يعلو من صوت أو غيره، فالأول: العُمَر وهو الحياة، وهو العَمَر أيضاً"¹ ... يقال: "عمرته إِيَّاه وأعمرته: جعلته له عُمَره أو عمري، والعُمري المصدر منهما"².

والعُمري بضمّ العين المهملة وسكون الميم مع القصر، وذكر ضمّ العين والميم وفتح العين وإسكان الميم، مأخوذة من العُمَر لوقوعه ظرفاً لها، وسمّيت كذلك لأنّ الرّجل في الجاهلية كان يعطي الدّار لنظيره ويقول له: أعمرتكَ إِيَّاهَا، أيّ أبجتها لك مدّة عمرك وحياتك، فدُعيت عُمري لذلك³.

أمّا في الاصطلاح الشّرعي فلم يول الفقهاء اهتماماً بوضع تعريف للعُمري مكتفين بالتمثيل لها وبيان صورها سوى ما أورده ابن عرفة بقوله بأنّها "تمليك منفعة حال حياة المعطى بغير عوض إنشاء"⁴.

فإذا كانت العُمري على هذا النّحو، فلقد اختلف الفقهاء في مشروعيتها⁵ كما تباينت أقوال المجيزين لها حول ما ينصرف إليه الملك فيها إلى فريقين:

الأول: يفيد بأنّ الملك في العُمري ينصرف إلى الرّقبة والمنفعة معا. إلى ذلك ذهب الجمهور حنفية، وشافعية إذا كانت الصّيغة مؤبّدة، والأصحّ إذا كانت مطلقة أو على سبيل الاشتراط، وحنابلة وابن حزم الظّاهري والزّيديّة وقول للإمامية وأكثر الإباضية، وقال بذلك علي - كرم الله وجهه - وجابر بن عبد الله وابن عمر وابن عبّاس وشريح ومجاهد والتّخعي وطاووس والثّوري⁶.

¹ - أحمد بن فارس بن زكريّا أبو الحسين القزويني الرّازي، معجم مقاييس اللّغة، ت: أنس الشّامي، دار الحديث، القاهرة، 2008، ص. 607.

² - محمّد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدّين ابن منظور، لسان العرب، ج 9، المرجع السابق، ص. 392.

³ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 221.

⁴ - محمّد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرّصاع التّونسي المالكي، المرجع السابق، ص. 550.

⁵ - فقد ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، والشافعية - مع اختلاف في حكمها بحسب صورها والصّيغة المنعقدة بها في نفس المذهب - والمالكية، والحنابلة، وابن حزم الظّاهري، والزّيديّة، والإمامية، والإباضية) إلى القول بمشروعيتها، خلافاً للقول الثّاني القاضي بعدم مشروعيتها الذي نقله أبو الطّيب الطّبري والماوردي عن داود، وحكاها صاحب البحر الرّخار عن بعض الفقهاء. أنظر في تفصيل مختلف الأقوال بمشروعيتها من عدمه: سيف رجب قزامل، حقيقة العُمري والرّثي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، المجلّة العلمية لكلّيّة الشّريعة والقانون بطنطا، كلّيّة الشّريعة والقانون بطنطا، ع6، 1995، ص. 139 وما يليها.

⁶ - أنظر: علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 116؛ أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة

الثاني: يفيد بأنّ الملك في العُمري ينصرف إلى المنفعة فقط. إلى ذلك ذهب المالكية والليث والشافعي في القديم والأصح للشافعية في غير المؤبد، وبعض الإمامية والإباضية، وبهذا قال أكثر أهل المدينة، وبالتالي فهي راجعة إلى المعمر أو ورثته في الأخير¹.

وللمالكية ثلاث صيغ للعُمري:

الأول: أن يقول المعمر: هذه الدار عُمري لك، أو هي لك حياتك بدون تقييد بشرط ولا بعقب. فهذه العُمري يعود محلّها للمالك بعد وفاة المعمر.

الثانية: أن يقول المعمر: هذه الدار لك ولعقبك. فهذه العُمري يرجع محلّها للمالك أو لورثته عند انقراض عقب المعمر وفاءً بالشّروط وإعمالاً للقاعدة القاضية بكون المسلمين على شروطهم.

الثالثة: أن يقول المعمر: هذه الدار عمر لك ما عشت، فإذا متّ عادت إليّ، فهذه يعود محلّ العُمري فيها إلى المالك عند وفاة المعمر².

على أنّه تجدر الإشارة إلى تباين أقوال الفقهاء حول هبة رجل لآخر سكنى دار طوال حياته (عُمري) وافتراقهم في حكمها على ثلاثة أقوال:

"أحدهما: أنّها هبة متبوتة أي: أنّها هبة للرّبة، وبه قال الشافعي، وأبو حنيفة والثوري، وأحمد، وجماعة.

المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 282؛ أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 164؛ سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 151؛ وفي حكم مشروعية العُمري في الفقه الشافعي خلاف، قال الشيرازي في شأن ذلك: "فإن قال أعمرتك هذه الدار وجعلتها لك حياتك ولعقبك من بعدك صح، وإن لم يذكر العقب صح أيضاً وتكون له في حياته ولعقبه من بعد موته وقيل فيه قول آخر أنّه باطل، وفيه قول آخر أنّه يصح ويكون للمعمر في حياته فإذا مات رجع إلى المعمر أو إلى ورثته إن كان قد مات، وإن قال جعلتها لك حياتك فإذا متّ رجعت إليّ بطل في أحد الوجهين ويصح في الآخر ويرجع إليه بعد موته". أنظر: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، التنبية في الفقه الشافعي، عالم الكتب، د. د. ط، د. س. ط، ص. 138.

¹ - بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدّميريّ الدّمياطيّ المالكي، الشّامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصحّحه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج 2، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د. د. ط، ط 1، 2008، ص. 823؛ أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، المرجع السابق، ص. 137 وما يليها؛ سيف رجب قزامل، المرجع نفسه، ص. 151-152؛ جهاد محمود الأشقر، هبة المنافع، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2012، ص. 109-110.

² - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 223.

والقول الثاني: أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر، أو إلى ورثته. وبهذا قال مالك، وأصحابه، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته.

والقول الثالث: أنه إذا قال: هي عُمرى لك، ولعقبك، كانت الرقبة ملكاً للمعمر، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر، أو لورثته، وبه قال داود، وأبو ثور¹.

هذا، وعلى خلاف التقنين المدني المصري الذي لم يرد فيه نص صريح يقتضي بجواز هبة منفعة العقار سوى ما قرّر ضمن القواعد العامة، فإنّ المشرّع الجزائري أجاز هبة كلّ ما هو منفعة - تأسيساً بمذهب الإمام مالك رحمه الله - بصريح نصّ المادة 205 من ق. أ. ج التي قضت بأنه "يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزء منها عيناً أو منفعة...".

يستنبط من هذا النص أنّ العُمرى مادام يقصد منها المنفعة المحضة غير المنصبة على تمليك الرقبة جائزة صحيحة، فإذا مات المعمر (المعطى له) عادت الرقبة للمعمر (المعطي) أو إلى ورثته² (بهذا صرح مالك وأصحابه وهو القول الثاني الذي أورده ابن رشد في البداية)، ويتأكد هذا المعنى أيضاً من كون هبة منفعة العقار كالوصية بها، تعتبر عُمرى طبقاً لنصّ المادة 196 من ق. أ. ج التي قضت بأنّ الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عُمرى³.

¹ - "وسبب الخلاف في هذا الباب اختلاف الآثار، ومعارضة الشرط والعمل للأثر: أما الأثر: ففي ذلك حديثان: أحدهما: متفق على صحته وهو ما رواه مالك عن جابر أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "أما رجل أعمر عُمرى له ولعقبه، فإنّها للذي يُعطاه لا ترجع إلى الذي أعطاه أبداً"، لأنه أعطى عطاء وقعت فيه الموارث، والحديث الثاني: حديث أبي الزبير عن جابر أنّه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "يا معشر الأنصار أمسكوا عليكم أموالكم، ولا تُعمروها، فمن أعمر شيئاً حياته فهو له حياته، ومماته... فحديث أبي الزبير عن جابر مخالف لشرط المعمر، وحديث مالك عنه مخالف أيضاً لشرط المعمر، إلا أنّه يخيل أنّه أقلّ في المخالفة، وذلك أنّ ذكر العقب يومهم تبتيت العطية، فمن غلب الحديث على الشرط قال بحديث أبي الزبير عن جابر، وحديث مالك عن جابر، ومن غلب الشرط قال بقول مالك. وأما من قال: إنّ العُمرى تعود إلى المعمر إن لم يذكر العقب، ولا تعود إن ذكر، فإنّه أخذ بظاهر الحديث. وأما حديث أبي الزبير عن جابر فمختلف فيه... وأما إذا أتى بلفظ الإسكان فقال: أسكنتك هذه الدار حياتك: فالجمهور على أنّ الإسكان عندهم أو الإخدام بخلاف العُمرى، وإن لفظ بالعقب: فسوى مالك بين التعمير والإسكان، وكان الحسن، وعطاء، وقنادة يسوّون بين الشكني والتعمير، في أنّها لاتنصرف إلى المسكن أبداً على قول الجمهور في العُمرى. والحق أنّ الإسكان والتعمير معنى المفهوم منهما واحد، وأنّه يجب أن يكون الحكم إذا صرح بالعقب مخالفاً له إذا لم يصحّ بذكر العقب على ما ذهب إليه أهل الظاهر". أنظر: محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 500 وما يليها.

² - جاء في المدونة: "قُلْتُ: فَإِنْ قَالَ: هَذِهِ الدَّارُ لَكَ وَلِعَقْبِكَ سَكْنًا؟ قَالَ: إِذَا انْقَرَضَ هَذَا الَّذِي جَعَلْتَ لَهُ هَذِهِ الدَّارَ سَكْنًا لِعَقْبِهِ وَانْقَرَضَ عَقْبُهُ، رَجَعَتْ إِلَى الَّذِي أُسْكِنَ إِنْ كَانَ حَيًّا يَصْنَعُ فِيهَا مَا يَصْنَعُ فِي مَالِهِ، وَإِنْ كَانَ قَدْ مَاتَ رَجَعَتْ مِيرَاثًا إِلَى أَوْلَى النَّاسِ بِهِ يَوْمَ مَاتَ أَوْ إِلَى وَرَثَتِهِمْ". أنظر: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994، ص. 393.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، المرجع السابق، ص.

فإذا كان هذا هو الحال في هبة منفعة العقار، فإنّه على العكس من ذلك تقع باطله كل هبة يُراد منها التنازل عن ملكية الرقبة دون حق الانتفاع، ويتجلى ذلك - عملياً - من خلال طلب بعض الأشخاص من الموثّق إبرام عقد هبة عقار يشترطون ضمنه الاحتفاظ بحق الانتفاع بالعقار طوال حياتهم خشية ممّا قد يعود عليهم هذا التصرف من ضرر ويعرّض مستقبلهم للخطر بسبب إقدامهم على التنازل عن أملاكهم بدون عوض.

وعليه، فإنّ هبة العقار التي لا يليها الحوز تكون باطلة، وتبعاً لذلك فإنّ الشخص الذي يبرم عقد هبة عقار لأجنبي عنه ويحتفظ بحق الانتفاع به طيلة حياته يعدّ باطلاً لانعدام ركن الحيازة¹.

على أنّ نفس الهبة تأخذ حكم الوصية ويسري عليها أحكامها إذا كان الواهب قد وهب لمورثه عقاراً واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازته والانتفاع به، وذلك ما قرّره المادّة 777 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادّة 917 من ق. م. م في الأخير².

البند الثاني: الرقبي

الرّقبي لغة من رَقَبَ: "الراء والقاف والباء أصل واحد مطرد يدلّ على انتصاب لمراعاة شيء"³ بمعنى مراقبته وترقبه، "والتَرَقَّب الانتظار وكذلك الارتقاب، وأرقبته داراً أو أرضاً إذا أعطيته إياها؛ فكانت للباقي منكما، وقلت: إن متّ قبلك فهي لك، وإن متّ قبلي فهي لي، والاسم الرّقبي، وهي من المراقبة؛ لأنّ كلّ واحد منهما يرُقّب موت صاحبه"⁴.

أمّا شرعاً، فيبدو أنّ تعريف الرّقبي لا يختلف عن تعريفها لغة، قال ابن قدامة "والرّقبي أنّ يَقُولَ: أَرْقَبُكَ هَذِهِ الدَّارَ، أَوْ هِيَ لَكَ حَيَاتِكَ، عَلَى أَنَّكَ إِنْ مِتَّ قَبْلِي عَادَتْ إِلَيَّ، وَإِنْ مِتَّ قَبْلَكَ فَهِيَ لَكَ وَلِعَقَبِكَ. فَكَأَنَّهُ يَقُولُ: هِيَ لِأَخِيرِنَا مَوْتًا. وَبِذَلِكَ سُمِّيَتْ رُقْبِي؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَرْقُبُ مَوْتَ

170.

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

² - عبد الحميد الشواربي، عزّ الدّين الدّيناصوري، الصّورة في ضوء القضاء والفقّه، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ط، ص. 213؛ رمضان أبو السعود، الوحيّ في الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص. 194.

³ - أحمد بن فارس بن زكريّا أبو الحسين القزويني الرازي، المرجع السابق، ص. 348.

⁴ - إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري، الصّحاح، تاج اللّغة وصحاح العربية، ت: أحمد عطّار، ج1، دار الملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 1984، ص. 138.

صاحبه¹.

وانطلاقاً من هذا التعريف، فقد اختلف الفقهاء حول مشروعية الرقبي اختلافهم حول ما ينصرف إليه الملك فيها، ففي حين صرح أبو حنيفة، ومحمد، ورواية للمالكية (إذا كانت الرقبي من جانب واحد) والحنابلة، والزيدية وبعض الإباضية، وكذا الإمامية إلى أنّ الملك في الرقبي يعود على المنفعة فقط²؛ ذهب أبو يوسف من الحنفية، والشافعية في الأصح، والظاهرية، وبعض الإباضية إلى القول بأنّ الملك في الرقبي ينصرف إلى الرقبة، بمعنى أنّها تصير ملكاً للمرقب له، ومن ثمة لا تعود إلى صاحبها³.

وقبل ذلك، فقد اختلفوا أيضاً حول مشروعيتها على قولين:

الأول: يقضي بمشروعية الرقبي وجوازها، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء: أبو يوسف من الحنفية، ورواية للمالكية إذا كانت من جانب واحد، والشافعي في الجديد، والحنابلة، وابن حزم الظاهري، والإمامية، وبعض الإباضية، وروي أيضاً عن الثوري وغيره.

الثاني: يقضي بعدم مشروعية الرقبي وعدم جوازها، وهو ما قال به أبو حنيفة، ومحمد، والمالكية إذا كانت من جانبين، والشافعية في القديم، وبعض الزيدية والإباضية، وروي أيضاً عن الحسن⁴.

وأتساقاً مع ما سبق، فقد قيل بأنّ الرقبي هي تملك العين في الحال واشترط استرجاعها بعد الموت، فهي في سياق هذا المعنى كالعمرى تماماً، إلى ذلك ذهب أبو يوسف وقال لصحتها مع بطلان الشرط. وقيل إنّها تملك مضاف إلى زمان في المستقبل وليست تملكاً في الحال، فإذا قال شخص لآخر داري لك رقبى فمعنى هذا أنّه لا يملكه الآن بل يرتقب موته حتّى إذا مات كانت الدار ملكاً له، وهي

¹ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 282.

² - سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص. 197.

³ - جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص. 122.

⁴ - أنظر في حكم الرقبي باستفاضة: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 117؛ أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزي الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، المرجع السابق، ص. 299؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، المغني، ج 8، المرجع نفسه، ص. 282؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشافعي، ج 7، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ص. 539؛ أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي ابن حزم، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 164؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1394 هـ، ص. 411؛ محمد بن يوسف أطفيش، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج 12، دار الفتح، بيروت، د. س. ط، ص. 107.

بهذا المفهوم باطله عند الجمهور، ذلك أنّ التّملك لا تجوز إضافته إلى الزّمان المستقبل خلافاً لقول مالك في الصّورة الأخيرة التي اعتبرها صحيحة وكيفها على أنّها وصيّة¹.

وقد احتجّ بعض الحنفية على بطلان الرّقبي بكونها تعليقاً للتّملك بأمر له خطر الوجود والعدم، والتّملك ممّا لا يحتمل التعليق بالخطر، فلم تصحّ هبة وصحت عارية على ما هو مذهب أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله².

أمّا الرّقبي الممنوعة عند مالك وأصحابه فصورتهما أن يتفق شخصان على أن تكون داريهما ملكاً لآخرهما موتاً، بمعنى "أن تكون دار من مات أولاً ملكاً لمن بقي منهما مضمومة إلى داره، فيكون هذا العقد نوعاً من المخاطرة"³.

قال الخرشي شارحاً لقول الماتن العلامة خليل: "لا الرّقبي (ش) عطف على العُمري والمنع ضدّ الجواز وقد أشار إلى بيان حقيقتها العرفية بالمثال بقوله (كذوي دارين قالوا إن متّ قبلي فهما لي وإلّا فلك) أي: كصاحبي دارين قال كلّ واحد منهما لصاحبه إن متّ قبلك فداري حُبس عليك فهذا لا يجوز؛ لأنّه خطر ولأتهما خرجا عن وجه المعروف إلى المخاطرة وإذا وقع ونزل واطّلع على ذلك قبل الموت فسخ، وإن لم يطلّع عليه إلّا بعد موته رجعت له أو لوارثه ملكاً ولا ترجع مراجع الأعباس؛ لأنّه عقد باطل"⁴.

هذا، وبالعودة إلى القانون الوضعي، نجد بأنّ التقنين المدني المصري وكذا قانون الأسرة الجزائري لم

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص. 64-65.

² - عبد الغني بن طالب الدمشقي الميداني الغنيمي، الباب في شرح الكتاب، ج 2، ت: محمد محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 178.

³ - أو أن "يقول شخص لآخر داري لك إن متّ أنا قبلك تضمّنها إلى دارك، ودارك لي إن متّ أنت قبلي أضّمّها إلى داري، فهي باطلّة، فإن وقع ذلك وعلم قبل موت أحدهما فسخ العقد، وإن علم بعد الموت رجعت الدّار للورثة ولا يعبأ بالعقد". أنظر: عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، تعليق: إبراهيم محمد رمضان، م3، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 292.

⁴ - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، المرجع السابق، ص. 112. وفي شرح آخر لقول الماتن يقول عليّش "مثل للرّقبي فقال: (كذوي) بفتح الدال المعجمة والواو معني ذو، أي صاحبي (دارين) مثلاً. (قالا) أي قال كلّ منهما للآخر (إن متّ) بفتح التاء قبلي (فهما) أي داري ودارك ملك. (لي وإلّا) أي وإن لم تمت قبلي بأن متّ أنا قبلك. (ف) هما (لك) وتعاقدنا على هذا، وشبه في المنع فقال (كهبة نخل) لشخص (واستثناء ثمّرتها) أي النّخل (سنتين) مستقبله بعد الهبة للواهب (و) قد شرط الواهب أن يكون (السقي) النّخل في تلك المدة (على الموهوب) فلا يجوز للغرر؛ لأنّه بيع معيّن يتأخّر قبضه، إذ كأنه باعه النّخل بسقيه في تلك السّنتين على أنّه لا يقبضه إلّا بعدها، ولا يدري بعدها، ومفهومه لو كان السقي على الواهب لجاز؛ لأنّه محض معروف". أنظر: محمد بن أحمد بن محمد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 203-204.

يتطرق إلى موضوع الرُّقْبَى، لكنَّ المعوّل على الأوّل - سيما وأنّ قضائه¹ كثيراً ما أشار إلى ما يفيد إلى حكمها -، والثاني - بحسب الإحالة إلى أحكام الشريعة بمقتضى المادة 222 من ق. أ. ج - الأخذ بالرأي الرّاجح في هذه المسألة وتقرير ما ذهب إليه الجمهور وبعض المالكية بجواز الرُّقْبَى سيما في صورتها الأولى إذا كانت من جانب واحد.

ومادام ينصرف الملك في الرُّقْبَى إلى المنفعة فقط على حدّ قول بعض المالكية، فلا مراء من القول بجوازها في التشريع الجزائري خصوصاً وأنّ المشرّع قضى بصحّة التصرف بالهبة في منفعة العقار² طبقاً للقواعد العامة فضلاً عن صريح نصّ المادة 205 من قانون الأسرة³.

المطلب الثاني: السبب في عقد هبة العقار

ليس ثمة شكّ في أنّ السبب يعتبر ركناً من أهمّ أركان التعاقد كون أنّ الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعدّ كأن لم يكن، إذ يفترض فيه أنّه سبب حقيقي ومشروع إلى أن يثبت العكس.

تلك مبادئ ثابتة خلص إليها القانون الوضعي بعد جهد كبير بين أنصار النظرية التقليدية والحديثة، وإن كان الفقه الإسلامي قد أبدع في تنظيمه بشكل ملفت مقارنة بنظيره الغربي.

¹ - وقد حكمت محكمة التقض المصرية في حكم لها بأنّه إذا حرّرت زوجة لبعولها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يتملّكها إذا توفّيت قبله وحرّرت هذا الزوج لزوجته مثل ذاك العقد لتملّك هي ماله في حالة موته قبلها، فإنّ التكييف الصحيح لهذا التصرف هو تبادل منفعة معلق على الخطر والضرر، فضلاً عن أنّه اتّفاق مقصود به حرمان ورثة كلّ منهما من حقّه في الإرث؛ ومن ثمّ فهو اتّفاق باطل. أمّا التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها، فلا وجود له فيه، ويشتهب هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء المولاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه طالما كان لكلّ من المتعاقدين ورثة آخرون، على ذلك يكون من قبيل الرُّقْبَى غير الجائزة شرعاً. أنظر: نقض مدني صادر في: 14 يونه 1943، مجموعة عمر 1، رقم: 199، ص. 449، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 7-8، هامش رقم: 1. وفي نفس السياق غرّضت على القضاء المصري هبة الرُّقْبَى، فاعتبرها في حكم صادر له سنة 1931 بكونها باطلة، وعدّها في حكم آخر له صادر في 1935 بأنّها وصية مستترة وطبق عليها أحكام الوصية تأسيساً بالمذهب المالكي. أنظر: حكم محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ: 1931/03/25، مجلّة 43، ص. 312، حكم محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ: 1935/03/05، مجلّة 47، ص. 138، نقلاً عن: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1 المرجع السابق، ص. 133 هامش رقم: 2؛ وأشار إليه أيضاً: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 7-8، هامش رقم: 1.

² - أنظر بخصوص التفرقة بين حق الانتفاع العقاري وتميّزه عن حقّ المنفعة فيه: عبد الستار أبو غدة، حق الانتفاع العقاري، مداخلة أُلقيت بمناسبة أعمال المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 21-22 ديسمبر 2011، ص. 199 وما يليها، منشور على الصّفحة الإلكترونية الموسوعة الإقتصاد والتمويل الإسلامي (www.iefpedia.com)، على الرابط الإلكتروني الآتي:

http://www.iefpedia.com/arab/?P=30185، أطلع عليه يوم: 16 جانفي 2016، على الساعة: 10 و15 دقيقة صباحاً.

³ - قضت المادة 205 من ق. أ. ج بأنّه "يجوز للواهب أن يهب كلّ ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو منفعة لدى الغير".

مع الإشارة إلى أنّ القواعد العامة في نظرية السبب تسري على عقد هبة العقار بالقدر الذي يتلائم وخصوصيتها، وتبعاً لذلك فمن اللازم استعراض بعض المبادئ بشأن السبب في هذا العقد بوصفه أحد أهم عقود التبرع، مبيّنين ذلك ابتداءً في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثمّ في القانون الوضعي (الفرع الثاني)، لنعرّج إلى توضيح أهم تطبيقات مشروعيته ضمن هذا الأخير انتهاءً (الفرع الثالث).

الفرع الأول: سبب عقد هبة العقار في الفقه الإسلامي

لم تضع مدارس الفقه الإسلامي نظرية عامة في السبب فهي في ذلك تتماشى مع صناعتها المألوفة لا تصوغ نظريات عامة، بل تورّد من التطبيقات الفرعية ما يمكن معه بواسطة التحليل والتأصيل استنباط تلك النظرية.

ذلك ما حدا بالبعض إلى القول بأنّ الفقهاء المسلمون لم يعالج السبب كركن من أركان العقد، بل تحدّثوا عنه باستفاضة ضمن مؤلفات أصول الفقه، على اعتبار احتلاله مكاناً مهماً ضمنه واتّساعه ليشمل جميع أعمال الشخص من تصرفات فعلية وقولية؛ هذا فضلاً عن اهتمامهم بقصد الإنسان ونيّته عند مباشرته لعمل من تلك الأعمال، حيث ربّوا عليها من النتائج بحسب النية المصاحبة لها، وقد أسهبوا البحث عن القصد في التصرفات القولية تحت مسمّى "المقصود في العقود" وذهبوا إلى أنّه إذا كان قصد المتعاقد مشروعاً فالعقد صحيح وإن كان غير ذلك فهو باطل¹.

والأساس حول ما ارتكز عليه هؤلاء الفقهاء في نظرية السبب مردّه الحديث الشريف "إنّما الأعمال بالنيّات، وإنّما لكلّ امرئ ما نوى"²، فهذا الحديث أصل من أصول الدّين، وعمّدة من عمّد الأحكام، تواتر النّقل به عن الأئمة إلى أن قال عبد الرّحمان بن مهدي: لو صنّفت الأبواب لجعلت حديث عمر في الأعمال بالنيّة في كلّ باب، وعنه أنّه قال: من أراد أن يصنّف كتاباً، فليبدأ بحديث (الأعمال بالنيّات). وهذا الحديث أحد الأحاديث التي يدور الدّين عليها، فروي عن الشّافعي أنّه قال: هذا الحديث ثلث العلم، ويدخل في سبعين باباً من الفقه³.

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 184-185.

² - الحديث مخرّج من لدن: محمّد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمّد زهير بن ناصر الناصر، ج 1 (باب بدء الوحي)، دار طوق النّجاة، د. ب. ط، ط 1، 1422 هـ، ص. 6، حديث رقم: 1.

³ - زين الدّين عبد الرّحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السّلام، البغدادي، ثمّ الدّمشقي، الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ت: محمّد الأحمد أبو التّور، ج 1، دار السّلام للطباعة والنّشر والتّوزيع، د. ب. ط، ط 2، 2004، ص. 56.

ولما كانت هبة العقار عقد تبرّعي "الباعث عليه أريحية دينية ودافع خلق عظيم"¹، فلقد أمعن الفقهاء في التحقق من القصد فيها والسبب ضمنها حتى أنّ من بعض العلماء من حرص على دعوة الفقهاء إلى تعليم الأشخاص مقاصد أعمالهم قبل إتيانها ابتداءً، من ذلك ما ردّده أبا محمد عبد الله بن أبي حمزة بقوله "وَدِدْتُ أَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنَ الْفُقَهَاءِ مَنْ لَيْسَ لَهُ شُغْلٌ إِلَّا أَنْ يُعَلِّمَ النَّاسَ مَقَاصِدَهُمْ فِي أَعْمَالِهِمْ وَيَقْعُدَ إِلَى التَّدْرِيسِ فِي أَعْمَالِ النَّيَّاتِ لَيْسَ إِلَّا ... فَإِنَّهُ مَا أَتَى عَلَى كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ إِلَّا مِنْ تَضْيِيعِ النَّيَّاتِ"².

وتبعاً لذلك لم يتوان الشاطبي في بيان كون أنّ قصد الشارع من المكلف وجوب "أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع ... فكلّ من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرّعت له فقد ناقض الشريعة، وكلّ من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرّع له فعمله باطل؛ بل أنّه - وعلى حدّ قول البعض - "لا فرق في تأثير القصد والنية في الأعمال بين العبادات وغيرها، فكلّ تصرّفات الإنسان الاختيارية التي يوجّه إليه التكليف فيها تعتبر فيها النيات ولا بدّ. وفي ذلك يقول ابن القيم: «وَقَاعِدَةُ الشَّرِيعَةِ الَّتِي لَا يَجُوزُ هَذْمُهَا أَنَّ الْمَقَاصِدَ وَالِإِعْتِقَادَاتِ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّصَرُّفَاتِ وَالْعِبَارَاتِ كَمَا هِيَ مُعْتَبَرَةٌ فِي التَّعَرُّفَاتِ وَالْعِبَادَاتِ، فَالْقَصْدُ وَالنِّيَّةُ وَالِإِعْتِقَادُ يَجْعَلُ الشَّيْءَ حَلَالًا أَوْ حَرَامًا، وَصَحِيحًا أَوْ فَاسِدًا، وَطَاعَةً أَوْ مَعْصِيَةً، كَمَا أَنَّ الْقَصْدَ فِي الْعِبَادَةِ يَجْعَلُهَا وَاجِبَةً أَوْ مُسْتَحَبَّةً أَوْ مُحَرَّمَةً أَوْ فَاسِدَةً»"³.

فإذا كان للقصد في إطار العقود والتصرّفات أهمية كبيرة فقد عبّر عنه ابن القيم بكونه "روح العقد ومصحّحه ومبطله"⁴، كما أشار في نفس السياق قائلاً: "فالنية روح العمل ولّبه وقوامه، وهو تابع لها يصحّ بصحّتها ويفسد بفسادها، والنيّ - صلى الله عليه وسلّم - قد قال كلمتين كفتا وشفتا وتحتهما كنوز العلم وهما قوله: «إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ، وَإِنَّمَا لِكُلِّ امْرِئٍ مَا نَوَى» فبيّن في الجملة الأولى أنّ العمل لا يقع إلّا بالنية، ولهذا لا يكون عمل إلّا بنية، ثمّ بيّن في الجملة الثانية أنّ العامل ليس له من عمله إلّا ما نواه وهذا يعمّ العبادات والمعاملات والأيمان والنذور وسائر العقود والأفعال"⁵.

وعلى كلّ حالّ فإنّ الفقه الإسلامي يتجاوزه - إزاء نظرية السبب - عاملان متضادّان:

¹ - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، المرجع السابق، ص. 513.
² - أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج، المدخل، دار التراث، د. س. ط، ص. 6.
³ - عبد المجيد محمود عبد المجيد، الإبحار في الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثالث الهجري، مكتبة الخانجي، مصر، 1979، ص. 434.
⁴ - محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن ربّ العالمين، المرجع السابق، ص. 78.
⁵ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

الأول: مقتضاه، أنّ الفقه الإسلامي فقه ذو نزعة موضوعية واضحة، يعتدّ بالتعبير عن الإرادة دون الإرادة نفسها، آخذاً بمذهب الإرادة الظاهرة لا بمذهب الإرادة الباطنة، فهو أقرب من هذه الناحية إلى الفقه الجرمني منه إلى نظيره اللاتيني، على ذلك فإنّ الفقه ذو النزعة الموضوعية كالفقه الجرمني يكون أكثر استعصاء على نظرية السبب من الفقه ذو النزعة الذاتية كالفقه اللاتيني؛ لذا - وعلى حدّ قول البعض - يجب ألاّ يترك لهذه النظرية مجالاً كبيراً، أو على الأقلّ كان ينبغي أن تضرر نظرية السبب في الفقه الإسلامي كما ضمرت في الفقه الجرمني، ولا تزدهر كما ازدهرت في الفقه اللاتيني.

الثاني: مؤداه، أنّ الفقه الإسلامي فقه تغلبت على منهجه مختلف العوامل الأدبية والخلقية والدينية، وكان ينبغي على التقيض من العنصر الأول أن يكون لنظرية السبب - وهي نظرية أخلاقية أساساً - مكان ملحوظ يضاهي موقعها في الفقه اللاتيني¹.

وبين هذين العنصرين المتضادين يتراوح مكان نظرية السبب ضمن مدارس الفقه الإسلامي، ففي الفقه الحنفي والشافعي تختفي نظرية السبب - شأنها في ذلك شأن الفقه الجرمني - تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، ويتمازج السبب بالحلّ، فلا يعتدّ بالسبب أيّ بالباعث على التعاقد إلّا حيث يتضمّن التعبير عن الإرادة فإن لم يتضمّن التعبير لم يعتدّ به.

أمّا نظرية السبب في الفقهاء المالكي والحنبلي، وبخاصّة في هذا الأخير، فتبدو أقرب إلى نظرية السبب الحديثة في الفقه اللاتيني حيث تتغلب العوامل الأدبية والخلقية والدينية، كون أنّ السبب هو الباعث على التعاقد يعتدّ به سواء ذكر ضمن العقد أو لم يذكر، مادام يكون معلوماً من المتعاقد الآخر، فإن كان مشروعاً فالعقد صحيح، وإن كان خلاف ذلك فلا يصحّ العقد انتهاء².

وينبغي التذكير - في ذات السياق - بأنّ فقهاء المدرسة المالكية أمعنوا التفصيل في سبب هبة العقار، حيث جعلوا له أوضاعاً متعدّدة لكلّ منهما حكم خاص، من ذلك ما أفاض فيه ابن رشد (الجدّ) بقوله "ومّا يتبيّن به مراده من ذلك ممّا لا يتبيّن يحتاج إلى بيان وتقسيم، وتفصيل وذلك أنّ الهبة لا تخلو من أربعة أوجه: أحدها: أن يقصد بها وجه الله تعالى. والثاني: أن يقصد بها وجوه الناس. والثالث: أن يقصد بها وجه الموهوب له. والرابع: أن يريد بها وجه الله ووجه الموهوب له.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 4، نظرية السبب ونظرية البطلان، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 2، 1998، ص. 51.

² - أنظر باستفاضة بخصوص نظرية السبب في الفقه الإسلامي: نفس المرجع، ص. 54 وما يليها.

فأمّا إذا قصد بهبته وجه الله تعالى وعلم ذلك بإقراره على نفسه، أو تبين ذلك من قصده، مثل أن يهب الغني للفقير، أو يهب لصلة رحم محتاجة، وما أشبه ذلك؛ فحكمها حكم الصدقة لا ثواب فيها ولا اعتصار ولا رجوع؛ وكذلك إذا قصد بهبته وجه الناس إلا أنه لا أجر له في هبته، ... وأمّا إذا أراد بهبته وجه الله تعالى ووجه الموهوب له، وذلك مثل أن يهب هبة على غير وجه صدقة ولا صلة رحم فيقول فيها لله أو لوجه الله، فلا ثواب له فيها ولا اعتصار إلا أن يشترط ذلك؛ وقيل إنّ له الاعتصار دون شرط إذا كانت الهبة لمن يصحّ منه الاعتصار. وأمّا إذا قصد بها وجه الموهوب له وذلك مثل أن يهب هبة مرسلّة على غير وجه صدقة ولا صلة رحم، فإنّها تنقسم على خمسة أقسام:

أحدها: أن يريد بها وجه الموهوب له لمحَبَّته إيّاه ومودّته له؛ والثاني: أن يريد بها وجهه ليستجّر مودّته ومحَبَّته؛ والثالث: أن يريد بها وجهه ليتأكّد ما بينهما من المودّة والمحَبّة؛ والرابع: أن يريد بها التودّد والمكافأة؛ والخامس: أن لا يتبيّن إن كان قصد بها مجرد التودّد إلى الموهوب له دون المكافآت أو قصد بها الوجهين جميعاً.

فأمّا إذا أراد بهبته وجه الموهوب له لمحَبَّته إيّاه ومودّته له وعلم ذلك بإقراره به على نفسه، أو تبين ذلك من قصده مثل أن يهب الوالد لولده، أو يهب الرّجل الهبة للعالم، أو للرّجل الصّالح، وما أشبه ذلك ممّا يعلم بالعرف الجاري أنّه إنّما وهبه لمحَبَّته فيه، أو لمكانه من العلم والخير والصّلاح، أو أراد بها وجه الموهوب له ليستجّر بذلك مودّته ومحَبَّته وعلم ذلك بإقراره به على نفسه أو تبين ذلك من قصده ... وما أشبه ذلك ممّا يعلم بالعرف الجاري فيه أنّ أحداً لا يريد بذلك ثواباً، وإنّما يفعله للتودّد والتجبّب كالسلطان يهب لبعض رعيته؛ فهذان الوجهان لا ثواب فيهما إلا أن يشترط الثّواب، فإن لم يشترطه وادّعى أنّه أراد به لم يصدّق، وإن ادّعى أنّه اشترطه على الموهوب له، كان له أن يحلفه، فإن نكل عن اليمين حلف هو واستحقّ العوض¹.

وعموماً فإنّ هبة العَقَّار في الفقه الإسلامي يُرام منها نفع الواهب خلافاً للتّشريع الوضعي الذي يقصد منها فيه نفع الموهوب له، ممّا يؤكّد على التوجّه المتباين للحكم فيه بصدها، وإن كان لا يشترط في كلا التّشريعين إلا أن يكون الهدف مشروع والغاية سليمة بحيث لا يؤدّي تنفيذها إلى إيذاء أغراض الشّارع والتّحاييل على أهداف راعها من خلال إتيانها، ذلك أنّ الهبة في الفقه الإسلامي إنّما شرّعت أساساً لتقوية أواصر المحبّة وتفعيلها بين البشر مصداقاً لقوله عليه الصّلاة والسّلام "تهادّوا تحابّوا"، فإن خرج الواهب عن غرض الهبة الذي حتّ عليه الشّرع إلى هدف آخر واتّخذها الواهب مطيّةً للمحظور

¹ - أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد (الحدّ) القرطبي، المقدّمات الممهّدة، ت: محمّد حجّي، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1988، ص. 450..

بطلت الهبة¹.

ومن الأمثلة على بطلان هبة العقار دلالة على الغرض غير المشروع المستعمل فيها وكلّها تدور حول درء المظنة أو الشك منها، الهبة لأرباب الولايات والعمال، فإنّه يحرم عليهم قبول الهبة أو الهدية من أهل ولاياتهم ممن ليست له عادة بذلك قبل الولاية، وكذا مثيلتها الممنوحة للقاضي فهي باطلة لأنّها مظنة الجور إن لم تكن تجري العادة بين المهدي والمهدي له القاضي بالهبة².

يُبدّ أنّه قد تكون هبة العقار ذات باعث مشروع ومع ذلك تكون منافية لغرض الشارع منها، فالهبة من الوالد لولده لا يمكن نعتها بكون باعثها غير مشروع، ولكن قد تؤدّي - إذا كان للموهوب له إخوة غيره لم يهبهم الوالد - إلى إغيار الصدور وتوليد الأحقاد فضلاً عن مؤدّاها للعقود انتهاء³.

لذلك فإنّ هبة العقار في هذه الفرضية لا تكون موافقة لغرض الشارع منها رغم نيّة الواهب التي لا يمكن أن توصف إلاّ بالمشروعية، وهنا نجد أنّ النيّة من الواهب ليست لها نفس الأهمية التي تغيّاها الشارع الحكيم من الهبة وهي إشاعة الودّ بين البشر، فإذا كانت تؤدّي إلى عكس ذلك لم تصح.

وإذا كان هذا هو الحال في هبة العقار بلا عوض، فإنّ نظيرتها العوضية أو تلك المكتسفة على تكليف أو التزام يختلف الحكم معها، إذ لا يكون المناط ضمنها الغاية من العقد فحسب، بل قد يكون العوض منظوراً إليه بشكل آخر لوجود المبادلة في نفس العقد بداءة.

يستخلص ممّا سبق بأنّ ماهية السبب في عقد هبة العقار وفقاً للفقهاء الإسلامي أضيق مدى منه في التشريع الوضعي حيث أنّ هذا الأخير يشترط أن يكون السبب موجوداً ومشروعاً بأن لا يخالف النظام العام والآداب - كما سيأتي بيانه -، أمّا بالنسبة للفقهاء الإسلامي فإنّ السبب قد يكون مشروعاً وموجوداً، ومع ذلك تأتي هبة العقار منافية لغرض الشارع ومقصده منها، كما في تفضيل الوالد لولده بهبة عقار دون سائر بنيه الآخرين، فالباعث هنا مشروع لا اختلاف في ذلك، ولكن هذه الهبة تخالف مرامي الشارع من إتيانها وهي إدامة المحبة والأخوة بين الخلق، فإن هي ناقضت هذا المقصد حتّى ولو كان الباعث مشروعاً عدّت ظلماً وجوراً⁴. إلى ذلك أشار الدهلوي مبيناً: "إنّما كره تفضيل بعض الأولاد على

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 314.

² - أنظر في تفصيل حكم هذه المسألة: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المرجع السابق، ص. 139 وما يليها.

³ - أحمد محمد السعد، المرجع السابق، ص. 175.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 316-317.

بعض في العطية لأنه يُورث الحقد فيما بينهم والصّغينة بالنسبة إلى الوالد، فأشار النبي صلى الله عليه وسلم إلى أن تفضيل بعضهم إلى بعض سبب أن يضر المنقوص له على ضغينة، ويطوي على غل فيقصر في البر، وفي ذلك فساد المنزل¹.

الفرع الثاني: سبب عقد هبة العقار في القانون الوضعي

لا شك بأن نظرية السبب تسري في عقد هبة العقار كما تسري في غيرها من بقية العقود، ولكي يفهم السبب في عقد الهبة طبقاً لما قصده المشرع، حري بنا التوقف عند ما خلص إليه الفقه بداءة (البند الأول)، لننتقل إلى بيان موقف القانون بشأنه انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: سبب عقد هبة العقار في الفقه

تعدّ نظرية السبب من أبرز النظريات التي أثير الخلاف بشأنها في الفقه الفرنسي²، ويرجع أصل هذا الخلاف إلى القانون الروماني الذي عرف عنه تقديسه للشكلية دونما بحثه في السبب الباعث الدافع إلى التعاقد، ليتبعه لاحقاً القانون الكنسي ويقول بالسبب انطلاقاً من صبغته الدينية التي ترفض السبب غير المشروع كمظهر من مظاهر الغش المخالفة للمبادئ والأخلاق الدينية³.

وقد أخذت نظرية السبب تتقدّم بخطوات واسعة في العقود التي تلت عهود بارتول "Bartole" وفافر "Favre" وخلفائهما حيث ميّز هؤلاء بين السبب "Causa Finalis" والباعث "Causa Impulsiva" خصوصاً في عقود التبرع، فهدموا الحواجز ما بين العقود المسماة وغير المسماة، فسرت نظرية السبب على جميع العقود.

إلا أن هذه النظرية وإن تجمعت مفاهيمها من كل ناحية، كان ينقصها البناء والصياغة إلى أن أتى الفقيه دوما فصاغها على النحو المعروف في النظرية التقليدية⁴، الأمر الذي أنتج ثلاثة أنواع في السبب هي السبب الإنشائي (مصدر الالتزام)، والسبب القصدي (الغرض المباشر)، والسبب العرضي (السبب

¹ - أحمد بن عبد الرحيم بن الشهيد وجيه الدين بن معظم بن منصور المعروف بـ «الشّاه ولي الله الدهلوي»، المرجع السابق، ص. 179.

² - لأكثر تفصيل راجع:

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 263 et s; JOSSERAND Louis, Op. cit., p. 72 et s; LARROUMET Christian, Op. cit., p. 415 et s.

³ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.VI, Op. cit., p. 316 et s.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 542-543.

الدّافع)، لِيَتِمَّ لاحقاً إستبعاد كلٍّ من السَّبَب الإنشائي والسَّبَب العرضي ويعتمد السَّبَب القصدي باعتباره الغرض المباشر الذي يدفع المدين إلى الالتزام، الأمر الذي ترتّب عنه استبعاد البواعث من هذه النظرية لكونها أسباباً غير مباشرة¹.

بمقتضى ما سبق، فرّقت النظرية التقليدية للسَّبَب بين السَّبَب القصدي وهو الغرض المباشر القريب الذي يقصده الملتزم من وراء ارتضائه التحمّل بالتزامه وتعطيه دوره القانوني؛ وبين الباعث وهو السَّبَب البعيد غير المباشر فتستبعده ولا تقول به، وترى في السَّبَب القصدي سبب الالتزام، في حين أنّها لا ترى في الثاني إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام ولا يصل إليها الملتزم مباشرة من وراء الالتزام.

يُبد أن السَّبَب القصدي في هذه النظرية يتميز عن السَّبَب الباعث في كونه موضوعي، أي أمر يرتبط بموضوع العقد ذاته دون شخصية المتعاقد، فضلاً عن أنه أمر داخلي لا يمكن تلمّسه بعيداً عنه، وبالتالي فهو ثابت لا يتغيّر في مختلف العقود التي هي ذات طبيعة واحدة.

وتبعاً لذلك، ذهبَت النظرية التقليدية بعد أن فرّقت بين السَّبَب القصدي الدّافع إلى التعاقد إلى تحديد السَّبَب في العقود التبرّعية بمقولة أنّ السَّبَب هو نيّة التبرّع، وهذه الأخيرة إمّا تكمن في العنصر المعنوي في عقد هبة العقار بوصفها باب التبرّعات، كما أمعنت القول بأنّ قصد الواهب ينبغي أن يفيد الموهوب له بمنحه عقّاراً كون أنّه هو سبب التبرّع وحسب دون الالتفات إلى الباعث على هذا المنح².

ولقد انتقدت هذه الفكرة بمقولة أنّ نيّة التبرّع تدخل في الرّضاء، إذ لا يعتبر الواهب بأنّه قد ارتضى الهبة إلاّ إذا قصد إعطاء الموهوب له العقّار الموهوب تبرّعاً له به، حيث أنّه إذا لم توجد نيّة التبرّع فلا فائدة من القول بأنّ التزام المتبرّع لا ينشأ لعدم وجود سببه، بل يكفي أن يقال بأنّ هذا الالتزام لا ينشأ لعدم وجود الرّضاء وحسب³.

¹ - راجع في هذا التطوّر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 146 وما يليها؛ درماش بن عزوز، التوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014، ص. 175 وما يليها.

² - استمرّ الجدل طويلاً في الفقه الفرنسي حول السَّبَب في التبرّع، فلقد كانت النظرية التقليدية تطابق بين السَّبَب ونيّة التبرّع، لينتهي القضاء الفرنسي إلى جعل الدّافع إلى التبرّع هو السَّبَب. وبعد أن اتّفق الفقهاء على أنّ البحث في السَّبَب ضمن عقود التبرّع دقيق وصعب بحيث لا يمكن تطبيق نفس أحكام السَّبَب على عقود المعاوضة ونظيرتها التبرّعية ولا بدّ من تحديد معيار في السَّبَب يفرق بينهما؛ أقرّوا بأنّ السَّبَب أقلّ بروزاً في عقود التبرّع ويتعسّر كشفه، وذلك ما دفع بترويراش للقول بكون المواد المتعلّقة بأحكام السَّبَب (1108، 1131 و1133 من ق. م. ف قبل التعديل) تنطبق على عقود التبرّع أكثر من انطباقها على عقود المعاوضات. لأكثر تفصيل راجع:

TARBOURIECH Ernest, Op. cit., p. 7 et s.

³ - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 138.

وقد حاول أنصار هذا التوجه وفي مقدمتهم الفقيه "Capitant" الردّ على هذا الانتقاد بالقول بأنّ الرضاء في عقود التبرّع يتميّز عن نيّة التبرّع اعتباراً بأنّ رضاء الواهب هو قبوله منح العقار الموهوب للموهوب له، وهو عنصر متميّز عن نيّته في منحه هذا العقار تبرّعاً منه، تلك هي النيّة التي تعدّ سبباً للترامه.

غير أنّه ما لبث - بعد أن رأى بأنّ هذا الردّ غير مقنع - أن أقرّ بأنّ السبب في عقود التبرّع يمتزج بالباعث في فرضين: الأول في التبرّع المقترن بشرط يتبيّن أنّه هو الدافع للواهب إلى إبرام هبته كما لو وهب شخص عقاره على أن يخصّص ريعه ليُجعل مكافأة تمنح لمن يكتشف علاجاً لمرض معيّن، والثاني: الوصيّة حيث لا توجد إلاّ إرادة واحدة هي إرادة الموصي، إذ لا يجوز الوقوف فيها عند نيّة التبرّع، حيث يرى بأنّ سبب التزام الموصي هو الباعث الذي دفعه إلى إبرام الوصيّة

وبالرغم من أنّ الفقيه "Capitant" أدخل تحويراً جديداً على النظريّة التقليديّة فيما يتعلّق بعقود التبرّع حيث جعل الباعث يمتزج بالسبب في الفرضين السابق الإشارة إليهما، إلاّ أنّه بقي يحتفظ مع ذلك بجوهر النظريّة التقليديّة مستقبلياً التفرقة بين السبب والباعث ولا يمزج بينهما إلاّ في حالات نادرة، جاعلاً بذلك المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً، فيكون السبب عنده داخلياً في العقد لا منفصلاً عنه في جميع العقود¹.

أمّا النظريّة الحديثة للسبب² فظهرت بعد الانتقادات التي وجهت لنظيرتها التقليديّة³، وقد اعتبرت بأنّ السبب هو الغرض غير المباشر أو ما يعرف بالباعث الدافع إلى التعاقد، بل ذهبت إلى أكثر من ذلك حينما أخذت بالبواعث وجعلت من مخالفتها للنظام والآداب العامة سبباً لبطلان العقد.

وهكذا فإنّ النظريّة الحديثة للسبب لا تعتمد على الغرض المباشر الأول أو السبب القصدي كما اصطلح عليه في النظريّة التقليديّة، بل تدخل في سبب الالتزام الباعث الذي دفع الملتزم بالالتزام كلّما كان متّصلاً بالمتعاقد الآخر، بمعنى أن يكون عالماً به، أو كان يستطيع - على الأقلّ - أن يعلم به، إذ ليس كلّ باعث يدخل عنصراً في السبب، وإنّما ينبغي فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الباعث هو الدافع

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 157؛ بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 318-319.

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.VI, Op. cit., p. 321 et s ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., p. 185 et s.

³ - مع الإشارة في هذا الصدد إلى الدور الذي لعبه الفقيه "Capitant" إذ أنّه في الوقت الذي دافع فيه عن هذه النظريّة عدّها بما أسّس للسبب في النظريّة الحديثة. أنظر في ذلك:

CAPITANT Henri, De la cause des obligation, Op. cit., p. 80 et s.

إلى التعاقد، أي أن يكون هو الذي دفع بالمدين إلى أن يرتضي التحمل بالالتزام بحيث أنه لولاه لما قبله وارتضاه، علاوة على أنه يجب أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث أو كان يستطيع على الأقل أن يعلم به¹، فإذا بقي الباعث كامناً في نفس المتعاقد، لم يعلم به المتعاقد الآخر ولم يكن بمقدوره العلم به ظلّ غريباً عن العقد ولم يدخل عنصراً في تكوين السبب.

هذا، ويرى بعض الشراح بأن نية التبرع كسبب للهبة وفقاً للنظرية التقليدية أمرٌ يجعلها تختلط بالرضاء، إذ الواهب لما قبل الهبة كان رضاه متضمناً لنية التبرع، ولعل أكثر ما يبرز عقم النظرية المتقدمة (التقليدية) في السبب عندما تخط نية التبرع بالسبب في الهبات كون أن هذه الأخيرة موجودة حتماً في كل هبة²، على ذلك فإن وصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئاً، وهذا ما دفع "Capitant" وهو زعيم أنصار النظرية التقليدية وأكبر محاميها إلا أن يقف عند نية التبرع، بل ويتجاوزها إلى الباعث الدافع، فيعتد به كسبب في الهبة المقترنة بشرط يكون هو الذي دفع الواهب إلى إبرام هبة عقاره.

وعليه، فركن السبب في هبة العقار يعني الباعث الدافع، فينبغي أن يكون مشروعاً لكي تصح الهبة، فإن كان الدافع لإبرامها غير مشروع، فإن الهبة تقع باطلة بطلاناً مطلقاً³.

وحتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع بهته، يستلزم أن يعلم أو يستطيع أن يعلم الموهوب له بهذا الباعث؛ هذا خلافاً لما نحا إليه بعض الفقهاء الذين ذهبوا إلى أنه لا حاجة في الهبة حتى تبطل أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من الموهوب له كون أن الإرادة التي يوقف عندها هي إرادة المتبرع وحده، فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف، وبالتالي يعتد بالباعث الذي دفع الواهب إلى إبرام تبرعه سواء كان معلوماً من الموهوب له أو غير معلوم منه.

على أن المرجح هو الرأي الأول وهو الذي ساد، ومن ثم فينبغي لبطلان عقد هبة العقار لعدم مشروعية السبب توافر العلم لدى الموهوب له بعدم المشروعية أو إمكانية علمه بذلك انتهاء⁴.

المحصلة مما سبق أن النظرية الحديثة في السبب ترى بأن سبب التزام الواهب هو الرغبة في إسداء

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 319.

² - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص. 227.

³ - هذا بخلاف هبة العقار المتضمنة للعرض أو التكليف، فالسبب يكون فيها مزدوجاً، إذ من جهة توجد نية التبرع، ومن أخرى توجد الرغبة في تنفيذ شرط العرض، فإذا لم ينفذ كان في الإمكان إبطالها في هذه الحالة على اعتبار وجود تصرف تبرعي وهو في ذات الوقت متبادل الإلتزام. أنظر: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 392.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 132-133؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 138-139.

جميل للموهوب له، زيادة على الباعث الذي دفعه إلى التبرع إذا كان ملحوظاً في العقد، بمعنى ضرورة علم المتبرع له بالباعث أو باستطاعته أن يعلم به لو بذل عناية الرجل العادي¹.

البند الثاني: سبب عقد هبة العقار في التشريع

السبب هو الركن الثالث في العقد وهو ركن أساسي في كافة العقود تمّ التّصنيف عليه بمقتضى المادتين 97 و 98 من ق. م. ج. المقابلتين لنصّ المادتين 136 و 137 من ق. م. م. مع الإشارة - في هذا الصّدد - إلى استغناء المشرّع الفرنسي عن هذا الركن ومجزه مع ركن المحلّ في ركن واحد اصطلاح عليه "بمضمون العقد"²، بعد أن نظّم هذا الأخير بداية من المادة 1162 إلى 1171 ضمن تعديله الأخير للتّقنين المدني بموجب الأمر رقم 131-2016 كما سبق وأن أشرنا إليه بداءة.

ويتبيّن من المادتين المحلّلتين أعلاه بأنّ التّقنين المدني الجزائري - شأنه في ذلك شأن التّقنين المدني المصري - يأخذ بالسبب ويجعله أمراً جوهرياً في التعاقد كغيره من التّقنينات اللاتينية النّزعة، بحيث لو تخلف أو كان غير مشروع وقع العقد باطلاً.

لكن ما المقصود بلفظ السبب الوارد في تلك النصوص؟. فهل يراد به سبب الالتزام أيّ السبب وفقاً للنظرية التّقليدية، أم سبب العقد طبقاً للنظرية الحديثة؟.

ذهب فريق من الشّراح³ إلى أنّ التّقنين المدني المصري نذ النظرية التّقليدية للسبب المعتبرة إيّاه بأنّه سبب الالتزام، وجنح إلى تبني نظريتها الحديثة القائلة بأنّه هو الباعث الدّافع إلى التعاقد، وأنّه في مسلكه

¹ - لم يكن الفقيه "Capitan" يعتدّ بالباعث إلا إذا كان محلّ اتّفاق بين المتعاقدين، كون أنّ الاتّفاق وحده هو الذي يدخل الباعث في دائرة التعاقد، ومن ثمّ فهو بهذا التوجّه يكون قد دنا من النظرية الحديثة في السبب دون أن يدخل في مجالها. وقد كان الفقه الفرنسي يفرّق بين عقود المعاوضة وعقود التبرع في تحديد مرتبة العلم بالباعث، فقد ذهب "Josserand" إلى أنّه يكفي أن يكون الباعث في عقود المعاوضة معلوماً من المتعاقد الآخر وفي ذلك صوناً للتعامل من أن يتزعزع؛ أمّا في عقود التبرع فإنّ الإرادة التي يوقف عندها هي إرادة المتبرع له وحده، ومن ثمّ فهو يعتدّ بالباعث الذي دفع المتبرع إلى تبرّعه سواء كان معلوماً من المتعاقد الآخر أو مجهولاً منه. ويرى "Juzan Bois" ضرورة الوصول إلى مرتبة المساهمة في عقود المعاوضة والاكتفاء بمرتبة العلم في نظيرتها التبرعية على اعتبار أنّ المعاوضات تختلف عن التبرعات في أنّ الأولى بذل فيها كلّ من المتعاقدين شيئاً لديه، فإرادة كلّ منهما تنهض بدور أساسي في إنشاء العقد، وبالتالي وجب أن تسهم كلّ إرادة في الباعث الذي دفع إلى التعاقد بشكلٍ إجمالي، وأن تتعاون الإرادتان جميعاً بغية الوصول إلى الغرض غير المشروع؛ هذا بخلاف عقود التبرع التي تكون فيها إرادة المتبرع وحدها هي الأساسية، كون أن المتبرع وحده هو الذي بذل، ومن ثمّ أمكن الإقتصار على هذه المرتبة وهي مرتبة العلم فهي كافية لاستقرار معاملات الأشخاص. أنظر: بدر جاسم البعقوب المرجع السابق، ص. 320، هامش رقم: 1؛ علي فيلال، المرجع السابق، ص. 198-199.

² - Cf. Art 1128 : « Sont nécessaires à la validité d'un contrat : ... 3° Un contenu licite et certain ».

³ - يتقدّمهم الدكتور السنهوري، أنظر في هذا الشأن: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص. 75.

هذا لم يفعل أكثر من مسايرته للفقهاء والقضاء في ظلّ التقنين المدني الملغى¹.

في حين رأى فريق آخر بأنّ التقنين المدني المصري الحالي أخذ بفكرة ازدواج السبب، "ذلك أنّ السبب بمعنى الباعث الدافع فحسب لا يستقيم مع نصوص القانون الحالي، بل إنّ نصوص هذا القانون تنصرف كذلك إلى السبب بالمعنى المقصود في النظرية التقليدية، وأنّه لا عيب هناك في فكرة ازدواج السبب، ولا تعارض بين فكرة سبب الالتزام وفكرة سبب العقد؛ فسبب الالتزام هو الغرض المباشر الذي يسعى إليه المتعاقد، وهو الأداء المقابل إذا كان العقد من عقود المعاوضات، ونية التبرّع إذا كان من أعمال التبرّعات، وهو بهذا الوصف يتمثّل في صورة واحدة في كلّ ضربٍ من ضروب الالتزام ويعتبر جزءاً من العقد نفسه. أمّا سبب العقد فهو الباعث الدافع إلى التعاقد، وهو لا يعتبر شقاً من التعاقد بل هو يختلف في العقد الواحد باختلاف شخص المتعاقد، ولا أدلّ على صدق هذا النّظر من أنّ بعض التقنينات كالتقنين اللبناني (م 194) قد أخذت بفكرة ازدواج السبب. وإذا كانت المذكرة الإيضاحية لقانوننا المدني الحالي قد انتقدت هذه الفكرة وصرّحت بوجود الإعراض عنها، إلّا أنّ ما جاء في هذه المذكرة لا يستقيم مع صياغة نصّ المادة 136، وطبيعي أنّه عند تعارض نصّ القانون مع المذكرة الإيضاحية يجب تغليب النصّ"².

والواضح أنّ التقنين المدني الجزائري - كما نظر إليه البعض - قد تأثّر بهذا الرّأي³، لأنّه بعد أن أسند السبب في تقنينه المدني إلى العقد ضمن المادة 97⁴ و 2/98⁵ من ق. م. ج عاد فأسنده إلى الالتزام في المادة 1/98 التي قضت بأنّ "كلّ التزام مفترض أنّ له سبباً مشروعاً ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك"⁶.

هذا فضلاً عن أنّه عند الرجوع إلى النصّ الفرنسي للتقنين المدني من جهة، وإلى التّعابير المستعملة

¹ - وإذا كان التقنين المدني المصري لم يصرّح بالمعنى المقصود من السبب، فإنّ الفقه والقضاء في مصر قبل صدوره كانا يأخذان بالنظرية الحديثة، وقد تأكّد هذا المعنى للسبب، وهو الباعث الدافع إلى التعاقد، من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي حيثما قضت بأنّه "يقصد بالسبب معناه الحديث كما يتمثله القضاء المصري والفرنسي في العصر الحاضر، فهو بمثابة الباعث المستحث في التصرفات القانونية عاقبة، لا فرق بين التبرّعات والمعاوضات". أنظر في هذا الصدد: محمّد صبري السّعدي، المرجع السابق، ص. 228.

² - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 165-166.

³ - زكريّا سرايش، المرجع السابق، ص. 104.

⁴ - التي نصّت بأنّه "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً".

⁵ - التي قضت بأنّه "يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتّى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورة السبب فعلى من يدّعي أنّ للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدّعيه".

⁶ - محمّد بن أحمد نقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 176.

في المادتين المشار إليهما أعلاه من جهة أخرى؛ نجد أنّ صياغة النص الفرنسي للمادة 97 من ق. م. ج¹ تشترط الوجود في السبب من جهة، والمشروعية من جهة ثانية. ومؤدّى ذلك أنّ المشرّع أخذ بازدواجية السبب، إذ لم يتخلّ عن النظريّة التقليديّة باشتراطه وجود السبب، وأخذ بالنظريّة الحديثة إذ يطالب بمشروعية السبب. بيد أنّه يُعتقد أنّ النقص في دقّة التعبير وعدم تطابق النص العربي مع النص الفرنسي لا يشكّل عائقاً للكشف عن موقف المشرّع، بل يرجع ذلك أساساً إلى تأثر واضعي التقنين المدني بالتقنين المدني الفرنسي في هذا الصدد.

كما يتبيّن أيضاً في ذات السياق بأنّ ازدواجية السبب غير مبرّرة، ذلك أنّ الأغراض التي يتطلّع إلى تحقيقها شرط "وجود الالتزام" يمكن تحقيقها بطرق أخرى على غرار المحلّ والرّضاء².

تأسيساً على ما سبق، فإنّه يشترط في السبب وفقاً للمادتين 97 و 98 من ق. م. ج - المقابلتين لنصّ المادتين 136 و 137 من ق. م. م - شرطان أساسيان، هما:

- أن يكون موجوداً، ومؤداه أن يكون سبب الالتزام موجوداً، فإن كان معدوماً بطل العقد، ويلحق في الحكم بانعدام السبب الغلط فيه، ذلك لأنّ معنى الغلط في السبب كون هذا الأخير كان موهوماً، والسبب الموهوم - كما هو معروف - هو سبب غير موجود.

- أن يكون مشروعاً، وهذا الشرط يتعلّق بسبب الالتزام وسبب العقد كلاهما، والعبرة هاهنا بالباعث الدافع على التعاقد، فيشترط فيه أن يكون مشروعاً أي ألا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، فإذا كان غير مشروع كان العقد باطلاً³.

مع الإشارة إلى أنّ الباعث غير المشروع لا يؤدّي إلى بطلان التصرف إلا إذا كان الطّرف الذي لم يقيم لديه من هذا الباعث على علم به⁴، ولو أنّه يعتقد بأنّه يكفي أن يكون الباعث غير مشروع حتّى يبطل العقد، يستوي أن يعلم الطّرف الآخر بذلك أو لا يعلم طالما أنّ نصّ المادة 97 من ق. م. ج جاء في صيغة العموم والإطلاق.

¹ - L'article 97 : « Le contrat est nul lorsqu'on s'oblige sans cause ou pour une cause contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 202-203.

³ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 167؛ العربي بلحاج، النظريّة العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 166.

⁴ - Cf. VIALARD Antoine, La formation du contrat, O. P. U, Alger, 1981, p. 198 et s.

على أنه ينبغي التنبيه إلى أنّ المشرّع الجزائري قد أغفل ذكر الشرط الذي نادت به النظرية التقليدية، ومؤداه تطلب كون أن يأتي السبب صحيحاً، أي أن يكون مطابقاً للواقع، ولو أنّ هذا الشرط في حقيقته يندرج تحت الشرطين السابق الإشارة إليهما، مع أنّه قد ركّز على المشروعية في المادتين 97 و98 من ق. م. ج بما يوحي بأنّه لا يوجد للسبب في التقنين المدني الجزائري إلّا شرطاً وحيداً مفاده أن يكون السبب مشروعاً. على ذلك فإنّ المقصود بالسبب على نحو هذا المفهوم هو الباعث الدافع إلى التعاقد لا مجرد الغرض المباشر المقصود في العقد، لذا فقد اشترط فيه شرطان: أحدهما يتعلّق بذاتيته، أي أن يكون مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب، والآخر يتعلّق باستقرار التعامل ووقاية المتعاقد حسن النية من بطلان عقد كان قد اطمأنّ إلى صحّته بعد أن ربّب علاقته على أساس وجوده¹.

ويلاحظ في ذات السياق، بأنّ الصياغة العربية للتقنين المدني الجزائري وقعت في خلط حين تناولها للسبب في المادتين 97 و98 المذكورتين سلفاً، حيث أسندت السبب تارة إلى العقد "Le contrat" وتارة أخرى إلى الالتزام "L'obligation" ومزجت على هذا النحو بين النظريتين التقليدية والحديثة للسبب متأسيّة في ذلك بحرفية نصّ المادتين 1131 و1133 من التقنين المدني الفرنسي قبل تعديله الأخير.

وعليه، فينبغي تعديل المادتين المذكورتين وإسناد السبب فيهما إلى العقد تلافياً لهذا التخبّط، وتجنّباً للإختلاف البين بين النصين العربي والفرنسي للمادة 97 من ق. م. ج انتهاء².

وبالرجوع إلى التعديل الجذري الذي جاء به الأمر رقم 131-2016 المعدّل للتقنين المدني الفرنسي³ يتبيّن بأنّ المشرّع الفرنسي استغنى عن ركن السبب حينما نظّم ركن مضمون العقد بداية من نصّ المادة 1162 إلى 1170 منه، ولعلّ تحلّيه عن فكرة السبب إنّما يرجع للخلاف الفقهي بصدد هذه النظرية التي ثار حولها الجدل طويلاً على مرّ الزمن، هذا بغضّ النظر عن عدم استقرارها حينما ميّزت بين سبب العقد وسبب الالتزام. على أنّ القول بإلغاء التعديل الجديد لركني السبب والحلّ ودمجهما تحت مسمى مضمون العقد لم يأت على سبيل الإطلاق، ذلك أنّ صياغة موادّ التعديل في هذا النطاق تستوعب تطبيقاتهما أحياناً، من ذلكم مثلاً نصّ المادة 1162 التي أوجبت عدم مخالفة العقود للنظام العام والآداب لا عن طريق شروط العقد ولا بواسطة الغرض من التعاقد نفسه.

¹ - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 168-169.

² - نفس المرجع، ص. 170.

³ - Cf. l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Op. cit., Cité par : www. Legifrance.gouv. fr.

تطبيقاً على ما سبق تحليله على عقد هبة العقار، فإنَّ سبب التزام الواهب يتحدّد أصلاً بالغرض المباشر الأوّل وهو إسداء الجميل للموهوب له؛ ينضاف إليه الباعث الذي دفعه إلى إسداء هذا الجميل إذا كان متّصلاً بالموهوب له. ويعتبر سبب الهبة صحيحاً إلى أن يثبت العكس، وإذا أقيم الدليل على عدم مشروعيتها، فعلى الذي يدّعي ذلك إثبات صحّة ادّعائه طبقاً للقواعد العامة.

الفرع الثالث: تطبيقات مشروعية السبب في عقد هبة العقار

على اعتبار أنّ القضاء الجزائري جاء خلوّاً من تطبيقات مشروعية السبب في عقد هبة العقار، فإنّه سيقصر الحديث حول الموضوع في القضاء المصري (البند الأوّل)، ثمّ الفرنسي (البند الثّاني) على التّحو الموالى:

البند الأوّل: تطبيقات مشروعية السبب ضمن عقد هبة العقار في ضوء القضاء المصري

طبّقت المحاكم المصرية في ظلّ قانونها المدني القديم نظريّة السبب في عقد هبة العقار على نطاق واسع، بيدّ أنّه ينبغي الوقوف عند ثلاث تطبيقات كان المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري يتضمّن نصّواً بشأنها¹، هي كالاتي:

- هبة العقار المقترنة بشرط مستحيل أو غير مشروع:

ففي هذه الحالة يلغى الشرط وتصحّ الهبة، إلّا إذا كان الشرط هو الدّافع على الهبة فيبطل وتبطل الهبة معه، وذلك ما كانت تنصّ عليه المادّة 669 من المشروع التّمهيدي للقانون المدني المصري بقولها: "إذا اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع، وقعت صحيحة وألغى الشرط، إلّا إذا كان الشرط هو السبب الدّافع للهبة، فتقع الهبة كلّها باطلة"، إلّا أنّها حُذفت إكتفاءً بالقواعد العامة²، فضلاً

¹ - من ذلكم ما أورده المذكرة الإيضاحية للمشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري بقولها: "والسبب في الهبة هو نيّة التبرّع طبقاً للمذهب القديم، وهو الدّافع الرئيسي للتبرّع طبقاً للمذهب الحديث. وقد طبّق المشروع المذهب الحديث في فروض ثلاثة: أ- إقتران الهبة بشرط مستحيل أو بشرط غير مشروع... ب- الهبات والهدايا التي تقدّم للخطيب من الخطيب الآخر أو من أجنبي... ج- شرط عدم التصرف...". أنظر مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السّابق، ص. 261-262.

² - والظاهر أنّ لجنة المراجعة قصدت الإحالة إلى نصّ المادّة 386 من المشروع التي أصبحت المادّة 266 من ق. م. م - المطابقة لنصّ المادّة 204 من ق. ج - أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السّابق، ص. 81، هامش رقم: 2، ويتبيّن من هذين النصّين بأنّ الشرط إذا كان مستحيلاً أو غير مشروع انتفت حقيقة التعليق، ويعدّ الشرط - عندئذ - غير قائم. أمّا فيما يخصّ الإلتزام الموصوف بهذا الشرط فإنّ حكمه يختلف باختلاف ما إذا كان الشرط واقفاً أو فاسخاً. فإن كان من قبيل الشرط الواقف فإنّ الإلتزام يعتبر غير قائم سواء أكان الشرط مستحيلاً كما في حالة لو التزم شخص بهبة عقاره لشخص آخر لو صعد هذا الأخير إلى السّماء دون الإستعانة بوسيلة لذلك؛ أو كان غير مشروع كمن تعهّد بهبة أرضه الفلاحية لآخر شريطة ارتكابه لجريمة يحدّدها له. أمّا إذا كان الشرط فاسخاً فإنّ الإلتزام يعتبر قائماً

عمّا أرتأته لجنة المراجعة بخصوص ورود نفس الحكم في موضع آخر.

ومن أمثلة هبة العقار المقترنة بشرط مستحيل: أن يهب شخص أرضاً زراعية لآخر، شريطة أن يرث الموهوب له إيراداً مرتباً لشخص ثالث مدى حياة هذا الشخص، ثم يتبين أن هذا الأخير قد توفي قبل صدور الهبة، ففي هذه الحالة يكون الشرط الذي ارتبطت به الهبة هو شرط مستحيل، وتبعاً لذلك ينظر هل كان هذا الشرط هو الباعث الدافع "Cause impulsive et déterminate" للواهب على أن يهب الأرض للموهوب له، ففي هذا الفرض يكون الشرط هو السبب وقد انعدم، فتبطل - من ثمة - الهبة كلّها ويسترجع الواهب عقاره من الموهوب له. أمّا إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع على الهبة وثبت بأن الواهب كان يهب نفس العقار حتى لو تبين بأن الشرط مستحيل، فإنّ الهبة تبقى صحيحة ويلغى الشرط وحده¹.

ومثال الهبة المقترنة بشرط غير مشروع: أن يهب شخص داراً لمطلقة شرط ألا تتزوج غيره طوال حياتها، مع العلم بأن شرط عدم الزواج هو شرط غير مشروع عادة. فإذا ثبت بأنه كان هو الدافع للواهب على التبرع بهبة عقاره، ألغى الشرط وبطلت الهبة معه، وإن لم يكن كذلك، ألغى الشرط وبقيت الهبة صحيحة².

- هبة العقار الممنوحة في مرحلة الخطبة:

وهو ما كان يجري عليه العمل في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري حيث كانت المادة

منجزاً لو كان الشرط مستحيلاً، كمن يقول لآخر وهبتك داري لو بزغت النجوم نهاراً، فهنا يقصد الشخص أن يلتزم التزاماً منجزاً. أمّا لو كان الشرط الفاسخ غير مشروع فيلزم التفرقة بين فرضين: الأول: إذا لم يكن الشرط هو الدافع إلى الالتزام، فيعتبر الشرط في هذه الحالة كأن لم يكن ويبقى الالتزام قائماً كمن يهب منزله لإمرأة يشترط عليها معاشرته، فإنّ الشرط يقع باطلاً لمخالفته للنظام والآداب العامة وصحت الهبة. الثاني: إذا كان الشرط هو الباعث الدافع إلى الالتزام، فإنّ هذا الأخير لا يقوم ابتداءً، شأنه في ذلك شأن أيّ التزام يرتكز على سبب غير مشروع، ففي المثال المتقدم إذا تبين بأن الشرط هو الباعث للواهب على التبرع بهبة عقاره ألغى الشرط وبطلت الهبة معه من ثمة. وتكون هبة العقار المثقلة بعوض أو تكليف في ذلك كالهبة المقترنة بشرط فاسخ، كون أنّ العيب إذا كان مخالفاً للنظام والآداب العامة كانت الهبة باطلة إذا كان هو الدافع الباعث إليها وإلا اقتصر البطلان على العيب وحده. أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 327-328؛ وأنظر في شرط مشروعية المنع من التصرف في العين الموهوبة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري: خديجة محمدي، المرجع السابق، ص. 357 وما يليها.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 135.

² - وقد حكمت محكمة الرّزاق الإستئنافية بأنّ "الهبة المقرّنة بشرط باطل تعتبر صحيحة مع بطلان الشرط، فإذا اشترط الزوج في هبته لزوجته ألا تتزوج، وقع الشرط باطلاً لمخالفته القانون والنظام العام وتصحّ الهبة". أنظر: حكم محكمة الرّزاق الصّادر في 1929/10/16، المجموعة الرّسمية 31، رقم 56، ص. 159. نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 136، هامش رقم: 1.

680 منه تقضي بأنّ "الهبات والهدايا التي تقدّم في الخطبة من أحد الخطيبين للآخر، أو من أجنبي للآخر، أو من أجنبي عنهما لأحدهما أو لهما معاً، يجب أن يردها الموهوب له للواهب إذا فسخت الخطبة وطلب الواهب الرد، مادام الشيء الموهوب قائماً ويمكن رده بالذات"، وقد ألغيت هذه المادة اكتفاءً بالقواعد العامة وتماشياً وأحكام العرف في مثل هذا الشأن¹.

وأتساقاً مع ذلك، فالمفترض أنّ الهبات - شأنها في ذلك شأن الهدايا - الممنوحة من أحد الخطيبين للآخر أو المقدمة من ذوي الخطيبين لأحدهما أو كليهما إنّما الباعث الدافع لها هو إتمام الزواج. فإذا لم يتمّ وفسخت الخطبة، فقد انعدم السبب، وبطلت بالتالي الهبة. ومن ثمّ كان يحقّ للواهب أن يطلب استرداد هبته بعد فسخ الخطبة، شريطة أن يكون الشيء الموهوب قائماً كما هو الحال في العقار حتّى يمكن رده بعينه، مع الإشارة إلى أنّه إذا كان الشيء ممّا يستهلك، فالمفروض أنّ الواهب قد وهب الشيء على أن يستهلك وعلى ألاّ يسترده مهما كان مآل الخطبة لاحقاً²، فلا يكون تتمّة الزواج سبباً في مثل هذه الهبات³.

- شرط عدم التصرف في العقار الموهوب:

سبق وأن كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يتضمن على نصّ المادة 671 التي كانت تقضي بأنّه "إذا اشترط الواهب عدم التصرف في الشيء الموهوب، فيسري على الهبة أحكام المادتين 1191 و1192"، وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية لنفس التقنين إلى القول بأنّ شرط عدم التصرف لا يكون صحيحاً ما لم يَنْبَنِ على باعث مشروع، وقد حذفت هذه المادة لورود حكمها ضمن المادة

¹ - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 259-261.

² - وقد قضى في هذا الشأن قانون الأسرة الجزائري في مادته 5-4 بأنّه "لا يستردّ الخاطب من المخطوبة شيئاً ممّا أهداها إذا كان العدول منه، وعليه أن يرده للمخطوبة ما لم يستهلك ممّا أهدته أو قيمته. وإذا كان العدول من المخطوبة، فعليها أن تردّ للخاطب ما لم يستهلك من هدايا أو قيمته". أنظر في حكم الهدايا المسلمة إلى المخطوبة في الفقه الإسلامي: عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتوزيع والنشر، الجزائر، ط1، 2007، ص. 49 وما يليها.

³ - وفي قد ذهب محمود جمال الدين زكي ذات السياق إلى "أنّ الواهب هنا إنّما يرجع في الهبة إذا فسخت الخطبة، ويكون فسخ الخطبة عذراً مقبولاً يميز له الرجوع، ولا دخل لنظرية السبب في هذه المسألة ... وعندنا - يضيف السنهوري - أنّ نظرية السبب يمكن أن تكون تعليلاً مقبولاً للرجوع في الهبة عند فسخ الخطبة، ذلك أنّ الواهب وهو يقدر هديّة للخطيبة إنّما دفعه إلى ذلك أنّ الخطبة ستنتهي بالزواج. فإذا فسخت الخطبة فهو يرجع في الهدية استصحاباً لنتيجه الأولى وقت أن وهب، لا ابتداءً لنتيجة جديدة في الرجوع في الهبة لعذر طرأ. على أنّنا إذا قلنا بنظرية السبب في هذه المسألة، فإنّنا نتوسّع في الأثر الذي يترتب على السبب، فهو يؤثّر في صحة العقد لا وقت صدور العقد فحسب، بل أيضاً عند تخلف السبب بعد صدور العقد". وقد حكمت محكمة الاستئناف المختلطة في حكم صادر لها في: 1918/05/28، مجموعة رقم 30، ص. 449 بأنّه "إذا تمّ الزواج لم يجرّ الرجوع في الهدية، حتّى لو افترق الزوجان بعد الزواج". أنظر في القول المتقدم وفي الحكم القضائي المتأخّر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 137، هامش رقم: 1.

1191 من المشروع التي أوضحت المادة 823 من نفس التقنين¹.

والظاهر أنّ شرط عدم التصرف في الشيء الموهوب قد تضمن حكمه نصاً عاماً هو نص المادة 823 المحللة أعلاه التي قضت بأنه: "1- إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة.

2- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير.

3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير".

تطبيقاً على عقد هبة العقار، يستشف من المادة المذكورة أعلاه بأنه إذا اشترط الواهب على الموهوب له ألا يتصرف في العقار الموهوب، فشرط عدم التصرف لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مبنياً على باعث مشروع ومقصوراً على مدة معقولة. فإذا كان الشرط قد انبنى على باعث غير مشروع، بأن كان غرضه تعطيل التصرف في العقار الموهوب دون مبرر لذلك، إستلزم التمعّن فيما إذا كان هذا الشرط هو الباعث الدافع إلى التبرع، فيكون السبب غير مشروع ومن ثم تبطل الهبة معه².

أما إذا كان الشرط ليس هو الباعث الدافع إلى التبرع، فإنّه يلغى وحده، وتبقى هبة العقار صحيحة ويحقّق للموهوب له - حينئذ - التصرف في العقار الموهوب بالرغم من وجود شرط عدم التصرف المانع³.

ومن مبررات وضع شرط عدم التصرف حيث يكون شرطاً مشروعاً ينبغي العمل به، أن يكون قد شرّع حماية للواهب أو الغير، كما لو اشترط الواهب على الموهوب له ترتيب مرتّب له طوال حياته، أو إيراد مثيله لأجنبي طوال حياة هذا الأخير أيضاً، فيكون هذا مبرراً لأن يشترط الواهب ألا يتصرف الموهوب له في العقار الموهوب طوال حياة الواهب أو طيلة حياة الأجنبي ضماناً للوفاء بالإيراد المترتب.

وقد يكون شرط عدم التصرف قد وضع لحماية الموهوب له نفسه، بأن كان ذو تجربة محدودة في الحياة، أو كان فيه نزق أو طيش، فيشترط عليه الواهب ألا يتصرف في العقار الموهوب حماية له وتحصيناً

¹ - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، المرجع السابق، ج 4، ص. 262؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 83.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 138.

³ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 146.

له من طيشه ونزقه، حيث يصحّ - في هذه الحالة - أن يكون شرط عدم التصرف لمدة تعادل حياة الموهوب له.

على أنّه إذا صحّ شرط منع التصرف على الوجه المذكور أعلاه، صحّت هبة العقار معه ووجب العمل به، ومن ثمّ لا يجوز للموهوب له التصرف في العقار الموهوب طيلة المدة التي حدّدت للشرط وإلاّ وقع تصرفه باطلاً طبقاً لنصّ المادة 824 من ق. م. م. وأمكن كلّ ذي مصلحة - وبخاصّة الوهاب والموهوب له ذاته - أن يستردّ العقار الموهوب من المتصرف إليه، على أن تبقى الهبة قائمة فيرجع العقار الموهوب إلى الموهوب له لا إلى الوهاب¹.

البند الثاني: تطبيقات مشروعية السبب ضمن عقد هبة العقار في ضوء القضاء الفرنسي

طبّقت المحاكم في فرنسا نظرية السبب في عقد هبة العقار على نطاق واسع، من بينها:

- التبرّع بهبة العقار لولد غير شرعي:

كان القضاء الفرنسي من قبل أشدّ إمعاناً في الخلط بين السبب والباعث، كون أنّ السبب في التزام الوهاب وفقاً للنظرية التقليدية - كما سبق وأن رأينا - هو نيّة التبرّع، وهذا تحديد ضيق للسبب لا يتصور معه أنّ تبرّعاً يكون باطلاً لسبب غير مشروع، فنيّة التبرّع في ذاتها ليس فيها ما يمكن أن يوصف بأنّه غير مشروع. لذلك لم يقف القضاء عند نيّة التبرّع هذه في تحديد السبب، بل جعل الدافع إلى التبرّع هو السبب، فنظر إلى ما وراء نيّة التبرّع، ونقّب عن العوامل النفسية الذي دفعت المتبرّع إلى التجردّ عن ماله دون مقابل، أكان يريد الخير في ذاته، أم يريد مصلحة خاصّة مشروعة، أم يرمي إلى غرض غير مشروع. فإذا تبين أنّ الباعث الذي دفع المتبرّع إلى التبرّع غير شريف أو غير مشروع أبطل التبرّع².

من ذلك ما كان قد يقضي به التقنين المدني والفرنسي بأن يكون نصيب الولد غير الشرعي "enfant naturel" أو ابن الزنا "enfant adultérin" أو ولد المحارم "enfant incestueux" في مال أبويه العقاري تبرّعاً كان أو ميراثاً، محدوداً في نطاق ضيق، فإذا زاد التبرّع على الحدّ كان الإنقاص إلى هذا الحدّ واجباً، أمّا إذا كانت تلك البنوة غير الشرعية ليست ثابتة قانوناً، فالتبرّع جائز ولو زاد على

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 138-139؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 146-147.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 574.

الحدّ ما لم يثبت أنّ التبرّع قد كان لولد غير شرعي.

مع ذلك فإنّ القضاء الفرنسي كان يبطل التبرّع إذا تبين بأنّ الباعث للواهب على التبرّع بهبته هي علاقة بنوة غير شرعية، فيمزج ما بين الباعث والسبب، ولا يكتفي بإنقاص التبرّع إلى الحدّ الجائز، بل يبطله كله¹.

- التبرّع بهبة العقار للخليل لخليلته، أو للزوج لزوجته لحملها على الانفصال:

أبطل القضاء الفرنسي هبة العقار للخليل لخليلته إذا كان الباعث من ورائها التمكن لهذه العلاقة غير الشريفة معها أو إبقاءها أو استعادتها² استناداً إلى نصّ المواد 1131 و 1133 من ق. م. ف (قبل التعديل)، وذلك لعدم مشروعية سببها، أمّا إذا كان الباعث على هبة العقار إنّما هو تعويض الخلية عمّا لحقها من ضرر بسبب المعاشرة غير الشرعية بعد أن انقطعت³، فالباعث يكون مشروعاً، والهبة تكون صحيحة، وإن كان هو في الواقع يعتبر وفاءً لالتزام طبيعي وحسب⁴.

والأمر كذلك إذا تبين بأنّ هبة العقار أبرمت نتيجة لعاطفة إنسانية تجاه شخص عاش مع طرف آخر واعتنى به في عجزه ومرضه وإن كان يربطهما علاقات غير مشروعة فيما مضى، فإنّ الهبة تكون صحيحة ومشروعة، كون أنّ الدافع في هذه الحالة هو العطف والإقرار بالجميل، ضف إلى ذلك أنّ الاجتهاد استقرّ على القول بصحة التبرّعات بين الخليلين بعد تقدّمهما في السنّ لأنّه في مثل هذا الفرض يكون سبب العلاقات اللامشروعة قد زال كدافع وحلّ بدله العطف والوفاء وهما مشروعان كسبب للهبة، كما أنّ مجرّد قيام علاقات جنسية بين العاشقين لا يكفي بحدّ ذاته للدلالة على أنّ الدافع الباعث

¹ - Limoges, 27 février 1900, D. 1902, 2, 281, S. 1903, 2, 273, note Pilon ; Bastia, 31 juillet 1907, D. 1909, 2, 266 ; Trib. Seine, 27 avril 1918, Gaz. Pal., 23 octobre 1918, Cité par : Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit., p. 368.

يبدو أنّ الاجتهاد القضائي أقرّ بأنّ التبرّع لابن الزنا أو لولد المحارم يكون صحيحاً إذا كانت غاية الواهب هي وفاء لالتزام طبيعي يقع على عاتق الأب الزاني الذي أنجبه بغرض تأمين حاجته المعيشية. أنظر: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 396.

² - Lyon, 30 mars 1961, D. 1918, 2, 51 ; Civ. 11 mars 1918, D. 1918, 1, 100 ; Req. 8 juin 1926, D. 1927, 1, 113, note Savatier, S. 1931, 2, 45, en sous-note ; Trib. Seine, 11 mars 1927, D. H. 1927, 262 ; Civ. 20 juillet 1936, D. H. 1936, 441 ; Paris, 12 mai 1944, D. 1945, 90 ; Alger, 28 juin 1948, D. Somm. 38, Cité par : Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit., p. 365.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 178-179.

⁴ - Civ. 11 mars 1918, D. 1918, 1, 100 ; Paris, 5 mai 1925, D. H. 1925, 474 ; Paris, 10 decembre 1934, D. 1935, 2, 1, note Nast ; Civ. 20 juillet 1936, D. H. 1936, 441 ; Civ. 14 octobre 1940, D. 1940, 1, 174, Cité par : Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit., p. 366.

الذي دفع بالواهب للتبرع بهبة عقاره لعشيقته كان بغرض تشجيع مثل هكذا علاقات، فإذا كان الدافع متأثراً عن المحبة التي تربط الطرفين، ورغبة الواهب بتأمين مستقبل لائق للموهور لها بعد مماته، كان الدافع مباحاً وسبب الهبة من ثمّة صحيحاً¹.

كذلك هو الحال في تبرع الزوج لزوجته بغرض حملها على الانفصال عنه ودّياً، كون أنّ الانفصال الجسماني بين الزوجين "séparation de corps" في التشريع الفرنسي لا يكون إلاّ بعد دون اتباع الإجراءات اللازمة التي قررها القانون، أو بالطلاق، وفيما سوى هاتين الحالتين فالاتفاق الحاصل ما بين الزوجين على أن يفصل أحدهما عن قرنيه فعلياً "séparation de fait" دون اتّخاذ الإجراءات القانونية والترتيبات القضائية المقررة لذلك يكون غير مشروع؛ فإذا وهب الزوج لزوجته عقاراً بغرض حملها على القبول بهذا الانفصال الودّي، يكون سبب تبرعه، أيّ الباعث عليه، غير مشروع، ومن ثمّ فهبته باطلة².

- هبة العقار المقترنة بشرط غير مشروع أو مانع:

إذا اقترنت هبة العقار بشرط غير مشروع، يبطل الشرط وتبقى الهبة قائمة، هذا ما قضت به المادة 900 من ق. م. ف بقولها: "في كلّ تبرع بين الأحياء أو بوصيّة، الشروط غير الممكنة وتلك التي تكون مخالفة للقوانين أو للأداب تعتبر بأنّها غير موجودة"³.

مع ذلك فإنّ القضاء الفرنسي قيّد من هذا الحكم بوسائل مختلفة كان أهمّها ما استقرّ عليه من أحكام ضمن نظريّة السبب، حيث ميّز في الشرط الذي تقترن به الهبة بين شرط دافع وشرط غير دافع، وهذا الأخير وحده هو الذي يسري عليه نصّ المادة 900 من ق. م. ف ويبطل إذا كان غير مشروع مع بقاء الهبة قائمة⁴. أمّا الشرط الدافع إلى التبرع بالهبة، أيّ الباعث على هذا التبرع، فقد اعتبره القضاء سبباً لالتزام الواهب المتبرع، ويترتب على ذلك أنّه إذا كان غير مشروع فإنّ التصرف جميعه يكون

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 394-395.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 557.

³ - Art 900 : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires auxlois ou aux moeurs, seront réputées non écrites ».

⁴ - هذا حتّى لو علّق المتبرع نفاذ تبرعه على تنفيذ الشرط، فمادام الشرط لم يكن هو الدافع إلى التبرع، فإنّه يبطل وحده ويبقى التبرع، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في سابق أحكامها. أنظر:

Civ. 17 juillet 1883, D. 84, 1, 305, concl. Ronjat, S. 84, 1, 156, note Labbé ; Civ. 28 juillet 1887, D. 88, 1, 435, S. 89, 1, 99, Cité par : Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit., p. 374.

باطلا ولا يقتصر الأمر على بطلان الشرط وحسب¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ الفقه والقضاء الفرنسيين إلى ما قبل صدور قانون 3 جويلية 1971 كانا مختلفين بين رافضٍ لشرط المنع من التصرف وبين مؤيّد له. لكن ما لبث أن استقرّ الأمر قضاءً وأضحى شرط المنع المؤقت والمشروع أمراً مسلماً به، إرتأى المشرّع الفرنسي إستجابة لهذا الواقع تبني هذا الشرط ومن ثمّ تقنينه، فعُدّل بذلك نصّ المادة 900 من تقنينه المدني بإضافة مادّة مكرّرة له (1/900)² بالقانون رقم 71/526 المؤرخ في 3 جويلية 1971، المعدّل بالقانون 728-2006 المؤرخ في 23 جوان 2006، وبمقتضاها أصبحت شروط المنع من التصرف "Clauses d'inaliénabilité" المقترنة بالهبات والوصايا - الواردة على العقار كما المنقول - لا تكون صحيحة ما لم تكن مؤقتة "temporaires" وتهدف إلى تحقيق مصلحة جدّية ومشروعة، ومع ذلك يسوغ لكلّ من الموهوب له والموصى له الالتجاء إلى القضاء المختصّ للإذن له بالتصرف في المال المحضّر بالتصرف فيه إذا تلاشت المصلحة التي كانت دافعا للمنع أو ظهرت له مصلحة تفوق أهمية المصلحة المستهدفة من الشرط المانع من التصرف.

وبالنظر لكلّ ما سبق، فإنّه يلاحظ بأنّ المشرّع الفرنسي قد ضيق من نطاق شروط المنع من التصرف على عكس ما ذهب إليه فقهه وقضائه ابتداءً، حيث قصرها على المال الموهوب أو الموصى به - منقولاً كان أو عقاراً -، منتهياً في الأخير حصرها في عقود التبرّع دون غيرها من باقي التصرفات الأخرى على غرار عقود المعاوضة³.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، المرجع السابق، ص. 576.

² - Art 900-1 : « Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime. Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer du bien si l'intérêt qui avait justifié la clause a disparu ou s'il advient qu'un intérêt plus important l'exige.

Les dispositions du présent article ne préjudicient pas aux libéralités consenties à des personnes morales ou mêmes à des personnes physiques à charge de constituer des personnes morales ».

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 330، هامش رقم: 1.

الفصل الثاني: أركان انعقاد عقد هبة العقار من حيث الشكل

من نافلة القول الإشارة - بداءة - إلى أنّ العقود من تقسيماتها المتعددة بحسب ما إذا كانت الإرادة وحدها تكفي لإنشائها من عدمه، تنقسم إلى عقود رضائية وأخرى شكلية.

والأصل في العقود أنّها رضائية، بمعنى أنّها تنعقد بمجرد التراضي بين أطرافها على إنشائها دون اشتراط أن يأتي هذا التراضي في شكل معين أو يقتصر بالتأخذ إجراء محدد تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة وحرّيتها، ولكن مع تطوّر سبل الحياة وتشعّب العلاقات المالية بين الأشخاص بدأت الاستثناءات تتزايد مع مرور الزمن حيث استقرّ المقام على أنّه لا يلزم لانعقاد بعض العقود توافر مجرد التراضي بين طرفيه، بل يستلزم فضلاً عن ذلك، حصوله في شكل معين يقرّره القانون¹.

وعقد هبة العقار بحسبانه عقداً شكلياً بامتياز²، إستلزمت معظم التقنيات المدنية لانعقاده إفراغه في سند رسمي، كما اشترطت لتمامه وصحّته، حيازة وقبض العقار الموهوب تبعاً لما تبنته من مدارس الفقه الإسلامي في هذا الصدد؛ والعلّة في ذلك تحقيق غايات ثلاث:

الأولى: حماية الواهب بتوجيه نظره وانتباهه إلى خطورة العمل الذي يُقدّم عليه من خلال هبة عقاره على اعتبار تجرّده عن ماله العقاري دون عوض.

الثانية: حماية الموهوب له³ بضمان حقّه وإثباته في شكل أكيد منعاً من رجوع الواهب عن هبته دون مسوّغ قانوني مشروع.

الثالثة: حماية الغير الذي يتعاقد مع الواهب مثل دائنيه والموصى له ببعض أموال هذا الأخير، إذ من الممكن خسارة الأموال المنتظرة من لدنهم بسبب تصرف الواهب، فتأتي الشكلية لتنبئهم بما هو مُقدم عليه فتدفعهم لحماية مصالحهم عند احتمال فقدانها.

هذا ما يدلّل انتهاء على أنّ الشكل المفروض في بعض الأحيان لا يكون استثناءً أو قيداً على مبدأ الرّضائية بقدر ما يكون حامياً للرّضى وانتصاراً له.

¹ - FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., p. 66

² - كون أنّه من أبرز التصرفات الشكلية، ويُراد بهذه الأخيرة التصرفات التي يشترط فيها القانون شرطاً شكلياً لصحّتها، أنظر: GUERRIERO Marie- Antoinette, Op. cit., p. 90.

³ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 22.

فهمة العقار - وفقاً لما تقدّم - عقد شكلي لا ينعقد - بالإضافة إلى أركانه الموضوعية السابق تناولها - إلاّ بحيازة العقار الموهوب، فضلاً عن توثيقه في سند رسمي، تحت طائلة بطلانه في الأصل.

ذلك ما سنحاول إبرازه من خلال التطرّق إلى ركن الحيازة في عقد هبة العقار (المبحث الأول)، ثمّ بيان ركن الشكلية ضمنه (المبحث الثاني)، فبيان الإخلال بشكله انتهاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الحيازة في عقد هبة العقار

لم تشترط مدارس الفقه الإسلامي شكلاً معيناً لعقد هبة العقار كما هو معروف، غاية ما في الأمر أنّ الخلاف اشتدّ بينهم فيما يتعلّق بحوز العقار الموهوب، هل يعتبر شرطاً في صحة هبة العقار بحيث لا تنشأ إلاّ به، أم أنّه شرطاً للزومها، بحيث تصحّ دونه بمجرد العقد، أم يعدّ أثراً من آثارها وحسب.

وفي بيان ذلك حرّى بنا التفصيل في مسائل ضرورية للإحاطة بالموضوع إحاطة كاملة، بدءاً باستعراض ماهية الحيازة في عقد هبة (المطلب الأول)، ثمّ بيان موقف الفقه الإسلامي من اشتراط الحيازة في عقد هبة العقار (المطلب الثاني)، يليه عرض موقف القانون الوضعي من اشتراط الحيازة في عقد هبة العقار انتهاء (المطلب الثالث).

المطلب الأول: ماهية الحيازة في عقد هبة العقار

إذا كان القبض هو التمكن من التصرف في المقبوض عموماً، فإنّه ومصطلح الحيازة شيء واحد؛ غاية ما في الأمر أنّ لفظ الحوز مصطلح مالكي محض أستعمل من لدن فقهاء المذهب خلافاً للقبض الذي يعدّ الأكثر شيوعاً واستخداماً لدى مختلف المدارس الفقهية الأخرى عدا المالكية¹.

ولمعرفة خبايا ذلك، يستحسن - بداءة - بيان مفهوم الحيازة (الفرع الأول)، ثمّ توضيح شروطها (الفرع الثاني)، فالإشارة إلى عرض أنواعها وطرقها انتهاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الحيازة في عقد هبة العقار

سنتناول في بيان ماهية الحيازة في عقد هبة العقار: تعريف الحيازة ابتداءً (البند الأول)، ثمّ بيان

¹ - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري مدعّمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص. 119.

الحكمة من اشتراطها انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: تعريف الحيازة

الحوز والحيازة لغة بمعنى القبض، وهما - أي الحوز والقبض - شيء واحد وإن اختلفا في استعمال الفقهاء لهما¹، فالقبض: مصدر قبض يقبض قبضاً، فهو قابض، وقبّاض، وقبّاضة.

وهو خلاف البسط والسعة، وقد طابق بينهما سبحانه في قوله: ﴿.. وَاللَّهُ يَفْبِضُ وَيَبْسُطُ..﴾².

وقبض الشيء بيده: أمسكه، ومنه مقبض السيف ومقبضه: حيث تقبض عليه.

وقبض يده عنه: إمتنع عن إمساكه، ومنه قيل لإمساك اليد عن البذل قبض.

قال عز وجل: ﴿.. وَيَقْبِضُونَ أَيْدِيَهُمْ...﴾³، بمعنى يمتنعون عن الإنفاق.

والقبض: الأخذ، يقال: قبض الشيء قبضاً إذا أخذه.

ويستعار القبض لتحصيل الشيء وإن لم يكن فيه مراعاة الكفّ، كقولك: قبضت الدار من فلان: أي حرزتها، قال تعالى ﴿... وَالْأَرْضُ جَمِيعًا قَبْضَتُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ...﴾⁴، أي في حوزة حيث لا تمليك لأحد.

يقال: صار الشيء في قبضة فلان: أي في ملكه وتصرفه، فالقبض: قبولك للشيء وإن لم تحوّل، وتحويلك الشيء إلى حيّزك.

قبضه المال: أعطاه إياه، والقبض ما قبض من الأموال، وتقبيض المال: إعطاؤه لمن يأخذه.

والمقبض: المكان الذي يقبض فيه، وقد يكتفى بالقبض عن الموت، فيقال: قبضه الله: أي أماته⁵.

¹ - فمثلاً عرّف المالكية الحوز بكونه: "رفع خاصية تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن فيه للمعطي أو نائبه". أنظر: محمد بن محمد ابن

عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي لابن عرفة، ج8، المرجع السابق، ص. 452.

² - سورة البقرة، الآية: 245.

³ - سورة التوبة، الآية: 67.

⁴ - سورة الزمر، الآية: 67.

⁵ - محمد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدين الزاوي، المرجع السابق، ص. 409.

أما في شأن الحوز فقد جاء على لسان ابن منظور في مادة حوزة: "الحوز اليسير الشديد والرويد، وقيل الحوز والحيز السُّوق اللَّيْن ... وحاز الإبل يحوزها ويحيزها حوزاً وحيزاً، وحوزها: ساقها سوقاً رويداً.

ويقال حُزها: أي سُقها سوقاً شديداً، وخذاها إليها بحزم وعَجَل ... وليلة الحوز أوّل ليلة تُوجّه فيها الإبل إلى الماء إذا كانت بعيدة عنه، سمّيت بذلك لأنّه يرفق بها تلك الليلة فيُسار بها رويداً ... والحوز من الأرض أن يتخذها رجل ويبين حدودها فيستحقّها فلا يكون لأحد فيها حقّ معه، فذلك الحوز ... والحوز: الجمع وكلُّ من ضمّ شيئاً إلى نفسه من مال أو غير ذلك، فقد حازه حوزاً وحيازة إليه واحتازه إليه ...

حازه يحوزه إذا قبضه وملّكه واستبدّ به، قال شمر: حزت الشيء جمعته أو نحّيته¹.

أما في شأن تعريف الحيازة اصطلاحاً، فلقد جاء على لسان الكاساني في تعريفه للقبض ما يلي "معنى القبض هو: التّخلية الممكنة من التصرف"².

وهو شبيه في المعنى من تعريف الدردير للقبض حيث قال: "هي وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه"³.

كما أنّ تعريف القبض بالحيازة قريبٌ من تعريف التسولي له، حيث قال بكون "الحوز وضع اليد على الشيء المحوز"⁴.

وعبّر بعض فقهاء المالكية عن القبض بالحوز أو الحيازة كما ذهب إليه الرّجراجي في قوله: "أما الحوز: فلا خلاف بين العلماء في جواز الهبة، والصّدقة [التي] لغير ثواب، وإن اختلفوا في بعض أحكامهما.

¹ - محمّد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدّين ابن منظور، لسان العرب، م 4، المرجع السابق، ص. 37-38.

² - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 140.

³ - أبو البركات أحمد بن محمّد العدوي الدردير، الشّرح الكبير على مختصر خليل، ج 4، مطبوع بمامش حاشية الدّسوقي، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي وشركاؤه، القاهرة، د. س. ط، ص. 233.

⁴ - فقد جاء في التّحفة ما يدلّل على ذلك في قوله: "... وأعلّم أن الحيازة على قسمين حيازة مع جهل أصل المملك لمن هو، وحيازة مع علم أصل المملك لمن هو فالأولى يكفي فيها عشرة أشهر فأكثر كان المحوز عقاراً أو غيره، والثّانية لا بُدّ فيها من عشر سنين فأكثر في العقار ...، وكلّ من الحيازتين لا بُدّ في الشّهادة به من ذكر اليد وتصرّف الحائز تصرف المالك في ملكه". أنظر: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّسولي، المرجع السابق، ص. 415.

وأما افتقارهما إلى الحوز، فلا خلاف في مذهب مالك أنها تلزم بالقول، ومن تمامهما القبض، والحوز عنده من تمام الهبة لا من شروط صحتها¹.

ويدنو هذا التعريف في معناه من تعريف ابن حزم للقبض، حيث قال: "وَقَبْضُهُ لَهُ: هُوَ أَنْ يُطْلَقَ يَدُهُ عَلَيْهِ بِأَنْ لَا يُحَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ"².

على أن ابن عرفة استرسل في تعريفه للحوز، فقال: "وحقيقته رفع خاصية تصرف الملك فيه عنه بصرف التمكن فيه للمعطي أو نائبه"³.

ويشرح الرصاع هذا التعريف بقوله: "(قُلْتُ) إِنَّمَا قُلْتُ فِي التَّرْجِمَةِ الْحُوزُ الْمَطْلُوقُ لِأَنَّهُ كَذَلِكَ يَظْهَرُ مِنْ قَصْدِهِ - رَحِمَهُ اللَّهُ - لِأَنَّهُ قَالَ: وَشَرَطُهُ كَجَنْسِهِ الْعَطِيَّةُ حُوزُهُ، ثُمَّ قَالَ وَحَقِيقَتُهُ إِحْلَاقُ قَوْلِهِ "رَفْعُ" صَيْرَ الْجَنْسِ رَفْعًا وَهُوَ كَذَلِكَ. قَوْلُهُ "خَاصِيَّةُ تَصَرُّفِ الْمَلِكِ" خَاصِيَّةُ تَصَرُّفِ الْمَلِكِ التَّمَكُّنُ مِنَ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالْبَيْعِ وَالِاسْتِغْلَالِ وَوَضْعُ الْيَدِ بِكَرَاءٍ أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ، وَقَوْلُهُ فِيهِ أَيُّ فِي الْمَلِكِ. وَقَوْلُهُ "عَنْهُ" أَيُّ عَنْ الْمُعْطِي بِصَرَفِ التَّمَكُّنِ مُتَعَلِّقٌ بِرَفْعِهِ. قَوْلُهُ "مِنْهُ" مُتَعَلِّقٌ بِالتَّمَكُّنِ وَضَمِيرُهُ يَعُودُ عَلَى الْمُعْطِي وَلِلْمُعْطِي مُتَعَلِّقٌ بِالصَّرْفِ وَالضَّمِيرُ فِي قَوْلِهِ نَائِبُهُ لِلْمُعْطِي، وَيَخْرُجُ بِقَوْلِهِ لِلْمُعْطِي حُوزُ الرَّهْنِ وَمَعْنَاهُ رَفْعُ يَدِ الْمُعْطِي عَنْ التَّصَرُّفِ فِي الْمَلِكِ وَرُدُّ ذَلِكَ إِلَى يَدِ الْمُعْطِي أَوْ نَائِبِهِ وَنَائِبُهُ إِنَّمَا وَكِيلُهُ أَوْ وَصِيُّهُ أَوْ مُقَدِّمٌ قَاضٍ، وَهَذَا مَعْنَى مَا وَقَعَ فِي مَوَاضِعَ، وَتَأَمَّلْ حَدَّ هَذَا الْحُوزِ مَعَ مَا ذَكَرَ فِي حَدِّ الْحُوزِ فِي الْهَبَةِ، وَتَأَمَّلْ أَيْضًا الْحُوزَ فِي حَبْسِ الْمَسَاجِدِ وَغَيْرِهَا وَمَا ذَكَرَهُ الْفُقَهَاءُ فِي حُوزِ الْمَسَاجِدِ وَالْفَنَاطِرِ وَالْآبَارِ وَإِنْ رَفَعَ يَدَ الْمُحْبِسِ عَنْهَا وَتَخْلِيَّتُهُ بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَهَا كَافٍ، وَأَمَّا حُوزُ الْحَبْسِ فِي غَيْرِهَا عَلَى مُعَيَّنٍ فَرَفْعُ يَدِهِ بِتَسْلِيمِهِ لِعَیْرِهِ وَعَدَمُ عَوْدِهِ إِلَيْهِ لِنَفْعِهِ بِهِ نَحْوُ مَا كَانَ قَبْلَ تَحْبِيسِهِ ".... عَلَى أَنَّ مُرَادَهُ بِالْحَبْسِيِّ رَفْعُ التَّصَرُّفِ فِعْلًا مِنْ يَدِ الْمُعْطِي إِلَى آخِرِ مَا ذَكَرَ فَإِنْ كَانَ الْمُحْبِسُ عَلَيْهِ مُعَيَّنًا فَرَفْعُ يَدِ الْمُعْطِي وَتَسْلِيمِهِ وَعَدَمُ عَوْدِهِ إِلَيْهِ كَمَا ذَكَرَهُ عَنْ كِتَابِ الْحَبْسِ فَلَوْ زَادَ مَعَ الْحَدِّ لِلْأَعَمِّ خَاصِيَّةَ الْحَيِّ وَهُوَ الصَّرْفُ بِالْفِعْلِ لَصَحَّ ذَلِكَ وَاللَّهُ أَعْلَمُ"⁴.

وعليه، فالحياسة بمفهوم ابن عرفة، هي انتقال التصرف الفعلي من يد الواهب إلى يد الموهوب له، وهو ذاك الذي عبر عنه الرصاع برفع اليد من جهة المعطي ووضع اليد من جهة المعطى.

¹ - أبو الحسن علي بن سعيد الزجاجي، المرجع السابق، ص. 361

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، ابن حزم، المحلى، ج 7، المرجع السابق، ص. 472.

³ - محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، المرجع السابق، ص. 452.

⁴ - محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، المرجع السابق، ص. 415 - 417.

كما أنّ التّمكين الذي أشار إليه ابن عرفة، معناه بسط اليد على العطية بلا معارض، بالانتفاع أو البيع أو غيره، فالتصرّف يجمع اليد على العطية في الرقبة والمنفعة.

على أنّه يشار بأنّ هذا التعريف، رغم شرح الرصاع، لا ينسجم مع معنى الحوز في العطايا، ذلك أنّ الحوز فيها معناه تسليم الشيء المعطى من يد المعطي إلى يد المعطى له، وبمعنى آخر، هو وضع المعطى يده على العطية، ولا شأن في ذلك أن يتصرّف فيها بالبيع أو غيره أو أن ينتفع بها، وإنّما أن تنقل إليه وأن تخرج فعلياً من يد المعطي ومن حزره إلى يد وحرز المعطى.

ولعلّ عدم الانسجام في هذا التعريف، إنّما يرجع إلى عدم التّفرة بين عقد العطية وتنفيذ هذا العقد بتسليم العطية، ذلك أنّ الذي يمكن من التصرّف في العطية بمختلف أوجه التصرّف هو العقد الذي ينقل بموجبه الملكية من شخص لآخر، لكن حتّى يتحقّق ذلك بالفعل، يلزم تسليم العطية، فالتسليم ووضع اليد هو الذي يمنح للعطية وجودها الفعلي والحسي¹.

يستشف ممّا سبق، أنّ العلاقة بين التعريفين اللّغوي والاصطلاحي هو العموم والخصوص المطلق، ذلك أنّ القبض في المعنى اللّغوي يطلق على معانٍ من ضمنها قبلك للشيء وتحصيله وإن لم تحوّل، وهو ذات المعنى الاصطلاحي للقبض، فكلّ قبض في المعنى الاصطلاحي متحقّق فيه المعنى اللّغوي وليس العكس².

تجدر الإشارة - انتهاءً - بأنّ مختلف هذه التعاريف تنصّب على معنى واحد، وإن كان الفقهاء قد تباينت آرائهم في ما يعتبر حوزاً وما لا يعتبر كذلك ممّا هو مبين في موضعه في بطون مؤلفاتهم³.

البند الثاني: الحكمة من اشتراط الحيابة

خلافاً لعقود المعاوضات، فإنّ التبرّعات ومن بينها هبة العقار يراد منها التجردّ من المال العقاري

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 257.

² - محمّد حسين قنديل، قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي، مجلّة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 17، السنة 5، 1413 هـ، ص. 166.

³ - قال العزّ بن عبد السلام في هذا الصّدّد: "قولهم قبضت الدار والأرض والعبد والبعر يريدون بذلك الاستيلاء والتّمكّن من التصرّف". أنظر: عبد العزيز أبو محمّد عزّ الدّين السلمي، سلطان العلماء ابن عبد السلام، الإشارة إلى الإيجاز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 79. ومن التعريفات المعاصرة للقبض تعريف الموسوعة الفقهية الكويتية له بكونه: "حيابة الشيء والتّمكّن منه، سواء أكان ممّا يمكن تناوله باليد أم لم يمكن". أنظر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج32، تصدر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، مطابع دار الصّفوة، مصر، ط1، 1987، ص. 257.

بدون عوض، وليس ثمة شك في أنّ إخراج المال بدون مقابل فيه ضررٌ محتملٌ بالغير الذي قد ينشأ له حقٌّ على هذا المال. لذلك فقد تنبّه الشارع الحكيم إلى ذلك، فقيّد عقد هبة العقار بضرورة إخراجها من حيازة الواهب قبل حصول المانع دفعاً للتهمة وتأكيداً لرضا الواهب.

ويتّصل القول في ذلك بالمانع من أوجه المعرفة:

- مانع الموت: وعليه تنشأ حقوق الورثة.

- ومانع الدين المحيط: ومن خلاله تنشأ حقوق الدائنين.

- ومانع مرض الموت: حيث يحجز فيه على المريض فليس من ماله سوى الثلث كوصية للمتصرف إليه، فضلاً عن ترقب وتربص الورثة به.

- ومانع الجنون والسفه: فلا حوز بعدهما.

يقول ابن رشد إستدلالاً على الغاية من الحوز في هبة العقار "... وإمّا كانت الحيازة من شرط تمام الهبة والصّدقة، لأتّهما لو أجزيا دون حيازة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثمّ يخرج عن ورثته بعد وفاته وذلك ممنوع؛ لأنّ الله تعالى فرض الفرائض لأهلها، وتوعّد على تعديها فقال: { تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ } [البقرة: 229] وقال: { تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ } [النساء: 13] { وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ } [النساء: 14]، وبذلك ورد الخبر أيضاً عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -¹.

أمّا عن ضرورة إخراج التبرّعات - ومنها هبة العقار - من حوز المتبرّع قبل حصول المانع فهذا نفيّاً للتهمة، يشير إلى ذلك الونشريسي بقوله "إعلم أنّ من الاحتياط والحزم ذكر قبل معاينة القبض ... وكذلك في الأحباس والصّدقات والهبات، وفي كلّ ما ليس فيه عوض من سائر التبرّعات؛ لما يتعلّق بذلك من أحكام الغرماء وحقوق الورثة ... وأمّا حقوق الورثة، فإنّ الواهب إذا وهب ماله أو تصدّق به في صحّته وأبقاه تحت يديه ينتفع به إلى أن يموت، فيأخذه الموهوب له ويحرمه من يرثه بغضاً فيه، فيؤدّي ذلك إلى قطع الموارث، فإذا لم يصحّ له غرضه في حرمان الوارث إلّا بأن يخرج ماله من يده إلى يد

¹ - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 410-411.

الموهوب له، فإنّ نفسه لا تسمح بذلك بأن يغني غيره ويبقى فقيراً، فيؤدّي ذلك إلى منعه من القصد إلى حرمان الوارث ما أوجب التبرّع أن يرثه عنه. ولهذا افتقرت إلى الحياة والقبض بمعينة البيّنة، قاله المازري وابن رشد وغيرهما¹.

ويضيف القرافي مدللاً على تلك المعاني: "... العُقُودُ النَّاقِلَةُ لِلْأَمْلاكِ ثَلَاثَةٌ أَقْسَامٍ مِنْهَا مَا شَرَعَ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ وَتَحْصِيلِ الْمُهِمَّاتِ، فَشَرَعَ لَارِزَمًا تَامًّا بِمَجَرَّدِهِ مِنْ غَيْرِ اتِّصَالِ قَبْضٍ وَلَا غَيْرِهِ اتِّفَاقًا تَحْقِيقًا لِتِلْكَ الْمَقَاصِدِ الْعَامَّةِ الْمُحْتَاجِ إِلَيْهَا، وَمِنْهَا مَا شَرَعَ مَعْرُوفًا عِنْدَ الْمَمَاتِ وَهُوَ الْوَصِيَّةُ فَشَرَعَ الرُّجُوعُ فِيهِ تَرْغِيبًا فِي نَقْلِ الدُّنْيَا لِلْآخِرَةِ حِينَئِذٍ، فَإِنَّ الْمُوصِي إِذَا عَلِمَ أَنَّ لَهُ الرُّجُوعَ لَمْ يَبْقَ لَهُ مَانِعٌ مِنَ الْإِصْأَاءِ لِأَنَّهُ إِنْ مَاتَ لَا يَأْسَفُ وَإِنْ عَاشَ لَا يَأْسَفُ بِسَبَبِ الْقُدْرَةِ عَلَى الرُّجُوعِ، فَلَوْ مُنِعَ مِنَ الرُّجُوعِ امْتَنَعَ مِنَ الْإِصْأَاءِ خَشْيَةَ النَّدَمِ وَهَذَا مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ أَيْضًا، وَقَسَمَ اخْتِلَفَ فِيهِ هَلْ يُلْحَقُ بِالْأَوَّلِ أَوِ الثَّانِي وَهُوَ الْهَبَةُ وَالصَّدَقَةُ وَالْهَدِيَّةُ وَالْعُمْرَى وَالْعَارِيَّةُ وَالْوَقْفُ، فَإِذَا لَاحِظْنَا خُلُوقَهَا عَنِ الْعَوَضِ وَالْحَاجَاتِ يَنْبَغِي أَنْ تُلْحَقَ بِالْوَصِيَّةِ، وَإِنْ لَاحِظْنَا كَوْنَهَا فِي الْحَيَاةِ الَّتِي هِيَ مَطْنَةُ الْمُكَافَأَةِ بِأَمْثَالِهَا مِنَ الْهَبَاتِ وَأَنْوَاعِ الشَّئَاءِ وَالْمَحَامِدِ وَكُلِّ ذَلِكَ مِنْ مَقَاصِدِ الْعُقُلَاءِ فِي الْحَيَاةِ، فَهِيَ تَقُومُ مَقَامَ الْأَعْرَاضِ فَيَنْبَغِي أَنْ تُلْحَقَ بِالْبَيْعِ أَوْ نُلَاحِظُ تُهُمَةً إِعْرَءِ الْمَالِ عَنِ الْوَرَثَةِ مَعَ شُبْهَةِ الْبَيْعِ فَتُوجِبُهَا بِالْعُقْدِ وَتُبْطِلُهَا بِعَدَمِ الْقَبْضِ تَوْفِيقَةً بِالشُّبْهَتَيْنِ ..."².

وزيد الماتن على هذا القول: "... الْقَبْضُ إِذَا اشْتَرَطَ عِنْدَنَا لِنَفْيِ التُّهْمَةِ لِإِلَّا يَنْتَفِعَ الْإِنْسَانُ بِمَالِهِ عُمَرُهُ وَيُخْرِجُهُ عَنْ وَرَثَتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ"³.

الفرع الثاني: شروط الحياة

يشترط في الحياة شرطان أساسيان: أولهما المعينة ويُرَادُ بِهَا أَنْ يَتِمَّ الْإِشْهَادُ عَلَيْهَا، وثانيهما حصول الحياة قبل حدوث المانع، وشرطٌ أخير مقصور على الحوز في دار السّكن كاستثناء. ذلك ما سنحاول تفصيله فيما يلي من خلال دراسة شرط المعينة (البند الأول)، فبحث شرط حصول الحياة قبل حدوث المانع (البند الثاني)، ثمّ استقصاء شرط الحوز في الدّار المعدة للسّكن (البند الثالث).

¹ - أبو العبّاس أحمد بن يحيى بن محمّد بن عبد الواحد الونشريسي التلمساني الفاسي المالكي، المنهج الفائق والمنهل الزّائق والمعنى اللاّئق بأداب المؤتّق وأحكام الوثائق، ت: عبد الباقي التّوكالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2006، ص. 157.

² - أبو العبّاس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرافي، الذّخيرة، ج 6، المرجع السّابق، ص. 230.

³ - نفس المرجع، ص. 245.

البند الأول: شرط المعاينة

فكما سبق الإشارة إليه، فإن هبة العقار تكون مهددة بالإسقاط إذا لم تحز قبل وفاة الواهب أو مرضه المخوف أو جنونه أو سفهه أو إفلاسه، لذا فإن الموهوب له لن يهناً له بال ولا قرار حتى يدخل الهبة في حوزة وتحت حوزة، ولن ينفعه القبول ولا تحرير العقد إن لم يحزه، كما أن الحياة الصورية تعرض الهبة لخطر الإسقاط، إذ الحوز هو حوز المعاينة¹ وحوز التحقق وإن لم يشترط انتفاع الموهوب له بهبته.

على أن الإشهاد بالمعاينة لا يصح إلا إذا كان من الغير، أما المعاينة المبينة على إقرار الواهب والموهوب له فإنه لا يعتد بها، ذلك أنه ليس للشخص أن يهين حجة بنفسه لتسري على الغير.

وفي هذه الحالة فإنه غالباً ما يرغب شخص في هبة عقاره للتمييز بين الورثة، على أن لا يتم حيازتها إلا بعد وفاته، ومرد ذلك الحفاظ والاحتياط على مصالحه، أو كما قال القرافي: ينتفع بماله طيلة عمره ويخرجه عن ورثته عند الموت، فيتفق مع الموهوب له على الهبة وعلى حيازة صورية بالعقد² حتى

¹ - يقال في صيغة إشهاد العدلين على معاينة الحيازة ضمن متن عقد هبة العقار "وبسط لهم يد الحوز لذلك الأصل الموهوب لهم، وتوجه شهادته صحة الواهب والموهوب لهم المذكورين إلى الأرض المذكورة وحازها الموهوب لهم حوزاً تاماً معاينة فارغة من شواغل الواهب المذكور كما يجب، عرفوا قدره شهد به عليهم بأتمه...". أنظر: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 263. وفي تطبيق لما سبق قضى المجلس الأعلى المغربي في قرار له بالقول: "ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة البيئة لحوزه في حُبس أو رهن أو هبة أو صدقة ولو أقر المعطي في صحة أن المعطى له قد حاز وشهدت عليه بإقراره بيئة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر الورثة حتى تعين بيئة الحوز". أنظر قضاء المجلس الأعلى المغربي في قرار صادر له بتاريخ: 1983/03/22، ع 359، نقلاً عن: عبد الرحمن بلعكيد، نفس المرجع ونفس الصفحة، هامش رقم: 39؛ وأنظر كذلك ما قضى به نفس المجلس في ذات السياق بالقول: "لا يكفي اعتراف الواهب والموهوب له بالحيازة في الهبة، بل لابد من المعاينة لهذه الحيازة أو ما يقوم مقامها...". راجع: قرار المجلس الأعلى (المغربي)، ملف رقم: 94/5227، ع 723، الصادر بتاريخ: 1999/07/27، نقلاً عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 61.

² - ومن الحيل التي قد يلتجئ إليها المتعاقدان، الكذب على المؤقت والدفع به إلى الإشهاد على معاينة الحوز لتبرير الهبة، حتى إذا ما تحقق لهما ذلك، عاد الواهب ليحوز هبته فيستغلها أو يسكن بها إلى غاية وفاته، وهذا هو الغالب. وفي هذه الحالة يتظاهر الموهوب له بوضع اليد على العقار الموهوب، إلا أن يكون قد انتفع به في حياته وأخرجه عن ورثته بعد وفاته. على أن الفقهاء قد تصدوا لهذه الظاهرة حيث اعتبروا رجوع الحوز إلى الواهب عن قرب من الهبة قرينة على التحايل والصورية؛ ويوكل تقدير هذا القرب للقضاء، وهو دون أجل السنة المشتراط في هبة عقار السكنى. يقول العلامة خليل في هذا الصدد: "ولا إن رجعت إليه بعده بقرب بأن أجراها أو أرفق بها بخلاف السنة". وفي شرح قول الماتن يقول الخرشي "ولا إن رجعت إليه بعده بقرب بأن أجراها أو أرفق بها (ش) المعطوف محذوف أي: ولا واهب إن رجعت إليه بعده بقرب والمعطوف عليه هو قوله لا غاصب، والمعنى أن الهبة إذا حازها الموهوب له ثم بعد ذلك رجعت إلى واهبها بقرب ذلك الحوز فإنما تبطل بأن آجر الموهوب له الهبة لواهبا أو أرفقه بها، أي: أرفق الموهوب له الواهب بالهبة فإنما تبطل أيضاً والإرفاق هو الغمري؛ لأن قرينة الرجوع عن قرب دلت على أن الواهب يحيل على إسقاط الحيازة، فالضمير المستتر في رجعت للهبة والضمير المحرور بإلى اللواهب وضمير بعد للحوز وفاعل آجر وأرفق للموهوب له والضمير المحرور بالباء للهبة والقرب دون السنة كما يفيد مقابله له بقوله: (بخلاف سنة): يعني أن رجوع الهبة للواهب بعد حوز الموهوب له سنة لا يضرب؛ لأنها طول فهو مفهوم قوله بقرب وإنما صرح به لبيان مقدار القرب وهذا يشبه الاستثناء المنقطع؛ لأن هذا لم يدخل فيما قبله كما قاله بعض وفيه نظر؛ لأن هذا لا يقال فيه إخراج بل هما أمران متقابلان...". أنظر: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 109-110.

يتجنب خطر إبطالها.

فالعبرة إذن بإشهاد معاينة الحوز إنما يكون إشهاداً مبنياً على الرؤية والاطلاع في محل وجود العقار الموهوب، ومحل الشاهد ما ورد في المدونة: "... قَالَ: سَأَلْتُ مَالِكًا عَنْ الرَّجُلِ يَتَصَدَّقُ عَلَى وَلَدٍ لَهُ كِبَارٍ ... وَكَتَبَ لَهُمْ كِتَابًا، وَكَتَبَ فِي كِتَابِهِ أَنَّهُ قَدْ دَفَعَهُ إِلَيْهِمْ وَقَبَضُوهُ. وَكَانَ الْوَلَدُ كِبَارًا وَقَدْ بَلَغُوا الْحَيَاةَ وَمِثْلَهُمْ يَحُوزُ، فَهَلَكَ الْأَبُ وَقَدْ كَانَتْ صَدَقَتُهُ فِي صِحَّتِهِ، فَلَمَّا هَلَكَ الْأَبُ قَالَ بَقِيَّةُ الْوَرْتَةِ: لَمْ تَقْبِضُوا وَقَالَ: الْمُتَصَدِّقُ عَلَيْهِمْ: قَدْ قَبَضْنَا. وَاحْتَجُّوا عَلَيْهِمْ بِشَهَادَةِ الشُّهُودِ وَإِقْرَارِ الْمُتَصَدِّقِ بِالَّذِي فِي الْكِتَابِ، فَسُئِلَ الشُّهُودُ أَعْلِمْتُمْ أَنَّهُمْ حَازُوا؟ وَقَالُوا لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا فِي هَذَا الْكِتَابِ مِنَ الْإِقْرَارِ، وَلَا نَدْرِي أَحَازُوا أَوْ لَمْ يَحُوزُوا. فَقَالَ لِي مَالِكٌ: إِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُمْ بَيِّنَةٌ أَنَّهُمْ قَدْ حَازُوا - وَفِي صِحَّةٍ مِنْهُ - فَهِيَ مَوْزُونَةٌ عَلَى فَرَائِضِ اللَّهِ فَكَذَلِكَ مَسْأَلَتُكَ"¹.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن الإشهاد يقوم مقام الحيازة عند الملكية في الحالات الآتية:

- هبة أحد الزوجين للآخر دار سكناه:

تصح هبة الزوجة دار السكنى لزوجها، أو لأولادها ولو بقيت ساكنة معهم إذا أشهدت على الهبة، ويعتبر سكنى الزوج معها في الدار حوزاً لها، لأن السكنى واجب توفيرها على الزوج، فهو صاحب البيت، وهي تبع له.

فإذا ما اشترطت عليه في الهبة ألا يخرجها من الدار التي وهبتها له فضلاً عن عدم بيعها، بطلت الهبة، ولا يعتبر سكناه معها - عندئذ - حوزاً لها لتحجيرها عليه في الحوز.

كما أن هبة الزوج دار سكناه لزوجته لا تصح ما دام يسكن معها في نفس الدار على اعتبار أنها لا تتأتى لها حيازتها، حيث إن سكناها فيها تبع له، فلا تعتبر - من ثمة - حائزة إلا إذا خرج منها مع تسليمه لمفاتيحها لها، فتم لها الهبة حينئذ².

- هبة أحد الوالدين عقاراً لإبניהما الصغير:

لا تحتاج هبة أحد الوالدين لولدهما الصغير إلى حيازة، فمتى أشهد الأب أو الأم على الهبة صحّت الهبة حتى لو حصل لهما المانع والهبة في حوزتهما لأحدهما يحوزان له، باستثناء دار السكنى حيث

¹ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج 4، المرجع السابق، ص. 401.

² - الصادق عبد الرحمن الغرياني، المرجع السابق، ص. 258.

يشترط ألا يسكن الأب الدار التي يهبها لولده فإن سكن بطلت الهبة؛ لأنه يعدّ رجوعاً. جاء في بداية المجتهد إستدلالاً على الحكم المذكور: "والأصل في ذلك عندهم: ما رواه مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيّب أنّ عثمان بن عفّان قال: من نحل ابناً له صغيراً لم يبلغ أن يحوز نحلته فأعلن ذلك وأشهد عليه، فهي حيازة وإن وليها.

قال مالك وأصحابه: لا بدّ من الحيازة في المسكون ... فإن كانت داراً سكن فيها وخرج منها..¹.

وأكد القاضي نفس القول حينما قال: "... ولا تتم الصدقة إلا بحيازتها والتطوّف بالبيّنة عليها، إلا أن يتصدّق بذلك الرجل على ابنه الصغير، فالشهادة بذلك له حيازة إذا خرج عنها إن كانت ممّا يسكن، فإذا تمّ للصدقة سنة فقد كملت الحيازة فيها وجاز له أن يسكن بعدها فيها، ولم تبطل بذلك الصدقة، وعلى ذلك مضى العمل عند شيوخنا وبه الحكم"².

- حيازة الولي لمحجوره:

يجوز للولي أن يحوز لمن هو في حجره حتّى يبلغ رشيداً شريطة الإشهاد على الهبة، فإذا بلغ رشيداً حاز لنفسه، فإن حصل مانع للولي قبل رشد المحجور صحّت الهبة، وكفى حوز الولي مع الإشهاد، وإن حصل مانع للولي بعد رشد المحجور ولم يحز لنفسه، بطلت الهبة. هذا إذا كان الموهوب معيّناً، ومثاله العقار المعيّن بالذات والوصف.

أمّا إذا كان الموهوب ممّا لا يعرف بعينه كالعقار الموصوف غير المعيّن، فلا يتمّ حوزة من الولي لمحجوره مادام باقياً في حيازة الولي مع وضعه يده عليه. فإنّما أن يعيّنه، أو يخرجّه عن يده إلى أجنبي يحوزه للمحجور قبل حصول المانع لكي تتمّ الهبة.

أمّا إذا وهب الولي دار سكناء لمحجوره، فلا بدّ أن يخرج منها ويخليها أو يخلي أكثرها من شواغله لكي تصحّ حيازته إيّاها لمحجوره، ذلك أنّ الأقلّ يتبع الأكثر، والأتباع لها حكم متبوعاتها، فإن ضلّ شاغلاً لها أو لأكثرها حتّى توفي بطلت الهبة، وأضحّت - من ثمّة - ميراثاً³.

¹ - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 499.

² - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكّام، ت: الباتول بن علي، مطبعة فضالة، المحمّدية، المغرب، 1990، ص. 338.

³ - الصّادق عبد الرّحمن الغرياني، المرجع السابق، ص. 258 - 259؛ وأنظر أيضاً: عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزّرقاني المصري، شرح

البند الثاني: شرط حصول الحيابة قبل حدوث المانع

إذا لم تتمّ الحيابة قبل وقوع المانع¹ فإنه لا ينظر إلى هبة العقار المبرمة بعد حدوثه؛ ويقصد بالمانع في هذا الصدد إمّا موت أو دَيْنٌ محيط أو جنون أو مرض موت أو سفه. يشير إلى ذلك العلامة خليل بقوله: "ولا بقيت عنده...".

ويشرح الخرشي قول الماتن بقوله: "... هو معطوف على قوله لا العكس، والمعنى أنّ الهبة إذا بقيت عند واهبها إلى أن فلس أو إلى أن مات فإنّها تبطل لفوات الحوز الذي هو شرط في صحّة ملكها سواء علم الموهوب بها أم لا، فالضمير في بقيت عائد على الهبة بمعنى الشيء الموهوب المفهوم من الهبة بمعنى التملك..."².

ويشمل حكم الموت: الإغماء والشلل وزمن الاحتضار، علاوة على الإصابات والحوادث التي يتعرّض لها الشخص فجأة فتؤدّي به إلى الموت عاجلاً أم آجلاً أو تسبّب له في مرض مخوف.

الترقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الترابي فيما ذهل عنه الترقاني، ضبطه وصحّحه وخرج آياته: عبد السلام محمد أمين، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 2002، ص. 185.

¹ - يسوغ للعدل - طبقاً للتوثيق العدلي المغربي - تلقّي الشهادة وتحرير عقد هبة العقار إذا كان المتبرّع قد حاز العقار حياة معتبرة قبل حدوث المانع. "فبالنسبة إلى هذه الرسوم - يقصد بها رسوم الهبات - يذكر أنّ علماء المذهب ذهبوا إلى أنّها لا تفيد الملك ولا تدلّ عليه إلا بانضمام الحوز...". أنظر في تفصيل هذا القول: العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، ج 2، مكتبة دار السلام، الرباط، طبعة مزودة ومنقّحة، 2009، ص. 53؛ محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتقنين المغربي، مطبعة دار التّجّاح الجديدة، الدّار البيضاء، المغرب، 1990، ط1، ص. 294 وما يليها.

² - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 109. وجاء في المدونة ما يؤكّد هذا القول: "في الرّجل يهب لآبائه الصّغير ولرّجل أخيه عبداً له ويشهد لهما بذلك ولم يقبض الأجنبي حتّى مات الواهب. قلت: أرايت إن وهبت لآبائي وهو صغير ولرّجل أخيه عبداً وأشهدت لهما بذلك، فلم يقبض الأجنبي الهبة حتّى مث، أيجوز نصف العبد لآبائي أم لا؟ قال: قال مالك في رجل حبس على ولده حبساً وأشهد لهما بذلك وهم صغار وكبار، فلم يقبض الكبير الحبس حتّى مات الأب. قال مالك: الحبس باطل ولا يجوز للكبار ولا للصغار، لأنّ الكبير لم يقبضوا الحبس. وقال مالك: لا نعرف إنفاذ الحبس للصغار ههنا إلا بحيارة الكبير، فكذلك الهبة. وليس هذا عنده مثله إذا حبس عليهم وهم صغار كلّهم، فإنّ هذا جائز لهم إذا مات، فالحبس لهم جائز. وقال ابن نافع، وعليّ بن زياد عن مالك: أنّه إذا تصدّق على ابن له صغير وكبير أو أجنبي، فنصيب الصغير جائز ونصيب الكبير غير جائز. وإذا حبس فالحبس باطل من قبل أنّ الصّدقة تُقسّم إذا كانت لهم وتصير مالا من أموالهم. فمن هنالك تمّ للصغير ما يصير له لأنّه قد قبض عليه من هو له جائز القبض، وإنّ الحبس لو أسلم إلى من يقبضه لهم أو أسلم إلى الكبير لم يجز فيه المُقاسمة، وإنما ينقضي في أيديهما ينتفعان به. فمن هنالك لم يتمّ قبض الأب للصغير لأنّه بما لا يقسم ولا يجز، أو يكون ذلك داعية إلى أن يجنس الرّجل الحبس على البالغ فيكون في يديه حتّى يموت ثمّ ينفذ من رأس المال فلا نعرف، إنفاذ الحبس ولا قبضه إذا كان من حبس عليه يقبض لنفسه وهو ممّا ليس من سنته أن يقسم ويجز، فيصير مالا لهم يتوارثونه ويبيع إلا بأن يخرج من يدي الذي حبسه ويقبض منه ويبيع. أنظر: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج 4، المرجع السابق، ص. 402.

ويعتبر الدَّين محيطاً إذا تجاوزت الأصول الخصوم أو أضحى وشيك الإحاطة؛ وفي الإفلاس يعتدّ بالرَّيبة، وعند الدَّفْع بالصَّورية أو التَّنَازع في تاريخ الهبة، فالعبرة بوسائل الإثبات المختلفة.

وعند الشك في الأسبقية بين الدَّين والتبرّع بهبة العقار، يُقَدَّم الدَّين عليها لأنّه واجب، على اعتبار أنّ الواجب مقدّم على المندوب¹.

وعلى اعتبار أنّ الجنون والسفَه ومرض الموت من الموانع، فلا هبة إذا لم تتمّ الحياة قبلهم بحيث لا يلتفت إلى أنّ الهبة قد أبرمت والواهب في تمام أهليته، ذلك أنّ الانعقاد الحقيقي للهبة إنّما يكون عند حيازتها كونها تبرّع ولا تبرّع بدون حوز.

كما لا يلتفت إلى القبض ولو قبل وفاة الواهب إذا كان قبل موته قد جُنَّ أو سفه أو مرض، ينبّه إلى ذلك خليل بقوله: "أو جُنَّ أو مرض واتّصلاً بموته"، وفي شرحه يفيد الخرشي: "هذا معطوف على ما تبطل فيه الهبة، والمعنى أنّ الواهب إذا حصل له جنون واتّصل بموته أو حصل له مرض واتّصل بموته فإنّ الهبة تبطل ولو قبضها الموهوب له قبل الموت؛ لأنّ شرط الحوز كونه في صحته وعقله"².

لكنّه إذا صحّ من مرضه أو أفاق من جنونه ثمّ توفّي فإنّ الهبة تكون صحيحة، وهذا ما جعل خليل يعقّب على قوله: "واحترز بقوله واتّصلاً بموته ممّا إذا أفاق المجنون أو صحّ المريض قبل موته فإنّ الموهوب له يأخذ هبته ولا تبطل"³.

وقد أثير التساؤل حول إبطال هبة العقار المبرمة قبل المرض إذا لم يطلب حيازتها إلّا بعد المرض؟ أفلا تصبح وصيّة شأنها في ذلك شأن باقي التبرعات التي يبرمها المريض حال مرضه المفضي إلى الموت المعتدّ به كوصيّة؟.

¹ - جاء في منح الجليل: "(وبطلت) الهبة (إن) بكسر فسكون (تأخّر) بفتححات مثقلاً حوزها (ل) حصول (دَيْنٍ محيطٍ) بمال الواهب. الخطّ يعني أنّ الهبة تبطل إذا تأخّر الحوز حتّى أحاط الدَّين بمال الواهب، ظاهره ولو كان الدَّين حادثاً بعد الهبة وهو أحد القولين، وعليه اقتصر ابن الحاجب. فيها لابن القاسم - رحمه الله تعالى - كلّ صدقة أو حُبْس أو نَحْلَة أو غُمرى أو عطية أو هبة لغير ثواب في الصّحة يموت معطيها أو يفلس أو يمرض قبل حوز ذلك فهي باطلة. إلّا أن يصحّ المريض فتحاز عنه بعد ذلك، ويقضى للمعطي بقبضها إن منعه معطيها. ابن يونس مطرف وابن الماجشون إذا أدان المعطي ما أحاط بماله بالصدقة فالدَّين أولى والعطية باطلة والصدقة بيوم قبضها لا بيوم يتصدّق بها خلافاً لأصبغ". أنظر: محمّد بن أحمد بن محمّد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 182-183.

² - محمّد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 107.

³ - ويشرح عليّش نفس القول باستفاضة فيقول "أو (جُنَّ) بضَمّ الجيم وشَدَّ النون، أي وبطلت الهبة إن جُنَّ الواهب قبل حوزها الموهوب له. (أو مرض) بفتح فكسر الواهب قبل حوزها الموهوب له. (واتّصلاً) أي جنون الواهب ومرضه (بموته) أي الواهب، ومفهومه أنّه إن صحّ من مرضه صحّة بيّنة أو أفاق من جنونه إفاقة بيّنة فلا تبطل الهبة للموهوب له قبضها منه بعد صحته أو إفاقة وإن جُنَّ الواهب أو مرض قبله وقفت حتّى يبرأ فلا تبطل أو يموت فتبطل". أنظر: محمّد بن أحمد بن محمّد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع نفسه، ص. 187.

أجيب على ذلك بأنّ البون بينهما بيّن، ففي الأولى فإنّ هبة العقار أبرمت قبل المرض؛ وفي الثانية انعقدت بعده، فلو رغب المريض في الإبقاء على هبته قبل المرض لعقد لها عقداً جديداً؛ كما أنّ مرض الموت في حكم الموت، والهبة تبطل إذا لم يتمّ حيازتها قبله¹، وقد جاء ما يدلّ على ذلك في المدوّنة حيث قال مالك: "قلت: أَرَأَيْتَ إِنْ وَهَبَهَا - وَهُوَ صَحِيحٌ - فَلَمْ يَقُمْ الْمُوهُوبُ لَهُ عَلَى أَخْذِهَا حَتَّى مَرَضَ الْوَاهِبُ؟ قَالَ: قَالَ مَالِكٌ: لَا أَرَى لَهُ مِنْهَا شَيْئاً وَلَا يَجُوزُ قَبْضُهُ الْآنَ حِينَ مَرَضَ الْوَاهِبُ، لِأَنَّهُ قَدْ مَنَعَهُ هِبَتُهُ حَتَّى أَنَّهُ لَمَّا مَرَضَ أَرَادَ أَنْ يُخْرِجَهَا مِنْ يَدِ صَاحِبِهَا بِلَا وَصِيَّةٍ فِيهَا وَهُوَ يَسْتَمْتِعُ بِهَا فِي الصَّحَّةِ فَيُرِيدُ أَنْ يُخْرِجَهَا الْآنَ فِي مَرَضِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ فَهَذَا لَا يَجُوزُ. أَلَا تَرَى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - قَالَ لِعَائِشَةَ حِينَ مَرَضَ: لَوْ كُنْتُ حُزْنِيهِ كَانَ لَكَ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ. فَلَمْ يَرِ أَبُو بَكْرٍ قَبْضَهَا فِي الْمَرَضِ جَائِزاً لَهَا، وَلَمْ يَرِ أَنْ يَسْعَهُ أَنْ يَدْفَعَ ذَلِكَ إِلَيْهَا إِذَا لَمْ تَقْبِضْهَا فِي صِحَّةٍ مِنْهُ"².

البند الثالث: شرط الحوز في الدار المعدة للسكن

إحتاط فقهاء المالكية إلى الأهمية الكبرى التي يشكّلها العقار المعدّ للسكنى في حياة الأشخاص فاشتروا في حيازته شرطان:

الأول: معاينة الإحلاء التام من جميع شواغل الواهب وأمتعته من محلّ السكنى الموهوب، ويتحقّق ذلك بالإشهاد على معاينة الإحلاء؛ وينبغي على هذا القول بأنّه إن لم يخلّ المحلّ، فإنّ هبة العقار تبطل ولا يلزم بالإفراغ.

على أنّه إذا أفرغ البعض وظلّ الواهب قاطناً في الباقي، فإنّه ينبغي التمييز بين أن تكون هبة العقار للمحجور أو للرّاشد. ففي المحجور إذا بقي ساكناً في اليسير، فلا يضرّ سواء ترك الباقي فارغاً، أو أبرم عليه كراء لفائدة محجوره. وفي النّصف تبطل الهبة في حدوده، أمّا في الأكثر فيبطل الجميع، إلى ذلك ذهب إليه خليل بقوله: "إلاّ لمحجوره... ودار سكناه إلاّ أن يسكن أقلّها ويكرى له الأكثر، وإن سكن النّصف بطل فقط، والأكثر بطل الجميع"³.

أمّا إذا كانت للبالغ الرّاشد فهبة العقار تظلّ صحيحة في حدود ما أفرغ. يعقّب الخرشي شارحاً: "فلا تصحّ هبتها لمحجوره ما دام الواهب ساكناً، فلو سكن الأقلّ وأكرى لمحجوره الأكثر فلا يضرّ

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 268.

² - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبجي المدني، المدوّنة، ج 4، المرجع السابق، ص. 388.

³ - محمّد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 111؛ وأنظر شرحاً آخر لنفس القول: أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، المرجع السابق، ص. 90.

وتصير كلّها صدقة على المحجور، فإن سكن التّصف وأكرى له التّصف الثّاني فإن ما سكنه تبطل الصدقة فيه وما أكره له تمضي صدقته للمحجور، فإن سكن الواهب الأكثر وأكرى له أقلّها فإن الصدقة كلّها تبطل وكلام المؤلّف في المحجور، وأمّا لو وهب الأب دار سكنه لكبار ولده فلا يبطل منها إلّا ما سكنه فقط ويصحّ ما حازه الولد كان كثيراً أو يسيراً والوقف مثل الهبة في ذلك¹.

الثّاني: عدم عودة الواهب إلى دار السّكنى قبل مرور سنّة على تاريخ الإفراغ، فإن عاد وظلّ ساكناً إلى أن توفيّ أو أفلس أو مرض أو أصيب بالجنون، فإنّ هبة العقار تبطل في هذه الحالة.² ينبّه إلى ذلك العلامة خليل بقوله في هذا الشّأن: "أو عاد لسكنى مسكنه قبل عام"³، أمّا لو رجع قبل العام لكنّه غادرها قبل حدوث المانع، بقيت هبة العقار صحيحة.

ولو عاد أيضاً، ليتفقد صيانتها فيما لو كان كانت هبة العقار لولده الصّغير وحاز عنه فلا يضرّ؛ ولا يضرّ كذلك لو رجع تحت وطأة الخوف أو المرض أو الفقر أو متخفياً فاهبة تظلّ صحيحة. أشار إلى ذلك العلامة خليل بقوله: "أو رجع متخفياً أو ضيفاً فمات"، ويشرح الخرشي قول الماتن: "هو معطوف على معنى قوله بخلاف سنّة؛ إذ معنى كلامه لا إن رجعت إليه بعد سنة أو رجع الواهب إلى عقاره الذي وهبه متخفياً من الموهوب بأن وجد الدّار الموهوبة خالية فسكنها ولم يعلم الموهوب له فمات فيها، أو رجع إليها ضيفاً فمات فيها بعد أن حازها الموهوب له فإن ذلك لا يضرّ في الهبة وهي نافذة وسواء رجع إليها عن قرب أو بعد ومثل الضّيف الزّائر"⁴.

وإذا رجع بعد مرور العام، فاهبة تبقى على صحتّها، سواءً كانت للصّغير أم للكبير، ذلك أنّ مدّة السنّة كافية لإشهاد الحوز في حقّ الصّغير فبالأحرى للكبير.

على أنّه يجدر التنبيه بخصوص هذه المسألة انتهاء إلى جملة من التّنبهات هي كالآتي:

¹ - محمّد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 111.

² - وقد قضى مجلس الأعلى المغربي - تطبيقاً لذلك - في قرار له بأنّه "إذا كان موضوع الصدقة هو دار السّكنى فإنّه يجب إفراغها من المتصدّق مدّة سنة من شواغله وحيازتها من المتصدّق عليه وإلاّ اعتبرت باطل". راجع: قرار المجلس الأعلى، ملف شرعي ع: 2003/1/2/76، ع: 274، الصّادر في: 2005/05/18، نقلاً عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 192 وما يليها.

³ - جاء في شرح قول الماتن على لسان التّسولي: "وظاهر هذا ولو رجع إليها بكراء عقده فيها بأن قومها أرتاب المعرفة بكراء قدره كذا وسكنها بذلك الكراء، وبه صرح المتّطي في الصدقة قال: ولو حاز ذلك بالكراء لجاز بغير كراء. قال: فإن لم يسكنها ولكن أسكنها غيره فإن أسكنه إياها على وجه الغمري أو الإسكان بطلت، وإن كان بكراء صحت، وإن شك هل بكراء أو إسكان صحت". أنظر: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّسولي، المرجع السابق، ص. 372.

⁴ - محمّد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع نفسه، ص. 110.

- الأكيد أنّ شرط مدّة السنّة هو متعلّق بالدار المعدة للسكن دون سواها ممّا قد يوهب، فقول خليل صريح في دور السكنى؛ يؤكّد هذا المعنى التسولي في قوله: "وأما غير دار السكنى إذا عاد إليه قبل العام بكراء كما لو وهب لصغير فداناً من أرض ثم حرّته قبل العام بكراء قومه به أرتاب المعرفة فإنّه لا يبطّل..¹"، وفي هذا القول تصحيح لشرح الخرشي، فقد حمل دار السكنى على غيرها ممّا له غلّة، مع أنّ قول خليل صريح في دار السكنى فقط.

- يفرّق في هبة الأم دار سكنها على أولادها بين الهبة على الكبار والهبة على الصغار، فالأولى يلزم فيها معاينة الإفرار وألاً ترجع إليها قبل السنّة؛ والثانية تصحّ بالعكس دون إفرار، فبقائها في الدار ليس بوصفها وهبة بل كونها حاضنة. ويجوز عنهم أبوهم لو كان حيّاً، وإلاً فالحوز للأم، فإذا بلغوا سنّ الرشد كاملي الأهلية، فإنّ حوز الأم يجدد لهم قبل وقوع المانع لها من موت أو جنون أو سفه أو إحاطة الدّين بمالها، وإلاً فلا شيء لهم.

- إذا وقع الخلاف في تاريخ الرجوع لدار السكنى قبل مضيّ العام أم بعده، فإنّ الأمر يوكل لمختلف وسائل الإثبات. وعند الجهل أو الشك فيه يحمل قبل السنّة تغليبا لإرادة الواهب، وقيل بعده لأنّه لا يعارض صريح بظاهر ولا بمحتمل، والقول الأوّل هو ما اعتمد.

- إذا تعلّقت الهبة بدار السكنى، وجب الإشهاد في العقد على معاينة الإخلاء مع الإشارة إلى فراغ الدار من شواغل الواهب وأمتعته فقط، بحيث لا يشترط سكن الموهوب له فيها، كما ينبغي أن يشهد على تاريخه، وكذا حالة الموهوب له وسنّه.²

الفرع الثالث: أنواع وطرق حوز هبة العقار

سنتطرق تباعاً ضمن هذا الفرع إلى بيان أنواع حوز هبة العقار (البند الأوّل)، ثمّ عرض طرق حوزها فيما يلي (البند الثاني).

البند الأوّل: أنواع حوز هبة العقار

ينقسم القبض من حيث أهلية القابض إلى قبض بالأصالة وآخر بالنيابة، فأما القبض بالأصالة: فهو أن يقبض الموهوب له بنفسه ولنفسه، وشرط صحّته التمييز فقط، فلا يجوز قبض الصبي غير المميّز

¹ - علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّسولي، المرجع السابق، ص. 372.

² - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 277-278.

والجنون¹، وأما البلوغ فليس بشرط لصحة القبض استحساناً، ومن ثمة فيجوز قبض الصبي المميز - ومن في حكمه من المعتوه والسفيه المحجور عليه - ما وهب له من عقار. والقياس وهو رأي غير الحنفية، أن يكون البلوغ شرطاً؛ لأن القبض من باب الولاية، ولا ولاية للصبي على نفسه، فلا يجوز قبضه في هبة العقار، كما لا يجوز ذلك أيضاً في البيع.

ووجه الاستحسان: أن قبض هبة العقار من التصرفات النافعة نفعاً محضاً فيملكه الصبي المميز. وفي هذا المفهوم قضت المادة 853 من مجلة الأحكام العدلية بالقول: "إذا وهب شيء للصبي المميز فتتم الهبة بقبضه إياه وإن كان له ولي"، ويقصد بالهبة في هذا الموضع هبة الأجنبي فإنها تتم بقبض الصبي ولو مع وجود وليه لأن فيه نفعاً محضاً يلحقه².

وأما القبض بالنيابة، فهو قبض للصبي، وشرط صحته وجود ولاية أو عيلة، أي أن يكون الصبي في حجر وعيال الشخص مشمول برعايته وتربيته عند عدم وجود الولي.

فلو وهب الأجنبي للصغير عقاراً، فإنه يقبض عنه وليه عند الحنفية على الترتيب الآتي: الأب، ثم الوصي، ثم الجد، ومن غاب من هؤلاء غيبة منقطعة تنتقل الولاية إلى الأبعد كما هي في ولاية الزواج ذلك أن التأخير إلى قدوم الغائب يفوت المنفعة على الصغير فتنتقل الولاية إلى الذي يليه.

وعلى هذا الأساس فلو وهب أحد الأولياء للصغير عقاراً وهو في أيديهم صحت هبة العقار ويصيرون قابضين له، وكذلك إذا باع الأب ماله من ابنه الصغير ثم هلك المبيع عقب البيع، كان الهلاك على الصغير؛ لأنه أضحى قابضاً بقبض أبيه.

ولو قبض الصغير المميز ما وهب له أحد أوليائه المذكورين، صح قبضه استحساناً، والقياس: ألا يجوز كما سبق الإشارة إليه في القبض بالأصالة.

ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأولياء مع وجود واحد منهم أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه، كالأخ والعمة والأم؛ لأنه ليس لهم ولاية التصرف في مال الصبي.

فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأولياء الأربعة، جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً، والقياس: أن لا يجوز لعدم الولاية، وإنما جاز ذلك استحساناً؛ لأن من هو في عياله، له عليه

¹ - مصطفى الخرن، مصطفى البغا، علي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله، ج 6، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط 4، 1992، ص. 128.

² - سليم رستم باز، المرجع السابق، ص. 469.

نوع ولاية، ذلك أنه يؤدبه ويعمل له ما فيه المنفعة، وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة، فيكون ذلك من باب الحفظ¹.

هذا عند الحنفية، أما لدى بقية المذاهب الأخرى فالأمر مختلف فيه كما سيأتي:

فعند المالكية: فالمشهور في مذهبهم أنه لا يعتبر حوز الأم في هبتها لأولادها الصغار ولا لولدها البكر الرشد وإن أشهدت على ذلك؛ وذلك لعدم ولايتها على حفظ المال إلا أن تكون وصية الأب أو الوصي؛ خلافاً للقول الآخر القاضي بأنها والأجداد والجدات كالأب والوصي تصح حيازتهم، وهذا مقتضى ما ذهب إليه ابن الماجشون وابن وهب وابن حبيب ومطرف².

وذهب الشافعية إلى أنه إذا كانت هبة العقار لمن ليس له أهلية القبول، وكان الواهب ولي أمره، أباً أو جدّاً، قبض له، وإلا فالحاكم أو نائبه يقبلان له حال عدم وجودهما³.

أما الحنابلة، فرأوا بأنه إن كان الواهب للصبي غير الأب من أوليائه، فيلزمه توكيل من يقبض

¹ - هبة بن مصطفى الرُّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 5، دار الفكر، سورية، دمشق، ط 12، د. س. ط، ص. 4001-4002، ويُقل عن الكاساني في هذا الصدد أنه قال: "(أما) القبض بطريق الأصالة فهو أن يقبض بنفسه لنفسه وشرط جواز العقل فقط على ما بينا. (وأما) القبض بطريق النيابة فالنيابة في القبض نوعان: نوع يرجع إلى القابض ونوع يرجع إلى نفس القبض، أما الأول الذي يرجع إلى القابض فهو القبض للصبي وشرط جوازه الولاية بالحجر والعيلة عند عدم الولاية فيقبض للصبي وليه أو من كان الصبي في حجره وعياله عند عدم الولي فيقبض له أبوه ثم وصي أبيه بعده ثم جدّه أبو أبيه بعد أبيه ووصيه ثم وصي جدّه بعده سواء كان الصبي في عياله هؤلاء أو لم يكن، فيجوز قبضهم على هذا الترتيب حال حضرهم لأن هؤلاء ولاية عليهم فيجوز قبضهم له. وإذا غاب أحدهم غيبة منقطعة جاز قبض الذي يتلوه في الولاية لأن التأخير إلى قدوم الغائب تفويت المنفعة على الصغير، تنتقل الولاية إلى من يتلوه وإن كان دونه كما في ولاية الإنكاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الأربعة مع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عياله القابض أو لم يكن، وسواء كان ذا رحم محرم منه كالأخ والعمة والأُم ونحوهم أو أجنبياً لأنه ليس لغیر هؤلاء ولاية التصرف في مال الصبي، فقيام ولاية التصرف لهم تمنع ثبوت حق القبض لغيرهم، فإن لم يكن أحد من هؤلاء الأربعة، جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله استحساناً والقياس أن لا يجوز لعدم الولاية، ولا يجوز قبض من لم يكن في عياله أجنبياً كان أو ذا رحم محرم منه قياساً واستحساناً وإنما كان كذلك لأن الذي في عياله له عليه ضرب ولاية، ألا ترى أنه يؤدبه ويسلمه في الصنائع التي للصبي فيها منفعة وللصبي في قبض الهبة منفعة محضة، فقيام هذا القدر من الولاية يكفي لتصرف فيه منفعة محضة للصبي". راجع: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 126.

² - أنظر: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النّفزي، القيرواني، المالكي، التّوادر والزّیادات على ما في المدوّنة من غیرها من الأمهات، ت: أحمد الخطّابی، محمّد عبد العزيز الدّبّاغ، ج 12، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ص. 177-178؛ عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي أبو الأصْبَغ، ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكماء، ت: يحيى مراد، ج 1، دار الحديث، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 2007، ص. 550.

³ - سليمان بن محمد بن عمر البُخَيْرِيّ المصري الشافعي، المرجع السابق، ص. 640.

للصبيّ ويقبل عنه، وذلك حتى يقام الإيجاب منه والقبول والقبض من غيره¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ مسألة اشتراط إذن الواهب في القبض أثارت نقاشاً حاداً بين فقهاء مدارس الفقه الإسلامي، وقد تجاذبه الرأي في ذلك فريقان:

الأول: يترجمه الجمهور، حيث اشترط لصحة القبض أن يكون بإذن الواهب، إذ لا يصحّ التسليم إلاّ بإذنه، لأنّ الإذن بالقبض شرط لصحة القبض في البيع، ففي الهبة من باب أولى، ذلك لأنّ القبض فيها شرط لصحتها بخلاف البيع².

وقد قال الأحناف في هذا الصدد بأنّه لا يجوز قبض هبة العقار إلاّ بإذن الواهب، سواء أتمّ القبض ضمن مجلس العقد أم بعد الافتراق، والاستحسان أنّ الموهوب له إذا قبض الموهوب في مجلس العقد بغير إذن الواهب جاز، وإن قبض بعد الافتراق عن مجلس المجلس لم تصحّ إلاّ بإذن الواهب في القبض³.

أمّا الشافعية فقرّروا بضرورة أن يكون القبض بإذن الواهب سواء أقبض ضمن مجلس العقد أم خارجه، وسواء كان في يد الموهوب له أم لا، فلو قبض بدون إذن ولا إقباض لم يملكه ودخل في ضمانه⁴؛ وهذا هو نفس ما رمى إليه الحنابلة وإن كان لهم روايتان في هبة ما كان في يد الموهوب له؛ فالأولى: مثل قول الشافعية، والثانية: لا يحتاج إلى إذنه ويكفي مرور زمن يتأتّى قبضه فيه، وهذا هو الأصحّ في المذهب⁵.

وقالت الإمامية: يشترط في صحة القبض إذن الواهب، فلو قبض الموهوب من دون إذنه، لم ينتقل إلى الموهوب له، لكن لو وهب الأب أو الجدّ للولد الصّغير لزم بالعقد، لأنّ قبض الوليّ قبض

¹ - شمس الدّين أبو الفرج عبد الرّحمن بن محمّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 36.

² - عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الاسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 170.

³ - نظام الدّين برهانپوري الشّيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 4، المرجع السابق، ص. 377.

⁴ - يحيى بن سالم أبي الخير بن أسعد أبو الحسين العمراني، المرجع السابق، ص. 115؛ أحمد بن محمّد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدّين المعروف بإبن رفعة، كفاية التّبيه في شرح التّنبية، ت: مجدي محمد سرور باسولوم، ج 12، دار الكتب العلمية، د. د. ط، ط 1، 2009، ص. 104؛ سليمان بن عمر بن منصور العجلي الأزهرى، المعروف بالجل، المرجع السابق، ص. 598.

⁵ - شهاب الدّين أبو العباس أحمد بن أحمد بن حمزة الرّملي، فتح الرّحمن بشرح زيد ابن رسلان، عنى به سيّد بن شلتوت الشّافعي، ج 1، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط 1، 2009، ص. 698.

منه¹.

الثاني: قول المالكية، حيث يصح القبض عندهم ولو بلا إذن من الواهب الذي يجبر على إقباض الموهوب له ما وهبه، ولو منعه من قبضه فُضي عليه فيه، بل لا يشترط علمه، ولو علم لم يشترط رضاه، ذلك أنّ الهبة تملك بالقول أي بالإيجاب على المشهور عندهم.

قال بن جزّي: "وعلى المذهب تنعقد الهبة وتلزم بالقول، ويجبر الواهب على إقباضها..."².

وقال العلامة خليل: "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه". قال شارحه الخرشي: "يعني أنّ الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبي الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب؛ لأنّ الهبة تملك بالقول على المشهور، قال ابن عبد السلام القبول والحيازة معتبران إلّا أنّ القبول ركن والحيازة شرط..."³.

والأصل عند المالكية، أنّه من وهب هبة عقار فليس له أن يمنعها عن الموهوب له، وله أن يقوم عليه في قبضها، حيث يجبره الحاكم على دفعها، فإذا مات قبل الحوز، تبطل الهبة إلّا إذا كان الموهوب له جاداً في طلبه غير تارك له فلا تبطل حينئذ⁴.

جاء في المدونة: "قُلْتُ: فَإِنْ وَهَبْتُ لَهُ هِبَةً يَرَى أَنَّهَا لِعَيْرِ الثَّوَابِ، فَأُبَيِّنُ أَنْ أَدْفَعَ إِلَيْهِ هِبَتَهُ فَخَاصَمَنِي فِيهَا فَلَمْ يُحْكَمْ عَلَيَّ بِدَفْعِ الْهِبَةِ حَتَّى مِتُّ، أَتَكُونُ لَوَرَثَتِي أَمْ يَأْخُذُهَا الْمُؤْهُوبُ لَهُ إِذَا أَثْبَتَ بَيِّنَتُهُ وَرُكِّبَتْ؟ قَالَ: إِنْ كَانَ قَامَ عَلَى الْوَاهِبِ - وَالْوَاهِبُ صَحِيحٌ - فَخَاصَمَهُ فِي ذَلِكَ فَمَنَعَهُ الْوَاهِبُ الْهِبَةَ، فَرَفَعَهُ الْمُؤْهُوبُ لَهُ إِلَى السُّلْطَانِ، فَدَعَاهُ الْقَاضِي بِبَيِّنَتِهِ وَأَوْقَفَ الْهِبَةَ حَتَّى يَنْظُرَ فِي حُجَّتَيْهِمَا فَمَاتَ

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 170.

² - أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، المرجع السابق، ص. 88؛ وأنظر في نفس المعنى: عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، التفریع في فقه الإمام مالك بن أنس رحمه الله، ت: سيد كسروي حسن، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2007، ص. 367.

³ - محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 105.

⁴ - على أنّه إذا كان الموهوب معيّناً بالشخص، يجبر الواهب قضاءً على تمكين الموهوب له من الحوز ولو كانت هبة العقار معلقة على فعل شيء وحصل المعلق عليه. وأمّا إذا لم يحصل المعلق عليه فلا هبة؛ أمّا إذا كان الموهوب له معيّناً بالوصف كالفقراء أو المرضى فلا يجبر الواهب على التمكنين، ولكن يؤمر أدبياً، ولو لم تكن معلقة على شيء أو كانت معلقة ووقع المعلق عليه. لكن إذا تصدّق بصدقة على معيّن كزيد ثمّ بعده الفقراء أو المرضى فمات زئد قبل الحوز، فطالبه الفقراء أو المرضى بدفعها لهم، فإنّه يجبر عليه إن امتنع لانتقال الصدقة لهم من معيّن، لأنّه لما وجب القضاء للمعيّن وجب القضاء لهم تبعاً له". أنظر: عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع نفسه، ص. 171.

الواهب. قال: أَرَاهَا لِلْمَوْهُوبِ لَهُ إِذَا أَثْبَتَ بَيِّنَتَهُ...¹.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنّ وفاة الموهوب له لا يؤثر على لزوم الهبة، ويأخذ منزلة الموهوب له ورثته فيتسلمون محلّ هبة العقار من الواهب باعتباره جزءاً من تركته مورّثهم، وإذا وجدت الهبة بعد موت الواهب في يد من أعطيها وزعم أنّه حازها قبل موت الواهب، فإنّ القول قول الحائز، هكذا قال مطرف وأصبع، وذهب ابن الماجشون إلى أنّه عليه البيّنة بصحّة الحوز.²

البند الثاني: طرق حوز هبة العقار

ينقسم الحوز من حيث كلفيته إلى قبض فعلي وآخر حكمي:

فالحوز الفعلي: ويسمّى أيضاً بالحوز الحسّي، وهو ما كان التسليم فيه فعليّاً، بأن يَمَكّن الواهب الموهوب له من العقار الموهوب بشقّي وسائل التمكن فيستولي عليه، بحيث يكون تحت سلطانه بحكم عقد الهبة، ويخرج من يد الواهب إلى يد الموهوب له، وذلك حتّى يتمكّن من التصرف فيما وقع به التبرّع عليه بكافة أنواع التصرفات دون أن يكون للواهب أيّ اعتراض عليه في ذلك.³

هذا وينبغي التذكير بأنّ الفقهاء وبعد أن انتهجوا في تحديد مفهوم العقار منهجين، يتفقان في جزء ويختلفان في آخر، فقد اتفق عمومهم من أصحاب المذاهب الأربعة على دخول الأرض تحت مسمّى العقار، وحصل الاختلاف فيما عدا الأرض من دورٍ وغراس وغيرها هل تدخل في مسمّى العقار على قولين:

الأول: مفاده أنّ العقار ماله أصل ثابت لا يمكن نقله وتحويله كالأراضي والديار، أمّا الشجر والبناء فهما في حكم المنقولات إلّا إذا كانا تابعين للأرض فيسري عليهما حكم العقار بالتبعية⁴، هذا ما ذهب إليه الحنفية.

جاء في دُرر الحكّام في شرح مجلّة الأحكام استدلالاً على هذا القول: "فإذا اعتبرت الأبنية

¹ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدوّنة، ج4، المرجع السابق، ص. 387-388.

² - عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 171-172.

³ - المرجع نفسه، ص. 168.

⁴ - ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (ردّ المختار على الدر المختار)، ت: عادل عبد الموجود وصاحبه، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995، ص. 361.

والأشجار مع الأرض الواقعة عليها تعدّ حينئذ عقّاراً، أمّا إذا اعتبرت لوحدها بدون الأراضي الواقعة عليها فتعدّ منقولاً"¹.

الثاني: مؤداه أنّ العقّار يطلق على البناء والشجر كما يطلق على الأراضي، وهذا ما ذهب إليه الشافعية² والمالكية³ والحنابلة⁴ والإمامية⁵، ذلك أنّهم يجعلون العقّار ما لا يمكن نقله وتحويله مع بقاء هيئته وصورته، وهذا ما يشمل البناء والشجر إذ بنقلهما تتغيّر حالتها وهيئتهما.

أمّا ما يكون به حوز العقّار، فلقد اتّفقت مدارس الفقه الإسلامي - من حنفية، ومالكية وحنابلة، وزيدية، وإمامية، وظاهرية، وإباضية⁶ - على أنّه يكون بالتّخلية والتّمكن من اليد والتّصرف فإن لم يتمكّن منه بأن منع الموهوب له من وضع يده عليه، فلا تعدّ التّخلية حوزاً، وقد اشترط الأحناف بأن يكون العقّار قريباً، فإذا كان بعيداً فلا تعتبر التّخلية حوزاً، وهذا ما ذهب إليه الصّاحبين وظاهر الرواية والصّحيح في المذهب، عكس ما قال به أبو حنيفة الذي لم يعتبر بالبعد أو القرب⁷.

أمّا الشافعية فقد قيّدوا قولهم بما إذا كان العقّار غير معتبر فيه تقدير، أمّا إذا كان معتبراً فيه كما لو وهب أرضاً مذارعة، فلا بدّ مع ذلك من الدّراع، إذ لا تكفي التّخلية⁸.

ينبغي التّنبية أخيراً إلى أنّه يميّز في حوز العقّار الموهوب بين ذاك المبني والآخر غير المبني على التّحو

الآتي:

¹ - علي حيدر، المرجع السابق، ص. 116.

² - شمس الدّين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 4، المرجع السابق، ص. 93.

³ - محمّد بن عبد الله الخرشى، شرح مختصر خليل، ج 6، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشّاف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 202.

⁵ - محمّد جواد بن محمّد الحسني العاملي، مفتاح الكرامة، ج 5، مطبعة الشّورى، القاهرة، مصر، 1326 هـ، ص. 151.

⁶ - راجع في موقف مختلف مدارس الفقه الإسلامي في هذا الشّأن: شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 81؛ محمّد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 5، المرجع السابق، ص. 158؛ منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشّاف القناع، ج 3، المرجع نفسه، ص. 202؛ محمّد جواد بن محمّد الحسني العاملي، المرجع نفسه، ص. 151؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزّخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، المرجع السابق، ص. 369؛ أبو محمّد علي بن أحمد الأندلسي ابن حزم، المحلّى، ج 8، ص. 89؛ محمّد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، كتاب الثّيل وشفاء العليل، ج 4، دار الفتح، بيروت، د. س. ط، ص. 36.

⁷ - ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (ردّ المختار على الدّر المختار)، ج 4، المرجع السابق، ص. 561 وما يليها؛ وأنظر تطبيقاً لها في المادتين 270 و 271 من مجلّة الأحكام العدلية.

⁸ - شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع نفسه، ص. 73.

ففي العقارات المبنية: عمارات كانت أو شققاً أو دياراً أو محلات معدة للاستغلال التجاري، فإنّ الحوز فيها إذا كانت غير مشغولة يتم بتوجيه العدلين أو الموثّق إلى أمكنة وجودها والإشهاد عليها معاينة على أنّ الواهب تخلّى عنها وأفرغها من شواغلها وأثاثه¹، فمكّن الموهوب له إيّاها فارغة، وسلّم له معها مفاتيحها وعقود ملكيتها وجميع وثائقها ومستنداتّها، وتسلمّها منه كلّية مع بسط يده عليها، حوزاً تاماً ومعاينة كاملة.

ويدلّ على هذا الفعل ممارسة ما ورد في الوثائق الفرعونية² "... وبسط له اليد على حوز ذلك فتوجّه شهيداه صحبة الولد المذكور إلى الدار المذكورة وحازها حوزاً تاماً معاينة فارغة من شواغل المتصدّق وأمتعته كما يجب..."³.

وتحاز التّوابع من مرآب وقبو وبستان وأفنية بعد معاينة فراغها من شواغل الواهب وأثاثه وتسليم مفاتيحها بمعية عقود ملكيتها، والإشهاد بوضع يد الموهوب له عليها والبسط في اليد حوزاً تاماً معاينة.

أمّا عن حوز العقار المبني المتخذ سكناً للواهب، فإنّ الهبة لا تصحّ فيه إلّا بإفراغه نهائياً وخروجه منه سنة كاملة، فإن رجع إليه قبل تمام سنة واستمرّ فيه إلى أن مات بطلت هبته، وقد سبق التفصيل في ذلك.

وإذا كان العقار مؤجّر، فإنّ الحوز فيه يكون على حاله من الكراء، فيقال بعد التوجّه للإشهاد: تخلّى الواهب عن العقار الموهوب وعن حيازة كرائه وأحاله على الموهوب له وبسط له اليد عليه وعلى حوزة من كلّ مؤجّر وعرفه بهم وناوله عقود الملكية ومستنداتّها وما يتعلّق باستعمال العقار واستغلاله فتسلّم الموهوب له العقار وحازة إليه بمنافعه حوزاً تاماً معاينة.

أمّا في العقارات غير المشيّدة، من أراضٍ جرداء وقطع أراضٍ زراعية، فإنّ الحوز فيها يتمّ بالتوجّه إلى أمكنتها للإشهاد على الطرفين بالحوز ومعاينته، ومثاله القول: "توجّه شهيداه صحبة فلان وفلان المذكورين إلى الأرض المعينة، فوقفوا عليها وطافوا بها وأبانوا عن أنصبتها وحدودها ومعالمها، وطابقوا بينها وبين ما هو مسجّل بوثائق ورسوم ملكيتها وتصميم هندستها، فظهر لهم التّطابق التّام، وتأكّدوا

¹ - أبو العباس أحمد بن يحيى بن محمد بن عبد الواحد الونشريسي التلمساني الفاسي المالكي، المعيار، ج 9، الرّباط، المغرب، 1981، ص. 159 وما يليها.

² - محمد بن أحمد بن حمدون بناني الملقّب بفرعون، الوثائق الفاسية أو الفرعونية، مركز إحياء التّراث المغربي، مطبعة الأمانة، الرّباط، 1988، ص. 67.

³ - عبد السلام الهواري، في شرح وثائق بناني المعروفة بالوثائق الفرعونية، دار الكتب العربية، تونس، 1949، ص. 279.

من فراغها من شواغل الواهب وأمتعته، فصرّح الواهب عن تخليته وعن رفع يده على الأرض المذكورة ومكّن الموهوب له من وضع اليد عليها وبسطها بلا منازع ولا معارض، فتسلّمها منه وحازها إليه كلفة حوزاً تاماً معاينة¹.

أما الحوز الحكمي فيتخذ صورتان:

الأولى: هي التي يستمر الواهب فيها واضعاً يده لفائدة الموهوب له، وذلك حيث تكون للواهب الولاية على عقار الموهوب له، فيبقى يحوزه بالنيابة عنه حيث يصدر منه الإيجاب كأصيل والقبول كئيب، كما يظلّ حائزاً بالنيابة²، وفي هذه الصورة يتملك الموهوب بمجرد تعاقد الولي مع نفسه، وتمثّل هذه الصورة إذا كان الموهوب له محجوراً تحت ولاية الواهب، فإنّ الحيازة تتحقّق بحيازته له، ولا يطله بقاؤه تحت يده، فإذا وهب الأب عقاراً لابنه الصّغير، أو ولده البالغ السّفية فإنّه هو الذي يحوزه له ويكفي الإشهاد على ذلك، حيث تعتبر حيازة الموهوب له في هذه الحالة حيازة حكمية³. إلى ذلك المعنى أشارت المادة 851 من مجلّة الأحكام العدلية بقولها: "يملك الصّغير المال الذي وهبه إياه وصيّيه أو مربيّه يعني من هو في حجره وتربيته الذي في يده أو الذي كان وديعة عند غيره بمجرد الإيجاب، أي بمجرد قول الواهب وهبت ولا يحتاج إلى قبض".

الثانية: أن يستمرّ فيها الموهوب له واضعاً يده لحساب نفسه ولفائدته، فإذا كان العقار الموهوب في يد الموهوب له قبل إيجاب الواهب سواء أكان وضع يده عليه يد أمانة⁴ أم يد ضمان⁵ كما في حالة العارية والوديعة والكراء، فإنّه يستغني عن تحديد الحوز فيكتسبه الموهوب له متمكناً إياه بمجرد عقد هبة العقار بدون حوز جديد شريطة القبول⁶.

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 284-285.

² - أنظر في أنواع القبض بطريقه بالأصالة وبالنيابة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 32، المرجع السابق، ص. 266.

³ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 168.

⁴ - ويُراد بها: "اليد التي خلّفت يد المالك في حيازة ملكه، وتصوّفت فيه عن ولاية شرعية في تلك الحيازة، ولم يدلّ دليل على ضمان صاحبها". أنظر: حارث محمّد سلامه العيسى وأحمد غالب محمّد عليّ الخطيب، يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، مجلّة جامعة غزة الإسلامية، فلسطين، م 18، ع 2، 2 يونيو 2010، ص. 315.

⁵ - ويُقصد بها: "كلّ يد لا تستند إلى إذن شرعي من الشارع أو من المالك، وكذلك كلّ يد تستند إلى ولاية شرعية ودلّ دليل على ضمان صاحبها، وكلّ يد ترتّب على يد متعدّية من غير استناد إلى ولاية شرعية، أو استندت إلى ذلك ولكن كان وضعها لمصلحة صاحبها خاصة". أنظر: حارث محمّد سلامه العيسى وأحمد غالب محمّد عليّ الخطيب، المرجع نفسه، ص. 314.

⁶ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 316.

وقد ذهب الكاساني إلى بيان هذه الحالة باستفاضة حينما قال: "... إذا كان الموهوب في يد الموهوب له ودیعة أو عارية فوهب منه، جازت الهبة وصار قابضاً بنفس العقد ووقع العقد والقبض معاً، ولا يحتاج إلى تجديد القبض بعد العقد استحساناً، والقياس أن لا يصير قابضاً ما لم يجدد القبض وهو أن يخلي بين نفسه وبين الموهوب بعد العقد.

(وجه) القياس أن يد المودع إن كانت يده صورة فهي يد المودع معنى فكان المال في يده، فصار كأنه وهب ما في يده فلا بد من القبض بالتخلية.

(وجه) الاستحسان أن القبضين متماثلان لأن كل واحد منهما قبض غير مضمون، إذ الهبة عقد تبرع وكذا عقد الوديعة والعارية فتماثل القابضان فيتناوبان ضرورة بخلاف بيع الوديعة والعارية من المودع والمستعير، لأن قبضهما لا ينوب عن قبض البيع، لأن قبض الهبة أمانة وقبض البيع قبض ضمان فلم يتمثل القبضان، بل الموجود أدنى من المستحق فلم يتناوبا، ولو كان الموهوب في يده مغصوباً أو مقبوضاً بيع فاسد أو مقبوضاً على سوم الشراء فكذا ينوب ذلك عن قبض الهبة لوجود المستحق بالعقد وهو أصل القبض وزيادة ضمان.

ولو كان الموهوب مرهوناً في يده ذكر في الجامع أنه يصير قابضاً وينوب قبض الرهن عن قبض الهبة، لأن قبض الهبة قبض أمانة وقبض الرهن في حق العين قبض أمانة أيضاً، فيتماثلان فناب أحدهما عن الآخر، ولئن كان قبض الرهن قبض ضمان فقبض الضمان أقوى من قبض الأمانة، والأقوى ينوب عن الأدنى لوجود الأدنى فيه وزيادة، وإذا صحت الهبة بالقبض بطل الرهن ويرجع المرتهن بدینه على الراهن. وذكر الكرخي أنه لا يصير قابضاً حتى يجدد القبض بعد عقد الهبة، لأن قبض الرهن وإن كان قبض ضمان لكن هذا ضمان لا تصح البراءة منه فلا يحتمل الإبراء بالهبة ليصير قبض أمانة فيتجانس القبضان فيبقى قبض ضمان فاختلف القبضان فلا يتناوبان بخلاف المغصوب والمقبوض على سوم الشراء، لأن ذلك الضمان مما تصح البراءة عنه فيبرأ عنه بالهبة ويبقى قبض بغير ضمان فتماثل القابضان فيتناوبان ولو كان مبيعاً قبل القبض فوهب من البائع جاز، ولكن لا يكون هبة بل يكون إقالة حتى لا تصح بدون قبول البائع ولو باعه من البائع قبل القبض لا يجعل إقالة بل يبطل أصلاً ورأساً، والفرق بينهما ما ذكرنا في كتاب البيوع ولو نحل ابنه الصغير شيئاً جاز ويصير قابضاً له مع العقد¹.

ومن تطبيق الحوز الحكمي الذي لا يقع فيه القبض فعلياً ما يأتي:

¹ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 126-

- إذا جدد المعطى له في طلب هبة العقار، فله حكم الحيازة وإن لم يقبض، ويعني هذا بأن الموهوب له إذا كان أهلاً للقبض بأن كان رشيداً ولم يقبض ما وهب إياه من عقار تفريطاً منه بأن ترك قبضه اختياراً، وفاته تلافي القبض بموت الواهب أو إفلاسه ونحوهما بطلت الهبة؛ يقول العلامة خليل منبهاً: "أو جدد فيه"، وفي شرحه لقول الماتن يعقب الخرشي: "فاعل جدد هو الموهوب له والضمير المحرور بالحرف يرجع للقبض ... والمعنى أن الموهوب له إذا جدد في قبض الهبة والواهب يمنعه من ذلك حتى مات الواهب فإن الهبة ماضية وذلك حوز على المشهور"¹.

- تصرف الموهوب له في العقار الموهوب له بإجارته للغير أو بدفعه للمزارعة أو بإبرام عقود المغارسة أو بالمساقاة إذا كان طابعه فلاحياً، أو بغير ذلك مما يفيد هذا التصرف الواضح على مرأى ومسمع من الواهب وقبل وقوع المانع له، وهذا ما استقر عليه القضاء المغربي في هذا الصدد².

- ما تبناه قانون الأسرة الجزائري من خلال نصّ المادّتان 207 و208 من ق. أ. ج³ اللتان قضتا بأنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة فالمعتبر فيه الحيازة، وإذا كان بيد الغير استلزم إخباره بما ليعتد به حائزاً. هذا علاوة عن أن مباشرة إجراءات التوثيق تقوم مقام الحيازة إذا كان الواهب وليّ الموهوب له أو زوجه أو كان العقار الموهوب مشاعاً.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط الحيازة في عقد هبة العقار

تعدّ مسألة الحوز في اعتماده شرطاً للزوم وللنفاذ أو شرطاً للتّمام أو مجرد أثر، من أهمّ مواضيع فقه عقود التبرّع التي انبنى على الخلاف فيها تباين أقوال الفقهاء في المسائل الأصلية والفرعية لمبحث

¹ - محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 108.

² - أنظر في تطبيق ذلك: قرار المجلس الأعلى (المغربي)، ملف شرعي رقم: 63548، الصّادر في: 1980/04/22، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، مادة الأحوال الشخصية، 65-89، ص. 268، حيث قضى "بنقض الحكم الذي اعتمد فيما قضى به من رفض دعوى الصدقة على القول بأن رسم الصدقة خالٍ من معاناة حيازة المتصدّق عليه قبل حدوث المانع، والحالة أن الطّاعن قد أدلى برسم يفيد تصرّفه في المتصدّق به عليه"، نقلاً عن: عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 169، هامش رقم: 21. وقد قضى نفس المجلس في ذات السّياق ضمن أحد قراراته بالقول: "إنّ حيازة الصدقة كما تثبت بمعاناة العدلين، تثبت كذلك بما يقوم مقامها كقبض كراء المحلات المتصدّق بها ورفع الدّعاوى على المكترين وأداء الضّرائب عن العقار المتصدّق به ... والمحكمة التي عرضت أمامها الوثائق التي تثبت ذلك ولم تناقشها وترتب عليها ما يقتضيه القانون فقد عرضت قرارها للتّقصّ". أنظر: قرار المجلس الأعلى (المغربي)، ملف شرعي ع: 2003/1/2/333، الصّادر في: 2005/04/06، ع 197، نقلاً عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 183 وما يليها.

³ - قضت المادة 207 من ق. أ. ج بقولها: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بما ليعتد حائزاً؛ ونصّت المادة 208 من نفس القانون على أنه: "إذا كان الواهب وليّ الموهوب له أو زوجه، أو كان الموهوب مشاعاً، فإنّ التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة ...".

القبض.

ولالإحاطة بالموضوع، حرّينا بيان الأقوال الفقهية الواردة حول طبيعة الحيابة في عقد هبة العقار (الفرع الأول)، ثمّ عرض أهمّ الاستدلالات حول حكم الحوز بشأنها (الفرع الثاني)، فمناقشة تلك الأدلة بالتفصيل انتهاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأقوال الفقهية حول طبيعة الحيابة في عقد هبة العقار

تباينت أقوال مدارس الفقه الإسلامي بشأن تحديد طبيعة الحوز في عقد هبة العقار وضرورة اشتراطه لنقل ملكية العين الموهوبة إلى الموهوب له على عدّة أقوال، فمنهم من اعتبرها شرطاً من شروط صحّتها (البند الأول)، ومنهم من اعتدّ بها شرطاً من شروط تمامها (البند الثاني)، ومنهم من ذهب خلاف الأوليين بأن قال بكونها مجرد أثر من آثار عقد الهبة شأنها في ذلك شأن باقي العقود (البند الثالث).

البند الأول: اعتبار الحيابة شرطاً من شروط صحّة عقد هبة العقار

زعم أصحاب هذا القول¹ بأنّ الحيابة شرط للزوم الهبة، فلا تتحقّق ولا توجد إلّا به، فإن وجد الحوز ثبت الملك للموهوب له، وإلّا فلا.

وينبني على ذلك بأنّ الحوز شرط لصحّة عقد هبة العقار شأنه في ذلك شأن الصّيغة فيها، فملكية العقار الموهوب لا تثبت للموهوب له بمجرد العقد دون القبض؛ ذلك أنّ الهبة المجردة في أصلها باطلة لاختلال أحد شروطها، فالحوز عند أصحاب هذا الرأي ليس مجرد أثر لعقد الهبة، بل هو مكوّن من مكوّناتها، والرّضاء وحده دونه غير كافٍ لانعقادها وترتيب آثارها.

¹ - راجع في ذلك: علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123؛ محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة الشّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48؛ أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 535؛ أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 14؛ أبو جعفر أحمد بن محمّد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحّاوي، مختصر اختلاف العلماء، ت: عبد الله نذير أحمد، ج 4، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1995، ص. 137؛ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدّين، الملقّب بإمام الحرمين، المرجع السابق، ص. 410. ولأهمية الحوز لدى بعض الشّافعية صرح بعضهم بكونه ركناً في العقد، أنظر: عبد الكريم بن محمّد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرّافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ت: علي محمّد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1997، ص. 318.

ويترتّب على هذا الرّأي بأنّ هبة العقار بدون قبض غير ملزمة للواهب بشيء، إذ لا يجبر على تسليمها، وإنّما هو بالخيار، إن شاء أذن في قبضها، وإن شاء رجع عنها، وإن مات الواهب قبل قبضها بطلت الهبة، كما أنّها تمنع الموهوب له من المطالبة بها، فهو لا يجوز له قبضها بدون إذن الواهب، وإن قام بذلك لم يصح تملكه لها وألزم بردها.

وروي هذا القول عن مجموع الصحابة الأكارم - أبي بكر، وعمر، وعثمان، وابن عمر، وأنس - وعن شريح ومسروق، والزهري، وسفيان الثوري، وإبراهيم النخعي، والحسن بن صالح¹ رضوان الله عليهم أجمعين. وهو رأي الجمهور أيضاً؛ حنفية وشافعية وحنابلة، وإن كان لهؤلاء الآخرون مختلف روايات.

وتفصيل ذلك: أنّ الهبة عند الحنفية عقد غير لازم²، ولا ينتقل الملك فيها إلى الموهوب له إلاّ بعد القبض التام المستوف لجميع شروطه³، حتّى أنّه بعد ذلك لا تفارقها صفة عدم اللزوم، إذ يكون للواهب حقّ الرجوع في هبته وهذا هو الأصل، ما لم يوجد مانع وهذا هو الاستثناء. على ذلك يكون العقار الموهوب ملكاً خالصاً للواهب حتّى يقبضه الموهوب له القبض المستوفي لشروطه، فقبل ذلك القبض يكون للواهب أن يرجع عن هبة عقاره دون قيد أو شرط، وأن يتصرّف - كما يريد - في الموهوب بالبيع ونحو ذلك، حيث إنّ موانع الرجوع في الهبة لا عمل لها إلاّ بعد القبض.

وإذا توفّي الواهب كان العقار الموهوب لورثته وحده فقط، أمّا إذا مات الموهوب له بطلت الهبة قولاً واحداً حتّى لو كان موته بعد قبوله، وكذلك هو الحال لو كانت وفاته بعد قبوله وقبضه، ويترتّب على اعتبار أنّ هبة العقار لا تتمّ إلاّ بالقبض أنّ الموهوب له لا يملك التصرّف في الموهوب قبل أن يدخل في ملكه بالقبض التام، وذلك باعتباره أجنبي عنه، وليس له ولا لورثته - من بعده - مطالبة الواهب بالهبة، وذلك لعدم لزومها بالقبول⁴.

وذهب الشافعية إلى أنّ الهبة لا تصحّ إلاّ بالإيجاب والقبول مثلها مثل بقية عقود التمليكات، وأنّ ملك الموهوب له لا يثبت إلاّ بقبضه، والقبض لا يصحّ إلاّ بإذن الواهب لأنّه سبب لنقل الملك، فلا يجوز من غير رضا المالك، فإنّ توفّي الموهوب له أو أصيب بالجنون أو تمّ الحجر عليه قام ورثته مقامه

¹ - أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 240.

² - وقد وافقهم في ذلك الشّعبة الإمامية مستدلّين بقول الصادق القاضي بأنّ الهبة لا تكون هبة حتّى تقبض. أنظر تفصيل قوله: السيّد أبو الحسن الموسوي الأصفهاني، وسيلة النّجاة، ج 2، د. د. ط. د. ب. ط. 1، 1393هـ، ص. 237.

³ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 115.

⁴ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع 5، المرجع السابق، ص. 613.

والوارث بالخيار بعد ذلك، فإن شاء قبض وإن شاء لم يقبض، وقيل إن الهبة تبطل بوفاته¹.

أما الحنبلة فلهم مختلف روايات في هذا الشأن؛ ففي رواية: أنَّ الهبة لا تلزم إلاً بالقبض في جميع الأحوال، وهو ما حدا بالزركشي أن يذهب إلى القول بأنَّ هبة غير المعين يشترط فيها القبض، بخلاف المعين الذي قيل فيه بثلاث روايات: الأولى: افتقار الهبة إلى القبض؛ والثانية: عدم افتقارها إلى القبض²، والثالثة: التمييز ضمنها واجب بين عنصرين:

إذا كان الموهوب مكيلاً أو موزوناً فلا تلزم الهبة ولا ينتقل فيها الملك إلى الموهوب له إلاً بالقبض، فالواهب بالخيار قبل القبض إن شاء أقبض الموهوب له الشيء الموهوب وأمضى العقد، وإن شاء رجع فيما وهب، وليس للموهوب له أن يقبض الموهوب إلاً بإذن صريح من الواهب سواء أكان ذلك في مجلس العقد أم خارجه، وإن توفّي الواهب أو الموهوب له قبل القبض بطلت الهبة سواء أكان ذلك قبل الإذن بالقبض أم بعده.

وقيل إذا توفّي الواهب قام ورثته مقامه في الإذن بالقبض والفسخ، على اعتبار أنَّ الهبة عقد مآله إلى اللزوم فلا يفسخ بالموت كالبيع المشترط فيه الخيار، وكذا إذا مات الموهوب له بعد قبوله، فإن ورثته يقومون مقامه في طلب قبض الهبة، وإن مات أحدهما قبل القبول أو ما يقوم مقامه بطلت الهبة، بلا خلاف، كون أنَّ العقد لم يتم.

فإن كان الموهوب في يد الموهوب له وقت العقد فظاهر مذهب الإمام أحمد أنَّ الهبة تلزم من غير قبض، وقيل لا بد من مضيّ أجلٍ يتأتّى فيه القبض، وروي عن أحمد أنَّ القبض يفتقر في هذا الفرض أيضاً إلى إذن الواهب، والراجح عنده القول الأول³.

أما في غير المكيل والموزون⁴ - كما هو الحال في العقار - فإنَّ الهبة فيه تكون لازمة بمجرد العقد

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 614.

² - عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحزاني أبو البركات مجد الدين، المحرر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 1، مكتبة المعارف، الرياض، ط 2، 1984، ص. 374. وذكر الزركشي في شرحه: "... إنَّ هبة غير المعين ... تفتقر إلى القبض بلا نزاع، وفي المعين ثلاث روايات، (الافتقار)، (وعدمه) - وهو مختار القاضي وعامة أصحابه - (والترقية) بين صبر المكيل والموزون فتفتقر إلى القبض دون غيرهما، وهو مختار الحزقي، وأبي محمد، ومدرك الخلاف أنَّ من قصر الحكم على غير المعين قال: مقتضى العموم عدم الافتقار...". أنظر: شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، ج 4، دار العبيكان، د. ب. ط، ط 1، 1993، ص. 300.

³ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع نفسه، ص. 614 - 615.

⁴ - على خلاف الزركشي، ذهب شمس الدين ابن قدامة حين تفصيله في حكم القبض فيما يتعلق بغير المكيل والموزون بالقول: "وفي غير المكيل والموزون روايتان؛ إحداهما، أنَّ حكمه حكم المكيل والموزون، في أنَّه لا يلزم إلاً بالقبض. وهو قول أكثر أهل العلم. قال المؤدّي:

ويثبت الملك للموهوب له قبل قبضه، وهذا هو الرَّاجح من مذهب الإمام أحمد. وفي رواية أخرى فإنَّ الهبة لا تلزم إلاَّ بالقبض في الجميع، وعلى كلِّ فإنَّ الهبة متى تمت كانت لازمة في الأصل.

البند الثاني: اعتبار الحيابة شرطاً من شروط تمام عقد هبة العقار

ذهب أصحاب هذا القول إلى أنَّ هبة العقار تصحَّ ويثبت فيها الملك للموهوب له بمجرد العقد، أيَّ بمجرد اقتران القبول بالإيجاب الصَّحيح على اعتبار أنَّهما كافيان لإنشائها وترتيب أثرها، وأمَّا القبض فلا يعتدَّ كشرط من شروط صحتها، بل هو شرط للزومها فحسب. على ذلك فهبة العقار على حدِّ هذا القول تصحَّ وتلزم بالقول أو بالفعل الدال عليها، لكنها لا تتمَّ إلاَّ بالقبض.

كما لا يشترط في القبض إذن الواهب، ذلك أنَّ علمه بالإذن غير معتبر عندهم، فضلاً عن إذنه فيه، ولو علم بالقبض لم يشترط رضاه؛ لأنَّ الواهب ليس له الرجوع في هبة عقاره، كما ليس له منع الموهوب من القبض، وإن فعل أجبر على الإقباض كالبيع، فعقد الهبة يصحَّ ويلزم من غير قبض وإن كان هذا الأخير شرط في نفوذه وتماهه¹. وهذا ما قال به كلُّ من مالك والشافعية في قدس مذهبهم²، والحنابلة في رواية لهم³، وروي ما اعتمده مالكا عن علي، وابن مسعود، والحسن البصري والنخعي وأبو ثور وابن أبي ليلى وداوود الظاهري⁴.

إتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، على أنَّ الهبة لا تجوز إلاَّ مقبوضة. يوي ذلك عن النخعي، والثوري، والغنوي، والحسن بن صالح والشافعي وأصحاب الرأي؛ لما ذكرنا في المكيل والموزون. والثانية، أنَّها تلزم بمجرد العقد، ويثبت الملك في الموهوب فيه قبل قبضه، فتوى عن علي وابن مسعود، رضي الله عنهما، أنَّهما قالوا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض. أنظر: شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 17-18.

¹ - أنظر في تفصيل ذلك: عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجبائي القرطبي الغرناطي أبو الأصنع، المرجع السابق، ص. 550 - 551.

² - القاضي بأنَّ الملك في الموهوب له يحصل بنفس العقد وإن لم يقع قبض. أنظر: علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 165؛ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 437.

³ - رجحها بعض محققهم وخصَّها بغير المكيل والموزون. قال علي الخفيف في هذا الصدد: "أنَّ الموهوب إذا لم يكن مكيلاً ولا موزوناً فإنَّ الملك يثبت فيه بمجرد العقد (الإيجاب والقبول على الرَّاجح) ويلزم العقد حينئذ، وهذا هو الرَّاجح في مذهب أحمد، وفي رواية لا يلزم الملك إلاَّ بالقبض في جميع الأحوال، والفرق بين المكيل والموزون وغيرها أنَّها لا يتعيَّنان بخلاف القيمي فانصبت التعاقدا على عينه، وبذلك استغنى عن القبض فيه". أنظر: علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، المرجع نفسه، ص. 166. وأنظر أيضاً: علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرادوي الدمشقي الصالح الحنبلي، المرجع السابق، ص. 14 وما يليها.

⁴ - أنظر: ابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، التوضيح لشرح الجامع الصحيح، ت: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق التراث، ج 16، دار النوادر، دمشق، سوريا، ط 1، 2008، ص. 362.

والمستقر في مذهب الإمام مالك في المسألة ثلاثة أقوال: أولها: أن هبة العقار لازمة بمجرد صدور الإيجاب من الواهب قبل الحوز كالبيع على خلاف الصدقة؛ ثانيها: أن هبة العقار عقد يلزم فيه الإيجاب والقبول؛ ثالثها: أن هبة العقار لا تملك إلا بالحوز.

والقول الأول هو الذي يتفق مع مشهور المذهب ومعمده، ويتسق وفهم الإمام مالك وتأصيله من أن المعروف لازم لمن أوجبه على نفسه، فالحوز ليس شرطاً لصحة الهبة وإنما هو شرط لتمامها، ولا يشترط القبض لنقل الملك، بل تنتقل ملكية العقار الموهوب قبل الحوز، ولا يجوز الرجوع فيها إلا استثناء في بعض الأحوال كما سيرد في حينه¹.

ومن بين استدلالهم على هذا القول: تشبيه الهبة بالبيع وغيره من سائر التمليكات، فكما أن البيع يلزم وتنتقل فيه الملكية بالإيجاب والقبول دون توقف على حوز فكذلك هي هبة العقار، كما أن الأصل في العقود ألا حوز مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراطه، وقد نقل في ذلك عن ابن مسعود أنه قال: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض"².

على أن فقهاء المدرسة المالكية سواء ممن قال بأن هبة العقار تلزم بالإيجاب وحده، أو ممن ذهب إلى أنها تفتقر إلى القبول، رأوا بأن الملكية لا استقرار لها إلا بالحوز³ أو ما يقوم مقامه⁴، وإذا تراخى الموهوب له عن الحياة وما في حكمها حتى حدث مانع من الموانع، بطلت الهبة أو توقفت على زوال المانع⁵.

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلتزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 614.

² - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 167.

³ - وما ورد في حاشية الدسوقي في هذا الصدد: " (قوله: أي تحصل الحياة عن الواهب) أي وتحصل حياة الموهوب له للشيء الموهوب إذا حصل إذن من الواهب بل وإن بلا إذن من الواهب. (قوله: التي هي شرط في تمامها) أي فإن عدم لم تلزم مع كونها صحيحة. (قوله: ولا يشترط التحوي) أي تسليم الواهب للموهوب له. (قوله: تملك بالقول) أي ويقضى بها إن كانت لمعينة على وجه التبرير لا إن خرج الإيمان بالتعليق. (قوله: على المشهور) وقيل إنما تملك بالقبض. (قوله: القبول والحياة) أي قبول الموهوب له وحيازته. (قوله: ركن) أي شرط في صحتها فتبطل الهبة بعده. (قوله: شرط) أي في تمامها فإن عدم لم تلزم وإن كانت صحيحة. أنظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص. 101.

⁴ - يقوم مقام الحياة: 1- أن يجد الموهوب له في طلبها والواهب يمنعه أو يسوّف حتى يتوفى، فعند ذلك لا تبطل الهبة بموته، ومن صور هذا الفعل أن مخاصمة الموهوب له الواهب في طلب الهبة قبل حدوث المانع ثم يهلك الواهب أثناء الخصومة أو قبل حوز الموهوب. 2- أن يتصرف الموهوب له في العين الموهوبة قبل حوزها وقبل حدوث المانع ببيع أو هبة ونحو ذلك، مع الإشارة إلى أن الهبة يشترط الإشهاد عليها ابتداءً. أنظر: علي الخفيف، التصرف الإنفرادي والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص. 163.

⁵ - موانع الحياة أربعة: 1- الدّين المحيط بمال الواهب. 2- وفاة الواهب. 3- خروج الواهب عن أهليته بالجنون. 4- مرض الواهب المتصل

وقد علّل صاحب البداية موقف الإمام مالك - رحمه الله - لما جعل القبض في هبة العقار مجرد شرط تمام بأنّه "اعتمد الأمرين جميعاً، أعني: القياس، وما روي عن الصحابة، وجمع بينهما، فمن حيث هي عقد من العقود لم يكن عنده شرطاً من شروط صحّتها القبض، ومن حيث شرّطت الصحابة فيه القبض لسدّ الدريعة التي ذكرها عمر جعل القبض فيها من شرط التمام، ومن حقّ الموهوب له، وأنّه إن تراخى حتّى يفوّت القبض بمرض أو إفلاس على الواهب، سقط حقّه"¹.

البند الثالث: إعتبار الحيّزة أثراً من آثار عقد هبة العقار

إنّتهى أصحاب هذا القول إلى أنّ هبة العقار تتمّ لفظاً بمجرد العقد حيث لا معنى لحوزها وقبضها، إذ أنّ هذا الأخير ليس شرطاً من شروط صحّتها كما أنّه ليس شرطاً من شروط تمامها؛ غاية ما في الأمر أنّه أثراً من آثارها شأنه في ذلك شأن بقيّة العقود.

على هذا الأساس، فإنّ هبة العقار تلزم بمجرد العقد وتثبت الملكية للموهوب له في العقار الموهوب قبل قبضه، وأنّها لا تبطل لو ضلّت الملكية فيها للواهب حتّى توفّي، كما لا يمكنه الرجوع فيها من لدنه ومنعها عن الموهوب له أيضاً.

هذا ما قال به الظاهرية² وهو الصّحيح لديهم، وكذا الحنابلة في رواية لهم³، ونُسب إلى أبي ثور⁴.

الفرع الثاني: الإستدلال حول حكم الحيّزة في عقد هبة العقار

سنتوقف في هذا الفرع عند بيان أدلّة كلّ فريق فيما تبنّاه من موقف حول حكم القبض في عقد هبة العقار، وذلك بعرض أدلّة الفريق القائل بكون الحوز شرطاً من شروط صحّتها (البند الأوّل)، فأدلّة الفريق القائل بكون القبض شرطاً من شروط تمامها (البند الثاني)، ثمّ سرد أدلّة الفريق القائل بكون

بالموت. أنظر: أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 610.

¹ - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 498.

² - أنظر: أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلّى، ج 9، المرجع السابق، ص. 120.

³ - أورد صاحب الإنصاف في هذا الصّدّد ما يلي: "... ظاهر كلام المصنّف، صحّة الهبة بمجرد العقد. وهو المذهب، وعليه جماهير الأصحاب، وقطع به كثير منهم ...". أنظر: علاء الدّين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزدائي، المرجع السابق، ص. 17.

⁴ - جاء في بداية المجتهد: "... وقال أحمد وأبو ثور: تصحّ الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلاً، لا من شرط التمام، ولا من شرط صحّة ...". أنظر: محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع نفسه، ص. 498؛ وأنظر في نفس السّياق: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البر بن عاصم التّمري القرطبي، الإستدكار الجامع لمذاهب الأمصار، ت: سالم محمّد عطا ومحمّد علي معوض، ج 22، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000، ص. 303.

القبض مجرد أثر من آثارها انتهاء (البند الثالث).

البند الأول: أدلة الفريق القائل بكون الحيابة شرطاً من شروط صحة هبة العقار

إستدل هذا الفريق بأدلة من السنة (أولاً)، والأثر (ثانياً)، والإجماع (ثالثاً)، والمعقول (رابعاً)، وأهم أدلتهم كانت كالآتي:

أولاً: الدليل من السنة

إستدل أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة، لعل أبرزها:

- ما روي عن "قتادة، عن مطرف بن عبد الله، عن أبيه: أن رجلاً انتهى إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - وهو يقول: قال وكيع مرة: إنه انتهى إلى النبي - صلى الله عليه وسلم -، وهو يقرأ {أَلْهَآكُمُ التَّكَاثُرُ حَتَّى زُرْتُمُ الْمَقَابِرَ}، قال: «يقول ابن آدم: مالي مالي، وهل لك من مالك إلا ما تصدقت فأمضيت، أو ما لبست فأبليت، أو أكلت فأفريت»¹.

وجه الدلالة: أن الحديث دل على أن النبي عليه السلام شرط في العطية والصدقة الإمضاء أي الإقباض، جاء في بدائع الصنائع: "... إعتبر الله سبحانه وتعالى الإمضاء في الصدقة والإمضاء هو التسليم دل على أنه شرط ..."².

- إحتج الأحناف على أن هبة العقار لا تلزم إلا بالقبض استناداً للحديث المروي عن - النبي صلى الله عليه وسلم - "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"³، ومعنى ذلك أنه لا يثبت الحكم وهو الملك إلا بالقبض، لأن جواز هبة العقار ثابت بالاتفاق عن الصحابة قبل القبض؛ ولأن العقد في أصله تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، وتأثيره أن عقد التبرع ضعيف في نفسه، ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم، والملك الثابت للواهب كان قوياً فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينظم إليه ما يتعزز به وهو موته

¹ - "رواه مسلم، والترمذي والنسائي من طرق، عن قتادة، زاد النسائي: وغيلان ابن جرير كلاهما: عن مطرف به. وقال الترمذي: حسن صحيح". أنظر: أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، جامع المسانيد والسُّنن الهادي لأقوم سنن، ت: عبد الملك بن عبد الله الدهيش، ج 5، دار خضرة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، ط2، 1998، ص. 322، حديث رقم: 6583.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123.

³ - جاء في عمدة القاري: "قلت: هذا حديث مُنكَر لا أصل له، بل هو من قول إبراهيم النخعي، رواه عبد الرزاق في (مُصَنَّفِهِ)، وقال: أخبرنا سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: لَا تَجُوزُ الْهَبَةُ حَتَّى تَقْبُضَ، وَالصَّدَقَةُ تَجُوزُ قَبْلَ أَنْ تَقْبُضَ". أنظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج 13، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. س. ط، ص. 156.

في الوصية، لكون الموت منافعاً للملكه، وتسليمه في الهبة لإزالة يده عنه بعد إيجاب عقد التملك لغيره¹.

- ما روي عن مالك من حديث عائشة - رضي الله عنها - أنها قالت: "إن أبا بكر الصديق كان نخلها جادَ عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله يا بُنَيَّة ما من النَّاس أحد أحبَّ إليَّ غني بعدي منك، ولا أعزَّ عليَّ فقراً بعدي منك، وإن كنت نخلتك جادَ عشرين وسقاً، فلو كنت جدديته واحترزته كان لك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك؛ فاقسموه على كتاب الله"².

وجه الدلالة: قوله "لو كنت احرزته كان لك" يدل على أن هبة العقار إنما تملك بالحوز، كون أن حوز الثمار يكون بالجذاذ وقبض الإرث بالحرث، وقد نقل عن ابن بطال: اتفاق العلماء أن القبض في الهبة هو غاية القبول.

وذهب أصحاب هذا القول إلى أن هذا الدليل يؤكد اشتراط القبض في صحة هبة العقار، فلولا توقف الملك على القبض لما قال أنه مال وارث؛ ذلك أن الهبة لو تمت بمجرد العقد دون قبض لما انتقلت إلى الورثة كما قيل في الحديث³ ولأضحى في ملك السيدة عائشة. على هذا يظهر جلياً بأن هبة العقار لا تصح ولا ينتقل الملك فيها إلا بالقبض انتهاء.

ثانياً: الدليل من الأثر

ويتجلى الدليل من الأثر في أقوال الصحابة - رضوان الله عليهم - في المسألة، ومن أقوالهم كما

¹ - قال الكاساني في نفس السباق: "(وجه) الاستحسان أن الهبة في اللغة عبارة عن مجزء إيجاب المالك من غير شريطة القبول، وإنما القبول والقبض لقبوت حكمها لا لوجودها في نفسها، فإذا أوجب فقد أتى بالهبة فترتب عليها الأحكام والدليل على أن وقوع التصرف هبة لا يقف على القبول ما روي عن النبي - عليه الصلاة والسلام - أنه قال «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة» أطلق اسم الهبة بدون القبض والحيازة...". أنظر: أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 115؛ وأنظر: محمد بن أحمد شمس الدين الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48.

² - أنظر في شرح الحديث: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، المرجع السابق، ص. 217؛ وقال العيني بأن الحديث المذكور أقوى دليل على اشتراط القبض ممن قال به. راجع: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، ج 9، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط2، 1990، ص. 199.

³ - جاء في نيل الأوطار في هذا الشأن: "وهذا الأثر يدل على أن الهبة إنما تملك بالقبض لقوله: "لَوْ كُنْتُ جَدَدْتِهِ وَاحْتَرَزْتِهِ كَانَ لَكَ" وذلك لأن قبض الثمرة يكون بالجذاذ وقبض الإرث بالحرث، وقد نقل ابن بطال اتفاق العلماء أن القبض في الهبة هو غاية القبول". أنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج 5، المرجع السابق، ص. 418؛ وقد استدلل الزافعي على أن الهبة لا تملك إلا بالقبض. أنظر: أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التمييز في تلخيص أحاديث شرح الوجيز المشهور بالتلخيص الحبير، ت: محمد الثاني بن عمر ابن موسى، ج 4، دار أضواء السلف، د. ب. ط، 1، 2007، ص. 1993.

ورد في مصنف أبو بكر بن أبي شيبة ما يأتي:

- حدثنا أبو معاوية، عن عيسى بن المسيب، عن الشعبي، عن عثمان أنه قال: "لا تجوز الصدقة حتى تقبض، إلا الصبي بين أبويه، فإن قبضهما له قبض".

- حدثنا ابن مبارك، عن حجاج، قال: سمعت الشعبي يقول: "لا تجوز الصدقة حتى تقبض" وحدثنا ابن مبارك، عن إسماعيل، عن الشعبي، مثله.

- حدثنا وكيع، عن سفيان، عن أبي حصين، عن شريح، قال: "لا تجوز الصدقة حتى تقبض".

- حدثنا وكيع، عن سفيان، عن جابر، عن القاسم، قال: كان معاذ، وشريح، يقولان "لا تجوز الصدقة حتى تقبض إلا الصبي بين أبويه".

- حدثنا وكيع، قال: حدثنا همام، عن قتادة عن الحسن، عن النضر بن أنس، قال: نحلني أبي نصف داره، فقال أبو بردة: إن سرك أن تجوز ذلك فاقبضه فإن عمر بن الخطاب "قضى في الأنحال أما قبض منه فهو جائز، وما لم يقبض منه فهو ميراث".

- حدثنا وكيع، عن شعبه، قال: سألت الحكم، وحامداً، فقالا: "لا يجوز حتى يقبض"¹.

- ما روي عن مالك عن ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عبد الرحمن بن عبد القادري، أن عمر بن الخطاب، قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم تحلاً، ثم يمسكونها، قال: فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي بيدي، ولم أعطه أحداً، وإن مات هو قال: هو لابني، قد كنت أعطيتُه إياه، من نحل نخلة لم يحزها الذي نحلها حتى تكون إن مات لورثته فهي باطل"².

"وأخرجه البيهقي من طريق عبد الرحمن بن عبد القاري أن عمر بن الخطاب قال: "ما بال أقوام

¹ - أنظر: أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي، الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، ت: كمال يوسف الحوت، ج 4، مكتبة الرشد، الرياض، 1409 هـ، ص. 280، وما يليها، أحاديث أرقام: 20126 إلى 20132.

² - "قال محمد: وهذا كله تأخذ، ينبغي للرجل أن يسوي بين ولده في النخلة، ولا يفضل بعضهم على بعض، فمن نحل نخلة ولداً أو غيره فلم يقبضها الذي نحلها حتى مات الناجل والمنحول فهي مژودة على الناجل وعلى ورثته، ولا تجوز للمنحول حتى يقبضها، إلا الولد الصغير، فإن قبض والده له قبض فإذا أعلنها وأشهد بها فهي جائزة لولده، ولا سبيل للوالد إلى الرجعة فيها، ولا إلى اغتصابها بعد أن أشهد عليها. وهو قول أبي حنيفة والعمامة من فقهاءنا". أخرجه في باب: النخل: مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، ت: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، د. ب. ط، الطبعة الثانية، مريدة منقحة، د. س. ط، ص. 286-287، حديث رقم: 809.

ينحلون أولادهم نخلة، فإذا مات أحدهم، قال: مالي في يدي، وإذا مات هو قال: قد كنت نخلته ولدي، لا نخلة إلا نخلة يحوزها الولد دون الوالد، فإن مات ورثه"، وإسناده صحيح.

وروي عن أبي موسى الأشعري قال: قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "الأنخال ميراث ما لم يقبض" وإسناده صحيح أيضا.

ثم روي من طريق النضر بن أنس قال: "نخلي أنس نصف داره، قال: فقال أبو بردة: إن سرك يجوز لك، فاقبضه، فإن عمر بن الخطاب قضى في الأنخال أن ما قبض منه فهو جائز، وما لم يقبض فهو ميراث، قال: فدعوت يزيد الرثك فقسّمها"¹، وروي "عن الزهري، عن سعيد بن المسيب قال: فَشُكِّيَ ذَلِكَ إِلَى عُثْمَانَ فَرَأَى أَنَّ الْوَالِدَ يَحُوزُ لَوْلَدِهِ إِذَا كَانُوا صِعَارًا"².

يتضح من خلال مختلف الآثار المورودة بأن هبة العقار لا تتم إلا بالقبض؛ لأن المقصود بالحيازة فيها هو القبض، وينبغي على ذلك أنه يحق للواهب الرجوع عنها متى أراد على اعتبار أنها لم تخرج عن ملكيته، كما أن الهبة غير المقبوضة حتى يتوفى معطيها ولو لم يرجع عنها تكون باطلة، وترد إلى مجموع التركة.

ثالثاً: الدليل من الإجماع

إحتج أصحاب هذا القول بأن فعل الحوز مقرر من لدن الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - والدليل على ذلك إجماعهم بأن الملكية لا تثبت في هبة العقار بالعقد قبل القبض.

وقد نقل ذلك ابن حزم في المحلى مستدلاً بما يلي: "قَالَ ابْنُ وَهْبٍ: وَأَخْبَرَنِي رِجَالٌ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ، وَشُرَيْحٍ، وَالزُّهْرِيِّ وَرَبِيعَةَ، وَبُكَيرِ بْنِ الْأَشَجِّ: مِنْ هَذَا.

وَمِنْ طَرِيقِ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ الْحَارِثِ بْنِ نَبْهَانَ عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ عُبَيْدِ اللَّهِ هُوَ الْعَزْزَمِيُّ - عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، وَابْنِ أَبِي مُلَيْكَةَ، وَعَطَاءِ بْنِ أَبِي رَاحٍ قَالَ عَمْرُو عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، ثُمَّ اتَّفَقَ سَعِيدٌ وَعَطَاءُ

¹ - "قلت: ورجاله ثقات، لكنه منقطع بين أبي بردة وعمر، لكن الظاهر أن أبا بردة تلقاه من والده أبي موسى، فإنه رواه عن عمر كما سبق". أنظر: محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخریج أحاديث منار السبيل، إشراف زهير الشاويش، ج 6، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985، ص. 69، حديث رقم: 1634 (قول عمر: "لا عطية إلا ما حازه الولد...").

² - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، ت: عبد المعطي أمين قلجعي، ج 9، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ط 1، 1991، ص. 51، حديث رقم: 12320.

وَابْنُ أَبِي مُلَيْكَةَ أَنَّ أَبَا بَكْرٍ، وَعُمَرَ، وَعُثْمَانَ، وَابْنَ عَبَّاسٍ، وَابْنَ عُمَرَ، قَالُوا: لَا تَجُوزُ صَدَقَةٌ حَتَّى تُقْبَضَ.

وَمِنْ طَرِيقِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ عَنْ سُفْيَانَ الثَّوْرِيِّ عَنْ جَابِرِ الْجَعْفِيِّ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ: كَانَ مُعَاذُ بْنُ جَبَلٍ لَا يُجِيزُ الصَّدَقَةَ حَتَّى تُقْبَضَ¹.

قال الكاساني في هذا الشأن: "(ولنا) إجماع الصحابة - رضي الله عنهم - وهو ما رُوينا أَنَّ سَيِّدَنَا أبا بكر وسَيِّدَنَا عمر - رضي الله عنهما - اعتبرا القسمة والقبض لجواز النحل بحضرة الصحابة ولم ينقل أَنَّهُ أنكر عليهما منكر فيكون إجماعاً، وروي عن سَيِّدَنَا أبي بكر وسَيِّدَنَا عمر وسَيِّدَنَا عثمان وسَيِّدَنَا علي وابن عباس - رضي الله عنهم - أَنَّهُمْ قالوا لا تجوز الهبة إلاّ مقبوضة محوزة، ولم يرد عن غيرهم خلافاً، ولأَنَّهُمَا عقد تبرّع فلو صحّت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية، لأنَّه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها، إذ لا مطالبة قبل المتبرّع وهو الموصي لأنَّه ميت، وكذلك القبض شرط جواز الصّدقة لا يملك قبل القبض عند عامّة العلماء..."².

كما أثبت الحصني نفس الحكم في مؤلّفه كفاية الأخيار بقوله: "لَا تَلْزَمُ الْهَبَةُ وَلَا تَمْلِكُ إِلَّا بِالْقَبْضِ لِأَنَّ الصَّدِيقَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نَحَلَ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا جِذَاذَ عَشْرِينَ وَسَقَا فَلَكًا مَرَضًا قَالَ: وَدَتِ أَنَّكَ خُزَيْبٌ أَوْ قَبْضَتِهِ وَإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالُ الْوَارِثِ، فَلَوْلَا تَوَقُّفُ الْمَلِكِ عَلَى الْقَبْضِ لَمَا قَالَ إِنَّهُ مَلِكُ الْوَارِثِ. وَقَالَ عمر رضي الله عنه لَا تَتَمَّ النَّحْلَةُ حَتَّى يَحْوزَهَا الْمَنْحُولُ، وروى مثل ذلك عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وَابْنِ عمر وَابْنِ عَبَّاسٍ وَأَنْسَ وَعَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أَجْمَعِينَ وَلَا يَعْرِفُ لَهُمْ مُخَالَفٌ..."³.

وعمدة من قال بالقبض واشترطه - يقول ابن رشد - "أَنَّ ذَلِكَ مَرْوِي عَنْ أَبِي بكر - رضي الله عنه - في حديث هبته لعائشة المتقدّم، وهو نصٌّ في اشتراط القبض في صحّة الهبة، وما روى مالك عن عمر أيضاً... وهو قول عليّ، قالوا: وهو إجماع من الصحابة، لأنَّه لم ينقل عنهم خلاف ذلك"⁴.

واعتبر الحنابلة الاتّفاق السّالف من لدن الصحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - إجماعاً، وأيدوا هذا بما سبق نقله عنهم، ومّا ورد في هذا الصّدّد ما قال به صاحب المغني: "قَالَ الْمَرْوُذِيُّ: اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ

¹ - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّى، ج 9، المرجع السابق، ص. 122.

² - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123.

³ - أبو بكر بن محمّد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصني، تقيّ الدّين الشّافعي، كفاية الأخيار في حلّ غاية الاختصار، ت: علي عبد الحميد بلطحي ومحمّد وهي سليمان، دار الخير، دمشق، ط 1، 1994، ص. 308-309.

⁴ - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 498.

وَعُمُرُ وَعُثْمَانُ وَعَلِيٌّ، أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَجُوزُ إِلَّا مَقْبُوضَةً¹.

رابعاً: الدليل من المعقول

إحتج أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة، لعل أهمها:

- إستدل أصحاب هذا القول بأن هبة العقار عقد تبرعي، فلو ثبت ملك الموهوب له للهبة قبل قبضها لترتب على ذلك إلزام المتبرع - وهو الواهب - شيئاً لم يتبرع به وهو تسليم الهبة للموهوب له، وإلزامه شيئاً لم يتبرع به يناقض موضوع التبرعات².

- زعم أصحاب هذا القول بأن هبة العقار بوصفها عقد تبرعي، وبكونها كذلك فإن الملكية فيها لا تثبت بمجرد القبول كالوصية، ذلك لأن عقد الهبة ضعيف في نفسه، لهذا لا يتعلق به صفة اللزوم، وأما الملك الثابت للواهب فقد كان قوياً، فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به كالوصية فإنها تتأيد بوفاة الموصي لكون الموت منافياً لملكه، وكذلك الحال في هبة العقار فإنها تتأيد بالتسليم لإزالة يد الواهب عنها بعد إيجاب عقد التملك.

يؤكد السرخسي ما سبق الإشارة إليه بقوله: "... أَنَّ عَقْدَ التَّبَرُّعِ ضَعِيفٌ فِي نَفْسِهِ؛ وَلِهَذَا لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ صِفَةُ اللَّزُومِ. وَالْمَلِكُ الثَّابِتُ لِلْوَاهِبِ كَانَ قَوِيًّا؛ فَلَا يَزُولُ بِالسَّبَبِ الضَّعِيفِ حَتَّى يَنْضَمَ إِلَيْهِ مَا يَتَأَيَّدُ بِهِ: وَهُوَ مَوْتُهُ فِي الْوَصِيَّةِ؛ لِكَوْنِ الْمَوْتِ مُنَافِيًّا لِمَلِكِهِ، وَتَسْلِيمُهُ فِي الْهَبَةِ لِإِزَالَةِ يَدِهِ عَنْهُ بَعْدَ إِجَابِ عَقْدِ التَّمْلِكِ لِعَازِلِهِ، يُوضِّحُهُ: أَنَّ لَهُ فِي مَالِهِ مَلِكَ الْعَيْنِ وَمَلِكَ الْيَدِ. فَتَبَرُّعُهُ بِإِزَالَةِ مَلِكِ الْعَيْنِ بِالْهَبَةِ لَا يُوجِبُ اسْتِحْقَاقَ مَا لَمْ يَتَبَرَّعْ بِهِ عَلَيْهِ - وَهُوَ الْيَدُ - . وَلَوْ أَثْبَتْنَا الْمَلِكُ لِلْمَوْهُوبِ لَهُ قَبْلَ التَّسْلِيمِ وَجَبَ عَلَى الْوَاهِبِ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ، وَذَلِكَ يُخَالِفُ مَوْضُوعَ التَّبَرُّعِ - بِخِلَافِ الْمَعَاوَضَاتِ -، وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ - عِنْدَنَا - فِي أَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْمَلِكُ لِلْمَتَصَدِّقِ عَلَيْهِ إِلَّا بِالْقَبْضِ خِلَافًا لِمَالِكٍ - رَحِمَهُ اللَّهُ -"³.

- ذهب أصحاب هذا القول إلى أن هبة العقار "عقد إِرْفَاقٍ يَفْتَقِرُ إِلَى الْقَبُولِ فَوَجِبَ أَنْ يَفْتَقَرَ

¹ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، ج 8، المرجع السابق، ص. 241.

² - محمد حسني إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 29.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48؛ وأنظر أيضاً: عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الإختيار لتعلييل المختار، ت: محمود أبو دفيقة، ج 3، دار الحلبي، القاهرة، 1937، ص. 48؛ أحمد بن محمد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدوري، التجرید للقدوري، ت: محمد أحمد سراج، علي جمعة محمد، ج 8، دار السلام، القاهرة، ط 2، 2006، ص. 3809.

إِلَى الْقَبْضِ كَالْقَرْضِ، وَلَئِنَّهُ عَقْدٌ لَا يَلْزَمُ الْوَارِثَ إِلَّا بِالْقَبْضِ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يَلْزَمَ الْمَوْرُوثَ إِلَّا بِالْقَبْضِ كَالرَّهْنِ طَرْدًا وَالْبَيْعِ عَكْسًا¹.

- قول أصحاب هذا الرأي "فَشَرَطَ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - فِي الْعَطِيَّةِ وَالصَّدَقَةِ الْإِمْضَاءَ، وَهُوَ الْإِقْبَاضُ - وَقَالُوا: قِسْنَا ذَلِكَ عَلَى الْقَرْضِ، وَالْعَارِيَّةِ، فَلَا يَصِحَّانِ إِلَّا مَقْبُوضَيْنِ، بِعِلَّةٍ أَنَّ كُلَّ ذَلِكَ بَرٌّ وَمَعْرُوفٌ، وَعَلَى الْوَصِيَّةِ، فَلَا تَصِحُّ بِاللَّفْظِ وَحْدَهُ، لَكِنْ بِمَعْنَى آخَرَ مُقْتَرِنٍ إِلَيْهِ وَهُوَ الْمَوْتُ"².

البند الثاني: أدلة الفريق القائل بكون الحيازة شرطاً من شروط تمام عقد هبة العقار

إستدل هذا الفريق بأدلة من الكتاب (أولاً)، والسنة (ثانياً)، فلمعقول (ثالثاً)، وقد كانت أهم أدلتهم كالآتي:

أولاً: الدليل من الكتاب

إحتج أصحاب هذا القول بعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾³، ووجه الاستدلال أن هذه الآية جاءت في صيغة العموم تفيد بضرورة الوفاء بكل العقود دون تمييز، كما لم تشترط القبض حين إنشائها؛ ومن المعروف أن عقد هبة العقار واحد من تلك العقود لم يشذ عنها فوجب الوفاء به سواء تم القبض أم لم يتم⁴.

وقد أوضح ابن العربي هذا المفهوم حين قال: "... ولما رأى الناس أن عقد الهبة تبرع محض، قالوا: إنه لا يلزم إلا بالقبض، وإليه صغى أكثر الفقهاء، منهم الشافعي وأبو حنيفة، وعجباً لهم من أين نزعوا لهذا الأصل، والهبة عقد من العقود، ومبنى العقود على اللزوم، ومحلها القول، منه تكون، وبه تلزم. وقد بين الله ذلك في كتابه فقال: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} الآية (1)، وما بقي بعد قول هذا: وهبت، وقول الآخر: قبِلْتُ، ... فكيف غفلوا عن هذا؟.

فإن قيل: كذلك كنّا من قبل نقول كما ذكرتم، لولا قول أبي بكر الصديق: "لو كنت حُزْتِه لكان لك، وإِنَّمَا هُوَ الْيَوْمَ مَالٌ وَارِثٌ" فيبين أن الهبة إنما تكون هبة بالقبض، وأن انفرادها عنه مُبطل لها.

¹ - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 535.

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 122.

³ - سورة المائدة، الآية: 1.

⁴ - أحمد ياسين القرالة، المرجع السابق، ص. 87.

قلنا: كيف تعلّقتم بهذا في مثل هذا الأصل العظيم، وهو قول الواحد من الصحابة¹.

ثانياً: الدليل من السنة

من بين استدلالاتهم حديث مسلم بن إبراهيم، وهشام، وشعبة، قالاً: حَدَّثَنَا قَتَادَةُ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْئِهِ»².

وجاء في رواية أخرى لأبي داود وغيره بلفظ: "لا يحلّ لرجل أن يعطي عطية أو يهب هبة فيرجع فيها إلاّ الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الذي يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل، فإذا شبع قاء ثم عاد في قيئه"³.

ووجه الاستدلال تشبيه النبي صلى الله عليه وسلم الرّاجع في هبته بالكلب، والمرجوع فيه بالقيء وهو تشبيه للقبیح الشرعي بالقبیح العادي، وذلك غاية التّنفير الدّال على المنع⁴.

وينبني على ذلك أنّه يستلزم على الواهب الوفاء بهبة عقاره وإتمامها بتمكين الموهوب له من حوزها بعد تمام العقد، وإلاّ أجبر على فعل ذلك.

ثالثاً: الدليل من المعقول

إستدل أصحاب هذا القول بمجموعة من الأدلة، لعلّ أبرزها:

¹ - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي، المسالك في شرح موطأ مالك، ت: محمد بن الحسين الشليماني وعائشة بنت الحسين الشليماني، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2006، ص. 450-451.

² - عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، التوشيح شرح الجامع الصحيح، ت: رضوان جامع رضوان، ج 4، مكتبة الترشد، الرياض، ط 1، 1998، ص. 1794، حديث رقم: 2621. وفي شرحه يقول صاحب السراج المنير: "أي كما يقبّح أن يقبّح شيئاً ثم يأكله يقبّح أن يهب شيئاً ثم يسترجعه فيمتنع الرجوع في الموهوب بعد قبضه". أنظر: الشيخ علي بن الشيخ أحمد بن الشيخ نور الدين بن محمد بن الشيخ إبراهيم الشهير بالعزيري، السراج المنير شرح الجامع الصغير في حديث البشير النذير، ج 3، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 343.

³ - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ج 14، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 2008، ص. 322.

⁴ - وجاء في شرحه: "قوله: "لا يحلّ". ظاهر في التحريم، ويجاب بأنّه مجاز عن الكراهة الشديدة، جمعاً بينه وبين ما مرّ من جواز الرجوع. قال الطحاوي: قوله: "لا يحلّ". لا يستلزم التحريم، وهو كقوله: "لا تحلّ الصدقة لغني". وإنما معناه: لا تحلّ له من حيث تحلّ لغيره من ذوي الحاجة. وأراد بذلك التعليل في الكراهة، والله أعلم". على أنّ هناك من ذهب إلى أنّه لما كان العود في القيء حرام، فإنّ الرجوع في الهبة يأخذ حكمه. أنظر: الحسين بن محمد بن سعيد اللاعبي، المعروف بالمغربي، المرجع السابق، ص. 431.

- إحتج أصحاب هذا القول بأن هبة العقار بوصفها عقداً تبرعياً كان فيها إزالة للملك بدون مقابل، فلما كانت كذلك، لزم ذاك الملك بمجرد العقد ووجب ألا تفتقر إلى القبض كالعتق والوقف والوصية حيث ألا قبض يشترط لصحتها، إلى ذلك ينبّه ابن المفلح بقوله: "... ولأنّه إزالة ملكٍ بغير عوضٍ، فلزم بمجرّد العقد كالأوقف والعتق، ولأنّه تبرّعٌ، فلا يُعتبر فيه القبض كالوصية"¹.

ولما كانت هبة العقار عقد - كسائر العقود الأخرى - لم يفتقر لزومها للحوز مثلها مثل الوقف والوصية والبيع؛ فالعقد إنما ينعقد بالإيجاب مرتبطاً بالقبول، ولذلك أشار صاحب الإشراف إلى كونه "عقد من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود، ولأنّه تملك عين في حال الحياة فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، أصله البيع، ولأنّه عقد إرفاق وتبرّر فيجب أن يلزم بمجرد القول، أصله الوقف، ولأنّها عطية فوجب أن تلزم بنفس القول وحصول صفة الإيجاب والقبول كالوصية، ولأنّها هبة وجد فيها الإيجاب والقبول كالمقبوضة"².

- أمعن أصحاب هذا القول بضرورة حصول الحوز في عقد هبة العقار بعلة دفع التهم عن الواهب، حتى لا ينتفع بماله طوال حياته ثم يخرج عن ورثته عند وفاته، وفي ذلك عظيم الإضرار بهم، فتوجب منعه من ذلك بواسطة إلزامه بالإقباض بعد إنشاء الهبة. إلى ذلك أشار القرافي بقوله "القبض إنما اشترط عندنا لنفي التهمة لئلا ينتفع الإنسان بماله عمره ويخرجه عن ورثته عند الموت فلذلك كفى الإشهاد في بعض الصور وحوز الأجنبي واستعني عنه في المودع والغاصب ونحوهما لحصول المقصود بدونه وعند الشافعي هو سبب انتقال الملك وتوجه الحجة للموهوب لنا القياس على البيع"³.

- إدعى أصحاب هذا القول بوصف هبة العقار بأنها عقد لازم تثبت فيها الملكية قبل القبض أي بمجرد اقتران القبول بالإيجاب؛ وكون أنّها عقد تبرعي بتمليك العين فإنه لا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كالبيع.

ذلك أنّه في عقد البيع تقتضي الحاجة إثبات الملك من الجانبين، خلافاً للهبة المقتضية إثبات الملك من جانب واحد، فإذا كان مجرد الكلام يوجب الملك من الجانبين فمن باب جانب واحد أولى. يقول السرخسي في هذا الصدد: "... ثمّ الملك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض - عندنا - وقال مالك - رحمه الله تعالى - يثبت؛ لأنّه عقد تمليك؛ فلا يتوقف ثبوت الملك به على القبض كعقد مالك

¹ - إبراهيم بن محمد أبو إسحاق برهان الدين ابن مفلح، المرجع السابق، ص. 193.

² - القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ت: الحبيب بن طاهر، ج 2، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ص. 674.

³ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 245.

الْبَيْع، بَلْ: أَوَّلَى؛ لِأَنَّ هُنَاكَ الْحَاجَةَ إِلَى إِبْتَاتِ الْمَلِكِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَمِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ أَوَّلَى ..."¹.

البند الثالث: أدلة الفريق القائل بكون الحيابة مجرد أثر من آثار عقد هبة العقار

إستدلّ هذا الفريق بأدلة من الكتاب (أولاً)، والسنة (ثانياً)، والآثار (ثالثاً)، والمعقول (رابعاً)، ولعلّ أهم أدلتهم كانت كالآتي:

أولاً: الدليل من الكتاب

إحتج أصحاب هذا الرأي لمذهبهم بآيتين من القرآن الكريم، أولها:

قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُوا بِالْعُقُودِ ...﴾²،

والثانية: قوله عز وجل: ﴿... وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾³.

وجه الداللتين من الآيتين يتمحور حول أنّه من تلفظ بالهبة فقد عمل عملاً وعقد عقداً ألزمه الوفاء به؛ بحيث لا يسوغ لأحد إبطاله إلاّ بنصّ، ولا نصّ في إبطال هبة العقار بدون قبض يؤكّد ذلك ابن حزم قائلاً: "فَإِذَا بَطَلَ كُلُّ مَا احْتَجُّوا بِهِ، فَالْحُجَّةُ لِقَوْلِنَا: قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى: {أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} ... وَهَذَا مَكَانُ الْإِخْتِجَاجِ بِهَذِهِ الْآيَةِ، لَا حَيْثُ احْتَجُّوا بِهَا مِمَّا بَيَّنَّتِ السُّنَنُ أَنَّهَا لَا مَدْخَلَ لَهُ فِيهَا. وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ تَعَالَى: {وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ} ... وَمَنْ تَلَفَّظَ بِالْهَبَةِ أَوْ الصَّدَقَةِ فَقَدْ عَمِلَ عَمَلًا، وَعَقَدَ عَقْدًا لَزِمَهُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ إِبْطَالُهُ إِلَّا بِنَصٍّ، وَلَا نَصٍّ فِي إِبْطَالِهِ"⁴.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 48.

² - سورة المائدة، الآية: 1.

³ - سورة محمد، الآية: 33.

⁴ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127. يجدر التنبيه إلى أنّ الشوكاني بعد أن مال إلى ترجيح قول الجمهور في المسألة ضمن مؤلفه نيل الأوطار؛ خالف توجهه بالجملة في مؤلفه الثاني (السيل الجرار) حينما صرح بكون "الهبة هي أن يتكرم على غيره بنصيب من ماله عن طيبة نفس، فإذا وقع هذا فهي الهبة الشرعية ولا يشترط في ذلك إيجاب ولا قبول ولا مجلس، بل إن قبله الموهوب له ورضي بمصيره إليه ولو بعد مدة مهما كان الواهب باقياً على ذلك العزم، فهذه هبة صحيحة وليس في الشرع ما يدلّ على ألفاظ مخصوصة ولا على مجلس ولا على قبض، ومن زعم أنّ في الشريعة ما يدلّ على شيء من ذلك فهو مطالب بالتأليل ...". أنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجرار المتدفق على حقائق الأزهار، ج 1، دار ابن حزم، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 626.

ثانياً: الدليل من السنة

إحتج أصحاب هذا القول بعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم "«العائد في هبته كالعائد في قبضه»"¹.

وجه الدلالة أن الحديث دلّ بعمومه على أن هبة العقار تلزم بمجرد العقد²، وهو ذات الاستدلال المعتمد من لدن أصحاب القول الثاني فيرجع إليه تفادياً للتكرار.

ثالثاً: الدليل من الآثار

إستدل أصحاب هذا القول بمجموعة من الآثار، من بينها:

- الأثر المروي عن الثوري عن منصور عن إبراهيم قال "إذا أعلمت الصدقة فهي جائزة، وإن لم تقبض"³.

- الأثر المروي عن حفص، عن حجاج، عن القاسم، عن علي، وعبد الله، قالوا: "إذا عملت الصدقة فهي جائزة وإن لم تقبض"، فإذا قال: "داري التي في مكان كذا وكذا ... فهو جائز، وإن لم

¹ - جاء في تفصيل هذا الحديث عند صاحب المنهل كالآتي: [المعنى العام]: ينهي الرسول صلى الله عليه وسلم عن الرجوع في الهبة بعد القبض بتشبيه الرجوع فيها بأحسن الحيوانات في أحسن أحوالها، فهو يشبهه بالكلب الذي يقيء فيخلط قيئه القدر بقذارة الأرض والهوام ثم يعود إلى قيئه فيتناولها. [المباحث العربية]: (العائد في هبته كالكلب) الجار والمجرور الأول متعلق باسم الفاعل قبله، والجار والمجرور كالكلب متعلق بمحذوف خبر المبتدأ، وجوز الأخفش والفارسي أن تكون الكاف اسماً في محل رفع خبر والكلب مخفوضاً بالإضافة. (يقيء ثم يعود) الجملة في محل التصب على الحال أي كالكلب في هذه الحالة. [فقه الحديث]: إحتج الشافعي وأحمد بهذا الحديث على أنه ليس للواهب زوجاً كان أو غيره أن يرجع فيما وهبه إلا للذي ينحله الأب لابنه جمعاً بين هذا الحديث وحديث التعمان الماضي، فعموم لفظ العائد مخصوص بما رواه ابن ماجه عن جابر أن رجلاً قال يا رسول الله إن لي مالا وولداً وأبي يريد أن يحتاج مالي قال عليه الصلاة والسلام (أنت ومالك لأبيك)، كما احتج بما رواه البخاري قال النبي صلى الله عليه وسلم (ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قيئه) أي لا يجوز للمؤمنين أن يتصفوا بصفة ذميمة، فهذا المثل ظاهر في تحريم الرجوع في الهبة بعد إقباضها، وذهب مالك إلى أن للأجنبي أن يرجع في هبته إذا قصد من الموهوب له الثواب ولم يثبه، وذهب أبو حنيفة إلى أن للواهب الرجوع في هبته من الأجنبي ما دامت قائمة ولم يعوض عنها، واستدل بما رواه ابن ماجه والطبراني من قوله صلى الله عليه وسلم (الرجل أحق بمهنته ما لم يثب منها)، وأجابا عن حديث الباب بأنه عليه الصلاة والسلام جعل العائد في هبته كالعائد في قيئه من حيث إنه ظاهر القبح مروءة وخلقاً لا شرعاً، ولذا كان التشبيه بالكلب لا بالرجل والكلب غير متعبد بتحليل ولا تحريم، فالقيء والعود فيه ليس حراماً عليه، فلا يثبت منع الواهب من الرجوع نعم فيه أنه أمر قدر كالقدر الذي يفعله الكلب". أنظر: موسى شاهين لاشين، المنهل الحديث في شرح الحديث، ج3، دار المدار الإسلامي، د. ب. ط، ط1، 2002، ص. 35.

² - محمد حسين قنديل، المرجع السابق، ص. 178.

³ - أبو بكر عبد الزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ج 9، المجلس العلمي، الهند، ط2، 1403 هـ، ص. 122، حديث رقم: 16596.

يقبض¹.

- الأثر المروي عن محمد بن صاعد، قال: حدثنا عمرو بن علي، حدثنا معتمر بن سليمان، عن عيسى بن المسيب، عن القاسم بن عبد الرحمن، عن أبيه، قال: قال عبد الله بن مسعود: "فُرِعَ مِنْ أَرْبَعَةٍ: الْخُلُقِ وَالْخُلُقِ وَالرِّزْقِ وَالْأَجَلِ فَلَيْسَ أَحَدٌ اكْتَسَبَ مِنْ أَحَدٍ، وَالصَّدَقَةُ جَائِزَةٌ قُبِضَتْ أَوْ لَمْ تُقْبَضْ"².

- أوماً الحنابلة بمناسبة حديث أبي بكر - رضي الله عنه - في هبته لابنته لعائشة متأولين إياه بالقول إن جذاذ عشرين وسقاً يحتمل بأنه أراد به عشرين وسقاً مجذوزة، فيكون مكيلاً غير معين وهذا يجب فيه القبض؛ وإن أراد نخلاً يجد عشرين وسقاً فهو أيضاً غير معين فلا تصح فيه الهبة قبل تعيينه فيكون وعداً بالنحلة لا هبة ملزمة، والوعد لا إلزام فيه.

يقول الزركشي في هذا الصدد: "وجداد عشرين وسقاً غير معين، قال أحمد: حديث أبي بكر - رضي الله عنه - في شيء مجهول وإذا بقي في ما عداه على مقتضى العموم"³.

رابعاً: الدليل من المعقول

هبة العقار عقد تمليك عين في حال حياة الموهوب، فوجب أن يلزم بمجرّد الإيجاب والقبول كالبيع، وقد استدلل أصحاب هذا القول بالقياس فقالوا: "وَلَا تَنْتَهِي إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ عَوْضٍ، فَلَرِمَ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، كَالْوَقْفِ وَالْعَتَقِ".

وَوَيْحَا قَالُوا: تَبَرُّعٌ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ، كَالْوَصِيَّةِ وَالْوَقْفِ. وَلَا تَنْتَهِي عَقْدٌ لِأَرِمَ يَنْتَقِلُ الْمِلْكُ، فَلَمْ يَفِ لُزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ"⁴.

¹ - أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسي، المرجع السابق، ص. 281، حديث رقم: 20133.

² - أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن التّعمان بن دينار البغدادي الدّار قطني، سنن الدّار قطني، ت: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللّطيف حرز الله، أحمد برهوم، ج 5، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2004، ص. 323، حديث رقم: 4390.

³ - شمس الدّين محمّد بن عبد الله الزّركشي المصري الحنبلي، المرجع السابق، ص. 301.

⁴ - أبو محمّد موفّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 240؛ كمال الدّين، محمّد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء الشّافعي، التّجّم الوقاج في شرح المنهاج، ت: لجنة علمية، ج 5، دار المنهاج، جدّة، ط 1، 2004، ص. 551.

- إحتج أصحاب هذا القول بأن هبة العقار تمليك كالبيع، فكما أن البيع يلزم وينتقل فيه ملك المبيع بالإيجاب والقبول بدون توقف على القبض فكذلك الهبة، وأما كون أحد التملّيكين بعوض والآخر بدون عوض، فلا يصلح فرقاً بينهما من حيث كون كل منهما سبباً للتمليك، والأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراطه، وقد روي عن علي وابن مسعود أنهما قالوا: "الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض". جاء في بداية المجتهد "... وقال أحمد وأبو ثور: تصح الهبة بالعقد، وليس القبض من شروطها أصلاً لا من شرط تمام ولا من شرط صحة، وهو قول أهل الظاهر ... فعمدة من لم يشترط القبض في الهبة: تشبيهها بالبيع، وأن الأصل في العقود أن لا قبض مشروط في صحتها حتى يقوم الدليل على اشتراط القبض"¹.

الفرع الثالث: مناقشة أدلة الفقهاء بخصوص حكم الحيابة في عقد هبة العقار

سنحاول ضمن هذا الفرع مناقشة الأدلة التي أوردها كل فريق، منطلقين بمناقشة أدلة الفريق القائل باعتبار الحيابة شرط صحة في عقد هبة العقار (البند الأول)، ثم نعرض لبحث أدلة الفريقين القائلين باعتبار القبض شرط تمام أو مجرد أثر في نفس العقد باعتبار الشبه القائم في أدلتهم ابتداء (البند الثاني).

البند الأول: مناقشة أدلة القائلين بكون الحيابة شرط صحة في هبة العقار

وفيه سنتوقف تباعاً عند مناقشة أدلة هذا الفريق من السنة (أولاً)، والآثار (ثانياً)، والإجماع (ثالثاً)، والمعقول (رابعاً) كالاتي:

أولاً: مناقشة الأدلة من السنة

- استدلال أصحاب هذا الفريق بقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث مطرف "... أو تصدقت فأمضيت ... وتأولهم بأن الإمضاء هو القبض كشرط لصحة العقد لا أثر، فقد تصدى له ابن حزم معترضاً فقال: "... أمّا قول رسول الله: «إِلَّا مَا تَصَدَّقْتَ، أَوْ أُعْطِيتَ فَأَمْضَيْتَ» فَلَمْ يَقُلْ - عَلَيْهِ السَّلَامُ -: إِنَّ الْإِمْضَاءَ هُوَ شَيْءٌ آخَرُ غَيْرُ التَّصَدُّقِ، وَالْإِعْطَاءِ، وَلَا جَاءَ ذَلِكَ قَطُّ فِي لُغَةٍ، بَلْ كُلُّ تَصَدُّقٍ وَإِعْطَاءٍ إِعْطَاءٌ، فَالْلَفْظُ بِهَمَا إِمْضَاءٌ هُمَا، وَإِخْرَاجٌ هُمَا عَنْ مِلْكِهِ، كَمَا أَنَّ الْأَكْلَ نَفْسُهُ هُوَ الْإِفْتَاءُ، وَاللَّبَاسُ هُوَ الْإِبْلَاءُ؛ لِأَنَّ لِكُلِّ لُبْسَةٍ حَظُّهَا مِنَ الْإِبْلَاءِ، فَإِذَا تَرَدَّدَ اللَّبَاسُ ظَهَرَ الْإِبْلَاءُ - فَبَطَلَ تَعَلُّقُهُمْ بِهَذَا الْحَبَرِ.

¹ - محمد بن أحمد بن محمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 498.

وَأَيْضًا - فَإِنَّ مَنْ قَالَ: مَا لِي هَذَا صَدَقَةٌ عَلَى فُلَانٍ، أَوْ قَالَ: قَدْ تَصَدَّقْتُ عَلَيْكَ بِهَذَا الشَّيْءِ، أَوْ قَالَ: مَالِي هَذَا هِبَةٌ لِفُلَانٍ، أَوْ قَالَ: قَدْ وَهَبْتُهُ لِفُلَانٍ -: فَلَا يَخْتَلِفُ اثْنَانِ مِمَّنْ يُحْسِنُ اللَّعْنَةَ الْعَرَبِيَّةَ فِي أَنَّهُ يُقَالُ: قَدْ تَصَدَّقَ فُلَانٌ بِكَذَا عَلَى فُلَانٍ، وَقَدْ وَهَبَ لَهُ كَذَا فَلَوْ لَمْ تَكُنِ الصَّدَقَةُ كَامِلَةً تَامَةً بِاللَّفْظِ لَكَانَ الْمُخِيرُ عَنْهُ بِأَنَّهُ تَصَدَّقَ، أَوْ وَهَبَ كَاذِبًا - فَوَجَبَ حَمْلُ الْحُكْمِ عَلَى مَا تُوجِبُهُ اللَّعْنَةُ، مَا لَمْ يَأْتِ نَصٌّ بِحُكْمٍ زَائِدٍ لَا تَقْتَضِيهِ اللَّعْنَةُ فَيُوقَفُ عِنْدَهُ وَيُعْمَلُ بِهِ"¹.

- بالنسبة لاستدلالهم بقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة"، فقد اعترض عليه بأنه ليس حديثاً عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - بل أقصى ما يمكن أن يقال عنه إنه إما أن يكون رأياً للتابعي إبراهيم النخعي، أو أثراً نقله عن الصحابة، ومن ثم فهو لا يصلح أن يكون دليلاً من السنة.

وفي هذا الصدد تدخل ابن حجر فقال: "لم أجده وهو في آخر الوصايا من مُصَنَّف عبد الرزاق عن إبراهيم النخعي"². وقال عنه الزبلي بأنه "غريب"، ورواه عبد الرزاق من قول النخعي، رواه في آخر الوصايا من مُصَنَّفِهِ فَقَالَ: أَخْبَرَنَا سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ عَنْ مَنْصُورٍ عَنْ إِبْرَاهِيمَ، قَالَ: لَا تَجُوزُ الْهِبَةُ حَتَّى تُقْبَضَ، وَالصَّدَقَةُ تَجُوزُ قَبْلَ أَنْ تُقْبَضَ"³.

وقد بنى الأحناف على هذا الحديث عدم جواز هبة المشاع والمتصل بغيره حتى يتم قسمته، "وأنت إذا تتبعته كل كتب الحديث على كثرتها واختلافها لا ترى لهذا الذي زعموه حديثاً من أثر فيها أو إشارة ولو خفية إليه..."⁴.

أما الألباني فقد ذهب أبعد من ذلك فقال: "لا أصل له مرفوعاً... ولا دليل في السنة على اشتراط القبض في الهبة"⁵.

- بالنسبة لما روي عن أبي بكر - رضي الله عنه - بخصوص نخله ابنته عائشة - رضي الله عنها

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 122-123.

² - أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الدرر في تخريج أحاديث الهداية، ت: عبد الله هاشم اليماني، ج 2، دار المعرفة، بيروت، د. س. ط، ص. 183.

³ - جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزبلي، نصب الرأية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزبلي ج 4، المرجع السابق، ص. 121.

⁴ - أحمد إبراهيم إبراهيم، التزام التبرعات، ع 5، المرجع السابق، ص. 618.

⁵ - أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيء في الأمة، ج 1، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2000، ص. 536، حديث رقم: 360.

- جداد عشرين وسقاً من ماله بالغابة، فإنّ الموهوب هنا غير معيّن، فكانت الهبة فيه غير صحيحة قبل تعيينه، كون أنّ جذاذ عشرين وسقاً لا "يُخْلُو ضُرُورَةً مِنْ أَحَدِ أَمْرَيْنِ لَا ثَالِثَ لهُمَا -: إمّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ نَحْلاً يَجُذُّ مِنْهَا عِشْرِينَ وَسَقاً. وَإِمّا أَنْ يَكُونَ أَرَادَ ثَمَرًا يَكُونُ عِشْرِينَ وَسَقاً بِمَجْدُودَةٍ، لَا بُدَّ مِنْ أَحَدِهِمَا وَأَيُّ الْأَمْرَيْنِ كَانَ فَإِنَّمَا هِيَ عِدَّةٌ؟ وَلَا يَلْزَمُ هَذِهِ الْقَضِيَّةُ عِنْدَهُمْ وَلَا عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي مُعَيَّنٍ مِنَ النَّخْلِ، وَلَا مُعَيَّنٍ مِنَ الثَّمَرِ، وَقَدْ يَجُذُّ عِشْرِينَ وَسَقاً مِنْ أَرْبَعِينَ نَحْلاً، وَقَدْ يَجُذُّ مِنْ مَائَتِي نَحْلةٍ، وَقَدْ لَا يَجُذُّ مِنْ نَحْلةٍ بِالْغَابَةِ عِشْرِينَ وَسَقاً لِعَاهَةِ تُصِيبُ الثَّمَرَةَ، فَهَذَا لَا يَنْبَغُ إِلَّا حَتَّى يُعَيَّنَ النَّخْلُ أَوْ الْأَوْسَاقُ فِي نَحْلةٍ، فَيَتِمَّ حِينَئِذٍ بِالْجِدَادِ وَالْحَيَازَةِ"¹.

علاوة على ذلك، فإنّ هذه الحادثة لم يتيّن مصدرها، وبالتالي فهي وعدٌ من الصديق لابنته فحقّ له الرجوع في وعده؛ يشير إلى ذلك ابن حزم بحديثه المعروفة في قوله: "فَلَيْسَتْ هَذِهِ الْقِصَّةُ مِنْ الْهَبَةِ الْمَعْرُوفَةِ الْمَجْدُودَةِ، وَلَا مِنَ الصَّدَقَةِ الْمَعْلُومَةِ الْمُتَمَيِّزَةِ فِي وَرْدٍ وَلَا صَدَرٍ، وَلَكِنَّهُمْ قَوْمٌ يُوهَمُونَ فِي الْأَخْبَارِ مَا لَيْسَ فِيهَا"².

وقد ذهب ابن قدامة في ذات السّياق معلّقاً: "فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ، فَلَا يَلْزَمُ، فَإِنَّ جُذَادَ عِشْرِينَ وَسَقاً، يُحْتَمَلُ أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عِشْرِينَ وَسَقاً بِمَجْدُودَةٍ، فَيَكُونُ مَكِيلًا، غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَهَذَا لَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْقَبْضِ. وَإِنْ أَرَادَ نَحْلاً يَجُذُّ عِشْرِينَ وَسَقاً، فَهُوَ أَيْضًا غَيْرُ مُعَيَّنٍ وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ: وَعَدْتُكَ بِالنَّحْلةِ"³.

- لاشكّ أنّ دلالة الحديث تؤكّد على أنّ الواهب إذا كان ماله صحيحاً لم يتعلّق به حقّ الغير، واستلزم عليه - تبعاً لذلك - إتمام الهبة وتسليم العقار الموهوب، أمّا إذا مرض فإنّ حقّ الغير يتعلّق به؛ ينبّه إلى ذلك ابن العربي بتفصيل: "... فقد وجب والحالة هذه أن تقول متى ما كان الواهب صحيحاً ماله له لم يتعلّق به حقّ لغيره، وجبّ عليه أن يفي بعقده ويسلّم ما وهب لصاحبه، فإذا مرضَ تعلّق به حقّ الغير فلو كان عن معاوضةٍ محضَةٍ لوجب التسليم فيه، وإذا كان عن تبرّع، فحقّ الغير إذا تعلّق بالمال منع من التبرّع أصله إذا تعلّق بالمال حقوق الغرماء، وعلى هذه النكته نبّه الصديق حين قال: وإمّا هو اليوم مال الوارث، فوجدنا لردّ الهبة في المرض أصلاً فحملناه عليه وبقيت الهبة في الصحة على

¹ - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 124.

² - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

³ - أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 244.

أصل العقود وعموم الكتاب ..¹.

وقبل هذا وذاك، فإنّ فالقول المحلل أعلاه هو قول الصحابي الواحد معارض لما هو أقوى منه، يروى ابن العربي متسائلاً: "قلنا: كيف تعلّقتم بهذا في مثل هذا الأصل العظيم، وهو قول الواحد من الصحابة"².

ثانياً: مناقشة الأدلة من الآثار

ردّ على أدلة القائلين باعتبار القبض شرط صحة في عقد هبة العقار واستدلالهم بأقوال الصحابة: أبي بكر، وعمر، وعثمان، وابن عباس، ومعاذ، وابن عمر - رضوان الله عليهم - المحتجين بأنّه "لا تجوز الصدقة حتى قبض"؛ بكون مجمل الروايات فيها إمّا لا تصحّ، وإمّا أنت بخلاف ما تعلّقوا به من ألفاظها، وهي ضعيفة لا تثبت على غرار آثار أخرى في المسألة جاءت على خلافها، على ذلك فإنّ معظم ما روي في هذه المسألة ليس بحجّة. قال ابن حزم في هذا الصدد: "فَأَكْثَرُ تِلْكَ الْأَخْبَارِ إِمَّا لَا تَصِحُّ، وَإِمَّا قَدْ جَاءَتْ بِخِلَافِ مَا تَعَلَّقُوا بِهِ مِنْ أَلْفَاظِهَا، وَإِمَّا قَدْ خَالَفُوا أَوْلِيَّكَ الصَّحَابَةَ فِيمَا جَاءَ عَنْهُمْ، كَمَجِيءِ هَذِهِ الرُّوَايَاتِ، أَوْ بِأَصَحِّ عَلَى مَا نُبِئْتُ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى"³.

ونوقش الأثر المروي عن عمر - رضي الله عنه - بالقول أنّه "أَرَادَ بِهِ النَّهْيَ عَنِ التَّحْيِيلِ بِنِخْلَةِ الْوَالِدِ وَلَدُهُ نِخْلَةً مَوْفُوفَةً عَلَى الْمَوْتِ، فَيُظْهِرُ: إِنِّي نَحَلْتُ وَلَدِي شَيْئًا وَيُمْسِكُهُ فِي يَدِهِ وَيَسْتَعْلِيهِ، فَإِذَا مَاتَ أَخَذَهُ وَلَدُهُ بِحُكْمِ النَّحْلَةِ الَّتِي أَظْهَرَهَا، وَإِنْ مَاتَ وَلَدُهُ أُمْسَكُهُ، وَلَمْ يُعْطِ وَرَثَتُهُ وَلَدِي شَيْئًا. وَهَذَا عَلَى هَذَا الْوَجْهِ مُحَرَّمٌ، فَتَنَاهُمْ عَنْ هَذَا حَتَّى يَحْوزَهَا الْوَلَدُ دُونَ وَالِدِهِ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَتُهَا وَرَثَتُهُ، كَسَائِرِ مَالِهِ. وَإِذَا كَانَ الْمَقْصُودُ هَذَا اخْتَصَّ بِهَبَةِ الْوَلَدِ دُونَ وَالِدِهِ، وَشَبَّهِه"⁴.

ثالثاً: مناقشة الدليل من الإجماع

نوقش دعوى الإجماع بخصوص اعتبار القبض شرط صحة في عقد هبة العقار كالاتي:

¹ - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ت: محمد عبد الله ولد كريم، ج3، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1992، ص. 940.

² - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، مسالك في شرح موطأ مالك مسالك في شرح موطأ مالك، ج6، المرجع السابق، ص. 451.

³ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 124.

⁴ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، ج 8، المرجع السابق، ص. 244؛ وأنظر: أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 618.

- إجماع الصحابة على شرط قبض هبة العقار مردود بما نقل عن بعض نظرائهم الذين أجازوا الصدقة قبل القبض، ومعلوم أنّ الهبة والصدقة والعطية جميعها متقاربة في المعنى؛ فكيف يتم الإجماع مع المعارضة¹، ولا شك أنّ هذه الأخيرة ثابتة فيما نقل عن الصحابة - رضوان الله عليهم - وهي:

- حديث صاحب المصنّف "عن الثوري، عن جابر، عن القاسم بن عبد الرحمن، أنّ عليّاً، وابن مسعود كانا «يحيزان الصدقة وإن لم تقبض».

- حديث عبد الرزاق "قال: أخبرنا الثوري: عن منصور، عن إبراهيم قال: «إذا أعلمت الصدقة فهي جائزة، وإن لم تقبض»²

ويردّ ما روي عن عائشة وعمر بن الخطاب، وادّعاء الحنابلة إجماع الصحابة بالقول أن لا حجة في أحد دون رسول الله - صلى الله عليه وسلم - خصوصاً والخلاف قد جاء في ذلك من الصحابة رضي الله عنهم³.

- بطلان الرواية المروية عن أبي بكر، وعمر، وعثمان، وعليّ، وابن عباس، وابن عمر، رضوان الله عليهم، (لا تجوز الهبة حتّى تقبض)، بدعوى أنّ راويها محمد بن عبيد الله بن أبي سليمان العزمي مجروح. أشار إلى ذلك ابن حجر في كتابه تهذيب التهذيب، فقال: "قال عبد الله بن أحمد عن أبيه ترك الناس حديثه، وقال الدّوري عن ابن معين ليس بشيء ولا يكتب حديثه، وقال البخاري تركه بن المبارك ويحيى، وقال النسائي ليس بثقة ولا يكتب حديثه، وقال بن أبي مذكور عن وكيع كان العزمي رجلاً صالحاً ذهب كتبه فكان يحدث حفظاً فمن ذلك أتى بالمناكير ... وقال الدار قطني ضعيف الحديث، وقال بن حبان كان رديء الحفظ وذهب كتبه فجعل يحدث من حفظه فيهم وكثرت المناكير في روايته، تركه بن مهدي وابن المبارك والقطّان وابن معين، وقال أبو حاتم روى عنه شعبة وسليمان على التعجب وهو ضعيف الحديث جداً، وقال بن أبي حاتم ترك أبو زرعة قراءة حديثه، وقال الحاكم في المدخل متروك الحديث بلا خلاف أعرفه بين أئمة النّقل فيه ..."⁴.

¹ - محمد حسين قنديل، المرجع السابق، ص. 180.

² - أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المرجع السابق، ص. 122، حديثي رقمي: 16595-196596.

³ - محمد حسين قنديل، المرجع نفسه، ص. 180.

⁴ - أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج9، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط1، 1326 هـ، ص. 323.

رابعاً: مناقشة الدليل من المعقول

نوقش استدلال أصحاب هذا الفريق بكونه نفس الدّعى؛ بحسب أنّ الخلاف يبقى قائماً حول هل أنّ عقد هبة العقار لا يلزم به شيء لم يتبرّع به الواهب، أم يلزم به تسليم الشيء الموهوب؟. وعلى اعتبار أنّ هبة العين تستوجب تسليمها وإلاّ كان إيهابها لغواً؛ فالتسليم ليس شيئاً زائداً على التبرّع الأصلي، بل هو من مقتضياته ومستلزماته، فلا يقال: إنّ إثبات الملك قبل الحوز فيه إلزام للواهب بما لم يلتزمه، وهذا هو الوجه الأول¹.

والوجه الثاني يتمحور حول قولهم بأنّ هبة العقار بلا حيازة إلزام للواهب بما لا يلزم، فقليل بشأنه إنّ الهبة بطبيعتها ترتّب آثاراً منها القبض، فكيف إذا لم يتمّ حوزها ثمّ بادر الموهوب له بطلبها فأصبح الواهب ملتزماً بما لم يلزم بناء على قاعدة "من ألزم نفسه معروفاً لزمه"²، ولعلّ القول بذلك إنّما يتيح الأعدار لكلّ واهب من أن يتحلّل من التزامه بدعوى أنّ الهبة لم تتمّ لعدم الحوز، ممّا قد ينجر عنه إشاعة لعدم الثقة بين المتعاقدين فضلاً عن زعزعة استقرار المعاملات في الأساس.

ورّد أيضاً على استدلالهم بكون المتبرّع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرّع به إذا كان من تمامه ضرورة تصحيحه، ومثاله: من نذر مباشرة الصلاة وهو ناقض للوضوء لزمه هذا الأخير، ومن شرع في صوم لزمه الإتمام.

قال العيني موضحاً: "... (ولأنّه): أيّ ولأنّ عقد الهبة (عقد تبرّع، وفي إثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرّع شيئاً) وعقد التبرّع لم يلزم به شيء، (لم يتبرّع به وهو التسليم): أيّ الذي لم يتبرّع به هو التسليم، (فلا يصح): لأنّ من ضرورات الملك التسليم، ورّد بأنّ المتبرّع بالشيء قد يلزمه ما لم يتبرّع به إذا كان من تامة ضرورة تصحيحه، كمن نذر أن يصلي وهو محدث لزمه الوضوء، ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الإتمام.

وأجيب: بأنّه مغالطة، فإنّ ما لا يتمّ الشيء إلّا به فهو واجب إذا كان ذلك الشيء واجباً كما ذكرت في الصوم، فإنّه يجب بالنذر أو الشروع، وما لا يتمّ الواجب إلّا به فهو واجب، والهبة عقد تبرّع

¹ - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 117.

² - وقد أورد ابن عرفة هذه القاعدة ضمن باب "في صيغة العارية" إلّا أنّه قال: "ويدخلها الشاذ في عدم لزوم الهبة بالقول". أنظر: محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ج7، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، د. ب. ط، ط1، 2014، ص. 240.

ابتداءً وانتهاءً، فإنه لو وهب وسلّم جاز له الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به ...¹.

وأما قياسهم هبة العقار على القرض والعارية فهو مردود بما يأتي:

- قياس هبة العقار على القرض هو قياس فاسد، كون أنّ القرض يرجع فيه المقرض متى شاء، والهبة لا يرجع فيها الواهب متى أراد، على اعتبار أنّ هناك موانع نصّ عليها الفقهاء تمنع الرجوع في الهبة وكذا الصدقة لاتّفاقهما في مجمل الأحكام.

- قياس هبة العقار على العارية غير مسلّم به أيضاً لعدم صحّة القياس، إذ الهبة تفيد تمليك العين خلافاً للعارية التي تبيح الانتفاع بالعين، هذا فضلاً عن أنّ المعير يجوز له الرجوع في عاريتها متى يريد في مذهب الجمهور، والهبة والصدقة لا ينطبق عليهما نفس الحكم.

- قياس هبة العقار على الوصية أشدّ فساداً من القرض والعارية²، ذلك أنّ أصحاب الرأي الأول لا يوجبون في الوصية الصحّة بالقبض أصلاً، بل هي واجبة عندهم بالموت فقط، وهذا نظر غير وجيه؛ كون أنّ الموصي لم يوجب الوصية قطّ بلفظه، بل إنّه أوجبها بعد الوفاة، وعندئذ وجبت بما أوجبها به فقط دون أيّ تفسير آخر.

يقول ابن حزم مدافعاً عن صحّة توجهه في كلّ ما سبق: "... القول في العارية كالقول فيما ذكرنا سواءً سواءً، ولو صحّ هذا القياس لكان حجةً عليهم. وأيضاً - فإنّ القرض يرجع فيه متى أحبّ والعارية كذلك، ولا يرجع عندنا في الهبة ولا في الصدقة، وأيضاً - فإنّ الصدقة والهبة تمليك للرفقة بغير عوض، والقرض تمليك للرفقة بعوض، والعارية ليست تمليكاً للرفقة أصلاً -: فبطل قياس بعض ذلك على بعض لاختلاف أحكامها.

وليس قول من قال: اتّفاق جميعها في أنّها برّ ومعرّوف فأنا أقيس بعضها على بعض بأولى ممّن قال افتراقها في أحكامها يوجب أنّ لا يُقاس بعضها على بعض، وإذا كان الاتّفاق يوجب القياس فالافتراق يبطل القياس، وإلا فقد تحكّموا بالدعوى بلا برهان.

ويقال لهم: هلاًّ قسّم كلّ ذلك على النذر الواجب عندكم باللفظ وإن لم يقبض، فهو أشبه بالصدقة والهبة من العارية والقرض؟ وأما الوصية: فقد كفونا مؤنة قياسهم عليها، لأنّهم لا يوجبون فيها

¹ - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية شرح الهداية، ج 9، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990، المرجع السابق، ص. 200.

² - محمد حسين قنديل، المرجع السابق، ص. 180-181.

الصَّحَّةُ بِالْقَبْضِ أَصْلًا، بَلْ هِيَ وَاجِبَةٌ بِالمَوْتِ فَقَطْ.

وَقَوْلُهُمْ: لَا تَجِبُ بِاللَّفْظِ دُونَ مَعْنَى آخَرَ - وَهُوَ الْمَوْتُ - فَتَمْوِيَةٌ بَارِدٌ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ الْمُوصِيَّ لَمْ يُوجِبِ الْوَصِيَّةَ قَطُّ بِلَفْظِهِ، بَلْ إِنَّمَا أَوْجَبَهَا بَعْدَ الْمَوْتِ فَحِينَئِذٍ وَجَبَتْ بِمَا أَوْجَبَهَا بِهِ فَقَطْ دُونَ مَعْنَى آخَرَ -: فَظَهَرَ فَسَادُ قِيَاسِهِمْ وَبَرُدُّهُ وَغَثَائِثُهُ، وَخَالَفَتْهُ لِلْحَقِّ...¹.

البند الثاني: مناقشة أدلة القائلين بكون الحيابة شرط تمام أو مجرد أثر في هبة العقار

نظراً للشبه القائم بين أدلة هذين الفريقين، فإنه من المفيد التطرق عند مناقشتها إلى مراميها من الكتاب (أولاً)، والسنة (ثانياً)، والآثار (ثالثاً)، والمعقول (رابعاً) تبعاً على النحو الموالي:

أولاً: مناقشة الدليل من الكتاب

لا شك أن الاستدلال بعموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾² مردود للأسباب الآتية:

- الإحتجاج بالنصّ المبين أعلاه مردود على اعتبار أن المأمور به هو الوفاء بالعقد، وقول الواهب وهبتك دون قبول من الموهوب له لا يصطلح عليه بعقد، فرجوع الواهب قبل القبول من الموهوب له يجعل الإيجاب غير قائم ويطله انتهاء؛ ذلك أن التلفظ بالهبة وحده لا يطلق عليه عقد لدى الجمهور - حنفية وشافعية وحنابلة -، وإنما يسمّى العقد عقداً بعد اقتران القبول بالإيجاب، وهنا يسلم بإيجاب الوفاء بالعقد، أما قبل ذلك فلا مجال للتسليم بذلك³.

- إذا كان المقصود بالآية العقود اللازمة التامة بمجرد الإيجاب والقبول الصحيحين، فإن هبة العقار تكون لازمة بالحوز لا بالعقد، وقد سلف القول بأن تفرقة كهذه لا سند لها، ومن ثمة فإن القول بأن هذه الآية متعلقة بالعقود اللازمة بمجرد الإيجاب والقبول وليس بعقد الهبة الذي لا يلزم إلا بالحوز لا أساس له.

يقول الماوردي موضحاً: "وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ {المائدة: 1} فهو أن

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 123.

² - سورة المائدة، الآية: 1.

³ - محمد حسين قنديل، المرجع السابق، ص. 181.

الْمُرَادُ بِهِ لَا زِمُ الْعُقُودِ وَلُزُومُ اهْتِيَةِ زُكُوبٍ بِالْقَبْضِ لَا بِالْعَقْدِ ...¹.

- وقد رُدَّ على ذلك بكون الآية عامة، والأدلة الخاصة التي سيقَّت في المسألة قاضية عليها، مع الإشارة إلى أنَّ هذا القول لا يلزم المالكية المقرِّين بانعقاد هبة العقار انطلاقاً بالتلفُّظ وإن كانت لا تتم إلاَّ بحوزها ضرورة؛ فلو تلفُّظ الواهب بالهبة ولم يحزها أمكن الموهوب له السَّعي إلى المطالبة بها، إذ ليس في الآية دليل على خصوص مذهب ابن حزم في هذه المسألة².

أمَّا الاستدلال بقوله تعالى: ﴿... وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾³، فإنَّ وجه الدلالة منها يتعارض مع نصوص كثيرة ثابتة - عن رسول الله صَلَّى الله عليه وسلَّم - تفيد الرجوع في هبة الوالد عند إثارة بعض ولده على آخر، فكيف يأمر النبيُّ الكريم برَدِّ ما فضَّل به الوالد بعض ولده مع علمه بالنَّهي عن ذلك⁴.

ثانياً: مناقشة الدليل من السنة

نوقش الدليل المرتكز عليه في قوله عليه الصَّلَاة والسَّلَام: "العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه" بأنَّه يحمل على المقبوض، أمَّا قبل القبض فليس مؤدَّى الحديث التَّهْي عن الرجوع فيه⁵.

وقيل بأنَّه محمول على ما بعد القبض على اعتبار أنَّ محلَّ النقاش فيه هو مدى نشوء العقد ولزومه قبل القبض. قال الماوردي "وقوله - صَلَّى الله عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : "الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ" مُحْمُولٌ عَلَى مَا بَعْدَ الْقَبْضِ"⁶.

على أنَّه فيما يظهر أنَّ هذا الدليل يحتمل المعنيين، وليس يتضمَّن من التَّخصيص ما يرجَّح قولاً على آخر، وما دام جاء مطلقاً، فإنَّه يحمل على الرجوع قبل القبض وبعده. ذلك ممَّا تبَّه إليه صاحب المعونة بقوله: "... وقوله - صَلَّى الله عليه وسلم - الرَّاجِعُ فِي هَبْتِهِ كَالرَّاجِعِ فِي قَيْئِهِ، وَلَمْ يَفَرِّقْ بَيْنَ الرَّجُوعِ قَبْلَ الْإِقْبَاضِ أَوْ بَعْدَهُ، وَلَأنَّه عَقْدٌ مِنَ الْعُقُودِ فَلَمْ يَفْتَقِرْ انْعِقَادُهُ إِلَى قَبْضِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ أَصْلُهُ سَائِرُ

¹ - أبو الحسن علي بن محمَّد بن محمَّد بن حبيب البصري البغدادي، الشَّهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 536.

² - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 120.

³ - سورة محمَّد، الآية: 34.

⁴ - محمَّد حسين قنديل، المرجع السابق، ص. 181-182.

⁵ - محمَّد حسني إبراهيم، المرجع السابق، ص. 31؛ محمَّد حسين قنديل، المرجع نفسه، ص. 182.

⁶ - أبو الحسن علي بن محمَّد بن محمَّد بن حبيب البصري البغدادي، الشَّهير بالماوردي، المرجع نفسه، ص. 536.

العقود، ولأنّها عطية فلم يفتقر انعقادها إلى قبض كالوصية¹.

ثالثاً: مناقشة الدليل من الآثار

رُدّ عن الآثار التي أوردها أصحاب الفريقين الثاني والثالث برّدين هما:

أولهما: مؤداه، أنّ تلك الآثار معارضة بآثار أخرى تخالفها وردت عن الصحابة - رضوان الله عليهم - مما يجعلها محل إسقاط فلا يستدلّ بها.

ثانيهما: خصّص لأثرين؛ أحدهما ذاك المروي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - حيث ذهبوا إلى عدم صحته والاحتجاج به كونه مروى من وجه ضعيف، علاوة على أنّه محمول على صدقة الوالد على ولده الصغير حيث لا محلّ للحوز فيها، وهذا الحمل للأثر إنّما يراد به التوفيق بين الأدلة تلافياً لها عن التضارب.

يقول ابن عبد البرّ في هذا الصدد: "وَرَوَوْا ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - مِنْ وَجْهِ لَا يَحْتَجُّ بِهِ"²؛ كما أورد الكاساني مبرراً نفس القول: "وما روي عن سيّدنا عمر وسيّدنا علي - رضي الله عنهما - محمول على صدقة الأب على ابنه الصغير، وبه نقول لا حاجة هناك إلى القبض حملناه على هذا توفيقاً بين الدلائل صيانة لها عن التناقض"³.

والآخر: تأويل الحنابلة لأثر السيّد عائشة - رضي الله عنها - فقد ردّ عنه بأنّه جاء على خلاف الظاهر منه وهو اشتراط الحوز لصحة هبة العقار وتامها⁴.

رابعاً: مناقشة الدليل من المعقول

إعترض على أصحاب القول الثاني القائلين بصحة هبة العقار بمجرد العقد جاعلين الحوز شرطاً لتامها بالقول: بأنّ هذا الحكم لا معنى له؛ يشير إلى ذلك ابن حزم في ردّه: "وَيُسْأَلُ الْمَالِكِيُّونَ خَاصَّةً عَمَّنْ قَالَ: قَدْ وَهَبْتُ هَذَا الشَّيْءَ لَكَ، أَوْ قَالَ: هَذَا الشَّيْءُ هِبَةٌ لَكَ، أَوْ قَالَ: قَدْ تَصَدَّقْتُ عَلَيْكَ

¹ - أبو محمّد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، ت: محمّد حسن الشافعي، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1987، ص. 498.

² - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمّد بن عبد البرّ بن عاصم التّمري القرطبي، المرجع السابق، 303.

³ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123.

⁴ - إبراهيم بن محمّد بن عبد الله بن محمّد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدّين، المرجع السابق، ص. 193.

بِهَذَا، أَوْ قَالَ: هَذَا صَدَقَةٌ عَلَيْكَ - أَتَصَدَّقُ، وَوَهَبَ بِذَلِكَ الشَّيْءَ أَمْ لَمْ يَتَصَدَّقْ بِهِ وَلَا وَهَبَهُ؟ وَلَا ثَالِثٌ لِهَذَا التَّفْسِيرِ.

فَإِنْ قَالُوا: نَعَمْ، قَدْ تَصَدَّقَ بِهِ وَوَهَبَهُ؟ قُلْنَا: فَإِذَا قَدْ تَصَدَّقَ بِهِ وَوَهَبَهُ فَقَدْ تَمَّتْ الصَّدَقَةُ وَالْهَبَةُ وَصَحَّتْ، فَمَا يَضُرُّهُمَا تَرْكُ الْحَيَازَةِ وَالْقَبْضِ، إِذَا لَمْ يُوجِبْ ذَلِكَ نَصٌّ؟ فَإِنْ قَالُوا: لَمْ يَهَبْ وَلَا تَصَدَّقْ؟ قُلْنَا: فَمِنْ أَيْنَ اسْتَحْلَلْتُمْ إِجْبَارَهُ وَالْحُكْمَ عَلَيْهِ بِدَفْعِ مَالٍ مِنْ مَالِهِ لَمْ يُتَصَدَّقْ بِهِ عَلَيْهِ، وَلَا وَهَبَهُ إِلَى مَنْ لَمْ يَهَبْهُ لَهُ وَلَا تَصَدَّقَ بِهِ عَلَيْهِ؟ هَذَا عَيْنُ الظُّلْمِ وَالْبَاطِلِ، وَلَا مُخْلَصَ لَهُمْ مِنْ أَحَدِهِمَا¹.

ونوقش الدليل المنطقي المرتكز على قياس هبة العقار على الوقف والوصية وغيرها من سائر العقود - حيث لم يفتقر لزومها إلى الحوز مثلها مثل بقية العقود، كون أن العقد إنما ينعقد بالإيجاب والقبول - بأنه قياس مع الفارق؛ بعلّة تباين موضوع العقود من عقد لآخر، فضلاً عن اختلاف أحكامها مما يمنع إعمال القياس.

وأيضاً قياس هبة العقار على البيع مردود لاختلاف المقيس على المقيس عليه، على اعتبار أن الأولى من عقود التبرع والثاني من عقود المعاوضة.

جاء في المبدع تدليلاً على هذا القول: "وَلَأَنَّهُ إِزَالَةُ مِلْكٍ بِغَيْرِ عَوَضٍ، فَلَزِمَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ كَالْوَقْفِ وَالْعَتَقِ، وَلَأَنَّهُ تَبَرُّعٌ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْقَبْضُ كَالْوَصِيَّةِ، وَلَأَنَّهُ عَقْدٌ لَازِمٌ يَنْقُلُ الْمِلْكَ، فَلَمْ يَقِفْ لُزُومُهُ عَلَى الْقَبْضِ كَالْبَيْعِ، وَحَدِيثُ أَبِي بَكْرٍ مَحْمُولٌ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ بِهِ عِشْرِينَ وَسَقًا بِمُخْدَوْدَةٍ، فَيَكُونُ مَكِيلًا غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَلَا تَصِحُّ الْهَبَةُ فِيهِ قَبْلَ تَعْيِينِهِ، فَيَكُونُ مَعْنَاهُ: وَعَدْتُكَ بِالنَّحْلَةِ لَكِنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ، وَأَجَابُوا عَنِ الْوَقْفِ وَالْوَصِيَّةِ وَالْعَتَقِ بِالْفَرْقِ، فَإِنَّ الْوَقْفَ إِخْرَاجَ مِلْكٍ لِلَّهِ تَعَالَى، فَخَالَفَ التَّمْلِيكَاتِ، وَالْوَصِيَّةُ تَلَزُّمٌ فِي حَقِّ الْوَارِثِ، وَالْعَتَقُ إِسْقَاطُ حَقٍّ وَلَيْسَ بِتَمْلِيكِ، وَإِذَا قُلْنَا: الْهَبَةُ تُمْلِكُ بِالْعَقْدِ بِمُجَرَّدِهِ فَيَصِحُّ التَّصَرُّفُ فِيهَا قَبْلَ الْقَبْضِ، نَصَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ حَقَّ الْوَاهِبِ انْقَطَعَ عَنْهَا بِمُجَرَّدِ انْتِقَالِ مِلْكِهِ، وَلَيْسَتْ فِي ضَمَانِهِ، وَلَا مُخْدَوْرٌ فِي التَّصَرُّفِ فِيهَا بِوَجْهِهِ، وَظَاهِرُهُ أَنَّ الْهَبَةَ حَيْثُ افْتَقَرَتْ إِلَى الْقَبْضِ فَإِنَّهَا تَصِحُّ بِالْعَقْدِ، وَاخْتَارَ الْحَرَقِيُّ وَجَمَعَ عَكْسَهُ"².

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 123.

² - إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدين، المرجع السابق، ص. 193.

البند الرابع: ترجيح أقوى الأقوال في المسألة

يتوضح مما سبق بأن مسألة حكم الحيازة في عقد هبة العقار يتجاوزها ثلاثة أقوال؛ وبعد عرض مجمل أدلة المدارس الفقهية ومناقشتها، تبين أن الأرجح منها هو ما ذهب إليه الرأي الثاني بزعماء المالكية للدواعي الآتية:

- تأييد الرأي المرجح بأصل انعقاد العقود على اعتبار أنها تنعقد بالإيجاب والقبول؛ ومن ثمة فإن استثناء عقد من هذا الأصل يلزمه دليل لا يرد عليه احتمال، فإذا تمت هبة العقار بتلاقي القبول بالإيجاب، فقد تحقق المعنى الشرعي للعقد الذي يكمن في كونه اقتران قبول بإيجاب ابتداءً على نحو يثبت أثره ضمن محله¹.

"ومن طريق المعنى: فإن الصدقة والهبة لو لم ينعقدا بالقول، لما لزمنا بالقبض؛ لأن مجرد القبض إذا ألغي القول ولم يجعل له حكم لا يوجب الصدقة ولا الهبة، ففي اتفاقنا على لزوم الصدقة والهبة بالقبض، دليل على انعقادهما بالقول، إذ القبض لا بد أن يكون تالياً لعقد متقدم، ومتى لم يكن تالياً لعقد متقدم، لم يوجب حكماً بانفراده"².

وأتساقاً مع ذلك كانت "العقود التي تنتقل بها الأملاك تنقسم على قسمين: بعوض وعلى غير عوض.

فأما ما كان منها على عوض فلا يفتقر إلى حيازة، لارتفاع التهمة في ذلك، وما كان بغير عوض كالهبة والصدقة، فمن شرط تمامه وكماله القبض عند مالك وجميع أصحابه"³، يعقب ابن رشد (الجد) مبرراً للتوجه السابق.

- تعلق التمييز بين خواص العقود على مختلف أنواعها بصيغتها، فاستلزم الأمر ضرورة أن تكون الصحة والانعقاد منوطاً بها، خلافاً للحوز المكون لصورة واحدة في الصحيح والفساد من العقود⁴ فلا يناط به، يقول القرافي مبيناً: "... وَمِمَّا يُوضَّحُ أَنَّ الْأَقْوَالَ هِيَ الْمُمَيَّزَةُ بَيْنَ خَوَاصِّ الْعُقُودِ فِيهَا يَظْهَرُ الْبَيْعُ مِنَ الْقَرْضِ مِنَ الْإِحَازَةِ، فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ الصَّحَّةُ وَالْإِنْعِقَادُ مُنَوَّطًا بِهَا وَأَمَّا الْقَبْضُ فَصُورَةٌ وَاحِدَةٌ فِي

¹ - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 120.

² - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 409.

³ - نفس المرجع ونفس الصفحة.

⁴ - يوسف نؤاسة، المرجع نفسه، ص. 120-121.

الصَّحِيحُ وَالْقَاسِدُ فَلَا يُنَاطُ بِهِ أَحَدُهُمَا¹.

- بالرغم من اندفاع فريق من الفقهاء إلى انتقاد من يشترط الحوز للزوم هبة العقار، إلا أن أكثر أهل العلم ذهبوا - لأحقية هذا الرأي - إلى القول بأن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، ولعلمهم في ذلك قلّدوا الصحابة الذين اشترطوا القبض، وإن كان في تقليد الصحابي خلافاً معروفاً في كتب الأصول؛ لكن الأحوط في هبة العقار يكون بحوز العقار الموهوب فضلاً عن توثيقه في عقد رسمي وشهره² تنبيهاً على خطورها، وتثبيتاً لحق مستحقها في مواجهة الواهب والغير، فضلاً عن أي نزاع محتمل بصدد هبتها.

المطلب الثالث: موقف القانون الوضعي من اشتراط الحيابة في عقد هبة العقار

سارت معظم التّفتينات المدنية العربية على نحو ما أفترته مدارس الفقه الإسلامي من اشتراط الحيابة في عقد هبة العقار على تباين لموقفهم بصدد هبتها.

لذا من المفيد - بادئاً - الوقوف على بيان الحيابة في عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي (الفرع الأول)، لنعرّج إلى اكتشاف مدى كفاية الرسمية عن الحيابة المادّية ضمنه انتهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: بيان الحيابة في عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي

لبيان الحيابة في عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي يستلزم الأمر توضيح مدى اشتراطها ضمنه من عدمه (البند الأول)، ثمّ عرض الاستثناءات الواردة على اشتراطها (البند الثاني).

البند الأول: مدى اشتراط الحيابة في عقد هبة العقار ضمن التشريع والاجتهاد القضائي

قضت المادة 206 من ق. أ. ج بأنه "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات ...

وإذا احتلّ أحد الشّروط السابقة بطلت الهبة".

ولعلّ ما يمكن قوله - بادئاً - بشأن الحيابة في الهبة في ضوء قانون الأسرة الجزائري أنّها ضلّت محلّ جدل حول حكمها، حيث تضارب الرأي بشأنها بين من يعتبرها شرط لزوم اقتفاء لأثر الجمهور في

¹ - أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقراي، الذّخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 256.

² - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 617.

ثبوت الملك في الهبة ولزومها بالحيازة، وبين من يعتدّ بها كركن لصحة تكوين عقد هبة العقار في الأساس؛ الأمر الذي يضيف نوعاً من الخصوصية على عقد الهبة الوارد على العقار مقارنة بغيره من العقود الأخرى الناقلة للملكية العقارية.

بيد أنّه وبالعودة إلى الفقرة الثانية من المادة المذكورة نجد أنها تقضي بأنّه "إذا احتلّ أحد القيود السابقة بطلت الهبة"، وبالرغم من الصياغة الركيكة لنصّ المادة المشار إليه أعلاه، وبعد مقابلة النصّ الأخير بصياغته العربية مع صياغته بالفرنسية المركّبة¹، نجد أنّ المشرّع يعتبر انعدام الحيازة سبباً لبطلان عقد هبة العقار، ومن المعلوم أنّ البطلان هو ذاك الجزاء المقرّر لاختلال الركن وليس للشرط الذي يطبّق عليه جزاء البطلان التّسبي².

وعليه، يستشفّ من صياغة المادة المذكورة بأنّ المشرّع الجزائري اعتبر الحيازة ركناً في عقد الهبة³ على غرار ما ذهبت إليه بعض التشريعات المدنية العربية كقانون المعاملات المدنية الإماراتي في مادّته 1/615⁴، ومجملّة الأحوال الشّخصية التّونسية ضمن المادة 201 منها⁵، وكذا التّقنين المدني السّوداني في المادة 1/230 منه⁶؛ حيث أنّ الهبة في هذه التشريعات لا تتمّ إلّا بالقبض والتّسليم على اعتبار أنّ هذا الأخير ركن في عقد الهبة لا التزام يقع على عاتق الواهب⁷.

¹ - Art 206-2: « Si L'une des conditions ci-dessus énumérées n'est pas remplie, la donation est nulle et de nul effet ».

² - يقسم المشرّع الجزائري البطلان إلى مطلق ونسبي، أي إلى: بطلان (Nullité)، وقابلية للإبطال (Annulabilité)، ولعلّ أهم ما يترتّب على هذه التّفرة بين نوعي البطلان المذكورين هو ما يأتي:

- البطلان المطلق يكون جزاء في حالة انعدام أحد أركان العقد أو اختلاله (كانعدام الأهلية أو الرّضاء أو المحل أو السّبب أو الشّكل في العقد الشّكلي)؛ أمّا البطلان التّسبي، فهو يكون جزاء في حالة تخلف أحد شروط صحة العقد (كنقص الأهلية أو عدم سلامة الرّضاء).

- العقد الباطل لا يترتّب أيّ أثر في الحال ولا في المستقبل، وهو منعدم من النّاحية القانونيّة؛ على خلاف العقد القابل للإبطال الذي له وجود قانوني إلى أن يتقرّر إبطاله فيزول وجوده وآثاره بأثر رجعي، ويعتبر كأن لم يكن من الأصل. لأكثر تفصيل في التّفرة بين جزاء البطلان والقابلية للإبطال في التّشريع الجزائري، راجع: العربي بلحاج، النّظرية العامّة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السّابق، ص. 176 وما يليها.

³ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السّابق، ص. 9.

⁴ - التي قضت بأنّه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتمّ بالقبض".

⁵ - التي نصّت بأنّه "تتمّ الهبة بتسليم الشّيء الموهوب إلى الموهوب له. والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التّسليم وإن اجتهد الموهوب له في طلبه".

⁶ - المقرّرة بأنّه: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتمّ بالقبض".

⁷ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع نفسه، ص. 9؛ وهو ما ذهب إليه السّنهوري بمناسبة حديثه عن ركن التّسليم في قانون الموجبات والعقود اللّبناني، حيث قال: "وهبة المنقول في التّقنين اللّبناني لا تتمّ إلّا بالقبض (م 509 لبناني)، فالتّسليم هنا ركن لا إلتزام. أمّا في العقار فتتمّ بالقيّد في السّجل العقاري (المادّة 510 لبناني)، فيلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب للموهوب له وفقاً للقواعد العامّة".

على أنه إذا تمّ البحث عن خلفية تقرير المشرع الجزائري الحيازة كركن في عقد هبة العقار، فإنّه يمكن القول بأنّه قد رام من خلال ذلك منع أيّ نوع من أنواع التّحايل التي قد يمارسها الواهب من خلال هبة عقاره مع بقاءه محتفظاً بالانتفاع به طول حياته وهو ما يدعى بالهبة الصّورية.

وبالعودة إلى الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا نجدّها لم تستقرّ على رأي واحد، فأحيانا تعتبر الحيازة في هبة العقار شرط لتمام العقد وذلك ما تجلّى في مجموعة من قراراتها الآتية:

- قرار صادر عن غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا في 09 أفريل 1969¹ قضى "بنقض وإبطال القرار الذي صحّح عقد الهبة التي لم تتم الحيازة فيها، وذلك لأنّ الهبة شرعاً تلزم بالقول وتتمّ بالحوز".

- قرار صادر عن غرفة القانون الخاص بالمحكمة العليا في 15 ديسمبر 1971² قضى بما يلي: "من المقرّر في الشريعة الإسلامية أنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز".

- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في 11 جانفي 1982³ قضى "بنقض القرار الذي صحّح عقد هبة لم تتم الحيازة فيها، هذه الحيازة التي هي شرط تمام العقد. قال مالك رحمه الله، لا بدّ من الحيازة في المسكون والملبوس فإن كانت دار سكناه خرج منها".

- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في 22 فيفري 1982⁴ قضى بأنّه "من المقرّر شرعاً أنّ الهبة تنعقد وتصحّ بمجرد القبول والقبض، على أنّ الحيازة من شروط الكمال، إلّا أنّه يجوز الأب لابنه الصغير الذي في ولاية نظره، وللكبير السّفية، كما يجوز للأب الاعتصار لولده فيما وهب له كما ورد في بداية المجتهد".

وأحيانا أخرى اعتبرت المحكمة العليا في قرارات أخرى الحيازة شرط لصحة هبة العقار وهو ما

أنظر: أحمد عبد الرزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 148، هامش رقم: 2.

¹ - أنظر: النشرة السنوية لسنة 1969، ص. 285. نقلاً عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 198.

² - أنظر: نشرة قضاة، ع 4، لسنة 1974، ص. 64، نقلاً عن العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع نفسه، ص. 198، وهو نفس فحوى القرار الصّادر عن المحكمة العليا في: 1986/02/24 تحت رقم: 40561 القاضي بأنّه "من المقرّر قانوناً وشرعاً أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتتمّ بالحيازة" (غير منشور)، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء المدني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص. 154.

³ - أنظر: ملف رقم: 25554، ن. ق، عدد خاص، لسنة 1982، ص. 255.

⁴ - أنظر: ملف رقم: 26990، ن. ق، عدد خاص، لسنة 1982، ص. 273، السابق الإشارة إليه.

يتبين في بعض قراراتها المعينة فيما يلي:

- قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا في 09 أفريل 1969¹ القاضي بأن "القاعدة الشرعية لصحة الهبة أن يليها فوراً تسليم الموهوب إلى الموهوب له أو لهم، ومن ثم فإن الحكم الذي يخالف هذه القاعدة يستحق النقض".

- قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في 21 أفريل 1986² الذي حكم بأنه "من المقرر شرعاً في الشريعة الإسلامية أن حيازة الموهوب له للمال تعد شرطاً لصحة عقد الهبة...".

وهكذا يتبين من خلال المادة 206 من ق. أ. ج أن الشكل الذي يقتضيه القانون في عقد الهبة إنما يكون بالحيازة في المنقول، يضاف إليه الرسمية في العقار وبعض المنقولات التي يستوجب التشريع فيها إجراءات خاصة، بحيث لا تغني الرسمية عن الحيازة فيها؛ هذا خلافاً لهبة المنقول غير المتطلبة لإجراءات خاصة - في عمومها - كما هو الأمر في غالب المنقولات حيث تكفي فيها الحيازة، ولكن لا تغني عنها الرسمية كما هو قائم في التقنين المدني المصري كما سيأتي تفصيله.

وعلى نقيض التشريع الجزائري، ذهب بعض التقنينات العربية إلى الاكتفاء بالرسمية بديلاً للحيازة سواء أكان ذلك في المنقول أو في العقار، ففي التقنين المدني المصري ما يدل على أن الهبة تتم بورقة رسمية سواء كانت واردة على منقول أو على عقار، بحيث لم يشترط المشرع المصري الحيازة؛ غاية ما في الأمر أنه قال بإمكانية جواز أن تتم هبة المنقول بالقبض فقط، وهذا ما يستشف من المادة 488 من ق. م. م التي قضت بأنه: "1- تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".³

¹ - أنظر: مجموعة الأحكام، ج 1، ص. 195، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 250.

² - أنظر: ملف رقم: 40457، م. ق، ع 2، سنة 1989، ص. 72.

³ - كان التقنين المدني المصري القديم ينص في المادة 71/49 بأنه "تعتبر الهبة في الأموال المنقولة صحيحة بدون حاجة إلى تحرير عقد رسمي بها إذا حصل تسليمها بالفعل من الواهب واستلامها من الموهوب له". فوفقاً لهذا التقنين كانت هبة المنقول تتم بالقبض دون حاجة إلى رسمية، وانتقلت هذه المادة مع شيء من التعديل إلى المادة 2/488، ويظهر أن التقنين المدني المصري القديم كان يتماشى والتقنين المدني الفرنسي، إذ يشترط في هبة المنقول التسليم الفعلي من الواهب والاستلام الفعلي من الموهوب له، وهذا وذاك يؤديان إلى نقل الحيازة إلى الموهوب له على النحو الذي هو مقرر في التقنين المدني الفرنسي (نص المادة 931 غير المحرم للهبات اليدوية)، في حين أن التقنين المدني الحالي لم يذكر عبارتا التسليم والتسليم الفعليين ويكتفي بمجرد القبض، بل أنه لما اقترح ضمن أعمال لجنة الشيوخ إضافة نص يقضي بوجوب التسليم والتسليم الفعليين، أحجمت اللجنة عن الأخذ بهذا الإقتراح بدعوى أنه ليس هنالك داع إلى تعريف القبض على هذا الشكل بالنسبة إلى الهبة لخصوصيتها. أنظر في هذا الصدد: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج

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

غير أنّ الأمر لا يلبث أن يلتبس سيما إذا رجعنا إلى مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري الذي ورد فيه: "أما هبة المنقول فعقد عيني لا شكلي، لا يتم إلا بالقبض، ولا تغني الرسمية عن القبض كما هو في التقنين الحالي (أي السابق)"¹.

وهذا ما يتأكد أيضاً بما كان مستقر عليه في المشروع التمهيدي للتقنين المدني حيث كان "يجعل هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية، ويجعل هبة المنقول لا تتم إلا بالقبض. فكانت هبة العقار عقداً شكلياً حتماً، وكانت هبة المنقول عقد عينيّاً حتماً"².

بل إنّ السنهوري ذهب إلى القول بأنّ "شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية"³ وأضاف "إذا وثقت هبة المنقول في ورقة رسمية انعقدت الهبة دون حاجة إلى إجراء آخر، شأنها في ذلك شأن هبة العقار، فلا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض، فالقبض في هبة المنقول ليس إجراءً واجباً إلى جانب الورقة الرسمية، بل هو إجراء يغني عن الرسمية، فلا محلّ إذن للجمع بين الإجراءين، الرسمية والقبض"⁴.

أمّا في التشريع المغربي فلقد عرف قضائه تراجعاً عن اشتراط الحوز في عقود التبرع الواردة على العقار سيما إذا توافرت الرسمية، حيث ذهب إلى أنّ هذه الأخيرة تغني عن الحياة في آخر اجتهاداته.

"وكان للقضاء المغربي وللمجلس الأعلى بالخصوص دور مهمّ في تطبيق الشروط الخاصة بعقود التبرعات، وقد تجلّى هذا الدور في تأثر المشروع بعمل المجلس عند صياغة مدونة الأوقاف المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 2010/06/14، وإن كان عمله مضطرباً أحياناً، وخصوصاً فيما يتعلق بشرط الحياة، خصوصاً إذا كان العقار موضوع التبرع مدرجاً بالمحافظة، بحيث أنّه كان يشترط بالإضافة إلى الحياة المادية الفعلية التي تتمّ بالمعينة، والقبض الفعلي، أن يتمّ تسجيل العقد بالمحافظة، وإذا لم يسجل العقد بالمحافظة ولو تمتّ الحياة الفعلية معينة ومنذ سنوات فإنّ العقد معرض للإبطال، وقد أدّى التشبّث بتطبيق هذه الشروط إلى إبطال عقود مرّ على إنشائها أكثر من عشر سنوات رغم أنّ المتبرّع

5، المرجع السابق، ص. 57.

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 254.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 47، هامش رقم: 1؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع نفسه، ص. 254؛.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 47، هامش رقم: 1.

⁴ - نفس المرجع، ص. 53.

حاز فعلاً وقام بما يقوم به المالك في ملكه من كراء أو بناء أو غرس ... وقد أدى هذا العمل إلى مآسي حقيقية، كما أنه أثار احتجاج كثير من رجال القانون، وذلك لتعارضه مع الواقع، ولما يثير من عدم الاستقرار للمعاملات، ومن تحديد للاستثمار الذي هو أساس التقدم والازدهار، وهكذا بدأ يتكوّن في المجلس الأعلى رأي منذ 1995 وعقدت اجتماعات برئاسة الرئيس الأول المرحوم محمد ميكو لمناقشة مدى اعتبار تسجيل عقود التبرّع في الرسوم العقارية بمثابة حيابة قانونية تغني عن معاينة الحيابة المادية بعدلين، وكان أول قرار صدر في الموضوع هو القرار 174 في 13/02/1996، ولكن بقي النقاش محتتماً إلى أن صدر القرار 555 في 08/12/2003 بجميع غرف المجلس الأعلى، ومنذ هذا التاريخ استقرّ المجلس الأعلى والمحاكم على أن التسجيل بالمحافظة يغني عن معاينة الحيابة بعدلين، وهذا طبعاً في الحالات العادية، أمّا في حالة المرض أو وجود عيوب الرضى أو إذا تعلّق الأمر بالتبرّع بالسكنى الشخصية للتبرّع، فإنّه يتعيّن تطبيق الشروط المتعلقة بذلك¹.

البند الثاني: الإستثناءات الواردة على اشتراط الحيابة في عقد هبة العقار

لم ينصّ قانون الأسرة الجزائري ولا نظيره التقنين المدني المصري على تعريف واضح للحيابة أو القبض، وإنما أوردوا لفظاً الحيابة أو القبض في فحوى المواد المنظّمة لها بصيغة الإطلاق ممّا يوحي بأنّ مفهومها يعادل تسليم المبيع.

وبالرجوع إلى المبادئ العامة لتسليم المبيع نجد أنّ المادة 367 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 435 من ق. م. م - تقضي بأنّه "يتمّ التسليم بوضع المبيع تحت تصرّف المشتري بحيث يتمكّن من حيابته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلّمه تسلّماً مادياً مادام البائع قد أخبره بأنّه مستعد لتسليمه بذلك، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشّيء المبيع.

وقد يتمّ التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيابته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة بالملكية".

وتبعاً لذلك يراد بالحيابة - حسبما عرّفها البعض - "وضع المال الموهوب تحت تصرّف الموهوب له وتمكينه من السيطرة المادية عليه، ويتحقّق ذلك بالتسليم الفعلي من الواهب يقابله التسلم الفعلي من الموهوب له"²، فالحيابة إذن "سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق"³.

¹ - إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 4.

² - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 8؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 57؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 124.

³ - وهو تعريف كولان وكابتيان، أنظر: فريدة محمدي زواوي، الحيابة والتفاد المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 7؛ مصطفى عبد الجواد، الحيابة بسوء النية كسب لكسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص. 81؛ رمضان جمال

وإذا كان المشرع الجزائري قد جعل الحيابة ركناً ركيناً من أركان عقد هبة العقار - على نقيض نظيره المصري - ورتب على تخلفها البطلان، فهل يمكن الاستغناء عنها في أحوال معينة؟.

لا شك أنّ الهبة التي لا تكون مصحوبة بالحيابة تكون باطلة، وهذا هو ما أصرت عليه المحكمة العليا على ذلك في الكثير من قراراتها بالرغم من استخدام القضاة عبارة "الحيابة شرط صحة" أحياناً، أو عبارة "الحيابة شرط تمام" أحياناً أخرى، لكن القول بإبطال العقد لتخلفها يجعلها في الأخير ركناً من أركان الهبة¹.

ومن المفيد بدءاً الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري إشتراط لتمام انعقاد عقد هبة العقار توافر كل من الرسمية والحيابة معاً، فلا يكتفي بأحدهما عن الآخر كأصل عام.

على أنّه يجدر التذكير بأنّ تلك الحيابة تتخذ صوراً مختلفة، فإما أن تكون فعلية أو حكمية؛ ويراد بالأولى (أي بالحيابة الفعلية) "وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام الواهب قد أعلمه بذلك.

وعليه ينطوي التسليم الفعلي على عنصرين:

- وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الواهب، وإعلام الواهب الموهوب له بوضع الشيء الموهوب تحت تصرفه².

وتتحقق الحيابة الفعلية بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله³، ويتم ذلك أولاً بتخلية الواهب له، فإذا كان داراً يسكنها وجب عليه إخلاءها أو إخراج ما لديه من أمتعة وأثاث فيها⁴، وإذا كانت أرضاً زراعية، تعين عليه أن يتركها وأن يأخذ ماله فيها من عتاد وأنعام ونحو

كامل، الحماية القانونية للحيابة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، القاهرة، ط 1، 2002، ص. 40.

¹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 124.

² - نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 53، هامش رقم: 1.

³ - قضت المادة 210 من ق. أ. ج بأنه: "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله.

وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه، يتولى الحيابة من ينوب عنه قانوناً".

⁴ - جاء في قرار المحكمة العليا غ. أ. ش الصادر في: 1982/01/11، ملف رقم: 25554، ن. ق، 1982، عدد خاص، ص.

225 (السابق الإشارة إليه) ما يلي: "يجب نقض القرار الذي صحح عقد هبة لم تتمّ الحيابة فيها، هذه الحيابة التي هي شرط تمام العقد.

قال مالك رحمه الله لا بدّ من الحيابة في المسكون والملبوس، فإن كانت دار سكناه خرج منها". وقد أشار إليه أيضاً: العربي بلحاج، قانون

الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 198.

ذلك، فلا بدّ إذن من إخلاء العقار أولاً، يليه تمكين الموهوب له من الاستيلاء عليه.

وقد يجري عملياً أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً في الوقت ذاته على تمكين الموهوب له من الاستيلاء عليه، ولكن قد يقتضي الأمر تسليم الواهب الموهوب له مفاتيح المنزل - مثلاً - حتى يتمكن من ولوجه، أو سندات ملكية الأرض أو الدار حتى يتمكن الموهوب له من التصرف فيها طبقاً للقانون¹.

علاوة على ما سبق، يتعيّن على القاضي المطروح أمامه نزاع بخصوص حوز العقار الموهوب أن يتحقّق من وقوع الحيازة فعلياً، إذ لا يسوغ الإكتفاء بالعبارة التي ألف الموثّقون تضمينها لعقود الهبة العقارية والقاضية بكون الحيازة تنتقل إلى الموهوب له ابتداءً من تاريخ العقد، إلى ذلك عبّت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 21 أبريل 1986² بالقول: "من المقرّر شرعاً في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطاً لصحة عقد الهبة. وتأسيساً على ما تقدّم، يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استناداً على التصريح الوارد بالعقد المتمثّل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكّد من وقوع الحيازة الفعلية".

أمّا الحيازة الحكيمة فيراد بها "أن يكون الشّيء الموهوب موجوداً في حيازة الموهوب له قبل انعقاد عقد الهبة فلا يحتاج إلى استيلاء مادّي جديد حتى تتمّ الهبة، وإنّما إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الشّيء الموهوب في حيازته بصفته مالكاً له بالهبة"³.

وتتحقّق الحيازة الحكيمة إذا كان العقار الموهوب في حوز الموهوب له قبل إبرام عقد هبة العقار بإجارة أو إعارة ونحو ذلك، ثمّ تقع الهبة فيتفق الواهب مع الموهوب له على أن يبقى العقار الموهوب في حيازة هذا الأخير، ولكن لا كمستأجر أو مستعير بل كمالك عن طريق الهبة، فتتغيّر نيّة الموهوب له في حيازة العقار الموهوب وإن كانت الحيازة المادّية تبقى كما كانت، فيكون الموهوب له حائزاً فعلاً للموهوب وقت إبرام الهبة ولا يحتاج إلى استيلاء مادّي جديد ليتّم الحوز.

أمّا إذا كان العقار بيد الغير وجب إخبار الموهوب له ليعتبر حائزاً، وذلك ما نصّت عليه المادة 207 من ق. أ. ج.⁴

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 159-160.

² - أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، الصادر في: 1986/04/21، ملف رقم: 40457، م. ق، ع 2، 1989، ص. 72، السابق الإشارة إليه.

³ - نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 53، هامش رقم: 2.

⁴ - قضت المادة 207 من ق. أ. ج بالقول: "إذا كان الشّيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة، وإذا كان بيد الغير وجب

والحياسة بهذا المفهوم لا تغني عن الرسمية، إذ ينبغي اجتماعهما معاً لتمام عقد هبة العقار¹، فانتفاء أحدهما أو كليهما إنّما يترتب عليه البطلان حتماً.

خلافاً للتقنين المدني المصري، فإنّ المشرّع الجزائري وبعد أن أقرّ بضرورة حوز العقار الموهوب تحت طائلة بطلان عقد هبة العقار، فإنّه لم يقيّد الحيابة بمدة معيّنة، ذلك ما أكّده المحكمة العليا في قرارها الصّادر في 07 جوان 1995² بالقول: "من المقرر قانوناً أنّه إذا كان الشّيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة اعتبر حائزاً، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك".

ومن ثمّ فإنّ قانون الأسرة لم يحدّد للحيابة مدّة معيّنة، وأنّ قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحّة عقد هبة العقار كلياً باعتبار أنّ الموهوب لها كانت تعيش مع الوهاب في المنزل محلّ الهبة...".

وعلى نقيض التشريع الجزائري، كان القضاء المغربي يذهب إلى تقييد الحوز في دار السّكنى متبنيّاً ما استقرّ عليه المذهب المالكي في هذا الصّدّد، فاشتراط في الحوز - تحت طائلة البطلان - إخلاء المعطي للدار الموهوبة والإشهاد عليه، وعدم رجوعه لها لمُدّة سنة على تاريخ الإفراغ، وفي تطبيق لذلك قضت إستئنافية القنيطرة بأنّه "إذا كان المتصدّق به دار سكنى المتصدّق، فإنّه يجب على هذا الأخير إخلاؤها من أمتعتة وإشهاد عدلين على ذلك، ولا يعود لسكناها ولو بكراء قبل مضيّ سنة على الأقلّ من تاريخ الحيابة، فإن عاد إليها قبل ذلك ومات بطلت الصّدقة"³.

وهذا ما أكّده المجلس الأعلى (المغربي) لما قضى في قرار صدر عنه في 18 ماي 2005 بالقول: "إذا كان موضوع الصّدقة هو دار السّكنى، فإنّه يجب إفراغها من المتصدّق لمُدّة سنة من شواغله وحيازتها من المتصدّق عليه وإلاّ اعتبرت باطلة"⁴.

لكن ما لبث وأن تحوّل نفس المجلس إلى الاعتراف بالحيابة القانونية بديلاً عن نظيرتها

إخباره ليعتبر حائزاً".

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 224.

² - ملف رقم: 121664، م. ق، ع1، 1995، ص. 111. وقد أشار إليه أيضاً: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدّولة والمحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 251.

³ - أشار إليه عبد الرّحمن بلعكيد دون ذكر مراجعه، أنظر مؤلّفه: الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 274، هامش رقم: 58.

⁴ - قرار عدد 274، ملف شرعي عدد: 2003/1/2/76 (السابق الإشارة إليه)، نقلاً عن: إبراهيم بجماني، المرجع السابق، ص. 192 وما يليها.

الفعلية، وذلك بعد أن أقرّ في قرار آخر صدر عنه في 25 مارس 2009 بالقول: "الهبة المسجلة في حياة الواهب وقبل سنة من وفاته، تعتبر حيازتها محققة ولو تعلقت بدار سكناه"¹.

يُبدّ أنه وبالرجوع إلى نصّ المادة 208 من ق. أ. ج نجدها تقضي بأنّه "إذا كان الواهب وليّ الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإنّ التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

فبخلاف التّقنين المدني المصري الذي لم يقل بالحيازة في عقد هبة العقار، وكذا مدونة الحقوق العينية المغربية التي قالت بالحيازة القانونية² - بعد أن تحوّل قضاءها عن نظيرتها الفعلية -، فإنّ المشرّع الجزائري خرج عن الأصل العام في اشتراطه للحوز واعتباره ركناً من أركان عقد هبة العقار في الحالات الثلاث التي قرّرتها المادة المذكورة، وهي في مجموعها لا تخرج عن الآتي:

- أن يكون الواهب وليّ الموهوب له: وبالرغم من أنّ نصّ المادة المذكور لم يشترط أن يكون ولد الواهب راشد أو قاصراً، يعيش معه أو خارج كنفه؛ إلّا أنّ اجتهاد المحكمة العليا ذهب إلى القول بضرورة ذلك واعتبر بأنّه إذا كانت الموهوب له ابنة الواهب وكانت رشيدة متزوجة سقط حقّها في ذلك.

ولعلّ من بين القرارات القضائية القليلة التي قضت بذلك، قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا الصّادر في 25 ماي 2005، ومّا جاء فيه: "حيث ينبغي الطّاعن على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق أحكام المادة 208 من قانون الأسرة التي تنصّ على الإعفاء من شرط الحيازة، وذلك في حالة ما إذا كان الواهب وليّ الموهوب له ... وفي حين ... لم تكن في ولاية أبيها، بينما المطعون عليها أثناء إبرام عقد الهبة كانت بالغة متزوجة في عصمة زوجها، ومن ثمة فإنّ الموهوب لها لم تكن قاصرة في ولاية والدها ... وتبعاً لذلك يكون قضاة الموضوع عندما اعتمدوا على المادة المنوّه إليها أعلاه برفض الدّعى قد أخطأوا في تطبيق القانون ممّا يعرض قضاءهم للنقض.

وحيث ما تعييه الطّاعنة على القرار المطعون فيه في محلّه، ذلك أنّ المطعون عليها لم تكن في ولاية

¹ - ذلك "وأنّ عملية التقييد بالصّكّ العقاري هذه توفّر كلّ الضّمانات القانونية لفائدة الموهوب له وهو ما يحقّق غاية الفقه الإسلامي وهي خروج العين الموهوبة من يد الواهب إلى يد الموهوب لها، وهو ما أكّده المجلس الأعلى في قراره عدد 555 الصّادر في 2003/12/28 حيث اعتبر أنّ تقييد الصّدقة بالصّكّ العقاري قبل حدوث المانع يعتبر حيازة قانونية تغني عن إشهاد العدول بمعاينة الحيازة الفعلية، ممّا يجعل القرار مرتكزاً على أساس ومعلّل بما فيه الكفاية وما جاء في الوسيلة علم الجدوى". أنظر: قرار المجلس الأعلى (المغربي)، ملف ع: 2008/1/2/361، ع 132، الصّادر في: 2009/03/25، نقلاً عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 352 وما يليها.

² - تبعاً لنصّ المادة 274/3 و4 من مدونة الحقوق العينية التي قضت بأنّه: "يغني التقييد بالسّجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفّظاً أو في طور التّحفيظ. فإذا كان غير محفّظ، فإنّ إدراج مطلب لتحيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه".

الواهب، لأنها لم تكن قاصرة... وحيث أنّ قضاة الموضوع عندما استندوا إلى أحكام المادة 208 من قانون الأسرة قد أخطئوا في تطبيق القانون مما يعرّض قضاءهم للنقض¹.

- أن يكون الواهب زوج الموهوب له: ويتحقق ذلك بأن تكون الرابطة الزوجية صحيحة ولا زالت قائمة، وقد قُرّر ذلك رفعاً للحرج لاشتراك الزوجين في معيشة واحدة قد يتعذّر معها الحوز الفعلي للعقار الموهوب²، وهذا ما تأكّد من قرار المحكمة العليا الصّادر عن غرفتها للأحوال الشخصية في 19 فيفري 1990³ الذي ورد فيه: "من المقرّر فقها أنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز، وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتمّ الحوز حتّى حصول المانع ومات الواهب، فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها.."

- أن يكون العقار الموهوب مشاعاً: ويستوي في ذلك أن يكون المال العقاري المشاع ضمن ملكية عقارية مبنية أو غير مبنية، داخلية في تجرّات حضرية أو ريفية، أو منظوية ضمن ملكية مشتركة⁴، وكذلك بصرف النظر أيضاً عن طبيعة العقار الموهوب منه جزء في الشياع، أكان ذو طابع سكني أو تجاري أو فلاحي أو غير ذلك.

الحاصل ممّا تقدّم، فإنّ الحالات التي أوردها المشرّع الجزائري على سبيل الحصر يكفي فيها الرسمية⁵ - كما سبق تفصيله - لتمام عقد هبة العقار، ولعلّ المحكمة التي تغيّرها من وراء ذلك إنّما هي دفع

¹ - أنظر: قرار م. ع، غ. م، رقم: 301501، الصّادر في: 2005/05/25 (غير منشور)، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 12، هامش رقم: 1.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 126.

³ - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 58700، الصّادر في: 1990/02/19، م. ق، ع 4، 1991، ص. 113؛ وللمالكية تفصيل في هبة أحد الزوجين للآخر؛ مؤداه: أ- إذا كان المال الموهوب يتمثّل في متاع بيت فيكفي فيه الإشهاد على الهبة ولا حاجة لحوزه. ب- إذا كان الموهوب غير ذلك كالنقد والعقار فينبغي الحياة الفعلية فيه. ج- إذا كان الموهوب يكمن في دار سكني وكانت الزوجة هي الواهبة، فهبة عقارها صحيحة بالإشهاد، أمّا إذا كان الواهب هو الزوج فلا تصحّ إلاّ بتخلية الدار وتسليم المفاتيح لها. راجع في هذا الشأن: مايا دقايشية، المرجع نفسه، ص. 127، هامش رقم: 1.

⁴ - أنظر في مفهوم الملكية المشتركة وتنظيمها: مصطفى أشييان، تنظيم الملكية المشتركة في التشريع المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط 1، 2009، ص. 20؛ عبد الحق صافي، الملكية المشتركة للعمارات والدور المقسّمة إلى شقق أو طبقات أو محلات، مطبعة النجّاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009، ص. 10.

⁵ - أنظر بخصوص دور رسمية العقود في إرساء الأمن التعاقدية: إبراهيم قادم، رسمية العقود في التصرفات العقارية ودورها في تكريس الأمن القانوني، منشورات مجلّة الحقوق، عدد خاص بأشغال التدوّل الدولية المنظّمة بكلية الشريعة بفاس ومجموعة البحث في المهن القانونية والقضائية المنظّمة وبنية البحث في الدّراسات القضائية يوم: 2013/01/23، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2013، ص. 309؛ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 9، 2017، ص. 156-157.

المشكلة لصعوبة تحقيق الحيابة الفعلية في مثل هكذا حالات¹.

الفرع الثاني: مدى كفاية الرسمية عن الحيابة المادية في عقد هبة العقار

تجاذب الرأي في مدى كفاية الرسمية عن الحيابة المادية في عقد هبة العقار فريقان: الأول يرى بأن الرسمية تغني عن الحيابة المادية فيه، وقد تبني هذا القول بعض التقنينات المدنية العربية يتقدمهم التقنين المدني المصري والتشريع المغربي في آخر ما انتهى إليه اجتهاده القضائي؛ بينما ذهب فريق ثانٍ إلى أن الرسمية لا تغني عن الحيابة المادية ضمن نفس العقد بأي حال من الأحوال، وقد اعتنق هذا القول بعض التقنينات المدنية العربية يتقدمهم التشريع الجزائري. لذا من المفيد - تبياناً لهذه الأقوال معززة بأدلة كل فريق مع إبراز الرّاجح منها - تناول هذا الموضوع وفق ما يأتي: القول بأن الرسمية لا تغني عن الحيابة المادية في عقد هبة العقار (البند الأول)، ثم بحث القول بأن الرسمية تغني عن الحيابة المادية في عقد هبة العقار (البند الثاني)، فالتعريض على بيان القول المرجح في مسألة الاستغناء بالرسمية عن الحيابة في عقد هبة العقار (البند الثالث).

البند الأول: القول بأن الرسمية لا تغني عن الحيابة المادية في عقد هبة العقار

وهذا ما اعتنقه قانون الأسرة ومن نحي منحاه، ويذهب هذا الرأي إلى أن توثيق عقد هبة العقار بصّبه في عقد رسمي - مع تنمة شهره - لا يغني عن الحيابة بأي حال من الأحوال، اللهم إلا في حالة كون الواهب ولياً للموهور له، أو زوجه، أو كان العقار الموهور مشاعاً، فإنّ التوثيق يغني عن الحيابة حينئذ، وذلك ما قضت به المادّتان 206² و 208³ من ق. أ. ج تباعاً.

ووجه استدلال أصحاب هذا التوجه يكمن في أنّه لا يمكن بأي حال أن يكون تسجيل وشهر عقد هبة العقار قائماً مقام الحيابة المادية التي عدّها الفقه شرط صحّة أو شرط تمام في التبرّع بالهبة، بحيث لا يمكن لإجراء التسجيل أو الشّهر أن يغني عن الحيابة المادية إذا لم يثبت طبقاً لما قرره الفقه في ثبوتهما حسب الأصول المقررة شرعاً⁴، ولعلّ الأمر يرجع في ذلك أساساً للدواعي الآتية:

¹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 127.

² - قضت المادة 206 من ق. أ. ج بأنّه: "تعتد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتمّ الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات ... وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

³ - نصّت المادة 208 من ق. أ. ج بأنّه: "إذا كان الواهب وليّ الموهور له، أو زوجه، أو كان الموهور مشاعاً فإنّ التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة".

⁴ - أنظر قرار م. ع، غ. ق. خ، الصادر في: 1971/12/15، ن. ق، 1974، ع 4، ص. 64 (السابق الإشارة إليه)، القاضي بأنّه

- إذا كان التسجيل (الشهر) يضيف على السند صبغة الوجود القانوني ويمدّه بالقوة الثبوتية المنبثقة من روح القانون، فيترتب على ذلك أنّ العقد غير المشهر يعتبر في حكم المعدوم، وأنّ الشهر هو الذي ينفخ فيه الروح ويحقق نشأة كيانه القانوني، فإنّ هكذا مبرّر لاشكّ إنّما هو محض وهم لا يتناوله الحسّ بخلاف الحياة المادّية، فإنّها تصرف مادّي محسوس يدرك بمعاينة الحلول وإعمال وضع اليد على العقار المحوز تمهيداً لإمكانية التصرف فيه.

ومن ثمّ، فإنّه لا يسوغ الاعتداد بكون الاعتبارات الوهمية التي هي غير مدركة بالحسّ تغني وتقوم مقام الحياة الفعلية التي هي تصرف مادّي يلاحظ ويدرك بالمعاينة وبأسلوب المناطق؛ ذلك أنّ القول بكون شهر عقد هبة العقار وتسجيله بالملك المحقّظ على رسمه العقاري يغني عن الحياة المادّية المشترطة في صحّة أو في تمام الهبة، يؤدّي إلى القول بأنّ الشهر المذكور يكمل النقص بناء عليه في السند المسجل، وهذا ممّا لا يستسيغه عقل أحد ولم يقل به ولا قائل في هذا الصدد.

وإذا تمّ التسليم بذلك، فلا مانع من شمول هذه القاعدة لسائر العقود الأخرى التي تتضمن التزامات وتكاليف متعلّقة بحقوق عينية تنشأ معيبة أو ناقصة على اعتبار أنّ ما سرى على المثل يسري على المماثل.

لذلك ينبغي فهم دور الشهر العقاري بمفهومه الذي تعيّه المشرّع من قانون الشهر العقاري والاعتداد به كمصدر للقوة الثبوتية التي يسبغها على السند الرسمي حيث ينفخ فيه الوجود القانوني ويبعث فيه الاعتبار التشريعي المنبثق من روح القانون.

أمّا الحياة المادّية وهي تصرف مادّي وحلول يدرك بالمعاينة فهي ميزة مقصورة على عقود التبرّع - ومنها الهبة - باعتبارها شرط صحّة أو شرط تمام تفتقد عند وجود التبرّع أو بعده. وعليه، فالبرغم من اختلاف الحياة الفعلية عن نظيرتها القانونية ممثلة في تسجيل وشهر سند الهبة كما اعتبرها المشرّع، فإنّ اجتماعهما ضروري لا يغني أحدهما عن الآخر¹.

"من المقرّر في الشريعة الإسلامية أنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز...". نقلاً عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 198.

¹ - وقد كان الأستاذ علّال العبّودي من المؤيدين لهذا المذهب، حيث ذهب وهو بصدد عرض القرارات المخالفة للقرار 174 الصادر في 13/02/1996 القاضي بأنّ تسجيل الصدقة في الرسم العقاري يغني عن إشهاد العدلين بمعاينة الحياة، إلى القول: "إنّ حياة التبرّع به إذا كان ذا رسم عقاري كما هو الشّأن في هذه التّأزلة لا توصف بأنّها حياة قانونية بمجرد تسجيل عقد التبرّع بالرّسم العقاري، بل لا بدّ كذلك من حياة العقار مادياً وذلك بمعاينة التّينة والإشهاد بها أو بإثبات التصرف ولا يغني أحدهما عن الآخر، وذلك قبل حصول مانع للمتبرّع من موت أو غيره حتّى تعتبر حياة شرعية أو قانونية...". أنظر: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 31، هامش رقم: 18.

من هذا المنطلق درج المجلس الأعلى المغربي - قبل صدور القرار رقم: 555 بغرفة الجمعية - في عديد قراراته على اعتبار السندات المعتمدة لنقل الملكية والمشوبة بعيب موجب لبطلانها، سندات باطلة بالرغم من شهرها طبقاً للقانون¹.

- إن الشَّهر - أو ما يصطلح عليه بالتَّسجيل في بعض التشريعات المقارنة - لا يعادل إلّا قيمة السند المشهّر، ولا يضيف لمدلوله إضافة محسوسة على المعنى الذي يتضمّنه السند، كما أنّه ينعت بمختلف الأوصاف التي تطل السند، فيكون باطلاً ومعيباً وصحيحاً وسليماً حسب الأحوال التي تعرض ل كليهما؛ نتيجة لذلك فإنّ الشَّهر يكون تابع في الوصف لأساسه في هذا الصدد.

- الحوز في هبة العقار شرط صحّة أو شرط تمام، "وَالشَّرْطُ مَا يَلْزَمُ مِنْ عَدَمِهِ الْعَدَمُ وَلَا يَلْزَمُ مِنْ وُجُودِهِ الْوُجُودُ وَلَا الْعَدَمُ لِذَاتِهِ"²، ومؤدّى ذلك أنّه يترتّب على عدم تحقّق الشرط انعدام الماهية واعتبارها في حكم عدم الوجود³.

- تبعاً لما سبق فلقد حضّ قضاء المحكمة العليا في قرارها الصّادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 19 ماي 2016 بضرورة تحقّق القاضي الفاصل في الدّعاوى المعروضة أمامه من قيام ركن الحياة وحوز العقار الموهوب فعلياً وعدم الاكتفاء بكون البند القائل بذلك والمضمّن في عقد الهبة دليلاً على انتقال الحياة المادّية، والإعتداد بخلاف ذلك يجعل القرار الصّادر بصدها على هذا النحو مشوباً بعيب القصور في التّسبيب يستوجب نقضه، ومّا جاء في حشياته تدليلاً على هذا الحكم: "لكن حيث أنّه يتبيّن من عقد الهبة محلّ الدّعى أنّه أورد في باب الملكية والانتفاع، أنّه "يصبح الموهوب لهما مالكا للحقوق العقارية الموهوبة حالياً بموجب هذا العقد والإستغلال المطلق ابتداء من هذا اليوم بالحياة الفعلية والحقيقية لفائدته"، وهي عبارة تقرّر شرط الملكية وتماها بالحياة الفعلية والحقيقية التي تبدأ من يوم تحريره، وبذلك فقد قرّر الحقّ وكيفية حصوله، ولا يدلّ بحال أنّ الموهوب له قد انتقلت إليه الحياة فعلياً ومادياً وأنّ القرار

¹ - محمّد الأحرّوي، الحياة الفعلية في التبرعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في التوفيق بينهما، مجلّة المحاكم المغربية، ع 84، 2000، ص. 13 وما يليها.

² - تباينت تعاريف العلماء للشرط وتعدّدت: "فقال الغزالي: ما لا يوجد المشروط مع عدمه لكن لا يلزم أن يوجد عند وجوده. وقال البيضاوي: ما يتوقّف عليه تأثير المؤثّر لا وجوده كالإحصان. وقال التّازي: هو الذي يقف عليه المؤثّر في تأثيره لا في ذاته. وقال الشّيرازي: ما لا يصحّ المشروط إلّا به، وقد ثبت بدليل منفصل. وقال الأمدى: ما يلزم من نفيه نفي أمر ما على وجه لا يكون سبباً لوجوده ولا داخلاً في السّبب. وقال الشّاطبي: ما كان وصفاً مكثلاً لمشروطه فيما اقتضاه ذلك المشروط، أو فيما اقتضاه الحكم فيه. وقد أورد على كلّ من هذه الحدود مناقشات، ولكن أسلمها تعريف التّاج السبكي في جمع الجوامع". أنظر: أبو عبد الله الحسين بن علي بن طلحة الرّجراجي ثمّ الشّوشاوي السّملالي، زُفْعُ النَّقَابِ عَنْ تَنْقِيحِ الشَّهَابِ، ت: أحمد بن محمّد السّراح، عبد الرّحمن بن عبد الله الجبرين، ج4، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2004، ص. 201، هامش رقم 4.

³ - خالد سمّاحي، المرجع السابق، ص. 153.

قد أساء قراءة هذا الشرط لما اعتبره دليلاً على قيام شرط الحيازة والقبض وتحققه، وحمله ما ليس فيه وبذلك استدلل بسبب خاطئ.

حيث أنّ القرار لم يناقش من جهة أخرى الدفع بأنّ الطّاعن لم يغادر العين الموهوبة إلى ساعته، وأنّ المطعون ضدهما لم يُقيم معه بل عند والد المطعون ضده وطلب إجراء تحقيق في ذلك، وهو دفع جدّي لما قد يترتب عليه من آثار في مصير الحكم.

حيث أنّ القرار واعتباراً لما سبق اختلّت أسبابه في تحديد طبيعة الدّعى وتكييفها وفي استنتاج قيام شرط الحيازة للعين الموهوبة دون التحقق من قيامها فعلاً، وبذلك جاء مشوباً بعيب القصور في التّسبيب مستحقاً للتّقصّ¹.

البند الثاني: القول بأنّ الرّسمية تغني عن الحيازة المادّية في عقد هبة العقار

وهذا هو الرّأي الذي أسّس له التّقنين المدني المصري، وكذا الكويتي بعد أن اختطّ لنفسه خطأ مغايراً، فضلاً عن التشريع المغربي ممثلاً بمدوّنة الحقوق العينية (بعد تعديلها²) وكذا القضاء المغربي بزعامة مجلسه الأعلى بعد صدور القرار رقم: 555 بتاريخ: 08 ديسمبر 2003 بغرفته مجمّعة؛ ومؤداه: إمكانية الاستغناء بالرّسمية بدلاً عن الحيازة المادّية في عقد هبة العقار.

وقد نصّ التّقنين المدني المصري صراحة بكفاية الرّسمية عن الحيازة المادية المشترطة فقهاً في عقد هبة العقار ولم يتردّد أن قضى به في المادّة 488 من ق. م. م التي قالت بأنّ "1- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار آخر.

2- ومع ذلك يجوز في المنقول أن تتمّ بالقبض دون حاجة إلى ورقة رسمية".

بياناً لتقرير ذلك، ورد في مذكرة المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري وهي بصدد تعليقها على المادّة المذكورة ما يلي:

"1- تتناول هذه النّصوص شكل الهبة، وهنا يجب التّمييز بين العقار والمنقول:

أ- فالأصل في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية، حتّى تتوافر للواهب أسباب الحرّية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل، فإن لم تكتب الهبة في ورقة رسمية كانت باطلة بطلاناً مطلقاً، على أنّه يستثنى

¹ - راجع: قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 1043985، الصادر بتاريخ: 2016/05/19، مجلّة المحكمة العليا، ع1، 2016، ص. 63.

² - بالقانون رقم: 39-08 المتعلّق بمدوّنة الحقوق العينية الصّادر بتنفيذه الظّهير الشّريف رقم: 187. 11. 1 الصادر في: 2011/11/22. أنظر: ج. ر، عدد: 5998، بتاريخ: 2011/11/24، ص. 5587.

من ذلك: 1- الهبة المستترة ...، 2- الهبة غير المباشرة ...

ب- أمّا هبة المنقول فعقد عيني لا شكلي، لا تتم إلاّ بالقبض، ولا تغني الرسمية عن القبض كما هو في التقنين الحالي.

2- على أنّه إذا لم تستوفِ الهبة الشكل اللازم، ولكن الواهب أو ورثته قاموا بمختارين بتنفيذها، كان هذا التنفيذ معتبراً، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاء للهبة، لا لأنّ الهبة باطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة 663 من المشروع، بل لأنّ الهبة باطلة يتخلّف عنها التزام طبيعي إذا نفّذ لا يجوز استرداده ...¹.

أمّا المجلس الأعلى المغربي فقد ذهب في آخر اجتهاداته² - ومن بعده مدوّنته للحقوق العينية في المادة 274-3 و4 منها³ - إلى أنّ تسجيل هبة العقار في الرّسم العقاري يعدّ وحده كافياً لاعتبار أنّ الموهوب له قد حاز العقار الموهوب حتّى ولو لم يقع إشهاد العدلين على الحيّزة قبل وفاة الواهب، ممّا يفهم منه أنّ الحيّزة القانونية ممثلة في تسجيل عقد الهبة بالمحافظة العقارية تغني عن الحيّزة الفعلية انتهاء.

ولم يشأّ المشرّع الكويتي أن يساير ما ذهبت إليه بعض التقنينات العربية، حيث سلك طريقاً آخر بتعليق انعقاد الهبة بوجه عام على القبض أو التوثيق في محرّر رسمي سواء كان ذلك في العقار أو في المنقول وهو ما قضى به في المادة 1/525 من تقنينه المدني⁴؛ ومع ذلك، فلقد اعتبر قضائه⁵ قيام الواهب بتسجيل العقار الموهوب باسم الموهوب له في السجلّ العقاري قبضاً للهبة ولو لم يتمّ قبض العقار الموهوب فعلياً حيث تنتقل بمقتضى هذا التسجيل ملكية الموهوب إلى الموهوب له ويكون حجة على الغير.

ومن بين أهمّ الحجج المتبنّاة من لدن هذا الاتجاه، هي تلك التي تدافع عن كفاية الرّسمية باعتبارها بديلاً عن الحيّزة الفعلية، لعلّ أبرزها ما يأتي:

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 254.

² - أنظر: قرار المجلس الأعلى (المغربي)، ملف عقاري ع: 95/2/2/596، ع: 555، الصّادر بتاريخ: 2003/12/18، ومما جاء فيه: "تسجيل رسم الصّدقة بالمحافظة العقارية في حياة المتصدّق يعتبر حيّزة قانونية ويغني عن معاينة الحيّزة بعدلين، ويثبت خروج المتصدّق به من يد المتصدّق وهو غاية الحيّزة"، نقلاً عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 146 وما يليها.

³ - التي نصّت على أنّه "يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيّزة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفّظاً أو في طور التّحفيظ. فإذا كان غير محفّظ، فإنّ إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيّزته الفعلية وعن إخلائه".

⁴ - القاضية بأنّه "لا تنعقد الهبة إلاّ إذا اقترنت بقبض الموهوب أو وثّقت في محرّر رسمي".

⁵ - أنظر في هذا التوجّه: حكم محكمة الإستئناف العليا (الكويتية)، دائرة التمييز، جلسة يوم: 1978/05/15، طعن رقم: 2 لسنة 1977 (أحوال شخصية)، منشور في مجموعة القواعد التي قرّرتها محكمة التمييز في المدة 1 أكتوبر 1979، رقم 49، ص. 42، نقلاً عن: بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 162، هامش رقم: 1.

- لما كان مقصد الفقه من اشتراط الحياة في عقود التبرع - ومنها هبة العقار - هي خروج العقار الموهوب من يد الواهب إلى يد الموهوب له، فإن تسجيل الهبة وشهرها في الرسم العقاري يحقق الهدف المذكور ويوثق الغاية المبتغاة بشكل أضمن لحقوق الموهوب له.

- يعتبر تسجيل وشهر عقد هبة العقار في البطاقات العقارية في حد ذاته حياة قانونية، وبشكل قانوني لا نقاش فيه، إذ هو يغني عن إسهاد العدلين بمعينة الحوز المادّي المطلوب مع إخلاء العين محلّ الهبة أو الصدقة وإثباتها بوسائل أخرى.

- إشتراط الفقهاء الحياة في عقد هبة العقار لأنّ نظام التّحفيظ العقاري لم يكن موجوداً آنذاك، والواقع أنّه لو وجد في زمن الفقهاء الأقدمين المؤلّفين في الحياة وشروطها ومقاصدها لما تردّدوا في الأخذ به، ولنصّوا في مؤلّفاتهم على أنّ الشّهر العقاري يحقّق مقصد اشتراط الحياة الرّامي إلى دفع التّهمة وعدم التّحاييل على حقوق الورثة، ذلك أنّ التصرّف المشهّر بالمحافظة العقارية هو تصرّف حقيقي، لأنّ ما سجّل بالرّسم العقاري لا يمكن إلغائه عليه إلّا بمقتضى عقد نظير أو حكم قضائي لاغٍ كما ينصّ عليه القانون.

- ليس من المعقول أن يتمّ تفويت عقار لشخص عن طريق الهبة بعد أن يقوم بتسجيل وشهر العقد بالمحافظة العقارية المختصة ويحدث به بناءات وتحسينات، مواجهته بكون عقد هبته باطل لعدم إتمام الحوز المادّي بمعينة شاهدين عدلين رغم أنّ الحياة تتمّ بما يدلّ عليها كالتّشييد والغرس ومباشرة الدّعاوى وقبض بدل الكراء ... كما هو منصوص عليه في بطون مراجع الفقه العملي.

- لم يكن الاتجاه المتشدّد والقائل بضرورة الحياة المادّية في عقد هبة العقار عملياً، فبتوجّه هذا يقف حاجزاً أمام استقرار المعاملات كما أنّه يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة؛ ذلك أنّه حينما يكون العقار مدرجاً في المحافظة العقارية ويتمّ شهر عقد الهبة فإنّه لا معنى للقول بأنّ الحياة الفعلية لم تثبت بالمعينة مع أنّ التسجيل بالرّسم العقاري يحقّق الغاية من اشتراطها، ويبرز دور هذا الأخير أكثر بعد أن يشهّر تملك الموهوب له بالبطاقة العقارية حيث يحوّل لدائنيه أن يمارسوا حقوقهم على العقار المسجّل باسمه باعتباره المالك له قانوناً، فيمكنهم - من ثمة - حجزه عليه، كما يتيح الإشهار أيضاً لدائني الواهب ممارسة حقّهم بناء على حكم بإبطال الهبة والتّشطيب عليها وإرجاعها في ذمة الواهب من أجل استيفاء حقوقهم ابتداءً¹.

¹ - إبراهيم بحامي، المرجع السابق، ص. 30 وما يليها.

- أشرت في الحياة في عقد هبة العقار سداً للذريعة فقط، فقد أبطل عمر - رضي الله عنه - الهبة التي لم يقع معها الحوز تفادياً لأيّ تحايل قد يصدر من الواهب. على أنّ هذا السبب المتمثل في سداً للذريعة يتعارض ومبدأ التحفيظ العقاري الذي لا مجال معه للتحايل الذي كان سبباً في اشتراط الحوز، فبشهر عقد هبة العقار في السجل العقاري يكتسب الموهوب له ملكية العقار الموهوب وتنتفي الذريعة التي استلزمت الحوز كشرط في صحة نفس العقد انتهاء¹.

ضف إلى ما سبق فإنّ معاينة الحوز في عقد هبة العقار بشاهدين عدلين لم يتم التّصيص عليه - حسب زعم البعض - لا في المدونة الكبرى للإمام مالك ولا في أمّهات كتب المالكية القديمة، ويظهر أنّه من وضع فقهاء المالكية المتأخّرين من شراح تحفة ابن عاصم ومختصر العلامة خليل، أمّا متني التحفة والشيخ خليل فليس فيهما ذكر لمعاينة الحوز بشاهدين مع أنّ ابن عاصم اكتفى بالقول بالمعاينة في حيازة دار السكنى².

- تقريراً لما سبق، وتأكيداً لنفس التوجّه قضت محكمة الاستئناف الكويتية بالقول: "... ومن حيث إنّ الذي يقصد من قبض الهبة هو انتقالها من ملك الواهب إلى ملك الموهوب له، والقبض في كلّ شيء بحسب طبيعته، فقبض المنقول يكون بوضع يد الموهوب له عليه، وقبض العقار يكون بسكناه وتأجيريه وقبض أجرته، أو بما تعارفه الناس وساروا عليه في معاملاتهم، أو بما تصنعه الدولة من مفاهيم للقبض كتسجيل العين في السجلّ الرسمي باسم الموهوب له، إذ الفقهاء حين مثّلوا للقبض لم يذكر الأمثلة على سبيل الحصر على معنى أنّه ليس هناك غيرها، بل مثّلوا بما كان جارياً في زمنهم، ومقتضى ذلك أنّ كلّ ما يصطلح الناس في تعاملهم على أنّه قبض يعتبر كذلك، وقد جرى الكثير من الدّول على اعتبار أنّ تسجيل العين باسم المشتري أو الموصى له قبض له ... ولقد ذهب فقيه عصري - هو المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم - إلى أنّ التسجيل قبض، وكذلك اعتبرت محكمة التمييز السورية التسجيل قبضاً...³.

¹ - خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 155-156.

² - إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 23.

³ - أنظر: حكم الدائرة الثانية (أحوال شخصية) بمحكمة الاستئناف العليا بتاريخ: 1966/02/27، إستئناف رقم 49 لسنة 1965، منشور في مجلّة المحامي، ع 5، ماي 1972، ص. 41 وما يليها، أشار إليه بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 162-163.

البند الثالث: القول المَرَّجَح في مسألة الاستغناء بالرسمية عن الحيَازة في عقد هبة العقار

بعد عرض مختلف الآراء في هذه المسألة وحجج كلٍّ من الفريقين، يتبيّن بأنّ ما ذهب إليه المشرّع الجزائري - ومن وافقه - هو الرّاجح والأولى بالاتباع.

ذلك أنّ الرسمية لا تغني بأيّ حال من الأحوال عن الحيَازة في عقد هبة العقار، على اعتبار أنّ هذا الرّأي هو الموافق لما قرّره المدرسة المالكية وما استقرّت عليه مقاصد الشريعة الإسلامية في هذا الصّدد، فالغاية من اشتراط الحيَازة ليس توثيق عقد هبة العقار وحسب - كما يتوهّم الكثيرون -، وإنّما شُرّعت دفعاً للتهمة عن الواهب في التبرّع بعبته وكشفاً لها أمام العيان؛ وهذا ممّا لا يتحقّق بالرسمية وممّا قد لا يمكن أن يطّلع عليه أحد في حينه سيما من المعنيين بهذا التصرف التبرّعي.

علاوة على أنّ القول بالاكْتفاء بالرسمية دون الحيَازة الفعلية يغطّي ويُسهم في أعمال الصّورية في نفس العقد، والواقع أنّ هذا الفعل كثيراً ما ساعد البعض من استعمال الهبة لأقربائهم دون حوز كوسيلة للاستفادة من مزايا دون وجه حقّ؛ كاستعمالها كوسيلة تنقل الملك الذي في ذمتهم لآخرين لأجل الاستفادة من قطع أرضية أو سكنات في إطار برنامج الدولة للإسكان مثلاً، حتّى إذا اطّمنوا إلى إثراء ذمتهم بما لا يستحقّون، عادوا فأرجعوا العقار الموهوب أولاً بواسطة عقد الهبة من جديد.

ومن الحيل التي يستعملها المتعاقدين أيضاً، تضليل العدلين أو الموثّق كذباً والدّفع بهما إلى أن يشهدا معاينة حوز العقار محلّ الهبة مغالطة لهما لتبرير الهبة، حتّى إذا ما تحقّق لهما هذا الغرض بعدئذ، رجع الواهب ليحوز عطّيته ويستغلّها أو يسكن فيها إلى حين وفاته. وهذا هو السائد، وعنده يتظاهر الموهوب له بوضع اليد، فيكون الواهب بذلك قد انتفع بعقاره في حياته وأخرجه عن ورثته بعد وفاته، وهذا زورٌ وبهتان¹ وممّا يتنافى ومقصد الشّارع في باب اشتراط الحوز في نفس العقد خصوصاً وباقي عقود التبرّع بوجه عام.

يقول ابن رشد (الجدّ) ممهداً لهذا القول: "وإنّما كانت الحيَازة من شرط تمام الهبة والصّدقة، لأنّها لو أجزا دون حيَازة، لكان ذلك ذريعة إلى أن ينتفع الإنسان بماله طول حياته ثمّ يخرجها عن ورثته بعد

¹ - وهذا ممّا كان واقع العمل به في المغرب قبل أن يتحوّل عنه المشرّع المغربي مؤخراً إلى الاكتفاء بالحيَازة القانونية بدلاً عن نظيرتها الفعلية - كما سبق الإشارة إليه -؛ ولأجل ذلك تصدّى - من قبل - فقهاء المذهب المالكي إلى هذه المشكلة الماسّة - في أساسها - بحقّ من حقوق المولى عزّ وجل ممثلة في الميراث، فاعتبروا رجوع الحوز إلى الواهب عن قرب من العطية، قرينة على التحيل والصّورية. لأكثر تفصيل أنظر: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 278.

وفاته وذلك ممنوع؛ لأنّ الله تعالى فرض الفرائض لأهلها، وتوعّد على تعديها فقال: {تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ} [البقرة: 229]، وقال: {تِلْكَ حُدُودُ اللَّهِ وَمَنْ يُطِيعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ يُدْخِلْهُ جَنَّاتٍ تَجْرِي مِنْ تَحْتِهَا الْأَنْهَارُ خَالِدِينَ فِيهَا وَذَلِكَ الْفَوْزُ الْعَظِيمُ} [النساء: 13] {وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ} [النساء: 14] وبذلك ورد الخبر أيضاً عن أبي بكر الصديق، وعمر بن الخطاب، وعثمان بن عفان - رضي الله عنهم -¹.

وهذا ما يتوافق أيضاً مع ما أورده القرافي من ضرورة إخراج التبرّع من حوزة المتبرّع قبل حدوث المانع نفيًا للتهمة حيث قال بأنّ "الْقَبْضُ إِنَّمَا اشْتَرَطَ عِنْدَنَا لِنَفْيِ التَّهْمَةِ لِئَلَّا يَنْتَفِعَ الْإِنْسَانُ بِمَالِهِ عُمْرُهُ وَيُخْرِجُهُ عَنْ وَرَثَتِهِ عِنْدَ الْمَوْتِ فَلِذَلِكَ كَفَى الْإِشْهَادُ فِي بَعْضِ الصُّوَرِ وَحُوزِ الْأَجْنَبِيِّ وَاسْتُغْنِيَ عَنْهُ فِي الْمُوَدَعِ وَالْعَاصِبِ وَتَحَوُّهُمَا لِحُصُولِ الْمَقْصُودِ بِدُونِهِ..."².

وسدًا للذريعة ومنعاً للصورية والتواطؤ يعلّل ابن عاشور ضرورة حصول الحوز فيقول: "المقصد الرابع: أن لا يُجعل التبرّع ذريعة إلى إضاعة مال الغير من حقّ وارث أو دائن ... فعلمنا أنّ كثيراً من الناس يجعلون الوصية والتبرّع وسيلة إلى تغيير الموارث أو رزية لمال دائن، ظناً أن ذلك يحلّ لهم من إثمها لأنهم غيروا معروفاً معروفاً. فكان من سدّ هذه الذريعة لزوم كون صورة التبرّع بعيدة عن هذا القصد. ولم يقع الاكتفاء بالإشهاد في دفع هذه التهمة لظهور أنّه غير مقنع، لكثرة احتمال أن يتواطأ المتبرّع والمتبرّع عليه على الإشهاد مع إبقاء الشيء المعطى في تصرف المتبرّع لحرمان الوارث والدائن. فللحوز في هذا المقصد أثر غير أثره المذكور في المقصد الثاني..³" (يقصد صدور التبرّع عن طيب نفس لا يخالجه تردد).

المحصلة ممّا سبق فإنّ اشتراط الحيابة المادية بمعية الرسمية في عقد هبة العقار هو الأوفق والأصلح؛ وذلك تعيياً لإسقاط للتهمة عن الواهب في تبرّعه ابتداءً، وسدًا لذرائع التحيل والصورية في الهبة وتحسيناً للعقد الرسمي المفرغة فيه ثانية، فضلاً عن حماية وحفظ حقوق الموهوب له والغير من ورثة ودائنين انتهاء.

¹ - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجدّ) القرطبي، المرجع السابق، ص. 410.

² - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 245.

³ - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج3، المرجع السابق، ص. 516-517.

المبحث الثاني: الشكلية في عقد هبة العقار

إذا ما استوفى عقد هبة العقار أركانه الموضوعية إضافة إلى حيازة العقار الموهوب السابق عرضها، فإنه لا يتم إلا باستيفاء ركن آخر طبيعته مختلفة عن الأركان السابقة ألا وهو ركن الشكلية.

والسبب في ذلك أن العقد موضوع البحث والدراسة هو تصرف استثنائي غير مألوف لا تظهر أهميته وفائدته إلا بإتمام شكله وكمال رسميته. ذلك أنه عقد شكلي في الأصل، وهو من العقود الشكلية القليلة الذي بقي كذلك حتى اليوم، ويبرر ذلك أن الشكلية ضمنه بكونه تصرف خطير لا يقع إلا نادراً ولدوافع قوية، خلافاً لعقود المعاوضة التي يأخذ فيها المتصرف مقابلاً لما أخذ.

ولتوضيح ذلك، يستلزم المقام بحث خبايا الشكلية بالتطرق أساساً إلى مطلبين متتالين تبعاً كالاتي: ماهية الشكلية في عقد هبة العقار (المطلب الأول)، ثم توثيق عقد هبة العقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الشكلية في عقد هبة العقار

لتوضيح مفهوم الشكلية في عقد هبة العقار، من المفيد تناول مفهوم الشكلية بدءاً (الفرع الأول)، فإبراز أسسها ومبرراتها (الفرع الثاني)، ثم استظهار وجوبها فيه انتهاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الشكل في عقد هبة العقار

كمختلف التعاريف، يستحسن بيان تعريف الشكل انطلاقاً من عرض تعريفه لغة (البند الأول)، ثم اصطلاحاً (البند الثاني)، فقانوناً (البند الثالث) على النحو الموالي:

البند الأول: تعريف الشكل لغة

يتخذ الشكل في اللغة معانٍ عدة، من بينها:

"يقال: مسائل شكلية: أي يُهتَم فيها بالشكل دون الجوهر"¹.

"هذا شكله أي مثله، وقلت أشكاله، وهذه الأشياء أشكال وشكول، وهذا من شكل ذاك: من جنسه"، وآخر من شكله أزواج "وليس شكله شكلي، وهو لا يشاكله، ولا يتشاكلان.

¹ - المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مجمع اللغة العربية، مصر، 1996، ص. 348.

وأشكل المريض وشكل وتشكل، كما تقول: تماثل. وأشكل النخل: طاب بسرّه وحلا وأشبهه أن يصير رطباً، ومنه: أشكل الأمر كما يقال: أشبه وتشابه. وامرأة ذات شكل.

وشكلة، ومتشكلة وقد تشكّلت وتدلّلت. وأصاب شاكلة الرّمية: خاصرته. ورجل أشكل العين، وعين شكلاء، وفيها شكلة وهي حمرة في بياضها. ولي قبلك أشكلة وشكلاء: حاجة. وحبستي عنك أشكلة. وشكلت دابتي بالشّكال¹.

"وأما قوله: هو شكله، أي مثله، والشّكل: الدّل؛ فإنّ الشّكل بالفتح إمّا سمّي بالمصدر، كما قيل رجل عدل، أي عادل؛ ولذلك وضع الشّكل موضع مشاكل يقال: هذا شكل هذا، وهذا ضرب هذا. ويجمع على: الأشكال، كما يقال للمثل: أمثال؛ لأنّه في معناه، وقياسه: الشّكول².

"والشّكل عند الأصولين: ما لا يفهم حتّى يدّل عليه دليل من غيره³. وشكّل الكتاب: ضبطه بالشّكل أي بعلامات الإعراب.

وقال بعض أهل اللغة: شكل الحروف مأخوذ من الدّابة، لأنّ الحروف تضبط به وتقيّد، فلا يلتبس إعرابها، كما تضبط الدّابة بالشّكال⁴.

"وروى الخليل الشّكل بالفتح ... وهو اختلاط الشّيء بالشّيء؛ لأنّ الشّكلة: حمرة مخالطة للبياض. وكذلك الشّكل مخالط لشكله في الأخلاق⁵.

وشكل الدّابة: قيدها وشدّ قوائمها بالشّكل. والشّاكلة: السجّية والطّبع والجانب يقال: وامشوا في شاكلي الطّريق أي في جانبها، ويقال طريق ظاهر الشّواكل.

"ومن المجاز: أصاب شاكلة الصّواب. وهو يرمي برأيه الشّواكل. وامشوا في شاكلي الطّريق وهما جانباه، وطريق ظاهر الشّواكل.

¹ - أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الرّحشري جار الله، أساس البلاغة، ت: محمّد باسل عيون السّود، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998، ص. 501.

² - أبو محمّد، عبد الله بن جعفر بن محمّد بن دُرُسْتَوَيْه ابن المرزيان، تصحيح الفصيح وشرحه، ت: محمّد بدوي المختون، ج 1، المجلس الأعلى للشّؤون الإسلامية، القاهرة، 1998، ص. 325.

³ - المعجم الوجيز، المرجع السّابق، ص. 349.

⁴ - محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزّبيدي، حكمة الإشراق إلى كتاب الآفاق، بذيله: تنمّة في نقد الآثار المرفوعة عن الخطّ والكتاب، عني بإخراجه: محمّد طلحة بلال، ج 1، مطبعة المدني، القاهرة، ط 1، 1990، ص. 63.

⁵ - أبو محمّد، عبد الله بن جعفر بن محمد بن دُرُسْتَوَيْه ابن المرزيان، المرجع نفسه، ص. 325.

ودأب بها شكال: إحدى يديه وإحدى رجله بيضاوان. وشكل الكتاب: قيده"¹.

"ومجيء الكلام على سبيل المُقابلة وإطباق الجواب على السؤال فن من كلامهم يُسمى مشاكلة"².

"و(عند أهل البديع) أن يذكر الشيء بلفظ غيره لوقوعه في صحبته كقوله تعالى {نسوا الله فأنسيهم}..."³.

ويذهب المفسرون عند وقوفهم على المعنى اللغوي للشكل حين تفسير قوله تعالى ﴿وَأَخْرُ مِنْ شَكْلِهِ أَزْوَاجٌ وَأَخْرُ مِنْ شَكْلِهِ أَزْوَاجٌ﴾⁴ إلى القول:

"{وَأَخْرُ} قرأ أبو عمرو، ويعقوب: بضم الألف من غير مدٍّ على الجمع؛ أي: مذوقات آخر، وقرأ الباقر: بفتح الهمزة مشبعة على التوحيد؛ أي: وعذاب آخر {مِنْ شَكْلِهِ} أي: مثله.

{أَزْوَاجٌ} أجناس تماثل العذاب؛ أي: يعذبون بأنواع مختلفة"⁵.

"وقرأ مجاهد: {مِنْ شَكْلِهِ} بكسر الشين، والجمهور بفتحها، وهما لغتان بمعنى: المثل، والضرب"⁶.

"والشكل - بالكسر - قيل: هو الدليل، وهو في الحقيقة الأنس بين المتماثلين في الطريقة. ومن هذا قيل: الناس أشكال وألاف وأصل المشاكلة من الشكل، أي تقييد الدابة كما تقدم تحقيقه. وقال قتادة: «على شاكلته» أي على جانبه وعلى ما ينوي. وقال ابن عرفة: على شاكلته: على خليفته ومذهبه. ويقال: ليس هذا من شكلي، أي من مذهبي. وكلها أقوال متقاربة"⁷.

¹ - أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، التبخشري جار الله، أساس البلاغة، ج 1، المرجع السابق، ص. 501.

² - أيوب بن موسى الحسيني القريني الكفوي، أبو البقاء الحنفي، المرجع السابق، ص. 843.

³ - إبراهيم مصطفى، أحمد الزيات، حامد عبد القادر، محمد علي التجار، المعجم الوسيط، ج 1، دار الدعوة، د. ب. ط، د. س.

ط، ص. 491؛ أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج 2، عالم الكتب، ط 1، 2008، ص. 1229.

⁴ - سورة ص، الآية: 58.

⁵ - مجير الدين بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، ت: نور الدين طالب، ج 6، دار دار النوادر (إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - إدارة الشؤون الإسلامية)، د. د. ط، ط 1، 2009، ص. 40.

⁶ - محمد الأمين بن عبد الله الأرمي العلوي الحرري الشافعي، تفسير حقائق الروح والريحان في روابي علوم القرآن، ت: هاشم محمد علي بن حسين مهدي، ج 24، دار طرق النجاة، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص. 430.

⁷ - أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسَّمين الحلبي، عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ، ت: محمد باسل عيون السود، ج 2، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 1996، ص. 287.

البند الثاني: تعريف الشكل اصطلاحاً

لم يُعَرَّف مصطلح الشكل في الفقه الإسلامي بالشكل الذي هو عليه مصطلح في الفقه الوضعي، بيد أنه بالنظر إلى ما جاء في بطون مؤلفات الفقه الإسلامي¹ فإنه يمكن تعريف التصرف الشكلي بأنه هو ذاك التصرف الذي ينتج أثراً معيّناً متوقفاً على وجوده ونفاذه على أمر آخر يستلزمه الشرع؛ أو أنه تصرف يتعيّن لإنشاءه أن يكتسي رضی المتعاقدين ضمنه شكلاً معيناً يحدده الشرع.

ويتمثل الشكل المستلزم من لدن الشرع في أفعال أو ألفاظ معيّنة ينبغي إتيانها عند التعاقد كالحوز في الهبة والإشهاد في عقد الزواج ونحوهما، والمتفحص لما كتب بشأن طرق التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي سرعان ما يلمس المكانة المرموقة التي يحتلّها اللفظ والفعل في بعض الأحيان. ذلك أنّ الصيغة هي الأداة الرئيسية لتبادل الكلام، وهو الوسيلة المثلى للتعبير عن الإرادة، على أنّ نظرة مدارس الفقه الإسلامي لعنصر اللفظ وقيّمته ليست واحدة، حيث تتدرّج من إغراق شديد في هذا التقدير إلى اهتمام كبير به، ثمّ إلى اعتدال في النظرة إليه ومعاملته مع غير من وسائل التعبير الأخرى على قدم المساواة².

ويتقدّم مذهب الإمامية طليعة المغرّقين في تقديس اللفظية حتّى أنّهم حثّموا التعبير عن الإرادة باللغة العربية للأجنبي، فضلاً عن إلزام العقاد بمراعاة أحكام النحو والإعراب في الصيغة العقدية. قال العملي في هذا الصدد: "... يشترط في سائر العقود ... وقوعها باللفظ العربي، وفي جامع المقاصد يشترط وقوعها باللفظ العربي، مراعيّاً فيها أحكام الإعراب والبناء ... ولأنّ الناقل هو الألفاظ المخصوصة، ومعلوم أنّ العقود الواقعة في زمن النبيّ - صلى الله عليه وسلّم - إنّما كانت بالعربية ..."³.

يلي مذهب الإمامية، المذهب الشافعي الذي هو أقلّ غلوّاً من الأول، لعدم اشتراطه لشرط اللغة

¹ - على اعتبار أنّه ذو نزعة موضوعية، وأوّل أثرٍ لهذه النزعة أنه يقف على الإرادة الظاهرة دون الباطنة، ولما كانت الأولى هي المظهر الخارجي للتعبير عن الإرادة الثانية، فقد وقف الفقهاء عند المظهر الخارجي، والمظهر الذي يعتدّون به في الأصل هو اللفظ أولاً قبل الكتابة والإشارة أو أيّ مظهر خارجي آخر تستنتج منه الإرادة، فاللفظ هو الذي يعبر عن الإرادة الباطنة، ذلك أنّ اللفظية والإرادة تختلطان ببعضهما معاً في صيغة العقد. ويخلص منهما أنّ اللفظ هو أوّل وسيلة يعول عليها في الصيغة، وأنّ اللفظ يؤخذ بمعناه الظاهر، فإذا كان هذا المعنى واضحاً فلا محلّ بعد ذلك للبحث عن النية أو الإرادة الباطنة، "واللفظ - لا في صيغة العقد وحدها بل أيضاً في الإثبات حيث الشهادة تعلق على الكتابة - هو الشّيء الثابت الذي يقف عنده الفقه الإسلامي، ويؤثره على الكتابة وغيرها من مظاهر التعبير عن الإرادة ممّا لم يكن في حضارة العصور الماضية ثابتاً مستقراً، إذ لم تكن الكتابة منتشرة في تلك العصور، وما كان يتداول منها لا يؤمن فيه الزّيف أو الزّلل". أنظر: أحمد عبد الرزاق الشنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، المرجع السابق، ص. 84-85.

² - محمّد وحيد الدّين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص. 111.

³ - محمّد جواد بن محمّد الحسني العملي، المرجع السابق، ص. 161.

العربية ومراعاة حركات البناء والإعراب كما فعل الأول¹.

أما المذهب المالكي فتتعدل ضمنه جميع طرق التعبير عن الإرادة، فهو يعتد باللفظ والكتابة والإشارة والمعاطاة، وإن كان البعض من فقهاء ذهبوا إلى إعمال الكلام النفسي في بعض التصرفات².

وعموماً وبشأن تقديس الفقهاء للفظ كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة دون إعمال للشكلية يصريح توفيق شحاته معلناً بأنه "... في الأصل لا شكلية في التشريع الإسلامي، فالعقد ينعقد، وتنشأ الالتزامات دون حاجة إلى طقوس خاصة من حركات أو إشارات أو مراسيم، ويعتبر هذا من المميزات الأساسية للتشريع الإسلامي. ولكن هل معنى هذا أن الإرادة وحدها تولد الالتزام في التشريع الإسلامي؟".

يجيب على هذا التساؤل ثانية بقوله: "إن الفقهاء لا يتقيدون في تكليفهم للعقود باللفاظ مخصوصة، بل يعمدون إلى قبول أي لفظ يؤدي إلى معنى العقد المقصود، ومع هذا كله، فإن الواقع أن التعاقد لا يتم إلا بواسطة الألفاظ.

ويوجد في الفقه الإسلامي نوع خاص من الشكلية نسميه اللفظية، وهو أثر من آثار ما كان يخص به اللفظ من التقديس في العصور الوسطى حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحري للكلمات المتلفظ بها... ففكرة اللفظية بقيت هي الأصل، حتى أنهم - أي الفقهاء - اشتراطوا في اللفظ أن يكون مستوفياً لبعض الشروط، ومن ذلك: أن يوضع اللفظ في صيغة الماضي أو المضارع، وإذا استعمل اللفظ في صيغة الأمر، فقد قالوا: إن العقد لا ينعقد ولو كانت نية الالتزام متوفرة... فالعقد إذاً هو في الأصل لفظي، أما أن الإرادة المجردة أو مجرد الرضا يربط الشخص فهذا من المبادئ الأخلاقية التي يبتعد التشريع عنها إذا ما رمى إلى متانة البناء، ذلك أن التشريع رائد التمسك دائماً بالحقائق الثابتة"³.

¹ - أنظر مثلاً في مذهب الشافعية: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، المرجع السابق، ص. 3.

² - جاء في عمدة القاري: "... وأما قول ابن العربي: إن المراد بقوله: ما لم تكلم، الكلام النفسي، إذ هو الكلام الأصلي وأن القول الحقيقي هو الوجود بالقلب الموافق للعلم، فهو مژدود عليه، وإنما قاله تعصباً لما حكى عن مذهبه من وقوع الطلاق بالعزم، وإن لم يتلفظ. وحكاؤه عن رواية أشهب عن مالك في الطلاق والعنق والنذر أنه يكفي فيه عزمه وقوله وجزمه في قلبه بكلامه النفسي الحقيقي، ونصر ذلك بأن اللسان معبر عما في القلب، فما كان يملكه الواحد كالتنذر والطلاق والعنق كفي فيه عزمه، وما كان من التصرفات بين اثنين لم يكن بُد من ظهور القول، وهذا في غاية البعد...". لتفصيل أكثر أنظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج 13، المرجع السابق، ص. 89.

³ - شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1936، ص. 130-132.

البند الثالث: تعريف الشكل قانوناً

يستدعي لفظ الشكل إلى الذهن مجموعة من المفاهيم المتباينة، غير أنه من بين تلك المعاني الذي لعبت دوراً كبيراً في تحديد مفهوم الشكل القانوني معنيان:

أولهما: يتمثل في أنّ الشكل هو كيفية الوجود، وتديلاً على ذلك قيل بأنّ الشخص يدرك نوعين من الظواهر، أولاهما: هي الظواهر المادّية، أيّ ظواهر الطبيعة حيث يتمّ إدراكها إدراكاً مباشراً بطريق الحسّ. وثانيهما: يكمن في الظواهر المعنوية وهي تلك الظواهر ما وراء الطبيعة، ويتمّ إدراكها إدراكاً غير مباشر بطريق العقل¹.

على أنّه إذا طبّقنا المفاهيم السابقة في نطاق القانون، فأول ما يقابلنا هو الإرادة، وهي - بلا ريب - ظاهرة معنوية، وبالتالي فإنّها تخضع لكلّ ما تخضع له الظواهر؛ فمن جهة أولى لا يمكن الحديث عن شكل الإرادة وإن أمكن الحديث وجودها، لذلك ليس من الصّواب استعمال تعبير "أشكال الإرادة" كون أنّ الظواهر المعنوية يدرك الشخص وجودها فقط دون شكلها.

ومن جهة أخرى، فإنّ المظاهر المادّية التي تكشف عن وجود الإرادة، أيّ التعبير عنها، فإنّها لا تعدو أن تكون مجرّد وسيلة لإثبات هذا الوجود.

أمّا ما يخصّ التعبير ذاته، فإنّه بلا ريب ظاهرة مادّية، وبالتالي فإنّه يخضع لكلّ ما قيل بشأن الظواهر، فمن ناحية أولى يمكن الحديث عن وجوده وكيفية هذا الوجود أيّ شكله، وبالتالي يكون صحيحاً استعمال تعبير "شكل التعبير عن الإرادة".

ومن ناحية أخرى، فإنّ المساس بشكل التعبير يعتبر مساساً بالتعبير ذاته، فلا يتصوّر الفصل بين التعبير وشكله، كما أنّه لا يوجد تعبير عن إرادة بلا شكل - كما هو معروف -، ومن ثمّ فإنّ كلّ تصرّف قانوني لابدّ أن يكون له شكل على اعتبار أنّ التصرف لا يعدو أن يكون تعبيراً عن الإرادة².

وجملة القول، فإنّ الأخذ بهذا المفهوم من شأنه أن يؤدّي إلى القول بأنّ الشكل يقتصر مفهومه على الشكل اللازم لتكوين التصرف القانوني دون غيره من الأشكال الأخرى اللاحقة على تحقيق وجوده

¹ - ياسر أحمد كامل الصيّري، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992، ص. 9.

² - نفس المرجع، ص. 10.

القانوني.

أما المعنى الثاني للشكل فهو يتمثل في المظهر الخارجي: وتبعاً لذلك يكون الشكل عبارة عن المظاهر الخارجية المحيطة بظاهرة معينة.

فبالنسبة للظواهر المادية: فالشكل هو الغلاف الخارجي الذي يكسو الشيء، والشكل بهذا المفهوم مقارناً بالمضمون لا يعدو أن يكون مجرد عرض لا قيمة له في ذاته، كما أنه وفقاً لهذا المعنى، فإنه يكون من الممكن الفصل بين الشكل والمضمون دون أن يؤثر ذلك في وجود وذاتية كل منهما.

وإذا ما طبقنا هذا المفهوم في دائرة القانون، فإنه يترتب عليه ما يلي:

- أن يصبح التعبير عن الإرادة شكلاً لها، ومن ثمة يكون كل تصرف قانوني - على غرار عقد هبة العقار - له شكل نظراً لأنه يستلزم التعبير عن الإرادة، ومن الصواب - حينئذ - استعمال تعبير "شكل الإرادة".

- أن التعبير عن الإرادة باعتبار المظهر الخارجي الذي يثبت وجودها وهو في نفس الوقت شكلها، وتبعاً لذلك يكون مفهوم الشكل مرادفاً لمفهوم الإثبات.

أما بالنسبة للتعبير ذاته باعتباره ظاهرة مادية، فإن شكله يكون عبارة عن المظاهر الخارجية المحيطة به التي تؤدي إلى إثباته أمام القضاء حال النزاع. ومن ثم فإن السند المثبت للتعبير يعدّ هو شكله - كعقد هبة العقار مثلاً -، هذا فضلاً عن مختلف الإجراءات الأخرى المستلزمة لتمامه كإجراءات الشهر العقاري¹.

بناء على ما سبق، يتبين بأن المفهوم القانوني للشكل يتطابق والمعنى الأول المعروف، ذلك أن شكل التصرف القانوني لا يعدو أن يكون الكيفية التي يتم بها التعبير عن الإرادة، وهو بذلك يعتبر أحد العناصر اللازمة لوجود التصرف القانوني، على أنه يلاحظ بأن المفهوم القانوني أكثر خصوصية وتحديدًا عن المعنى الأول السالف بيانه؛ لأنه وفقاً لهذا المفهوم الأخير يكون حتماً تصرف شكلي على اعتبار أن التعبير عن الإرادة لا بد أن يأتي وفقاً لكيفية معينة، في حين أن المفهوم القانوني يقتصر على تلك الأشكال المفروضة من جانب التشريع على سبيل الإلزام دون غيرها، هذا فضلاً عن أن الشكل يعتبر أحد آليات الصناعة التشريعية، وهو بذلك لا يعدو أن يكون مجرد إجراء قانوني يروم به المشرع تحقيق

¹ - ياسر أحمد كامل الصبري، المرجع السابق، ص. 12.

غاية معينة¹.

هذا ومهما يمكن أن يقال حول مفهوم الشكلية، فإنّ الفقهاء لم يتفقوا على فكرة محدّدة لها²؛ ففريق يحصرها في معنى ضيق بأن يقصرها على طائفة من الإجراءات الواجب القيام بها لتمام التصرف؛ ووفقاً لهذا المفهوم فإنّ عقد هبة العقار هو ذاك التصرف الذي يتطلّب المشرّع لصحته إفراغه في شكل محدّد يرسمه لأطرافه المتعاقدين.

ويعطيها الفريق الآخر معنى واسعاً بأن يدخل في نطاق مفهومها كافّة الإجراءات والأشكال الواجب اتّباعها لانعقاد التصرفات القانونية أو لفعاليتها؛ ووفقاً لهذا المعنى فإنّ الشكلية لا تقتصر على الإجراءات اللازمة للتعبير عن الإرادة وإبرام عقد هبة العقار، وإنّما يدخل ضمنها أيضاً الأشكال المستلزم اتّباعها لفعاليتها ونفاذ سريانه³.

الفرع الثاني: مبررات وأنواع الشكلية في عقد هبة العقار

تعدّ الشكلية من أهم سمات القانون المدني المعاصر⁴، وأمام تقلّص مبدأ سلطان الإرادة تحوّلت معظم العقود إلى عقود شكلية يلزم لانعقادها - بالإضافة إلى أركانها الموضوعية - اتّباع شكل خاص محدّد يتّصل بالتعبير عن الإرادة بحكم القانون.

وبحسبان عقد هبة العقار أحد العقود الشكلية بامتياز فقد قرّر المشرّع وجوب إفراغه في الشكل الرسمي تحت طائلة بطلانه. ولإبراز الغاية من ذلك، من المفيد بيان مبررات استلزام الشكلية فيه ابتداءً

¹ - جميل متوّلّي الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة فؤاد الأول، 1953، ص. 4.

² - يطلق لفظ الشكلية خارج دائرة التعبير عن الإرادة التعاقدية على مدلولات متباينة، من بينها:
أ- تطلق الشكلية في نطاق المنطق والفلسفة على الاتجاه الذي يعتدّ بالشكل وينكر كلّ قيمة للعنصر الموضوعي سيما في مجال المعرفة والأخلاق والفنّ، وإن كان علم الرياضيات هو التّموذج الأمثل للشكلية على اعتبار أنّه علم شكلي بامتياز لا يعتني سوى بالشكل لا غير.
ب- يراد بالشكلية في نطاق بيان أنواع القواعد القانونية معنى آخر، حيث يقصد بالقاعدة الشكلية: القواعد القانونية التي ترسم الطّريق لوضع الحكم التي تقرّره القواعد الموضوعية موضع التنفيذ. وفي الواقع فإنّ اصطلاح الشكلية يطلق على الاتجاه الفقهي الذي يربط القانون بالدولة ولا يعتبر قانوناً سوى القواعد التي تنشأ وتطبّق بواسطتها.

أنظر في المعنى الفلسفي للشكلية:

AUROUX Sylvain et WEIL Yvonne, nouveau vocabulaire des études philosophique, Hachette, 1975, p. 94; LALANDE André, vocabulaire technique et critique de la philosophie, P. U. F, 1976, p. 369.

³ - Cf. GENY François, Science et technique en droit privé positif, Sirey, Paris, 1925, p. 203.

⁴ - أنظر في أهم عوامل ازدهار الشكلية:

WEILL Alex et TERRÉ François, droit civil, les obligations, 4^{ème} éd, Dalloz, paris, 1986, p. 117-123.

(البند الأول)، ثم استظهار أنواع الشكلية ضمن نفس العقد انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: مبررات الشكلية في عقد هبة العقار

لا شك أنّ الشكل أداة من أدوات تحقيق الأمن القانوني، لكونه يعطي تحديداً وبياناً للإرادة الواسعة والمتحرّكة، وتبعاً لذلك يتمّ توسّل الشكل بغرض تكريس الأمن القانوني عموماً قصد تحقيق مصالح ثلاث¹ هي:

أولها: مصلحة الأطراف

حيث تحقّق الشكلية مصلحة الأطراف المتعاقدين باعتبار كونها الأداة الفعّالة والمثلى لضمان حقوقهم، فضلاً عن أنّها تحمي الإرادة الفردية للواهب المتصرّف من الوقوع في الاندفاع مع حثّه على التروّي والتفكير قبل الإقدام على إبرام العقد.

ثانيها: مصلحة الغير

حيث تحقّق الشكلية مصلحة الغير من خلال توفير قدر مهمّ من المعلومات لهم مع تمكينهم من معرفة جميع التصرفات القانونية - على غرار عقد هبة العقار - التي تمّت بين الأطراف، ويتمّ ذلك عن طريق الشّهر العقاري، وبتحقيق هذا العلم تكون الشكلية قد أدّت إلى تفادي العشّ والاضرار بحقوق الغير.

ثالثها: مصلحة السلطات العامة

وفي هذا الصّدّد سائر تطور الدّور الاقتصادي للسلطات العامة ورافق معه تطوّراً للغاية من اشتراط الشكلية، على اعتبار أنّ الشكل يحقّق مصلحة للسلطات العامة ممثلة في إعلامها بتصرفات الأشخاص، وباستعمالها تبعاً لذلك كأداة تنظيم للسياسة الاقتصادية في البلاد².

¹ - FARJAT Gerard, droit privé de L'économie, II, Théorie des Obligations, P. U. F, paris, 1975, p. 166 et s.

² - ويشكّل مرفق التوثيق في هذا الصّدّد أداة فعّالة في يد السلطة، حيث يمكنها من خلاله مراقبة المعاملات وتحصيل الرسوم والحقوق الجبائية المترتبة على إبرام التعاملات لفائدة خزينة الدولة. أنظر في هذا الصّدّد: عمر زيتوني، النّظام القانوني للتوثيق في الجزائر، ج 3، مجلّة المؤتّق، ع 8، 2002، ص. 38؛ وأنظر في دور المؤتّق في تطوير الاقتصاد الوطني: عبد القادر دحمان صبايحية، مهنة التوثيق بين إرث الماضي والتّطلع إلى المستقبل، مجلّة المؤتّق، ع 1، ماي - جوان 2001، ص. 43.

وبناء على ما سبق، يمكن القول بأنّ الشكلية في العقود - بشكل عام وفي هبة العقار على وجه الخصوص - تلعب أدوار متنوّعة وتحقّق أهدافاً متعدّدة، لعلّ أهمها ما يأت:

- **كشف نية المتعاقدين:** في هذا المقام يُسهم التوثيق والكتابة في بيان نية المتعاقدين ضمن عقد هبة العقار على اعتبار أنّ توثيق العقود والتصديق على التصرفات الواردة ضمنها فضلاً عن الحكم بصحّتها ولزومها من خلال ذلك، يكفل تحقيق الطمأنينة الكاملة على الحقوق ويساعد على استقرار المعاملات ويعمل على غلق أبواب التحايل والحدود، فالشكلية إذن وسيلة لضمان رضى الأطراف المتعاقدين وحماية للإرادة الفردية انتهاء.

- **التحرّز من بطلان العقود:** وفي هذا السياق تُسهم الشكلية في الحدّ من ظاهرة بطلان العقود على غرار عقد هبة العقار؛ فقد يتفق طرفا العقد - ضمنه - على شروط معينة رغم كونها معيبة ومخالفة للقانون، ولكن حال طرحها على الموثّق عند توثيق العقد كفيل بإرشاد الطرفين لتصحيح تلك الشروط.

ولاشك أنّ تدخّل الموثّق عن طريق إسداء واجب النصّح والإرشاد من شأنه تصحيح الفهم الخاطئ لدى المتعاقدين، وبواسطة الشكلية يمكنه تكييف اتّفاقاتهم على النحو الذي يتفق وأحكام القانون، هذا علاوة على أنّ تدخّل المهني الموثّق¹ يحدّ من وقوع أشكال الغلط والتدليس والغشّ والصّورية التي طالما طالت مختلف العقود خصوصاً تلك المفقّرة على غرار عقد هبة العقار.

- **تأمين وحفظ حقوق المتعاقدين:** ويتأتّى ذلك من خلال دور الشكلية كونها أداة لصون الأموال من أن تكون عرضة للضياع بإنكارها وعدم التمكن من إثباتها، فوجود العقد الرسمي مثلاً أوّكد وأضمن في صيانة تلك الأموال بحيث لا يغني الشهود عنه؛ لأنّه وإن كان الشهود يثبت بهم الحقّ، إلّا أنّهم معرضون لعيوب عدّة كالزّور في الشّهادة، أو ضعف الحواسّ، أو الغياب، وقد يموت أحد شاهدي العقد أو كليهما وحينها لا يكون أمام الطرف المتعاقد المتضرّر سوى العقد الرسمي.

وقد تتغيّر معالم الحقّ محلّ التصرف مع مرور الوقت، بحيث لا يمكن التعرّف عليه إلّا من خلال

¹ - ومن خصائص العقد التوثيقي أنّه يحقّق الثّقة العمومية والأمن القانوني على اعتبار أنّ كلاهما نتاج الرسمية. فإذا كانت الخاصية الأولى تكرّس جزءاً من السّيادة المفوّضة من لدن الدولة للموثّق عند إضفاء الرسمية؛ فإنّ الميزة الثانية تعتبر نتاج تدخّل ضابط عمومي تتسم أعماله بالصحّة، الدقّة، والاحترافية حيث توجه المتعاقدين إلى إبرام عقد نافذ وصحيح في الأخير. أنظر في هذا الشأن: عبد القادر لعجال، إسهامات العقد التوثيقي في الاقتصاد الوطني وفقاً للتشريع الجزائري، مجلّة الموثّق، المجموعة الثانية، ع 1، يونيو 2013، ص.

المحرر المثبت لأوصاف هذا الحق وحدوده وماله وما عليه¹.

وقد يضمحل الحق مع فوات الزمن وتغيّر مسمياته ومعامله ممّا قد ينجرّ عنه نزاع بين الأفراد فتكون الشكّلية هي المرجعية في حلّ هذا النزاع عن طريق العودة إلى تلك المحرّرات المتضمّنة للحقوق والالتزامات.

والشكّلية بهذا الدور تسهّل عمل القاضي في إثبات الحقوق بالنظر إلى أنّ الوجود المادّي للمحرّر الرسمي أحسن وسيلة للفصل في مختلف النزاعات.

وتلعب الشكّلية دوراً مهماً في حفظ الحقوق حال موت أحد الأطراف المتعاقدين أو كليهما، وهو ما يجعل الورثة غير قادرين على تمييز هذه الحقوق أمام غياب صاحب الحقّ النهائي، وهنا يكون المحرّر الرسمي هو المرجع الأساسي لإثبات الحقوق الموروثة فضلاً عن حفظها وضبطها.

كما أنّ الشكّلية تقى - أخيراً - حدوث نزاعات مستقبلية²، على اعتبار أنّها دليل مهياً مسبقاً وإن حدث وأن وقع نزاع معيّن بين الأطراف، فإنّ المحرّر الرسمي كفيل بمعرفة حقيقة التصرف ومضمونه وكذا حقيقة التزامات أطرافه المتقابلة؛ وهي بذلك أهمّ أداة مساعدة للقاضي، علاوة على أنّها أهمّ ضمان لسلامة التّظر في النزاع ومن ثمة الحكم الصادر في التّازلة المعروضة عليه³.

وإذا كان هو الحال في مختلف العقود، فإنّ التبرّعية منها كعقد هبة العقار يستلزم فضلاً عن ضرورة الرسمية فيها، أن تتمّ بشاهدين عدلين تحت طائلة بطلانها، وذلك ما قضت به المادّة 324 مكرّر 3 من ق.م.ج.⁴

فإذا كانت هبة العقار - على نحو ما تقدّم - تصرف استثنائي غير مألوف لا تبرز أهميته وفائدته إلّا بتمام شكلية، فإنّها - في الأصل - عقد شكليّ، بل أنّها من أهمّ العقود الشكّلية التي ضلّت كذلك إلى غاية اليوم بعد أن أصبحت العقود رضائية تتمّ بمجرد الإيجاب والقبول.

¹ - مقني بن عمّار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحرّرات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص. 48-49.

² - وهنا تبرز مكانة العقد التوثيقي باعتباره أداة قانونية لانتفاء النزاعات؛ إذ الغاية التي يهدف لها النظام في البلاد تتمثّل في بسط الأمن والعدالة والسكينة، ومن ثمّ فإنّ انتفاء النزاع وتمكين المواطن من أداة إثبات قوية توفّر له حماية قانونية واستقراراً في المعاملات، يعتبر من بين المهام الأساسية للدولة بتوفير وسيلة إثبات مسبقاً. أنظر في هذا الصدد: عبد القادر لعجال، المرجع السابق، ص. 54-55.

³ - مقني بن عمّار، المرجع نفسه، ص. 50.

⁴ - التي قضت بأنّه "يتلقّى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الإحتفائية بحضور شاهدين".

ومن مبررات استلزام الشكلية في هبة العقار أنّها عقد خطير لا يقع إلا نادراً ولدوافع قويّة، على عكس عقود المعاوضة وعلى رأسها عقد البيع الذي يكثر التعامل به حيث يأخذ البائع فيه مقابلاً لما أعطى.

أمّا هبة العقار فهي عقد نادر الحدوث وفيه يتجرّد الواهب عن عقاره بدون عوض، ومن ثمّ فالواهب في أشدّ الحاجة إلى التأمل والتفكير قبل الإقدام عليه، والشكلية بحسبانها الأداة الحمائية في هذا الصدد تعينه على ذلك¹.

"والورقة الرسمية، بما تتضمنه من إجراءات معقّدة، وما تستتبعه من جهر وعلانية، وما تستلزمه من وقت وجهد، نافعة كلّ النفع لحماية الواهب، ولحماية أسرته، بل ولحماية الموهوب له نفسه. فهي نافعة للواهب، إذ هو في الوقت الذي يتجرّد فيه عن ماله دون مقابل في حاجة كما قدّمنا إلى التدبّر، ليأمن شرّ الاندفاع وراء انفعالات عارضة².

وهي نافعة لأسرة الواهب، إذ الواهب وهو يتجرّد عن ماله دون مقابل بسلب ورثته بعض حقّهم في تركته، وقد يكون في إجراءات الورقة الرسمية وعلايتها سبيل للورثة إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورّثهم فيبصرونه بمعبّة عمله. والورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه، فإنّ الهبة عقد يسهل الطعن فيه، فخير للموهوب له أن يتسلّح بهذه الرسمية للدّفاع عن حقّه.

وإذا كان القانون استغنى في المنقول عن الورقة الرسمية بالقبض، فذلك أثر من الآثار الباقية في إيثار العقار على المنقول في وجوه الحماية³.

ختاماً، يجدر القول بأنّ الشكلية في بعض الأحيان لا تكون استثناء أو قيداً على مبدأ الرضائية، بل هي انتصار لهذا المبدأ، ويتمثّل ذلك أساساً في بعض الصيغ المفروضة في عقد هبة العقار، حيث قرّر الشكل لحماية الواهب من خطورة التصرف المقدم عليه، وكذا حماية للموهوب له

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 202.

² - والعلة في استلزام الرسمية في الهبة - خصوصاً العقارية منها - ليس يكمن في حماية ورثة الواهب فحسب كما قال به بعض الفقهاء، بل أنّ السبب الأساسي يتمحور حول حماية الواهب ذاته كونه يتجرّد من ماله بلا عوض. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 46؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 460 et s.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 46.

بضمان حقّه وإثباته بشكل أكيد منعاً من رجوع الواهب عن هبته له دون مسوّغ قانوني، علاوة على حماية الغير الذي يتعامل مع الواهب مثل دائنيه أو الموصى لهم بجزء من أمواله أو ورثته أيضاً، إذ من الممكن خسارة تلك الأموال المنتظرة من لدنهم بسبب تصرف الواهب فيها، فتأتي الشكلية معلنة لهم بما هو مُقدم عليه، وتدفعهم - بالتالي - إلى حماية مصالحهم عند احتمال فقدانها انتهاءً¹.

البند الثاني: أنواع الشكلية في عقد هبة العقار

إزاء الخطورة التي يتّسم بها عقد هبة العقار على اعتبار أنّه تصرف يدفع بالواهب بأن يتجرّد من ماله دون مقابل، فإنّ المشرّع رمى باشتراطه الشكلية توفير الحماية اللازمة للواهب وحمله على التروي والتفكير قبل الإقدام على إبرام هذا النوع من التصرف، هذا فضلاً عنه أنّه يقصد من خلال الرسمية في نفس العقد ضمان عدم الرجوع فيها إلّا في الأحوال التي قرّرها، وهذا هو الهدف الرئيسي من استلزام الرسمية في التشريع الفرنسي على وجه الخصوص².

لهذا كانت أغلب التشريعات الحديثة تتفق على ضرورة توافر الشكلية في عقد هبة العقار، بحيث أنّها إذا لم تتوافر الشكلية المطلوبة رغم اتفاق إرادتي الواهب والموهوب له فإنّ هبة العقار لا تنعقد، وتقع من ثمّة باطلّة.

لكن بالرغم من اتفاق التشريعات المذكورة، إلّا أنّ موقفها تباين حول نوع الشكلية المستلزمة في عقد هبة العقار، ومع ذلك فإنّه يمكن القول بأنّ الاختلاف بصدها تركّز في نوعين رئيسيين هما:

النوع الأول: لا تنصّب الشكلية فيه على إرادة المتعاقدين، بل يترك التراضي في هبة العقار حرّاً تطبيقاً بمنأى عن أيّ نوع من أنواع الشكلية، فإذا انعقدت الهبة باتّفاق الطرفين ورضاها كان لا بدّ من توافر إجراء شكلي تمثّل في إقرار السلطات القضائية المختصة أو تصديقها انتهاءً.

مع الإشارة إلى أنّ سلطة القاضي في التصديق تختلف من تشريع إلى آخر، فبينما تقصر بعض التشريعات دور القاضي في تسجيل الهبة ضمن سجّلات المحكمة فحسب، دون أن تحوّل حقّ الاعتراض عليها باستثناء ما إذا كان سببها غير مشروع، وهذا هو الوضع الذي كان سائداً العمل به سابقاً في تشريعات بعض الولايات الألمانية والسويسرية؛ نجد هنالك جانب ثانٍ من التشريعات الأجنبية يقرّر

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 174.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.

سلطة واسعة للقاضي في إقرار هبة العقار أو عدم إقرارها، فيكون له بناء على هذه السلطة المخولة له رفض تسجيل هبة العقار إذا كان مآلها - حسب تقديره - تجريد الواهب ممّا قد يكفل له معيشة كريمة ومستقرّة، وقد كان ذلك شأن التشريعات الإسبانية والبرتغالية فيما مضى¹.

أما النوع الثاني: من التشريعات فهو ذاك الذي تنصّب فيه الشكّية على التراضي نفسه أي على رضا كلّ من الواهب والموهوب له، وهذا النوع من الشكّية هو الأكثر انتشاراً وشيوعاً بعد أن بات النوع الأول سائر في الاندثار في معظم التشريعات الحديثة.

وفي الغالب تتمثّل هذه الشكّية في عقد رسمي يكلف بتحريره موثّق مختصّ كما هو الحال في الجزائر²، ومصر³، وفرنسا⁴.

وقد تكون الجهة المختصة بتوثيق هبة العقار هي محكمة مختصة كما هو في بعض الولايات الألمانية، وإن كانت المحكمة في هذه الحالة يقتصر دورها على مجرد التوثيق دون التصديق.

كما قد تتمثّل الرسمية - انتهاءً - في تسجيل الهبة في الدائرة المختصة كدائرة الطابو أو السّجل العقاري، كما هو ساري التطبيق في العراق⁵ ولبنان⁶.

¹ - أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 47-48؛ بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 145.

² - وفي ذلك قضت المادة 1/206 من ق. أ. ج بأنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة قانون التوثيق في العقارات ..".

³ - وفي ذلك نصّت المادة 1/488 من ق. م. م بأنه: "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ...".

⁴ - Cf. Art 931: «Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité».

⁵ - وفي هذا الشأن أقرت المادة 206 من التقنين المدني العراقي بأنه "إذا كان الموهوب عقاراً وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة".

⁶ - في هذا الصدد قضت المادة 510 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بما يلي: "إنّ هبة العقار أو الحقوق العينية العقارية لا تتمّ إلاّ بقيدها في السّجل العقاري". تجدر الإشارة إلى أنّ الفقه في لبنان انقسم رأيه بخصوص هذه المادة والمادة التي تليها (511) إلى عدّة آراء: الأول قال بأنّ نصّها لا يختلف عن نصّ المادة 393 المتعلقة بالبيع، واعتبر بأنّ عقد الهبة غير المسجل يعطي الموهوب له - أسوة بعقد البيع غير المسجل - حقّاً شخصياً يتمثّل في ممارسة حقّ الادّعاء وإلزام الواهب بإتمام إجراءات التسجيل. وقد احتج أصحاب هذا القول بأنّه لا يوجد نصّ قانوني يوجب صيغة معينة لصحّة الهبة كما هو الحال في فرنسا وفقاً لنصّ المادة 931 من ق. م. ف، ويعزّزون حجّتهم بأنّ المادة 511 من قانون الموجبات والعقود أوجبت الصيغة الخطيّة لصحّة الوعد بالهبة ولم تشترط ذلك في عقد الهبة ذاته. وقد مال بعض الاجتهاد إلى هذا الرأي معتبراً بأنّ الهبة بصكّ عاديّ أو مسجل لدى كاتب العدل تعتبر صحيحة وإن لم تكن قد سجلت في السّجل العقاري، بحيث لا تتوقّف صحتها على شرط تسجيل العقد، بل على مدى وطريقة إثبات حصولها، ويستطيع الموهوب له بصكّ عادي أو ورثته من بعده أن يطلب التسجيل في السّجل العقاري، كما اعتبر رأي مخالف في إحدى القرارات القضائية بأنّ عقد الهبة هو عقد رضائي ينعقد بمجرد توافق إرادتي الواهب والموهوب له، وأنّ الأحكام القانونية المتعلقة بالهبة تفرض شروطاً شكلية لإنشائها، ولا يعتبر التسجيل

على أنه تجدر الإشارة إلى تلك أنّ التشريعات ليست على درجة واحدة من الرسمية، فمنها ما يقصر الرسمية فقط على هبة العقار كالقانون الإسباني، ومنها من لا يستلزم الرسمية إلا في الوعد بالهبة كالقانون الألماني، ومنها من لم يشترط الرسمية في الهبة انتهاءً، بل يكتفي باشتراط كتابة سند للهبة كما هو الحال في التشريع الإنجليزي، والبرازيلي، والنمساوي¹.

الفرع الثالث: وجوب الشكلية في عقد هبة العقار

مؤدّى وجوب الشكلية في عقد هبة العقار ضمن التشريع الجزائري ضرورة إفراغ رضا طرفيها - الواهب والموهوب له - في شكل رسمي بين يدي مهنيّ موثّق وفق ما قضت به المادة 206 من ق. أ. ج بقولها: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ... ومراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات ...".

والمقصود من المقطع الأخير من الفقرة أعلاه من ذات المادة هو ضرورة توفر عنصرين هامّين:

أولهما: ضرورة توافر الرسمية في عقد هبة العقار، أي وجوب صبّ عقد هبة العقار في شكل عقد رسمي يحزّر من لدن موثّق تحت طائلة البطلان².

وعلى الرغم من أنّ المادة 206 من ق. أ. ج نصّت في فقرتها الأخيرة على تقرير البطلان بقولها: "وإذا احتلّ أحد القيود السابقة بطلت الهبة" إلا أنّها أحالتنا علاوة على ذلك إلى وجوب مراعاة أحكام الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الذي كان سارياً المفعول آنذاك، حيث نصّ في المادة 12 منه بالقول: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها في شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ...".

عنصرًا مكوّنًا لصحة الهبة، بل أنّ هذا العقد ينعقد على وجه صحيح كعقد البيع العقاري غير المسجل في السجل العقاري المنشئ بمقتضى المادة 393 من قانون الموجبات والعقود التزاماً شخصياً على عاتق الواهب بالتسجيل في السجل العقاري إما بطريقة رضائية أو عن طريق القضاء. على أنّ الرأي الأخير الذي استقرّ عليه الفقه والاجتهاد القضائي اللبنانيين يعتبر بأنّ نصّ المادة 510 المحللة أعلاه يجعل التسجيل في السجل العقاري ركناً أساسياً من أركان عقد هبة العقار على اعتبار أنّها لا تتمّ إلا بقيدها في السجل العقاري، إذ لا ينشأ عن هذا العقد أيّ أثر قانوني ولا حتّى التزام شخصي طالما أنّ الهبة غير مسجلة في دائرة السجل العقاري، فيكون - بذلك - هذا القيد شرطاً أساسياً لانعقاد عقد هبة العقار انتهاءً. أنظر باستفاضة في مختلف هذه الآراء: محمّد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2007، ص. 66 وما يليها.

¹ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 103؛ محمّد كامل مرسى، المرجع السابق، ص. 76، هامش رقم: 2.

² - أنظر: قرار م. ع، ملف رقم: 10356، الصادر في: 19/11/1994، ن. ق، ع 51، 1997، ص. 67 القاضي بأنّه: "يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحزّر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنص المادة 206 من قانون الأسرة بأنّ الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق بالنسبة للعقارات، لذا فإنّ الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشّروط الجوهرية". نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصّادرة من مجلس الدّولة والمحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 253.

في شكل رسمي "...، ولأهمية هذه المادة نظرياً وعملياً فقد أحيلت إلى نصوص القانون المدني المعدل والمتّم بموجب المادة 324 مكرّر 1¹.

وتبعاً لذلك إذا حرّر عقد هبة العقار في الشكل العرفي فإنّ مآله - لا محالة - البطلان² وهذا ما يستخلص من قرار المحكمة العليا رقم: 45371 الصادر في 20 أفريل 1987 والقاضي بأنّه: "من المقرّر قانوناً بأنّ العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة..."

ثانيهما: القيام بالإجراءات الشكلية: مقتضى ذلك مباشرة الإجراءات الشكلية تبعاً للأحكام العامة التي قررتها المادة 324 مكرّر 2 وما يليها من ق. م. ج، وكذا المادة 61 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتعلّق بتأسيس السّجل العقاري المعدل والمتّم. هذا علاوة على متابعة إجراءات التّسجيل بغرض تحصيل الحقوق الجبائية، وشهر عقد هبة العقار في المحافظة العقارية المختصة حتّى تنتج آثارها بين المتعاقدين واتّجاه الغير أيضاً³.

فإذا كان هو الحال في التشريع الجزائري، فإنّ نظيره المصري سلك نفس المسلك وأقرّ بأنّ هبة العقار لا تتمّ إلّا بورقة رسمية، إذ ينبغي - بحسب توجهه - أن تفرغ في محرّر رسمي وإلاّ استحال انعقادها⁴ ما لم تتخذ شكل الهبة المستترة تحت ستار آخر.

¹ - مصطفى لعروم، عقد الهبة، المرجع السابق، ص. 20.

² - حتّى القانون المدني الفرنسي القديم الذي كان ساري العمل به في الجزائر كان يشترط الرسمية في عقد هبة العقار طبقاً لمادته 931 وهذا وهو ما تبّهت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم: 81376 الصادر في: 18/02/1992، م. ق، ع 4، 1993، ص. 92 بقولها: "من المقرّر قانوناً بالمادة 931 من القانون المدني القديم أنّه يتوجب توثيق العقود المنظّمة للهبة لدى موثّق في قالب رسمي تحت طائلة البطلان لأهمية مثل هذه العقود لتكون حجة بين أطرافها وإزاء الغير، فضلاً عن ما يمتاز به هذا العقد من خطورة، لذا أوجب فيه القانون هذه الشكلية الخاصة بحماية اللواهب حتّى يفكّر بجّد فيما هو مُقدم عليه من تصرفات ولما يتبع هذه الرسمية من تسجيل وإشهار حتّى يكون حجة بين أطرافه وإزاء الآخرين أو الغير وأنّ العقود العرفية لا تتمتع بمقدّر هذه القوة.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس قضوا بصحة العقد العرفي المبرم سنة 1957 فإنّهم بذلك تجاهلوا تطبيق أحكام القانون المدني القديم الساري العمل به آنذاك، ولم يأخذوا في عين الاعتبار إعلان تراجع الواهب عن تصرفه". نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدّولة والمحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 252-253.

³ - حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ - وفي هذا الصّدّد يجدر التنبيه إلى أنّ محكمة النقض المصرية قضت بأنّه "إذا كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في تقريراته أنّه على الرّغم من بطلان عقد البيع باعتباره هبة سافرة لم تتمّ في شكل رسمي، فإنّ أحد الموهوب لهم قد وضع يده على الأعيان الموهوبة المدّة الطّويلة واستوفى وضع يده الأركان القانونية التي تجعله سبباً لكسب الملكية فإنّ مؤدّى ذلك أنّه قد تملك الأعيان بالتقادم المكسب لا بالعقد الباطل، ومن ثمّ فإذا كان عقد قسمة تلك الأعيان قد لحقه البطلان لاستناده إلى عقد الهبة الباطل إلّا أنّه إذ تضمّن بيعاً من والد الموهوب له لحفيده من نصيبه الميراثي في تلك الأعيان التي لم تؤوّل ملكيتها للبائع أو لمورّثه بسبب عقد الهبة الباطل وإنّما بسبب آخر غير مترتّب عليه ولا صلة له به، فإنّ هذا البيع لا يمتدّ إليه البطلان، بل يبقى صحيحاً باعتباره عقداً مستقلاً وإن كان وارداً في عقد القسمة المذكورة".

فالمحرّر الرسمي بحسب نصّ المادة 1/488 من ق. م. م.¹ ركنٌ في العقد وليس أداة لإثباته، سواء أكان الموهوب عقاراً أو منقولاً، كون أنّ النصّ جاء مطلقاً، فلم يشترط الرسمية في هبة العقار وحده دون المنقول، وإنّما ورد دون تعيين، فيحمل على عمومه ويجري على إطلاقه.

ومن شروط المحرّر الرسمي في التشريع المصري - كما الجزائري والفرنسي - أن يشتمل على جميع عناصر الهبة، حيث يضمن فيه هويّة كلّ من طرفي العقد - الواهب والموهوب له - ومواصفات العقار الموهوب، وأصل ملكيته وكذا العوض إذا كانت الهبة بعوض.

ولا يجوز أن يستكمل هذا المحرّر الرسمي في عنصر من عناصر الهبة أو في التزام فيها بورقة عرفية وإلاّ كانت الشكلية ناقصة ومن ثمّة كانت الهبة باطلة، وإنّما يسوغ أن تستوفي هذه الشّروط في ورقة رسمية لاحقة، وفي هذه الفرض لا تتمّ الهبة إلاّ من تاريخ السند الأخير.

أمّا تفسير عقد هبة العقار فيما اشتمل عليه من شروط والتزامات وعناصر أخرى، فيجوز أن يكون بأوراق عرفية أو بمراسلات أو ببدائل مادية أو ببينة أو بقرائن أو بغير ذلك ممّا يتوسّل في المعتاد تفسير العقود، حيث أنّ عقد هبة العقار يفسّر بالطرق ذاتها التي تفسّر بها مختلف العقود.²

تجدر الإشارة إلى أنّ الأصل في رضا طرفا عقد هبة العقار - الواهب والموهوب له - أن يتمّ في زمن ومكان واحد، ومن ثمّ يحزّر العقد الرسمي متضمناً كلاً من الإيجاب والقبول. ولكن قد لا يضمّ الطرفان مجلس عقد واحد، حيث ينفصل القبول عن الإيجاب فيوجب الواهب الهبة في وقت ويرسل إيجابه إلى الموهوب له الذي يتلقاه فيقبل الهبة في وقت آخر. وفي هذه الفرضية ينبغي أن يأتي الإيجاب - حتّى ينعقد - مكتوباً في عقد رسمي على الوجه الذي سبق الإشارة إليه.

أمّا القبول فينبغي وبحسب نصّ المادة 70/48 من ق. م. م.³ الملغى أن يكون أيضاً في سند رسمي، هذا على خلاف التقنين المدني الجديد الذي لم يشترط بشكل صريح أن يأتي القبول إذا انفصل

أنظر: نقض مصري جلسة يوم: 1963/01/17، طعن رقم: 249، س 27، نقلاً عن: أنور طلبه، المرجع السابق، ص. 70.

¹ - قضت المادة 1/488 من ق. م. م. بأنّه "تكون الهبة بورقة رسمية، وإلاّ وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر".

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 51-52؛ وقد ذهب بلانيول في نفس السّياق بالقول بكون الرجوع في الهبة لا يشترط فيه السند الرسمي كما هو الشّأن في انعقاد نفس العقد، بل يسوغ أن يكون في محرّر عرقي أو أن يكون دلالة كما يقع عند تصرّف الواهب في الموهوب. أنظر:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 483.

³ - القاضية بأنّه "إنّما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر، فلا تصحّ الهبة ولا القبول إلاّ إذا كانا حاصلين بعقد رسمي، وإلاّ كانت الهبة لاغية".

على الإيجاب مكتوباً في محرر رسمي، بل اقتصر على القول بأن "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة"¹.

"ولكن لما كان التقنين الجديد قد أغفل النص صراحة على أن يكون القبول بورقة رسمية، فإنه لم يرد - كما أراد التقنين الفرنسي - أن يجعل لقبول الموهوب له شكلاً خاصاً. وتقتضي القواعد العامة بأنّ الشكلية إذا كانت قد تقررت لحماية أحد المتعاقدين دون الآخر، كما في الرهن؛ فإنه يكفي توافرها في رضا من تقررت لحمايته، فتجب في رضا المدين الرّاهن دون رضا الدائن المرتهن. وينبغي على ذلك أنّ قبول الهبة في التقنين المدني الجديد، إذا كان منفصلاً عن الإيجاب، يمكن أن يكون في ورقة عرفية، بل يمكن أن يتمّ باللفظ أو حتى مجرد السكوت ... على أن تسري القواعد العامة في الإثبات. ذلك أنّ الشكلية قد تقررت أصلاً لحماية الواهب، فجاز تيسيراً على الموهوب له أن يقبل الهبة بأيّ طريق من طرق التعبير عن الإرادة، وفي هذا تخفّف من الشكلية في عقد الهبة"².

فإذا كان هذا هو الحال في التقنين المدني المصري فإنّ التقنين المدني الفرنسي قد اشترط لصحة عقد هبة العقار - فضلاً عن توافر أركانه الموضوعية - ضرورة أن يتمّ بشكل رسمي، ذلك أنّه نصّ في المادة 931 منه بأنّ "كلّ هبة تتمّ بين الأحياء يجب أن تكتب أمام الموثّق ... وإلا كانت باطلة".

وقد استوجبت هذه المادة أن يتمّ توثيق هبة العقار بحضور موثّقين على الأقلّ، ويجوز الاستغناء عن موثّق واحد بحضور شاهدين عوضاً عنه، وكان الوضع قبل قانون 24 ديسمبر 1966 يبيح أن يكون التوثيق من لدن موثّق وحيد.

علاوة على ذلك، إستلزم المشرّع الفرنسي أن يحرّر في الوقت نفسه أصلاً للعقد "minut" يبقى في مكتب التوثيق المتلقّي إياه وإلا وقعت الهبة باطلة³، مع الإشارة إلى أنّ هذا البطلان لا يمتدّ إلى الهبة التي لم يستلزم فيها القانون الرسمية⁴، كالهبة المباشرة أو المستترة كما سنرى.

وتبعاً لذلك يجدر التنبيه - في هذا الصدد - إلى أنّه يلزم أن يكون هناك إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، وقد اشترط التقنين المدني الفرنسي أن يكون القبول صريحاً يرد في الشكل الرسمي

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 90.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 51.

³ - Cf. TERRÉ François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p. 387.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 147.

الذي تفرغ فيه هبة العقار أمام الموثق¹ وإلا شملها البطلان.

هذا بالإضافة إلى أنّ المشرّع الفرنسي لم يكتفِ بضرورة أن تأتي الهبة في شكل رسمي يتم معرفة الموثق المحرّر لها، وإنما اشترط في القبول اللاحق للهبة - إذا جاء كذلك - أن يكون محرّر من أصل وصورة لاحق للإيجاب يرسله الموهوب له إلى الواهب بواسطة محضر قضائي يبلغه بهذا القبول.

وقد رام المشرّع الفرنسي من هذا الإجراء أن يتوقّى ما قد ينشأ من نزاع بشأن قبول الهبة²، حيث أنّه لو ثبت بأنّ الواهب علم فعلاً بقبول الموهوب له، فإنّه لا يكون ملزماً بهذا العلم قبل إعلانه بالقبول ولا يلتزم إلاّ من وقت هذا الإعلان، وهذا ما أشارت إليه المادة 2/932 من ق. م. ف بقولها: "إنّ الهبة لا تنتج أثرها بالنسبة إلى الواهب إلاّ من يوم التصديق على القبول"³.

ينضاف إلى ذلك أنّ القبول الصّادر من وكيل الموهوب له ينبغي أن تكون وكالته رسمية⁴ حتى تكون له سلطة قبول الهبة باسم ولحساب موكله. ويشار في هذا الصّدّد بأنّ شرط الرسمية في عقد الوكالة التي موضوعها يتأتّى في قبول الهبة ينبغي أن يتوافر ليس فقط في النوع من الهبات الرسمية بل يستلزم توافره في مختلف أنواع الهبات، إلى ذلك أشارت إليه المادة 933 من ق. م. ف⁵ في الأساس.

على أنّ هذا التشديد في شكل قبول الموهوب له للهبة ليس مستلزماً بالنسبة لقبول الهبة وكفى، بل الأمر كذلك بالنسبة للعدول عن القبول الذي يعدّ بمثابة تنازل عن الهبة ذاتها، وبالتالي فإنّ عدم صبّ القبول ابتداءً في الشّكل الرسمي - كما أشير إليه آنفاً - يؤدّي بحبة العقار إلى البطلان في النّهاية⁶.

¹ - راجع المادة 1/931 من ق. م. ف.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 210.

³ - Art 932/2: « L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ».

⁴ - قياساً على القاعدة القاضية بأنّه إذا كان العقد المزمع إجراؤه يشترط فيه الرسمية، فإنّ التوكيل لعمل هذا العقد ينبغي أن يكون رسمياً، و تبعاً لذلك ينبغي أن يكون التوكيل بقبول الهبة رسمياً أيضاً.

⁵ - Art 933: « Si le donataire est majeur, l'acceptation doit être faite par lui ou, en son nom, par la personne fondée de sa procuration, portant pouvoir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général d'accepter les donations qui auraient été ou qui pourraient être faites.

Cette procuration devra être passée devant notaires ; et une expédition devra en être annexée à la minute de ladonation, à la minute de l'acceptation qui serait faite par acte séparé ».

⁶ - بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 149.

المطلب الثاني: توثيق عقد هبة العقار

لما كان عقد هبة العقار من أخطر عقود التبرعات وأعقدها إجراءً، نظراً لأنّ الشخص يتنازل بموجبه عن كلّ أو جزء من عقاراته، يتبعه تأثير على وضعيته المالية وصلته الشخصية ممّا يتوجب عليه التّروي والتّفكير العميق قبل الاقدام عليه؛ فقد أحاط المشرّع هذا التصرف بحماية خاصّة وسنّ له ترتيبات دقيقة ينشأ وينعقد في خضمها وإلاّ شمله البطلان¹.

وتبعاً لذلك فقد اشترط المشرّع الفرنسي لصحّة هبة العقار بالإضافة إلى توافر شروطها الموضوعية أن تتمّ بصورة رسمية "L'autenticite" فنصّ في المادة 931 من ق. م. ف على أنّ "كلّ هبة تتمّ بين الأحياء يجب أن تكتب أمام الموثّق ... وإلاّ كانت باطلة"، وهذا هو ما سار عليه المشرّع الجزائري في المادة 206 من ق. أ. ج حينما قضى بأنّه "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتمّ بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق ... وإذا اختلّ أحد القيود السّابقة بطلت الهبة"، وما تبنّاه أيضاً المشرّع المصري صراحة في المادة 1/488 من تقنينه المدني حينما قال بأنّ "تكون الهبة بورقة رسمية وإلاّ وقعت باطلة ...".

ونظراً لما تكتسبه عملية توثيق عقد هبة العقار² من أهميّة بالغة على اعتبار أنّها تمثّل التّجسيد المادّي للعملية التعاقدية، فقد تدخل المشرّع للإحاطة بها وتنظيمها تنظيماً قانونياً محكماً يحافظ به على حقوق المتعاقدين من جهة، ويضمن به سلامة استقرار المعاملات العقارية من جهة أخرى.

ولئن كانت هذه العملية لا يختلف تجسيدها اختلافاً جذرياً في التشريعات المذكورة سوى في طبيعة المرفق المكلف بتنفيذها (الموثّق)³، فإنّه من المفيد الاقتصار في هذا الصّد على بيان إجراءات توثيق هبة

¹ - تعتبر شكلية الانعقاد من بين الشكليات الصّارمة حيث لا تعتدّ بعقد تخلف فيه ركن الشّكل كما هو الشّأن في رسمية عقد هبة العقار. أنظر: عبد الحق صافي، القانون المدني، تكوين العقد، الكتاب الأول، مطبعة التجاح الجديدة، الدّار البيضاء، 2006، ص. 482.

² - أنظر في أهميّة توثيق التصرفات العقارية: عبد القادر بوبكري، توثيق التصرفات في المحرّرات الرسمية على ضوء مستجدات القانون رقم 39-08 المتعلّق بمدوّن الحقوق العينية والقوانين الخاصة، مداخلة أقيمت بندوة "المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة"، مطبعة أنفو برانت، فاس، 2014، ص. 28.

³ - تباينت مختلف التشريعات في تنظيم مهنة التوثيق بين فكرة الموظّف الرسمي والموثّق الممارس لحسابه الخاص، ولم تتحد في الأسلوب والمنهج؛ فبينما نجد مهنة التوثيق وظيفة عمومية في بعض الدّول العربية كمصر والأردن والسّعودية والكويت والعراق وليبيا وسوريا ولبنان، نجدها مهنة خاصّة في بلدان أخرى كتونس والمغرب والجزائر المتبنّين لتنظيم هذه المهنة انطلاقاً لما استقرّت عليه مهنة التوثيق في فرنسا، كما استحدثت بعض الدّول الأخرى من جهة ثالثة نظاماً آخر فأسندت مهمّة التوثيق إلى المحامي وأسبغت على أعماله الرسمية معتبرة إيّاه ممارسةً لسلطة من سلطات المحكمة، بل وبحقّ له أن يطلب من الأطراف أداء اليمين عند وجود الحاجة لذلك، وتعتدّ به المحاكم كما لو كانت هي من أجرّته كما فعل المشرّع السوداني الذي يشابه إلى حدّ كبير في ذلك مع النّظم الأنجلوسكسونية. أنظر في هذا الموضوع: إبراهيم سامي زيدان، المسؤولية المدنية للموثّق بين النظرية والتّطبيق، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017، ص. 25، وأنظر في كلّ ما يتعلّق بتنظيم مهنة التوثيق الفرنسي:

العقار في التشريع الجزائري دون سواه، على اعتبار أنَّ هذا الأخير يعترضه عديد إشكالات عملية بمناسبة تنفيذه لهذه المهمة.

ذلك ما سنحاول إبرازه من خلال بيان المرحلة التي يمرّ بها توثيق عقد هبة العقار، إنطلاقاً من بحث المرحلة التحضيرية لإعداده (الفرع الأول)، ثمّ توضيح مرحلة تحريره وتوقيعه (الفرع الثاني)، فاستظهار المرحلة الشكلية اللاحقة لإبرامه (الفرع الثالث)، وكذا الوقوف على مرحلة حفظه وتنفيذه انتهاء (الفرع الرابع).

الفرع الأول: المرحلة التحضيرية لإعداد عقد هبة العقار

لا مندوحة في أنَّ المهني الموثّق باعتباره الضابط العمومي المفوض من لدن السلطة العامة هو من يتولّى تحرير العقود المشترط إصباغها بالصبغة الرسمية وفقاً لما ينصّ عليه القانون، فضلاً عن تلك الأخرى التي يرغب الأشخاص إعطاءها ذات الصبغة¹.

يُبد أن طرق إعدادها تباينت من مهنيٍّ لآخر وإن اتّحدت جميعها وسلكت نفس المنوال الإجرائي، نظراً لأنَّ العقد التوثيقي يعتبر في حدّ ذاته عملية دقيقة ومعقّدة، على اعتبار أنَّ العقد الواحد يمكن أن يخضع لعدّة تشريعات ومختلف إجراءات شكلية، ولعلّ أعقد وأخطر عقد يمكن أن ينشأ عن معيوبة إنجازها إثارة نزاعات مستقبلية بشأنه لا تتوقّف حال حياة عاقده بل تمتدّ إلى ما بعد وفاته هو عقد هبة العقار.

ولأجل إعدادده بصورة محكمة يتعيّن على المهني الموثّق بداءةً تهيئته للإنجاز (البند الأول)، فتحصيل حقوقه الجبائية والتوثيقية انتهاءً (البند الثاني).

البند الأول: تهيئة عقد هبة العقار للإنجاز

ينهض المهني الموثّق بتحرير عقد هبة العقار وفق إجراءات وترتيبات معيّنة - لا تخلو من

DECOPS Jean-Paul, Notariat français, la revue des notaires, N° 6, Avril-Mais, 2002, pp. 42-43.

¹ - أنظر المادة 3 من قانون رقم: 02-06 المؤرخ في: 2006/02/20، المتضمّن تنظيم مهنة الموثّق، ج. ر، ع 14، المؤرخة في: 2006/03/08. وقد ورد في التقرير التمهيدي لهذا القانون دورة الرّبيع سنة 2005، ص. 2، بأنَّ "التوثيق علم يبحث في كيفية تسجيل إثبات العقود والالتزامات والتصرّفات والمعاملات على وجه رسمي يصحّ الاحتجاج به والتّمسك به...". وأنظر في تعريف الموثّق وبيان اتّخاذ: محمّد بن عبد الله بن محمّد العامر، علم الشّروط في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في كتابات عدل المملكة العربية السّعودية، الدّار السّعودية للنشر والتّوزيع، السّعودية، ط1، 2004، ص. 89 وما يليها.

إشكالات - تمرّ بمرحلتين، بدءاً من استقبال الزبون بمكتب التوثيق (أولاً)، ثمّ تلقّي وثائق عقد هبة العقار (ثانياً).

أولاً: إستقبال الزبون بالمكتب العمومي للتوثيق

في اتصال الزبون بمكتب بالمكتب العمومي للتوثيق يكون الغرض في الغالب إبرام العقد التوثيقي وإفراغه في الشكل الرسمي¹، ولأجل توفير المناخ المناسب للزبون، أسند المشرّع للموثّق مكتباً عمومياً للتوثيق يتولّى تسييره لحسابه الخاص تحت مسؤوليته، ويمكن أن يسيّر هذا الأخير في شكل شركة مدنية مهنية أو مكاتب مجمّعة² يمتدّ اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني³، وينبغي أن يكون مكتب

¹ - لكن قد يحدث وأن يكون الهدف من وراء ذلك مجرد الحصول على استشارات وإعلام الأطراف بحقوقهم والتزاماتهم وكذا الآثار المترتبة على تصرفاتهم دون أن يؤدّي ذلك حتماً إلى تحرير عقود (المادة 13 من قانون رقم: 06-02 المؤرخ في: 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثّق). وأنظر في ذات السياق بخصوص مفهوم الالتزام بالتصحيحة وحدوده: محمد مجتهد أحمد عبد التواب، الالتزام بالتصحيحة في نطاق التشييد، دار النهضة العربية، ط 1، 1997، ص. 14 وما يليها؛

LE TOURNEAU Philippe, De L'allégement de l'obligation de renseignement ou de conseil, D. 1987. Chr, p. 101.

² - وذلك ما قضت به المادة 9 من قانون رقم 06-02 السالف الذكر بقولها: "يسند لكلّ موثّق مكتب عمومي للتوثيق يتولّى تسييره لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، ويمكن أن يسيّر في شكل شركة مدنية مهنية أو مكاتب مجمّعة. يجب أن يكون مكتب التوثيق خاضعاً لشروط ومقاييس خاصة". وفي كيفية تطبيق هذه المادة نصّ المرسوم التنفيذي رقم: 08-242 المؤرخ في: 03/08/2008 المحدث لشروط الالتحاق بمهنة الموثّق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج. ر، ع45، المؤرخة في: 06/08/2008، في مادته 11 بالقول: "يجوز للموثّقين أن يكونوا حسب الشروط المحددة أدناه شركات مدنية مهنية ومكاتب مجمّعة"، وأردف في المادة 12 من نفس المرسوم بأنّه "يجوز للموثّقين اثنين أو أكثر، بدائرة إختصاص مجلس قضائي واحد؛ وبعد ترخيص من وزير العدل حافظ الأختام، أن يؤسّسوا شركة مدنية مهنية تخضع للأحكام المطبّقة على الشركات المدنية. لا يجوز للموثّق أن يكون شريكاً إلّا في شركة مدنية مهنية واحدة ولا يمكن أن يمارس فردياً". وينبغي بحسب نصّ المادة 13 من ذات المرسوم "أن يرسل القانون الأساسي الخاص بالشركة وكلّ تعديل له إلى وزير العدل حافظ الأختام، وإلى الغرفة الوطنية للموثّقين والغرفة الجهوية للموثّقين المختصة"، كما يجمع - بمقتضى المادة 14 من نفس المرسوم - على الموثّقين العاملين في دائرة إختصاص مجلس قضائي واحد أن يجتمعوا كلّهم ضمن شركة مدنية مهنية واحدة"، ويمكن - على حدّ ما ذهبت إليه المادة 15 من نفس المرسوم - "للموثّقين الشركاء الإحتفاظ بمكاتبهم وممارسة مهنتهم فيها باسم الشركة". ويجوز - طبقاً للمادة 16 من ذات المرسوم - "للموثّقين المقيمين في دائرة مجلس قضائي واحد أن يؤسّسوا مكاتب مجمّعة. المكاتب المجمّعة عبارة عن تركز مكاتب أو أكثر في مكان معيّن، ويحتفظ أصحابها بأعمالهم الخاصة باستقلاليتهم". على أنّه يثبت إنشاء المكاتب المجمّعة - بحسب نصّ المادة 17 من نفس المرسوم - بموجب اتفاقية مكتوبة تحدّد فيها التّفقات المشتركة وحصة مساهمة كلّ موثّق في مصاريف هذه الأخيرة، ويخضع هذا الإنشاء لترخيص وزير العدل حافظ الأختام، بعد استشارة الغرفة الجهوية للموثّقين المختصة والغرفة الوطنية للموثّقين. لا يشار إلى وجود المكاتب المجمّعة خلال ممارسة الموثّقين لأعمالهم المهنية. ويجوز لكلّ موثّق الانسحاب من المكاتب المجمّعة ويعلم بذلك وزير العدل حافظ الأختام والغرفة الوطنية والغرفة الجهوية المختصة".

³ - وذلك ما قضت به المادة 1/2 من قانون رقم 06-02 السالف الذكر بالقول: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتدّ اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني"، ويتمتع مكتب التوثيق بالحماية القانونية، فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه إلّا بناء على أمر قضائي مكتوب، وبحضور رئيس الغرفة الجهوية للموثّقين أو الموثّق الذي يمثّله أو بعد إخطاره قانوناً. ويقع تحت طائلة البطلان كلّ إجراء يخالف ذلك (المادة 4 من قانون رقم 06-02 المذكور أعلاه). ومكتب التوثيق من

التوثيق لائتقاً ومناسباً لممارسة المهنة¹ وألاّ تقلّ مساحته عن ستّين متراً مربّعاً (60 م²).²

لا ريب أنّ الجوّ المادّي الذي يستقبل فيه الزّبون يلعب دوراً هاماً في مدى وضع ثقته فيه، ومن ثمّ الإفصاح عن حقيقة إرادته، غير أنّ المتنبّع ميدانياً لحال المهنة في الواقع الممارس، يجد أنّه قد يتعذّر على الملتحقين حديثاً توفير مكتب لائق لمزاولة المهنة وفقاً لشروط القانون لاسيما في المناطق النائية. لذا يتعيّن على الجهات الوصيّة توفير محلات ملائمة لمزاولة المهنة - لكافة المهنيّين - تكون بجانب المحاكم المعيّنة بدائرة اختصاصها المؤثّق، إعطاء لهيئة المهنة، وحفاظاً على العناصر المادّيّة للمكتب من الاعتداء التي هي في الأخير ملك للدولة³.

أمّا فيما يخصّ الجوّ المعنوي الذي يجب أن يوفّر للزّبون، فالمتممّن في طبائع الزّبائن يجدها تختلف بين الأمميّ والمتقفّ والسّاذج والمّاكر ... وغيرهم، وزبائن مكتب التّوثيق بشر قد يكونوا من تلك الأصناف المحكوم على المؤثّق التعامل معهم بذكاء وحنكة لا يفرّق بينهم في حسن الإستقبال، ضمن حوار لائق قد يتباين من زبون لآخر تبعاً لمستوى أيّن منهم إعمالاً لمقولة الفاروق عمر بن الخطّاب - رضي الله عنه - "خاطبوا النّاس حسب عقولهم"، واتّساقاً مع ذلك له أن يستدرجهم ببعض الأسئلة لإزالة الغموض ومعرفة حقيقة إرادتهم بالأسلوب واللّغة المناسبة لمستوى إدراكهم وفهمهم⁴.

حيث المبدأ هو المكان المخصّص لاستقبال الزّبائن وتقديم الخدمات لهم، ولا يجوز الانتقال إلى مكان تواجد المتعاقدين إلّا في حالة الضّروّة (المادّة 32 و 95 من القرار المؤرّخ في: 1992/11/14، المتضمّن النّظام الدّاخلي للغرفة الوطنية للمؤثّقين، ج. ر، ع 92، المؤرّخة في: 1992/12/27). ومّا يلاحظ في هذا الصّدّد أنّ حالات الضّروّة لم ترد بشأها ضوابط محدّدة، ممّا يسمح للمؤثّق بتفسير النصّ وفقاً لسلطته التقديرية، وإن كان الممارس عملياً أنّ المؤثّق لا يتنقل إلّا في حالة المرض أو الإتّصال بسجين. راجع في هذا الموضوع ومقتضياته: حنان بكاي، العقد التوثيقي، نشرة المؤثّق، دورية داخلية متخصصة، ع 7، جويلية 1999، ص. 26.

¹ - وفي ذلك قضت المادّة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المشار إليه سلفاً بالقول: "يجب أن يكون مكتب التّوثيق لائتقاً ومناسباً لممارسة مهنة المؤثّق، وأن يكون متميّزاً عن المحلات التي تمارس فيها نشاطات أخرى".

² - "وأنّ يتضمن ثلاث (3) غرف على الأقلّ، تخصّص الأولى للمكتب والأخرى للأمانة والأخيرة تستعمل كقاعة انتظار، كما يجب أن يشتمل على المرافق الصحيّة. عندما يمارس عدّة مؤثّقين في نفس المكتب، فإنّه يجب أن يكون لكلّ منهم مكتب خاص به، غير أنّه يمكنهم الإشتراك في الأمانة وغرفة الإنتظار"، "كما يجب تخصيص جانب من المكتب لتسيير الأرشيف وحفظه"، وعن مراقبة مطابقتها "يعيّن رئيس الغرفة الجهوية المختصة من بين أعضائها مقرّراً لزيارة مكتب المؤثّق وتحرير تقرير عن مدى مطابقتها للشروط والمقاييس المنصوص عليها في هذا القسم". راجع: المواد: 8، 9، 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-242 السابق الإشارة إليه. وأنظر في هذا الصّدّد: عمر زيتوني، المرجع السابق، ص. 40.

³ - ومنها الأرشيف التوثيقي الذي كثيراً ما طاله إجماع الإتلاف والسرقة. أنظر شروط وكيفيات تسييره وحفظه ضمن: المرسوم التنفيذي رقم: 08-245، المؤرّخ في: 2008/08/03، المحدّد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه، ج. ر، ع 45، المؤرّخة في: 2008/08/06.

⁴ - لأنّه إذا استطاع أن يستجلي حقيقة نيّة زبونه يستطيع أن يسدي له واجب النّصح والمشورة الملائمين، وبالتالي شكل العقد الذي يتناسب مع إرادته. فالشّخص الذي يصرّح - مثلاً - بأنّه يريد التّنازل عن منزله لصالح أحد أبنائه شريطة أن يظلّ فيه إلى أن يموت، هو

لكن بالرغم من بذل المؤثق لجهد شرح المعاملة استكمالاً لالتزامه بواجب النصح الملقى على عاتقه¹، فإنّ التعامل اليومي لمكاتب التوثيق يكشف عن ممارسات تقودها ذهنيات متخلفة لبعض مستهلكي الخدمات التوثيقية تنبئ عن:

- إنعدام الثقافة القانونية لدى بعض الزبائن ولو للمتعلّمين منهم، ذلك أنّ البعض يتعامل مع المهني المؤثق كما يتعامل مع أيّ كاتب عادي "Ecrivain public"، ولا أدلّ على ذلك المسميات الموصوف بها المحرّر الرسمي المطلوب من لدنهم من مكاتب التوثيق.

- تحجّر ذهنيات بعض مستهلكي الخدمات التوثيقية؛ ففي الوقت الذي بات ينظر فيه إلى المؤثق لدى الدول المتقدمة على أنّه قاضي الإرادة "Magistrat de juridiction volontaire" باعتباره الضامن للنظام العام القانوني والإجتماعي، وصمّام الأمان "Le censeur du contrôle à priorides affaires" الذي يلعب الدور الوقائي للحدّ من آثار النزاعات²، ما زال ينظر إليه لدينا بوصفه تاجرّاً على اعتبار تسييره الخاص كما وصفوه، وما عليه إلّا الاذعان لطلبات زبائنه كيما كانت، بل ومساومته في الكثير من الأحيان في تسعيرة الخدمة التوثيقية.

تصريح بالنسبة لهذا الشخص واضح لا لبس فيه، إلّا أنّه بالنسبة للمؤثق غامض يحتمل عدّة تأويلات: فإذا كان المراد هو عقد هبة هذا العقار، فإنّ شرط الإحتفاظ بحقّ التصرف يتناقض مع أحكام عقد الهبة الذي ينقل ملكية العقار الموهوب إلى ذمة الموهوب له بمجرد إتمام العقد وأركانه الشككية؛ وإذا كان المقصود بهذا الشرط هو هبة الرقبة والإحتفاظ بحقّ الإنتفاع فهذا يعتبر في نظر القانون وصية (المادة 777 من ق. م. ج)؛ أمّا إذا كان المقصود بنفس الشرط دائماً هو الوصية، فإنّه لا وصية لو ارتبعت إلّا بعد إجازتها من لدن الورثة (المادة 189 من ق. أ. ج). لاشك أنّ مختلف هذه الإحتمالات الثلاث عبارة عن تساؤلات تتبادر إلى ذهن المؤثق بمجرد استماعه لهذا التصريح، ولا يحقّ له أن يستنتج ويقرّر أيّ مقصد يرومه الزبون من تلقاء نفسه، لذا يتحتّم عليه استدراجه ببعض الأسئلة حتّى يتجلى له مراده بالضبط من الشرط. أنظر في هذا الصدد: زيدان بورويس، الطّرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلّة المؤثق، ع 3، سبتمبر - أكتوبر، 2001، ص. 21.

¹ - يعتبر المهني المؤثق أول من أقرّ القضاء بوجود التزام بالتصحية يقع على عاتقه، وأكثر المهنيين قياماً لمسؤوليته على هذا الأساس، ولعلّ الغرض من تحميله بهذا الالتزام له طابع مزدوج: الأول: يكمن في ضرورة سهره على تحقيق الفعالية التقنية "L'efficacité technique" والثاني: وجوب حرصه على تحقيق الفعالية العمليّة "L'efficacité pratique" للعقود المحرّرة من لدنه. وبهدف تحقيق الغرض الأول يتعيّن عليه أن يكون على دراية جيّدة بمختلف التشريعات والقوانين فضلاً عن تقديمه لنصائح صائبة. ومن أجل تحقيق الغرض الثاني يتعيّن عليه القيام ببحث مستفيض (كالبحث عن هوية المتعاقدين، وصدق التوقيع، وأصل الملكية، وصحّة العقد المقدّم كأصل للملكية...)، إضافة لتبنيه للإجراءات اللازم اتّخاذها والمخاطر التي يمكن أن تنشأ عن أيّ تصرف. أنظر في هذا الصدد: محمّد بودالي، الالتزام بالتصحية في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، ص. 38-39، هامش رقم: 3؛ محمّد البشوراي، كمال بلحرقة، محاضرات في توثيق العقود، مطبعة أشرف تاسيلا، د. ب. ط، ط 1، 2008، ص. 60.

LE TOURNEAU Philippe et CADIET-Loïc, Droit de la responsabilité, Dalloz, 2000, p. 862. et s.

² - رشيد بردان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، مجلّة الإتحاد، ع 1، السنة الأولى، مارس 2006، ص. 183-185.

ثانياً: تلقي ملف عقد هبة العقار

بعد التبيّن من اتجاه إرادة المتعاقدين وتكييف اتّفاقهم¹ على أنّ العقد المزمع إبرامه يتمثّل في "هبة عقار"؛ يبادر المهني الموثّق إلى تلقي² مستندات هذا الأخير³ وفحصها شكلاً⁴ ومضموناً⁵؛ والالتزام بفحص ملف العقد، إلّزام لصيق بعمل الموثّق اليومي، لذا يتعيّن عليه إمعان واجب الفحص وتبيّن

¹ - تثار مسألة تكييف العقود من جانبين: الأول: تكييف العقد بالنظر إلى موضوعه، ويلعب الموثّق هنا دوراً إيجابياً في تكييف وتسمية العقد. ذلك أنّ الزبائن يجهلون - في الكثير من الأحيان - تكييف العقد وتسميته فلا يميّزون بين هبة عقار أو بيعه ويسمّونها معاً بالتنازل، وهو نفس المصلح الذي استقرّ عليه التعامل الإداري سابقاً. والمسألة التي تثير - عادة - الكثير من التّراعات في تكييف العقود هي الصّورية، حيث أنّ هذه الأخيرة تعني من النّاحية الواقعية إبرام عقد في شكل اتّفاق معيّن لإخفاء أو التّغطية على اتّفاق من نوع آخر أو عدم التصريح بقيمة العقار موضوع العقد لأغراض غالباً ما تكون غير مشروعة كالتهرب من دفع الرّسوم الجبائية، أو لأسباب أخرى اجتماعية منها: إبرام عقد بيع من الرّوج لزوجته أو لأحد ولده، مخفياً كون العقد هبة عقار؛ أو ستر عقد بيع حقيقي بإبرامه في شكل هبة تحزّناً من إيداع نصف الثّمن الواجب إيداعه بين يدي الموثّق كون أنّ البائع مدين لمصلحة الضّرائب ... وبديهي أنّ عملية تكييف العقود بهذا المعنى تقع على مسؤولية الأطراف وتخضع لرقابة القضاء في حالة التّزاع، وهنا لا مسؤولية على الموثّق وما عليه إلّا الإمتناع عن تلقّيها حال اكتشافها، تجنّباً لأيّ إحلال لبواباته والتزاماته المهنية باعتباره ضابطاً عمومياً، وشاهداً ممتناً، وأميناً على صحّة المعاملات ليس في مواجهة الأطراف فحسب، بل وإزاء الدّولة باعتباره عوناً من أعوانها مكلفاً بالعمل على حماية النّظام القانوني للمعاملات والمحافظة على مصالح الخزينة العمومية. أنظر باستفاضة: عمر زيتوني، المرجع السابق، ص. 40.

² - الإلتزام بتلقّي العقود "L'obligation d'instrumenter" هو ما نصّت عليه المادّة 15 من قانون 02-06 المنظّم لمهنة الموثّق، كون أنّ هذا الإلتزام نابع من طبيعة الخدمة العمومية التي يضطلع بأدائها مكتب التوثيق، ذلك أنّ المهني الموثّق يتمتع بنوع من الإمتياز بخصوص احتكار الرّسمية فيه، وتبعاً لذلك فهذا المبدأ ليس عامّاً على اعتبار أنّ هناك حالات يمكن للموثّق أن يمتنع عن تلقّي العقد دون مساءلة خصوصاً في حالة مخالفة العقد أو الاتّفاق المطلوب ترسيمه للقانون وللأداب والنّظام العام. أنظر باستزادة: رشيد بردان، المسؤولية المدنية المهنية للموثّق، النّشرة الدّاخلية لموثّق ناحية الغرب، عدد جويلية، 2018، ص. 10.

³ - وهي عملية ممكنة ويسهل على الموثّق إنجازها بعد أن يكون قد اكتشف إرادة الأطراف بخصوص العقد الواجب إبرامه، فمثلاً يتعيّن على الموثّق طلب الوثائق التّالية في عقد هبة العقار وهي: شهادة ميلاد + بطاقة تعريف الأطراف + عقد الملكية والدّقر العقاري إذا كان العقار كائناً بمنطقة ممسوحة + عقد التّأمين إذا كان العقار مبني + رخصة البناء وشهادة المطابقة لقطعة الأرض المشيّد عليها البناء + نسخة من بطاقة تعريف شاهدي العدل ويمكن إضافة اثنين آخرين معرّفين + السّجل التجاري أو قرار الإعتماد أو كلّ وثيقة مثبتة للطرف الشّخص المعنوي إذا كان واهباً أو موهوباً له + رخصة من الوالي المختص بإجراء معاملة لأجنبي إضافة إلى بطاقة الهوية وشهادة الميلاد وجواز السفر للواهب أو الموهوب له الأجنبيين. لأكثر تفصيل في تحديد مستندات ملفّ العقد التوثيقي راجع: زيدان بورويس، المرجع السابق، ص. 23.

⁴ - فمثلاً يتعيّن عليه فحص وجود الختم الرّسمي للهيئة المصدرة للوثيقة ومجال اختصاصها القانوني. فلا يمكن مثلاً قبول رخصة بناء صادرة عن الدّائرة، إذ محلّ اختصاص إصدارها البلديّة التابع لإقليمها العقار المراد إبرام عقد الهبة بشأنه. والالتزام بالفحص من أهمّ الالتزامات اللّصيقة بالعمل التوثيقي التي أقرّها القضاء الفرنسي أساساً بشخص المهني الموثّق. راجع في هذا الصّدّد: محمّد بودالي، المرجع السابق، ص. 38-39.

⁵ - يجب عليه التأكّد - مثلاً - من أنّ رخصة البناء صادرة باسم صاحب العقار المذكور بسند الملكية، وأنّها تتضمّن نفس رقم وموقع العقار المعيّن بنفس السند، بحيث تكون المعلومات الواردة بسند ملكيته متطابقة مع رخصة البناء. أنظر في شروط منح رخصة البناء: حمدي باشا عمر، رخصة البناء، مجلّة الموثّق، ع 8، 2002، ص. 31-32.

مختلف الشّوائب تحت قيام مسؤوليته المدنية في هذا الصّدد¹.

يبدّ أنّه وإن كان لا يسوغ للموثق الامتناع عن تلقّي أيّ عقد، وهو الالتزام الملقي في جانبه بتقديم الخدمة العمومية "Obligation d'instrumenter"² ومسيراً لمرفق عمومي، فإنّ مسألة تلقّي عقد هبة العقار لا تخلو من إشكالات عملية، لعلّ أبرزها:

I - إثبات هوية المتعاقدين:

دون الإخلال بالبيانات المستلزمة في بعض النصوص الخاصة، قضت المادة 29 من قانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق إلزامية تضمين العقود - ومن بينها عقد هبة العقار - لإسم ولقب وصفة وموطن ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم³ وجوباً؛ نفس البيانات

¹ - كثيراً ما ذهب الموثّقون المهنيّون ضحايا لعمليات وتزوير من طرف زبائن محترفي التزوير، لذا يتعيّن عليهم اتّخاذ واجب الحيطه والحذر وطلب الوثائق الأصلية بغرض الفحص والمراقبة، وفي حالة اكتشافه لأيّ تزوير يحتمّ عليه الواجب القانوني تبليغ الضبطية القضائية أو النيابة العامة قصد اتّخاذ المطلوب وتبرئة ذمته في هذا الصّدد، ويتعيّن عليه أيضاً - التحريّ عن الوضعية القانونية للعقار الموهوب من حيث سلامته وعدم إنقاله بأيّ رهن أو امتياز أو أيّ مانع آخر عن طريق طلب الوضعية السّلبية لنفس العقار. وهنا يطرح مشكل ضرورة بيان وقت إصدارها؛ فرضاً استصدر الموثق أو زبونه وثيقة السّلبية العقارية المؤكّدة لخلو العقار المراد هبته من أيّ مانع قانوني أو قضائي يحول دون التصرف فيه على الساعة 9:00 صباحاً ليوم تحرير عقد هبة العقار، ليفاجأ بمناسبة إيداعه للشّهر بأنّ العقار تمّ الحجز عليه في نفس اليوم. تبرئة لجان الموثق - في هذا الصّدد - يستلزم وجوباً - بالإضافة إلى تاريخ هذه الوثيقة - ذكر وقت وزمن إصدار هذه الوثيقة حماية له وللمتعاقدين وللغير على حدّ سواء، بل وتحصينا للمعاملة المبرمة ابتداء. علاوة على ماسبق، يجب على الموثق التأكّد من المصادقة على الوثائق المعروضة عليه من الخارج. أنظر في هذا الصّدد: سميرة الزّغلامي، إشكالات تحرير عقود العقارات، مجلّة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختص، ط1، تونس، 2015، ص. 165-167؛ مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، تنظيم ومهام ومسؤوليات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2013، ص. 106 وما يليها.

² - مؤداه: أنّه لا يجوز له أن يمتنع عن تحرير أيّ عقد يطلب منه ما لم يكن مخالفاً للقوانين والأنظمة المعمول بها (المادة 15 من قانون رقم 02-06 السالف الذّكر). وهذا المبدأ أشبه بمبدأ عدم جواز نكران العدالة؛ ومفاده: "ألاّ يمتنع القاضي عن الفصل في الأفضية المعروضة عليه دونما اقتضاء أو إعفاء صريح بذلك وإلاّ غدّ مرتكباً لجرمة نكران العدالة". ترتيباً على ذلك فإنّ الامتناع عن تلقّي عقد ما أو تقديم خدمة عمومية معيّنة، ينبغي أن يكون مبرراً كتابياً على حدّ فهم البعض؛ ذلك أنّ المهنيّ الموثق مفوّض من لدن الدّولة لتأدية خدمة عمومية، ولا يجوز له رفض تقديمها، على أنّه إذا كان الأمر كذلك فيجب تسليم التّزوين ما ثبت رفض تقديم الخدمة المبرّر، لأنّ من حقّ هذا الأخير التّظلم إدارياً لدى الغرفة الوصيّة أو قضائياً أمام الهيئات القضائية المختصة. أنظر في هذا الموضوع: جلّول فاتح، إشكالية تكييف مسؤولية الموثق عن أعماله ومعيّار التّفرة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص. 39.

³ - مع الإشارة إلى أنّه عندما يكون أحد المتعاقدين أو كليهما أجنبي الجنسية، فإنّه يلزمه تقديم رخصة من والي ولاية تواجد العقار (المادة 2 من المرسوم رقم: 83-344 المؤرخ في: 1983/05/21، المعدّل لبعض أحكام المرسوم رقم: 64-15 المؤرخ في: 1964/01/20 المتعلّق بحريّة المعاملات، ج. ر، ع21، المؤرخة في: 1983/05/24)، ومع ذلك فقد أبرمت بعض الدّول - من بينها تونس - عدداً من اتّفاقيات الاستيطان مع بعض بلدان المغرب العربي (في إطار اتّفاقية المغرب العربي الكبير) تتضمن إقرار المساواة بين مواطني البلدين

مضافاً إليها مهنة الأطراف أكدت المادة 1/62 و¹2 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 - المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتّم - على وجوب تضمينها وإثباتها في صلب العقد تحت طائلة رفض إيداعه طبقاً لنص المادة 100 من نفس المرسوم على اعتبار أنّ تلك البيانات متّصلة بجوهر العقد أصلاً، ذلك أنّ المهنيّ المؤثّق يصادق في ذيل نسخة عقد هبة العقار المودعة للإشهار على صحتها ومصادقية إبرام هذا العقد.

غير أنّه قد لا يكون من اليسير التأكّد من سلامة هذه الوثائق، وتبعاً لذلك التأكّد من هويّة الأطراف وأهليّتهم المدنيّة لوجود عوائق تعترض العمل التوثيقي، لعلّ أهمّها:

- عدم تضمّن بطاقات التعريف الوطنية لجميع البيانات الجوهرية المتعلّقة بإثبات الهوية بشكل دقيق، فقد يتصادف أن يحمل بعض الأشخاص لنفس اللقب والإسم وإسم الأب، زيادة على عديد الاشكالات المطروحة بخصوص كتابة نفس المعلومات الشّخصية باللّغتين (العربية والفرنسية) واختلافهما البيّن، بل وعدم تطابقهما حرفياً إذا ما قورنت بنفس المعلومات الواردة بشهادة الميلاد.

- عدم تضمين بطاقات التعريف الوطنية البيومترية لمكان إقامة الأشخاص بشكل ظاهر عليها، ومعلوم أنّ هذا الأخير مهمّ في جوهر العقد، ومكّنّة وجوده ضروري لمخاطبتهم فيه حال النّزاع، الأمر الذي دفع بالمؤثّقين وبعض الإدارات إلى طلب شهادة الإقامة بمعّية بطاقة الهوية استدراكاً للنقص الموجود فيها، في انتظار تزويد مكاتب التوثيق - وهو المطلب الملحّ - بأجهزة قارئة لشرائح بطاقات الهوية والترخيص لهم باستعمالها، تحصيناً للمعاملة المتعاقد من أجلها ودرءاً لما قد ينتج عن إغفاله من تبعات حال النّزاع المحتمل.

- إستعمال بعض المتعاقدين أكثر من بطاقة تعريف لأسباب إحتيالية مردّها يُسر التحصّل على نفس الوثيقة بواسطة التصريح بضياعها - سيما وأنّ عملية إصدار البطاقة البيومترية لجميع المواطنين على المستوى الوطني لم تنتهِ بعد - فكثيراً ما تمّ الطّعن في عقد هبة العقار باستظهار بطاقة هويّة غير تلك

بخصوص شروط التملّك مع إقرار مبدأ المعاملة بالمثل، لكن تطبيق هذه الاتّفاقية شهد اضطراباً كبيراً في قفه الإدارة أو فقه القضاء. لمزيد من التفصيل، أنظر: التوفيق شبشوب، خصوصيات تحرير العقد في ميدان البعث العقاري، مجلّة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، نوفمبر 2015، ص. 59-60.

¹ - القاضية بأنّه: "كلّ عقد ... يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف وموطن ومهنة الأطراف.

ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف، مؤثّق ... في أسفل كلّ جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء". أنظر: حمدي باشا عمر، مجمّع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلّقة بالعقار، دار هومة للطباعة والنّشر والتوزيع، الجزائر، طبعة جديدة، 2001، ص. 774.

التي استعملت في تحرير العقد¹ وتمّ توريط محرّره بشأن ذلك.

- خلوّ شهادة ميلاد الأطراف المتعاقدين من عبارة "الحجر المدني أو القضائي"²، بالإضافة إلى مراجع وفاتهم بسبب طول مدّة صلاحية شهادة الميلاد المحدّدة بعشر (10) سنوات التي تجعل الموثّق ضحيّة انتحال الغير لشخص الموثّق بسبب التزوير في الوثائق التي لا تعينها العين المجردة، وكثيراً ما شكّلت متاعب جمّة للمهنيين الموثّقين وثارَت مسؤوليتهم الجزائية³ في هذا الصّدّد.

تجدر الإشارة إلى أنّ مكاتب التوثيق كانت تبّلع بقائمة المحجور عليهم لتعليقها بمكاتبهم⁴ تلافيّاً لإبرام عقد هبة عقار لمحجور عليه، ثمّ إنّّه ليس من اليسير التأكّد بالمشاهدة والاستجواب العاديين لأشخاص طالهم عارض من عوارض الأهلية، وكثيراً ما تمّ إبطال عقود هبة عقار لمريض الجنون المتقطّع الذي أبرم عقده في حالة صحو.

- طول مدّة صلاحية بطاقة التعريف المحدّدة بعشر (10) سنوات تجعل المهني الموثّق - في الكثير من الأحيان - في وضع حرج، إذ أنّه كثيراً ما تتغيّر ملامح حاملها سيما بين مرحلة الشّباب وطور الرّشد، كون أنّ تقاسيم الوجه قد تتغيّر من نفس الشّخص إلى نقيضه، ممّا يحتمّ على الموثّق الإستعانة في هذه الحالة بشاهدي تعريف⁵.

II - إثبات الأهلية المدنية للمتعاقدین:

لا شكّ بأنّ الأهلية المدنية للمتعاقدین من أبرز العناصر الواجب الوقوف عليها بمناسبة إبرام عقد

¹ - رشيد برّدان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، المرجع السابق، ص. 186.

² - إذا كان الحجر المدني يطل بحسب المادة 101 من ق. أ. ج كلٌّ "من بلغ سنّ الرّشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده بحجر عليه"، فإنّ المحجور عليه قضائياً وفقاً لنصّ المادة 9 مكرّر من قانون العقوبات الجزائري هو من كان "مداناً بعقوبة جنائية"؛ ففي هذه الحالة، "تأمر المحكمة وجوباً بالحجر القانوني الذي يتمثّل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية. تتمّ إدارة أمواله طبقاً للإجراءات المقرّرة في حالة الحجر القضائي".

³ - أنظر بخصوص موضوع مسؤولية الموثّق: عمر بوحلاسة، مسؤولية الموثّق، مجلّة الموثّق، ع 8، 2002، ص. 43-44؛ وراجع أيضاً: AUBERT Jean-Luc, la responsabilité civil des notaire, Répertoire du notait DEFRENOIS, paris, 2000, p. 17 et s; DE POULPIQUET Jean, la responsabilité civil et disciplinaire des notaires, L. G. D. J, paris, 1974, p. 13 et s.

⁴ - وهذا ما قرّره المحكمة العليا في قرار لها صادر عن غرفتها المدنية، ملف رقم: 27711، بتاريخ: 1982/11/24، ن. ق، ع 1، 1983، ص. 133، ومما جاء فيه: "إنّ ضرب الحجر على شخص سفيه لا يتمّ ولا يثبت إلّا بحكم يعلّق بمكاتب التوثيق في كامل التراب الوطني وينشر في جريدة رسمية بعد صيرورته نهائياً".

⁵ - رشيد برّدان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، المرجع نفسه، ص. 185.

هبة العقار على اعتبار أنّها ركنه الرّكين ومكّنّه إجراؤه من عدمه وهو ما اصطلح عليه "بالشرط الشخصي" المفصّل بمقتضى المادة 65 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 السّالف الذّكر، إذ أنّ المهنيّ المؤثّق يصادق وجوباً على صحّة البيانات المتعلّقة به في آخر نسخة من عقد هبة العقار المودعة للإشهار تحت طائلة رفض إيداعه طبقاً لنصّ المادة 100 من ذات المرسوم.

غير أنّه وإن كان من العسير - في بعض الأحيان - التّأكد من الأهلية المدنية للمتعاقد من خلال الإستجواب والمحاورة، فإنّ ذلك لا يبرّر سلوك بعض المهنيين - الذي أضحي قانوناً بالممارسة - الرّامي إلى طلب وثائق تثبت صحّة سلامتهم العقلية، لعلّ من أبرزها طلباً:

- إشتراط تقديم الواهب كبير السنّ (ولو كان في تمام صحّته العقلية) لشهادة طبيّة من طبيب مختصّ تثبت سلامته العقلية بدعّ مهنيّ دأب بعض المؤثّقين على طلبه انسياقاً للفهم الخاطيء لبعض القضاة¹، وهو عرف غير سليم، إذ أنّ المهنيّ المؤثّق بما يحوزه من خبرة يحكم على الظّاهر من خلال استجوابه لأطراف العقد، وكثيراً ما يشترط حضور شاهدي تعريف بالإضافة إلى الشّاهدين العدلين لإثبات صحّة عقد الهبة وسلامة الحالة المدنية للمتعاقدين؛ واختلال القدرة الذّهنية قد لا تطال كبير السنّ فحسب، بل يمكن أن يصاب بها صغيره، وقد لا يكتشف العارض المتقطّع، لذا يتعيّن على المؤثّق حال شكّه الامتناع أصلاً عن إبرام العقد، وطلبه للشّهادة الطبيّة المثبتة لصحّة السّلامة العقلية دليل على عدم جرمه بصحّتها، ممّا قد يعرّض عقد الهبة المحرّر من لدنه - في الكثير من الأحيان - للإبطال.

البند الثاني: تحصيل الحقوق الجبائية والأتعاب التوثيقية

ألزمت المادة 40 من قانون رقم 06-02 المنظمّ لمهنة المؤثّق السّالف الذّكر، وكذا المادة 85 من النّظام الدّخلي للغرفة الجهوية للمؤثّقين، المؤثّق بتحصيل كلّ الحقوق والرّسوم طبقاً للقانون لحساب الخزينة العمومية من قبل الملمزمين بتسديدها بمناسبة إبرام عقد هبة العقار، الذي يدفع مباشرة لقباضات الضّرائب ويخضع في ذلك لمراقبة الدّولة وفقاً للتّشريع المعمول به.

وينبغي للمؤثّق في هذا الصّدّد فتح حسابين: الأوّل للمكتب، والثّاني للودائع تودع فيه نفس المبالغ.

وفي ذات السّياق أردفت المادة 41 من نفس القانون بالقول: "يتقاضى المؤثّق مباشرة أتعاباً عن

¹ - راجع فاضل، طبيعة المسؤولية التوثيقية ومجال تطبيقها، مجلّة المؤثّق، ع 8، 2002، ص. 27.

خدماته من زبائنه حسب التعريف الرسمية¹ مقابل وصل مفصل"، ويتعين عليه - بحسب المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 243-08 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لأتعاب الموثق - تسليمه حتى ولو لم يطلب الزبون ذلك تحت طائلة المتابعات التأديبية.

ويتولى الموثق تسديد الحقوق المذكورة بحسب الحالة إلى مصالح قبضة الضرائب أو مصالح المحافظة العقارية المختصين حال تسجيل أو شهر عقد هبة العقار بحسب صك بمبلغ الرسم المحدد قانوناً خلال شهر واحد ابتداء من تحرير نفس العقد بالنسبة للتسجيل، وخلال ثلاثة أشهر من نفس التاريخ بالنسبة لشهره طبقاً لنص المادة 2/58 بند 1 من قانون التسجيل المعدل والمتمم وكذا نص المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المبين آنفاً على التوالي، تحت طائلة توقيع غرامات التأخير وكذا قيام مسؤوليته المدنية إزاء ذلك.

أما بالنسبة لحق الطابع والأدوار والرسم على القيمة المضافة - للموثق المكلف بتحصيل هذ الأخيرة² - المتعلقين بذات العقد، فيسدد كل ثلاثي من السنة بموجب صك يسحب لقابض الضرائب المختص بواسطة مستخرج نموذج G 50.

بالرغم من الأهمية العملية التي يضطلع بتنفيذها المهني الموثق بوصفه الجابي للضريبة³، وهو التزام فرضه عليه القانون امتداداً لمهامه كضابط عمومي، فإن هذه العملية لم تخل من عوائق ميدانية تمثلت في:

- عدم توفير مصالح التسجيل المطبوعات اللازمة للقيام بالعمليات المذكورة، وهو عرف غير سليم أضحى من خلاله هذه الهيئة تلقي عبء توفيرها على الموثق، وهذا الأخير حتم عليه الوضع طباعتها

¹ - المحددة بمقتضى البند 41 منها والملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم: 243-08 المؤرخ في: 2008/08/03 المحدد لأتعاب الموثق، المعنون تحت عنوان "الهبة بين الأحياء"، وحساب الأتعاب يكون انطلاقاً من تقويم العقار الموهوب كالاتي: من دينار واحد إلى 500.000 دج 3 %؛ من 500.001 دج إلى 1.000.000 دج 2 %؛ ما زاد على ذلك 1 %.

² - ويستثنى من ذلك الموثق الخاضع للضريبة الجزائية الوحيدة الذين لا يتجاوز رقم أعماله السنوي عتبة 30.000.000 دج طبقاً لأحكام المواد: 1، 2، 3 من قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم وكذا المادة 282 مكرر من قانون الضرائب المباشرة والرسم المماثلة. وقد أصدرت المديرية العامة في هذا الصدد تعليمة مفصلة بشأن تطبيق هذا النوع من الضريبة بتاريخ: 2015/01/19 تحت رقم: 001/م ع/ض/م ع/2015.

³ - ويترتب على ذلك اكتساب الموثق لصفيتين: الأولى: أنه مكلف قانوني بأداء حقوق الجباية؛ والثاني: عون لمصالح الإدارة الجبائية. لأكثر تفصيل، أنظر: بورويس زيدان، الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، ع 8، 2002، ص. 33؛ وأنظر في ماهية الجباية وتطور الضريبة في الجزائر: رضوان الشافعي علي مرزوق، رسوم الخدمات العامة من منظور الفقه الإسلامي والتشريع المالي الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص. 183 وما يليها؛

BOUDERBAL Abdelkader, la fiscalité a la portée de tous, la maison des livres, 2^{ème} éd, Alger, 1984, p. 16 et s.

وتحمّل نفقتها في ظلّ إهمال الإدارة وعدم مبالاتها المتكرّرة.

- الأخطاء المتكرّرة في ضبط سيّلان الأموال الجارية بحسابات مكتب التوثيق باتت تؤرّق وتزيد من معاناة الموثّق المحاسبية، فكثيراً ما يخطئ أعوان الخزينة العمومية في ضبط تلك الأموال بالرّغم من إجراء الضّحّ الفعلي فيها وتنقّذه بحساب آخر.

هذا الوضع كثيراً ما كلّف الموثّق عقوبات وغرامات ضريبية "Pénalités de retard" ليس له يد فيها، فكثيراً ما يفاجأ برفض تعسّفي من مصالح قباضات الضّرائب أو المحافظات العقارية محلّ تسجيل أو إشهار العقد لديها، بدعوى نقص أو عدم وجود رصيد بالحساب، بل وقد تقوم مسؤوليته الجزائية ويمكن أن تكيّف الواقعة "بمنحة إصدار صلّ ناقص أو بدون رصيد"¹.

الفرع الثاني: مرحلة تحرير وتوقيع عقد هبة العقار

بعد التبيّن من اتجاه إرادة الأطراف المتعاقدين وتكييف العقد المزمع إبرامه على أنّه "هبة عقار" يقوم المهنيّ الموثّق بتجسيد اتّفاقهم في عقد هبة محرّر وفقاً لشروطهم الاتّفاقية، إضافة إلى الشّروط القانونية وطبقاً للشّكل الذي ينصّ عليه القانون الجاري به العمل (البند الأول)، قبل التّوقيع عليه (البند الثاني).

البند الأول: عملية تحرير عقد هبة العقار

عند تحرير عقد هبة العقار (مسوّدة) يليه رقبته بتقنية الإعلام الآلي²، يستحسن بعد الإتمام فحص وتصحيح المعلومات المضمّنة فيه تلافياً للأخطاء المكتشفة حال تلاوة نفس العقد على أطرافه ممّا يدفع الموثّق إلى استعمال تقنية الإحالة والمصادقة عليها³.

غير أنّه يستلزم في هذا الإطار الإشارة إلى جملة من الضّوابط التي تحكم تحرير عقد هبة العقار⁴ -

¹ - الفعل المحرّم، المعاقب عليه بمقتضى المادة 374 من قانون العقوبات المعدّل والمتمم.

² - مع الإشارة إلى أنّه لا يمنع أن يكون مكتوباً باليد أو باليد الرّافقة أو مطبوعاً أو مستنسخاً بأيّ وسيلة أخرى (المادة 28 من قانون 02-06 السّالف الإشارة إليه).

³ - أنظر: حنان بكاي، العقد التوثيقي (الإجراءات والمراحل التي يمرّ بها)، مجلّة الموثّق، ع 10، 2002، ص. 34؛ مصطفى لعمرو، الضّوابط القانونية والشّكلية للعقد التوثيقي، المرجع السابق، ص. 42 وما يليها؛ عبد الرّحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النّظر والعمل، المرجع السابق، ص. 314 وما يليها.

⁴ - وقد ذهب إيناس كمّون - في هذا الصّدّد - إلى أنّ الالتزامات المتعلّقة بعملية تحرير العقد، "تعتبر - في حدّ ذاتها - التزامات بتحقيق نتيجة "Obligations de résultat"، بحيث يجب أن تكون عناية المحرّر شديدة ويقضته حازمة، باعتبار وأنّ "الأمر لا يتطلّب أيّ اجتهاد

على غرار باقي العقود التوثيقية - كالاتي:

يتميّز العقد المزمع توثيقه بشكل خاص ومقاييس محدّدة، إذ ينبغي أن يكتب بالخط الأسود غير القابل للمحو، وتشمل الكتابة 4/3 الصفحة، والرّبع الأخير يخصّص للإخراجات المحتملة، ويجب أن يحرّر بأسلوب قانوني واضح، تغلب عليه مصطلحات قانونية تدلي بالمعنى الصحيح للاتّفاقات المتعاقدين فضلاً عن أن يتّسم بالدقّة والوضوح في الصّيغة، وأن يحرّر باللّغة العربية في نصّ واحد تسهل قراءته بدون اختصار أو بياض، وأن تدوّن المبالغ والتواريخ المحدّدة لتوقيع العقد بالأحرف، أمّا التواريخ الأخرى فيحوز كتابتها بالأرقام، ولا يجوز إدراج أيّ كتابة بين السّطور أو إضافة كلمات على اعتبار أنّها تعدّ باطلّة بنصّ القانون، ويشطب على الكلمات الملغاة بحيث لا تكون موقع شكّ في عددها ويصادق عليها (بمعنى الإخراجات) في هامش أو ذيل العقد من لدن الأطراف، الشّهود والمترجم عند الإقتضاء¹.

وعليه، يمكن تلخيص وظيفة التوثيق النّاهضة بتجسيد ركن الرّسمية في عقد هبة العقار كالاتي:

- إعتبار المشرّع توثيق عقد هبة العقار ركناً ركيناً من أركان ذات العقد تحت طائلة بطلانه في حال إغفال إفراغه في الشّكل الرّسمي، فضلاً عن اعتباره سنداً تنفيذياً يغني الموهوب له عن رفع دعوى صحّة التّعاقّد.
- حجّية ونفاذ عقد هبة العقار بين أطرافه والغير عبر كامل التّراب الوطني إلّا إذا أثبت تزويره قانوناً².

أو خيار في الحلول والطّرق التي ينتهجها" وهو ما أكّده محكمة التعقيب [التونسية] بإحدى القرارات الصّادرة عنها خلال سنة 2007 الذي ورد به كذلك وأنّ المحامي "يكون مسؤولاً كلّما أخلّ بالتزام محمول عليه بمقتضى العقد وهي مسؤولية مترتّبة عن تقديم خدمات للغير، والتزامه بمقتضاها يكون حسب طبيعة العمل الذي يقوم به. فمتى كان محرّراً للعقد، أوجب القانون أن يكون له إلمام بالنّظام القانوني للعقارات ومختلف التّشاريح المتعلّقة بها وبالجهات والهيكل المعنية بما يكفل سلامة محرّراته ومطابقتها للمقتضيات القانونية. أمّا الالتزامات اللاحقة لعملية التّحرير، فهي مجرّد التزامات ببذل عناية "Obligations de moyen"، أي أنّ المهمّ هو أن يبذل المحرّر جهده لتسجيل العقد والقيام بالإجراءات اللازمة لترسيمه...". لأكثر تفصيل أنظر: إيناس كـتون، تحرير عقود بيع العقارات المسجّلة بين التّشريع والتّطبيق، مجلّة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات مجتّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، 2015، ص. 121.

¹ - راجع المواد: 26، 27 من قانون 06-02 السابق الإشارة إليه. ودون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض التّصوص الخاصّة، يجب أن يتضمّن عقد هبة العقار البيانات التالية: إسم ولقب المؤنّق ومقرّ مكتبه، إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وحسبهم، إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشّهود عند الاقتضاء، إسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء، تحديد موضوعه، المكان والسّنة والشّهر واليوم المبرم فيه، وكالات الأطراف المصادق عليها الواجب إلحاقها بالأصل، التّنويه على تلاوة التّصوص الجبائية والتّشريع الخاص المعمول به، توقيع الأطراف والشّهود، المؤنّق والمترجم عند الاقتضاء (المادّة 29 من نفس القانون)..

² - الفعل المجزّم، المعاقب عليه بمقتضى المواد: 214 إلى 216 من قانون العقوبات. أنظر في جريمة التّزوير في المحرّرات العمومية والرّسمية:

- ترتيب التزامات شخصية بين أطراف عقد هبة العقار ابتداء من تاريخ توقيعه، بخلاف ملكيته التي لا تنتقل إلى الموهوب له إلاّ بعد حيازته الفعلية - في الأصل - وإتمام إجراءات شهره بالمحافظة العقارية المختصة.

قد يخيل للمتلقّي - بادئ وهلة - أنّ عملية تحرير العقد المذكور سهلة يسيرة لا تشوبها أية صعوبات، بيد أنّ طريق التحرير والصياغة تكثفه عديد العقبات التي يمكن إيجازها كالاتي:

- مسألة هوية المتعاقدين بالنسبة للسندات القديمة يجدها المحرّر غير دقيقة، فكثيراً ما تتضمن خاتمة الهوية "فلان الملقّب أو المدعو بفلان"، كما قد يوجد اختلاف في مكان وتاريخ ازدياده بين وثائق الحالة المدنية والسند القديم، ممّا يضطرّ صاحبه للالتجاء إلى القضاء لإثبات الهوية وإيداعها للشهر من جديد ضماناً للتطابق بين الوثائق، وتلك عملية قد تطول وتنفوّت على صاحبها ثمار التصرف فضلاً عن استحلاب الجبائية¹.

- عدم تطابق تعيين العقار الموهوب بين سند الملكية والواقع، فكثيراً ما يجد محرّر العقد نفسه مجبراً على إرشاد الأطراف المتعاقدين إلى تصحيح الوضعية إدارياً أو تقنياً وقد تطول؛ فمثلاً تطرح رخصة البناء جدلاً بالنسبة للعقود القديمة المتضمّنة في تعيينها لقطعة أرض، المشيّد عليها بنايات قبل سنة 1984 حيث لم يكن يشترط آنذاك رخص بناء، ممّا يجعل للعقار وضعيتين: الأولى قانونية (سند ملكية)، والثانية مادّية (بنايات)².

هذا الأمر يحتمّ على الموثّق ضرورة الاستعانة بخبرة تقنية ينهض بإنجازها خبير عقاري معتمد، عليه إثبات مشتملات العقار المزمع وهبه، وفي ذلك تحمّل لفقات إضافية تترتّب في جانب الأطراف المتعاقدين بالرغم من مجانية التصرف.

البند الثاني: عملية التوقيع على أصل عقد هبة العقار

هذه المرحلة جدّ حسّاسة وهامة بالنسبة للمتعاقدين أو الموثّق على حدّ سواء، لذا ينبغي أن يكون

¹ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص. 247 وما يليها

² - أنظر في نطاق سريان الضرائب على الملكية العقارية:

KANDIL Atmane, Théorie fiscale et développement, L'expérience algérienne, S. N. E. D., Alger, 1970, p. 210 et s; DEURE Paul-Louis, le nouveau guide des impôts locaux, éd du oniteur, paris, 1981, p. 73 et s.

² - رشيد برّدان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، المرجع السابق، ص. 189.

ما حرّره هو ذاته الذي انصبّت عليه إرادة الأطراف وتعبيراً صادقاً عنها. ومن واجب المهني الموثّق حماية لإرادة الأطراف المتعاقدين، أن يكون تصرّفه في هذا الصّدّد من خلال حرصه على الضوابط الآتية:

- تلاوة مضمون عقد هبة العقار على الأطراف المتعاقدين بحضور مستمرّ لشاهدي العدل حسب التّبويب الموجود في الشّكل الرسمي لذات العقد، بالإضافة إلى شرحه لاسيما فيما يتعلّق بالقوانين الجبائية والشّروط الاتّفاقية والقانونية، وتعيين العقار الموهوب وأصل ملكيته وتقويمه تحت طائلة مسؤوليته المدنية في هذا الصّدّد.

- توقيع الأطراف والشّهود والموثّق حسبما قضت به المادّة 324 مكرّر 2 من ق. م. ج المعدّل والمتّم على صفحات عقد الهبة تباعاً، والإبصام لمن لا يحسن الإمضاء مع التّنبية على ذلك في ذيل أصل العقد¹ الذي يحتفظ به لاحقاً ضمن أصول المكتب.

ولا يفوتنا في هذا المقام أن ننّبّه إلى مسألة هامة تتعلّق بالإجراءات الشّكلية الواجب احترامها إبّان تنشئة عقد هبة العقار "وهي مسألة الإشهاد عليه"²، إذ لوحظ من خلال الممارسة المهنية أو القضائية نوع من الإستخفاف بهذه المسألة على الرّغم من أهمّيّتها القصوى من لدن بعض مكاتب التّوثيق أو من القضاة المعروض عليهم مراقبة مدى شرعية العقود التّوثيقية حال الطّعن في صحتّها، علاوة على عدم إثارتها من قبل الأساتيد المحامين بشأن نازلة تتعلّق بنفس العقد.

وتفسيراً للقول المتقدّم، فإنّ شاهدا العدل "Les Temoins Instrumentaires" هما الشّاهدين اللّذين يساهمان في إنشاء العقد وحضورهما إجباري في العقود الإحتفائية³ "Les Actes"

¹ - وذلك ما نوهت عنه المادّة 29 من قانون رقم 06-02 المنظّم لمهنة التّوثيق، ويتّخذ - عملياً - التّعبير عن الإرادة في عقد هبة العقار بالتّوقيع على العقد بالحروف الأولى "Spisimane" في صفحات العقد والإمضاء الكلّي على الصّفحة الأخيرة منه، مع كتابة إسم ولقب الممضي إن كان يعرف الكتابة توسّلاً لمضاهاة الإمضاء حال النّزاع. وفي حالة ما إذا كان من بين الأطراف أو الشّهود من لا يستطيع التّوقيع، يبيّن الموثّق في ذيل العقد تصرّحاتهم في هذا الشأن مع وضع بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر (المادّة 342 مكرّر 2/2 من ق. م. ج). ويمكن للمتعاقد ذي العاهتين (أصمّ أبكم، أعمى أصم، أعمى أبكم) الذي تعذّر عليه بسبب تلك العاهة التّعبير عن إرادته الإستعانة بمساعد قضائي يعاونه في إبرام عقد الهبة، بحيث يكون هذا الأخير قابلاً للإبطال إذا صدر من المتعاقد ذي العاهتين الذي تقرّر مساعدته بدون حضور المساعد بعد تسجيل قرار المساعدة (المادّة 80 من ق. م. ج). راجع في هذا الشأن: وسيلة وزّاني، وظيفة التّوثيق في النّظام القانوني الجزائري، دراسة قانونية تحليلية، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2009، ص. 144.

² - أنظر في عنصر الإشهاد ومقتضياته: يوسف دلانده، الوجيز في شهادة الشّهود وفق أحكام الشّريعة والقانون وما استقرّ عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2005، ص. 37؛ بسلام نهار البطون، الشّهادة في الشّريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، دار الثّقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، ط 1، 2010، ص. 16 وما يليها؛ عبد العبود زغلول، نظرية التّوثيق في الشّريعة الإسلامية، مؤسسة دار الكتب، الكويت، ط 1، 1989، ص. 18 وما يليها.

³ - أنظر: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 533005، الصّادر بتاريخ: 2010/04/22، مجلّة المحكمة العليا، ع1، 2011، ص. 86

"Solennels" وفي مقدمتهم عقد الهبة كما اصطلاح عليه فقها¹.

يُبد أن الاشكال الذي طرح في معرض الممارسة العملية تمثّل في مصير عقد هبة العقار المحرّر من لدن شاهدين من أقرباء أطراف العقد فقط ومدى صحّته قانوناً؟.

قبل الإجابة على هذا التساؤل من المفيد - بداية - الإشارة إلى أن عقد هبة العقار بوصفه عقداً إحتفائياً يخضع لإجراءات خاصة تميّزه عن بقيّة العقود الأخرى وذلك بالنظر إلى خطورته مادام الواهب يتنازل فيه عن عقاراته دون عوض؛ فإنّ الشاهدان اللذان يحضران إبرام هذا العقد ينبغي ألاّ يكونا من أقرباء المتعاقدين، والعلّة في ذلك إمّا تنبري في فرضية احتمال قيام مصلحة لهما في الهبة أو التواطؤ لحمل الواهب على التبرّع دون مقابل. أمّا الشاهدان الأجنيبان عن أطراف العقد، فيتوافر بوجودهما لهذا الأخير أسباب الحرية في عقد يتجرّد فيه عن كلّ أو جزء من عقاراته دون مقابل، إذ يصبرونه على ما هو مُقدم على إتيانه وما يترتب على ذلك من آثار، وفي ذلك تأمين للواهب من شرّ الاندفاع على الانفعال العارض الذي يكون قد دفع به إلى إبرام مثل هذا العقد².

إجابة على التساؤل السابق، فإنّ عقد هبة العقار المحرّر من لدن شاهدين من ذوي قرابة أو أصهار الأطراف المتعاقدة فقط، يكون باطلاً للأسباب الآتية:

- قضت المادّة 2/20 من قانون رقم: 06-02 المؤرخ في: 20 فبراير 2006 المنظم لمهنة الموثق بالقول: "غير أنّه يجوز لأقارب أو أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات". وحيث أنّه من المقرّر في تفسير النصوص القانونية العمل بقاعدة الاستنتاج بمفهوم المخالفة، فإنّه يستشف بمعنى المخالفة للنص المذكور أنّ أقرباء أو أصهار الأطراف المتعاقدين لا يمكن أن يكونوا شاهدي عقد (عدل)؛ غاية ما في الأمر أنّ إمكانية حضورهم فيه إمّا تكون بوصفهم شاهدي إثبات (تعريف)³ لاغير.

- ذهب المادّة 324 مكرّر 3 من ق. م. ج إلى أنّه "يتلقّى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية "Les Actes Solennels" بحضور شاهدين" (شاهدا عقد طبقاً للنصّ

الذي قرّر بأنّ "العقود الرسمية التي يتلقّاها الموثق بحضور شاهدين، هي العقود الإحتفائية".

¹ - أنظر: قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 389338، الصّادر بتاريخ: 2007/11/21، مجلّة المحكمة العليا، ع 2، 2008، ص.

159 القاضي بأنّه "يشترط تحرير عقد الهبة وجوباً تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين".

² - حدي باشا عمر، عقود التبرّعات، المرجع السابق، ص. 17-18.

³ - أنظر في ماهية وشروط ومقتضيات موضوع شهود الإثبات: أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 26-27؛ يحي بكوش، أدلّة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشّركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص. 106.

الفرنسي "Deux Temoins Instrumentaires"). إستجلاءً لفحوى هذه المادة فإنه قد تمّ النص صراحة على بطلان العقود الإحتفائية - وعلى رأسهم هبة العقار - التي لا تبرم بحضور شاهدي عدل¹.

مع العلم بأنّ المادة 324 مكرّر 2 من ق. م. ج قرّرت بأنّ العقود الرسمية توقّع من لدن الأطراف والشهود عند الإقتضاء، أيّ أنّ الشهود (شهود الاثبات) في العقود الرسمية "Les Actes Autnetiques" ليس وجوبياً اشتراطهم إلّا في الحالة التي يكون فيها الموثّق مجهول الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف المتعاقدين (المادة 324 مكرّر 2 فقرة 3 من ق. م. ج)، وهذا على عكس العقود الإحتفائية التي استلزم المشرّع - بمقتضى المادة 324 مكرّر 3 من نفس القانون - تحريرها وجوباً بحضور مستمرّ لشاهدي عقد (عدل) تحت طائلة بطلان التصرف المبرم.

مع الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري لم يوضّح ماهية العقود الإحتفائية ولم يعددها على سبيل الحصر، بل لم يضع معياراً يتسنى معه معرفة العقد الإحتفائي فضلاً عن تمييزه عن غيره من بقيّة العقود غير الإحتفائية، ممّا جعل الأمر مبهماً يظلّ معه التّأصيل الفقهي لها محلّ اختلاف.

- من بين الشّروط الواجب توافرها في العقد المضفى عليه الصّبغة الرسمية - بحسب نصّ المادة 324 مكرّر من ق. م. ج - أن يحزّر طبقاً للأشكال القانونية، ويؤاد بهذه الأخيرة احترام إجراءات المادة 324 مكرّر 2 وما يليها من ذات القانون، فضلاً عن الأشكال المنصوص عليها في التشريعات الأخرى على غرار المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتعلّق بتأسيس السّجل العقاري المعدّل والمتّم، وكذا المادة 26 من قانون رقم 02-06 المنظم لمهنة الموثّق. وعليه، فتحرير عقد هبة عقار دون احترام الإجراءات المذكورة يرفع عنه الصّبغة الرسمية ويجعله حكم العقد العربي²؛ هذا ما قرّره المادة 326 مكرّر 2 من ق. م. ج بقولها: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب ... انعدام الشّكل "ou par default de forme" كمحرّر عربي إذا كان موقعاً من قبل الأطراف".

- إنطلاقاً من القواعد المعمول بها في التّفسير القانوني القاضي بأنّ "النصوص تفسّر بعضها البعض عند الغموض"، فإنه وبإعمال نصّ المادة 20 من قانون رقم 02-06 والمادة 324 مكرّر 3

¹ - أنظر في ماهية وشروط شاهدي العدل: عمر بوحلاسة، شهادة الشهود في العقود التوثيقية، مجلّة الموثّق، ع 9، 2003، ص. 25-26.

² - شأنه في ذلك شأن عقد هبة العقار المتلقّى خارج الممارسة، فإذا احتوى على توقيعات جميع الأطراف يعامل كعقد عربي. أنظر في هذا المفهوم:

MATCADIÉ Denise, MION Bricitte, MOUSSINET Marie-Noëlle, La formalisation des actes notariés, 2^{ème} éd, LexisNexis DL, paris, 2015, pp. 26-27.

من ق. م. ج. المحللين أعلاه وتفسيرهما معاً، يتّضح بأنّ عقد هبة العقار المحرّر بحضور شاهدين من ذوي قرابة أو أصهار الأطراف المتعاقدين يعدّ باطلاً¹.

هذا، وبالرّغم من بذل المهني الموثّق جهداً معتبراً في تلاوة وشرح مضمون عقد هبة العقار على مسامع المتعاقدين بمعيّة شهيديهم بشكل مستمرّ - إستكمالاً لالتزامي التّصح والإعلام الملقى على عاتقه - فإنّ الممارسة الميدانية تكشف عن سلوكات بعض الزبائن غير المهتمّة بواقع خطورة التصرف، لعلّه يرجع إلى:

- ترسّبات التعامل عرفياً في السّنوات الفائتة وطّنت بعض السلوكات غير المقبولة توحى بعدم أهميّة ونفاذ عقد هبة العقار المحرّر، فأحياناً يلجأ بعض المتعاقدين إلى مصالح البلدية من أجل التّصديق على محرّر عرفي والتّوقيع عليه أو تحرير رسم عرفي لدى شيخ القبيلة أو إمام المسجد استكمالاً للعمليّة الأولى وكأنّ لسان حالهم يقول - مجازاً - بأنّ عقد الهبة المبرم لدى المهنيّ الموثّق غير مكتمل.

- الطّعن بالتزوير في عقد هبة العقار من خلال إنكار التّوقيع أو الحضور فيه فضلاً عن الطّعن في طبيعة التصرف أكبر العقبات التي تتلقّاها مكاتب التوثيق². فالبنسبة للإمضاء الشّخصي الذي يعدّ الميزة الشّخصية للممضي ودليل رضائه وقبوله للهبة، يثير عديد الإشكالات من النّاحية العمليّة، فمعظم الزبائن - أميين أو مثقفين - ليس لهم هذا التميّز، فكثيراً ما يلحظ الموثّق عدم تكرار نفس الإمضاء على جميع صفحات أصل العقد سيما إذا انساب وقت معتبر بين الإمضاء على أوّل وآخر صفحة منه، لذا تلجئ مكاتب التوثيق إلى ضرورة وضع البصمة³ وما تحمله هذه الأخيرة من إشكالات، فبالإضافة إلى ضرورة استعمال تقنية خاصّة بوضعها - وهو الأمر المجهول من لدن الزبائن - لا يمكن للموثّق إجبارهم بمناولة أصابعهم لتحريكها في جميع صفحات العقد، بل لا يمكن طلبها من جنس الإناث أصلاً؟!.

- كما يتعدّر - تلافياً للإجراء الأوّل - طلب تدوين الإسم واللقب قبل الإمضاء من جميع المتعاقدين والشّاهدين توسّلاً لمضاهاة الخطّ حال النزاع، ومع ذلك، فإنّ إمكانية إنكار نفس التّوقيعات من خلال الضّغط على الشّهود أو شراء ذمهم بالمال الوسخ بغية إبطال عقد هبة العقار يبقى أمراً وارداً لا مشاحة فيه.

- وقبل هذا وذاك، الدّهنيات الفسيفسائية وأعراض الاحتشام ونوع اللّباس الذي يعيق المهنيّ

¹ - حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة للطباعة والنّشر والتوزيع، الجزائر، ط 6، 2013، ص. 141-142.

² - رشيد برّدان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، المرجع السابق، ص. 188.

³ - أنظر في مفهوم البصمة وكيفية وضعها: عبد الحق غريب، البصمات، مجلّة الموثّق، ع 7، 1999، ص. 33.

الموثّق معرفة هويّة المرأة ولو كشفت عن وجهها أمامه، علاوة على كثرة اللّجوء إلى انتحال الأسماء والصفّات خاصّة من نفس العائلة مع سهولة تزوير بطاقات الهوية¹.

- مسألة الإحالات باتت تؤرّق مكاتب التوثيق وكثيراً ما سبّبت لهم قضايا تزوير وما نتج عنها من زجّ لبعضهم بالسّجون ظلماً، فلا يتصوّر دعوة نفس الأطراف والشّهود من جديد للمصادقة على خطأ غير جوهري ضمنه، لذا بات من الأجدر مراجعة وتعديل نصّ المادّة 3/26 من قانون رقم 06-02 المنظمّ للمهنة متوسّلين في ذلك آليات القانون المدني² والقانون المقارن³.

الفرع الثالث: المرحلة الشّكلية اللاحقة لإبرام عقد هبة العقار

إستكمالاً لإجراءات إفراغ عقد هبة العقار في الشّكل الرّسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدين، أو ما يسمّى لدى بعض الفقه "بمرحلة التّنشئة"، تأتي مرحلة موائية شكلية تنطلق من تسجيل العقد لدى مصالح قباضة الضرائب مكان تواجد المكتب (البند الأوّل)، فشهره بالمحافظة العقارية المختصّة إقليمياً (البند الثّاني).

البند الأوّل: إجراءات تسجيل عقد هبة العقار

إمتداداً لمهامه كضابط عمومي، يقوم المهنيّ الموثّق بتسجيل⁴ عقد هبة العقار لحساب الخزينة

¹ - عمر زيتوني، حجية العقد الرّسمي، المرجع السّابق، ص. 40.

² - تنار في بحث المسؤولية المدنية للموثّق إشكالية الأخطاء المادّية في تحرير العقود التي تجد لها أساساً في نصّ المادّة 84 من ق. م. ج التي قضت بأنّه "لا يؤثّر في صحّة العقد مجرد الغلط في الحساب ولا غلطات القلم، ولكن يجب تصحيح الغلط". وقد عالج المشرّع الجزائري هذه الحالة من خلال نصّ المادّة 325 من ق. م. ج التي تحلينا إلى أصل العقد من أجل التأكّد من صحّة النسخة الرّسمية للعقد محلّ النزاع الذي مرّده الخطأ المادّي (ومثاله أن تدوّن مساحة العقار الموهوب خطأ؛ أو يكمن الخطأ في إسم أو تاريخ ميلاد أحد الأطراف المتعاقدين ونحو ذلك). والحقيقة أنّ استخدام تقنيات الإعلام الآلي في رفن العقود باعتماد أعوان الموثّق تقنية "التّسخ واللّصق" أدّت إلى وجود أخطاء مادّية يتلافى اكتشافها في حينها، والأمر سيان في ذلك بالنّسبة للأحكام والقرارات القضائية، وإلّا فما تفسير كثرة دعاوى تصحيح الأخطاء المادّية في هذا الصّدّد؟. ضف إلى ذلك أنّ هذا الوضع أضحى وسيلة للتّكول من لدن بعض المتعاقدين عن طريق استغلال هذه الأخطاء وتوجّههم إلى القضاء بدعوى مدنية ابتداءً فنظيرتها الجزائية انتهاءً إذا لم تُؤتِ الأولى نتائج مفيدة بالنّسبة لهم؛ بل والأمر قد أصبح ثقافة جزائية - يتابع من خلالها الموثّق زوراً - طغت على الثقافة المدنية ومبدأ حسن النّية في العقود ومحزرها. المهم أنّ الزّيون - ومحامييه المشير عليه في بعض الأحيان - لا يهتمّ في الأخير إلّا بإبطال العقد لمصلحته ولو على حساب حرّية الموثّق وكرامته، وهذا ما هو حاصل السّاعة - وممارس بكثرة - في إبطال عقد هبة العقار. لأكثر تفصيل راجع: حلول فاتح، المرجع السّابق، ص. 83-84.

³ - أنظر المادّة 41 من الظّهير الشّريف رقم: 1.11.179، الصّادر في: 2011/11/22 بتنفيذ القانون رقم: 32.09، المتعلّق بتنظيم مهنة التوثيق [المغربي] ج. ر، ع 5998، المؤرّخة في: 2011/11/24، ص. 5616، وكذا المادّتان 14 و15 من قانون التوثيق الفرنسي.

⁴ - يعرّف التّسجيل بأنّه: "عملية جبائية يقوم بها الموثّق لحساب الخزينة العمومية نيابة عن زبائنه فيحصل الرّسوم الواجبة قانوناً ليدفعها

العمومية مسدداً رسوم تسجيلها¹، وفي هذا الصدد عليه أن يثبت إنجاز هذه العملية في عقده ولو كانت بالحنان.

وتبعاً لذلك فقد أكد قانون التسجيل الصادر بالأمر رقم: 76-105 المؤرخ في: 9 ديسمبر 1976 المعدل والمتمم من خلال مادته 75-1² على تسجيل العقود المحررة لدى مصالح التسجيل التابع لها إقليمياً مكتب المهني الموثق، وعند الاقتضاء بمكتب الولاية محلاً تواجد مكتبهم بها، ويلزم القانون نفسه ضمن مادته 1/58 و2 بند 1³ الموثقين بتسجيل عقد هبة العقار في أجل لا يتعدى الشهر من تاريخ تحريره، مجاناً إذا كانت الهبة مبرمة بين الأصول والفروع والأزواج، وبرسم قدره 5% من قيمة العقار المصرح بها لغير الأولين حسبما قضت به المادة 231 من نفس القانون⁴.

على أنه ينبغي التذكير بأن هبة العقار يتم تسجيلها وفق الإجراءات الآتية:

- تحرير ملخص العقد المذكور ضمن استمارة مخصصة لذلك (نموذج سلسلة E من نسختين) تقدمها إدارة التسجيل مجاناً طبقاً لنص المادة 3/153 بند 3 من ق. ت. ج⁵، وتبعاً لذلك يتعين أن

بصندوق قابض الضرائب المختص إقليمياً". أنظر حمان بكاي، المرجع السابق، ص. 28-29؛ وعُرف أيضاً في تعريف آخر بأنه "إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي بمسكه موظفو التسجيل الذين يقضون من جراء ذلك رسماً جبائياً". أنظر في هذا الصدد: GARAME Ibtissem, Terminologie juridique dans la legislation algerienne, Lexique français-arab, Palais des livres, Blida, 1998, p.113.

¹ - تحت طائلة عقوبات مالية تقدر بـ 10% من الحقوق المتملص منها إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد و30 يوماً؛ تلجئة مالية مقدرة بـ 3% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير، إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير دون أن يتعدى مجموع الإلزام المالي والغرامة الجبائية كحد أقصى نسبة 25 %؛ هذا فضلاً عن العقوبات التأديبية والعقوبات المنصوص عليها في التنظيمات المعمول بها التي يمكن أن تسلط على الموثق بمناسبة هذا التأخير. راجع المادة 93 من ق. ت. ج.

² - القاضية بأنه "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم".

³ - القاضية بأنه "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداءً من تاريخها ... وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية:

1- العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال العقارية ...".

⁴ - يجدر التذكير بأن المشرع الجزائري إبان تشريعه للمادة المحللة أعلاه أخطأ خطأ فادحاً بإسقاطه كلمة "الفروع" مما جعل المعنى يختل، أتبعته المديرية المركزية للضرائب باستدراك يوضح نفس المعنى بموجب مراسلتها (بواسطة توكس) مؤرخة في: 2014/02/13 تحت رقم: 05/MF/DGI/DLRF/LF2014.

التصحيح الأخير من خلال استدراك مادة بحجم قانون الميزانية العامة بمقتضى تعليمية إدارية لا ترقى لدرجته، أكبر المهالز التشريعية التي بات التشريع الجزائري يعرفها مؤخراً، والواجب على مديرية التشريع بالبرلمان الالتفات بمجدية لهذه الإشكالية واحترام آليات وقنوات التعديل التشريعي وفقاً لما يقرره القانون.

⁵ - التي نصت بأنه: "وتودع هذه الكشف لدى مكتب التسجيل المختص في الأحوال المحددة بموجب هذا القانون، وتكون مرفقة بما يلي: ... 3- بالنسبة لكل عقد عدا العقود غير القضائية أو الأحكام التي من طبيعتها أن تسجل في الفهرس العام أو التي هي موضوع

يتضمن نفس الملخص على الخصوص: تاريخ ورقم العقد، هوية المتعاقدين، تعيين العقار الموهوب وأصل ملكيته وتقويمه وتاريخ الدخول في الحياة والاستغلال.

- تدوين مراجع عقد هبة العقار المزمع تسجيله والمرفق بالملخصات المحللة أعلاه على كشف خاص تدون فيه مراجع العقد طبقاً لنص المادة 19¹ و 1/153 و 2 من ق. ت. ج.²، لا سيما: رقم الفهرس، تاريخ العقد، أسماء وألقاب المتعاقدين، طبيعة العقد، مبلغ التقويم مع بيان رسم التسجيل انتهاء. ليقفل بتاريخ الإيداع وختم وتوقيع الموثق، وذلك من نسختين تعاد إحداها للموثق مع أصل العقد بعد التأشير عليهما من لدن مصلحة التسجيل برقم قيدها وكذا تاريخ ورقم الوصل المثبت لتسديد حقوق التسجيل لدى قابض الضرائب المختص.³

المحصلة لما سبق، فإن عملية التسجيل تنهض بإتمام وظيفتين: أولاًها: مراقبة الإدارة للعقود شكلاً، وثانيها: تحصيل الرسوم الجبائية على العقود.

وانطلاقاً من ذلك يضطلع المهني الموثق بمهمة تحصيل الرسوم المطلوبة قانوناً على عقد هبة العقار لفائدة الخزينة العمومية بوصفه جابياً للضريبة وعوناً مكلفاً بنص القانون.

غير أنه بالرغم من الدور الجبائي الذي ينهض بتقديمه إلا أنه لا يزال يعترض عمله هذا عوائق

مراقبة، ملخص تحليلي على استمارة تسلّمها الإدارة مجاناً، تلخص فيها الأحكام الرئيسية للعقد ... ويجزّر في نسختين عندما يتضمن العقد .. إما نقل أو إنشاء ملكية عقارية ... وإما نقل ملكية حق التمتع بهذه الأموال نفسها".

¹ - التي نوهت بأنه: "تسجل العقود المدنية ... على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول ... غير أنه فيما يخص العقود ... تلخص مسبقاً من قبل المحررين على كشف وتعطي الحق، عند الاقتضاء، في إعداد مستخرجات تحليلية من قبل هؤلاء المحررين. وتقدّم هذه هذه الجداول والمستخرجات إلى مصلحة التسجيل في نفس الوقت الذي تقدّم فيه النسخ الأصلية أو البراءات. ويفرض الإجراء عند مخالفة ذلك".

² - التي قضت بأنه "إنّ الكشف المشار إليها في المادة 9 من هذا القانون، يعدّها الموثقون ... على استمارات تسلّمها إدارة الضرائب مجاناً.

ويذكرون فيها:

1- تاريخ ورقم العقود ... الموجودة في الفهرس.

2- ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم.

3- نوع العقود ...

4- المبالغ أو القيم الخاضعة للرسوم.

5- مبلغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية المستحقة ...".

³ - زيدان بورويس، الطرق والإجراءات العملية لتحريز عقد توثيقي، مجلة الموثق، ع 8، 2002، ص. 34؛ وأنظر بتفصيل أكثر بخصوص تسجيل عقد الهبة : آسيا دودة، خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص. 88-89.

كثيرة، لعل أهمها:

- الرقابة الممارسة من طرف مصالح التسجيل:

إن إشكالية الرقابة الممارسة من طرف مصالح التسجيل الممتدة إلى موضوع العقد التي ليست من مهامها أصلاً، يشكّل عقبة حقيقية أمام سلطة المهني في تحريره لعقد هبة العقار، ذلك أن تكييف العقد من مهام الموثّق ورقابة مضمونه - لا سيما في العقود الناقلة للملكية العقارية ومن بينها عقد هبة العقار - من مهام المحافظ العقاري المختص، أمّا دور مصالح التسجيل فينحصر في تسجيل العقد¹ وتحصيل رسومه من خلال رقابة شكله فقط.

- التأخير في تسجيل أصل عقد هبة العقار:

لا شك أن التأخير المفرط واللامسؤول في تسجيل أصل عقد هبة العقار من لدن مصالح التسجيل بات يوقع المهني الموثّق في الكثير من المتاعب، فبدل أن يسجل أصل العقد في أجل أقصاه 48 ساعة طبقاً للقانون، تتعمّد نفس المصالح البطء في تسليمه إيّاه مسجلاً، ممّا ينجر عنه أضرار تطلّ الموثّق والمتعاقدين على غرار غرامات التأخير "Penalités de retards" المسلّطة جبراً على مكاتب التوثيق بسبب تأخير الإدارة نفسها، علاوة على ضياع حقوق المتعاقدين على اعتبار أن عقد هبة العقار لا يشهر إلا إذا سُجّل؛ فإذا قام الواهب - غير التّزيه - بالتصرّف في العقار الموهوب استناداً إلى نسخة ثانية تمّ استخراجها من المحافظة العقارية لشخص ثانٍ، وحصل أن تمّ تسجيل العقد الثاني قبل عقد الهبة الأول، فإنّه وبشكل آلي سيتمّ إشهاره من ثمة، وتبعاً لذلك فإنّ حقوق الموهوب له تصبح محلّ جدل ونزاع وإجراءات تقاضي وتحمل تكاليف هو في غنى عنها من الأصل².

ومما ينبغي الإشارة إليه أيضاً في هذا الصّدد، إشكالية تضييع الإدارة لأصل العقود وما ينجرّ عنه من إثارة لمسؤولية الموثّق وإضراراً بحقوق المتعاقدين؛ فمعالجة لها بات أكثر من مطلوب تجسيد مطلب الموثّقين القاضي بتقديم نسخة من أصل العقد إبان تسجيله بدل أصل العقد نفسه، بل وبخلق آليات معالجة إلكترونية بين مصالح التسجيل ومكاتب التوثيق تُسجّل من خلالها العقود وتسدّد رسومها عن بعد، قضاء على ظاهرة التأخير المفرط في التسجيل، ومواكبة للعقد الإلكتروني الذي أعلنت الغرفة الجهوية لموثّقي ناحية الغرب الجزائري تجسيده وتكريس آلياته مؤخراً.

¹ - أنظر فيما يتعلّق بالآثار المترتبة على عدم تسجيل عقد هبة العقار، زيدان بورويس، الطّرق والإجراءات العملية لتحرير العقد التوثيقي، مجلّة الموثّق، ع 9، 2003، ص. 37.

² - رشيد برّدان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، المرجع السابق، ص. 191-192.

البنء الثاني: إجراءات شهر عقد هبة العقار

يرتبط العمل التوثيقي في ميدان المعاملات إرتباطاً جسدياً بعمل الشهر العقاري¹ بحيث يتأثر بالسلب أو بالإيجاب بمستوى عمل الجهتين، وبالرغم من تحوّل الدولة إلى توطين الشهر العيني وإيجاد البدائل اللازمة لمواكبته تبقى النصوص المنظمة للشهر العقاري² لا تلي الغرض المرتجى منها، لذا أضحي من الواجب تعديل الترسانة القانونية الحالية بأخرى أكثر مرونة ومسايرة للمعالجة الإلكترونية الحديثة.

هذا، وقد ألزمت المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 - المذكور سلفاً - تطبيقاً لنصّ المادتين 165 و793 من ق. م. ج وكذا المادة 16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتّم، المهني الموثق بشهر عقد هبة العقار لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً برسم نسبي قدره 1%³ بناء على تقوم العقار الموهوب تحت طائلة نشوء مسؤولية المدنية والتأديبية في هذا الصدد.

وعليه، فبعد أن يتم تسجيل عقد هبة العقار طبقاً لما اقتضاه قانون التسجيل، يبادر الموثق - عندئذ - بإعداد نسخة مطابقة لمحتوى نفس العقد مضافاً إليه مراجع التسجيل، محرّراً إيّاها على مطبوع خاص بإدارة الشهر العقاري (إجراء عقاري نموذج رقم 6)، فضلاً عن إعداد نسخة من ذات العقد موجهة لتلقي تأشيرة الإشهار العقاري وكذا ملخص للعقد (إذا كان العقد سيشهر ضمن نظام الشهر

¹ - كلمة الشهر لغة: "مأخوذة من الشهرة وهي الانتشار، وقيل الشهر: الهلال وسمي به لشهرته ووضوحه، والشهر: ظهور الشيء وانتشاره أو إعلانه أو إذاعته، ومصلحة الشهر هي إدارة حكومية قائمة على توثيق العقود ... وإعلانها". أنظر: إبراهيم أنس، عبد الحليم منتصر، عطية الصوّالحي، محمد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، ج 1، معجم اللغة العربية، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط، 989. وفي اللغة الفرنسية يقصد بلفظ "الشهر" إعلام الجمهور شفاهة أو كتابة، ويُراد بشهر تصرف قانوني: جعله عامّاً أيّ إعلامه للجميع". أنظر:

SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, Op. cit., p. 667 ; ROBERT Paul, Le petait Robert de la Langue Français, Dictionnaire, alphabétique et analogique, Éditions le ROBERT, paris, 1990, p. 88 ; AYNÉS Laurent, CROCQ pierre, Droit Civil, Les sûretés la publicité foncière, Deférenois, 2^{ème} éd, paris, 2006, p. 265.

أمّا اصطلاحاً فقد عرّفه بعض الفقه الفرنسي بأنّه مجموعة القواعد المتعلقة بإعلان الحقوق العينية الواردة على العقار، أنظر: PIEDELIÈVRE Stéphane, Traité de droit civil, La publicité foncière, 2^{ème} éd, L. G. D. J, parais, 2000, p. 11.

² - راجع بخصوص تطور الشهر العيني في التشريع الجزائري: عبد الله موبسي، إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، مجلّة الموثق، ع1، يونيو 2013، ص. 32 وما يليها.

³ - على أنّه لا يمكن تحصيل مبلغ أقلّ من ألفي دينار جزائري (2.000 دج) - بعدما كان 1.000 دج قبل صدور قانون المالية لسنة 2018. راجع المادة 3-353 من القانون رقم: 17-11 المؤرخ في: 27 ديسمبر 2017، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج. ر، ع 76، السّنة الرابعة والخمسون، ص. 12.

الشخصي¹) أومستخرج نموذج رقم: م. م. 4 مكرر (PR4bis) إذا كان العقار كائناً بمنطقة مسووحة (ليشهر في ظلّ نظام الشهر العيني)² ليرفق الكلّ - ضمن حافظة العقد - بالوثائق الثبوتية للأطراف المتعاقدين وأصل ملكية العقار الموهوب (عقداً كان أو دفترًا عقاريًا) وغيرها من الوثائق الأخرى المستلزمة ويتمّ إيداعه في الحافظة العقارية محلّ تواجد العقار مصحوباً برسوم الشهر العقاري المسحوبة بواسطة صكّ لأمر المحافظ العقاري المختص³.

وبالرغم من بدء العمل بنظام الشهر العيني الذي شكّل تحوّلًا جذريًا في العمل التطبيقي المهني للموثّق والعقد التوثيقي على حدّ سواء، إلّا أنّ هذا الأمر لا يعني بأنّ المهني الموثّق أضحي يمارس عمله بأريحية، ذلك أنّ عمليات المسح العقاري وضعت أمامه إشكالات جديدة ووضعيّات متأزّمة لم يتخلّص من آثارها إلى حدّ الساعة، لعلّ أبرزها:

- إشكالية عقد هبة العقار المودع للشهر قبل إيداع وثائق المسح العقاري:

فقد يتصادف خلال العمل الميداني إمضاء محاضر استلام المسح وإيداع وثائقها لدى المحافظات العقارية مع وضع يكون فيه المهني الموثّق قد حرّر عقد هبة عقار في تاريخ يسبق تاريخ الإيداع ولا يزال قيد إجراءات التسجيل فالشهر لاحقاً، وبالرغم من تأكيد المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 - المذكور سلفاً - على إجراءات الإيداع المتتالية حفاظاً على الغرض المذكور، نجد بعض المحافظات العقارية لا تحترم تطبيق إجراءات الإيداع التي حثّ عليها نفس المرسوم، إذ تقوم برفض عقد هبة العقار المودع للشهر بحجة أنّ العقار محلّ عقد الهبة يقع بمنطقة مسووحة⁴، الأمر الذي يضع المهني

¹ - يعرف نظام الشهر الشخصي بأنّه ذاك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات على أسماء الأشخاص القائمين بها وليس طبقاً للعقار على اعتبار أنّ الشخص ضمنه محلّ اعتبار في التصرفات العقارية، ومن هنا جاءت تسميته بنظام الشهر الشخصي. راجع في هذا الشأن: جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص. 15.

² - يُراد بنظام الشهر العيني بأنّه ذاك النظام المرتكز في شهر التصرفات العقارية على أساس العقار محلّ التصرف وليس وفقاً لإسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها. ومن هنا جاءت تسميته بنظام الشهر العيني، وقد ظهرت ملامح هذا النظام في مراحل متعدّدة من التاريخ، لكن لم يكتمل شكله إلّا في النصف الثاني من القرن 19 ميلادي بفضل جهود السيّد روبري ريشار تورنس (ROBERT RICHARD TORRENS) الذي أصبح يسمّى باسمه "نظام تورنس أو قواعد تورنس". أنظر: جمال بوشنافة، المرجع نفسه، ص. 25-26؛ وأنظر في تطوّر هذا النظام وأساسه: محمّد أمين حميدي، نظام تورنس "Le système Torrens" للشهر العقاري وتطبيقاته في النظام العقاري الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص. 24 وما يليها؛ حسين بطيمي، نظام الشهر العيني ودوره في حماية المعاملات العقارية، مجلّة الموثّق، ع 2، ديسمبر 2013، ص. 42 وما يليها؛ وراجع في مبادئ ومزايا وعيوب نظام الشهر العيني: رياض الجمل، حماية الغير في إجراءات التسجيل والتّحيين العقاري، مجلّة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات مجمّع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص. 149 وما يليها.

³ - وسيلة وزّاني، المرجع السابق، ص. 152.

⁴ - أنظر في قرارات رفض الإيداع: مصطفى فيلاي، المادة 107 و 108 من المرسوم 63-76 بين المحتوى القانوني والتّطبيق العملي، مجلّة

الموثَّق في وضع حرجٍ يحتمُّ عليه التوجُّه لمباشرة إجراءات التسوية الإدارية واستدعاء الأطراف المتعاقدين من أجل انجاز الدفتر العقاري¹ وتعديل عقد هبة العقار وإمضائه من طرفيه وشهيديه ثمَّ إيداعه من جديد.

وقد يتصادف أن يصطدم الأطراف حال طلبهم للدفتر العقاري² بإخبارهم - من لدن الإدارة - بأنَّ العقار الموهوب تمَّ ترقيمه في حساب مجهول، وليس لهم من بدِّ إلاَّ التوجُّه إلى التسوية الإدارية بين المصالح المختصة انتهاء وقد تطول؛ بل إنَّه قد يتزامن بعد إنهاء انجاز الدفتر العقاري وفاة أحد طرفي عقد الهبة³ ممَّا يجعل أمر تعديل هذا الأخير عسيراً، وقد يتمُّ في شتَّى الأحوال عن طريق القضاء وما ينجرُّ عن ذلك من تحمل لتبعات وأعباء بالرغم من مجانية التصرّف.

- إشكالية عدم تطابق الدفتر العقاري مع بياناته ضمن المصدر:

تبرز الإشكالية عند تحرير عقد هبة العقار من لدن الموثَّق بموجب الدفتر العقاري لا سيما إذا

الموثَّق، ع3، ديسمبر 2014، ص. 68 وما يليها.

¹ - حثَّت التعليمات الوزارية رقم: 4618 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية في: 2004/09/04 على السعي إلى تسوية هذه الوضعية، غير أنَّ الاشكال بقي يكمن في قراءتها من ولاية لأخرى، حيث أنَّ بعض المحافظات العقارية تصرَّح بأنَّ عملية التسوية بعد مرور أجل الستين (2) لا يمكن أن تكون إلاَّ عن طريق الالتجاء إلى القضاء المختصَّ ولو كان للحائز سند ملكية مشتهر، ويبقى الحال على ما هو عليه بالرغم من صدور تعليمات أخرى عن نفس المديرية في: 2008/01/22 تحت رقم: 9642 التي أكّدت على ضرورة التسوية الإدارية لوضعية العقارات التي لها حجية قانونية ولم تكن مشتهرة مهما كان تاريخ الإيداع بالمحافظة العقارية المختصة. الأمر الذي يتطلب التدخل الجدي للوزارة الوصية من أجل فرض الانضباط والقراءة السليمة لفحوى التعليمات المذكورة أو ما يستجد بصدها من تشريعات ذات صلة.

² - الدفتر العقاري هو سند يسلم إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بعد الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري كما هو منصوص عليه في المادة 46 من المرسوم 76-63 المؤرخ في: 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم. أنظر بتفصيل في ماهية وكيفية تسليمه: مجيد خلفوني، الدفتر العقاري، مجلّة الموثَّق، ع8، 2002، ص. 60.

³ - وبحسب نصّ المادة 793 من ق. م. ج فإنَّ العقد يكون قابلاً للإبطال لتخلّف شكلية الشَّهر العقاري، لكنَّ المشرِّع الجزائري عدَّل عن هذا الحكم بموجب نصّ المادة 2/15 و3 من الأمر رقم: 74-75 المؤرخ في: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري - بالرغم من تناقضه الصَّارخ مع نصّ المادة 793 ق. م. ج المحللة أعلاه - المعدلة بمقتضى المادة 92 من قانون المالية لسنة 2018 بالقول: "كما تسري من تاريخ الوفاة أيضاً الحقوق التي تمَّ التصرّف فيها من طرف المورث قيد حياته بموجب عقود في الشكل الرسمي والتي لم تشهر بعد، عند يوم الوفاة. وإذا تبين أنه تصرّف فيها، فإنَّها تخضع لقواعد الشَّهر العقاري". وفي ذات السِّياق ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بصدد تعليقها على نصّ المادة 934 من ق. م. م. المقتبس عنها نصّ المادة 793 من ق. م. ج بالقول: "أمَّا العقار فلا تنقل الملكية فيه ولا الحقوق العقارية العينية الأخرى حتَّى فيما بين المتعاقدين إلاَّ بالتسجيل، ولكن متى تمَّ التسجيل تعتبر الملكية منتقلة من وقت العقد لا من وقت التسجيل، لأنَّ سبب نقل الملكية هو العقد". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج6، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د. س. ط، ص. 341؛ وأنظر بتفصيل بخصوص هذا التعليق: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م1، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المنفردة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3 الجديدة، 1998، ص. 335 وما يليها.

كان مرقماً نهائياً بناء على الإجراء الأول، حيث يظهر - بعدئذ - عدم تطابق بيانات الدفتر العقاري مع بياناته ضمن قاعدة بيانات وكالة مسح الأراضي¹ والمصفوفة المسحية التي يُتنبّه لها إلاّ بعد حصوله على مستخرج نموذج رقم: م. م. 4 مكرر (Pr4 bis)²، وقد لا يكون هناك إشكالاً إذا تعلّق الأمر بوجود خطأ ممكن استدراكه على مستوى وكالة مسح الأراضي بدون تصحيح عقد هبة العقار المحرّر، بيد أنّ اكتشاف الخطأ على مستوى الدفتر العقاري الذي اعتمد في أصل الملكية يجعل الموثّق في وضعية تصعب معالجتها - في الكثير من الأحيان - سيما إذا تعلّق ببيانات جوهرية ضمنه كمساحة العقار الموهوب مثلاً، الأمر الذي يجبره على تصحيحه بوجود المتعاقدين وشهدهم وما يستتبع هذا الإجراء من مراجعة الأطراف لاتّفاقاتهم وقد لا يمكن جمعهم بالمرّة.

- إشكالية إغفال قيد بعض البيانات الجوهرية بالدفتر العقاري:

لعلّ أعظم إشكالية في هذا الصّدّد، تلك التي يواجهها المهنيّ الموثّق والمتمثّلة أساساً في إغفال بعض البيانات الجوهرية بالدفتر العقاري سيما فيما يخصّ قيد الرّهون والامتيازات، الحجز، أو بعض الشّروط المانعة للتصرّف، وتزداد الصّعوبة إذا امتدّ الإغفال ليشمل الطّلب على الإجراء (الشّهادة السّلبية) التي يطلبها المحرّر قبل تحريره لعقد هبة العقار.

هذا ويتباين تعامل المحافظات العقارية³ مع هذا السّهو، فبعضها ترفض الإجراء دون توقيع غرامة

¹ - يُعرّف مسح الأراضي بأنّه "عملية فنيّة تتولّاها السلطات الإدارية المختصة بغرض التأكّد من الوضعية القانونية للعقارات على اختلاف أنواعها وما يترتّب عنها من حقوق". أنظر: عمّار بوضياف، المسح العقاري وإشكالاته القانونية، مجلّة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد التجريبي، المركز الجامعي الشّيخ العربي التّبسي، تبسة، أفريل 2006، ص. 41، وأنظر في نفس التّعريف: حسين عبد اللّطيف حمدان، نظام التّسجيل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص. 60.

² - بالرّغم من حدّ الوصاية بكون أنّ عملية تحيين مستخرج المسح يدخل في صلب المهام التّنسيقية لمصالح الحفظ العقاري مع مصالح مسح الأراضي، وبالتّبعية عدم مساءلة الموثّق محرّر العقد المودع للإشهار بشأنها، هذا فضلاً على عدم اعتبار هذا المستخرج كسبب من أسباب الرّفص القانوني؛ فإنّه ومع ذلك، فقد بقيت هذه التّوصية غير ملتفتٍ لها - البتّة - من لدن المحافظين العقاريين الذين تمادوا في التعسف بشأنها تعسفاً أرقق المهنيّ الموثّق حال إنجاز المستخرج المطلوب، وقبله كان سبباً في تعطيل سير عملية إنجاز العقد المزمع السّعي إلى إشهار بسبب وثيقة هي مجرد إدارية لا تدخل في مهام المهنيّ الموثّق في الأصل، وقد أُفجم فيها إقحاماً لا جدوى منه في ضلّ تعت وتهاون أعوان الإدارة في ضبط عملية التّحيين المستمرّ لتسلسل الملاك العقاريين، وهذا - كلّه - بالرّغم من تصدير المديرية العامة لنجاح عملية الضّبط الإلكتروني (M. A. C. F) والتّهلّيل بمشارفتها على الانتهاء منه، وهو ما يناقضه السلوك الإداري الممارس في الواقع. لأكثر تفصيل عن مقتضيات القول محلّل أعلاه وتوصيات الوصاية بشأنه، أنظر: مذكرة مؤرّخة في: 2018/06/24 تحت رقم: 06938 و م ع أ / م م ع أ / إ ع، موجهة للسّادة مديري الحفظ العقاري لكلّ الولايات للتّنفيذ، السّادة المفتّشين الجهويين لأمالك الدّولة والحفظ العقاري لكلّ التّواحي للتّبليغ، موضوعها: ف/ ي التّكفّل باشغالات الموثّقين - تسهيل وتبسيط إجراءات الشّهر العقاري، ص. 4.

³ - القائم على تسيرها محافظ عقاري الذي هو في الأصل "موظّف معيّن بقرار من وزير المالية من أجل إدارة هيئة إدارية مكلفة بالإشهار العقاري، يطلق عليها إسم المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري. وهو مكلف بتنفيذ السياسة العامّة للدّولة في ميدان تنظيم الملكية

(على أساس أنّ الخطأ يعود لها) وتبادر إلى قيد البيانات بالدّفتر العقاري بمعية إرسالية توضّح الإستدراك توجهها إلى محرّر العقد وتدعوه إلى استدراك الخطأ وفقاً للبيانات الجديدة، غير أنّ بعض المحافظات ترسل إلى الموثّق - فقط - إرسالية مبيّنة لسبب الرّفص دون المساس بمضمون الدّفتر العقاري، ويبقى - بعدئذ - للأطراف تصحيح تلك الوضعية طبقاً للقانون. وبعض المحافظات - خلاف الأوليّن - تبادر إلى رفض الإجراء مع إعادة الدّفتر العقاري مستدرّكاً بالبيانات المغفلة دون إرفاقه بإرسالية موضّحة لذلك، وهو ما يلقي عبء مسؤولية الإغفال على المهني الموثّق وحده دون الإدارة المحتالة عليه¹.

- إشكالية عدم تدوين مراجع التّقييم النهائي ضمن الإجراء الأول:

كانت المحافظات العقارية - بادئةً - توضّح بجلاء مراجع السّند المعتمد في التّقييم وطبيعة هذا الأخير (مؤقت أو نهائي)² إلّا أنّها باتت في الآونة الأخيرة تغفل قيد هذه المعلومات الجوهرية بالدّفتر العقاري، وتشير فقط إلى الإجراء الأول لإشهار الحقوق العينية، ولكم أن تتصوّروا اختلال المراكز القانونية للأشخاص الحائزين على عقد أو سند ملكية، بحيث يرتبط مركز الغير بشكل جوهري بسند ملكيته الذي لم يذكر فيه مراجع التّقييم النهائي للدّفتر العقاري؛ فمثلاً أحد الوالدين الذي يهب ولده عقاراً له بموجب عقد مبرم في ظلّ نظام الشّهر الشخصي، وحين يرّقّم هذا العقار نهائياً لفائدته بعد إيداع وثائق المسح دون ذكر مراجع سند الملكية بالتّقييم النهائي للدّفتر العقاري تصعب تقنياً عملية الرجوع في الهبة عن الولد³ بسبب إغفال السّند الموجود بمراجع الدّفتر العقاري وافتقاد عامل الرّبط بينهما، ممّا يضطرّه إلى تسوية الإشكال عن طريق الإدارة أو القضاء وما ينتج عن ذلك من تفويت فرص وتحمل تبعات وأعباء.

- إشكالية التوسّع غير القانوني في تقييد التصرّفات:

لا يتعلّق الأمر بالقيود والأعباء التي تنتقل من السّند الأصلي إلى الدّفتر العقاري بمناسبة ترقيمه وإعداده النهائي - على اعتبار أنّ هذه الأخيرة تفرضها التشريعات والتنظيمات الجاري بها العمل قانوناً - بقدر ما يتعلّق أساساً بالأعباء والقيود المانعة للتصرّف التي يدوّنّها المحافظ العقاري من تلقاء نفسه مفسّراً

العقارية". أنظر: الطّاهر بريك، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دراسة وصفية تحليلية، دار الهدى للطباعة والنّشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013، ص. 15؛ وأنظر في نفس المفهوم: مجيد خلفوني، نظام الشّهر العقاري في القانون الجزائري، ديوان الأشغال التربوية، الجزائر، ط 1، 2003، ص. 58.

¹ - عبد الله موسى، المرجع السابق، ص. 41.

² - أنظر المادّتان 12 و 13 من المرسوم التنفيذي رقم: 63-76 السّالف الذّكر.

³ - عبد الله موسى، المرجع نفسه، ص. 43.

إثباتها تفسيراً خاطئاً للقانون؛ ومثالها إضافة شرط المنع من التصرف إلى حين الحصول على رخصة البناء، أو تقديم شهادة تقدّم الأشغال، أو إضافة فترة تلزم الموهوب له حال إشهار عقد الهبة الحصول على شهادة المطابقة طبقاً للقانون رقم 08-15¹ ليتم تعليق الحقوق أو تقييدها دون أساس قانوني خلافاً لما أقرّه الدستور من حرية التملك للأشخاص في الأساس.

الأكد أنّ الاشكال المطروح في هذا الصدد، ينبى بأنّ هذا النوع من الالتزامات والأعباء وإن كان يتعيّن ترتيبه - أحياناً - بموجب نصّ القانون على العقارات المشيدة بحسب الأحوال والوضيعات التي جاء بها التشريع؛ فليس من السليم إدراجه بالدفاتر العقارية المتضمنة ملكية العقارات المتمثلة في قطع الأراضي العارية الجرداء، لذا وجب على الجهات الوصية السعي إلى مراسلة مصالحهم للحفاظ العقاري وتوصيتهم بعدم التوسّع خطأ في تفسير القانون.

- إشكالية الحصول على مستخرج نموذج رقم: م. م 4 مكرّر (PR4 bis) وعدم التحيين:

المستخرج المبين أعلاه واجب تسليمه بمقتضى المادة 1/77 من المرسوم التنفيذي رقم: 76-63² السالف الذكر قبل التحرير النهائي لعقد هبة العقار، لكن عملياً - نظراً لبروقراطية الإدارة وإهمالها للآجال القانونية - يسلم للمهني الموثق بعد تحرير نفس العقد، وكثيراً ما يصطدم برفض طلبه على أساس عدم إجراء التحيين اللازم، ممّا يضطرّه - وهو ليس من اختصاصه - السعي إلى المحافظة العقارية المختصة لطلب التحيين المناسب بواسطة مستخرج نموذج رقم: PR12، وقد ينساب وقت طويل بين إعداد هذه العملية ووصولها لمصالح وكالات مسح الأراضي لأجل إتمام التحديث المطلوب.

ففضلاً عن تعطيل مصالح الملاك ومن خلاله سير عملية شهر عقد هبة العقار، تسلط على المهني الموثق غرامة التأخير "Pénalités de retard" المستحقة لفائدة الخزينة العمومية التي أضحي يسدّها جبراً من دون أيّ خطأ منه، هذا علاوة على نشوء مسؤوليته المدنية التي قد تثار إخلالاً بواجب السعي لإشهار عقد هبة العقار³ الملقى على عاتقه طبقاً للقانون انتهاء.

¹ - المؤرخ في: 2008/07/20 المحدّد لقواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها، ج. ر، ع 44، المؤرخة في: 2008/08/03، المعدّل والمتّم. راجع في فحوى هذا القانون: عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 300 وما يليها.

² - القاضية بأنّه "يسلم مستخرج مسح الأراضي المنصوص عليه بموجب المادة 74 من قبل المصلحة المكلفة بضبط مسح الأراضي قبل التحرير النهائي لكلّ سند موضوع إشهار ... ويجب أن يقلّ تاريخه عن ستّة أشهر في يوم العقود ...".

³ - يشار في هذا الصدد أن الباحث مجيد خلوي ذهب إلى أنّ التزام الموثق بشهر العقد الوارد على عقار هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية وإن كان الواقع هو خلاف ذلك؛ ذلك أنّ إتمام الشّهر كثيراً ما تتسبّب المحافظات العقارية المختصة في عدم تحقيقه؛ تارة

وعلى اعتبار أنّ طلب المستخرج المذكور أعلاه إجراء تقني في الأصل، وجب ألاّ يحشر المهني الموثّق بشأن استصداره في الأساس، إذ ليس هو من اختصاصه قانوناً، وما على الإدارة - ممثلة في المحافظة العقارية ووكالة مسح الأراضي المختصّين - إلّا السّعي إلى ضبط عملية تحيين انتقال الملكية العقارية وتسلسل الملاك المتعاقبين بحسابه اختصاصها الأصيل، سيما باستعمال آلية الضبط الإلكتروني عن بعد (M. A. C. F) الذي صرّحت السلطة الوصيّة بمشارفتها على الانتهاء من إتمام أشغاله بمختلف محافظاتها العقارية على المستوى الوطني.

- إشكالية التأخر في الشّهر والرّفص غير المبرّر من المحافظ العقاري:

بالرّغم من حثّ المشرّع وتعليمات الإدارة الوصيّة على إشهار العقود الواردة على عقار¹ (ومن بينها عقد هبة العقار) خلال 15 يوماً من تاريخ إيداعها لدى المحافظة العقارية المختصة طبقاً للقانون، إلّا أنّ الآجال أضحت في مهبطٍ العدم بسبب بيروقراطية الإدارة وتعسّف المحافظ العقاري² في هذا الصّدّد، والسّليم أنّ إعطاء الأهميّة الكبيرة لهذه الإجراءات وضبطها بنصوص القانون يعطي أكبر نجاعة وفعالية وضماناً لحفظ حقوق الموهوب له ومن خلاله عقد الهبة، وخلاف ذلك تتصادم المصالح وتنتهك الحقوق وما يستتبع من خسائر للموهوب له بسبب التأخر في شهر عقد هبته الذي يجاوز - عملياً - أشهراً وسنة ومثليهما في بعض الأحيان.

بالتأخر المفرط في تنفيذه، وتارة أخرى بالأخطاء المتكرّرة لأعوانها في قيد موانع التصرف ضمن الدّفاتر العقاري وحقّ بالشّهادة السّلبية التي يطلبها الموثّق قبل إبرام العقد بداءة، الأمر الذي يدفعنا إلى توصيف الإلتزام بالسّعي لإشهار العقود الواردة على العقار - ومنها عقد هبة العقار - مجرد التّزام ببذل عناية "Obligations de moyen"، "أي أنّ المهمّ هو أن يبذل المحرّر جهده لتسجيل العقد والقيام بالإجراءات اللازمة لترسيمه..." لا كما ذهب إليه المؤلّف ابتداءً. لأكثر تفصيل في القول الأوّل وفي الرّدّ عليه، أنظر: مجيد خلفوني، شهر التصرفات في القانون الجزائري مدعّم بقرارات قضائية، المرجع السابق، ص. 61؛ إيناس كمّون، المرجع السابق، ص. 121.

¹ - أنظر في أهميّة الإشهار العقاري ودوره في استقرار الأمن القانوني: عبد الحميد الشّواربي، إجراءات الشّهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993، ص. 11؛ مدحت محمّد الحسني، إجراءات الشّهر العقاري وفقاً للتّعديلات الأخيرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص. 39؛

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, les sûretés la publicité foncière, T. III, Vol 1, Sirey, 1971, p. 21 ; ALEX Weill, Droit civil, les sûretés la publicité foncière, Dalloz, paris, 1979, p. 88 ; RAHMANI Cherif, Evolution du régime foncier en algérie, dérction Générale du Domaine National, linité de formation continue, Alger, 2006, p. 57.

² - ومع ذلك تبقى مسؤولية المحافظ العقاري في التّشريع الجزائري والمواد المنظّمة لها لا تُثني عن التّماذي في تعسّفه كون أنّ هذا الخطأ المرفقي لا يشكّل في غالب الأحيان سوى خطأ شخصي ينجرّ عنه المسائلة التأديبية، فضلاً عن إمكانية طلب التعويض. أنظر في طبيعة مسؤولية المحافظ العقاري: نسيمه حشود، إلتزام المحافظ العقاري بتنفيذ إجراء الشّهر ومدى مسؤوليته وفقاً للتّشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018، ص. 315 وما يليها.

وتزداد الصعوبة وينبغي الإستشكال بمناسبة رفض إجرائي الإيداع أو الإجراء¹ غير المؤسّس قانوناً، والواجب توضيح المفاهيم من الجهات الوصيّة، إذ لا يعتبر المحافظ العقاري مفسّراً للقانون بقدر ماهو ملزم بتطبيقه.

للتّنبية، فإنّ المهني الموثّق على اعتبار الالتزام الملقى في جانبه، له كامل الحرّية إبان تحريره لعقد هبة العقار إستعمال ما يراه مناسباً من مصلحات وشكل لتبويب العقد²، والأساس أن يلتزم بتحرير سليم يؤطر التصرف القانوني محلّ العقد المبرم، لكنّ الواقع يكشف خلاف ذلك، فبعض المحافظين العقاريين يتجرّؤون على المطالبة بإضافة أو حذف بعض العبارات التي تناسب أو لاتناسب تفكيرهم، مع العلم بأنّ القانون واضح في هذه المسألة، وبالرّغم من تعليمات السّلطة الوصيّة لتفادي مثل هذا الفعل فالوضع قائم على ماهو عليه.

بل أنّ بعض العقود موضوع إشهار، تبقى محلّ جذبٍ وردّ أشهراً عدّة بغرض التّصحيح بين كلّ من مكاتب التّوثيق ومصالح المحافظات العقارية المختصّة لاسيما البعيدة منها أين يصعب الاتّصال بها، فبدل أن يضمّن المحافظ العقاري إرسالياته كلّ التّسيببات القانونية الواجب تصحيحها، فبفعل الإهمال تارة والنّسيان تارة أخرى يطلب تصحيحاً معيّناً في كلّ مرّة، ما يعني أنّ العون الفاحص لعقد هبة العقار ابتداءً ليس هو الفاحص إيّاه مرّة ثانية، ولكلّ تفسيره غير المبرّر³ وما يستتبع ذلك من تضييع لحقوق الموهوب له الذي - لاقدّر الله - إن توفّي الواهب، فتعديل عقد هبته يبقى محلّ مشاخة مع ورثة الواهب، فإن لم يتمّ هذا الإجراء ودياً معهم فإنّه سيضطر إلى طلب فعله قضائياً، وفي ذلك تحمّل لأعباء وتضييع لوقت وتفويت لمصلحته في الأساس.

الفرع الرابع: مرحلة تسليم النسخة التّفيذية لعقد هبة العقار وحفظه

إنّتهاء، يتعيّن على المهني الموثّق تسليم النسخة التّفيذية لعقد هبة العقار متى طلب منه ذلك (البند الأول)، ليتّم حفظ نفس العقد في الأخير (البند الثاني).

¹ - أنظر المواد: 100 وما يليها من المرسوم التّفيذي رقم: 76-63 السّالف الذّكر، ولأكثر تفصيل فيما يتعلّق برفض الإيداع ورفض الإجراء راجع: نسيمة حشود، المرجع السّابق، ص. 172 وما يليها؛ بشير العتروس، الشّهر العقاري في التّشريع الجزائري، مجلّة الإحتهاد القضائي للرفة العقارية، ج1، 2004، ص. 36.

² - أنظر في هذا الصّدّد، عمر بوحلاسة، تقنيات تحرير العقد الرّسمي، مجلّة الموثّق، ع 1، ماي - جوان، 2001، ص. 35 وما يليها

³ - رشيد برّدان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التّوثيقي، المرجع السّابق، ص. 193-194.

البند الأول: إجراءات تسليم النسخة التنفيذية لعقد هبة العقار

بداءة من المفيد الإشارة إلى بعض الضوابط التي أوجبها القانون في العقد الرسمي حتى يصلح لأن يكون سنداً تنفيذياً بذاته¹، وهي لا تخرج عن الآتي:

- أن يكون المحرر موثقاً في الشكل الرسمي.

- أن يقع على التزام يجوز تنفيذه جبراً كما هو الشأن في عقد هبة العقار.

- أن يكون الالتزام محقق الوجود، معيّن المقدار، وحال الأداء.

يبد أن التساؤل الذي يطرح كثيراً بخصوص هذا الموضوع يتمثل في: مدى جواز تذييل نسخة عقد الهبة الوارد على عقار بالصيغة التنفيذية قبل إتمام إجراءات شهره طبقاً للقانون!.

على نقيض ما هو مقرر قانوناً²، ذهب بعض الفقه إلى جواز تذييل عقد هبة العقار بالصيغة التنفيذية بمراعاة الشروط المذكورة ابتداءً رغم عدم شهره على اعتبار أن هذا الأخير - كما هو معروف - نظام قانوني الغرض منه - في الأصل - الإعلان والاعلام، خلافاً للهدف من التنفيذ الذي مردّه استيفاء الحق من المدين جبراً بقوة القانون عند تعذر الوفاء على النحو المقرر قانوناً، وذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها³ بالقول: "من الجائز أن يصدر المحرر الموثق من جانب واحد، أو أن يكون ملزماً لجانب واحد ... ويشترط أن يكون الحق الثابت في المحرر من المتصور اقتضاؤه باستعمال القوة الجبرية".

على ذلك فإنّ عقد هبة العقار الموثق بمراعاة ما تقدّم من شروط يعدّ سنداً تنفيذياً بذاته، يستطيع الدائن الموهوب⁴ أن ينقذ الالتزامات الواردة فيه جبراً عن المدين (الواهب)، وبقوة القانون دون حاجة إلى

¹ - أنظر بخصوص تنفيذ العقود التوثيقية: عبد الرحمن بربارة، طرق التنفيذ في المسائل المدنية، دراسة تفصيلية للتشريع الجزائري مدعمة باجتهادات المحكمة العليا، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الربوينة، 2002، ص. 65-66.

² - راجع المواد: 206 ق. أ.ج، 1/488 ق. م. م، 931 ق. م. ف.

³ - نقض مدني في: 1971/01/19، س 22، ص. 25، نقلاً عن: أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 10، 1994، ص. 208، هامش رقم: 4.

⁴ - يكون الموهوب له - في الغالب - هو الدائن في عقد هبة العقار، حيث يحقّ له طلب التنفيذ في حالة عدم تسلمه للعقار الموهوب من الواهب طواعية، ذلك أنه ليس للواهب أن يمتنع أو يتراجع عن هبته، فالهبة تلزم المعطي بمجرد تحرير العقد، ويجبر على تمكين المعطي له منها، بل تحاز بلا إذنه. قال خليل: "وحيز بلا إذن وأجبر عليه"؛ وفي شرحه يقول الخرشي: "يعني أنّ الشيء الموهوب يحاز من واهبه ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبي الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له، لأنّ الهبة تملك بالقول على المشهور". ويمكن للواهب بوصفه دائماً أيضاً

اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بتنفيذه الذي يستغرق زمناً طويلاً، ومن هنا ينبري دور الموثّق¹ في حسم مادّة النزاع وسرعة استيفاء الحقّ في وقت قصير إنطلاقاً من مبدأ "حقّ أصحاب الحقوق الثابتة في الحصول على العدالة الناجزة".

هذا، وقد اعتبر المشرّع الجزائري عقد هبة العقار من السندات التنفيذية الواجب شهرها بالصيغة التنفيذية، حيث قضى - صراحة - بموجب المادّة 600 من ق. إ. م. إ. بأنّه "لا يجوز التنفيذ إلّا بسند تنفيذي".

والسندات التنفيذية هي: ... 11- العقود التوثيقية، لاسيما ... الهبة ...".

وأردف في نصّ المادّة 1/601 من نفس القانون بالقول بأنّه "لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنصّ في القانون، إلّا بموجب نسخة من السند التنفيذي موهورة بالصيغة التنفيذية ..."².

كما خوّل الموهوب له - بناءً على نصّ المادّة 602 من ذات القانون - باعتباره المستفيد من السند التنفيذي لعقد هبة العقار الحقّ في الحصول على نسخة موهورة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادّة 601 أعلاه تدعى بالنسخة التنفيذية، بحيث لا تسلّم إلّا له أو لوكيل عنه بمقتضى توكيل خاص.

وبمهر ويوقع على هاته النسخة التنفيذية الموثّق محرّر عقد هبة العقار وتحمل عبارة "نسخة تنفيذية مطابقة للأصل" وتختتم بختمه الرسمي.

وينبغي على الموثّق في هذا الصدد التأشير على أصل عقد الهبة المحفوظ لديه بتسليم نسخة

في فرض هبة الثواب أو الهبة المقترنة بعوض أن يطلب مباشرة إجراءات التنفيذ جبراً على الموهوب له اقتضاءً لحقه وتنفيذاً لالتزامه بنفس الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما أسلف القول إليه في المتن. أنظر في الفرض الأول: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 269.

¹ - الملقى على عاتقه التزام بتسليم نسخ تنفيذية للعقود المحرّرة من لدنه. راجع المادّة: 11 من قانون 06-02 السابق الإشارة إليه.

² - يكمن فحوى الصيغة التنفيذية كما قرّرت المادّة 2/601 من ق. إ. م. إ. فيما يأتي:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وبناء على ما تقدّم، فإنّ الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو وتأمّر جميع المحضرين وكذا الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا العقد، وعلى النّواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مدّ يد المساعدة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية. وبناء عليه وُقّع هذا العقد.

تنفيذية مع ذكر إسم ولقب المستلم وتاريخ التسليم؛ هذا فضلاً على التأشير بهذا التسليم في سجل خاص بالنسخ التنفيذية المسلمة مع توقيع وصفة المستلم.

وهكذا فإنّ النسخة التنفيذية لعقد هبة العقار لا تسلم إلا مرة واحدة، فإذا فقدت ممن تسلمها قبل التنفيذ، فإنّه يمكنه الحصول على نسخة تنفيذية ثانية بأمر على عريضة شريطة أن تكون معللة ومؤرخة وموقعة منه، مع ضرورة استدعاء جميع الأطراف استدعاءً صحيحاً بسعي من الطالب للحضور أمام رئيس الجهة القضائية المختصة لإبداء ملاحظاتهم التي ينبغي أن تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي سيصدر في هذا الشأن، هذا بالإشارة إلى أحقية مراجعة أمر الرّفص متى استوفيت شروط منح نسخة تنفيذية ثانية¹.

ويعتبر عقد هبة العقار - بوصفه سنداً تنفيذياً - قابلاً للتنفيذ في الإقليم الجزائري، ولأجل تنفيذه الجبري يتعيّن على قضاة النيابة العامة تسخير استعمال القوّة العمومية في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إيداع طلب التسخيرة، حيث يسجل هذا الأخير في سجل خاص يمسك لهذا الغرض ويسلم لطالبه وصل يثبت إيداعه².

يشار أخيراً إلى أنّه بالرغم من تحرير الموثّق عقد هبة عقار مهوراً بالصيغة التنفيذية باسم الشعب الجزائري، بحيث أنّه بهذا المعنى يمارس جزءاً من السّلطة القضائية بحكم القانون على اعتبار أنّ العقد هنا يكون بمثابة حكم نهائيّ حائز لقوّة الشيء المقضي فيه، فإنّ بعض الزبائن يعودون - للأسف - على الموثّق باليوم لأنهم لم يتمكّنوا من تحصيل حقوقهم على اعتبار أنّ النسخة التنفيذية لعقد هبة العقار لم تكف المحضر القضائي للتنفيذ على الواهب وجبره على تسليم العقار الموهوب انتهاء³.

البند الثاني: إجراءات حفظ عقد هبة العقار

قضت المادة 10 من القانون رقم: 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثّق بالقول: "يتولّى الموثّق حفظ العقود التي يحرّرها أو يتسلمها للإيداع ...

كما يتولّى حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره وفقاً للشروط والكيفيات التي يتمّ تحديدها عن طريق

¹ - راجع المادة: 603 من ق. إ. م. إ. والعلّة المرعية في عدم تسليم نسخة تنفيذية ثانية إلا بموجب أمر على ذيل العريضة مردّها الخوف من التنفيذ مرتين أو اتّخاذ إجراءات ضارّة بالمتعاقد الآخر. أنظر في هذا الصدد: إبراهيم سامي زيدان، المرجع السابق، ص. 188.

² - راجع المادة: 604 من ق. إ. م. إ.

³ - رشيد بردان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، المرجع السابق، ص. 195.

التنظيم".

وفي ذات السياق أكدت المادة 3 من القرار الصادر في 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين نفس الحكم فقضت بأن "الموثق ضابط عمومي مكلف بترسيم العقود... وحفظ أصولها وتسليم نسخ منها".

ونفس الشيء أقرته المادة 60 من نفس القرار لما قضت بأنه "يبقى الموثق مسؤولاً على مستندات زبائنه ووثائقهم ويسأل عن كل تلف أو ضياع لها".

وأتساقاً ونفس التوجه أصرت المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008، المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه على أنه "يعدّ الموثق مسؤولاً عن حفظ العقود التي يعدها أو يتسلمها للإيداع"¹.

إستناداً إلى الأحكام المبينة أعلاه ينبغي على الموثق توفير المستلزمات والمعدات الضرورية لتنظيم أرشيف مكتبه وحفظ أصل عقد هبة العقار - على غرار باقي العقود - في أحسن ما يرام، والغرض من ذلك هو الحرص على بقاءه في مأمن من التلف والضياع وإمكانية الرجوع إليه وقتما دعت إلى ذلك الضرورة والمصلحة.

ولذلك فالموثق علاوة على المهام المنوط به تأديتها، فهو ملزم بمهمة حفظ عقد هبة العقار المحرر من لدنه ضمن أصول مكتبه²، إذ يعدّ مسؤولاً عنه مدى حياته في الأخير³.

من هذا المنطق واعتباراً للدور الأصلي والخطير الذي يتحمله الموثق في هذا الشأن، فإنه يتعين عليه أن يخصص مكاناً خاصاً للأرشيف داخل مكتبه، مع وضع ترتيبات تنظيمية مناسبة وملائمة تتماشى وقواعد الحفاظ السليمة على اعتبار أنّ خدماته في هذا الصدد هي ممارسة لقسط من السلطة العامة، ولأجل ذلك ينبغي عليه القيام بما يلي:

¹ - المنشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، ع 45، المؤرخة في: 2008/08/06.

² - بحيث لا يمكن أن يحفظه خارج مكتبه إلا بعد الحصول على رخصة مكتوبة من طرف رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المختصة، وذلك ما قضت به المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي بقولها: "لا يمكن للموثق أن يحفظ كلاً أو جزءاً من الأرشيف التوثيقي في مكان آخر غير مكتبه، إلا بعد الحصول على رخصة مكتوبة من طرف رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المختصة".

³ - حمان بكاي، العقد التوثيقي (الإجراءات والمراحل التي يمر بها)، المرجع السابق، ص. 30.

- فتح حافظة لعقد هبة العقار - على غرار باقي العقود المتلقاة - مع تعريف ملقها برقم تسلسلي وبأسماء وألقاب كل من الواهب والموهوب له¹ تبعاً للرقم وتعيين الأطراف المدون بالفهرس الرسمي² ابتداءً.

- ينبغي على الموثق مراعاة حفظ عقد هبة العقار - شأنه في ذلك شأن بقية العقود التوثيقية - طبقاً للمقاييس المعمول بها عملياً³، ويتسنى ذلك عن طريق وضع ملف عقد هبة العقار في غُلبٍ مخصصة لذلك منعزلاً عن أصله⁴ الذي يحفظ لوحده في حوافظ مخصصة لذلك تفادياً لتلفه.

¹ - وذلك ما أقرته المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم: 08-245 السالف الذكر بقولها: "يجب أن يعزف الملف برقم تسلسلي وبأسماء الأطراف المعنية".

² - الفهرس الرسمي من أهم السجلات الواجب على الموثق مسكها وجوباً طبقاً لنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 08-244 المؤرخ في: 2008/08/03، المحدد لكيفيات مسلك محاسبة الموثق ومراجعتها، ج. ر، ع45، المؤرخة في: 2008/08/06، التي أكدت على أنه "يجب على الموثق أن يمسك السجلات الآتية: فهرس العقود...؛" و "يجب - بحسب نص المادة 4 من ذات المرسوم - أن يتضمن فهرس العقود يومياً وحسب التسلسل الزمني، دون بياض أو نقص أو إحالة على الهامش، لاسيما:

- إسم ولقب وموطن الأطراف،

- المبالغ التي يتلقاها الموثق بمناسبة تحرير العقود،

- طبيعة السند،

- تاريخ السند،

- تاريخ وحقوق التسجيل".

ومع ذلك فإن هذا الفهرس - وغيره من بقية الفهارس الرسمية الأخرى - لم يصدر بعد بالصيغة والشكل الذي نصت عليها المادة 4 المحللة أعلاه إلى حيز الوجود، وما هو ممارس حالياً العمل به هو الفهرس القديم. مع الإشارة إلى الخطأ الفادح الذي وقع فيه المشرع بخصوص هذا الفهرس كونه لم يخصص خانة لموضوع ملخص العقد كما هو معمول به حالياً، إذ أن هذا الأخير يعتبر بمثابة بداية للإثبات بالكتابة حسبما قضت المادة 326 مكرر 1 من ق. م. ج، فبحلو موجز عن موضوع العقد ضمن الفهرس يتعذر الرجوع إليه حال الإثبات المدني انتهاء.

³ - هو ما نصت عليه المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم: 08-245 السابق الإشارة إليه بالقول "يجب أن يراعي الموثق في حفظ الأرشيف التوثيقي المقاييس المعمول بها في هذا المجال".

⁴ - فيما يخص الأصل، تبرز إشكالية متعلقة بخروج أصل المحرر الموثق دون اعتماده بختم الدولة، حيث يتعجل أصحاب الشأن أحياناً سرعة الإجراء، فما يلبث أن يوقع بالإستلام حتى ينصرف العقد دون ختمه بالختم الرسمي، فما تأثير خلو العقد الرسمي من الختم ومدى صحته؟. على خلاف التشريع الجزائري الذي لم يعالج هذه الحالة، فإن الفقه المصري لم يترك هذه المسألة دون تأصيل، حيث ذهب إلى أن السهو عن ختم العقد الرسمي بختم الدولة لا يأنر في صحة العقد الرسمي، وهذا هو الرأي السديد لاعتبارات عدة، من بينها: أن العقد الرسمي مادام تولاه الموثق في حدود سلطته واختصاصه وراعى فيه الشكل المطلوب قانوناً وتممه بتوقيعه إيداناً منه بانتهاء عرفيته وصلاحيته للعمل الرسمي، وباعتبار ما أولاه المجتمع من ثقة لهذا الضابط فالنسخة غير الممهورة تعتبر صحيحة وإن كان العمل قد جرى على اعتبار ختم الدولة قرينة على صدور العقد من موظف مختص.

ودرة للشك في احتمال تزويره لإمكان تقليد توقيع الموثقين مع كثرة عددهم وعدم القدرة على تقليد أختام الدولة في الغالب، فلقد صدرت تعليمات مصلحية بالامتناع عن التعامل بالورقة غير الممهورة بختم الدولة، فضلاً عن نظيرتها الأخرى إذ كان الختم غير واضح وغير مقروء عملاً بالأحوط في هذه المسألة لكثرة أعمال التزوير في العقود الرسمية، هذا من جهة؛ ومن أخرى فإن التنفيذ يجري بنسخة من العقد

- عند طلب الزبون استرداد وثيقة تخصّه من ملف عقد هبة العقار، ينبغي على الموثّق أن يدوّن في الملف طبيعة هذه الوثيقة وتاريخ تسجيلها وكذا توقيع صاحبها¹، بل يجب عليه ابتداءً ألاّ يحتفظ بالملف المذكور إلاّ في الوقت الضّروري لإتمام الخدمة المطلوبة².

- يسوغ للموثّق استعمال الدّعامة المعلوماتية³ لتسيير الأرشيف الممسوك على غرار مسح أصل وملف عقد هبة العقار ضوئياً، وفتح ملفّ إلكتروني تسلسلي لذلك في صيغة إلكترونية؛ غير أنّ السؤال الذي يطرح في هذا الصّدّد يكمن في ما مدى مصداقية أصل العقد الممسوح ضوئياً ومكّنة الاعتماد عليه عند طلبه من لدن القضاء في نزاع مطروح أمامه حال ضياع الأصل المادّي؟.

- هذا، وبالرّغم من أنّ المرسوم التّنفيذي رقم: 08-245 المؤرّخ في: 3 غشت 2008 المحدّد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التّوثيقي وحفظه، أكّد ضمن مادّته العاشرة⁴ بضرورة تحديد طبيعة الأرشيف التّوثيقي وكيفيات وكذا مدّة حفظه لدى المكتب العمومي المحرّر لديه وأجل إتلافه أو آجال إيداعه لدى المؤسّسة المكلفة بالأرشيف الوطني يكون بناءً على قرار يصدر في هذا الشأن بين وزير العدل حافظ الأختام والسلطة الوصيّة المكلفة بالأرشيف الوطني، إلّا أنّ الحال باقي على ماهو عليه بالرّغم من مرور أزيد من عشر سنين بدون تفعيل لهذه المادّة، وعليه، فليس من المستساغ أن يبقى الموثّق، الضّابط العمومي الوحيد، المسؤول عن أرشيف عقود إلى غاية وفاته؟!.

الرسمي، ومن ثمّ فوجود الأصل المحفوظ يعدّ قرينة وجود خطأ إجرائي يجب مراجعته في مكتب التّوثيق المحرّر له انتهاءً. أنظر في هذا الصّدّد: إبراهيم سامي زيدان، المرجع السابق، ص. 171-172؛ وأنظر فيما يتعلّق بأحكام خاتم الدّولة وهمايته القانونية: جلّول فاتح، الحماية القانونية لخاتم الدّولة في التشريع الجزائري وآفاق ترفيتها لدى الأعوان القضائيين، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012، ص. 37 وما يليها.

¹ - وهو ما تمّ التنبية عليه ضمن نصّ المادّة 9 من المرسوم التّنفيذي رقم 08-245 المحلّل أعلاه بالقول: "عندما يطلب شخص استرجاع وثيقة تخصّه، يجب على الموثّق أن يذكر في الملفّ، طبيعة هذه الوثيقة وتاريخ سحبها وكذا توقيع الشّخص المعني".

² - حسبما قضت به المادّة 6 من المرسوم التّنفيذي رقم: 08-245 المذكور أعلاه بالقول: "لا يحتفظ الموثّق بملفات الزبائن إلاّ في الوقت الضّروري لإتمام الخدمة".

³ - هو ما حوّله المادّة 2/5 من المرسوم التّنفيذي رقم: 08-245 المشار إليه أعلاه بالقول: "يمكن للموثّق أن يستعمل الدّعامة المعلوماتية لتسيير أرشيف الأطراف المعنية".

⁴ - التي قضت بأن "تحدّد طبيعة الأرشيف التّوثيقي وكيفيات ومدّة حفظه لدى مكاتب التّوثيق وأجل إتلافه أو آجال إيداعه لدى المؤسّسة المكلفة بالأرشيف الوطني بقرار بين وزير العدل حافظ الأختام والسلطة الوصيّة المكلفة بالأرشيف الوطني".

المبحث الثالث: الإخلال بشكل عقد هبة العقار

كما هو معلوم، يختل الشكل في هبة العقار إذا لم توثق في عقد رسمي على النحو السالف بيانه، أو إذا وثقت ولكن كان العقد الرسمي باطلاً لسبب من أسباب بطلان السندات الرسمية، وفي هذا الفرض يقال بأن شكل عقد هبة العقار وقع مختلاً، ومن ثمّ حقّ توقيع جزاء البطلان عليه.

لكن قد ينقذ الواهب أو ورثته مختارين هذه الهبة الباطلة ويسلمون العقار الموهوب للموهوب له، فعندئذ لا يجوز لهم استرداده. لذلك كان من المفيد ابتداءً، بحث هذه الجزئية انطلاقاً من توضيح بطلان هبة العقار لاختلاله في الشكل وكيفية تنفيذه (المطلب الأول)، ثمّ إبراز أهمّ الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الشكالية في نفس العقد انتهاء (المطلب الثاني).

المطلب الأول: بطلان عقد هبة العقار لاختلال الشكل وكيفية تنفيذه

لأجل التطرق لبيان بطلان عقد هبة العقار لاختلال شكله، يستلزم بداءة التطرق إلى جزاء تخلف الشكل في نفس العقد ابتداءً (الفرع الأول)، ثمّ توضيح كيفية تنفيذ هذا الأخير انتهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جزاء تخلف الشكل في عقد هبة العقار

لبيان جزاء تخلف الشكل في عقد هبة العقار بدقّة، يستلزم بادئة تحديد هذا الجزاء (البند الأول)، يليه بيان تقرير البطلان لتخلف الشكل في نفس العقد انتهاء (البند الثاني).

البند الأول: تحديد جزاء تخلف الشكل في عقد هبة العقار

من المسلم به أنّه متى كان الشكل مقرّراً لانعقاد التصرف القانوني، فإنّ عدم استيفاء هذا الشكل يؤدّي - لا محالة - إلى عدم وجود هذا التصرف ومن ثمّ عدم ترتيب الآثار المبتغاة منه.

وإذا كان من المقرّر - فقهاً - بأنّ تخلف الشكل يؤدّي إلى عدم صحّة التصرف أو بطلانه¹، ففيما تكمن طبيعة هذا البطلان؟.

¹ - عرّف تقسيم البطلان تاريخياً تدرجاً في تقسيمه تبعاً لما يرثبه العقد الباطل من آثار، ابتداءً بالقانون الروماني الذي لم يكن يعرف سوى البطلان المطلق، بحيث إذا لم يستوف العقد الشكل المقرّر له قانوناً أو اعتلّ ركن من أركانه كان التصرف باطلاً، ليستمرّ الحال على ما هو عليه حتّى عهد دوما وبوتييه، حيث ابتداءً الفقه بصياغة نظرية عامة للبطلان معتمداً على ما استقرّ الوضع عليه قبلاً لدى سلفه القانون الروماني، ومضيفاً إليه - في نفس الوقت - البطلان بنوعيه، فيقرّر تبعاً لذلك تقسيم هذا الجزاء إلى ثلاثة أنواع هي: الإنعدام، البطلان

وقبل الإجابة على هذا السؤال، يجدر بنا التذكير بأنّ الرأي الغالب في الفقه الحديث رفض التقسيم الثلاثي للبطلان القائل به أصحاب النظرية التقليدية لعدم وجود فرق بين الانعدام¹ والبطلان المطلق، وأخذ بتقسيم البطلان الثنائي مقسماً إياه إلى قسمين: بطلاناً مطلقاً، وآخر نسبياً، وهذا ما تبناه المشرع الجزائري ومن قبله نظيره المصري، حيث عبّر عنه بمسمى "الباطل، والقابل للإبطال".

ومع ذلك فإنه يشار إلى أنّ التقنين المدني الفرنسي في تعديله الأخير جاء بالجديد على مستوى جزاء الإخلال بشروط تكوين العقد، فمن جهة كرّس النظرية الحديثة في التفرقة بين البطلان المطلق والنسبي (المادة 1179)، زيادة على تكريسه لإمكانية ممارسة الدّعى الإستفهامية في مواجهة من له الحق في التمسك بالبطلان (المادة 1183)، كما اعتمد من جهة أخرى على نظرية البطلان الجزئي (المادة 1184)، ونصّ - علاوة على ما ذكر - على عدم تقادم الدّفع بالبطلان إذا تعلّق بعقد لم يتم تنفيذه (المادة 1185).

وفي نطاق الجزاء أيضاً، احتوى التقنين المدني الفرنسي المعدّل في حلّته الجديدة جزاءً حديثاً تضمّنته المادّتين 1186 و 1187 من نفس التقنين اصطلاح عليه بجزاء انعدام أثر العقد "La Caducité"، ومقتضاه كونه جزاء يطلّ عقداً نشأ صحيحاً ولكن زال بعد نشأته أحد عناصره الرئيسية، بحيث يؤدّي انعدام الأثر فيه إلى إنهاء العقد².

وتبعاً لما سبق، يتحقّق البطلان المطلق إذا انعدم ركن من أركان العقد المعروفة وهي: التراضي والمحلّ والسبب، كما يتحقّق أيضاً، إذا اختلّ شرط من الشّروط الواجب توافرها في كلّ ركن: فالتمييز واقتران الإرادتين شرطين في الرّضاء، والإمكان والتّعيين والمشروعية شروطاً في المحلّ، والمشروعية شرطاً في السبب، ولا يتصوّر أن يقوم العقد دون توافر هذه الشّروط.

لكن إلى جانب تلك الشّروط، فإنّ القانون يتطلّب لصحة الرّضاء، أن يكون العقد صادراً عن

النّسبي، ونظيره المطلق؛ ليخلص في الأخير وبعد الانتقاد الموجه للتقسيم السابق، فيتبنّى تقسيم البطلان إلى نسبي ومطلق وفق ما يعرف بالتقسيم الثنائي. أنظر في هذا الشأن:

LARROUMET Christian, Op. cit., p. 514 et s ; CARBONNIER Jean, Op. cit., p. 203 ; AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Op. cit., pp. 335-336.

¹ - وقد انتقدت فكرة الانعدام بشدّة من لدن الفقه الفرنسي، ومع ذلك فإنّ ارتباطها بنظرية البطلان تاريخياً أبقى لها حيّز تطبيق في القانون المدني الفرنسي. أنظر باستفاضة:

POSEZ Alexis, L'inexistence du contrat, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2010, p. 48.

² - محمّد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018، ص. 16-17.

ذي أهلية، فضلاً عن خلوه من العيوب، فإذا احتل شرط من هاته الشروط، كان العقد قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً حسبما اصطلاح عليه¹.

يتوضح - ممّا سلف - أنّ أساس هذا التقسيم هو التمييز داخل عناصر التصرف القانوني بين ما يعتبر ركناً وما يعدّ شرطاً، وتبعاً لذلك يكون التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تخلف أحد أركانه، بينما يكون قابلاً للإبطال إذا تخلف أحد شروطه.

على أنّ المعيار المتقدم يتوقف إعماله على التصور الذي يأخذ به التصرف القانوني، فعلى ضوء هذا التصرف يمكن تحديد ما يعدّ ركناً للتصرف وما يعدّ شرطاً؛ ولما لم يكن يوجد تصور عام متفق عليه من جميع الفقهاء بخصوص التصرف القانوني، كان من البديهي أن تتباين آراء الفقهاء حول تحديد حالات البطلان المطلق وحالات البطلان النسبي.

وتبعاً لذلك فإنه لما كان المعيار ليس واضحاً للفرقة بين حالات البطلان المطلق والآخر النسبي، فإنه لا يمكن من خلال ذلك الفصل بينهما بصورة واضحة قاطعة.

لذلك، فقد رأى البعض من الفقه² بأنّ معيار التمييز بين نوعي البطلان يتوقف على إعمال الغاية من القاعدة القانونية والمصالح التي تحميها، فإذا كان الغرض منها حماية المصلحة العامة - بأن أريد بها حماية الجماعة بكاملها - كانت مخالفتها مؤدية إلى البطلان المطلق، أمّا إذا كانت المصلحة المبتغى حمايتها مصلحة خاصة - أريد بها حماية شخص معيّن أو جماعة محدّدة - كان البطلان المترتب عليها بطلاناً نسبياً، وهذا ما قرره المشرّع الفرنسي مؤخراً من خلال المادة 1179 من تقنيته المدني المعدل³.

على أنّه يشار بأنّ القول الثاني غير صحيح، لأنّه على الرغم من كونه يسلم بأنّ الشكل هو وسيلة حماية للمتصرف إلا أنّه لم يتقرر لحماية مصلحة خاصة فردية، وإنّما شرّع لمصلحة كلّ من يبرم نفس التصرف حيث نخرج من خلال ذلك من نطاق المصلحة الفردية الخاصة للشخص إلى المصلحة الخاصة للجماعة "privé général Intérêt" التي تتكوّن من الأشخاص المزمع حمايتهم وهم

¹ - محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1987، ص. 177.

² - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., p.363 ; MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 306.

³ - حيث قضت بأنّه "يكون البطلان مطلقاً إذا كانت القاعدة التي تمّت مخالفتها مقررة لحماية المصلحة العامة. ويكون نسبياً إذا كانت القاعدة التي تمّت مخالفتها مقررة فقط من أجل حماية مصلحة خاصة". وهذا هو نصّها الأصلي:

Art 1179 : « La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé ».

الغالبية، مما يجعل جانب المصلحة العامة - تبعاً لذلك - يطغى على جانب المصلحة الشخصية الخاصة، علاوة على أنّ وجوب الشكل وإن كان يعلّل عادة بحماية المتصرّف إلاّ أنّه قد يمتدّ لحماية مصالح أخرى على غرار حماية مصالح الورثة وكذا الأسرة كما هو الحال في استلزام الشكلية في عقد هبة العقار¹.

بيد أنّه تماشياً والرأي الغالب في الفقه، فإنّه قد قرّر بكون تخلف الشكل المتطلّب لانعقاد التصرف يؤدي إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً، على اعتبار أنّ الغاية من فرض المشرّع الشكل تقتضي ترتيب البطلان المطلق جرّاء تخلفه، علاوة على أنّ القول بالبطلان النسبي كجزاء لتخلف الشكل وما يترتب عليه من إمكانية الإجازة يؤدي إلى هدم فكرة الشكل وجعلها دون فائدة ترجى منها انتهاء.

البند الثاني: تقرير البطلان لتخلف شكل عقد هبة العقار

بناء على ما سبق، قضى المشرّع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 206 من ق. أ. ج بالقول: "إذا اختلّ أحد القيود السابقة بطلت الهبة"، وتبعاً لذلك فإنّه يستشفّ من نصّ هذه المادة ونصّ المادة 324 مكرّر 1 من ق. م. ج بأنّه يختلّ شكل عقد هبة العقار إذا لم تفرغ في الشكل الرسمي لدى أيّ مكتب عمومي للتوثيق، فضلاً عن عدم تسجيلها وإشهارها بالمحافظة العقارية المختصة طبقاً للقانون، أو إذا وثّقت وكان العقد باطلاً لسبب من أسباب بطلان العقود الرسمية².

ويتبيّن من تلك النصوص بأنّ المشرّع الجزائري اعتبر توثيق هبة العقار في عقد رسمي - بالإضافة إلى حوزها - ركناً لانعقادها، بحيث إذا لم يتوافر وقت الهبة وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً، ومن ثمّ لا تنتج أثرها في نقل ملكية العقار الموهوب، فيظلّ هذا الأخير ملكاً للواهب يستطيع أن يتصرّف فيه كما يريد، كما لا ينتقل الملك - أيضاً - إلى الموهوب له بحيث لا يستطيع أن يطالب الواهب بتسليمه إياه فضلاً عن عدم استطاعته التصرف فيه ابتداءً.

ويترتب على ذلك بأنّ عقد هبة العقار الباطل لعيب شاب شكله أنّنا لا نكون في حاجة إلى بطلانه كون أنّ هذا البطلان واقع من تلقاء نفسه، لكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير هذا البطلان إذا ما نُزِعَ في العقد، وهنا يكون واجباً عرضه أمام القضاء للفصل فيه.

¹ - محمّد حنّان، المرجع السابق، ص. 224؛ ياسر أحمد كامل الصّيرفي، المرجع السابق، ص. 416.

² - أنظر قرار م. ع. غ. أ. ش. ملف رقم: 45371، الصّادر في: 1987/04/20، السابق الإشارة إليه، ومما ورد فيه: "من المقرّر قانوناً بأنّ العقد العربي هو مخالفٌ للمادة 206 من قانون الأسرة..."، نقلاً عن: العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص. 199.

ولتوضيح الحكم السالف، حريّ بنا التطرّق إلى كيفية تقرير بطلان عقد هبة العقار وأحقّية التمسك ببطلانه (أولاً)، ثمّ بيان مدى إجازة عقد هبة العقار الباطل وتقادمه (ثانياً).

أولاً: كيفية تقرير بطلان عقد هبة العقار وأحقّية التمسك ببطلانه

لمّا كان العقد الباطل لتخلف الشّكل ليس له وجود قانوني فلا حاجة إذن لصدور حكم قضائيّ يبطلانه ولا حاجة للحكم بالعدم على معدوم، وهذه النتيجة المترّبة تستقيم في كثير من الأحوال، إذ لا حاجة لمن له مصلحة في تقرير البطلان أن يباشر دعوى بذلك، وما عليه إلّا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، فيتصرّف باعتباره غير قائم¹.

فلو كان العقد الباطل لتخلف شكله هبة عقار مثلاً فإنّ الواهب يمكنه أن يتصرّف في العقار الموهوب بالبيع وغيره من مختلف التصرفات الأخرى على اعتبار أنّه لا يزال في ملكه ويكون بيعه صحيحاً دون حاجة لأن يستصدر حكم ببطلان الهبة لمعيوية شكلها، وإذا رفع الموهوب له دعوى يطالب فيها بالعقار الموهوب، أمكن الواهب أن يدفع هذه الدّعى ببطلان الهبة العقارية لعيب في الشّكل².

ذلك أنّ الذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك - في أغلب الأحوال - عن طريق الدّفع لا عن طريق الدّعى، غير أنّه ولتقتضيات الضّروّة العمليّة ينبغي استصدار حكم بالبطلان، ويتحقّق ذلك في فروض عملية منها:

- إبرام عقد هبة عقار دون اتّباع الشّروط التي أوجبها القانون ومنها الشّكلية؛ وفي هذا الفرض لا يحقّ للواهب استرداد عقاره من الموهوب له بالقوّة بل يلزمه استصدار حكم قضائيّ بذلك.

- أن يكون وجه بطلان عقد هبة العقار فيه خفاء، خصوصاً إذا كان البطلان يرجع إلى تقدير القاضي كما لو كان سببه مخالفة النّظام أو الآداب العامّة. ففي هذا الفرض تدعو الضّروّة من له

¹ - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، م 1، المرجع السابق، ص. 232.

² - ويكون له ذلك عندما يكون التصرف الباطل لم يدخل بعد مرحلة التنفيذ، لكن إذا كان التصرف قد نفّذ بأن قام الواهب بتسليم عقاره للموهوب له، فليس للواهب في هذه الحالة إلّا رفع دعوى ببطلانها حتّى يسترده. أنظر: محمّد صبري السّعدي، المرجع السابق، ص. 246.

مصلحة في التمسك بالبطلان رفع دعوى بذلك حتى يطمئن إلى تقدير القاضي فيما ذهب إليه¹.

وفيما يتعلق بالأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان قضت المادة 1/102 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 1/141 من ق. م. م - بأنه "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها...".

وفي ذات السياق نصت المادة 1/1180 من ق. م. ف² المعدل بأنه "يجوز طلب البطلان المطلق من قبل كل شخص يثبت أن له مصلحة في ذلك، وكذلك من طرف النيابة العامة".

مقتضى المواد المحللة أعلاه أن التمسك بالبطلان جائز لكل ذي مصلحة، ويراد بهذا الأخير: "كل من له حق يؤثر فيه اتخاذ العقد الباطل مظهر العقد الصحيح"³، وتبعاً لذلك يعد كل ذي مصلحة الأشخاص الميئين تبعاً على النحو الموالي:

- **المتعاقدان:** يعتبر بالضرورة ذو مصلحة، ويحق له - من ثمة - التمسك ببطلان عقد هبة العقار، كل من عاقيه⁴ حتى ذاك الذي لم يقم به سبب البطلان، فبطلان العقد يؤدي إلى إعفاء كل منهما من التزاماته في مواجهة الآخر، أو هو بالأحرى يؤدي إلى اعتبار أن هذه الالتزامات لم تنشأ أصلاً في ذمة المتعاقد أو هو يقطع - على الأقل - صلته بالمتعاقد الآخر إن لم يكن من شأنه تحميله بالتزام معين، باعتبار أن ذلك - كله - نتيجة طبيعة لدور الشكل في تكوين عقد هبة العقار.

- **الخلف العام والخلف الخاص:** للخلف - سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً⁵ - مصلحة في

¹ - على أن الحكم الصادر بالبطلان في هذا الفرض يكون حكماً مقررراً في الأساس. أنظر: خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ج 1، مصادر الإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط2، 2005، ص. 85؛ وفي سياق هذا القول ذهب الأستاذ محمد حبار إلى التنبيه بأن "الحكم الصادر بالبطلان يكون منشئاً حينما يعطي المشرع للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بالبطلان أو باستبعاده على الرغم من توفر علة أو سبب البطلان ... ويكون الحكم الصادر بالبطلان مقررراً إذا كان القانون هو الذي يحدد للقاضي الحالات التي يحكم فيها بالبطلان، أي أن المشرع يحدد حالات البطلان ...". أنظر: محمد حبار، المرجع السابق، ص. 461.

² - Art 1180/1 : « La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public ».

³ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 176.

⁴ - أنظر: إستئناف وطني بتاريخ: 1915/06/01، الشرائع 2، رقم: 294، ص. 273؛ إستئناف مختلط بتاريخ: 1906/05/09، المجموعة الرسمية 18، ص. 236، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 69، هامش رقم: 3.

⁵ - الخلف العام: "هو من يخلف السلف في ذمته المالية أو في جزء منها، وله بهذه الصفة الحق في التمسك بإبطال العقد لأنه يمارس حق السلف الذي تلقاه ضمن التركة. وبعبارة أخرى يعتبر الخلف العام طرفاً في العقد مثل السلف تماماً، وله نفس الحقوق بما في ذلك حق التمسك بإبطال العقد". ومثاله الوارث والموصى له بحصة من التركة كالثالث والتمن مثلاً؛ أما الخلف الخاص: فيقصد به كل من يتلقى من

التمسك بالبطلان؛ فبالنسبة للخلف العام ومثاله وارث الواهب، يسوغ له أن يطلب بطلان هبة مورثه لعيب في الشكل حتى يتسنى له إعادة العقار الموهوب إلى التركة.

ويسوغ لمشتري من الواهب بوصفه خلفاً خاصاً أن يتمسك ببطلان هبة العقار المعيب شكلها التي سبق وأن تصرف فيها الواهب بالهبة لغيره حتى يبقياها في ملكه.

– **الدائن:** وهو كذلك من مصلحته التمسك ببطلان عقد هبة العقار الصادر من مدينه الواهب للغير إذا ترتب عليه إعساره أو زيادة في إعساره، فالدائن طلب بطلان هذه الهبة لما فيه إنقاص لضمائنه العام، على اعتبار أن أموال المدين ضمان عام لدائنيه¹.

وفي هذا الصدد قضى المجلس الأعلى المغربي في أحد قراراته² بالقول "... حيث إنه تطبيقاً للفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود أجاز الفقه والقضاء للدائن أن يطعن في التصرفات التي يجريها مدينه إذا كان من شأنها أن تسبب في إعساره وتنقص من الضمان العام المقرر على أمواله، ولا يشترط لقبول الدعوى بهذا الشأن علم المتصرف إليه بالدَّين إذا كان التصرف بغير عوض، والمحكمة لما استخلصت من محضر عدم وجود ما يحجز المستدل به إعساره المطلوب في النقض (ب.ع) واعتبرت التصرف بالهبة الصادر منه لفائدة زوجته الطالبة إهداراً للضمان العام المقرر لفائدة الدائن المطلوب في النقض (ع.ع) وخرقاً لقواعد الفقه التي تنص على أنه لا تصح صدقة من أحاط الدَّين بماله كما نص على ذلك الشيخ ابن عاصم في تحفته:

صدقة تجوز إلا مع مرضٍ موتٍ وبالدَّين المحيط تعترض.

وهذه القاعدة بمثابة قانون، ولم تلتفت المحكمة اعتباراً لذلك إلى ما تمسكت به الطالبة من عدم علمها بالدَّين المترتب في ذمة زوجها المذكور، تكون قد عللت قرارها تعليلاً سليماً ولم تخرق الفصول

السلف حقاً معيَّناً كان قائماً في ذمته، سواء أكان هذا الحق عينيّاً أم شخصيّاً أم يرد على شيء غير ماديّ"، فالموهوب له بعقار معيّن مثلاً يعتبر خلفاً خاصاً للواهب، والمتنفع بمنفعة عقار يخلف مالكة في حق الإنتفاع، وهكذا ...، لأكثر تفصيل راجع: علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 261؛ العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص. 209.

¹ - قضت المادة 1/188 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من المادة 1/234 من ق. م. م - بقولها: "أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه". وفي المذهب المالكي ليس لمن أحاط الدَّين بذمته أن يتصرف في أمواله إضراراً بدائنيه، وإذا فعل كان تصرفه باطلاً. يقول ابن رشد (الجدّ) في المقدمات والمهمّات "... ومن أحاط الدَّين بماله فلا تجوز له هبة ولا صدقة ... لمن يتهم عليه ...". أنظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجدّ) القرطبي، المرجع السابق، ص. 313.

² - قرار المجلس الأعلى (المغربي) ع: 215، ملف شرعي ع: 2007/1/2/161، الصّادر بتاريخ: 2008/04/23، نقلاً عن: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 307-308.

المحتج بها مما يجعل الوسيلة بدون أساس".

- المحكمة: يسوغ للمحكمة، بل يجب عليها أن تقضي ببطالان عقد هبة العقار من تلقاء نفسها¹ حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم، والعلّة في ذلك ترجع إلى أنّ البطلان المطلق للعقد يتعلّق أساساً بالنظام العام.

إلى ذلك أشارت المادة 1/1180 من ق. م. ف السابق الإشارة إليها، وكذا المادة 1/102 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 1/141 من ق. م. م - بقولها: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها...".

ثانياً: مدى إجازة عقد هبة العقار الباطل وتقادمه

يُراد بالإجازة "La Confirmation" تصحيح التصرف برفع العيب الذي يلحقه، وهي بذلك تصرف قانوني من جانب واحد هو المجيز، ينزل به عن حقه في طلب إبطال التصرف².

وعلى خلاف باقي التشريعات، أفرد المشرع الفرنسي تعريفاً للإجازة من خلال المادة 1182 من ق. م. ف³ وترتيباً خاصاً لها لما قضى بكون أنّ "الإجازة تصرف يتنازل بمقتضاه من له التمسك بالبطلان عن الحق.

يجب أن يبين هذا التصرف محل الالتزام والعيب الذي لحق بالعقد.

¹ - إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص. 282.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، المرجع السابق، ص. 179؛ "الإجازة ومعناها نزول المتعاقد عن حقه في طلب إبطال العقد لا تلحق إلا العقود القابلة للإبطال، لأنّ العقد القابل للإبطال له وجود قانوني ويرتّب كافة آثاره حتى يتقرر إبطاله فتزول هذه الآثار بأثر رجعي، أو يثبت وجوده نهائياً بنزول صاحب الحق في إبطاله عن حقه في الإجازة". أنظر: أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 184-185؛ وراجع في نفس السياق:

- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., pp. 385 et s ; FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Op. cit., pp. 250 et s.

³ - Art 1182 : « La confirmation est l'acte par lequel celui qui pourrait se prévaloir de la nullité y renonce. Cet acte mentionne l'objet de l'obligation et le vice affectant le contrat.

La confirmation ne peut intervenir qu'après la conclusion du contrat.

L'exécution volontaire du contrat, en connaissance de la cause de nullité, vaut confirmation. En cas de violence, la confirmation ne peut intervenir qu'après que la violence a cessé.

La confirmation emporte renonciation aux moyens et exceptions qui pouvaient être opposés, sans préjudice néanmoins des droits des tiers ».

لا يجوز أن تقع الإجازة إلا بعد إبرام العقد.

تُعتبر إجازة التنفيذ الإرادي للعقد مع العلم بسبب البطلان.

وفي حالة الإكراه لا يجوز أن تقع الإجازة إلا بعد انقطاعه.

تتضمن الإجازة تنازلاً عن الوسائل والدفع التي يمكن الاحتجاج بها، دون إخلال، رغم ذلك بحقوق الغير".

ومؤدى بطلان عقد هبة العقار لاحتلاله في الشكل أنه لا يجوز أن تلحقه الإجازة في الأصل، كون أن هذه الأخيرة لا يمكن أن تجعل من العدم شيئاً صحيحاً، وفي ذلك تقضي المادة 102 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 141 من ق. م. م - في آخرها بأنه "... لا يزول البطلان بالإجازة"، ونفس الشيء صاغته المادة 2/1180 من ق. م. ف المعدل بدقة لما نصت بأنه: "لا يزول البطلان المطلق بإجازة العقد"¹.

وعليه، فإن الأمر لا يقف عند حدّ عدم إمكان أن تلحق الإجازة العقد الباطل²، وإنما هذه الإجازة لو حصلت لوقعت بدورها باطلة؛ ذلك أن مقتضى الإجازة هو النزول عن حق التمسك بالبطلان، والبطلان في هذه الحالة يمس النظام العام، ولا يجوز - تبعاً لذلك - النزول عن حق يتعلق بالنظام العام انتهاء.

وهكذا ننتهي إلى نتيجة مفادها بأن العقد الباطل يظلّ متّسماً بهذا التّوصيف حتّى لو أجزى ممّن قام به سبب البطلان، بل أنّه يحقّ لهذا الشخص ذاته أن يتمسّك بالبطلان شأنه في ذلك شأن أيّ شخص غيره يكون له مصلحة في إهدار هذا العقد.

هذا، ولقد كان التّقنين المدني الفرنسي (قبل تعديله) ينصّ بموجب المادة 1339 منه بأنّ الواهب لا يمكنه إجازة الهبة الباطلة شكلاً بأيّ تصرّف لاحق، ويجب عليه إعادتها في الشكل القانوني.

لا شك أنّ هذه المادة وإن كانت خاصّة بعقد الهبة، إلّا أنّ الفقه يرى بأنّه نصّ عام يسري على

¹ - Art 1180/2 : « Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat ».

² - جاء في المدّعة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يلي: "... ب - ومادام البطلان المطلق يتبع العقد معدوماً، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة ...". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 2، المرجع السابق، ص. 257.

كافة العقود الشكلية، ذلك أنّ السّماح للمتصرّف بإمكان الإجازة من شأنه أن يؤدّي إلى هدم فكرة الشّكل من الأصل¹.

غير أنّه وإن كان لا يوجد في التّقنين المدينين الجزائري والمصري نصّ شبيه للنصّ المشار إليه أعلاه، إلّا أنّ حكمه ليس محلّ شك، ذلك أنّ المبادئ العامّة التي تحكم فكرة الشّكل تحتم تطبيقه²، فضلاً عن أنّ أحكام نظرية البطلان تملي العمل به خصوصاً وأنّ المادّة 1/102 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادّة 1/141 من ق. م. م - وكذا المادّة 1180 من ق. م. ف قضوا في النّهاية بأنّه "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكلّ ذي مصلحة أن يتمسّك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

بيد أنّه وإن كانت هبة العقار باطلة بطلاناً مطلقاً لتخلّف شكلها ولا تلحقها الإجازة من ثمّة، فإنّ ذلك لا يمنع - متى رغب الواهب والموهوب له - أن يعاد إجرائها من جديد في الشّكل الرسمي فيستوفيا الشّكل المطلوب، وعندئذ تتمّ الهبة، لكنّها هبة عقّار جديدة غير الهبة الأولى الباطلة، تاريخها من وقت استيفاء الشّكل المطلوب لا من زمن وقت الهبة القديمة. على أنّه يشترط - تتمّة لذلك - توافر الأهلية اللاّزمة في المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة ولا يكفي توافرها وقت إبرام الهبة القديمة³، ومن هنا ينشأ عقدٌ جديدٌ منقطع الصّلة عن نظيره القديم، وذلك ابتداءً من تاريخ الاتّفاق عليه.

فإذا كان عقد هبة العقار المختلّ شكله لا يجوز أن تلحقه الإجازة، فإنّه لا شكّ لا يصحّح

¹ - ومثال هدم فكرة الشّكل، قيام الواهب - مثلاً - بإبرام عقد هبة عقّار في ورقة عرفية؛ يقوم بعد ذلك بإجازة تصرّفه بورقة عرفية أخرى ليتاح له الإفلات من الشّكل الرسمي الأمر الذي يتعارض وطبيعة التصرّف الشكلي. أنظر: ياسر أحمد كامل الصّيرفي، المرجع السّابق، ص. 426.

² - وهو الأمر كذلك عندما يكون عقد هبة العقار باطلاً ليس لتخلّف شكله، بل لكون الشّكل معيباً فقط، كما هو الحال عند تخلّف أحد البيانات اللاّزمة لصحّة عقد الهبة الرسمي. فهنا لا يمكن أيضاً إصلاح هذا العيب عن طريق إضافة البيان الناقص، وهذا ما أكّدته صراحة محكمة التّقض الفرنسية في حكم لها بخصوص الهبة في حالة عدم قيام أحد شهود العقد بالتوقيع النّهائي عليه على الرّغم من توقيعه في هامش أسفل الصّفحات، حيث طلب أطراف العقد من قاضي الموضوع أن يأمر الموقّع المحرّر لهذا العقد بأن يقوم بالحصول على توقيع الشّاهد بغرض تصحيح العقد الباطل. لكن القاضي رفض ذلك، الأمر الذي دفع بالأطراف إلى الطّعن في حكمه، لكن الغرفة المدنية رفضت الطّعن بعد أن قرّرت بأنّ عقد الهبة الباطل شكلاً لا يمكن تصحيحه بأنّ رجعيّ عن طريق استكمال الإجراء الناقص وإنما يجب إعادتها من جديد في الشّكل المقرّر قانوناً. أنظر:

Cass. Civ., 15 juin 1962, Gaz. Pal, 1962, II, 181.

أشار إليه: ياسر أحمد كامل الصّيرفي، المرجع السّابق، ص. 428.

³ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السّابق، ص. 214.

بالتقادم مهما طال عليه الزمن¹، فهو عدم والعدم لا يصير شيئاً بمرور الزمن لا فرق في ذلك أن يتخذ البطلان شكل الدعوى أو شكل الدفع ففي الحالتين ينبغي ألا يسقط بالتقادم.

لكن إذا كان البطلان الذي يلحق العقد لا يزول عنه بمرور الزمان فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بمضي خمسة عشر (15) سنة من تاريخ العقد وهذا ما قرّره المادة 2/102 من ق. م. ج - المقابلة لنص المادة 2/141 من ق. م. م - التي قضت بأنه: "تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

فهذه المادة - تماشياً مع ما استقرّ عليه الفقه والقضاء الفرنسي - تقرّر بأنه إذا مضى على إبرام العقد الباطل خمسة عشر سنة، ثمّ باشر ذو المصلحة دعوى البطلان، أمكن دفع هذه الدعوى بالتقادم احتراماً للأوضاع التي استقرّت منذ صدور العقد الباطل وبقيت زمناً طويلاً، فإذا قام الواهب - مثلاً - بعد مضي خمسة عشر سنة على إبرام الهبة برفع دعوى البطلان لاختلال شكلها طالباً استرداد عقاره الموهوب، أمكن الموهوب له دفع هذه الدعوى بالتقادم².

لكن هذا لا يعني أنّ التصرف الباطل ذاته قد ينقلب صحيحاً بعد مضي المدة المذكورة، بل يبقى باطلاً؛ غاية ما في الأمر أنّ دعوى البطلان إذا ما عرضت على القضاء فإنّها لن تسمع بسبب سقوطها بالتقادم³.

ومع ذلك فإنّه ينبغي التمييز - في هذا الصدد - بين الدفع بالبطلان المطلق ودعوى البطلان المطلق، فالأول - أيّ الدفع بالبطلان - لا يسقط بالتقادم مهما مضى من الزمن على إبرام العقد، ذلك أنّه وسيلة المدعى عليه يدفع به دعوى المدعي، ولن يستطيع المدعى عليه استعمال حقّه هذا قبل أن ترفع عليه الدعوى. لأجل ذلك فإنّ حقّه في هذا الدفع لا يسقط بمضي المدة مهما طالت.

أمّا الثاني - أيّ دعوى البطلان - فتسقط بمرور خمسة عشر سنة لأنّها وسيلة المدعي الذي يتعيّن عليه استعمالها قبل مضي أجل التقادم⁴.

¹ - قضت المادة 1/186 من التقنين المدني الكويتي صراحة بأن "1- العقد الباطل لا يتصحح بمرور الزمن".

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المرجع السابق، ص. 573.

³ - أنظر: نقض مدني مصري جلسة يوم: 1936/01/17، طعن 249، س. ق 27، نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 70.

⁴ - جاء التقنين المدني الجزائري خلواً من نصّ يقرّر سقوط الحقّ في تقادم الدفع بالبطلان، مثله مثل نظيره المصري في ذلك، لكن الأعمال التحضيرية لهذا الأخير تكشف عن بأنّ المشرّع المصري يتّجه إلى تبني مبدأ أزلية الدفع كأمر مسلّم به لا يحتاج إلى التنصيص عليه. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 2، المرجع السابق، ص. 253.

وعليه، فلو كان الواهب قد سلّم العقار الموهوب للموهوب له وانقضت دعوى البطلان بالتقادم بمرور خمسة عشر سنة من وقت إبرام الهبة، حقّ للواهب أن يباشر دعوى استحقاقٍ يستردّ بها نفس العقار¹، كون أنّ الموهوب له لا يستطيع أن يدفع هذه الدّعى بالتقادم، لأنّ الدّفع بالبطلان دون دعواه لا يسقط بالتقادم²، وهذا ما قرّره المشرّع الفرنسي بمقتضى المادة 1185 من ق. م. ف³ إذا كان الدّفع بالبطلان متعلّقاً بعقد لم يتمّ تنفيذه انتهاءً.

الفرع الثاني: التنفيذ الاختياري لعقد هبة العقار الباطل لعيب في الشكل

قضت المادة 489 من ق. م. م. بأنّه: "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردّوا ما سلّموه"⁴.

ومع ذلك، فقد تباينت الأقوال حول تأصيل هذا النصّ وفقاً للآتي:

القول الأول: يذهب إلى أنّ هبة العقار الباطلة لعيب في الشكل يتخلّف عنها التزام طبيعيّ في ذمّة الواهب⁵، وذلك تبنياً لما ورد في الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري. وبموجب هذا الرّأي ينتقل هذا الالتزام من الواهب إلى ورثته، فإذا نفّذ الواهب أو ورثته مختارين هذا الالتزام الطّبيعي كان التنفيذ وفاءً لا يجوز استرداده.

¹ - كما لا يملك الموهوب له العين الموهوبة بحيازتها له حيازة قصيرة المدى بخمس سنوات ولو كان حسن النّية، فالعقد الباطل لا يصلح سبباً صحيحاً لكسب الملكية بهذه المدّة، بل يلزمه التقادم الطويل بحيازة نفس العين خمسة عشر سنة حتّى تُكتسب طبقاً للقانون. أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 111.

² - ياسر أحمد كامل الصّيرفي، المرجع السابق، ص. 425؛ أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 69-70.

³ - Art 1185 : «L'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution».

⁴ - يطابق هذا النصّ نصوص التقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 478 مدني لبي، المادة 457 مدني سوري، ولا مقابل له في باقي التقنينات المدنية العربية الأخرى. وقد جاء هذا النصّ ضمن المادة 663 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري كالآتي: "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، انقلبت الهبة صحيحة"، ثمّ تمّ تعديل النصّ في لجنة المراجعة بما يجعله في رأي اللّجنة متّسقاً والقواعد العامّة على أساس أنّ تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذاً لالتزام طبيعيّ، فأضحى النصّ مطابقاً لما استقرّ عليه في التقنين المدني الجديد. بيد أنّه وضمن أعمال لجنة الشّؤون التشريعية لمجلس التّواب سُئل عن ماهية عدم جواز استرداد الهبة المسلّمة إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعيب طال شكله، فأجيب بكون الهبة الباطلة لعيب في الشكل تخلّف عنها التزام طبيعيّ يعتبر تسلم الموهوب للهبة تنفيذاً له، ولأجل هذا السّبب لا يجوز الاسترداد وفقاً لقواعد الإلتزامات الطّبيعية؛ لتتمّ الموافقة على النصّ المحلّل أعلاه كما هي، وبوافق من بعدهما عليه مجلس الشيوخ تحت رقم 489. أنظر: أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 72، هامش رقم: 1؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 251-253.

⁵ - عبد الوهاب البنداري، المرجع نفسه، ص. 112.

ويتبين ذلك بجلاء عند النظر للمشروع التمهيدي لنص المادة 489 من ق. م. م الذي كانت صياغته تفيد بأنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل انقلبت الهبة صحيحة"، فتم تعديل هذا النص ضمن مقتضيات لجنة المراجعة فصار على الوجه المحلل أعلاه¹ المستقر عليه انتهاءً في التقنين المدني الجديد.

وقد احتج لهذا التعديل بالقول بأن النص تمّ تعديله "بما يجعله مستقيماً مع القواعد العامة، إذ أنّ تنفيذ الهبة الباطلة يعتبر تنفيذاً للالتزام الطبيعي"².

وجاء في تقرير لجنة الشؤون التشريعية بمجلس النواب بأنه "استفسر كيف لا يجوز استرداد الهبة التي سلّمت إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لعب في الشكل، فأجيب بأنّ الهبة الباطلة بطلاناً مطلقاً لعب في الشكل يتخلّف عنها التزام طبيعيّ يعتبر تسليم الموهوب له للهبة تنفيذاً له، وأنّ لهذا السبب لا يجوز الاسترداد وفقاً لقواعد الالتزامات الطبيعية"³.

هذا فضلاً عما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي في شأن هذا النص بالقول: "إذا لم تستوفِ الهبة الشكل اللازم، ولكن الواهب أو ورثته قاموا مختارين بتنفيذها كان هذا التنفيذ معتبراً، ولا يجوز استرداد ما دفع وفاءً للهبة، لا لأنّ الهبة الباطلة انقلبت صحيحة بالتنفيذ كما جاء خطأ في المادة 663 من المشروع، بل لأنّ الهبة الباطلة يتخلّف عنها التزام طبيعيّ إذا نُفذ لا يجوز استرداده. ويجب إذن حذف المادة 663 من المشروع، فإنّ ورودها في الصيغة التي وردت بها خطأ كما تبين، ولا حاجة لإيرادها في صيغة صحيحة فإنّ حكمها يمكن استخلاصه من القواعد العامة، وهو أقرب منه إلى التشريع"⁴.

القول الثاني: قرّر بأنّ التنفيذ الاختياري لهبة العقار الباطلة شكلاً هو إجازة وتصحيح لها بالرغم

¹ - وصياغته كالآتي: "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردوا ما سلّموه".

² - راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 251.

³ - المرجع نفسه، ص. 252.

⁴ - راجع: مجموع الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 254؛ وفي حكم صادر عن محكمة مصر الوطنية قضت بأنّ "الهبات الباطلة شكلاً ينشأ عنها التزام طبيعي إذا أوفاه الملتزم لا يستطيع استرداده، وينقلب التزاماً مدنياً إذا حصل تجديده قانوناً. ومن ثمّ ترفض دعوى ورثة الواهب ببطالان هبة مورّثهم لصدورها منه في محرّر عرني بعد أن ثبت للمحكمة إجازة المدّعين لهذه الهبة ضمناً بقسمة الأعيان الموروثة فيما بينهم وباستئجار أحدهم نصيب أحد الموهوب لهم وإقرار آخر لبعض الموهوب لهم في خطاب منه بملكيتها للمال الموهوب. أنظر: حكم صادر عن محكمة مصر الوطنية بتاريخ: 1939/03/6، المحاماة، 21، رقم 334، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق الشنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 84، هامش رقم: 3.

من عدم استيفائها للشكل المطلوب¹، وقد احتج أصحاب هذا القول بدعوى أنّ البطلان لا يقيد المشرع إلا إذا ورد جزاءً على انعدام الإرادة ذاتها بحسبانها المكون الرئيسي في التصرف بالهبة، وحينئذ لا تتصور الإجازة، كون أنّ العدم الذي يتخلف عن غياب الإرادة هو عدم طبيعي وقانوني في الوقت نفسه، ومن ثم كانت الإجازة لا ترد على العدم.

هذا بخلاف ما إذا كان البطلان جزاء عيب في الشكل بأن ورد على كيفية التعبير عن الإرادة، فإنه لا يمنع - حسب هذا الرأي - المشرع من أن يبيح إجازة الإرادة التي عبر عنها في غير الشكل المطلوب، وإن كان غياب الشكل يضع الإرادة خارج دائرة القانون بأن يجعلها منعدمة، إلا أنّ هذا الأخير انعدام قانوني محض لا يمنع الإرادة من أن توجد في الواقع؛ وتأسيساً على ذلك لم يكن للمشرع من بُد من أن يعيد تلك الإرادة إلى نطاق القانون بطريق الإجازة².

وهذا هو الرأي الذي انحاز إليه السنهوري بعد أن كان يقول بخلافه ابتداءً، تأسيساً بما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، ومما صرح به في هذا الشأن: "... وقد كنا ممن يذهب إلى أنّ الهبة الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي إذا نُقذ لا يسترد، ورددنا هذا الرأي في الموجز، كما ردّدناه في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي وأمام لجنة المراجعة على الوجه الذي بيّناه فيما تقدّم منقولاً عن مجموعة الأعمال التحضيرية.

ولكننا رجعنا عن هذا الرأي في الجزئين الأول والثاني من الوسيط عند الكلام في البطلان للشكل وفي الإلتزام الطبيعي، وقد أخذنا بالرأي الذي كان وارداً في نصّ المشروع التمهيدي قبل تعديله في لجنة المراجعة. فقد كان هذا النص يقضي كما رأينا بأنه "إذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل، إنقلبت صحيحة". فالهبة الباطلة من حيث الشكل ترد عليها الإجازة، ما دام القانون قد نصّ على ذلك، ونصّ في الوقت ذاته على الطريقة التي بها تجاز وهي التنفيذ الاختياري للهبة

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 112-113؛ وقد قرّرت محكمة النقض المصرية نفس التوجه حيث قضت في قرار لها بأنّ "الأصل طبقاً لنصّ المادة 1/488 من القانون المدني في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية حتى تتوافر للواهب أسباب الجدّة في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل وإلا وقعت الهبة باطلة بطلاناً مطلقاً لا تصحّحها الإجازة. غير أنّ المشرع خرج على هذا الأصل العام في حالة التنفيذ الاختياري للهبة بما أورده بنصّ المادة 489 من القانون المدني والتي تنصّ على أنّه "وإذا قام الواهب أو ورثته مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل فلا يجوز لهم أن يستردّوا ما سلّموه" يدلّ على أنّ الهبة الباطلة لعيب في الشكل ترد عليها الإجازة بالتنفيذ الاختياري لها دون غيره من طرق الإجازة، فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية. ولكي تنتج هذه الإجازة آثارها يشترط أن يكون الواهب عالماً بأنّ الهبة باطلة لعيب في الشكل ومع ذلك قام بتنفيذها بتسليم المال الموهوب للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة، وعند ذلك تنقلب الهبة صحيحة ولا يشترط فيها الرسمية". أنظر: نقض مصري في: 1985/05/12، طعن 24 س 25، نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 71-72.

² - محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1946، ص. 64.

الباطلة، ومن ثم لا تلحق الإجازة الهبة الباطلة إلا بهذه الطريقة دون غيرها، فلا تجاز بالقول أو بالتصرف أو بغير ذلك من طرق التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية، وإنما تجاز بالتنفيذ الاختياري. ومعنى التنفيذ الاختياري أن يكون الواهب عالماً بأن الهبة باطلة لعيب في الشكل، ومع ذلك يُقدم على تنفيذها راضياً مختاراً وهو على بينة من أمره، فيسلم المال الموهوب للموهوب له قاصداً بذلك إجازة الهبة. فعند ذلك تنقلب الهبة الباطلة إلى هبة صحيحة بهذه الإجازة الخاصة، ومتى انقلبت صحيحة فقد نقلت ملكية المال الموهوب - عقاراً كان أو منقولاً - للموهوب له، فلا يستطيع الواهب أن يسترده¹.

ومن جملة ما ارتكز عليه أصحاب هذا الرأي للاحتجاج بقولهم المذكور وعلى صحة ما ذهبوا إليه، سببين جوهريين، هما:

- لو صحَّ الرأي بكون هبة العقار الباطلة لعيب في الشكل يتخلف عنها التزام طبيعي لصلح هذا الالتزام، ليس فحسب للوفاء به فلا يستردّ بعد الوفاء، بل أيضاً ليكون سبباً لالتزام مدني (المادة 202 من ق. م. م.).

ومن ثمَّ كان يسوغ للواهب أن يتحاشى الشكل هبة عقاره في سند عرقيّ فيتخلف عن هذه الهبة الباطلة - لمعيوية شكلها - التزام طبيعيّ يتخذ سبباً لالتزام مدني نحو الموهوب له ينشئه أيضاً بسند عرقي، وبذلك يستطيع الواهب بهذا الطريق الملتوي أن يهب عقاره هبة ظاهرة مكشوفة دون أدنى مراعاة للشكل المتطلب قانوناً².

- إنّ الشكلية في عقد هبة العقار صنيعة التشريع، وهذا الأخير هو الذي يعين الجزاء على الإخلال به. فقد يجعل العقد الذي لم يفرغ في الشكل الرسمي باطلاً لا تلحقه الإجازة، وقد يبيح إجازته كما هو الحال في هبة العقار الباطلة شكلاً، فالشكل - إذن - هو من خلق القانون، صنعه على عينه، ويصيرُه على القالب الذي ينتقيه انتهاء³.

هذا، وخلافاً للتشريع الجزائري الذي قرّر البطلان المطلق لهبة العقار المعيب شكلها بحيث لا تلحقها أية إجازة طبقاً للقواعد العامة، فإنّ التقنين المدني الفرنسي وبالرغم من إirاده لقاعدة عامة قرّرها

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 74-75.

² - المرجع نفسه، ص. 76.

³ - هذا بخلاف ما ذهب إليه محمود جمال الدين زكي من كون أنّ الرسمية إما أن تكون متعلّقة بالنظام العام فلا يمكن أن يترتب على مخالفتها أيّ التزام، وإما أن تكون مرتبطة بمصلحة خاصة فيكون جزاء مخالفتها بطلاناً نسبياً لمن ارتبطت به، لكن هذا التوجه مردودٌ عليه بدعوى أنّ الشكل من صنع القانون، والجزاء على مخالفته يخضع لتقديره. أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 113، هامش رقم: 1.

المادة 931 منه ومؤداها بطلان عقود التبرعات الشكلية بطلاناً مطلقاً إذا لم يُراعَ الشكل بمناسبة انعقادها؛ فقد انتهج نهجاً مغايراً إزاء عقد هبة العقار التي استلزم ورودها في شكل خاص كشرط لإبرامها، فبعد أن قرّر بطلان مثل هكذا نوع من الهبات عند عدم مراعاة الشكلية في إبرامها طبقاً للقواعد العامة المقررة في المادة 931 المذكورة أعلاه؛ أورد حكماً خاصاً فيما يتعلق بتنفيذها، وبموجبه ميّز بين تنفيذ هبة العقار الباطلة من الواهب أثناء حياته، وبين تنفيذها من لدن ورثته بعد مماته¹، وهذا قبل أن يعدل عن نفس الحكم في ضوء تعديله الأخير لتقنيته المدني بمقتضى المادة 1180/2 منه².

فبالنسبة للحالة الأولى، فإنّ المادة 1339 من ق. م. ف³ (قبل التعديل) لم تجز للواهب تصحيح عقد الهبة بأيّ إجراء لاحق، فإذا كانت باطلة من حيث الشكل وجب إبرامها من جديد في الشكل المنصوص عليه قانوناً⁴، ذلك أنّ الهبة - طبقاً لهذا النص - إذا لم يُراعَ فيها الشكل المطلوب تقع باطلة بطلاناً مطلقاً في حياة الواهب، ويترتب عليها ما يترتب على مختلف التصرفات الباطلة من آثار، إذ لا يملك الواهب إجازتها أو تصحيحها إلّا إذا أبرمها ثانية في الشكل المطلوب قانوناً، حتّى إذا تمّت كذلك، اعتُبرَ عقد الهبة منعقداً من هذا التاريخ لا من تاريخ عقد الهبة الباطل.

على أنّه إذا قام الواهب بتنفيذ هبة عقاره الباطلة لمعيوية شكلها كان له أن يستردّها بعد ذلك، لأنّ تنفيذ الهبة الباطلة لا قيمة له ولا أثر يربّته قانوناً، وما ذلك إلّا تطبيق للقواعد العامة في نظرية البطلان انتهاء.

أمّا بالنسبة للحالة الثانية، فلقد قضت المادة 1340 من ق. م. ف⁵ (قبل التعديل) بأنّه إذا توفّي الواهب فإنّ الهبة الباطلة التي لا يمكن تصحيحها بالإجازة إبان حياته، يمكن إجازتها بمعرفة ورثته صراحة أو ضمناً، ويكون ذلك بالتنفيذ الاختياري لنفس التصرف⁶.

على أنّه يشترط لتطبيق هذا الحكم أن يكون الورثة على علم بالعيب الذي يطال عقد

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 180-181.

² - Art 1180/2 : « Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat ».

³ - Art 1339 : « Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en la forme ; il faut qu'elle soit refaite en la forme légale ».

⁴ - TERRÉ François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p. 419.

⁵ - Art 1340 : « La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation par les héritiers ouayants cause du donateur, après son décès, emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit toute autre exception ».

⁶ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T.VII, Deuxième partie, par RADOUANT Jean et GABOLDE Gabriel, 2^{ème} éd, L. G. D. J, Paris, 1952, p. 326 et s.

الهبة، والعلّة في ذلك اعتبار المشرّع الرسميّة إنّما قرّرت - أساساً - لحماية مصلحة ورثة الواهب، فإن هم أرادوا إغضاض الطّرف عنها، فكأنهم تنازلوا عن الحماية التي خوّّلها القانون إياهم، وأجازوا بذلك الهبة التي أبرمها مورّثهم الواهب بعد مماته.

يلاحظ أخيراً - في ذات السّياق - بأنّ المشرّع الفرنسي كان يقصر التّنفيذ الاختياري على ورثة الواهب دون الواهب نفسه، والغاية من ذلك كلّهُ هو الحرص على المحافظة على حقوق الورثة وتحقيقاً للغاية من تشريع شكلية عقد هبة العقار المتمثّلة في حمل الواهب على التّريث والتدبّر وعدم الاندفاع عند عزمه حرمان نفسه وورثته من أمواله دون عوض¹.

المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الشّكل في عقد هبة العقار

سبق النّظر إلى أنّ مفهوم هبة العقار المباشرة، هي ذاك التصرّف المباشر في المال العقاري دون مقابل بنيّة التبرّع، فيلزم الواهب بموجبه أن ينقل بطريق مباشر إلى الموهوب له ملكية العقار أو حقّ متعلّق به تبرّعاً، وهذه هي الهبة المباشرة، وهي وحدها التي ينبغي إفراغها في الشّكل المقرّر قانوناً.

أمّا الهبة غير المباشرة: فهي تلك الهبة التي يكتسب فيها الموهوب له مالاً أو حقّاً عقاريّاً دون مقابل على سبيل التبرّع دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب²، وهي بذلك لا يلزم أن تستوفي الشّكل المطلوب قانوناً على اعتبار أنّها لم تكن مكشوفة، بل تمتّ تحت ستار عقد آخر.

وننتهي - ممّا سلف شرحه - إلى أنّ الهبة التي ينبغي أن تكون مستوفية للشّكل القانوني كما أوجبه المشرّع هي تلك الهبة المباشرة المكشوفة، فتخرج إذن من هذه الشّكلية: الهبة غير المباشرة

¹ - بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 182-183. وبخصوص حصر المادّة 1340 من ق. م. ف (قبل التّعديل) إمكانية التّنفيذ الاختياري للهبة المعيبة شكلاً وإجازتها على ورثة الواهب دون هذا الأخير، كان يذهب بعض من الفقه الفرنسي إلى القول بأنّ تقرير ذلك مردّه تخلف التزام طبيعيّ من الهبة الباطلة في الشّكل في جانب الورثة، ومن رأيهم أنّ الهبة تكون باطلة بطلاناً مطلقاً لانعدام الشّكل، حتّى إذا توفّي الواهب كانت هذه الهبة قابلة للإبطال بالنّسبة للورثة؛ وهذا ممّا يصعب التّسليم به سيما بمقولة انقلاب البطلان المطلق إلى بطلان نسبيّ بمجرد موت الواهب. أنظر في هذا الصّدّد: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 76-77، هامش رقم: 2؛

PLANIOU Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T.VII, Op. cit., p. 327.

² - على ذلك فالهبة غير المباشرة، هي - على حدّ قول البعض - هبة صحيحة ولو في غياب شرط الشّكلية، كونها تتمّ بطبيعتها في شكلية تجعل من الشّكل التي يوجبه القانون للهبة المباشرة زائدة، ومن ثمّ فشرط الشّكل ما هو إلّا وسيلة يمكن التخلّي عنها حينما تكون غير ذي فائدة. أنظر في هذا الشّأن:

PONSARD André, Op. cit., p. 139.

"Donation indirect"، والهبة المستترة¹ "Donation déguisée".

وإذا كان المشرع الجزائري لم ينصّ على جواز أن تكون الهبة مستترة تحت ستار عقد آخر كما فعل نظيره المصري بمقتضى المادة 1/488 من ق. م. م.²، فإنّ المشرع الفرنسي لم ينصّ أيضاً على الاستثناءات الواردة على الشكلية، خلافاً لقضائه الذي أقرّها تحقيقاً للضرورات العملية، مؤيداً بذلك ما درج عليه العمل في القديم، وهذه الاعتبارات هي التي تغلبت في استقرار الاجتهاد القضائي ولم يعد الفقه الفرنسي يستطيع المنازعة في ذلك³، حيث استعان بالتفسير الحرفي لفحوى المادة 931 من تقنينه المدني الذي لم يشترط الشكل الرسمي سوى للسندات الحاصلة عن هبات بين أحياء، فهي تستوجب سنداً يحرر عن الهبة وهذا السند المكتوب هو الذي يخضع لأحكام الشكلية التي يتطلبها القانون، لكن إذا توصّل العقد إلى تحقيق معنى التبرع من غير تحرير سند رسمي بالهبة فإنّ المادة 931 المحللة أعلاه لا تسري حينئذ، بل يرجع إلى القواعد العامة لنظرية العقد بصدددها.

ومع ذلك، فإنّه حرّياً بنا - حينئذ - أن نتوقف عند بيان هبة العقار غير المباشرة (الفرع الأول)، ثمّ نتعرّض إلى الهبة المستترة (الفرع الثاني) بوصفهما استثناء من قواعد الشكلية وفق الآتي:

الفرع الأول: هبة العقار غير المباشرة

يُراد بهبة العقار المباشرة: تصرف صادر عن الواهب في ماله العقاري للموهوب له بنية التبرع دون عوض، فالذي يميّز هبة العقار المباشرة أنّها تصرف مباشر في المال العقاري إمّا بنقل حقّ عيني أو بإنشاء التزام شخصي؛ فإذا منح شخص لآخر منزله دون مقابل على سبيل التبرع، يكون قد نقل له حقّاً عينياً هو حقّ الملكية على ذاك العقار، فتكون هبة مباشرة. وإذا التزم شخص لآخر بأداء الدين المفروض على عقاره المرهون على سبيل التبرع، فإنّه يكون قد التزم له بحقّ شخصي مفاده إعطاء شيء "Obligation de donner" وتكون الهبة - عندئذ - هبة مباشرة أيضاً.

¹ - من بين الفروق بين هبة العقار المباشرة ونظيرتها المستترة ما يلي: 1- أنّ هبة العقار غير المباشرة: هي هبة ظاهرة غير مخفية، أي تبرع في الظاهر والباطن وإن كان غير مباشر؛ أمّا هبة العقار المستترة: فظاهرها غير باطنها، فهي وإن افرغت في شكل عقد معاوضة حسب الظاهر، إلّا أنّ باطنها وحقيقتها عقد تبرع، وهي تنقل الحق مباشرة وإن كانت مستترة. 2- هبة العقار غير المباشرة: لا تخضع للشكل المقرّر في الهبة الظاهرة المباشرة، إذ لا يلزم فيها الرسمية أو الحيازة، كما أنّها لا تفرغ في صورة عقد آخر على اعتبار أنّها معفاة من الشكلية بحكم النظام الخاص الذي يسري عليها، أمّا هبة العقار المستترة فيلزم لانعقادها أن تستتر في عقد آخر. أنظر في هذا الشأن: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 106.

² - القاضية بأنّه "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار آخر".

³ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 546 et s.

ومن بيان مفهوم هبة العقار المباشرة - على هذا النحو - نستشف تحديد مفهوم هبة العقار غير المباشرة، فحيث يكتسب الموهوب له حقاً عينياً أو حقاً شخصياً دون عوض على سبيل التبرع من الواهب، ولكن دون أن ينتقل هذا الحق مباشرة من الواهب فتلك هي هبة العقار غير المباشرة¹.

وبخصوص تحديد معيار هبة العقار غير المباشرة، فلقد رأى البعض بأنه هو التصرف غير المتصف أو المحايد "Acte neutre"، بخلاف البعض الآخر الذي اعتبرها بكونها تنشأ من أي تصرف قانوني آخر غير عقد الهبة، وفيه تبرز نية الواهب في التبرع ورغبته في إبرام الهبة، فتتحقق تبعاً لذلك حال اكتساب الموهوب له حقاً أو مالاً عقارياً دون عوض وبنية التبرع من الواهب، لكن دون أن ينتقل هذا الحق مباشرة من الواهب².

وعليه - وحسب ما انتهى إليه البعض - فإنه يمكن تعريف هبة العقار غير المباشرة بأنها "كل تصرف جدي سوى عقد الهبة يؤدي إلى نقل حق مالي [عقاري] من ذمة إلى أخرى بلا عوض، وذلك دون اللجوء إلى الأشكال العادية للهبات، وكثيراً ما تأخذ الهبات غير المباشرة صورة التنازل أو التبرك، فهبة (العقار) غير المباشرة لا يتم نقل الملكية [العقارية] فيها بطريق مباشر من الواهب إلى الموهوب له، وإنما تكون بطريق ترك الحق للموهوب له لا نقله"³.

مما سبق شرحه يمكن أن نمثل هبة العقار غير المباشرة ببعض الأمثلة المشهورة نورد بعضاً منها كالآتي:

- النزول أو التبرك لفائدة الغير:

من البديهي أن نشير - بداءة - بأن النزول أو التبرك لفائدة الغير "Rononciation in favorem" يتخذ شكل النزول عن الحق العيني⁴ أو تنازلاً عن حق شخصي.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 79-80.

² - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 52؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 534 et s.

³ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 162-163، وقد تم تعديل التعريف المحلل أعلاه بإضافة ما بين عارضتين [الصفة العقارية للموهوب] حتى يتوافق وموضوع البحث. وأنظر في نفس المفهوم:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 534 et s.

⁴ - أنظر في فحوى الحق العيني وقاعدة عدم الرجوع فيه:

MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, T I, Introduction générale à l'étude du droit, 2^{ème}

وبعدّ النزول عن حقّ عيني وسيلة لتحقيق هبة عقار غير مباشرة، وهذا ما ذهب إليه فريق من الفقه¹، وبحسبهم يمكن استعماله لتحقيق هبة غير مباشرة في العديد من حالاته على اعتبار أنّ صاحب الحقّ العيني يتنازل - في الغالب - عن حقّه لكي يستفيد منه شخص آخر.

ووفقاً لهذا الرأي فإنّ النزول عن حقّ عيني يعدّ هبة غير مباشرة، ومثاله: أن ينزل صاحب حقّ الانتفاع أو السكّنى أو حقّ الاستعمال عن حقّه فيؤول إلى مالك الرقبة، أو أن يتنازل صاحب حقّ الارتفاق عن هذا الحقّ فيؤول لمالك العقار المحمّل بالارتفاق. ففي هذه الحالات يكتسب الموهوب له الحقّ الموهوب لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب، بل عن طريق تنازل الواهب عنه وتركه له².

وعلى عكس ما ذهب إليه الفريق الأول، ذهب فريق آخر إلى أنّ إعفاء التنازل من الشكل ليس له أساس قانوني، وإنّما انحاز القضاء الفرنسي إلى القول به لاعتبارات عملية فرضت عليه التيسير على المتعاملين بالتعاضّي عن شكلية لم يبق لها في الوقت المعاصر من دواع تبرّرها، وأنّساقاً مع ذلك ينبغي ألاّ يُنقاد وراء هذا الطّريق. فالتنازل هبة يجب أن تكون بورقة رسمية تطبيقاً لنصّ المادة 1/488 من ق. م. م. وإلاّ كان باطلاً، ولا يستثنى من هذه القاعدة إلاّ التنازلات التي ينتفي عنها وصف الهبة وإن حققت إثراء بلا عوض وكانت في الواقع تبرّعاً، كما إذا كان ثبوت الحقّ معلّقاً على القبول، فإنّ تنازل صاحب المصلحة عنه يعتبر هبة غير مباشرة، ولا يجب فيه أن يكون رسمياً، ومثاله ردّ الوصيّة بعد موت الموصي، إذ يترتب عليه أن يؤول الموصى به إلى ورثة هذا الأخير، ولكنّه لا يعتبر هبة ولو اقترن بنية التبرّع لانتهاء معنى العقد فيه، ذلك أنّه بالرّد تبطل الوصيّة ويصير الموصى به تركّة للموصي.

ومثاله كذلك التنازل عن التّقدم لأنّه ليس كالحقّ الثابت للحائز، بل هو كما هو الشّأن في ردّ الوصيّة تخلّ عن وسيلة كسبه، فأثر التّقدم معلّق على التّمسك به، ولأجل ذلك كان يجوز أن يأتي

éd, Sirey, paris, 1972, p. 308 et s.

على عكس الفقه العربي، ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنّ التنازل عن التّركة لفائدة أحد الورثة يعدّ هبة غير مباشرة ولا يخضع من ثمّة للشكلية المطلوبة في عقد الهبة. ولم يسلم هذا التوجّه من الانتقاد بدعوى أنّ التنازل الذي يتم لفائدة الغير من عوض يعدّ هبة مباشرة يخضع وجوباً للشكلية المطلوبة، كون أن التنازل حينما يكون اتّفاقياً يفقد مميّزاته الجوهرية، ومن ثمّ فليس هناك ما يبرّر خروجه عن الشّروط الشكلية المستلزم قانوناً. أنظر في هذا الصّدّد:

MEAU-LAUTOUR Huguette, Op. cit., p. 407 ; PONSARD André, Op. cit., p. 14.

¹ - MAGUET, Donations déguisée et donations indirectes, J. C. P, 1944 éd, N, 1, 388; PONSARD André, Op. cit., p. 131 et s; DUNAUD Véronique, Les libéralités par voie de renonciations, thèse de doctorat, Limoges, 2000; BRETON André, Théorie générale de la renonciation aux droit réel, Le déguerpissement en droit civil français, R. T. D. Civ. 1928, p. 317.

² - لكن هبة حقّ الانتفاع لغير مالك الرقبة تكون هبة مباشرة تستلزم الشكلية، كون أنّ التصرف هنا ينقل حقّ الانتفاع من صاحبه إلى الموهوب له. أنظر: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 80، هامش رقم: 2.

ضمنا.

والحال كذلك كما إذا اقتصر الأمر على ترك الحق ولو رام به صاحبه به التبرع وترتب عليه إثراء لآخر، ومثاله ترك المنتفع حق انتفاعه وكذا صاحب العقار المرتفق حق ارتفاعه فلا يلزمه إلاّ بعلم مالك الرقبة أو مالك العقار، ويكون اكتسابهما له فيه معنى الاستيلاء، ففي مثل هذه الحالات أيضاً ينتفي عن التنازل وصف الهبة باعتباره تصرفاً من جانب وحيد، والأغلب فيها أن يكون باعثها هو التخلّص منها، فيعدم - تبعاً لذلك - عن التنازل قصد التبرع¹.

أما النزول عن حق شخصي، أي الإبراء "Remis de dette" فإنه يعدّ هبة غير مباشرة كذلك²، فإذا نزل الدائن عن حقه - كما في المثال السابق - بأن أبرأ ذمة مدينه (الموهوب له) منه، فإنه لا ينتقل إليه حقاً مبتدأ أو مباشرة، بل يدع له ديناً قائماً في ذمته كما هو الشأن في التنازل عن حق عيني، ولهذا فإنه لا يخضع لقواعد الشكلية المستلزمة قانوناً في الهبة، إذ لا يلزم في هذه الحالة الرسمية.

وفي نفس هذا السياق قضت المادة 306 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من نص المادة 372 من ق. م. م - بالقول: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع".

ولا يشترط فيه شكل خاص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه توافر شكل فرضه القانون أو اتفق عليه المتعاقدان".

¹ - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 126-127؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 106-107 هامش رقم 3. ويحتج بعض الفقه الفرنسي التاعث للتنازل عن الحق العيني بالهبة غير المباشرة بعدة أسانيد وأسس، فمنهم من يقيم استناده على: أ - التفرقة بين الحل القانوني والحل الواقعي، فطبيعة التنازل الإسقاطية لا تشكّل حائلاً دون تحقيق هبة غير مباشرة كون أنّ الحل القانوني للتنازل يكمن في ترك الحق من صاحبه، وحله الواقعي يكون في ذهن المتنازل بنقله إلى المستفيد المعين من لدن القانون. ب - ومنهم من يركز على كون أنّ الطبيعة الإسقاطية لهذا التصرف لا تتأثر بنفسية المتنازل وبالنية القائمة لديه وقت التصرف، إذ لا يمكن لهذا التنازل أن يشمل نية ترك ضيقة كون أنّ التنازل لا يقتصر على مجرد إقصاء الحق دون الانشغال لما يؤول له؛ وتبعاً لذلك فمن غير المتصور أن يقوم المتنازل عن حق الانتفاع أو التركة دون أن يهتم بمآل الحق الذي تخلى عنه أو بالمستفيدين المتنازل لهم. ج - ومنهم من يستند على مقولة أنّ التنازل يؤدي إلى حصول افتقار للمتنازل وإثراء للمستفيد كما هو الشأن في هبة العقار، وإن كانت تفسيراتهم في ذلك قد اختلفت على نحو قولين؛ ففي حين ذهب البعض إلى اعتبار أنّ افتقار المتنازل هو سبب مباشر لإثراء المستفيد رغم تعيينه من لدن القانون، جنح فريق ثانٍ إلى القول بأنّه يكفي أن تبيح العملية الاقتصادية للتصرف بصفة غير مباشرة بإغناء الغير. لأكثر تفصيل راجع:

PONSARD André, Op. cit., p. 135; DUPEYROUX Jean-Jacques, Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit, L. G. D. J, paris, 1955, p. 255; MEAU-LAUTOUR Huguette, Op. cit., p. 406 et s.

² - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 536 et s.

فوفقاً لهذا النص¹، فإن الإبراء وإن كان لا يتطلب فيه الشكل المقرر للهبة المباشرة، إلا أنه ينبغي أن تتوفر فيه الشروط الموضوعية المستلزمة في كل تبرع، ومن جملة ذلك، أن يكون الواهب أهلاً للتبرع والموهوب له أهلاً للقبول وغير ذلك من الشروط الأخرى².

- التعاقد لمصلحة الغير:

ويتأتى ذلك بأن ينوب شخص عن آخر في عقد معاوضة بأن يؤدّي الأول بدل ما انتقل إلى ذمة الثاني، فيكون النائب في حقيقة الأمر واهباً والأصيل موهوباً له.

ومن تطبيقات هذه الصورة عملياً، شراء شخص لآخر عقاراً على سبيل التبرع له به، فيقوم بتسديد ثمنه للبائع وينصّ في العقد بأن المشتري هو ذاك الشخص الآخر (أي المتبرع له).

ووفقاً لهذه الصورة نكون أمام هبة غير مباشرة، لأنّ الموهوب له إنّما يتلقّى ملكية العقار الموهوب من البائع وليس من الواهب³.

ومن الممارسات الموجودة عملياً في هذا الصدد، شراء الأب باسم ولده المشمول بولايته منزلاً بعد أن يسدّد ثمنه تبرعاً به لولده، بحيث لا يشترط - في هذه الحالة - استيفاء الشكلية المقررة في عقد

¹ - وقد رأى محمود جمال الدين زكي بأن هذا النص لم يأت بشيء جديد على اعتبار أنّ الحكم الذي يقرّه مجمع عليه في فرنسا وكان مسلماً به في ظلّ التقنين المدني المصري الملغى دون نص صريح عليه، وبالرغم من اعتراضه السابق الإشارة إليه بخصوص النزول عن حق عيني، فإنّ الرأي في الفرضين - النزول عن حق عيني أو حق شخصي - هو ترك للحق على سبيل التبرع، وعليه لم يكن هنالك بُدّ ومسوّغ للتمييز بينهما في الحكم. أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 107-108، هامش رقم: 1.

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 192.

³ - Cf. AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Course de Droit civil français, T. 10, Op. cit., p. 526. وينبغي على ذلك أنّه إذا كان هناك مسوّغ لفسخ الهبة وفسخها الواهب، إستردّ من الموهوب له المبيع لا الثمن على اعتبار أنّ الهبة منصبة على العين المشتراة لا على الثمن. وفي هذا الصدد: قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها بأنّه "إذا كانت الورقة الصادرة إلى أم من أولادها تتضمن إقرارهم بشراء أمهم من مالها الخاص المنزل محلّ النزاع الصادر عنه عقد البيع من المالك بأسماء الأولاد في تاريخ لاحق لتلك الورقة، وأنّ الأم تنازلت عنه بطريق الهبة إلى أولادها هؤلاء الذين تعهدوا بالأداء يتصرفوا فيه إلا بعد وفاتها، كما تعهدوا بأن يعطوها نفقة شهرية مقدارها 200 قرش، فاعتبرت المحكمة هذا الإقرار ورقة ضدّ تكشف عمّا أخفاه عقد البيع الصادر بعدها من أنّ الأولاد ليسوا هم المشتريين في الحقيقة بل المشتري هي الأم، وأنّها قصدت بإخفاءها اسمها أن تختصر الطریق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثمّ تهب بآخر، بل يتمّ الأمران بعقد واحد؛ فهذا ما حصلته المحكمة يسوّغه ما ورد في الإقرار، والمحكمة إذ كلفت عقد البيع المذكور بأنّه هبة من الأم لأولادها حرّرت في صورة عقد بيع من البائع إلى الموهوب لهم لم يظهر فيه اسم المشتري الواهبة، وإذ حكمت ببطالان البيع الذي تصرف به الموهوب لهم في الموهوب وفسخ الهبة لإخلالهم بالتزامهم بعدم التصرف، لا تكون قد أخطأت، بل هي طبقت أحكام الصورية والهبة غير المباشرة تطبيقاً صحيحاً. أنظر: نقض مدني بتاريخ: 1949/01/20، مجموعة عمر 5، رقم 373، ص. 703، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 81-82، هامش رقم: 2.

هبة العقار ابتداء.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية¹ في هذا الصدد إلى أنّ شراء شخص لآخر عيناً بعد أن التزم بتسديد ثمنها عنه، يعدّ هبة مستترة وليست هبة غير مباشرة، لكنّ الفقه الفرنسي انتقد هذا الحكم بمقولة أنّ الهبة هنا هي هبة غير مباشرة كونها لم تنتقل من الواهب إلى الموهوب له مباشرة.

كما اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها بأنّه "لما كان التكييف الصحيح لتدخل طرف ثالث في عقد بيع العقار وقيامه بدفع كامل الثمن من ماله إلى البائع على سبيل التبرّع مقابل أن تنتقل الملكية من الأخير إلى المشتري مباشرة، أنّ هذا التصرف في حقيقة هبة غير مباشرة، وأنّ المال الموهوب ليس هو الثمن، بل هو العقار المبيع ذاته، ولما كان ذلك وكان الثابت من عقد البيع موضوع الدعوى أنّ مورثة الطاعنين كانت طرفاً فيه وقد تضمن هذا العقد أنّها هي التي دفعت إلى البائعين كامل الثمن من مالها تبرّعاً منها للمشتريين، ممّا مفاده أنّ المورثة هي المشتري الحقيقية للأطيان المبيعة وقد قصدت بتصرفها أن تختصر الطريق والإجراءات فلا تشتري بعقد ثمّ تهبّ بآخر، بل يتمّ الأمران بعقد واحد، وكان التكييف الصحيح لهذا التصرف أنّه هبة غير مباشرة منها لولدها وزوجته وأولادهما وأنّ المال الموهوب في الحقيقة ليس هو الثمن كما هو وارد بالعقد، بل هو الأطيان المبيعة به ذاتها، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وجرى في قضائه على أنّ المورثة لم تكن طرفاً في العقد واستخلص من عبارات العقد أنّ المال الموهوب هو الثمن وليس الأطيان المبيعة، وأنّ هذا الثمن قد هلك بدفعه من المشتريين إلى البائعين، ورُتب الحكم على هذا الاستخلاص الفاسد عدم جواز الرجوع في الهبة تطبيقاً لنصّ الفقرة السادسة من المادة (502) من القانون المدني وتحجب بذلك عن مواجهة ما أثارته الواهبة من جحود المطعون ضدها الأولى، فإنّه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسيب"².

- الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرّع له:

إستقرّ رأي الفقه على أنّ الاشتراط لمصلحة الغير تبرّعاً يعتبر هبة غير مباشرة معفاة من الشكلية، وقد برّر كثير من الفقهاء عدم خضوع الاشتراط لمصلحة الغير تبرّعاً للرسمية المطلوبة

¹ - Civ. 30 avril 1941, D. C. 1942, 6, note M. N., J. C. P. 1941, II, 1717, note Voirin, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 537.

² - أنظر: نقض مدني مصري بتاريخ: 1988/10/25، طعن رقم: 2343، س 55 ق، نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 45.

قانوناً، إعتبار أنّ هبة العقار في هذه الحالة ملحقة بعقد من عقود المعاوضة، فيجب أن تأخذ - بالتبعية - حكمه عملاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل.

بيد أنّ هذا التعليل لم يلقَ قبولاً لدى جانب آخر من الفقه على اعتبار أنّ الهبة وإن كان ملحقة بعقد المعاوضة من الناحية الفنيّة، فهي في حقيقة الأمر الغاية التي جعلت المعاوضة بين المشتري والمتعهد وسيلة لتحقيقها¹.

ومن أبرز التطبيقات العملية للاشتراط لمصلحة الغير تبرّعاً، بيع شخص لآخر عقاره بعد أن يشترط عليه تسديد ثمنه إيراداً مرتباً مدى الحياة لشخص ثالث يعينه البائع.

ولما كان هذا الاشتراط المقرّر لفائدة الشخص الثالث تبرّعاً من البائع، فنكون - في هذه الحالة - أمام هبة غير مباشرة، ذلك لأنّ المشتري لمصلحة لا يتلقّى الحق المشتري (الإيراد) مباشرة من الوهاب (البائع) بل من المشتري².

تجدر الإشارة إلى أنّ هبة العقار التي تتخذ شكل الاشتراط لمصلحة الغير تنفرد بأحكام خاصّة، لعلّ أهمّها: جواز العدول عنها قبل أن يقبل الموهوب له هذا الاشتراط، فضلاً عن أنّه من الممكن أن يكون الموهوب له شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلية، أو أن يكون هذين الأخيرين غير معيّنين إبان إبرام العقد، طالما يكون تعيينهما ممكناً وقت أن يترتب العقد آثاره وفقاً للمشارطة³.

وتبعاً لذلك، فلقد نظّم المشرّع الاشتراط لمصلحة الغير، فأباح للشخص أن يتعاقد بإسمه على التزامات يشترطها لفائدة الغير، ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد لا قبل المشتري طبقاً لنصّ المادة 116 من ق. م. ج⁴ - المطابقة لنصّ المادة 145 من ق. م. م

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 165. وأنظر في تحليل المادة 118 من ق. م. ج - القاضية بالاشتراط لمصلحة الغير - بين التقنين المدني الجزائري وتطبيقه في الفقه المالكي: أحسن زقور، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري، آثار العقود في المعاملات المدنية، منشورات دار الأديب، وهران، 2007، ص. 148 وما يليها.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 109؛ وقد تباينت آراء الشراح فيما يتعلق بتكييف الحباة في عقود المعاوضة، ومثالها أن يبيع شخص لآخر عقاراً دون ثمن قيمته الحقيقي، قاصد بذلك التبرّع له بالباقي؛ ففي حين ذهب البعض إلى أنّ هذه الحباة تدخل في خضمّ الهبات غير المباشرة، ذهب آخرون إلى كونها هبة مستترة، ومن ثمة فهي هبة مباشرة كون أنّ الموهوب له (الحباة) إنما يتلقّى الحق المتبرّع به مباشرة من البائع (الواهب). أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع نفسه، ص. 109، هامش رقم: 2؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 83.

³ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 166.

⁴ - القاضية بأنّه "يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادّية كانت أو أدبية.

-، وسواء كان الاشتراط لمصلحة الغير بمقابل أو بدون، فهذا هو النظام الذي ينتهجه، ليس فيه استلزام للشكل، فإن كان بلا مقابل كان هبة مباشرة - كما أسلف القول إليه - لا تخضع بالتالي للشكلية المستلزمة قانوناً في الهبة المباشرة¹.

على أنه ينبغي التذكير - في هذا الشأن - بأن المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري كان يحوي نصاً (المادة 662) مؤداه "إذا تمت الهبة في صورة اشتراط لمصلحة الغير، فلا يشترط فيها شكل خاص، إلا الشكل الذي قد يتطلبه العقد ما بين المشتري والمتعهد"، إلا أن هذا النص حذف ضمن أعمال لجنة المراجعة، كون أن حكمه مستفاد من القواعد العامة للاشتراط لمصلحة الغير².

تجدر الإشارة انتهاءً إلى أن الأحكام المتعلقة بالشكل لا يجري سريانها في هبة العقار غير المباشرة، ومع ذلك فهي تخضع إلى الأحكام الموضوعية الخاضعة لها مختلف الهبات المباشرة.

وتبعاً لذلك يخضع إثبات هبة العقار غير المباشرة للقواعد العامة، مثلها مثل سائر العقود الشكلية الأخرى، فتجب الكتابة فيما بين المتعاقدين كما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة فطلب منه إثباتها؛ أما بالنسبة إلى الغير، فيسوغ له إثبات هبة العقار غير المباشرة بكافة وسائل الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن كما لو أراد دائنوا الواهب - مثلاً - الطعن في هبة العقار غير المباشرة بواسطة الدعوى البوليصية³.

الفرع الثاني: هبة العقار المستترة

إنطلاقاً من نص المادة 1/488 من ق. م. م القاضي بأن "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر"، فهبة العقار المستترة في صورة عقد آخر، ظاهرها غير باطنها، ومبناها غير مبتناها، فهي في الحقيقة هبة مباشرة، وإن ألبست لباس عقد آخر تتدثر به إخفاء لمعاملها وحجباً لبواطنها.

وإذا كان هبة العقار غير المباشرة قد أعفيت من الشكلية بحكم النظام الخاص الذي يسري عليها - كما سبق الإشارة إليه -، فإن هبة العقار المستترة هي هبة مباشرة كان من الواجب أن تخضع لشكل

ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

ويجوز كذلك للمشتري أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك".

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 194-195.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 81، هامش رقم: 1.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 195.

الهبة، ولكن القانون أعفاها منه بالنص الصريح المقرر ابتداءً كما هو الحال في التقنين المدني المصري ومن نصح نصح.

ولما كان التشريع الجزائري قد جاء خلواً من النص على هبة العقار المستترة بحيث لم يعترف بها طبقاً للقواعد العامة¹، وهو إزاءها قد خالف موقفه موقف كل من التشريع المصري والقضاء الفرنسي، فمن اللازم - بداءة - تبيانها في ضوء القضاء الفرنسي بوصفه الأصل الذي اقتبس منه التقنين المدني المصري أحكامها (البند الأول)، يليه مباشرة دراستها ضمن التشريع المصري (البند الثاني)، فتوضيح الشروط الواجب توافرها فيها انتهاء (البند الثالث).

البند الأول: هبة العقار المستترة في ضوء القضاء الفرنسي

جاء التقنين المدني الفرنسي خلواً من نصٍ يعني الهبات المستترة من الشكلية بخلاف قضاءه الذي استقر منذ أمدٍ بعيدٍ - وبعد ترددٍ - على إعفاء هذا النوع الهبات من الشكل تقريباً لها من الهبات غير المباشرة، فضلاً عن مبتغاه في حماية الغير الذي يتعامل مع الموهوب له.

وقد ارتكز القضاء الفرنسي في ذلك على بعض النصوص القانونية غير الحاسمة، ولكن الاعتبارات العملية الداعية إلى التيسير على المتعاملين هي التي تغلبت في استقرار أحكام القضاء ولم يعد الفقه الفرنسي يستطيع أن ينازع في ذلك².

وقد استمر النزاع حول صحة هبة العقار المستترة ولم يتم عرضها أمام قضاء محكمة النقض إلا

¹ - القاضية بتوافر الشكلية بجانب الحيابة لتمام هبة العقار تحت طائلة بطلانها في حالة تخلفهما وفقاً لمقتضيات المادة 206 من ق. أ. ج وكذا المادة 324 مكرر من ق. م. ج، وبذلك يتضح بأن المشرع الجزائري لم يعط أي أثر للصورية بالنسبة إلى شكل انعقاد هبة العقار، فبالنسبة لقواعد الصورية لا يمكن أن تنطبق في حالة ستر هبة العقار بأي تصرف من التصرفات القانونية، ذلك أن الصورية تفترض وجود تصرفين صحيحين، وفي فرض هبة العقار المستترة فإنها تكون غالباً باطلة، لأنها لا تكون صحيحة إلا إذا استجمعت ركني الشكلية والحيابة - كما سبق الإشارة إليه - بحيث لا يتصور وجود هبة عقار في غير هذه الأحوال. هذا بالإضافة أنه لا يمكن التسليم بعد ذلك بالرأي القائل بأنه إذا كانت هبة العقار المستترة باطلة فالعقد الساتر لها صحيح ومن ثم يجوز التمسك به، حيث أنه لو افترض أن العقد الساتر هو عقد بيع - مثلاً - فإنه يستلزم فيه توافر أركان انعقاده حتى ينشأ صحيحاً، ومن تلك الأركان اتجاه إرادة الطرفين إليه، وذلك ما لم تنجّه إليه إرادة الطرفين في هذا الفرض وإنما اتجهت في حقيقتها إلى إبرام عقد هبة العقار، والهبة كما أسلف القول إليه باطلة، ومن ثم يكون عقد البيع بدوره باطلاً لتخلف أحد أركان انعقاده وهو التراضي. أنظر في مفهوم الصورية ومقتضاها:

SAGHY-CADENAS Pedro, La simulation de contrat, Étude comparée en droit civil français et vénézuélien, Thèse de doctorat en droit, université panthéon- Assas, Paris II, 2012, p. 34 et s.

² - نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 65؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 68، هامش رقم: 1.

قبيل صدور التقنين المدني الفرنسي بمدة يسيرة، حيث عرضت أمام دائرتين من دوائر محكمة النقض استقلال كل منهما بحكمه الخاص بصدها؛ ففي حين ذهبت إحدهما إلى القول بصحتها، رأت الثانية بكونها باطلة، ومع الكثير من الجدل حولها استقرّ القضاء الفرنسي أخيراً إلى اعتبار هذا النوع من الهبات صحيحاً، وتمّ له ذلك بمقتضى الحكم القضائي الشهير الصادر عن محكمة النقض في 13 ماي 1813، حيث تلتها الأحكام¹ مساندة لهذا الاتجاه انتهاءً.

وبالرغم مما توصل إليه القضاء بخصوص صحة هبة العقار المستترة فإنه لم يلقَ قبولاً واسعاً من لدن الفقه الفرنسي²، فقد تصدّى له جانب من الفقه منتقداً بشدة ما انتهى إليه ومارسه بشأنها باسم القواعد العامة القانونية في هذا الصدد.

هذا، وقد تمثّلت أهم الانتقادات الموجهة لقضاء محكمة النقض الفرنسية في دحض الأسانيد المرتكز عليها في قضائها بخصوص صحة هبة العقار المستترة، فيما يأتي:

- إنتصاراً لرأيه، ذهب القضاء الفرنسي إلى الإرتكان إلى نصوص القانون، فقال بأنّ فحوى المادة 931 من ق. م. ف³ لا يسري إلّا في فرض وجود سندٍ يحرّر عن هبة، وعليه فإذا كان هناك عقد بيع يستر هبة فإنه لا يكون هناك سند يحرّر عن هبة.

وتبعاً لذلك فإنه لا مراء في أنّ هذا التوجّه يؤدّي إلى نتيجة مفادها إعطاء القانون لطرفي العقد الحرية الكاملة للخروج عن نصّ المادة الأمر، فهل هذا ممكن؟.

يجيب بول جلاسون " PAUL Glasson " رادّاً على هذا التساؤل: "إنّ الإجماع منعقدٌ على أنّ الصّورية ليست في ذاتها سبباً في بطلان العقد المستتر، ولكنّ هذه القاعدة لا تطبّق إذا كان الغرض من الصّورية الغشّ نحو القانون، كما إذا كان الغرض منها هبة لمن ليس أهلاً لقبولها، ومن ثمّ أفلا يمكن أن يقال إنّ هناك غشّاً نحو القانون في حالة الصّورية التي تخفي هبة ينقصها ركن من أركانها الموضوعية الذي

¹ - من بين تلك الأحكام مثلاً:

Civ. 3 novembre 1896, D. P. 97, 1, 548 ; 26 janvier 1903, D. P. 1903, 1, 238 ; Douai, 24 mars 1947, S. 1948, 2, 1, note Morel ; Civ. 16 novembre 1949, D. 1950, 393, note Frégaville, Cité par : Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 550.

² - أنظر في مختلف الأقوال الصادرة بخصوص تبرير توجه القضاء في هذا الشأن:

Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 565 et s.

³ - Art 931 « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

فرضه القانون بنصوصه الآمرة وهو الشكلية؟.

إنّ القضاء لا يشترط لصحة الهبة المستترة تحت ستار عقد آخر سوى أن يستوفي العقد الظاهر جميع شروطه الشكلية والموضوعية التي فرضها القانون.

ولكن من المفهوم أنّ المقصود بالشروط الموضوعية للعقد الستار، هي تلك الشروط الموضوعية التي لا تتعارض مع العقد الجدي المستتر. ففي الهبة المستترة تحت ستار بيع لا يقتضي البائع الثمن من المشتري إذ أنّ الثمن لم يذكر في العقد الظاهر سوى تكملة للشكل، وإلاّ كان هناك بيع لا هبة حقيقية. أيّ أنّه طبقاً لهذه النظرية فإنّ الصورية تقضي على الشروط الشكلية التي فرضها القانون لصحة الهبة، وتعفي في الوقت نفسه العقد الظاهر من الشروط العادية لصحته التي تتعارض مع العقد السري.

وبمعنى آخر وطبقاً لهذا القضاء لا تكون الصورية سبباً في البطلان فحسب، بل إنّها أيضاً تكون سبباً في صحة العقد المستتر الذي لا تتوافر فيه جميع شروطه الموضوعية التي فرضها القانون¹.

- توجّه محكمة النقض الفرنسية بمنطقها القائل بتطبيق المواد 931، 932، 948² من ق. م. ف إلاّ بالنسبة للسندات الناتجة عن هبات بين الأحياء⁴ بحسبانها تفترض سنداً يحرّر عن هبة، وهذا السند هو الذي يخضع لشروط الرسمية؛ بحيث إذا توصل أطراف العقد إلى تحقيق التبرّع عن غير طريق سند عن الهبة كهبة مستترة تحت ستار عقد بيع خفيّ أو غير ذلك فإنّ المواد المبيّنة أعلاه لا تكون سارية عليها. فهل هذا ما رامه التشريع من هذه المواد؟.

إستطراداً لذلك يعقّب "PAUL Glasson" بقوله ثانية: "إنّنا لو قرّنا المادتين 931 و 893⁵

¹ - أنظر في نقل قول بول جلاسون: أحمد مرزوق، نظرية الصورية في التشريع المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1957، ص. 445؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 197-198.

² - Art 932 : « La donation entre vifs n'engagera le donateur, et ne produira aucun effet, que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès.

L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet, à l'égard du donateur, que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié ».

³ - Art 948 : « Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation ».

⁴ - أنظر في ما يتعلّق بالهبات بين الأحياء:

- T. Raymond, M. Troplong, Op. cit., p. 12 et s.

⁵ - Art 893 : « La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.

من بعضهما وفسرناهما معاً لخرجنا بقاعدة عامة وهي أنّ كل هبة يجب أن تكون في عقد رسمي، وإذا كانت المادة 931 لم تتكلم إلا عن السندات الحاصلة عن هبات بين الأحياء، ذلك لأنه توجد تبرعات لا تحتاج إلى كتابة كالهبات اليدوية والهبات التي تعمل طبقاً لنص المادة 1121 الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير وكحالة الإبراء من الدين الثابت في الذمة والصادر من الدائن للمدين بتسليم سند الدين إليه.

أي أنّ الأصل في الهبات الرسمية، وعدم الرسمية هي الاستثناء، ولكن القضاء عكس الآية فجعل القاعدة أنّ الهبات تكون بغير عقد رسمي، وأنّ الهبات الرسمية هي الاستثناء¹.

- إستناد القضاء الفرنسي - في توجّهه المذكور - على المادتين 911² و 1099³ من ق. م. ف اللتين نصّتا على فرضين تكون فيهما الهبة تحت ستار عقد آخر باطلة، وبإعمال مفهوم المخالفة فإنّ الهبات تكون جميعها صحيحة في غير تلك الحالتين.

على أنّه تمّ الردّ على ذلك بأنّ تلك المادتين قرّرتا لتنظيم حالتين خاصتين، الأولى خاصة بأهلية الإيهاب وأهلية القبول⁴، والثانية جاءت لتنظيم الهبات بين الأزواج⁵.

وقد استأنف "PAUL Glasson" نقده بخصوص ما ذكر معللاً توجّهه: "واستند القضاء لتأييد

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament ».

¹ - أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص. 445-446.

² - Art 911 : « Toute libéralité au profit d'une personne physique ou d'une personne morale, frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit, est nulle, qu'elle soit déguisée sous la forme d'un contrat onéreux ou faite sous le nom de personnes interposées, physiques ou morales.

Sont présumés personnes interposées, jusqu'à preuve contraire, les père et mère, les enfants et descendants, ainsi que l'époux de la personne incapable ».

³ - Art 1099 : « Les époux ne pourront se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus ».

وقد ذهب الغالبية من الفقه الفرنسي إلى أنّ المادة 1099 من ق. م. م المحللة أعلاه تعدّ استثناء من القواعد العامة للصورية التي قضت بأنّ الهبة في حدّ ذاتها ليست سبباً في بطلان العقد المستتر، إلا في حالة الهبة المستترة بين الأزواج سواء جاوزت النصاب الجائز التصرف فيه بالهبة أو كانت في حدوده فهي باطلة، ذلك أنّ الصورية في هذه الحالة هي وحدها سبب البطلان، أمّا لو أجريت هذه الهبة ظاهرة وكانت في حدود النصاب المقرّر قانوناً فإنّها تعتبر صحيحة، وإذا جاوزت حدود هذا النصاب لأنقصت إلى الحدّ الجائز التصرف فيه بالهبة. وقد رام القانون من توقيع هذا الجزاء القضاء على الغشّ نحو القانون في عقد الهبة بين الأزواج التي شاع تجاوز النصاب المسموح التصرف فيه بالهبة قانوناً. أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 199-200، هامش رقم: 1.

⁴ - أنظر في كلّ ما يتعلّق بالأهلية في التبرع وقبوله:

COLLIN Paul, Op. cit., p. 22 et s.

⁵ - أنظر في كلّ ما يتعلّق بالهبات بين الزوجين:

RIEUBERNET christelle, Op. cit., p. 15 et s.

مذهبه على نص المادة 918 مدني التي قضت بأن "قيمة الملكية التامة للأموال التي حصل التصرف فيها إما بترتيب إيراد مدة الحياة أو استهلاك رأس المال أو الاحتفاظ بحق الانتفاع لوارث من الأصول والفروع، تستنزل من النصاب الجائز التصرف فيه وما زاد عليه إن كان ثمة زيادة يرجع للورثة. ولكن لا يجوز للورثة من الأصول والفروع إذا كانوا قد أجازوا هذه التصرفات أن يطالبوا بما استنزل ولا الزيادة، وكذلك لا يجوز للحواشي في أية حال أن يطلبوا ذلك"¹.

"وهذا النص يفترض أن شخصاً تصرف بعين لأحد ورثته من الأصول أو الفروع واحتفظ بحق الانتفاع بها مدى حياته. وقد نظر الشارع إلى هذا التصرف بعين الرتبة فاعتبره هبة، فقد نصت المادة 918 أن قيمة هذه العين تستنزل من النصاب الجائز التصرف فيه، فإذا زادت عليه فإن الزيادة ترجع لورثته من الأصول والفروع ولكن لا تحط من نصيب الوارث. هذه هبة على كل حال اعتبرها القانون صحيحة مع أنها هبة مستترة تحت ستار عقد معاوضة.

ولكن يُرد على ذلك بأنها ليست هناك هبة في الواقع، ولكن القانون هو الذي قرّر أن مثل هذا التصرف يعتبر هبة وذلك للقضاء على الغش بأحكام الموارث والنصاب الجائز فيه التصرف، ولم يكن يقصد الشارع مطلقاً أن يضع حكماً يتعلّق بالصورية"².

- إستناد القضاء الفرنسي في عديد أحكامه على القواعد القانونية العامة لاسيما على مبدأ جواز إبرام بطريق غير مباشر ما يمكن إبرامه بطريق مباشر، علاوة على مبدأ حرية التعاقد، تمّ الإعتراض عليه بكون أن هناك نصوصاً مقننة تقضي بخلاف ذلك، وبحسبه فإنه من المستقر عليه قانوناً ألاّ اجتهد مع وجود النصّ الصريح.

وتبعاً لذلك، فلقد استخلص بعض الفقه الفرنسي - خلاصة لما سلف - بأن القضاء حينما أباح انعقاد هبة العقار المستترة تحت ستار عقد آخر لم يكن يركز على أساس قانوني صحيح، بل إنه كان يعمل عملاً بريئوريا.

وبالموازاة مع كل ما سبق، وبالرغم من الهجوم الشديد للفقه الفرنسي على توجه قضائه في هذا

¹ - ونصّها الأصلي هو كالاتي:

Art 918 : « La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, est imputée sur la quotité disponible. L'éventuel excédent est sujet à réduction. Cette imputation et cette réduction ne peuvent être demandées que par ceux des autres successibles en ligne directe qui n'ont pas consenti à ces aliénations ».

² - أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص. 447.

الصّدَد إلاّ أنّه - مع ذلك - لا يزال مستمرّاً في القضاء بصحّة هبة العقار المستترة انتهاء¹.

البند الثاني: هبة العقار المستترة في التقنين المدني المصري

تبّى التقنين المدني المصري منذ نشأته ما استقرّ عليه القضاء الفرنسي بخصوص هبة العقار المستترة، فبموجب نصّ المادّة 70/48 من القانون المدني الملغى انحصرت الشّكليات في الحالات التي يكون فيها العقد المشتمل على هبة عقار ليس موصوفاً بصفة عقد آخر؛ تتبّع لاحقاً التقنين المدني الحالي في مادّته 1/488 التي قضت بوجوب الرسمية في نفس العقد ما لم تتمّ تحت ستار عقد آخر.

ولم يكن المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني الجديد يعني هبة العقار المستترة من الشّكليات إلاّ بالنّسبة إلى الغير حسن النّية الذي جوّز له أن يتمسّك بأحد العقدين - الظّاهر أو المستتر - وفقاً لما تبتغيه مصلحته، وهذا ما كان مقرّراً بمقتضى المادّة 1/660 من هذا المشروع حيث كانت تقضي بأنّه "1- تكون هبة العقار بورقة رسمية وإلاّ وقعت باطلة.

2- على أنّه إذا تمّت الهبة تحت ستار عقد آخر، جاز للغير حسن النّية أن يتمسّك بالعقد المستتر أو بالعقد الظّاهر وفقاً لما تقضي به مصلحته. فإذا تعارضت مصالح ذوي الشّأن، فتمسّك البعض بالعقد الظّاهر وتمسّك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضليّة للأوّلين"².

وقد ذهبت المذكّرة الإيضاحية في معرض تعليقها على النصّ المذكور بالقول: "الأصل في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية حتّى تتوافر للواهب أسباب الحرّية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل، فإن لم تكن الهبة في ورقة رسمية كانت باطلة بطلاناً مطلقاً، على أنّه يستثنى من ذلك الهبة المستترة.

ويختلف المشروع (م 660 فقرة 2) عن التقنين الحالي (م 70/48) [يقصد به الملغى] اختلافاً جوهرياً، فالمشروع يجري على أنّ الهبة المستترة غير المكتوبة في ورقة رسمية أحكام الصّورية، فتكون باطلة بطلاناً مطلقاً فيما بين المتعاقدين، ولكن يجوز للغير حسن النّية أن يحتجّ بها إذا كان هذا من مصلحته. أمّا التقنين الحالي فيعتبرها صحيحة حتّى فيما بين المتعاقدين، وهو يجاوز بذلك الغرض الذي توخّاه القضاء الفرنسي على اعتبار هذه الهبة لحماية الغير حسن النّية"³.

¹ - بدر جاسم اليقوب، المرجع السابق، ص. 201.

² - أنظر في هذا الصّدَد: عمّار نصّار، مذكّرة المشروع التّمهيدي للقانون المدني المصري، مدوّنة القانون المدني المصري، قوانين الشّرق، القاهرة، ط1، 2007، ص. 980.

³ - تمثيلاً لهذا القول: إذا أحرّيت هبة عقار في صورة عقد بيع، فالعقد الحقيقي هو الذي يسري فيما بين المتعاقدين، فتكون الهبة باطلة

لكن إبان أشغال لجنة المراجعة اقترح تعديل هذا النص بغرض استبقاء الأحكام التي كان معمولاً بها في ظلّ التقنين المدني السابق فيما يتعلّق بشكل الهبة في العقار باعتبار أنّ تلك الأحكام قد ألفها المتعاملون منذ وقت طويل وليس هناك ما يدعوا إلى استبدالها، فوافق أعضاء اللجنة على ذلك فاستقرّ التقنين المدني الجديد على أنّ هبة العقار المستترة تعفى من الشككية، وذلك ما تجلّى في صياغة نصّ المادّة 488 منه انتهاءً¹.

ويعترض أحمد مرزوق على هذا التوجّه بالقول: "ولا أدري لماذا خرج المشرّع المصري على قواعد الصّورية في النصّ النهائي للمادّة 660 من المشروع فجعل الهبة المستترة في عقد آخر صحيحة فيما بين المتعاقدين، مع أنّ قواعد الصّورية تجعلها باطلة بطلاناً مطلقاً فيما بينهما. إذا كان هذا الخروج راجعاً إلى أنّ الرّسمية لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية الغراء، فإنّ الشريعة الإسلامية تتمشّي مع كلّ زمان ومكان، وهاهم فقهاء الشريعة أنفسهم ينادون بالقضاء على الصّورية وبوجوب اعتبار العقد الصّوري باطلاً بطلاناً مطلقاً... من ذلك كلّه يتبيّن أنّ خروج القانون المصري على قواعد الصّورية في الهبة المستترة في صورة عقد آخر ليس هناك ما يبرّره، بل إنّ المصلحة العامّة تقتضي عدم الخروج على قواعد الصّورية والرجوع إلى المشروع الأول (المادّة 660). ولا تمنع الشريعة الإسلامية - كما قلنا - أن تكون الهبة بورقة رسمية وإلاّ وقعت باطلة، ذلك لأنّ مبادئ الإسلام وسياسته الحكيمة أن يأمر بما فيه صالح الأفراد والجماعات. فمتى كانت هناك مصلحة عامّة في أمر من الأمور ولم يكن هذا الأمر يتعارض مع أصل من أصول الإسلام، فالدين يأمر به وتكون مخالفته نقضاً لتعاليم الإسلام، والذي يقرّر ذلك هم أصحاب الشّأن فيه"².

"ولا جدال في أنّ المشرّع إذا خرج على قواعد الصّورية في الهبة المستترة قد أجاز الغشّ نحو القانون وأقرّ مشروعيته، حيث صحّح عقداً باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلّق بالنظام العام بدون وجود مصلحة أو مبرّر قويّ يقتضي الخروج على قواعد الصّورية. ففي الهبة المستترة تحت ستار عقد آخر يوجد غشّ نحو القانون وبنصوصه الآمرة المتعلّقة بالنظام العام، لأنّه ينقصها ركنٌ من أركانها الموضوعية المتعلّقة بالنظام العام وهو الشككية. فالشككية في الهبة لم تشرّع فقط لصالح الواهب أو ورثته فحسب، بل شرّعت أيضاً لصالح المجتمع، ولذلك لا ندري الحكمة التي جعلت المشرّع يخرج على القواعد العامّة للصّورية فيفوّت الغرض

لانعدام الشككية، ولكن يجوز للغير حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت مصلحته تبتغي ذلك، كما إذا اشترى شخص العين الموهوبة من الموهوب له. فالمشتري في هذه الحالة يتمسك بالعقد الظاهر ويعتبر الهبة المستترة بيعاً نقل الملكية إلى الموهوب له حتّى يصحّ عقد شرائه من هذا الأخير. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 94.

¹ - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 249.

² - أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص. 442-448.

الذي توخاه من أن تكون الهبة ... بورقة رسمية لكي تتوافر للموهوب له أسباب الحرية في عقد ينزل به عن ماله وحمل الواهب على الترتيب والتأمل وعدم الاندفاع عندما يعتزم على حرمان نفسه وورثته من كل أو بعض أمواله، ذلك لأنه أصبح من السهل على الواهب أن يخرج عن جميع أمواله في لحظة دون ترتيب أو تأمل بما قد يجلّ به وورثته من صنوف الحرمان، لأن الواهب تحت هذا النظام إذا أراد أن يبرم هبته وسترها تحت ستار البيع مثلاً، فإنها تكون صحيحة بمجرد تبادل إرادتين، لأن عقد البيع عقد رضائي غير شكلي حتى بعد قانون التسجيل الحديث، لأن التسجيل ليس شرطاً لازماً لتكوين العقد بل لنقل الملكية. وإذا ما حرّر سند (écrit) فإنّ هذا السند يكون لإثبات عقد البيع فقط¹.

وعليه، ففي هبة العقار المستترة، يكون العقد صحيحاً بالرغم من أنّه لم يفرغ في الشكل الرسمي، ويكفي أن يكون العقد الساتر قد استوفى ظاهراً شروط انعقاده حيث تكون الهبة صحيحة ليس بالنسبة إلى الغير فحسب، بل وفيما بين المتعاقدين أيضاً.

البند الثالث: الشروط الواجب توافرها في هبة العقار المستترة

إذا كان القضاء الفرنسي قد أجاز هبة العقار المستترة رغم خلوّ تقنيته المدني من أية نصوص تقعد لذلك، وقدّله التقنين المدني المصري بأن نصّ على ذلك صراحة، فمن المفيد بيان أهم الشروط الواجب استلزامها في هبة العقار المستترة حتى تخرج من دائرة قواعد الشكل كالاتي:

- ضرورة وجود العقد الساتر مستوفٍ لأركان انعقاده:

إذا أراد المتعاقدان أن لا تكون هبة العقار رسمية، فينبغي أن تفرغ في قالب عقد آخر لا يستلزم الشكل، وأن يكون هذا العقد ساتراً للهبة كلياً، بحيث لا يبدو من عناصره أنّه هبة وإلا كانت مباشرة سافرة فتقع باطلة لعدم إفراغها في الشكل الرسمي المقرر قانوناً.

ويشترط لصحة هبة العقار المستترة أن يكون العقد الساتر لها مستوفياً لكافة شروطه اللازمة لانعقاده وإلا وقع باطلاً وبطلت الهبة تبعاً له.

ويسوغ ستر الهبات العقارية في أيّ عقد من عقود المعاوضات، فيجوز سترها في شكل عقد إيجار أو قرض أو ترتيب إيراد مدى الحياة أو تخارج ونحو ذلك. على أنّ أبرز ما تستتر به هبة العقار عملياً إنما

¹ - أحمد مرزوق، المرجع السابق، ص. 440؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 203.

تستتر في صورة عقد البيع¹.

فهبة العقار المستترة في صورة عقد بيع يجب أن تستوفي شروط البيع الظاهر، ولما كان هذا الأخير عقداً رضائياً - في الأصل - فلا يشترط شكل خاص لانعقاد الهبة المستترة به².

لكن ينبغي أن يكون هناك مبيع وثن؛ أما المبيع فهو الشيء الموهوب، يسميه المتعاقدان مبيعاً، وأما الثمن فصورتي لا حقيقة له وإنما يذكر لستر الهبة ولابد من القول به. فإذا لم يعين في العقد أضحت الهبة سافرة ظاهرة تستوجب الرسمية. والحال كذلك بالنسبة لذكر الثمن التافه "dérisoire"³ فيأخذ نفس الحكم الأخير.

أما إذا ذكر ثمن بخس "Le prix vil"⁴، فإما أن يكون هذا الثمن صورياً فتصبح هبة عقار لأحداً

¹ - عبد الوقاب البنداري، المرجع السابق، ص. 102؛ ولأكثر تفصيل راجع: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 71 وما يليها.

² - هذا بخلاف التشريعين الجزائري والفرنسي حيث ينبغي أن يستوفي عقد البيع الظاهر فضلاً عن أركانه الموضوعية، كافة شروطه الشكلية حتى ينشأ صحيحاً. أنظر في الشأن:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 550-551.

³ - هو ذاك الثمن الذي لا يتناسب مطلقاً مع قيمة المبيع المتفق عليه حقيقة بين الطرفين ويكون في نية البائع التحصل عليه، فإذا ذكر ثمن تافه في عقد البيع الساتر للهبة، فإن يعتبر في حكم المعدوم، ويعد - من ثمة - باطلاً بطلاناً مطلقاً لا يجوز إقراره ولا إجازته، ويطبق على الهبة في هذا الفرض نفس الأحكام التي تطبق في حالة عدم وجود الثمن، ويعتبر العقد هبة مستترة في شكل عقد بيع، هذا في القانون اللبناني. أما في مصر، فإنه إذا ذكر ثمن تافه كانت الهبة سافرة يستلزم لانعقادها الشكلية المطلوبة. أنظر: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 75-76. هذا علاوة على أن تافه الثمن دليل على أن طرفا العقد قصدا إبرام الهبة لا البيع، ولذلك فإن العقد يبطل كبيع لانعدام ركن الثمن فيه، ويعتد به كهبه، بحيث لا يعتبر هبة مستترة في شكل عقد بيع كون أنه يستلزم لستر الهبة أن يستوفي عقد البيع مظهر البيع الصحيح، وهو ليس كذلك في هذه الحالة، إذ هو هبة صريحة، ولذلك لا تصح إلا إذا أفرغت في الشكل الرسمي المطلوب. على أن تقدير تافه الثمن بحيث يبدو بأن قصد المتعاقدين هو عقد الهبة متروك للقاضي الفاصل في الموضوع. أنظر:

Civ. 3 novembre 1896, D. P. 97, 1, 594 ; Req. 23 octobre 1905, D. P. 1906, 1, 32 ; Lyon, 11 juillet 1908, D. P. 1910, 2, 100. Comp. Trib. Cahors, 8 juillet 1948, D. 1949, 166, note H. L, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 551.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية مؤخراً إلى اعتبار الهبة المستترة منعقدة إذا توافرت نية التبرع في مثل هذا العقد، بحيث لا تبطل إلا إذا كان البيع بثن وهمي "Fictif" وهو ذاك الثمن الأدنى قيمة من الثمن التافه، أنظر في هذا الصدد:

Civ. 29 mai 1980, D. 1981, 273, not Najjar; Sem. Jur 1980, 1^{re}, 298; R. T. D. civ., 1981, 422. Obs. A. J. Patarin.

أشار إليه بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 206-207، هامش رقم: 3.

⁴ - هو ذاك الثمن الذي يقل عن قيمة المبيع دون أن يكون تافهاً، فهو ثمن جدي قصداً البائع أن يتقاضاه من المشتري، ولا يؤثر على

استترت بالبيع بعد أن استوفى شروطه في الظاهر بذكر الثمن¹، وإما أن يكون الثمن البخس جدياً فينظر إذا كان البائع رام البيع وتحمل - تبعاً لذلك - الغبن مضطراً، فإن العقد يكون بيعاً صحيحاً على اعتبار أن الثمن البخس لا يطل البيع.

أما إذا كان غرض البائع وقصده يتجه لأن يجابي المشتري بالفرق بين ثمن المثل والثمن البخس فالعقد في مقدار المحاباة هبة مستترة.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه قد يعين في البيع الساتر للهبة ثمن يعادل ثمن المثل، ولكن البائع يعلن في العقد بأنه وهبه للمشتري أو أبرأه منه، فالحكم في هذه الحالة بأنها هبة مكشوفة لا مستترة، وينبغي أن تستوفي شرط الرسمية المقرر قانوناً تبعاً لذلك².

وعليه، فالواجب - إذن - أن يُحكم البيع ستر الهبة، بأن يُعين فيه ثمن غير تافه، لكن لا يلزم أن ينص بأن البائع قد قبضه، بل يجوز تصويره على أنه دئق قائم في ذمة المشتري، فإذا ستر البيع هبة العقار على هذا الوجه، تمت الهبة دون حاجة إلى إفراغها في الشكل الرسمي انتهاء.

صحة عقد البيع. أنظر: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، المرجع السابق، ص. 76.

¹ - وذلك ما توصل إليه قضاء محكمة النقض المصرية في قرارها الصادر في: 1983/12/15، طعن 599، س 50 ق، ص. 50، ومما ورد فيه: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الهبة المستترة في صورة عقد بيع تصح متى كان العقد جامعاً في الظاهر لأركان البيع اللازمة لانعقاده، ومن ذلك أن يكون مذكوراً به الثمن بطريقة غير نافية لوجوده، ولو ثبت بأدلة أخرى أن حقيقة نية التصرف هي التبرع". نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 57.

² - تباينت أحكام القضاء المصري في هذه المسألة، فبعضها كان يقضي بأن العقد في هذه الحالة هبة مستترة لا تستوجب الشكلية، والعلّة في ذلك أن الهبة لم تنصب إلا على الثمن وهو منقول فتحوز هبته بدون ورقة رسمية، ويبقى البيع بعد أن دُكر فيه الثمن ساتراً للهبة، وليس ثمة فرق بين أن يذكر البائع أنه قبض الثمن ولم يكن قد قبضه فعلاً، وبين أن يقول إنه وهب الثمن أو أبرأ المشتري منه، بل هو في الحالة الأخيرة يقرّر الواقع فيكون أولى بالرعاية. في حين ذهب أحكام أخرى إلى أن العقد يكون في هذه الحالة هبة ظاهرة تستلزم الرسمية، إذ لا بدّ للبيع الساتر للهبة أن يكون في ظاهره دالاً على بيع حقيقي، وتبعاً لذلك لا يوجد بيع حقيقي إذا وهب البائع الثمن للمشتري أو أبرأه منه، والقول بأنه تجوز هبة الثمن لأنه منقول فيه تجرئة العقد إلى عقدين وهذا ما لم تتجه إليه إرادة المتعاقدان. على أن هبة الثمن يجب أن تكون هي أيضاً في ورقة رسمية ما دام الثمن لم يقبض. يشار انتهاءً إلى أن محكمة النقض تبنت الرأي الثاني فقضت بأنه لا عبرة بعدم ذكر قبض الثمن في عقد البيع متى كان الثمن مسمى فيه، فإن البيع يقتضي إطلافاً لإلزام المشتري بدفع الثمن المسمى، ولكن إذا كان لم يذكر في العقد أو ذكر مع إبراء المتصرف إليه منه أو وهبه له، فإن العقد في هذه الحالة لا يصح أن يكون ساتراً للهبة، لأن القانون وإن أجاز أن يكون العقد المشتمل على الهبة موصوفاً بعقد آخر، فإنه يشترط أن يكون هذا العقد مستوفياً الأركان والشروط اللازمة لصحته. أنظر في الأفضية السابقة على سبيل المثال:

إستئناف وطني بتاريخ: 1905/02/23، الإستقلال 4، ص. 448؛ إستئناف وطني بتاريخ: 1900/04/05، الحقوق 19، ص. 4؛ نقض مدني بتاريخ: 1938/06/09، مجموعة عمر 2، رقم: 130، ص. 400، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 91-93، هامش رقم: 2؛ محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 95 وما يليها؛ محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص. 103 وما يليها.

- توافر كافة شروط هبة العقار الموضوعية:

ذلك أنّ هبة العقار المستترة لا تعدو أن تكون هبة دُثِرَتْ في شكل عقد آخر سترًا لها، فإذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية، فإنّها تخضع لأحكامها الموضوعية.

ويترتب على ذلك أنّ هبة العقار المستترة تعتبر هبة، والواجب أن تتوافر فيها سائر الشروط الموضوعية سواء بالنسبة للتصرف أو للمتصرف أو للمتصرف إليه¹.

ومفاد ذلك، أنّه يلزم - في هبة العقار المستترة - أن يكون الواهب أهلاً للتبرع، وتتوافر لديه نية التبرع، ومالكاً للعقار المزمع التبرع به، فضلاً عن أن يكون محلّها حاضراً لا مستقبلاً في الأصل.

ومؤدّى كونها هبة عقار، ينبغي أن يتخفّف فيها الواهب من ضمان الاستحقاق² وضمان العيب، وتعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الدّعى البوليصة، ويجوز الرجوع فيها إلا إذا وجد مانع طبقاً لما قرره القانون في هذا الشأن، وإذا أبرمت في المرض المؤدّي إلى وفاة الواهب أخذت حكم الوصيّة³.

وعليه، فمن يدّعي بكون العقد الظاهر ليس إلا هبة عقار مستترة ليسري عليه أحكام هبة العقار الموضوعية، يكون عليه تحمّل عبء الإثبات. فمثلاً إذا ادّعى المتصرف أنّ بيع العقار المبرم منه مع المشتري ما هو إلا هبة عقار مستترة، وبحسب ذلك يحقّ له الرجوع فيها، فيلزمه - تبعاً لذلك - إثبات ذلك طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات، وبالذات للمبادئ المقررة في إثبات الصّورية، وإن كان لا يجوز إثبات خلاف المكتوب إلاّ بالمكتوب كما هو الحال في التصرفات الشكلية. ومع ذلك يكون من الأحسن للواهب أن يحصل على ورقة ضدّ "Contre-lettre" من الموهوب له يقرّر فيها أنّ العقد الظاهر هو في حقيقته هبة عقار مستترة، حتّى يتيسّر له إثبات التستر كتابة عند الاقتضاء.

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 104.

² - إلاّ في حقّ الغير، فإذا كانت الهبة في صورة بيع وبيع الموهوب له العين إلى مشتري، كان لهذا الأخير الرجوع بضمان استحقاق المبيع على الواهب. أنظر: إستئناف مختلط في: 1953/04/11، المجموعة الرّسمية 47، ص. 246، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 95، هامش رقم: 2.

³ - أنظر أهمّ التطبيقات القضائية في ذلك: إستئناف مختلط في: 1905/02/22، المجموعة الرّسمية 17، ص. 125؛ طعن في: 15/1907/05، المجموعة الرّسمية 19، ص. 261؛ طعن في: 1930/02/25، المجموعة الرّسمية 24، ص. 214؛ طعن في: 1938/05/31، المجموعة الرّسمية 50، ص. 340. تجدر الإشارة إلى أنّه ينبغي شهرها في المحافظة العقارية المختصة بغرض نقل الملكية (إستئناف مختلط في: 1939/10/26، المجموعة الرّسمية 25، ص. 7)، لكن لا يشترط شهرها لصحة الهبة في ذاتها (إستئناف مختلط في: 1941/03/25، المجموعة الرّسمية 53، ص. 139). نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 95-96، هامش رقم: 3.

يُبدّ أنه لو كان ادّعاء استتار الهبة صادراً من الغير، كدائن الواهب أو ورثته¹ إذا كانوا قد طعنوا في هبة العقار المستترة بالدّعوى البوليصية، كان على هذا الغير أن يتحمّل عبء إثبات ذلك بكافّة طرق الإثبات بما فيها البيّنة والقرائن. على أنّ البتّ فيما ما إذا كان التّصرف المطعون فيه يكمن في هبة عقار مستترة، يرجع إلى قاضي الموضوع بحسبانه صاحب الاختصاص، فينظر في الواقعة تبعاً لظروف التّصرف وملايساته، ولا رقابة عليه في ذلك ولا معقّب لتقديره من المحكمة العليا مادام تقديره مبنيّ على أسباب سائغة تبرّره طبقاً للقانون².

¹ - على أنّ "التمسك من الطّاعن بأنّ عقد الهبة يستر وصيّة، هو طعن بالصّوريّة التّسببية بطريق التّستّر يخضع للقواعد العامّة في الإثبات التي تلقى على عاتق الطّاعن وهو وارث الواهب عبء إثبات هذه الصّوريّة، فإن عجز وجب الأخذ بظاهر نصوص العقد الذي يعدّ حجة عليه". نقض مصري في: 1980/05/28، طعن رقم: 685، س 45 ق، نقلاً عن: أنور طلبية، المرجع السابق، ص. 62-63.

² - عبد الوهّاب البنداري، المرجع السابق، ص. 105؛ جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 162؛ محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 221.

البَابُ الثَّانِي

أحكام عقد هبة العقار

ليس ثمة شك في أنّ هبة العقار عقد من العقود الملزمة لجانب واحد في الأصل، بحيث لا يترتب عليها سوى التزامات في جانب الواهب، ومع ذلك قد تقتزن بالتزامات وتكاليف فتصبح من العقود الملزمة لجانبين تُرتب التزامات متبادلة بين عاقدَيْها في الأخير.

والجدير بالذكر أنّ مختلف التشريعات المدنية حال تنظيمها لعقد الهبة، أوردت - خلافاً للتشريع الجزائري - بعض القواعد الخاصة بآثارها، مع استبقائها لأحكامها التفصيلية الأخرى وإحالتها للقواعد العامة، وبالخصوص للقواعد العامة المتعلقة بعقد البيع في الأساس¹.

وإذا كان من المعلوم بأنّ القاعدة الأساسية التي تحكم العقود بوجه عام هي قاعدة إلزامية العقد، إذ متى التزمت إرادة العاقد اتجاه غيره لم تعد بإمكانها التحرر من العقد بمحض مشيئتها، كون أنّه يترتب على هذا التحرر من جانب وحيد جزاء مدني بفسخ العقد على مسؤولية المتحرر بالموازاة مع ضمانه للتعويض المناسب فضلاً عن إلزامه بإنفاذ العقد عيناً في حالة التأخر وإلحاق الضرر بالمتعاقد الثاني.

فإذا كان هذا هو الحال في مختلف العقود، فالقاعدة العامة في عقد هبة العقار هي عدم جواز الرجوع فيها، والإستثناء جواز الرجوع فيها في بعض الأحوال مع اختلاف في تقرير الحق الأخير في مختلف التقنيات المدنية بين مانع له كأصل عام مالم تكن الهبة من الوالد لولده، وبين قائل بجوازه مطلقاً مالم يوجد مانع من موانعه، وبين متردد بين هذا وذاك.

لذا كان من اللازم تبياناً لأحكام عقد هبة العقار وسبر لأغوارها التطرق فيما يلي إلى الالتزامات المترتبة على عقد هبة العقار بداءة (الفصل الأول)، ثمّ بحث الرجوع في عقد هبة العقار انتهاء (الفصل الثاني).

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 337.

الفصل الأول: الإلتزامات المترتبة على إبرام عقد هبة العقار

تتمحور التزامات عقد هبة العقار - بوصفها أثراً لانعقادها - في التزامات يتحملها الواهب وأخرى ينهض بأدائها الموهوب له، فأما التزامات الواهب فهي لا تخرج عن التزامات: نقل ملكية العقار الموهوب وتسليمه، وضمان التعرّض عليه واستحقاقه، ف ضمان عيوبه الخفية.

أما الموهوب له، فهو وإن كان في الأصل لا يلتزم بشيء على اعتبار أنّ هبة العقار عقد تبرّعيّ يتبرّع الواهب بمقتضاه بالعقار الموهوب للموهوب له دون عوض، ومن ثمّ يكون العقد ملزماً لجانب وحيد، إلا أنّ هذا الأصل قد يرد عليه استثناء على اعتبار أنّ هبة العقار قد تكون مقترنة بالتزامات أو تكاليف تقع على عاتق الموهوب له لفائدة الواهب، فعندئذٍ تكون الهبة ملزمة لجانبين¹ ويبرز من ثمة التزام الموهوب له بأداء الإلتزام أو التّكليف السابق الاتّفاق عليه، فضلاً عن أداء التّفقات والمصاريف المترتبة على هبة العقار.

ذلك ماسنحاول بحثه من خلال التعرّض بداءةً إلى: الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب وتسليمه (المبحث الأول)، ثمّ الإلتزام بالضمان (المبحث الثاني)، فالإلتزام بأداء التّكليف ومختلف التّفقات انتهاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب وتسليمه

يُشَيء عقد هبة العقار في ذمة الواهب - كما أشرنا - التزامات كالتزامات البائع وهي تتمثّل ابتداءً في التزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب (المطلب الأول)، وكذا التزامه بتسليم العقار الموهوب (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلتزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب

لدراسة هذا الإلتزام الملقى على عاتق الواهب في الأساس، يستحسن بيان مضمون التزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب بادئةً (الفرع الأول)، يليه إبراز أهم الآثار المترتبة على الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب (الفرع الثاني).

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 407.

الفرع الأول: مضمون التزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب

لاشكاً بأنّ التزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب يسري عليه ما يسري من قواعد عامة في شأن التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع¹، فعقد هبة العقار ينشئ التزاماً في ذمة الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، وينقذ هذا الالتزام فوراً بحكم القانون² في الشيء المعين بالذات المملوك للواهب مع مراعاة قواعد الشهر العقاري بالنسبة للعقار³.

ويلتزم الواهب بالقيام بالأعمال التحضيرية الضرورية لنقل ملكية العقار الموهوب، كتقديم المستندات اللازمة للتسجيل، والإمتناع عن أيّ عمل يعترض انتقال الملكية إلى الموهوب له، فلا يجوز للواهب - تبعاً لذلك - أن يتصرف بعد إبرام الهبة في العقار الموهوب إلا إذا جاز له أن يرجع فيها طبقاً لقواعد الرجوع فيها.

ومن مقتضيات الالتزام بنقل ملكية العقار الموهوب، الإلتزام بالمحافظة على هذا الأخير والالتزام بتسليمه إلى الموهوب له⁴. ويتربّب على نقل الملكية إلى الموهوب له، أن يكون له حقّ التصرف في الموهوب فضلاً عن أن يكون له ثمار الموهوب وثماره من وقت تمام الهبة، وإذا أفلس الواهب بعد إبرام الهبة جاز

¹ - أنظر في الإلتزام بنقل الملكية في عقد البيع: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 78 وما يليها.

² - وقد جرى التقنين المدني المصري على نحو تقاليد التقنينات اللاتينية في شأن الوسيلة التي ينقل بموجبها البيع ملكية العقار المبيع إلى المشتري، ذلك أنّ عقد البيع ينشئ - ابتداءً - إلتزاماً في جانب البائع بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري، ليتمّ تنفيذ هذا الإلتزام فوراً بحكم القانون إذا توافرت الشروط المطلوبة قانوناً، فننتقل الملكية فعلاً إلى المشتري، فيبدو أنّ نقل الملكية كان أثراً مباشراً لعقد البيع، لكن نقل الملكية من ناحية الصياغة الفنية ليس إلاّ تنفيذاً للإلتزام بنقلها، والأثر المباشر لعقد البيع هو إنشاء هذا الإلتزام.

فالمبدأ العام - إذن - أن يكون الإلتزام بنقل الملكية من تلقاء نفسه متى قام البائع بما عسى أن يكون ضرورياً من الأعمال التحضيرية لنقلها وكذا هو الشأن في عقد هبة العقار. على أنه يشار إلى أنّ هذا الوضع بقیة تخلّفت عن تقاليد القانون الروماني والفرنسي القديم، حيث كانت الملكية لا تنتقل إلاّ بالعقد، غير أنّ الفقيه "Bonnecase" يذهب إلى القول بفرضية عدم وجود مانع يمنع من القول بأنّ العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية وينقضي بمجرد أن ينشأ. وكفي للوصول إلى هذه النتيجة القول بأنّ العقد حرّك القانون فجعله ينقل الملكية، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذي ربّب الأثر، على أنّه في بلد يتبنّى نظام السّجل العقاري "Live foncier" - كما هو الحال في الجزائر ومصر - ينبري التمييز بين الإلتزام بنقل الملكية ونقل الملكية الفعلي، فالعقد لا ينقل الملكية بنفسه بل يقتصر على إنشاء التزام بنقلها، أما نقل الملكية الفعلي فلا يتمّ إلاّ بشهر العقد بالمحافظة العقارية المختصة انتهاءً. أنظر هذا الصّدّد: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 412-413.

³ - وفي شأن المنقول المعين بالذات قضت المادة 164 من ق. م. ج - المنقولة من نصّ المادة 204 من ق. م. م - بالقول: "الإلتزام بنقل الملكية أو أيّ حقّ عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحقّ العيني إذا كان محلّ الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالاشهار العقاري"، وفي نفس الحكم نصّت المادة 792 من نفس القانون - المطابقة لنصّ المادة 932 من ق. م. م - بأنّه "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية بالعقد متى كان الشيء مملوكاً للمتصرف طبقاً للمادة 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية".

⁴ - وفي ذلك نصّت المادة 167 من ق. م. ج - المطابقة لنصّ المادة 206 من ق. م. م - بالقول: "الإلتزام بنقل حقّ عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتّى التسليم".

للموهوب له أن يأخذ عين الموهوب فلا يزاحمه فيه دائنوا الواهب في الأصل¹.

على أنّ ملكية العقار الموهوب لا تنتقل في حق المتعاقدين فحسب، بل وأيضاً في حق الورثة والدائنين، إلا أنه يشار - في هذا الصدد - إلى أنّ الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر إضراراً بدائنيه، فإنه يكون لهؤلاء الأخيرون الحق في الطعن بالدعوى البوليصة² ولو لم يكن الموهوب له عالماً بإعسار المدين، حيث تصبح الهبة غير نافذة في حقهم، ويستطيعون التنفيذ على العقار الموهوب بحقوقهم طبقاً لقواعد الدعوى البوليصة.

جديرّ التذكير بأنّ التزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب كان منصوباً عليه بشكل صريح في المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، حيث كانت المادة 673 منه تقضي بالقول: "1- يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له.

2- فإذا كان الموهوب عقاراً سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل.

3- أمّا إذا كان منقولاً، فلا تنتقل الملكية إلاّ بالقبض الحقيقي الكامل، فإذا كان المنقول موجوداً في حيازة الموهوب وقت الهبة فتنتقل الملكية بمجرد الاتفاق على الهبة دون حاجة لقبض جديد".

وقد ألغي هذا النص في لجنة المراجعة على اعتبار أنّ حكمه مستخلص من القواعد العامة³، ومما يلاحظ على هذا المشروع أنّه كان يشترط الحوز الحقيقي في المنقول لتمام الهبة ولنقل الملكية، لكن تمّ تعديله بشكل أوضح فأضحى ينصّ على شمول الرسمية للعقار والمنقول على حدّ سواء⁴.

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 242.

² - وقد سبق للمشروع التمهيدي أن تضمّن نصّاً في هذا المعنى حيث نصّ عليه بموجب المادة 672 من هذا المشروع التي كانت تقضي بأنّه "لا تجوز هبة الأموال أو وقفها إضراراً بالدائنين"، فحذفت هذه المادة ضمن أعمال لجنة المراجعة اكتفاءً بتطبيق القواعد العامة. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 262؛ وأنظر بعض التطبيقات القضائية في عهد التقنين المدني المصري الملغى: إسئناف وطني في: 1895/05/15، القضاء 2، ص. 243؛ طعن في: 1899/01/05، المجموعة الرسمية 1، ص. 190؛ طعن في: 1916/03/09، المجموعة الرسمية 28، ص. 195؛ طعن في: 1930/03/27، المجموعة الرسمية 42، ص. 388. نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص 142، هامش رقم: 1.

³ - أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع نفسه، ص 264. وفي هذا الصدد تنصّ المادة 507 من القانون الموجبات والعقود اللبناني بأنّه: "تمّ الهبة وتنتقل الملكية في الأموال الموهوبة سواء كانت منقولة أم ثابتة عندما يقف الواهب على قبول الموهوب له مع الاحتفاظ بتطبيق الأحكام الآتية"، ونفس الشيء هو ما قضت به المادة 613 من القانون المدني العراقي بالقول: " تنتقل بالهبة، ملكية الموهوب إلى الموهوب له".

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 143.

على أنّه يشار وعلى حدّ رأي البعض بأنّ التزام المتصرف بنقل الملكية يتضمّن التزامين تعيين: أحدهما: إلزام بتسليم العقار محلّ التصرف إلى

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الإلزام بنقل ملكية العقار الموهوب

يفرق في هذا الصدد بين التشريعين الجزائري والمصري لتباين نظرتهما - بشكل طفيف - بخصوص انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، مع اكتنافهما لبعض الإشكالات المثارة بشأنه على عكس نظيريهما الفرنسي بهذا الخصوص. لذا سيتم التوقف بشأن بحث الآثار المترتبة على الإلزام بنقل ملكية العقار الموهوب على التشريع الجزائري (البند الأول)، والمصري (البند الثاني) فحسب.

البند الأول: الآثار المترتبة على الإلزام بنقل ملكية العقار الموهوب في التشريع الجزائري

بالعودة إلى أحكام القضاء الجزائري يتوضّح - بادئاً - بأنه استقرت بعض أحكامه على اعتماد الرضائية في هبة العقار المنعقدة قبل صدور قانون الأسرة، حيث أنه لم يكن المشرع يشترط شكلاً معيناً فيها، فلم يحكم بطلانها جزاء تخلف شكلها الرسمي.

ومن بين القرارات الصادرة عن قضاء المجلس الأعلى - آنذاك - المؤكدة على هذا المبدأ وصحة هذا التوجه:

- قرار غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى الصادر بتاريخ: 14 مارس 1988¹، ومما جاء فيه: "... حيث أنّ الواهب وهب أملاكه للطاعنين في سنة 1930، والهبة تصحّ بالقول وكتابتها إنّما هي للتوثيق فقط".

نفس التوجه تبنته غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا في قرار صادر عنها في: 19 فبراير 1990²، ومما ورد فيه: "من المقررّ فقهاً بأنّ الهبة تلزم بالقول وتتمّ بالحوز، وهبة التّزجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتمّ الحوز حتّى الحصول المانع ومات الواهب فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها، ومن ثمّ فإنّ النّعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير مؤسّس يستوجب رفضه.

ولمّا كان من الثّابت، في قضيّة الحال، أنّ الواهب وهب لزوجته (المطعون ضدها) وأشهد على هبته فإنّ القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشّهود والوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف القاضي برفض

المتصرّف إليه وهو التزام بتحقيق نتيجة، والثّاني: إلزام بالمحافظة على الموهوب إلى أن يتمّ تسليمه إلى المتصرّف إليه وهو التزام بتحقيق نتيجة هو الآخر نظراً لتبعيته إلى الإلزام بالتسليم. أنظر: خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 109.

¹ - أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 47027، الصادر في: 14/03/1988، م. ق. ع 1، 1991، ص. 39.

² - أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 58700، الصادر في: 19/02/1990، م. ق. ع 4، 1991، ص. 113.

دعوى الطّاعن الرّامية على تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدها طبّقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب الرّفص".

يبرز من خلال القرارات القضائية السّالفة العرض، أنّ القضاء الجزائري اعتدّ بصحّة عقد هبة العقار التّام في الشّكل العرفي قبل صدور قانون الأسرة، معتبراً إيّاه صحيحاً ومرتباً لكامل آثاره القانونية متى تمّ حياة هبة العقار حياة صحيحة طبقاً للقانون.

لكن مالبث المشرّع الجزائري بعد صدور قانون الأسرة أن تراجع عن التوجّه المحلّل أعلاه، حيث اشترط بمقتضى المادّة 206 من ق. أ. ج بأن "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتمّ بالحياة، ومراعاة أحكام التّوثيق في العقارات ...

وإذا اختلّ أحد القيود السّابقة بطلت الهبة".

وبالرّغم من أنّ النصّ المذكور قضى بترتيب البطلان إلّا أنّه أحالنا فضلاً عن ذلك إلى وجوب مراعاة أحكام قانون التّوثيق لاسيما أحكام المادّة 12 من الأمر رقم: 70-91 الصّادر في: 15 ديسمبر 1970 المتضمّن تنظيم مهنة التّوثيق¹ الذي كان ساري المفعول آنذاك، ومّا قضت به في هذا الصّدّد: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها في شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمّن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي ...".

وهذا هو ما كرّسته - انتهاءً - المادّة 324 مكرّر 1 من ق. م. ج المضافة بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في: 03 ماي 1988 (المعدّل للقانون المدني) بتأكيداها على وجوب إفراغ عقد هبة العقار في الشّكل الرسمي تحت طائلة بطلانه.

وعليه، فإذا أبرم عقد هبة العقار في الشّكل العرفي فإنّ مآله البطلان لا محالة، وهذا ما يستنبط من قرار المحكمة العليا الصّادر في: 20 أفريل 1987²، ومّا جاء فيه: "من المقرّر قانوناً بأنّ العقد العرفي للهبة

¹ - أنظر في عرض هذا القانون والمراسيم والقرارات المتعلّقة بمهنة الموثّق:

LAHDIRI Amar, Dispositions législatives et réglementaires relatives au notariat en Algérie, Maison des registres, Alger, 1997, p. 44 et s.

² - أنظر: قرار م. ع، ملف رقم: 45371، الصّادر في: 1987/04/20، غير منشور، (السّابق الإشارة إليه) نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصّادرة عن مجلس الدّولة والمحكمة العليا، المرجع السّابق، ص. 252؛ وأنظر في نفس السّياق: قرار م. ع، ملف رقم: 10365، الصّادر في: 1994/11/19، ن. ق، ع 51، 1997، ص. 67، ومّا جاء فيه: "من المقرّر قانوناً أنّ العقود المتضمّنة نقل الملكية العقارية يجب أن تحرّر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، وتنصّ المادّة 206 من قانون الأسرة أنّ الهبة

هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة...".

كما يستشف أيضاً نفس الحكم من خلال قرار المحكمة العليا الصادر في: 18 فيفري 1992¹ - بالنسبة للهبات المبرمة في ظل القانون المدني القديم - حيث قضى بأنه "من المقرر قانوناً بالمادة 931 من القانون المدني القديم أنه يتوجب توثيق العقود المنظمة للهبه لدى موثق في قالب رسمي تحت طائلة البطلان لأهمية مثل هذه العقود لتكون حجة بين أطرافها وإزاء الغير، فضلاً عما يمتاز به هذا العقد من خطورة، لذا أوجب فيه القانون هذه الشكلية الخاصة لحماية اللواهب حتى يفكر بجذ فيما هو مقدم عليه من تصرفات، ولما يتبع هذه الرسمية من تسجيل وإشهار حتى يكون حجة بين أطرافه وإزاء الآخرين أو الغير، وأن العقود العرفية لا تتمتع بهذه القوة.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس قضوا بصحة العقد العرفي المبرم سنة 1957، فإنهم بذلك تجاهلوا أحكام القانون المدني القديم الساري العمل آنذاك، ولم يأخذوا في الاعتبار إعلان تراجع الواهب عن تصرفه".

أما بالنسبة لإجراءات نقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، فقد ألزمت المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم: 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم - الصادر تنفيذاً للأمر رقم: 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم - الموثق بشهر عقد هبة العقار المبرم أمامه والمحزر من لدنه في الآجال المعينة حيث قضت بأنه: "ينبغي على الموثقين ... أن يعملوا على إشهار جميع العقود ... الخاضعة للإشهار والمحزرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة".

على هذا الأساس، فلقد كان مؤدى النصوص السابقة المتعلقة بتنظيم الملكية العقارية وما يترتب عليها من حقوق مبنية على أساس الشهر العقاري² أن الملكية العقارية لا تنتقل سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالإشهار، حيث لا يكون للمتصرف إليه في الفترة من تاريخ التعاقد إلى وقت الإشهار العقاري

تتعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعدّ باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية". نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، المرجع نفسه، ص. 253.

¹ - أنظر: قرار م. ع، ملف رقم: 81376، الصادر في: 1992/02/18، م. ق، ع 4، ص. 92، السابق الإشارة إليه، نقلاً عن: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، المرجع نفسه، ص. 252.

² - أنظر في أحكام وإجراءات الشهر العقاري: عدلي أمير خالد، أحكام وإجراءات شهر الملكية العقارية في ضوء المستحدث من قانون الشهر العقاري الشخصي والسجل العيني وأحكام النقص والدستورية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013، ص. 81 وما يليها.

بتسجيل التصرف في السجل العقاري مجرد أمل في الملكية العقارية دون أي حق فيها، ومع ذلك فإنه ليس ثمة ما يمنع من صدور تصرف آخر من نفس التصرف على ذات العقار، على أن تكون المفاضلة بين المتصرف إليهما حال النزاع مؤسسة على أسبقية الشهر العقاري.

فإذا كان هذا هو دأب المشرع الجزائري فيما سبق، فإنه قد خفف من ضرورة وجوب الشهر العقاري لنقل الملكية العقارية سيما وأن بعض أحكام القضاء¹ قضت ببطالان هبات عقارية محررة في الشكل الرسمي توفي أحد عاقدتها قبل إتمام هذا الإجراء، وهو ما يتنافى ومبدأ العدالة انتهاء.

الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يعدل موقفه من ضرورة وجوب الإشهار العقاري لنقل الملكية العقارية، معتبراً بأن الحقوق المتصرف فيها من لدن المورث إبان حياته بموجب عقود رسمية لم تشهر بعد، صحيحة، وذلك ما تم القضاء به بموجب المادة 15 من الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدلة بمقتضى المادة 92 من القانون المالية لسنة 2018² بقولها: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقة العقارية.

غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحقوق العينية، كما تسري من تاريخ الوفاة أيضاً الحقوق التي تم التصرف فيها من طرف المورث قيد حياته بموجب عقود في الشكل الرسمي والتي لم تشهر بعد عند يوم الوفاة.

¹ - من ذلكم مثلاً ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر في: 2005/10/19 بالقول: "حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه بدعوى أن عقد الهبة لم يتم إشهاره في المحافظة العقارية إلا بعد مرور مدة ستة أشهر من تاريخ وفاة الوهاب، مما يجعل العقد باطلاً. وحيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن عقد الهبة قد تم تحريره أمام الموثق بتاريخ: 1994/11/29 و1995/10/07، بينما وفاة الوهاب وقعت يوم: 1998/09/19، أما إشهار عقد الهبة فقد تم يوم: 1999/02/07، ومن ثمة لم يقع إشهار هذا العقد إلا بعد وفاة الوهاب.

وحيث أن الملكية في العقار لا تنتقل إلى المتصرف إليه إلا عن طريق شهر التصرف الناقل للملكية وذلك ما تنص عليه المادة 793 من ق. م والمادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في: 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وتبعاً لذلك يكون التصرف الذي قام به المرحوم (ر - أ - أ) لم يتم تنفيذه إلا بعد وفاته.

وحيث أن ملكية العقار الموهوب عند وفاة الوهاب لم تنتقل إلى الموهوب لها بعد ولم يتم تنفيذ هذا التصرف إلا بعد وفاة المورث. وتبعاً للأصل العام الذي يعتبر كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه يأخذ حكم الوصية وبالتالي يخضع لأحكامها. وحيث أن قضاة الموضوع قد أخطأوا في تكييف الوقائع المعروضة عليهم، وذلك عندما اعتبروا هذا التصرف الذي لم ينفذ إلا بعد وفاة المورث عقد هبة صحيح، في حين أنه يأخذ حكم الوصية". أنظر: قرار م. ع، ملف رقم: 307934، الصادر في: 2005/10/19، بحل المحكمة العليا، ع 2، 2005، ص. 195 وما يليها.

² - أنظر قانون رقم: 17-11 المؤرخ في: 2017/12/27، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج. ر، ع 76 المؤرخة في: 2017/12/28، ص. 41.

وإذا تبين أنه تصرف فيها، فإنها تخضع لقانون الشهر العقاري".

وعليه، فإذا كانت الملكية في العقار أو الحقوق العينية العقارية لا تنتقل سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بإشهار عقد هبة العقار في مصلحة الشهر العقاري¹، وهو التزام ينهض أساساً بتنفيذه المهني الموثق، إلا أن طبيعة هذا الالتزام المتمثل في نقل الملكية العقارية بإخضاع هبة العقار للإشهار العقاري لدى المحافظة العقارية المختصة، هو ليس التزام بتحقيق نتيجة تكمن في تمكين الأطراف المتعاقدة بحصول مبتغاهم بإشهار نفس التصرف مولداً لأثره القانوني عن طريق نشأة الحق العيني على اعتبار أن الإشهار العقاري في ظل النظام القانوني للملكية العقارية في التشريع الجزائري هو مصدر للحق العيني كما يزعمه البعض²؛ غاية ما في الأمر وما يمكن أن يقال، أنه التزام ببذل عناية مشددة يقع واجب تنفيذه على المهني الموثق، والسبب في ذلك أنه كثيراً ما تتسبب الإدارة نفسها في الحؤول دون تنفيذ عملية الشهر؛ فكثيراً ما يغفل المحافظ العقاري تدوين كامل المراجع المانعة للتصرف بالدّفاتر العقاري، فضلاً عن امتداد نفس الإغفال إلى شهادة السلبية العقارية المطلوبة من لدن الموثق أو زبونه ابتداء.

على أن التماطل في أداء هذا الالتزام يعرض الملتزم به للمساءلة على أساس الخطأ المهني الجسيم المترتب عليه جزاء أدبي³ من الغرفة الوصية، فضلاً عن جزاء مدني يتجسد في مطالبته بالتعويض قضائياً جبراً للضرر اللاحق بالمتعاقد من جزاء هذا التهاون.

البند الثاني: الآثار المترتبة على الالتزام بنقل ملكية العقار الموهوب في التشريع المصري

إذا انصبّت الهبة على عقار فإن ملكية هذا الأخير لا تنتقل إلى الموهوب له أو إلى الغير إلا بعد شهر عقد الهبة لدى مصالح الشهر العقاري، بمعنى أن الشهر هنا أمر هام وركن أساسي لانتقال الملكية.

يستشف ذلك من نص المادة 934 من ق. م. م. القاضية بأنه "1- في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبينة في تنظيم الشهر العقاري.

¹ - هذا خلاف التشريع الفرنسي فإن الإشهار في بيع العقارات ليس شرطاً لنقل الملكية بين المتعاقدين، إذ الغرض منه أساساً هو إعلام الغير بأن العقار موضوع تصرف لا غير. أنظر: لحسين بن شيخ آت ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2008، ص. 300.

² - مثل الأستاذ مجيد خلفوني، أنظر مؤلفه: شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، المرجع السابق، ص. 61.

³ - أنظر في العقوبات التأديبية المسلطة على الموثق جراء إخلاله بالتزامه بالسعي لإشهار العقود الناقلة للملكية العقارية، مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 166 وما يليها.

2- ويبيّن قانون الشهر المتقدّم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلّة للملكية أو غير ناقلّة، ويقرّر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر".

وبالرّجوع إلى نصّ المادّة 9 من القانون المذكور والخاص بالشهر العقاري نجدها تنصّ على أنّ جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حقّ من الحقوق العينية الأصلية أو تغييره أو زواله، وكذا الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك، يجب شهرها بطريق التسجيل، بحيث يترتب على عدم التسجيل عدم نشوء أو تغيير أو زوال الحقوق المذكورة لا بين أطراف العقد ولا بالنسبة للغير¹، بل يكون للتصرف غير المسجل من أثر سوى التزامات شخصية من ذوي الشأن.

ولمّا كان القانون رقم: 114 لسنة 1946 المتعلّق بتنظيم الشهر العقاري يقضي بعدم انتقال ملكية العقار أو الحقوق العقارية الموهوبة سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلّا بالتسجيل فإنّ الموقف يقتضي جبراً تسجيل عقد هبة العقار لدى مصالح الشهر العقاري المختصة حتّى تنتقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له.

مع الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ التقنين المدني المصري القديم كان لا يتطلّب لنقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له تسجيل عقد هبة العقار، فملكية هذا الأخير تنتقل فيما بين المتعاقدين بالعقد ولم لم يشهر²، بخلاف الغير الذي لا ينتقل إليه أثرها إلّا بعد شهر نفس العقد.

أمّا بالنسبة لنظيره الجديد - بمعية قانون الشهر العقاري - فملكية العقار الموهوب لا تنتقل - كما سبق وأن أشرنا - لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير إلّا بتسجيل عقد هبة العقار ابتداءً.

ولمّا كان عقد هبة العقار غير المسجل تختلف آثاره عن ذاك المسجل، فإنّه من المفيد عرض هذه الآثار قبل التسجيل وبعده كالآتي:

¹ - إذا كان الغير هو كلّ شخص ليس بطرف في العلاقة التعاقدية، فإنّه يجدر الإشارة إلى أنّ مفهومه من أكثر المفاهيم استعصاء على الضبط على اعتبار أنّه من المفاهيم ذات المحتوى المتغيّر وليس له مدلول واحد مستقرّ، لذلك اكتفى الفقهاء بتحديد تعريفه في المواد القانونية تحديداً سلبياً. لأكثر تفصيل راجع:

AUSSEL Jean-Marie, Essai sur la nation de tiens en droit civil français, thèse, Montpellier, 1952, p. 255 et s.

² - وقد كانت المادّة 70/48 من ق. م. م. القديم تقضي بأنّه "تنتقل الملكية في الأموال الموهوبة، منقولة كانت أو ثابتة، بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له، إمّا إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر فلا تصحّ الهبة ولا القبول إلّا إذا كانا حاصلين بعقد رسمي وإلّا كانت الهبة لاغية". أنظر: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 145، هامش رقم: 2.

- الآثار المترتبة على عقد هبة العقار قبل تسجيله:

عقد هبة العقار غير المشهر هو في الأصل عقد صحيح وقائم قانوناً، ومنتج لكافة آثار العقد المشهر فيما سوى أثرٍ وحيدٍ هو نقل الملكية فعلياً¹ إلى الموهوب له، ويلتزم الواهب بموجب هذا العقد بأن يحقق هذا الأثر بأن يباشر ما هو ضروري لنقل الحق إلى الموهوب، وذلك باتخاذ إجراءات التسجيل الجاري بها العمل قانوناً وإتمامها.

وتبعاً لذلك فإنه يمكن حصر آثار عقد هبة العقار قبل شهرها في ما يلي:

- بالرغم من عدم شهر أو تسجيل عقد هبة العقار - كما اصطلح عليه في التشريع المصري - فإن الواهب يلتزم بأن يمكّن الموهوب له من الانتفاع بالعقار الموهوب وحيازته حيازة مستقرة.

لأجل ذلك يلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب إلى الموهوب له، وهو مسؤول على المحافظة عليه إلى أن يتم تسليمه بالحالة التي كان عليها إبان إبرام عقد الهبة، وإذا سلمه فليس له أن يسترده.

على أنه يكون من حق الموهوب له إجبار الواهب على تسليمه العقار الموهوب، اللهم إلا إذا كانت هنالك حالات يجوز للواهب الرجوع فيها عن هبته، فليس للموهوب له - حينئذ - المطالبة بإجبار الواهب على التسليم.

- يستحق الموهوب له ثمار العقار الموهوب وريعه ابتداءً من تاريخ العقد وليس من تاريخ الشهر والتسجيل.

- يلتزم الواهب بموجب عقد هبة العقار غير المسجل بضمان التعرض والاستحقاق فضلاً عن ضمان عيوب العقار الخفية وكذا تبعة الهلاك على الوجه الذي يضمن به كل ذلك في عقد هبة العقار المشهر.

- يلتزم الواهب بالنقل الفعلي للملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، وذلك بأن يباشر إجراءات التسجيل، فضلاً عن قيامه بكل ما هو ضروري لذلك، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه جعل نقل الحق

¹ - وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الهبة تعتقد صحيحة بمجرد الإيجاب من الواهب والقبول من الموهوب له. أما نقل الملكية فليس ركناً من أركان انعقادها ولا شرطاً من شروط صحتها، غاية ما في الأمر أنه أثر من الآثار المترتبة على نشوئها. وقانون التسجيل لم يغيّر من طبيعة الهبة كما لم يغيّر من طبيعة البيع، بل أن كل ما استجدّه هو تعديله لآثارها بجعل نقل الملكية متراحياً إلى ما بعد التسجيل. وكون الهبة عقد تملك ليس معناه أن نقل الملكية ركناً من أركان انعقادها أو شرطاً من شرائط صحتها، بل معناه كونها عقد يراد به التملك الفوري، تمييزاً وتفرقة لها عن الوصية التي يرام بها إضافة التملك إلى ما بعد الموت. أنظر: نقض مدني في: 13/03/1947، مجموعة عمر 5، رقم 169، ص. 379، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 146، هامش رقم: 2.

مستحيلاً أو عسيراً¹.

يُبد أنه إذا نكل - فيما عدا الحالات التي يجوز الرجوع فيها قانوناً - أمكن الموهوب وجاز له أن يستصدر ضده حكماً بصحة ونفاذ عقد هبة العقار²، ليسجل ويشهر هذا الحكم فتنقل الملكية إليه إثر تسجيله وشهره.

وفي المقابل يلتزم الموهوب له بالوفاء بالتزاماته، فينبغي عليه تأدية العوض والوفاء بالتكاليف المشتركة إذا كانت الهبة بعوض، وأن يسدّد مصاريف الهبة، فضلاً عن التزامه بتسليم العقار الموهوب على نحو ما يلتزم به في عقد هبة العقار المشهر.

- عقد هبة العقار الذي لم يتم تسجيله، لا يصلح سبباً صحيحاً لكسب الملكية بالتقادم الخمسي في ظلّ التقنين المدني الجديد - خلافاً للتقنين المدني القديم - إلا إذا تم تسجيلها وشهرها قانوناً، ومن ثمّ يلزم لنقل ملكية العقار الموهوب إتمام التسجيل أو التقادم الطويل³ مصداقاً لنصّ المادة 3/969 من ق. م. م. القاضية بأنه "والسبب الصحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون".

والحال كذلك بالنسبة لعقد هبة العقار غير المسجل، بحيث لا يؤثر عدم تسجيله في قابليته هبة ملك الغير للإبطال، فهبة عقار الغير تظلّ قابلة للإبطال قبل التسجيل وبعده كما أسلف القول إليه.

¹ - قياساً على التزام البائع إزاء المشتري، وهو ما قضت به المادة 428 من ق. م. م. - المطابقة لنصّ المادة 361 من ق. م. ج. - بالقول: "يلزم البائع أن يقوم بما هو ضروري لنقل الحقّ المبيع إلى المشتري، وأن يكفّ عن أيّ عمل من شأنه أن يجعل نقل الحقّ مستحيلاً أو عسيراً"، فقد تكون هناك أعمال ضرورية إيجابية أو سلبية لا بدّ أن يقوم بها المتصرف أو يكفّ عنها؛ فأما الأولى فمثلها في العقار تصديق البائع على إمضائه حتى يتمكن المشتري من تسجيل العقد، وتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل كمستندات الملكية وشهادة الضريبة العقارية وغيرها. أما الثانية التي يلتزم البائع بالامتناع عنها حتى يتيسر نقل الملكية إلى المشتري، فمثلها أن يتصرّف البائع في العقار بعد البيع، بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الأول، أو أن يلحق بالمبيع تلفاً بحيث تملك العين هالكاً كلياً أو جزئياً فيتعدّر انتقال ملكيتها خالصة إلى المشتري. لأكثر تفصيل راجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 415-416.

² - إذا امتنع الموهوب عن القيام بالإجراءات اللازمة، فيستطيع الموهوب له - قياساً على المشتري - إجباره على التنفيذ عيناً وذلك عن طريق رفع دعوى صحة التعاقد لكي يحصل على حكم ثبوت الهبة يقوم مقام العقد الصالح للشهر والمصدق على توقيعه. وكذلك الأمر إذا صدرت الهبة في ورقة عرفية موقعة من الواهب بإمضائه أو بصمة أصبعه فيمتنع عن الذهاب إلى الجهة المختصة للتصديق على توقيعه تمهيداً للتسجيل، فيحقّ للموهوب له - في هذا الصدد - أن يرفع دعوى يطالب فيها الحكم له بأنّ التوقيع الوارد بالعقد هو توقيع الواهب، فيقوم الحكم الصادر في الدعوى لصالح الموهوب له مقام التصديق على الإمضاء، وهاتين الدعويتين كثيراً ما تباشر في بيع العقارات. أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، د. س. ط، ص. 224-235.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 125.

- الآثار المترتبة على عقد هبة العقار بعد تسجيله:

- متى اكتمل التسجيل صحيحاً طبقاً للقانون، فإنّ كافة الحقوق التي تثبت للموهوب له بمقتضى عقد هبة العقار غير المسجل السالفة الذكر ترتب أيضاً على نفس الهبة بعد تسجيلها، مضافاً إليها أيضاً نقل ملكية العقار محلّ الهبة إلى الموهوب له ما دام أنّ التسجيل قد تمّ فعلياً واكتمل.

فإذا تصرف صاحب العقار في عقاره مرتين متتاليتين بالهبة أو بالبيع في المرة الأولى، وبالثاني في المرة الأخرى، فمن بادر من المتصرف إليهما بشهر عقده يفضل على الآخر، وتبعاً لذلك يفضل الموهوب له حتى على المشتري إذا سبق إلى إنجاز شهر عقده.

- في حالة بطلان عقد هبة العقار أو قابليته للإبطال فإنّ تسجيل العقد لا يقلبه صحيحاً، ذلك أنّ التسجيل لا يصحح باطلاً ولا يبطل صحيحاً.

- حسن النية شرط ضروريّ لصحة تسجيل عقد هبة العقار، وبناءً عليه إذا بادر الموهوب له إلى تسجيل عقد هبة العقار وهو على علم بأنّ الواهب قد سبق له التصرف في العقار محلّ الهبة دون أن يسجل تصرفه، جاز للمتصرف إليه الأول أن يطعن في الهبة المسجلة بالدعوى البوليصة فيجعلها غير نافذة في حقّه.

على أنّ الطعن بهذه الدعوى لا يشترط فيه توافد الموهوب له مع الواهب، فقد يكون الموهوب له حسن النية ومع ذلك يجوز الطعن في الهبة بالدعوى المذكورة - حتى بعد شهرها وتسجيلها - متى ثبت بأنّ الواهب كان سيء النية وقت أن صدرت منه الهبة، وذلك طبقاً للقواعد العامة المقررة في الدعوى البوليصة¹.

المطلب الثاني: إلتزام الواهب بتسليم العقار الموهوب

يلتزم الواهب وورثته من بعده² بتسليم العقار الموهوب متى تمّ بعقد رسمي، وقد نصّ المشرع المصري على هذا الإلتزام - صراحة - خلافاً لنظيره الجزائري - بمقتضى المادة 493 من ق. م. م حيث قضى ضمنها بأنّه "إذا لم يكن الموهوب له قد تسلّم الشيء الموهوب، فإنّ الواهب يلتزم بتسليمه إيّاه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع"³.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 147؛ جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 180؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 125-126.

² - Cf. TERRÈ François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p.462.

³ - وقد تضمنت المادة 674 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري النصّ المحلّل أعلاه وفقاً لما استقرّ عليه التقنين المدني الحالي، بعد أن أقرته لجنة المراجعة وأصبح رقمه 521 ضمن المشروع النهائي، ليوافق عليه مجلس النواب فمجلس الشيوخ من بعده تحت رقم: 493. أنظر:

تطبيقاً لهذه المادة يلتزم الواهب بتسليم ما وهبه¹ للموهوب له عقاراً كان أو منقولاً، فهذا الالتزام فرعٌ من الالتزام بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له ينشأ بمجرد إبرام عقد هبة العقار سواء سجّلت أم تسجّل، وسواء تمّ التّنصيب على هذا الالتزام ضمن متن العقد أو لم ينص، لأنّه من أحكام عقد الهبة ومن مقتضياته فيقوم بمجرد إبرام العقد دون حاجة إلى نصّ آخر.

على أنّه تجدر الإشارة - بادئاً - إلى أنّه ينبغي التّمييز بين التّسليم كركن في الهبة، وبين التّسليم كأثر من آثارها، ذلك أنّه سبق وأنّ أشير إلى أنّ هبة المنقول يجوز أن تتمّ بورقة رسمية أو بالقبض كما هو الحال في التّقنين المدني المصري.

والقبض بحسبانه التّسليم إذا كان بديلاً عن الرّسمية هنا يكون ركناً في هبة المنقول في فرض الاستغناء عن الشّكلية فيه، أيّ أنّ القبض - وهو التّسليم - يكون ركناً في الهبة اليدويّة وليس بركنٍ في الهبة العقارية، وتبعاً لذلك يكون القبض ركناً في هبة المنقول وأثراً من آثار الهبة في العقار، وشتان بين الرّكن والأثر.

وبناء عليه، فالركن إذا تخلف لا يقوم للعقد قائمة ولا ينشأ أصلاً، بحيث يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يترتب عليه أية آثار، أمّا التّسليم كأثر لا يترتب عليه البطلان في الأصل.

يجدر التّنبية - في هذا الصّدد - إلى أنّ الواهب إذا لم يقيم بتسليم ما وهبه، فإنّه يكون للموهوب له أو لورثته من بعده أن يطالبوا الواهب بتسليم العقار الموهوب، وليس هذا فحسب، بل يسوغ لدائي الموهوب له أو للمحال إليه المطالبة بذلك أيضاً.

وبالعودة إلى نصّ المادة 493 من ق. م. م² السّابق عرضه، نجد بأنّ المشرّع المصري قد أحال - في شأن ما ذكر - على أحكام البيع المتعلّقة بالتّسليم، وبالتالي فإنّ هذه الأحكام تطبّق على التّسليم في هبة العقار بالتّبعية³.

مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السّابق، ص. 264-266.

¹ - Cf. FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Op. cit., p. 90.

² - يطابق هذا النصّ مواد التّقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 461 سوري، المادة 482 مدني ليبي، ويقابل: المادة 530-1 مدني كويتي، المادة 202 من مجلّة الأحوال الشّخصية التونسية، المادة 637 قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 238-1 مدني سوداني، ولا مقابل له في قانون الأسرة الجزائري، ولا في مدوّنة الحقوق العينية المغربية، ولا التّقنين المدني العراقي ولا قانون الموجبات والعقود اللّبناني. أنظر في عرض المواد المحلّلة أعلاه: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السّابق، ص. 850 وما يليها.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السّابق، ص. 128.

ومع ذلك، فإنّ مختلف هذه الأحكام تستلزم منّا التعرّض للإلتزام بالتسليم بإبرز: محلّ وكيفية تسليم العقار الموهوب (الفرع الأول)، وزمان ومكان ونفقات تسليم العقار الموهوب (الفرع الثاني)، فالجزء المترتب على الإخلال بتسليم العقار الموهوب وتحمل تبعه هلاكه (الفرع الثالث).

الفرع الأول: محلّ وكيفية تسليم العقار الموهوب

لا شكّ بأنّ محلّ التسليم هو الشّيء الذي يرِد عليه عقد الهبة عقّاراً كان أو منقولاً، ولأجله يلتزم الواهب بتسليمه إلى الموهوب له في الحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة وبالقدر الذي عيّن له في العقد فضلاً عن الملحقات التي تتبعه. ذلك ما نحاول التطرّق إليه من خلال بيان محلّ التسليم (البند الأول)، ثمّ توضيح كيفية التسليم (البند الثاني).

البند الأول: محلّ التسليم

ينبغي التّوضيح - في هذا الشّأن - فيما يلي: تسليم العقار الموهوب بالحالة والمقدار الذي كان عليه وقت العقد (أولاً)، فتسليم العقار الموهوب وملحقاته (ثانياً).

أولاً: تسليم العقار الموهوب بالحالة والمقدار الذي كان عليه وقت العقد

لا مندوحة في أنّ محلّ التسليم "Objet de la délivrance" هو الشّيء الموهوب ويلتزم الواهب بتسليمه إلى الموهوب له بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة، وبالمقدار نفسه الذي عيّن في العقد والملحقات التي هي تبعٌ له. ذلك أنّ شأن الموهوب في هذا الصّد هو شأن عقد البيع، حيث يسري عليه حكم المادّة 431 من ق. م. م - المطابقة لنص المادّة 364 ق. م. م. ج¹ -، والمفروض أنّ الموهوب قد عيّن في عقد الهبة تعييناً كافياً إذا كان عقّاراً أو منقولاً معيّناً بالذّات بحسب ما قضت به المادّة 1/133 من ق. م. م المطابقة لنصّ المادّة 1/94 من ق. م. ج انتهاء.

وعليه، فإنّ العقار الموهوب - قياساً على العقار المبيع - ينبغي أن يكون معيّناً تعييناً كافياً، بحيث أنّ هذا التّعيين الكافي يجب أن ينطوي على وصف حالة الموهوب وقت صدور الهبة، والمفروض - كما ذهبنا إليه المذكّرة الإيضاحية للمشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري بعد إسقاط كلامها على الهبة - أنّ الموهوب له قد رأى العقار الموهوب وعلم به علماً كافياً، وقد كان المشروع التّمهيدي يحوي نصّ المادّة 573

¹ - القاضي بأنّه "يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"، ويتطابق هذا النصّ مع أحكام مواد التقنينات المدنية العربية الآتية: المادّة 399 مدني سوري، المادّة 420 مدني لبي، المادّة 536 مدني عراقي، المادّة 414 قانون موجبات وعقود لبناني.

منه حيث كانت تقضي بأنه "يلتزم البائع بأن يزود المشتري بالبيانات الضرورية عن الشيء المبيع وأن يقدم له الأوراق والمستندات المتعلقة بهذا الشيء"، وقد تم حذف هذا النص ضمن أعمال لجنة المراجعة اكتفاءً بالقواعد العامة¹.

وبإسقاط النص المذكور على هبة العقار، فالواهب - إذن - يلتزم بتزويد الموهوب له بالبيانات اللازمة للكشف عن حالة العقار الموهوب وقت إبرام الهبة، كأن يعين له حدود العقار الموهوب وما يشتمل عليه من حقوق وتكاليف، فضلاً عن مشتملاته ودرجة جودته (في حالة جيدة، أو في حالة ممكنة للسكنى، أو في حالة انحيار مثلاً) ونحو ذلك من الأمور التي يكون من شأنها تعيين حالة المبيع، وهذه هي الحالة التي يلتزم الواهب فيها بأن يسلم العقار الموهوب إلى الموهوب له ما لم يوجد اتفاق خلاف ذلك.

فمثلاً إذا كان الموهوب أرضاً داخلية في مشروع تجزئة "Lau de Lotissement" وجب تسليمها في الحالة التي هي عليها في مشروع التجزئة بما يشتمل عليه من شوارع وميادين، ولكن ليس من الضروري إنشاء هذه الشوارع والميادين في صورة نهائية مادامت قد هيئت وأضحت ميسرة للاستعمال العام²، وما دام هذا الواهب ملتزماً بتسليم العقار الموهوب بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، فإن مقتضى ذلك أن يسلم العقار الموهوب ذاته ولا يسلم شيئاً غيره ولو كان أفضل منه.

وفي نفس السياق يلتزم الواهب بتسليم نفس العقار كله، لأن الوفاء الجزئي لا يكفي ما لم يكن هنالك اتفاق يقضي بخلاف ذلك عملاً بأحكام المادة 1/342 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 1/277 من ق. م. ج - القاضية بأنه "لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه، ما لم يوجد اتفاق

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 55، هامش رقم: 1.

² - أنظر في هذا الصدد بشأن المبيع لو كان عقاراً مع إسقاط أحكامه على عقد هبة العقار: إستئناف مختلط في: 1894/05/30، المجموعة الرسمية 6، ص. 310؛ طعن في: 1918/11/26، المجموعة الرسمية 6، ص. 39؛ طعن في: 1916/05/18، المجموعة الرسمية 6، ص. 310؛ طعن في: 1914/11/26، المجموعة الرسمية 27، ص. 39؛ طعن في: 1916/05/18، المجموعة الرسمية 28، ص. 343؛ طعن في: 1918/05/7، المجموعة الرسمية 30، ص. 409. ولا يكون البائع - كما الواهب أيضاً قياساً على الأول في هذا الفرض - ملزماً بإنشاء الشوارع والميادين ولكن يجب عليه ترك المسافات اللازمة (إستئناف مختلط في: 1922/02/21، المجموعة الرسمية 24، ص. 195)، وأن يترك المشتري - والموهوب له إسقاطاً عليه - ينتفع بما (إستئناف مختلط في: 1934/06/07، المجموعة الرسمية 46، ص. 321)؛ وللمشتري - كما الموهوب له بطريق القياس - الصفة في طلب هدم المباني التي تشيد في الشوارع المصممة (إستئناف مختلط في: 1945/10/30، المجموعة الرسمية 58، ص. 4)؛ وإذا كانت الأرض المبيعة - والموهوبة قياساً على الأولى - ليس لها ممر يصلها بالطريق العمومي، سلمها البائع للمشتري - كما يسلم الواهب للموهوب له - على هذه الحالة، بحيث لا يكون ملتزماً بإيجاد ممر لها إلى الطريق العام إلا بشرط خاص (إستئناف مختلط في: 1897/01/07، المجموعة الرسمية 9، ص. 101). نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 560-561، هامش رقم: 4.

أو نصٌ يقضي بغير ذلك"¹.

على أنّ الإلتزام بتسليم العقار الموهوب بالحالة التي كانت عليها وقت إبرام عقد هبة العقار وبمواصفاته السابق تعيينها يبقى أمراً غير متعلّق بالنظام العام، ومن ثمّ يجوز الاتفاق على خلافه بنصّ خاصّ إبان إبرام العقد أو بعده، كأن ينصّ على أن يسلم العقار الموهوب بحالته التي يكون عليها عند التسليم أو في أيّ حالة أخرى².

ويلتزم الواهب بتسليم العقار الموهوب بحسب المقدار المعيّن سلفاً في متن العقد، فإذا تغيّرت حالته أو نقص بما يمسّ مصلحة الموهوب له، فإنّه لا يمكن مسألة الواهب عن ذلك إلّا إذا كان نتيجة لفعله العمدي أو خطئه الجسيم وفقاً لما نصّت عليه المادة 496 من ق. م. م³ بقولها: "لا يكون الواهب مسؤولاً إلّا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم".

أمّا إذا تغيّرت حالة العقار الموهوب وقت التسليم إلى ما هو أفضل ممّا كانت عليه وقت إبرام الهبة، فينبغي التفريق بين حالتين:

الأولى: إذا كان التّغيير عائداً لسبب أجنبي كأن التحقق طميّ بأرض زراعية فزادت، فتكون تلك الزّيادة للموهوب له، لأنّ له الحقّ في نماء الموهوب وثماره من وقت إبرام عقد الهبة.

الثّانية: وهي التي يرجع التّغيير فيها إلى فعل الواهب وكان الموهوب قابلاً للتّبعيض، فالزّيادة في الشّيء الموهوب تكون للواهب لأنّها لم تدخل في الهبة ولأنّ الموهوب لا يضرّه التّبعيض، أي لا يقبل التّجزئة دون ضررٍ كقطعة أرض تزيد مساحتها على المساحة المتّفق عليها، ولا يمكن استعمال الفائض منها للبناء عليه بصورة مستقلة، أمّا إذا كان الموهوب غير قابل للتّبعيض، فالبيّن أنّ قدر الموهوب في هذا الفرض يعتبر وصفاً

¹ - هذه المادة مطابقة للتّصين الآتين: المادة 1/340 مدني سوري، المادة 1/329 مدني ليبي، وتوافق المادة 392 مدني عراقي التي قضت بأنّه "إذا كان الدّين حالاً فليس للمدين أن يجبر دائنيه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلاً للتّبعيض". كما تقابل أيضاً المادة 300 من قانون الموجبات والعقود اللّبناني التي نصّت على أنّه "لا يجوز إجبار الدّائن على قبول الوفاء مجزّاً وإن كان الموجب قابلاً للتّجزئة، لأنّ الإيفاء بهذا المعنى لا يتجزّأ".

² - جمال الدّين العاقل، المرجع السّابق، ص. 183.

³ - على عكس ما هو مقرّر في عقد البيع، حيث أنّ البائع يكون مسؤولاً عن تغيير حالة المبيع أو نقصه بما يضرّ المشتري، سواء كان ذلك بفعل عمدي أو غير عمدي من البائع أو بفعل أجنبي أو حتّى بقوة قاهرة أو حادث مفاجيء. ذلك لأنّ البائع ملتزم بتسليم المبيع في عقد البيع الملزم لجانبين، فيتحمّل تبعه إخلاله بهذا الإلتزام أيّاً كان سببه ما دام ليس بخطأ المشتري. هذا على خلاف الواهب بوصفه متبرّعاً فلا يسأل إلّا عن خطئه العمد أو الجسيم طبقاً لنصّ المادة 496 من ق. م. م. باعتباره نصّاً خاصاً. وهذه المادّة تطابق: المادة 464 من التّقنين المدني السوري، والمادّة 616 من التّقنين المدني العراقي، وكذا المادّة 485 من التّقنين المدني، وتقابل: المادّة 2/530 من القانون المدني الكويتي. أنظر عبد الوهّاب البنداري، المرجع السّابق، ص. 130، هامش رقم: 1.

لا أصلاً، ولا مقابل للوصف، فتكون الزيادة للموهوب له دون مقابل¹.

ويبدو أنّ الدعاوى الخاصة بمقدار الموهوب شأنها شأن بقية الدعاوى الأخرى في مدة التقادم، حيث لا تسري عليها أجل السنة من وقت التسليم الفعلي للعقار الموهوب وهو الأجل المنصوص عليه في المادة 434 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 366 من ق. م. م. ج -، على اعتبار أنّ هذا النص جاء على سبيل الاستثناء في خصوص عجز المبيع أو زيادته فيستحسن عدم التوسعة فيه².

ثانياً: تسليم ملحقات العقار الموهوب

لا يقتصر التزام الواهب بتسليمه العقار الموهوب فحسب، بل يشتمل التسليم كذلك ملحقاته وكلّ ما أُعِدَّ بصفة دائمة لاستعماله وفقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين طبقاً لنص المادة 432 من ق. م. م.³ والشأن في تحديد هذه الملحقات هو الشأن الذي حدّدت به ملحقات المبيع وفقاً للإحالة الواردة في نص المادة 493 من ق. م. م. التي قضت بأنّه "إذا لم يكن الموهوب له قد تسلّم الشيء الموهوب، فإنّ الواهب يلتزم بتسليمه إيّاه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

وقبل بيان هذه الملحقات، يستحسن التفرقة بين الشيء وبين ما يشابهه أو يختلط به، فالدار مثلاً تشتمل على الأرض التي تقوم عليها والبناء القائم بما يدخل فيه من طبقات، وتشتمل كذلك على السلم والردّهات والحديقة إن وجدت، وسور الدار إن كان لها سور قائم ونحو ذلك، فهذه كلّها أجزاء الدار وليس بملحقاتها.

¹ - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 184، وقارن في هذا الصدد مع عقد البيع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 573 وما يليها.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 150.

³ - وفي ذلك قضت المادة 432 من ق. م. م. بعد إسقاطها على عقد هبة العقار بالقول: "يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكلّ ما أُعِدَّ بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين". وينبغي التذكير في هذا الصدد إلى أنّ هذه المادة كانت تحمل الرقم 572 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، وكانت تقضي بالآتي: "1- يشمل تسليم ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أُعِدَّ بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.

2- فإذا لم يوجد اتفاق، وجب اتّباع الأحكام الآتية، ما لم يقضي العرف بغير ذلك:

أ- بيع المنزل يشمل الأشياء المثبتة فيه الملحقة به، ولا يشمل منقولاً يمكن فصله دون تلف.

ب- بيع الأشياء الزراعية لا يشمل ما نضج من المحصول.

ج- بيع البستان يشمل ما فيه من أشجار مغروسة، ولا يشمل الثمار الناضجة، ولا الشجيرات المزروعة في أوعية أو التي أعدت للنقل.

د - بيع الحيوان يشمل صغاره التي يرضعها كما يشمل الصّوف والشعر المهيأ للجزّ".

بيد أنّه حذفت الفقرة الثانية من المادة المحللة أعلاه ضمن أعمال لجنة المراجعة كونها تتضمن تفصيلاً لا طائل منه. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 54 وما يليها؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 131، هامش رقم: 2.

"ونغاء الشيء من ملحقاته، بل هو يدخل في أصل الشيء، ويتميز بأنه أصل حادثٌ وُجد بعد التصرف؛ فالتحاق الطمي بأرض زراعية يعتبر نماء للأرض ويدخل في أصلها ولا يعتبر من ملحقاتها وقد حدث هذا أيضاً بعد التصرف.

ومنتجات "Produits" الشيء ليست من أصله بل هي تتولد منه بصفة عارضة لا دورية، فالمعادن التي تستخرج من باطن الأرض والأحجار التي تقطع من المحاجر ... كل هذه منتجات الشيء فلا تدخل في أصله ولا تعتبر من ملحقاته.

وثمرات "fruits" الشيء هي أيضاً من أصله ولا تعتبر من ملحقاته، بل هي ما يتولد عن الشيء بصفة دورية، كمحصولات الأرض وثمار الأشجار وريع الدور ...

أما ملحقات "Accessoires" الشيء فهي ليست من أصله ولا من نمائه ولا من منتجاته وكذا هي ليست من ثماره، فهي شيء غير الأصل والنماء، لأنها ملحقة بالأصل وليست الأصل ذاته، وهذا ظاهر، وهي ليست متولدة من الأصل، لا بصفة عارضة كالمنتجات، ولا بصفة دورية كالثمرات، وهذا أيضاً ظاهر. وتبعاً لذلك فهي شيء مستقل عن الأصل، غير متولد منه، ولكنه أعد بصفة دائمة - لا بصفة وقتية - ليكون تابعاً للأصل وملحقاً به، وذلك حتى يتهيأ للأصل أن يستعمل في الغرض المقصود منه أو حتى يستكمل هذا الاستعمال؛ فالمملحقات هي إذن ما يتبع الأصل ويعد بصفة دائمة لخدمته، أو كما تقول المادة 432 من ق. م. م هي "كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء"¹.

وعليه، فما لم يوجد اتفاق أو عرف - يجب التزامه - حسبما قضت به المادة 432 من ق. م. م² وجب اتباع الأحكام الآتية:

- هبة المنزل: تشمل كافة الأشياء المثبتة فيه والملحقة به، ولا تشمل المنقولات الممكن فصلها دون تلف، ويترتب على ذلك أن بعض الملحقات كالأفران المثبتة في المطابخ ومثيلتها المغاسل (البنوار) المثبتة في الحمام تلحق بالمنزل الموهوب، ولا تلحق به المرايا غير المثبتة ولا الثريات المعلقة في حيطان الأسقف.

- هبة الأرض الفلاحية: تشمل جميع حقوق الارتفاقات الإيجابية، أي تلك الواردة لفائدة الأرض كحق المرور أو الري وكذا الحضائر والمخازن، هذا فضلاً عن المنقولات المرصودة على خدمتها واستغلالها فأضحت عقارات بالتخصيص، ومثالها الآلات الميكانيكية بما في ذلك الجرارات المعدة لحرث الأرض وزراعتها

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 580-581.

² - أنظر الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 54 وما يليها.

وربها، كما تشمل الهبة أيضاً المحاصيل الزراعية التي لم تنضج، أما الناضجة منها فالهبة لا تشملها ابتداء.

- إذا كانت الهبة بستاناً، فتدخل في ملحقاته الأشجار المغروسة والثمار التي لم تنضج، لكن لا تشمل الثمار الناضجة، ولا الأشجار المزروعة في أوعية أعدت للنقل.

- يلحق أيضاً بالموهوب، الوثائق المستندات المتعلقة به: كمستندات الملكية والدفاتر العقارية والمخططات الهندسية وصور من المستندات المستقبلية من الواهب لتضمينها حقوقاً أخرى غير حقوق الموهوب له، وكذلك عقود التأمين وبوليصياته التي أبرمت بغرض التأمين عليه، بحيث يكون الموهوب له بالنسبة إلى هذه الأخيرة خلفاً خاصاً¹.

البند الثاني: كيفية تسليم العقار الموهوب

يسري على هبة العقار ما يسري على بيع العقار بالنسبة لطريقة التسليم، ويتبع في تسليمه ما يتبع في تسليم المبيع وفقاً لنص المادة 493 من ق. م. م التي قضت بأنه: "إذ لم يكن الموهوب له قد تسلّم الشيء الموهوب فإنّ الواهب يلتزم بتسليمه إياه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

وقد عالج المشرع المصري - مثل نظيره الجزائري - طريقة التسليم بنوعيه في عقد البيع ضمن المادة 435 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 367 من ق. م. م ج² - حيث ذهب إلى أنه: "1- يكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادياً مادام البائع قد أعلمه بذلك. ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

2- ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

¹ - أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 132؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع نفسه، ص. 582 وما يليها؛ وأنظر في نفس السياق، نفس المؤلف، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 150-151.

² - التي قضت بأنه "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع. وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع تحت حيازته قبل البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

وبإسقاط هذا النصّ على عقد هبة العقار، نجد أنّ كيفية التسليم - في ذات السياق - لا تخرج عن نوعين:

الأولى: التسليم الفعلي للعقار الموهوب: ويُراد به وضع العقار الموهوب تحت تصرّف الموهوب له بحيث يتمكّن من حيازته واستغلاله دون عائق، ولو لم يستول عليه استيلاءً مادّياً، مادام الواهب قد أعلمه بذلك، ويتمّ هذا التسليم على النحو الذي يتّفق وطبيعة العقار الموهوب.

وتبعاً لذلك، فإنّ عناصر التسليم - إتساقاً مع ما سبق - تتمثّل في الآتي:

- وضع العقار الموهوب تحت تصرّف الموهوب له، بحيث يمكّنه من حيازته والانتفاع وكذا استغلاله دون أدنى عائق، على أنّه لا يتحقّق هذا العنصر إذا كان الواهب لا يزال ينتفع بالعقار الموهوب، أو كان الغير يحول دون تسليمه بدعوى أنّ له حقوقاً عليه تمنع تسليمه.
- إخطار الواهب الموهوب له بأنّ العقار الموهوب تحت تصرّفه على الوجه السالف عرضه طبقاً لما يقتضيه القانون بشأن أحكام العقارات.

على أنّه إذا توافر هذان العنصران، اعتبر أنّ التسليم قد تمّ طبقاً للقانون ولو لم يحز الموهوب له العقار الموهوب حيازة فعلية، ذلك أنّه يكفي أن يقوم الواهب بالتزامه على النحو السابق، بأن يقوم بوضع العقار الموهوب تحت تصرّف الموهوب له مع إعلامه بذلك، والمرجع في ذلك أنّه إذا كان التسليم التزاماً في ذمّة الواهب، فإنّ التسليم هو مبادرة الموهوب له لحيازة العقار الموهوب فعلياً بكونه التزام في ذمّته كذلك.

مقتضى ما تقدّم أنّه يجب التفرقة بين تسليم العقار الموهوب وبين انتقال حيازته، إذ قد يعتبر الموهوب له مستلماً للعقار الموهوب دون أن تكون له حيازته، وذلك إذ ما وضع تحت تصرّفه دون أن يبادر إلى الإستيلاء عليه استيلاءً مادّياً¹.

هذا، ولقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري يحوي نصّاً خاصّاً - هو نصّ المادة 567 - التي أصبحت المادة 435 من ق. م. م. الحالي - يتضمّن فقرة تشمل على بعض صور التسليم الفعلي للعقار لكنّها حذفت ضمن أعمال لجنة المراجعة لعدم ضرورتها، لعلّ أبرز صورها هي كالآتي:

- يتمّ تسليم العقار بإخلائه من الأشياء المتعلّقة بالواهب أو بغيره، وهيئته للانتفاع به من الموهوب له دون عائق. وبوجه عام فإنّ التسليم يختلف باختلاف الشيء الموهوب، فإن كان داراً يقطنها الواهب، فيجب

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 133-134.

عليه أن يخليها ويخرج ما فيها من أثاث ومتاع، كما ينبغي عليه أيضاً تسليمه الوثائق المرتبطة بها كعقود الملكية وبوليصات التأمين ونحو ذلك. وإذا كانت أرضاً فلاحية وجب عليه أن يتركها مع أخذه ما يملك من آلات ومواشي ومثل ذلك.

ويقع - كثيراً - أن يكون مجرد إخلاء العقار منطوياً في الوقت نفسه على تمكين الموهوب له من الإستيلاء على العقار الموهوب، ولكن قد يقتضي الأمر أن يسلم الواهب الموهوب له المفاتيح الخاصة به حتى يمكنه من ولوجه، هذا فضلاً عن المستندات المثبتة له بما في ذلك عقود الإيجار حتى يتمكن الموهوب له من التعامل مع مستأجري نفس العقار مثلاً¹.

الثانية: التسليم الحكمي للعقار الموهوب: وفيه لا يكون التسليم الحكمي عملاً مادياً بقدر ما يكون أمراً معنوياً يتم بناء على اتفاق المتعاقدين وهذا ما عبرت عنه المادة 2/435 من ق. م. م السابق الإشارة إليها²، بحيث لا تعدو هذه الأخيرة أن تكون تطبيقاً للمبدأ العام المقرر بخصوص الانتقال الحكمي للحيازة المنصوص عليه بمقتضى المادة 953 من نفس القانون - المطابقة لنص المادة 812 من ق. م. ج - التي قضت بأنه: "يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، أو استمر الخلف واضعاً يده ولكن لحساب نفسه".

مؤدى نص المادة 2/435 من ق. م. م - الموافقة لنص المادة 2/367 من ق. م. ج - عند تطبيقه على عقد هبة العقار يُلَمَع بأن التسليم الحكمي فيه يتخذ حالتين:

الأولى: وفيها يكون العقار الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة لسبب غير الملكية³، كأن يكون مستأجراً أو مستعيراً ثم يصير مالكا له بموجب عقد الهبة.

ففي هذه الحالة، لا يحتاج الأمر إلى التسليم المادي، كون أنّ الموهوب له يحوز المال العقاري فعلياً قبل وبعد الهبة، غير أنّه بعد الهبة تتغير صفة حيازته فيصبح حائزاً بصفته مالكا، لذلك يعدّ التسليم في هذا الفرض حكماً لأنّه لا يقع مادياً، بل يقع فقط بمجرد تبدل النية لتغير صفة الحيازة⁴.

¹ - عبد المنعم البدراري، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص. 266؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 151-152.

² - القاضية بأنه "يجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حيازة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

³ - أحمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2006، ص. 321.

⁴ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 135.

الثانية: أن يكون العقار الموهوب موجوداً أصلاً في يد الواهب ويبقى كذلك بعد الهبة في يده، لكن ليس كمالك بحسابه قد خرج من ملكيته، إنما كمستعير أو مستأجر بموجب اتفاق بينه وبين الموهوب له بعد الهبة.

ففي هذا الفرض، لا يسلم الواهب الموهوب له العقار محل الهبة تنفيذاً لعقد الهبة، ثم يعود فيستلم منه هذا العقار بمقتضى عقد العارية أو الإيجار مثلاً، إنما يبقى العقار في يد الواهب بعد تغيير صفة حيازته وفقاً لعقد الهبة والعقد الموالي له.

وهذه الصورة الثانية من التسليم الحكمي، تصح في التسليم بوصفه مجرد التزام ناشئ عن عقد الهبة الذي انعقد سلفاً بإفراغه في عقد رسمي وتمّ شهره، وليس باعتباره ركناً؛ فتصح في العقار كما تصح في المنقول إذا لم تكن الهبة يدوية.

أما لو كنّا بصدد هبة يدوية فإنّ التسليم الحكمي في هذا الفرض لا يكفي على اعتبار أنّ القبض ركناً فيها ولا بدّ لصحتها من التسليم الفعلي¹.

الفرع الثاني: زمان ومكان ونفقات تسليم العقار الموهوب

وفي هذا الصدد قضت المادة 493 من ق. م. م بالقول: "إذا لم يكن الموهوب له قد تسلّم الشيء الموهوب، فإنّ الواهب يلتزم بتسليمه إيّاه، وتسري في ذلك الأحكام المتعلقة بتسليم المبيع".

وقد أوردت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري إيضاحاً لهذا النصّ فقالت بأنّه "يلتزم الواهب، كما يلتزم البائع بنقل الملكية وبضمان الاستحقاق وبضمان العيب، أمّا الالتزام بنقل الملكية فينقذ بالتسجيل إذا كان الموهوب عقاراً كما في البيع، وتسليم العقار ليس ضرورياً في نقل ملكيته ... ويلتزم الواهب بتسليم الموهوب، والتسليم في المنقول ضروري في تمام الهبة ولنقل الملكية كما تقدّم، فهو ليس التزاماً في هبة المنقول، بل هو ركن من أركان العقد. أمّا في العقار فالتسليم التزام لا ركن، لأنّ العقد يتمّ بورقة رسمية، وتنتقل الملكية بالتسجيل مع جواز بقاء العقار في يد الواهب فيكون ملزماً بتسليمه، وتتبع القواعد التي سبق بيانها في البيع بشأن ما يجب تسليمه وطريقة التسليم وزمانه ومكانه، أمّا النفقات فهي على الموهوب له، ما لم يوجد اتفاق آخر"².

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 152؛ جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي في القانون المدني، المرجع السابق، ص. 190-191.

² - أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 79؛ وأنظر: عمّار نصّار، المرجع السابق، ص. 985.

وعليه، فإنّ الأصل في التشريع المصري أن يتم تسليم العقار الموهوب عَقَبَ إبرام عقد الهبة فوراً ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بخلاف ذلك.

فإذا وجد بينهما اتفاق يتضمّن تسليم العقار الموهوب في وقت معيّن، فإنّ التسليم يتمّ في الموعد المتفق عليه، وكذلك إذا كان هناك عرف يقضي بتسليمه في موعد محدّد فينبغي تطبيق هذا الأخير.

وإذا كانت طبيعة الموهوب تستلزم مرور وقت معيّن على تسليمه فإنّه يجب مراعاة ذلك، وعلى العموم يتعيّن العودة في هذا الشأن إلى أحكام البيع المتعلقة بتسليم المبيع حسب ما قضت به المادة 493 المحلّة أعلاه.

فإذا كان هذا هو الحال في التشريع المصري فإنّ قانون الأسرة الجزائري الذي سنّ أحكام عقد الهبة لم يورد نصّاً بخصوص التزامات الواهب أو الموهوب له كما فعل نظيره المصري ومن اقتفى أثره، وعليه فالمفروض أن يتمّ تسليم العقار الموهوب فور انعقاد عقد الهبة طبقاً لنصّ المادة 206 من ق. أ. ج استكمالاً لركن الحيازة.

وتبعاً لذلك، ينبغي على القاضي المعروض عليه النزاع بخصوص الطعن ببطلان في هبة العقار لانتفاء ركن الحيازة والإخلال بواجب التسليم، ألاّ يكتفي بالعبارة الدارحة المضمّنة في عقد هبة العقار الموثّق والمتمثّلة في التصريح بتسليم العقار الموهوب وانتقال حيازته إلى الموهوب له - بالتبعية - ابتداءً من يوم إبرام العقد، بل ينبغي عليه أن يتحقّق من ذلك بالوسائل القانونية من وقوع الحيازة، وهذا ما كرّسه اجتهاد المحكمة العليا الصّادر في: 24 فيفري 1986 تحت رقم: 50651 والقاضي بأنّه "من المقرّر في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطاً لصحّة عقد الهبة. وتأسيساً على ما تقدّم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحّة الهبة استناداً على التصريح الوارد بالعقد المتمثّل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكّد من وقوع الحيازة الفعلية"¹.

أمّا بخصوص أجل الحيازة ومدّتها، فقد أوضحت المحكمة العليا في قرارها الصّادر في: 07 جوان 1995² بالقول: "... حيث أنّ قانون الأسرة لم يحدّد للحيازة مدّة معيّنة، وأنّ قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما قضوا بصحّة هبة العقار كلياً باعتبار أنّ الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في منزل محلّ الهبة، وبالتالي فلا مجال لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة".

¹ - غير منشور، نقلاً عن: حدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 10.

² - أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 664121، الصّادر في: 1995/06/07، م. ق. ع، 1، 1995، ص. 111.

لكن قد يمتنع الواهب عن تسليم عقاره الموهوب للموهوب له بعد انعقاد عقد الهبة، والسبب في ذلك إما الندم أو الاحتياج ونحو ذلك، وإن كان ليس له أن يمتنع أو يتراجع فيها، ذلك أنه لا رجوع في العطية إلا فيما وهبه الوالدان لأولادهما كما يقتضيه القانون.

وحيث أن قانون الأسرة الجزائري جاء خلواً من التنصيص على التزام الواهب بالتسليم، فإنه وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي - تبعاً للإحالة المقررة بمقتضى المادة 222 من ق. أ. ج - لا سيما ما قرره الفقه المالكي، فالهبة تلزم الواهب بمجرد إبرام العقد ويجبر على تمكين الموهوب له من العقار الموهوب، بل تحاز بلا إذنه مصداقاً لقول العلامة خليل: "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه"، وشرحاً لقول الماتن يقول الخرشي: "يعني أن الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن في ذلك، فإن أبي الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له، لأن الهبة تملك بالقول على المشهور"¹.

"والمعطى له في هذا الظرف، إما أن يتراخى في الحياة، أو لا تبقى له رغبة فيها، أو يحذر المن والأذى. فإذا استمر على هذا الحال إلى أن توفي المعطي، سقطت عطيته وبطلت لعدم الحوز. لكن! لو ظلَّ يجِدُّ في طلب الحياة ويلج، فإنه حتى لو توفي المعطي، فإن العطية لا تسقط ولا تبطل"². يقول العلامة خليل مدلاً على هذا الفعل بقوله "أو جد فيه"، ويشرح الخرشي هذا القول مفسراً: "فاعل جد هو الموهوب له والضمير المحرور بالحرف يرجع للقبض... والمعنى أن الموهوب له إذا جد في قبض الهبة والواهب يمنعه من ذلك حتى مات الواهب، فإن الهبة ماضية وذلك حوز على المشهور"³.

أما بالنسبة لمكان التسليم، فلا يتصور تسليم العقار الموهوب في غير مكان تواجدته خلافاً للمنقول الموهوب (المعين بالذات) إذا لم يعين مكان وجوده فإنه يجب تسليمه في موطن الواهب لأنه هو المدين بالتسليم وذلك طبقاً لنص المادة 1/347 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 1/282 من ق. م. ج - القاضية بأنه: "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك"⁴.

وعليه، إذا كان الموهوب عيناً معيناً بالذات، حق للموهوب له المطالبة بشماره وإيراداته من وقت إبرام الهبة على اعتبار انتقال ملكيتها له من ذاك التاريخ، وعلى الواهب تسليم الثمار عيناً، أما إذا تصرف فيها

¹ - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 105.

² - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 269.

³ - محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع نفسه، ص. 108.

⁴ - وتطبيقاً للقاعدة القاضية بأن الدائن يسعى إليه (portable)، ولا يسعى (quérable) أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 599.

دون وجه حق، وجب عليه دفع قيمتها¹، وقبل ذلك وجب عليه تسليم الموهوب كاملاً للموهوب له وبالحالة التي كان عليه إبان إبرام الهبة ابتداءً².

أما بخصوص نفقات تسليم العقار الموهوب³، فلقد قضت بصدده المادة 348 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 283 من ق. م. ج - بالقول: "تكون نفقات الوفاء على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

ومؤدّي هذا النص أنّ نفقات التسليم في الأصل تقع على عاتق الواهب لأنّه هو المدين بالتسليم، لكن يجوز - مخالفة للأصل - الاتفاق على أن يتحمّل الموهوب له هذه النفقات، بحيث يمكن استخلاص هذا الاتفاق ضمناً من الظروف المحيطة بالهبة، وبالخصوص إذا لوحظ بأن الواهب يتفرّغ عمّا وهبه من عقار بلا عوض، فمن السهل استنتاج أنّه لم يُردّ أيضاً تحمّل نفقات تسليم العقار الموهوب.

ولما كان المشرّع المصري قد نصّ على أنّ نفقات تسليم المبيع تقع على المشتري ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك، فإنّ جانباً من الفقه ذهب إلى أنّ نفقات التسليم يتحمّلها الموهوب له قياساً على المادة 464 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 395 من ق. م. ج - المتعلقة ببيان المتحمّل لنفقات تسليم المبيع، والقاضية بأنّ "نفقات تسليم المبيع على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك"⁴.

بينما ذهب جانب ثانٍ⁵ إلى أنّ نفقات التسليم تكون على عاتق الواهب على اعتبار أنّه هو المدين والملزّم بالتسليم إعمالاً للقاعدة العامة الواردة في المادة 348 من ق. م. م المحلّة أعلاه.

على أنّه يشار - أخيراً - بأنّ المادة 678 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري كانت تقرّر بأنّ نفقات الشّيء الموهوب يتحمّلها الموهوب له؛ مفسّرة هذا الحكم تفسيراً للهبة في أضيق حدودها، بيد أنّه تمّ

¹ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Op. cit., pp.597-598.

² - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 134.

³ - وتشمل مصاريف إخلاء وإفراغ العقار (دياراً كان أو محلات أو أراضي زراعية وغيرها) من شواغله وأمتعته، هذا فضلاً عن أجرة الإشهار بالتسليم والمعاينة التي ينهض بتنفيذها العدلين أو الموثّق حال توجّههما إلى الأمكنة المذكورة. أنظر في الحوز الفعلي للعقار ومقتضياته: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 283 ومايليها.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 167-135.

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 153، هامش رقم: 3.

إلغاء هذا النصّ ضمن أعمال لجنة المراجعة وحذف على اعتبار أنّ حكمه مستفاد من القواعد العامة¹.

الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الإخلال بتسليم العقار الموهوب وتحمل تبعه هلاكه

يترتب على إخلال الواهب بالتزامه بتسليم العقار الموهوب على النحو المتقدّم، ثبوت حقّ الموهوب له في مطالبة الواهب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكناً، حيث يجبر الموهوب له الواهب على تسليم العقار الموهوب وذلك ما لم يكن للواهب حقّ الرجوع في الهبة واستعمل إياه طبقاً للقانون.

كما أنّه ليس من صالح الموهوب له المطالبة بفسخ هبة العقار لعدم تسليم هذا الأخير إلّا إذا كانت الغاية من وراء ذلك التخلّص من التزام فرضته الهبة على عاتقه، كأن كانت هبة العقار بمقابل أو مقرونة بالتزامات وتكاليف ينبغي التنصّل منها أولاً وأخيراً².

على أنّه إذا هلك العقار المنصبّ عليه الهبة قبل تسليمه بسبب أجنبي لا يد للواهب فيه، فإنّ تبعه الهلاك تقع على الموهوب له لأنّه لم يمنح مقابلاً حتّى يستردّه كما هو الشّأن في عقد البيع.

ذلك أنّ هبة العقار تكون في العادة عقدٌ ملزم لجانب وحيد يتمثّل في شخص الواهب، فإذا انفسخت لاستحالة التنفيذ لم يكن هناك التزام على الموهوب له يتحلّل منه، فيكون هو الذي تحمّل تبعه الهلاك كما هو الحال في سائر العقود الملزمة لجانب واحد.

أمّا إذا كانت هبة العقار بعوض أو مقترنة بالتزامات أو تكاليف فإنّه يتحلّل منها بانفساخ الهبة لاستحالة تنفيذها وفقاً لما هو جارٍ به العمل طبقاً للقواعد العامة.

على أنّه إذا كان هلاك العقار الموهوب قبل التسليم يعود إلى خطأ الواهب، فإنّما يكون هذا الأخير يسيراً أو جسيماً، فإن كان يسيراً بقيت تبعه الهلاك على الموهوب له ولم يكن الواهب مسؤولاً عن هذا التقصير اليسير. أمّا إذا كان الواهب متسبباً في هلاك الموهوب بفعله العمد أو خطئه الجسيم ولم يكن له حقّ الرجوع في الهبة، أضحي مسؤولاً إزاء الموهوب له بتعويض عادل يتحمّل الموهوب له عبء إثباته³.

ذلك أنّ الواهب وإن كان غير مسؤول غير خطئه اليسير، فإنّه مسؤول - بقوة القانون - عن فعله

¹ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 271 وما يليها.

² - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 191-192.

³ - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 154؛ أنور سلطان، المرجع السابق ص.

العمد أو خطئه الجسيم بحسب ما اقتضته المادة 496 من ق. م. م التي قضت صراحة بأنه "لا يكون الواهب مسؤولاً إلاّ عن فعله أو خطئه الجسيم"¹.

وهذا ما أكدته المذكورة الإيضاحية للتقنين المدني المصري في هذا الشأن بقولها: "وإذا هلك الموهوب قبل التسليم لسبب أجنبي، فاهلاك على الموهوب له، لأنّه لم يدفع مقابلاً حتّى يستردّه كما في البيع.

وإذا كان الهلاك بخطأ الواهب، كان مسؤولاً عن تعويض الموهوب له تعويضاً عادلاً. والخطأ الذي يسأل عنه الواهب لا يكون إلاّ العمد أو الخطأ الجسيم ... لأنّه متبرّع"².

المبحث الثاني: الإلتزام بالضمان

لما كان الواهب - في الأصل - متبرّعاً يتنازل عن عقاره بلا مقابل، فإنّ مقتضى ذلك عدم مسألته عن هلاك العقار الموهوب قبل تسليمه، هذا فضلاً عن عدم مسألته عن ضمان الاستحقاق أو وجود عيب خفيّ فيه أو التعرّض للموهوب له.

بيد أنّ هلاك العقار الموهوب أو استحقاقه أو التعرّض الواقع له أو اكتنافه على عيب خفيّ حدث نتيجة خطأ من الواهب، فإنّه يكون ملزماً بالضمان وفق شروط معيّنة قرّرها القانون.

وتبعاً لذلك، يستلزم منّا المقام توضيحاً لهذه الإلتزامات التعرّض لهم بالتفصيل وفق مطلبين متتالين: الأول يكمن في التزام الواهب بضمان التعرّض والاستحقاق (المطلب الأوّل)، والثاني يتمثّل في التزام نفس الشخص بضمان عيوب العقار الخفية (المطلب الثاني).

¹ - لا وجود لهذا النصّ في قانون الأسرة الجزائري بحسبانه المنظّم لأحكام عقد الهبة، ويتطابق حكم ذات النصّ مع بعض التقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 464 مدني سوري، المادة 616 مدني عراقي، المادة 2/281 من مدونة الحقوق العينية المغربية، ويتوافق ونص المادة 2/530 مدني كويتي. أنظر في عرض المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 851 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 527.

على أنّه يشار بأنّ النصّ المحلّل في المتن قد ورد - سلفاً - ضمن المادة 677 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على الوجه الذي هو عليه حالياً في التقنين المدني بعد أن قرّره لجنة المراجعة تحت رقم: 524 من المشروع النهائي. وقد طرح تساؤل - ضمن أشغال لجنة الشؤن التشريعية في مجلس النواب - مفاده كيفية تتحقّق مسؤولية الواهب عن فعله العمد أو خطئه الجسيم، فتمتّ الإجابة عليه بكون أنّه يقع فعلاً في حالة ما إذا لم يسلمه الواهب الشّيء وهلك قبل التسليم، فإن كان هلكه قضاءً وقدرًا أو بتقصير غير جسيم، فلا تتحقّق مسؤولية الواهب في هاتين الحالتين، أمّا إذا هلك بفعل الواهب العمدي أو بخطئه جسيم، فإنّ مسؤوليته تتحقّق لا محالة. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 271 وما يليها. وأنظر: أحمد عبد الرزاق الشنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 155، هامش رقم: 1.

² - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع نفسه، ص. 272.

المطلب الأول: إلتزام الواهب بضمان التعرّض والاستحقاق

من البديهي أن يضمن الواهب للموهوب له وضع يده على العقار الموهوب دون معارضة منه¹، وهذا الضمان من طبيعة هبة العقار² - بطبيعة الحال -، إذ يترتب بمقتضى القانون دونما حاجة إلى اتفاق خاص، لذلك درج الفقه على نعت هذا الضمان بالضمان القانوني "La garantie de droit".

وبالرغم من ذلك فإنه يجوز لطرفي عقد الهبة الاتفاق على خلاف الأحكام قررها القانون في شأن الإلتزام بالضمان، وهذا ما اصطلح عليه بالضمان الاتفاقي "La garantie conventionnelle".

على أنه يشار في هذا الصدد بأنّ إلتزام الواهب بالضمان في عقد هبة العقار، يعتبر - في حقيقة الأمر - إلتزاماً مزدوجاً، على اعتبار أنه يتمثل في إلتزامه بعدم التعرّض للموهوب له سواءً كان ذلك بالنسبة للملكية أو بالنسبة للحياة، وهذا هو ضمان التعرّض الشخصي، أيّ ذاك الضمان الناشئ عن فعله الشخصي، وهو بطبيعته إلتزام سلبي.

كما يلتزم من جهة ثانية بضمان تعرّض الغير، أيّ بضمان التعرّض الصادر من أجنبي يدّعي بحقّ على العقار الموهوب، بحيث يعدّ ذلك اعتداءً على الموهوب له في تملكه أو حوزة له، وهذا إلتزام بطبيعته إيجابي.

بالنتيجة، فإنه إذا ما أدّى التعرّض إلى استحقاق العقار الموهوب، كان الواهب ملزماً بأنّ يؤدّي إلى الموهوب له ما يقضي به القانون في هذا الشأن من تعويض بحسب ما كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

وأتساقاً مع ما سلف عرضه، فينبغي التطرّق لإلتزام الواهب بضمان التعرّض والاستحقاق بالتعرّض بادئاً إلى إلتزام الواهب بضمان التعرّض (الفرع الأول)، يليه مباشرة إلتزام الواهب بضمان استحقاق العقار الموهوب (الفرع الثاني).

¹ - يلاحظ بأنّ مختلف التقنيات المدنية العربية نظّمت هذا النوع من الضمان بالتفصيل الواسع ضمن باب عقد البيع، ولو أنّ أحكامها ليست خاصّة بهذا الأخير فحسب، بل هي تناول جميع العقود التي ينشأ منها الإلتزام بنقل الملكية أو بتمكن المتعاقد من الانتفاع على غرار عقد هبة العقار. ففي كلّ العقود يوجد إلتزام بالضمان يختلف مضمونه من عقد إلى آخر، وقد كان من الممكن إجماله ضمن نظرية عامة دون أن يقتصر على عقد البيع. ولما كان العقد الأخير هو العقد الأكثر شيوعاً، فقد أثرت التقنيات المدنية المذكورة تنظيم الإلتزام بالضمان ضمنه مع التفصيل في أحكامه واكتفت بالإحالة عليه مع مراعاة ما يميّز به الضمان في كلّ عقد من خصوصيات تختلف عن نظيرتها المكوّنة لعقد البيع. أنظر: جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، ج1، البيع والمقايضة والإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964، ص. 179.

² - إذا كان الإلتزام بالضمان على هذا القدر من العمومية من حيث تطبيقه على مختلف العقود، فقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بضرورة معالجة هذا الإلتزام ضمن الأحكام العامة للإلتزامات. أنظر في خصوصيات ضمان التعرّض والاستحقاق: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 618 وما يليها؛ أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 282.

الفرع الأول: إلزام الواهب بضمان التعرض

يحتوي التزام الواهب بضمان التعرض ذاته على التزامين ثانويين: الأول: إلزام الواهب بضمان التعرض الصادر منه شخصياً (البند الأول)، والثاني: إلزامه بضمان التعرض الصادر من الغير (البند الثاني).

البند الأول: إلزام الواهب بضمان التعرض الشخصي

سنحاول ضمنه بحث مجمل عناصره المختلفة ابتداءً من بيان أساسه المرتكز عليه (أولاً)، وأنواعه (ثانياً)، فالحالات غير المعتبر فيها فعل الواهب من قبيل التعرض (ثالثاً).

أولاً: الأساس القانوني لالتزام الواهب بضمان التعرض الشخصي

سبق وأن أشرنا إلى أنّ الواهب يلتزم بنقل ملكية العقار الموهوب وبالحفاظة عليه إلى حين تسليمه بالحالة التي كان عليها وذلك بوضعه تحت تصرف الموهوب له، بحيث يتمكن من الانتفاع به واستعماله كمالك دون أدنى عائق يعوقه في ذلك.

مقتضى هذا القول ولازمه، أنّ التزام الواهب في هذا الصدد هو التزام سلمي بطبيعته، ومؤداه أن يمتنع هذا الأخير عن كلّ عمل ماديّ أو قانوني من شأنه أن يشكّل تعرضاً منه للموهوب له في تملكه للعقار الموهوب واستغلاله دون عقبة تعترض سبيله¹، سواء كان هذا التعرض كلياً أو جزئياً بحيث يترتب عليه عدم الاستفادة من العقار الموهوب على الوجه اللازم.

وشأن الواهب في كلّ ذلك، شأن كلّ ضامن لالتزام، إذ القاعدة - هنا - أنّ من وجب عليه الضمان حرّم عليه التعرض² مع مراعاة حق الرجوع المخوّل للواهب إذا كان يملكه في هذا الصدد.

تجدر الإشارة إلى أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذا الالتزام حيث جاء خلواً من أية إشارة إليه، بيد أنّه وبالعودة إلى أحكام الشريعة الإسلامية - بمقتضى الإحالة المنصوص عليها بموجب المادة 222 من نفس القانون -، نجد أنها تنصّ على أنّ الواهب في عقد هبة العقار لا يضمن - في الأصل - للموهوب له التعرض الحاصل من فعل الغير والاستحقاق الناشئ عنه إلا إذا قرّره شرط خاص، أو اتفاق، أو كان الاستحقاق راجعاً إلى فعل الواهب، مثله في ذلك مثل عقد البيع³ فيسري عليه من أحكام الضمان ما

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 141.

² - Cf. TERRE François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p. 463.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.

يسري على هذا الأخير مع مراعاة طبيعة عقد الهبة ابتداءً، وهذا ما كانت تقضي به المحاكم المصرية سابقاً في ظلّ أحكام التقنين المدني الملغى، فقد جاء في حكم محكمة الإسكندرية¹ ما يدلّ على ذلك حينما قضى بأنه "لا معدى من الرجوع إلى الشريعة الإسلامية الغراء في أحكام الهبة باعتبارها من المسائل التي أسسها ونظّمها الشرع وقصر القانون المدني عن الإحاطة بكل أسسها وضوابطها. وتقضي أحكام الشرع بأنّ الواهب لا يضمن للموهوب له التعرّض الحاصل من فعل الغير والاستحقاق المترتب عنه. فإنّه إذا استحقّ الشيء الموهوب ماله الحقيقي فليس للموهوب له الذي انتزع منه أن يرجع على الواهب.

ويتربّب على ذلك أنّه إذا كان العقد الساتر للهبة هو بيع واستحقّ العّار الموهوب للغير، فلا يجوز للموهوب له الرجوع على الواهب بالتّمنّ المسمّى في عقد البيع المذكور".

بل أنّ القضاء المصري ذهب في حكم² آخر له بالقول: "لا ضمان للإستحقاق إلّا إذا ضمّنه الواهب بشرط خاص، أو كان هذا الإستحقاق يرجع إلى فعله".

والحال كذلك في التقنين المدني المصري القديم حيث لم يرد ضمنه أيّ تنظيم لالتزام الواهب بضمان التعرّض للموهوب له أو استحقاق العّار الموهوب، فقد كان يطبّق عليه أحكام الفقه الإسلامي على اعتبار أنّ هذا الالتزام من الأحكام الموضوعية³.

غير أنّ المشرّع المصري ما لبث أن تناول هذا الالتزام ضمن التقنين المدني الجديد ذاكراً إيّاه بصراحة ضمن نصّ المادة 494 من تقنيته المدني، ومع ذلك فإنّه يبرز من هذا النصّ بأنّ المشرّع المصري توقّف عند حكم ضمان الواهب للتعرّض الصّادر من الغير وأغفل ذكر ضمان الواهب للتعرّض الصّادر منه على النحو الذي تقتضيه القواعد العامة.

248.

¹ - أنظر: إستئناف في: 1947/02/18، المجموعة الرسمية 48، رقم: 246، نقلاً عن: أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السّابق، ص. 156-157، هامش رقم: 2.

² - أنظر: إستئناف مختلط في: 1902/05/28، المجموعة الرسمية 14، ص. 330؛ وأنظر في ذات السّياق: إستئناف في: 1916/03/09، المجموعة الرسمية 28، ص. 195؛ إستئناف في: 1930/11/18، المجموعة الرسمية 43، ص. 25، نقلاً عن: أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 156-157، هامش رقم: 2.

³ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السّابق، ص. 192.

والعبرة في ذلك كلّهُ هو بتاريخ إبرام عقد الهبة، فإن هي صدرت قبل تاريخ 15 أكتوبر 1949 فأحكام الفقه الإسلامي هي التي تسري، وإن كانت قد أبرمت بعد ذلك التاريخ فأحكام التقنين المدني المصري الجديد هي التي تطبّق حينئذ. أنظر: أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 157، هامش رقم: 2.

يُبد أنه لا يمكن أن يفهم من ذلك بأن الواهب لا يضمن التعرّض الصّادر من شخصه، بل من المقرّر أن يضمن هذا التعرّض وجوباً طبقاً للقواعد العامة، حيث أنّ التزامه الرئيسي هو نقل ملكية العقار الموهوب للموهوب له، ومن مقتضيات ذلك وضعه تحت تصرّفه؛ ممّا يعني - بالنتيجة - أنّ الواهب ملتزم بالتزام سلبى مؤداه امتناعه عن أيّ عمل مادّي أو قانوني من شأنه حصول تعرّض للموهوب له انتهاء¹.

وعلى اعتبار أنّ الواهب يكون ضامناً على أساس عقد الهبة، ومن يضمن - تبعاً لذلك - ليس له أن يتعرّض مطلقاً، فإنّ التقنين المدني الكويتي - ومن اقتفى أثره - لم يتوقّف عند التّخريج الذي تبناه التقنين المدني المصري²، بل نصّ على هذا الالتزام بشكل صريح يستند إلى نصّ المادة 531 من تقنينه المدني لا إلى القواعد العامة، فقضى بأنّه "لا يضمن الواهب إلاّ التعرّض الناشئ عن فعله...".

ثانياً: أنواع التعرّض الشّخصي الصّادر من الواهب

يلتزم الواهب بضمان التعرّض الشّخصي الصّادر منه سواء كان مادّياً أو قانونياً بخلاف ضمان التعرّض الصّادر من الغير، فهو لا يضمن - كما سيأتي - إلاّ التعرّض القانوني. على أنّه يشار إلى أنّ التعرّض الشّخصي الحاصل من الواهب يتأرجح بين نوعين من التعرّض هما:

- التعرّض المادّي "Trouble de fait":

هو كلّ فعل مادّي يقوم به الواهب يعكّر حياة الموهوب له للعقار الموهوب دون استناده إلى حقّ يدعيه³، ومن أمثلته: تعرّض الواهب للموهوب له تعرّضاً مادّياً في انتفاعه بالعقار الموهوب كانتزاعه لبعض أجزائه كالأبواب والتّوافذ أو المنقولات الملحقة به والمرصودة على خدمته واستغلاله أو غير ذلك من الأعمال المادّية الأخرى.

ويعتبر في نفس حكم التعرّض المادّي أيضاً بالنسبة للموهوب له حتّى ولو كان يقوم على تصرّف قانونيّ صادر عن الواهب كما لو تصرّف الواهب إلى الغير تصرّفاً قانونيّاً يعتبر تعرّضاً للموهوب له بأن باع أو قايس العقار الموهوب إلى شخص آخر قام بشهر بيعه أو مقايضته قبل هبة الموهوب له.

¹ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 193-194.

² - حيث أنّه "قد اُتخذ المشروع في وضع أحكام الضّمان بأنواعه المختلفة بما أورده القانون المدني المصري من أحكام بشأنها" المواد 494-496 مدني"، ونقلته القوانين العربية الأخرى التي تأثرت به، وذلك بعد إدخال التعديلات المناسبة عليها". أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 337.

³ - محمّد يوسف الرّغبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، ط1، 1993، ص. 351.

فهذا التصرف يعتبر عملاً مادياً بالنسبة للموهوب له على اعتبار أنه ليس طرفاً فيه، ولأنّ الواهب يستند إلى حقّ ضمنه، والتعرض في مثل هذا الفرض تعرض غير مباشر كون أنّ الواهب أنشأ بفعله حقاً للغير على الموهوب له.

على أنّه يسري على كلّ ما سلف عرضه مختلف القواعد العامة المتعلقة بالجزاء، فيكون للموهوب له الذي حصل له تعرض مادي صدر من الواهب أن يطلب التنفيذ العيني بإزالة ما حصل مخالفاً للالتزام الواهب، علاوة على طلبه الحقّ في التعويض انتهاء¹.

– التعرض القانوني "Trouble de droit":

هو الذي يستند فيه الواهب إلى حقّ يتعارض مع الحقّ المنتقل إلى الموهوب له² كأن يدّعي بأنّ ملكية العقار الموهوب تعود له، أو أنّه صاحب حقّ عيني كحقّ الانتفاع أو الارتفاق، أو صاحب حقّ شخصي كالمستأجر، ذلك أنّ الواهب وإن كان صاحب حقّ إلاّ أنّه لا يمكنه استعماله ما لم يكن قد احتفظ بهذا الحقّ وقت إبرام عقد الهبة، فإذا كان قد احتفظ به فإنّه لا يعتبر فعله هذا تعرضاً.

وعليه إذا باشر الواهب دعوى يستند فيها إلى حقّ عينيّ أو حقّ شخصي كان للموهوب له أن يدفع في هذه الدّعى بالضمان.

وفي هذا السياق أيضاً لا يحقّ للواهب مباشرة تصرفات من شأنها أن تسلب الموهوب له حقوقه ما لم يكن ذلك من قبيل الرجوع في الهبة ضمن الأحوال التي يقرّها القانون.

ومثال ذلك، أن يرتّب الواهب على العقار الموهوب - بعد إبرام عقد الهبة وقبل شهره - لشخص آخر حقّاً عينياً أصلياً أو تبعياً، كأن يبيع العقار الموهوب أو يرهنه ويبادر المشتري أو المرتهن إلى شهر عقده قبل شهر عقد الهبة³.

هذا، والالتزام بضمان الواهب لتعرضه الشخص - مهما اختلف نوعه مادياً كان أو قانونياً - غير قابل للانقسام "Indivisibl" وهذا متفرّع عن كونه التزام بامتناع عن عمل "Obligation de ne pas"

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 351؛ وأنظر:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T. V, Op. cit., pp. 599-600.

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 352؛ وأنظر في نفس المعنى، محمد يوسف الزّغي، المرجع السابق، ص. 337؛ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 129.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 141.

"faire" الذي هو في الأصل التزام غير قابل للإنقسام بطبيعته¹، إذ من غير المتصور أن يتمتع الشخص بصفة جزئية حتى لو كان الموهوب بطبيعته قابل للقسمة.

وتبرز أهمية هذه المسألة في فرض تعدد أطراف الإلتزام، فإذا وهب الشركاء في الشيوع عقارهم المشترك وقام أحدهم بالتعرض للموهوب له تعرضاً مادياً بأن منعه من زراعته أو جني ثماره، أو تعرض له قانونياً بأن ادعى بأن له حق في ملكية جزئية على نفس العقار أو حقاً عينياً تبعياً عليه، فإن مسؤولية تنشأ وتقوم معها مسؤولية الشركاء الباقين باعتبارهم جميعاً غير منقذين للإلتزام بضمان تعرضهم الشخصي اتجاه الموهوب له، بحيث ينبغي على جميعهم توقيفه على التعرض وإلا كانوا مسؤولين عن الأضرار اللاحقة به مسؤولية تضامنية².

تجدر الإشارة إلى أنّ المراد بعدم قابلية الإلتزام بالضمان للانقسام في هذا الفرض مؤداه أنّه في حالة مباشرة دعوى الضمان على أيّ واهب من الواهبين لا يكون له أن يدفع بالتجزئة³، ومن جهة أخرى لا يكون لهؤلاء الواهبين أو أيّ أحد منهم التعرض للموهوب له في جزء من العقار الموهوب؛ إذ يجوز للموهوب له في هذه الحالة الأخيرة أن يدفع دعوى التعرض على أساس الضمان.

ذلك أنّ الإلتزام بضمان التعرض الشخصي وكذا الدفع به لا يتجزأ ولا ينقسم سواء بادر الموهوب له إلى مباشرة حقه في الضمان بواسطة الدعوى أم عن طريق الدفع.

ضف إلى ما سبق بأن الإلتزام المذكور يتّصف بالدوام "Perpetuelle"، ومقتضى ذلك أن يلتزم الواهب بعدم التعرض للموهوب له حتى لو مضى على الهبة الأجل المقرّر لعدم سماع دعوى الضمان، أمّا لو أخلّ بالتزامه وتعرض للموهوب له - رغم ذلك - فإنّ دعوى الضمان لا تسمع بمرور الزمن، فإن لم يرجع عليه هذا الأخير خلال الأجل المقرّر لم تسمع دعواه بمضيها انتهاء⁴.

ويترتب على صفة الدوام تلك، أنّ الإلتزام بضمان التعرض الشخصي ينتقل إلى الورثة، ذلك أنّ الواهب إذا وافته المنية فإنّ ورثته يلتزمون مثله بعدم التعرض للموهوب له في انتفاعه وحوزه للعقار

¹ - خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 148؛ وأنظر:

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 246.

² - محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص. 339؛ توفيق حسن فيج، المرجع السابق، ص. 282.

³ - أنظر في هذا السياق؛ نص المواد: 301-302 من ق. م. م المطابقة لنص المواد: 237-238 من ق. م. ج.

⁴ - أنظر حول هذا المفهوم: محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 249؛ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 130-131.

الموهوب، وتبعاً لذلك لا يحقّ لهم المطالبة بشيئ ملكيتهم على العقار الموهوب في مواجهة الموهوب له وورثته ولو كانت الملكية لم تنتقل إليه بسبب عدم شهر العقار الموهوب بعد. كما لا يجوز - استطراداً لما سبق - الاتفاق على إعفاء الواهب من ضمان أفعاله الشخصية، بل يضلّ هذا الأخير قائماً ويقع كلُّ اتفاق بشأن ذلك باطلاً من ثمة¹.

ثالثاً: الحالات غير المعتبر فيها فعل الواهب من قبيل التعرّض

القاعدة أنّ التزام الواهب الرئيسي هو نقل الحقّ الموهوب إلى الموهوب له، بحيث يجب أن يتمتع عن كلّ عمل يتعارض مع التزاماته ويكون من شأنه حرمان الموهوب له من الانتفاع بالعقار الموهوب حرماناً كلياً أو جزئياً كما أسلف القول إليه.

وتبعاً لذلك فإنّ هناك حالات لا يعتبر فيها فعل الواهب تعرّضاً للموهوب له وإنقاصاً لحيازته واستغلاله للعقار الموهوب، من بين تلك الحالات مثلاً:

- قيام الواهب ببعض الأشغال المادية في قطعة أرض مملوكة له ومجاورة للعقار الموهوب، فتلك الأشغال لا تعتبر تعرّضاً للموهوب له مادامت مشروعة طبقاً للقانون ويحوّلها له حقّ الملكية شريطة ألاّ يتعسّف في استعمال حقّه ذاك².

فمثلاً يحقّ له غرس شجيرات أو تشييد حائط حول قطعتة الأرضية المملوكة له أو إقامة سياج حولها دون أن يعتبر ذلك من قبيل التعرّض مادام يستعمل حقّه ولا يتعسّف فيه طبقاً للقانون.

كما أنّ هناك نوعاً آخر من التعرّض القانوني الذي لا يمكن أن يضمنه البائع أو يتمتع عنه، من ذلكم رجوعه على الموهوب له بدعوى يحوّله إليها القانون متى كانت ناشئة عن عقد هبة العقار أو مستندة عليه، فضمان الواهب عدم التعرّض لا يقف حائلاً دون إمكان طلب بطلان العقد لمخالفة محلّه أو سببه للنظام العام أو الآداب، كما لا يقف عقبة دون التمسك بإبطاله إذا كان غير مكتمل الأهلية وقت الهبة، أو دون مطالبته بفسخ الهبة لعدم نهوض الموهوب له بالالتزام الملقى على عاتقه في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو مقترنة بتكليف³.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 353-354.

² - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص. 343.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 354.

البند الثاني: إلزام الواهب بضمان التعرض الصادر من الغير

لا شك أنّ التزام الواهب بالضمان يمتدّ إلى ضمان التعرض الصادر من الغير¹، وإذا كان التزام هذا الأخير بضمان تعرضه الشخصي هو التزام سلبيّ أو التزام بامتناع عن عمل؛ فإنّ التزامه بضمان التعرض الصادر عن الغير هو التزام إيجابي يتمثل في القيام بعمل مؤداه التصديّ للتعرض الصادر من الغير ودفعه، وهو التزام بتحقيق نتيجة وليس مجرد التزام ببذل عناية في الأساس.

وحقّ يضمن الواهب التعرض الصادر من الغير في عقد هبة العقار، لا بدّ من توافر الشرائط الآتية:

- أن يكون التعرض الصادر من الغير قانونيّاً:

وهذا شرط فقهي لم يتمّ التنصيص عليه قانوناً، وإنّما استدعته طبيعة الضمان الذي يضمنه الواهب، ويلتزم هذا الأخير - تبعاً لذلك - بدفع كلّ تعرضٍ قانوني صادر من الغير، أي كلّ ادّعاء من شأنه - لو تمّ - أن يسلب الواهب ملكية العقار الموهوب أو أن يحدّ من الانتفاع به بصورة كلّية أو جزئية. ومثال ذلك، إبرام عقد هبة عقار وتماهه على أساس أنّ العقار الموهوب غير مثقل بأيّ حقوق أو تكاليف مقرّرة للغير، ثمّ يتعرّض الغير للموهوب له مدّعياً أنّه هو المالك الحقيقي للعقار الموهوب وليس الواهب، أو أن يدّعي الغير أنّ له على العقار الموهوب له حقّ انتفاع أو سكن أو حقّ ارتفاق أو حقّ اختصاص أو امتياز مثلاً².

فإذا كان الواهب - كما سبق أن أشرنا - مسؤولاً عن ضمان تعرضه الشخصي سواء أكان مادّيّاً أو معنويّاً، فإنّه لا يسأل بمناسبة ضمان التعرض الصادر عن الغير إلّا عن ذاك القانوني وليس المادّي، وهذا النوع من الضمان لا داعي إلى اشتراطه في العقد إلّا إذا كان المراد منه تعديل أحكام الضمان الواردة في القانون.

وعلى ذلك إذا كان الغير يدّعي بحقّ ما على العقار الموهوب، فإنّ الواهب لا يسأل عن ذلك، بحيث لا يكون للموهوب له إلّا دفع التعرض بالوسيلة المثلى التي حدّدها له القانون طبقاً للقواعد العامة³، وتبعاً لذلك فالتعرض المادّي⁴ غير مضمون من الواهب ووسيلة الموهوب له لحماية نفسه منه الإلتجاء إلى

¹ - أنظر المادّتان: 493 من ق. م. و 371 من ق. م. ج المتعلقة بضمان البائع عدم التعرض للمشتري وقياسها على عقد هبة العقار بوصفها قاعدة عامّة.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 142.

³ - توفيق حسن فحج، المرجع السابق، ص. 292.

⁴ - وقد ذهب بعض المحاكم المصرية في هذا الصدد إلى أنّ التعرض المبني على سبب مادّي صادر من الغير لا يتحقّق به ضمان الواهب لهذا التعرض ولو كان منصوباً عليه في العقد. أنظر في شأن هذا الأخير، الأحكام القضائية الآتية: نقض مدني صادر في:

السلطات العمومية الإدارية أو القضائية المختصة.

فإذا كان التعرض عبارة عن أعمال مادية يقوم بها الغير كمنع وصول الماء لأرض الموهوب له، أو منع هذا الأخير من ولوجها من الأصل، فلا يستطيع الواهب أن يضمن هذه الأفعال أو أن يوقفها على اعتبار أنّ محاولة وقفها من لدنه شخصياً لا يخلو من عنف مع الغير الذي لا يقبله القانون. لذلك فإنّ على الموهوب له إن أراد أن يلج أرضه أو أن يضمن استمرار تدفق المياه إليها أن يتوصّل إلى هذا الحقّ عن طريق ما رسمه القانون من وسائل بالإلتجاء إلى السلطات الإدارية المختصة أو مباشرة الدعاوى المناسبة أمام القضاء، هذا فضلاً عن الاحتفاظ بحقه في التعويض عن الأضرار التي طالته نتيجة فعل الغير استناداً إلى القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية¹.

على أنّ التعرض المادي الذي يضمنه الواهب هو ليس التعرض الذي يحصل للموهوب له بعد تسليم العقار الموهوب، وإنما ذاك التعرض الذي يقع قبل التسليم حيث يتوجب عليه دفعه والتصدي له بالضمان على اعتبار أنّه ملزم بالتسليم، فإذا لم يقدّم الواهب بدفع هذا التعرض عدّ مخالفاً بالتزامه بتسليم العقار الموهوب لأنّه لم يتمكّن من وضعه في حيازة الموهوب له حيث يستطيع استغلاله دون أدنى عائق يتعرض سبيله، وتبعاً لذلك لا يكون للموهوب له أن يباشر دعوى الضمان وإن كان له مطالبة الواهب بتسليم الموهوب حال من كلّ الشوائب والعوائق التي تعيق الانتفاع به بشكل سليم².

والحقّ الذي يدّعيه المعارض قد يكون حقاً عينياً منصباً على الملكية ذاتها أو على جزء منها كما لو ادّعى الغير ملكيته لكلّ العقار الموهوب أو جزء منه، أو أن يقع على حقّ عينيّ متفرّع عنها كحقّ الارتفاق بالشرب أو المرور، أو أن يكون على حقّ انتفاع كالسكنى والاستعمال، أو أن يكون صاحب حقّ رهن يطالب فيه بدين مضمون برهن على العقار الموهوب. كما قد يكون الحقّ المدّعى به من لدن الغير حقاً شخصياً³ كأن يدّعي الغير بأنّه صاحب حقّ إيجار على العقار الموهوب.

18/11/1937، مجموعة رقم: 72، ج 2، رقم: 72، ص. 194؛ إستئناف مختلط صادر في: 26/11/1895، المجموعة الرسمية 8، ص. 210؛ إستئناف صادر في: 20/03/1896، المجموعة الرسمية 8، ص. 183؛ إستئناف صادر في: 22/12/1897، المجموعة الرسمية 10، ص. 59، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 645، هامش رقم: 1.

¹ - محمد يوسف الزعبي، المرجع السابق، ص. 362.

² - توفيق حسن فنج، المرجع السابق، ص. 293.

³ - كان التقنين المدني المصري السابق ضمن مادته 300 يشترط أن يكون الحقّ الذي يدّعيه الغير على المبيع حقاً عينياً، وقد قضت محكمة النقض في ظلّ التقنين المدني القديم بأنّ المادة المحللة أعلاه صريحة في أنّ ضمان البائع لا يشمل إلاّ الحقوق العينية، وحقّ المستأجر على العين المؤجرة ليس إلاّ حقاً شخصياً فهو لا يدخل في حكم هذه المادة (نقض مدني صادر في: 10/12/1931، مجموعة عمر، ج 1، رقم: 1).

- أن يقع التعرض فعلياً:

ويعني ذلك أن يقع التعرض بالفعل¹، فلا يكفي احتمال وقوع التعرض أو التهديد به أو الخوف من وقوعه، يستوي في ذلك التعرض الشخصي مع التعرض الصادر من الغير.

والغير الذي يصدر منه التعرض، هو الذي لم يكن طرفاً في عقد هبة العقار، والتعرض الذي يقع من الغير له صور متعددة، والغالب أن يأخذ صورة الدعوى القضائية، بحيث يعدّ التعرض قد وقع فعلياً إذا قام الغير بمباشرة دعوى أمام القضاء ضدّ الموهوب له يطالبه بأحقّيته بالعقار الموهوب منه، فقد يرفع دعوى قضائية باستحقاقه لهذا الأخير كاملاً أو بجزء منه، ففي الحالة الأولى تكون الدعوى دعوى استحقاق كلي، وفي الثانية دعوى استحقاق جزئي، وقد يباشر الغير دعوى يدّعي بأنّ له حقّاً عينياً متفرّعاً عن حقّ الملكية على العقار الموهوب كالإنتفاع أو الارتفاق أو حقّاً عينياً كالرهن أو حقّاً شخصياً كالإيجار.

وإذا كانت الدعوى تباشر - في الحالات المشار إليها - من قبل الغير ضدّ الموهوب له، فقد يحصل التعرض بطريق الدّفع حينما ترفع الدعوى من الموهوب له ضدّ الغير إذا كان العقار الموهوب بحوزته فيردّ الغير دعوى الموهوب له بدفع مفاده أنّ له حقّاً من الحقوق السّالفة الذّكر².

وعليه فيضمن الواهب التعرض للموهوب له في العقار الموهوب كلّهُ أو جزء منه من أيّ شخص مدّعٍ لحقّ عليه وقت الهبة ويحتجّ به على الموهوب له، كما يكون ملزماً بالضّمان لو ادّعى المتعرض حقّاً نشأ بعد الهبة إذا كان هذا الحقّ قد آل إليه من الواهب أو كان نتيجة فعله، ويترتب عليه لو تقرر أن يخلّ بحقوق الموهوب له التي اكتسبها من الهبة.

فإذا أقيمت دعوى على الموهوب له باستحقاق الموهوب، كلياً أو جزئياً أو بتقرير حقّ عليه فأخطر بما الواهب ولم يتدخل في الدّعوى، وجب عليه ضمان الاستحقاق طبقاً للقواعد العامة لضمان الاستحقاق، إلّا إذا ثبت بأنّ الحكم الصادر في دعوى الاستحقاق كان نتيجة لتدليس من الموهوب له أو نتيجة خطأ جسيم منه.

16، ص. 26؛ إستئناف وطني صادر في: 1931/12/10، المحاماة، ج3، رقم: 205، ص. 273؛ إستئناف مختلط صادر في: 13/04/1922، المجموعة الرسمية 24، ص. 330). على أنّ التقنين المدني الحالي صحّح هذا الخطأ بعد أن أقرّ بوجه الإطلاق لطبيعة هذا الحقّ، حيث لم يشترط فيه أن يكون عينياً. أنظر في الأحكام السابقة وفي القول الأخير، أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 646-647.

¹ - أنظر نقض مدني صادر في: 1940/12/05، مجموعة عمر، ج3، رقم: 89، ص. 280، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع نفسه، ص. 641، هامش رقم: 1.

² - محمد يوسف الزّعمي، المرجع السابق، ص. 347؛ أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص. 162.

على أنه إذا لم يعلن الموهوب له الواهب بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم وصدر ضده حكماً نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه، فقد حقه في الرجوع بالضمان إلا إذا أثبت الواهب أن إدخاله في دعوى الاستحقاق كان من شأنه أن يؤدي إلى رفضها¹.

ويثبت حق الموهوب له في الضمان ولو أقر - وهو حسن النية - للأجنبي بحقه أو تصالح معه على هذا الحق دون أن ينتظر صدور حكم قضائي في ذلك متى كان قد أعلم الواهب بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه أن يحل محله فيها فلم يستجب، كل ذلك ما لم يثبت الواهب بأن هذا الأجنبي لم يكن على حق في دعواه².

تجدر التنبيه انتهاء إلى أنه إذا كان التزام الواهب بضمان تعرضه الشخصي يعتبر التزاماً بامتناع عن عمل كما أسلف القول إليه، فإن التزامه بضمان تعرض الغير يكون دائماً إلزاماً بعمل يكمن في منع الغير من التعرض للموهوب له في عقاره الموهوب له بالوسائل المشروعة.

هذا بالإضافة إلى أن التزامه هذا لا يقبل الانقسام ولو كان التزاماً بعمل³، لأن التزام الواهب بدفع تعرض الغير أمام القضاء ينبغي ألا يكون جزئياً، فإما أن يردّ ادعائه بكامله، أو يقضى له به ولو بصورة جزئية فيترتب على الواهب الضمان.

فإذا تعدد الواهبون وادّعى شخص إستحقاق حصّة أحدهم في العقار الموهوب كان جميعهم ملتزمون بردّ تعرضه، فإذا ظفر به التزموا معاً بالضمان وأمكن فسخ عقد هبة العقار بكامله إن اقتصر التعرض على الحصّة المدّعى باستحقاقها.

أما إذا تحول الضمان إلى تعويض نقدي، قسم بين الواهبين كلاً بحسب حصّته، إذ أن التزامهم بدفعه يقبل الانقسام بطبيعته ما لم يتفق على تضامنهم بأدائه.

وعلى اعتبار أن التزام الواهب بضمان تعرض الغير هو "التزام بتحقيق نتيجة Obligation de résultats" لا مجرد "التزام ببذل عناية Obligation de moyens"، فإنه يتعين على الواهب الظفر فعلياً بتثبيت حق الموهوب له حيال الغير المتعرض في المنازعة الناشئة بينهما أمام القضاء، لا أن يبذل أقصى جهده

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 159.

² - لأكثر تفصيل، أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 660 وما يليها؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 158-159.

³ - Cf. MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., p. 263 et s.

في تحقيق هذه النتيجة، فإذا لم يتحقق له ذلك لزمه الضمان مهما بلغ من حسن النية ومن تمام العناية في صيانة حق الموهوب له انتهاء¹.

الفرع الثاني: التزام الواهب بضمان استحقاق العقار الموهوب

سبق القول بأن الواهب متبرّع في الأصل، على ذلك لا تنشأ مسؤوليته كاملة مثلما تقوم مسؤولية المعاوز كالبائع مثلاً، لذلك إذا نجح الأجنبي المعترض في تعرضه واستحق له العقار الموهوب أو الحق المدعى به عليه، فإن الواهب لا يضمن تعويض الموهوب له عن هذا الاستحقاق إلا في نطاق ما حدّدته المادة 494² من ق.م.م بقولها: "1- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض.

وفي الحالة الأولى يقدر القاضي للموهوب له تعويضاً عادلاً عما أصابه من الضرر.

وفي الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

2- وإذا استحق الشيء الموهوب، حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى³.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 356؛ محمد يوسف الزعي، المرجع السابق، ص. 344-345.

² - الذي كان قد تضمّنه نصّ المادة 675 من المشروع التمهيدي في الشكل الآتي: "1- لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو إذا كانت الهبة بعوض، وفي هذه الحالة لا يضمن الواهب الاستحقاق إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

2- وإذا استحق الموهوب، حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى". بيد أنه عدلت الفقرة الأولى ضمن لجنة المراجعة بما أدى بالحكم في الحالة الأولى مقصوداً على التعويض العادل حتى لا تشملها أحكام استحقاق المبيع، ليصير النصّ مطابقاً لما استقرّ عليه في التقنين المدني الحالي بعد أن أصبح رقمه 522 في المشروع النهائي، وتتم الموافقة عليه من لدن مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم 494. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 267-268.

³ - تطابق هذه المادة نصوص التقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 462 مدني سوري، المادة 207 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية. وتقابل: المادة 531 مدني كويتي، المادة 638 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 238-2 مدني كويتي، المادة 1/281 من مدونة الحقوق العينية المغربية، وتطابق المادة 614 من التقنين المدني العراقي نصّ المادة 675 المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، كما توافق أيضاً نصّ المادة 522 من قانون الموجبات والعقود اللبناني - مع عدم ذكر حالة ضمان الاستحقاق في فرض تعمد سببه - التي نصّت بأنه "يقوم الموهوب له مقام الواهب في جميع الحقوق والدعاوى المختصة به عند نزع اليد بالاستحقاق. على أن الواهب لا يلزم بضمان الأموال الموهوبة إلا إذا نصّ على العكس أو كانت الهبة مقيّدة بتكليف، وفي الحالة الأخيرة يكون الواهب مسؤولاً عن الاستحقاق على قدر قيمة التكليف". أنظر في عرض النصوص المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 850 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 527.

فإذا كان هذا هو دأب المشرع المصري، فإنّ المشرع الجزائري لم يعالج - خلافاً لباقي التقنيات المدنية العربية - مثل هذا الأمر في عقد هبة العقار، وإن كان قد عرّج على ذكره في عقد العارية - بحسبها عقداً تبرّعياً - ممّا يمكن القول بانسحابه على جميع عقود التبرّع على حدّ قول البعض¹، وإن كان هذا التبرير محلّ نقدٍ لاختلاف طبيعة العقدين في الأساس.

وبناءً على ذلك قضت المادة 1/541 من ق. م. ج بأنّه "لاضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار إلاّ أن يكون هناك اتّفاق على الضمان أو يكون المعير قد تعمّد إخفاء سبب نزع اليد".

ممّا سبق سنحاول بحث ضمان الواهب استحقاق العقار الموهوب من خلال بيان: حالات ضمان الواهب استحقاق العقار الموهوب (البند الأوّل)، ثمّ التطرّق إلى عنصر الاتّفاق على تعديل أحكام ضمان استحقاق العقار الموهوب (البند الثاني).

البند الأوّل: حالات ضمان الواهب استحقاق العقار الموهوب

إذا كان معنى الاستحقاق حرمان الموهوب له من بعض أو كلّ حقوقه على العقار الموهوب نتيجة نجاح الغير في منازعته له وكسبه على الموهوب أيّ حقّ من الحقوق العينية أو الشخصية؛ فإنّ مؤدّى الضمان هو التزام الواهب بدفع التعويض عن الأضرار التي تطلّ الموهوب له نتيجة نجاح الغير في استحقاق العقار الموهوب².

فإذا أفلح الأجنبي المعترض في دعوى الاستحقاق وتمّ القضاء له به، فإنّ الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمان الاستحقاق في جميع الأحوال رجوع المشتري على البائع، ذلك أنّ الموهوب له على نقيض المشتري يتلقّى الهبة تبرّعاً فلا يرجع على الواهب إلاّ في حالتين سبق تحديدهما بمقتضى المادة 494 من ق. م. م، تفصيلهما كالآتي:

الحالة الأولى: تعمّد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق

ترتيباً على ما ورد بالفقرة الأولى من المادة 494 من ق. م. م السّالفة الذّكر القاضية بأنّه "لا يضمن الواهب استحقاق الموهوب إلاّ إذا تعمّد إخفاء سبب الاستحقاق..." فإنّه يتوجّب لضمان استحقاق العقار الموهوب في هذه الحالة، أن يتعمّد الواهب - بشكل أو بآخر - إخفاء سبب الاستحقاق، كأن يخفي

¹ - أنظر بخصوص هذا التوجّه: خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 195.

² - جميل الشرفاوي، المرجع السابق، ص. 247.

مستنداً أو وثيقة تثبت حق الغير في الموهوب، أو أن يعتمد إلى طمس بعض المعالم الظاهرة لبعض الحقوق الواردة على العقار الموهوب. هذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري وهي بصدد تعليقها على هذه المادة - بعد أن كان يترك هذه الحالة للقواعد العامة - بالقول "أنّ الواهب يضمن استحقاق الموهوب ولكنّ ضمانه أخفّ من ضمان البائع، فهو لا يضمن إلاّ في حالتين:

- إذا تعذر إخفاء سبب الاستحقاق، ولا يكفي في ذلك أن يقرّر أنّه يملك الموهوب، بل يجب أن يتعمّد إخفاء سبب الاستحقاق، كأن يخفي مستنداً يثبت حق الغير في الموهوب، أو يطمس علامات ظاهرة لحقّ ارتفاع على العقار الموهوب، ومسؤولية الواهب إنّما تكون عن الغشّ الذي ارتكبه، فهو مسؤول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغشّ، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع"¹.

وأتسافاً مع ما سبق عرضه، يلاحظ في هذا الصدد ما يلي:

- تقتصر مسؤولية الواهب في هذه الحالة على التزامه بتعويض الموهوب له تعويضاً عادلاً طبقاً لصريح نصّ المادة المذكور أعلاه.

- ذلك أنّ المشرّع مراعاةً لوضع الواهب باعتباره متبرعاً - في الأصل - لم يعامله طبقاً لما تقتضيه القواعد العامة القاضية بجعله مسؤولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع عن تعمّده إخفاء سبب الاستحقاق، بل منح القاضي - في هذا الفرض - دوراً يقتصر على أن يقدّر للموهوب له تعويضاً عادلاً وفقاً لظروف كلّ حالة، ويعوّضه بوجه خاصّ عمّا لحقه من خسارة بسبب الاستحقاق².

على أنّه إذا كان الموهوب له قد توقّى استحقاق العقار الموهوب بدفع مبلغ ماليّ أو بأداء بدلٍ غيره، كان للواهب إذا كانت له مصلحة في ذلك أن يتخلّص من نتائج الضمان بأن يردّ للموهوب له المبلغ أو قيمة العقار الموهوب المؤدّيان من لدنه بالإضافة إلى الفوائد القانونية ومختلف المصاريف³.

¹ - أنظر، مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 272.

² - كانت المادة 675 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري التي أصبحت المادة 494 من نفس القانون، تترك حكم هذه الحالة للقواعد العامة، وكان من مؤدّى ذلك تطبيق هذه القواعد، أن يكون الواهب مسؤولاً عن تعويض الضرر المتوقع وغير المتوقع لأنّه تعمّد إخفاء سبب الإستحقاق، لذلك نوهت - في هذا الصدد - المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري إلى ذلك بالقول: "ومسؤولية الواهب إنّما تكون عن الغشّ الذي ارتكبه، فهو مسؤول عن الضرر الذي أصاب الموهوب له بسبب هذا الغشّ، سواء كان متوقعاً أو غير متوقع". أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 160-161، هامش رقم: 3؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع نفسه، ص. 272.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 160.

الحالة الثانية: إذا كانت هبة العقار بعوضٍ أو مقترنة بالتزامات أو تكاليف

إذا كانت هبة العقار بعوض أو كانت مقترنة بالتزامات أو تكاليف فإن الواهب يضمن - في هذه الحالة - استحقاق العقار الموهوب ولو كان يجهل سببه، أو كان يعلمه ولكنه لم يتعمد إخفاءه.

وقد قصر المشرع التزام الواهب هنا بتعويض الموهوب له الخسارة التي طالته بمقدار ما يكون قد أداه فعلاً من عوضٍ للواهب أو لمن اشترط العوض لفائدته.

كما تبرأ ذمة الموهوب له من العوض والتكليف التي التزم به، والذي لم يكن قد أوفى به بعد¹.

يجدر التنبيه إلى أنّ الواهب - حتى في هذا الفرض - إذا تعمد سبب إخفاء سبب الاستحقاق فإنه يلتزم تبعاً للحكم المقرر في الحالة الأولى بتعويض الموهوب له تعويضاً عادلاً على النحو السابق توضيحه، بحيث يجبر ما لحق بالموهوب له من ضرر ولو جاوز مقدار ما دفعه هذا الأخير من عوض أو ما ألزم نفسه به من تكليف.

ويجوز للواهب هنا أيضاً، إذا كان الموهوب له قد توفى استحقاق العقار الموهوب نظير تسديد مبلغ ماليٍّ أو أداء شيء آخر بدله، أن يتخلص من النتائج المترتبة على ضمان الاستحقاق بأن يردّ للموهوب له

¹ - يميّز في الفقه الحنفي بخصوص حكم ضمان الواهب لاستحقاق الموهوب بين حالتين:

الأولى: الهبة بعوض: في هذه الحالة، إذا استحق الموهوب وكان العوض موجوداً، حقّ للموهوب له الرجوع على الواهب ومطالبته بالعوض وذلك لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكيته في الموهوب.

أما إذا استحق الموهوب ولم يكن العوض موجوداً بأن كان هالكاً، فيكون للموهوب له حقّ الرجوع على الواهب بقيمة العوض إذا كان قيمياً ويمثل العوض إن كان مثلياً، وهذا كله إذا كان الاستحقاق كلياً. أما إذا كان الاستحقاق جزئياً بأن استحق جزء من الموهوب أو بعضه، كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بما يقابل الجزء المستحق من الهبة، كون أنّ الموهوب له لم يدفع إلى الواهب إلا نظير تسليمه الموهوب كله، فإن فات بعضه رجع عليه بقدره شأنه في ذلك شأن عقود المعاوضة. وفي هذا الشأن قضت المادة 2/253 من كتاب الأحكام الشرعية بقولها: "وإذا استحققت الهبة، فللمعوض الرجوع في جميع العوض الذي أداه إن كان قائماً ومثله إن كان هالكاً وهو مثلي أو بقيمته إن كان قيمياً.

الثانية: الهبة بدون عوض: إذا استحققت وهي موجودة في حوز الموهوب له، فلا يرجع على الواهب بشيء كون أنّه لم يعوّضه شيئاً، والمستحق لم يأخذ منه سوى الموهوب الذي لم يدفع شيئاً في مقابله. أما إذا استحققت بعد أن هلكت وهي في يد الموهوب له، فإنّ للمستحق أن يضمّنه بأن يأخذ منه بدل الموهوب لأنّ ملكه هلك وهو تحت يده، وبالتالي فإنّه عندما يأخذ منه البديل لا يكون للموهوب له الرجوع على الواهب بما ضمن. وعلى خلاف ذلك قال البعض بأن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصّاً، يرجع الأخير على الواهب في هذا الفرض. وفي هذا الصدد نصّت عليها المادة 524 من كتاب الأحكام الشرعية بقولها: "إذا كان استحققت وهي موجودة لدى الموهوب له، لا يكون من حقّ الموهوب له الرجوع على الواهب بشيء لأنّه لم يدفع نظير الموهوب شيئاً والمستحق لم يأخذ منه سوى هذا الموهوب الذي لم يدفع شيئاً مقابله". راجع: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 143 هامش رقم: 1؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 198-199.

المبلغ المدفوع من لدنه، فضلاً عن الفوائد القانونية وجميع المصاريف الأخرى إن رأى في ذلك مصلحة له¹.

على أنّه يلاحظ بأنّ الموهوب له - في الحالتين السّالفتين - محلّ الواهب فيما خوّله القانون من حقوق ودعاوى عملاً بنصّ المادة 2/494 من ق. م. م التي قضت بأنّه "وإذا استحقّ الشّيء الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

فلو أنّ الواهب - مثلاً - كان قد اشترى العين الموهوبة ثمّ استحقّت هذه الأخيرة في يد الموهوب له، فإنّ الواهب يرجع بضمان الاستحقاق على البائع له، ويحلّ الموهوب له في هذا الحقّ محلّ الواهب.

كذلك الحال إذا كان سبب الاستحقاق يرجع إلى أنّ الواهب قد باع العين الموهوبة قبل الهبة ولم يقبض مقابلها، فرجع المشتري من الواهب على الموهوب له باستحقاق العين، فإنّ الموهوب له محلّ الواهب في الرجوع بالمطالبة بالتّمن على المشتري².

وفيما يتعلّق بتعويض الواهب الموهوب له ما تحمّله من خسائر، ذهب جانب من الشّراح³ إلى أنّ الأوّل ملزم بتعويض الثّاني ما بذله من مصاريف كمصاريف دعوى الاستحقاق ورسوم عقد الهبة وغيرها إذا ثبت على الواهب الفعل العمد أو الخطأ الجسيم، أيّ إذا كان يعلم بأنّ العين الموهوبة غير مملوكة له أو كان عدم علمه يرجع إلى خطأ جسيم في جانبه، وذلك تطبيقاً لأحكام نصّ المادة 496 المحلّة أعلاه لا عملاً بقواعد ضمان الاستحقاق.

وعلى عكس الاتجاه المتقدّم، ذهب جانب آخر⁴ إلى أنّ الواهب لا يضمن - وفقاً للمادّة المذكورة - إلّا في الفرضين المبّينين أعلاه وحسب ما لم يتّفق خلاف ذلك. وينبني على ذلك بأنّ الموهوب له لا يسوغ له أن يطالب الواهب بتسديد رسوم الدّعاوى التي اضطرّ لمواجهتها قبل الغير بخصوص العّار الموهوب، هذا فضلاً عن رسوم عقد الهبة إذا كان سبق وأن قام بتسديدها.

¹ - أنور طلبية، المرجع السابق، ص. 82؛ أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 161.

² - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 273.

³ - أنظر في هذا الرّأي: أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 161 هامش رقم:

1؛ محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 149، هامش رقم: 1.

⁴ - أنظر في هذا الرّأي: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 359؛ محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 145.

البند الثاني: الاتفاق على تعديل أحكام ضمان استحقاق العقار الموهوب

يستلزم في هذا الصدد عرض الأحوال الجائز فيها الاتفاق على ضمان استحقاق العقار الموهوب ابتداءً (أولاً)، يليه بحث حكم الاتفاق على تخفيف الضمان أو إسقاطه في حالة تعمد إخفاء سبب الاستحقاق (ثانياً)، فبيان حلول الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى كنتيجة لذلك (ثالثاً).

أولاً: الأحوال الجائز فيها الاتفاق على ضمان استحقاق العقار الموهوب

بخلاف قانون الأسرة الذي جاء خلواً من التخصيص على الأحوال الجائز الاتفاق فيها على تعديل أحكام الضمان، أورد المشرع المصري نصاً صريحاً بمقتضى المادة 494 من ق. م. م - المحللة سلفاً - مبيناً أحكام ضمان الاستحقاق التي ينبغي إعمالها، وبعد أن ذكر الحالات التي يضمن فيها الواهب استحقاق الموهوب، نص في ذيل الفقرة الأولى من ذات المادة على أنه "كل ذلك ما لم يتفق على غيره". مؤدى ذلك ومقتضاه، أن أحكام ضمان استحقاق العقار الموهوب ليست من النظام العام، بل يسوغ للواهب والموهوب له الاتفاق على مخالفتها، فيجوز لهم - من ثمة - الاتفاق على إسقاط الضمان أو تخفيفه كما يجوز لهما الاتفاق على تشديده، ولكن ليس للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذي يترتب على سوء نيته.

وبناء على ذلك يجوز للطرفان - الواهب والموهوب له - أن يتفقا باتفاق خاص على ما يأتي:

- الاتفاق على تشديد الضمان:

لاشك أن اتفاق طرفي عقد هبة العقار على تشديد الضمان¹، أي بالزيادة فيه، يكاد يكون نادر الوقوع على اعتبار أن في أحكام الضمان القانونية ما يكفي من شدة بدرجة تجعل من المستبعد ظهور الحاجة إلى تشديد أحكام الضمان والزيادة فيه.

ومع ذلك يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على تشديد الضمان بأن يشترط مثلاً أن يضمن الواهب الاستحقاق حتى لو كان سببه غير معروف لديه بأن كان يجهله إبان العقد، أو أن يضمن تعويض العقار الموهوب تعويضاً تاماً طبقاً للقواعد العامة، حيث يسأل بصددده عن الضرر المتوقع وغير المتوقع، أو أن ينصب اتفاقهما في فرض هبة العقار بعوض على ألا يقتصر التعويض على مقدار هذا العوض فيها

¹ - Cf. MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., pp. 274 - 275.

فحسب¹.

- الإتفاق على إنقاص الضمان:

يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاقٍ خاصٍّ أن ينقصا من ضمان استحقاق العقار الموهوب²، كأن يتفقا - مثلاً - على عدم ضمان الواهب لو استحقَّ العقار الموهوب بصورة جزئية، أو عدم ضمان الواهب ما عسى أن يظهر على العقار الموهوب من حقوق ارتفاق خفية غير معلومة من لدن الواهب ولو كانت الهبة بمقابل أو مقترنة بتكليف، وتبعاً لهذا الاتفاق فإنه إذا ظهرت حقوق ارتفاق على نفس العقار الموهوب لم يضمنها الواهب، ولم يسغ للموهوب له استرجاع العوض أو شيئاً منه في هذا الفرض.

والظاهر - على حدِّ قول البعض³ - أن المادة 2/445 من ق. م. م - المطابقة لنصِّ المادة 2/377 من ق. م. ج⁴ - الواردة في شأن عقد البيع تسري على الهبة من باب أولى، ومن مقتضى ما نصت عليه أن "يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهراً، أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري"، فيفترض تبعاً لهذا النص، أن الواهب قد اشترط عدم ضمان حق الارتفاق إذا كان الموهوب له يعلم بهذا الحق من كونه ظاهراً أو من إعلان الواهب به على النحو الذي هو مقرر في شأن عقد البيع⁵.

- الإتفاق على إسقاط الضمان:

يجوز للمتعاقدین بناءً على اتفاقٍ خاصٍّ أن يسقطا ضمان استحقاق العقار الموهوب بعد أن يتفقا - مثلاً - على ألا يرجع الموهوب له على الواهب بضمن الاستحقاق من الأصل ولو كان ذلك كلياً، بل ولو كانت هبة العقار بعوض أو مقترنة بتكليف⁶.

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 148.

² - Cf. MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Op. cit., pp. 275 - 276.

³ - وهو رأي السنيهوري، أنظر مؤلفه: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 162.

⁴ - التي قضت بأنه "ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا حقاً ظاهراً أو كان البائع قد أعلم به المشتري".

⁵ - أنظر: أحمد عبد الرزاق السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 801 ومايليها.

⁶ - أحمد عبد الرزاق السنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 162؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 197.

ثانياً: حكم الاتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه في حالة تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق

قضت المادة 1/494 من ق.م.م - كما سبق وأن أشرنا - بأنه "لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة بعوض ... كل هذا ما لم يتفق على غيره"، وهو ذات الحكم المقرر من لدن المشرع الكويتي حينما قرّر بصريح العبارة ضمن المادة 531 من تقنينه المدني بالقول: "... كما لا يضمن استحقاق الموهوب إلا إذا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كانت الهبة مقترنة بتكليف وذلك ما لم يتفق على غيره أو يقضي القانون بخلافه".

ويتبين من تلك النصوص بأن المشرعين المصري والكويتي - ومن اقتفى أثرهما - قد خرجا عن القواعد العامة المقررة بكون الشخص لا يستفيد من غشه بحسب ما هو وارد ضمن المادة 3/445 من ق.م.م - المطابقة لنص المادة 2/377 من ق.م.ج، والمقابلة لنص المادة 2/487 من التقنين المدني الكويتي¹ - التي قضت بأنه "ويقع باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي"².

وبالرجوع إلى نص المادة 1/494 المحللة أعلاه - المقابلة لنص المادة 531 من التقنين المدني الكويتي - نجد بأن المشرعين المصري والكويتي قد أجازا إمكانية الاتفاق على عدم الضمان أو إنقاصه حتى في فرض تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق بدليل صياغة المادتين اللتين وردتا صريحتين بجواز فعل ذلك بعد عرضها لحالات ضمان الاستحقاق وهما حالة التعمد في إخفاء سبب هذا الأخير، وحالة الهبة بعوض أو المقترنة بالتزامات أو تكاليف.

على أنه لا يمكن بعد النظر إلى صراحة تلك النصوص الاحتجاج ببطلان هذا الاتفاق تبعاً لما أوردته المادة 2/487 من التقنين المدني الكويتي وكذا المادة 3/445 من ق.م.م المحللتين أعلاه على اعتبار أنهما مقررتين للقاعدة العامة، لأن هذين النصين الأخيرين متعلقين بعقد البيع وتمثّلان الأصل العام فيه، بينما نصّ المادة 1/494 من ق.م.م وكذا نصّ المادة 531 من التقنين المدني الكويتي يرتبطان بعقد الهبة باعتبارها استثناء من الأصل العام وهو حكم خاصّ بها.

ويمكن القول في نفس السياق، بأن لهذا الاستثناء ما يبرّره وهو لا يخرج عن كون أنّ البيع عقد تبادليّ

¹ - التي نصّت بأنه "ومع ذلك يقع باطلاً كل شرط بإنقاص الضمان أو إسقاطه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق أو كان الاستحقاق ناشئاً عن فعله".

² - وهو نفس الحكم الذي قضى به المشرع الجزائري في شأن عقد البيع من خلال نصّ المادة 3/377 من ق.م.ج التي نصّت على أنه "ويكون باطلاً كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير".

ينشأ دوماً بمقابل، في حين أنّ عقد هبة العقار ينعقد - كأصل عام - بلا عوض وبنية التبرع، لأجل ذلك راعى المشرع الوضع الخاص بعقد الهبة وسوّج - من ثمة - للأطراف الاتفاق على تخفيف الضمان أو إسقاطه حتى لو تعمّد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق، بل حتى لو جاءت الهبة بعوض أو اقترنت بتكليف، وبالتالي فلا مجال للاجتهاد مع وضوح النص، وعليه يستلزم العمل بحكم هذا الاستثناء حتى ولو خالف القاعدة العامة¹.

وبالرغم من صراحة تلك النصوص ووضوح صياغتها ذهب بعض الفقه المصري - على عكس من ذلك - بتفسيره وفقاً للقاعدة العامة المقررة بمقتضى المادة 3/445 السالفة الذكر والمتعلقة ببطلان الاتفاق على إسقاط الضمان أو تخفيفه في فرض إخفاء سبب الاستحقاق بالقول: "ويجوز أخيراً للمتعاقدين باتفاق خاص أن يسقطا ضمان الاستحقاق، فيتفقا مثلاً على أن الموهوب له لا يرجع على الواهب بضمن الاستحقاق أصلاً حتى لو كانت الهبة بعوض. ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط ضمان الاستحقاق أو إنقاصه في حالة ما إذا تعمّد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق، وذلك قياساً على ما ورد في البيع فقد نصّت الفقرة الثالثة من المادة 445 مدني على ما يأتي: "ويقع باطلاً كلّ شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا كان البائع قد تعمّد إخفاء حقّ لأجنبي"².

وتابع أصحاب هذا الرأي معزّزين قولهم في هذا الشأن بما جاء بالمذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري من أنه "يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان أو تخفيفه أو تشديده، ولكن لا يجوز للواهب أن يشترط إسقاط الضمان الذي يترتب على سوء نيته"³.

على أنه تم الرد على هذا التفسير ودحض حجج الفريق المتبني له بما يلي:

- مخالفته الصريحة والواضحة لمنطوق فحوى المادة 494 من ق. م. م المبيّنة أعلاه، على اعتبار إيراد هذه الأخيرة وبصريح القول لجواز الاتفاق على الإعفاء من ضمان استحقاق العقار الموهوب أو انقاصه في فرض تعمّد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو في كون حالة الهبة بمقابل وذلك بتنصيبها في ذيل نفس المادة على أنه "كلّ هذا ما لم يتفق على غيره"؛ ممّا يؤكّد - وبلا ريب - بأنّ هذا النصّ أورد استثناءً على الأصل العام المقرر في شأن عقد البيع الذي استدلّ به أصحاب هذا التوجّه.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 361.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 162؛ وهو ذات التوجّه الذي تبناه: جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 197؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 148.

³ - أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 162، هامش رقم: 2؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 27؛ عمّار نصّار، المرجع السابق، ص. 985.

- إستدلال أصحاب هذا التوجه في تبرير ما توصّلوا إليه بناء على ما جاء في نصّ المادة 3/445 من ق. م. م الخاصة - أصلاً - بعقد البيع بالقول: "وذلك قياساً على ماورد في البيع" هو قياس مع الفارق، ذلك أنّ هبة العقار إن ماثلت عقد البيع في كونها تملكاً، فقد فارقت في كونه معاوضة وهي تبرّع، وبين العقدين بونٌ شاسع يمنع القياس، هذا علاوة على أنّ عقد البيع يكون - وجوباً - بمقابل على عكس الهبة التي تنعقد بلا مقابل أو تكليف في الأصل؛ وبالتالي فإنّه لا يصحّ القياس البتّة في هذا الحالة مصداقاً لقول ابن العربي "كلّ عقد أنزله الشرع منزلته، وعيّنه بشروطه، فالبيع وأحكامه على مساقها، والهبة على موضوعها"¹.

أضف إلى ذلك بأنّ المشرّع قد وضع في اعتباره حال تشريع هذا النصّ الوضع الخاص للواهب بحسبانه متبرّعاً فأجاز له مثل هكذا اتّفاق.

- يظهر من توجه الرأي المذكور أعلاه بأنّ معتنقيه أقرّوا بإجازة الاتّفاق على الإعفاء من ضمان استحقاق العقار الموهوب أو تخفيفه في فرض هبة العقار بعوض دون سواها، حيث لم يبيح ذلك بمناسبة تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق تبعاً للحكم المقرّر بمقتضى المادة 1/494 من ق. م. م² ابتداءً.

"ولاشك أنّ هذه التّجربة في النص لا سند لها، لأنّ النص قد ورد بصورة عامّة شاملة للحالتين المذكورتين دون التّفرة بينهما في الحكم، والقول بعكس ذلك مخالفة للنصّ واجتهاد في غير موضعه، حيث لا اجتهاد مع صراحة النصّ.

وما يدعّم وجهة نظرنا هذه هو أنّ واضعي الاقتراح بمشروع قانون المعاملات المدنية المصري قد لاحظوا هذا الاختلاف بين القواعد العامّة والقاعدة الخاصّة بالهبة، لذلك فإنّهم أرادوا أن يوحّدوا القواعد المتعلّقة بضمان الاستحقاق بعدم صحّة الاتّفاق الخاص بإنقاص الضمان أو الاعفاء منه في حالة التعمّد فحذفوا في المادة 466 من الاقتراح العبارة القائلة: "كلّ ذلك ما لم يتفق على غيره" والتي وردت في عجز المادة 494 من القانون المدني الحالي.

وعلى ضوء هذا الاقتراح يكون الإعفاء من ضمان الاستحقاق أو إنقاصه في حالة تعمد إخفاء سببه باطلاً، أسوة بالحكم الوارد في المادة 2/414 من الاقتراح المشار إليه والمتعلّق بالبيع"³.

¹ - القاضي محمّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، ج3، المرجع السابق، ص. 937 - 938.

² - القاضية بأنّه "لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلّا تعمد إخفاء سبب الاستحقاق..."

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 363.

ثالثاً: حلول الموهوب له محلّ الواهب في حقوقه ودعاواه

على خلاف قانون الأسرة الجزائري الذي جاء خلواً من النص على ضرورة حلول الموهوب له محلّ الواهب في ما له من حقوق ودعوى كنتيجة لاستحقاق العقار الموهوب، إنبرى المشرع المصري - على غرار بعض التقنينات المدنية العربية - بالقضاء بضرورة حلول الموهوب له محلّ الواهب في كافة حقوقه ودعاواه حيث نصّ ضمن المادة 2/494 من ق. م. م. بالقول: "وإذا استحقّ الشيء الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى"¹.

وفي معرض معرض تعليقها على النص المذكور، قضت المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري في هذا الصدد بالقول: "وإذا استحقّ الموهوب وكان للواهب حقوق قبل المستحق، كما إذا كان قد باع الموهوب له قبل الهبة ولم يقبض ثمنه، فإنّ الموهوب له يحلّ محلّ الواهب في هذه الحقوق"².

ومؤدّى هذا النص يمكن في "أنّ الموهوب له يحلّ محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى بسبب الاستحقاق، فإذا استحقّ الموهوب وكان للواهب حقوق قبل المستحق، كما إذا باع الموهوب قبل الهبة ولم يقبض ثمنه، فإنّ الموهوب له يحلّ محلّ الواهب في هذه الحقوق، فإذا طالب المشتري باستحقاقه الموهوب الذي اشتراه قبل الهبة من الواهب، حقّ للموهوب له، وقد حلّ محلّ الواهب في حقوقه حلولاً قانونياً بهذا المال أن يطالب المشتري بوفاء الثمن إن كان لم يدفعه"³.

تمثيلاً لذلك: يبادر الواهب (عبد الرحمن) بشراء العقار الموهوب من (حمزة)، ثمّ يقيم (أحمد) دعوى

¹ - وهي مطابقة لنصوص التقنينات المدنية العربية الآتية:

- المادة 2/532 مدني كويتي التي نصّت بأنّه "... ويحلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما يكون له من حقوق ودعاوى".
- المادة 2/614 مدني عراقي التي قضت بأنّه "وإذا استحقّ الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".
- المادة 2/462 مدني سوري القائلة بأنّه "إذا استحقّ الشيء الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".
- المادة 2/207 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية التي نوهت بأنّه "إذا استحقّ الشيء الموهوب حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فلقد ذهب في مادته 522 إلى القول: "يقوم الموهوب له مقام الواهب في جميع الحقوق والدعاوى المختصة عند نزع اليد بالاستحقاق. على أنّ الواهب لا يلزم بضمان الأموال الموهوبة إلا إذا نصّ على العكس أو كانت الهبة مقيدة بتكليف. وفي الحالة الأخيرة يكون الواهب مسؤولاً عن الاستحقاق على قدر قيمة التكليف". أنظر في تحليل هذه المادة التي وردت خلاف أحكام التصوص المشار إليها سلفاً: مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص. 90 وما يليها.

² - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 27؛ عمار نصّار، المرجع السابق، ص. 985.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 364؛ وأنظر في نفس المعنى: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 161.

استحقاق على هذا العقار الموهوب في مواجهة الموهوب له (مصطفى)، فيكون للواهب (عبد الرحمن) أن يرجع بالضمان على (حمزة) الذي باع له هذا العقار، وينتقل تبعاً لذلك حق الرجوع بالضمان في هذه الحالة إلى (مصطفى) الموهوب له باعتباره حل محل الواهب (عبد الرحمن) فيما له من حقوق متعلقة بهذا العقار فيجوز له مطالبة (حمزة) بالضمان انتهاء¹.

المطلب الثاني: إلتزام الواهب بضمان عيوب العقار الخفية

لا تقصر التزامات الواهب في عقد هبة العقار على نقل ملكية هذا الأخير وتسليمه للموهوب له فضلاً عن ضمان التعرض له واستحقاقه، بل إن هنالك التزاماً آخر - تستلزمه طبيعة الموهوب - ينبغي مراعاته يكمن في الإلتزام بضمان عيوب العقار الخفية².

وضمان العيوب الخفية "La garantie contre Les vices cachés" شأنه كشأن ضمان التعرض والاستحقاق يتجاوز نطاقه عقد البيع إلى كل عقد ناقل للملكية كما هو معلوم³، ولما كان هذا العقد الأخير هو العقد الرئيسي الذي يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة للمشتري، فقد شرعت ضمنه القواعد العامة لنظرية ضمان العيوب الخفية، إذ أحيل إلى هذه القواعد في العقود الأخرى مع ما تقتضيه طبيعة كل عقد من تعديلات خاصة به لاسيما في عقود التبرع - وعلى رأسهم عقد الهبة - حيث أن نقل الملكية أو الانتفاع بلا مقابل يكون من شأنه التخفيف إلى حد كبير من أحكام ضمان العيوب الخفية ضمنها.

لأجل إبراز هذا المقصد، من المفيد التطرق بمناسبة الحديث عن ضمان العيوب الخفية في العقار

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 149.

² - إنفرد التقنين المدني العراقي عن غيره من باقي التقنينات المدنية بتعريف العيب القانوني فنص في مادته 558 على أنه "هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه..."، وهذا التعريف مقتبس عن الفقه الحنفي وهو ما تبنته أيضاً مجلة الأحكام العدلية المستمدة من نفس المذهب بدورها، فقد نصت في المادة 337 منها بأن "العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة"، وقد جاء في شرح سليم باز لأحكام هذه المادة بأن الضرر يحصل بنقصان المالية، وقد زاد الحنفية على هذا الضابط قيداً آخر مقتبس عن الشافعية مفاده أن العيب "ما يفوت به غرض صحيح للمشتري بشرط أن يكون الغالب في أمثال المبيع عدمه..."، أنظر: سليم رستم باز، المرجع السابق، ص. 167.

وتبعاً لما سبق، عرفت بعض الفقهاء المتأخرون العيب الخفي بكونه "ما تخلو منه الفطرة السليمة وينقص القيمة". أنظر: مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المستأدة، عقد البيع والمقايضة، ج6، مطابع فني العرب، دمشق، 1965، ص. 192.

³ - وقد انتقد بلانيول حكمن صدرتا عن محكمة النقض الفرنسية في: 1911/10/18 حيث رفضا تطبيق أحكام ضمان العيب الخفي الواردة في عقد البيع في حالة ظهور عيوب أبواب المبني تعهد بتشبيده مقاولون ومهندسون معماريون، بدعوى أن العقد عقد مقاوله فلا تسري عليه أحكام عقد البيع في العيوب الخفية... ويذهب الفقيه بلانيول إلى وجوب سريان هذه الأحكام لا في عقد البيع فحسب، بل في كافة العقود الأخرى إذا كانت عقود معاوضة ناقلة للملكية. أنظر في هذا الصدد: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 713-714، هامش رقم: 2.

الموهوب التعرض إلى نقاط عدة من بينها: أحكام ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية (الفرع الأول)، ثم انقضاء حق الرجوع على الواهب بضمان عيب العقار الخفي وإمكانية الاتفاق على تعديله (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية

إنّ تحديد أحكام ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية يستوجب بيان تحديد المراد بالعيب الموجب للضمان في عقد هبة العقار ابتداءً (البند الأول)، فإبراز حالات ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية (البند الثاني)، ثم توضيح الآثار المترتبة على رجوع الموهوب له على الواهب للعيب انتهاء (البند الثالث).

البند الأول: المراد بالعيب الموجب للضمان في عقد هبة العقار

على الرغم من أنّ ضمان العيب الخفي قد نظمت أحكامه ضمن الفصول المتعلقة بعقد البيع، إلا أنّ الضمان يمتدّ ليشمل كافة العقود الناقلة للملكية سواء انصبّ التصرف على عقار أو منقول أو أيّ شيء مادي¹ أو معنوي آخر.

وأتساقاً مع ذلك، فلقد تأثرت محكمة النقض المصرية بمفهوم العيب في الفقه الإسلامي فعرفته وهي في معرض تعليقها على قرارها الصادر في 08 أبريل 1948 بأنه "... الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"²، كما عرفته محكمة "Lyon" بمناسبة إصدارها لحكم لها في 18 فيفري 1952 بكونه هو ذاك "النقص الذي يصيب الشيء بشكل عارض، ولا يوجد حتماً في كلّ الأشياء المماثلة"³

ويشترط في العيب الذي ينشئ ضمان الواهب الشروط ذاتها المنصبة على عقد البيع⁴ حتى يكون منشأ للضمان، فينبغي أن يكون: مؤثراً (أولاً)، قديماً (ثانياً)، خفياً غير معلوم للموهوب له (ثالثاً). وفيما يلي عرض مختصر لهذه الشروط على النحو الآتي:

¹ - توفيق حسن فراج، المرجع السابق، ص. 420.

² - وما ورد فيه "... إنّ العيب الذي تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقاً للمادة 313 من القانون المدني (القسم)، هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع، فإذا ما كان يشكو منه المشتري هو أنّ المبيع وجد مصنوعاً من مادة غير المادة المتفق عليها، فذلك لا يعتبر عيباً خفياً موجباً لضمّانه ..". أنظر: نقض مصري في: 1948/04/08، مجموعة عمر، رقم: 296، ص. 587، أشار إليه: محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص. 151. هامش رقم: 1؛ خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 173، هامش رقم: 134.

³ - Cf. BOUMEDIENE Kamel, La responsabilité professionnelle pour Les dommages causés par Les produits industriels, Thèse de Doctorat d'état, Faculté des Sciences juridiques, Université de Rennes 1, 1986, p. 123.

⁴ - FUBINI, Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, R. T. D. Civ, 1903, p. 279 et s.

أولاً: العيب المؤثر

إشترطت المادة 1/379 من ق. م. ج - المقابلة لنص المادة 1/447 من ق. م. م¹ - في العيب "أن ينقص من قيمته (أي قيمة الشيء المبيع) أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله"².

الواضح من النص المحلل أعلاه بأن المشرع استلزم درجة كافية من الجسامة في العيب تقاس بناء على معيار موضوعي يقوم أساساً على وقوع العيب على مادة الشيء، فيكون من شأن العيب المؤثر الإنقاص من قيمة الشيء أو منافعه المادية مع ما يتجلى من فوارق بين القيمة والمنفعة³.

وبإسقاط النص المذكور أعلاه وتطبيق ضوابطه على عقد هبة العقار يتضح بأن العيب يكون مؤثراً إذا كان من شأنه الإنقاص من قيمة أو نفع العقار الموهوب، وقد يكمن هذا النقص في القيمة فقط، وقد يكون في نفعه، وقد ينطلي على كليهما معاً.

فلا يشترط - من ثمة - لكي يكون العيب مؤثراً أن يؤدي إلى نقص في قيمة أو نفع العقار الموهوب معاً. فضلاً عن ذلك يشترط في هذا النقص أن يأتي على قدر من الأهمية بحيث لو علم الموهوب له به - ابتداءً - لامتنع عن قبول الهبة، سيما إذا كانت هذه الأخيرة مقترنة بتكاليف أو محملة بالتزام بعوض أقل، أما إذا كان النقص الناتج عن هذا العيب تافهاً، فالغالب أن يجري التسامح فيه طبقاً للعرف السائد في هذا الشأن، لذلك فإن الواهب غير ملزم بضمان هذا العيب حتى لو تعمّد إخفاءه.

¹ - القاضية بأنه "يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع العيب ولو لم يكن عالماً به"، وقد ذهبت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في هذا الصدد إلى القول: "... ويرجع في تقرير ذلك إلى معيار مادي، فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد - أي الإرادة الظاهرة - وإلى طبيعة الشيء وإلى الغرض الذي أعد له، فيعتبر أن هناك عيباً مؤثراً إذا خلا المبيع من صفة قرّر البائع أنها موجودة فيه". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 110.

² - تقابل نصوص التقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 415 مدني سوري، المادة 436 مدني ليبي، المادة 558 مدني عراقي، المادة 442 قانون موجبات وعقود لبناني.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 817-818. ويستدل على نقصان قيمة الشيء أو منفعته بعناصر ثلاثة حدّتها المادة 1/379 من ق. م. ج - المقابلة لنص المادة 1/447 من ق. م. م - وهي: 1- بما هو مذكور في العقد. 2- بما يظهر من طبيعة الشيء. 3- وبالإستعمال العادي للشيء.

أنظر في هذا الصدد:

وتحديد العيب الذي ينقص من قيمة العقار الموهوب أو من نفعه مسألة موضوعية تختلف باختلاف ظروف الحال، ولمعرفة ذلك يستلزم الرجوع إلى الغاية المقصودة من الموهوب مستخلصة مما هو مبين في العقد، فإن لم يذكر شيء من ذلك، وجب العودة إلى ما يظهر من طبيعة الموهوب أو الغرض الذي أعد له¹.

وعليه، ينبغي - بدءاً - التوجه صوب القصد المشترك للمتعاقدين عن طريق الرجوع إلى العقد من أجل استخلاص ما اتفق عليه الطرفان بشأن هذه الغاية؛ عندئذ تتحدد منفعة العقار الموهوب بما هو مدرج في متن العقد صراحة أو ضمناً.

ثم إن استلزام عدم صلاحية الموهوب للاستعمال فيما أعد له بمقتضى العقد لكي يرتب موجباً للضمان، يعني أن القصد قد اتجه إلى استعمال خاص غير الاستعمال العادي، وفي هذا الفرض يقتضي وجود اتفاق بين الطرفين على ذلك في متن العقد، ولا يجوز أن ينفرد الموهوب له وحده بالعلم بهذا التخصيص وإلا لامتنع عليه الرجوع بالضمان على الواهب².

ومثال ما سبق أن ينص في العقد بأن العقار الموهوب يكمن في عقارٍ مخصصٍ للتسليّة والترفيه، مما يستلزم أن يكون مخصصاً بإدارته وتسييره، أو على أقل تقدير في الإمكان الترخيص بمزاولة نشاطه وإلا كان هذا العقار الموهوب معيباً.

هذا، وإذا لم يذكر المتعاقدان شيئاً - في متن العقد - عن الغاية من الهبة، ولم يُتَّخَ معرفة هذه الغاية ضمناً من ظروف التعاقد وجب الرجوع إلى ما هو ظاهر من طبيعة الموهوب أو الغرض الذي أعد لأجله.

فعلى سبيل المثال يعدّ عيباً مؤثراً نسبة الملوحة في الأرض الفلاحية خلافاً للأرض المعدة للبناء، وعلى العكس من ذلك تعتبر هشاشة القاعدة الأرضية عيباً مؤثراً في الأرض المعدة للبناء بخلاف الأرض الفلاحية، فطبيعة الموهوب - إذن - هي التي تكشف المنافع المقصودة منه، فضلاً عن أنها تحدّد العيوب التي تُخلُّ بهذه المنافع³، فإذا كان الموهوب عقاراً أعد للسكن فإنّ ما ينقص من منفعة السكن كالرطوبة - مثلاً - يعدّ عيباً مؤثراً، في حين لا يعتبر كذلك لو كان المبنى نفسه معداً ليكون مستودعاً للتخزين.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 366-367.

² - أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والتشريعات الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية، دار إقرأ للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، لبنان، ط1، 1981، ص. 64.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 820؛ لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، المرجع السابق، ص. 445-457.

هذا، وتعتبر مسألة تقدير مدى جسامه العيب الخفي المكتنف للعقار الموهوب من المسائل الموضوعية التي تستقل محكمة الموضوع بالفصل فيها على ضوء الغاية المقصودة من الهبة ووفقاً لإرادة المتعاقدين أو من طبيعة الموهوب أو الغرض الذي قصد من وراء الهبة¹.

علماً بأنه لا يعتد في تقدير ما إذا كان العيب مؤثراً أم غير مؤثر بالغرض الذي قصده الموهوب له من قبوله الهبة إذا كانت إرادة المتعاقدين المشتركة لم تستهدفه ولم يكن من شأن طبيعة العقار تحقيقه له.

بيد أنه في حالة كفالة الواهب للموهوب له وجود صفة معينة² في العقار الموهوب فإنه يضمن خلوه من هذه الصفة دونما حاجة إلى البحث عما إذا كان فوات الصفة قد انتقص من قيمة العقار الموهوب أو من نفعه، على اعتبار أن اتفاق الطرفين المتعاقدان على ضرورة توافر هذه الصفة يجعل من تخلفها عيباً مؤثراً³.

ثانياً: قَدَمُ الْعَيْبِ

لا يكفي أن يكون العيب مؤثراً بل ينبغي أن يكون قديماً⁴ أيضاً، والمراد بقدم العيب في عقد هبة العقار أن يكون هذا الأخير موجوداً في العقار الموهوب وقت أن يتسلمه الموهوب له من الواهب، ذلك أن العيب إما أن يكون موجوداً وقت إبرام عقد الهبة وبقي إلى وقت التسليم، فيكون إذن موجوداً وقت التسليم ويكون الواهب - تبعاً لذلك - مسؤولاً عن ضمانه، وإما أن يكون العيب قد حدث بعد إبرام عقد الهبة وقبل التسليم وبقي إلى وقت التسليم، فيكون موجوداً وقت التسليم ويكون الواهب - من ثمة - مسؤولاً عن ضمانه⁵.

ويستخلص هذا الشرط من نص المادة 1/447 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 1/379 من

¹ - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، المرجع السابق، ص. 176.

² - عبد التاصر توفيق العطّار، إستقراء لماهية العيب وشروط ضمانه، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، ع1، السنة 13، يناير 1971، ص. 315 وما يليها.

Cf. NANA Gérard Jérôme, La réparation des dommages causés par Les vices d'une chose, L. G. D. J, paris, 1982, pp. 82-83.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 368.

⁴ - لم يتم التنصيص على هذا الشرط صراحة في التقنين المدني الفرنسي، خلافاً للفقهاء في فرنسا الذي مافتء يؤكّد عليه. أنظر في هذا الصدد: PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité élémentaire de droit civil, T.X, par Hamel, L. G. D. J, paris, 1956, p. 56.

⁵ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع السابق، ص. 822، وأنظر في ذات الشأن: منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والإيجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع2، السنة 1، ماي 1959، ص. 573 وما يليها.

ق. م. ج - التي انقسم الفقه المصري بشأن تحديد المقصود بقدم العيب ضمنها إلى رأيين:

الأول: ساد في أوساط الفقه والقضاء، وفيه يفرق بين العيب كافة ويستلزم وجوبه وقت التعاقد، وبين العيب كخلو صفة ويكتفي بوجوده وقت التسليم، ثم يفرق بصدد العيب كافة بين الموهوب المعين بالذات ويرى وجوب أن يكون العيب وقت التعاقد، وبين الموهوب المعين بالنوع ويرى أن يكون العيب موجوداً إبان التسليم¹.

فبالنسبة للشيء المعين بالذات يستلزم أن يكون العيب موجوداً زمن إبرام الهبة، فإن لم يكن موجوداً آنذاك فلا ضمان على الواهب ولو وجد قبل تسليم الموهوب إلى الموهوب له ما لم يكن وجوده قد نشأ عن خطأ تسبب فيه الواهب، فإن وقع كذلك فإن الواهب يكون مسؤولاً - حينئذ - على أساس إخلاله بتسليم الموهوب على الحالة التي يكون عليها وقت الهبة.

يبد أن الواهب إذا كان غير ملزم بضمان العيب الطارئ بعد إبرام عقد الهبة وقبل تسليم الموهوب، بمعنى أنه لا يلتزم بتعويض الموهوب له عن الضرر المترتب على وجوده، فهو مع ذلك يتحمل تبعته، حيث يكون للموهوب له حق المطالبة بفسخ عقد الهبة وردّ العوض في حالة تسليمه إذا كان العيب جسيماً أو ينقص العوض طبقاً لما هو مقرر في أحكام تبعة الهلاك الجزئي وذلك دون الإخلال بحقه في التعويض².

أما إذا كان الموهوب من المثليات التي لم تعين إلا بنوعها ومقدارها إبان إبرام العقد، فالبين أنه لا يتصور شرط القدم بالنسبة لها على معنى وجود العيب وقت العقد، على اعتبار أنه لا يوجد شيء معين بالذات يمكن القول بوجود عيب ضمنه في ذلك الوقت، ولما كانت المثليات لا تعين بذواتها إلا بعد إفرازها، فإن شرط القدم بالنسبة لها يُراد به أن يكون موجوداً إبان الإفراز، فإذا كان العيب قد نشأ بعد ذلك وقبل التسليم فلا ضمانه على الواهب عندئذ³.

¹ - إبراهيم أبو النجا، عقد البيع في القانون المدني الليبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ط1، 1997، ص. 157.

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 368-369.

³ - منصور مصطفى منصور، المرجع السابق، ص. 578. وقد علّل أصحاب هذا الرأي بأن عبارة "وقت التسليم" إنما وردت بخصوص حالة تخلف الصفة التي كفل الواهب وجودها في الموهوب دون حالة العيب بمعنى الآفة الطارئة، هذا فضلاً عن تبنيهم لتعليق المدكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري على المادة 1/447 من ق. م. م القاضي بأن شرط القدم يعني وجود العيب وقت العقد، وهو ما عبّرت عنه نفس المدكرة بقولها: "... أن يكون هذا العيب موجوداً وقت البيع، وهذا ما عبّر عنه عادة بالعبء القلم". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 110؛ وأنظر أيضاً: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص. 374.

الثاني: يرى بأن العيب يكون قديماً إذا كان موجوداً وقت التسليم ولو لم يكن موجوداً وقت إبرام عقد الهبة، سواء كان العيب آفة أم كان خلوقاً صفة، وسواء كان الموهوب معيناً بالذات أم كان معيناً بالنوع¹.

ومهما يكن من أمر، فالعبرة في وجود العيب من عدمه هو بوقت تسلّم العقار الموهوب من قبل الموهوب له لا فرق في ذلك بين العيب بمعنى الآفة الطارئة أو خلوقاً الصفة، فإذا كان الموهوب معيناً بذاته فقد يكون العيب الخفيّ موجوداً عند انعقاد عقد الهبة ومستمرّاً حتى لحظة تسليم الموهوب إلى الموهوب له، وقد لا يكون العيب موجوداً عند إبرام هذا العقد ولكنه يطرأ على الموهوب حال التسليم فيكون هذا كافياً للالتزام الواهب بالضمان².

ثالثاً: خفاء العيب

لا يكفي أن يكون العيب مؤثراً وقديماً، بل ينبغي أن يكون خفياً، فإذا كان هذا الأخير ظاهراً وقت أن تسلّم المتصرف إليه محلّ التصرف ولم يعترض بل رضي أن يتسلّمه، فإنّ المتصرف لا يضمنه، لأنّ المتصرف إليه وقد رأى العيب ظاهراً دون أن يعترض يكون قد ارتضاه وأسقط حقه في التمسك بالضمان.

ويكون العيب خفياً كما تشير إليه المادة 2/447 من ق. م. م.³ - المقابلة لنصّ المادة 2/379 من ق. م. ج.⁴ - إذا أثبت المشتري بأنّه كان لا يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنّه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، ما لم يكن البائع قد أكّد له خلوق المبيع من هذا العيب، أو تعمّد إخفاء العيب غشاً منه.

وبإسقاط هذا النصّ وتطبيقه على عقد هبة العقار، فإنّه يشترط لاعتبار العيب بكونه خفياً، ألا يكون الموهوب على علم بالعيب وقت إبرام عقد الهبة، فإذا كان يعلم بوجوده، فإنّه يكون ظاهراً⁵ سواء تحقّق الموهوب له منه بواسطة الواهب نفسه أو بأيّ واسطة أخرى، ومتى كان العيب كذلك - أي معلوماً

¹ - إبراهيم أبو التجا، المرجع السابق، ص. 157.

² - أحمد عبد العال أبو قرين، المرجع السابق، ص. 403.

³ - التي قضت بأنّه "ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنّه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أنّ البائع قد أكّد له خلوق المبيع من هذا العيب، أو أثبت أنّ البائع قد تعمّد إخفاء العيب غشاً منه".

⁴ - التي نصّت بأنّه "غير أنّ البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنّه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري بأنّ البائع أكّد له خلوق المبيع من تلك العيوب أو أنّه أخفاها غشاً عنه".

⁵ - وكون أنّ المبيع بوصفه أرضاً زراعية ليس له مسلك للطريق العام يعتبر عيباً ظاهراً (استئناف مختلط بتاريخ: 1897/01/07، المجموعة الرسمية 9، ص. 104)، أمّا إذا كان تلف الأرض المبيعة آتياً من فيضان ظاهر، فالعيب لا يكون خفياً (استئناف مختلط بتاريخ: 1918/05/16، المجموعة الرسمية 30، ص. 424). نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 724، هامش رقم: 1.

للموهوب له - فلا ضمانه للواهب عليه¹.

ذلك لأنّ اندفاع الموهوب له على قبول الهبة، سيما إذا كانت بعوض أو محمّلة بتكاليف رغم علمه بالعيب، يفيد إحدى احتمالين: إمّا أنّه راعى وجوده في تحديد التّكليف، أو أنّه اعتبر هذا العيب ليس له تأثير في العقار الموهوب أو في منفعته.

وينبغي على ذلك بأنّ علم الموهوب له الذي يجعل العيب ظاهراً، هو ذلك العلم المتوفّر إبان إبرام عقد هبة العقار، أمّا الآخر الذي يتحقّق بعد ذلك فلا تأثير له على ضمان الواهب، بحيث لا يمكن أن يعلم الموهوب له بوجود العيب إلّا إذا كان الموهوب في ذلك الوقت معيّناً بذاته، أمّا إذا كان الموهوب معيّناً بنوعه فلا يتصوّر - في هذا الفرض - أن يكون الموهوب له عالماً بما يتضمّنه من عيوب وقت العقد على اعتبار أنّه لا يوجد في ذلك الوقت موهوب يمكن توصيفه بأنّه معيب.

ويقع على الواهب عبء إثبات أنّ الموهوب له قد قبل الموهوب وهو عالم بما يكتنفه من عيب، ويمكنه إثبات ذلك بكلّ وسائل الإثبات المتاحة على اعتبار أنّ مسألة علم الموهوب له بوجود العيب واقعة مادّية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات الجائزة قانوناً، فإنّ تمكّن من ذلك أعفي من ضمانه وإلّا بقي كذلك².

على أنّه لا يكفي لاعتبار كون العيب خفياً³ أن يكون مجهولاً من لدن الموهوب له وقت التّعاقد، بل ينبغي - علاوة على ذلك - ألاّ يكون في استطاعته أن يتبيّن بنفسه لو أنّه قام بفحص الموهوب بما يجب من العناية اللاّزمة⁴.

¹ - توفيق حسن فراج، المرجع السابق، ص. 447.

² - محمّد يوسف الزّعي، المرجع السابق، ص. 406؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 170.

³ - جرى القضاء الفرنسي وهو يبحث صفة العيب خفاءً أو ظهوراً إلى القول بأنّها تختلف باختلاف صفة المشتري كونه عادياً أو محترفاً؛ فإذا كان المشتري شخصاً عادياً، بوصفه ليس حائزاً لاختصاص تقني أو مهني يتيح له التعرف على الشّيء المبّيع، فإنّ القضاء يجيز بسهولة صفة الخفاء في العيب مستوجباً منه فحص المبّيع بعناية الرّجل العادي، بل إنّ من الأحكام الصّادرة من ذهبت إلى اعتباره مقصراً لعدم التجائه لأصحاب الخبرة بغرض كشف العيب. أمّا إذا كان المشتري محترفاً أو ذو خبرة، فإنّه يفترض فيه معرفة عيوب المبّيع المزمع شرائه على اعتبار إمكانية اكتشافه بسهولة من طرفه. لأكثر تفصيل في هذه المسألة، أنظر: جابر علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك عن الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعيّة، القسم 1، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ديسمبر 1996، ص. 222 وما يليها؛

CALAIS-AULOY J et STEINMETZ F, Droit de la consommation, 5^{ème} éd, Dalloz, 1992, p. 254 ; BIHL Luc, Le droit de vente, vente mobilière, Dolloz, 1986, pp. 241-242.

⁴ - وفي ذلك قضت المادّة 491 من التّقنين المدني الكويتي صراحة على أنّه "لا يضمن البائع عيباً كان المشتري يعرفه وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبيّن بنفسه لو أنّه فحص المبّيع بما ينبغي من العناية".

وعلى هذا الأساس يعدّ العيب ظاهراً ولو كان الموهوب له لم يعلم بوجوده إبان التعاقد إذا ثبت بأنّه كان بإمكانه أن يكشفه لو فحص الموهوب في ذلك الوقت بعناية الرجل العادي، كون أنّه يعتبر مقصراً في هذه الحالة وعليه أن يتحمّل جريرة تقصيره، بحيث أنّه لا يستطيع - عندئذ - أن يحتجّ على الواهب بعدم خبرته¹.

مع الإشارة إلى أنّ العيب يكون ظاهراً ولو لم يكن في استطاعة الموهوب له كشفه بنفسه طالما كان الموهوب من الأشياء الجاري العمل فيها على الإستعانة في فحصه بأصحاب الخبرة² على اعتبار أنّ عناية الشخص المعتاد تقتضي من الموهوب له في هذا الفرض أن يستعين في فحص الموهوب بخبير مختص، فإن لم يبادر إلى ذلك، فليس له الحقّ في الرجوع على الواهب بضمان العيب الخفيّ اعتماداً على جهله بعيوب الموهوب مادام أنّ هذه الأخيرة كان بالإمكان اكتشافها من لدن أهل الخبرة.

وبالموازاة مع ذلك، يعدّ العيب خفياً إذا كان لا يمكن تبيّنه بفحص خبير عاديّ ولو كان في الإمكان اكتشافه بمعرفة خبير ممتاز أو بجهد لم تجر العادة على بذله، وعلى هذا الأساس، فإذا كان العيب لا يمكن اكتشافه إلاّ بإجراء عديد التجارب طويلة المدى، فإنّ العيب يعتبر خفياً ويضمنه الواهب من ثمة.

على أنّه يعود الفصل في تقدير درجة العناية التي يبذلها الرجل العادي في فحص العتار الموهوب واستطاعة الموهوب له كشف العيب بما يتوافر له من صفات أو خبرات فنية إلى قاضي الموضوع، وله - عندئذٍ - طلب المساعدة التقنية من أهل الخبرة لتقدير هذه النازلة التي هي موضوع فصل لديه³.

¹ - محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 29 - 30.
² - فإذا كان الموهوب أرضاً زراعية مثلاً، لم يصحّ للموهوب له أن يتمسك بعيوب في الأرض يستطيع أن يتبيّنها الشخص الخبير خبرة مألوفة بالأراضي الفلاحية ولم يتبيّنها هو لنقص خبرته. وإذا كان الموهوب بناءً، لم يصحّ أن يتمسك بعيوب في البناء يستطيع أن يتبيّنها مهندس المباني عن طريق الفحص المعتاد. على أنّه يشار إلى أنّ هذه الأمثلة سبقت في شأن معيوبة المبيع ولا مانع من إعمالها على معيوبة الموهوب بوجه القياس. أنظر:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité élémentaire de droit civil, T.X par Hamel, Op.cit., p. 146.

"وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنّ العيب يعتبر في حكم القانون ظاهراً متى كان يدركه النظر اليقظ ولو لم يكن في المتناول إدراك غيره، فليس معيار الظهور في العيب معياراً شخصياً يتفاوت بتفاوت المستوى في الأنظار المختلفة، بل معياراً متعيّناً بذاته مقدّراً بمستوى نظر الشخص الفطن المنتبه للأمر. فإذا ما أثبت الحكم بأنّ عدم إثبات البذور التي هي محلّ الدّعى إنّما يرجع إلى تسوّس بعضها، وأثبت بأنّ المشتري وهو غمّدة ومن كبار المزارعين لا يصعب عليه كشف تسوّس هذه البذور عند ورودها إليه، ثمّ خلص من ذلك إلى القول بأنّ العيب كان ظاهراً، وأسّس على ذلك قضاءه برفض دعوى المشتري، فإنّه لا يكون قد خالف القانون". أنظر: نقض مدني بتاريخ: 1947/12/04، مجموعة عمر 5، رقم: 239، ص. 500. وأنظر في ذات المعنى: إستئناف مختلط بتاريخ: 1890/12/10، المجموعة الرسمية 3، ص. 70، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 725، هامش رقم: 5.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 371 - 372.

وبالرغم من أن الأصل العام يقضي بعدم ضمان الواهب للعيب الخفي المكتنف للعقار الموهوب، إلا أنه مع ذلك يضمنه ولو كان في استطاعة الموهوب له أن يتبينه لو فحص العقار الموهوب بعناية الشخص المعتاد وذلك في فروض حدّدتهم المادة 495 من ق. م. م.¹ لا غير.

هذا مع الإشارة - في هذا الصدد - إلى أنه إذا تسلّم الموهوب له العقار الموهوب وجب عليه التحقق من حالته حال تمكنه من ذلك حسب قواعد التعامل الجاري العمل بها ووفقاً للمألوف في أصول التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه الواهب وجب إخباره به - في أجل معقول عادة - فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالموهوب وسقط حقه - من ثمة - في الضمان.

أمّا إذا كان العيب ممّا لا يظهر بطريق الاستعمال العادي، أي ممّا لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثمّ كشفه الموهوب له بعد ذلك، فإنّه ينبغي عليه أن يخبر الواهب بمجرد ظهوره وإلا اعتبر قابلاً بالموهوب بما فيه من عيب وسقط حقه من ثمة في الضمان.²

فإذا كان المشرّع لم يحدّد أجلاً مقبولاً يستلزم فيه على الموهوب له إخبار الواهب بالعيب كما عملت بعض التشريعات، فإنّه يمكن القول بأنّ إخطار الموهوب له ينبغي أن يتمّ خلال أجل معقول، فإذا ما انتهى هذا الأخير ثمّ أخبر الموهوب له الواهب بالعيب سقط حقه في الضمان. هذا مع التنبيه إلى أنّ المشرّع لم يحدّد شكلاً أو وسيلة معيّنة للإخطار، فيصحّ أن يكون شفاهة أو كتابة، ويقع عبء إثبات قيامه بذلك بكافة وسائل الإثبات بوصفه واقعة مادية.³

البند الثاني: أحوال ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية

إذا كان قانون الأسرة الجزائري جاء خلواً - كالعادة - من تبيان الحالات الواجب على الواهب ضمان عيوب العقار الخفية من خلالها، فإنّ التقنين المدني المصري الملغى لم يتعرّض كذلك إلى هاته الحالات على اعتبار أنّ هذا الضمان من الأحكام الموضوعية، ولما كان كذلك فإنّ أحكام الفقه الإسلامي هي التي كانت تسري في مثل هذا الشأن.⁴

¹ - وهذه الأحوال هي: 1- إذا تعمد الواهب إخفاء العيب. 2- إذا ضمن خلوّ الموهوب من العيب. 3- إذا كانت الهبة بعوض. وسيأتي تفصيلهم في حينه.

² - راجع نصّ المادة 380 من ق. م. ج. المقابلة لنصّ المادة 449 من ق. م. م.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 372-373؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 737.

⁴ - فإذا كان الواهب لا يضمن عيوب الموهوب الخفية كأصل عام في الفقه الإسلامي، فالعبرة بتاريخ صدور الهبة وإبرامها، فإن هي صدرت قبل

غير أنَّ المشرِّع المصري ما لبث أن اعتبر ضمن تقنيته المدني الحالي بأنَّ الواهب بوصفه متبرِّعاً لا يضمن العيب الخفي للموهوب إلاَّ في نطاق محصور، لأجل ذلك قضى في المادة 495 من ق. م. م بالقول بأنَّه "1- لا يضمن الواهب خلوَ الشيء الموهوب من العيب.

2- على أنَّه إذا تعمَّد الواهب إخفاء العيب، أو ضمن خلوَ الشيء الموهوب من العيب، كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسبِّبه العيب.

ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض، على ألاَّ يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من هذا التعويض"¹.

ويشار في ذات السياق بأنَّ المشرِّع السوري قد نقل نفس النصَّ بحذافيره في تقنيته المدني بموجب المادة 463 منه، وكذلك فعل المشرِّع الليبي في تقنيته المدني بموجب المادة 484، والمشرِّع التونسي ضمن المادة 208 من مجلته للأحوال الشخصية، ولا مقابل له لا في التقنين المدني العراقي ولا في قانون الموجبات والعقود اللبناني².

يُبدَّ أنه بالرَّجوع إلى أحكام المادة 533 من التقنين المدني الكويتي، نجد بأنَّ المشرِّع الكويتي قارب ما ذهب إليه المشرِّع المصري حينما قضى بأنَّه "لا يضمن الواهب براءة الموهوب من العيب، إلاَّ إذا اتَّفَق على غير ذلك، أو كان الواهب قد تعمَّد إخفاء العيب، وعندئذ لا يكون ملزماً إلاَّ بتعويض الموهوب له عمَّا يسبِّبه العيب من ضرر"³.

1949/10/15 طُبِّقت بشأها أحكام الفقه الإسلامي، وإلاَّ فأحكام التقنين المدني الحالي. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 163-164، هامش رقم: 2.

¹ - ورد هذا النص ضمن المادة 676 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على نحو يتَّفَق مع ما استقرَّ عليه في التقنين المدني الجديد، يُبدَّ أنَّ عبارة "كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسبِّبه العيب" التي وردت في الفقرة الثانية، جاءت ضمن المشروع التمهيدي على النحو الآتي: "كان ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يلحقه بسبب العيب"، وقد وافقت لجنة المراجعة عليه بحسب أصله وأضحى رقمه 523 في المشروع النهائي، غير أنَّه استبدل ضمن أعمال لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب عبارة "الذي يلحقه بسبب العيب" بعبارة "الذي يسبِّبه العيب"، وذلك حتَّى لا يكون العيب نفسه محلاً للتعويض، بل يكون التعويض عن الضرر الذي يسبِّبه العيب، وبالتالي أصبح النص مطابقاً لما استقرَّ عليه في التقنين المدني الحالي، وأقره مجلس النواب بمعية لجنته ثمَّ تمت الموافقة عليه من مجلس الشيوخ تحت رقم 495. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 269 - 270.

² - لكنَّ الفقه اللبناني، إعتبر - مبدئياً - بأنَّه لا يترتَّب على الواهب ضمان عيوب الشيء الموهوب كما هو الشَّأن في ضمان الاستحقاق، إلاَّ أنَّ ذلك ليس على إطلاقه، فيبقى الواهب ملزماً بضمان العيوب الخفية في الموهوب في ثلاثة حالات أقرها سلفه المصري بداءة وهي: 1- إذا ضمن الواهب خلوَ الموهوب من العيوب. 2- إذا تعمَّد الواهب إخفاء العيب. 3- إذا كانت الهبة بمقابل أو مقيدة بتكليف. لأكثر تفصيل أنظر: نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 422 - 423.

³ - هذا بخلاف المشرِّع السوداني الذي نحا منحى آخر بأن قضى في مادته 5/238 من تقنيته المدني - المطابقة لنص المادة 641 من قانون

إنطلاقاً من النصّ المحلّل أعلاه يتبيّن بأنّ الواهب غير ملزم بضمان عيب العقار الخفيّ في الأصل على اعتبار افتقاره عن ملكه بدون عوض¹ على عكس عقد البيع الذي يلزم البائع - في الأصل - وجوباً بضمان عيوب العقار المبيع إذا كان فيه عيب ينقص من قيمته أو منفعته بحسب الغاية المقصودة والمستفادة ممّا هو مذكور بمقتضى العقد أو ممّا هو ظاهر من طبيعة البيع أو الغرض المعدّ له إبان إبرام عقد البيع.

والعلّة في ذلك مراعاة المشرّع عدم الجمع بين الضدّين: تفرّغ الواهب عن عقاره دون عوض²، والضمان المسلّط عليه حال الإخلال بالتزاماته المنوط به تنفيذها، مع التنبيه إلى أنّه لا يغيّر من الأمر شيئاً حينما تكون الهبة مقترنة بتكليف، ذلك أنّ هذا الأخير ينبغي أن يكون أقلّ من قيمة العقار الموهوب وإلاّ كان من قبيل عقود المعاوضة الواجب تطبيق القواعد العامة بصددّها من حيث الضمان.

وباستقراء نفس النصّ يتّضح بأنّ الأحوال التي يلتزم فيها الواهب بضمان عيوب العقار الخفية تكمن في الحالات المبينة في المادة 495 من ق. م. م - وما شابهها من مواد في التشريعات المدنية العربية - وهي لا تخرج عن الآتي:

الحالة الأولى: تعمد الواهب إخفاء عيب العقار الخفي

لا ينشأ الضمان بمجرد عدم كفاية الواهب بالعلم بالعيب المكتنف للعقار الموهوب، بل ينبغي - علاوة على ذلك - أن يكون قد تعمد إخفاءه، ذلك أنّ كون علمه بالعيب دون أن يتعمد إخفاءه لا يقيم ضمانه، على اعتبار مساءلته عن فعله العمد وليس على مجرد العلم³.

فتعمد الواهب إخفاء العيب يشكّل في حقّه تدليساً وغشاً يترتب مسؤوليته⁴، وهو بفعله هذا يساعد

المعاملات المدنية الإماراتية وكذا المادة 751 من التقنين المدني الأردني - بالقول: "لا يضمن الواهب العيب الخفيّ في الموهوب ولو تعمد إخفاءه إلاّ إذا كانت الهبة بعوض"؛ هذا على غرار المشرّع المغربي الذي نصّ بموجب المادة 281 من مدوّنته للحقوق العينية بالقول: "... كما لا يلتزم [الواهب] بضمان العيوب الخفية.

لا يكون الواهب مسؤولاً إلاّ عن فعله العمد أو خطئه الجسيم".

¹ - Cf. TERRE François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p. 463.

² - Cf. FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Op. cit., pp. 90 - 91.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 150.

⁴ - بل يمكن أن يترتب على فعله هذا جزاء التعويض، أنظر:

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 510.

ولا يعوّض الواهب عن العيب ذاته، ويعوّض عن الاستحقاق إذا أخفى سببه تعويضاً عادلاً، وقد رأى المشرّع المصري التفرقة بين العيب والاستحقاق في هذا الصدد على اعتبار أنّ العيب أخفّ جسامة من الإستهقاق أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون

على إخفاء العيب وعدم ظهوره عند الفحص المعتاد، ومثاله طلاء جدران المنزل المتآكل بفعل الرطوبة بغرض إخفاء هشاشته، ففي مثل هذا الفعل يرتّب المشرّع المصري - ومن اقتفى أثره - ضماناً على الواهب حتى لا يستفيد من غشه ولو كان الموهوب له قد أهمل المراقبة والفحص الواجب عليه إبان تسلّمه للعقار الموهوب، والعلّة في ذلك إنّما تنبّري حال الموازنة بين مصلحة المرتكب للغش ومصلحة الماهل، وبالنتيجة يجب إهدار المصلحة الأولى تحقيقاً للثانية، على اعتبار أن تسرّ الواهب غشاً منه للعيب خطأ يستغرق خطأ الموهوب له في عدم إعماله لفحص ومراقبة العقار الموهوب فحصاً معتاداً، ثمّ إنّ هذا الفعل المنطوي على الغش قد يستوجب فحص الموهوب فحصاً إستثنائياً بغرض اكتشاف هذا العيب وهو ما لا يلزم الموهوب له به، وهكذا يفتح للموهوب له باباً يستطيع الرجوع من خلاله على الواهب بضمان العيب الخفيّ الذي طال عقاره الموهوب له انتهاء¹.

وعلى اعتبار أنّ ضمان الواهب للعيوب التي تعمّد إخفائها هو استثناء من الأصل، فإنّه وعلى خلاف ما رأى البعض أنّ "النّظر لهذا الاستثناء، يتبيّن له أنّه ليس باستثناء من المبدأ الأصلي؛ وإنّما مجرد تطبيق من تطبيقات القواعد العامة، ليس غير. تلك القواعد التي لا تتوقّف في تطبيقها على وجود نص. فالواهب وهو يتعمّد إخفاء عيب في الشّيء الموهوب، يكون مسؤولاً عن هذا الإخفاء مسؤولية تكاد أن تصل به إلى المتابعة الرّجعية عند الاقتضاء، فلو تعلّقت الهبة بألة أو موادّ، والواهب يعلم أنّه عند استعمالها، تُسبّب في أضرار، لكان مسؤولاً، ولتحمّل تبعه تعويض الأضرار التي قد تلحق بالموهوب له. ومحلّ المسؤولية ليس هو الإخفاء في ذاته، وإنّما تعمّد الإضرار. أمّا لو انعدم العمد، لما كان مسؤولاً البتّة، حتّى ولو كان على علم بالعيب وأخفاه، فليس على كلّ واهب أن يطلع الموهوب له على جميع العيوب الظّاهرة والخفيّة، لأنّ الهبة، هبة وكفى! والموهوب له إمّا أن يأخذ أو يذر. لكن! إذا كان العيب الخفيّ سيسبّب ضرراً لا محالة، وعلم به الواهب، لوجب الإخبار والإعلام. وهو ما حمل المشرّع في مصر على أن يربط ويقيد التعويض بالضرر الذي يسبّبه تعمّد إخفاء العيب..."².

الحالة الثّانية: إلزام الواهب بضمان خلوّ العقار الموهوب من العيب

إذا كانت القاعدة العامّة تقضي بعدم ضمان الواهب لعيوب العقار الخفيّ، فقد خرج المشرّع المصري - ومن اقتفى أثره - عليها، فأجاز الاتّفاق على مخالفة هذا الأصل، وتبعاً لذلك جوّز أن يتفق طرفا عقد هبة العقار بناء على اتّفاق خاص على أن يلتزم الواهب بضمان العيوب الخفيّة للعقار المزمع وهبه من

المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 165، هامش رقم: 2.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 374-375.

² - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 249 - 250.

لدنه، ففي هذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب الخفي سواء أكان عالماً به أم غير عالم، وسواء أكانت الهبة بمقابل أو بدونه أو مقترنة بالتزامات أو محملة بتكاليف¹.

وقد علّل بعض الفقه هذا التوجّه الذي تبناه المشرّع في هذا الصدد بكون عدم وجود الضمان في عقد الهبة قاعدة مكتملة، وردّ عليهم مخالفوهم بكون هذه الحالة تندرج ضمن الإستثناء من الأصل العام في عقود التبرّع المقتضي لعدم وجود الضمان فيها، وفي هذا الفرض يلزم الواهب بتعويض الضرر الناتج عن العيب ولا يعوّض العيب ذاته، في حين ذهب آخرون إلى أنّ الضمان في هذه الحالة تبرّعياً إحتياطياً للتبرّع الرئيسي الذي تمّ بعقد الهبة ابتداءً².

يجدر التنبيه إلى أنّه ينبغي على الموهوب له إثبات إحدى الواقعتين ليحقّق له التمسك بالزام الواهب بالضمان، فإذا كان الأصل في الواقعة الثانية وهي الاتفاق الخاص بالضمان تخضع في إثباتها للقواعد العامة للإثبات المقررة في مثل هكذا حالة، فإنّ الواقعة الأولى هي مادّية تخضع في إثباتها - مبدئياً - لكافة وسائل الإثبات³.

الحالة الثالثة: كون هبة العقار بعوض أو مقترنة بالتزامات أو شروط

إذا كانت هبة العقار بعوض أو مقترنة بالتزامات أو شروط مفروضة على الموهوب له، فعندئذ يضمن الواهب عيوب العقار الخفية المكتنفة لهذا الأخير حتّى ولو لم يتوافر العلم لديه بوجود هذه العيوب على ألاّ يزيد التعويض عن قدر العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له⁴.

البند الثالث: الآثار المترتبة على رجوع الموهوب له على الواهب للعيب

مراعاة لوضعية الواهب بوصفه متفرّغاً عن عقار هو متبرّع به بدون عوض، فقد قرّر المشرّع المصري - ومن سار على منواله - في مسألة التعويض كما قرّر من قبل ذلك في حالة الاستحقاق، على اعتبار أنّ الواهب متبرّع فلا يسأل مسألة المعاوض، لذلك فقد أقام عليه مسؤولية مخفّفة في الحالتين الآتيتين:

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 165؛ جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 201.

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 374.

³ - المرجع نفسه، ص. 475.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع نفسه، ص. 200؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 165.

الأولى: إذا تعمد الواهب إخفاء عيب العقار أو تعهد بضمانه

وفي هذه الحالة لا يكون العيب ذاته محلاً للتعويض بل يكون التعويض عن الضرر الذي يسببه العيب؛ ومؤدى هذا القول ومقتضاه، أن المشرع لم يعمل أدنى تفرقة بين ما إذا كان ضمان الواهب مصدره الاتفاق أو مرده تعمده في إخفاء العيب، إذ لم يجعل الواهب ملزماً بالتعويض عن العيب نفسه، أي عن نقص قيمة العقار الموهوب بسبب العيب كما هو الشأن في عقد البيع، وإنما يعوّض الواهب الموهوب له عما يسببه له العيب من أضرار بصرف النظر عما ينقص من قيمة العين الموهوبة بسبب هذا العيب.

مثال ذلك: أن يكون للموهوب منزلاً تهدم وانهار بسبب خفيّ يكتنفه فألحق انهياره ضرراً بمال للموهوب له كان قد وضعه داخل هذا المنزل¹.

هذا، ولقد كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري المقرر لنص المادة 495 من ق. م. م يلزم الواهب "بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يلحقه بسبب العيب"، حيث كان يدرج في التعويض نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب، لكن مع التعديل المجرى من لدن لجنة الشؤون التشريعية لمجلس النواب أُدخل تحويراً على هذه العبارة، فأضحى بذلك الواهب "ملزماً بتعويض الموهوب له عن الضرر الذي يسببه العيب"، وذلك "حتى لا يكون العيب نفسه محلاً للتعويض، بل يكون التعويض عن الضرر الذي يسببه العيب"².

الثانية: إذا كانت هبة العقار بمقابل

أما إذا كانت هبة العقار بعوض أو بمقابل، فلقد قرّر المشرع المصري - ومن اقتفى أثره - في هذه الحالة، ما يأتي:

- يلتزم الواهب بتعويض الموهوب له عن الأضرار التي طالته بسبب عيب العقار الخفيّ وكذا عن نقص قيمته على اعتبار أن الهبة هنا هي بعوض، ومن ثمّ فإنه يلتزم بتعويض النقص في قيمتها، غير أنه يشترط ألاّ يجاوز التعويض في مجمله العوض أو المقابل الذي أدّاه الموهوب له، طالما أن الواهب لم يتعمد إخفاء العيب أو لم يضمنه بنصّ خاص³.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 374.

² - أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 270؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 166؛ عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 250-251.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 152.

وفي هذا الصدد لا يغيّر من الأمر شيء أن تكون هبة العقار مقرونة بتكليف أو مرتبطة بالتزامات، لأنّ هذا التكليف أو الالتزام يستلزم أن يكون - في شتى الأحوال - أقلّ من قيمة الموهوب وإلّا كان العقد من قبيل عقود المعاوضة التي تسري عليه عندئذٍ القواعد العامة المقرّرة في الضمان.

- إذا كان الواهب قد تعمّد إخفاء العيب أو ضمن خلوّ العقار الموهوب من العيب، فإنّه يجب عليه تعويض الموهوب له عن جميع الخسارة التي تسبّب فيها العيب - على الوجه السالف عرضه - ولو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض أو المقابل¹.

على أنّه ينبغي التذكير في ذات السّياق بأنّ المشرّع الكويتي - ومن انتهج نهجه - لم يحدّد المقدار الذي يستلزم أن يصل إليه القاضي إبان تقدير التعويض عن الأضرار المسبّب إياها العيب للموهوب له، ذلك لأنّ الأمر الشائع في هبة العقار أن تكون بلا مقابل، ومن ثمّ، فإنّ القاضي تبعاً للسلطة التقديرية - التي خوّله القانون إياها - يملك تقدير قيمة التعويض عن تلك الأضرار؛ أمّا إذا كانت الهبة مقترنة بتكليف أو محمّلة بالتزام فهل القاضي مقيّد حال الحكم بالتعويض بقيمة هذا التكليف أم غير مقيّد؟.

"إنّنا نرى أنّه مادام جاء النصّ مطلقاً، وحدّد النصّ التعويض في حدود الأضرار التي سبّبها العيب دون تقييد بحدّ معين، فمعنى ذلك أنّ التعويض متروك لسلطة القاضي في حدود الأضرار التي يسبّبها العيب للموهوب له، حتّى لو جاوزت قيمة التكليف الذي التزم به الموهوب له، وذلك بخلاف القانون المصري الذي قيّد القاضي في هذه الحالة بتعويض لا يجاوز العوض، وهذا ماقرّته المادة 2/495 بقولها: "... ويكون كذلك ملزماً بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض على ألاّ يجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أدّاه الموهوب له من هذا التعويض ..."².

فإذا كان هذا هو الحال في التّقنينين المدنين المصري والكويتي - ومن وافقهما - فإنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتطرّق للالتزام بضمان العيب الخفيّ للعقار الموهوب من أصله، وبسكوته هذا يستلزم الرجوع إلى الأحكام الموضوعية في الفقه الإسلامي طبقاً للإحالة المنصوص عليها بمقتضى المادة 222 من نفس القانون، فإذا كانت قاعدة الضمان في عقود المعاوضة شديدة المراس، فإنّ الأصل في الواهب عدم ضمان العيب الخفيّ وفقاً لما استقرّ عليه الحكم في مدارس الفقه الإسلامي.

¹ - أحمد عبد الرزاق الشنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 166؛ جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 201؛ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 424.

² - بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 376.

وقد ذهب البعض¹ - في هذا الصدد - إلى القول بأنه طالما أنّ المشرّع الجزائري لم يورد نصّاً شبيهاً لما قرّره نظيره المصري بمقتضى المادة 495 من تقنينه المدني فيكون الأصل أنّ الواهب لا يضمن العيوب الخفية، غير أنّه في حالة الهبة بعوض تطبّق أحكام الشريعة وبالاخصيص أحكام الفقه المالكي الذي جرى العمل به واستقى قانون الأسرة منه أغلب أحكامه، وهو يطبّق على الهبة أحكام البيع في هذه الحالة، ومّا ورد في هذه المسألة ما جاوب عليه الإمام مالك - رحمه الله - في المدونة ضمن باب (الهبة للثواب يصاب بها العيب)، بقوله "قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَهَبْتَ هِبَةً لِلثَّوَابِ وَأَخَذْتَ الْعَوَضَ فَأَصَابَ الْمُوهُوبُ لَهُ بِالْهَيْبَةِ عَيْبًا، أَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ فِي عَوْضِهِ وَيَرُدَّ الْهَيْبَةَ؟ قَالَ: نَعَمْ.. الْهَيْبَةُ عَلَى الْعَوْضِ بَيْعٌ مِنَ الْبَيْعِ يُصْنَعُ فِيهَا وَفِي الْعَوْضِ مَا يُصْنَعُ بِالْبَيْعِ. قُلْتُ: وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ؟. قَالَ نَعَمْ.. الْهَيْبَةُ عَلَى الْعَوْضِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ مِثْلُ الْبَيْعِ مَحْمَلٌ وَاحِدٌ إِلَّا أَنَّ الْهَيْبَةَ عَلَى الْعَوْضِ، إِنْ لَمْ يُثْبِتْهُ وَلَمْ تَتَغَيَّرْ الْهَيْبَةُ بِنَمَاءٍ وَلَا نُقْصَانٍ وَكَانَتْ عَلَى حَالِهَا، فَلِلَّذِي وَهَبَهَا أَنْ يَأْخُذَهَا إِلَّا أَنْ يُثْبِتَهُ وَلَا يَلْزُمُ الَّذِي قَبِلَهَا الثَّوَابُ عَلَى مَا يُجِبُّ أَوْ يَكْرَهُ. وَقَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ أَنَّ بَنِي الْمُوهُوبِ لَهُ بِمَا يَعْلَمُ أَنَّهُ ثَمَنٌ لِنَتْلِكَ الْهَيْبَةِ، أَجْبَرَ الْوَاهِبُ عَلَى أَخْذِ ذَلِكَ عَلَى مَا أَحَبَّ أَوْ كَرِهَ.

قَالَ مَالِكٌ: وَلَوْ أَنَّ بَنِيهِ بِمَا يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ ذَلِكَ لِلْهَيْبَةِ بِثَمَنٍ، ثُمَّ قَامَ صَاحِبُ الْهَيْبَةِ يَطْلُبُهُ بَعْدَ ذَلِكَ. قَالَ: أَرَى أَنْ يَخْلِفَ بِاللَّهِ الَّذِي لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ مَا قَبِلَ ذَلِكَ إِلَّا أَنْتَظَرًا لِتَمَامِ ثَوَابِ الْهَيْبَةِ، فَإِذَا خَلَفَ كَانَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ تَمَامَ الثَّوَابِ مِنَ الْمُوهُوبِ لَهُ، وَإِنْ أَبَى أَنْ يَخْلِفَ رَدَّ الْهَيْبَةَ وَأَخَذَ عَوْضَهُ إِنْ كَانَتْ الْهَيْبَةُ لَمْ تَتَغَيَّرْ. قَالَ: وَكَذَلِكَ قَالَ لِي مَالِكٌ"².

على خلاف الرأي الأول، إنبرى رأي ثانٍ يقول بكون أنّ المشرّع الجزائري إذا كان لم ينصّ على أحكام التزام الواهب بالضمان ضمن قانون الأسرة الجزائري على غرار ما فعلته الكثير من التشريعات المدنية العربية الأخرى، فإنّه قد تمّ ذكر حكم ضمان العيوب الخفية وكذا الاستحقاق في عقود تبرّعية ماثلة كعقد العارية³ بحسبانها من عقود التبرّع بالمنافع⁴، حيث شرّع لها بمقتضى المادة 2/541 من ق. م. ج قاضياً بأنّه

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 250.

² - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج4، المرجع السابق، ص. 404 - 405.

³ - قال به الباحث خالد سمّاحي، المرجع السابق، ص. 197. وقد عزز قوله بتفسير السنهوري الذي قضى فيه بأنّ الأصل هو عدم ضمان المعير لاستحقاق الشيء المعار وعدم ضمانه لما يكتنفه من عيوب خفية، "فالعارية عقد تبرّع، والمفروض أنّ المعير إنّما التزم بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار لا بتمكينه من هذا الانتفاع، وهذا بخلاف الإيجار، إذ العقد معاوضة فيلتزم المؤجّر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجّرة. ولهذا رأينا المعير يسلم الشيء المعار بالحالة التي هو عليها وقت انعقاد العارية، ونراه هنا لا يضمن استحقاق الشيء المعار ولا يضمن ما ينطوي عليه من عيوب خفية. أمّا المؤجّر فقد رأيناه يسلم العين في حالة صالحة للانتفاع بها، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية. والعارية في ذلك كالهبة وكلاهما عقد تبرّع، فإنّ الواهب لا يضمن الاستحقاق ولا العيوب الخفية، إلّا إذا وجد اتفاق على الضمان أو تعمد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق أو إخفاء العيب أو كانت الهبة بعوض". راجع في هذا الشأن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج6، المرجع السابق، ص. 1532.

⁴ - وقد عرفها الخفية والمالكية كذلك معتبرين إياها بأنّها "تمليك منافع العين بغير عوض". أنظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، ص. 133؛ أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي

"لاضمان عليه [أي المعير] كذلك في العيوب الخفية.

غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك".

وطالما كان الحكم كذلك في عقد العارية فإنه ينسحب استطراداً إلى باقي العقود التبعية الأخرى.

يُبد أن انسحاب الحكم المحلل أعلاه والخاص بعقد العارية على الهبة بداعي اتحاد طبيعتهما التبعية - كما قال به الرأي السالف الذكر - ما لم يتم التنصيص عليه صراحة أو ضمناً مسألة فيها نظر، كون أن الهبة بوصفها باب عقود التبعية وأساسه؛ ينبغي أن تستقي أحكام هذه العقود منها، فيقاس عليها - في الأساس - لا أن يقاس على غيرها لمعرفة حكم يشملها وهذا هو الأصل.

الفرع الثاني: إنقضاء حق الرجوع بضمان عيب العقار الخفي وإمكانية الاتفاق على تعديل أحكامه

وفيه سنتطرق إلى بحث انقضاء حق الموهوب له في الرجوع على الواهب بضمان عيب العقار الخفي (البند الأول)، ثم نتناول إمكانية الاتفاق على تعديل أحكام ضمان عيب العقار الخفي (البند الثاني)

البند الأول: إنقضاء حق الموهوب له في الرجوع على الواهب بضمان عيب العقار الخفي

لاشك أنه ينقضي حق الموهوب له في الرجوع على الواهب بضمان عيوب العقار الخفية وفقاً للقواعد العامة إما بالتنازل عن هذا الحق ابتداءً أو بسقوطه أو بمرور الزمن عليه.

وتبعاً لذلك، فلقد قرر القانون للموهوب له أن يتنازل عن حقه في الرجوع على الواهب بضمان ما قد يكتشفه من عيب يكتنف العقار الموهوب، على اعتبار أن هذا الحق كما هو مقرر - في الأصل - لكل شخص¹ أراد أن يتنازل عما هو مقرر لمصلحته طالما أنه لا يمسّ بفعله هذا قواعد النظام والآداب العامة؛ هو

المالكي، التلقين في الفقه المالكي، ت: أبي أويس محمد بو خيرة الحسني التطواني، ج2، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، 1، 2004، ص. 172؛ أبو محمد، وأبو فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ت: عبد اللطيف زكاغ، ج2، دار ابن حزم، د. ب. ط، 1، 2010، ص. 1143.

¹ - Cf. HOCHART Catherine, La garantie d'éviction dans la vente, L.G.D.J, paris, 1993, p. 33.

مقرر - تبعاً لذلك - لفائدة الموهوب له.

ومادام أنّ التنازل في هذه الحالة هو حقٌّ قُرّر لمصلحة الموهوب له وغير متعلّق بالنظام العام بحيث يمكنه التنازل عن حقه في هذا الصدد، فإنّ التنازل هنا يميّز عن شرط عدم الضمان على اعتبار أنّ هذا الأخير يفترض أنّ العيب لم يظهر بعد وجرى الاتفاق على عدم ضمانه، في حين أنّ الفرض المتقدّم يستلزم أن يكون العيب قد وجد وتمّ العلم به من لدن المتصرّف إليه¹، وتبعاً لذلك فإنّ التنازل عن الضمان قد يكون صريحاً أو ضمناً طبقاً للحالات التي قررها القانون.

ويتمّ التنازل بشكل صريح عن دعوى الضمان بكلّ عمل إرادي يدلّ صراحة على تنازل الموهوب له عن مباشرة هذه الدعوى دون لبس أو إبهام.

ويقتضي أن يكون الموهوب له على بينة من أمره بأن يكون قد علم بالعيب ثمّ تنازل عن حقه في مباشرة الدعوى، إذ في هذا الفرض يكون واضحاً بأنّ الموهوب له يتنازل عن أمر يعلم أنّ له الحقّ في مباشرته، مع الإشارة إلى أنّ التنازل عن الدعوى بالنسبة لعيب معيّن لا يمنع من مباشرتها بالنسبة لعيب آخر.

على أنّ التنازل أيضاً قد يأتي في شكل ضمنيّ كما لو باع الموهوب له العقار الموهوب أو تصرّف فيه على وجه آخر بوصفه مالكا له، فالموهوب له يتنازل في هذه الحالة بصورة ضمنية عن حقه في دعوى الضمان، بحيث يستشفّ هذا التنازل الضمني من تصرّفه في الموهوب على اعتبار أنّه مالكا له، وذلك بعد معرفته ودرايته بالعيب².

يجدر التنبيه إلى أنّه بإعمال نصّ المادة 494 من التقنين المدني الكويتي القاضية بأنّه "إذا علم المشتري بوجود العيب ثمّ تصرّف في المبيع تصرّف المالك فلا رجوع له بالضمان"، فإنّه وتطبيق هذا النص على عقد هبة العقار، نجد أنّ رضى الموهوب له بالعيب المكتنف للعقار الموهوب بعد العلم به يسقط حقه في الضمان على اعتبار أنّ ضمان العيب الواجب على الواهب إنّما يتأسس تحديداً على فوات السلامة المشترطة في عقد الهبة دلالة، ورضاء الموهوب له وقبوله بالعيب بعد العلم به دليل على عدم اشتراطه للسلامة فيه³، وهذا ما تبيّاه التقنين المدني العراقي من خلال مادّته 566 منه، وما كان قد استقرّ عليه في التقنين

¹ - أسعد دياب، المرجع السابق، ص. 250.

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 376 - 377؛ محمّد يوسف الرّعي، المرجع السابق، ص. 432.

³ - أنظر بخصوص ما يسقط به خيار العيب في الفقه الاسلامي: أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 4، المرجع السابق، ص. 258 وما يليها.

المدني المصري الملغى بموجب المادة 325 منه¹، مع الإشارة - في هذا الصدد - إلى أنه لا يوجد له نظير لا في التقنين المدني المصري الحالي ولا في التقنين المدني الجزائري كون أن هذا الحكم يمكن أن يستخلص من القواعد العامة².

ويترتب على تنازل الموهوب له عن الحق في ضمان العيب المكتنف للعقار الموهوب له عدم الجواز بعد ذلك الرجوع للمطالبة بفسخ عقد هبة العقار أو التعويض عن الأضرار اللاحقة به بسبب العيب الذي نزل عن الحق في ضمانه، مع التنبيه إلى أن التنازل عن الدعوى بالنسبة لعيب معين لا يمنع من رفعها ومباشرة إجراءاتها بالنسبة لعيب آخر.

والحال كذلك هو بالنسبة للإسقاط، فإذا كان هذا الأخير مؤداه جزءاً خاصاً يوقعه المشرع على عدم اتخاذ إجراء معين أو التأخر في القيام به، فإن الإرادة التشريعية وسياقها هي كذلك بخصوص ضمان العيوب، حيث تروم من خلالها السعي إلى حسم النزاعات التي قد تنشأ بصدددها ووضع حد لها في أقرب وقت ممكن، فضلاً عن عدم التراخي في مباشرة الإجراءات المناسبة لإثبات معيوبية الموهوب والإفصاح عن موقف الموهوب له من ثمة³.

وتبعاً لهذا التوجه ألزمت المادة 1/380⁴ من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 1/449⁵ من ق. م. م - بعد تطبيقها على هبة العقار الموهوب له المتسلم للعقار الموهوب من التحقق من حالته بمجرد تمكنه من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه الواهب وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول حسب المعتاد.

فإذا تسلم الموهوب له العقار الموهوب ولكنه لم يبادر إلى التحقق من حالته في مدة مقبولة وفقاً للمألوف في التعامل الذي جرى العمل من خلاله على وجوب التحقق من الموهوب ورغم تمكنه من

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 377، هامش رقم: 1.

² - وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري في هذا الصدد ما يلي: "ولم ير المشروع موجباً لإيراد ما تضمنته المادة 325 من التقنين الحالي (أي السابق) وهي تقضي بأن تصرف المشتري في المبيع بأي وجه كان بعد اطلاعه على العيب الخفي يوجب سقوط حقه في طلب الضمان، فإن هذا حكم واضح يسهل استخلاصه من القواعد العامة". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 124.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 377.

⁴ - الناصة على أنه "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع، وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع".

⁵ - القاضية بأنه "إذا تسلم المشتري المبيع، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك، وفقاً للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبره به خلال مدة معقولة، فإن لم يفعل اعتبر قابلاً للمبيع".

ذلك، فلا يجوز له - لاحقاً - حال كشف عيب بنفس العقار الموهوب أن يعود على الواهب بضمانه لأنّ حقّه في الضّمان قد سقط.

وكذلك هو الحال إذا كشف الموهوب له عيباً بالعقار الموهوب ممّا يضمنه الواهب، ولكن لم يبادر إلى إخطاره في أجلٍ مقبول، سقط حقّه ولم يجز له الرجوع على الواهب بضمان هذا العيب.

وقد علّل المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني الكويتي "عدم جواز رجوع الموهوب له في هاتين الحالتين بأنّه يعتبر قابلاً للموهوب بما فيه من عيب، أيّ يعتبر تنازلاً عن حقّه في الرجوع على الواهب بضمان العيوب، ولكنّ الحقيقة التي نراها أنّ اعتبار الموهوب له قابلاً للموهوب يكون من قبيل افتراض إرادته والإرادة لا يمكن أن تفترض، وما يطلق عليه أحياناً الإرادة المفترضة ما هي في الحقيقة سوى إرادة المشرّع نفسه، ولذلك نرى عدم جواز رجوع الموهوب له على الواهب لإهماله في التحقّق من حالة الموهوب أو في إخطار الواهب بوجود العيب، ليس من قبيل النزول عن الحق من جانب الموهوب له، وإنّما هو إسقاط لهذا الحقّ من جانب المشرّع نفسه جزاءً لإهمال الموهوب له"¹؛ وهذا ما نحت إليه المذكرة الإيضاحية للتّقنين المدني الكويتي وهي في معرض تعليقها على نصّ المادة 492 من نفس القانون - المقابلة لنصّ المادة 1/380 من ق. م. ج والمادة 1/449 من ق. م. م.² - الممكن تطبيقها على هبة العقار بالقول: "إذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه [أي المشتري] أن يبادر بإخطاره وإلاّ سقط حقّه في الضّمان"³.

وبخصوص عدم سماع دعوى الضّمان بمرور الزّمن، فقد قضت المادة 383 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 1/452 من ق. م. م.⁴ - بالقول: "تسقط بالتقادم دعوى الضّمان بعد انقضاء سنة من يوم

¹ - بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 378.

² - وكان هذا النصّ قد ورد في المادة 595 من المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري حيث كان يتضمّن فقرة ثالثة - بالإضافة إلى فقرتيه الأولى والثّانية -، نصّها كالآتي: "على أنّه إذا تعمدّ البائع تضليل المشتري فلا يجوز له أن يحتجّ بأنّه لم يخطره بالعيب في الوقت المناسب". وضمن أعمال لجنة المراجعة حذفت هذه الفقرة على اعتبار أنّ حكمها مستفاد من القواعد العامّة، وغيّرت عبارة "وجب عليه أن يبادر بإخطاره عنه" في الفقرة الأولى بعبارة "وجب عليه أن يخطره به خلال مدّة معقولة"، وأضحى النصّ مطابقاً لما استقرّ عليه في التّقنين المدني الحالي وصار رقمه 462 في المشروع النّهائي، لتتمّ الموافقة عليه من لدن مجلس النّواب ثمّ مجلس الشيوخ تحت رقم 449. أنظر: مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 117-155.

³ - أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 323.

⁴ - القاضية بأنّه "تسقط بالتقادم دعوى الضّمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلاّ بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضّمان لمدّة أطول".

على أنّه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالنسبة لتمام التقادم إذا ثبت به تعمدّ العيب غشاً منه، وقد تمّ ورود النصّ في المادة 598 من المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري على نحو مطابق لما استقرّ عليه في التّقنين المدني الحالي، وتمّ الموافقة عليه من طرف لجنة المراجعة تحت رقم 465 من المشروع النّهائي، ثمّ وافق عليه مجلس النّواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم 452. أنظر: مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع نفسه، ص. 122-225. ويقابل هذا النصّ في التّقنين المدني السابق المادة 402/324 وقد كان يجري على الوجه

تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول".

وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه "غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشاً منه"¹.

يلاحظ من خلال النص المحلل أعلاه وبعد إسقاط قواعده على عقد هبة العقار بأنّ المشرع قرّر عدم سماع دعوى ضمان العيب المنشئ للضمان إذا انقضى أجل السنة من وقت تسليم العقار الموهوب، ولو لم يكتشف الموهوب له العيب إلا بعد ذلك، والهدف من ذلك هو تحقيق أكبر قدر لاستقرار المعاملات وحفظ أدلة العيب، وصوناً لمصلحة الواهب في عدم بقاءه مهتداً بالالتزام بالضمان إلى وقت طويل وغير معلوم² يتعدّد بعده التعرّف على منشأ العيب أهو قديم أم حديث ما لم يرتض الواهب أن يلتزم بالضمان لأجل

الآتي: "يجب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن وجود عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط الحق فيها"، ويخالف هذا النصّ نصّ التقنين المدني الحالي في أمور ثلاثة: 1- مدة التقادم في التقنين الجديد سنة، وفي التقنين المدني السابق 8 أيام. 2- هي مدة تقادم في التقنين الجديد، ومدة سقوط لا تقادم في التقنين المدني السابق. 3- تسري المدة في التقنين المدني الجديد من وقت التسليم، وفي التقنين المدني السابق من وقت العلم اليقيني بالعيب. وقد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي السالف الذكر إيضاحاً في هذا الشأن، ومما ورد فيه "... وعدل المشرع أحكام المادة 402/324 من التقنين المدني الحالي (أي السابق) وهي تقضي بوجوب تقديم دعوى الضمان الناشئة عن عيوب خفية في ظرف ثمانية أيام من وقت العلم بها وإلا سقط الحق فيها، فراعى أنّ هذه المدة القصيرة لا تكاد تتسع لرفع الدعوى، وقرّر أنّ التقادم لا يتم إلا بانقضاء تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك (المادة 598 من المشروع) فأطال المدة إلى سنة، ولكنّه جعلها تسري من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب وهذا أكثر تحقيقاً لاستقرار التعامل". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 124.

¹ - يقابل هذا النصّ في التقنينات المدنية العربية: المادة 420 مدني سوري، المادة 441 مدني لبي، المادة 449 مدني صومالي، أما التقنين المدني العراقي فقد ذهب في مادته 570 بأنه "لا تسمع دعوى ضمان العيب إذا انقضت سنة أشهر من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك، ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول. 2- وليس للبائع أن يتمسك بهذه المدة لمرور الزمان إذا ثبت أنّ إخفاء العيب كان غشاً منه"، ويظهر بأنّ أحكام هذه المادة تتفق وأحكام التقنينين المدني الجزائري والمصري فيما عدا المدة.

بيد أنّ قانون الموجبات والعقود اللبناني فزق بخصوص الأجل المقرّر قانوناً، فجعله محدداً بـ 365 يوماً بالنسبة للعقار، و30 يوماً بالنسبة للمنفق، كما أجاز تقصير هذا الأجل باتفاق المتعاقدين. أما التقنين المدني الفرنسي فقد اشترط في المادة 1/1648 بأنّ "دعوى ضمان العيوب الخفية يجب أن ترفع من المتصرف إليه خلال مدة قصيرة "dans un bref délai" دون أن يحدده بزمن معلوم، وهذه هي الحالة الوحيدة التي لم يحدّد فيها القانون المدني الفرنسي مدة التقادم ولا تاريخ بدايتها، تاركاً الأمر في ذلك للقضاء وفقاً لطبيعة العيب الخفي. هذا وبالرغم من تمسك محكمة النقض الفرنسية بادئة بالقول بالمدة القصيرة لدعوى الضمان، إلا أنّ الأحكام الصادرة عنها في الفترة الأخيرة، أعطت انطباعاً بمخالفة الأجل القصير المذكور، موحية - من ثمة - بإجازتها للمتضرّر من الإستفادة من مدة أطول لرفع دعواه. أنظر تطبيقاً لذلك:

Cass. civ., 1^{re}, 28 juin 1989, Bull. Civ., I, n° 268, note, GHESTIN J.

² - أنظر باستفاضة في موضوع أحكام الضمان القانوني للعيب الخفي ضمن التقنين المدني الفرنسي: محمّد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2002-2003، ص. 337 - 338.

أطول.

ويُراد بالتسليم الذي ينطلق منه أجل السنة من وقت وقوعه، هو التسليم القانوني الذي يتمّ بوضع العقار الموهوب تحت تصرف ونظر الواهب، بحيث يتمكّن من حيازته واستغلاله دون أدنى عائق ولو لم يستول عليه استيلاء مادّياً طالما أنّ الواهب قد أخبره بذلك، فلا يشترط أن يكون الموهوب له قد وضع يده على الموهوب فعلياً مادام أنّه كان في إمكانه فعل ذلك.

أمّا التسليم الحكمي¹، فإنّه لا يكفي لبدء سريان مدّة السقوط، وعليه فإذا اتفق الطرفان - الواهب والموهوب له - على أن يستبقي الأول الموهوب في حيازته بعد الهبة لسبب آخر غير الملكية، فإنّ مثل هذا التسليم لا يؤدّي إلى بدء سريان مدّة سقوط دعوى ضمان عيب العقار الخفيّ على اعتبار أنّه لا يهيء للموهوب له فرصة التحقق من حالة الموهوب² في الأخير.

على أنّه بمجرد أن يتمّ التسليم الفعلي يبدأ احتساب أجل السنة، وهذا الأجل هو أجل مدّة سقوط لا تقادم،³ بحيث أنّه لا تتوقّف هذه المدّة ولو لم يكن للموهوب له من يقوم على تمثيله قانوناً، ومتى اكتمل أجل السنة سقط حقّ الموهوب له في الرجوع بضمان عيب العقار الخفيّ على الواهب ولو كان العيب لم يكتشف إلاّ بعد انتهاء أجل السنة⁴.

يُبدّ أنّه إذا كان الأصل بأنّ دعوى ضمان عيب العقار الخفيّ تسقط بمضيّ سنة⁵ على تسليم العقار

¹ - أو كما تدعوه المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي بالتسليم المعنوي، أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 69.

² - وفي هذا الصدد يذهب السنيوري إلى القول بأنّه "ولذلك يجب أن يكون التسليم فعلياً، فلا يكفي التسليم الحكمي، ولو أنّ المادة 452 مدني في حالتنا هذه لم تصرّح بذلك كما صرّحت المادة 434 مدني في خصوص العجز والزيادة في مقدار المبيع". أنظر: أحمد عبد الرزاق السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 4، المرجع السابق، ص. 752، هامش رقم: 1.

³ - وقد حصل خلاف في الفقه المصري بخصوص طبيعة مدّة التقادم المنصوص عليها بمقتضى المادة 452 من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 383 من ق. م. ج - هل هي مدّة سقوط أو تقادم، ففي حين ذهب البعض إلى أنّها مدّة سقوط، ذهب البعض الآخر إلى أنّها مدّة تقادم لا مدّة سقوط، لذلك فإنّ أجل السنة يجوز قطعه وفقاً للقواعد العامة بقطع التقادم، كما أنّه يوقف إذا طرأ سبب من أسباب التقادم طبقاً للقواعد العامة، هذا كلّه بخلاف التقنين المدني الكويتي الذي قطع في شأن هذه المدّة - بمقتضى المادة 1/436 منه - معتبراً إياها مدّة سقوط. أنظر: توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص. 267؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 381، هامش رقم: 2.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 380 - 381.

⁵ - ثار خلاف في الفقه المصري بخصوص مدى جواز الاتفاق على أجل أقصر من السنة، حيث أسس جانب من الفقه قوله على أساس أنّ ذلك يكون من قبيل الاتفاق على إنقاص الضمان طبقاً لنصّ المادة 453 من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 384 من ق. م. ج - كون أنّ هذا ما صرّحت به المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري، في حين ذهب فريق ثانٍ إلى أنّه لا يجوز الاتفاق على تقصير أجل السنة على اعتبار أنّ القاعدة العامة في التقادم تقضي بعدم جواز تعديل مدّته، والمشعّر المصري لم ينص في المادة 1/452 من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 1/383 من ق. م. ج - إلاّ على الاتفاق على إطالة هذه المدّة كاستثناء من مبدأ عدم جواز الاتفاق على تعديل مدّة

الموهوب فإنه - مع ذلك - يسوغ للموهوب له مباشرة هذه الدعوى ولو مضى أجل السنة على التسليم في الفرضين الآتيين:

- إذا رضي الوهاب وقيل بأن يلتزم بضمان عيب العقار الخفي لمدة أطول، فيكون للموهوب له في هذه الحالة مباشرة دعوى الضمان في أي وقت طالما أن المدة التي قيل بها الوهاب لم تنقض بعد.
- إذا أثبت الموهوب له بأن الوهاب قد تعمد إخفاء عيب العقار الموهوب له غشاً منه، ففي هذه الحالة لا يجوز للواهب أن يتمسك بأجل السنة لتمام السقوط، ويسوغ للموهوب له - تبعاً لذلك - مباشرة دعوى الضمان ولو مضى على تسليم العقار الموهوب أكثر من سنة، شريطة ألا تكون دعواه قد سقطت طبقاً للقواعد العامة بمرور خمسة عشر سنة من تاريخ إبرام العقد¹.

البند الثاني: الإتفاق على تعديل أحكام ضمان عيوب العقار الخفية

قضت المادة 384 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 453² من ق. م. م - بوصفها القاعدة العامة بأنه "يجوز للمتعاقدین بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو أن ينقصا منه وأن ينقصا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشاً منه".

إنطلاقاً من النص المشار إليه أعلاه يتبين بأن جميع أحكام ضمان عيوب العقار الخفية - شأنها في

التقادم. أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 402؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج4، المرجع نفسه، ص. 752 - 753.

¹ - أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 382. غير أن هناك من يرى بأن دعوى الضمان في حالة إخفاء العيب تبدأ بمضي 15 سنة من تاريخ اكتشاف العيب. أنظر: محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص. 402. وقد قضت المحكمة العليا بأن "دعوى الضمان تتقدم خلال سنة من وقت تقديم الشيء المبيع، إلا أن البائع لا يمكنه ذكر التقادم لسنة إذا ثبت أنه أخفى العيب بصفة تدليسية عملاً بنص المادة 383 من القانون المدني، والمقصود بعبارة (من وقت تقديم الشيء المبيع) أي من وقت تسليم المبيع وعبارة (أخفى العيب بصفة تدليسية) أي أخفى العيب بالغش". أنظر قرار م. ع رقم: 165792، الصادر بتاريخ: 1998/05/20، ن. ق، ع 56، 1999، ص. 98؛ وقضت نفس المحكمة في قرار آخر لها بالقول بأنه "متى أخضع القانون سقوط دعوى لضمان العيب في البيع بالتقادم لانقضاء سنة من يوم تسليم المبيع لشرط عدم قيام البائع بإخفاء العيب على المشتري غشاً منه، فإن القضاء برفض الدعوى على أساس السقوط بالتقادم القصير يكون أخطأ في تطبيق الفقرة الأخيرة من المادة 383 من القانون المدني...". أنظر: قرار م. ع رقم: 20921 بتاريخ: 1983/03/02، م. ق، ع 40، 1989، ص. 28.

² - وردت هذه المادة في النص 599 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على وجه يتفق مع ما هو مستقر عليه في التقنين المدني الحالي، فيما عدا أن نص المشروع التمهيدي لم يكن يشمل عبارة "غشاً منه" الواردة في ذيل النص، وقد وافقت لجنة المراجعة على نفس النص تحت رقم 466 في المشروع النهائي، ثم وافق عليه مجلس النواب، فمجلس الشيوخ بعد إضافة عبارة "غشاً منه" في آخر النص وأصبح رقمه 453 انتهاء. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 126 - 128.

ذلك شأن أحكام ضمان التعرّض والاستحقاق - ليست من النظام العام؛ غاية ما في الأمر أنّها أحكام مكملّة لإرادة المتعاقدين لا يجري العمل بها إلّا إذا لم يتفق الأطراف على عكسها، وكثيراً ما يحدث في التطبيق تنظيم المتعاقدين أحكام ضمان العيوب الخفية بما يتلائم وظروف تعاقدتهما حيث يستقرّ الرأي لديهم بتطبيق التنظيم الاتفاقي عوضاً عن التنظيم القانوني في الأساس؛ فيجوز - عندئذ - الاتفاق على خلاف تلك الأحكام حسب أحوال يتفقون عليها، لكن قد يطل الاتفاق على خلاف تلك الأحكام بإنقاص الضمان في حالة غشّ الواهب.

وأتساقاً مع ذلك، يجوز لأطراف العقد الاتفاق على خلاف الأحكام العامة لضمان العيب الخفيّ بزيادة الضمان أو تشديده أو إنقاصه أو إسقاطه¹.

ومثال تشديد ضمان عيب العقار الخفيّ: إنفاق الواهب والموهوب له على كون التعويض عن عيب العقار الخفيّ إنّما يكون وفقاً للقواعد العامة المقرّرة في عقد البيع، فيسأل الواهب - حينئذ - لا عن مجرد الأضرار المسبّب إياها العيب، بل عن العيب نفسه، أي عن نقص قيمة العين الموهوبة بسبب هذا العيب².

ويكون الاتفاق على إنقاص ضمان عيب العقار الخفيّ أو التخفيف منه بتحديد مقدار التعويض أو التراضي على عدم المطالبة بمجموع التعويض كاملاً، أو أن يقتصر الضمان على العيب الذي يظهر بالعقار الموهوب خلال أجل محدّد، أو قصره مثلاً على العيوب التي لا تتبيّن إلّا بالفحص الفنيّ المجرى من لدن خبير مختص.

أمّا الاتفاق بإسقاط ضمان عيب العقار الخفيّ أو الاعفاء منه وهو ممكن متى تمّ الاتفاق عليه، فإنّه يُراد بذلك إزالة هذا الالتزام من العلاقة التعاقدية، بحيث يجوز الاتفاق بعدم إصلاح أيّ عيب يظهر في العقار الموهوب من لدن الواهب، هذا فضلاً عن عدم طلب الموهوب له تعويضاً عن الأضرار اللاحقة به جراء عدم إصلاح هذا العيب.

ويجوز أيضاً أن يتفق المتعاقدان على ألاّ يضمن الواهب أدنى عيب يظهر في العين الموهوبة في الهبة بعوض حتّى في حدود هذا العوض³.

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 425؛ وأنظر باستفاضة بخصوص نطاق تطبيق الاتفاقات الموسّعة للضمان: أسعد دياب، المرجع السابق، ص. 267 وما يليها.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 152.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 382 - 383؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 167.

فإذا كان هذا هو الحال على نحو ما سبق، فإنه لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان ولا على إنقاصه في حالة تعمد الواهب إخفاء العيب.

وحتى يرتب شرط الإعفاء من الضمان أثره القانوني، وبالتالي لا يحق للموهوب له أن يرجع - تبعاً لذلك - على الواهب يتوجب أن يكون هذا الأخير حسن النية غير متعمد لإخفاء العيب حال الاتفاق.

بحيث إذا كان يعلم بأن العقار الموهوب يكتنفه عيب وتعمد إخفاء هذا العيب غشاً منه، واشترط مع ذلك عدم الضمان كان الشرط باطلاً.

ويعتبر الشرط - في هذه الحالة - ويعتد به كأن لم يكن إذا كان الواهب يعلم بوجود العيب وتعمد إخفاءه مع عدم إخباره الموهوب له به فإنه يكون في حكم الغاش المحتال حينئذ، لذلك لا يمكن أن يستفيد من حكم القانون، ومن ثم لا يمكن إعفائه من المسؤولية على اعتبار أن الاتفاق على الإعفاء من الضمان¹ لا يرتب أثره فلا يعفى الواهب من المسؤولية متى كان مدلساً.

وعليه، فكل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع تحت طائلة البطلان إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب في العقار الموهوب غشاً منه، كما لو تعمد إخفاء مكّون بناء المنزل بتلبيسه خارجياً بالإسمنت المسلح وهو في الحقيقة مشيدّ بأكمله من طوب، أمّا مجرد علم الواهب بوجود العيب فلا يبطل هذا الشرط مادام لم يتعمد - هذا الأخير - إخفاءه عن الموهوب له.

وقد فسّر ذلك بأن الواهب قد نبّه الموهوب له باشتراطه عدم الضمان إلى احتمال وجود العيب، ولم

¹ - هناك تشابه كبير بين حالي الإعفاء من الضمان أو من المسؤولية، إن لجهة جوازهما، وإن لجهة آثارهما والاستثناءات الواردة بشأنهما، لكن بالرغم من وجود هذا التشابه بينهما تبقى التفرقة قائمة بينهما لجهة الوسيلة المؤدية لهذه النتيجة.

فالإعفاء من الضمان يؤدي إلى إعفاء المتصرف من التزام عقدي ويأتي الإعفاء من هذا الضمان كنتيجة للإعفاء من ركيزته أي من موجهه. أما الإعفاء من المسؤولية فلا يعدم الالتزام العقدي وإنما يضل عليه فيبقى المدين ملزماً به بحسبانه ملزم بعمل أو الامتناع عن عمل، لكن إذا لم يتم تنفيذ ذلك فلا تنشأ مسؤولية بالتعويض على عاتق المدين، فإعفاء هذا الأخير من الضمان يحول دون قيام مسؤوليته عن الضرر بإزالة الشروط التي تؤدي إلى ترتيب هذه المسؤولية، إذ انتفاؤها هو نتيجة غير مباشرة لانتفاء شروط الضمان، في حين أن الإعفاء من المسؤولية لا يمنع نشوؤها، لكن دون إعطائها مفعولها الطبيعي المتمثل في التعويض، ذلك أن المسؤولية تنشأ ولكن بدون أن يترتب عليها نتيجة. على ذلك إذا جرى الاتفاق على عدم الضمان يكون المدين معفياً من كل موجب ينشأ عنه هذا الضمان، بحيث أنه لو وقع ضرر فيما بعد للمتصرف إليه فلا يمكن إيعازه إلى عدم تنفيذ الالتزام بالضمان، لأن فرض الإعفاء قد أدى إلى زوال جذري للالتزام العقدي المرتبط بالضمان.

من هنا فقد حصلت التفرقة بين نوعي الإعفاء لجهة جواز كل منهما على اعتبار أن الخلاف قائم بالنسبة إلى جواز الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية بصورة مطلقة، وإذا كان الغالب في رأي الفقه يميز المبدأ، في حين أن صحة الاتفاق على الإعفاء من الضمان لا خلاف عليها. وبالرغم من مجمل هاته الفروق القانونية يبقى الشبه كبير بينهما، وهذا ما حدا ببعض إلى اعتبار الاتفاق على الإعفاء من الضمان وجهاً من أوجه الاتفاق على عدم المسؤولية، أنظر في هذا الصدد، سعد دياب، المرجع السابق، ص. 295 - 296.

يغشّه بتعمّد إخفاء العيب منه، فقبل الموهوب له تحمّل هذه المخاطرة.

على أنّه يجدر التذكير بأنّه يترتب على بطلان الاتفاق على إسقاط الضمان أو إنقاصه - بين المتعاقدين - تسري عليه أحكام الضمان المقررة قانوناً وفقاً للقواعد العامة¹.

تجدر الإشارة - انتهاءً - إلى أنّ حلول الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى متعلّقة بالعقار الموهوب نظّمها المشرّع المصري في المادة 2/494 من ق. م. م - خلافاً للمشرّع الجزائري الذي لم يأت بالذّكر عليها - فقضى بذلك صراحة بقوله: "وإذا استحقّ الموهوب، حلّ الموهوب له محلّ الواهب فيما له من حقوق ودعاوى".

وبالرغم من أنّ هذا النصّ شرّع بخصوص استحقاق العقار الموهوب، فإنّه لا مانع من سريانه من باب القياس على حالة العيب الخفيّ في العقار الموهوب.

المحصّلة ممّا سبق، أنّه إذا كان للواهب حقّ الرجوع بضمان العيب الخفيّ المكتنف للعقار الموهوب على من باعه هذا الأخير، فلا مانع من انتقال هذا الحقّ إلى الموهوب له على اعتبار أنّه من تابع العين وملحقاته، ومن ثمّ يجوز للموهوب له أن يطالب البائع بهذا الضمان وأن يدعيه في شأنه، إلّا إذا كان الواهب على علم بالعيب قبل التصرف فيه كون أنّ حقّ الرجوع يسقط بهذا التصرف².

المبحث الثالث: الإلزام بأداء التّكليف ومختلف التّفقات

يرتكز عقد هبة العقار - أساساً - على نيّة التبرّع، لذا فالأصل أنّ الموهوب له لا يلتزم بشيء، إذ الغالب أن تكون الهبة تبرّعاً محضاً³، فتكون عقداً ملزماً لجانِب واحد هو الواهب دون الموهوب له.

بيد أنّ هذا الأصل يردّ عليه استثناء يكمن في المنع من اقتران هبة العقار - أحياناً - بتكليف، أيّ بعوض أو مقابل من التزامات وشروط يفرضها الواهب على الموهوب له ويصدر بشأنها اتفاق إبتان إبرام عقد الهبة، وهنا ينبري التزمّ على عاتق الموهوب له بالوفاء بهذا التّكليف على اعتبار أنّ هبة العقار بعوض هي عقدٌ ملزمٌ لجانِبين؛ ينضاف إلى ذلك بأنّ هناك نفقات ومصاريف تتعلّق بالهبة ينبغي أن يتحمّل بها الموهوب له، فضلاً عن التزامات أخرى ذات صلة، وذلك - كلّه - ما لم يتفق العاقدان على عكس ذلك.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 383 - 384.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 153.

³ - وفي ذلك قضت المادة 1/202 من ق. أ. ج بقولها: "الهبة تملك مال بلا عوض"، كما نصّت نظيرتها المادة 486 من ق. م. م على ذات التوصيف فقالت بأنّ "الهبة عقد يتصرّف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض".

وعليه، تكون - تبعاً لذلك - التزامات الموهوب المحتملة بصدد إبرام عقد هبة العقار لا تخرج عن: إلتزام الموهوب له بأداء العوض أو المقابل (المطلب الأول)، وكذا التزام الموهوب له بأداء نفقات هبة العقار الموهوب وما يتصل باستعمال وردّ العين الموهوب منفعتها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: إلتزام الموهوب له بأداء العوض أو المقابل

قبل بيان موقف القانون الوضعي من التزام الموهوب له بأداء العوض أو المقابل المفروض عليه من لدن الواهب ومقتضياته (الفرع الثاني)، من المفيد استعراض موقف مدارس الفقه الإسلامي من هبة العقار بشرط العوض ابتداءً على اعتبار أنه الأصل المكتسب عنه في الأساس (الفرع الأول).

الفرع الأول: موقف مدارس الفقه الإسلامي من هبة العقار بشرط الثواب

بعد أن فصل صاحب البداية والنهاية في أحكام الهبة وأركانها وشروطها، ذكر في مقتضب حديثه في تقسيم أنواع الهبات بأنّ الهبة لا تخرج عن "... هبة منفعة، وهبة العين، منها: ما يقصد بها الثواب، ومنها ما لا يقصد بها الثواب، والتي [لا]¹ يقصد بها الثواب: منها ما يقصد بها وجه الله، ومنها: ما يقصد بها وجه المخلوق، فأما الهبة لغير الثواب: فلا خلاف في جوازها، إنّما اختلفوا في أحكامها. وأما هبة الثواب: فاختلفوا فيها ..."².

فإذا كان الأصل في الهبة - عموماً - بوصفها عقد تبرّعي لا يعوّض الموهوب له الواهب شيئاً عمّا وهبه، فإنّه لو صدرت من الواهب مقترنة بشرط العوض مقابل الشيء الموهوب كما لو قال الواهب: وهبتك هذا الشيء على أن تعوّضي أو تنييني فهل يصحّ مثل هكذا شرط!³.

للإجابة على هذا التساؤل، ينبغي الإشارة إلى أنّ هبة العقار بشرط الثواب يتميز الحكم فيها بين ثلاث حالات سنتناولها بالتحليل، بدءاً من بيان أحكام: طلب ثواب هبة العقار المطلقة (البند الأول)، فهبة

¹ - ذكر الباحث يوسف نؤاسة وهو بصدد تعليقه على ما بين المعقوفين، أيّ ما أشير إليه بالرسم الآتي: [لا]، قوله "وما بين معقوفين في النصّ زيادة مّي حتى يصحّ الكلام والمعنى فيما يظهر لي والله أعلم، ذلك أنّ الظاهر أنّ لام التّفي قد سقطت سهواً من النّسخ، وقد رجعت إلى ثلاث طبعات مختلفة لبداية المجتهد ... وكلّها متّفقة على إسقاطها، ولكن - كما هو معلوم - المقصود بالثّواب هنا العوض، والهبة التي تكون للعوض لا يقصد بها وجه الله ولا وجه المخلوق، وإنّما ذلك شأن الهبة التي لا عوض فيها، ومّا يؤكّد هذا أنّ القاضي عبد الوهاب قال في المعونة: "الهبة على ضربين: ضرب منها يقصد بها الثّواب، والآخر لا يقصد بها الثّواب بل يكون على وجه المودّة والمحبة وصلة الرّحم". أنظر: يوسف نؤاسة، المرجع السّابق، ص. 77-78، هامش رقم: 3.

² - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السّابق، ص. 499.

³ - وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج 42، المرجع السّابق، ص. 139.

العقار بشرط ثواب معلوم (البند الثاني)، ثم هبة العقار بشرط ثواب مجهول (البند الثالث)، لنعرّج على إبراز القول المرجح في مسألة هبة العقار بشرط الثواب عموماً (البند الرابع).

البند الأول: حكم طلب ثواب هبة العقار المطلقة

من جملة ما ساقه الكاساني في معرض حديثه عن الهبة قوله: "وأما حكم الهبة فالكلام فيه في ثلاث مواضع في بيان أصل الحكم وفي بيان صفته وفي بيان ما يرفع الحكم.

أما أصل الحكم فهو ثبوت الملك للموهوب له في الموهوب من غير عوض، لأنّ الهبة تمليك العين من غير عوض فكان حكمها ملك الموهوب من غير عوض"¹.

وأتساقاً مع هذا القول فإنّه لا خلاف بين الفقهاء من كون أنّ الهبة - في الأصل - تكون مطلقة عن شرط الثواب؛ هذا فضلاً عن أنّ الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب بذاتها بعد قبضها.

على أنّ الاختلاف بينهم دبّ بخصوص طلب ثواب الهبة المطلقة بعد قبضها وانشطر رأيهم في ذلك إلى قولين:

القول الأول: قال بعدم اقتضاء هبة العقار المطلقة للثواب، وهذا ما تبناه الجمهور: حنابلة وشافعية وظاهرية² إذا كانت هبة العقار لمن هي دون الواهب، أو لأعلى منه في الأظهر، ولنظيره على المذهب³ وهو ذات الحكم القائل به الأحناف إذا وجد مانع رجوع في الهبة.

مقتضى قول هذا الفريق، أنّه ليس للواهب طلب ثواب هبة العقار المطلقة بعد قبض الموهوب له مطلقاً، سواء أشهد العرف بضده أو لم يشهد لا له ولا عليه؛ ومعنى ذلك: عدم اقتضاء الهبة المطلقة للثواب بعد تمام قبضها مطلقاً، سواء صدرت من الشخص لنظيره أو دونه أو أعلى منه، إستقرّ العرف على ذلك وجرى أم لم يجر.

¹ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 127.

² - أنظر: أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجعافلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص. 331؛ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدّين، الملقب بإمام الحرمين، المرجع السابق، ص. 437؛ أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج9، المرجع السابق، ص. 118؛ أبو زكريّا يحيى الدّين يحيى بن شرف التّووي، المجموع شرح المهذّب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج15، دار الفكر، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 388.

³ - شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، الإقناع في حلّ ألفاظ شجاع، ج2، المرجع السابق، ص. 369؛ نفس المؤلّف، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج2، المرجع السابق، ص. 522.

قال البهوتي استدلالاً لهذا القول: "(ولا تقتضي) الهبة (عوضاً ولو مع عرف كأن يعطيه) أي: يعطي الأدنى أعلى منه (ليعاوضه أو يقضي له حاجة) ولم يصرَّح له بذلك؛ لأنّ مدلول اللفظ انتفاء العوض والقرينة لا تساويه فلا يصحّ إعمالها ولهذا لم نلحقه بالشَّروط"¹.

وقد احتجَّ جمهور الفقهاء القاضي رأيهم بأنَّ هبة العَقَّار المطلقة غير مقتضية للثَّواب على الإطلاق، بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول كالآتي:

- فمن الكتاب: كان استدلالهم في ذلك بآيتين كريمتين: الأولى قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...﴾²، والثانية قول الباري: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَلَا تُبْطِلُوا أَعْمَالَكُمْ﴾³.

ووجه الاستدلال من التَّصنيف المحلِّين أعلاه يكمن في كون أنَّ هبة العَقَّار المطلقة لا تقتضي الثَّواب مطلقاً، مادام وُهبَت من لدن الواهب وتمَّ قبولها من الموهوب له، على اعتبار أنَّ الهبة عقدٌ من العقود، والشارع الحكيم أمر - وجوباً - بالوفاء بالعقود، هذا فضلاً عن أنَّها عملٌ من أعمال البرِّ لا يجوز لأيِّ كان إبطاله.

يقول ابن حزم في هذا الصَّدَد: "ومن لفظ بالهبة أو الصَّدقة، فقد عمل عملاً وعقد عقداً، لزمه الوفاء به، ولا يحلُّ لأحد إبطاله إلاَّ بنصٍّ، ولا نصٌّ في إبطاله..."⁴.

ومن السنة: فقد احتجَّوا بالحديث المرويَّ عن النَّبي صَلَّى الله عليه وسلَّم أنَّه قال "لا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطَيْبِ نَفْسٍ مِنْهُ"⁵.

وجه الاستدلال أنَّ هذا الحديث بيَّن وصريح الدَّلالة على عدم اقتضاء هبة العَقَّار المطلقة الثَّواب بعد

¹ - منصور بن يونس بن صلاح الدِّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشَّاف القناع، ج4، المرجع السابق، ص. 300.

² - سورة المائدة، الآية: 1.

³ - سورة محمد، الآية: 33.

⁴ - أبو محمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظَّاهري، المحلَّى، ج9، المرجع السابق، ص. 127.

⁵ - أنظر في تخرجه: أبو الحسن نور الدِّين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، المقصد العليّ في زوائد أبي يعلى الموصلي، ت: سيد كسروي حسن، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 311، حديث رقم: 705؛ أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسَيْنُوردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، ج7، ت: عبد العلي عبد الحميد حامد، كتبة الرِّشد للنشر والتوزيع بالرياض بالتعاون مع الدَّار السَّلفية ببومباي بالهند، ط1، 2003، ص. 346، حديث رقم: 5105؛ أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التميمي، الموصلي، مسند أبي يعلى، ت: حسين سليم أسد، ج3، دار المأمون للتراث، دمشق، ط1، 1984، ص. 140، حديث رقم: 1570.

قبضها على اعتبار أنّ هبة العقار عقد تبرّعيّ غير موجب للثّواب في الأصل، وإلزام الموهوب له به أخذ ماله من غير طيب نفس منه عنه منهئيّ عنه شرعاً.

أمّا الدّليل من المعقول فقد استدلّ به من أوجهه المختلفة كالآتي:

الأوّل: أنّ هبة العقار المطلقة الثّواب تمليك بلا عوض، فلا يوجب المكافأة بعوض كهبة النّظير للنّظير¹.

الثّاني: كونها عطية في صيغة التبرّع، فلم تقتض ثواباً كشأن هبة المثل والوصية².

الثّالث: كون أنّ العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف متعاقديها اعتباراً بسائر العقود من بيع وكراء في استحقاق العوض، والوصية والعارية في إسقاطه، هذا فضلاً عن أنّ ما صحّ تملكه من غير ذكرّ العوض لم يستحق فيه هذا الأخير كما هو الحال في الصدقة والوصية.

قال الماوردي مستدلاً: "ولأنّ ما صحّ تملكه من غير ذكرّ بدّل لم يستحقّ فيه البدل كالوصية والصدقة، ولأنّ العقود لا يختلف استحقاق البدل فيها باختلاف العاقدين لها اعتباراً بسائر العقود من البيع والإجارة في استحقاقه، والوصية والعارية في إسقاطه"³.

الرّابع: المقصود بالهبة إظهار الجود والتودّد والتحبّب، خلافاً للعوض فإنّه يقصد بالتّجارات.

قال السرخسي في هذا الشّأن: "... إنّما يُقصدُ العوضُ بالتّجارات، فأما المَقْصودُ بالهبة: إظهارُ الجود والسّخاء، والتّودّد والتّحبّب، وقد حصل ذلك؛ وهذا لأنّ العوضَ في التّجارات مشروطٌ، وفي التّبرّعات مَقْصودٌ، ومعنى إظهارِ الجود أيضاً مَقْصودٌ"⁴.

الخامس: يكمن مدلول اللفظ في هبة العقار المطلقة في انتفاء العوض، وعلى اعتبار أنّ القرينة لا تساوية فلا يصحّ إعمالها⁵.

¹ - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، المجموع شرح المهذّب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج15، المرجع السّابق، ص. 386.

² - عبد الرّحمن بن محمّد المقدسي الجماعيلي شمس الدّين ابن قدامة، الشّرح الكبير ومعه المقنع والانصاف، ج6، المرجع السّابق، ص.

416؛ منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الإرادات، ج4، المرجع السّابق، ص. 394.

³ - أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السّابق، ص. 550.

⁴ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السّابق، ص. 79.

⁵ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، ج4، المرجع السّابق، ص. 300.

السادس: إقرار الواهب بالهبة وإدعائه بدلاً الأصل عدمه، بمعنى أن الواهب يعترف بالهبة، والأصل فيها عدم البديل، وقد ادّعاها الواهب، وأنكره الموهوب، فالقول قول المنكر.

قال النووي مبرراً: "إذا اختلف الواهب والموهوب فقال الواهب: ببديل، وقال الموهوب له على غير بديل فوجهان.

أحدهما: القول قول الواهب لأنه منكر لخروج الشيء من ملكه بغير بدل.

والثاني: القول قول الموهوب، لأن المقر بالهبة والأصل فيها عدم البديل.

وقد ادّعاها الواهب وأنكره الموهوب فالقول قول المنكر"¹.

السابع: لاشك أن هبة العقار إن لم تكن خالصة للمولى الباري فهي باطلة على حد قول ابن حزم: "لأنّ الهبة إذا لم تكن لله تعالى، فهي باطل، فلو علمنا ذلك لما أجزأناها، إذ كل عمل عمل لغير الله تعالى فهو باطل، ونبتل قوله في الهبة بما أبطلنا به قول أبي حنيفة، ومالك"².

وقد تم مناقشة أدلة الجمهور القائل بكون هبة العقار المطلقة لا تقتضي الثواب مطلقاً بما يأتي:

- عدم التسليم بكون طلب الواهب ثواب هبة العقار المطلقة بعد قبضها يتعارض وآي القرآن الكريم كما ورد في الآيتين السالف ذكرهما، كون أن وجوب الوفاء بالعقد بعد تمامه، ويتأتى تمامه بحصول المقصود منه، وفي الهبة العوض مقصود، على اعتبار أن "فوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع؛ لأنه يعدم الرضا، والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا"³.

ذلك أنه وبحسب ما أشار إليه السرخسي فإن "... انعقاد العقد باللفظ، والمقصود هو الحكم، وأوانه بعد تمام العقد. فعند الانعقاد اعتبرنا اللفظ؛ لأن العقد به ينعقد، وعند التمام اعتبر المقصود، وما تردد بين أصلين توفّر حظهما عليهما"⁴؛ بل "... إن العوض مقصود بعقد التبرع أيضاً، فإنما ينظر إلى من وقع العقد أو المملك له فأيهما كان أجنبياً ثبت حق الرجوع له؛ لأنه لم ينفك عن قصد العوض"⁵.

¹ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تكملة المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج 15، المرجع السابق، ص. 390-391.

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 126.

³ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

⁴ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 80.

⁵ - نفس المرجع، ص. 59 - 60.

- طلب الواهب الإثابة عن هبة عقاره المطلقة دلالة على أنّ مرامه منها العوض والمكافأة طالما أيّده العرف في ذلك ولم يشهد به ضده، ومن ثمّ فإنّ الحديث القاضي بأنّه "لا يجلّ مال امرئ مسلم إلّا بطيب نفس منه" حجة على القائلين به لا حجة لهم¹.

- قياس هبة العقار بعوض على الوصية قياس مع فارق شاسع وبون بين لأسباب عدّة، منها:

- المقصود بهبة العقار العوض على عكس الوصية فإنّ المراد بها تفضيل بعض الورثة بالملك لا بالعقد، فاعتبر - تبعاً لذلك - من يقع له الملك في الوصية، أمّا الهبة فكان الاعتبار بمن وقع العقد أو الملك له، فأيهما كان أجنبياً ثبت للواهب حق الرجوع ما لم يثبت على اعتبار عدم انفكاكه عن قصد العوض².

- هبة العقار عقد تمليك عين في الحال، بخلاف الوصية فإنّها ليست بتصرف تمليك مال في الحال، بل أنّ تشريعها كان لخلافة الموصي في الأصل، ثمّ الملك من ثمراته³، لهذا لا يتوقّف ثبوت الملك فيها على الحوز؛ هذا فضلاً عن أنّ الأولى عطية ناجزة، على عكس الثانية فإنّها عطية متراخية بعد وفاة الموصي، وجوازها في المجهول وما لم يملك، خلافاً للهبة التي تبطل بذلك عند بعض الفقهاء.

قال السرخسي موضحاً: "... الوصية ليست بعقد تمليك مال، وإنّما شرعت للخلافة عن الموصي ثمّ الملك من ثمراته، ولهذا لا يتوقّف ثبوت الملك فيه على القبض، وهما العقد عقد التمليك؛ فلا بُدّ من إضافته إلى ما هو مملوك ليعتبروا الملك لا يسبق الوجود..."⁴.

- لاشكّ أنّ تمام الوصية إنّما يكون بالقبول دون القبض، أمّا هبة العقار فلا ينفكّ تمامها عن القبض⁵، علاوة على ذلك يُتغى بالوصية كتصرف مضاف إلى ما بعد الموت الأخرى، لذلك لم يقتض أَعواض الدنيا كشأن الصدقة في ذلك⁶.

¹ - أوحى السرخسي إعمالاً لهذا القول فقال: "... فأما مقصود طيبة النفس العوض، ومعنى التؤدّد إنّما يحصل بالعوض - كما قال: - عليه الصلاة والسلام - «تهادوا تحابوا». فإنّ التفاعل يقتضي، وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة". أنظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 54.

² - نفس المرجع، ص. 72.

³ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 116.

⁴ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع نفسه، ص. 72.

⁵ - علي بن محمد بن حبيب البصري أبو الحسن الماوردي، المرجع السابق، ص. 405.

⁶ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، الذخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 272. هذا مع الإشارة إلى أنّ "... الهبة والصدقة فلا يفترقان إلّا في شيئين أحدهما أنّ الهبة تُعْصَرُ والصدقة لا تُعْصَرُ، والآخر أنّ الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع والصدقة لا تجوز ذلك فيها ولو على ابنه كما سيُنصّ عليه بعد، والفرق بين حقيقتيهما أنّ الهبة للمواصلة والوداد والصدقة لا تبعاء الثواب عند الله تعالى". أنظر: أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصعدي العدوي، المرجع السابق، ص. 93؛ وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية

على هذا فقياس هبة العتار على الصدقة قياس لا محل له، ذلك أن الفروق بين الأولى والثانية في مقصود العوض، ففي الصدقة - كما هو معروف - المبتغى منها ثواب الآخرة دون العوض، أما في هبة العتار فالمقصود العوض فلم يلتقيان من ثمة.

قال السرخسي في هذا الصدد: "... وَهَذَا لِأَنَّ الْفَرْقَ بَيْنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ: فِي مَقْصُودِ الْعَوْضِ. فَبِالْصَّدَقَةِ، الْمَقْصُودُ: الثَّوَابُ - دُونَ الْعَوْضِ - وَفِي الْهِبَةِ، الْمَقْصُودُ: الْعَوْضُ. فَأَمَّا فِي إِخْرَاجِ الْعَيْنِ عَنْ مِلْكِهِ، وَتَمْلِكِ الْقَابِضِ بِطَرِيقِ التَّبَرُّعِ: لَا فَرْقَ بَيْنَهُمَا"¹.

- الإدعاء بأن دلالة اللفظ في هبة العتار المطلقة انتفاء العوض أمر مقضي به طالما لم يطلب الواهب الثواب، لكنّه لو فعل فإن فيه كشف عن عدم التراضي وطبيعة النفس، فدل ذلك على أن الرضا بحسابه المناط المقتضيه الشرع مقيد بحصول العوض على اعتبار أنه "... مهما لم يحصل العوض المضر ولا وقع منه الرضا بمصيره إلى الموهوب له بغير عوض، فالمملك باقٍ له لفقدان المناط الشرعي وهو التراضي، وأما كون للموهوب على عوض مضر حكم الهبة لا حكم البيع، فمن بناء أحكام الشرع على الخيال تارة هكذا وتارة هكذا تأثيراً مجرد الألفاظ ... إذا كان الموهوب له قد علم بأنها لا تطيب نفس الواهب إلاّ بالعوض المضر أو كان العوض مشروطاً وحصل منه عدم الوفاء بالعوض، فهو الجاني على نفسه بعدم تسليم العوض وبالإلفاق على ما لم يخلص له ملكه"².

- الإدعاء بأنّ العوض يقصد بالتّجارات بخلاف المقصود بهبة العتار فيراد به إظهار الكرم والتودّد أمر غير مسلّم به، كون أنّ العوض في التّجارات مشروط وفي عقود التبرّع مقصود، ومعنى إبراز الكرم مقصود كذلك، فإذا طلب الواهب العوض يظهر أنّه وقع خلل في بعض المقصود؛ لأنّ مقصود طيبة النفس العوض، ومعنى التجبّب إنّما يحصل بالعوض كما أشار إليه صلى الله عليه وسلّم "تهادوا تحابوا"، فإنّ التفاعل يقتضي وجود الفعل من الجانبين كالمفاعلة³.

الكويت، الموسوعة الكويتية، ج42، المرجع السابق، ص. 121.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 81.

² - أنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السّيل الجرار المتدفّق على حدائق الأزهار، ج 1، المرجع السابق، ص. 628؛ وقال في ذات سياق آخر: "لما كانت المهادة مبنية على المكارمة واستحلاب المودة، كان من تمام ذلك أن تقع المكافأة عليها، فقد ثبت في الصحيح أنّ النبي - صلى الله عليه وسلّم - كان يقبل الهدية ويثيب عليها، وإذا كان المهدي طالباً للمكافأة فاصداً بما ذلك كما يكون في كثير من الحالات من الفقراء إلى الأغنياء، فهذه ليست هدية يُراد بها ما يراد بالهدايا من استحلاب المودة واتّحاد القلوب كما في حديث أبي هريرة عند البخاري في الأدب المفرد والبيهقي أنّه - صلى الله عليه وسلّم - قال "تهادوا تحابوا"... إنّما هي ذريعة إلى استحلاب الإحسان من الأغنياء والملوك، فيكون لها حكم الهبة بعوض مظهراً أو مضمراً". أنظر: المرجع نفسه، ص. 632.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع نفسه، ص. 54.

القول الثاني: قال بإمكانية طلب الواهب هبة العَقَّار المطلقة بعد قبض الموهوب له، إن لم يشهد عرفاً أو قرينة بضده، بأن شهد له، أو لم يشهد لا له ولا عليه.

بمعنى أنه يرجع في تحديد الحكم في ذلك إلى شواهد الحال ومقتضى ما جرى عليه العرف والعادة، فإن كان مثله ممن يطلب الثَّواب على هبته، فالقول قوله مع يمينه؛ ومثاله هبة الخادم للمخدوم، والفقير للغني ونحو ذلك. إلى هذا القول اتَّجه المالكية، وقال به الشافعية في قول ثانٍ لهم، وكذا الزيدية، ونُقِلَ عن ابن حزم الظَّاهري، وتبنَّاه الحنفية إذا لم يوجد ما يمنع الرجوع في الهبة.

قال الدسوقي مبيِّناً لهذا التوجُّه: "(وَصَدَّقَ وَاهِبٌ فِيهِ) أَيِّ فِي قَصْدِهِ الثَّوَابِ عِنْدَ التَّنَازُعِ بَعْدَ الْقَبْضِ بِأَنْ قَالَ الْوَاهِبُ وَهَبْتُ لِقَصْدِ الثَّوَابِ وَخَالَفَهُ الْمُوْهُوبُ لَهُ (إِنْ لَمْ يَشْهَدْ عَرَفٌ) أَوْ قَرِينَةٌ بِضَدِّهِ فَإِنْ شَهِدَ (بِضَدِّهِ) أَيِّ الثَّوَابِ بِأَنْ كَانَ مِثْلُ الْوَاهِبِ لَا يَطْلُبُ فِي هَبَّتِهِ ثَوَابًا فَالْقَوْلُ لِلْمُوْهُوبِ لَهُ ..."¹.

وقال النووي مدللاً على نفس الاتجاه بالقول الثاني لدى الشافعية "فإن وهب شيئاً لمن هو دونه لم يلزمه أن يشبهه بعوض، لأنَّ القصد من هبته الصِّلة فلم تجب المكافأة فيه بعوض كالصدقة. وإن وهب لمن هو مثله لم يلزمه أيضاً أن يشبهه، لأنَّ القصد من اكتساب المحبة وتأكيده الصداقة ..."².

وإلى نفس المنحى انزوى الشوكاني لما أعلن قائلًا: "ومن الهبة التي يُراد بها العوض وإن لم تذكر، هبة الفقير للغني فإنه لا يراد بمثل ذلك المكارمة عرفاً، بل استحلاب الفائدة بزيادة على ما يحصل للفقير لو باعها، وأمَّا هبة الغني للفقير فمعلوم أنه لا يُراد بها العوض، فلا يكون له الرجوع، وهكذا الهبة الواقعة بين المتماثلين غنى وفقراً"³.

أما السرخسي فقد رام من كل ذلك ابتداءً بأنَّ "المَقْصُودَ مِنَ الْهَبَةِ لِلْأَحْبَابِ الْعَوْضُ

¹ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص. 114؛ وأنظر في ذات السياق: عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، المرجع السابق، ص. 314-315؛ أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التَّلَّيُّ البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، المرجع السابق، ص. 72.

² - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج 15، المرجع السابق، ص. 385 - 386.

³ - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجرار المتدفق على حقائق الأزهار، ج 1، المرجع السابق، ص. 629، وقد قال في نفس السياق في مؤلفه نيل الأوطار بأنه "... وَقَدْ اسْتَدَلَّ بَعْضُ الْمَالِكِيَّةِ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَلَى وَجُوبِ الْمُكَافَأَةِ عَلَى الْهَدِيَّةِ إِذَا أُطْلِقَ الْمُهِدِي وَكَانَ مِمَّنْ يَطْلُبُ الثَّوَابَ كَالْفَقِيرِ لِلْغَنِيِّ بِخِلَافِ مَا يَهَبُهُ الْأَعْلَى لِلْأَدْنَى وَوَجْهَ الدَّلَالَةِ مِنْهُ مُوَاطَأَتُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَمِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى أَنَّ الْبَدِي أَهْدَى قَصْدًا أَنْ يُعْطَى أَكْثَرَ بِمَا أَهْدَى فَلَا أَقْلَ أَنْ يُعْوَضَ بِنَظِيرِ هَدِيَّتِهِ، وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ وَالْهَادِيَّةِ وَبِحُجَابِ أَنَّ مَجْرَدَ الْفِعْلِ لَا يَدُلُّ عَلَى الْوُجُوبِ، وَلَوْ وَقَعَتْ الْمُوَافَقَةُ كَمَا تَقَرَّرَ فِي الْأَصُولِ ". أنظر: نفس المؤلف، نيل الأوطار، ج 6، المرجع السابق، ص. 9.

وَالْمُكَافَأَةُ، وَالْمَرْجِعُ فِي ذَلِكَ إِلَى الْعُرْفِ. وَالْعَادَةُ الظَّاهِرَةُ أَنَّ الْإِنْسَانَ يُهْدِي إِلَى مَنْ فَوْقَهُ؛ لِيَصُونَهُ بِجَاهِهِ، وَإِلَى مَنْ دُونَهُ؛ لِيَخْدُمَهُ، وَإِلَى مَنْ يُسَاوِيهِ؛ لِيُعَوِّضَهُ"¹.

وهذا ما نُقل عن صاحب المحلّي حيث حكاه عن عطاء وربيعة إبراهيم النخعي وعمر ابن عبد العزيز وشريحاً وغيرهم².

وقد استدلل أصحاب هذا القول بأنّ اللواهب طلب ثواب هبة العقار المطلقة بعد قبض الموهوب له إن لم يشهد عرف بضده بعد أن احتجّوا بالأدلة الآتية:

فمن السنّة: حديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: "مَنْ وَهَبَ هِبَةً فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى يُثَابَ عَلَيْهَا، فَإِنْ رَجَعَ فِي هِبَتِهِ فَهُوَ كَالَّذِي يَتَّقِي وَيَأْكُلُ مِنْهُ"³.

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنّه اللواهب طلب ثواب هبة العقار المطلقة بعد قبضها مالم يشب ويعوّض عنها.

والحديث يدلّ على تباين أحكام الهبة تبعاً لاختلاف أنواعها، فما كان منها على نيّة طلب الثواب والمكافأة، كما هي هبة الأدنى للأعلى، فللواهب الرجوع فيما مالم يكافأ، إذا المضمر في حكم المظهر المشترك حصوله.

- حديث عائشة - رضي الله عنها - "قَالَتْ كَانَ رَسُولُ اللَّهِ - صلى الله عليه وسلم - يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا"⁴. وجه الدلالة منه مواظبته - عليه الصلوة والسلام - على إثابة المهدي له؛ ومن حيث المعنى: أنّ الذي أهدى قصّد أن يعطي أكثر ممّا أهدى، فلا غرو من تعويضه بنظير هديّته.

¹ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 54.

² - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلّي، ج 9، المرجع السابق، ص. 129.

³ - الحسين بن محمّد بن سعيد اللّاعي، المعروف بالمغربي، المرجع السابق، ص. 429؛ محمّد بن علي بن محمّد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج 6، المرجع السابق، ص. 15.

⁴ - أحمد بن إسماعيل بن عثمان بن محمّد الكوراني الشافعي ثمّ الحنفي، الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، ت: الشيخ أحمد عزو عناية، ج 5 (باب المُكَافَأَةِ فِي الْهَبَةِ)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2008، ص. 218، حديث رقم: 2585. "واستدلّ عليه بما روي عن عائشة (أنّ رسول الله - صلى الله عليه وسلم - كان يقبل الهدية ويثيب عليها)، والجمهور على أنّ ذلك على وجه التدب والاستحباب، وأنّ الواهب إذا طلب العوض لا يستحقّ لكن له الرجوع في غير الأصول للفروع عند أبي حنيفة بشرائط مذكورة في الفقه وعند الشافعي الأمر بالعكس، وعند الإمام أحمد يختصّ ذلك بالأب وحده في رواية، وفي أخرى لا رجوع لأحد. وقال مالك في "الموطأ": يرجع فيها مطلقاً إن كان قصده العوض وإن تغيرت بزيادة أو نقصان فله القيمة. قال أبو عبد الله (لم يذكر وكيع ومحاضر عن هشام عن أبيه عن عائشة) بل أرسلاً". أنظر نفس المرجع ونفس الصّفحة.

هذا فضلاً عن دلالة الحديث بيّنة على وجوب المكافأة على الهدية إذا أطلق المهدى وكان ممن مثله يطلب الثواب كالخادم للمخدوم، فدلّ ذلك على أنّ للواهب طلب الثواب على هبته بعد حوز الموهوب له إن لم يشهد عرف بخلافه وضده.

جاء في نيل الأوطار تأكيداً لهذا القول: " وَقَدْ اسْتَدَلَّ بَعْضُ الْمَالِكِيَّةِ بِهَذَا الْحَدِيثِ عَلَى وَجُوبِ الْمُكَافَأَةِ عَلَى الْهَدِيَّةِ إِذَا أُطْلِقَ الْمُهْدِي، وَكَانَ مِمَّنْ مِثْلُهُ يَطْلُبُ الثَّوَابَ كَالْفَقِيرِ لِلْعَنِيِّ بِخِلَافِ مَا يَهْبُهُ الْأَعْلَى لِلْأَدْنَى وَوَجْهُ الدَّلَالَةِ مِنْهُ مُوَظَّفَتُهُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ -، وَمِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى أَنَّ الَّذِي أَهْدَى قَصَدَ أَنْ يُعْطَى أَكْثَرَ مِمَّا أَهْدَى فَلَا أَقْلَ أَنْ يُعَوَّضَ بِنَظِيرِ هَدِيَّتِهِ ...¹ ".

وثقّ ابن القصار معزراً نفس التوجه بقوله: "والحجة لمالك أنّ النبي، عليه السلام، كان يقبل الهدية ويشب عليها، والافتداء به واجب؛ لقوله تعالى: (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) [الأحزاب: 21]"².

- حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يَثْبُثْ مِنْهَا"³. ووجه الدلالة منه واضحة بيّنة، تكمن في أنّ للواهب طلب ثواب هبة العتار المطلقة بعد قبضها على اعتبار أنّ الرسول الكريم حوّل للواهب حق الرجوع في الهبة بعد قبضها ما لم يثب منها، أي ما لم يعوّض عنها.

- ماروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنّ أعرابياً وهب للنبي - صلى الله عليه وسلم - هبة فأثابه عليها، قال: "رضيت؟"، قال: لا، فزاده، قال: "رضيت؟"، قال: لا، فزاده، قال: "رضيت؟" قال: نعم، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: "لقد هممت ألاّ أهب هبة إلّا من قرشي أو أنصاري أو

¹ - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج6، المرجع السابق، ص. 9.

² - ابن بطّال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، المرجع السابق، ص. 96؛ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، المرجع السابق، ص. 160.

³ - أنظر في تحريجه: محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدّين السّندي، حاشية السّندي على سنن ابن ماجه = كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه، ج2، دار الجيل، بيروت، د. س. ط، ص. 70، حديث رقم: 2387. وفي شرحه يقول صاحب التتوير "أي يكافئ عليها ويعوّض عنها، وقد عارضه: "العائد في هبته كالعائد في قبيته" قيل: ذاك فيمن وهب لمن دونه فإنه لا يرجو مكافأته وهذا فيمن وهب للأعلى. ... قال الذهبي: فيه إبراهيم بن الفضل ضعّفه وقال البخاري: كثير الوهم". أنظر: محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عزّ الدّين، المعروف كآسلافه بالأمر، التتوير شرح الجامع الصّغير، ت: محمد إسحاق محمد إبراهيم، ج6، مكتبة دار السلام، الرياض، ط1، 2011، ص. 295.

ثقفي¹.

وجه الاستدلال بالأثر بيّن واضح، لأنّ الرّسول - صَلَّى الله عليه وسلّم - أثاب الأعرابي على هبته وصبر على طمعه فدلّ ذلك على لزوم الثّواب في الهبة وإن لم يشترط، ولو لم يكن واجباً لم يثب الرّسول الكريم الأعرابي فضلاً عن استزادته له كلّ مرّة، ولو لم يكن واجباً لم يشبهه، ولو أثابه تطوّعاً لم تلزمه الزّيادة حتّى يرضى ولتمّ الإنكار على الأعرابي في تعنته².

قال صاحب الحاوي الكبير مستدلاً على هذا القول: "... وَإِنَّمَا خَصَّ هَذَا، لِأَنَّهُمْ مَشْهُورُونَ بِسَمَاحَةِ النَّفْسِ وَقِلَّةِ الطَّمَعِ، فَلَوْلَا وَجُوبُ الْمُكَافَأَةِ لَمَا صَبَرَ عَلَى طَمَعِ الْأَعْرَابِيِّ وَآدَاهُ، لِأَنَّ الْعُرْفَ الْجَارِي فِي النَّاسِ الْمُكَافَأَةُ بِمَا يَجْعَلُهُ كَالشَّرْطِ فِيهَا وَيَكُونُ قَبُولُ الْهَبَةِ رِضًى بِالِتِّزَامِهَا ..."³.

وبحسب القرافي فإنّه إن دلّ ذلك فإنّما "دلّ على أنّ الهبة تقتضي الثّواب وإن لم يشترط لأنّه - صَلَّى الله عليه وسلّم - أعطاه حتّى أرضاه ..."⁴.

وقد استدلّ أصحاب هذا القول - فضلاً عمّا سبق - بأدلة من الآثار، تفصيلها فيما يلي:

- ما روي عن الثّوري، عن منصور، عن إبراهيم قال: "من وهب هبة لذي رحم فليس له أن يرجع فيها، ومن وهب هبة لغير ذي رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب"⁵.

- ما روي عن عليّ بن أبي طالب - رضي الله عنه - أنّه قال: "المَوَاهِبُ ثَلَاثَةٌ: مَوْهَبَةٌ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى، وَمَوْهَبَةٌ يُرَادُ بِهَا وَجْهُ النَّاسِ، وَمَوْهَبَةٌ يُرَادُ بِهَا الثَّوَابُ، فَمَوْهَبَةُ الثَّوَابِ يَرْجِعُ فِيهَا صَاحِبُهَا إِذَا لَمْ يُثَبَّ"⁶.

¹ - أنظر في تخرجه: أحمد بن عبد الرحمن بن محمّد البنّا السّاعاتي، الفتح الرّثاني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشّيباني ومعه بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرّثاني، ج 15 (ما جاء في قبول هدايا الكفار وعدمه)، دار إحياء التّراث العربي، د. ب. ط، ط2، د. س. ط، ص. 167، حديث رقم: 65.

² - ابن بطل أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، المرجع السّابق، ص. 96.

³ - أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السّابق، ص. 550.

⁴ - أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرافي، الدّخيرة، ج 6، المرجع السّابق، ص. 272.

⁵ - أبو بكر عبد الرّزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصّنعاني، المرجع السّابق، ص. 106، أثر رقم: 16525.

⁶ - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطّاهري، المحلى، ج 9، المرجع السّابق، ص. 129؛ أبو الطّيب محمّد صدّيق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنّوجي، فتح البيان في مقاصد القرآن، راجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج 10، المكتبة العصريّة للطباعة والنّشر، صيدا، بيروت، 1992، ص. 254؛ أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي

- "(وَعَنْ) أَبِي الدَّرْدَاءِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: الْوَاهِبُونَ ثَلَاثَةً: رَجُلٌ وَهَبَ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهَا، وَرَجُلٌ أَسْتَوْهَبَ فَوَهَبَ، فَلَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهَا - مَا لَمْ يُعَوِّضْ - وَرَجُلٌ وَهَبَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فَهِيَ دَيْنٌ لَهُ فِي حَيَاتِهِ، وَبَعْدَ مَوْتِهِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّهُ يُمْكِنُ الْخُلُلُ فِي الْمَقْصُودِ بِالْعَقْدِ، فَيَتِمَّ كُنُ الْعَاقِدُ مِنَ الْفُسْخِ كَالْمُشْتَرِي إِذَا وَجَدَ بِالْمَبِيعِ عَيْبًا. وَبَيَّانُ ذَلِكَ: أَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْهَبَةِ لِلْأَجَانِبِ الْعَوَضُ وَالْمُكَافَأَةُ"¹.

- قول الفارق عمر - رضي الله عنه - "مَنْ وَهَبَ هَبَةً لِصَلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صَدَقَةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا، وَمَنْ وَهَبَ هَبَةً يَرَى أَنَّهُ إِنَّمَا يُرَادُ بِهَا الثَّوَابُ، فَهُوَ عَلَى هَبَتِهِ، يَرْجِعُ فِيهَا، إِنْ لَمْ يُرَضَ مِنْهَا"².

ووجه الاستدلال بهذه الآثار ظاهر في أن يطلب الثَّوَابُ في هبة العقار بعد قبضها؛ يؤكد ذلك ما نقله القرطبي في مؤلفه بقوله: "... وما ذكره علي رضي الله عنه وفصله من الهبة صحيح، وذلك أن الواهب لا يخلو في هبته من ثلاثة أحوال: أحدها: أن يريد بها وجه الله تعالى ويتنغي عليها الثَّوَابُ منه. والثاني: أن يريد بها وجوه الناس رياءً ليحمدوه عليها ويشنوا عليه من أجلها. والثالث: أن يريد بها الثَّوَابُ من الموهوب له"³.

كما استدلل أصحاب هذا القول بإجماع الصحابة: ومما ورد فيه ما ذكره صاحب بدائع الصنائع قوله "... وأما إجماع الصحابة فإنه روي عن سيّدنا عمر وسيّدنا عثمان وسيّدنا علي وعبد الله ابن سيّدنا عمر وأبي الدرداء وفضالة بن عبيد وغيرهم - رضي الله عنهم -، أنهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافة فيكون إجماعاً"⁴.

أما المعقول، فلقد كان استدلالهم به من أوجه عدّة، منها:

- لاشك أن المؤلف من حال المهدي أن يطلب الثَّوَابُ وبخاصّة إذا كان فقيراً على اعتبار أن العرف في هبة الأدنى للأعلى أن يلتبس به العوض فيصير ذلك كالمشروط؛ هذا فضلاً عن أن العرف الممارس في أوساط الناس بالمكافأة يجعله كالشَّروط فيها ويكون قبول الهبة رضياً بالتزامها، وعليه فإنه يجب الثَّوَابُ لأطراف

شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 14، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985، ص. 38.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 53.

² - أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، ت: شعيب الأرنؤوط، شخ مشكل الآثار، ج 13، مؤسسة الرسالة، د. ب. ط، ط 1، 1494 هـ، ص. 32.

³ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 14، المرجع السابق، ص. 38.

⁴ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

العادة بذلك¹.

- هذا علاوة عن أنّ العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الأجنب، ذلك أنّ "الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة، فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعاً"².

على أنّ مختلف الاستدلالات المحللة أعلاه والقاضية بما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أنّ للواهب طلب ثواب هبة العتار المطلقة بعد قبض الموهوب له، ردّ عليها بما يلي:

- قالوا سلّمنا بصحة الحديث بيد أنّه ليس هناك ما يدل على وجوب المكافأة إذا أطلق المهدي؛ ذلك أنّه وبحسب ابن حزم "إنّه حجة عليهم ومخالفة لقولهم؛ لأنّ نصّه «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يَثْبُ مِنْهَا» فَلَمْ يَخُصَّ ذَا رَحِمٍ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَا هِبَةً أَشْطَرَطَ فِيهَا الثَّوَابُ مِنْ غَيْرِهَا، وَلَا ثَوَابًا قَلِيلاً مِنْ كَثِيرٍ، وَهَذَا كُلُّهُ خِلَافٌ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ، وَمَالِكٍ.

فَإِنْ كَانَ هَذَا الْحَدِيثُ حَقًّا فَقَدْ خَالَفُوا الْحَقَّ بِإِفْرَارِهِمْ، وَهَذَا عَظِيمٌ جَدًّا، وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا فَلَا حُجَّةَ فِي الْبَاطِلِ، وَهُمْ يَرُدُّونَ السُّنَنَ الثَّابِتَةَ بِدَعْوَاهُمْ الْكَاذِبَةَ أَنَّهَا خِلَافُ الْقُرْآنِ وَالْأُصُولِ، وَكُلُّ مَا اخْتَجُّوا بِهِ هَاهُنَا فَخِلَافُ الْقُرْآنِ، وَالْأُصُولِ"³.

ورّد على هذا القول بأنّ كثرة طرق الحديث تقوّي بعضها بعضاً، كما أنّ هذا القول غير مخالف لفحوى الحديث بل هو داخل في عموميه، ذلك أنّه مردّد طلب الواهب ثواب هبته المطلقة بعد قبضها من الموهوب له الأعراف والعادات السائدة مطلقاً كانت الهبة للرحم أم للأجنبي. قال القرافي موضعاً: "يُنْظَرُ لِلْعُرْفِ فَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَطْلُبُ الثَّوَابَ صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ أَوْ لَا يَطْلُبُ الثَّوَابَ صُدِّقَ الْمَوْهُوبُ مَعَ يَمِينِهِ وَإِنْ أَشْكَلَ صُدِّقَ الْوَاهِبُ مَعَ يَمِينِهِ لِأَنَّ الْأَصْلَ اسْتِصْحَابُ الْأَمْلاكِ"⁴.

- الإحتجاج بحديث عائشة وحديث أبي هريرة - رضي الله عنهما - على الخصوص ليس فيه ما يدل على استلزام المكافأة إذا أطلق المهدي؛ غاية ما في الأمر دلالة على إثابة الرسول الكريم للواهب وهو أمر غير منكر إلّا فيما يتعلّق بوجوبه حيث لم يستلزمه نصّ قرآني ولا حديث سنّة مشرّفة. قال ابن حزم محتجاً بحديثه

¹ - أنظر: أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف التّووي، المجموع شرح المهذّب (مع تكملة السّبكي والمطيعي)، ج15، المرجع السابق، ص.

386؛ أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 550.

² - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج6، المرجع نفسه، ص. 128.

³ - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطّاهري، المحلّى، ج9، المرجع السابق، ص. 130.

⁴ - أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرافي، الدّخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 278.

المعهودة: "فَأَمَّا حَدِيثُ أَبِي هُرَيْرَةَ هَذَا الْأَدْنَى وَهُوَ أَحْسَنُهَا إِسْنَادًا فَلَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ، لِأَنَّا لَمْ نُنْكَرْ إِثَابَةَ الْمُؤَهَّبِ، بَلْ هُوَ فِعْلٌ حَسَنٌ، وَإِنَّمَا أَنْكَرْنَا وَجُوبَهُ إِذْ لَمْ يُوجِبْهُ نَصُّ قُرْآنٍ وَلَا سُنَّةٍ وَلَا أَنْكَرْنَا أَنَّ يُوجِبَ فِي النَّاسِ الطَّمَعُ الَّذِي لَا يُفْنِعُهُ تَطَوُّعٌ مِّنْ لَا شَيْءَ لَهُ عِنْدَهُ"¹.

هذا فضلاً عن أنَّ حديث عائشة معلول بالإرسال²، كما أنَّ مجرد فعل الرسول الكريم لا يدلُّ على الوجوب، كون أنَّه قد يقال إنَّما فعله عليه الصَّلَاة والسلام لما فُطِرَ عليه من مكارم الأخلاق لا لوجوبه.

وردَّ عليه بأنَّه لم يقل بوجوب الثَّواب على المؤهَّب له مطلقاً، وإنَّما يصدق الواهب في دعواه بأن قصد بهبته الثَّواب لم يشهد عرف أو قرينة بضده، فإن شهد فلا ثواب - انتهاء - والهبة لازمة من ثمة³.

- الإحتجاج بحديث أبي هريرة - كما سلف عرضه - لا حجة لهم فيه لأمرين، ذلك أنَّه وبحسب ابن حزم الظاهري إذا "... نَظَرْنَا فِي خَبَرِ أَبِي هُرَيْرَةَ الَّذِي بَدَأْنَا فِيهِ: فَوَجَدْنَاهُ لَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ لِوَجْهَيْنِ: أَحَدُهُمَا: أَنَّهُ مِنْ طَرِيقِ إِبْرَاهِيمَ بْنِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ جُمَيْعٍ وَهُوَ ضَعِيفٌ. الثَّانِي: لِأَنَّ عَمْرَو بْنَ دِينَارٍ لَيْسَ لَهُ سَمَاعٌ أَصْلًا مِنْ أَبِي هُرَيْرَةَ، وَلَا أَذْرَكَهُ بِعَقْلِهِ".

واعتباراً لذلك جاء في حاشية السندي على سنن ابن ماجه بكون إسناد إبراهيم بن إسماعيل بن مجمع، ضعيف، ومن ثمة فإنَّ درجة صحَّة الحديث بحسب الألباني ضعيف أيضاً⁴.

- ماروي عن ابن عباس - رضي الله عنه - بخصوص حديث الأعرابي فقد اعترض عليه بكونه راجع

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص. 130.

² - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج15، المرجع السابق، ص. 387.

³ - جاء في المدونة: "قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَهَبْتَ لِعَمِّي أَوْ لِعَمِّي أَوْ لِحَدِّي أَوْ لِحَدِّي أَوْ أُخْتِي أَوْ ابْنِ عَمِّي هَبَةً، أَوْ وَهَبْتَ لِقَرَاتِي مِمَّنْ لَيْسَ بِنَبِيٍّ وَبَيْنَهُمْ مُحَرَّمٌ، أَوْ لِقَرَاتِي مِمَّنْ بَيْنِي وَبَيْنَهُمْ مُحَرَّمٌ، أَيْكُونُ لِي أَنْ أُزْجَعَ فِي هَبَتِي؟ قَالَ: أَمَّا مَا وَهَبْتَ مِنْ هَبَةٍ يُعْلَمُ أَنَّكَ إِنَّمَا وَهَبْتَهَا تُرِيدُ بِهَا وَجْهَ الثَّوَابِ، فَإِنْ أَتَابُوكَ وَلَا رَجَعْتَ فِي هَبَتِكَ وَأَمَّا مَا وَهَبْتَ مِنْ هَبَةٍ يُعْلَمُ أَنَّكَ لَمْ تُرِدْ بِهَا وَجْهَ الثَّوَابِ فَلَا ثَوَابَ لَكَ مِثْلَ أَنْ تَكُونَ غَنِيًّا فَتَصِلُ بَعْضُ قَرَابَتِكَ فَقَرَاءَ، فَتَزْعُمُ أَنَّكَ أَرَدْتَ بِهَا الثَّوَابَ، فَهَذَا لَا تُصَدِّقُ عَلَى ذَلِكَ وَلَا ثَوَابَ لَكَ وَلَا رَجْعَةَ لَكَ فِي هَبَتِكَ.

قَالَ: وَهَذَا كُلُّهُ قَوْلُ مَالِكٍ سَخَنُونَ عَنْ ابْنِ وَهْبٍ عَنْ يُونُسَ بْنِ يَزِيدَ عَنْ زَيْبَةَ بِنْتِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: لَيْسَ بَيْنَ الرَّجُلِ وَامْرَأَتِهِ - فِيمَا كَانَ مِنْ أَحَدِهِمَا إِلَى صَاحِبِهِ مِنْ عَطَاءٍ أَوْ صَدَقَةٍ بَتٍّ - لَيْسَ بَيْنَهُمَا فِي ذَلِكَ ثَوَابٌ، وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَرْتَجِعَ فِيمَا أُعْطِيَ صَاحِبَهُ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ مِنْ الرَّجُلِ إِذَا أُعْطِيَ امْرَأَتَهُ حَسَنَ صُحْبَةٍ فِيمَا وَلَاهُ اللَّهُ مِنْ أَمْرٍ وَأَوْجَبَ عَلَيْهِ مِنْ نَفَقَتِهَا وَإِفْضَائِهِ مِنَ الْمَعْرُوفِ إِلَيْهَا، وَلِأَنَّهُ مِنَ الْمَرْأَةِ إِذَا رَزَقَهَا مُوَاسَاةً وَمَعُونَةً لَهُ عَلَى صَنِيعَتِهِ وَصَنِيعَتِهَا، فَلَيْسَ بَيْنَهُمَا ثَوَابٌ فِيمَا أُعْطَاهُ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ، وَلَا عِوَضٌ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ شَرْطًا وَأَخْبَرَنِي ابْنُ وَهْبٍ عَنْ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ وَعَبْرَ وَاحِدٍ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ مِثْلَهُ. وَقَالَ مَالِكٌ: وَاللَّيْثُ مِثْلَهُ". أنظر: مالك بن

أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج4، المرجع السابق، ص. 413.

⁴ - محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، المرجع السابق، ص. 70.

إلى طمع في مكارم أخلاق النبي - صلى الله عليه وسلم - وعادته في الإثابة¹، هذا فضلاً عن أنه يرد عليه نفس الإعتراض السالف وروده على حديث عائشة رضي الله عنها²، وأجيب على ذلك بأنه "لو لم يكن واجباً لم يشبه ولم يردّه، ولو أثاب تطوعاً لم يلزمه الزيادة، وكان ينكر على الأعرابي طلبها"³.

هذا، وقد نوقش الاستدلال بالآثار بالقول بأنها موقوفات لا تثبت بها حجة؛ على اعتبار أن هذه الأخيرة إنما تتركز في كلام الله ومن بعده كلام رسوله، قال ابن حزم بحديثه المعروفة: "أَمَّا مَا تَعَلَّقُوا بِهِ عَنْ الصَّحَابَةِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ -: فَكُلُّهُ لَا حُجَّةَ لَهُمْ فِيهِ إِذْ لَا حُجَّةَ فِي أَحَدٍ دُونَ رَسُولِ اللَّهِ. ثُمَّ لَوْ كَانَ حُجَّةً فَهُوَ كُفْلُهُ عَلَيْهِمْ لَا لَهُمْ -: أَوَّلُ ذَلِكَ: حَدِيثُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - هُوَ صَحِيحٌ عَنْهُ مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِعَبْدٍ ذِي رَحِمٍ فَهُوَ أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُثَبِّتْ مِنْهَا أَوْ لَمْ يَرْضَ مِنْهَا فَلَمْ يُخَصَّ رَجُلًا مُحَرَّمَةً مِنْ غَيْرِ مُحَرَّمَةٍ - وَهَذَا خِلَافُ قَوْلِ الْحَنَفِيِّينَ - وَلَا خَصَّ مَا وَهَبَهُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ كَمَا خَصُّوا، بَلْ قَدْ صَحَّ عَنْهُ: أَنَّ لَهَا الرُّجُوعَ فِيمَا وَهَبَتْ لَزَوْجِهَا، كَمَا نَذَرْتُ بَعْدَ هَذَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ - فَقَدْ خَالَفُوا عُمَرَ، وَهُمْ يَحْتَجُّونَ بِهِ فِي أَنَّهُ لَا يَحِلُّ خِلَافُهُ، {أَلَا لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَى الظَّالِمِينَ} [هود: 18] {الَّذِينَ يَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ وَيَبْغُونَهَا عِوَجًا} [هود: 19].

يَا لِلْمُسْلِمِينَ إِنْ كَانَ قَوْلُ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَا يَحِلُّ خِلَافُهُ، فَكَيْفَ اسْتَحْلَوْا خِلَافَهُ، وَإِنْ كَانَ لَيْسَ بِحُجَّةٍ فَلِمَا يُؤْهِونَ بِهِ فِي دِينِ اللَّهِ تَعَالَى، وَيَصُدُّونَ عَنْ سَبِيلِ الْحَقِّ"⁴.

أجيب على هذا القول بأن غاية الأمر فيه أن يرجع في طلب الواهب ثواب الهبة المطلقة بعد حوز العقار الموهوب إلى أعراف الناس وعاداتهم - كما أسلف القول إليه - كانت الهبة لذي رحم أم لغيره

جاء في المبسوط إقراراً لهذا القول: "رَجُلٌ وَهَبَ لِلْمَسَاكِينِ هِبَةً، وَدَفَعَهَا إِلَيْهِمْ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا - اسْتِحْسَانًا - وَفِي الْقِيَاسِ: يَرْجِعُ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ بِطَرِيقِ الْهِبَةِ، وَفِي أَصْنَافِ الْمَلِكِ: الْغَنِيُّ وَالْفَقِيرُ سَوَاءٌ كَالْبَيْعِ وَغَيْرِهِ. وَوَجْهُ الاسْتِحْسَانِ: أَنَّ قَصْدَهُ بِالْهِبَةِ مِنَ الْفَقِيرِ: الثَّوَابُ - دُونَ الْعَوَضِ -؛ إِذْ لَوْ كَانَ قَصْدُهُ الْعَوَضَ لَاخْتَارَ لِلْهِبَةِ مَنْ يَكُونُ أَقْدَرُ عَلَى آدَاءِ الْعَوَضِ، وَلَمَّا اخْتَارَ الْفَقِيرَ مَعَ عَجْزِهِ عَنْ آدَاءِ الْعَوَضِ، عَرَفْنَا أَنَّ مَقْصُودَهُ الثَّوَابَ، وَقَدْ نَالَ ذَلِكَ.

¹ - عمر بن علي الأنصاري سراج الدّين أبو حفص ابن الملقن، المرجع السابق، ص. 309.

² - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطّاهري، المحلّى، ج 9، المرجع السابق، ص. 130.

³ - ابن الملقن سراج الدّين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشّافعي المصري، المرجع السابق، ص. 309.

⁴ - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطّاهري، المحلّى، ج 9، المرجع نفسه، ص. 130.

قال: (وَكَذَلِكَ إِنْ أُعْطِيَ سَائِلًا أَوْ مُتَّحِجًا عَلَى وَجْهِ الْحَاجَةِ): فَإِنَّ الْعَطِيَّةَ بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ، وَإِنَّمَا قَصْدُهُ بِفِعْلِهِ سَدُّ خَلَّةِ الْمُحْتَاجِ؛ وَذَلِكَ يُفْعَلُ لِاتِّعَاضٍ مَرْضَاةِ اللَّهِ - تَعَالَى - وَتُبْلِ ثَوَابِهِ وَهُوَ مَعْنَى مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - : مَنْ وَهَبَ هِبَةً لِصِلَةِ رَحِمٍ، أَوْ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجَعَ فِيهَا¹.

- الأثر المروي عن عليّ - رضي الله عنه - باطل كون أن أحد طريقه يتضمن جابراً الجعفي، وفي الآخر ابن لهيعة، "ثُمَّ لَوْ صَحَّ لَكَانُوا مُخَالِفِينَ لَهُ؛ لِأَنَّ فِي أَحَدِهِمَا «الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يَنْبُتْ مِنْهَا» دُونَ تَخْصِيصِ ذِي رَحِمٍ مِنْ غَيْرِهِ، وَلَا أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلْآخَرِ - وَهُمْ مُخَالِفُونَ هَذَا، وَفِي الْآخَرَى أَيْضًا كَذَلِكَ فِي هِبَةِ الثَّوَابِ جُمْلَةً - فَبَطَلَ تَعَلُّقُهُمْ بِكُلِّ ذَلِكَ"².

وقد أجيب على هذا من لدن صاحب الجامع بقوله: "... وما ذكره عليّ رضي الله عنه وفصله من الهبة صحيح"³.

- وأما خبر أبي الدرداء "فكله مخالف لقولهم" يقول ابن حزم⁴، ألا ترى "إِنْ أَرَدْتُمْ أَنَّ كُلَّ هِبَةٍ مَوْضُوعُهَا التَّبَرُّعُ؛ فَهُوَ مُصَادَرَةٌ عَلَى مَحَلِّ النَّزَاعِ لِأَنِّدِرَاجَهَا فِي هَذِهِ الْكَلِّيَّةِ، وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنَّ بَعْضَ الْهَبَاتِ كَذَلِكَ، فَمُسَلَّمٌ وَلَا يَضُرُّنَا ذَلِكَ؛ لِأَنَّ عِنْدَنَا أَنَّ هِبَةَ الْأَذْنَى لِلْأَعْلَى مَوْضُوعَةٌ لِلْعَوَضِ، وَالْأَعْلَى لِلْأَذْنَى لِلتَّبَرُّعِ بِشَهَادَةِ الْعَرَفِ، فَيَكُونُ لُغَةً كَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ النَّقْلِ وَالتَّغْيِيرِ" يعقب القرافي⁵.

ومن حيث مناقشة إجماع الصحابة فقد أفاد ابن حزم مبزراً بقوله كالعادة: "فَعَادَتْ الْأَخْبَارُ كُلُّهَا خِلَافًا لَهُمْ، فَإِنْ كَانَتْ إِجْمَاعًا فَقَدْ خَالَفُوا الْإِجْمَاعَ وَإِنْ كَانَتْ حُجَّةً حَقٌّ لَا يَجُوزُ خِلَافُهَا فَقَدْ خَالَفُوا حُجَّةً الْحَقُّ الَّتِي لَا يَجُوزُ خِلَافُهَا، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حُجَّةً وَلَا إِجْمَاعًا فَالْإِيهَامُ بِإِيرَادِهَا لَا يَجُوزُ."

وَقَدْ رُوِيَنا خِلَافَ ذَلِكَ عَنْ الصَّحَابَةِ -: كَمَا رُوِيَنا مِنْ طَرِيقِ عَبْدِ الرَّزَّاقِ عَنْ ابْنِ جُرَيْجٍ أَخْبَرَنِي ابْنُ طَاوُسٍ عَنْ أَبِيهِ أَنَّهُ قَالَ فِي قَضَاءِ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ بِالْيَمَنِ بَيْنَ أَهْلِهَا قَضَى: أَنَّهُ أَيْمًا رَجُلٍ وَهَبَ أَرْضًا عَلَى أَنَّكَ

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 93-94.

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص. 133.

³ - أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج14، المرجع السابق، ص. 38.

⁴ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطاهري، المحلى، ج9، المرجع نفسه، ص. 133.

⁵ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 271-272.

تَسْمَعُ وَتُطِيعُ؟ فَسَمِعَ لَهُ وَأَطَاعَ، فَهِيَ لِلْمَوْهُوبَةِ لَهُ، وَإِنَّمَا رَجُلٌ وَهَبَ كَذَا وَكَذَا إِلَى أَجَلٍ ثُمَّ رَجَعَ إِلَيْهِ، فَهُوَ لِلْوَاهِبِ إِذَا جَاءَ الْأَجَلُ، وَإِنَّمَا رَجُلٌ وَهَبَ أَرْضًا وَمَنْ يَشْتَرِطُ فَهِيَ لِلْمَوْهُوبَةِ لَهُ"¹.

رُدَّ على ذلك: بأنَّ القول بكون الأخبار تخالف قولنا غير مسلم به، فقد سبق وأن وُضِّحَ بأنَّ هذا القول موافقٌ للأخبار لا يخرج عن عمومها، بل أنَّه - وبحسب القراني - "... مَا زَالَ الصَّحَابَةُ عَلَى ذَلِكَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وَلَآئِنَّهُ مَفْهُومٌ فِي الْعُرْفِ وَالْعُرْفُ كَالشَّرْطِ ..."².

أما مناقشة الاستدلال بالمعقول، فلقد تمت كالاتي:

- القول بكون العوض المالي قد يكون مقصوداً من الهبة غير مسلم به، وذلك لأنَّ هبة العقار في أصلها التبرع، والأصل عدم التقل، والتبرع لا يقتضي العوض، ومن ثمَّ فلا تكون هبة العقار مقتضية للثواب³، بل أنَّ المراد من الهبة "اكتساب الصَّيِّت بإظهار الجود والسَّخاء لا طلب العوض، فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً"⁴.

ورُدَّ على هذا القول، بكون "... أَنَّ إظهارَ الجودِ مقصودُ كَرِيمِ الخُلُقِ، وَلِهَذَا يَقُولُ: الرَّاجِعُ فِي الْهَبَةِ لَا يَكُونُ كَرِيمَ الخُلُقِ فَأَمَّا مقصودُ طَيِّبَةِ النَّفْسِ العَوْضُ، وَمَعْنَى التَّوَدُّدِ إِنَّمَا يَحْصُلُ بِالْعَوْضِ - كَمَا قَالَ: - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - «تَهَادَوْا تَحَابُّوا». فَإِنَّ التَّفَاعُلَ يَقْتَضِي، وَجُودَ الْفِعْلِ مِنْ الْجَانِبَيْنِ كَالْمُفَاعَلَةِ"⁵.

البند الثاني: حكم هبة العقار بشرط ثواب معلوم

لاشكَّ أنَّ اشتراط الواهب الثَّواب لا يخلو من اشتراطه معلوماً أو مجهولاً، على أنَّه إذا وهب بشرط ثواب معلوم كوهبتك هذا العقار على أن تشيني كذا، فلا خلاف بين جمهور الفقهاء في صحَّة عقد الهبة⁶؛ غاية ما في الأمر أنَّ الفقهاء تباينت آرائهم في تكييف هذا العقد ليس إلّا، وذلك نحو قولين:

¹ - أبو محمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظَّاهري، المحلَّى، ج9، المرجع السابق، ص. 134.

² - أبو العباس شهاب الدِّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراني، الذَّخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 272.

³ - المرجع نفسه، ص. 271.

⁴ - علاء الدِّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصَّنَائِع في ترتيب الشَّرَائِع، ج6، المرجع السابق، ص. 128.

⁵ - محمَّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السَّرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 54.

⁶ - إلّا قولاً غريباً عند الشافعية أفاد به الجويني بقوله: "فإن كان مقدراً [يعني الثَّواب] فالأصح الصَّحَّة. وذكر بعضُ الأصحاب قولاً في الفساد؛ بناءً على أنَّ الهبة المطلقة لا تقتضي الثَّواب، ومضبراً إلى أنَّ الجمع بين الهبة وبين إلزام الثَّواب تناقضٌ. وهذا وإن كان متجهاً بعض الاتجاه، فهو غريب في الحكاية". أنظر: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمَّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدِّين، الملَّقب بإمام الحرمين، المرجع السابق، ص. 436. وجدير التنبيه إلى أنَّ ابن حزم و أبا ثور ذهباً إلى عدم إجازة الهبة بشرط الثَّواب على الإطلاق، سواء أكان الثَّواب معيَّناً

القول الأول: القاضي باعتبار العقد عقد بيع ابتداءً وانتهاءً هو ما تبناه المالكية، والحنابلة والأصح لدى الشافعية، وقال به زفر من الحنفية، وذهب إليه الزيدية.

ومؤداه، أن العقد المبرم عقد بيع ابتداءً وانتهاءً، وليس بعقد هبة من الأصل، أي أن إبرامه عقد بيع وجوازه جواز بيع ابتداءً وانتهاءً، وتطبق عليه أحكام البيع من ثمة.

ومما جاء ضمن المدونة في هذا الصدد: "قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ وَهَبْتَ هِبَةً لِلتَّوَابِ وَأَخَذْتَ الْعَوَضَ فَأَصَابَ الْمُؤَهَّبُ لَهُ بِالْهِبَةِ عَيْبًا، أَلَمْ أَنْ يَرْجَعْ فِي عَوْضِهِ وَيُرَدَّ الْهِبَةُ؟ قَالَ: نَعَمْ، الْهِبَةُ عَلَى الْعَوْضِ بَيْعٌ مِنَ الْبَيْعِ يُصْنَعُ فِيهَا وَفِي الْعَوْضِ مَا يُصْنَعُ بِالْبَيْعِ. قُلْتُ: وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ؟

قَالَ نَعَمْ، الْهِبَةُ عَلَى الْعَوْضِ فِي قَوْلِ مَالِكٍ مِثْلُ الْبَيْعِ مُحْمَلٌ وَاحِدٌ"¹.

يساند هذا التوجه الرجاعي بقوله: "إذا اشترط التَّوَابُ، وسمّاه فهذا حكمه حكم البيوع؛ يحلّه ما يحل البيوع، ويحرّمه ما يحرم البيوع، ولا خلاف - أعلمه - في المذهب في هذا الوجه"².

وقال البهوتي - مبرراً لرأي الحنابلة - في الكشف "وإن شرط الواهب (فيها) أي: الهبة (عوضاً معلوماً صارت) الهبة (بيعاً) فيثبت فيها خيار مجلس، ونحوه"³.

وقال النووي موضحاً لرأي الشافعية: "ولو وهب بشرط ثواب معلوم عليه، كوهبتك هذا على أن تشيني كذا فقبل، فالأظهر صحة العقد نظراً للمعنى إذ هو معاوضة بمال معلوم يصح، كما لو قال بعتك، والثاني بطلانه نظراً إلى اللفظ لتناقضه، فإن لفظ الهبة يقتضي التبرع، ومن ثم يكون بيعاً على الصحيح..."⁴.

كما ساق الكاساني قول زفر في البدائع والصنائع بقوله: "وقال زفر - رحمه الله - عقده عقد بيع

معلوماً أو كان مجهولاً. ومما قال صاحب المحلى في هذا الصدد: "وَلَا يَجُوزُ هِبَةٌ يُشْتَرَطُ فِيهَا التَّوَابُ أَصْلًا، وَهِيَ فَاسِدَةٌ مَرْدُودَةٌ؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَهُوَ بَاطِلٌ، بَلْ فِي الْقُرْآنِ الْمَنْعُ مِنْهُ بِعَيْنِهِ"؛ وفي نفس السياق ذكر الماوردي ما يلي: "الصَّطْبُ الثَّانِي: أَنَّ يَكُونَ مَعْلُومًا فَيُفِيهَا قَوْلَانِ: أَحَدُهُمَا: بَاطِلَةٌ، لِمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّغْلِيلِ. وَالْقَوْلُ الثَّانِي: جَائِزَةٌ، لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ عَلَى بَدَلٍ مَعْلُومٍ كَالْبَيْعِ". أنظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص. 118؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 550.

¹ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج6، المرجع السابق، ص. 404.

² - أبو الحسن علي بن سعيد الرجاعي، المرجع السابق، ص. 400.

³ - منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع، ج4، المرجع السابق، ص. 300.

⁴ - أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج15، المرجع السابق، ص. 389.

وجوازه جواز بيع ابتداءً وانتهاءً، وتثبت فيه أحكام البيع فلا يبطل بالشّيع ويفيد الملك بنفسه من غير شريطة القبض ولا يملك الرجوع¹.

وفي نفس السّياق أورد الشّوكاني رأي الزّيدية في السّيل الجزّار بقوله: "وتصحّ بعوض مشروط مال فتكون بيعاً ومضمر وغرض، فيرجع لتعذرهما وفوراً في المضمر ... الهبة شرعاً ولغة هي التي تكون على جهة المكارمة إذا وقعت المكافأة عليها، فذلك أيضاً على جهة المكارمة، وأمّا إذا كانت مشروطة بعوض فليس هذه هبة شرعية ولا لغوية، بل هذه مبايعة خارجة عن باب الهبة داخلية في باب البيع فتكون كما قال المصنّف بيعاً، فإذا لم يحصل العوض المشروط كان ذلك كعدم تسليم ثمن المبيع فترجع العين للمالكها لفقدان التّراضي الذي هو المناط الشرعي كما تقدّم، وهكذا إذا كان العوض مضمراً وغرضاً فإنّه إذا لم يحصل رجوع الملك للمالكه ..."².

وفسر النّجدي نفس التوجّه ضمن حاشية الرّوض المربّع بقوله: "(وإن شرط) العاقد (فيها عوضاً معلوماً) فهي (بيع) لأنّه تملك بعوض معلوم، ويثبت الخيار والشّفعة ..."³.

هذا، وقد استدللّ الجمهور القاضي رأيهم بكون هبة العتار المشروطة بعوض، بيع ابتداءً وانتهاءً بالأدلة العقلية الآتي بياها:

- قولهم بأنّه تملك بعوض معلوم شبيه بالقول بعثك أو ملكتك هذا بذاك، أي أنّها معاوضة على بدل معلوم فشأنها شأن البيع المحض، بمعنى أنّه وبحسب قول الماوردي: "إذا قلنا بصحّة الهبة عند اشتراط الثّواب المعلوم فهي كالبيع المحض يستحقّ فيه خيار المجلس بالعقد وخيار الثّلاث بالشّروط، ويجوز اشتراط الرّهن والضّمين فيه، وإن استحقّت الهبة وجب ردّ الثّواب، وإن استحقّ الثّواب وجب ردّ الهبة وإن كان الثّواب معيّناً أو غير معيّناً مع بقاء الهبة إن كان الثّواب موصوفاً، وإن ظهر في الهبة عيب كان الموهوب له بالخيار بين المقيم والفسخ"⁴.

- لاشكّ أنّ هذا العقد يتضمّن معنى البيع، ومؤداه التّملك بعوض، والعبرة في العقود - كما هو

¹ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج6، المرجع السّابق، ص. 132.

² - محمّد بن علي بن محمّد بن عبد الله الشّوكاني اليمني، السّيل الجزّار المتدفّق على حدائق الأزهار، ج1، المرجع السّابق، ص. 627.

³ - عبد الرّحمن بن محمّد بن قاسم العاصمي الحنبلي النّجدي، حاشية الرّوض المربع شرح زاد المستنقع، ج6، د. د. ط، د. ب. ط، ص. 1397 هـ، ص. 5.

⁴ - أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السّابق، ص. 550، وأنظر في نفس المعنى قول صاحب المقدّمات الممهّدات: "وأما الوجه الثالث - وهو أن يشترط الثّواب ويسمّيه، فهو بيع من البيوع يحلّه ما يحلّ البيوع ويحرّمه ما يحرم البيوع". أنظر: أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد (الجّد) القرطبي، المرجع السّابق، ص. 454.

معروف - للمعاني دون الألفاظ والمباني، لذلك فهذا العقد كما قال الزيلعي: "وَقَالَ زُفَرٌ وَالشَّافِعِيُّ رَحِمَهُمَا اللَّهُ هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّهُمَا أَتَيَا بِمَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِيكُ بِعَوَضٍ وَالْعَبْرَةُ فِي الْعُقُودِ لِلْمَعَانِي دُونَ الْأَلْفَافِ ..."¹.

- القياس على العارية بجامع التملك بغير عوض في كليهما، على اعتبار أن العارية إذا اشترط فيها البدل أضحت إجارة، فكذلك الهبة إذا اشترط فيها العوض أصبحت بيعاً.

قال البهوتي مبيّناً: "(وَإِنْ شُرِطَ فِيهَا) أَي: الْهَبَةُ عَوَضٌ مَعْلُومٌ صَحَّ نَصًّا كَشَرْطِهِ فِي عَارِيَّةٍ (وَصَارَتْ بَيْعًا) بِلَفْظِ الْهَبَةِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ بِعَوَضٍ مَعْلُومٍ كَمَا لَوْ شُرِطَ فِي عَارِيَّةٍ مُؤَقَّتَةٍ عَوَضٌ مَعْلُومٌ فَتَصِيرُ إِجَارَةً"².

وبحسب السرخسي فإنّ "الدليل عليه: أَنَّهُ لَوْ قَالَ وَهَبْتُ مِنْكَ مَنَفْعَةً هَذِهِ الدَّارِ شَهْرًا بِعَشْرَةِ دَرَاهِمٍ يَكُونُ إِجَارَةً يَلْزُمُ بِنَفْسِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: أَعَزْتُكَ، وَالْإِعَارَةُ تَمْلِيكُ الْمَنَفْعَةِ بِغَيْرِ عَوَضٍ فَإِذَا شُرِطَ فِيهِ الْبَدَلُ: كَانَ إِجَارَةً، فَكَذَلِكَ الْهَبَةُ تَمْلِيكُ الْمُؤَهَّبِ بِغَيْرِ عَوَضٍ فَإِذَا شُرِطَ الْعَوَضُ: يَكُونُ بَيْعًا"³.

على أنّ مختلف الاستدلالات المذكورة آنفاً والقاضية - بحسب ما تبناه أصحاب المذهب الأول - بكون هبة العقار بشرط العوض بيعٌ ابتداءً وانتهاءً، نوقشت كالآتي:

- الإعتداد بكون معنى البيع متضمّن لهذا العقد، ولا عبرة باختلاف العبارة بعد اتّفاق المعنى كلفظ البيع مع نظيره لفظ التملك غير مسلم به، على اعتبار أنّها لو وقعت بيعاً لما توقّف الملك فيه على القبض؛ لأنّ البيع يفيد - في الأصل - الملك بنفسه، فدلّ هذا على أنّها وقعت تبرّعاً ابتداءً.

جاء في بدائع الصّنائع: "(ولهما) أنّ الهبة بشرط العوض تقع تبرّعاً ابتداءً ثمّ تصير بيعاً في الانتهاء، بدليل أنّها تفيد الملك قبل القبض، ولو وقعت بيعاً من حين وجودها لما توقّف الملك فيه على القبض، لأنّ البيع يفيد الملك بنفسه دلّ أنّها وقعت تبرّعاً ابتداءً وهؤلاء لا يملكون التبرّع فلم تصحّ الهبة حين وجودها فلا يتصوّر أن تصير بيعاً بعد ذلك"⁴.

تمّت الإجابة على ذلك بلسان الدسوقي، ومّا جاء في حاشيته: "(وَلَزِمَ الثَّوَابُ) أَي: لَزِمَ دَفْعُهُ. (قَوْلُهُ:

¹ - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقاق، ج 5، المرجع السابق، ص. 103.

² - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولى النّهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج 2، المرجع السابق، ص. 430.

³ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 79.

⁴ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدّين الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 119.

بِتَّعِينِهِ) أَيِ بِتَّعِينَ قَدْرِهِ وَنَوْعِهِ كَانَ التَّعِينُ مِنَ الْمُؤْهُوبِ لَهُ، أَوْ مِنَ الْوَاهِبِ وَرَضِيَ الْآخِرُ بِهِ. وَحَاصِلُهُ أَنَّهُ إِذَا عَيَّنَ الثَّوَابَ وَاحِدًا مِنْهُمَا وَرَضِيَ الْآخِرُ بِهِ فَإِنَّهُ يَلْزَمُ الْمُؤْهُوبَ لَهُ دَفْعُهُ إِذَا قَبِلَ الْهَبَةَ وَلَيْسَ لَهُ الرَّجُوعُ عَنْ الثَّوَابِ بَعْدَ تَعِينِهِ وَإِنْ لَمْ يَقْبِضْ الْهَبَةَ¹.

- غير مسلّم به على إطلاقه القول بأنّ العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني على اعتبار أنّ الألفاظ قوالب المعاني، فلا يجوز إلغاء اللفظ - وإن وجب المعنى - إلا إذا لم يمكن الجمع بين كليهما، فإذا تعذر الجمع بينهما فالعبرة للمعاني لا للألفاظ².

- القياس على العارية قياسٌ مع فارق شاسع وبونٌ بيّن على اعتبار أنّ لفظ العارية أو الهبة ورد على المنفعة، ولما كانت هذه الأخيرة لا تبقى وقتين، فلا يمكن جعل العقد عليها تبرعاً ابتداءً معاوضةً انتهاءً؛ كونه لا يلزم قبل استيفاء المنفعة وبعد التسليم، حيث يتعذر الجمع بين اللفظ والمعنى، فوجب المعنى فكان معاوضةً ابتداءً؛ خلافاً لهبة العقار المشروطة بالعوض فإنّها ترد على العين لا المنفعة في الأصل.

قال السرخسي في هذا الشأن: "فَأَمَّا لَفْظُ الْإِعَارَةِ، أَوْ الْهَبَةِ فِي الْمَنْفَعَةِ فَقَدْ حُكِيَ عَنْ ابْنِ طَاهِرٍ الدَّبَّاسِ قَالَ: كُنَّا فِي تَدْبِيرِ جَوَابِ هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فَوَجَدْتُ رِوَايَةً عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ قَبْلَ اسْتِيفَاءِ الْمَنْفَعَةِ، وَبَعْدَ التَّسْلِيمِ، يَقُولُ: هُنَاكَ يَتَعَذَّرُ اعْتِبَارُ الْجَانِبَيْنِ؛ لِأَنَّ الْمَنْفَعَةَ لَا تَبْقَى وَفَتَيْنِ فَلَا يُمَكِّنُ جَعْلَ الْعَقْدِ عَلَيْهَا تَبَرُّعًا ابْتِدَاءً، مُعَاوَضَةً انْتِهَاءً؛ فَجَعَلْنَاهُ مُعَاوَضَةً ابْتِدَاءً - بِخِلَافِ الْعَيْنِ، عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ"³.

القول الثاني القائل بكون العقد هبة عقار ابتداءً بيعاً انتهاءً هو ما تبنّاه الأحناف وثاني أقوال الشافعية، ورواية ثانية للحنابلة. ومؤداه: أنّ هذا العقد، هبة عقار ابتداءً، بيعاً انتهاءً.

وقد استدللّ هذا الفريق بكون هبة العقار المشروطة بعوض، هبة ابتداءً، بيعاً انتهاءً بأدلة مرصودة من المعقول بأوجهه المختلفة كالآتي:

- تقع هبة العقار المشروطة بعوض تبرعاً ابتداءً، ثمّ تصير بيعاً انتهاءً، بدعوى أنّها لا تفيد الملك قبل حوزها، ولو أنّها وقعت بيعاً من حين وجودها لما توقّف الملك فيه على القبض على اعتبار أنّ البيع يفيد الملك بنفسه، فدلّ ذلك على أنّها وقعت تبرعاً ابتداءً⁴.

¹ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص. 114.

² - أحمد بن قoder شمس الدّين قاضي عسكر روملي، قاضي زاده، تكملة فتح القدير، ت: عبد الرزاق غالب مهدي، ج 9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2003، ص. 49.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 80.

⁴ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 119.

- لاشك أنّ عقد هبة العتار المشروطة بعوض إشتمل على ناحيتين، الأولى جهة الهبة لفظاً، والثانية جهة البيع معنىً وأمکن الجمع بين كليهما، ومادام اشمئل على جهتين فأمکن جمع إيتاهما، وجب إعمالهما؛ لأنّ إعمال الشبهين ولو بوجه، أولى من إعمال أحدهما¹.

على ذلك يعطى شبه العقدين فيعتبر في هذا العقد الحوز عملاً بشبه الهبة، كما يثبت فيه حق الردّ بالعيب وعدم الرؤية في حق الشفعة عملاً بشبه البيع². قال قاضي زاده "... أمّا أنّه مشتمل على الجهتين فظاهر، وأمّا إمكان الجمع فلما ذكره بقوله: لأنّ الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد يتراخى عن البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم، وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما"³.

- القياس على هبة العتار حال المرض بجامع أنّ كلّ منهما تمليك للمال بلفظ يخالف ظاهره معناه، فيكون بدءه معتبراً بلفظه وانتهائه معتداً بمعناه كالهبة حال المرض، فإنّ ظاهره تمليك في الحال بطريق التبرع، ومؤداه مؤدى الوصية، فيعتبر ابتداءه بلفظه حتّى يبطل بعدم الحوز حيث لا يتم مع الشيوخ فيما يحتمل القسمة، وانتهائه معتبراً بمعناه حتّى يكون من الثلث بعد الدين، "هَذَا لِأَنَّ الْأَلْفَاطَ قَوْلَ الْمُعَايِنِ فَلَا يَجُوزُ إِلْعَاءُ اللَّفْظِ - وَإِنْ وَجِبَ اعْتِبَارُ الْمَعْنَى - إِلَّا إِذَا تَعَدَّرَ الْجُمُعُ لِلْمُنَافَاةِ - وَلَا مُنَافَاةَ هُنَا - فَشَرُطُ الْعَوْضِ لَا يَكُونُ أَبْلَغَ مِنْ حَقِيقَةِ التَّعْوِضِ، وَحَقِيقَةِ التَّعْوِضِ لَا يَنْتَفِي مَعْنَى الْهَبَةِ"⁴، يوضح السرخسي.

فإذا كان "هناك بين اللفظ والمعنى منافاة، وقد وجب اعتبار المعنى؛ فيسقط اعتبار اللفظ - لذلك - ثم انعقاد العقد باللفظ، والمقصود هو الحكم، وأوانه بعد تمام العقد.

فعند الإنعقاد اعتبرنا اللفظ؛ لأنّ العقد به ينعقد، وعند التمام اعتبر المقصود، وما تردد بين أصليين توفّر حظّه عليهما"⁵.

- إنّ القياس على المكاتب بجامع اعتبار الشبهين بينهما، إذ المكاتب لما كان بمنزلة الحرّ من ناحية ومنزلة المملوك من ناحية مقابلة، اعتبر الشبهان، وكذلك الحال بالنسبة لهبة العتار القائمة على شرط العوض، فإنّها بمنزلة الهبة بداءة اعتباراً بلفظها، ومنزلة البيع انتهاءً إعتداداً بمعناها، فيعتبر الشبهان تبعاً

¹ - أحمد بن قودر شمس الدين قاضي عسكر روملي، قاضي زاده، المرجع السابق، ص. 49.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 132.

³ - أحمد بن قودر شمس الدين قاضي عسكر روملي، قاضي زاده، المرجع نفسه، ص. 49.

⁴ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 79 - 80.

⁵ - نفس المرجع، ص. 80.

لذلك¹.

على أنّ هذه الاستدلالات المورودة من لدن القائلين بكون هبة العقار بشرط العوض هبة ابتداءً، بيعٌ انتهاءً، لم يتم التسليم بها من مخالفيها الذين ناقشوها وفق ما يأتي:

- نظراً لوجود منافاة بين الحكمين، فإنّه لم يتمّ التسليم بالقول القاضي بإعمال الشبهين في هبة العقار المشروطة بالعوض، باعتبارها هبة ابتداءً، بيعاً انتهاءً، ورّدّ عليه بالقول: "هُوَ بَيْعٌ ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً؛ لِأَنَّهُمَا أَتَيَا بِمَعْنَى الْبَيْعِ وَهُوَ التَّمْلِكُ بِعَوْضٍ وَالْعَبْرَةُ فِي الْعُمُودِ لِلْمَعَانِي دُونَ الْأَلْفَاظِ ... وَلَنَا أَنَّهُ اشْتَمَلَ عَلَى جِهَتَيْنِ فَيُجْمَعُ بَيْنَهُمَا مَا أَمَكَّنَ عَمَلًا بِالشَّبَهَيْنِ فَيَكُونُ ابْتِدَاءُؤُهُ مُعْتَبَرًا بِلَفْظِهِ فَتَجْرِي فِيهِ أَحْكَامُ الْهَبَةِ وَانْتِهَاءُؤُهُ مُعْتَبَرًا بِمَعْنَاهُ فَتَجْرِي فِيهِ أَحْكَامُ الْبَيْعِ ... لِأَنَّ الْأَلْفَاظَ لَا يَجُوزُ إلْعَاوُهَا مَعَ إِمْكَانِ الْعَمَلِ بِهَا وَقَدْ أَمَكَّنَ فِيمَا نَحْنُ فِيهِ وَلَا تَنَاقُ بَيْنَ حُكْمَيْهِمَا؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْبَيْعِ قَدْ يَكُونُ مُتَرَاخِيًا بِاشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِأَحَدِهِمَا وَفِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ فَيَكُونُ مُوَافِقًا لِحُكْمِ الْهَبَةِ مِنْ حَيْثُ تَأْخِيرُهُ إِلَى الْقَبْضِ، وَالْهَبَةُ قَدْ تَكُونُ لَا زِمَةً بِانْقِطَاعِ الرُّجُوعِ"².

- الإعتداد بمقولة إعمال الشبهين ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما، يفيد أولوية إعمال الشبهين مع أنّ الواجب اللازم وجوب إعمالهما³.

- الإعتداد بمقولة أنّ هبة العقار بشرط العوض تقع تبرعاً بداءةً ثمّ تصبح بيعاً في الإنهاء لأنها لا تفيد الملك قبل الحوز خلاف مذهبكم، كونكم تصرّحون بأنّه إذا كان العوض المشترط في الهبة معيّناً قدرّاً ونوعاً كان العقد بيعاً بداءةً وانتهاءً بالإجماع⁴.

البند الثالث: حكم هبة العقار بشرط ثواب مجهول

تباينت أقوال الفقهاء بخصوص صحّة عقد هبة العقار إذا اشترط الواهب ثواباً مجهولاً ومثاله قول الواهب للموهوب له، وهبتك هذا العقار على أن تعوّضي أو تشبيني، وذلك على نحو قولين:

القول الأول: قضى بصحّة العقد باعتباره هبة ابتداءً، بيعاً انتهاءً وقد تبنّاه كلّ من الحنفية والمالكية في المشهور عندهم، والشافعية في ثاني أقوالهم، وروي عن أحمد بن حنبل كما ذكره ابن قدامة

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 80.

² - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين التّليعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 102، أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 639.

³ - أحمد بن قودر شمس الدّين قاضي عسكر روملي، قاضي زاده، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

واعتنته الزيدية¹؛ وفيه يكون العقد صحيحاً ويلزم الواهب بالقبض، ولا يلزم الموهوب له إلا بفواتها بزيادة أو نقص.

ومن بين الأقوال الواردة من لدن أصحاب هذا التوجه في هذه المسألة ما يلي:

- ماجاء في تبين الحقائق: "(وَمَنْ وَهَبَ ... دَارًا عَلَى أَنْ يَرُدَّ عَلَيْهِ شَيْئًا مِنْهَا أَوْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا صَحَّتْ الْهَبَةُ وَبَطُلَ الْإِسْتِثْنَاءُ وَالشَّرْطُ) لِأَنَّ الْهَبَةَ لَا تَبْطُلُ بِالشَّرْطِ الْفَاسِدَةِ ... وَقَوْلُهُ عَلَى أَنْ يُعَوِّضَهُ شَيْئًا مِنْهَا فِيهِ إِشْكَالٌ فَإِنَّهُ إِنْ أَرَادَ بِهِ الْهَبَةَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فَهِيَ وَالشَّرْطُ جَائِزَانِ".

وعقب شلي في ذات السياق ضمن حاشيته بقوله: "قُلْتُ لَا إِشْكَالَ؛ لِأَنَّهُ أَرَادَ لَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِبَارَتَيْنِ فِي أَنْ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَا يَقْضِي أَيَّ سَوَاءٍ عَبَّرَ بِهَذَا أَوْ بِهَذَا"².

- ورد في حاشية الدسوقي اعتباراً لهذا الشأن ما يلي: "أَمَّا عَقْدُ الْهَبَةِ الْمَشْرُوطِ فِيهَا الثَّوَابُ فَلَا يَزِمُ لِلْوَاهِبِ بِالْقَبْضِ كَمَا يَأْتِي عَنِ الثَّوَابِ أَمْ لَا " وعقب الدسوقي على ذلك بقوله "... فَإِنَّ تَوَقُّفَ لُزُومِ الْعَقْدِ عَلَى الْقَبْضِ إِنَّمَا هُوَ إِذَا كَانَ الثَّوَابُ غَيْرَ مُعَيَّنٍ"³.

- وجاء في الشرح الكبير لشمس الدين ابن قدامة تعزيزاً لنفس الحكم قوله: "... وظاهر كلام أحمد

¹ - ونقل في المبسوط عن أبي الدرداء وفضالة بن عبيد، ومما ورد فيه: "(وَعَنْ) فَضَالَةَ بْنِ عُبَيْدٍ أَنَّ رَجُلَيْنِ اخْتَصَمَا إِلَيْهِ فَقَالَ أَحَدُهُمَا: إِنِّي وَهَبْتُ لِهَذَا بَارِئًا؛ لِئُبَيِّنِي وَلَمْ يُبَيِّنِي، فَأَنَا أَزْجِعُ فِيهِ. فَقَالَ فَضَالَةُ: لَا يَزْجِعُ فِي الْهَبَةِ إِلَّا النَّسَاءُ وَالشَّرَارُ مِنَ النَّاسِ؛ أُرْزُدُ (وَعَنْ) أَبِي الدَّرْدَاءِ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - قَالَ: الْوَاهِبُونَ ثَلَاثَةٌ: رَجُلٌ وَهَبَ عَلَى وَجْهِ الصَّدَقَةِ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزْجِعَ فِيهَا، وَرَجُلٌ اسْتَوْهَبَ فَوَهَبَ، فَلَهُ أَنْ يَزْجِعَ فِيهَا - مَا لَمْ يُعَوِّضْ - وَرَجُلٌ وَهَبَ بِشَرْطِ الْعَوَضِ فَهِيَ ذَيْنِ لَهُ فِي حَيَاتِهِ، وَتَعْدَ مَوْتِهِ، وَالْمَعْنَى فِيهِ: أَنَّهُ يُمْكِنُ الْخَلَلُ فِي الْمَقْصُودِ بِالْعَقْدِ، فَيَتِمَّ كُنُ الْفَاقِدِ مِنَ الْقَسْخِ كَالْمُشْرِي إِذَا وَجَدَ بِالْبَيْعِ عَيْبًا". محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص 53. وذكره ابن حزم في المحلى عن عُمر بن عبد العزيز، وعطاء، وزبيعة، وشريح، والقاسم بن محمد وأبي الزناد، ويحيى بن سعيد الأنصاري، وجماعة من التابعين - واختجوا بما روي «المسلمون عند شروطهم». أنظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص 119؛ وأنظر في قول الزيدية في نفس التوجه والحكم: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج 1، المرجع السابق، ص 627 وما يليها.

² - عثمان بن علي بن محسن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 5، المرجع السابق، ص 102 وما يليها.

³ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص 114؛ وجاء في شرح منح الجليل قوله: (وجاز شرط الثواب) أي العوض المالي على الموهوب له في نظير الهبة مقارناً لصيغة الهبة، كوهبتك أو أعطيتك أو منحتك أو نخلتك هذا الشيء على أن تبني أو تعوضني أو ترد علي أو تكافني وهو بيع في الحقيقة. ابن يونس الهبة للثواب كالبيع في أكثر الحالات وإن لم يسم العوض عند الهبة أجازته العلماء على ما روي عن عمر - رضي الله تعالى عنه - وغيره، وخالف البيع في هذا "...". أنظر: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص 214. و"قال أبو محمد: ولما كانت الهبة للثواب كالبيع في أكثر الحالات كان لها حكمه فيما يخل ويحرم من عوضها". أنظر: أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ت: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ج 19، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د. ب. ط، ط 1، 2013، ص 635.

أَنَّهَا تَصِحُّ، فَإِذَا أَعْطَاهُ عَنْهَا عَوَضًا رَضِيَ، لَزِمَ الْعَقْدُ بِذَلِكَ. قَالَ أَحْمَدُ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ: إِذَا قَالَ الْوَاهِبُ: هَذَا لَكَ عَلَى أَنْ تُبَيِّنِي. فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ إِذَا لَمْ يُبَيِّنْهُ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ. وَقَالَ، فِي رِوَايَةِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ سَعِيدٍ: إِذَا وَهَبَ لَهُ عَلَى وَجْهِ الْإِثَابَةِ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا أَنْ يُبَيِّنَ مِنْهَا...¹.

هذا ويشار إلى أنَّ تباين آراء الفقهاء بخصوص هبة العقار المشروطة بثواب مجهول مردّه الاشكال الآتي: هل هبة العقار بشرط ثواب مجهول هي بيع مجهول الثمن، أو ليس كذلك؟.

فمن نظر إليه على أنه بيع مجهول الثمن، قال باعتباره من بيوع الغرر غير الجائزة، ومن لم ير أنها بيع مجهول الثمن قال بعدم جوازها ابتداءً².

على أنَّ استدلال أصحاب هذا القول - وهم جمهور الفقهاء - القاضي بصحة هبة العقار بشرط ثواب مجهول بوصفه هبة ابتداءً بيعاً انتهاءً، إرتكز على جملة أدلة من الكتاب والسنة والآثار والمعقول.

فأما من الكتاب: فقد احتجوا بالآيتين الكريمتين الآتيتين:

الأولى: قوله عز وجل: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ حَسِيبًا﴾³.

وجه الاستدلال بهذه الآية أنها ظاهرة الدلالة على إجازة الثواب على الهبة والهدية على اعتبار أنه يُتَحَيَّى بها، وقد أمر الشارع بردها بعينها أو بأحسن منها.

وبحسب صاحب الذخيرة فإنه "يتأيد مذهبنا بقوله تعالى {وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها}، وهو يشمل الهبة والهدية لأنها يتحَيَّى بها، ووُزِدَها في السلام لا يمنع دلالتها على محل النزاع لأنَّ

¹ - شمس الدّين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 8؛ أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص. 331؛ إبراهيم بن محمّد بن عبد الله بن محمّد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدّين، المرجع السابق، ص. 191.

² - قال الرّجاعي: "... إذا اشترط الثّواب، ولم يسمّه هل له حكم البيع أو حكمه الهبة للثّواب؟ فالمذهب على قولين: أحدهما: أنّ حكمها حكم الهبة الصحيحة، وهو قول ابن القاسم. والثّاني: أنّ حكمها حكم البيع، ثمّ لا يجوز؛ لأنّ ذلك غرر، وخطر، وكأنّه باع منه السلعة بقيمتها وهو قول ابن الماحشون. والأوّل أظهر. أنظر: أبو الحسن علي بن سعيد الرّجاعي، المرجع السابق، ص. 400؛ وأنظر أيضاً: أبو الوليد محمّد بن أحمد بن رشد (الجلد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 454؛ محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 500.

³ - سورة النّساء، الآية: 86.

الْعَبْرَةُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ لَا بِخُصُوصِ السَّبَبِ"¹. جاء في التجريد للقُدوري "قلنا: قد قيل: إنَّ المراد بذلك ردَّ السَّلام، ولأنَّ عندهم يجب العوض، والآية تقتضي التَّخيير بين العوضين والردَّ، وذلك لا يصحَّ إلَّا على قول من يرى العوض مستحبًّا، وكذلك نقول"².

والثَّانية: قوله تعالى ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبًّا لِيَرْتَوْ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْتَوْ عِنْدَ اللَّهِ...﴾³.

ومن أوجه استدلالهم بهذه الآية: أنَّ الرِّبا - ضمنها - أن يهدي الرَّجل للرَّجل الشَّيء يقصده أن يشبهه عليه أكثر من ذلك، هذا فضلاً عن أنَّها نصٌّ في جواز الهبة بشرط الثَّواب - عموماً - وصحَّة هذا العقد في الأساس.

جاء في تفسير حقائق الرُّوح والريحان: "... روي عن ابن عبَّاس أنَّه قال: الرِّبا ربوان .. ربًّا لا يصحَّ وهو ربا بالبيع، وربا لا بأس به، وهو هديَّة الرَّجل يريد فضلها وأضعافاً، ثمَّ تلا هذه الآية.

وقال عكرمة: الرِّبا ربوان: ربًّا حلال، وربًّا حرام، فأما الرِّبا الحلال: فهو الذي يهدي يلتبس ما هو أفضل منه، وعن الضَّحَّاك في هذه الآية: هو الرِّبا الحلال الذي يهدي ليثاب ما هو أفضل منه، لا له ولا عليه، ليس له أجر، وليس عليه فيه إثم"⁴.

ومن السَّنة: فقد استدلُّوا بأحاديث عديدة منها:

- حديث عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عُلْفَمَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَدِمَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَفُؤُ تَقِيْفٍ فَأَهْدُوا إِلَيْهِ هَدِيَّةً فَقَالَ: «أَهْدِيَّةٌ أَمْ صَدَقَةٌ؟» قَالُوا: هَدِيَّةٌ. قَالَ: «إِنَّ الْهَدِيَّةَ يُطْلَبُ بِهَا وَجْهُ الرَّسُولِ وَقَضَاءُ الْحَاجَةِ، وَإِنَّ الصَّدَقَةَ يُبْتَغَى بِهَا وَجْهُ اللَّهِ تَعَالَى» قَالُوا: بَلْ هَدِيَّةٌ. وَقَبِلَهَا مِنْهُمْ وَشَعَلُوهُ عَنِ الظُّهْرِ حَتَّى صَلَّاهَا مَعَ الْعَصْرِ"⁵.

¹ - أبو العبَّاس شهاب الدِّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشَّهير بالقرافي، الذَّخيرة، ج6، المرجع السَّابق، ص. 272.

² - أحمد بن محمَّد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القُدوري، المرجع السَّابق، ص. 3838.

³ - سورة الرُّوم، الآية: 38.

⁴ - محمَّد الأمين بن عبد الله الأرمي العلوي الحرري الشَّافعي، تفسير حقائق الرُّوح والريحان في رواي علوم القرآن، ت: هاشم محمَّد علي بن حسين مهدي، ج 22، دار طرق النِّجاة، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص. 153.

⁵ - أبو بكر بن أبي عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضَّحَّاك بن مخلد الشَّيباني، الأحاد والمثاني، ت: باسم فيصل أحمد الجوابرة، ج3، دار الرِّاية، الرِّياض، ط1، 1991، ص. 238، حديث رقم: 1599.

- حديث عيسى بن يونس، عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ عَائِشَةَ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَانَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ، وَيُثِيبُ عَلَيْهَا»¹.

وجه الاستدلال بهذا الأحاديث أنها نص في التمييز بين الهدية والصدقة²، وأن هذه الأخيرة إنما يتيغها وجه المولى - عز شأنه وعلا - عكس الهدية التي يُراد بها المكافأة والعوض، فدل هذا على أن هبة العَقَّار بشرط العوض جائزة، ويرجع في ذلك إلى العرف إذا لم يوجد شرط بتعيينه؛ هذا فضلاً عن مداومته عليه السلام على إثابة من يهديه، على ذلك وبحسب ابن القصار، فإنَّ "الحجة لمالك أن النبي عليه السلام، كان يقبل الهدية ويثيب عليها، والاقتداء به واجب؛ لقوله تعالى: (لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة) [الأحزاب: 21]"³.

- الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"⁴.

وجه الاستدلال بهذا الحديث دلالة بيّنة على صحة عقد هبة العَقَّار بشرط الثواب، ذلك أن الحديث تضمن معنى الثبات الذي لا يرجع عنه طالما كان هذا الشرط لم يحلل حراماً ولم يحرم حراماً.

أما الاستدلال بالأثر، فقد احتج أنصار هذا المذهب بآثار كثيرة سبق التعرض لها، لعل أهمها:

- قول عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - قال: "من وهب هبةً، يرى أنه أراد بها صلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة أراد بها الثواب، فهو على هبته، يرجع فيها إذا لم يرض منها"⁵.

¹ - سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخمي الشامي، أبو القاسم الطبراني، المعجم الأوسط، ت: طارق بن عوض الله بن محمد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ج8، دار الحرمين، القاهرة، د. س. ط. ص. 82، حديث رقم: 8031.

² - على أن الحديث "يدل على قبول الهدية، وإنما لم يأكل صلى الله عليه وسلم من الصدقة لأنها لا تحل له. قال ابن بطال: لأنها أوساخ الناس لأن أخذ الصدقة منزلة دنية لقوله صلى الله عليه وسلم اليد العليا خير من اليد السفلى، وأيضاً لا تحل الصدقة للأغنياء وقد قال تعالى {ووجدك عائلاً فأغنى}، ومحل ذلك إذا ظل الشيء على صفة الصدقة، أما إذا تصدق به على شخص فأهداه للرسول صلى الله عليه وسلم حل له أكله. أنظر: موسى شاهين لاشين، المرجع السابق، ص. 29.

³ - ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، المرجع السابق، ص. 96.

⁴ - أنظر في تخرجه: محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي، شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبي في شرح المجتبى»، ج27، دار آل بروم للنشر والتوزيع، د. ب. ط. 2003، ص. 254.

⁵ - أنظر في هذا الأثر: محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي، شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبي في شرح المجتبى»، ج30، دار آل بروم للنشر والتوزيع، د. ب. ط. 2003، ص. 220.

- ماروي عن ابن وهب أنه قال: "وَكَانَ رَيْعُهُ وَغَيْرُهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ: إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ عَلَى وَجْهِ الْإِثَابَةِ ابْتِغَاءَ الْعَوَضِ فَصَاحِبُهَا أَحَقُّ بِهَا مَا لَمْ يُعَوِّضْ مِنْهَا ..."¹.

وجه الاستدلال بما سبق عرضه من آثار إنما يؤكد على صحة عقد هبة العقار بشرط العوض، وهو ما يتجلى في قول أبي الدرداء - رضي الله عنه - دين له في حياته وبعد موته.

أضف إلى ما سبق استدلالهم بطريق المعقول من وجهين:

الأول: إعتبارها معاوضة على بدل معلوم فتصح كالبيع، والثاني: الإعتداد بكون هبة العقار بشرط ثواب مجهول صحيحة؛ لكونه شرط ما يقتضيه العقد.²

قال الشيرازي في المهذب: "... وإن شرط عوضاً مجهولاً لم تبطل لأنه شرط ما يقتضيه العقد لأن العقد على هذا القول يقتضي عوضاً مجهولاً ..."³.

هذا، وقد نوقشت أدلة الجمهور القائل بصحة وجواز عقد هبة العقار بشرط عوض مجهول بما يلي:

- الإحتجاج بالآية الكريمة "وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا"⁴ احتجاج خارج محل النزاع كون أن هذا النص ورد في رد السلام⁵، كما أن الاستدلال بالآية الكريمة (وما آتيتم من ربا ...) السالفة الذكر لا يدل على الوجوب.

- وقد تم الرد على هذا القول من ناحيتين:

الأولى: "قد يجوز أن تحمل هذه الآية على الهبة إذا كانت للثواب، فمن وهب له هبة على الثواب فهو بالخيار إن شاء ردّها وإن شاء قبلها وأثاب عليها قيمتها"⁶.

¹ - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج 4، المرجع السابق، ص. 413.

² - أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج 15، المرجع السابق، ص. 386.

³ - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المرجع السابق، ص. 336؛ هو نفس ما أكده النووي في روضة الطالبين بقوله: "... وإن قلنا: تقتضيه، صح، وهو تصريح بمقتضى العقد، هذا هو المذهب، وبه قطع الجمهور". أنظر: أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 5، المرجع السابق، ص. 387.

⁴ - سورة النساء، الآية: 86.

⁵ - قال القرطبي: "والصحيح أن التحية هاهنا السلام لقوله تعالى "وإذا جاؤك حيّوك بما لم يحيك به الله {المجادلة: 8}" . أنظر: أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 5، المرجع السابق، ص. 299.

⁶ - وهو قول ابن خويز منداد، أنظر: المرجع نفسه، ص. 298.

- "وَرُودُهَا فِي السَّلَامِ لَا يَمْنَعُ دَلَالَتَهَا عَلَى مَحَلِّ النَّزَاعِ، لِأَنَّ الْعَبْرَةَ بِعُمُومِ اللَّفْظِ لَا بِخُصُوصِ السَّبَبِ"¹.

- القول بأنّ حديث عبد الرحمن بن علقمة، يتضمن أبو بكر بن عيَّاش وعبد الملك بن محمد بن بشر وكلاهما ضعيف، ومن ثمّ لم يجز الاحتجاج به، ذلك أنّه وعلى حدّ قول ابن حزم "نَظَرْنَا فِي خَبَرِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عُلْقَمَةَ: فَوَجَدْنَاهُ لَا خَيْرَ فِيهِ، فِيهِ: أَبُو بَكْرٍ بْنُ عِيَّاشٍ، وَعَبْدُ الْمَلِكِ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ بَشِيرٍ، وَكِلَاهُمَا ضَعِيفٌ، وَلَا يُعْرَفُ لِعَبْدِ الْمَلِكِ سَمَاعٌ مِنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عُلْقَمَةَ.

وَفِيهِ أَيْضًا: أَبُو حُدَيْفَةَ، فَإِنْ كَانَ إِسْحَاقُ بْنُ بَشِيرٍ النَّجَّارِيُّ فَهُوَ هَالِكٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْهُ فَهُوَ بِجَهْلٍ - فَسَقَطَ جُمْلَةً، وَلَمْ يَحِلَّ الْإِحْتِجَاجُ بِهِ.

ثُمَّ لَوْ صَحَّ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ فِيهِ حُجَّةٌ أَصْلًا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ ذِكْرٌ لِهَيْبَةِ الثَّوَابِ أَصْلًا وَلَا لِلرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ بِوَجْهِهِ مِنَ الْوُجُوهِ، وَإِنَّمَا فِيهِ: أَنَّ الْهَدِيَّةَ يُبْتَغَى بِهَا وَجْهَ الرَّسُولِ وَقَضَاءُ الْحَاجَةِ

أَمَّا قَوْلُهُمْ "لَهُ مَا ابْتَغَى" فَجُنُودٌ، نَاهِيكَ بِهِ؛ لِأَنَّ فِي هَذَا الْخَبَرِ: أَنَّهُ ابْتَغَى قَضَاءَ حَاجَتِهِ، وَمَنْ لَهُ بِذَلِكَ؟ وَقَدْ تُقْضَى وَلَا تُقْضَى، لَيْسَ لِلْمَرْءِ مَا نَوَى فِي الدُّنْيَا: إِنَّمَا هَذَا مِنْ أَحْكَامِ الْآخِرَةِ فِي الْجَزَاءِ فَقَطُّ.

ثُمَّ نَقُولُ: إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ صَانَ نَبِيَّهٖ - عَلَيْهِ السَّلَامُ - عَنْ أَنْ يُصَوَّبَ أَنْ يُجِيزَ أَكْلَ هَدِيَّةٍ لَمْ يَبْتَغَ بِهَا مُهْدِيَهَا وَجْهَ اللَّهِ تَعَالَى، وَإِنَّمَا قَصَدَ قَضَاءَ حَاجَتِهِ فَقَطُّ وَوَجْهَ الرَّسُولِ، وَهَذِهِ هِيَ الرَّشْوَةُ الْمَلْعُونَةُ قَابِلُهَا وَمُعْطِيهَا فِي الْبَاطِلِ، فَلَاخ - مَعَ تَعَرِّي هَذَا الْخَبَرِ - عَنْ أَنْ يَكُونَ لَهُمْ فِيهِ مُتَعَلِّقٌ، مَعَ أَنَّهُ خَبَرٌ سُوءٌ مَوْضُوعٌ بِلَا شَكٍّ².

ورُدّ على هذا القول بأنّ هذا الحديث قد تقوَّيه أحاديث مماثلة تدلّ على أنّ الصّدقة محرّمة على النبيّ - صلى الله عليه وسلّم - خلافاً للهدية.

- حديث عائشة رضي الله عنها بكون أنّ الرسول - صلى الله عليه وسلّم - كان يقبل الهدية ويثيب عليها، معلول بالإرسال، كون أنّه قد يقال إنّما فعله عليه الصلّاة والسلام لما فطر عليه من مكارم أخلاقه لا

¹ - وهو قول القرافي، أنظر: أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرافي، الدّخيرة، ج6، المرجع السّابق، ص. 272.

² - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطّاهري، المحلّى، ج9، المرجع السّابق، ص. 131.

لوجوبه في الأصل¹.

أمّا فيما يتعلّق بحديث "المسلمون عند شروطهم" فلقد ناقش ابن حزم استدلاله من أوجهه المتعدّدة كالآتي:

- أولها: "أَنَّهُ كَلَامٌ لَمْ يَصِحَّ قَطُّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَلَا رَوَاهُ مَنْ فِيهِ خَيْرٌ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا هِيَ مِنْ رِوَايَةِ كَثِيرِ بْنِ زَيْدٍ - وَهُوَ سَاقِطٌ مُطَرِّحٌ - أَوْ مُرْسَلٌ"².

رُدّ على هذا الادّعاء بأنّ كثير بن زيد مصدق من لدن أبوزرعة الذي قال فيه: صدوق، ووثّقه ابن معين، وفيه الوليد بن رباح وهو صدوق أيضاً، كما روي من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي - أيضاً - وهو أهل ثقة، وهذا فضلاً عن تلك الأحاديث والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقلّ أحوالها أن يكون الموضوع الذي اجتمعت عليه حسناً³.

الثاني: إذا كانوا قد أبطلوا كثيراً من العقود بكثير من الشّروط، فقد أبطلوا من ثمة استدلالهم بالحديث القاضي بكون "المسلمون عند شروطهم"⁴ فجاز القول - بعد ذلك - بأنّ المسلمين ليسوا عند شروطهم على الجملة.

¹ - محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عزّ الدين، المعروف كأسلافه بالأمر، سبل السلام، ج2، دار الحديث، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 131.

² - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص. 119.

³ - جاء في نيل الأوطار "الحديث أخرجه أيضاً الحاكم وابن جبان، وفي إسناده كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف عن أبيه وهو ضعيف جداً قال فيه الشافعي وأبو داود: هو زكّي من أركان الكذب وقال النسائي: ليس بثقة وقال ابن جبان: له عن أبيه عن جدّه نسخة موضوعة، وتركه أحمد وقد نوّش الترمذي في تصحيح حديثه قال الذهبي: أمّا الترمذي فروى من حديثه «الصُّلَحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ» وصحّحه، لهذا لا يعتمد العلماء على تصحيحه وقال ابن كثير في إرشاده: قد نوّش أبو عيسى، يعني: الترمذي في تصحيحه هذا الحديث وما شاكله انتهى واعتذر له الحافظ فقال: وكأنّه اعتبر بكثرة طرقه، وذلك لأنّه رواه أبو داود والحاكم من طريق كثير بن زيد عن الوليد بن رباح عن أبي هريرة، قال الحاكم: على شرطهما، وصحّحه ابن جبان وحسنه الترمذي وأخرجه أيضاً الحاكم من حديث أنس وأخرجه أيضاً من حديث عائشة وكذلك الدارقطني وأخرجه أحمد من حديث سليمان بن بلال عن العلاء عن أبيه عن أبي هريرة وأخرجه ابن أبي شيبة عن عطاء مرسلاً وأخرج البيهقي مؤثراً على غمر كتبه إلى أبي موسى وقد صرح الحافظ بأنّ إسناده حديث أنس وإسناده حديث عائشة وإيمان وضعف ابن حزم حديث أبي هريرة، وكذلك ضعّفه عبد الحق وقد روي من طريق عبد الله بن الحسين المصيصي وهو ثقة، وكثير بن زيد المدكور، قال أبو زرعة: صدوق، ووثّقه ابن معين والوليد بن رباح: صدوق أيضاً ولا يخفى أنّ الأحاديث المذكورة والطرق يشهد بعضها لبعض، فأقلّ أحوالها أن يكون المثل الذي اجتمعت عليه حسناً". أنظر: محمد بن علي بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج5، المرجع السابق، ص. 304.

⁴ - "يعني المسلمون هم الذين يثبتون عند شروطهم، وأراد بالشروط: الشروط الجائزة في الدين لا الشروط الفاسدة". أنظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ج14، المرجع السابق، ص. 365.

"فَإِذَا لَا شَكَّ فِي ذَلِكَ وَلَا خِلَافَ، فَقَدْ أَفْصَحَ رَسُولُ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - بِأَنَّ «كُلَّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ»، فَصَحَّ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ لَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَشْتَرِطُوا شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ"¹.

رُدَّ على هذا القول: بأنَّ ما أبطل، إنما كان ذلك في الشُّروط الفاسدة بخلاف نظيرتها الجائزة المحققة لمصلحة المتعاقدين وغير المنافية لمقصود الشارع، يؤكد ذلك ما ساقه المُنْذِرِيُّ ففي بستان الأحبار بقوله: "وَهَذَا فِي الشُّرُوطِ الْجَائِزَةِ دُونَ الْفَاسِدَةِ، وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا. قَوْلُهُ: «إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَالًا» إِلَى آخِرِهِ، وَيُؤَيِّدُهُ مَا ثَبَتَ فِي حَدِيثِ بَرِيرَةَ مِنْ قَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : «كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ» وَحَدِيثُ: «مَنْ عَمِلَ عَمَلًا لَيْسَ عَلَيْهِ أَمْرُنَا فَهُوَ رَدٌّ»²، ومثاله هبته الدار شريطة عدم سكنها أو الأرض شرط عدم زراعتها.

الثالث: "إِنَّ هَذَا اللَّفْظَ لَوْ صَحَّ لَكَانَ لَا يَجُوزُ أَنْ يُضَافَ إِلَى الْمُسْلِمِينَ مِنَ الشُّرُوطِ فَيُقَالُ: شُرُوطُ الْمُسْلِمِينَ وَالْمُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا فِي الشُّرُوطِ الْجَائِزَةِ، لَا فِي الشُّرُوطِ الْمَنْهِيَّةِ عَنْهَا.

وَقَدْ صَحَّ نَهْيُ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - عَنْ كُلِّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ وَإِبْطَالِهِ إِيَّاهُ إِذَا وَقَعَ - فَصَحَّ أَنَّ شُرُوطَ الْمُسْلِمِينَ إِنَّمَا هِيَ الشُّرُوطُ الْمَنْصُوصَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى، وَسُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ - الْمُفْتَرَضِ اتِّبَاعُهَا فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى.

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَعْلَمَ أَحَدٌ جَوَازَ شَرْطٍ إِلَّا بِوُرُودِ النَّصِّ بِجَوَازِهِ، وَإِلَّا فَالْنَّصُّ قَدْ وَرَدَ بِإِبْطَالِ كُلِّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى - فَوَضَحَ الْأَمْرُ فِي بُطْلَانِ هَبَةِ الثَّوَابِ بِإِبْطَالِ كُلِّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى - فَوَضَحَ الْأَمْرُ فِي بُطْلَانِ هَبَةِ الثَّوَابِ"³.

-الإدعاء بكون هذه الهبة عقد بيع هذا باطل؛ "لِأَنَّ الْبَيْعَ لَا يَجُوزُ بِغَيْرِ ثَمَنِ مَذْكُورٍ، وَلَا بِثَمَنِ جَهْلٍ، وَهَبَةُ الثَّوَابِ لَمْ يُذَكَّرْ ثَوَابُهَا، وَلَا عُرْفٌ، فَهِيَ إِنْ كَانَتْ بَيْعًا فَهِيَ بَيْعٌ فَاسِدٌ حَرَامٌ خَبِيثٌ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ بَيْعًا فَقَدْ بَطَلَ حُكْمُهُمْ لَهَا بِحُكْمِ الْبَيْعِ"⁴.

تمت الإجابة على ذلك بالقول بأنها هبة ابتداءً بيعٌ انتهاءً، وأما العوض فالمرجع في بيانه لقرائن العرف

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص. 131.

² - فيصل بن عبد العزيز بن فيصل ابن حمد المبارك الحريملي التجدي، بستان الأحبار مختصر نيل الأوطار، ج2، دار إشبيلية للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 1998، ص. 85.

³ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطاهري، المحلى، ج9، المرجع نفسه، ص. 131.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصفحة.

والعادة كما أسلف القول إليه ابتداء.

القول الثاني: قضى ببطان عقد هبة العقار بشرط ثواب مجهول ومن أنصاره الشافعية ومن اقتفى أثرهم من الحنابلة، وكذا أبو داود الظاهري، وأبو ثور، وساقه ابن حزم عن هذا الأخير وغيره¹.

وقد احتجوا لقولهم هذا بأدلة من الكتاب والآثار والمعقول كالأتي:

فمن الكتاب كان استدلالهم بآيتين كريمتين؛ الأولى: قوله عز وجل: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّا لَيْرُتُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرُتُو عِنْدَ اللَّهِ...﴾².

وجه الاستدلال بهذا النص واضح الدلالة على بطلان عقد هبة العقار بشرط العوض؛ كون أن "... هبة الرجل يُريد أن يُتَابَ أَفْضَلَ مِنْهُ، فَذَلِكَ الَّذِي لَا يَرُتُو عِنْدَ اللَّهِ، وَلَا يُؤْجَرُ عَلَيْهِ صَاحِبُهُ، وَلَا إِيَّاهُ عَلَيْهِ. قَالَ عَلِيٌّ: هَذَا إِذَا أَرَادَهُ بِقَلْبِهِ وَأَمَّا إِذَا اشْتَرَطَهُ فَعَيْنُ الْبَاطِلِ وَالْإِثْمِ"³.

واستدلالاً على نفس الحكم روي عن "الرَّبْرِقَانِ عَنْ أَبِي رَزِينٍ {وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبِّا لَيْرُتُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرُتُو عِنْدَ اللَّهِ} [الرُّوم: 39] قَالَ: مَا أُعْطِيَتْ مِنْ شَيْءٍ تُرِيدُ بِهِ عَرَضَ الدُّنْيَا، أَوْ تُتَابَ عَلَيْهِ لَمْ يَصْعَدْ إِلَى اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ: {وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ} [الرُّوم: 39] قَالَ: مَا أُعْطِيَتْ مِنْ هَدِيَّةٍ لَوْجَهُ اللَّهُ تَعَالَى فَهُوَ الَّذِي يَصْعَدُ"⁴.

الثانية: قول العزيز: ﴿وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ﴾⁵.

وجه الاستدلال بهذا النص ظاهر على بطلان عقد هبة العقار بشرط الثواب على اعتبار أن المولى أورد نهيًا فيه عن منح الهدية يلتمس بها أفضل منها.

قال صاحب توضيح الأحكام: "يعني لا تعط العطية تطلب بإعطائها أكثر منها عوضاً"⁶.

¹ - أنظر في مختلف الأقوال: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهدب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج 15، المرجع السابق، ص. 389؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعاعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، ج 6، المرجع السابق، ص 331؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 118 وما يليها؛ أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 550.

² - سورة الرُّوم، الآية: 39.

³ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع نفسه، ص. 120.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصفحة.

⁵ - سورة المدثر، الآية: 6.

⁶ - أبو عبد الرحمن عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح بن حمد بن محمد بن إبراهيم البسام التميمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج 5، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2003، ص. 132.

جاء في المحلى: "وَلَا يَجُوزُ هِبَةٌ يُشْتَرَطُ فِيهَا الثَّوَابُ أَصْلًا، وَهِيَ فَاسِدَةٌ مَرْدُودَةٌ؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَهُوَ بَاطِلٌ، بَلْ فِي الْقُرْآنِ الْمَنْعُ مِنْهُ بِعَيْنِهِ قَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ: {وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ} [المدثر: 6] وَهُوَ قَوْلُ جُمُهورٍ مِنَ السَّلَفِ".

أما من حيث الآثار فلقد احتج أصحاب هذا القول بعدد الآثار الماثورة والمروية كالاتي:

جاء في المحلى: "مِنْ طَرِيقِ إِسْمَاعِيلَ بْنِ إِسْحَاقَ الْقَاضِي حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ نَا مُحَمَّدُ بْنُ ثَوْرٍ عَنْ مَعْمَرٍ عَنْ قَتَادَةَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ} [المدثر: 6] قَالَ: لَا تُعْطِ شَيْئًا لِثَنَابٍ أَفْضَلَ مِنْهُ.

قَالَ مَعْمَرٌ: وَقَالَ طَاوُسٌ أَيْضًا - وَقَالَ الْحَسَنُ: لَا تَمْنُنْ عَطِيَّتَكَ، وَلَا عَمَلَكَ، وَلَا تَسْتَكْثِرُ.

وَبِهِ إِلَى إِسْمَاعِيلَ حَدَّثَنَا نَصْرُ بْنُ عَلِيٍّ الْجَهْضِيُّ أَخْبَرَنِي أَبِي عَنْ هَارُونَ عَنْ أَبِي رَجَاءٍ عَنْ عِكْرِمَةَ {وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ} [المدثر: 6] قَالَ: لَا تُعْطِ مَالًا مُصَانَعَةً رَجَاءً أَفْضَلَ مِنْهُ مِنَ الثَّوَابِ مِنَ الدُّنْيَا¹.

وَمِنْ طَرِيقِ عَبْدِ بْنِ حُمَيْدٍ حَدَّثَنَا مُحَمَّدُ بْنُ الْفَضْلِ هُوَ عَارِمْ - عَنْ يَزِيدَ بْنِ زُرَيْعٍ عَنْ أَبِي رَجَاءٍ سَمِعْتُ عِكْرِمَةَ فِي قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى: {وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ} [المدثر: 6] قَالَ: لَا تُعْطِ شَيْئًا لِتُعْطَى أَكْثَرَ مِنْهُ.

وَمِنْ طَرِيقِ عَبْدِ بْنِ حُمَيْدٍ حَدَّثَنَا هَاشِمُ بْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَبِي مُعَاوِيَةَ عَنْ مَنْصُورِ بْنِ الْمُعْتَمِرِ عَنْ مُجَاهِدٍ وَإِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ، قَالَا جَمِيعًا: لَا تُعْطِ شَيْئًا لِتُصِيبَ أَفْضَلَ مِنْهُ ... وَبِهِ إِلَى ابْنِ الْجَهْمِ حَدَّثَنَا أَبُو بَكْرِ النَّرْسِيُّ حَدَّثَنَا عَبْدُ اللَّهِ بْنُ مُوسَى حَدَّثَنَا إِسْرَائِيلُ عَنْ السُّدِّيِّ عَنْ أَبِي مَالِكٍ قَالَ: لَا تُعْطِ الْأَعْيَاءَ لِتُصِيبَ أَفْضَلَ مِنْهُ.

وَبِهِ إِلَى ابْنِ الْجَهْمِ حَدَّثَنَا أَحْمَدُ بْنُ فَرَجٍ حَدَّثَنَا الْهَرَوِيُّ حَدَّثَنَا الْعَلَاءُ بْنُ عَبْدِ الْجَبَّارِ حَدَّثَنَا نَافِعٌ عَنْ الْقَاسِمِ بْنِ أَبِي بَرَّةٍ قَالَ: لَا تُعْطِ شَيْئًا تَطْلُبُ أَكْثَرَ مِنْهُ².

وأما الاستدلال بالمعقول فلقد احتج به من أوجه متعددة منها:

- إعتبار العوض بأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم تصح كالبيع، قال البهوتي مبيناً: "(وإن شرط) في الهبة (ثوباً مجهولاً لم تصح الهبة)؛ لأنه عوض مجهول في معاوضة، فلم تصح كالبيع (وحكمها) أي: الهبة

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الطاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 119.

² - نفس المرجع، ص. 120.

بثواب مجهول (حكم البيع الفاسد)¹.

- إعتبار جهالة العوض تمنع صحة العقد في كلا الوصفين، بحيث يتعدّر صحّته بيعاً لجهالة العوض، كما يتعدّر صحّته هبة لذكر العوض؛ كونها لا تقتضيه.

قال الشّرّيني في هذا الشأن: "... (أَوْ) بِشَرَطِ ثَوَابٍ (مَجْهُولٍ) كَوَهْبَتِكَ هَذَا الْعَبْدُ بِثَوْبٍ (فَالْمَذْهَبُ بِطُلَانُهُ)، أَيْ الْعَقْدُ لِتَعْدُرِ صِحَّتِهِ بَيْعًا لَجَهَالَةِ الْعَوْضِ وَلِتَعْدُرِ صِحَّتِهِ هَبَةً لِذِكْرِ الثَّوَابِ بِنَاءً عَلَى أَنَّهَا لَا تَقْتَضِيهِ"².

وأكد النووي نفس المعنى فقال: "... أو بشرط ثواب مجهول، فالمذهب بطلانه لتعدّر صحّته بيعاً لجهالة العوض، وهبة لذكر الثواب بناء على الأصحّ أنّها لا تقتضيه"³.

- إعتبار هبة العقار باطلة لاشتراط ما ينافيها على اعتبار أنّ هذا شرط يخالف مقتضى العقد فيكون مبطلاً إيّاه⁴.

جاء المبسوط: "وَفِي أَحَدِ أَقَاوِيلِ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ -: هُوَ فَاسِدٌ؛ لِأَنَّ هَذَا شَرَطٌ يُخَالِفُ مُقْتَضَى الْعَقْدِ، فَيَكُونُ مُبْطَلًا لِلْعَقْدِ، وَبَيَانُهُ: أَنَّ عَقْدَ الْهَبَةِ عَقْدٌ تَبَرُّعٌ، وَاشْتِرَاطُ الْعَوْضِ فِيهِ يُخَالِفُ مُقْتَضَاهُ. وَزُفِرَ - رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى - يَقُولُ: هَذَا تَمْلِيكَ مَالٍ بِمَالٍ شَرَطًا، وَكَانَ بَيْعًا فَاسِدًا ابْتِدَاءً كَمَا لَوْ عَقَدَ بِلَقْظِ الْبَيْعِ، أَوْ التَّمْلِيكِ؛ وَهَذَا لِأَنَّ فِي الْعُقُودِ يَعْتَبَرُ الْمَقْصُودُ، وَعَلَيْهِ يَنْبَنِي الْحُكْمُ"⁵.

- "إحتجّ الكوفي بأنّ موضوع الهبة التبرّع، فلو أوجبنا فيها العوض لبطل معنى التبرّع وصارت في معنى المعاوضات، والعرب قد فرقت بين لفظ البيع ولفظ الهبة، فجعلت لفظ البيع على ما يستحقّ فيه العوض والهبة بخلاف ذلك"⁶، هذا فضلاً عن أنّ "الهبة للثواب باطلة لا تنفعه، لأنّها بيع بضمن مجهول"⁷.

¹ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، ج4، المرجع السابق، ص. 300.

² - شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّرّيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج3، المرجع السابق، ص. 522.

³ - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذّب ((مع تكملة السبكي والمطيعي))، ج15، المرجع السابق، ص. 389.

⁴ - أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، المغني، ج6، المرجع السابق، ص. 331.

⁵ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 79.

⁶ - أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدّين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج14، المرجع السابق، ص. 39.

⁷ - نفس المرجع ونفس الصّفحة..

- بطلان هبة العقار بشرط الثواب على اعتبار أنّ تقدير العوض فيها يجعلها بيعاً، والبيع بلفظ الهبة باطل على حدّ تعبير الماوردي: "إِنَّ الْهَبَةَ بِشَرْطِ الثَّوَابِ بَاطِلَةٌ، وَالشُّفْعَةُ فِيهَا سَاقِطَةٌ لِأَنَّ تَقْدِيرَ الْعُوضِ فِيهَا يَجْعَلُهَا بَيْعًا وَابْتِيعُ بِلَفْظِ الْهَبَةِ بَاطِلٌ"¹.

قال صاحب فتح الباري معللاً هذا القول: "وبه قال الشافعي في القديم وقال في الجديد كالحنفية الهبة للثواب باطلة لا تتعقد؛ لأنها بيع بضمن مجهول ولأنّ موضوع الهبة التبرّع فلو أبطلناه لكان في معنى المعاوضة وقد فرّق الشّرع والعرف بين البيع والهبة فما استحقّ العوض أطلق عليه لفظ البيع بخلاف الهبة"².

على أنّ مختلف الاستدلالات السابق عرضها والقائل بها الشافعية - ومن اقتفى أثرهم - والقاضية ببطلان عقد هبة العقار بشرط ثواب مجهول، نوقشت كالاتي:

- الإعتداد بكون الآية الكريمة (ولا تمنن تستكثر) متعلّقة بالهبة أمرٌ غير مسلمّ به؛ على اعتبار أنّ هناك من المفسّرين من أدلى بتفاسير أخرى في معنى الآية، ومنها ما أورده الطّبري في جامع البيان بقوله: "قال: حدّثنا مهران، عن سفيان، عن رجل، عن الضحّاك بن مزاحم (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) قال: هي للنبيّ صلّى الله عليه وسلّم خاصّة، وللناس عامّة مؤسّع عليهم. وقال آخرون: بل معنى ذلك: ولا تمنن عملك على ربّك تستكثر. ذكر من قال ذلك: حدّثنا مجاهد بن موسى، قال: حدّثنا يزيد، قال: حدّثنا سفيان بن حسين، عن الحسن، في قوله: (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) قال: لا تمنن عملك تستكثره على ربّك.

حدّثنا محمّد بن بشّار، قال: حدّثنا هوزة، قال: حدّثنا عوف، عن الحسن (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) قال: لا تمنن تستكثر عملك.

حدّثنا ابن حميد، قال: حدّثنا يحيى بن واضح، قال: حدّثنا يونس بن نافع أبو غانم، عن أبي سهل كثير بن زياد، عن الحسن (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) يقول: لا تمنن تستكثر عملك الصّالح.

حدّثنا ابن حميد، قال: حدّثنا مهران، عن سفيان، عن أبي جعفر، عن الربيع بن أنس (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) قال: لا يكتر عملك في عينك، فإنّه فيما أنعم الله عليك وأعطاك قليل.

وقال آخرون: بل معنى ذلك: لا تضعف أن تستكثر من الخير. ووجّهوا معنى قوله: (وَلَا تَمْنُنْ) أي لا تضعف، من قولهم: حبلٌ منين: إذا كان ضعيفاً.

¹ - أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 232-233.

² - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، المرجع السابق، ص. 210.

حدَّثنا أبو حميد بن المغيرة الحمصي، قال: حدَّثنا عبد الله بن عمرو، قال: حدَّثنا حمد بن سلمة، عن خَصِيف عن مجاهد، في قوله: (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) قال: لا تضعف أن تستكثر من الخير، قال: تمنن في كلام العرب: تضعف. وقال آخرون في ذلك: لا تمنن بالنبوة على الناس، تأخذ عليه منهم أجراً. ذكر من قال ذلك: حدَّثني يونس، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: قال ابن زيد، في قوله: (وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ) قال: لا تمنن بالنبوة والقرآن الذي أرسلناك به تستكثرهم به، تأخذ عليه عوضاً من الدنيا.

وأولى هذه الأقوال عندي بالصواب في ذلك قول من قال: معنى ذلك: ولا تمنن على ربك من أن تستكثر عملك الصالح¹.

يضيف الطبري معقّباً: "وإنما قلت ذلك أولى بالصواب، لأن ذلك في سياق آيات تقدّم فيها أمر الله نبيه صلى الله عليه وسلم بالجدّ في الدعاء إليه، والصبر على ما يلقى من الأذى فيه، فهذه بأن تكون من أنواع تلك، أشبه منها بأن تكون من غيرها. وذكر عن عبد الله بن مسعود أن ذلك في قراءته (ولا تمنن أن تستكثر) ..."².

- رُدَّ على التأويلات المحللة أعلاه بأن "هَذَا لِلنَّبِيِّ خَاصَّةً، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُعْطِيَ إِلَّا لِلَّهِ، وَلَمْ يَكُنْ يُعْطَى لِيُعْطَى أَكْثَرُ مِنْهُ". وَقَالَ آخَرُونَ: إِنَّمَا عَنَى بِهَذَا: الرَّجُلُ يُعْطَى مَالَهُ الرَّجُلُ لِيُعِينَهُ بِنَفْسِهِ، وَيَخْدُمَهُ وَيَعُودَ عَلَيْهِ نَفْعُهُ، لَا لِيَطْلُبَ أَجْرًا مِنَ اللَّهِ ..."³.

تمّ معارضة هذا القول من لدن ابن العربي بقوله: "[الآية الرابعة قوله تعالى ولا تمنن تستكثر]، المدثر: 6] فيها أربع مسائل: المسألة الأولى: ذكر المفسرون فيها ستة أقوال: الأول لا تعط عطية فتطلب أكثر منها؛ روي عن ابن عباس؛ الثاني: لا تعط الأغنياء عطية لتصيب منهم أضعافها. الثالث: لا تعط عطية تنتظر ثوابها. الرابع: ولا تمنن بالنبوة على الناس تأخذ أجراً منهم عليها. الخامس: لا تمنن بعملك [تستكثره] على ربك؛ قاله الحسن السادس لا تضعف عن الخير أن تستكثر منه.

المسألة الثانية هذه الأقوال يتقارب بعضها، وهي الثلاثة الأولى؛ فأما قوله: "لا تعط عطية فتطلب أكثر منها"، فهذا لا يليق بالنبي - صلى الله عليه وسلم - ولا يناسب مرتبته ...

¹ - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ت: أحمد محمد شاكر، ج23، مؤسسة الرسالة، د. ب. ط، ط1، 2000، ص. 16.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

³ - محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ت: عبد الله بن عبد المحسن التكريب بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن يمامة، ج18، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، د. ب. ط، ط1، 2001، ص. 505.

وقد روى أبو داود وغيره عن عائشة «أن النبي - صَلَّى الله عليه وسلم - كان يقبل الهدية، ويثيب عليها». وفي الصحيح في الحديث واللفظ للبخاري قال - صَلَّى الله عليه وسلم -: «لو دعيت إلى كراع لأجبت، ولو أهدي إلي ذراع لقبلت». ولفظه مختلف فكان يقبلها سنة، ولا يستكثرها شرعة؛ وإذا كان لا يعطي عطية يستكثر بها فالأغنياء أولى بالإجتنا، لأنها باب من أبواب المذلة؛ وكذلك قول من قال: إن معناه لا تعط عطية تنتظر ثوابها؛ فإن الانتظار تعلق بالإطماع؛ وذلك في حيزه بحكم الإمتناع، وقد قال الله تعالى: {ولا تمدن عينيك إلى ما متعنا به أزواجا منهم زهرة الحياة الدنيا لنفتنهم فيه ورزق ربك خير وأبقى} [طه: 131].

وذلك جائز لسائر الخلق؛ لأنه من متاع الحياة الدنيا، وطلب الكسب فيها والتكاثر منها. وأما من قال: أراد به العمل، أي لا تستكثر به على ربك فهو صحيح؛ فإن ابن آدم لو أطاع الله عمره من غير فتور لما بلغ نعم الله بعض الشكر. وهذا كله بني على أصل¹.

وأتساقا مع ذلك، "قَالَ صَاحِبُ الْمُقَدِّمَاتِ: وَهِيَ حَرَامٌ عَلَى النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِقَوْلِهِ تَعَالَى {وَلَا تَمْنُنْ تَسْتَكْثِرُ} أَي لَا تَعْطِ شَيْئًا لِتَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْهُ لَشَرَفِ مَنْصَبِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - عَنْ ذَلِكَ لِمَا فِيهِ مِنَ الْمَسْكَنَةِ"².

- الإحتجاج بقوله عز وجل: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لِيَرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ﴾³، ثبت من خلاله أن هذه الآية تتضمن معنى الربا في قسمين:

أحدهما حلال وآخر حرام، فالربا المذكور في هذه الآية هو الربا الحلال، بخلاف الآخر الحرام الوارد ضمن سورة البقرة⁴.

"قال عكرمة في قوله تعالى: "وما آتيتم من ربا ليربوا في أموال الناس"، قال: الربا ربوان، ربا حلال وربا حرام، فأما الربا الحلال فهو الذي يهدى، يلتمس ما هو أفضل منه. وعن الضحاك في هذه الآية: هو الربا الحلال الذي يهدى ليثاب ما هو أفضل منه، لا له ولا عليه، ليس له فيه أجر وليس عليه فيه إثم. وكذلك قال ابن عباس: "وما آتيتم من ربا" يريد هدية الرجل الشيء يرجو أن يثاب أفضل منه، فذلك الذي لا يربو

¹ - القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، ت: محمد عبد القادر عطا، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، ص. 341-342.

² - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي، الذخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 273.

³ - سورة الزوم، الآية: 39.

⁴ - ضمن الآية: 275 في قول الباري: "وأحل الله البيع وحرم الربا".

عند الله ولا يؤجر صاحبه ولكن لا إثم عليه، وفي هذا المعنى نزلت الآية. قال ابن عباس وابن جبير وطاوس ومجاهد: هذه آية نزلت في هبة الثواب¹.

وفي نفس المعنى أكد صاحب الذخيرة: "وَلَا تُنْفَعُ مَقْهُومٌ فِي الْعُرْفِ وَالْعُرْفُ كَالشَّرْطِ وَيُشِيرُ إِلَيْهِ قَوْلُهُ تَعَالَى {وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رَبٍّ لَّا تَرْبُوا فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُوا عِنْدَ اللَّهِ} لِي لَا أَجْرَ لَهُ فَيَرْبُو فَبَقِيَ الْأَجْرُ وَلَمْ يُنْبِتِ إِلَّا لِمَنْ قَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ عَادَةُ الْعُرْفِ وَعَلَى الْإِبَاحَةِ"².

- الإعتداد بأن موضوع هبة العقار محض التبرع غير صحيح كون أن الهبة لو لم تقتض الثواب أصلاً لكانت في سياق معنى الصدقة، وليس الأمر كذلك على اعتبار أن الغالب من حال المهدي أنه يطلب الثواب وبخاصة لو كان فقيراً. قال ابن حجر في الفتح: "... وأجاب بعض المالكية بأن الهبة لو لم تقتض الثواب أصلاً لكانت بمعنى الصدقة وليس كذلك فإن الأغلب من حال الذي يهدي أنه يطلب الثواب ولا سيما إذا كان فقيراً"³.

وقد رد القرافي نفس الاستدلال فقال: "إِنْ أَرَدْتُمْ أَنَّ كُلَّ هِبَةٍ مَوْضُوعُهَا التَّبَرُّعُ فَهِيَ مُصَادَرَةٌ عَلَى مَحَلِّ النَّزَاعِ لِأَنِّدَارِاجَهَا فِي هَذِهِ الْكُلِّيَّةِ، وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنَّ بَعْضَ الْهِبَاتِ كَذَلِكَ، فَمُسَلَّمٌ وَلَا يَضُرُّنَا ذَلِكَ لِأَنَّ عِنْدَنَا أَنَّ هِبَةَ الْأَدْنَى لِلْأَعْلَى مَوْضُوعَةٌ لِلْعَوَضِ وَالْأَعْلَى لِلْأَدْنَى لِلتَّبَرُّعِ بِشَهَادَةِ الْعُرْفِ، فَيَكُونُ لَعَهُ كَذَلِكَ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ النَّقْلِ وَالتَّغْيِيرِ"⁴.

- الإعتداد بأنه عوض مجهول فضلاً عن أن القول باشتراطه منافع لمقتضى العقد أمر غير مسلم به، ذلك أن العوض معلوم بالعرف والعادة وهو مما يقتضيه العقد على اعتبار أن العوض قد يكون مقصوداً من هبة الأجنب، وذلك أن الشخص قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإكراماً له، وقد يهب له طمعاً في المجازاة والمكافأة عرفاً وعادة.

على ذلك فقياس الهبة هنا على البيع قياس مع الفارق، ووجه هذا الأخير أن هبة العقار بشرط الثواب وإن خالطها العوض، فمرامه كذلك المكارمة والتودد، "فَلَمْ تَتَمَحَّضْ لِلْمُعَاوَضَةِ وَالْمُكَايَسَةِ وَالْعُرْفُ يَشْهَدُ لِذَلِكَ فَلِذَلِكَ جَازَ فِيهَا مِثْلُ هَذِهِ الْجَهَالَةِ وَالْعَرَرِ..."⁵.

¹ - أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج 14، المرجع السابق، ص. 36؛ وأنظر في نفس التفسير: جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ت: عبد الرزاق المهدي، ج 3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1422 هـ، ص. 424.

² - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 272-273.

³ - أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 5، المرجع السابق، ص. 210.

⁴ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج 6، المرجع نفسه، ص. 271-272.

⁵ - نفس المرجع، ص. 271. قال الماوردي في هذا الصدد: "فَإِنْ اشْتَرَطَهُ مَجْهُولًا صَحَّتِ الْهِبَةُ وَلَزِمَ الشَّرْطُ، لِأَنَّهُ يُوجِبُ الْعَقْدَ". أنظر: أبو

البند الرابع: القول المرجح في مسألة هبة العقار بشرط الثواب

بعد تناول أقوال الفقهاء وخلاصة استدلالاتهم بخصوص هبة العقار بشرط الثواب ومناقشتها، يتبين بأن إجماع مدارس الفقه المشهورة قد انعقد على صحة وجواز هبة العقار أن تكون بعوض كما يمكن أن تكون تبرعاً من غير عوض - وهذا هو الأصل -، مع اختلاف فيما بينهم في بعض أمورها الفرعية، هذا باستثناء داود الظاهري والإمام أبا ثور اللذين قضيا بعدم جواز هبة العقار بشرط الثواب مطلقاً، سواء أكان الثواب معيناً معلوماً أو كان مجهولاً، والحجة في ذلك أنها "فاسدة مردودة: لأن هذا الشرط ليس في كتاب الله - عز وجل - فهو باطل؛ ومما قال به ابن حزم في هذا الشأن: "وَلَا تَجُوزُ هِبَةٌ يُشْتَرَطُ فِيهَا الثَّوَابُ أَصْلًا، وَهِيَ فَاسِدَةٌ مَرْدُودَةٌ؛ لِأَنَّ هَذَا الشَّرْطَ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، فَهُوَ بَاطِلٌ، بَلْ فِي الْقُرْآنِ الْمَنْعُ مِنْهُ بِعَيْنِهِ"¹.

وقبل بيان الرّاجح من أقوال الفقهاء بخصوص هبة العقار بشرط الثواب، من المفيد تلخيص آرائهم بمجملتها كالآتي:

- ذهب الأحناف إلى أنّ هبة العقار بشرط العوض جائزة صحيحة²، بحيث يكون العوض لازماً للواهب والموهوب له إذا قبض الأول العوض، أمّا إذا لم يقبضه كان لكلّ منهما الرجوع حتى ولو قبض الموهوب له الهبة، على أنّه يشترط في العوض ما يشترط في الهبة فلا تتمّ إلاّ بالقبض، وينبغي أن يكون مفرزاً غير مشاع ولا فرق فيه أن يكون معادلاً للهبة أو أكثر أو أقلّ منها.

المحصّلة أنّ المعتبر في تملك العين سواء أكان بعوض أم بغيره أنّ هبة العقار بشرط الثواب صحيحة، فليس عدم العوض شرط في تحقيقها.

ومؤدّى هذا القول أنّ هبة العقار تتحقّق ولا يشترط فيها العوض، فهي هبة ابتداءً فتصحّ بالشروط

الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 551؛ الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 251؛ وقال النووي في ذات السياق: "... وإن شرط عوضاً مجهولاً لم تبطل، لأنه شرط ما يقتضيه العقد، لأنّ العقد على هذا القول يقتضي عوضاً مجهولاً...". أنظر: أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج 15، المرجع السابق، ص. 386-387.

¹ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 119.

² - أشار الباحث يوسف نؤاسة بخصوص صحة هبة الثواب عند الأحناف بالقول: "لم أجد عند الأحناف مصطلح "هبة الثواب" ولا قولاً بجوازها مطلقاً، إنّما يتكلمون عن الهبة بشرط العوض: فهذا الذي أجازوه كما هو مقرّر في مراجعهم، وقد قال المباركفوري - وهو حنفي - في "تحفة الأحوذى" وقال [أي الشافعي] في الجديد كالحنفية: الهبة للثواب باطلة لا تنعقد "... والحاصل أنّ الأحناف يقولون بجواز "هبة الثواب" في الحالة الثالثة المذكورة {يقصد الهبة بشرط ثواب معلوم} فقط، والله أعلم". أنظر: يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 78، هامش رقم: 3.

المقرّر لها فقها¹.

- وعند مالك وأصحابه تصحّ هبة العقار بشرط الثواب والعوض، ويعبر عن العوض بالثواب كما يطلق على هبة العقار حينئذ هبة العقار بشرط الثواب.

ويجب أن يكون شرط العوض أو الثواب مقارناً لصيغة الهبة كأن يقال أعطيتك هذا العقار على أن تنييني أو تعوّضي، ولا يشترط أن يعيّن جنس العوض وقدره على الصّحيح؛ بمعنى أن هبة العقار بشرط العوض تصحّ عند المالكية سواء أكان العوض معلوماً ومسمّى إبان العقد أو مجهولاً. مثاله في الأوّل وهبتك هذه الأرض على قنب لي هذه السيارة، والهبة بهذه الشّاكلة بيع من كلّ وجه فتسري عليها كلّ شروطه وتطبّق عليها مجمل أحكامه.

ومثال الثاني: أيّ العوض المجهول، أن يقال وهبت له هذا المنزل على أن تنييني أو تعوّضي عنه ونحو ذلك، وهذا جائز صحيح على المعتمد في المذهب، فإن قيل الطّرف الموهوب له ذلك استلزم عليه مكافأة الواهب بقيمة العقار الموهوب ولا يلزمه الزّيادة على القيمة، كما لا يلزم الواهب قبول ما دون القيمة²، وقد جعلوا هذا نظير التّفويض في عقد الزّواج، فكما أنّ الواجب هناك هو مهر المثل لعدم التّسمية، فالواجب هنا هو القيمة لعدم تعيين العوض.

ومتى عيّن أحدهما الثّواب وقيل به الآخر، فإنّه يلزم الموهوب له دفعه إذا قبل الهبة، وليس له الرجوع عن الثّواب بعد تعيينه وإن لم يقبض الهبة لأنّه التزم بتعيينه، فالعقد لازمٌ لكليهما سواء قبض الموهوب له العقار الموهوب أم لا، كما هو الحال في البيع بعد تطابق الإيجاب بالقبول. أمّا إذا كان الثّواب غير معيّن فلا يلزم العقد الواهب إلّا بقبض الشّيء الموهوب، ولا يلزم - من ثمة - الموهوب له إلّا بفوات الموهوب بعد

¹ - جاء في ردّ المختار " (قوله: بلا عوض) أي بلا شرط عوض فهو على حذف مضاف، لكنّ هذا يظهُر لو قال: بلا عوض كما في الكنز، لأنّ معنى مجّاناً عدم العوض لا عدم اشتراطه، على أنّه اعتزّضه الحمويّ كما في أبي السّعود بأنّ قوله: بلا عوض نصّ في اشتراط عدم العوض، والهبة بشرط العوض نقيضه فكيف يجتمعان، أي فلا يتمّ المراد بما ارتكبه، وهو شمول التعريف للهبة بشرط العوض؛ لأنّه يلزم خروجها عن التعريف حينئذٍ كما نَبّه عليه في العزمية أيضاً. قلت: والتّحقيق أنّه إن جعلت البناء للملازمة متعلّقة بمحذوف خالاً من " تمليك " لزم ما ذكر أمّا لو جعل المحذوف خبراً بعد خبر أي: هي كائنة بلا شرط عوض على معنى أنّ العوض فيها غير شرط بخلاف البيع والإجارة فلا يرد ما ذكر".

أنظر: ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، ردّ المختار على الدر المختار، ج 8، المرجع السابق، ص. 488.

² - يقول ابن حزمي في شأن هبة الثّواب: " هبة الثّواب على أن يكافئه الموهوب له، وهي جائزة خلافاً للشّافعي، والموهوب له مخير في قبولها أو ردّها، فإن قبلها فيحلّ أن يكافئه بقيمة الموهوب ولا يلزمه الزّيادة عليها ولا يلزم الواهب قبول ما دونها، ثمّ إنّه إن كافأه بدنانير أو دراهم لزمه قبولها، وإن كافأه بعروض لزمه قبولها خلافاً لأشهب، وإن اختلف الواهب والموهوب له في مقتضى الهبة نظر إلى شواهد الحال فإن كانت بين غنيّ وفقير فالقول قول الفقير مع يمينه، فإن لم يكن شاهد حال فالقول قول الواهب مع يمينه، وإذا أهدى فقير إلى غنيّ طعاماً عند قدومه من سفر أو شبهه فلا ثواب له عليه وحكم هبة الثّواب كحكم البيع يجوز فيها ما يجوز في البيوع ويمتنع فيها ما يمتنع فيها من النسيئة وغير ذلك ... ". أنظر: أبو القاسم، محمّد بن أحمد بن محمّد بن عبد الله، ابن حزمي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 242.

قبضه إيّاه بزيادة أو نقص فيه، إذ يمكنه أن يردّ الهبة إلى الواهب ولا يثبته عنها"¹.

- أمّا الشّافعية فقد قالوا بصحّة هبة العقار بشرط الثّواب شريطة أن يكون العوض معلوماً، وفي هذا الفرض تكون بيعاً ويثبت لها حكمه، وإذا شرط عوضاً غير معيّن كأن يقول الواهب وهبتك على أن تعوّضي وتثبني شقّة مثلاً، فإنّ الهبة تكون باطلة، فإذا قبضها كانت معاوضة بالشّراء الفاسد فيضمنها ضمان المغصوب.

كما أنّ الحنابلة رأوا بأنّ هبة العقار بشرط العوض تصحّ إذا كان العوض معلوماً غير مجهول، وتكون بيعاً يطبّق عليها أحكام البيع، فيثبت فيها الشّفعة إذا كان الموهوب له شخصاً مشفوعاً، هذا فضلاً عن الردّ بالعيب واللّزوم قبل القبض، وضمان الدّرك² ونحو ذلك، كونه تملك بعوض معلوم شبيه بما لو قال بعثتك أو ملّكتك بهذا.

أمّا إذا كان العوض مجهولاً فإنّ هبة العقار تكون غير صحيحة من الأصل، لأنّه عوض مجهول في معاوضة فلم تصحّ كالبيع، وحكم هبة العقار بشرط ثواب مجهول حكم البيع الفاسد يكون الموهوب له ضامناً لها إن قبضها، بما في ذلك قيمتها إن كانت قيمية، ويردّها الموهوب له إن بقيت بزيادتها المتّصلة والمنفصلة كونها نماء ملك للواهب³.

وكما هو الحال عند المالكية والشافعية في ثاني أقوالهم والأحناف إذا لم يوجد مانع للرجوع، ذهب الرّيدية إلى أنّه للواهب طلب ثواب الهبة المطلقة بعد قبض الموهوب إن لم يشهد عرف بضدّه بأن شهد له أو لم يشهد لاله ولا عليه، والمرجع في ذلك للعرف والعادة، فإن كان مثله يطلب الثّواب من الموهوب له فله ذلك، كهبة الفقير للغني والخادم للمخدوم ومثل ذلك⁴.

¹ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 641؛ وجاء في عقود التبرّع لابن شهبون: "ولا خلاف في المذهب أنّه إذا فأت الهبة، أنّ الواهب يجبر على قبول القيمة وليس له الطّلب بأكثر. ويعتبر عقد هبة الثّواب كالبيع في غالب الأحوال، ويخالفه على قبول القيمة وليس له الطّلب بأكثر.

ويعتبر عقد هبة الثّواب كالبيع في غالب الأحوال، ويخالفه في الأقلّ منها، لأنّ هبة الثّواب تجوز مع جهل عوضها وجهل أجله، وليس للواهب ردّ الثّواب الميعب، وإنّما يلزم بقبوله، ما لم يكن العيب فادحاً... وإلا فلا يلزم الواهب بقبوله، ولو كتمل له القيمة". أنظر: عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 180-181.

² - ويقصد بضمان الدّرك: "إلزام سلامة المبيع ممّا يمكن أن يلحقه ويدركه من حقوق لغير البائع في عينه، وتحمل التّبعة عند ظهور حقّ فيه لأحد". أنظر: عبد الكريم شهبون، المرجع نفسه، ص. 183، هامش رقم: 24.

³ - بدر جاسم العيقوب، المرجع السابق، ص. 387.

⁴ - قال الشّوكاني موضحاً: "ومن الهبة التي يُراد بها العوض وإن لم تذكر، هبة الفقير للغني فإنّه لا يراد بمثل ذلك المكارمة عرفاً، بل استحلاب الفائدة بزيادة على ما يحصل للفقير لو باعها، وأمّا هبة الغني للفقير فمعلوم أنّه لا يراد بها العوض، فلا يكون له الرجوع، وهكذا الهبة الواقعة بين

وكما هو الشأن عند زفر الحنفي والمالكية والأصح عند الشافعية وكذا الحنابلة، تكون هبة العقار بشرط معلوم صحيحة عند الزيدية وتكيف على أنها عقد بيع ابتداءً وانتهاًً¹، وهذا على خلاف نظيرتها - أي هبة العقار بشرط ثواب مجهول - التي أعتد بصحتها باعتبارها هبة ابتداءً، بيعاً انتهاًً² بحسب ما تبناه أيضاً الأحناف والمالكية في المشهور لديهم والشافعية في ثاني أقوالهم ودونه صاحب المغني نقلاً عن الإمام أحمد رحمه الله.

على أنه يشار - أخيراً - بأن هبة العقار بشرط الثواب لا تجوز أصلاً وهي فاسدة مردودة في فهم داود الظاهري³ كون أن هذا الشرط ليس في كتاب الله تعالى فهو باطل، بل جاء في القرآن المنع منه بعينه⁴ مصداقاً لقوله عز وجل: "ولا تمنن تستكثر"⁵.

تكلم هو موقف الفقهاء المسلمين من إبرام عقد هبة العقار المشروطة بالعوض، حيث يبرز بأن الإجماع يكاد يكون منعقداً - في عمومته - بالتام بشأن صحتها عدا مذهب داود الظاهري وأبي ثور مع تباين لأقوالهم بصددتها في بعض الفروع التفصيلية.

وبعد بيان مختلف الآراء الفقهية بخصوص هبة العقار بشرط الثواب والعوض ومناقشتها كما سبق

المتماثلين غنى وفقرًا". وأنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجزر المتدفق على حدائق الأزهار، ج1، المرجع السابق، ص. 629.

¹ - قال الشوكاني مبيناً: "وتصح بعوض مشروط مال فتكون بيعاً ومضمر وغرض، فيرجع لتعذرهما وفوراً في المضمر ... الهبة شرعاً ولغة هي التي تكون على جهة المكارمة إذا وقعت المكافأة عليها، فذلك أيضاً على جهة المكارمة، وأما إذا كانت مشروطة بعوض فليس هذه هبة شرعية ولا لغوية، بل هذه مبايعة خارجة عن باب الهبة داخلية في باب البيع فتكون كما قال المصنف بيعاً، فإذا لم يحصل العوض المشروط كان ذلك كعدم تسليم ثمن المبيع فترجع العين للمالكها لفقدان التراضي الذي هو المناط الشرعي كما تقدم، وهكذا إذا كان العوض مضمراً وغرضاً فإنه إذا لم يحصل رجع الملك للمالكه". أنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجزر المتدفق على حدائق الأزهار، ج1، المرجع السابق، ص. 629. وقال ابن رشد في ذات الحكم "وأما الوجه الثالث - وهو أن يشترط الثواب ويسميه، فهو بيع من البيوع يحلّ البيوع ويجزّم ما يحرم البيوع ...". أنظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجدّ) القرطبي، المرجع السابق، ص. 454.

² - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجزر المتدفق على حدائق الأزهار، ج1، المرجع نفسه، ص. 629.

³ - وقد أورد صاحب بداية المجتهد سبب منع أو إجازة هبة الثواب بمنظور مختلف المدارس الفقهية فقال: "وقال ابن رشد: "وأما هبة الثواب، فاختلّفوا فيها، فأجازها مالك وأبو حنيفة؛ ومنعها الشافعي، وبه قال داود وأبو ثور؛ وسبب الخلاف: هل هي بيع مجهول الثمن، أو ليس بيعاً مجهول الثمن؟ فمن رآه بيعاً مجهول الثمن، قال: هو من بيوع الغرر التي لا تجوز. ومن لم ير أنها بيع مجهول، قال: يجوز وكأن مالكا جعل العرف فيها بمنزلة الشرط وهو ثواب مثلها، ولذلك اختلف القول عندهم إذا لم يرض الوهاب بالثواب ما الحكم؟ فقليل تلزمه الهبة إذا أعطاه الموهوب القيمة، وقيل لا تلزمه إلا أن يرضيه، وهو قول عمر". أنظر: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي أبو الوليد، المرجع السابق، ص. 500؛ أبو عمر دُبَيَّان بن محمد الدُبَيَّان، المعاملات المالية أصالة ومُعاصرة، ج18، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1432 هـ، ص. 543.

⁴ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج9، المرجع السابق، ص. 119.

⁵ - سورة المدثر، الآية: 6.

عرضه، يتبيّن - بحسب ما رجّحه البعض ممّن نساند رأيه - بأنّ "ظواهر التّصوص تشهد للمالكية [في توجّههم في مختلف أنواع هبة العقار المشروطة بالعوض مؤازين في الرّأي في بعض الأحيان من لدن الجمهور] ويسندهم واقع الأعراف، فهبة الثّواب - وإن داخلها العوض - فهي لم تتمخّص للمعاوضة والمكايسة، بل يشوبها الكثير من المكارمة والمواودة، ولذلك نقل الحافظ ابن حجر - وهو شافعي - جواب بعض المالكية في ختام تعليقه على حديث عائشة السّابق، وسكت كالمقرّر له فقال: "وأجاب بعض المالكية: بأنّ الهبة لو لم تقتض الثّواب أصلاً لكانت بمعنى الصّدقة، وليس كذلك، فالأغلب من حال الذي يهدي أنّه يطلب الثّواب، ولا سيما إذا كان فقيراً، والله أعلم"¹.

الفرع الثاني: موقف التشريع الوضعي من هبة العقار بشرط العوض

سبق البيان إلى أنّ هبة العقار هي - في الأصل - عقدٌ ملزم لجانب وحيد يقع على عاتق الواهب، ومحلّ الالتزام هو الشّيء الموهوب، لكن يجوز - وفقاً للمادّة 2/202 من ق. أ. ج - للواهب الاشتراط على الموهوب له القيام بالتزام معيّن، قد يكون عوضاً مقابلاً لالتزام الواهب، فتصحّ هبة العقار ملزمة لجانبين، ويكون - من ثمة - محلاً لالتزام الموهوب له هذا العوض المشترط².

ولتحليل موقف التشريع الوضعي من هبة العقار المشروطة بعوض، يستلزم منّا المقام التّناول بالدراسة أحكام الالتزام بالعوض المشترط في عقد هبة العقار ابتداءً (البند الأوّل)، ثمّ التعرّض إلى بيان جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض وإمكانية التّنازل عنه انتهاءً (البند الثاني).

البند الأوّل: أحكام الالتزام بالعوض المشترط في عقد هبة العقار

لا شكّ أنّ القاعدة الأساسية في إنشاء عقد هبة العقار هو أن تكون بلا عوض أي ذات طابع تبرّعي ومجاني وفقاً لنصّ المادّة 2/202 من ق. أ. ج - المقابلة لنصّ المادّة 1/486 من ق. م. م - إلاّ أنّه يوجد في بعض الأحيان استثناء على مجانية الهبة عندما يكون المنتفع ملتزم ببعض التّكاليف مقابل حصوله على العقار الموهوب، وفي هذه الحالة ينبغي إعادة النّظر إلى العقد برّمته وبحسب الرّوح التي أنشئ بها وفقاً لمقتضيات القانون³.

¹ - يوسف نّؤاسة، المرجع السّابق، ص. 85؛ وأنظر في القول المحلّل أعلاه: ابن بطّال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، المرجع السّابق، ص. 96 - 97.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السّابق، ص. 162.

³ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والمقارن، ج1، المرجع السّابق، ص. 133.

وتتفق مختلف التشريعات المدنية العربية مع ما ذهبت إليه مدارس الفقه الاسلامي في جواز أن تكون هبة العقار مقترنة بتكليف أو التزام يتم التنصيص عليه في متن العقد، على أن هذا الاشتراط لا يجعل من هبة العقار عقد معاوضة، بل تبقى محتفظة بطابعها التبرعي الذي تسري عليه مختلف الأحكام الموضوعية والشكلية لعقد الهبة عموماً.

فطبقاً للفقرة الثانية من المادة 202 السالفة الذكر فإنه "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف على إنجاز الشرط".

ويستخلص من هذه المادة جواز تعليق هبة العقار على شرط واقف أو فاسخ يلتزم بأدائه الموهوب له، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له ذلك الشرط؛ هذا بغض النظر عن مآل العوض المشتراط وكونه مقررًا لفائدة الواهب، أو لمصلحة الغير، أم للمصلحة العامة، على أن يكون العوض - في مجمله - أقل من قيمة العقار الموهوب حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة خالصة¹.

وهذا ما نصّت عليه - أيضاً - المادة 497 من ق. م. م² بقولها: "يلتزم الموهوب له بأداء ما اشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض لمصلحة الواهب أم لمصلحة أجنبي أم لمصلحة العامة"³، كما يتوضح أيضاً من خلال ما أدلت به مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري بقولها: "... قد تكون

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 254 - 255؛ خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 219.

² - يقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية: المادة 465 مدني سوري، المادة 486 مدني ليبي، المادة 618 مدني عراقي، المادة 534 مدني كويتي، المادة 642 قانون معاملات مدنية إماراتي، المادة 1/239 مدني سوداني، ولا نظير له في قانون الموجبات والعقود اللبناني. ومع ذلك فإن الفقه في لبنان اعتبر بأنه يجوز أن تكون الهبة بعوض، وهذا الأخير قد يكون التزاماً بالأداء أو التزاماً بعمل أو الإمتناع عن عمل. فالأول يمكن أن يتجسد - مثلاً - في أن يشترط الواهب أن يلتزم الموهوب له بترتيب إبراد له أو للغير، أو أن يلزمه بتسديد ديونه. والثاني يمكن تصوّره في أن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بخدمات معيّنة له مثل البناء أو الزراعة أو الاهتمام بأمره ونحو ذلك. والثالث يمكن أن يتمثل في تعهد الموهوب له بعدم القيام بعمل معيّن كعدم التصرف في العقار الموهوب ونحو ذلك. كل ذلك شريطة أن يكون العوض موجوداً ومعيناً وممكناً ومشروعاً، أي أن يكون متوافقاً والقواعد العامة في الأخير. أنظر: نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 135.

³ - وردت هذه المادة في النص 679 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على الشكل الذي هو عليه في التقنين المدني الحالي، وقد كان نفس المشروع التمهيدي يضيف فقرة ثانية مفادها: "ويكون للواهب الحق في اقتضاء العوض إذا هو قام بتنفيذ الالتزامات التي يفرضها عليه عقد الهبة. وينتقل هذا الحق من الواهب إلى ورثته، ويجوز للأجنبي الذي اشترط العوض لمصلحته أن يطالب بأداء العوض وفقاً للأحكام المتعلقة بالاشتراط لمصلحة الغير، فإذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة، كان للسلطة المختصة، بعد موت الواهب، حق المطالبة بأدائه". وقد تم حذف هذه الفقرة كون أن حكمها مستفاد من القواعد العامة، وأضحى رقم المادة 525 في المشروع النهائي، ليوافق عليه مجلس النواب فظيره مجلس الشيوخ تحت رقم: 497 إنتهاء. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 274-276؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 168، هامش رقم: 1.

الهبة بعوض، فيكون العوض التزاماً في ذمة الموهوب له، وهو عادة أقل من الموهوب، فإن تبين أنه أكبر في القيمة، فلا يكون الموهوب له ملزماً أن يؤدي إلا بقدر الموهوب، وقد يشترط العوض لمصلحة الواهب، كأن يهب شخص مالا لآخر ويشترط عوضاً أن يرتب له إيراداً مدى الحياة لا يزيد عن ريع الموهوب، أو يشترط لمصلحة أجنبي، كما إذا كان هذا الإيراد قد رتب لمصلحة شخص غير الواهب، أو يشترط لمصلحة عامة كما إذا اشترط الواهب أن يصرف الموهوب له ريع الموهوب أو جزء منه على جهة خيرية كمدرسة أو ملجأ أو مستشفى...¹.

وهكذا فإنه إذا اشترط الواهب - ضمن عقد هبة العقار - قيام الموهوب له بتكليف معين، إلزم به هذا الأخير، بحيث لا يستطيع الفكك منه إلا بأدائه. هذا ما سنحاول بيانه فيما يلي من خلال تسليط الضوء على ماهية العوض أو المقابل المشترط في عقد هبة العقار (أولاً)، ثم دراسة مدى جواز كون العوض التزام الموهوب له بالوفاء بديون الواهب (ثانياً).

أولاً: ماهية العوض أو المقابل المشترط في عقد هبة العقار

لا مندوحة في أنه إذا كانت هبة العقار بمقابل، فإن الموهوب له يلتزم بالوفاء بهذا العوض سواء أكان هذا الأخير مقررراً لمصلحة الواهب أو لمصلحة الموهوب له أو للمصلحة العامة.

فقد يشترط الواهب العوض لمصلحته، ومثاله هبة زبون لمكتب توثيق عقاراً مع اشتراطه عليه توثيق كافة عقود له في ظرف أجل معين؛ أو هبة شخص شقة لمحامي مع اشتراطه عليه الدفاع عنه في كافة قضاياها لمدة معلومة.

وقد يشترط العوض لمصلحة أجنبي: ومثاله من يهب لشخص أرضاً مع اشتراطه عليه تخصيص ريعها لصالح شخص آخر؛ أو أن يهب الواهب الدار ويشترط على الموهوب له إسكان أحد أقاربه معه فيها.

وقد يشترط العوض لمصلحة عامة: كاشتراط الواهب على الموهوب له تخصيص ريع العين الموهوبة لفائدة مستشفى مخصص لأمراض السرطان، أو أن يهب شخص مالا لجمعية مسجديّة يشترط عليها - من خلاله - إنشاء مدرسة لتعليم القرآن وعلومه².

ويراعى بأن المشرع المصري - ومن اقتفى أثره - قد عين حداً للعوض الذي ينبغي الوفاء به أيّا كان

¹ - عمار نصّار، المرجع السابق، ص. 986.

² - جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 203-204.

المستفيد وهو قيمة الشيء الموهوب، وهذا ماقتضت المادة 498 من ق. م. م.¹ بقولها: "إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشترط، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب"².

إنطلاقاً من النصّ المحلّل أعلاه، فإنّه يستشفّ بأنّ عقد هبة العقار يستلزم فيه حتى يبقى محتفظاً بطابعه التبرّعي أن تكون قيمة العوض المشترط ضمنه أقلّ من قيمة العقار الموهوب حتى يكون الفارق بين القيمتين هبة محضة.

أمّا إذا كانت قيمة العوض تزيد أو تعادل أو تساوي قيمة العقار الموهوب، مع علم المتعاقدين - وبخاصّة الموهوب له - بذلك، فإنّ العقد يكون - حينئذ - معاوضة لا هبة لعدم تحقّق نية التبرّع فيه، لكن قد يشترط الواهب على الموهوب له عوضاً تربو قيمته على قيمة العقار الموهوب، دون أن يعلم الموهوب له بذلك، بل يكون يتوهم وقت قبول الهبة ويعتقد بأنّ العوض لا تزيد قيمته على العقار الموهوب.

ففي هذا الفرض يجوز للموهوب له المطالبة بإبطال عقد هبة العقار لوقوعه في غلط جوهري، وهو على كلّ حال مادام قد رضي التعاقد على أنّه العقد هبة عقار، فإنّه لا يكون ملزماً بأن يؤدي من العوض إلا بمقدار قيمة العقار الموهوب، بحيث ينبغي إنقاص العوض إلى هذا المقدار حسب قضت به المادة 497 السالفة الذكر.³

وإذا قام الواهب بتنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بموجب عقد الهبة، كان له الحقّ في مطالبة الموهوب له بأداء العوض المشترط، سواء كان العوض مشروطاً لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة، مع الإشارة إلى انتقال هذا الحقّ من الواهب إلى ورثته.

فإذا كان العوض مشروطاً لفائدة أجنبي، جاز لهذا الأخير أيضاً أن يطالب بالوفاء بالعوض طبقاً

¹ - تقابل هذه المادة في التقنينات المدنية العربية: المادة 466 مدني سوري، المادة 487 مدني ليبي، المادة 535 مدني كويتي، المادة 643 قانون المعاملات المدنية الإماراتي، ولا مقابل له في قانون الأسرة الجزائري ولا في التقنين المدني العراقي، ولا في قانون الموجبات والعقود اللبناني. أنظر في فحوى هاته النصوص: نادر عبد العزيز شاذلي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 851 وما يليها؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 156، هامش رقم: 1.

² - ورد هذا النصّ ضمن مقتضيات المادة 681 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على الشكل الذي هو عليه في التقنين المدني الحالي، حيث تمّ الموافقة عليه من لدن لجنة المراجعة تحت رقم 526 في المشروع النهائي، تلاه موافقة مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم 498 انتهاءً. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 277-278؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 168، هامش رقم: 1.

³ - عبد الوهاب البنداري، المرجع نفسه، ص. 156؛ جمال الدين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 204.

للقواعد العامة المقررة في الاشتراط لمصلحة الغير.

أما إذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة، جاز لكل من الواهب ولكل ممثّل لهذه المصلحة المطالبة بأداء العوض، فإن توفّي الواهب، كان لمن يمثّل المصلحة العامة ممثلاً في السلطات المختصة حق المطالبة به، وليس في كلّ ذلك إلّا تطبيق للقواعد العامة، وقد كان المشروع التمهيدي يتضمّن نصّاً في ذات المفهوم، إلّا أنّه حذف ضمن أعمال لجنة المراجعة كون أنّ حكمه مستفاد من المبادئ العامة¹.

يجدر أن نشير - انتهاءً - إلى أنّ الهبات يمكن أن تكون متبادلة "Mutuelles Donations"² كأن يبادر شخص بهبة عقاره لآخر، ثم يهب له نظيره عقاره أيضاً، فتكون الهبتان متبادلتان بلا عوض أو مقابل على اعتبار أنّ كلّاً من الهبتين ليست عوضاً عن نظيرتها الأخرى؛ غاية ما في الأمر أنّ كلّ واهب وهب بنية التبرّع دون التّظر إلى الهبة الأخرى كعوض عن هبته.

ومثاله هبة الصّديق لصديقه بمناسبة عقد قرانه إن توفّع احتمال قيام صديقه بنفس الفعل له في مناسبة شبيهة لها أو في مناسبة أخرى، فتكون الهبتان متبادلتان، وتكون كلّ منهما بلا مقابل كون أنّ نية التبرّع لم تنصرف إلى الحصول على الهبة المقابلة، حتّى لو تمّ توقّعها، فهذا الأخير لا ينفي عن التصرف وصف الهبة بلا عوض، ولا يمكن - من ثمة - اعتبار الهبة الأخرى بمثابة مقابل للهبة الأولى لعدم اشتراطها وكذا عدم وجوبها على اعتبار أنّ الموهوب له غير ملزم بتقديم هبة مقابلة للواهب³.

ويلزم للمطالبة بالمقابل أن يكون ثابتاً بما تثبت به قانوناً هبة العقار، فإذا كانت هذه الأخيرة رسمية أي مفرغة في الشّكل الرسمي، إستوجب المقام أن يكون المقابل أو العوض عنها مثبتاً أيضاً في نفس العقد أو مفرغاً في عقد رسمي تالٍ له⁴.

ثانياً: جواز كون العوض التزام الموهوب له بالوفاء بديون الواهب

سبق البيان بإمكانية اشتراط الواهب على الموهوب له مقابلاً لهبته التي منحها إيّاه، بحيث يمكن أن يأخذ أشكالاً متنوّعة؛ إذ يمكن للواهب أن يفرض على الموهوب له شروطاً والتزامات لمصلحة الموهوب له

¹ - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 170؛ وأنظر في نفس السّياق، أنور طلبية، المرجع السابق، ص. 87.

² - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. V, Op. cit., pp. 451-452.

³ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 136 - 137.

⁴ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 157.

ذاته، كما يمكن أن يفرض عليه مقابلاً لمصلحته هو كواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة انتهاءً وما في ذلك إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة التي أقرها نص المادة 202 من ق. أ. ج. المقابلة لنص 498 من ق. م. م. في الأساس.

يُبد أنه قد يشترط الواهب على الموهوب له التزام يكمن في وفاء الثاني بديون الأول؛ وبالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري جاء خلوًا من التنصيص على هذا الفرض على اعتبار أنه مجرد تطبيق للقواعد العامة التي جاءت بها المادة 202 من ق. أ. ج. فإن هذا المعنى قد ورد صراحة ضمن المادة من ق. م. م. 1499¹ التي قضت بأنه "1- إذا اشترط الواهب عوضاً عن الهبة وفاء ديونه، فلا يكون الموهوب له ملزماً إلا بوفاء الديون التي كانت موجودة وقت الهبة، هذا ما لم يتفق على غيره.

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

يستشف من النص المحلل أعلاه بأنه إذا اشترط الواهب على الموهوب له أداء ديونه على وجه الإطلاق دون تقييد أو تحديد لهذه الديون، فالمفترض أنه أراد الديون الموجودة إبان إبرام عقد هبة العقار لا الديون التي توجد لاحقاً³، وذلك وفقاً للقواعد العامة وطبقاً للأصل المقرر في تفسير الالتزام في أضيق حدوده لمصلحة المدين.

¹ - أنظر في هذا الاتجاه: المادة 467 مدني سوري، المادة 488 مدني ليبي، المادة 619 مدني عراقي، المادة 536 مدني كويتي، المادة 643 و 644 من قانون المعاملات المدنية الامارقي، المادة 2/239 و 3 مدني سوداني، أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فقد صاغ هذه الحالة ضمن المادة 523 منه على الشكل الموالي، بحيث أن هذه المادة جاءت متفقة في الحكم مع الفقرة الأولى من نص المادة 499 من ق. م. م.، أما الفقرة الثانية منها فتتفق مع القواعد العامة؛ وهذا نصها: "إذا كانت الهبة مقيدة بشرط إيفاء ديون الواهب، فلا يدخل تحت هذا الشرط إلا الديون التي عقدت قبل الهبة، ما لم ينص على العكس". أنظر في عرض فحوى هاته النصوص: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 851 وما يليها؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 156، هامش رقم: 2.

² - ورد هذا النص ضمن المادة 682 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على وجه مطابق لما هو عليه التقنين المدني الجديد، وتم الموافقة عليه من لدن لجنة المراجعة تحت رقم 527 من المشروع النهائي، تلاه موافقة مجلس النواب، فمجلس الشيوخ تحت رقم 499 انتهاءً. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 278 وما يليها؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 173، هامش رقم: 2.

³ - وقد نصت المادة 523 من قانون الموجبات والعقود اللبناني صراحة على ذلك، وفي هذا الصدد يعلق مورييس نخله على النص الأخير بالقول: "إن انتقال القيمة لا يمكن أن تكون مجانية عندما يأخذ الموهوب له الظاهر موجب تنفيذ مقابل تجاه الواهب أو شخص ثالث، وليس مجرد تمّي أو رجاء، ويعود لقضاة الأساس سلطة التقدير.

وفي هذا المجال يتوجب معرفة ما إذا كانت الديون الحاضرة هي الواجبة التنفيذ من الموهوب له وبأي قدر. ومن المعلوم أن الهبة ما بين الأحياء تصبح باطلة إذا تضمنت شرط تسديد الديون والأعباء التي لم تكن موجودة وقت الهبة (المادة 945 من ق. م. ف). راجع، مورييس نخله، المرجع السابق، ص. 94 المتن، والهامش رقم: 1.

فينبغي - في هذا الفرض - أن يبادر الموهوب له بوفاء هذه الديون دون غيرها، حتى إذا أداها برئت ذمته من التزامه نحو الواهب، أما إذا لم يتم بتنفيذ التزامه وأداء الديون واضطر الواهب - من ثمة - إلى أدائها فلهذا الأخير حق الرجوع على الموهوب له بما آداه.

على أنه يجدر التنبيه بأن التزام الموهوب له بأداء الديون هو التزام نحو الواهب لا إزاء الدائنين¹، فليس لهؤلاء ما لم يكن الواهب قد اشترط لمصلحتهم أن يلزموا الموهوب له - جبراً - بأن يوفّيهم هذه الديون، وإنما يعودون بدیونهم على الواهب، وهو بدوره يرجع على الموهوب له، مع مراعاة ألا تزيد قيمة تلك الديون المتعهد بوفاءها من لدن الموهوب له على قيمة العقار الموهوب، فإن هي زادت فإنه لا يكون ملزماً إلا بأداء ما يساوي أو يعادل قيمة نفس العقار الموهوب من الديون².

هذا، وقد يشترط الواهب على الموهوب له الوفاء بالديون التي تستجدّ بعد إبرام عقد هبة العقار، وفي هذه الحالة يستلزم اتفاق خاص بين الطرفين على ذلك، مع مراعاة أنه ينبغي ألا يكون مجموع الديون التي تعهد الموهوب له بأدائها تزيد قيمتها على قيمة العقار الموهوب كما أسلف القول إليه.

والاشتراط بأداء ديون الواهب قد يأتي بشكل صريح أو ضمني. وقد يكون من قبيل الاشتراط الضمني في أداء الديون قبول الموهوب له هبة العقار مع سبق عمله بكون العقار الموهوب مثقلاً بحق عيني، كما لو كان مرهوناً ضماناً لدين في ذمة الواهب أو الغير³.

فإذا كان العقار الموهوب مثقلاً بحق عيني ضماناً لدين في ذمة الواهب أو في ذمة الغير، فالمفترض - دون حاجة إلى اتفاق خاص - أن الواهب قد رام من الموهوب له سداد هذا الدين كعوض في الهبة، فيكون الموهوب له ملتزماً بإزاء الواهب بأداء هذا الدين، ما لم يشترط في متن عقد هبة العقار عدم التزامه به.

ويكون الحق العيني المتعلق بالعقار الموهوب ضماناً للدين المحلّ أعلاه رهناً رسمياً⁴ أو حيازياً⁵ أو حق

¹ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 91.

² - وفي ذلك قضت المادة 498 من ق. م. م. بالقول: "إذا تبين أن الشيء الموهوب أقل في القيمة من العوض المشترط، فلا يكون الموهوب له ملزماً بأن يؤدي من هذا العوض إلا بقدر قيمة الشيء الموهوب".

³ - بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 391.

⁴ - ويراد به بحسب المادة 833 من ق. م. ج - المقابلة لنص المادة 1030 من ق. م. م - بأنه "عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أيّ يد كان".

⁵ - ويقصد به طبقاً لنص المادة 948 من ق. م. ج - المقابلة لنص المادة 1096 من ق. م. م - بأنه "عقد يلتزم به شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يحوّل حبه الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أيّ يد يكون".

اختصاص¹ أو حق امتياز² كما هو معروف؛ فإذا كان الدّين المضمون بهذا الحقّ العيني ثابتاً في ذمّة الواهب، وقاه الموهوب له ولم يرجع على الواهب طالما كان الدّين لا يربو على قيمة العقار الموهوب.

أمّا إذا كان هذا الدّين ثابتاً في ذمّة شخص آخر غير الواهب، أستاذنا أيضاً على الموهوب له تأديته مع بقاء حقّه في الرجوع على المدين الأصلي بما وقاه عنه كما كان يرجع الواهب.

"وسواء افترض أنّ الموهوب له قد التزم نحو الواهب بأداء الدّين المضمون بالحقّ العيني أو لم يفترض ذلك بأن اشترط الموهوب له في عقد الهبة عدم التزامه بالدّين، فإنّ الموهوب له باعتباره قد انتقلت إليه ملكية العين المثقلة بالحقّ العيني يكون مسؤولاً عن الدّين نحو الدّائن مسؤولية عينية، وللدّائن حقّ التّبّع بفضل حقّه العيني فيتقاضى الدّين من العين الموهوبة، ويرجع الموهوب له عندئذ على المدين الأصلي إذا كان الدّين في ذمّة الغير، كما سبق القول.

أمّا إذا كان الدّين في ذمّة الواهب، ولم يشترط الموهوب له عدم التزامه به، فإنّه يكون بالنسبة إلى الدّائن في موقف الخال عليه، ويبقى الواهب ملزماً هو أيضاً بالدّين حتّى يقرّ الدّائن هذه الحوالة وفقاً لأحكام الفقرة الثانية من المادة 322 مدني³.

وإذا اشترط الموهوب له عدم التزامه بالدّين، ولكن اضطرّ إلى دفعه بموجب الحقّ العيني الذي يثقل العين الموهوبة، فإنّه يرجع في هذه الحالة على الواهب بما دفع⁴.

وليس فيما قدّمناه إلّا تطبيق للقواعد العامّة، وقد ورد ذكر كلّ ذلك في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي⁵.

¹ - يجوز بمقتضاه - طبقاً لنصّ المادة 937 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 1094 من ق. م. م - لكلّ دائن بيده حكم واجب التّنفيذ صادر في أصل الدّعوى يلزم المدين بشيء معيّن، أن يحصل على حقّ تخصيص بعقارات مدينه ضماناً لأصل الدّين والمصاريف.

ولا يجوز للدّائن بعد موت المدين أخذ تخصيص على عقار في التّركة.

² - يكمن بحسب نصّ المادة 982 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 1130 من ق. م. م - في كونه "أولوية يقرّها القانون لدّين معيّن مراعاة منه لصفته.

ولا يكون للدّين امتياز إلّا بمقتضى نصّ قانوني.

³ - القاضية بأنّه: "1- لا يتتبّع بيع العقار الموهوب رهناً رسمياً انتقال الدّين المضمون بالرهن إلى ذمّة المشتري إلّا إذا كان هناك اتّفاق على ذلك.

2- فإذا اتّفق البائع والمشتري على حوالة الدّين، وسجلّ عقد البيع، تعيّن على الدّائن متى أعلن رسمياً بالحوالة أن يقرّها أو يرفضها في ميعاد لا يجاوز ستّة أشهر، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبيّن برأي اعتبر سكوتة إقراراً".

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 175.

⁵ - أنور سلطان، المرجع السابق، ص. 91-92. وأنظر أيضاً في تفصيل ذلك: مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 280-281؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع نفسه، ص. 175.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت العين الموهوبة مرهونة رهناً رسمياً - على سبيل المثال -؛ فإنّ هذا الرهن لا يكون نافذاً في حقّ الغير إلّا إذا تمّ قيده قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على ذات العين¹، فإذا كان نافذاً في مواجهة الموهوب له المنتقل إليه ملكية العين الموهوبة بالهبة، فإنّ العين تنتقل إليه مثقلة بالرهن، فيستطيع هنا تحرير هاته العين الموهوبة له من الرهن بسداد الدّين المضمون بها، وحينئذٍ يحقّ له الرجوع على الواهب بما وقّاه ما لم يتبيّن من الظروف المحيطة بالعقد التزامه بتحرير العين من الرهن عند إبرام عقد هبة العقار، وذلك بتسديد الدّين. هذا مع الإشارة إلى أنّه قد يكون قبوله بالهبة على هذه الصّورة قرينة على موافقته على أداء ديون الواهب أو الغير المضمون بالعقار المفروض عليه الرهن² طبقاً للقانون.

على أنّ الذي سبق عرضه بخصوص الرهن الرسمي، يسري كذلك على ما إذا كان العقار الموهوب مفروض عليه رهناً حيازياً³، حيث أنّ قبول الموهوب له الهبة - وهو عالم بذلك - قد يوحي بموافقته وقبوله سداد الدّين المضمون بالرهن⁴.

البند الثاني: جزاء الإخلال بالتزام الوفاء بالعوض وإمكانية التنازل عنه

بداءة من المفيد الإشارة إلى أنّ المشروع التمهيدي كان يورد نصّاً خاصّاً يشمل على هذا الحكم بمقتضى المادّة 680 منه⁵.

¹ - وفي ذلك قضت المادّة 904 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من المادّة 1053 من ق. م. م - بالقول: "لا يكون الرهن نافذاً في حقّ الغير إلّا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقرّرة في الإفلاس.

لا يصحّ التمسك اتجاه الغير بتحويل حقّ مضمون بقيد، ولا التمسك بالحقّ الناشئ من حلول شخص محلّ الدّائن في الحقّ بحكم القانون أو بالاتّفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلّا إذا حصل التّأشير بذلك في القيد الأصلي".

² - كما تسري على حقوق الامتياز العقارية، أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق. أنظر المادّة 1/986 و2 من ق. م. ج المطابقة لنصّ المادّة 1/1134 من ق. م. م.

³ - بحيث لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلّا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول أو عقار (المادّة 949 من ق. م. ج المنقولة حرفياً من المادّة 1097 من ق. م. م).

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السّابق، ص. 391.

⁵ - حيث كانت تقضي بأنّه:

"1- إذا اشترط الواهب العوض لمصلحته، وامتنع الموهوب له عن أدائه دون عذر مقبول، كان للواهب أو لورثته من بعده أن يستردّ الشّيء الموهوب وفقاً لأحكام الإثراء دون سبب، وبالقدر الذي كان ينبغي أن يستخدم الشّيء لأداء العوض.

2- ويكون الردّ بدفع هذا المقابل نقداً، حتّى ولو لم تردّ على نقود.

على أنّه يجوز للموهوب له أن يتخلّص من الالتزام بدفع هذه القيمة إذا هو ردّ الموهوب ذاته في الحالة التي يكون عليها وقت الردّ.

3- ولا يكون هناك محلّ للردّ إذا تمخّض العوض لمصلحة أجنبي، كما لا يثبت هذا الحقّ لورثة الواهب إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السّابق، ص. 275.

يُبد أنه تمّ حذفه ضمن أعمال لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة، وهو ما فعله المشرّع الجزائري بسكوته عن التّصيص عن الإخلال بهذا الجزاء وما يترتّب عليه حيث يمكن استنباطه انطلاقاً من المبادئ العامة في هذا الصّدّد¹.

وبناء على ما سبق، فإنّه إذا قام الواهب بتنفيذ الالتزامات المفروضة عليه بواقع عقد هبة العقار أمكن له الحقّ في مطالبة الموهوب له بأداء العوض والتّكليف المشترط بموجب عقد الهبة سواءً أكان هذا التّكليف مشترطاً لفائدة الواهب أو لمصلحة الموهوب له أو لمصلحة الغير.

وبالعودة إلى القواعد العامة يعدّ الموهوب له غير الموفّي بالعوض والتّكليف المشترط في عقد هبة العقار محلاً بالالتزام الملقى على عاتقه، ومن ثمّ يكون للواهب ولورثته² - من بعده - مطالبة الموهوب له بالتّنفيد العيني إذا كان ذلك ممكناً، فإن تعذّر فلهم أن يطالبوا بالتّنفيد بمقابل.

كما يجوز للواهب وورثته أن يطلبوا فسخ الهبة بسبب إخلال الموهوب له بالوفاء بما التزم به من عوض أو تكليف³، غير أنّ الموهوب له يستطيع أن يدرأ الفسخ إذا قام بالوفاء العيني للعوض المطلوب⁴.

والجدير بالتنبيه في هذا الصّدّد التسامح الذي أبداه القضاء الفرنسي بشأن الموهوب له إبان طلب الواهب للفسخ، بحيث ظهر أثره في منحه أجلاً لتنفيذ التّكليف بدلاً من الحكم بالفسخ، كما رفض طلب الفسخ إذا تبين بأنّ التّأخير في التّنفيد كان له ما يبرّره.

وقد ذهب في بعض أحكامه إلى تجزئة الهبة وقبول الفسخ في جزء منها دون الباقي عندما أمكنه تحليل العقد إلى عدّة هبات متميّزة، بل لم يجعل من عدم تنفيذ التّكليف في كلّ الأحوال مبرراً للفسخ، وإنّما استلهم في ذلك إرادة الواهب ولم يحكم بالفسخ إلّا حيث قدر بأنّ هذا الأخير علّق مصير الهبة على تنفيذه، وإلّا أبقى على الهبة عند عدم تنفيذ ما تعلّق بها من التزام أو تكليف، وقام - من ثمة - بالتمييز في سبيل ذلك بين بندٍ أساسيٍّ يبيح الفسخ وبين آخر ثانوي لا يجيزه، ثمّ توسّل نظريّة السبب لتحديد نطاق المادّة 953 من تقنيته المدني، كما احتجّ بهذه المادّة للحدّ من أثر المادّة 900 من نفس القانون ولم يقض بفسخ الهبة

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 255.

² - Cf. TERRÈ François et LEQUETTE Yves, Op. cit., p. 466.

³ - أنظر: حكم محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة الصّادر في: 11/12/1917، جازيت 8، رقم: 29، ص. 59. نقلاً عن: جمال الدّين طه العاقل، المرجع السابق، ص. 205، هامش رقم: 1.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

لعدم التنفيذ إلا إذا كان العبد هو الباعث الدافع إليها، ومع ذلك لم يجعل لسبب تخلف التنفيذ أثراً في قضائه بعد أن استوى في ذلك عنده خطأ الموهوب له والقوة القاهرة¹.

أما إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة الغير فإنه يجوز للواهب - وكذا ورثته بعد موته - وكذا الغير أن يطالبوا الموهوب له بأداء العوض عيناً إن كان في الإمكان، فإن لم يكن ممكناً جاز مطالبته بالوفاء بمقابل.

كما يجوز للواهب - وحده - المطالبة بفسخ عقد هبة العقار، بحيث أنه لا يضيّع الفسخ على الأجنبي حقه إذا كان سبق وأن قبل الاشتراط لمصلحته، فيعود على الواهب بما يعادل العوض إلا إذا كان الاشتراط بالنسبة إلى الأجنبي تبرعاً يجوز للواهب الرجوع فيه².

وإذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة، فإنه يجوز للواهب والممثل القانوني لهذه المصلحة المطالبة بالتنفيذ العيني أو بمقابل³ كما أسلف القول إليه.

ويجوز أيضاً للواهب - وحده - أن يطالب بفسخ عقد هبة العقار على أن يؤدي العوض المشروط للمصلحة العامة ما لم يكن تبرعاً يسوغ الرجوع فيه.

كما لا يجوز ذلك لورثته لمطالبة تفضيل مصلحتهم في هذا الفرض، وكذلك لا يجوز لمن يمثل المصلحة العامة المطالبة بالفسخ أيضاً⁴ تبعاً لعلّة أخرى مقتضية للمنع.

ويتربّب على فسخ عقد هبة العقار - وفقاً للقواعد العامة - ردّ العقار الموهوب، هذا فضلاً عن أنه يكون بأثر رجعي، مع الإشارة إلى أنه ليس للعوض في هذا الصدد حق امتياز على العقار الموهوب إلا إذا

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 392، هامش رقم: 3.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 172. وقد ورد بالمذكّرة الإيضاحية شرحاً للفقرة الثانية من المادة 679 التي حذفت ما مفاده عدم جواز الفسخ في الحالة المشار إليها حتى للواهب. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 180. وقد تبوّى كامل مرسى الأحكام التي وردت بالمذكّرة الإيضاحية رغم حذف الفقرة المذكورة من تلك المادة، أما محمود جمال الدين زكي، فيرى بأحقية كل من الواهب وورثته من بعده في المطالبة بالفسخ. راجع: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 159، هامش رقم: 1.

³ - "كانت الفقرة الثانية من المادة 679 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تقضي بأنه إذا كان العوض مشروطاً للمصلحة العامة، كان للسلطة المختصة بعد موت الواهب، حق المطالبة بأدائه، وقد تمّ إلغاء هذه الفقرة كما سبق القول إليه اكتفاء بالقواعد العامة، وقد كانت القواعد تحوّل لممثل المصلحة العامة ولو في حياة الواهب، أن يطالب الموهوب له بأداء العوض"، وهذا ما أخذنا به في المتن" يقول عبد الوهاب البنداري. أنظر مؤلّفه، المرجع نفسه، ص. 159، هامش رقم: 2.

⁴ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الاسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 256.

كانت حقيقة الهبة بيعاً وكان العوض هو الثمن كان هنالك امتياز، كون أنّ هذا الأخير يتقرر للثمن على المحلّ المبيع كما هو معروف¹.

ويراعى أنّ تقرير هذا الجزء من عدمه متروك في كلّ الأحوال لسلطة قاضي محكمة الموضوع الفاصل في نازلة فسخ الهبة، إذ يسوغ له حال طلب الفسخ إنظار المدين إلى أجل معلوم محدّد من لدنه، أو رفض الفسخ إذا كان ما لم يوفّ به المدين قليل الأهمية بالنسبة لالتزاماته في جملتها².

وعلى العموم فإنّ ماسبق عرضه هو مكمّن تطبيق القواعد العامة، إذا لا يسري من أحكام النصّ المحذوف إلّا ما يتفق ومقتضى هذا القواعد، أمّا ما خرج عليه فلا يسري على اعتبار أنّ النصّ قد تمّ حذفه انتهاء³.

ومع ذلك، فإذا كان هذا هو الحال في شأن ماسبق، فإنّه يحقّ للواهب أو لورثته بعد وفاته أن يتنازلوا عن العوض أو التّكليف إذا كان مقرّراً لمصلحتهم قانوناً.

أمّا إذا كان هذا العوض قد قرّر لمصلحة الغير (أي للأجنبي أو للمصلحة العامة) وتمّ قبوله، فلا يجوز للواهب - عندئذ - أن ينزل عنه بدون رضا وموافقة من تقرّر العوض أو التّكليف لفائدته، أو على الأقلّ لا يكون لهذا النزول أيّ أثر إلّا بالنسبة للواهب، لا بالنسبة للغير⁴.

كما لا يسوغ للموهوب له - طبقاً للقواعد العامة - النزول عن الهبة مادام قد تمّ قبولها من لدنه، لأنّ الهبة حينئذ تكون عقداً ملزماً لجانبين، ومن ثمّ لا يقبل من الموهوب له أن يتخلّص من التزامه الناشئ من

¹ - وفي هذا الصّدّد، ذهب محمّد كامل مرسي إلى أنّه ليس للعوض حقّ امتياز على الشّيء الموهوب، كون أنّ الإمتياز إنّما يتقرّر للثمن على الشّيء المبيع، فإذا كانت حقيقة الهبة بيعاً وكان العوض هو الثمن، كان حينئذ هنالك امتياز. أنظر: محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 151.

² - أنظر: المادة 2/119 من ق. م. ج. المقابلة لنص المادة 2/157 من ق. م. م.

³ - يقول السّنهوري في ذات السّيّاق بأنّه لا يسري من أحكام المادة الملغاة في المشروع التّمهيدي استرجاع الواهب أو ورثته مقابلاً نقدياً للعوض حتّى لو لم ترد الهبة على سيولة نقدية، فضلاً عن عدم جواز فسخ الهبة من الواهب إذا تمخّض العوض لمصلحة أجنبي، أو من ورثته إذا كان العوض مشروطاً لمصلحة عامة.

بيد أنّه إذا أذى الموهوب له العوض ثمّ استحقّ في يد الواهب، أمكنه أن يرجع في هبته. فإن ورد الاستحقاق على بعض العوض فلا يرجع بشيء حتّى يردّ ما تبقى من العوض على اعتبار أنّ الباقي منه يصلح لإسقاط حقّ الرجوع، ولذلك لو عوّضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقّه فيه، بيد أنّه إذا لم يقبل بسقوط حقّه إلّا بسلامة جميع العوض، فإذا لم يسلم له كلّ، كان له الخيار إن شاء قبل بما تبقى من العوض، وإن شاء ردّ الباقي عليه ورجع في الهبة انتهاء. (المادة 523 من قانون الأحوال الشّخصية للمرحوم قذافي باشا). أنظر: أحمد عبد الرزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 172-173، هامش رقم: 2.

⁴ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 159.

هذا العقد بإرادته المنفردة¹، كون أنّ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديل أحكامه إلاّ باتّفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون².

المطلب الثاني: الإلتزام بنفقات عقد هبة العقار وما يتّصل باستعماله وردّه وإثبات انتهاء حقّ الانتفاع به

على غرار التزام الموهوب له بأداء العوض أو التّكليف إذا ما اشترط في عقد هبة العقار، فإنّه يكون ملزماً - فضلاً على ذلك - بأداء نفقات عقد هبة العقار وما يتّصل باستعمال وردّ العين الموهوب منفعتها انتهاء³.

ذلك ما سنحاول بحثه من خلال بيان عنصر الإلتزام بأداء نفقات عقد هبة العقار (الفرع الأوّل)، ثمّ توضيح عنصر الإلتزام باستعمال وردّ العقار الموهوب منفعته وإثبات انتهاء حقّ الانتفاع به (الفرع الثاني).

الفرع الأوّل: الإلتزام بأداء نفقات عقد هبة العقار

كان المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري يتضمّن نصّاً يقضي بتحمّل الموهوب له نفقات عقد الهبة، حيث قضى بموجب المادّة 678 منه بأن تكون "نفقات الهبة على الموهوب له، ويدخل في ذلك مصروفات العقد ورسوم الدّمغة والتّسجيل وما يصرف في تسليم الشّيء الموهوب⁴ وتسليمه ونقله، وذلك ما لم يوجد اتّفاق مخالف".

¹ - بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 394.

² - أنظر: المادّة 106 من ق. م. ج. المنقولة حرفياً من نص المادّة 1/147 من ق. م. م.

³ - على أنّه يشار في هذا الصّدّد بأنّ التّقنين المدني الفرنسي القديم كان يلزم الموهوب له بالتزام ثالث يكمن في "الإلتزام بالجميل"، خلافاً لنظيره الحالي الذي لم يبرزه صراحة ولكنّه نوّه عنه بشكل غير مباشر، إذ أشار في المادّة 955 منه إلى الحالات التي تعتبر نكراً للجميل والمتمثّلة أساساً في: الإعتداء على حياة الواهب، وإساءة المعاملة أو إلحاق الأذى به أو ارتكاب جريمة عليه أو الامتناع عن الإنفاق عليه. ويرجع تقرير هذا الإلتزام إلى القانون الرّوماني، ومقتضاه: إلتزام أدبي ينهض الموهوب له بالإعتراف من خلاله بجميل الواهب والامتناع عن كلّ عمل يتناقى مع هذا الجميل ويعتبر جحوداً ونكراً جسيماً له. وقد تمّ تشريع هذا الإلتزام من لدن المشرّع اللبناني - مثله مثل بعض التّقنينات المدنية العربية والأجنبية - كسبب يميز للواهب طلب الرّجوع اقتداءً بالتّقنين المدني الفرنسي. أنظر في هذا الصّدّد: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 427 - 428؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit, pp. 600-601.

⁴ - كان هذا النصّ يقضي بتحمّل الموهوب له مصاريف التسليم خلافاً للقواعد العامّة، فلمّا حذف وجب - بحسب السّنهوري - الرّجوع إلى القواعد العامّة القاضيّة بجعل تلك المصاريف على الواهب، أنظر: أحمد عبد الرزاق السّنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 176، هامش رقم: 1.

وفي معرض تعليق المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري على النص المحلل أعلاه، فسّرت هذه الأخيرة هذا التوجّه من لدن المشرّع بتقرير تلك المادّة بالقول بأنّ "المشرّع قد فرض بأنّ المتعاقدين قد أرادوا أن يتحمّل الموهوب له نفقات عقد الهبة من كتابة ورسوم ودمغة ورسوم تسجيل وغير ذلك، ومصروفات التسليم على نحو ما يلتزم به المشتري، بل ومصروفات التسليم أيضاً، وهي التي يلتزم بها البائع لا المشتري، تفسيراً للهبة في أضيق الحدود. ولكن لا يمنع المتعاقدين من الاتفاق على أحكام أخرى، كأن يتحمّل الواهب مصروفات التسليم"¹.

بيد أنّ هذا النصّ تمّ حذفه ضمن أعمال لجنة المراجعة، والعلّة في ذلك تكمن في أنّ أحكامه مستقاة من القواعد العامة ومن ثمّ فلا حاجة للتّصيص عليها².

وبالرّجوع إلى القواعد العامة يبرز بأنّ نفقات الوفاء تقع على عاتق المدين عملاً بنصّ المادّة 348 من ق. م. م³ - المطابقة لنصّ المادّة 283 من ق. م. ج - والمدين هنا هو الواهب، وتبعاً لذلك فإنّ مصاريف التسليم ونفقات الوفاء - طبقاً لهذه القواعد - تقع على عاتق الواهب في الأساس.

أمّا بالنسبة لمصاريف توثيق عقد هبة العقار وما يستتبعه من حقوق الطّابع ورسوم التسجيل والإشهار وغيرها فيتحمّلها الموهوب له قياساً على التزام المشتري بأدائها في عقد البيع حيث تقضي المادّة 462 من ق. م. م⁴ - المقابلة لنصّ المادّة 393 من ق. م. ج⁵ - بتحمّل المشتري لتلك التّفقات ما لم يوجد عرف أو اتّفاق أو نصّ قانوني يقضي بخلاف ذلك.

"وإذا كان المشتري يتحمّلها فمن باب أولى ينطبق ذلك على الموهوب له فيتحمّلها قياساً على المشتري في البيع، وكذلك أيضاً يجب قياس نفقات تسلّم المبيع على نفقات تسلّم الموهوب.

ولمّا كانت نفقات تسلّم المبيع تقع على المشتري، فإنّ نفقات تسلّم الشّيء الموهوب يقع على

¹ - أنظر: مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السّابق، ص. 271 - 279.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السّابق، ص. 160؛ مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع نفسه، ص. 279.

³ - القاضية بأنّه "تكون نفقات الوفاء على المدين إلّا إذا وجد اتّفاق أو نصّ يقضي بغير ذلك". وهذا النصّ هو مطابق لنصّ المادّة 283 من ق. م. ج كون أنّ هذا الأخير منقول عن الأوّل.

⁴ - القاضية بكون "نفقات عقد البيع ورسوم الدّمغة والتّسجيل وغير ذلك من مصروفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتّفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

⁵ - النّاصة "بأنّ نفقات التسجيل، والطّابع ورسوم الإعلان العقاري، والتّوثيق وغيرها، تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

الموهوب له، وهذا كلّ ما لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين يقضي بغير ذلك"¹.

خلافاً للتّنين المدني المصري ومن اقتفى أثره من تشريعات مدنية عربية²، لم ينص قانون الأسرة الجزائري على إلزام الموهوب له بأداء نفقات عقد هبة العّار، كون أنّ هذه المسألة إجرائية لا تمسّ بموضوع عقد الهبة المقبس أحكامه من الشريعة الإسلامية، فتطبّق - من ثمة - على هذه المسألة أساساً القواعد العامة على حدّ قول البعض³.

على أنّه قياساً على أحكام عقد البيع، يلتزم الموهوب له بأداء نفقات عقد هبة العّار فتكون حقوق التّسجيل والطّابع ورسوم الشّهر العقاري وأتعاب التّوثيق على عاتق الموهوب له، فليس من المنطق تحميل تلك النفقات للواهب، إذ ليس من المستساغ أن يجمع الواهب بين التخلّي عن عقاره بلا عوض وبين تحمّل نفقات عقد هبة العّار انتهاء.

وهذا ما تمّ إقراره ابتداءً من لدن الفقه والقضاء الفرنسيين على الرّغم من خلوّ التّنين المدني الفرنسي من نصّ صريح يقضي بذلك، حيث تمّ تطبيق مقتضيات هذا الالتزام انطلاقاً من القواعد العامة القاضية بأنّ تلك المصروفات تقع أساساً على من ينتفع بالشيء، ولاشك بأنّ الموهوب له هو الذي يستفيد من المحلّ الموهوب فيلتزم من ثمة بأداء تلك المصاريف في الأخير⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّ نفقات عقد هبة العّار النّاهض بأدائها الموهوب له وفقاً للتّشريع الجزائري تتمحور أساساً في تلك الحقوق والرسوم التي يقوم الموثّق بتحصيلها بمناسبة تحرير عقد هبة العّار، هذا فضلاً عن أتعابه. وتبعاً لذلك فلقد قضت المادّة 1/40 من قانون رقم 06 - 02 المؤرّخ في 20 فبراير 2006 المتضمّن تنظيم مهنة الموثّق بالقول: "يقوم الموثّق بتحصيل كلّ الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من

¹ - جمال الدّين طه العاقل، المرجع السّابق، ص. 203.

² - نذكر منها على سبيل المثال:

- نصّ المادّة 617 من القانون المدني العراقي الذي قضى بأنّ "نفقات الهبة على الموهوب له، ويدخل في ذلك مصروفات العقد والرسوم وما يصرف في تسليم الموهوب وتسليمه ونقله، وذلك ما لم يوجد اتفاق مخالف".

- نصّ المادّة 542 من القانون المدني الكويتي النّاصة على أنّ "نفقات الهبة على الموهوب له ... ما لم يتفق على غير ذلك".

- نصّ المادّة 645 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي القائلة بأنّ "نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم المال الموهوب ونقله على الموهوب له إلّا إذا اتفق على غير ذلك".

- نصّ المادّة 4/239 من التّنين المدني السّوداني القاضية بأنّ "تكون نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الموهوب ونقله على الموهوب له إلّا إذا اتفق على غير ذلك". نقلاً عن: نادر عبد العزيز شاذي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والمقارن، ج2، المرجع السّابق، ص. 860.

³ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السّابق، ص. 258.

⁴ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, T.V, Op. cit, p. 612 et s.

طرف المزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود، ويدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقاً للتشريع المعمول به".

وهذا ما أكدته أيضاً المادة 85 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين¹ بقولها "يحصل الموثق الحقوق والرسوم القانونية لحساب الدولة من طرف الأطراف المزمين بتسديدها. ويقوم مباشرة بدفع المبالغ الواجبة على الأطراف من حيث الضريبة إلى قباضات الضرائب طبقاً للمادة 28 من قانون التوثيق".

وفي نفس السياق أردفت المادة 41 من القانون رقم 06 - 02 - المحلل أعلاه - مشيرة إلى أنه "يتقاضى الموثق أتعاباً عن خدماته من زبائنه حسب التعريفة الرسمية مقابل وصل مفصل"، الذي يتعين عليه بحسب نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 08 - 243² تسليمه حتى ولو لم يطلب الزبون ذلك تحت طائلة المتابعات التأديبية.

يستشف من المواد المحللة أعلاه بأن الموثق - إضافة إلى المهام المسندة إليه - يقوم بتحصيل الرسوم³ الضريبية المقررة قانوناً لفائدة الخزينة العمومية نفسها التي يؤدّيها الموهوب له، حيث أنّها لا تخرج عن الرسوم الآتية: حقوق التسجيل، حق الطابع الجبائي، حقوق الإشهار العقاري، الرسم على القيمة المضافة للمهني المكلف بقبضها وغيرها من الرسوم المحددة بموجب التعريفة الرسمية لأتعاب الموثق⁴ حسب التفصيل الموالي:

- رسم التسجيل "Taxe de L'enregistrement":

طبقاً لنص المادة الأولى من قانون التسجيل⁵، تقبض رسوم التسجيل لصالح الدولة حسب الأسس وتبعاً للقواعد المحددة بمقتضى هذا القانون، ويتم ذلك حال القيام بتسجيل التصرفات القانونية لدى مصالح التسجيل حيث يتولى الموثق تسديدها - بعد أن يكون قد أودعها بحساب المكتب المفتوح بالخزينة

¹ - المشرع بمقتضى قرار مؤرخ في: 1992/11/14، أنظر: ج. ر، ع 92، المؤرخة في: 1992/12/27.

² - المؤرخ في: 2008/08/03، المحدد لأتعاب الموثق. أنظر: ج. ر، ع 45، المؤرخة في: 2008/08/06.

³ - يعرف الرسم في التشريع المالي الوضعي بأنه "مبلغ من التقود يدفعه الفرد لهيئة عامة نظير خدمة معينة ذات نفع عام تؤدّيها له بناء على طلبه، وهذه الخدمة يستفيد منها في نفس الوقت الفرد الذي طلبها والمجموع". أنظر: محمود رياض عطية، موجز في المالية العامة وتشريع الضرائب، د. د. ط. د. ب. ط، 1957، ص. 90؛ وأنظر في تعريف الرسم أيضاً، زين العابدين ناصر، مبادئ المالية العامة، د. د. ط، د. ب. ط، 2002، ص. 465.

كما عُرّف الرسم في الإقتصاد الإسلامي بأنه "مبلغ من المال يجبيه أحد الأشخاص العامة جبراً من الفرد لقاء خدمة يؤدّيها له". أنظر: نزيه حماد، معجم المصطلحات الإقتصادية في لغة الفقهاء، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، د. ب. ط، 1993، ص. 143.

⁴ - أنظر فيما يخص الرسوم الجبائية المتعلقة بعقد الهبة في التشريع الفرنسي:

CHAILLET Christophe, Le guide pratique des donations et donations - partages, savoir donner, anticiper, protéger, économiser, Gualino éditeur, Lextensoéditions, paris, 2013, pp. 47-48.

⁵ - الناصّة على أن "تحصل رسوم التسجيل حسب الأسس وتبعاً للقواعد المحددة بموجب هذا القانون".

العمومية- لفائدة مصالح قبّاضة الضرائب المختصة وقت إيداع أصل عقد هبة العقار لأجل التسجيل بسحب صكّ من حساب المكتب بمبلغ الرّسم المحدّد قانوناً كما سيرد تفصيله، وفي هذا الصّدّد يتعيّن عليه أن يثبت إنجاز هذه العملية ضمن عقده ولو كانت بالحقّان.

وقد أكدّ قانون التسجيل بمقتضى المادة 1/75¹ منه على تسجيل العقود المحرّرة من لدن الموثّق -ومن بينها عقد هبة العقار - لدى مصالح التسجيل التابعة للدائرة، أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية المتواجد على مستوى مقرّها مكتبه.

ويلزم نفس القانون - كما سبق وأن أشرنا - ضمن مادّته 58² الموثّق بتسجيل عقد هبة العقار خلال أجل لا يتعدّى الشهر من تاريخ تحريره، مجاناً إذا كانت الهبة مبرمة بين الأصول والفروع والأزواج، وبرسم قدره 5 % من قيمة العقار المصرّح بها لغير الأولين³.

وتبعاً لذلك يؤدّي الموهوب له - للموثّق حال إبرام عقد هبة العقار - رسم التسجيل وجوباً إذا لم يكن الواهب من ذوي قرابته أصلاً أو فرعاً أو زوجاً، برسم قدره 5 % من تقويم العقار المصرّح به.

فمثلاً يسدّد الموهوب له - طبقاً للقانون - رسماً قدره 150.000 دج إذا تمّ تقييم العقار الموهوب بقيمة قدرها 3.000.000 دج⁴.

¹ - التي قضت بأنّه "لا يمكن للموثّقين أن يسجلوا عقودهم إلّا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم".

² - التي نصّت بأنّه "يجب أن تسجل عقود الموثّقين في أجل شهر ابتداءً من تاريخها ... وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية: 1- العقود التي تتناول نقل الملكية أو حقّ الإنتفاع للأموال العقارية ...".

³ - أنظر المادة 231 من ق. ت. ج، وكذلك كان هو الحال بالنسبة للمكفول الذي تستفيد هبته بحسب نصّ المادة 242 مكرّر من التعريف المطبقة على نقل الملكية مجاناً، كما هو منصوص عليه في الجدول "1" من المادة 236 من القانون، شريطة توافر الشّروط المحدّدة بموجب المادة 123 من ق. أ. ج. للإشارة فإنّ الجدول "1" الذي أشارت المادة 242 مكرّر لم يعد له وجود ضمن نصّ المادة 236 من ق. ت. ج. المحال عليها بعد تعديلها، وهو خطأ فادح وُقع فيه ووجب استدراكه، وإن كان هناك بعض الموثّقين من ذهب للقول إلى أنّ هبة المكفول طالما لم يشملها نصّ صريح يقضي بمجانبة حقوق تسجيلها في تعديلاته المتعاقبة، فإنّ الرّسم المطبق عليها - من ثمّة - هو الرّسم النّسبي المقدّر بـ: 5%. ومع ذلك فالواجب على المشرّع إلحاق هبة المكفول بخصوص رسم التسجيل بالرّسم المجاني فيشمله ما يشمل الرّسم المطبق على هبة الأصول إلى الفروع، وهذا هو الأصوب. لأكثر تفصيل راجع المواد: 236 و 242 مكرّر من ق. ت. ج قبل التعديل وبعده، وأنظر بخصوص الإعفاء من رسوم نقل الملكية فيما يتعلّق بالهبات المقدّمة إلى بعض الهيئات والأشخاص المعنوية، المواد: 301 إلى 304 مكرّر من ق. ت. ج.

⁴ - وبالرجوع إلى نصّ المادة 91 من قانون التسجيل نجدّها تنص على أنّه "يتحمّل الرّسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حقّ الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محدّدة بموجب هذا القانون بالتضامن مع أطراف العقد التي يتعيّن عليها إجراء توزيع عادل ومنصف.

غير أنّه عندما يستفيد أحد طرفي العقد، المشتري أو البائع، من إعفاء بموجب حكم من أحكام هذا القانون، لا يتحمّل إلّا نصف حقّ نقل الملكية الذي يتحمّله الطرف الآخر". أنظر فيما يتعلّق بمصروفات التوثيق ومقتضياته: مصطفى لعروم، مصاريف الكتابة عند الموثّق وكيفية

- رسم الطابع "Taxe de Timbre":

ويُراد برسم الطابع¹ بحسب الفقرة الأولى من نصّ المادة الأولى من قانون الطابع: الضريبة المفروضة على جميع الأوراق المخصّصة للعقود المدنية والقضائية وكذا المحرّرات التي يمكن أن تقدّم للقضاء كدليل².

وطبقاً لنصّ المادة 3 من نفس القانون، يؤسّس طابع خاص لكل نوع من الورق، بحيث يحمل كل طابع بصفة متميّزة مبلغه وشعاره يكمن في العبارة الآتية "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية"³.

كما يلزم - وفقاً لنصّ المادة 4 من القانون المذكور - المدينين بالرّسم الخاضعين للنّظام الضريبي في مجال الضرائب المباشرة بدفع رسم الطابع مثبّتاً عن طريق وضع الطوابع أو الطوابع المميّزة أو العلامات بدفع الرّسوم مثلما أدرجت في الجداول بتعويضها بعلامات مطبوعة بواسطة آلات خاصّة سبق للإرادة الجبائية أن وافقت عليها.

ويلزم بدفع نفس الرّسوم - كما سبق الإشارة إليه - من طرف الموثّقين لحساب زبائنهم⁴.

ويكون الأطراف متضامنين بخصوص تسديد رسوم الطابع والغرامات المرتبطة بها من دون المساس بالأحكام الخاصّة الواردة في هذا القانون⁵.

توزيعها، مجلّة الموثّق، ع9، جانفي 2000، ص. 10.

¹ - أمّا التشريع المصري فلقد اعتمد - توازياً مع ذلك - ما يعرف بالدمغة، ومؤداها "العلامة أو الطّبع أو النّقش الموضوع على ورقة للدّلالة على أداء ضريبة معيّنة للدولة، ويعود تسمية ضريبة الدمغة برسم الدمغة إلى المصدر التشريعي لقانون الدمغة المستقى من التشريع الفرنسي، وترجع هذه التسمية في فرنسا إلى أنّ الدمغة ظهرت فيها إبان أواخر القرن 19 ميلادي تحت مسمّى رسم الصّياعة، وبالرّغم من إلغاء مجمل القوانين الجبائية من لدن قيادة الثّورة الفرنسية في السّنة السّابعة منها إلّا أنّها أبقت على هذا الرّسم بعد أن أدخلت عليه عديد التّعديلات وأسّمته برسم الدمغة الذي بات يعتبر أحد أهمّ الموارد الهامّة للدول. ففضلاً عن اتّسامه بطابع العدالة، فهو يفرض على المحرّرات والأوراق التي نصّ عليها القانون تبعاً لحجم التّعامل وصيغة المحرّر أو الورقة دون النّظر إلى شخصية المتعاملين. أنظر في هذا الصّدّد: مصطفى معبد، العلاقة بين الضرائب غير المباشرة والمكوس المنهي عنها شرعاً، د. د. ط. ب. ط. 1999، ص. 122؛ أبو اليزيد علي المتيت، الضرائب غير المباشرة، مؤسّسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1975، ص. 29 وما يليها.

² - بحيث لا توجد استثناءات أخرى إلّا الإستثناءات التي ينصّ عليها القانون (المادة 2/1 من قانون الطابع).

³ - وفي ذلك قضت المادة 3 من قانون الطابع بأنّه "يؤسّس طابع خاص لكل نوع من الورق. ويحمل كل طابع بصفة متميّزة مبلغه وشعاره يتمثّل في الكلمات التّالية: "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية".

⁴ - وقد قضت المادة 4 من قانون الطابع - تبعاً لذلك - بأنّه: "يلزم على المدينين بالرّسم الخاضعين لنظام الرّبح الحقيقي في مجال الضرائب المباشرة، في مختلف الحالات حيث يكون دفع رسم الطابع مثبّتاً عن طريق وضع الطوابع المميّزة أو العلامات بدفع الرّسوم مثلما أدرجت في الجداول بتعويضها بعلامات مطبوعة بواسطة آلات خاصّة سبق للإدارة الجبائية أن وافقت عليها.

كما يلزم بدفع الرّسوم بالكيفية المشار إليها في المقطع السّابق ... الموثّقين لحساب زبائنهم".

⁵ - وفي ذلك قضت المادة 5 من قانون الطابع بأنّه: "يكونون متضامنين فيما يخصّ دفع رسوم الطابع والغرامات المرتبطة بها وذلك من دون

وعليه فإنّ رسم الطابع المتعلّق بعقد هبة العقار¹ يؤدّيه الموهوب له حال إبرام عقد هبة العقار إلى المؤثّق المكلف بتحرير نفس العقد بواقع مبلغ قدره 40 دج بالنسبة للورق العادي، و 20 دج بالنسبة لنصف صفحة من الورق العادي طبقاً لنصّ المادة 1/58 من قانون الطابع².

وتحقّض تبعاً للفقرة 2 من نفس المادة³، تسعيرة الرّسم المحلّل أعلاه بالنّصف حينما يستعمل وجه واحد من الورقة في تحرير العقد الذي تزيد صفحاته عن أكثر من واحدة، شرط أن تلغى الصّفحة الثانية بوسيلة لا يمكن إزالتها يتمّ الترخيص بها من لدن المدير العام للضرائب بمقرّر خاص.

وبعد قبض رسم الطابع من الموهوب له، يبادر المهني المؤثّق بإيداعه بحسابه المكتب المفتوح لدى الخزينة العمومية - بالإضافة إلى رسوم أخرى - كما هو معمول به ميدانياً في مثل هذا الشّأن، ليقوم بتسديده بموجب صكّ يسحب لقابض الضرائب المختص بواسطة مستخرج نموذج رقم 50 G خلال الشّهر أو الثلاثي الموالي لإبرام عقد هبة العقار وجوباً تحت طائلة العقوبات الجبائية والتأديبية المقرّرة قانوناً.

- رسم القيمة المضافة "Taxe de T.V.A":

يعتبر الرّسم على القيمة المضافة من أهمّ الرسوم غير المباشرة⁴ المفروضة على الاستهلاك، بحيث يخصّ جميع العمليات ذات الطابع: الصّناعي، التّجاري، الحرفي أو الخدماتي، وهو يقع على عاتق المستهلك الذي

المساس بالأحكام الخاصة المنصوص عليها في هذا القانون:

- جميع الموقعين فيما يخصّ العقود الملزمة للأطراف ...".

¹ - وفي ذلك نوهت المادة 61 من قانون الطابع بالقول: "تخضع لرسم الطابع المحدّد بالنسبة للحجم، جمع الأوراق التالية التي تستعمل للعقود والمخرّرات سواء كانت عمومية أو خاصة: أولاً - العقود:

1- العقود الرسمية والملخصات والنسخ والصّور المسلّمة عنها ...

غير أنّ عقود التوثيق غير المعفية من التسجيل، تخضع إلى رسم الطابع المحدّد بالتعريف المقرّرة لنصف الورقة من الورق العادي بموجب المادة 58 أعلاه، ويتمّ ذلك على سجلّ خاص ...".

² - التي قضت بأنّه "يحدّد سعر الأوراق المدموغة التي تقدّمها الإدارة المختصة ورسوم الطابع المترتبة على الأوراق التي يسمح للمكلفين بدمغها بأنفسهم أو يعملون على دمغها، حسب حجم الورق كما يلي:

- ورق سجل 60 دج.

- ورق عادي 40 دج.

- نصف صفحة من الورق العادي 20 دج.

³ - أيّ المادة 2/58 من قانون الطابع التي قضت بأنّه: "غير أنّه تحقّض التسعيرات المذكورة أعلاه بالنّصف عندما يستعمل وجه واحد من الورقة في صياغة مخطوط يزيد عن صفحة واحدة شريطة أن تلغى الصّفحة الثانية بوسيلة لا يمكن إزالتها يرخص بها المدير العام للضرائب بمقرّر".

⁴ - قضت المادة الأولى من الأمر رقم: 76-104، المؤرّخ في: 1976/12/09، المتضمّن قانون الضرائب غير المباشرة، ج. ر، ع 70 المؤرّخة في: 1977/10/02، المعدّل والمتمّم، بالقول: "يتضمّن قانون الضرائب غير المباشرة مجموع الأحكام القانونية المتعلّقة بالدّخل المحصّل لفائدة الدّولة أو الجماعات المحليّة والمتضمّن في المصطلح النوعي للضرائب غير المباشرة".

يتحمّل سداده للمهنيّ الموثّق الذي يلعب دور الوسيط في تحصيله منه ثمّ تسديده إلى قبّاضات الضرّائب المختصّة.

على ذلك تكون القيمة المضافة - تبعاً للمفهوم المحلّل أعلاه - هي "الفرق بين الإنتاج العام والاستهلاك ... بمعنى آخر فهي تقيس القيمة المحصّل عليها من طرف المؤسسة للسّلع والخدمات كما توضّحه المعاملة الآتية: التّاج = القيمة المضافة + الاستهلاك"¹.

وتبعاً لذلك يتعيّن على الموهوب له أداء رسم القيمة المضافة بنسبة تقدّر بـ: 19 % من مبلغ تقييم العقار الموهوب بالإضافة إلى مجموع الأتعاب والرّسوم السّالفة الذّكر، وذلك ما قضت به المادّة 26 من قانون المالية لسنة 2017² المعدّلة لأحكام المادّة 21 من قانون الرّسوم على رقم الأعمال التي قضت بأنّه "يحصل الرّسم على القيمة المضافة بالمعدّل العادي 19 %".

على أنّه يشار بأنّ مبلغ القيمة المضافة المذكور أعلاه لا يلزم الموهوب له بأدائه حال إبرام عقد هبة العقار إلّا إذا كان المكتب العمومي للتّوثيق المكلف بتحرير عقد الهبة خاضعاً جبائياً للنّظام الحقيقي³، حيث يتعيّن عليه بدوره تحصيله منه وأدائه - بعد إيداعه بحساب المكتب - إلى مصلحة قبّاضة الضرّائب المختصّة بصكّ مسحوب لأمرها في كشف مخصّص لذلك خلال الشّهر أو الثّلاثي الموالي لإبرام ذات العقد.

أمّا إذا كان مكتب التّوثيق المكلف بتحرير عقد هبة العقار خاضعاً جبائياً لنظام الضّريبة الجزافية الوحيدة⁴ المنصوص عليها بمقتضى المادّة 282 من قانون الضرّائب المباشرة والرّسوم المماثلة⁵، فالموهوب له غير ملزم بأدائها ومن ثمّ فإنّ الموثّق المحرّر لنفس العقد غير ملزم بتحصيلها ابتداءً⁶.

¹ - منصور بن عمارة، أعمال موجهة في تقنيات الجبائية، ج1، الضرّائب مصلحتك أولاً، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، ط 3، 2010، ص. 10.

² - أنظر: قانون رقم: 16-14 المؤرخ في 2016/12/28، المتضمّن قانون المالية لسنة 2017، ج. ر، ع 77، المؤرّخة في: 2016/12/29، ص. 13.

³ - يخضع المكتب العمومي للتّوثيق للنّظام الجبائي الحقيقي في حالة تجاوز رقم أعماله السنوي: سقف (30.000.000 دج). أنظر في ذلك نصّ المادّة 282 مكرر 1 من قانون الضرّائب المباشرة والرّسوم المماثلة بمفهوم المخالفة.

⁴ - حيث "يخضع لنظام الضّريبة الجزافية الوحيدة الأشخاص الطبيعيون أو المعنويّون والشّركات والتّعاونيات التي تمارس نشاطاً صناعياً أو تجارياً أو حرفياً أو مهنة غير تجارية، الذين لا يتجاوز رقم أعمالهم السنوي سقف (30.000.000 دج). أنظر المادّة 282 مكرر 1 فقرة أولى من قانون الضرّائب المباشرة والرّسوم المماثلة.

⁵ - التي قضت بأنّه "تؤسّس ضريبة جزافية وحيدة تحلّ محلّ الدّخل الاجمالي والضّريبة على أرباح الشّركات، وتغطّي زيادة على الضّريبة على الدّخل الإجمالي أو الضّريبة على أرباح الشّركات، الرّسم على القيمة المضافة والرّسم على التّشّاط المهنيّ".

⁶ - أنظر: المادّة 30 من قانون المالية لسنة 2015 المعدّلة لأحكام المادّة 8 من قانون الرّسوم على رقم الأعمال، وراجع في كلّ ما يتعلّق بخضوع المكتب العمومي للتّوثيق لنظام الضّريبة الجبائية الوحيدة وكيفيات ومجال تطبيقها: تعليمة رقم: 001/م ع ض / م ع / 2015 المتعلّقة بالضّريبة

- رسم الإشهار العقاري "TAXE de publicité foncière":

بحسبان هبة العقار عقداً يخضع للإشهار العقاري، فقد ألزم القانون الموثق بتسديد رسم الشّهر العقاري - بعد أن خوّله استحصاله من الموهوب له - وذلك بسحب صكّ من حساب المكتب بقيمة رسم الإشهار المقرّر قانوناً لأمر المحافظ العقاري اختصاص محلّ إشهار عقد هبة العقار، يودع متزامناً مع إيداع عقد الهبة لغرض الإشهار.

وتبعاً لذلك، يقبض بمناسبة القيام بإجراء إشهار عقد هبة العقار رسماً يدعى برسم الإشهار العقاري¹ يقدر بـ 1 % من قيمة العقار حتّى ولو كان مثقلاً بشرط موقف²، على أنّه لا يمكن - في هذا الصّدّد - تحصيل مبلغ أقلّ من ألفي دينار (2.000 دج) كحدّ أدنى³.

- أتعاب الموثّق "Honoraires du notaire":

يحقّ للموثّق نظير القيام بتحريره لعقد هبة العقار الحصول على مقابل أو ما يدعى بالأتعاب التوثيقية الذي ينهض الموهوب له بأدائها له، وهي غير الرسوم المستحقّة لفائدة الخزينة العمومية طبقاً للقانون.

فإذا كان المهني الموثّق ضابطاً عموميّاً، فإنّه يختلف عن باقي الضّباط العموميّين المنتسبون للتوظيف العمومي، فإذا كان هؤلاء الأخيرون يتلقّون روايتهم من هيئات الدّولة العمومية، فإنّ الموثّق بوصفه المتقدّم يتولّى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، وتبعاً لذلك فإنّه يتلقّى أتعابه من قبل زبائنه (الموهوب له) مستهلكي الخدمة العمومية⁴.

الجزافية الوحيدة، صادرة عن مديرية العمليات الجبائية والتّحصيل بتاريخ: 2015/01/19.

¹ - قضت المادة 353 - 1 من قانون التّسجيل بالقول: "يقبض بمناسبة القيام بإجراء الإشهار في المحافظات العقارية، رسم يدعى رسم الإشهار العقاري، على ما يأتي:

1- العقود والقرارات القضائية المتضمّنة نقل أو تكوين أو تصريح بحق ملكية عقارية ...".

² - قضت المادة 353 - 3 من قانون التّسجيل بأنّه: "لا يحصل سوى رسم نسبي واحد على العقد الرئيسي ولواحقه المتحصّلة، والتي لا يترتب عليها رسم نسبي بمبلغ أعلى.

ولا يمكن تحصيل مبلغ أقلّ من ألفي (2.000 دج)، بالنسبة للإجراءات التي لا ينتج عنها رسم نسبي مبلغه ألفا دينار (2.000 دج).

³ - نصّت المادة 353 - 2 من قانون التّسجيل على أنّه: "يطبق الرّسم المنصوص عليه في المادة 353 - 1 أعلاه، كالاتي:

1- 1 % تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرّح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود حتّى ولو كانت مثقلة بشرط موقف ...".

⁴ - ذهب بعض المؤلّفين - غير الممارسين لمهنة التوثيق والجاهلين بخباياها - إلى إطلاق أوصاف غير صحيحة إزاءها فقالوا بأنّ "أتعابه [أي الموثّق] مرتفعة كما قد تكون منخفضة، وهذا يعود لعدّة عوامل منها الأقدمية، وموقع المكتب، وحركية التّجارة والتّعاملات العقارية في المنطقة ... وهو من هذه النّاحية شبيه بمهنة المحاماة ...". وتعقيباً على ذلك ينبغي التذكير بأنّ مهنة الموثّق مهنة عمومية تمارس للحساب الخاصّ بخلاف مهنة المحاماة ذات الطّابع الحر، هذا فضلاً عن أنّ تحديد الأتعاب لا يخضع لعوامل الأقدمية وموقع المكتب كما أسلف القول إليه، بل هي حقوق

وتبعاً لذلك تشمل أتعاب الموثّق¹ - الواجب أدائها من لدن الموهوب له - بحسب نصّ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 08 - 243 السّالف الذّكر ما يلي:

- تعويض إعداد وتحرير عقد هبة العقار واستعمال الشّكليات المتعلّقة بذلك.

- تعويض التّفقات المرتبطة التي يقوم بها الموثّق لفائدة الموهوب له².

هذا، وقد حدّدت التعرّيفة الرّسمية لأتعاب الموثّق الملحقة بالمرسوم المحلّل أعلاه ضمن البند 41 منها أتعاب الموثّق بمناسبة تحريره لعقد هبة العقار، حيث تحسب بناء على تقييم العقار الموهوب على الشّكل الموالي:

- من دينار واحد إلى 500.000 دج تحسب أتعاب الموثّق من 3 %.

- من 500.001 إلى 1.000.000 دج تحسب أتعاب الموثّق من 2 %.

- ما زاد على ذلك تكون أتعاب الموثّق من 1 %.

وفضلاً عمّا سبق، يجوز للموثّق - حسب سلطته التقديرية وطبيعة ملف عقد هبة العقار - استحصال أتعاب أخرى حدّدها ذات المرسوم؛ فيحق له - مثلاً - إضافة أتعاب الاطّلاع على الملف³ إذا كان له مقتضى، وأتعاب أجر مدّة العمل⁴، وكذا أتعاب خدمات إضافية⁵ قد ينجزها بمناسبة إنجازها لذات

مالية محدّدة بنصّ القانون. للإطّلاع على القول المتقدّم، راجع: مقني بن عمّار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، تنظيم ومهام ومسؤوليات، المرجع السابق، ص. 124.

¹ - يتلقّى الموثّق أتعابه من زبائنه (الموهوب له مثلاً) مباشرة، بحيث لا يخضع للتفاوض الحرّ بصدها كما هو معمول به في مهنة المحاماة، وذلك بناء على تعريفه مقننة مبيّنة لمقدار الأتعاب المستحقّة وهذا هو الأصل، لكن - للأسف - الواقع الممارس يبيّن بخلاف ذلك، فالمنافسة اللامشروعة من لدن بعض الموثّقين غير الأسوياء بتخفيض التعرّيفة الرّسمية توجّهاً للإستحواذ على السّوق الخدمانية، فضلاً عن استعمال أساليب غير شريفة أخرى لا تمتّ بصلة للمهنة؛ جعلت من الموثّقين الشّرفاء محلّ اتّهام بالسرقة أمام المجتمع؛ علاوة على عجز الغرف الوصيّة في محاربة هذه الظّاهرة ومحاسبة مقترفيها بالرّغم من توصّلها علماً بهذه الوقائع في بعض الأحيان، لي طرح التّساؤل مجدّداً حول إمكانية إلزامية الكشف الحقيقي لكيفية حساب أتعاب الخدمات التوثيقية لمصالح الضرائب، فضلاً عن تمكينها من المراقبة الجديّة والحقيقية للمكتب الممارس! ولما لا إسناد التفتيش لمصالح وزارة العدل التي تسند هذه المهمّة لأعضاء محلّفين مكوّنين محاسباتياً في هذا المجال كما كانت المناذاة إليه إبان مناقشة مشروع القانون المنظّم للمهنة. أنظر في شأن الأتعاب التوثيقية: مقني بن عمّار، المرجع نفسه، ص. 125.

² - ويمكن للموثّق قبل تحرير العقد، أن يطلب من الأطراف دفع مبلغ مسبق من الأتعاب لتغطية المصاريف والحقوق الأوليّة مقابل وصل استلام، على أن يستردّ الزّيون المبلغ المدفوع في حالة عدم إتمام الخدمة المطلوبة (إنجاز عقد هبة العقار) من قبِل الموثّق، ويكون هذا المبلغ من حقّ الموثّق إذا كان العدول من قبل الزّيون (المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 08 - 243 السّالف الذّكر).

³ - وهي تحوّل للموثّق تحصيل رسم على أجر كلّ ثلاث (3) ساعات من العمل مبلغ 1.800 دج. أنظر البند رقم 22 من التعرّيفة الرّسمية لأتعاب الموثّق الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 243 السّالف الذّكر.

⁴ - وهي تحوّل للموثّق تحصيل مبلغ 3.000 دج أجر عن كلّ مدّة عمل تدوم ساعة، ويستحقّ الرّسم عن المدّة الأولى مهما كان أمدها، ويترتّب على الوحدات الأخرى طبقاً للفترة الزّمنية المستهلكة فعلاً لأقسام لا تقلّ عن ساعة كاملة. أنظر البند رقم 75 من التعرّيفة الرّسمية لأتعاب الموثّق الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 243 السّابق الإشارة إليه.

⁵ - وهي تلك الخدمات غير المذكورة في التعرّيفة الرّسمية، بحيث يحقّ للموثّق تحصيل مبلغ قدره 1.500 دج في هذا الصّدّد. أنظر البند رقم 78

العقد، فضلاً عن إمكانية طلبه لأتعاب الإستشارة القانونية¹ ابتداءً.

الحصيلة مما سبق، يجدر التذكير بأنه إذا كان الأصل أن تكون نفقات عقد هبة العقار على الموهوب له، قياساً على البيع، وتفسيراً للهبة في أضيق حدودها، بحيث لا يجمع الواهب بين التفرغ عن عقاره دون مقابل وبين تحمّل تلك النفقات "فإنّ الغالب في الهبة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضاً أن يتحمّل هذه النفقات حتّى يصل الموهوب إلى الموهوب له خالصاً من كلّ تكليف.

فيجوز إذن الاتفاق على أن يتحمّل الواهب مصروفات العقد، بل ومصروفات تسلّم العين الموهوبة، ويجوز أن يستخلص وجود هذا الاتفاق ضمناً من ظروف الهبة"².

الفرع الثاني: الإلتزام باستعمال وردّ العقار الموهوب منفعتيه وإثبات انتهاء حق الانتفاع به

لاشكّ بأنّ المتصفّح لموضوع المنافع في بطون مؤلّفات الفقه الاسلامي يلحظ بأنّ الفقهاء لم يخصّصوا باباً معيّناً لبحث المنافع³؛ غاية ما في الأمر أنّها ذكرت أثناء بحث المواضيع التي تلتبس فيها المنافع، فضلاً عن ترتيب الأحكام والقواعد المتصلة بها.

من التعرّيفة الرسمية لأتعاب المؤثّق الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 243 السابق الاشارة إليه.

¹ - أنظر البند رقم 79 من التعرّيفة من التعرّيفة الرسمية لأتعاب المؤثّق الملحقة بالمرسوم التنفيذي رقم 08 - 243 السالف التنبيه إليه.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، 176؛ عبد الكريم شهوب، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 190.

³ - عرّف الأحناف المنافع بكونها: "رَوَائِدُ تَحْدُثُ فِي الْعَيْنِ شَيْئاً فَشَيْئاً.. وَبَيَانُ هَذَا الْكَلَامِ أَنَّ الْمُنْفَعَةَ عَرَضٌ يَقُومُ بِالْعَيْنِ، وَالْعَيْنُ جَوْهَرٌ يَقُومُ بِهِ الْعَرَضُ، وَلَا يَحْقُقُ عَلَى أَحَدٍ التَّفَاوُثُ بَيْنَهُمَا، وَالْمَنَافِعُ لَا تَبْقَى وَفُتَيْنِ". أنظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط ج 11، المرجع السابق، ص. 78. وفي نفس السياق ورد في مرشد الحيران ضمن المادة 13 منه بأنّ "الانتفاع الجائز هو حقّ المنتفع في استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وإن لم تكن رقبته مملوكة". أنظر: محمد قدري باشا، المرجع السابق، ص. 5.

وذهب ابن عرفة المالكي إلى أنّ "الْمُنْفَعَةَ مَا لَا تُمْكِنُ الْإِشَارَةُ إِلَيْهِ حِسّاً دُونَ إِقَامَةِ يُكْمِلُ اسْتِيفَاؤُهُ غَيْرَ حُزْمٍ مِمَّا أُضِيفَ إِلَيْهِ". أنظر: محمد بن محمد ابن عرفة الورعني التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي لابن عرفة، ج8، المرجع السابق، ص. 396.

وقال بعض الشافعية بأنّ "الوجه أنّ المنافع تشمل الغلّة والكسب، والغلّة وإن كانت فائدة عينية هي معدودة من منافع الأرض، والغلّة والكسب لا تفيد نحو ركوب وسكنى ومنفعة، بل ما يحصل من الغلّة والكسب خاصة". أنظر: أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج7، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، مصر، 1983، ص. 61.

أمّا الحنابلة فلقد ذهبوا - على لسان البهوتي - إلى اعتبار أنّ "المنتفع به تارة يُراد منه ما ليس عينا كسكنى الدّار وركوب الدّابة وزراعة الأرض وتارة يُراد منه حصول عين كالثمرة من الشّجر والصّوف والوبر والألبان والبيض من الحيوان...". أنظر: منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشّاف القناع، ج4، المرجع السابق، ص. 243.

فإذا كانت هبة المنافع نماذج مطبقة وممارسة في الوسط الاجتماعي، فإن هذه الأخيرة إن دلت على شيء فإنما تدل على أنها حقيقة مفروضة ولا غنى عنها في المجتمع على اعتبار أنها ضرورة اقتضتها ضرورات الحياة المعيشة.

فإذا كان الانسان يرفض فكرة هبة العين - أحياناً - إما لشحّه أو لحرصه الزائد على ملكية العين - رغبة ومنفعة - إما لتشبّته بها أو لزيادة قيمتها أو سعرها في نظره، فإن هبة المنافع شرّعت لتحل محل هبة العين حيث تعود بالمنفعة على الواهب والموهوب له دون أن ينجرّ ضرر على كليهما، وذلك ما تجلّى بحته - آنفاً - بمناسبة التعرّيج على "العُمري والرّثي" كأ نموذجين لهبة المنافع.

على أنّه ينبغي في هذا الشّأن - ونحن بصدد التعرّض للالتزامات الموهوب له - التّوقف لزوماً عند التزامين رئيسيين: الأوّل: الإلتزام باستعمال العقار الموهوب منفعتة على الوجه المشروع (البند الأوّل)، والثّاني: الإلتزام برّد العقار الموهوب منفعتة وإثبات انتهاء هبة حقّ الانتفاع به (البند الثّاني).

البند الأوّل: الإلتزام باستعمال العقار الموهوب منفعتة على الوجه المشروع

لا شكّ بأنّ تسلّم الموهوب له العين الموهوب منفعتها يبيح له الشّرع الانتفاع بها على الوجه المشروع والمقرّر شرعاً، على أنّ استيفاء المنفعة من ذات العين مرتبط بإذن الواهب، بحيث أنّ هذا الأخير قد يصدر مطلقاً وقد يأتي مقيداً، ولكلّ أحكامه¹.

ففي فرض إطلاق الإذن باستيفاء المنفعة من العين الموهوب منفعتها من دون تحديد لكيفية الانتفاع ولا زمان أو مكان الانتفاع كما لو قال الواهب للموهوب له: وهبتك هذه الأرض من أجل الانتفاع بها دون تحديد لنوع الانتفاع، فإنّ عقدها جائز اتّفاقاً، حيث يجوز للموهوب له الانتفاع بتلك الأرض بكامل أوجه الانتفاع المقرّرة شرعاً، من زرع، أو غرس، أو بناء ... إلخ تبعاً للفظ الإطلاق الوارد به الإذن، وذلك ما لم يرجع الواهب.

غير أنّه في حالة رجوع الواهب، كلّف الموهوب له باقتلاع الزّرع أو الغرس، ما لم يضرّ هذا الفعل الأرض، فإن أضرّ خيّر الواهب بين خيارين:

الأوّل: إن أراد كلّف الواهب الموهوب له باقتلاع الزّرع أو الغرس مع ارتضائه بالضرر.

¹ - جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص. 152

الثاني: إن شاء تملكها الواهب جبراً على الموهوب له مع تغريم هذا الأخير قيمته.

على أنه إذا امتنع الموهوب له عن الاقتلاع، بادر الواهب بقلعه مجاناً¹.

أما في فرض تقييد الإذن باستيفاء المنفعة من العين الموهوب منفعتها كما لو قال الواهب للموهوب له: وهبتك منفعة هذه الأرض من أجل زرعها بزرع معين وحدد له نوعه، ففي هذه الحالة ينبغي على الموهوب له الالتزام باستيفاء المنفعة بحسب الإذن الصادر من الواهب مع عدم تجاوزه له².

فمثلاً لو وهب الواهب الموهوب له أرضاً ليزرعها شعيراً، فليس للموهوب له أن يزرعها ذرة، فإن فعل فقد تجاوز الإذن الممنوح له وكان ضامناً له من ثمة³.

فإذا كان هذا هو الحال في الفقه الاسلامي، فمن المفيد قبل بيان موقف القانون المدني بشأن ما تقدم، الوقوف عند التزامات المنتفع ضمنه حيث أن التزامات المنتفع نحو مالك الرقبة تترتب بحكم القانون كون أنها التزامات قانونية في الأصل، ومردّها - جميعها - يرجع إلى واقعة مادّية هي وجود رقبة العين المنتفع بها في يد المنتفع، وهي لا تخرج عن التزامات أربع:

¹ - أبو المعالي برهان الدّين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه التّعالمي فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه ت: عبد الكريم سامي الجندي، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004، ص. 565 وما يليها؛ محمّد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج6، المرجع السابق، ص. 125؛ زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد المعروف بابن نجيم المصري، المرجع السابق، ص. 281؛ أبو محمّد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، المرجع السابق، ص. 346.

² - جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص. 153؛ أبو المعالي برهان الدّين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المرجع نفسه، ص. 565 وما يليها؛ محمّد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج6، المرجع نفسه، ص. 125؛ زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، المرجع نفسه، ص. 282؛ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي، المهذب في فقه الإمام الشّافعي، ج2، المرجع السابق، ص. 515؛ أبو محمّد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج7، المرجع نفسه، ص. 349 وما يليها.

³ - والأصل أن عقود التبرع تلحق بعقود الأمانات في عدم وجوب الضمان إلا إذا حصل تعدّد، ويُراد بمصطلح الضمان في الفقه الاسلامي تبعة الملاك، بحيث لا يتحمّل المتبرع في عقود التبرع تبعة الملاك كما هو الحال في عقود الأمانات كالوديعة مثلاً. ويررّ هذا التوجّه ما أورده ابن رجب في قواعده بالقول: "... ومن حكم الهبة أن لا يضمن نقصها. قال: ولازم هذا أن نقول: لا يضمن قيمتها إذا تلفت بغير تعدّد. قال: وهذا عندي أحسن الوجوه".

وتبعاً لذلك وبحسب محمّد الرزقا "فالظاهر أن نيابة قبض الأمانة عن قبض التبرع خاص بما كان تبرعاً ابتداءً وانتهاءً كالهبة والهدية والصّدقة، أما ما كان تبرعاً ابتداءً مُعاوضةً انْتِهَاءً، كالزّهن والقرض، فالظاهر أنه لا يتوب فيه قبض الأمانة لأنّه دونه". أنظر: زين الدّين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تقرير القواعد وتحرير الفوائد [المشهور بـ «قواعد ابن رجب»]، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج1، دار ابن عفّان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ، ص. 308؛ أحمد بن الشّيخ محمّد الرزقا، شرح القواعد الفقهية، صحّحه وعلّق عليه: مصطفى أحمد الرزقا، ج1، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1989، ص. 307؛ وراجع أيضاً: خالد سماحي، المرجع السابق، ص.

- استعمال العين والانتفاع بها بحسب ما أعدت له مع الادارة الحسنة لها:

تبعاً لأحكام المادة 847 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من المادة 988 من ق. م. م.¹ - القاضية بأن يتسلم المنتفع العين المنتفع بها بالحالة التي هي عليها إبان بدء حق الانتفاع، وليس له إلزام مالك الرقبة أن يسلمه إياها في حالة حسنة إلا إذا تعهد مالك الرقبة بذلك تعهداً خاصاً.

على أنه إذا تسلم العين المنتفع بها على هذه الحالة، فينبغي عليه أن يستغلها وفقاً لما أعد له المالك؛ هذا فضلاً عن استثمارها على النحو الذي يستثمر به المالك؛ كل ذلك يجب ألا يخرج عما أعدت له العين المنتفع بها بحسب طبيعتها.

فمثلاً إذا كانت تلك العين داراً معدة للسكن، لم يسغ للمنتفع تحويلها إلى مستودع لحفظ السلع والبضائع ونحو ذلك، لكن يجوز له أن يسكن الدار بنفسه أو أن يكتريها طبقاً للقانون.

وكذلك هو الحال إذا كانت العين أرضاً فلاحية أعدت لزراعة الفواكه المثمرة، لم يجز له تغييرها لزراع البقوليات وما شابهها، لكن يحق له إصلاح الأرض البور وزرع ما يشاء فيها من محاصيل تلائم طبيعتها الزراعية حيث لا يعتبر ذلك تحويلاً للاستعمال بقدر ما هو إصلاح لها.

ويتعين عليه في جميع الأحوال أن يدير هذه العين إدارة حسنة كما تقتضيه طبيعتها، فإذا كانت أرضاً زراعية - كما تقدم في المثال السابق - استلزم عليه عدم تركها بوراً علاوة على عدم إنهاكها بتكرار نفس الزرع فيها.

على أن العناية التي يتوجب عليه بذلها في إدارة العين واستغلالها هي نفس عناية الرجل المعتاد، فلا يجوز له أن ينزل عن هذا القدر حتى ولو اعتاد هو أو مالك الرقبة النزول عنها في إدارة مختلف أموره الخاصة².

¹ - التي نصت على ما يأتي:

"1- على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلمه بها وبحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة.

2- وللمالك أن يعترض على أي استعمال غير مشروع أو غير متفق مع طبيعة الشيء، فإذا أثبت أن حقوقه في خطر جاز له أن يطالب بتقدم تأمينات، فإن لم يقدمها المنتفع، وظل على الرغم من اعتراض المالك يستعمل العين استعمالاً غير مشروع أو غير متفق مع طبيعتها، فللقاضي أن ينزع العين من تحت يده وأن يسلمها إلى آخر ليتولى إدارتها، بل له، تبعاً لخطورة الحال، أن يحكم بانتهاء حق الانتفاع، دون إحلال بحقوق الغير".

² - أنظر: إستئناف مختلط صادر في: 1926/12/16، المجموعة الرسمية، 39، ص. 95. وقد قضى بأنه "إذا ثبت أن المنتفع بقطعة زراعية قد أخذ أتربة منها بحيث هبط مستواها إلى عمق متوسطه متر، فقد استعمالها استعمالاً غير جائز، وسقط بذلك حقه في الانتفاع". نقلاً عن: أحمد

ويحقّ للمالك الرقبة حال استعمال العين المنتفع بها استعمالاً غير مشروع - بأن استعملت في غير ما أعدت له أو في غير ما هو متفق مع طبيعتها - وترتب عليه خطر على الرقبة، مطالبة المنتفع بتقديم تأمينات عينية أو شخصية كضمان بعوض ما عسى أن ينجم من أضرار جراء هذا الإستعمال¹.

- صيانة العين المنتفع بها وما تقتضيه من نفقات وتكاليف:

تبعاً لأحكام المادة 848 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 989 من ق. م. م -² فإنّ المنتفع ملزم بإبّان انتفاعه بالعين المنتفع بها بكافة ما يفرض عليها من تكاليف معتادة، فضلاً عما تقتضيه أعمال الصيانة في هذا الصدد.

ويعدّ من التكاليف المعتادة التي ينهض بتحملها المنتفع، تكاليف إدارة العين المنتفع بها على اعتبار أنّ هذه الأخيرة ضرورية في حصول الثمار للمنتفع، وكذلك هو الحال بالنسبة للصّرائب والرّسوم التي تفرض على ذات العين، ومثالها الرّسوم المفروضة على الأرض الزراعيّة ومبالغ جباية المباني، ورّسوم التّطهير ونحو ذلك من الرّسوم والصّرائب الشّبيهة.

مع الإشارة إلى أنّه يجوز للمنتفع أن يتفق مع مالك الرقبة حول تحمّل هذا الأخير للتكاليف المذكورة كلاً أو جزءاً، وإن التزم بسدادها جاز له استردادها منه انتهاءً.

أمّا التكاليف غير المعتادة التي قد تتمثّل أساساً في تكاليف الإصلاحات الجسيمة³ التي لم تنشأ بسبب خطأ المنتفع، بحيث لو نشأت عن خطأ منه كان متحملاً لها وحده.

عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م2، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط3 الجديدة، 1998، ص. 1248، هامش رقم: 2.

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 236.

² - القاضيّة بأن "1- المنتفع ملزم أثناء انتفاعه بكلّ ما يفرض على العين المنتفع بها من التكاليف المعتادة، وبكلّ النفقات التي تقتضيها أعمال الصيانة.

2- أمّا التكاليف غير المعتادة والإصلاحات الجسيمة التي لم تنشأ من خطأ المنتفع فإنّها تكون على المالك، ويلزم المنتفع بأن يؤدّي للمالك فوائد ما أنفق في ذلك. فإن كان المنتفع هو الذي قام بالإنفاق، كان له استرداد رأس المال عند انتهاء حق الانتفاع".

³ - كما قد تتمثّل في مصاريف دعوى تعيين الحدود، فهذا الأخيرة يلتزم بها مالك الرقبة، ويتحمّل المنتفع الفوائد طول مدّة الانتفاع. على أنّه إذا قدّم المنتفع هذه المصاريف فله حقّ استردادها من المالك عند نهاية حق الانتفاع، أمّا إذا كان العّار المنتفع به مثقلاً برهن رسمي، فإنّ الدّين المضمون بالرّهن يلتزم بأدائه مالك الرقبة المدين به، فإن لم يؤدّه ورجع الدّائن الرّهن بدعوى الرّهن على المنتفع بوصفه حائزاً للعّار المرهون كان له أداء الدّين مع حقّ الرجوع الفوري على مالك الرقبة، بحيث لا يجبر على الانتظار إلى نهاية حق الانتفاع حتّى يمكنه استرداده، أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م2، المرجع السابق، ص. 1251 - 1252.

فإذا كانت هذه الإصلاحات تتعلق - مثلاً - بتحديد قسم أساسي من العقار وتستلزم مصاريف غير عادية كتشديد جدران من أساس العقار، فإنها تبقى على عاتق مالك الرقبة ما لم تكن هذه الإصلاحات من عدم القيام بأعمال الصيانة منذ بدء الدخول في الإنتفاع بها فيلزم بها المنتفع عندئذ. وكذلك هو الحال بخصوص نفقات الدعاوى المتعلقة بالعين المنتفع بها فإن المنتفع هو الذي يتحملها، كما يتحمل - أيضاً - وحده ما عسى أن ينتج عن تلك الدعاوى من أحكام¹.

- حفظ العين المنتفع بها والمسؤولية عن هلاكها:

طبقاً لأحكام المادة 849 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 990 من ق. م. م² - يتعين على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ العين ما يبذله الشخص المعتاد، وهذا الالتزام هو التزام يبذل عناية لا بتحقيق غاية، وتبعاً لذلك فإن الخطأ الذي يسأل عنه المنتفع في حفظ العين هو أن ينحرف في المحافظة عليها عن السلوك المألوف للشخص المعتاد. ومن أعمال الحفظ التي يتعين على المنتفع القيام بها، مبادرته بإخبار مالك الرقبة بكل ما يمكن أن تتعرض له العين المنتفع بها من أخطار مما يلزم المالك توقيها بنفسه حتى يتيسر لهذا الأخير أن يبادر إلى القيام بما تقتضيه الظروف من أعمال الوقاية.

تمثيلاً لأعمال الحفظ، يتعين على المنتفع عدم إتهاك الأرض الفلاحية بزراعة تدرّ عليه أرباحاً وفيرة غير ملتفت بما قد يطال هذه الأرض من أضرار تلحق بمالك الرقبة في سبيل الحصول على تلك الأرباح لنفسه. وكذلك هو الحال بالنسبة للسكنى المنتفع بها من لدنه، فإنه لا يجوز له إتلاف أبوابها ونوافذها، أو أن يلحق بها أضراراً غير مألوفة؛ هذا فضلاً عن تقاعسه في القيام بأعمال الصيانة اللازمة للمحافظة على سلامة العين المنتفع بها ابتداءً³.

على أنه إذا هلكت العين المنتفع بها، أو احتاجت إلى إصلاحات جسيمة مما يجب أن يتحمل نفقاتها مالك الرقبة، أو احتاجت إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر لم يكن منظوراً ومتوقعاً، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار المالك⁴، فضلاً عن إخطاره أيضاً إذا استمسك أجنبي بحق يدعيه على العين نفسها⁵.

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 237.

² - القاضية بما يلي: "1- على المنتفع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله الرجل المعتاد.

2- وهو مسؤول على هلاك الشيء ولو بسبب أجنبي، إذا كان قد تأخر عن ردّه إلى صاحبه بعد انتهاء حق الانتفاع".

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م 2، المرجع نفسه، ص. 1255.

⁴ - وليس للإخطار شكل معين، فيصح بكافة وسائل الإثبات المقررة قانوناً، ويقع على المنتفع عبء إثبات القيام به، فإن هو لم يثبت ذلك كان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي لحق مالك الرقبة جراء عدم المبادرة إلى الإخطار. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م 2، المرجع السابق، ص. 1255.

⁵ - وهذا ما اقتضته المادة 850 من ق. م. ج - المطابقة لنص المادة 991 من ق. م. م - بقولها: "إذا هلك الشيء أو تلف أو احتاج إلى إصلاحات كبرى مما يجب على المالك أن يتحمل نفقاته أو احتاج إلى اتخاذ إجراء يقيه من خطر غير متوقع، فعلى المنتفع أن يبادر بإخطار

المحصلة مما سبق أنه إذا كان انعدام المنفعة من العين أو النقص فيها يتوقفان على وجهة استعمالها، فقد قرر القانون معايير لتحديد هذا الاستعمال تبعاً لما هو مبين في متن العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة العين، أو حسبما أعدت له - هذه الأخيرة - من غرض¹.

وأتساقاً مع ذلك، يتعين على الموهوب له استعمال العين الموهوب منفعتها وفقاً لما ذكر، إذ ليس له استغلالها على نحو مغاير ما لم يتم الاتفاق خلاف ذلك وإلا كان ملزماً بالتعويض².

وبهذا يتضح - انتهاءً - بأن التقنين المدني قد وافق أحكام مدارس الفقه الاسلامي القاضية بضرورة تقييد الموهوب له بإذن الواهب وإلا اعتبر متعدياً في الأساس³.

البند الثاني: الإلزام بردّ العقار الموهوب منفعته وإثبات انتهاء حق الانتفاع به

من المفيد الإشارة - بداءةً - إلى أنه يقع التبرع في هبة العين على الحق أو الشيء، بمعنى على ذات الشيء أو الحق، فهبة العقار هنا هبة تامة، ومن ثم فإن الملكية فيها تنتقل من الواهب إلى الموهوب له في جميع عناصرها.

أما هبة منافع العقار⁴، فإن الهبة لا تشمل سوى منافعه والمتمثلة في حق الاستعمال والاستغلال - ونحو ذلك - لا غير، وفي هذه الحالة يستبقي الواهب حق الرقبة بين يديه، إذ ليس للموهوب له التصرف فيه

المالك وعليه إخطاره أيضاً إذا ادعى أجنبي بحق على الشيء نفسه".

¹ - أسعد دياب، المرجع السابق، ص. 61 وما يليها.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج6، المرجع السابق، ص. 1538.

³ - جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص. 154.

⁴ - والغمرى خير مثال لهبة المنافع، قال ابن عرفة في وصفها: "الغمرى تمليك منفعة حياة الموعظ بغير عوض إنشاء"، فخرج بقوله "تمليك منفعة" تمليك الذوات، وذلك في سياق مذهب المدرسة المالكية الذين رأوا بأن العمرى من باب هبة المنافع خلافاً للجمهور؛ وخرج بقوله "حياة الموعظ" العارية والوقف، وخرج بقوله "بغير عوض" ما إذا كان بعوض كونه إجارة فاسدة حينئذ؛ وخرج بقوله "إنشاء" الحكم باستحقاق الغمرى. أنظر: محمد بن قاسم الأنصاري، أبو عبد الله، الرضا التونسي المالكي، المرجع السابق، ص. 550؛ وأنظر أيضاً: محمد الأمير المالكي، ضوء الشموع شرح المجموع في الفقه المالكي، ت: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، ج4، دار يوسف بن تاشفين، مكتبة الإمام مالك، نواكشوط، موريتانيا، ط1، 2005، ص. 59؛ أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ت: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ج 18، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د. ب. ط، ط 1، 2013، ص. 438-439.

بأي نوع من التصرفات¹.

على أنه إذا انتهت مدة عقد هبة منافع العقار، فإنه ينبغي على الموهوب له أن يردّه بالحالة التي أخذها أول الأمر ما لم يقض اتفاق بخلاف ذلك.

وينبغي على الموهوب له - تبعاً لذلك - تسليم العقار الموهوب منفعته بنفسه أو على يد أمينة، فإن هو التزام بذلك برأ من الضمان.

وقياساً على حوز العقار الموهوب (منفعة ورقبة) فإنه يفرّق بصدد ردّ العقار الموهوب منفعته بين العقار المبني ونظيره غير المبني وإن كانت وسيلة الردّ واحدة؛ ففي العقار المبني داراً كان أو شقة أو محلاً معدداً للتجارة فإن ردّه يكون بالتخلي عنه وإفراغه من شواغله وأمتعته؛ إذ ينبغي على الموهوب له تسليمه وردّه فارغاً بمعية مفاتيحه ووثائقه تدليلاً على بسط الواهب يده عليه.

أما إذا كان العقار غير مبني، ومثاله الأرض الفلاحية والأرض العارية الجرداء، فإن ردّها وتسليمها للواهب يكون بتخليته وإفراغ المعدّات منه ورفع اليد عن الأرض المذكورة مع تمكين الواهب مالك الرقبة من وضع يده عليها وبسطها له بلامنازع ولا معارض².

على أنه إذا ردّ العين الموهوب منفعتها مع ولده أو أجيّره - كما قال به بعض الفقهاء - فهل يبرأ من الضمان حينئذ؟. تباينت آراء الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول: مؤداه، الإبراء من الضمان استحساناً، والقياس أنه ضامن للعين الموهوب منفعتها كلّ من لم يردّها بنفسه بأن ردّها بواسطة ولده أو أجيّره. بهذا قال الحنفية، والمالكية، والزيدية³.

وجه الاستحسان، أن العادة جرت في ردّ العين بدفعها إلى من في عيال الواهب ليلتزم بردّها إلى هذا الأخير، ألا ترى لو أن الموهوب كان شيئاً قيماً - كالعقار مثلاً - لا يصحّ ذلك الردّ لانعدام جريان العادة

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، هبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 42.

² - نفس المرجع، ص. 283 وما يليها.

³ - جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص. 154؛ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (ردّ المختار على الدر المختار)، ج 8، المرجع السابق، ص. 477؛ محمد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 6، المرجع السابق، ص. 125، أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 128.

بذلك¹.

ووجه القياس: استدلالهم بالآية الكريمة الحاتّة على ردّ الأمانات إلى أهلها، حيث قال سبحانه: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾²؛ لأنّ هبة منافع العقار أمانة فيجب ردّها، فالأمر في الآية للوجوب، فإن لم تردّ ضمنّ مثلها أو قيمتها وإلاّ عدّ مفرطاً للأمانة³؛ هذا فضلاً عن أنّه إذا لم يردها إلى مالِكها مالك الرقبة ولا إلى وكيله، كان مضيعاً لها كما هو الحال في عقد الوديعة⁴.

الثاني: مقتضاه: لو ردّ الموهوب له العين الموهوب منفعتها على يد غيره بأن كان ذلك على يد ولده أو أجيده لم يبرأ من الضمان. إلى ذلك ذهب الشافعية والإباضية.

وجه استدلالهم على ذلك: "أنّ الموهوب له لم يردها إلى مالِكها، ولا إلى نائبه في القبض، فصار كما لو دفعها إلى أجنبي"⁵.

الثالث: مفاده، إعمال العادة بجرّان ردّ منفعة العين الموهوبة، فإن جرت العادة بجرّان ذلك برأ الموهوب له من ضمانها، وإن لم تجرّ العادة بذلك كان الموهوب له غير مبرأ⁶. هذا ما صرح به الحنابلة.

على أنّ القول الرّاجح - بحسب ما رجّحه البعض - هو ما قال به الشافعية - ومن نحا منحاهم - من أنّ الموهوب له لو فعل ذلك لم يبرأ من الضمان، وذلك صوناً وحماية لأموال الناس، وحفظاً لها من الضياع إذا لم ترجع إلى مالِكها⁷ مصداقاً لقول الرسول - صلّى الله عليه وسلّم - "على اليد ما أخذت حتّى تؤدّي"⁸.

¹ - جهاد محمود الأشقر، المرجع السابق، ص. 154.

² - سورة النساء، الآية: 58.

³ - أبو حفص سراج الدّين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدّمشقي التّعماني، اللّباب في علوم الكتاب، ت: عادل أحمد عبد الموجود والشّيخ علي محمّد معوّض، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998، ص. 436.

⁴ - جهاد محمود الأشقر، المرجع نفسه، ص. 155؛ علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 218.

⁵ - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف التّووي، المجموع شرح المهذّب (مع تكملة السّبكي والمطيعي)، ج14، دار الفكر، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 204؛ محمّد بن يوسف أطفيش، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج12، المرجع السابق، ص. 125.

⁶ - بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص. 74.

⁷ - أبو محمّد عبد الله بن عبد الرّحمن بن الفضل بن يحرّام بن عبد الصّمد الدّارمي، التّميمي السّمقرندي، مسند الدارمي المعروف بسنن الدّارمي، ت: نبيل هاشم الغمري، ج1، دار البشائر، بيروت، ط1، 2013، ص. 622، حديث رقم: 2798.

⁸ - جهاد محمود الأشقر، المرجع نفسه، ص. 156.

هذا، وبالرجوع إلى القانون الوضعي، نجد بأن الموهوب له ملزم بردّ العين الموهوب منفعته بمجرد انتهاء الأجل المحدد اتفاقاً أو قانوناً، بحيث تسري - في هذا الشأن - القواعد العامة؛ وتبعاً لذلك ينبغي على الموهوب له ردّ نفس العقار الممنوح منفعته ابتداءً وتسليمه بكافة ملحقاته وتوابعه¹ كما أسلف القول إليه.

على أنه يجدر التذكير بأنّ حق الانتفاع الوارد على العقار ينقضي بأحد الأسباب التي أوردتها المادة 852 وما يليها من ق. م. ج - المنقولة من المادة 1/993 من ق. م. م وما يليها من ق. م. م² - وهي لا تخرج عن أسباب مألوفة تكمن في انقضاء الأجل المحدد لحق الانتفاع ووفاة المنتفع³ وكذا هلاك العقار⁴ وعدم استعماله لمدة خمس عشرة سنة⁵؛ ينضاف إلى الأسباب المذكورة أسباب أخرى لم يرد بشأنها نص

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج6، المرجع السابق، ص. 1549.

² - التي قضت بالقول: "1- ينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين، فإن لم يعين له أجل عدّ مقررًا لحياة المنتفع، وهو ينتهي على أي حال بموت المنتفع حتّى قبل انقضاء الأجل المعين.

تليها المادة 994 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 853 من ق. م. ج - المنوّهة بأنّه "1- ينتهي حق الانتفاع بهلاك الشيء، إلا أنّه ينتقل من هذا الشيء إلى ما قد يقوم مقامه من عوض.

2- وإذا كان الهالك راجعاً إلى خطأ المالك، فلا يجبر على إعادة الشيء لأصله، ولكنّه إذا أعاده رجع للمنتفع حق الانتفاع إذا لم يكن الهالك بسببه، وفي هذه الحالة تطبّق المادة 989 الفقرة الثانية".

كما أوردت المادة 995 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 854 من ق. م. ج - تؤكّد بأنّه: "ينتهي حق الانتفاع بعدم الاستعمال مدة خمس عشرة سنة".

³ - يستشف من نص المادة 933 من ق. م. م - المقابلة لنص المادة 852 من ق. م. ج - بأنّ حق الانتفاع إما أن يحدّد سند إنشائه (عقد كان أو وصيّة) مدة معينة أو لا يحدّد، ففي الفرض الأول ينتهي حق الانتفاع بأحد أمرين: إنقضاء الأجل المحدد أو بوفاة المنتفع قبل انقضاء الأجل المحدد، وفي الفرض الثاني، إذا لم يحدّد لحق الانتفاع أجلاً معيّناً اعتبر هذا الحق مقررًا مدى حياة المنتفع بحيث ينتهي بموت المنتفع أيضاً. على أنّ النص المذكور أورد استثناء في فقرته الثانية مفاده: إذا انتهى حق الانتفاع بانقضاء الأجل أو بموت المنتفع وكانت الأرض منبئة للزّرع، فإنّ الأرض تترك للمنتفع إذا كان انتهاء حق الانتفاع بسبب انتهاء الأجل المحدد، أو ترك لورثته إذا كان انتهاء هذا الحق بموت المنتفع إلى حين إدراك الزّرع، على أن يؤدّي المنتفع أو ورثته لمالك الرّقة بدل المثل للأرض من وقت انتهاء حق الانتفاع إلى وقت إدراك الزّرع. أنظر في هذا الصّدّد: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م 2، المرجع السابق، ص. 1266 - 1267.

⁴ - يستخلص من نص المادة 994 من ق. م. م - المقابلة لنص المادة 853 من ق. م. ج - بأنّه إذا هلك العقار المنتفع به هلاكاً كلياً إنقضى حق الانتفاع لانعدام محلّه. والهالك قد يكون مادياً كما لو تهدّم أو احترق المنزل المنتفع به، وقد يكون قانونياً كما في حالة نزاع الملكية للمنفعة العامة. على أنّه إذا كان الهالك يعود سببه إلى خطأ المنتفع، ألزم بإعادة الشيء إلى أصله على سبيل التعويض، ويعود - من ثم - حق الانتفاع. أمّا إذا كان الهالك يرجع إلى خطأ مالك الرّقة، أجبر هذا الأخير على إعادة الشيء إلى أصله، ويعود حق الانتفاع مع تعويض المنتفع عن المدة التي فاتته فيها الانتفاع، وإذا كان الهالك يرجع إلى خطأ الغير، فإنّ حق الانتفاع ينتقل إلى التعويض المترتب في ذمة الغير. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج9، م 2، المرجع نفسه، ص. 1627.

⁵ - إستناداً إلى نص المادة 995 من ق. م. م - المطابقة لنص المادة 854 من ق. م. ج - فإنّ حق الانتفاع شأنه شأن أي حق عيني آخر - عدا حق الملكية - يسقط بالتقادم أيّ مضى 15 سنة، وينقطع التقادم باستعمال المنتفع أو نائبه (كمشتري أو مستأجر) العين ولو مرة واحدة، بل ولو كانت هذه المرة تنطوي على إساءة في الاستعمال، ومتى انتهى حق الانتفاع بعدم الاستعمال عاد الحق إلى مالك الرّقة. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتّنين المدني المصري، ج6، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د. س. ط، ص. 554.

صريحٌ قررتها القواعد العامة وهي: تملك حق الانتفاع بالتقادم¹، والنزول عنه، واتخاذ الدّمة².

واتساقاً مع فحوى حق الانتفاع المنبثق عن هبة العقار والمتمثل أساساً فيما اصطلاح عليه بالعمري³ المتفق على جوازها - خلافاً للرّقي⁴ المختلف في حكم جوازها - ومؤداها بحسب الملكية "هبة منافع المملك مدّة عمّر المؤهوب له أو مدّة عمّره وعمر عقبه..."⁵، فإنه من المهم بيان الشك التوثيقي المهني بخصوص إجراءات إثبات انتهاء حق الانتفاع في هذا الصدد وفقاً للحالات الموالية، وتبعاً لذلك فمن المفيد - بداءة -

¹ - ويتمثل في فرض شخص وضع يده على حق الانتفاع فاكتسبه بالتقادم أو بالحيازة، وبهذا يفقد المنتفع الأصلي حقه ليس بعدم الاستعمال الذي يجب أن يدوم 15 سنة، بل لأن الغير قد كسب هذا الحق بتقادم قد تكون مدته 15 سنة، وإن كان قد يكسب الغير حق الانتفاع بمجرد الحيازة. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، م 2، المرجع السابق، ص. 1263.

² - وهو ما كان ينص عليه المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري ضمن نص المادة 1250 منه، إلا أنه تم حذفه ضمن لجنة المراجعة اكتفاءً بالقواعد العامة، ويستشف من هذا النص أن حق الانتفاع ينتهي بالتقادم الدّمة، ومؤداها أن تنتقل ملكية الرقبة إلى المنتفع فيجتمع في هذا الأخير صفتا المالك والمنتفع، أو أن ينتقل حق الانتفاع إلى مالك الرقبة فيجتمع أيضاً في مالك الرقبة صفتا المالك والمنتفع، وفي كلا الفرضين ينتهي حق الانتفاع. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 6، المرجع السابق، ص. 552.

³ - لم يختص قانون الأسرة الجزائري العمري بأية أحكام خاصة على اعتبار أنها هبة منافع يطبق عليها الأحكام العامة في الهبة، فإن لم يوجد يرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي كما قضت به المادة 222 منه، لكن ورد الإشارة إليها في سياق التطرق إلى أحكام الوصية بحسب نص المادة 196 من نفس القانون التي نصت بأن "الوصية بمنفعة مدّة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمري"، فكيفت الوصية بالمنفعة غير المؤقتة - تبعاً لذلك - عمري. أنظر: خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 275.

⁴ - ومؤداها تملك العين في الحال واشترط استردادها بعد موته، فهي بهذا التفسير كالعمري تماماً عند من فسر العمري بذلك وهم الجمهور ومن تبى رأيهم من التقنينات المدنية العربية، وقيل بأنها تملك مضاف إلى زمان في المستقبل وليست تملكاً في الحال، وهي بهذا المفهوم باطلة عند فقهاء الجمهور على اعتبار أن التملك لا تجوز إضافته إلى الزمان المستقبل، لكنها على الصورة الأخيرة تصح على قول مالك وتكيف على أنها وصية. على أن هناك نوعاً آخر من الرقبة ممنوعة عند المالكية وصورتها أن "يقول شخص لآخر داري إن مت أنا قبلك تضمها إلى دراك، ودارك لي إن مت أنت قبلي أضمتها إلى داري، فيكون هذا العقد نوعاً من المخاطرة كون أنه لا يدري من يموت منهما أولاً، وفيه خروج عن قصد التبرع". أنظر: خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 293؛ أحمد إبراهيم إبراهيم، التزام التبرعات، ع 5، المرجع السابق، ص. 64 - 65.

وقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم صادر لها في: 1934/06/14 بأنه "إذا حرّرت زوجة لزوجها عقد بيع بجميع أملاكها على أن يملكها إذا ماتت قبله، وحرّرت هذا الزوج لزوجته مثل هذا العقد لتملك هي ماله في حالة وفاته قبلها، فإن التكيف الصحيح لتصرفها هذا، أنه تبادل منفعة معلق على الخطر والضّرر، وأنه اتفاق مقصود به حرمان ورثة كل منهما من حقوقه الشرعية في الميراث، فهو اتفاق باطل. أما التبرع المحض الذي هو قوام الوصية وعمادها، فلا وجود له فيه. ويشبه هذا التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ولكن في غير موطنه المشروع هو فيه مادام لكل من المتعاقدين ورثة آخرون، بل هو من قبيل الرقي المحرمة شرعاً (نقض مدني في: 1934/06/14، مجموعة عمر، ج 1، رقم 199، ص. 449).

وحكمت أيضاً محكمة الاستئناف في حكم لها صادر في: 1931/03/25، المجموعة الرسمية 43، ص. 312 بالقول بأن "الرقي باطلة، وفي حكم آخر بأنها وصية مستترة فيكون لها حكم الوصية، وهذا هو مذهب مالك". وأنظر في ذات السياق: حكم صادر في: 1935/03/05، المجموعة الرسمية 47، ص. 183. نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، هامش ص. 7 - 8.

⁵ - يضيف صاحب المتن "وَدَلِيلُنَا مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ أَنَّ تَغْلِيْقَ الْمَلِكِ بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ يَغْتَضِي تَمْلِيْكَ الْمَنَافِعِ دُونَ الرَّقَبَةِ؛ لِأَنَّ تَغْلِيْقَ الْمَلِكِ لَوْ قُتِ يَنْتَهِي إِلَيْهِ يَمْتَعُ مَلِكُ الرَّقَبَةِ...". أنظر: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التّجيني القرطبي الباجي الأندلسي، المتنقى شرح الموطأ، ت: محمد عبد القادر عطا، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ص. 26.

الإشارة إلى أنّ المهني الموثّق يبادر بإعداد حقّ الانتفاع الوارد على عقار - أو ما يصطلح عليه شرعاً "بالعُمرى"¹ - بناء على طلب الأطراف المتعاقدين حسب الشّروط والتكاليف القانونية فضلاً عنّا اتّفقوا عليه ابتداءً، ليوقع من لدنهما وشهيديهما العدلين، فيسجّل لدى مصلحة الضرائب المختصة مجاناً إذا كانت العُمرى مبرمة بين الأصول والفروع والأزواج، ويرسم نسبي قدره 5% لغير الأولين طبقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في نصّ المادة 231 من قانون التّسجيل المعدّل والمتّمم؛ ليشهر بالمحافظة العقارية محلّ العقار المنتفع به برسم نسبي قدره 1% من مبلغ تقييم العقار الممنوح منفعتة على ألا يقلّ هذا الرّسم عن 2.000 دج طبقاً لنصّ المادة 353 - 1/1 - 1 و3 كما سبق الإشارة إليه.

بالإضافة إلى ما سبق، يكون تدخّل الموثّق بمناسبة إبرام عقد هبة حقّ الانتفاع العقاري بإعمال واجب إسداء النّصح، لا سيما في يخصّ تقييم العقار المزمع الانتفاع وغيره من التكاليف والشّروط الأخرى بناء على الصّوابط المقرّرة بمقتضى المادّتين 53 و353 - 7 من قانون التّسجيل المعدّل والمتّمم، على أن يكون للإدارة في حالة عدم كفاية التّصريح بخصوص حقّ الانتفاع العقاري إعادة تقييمه حسب التّشريع المعمول به في هذا الشّأن.

وفي هذا الصّدّد نصّت المادة 1/53 بند 2 على أنّ قيمة ملكية الرّقبة وحقّ الانتفاع للأموال العقارية تحدّد من أجل تصفية ودفع الرّسوم حسب الطّريقة الآتية:

- إذا كان سنّ المنتفع أقلّ من 20 سنة كاملة يقدر حقّ الانتفاع بـ 10/7 ملكية الرّقبة مقابل 10/3 الملكية التّامة، ومثلما يجب أن تقدّر حسب قواعد التّسجيل.

- زيادة عن هذا العمر: تنقص هذه النّسبة من أجل حقّ الانتفاع وتزداد من أجل ملكية الرّقبة بـ: 10/1 من كلّ مدّة 10 سنوات دون تجزئة.

- ابتداءً من 70 سنة كاملة من عمر المنتفع: تحدّد النّسبة بـ: 10/1 بخصوص حقّ الانتفاع و10/9 بخصوص ملكية الرّقبة، ومن أجل تحديد قيمة ملكية الرّقبة فإنّه لا تأخذ بعين الاعتبار إلّا حقوق الانتفاع المفتوحة يوم نقل ملكية هذه الرّقبة.

على أنّ حقّ الانتفاع المحدّد المدّة، يقدر بـ: 10/2 من قيمة الملكية التّامة لكلّ فترة 10 سنوات لمدّة حقّ الانتفاع من دون تجزئة وبصرف النّظر عن عُمر المنتفع في الأساس².

¹ - راجع بخصوص أحكام العُمرى ومقتضياتها باستفاضة: الصّفحة 225 وما يليها من هاته الدّراسة.

² - تحسب الرّسوم (سواء حقوق التّسجيل أو الأنعاب) على أساس حقّ الانتفاع دون حقّ الرّقبة مع مراعاة القواعد الحسابية التي جاءت بها

وبالمقابل، لا تترتب أية نسبة من أجل اتحاد حق الانتفاع بالملكية عندها يتم هذا الاتحاد عن طريق وفاة المنتفع أو انتهاء الوقت المحدد فيما يخص مدة حق الانتفاع، وما قيل بالنسبة لتصفية رسم التسجيل وتسديده، هو نفسه الذي قُدر بمناسبة الحديث عن تصفية ودفع رسم الاشهار العقاري المنوّه عند بمقتضى المادة 353-7 من ذات القانون¹، اللهم ماعدا حالة اتحاد حق الانتفاع بالملكية حينما يتم هذا الاتحاد عن طريق وفاة المنتفع أو انقضاء الزمن المحدد فيما يخص مدة حق الانتفاع المنصوص عليها بمقتضى الفقرة الأخيرة من البند 3 من المادة 53 من نفس القانون، حيث لم يرد نص رسم الإشهار بشأنها كما هو الحال بخصوص رسم التسجيل.

تجدر الإشارة - انتهاء - إلى أنه ينبغي - وفقاً للتشريع الجزائري - إثبات انتهاء حق الانتفاع (العُمري) الوارد على العقار بشكل رسمي، بحيث يتقدم طرفا العقد إلى أي مكتب عمومي للتوثيق من أجل إفراغ اتفاقهما في عقد رسمي مثبت لانتهاء حق الانتفاع العقاري.

وفي ذات السياق يبادر المؤنق - متى طلب منه - بإعداد عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع العقاري، ليوقع - بنفس إجراءات إبرام عقد هبة العقار أو حق الانتفاع العقاري كما أسلف إليه - من لدن طرفيه وشهيديه، فيسجل لدى مصلحة الضرائب المختصة ثم يشهر بالمحافظة العقارية محل تواجد العقار المنتفع به إيداعاً برجوع منفعة العقار إلى الواهب مالك الرقبة.

المادة 53 من قانون التسجيل كالاتي:

- يقدر حق الانتفاع إذا كان عمر المنتفع أقل من 20 سنة تامة ب: 10/7 وملكية الرقبة ب: 10/3 من قيمة العقار، فإذا كانت قيمة العقار 1.000.000 دج فإن حق الانتفاع يقدر ب: 700.000 دج مقابل 300.000 دج قيمة ملكية الرقبة.

- إذا تجاوزت المدة 20 سنة، تنقص هذه النسبة فيما يخص حق الانتفاع وتزيد الملكية الرقبة ب: 10/1 بالنسبة لكل مدة 10 سنوات دون تجزئة، وتطبيقاً لذلك يقدر حق الانتفاع كالاتي:

- 6/1 مقابل 10/4 ملكية الرقبة إذا كان سن المنتفع من 21 إلى 30 سنة.

- 5/1 حق الانتفاع مقابل 10/5 ملكية الرقبة إذا كان من المنتفع من 31 إلى 40 سنة.

- 4/1 حق الانتفاع مقابل 10/6 ملكية الرقبة إذا كان سن المنتفع من 41 إلى 50 سنة.

- 3/1 حق الانتفاع مقابل 10/7 ملكية الرقبة إذا كان سن المنتفع من 51 إلى 60 سنة.

- 2/1 حق الانتفاع مقابل 10/8 ملكية الرقبة إذا كان سن المنتفع من 61 إلى 70 سنة.

- إعتباراً من 70 سنة كاملة من عمر المنتفع يقدر حق الانتفاع ب: 10/1 وملكية الرقبة ب: 10/9. قياساً على المثال السابق فإن حق الانتفاع يكون مقدراً ب: 100.000 دج مقابل 900.000 دج قيمة ملكية الرقبة.

على أن حق الانتفاع المؤسس لمدة ثابتة يحدد ب: 10/2 من قيمة العقار بالنسبة لكل فترة 10 سنوات من حق الانتفاع بدون تجزئة أو أخذ في الاعتبار عمر المنتفع.

¹ - المعدلة بمقتضى المادة 25 من قانون رقم: 17 - 11 المؤرخ في: 2017/12/27، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج5، ع 76، السنة 54، المؤرخة في 2017/12/28، ص. 14.

والجدير بالذكر - أخيراً - أنّ حالات إثبات انتهاء حق الانتفاع العقاري طبقاً للجانب المهني التوثيقي لا تخرج عن الفروض الآتية:

- إنتهاء حق الانتفاع إبان حياة كل من مالك الرقبة والمنتفع قبل انتهاء المدة المحددة:

وتعتبر هذه الحالة بمثابة تقايل¹، حيث يبادر طرفي العقد إلى إبرام عقد إقالة (أو تقايل) بنفس إجراءات إبرام هبة حق الانتفاع (العُمري)² السالف ذكرها.

- إنتهاء حق الانتفاع إبان حياة مالك الرقبة والمنتفع بعد انتهاء المدة المحددة:

وهذه الحالة تعتبر تقنية إجرائية محضة، الغرض منها إرجاع منفعة العقار إلى مالكيها الواهب بتحيين البطاقة العقارية باسمه³ وإثباتاً لانتهاء مدة حق الانتفاع لا غير، وتتم من لدن نفس الطرفين بنفس إجراءات إبرام هبة حق الانتفاع (العُمري) السابق الإشارة إليها⁴.

¹ - إذا كانت الإقالة هي "اتفاق المتعاقدين على وضع حدّ للعقد أو إلغائه"، فإنّ مدارس الفقه الاسلامي لم تختلف في مشروعية عقد التقايل في الجملة لدلالة الأدلة الصحيحة على مشروعيتها، حيث ذهبوا إلى أنّ حكمها التكليفي لا يخرج عن الإباحة والتدب والوجوب بحسب الأحوال وذلك بحسب حال المباشر لها وسلامة العقد الذي ترد عليه؛ إذ أنّها مباحة في حقّ طالبها التادم على إبرام العقد، ومستحبة في حقّ مقيل ذاك التادم، وواجبة في حالة عدم سلامة العقد الذي سبقها كأن تكون بعد عقد مكروه أو بيع فاسد مثلاً.

ومع ذلك فقد تباينت أقوالهم في تكييفها الفقهي في حقّ العاقدين وفي حقّ غيرهما، فكان القول الراجح أنّها فسخ ينحلّ به العقد القائم بين المتعاقدين، وهي فسخ أيضاً في حقّ غيرهما ممّن تعلّق حقّه بهذا العقد. وعند المقارنة بين تكييف الإقالة في الفقه الاسلامي وتكييفها في القانون الوضعي، يبرز بوضوح تميز الفقه الاسلامي عن القانون الوضعي في "باب الإقالة" تميّزاً واضحاً، ممّا دفع بعض التقنينات المدنية العربية - على خلاف التقنين المدني الجزائري الذي جاء خلواً من التنصيص عليها - إلى تبني أقوال الفقهاء المسلمين في هذه المسألة، ولعلّ من بين تلك التقنينات المدنية أخذاً بهذا التوجّه، التقنين المدني الكويتي في المادة 218 منه، حيث اقتبس رأي الأحناف القاضي بكون "الإقالة فسخ في حقّ المتعاقدين وعقد جديد في حقّ غيرهما". لأكثر تفصيل أنظر: عبد الله أوداح شافي العجمي، تكييف الإقالة وأثره في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السنة الرابعة والثلاثون، مارس 2010، ص. 187 - 188.

² - على أن يسجل عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع العقاري الموصوف بكونه عقد تقايل برسم نسبي قدره 5% من تقييم العقار (عملياً يقاس على الفسخ لعدم وجود نص صريح بذلك)، ويشهر برسم نسبي كذلك قدره 1% من قيمة نفس العقار. أنظر: المادتين: 252 و 353 - 2 من ق. ت. ج المعدل والمتّم.

³ - أنظر في تنفيذ إجراءات الشّهر العقاري وتحيين البطاقة العقارية باسم المالك: نسيمة حشود، دور المحافظ العقاري في تنفيذ إجراءات الشّهر العيني وفقاً للتّشريع الجزائري، مجلّة الحقوق للبحوث والدراسات القانونية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ع 1، 2012، ص. 395 وما يليها.

⁴ - على أن يسجل عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع العقاري المنتهية مدّته إبان حياة عاقديه برسم ثابت قدره 1.500 دج، ويشهر برسم نسبي قدره 1% من مبلغ تقييم العقار. أنظر: المادتين 208 و 353 - 2 من ق. ت. ج المعدل والمتّم.

- إنتهاء حق الانتفاع إبان حياة المنتفع دون مالك الرقبة المتوفى:

وهذا يتدخل ورثة مالك الرقبة بوصفهم خلفاً خاصاً لهذا الأخير لإبرام عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع (العُمري)، على أن يتم بنفس إجراءات¹ إبرام عقد الانتفاع المذكورة آنفاً.

- إنتهاء حق الانتفاع إبان حياة مالك الرقبة دون المنتفع المتوفى:

وهنا يتدخل مالك الرقبة مرفوقاً بوثائقه الثبوتية الشخصية بالإضافة إلى شهادة وفاة المنتفع من أجل إبرام عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع، إيداناً بضم حق الانتفاع إلى ملكية رقبته، ليبرم في نفس سياق وإجراءات² إعداد حق الانتفاع المبرم ابتداءً طبقاً للقانون.

¹ - على أن يسجل عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع العقاري إبان حياة المنتفع دون مالك الرقبة المتوفى برسم ثابت قدره 1.500 دج، ويشهر برسم نسبي قدره 1% من مبلغ تقييم العقار. أنظر: المادتين: 208 و 353 - 2 من ق. ت. ج المعدل والمتمم.

² - على أن يسجل عقد إثبات انتهاء حق الانتفاع العقاري إبان حياة مالك الرقبة دون المنتفع المتوفى برسم ثابت قدره 1.500 دج، ويشهر برسم نسبي قدره 1% من مبلغ تقييم العقار. أنظر: المادتين، 208 و 353 - 2 من ق. ت. ج المعدل والمتمم.

الفصل الثاني: الرجوع في عقد هبة العقار

لا مندوحة في أنّ أهمّ مبدأ رئيسي يسود العقود بمختلف أنواعها هو مبدأ إلزامية العقد بلا ريب، فمتى التزمت الإرادة المتعاقدة إزاء الغير لم يبق لها بدٌّ من التحرّر من العقد بملء مشيئتها، بحيث يترتب على التحرّر من جانب وحيد جزاء مدني متمثل في فسخ العقد على مسؤولية المتحرّر مع التعويض عن الأضرار الحاصلة أو إلزامه بإنفاذ العقد عيناً مع التعويض في حال التأخر أو التلكؤ في التنفيذ وإلحاق الضرر بالمتعاقدين الآخرين.

وتتبع القوّة الإلزامية للعقد من إرادة طرفيه التاهضة على وضع قواعد تعامل فيما بينهما، بحيث ينشأ عن هذه الإرادة قواعد معيّنة يلتزم بها الطرفان فتصبح بمثابة القانون الملزم لهما، لذا جاءت المادة 106 من ق. م. ج - المنقولة حرفياً من المادة 1/147 من ق. م. م - تؤكّد هذا الواقع بقولها: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتّفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرّها القانون".

وأردفت المادة 1/107 و2 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 148 من ق. م. م - مكرّسة لنفس الوضع حينما نصّت على أنّه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبحسن نية".

ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقدين بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام".

نفس التوجّه باشر به المشرّع الفرنسي تعديل تقنينه المدني المسنّ بموجب الأمر رقم 131 - 2016 والداخل حيّز التنفيذ في الفاتح أكتوبر 2016¹، حيث ابتدأ باب العقد بمبادئ عامة تطبّق على مختلف العقود إبرازاً لأهمية هذا المصدر من خلال المواد: 1102 إلى 1105 منه. ولعلّ أبرز تلك المبادئ ما تناولته المادّتان 1102² و1104³، حيث أقرت الأولى مبدأ الحرية التعاقدية من خلال تكريس صور عديدة لها أبانت عن فحوى حرية التعاقد من عدمه وانتقاء موضوع التعاقد وعاقده، فضلاً عن اختيار شكل التعاقد في إطار القواعد التي رسمها القانون، وذلك - كلّ - في نطاق ما يقتضيه النظام الآداب العامة.

ولربّما كانت المادة 1134 من ق. م. ف (قبل التعديل) - المقابلة لنصّ المادة 107 من ق. م. ج

¹ - Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, Op.cit., Cité par : www. Legifrance.gouv. fr.

² - Art 1102 : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.

³ - Art 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Cette disposition est d'ordre public ».

وكذا المادة 148 من ق. م. م - أبلغ تعبيراً على هذه الفكرة بنصّها على أنّ "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعيّ تقوم مقام القانون لمن عقدها، ولا يمكن الرجوع عنها إلاّ برضاء متبادل أو لأسباب يميزها القانون، ويجب أن تنفّذ بحسن نية"¹.

هذا مع الإشارة - في هذا الصدد - إلى أنّ المشرّع الفرنسي قد وسّع - ضمن تعديل تقنيته المدني الجديد - من مبدأ حسن النية ليشمل كلّ مراحل التعاقد بدءاً بمرحلة التفاوض إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد؛ وذلك خلافاً للتقنين المدني الجزائري - وباقي التقنينات المدنية العربية - المتبني لهذه الفلسفة من التقنين المدني الفرنسي في أساسه، الأمر الذي يجبره على مجاراته واقتباس ما انتهى إليه وشرّعه في هذا الشأن انتهاء.

إضافة إلى ماسبق، كرّس التقنين المدني الفرنسي من خلال المادة 1103 منه مبادئ هذه المادة مدرجاً إيّاها تحت نطاق الأحكام العامة التي ابتدأ بها النظرية العامة للعقد، حيث أكّدت هذه الأخيرة على ضرورة احترام العقود متى نشأت في سياق قانوني سليم²، وهو ذات المبدأ المستقرّ عليه ضمن الفقرة الأولى من المادة 1134 قبل التعديل، هذا فضلاً عن تميم فحواها في شقّ أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين بمقتضى المادة 1193³ من نفس القانون المندرجة تحت مضمون القوّة الملزمة للعقود والقاضية بعدم إمكان الرجوع في العقود أو نقضها إلاّ برضاء متبادل أو لأسباب يميزها القانون.

فالقاعدة العامة - إذن - هي عدم جواز الرجوع في عقد هبة العقار ضمن التشريع الجزائري - ومن وافقه - إلاّ ما استثنى منه للوالدين عن ولدهما تأسيساً بمذهب الجمهور⁴، وذلك خلافاً للتقنين المدني المصري - ومن سار على نهجه - المقتبس أحكامه في هذا الصدد عن مذهب الأحناف⁵ حيث يحقّ للوهاب الرجوع في هبته مطلقاً ما لم يوجد مانع يحول دون ذلك.

على أنّه يشار - أخيراً - بأنّ التقنين المدني الفرنسي قضى بعدم الرجوع في عقد هبة العقار تطبيقاً

¹ - Art 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ».

² - Art 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ».

³ - Art 1193 : « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

⁴ - الذي اعتنفته بعض الدول العربية، أنظر على سبيل المثال التّصوص الآتية: المادة 211 من ق. أ. ج، المادة 196 من قانون الأحوال الشخصية اليمني، المادة 283 من مدوّة الحقوق العينية المغربية.

⁵ - الذي تبنته بعض الدول العربية، أنظر - مثلاً - التّصوص الآتية: المادة 1/468 مدني سوري، المادة 1/489 مدني ليبي، المادة 620 مدني عراقي.

للقواعد العامة باستثناء ما إذا توافرت مسوّغات معيّنة له قرّرها القانون¹، ويدلّل توجّهه هذا ما قضت به المادّة 894 منه في معرض تعريفها للهبة ابتداءً حينما نصّت بكونها "عقد بين أحياء بمقتضاه يتبرّع الواهب حالاً وبصورة لا تقبل الرجوع بشيء لصالح الموهوب له الذي يقبله"².

ذلكم ما سنحاول بحثه - بشيء من التفصيل - من خلال تسليط الضوء على أحكام الرجوع في عقد هبة العقار ابتداءً (المبحث الأول)، يليه دراسة أعذار وموانع الرجوع فيه ثانياً (المبحث الثاني)، فتبيان آثار الرجوع فيه انتهاء (المبحث الثالث).

المبحث الأول: أحكام الرجوع في عقد هبة العقار

لا خلاف بين مدارس الفقه الاسلامي في أنّه يترتب على عقد هبة العقار بمجرد أن يستوفي جميع أركانه انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له؛ غاية ما في الأمر اختلافهم في صفة الملك بين من يذهب إلى أنّه ملك غير لازم يمكن الرجوع فيه ما لم يوجد مانع يمنع الرجوع، وبين من يقول بأنّه ملك لازم يجوز الرجوع فيه في حالات استثنائية، وبين من يرى بأنّه ملك لازم لا يجوز الرجوع فيه مطلقاً، وهذا ما قلّدت التشريعات المدنية - كلّ حسب توجّهه - تأسيساً بإحدى المذاهب الفقهية انتهاء.

لذا يحسن بنا - قبل التعرّض إلى مضامين هذا الموضوع - تبيان ماهية الرجوع في عقد هبة العقار بداءة (المطلب الأول)، ثمّ التعرّيج - فيما يليه - على دراسة حكم الرجوع في عقد هبة العقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الرجوع في عقد هبة العقار

لا شكّ بأنّ تحديد ماهية الرجوع في عقد هبة العقار يستلزم الوقوف - في الأساس - على بيان مفهوم حق الرجوع في عقد هبة العقار ابتداءً (الفرع الأول)، ثمّ تكييف حق الرجوع في نفس العقد ثانياً (الفرع الثاني)، فبيان ثبوت حق الرجوع في ذات العقد انتهاء (الفرع الثالث).

الفرع الأول: مفهوم الرجوع في عقد هبة العقار

لبيان مفهوم الرجوع في عقد هبة العقار، يتعيّن بادئاً تعريفه (البند الأول) ثمّ توضيح مشروعيته (البند

¹ - راجع المادّة 953 من ق. م. ف.

² - Art 894 : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte ».

الثاني)، فإبراز طبيعة مضمونه (البند الثالث).

البند الأول: تعريف الرجوع في عقد هبة العقار

وفيه سيتم التطرق إلى تعريف الرجوع لغةً (أولاً)، ثم اصطلاحاً (ثانياً)، فقانوناً (ثالثاً) على النحو الموالي:

أولاً: التعريف اللغوي للرجوع

جاء في معجم مقاييس اللغة لمعنى (رَجَعَ) ¹: "الرَّاءُ وَالْجِيمُ وَالْعَيْنُ أَصْلٌ كَبِيرٌ مُطَرَّدٌ مُنْقَاسٌ، يُدُلُّ عَلَى رَدٍّ وَتَكَرُّرٍ. تَقُولُ: رَجَعَ يَرْجِعُ رُجُوعًا، إِذَا عَادَ. وَرَاجَعَ الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ، وَهِيَ الرَّجْعَةُ وَالرَّجْعَةُ. وَالرُّجُوعُ. وَالرَّاجِعَةُ: النَّاقَةُ تُبَاعُ وَيُشْتَرَى بِثَمَنِهَا مِثْلُهَا، وَالثَّانِيَةُ هِيَ الرَّاجِعَةُ. وَقَدْ ارْجَعْتُ ². وَفِي الْحَدِيثِ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ رَأَى فِي إِبِلِ الصَّدَقَةِ نَاقَةً كَوْمَاءً، فَسَأَلَ عَنْهَا فَقَالَ الْمُصَدِّقُ: إِنِّي ارْجَعْتُهَا بِإِبِلٍ» وَالْإِسْمُ مِنْ ذَلِكَ الرَّجْعَةُ.

وَأَمْرَأَةٌ رَاجِعٌ: مَاتَ زَوْجُهَا فَارْجَعَتْ إِلَى أَهْلِهَا. وَالتَّرْجِيعُ فِي الصَّوْتِ: تَرْدِيدُهُ. وَالرَّجْعُ: رَجْعُ الدَّابَّةِ يَدِيهَا فِي السَّيْرِ. وَالْمَرْجُوعُ: مَا يُرْجَعُ إِلَيْهِ مِنَ الشَّيْءِ. وَالْمَرْجُوعُ جَوَابُ الرِّسَالَةِ.

يقال: "رجوعاً ورجعى ورجعاً مرجعاً ومرجعة" بكسر الميم فيهما على الشذوذ: "إنصرف ... ورجعت: رجوعاً المرأة إلى أهلها بعد موت زوجها، فهي راجع ومرجع: عادت إلى أهلها ... ورجع مراجعة ورجاعاً الكلام/ أعاده ...

ويقال: هو رجع ورجع سفر ورجيع سفر إذا كان قد رجع فيه مراراً

والرجعة: الرجوع إلى الدنيا بعد الموت: عود المطلق إلى مطلقته، وهي الرجعة "والفتح أفصح" ³.

على ذلك فإنَّ الرجوع لغةً: مصدر الفعل: رجع، سواء كان لازماً أو متعدداً، إذ يستوي فيه لفظ اللازم والواقع وإن كانت هزيل تعديه بالألف، إلا أنه يتعدى بنفسه في اللغة الفصحى، فيقال: رجعته عن الشيء وإليه.

¹ - أنظر: أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، ج2، دار الفكر، د. ب. ط، 1979، ص. 490.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

³ - أحمد رضا، معجم متن اللغة (موسوعة لغوية حديثة)، ج2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1958، ص. 553.

ويطلق لفظ الرجوع في اللغة على معانٍ عدّة، مدارها يدور حول: الإنصراف والردّ والعود، والإبدال والمطالبة.

فيأتي بمعنى الإنصراف كما أورده ابن منظور في لسان العرب "رجع: رَجَعَ يَرْجِعُ رَجْعاً وَرُجُوعاً وَرُجْعَى وَرُجْعَاناً وَمَرْجِعاً وَمَرْجَعَةً: انصَرَفَ¹، وَفِي التَّنْزِيلِ: ﴿إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ الرُّجْعَىٰ﴾²، أَي الرُّجُوعَ والمَرْجِعَ، مَصْدَرٌ عَلَى فُعْلَى؛ وفيه: ﴿... إِلَى اللَّهِ مَرْجِعُكُمْ جَمِيعًا ...﴾³، أَي رُجُوعَكُمْ؛ حَكَاهُ سَيِّوْنِيهِ فِيمَا جَاءَ مِنَ الْمَصَادِرِ الَّتِي مِنْ فَعَلٍ يَفْعَلُ عَلَى مَفْعَلٍ، بِالْكَسْرِ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ هَاهُنَا اسْمُ الْمَكَانِ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَدَّى بِإِلَى، وَانْتَصَبَتْ عَنْهُ الْحَالُ، وَاسْمُ الْمَكَانِ لَا يَتَعَدَّى بِحَرْفٍ وَلَا تَنْتَصِبُ عَنْهُ الْحَالُ إِلَّا أَنْ جُمِلَ الْبَابُ فِي فَعَلٍ يَفْعَلُ أَنْ يَكُونَ الْمَصْدَرُ عَلَى مَفْعَلٍ، يَفْتَحُ الْعَيْنَ. وَرَاجَعَ الشَّيْءَ وَرَجَعَ إِلَيْهِ؛ عَنِ ابْنِ جَنِّي، وَرَجَعْتُهُ أَرْجِعُهُ رَجْعاً وَمَرْجِعاً وَمَرْجَعاً وَأَرْجَعْتُهُ، فِي لُغَةِ هَذَا، قَالَ: وَحَكَى أَبُو زَيْدٍ عَنِ الضَّبَّيْنِ أَنَّهُمْ قَرَأُوا: أَفَلَا يَرَوْنَ أَنْ لَا يُرْجَعَ إِلَيْهِمْ قَوْلًا"⁴.

وَقَالَ الرَّاعِبُ فِي الْمُفْرَدَاتِ: "الرُّجُوعُ: الْعَوْدُ إِلَى مَا كَانَ مِنْهُ الْبَدْءُ، أَوْ تَقْدِيرُ الْبَدْءِ مَكَاناً أَوْ فِعْلاً أَوْ قَوْلًا، وَبِذَاتِهِ كَانَ رُجُوعُهُ أَوْ بَعْضُهُ مِنْ أَجْزَائِهِ، أَوْ بِفِعْلٍ مِنْ أَفْعَالِهِ، فَالرُّجُوعُ: الْعَوْدُ، وَالرَّجْعُ: الْإِعَادَةُ. قُلْتُ: أَيُّ رَجَعَ كَانَ: لَا زِمًا، أَوْ وَاقِعًا، فَمَصْدَرُهُ لَا زِمًا الرُّجُوعُ، وَمَصْدَرُهُ وَاقِعًا الرَّجْعُ، يُقَالُ: رَجَعْتُهُ رَجْعاً، فَرَجَعَ رُجُوعاً. قَالَ شَيْخُنَا: هَذَا هُوَ الْمَشْهُورُ الْمَعْرُوفُ سَمَاعاً وَقِيَاساً، وَزَعَمَ بَعْضُ أَنَّ الرَّجْعَ يَكُونُ مَصْدَرًا لِلْأَزْمِ أَيْضًا"⁵.

وجاء لفظ الرجوع بمعنى الردّ في قوله عزّوجل: ﴿... قَالَ رَبِّ ارْجِعُونِ لَعَلِّي أَعْمَلُ صَالِحًا ...﴾⁶، يَغْنِي الْعَبْدُ إِذَا بُعِثَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَأَبْصَرَ وَعَرَفَ مَا كَانَ يُنْكِرُهُ فِي الدُّنْيَا يَقُولُ لِرَبِّهِ: ارْجِعُونِي أَي رُدُّونِي⁷ إِلَى الدُّنْيَا.

¹ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج 8، دار صادر، بيروت، 1414 هـ، ص. 114؛ محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني أبو الفيض الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 21، المرجع السابق، ص. 64.

² - سورة العلق، الآية: 8.

³ - سورة المائدة، الآية: 105.

⁴ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج 8، المرجع نفسه، ص. 114.

⁵ - محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ج 21، المرجع السابق، ص. 66.

⁶ - سورة المؤمنون، الآية: 99-100.

⁷ - قال الفيومي في هذا الصدد "... (ر ج ع) : رَجَعَ مِنْ سَفَرِهِ وَعَنِ الْأَمْرِ يَرْجِعُ رَجْعاً وَرُجُوعاً وَرُجْعَى وَمَرْجِعاً. قَالَ ابْنُ السَّكَيْتِ هُوَ تَقْيِضُ الذَّهَابِ وَيَتَعَدَّى بِنَفْسِهِ فِي اللَّغَةِ الْفُصْحَى فَيُقَالُ: رَجَعْتُهُ عَنْ الشَّيْءِ وَإِلَيْهِ وَرَجَعْتُ الْكَلَامَ وَغَيْرَهُ، أَي رَدَدْتُهُ وَجَاءَ الْفُرْآنُ قَالَ تَعَالَى: {فَإِنْ رَجَعْتَ اللَّهُ} [التوبة: 83]... أنظر: أحمد بن محمد بن علي الحموي أبو العباس الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، د. س. ط، ص. 220.

وَقَوْلُهُ ارْجِعُونِ وَأَقِمْ هَاهُنَا وَيَكُونُ لَكُمْ كَقَوْلِهِ تَعَالَى: وَلَمَّا رَجَعَ مُوسَى إِلَى قَوْمِهِ؛ وَمَصْدَرُهُ لَازِمًا الرَّجُوعُ، وَمَصْدَرُهُ وَأَقِمْ الرَّجْع. يُقَالُ: رَجَعْتُهُ رَجْعًا فَرَجَعَ رُجُوعًا يَسْتَوِي فِيهِ لَفْظُ اللَّازِمِ وَالْوَاقِعِ...¹.

قَالَ: لَعَلَّهُمْ يَرْجِعُونَ أَيُّ يَرُدُّونَ الْبِضَاعَةَ لِأَنَّهَا تَمُنُّ مَا اكْتَالُوا وَأَنْهَمُ لَا يَأْخُذُونَ شَيْئًا إِلَّا بِشَمَنِهِ، وَقِيلَ: يَرْجِعُونَ إِلَيْنَا إِذَا عَلِمُوا أَنَّ مَا كَيْلَ لَهُمْ مِنَ الطَّعَامِ ثَمَنُهُ يَعْنِي رَدَّ إِلَيْهِمْ ثَمَنُهُ، وَيَدُلُّ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ قَوْلُهُ: وَلَمَّا رَجِعُوا إِلَى أَبِيهِمْ قَالُوا يَا أَبَانَا مَا نَبْغِي هَذِهِ بِضَاعَتَنَا².

"... وَرُجُوعُهُ عَوْدُهُ إِلَى نَوْمِهِ أَوْ قُعودِهِ عَنْ صَلَاتِهِ إِذَا سَمِعَ الْأَذَانَ، وَرَجَعَ فِعْلٌ قَاصِرٌ وَمَتَعَدٌّ، تَقُولُ: رَجَعَ زَيْدٌ وَرَجَعْتُهُ أَنَا، وَهُوَ هَاهُنَا مُتَعَدٌّ لِيُزَاجَ يُوقِظُ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: إِنَّهُ عَلَى رَجْعِهِ لَقَادِرٌ³؛ قِيلَ: إِنَّهُ عَلَى رَجْعِ الْمَاءِ إِلَى الْإِحْلِيلِ، وَقِيلَ إِلَى الصُّلْبِ، وَقِيلَ إِلَى صُلْبِ الرَّجُلِ وَتَرْبِيَةِ الْمَرْأَةِ...

وَيَأْتِي الرَّجُوعُ بِمَعْنَى الْعَوْدِ: فَيُقَالُ: رَجَعَ مِنَ السَّفَرِ وَعَنِ الْأَمْرِ يَرْجِعُ رَجْعًا وَرُجُوعًا، وَهُوَ نَقِيضُ الذَّهَابِ، وَرَجَعَ فِي الشَّيْءِ: عَادَ فِيهِ، وَمِنْ هُنَا قِيلَ: رَجَعَ فِي هَبْتِهِ إِذَا أَعَادَهَا إِلَى مَلِكِهِ، وَيُقَالُ: "وَلَيْسَ لِهَذَا الْبَيْعِ مَرْجُوعٌ أَيُّ: لَا يُرْجَعُ فِيهِ"⁴.

"وَرَجَعَ الْكَلْبُ فِي فَيْئِهِ عَادَ فِيهِ فَأَكَلَهُ، وَمِنْ هُنَا قِيلَ رَجَعَ فِي هَبْتِهِ إِذَا أَعَادَهَا إِلَى مَلِكِهِ وَارْتَجَعَهَا وَاسْتَرْجَعَهَا كَذَلِكَ"⁵.

"وَالرَّجُوعُ: الْعَوْدُ إِلَى مَا كَانَ عَلَيْهِ مَكَانًا أَوْ صِفَةً أَوْ حَالًا يُقَالُ: رَجَعَ إِلَى مَكَانِهِ وَإِلَى حَالَةِ الْفَقْرِ أَوْ الْغِنَى، وَرَجَعَ إِلَى الصِّحَّةِ أَوْ الْمَرَضِ أَوْ غَيْرِهِ مِنَ الصِّفَاتِ.

[و {يَمُ يَرْجِعُ الْمُرْسَلُونَ} مِنْ (الرَّجُوعِ) أَوْ مِنْ (رَجَعَ الْجَوَابُ) وَقَوْلُهُ تَعَالَى {فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ} مِنْ رَجَعَ الْجَوَابُ لَا غَيْرَ].

¹ - أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج 8، المرجع السابق، ص. 114.

² - نفس المرجع ونفس الصفحة.

³ - نفس المرجع، ص. 117. وجاء في تهذيب اللغة اتساقاً ونفس المعنى: "قَالَ اللَّهُ جَلَّ وَعَزَّ: {وَالْتَرَاءِبُ إِنَّهُ عَلَى رَجْعِهِ لَقَادِرٌ} (الطَّارِق: 8) قَالَ مُجَاهِدٌ: إِنَّهُ عَلَى رَدِّ الْمَاءِ إِلَى الْإِحْلِيلِ لِقَادَرٍ. وَقَالَ غَيْرُهُ: إِنَّهُ عَلَى بَعْثِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ لِقَادَرٍ، وَاعْتَبَارَ هَذَا بِقَوْلِهِ جَلَّ وَعَزَّ: {لَقَادِرٌ يَوْمَ تُبْلَى السَّرَائِرُ} (الطَّارِق: 9) الْمَعْنَى إِنَّهُ عَلَى بَعْثِهِ لِقَادِرٌ يَوْمَ الْقِيَامَةِ. وَقِيلَ عَلَى رَجْعِهِ لِقَادَرٍ، أَيُّ عَلَى رَدِّهِ إِلَى صُلْبِ الرَّجُلِ وَتَرْبِيَةِ الْمَرْأَةِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا أَرَادَ"، وقال مقاتل بن حيان أَيُّ: "إن شئت رددته من الكبر إلى الشباب، ومن الشباب إلى الصبي، ومن الصبي إلى التطفة". أنظر: محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، ت: محمد عوض مرعب، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط 1، 2001، ص. 234؛ أبو الحسن علي بن أحمد بن محمد بن علي الواحدي، التيسابوري، الشافعي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، ت: عادل أحمد عبد الموجود وآخرين، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994، ص. 465.

⁴ - محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، ج 8، المرجع نفسه، ص. 118.

⁵ - أحمد بن محمد بن علي الحموي أبو العباس الفيومي، المرجع السابق، ص. 220.

وَرَجَعَ عودَهُ عَلَى بَدْءِهِ: أَيُّ رَجَعَ فِي الطَّرِيقِ الَّذِي جَاءَ مِنْهُ، عَلَى أَنَّ الْبَدْءَ مُصَدَّرٌ بِمَعْنَى الْمَفْعُولِ.

وَالرَّجْعَةُ: الْإِعَادَةُ يُقَالُ: رَجَعَ بِنَفْسِهِ وَرَجَعَتْهُ أَنَا، وَالْفِعْلَةُ فِيهِ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَرَّةِ.

و(رَجَعَ) يَسْتَعْمَلُ لَا زِمًا نَحْوُ: {أَتَمَّ إِلَيْهِمْ لَا يَرْجِعُونَ} وَمُصَدَّرُهُ الرُّجُوعُ.

وَمُتَعَدِّيًا نَحْوُ: {فَإِنْ رَجَعَكَ اللَّهُ إِلَى طَائِفَةٍ مِنْهُمْ} وَمُصَدَّرُهُ الرُّجُوعُ.

وَرَجَعَ عَنِ الشَّيْءِ: تَرَكَهُ.

و [رَجَعَ] إِلَيْهِ: أَقْبَلَ¹.

"(الرَّجْعَةُ) عود المطلق إلى مطلقته ومذهب من يؤمن بالرجوع إلى الدنيا بعد الموت، و(في علم الأخيآء) العودة إلى الحياة بعد موت ظاهري أو سبات..."².

ويجىء الرجوع بمعنى الابدال، "ويُقَال ارتجع به شيئاً: استبدل، وَالْمَرْأَةُ رَجَعَهَا إِلَى نَفْسِهِ بَعْدَ الطَّلَاقِ وَالتَّاقَةُ اشْتَرَاهَا بِشَمْنٍ أُخْرَى مِثْلَهَا، وَالْمَرْأَةُ جَلِبَابُهَا رَدَّتْهُ عَلَى وَجْهِهَا وَتَجَلَّتْ بِهِ"³.

"وَيُقَالُ: أَرَجَعَ اللَّهُ هَمَّهُ سُورًا، أَيُّ: أَبْدَلَ هَمَّهُ سُورًا"⁴.

وفضلاً عما سبق، يرد الرجوع - أيضاً - بمعنى المطالبة، يقال: وَارْتَجَعَ عَلَى الْغَرِيمِ وَالْمُنْتَهَمِ: طَالَبَهُ⁵.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للرجوع:

بعد تتبع بطون أمهات الفقه الاسلامي يمكن القول بأنه لم يعثر - بحسب ما تم الوقوف عليه - على تعريف ضابط شامل للرجوع يبيّن حقيقته ويصوّر ماهيته جامعٌ لجميع مفرداته.

ولعلّه يعود السبب في ذلك إلى أَنَّ الفقهاء المتقدمين أو المتأخرين منهم - على حدّ سواء - رأوا من كون مفهوم الرجوع يحوي من الوضوح والبيان مالا يحتاج إلى تعريف يضع له حدّ مانعٌ سيما في تلك العقود

¹ - أيّوب بن موسى الحسيني القرمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، المرجع السابق، ص. 479.

² - إبراهيم مصطفى، أحمد الزّيات، حامد عبد القادر، محمّد علي النّجار، المرجع السابق، ص. 331.

³ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

⁴ - أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج 8، المرجع السابق، ص. 115.

⁵ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

المنتهية بمقتضى الإرادة المنفردة على غرار الرجوع في الهبة، والعارية والوكالة.

ففي نطاق عقد الهبة يقول الأحناف على لسان الحنفكي: "... (صَحَّ الرَّجُوعُ فِيهَا بَعْدَ الْقَبْضِ)، أَمَّا قَبْلَهُ فَلَمْ تَتَمَّ الْهَبَةُ (مَعَ انْتِفَاعِ مَانِعِهِ) الْآتِي (وَأِنْ كُرِهَ) الرَّجُوعُ (تَحْرِيمًا) ..."¹.

وترتيباً على ذلك جاء في كنز الدقائق "باب الرجوع في الهبة": صحَّ الرجوع فيها ومنع الرجوع دمع حرقه"².

وود في تبين الحقائق قوله: "(بَابُ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ) قَالَ - رَحِمَهُ اللَّهُ - (صَحَّ الرَّجُوعُ فِيهَا) يَعْني إِذَا وَهَبَ لِشَخْصٍ هَبَةً وَقَبَضَهَا وَلَيْسَ فِيهِ مَا يَمْنَعُ الرَّجُوعَ مِنْ زِيَادَةٍ ... جَارَ الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ"³.

كما قال الغيتابي في البناية شرح البداية: "(باب ما يصح رجوعه وما لا يصح) ش: لما كانت الهبة غير لازمة حتى صحَّ الرجوع فيها احتاج إلى بيان مواضع الرجوع بعقد باب علمها"⁴.

ومن منظور المالكية أورد ابن رشد (الحفيد) في البداية إشارة إلى ذلك بقوله: "... قال القاضي: والرجوع في الهبة ليس من محاسن الأخلاق، والشّارع - عليه الصّلاة والسّلام - إنّما بعث ليتّم محاسن الأخلاق"⁵.

وقد عبّر المالكية - دون سواهم - عن الرجوع بالاعتصار، وتبعاً لذلك عرّفه ابن عرفة - كما ورد في المختصر - بكونه "هو ارتجاع عطية دون عوض لا بطوع المعطى"⁶.

وفي ذات السّياق ذهب ابن جزّي موضحاً: "وهبة الرّقبة على ثلاثة أنواع: (الأول) لوجه الله تعالى وتسمّى صدقة فلا رجوع فيها أصلاً ولا اعتصار ولا ينبغي للواهب أن يربّتها بشراء ولا غيره، وإن كانت شجرة فلا يأكل من ثمرها وإن كانت دابة فلا يركبها إلّا أن ترجع إليه بالميراث. (الثاني) هبة التودّد والمحبة فلا رجوع فيها إلّا فيما وهبه الوالد لولده صغيراً كان أو كبيراً فله أن يعتصره، وذلك أن يرجع فيه وإن قبضه الولد

¹ - محمّد بن علي بن محمّد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدّين الحنفكي الحنفي، المرجع السابق، ص. 698.

² - أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدّين التّسفي، كنز الدّقائق، ت: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السّراج، د. ب. ط، 1، 2011، ص. 538.

³ - عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 98.

⁴ - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدّين العيني، البناية في شرح الهداية، ج 9، المرجع السابق، ص. 185.

⁵ - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 503.

⁶ - محمّد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114.

إنّما يجوز الإعتصار بخمسة شروط ... (الثالث) هبة الثّواب على أن يكافئه الموهوب له وهي جائزة خلافاً للشّافعي والموهوب له مخيّر بين قبولها أو ردّها...¹.

أمّا عند الشّافعية فقد ذكر البلقيني بما مفاده: "وأما الرّجوع فهُراً فلا يثبت إلاّ للأصل مع فرع له لقوله - صلى الله عليه وسلّم -: "لا يحلّ لمن أعطى عطية أن يرجع فيها إلاّ فيما أعطاه الوالد لولده" حديث حسن أو صحيح"².

وأردف صاحب الجواهر مؤكّداً: "وإذا وهب الوالد لابنه هبة ... قال الشّافعي: له الرّجوع بكلّ حال..."³.

وهو نفس المفهوم الذي ذهب إليه صاحب التّهذيب بقوله: "إذا وهب شيئاً من إنسان، وسلّم إليه: ليس له أن يرجع فيه إلاّ الأب يهب لولده؛ فله أن يرجع فيه، للحديث"⁴.

وجاء في البيان تدليلاً على ذات المعنى والحكم، قوله: "وإذا وهب أحد الأبوين لولده شيئاً .. جاز له الرّجوع فيه، سواء أقبضه إياه، أو لم يقبضه"⁵.

نفس التوجّه سطره الحنابلة، فقد جاء في سداد الرّاد ما مؤداه: "لا يجوز لواهب أن يرجع في هبته اللاّزمة إلاّ الأب"⁶.

وورد في المنور في راجح المحرّر ما يؤيد ذلك، فقال: "ولا يملك الواهب الرّجوع إلاّ الأب أو الزّوجة بسؤال الزّوج. ومتى زال ملك الولد عن الموهوب، أو تعلّق به حقّ نكاح، أو إرث، أو فلس فلا رجوع، وإن عاد بفسخ رجوع"⁷.

¹ - أبو القاسم، محمّد بن أحمد بن محمّد بن عبد الله، ابن جزّي الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 242.

² - سراج الدّين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشّافعي، التّدريب في الفقه الشّافعي المسّمّى بـ «تدريب المبتدي وتّهذيب المنتهي» ومعه «تتمّة التدريب» لعلم الدّين صالح ابن الشّيخ سراج الدّين البلقيني - رحمه الله -، ت: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ج2، دار القبليتين، الرياض، المملكة العربية السّعودية، ط1، 2012، ص. 272.

³ - شمس الدّين محمّد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي تمّ القاهري الشّافعي، المرجع السابق، ص. 314.

⁴ - محيي السنّة، أبو محمّد الحسين بن مسعود بن محمّد بن الفراء البغوي الشّافعي، التّهذيب في فقه الإمام الشّافعي، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمّد معوض، ج4، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، 1997، ص. 537.

⁵ - أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشّافعي، المرجع السابق، ص. 124.

⁶ - فيصل بن عبد العزيز آل مبارك، كلمات السّداد على متن الرّاد، غني به: محمّد بن حسن بن عبد الله آل مبارك، كنوز إشبيلية للنشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعودية، ط1، 2007، ص. 218.

⁷ - تقي الدّين أحمد بن محمّد بن عليّ البغدادى، المقرئ الأدمي الحنبلي، المنور في راجح المحرّر، ت: وليد عبد الله المنيس، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2003، ص. 299.

وَضَمَّنَ السَّيُوطِيُّ فِي ذَاتِ الشَّانِ فَصْلاً يَتَحَدَّثُ فِيهِ عَنِ الرَّجُوعِ أَسْمَاءَ [فَصْلٌ رُجُوعُ الْوَاهِبِ فِي هِبَتِهِ بَعْدَ قَبْضِ مُعْتَبَرٍ]، وَمِمَّا جَاءَ فِيهِ: " (فَصْلٌ: وَحُرِّمَ وَلَا يَصِحُّ رُجُوعُ وَاهِبٍ) فِي هِبَتِهِ (بَعْدَ قَبْضِ مُعْتَبَرٍ) بِأَنْ يَكُونَ مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ أَوْ وَكَيْلِهِ؛ لِلزُّومِ بِهَا (وَلَوْ) كَانَتْ الْهَبَةُ (صَدَقَةً وَهَدِيَّةً وَنَحْلَةً، أَوْ نُقُوطاً وَحُمُولَةً فِي نَحْوِ غُرْسٍ) كَحِثَانٍ؛ لِقَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - : «الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»¹.

وباستثناء الكاساني المورد في مؤلفه "بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع" تعريفاً للرجوع بقوله: "الرجوع فسخ العقد بعد تمامه"²، فإنَّ هذا التعريف غير جامع لجميع مفردات الرجوع حيث أنَّ هذا الأخير اقتصر على أبرز صورة من صوره دون ملاحظة بقيّة جزئياته الأخرى.

وكما هو معروف فإنَّ أيَّ تعريف حتّى ينشأ صحيحاً ينبغي أن يأتي جامعاً لجميع أجزائه ومفرداته ومانعاً من دخول غيره فيه.

ففي تعريف الكاساني للرجوع يلاحظ بأنّه اعتبر الرجوع منحصراً في الفسخ دون أن يكون له معنى مضافاً ينبئ بفحوى الرجوع، ولما كان هذا الأخير أهمّ من الفسخ على اعتبار أنَّ الفسخ صورة من صوره، فإنَّ هذه المحاولة في تحديد ماهية الرجوع غير مكتملة في حدِّ ذاتها كونها لم تتناول الرجوع بمفهومه الواسع.

ويظهر للفقهاء استعمالاً متعدّداً للفظ الرجوع في استعمالات أخرى على غرار استخدامهم له بمعنى الردّ، ففي مجال العارية يقول الكاساني: "فكان للمعير أن يرجع في العارية سواء أطلق العارية أو وقت لها وقتاً..."³.

وفي ذات السياق يشير صاحب الدر المختار بقوله: "يرجع المعير متى شاء"⁴.

كما استعمل بعض الفقهاء الرجوع بمعنى الردّ، فقد تضمّنت حاشية عميرة فصلاً يشير إلى ذلك عنون كالاتي: [فَصْلٌ لِكُلِّ مِنْهُمَا أَيْ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُعِيرِ رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ]، وَمِمَّا جَاءَ فِيهِ: "لِكُلِّ مِنْهُمَا [أَيْ

¹ - مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً ثمّ الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج4، المكتب الإسلامي، د. ب. ط، 2، 1994، ص. 404.

² - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

³ - نفس المرجع، ص. 216.

⁴ - محمد بن علي بن محمد الحصني علاء الدين الحصكفي، المرجع السابق، ص. 687.

الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُعِيرِ] رَدُّ الْعَارِيَةِ مَتَى شَاءَ؛ لِأَنَّهَا تَبَرُّعٌ بِالْمَنَافِعِ الْمُسْتَقْبَلَةِ، وَالتَّبَرُّعُ إِذَا لَمْ يَتَّصِلْ بِالْقَبْضِ، وَكَذَا الْإِبَاحَةُ يَجُوزُ الرَّجُوعُ فِيهِ، وَلِأَنَّهَا إِعَانَةٌ وَمَكْرَمَةٌ، فَلَوْ مَنَعْنَا الْمَالِكَ مِنَ الرَّجُوعِ لَأَمْتَنَعَ النَّاسُ مِنْهَا...¹.

هذا فضلاً عن استعمالهم الرجوع بمعنى الردّ والتّقصّ معاً، ودليل ذلك ما ساقه المغراوي في قوله: "ويحصل الرجوع برجعت فيما وهبت أو استرجعته أو ردّته إلى ملكي أو نقضت الهبة..²".

وعليه، فطالما تنوّع استخدام الفقهاء للفظ الرجوع وإن في مجمله لا يخرج عن التعريف اللّغوي له - كما أسلفنا - حيث تقترب تلك المعاني في مضمونها، فإنّه يمكن تعريف الرجوع تبعاً لذلك بأنّه "عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية استرجاعها واستردادها من الموهوب له رضاً أو قضاءً وفق شروط معيّنة".

كما يمكن وصفه - على حدّ قول البعض - بكونه "ردّ العقد القابل لذلك والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط معيّنة"³.

يستشف - أخيراً - من هذه الأقوال وغيرها بأنّ إنهاء العقد بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين ينعت "رجوعاً" طالما أنّه منصّب في نطاق العقود الجائز إنهاءها بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين.

وإزاء ما سبق عرضه أمكن تعريف الرجوع - على حدّ رأي البعض - بأنّه "نقض الواهب عقد الهبة بشروط مخصوصة"⁴.

ثالثاً: التعريف القانوني للرجوع

على خلاف مدوّنّة الحقوق العينية المغربية التي عرّفت الرجوع - بعد أن اصطلحت عليه بالاعتصار تأسيساً بالمذهب المالكي - بمقتضى المادة 283 منها⁵، جاء قانون الأسرة الجزائري - شأنه شأن التّقنينين

¹ - أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج3، دار الفكر، بيروت، 1995، ص. 23.

² - العلامة محمّد الزّهري الغمراوي، السّراج الوهّاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنّشر، بيروت، د. س. ط، ص. 309.

³ - جمال الدّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلّة الأمن والقانون، ع 1، السّنة 6، يناير 1998، ص. 12.

⁴ - محمّد محمّد سليمان بدر، الرجوع في الهبة وأثره في القانون المصري مقارناً بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كليّة الحقوق، جامعة المنوفية، د. ت، ص. 30.

⁵ - التي نصّت على أنّه "يُراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين الآتيتين:

أولاً: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً؛

ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو من تلزمه نفقته".

المدنيين المصري والفرنسي وبعض التشريعات المدنية الأخرى - خلّوًا من تعريف محدّد لمفهوم الرجوع، ولمّا كانت صياغة التعاريف - كما هو معلوم - من أعمال الفقه وليس من وظائف التشريع، فقد تُرك للفقه مهمّة إبراز معالمه وحدوده.

وبالرغم من ذلك فإنّ الفقه - يتبعه القضاء - لم يتعرّض لمفهوم الرجوع في العقود حتّى في نطاق نظرة العقد ذاتها، ويرجع السبب في ذلك الى اعتبار هذا الأمر من الجلاء والوضوح مالا يحتاج إلى المزيد من التبيين؛ والقول بذلك غير مستساغ من الأصل.

ولعلّ هذا التعليل - وإن صحّ في نظر البعض - فهو تعليلٌ ليس له محلٌّ صحيح، ذلك أنّ التعريف الفقهي للمصطلح - قانونيّاً كان أو شرعيّاً - هو أساس توضيح جوهر وفحوى المسألة المعروضة في أيّ مجال.

بل أنّ جوهر عمل الفقه هو وضع مثل هكذا تعاريف حيث يؤسّس لها من الضوابط ما ينأى بها عن الاشتباه بما قد يشوبها من عللٍ ومقاصد، وفي موضوع الرجوع فإنّ عمل الفقه يركّز أساساً في وضع تعريف له يميّزه عن غيره من جزاءات إنهاء العقد على غرار الفسخ والإبطال والإلغاء.

ومع ذلك، فإنّه قد يحمّد للفقه القانوني حين تعرّضه لموضوع الرجوع في عقد الهبة معالجته باستفاضة لأحكام الرجوع من حيث بيان أساسه وشروطه وأعداره وموانعه ... إلخ، الأمر الذي يمكّن الدّارس من الاستئناس بهذه الأحكام وهو بصدد محاولة تشكيل تعريف موضوعي لحقّ الرجوع في عقد الهبة عموماً.

ترتيباً على ما تقدّم، درج بعض الفقه في مصر على تعريف الرجوع في عقد الهبة - بشكل خاص - بالقول بأنّه "مكنّة مطلقة للواهب يستعملها متى شاء ولأيّ سبب من الأسباب"¹.

وقد انتقد هذا التعريف - بالرغم من وضوحه - بأنّه يخوّل للواهب سلطة مطلقة في إنهاء العقد بالرجوع فيه، في حين أنّ هذا الأخير وإن كان حقّاً يمتلكه الواهب، إلّا أنّه مقيّد برضاء الموهوب له، أو بمقاضاته في حالة عدم رضاه شرط وجود عذر مقبول مع عدم وجود مانع من موانع الرجوع في الهبة الذي يحول دون ذلك كما قرّره التّقنين المدني المصري بمقتضى مادّة 500².

¹ - محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 157 وما يليها.

² - قضت المادّة 500 من ق. م. م في هذا الصّدّد بالقول: "1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قِيل الموهوب له ذلك.

2- فإذا لم يقبل الموهوب له حاز للواهب أن يطلب من القضاء التّرخيص له في الرجوع متى كان يستند إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع".

فإذا كان المبدأ العام يقضي بأنّ العقد إذا تمّ أصبح ملزماً، فإنّه لا يحقّ لأحد المتعاقدين أن يستقلّ بالرجوع فيه، بل ينبغي أن يتفق مع المتعاقد الآخر على إنتهائه بالتراضي كما أسلف القول إليه.

وكون أنّ عقد هبة العّار من عقود التبرّع التي يمنح فيها أحد المتعاقدين شيئاً لآخر دون مقابل، فإنّ المشرّع أحاطه بضمانات تنبّه المتعاقد المقبل على إبرامه إلى خطورة هذا التصرف، منها اشتراط الرسمية في هبة العّار وكذا حماية الدائنين أصحاب الحقوق المتعلقة بها بالدعوى البوليصة، فضلاً عن تقرير جواز رجوع الواهب فيما انتهأ.

فإذا كانت القاعدة في التقنين المدني الفرنسي تقضي - في الأصل - بعدم جواز الرجوع في عقد الهبة عموماً - وهبة العّار خصوصاً - طبقاً لنصّ المادة 953 منه، فإنّ نفس القانون أجاز "للوّاهب أن يرجع في هبته لأسباب حدّدها، وهو يقصد في بعض الأحوال عقوبة الموهوب له لنكرانه الجميل (م 955 مدني فرنسي)، وفي أحوال أخرى حماية الواهب وورثته إذا جدّ له عقيب بعد صدور الهبة (م 960 مدني فرنسي)، أو إذا أرادت الورثة إنقاص الهبة إلى الحدّ الجائز (م 920 مدني فرنسي) ... ويكفي أن نقرّر أن الرجوع في الهبة في القانون الفرنسي لا يجوز إلّا لمسوّغ، ولا يعتبر فسخاً بل إلغاءً ليس له أثر رجعي"¹.

ويظهر - بجلاء - بأنّ التعريف السابق الذي أورده الفقه المصري مستنبط أساساً من مذهب الأحناف، على أنّه إذا توقّفنا عند تعريف الحنفية لحقّ الرجوع لتبيّن بأنّه لا يخرج في تصوّره عن كونه فسخاً لعقد هبة العّار² بدعوى عدم تنفيذ الموهوب له التزاماته إزاء الواهب؛ ذلك أنّ الهبات عند الأحناف - كما سنرى - نوعان: إحداها لازمة لا يجوز الرجوع فيها من الأصل كون أنّ الملك ينتقل إلى الموهوب له لازماً، وهي تلك الكامنة في الصدقة، والهبة بمقابل، والهبة لذي الرّحم، والهبة بين الزوجين.

والثّانية هي مختلف الهبات عدا ما ذكر أعلاه حيث يثبت فيها حقّ الرجوع، وهي التي تقوم على الرّغبة في تحصيل الواهب عوضاً عن هبته، وهذا العوض مقصود ضمناً دون اشتراطه على الموهوب له.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 2، المرجع السابق، ص. 723.

² - خلافاً لغير الذي ذهب إلى أنّ الرجوع في الهبة إذا كان بالتراضي لا يعتبر فسخاً لها، إنّما يعدّ بمثابة هبة مبتدأة. أمّا إذا كان الرجوع قضاءً فإنّه يعدّ فسخاً لها. وهذا ما ذكره الكاساني في بدائع الصّنائع بقوله: "وأما بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فنقول وبالله التوفيق، لا خلاف في أنّ الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ، واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدلّ على أنّه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء فإنّهم قالوا يصحّ الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة.

ولو كان هبة مبتدأة لم يصحّ مع الشّيعاء وكذا لا تقف صحته على القبض، ولو كانت هبة مبتدأة لوقف صحته على القبض، وكذا لو وهب لإنسان شيئاً ووهبه الموهوب له لآخر ثمّ رجع الثّاني في هبته كان للأول أن يرجع ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حقّ الرجوع، فهذه المسائل تدلّ على أنّ الرجوع بغير قضاء فسخ. وقال زفر أنّه هبة مبتدأة ". أنظر: أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدّين الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 245.

على أنه ينبغي الإشارة إلى أنّ هذا الحقّ كما قد يكون برضاء طرفي عقد الهبة يمكن أن يكون قضاءً في الأخير¹.

جملة القول: أنّ الأصل - وفقاً للقاعدة العامة المقررة بمقتضى المادة 1103 من ق. م. ف - الموازية لأحكام المادة 106 من ق. م. ج وكذا المادة 1/147 من ق. م. م - في العقد شريعة اختارها المتعاقدان فلا يجوز لأيّ منهما الاستقلال بنقضه أو تعديل أحكامه إلاّ في حدود ما سمح به الاتفاق أو أجازه القانون.

ولما كانت هبة العقار عقداً كان المفروض أن يسري عليها أحكام المادة المذكورة، لكن أثرت بعض التشريعات المدنية الوضعية - على اختلاف بينها في تطبيقها - أن تخالف هذه القاعدة بصدد هذا العقد المسمّى، حيث أجازت بعد تقريرها للأصل العام، بعدم رجوع الواهب في هبته متأسّية في ذلك بالمذهب الحنفي في الرّاجح من آرائه، حتّى بعد حوز العقار الموهوب وإفراغه في الشّكل الرسمي كما يقتضيه القانون².

وتبعاً لذلك، وبالرّغم من أنّ القانون الوضعي - في مجمله - لم يذكر تعريفاً للرّجوع إلاّ أنّه قضى بأنّه لا يقرّر إلاّ إذا استجمع العناصر التالية:

- الرّجوع بوصفه جزاء لا يكون إلاّ في عقد هبة العقار حصراً.
 - يكون الرّجوع ذو أثر رجعي يستند إلى الماضي.
 - يقع بالإرادة المنفردة كأصل عام³.
- من هنا وتأسيساً على ما سبق، أمكن تعريف حقّ الرّجوع ضمن فقه التّقنين المدني - انتهاءً - بأنّه "تصرّف قانونيٌّ منفرد الإرادة، يترتب عليه بالنسبة للماضي والمستقبل إنهاء علاقة تعاقدية بشروط مخصوصة"⁴.

البند الثاني: مشروعية حق الرّجوع في عقد هبة العقار والحكمة من تشريعه

إذا كان المسلم به بأنّ الرّجوع في عقد الهبة عموماً - وهبة العقار على وجه الخصوص - هو طريق إستثنائي لإنهاء العقد في الأصل، فإنّ فقهاء التشريعين الإسلامي ومن بعده الوضعي هما أوّل المنبّهين إلى كون عقد هبة العقار من أكثر العقود المسماة التي اختصّت بالدراسة والبحث على اعتبار أنّ إباحة أحد

¹ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 31 - 32.

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 369.

³ - محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 161؛ أكرم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 170.

⁴ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع نفسه، ص. 32.

أطرافه حق الرجوع فيه بشروط معينة وفي وقت معلوم.

على أن بحث هذا الطريق يستلزم التناول بالدراسة مشروعية حق الرجوع في عقد هبة العقار (أولاً)، ثم بيان الحكمة من تشريع نفس الحق انتهاءً (ثانياً).

أولاً: مشروعية حق الرجوع في عقد هبة العقار

اتفق الفقهاء المسلمون حول مشروعية الرجوع في عقد الهبة عموماً وهبة العقار بشكل خاص على تباين بينهم في مدى فحوى هذا الرجوع.

فعلى خلاف الأحناف - ومن هذا حذوهم - الذين قالوا بإمكانية الرجوع - في الأصل - إلا إذا قام دليل المنع منه¹، ذهب المالكية²، والشافعية³، والحنابلة⁴، والظاهرية⁵ إلى أنه لا يجوز الرجوع في هبة العقار إلا ما قرّر النص استثنائه ممثلاً في هبة الوالد لولده، حيث يجوز للأول الرجوع عن الثاني بدون رضاه تبعاً للحديث المخرج من لدن النسائي في سننه والقاضي بأنه "لَا يَرْجِعُ أَحَدٌ فِي هِبَتِهِ إِلَّا وَالِدٌ مِنْ وَلَدِهِ، وَالْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْعَائِدِ فِي قَيْتِهِ"⁶.

هذا، ولقد كانت استدلالات الأحناف - أساساً - تتمحور حول ما ورد ضمن أي الكتاب وأحاديث السنة المشرفة، وإجماع الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين وما استقرّ عليه النظر في ذلك.

فمن الكتاب قول الباري عزّ في شأنه: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها ...﴾⁷.

¹ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 115، محمد بن أحمد شمس الأئمة الشرحسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48.

² - محمد بن عبد الله الخرشني، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 113.

³ - أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، المرجع السابق، ص. 252.

⁴ - إبراهيم بن محمد بن سالم ابن ضويان، المرجع السابق، ص. 27.

⁵ - أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

⁶ - وهو مروي عن أحمد بن حنبل، قال: حَدَّثَنِي أَبِي، قَالَ: حَدَّثَنِي إِبراهيمُ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ أَبِي عُرْوَةَ، عَنْ غَامِرِ الْأَحْوَلِ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ. وفي شرحه يقول السندي "لا يرجع أحد في هبته أي لا ينبغي له الرجوع وهذا لا ينفي صحة الرجوع إذا رجع صار الموهوب ملكاً له وإن كان الفعل غير لائق إلا والد من ولده من لا يرى له الرجوع بحمله على أنه يجوز للوالد أن يأخذه عنه ويصرفه في نفقته عند الحاجة كسائر أمواله كالعائد في قيته قيل هو تحريم للرجوع وقيل تقبيح وتشنيع له لأنه شبه بكلب يعود في قيته وعود الكلب في قيته لا يوصف بحمزة والله تعالى أعلم". أنظر: محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، ج 6، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط 2، 1986، ص. 265، حديث رقم: 3689.

⁷ - سورة النساء، الآية: 85.

ووجه الاستدلال من هذه الآية استخدام التَّحِيَّة في معانٍ عدَّة كالسَّلام والثناء والمهاداة بالمال، ولعلَّ المعنى الأخير هو المراد من الآية الكريمة بدليل القرينة الدالة عليه "أو ردَّوها"، ذلك أنَّ ردَّ الشيء يستوجب أن يكون متعلِّقاً بالأعيان لا بالأغراض، والسَّلام عرض لا يتصوَّر ردُّه بعينه، وبالتالي كان اللَّفْظ من قبيل المشترك الذي يتعيَّن الوجه المراد منه بالدليل المتمثِّل في القرينة المحلَّلة سلفاً¹.

قال السَّرخسي معلقاً: "إِعْلَمَ بِأَنَّ الْهَبَةَ عَقْدٌ جَائِزٌ ثَبَتَ جَوَازُهُ بِالْكِتَابِ، وَالسُّنَّةِ. أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى: {وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوْهَا} [النِّسَاء: 86]، وَالْمُرَادُ بِالتَّحِيَّةِ: الْعَطِيَّةُ، وَقِيلَ: الْمُرَادُ بِالتَّحِيَّةِ: السَّلامُ، وَالْأَوَّلُ أَظْهَرُ؛ فَإِنَّ قَوْلَهُ: أَوْ رُدُّوْهَا يَتَنَاوَلُ رَدَّهَا بِعَيْنِهَا، وَإِنَّمَا يَتَحَقَّقُ ذَلِكَ فِي الْعَطِيَّةِ"².

ومن السُّنَّة كان استدلالهم بحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "الرَّجُلُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ مَا لَمْ يَثْبُتْ مِنْهَا"³.

وجه الدَّلالة من هذا الحديث - برواياته المختلفة - تنصيبه على مشروعية الرجوع في الهبة مادام لم يشب الواهب أو يعوِّض عنها، وبالموازاة مع ذلك عدم جواز الرجوع في الهبة التي سبق منح الثَّواب فيها والتَّعويض عنها.

أما من حيث الإجماع: فلقد ثبت عن الصَّحابة - رضوان الله عليهم - ومنهم عمر، وعثمان وعليٌّ، وعبد الله ابن عمر، وأبي الدَّرءاء، وفضالة وغيرهم قولهم بمشروعية الرجوع في هبة العَقَّار.

قال الكاساني في بدائع الصَّنائع: "وأما إجماع الصَّحابة فإنَّه روي عن سيِّدنا عمر وسيِّدنا عثمان وسيِّدنا علي وعبد الله ابن سيِّدنا عمر وأبي الدَّرءاء وفضالة بن عبيد وغيرهم - رضي الله عنهم - أنَّهم قالوا مثل مذهبنا ولم يرد عن غيرهم خلافه فيكون إجماعاً"⁴.

وقد احتجَّ الأحناف بالمعقول والنَّظر أيضاً، فنَبَّهوا إلى أنَّ الذي يعطي العطية، إنَّمَا يمنحها لمآرب

¹ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدِّين الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

² - محمَّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السَّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48.

³ - محمَّد بن يزيد القزويني أبو عبد الله ابن ماجه، المرجع السابق، ص. 2386، حديث رقم: 2387؛ محمَّد بن إسماعيل بن صلاح بن محمَّد الحسني، الكحلاني ثمَّ الصَّنعي، أبو إبراهيم، عزَّ الدِّين، المعروف كأسلافه بالأُمير، المرجع السابق، ص. 295، حديث رقم: 4499؛ زين الدِّين محمَّد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحداذي ثمَّ المَناوي القاهري، فيض القدير شرح الجامع الصَّغير، ج 4، المكتبة التجاريَّة الكبرى، مصر، ط 1، 1356 هـ، ص. 52، حديث رقم: 4515.

⁴ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدِّين الكاساني، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، ج 6، المرجع نفسه، ص. 128.

شئى، إذ هو يمنحها ابتغاء لمرضاة الله فاصداً بذلك الثواب الأخروي، وقد يعطيها لأجل عوض دنيوي أو لمنفعة تعود عليه، كما قد يعطيها صلة للرحم، أو بغرض التودد للموهوب له فضلاً عن مكافأته على جميل أداه إياه، وغير ذلك من الأغراض الأخرى.

ويُعمل في بيان هذه الأغراض بالعرف، فإذا كان الواهب غرضه دنيوي من هبته، فنفسه لا تطيب بها إذا لم يتحقق غرضه، وإن كان غرضه خلاف ذلك بأن ابتغي بها وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما منحت دون انتظار عوض دنيوي منها، لكن الأمر في هذا الفرض خفي لا يمكن ضبطه، لذلك فإن الضابط الذي يرجع إليه - حينئذ - هو ما تعارف الناس عليه وجرت العادة به ودلت القرائن عليه، فإذا طلب الواهب الرجوع فيما منح علم أن له غرضاً دنيوياً فيما أعطى، وإلا فلا.

وعليه، فإن ملكية الموهوب له للعقار الموهوب بعد القبض تصبح غير لازمة لعدم وضوح غرض الواهب وطيبة نفسه به، وبالتالي فتُفتح له باب الرجوع إذا لم تطب له نفسه بما أعطى، إذ لامنافاة بين القول بالرجوع ونظيره بامتناع الرجوع في نفس الهبة حال وجود مانع من ذلك، على اعتبار أن ذلك مبني على أدلة أخرى أو لوجود قرينة دالة على طيبة نفس الواهب بما وهب دون مكافأة عليه¹.

فإذا كان هذا هو الشأن في الفقه الاسلامي، فإن نظيره الوضعي درج - تشريعاً وفقهاً وقضاءً - على القول بأن مؤدى العقد متى انعقد صحيحاً أضحي ملزماً لا يحق لأين من طرفيه الاستقلال بالرجوع فيه ما لم يتفق على ذلك تراضياً بينهما أو تدخل القضاء بحكم فاصل في النازلة المعروضة عليه بالرجوع.

على أنه يشار بأن القانون الوضعي استثنى نوعاً معيناً من العقود يجوز - بموجبه - لأحد المتعاقدين الاستقلال بالرجوع فيه على اختلاف فيه بين مختلف التقنيات بخصوص إعماله.

فإذا كان الأصل في عقد هبة العقار - ضمن قانون الأسرة الجزائري - أنه عند لازم لا يجوز الرجوع فيه بإرادة الواهب المنفردة، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل الأبوان دون غيرهما، وهو ما يستشف من النص الصريح لحكم المادة 211 من نفس القانون المخولة للأبوين حق الرجوع في هبة عقارها لولدهما مهما كان سنّه، فكان دليلاً على أنه أمرٌ إستثنائي ورد على سبيل الحصر².

ينضاف إلى تأكيد لزوم عقد الهبة تبعاً لمبدأ عدم جواز الرجوع المذكور، ما ورد في المادة 212 من ق.

¹ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129؛ محمد محمد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 36.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 135؛ مصطفى لعروم، عقد الهبة، المرجع السابق، ص. 21.

أ. ج الموالية للمادة الأولى القاضية بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة.

وكان المشرع الجزائري قد اقتفى في هذا التوجه ما استقرّ عليه رأي الجمهور بعدم إطلاق حق الرجوع في هبة العقار واقتصاره على الوالدين دون سواهما¹.

وهذا ما تأكّد في أكثر من قرار قضائي صدر عن المحكمة العليا، من بينها ذاك الصادر عنها بتاريخ 16 سبتمبر 2010² ومما ورد فيه "... متى قام قضاة المجلس بإلغاء الحكم المستأنف بكامله والذي قضى بالإشهاد للمدعي بتراجعه عن الهبة بكاملها التي كانت قد استفادت منه زوجته وابنتاه القاصرتان دون أن يقوم قضاة الاستئناف عند إلغائهم للهبة بوضع التفرقة بين ما هو موهوب للزوجة والذي لا يجوز الرجوع فيه، وبين ما هو موهوب للبنتين القاصرتين والذي يجوز التراجع عنه فإنّ قضاءهم بإلغائهم لعقد الهبة المحرّر بتاريخ 2003/25/17 بأكمله يجعل من قرارهم المنتقد مشوّباً بالخطأ في تطبيق القانون، الأمر الذي يستوجب نقض القرار محلّ الطعن".

وهو ما يتجلّى أيضاً بوضوح في قرار المحكمة الصادر بتاريخ 15 فيفري 2006³، القاضي بأنّه "للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما، ولما كان الثابت في قضية الحال أنّ علاقة الطّاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة لا يجوز معها الرجوع في الهبة".

فإذا كان هذا هو الشّأن في قانون الأسرة الجزائري، فإنّ التقنين المدني المصري نظم عقد هبة العقار من خلال تبنيه فقه الأحناف مرجعاً في ذلك، حيث اقتبس معظم أحكام الرجوع فيها من مدارسه، فأجاز للواهب أن يرجع في هبته إذا قبِل الموهوب له ذلك أو حكّم القضاء بذلك حال عدم التراضي بين الطرفين شريطة وجود عذر مقبول مع عدم وجود مانع من موانع الرجوع تبعاً لأحكام المادة 500 منه التي قضت بأنّه "1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبِل الموهوب له ذلك.

2- فإن لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من موانع الرجوع".

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 258-259.

² - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، رقم: 577191، الصادر بتاريخ: 2010/06/16، مجلّة المحكمة العليا، ع 2، 2010، ص. 281 وما يليها.

³ - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، رقم: 328682، الصادر بتاريخ: 2006/02/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص. 237 وما يليها.

مؤدّى هذا النص أنّ الرجوع في عقد هبة العقار ليس تحكيمياً في التقنين المدني المصري من جهة الواهب بناء على إرادته المنفردة، إذ أنّ الأخير لا يسوغ له الرجوع إلاّ إذا قبل الموهوب له بذلك الرجوع، وبالتالي فإنّ التراضي على الرجوع لا يعدو أن يكون محض إقالة، فإن لم يتمّ كذلك أمكن الواهب الرجوع عن هبته بطلب من القضاء شرط أن يستند في رجوعه إلى عذر يقرّه القاضي عند عدم وجود مانع يحول دون ذلك.

ومعنى ذلك أنّ الرجوع في عقد هبة العقار في التقنين المدني المصري أمرٌ مقررّ بنصّ صريح لا لبس فيه ولا غموض بإجماع الفقه في مصر¹، ويترتب على الرجوع - تبعاً لذلك - سواء تمّ بالتراضي أو بالتقاضي اعتبار الهبة كأن لم تكن بما يستتبع ذلك من نتائج.

أمّا فيما يتعلق بالرجوع في هبة العقار ضمن التقنين المدني الفرنسي، فمن المسلّم به بأنّ الهبة في مفهومه عقدٌ لازمٌ يتنافى لزومه مع الرجوع فيها، إذ أنّ لزوم عقد هبة العقار في توجه هذا التقنين يتضمّن معنى يفوق الأثر الملزم للعقد بوجه عام، ما يعني أنّه لا يجوز لطرفي عقد هبة العقار أن يقوموا بنقض حكمها أو يعدّلاً في آثارها وهي في ذلك تتفق مع مختلف العقود؛ لكن الهبة لازمة علاوة على ما ذكر، وبموجب هذا اللزوم لا يجوز أن يدرج ما يحفظ للواهب حقّ الرجوع أو يمنع الموهوب له من استحقاق حقّ بات، وهي بهذا المفهوم تختلف عن باقي العقود الأخرى².

فإذا كان الحال كذلك وهو الأصل في التقنين المدني الفرنسي، فإنّه - مع ذلك - يرد عليه استثناء وحيد متمثّل في "هبة العقار بين الأزواج" التي تكون غير لازمة دوماً، بحيث يحقّ للواهب الرجوع فيها دون قيد.

تجدر الإشارة إلى هذا النوع من الهبات كان باطلاً في القانون الروماني، والعلة إنّما كانت تكمن في خشية صدورهما من تأثير الموهوب له على الواهب، ولداعي هذا السبب أتاح التقنين المدني الفرنسي الرجوع فيها، كما أجاز بمقتضى المادة 953³ وما يليها من نفس القانون الرجوع في الهبة - بشكل عام - بقيود لا تخرج - على سبيل المثال - عن الآتي:

1- عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها ضمن عقد هبة العقار.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 184؛ محمد كامل مرسى، المرجع السابق، ص. 181.

² - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 158.

³ - Art 953 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ».

2- حُجود الموهوب له ونكرانه لجميل الواهب.

3- ولادة ابن للواهب بعد أن لم يكن له ولد إبان الانتهاب.¹

مؤدّي ذلك أنّه إذا كان الرجوع في عقد هبة العقار في التقنين المدني الفرنسي غير جائز من حيث المبدأ، إلاّ أنّه طبقاً لنصّ المادة 953 وما يليها أجاز المشرّع الفرنسي الرجوع في ذات العقد للأسباب المحلّة أعلاه، حيث سنكتفي بهذه المادة التي فسّرت مشروعية الرجوع هبة العقار كون أنّ التفصيل فيها سيتمّ التعرّض له حال التطرّق إلى أضرار عقد هبة العقار لاحقاً.

ثانياً: الحكمة من تشريع حق الرجوع في عقد هبة العقار

بداية ينبغي التّسليم بأنّ الرجوع في عقد هبة العقار هو استثناء بيّن من القوّة الملزمة للعقد باعتبار أنّ هذا الأخير شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله أو إنهاءه إلاّ باتّفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون.²

يُند أنّ الرجوع في عقد العقار وفقاً للتّشريع الاسلامي إنّما شُرّع لعلل وبواعث كثيرة، وذلك لأنّ الواهب في عقد الهبة يمنح عقاره ابتغاء أجر أخروي أو لغرض دنيوي أو مكافأة لجميل سبق تلقّيه أو لصلّة رحم وغير ذلك من بواعث أخرى كاكْتساب الصّيت بإظهار الكرم والسّخاء مثلاً.

ومّا جاء في هذا المعنى ما انتهى إليه الكاساني في قوله: "... ولأنّ الأصل في العقود هو اللّزوم والامتناع بعارض خلل في المقصود ولم يوجد، لأنّ المقصود من الهبة اكتساب الصّيت بإظهار الجود والسّخاء لا طلب العوض، فمن طلب منهما العوض فقد طلب من العقد ما لم يوضع له فلا يعتبر طلبه أصلاً".³

وفي نفس السّياق أورد ابن عاشور في مقاصده للشريعة ما يلي: "المقصد الثّاني: أن تكون التبرّعات صادرة عن طيب نفس لا يخالجه تردّد، لأنّها من المعروف والسّخاء، ولأنّ فيها إخراج جزء من المال المحبوب بدون عوض يخلفه. فتمحّض أن يكون قصد المتبرّع النّفع العام والثّواب الجزيل. ولذلك كان من مقصد الشّارع فيها أن تصدر عن أصحابها صدوراً من شأنه أن لا تعقبه ندامة حتى لا يجيء ضرر للمحسن من جراء إحسانه فيحذر النّاس فعل المعروف، إذ لا ينبغي أن يأتي الخير بالشر كما أشار إليه قول الله تعالى:

¹ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 37.

² - راجع المادة 106 من ق. م. ج المنقولة حرفياً من نصّ المادة 1/148 من ق. م. م.

³ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدّين الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

{ لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ }. فطيب النفس المقصود في التبرعات أخص من طيب النفس المقرّر في المعاوضات.

ومعنى ذلك أن تكون مهلة لزوم عقد التبرع عقب العزم عليه وإنشائه أوسع من مهلة انعقاد عقود المعاوضة ولزومها¹.

فإذا كانت غاية الواهب "غرض دنيوي من هبته، فنفسه لا تطيب بالهبة إذا لم يتحقّق غرضه، وإن كان غرضه وجه الله تعالى فنفسه طيبة بما أعطت دون انتظار عوض دنيوي، لكن ذلك أمر خفي لا يمكن ضبطه، إذ المرجع فيه للعرف والعادة والقرائن ونية المعطي، فإذا طلب الرجوع فيما وهب علمنا أن له غرضاً دنيوياً فيما أعطى وإلا فلا، وإذا فيكون ملك الموهوب بعد قبضه إياه ملكاً قلقاً لعدم تبين غرض الواهب وطيبة نفسه به، وعلى ذلك فُتح له باب الرجوع إذا لم تطب نفسه بما أعطى. وهذا نظر جيّد جداً، ولا منافاة بينه وبين القول بامتناع الرجوع في الهبة عند وجود أحد الموانع السبعة، لأن ذلك إما مبني على أدلة أخرى رجّحت على ما تقدّم، وإما لوجود قرينة تدلّ على طيبة نفسه بما أعطى بدون انتظار مكافأة عليه وهذا هو فقه المسألة"².

وقد قعد لهذا الأمر القراني في الذخيرة فقال بأن "العقود الناقلة للأموال ثلاثة أقسام: منها ما شرع لدفع الحاجات وتحصيل المهمات فشرع لازماً تاماً بمجرده من غير اتصال قبض ولا غيره اتفاقاً تحقيقاً لتلك المقاصد العامة المحتاج إليها، ومنها ما شرع معروفاً عند الممات وهو الوصية، فشرع الرجوع فيه ترغيباً في نقل الدنيا لآخرّة حينئذ فإن الموصي إذا علم أن له الرجوع لم يبق له مانع من الإيصاء، لأنه إن مات لا يأسف، وإن عاش لا يأسف بسبب القدرة على الرجوع، فلو منع من الرجوع امتنع من الإيصاء خشية الندم وهذا متفق عليه أيضاً، وقسم اختلف فيه هل يلحق بالأول أو الثاني وهو الهبة والصدقة والهبة والعمرى والعارية والوقف، فإذا لاحظنا خلوها عن العوض والحاجات ينبغي أن تلحق بالوصية، وإن لاحظنا كونها في الحياة التي هي مظنة المكافأة بأمثالها من الهبات وأنواع الثناء والمحامد وكل ذلك من مقاصد العقلاء في الحياة، فهي تقوم مقام الأغراض فينبغي أن تلحق بالبيع أو تلاحظ تهمّة إعزاء المال عن الورثة مع شبهة البيع فتوجبها بالعقد وتبطلها بعدم القبض توفية بالشبهتين"³.

والأصل فيما تبنته المدرسة المالكية من حصر الرجوع في عقد هبة العتار أو ما اصطلاح عليه لديهم

¹ - محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر بن عاشور التونسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، ج 3، المرجع السابق، ص. 509.

² - أحمد إبراهيم إبراهيم، المرجع السابق، ص. 52.

³ - أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 230.

"بالاعتصار" في الوالدين فقط وبشروط مخصوصة يكتنف في طياته حكماً بليغة حمالة وجهين:

الأول: من جهة الغير، فلا رجوع لمن ليس بوالد أباً أو أمّاً، وفي ذلك إقرار لمبدأ الوفاء بالعقود وتأكيده لمبدأ استقرار المعاملات، فضلاً عن رعاية الحسّ المجتمعي بعدم التلاعب بشعور المعطى، "فمن وهب يهب عن يقين وعن كرم، بلا من ولا أذى ولا ندم. فيتحمّل بالتزامه عن طوعية واختيار، لارجوع ولا تراجع له. وفيه كذلك تنبيه إلى التروّي والحوط والحذر قبل الهبة، إذا ما علمنا أن لا رجوع للواهب بعدها حتى ولو اشترطه، فلا عبرة بهذا الشرط. والقول بغير هذا يدفع بالمرء إلى أن يهب اليوم ليتراجع غداً أو بعد غد أو متى شاء. وهذا عبث يرفضه العقل السليم، ويتعارض مع القيم والمبادئ ومحاسن الأخلاق، تلك المحاسن التي بعث النبي صلى الله عليه وسلم ليمّمها. ولا أدلّ على ذلك من التشبيه البليغ الذي شبه به الرسول صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه¹. ولا على الواهب و لو جحد الموهوب له النعمة أو اعتدى عليه أو حاول قتله، فلا إمعة والاعتداء ومحاولة القتل معاقب عليهما"².

الثاني: من جهة جواز الرجوع للأبوين، فإنّ الحكمة لا غرو ظاهرة بيّنة، ذلك أنّ مكانة الأب والأمّ خاصّة، وطاعتهما فضلاً عن الإحسان إليهما أمر واجب مفروض من لدن الشرع ابتداءً، وكلّ ما يريانه في ولديهما لا يراه غيرهما، إذ عاطفة الأبوة تغلب عليهما. "ألا ترى أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال وهو يحتضن الحسن والحسين، "إنّ الولد مبخله مجبنة"³ يدفع بوالديه إلى البخل لأجله وإلى الجبن أيّ الخوف عليه. من ثمّ، قد يهب الأب تحت تأثير العاطفة الحيّاشة والمحبة المفرطة دون أن يقدر الأمور حقّ قدرها أو يوازن بينها، فيقع مالا تحمد عقباه من تنكّر الولد وعصيانه وعقوقه، نسأل الله الحفظ. أو أن يتوقّف الأب على ما وهب لفقر يصيبه أو دين يحيط به أو مرض يلّم به ...

¹ - أخرجه البخاري في (باب من كره أمثال السوء) باللفظ الآتي "عن ابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَيْسَ لَنَا مِثْلُ السُّوءِ الْعَائِدِ فِي هَبْتِهِ، كَالْكَلْبِ يَرْجِعُ فِي قَيْئِهِ". أنظر: محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ج 1، دار الصديق للنشر والتوزيع، د. ب. ط، ط 4، 1997، ص. 162، حديث رقم: 173.

² - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 320.

³ - رواه أحمد من حديث يعلى - رضي الله عنه - قال: «إنّ حسناً وحسيناً - رضي الله عنهما - استبقا إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فضمّهما إليه، وقال: «إنّ الولد مبخله مجبنة». وفي شرحه يقول صاحب مرقاة المفاتيح "قال: إنّ حسناً وحسيناً استبقا أي: تبادرا وتسابقا (إلى رسول الله - صلى الله عليه وسلم -، فضمّهما إليه، وقال: إنّ الولد مبخله مجبنة) : قال الطيّبي: هما هنا كناية عن المحبة على ما يقتضيه المقام فيكون مدحاً، وإن كان في الحديث السابق كناية عن الذم. وهو غريب. والصواب ما قدّمنا، وإنّما ذكرهما هنا؛ لأنّهما يدلّان على كمال المحبة الطيّبيّة، والمودة العادية المورثة للبخل والجبن لمن لم يكن كاملاً في المرتبة العبودية، وما يقتضيها من تقدّم محبة مرضاة الربّ على ما سواه؛ لأنّه هو المحبوب الحقيقي وما سواه مطلوب إضافي، وقد سبق في صدر الكتاب حديث متفق عليه: "لا يؤمن أحدكم حتى أكون أحبّ إليه من والده وولده والناس أجمعين". (رواه أحمد)، وكذا ابن ماجه. وروى الحاكم عن الأسود بن خلف، والطبراني عن خولة بنت حكيم ولفظهما: "إنّ الولد مبخله مجبنة مجبنة". أنظر: علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدّين الملا الهروي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج 7، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 2002، ص. 2970 - 2971، حديث رقم: 4692.

أو ليس من الحكمة القول برجوعه فيما وهب؟ لكن بالطبع بشروط وبالمحافظة على حقوق الغير التي قد تنشأ بعد الهبة"¹.

فإذا كان هذا هو الحال في الفقه الاسلامي فإنّ الأمر لا يختلف عنه في التشريع الوضعي في حكم وغايات الرجوع عن هبة العقار، كون أنّ هذه الأخيرة مقتبسة في الأصل من أحكام الشريعة الاسلامية على اختلاف مدارس فقهاؤها، ومن ثمّ فإنّ حكمة تشريع حق الرجوع لا تخرج - في عمومها - عن درأ المضرة عن الواهب وتحقيق مصلحة مشروعة له؛ هذا فضلاً عن أنّ ضرورة استقرار المعاملات وقواعد العدالة تقتضي إباحة مثل هذا الحق في الكثير من الحالات على غرار إعماله ضمن عقد الهبة في الأساس.

فإذا كانت قواعد العدالة تقتضي - في الأصل - جواز الرجوع في عقد هبة العقار، فإنّ المشرّع المصري - شأنه شأن المشرّع الفرنسي² - أرسى مبدأ صريحاً بمقتضى المادة 501 من ق. م. م التي أقامت من خلالها أعماراً تجبر القاضي على الحكم للواهب بهذا الحق إذا ما تبين له أنّ العذر مقبول للرجوع في الهبة، ومّا جاء فيها وصفاً للعذر الموجب للرجوع بشكل خاص ما يلي:

- إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقربائه، بحيث يشكّل هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه.
- عجز الواهب التّوفير لنفسه أسباب المعيشة بما يتّفق ومكانته الاجتماعية، هذا فضلاً عن عدم قدرته على الوفاء بما يوجبه القانون عليه من التّفقة على الغير.
- ولادة ولد للواهب يظلّ على قيد الحياة إلى وقت الرجوع، أو ظهور ولد له ظنّ - سلفاً - أنّه ميت فإذا به هو حيّ وقت الهبة.

فالمادّة أعلاه أوردت الأعدار المذكورة على سبيل المثال كأثلة للعذر المقبول للرجوع في عقد هبة العقار، بحيث وضعت لإرشاد المحكمة الفاصلة في نوازل الرجوع دون أن تكون ملزمة لها بالحكم للواهب بالرجوع ما لم تعزّز اقتناع القاضي بالأدلة المطروحة بصدددها في الأخير³.

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 320.

² - راجع المادة 953 من ق. م. ف.

³ - بخصوص المادة 501 من ق. م. م ذهب أكنم الخولي منتقداً توجه المشرّع المصري فيما يتعلّق بالعذر المقبول الذي ورد على الإطلاق غير محصور، إذ أنّه بهذا التوجه حوّل للقاضي سلطة واسعة في تحديد ما يعتبر عذراً مقبولاً من غيره دون أن يقرّر ضابطاً أو معياراً يستهدي به خلافاً للتّقنيات الأجنبية التي اقتبس عنها حالات الرجوع حيث جاءت ضمنها على سبيل الحصر توخيّاً لاستقرار المعاملات وتثبيتاً للحقوق. أنظر: أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 173.

تأسيساً على ما سبق، فإنّ غاية التشريع الوضعي بخصوص حقّ الرجوع في عقد هبة العقار هو ذاته في الفقه الاسلامي مادام أنّ الثاني اقتبس أحكامه على الأوّل، معلّلاً توجهه هذا بكون أنّ هذا الحقّ إنّما شرّع للواهب بدعوى دفع الضرر عنه وجلب المنفعة له ابتداءً، علاوة تحقيق العدالة المبتغاة من التشريع بصفة عامة وتقريراً لروح القانون ضمنها بشكل خاص انتهاءً.

الفرع الثاني: تكيف حقّ الرجوع في عقد هبة العقار

يجدر التنبيه بداءة الإشارة إلى أنّه ثار التساؤل حول رجوع الواهب عن هبة عقاره بين مختلف مدارس الفقه الاسلامي، فهل يعتبر الرجوع فسخ لعقد الهبة أو هي هبة مبتدأة من الموهوب له للواهب؟.

توضيحاً لهذا المفهوم من المفيد في هذا الصدد تسليط الضوء على مضمون حقّ الرجوع في عقد هبة العقار بادئاً (البند الأوّل)، ثمّ بيان حقيقة الرجوع بالتراضي أو بحكم القاضي ضمنها انتهاء (البند الثاني).

البند الأوّل: مضمون حقّ الرجوع في عقد هبة العقار

ذهب جمهور الفقهاء: مالكية، وشافعية، وحنابلة، وحنفية عدا زفر¹ إلى القول بأنّ الرجوع في عقد هبة العقار فسخ للعقد من أصله وإلغاء له، وليس بهبة جديدة من الواهب إلى الموهوب له.

لأجل ذلك فالقبض غير مشروط فيه، لأنّ هذا الأخير إنّما يستمد في انتقال الملك لا في عود الملك القديم كالفسخ كما هو الحال في عقد البيع.

والمقصود بالفسخ من الأصل: ألاّ يترتب على العقد أثر في المستقبل، لا أن يبطل أثر العقد أصلاً، وإلاّ لعادت الزوائد التي تولدت من الموهوب إلى ملك الواهب برجوعه وهو ممتنع².

فإذا كان الأحناف قد اتفقوا على أنّ الرجوع في عقد هبة العقار لا يصحّ إلاّ بالتراضي أو

¹ - أنظر: أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدّين الكاساني، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128؛ محمّد بن أحمد بن محمّد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 205؛ أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف التّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 440؛ محمّد بن مفلح بن محمّد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدّين المقدسي الرّاميني ثمّ الصّالح الحنبلي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدّين علي بن سليمان المرادوي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التّركي، ج 7، مؤسسة الرّسالة، ط1، بيروت، 2003، ص. 411.

² - آمال كامل عبد الرحمن، موانع الرجوع في الهبة دراسة فقهية مقارنة، ج2، مجلّة مصر المعاصرة، ع 486، السّنة السّابعة والتّسعون، أبريل 2007، ص. 76-77.

بالتقاضي¹، فضلاً عن أنّ الرجوع بحكم القاضي يعدّ فسخاً للعقد من أصله، فإنّ الرجوع بالتراضي قد تبيّنت آرائهم بشأنه داخل المدرسة الواحدة كالاتي:

- ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد بمعية الغالبية من فقهاء المدرسة الحنفية إلى أنّ الرجوع في عقد هبة العقار بناء على تراضي طرفيه ليس بهبة مبتدأة بل هو فسخ لها شأنه في ذلك شأن الرجوع بالتقاضي، في حين خالفهم زفر بقوله بأنّ الرجوع في هبة العقار يعتبر هبة مبتدأة وليس فسخاً لها.

وقد احتجّ فقهاء الجمهور - القائلون بكون الرجوع بالتراضي فسخ لهبة العقار - على صحة ما قرّروه، بالدليل الآتي:

- إستيفاء الواهب حق نفسه بالفسخ من الأصل؛ على أنّ استيفاء هذا الحق لا يتوقّف على قضاء القاضي، والدليل على أنّه مستوفى حق نفسه بالفسخ أنّ هبة العقار عقد مشروع يثبت فيه حق الرجوع وموجب لحق الفسخ، فكان بهذا الحق الأخير مستوفياً حقاً مقررّاً له لا يتوقّف فيه على حكم القضاء، على عكس الردّ بالعيب بعد الحوز بغير قضاء حيث يعتدّ كبيع جديد في حقّ ثالث، كون أنّه لا حقّ للمشتري في الفسخ وإن كان له ذلك في صفة السلامة، فإن لم يسلم حينئذٍ فإنّه يكون له الحق في الفسخ ضرورة، فتوقّف - من ثمة - لزوم موجب الفسخ في حقّ الثالث على حكم القضاء².

وينبني على الاعتداد بكون الرجوع في هبة العقار فسخاً لها - بحسب الأحناف - مسائل ثلاث هي كالاتي:

- لا تتوقّف صحة الرجوع على قبض الواهب كون أنّ القبض لا يعتبر في عود الملك القديم، وإنما يعتدّ به في انتقال الملك، وعليه فلو كانت هبة مبتدأة لتوقّف صحته على القبض لأنّه يعتبر في انتقال الملك أصلاً. جاء في بدائع الصنائع تدليلاً على ذلك: "... وكذا لا تقف صحته على القبض ولو كانت هبة مبتدأة

¹ - جاء في الجوهرة النيرة "قوله (ولا يصح الرجوع إلّا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)؛ لأنّه مختلف فيه بين العلماء فلا بدّ من الرضا أو القضاء حتّى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه الموهوب له قبل قبض الرّاجع في الهبة نفذ عتقه، ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء إلّا أنّ يمنعه بعد ما طلبه؛ لأنّه تعدّى وإذا لم يقبض الواهب الهبة بعد الفسخ حتّى هلك في يد الموهوب له هلك أمانه؛ لأنّ القبض للهبة لا يتعلّق به ضمان فإذا انفسخ عقدّها بقي العقد على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان...". أنظر: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج 1، المطبعة الخيرية، د. ب. ط، 1، 1322هـ، ص. 330.

² - قال الكاساني: "(ولنا) أنّ الواهب بالفسخ يستوفي حق نفسه، واستيفاء الحق لا يتوقّف على قضاء القاضي، والدليل على أنّه مستوفى حق نفسه بالفسخ أنّ الهبة عقد جائز موجب حقّ الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً ثابتاً له فلا يقف على القضاء، بخلاف الردّ بالعيب بعد القبض بغير قضاء القاضي أنّه يعتبر بيعاً جديداً في حقّ ثالث؛ لأنّه لا حقّ للمشتري في الفسخ، وإنما حقه في صفة السلامة فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حقّ الفسخ ضرورة فتوقّف لزوم موجب الفسخ في حقّ ثالث على قضاء القاضي...". أنظر: أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134.

لوقف صحته على القبض...¹.

- لاشك أن الرجوع في المشاع المحتمل القسمة صحيح، ومثاله الذي وهب عقاراً ثم رجع في نصفه، فلو كانت هبة مبتدأة لم يصح مع الشيوع، لكن صحته دليل على بقاء العقد في النصف المتبقي، والشيوع الطارئ لا أثر له فيها. قال الكاساني في هذا الصدد: "... قالوا يصح الرجوع في المشاع الذي يحتمل القسمة. ولو كان هبة مبتدأة لم يصح مع الشياع..."².

- إذا وهب لشخص عقاراً، ووهبه الموهوب له لآخر، ثم بادر الثاني بالرجوع في هبته كان للأول أن يرجع، فلو كانت هبة مبتدأة لم يكن للأول حق الرجوع. إلى ذلك أشار الكاساني بقوله: "... كذا لو وهب لإنسان شيئاً ووهبه الموهوب له لآخر، ثم رجع الثاني في هبته كان للأول أن يرجع، ولو كان هبة مبتدأة لم يكن له حق الرجوع..."³.

لاشك أن الأمثلة المذكورة تدل على أن الرجوع بغير التقاضي فسخ، وينبغي على الاعتداد بكون الحق الأخير فسخ للعقد، عودة الموهوب إلى قديم ملكية الواهب، بحيث يتملكه الواهب وإن لم يقبضه، كون أن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في رجوع قديم الملك إلى الواهب كالفسخ في موضوع البيع، ذلك أنه وبحسب الكاساني أن "الموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن؛ لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان، فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به ولكن الموهوب له وهب، والموهوب للواهب وقبله الواهب الأول لا يملكه حتى يقبضه، وإذا قبضه كان بمنزلة الرجوع بالتراضي أو بقضاء القاضي وليس للموهوب له أن يرجع فيه وكذا الصدقة.

(أما) وقوف الملك فيه على القبض؛ فالأن الموجود لفظ الهبة لا لفظ الفسخ، وملك الواهب لا يزول إلا بالقبض بخلاف ما إذا تراضيا على الرجوع أن الواهب يملكه بدون القبض؛ لأن اتفاقهما على الرجوع اتفاق على الفسخ ولا يشترط للفسخ ما يشترط للعقد ثم إذا قبضه الواهب قام ذلك مقام الرجوع؛ لأن

¹ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134.

² - جاء في نفس القول ضمن مجمع الأنهر: "(وصح) أي الرجوع (في المشاع) القابل للقسمة بأن وهب داراً ورجع في نصفها، ولو كان هبة مبتدأة لما صح في المشاع القابل للقسمة". أنظر: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 3، المرجع السابق، ص. 403.

³ - نفس المرجع ونفس الصفحة؛ وأنظر في ذات القول: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، المرجع السابق، ص.

الرَّجُوعُ مُسْتَحَقٌّ فَتَقَعِ الْهَبَةُ عَنِ الرَّجُوعِ الْمُسْتَحَقِّ وَلَا تَقَعِ مَوْقِعَ الْهَبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ فَلَا يَصَحُّ الرَّجُوعُ فِيهَا"¹.

فإذا كان هذا هو الحال لدى أئمة الحنفية الثلاث - ومن نحا منحاهم - كما سبق عرضه، فإن زفر قال بكون الرجوع بالتراضي بمثابة الهبة المبتدأة بعد أن استدلل على صحته بأنه هذا بما يلي:

- إحتج زفر بكون "إن ملك الموهوب عاد إلى الواهب بتراضيهما فأشبهه الرد بالعيب فيعتبر عقداً جديداً في حق ثالث كالرد بالعيب بعد القبض"².

وقد رد أبو حنيفة وصاحبه على هذا القول بكونه قياس مع الفارق، كون أن الرد بالعيب بعد القبض إنما يأخذ حكم البيع الجديد في حق ثالث على اعتبار أن لا حق للمشتري في الفسخ وإنما يقتصر حقه في صفة السلامة، فإذا لم يسلم اختل رضاه فيثبت حق الفسخ بالضرورة، وبالتالي يتوقف لزوم موجب الفسخ في حق ثالث على يد القضاء، بعكس ما هو الشأن في عقد هبة العقار فإنه موجب لحق الفسخ، وتبعاً لذلك يكون الواهب بالفسخ مستوفياً حقاً ثابتاً له فافتقراً³.

- إحتج زفر بما نقله عن محمد (صاحب أبي حنيفة) في كتاب الهبة من أن الموهوب له إذا بادر برد هبة العقار في مرض الموت فإنها تكون في حدود الثلث، وهو في هذه الحالة يأخذ حكم الهبة المبتدأة، إذ لو كان الرجوع بغير التقاضي فسخاً لكانت الهبة من رأس المال⁴.

هذا، ولقد تباينت أقوال أئمة الحنفية في الرد على هذا الاحتجاج؛ ففي حين ذهب البعض منهم إلى

¹ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134.

² - وقال الباقون في نفس المعنى: "وخالفت زفر في الرجوع بالتراضي وجعله بمنزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد إليه بتراضيهما فأشبهه الرد بالعيب، فإنه إذا كان بالقضاء كان فسخاً وإذا كان بالرضا فهو كالبائع المبتدأ". أنظر: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الزومي الباقري، المرجع السابق، ص. 46.

وصورة المسألة كما أوردها صاحب قرة عين الأختار هي كالآتي: "... إشتري شيئاً وباعه، ورد المشتري الثاني بعد قبضه إياه على المشتري الأول بغير قضاء، فليس للمشتري أن يردّه على بائعه، لأن حق المشتري في وصف السلامة، أي يستحق ما اشتراه سالماً من العيوب، فحيث وجد به عيباً رفع الأمر إلى القضاء فيطلب منه إيصاله إلى ما سيستحقه بفسخ القاضي البيع وليس حقه في الفسخ، فإذا تفاسخا بغير قضاء بل بتراضيهما كان إقالة وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث والبائع الأول ثالثهما، ففي حقه يفرض كان المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني، فليس له أن يردّه عليه لأنه مشتري منه والمشتري لا يرد على بائعه بالعيب إذا كان المبيع وصل إلى البائع من جهته، ولا على البائع الأول لأن المشتري من شخص لا يردّه على غيره، وإنما قال في الهبة بعد القبض لأن ردّه قبل القبض فسخ مطلقاً". أنظر: علاء الدين محمد بن محمد أمين (المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسني الدمشقي، قرة عين الأختار لتكملة رد المختار على «الدّر المختار» (مطبوع بآخر رد المختار)، ج2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1387 هـ، ص. 449.

³ - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع نفسه، ص. 134.

⁴ - علاء الدين محمد بن (محمد أمين المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسني الدمشقي، قرة عين الأختار لتكملة رد المختار على «الدّر المختار» شرح تنوير الأبصار، ج2، المرجع نفسه، ص. 448.

الإقرار بهذا الدليل والقول - من ثمة - بأن الرجوع في هبة العَقَّار بالتراضي هبة مبتدأة، بحيث أن ما ذكر من مسائل يدل على أنها فسخ فكان في المسألة روايتان؛ ذهب آخرون إلى التنويه بأن ما ساقه زفر لا يدل على اختلاف الروايتين، لأنه إنما اعتد بالرد من الثلث لكون المريض متهماً في الرد في حق الورثة، فكان فسخاً فيما بين الواهب والموهوب له، وهبة مبتدأة في حق الورثة¹ وهذا ليس بممتنع أن يكون للعقد الواحد حكمان مختلفان كالإقالة فإنها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما وإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الموهوب إلى قسم ملك الواهب².

على أنه يظهر من خلال تحليل أقوال فقهاء المدرسة الحنفية، أن ما ذهب إليه أبو حنيفة - ومن اقتفى أثره - هو الأولى بالترجيح لقوة الأدلة الواردة فيه؛ ما يعني تبعاً لذلك أن الرجوع في هبة العَقَّار سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي هو فسخ لنفس العقد لا هبة مبتدأة كما قرره الإمام زفر في الأخير.

البند الثاني: حقيقة الرجوع في عقد هبة العَقَّار

لبيان حقيقة الرجوع في عقد هبة العَقَّار سواء تم ذلك رضائياً أو قضائياً، يستلزم المقام إبرازها ضمن الفقه الاسلامي (أولاً)، ثم بيانها في القانون الوضعي انتهاء (ثانياً).

أولاً: حقيقة الرجوع في عقد هبة العَقَّار ضمن الفقه الاسلامي

لا خلاف بين الفقهاء في أن الرجوع في عقد هبة العَقَّار إما أن يكون قبل القبض أو بعده، فإذا كان الرجوع قبل القبض، أمكن الواهب أن يرجع في هبته بدون رضا الموهوب له على اعتبار أن الملك - عندئذ - غير تام.

أما إذا كان بعد قبض العَقَّار وحوزه فقد تباينت أقوال الفقهاء بخصوص شرط الرضا أو القضاء في حق الرجوع على قولين:

الأول: قال به الأحناف، ومؤداه: لا يصح للواهب بعد قبض هبة العَقَّار الرجوع فيها إلا عن رضئ من الواهب أو بالتجائه إلى القضاء حيث يظل العَقَّار الموهوب ملكاً للموهوب له حتى يقضى بذلك ما لم يكن هنالك مانع من موانع الرجوع يحول دون ذلك³.

¹ - محمد محمد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 231.

² - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 134.

³ - أنظر: محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، المرجع السابق، ص. 166؛ زين الدين بن إبراهيم

بمعنى أنّ الرجوع يتوقف على التراضي مع الموهوب له، فإذا لم يتم على هذا النحو، توقف على التقاضي بعدئذ.

وقد كان احتجاج أصحاب هذا القول بكون أنّ الرجوع في هبة العقار يلزمه رضا طرفيه أو حكم يقضي بذلك ما يأتي:

- قياس الرجوع في عقد هبة العقار على استعمال حقّ الشفعة والأخذ به، كون أنّه وبحسب السرخسي "أنّ الرّاجع يُعيدُ إلى نفسه ملكاً هو لغيره، فلا ينفردُ به من غير قضاءٍ، ولا رضاٍ؛ لأنّه إن كان هو يطلبُ لحقه فالموهوب له يمنعُ تملكه فكان الفصلُ بينهما إلى القاضي كما في الأخذ بالشفعة والفرقة بين العنين وامراته"¹.

- قياس الرجوع في هبة العقار بعد القبض على مثيله الردّ بالعيب بعد القبض في عقد البيع، بجامع ثبوت حقّ الرجوع في كليهما، فإذا كان الفسخ بسبب العيب لا يصحّ إلاّ بطريق التراضي أو بحكم القاضي فكذلك الرجوع في الهبة لعدم وجود فارق بينهما. قال الكاساني في هذا الشأن: "وأما شرائط الرجوع بعد ثبوت الحقّ حتّى لا يصحّ بدون القضاء والرضا، لأنّ الرجوع فسخ العقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصحّ بدون القضاء والرضا كالردّ بالعيب في البيع بعد القبض"².

- إحتج أصحاب هذا القول بدعوى أنّ جواز الرجوع أمرٌ مختلف فيه بين الفقهاء، ويتخلل أصله ضعف، على اعتبار أنّه ثبت على خلاف مقتضى القياس لكونه تصرف في ملك الغير حيث دخل الموهوب في ملكية الموهوب له، وتبعاً لذلك تباينت آراء العلماء بين مجيز ومانع، لأجل ذلك توقف الرجوع على أحد الطريقتين: رضا العاقدین أو حكم القاضي انتهاء³.

الثاني: قال به الجمهور: مالكية، وشافعية، وحنابلة، وظاهرية، ونحاً منحاهم الإباضية، والزيدية والامامية⁴، وبموجبه لا يحتاج الرجوع في عقد هبة العقار إلى حكم يقضي بذلك، فضلاً عن رضی من

بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 7، المرجع السابق، ص. 294.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 57.

² - أبو بكر بن مسعود أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128.

³ - أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، المرجع السابق، ص. 330.

⁴ - محمد بن عبد الله الخرشني، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114؛ أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السبكي والمطيعي)، ج 15، المرجع السابق، ص. 316؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 508؛ أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي ابن حزم الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 129؛ محمد بن يوسف أطفيش، كتاب النبل وشفاء العليل، ج 12، المرجع

الموهوب له حتى يتم تقريره.

بمعنى أنه إذا تمّ ثبوت حق الرجوع في نفس العقد فإنه يكون بإرادة الواهب وحده غير متوقّف على رضی الموهوب له أو حكم القضاء.

ولقد كان احتجاج أصحاب هذا القول بكون الرجوع في هبة العقار لا يلزمه رضا طرفيه فضلاً عن حكم يقضي بذلك ما يأتي:

- حديث عمرو بن شعيب عن طاووس، عن ابن عمر، وابن عباس، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا، كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ فَأَعَادَ فِي فَيْئِهِ»¹.

وجه الاستدلال بالحديث المذكور يدلّ على مشروعية وجواز رجوع الوالد فيما يهب لولده، وما ثبت بالنصّ فهو غير محتاج لقضاء ولا حكم.

- قياس أصحاب هذا القول الرجوع في الهبة بوصفه فسخاً على الفسخ بخيار الشرط والرؤية، والفسخ بهذا الطريق لا يتوقّف على تراضي طرفي العقد أو تقاضيهما فكذلك هو الأمر في الرجوع في الهبة.

تأسيساً على ما سبق، فإنّ استدلال الأحناف بالقياس في هذه المسألة ضعيفٌ في مواجهة النصوص المستدلّ بها من لدن الجمهور حيث لا قياس مع وجود النص، لذلك يكون الرّاجح ما ذهب إليه الجمهور من كون الرجوع في هبة العقار لا يحتاج إلى رضا أو قضاء².

وقد ذهب جمهور الفقهاء - تبعاً لذلك - إلى أنّ الموهوب قبل فسخ الهبة هو ملك ثابت في يد الموهوب له يحقّ له التصرف فيه بكلّ حرية؛ أمّا بعد الرجوع في الهبة أي بفسخها - كما سبق تكييفه من لدنهم - فإنه يعتبر أمانة في يده يضمنه بما تضمن به الأمانات، بعكس المبيع في يد المشتري بعد الفسخ حيث يكون مضموناً عليه كون أنّه أخذه بحكم الضمان خلافاً للموهوب الذي ناله الموهوب له بحكم

السابق، ص. 14؛ أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 140.

¹ - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحشروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، ج 9، المرجع السابق، ص. 66، حديث رقم: 12373. قال الترمذي: "حديث حسن صحيح، وزوّاه ابن جبان في صحيحه في النوع السابع والثمانين، من القسم الثاني، والحاكم في المستدرک في کتاب البیوع، وقال: حديث صحيح الإسناد، ولا أعلم خلافاً في عدالة عمرو بن شعيب، إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده، انتهى. وزوّاه أحمد بن مستنيد، والطبراني في معجمه، والدارقطني في سننه، وزوّاه عبد الرزاق في مصنفه، أخبرنا ابن جرير عن الحسن بن مسلم عن طاووس عن النبي صلى الله عليه وسلم مُرسلاً". أنظر: عبد الله بن يوسف جمال الدين أبو محمد الزليعي، المرجع السابق، ص. 124.

² - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، الآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2010، ص. 96.

التبرع.

إنّساقاً مع هذا المبدأ، فإنّ هبة العقار قبل الفسخ بقول الواهب رجعت توجب ملكاً ثابتاً للموهوب له، أما بعد الفسخ فإنّه تلزم إعادة قدّم الملك إلى الواهب من غير حاجة إلى القبض¹.

وتبعاً لذلك يضمن الموهوب له قيمتها إذا امتنع عن ردّها إلى معطيها ولو كان ذلك قبل صدور حكم القضاء، على اعتبار عدم أحقيته في هذا الامتناع، فإذا أخذها الواهب بغير طريق التراضي أو التقاضي فلا يضمنها كونه آخذاً لملكه في الأصل.

هذا على غرار ما تقصّده الأحناف من أنّ ملك الموهوب له في الموهوب ثابت قبل الفسخ لا يخرج عنه إلاّ بالتراضي أو بالقضاء؛ أمّا بعد فسخ الهبة فإنّ ملك الموهوب يرجع إلى الواهب من غير حاجة إلى القبض، كون أنّ هذا الأخير معتبر في انتقال الملك لا في إعادته إلى ملكية الواهب.

ترتيباً على هذا المبدأ، فإنّ هناك آثار تنشأ بحكم هبة العقار قبل الفسخ وبعده. ففيما يتعلّق بحكم هبة العقار قبل فسخها تنشأ آثار بالنسبة للموهوب له هي كالآتي:

- بخصوص تصرّفات الموهوب له: نفاذ تصرّفات الموهوب له في مواجهة الواهب حيث لا يسوغ لهذا الأخير نقضها ولو بعد الرجوع ما لم يحكم به القضاء على اعتبار أنّ ملكه في العقار الموهوب قائم.

- بخصوص امتناع الموهوب له عن ردّ الموهوب: إذا طلب الواهب استرجاع هبته من الموهوب له فرفض تسليمه إيّاها فهلك فلا ضمان عليه على اعتبار أنّ المنع بسبب ملكه القائم لا يكون موجباً للضمان عليه، حيث أنّ حق الرجوع لا يكون إلاّ بتراضٍ أو تقاضٍ ولم يوجد شيء من ذلك.

أما بخصوص الآثار المترتبة على حكم الهبة قبل الفسخ بالنسبة للواهب؛ فإنّ هذا الأخير لو أنّه تعدّى على الموهوب بهلاك ضمن قيمته، وهو في حكم الغاصب الضامن لو أخذ العقار الموهوب من غير حقّ كان غاصباً له يضمنه كضمان الغاصب، ذلك لأنّ الرجوع لا يصحّ إلاّ بتراضي العاقدان أو بحكم صادر فيه ولم يوجد واحد منهما².

وبخصوص حكم هبة العقار بعد فسخها بالنسبة للواهب، فإنّ الآثار المترتبة على ذلك لا تخرج عن:

¹ - زكريّا بن محمّد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السّنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، المرجع السابق، ص. 485.

² - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 82؛ علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134.

- أمانة العين الموهوبة: لا يعدو أن يكون الموهوب بعد الفسخ وقبل حوز الواهب له أمانة في يد الموهوب له على اعتبار أن الموهوب رجع إلى ملكية الواهب بحكم القاضي من غير حاجة إلى قبضه؛ وتصرف ذي اليد في ملك غيره لا يكون نافذاً إلا إذا أجازته مالكة، لكن لما كان الحوز في هبة العقار غير مضمون ظل على ما كان عليه بعد الفسخ فلا يكون الموهوب مضموناً حال هلاكه.

- هلاك العقار الموهوب بعد صدور حكم القضاء: إذا طلب الواهب العقار الموهوب بعد صدور حكم بذلك فلم يمنعه الموهوب له حتى هلك في يده لم يضمنه للواهب، والعلة في ذلك أن أول القبض لم يضمن فكذا الحال في نهايته.

أما لو طلب الواهب الهبة بعد صدور حكم القضاء بالرد فتمنع الموهوب له حتى هلك العقار الموهوب في يده كان ضامناً له، لأن الموهوب وإن كان أمانة في يده إلا أنه بامتناعه أضحى في حكم المتعدي، والأمانات - كما هو معلوم - تضمن بالتعدي.

هذا بالإشارة إلى أنه إذا هلك العقار الموهوب في يد المتصرف إليه (الموهوب له) فاستحقها مستحق فضمن المستحق الموهوب له، لم يسغ لهذا الأخير الرجوع على الواهب سواء تم ذلك قبل صدور حكم القضاء أم بعده. فإذا كان الأمر بين قبل صدور حكم القضاء على اعتبار أن الاستحقاق وقع والموهوب على ملك الموهوب له، فإنه بعد القضاء يرجع لكون الواهب لم يوجب للموهوب له بعقد الهبة سلامة العقار الموهوب لأن الهبة في أصلها عقد تبرعي¹.

¹ - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 98-99. وجاء في الجوهرة النيرة بخصوص هذا الحكم قوله " (ولا يصح الرجوع إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم)؛ لأنه مختلف فيه بين العلماء فلا بد من الرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فأعتقه الموهوب له قبل قبض الرجاع في الهبة نفذ عتقه، ولو منع فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه، وكذا إذا هلك في يده بعد القضاء إلا أن يمنعه بعد ما طلبه؛ لأنه تعدى وإذا لم يقبض الواهب الهبة بعد الفسخ حتى هلك في يد الموهوب له هلكت أمانته؛ لأن القبض للهبة لا يتعلق به ضمان فإذا انفسخ عتدها بقي العقد على ما اقتضاه العقد غير موجب للضمان ولا تضمن إلا بما تضمن به الأمانات من التعدي، ولو أن العبد الموهوب نقص أو جني عليه فيما دون النفس فأخذ الموهوب له أرضه فليس للواهب أن يرجع عليه بالأرض ولا أن يضمنه شيئاً من الثمن، وإنما له أن يرجع في العبد خاصة ناقصاً؛ لأن الأرض زيادة لم يقع عليها العقد فلا يجوز أن يفعلها الفسخ وقوله إلا بتراضيهما حتى لو وهب له ثوباً فقبضه الموهوب له ثم اختلسه منه الواهب واستهلكه ضمن قيمته للموهوب له؛ لأن الرجوع لا يصح إلا بتراضيهما أو بحكم الحاكم ولم يوجد واحد منهما كذا في التنايع (يقصد بها العقارات) ... قوله (وإذا تلفت العين الموهوبة أو استحققت فضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء)؛ لأن الواهب لم يوجب للموهوب له سلامة العين الموهوبة ولأنه حصل له ملكها بغير عوض فإذا استحققت لم يرجع على من ملكه كما لو ورثها فاستحققت لم يرجع في مال الوارث بقيمتها كذا هذا، وكذا المستعير لا يرجع على المعتبر بشيء؛ لأنه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة". أنظر: أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، المرجع السابق، ص. 330 - 331.

ثانياً: حقيقة الرجوع في عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي

لا مرأى من أنّ الرجوع في عقد هبة العقار حقّ شخصي للواهب¹ ينفرد بممارسته في أحوال معيّنة، ونظراً لما يكتنف هذا الحقّ من إشكالات قانونية، ثار التساؤل عن طرق ممارسته من لدن الواهب بالرغم من اتفاق غالبية التشريعات المدنية من أنّه يتمّ بإحدى كيفيتين:

- بطريق التراضي بحيث يتفق الواهب والموهوب له على إنهاء عقد هبة العقار بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد.

- أو بالتقاضي عن طريق استصدار حكم قضائيّ يقضي بذلك حال عدم إعمال الأول.

فالبنسبة للرجوع في عقد هبة العقار بتراضٍ بين طرفيه، فمما لا شكّ فيه أنّ هبة العقار عقدٌ كبقية العقود يجوز لعاقديه الاتفاق على الرجوع فيه وإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

فإذا اتفق الواهب والموهوب له وتراضيا على الرجوع، فإنّ محض هذا الاتفاق يعتبر جائزاً طالما لم يخالف النظام العام أو الآداب العامة.

لكن إذا كان هذا الاتفاق جائزاً قانوناً ففيما تكمن طبيعته؟.

ذهب البعض إلى اعتبار الاتفاق القاضي بالرجوع في هبة العقار إقالة² تمت بإيجاب وقبول جديدين شأنها شأن الإقالة في سائر العقود.

ويشترط لصحة الرجوع فيها - تبعاً لذلك - أن تتمّ بإيجاب وقبول مقترنين صادقين عن عاقلين

¹ - ففي الفقه الاسلامي يكون بالقول كما يمكن أن يتمّ بالفعل، فالرجوع في هبة العقار يتمّ بكلّ لفظ يدلّ على استرجاع الموهوب من يد الموهوب له، إلا أنّ لفظ الرجوع قد يأتي صراحة أو كناية؛ أمّا الصريح: فهو نصّ في الرجوع لأنّه لا يحتمل غيره كقوله: رجعت في هبتي أو اعتصرتها أو رددتها إلى ملكي، أو أبطلتها، أو نقضتها.

أمّا الكناية: فهو غير منتج لأثره في الرجوع إلا بالنية كقوله قبضت هبتي أو أخذتها، حيث يحتمل الرجوع وغيره، وهذا ما ذهب إليه الجمهور. على أنّ المالكية تباينت مدارسها بخصوص لفظ الرجوع في حالة رجوع الوالد في هبته عن ولده على قولين:

- الأول: يستلزم لفظ الاعتصار إذا رجع الوالد في هبته عن ولده.

- الثاني: القول بكون الرجوع يكون بكلّ لفظ يدلّ على استرجاع الهبة من الولد جبراً عنه بدون عوض مطلقاً، سواء تمّ بلفظ الاعتصار أم بغيره ومهما اختلف جنس الولد وسنّه وملأته وأهليته وحوزه للهبة من عدم حوزة لها. لأكثر تفصيل في هذه المسألة، راجع: علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 85 وما يليها.

² - ويُراد بها "اتفاق المتعاقدين على وضع حدّ للعقد أو إلغائه"، ويشار إلى أنّ الإقالة لا تردّ إلا على عقد صحيح نافذ، والأصل أن تقع بغير أثر رجعيّ ما لم يتفق الطرفان على ذلك دون أن يؤثّر في حقّ من اكتسب على العين محلّ الالتزام حقّاً. أنظر: حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، د. د. ط، د. ب. ط، 1949، ص. 355 وما يليها.

يتمتعان بأهلية التصرف، بحيث تأتي إرادتهما سليمة خالية من أي عيب من عيوب الرضاء طبقاً للقواعد العامة، ويمكن أن تتم الإقالة بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين إذا كان هناك اتفاق مسبق بينهما على ذلك.

على أنه ينبغي التنبيه إلى أن الإشكالية المثارة في هذا الشأن انبرت حول ضرورة اشتراط مقتضيات الشكلية في الرجوع عن الهبة - عموماً - بالراضي كما يجب أن تشتط في عقد الهبة نفسه؟. وبصدد الجواب على هذا الاستشكال إنشطر الفقه إلى رأيين:

الأول: تبني في رأيه عدم اشتراط الرسمية في الرجوع عن الهبة كونه عقد رضائياً في الأصل.

الثاني: ذهب إلى القول بأن الرجوع في الهبة الواقع عن تراض بين طرفيه ينبغي أن يتم بنفس الشكل والأوضاع المقررة قانوناً المنعقد بها عقد الهبة ابتداء¹.

بيد أنه وبالملاحظة الأولى يتبين أن ما تبناه أنصار القول الثاني هو الأولى بالصحة والاتباع؛ فبالاستناد إلى نصوص القانون وما استقر عليه الاجتهاد القضائي يظهر أن الرجوع في عقد هبة العقار ينبغي أن يفرغ في الشكل الرسمي وجوباً تحت طائلة بطلانه انتهاء²، ذلك أن اشتراط الشكلية - وكما سبق تبيانه - بما

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الاسلامي وبعض التشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000 - 2001، ص. 24 - 25.

² - ذهب حمدي باشا عمر - بالرغم من مجانبته للصواب كما سيرد التعليق على قوله أدناه - إلى القول بأنه: "وتعتبر هذه الحالة الوحيدة (التقاييل) التي يسوغ فيها للموئق تحرير عقد الرجوع في الهبة بالراضي بين الطرفين. أما ما ذهبت إليه المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 1994/2/14 تحت رقم 626 التي اعتبرت أن الرجوع في الهبة هو حق مقتر على وجه الاستثناء للوالدين فقط في الهبة التي يربونها لأولادهم مهما كان سنهم بالشروط المقررة في المادة 211 من قانون الأسرة، وهذا دون الرجوع إلى القضاء، إذ يكفي التصريح بالرجوع في الهبة أمام الموئق بإرادة منفردة إذا التمس منه أحد الوالدين ذلك، حيث يتم إلغاء الحق بنفس الشكل الذي نشأ به. فإننا نرى بأن هذه المذكرة قد جانبت الصواب فيما ذهبت إليه، ودليلنا على ذلك:

أ- إن تأسيس المذكرة حق الرجوع في الهبة للوالدين بإرادة منفردة بحجة أن استرجاع الواهب لأمواله يتم بنفس الإجراءات الشكلية التي تم بها التصرف، يعد غير سديد. لأن الهبة لا تنعقد بإرادة منفردة حتى يتم الرجوع فيها بذات الكيفية التي نشأت بها بل هي كما سبق وأن وضحنا تنعقد بإيجاب وقبول متطابقين صادرين من الواهب والموهوب له، ومن ثم فلا يجوز الرجوع فيها إلا بإيجاب وقبول جديدين (التقاييل) حتى يمكن للموئق تحرير عقد الرجوع في الهبة.

ب- أن ما ذهبت إليه المذكرة رقم 626 ينطبق على الرجوع في الوصية، التي تعتبر تصرف قانوني صادر من جانب واحد في التركة يضاف إلى ما بعد الموت. لأن الركن الوحيد للوصية هو الإيجاب الذي بصوره تبرم الوصية. وبالتالي يمكن اللجوء إلى الموئق لتحرير تصريح بالرجوع في الوصية من دون حاجة إلى موافقة الموصي له ودون الرجوع إلى القضاء وهذا ما يستشف من نص المادة 192 من قانون الأسرة التي أجازت الرجوع في الوصية بنفس وسائل إثباتها، وحيث أن المادة 1/191 من نفس القانون نصت على أن الوصية تثبت بتصريح الموصي أمام الموئق وتحرير عقد بذلك.

ج- أن حق الرجوع في الهبة بالشروط والقيود الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة هو حالة إستثنائية. وأن المنطق القانوني يقتضي - خاصة في الحالات الإستثنائية - أن يلتجأ الواهب إلى القضاء للمطالبة باسترداد العين الموهوبة، لأن مراقبة مدى توافر شروط المادة 211 من قانون الأسرة والقيود الواردة بها، يجب التأكد منها من قبل هيئة قضائية تقوم ببسط رقابتها على ملف الدعوى قبل التصريح بأحقية الواهب بالرجوع في الهبة، وهذا يعد من صميم أعمال القضاء، إن لم نقل أنه يخضع للإختصاص المانع والأصيل للقضاة دون سواهم".

تتضمنه من إجراءات وما تستتبعه من علانية وما تستلزمه من وقت وبذل جهد، نافعة كل النفع لحماية الواهب وأسرته، بل ولحماية الموهوب له نفسه¹، فبفضل اشتراط أعمال الرسمية في الرجوع عن عقد هبة العقار يمكن لعائلة الواهب وكذا الموهوب له والغير من العلم بهذا الرجوع والاطمئنان على أنّ العقار الموهوب عاد إلى ملكية الواهب مرة أخرى.

فإذا كان العقار الموهوب منزلاً - مثلاً - تعيّن على الواهب والموهوب له إثبات الاتفاق على الرجوع في هبة هذا المنزل عن تراضٍ منهما التوجه إلى أيّ مكتب عمومي للتوثيق بغرض إفراغ رغبتهما في إعادة الحال إلى ماكان عليه قبل التعاقد في عقد رسمي مع مراعاة تتمّة باقي الإجراءات الشكلية من تسجيل وشهر حتى تنتقل ملكية العقار من جديد إلى الواهب طبقاً للقانون.

وترتيباً على ذلك، فإنّه إذا اكتفى الواهب والموهوب له بالرجوع بينهما مشافهة أو عن طريق ورقة عرفية دون إفراغ هذا الاتفاق في شكل رسمي مثبت له، فإنّ الرجوع في هذه الحالة لا ينتج أيّ أثر قانوني، ونتيجة لذلك يظلّ الموهوب له مالكاً للعقار محلّ الهبة قانوناً.

وتبعاً لذلك يحقّ لدائني الموهوب له - متى ظهوروا - توقيع الحجز عليه حال امتناعه أو تماطله عن الوفاء بالديون التي هي في ذمته، فيكون العقار محلّ الهبة ضماناً لاستيفاء حقوقهم، هذا فضلاً عن أنّه يبقى عنصراً من عناصر تركته ينتقل إلى ورثته عند وفاته.

يجدر التنبيه إلى أنّ الرجوع في هبة العقار عن طريق التراضي بين الواهب والموهوب له يتمّ في شتى الأحوال سواء أكان للواهب عذرٌ يبيح الرجوع أو لم يكن وسواء وجد مانع من الرجوع أيضاً أو لم يوجد.

فإذا كان المشرّع الجزائري لم يبادر إلى التنصيص على حالة الرجوع في هبة العقار برضى الطرفين المتعاقدين، فإنّ عدم التنصيص على ذلك لا يمنع من أعمال القواعد العامة المحيطة لأطراف العقد نقض أو إنهاء العقد بالاتفاق المسبق بينهما طبقاً لمقتضيات المادة 106 من ق. م. ج² القاضية بأنّه "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون".

يُردّ على هذا التحليل بالقول بأنّه بجانب للصواب للدواعي الآتية:

- بالرغم من أنّ مدّكرة الأملاك الوطنية رقم 626 الصادرة من المديرية العامة للأملاك الوطنية لا ترقى درجة لنصوص القانون، فضلاً عن أنّه لا يمكن الإستناد إليها بصدد تفسير توجه المشرّع بصدد تقنينه للمادة 211 من ق. أ. ج، فإنّ ما ذهب إليه - ارتباطاً - هو الأولى بالاتباع، وهذا هو ما تأكّد لاحقاً من قرار المحكمة العليا بغرفة الجمعية الصّادر بتاريخ: 2009/2/23 تحت رقم 444499 انتهاء. أنظر: في عرض الرأي المحلّل أعلاه: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 37 وما يليها.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 46.

² - المطابقة حرفياً لنصّ المادة 1/147 من ق. م. ج.

وتبعاً لذلك يتعين على الموهوب له القابل إرجاع ملكية العقار الموهوب إلى الواهب إعادة هذا الأخير إلى حيّزته وذلك بمباشرة إجراءات تسليمه له فضلاً عن إفراغ الرجوع في عقد رسمي مع ضرورة إتمام إجراءات تسجيله وشهره طبقاً للقانون¹ كما أسلف القول إليه.

فإذا لم يبادر بمباشرة تلك الإجراءات الشكلية، ظلّ الموهوب له متمتعاً بمركزه القانوني كموهوب له حيث يبقى مالكا لنفس العقار، ومن ثمّ يجوز له التصرف فيه بكلّ حرية بكافة أوجه التصرف المقررة قانوناً، ذلك أنّ الرجوع في عقد هبة العقار بالتراضي لا يكفي لنشوء مجرد الادّعاء الشفهي بوجوده أو بمجرد تحرير ورقة عرفية² تقضي بذلك؛ غاية الأمر ومآله، ضرورة إفراغ إرادة كلّ من الواهب والموهوب له في الشكل الرسمي مع تتمّة إجراءاته الشكلية في الأساس، حتّى إذا أمكن فعل ذلك، عادت الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد طبقاً للقواعد العامة، وتبعاً لذلك تعود ملكية العقار الموهوب إلى الواهب انتهاءً³.

ويترتّب على اعتبار التّقاليل من عقد هبة العقار له أثر رجعي وفقاً لأحكام المادة 503 من ق. م. م، ما يعني أنّ الهبة تعتبر كأن لم تكن، وهذا ما استقرّ عليه التّقنين المدني الفرنسي من كون لزوم هذا العقد الذي لا يجوز لأحد عاقيه الاستقلال بنقض حكمه أو تعديل آثاره دون موافقة الطرف الآخر تبعاً لما يفهم

¹ - أنظر: قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 473702 الصادر بتاريخ: 2008/10/15، بحلّة المحكمة العليا، عدد خاص، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ج3، 2010، ص. 227 وما يليها القاضي بأنّه "تستلزم العقود الناقلة للملكية العقارية أو لأيّ حقّ عيني عقاري، بالإضافة إلى الشكل الرسمي الشّهر العقاري"، وأنظر في نفس السّياق:

- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 549408، الصادر بتاريخ: 2009/10/12، نفس المجلّة والعدد، ص. 231 وما يليها.

- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 491615، الصادر بتاريخ: 2009/11/12، نفس المجلّة والعدد، ص. 240 وما يليها.

² - أجلّ قضاة المحكمة العليا وخصوصاً قضاة الغرفة المدنية طوال 10 سنين تطبيق مقتضيات نصّ المادة 12 من الأمر رقم 76 - 91 المؤرخ في 1970/12/25 المتضمّن مهنة التوثيق ابتداءً من 1971/01/01، في حين كانوا ملزمين بتطبيق القانون وليس البحث عن تكييفه مع السّياق الاجتماعي أو الاقتصادي ونحو ذلك، فإذا كانت هذه المادة تخضع كلّ العقود المتضمّنة نقل ملكية أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي تحت طائلة بطلانها، فإنّه عند تاريخ صدور هذا النصّ كان الموثّق المكلف بإبرام هذه العقود مجرد موظف، وكان عدد المنتسبين للتوثيق ضئيلاً مقارنة بحجم الشّكّان فلم يتمكّن من مواجهة حجم المعاملات العقارية، هذا فضلاً عن أنّ اللّجوء إلى الموثّق غرّة الاستقلال كان أمراً استثنائياً، إذ المواطنون كان يفضلون التعامل عن طريق العقود العرفية نظراً لسهولة وسرعتها مقارنة بإجراءات التوثيق المعقّدة آنذاك.

ومن جهة أخرى كانت الدّعاوى الرّامية إلى إثبات صحّة العقود العرفية كثيرة جداً تحدث ضجّة في أوساط المتقاضين كلّما عمّد القضاة إلى التّطبيق الصّارم لمقتضيات هذا النصّ، خصوصاً وأنّ هذه الدّعاوى كثيراً ما كانت تباشر أمام القضاء المختصّ - في أغلب الأحيان - بعد مرور 10 سنوات على إبرام المعاملة وعادة ما كان ذلك بغرض المضاربة.

ومنذ صدور قرار المحكمة العليا بغرفها المجمع بتاريخ: 1997/02/27 وُضِعَ حدّاً نهائياً لكلّ تردّد صادر عن القضاء بخصوص تسوية العقد العربي المنصّب على العقار خلافاً للقانون، ولم يعد مسموحاً للمحكمة العليا الكامن دورها - أساساً - في السّهر على تطبيق القانون إثبات صحّة عقد عربي منصب على مال عقاري تبعاً لذلك. لأكثر تفصيل راجع:

BELARBIA Fatima Zohra, Le transfert de propriété, Commentaire des arrêts n° 491615 et 549408, Revue de la cour suprême, Numéro spécial, Jurisprudence de la chambre foncier, T. 3, 2010, p. 256 et s.

³ - نسيمه شيخ، المرجع السّابق، ص. 76.

من نصّ المادة 894 منه. وينبغي على اعتبار كون الإقالة من الهبة لها أثر رجعي، أنّ كلّ ما يترتب به الموهوب له من حقوق عينية على العقار الموهوب - عدا الزمن - يكون معلقاً إلى حدّ كبير على إرادة طرفي عقد الهبة، إن أرادوا أزالاه بالرجوع وضاع حقّ الغير - من ثمة - وإن كان في ذلك من الخطر الجسيم على استقرار المعاملات في هذا الصدد.

يلاحظ - انتهاءً - بأنّ المشرّع المصري لم يتنبّه إلى هذه النتيجة المنطقية وإلاّ لكان قد تجنّبها بمنع الرجوع في عقد هبة العقار بالتراضي من أن يستند أثره إلى وقت الهبة دونما إغفال للحماية المقررة للغير حسن النية وهو من كسب حقاً عينياً من الموهوب له على العقار الموهوب قبل الإقالة¹.

على أنّه إذا لم يرضَ الموهوب له بالرجوع في عقد هبة العقار فلا مناص للواهب من اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالرجوع فيها - وفق شروط معيّنة - واستصدار حكم قضائيّ يخوّله استرداد العقار الموهوب من الموهوب له متى امتنع هذا الأخير ورفض الرجوع عن رضاه منه، وهذا ما تبناه معظم الفقه وغالبية التشريعات المدنية العربية في هذا الشأن².

ويخلص من نصوص التشريعات المدنية المذكورة والمقررة بإمكانية الرجوع قضائياً من لدن الواهب حين تعدّر الرجوع الاتفاقي الرضائي أنّ رجوع الواهب في هبة العقار ليس بالأمر التحكّمي³ الذي يجري على حسب إرادة الواهب المطلقة، فهو إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع وأراد أن يرجع بإرادته وحده، ألزم بالتقيّد بثلاثة قيود هي كالآتي:

¹ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 237 - 238.

² - أنظر في ذلك على سبيل المثال:

- نصّ المادة 500 من ق. م. م - المطابقة لنصّ المادة 468 من التقنين المدني السوري والمادة 489 من التقنين المدني الليبي - القاضية بأنّه:

"1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.

2- فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع".

- نصّ المادة 1/527 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي نصّت بأنّه "تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يقم الموهوب له أو إذا كفّ عن القيام بأحد الشروط أو التكاليف المفروضة عليه".

- نصّ المادة 620 مدني عراقي، الناصة على أنّه "لواهب أن يرجع في الهبة برضا الموهوب له.

فإن لم يرضَ كان للواهب حقّ الرجوع عند تحقّق سبب مقبول، ما لم يوجد مانع من الرجوع". أنظر في عرض فحوى المواد المحلّة أعلاه، نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 812 وما يليها.

³ - جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري إجماعاً لهذا الحكم بالقول: "ويتبيّن من ذلك أنّ الرجوع في الهبة ليس تحكّميّاً من جهة الواهب، بل هو لا يستطيع الرجوع إلّا إذا تراضى في ذلك مع الموهوب له ... ويعتبر هذا التراضي إقالة من الهبة. فإذا لم يكن هناك تراض، فلا يجوز للواهب الرجوع إلّا لعذر يقبله القاضي، ويمتنع الرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول. فالهبة لا تزال محتفظة بصفاتها الملزمة إلى حدّ كبير". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 290-291.

- لا يسوغ للواهب أن يرجع في هبة عقاره بغير طريق التراضي مع الموهوب له إذا كانت الهبة لازمة¹، وهي تلك الهبات التي يقترن بها مانع من الموانع، وسوف يأتي التطرق لها في حينه.

- لا يجوز للواهب الرجوع في هبة عقاره بإرادته الوحيدة وبغير طريق التراضي مع الموهوب له ما لم يكن هنالك عذر مقبول يبيح له الرجوع قانوناً حتى وإن كانت هبة العقار المزمع الرجوع فيها غير لازمة² وليس يقوم ضمنها أي مانع من موانع الرجوع، وقد ساق المشرع المصري - ومن اقتفى أثره - أمثلة عن الأعدار المقبولة، سيأتي توضيحها في حينه.

- يخضع تقدير العذر المقبول إلى رقابة قاضي الموضوع - لا لتقدير الواهب وحده - الذي إن رأى بأن العذر المقدم من لدن الواهب للرجوع في هبته عذر مقبول، أجابه إلى طلبه وقضى بفسخ الهبة من ثمة وإلا امتنع عن إجابة طلبه وأبقى الهبة قائمة.

وعليه فإن الرجوع في هبة العقار على هذا النحو ليس هو في الواقع رجوعاً على حدّ فهم البعض، غاية ما في الأمر "أنّ الرجوع بالتقاضي في الهبة هو فسخ قضائي لها بناء على طلب الواهب، يسوّغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي كما هو الأمر في فسخ العقد بوجه عام.

وقد أراد التقنين المدني الجديد أن [يحدّد³] من إطلاق المذهب الحنفي في الرجوع في الهبة. فالظاهر في هذا المذهب أنّ الواهب هو الذي يستقلّ بتقدير العذر في الرجوع دون رقابة عليه. ويكفي في ذلك أن يرفع الأمر إلى القضاء، إذا لم يتراض مع الموهوب له على الرجوع، حتى يجيبه القضاء إلى طلبه. فقيد التقنين المدني من هذا الإطلاق بأن أوجب للرجوع في الهبة عذراً مقبولاً عدّد أمثلة منه، ولم يجعل الواهب يستقلّ بتقدير هذا العذر، بل جعل القضاء رقيباً عليه في ذلك، فقد يجيبه إلى طلبه وقد يرفض هذا الطلب. وبذلك أكسب التقنين المدني عقد الهبة قوة في الإلزام لم تكن له على الظاهر من المذهب الحنفي⁴.

¹ - يُراد بالعقد اللازم هبة كان أو غيره، هو ذاك العقد الذي لا يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين دون توقّف على إرادة الطرف الثاني. أنظر في هذا الصدد: نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 77، هامش رقم: 1.

² - مؤدّى العقد غير اللازم هبة كان أو غيره، ذاك العقد الذي يجوز الرجوع فيه بالإرادة المنفردة لأحد عاقيه. أنظر: نسيم شيخ، المرجع نفسه، ص. 78 هامش رقم 1؛ وراجع بالتفصيل في ماهية وأحكام العقد غير اللازم: رمضان إبراهيم شحاته القليني، العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي (أسبابه - آثاره)، رسالة مقدّمة للحصول على درجة دكتور في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د. ت، ص. 180 وما يليها.

³ - والصحيح حسبما يفهم من خلال سياق الكلام، أنّ السنهوري كان يقصد لفظ "يُحدّد" عوضاً عن لفظ "يُحدّد" كما ورد في مؤلّفه الوسيط، ج5، المرجع السابق، ص. 185، وهو - بلا شك - خطأ مطبعي وجب تداركه في طبعات لاحقة.

⁴ - نفس المرجع ونفس الصفحة. وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري تدليلاً على هذا القول بأنّ "الرجوع في الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية، فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضي أو بالتقاضي. وقد حدّد المشروع هذه القاعدة تحديداً

وعلى خلاف قانون الأسرة الذي جاء خلواً من التّصيص على حقّ الرجوع بالتّقاضي صراحة، فإنّ معظم التّشريعات المدنية قضت به في تقنيناتها¹، حيث حوّلت الواهب ممارسة هذا الحقّ حين رفض الموهوب له الرجوع في هبة العقار بالتّراضي شرط أن يبرّره بعذر مقبول، فضلاً عن ضرورة عدم وجود مانع يمنع الرجوع في هذا الصّدّد، ولعلّ العلة الكامنة في اشتراط هذين الشرطين بغية تمكين الواهب من الرجوع في هبته؛ إنّما لا تخرج عن فرضية منع الواهب من التعسّف في استعمال حقّه في الرجوع وإلحاق الضّرر بالموهوب له في الأساس.

على أن تباشر دعوى الرجوع ضدّ الموهوب له من الواهب أو ممثله وذلك باتّباع مختلف الإجراءات القضائية المعمول بها في رفع الدّعاوى أمام القضاء المختص².

فإذا استصدر الواهب حكماً قضائياً نهائياً لصالحه يقضي بالرجوع في هبة عقاره انتهاءً، كان من الواجب عليه التوجّه به مرفوقاً بالوثائق المطلوبة إلى أيّ مكتب عمومي للتوثيق³ بغرض إيداعه استكمالاً

واضحاً، فليس معناها أنّ الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً، بل يشترط في الرجوع - إذا لم يرض الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه. وأورد المشرّع أمثلة من العذر المقبول ممّا يقرب الشّريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية. وهناك موانع للرجوع في الهبة نقلت عن الشّريعة الإسلامية كما قنّنها قدرّي باشا في كتابه عن الأحوال الشّخصية. ويمكن القول بوجه عام بأنّ المشرّع أكسب عقد الهبة صلاية وقوة في الإلزام على هذا التّحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو - وإن كان تبرّعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 242.

¹ - أنظر: المادّة 2/500 مدني مصري، ويطابقها في التقنينات المدنية العربية: المادّة 2/468 مدني سوري، المادّة 2/489 مدني لبي، ويقابلها أيضاً: المادّة 2/620 مدني عراقي، المادّة 646/ب قانون معاملات مدنية إماراتي، المادّة 2/576 مدني أردني، المادّة 2/537 مدني كويتي، المادّة 422 مدني سوداني. أنظر في عرض فحوى المواد المحلّة أعلاه، نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 842 وما يليها.

² - راجع في هذا الصّدّد: نصّ المادّة 14 وما يليها من قانون رقم 08 - 09، المؤرّخ في 25 فبراير 2008، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، السّنة 45، المؤرّخة في: 2008/04/23.

تعدّ الإشارة إلى أنّ السّنهوري ذهب للقول بأنّ دعوى الفسخ (ومثلها دعوى الرجوع) لما كانت "ترمي إلى ردّ الشّيء إلى صاحبه، اختلفت الآراء فيها كما اختلفت في دعوى البطلان، هل تكون دعوى عينية أو دعوى شخصية أو دعوى مختلطة ... ونكتفي بأن نقرّر هنا أنّ دعوى الفسخ كدعوى البطلان دعوى شخصية لا يطلب فيها إلّا الحكم بفسخ العقد، فإذا اقترنت بطلب ردّ الشّيء كانت الدّعوى شخصية أيضاً، لأنّ الطّلب يكون مبنياً على التزام شخصي هو ردّ ما استلمه المدين دون حق، على أنّ دعوى الفسخ، كدعوى البطلان يجب تسجيلها حتّى تكون حجة على الغير (م 7 من قانون التّسجيل)". أنظر: أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، نظرية العقد، ج2، المرجع السابق، ص. 698، هامش رقم: 1.

³ - وبنفس الإجراءات (من تحرير ثمّ تسجيل لدى مصلحة قباضة الضّرائب فشهّر لدى المحافظة العقارية المختصة) السّالف عرضها بمناسبة بيان إجراءات توثيق عقد هبة العقار. على أنّه ينبغي التذكير بأنّ الرجوع في عقد هبة العقار لم يرد بشأن حقوق تسجيله نصّ صريح، ممّا أدى إلى اختلاف قباضات الضّرائب على المستوى الوطني بخصوص تسجيله؛ ففي حين ذهب البعض منها إلى القول بتسجيله مجاناً تبعاً لرسم عقد الهبة المرجوع فيه والمسجلّ مجاناً لو أبرم بين الأصول والفروع والأزواج وهذا هو الحكم المنطقي، ذهب ثمانية إلى القول بتسجيله برسم نسبيّ قدره 5% قياساً على نصّ المادّة 252 من ق. ت. ج، كما ذهب ثالثة إلى تطبيق نصّ المادّة 208 من نفس القانون عليه وتحصيل رسم ثابت قدره

لإجراءات الشَّهر العقاري وبغية التَّأشير به على هامش البطاقة العقارية المخصَّصة للعقار الموهوب، حتَّى يكون له أثر فيما بين عاقديه فضلاً عن تقرير حجَّيته على الغير¹.

الفرع الثالث: ثبوت حقِّ الرِّجوع في عقد هبة العقار

سبق وأن ذكرنا بأنَّ جمهور الفقهاء ذهبوا إلى اعتبار هبة العقار عقداً لازماً لا يجوز الرِّجوع فيه، كما أنَّهم استثنوا من هذا المبدأ العام الوالد فيما وهبه لولده.

يُبدَّ أنَّه إذا كان الأمر كذلك، فهل هذا الحقُّ مقتصر استعماله من لدن الأب، أم هو يشمل الأم أيضاً؟ وتبعاً لذلك: هل الجدُّ الجدَّة يأخذان نفس الحكم بناء على القياس على الأوليَّين؟

حتَّى إذا تمَّ الأمر على هذا النَّحو، فهل يضلُّ حقُّ الرِّجوع ثابتاً حتَّى وإن بادر الواهب إلى التَّنازل عنه في متن العقد؟ أم أنَّه يسقط تبعاً لتنازله!

ذلك ما سنحاول بيانه من خلال بحث حقِّ رجوع الأم فيما وهبت من عقَّار لولدها (البند الأوَّل)، ثمَّ بيان حقِّ رجوع الجدِّ والجدَّة فيما وهبا من عقَّار لولد الولد (البند الثَّاني)، فتوضيح مدى جواز إسقاط حقِّ الرِّجوع في هبة العقَّار (البند الثَّالث).

البند الأوَّل: رجوع الأم فيما وهبت من عقَّار لولدها

تباينت آراء الفقهاء حول إمكانية رجوع الأم فيما وهبت من عقَّار لولدها، شأنهم في ذلك شأن اختلافهم في مدى رجوع الأبوين غير المباشرين، وتبعاً لذلك فقد اختلف القائلون بجواز رجوع الأب فيما وهبه من عقَّار لولده هل الأم ملحقَّة به أم غير ملحقَّة به على ثلاثة أقوال:

1.500 دج باعتباره عقد لم تحدَّد تعريفته بنصٍّ من ذات القانون ولا يمكن أن يترتَّب عنه تحصيل رسم نسبي. أمَّا رسوم الشَّهر العقاري لكلِّ من عقد الرِّجوع في هبة العقَّار أو عقد إقالة (أو تقايل) من نفس العقد، أو عقد إيداع حكم قضائي يتضمَّن منطوقه الحكم بالرِّجوع في نفس العقد، فإنَّه يقبض عنه رسماً قدره 1% يحسب على مبلغ تقييم العقَّار أو العقَّارات المصَّحَّح بها في العقد المزمع شهره (المادَّة 353 - 2 من ق. ت. ج).

¹ - وقد أكَّدت المادَّة 1/15 - من الأمر رقم: 75 - 74، المؤرَّخ في 1975/11/12 والمتضمَّن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجِّل العقاري، المعدَّلة بمقتضى المادَّة 92 من قانون رقم 17 - 11 المؤرَّخ في 2017/12/27، المتضمَّن قانون المالية لسنة 2018، ج. ر، ع 76، المؤرَّخة في 2017/12/28 - ذلك بقولها: "كلُّ حقٍّ للملكية وكلُّ حقٍّ عيني آخر يتعلَّق بعقَّار لا وجود له بالنَّسبة للغير إلَّا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقَّارية"، وهو ما قضت به أيضاً المادَّة 38 من المرسوم التَّنفيذي رقم: 76 - 63 المؤرَّخ في 25 مارس 1976 المتعلَّق بتأسيس السجِّل العقاري المعدَّل والمتَّممَّ بقولها: "كلُّ إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمَّن إنشاء أو تعديلاً أو إنهاء ارتفاعات أو حقوق مشتركة يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كلِّ عقَّار".

القول الأول: مفاده أنّ الأم تقاس على الأب فيما وهب من عتار لولده، وتبعاً لذلك جاز لها الرجوع في هبتها. ذاك ما تبناه المالكية في قول لهم، والشافعية في المشهور لديهم، والحنابلة في إحدى رواياتهم، وكذا الظاهرية والإباضية في مذهبيهم¹.

وقد استدلل أصحاب هذا القول على رأيهم هذا بأدلة من السنة والمعقول.

فمن السنة: حديث ابن عمر، وابن عباس، عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبَ هَبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا، كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ قَاءً، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ"².

وجه الاستدلال: أنّ لفظ الوالد جاء بصيغة العموم، فهو يتناول كلاً من الأب والأمّ حيث شمل كلّ من له ولادة، وهو ما يفهم من قوله - عليه الصلاة والسلام - "لَا يُقَادُّ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ"³، فقد جاء لفظ الوالد يتناول الجدّ من قبل الأب والأم وإن علا، كما ورد لفظ الوالدة - تبعاً لذلك - ليشمل الجدّة من قبل الأب والأمّ وإن علت.

تمّ مناقشة هذا الاستدلال بكون لفظ الوالد لا يتناول الأمّ، إذ لا يقال للأمّ بمفردها والد. على أنّه تُصَدَّقُ لهذه المناقشة بأنّه يقال للأمّ والدة والهاء للتأنيث، وبالتالي فإنّ الأمر متوقّف على ما يفهم من قصد

¹ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص. 110؛ أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشّهير بالصّاوي المالكي، المرجع السابق، ص. 152؛ محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114؛ أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدّين المعروف بإبن رفعة، المرجع السابق، ص. 108؛ أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 440؛ عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي الجماعيلي موفق الدّين ابن قدامة، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 261؛ علاء الدّين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزداوي، المرجع السابق، ص. 87 وما يليها؛ أبو محمد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 261؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127؛ محمد بن يوسف أطفيش، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 15.

² - أنظر في تحريجه: الحافظ عبد العظيم بن عبد القويّ المنذري، مختصر سنن أبي داود، ت: محمد صبحي بن حسن حلاق (أبو مصعب)، ج 2 (باب الرجوع في الهبة)، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، ط 1، 2010، ص. 497، حديث رقم: 3538. وجاء في رواية أخرى في المنتقى لذات الحديث "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ فَيَرْجِعُ فِيهَا كَالْكَلْبِ أَكَلَ حَتَّى إِذَا تَمَّ، وَقَالَ عَلَى شَبِعٍ قَاءً، ثُمَّ رَجَعَ فِي قَيْئِهِ". أنظر: أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود التيسابوري المجاور بمكة، المنتقى من السنن المسندة، عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثّقافية، بيروت، ط 1، 1988، ص. 249، حديث رقم: 994.

³ - أنظر في تحريجه: أبو بكر محمد بن إبراهيم بن علي بن عاصم بن زاذان الأصبهاني الخازن، المشهور بابن المقرئ، المعجم لابن المقرئ، ت: أبي عبد الرحمن عادل بن سعد، مكتبة الرشد، شركة الرّياض للنشر والتوزيع، الرّياض، ط 1، 1998، ص. 330، حديث رقم: 1081.

الشّارع بلفظ الوالد كما في الحديث السّابق¹.

كما استدلووا أيضاً بأنّ لفظ الوالد المستثنى في الحديث يشمل الأمّ كما يشمل الأب ويتناوله، وعلى هذا الأساس فهي أيضاً والد.

أمّا من المعقول فلقد احتج أصحاب هذا الرّأي بما يلي:

- كلّ ما أورد من فضل حنوّ الأب وعدم اتّهامه في رجوعه على اعتبار أنّ استعمال الحقّ الأخير لا يكون إلّا لحاجة أو ضرورة، هو نفسه موجود لدى الأمّ ممّا يجعلهما في الحكم سواء.

- لما ساوت الأمّ الأب في المنع من عدم التّسوية بين أولادها على اعتبار أنّها داخلية في عموم الحديث القائل "اتّقوا الله واعدلوا بين أولادكم"، فإنّه ينبغي أن تساويه في الرجوع، وقد يكون الرجوع في هبة العّار سبيلاً للتّسوية بين الأولاد، إذ قد لا يكون للأمّ طريقاً غيره حين يمكنها منع الآخر ما سبق منحه للأول، لأجل ذلك وجب أن تتساوى مع الأب في التمكن من الرجوع تخليصاً لها من الوزر، وإزالة للتّفضيل المحرّم كالأب انتهاء².

- ومن جهة المعنى المتقدّم فإنّ الأب كالأمّ بجامع وصف كليهما أبوين، فإذا جاز الرجوع للأب فيجب أن تكون الأمّ كذلك لانتهاء الفارق³.

- لما كانت الأمّ قد دخلت في معنى حديث بشير بن سعد⁴ فإنّه يجب أن تدخل في جميع مدلوله حيث تدخل في قوله "أرجعه" وقوله "أردده".

جاء في المغني إشارة إلى هذا القول: "وظاهر كلام الحزقيّ، أنّ الأمّ كالأب، في الرجوع في الهبة؛ لأنّ قوله: "وإذا فاضل بين أولاده يتناول كلّ والدٍ، ثمّ قال في سياقه: "أمر برده". فيدخل فيه الأمّ. وهذا مذهّب الشافعيّ؛ لأنّها داخلية في قوله: "إلا الوالد فيما يعطي ولده". ولأنّها لما دخلت في قول النّبيّ -

¹ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السّابق، ص. 117.

² - مايا دقايشية، المرجع السّابق، ص. 137؛ محمّد حسين قنديل، الرجوع في الهبة وموانعه في الفقه الإسلامي، مجلّة البحوث الفقهيّة والقانونية، كلىّة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر فرع دمنهور، 8، 1992، ص. 72 - 73.

³ - محمّد بن أحمد بن محمّد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السّابق، ص. 502.

⁴ - الحديث متعدّد الروايات، من بينها: "أخبرنا محمّد بن هاشم، قال: حدّثنا الوليد بن مسلم، قال: حدّثنا الأوزاعي، عن الزّهرى، عن حميد بن عبد الرّحمن، وعن محمّد بن النّعمان، عن النّعمان بن بشير، أنّ أباه بشير بن سعد جاء بابنه النّعمان إلى رسول الله صلّى الله عليه وسلّم، فقال: يا رسول الله، إني نخلت ابني هذا غلاماً كان لي، فقال رسول الله صلّى الله عليه وسلّم: «أكلت بريك نخلت؟»، قال: لا، قال: «فارجعه».

أنظر: أبو عبد الرّحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، التّسنن الكبرى، ت: حسن عبد المنعم شليبي، ج6، مؤسسة الرّسالة، بيروت، ط1، 2001، ص. 172، حديث رقم: 6468.

صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - : «سَوُّوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ» . يَنْبَغِي أَنْ يَتِمَّكَنَ مِنَ التَّسْوِيَةِ، وَالرُّجُوعُ فِي الْهَبَةِ طَرِيقٌ فِي التَّسْوِيَةِ، وَرَبَّمَا تَعَيَّنَ طَرِيقًا فِيهَا إِذَا لَمْ يُمْكِنْ إِعْطَاءُ الْآخَرِ مِثْلَ عَطِيَّةِ الْأَوَّلِ.

وَلَا تَنْهَا لَمَّا دَخَلَتْ فِي الْمَعْنَى فِي حَدِيثِ بَشِيرِ بْنِ سَعْدٍ، فَيَنْبَغِي أَنْ تَدْخُلَ فِي جَمِيعِ مَذْلُولِهِ؛ لِقَوْلِهِ: "فَارْدُدْهُ". وَقَوْلِهِ: "فَارْجِعْهُ". وَلَا تَنْهَا لَمَّا سَاوَتْ الْأَبَ فِي تَحْرِيمِ تَفْضِيلِ بَعْضٍ وَلَدِهَا، يَنْبَغِي أَنْ تُسَاوِيَهُ فِي التَّمَكُّنِ مِنَ الرُّجُوعِ فِيمَا فَضَّلَهُ بِهِ، تَخْلِيصًا لَهَا مِنَ الْإِثْمِ، وَإِزَالَةً لِلتَّفْضِيلِ الْمُحَرَّمِ، كَالْأَبِ"¹.

نوقش الدليل المتقدم بكون الرجوع في هبة العقار طريق من طرق التسوية، لكنه ليس الطريق المتعين سيما إذا تم تفضيل أحدهم على الآخر.

القول الثاني: مضمونه عدم جواز رجوع الأم فيما وهبت من عقار لولدها. بهذا قال الشافعية في غير المشهور لديهم والحنابلة في رواية ثانية لهم، وإلى ذلك اتجه رأي الزيدية أيضاً². وقد استدلل أصحاب هذا الرأي القائل بعدم جواز رجوع الأم في هبتها بأدلة من السنة والمعقول كالآتي:

فمن السنة: حديث عُمَارَةَ، قَالَ: "كَانَ فِي حِجْرِ عَمَّةٍ لِي بُنْيٌ لَهَا يَتِيمٌ، فَسَأَلْتُ عَائِشَةَ، فَقَالَتْ: قَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وَلَدَ الرَّجُلِ مِنْ كَسْبِهِ»"³.

وجه الدلالة من هذا الحديث أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم اختصّ بالذكر الوالد الذكر، وهو بهذا الإطلاق يكون قد شمل الأب دون الأم.

جاء في الترويض المربع: "قال أحمد: هي عندي ليست كالأب، لأنّ للأب أن يأخذ من مال ولده

¹ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 261.

² - عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الزافعي القزويني، المرجع السابق، ص. 323؛ كمال الدين، محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميمري أبو البقاء الشافعي، المرجع السابق، ص. 557؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزدائي، المرجع السابق، ص. 87؛ محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوئي، حاشية الخلوئي على منتهى الإرادات، ت: سامي بن محمد بن عبد الله الصقير محمد بن عبد الله بن صالح اللحيديان، ج3، دار النوادر، سوريا، ط1، 2011، ص. 525؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الرخايز الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج5، المرجع السابق، ص. 139.

³ - محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تخریج الأحاديث المرفوعة المسندة في كتاب التاريخ الكبير للبخاري، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1999، ص. 684، حديث رقم: 309؛ وَرَوَاهُ يَعْلَى بْنُ عُثَيْدٍ، عَنْ الْأَعْمَشِ، عَنْ إِبْرَاهِيمَ، عَنْ الْأَسْوَدِ، عَنْ عَائِشَةَ قَالَتْ: "قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إِنَّ «أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ»". أنظر: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السنن والآثار، ت: عبد المعطي أمين قلجعي، ج 11، جامعة الدراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ط1، 1991، ص. 299، حديث رقم: 15593.

والأم لا تأخذ، ولأنّ للأب الولاية دونها"¹.

وردّ ابن حزم في المحلّي بالآثار على ذلك بكون "الأمّ والدّة تَقَعُ عَلَى الْجِنْسِ، وَهِيَ فِيهِ اسْمُ الْوَالِدِ"².

وفضلاً عمّا سبق، إحتج أصحاب هذا المذهب مرّة أخرى بحديث "جَابِرُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ - رضي الله عنهما - أَنَّ رَجُلًا قَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ لِي مَالًا وَوَلَدًا، وَإِنَّ أَبِي يُرِيدُ أَنْ يَجْتَاحَ مَالِي، فَقَالَ: "أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ"³.

وجه الدلالة أنّ الأب يحقّ له أن يأخذ منه مال ولده لا الأم، وعليه فاستثناء الوالد كما ورد في الحديث دلّ على أنّه مقصور على الأب وحده⁴.

أمّا الاستدلال بالمعقول، فذهبوا إلى أنّ قياس الأمّ على الأب قياس مع الفارق، إذ الفارق بينهما يكمن - في هذا الصدد - فيما يأتي:

- بخلاف الأمّ، يحقّ للأب الأخذ من مال ابنه مطلقاً.

- حوّل الشارع للأب الولاية على ولده والأمّ بخلافه.

- يجوز الأب جميع المال - من منقولات وعقارات - في الميراث بخلاف الأم⁵.

¹ - عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي التّجدي، المرجع السابق، ص. 19.

² - أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج 9، المرجع السابق، ص. 136.

³ - الحافظ عبد العظيم بن عبد القويّ المنذري، المرجع السابق، ص. 495، وفي رواية أخرى عن عائشة رضي الله عنها: أنّ رجلاً أتى رسول الله - صلى الله عليه وسلّم - يخاصم أباه في دين عليه، فقال نبيّ الله - صلى الله عليه وسلّم -: "أنت ومالك لأبيك". أنظر: أبو عبد الرحمن محمّد ناصر الدّين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، صحيح موارد الظّمان إلى زوائد ابن حبان، ج 1 (باب في مال الولد)، المرجع السابق، ص. 415، حديث رقم: 914؛ وقد ورد في الرّسالة اللّطيفة في شرح نفس الحديث جواباً للتّساؤل الآتي: "فإن قلت: فهل الأمّ كالأب في ملكها مال ابنها؟ قلت: لم يرد النصّ إلّا في الأب، وقول جابر: (يأخذ الأب والأمّ من مال ولدهما) كلام من قبل نفسه كما قدّمناه، كأنّه قاسها على الأب، وأدخلها تحت عموم قوله - صلى الله عليه وسلّم -: "إنّ أولادكم من أطيّب كسبكم، فكلوا من كسب أولادكم". ولا ريب أنّ الأولاد من كسب الأب والأمّ. والحديث وإن ورد تعليلاً لأخذ الأب من مال ولده لكن لفظ "أولادكم" عام، والعام لا يقصر على سببه. إن قلت: ضمير الإنسان في "أولادكم"، وهذا الضّمير خاص بالرجال. قلت: هو كما قلت لا يشمل الأمّهات إلّا تغليّباً، والتّغليّب بخازن، والأصل الحقيقة، وأيضاً فالأصل عصمة مال الولد، فلا يشارك فيه ولا يكون لغيره إلّا بدليل قاهر كالنّص في حقّ الأب". أنظر: محمّد بن إسماعيل بن صلاح بن محمّد الحسني، الكحلاني ثمّ الصّنعاني، أبو إبراهيم، عزّ الدّين، المعروف كأسلافه بالأُمير، رسالة لطيفة في شرح حديث أنت ومالك لأبيك، سلسلة لقاء العشر الأواخر بالمسجد الحرام، ج 1، دار البشائر الاسلاميّة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2001، ص. 37.

⁴ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 138.

⁵ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيد، المرجع السابق، ص. 118.

القول الثالث: هو ما جُرح إليه المالكية حيث وضعوا بعض الشروط في رجوع الأم عن هبة عَقَّارها الممنوحة لولدها، وتفصيله - بحسب ما أورده التفرّاي¹ - في رجوع الأم فيما وهبت لولدها، إمّا أن يكون الولد وقت الهبة كبيراً أو صغيراً، وفي الحالة الأخيرة إمّا أن يكون ذا أب أو يكون يتيماً، فإذا كان يتيماً فإنّ يتمه يكون قد وقع إبتان الهبة أو طراً عليه بعدها، وترتيباً على ذلك:

- يجوز للأمّ اعتصار هبة عَقَّارها المعطى لولدها الكبير سواء أكان أبوه حياً أو متوفياً إبتان الهبة، على اعتبار أنّ ما ينافي الاعتصار هو اليتيم، وهذا الأخير غير طارئ وقت الهبة إلى حين اعتصارها²، هذا مع مراعاة أن تكون الأم قد نوت بمبتها هذه ثواباً أخروياً أو صلة رحم أو أن يكون الولد الكبير فقيراً بئناً عن أبيه؛ فعندئذ لا يجوز لها في هذه الأحوال اعتصار هبتها منه³.

- يعترض اعتصار الأمّ ما وهبت من عَقَّار لولدها الصّغير ثلاثة أحوال:

الأولى: إذا كان الولد الصّغير وقت الهبة ذو أب إلى غاية الاعتصار، فإنّه يحقّ للأمّ أن تعتصر هبة عَقَّارها، سواء أكان الأب في تمام عقله أو طاله الجنون، وسواء أكان الولد وأبوه موسرين أو معسرين، أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، فإنّ كلّ ما ذكر لا يمنع الاعتصار في هبة العَقَّار⁴.

الثانية: لا يجوز للأمّ اعتصار هبة عَقَّارها عن ولدها الصّغير إذا كان يتيماً⁵ إبتان الهبة ولو بلغ هذا

¹ - أحمد غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدّين التفرّاي الأزهرى المالكي، المرجع السابق، ص. 115 وما يليها.

² - قال الباجي: "وَتُعْتَصَرُ الْأُمُّ مَا وَهَبَتْ لِابْنِهَا الْكَبِيرِ لَا أَبَ لَهَا؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ حَدِّ الْيَتِيمِ وَمَعْنَى ذَلِكَ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ يَتِيماً حِينَ الْهَبَةِ وَلَا بَعْدَهَا إِلَى وَقْتِ الْإِعْتِصَارِ، وَذَلِكَ أَنَّ مَا يُنَافِي الْإِعْتِصَارَ وَقْتُ الْهَبَةِ مِنَ الْيَتِيمِ إِنْ وَجَدَ قَبْلَ الْإِعْتِصَارِ مَنَعَ الْإِعْتِصَارَ؛ لِأَنَّهُ يُنَافِيهِ فِي جَمِيعِ أَحْوَالِ الْهَبَةِ وَيُخْرِجُهَا عَنْ حُكْمِ الْهَبَةِ إِلَى حُكْمِ الصَّدَقَةِ". أنظر: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيّوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج6، المرجع السابق، ص. 117.

³ - قال الخرشي في شرح قول الماتن: "إلا فيما أريد به الآخرة (ش) يعني: أنّ الهبة أو الإحدام أو العمري أو نحو ذلك إذا أراد المعطي بما ذكر وجه الله تعالى وثواب الآخرة صار صدقة وهي لا تعتصر وسواء كان الواهب أباً أو غيره، وكذلك لا اعتصار لأب ولا للأمّ إذا أراد كلّ بالهبة صلة الرّحم كما إذا كان الولد صغيراً محتاجاً أو كبيراً بئناً عن أبيه...". أنظر: محمّد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج7، المرجع السابق، ص. 114.

⁴ - وقد نوه الدردير على ذلك بقوله: "لَكِنَّ مَحَلَّ جَوَازِ إِعْتِصَارِ الْأُمِّ حَيْثُ وَهَبَتْ صَغِيرًا (ذَا أَبٍ) لَا يَتِيماً فَلَيْسَ لَهَا الْإِعْتِصَارُ مِنْهُ وَسَوَاءَ كَانَ الْإِنُّ وَالْأَبُ مُعْسِرَيْنِ أَوْ مُوسِرَيْنِ، أَوْ أَحَدُهُمَا (وَإِنْ) كَانَ الْأَبُ (مُجْتَنِبًا) جُنُونًا مُطْبِقًا فَلَا يَمْنَعُ جُنُونُهُ الْإِعْتِصَارَ". أنظر: أبو البركات أحمد بن محمّد العدوي الدردير، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج4، المرجع السابق، ص. 110-111.

⁵ - "(و) أُمًّا (الأمّ) فَإِنَّهَا لَا (تُعْتَصَرُ) إِلَّا (مَا دَامَ الْأَبُ حَيًّا فَإِنْ مَاتَ لَمْ تُعْتَصَرْ) فَقَوْلُهُ: (وَلَا يُعْتَصَرُ مِنْ يَتِيمٍ) تَكْرَارٌ، وَيُسَمَّى يَتِيماً مَا لَمْ يَبْلُغْ، فَإِذَا بَلَغَ لَمْ يُسَمَّ يَتِيماً ثُمَّ بَيَّنَّ الْجَهَّةَ الَّتِي يَكُونُ الْوَلَدُ بِهَا يَتِيماً فَقَالَ: (وَالْيَتِيمُ) فِي الْعُقَلَاءِ (مِنْ قَبْلِ الْأَبِ) وَأَمَّا فِي غَيْرِهِمْ فَمِنْ قَبْلِ الْأُمِّ". أنظر: علي بن أحمد بن مكرم أبو الحسن الصّعدي العدوي، المرجع السابق، ص. 519-520.

الولد قبل الاعتصار بغض النظر عن غناه أو فقره¹.

الثالثة: تتمثل في اليتيم الطارئ، ومؤداه: إرادة الأم اعتصار هبة عقارها عن صغيرها الذي كان وقت الهبة ذو أب وتيتم بعد ذلك. ولفقهاء المالكية في هذا الفرض قولان:

الأول: قال به ابن مؤاز، وابن أبي زيد وهو ظاهر المدونة الذي اعتمد، ومضمونه: ليس للأُم اعتصار هبة عقارها عن ولدها الصغير نظراً لما هو عليه من اليتيم وقت الاعتصار فأضحت كالصدقة عليه وحكمها يشمل².

الثاني: تبناه اللّخمي وسار عليه العلامة الشيخ خليل وهو ظاهر كلام المصنّف وهو المختار، ومفاده: يجوز للأُم اعتصار هبة عقارها عن ولدها الصغير نظراً إلى حالته إبان انعقاد الهبة، فلقد كان ذا أب فلم تكن الهبة بمعنى الصدقة عليه.

لكن كلام المصنّف وُجّه له اعتراضان:

الأول: ما كان يجب للمصنّف ترك ظاهر المدونة إلى ما تبناه اللّخمي المخالف لقول ابن المؤاز، وأبي زيد المخالف لظاهر المدونة - كما سبق الإشارة إليه - فكان الأجدى اتباع أقوى الأقوال³.

الثاني: "أنّ المطابق لاصطلاحه التعبير بصيغة الفعل. فلا يقال وهو المختار، لأنّ ذلك يكون من اختيار الأئمة، لكنّ الثابت أنّ رأي اللّخمي من عند نفسه، فكان الأصوب أن يقال وهو ما أختير أو ما اختار"⁴.

¹ - جاء في مواهب الجليل: "فإن لم يكن للصغير أب حين وهبته أو تحلته فليس لها أن تعتصر؛ لأنه يتيّم ولا يعتصر من اليتيم ويُعد كالصدقة". أنظر: شمس الدّين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطّاب الرّعيني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر الخليل، ج 6، المرجع السابق، ص. 64.

² - قال ابن عبد البرّ في التمهيد مدللاً على هذا القول: "وللأم أيضاً إن وهبت لابنها شيئاً وأبوه حيّ أن ترجع، فإن كان يتيماً لم يكن لها الرجوع فيما وهبت له لأنّ الهبة لليتيم كالصدقة التي لا رجوع فيها لأحد، فإن وهبت لابنها وأبوه حيّ ثم مات وأرادت أن ترجع في هبتها تلك، فقد اختلف أصحاب مالك في ذلك والمشهور من المذهب أنّها لا ترجع". أنظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البرّ بن عاصم التمرّي القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ت: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري، ج 7، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387 هـ، ص. 235.

³ - محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص. 111.

⁴ - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 120.

رُذ على الاعتراضات المذكورة بما أورده عليّش في منح الجليل بقوله: "ذكر أبو الحسن أنّ لفظ المدوّنة محتمل لكلّ من القولين، ويؤخذ منه أنّ ما للّحمي هو ظاهرها، ونصّها (وللأمّ أن تعتصر ما وهبت أو نخلت لولدها الصّغير في حياة الأب) [إذا نظرنا] (قولها في حياة الأب) ما العامل فيه نخلت أو وهبت، فإن كان العامل فيه تعتصر كان كقول محمّد، وإن كان وهبت فمثل ما رجّح اللّحمي فيتخرّج القولان منها. ولا شكّ أنّ ظاهرها هو التّعلق بالأقرب وهو وهبت، فلعلّ المصنّف اقتصر على مختار اللّحمي، وعبر عنه بالإسم؛ لأنّه ظاهرها"¹.

فإذا كان هذا هو حقل تباين أقوال الفقهاء المسلمين، فإنّ قانون الأسرة الجزائري تبنّى رأي جمهور الفقهاء في إلحاق الأمّ بالأب حيث خوّلها حقّ الرجوع في هبة عّارها لولدها، وهو ما يتوضّح من خلال الفحوى العام لنصّ المادّة 211 منه التي أفترت بأنّه "للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه..."².

وبناء عليه منح المشرّع الجزائري للأبوين معاً حقّ الرجوع عن ولدهما - ذكراً كان أو أنثى - ومهما كان سنّهما بحيث لم يأخذ بالتفرقة التي قال بها المالكية في هذا الصّدّد، ويحمد للمشرّع تبنّيه عدم التفرقة بين الوالدين في حقّ الرجوع عن هبتها لعّارها لأولادهما - كما سبق عرضه - على اعتبار أنّ الأمّ هي والدة، وبوصفها كذلك هي كالأب لا تتهم في رجوعها كونها لا تلتجأ لاستعمال هذا الحقّ إلّا لمبرّر قويّ ترومه، هذا فضلاً عن أنّه قد يكون استثناء الأمّ - شأنها في ذلك شأن الأب - من قاعدة لزوم الهبة، إنّما يهدف إلى بسط الحماية على أولادها درءً للأضرار التي قد تطالهم وتفادياً لما قد يطرأ من مستجدات بعد إبرام عقد هبة العّار انتهاءً³.

وخلافاً لتوجّه المشرّع الجزائري فإنّ التقنين المدني الفرنسي الذي لم يشير بتفصيل إلى حقّ الرجوع للأبوين بشكل خاص - كما فعل قانون الأسرة الجزائري -، حيث أورد بمقتضى المادّة 953 منه بعض حالات الرجوع⁴، معتدّاً بالقوّة الإلزامية لعقد هبة العّار إزاء طرفيها مقارنة بالعقود الأخرى الملزمة في تقنينه المدني، بحيث لم يستثن من ذلك إلّا استثناء وحيداً تمثّل في رجوع الأزواج عن هباتهم المقدّمة بمناسبة أو أثناء فترة الزّواج وفقاً لنصّ المادّة 1096 من نفس القانون⁵.

¹ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السابق، ص. 120-121؛ محمّد بن أحمد بن محمّد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 207.

² - مصطفى لعروم، عقد الهبة، المرجع السابق، ص. 21؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 138 - 139.

³ - حيث قرّرت بأنّ "الهبة بين الأحياء لا يجوز الرجوع فيها إلّا في الحالات الآتية: 1- عدم تنفيذ التّكليف أو الشّروط التي اتفق عليها في عقد الهبة، 2- جحود الموهوب له، 3- ولادة ابن للواهب".

⁴ - Art 1096 : « La donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage est toujours révocable.

يجدر التنبيه إلى أنّ المشرّع الجزائري¹ بسّنه حقّ الرجوع للأبوين عن هبتهما - عقارية كانت أو منقولة - لولدهما قد انفرد من بين التقنينات المدنية العربية في تقرير هذا الحكم، كون أنّ معظم تلك التقنينات المجيزة لحقّ الرجوع في الهبة اقتبست أحكامه من التقنين المدني المصري المستنبط بدوره نفس الأحكام من مذهب الأحناف في الأصل².

ومع ذلك فقد أثير حقّ رجوع الوالد عن هبته لولده أمام القضاء المصري، لكن هذا الأخير رفض القول بهذا الرجوع على اعتبار أنّ من بين موانع الرجوع في الهبة "الهبة لذي رحم محرم"، الذي يشمل في الأساس رجوع الوالد - أباً كان أو أمّاً - في هبته لولده، وقد قيل في تبرير هذا الحكم: "يجوز للواهب طبقاً لنصّ المادة 500 من القانون المدني الرجوع في الهبة إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له أو استند إلى عذر يقبله القاضي إلّا إذا وجد مانع من موانع الرجوع في الهبة. وقد حدّدت المادة 502 من القانون ذاته موانع الرجوع ومن بينها ما نصّت عليه الفقرة (هـ) وهو: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم"، ولمّا كان نصّ الفقرة قد جاء بغير تخصيص مطلقاً بغير قيد فيسري على جميع الهبات التي تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرّحم والمحرومية ومنها هبة الوالد لولده، إذ هي هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها بغير التّراضي مع الموهوب له. أمّا القول بإخراج هبة الوالد لولده من حكم الفقرة (هـ) سالفه الذّكر بحيث يجوز الرجوع فيها طبقاً لقواعد الشريعة الإسلامية التي استمدّ فيها القانون المدني الأحكام الموضوعية في الهبة، فإنّه يكون تقييداً لمطلق النصّ بدون قيد وتخصيصاً لعمومه بغير مخصّص وهو ما لا يجوز"³.

La donation de biens présents qui prend effet au cours du mariage faite entre époux n'est révocable que dans les conditions prévues par les articles 953 à 958.

Les donations faites entre époux de biens présents ou de biens à venir ne sont pas révoquées par la survenance d'enfants ».

¹ - شأنه في ذلك شأن توجه بعض التقنينات المدنية العربية، مثل:

- ما تبناه المشرّع الكويتي بمقتضى نصّ المادة 1/537 من تقنينه المدني حيث قضى بأنّه "لا يجوز للواهب الرجوع في هبته، إلّا الأبوين فيما وهباه لولدها".

- ما قرره المشرّع الإماراتي بموجب نصّ المادة 652 من قانون المعاملات المدنية التي نصّت بأنّه "يجوز للأب أن يسترجع من ولده ما وهبه، ويجوز للأم أيضاً أن تسترجع من ولدها ما وهبه إذا لم يكن يتيماً، فإن كان يتيماً فلا يجوز لها أن تسترجعه منه ولو طرأ اليتيم بعد الهبة".

- ما جنح إليه المشرّع المغربي من خلال نصّ المادة 283 من مدوّنته للحقوق العينية المصرّحة بأنّه "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التّاليتين:

أولاً: فيما وهبه الأب أو الأمّ لولدهما قاصراً كان أو راشداً.

ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الانفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته". أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة، نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 869 وما يليها.

² - جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 228.

³ - أنظر: طعن رقم 81 لسنة 39 ق، جلسة يوم: 1984/10/29، س5، ص. 1165، الموسوعة الدّهبية، ج 10، 1982، رقم 1761، ص. 723-724، نقلاً عن بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 437؛ وأنظر في ذات السّياق: نقض مدني صادر في:

البند الثاني: رجوع الجدّ والجدّة فيما وهبا من عقار لولد الولد

تباينت آراء القائلون بجواز رجوع الأب فيما وهب لولده من عقار¹ في جواز رجوع الجدّ والجدّة فيما وهبا من عقار لولد الولد على نحو قولين:

الأول: مؤداه، جواز رجوع الجدّ والجدّة فيما وهبا من عقار لولد الولد. بهذا قال الشافعية في مشهور أقوالهم، والظاهرية، والإباضية، ورواية عند المالكية².

وقد احتج أصحاب هذا القول على مذهبهم القاضي بجواز رجوع الأبوين غير المباشرين بأدلة من الكتاب السنة والمعقول.

فمن الكتاب قوله عزّ وجلّ: ﴿يَا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ الشَّيْطَانُ كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ ..﴾³.

مفاد تفسير الآية أعلاه كالاتي: "{يَا بَنِي آدَمَ لَا يَفْتِنَنَّكُمُ} لا يُضِلُّنَّكُمْ، {الشَّيْطَانُ} بأن يمنعكم دخول الجنة، {كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم} آدَمَ وَحَوَّاءَ، {مِنَ الْجَنَّةِ} بفتنته، النهي في اللفظ للشيطان، والمعنى: نهيه عن اتّباعه"⁴.

ووجه الاستدلال منها أنّ المولى عزّ وجلّ اعتبر أنّ الجدّ والجدّة وهما آدَمَ وَحَوَّاءَ أبوين، وتبعاً لذلك يكون لهما ما للأبوين من جواز حق الرجوع في هبة عقارهما لولدهما⁵.

1988/01/30، طعن 282، س 55 ق، نقلاً عن أنور طلحة المرجع السابق، ص. 108.

¹ - وقد اتفقوا على عدم جواز الرجوع في هبة العقار بالنسبة إلى الأقارب كالأخوة والأعمام وغيرها، معتبرين إياهم في حكم الأجنبي. قال الرافعي في الشّان: "وأما غير الأصول كالأخ والعَمّ، وسائر الأقارب، فلا رجوع لهم كلّما لا رجوع للأحباب، ووجهه ما قدّمنا من الخبر". أنظر: عبد الكريم بن محمّد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، المرجع السابق، ص. 323؛ وفي نفس السّياق أورد صاحب التحفة نفس الحكم في قوله: "واختز بالأب من جدّ وجدّة وعم وأجنبي فإنّه لا اعتصار لهم إلّا أن يشترطوه عند الهبة". أنظر علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن الثّشولي، المرجع السابق، ص. 405.

² - عبد الكريم بن محمّد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، المرجع نفسه، ص. 323؛ أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 440؛ أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج 9، المرجع السابق، ص. 135؛ محمّد بن يوسف أطفيش، شرح كتاب الثّيل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 16؛ علي بن محمّد بن رمضان الرّشيد، المرجع السابق، ص. 121.

³ - سورة الأعراف، الآية: 26.

⁴ - مجير الدّين بن محمّد العليمي المقدسي الحنبلي، فتح الرّحمن في تفسير القرآن، ت: نور الدّين طالب، ج 2، دار دار التّوادر (إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - إدارة الشؤون الإسلامية)، د. د. ط، ط 1، 2009، ص. 511.

⁵ - جاء في المحلّي استدلالاً على هذا الحكم: "وأما جعلنا للجدّ ولأُمّ الرّجوع فيما أعطيا لابن الابن وللابن غمّوماً لقول الله تعالى: {يَا بَنِي آدَمَ} [الأعراف: 26]. وَقَالَ تَعَالَى: {كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ} [الأعراف: 27] فَجَعَلَ تَعَالَى الْجَدَّ وَالْجَدَّةَ أَبَوَيْنِ". أنظر: أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج 9، المرجع نفسه، ص. 135.

كما احتج أصحاب هذا المذهب أيضاً بما ورد في السنة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبُ هِبَةً، فَيَرْجِعُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ..."¹.

وجه الدلالة من الحديث، أن لفظ الوالد جاء عاماً يتناول كلاً من الجدّ والجدّة، فشمّل كلّ من له ولادة حملاً لفظ الوالد على الحقيقة والمجاز.

أما من حيث المعقول: فإنّ الوالد المستثنى في فحوى الحديث² يشمل كلّ من له ولادة - أباً كان أو أمّاً -، أما الجدّ والجدّة فيدخلان في معنى الحديث باللفظ أو بالقياس.

ومن ثمة فإنّ الجامع بينهم هو الولادة كما هو الشأن في النفقة، وتبعاً لذلك كما يجوز للأب الرجوع فكذلك ينبغي لسائر الأصول لعدم وجود الفارق³.

الثاني: مفاده، عدم جواز ارتجاع الجدّ والجدّة ما وهباه من عّار لولد الولد. بذلك نادى الحنابلة والزيدية، والإمامية، والمالكية في المشهور عندهم، ورواية عن الشافعية⁴.

وقد احتج أصحاب هذا القول بأدلة من السنة والمعقول كالآتي:

فمن حيث السنة: فقد استدلل أنصار المذهب بحديث طاوس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبُ هِبَةً، فَيَرْجِعُ فِيهَا

¹ - سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللّحمي الشّامي، أبو القاسم الطّبراني، المعجم الكبير، ت: حمدي بن عبد المجيد السلفي، ج 12، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، 1994، ص. 396، حديث رقم: 13462؛ أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشّافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج5، المرجع السابق، ص. 211.

² - ورد هذا الحديث في مسألة الرجوع وهو مخصّص لحديث ابن عبّاس السّالف الذكر بحيث استثنى الوالد وأبقى بقية عقود أنواع الهبة على أصل تحريم الرجوع. لأكثر تفصيل راجع: أبو العبّاس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقراي، الذّخيرة، ج6، المرجع السابق، ص. 267؛ عبد الله بن أحمد بن محمّد المقدسي الجماعيلي موقّق الدّين ابن قدامة، المغني، ج8، المرجع السابق، ص. 262.

³ - حسن محمّد بودي، موانع الرجوع في الهبة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص. 134.

⁴ - أبو محمّد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع نفسه، ص. 262؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخّاز الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج5، المرجع السابق، ص. 139؛ أبو محمّد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثّعلبي البغدادي المالكي، التّلقين في الفقه المالكي، المرجع السابق، ص. 552؛ أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، المرجع السابق، ص. 88؛ وأنظر في نفس المعنى: عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، المرجع السابق، ص. 313؛ عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمّد الجويني، أبو المعالي، ركن الدّين، الملّقب بإمام الحرمين، المرجع السابق، ص. 424.

إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ... "السَّالِفُ التَّخْرِيجُ"¹.

وجه الاستدلال به أنّ لفظ الوالد خاصٌّ لا يشمل أو يتناول غيره من سائر الأصول.

ورُدّ على هذا الاستدلال بأنّ لفظ الوالد عام يشمل كلّ الأصول وله نظير في الشّرع².

أما من حيث المعقول فقد ذهبوا إلى أنّ الجدّ غير ملزم بالنّفقة على ولد الولد، والجدّة في هذا تأخذ نفس الحكم، وبناءً على ذلك لم يجز لهما الرجوع فيما وهبا من عّار له قياساً على العم.

أجيب على هذا الاستدلال بوجود بون بين الجدّ والعم؛ كما أنّ قياس الجدّ على الأب قياس مع الفارق، والفرق بينهما إنّما يكمن في أنّ الإخوة يرثون مع الجدّ ولا يرثون مع الأب، وتبعاً لذلك لم يكن الجدّ في معنى الأب، وبالتالي لا يثبت له ما يثبت للأب من حقّ الرجوع المقرّر شرعاً³.

وبالرجوع إلى نطاق القانون الوضعي، نجد أنّ المشرّع المصري خوّل للواهب - بمقتضى المادة 500 من تقنينه المدني - حقّ الرجوع في هبة العّار إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له أو إذا استند إلى عذر يقبله القاضي مع عدم وجود مانع يمنع الرجوع.

ولمّا كانت الفقرة (هـ) من المادة 502 من نفس القانون قد حدّدت مانع المحرومية وجاءت بغير تخصيص وعلى وجه الإطلاق، حيث تسري جميع الهبات التي تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة رحم ومحرومية ومنها هبة الجدّ أو الجدّة لولد الولد؛ فإنّ القول بإخراجهما من حكم الفقرة المذكورة بحيث يجوز الرجوع فيها طبقاً لأحكام المذهب الفقهي القائل بجواز الرجوع أمر لا يعدو أن يكون تقييداً لمطلق النصّ

¹ - أنظر في تحريجه: الصّفحة السابقة.

² - قال شيخي زاده في هذا الصّدّد: " (و) يقتل (الفرع بأصله) وإن علا لعدم المسقط (لا) يقتل (الأصل بفرعه) لقوله - عليه الصّلاة والسلام - «لا يقاد الوالد بولده» فالوالد يتناول الجدّ من قبل الأب والأم وإن علا والوالدة والجدّة من طرف الأب والأم وإن علت...". أنظر: عبد الرحمن بن محمّد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجتمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 6، دار إحياء الثّراث العربي، د. ط، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 619.

³ - جاء في المنتقى "قَوْلُهُ الْأُمُّرُ الْمُجْتَمِعُ عَلَيْهِ عِنْدَنَا يُرِيدُ أَهْلَ الْمَدِينَةِ عَلَى سَاكِنِيهَا السَّلَامُ ثُمَّ قَالَ فِيمَنْ نَحَلَّ نَحْلًا أَوْ أَعْطَاهُ عَطَاءً لَيْسَ بِصَدَقَةٍ أَنَّ لَهُ أَنْ يَغْتَصِرَ ذَلِكَ مَا لَمْ يَسْتَحْدِثِ الْوَلَدُ دَيْنًا خَصُّ الْوَلَدِ بِذَلِكَ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ مِنْ مَذْهَبِ مَالِكٍ أَنَّهُ لَا يَغْتَصِرُ إِلَّا الْأَبَوَيْنِ مِنَ الْإِنِّ وَالْإِنِّ صِغَارًا كَانُوا، أَوْ كِبَارًا فَأَمَّا الْجَدُّ وَالْجَدَّةُ فَاخْتَلَفَ قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِمَا فَرَوَى عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ لَا يَغْتَصِرُ وَلَا يَلْزُمُهُ النَّفَقَةُ وَرِثَ مَعَهُ الْإِخْوَةُ وَلَا يَكُونُ بِيَدِهِ بَضْعٌ بَنَاتِ الْإِنِّ، وَرَوَى عَنْهُ أَشْهَبُ أَنَّ الْجَدَّ وَالْجَدَّةَ يَغْتَصِرَانِ كَالْأَبَوَيْنِ، وَبِهِ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ، وَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ وَهُوَ الْمَشْهُورُ مِنَ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْجَدَّ لَا يَلْزُمُهُ النَّفَقَةُ فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الْإِعْتِصَارُ كَالْعَمِّ، وَوَجْهُ الْقَوْلِ الثَّانِي أَنَّهُ أَذَلُّ بِالْأَبْوَةِ وَيُقَدَّمُ فِي الْمِيرَاثِ عَلَى الْأَخْوَةِ كَالْأَبِ". أنظر: أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيّوب بن وارث التّحجي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج 6، المرجع السابق، ص. 117.

بدون قيد وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص وهو ما لا يصح ولا يجوز انتهاء¹.

نفس الشيء يمكن أن يقال بالنسبة للتقنين المدني الفرنسي الذي اعتد بالقوة الإلزامية لعقد هبة العقار حيث لم يذكر حق رجوع الجد أو الجدة عن هبة عقارهما لولد الولد ولم يقيده بنص خاص مكتفياً بإيراد حالات الرجوع ضمن المادة 953 منه، ولم يستثن من كل ذلك سوى استثناء وحيد حول بموجبه للأزواج حق الرجوع عن هباتهم - عقارية كانت أو منقولة - بمناسبة أو أثناء فترة الزواج وفقاً لأحكام المادة 1096 من نفس القانون.

على أن المشرع الجزائري - ومن سار على نفس النهج² - قد تبني رأي المذهب الثاني القائل بعدم جواز رجوع الجد أو الجدة عن ما وهبها من عقار لولد الولد على اعتبار أن الاستثناء الذي جاءت به المادة 211 من ق. أ. ج متعلق بالأبوين دون سواهما لا غير³.

ومن ثم فإنّ الوالد يستطيع أن يعتصر هبة عقاره لولده جبراً عنه وبلا مقابل بصورة مطلقة، ذكراً كان أو أنثى، صغير السن كان أم كبيراً، فقيراً أم غنياً.

وإذاً بالوالد - هنا - الأب المباشر فلا يدخل في دلالة الجد وإن كان معتبراً أباً مجازاً، إذ الجد ليس له اعتصار ما وهبه من عقار لولده، وقد قيل في تبرير ذلك "حتى لا يتوسّع في تفسير لفظ الأب إلى ما لا نهاية فيشمل الجد وإن علا، لأن الأصل، كما يرى الجمهور، لا رجوع في الهبة، وإنما أجاز للأب استثناءً من هذا الأصل، فيجب ألا يتوسّع في هذا الاستثناء ولا يقاس عليه"⁴.

¹ - وقد قضى قضاء محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بالقول: "لما كان يجوز للواهب طبقاً لنص المادة 500 من القانون المدني الرجوع في الهبة إذا تراضي على ذلك مع الموهوب له، أو استند إلى عذر يقبله القاضي، إلا إذا وجد مانع من الرجوع في الهبة، وكانت المادة 502 من القانون المدني قد عدت موانع الرجوع في الهبة، ومن بينها مانعت عليه الفقرة (هـ) من أنه "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم"، ولما كان نص هذه الفقرة قد جاء عاماً بغير تخصيص مطلقاً بغير قيد، فيسري على جميع الهبات التي تربط الواهب فيها بالموهوب له قرابة الرحم والمحرومية، إذ هي هبات لازمة لتحقيق غرض الواهب منها - وهو صلة الرحم - بصور الهبة ذاتها، فلا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضي مع الموهوب له، و لما كان المقرر شرعاً أن بنات الإبن يعتبرن رحماً محرمات، فإنه لا يجوز للطاعن الرجوع في الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهن الخمس الأول، مما يعتبر معه العقد المشهر في: 1965/9/4 برقم: 26667 توثيق الاسكندرية بيعاً صحيحاً نافلاً للملكية العقار الكائنة به شقة النزاع للمطعون ضدهن الخمس الأول". أنظر: نقض في: 1984/12/27، طعن 544، س 49 ق، نقلاً عن أنور طلبة المرجع السابق، ص. 107 - 108.

² - كالمشرع الكويتي المتبني لنفس التوجه بمقتضى المادة 1/537 من تقنيته المدني، وكذا المشرع الإماراتي القائل بذلك بموجب المادة 652 من قانونه للمعاملات المدنية، وما جنح إليه أيضاً المشرع المغربي ضمن المادة 283 من مدوّنته للحقوق العينية انتهاء. أنظر في عرض هاته التصوص: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج 2، المرجع السابق، ص. 869 وما يليها.

³ - ويُراد بما الأب والأم المباشرين، وهذا هو ما تؤكد أيضاً الصياغة الفرنسية لنص المادة 211 من ق. أ. ج "Les père et mère"، وعليه فصياغة ذات المادة لا تشمل الجد والجدة. أنظر: مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 140، هامش رقم: 2.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 426؛ وأنظر في نفس المعنى: قرار محكمة الاستئناف العليا (الكويتية)، الدائرة الثانية، أحوال

نفس الشيء يقال بالنسبة للأم، فيقصد بالأم - تبعاً لما ذكر - الأم المباشرة، فلا يشمل لفظ الأم الجدة وإن علت لذات العلة المذكورة بالنسبة للأم إذا وهبت لولدها عقَّاراً كان لها حق اعتصاره مطلقاً¹.

وقد توضّح هذا التوجّه - بجلاء - في قضاء المحكمة العليا في الجزائر حينما قضت في أحد قراراتها الصادرة في: 21 مارس 2007 بالقول: "إنّ المجلس فسّر القانون تفسيراً خاطئاً، بل اجتهد في تفسيره مع أنّه واضح ولا يحتاج إلى أيّ اجتهاد، ذلك أنّه لا يمكن اعتبار الجدة بمثابة الأم، فحقّ الرجوع في الهبة منحه المشرّع للأبوين فقط"².

وهذا ما أكّده أيضاً قرار نفس المحكمة رقم: 554347 الصادر في: 15 جويلية 2010، ومما جاء في حيثياته "إنّ قضاة المجلس أعطوا أساساً قانونياً سليماً لما استندوا إلى نصّ المادة 211 من قانون الأسرة التي تنصّ بأنّ للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلّا في حالات نصّت عليها المادّة، والطّاعة بصفتها جدّة المطعون ضدهم لا يمكن اعتبارها والدّة لهم بمفهوم تلك المادّة، ولذلك فإنّ قضاة المجلس أصابوا بتطبيقهم تلك المادّة"³.

وما دام قد اعتبر لفظ الأبوين يشمل الأب والأمّ المباشرين، فإنّ لفظ الولد يقتصر فقط على الإبن المباشر فلا يتعدّاه إلى ابن الابن وإن نزل، ذاك ما قرّره قضاء المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 21 فيفري 2002⁴ حيث قضى بأنّ "الرجوع في الهبة يشمل الإبن وابن الإبن التابع لأبيه والذي لم يكن

شخصية، صادر في: 28/02/1966 تحت رقم: 1965/49، منشور بمجلة المحامي، ع5، ماي 1972، ص. 41 وما يليها. وقد أشار إليه: بدر جاسم يعقوب، نفس المرجع ونفس الصفحة.

¹ - خلافاً للمشهور في المذهب المالكي القاضي بإمكانية اعتصار الأمّ هبة عقّارها إن كان الولد كبيراً إبان الهبة، بغضّ الطّرف عمّا إذا كان له أب أم لم يكن، أمّا لو كان صغيراً فإنّه يجوز لها الاعتصار إن كان له أب وقت الهبة، فإن مات الأب بعد الهبة وكان الولد صغيراً فإنّ الصحيح - كما هو ثابت في المذهب المالكي - أن لا اعتصار لها؛ هذا فضلاً عن أنّه إن كان الولد الصّغير يتيماً وقت الهبة فليس لها الاعتصار قولاً واحداً. على أنّه يشار إلى أنّ محكمة الاستئناف العليا الكويتية تبنت الرأي الذي أورده الدّردير في شرحه الكبير بجواز الإعتصار بقوله: "(وَلَوْ تَيَّمَتِ الْوَلَدُ بَعْدَ هِبَتِهَا لَهُ فِي حَيَاتِهِ فَلَهَا الْإِعْتِصَارُ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ (عَلَى الْمُخْتَارِ) لِأَنَّهَا لَمْ تَكُنْ بِمَعْنَى الصَّدَقَةِ حِينَ الْهَبَةِ لِوُجُودِ أَبِيهِ". أنظر: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، المرجع السابق، ص. 111؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 426.

² - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 357544، الصادر في: 2007/03/21، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2007، ص. 255 وما يليها.

³ - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 554347، الصادر في: 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2010، ص. 255. وهو نفس توجّه المشرّع المغربي حيث قضى في قرار له حكّم به مجلسه الأعلى، ملف شرعي ع: 2005/1/62، رقم 74، الصادر بتاريخ 2007/01/31 بالقول: "إعتصار الهبة للأب وللأم فقط ولا يجوز للجدّ والجدّة كما جاء في قول خليل "ولأب اعتصارها من ولده كأم فقط وهبت ذا أب". أنظر: إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 232 وما يليها.

⁴ - أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 252350، الصادر في: 2002/02/21، م. ق، ع1، 2002، ص. 308.

مقصوداً بذاته...¹، وعليه يستشف بأنّ ابن الإبن إن قصد لذاته لم يجز للواهب الرجوع عنه، لأنّ هذا الأخير يصبح الجدّ لا الوالد.

مما سبق ينبغي بأنّ القول الفقهي القائل بجواز رجوع الجدّ والجدّة فيما وهبا من عَقَّار لولد ولدهما هو الأولى بالترجيح، مع إلحاح على المشرّع الجزائري بضرورة إلحاق الجدّ والجدّة بالأبوين المباشرين - الأب والأم - وتخويلهم حقّ الرجوع في هبتهما لولد الولد تبنيّاً لمذهب أنصار القول الأوّل القاضي بجواز رجوع الأصل - وإن علا - في هبته للفرع - وإن نزل - لقوّة أدلّتهم وسلامة توجّههم²، كون أنّ المولى عزّ وجلّ أطلق على الجدّ لفظ الأب في عديد آي الأحكام، من ذلكم: قوله تعالى ﴿... كَمَا أَخْرَجَ أَبَوَيْكُم مِّنَ الْجَنَّةِ...﴾³ ويقصد بهما أبوا البشرية آدم وحواء، وقوله أيضاً على لسان سيّدنا يوسف - عليه السّلام -: ﴿وَاتَّبَعْتُ مِلَّةَ آبَائِي إِبْرَاهِيمَ وَإِسْحَاقَ وَيَعْقُوبَ...﴾⁴، وما حُكي في صاحبي الدار ﴿وَكَانَ أَبُوهُمَا صَالِحًا...﴾⁵، وتديلاً على هذه الآية ورد عن جعفر بن محمد الصادق: "كان بين الغلامين وبين الأب الذي حفظاً فيه سبعة آباء"⁶.

بناء على ما تقدّم، فإنّه ليس ثمة مانع من الاعتداد بالجدّ والجدّة في حكم الأبوين المباشرين، وبالتالي كان من الأجدي تخويلهما حقّ الرجوع فيما وهباه من عَقَّار لولد ولدهما بالتبعية.

البند الثالث: مدى جواز إسقاط حق الرجوع في عقد هبة العَقَّار

إذا كان الإسقاط هو "إزالة الحقّ الثابت مع عدم نقله إلى غير المختصّ به، سواء كانت هذه الإزالة بعوض أو بدون عوض"⁷، فما مدى قيام حقّ الرجوع وبقائه ثابتاً وإن أسقط من الواهب؟.

¹ - لا كما فهمه البعض من أنّ المقصود بالإبن ضمن قضاء المحكمة العليا ليس الإبن من الصّلب وحسب، بل يشمل فضلاً عن ذلك ابن الإبن أيضاً. أنظر: خالد سماحي، المرجع السابق ص. 224.

² - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 135؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 141.

³ - سورة الأعراف، الآية: 27.

⁴ - سورة يوسف، الآية: 38.

⁵ - سورة الكهف، الآية: 82.

⁶ - شرف الدّين الحسين بن عبد الله الطّبي، فتوح الغيب في الكشف عن قناع الرّيب (حاشية الطّبي على الكشّاف) ت: إباد محمّد الغوج، ج9، الناشر جائزة دبي للقرآن الكريم، د. ب. ط، ط1، 2013، ص. 536؛ أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الرّنخشري جار، الكشّاف عن حقائق غوامض التّنزيل، ج2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407 هـ، ص. 742؛ نظام الدّين الحسن بن محمّد بن حسين القميّ النّيسابوري، غرائب القرآن ورغائب الفرقان، ت: الشّيخ زكريّا عميرات، ج4، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1416 هـ، ص. 453.

⁷ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 235.

فإذا أسقط الواهب حقّه في الرجوع بأن قال: أسقطت حقّي في الرجوع، فهل يسقط هذا الحقّ بإسقاطه؟.

في هذا الصدد إنشطر رأي الفقهاء إلى قولين:

الأول: مؤداه أنّ الواهب يبقى قادراً على نقض هبة عقاره حتّى وإن التزم عدم الرجوع فيها، بمعنى أنّ الواهب إذا أسقط حقّه في الرجوع فإنّه لا يسقط بل يظل قائماً. بهذا نادى فقهاء الحنفية¹، والشافعية² وجمهور الحنابلة³، حيث قرروا بأنّ حق الرجوع في هبة العقار لا يسقط بإسقاط الواهب - لا مجّاناً ولا بعوض - كما لا يصحّ الإبراء عنه.

هذا، ولم يرد عن ابن حزم قولٌ في إسقاط حقّ الرجوع في عقد هبة العقار، بيد أنّ المتمعّن في قواعد مذهبه يجد أنّها تقضي بعدم صحّة إسقاط الواهب حقّه في الرجوع فيما وهبه لولده من عقار على اعتبار أنّه حقّ أوجبه السّنة، وتبعاً لذلك لا يصحّ إسقاطه بأيّ حال من الأحوال⁴.

وقد احتجّ أصحاب القول الأوّل على صحّة قولهم المذكور أعلاه بالقياس والمعقول:

فأمّا القياس: فإنّ قياس عدم سقوط حقّ الرجوع في عقد هبة العقار بالإسقاط على عدم سقوط الحقّ في الميراث والاستحقاق في الوقف، فيثبت جبراً ولا يسقط بالإسقاط⁵.

¹ - قال ابن نجيم مدلاً على هذا القول: "قَالَ فِي الْبَرْائَةِ لَوْ قَالَ الْوَاهِبُ أَسْقَطْتُ حَقِّي فِي الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ لَا يَسْقُطُ". مع الإشارة إلى أنّه يسقط إذا جعل العوض عن الهبة، على اعتبار أنّ هذا الأخير مانع من موانع الرجوع. قال شيخه زاده في هذا الشأن: "(يصحّ الرجوع فيها) أيّ في الهبة بعد القبض، ولو مع إسقاط حقّه من الرجوع بأن قال: أسقطت حقّي من الرجوع (كلاً أو بعضاً) ما لم يمنع مانع من الموانع ... وسقط حقّ الواهب في الرجوع في الهبة إذا قبض العوض؛ لأنّ العوض لإسقاط الحقّ فيصحّ من الأجنبي كبذل الخلع ...". أنظر: زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، د. ب. ط، ط 2، د. س. ط، ص. 243؛ عبد الرحمن بن محمّد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمّع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 2، المرجع السابق، ص. 359 - 361.

² - ذكر الزملي توجه الشافعية في هذا الصدد بالقول: "وَلَهُ [أيّ الواهب] الرَّجُوعُ فِي بَعْضِ الْمُؤْهَبِ وَلَا يَسْقُطُ بِالْإِسْقَاطِ". أنظر: شمس الدّين محمّد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الزملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984، ص. 417.

³ - أورد البهوتي رأي الحنابلة في إحدى رواياتهم بالقول: "(ولو أسقط) الأب (حقّه من الرجوع) فله الرجوع لأنّه حقّ ثبت له بالشّرع، فلم يسقط بإسقاطه". أنظر: منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، المرجع السابق، ص. 313.

⁴ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 236.

⁵ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيد، المرجع السابق، ص. 159.

وأما المعقول، فلأنّ هذا الحقّ ثبت بطريق الشرع، وما ثبت بهذا الطريق فإنّه لا يسقط بإسقاطه "كما لو أسقط الوليّ حقّه من ولاية التّزويج"¹.

تمّ مناقشة استدلال أصحاب هذا القول بالقياس بكونه قياس مع الفارق.

ويمكن الفرق بينهما: أنّ الولاية في الزّواج حقّ لله تعالى كما هي حقّ للمرأة، بدليل إثمه بالعضل على عكس حقّ الرجوع في الهبة فإنّه حقّ خالص للأب².

بناء على ما سبق، لا يعتدّ بتنازل الواهب عن حقّه في الرجوع عن هبة عّاره، إذ يظلّ ثابتاً في ذمّته كونه حقّ خوّل له من لدن الشرع ابتداءً.

الثاني: مفاده إذا أسقط الوالد حقّه في الرجوع فيما وهبه من عّار لولده، سقط حقّه هذا بالمرّة.

إلى ذلك أشار المالكية³ والحنابلة في رواية ثانية لهم⁴.

وقد استدلل أصحاب هذا القول بدليل من المعقول فقول:

"وقال في المنتهى: يسقط رجوعه لأنّه مجرّد حقّه، وقد أسقطه، والفرق بينه وبين ولاية النّكاح أنّ ولاية النّكاح حقّ عليه لله تعالى، وللمرأة بدليل إثمه بالعضل بخلاف الرجوع فإنّه حقّ للأب"⁵.

وتبعاً لذلك فإنّ حقّ الرجوع هو خالص حقّ الوالد له كامل الحرّية في أن يتصرّف فيه كما يريد، وقد أسقطه فيسقط بإسقاطه⁶.

تمّ مناقشة هذا الاستدلال بالقول بأنّ حقّ الرجوع ثابت للواهب بالشرع فلم يسقط بإسقاطه، سيما وقد قال النّبي - صلى الله عليه وسلّم - "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبُ هِبَةً، فَيَرْجِعُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ فَإِذَا شَبِعَ فَأَتَمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ"⁷.

¹ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع السابق، ص. 313.

² - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

³ - محمّد بن أحمد بن عرفة الدّسوقي المالكي، حاشية الدّسوقي على الشّرح الكبير، ج 4، المرجع السابق، ص. 99.

⁴ - منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج4، المرجع نفسه، ص. 313.

⁵ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

⁶ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السابق، ص. 159.

⁷ - سبق تخريجه، أنظر الصّفحة 627 من هذه الدّراسة.

وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد بأنّ التقنين المدني الفرنسي ونظيره المصري وكذا قانون الأسرة الجزائري جاؤوا أخلاء من التنصيص بنص صريح في هذا الخصوص إلّا ما ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري من الإشارة إلى ذلك بالقول: "... ويلاحظ أنّ الواهب إذا تنازل عن حقّ الرجوع فإنّ تنازله لا يعتبر، ويجوز له الرجوع بالرغم من هذا التنازل"¹.

فإذا كان التقنين المدني المصري - ومن اقتفى أثره - لم ينصّ صراحة على جواز اتّفاق الأطراف المتعاقدين على استبعاد حقّ الرجوع من عدمه، فقد اضطلع الفقه المدني بتناول هذه المسألة وتقرير أحكامها، من ذلكم ما ذهب إليه غالبية الفقه المصري² من أنّه لا يجوز الاتّفاق على استبعاد حقّ الرجوع على اعتبار أنّ الواهب إذا تنازل عن حقّه في الرجوع فإنّ تنازله لا يعتدّ به ويسوغ له الرجوع بالرغم من هذا التنازل.

هذا، ويتسق هذا التوجّه المتبني من لدن الفقه المصري وحكم فقهاء الجمهور³ (القول الأوّل)، كون أنّ حقّ الرجوع في هبة العقار هو حقّ الله تعالى ثبت للواهب بطريق الشّرع فهو في سياق أحكام النّظام العام الذي لا يجوز مخالفته كما اصطلاح عليه لدى رجال القانون⁴، وعليه، فإنّ كلّ اتّفاق مقدّم على إسقاط حقّ الواهب في الرجوع عن هبة عقاره يقع باطلاً، ولكن هذا لا يمنع من تنازل هذا الأخير (الواهب) عن استعمال هذا الحقّ بعد قيامه وبعد وجود العذر المبرّر له⁵.

قال السنهوري مؤكّداً "على أنّ الرجوع في الهبة - مقيّداً بهذه القيود - يعتبر من النّظام العام، فلا يجوز للواهب أن يتفق مع الموهوب له مقدّماً على التّزول عنه، وإمّا يجوز له، بعد قيام العذر في الرجوع، أن ينزل عن هذا الحقّ بعد وجوده ... ونصّت المادة 1/530 من تقنين الموجبات والعقود اللّبناني على أنّه "لا يجوز العدول مقدّماً عن دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود. وتسقط هذه الدّعوى بحكم مرور الزّمن بعد

¹ - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 292.

² - أنظر: جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 248؛ محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 202؛ محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 168.

³ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 422.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، المرجع نفسه، ص. 248. هذا، وقد كانت المادة 515 من قانون الأحوال الشّخصية لقنري باشا تقضي بأنّه: "يصحّ الرجوع في الهبة، كلاً أو بعضاً ولو أسقط الواهب حقّه، ما لم يمنع مانع من الموانع في المواد السّبعة الآتية ...".

⁵ - يرى محمود جمال الدّين زكي أنّ تبني هذا الحكم بالرغم من عدم وجود نصّ واضح يبقى محلّ جدل وشكّ كبير، وبالموازاة مع ذلك لم تنصّ معظم التشريعات المدنية العربية على هذا الحكم إلّا ما أشير إليه - عن استحياء - من لدن تقنين الموجبات والعقود اللّبناني ضمن المادة 1/530 منه بالقول: "لا يجوز العدول مقدّماً عن دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود، وتسقط هذه الدّعوى بحكم مرور الزّمن بعد سنة واحدة تبتدئ من يوم علم الواهب بالأمر". أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 173، هامش رقم: 3.

سنة واحدة من تبتدئ من يوم علم الواهب بالأمر".

وحكم الفقه الإسلامي¹ في هذه المسألة أنه يجوز للواهب الصلح عن حق الرجوع، ويعتبر البذل في هذه الحالة كعوض عن الهبة. ولا يجوز له إسقاط هذا الحق، لأنه حق الشارع².

في حين ذهب رأي آخر إلى القوار بجواز التنازل عن حق الرجوع في عقد هبة العقار؛ بمعنى أنه يسوغ للواهب والموهوب له أن يتفقا على عدم جواز التنازل كقيد اتفاقي يحد من حرية الرجوع المطلقة، بل أن الأولى القول بجواز التنازل عن حق الرجوع للدواعي الآتية:

- كون أن التشريع يروم إلى زيادة القوة الملزمة لعقد الهبة، كما ينظر إلى الرجوع كحق استثنائي لا مجال للتوسّع فيه أو الارتقاء به إلى مستوى النظام العام.

- كون أن العذر المقبول الذي يتيح للواهب استعمال الرجوع، لا يخرج في مضمونه عن إنزال الجزاء بالموهوب له الذي لم يحمّد للواهب صنيعة، أو حماية الواهب وذويه إذا وقع الواهب في الحاجة أو رزق مولوداً بعد الهبة. وطالما كان هذا هو الأساس، فإنه يمكن القول بجواز التنازل عن حق الرجوع، لأنّ للواهب أن يتنازل عن تسليط الجزاء على الموهوب له، فضلاً عن الحماية التي يمكن أن يحققها له الرجوع مستقبلاً.

- أن حق الرجوع في هبة العقار حق ضعيف في ذاته يسمح القانون بالقضاء عليه إذا ما وجد أحد الموانع ولم يبادر هذا الأخير إلى حماية الواهب كما في بعض الصور التي كان من الممكن ألا يهدر فيها حق الرجوع إهداراً تاماً كحالة التصرف في الموهوب أو هلاكه حيث كان يمكن التّنصيص على انتقال حق الواهب إلى ما يحل محل الشيء من ثمن أو تعويض. وتبعاً لذلك: فإنه إذا كان هذا هو سقف حرص القانون على حماية الواهب فإنه يعسر القول بأن حق الرجوع يبقى رغم التنازل عنه، ومهما يكن من بد فلا ريب في صحة التنازل عن استعمال حق الرجوع بعد قيام سببه³.

إنهاءً وبالموازنة بين مختلف الأقوال، ينبري - انتهاءً - رجحان القول الفقهي الثاني لمذاهب الفقه

¹ - تجدر الإشارة إلى أن القول الذي ساقه السنهوري ليس هو حكم الفقه الاسلامي برمته، بل هو بعض مذاهبه فقط. على أنه بعد الرجوع إلى مؤلف إلزام التبرعات للأستاذ أحمد إبراهيم إبراهيم المعتمد عليه من لدنه كمرجع لهذا القول؛ نجد أن هذا الأخير ورد فيه العبارة الآتية دون إسناده إلى مجموع الفقه الاسلامي، وهذه العبارة هي كالآتي: "يجوز للواهب الصلح عن الرجوع، ويعتبر البذل في هذه الحالة كعوض عن الهبة، ولا يجوز له إسقاط هذا الحق، لأنه حق الشارع". أنظر: أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ج5، المرجع السابق، ص. 53.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 185، هامش رقم: 3.

³ - وهذا هو رأي أكثم أمين الخولي، أنظر مؤلفه: المرجع السابق، ص. 105 - 182 وما يليها؛ محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص.

الإسلامي - ومن تبناه من آراء فقهية وضعية - لقوة الأدلة المعروضة من طرف الفقهاء القائلين به وسلامتها من المعارض.

ومع أنّ المشرّع الجزائري أغفل تناول مسألة إسقاط أحد الوالدين حقه في الرجوع في عقد هبة العّار، فإننا نحيب به أن يتبى ما قال به المالكية - بوصفه المرجع الأساسي في سنّ موادّ عقد الهبة - وأشار إليه الحنابلة في روايتهم الثانية¹ للدواعي الآتية:

- كون أنّ هبة العّار بوصفه عقداً يتحكّم فيه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المؤسّسة على حرية الأطراف في بنائه مع مراعاة عدم مخالفتهم للشّرع والقانون.

- تبعاً لذلك، فإنّ الرجوع عن عقد هبة العّار حقّ شخصي، وكونه كذلك فلا يمكن وصفه بأنّه ماسّ بالنّظام العام فضلاً عن مخالفته له ابتداءً.

- وبناءً عليه، إذا اشترط أحد الوالدين على نفسه في متن عقد هبة العّار عدم الرجوع المطلق أسقط حقه في ذلك - بمشيئته - فألزمه تنازله انتهاءً².

- إنّساقاً مع ما سلف، يجدر التذكير بأنّ ما ورد في المذكرة الإيضاحية للتّقنين المدني المصري - ومن اقتفى أثره - لا يختلف عن المذهب الشافعي الذي ذهب إلى عدم جواز إسقاط حقّ الرجوع في عقد هبة العّار لأنّه حقّ الشّارع، وحقّه في ذلك أنّ حقّ الرجوع للوالد ثبت له بمقتضى الشّرع فلم يسقط بإسقاطه كما لو أسقط الوليّ حقه من ولاية النّكاح. وطالما أنّ هذا الاستدلال دحض بمقولة أنّه قياس مع الفارق كون أنّ الولاية في الزّواج حقّ عليه الله تعالى كما هي حقّ للمرأة بدليل أنّه يأثم بالعضل، وهذا خلافاً لحقّ الرجوع في الهبة فإنّه حقّ خالص الوالد يتصرّف فيه كيفما يشاء، فإن أسقطه أسقط بإسقاطه وهذا ما جنح إليه المالكية والحنابلة ابتداءً؛ فإننا نميل - تبعاً لذلك - إلى ترجيح قول المذهبين الأخيرين في المسألة لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض على عكس ما قرّرت المذكرة الإيضاحية المحلّلة أعلاه ونحاز إليها فقهاء في هذا الشأن. ومن ثمّ كان لا داعي النصّ على جواز إسقاط حقّ الرجوع في التّشريع الجزائري إعمالاً للقواعد العامة التي تميز للشّخص التنازل عن حقّ حوّله إياه القانون.

¹ - خلافاً لما ذهب إليه بعض المؤلّفين المصريين اقتداء بقول الأحناف المذهب المعتنق من لدنهم، من ذلكم مثلاً ما رجّحه محمّد محمّد سليمان بدر بالقول: "مما سبق يتّضح لنا، أنّه لا يجوز للواهب أن يسقط حقه في الرجوع سواء كان ذلك قبل إبرام العقد أو بعده، لأنّ هذا الحقّ حقّ الشّارع، ومن ثمّ فلا يجوز إسقاطه". أنظر: محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 236.

² - مايا دقاشية، المرجع السابق، ص. 142.

المطلب الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار

تباينت أقوال المدارس الفقهية الإسلامية كما التشريعات الوضعية حول مسألة حق الرجوع في عقد هبة العقار بين فائلٍ بجوازه ومانعٍ له ولكلٍّ حججه وأسانيده.

ويبدو أنّ حكم هذه المسألة والاختلاف الواقع فيها مبنيٌّ - في الأساس - على مسألة حكم اشتراط الحيابة في هبة العقار السابق التفصيل فيها أقوالاً وأدلة¹.

ولأجل عرض مسألة حكم الرجوع في عقد هبة العقار يحسن بنا بيان حكم الرجوع فيه ضمن الفقه الإسلامي ابتداءً (الفرع الأول)، ثمّ تناول حكم نفس الرجوع فيه في القانون الوضعي انتهاءً (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد هبة العقار في الفقه الإسلامي

لأجل توضيح حكم عقد هبة العقار قبل القبض، فإنّه يستلزم بيان حكم هذا العقد من حيث كونه عقدًا جائزًا أم لا، ثمّ بيان هذه المسألة ومدى اتّفاق أو اختلاف فقهاء مدارس الفقه الإسلامي بصددّها، فضلاً عن ما استقرّت عليه التشريعات الوضعية في هذا الشأن.

وتبعاً لذلك سنحاول التطرّق إلى بيان حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن الفقه الإسلامي قبل القبض بداءةً (البند الأول)، ثمّ بحث نفس الحكم بعد القبض انتهاءً (البند الثاني).

البند الأول: حكم الرجوع في عقد هبة العقار قبل القبض

إنطلاقاً من تباين أقوال الفقهاء حول اشتراط القبض في عقد هبة العقار هل هو شرط صحّة أم شرط تمام، فقد اختلفوا - تبعاً لذلك - حول جواز الرجوع فيها قبل حوزها. فمنهم من قال بجوازه ومنهم من أبي جوازه - على تفصيل عندهم - إلى قولين:

الأول: ذهب أنصاره إلى القول بأنّ عقد هبة العقار قبل القبض عقد جائز غير لازم، إذ لا يلزم إلّا بالقبض. وتبعاً لذلك يمكن للواهب بعد العقد وقبل القبض أن يرجع في هبته بإرادته المنفردة دون رقابة عليه من قضاء أو استلزام لرضاء الموهوب له في هذا الصدد.

واستطراداً لذلك، يبقى العقار الموهوب في ملكية الواهب يحقّ له التصرف فيه بكافة أنواع التصرفات

¹ - راجع الصفحة 278 وما يليها من هذه الدراسة.

كون أنّ عقد هبة العتار لم يتمّ لعدم القبض.

بهذا نادى جمهور الفقهاء: الحنفية¹، والشافعية²، والإمامية³ وبعض الصحابة وعموم الفقهاء⁴.

وقد ساق أنصار هذا القول تدليلاً ما تبوّه، أدلة من السنة والأثر والإجماع والمعقول، وأهمّ أدلتهم كانت كالآتي:

¹ - جاء في المبسوط على لسان السرخسي استدلالاً على هذا القول: "ثمّ المملوك لا يثبت في الهبة بالعقد قبل القبض". وذكر الكاساني في بدائع الصنائع أنّه "وفي بيان شرائط صحة القبض ... فقد اختلف فيه، قال عامة العلماء شرط والموهوب قبل القبض على ملك الواهب يتصرّف فيه كيف شاء، وقال مالك - رحمه الله - ليس بشرط وملكه الموهوب له من غير قبض". كما أشار إلى ذلك ابن عابدين في حاشية فقال "قولُهُ: بِالْقَبْضِ) فَيُشْتَرَطُ الْقَبْضُ قَبْلَ الْمَوْتِ، وَلَوْ كَانَتْ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ لِلْأَجْنَبِيِّ كَمَا سَبَقَ فِي كِتَابِ الْوَقْفِ ... إِذْ الْقَبْضُ شَرْطٌ". وألع شيخه زاده في مجمع الأثر هذا التوجه فقال: "(وتتمّ) الهبة (بالقبض الكامل)، ولو كان الموهوب شاغلاً لملك الواهب لا مشغولاً به لقوله - عليه السلام - : «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» والمراد هنا نفي الملك لا الجواز؛ لأنّ جوازها بدون القبض ثابت خلافاً لملك، فإنّ عنده ليس القبض بشرط الهبة". أنظر في الأقوال السابقة: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48؛ علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج 3، المرجع السابق، ص. 353.

² - قال الشيرازي في المهذب: "ولا يملك الموهوب منه الهبة من غير قبض لما روت عائشة رضي الله عنها أن أباهما نخلها جذاذ عشرين وسقاً من ماله فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية إنّ أحبّ الناس غني بعدي لأنّك وإن أعزّ الناس عليّ فقراً بعدي لأنّك وإن كنت نخلتك جذاذ عشرين وسقاً من مالي ووددت أنّك جذذته وحزته وإنّما هو اليوم مال الوارث ...".

ونظراً لأهمية القبض عند الشافعية صرح بعض فقهاء المذهب بركيته، من ذلك ما نقله الرافعي في مؤلفه العزيز شرح الوجيز في قوله: "قال الغزالي: الثالث: القبض وبه يحصل الملك، فإنّ مات الواهب قبل القبض تحيّر الوارث في الإقباض، وقيل: ينفسخ كالوكالة، وكما قبل القبول، ولو قبضتها المتّهب دون إذن الواهب لم يحصل الملك. قال الرافعي: الركن الثالث: القبض، ولا يحصل الملك في الهبات والهدايا إلا بعد حصول القبض؛" وفي نفس المعنى أورد الشريبي في مغني المحتاج بأنّه "ولا يملك موهوب) بالهبة الصحيحة غير الصّحيّة وذات الثّواب الشّاملة للهدية والصّدقة (ألا يقبض)، فلا يملك بالعقد لما روى الحاكم في صحيحه «أنّه - صلى الله عليه وسلم - أهدى إلى النّجاشي ثلاثين أوقية مسكاً ثمّ قال لأُمّ سلمة إنّني لأرى النّجاشي قد مات ولا أرى الهدية التي قد أهديت إليه إلاّ تستردّ فإذا ردّت إليّ فهي لك فكان كذلك". أنظر في الأقوال المحلّة أعلاه: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، المرجع السابق، ص. 334؛ عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، المرجع السابق، ص. 318؛ شمس الدّين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 3، المرجع السابق، ص. 565.

³ - أورد ابن المرتضى في البحر الرّخاز ما يؤيد هذا القول فقال: "وإذا مات الواهب قبل القبض فوجهان: تبطل لعدم لزومها كالوكالة، ولا، إذ تقول إلى اللزوم كالبيع بخيار ...". أنظر: أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الرّخاز الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 132؛ محمد بن الحسن الحر العاملي، وسائل الشّيعية إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج 3، م 13، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 337.

⁴ - جاء في المجموع شرح المهذب ما يلي: "قال المروزي: إتفق أبو بكر وعمر وعثمان وعلي، على أنّ الهبة لا تجوز إلاّ مقبوضة، ويروى ذلك عن النّحعي والثّوري والحسن بن صالح والعنبري والشافعي وأصحاب الرّأي لما ذكرنا". أنظر: أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف الثّوري، المجموع شرح المهذب (مع تكملة السّبكي والمطيعي)، ج 15، المرجع السابق، ص. 381؛ أبو محمد موفّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعاعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 244.

فمن السنة: ما رواه مالك في الموطأ عن عائشة رضي الله عنها - زوج النبي - صلى الله عليه وسلم - أنها قالت: إن أبا بكر الصديق كان نخلها جاداً عشرين وسقاً من ماله بالغباء، فلما حضرته الوفاة قال: والله - يا بُنَيَّه - ما من الناس أحد أحبَّ إلى غني بعدي منك، ولا أعزَّ عليّ فقراً بعدي منك، وإني كنت نخلتك جاداً عشرين وسقاً، فلو كنت جددته، واحتزته كان لك، وإنا هو اليوم مال وارث، وإنا هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله¹.

وجه الدلالة من هذا النص، فَعَل الصديق بهبته لابنته ورجوعه فيها قبل حوزها، فلو كانت الهبة قبل الحوز لازمة ما رجع فيها، فدل ذلك على أنَّ الهبة قبل القبض غير لازمة، ومن ثمَّ أمكن الواهب الرجوع في هبته قبل قبضها.

وكذلك أشار إليه الشوكاني حينما قال: "وَهَذَا الْأَثَرُ يَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ إِنَّمَا تُمْلِكُ بِالْقَبْضِ لِقَوْلِهِ: "لَوْ كُنْتُ جَدَدْتِهِ وَاحْتَرَزْتِهِ كَانَ لَكَ"، وَذَلِكَ لِأَنَّ قَبْضَ الثَّمَرَةِ يَكُونُ بِالْجَدَاذِ وَقَبْضُ الْإِزْثِ بِالْحَرْثِ، وَقَدْ نَقَلَ ابْنُ بَطَّالٍ: اتَّفَقَ الْعُلَمَاءُ أَنَّ الْقَبْضَ فِي الْهَبَةِ هُوَ غَايَةُ الْقَبُولِ"².

- ما روي عن الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَبْدِ الْقَارِيِّ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ، قَالَ: "مَا بَالُ أَقْوَامٍ يَنْجَلُونَ أَوْلَادَهُمْ نُحْلًا فَإِذَا مَاتَ ابْنُ أَحَدِهِمْ قَالَ مَالِي فِي يَدِي، وَإِذَا مَاتَ هُوَ قَالَ: كُنْتُ نُحْلَتُهُ وَلَدِي، لَا نُحْلَةَ لَكَ إِلَّا نُحْلَةً يَحْزُوهَا الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ، فَإِنْ مَاتَ وَرَثَةٌ"³.

وجه الدلالة نصَّ على عدم لزوم هبة العتار قبل حوزها، بالتالي فهو يفيد بجواز الرجوع فيها بدليل قول عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ "لَا نُحْلَةَ لَكَ إِلَّا نُحْلَةً يَحْزُوهَا الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ"⁴.

ومن الأثر: أقوال الصحابة - رضوان الله عليهم - في هذه المسألة، فقد روي عن أبي بكر وعثمان وعلي ومعاذ وابن عباس وابن عمر أنهم صرحوا بأنه "لا تجوز الصدقة حتى تقبض"⁵. فهذه الآثار تدلُّ

¹ - سبق تخريجه، وأنظر أيضاً: محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهرى، المرجع السابق، ص. 217. وهو من غريب الحديث، أنظر: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، المرجع السابق، ص. 244؛ وأنظر في شرحه: مصطفى الخرن، مصطفى البغا، علي الشرنجي، المرجع السابق، ص. 127.

² - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج 5، المرجع السابق، ص. 418.

³ - أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورُجُدي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الصغير للبيهقي، ت: عبد المعطي أمين قلنجي، ج 2، جامعة الدراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط 1، 1998، ص. 338، أثر رقم: 2233.

⁴ - محمد بن محمد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 111.

⁵ - وقد روي مرفوعاً بلفظ "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة". جاء في عمدة القاري بأنه "هَذَا حَدِيثٌ مُنْكَرٌ لَا أَصْلَ لَهُ، بَلْ هُوَ مِنْ قَوْلِ إِبْرَاهِيمَ النَّحْعِيِّ، رَوَاهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ فِي (مُصَنَّفِهِ)". أنظر: أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة

صراحة على جواز الرجوع في هبة العقار قبل القبض.

ومن الإجماع: ومؤداه بأن هذا القول سبق روايته ونقله عن الصحابة - رضوان الله عليهم - أبي بكر وعمر وعثمان وغيرهم الذين أكدوا بأن "الهبة لا تجوز إلا مقبوضة" فلم يعرف لهم مخالف فكان إجماعاً¹.

أما من المعقول: فقد نقل الكاساني بأن هبة العقار "عقد تبرع، فلو صحّت بدون القبض لثبت للموهوب له ولاية مطالبة الواهب بالتسليم فتصير عقد ضمان وهذا تغيير المشروع بخلاف الوصية، لأنه ليس في إيجاب الملك فيها قبل القبض تغييرها عن موضعها، إذ لا مطالبة قبل التبرع وهو الموصي لأنه ميت وكذلك القبض شرط جواز الصدقة لا يملك قبل القبض عند عامة العلماء..."².

ومما أضيف في نفس السياق ما ساقه السرخسي من أن عقد هبة العقار "عقد تبرع، فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية، وتأثيره: أن عقد التبرع ضعيف في نفسه؛ ولهذا لا يتعلق به صفة اللزوم. والملك الثابت للواهب كان قوياً؛ فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم إليه ما يتأيد به: وهو مؤنه في الوصية؛ لكون الموت منافياً لملكه، وتسليمه في الهبة لإزالة يده عنه بعد إيجاب عقد التملك لغيره"³.

تم مناقشة أدلة الفريق الأول من لدن مخالفينهم من عدة أوجه، فقليل:

- بأن هذا الدليل من السنة دليل خاص بما فيه حق توقيه، وأجيب على ذلك بأنه وإن كان الأمر كذلك إلا أنه ملحق به ما سواه لتحقيق المعنى فيه.

- تؤوّل قول الصحابي بكونه ليس بحجة قاطعة على عدم اللزوم، وزدّ عليه بأن أقوال الصحابة في مثل هكذا مواضع ترقى إلى مرتبة البرهان القاطع، لأن ذلك لا يكون إلا عن توقيف عن صاحب الوحي - عليه الصلاة والسلام - وليس للرأي فيه أدنى متسع.

- مثل هذه الحجج خارجة عن محل النزاع كون أن ما حصل من الصديق أبي بكر هو مجرد وعدٍ بالهبة وما وقع من عمر بن الخطاب هو مجرد استهجانٍ لفعل الرجوع قبل القبض لا غير.

وزدّ على ذلك بالقول بأن "قول أبو بكر لابنته عائشة "نخلتك" بين في وقوع الهبة، وليس عدّة بها، كما دلّ عليه علم اللغة المؤيد لذلك لعدم وجود القرينة الصارفة عن المعنى الظاهر.

القاري شرح صحيح البخاري، ج 13، المرجع السابق، ص. 156.

¹ - أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي، المرجع السابق، ص. 115.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 48.

وكذلك الحال في قول عمر بن الخطاب، إذ ليس هو بحجة على استهجان فعل الرجوع فحسب، بل أن قوله "لَا نَحْلَةَ لَكَ إِلَّا نَحْلَةً يَحْوِزُهَا الْوَلَدُ دُونَ الْوَالِدِ" جاء بمعنى دون القبض من الوالد، على أن فعل الحوز في الهبة شرط تمام فيها وبدونه يصح الرجوع على الإطلاق¹.

- لما عقد الواهب عقد الهبة باقتران إيجابه بقبول الموهوب له، فقد ألزم نفسه بتسليم العتار الموهوب تبعاً للقاعدة القاضية بأنه "من ألزم نفسه معروفاً لزمه".

- إدعائهم بكون عقد هبة العتار ضعيف في ذاته، هو نفس الدعوى كذلك؛ إذ يبقى الخلاف جارٍ إزاء الفرضية الآتية: هل هذا العقد ضعيف في نفسه فلا يلزم حتى يتأيد بما يقويه؟ أم أنه يلزم من غير ذلك شأنه في ذلك شأن باقي العقود؟. إجابة على ذلك فقد رأى المالكية بأنه كبقية العقود وليس هو بضعيف حتى يحتاج إلى من يتأيد به مثله مثل الوصية التي تلزم بنفس القول وضرورة حصول الإيجاب والقبول².

- إن الأدلة المسوقة أعلاه معارضة بما احتج به أنصار القول الثاني - كما سيرد في حينه - من لزوم هبة العتار بالعقد دون القبض قياساً على الوقف والوصية ونحوهما.

أجيب على ذلك بأن أدلة أنصار الفريق الثاني جاءت في سياق حكم الهبة المقبوضة، علاوة على أن القياس على الوقف والوصية ونحوهما لا يصح، ذلك لأن الحبس مؤداه إخراج ملك إلى المولى عز وجل فخالف مختلف التمليكات، والوصية تلزم في حق الوارث انتهاء³.

الثاني: قضى القائلون به بكون عقد هبة العتار عقد يفيد اللزوم بمجرد انعقاده بتوافر عاقيه ومحله وصيغته، ومتى انعقد لازماً بهذه الشاكلة، فإنه لا يجوز الرجوع فيه إلا بشروط معينة؛ بالتالي لا يشترط فيه الحوز كون أن هذا الأخير شرط تمام وليس بشرط صحة، لأن الهبة تمليك بالقول على المشهور وللموهوب طلبها من الواهب بعد العقد، فإن امتنع جاز إجباره على الإقباض كالبيع.

إلى هذا الاتجاه نحى الإمام مالك⁴ - رحمه الله - في الأساس، وعلى

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013، ص. 546.

² - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 117.

³ - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشَّهير بابن قدامة المقدسي، المغربي، ج 6، المرجع السابق، ص. 248 - 249؛ أحمد إبراهيم إبراهيم، إلتزام التبرعات، ع5، المرجع السابق، ص. 616 وما يليها.

⁴ - قال ابن رشد في بداية المجتهد: "وقال مالك: ينعقد [أي عقد الهبة] بالقبول ومُجبر على القبض كالبيع سواء، فإن تأق الموهوب له عن طلب

نحوه ذهبت الظاهرية¹، ورواية عند الحنابلة رُجِّحت من لدن بعض محققينهم وخصَّها بعضهم بغير المكيل والموزون كما هو الحال في هبة العقار².

ولقد استدلل أنصار هذا القول إلى ما ذهبوا إليه من أنَّ الهبة قبل القبض لازمة غير جائز الرجوع فيها إلاَّ بشروط معينة، بأدلة من السنة والنظر، لعلَّ أهمَّها:

- من السنة: ما روي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - عن رسول الله - صَلَّى الله عليه وسلم -

القبض حتى أفلس الواهب أو مرض، بطلت الهبة، وله إذا باع تفصيل، إن علم فتوانى لم يكن له إلاَّ التمن، وإن قام في الفور كان له الموهوب. فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة...". وأكد المنجور على ذات المعنى في شرح المنهج فقال في شرح ما يلي: "(وما بغير عوض ينتقل... فحوزه حتماً به يتكامل)، أي كل ما ينقل ملكه بغير عوض فلا بد فيه من الحوز وبه يكون تمامه.. كالهبة والصداقة والحبس، فلو مات المتبرع أو فلس قبل الحوز بطل التبرع، وفهم من قوله: "وبه يتكامل" أنَّ العقد لازم قبل الحوز، وهو مذهب مالك رحمه الله". أنظر في القولين السابقين: محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 498؛ المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ت: محمد الشيخ محمد الأمين، ج 1، دار عبد الله الشنقيطي، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 430.

¹ - ذهب ابن حزم في المحلى إلى القول بأنه "وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً سَالِمَةً مِنْ شَرْطِ الثَّوَابِ، أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ أَعْطَى عَطِيَّةً كَذَلِكَ، أَوْ تَصَدَّقَ بِصَدَقَةٍ كَذَلِكَ، فَقَدْ تَمَّتْ بِالْفَلْظِ - وَلَا مَعْنَى لِحَيَازَتِهَا، وَلَا لِقَبْضِهَا - وَلَا يُبْطَلُهَا تَمَلُّكُ الْوَاهِبِ لَهَا، أَوْ الْمُتَصَدِّقِ بِهَا". أنظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

² - أشار إلى ذلك ابن قدامة في الكافي حيث قال: "وأما غير المكيل والموزون، ففيه روايتان: إحداهما: لا تتم هبته إلاَّ بالقبض، لأنه نوع هبة فلم تتم قبل القبض، كالمكيل والموزون. والثانية: تتم قبل القبض، لما روي عن علي وابن مسعود - رضي الله عنهما - أنهما قالوا: الهبة إذا كانت معلومة، فهي جائزة، قبضت أو لم تقبض، ولأنَّ الهبة أحد نوعي التملك، فكان منها ما يلزم قبل القبض، كالبيع، وقد ذكرنا اختلاف تفسير أصحابنا للمكيل والموزون في البيع، وإن كان الموهوب في يد المتبذ، لم يحتج إلى قبض، لأنَّ قبضه مستدام، وهل يفتقر إلى إذن في القبض؟ فيه روايتان. وذكر القاضي: أنه لا بد من مضي مدة يتأتى قبضه فيها لما ذكرنا في الزهن". وذات السياق نقل المرداوي في تصحيح الفروع ما يلي: "قوله: وَيَصِحُّ بِالْعَقْدِ، وَهَلْ يَمْلِكُهَا بِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ وَفِي الْإِنْتِصَارِ فِي ثَقُلِ الْمَلِكِ بَعْدَ فَاكِدٍ رَوَاتَيْنِ" انتهى: أَخَذَهُمَا: يَمْلِكُهَا بِهِ، وَهُوَ الصَّحِيحُ اخْتَارَهُ الشَّيْخُ الْمُؤَقِّقُ وَمَنْ تَابَعَهُ، قَالَ فِي التَّلْخِيصِ: وَلَيْسَ الْقَبْضُ يَكُنْ فِيهَا، وَخِيارُهُ أَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ مِنَ الْإِنْتِصَارِ، "قَالَ فِي الْقَوَاعِدِ: كَثِيرٌ مِنَ الْأَصْحَابِ يَجْعَلُ الْقَبْضَ مُعْتَبَرًا لِلزُّومِهَا وَاسْتِمْرَارِهَا لَا لِانْقِادِهَا وَإِنْشَائِهَا، وَمَنْ صَرَّحَ بِذَلِكَ صَاحِبُ الْمُغْنَى وَأَبُو الْخَطَّابِ فِي انْتِصَارِهِ، وَصَاحِبُ التَّلْخِيصِ، وَغَيْرُهُمْ انْتَهَى". قال الموفق ابن قدامة في المغني "قَالَ: (وَيَصِحُّ فِي غَيْرِ ذَلِكَ بِغَيْرِ قَبْضٍ إِذَا قَبِلَ، كَمَا يَصِحُّ فِي الْبَيْعِ) يَعْنِي أَنَّ غَيْرَ الْمَكِيلِ وَالْمُوزُونِ تَلَزَمَ الْهَبَةُ فِيهِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ، وَيَتَبَيَّنُ الْمَلِكُ فِي الْمَوْهُوبِ قَبْلَ قَبْضِهِ. وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ مَسْعُودٍ، - رضي الله عنهما - فَإِنَّهُ يُرْوَى عَنْهُمَا أَنَّهُمَا قَالَا: الْهَبَةُ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَتْ مَعْلُومَةً قُبِضَتْ أَوْ لَمْ تُقْبَضْ. وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَبِي ثَوْرٍ وَعَنْ أَحْمَدَ، رَوَايَةٌ أُخْرَى: لَا تَلَزَمُ الْهَبَةُ فِي الْجَمِيعِ إِلَّاَّ بِالْقَبْضِ. وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ. قَالَ الْمُروذِيُّ: اتَّفَقَ أَبُو بَكْرٍ وَعُمَرُ وَغُثْمَانُ وَعَلِيٌّ عَلَى أَنَّ الْهَبَةَ لَا تَحْجُزُ إِلَّاَّ مَقْبُوضَةً. وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ النَّخَعِيِّ وَالثَّوْرِيِّ وَالْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ، وَالْعَنْبَرِيِّ، وَالشَّافِعِيِّ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ، لِمَا ذَكَرْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى. وَوَجْهُ الرِّوَايَةِ الْأُولَى أَنَّ الْهَبَةَ أَخَذَ نَوْعِي التَّمْلِكِ فَكَانَ مِنْهَا مَا لَا يَلَزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَمِنْهَا مَا يَلَزَمُ قَبْلَهُ، كَالْبَيْعِ، فَإِنَّ فِيهِ مَا لَا يَلَزَمُ قَبْلَ الْقَبْضِ، وَهُوَ الصَّرْفُ، وَيَتَبَيَّنُ الرِّوَايَاتِ، وَمِنْهُ مَا يَلَزَمُ قَبْلَهُ وَهُوَ مَا عَدَا ذَلِكَ". وقال علي الخفيف في هذا الشأن ب" أَنَّ الْمَوْهُوبَ إِذَا لَمْ يَكُنْ مَكِيلًا وَلَا مُوزُونًا فَإِنَّ الْمَلِكَ يَثْبِتُ فِيهِ بِمَجَرَّدِ الْعَقْدِ (الإيجاب والقبول على الزاجح) ويلزم العقد حينئذ، وهذا هو الزاجح في مذهب أحمد، وفي رواية لا يلزم الملك إلاَّ بالقبض في جميع الأحوال، والفرق بين المكيل والموزون وغيرهما أنَّهما لا يتعيَّنان بخلاف القيمي فانصبَّ التعاقد على عينه، وبذلك استغنى عن القبض فيه". أنظر في الأقوال السابقة: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج 2، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 1994، ص. 261؛ محمد بن محمد بن مفرج أبو عبد الله شمس الدين المقدسي الصالحلي ابن مفلح، المرجع السابق، ص. 410؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 244؛ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 17 وما يليها.

قَالَ "الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَبْقَى ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ"¹، ووجه دلالة أن هبة العقار لو لم تلزم بالعقد لما قال الرسول - صَلَّى الله عليه وسلم - بكون الرجوع حراماً، إذ هذا الأخير جاء مطلقاً من غير تقييد بكونه قبل القبض أو بعده، فدلّ - من ثمة - على أن الهبة تلزم بمجرد العقد.

وقد تأوّل مخالفوهم هذا الأثر من عدّة أوجه كالآتي:

الأول: أنه محمول على الرجوع بغير رضا ولا قضاء، وهذا ممّا لا يجوز سيما لدى الأحناف إلا فيما وهبه الوالد من عقار لولده، فإنه يجوز له الرجوع فيه بدون رضا الوهاب أو قضاء الحاكم .

الثاني: دلّ الحديث على مجرّد الكراهة ولم يدلّ على التحريم كون أن الكلب غير متعبّد، فالقيء ليس بحرام عليه، إذ فعل الكلب لا يوصف بالحرمة مع أنه ينعت بالقبح الطّبيعي؛ بمعنى أن التشبيه بالكلب جاء بمفهوم الاستقباح الطّبيعي الذي ينفر منه الطّبع السليم² لا بمفهوم التحريم الشرعي، ذلك أن فعل الكلب ممكن استقذاره ولكن لا يمكن وصفه بحلّ ولا تحريم فالمشبه به أيضاً³؛ بالتالي فالحديث دليل على التّقييد

¹ - سبق تخريجه، وقد ورد هذا الحديث بروايات مختلفة منها: «لَيْسَ لَنَا مِثْلُ السُّوءِ الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»؛ «الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»؛ «لَيْسَ لَنَا مِثْلُ السُّوءِ»؛ «الْعَائِدُ فِي هَبْتِهِ كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»؛ «مِثْلُ الرَّاجِعِ فِي صَدَقَتِهِ كَالْكَلْبِ يَأْكُلُ ثُمَّ يَبْقَى ثُمَّ يَبْرُجُ فِي قَيْئِهِ فَيَأْكُلُهُ»؛ «إِنَّ الَّذِي يَتَصَدَّقُ ثُمَّ يَرْجِعُ فِي صَدَقَتِهِ كَمِثْلِ الْكَلْبِ يَبْقَى ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ». أنظر: أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي الأسدي الحميدي المكي، مسند الحميدي، ت: حسن سليم أسد الداراني، ج1، دار السقا، دمشق، سوريا، ط 1، 1996، ص. 459، حديث رقم: 540؛ أبو بكر محمد بن جعفر بن محمد بن سهل بن شاذان الخرائطي السامري، مساوي الأخلاق ومذمومها، ت: مصطفى بن أبو النصر الشلبي، مكتبة السوادى للتوزيع، جدة، ط1، 1993، ص. 236، حديث رقم: 494؛ أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج6، الناشر: السعادة، بجوار محافظة مصر، 1974، ص. 144-145. وقد شبه عليه الصلاة والسلام القبيح شرعاً بالقبيح حساً، واستدلّ به على عدم جواز الرجوع عن الموهوب بعد القبض بقوله: «ليس لنا مثل السوء». «وَقَالَ الزُّهْرِيُّ فَيَمَنْ قَالَ لِأَمْرَأَتِهِ هَبِي لِي بَعْضَ صَدَاقِكِ أَوْ كُلَّهُ ثُمَّ لَمْ يَمُكِّثْ إِلَّا يَسِيرًا حَتَّى طَلَّقَهَا فَرَجَعَتْ فِيهِ قَالَ: يَرُدُّ إِلَيْهَا إِنْ كَانَ خَلَبَهَا، وَإِنْ كَانَتْ أُعْطَتْ عَنْ طَلَبِ نَفْسٍ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ أَمْرِهَا خَدِيعَةٌ جَارٌ». أنظر: المهلب بن أحمّد بن أبي صُفْرَةَ أَسِيدِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ الْأَسَدِيِّ الْأَنْدَلُسِيِّ، المرجع السابق، ص. 173؛ محمد بن عزّ الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين بن فرشتا الرومي الكرمانى، الحنفى، المشهور بابن الملك، شرح مصابيح السنّة للإمام البغوي، ت: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، ج3، إدارة الثقافة الإسلامية، د. ب. ط، ط1، 2012، ص. 503؛ عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الحلل الإبريزية من التعليقات البازية على صحيح البخاري، ج2، دار التدمرية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2007، ص. 380-381.

² - محمد حسني إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص. 105. وقد أكّد الشوكاني هذا القول بأن صرّح بأنه "... فإنّ هذا الحديث المشتمل على هذا التشبيه المفيد للتكريه للرجوع، بأبلغ ما يكرهه الإنسان وأعظم ما تنفر عنه نفوس بني آدم يدلّ أبلغ دلالة على عدم جواز الرجوع فيها ...".

أنظر: محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجزّار المتدفّق على حدائق الأزهار، ج 1، المرجع السابق، ص. 629.

³ - عثمان بن علي بن محسن البارعي، فخر الدّين الزّيلعي الحنفى، تبين الحقائق شرح كنز الدّفائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 98؛ أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، ج 4، المرجع السابق، ص. 78.

وليس دليل على الحرمة¹.

الثالث: إنَّ هذا الأثر وإن كان مطلقاً فإنَّه يجري على إطلاقه ما لم يرد دليل مقيد له، وقد ورد في سياق ذلك أدلة خاصة كأثر أبي بكر وعمر (السَّالفة الذِّكر)؛ بالتالي فإنَّ الحديث الذي احتجَّ به أصحاب القول الثاني يحمل مأزوي عن الصَّحَّابيين الجليلين - أي على الهبة المقبوضة كما قرَّروه - جمعاً بين الأدلة².

من المعقول: إستدلَّ أنصار هذا القول من جهة النَّظر فقالوا بكون أنَّ هبة العقار عقدٌ فلم يكن الحوز شرط في صحَّتها كما هو الشَّأن في بقية العقود³، إذ العقد ينعقد بالإيجاب والقبول⁴؛ ذلك أنَّه وبحسب ابن رشد (الحفيد) أنَّ "عمدة من لم يشترط القبض في الهبة: تشبيهها بالبيع، وأنَّ الأصل في العقود أن لا قبض مشترط في صحَّتها، حتَّى يقوم الدَّليل على اشتراط القبض"⁵.

نوقش هذا الإستدلال من ناحيتين:

الأولى: مخالفة هذا القياس لما نُقل عن الصَّحَّابة - رضوان الله عليهم - من جواز الرجوع في هبة العقار قبل الحوز، فيكون من ثمة مردوداً.

الثانية: كون أنَّ مضمون هذا القياس غير منضبط، على اعتبار اختلاف ماهية العقود بين ما هو جائز كالعارية، وما هو لازم كالبيع في الأصل⁶.

تمَّ مناقشة الاحتجاج بقياس هبة العقار على البيع بأنَّ ثمة فرقاً كبيراً بينهما، على اعتبار أنَّ هبة

¹ - جاء في إرشاد السَّاري: "... وقال العيني: لم يقل أبو حنيفة هذه المسألة على هذه الصَّورة بل قال: إنَّ للوهاب أن يرجع في هبته إذا كان الموهوب له أجنبياً وقد سلَّمها له، لأنَّه قبل التسليم يجوز مطلقاً واستدلَّ لجواز الرجوع بحديث ابن عباس عند الطَّبراني مرفوعاً: من وهب فيه هبة فهو أحقُّ بمبته ما لم يشب منها. وحديث ابن عمر مرفوعاً عند الحاكم وقال صحيح على شرطهما. قال: ولم ينكر أبو حنيفة حديث العائد في هبته كالكلب يعود في قيئه بل عمل بالحديثين معاً فعمل بالأول في جواز الرجوع، والثَّاني في كراهة الرجوع واستباحه لا في حرمة، وفعل الكلب يوصف بالقبح لا بالحرمة". أنظر: أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العباس، شهاب الدِّين، إرشاد السَّاري لشرح صحيح البخاري، ج 10، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 7، 1323 هـ، ص. 114.

² - محمد بن محمد بن سليمان بدر، المرجع السَّابق، ص. 112.

³ - محمد بن أحمد بن عرفة الدَّسوقي المالكي، حاشية الدَّسوقي على الشرح الكبير، ج 4، المرجع السَّابق، ص. 113؛ محمد بن علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظَّاهري، المحلَّى، ج 9، المرجع السَّابق، ص. 121.

⁴ - وقد قال القاضي عبد الوهاب في هذا الشَّأن: "ولأنَّه [أي الهبة] عقدٌ من العقود فلم يفتقر انعقاده إلى قبض المعقود عليه كسائر العقود، ولأنَّه تمليك عين في حال الحياة فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول، أصله البيع، ... ولأنَّها عطية فوجب أن تلزم بنفس القول وحصول صفة الإيجاب والقبول كالوصية، ولأنَّها هبة وجد فيها الإيجاب والقبول كالمقبوضة". أنظر: القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ج 2، المرجع السَّابق، ص. 674.

⁵ - محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد)، المرجع السَّابق، ص. 498.

⁶ - حسن بن محمد بودي، المرجع السَّابق، ص. 121.

العقار في أصلها هي عقد تبرّعي، وبحسب أنّه هو كذلك على التحو فإنّه ضعيف في نفسه لا يتعلّق به صفة اللزوم بمجرد القول. فلو أثبت الملك للمعطي له قبل التسليم، استلزم على المعطي تسليمه إياه وذلك ممّا يناقض موضوع التبرّعات، هذا على عكس عقود المعاوضة وعلى رأسها عقد البيع الذي هو قويّ في ذاته¹.

مما تقدّم من حجج ومختلف استدلال لكلا الفريقين، ينبغي أن ما قال به الأحناف - ومن هذا حذوهم- من جواز الرجوع في الهبة قبل القبض هو الأولى بالترجيح؛ فعلاوة على وجهة رأيهم وقوة حجّتهم فيما استدّلوا به، فإنّ ما قرّروه يخوّل للواهب ويمنحه فرصة للإطمئنان والمشورة قبل إقباض هبة عقاره، حتّى إذا ما بادر إلى تسليمها للموهوب له، كان برهاناً على رضاه في منحها وحرصه على إتمام انعقادها انتهاءً².

على أنّه يترتّب على الاختلاف القائم بين أنصار الاتجاهين - السالفي عرض أدلتها - أثر هام وثمره علمية ذات أهمية كبرى، فعلى رأي الاتجاه الأوّل - وهو الأولى بالاتباع - أنّ العقد ما دام قد انعقد غير لازم فإنّه يسوغ الرجوع فيه بالإرادة المنفردة للواهب طالما لم يقبض الموهوب له المال العقاري الموهوب.

في حين أنّه وعلى رأي أنصار الاتجاه المخالف، فإنّ هبة العقار تلزم وتنصّح بمجرد العقد ولا يصحّ ارتجاعها إلّا بشروط مخصوصة.

فطالما أنّ هبة العقار قبل حيازتها طبقاً للقول المرحّج عقدٌ جائز يجوز الرجوع فيه، كان على حدّ رأي البعض أنّ الصواب "نزولاً على منطلق الأمور: أنّ الهبة قبل القبض عقد جائز يجوز "إلغائه" بالإرادة المنفردة، وإسباغ وصف "الرجوع" على إنحائه هو خطأ في تأصيل المسائل العلمية يجب أن تنأى عنه الأبحاث العلمية والفقهاء الذين وقعوا في الخطأ ولم ينتبه إليه وخاصّة الباحثين المعاصرين، لأنّ لكلّ من الإلغاء والرجوع ماهيته وخصائصه وشروطه ونطاقه وآثاره التي يتميّز بها عن الآخر، ويجب أن توضع العبارات والألفاظ لما وضعت له وخاصّة إذا تعلّقت بأمور شرعية كتلك التي نحن بصددّها، وإن كان فقهاء المسلمين ذكروا أنّ "الرجوع" و"الإلغاء" بمعنى واحد..."³.

ومما يؤكّد هذا القول، ما جاء في مجلّة الأحكام العدلية من عدم لزوم عقد هبة العقار قبل القبض ومن كونها عقدٌ جائز في الأصل، فقد ورد ضمن المادّة 862 منها ما مؤدّاه: "للوّاهب أن يرجع عن الهبة قبل القبض بدون رضاء الموهوب له".

¹ - علي بن محمد بن رمضان الرشيدى، المرجع السابق، ص. 164.

² - حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص. 122.

³ - إسماعيل عبد التّبي شاهين، المرجع السابق، ص. 550.

البند الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار بعد القبض

إتفق الفقهاء على أنّ هبة العقار إذا تمت بالقبض واستوفت كامل أركانها وشروطها ترتب حكمها المتمثل في انتقال ملكية العقار الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، ومع ذلك فقد اختلفت مدارسهم في حكم الرجوع فيها على قولين:

الأول: ذهب أنصاره إلى أنّ هبة العقار بعد القبض عقد لازم في حق الواهب لا يجوز له الرجوع فيه باستثناء الوالد فيما وهبه من عقار لولده.

بهذا صرح جمهور الفقهاء: مالكية¹، وشافعية² وحنابلة³

¹ - قال الخرشي في مختصر شرح العلامة خليل: "ولأب اعتصارها من ولده (ش) وهو معطوف على الجائز وضمير اعتصارها عائذ على الهبة لا الصدقة والحبس فإنه لا اعتصار له فيهما، والمعنى أنّ الأب دنية إذا وهب لولده هبة فإنه يجوز له أن يعتصرها منه مطلقاً، أي سواء كان الولد صغيراً أو كبيراً ذكراً أو أنثى غنياً أو فقيراً حيزت الهبة أم لا على المشهور لقوله - عليه الصلاة والسلام - «لا يحل لأحد أن يهب هبة ثم يعود فيها إلا الوالد»...". وشرح عليش قول العلامة خليل "ولأب اعتصارها من ولده" في مؤلفه منح الجليل بقوله "و) إن وهب أب لولده هبة ف (لأب)، أي مباشرة أي لا الجد (اعتصارها) بكسر الميم وسكون العين المهملة وكسر الفوقية وإهمال الصاد، أي أخذ الهبة بلا عوض (من ولده) ذكراً كان أو أنثى، صغيراً كان أو كبيراً، وظاهره ولو حازها الولد وهو كذلك على المشهور". وأورد ابن رشد (الحفيد) في البداية ما مؤذاه: "ومن مسائلهم في هذا الباب جواز الاعتصار في الهبة، وهو الرجوع فيها: فذهب مالك، وجمهور علماء "المدينة" أنّ لأب أن يعتصر ما وهبه لابنه ما لم يتزوج الإبن...، وأنّ للأب أيضاً أن تعتصر ما وهبت إذا كان الأب حياً، وقد روي عن مالك أنّها لا تعتصر". أنظر في الأقوال المتقدمة: محمد بن عبد الله الخرشي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 113-114؛ محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 205؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد)، المرجع السابق، ص. 502.

² - جاء في المهذب: "فإن وهب لغير الولد وولد الولد شيئاً وأقبضه لم يملك الرجوع فيه لما روى ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما رفعاه إلى النبي صلى الله عليه وسلم لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى ولده، وإن وهب للولد أو ولد الولد وإن سفل جاز له أن يرجع للخبر، ولأنّ الأب لا يتهم في رجوعه لأنه لا يرجع إلا لضرورة أو لإصلاح الولد وإن تصدق عليه، فالمنصوص أن له أن يرجع كالهبة ومن أصحابنا من قال لا يرجع لأنّ القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عز وجل فلا يجوز أن يتغير رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد وربما يكون الإصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع". وساق أبو حامد الغزالي نفس المعنى في الوسيط بقوله: "وحكم الهبة إذا صحت إزالة الملك ونزومه إلا فيما يهب لولده قال عليه السلام لا يحل لؤايب أن يرجع فيما وهب إلا الوالد فيما يهب لولده". أنظر: أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشَّيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، المرجع السابق، ص. 335؛ وأنظر في ذات المعنى: أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ت: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ج 4، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1417 هـ، ص. 272.

³ - وقال صاحب الكافي في هذا الصدد: "وإن وهب لغير ولده شيء، وتمت الهبة، لم يملك الرجوع فيه، لما روي عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: «العائد من هبته كالعائد في قبضه» متفق عليه. وروى ابن عباس أنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: «لا يحل لرجل أن يعطي عطية، فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده» رواه الترمذي، وقال: حديث حسن. وإن وهب الرجل لولده، فله الرجوع للخبر؛ ولأنّ النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بشيراً برّد ما وهب لولده التعمان...". جاء في الإنصاف تأكيداً لهذا القول (ولا يجوز لؤايب أن يرجع في هبته، إلا الأب) هذا المذهب. نصّ عليه. وعليه جواهر الأصحاب. أنظر: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعلي

وظاهرية¹ وإباضية².

وقد استدلل أنصار هذا القول على صحّة ما ذهبوا إليه بأدلة من الكتاب والسنة والمعقول كالاتي:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ...﴾³.

لا شك أنّ عموم هذه الآية يشمل كلّ العقود على درجة واحدة، ووجه الاستدلال منها أنّها يوجب الوفاء بالعقود في مجملها، فإذا كان الرجوع في هبة العقار عدم وفاء، فلائماً اختصّ الأبوين بجواز الرجوع استناداً للحديث الثابت عن الرسول - صلى الله عليه وسلم -؛ وتبعاً لذلك تستثنى هبته بجواز الرجوع فيها، على أن تضلّ باقي الهبات الأخرى على أصل وجوب الوفاء بالعقود طبقاً للقاعدة العامة⁴.

أجيب عن هذه الآية بكونها ليست نصّاً في الخلاف، ذلك أنّ المقصود بالعقود فيها، مختلف الأيمان

المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2، المرجع السابق، ص. 262؛ علاء الدّين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرزداوي، المرجع السابق، ص. 87.

على أنّه تجدر الإشارة إلى أنّه روي عن الإمام أحمد قوله بعدم جواز الرجوع في هبة العقار مطلقاً حتّى من جانب الوالد فيما وهبه لولده، يسوق هذا القول الزركشي: "وكلام الخرقى أيضاً يشمل الأب، فمقتضى كلامه أنّه ليس له الرجوع، وهو إحدى الروايات عن أحمد - رحمه الله - نقلها عنه المروزي في كتاب الزهد، لعموم حديث ابن عباس المتفق عليه .."؛ وقال ابن رشد في ذات المعنى "وقال أحمد ... لا يجوز لأحد أن يعتصر ما وهبه ...". أنظر: شمس الدّين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، المرجع السابق، ص. 312؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (الحفيد)، المرجع السابق، ص. 502.

¹ - قال ابن حزم في هذا الصدد: "وَمَنْ وَهَبَ هَبَةً صَحِيحَةً لَمْ يَجْزَ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا أَصْلًا مُذْ يَلْفِظُ بِهَا إِلَّا الْوَالِدَ، وَالْأُمُّ فِيمَا أَعْطَيْتَا، أَوْ أَخَذَهُمَا لِوَلَدَيْهِمَا فَلَهُمَا الرُّجُوعُ فِيهِ أَبَدًا - الصَّغِيرُ وَالْكَبِيرُ سَوَاءٌ". أنظر: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج9، المرجع السابق، ص. 121. هذا وقد ذهب البعض إلى أنّ أهل الظّاهر يرون بكون ملك الموهوب له للمال الموهوب ملك لازم؛ بالتالي لا يجوز الرجوع فيه بأيّ حال من الأحوال ولو من الوالد. والصواب وإن كان يتفق هذا القول مع كون أنّ الظّاهرية يرون بلزوم الملك الموهوب، إلّا أنّه ينبغي مخالفته في زعمه بكونه أنّهم لا يقولون بالرجوع في الهبة مطلقاً، ذلك أنّه إذا صحّ نسبة هذا القول للإمام أحمد - رحمه الله - كما قرره محققو مذهبه، فلا يصحّ نسبته إلى أهل الظّاهر، إذ أنّهم يقولون بالجواز في الأصل كما هو مدّون في مؤلّفهم الأمّ "المحلّي بالآثار" الذي يعدّ مصدر مذهبهم الرئيسي، والله ورسوله أعلم. أنظر في القول المتقدّم وفي الردّ عليه: أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، ج5، المرجع السابق، ص. 36؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 416 - 417؛ يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 143-144؛ مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 339.

² - وقد نقل الخراساني في المدوّنة الكبرى رأي الإباضية في هذه المسألة بقوله: "قال ابن عبد العزيز بلغنا أنّ عليّ ابن أبي طالب أنّه قال: المواهب ثلاث، هبة يراد بها وجه الله تعالى، وهبة يراد بها وجه النّاس، وهبة يراد بها الثّواب يرجع فيها صاحبها إذا لم يصب منها ثوابا ... ومن وهب هبة لغير ذي رحم فهو يرجع فيها إذا شاء ...". ويستشفّ من هذا القول أنّه يجوز الرجوع في هبة الثّواب إذا لم يؤدّ الموهوب له العوض للواهب، كما يرجع في الهبة لغير ذي رحم ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، أمّا الهبة لذي رحم فلا رجوع فيها كما يتّضح من هذا القول. أنظر: أبي غانم الخراساني الإباضي، المدوّنة الكبرى، ج2، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1984، ص. 180 وما يليها.

³ - سورة المائدة، الآية: 1.

⁴ - يوسف نؤاسة، المرجع نفسه، ص. 144؛ القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ت: الحبيب بن طاهر، ج2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1999، ص. 277؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج9، المرجع السابق، ص. 134.

والتدور والعهود ونحو ذلك، والأحاديث الواردة في مثل هذا الشأن نصٌ في المسألة فيؤخذ بها¹.

ومن السنة: استدلال أنصار هذا القول على قرّره من أنّ هبة العقار بعد حوز العقار الموهوب من لدن الموهوب له لازمة، وقد احتجوا بحديث ابنِ عَبَّاسٍ - رضي الله عنهما - عَنْ رَسُولِ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قَالَ "الْعَائِدُ فِي هِبَتِهِ كَالْكَلْبِ يَقِيءُ ثُمَّ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ"².

وجه الدلالة من هذا الحديث برواياته المختلفة دليل على تحريم الرجوع في هبة العقار بعد القبض وهذا لا يكون إلا إذا كان هذا العقد لازماً، ومما يؤكّد ذلك تبويه من لدن البخاري بعنوان "باب لا يحلّ لأحد أن يرجع في هبته وصدقته"³؛ وإذا كان هذا الحديث قد سبق تفسيره على أنّ "المراد به هو تقبيل الرجوع في الهبة، وليس دليلاً على التحريم لعدم اللزوم لأنّ فعل الكلب لا يوصف بالحرمة الشرعية لكنّه يوصف بالقبح الطّبيعي نظراً لكون الكلب غير متعبّد، لأنّ المراد منه التشبيه من حيث ظاهر القيم مروءة وطبيعة لا شريعة: إذا كان هذا التفسير قد سقناه في موضعه، فإنّه تفسير صحيح ولكنّه محمول على الهبة قبل القبض، أمّا بعد القبض فيحمل على معناه الظاهر وفيه ما فيه من الزجر والحثّ على عدم الرجوع - بعد القبض - وذلك لا يكون إلا للتحريم، لأنّ العود في القبيء حرام فكذلك الرجوع بعد القبض حرام وهذا من شأن اللزوم"⁴.

جاء في إرشاد الساري في ذات السّياق: "العائد في هبته كالكلب يعود في قَيْئِهِ" زاد مسلم من رواية أبي جعفر محمد بن عليّ الباقر عنه فيأكله (ليس لنا مثل السوء) بفتح السين، أي لا ينبغي لنا معشر المؤمنين أن نتّصف بصفة ذميمة يشابهنا فيها أحسنّ الحيوانات في أحسنّ أحواله، وظاهر هذا المثل كما قاله النووي تحريم الرجوع في الهبة بعد القبض وهو محمولٌ على هبة الأجنبي لا ما وهبه لولده..."⁵.

ويستطرد أنصار هذا القول تأييدهم لقولهم بحديث طاووس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - قال: "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً، أَوْ يَهَبَ هِبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثْلَ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ، ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا، كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ

¹ - يوسف نّواصة، المرجع السابق، ص. 144؛ وأنظر في مختلف الأقوال الواردة في شأن الآية المذكورة والمسائل المتضمّنة إياها: القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشيلي المالكي، أحكام القرآن، ت: محمد عبد القادر عطا، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003، ص. 3 وما يليها.

² - سبق تخريجه، وأنظر في الاستدلال به أيضاً: ضياء الدّين أبو عبد الله محمد بن عبد الواحد المقدسي، الشّئ والأحكام عن المصطفى عليه أفضل الصّلاة والسّلام، ت: أبي عبد الله الحسين بن غكاشة، ج4، دارُ ماجد عسيري، المملكة العربية السعودية، ط1، 2004، ص. 551، حديث رقم: 5179.

³ - أنظر: محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ج3، المرجع السابق، ص. 164.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 556.

⁵ - أحمد بن محمد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العبّاس، شهاب الدّين، المرجع السابق، ص. 114.

قَاءَ، ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ¹.

وجه الاستدلال بهذا الحديث في قوله "لَا يَحِلُّ" واضح الدلالة في التحريم، وقوله "يُعْطِي" يَبِّنُ في وقوع القبض، فانبنى على ذلك تحريم الرجوع على الحوز، وهذا لم يكن إلا لكون العقد لازم، والقول بأنه مجاز عن الكراهة، صرف له عن ظاهره بلا دليل على ذلك.

ضف إلى ذلك احتجاجهم بحديث عمرو بن شعيب، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ، أَنَّ نَبِيَّ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «لَا يَرْجِعُ أَحَدُكُمْ فِي هَبْتِهِ، إِلَّا الْوَالِدُ مِنْ وَلَدِهِ»². وبالنظر إلى هذا الأثر ونظيره حديث طاووس نجدهما قد وردا بخصوص هذه المسألة، ومن ثم فهما يخصَّصان حديث ابن عباس السالف الذكر.

وتبعاً لذلك فقد وضَّح المستثنى وهما الأبوين من تحريم الرجوع في عقد هبة العَقَّار، فكان بذلك رجوعاً جائزاً، وفيما عداه يبقى التحريم قائماً في سائر الهبات الأخرى³.

تم مناقشة هذا الاستدلال بتأويلين:

الأول: أنَّ مؤدَّى لفظ (إِلَّا) الوارد في الحديث السابق لم يأت بمعنى الإستثناء، بل جاء بمعنى (ولا)، أي ولا الوالد يحل له أن يرجع فيما وهب من عَقَّار لولده؛ لأجل ذلك كان لهذا الاستخدام نظائر في مختلف آي الكتاب، من ذلكم مثلاً قول العادل: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً...﴾⁴، أي ولا خطأ؛ وقوله أيضاً: ﴿وَلَا تُجَادِلُوا أَهْلَ الْكِتَابِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ﴾⁵، أي ولا الذين ظلموا منهم⁶.

الثاني: أنَّ المقصود من قوله - عليه الصَّلاة والسلام - إلا الوالد، أي أنَّ المراد بذلك عدم جواز

¹ - سبق تخريجه، وأنظر أيضاً: الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي المنذري، المرجع السابق، ص. 497، حديث رقم: 3539.

² - خرَّجه ابن ماجه في كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع. أنظر: محمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله ابن ماجه، المرجع السابق، ص. 461، حديث رقم: 2378.

³ - جاء في الدَّخِيرَة استدلالاً على ذلك: "... وَبَقَوْلِهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فِي أَبِي دَاوُدَ لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُعْطِي عَطِيَّةً يَرْجِعُ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدُ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ وَهُوَ نَصٌّ فِي صِحَّةِ مَذْهَبِنَا وَإِنْ طَالَ مَذْهَبُكُمْ حَيْثُ جُوزْتُمْ وَحَيْثُ مَنَعْتُمْ..". أنظر: أبو العباس شهاب الدِّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الدَّخِيرَة، ج6، المرجع السابق، ص. 267.

⁴ - سورة النساء، الآية: 92.

⁵ - سورة العنكبوت، الآية: 46.

⁶ - جاء في المبسوط تأكيداً على نفس الحكم: "فَأَمَّا الْحَدِيثُ فَقَدْ قِيلَ: مَعْنَى قَوْلِهِ - عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ - إِلَّا الْوَالِدُ: وَلَا الْوَالِدُ، فَإِنَّ كَلِمَةَ (إِلَّا) تُدْكَرُ بِمَعْنَى (وَلَا). قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: {إِلَّا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ} [البقرة: 150] أي، وَلَا الَّذِينَ ظَلَمُوا مِنْهُمْ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى: {وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً} [النساء: 92] أي: وَلَا خَطَأً". أنظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 55.

الانفراد بارتجاع الهبة إلا الوالد الذي يسوغ له ذلك، فله أن يأخذ من مال بنيه عند الاحتياج¹.

علاوة على ما سبق، إحتج أنصار هذا الاتجاه بحديث النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ، قَالَ: إِنَّ وَالِدِي بِشِيرَ بْنَ سَعْدٍ، أَتَى رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، إِنَّ عَمْرَةَ بِنْتَ رَوَاحَةَ تُفَسِّتُ بُعْلَامِي، وَإِنِّي سَمِعْتُهُ نُّعْمَانًا، وَإِنَّهَا أَبَتْ أَنْ تُرَبِّيَهُ حَتَّى جَعَلْتُ لَهُ حَدِيقَةً لِي أَفْضَلَ مَالِي هُوَ، وَإِنَّهَا قَالَتْ: أَشْهَدُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى ذَلِكَ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَلْ لَكَ وَلَدٌ غَيْرُهُ؟»، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: «لَا تُشْهِدْنِي، إِلَّا عَلَى عَدْلٍ، فَإِنِّي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ»².

يتبين من حديث النُّعْمَانِ - بمختلف رواياته - الوارد في مسألة التسوية بين الأولاد في العطية، أن النبي - صلى الله عليه وسلم - أمر بشيراً بن سعد - رضي الله عنه - أب النُّعْمَانِ بالرجوع في عطيته، وأقل أحوال الأمر - في ذلك - الجواز، لذلك فقد رجع البشير في هبته امتثالاً لأمر الشارع، فلو لم يكن الارتجاع جائزاً لما أمر الرسول الكريم بهذا الفعل ونهى عن عدم التسوية انتهاء³.

تم مناقشة هذا الاستدلال بكونه حمّال أوجه ثلاث:

الأول: من حيث أنه يحتمل بأن النُّعْمَانِ كان راشداً ولم يسلمه والده العطية، فيكون ارتجاع قبل الحوز لا بعده.

الثاني: فلائنه يحتمل بأن النُّعْمَانِ كان صغيراً إلا أن البشير أبي إلا أن يفوض النبي - عليه الصلاة والسلام - ليتّم هبته بعد أن رأى الصواب في ذلك.

وقد ردّ على الأول بكون قوله "فأرجعه" دلّ على أن بشيراً كان قد وهب لولده العطية، على ذلك يُردّ احتمال أنه كان راشداً وكون والده لم يسلمه إياها. أمّا الثاني فيمكن ردّه بكون قول البشير "إني نخلت" يدلّ على أنه لم يشأ توكيل رسول الله في ذلك؛ غاية ما في الأمر أنه أراد الإشهاد على الهبة بعد منحها، وبهذا يُردّ احتمال أنه كان صغيراً وكان والده قد فوض الرسول الكريم بعد أن رأى فعله صواباً⁴.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 55.

² - أخرجه ابن حبان في (كتاب الهبة، ذكّر خَيْرٍ سَادِسٍ يُصَرِّحُ بِأَنَّ الْإِيْثَارَ فِي التَّحْلِ بَيْنَ الْأَوْلَادِ غَيْرُ جَائِزٍ). أنظر: محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبُدٍ، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 14، المرجع السابق، ص. 506، حديث رقم: 5107. وللحديث مختلف روايات صرّحت بكون العطية كانت غلاماً إلا رواية واحدة - المستشهد بها أعلاه - ذكرها ابن حبان عن عُمَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ الْهَمْدَانِيِّ وقال بكونها عقاراً. أنظر الصفحة 81 من هذه الدراسة.

³ - جاء في المغني استدلالاً على هذا القول: "وَأَقْلُّ أَحْوَالِ الْأَمْرِ الْجَوَازُ وَقَدْ امْتَثَلَ بِشِيرُ بْنُ سَعْدٍ فِي ذَلِكَ، فَرَجَعَ فِي هَبِّهِ لَوْلَدِهِ، أَلَّا تَرَاهُ قَالَ فِي الْحَدِيثِ: فَرَجَعَ أَبِي، فَزِدْ تِلْكَ الصَّدَقَةَ". أنظر: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشَّهْرِبَارِيُّ بَابُنِ قُدَامَةِ الْمَقْدِسِيِّ، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 262.

⁴ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع نفسه، ص. 56؛ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد

الثالث: أنَّ ما وقع من بشير لابنه لم يكن هبة، إمَّا كان ذلك من باب الوصية بعد موته بقرينة أنَّه عليه السلام اعتبر التسوية بين الأولاد، "وإمَّا بَحْبُ التَّسْوِيَةِ فِي الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ فَأَمَّا فِي الْهَبَةِ فِي الصَّحَّةِ، فَلَا"¹.

تمَّت الإجابة على ذلك بكون النبي - عليه الصلاة والسلام - قد اعتبر التسوية في الهبة كما اعتبرها في العطية مصداقاً للحديث القائل: «اعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ فِي التَّحْلِ، كَمَا تُحِبُّونَ أَنْ يَعْدِلُوا بَيْنَكُمْ فِي الْبِرِّ وَاللُّطْفِ»². ثمَّ إنَّ اعتبار التسوية في الهبة كالإعتداد بها في الوصية محلَّ خلاف عند الأحناف، ففي حين قال الإمام محمد بضرورة التسوية بين الأولاد في العطية حسب قسمة الله تعالى الميراث، فيجعل للذكر مثل حظ الأنثيين، ذهب أبو يوسف إلى القول بضرورة التسوية بين الجنسين بالسوية³.

أما من المعقول: فقد استدلل أنصار هذا القول بكون الوالد غير متهم في رجوعه لإيثاره لولده على نفسه، لأنَّه لا يرجع إلَّا لضرورة أو إصلاح حال الولد، ولذلك أجاز له الرجوع في هبته ما لم يجز لغيره.

ضف إلى ذلك أنَّ الولد وماله لأبيه، ومن ثمَّ فإنَّ رجوع الوالد - في الحقيقة - لا يوصف رجوعاً وإن كان رجوعاً في الظاهر⁴.

"وَلَأَنَّ الْأَبَ لِفَضْلِ حُتُوهِ ثَبَاتُ أَحْكَامِهِ أَحْكَامَ غَيْرِهِ فَلَا يُعَادِيهِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ، وَجَوُزُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي يَدَيْهِ بِالتَّزْوِيجِ وَفِي مَالِهِ بِالْعُقُودِ لِفَضْلِ الْحُتُوِّ وَانْتِفَاءُ التَّهْمِ فَجَازَ أَنْ يُخَالِفَ غَيْرُهُ فِي حَوَازِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ، لِأَنَّ انْتِفَاءَ التَّهْمَةِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ رُجُوعَهُ فِيهَا لِشِدَّةِ الْحَاجَةِ مِنْهُ إِلَيْهَا"⁵.

أجيب على هذه الحجة بتسليم هذه الخصوصية، "والمنع من النتيجة التي بُنيت عليها، ويردُّ عليه بمثل ما ردَّ الدليل الثالث [حديثي طاووس عن عمر وابن عباس، وعمر بن شُعَيْبٍ] أنَّ الذي يجوز للوالد لخصوصية علاقته بولده الانفراد في ما أخذ ما وهب من غير قضاء ولا رضا إذا احتاج لذلك"⁶.

بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشرح الكبير، ج 17، المرجع السابق، ص. 85.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 56.

² - محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبُد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البستي، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 11، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 2، 1993، ص. 503، حديث رقم: 5104.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع نفسه، ص. 56.

⁴ - حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 131.

⁵ - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 546؛ الروياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 245.

⁶ - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 147.

الثاني: ذهب أنصار هذا القول إلى أنّ هبة العقار عقد غير لازم في جميع الأحوال سواء أكان ذلك قبل حوز محلّها أم بعد قبضه، وتبقى صفة الملك فيها بوصفه ملكاً غير لازم في الأصل، وتبعاً لذلك يكون للواهب أن يرجع في هبته ويثبت اللزوم ويمتنع الرجوع بأسباب عارضة.

ذلك لأنّ هبة العقار تمرّ في تنشئتها بمراحل ثلاث: أولاها تكمن في مرحلة العقد حيث تكون الهبة فيها صحيحة لكن غير نافذة إذ لا تنتقل الملكية للموهوب له، وبناء على ذلك فهي غير لازمة يجوز الرجوع فيها. ثانيها: مرحلة القبض، وفيها ينقذ العقد فتنقل الملكية ولكن العقد لا يلزم. ثالثها: مرحلة قيام مانع من موانع الرجوع، وعندئذ يلزم العقد فلا يجوز الرجوع فيه¹. هذا ما تبناه الأحناف وجنح إليه الإمامية والزيدية².

وقد احتج أصحاب هذا القول بكون هبة العقار بعد القبض هي عقد جائز في الأصل ولا تلزم إلاّ لوجود مانع من موانع الرجوع، أي أنّ هبة العقار جائز الرجوع فيها بعد حوزها إلاّ لمانع، بأدلة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول كالاتي:

فمن الكتاب: قوله الباري عزّ وعلا: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها ...﴾³.

وجه الاستدلال أنّ هذه الآية وإن سبق استعمالها في معانٍ متعدّدة كالسلام والثناء والهدية بالمال، إلاّ أنّ المعنى الأخير هو المقصود بقرينة الآية ذاتها "أوردوها" على اعتبار أنّ "الردّ إنّما يتحقّق في الأعيان لا في الأعراض، لأنّه عبارة عن إعادة الشيء وذا لا يتصوّر في الأعراض والمشارك يتعيّن أحد وجوهه بالدليل"⁴ انتهاء.

أجيب نقضاً لهذا التعليل بأنّ المراد من التحية ليس الهدية بالمال وإنّما يقصد منها السلام بدلالة السياق، وتقرير بعض المفسّرين بكون المقصود من الآية السلام بدليل قوله تعالى "فحيّوا بأحسن منها"، أيّ يتعيّن عليكم الردّ بأحسن ممّا سلّم عليكم، "وإذا ثبت هذا وتقرّر، ففقه الآية أن يقال: أجمع العلماء على أنّ

¹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 133.

² - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 127؛ محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 53؛ السيد محمّد كاظم الزيدى، العروة الوثقى، ج 2، د. د. ط، طهران، 1371 هـ، ص. 129؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 140.

³ - سورة النساء، الآية: 85.

⁴ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع نفسه، ص. 128.

الابتداء بالسّلام سنّة مرغّب فيها، وردّه فريضة¹.

وعليه، فالإعتداد بغير ذلك يصرف النّص القرآني عن ظاهره الذي هو ردّ السّلام وهو ممّا لا يصار إليه إلّا بالدليل، وحيث لم يوجد دليل ظاهر يؤازر هذا التّعليل المراد منه ردّ الأعيان، فيكون من ثمة مردوداً².

ومن السنّة: الحديث المروي عن النّبي - صلّى الله عليه وسلّم أنّه قال: "الْوَاهِبُ أَحَقُّ بِهَبَّتِهِ، مَا لَمْ يُثَبِّ مِنْهَا"³.

وجه الدّلالة من هذا الأثر أنّ النّبي - صلّى الله عليه وسلّم - حوّل للواهب الرّجوع في هبته ما لم يتمّ التعويض عنها، وهذا ما ينافي للزّوم حتّى ولو كانت محوزة بلا عوض.

تمّ مناقشة هذ الدليل من أوجه عدّة، أبرزها:

- الثّابت لدى ثقة رجال الحديث وقف هذا النّص على ابن عمر، فيكون قول صحابي لا يرقى إلى معارضة الحديث الصّحيح السّالف الذّكر "العائد في هبته ...".

- الحديث محمول على الرّجوع قبل القبض جمعاً للأدلة حتّى لو تمّ التّسليم برفعه ونسبته إلى رسول الله صلى الله عليه وسلّم.

- بالاضافة إلى ضعف هذا الحديث حيث لم يصحّ عن الرّسول الكريم فلا تقوم به حجّة من ثمة⁴، كون أنّه مخصوص بهبة العقار غير العوضيّة، فيكون - من ثمة - خارجاً عن محلّ النّزاع⁵.

أمّا من الإجماع: فإنّ المتتبّع لآثار الصّحابة - رضوان الله عليهم أجمعين - يجدها مقرّرة بعدم لزوم عقد هبة العقار ولو تمّ ذلك بعد حيازتها، وقد احتجّ أنصار هذا الرّأي على صحّة قولهم بما ثبت عن

¹ - أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي شمس الدّين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 5، المرجع السابق، ص. 298. ويؤكّد هذا التّفسير ما ذهب إليه ابن عطية حين تفسيره "قوله تعالى: وَإِذَا جَاؤُكَ الْآيَةُ، يريد بذلك ما كانت اليهود تفعله من قولهم في التّحية السّلام عليك يا محمّد، وذلك أنّه روي أنّ اليهود كانت تأتي فتقول: السّلام عليك يا محمّد، والسّلام الموت". أنظر: أبو محمّد عبد الحق بن غالب بن عبد الرّحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي، المحرّر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت: عبد السّلام عبد الشّافي محمّد، ج5، دار الكتب العلميّة، بيروت، ط1، 1422 هـ، ص. 277.

² - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 136.

³ - سبق تخريجه، وانظر أيضاً: أبو جعفر أحمد بن محمّد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح مشكل الآثار، ج 13، المرجع السابق، ص. 34. وروي بلفظ آخر مؤداه "الواهب أحقّ بهبته ما لم يثب". أنظر: محمّد بن عبد الباقي بن محمّد الأنصاري الكعبي، أبو بكر، المعروف بقاضي المارستان، أحاديث الشّيوخ الثّقات (المشيخة الكبرى)، ت: الشّريف حاتم بن عارف العوني، ج 2، دار عالم الفوائد للنّشر والتّوزيع، د. د. ط، ط1، 1422 هـ، ص. 855، حديث رقم: 310.

⁴ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 121؛ يوسف نّؤاسة، المرجع السابق، ص. 148.

⁵ - إسماعيل عبد النّبي شاهين، المرجع السابق، ص. 558.

عمر، وابنه عبد الله، وعثمان، وعلي، وأبو الدرداء، وفضالة بن عبيد وغيرهم حيث صرحوا بعدم لزوم هبة العقار بعد القبض ولم ينكر عليهم أحد فانعقد الإجماع على ذلك¹.

ومن تلکم الآثار الدالة على جواز الرجوع في هبة العقار إلا ما وهب لذي الرحم المحرم، ما نقل عن سمره، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها"²، وما روي في نفس المعنى عن عمر أنه قال "من وهب هبة فلم يثبت فهو أحق بهبه إلا لذي رحم"³، فتلك الآثار إن دلت فإنما تدل على أنه يحق للواهب الرجوع في هبة عقاره إذا لم تكن لذي رحم محرم.

أجيب على هذا الاستدلال بهذه الآثار بكونها "لا تثبت عنهم، وقد أطال ابن حزم النفس في عرضها ثم في تنفيذها، وما صح منها فهو مخالف لقولهم؛ لأنه إما أن يكون غير مخصص بذي الرحم المحرم، أو أن يكون مخصوصاً بذي الرحم فقط، وهذا خلاف مذهبهم، ثم ما ذكره كله مقطوعات وموقوفات لا تقوم بها حجة، خاصة وهي تعارض الأحاديث الصريحة التي لا تجيز الرجوع في الهبة إلا فيما يهب لولده"⁴.

على أن هذا الإجماع تمت مناقشته بكونه منقوض بأقوال الصحابة والتابعين التي قضت بمنع الواهب من الرجوع في هبته، من تلکم الآثار مثلاً ما نقله ابن جريج قال: أخبرني ابن طائوس، عن أبيه، أنه قال ... قال: معاذ من أهل اليمن قضى أيما رجل وهب أرضاً على أنك تسمع لي وتطيع فسمع وأطاع فهي للموهوب له، وأيما رجل وهب كذا وكذا إلى أجل، ثم رجع إليه فهي للواهب إذا جاء الأجل، وأيما رجل وهب أرضاً، ولم يشترط فهي للموهوب له هكذا في الشرط قضى به معاذ بينهم في الإسلام"⁵.

كما نوقش هذا الإجماع أيضاً بكون عدم اللزوم إذا كان مجمعاً عليه من لدن الصحابة المذكورين، فإن هؤلاء الأخيرين أنفسهم صرحوا بأن حوز هبة العقار يفيد لزومها باعتباره ركناً أو شرطاً لصحتها وتامها؛ من ثمة اصدت الأقوال فوق التعارض، ومن المسلم به أن الدليلين إذا تعارضا تساقطا، وبالتالي لزم ارتفاعها المقتضى لسقوط الإجماع على عدم لزوم نفس العقد انتهاء⁶.

¹ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 128.

² - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في (كتاب الهبات، باب المكافأة) وقال "لم نكثبه إلا بهذا الإسناد، وليس بالقوي". أنظر: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحشروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ت: محمد عبد القادر عطا، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 2003، ص. 300، حديث رقم: 12026.

³ - أخرجه البيهقي في السنن الكبرى في (كتاب الهبات، باب المكافأة)، وقال: "قال البخاري: هذا أصح". أنظر: أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحشروجردي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، ج6، المرجع نفسه، ص. 300، حديث رقم: 12025.

⁴ - يوسف نواصة، المرجع السابق، ص. 148.

⁵ - أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنف، ج9، المرجع السابق، ص. 108، حديث رقم: 16534.

⁶ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 559.

ومن المعقول: فقد احتج أنصار هذا القول على صحة مزاعمهم بكون أن العوض المادي قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب، ذلك أن الشخص قد يهب للأجنبي إحساناً وإنعاماً وقد يهب وهو طامع في مكافئته، فإذا فات هذا القصد جعل من العقد محتملاً للفسخ لحصول خلل في مقصود العقد كونه يعدم الرضا؛ بالتالي فالغرض من الهبة أمر خفي وهو مما لا يمكن معرفته، لأجل ذلك أجاز للواهب الرجوع في هبته حتى يكون له القول الحاسم إزاءها¹.

يقول الكاساني معلقاً: "ولأنّ العوض المالي قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب فإنّ الإنسان قد يهب من الأجنبي إحساناً إليه وإنعاماً عليه، وقد يهب له طمعاً في المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة، فالموهوب له مندوب إلى ذلك شرعاً قال الله تبارك وتعالى {هل جزاء الإحسان إلاّ الإحسان} [الرحمن: 60] وقال - عليه الصلاة والسلام - «من اصطنع إليكم معروفا فكافئوه، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى يعلم أنّكم قد كافأتموه» وقال - عليه الصلاة والسلام - «تهادوا تحابوا»، والتّهادي تفاعل من الهدية فيقتضي الفعل من اثنين وقد لا يحصل هذا المقصود من الأجنبي وفوات المقصود من عقد محتمل للفسخ يمنع لزومه كالبيع، لأنّه يعدم الرضا، والرضا في هذا الباب كما هو شرط الصحة فهو شرط اللزوم كما في البيع إذا وجد المشتري بالمبيع عيباً لم يلزمه العقد لعدم الرضا عند عدم حصول المقصود وهو السلامة كذا هذا².

كما استدلل أصحاب هذا القول من جهة النظر أيضاً فقالوا بأنّ الرجوع في هبة العتار بمثابة العقوق الذي يؤدّي إلى قطع الرّحم المأمور شرعاً بوصله، هذا بخلاف الهبة للأجنبي حيث أنّ الرجوع فيها ليس يقع فيها هذا المخذور، والحال كذلك بالنسبة إلى الوالد إذا رجع في هبته عن ولده فهو وسيلة للدفع به إلى عقوقه، من ثمة فإنّ ما يؤدّي إلى الحرام يمنع ابتداءً³.

أجيب عن فحوى هذا النظر بكونه معارضة للنصوص الصريحة الصحيحة بالرأي المجرد؛ بالتالي فالإجتهد بوجود النصّ الصريح مردود⁴.

على أنّ ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بلزوم عقد هبة العتار بعد حيازتها وعدم جواز الرجوع

¹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 134.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 128.

³ - وقد جاء في المبسوط في سياق هذا القول: "ثم إنّ الحديث دليل أنّ الهبة لا تبيح إلاّ بالقبض؛ لأنّه اعتبر القبض للمنع عن الرجوع، وهو دليل لنا أنّ الوالد إذا وهب لولده هبة ليس له أن يرجع فيها كالولد إذا وهب لوالده، وهذا لأنّ المنع من الرجوع لحصول المنع - وهو صلة الرّحم - أو لما في الرجوع والخسومة فيه من قطعية الرّحم، والولد في ذلك أقوى من القرابة المتأبّدة بالمخزمية، وفيه دليل على أنّ: من وهب لأجنبي هبة فلا أن يرجع فيها - ما لم يعوض منها - لقوله - صلى الله عليه وسلم -: ما لم يثبت...". أنظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج12، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ - يوسف نواصة، المرجع السابق، ص. 149.

فيها إلا الوالد فيما وهبه لولده من عقار، هو الرأي الأول بالترجيح للدواعي الآتية:

- قوة أدلة قول الجمهور وسلامة طرحهم في المسألة في مواجهة ما استدلل به الأحناف ومن حذا حذوهم، فضلاً عن كثرة النصوص التي حضت على الوفاء بالعقود - ومنها عقد هبة العقار-، فيكون واجب الوفاء بها عملاً بتلك النصوص.

- كون أن الواهب كان حراً مختاراً قبل إصداره لهبة العقار، بل وبعد إصدارها له إلى حين قبضها من لدنه يبقى كذلك عند غالبية الفقهاء؛ من ثم فرجوع الواهب بعد كل هذا من شأنه ترك أثر سيء في نفس الموهوب له.

- لاشك أن جواز الرجوع في العقود بعد نفاذها من شأنه أن يجعلها غير مستقرة، وتبعاً لذلك تفقد كيانها فيختل التعامل في أوساط المجتمع ويلحق الضرر بالموهوب له من ثمة، وهذا مما لا يقبله الشرع في الأساس¹.

- بالرجوع إلى ما تمّ من مناقشات لأدلة الفريقين "يتبين ضعفاً في أدلة الحنفية في مقابلة أدلة الجمهور، وتكلفاً في صرف النصوص عن ظاهرها؛ فما تأولوا به حديث ابن عباس في تشبيه العائد عن هبته بالكلب بعيداً جداً، ومنافٍ لسياق الحديث، ومنافٍ لعرف الشارع، وكذا تأويلهم لحديث: "إلا الوالد فيما يعطي ولده" بجواز انفراده في أخذ هبته من ولده من غير رضا ولا قضاء، منافٍ لسياق الحديث، وعدول عن الظاهر لغير دليل، وخروج عن الحقيقة من غير قرينة، والرجوع في الهبة لغير الوالد فيما يهب ولده فيه نقض لمقصد تحقيق الأخوة، وتمتين وشائجها المقصودة من الهبة، فمن تهبه هبة ثم ترجع فتأخذها منه تترك أثراً سيئاً في قلبه، وخير من ذلك ألا تهبه ابتداءً، وهذا المحذور غير وارد في رجوع الوالد؛ فمذهبهم إذاً مرجوح، والراجح مذهب الجمهور، والله أعلم"².

الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار في القانون الوضعي

تباينت مواقف التشريعات الوضعية - كما هو الحال لدى مدارس الفقه الاسلامي - بين مؤيد لفكرة لزوم هبة العقار التي يبنى عليها عدم جواز الرجوع فيها، وبين من يعتد بها كعقد غير لازم يجوز للواهب الرجوع فيها، لذا يقتضي المقام إبراز هذا التباين في كل من قانون الأسرة ابتداءً (البند الأول)، ثم بيانه ضمن التقنين المدني المصري (البند الثاني)، فتوضيحه في التقنين المدني الفرنسي انتهاءً (البند الثالث).

¹ - حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 139.

² - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 150.

البند الأول: حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن قانون الأسرة الجزائري

قبل التعرّض لحكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن التشريع الجزائري، من المفيد - بداية - الإشارة إلى أنّ أحكام الشريعة الإسلامية¹ هي التي كانت تطبّق على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري، وتبعاً لذلك فإنّ هبة العقار المبرمة قبل صدوره كانت تطبّق عليها أحكام الشريعة الإسلامية من ثمة، وبعد صدور قانون الأسرة الجزائري بادر المشرّع إلى معالجة عقد الهبة ضمن الفصل الثاني من الكتاب الرابع المعنون "بالتبرعات" من المواد: 202 إلى 212 من نفس القانون، سالكاً لمنهج مخالف لأغلب التشريعات المدنية - العربية والأجنبية - التي قامت بتقنين عقد الهبة ضمن تقنيناتها المدنية على اعتبار أنّها عقد ناقل للملكية في الأساس.

وإذا كان المركز الطبيعي لعقد هبة العقار في النظام القانوني ينبغي أن يكون ضمن العقود المدنية المسماة حيث يضطلع التقنين المدني باحتوائها كون أنّ العقد الأخير عقد ماليّ كبقية العقود المالية الأخرى، فإنّه يبدو أنّ السبب الدافع لوضع الهبة في قانون الأسرة - على حدّ قول البعض - "هو الحرص الشديد على تستمدّ أحكامها من الشريعة الإسلامية تبعاً لكلّ موضوعات قانون الأسرة من زواج وطلاق ونسب وميراث ووصية ووقف"²؛ هذا فضلاً عن أنّ "المشرّع الجزائري أعطى اعتباراً هاماً للجانب الموضوعي لأحكام الهبة ووضعها بين أحكام قانون الأسرة المستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية لتلاؤمها وانسجامها فيما بينها باعتبارها هي الأخرى مستمدة من نفس المصدر في جلّ أحكامها"³.

وبالرغم من أنّ المشرّع الجزائري لم يفصّل في مسألة جواز الرجوع في عقد هبة العقار (قبل القبض أو بعده)، إلّا أنّه يفهم من فحوى من المادة 211 من ق. أ. ج بعدم جوازه عدا للأبوين، وفي ذلك قضت

¹ - كانت الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريع الجزائري منذ أن وليّ الفاتحون تراب أرض الجزائر المخضبة بدماء شهدائها الأبرار، حيث أنّ أحكامها كانت هي المعمول بها في مختلف فروع القانون: مدنياً كان أو جنائياً أو علاقات دولية وغيرها.

وتطلق الشريعة الإسلامية في الاصطلاح على الأحكام المشرّعة من لدن الشارع الحكيم لعباده على لسان رسول من الرسل، فُنعت بالأحكام بالشريعة لاستقامتها وعدم انحرافها عن الطريقة المستقيمة، وبالرغم من شمول مصطلح الشريعة لجميع الشرائع، إلّا أنّ المقصود باستعمالها شريعة الإسلام المنزلة على لسان رسولنا الأجد محمد صلى الله عليه وسلم. ومن المعنى الفقهي للشريعة الإسلامية اشتقّ مصطلح الشريعة والشرائع، أيّ سنّ القواعد القانونية سواء كانت بواسطة الدّين فتدعى تشريعاً سماوياً، أو من وضع البشر فُنعت بالتشريع الوضعي.

على أنّه يُراد بمصطلح الشريعة الإسلامية - ضمن قانون الأسرة الجزائري - كافّة مصادرها دون تخصيص، أيّ الشريعة الإسلامية في مجموعها دون التقيّد بمذهب معيّن إلّا إذا وجد نصّ يقيد القاضي بذلك في نطاق الأحوال الشخصية. أنظر: إسماعيل أحمد ياغي، الدولة العثمانية في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبة العبيكان، د. ب. ط، ط2، 1998، ص. 237 وما يليها؛ عبد الفتاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص. 16 - 17؛ شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 92، هامش رقم: 1.

² - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 52.

³ - المرجع نفسه، ص. 53.

صراحة المادة الأخيرة بأنه "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه 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 تبرّع أوضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

وهذا ما تمّ إقراره قضاءً، حيث ذهبت المحكمة العليا في قرار صادر عن غرفتها المدنية بتاريخ 15 فيفري 2006¹ إلى القول: "للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما".

ولمّا كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ علاقة الطّاعن ضدّه ليست علاقة بنوّة بل علاقة أخوّة لا يجوز معها الرجوع في الهبة، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شوّهوا قرارهم بمخالفة القانون في المادة 211 من ق أ مّا يعرّض قرارهم للنقض".

ولا شكّ أن تقرير المشرّع الجزائري لهذا الاستثناء القاضي بحقّ الوالدين في الرجوع فيما وهباه من عقار لولدهما إنّما مرّده توفير الحماية اللازمة لهما عمّا قد يطالهما من أضرار بفعل التصرف فيه بالتبذير، فضلاً عن إمكانية تغيير الظروف والأوضاع التي تمّ فيها إبرام هذه الهبة، فقد تردّد الأحوال المعيشية للواهب بعد ذلك من اليُسّر إلى العُسّر فيصبح عاجزاً عن توفير أسباب العيش للجميع، هذا بالإضافة إلى اضطراره لاستعمال حقّه في الرجوع المخوّل له قانوناً بداعي التسوية بين أولاده انتهاءً².

ولتأكيد مبدأ لزوم عقد هبة العقار وعدم جواز الرجوع فيه إلا استثناءً، أردف المشرّع بمادّة موابية (المادّة 212 من ق. أ. ج) قضت بمنع الرجوع في هبة العقار إذا كانت بغرض التبرّع للصالح العام، حيث نصّت على أنّ "الهبة بقصد المنفعة العامّة لا رجوع فيها".

فإذا كانت هذه المادّة تعني - في الأساس - عدم جواز الرجوع في الهبة بقصد المنفعة بإرادة الواهب المنفردة، فإنّه ليس ثمة مانع من طلب فسخها قضاءً إذا كان الواهب قد سبق وأن اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامّة ولم يتمّ تنفيذ هذا الشرط. ففي هذا الفرض نكون أمام هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط اتّفاقاً³، على أنّ تقدير جزاء الفسخ من عدمه يعود للمحكمة الفاصلة في النّازلة

¹ - أنظر: قرار م. ع. غ. م، ملف رقم: 328682، الصادر في: 2006/02/15، مجلّة المحكمة العليا، ع 1، 2006، ص. 237، السابق الإشارة إليه.

² - مصطفى لعروم، عقد الهبة، المرجع السابق، ص. 21؛ شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 94.

³ - مثال ذلك: أن يهب شخص مجاور عقاره الكامن في قطعة أرض صالحة للبناء لمسجد الحيّ من أجل تشييده ثمّ استغلاله كمدرسة لتعليم

طبقاً للقواعد العامة، دونما تعقيب على حكمها الصادر في هذا الشأن من لدن قضاء المحكمة العليا انتهاء¹.

وتبعاً لما سبق، لم يعالج المشرع الجزائري - مثل نظيره المصري - طرق الرجوع في الهبة حيث جاء قانون الأسرة حلوّاً من الإشارة إليها.

بيد أنه وبالرجوع إلى القضاء الجزائري نجد أنّ المحكمة العليا لم توضّح في قراراتها نفس المبدأ، إذ ارتأت - بدءاً - بأنّ نصّ المادة 211 من ق. أ. ج لم يمنع فسخ الهبة من جانب وحيد وذلك ما أورده قرارها الصادر في 03 سبتمبر 1997²، كما أنّها لم تشترط على الواهب أية طريقة عليه اتّباعها إبان الرجوع في هبته العقارية الممنوحة لولده متى صحّ الرجوع بمقتضى عقد توثيقي.

أتبعه قرار الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا الذي صدر بتاريخ 13 أبريل 2005³، ومما ورد فيه "أنّ قضاة المجلس اعتبروا أنّ العقد التوثيقي الذي تراجعت فيه الواهبة عن الهبة كافياً لإزالة آثار عقد الهبة الأصلي ... وفاتهم أنّ إبطال عقد الهبة لا يكون إلّا أمام الجهة القضائية المختصة، وبالتالي فلا يمكن تأسيس الدّعوى المنشورة على عقد لا قيمة له اتّجاه بقيّة أطرافه، الأمر الذي أدّى إلى خرق أحكام العقود الرسمية الموثّقة المنصوص عليها في القانون المدني والقانون التجاري وقانون التوثيق"، ما يعني أنّ نقض عقد الهبة وإزالة آثاره لا يتمّ إلّا عن طريق دعوى تباشر أمام القضاء وهذا ما استشفّ من خلال هذا القرار في الأساس.

ولم يلبث هذا الاضطراب في قرارات المحكمة العليا مليّاً حتّى تدخّلت ذات المحكمة بغرفها مجمعة معلنة عن ميلاد أول اجتهاد قضائي في مادّة الأحوال الشخصية صادر بتاريخ 23 فيفري 2009⁴، ومما ورد فيه: "حيث إنّّه بالرجوع إلى أسباب القرار المطعون فيه، يتبيّن أنّ قضاة المجلس بعد تعرّضهم لطلبات

القرآن وعلومه، فعدم قيام الجمعية الدّينية القائمة على شؤون هذا المسجد والمثّلة له قانوناً بما التزمت به من أشغال البناء ثمّ تخصيص نفس العقار للغرض المذكور، يخوّل للواهب إمكانية طلب فسخها قضاءً طبقاً للقواعد العامة، وقد قضت المحكمة العليا بشأن الهبة بقصد المنفعة العامة أن لا رجوع فيها "ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ قطعة الأرض المتنازع عليها منحت للبلدية من طرف مورّث المستأففين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة، وأنّ غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخّراً لنقص عدد التلاميذ لا يعطي الحقّ للورثة باسترجاعها، لأنّ المورّث ذكر في شهادة البلدية بأنّ قطعة الأرض ستكون ملكاً للبلدية، ولم يذكر بأنّها منحت بصفة مؤقتة حتّى يجوز استرجاعها". أنظر: قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 19116، الصادر في: 19/01/1997، م. ق، ع2، 1997، ص. 144.

¹ - محمّد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 519.

² - أنظر: قرار م. ع، ع أش، ملف رقم: 169391، الصادر في: 03/09/1997، مجلّة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 1997، ص. 274.

³ - أنظر: قرار م. ع، غ. ت. ب، ملف رقم: 342915، الصادر في: 13/04/2005، مجلّة المحكمة العليا، ع1، 2005، ص. 179 وما يليها.

⁴ - أنظر: قرار م. ع، بغرفها المجمعة، ملف رقم: 444499، الصادر في: 23/02/2009، مجلّة المحكمة العليا، ع1، 2009، ص. 107 وما يليها.

ودفع الأطراف وخاصة قرار الغرفة التجارية والبحرية بنوا قضاءهم أساساً على أنّ الرجوع في الهبة لا يكون إلاّ عن دعوى قضائية.

وحيث أنّ المادة 211 من قانون الأسرة تنصّ على أنّ للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنّه ...

وحيث أنّه لما كان ذلك فإنّ الأساس القانوني الذي اعتمدته الجهة الاستئنافية يكون غير كافٍ لإسناد قضائها وذلك لعدم مراعاته من جهة لقرار المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والموارث الذي كرّس نهائياً حقّ الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي، ولكونه من جهة أخرى يتنافى والتأويل السليم للمادة 211 من قانون الأسرة التي تضمّنت أحكاماً عامّة، دونما تحديد للإجراء الواجب اتّباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده.

ومن هنا يكفي لصحّة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإرادية مراعاة الشكل الذي تملّيه طبيعة المال الموهوب.

وحيث في الأخير يبقى القول أنّه عند رجوع الأبوين في الهبة لولدهما دون اللجوء إلى القضاء فإنّ ذلك لا يمنع الموهوب له حال قيام أحد الموانع المذكورة وعلى سبيل الحصر بالمادة المشار إليها سابقاً من ممارسة حقّه في رفع دعوى قضائية لطلب إبطال عقد الرجوع.

وحيث إنّ قضاء الموضوع لما حكموا بإلغاء الحكم الصادر في تاريخ 2002/10/14 القاضي بإلغاء عقد البيع المؤرخ في 1998/05/23 ومن جديد برفض الدّعوى اعتماداً على أنّ رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلاّ عن طريق الدّعوى القضائية، فهم بذلك قد أساءوا فهم المادة 211 من قانون الأسرة¹

¹ - مثلما كان يفهم بعض الباحثين سلفاً، وبالرغم من أنّ الجانب المهني التوثيقي درج على إبرام عقد الرجوع في هبة العقار بإرادة الواهب المنفردة، وهو ما تأكّد إقراره بمذكرة صادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 1994/02/14 تحت رقم 626 - وإذ كانت لا ترقى لأن تكون في مضاف التشريع المفسّر للقانون - قضت بنفس التوجّه المعمول به مهنيّاً دون اللجوء إلى رفع دعوى قضائية، فإنّ هناك من الباحثين كحمدي باشا عمر ومايا دقايشة قد انتقدا - انتقاداً غير صحيح - ما قرّره المذكرة الإدارية المذكورة بحجّة أنّها قد جانب الصواب بدليل أنّ استرجاع الواهب لأمواله يتمّ بنفس الإجراءات المنشقة لها باقتراح قبول وإيجاب جديدين (التقاييل) وذلك حتّى يتسنى للموئّق تحرير عقد الرجوع، وأنّ ما ذهب إليه نفس المذكرة ينطبق على الرجوع في الوصية التي تعتبر تصرّف صادر من جانب واحد على اعتبار أنّ ركنها الوحيد هو الإيجاب الذي يصدره تبرم الوصية، وتبعاً لذلك يمكن للموئّق تحريرها دون موافقة الموصى له ودون العودة إلى القضاء، هذا فضلاً عن أنّ حقّ الرجوع في هبة العقار بالشروط التي أوردتها المادة 211 من ق. أ. ج هو حالة إستثنائية لا يمكن مراقبة مدى توفرها إلاّ من لدن القاضي الذي يقوم ببسط رقبته على ملف الدّعوى قبل التصريح بأحقية الواهب في الرجوع في الهبة، بحيث يعدّ هذا العمل من صميم أعمال القضاء. لأكثر تفصيل في رأي الباحثين المذكور، أنظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 39 - 39؛ مايا دقايشة، المرجع السابق، ص. 180 - 181.

وأخطئوا بالتالي في تطبيقها معرضين بذلك قرارهم للتقضى والإبطال".

تأسيساً على ماسبق، ووقوفاً على أحكام نصّ المادتين 211 و212 من ق. أ. ج المتضمنتين لأحكام الرجوع في عقد هبة العقار، فإنه تتجلى الملحوظات الآتية:

- أراد المشرّع الجزائري - ومن اقتفى أثره - أن يخالف رأي الأحناف في جواز الرجوع في عقد هبة العقار كأصل عام ما لم يوجد مانع من الموانع، وأن يتبنّى رأي الجمهور - يتقدّمهم المالكية¹ - من حيث عدم جواز الرجوع فيها كقاعدة عامّة باستثناء الوالدين فيما وهباه لولدهما من عقار، وتبعاً لذلك استقرّ موقفه على جعل الرجوع في نفس العقد أمراً استثنائياً غير جائز التوسّع فيه أو القياس عليه.

- لم يفصل المشرّع الجزائري في أحكام الرجوع في الهبة تفصيلاً شافياً كافياً يغني عن العودة إلى غيره من اجتهاد توخّياً لبيان معنى نفس الأحكام، فقد جاءت النصوص المنظّمة له مقتضبة لا تؤدّي الدور المنوط بتشريعها وكان هذا هو دأب المشرّع في مختلف مواد قانون الأسرة.

- منح المشرّع الجزائري للوالدين - دون سواهما - ممارسة حقّ الرجوع في عقد هبة العقار لولدهما جبراً مهما كان سنّه - قاصراً كان أو بالغاً -، ومهما كانت أهليته - ناقصة أو كاملة -، ومهما كانت ملائته - موسراً كان أو معسراً -، وسواء تمّت حيازته للعقار الموهوب أو لم تتم.

- لم يفرّق المشرّع الجزائري في حكم الرجوع عن هبة العقار حول محلّ هذه الأخيرة، عقاراً كان أو حقّ انتفاع به، حيث أجاز للوالدين الرجوع في هبتهما الممنوحة لولدهما مطلقاً.

- لم يعالج المشرّع الجزائري ضمن قانون الأسرة مسألة الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي مثلما

¹ - وهو ما سار عليه المشرّع المغربي بشروط خاصّة - خلافاً للمشرّع الجزائري - في المادتين: 283 و284 من مدوّنة الحقوق العينية، وكذا قانون الأحوال الشّخصية اليمني متأثراً بالمذهب الشّافعي ضمن المادة 196 منه. والحال هو كذلك بالنسبة للمشرّع الكويتي الذي أجاز للأبوين الرجوع فيما وهباه لولدهما ضمن نصّ المادة 1/537 من تقنينه المدني معتقفاً لرأي المالكية في هذا الصّدّد، فضلاً عن تقريره حقّ الرجوع لغير الأبوين مع مراعاة القيود الواردة ضمن المادتين 2/537 والمادة 538 من تقنينه المدني. وتأكيداً لتوجّهه هذا قالت المدكّرة الإيضاحية للتقنين المدني الكويتي وهي بصدد تعليقها على المادة 1/537 منه بأنّ "جواز الرجوع في الهبة يختلف فيه في الفقه الإسلامي، فالمذهب الحنفي يبيح الرجوع إلّا المانع، أمّا المالكية والشّافعية والحنابلة فلا يبيحون الرجوع إلّا في حالة واحدة هي حالة هبة الوالد لولده، وهو ما يستمى عند المالكية باعتصار الهبة واسترجاعها فيعتصر الأب، أيّ يسترجع قهراً ما وهبه لولده ... وقد رأى المشروع أن يجعل الأصل هو عدم جواز الرجوع في الهبة إلّا للأبوين فيما وهباه لولدهما، كما هو مقرّر في مذهب مالك (المادة 1/537) ولكنّه أثر لاعتبارات عديدة أن يبيح الرجوع في الهبة استثناءً من الأصل العام بقيدين أوردتهما بالمادة 2/537 والمادة 538 منه". أنظر: مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المدكّرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، المرجع السابق، ص. 339.

درجت على تشريعه مختلف التشريعات المدنية المقارنة¹. وتبعاً لذلك لم يشترط على الوالدين أية طريقة ينبغي عليهما انتهاجها حال الرجوع في هبتهما العّارية عن ولدهما؛ ما يفهم من ذلك بأنه يجوز لهما الرجوع فيها بإرادتهما المنفردة عن طريق إبرام عقد الرجوع عن هبة عّارها أمام أيّ مكتب عمومي على مستوى كامل التراب الوطني، أو مباشرة الدّعى المناسبة المنتهية باستصدار حكم قضائي نهائي يقضي بالرجوع، حيث يتعيّن على الواهب - حال القضاء له به - التوجّه إلى المؤتّق من أجل إيداعه استكمالاً لإجراءات شهره طبقاً للقانون².

على أنّه خالف ما استقرّ عليه الحكم لدى بعض مدارس الفقه المالكي التي راعت حالة الولد الموهوب له في تقرير الرجوع من عدمه، فمنعت رجوع الأمّ عن ولدها - في حالات معيّنة - توجّياً لحمايته ابتداءً³.

¹ - مثلاً قرّره المشرّع المصري ومن وافقه من تشريعات مدنية عربية، أنظر على سبيل المثال: مواد التقنينات المدنية العربية المستقاة من نصّ المادة 500 مدني مصري: المادة 468 مدني سوري، المادة 620 مدني عراقي. راجع في عرض فحوى ذات المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 852 وما يليها.

² - نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 96-97.

³ - وهذا ما قرّره المشرّع الكويتي في المادة 539- أ من تقنيته المدني، وكذا المشرّع الإماراتي في المادة 652 من قانونه للمعاملات المدنية. راجع في عرض فحوى ذات المواد المذكورة، نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع نفسه، ص. 870 وما يليها. على أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ مدارس الفقه المالكي فرقت بخصوص الرجوع في عقد هبة العّار بين اعتصار الأمّ لهبة عّارها للولد الكبير والصّغير؛ فالنسبة لولدها الكبير: أجاز للأمّ اعتصار هبة عّارها سواء أكان الأب حيّاً أو ميتاً وقت الهبة لأنّ ما ينافي الاعتصار هو اليّتم غير الموجود إبان إبرام الهبة إلى حين اعتصارها، كون أنّه لا يوصف الولد الكبير حينئذ يتيماً، إلّا أنّ تكون قد نوت بهبتها هذه صلة رحم أو ثواب أخروي أو أن يكون الولد الكبير فقيراً بائناً عن أبيه، فعندئذ لا يجوز لها الاعتصار.

أما بالنسبة لولدها الصّغير: فإنّها إذا ما أرادت اعتصار هبة عّارها الممنوحة له، فإنّ الحكم فيه مرتبط بأحواله من حيث كونه يتيماً أو ذا أب وطراً عليه اليّتم بعد إبرام عقد هبة العّار على النّحو الموالي:

الفرض الأول: كون أنّ الولد الصّغير إذا كان وقت إصدار هبة العّار ذو أب إلى حين اعتصارها، فيجوز للأمّ - في هذه الحالة - اعتصار هبتها سواء أكان الأب عاقلاً أو مجنوناً جنوناً مطبقاً أو كان الولد أو أبوه موسرين أو كان أحدهما موسراً والآخر معسراً، فإنّ جميع ذلك لا يحول ولا يمنع اعتصار الهبة.

الفرض الثاني: كون الولد الصّغير كان يتيماً وقت إبرام الهبة، فلا اعتصار للأمّ ولو بلغ الولد قبل الاعتصار سواء أكان هذا الأخير موسراً أم معسراً، ذلك أنّ الهبة تمّت وهو يتيماً، والأصل ألاّ اعتصار على اليتيم لأنّ المقصد من الإيهاب له هو القرية والشّفقة عليه، إذ لا تعتصر لضعفه وخوف الخصاصة، فأضحت كالصدقة فلا تعتصر.

الفرض الثالث: كون أنّ الولد الصّغير وقت الهبة ذو أب ثمّ طرأ عليه اليّتم بعد ذلك وأرادت الأمّ أن تعتصر هبة عّارها، ففي هذا الفرض قولان: **الأول:** وهو المعتمد، ومؤداه أن ليس للأمّ أن تعتصر هبتها نظراً لما هو عليه من اليّتم وقت الاعتصار، فصارت كالصدقة عليه. إلى ذلك ذهب ابن موزّ، وابن أبي زيد وهو ظاهر المدوّنة.

الثاني: للأمّ اعتصار هبتها نظراً إلى حالة الصّغير وقت الهبة، فقد كان ذا أب فلم تكن الهبة بمعنى الصدقة عليه. بهذا قال اللّحيمي وسار عليه الشّيخ خليل وهو كلام ظاهر المصنّف وهو المختار. أنظر في هاته الأحكام: أبو البركات أحمد بن محمّد العدوي الدّردي، الشّرح الكبير على مختصر خليل، ج4، المرجع السابق، ص. 110-111 وما يليها؛ عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه

- أغفل المشرع الجزائري ذكر الحالات الأخرى التي لا يجوز فيها التراجع مطلقاً مثلما فعلت بعض التشريعات المدنية العربية كال تبرع بنية القربى للمولى عز وجل ومثاله الصدقة¹، فضلاً عن إغفاله لأحكام وآثار الرجوع في نفس العقد، مما يستلزم الرجوع في بيانها إلى أحكام الفقه الإسلامي ولا سيما المذهب المالكي المتبني أحكام فقهه في الأساس.

- أورد المشرع الجزائري بمقتضى المادة 212 من ق. أ. ج نصاً يقضي بمنع الرجوع في فرض التبرع بقصد المنفعة العامة على إطلاقه، الأمر الذي يفهم منه - على خلاف ما ذهب إليه البعض² - بأن حق الرجوع في هبة العقار ممنوع كأصل عام إلا ما ورد الاستثناء فيه من هبة الوالدين لولدهما؛ اللهم إلا إذا كان نص المادة 212 من ق. أ. ج تقييداً للمادة 211 من نفس القانون، وحينئذ يمنع على الأبوين ارتجاع هبة عقارهما لولدهما إذا كانت هذه الأخيرة مشمولة بوصف التبرع للصالح العام³ كما هو الشأن فيما استقرت عليه مدارس الفقه الإسلامي بمنع رجوع الأبوين في تبرعهما لأولادهما إذا كان هذا التبرع على سبيل الوقف مثلاً⁴.

- تأسيساً على ما سبق، ننتهي إلى أن عقد هبة العقار في التشريع الجزائري عقد لا يجوز الرجوع فيه بإرادة الواهب المنفردة، بيد أنه استثنى من هذا الأصل الأبوين دون غيرهما إذا لم تكن الهبة العقارية ممنوحة بقصد المنفعة العامة، وهو ما سيتشفت من خلال المادتين 211 و 212 من ق. أ. ج على التوالي، وفي هذا كله تأكيد للزوم عقد هبة العقار ولمبدأ عدم جواز الرجوع فيه⁵ كما سبق عرضه.

الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 199؛ علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 118 وما يليها.
¹ - أنظر مثلاً مواد التقنينات المدنية الآتية: المادة 291 من مدونة الحقوق العينية المغربية، المادة 539- (ط) من التقنين المدني الكويتي، المادة 649- (ز) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 243- (ز) من التقنين المدني السوداني. أنظر في عرض فحوى هاته النصوص: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 870 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 529.

² - الذين قالوا بأن إدراج المشرع لنص المادة 212 من ق. أ. ج التي قضت بعدم الرجوع في الهبة الممنوحة بقصد المنفعة العامة في غير محلّه، كون أنه يستشف من هذه المادة - بمفهوم المخالفة - جواز الرجوع في الهبة ما لم تكن بقصد المنفعة العامة؛ مما يدل على أن هذا التفسير جانب الصواب على اعتبار أن الباحث لم يرجع لبطلان أتهات الفقه الإسلامي حتى يتسنى له معرفة الحكم اللازم في هذه الحالة. أنظر في تبني هذا القول: شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص. 98.

³ - ومثال ذلك: هبة الوالد عقاره المجاور للمستشفى لولده شريطة تخصيص غرفٍ منه لأجل تمكين المرضى الوافدين ومرافقيهم من المبيت فيه أثناء فترة العلاج، فالحكم - إذن - ألا رجوع للوالدين في هبتهما هذه، كونها قد أبرمت بقصد منفعة عموم المرضى ومرافقيهم، ومع ذلك يجوز لهما ممارسة حقهما في الرجوع حال حياتهما لو لم يتفقد الشرط طبقاً للقواعد العامة.

⁴ - خالد سمّاحي، المرجع السابق، ص. 223.

⁵ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 258-259.

البند الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن التقنين المدني المصري

لم يشر التقنين المدني المصري بأية إشارة - ولو عارضة - تبين صفة الملك في عقد هبة العقار قبل القبض، وجاء خلواً من أي نص يقرر أهو ملك لازم أو غير لازم، وهل تتم هبة العقار قبل القبض أو بعده أو لا تتم أصلاً.

ولقد حاول بعض الشراح تبرير هذا القصور بإجابات غير شافية، وكانت لا تعدو أن تكون - في معظم الأحيان - مجرد محاولات لا ترقى إلى إرساء قواعد تفصح وتحيب عن عمق الإشكال.

فإذا ما أردنا تبين حكم عقد هبة العقار قبل قبضه في التشريع الوضعي، فإنه ينبغي التذكير بأن الأصل فيها أنها عقد شكلي بامتياز على اعتبار أن الشكل يعد ركناً من أركان هذا العقد، وتخلّفه يصير باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ ما يعني أن ملكية العقار الموهوب لا تزال على ملك الواهب الذي يحق له التصرف فيه بكافة أنواع التصرف المقررة قانوناً باعتبار أن العقار الموهوب لا تنتقل ملكيته إلى الموهوب له إلاّ بشهار هذا العقد طبقاً للقانون.

على أنه ووفقاً لما ذهب إليه البعض "نستطيع التأكيد على أن فقه القانون الوضعي أخذ بإجماع الآراء فيه بمذهب جمهور الفقهاء، ألا وهو أن الهبة قبل القبض هي عقد جائز يستطيع الواهب أن يلغيه بإرادته المنفردة (يرجع فيه) بصفة مطلقة دون تثريب عليه بأي قيد من القيود"¹، وهذا ما يستشف من خلال نص المادة 932 من ق. م. م² التي قضت اعتباراً لذلك بأنه "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في المنقول والعقار بالعقد متى ورد على أنه محل مملوك للتصرف طبقاً للمادة 204 وذلك مع مراعاة النصوص الآتية".

ويُراد بتلك النصوص، نص المادة 934³ من نفس القانون الذي أكدت على أنه "لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلاّ إذا روعيت الأحكام المبينة في قانون تنظيم الشهر العقاري".

هذا ما تأكّد ابتداءً من كون الهبة - في التقنين المدني المصري - لا تتم إلاّ بورقة رسمية بغض النظر عن محلّها عقاراً كان أو منقولاً، بحيث لم تشترط الحيّزة في الأساس؛ غاية ما في الأمر أن المشرّع أشار إلى أن هبة المنقول تتم بالحيّزة دون حاجة إلى السند الرسمي، وذاك ما تم صياغته من خلال المادة 488 من ق. م. م.

¹ - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 181 وما يليها؛ محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 105.

² - المطابقة لنص المادة 792 من ق. م. م. ج.

³ - المطابقة لنص المادة 793 من ق. م. م. ج.

م انتهاء بالقول: "1- تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر.

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

لكن ورد في مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري ما يدحض هذا القول ويزيد الأمر التباساً، "... أمّا هبة المنقول فعقد عيني لا شكلي، لا تتم إلا بالقبض، ولا تغني الرسمية عن القبض كما هو في التقنين الحالي [أي السابق]"¹.

أمّا السنهوري فقد ذهب في توجهه إلى أنّ شكلية الهبة في مصر هي الورقة الرسمية، بحيث "إذا وثقت هبة المنقول في ورقة رسمية انعقدت الهبة دون حاجة إلى إجراء آخر، شأنها في ذلك شأن هبة العقار، إذ لا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض، فالقبض في هبة المنقول ليس واجباً إلى جانب الورقة الرسمية، بل هو إجراء يغني عنها، فلا محلّ إذن للجمع بين الإجراءين، الرسمية والقبض"².

وأمام هذا التضارب في التفسير كانت المادة 673 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري لوضوحها أولى بالتقنين، فلقد كانت تقضي صراحة بأنه "1- يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء إلى الموهوب له. 2- فإذا كان الموهوب عقاراً سرت عليه الأحكام المتعلقة بالتسجيل. 3- أمّا إذا كان منقولاً فلا تنتقل الملكية إلا بالقبض الكامل"³.

وبالرغم من وضوح هذه المادة وجلاء أحكامها، إلا أن لجنة مراجعة المشروع ارتأت حذفها كون أن حكمها مستفاد من القواعد العامة.

ضف إلى ذلك بأنّ المشروع المصري - ومن هذا حذوه - لم يورد نصّاً بارزاً يبيّن صفة الملك في عقد هبة العقار بعد حوزها - شأنه في ذلك شأن صفة الملك قبل القبض - هل هو ملك لازم أم غير لازم، وتتبعه الفقه المصري في ذلك، إذ لم يبادر ببيان مدى القوّة الإلزامية لنفس العقد في الأساس.

والمحضلة أنّ التقنين المدني المصري استقرّ - بمعية فقهه - على أنّ هبة العقار قبل حوزها هي عقد جائز يسوغ للواهب الرجوع فيه بإرادته المنفردة تأسيساً على أنّ الهبة لم تستجمع شروط صحتها ونفاذها، وبدون القبض يعتبر العقد موقوفاً إلى أن يتمّ هذا الأخير فتصبح لازمة لا يجوز الرجوع فيها مع مراعاة الشروط والأحكام المستلزمة فيحق الرجوع ابتداءً.

¹ - عمّار نصّار، المرجع السابق، ص. 980.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 53.

³ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 254.

لكن طالما كانت هبة العقار قبل حوزها من العقود الجائزة، فإنه وعلى حد قول البعض "يصدق عليها صفة "الإلغاء" وليس صفة الرجوع، لأن الرجوع يختص بكونه يرد على العقود اللازمة والتي قد ينسلخ عنها اللزوم لأمر طارئة أو لخيار فيها أو ما أشبه ذلك، لا بالعقود التي يكون "عدم اللزوم" فيها وصفاً وصفة طبيعية تلتصق بصفة العقد، هذا فضلاً عن تلك الخصائص والآثار التي ينفرد بها كلٌّ عن الآخر، ومن ثم فإننا نهيئ بالمقنن المصري وهو بصدد إصدار قانون المعاملات المدنية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية أن يأخذ في الحسبان مراعاة وضع الألفاظ والأساليب لما تدل عليه طبقاً لماهيتها وخصائصها وآثارها، فلا يسبغ وضع الرجوع على "الرجوع" في الهبة إلا إذا كانت هبة لازمة، بينما يسبغ وصف "الإلغاء" على الهبة الجائزة حتى لا يستدرج الفقه - كما هو الآن - إلى نفس الخطأ الذي وقع فيه المقنن، حيث يعبر جميع فقهاء القانون الوضعي عن إنهاء عقد الهبة بتعبير "الرجوع" سواء كانت لازمة أم جائزة وسواء أكانت مقبوضة أم لا، بدلاً من قولنا أن الرجوع والإلغاء من قبيل المتباين المتصل الذي يمكن اجتماع معانيه ...

ويستبين من هذه التصوص [يقصد بها المادتين 862 و 863 من مجلة الأحكام العدلية] أن الهبة لا تتم إلا بالقبض، وللواهب أن يرجع فيها مطلقاً ودون قيد ما لم يتم القبض، وهو اتجاه حسن من التقنين الوضعي في مصر حينما أخذ بها الاتجاه، حيث يتفق مع الفقه الإسلامي تماماً - على الرأي الراجح فيه - في هذا الصدد بصرف النظر عن الخطأ في التكييف الشرعي والقانوني لهذا الإنهاء ...¹.

تجدر الإشارة إلى أن التقنين المدني السابق لم يتطرق إلى موضوع حكم الرجوع فيما إذا كان يجوز الرجوع فيه من عدمه؛ لذلك فقد ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى القول بعدم جواز الرجوع في الهبة على الإطلاق، وقد كان تأسيسهم في ذلك إنما يقوم على كون أن المشرع المصري طرح جانباً مسألة الرجوع في نفس العقد متأثراً بأحكام التقنين المدني الفرنسي² التي تقضي بأنه لا يجوز لأين من المتعاقدين الاستقلال بفسخ العقد في الأصل³.

وبالموازاة مع ذلك، إنجّه جانب ثانٍ إلى أنه إذا كان التقنين المدني الملغى لم يورد أحكام الرجوع في عقد هبة العقار، "وليس فيما وضعه لها ولأسباب انتقال الملكية وزوالها من نصوص ولا فيما أورده للإلتزامات من أحكام عامة ما ينافي الرجوع في الهبة، كان لا مندوحة عن الرجوع في هذا الأمر إلى قانون الأحوال

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 553-554.

² - وهذا ما قرره القضاء المصري سلفاً حيث قضى "بأن مسألة الرجوع في الهبة التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية من حيث جوازها من عدمه، قد طرحها المشرع جانباً وسار في هذا الصدد وراء أحكام القانون المدني، أي أنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بفسخ العقد بمحض هواه، ومن ثم لا يجوز الرجوع في الهبة". أنظر: حكم محكمة ميت غمر الجزئية الصادر في: 1954/02/10، الجريدة الرسمية لسنة 108، ص. 23.

³ - والإستثناء أن التقنين المدني الفرنسي يبيح الرجوع في عقد هبة العقار في أحوال معينة قررتها بعض مواد على غرار المواد: 955، 959، 960 إلى 966، 1096 منه.

الشخصية، سافرة كانت الهبة أو مستورة...¹.

وقد تأيّد هذا الرأي من لدن معظم القضاء المصري على اعتبار أنّه هو الذي ساد في أوساط محاكمه، من ذلك ما ورد في أحد أقضيته² من أنّ "رجوع الواهب في الهبة وشروط هذا الرجوع لم يرد عنه ضمن ما نصّ عليه القانون المدني، فيكون النّظر فيه خارجاً عن اختصاص المحاكم الأهلية وداخلاً في اختصاص المحاكم الشّرعية. وبما أنّ الحكم في طلب تثبيت الملك الذي يطلبه المدّعي يتوقّف على معرفة ما إذا كان له حقّ الرجوع في الهبة المستورة التي صدرت منه للمدّعي عليه الأوّل بناء على عدم قيامه بما تعهّد به في نظير الهبة، وهو خارج عن اختصاص هذه المحكمة كما تقدّم، فإنّه يتعيّن في هذه الحالة ضرورة وقف الفصل في الدّعى حتّى يفصل فيها من الجهة المختصة بإلغاء هذه الهبة بناء على أنّ للمدّعي حقّ الرجوع فيها".

فإذا كان هذا هو الحال في التّقنين المدني الملغى، فإنّ التّقنين المدني الجديد اقتفى أثر سلفه في هذا الصّدّد، حيث تبنّى - في معظمه - أحكام المذهب الحنفي كمصدر لأحكام الرجوع في عقد هبة العتار باستثناء بعض النّصوص، مُدخلًا في نفس الوقت تغييراً جوهرياً على تلك الأحكام اقتبسه من التّقنينات المدنية الأجنبية، إذ أنّه أبقى على موانع الرجوع فيها كما هو الشّأن في المذهب الحنفي لكي يكسبه قوة كبرى من الإلزام، وفي ذات الوقت أباح حقّ الرجوع في نفس العقد بمقتضى عذرٍ مقبول وأورد لهذا الأخير أمثلة من التشريعات المدنية الغربية بما يقرب أحكام الفقه الإسلامي من تلك التّقنينات.

وقد اعتقد القائلون على تشريع التّقنين المدني المصري بأنهم بهذا التوجّه قد أكسبوا "عقد الهبة صلابة وقوة في الإلزام على النّحو الذي ينبغي أن يكون العقد هو - وإن كان تبرّعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود"³.

فإذا كان هذا هو نهج التّقنين المدني الجديد في معالجته لأحكام الرجوع، فإنّه ليس ثمّة داعٍ - على حدّ قول البعض - "لإفحام مبادئ من القوانين الغربية في قواعد مستقرّة في بلادنا منذ قرون حكمة ظاهرة، ولا نجد في ذلك مصلحة واضحة أو غير واضحة، فضلاً عن أنّ تقييد الرجوع بقيام عذرٍ مقبول يجعل لزوم العقد تحت رحمة القاضي بدل أن كان مرتبطاً بإرادة الواهب، ويكون ما أكسب التّقنين عقد الهبة من قوّة في الإلزام

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 171؛ وهذا هو نفس فحوى حكم محكمة النقض المصرية الصّادر في: 1947/04/03، مجموعة عمر 5، رقم 171، ص. 390، نقلاً عن: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 183.

² - الصّادر في: 1919/05/13، المجموعة الرسمية 21، رقم: 50، ص. 80.

³ - أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 241.

ضئيل على عكس ما توهمه واضعوه، لاسيما وقد أطلق حق الرجوع من كل قيد إذا رضي الموهوب له، وقد كان الرجوع في هذه الحالة أولى بالتقييد حفظاً لحقوق الغير وحماية لاستقرار المعاملات¹.

ومع ذلك، فإنه ليس ثمة هنالك نص صريح يبين صفة الملك في هبة العقار بعد حوزها ضمن القانون المدني المصري هل يندرج تحت طائلة الملك اللازم أم الجائز، إلا أنه وبعد قراءة نصوص هذا التقنين والتمعن في أحكامه، فضلاً عن الإحاطة علماً بما قرره الفقه والقضاء في هذا الشأن، يتبين بأن عقد هبة العقار هو عقد لازم بعد القبض في الأصل، وهذا اللزوم يستخلص من النصوص القانونية القاضية بعدم جواز الرجوع في نفس العقد إلا بالتراضي أو لعذر مقبول مع عدم وجود المانع طبقاً لنص المادة 502 من نفس التقنين.

ذلك أن ظاهر النصوص (المادتين 500، 501 من ق. م. م) وروح التقنين إقتضيا عدم جواز الرجوع - متى كان العقد شكلياً - إلا برضا طرفيه أو تقاضيهما، وهذا المنع لا يكون إلا للزوم نفس العقد لارتباط أحدهما بنظيره الآخر في هذا الصدد².

البند الثالث: حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن التقنين المدني الفرنسي

تأسيساً على نص المادة 894 من ق. م. ف القاضية بأن "الهبة عقد بين الأحياء بمقتضاه يتبرع الواهب حالاً وبصورة لا تقبل الرجوع بشيء لصالح الموهوب له يقبله"، فإن الأصل في التشريع الفرنسي عدم جواز الرجوع في عقد هبة العقار.

ويتضح - بجلاء - من هذا النص بأن هبة العقار - سواء أكانت مقبوضة أو غير مقبوضة - هي عقد لازم في جميع الأحوال ويتنافى لزومها مع جواز الرجوع فيها.

ويرجع هذا الأصل - في الأساس - إلى مبدأ في القانون الفرنسي القديم مفاده أن "العطاء والمنع لا يجتمعان" "Donner et retenir ne vaut"، وهذا المبدأ وإن لم ينقل حرفياً في التقنين المدني الفرنسي الحالي إلا أن له تطبيقات ظاهرة في فحوى المواد من 943 إلى 946 من نفس القانون.

كما ويرتد هذا المبدأ في أصله إلى القانون الروماني قبل عهد جوستينان "Justinien"، حيث لم يكن للوعد بالهبة قوة ملزمة، إذ لم تكن هذه الأخيرة منتجة لآثارها إلا إذا نفذت، حيث لا تتم إلا في الوقت الذي يتفرغ فيه المتصرف بالفعل عن عقاره الممنوح من لدنه إلى الواهب ويسلمه إيّاه، واعتباراً لذلك

¹ - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 160.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 562-563.

أسس هذا المبدأ¹.

ولم يلبث هذا المبدأ أن أخذ معنى آخر يختلف مدلوله عن الأوّل، فأضحى يُراد به بأنّ عقد الهبة لا يمكن الرجوع فيه، فالواهب ينبغي أن يفقد كلّ أمل في الرجوع فيما أقدم عليه من عطاء على اعتبار أنّه يتجرّد من ماله - منقولاً كان أو عقاراً - في الحال إبان حياته وبشكل نهائي، ومن ثمّ لا يحقّ له الاحتفاظ لنفسه بحق الرجوع فيما وهبه - كلاً أو جزءاً - باشرطه ذلك في عقد الهبة².

وتطبيقاً للمبدأ المذكور أعلاه، منع التشريع الفرنسي - تبعاً لذلك - بعض أنواع الاتّفاق هي كالاتي:

- هبة المال العقاري المستقبل:

وفي هذا الصّد قضت المادة 943 من ق. م. ف بأنّه "لا يصحّ أن تشمل الهبة إلّا الأموال الحاضرة للواهب، فإذا شملت مالاً مستقبلاً فإنّه يكون باطلاً بالنسبة لهذه الأموال". وعلة المنع في ذلك إنّما ترجع إلى أنّه إذا أمكن الواهب هبة الأموال المستقبلية فإنّه يكون لديه أداة يستطيع بها أن يرجع في هبته بمشيئته، وذلك بالتّصرف إبان حياته في الأموال العقارية الموهوبة من لدنه.

- هبة العقار المنعقدة تحت شرط:

وهي تلك الهبة التي يخضع تنفيذ الشرط فيها لحض إرادة الواهب، أيّ تلك التي تقتزن بشرط إرادي طبقاً لأحكام المادة 944 من ق. م. ف التي قضت - تبعاً لذلك - بأنّ الهبة التي تقتزن بشروط يوكل تنفيذها لإرادة الواهب وحده، تكون باطلة.

- هبة العقار بشرط تسديد ديون الواهب المستقبلية:

وفي هذا الشأن نصّت المادة 945 من ق. م. ف بأنّ "الهبة تكون باطلة إذا علّقت على شرط الوفاء بالديون والتكاليف غير الموجودة وقت الهبة أو غير التي تبين في عقد الهبة أو القائمة التي يجب أن تلحق بها". وعلة المنع في ذلك هو أنّ الواهب بهذه الشروط يستطيع إعدام الهبة وذلك بتعهده بالتزامات تستغرق الأموال العقارية الموهوبة؛ هذا بخلاف شرط تسديد ديون الواهب الموجودة إبان إبرام عقد هبة العقار حيث لا يوجد ما يمنع صحتّها من الأصل.

¹ - محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 170؛ محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 158.

² - محمد كامل مرسي، المرجع نفسه، ص. 180.

- هبة العقار المبرمة مع احتفاظ الواهب فيها بحق التصرف:

إذا احتفظ واهب العقار في كلٍّ أو جزء منه ثمّ توفّي قبل التصرف فيه، آل ما احتفظ بحريّة التصرف فيه إلى ورثته ولو كان هنالك شرط يقضي بذلك (المادّة 946 من ق. م. ف.)¹.

على أنّه يشار إلى أنّ هبة العقار في التقنين المدني الفرنسي وإن كانت عقداً لازماً لا يجوز الرجوع فيه إلاّ باتّفاق الطرفين كأصل عام، إلاّ أنّه يرد على هذا الأصل استثناء وحيد هو "الهبة بين الأزواج" فهي غير لازمة في جميع الأحوال، حيث يجوز للواهب أن يرجع فيما وهب من عقار دون أدنى قيد أو شرط.

وقد كان هذا النوع من الهبات باطلاً في القانون الروماني، والعلة الكامنة في ذلك، هو الخشية من أن تكون هذه الهبة نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب ممّا يقتضي تقرير حق الرجوع لهذا الأخير طوال حياته.

يُبدّ أنّه إذا كان ثبوت حق الرجوع في عقد هبة العقار المبرمة بين الأزواج هو الإستثناء الوحيد من مبدأ لزوم نفس العقد في التقنين المدني الفرنسي، إلاّ أنّ هذا الأخير نصّ - بمقتضى المادّة 953 منه - على أسباب خاصّة ثلاث تجيز الرجوع - سنأتي على تفصيلها - هي كالاتي:

- طروء ولد للواهب بعد إبرام عقد هبة العقار.

- جحود الموهوب له ونكرانه لجميل الواهب.

- إمتناع الموهوب له عن تنفيذ ما يتقل هبة العقار من أعباء وتكاليف².

على أنّ هذه الحالات الثلاث للرجوع في عقد هبة العقار لا تعتبر استثناء من قاعدة لزومها كونه "لا تتوقّف على إرادة الواهب بل ترجع إلى أسباب خارجة عنها"³.

وعلى هذا الأساس، كان ينبغي وصف هبة العقار في التقنين المدني الفرنسي بكونه عقداً لازماً من باب أولى، وللزوم عقد الهبة ضمنه "معنى يفوق في قوّته الأثر الملزم للعقد على العموم، بمعنى أنّه لا يجوز لطرف فيها أن ينقض حكمها أو يعدّل في آثارها، وهي في هذا تتفق مع باقي العقود، ولكنها لازمة أيضاً بمعنى أنّه لا يجوز أن يدرج فيها ما يحفظ للواهب حق الرجوع أو ما يمنع الموهوب له من نيل حقّ بات، وفي

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 280-281.

² - وهي نفس الحالات التي كان يعتدّ بها كلٌّ من القانون الروماني وكذا القانون المدني الفرنسي القديم، أنظر: TIMBAL Pierre-Clément, Op. cit., p. 211.

³ - محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 163.

هذا تختلف عن كلّ العقود، ومن أجل ذلك يعتبر باطلاً لمخالفته هذا المبدأ هبة ما يتركه الواهب عند موته حيث يكون له ملكية الرجوع فعلاً فيها بالتصرف في أمواله حال حياته ... فلقوة الهبة بعد القبض في القوة الإلزامية لطرفيها ما يفوق كثيراً من العقود الأخرى الملزمة في القانون الفرنسي، ولا يستثنى من ذلك إلا استثناء واحداً هو الهبة بين الأزواج، فهي دائماً غير لازمة ...¹.

المبحث الثاني: أَعذار وموانع الرجوع في عقد هبة العقار

خلافاً لما قرّره المشرّع الجزائري بخصوص الرجوع في عقد هبة العقار، إشتطت معظم التقنيات المدنية ضرورة توافر عذر مقبول لرجوع الواهب في عقد هبة عقاره (المطلب الأول)؛ كلّ ذلك ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع فيه طبقاً لما قرّره القانون (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أَعذار الرجوع في عقد هبة العقار

على خلاف التشريع الجزائري، يتبين ممّا سبق بأنّ أحكام عقد هبة العقار الواردة في التقنين المدني المصري مستقاة - في معظمها - من الفقه الإسلامي وفقاً لمذهب الأحناف، وتبعاً لذلك فقد أجاز المشرّع المصري - ومن هذا حذوه - للواهب بأن يرجع في هبة عقاره إذا قبل الموهوب له بذلك مخوّلاً حق الرجوع للعاقدين بالتراضي. بيد أنّه في حالة عدم قبول الموهوب له الرجوع، سوّغ للواهب بأن يلتجأ للقضاء طالباً الترخيص له بالرجوع فيما وهبه متى كان هناك عذر مقبول، ولم يوجد ثمة مانع من موانع الرجوع².

وبالعودة إلى أحكام الفقه الإسلامي والتقنين المدني المصري - مع أغلب التقنيات المدنية العربية - يتوضّح بأنّهما لم يحدّد الأَعذار التي تبيح الرجوع، ولم يضع أيّ منهم ضوابط أو شروطاً معيّنة، فيما عدا الضّابط أو الشرط العام الذي مؤدّاه أن يكون العذر مقبولاً ومسوّغاً للرجوع. وعليه، فإنّ الأَعذار التي نصّ عليها المشرّع المصري بمقتضى المادة 501 من ق. م. لا تعدو أن تكون أمثلة للأَعذار المقبولة، وهذا ما

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 561.

² - ذاك ما قضت به المادة 500 من ق. م. م بقولها: "1- يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك.

2- فإذا لم يقبل الموهوب له، جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع".

³ - يقابل هذا النصّ في التقنيات المدنية العربية التّصوص الآتية: المادة 469 مدني سوري، المادة 490 مدني ليبي، المادة 538 مدني كويتي، المادة 210 من مجلّة الأحوال الشّخصية التونسية، المادة 2/283 من مدوّنة الحقوق العينية المغربية، المادة 647 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 241 مدني سوداني، المادة 621 مدني عراقي مع إضافة العذر الآتي: "أن يقصّر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول".

ويقصر التقنين المدني العراقي في عذر الإخلال بالواجب على أن يكون الإخلال بالواجب نحو الواهب دون أن يذكر أقاربه، مع إمكانية من رأى بأنّ الإخلال بالواجب نحو أقارب الموهوب له يصحّ أن يكون عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة كون أنّ الأَعذار المشار إليها في نفس العقد لم تأت

تجلى من فحوى المادة المذكورة في الأساس¹.

نفس التوجّه درج على تشريعه المشرّع الفرنسي مسبقاً، حيث أورد ثلاث حالات للرجوع بمقتضى المادة 953 من تقنينه المدني² التي قرّرت بأنّ الهبة بين الأحياء لا يجوز الرجوع فيها إلّا في حالة عدم تنفيذ الشروط التي اتّفق عليها في عقد الهبة أو في حالة جحود الموهوب له، أو بسبب ولادة ابن الواهب.

وتبعاً لما سبق، فإنّه يستشفّ من تحليل المادة 501 من ق. م. م ونظيرتها المادة 953 من ق. م. ف - بعد المقارنة بينها كما سيرد في حينه - أنّ الأعدار المسوّغة للرجوع الواجب بحثها لا تخرج في مجموعها عن الأعدار الآتية: جحود الموهوب له (الفرع الأوّل)، عجز الواهب عن الإنفاق (الفرع الثاني)، ولادة ابن للواهب (الفرع الثالث)، عدم تنفيذ الشروط والتكاليف المتفق عليها في عقد هبة العَقَّار (الفرع الرابع).

على سبيل الحصر. ضف إلى ذلك أنّ نصّ المادة 524 من قانون الموجبات والعقود اللبناني التي تتفق أحكامها - في فحواها - مع أحكام التقنين المدني المصري، لم يشر من بين تلك الأعدار أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من التّفقة على الغير. ولقد كان إجماع الفقه والقضاء في لبنان منعقد على أنّ الحالات المسوّغة للرجوع وردت على سبيل الحصر، إذ يتبيّن بعد مقارنة نصّ المادة 528 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بما يقابلها من خلال نصّ المادة 955 من ق. م. ف والمادة 501 من ق. م. م بأنّ نصّ المادة 528 من قانون الموجبات والعقود اللبناني المذكور جاء أقرب إلى روح النصّ الفرنسي منه إلى روح النصّ المصري الذي جاء مرناً وعمماً بشكل لم يحدّد فيه المشرّع المصري الأعدار على سبيل الحصر؛ في حين جاء النصّ الفرنسي دقيقاً بشكل انعقد معه إجماع الفقه الفرنسي على أنّ التعداد الوارد ضمن المادة 955 من ق. م. م هو حصري، وهذا هو الحال في قانون الموجبات والعقود اللبناني السائر على نفعه. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 198-199، هامش رقم 2؛ نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 442.

¹ - التي قضت بأنّه: "يعتبر بنوع خاصّ عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة.

أ- أن يخلّ الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه.

ب- أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من التّفقة على الغير.

ج- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظلّ حيّاً إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد يظنّه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي.

تجدر الإشارة إلى أنّ النصّ المحلّل أعلاه ورد ضمن المادة 685 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على نحو ما هو مستقرّ عليه في التقنين المدني الحالي، وقد تمّ إقراره من لدن لجنة المراجعة بعد أن حذفت عبارة "إخلالاً خطيراً" التي كانت واردة في البند 6 من نفس المشروع اكتفاء بعبارة "جحوداً كبيراً" الموجودة في نفس البند، ثمّ أصبح رقم المادة 529 من المشروع النهائي ووافق عليه مجلس النواب من ثمة. وقد ذكر ضمن أعمال لجنة مجلس الشيوخ بأنّ هذا النصّ مستقّى من القانون الفرنسي ولا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية التي تقضي بالرجوع في الهبة بالتراضي بين الطرفين أو بواسطة حكم القاضي. ولما أشير إلى أنّ الرجوع في هبة مطلق إلّا في الأحوال التي يمنع فيها الرجوع، رُدّ على هذا الاعتراض بأنّ الرجوع في الشريعة غير مطلق كون أنّه من ضمن بواعث الرجوع في الهبة عند المالكية لإخلال الموهوب له بما ينبغي عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه، بحيث يكوّن هذا الإخلال جحوداً من جانبه وهو حكم الفقرة 6 من النصّ، لتوافق اللّجنة على هذا النصّ أخذاً ببعض أقوال المدارس الفقهية الإسلامية التي استقرّت على تحريم الرجوع في الهبة إلّا لعذر مقبول، فينتهي مجلس الشيوخ إلى المصادقة عليه انتهاء تحت رقم المادة 501. أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 198، هامش رقم: 1؛ مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 286 وما يليها.

² - Art 953 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ».

الفرع الأول: جحود الموهوب له "ingratitude de donataire"

من المفيد الإشارة - بادئة - إلى أنه بالرغم من أن المشرع المصري استقى أحكام المادة 501 السالفة الذكر من التقنين الألماني أساساً من خلال مادته 530، إلا أن ظنه خاب - على حد فهم بعض الفقه المصري - حينما أراد التوفيق بين ما استهدف اقتباسه من هذا التقنين وبين محاولته تقريب أحكام الفقه الإسلامي من تلك القوانين الأجنبية¹.

ويلاحظ من النص المشار إليه أعلاه بأن الأعدار التي ساقها المشرع للرجوع في عقد الهبة عموماً وعقد هبة العتار على وجه الخصوص لم ترد على سبيل الحصر؛ إنما اختصها بالذكر كونها غالب الأعدار التي تبرر الرجوع في الهبة؛ ما يعني أنه ليس ثمة مانع من قيام أعدار أخرى غير تلك المذكورة، بحيث أنه إذا تقدم الواهب بأي عذر يرى بأنه مستساغ لأن يبرر رجوعه في هبته وأقره القاضي على أنه عذر مقبول يبرر الرجوع، فسخ عقد الهبة لهذا العذر.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن الرجوع في عقد هبة العتار لعذر مقبول ليس هو في واقع الحال إلا فسخاً قضائياً للهبة متروك للمحكمة الفاصلة في نازلة الرجوع شأن كل فسخ قضائي آخر.

ونخلص مما سبق بأن من بين الأعدار المحيزة للرجوع في عقد هبة العتار غير الأعدار المنوّه عنها من

¹ - وهذا ما يفنّده البحث في بطون أمّهات الفقه الإسلامي حيث طرح في هذا الصدد تساؤلاً - بخصوص هذه الجزئية - مفاده: هل حق الرجوع عند من قالوا به مطلقاً إلا في الأحوال الممنوع فيها الرجوع، أم أن هناك باعناً مجزئاً لهذا الرجوع؟. وتبعاً لذلك: هل تحريم الرجوع في هبة العتار عند من قالوا به مطلقاً، أم أن هناك أعداراً مقبولة تجزئ لهم حق الرجوع!. وبالتمحيص في مختلف الأقوال وجد بأن حق الرجوع عند من قالوا به مطلقاً إلا في الأحوال الممنوع فيها الرجوع (وهم الأحناف ومن وافقهم) يحلّ للواهب حق الرجوع في هبة عتاره من غير أن يقتن هذا الحق بباعث (عذر) يبعث عليه، كون أن الشرع مكّنه من الرجوع بمقتضى الأدلة الدالة عليه من غير أن يذكر باعناً على هذا الرجوع، وإن كان الرجوع من الواهب يكتنفه القبح من جهة العادة لا الشرع. على ذلك فإنّ الباعث على الرجوع خاص بالفريق القائل بتحريم الرجوع في هبة العتار (الجمهور)، وأهم هذه البواعث التي يمكن أن تنهض عذراً مسوّغاً للرجوع - بحسبهم - هي كالآتي: 1- عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه. 2- عجز الواهب عن التفقة الواجبة عليه. 3- ولادة ابن للواهب. 4- جحود الموهوب له بصورتيه: أ- الاعتداء على حياة الواهب. ب- الإساءة إليه إساءة بالغة. هذا ما يفنّده - انتهاء - قول أغلب الفقه المصري القائل بعدم اقتناع المشرع المصري حين تقنينه لأحكام الرجوع في الهبة كونه أدخل تغييراً جوهرياً مقتبساً عن التشريعات الغربية وبالأخص التقنينين المدنيين الفرنسي والألماني، مبقياً في ذات الوقت على موانع الرجوع المنقولة عن المذهب الحنفي، اعتقاداً منهم بأنهم - بذلك - "أكسبوا عقد الهبة قوة وصلابة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو ملزم للمتعاقدين كسائر العقود". وتبعاً لذلك فإنّ توجه جمهور الفقهاء القاضى بتحريم الرجوع في هبة العتار بعد قبضها إلا على الوالد لاستثنائه نصاً، هم من أوردوا بواعث (أعداراً) تسوّغ للواهب - حال وجودها - الرجوع قضاءً؛ ممّا يدحض ما تبنّاه الفقه - بمؤازرة المشرع المصري - ظناً منه بأنه استقى أعدار الرجوع في الهبة من التشريعات الغربية في الجملة، ويؤكد - بالمؤازرة مع ذلك - بأن مصدر هذه البواعث، الفقه الإسلامي المجيد الذي سبق التنصيص عليها ضمنه، بل وي طرح للنقاش، فرضية نقل الأول عن الأخير انتهاء. لأكثر تفصيل في أمّه البواعث (الأعدار) القضائية الواردة في فقه الجمهور، راجع: علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 242 وما يليها.

لدى المشرع المصري أعلاه، ألا ينقذ الموهوب له الإلتزامات أو التكاليف التي فرضها عليه عقد الهبة، أو ألا يؤدي العوض الذي التزم بتقديمه مقابلاً للهبة.

ففي هذه الفروض وقد أضحت هبة العقار عقداً ملزماً لطرفيه، وأخل الموهوب له بالالتزامات المفروضة عليه، يسوغ للواهب طلب فسخ الهبة قضائياً، وعندئذ يكون لقاضي الموضوع حق التقدير طبقاً للقواعد العامة في الفسخ القضائي¹.

"وحسناً فعل المشرع، فالواهب وإن كان في الأصل متبرعاً، إلا أن الموهوب له قد أضحي بالهبة مالكا، والهبة عقد، والأصل في العقود لزومها ... فمسلك المشرع، وتوسيده الأمر إلى رقابة القضاء وضماناته، يدني العقد - وإن بقدر معلوم - إلى الصلابة، ويقربه إلى منطقة اللزوم ... بل ويسلكه فيها إن لم يصح العذر لدى القضاء"².

هذا ما وضحته مذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري ابتداءً بقولها: "الرجوع في الهبة نقلت أحكامه عن الشريعة الإسلامية، فالهبة يجوز الرجوع فيها بالتراضي أو بالتقاضي. وقد حدد المشرع هذه القاعدة تحديداً واضحاً، فليس معناها أن الهبة يجوز الرجوع فيها إطلاقاً، بل يشترط في الرجوع - إذا لم يرص به الموهوب له - أن يكون عند الواهب عذر مقبول فيه، وأورد المشرع أمثلة من العذر المقبول مما يقرب الشريعة الإسلامية من القوانين الأجنبية ... ويمكن القول - بوجه عام - بأن المشروع أكسب عقد الهبة صلابه وقوة في الإلزام على النحو الذي ينبغي أن يكون لعقد - هو وإن كان تبرعاً - ملزم للمتعاقدين كسائر العقود ..."³.

"وتبين من ذلك أن الرجوع في الهبة ليس تحكيمياً من جهة الواهب، بل هو لا يستطيع الرجوع إلا إذا تراضى على ذلك مع الموهوب له ... ويعتبر هذا التراضي إقالة من الهبة. فإذا لم يكن هناك تراض فلا يجوز للواهب الرجوع إلا لعذر يقبله القاضي، ويمتنع الرجوع إذا لم يوجد العذر المقبول، فالهبة إذن لا تزال محتفظة بصفاتها الملزمة إلى حد كبير"⁴.

ولعل أول عذر أحازه القانون للواهب، هو أن يرجع في هبة عقاره إذا ما ثبت جحود الموهوب له⁵

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 199-200.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 178.

³ - مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج4، المرجع السابق، ص. 242.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 290.

⁵ - Cf. DELNOY Paul, Les libéralités et les successions, Précis de droit civil, 3^{ème} éd, Larcier, 2009, p. 56 ; WATGEN Monique, WATGEN Raymond, Successions et donations, 4^{ème} éd, éditions promoculture

وقد عبّر عن ذلك بما تضمّنته المادة 501/أ من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 953 من ق. م. ف - بالقول: "أن يخلّ الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه".

لا شكّ بأنّ أساس هذا العذر يرتدّ إلى كون هبة العقار عقد تبرّعي، وهي بذلك تعتبر جميلاً ومعروفاً يرثب الواهب - على الأقلّ - اعترافاً به من قبل الموهوب له، فإذا ما جحد الموهوب له جميل الواهب لم يكن مستحقاً للهبة من الأصل، وكان الواهب - حينئذ - معذوراً إذ هو أراد الرجوع فيها. وبديهي أنّ الرجوع في عقد الهبة لا يكون له أثر بالنسبة للغير في هذا الفرض كونه لا يصيب إلا المذنب وهو الموهوب له، وتبعاً لذلك يسري الرجوع للجحود على جميع أنواع الهبة الرسمية منها وغير الرسمية¹.

وإذا كان نصّ المادة 501 المتقدم لم يحدّد حالات الجحود على سبيل الحصر - بخلاف التقنين المدني الفرنسي في مادّته 955 التي عدّدها حصرياً - فقد حاولت المذكرة الايضاحية للتقنين المدني المصري أن تزيل بعض الغموض عنه حينما مثّلت "للجحود الكبير" بارتكاب الموهوب له "جريمة لا عذر له فيها ضدّ أحد هؤلاء"².

بيد أنّ هذه المحاولة لم تلقَ القبول اللازم على أساس أنّ النصّ المذكور يكتنفه الكثير من الغموض فضلاً عن الابهام. ولعلّ أهمّ استشكال أثّر في هذا الخصوص يتمحور حول الواجب الملقى على عاتق الموهوب له نحو الواهب وإزاء أقاربه، علاوة عن ضابط معيار تحديد أقارب الواهب وفحوى الجحود الكبير وماهيته؟.

وفي خضمّ هذه التساؤلات، ذهب غالبية الفقه المصري ينتقد توجّه المشرّع المصري بصدد النصّ الذي اقتبسه حرفياً من حكم المادة 530 من التقنين المدني الألماني بدون تعديل، وقال بأنّه كان الأحرى به والأجدر عليه أن يقتفي أثر المشرّع الفرنسي فيحدّد حالات الرجوع لعقوق الواهب بدقّة وإن كان منها ما يقبل التوسّع الكبير، والحالات المقصودة بالحصر ينبغي ألاّ تخرج عن الاعتداء على حياة الواهب وكذا

Luxembourg, 1997, pp. 291-296.

¹ - تجدر الإشارة إلى أنّ الهبات الخاضعة للرجوع بسبب الجحود في التشريع الفرنسي هي الهبات بعوض، وهبة المجازاة "Rémunératoire" والهبات غير المباشرة والمستترة، وكذا الهبات المتبادلة "Mutuelles" باستثناء الهبات الجارية من الغير بسبب الزواج لمصلحة الزوجين المستقبلية (المادة 959 من ق. م. ف) على اعتبار أنّها غير قابلة للرجوع. أنظر: بدر حاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 431 هامش رقم 1؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit, pp. 636-637.

² - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 163.

الاعتداء عليه بالضرب أو بإساءة بالغة، فضلاً عن حالة رفض الانفاق عليه إذا وقع في ضيق وحاجة¹.

وعليه، فإنّه - وعلى حدّ رأي البعض - ينبغي أن يفسّر النص المذكور بدقّة من لدن الفقه والقضاء لما اكتنفه من قصور وشابه من غموض، وتبعاً لذلك يعدّ من الأعمال التي يمكن أن تكوّن جحوداً من الموهوب له إزاء الواهب، هو تعدّي الأول على الثاني اعتداءً بالغاً، أو أن يسيء إلى الواهب إساءة جسيمة كالاعتداء على ماله أو عرضه. ضف إلى ذلك أنّه لا ينبغي التوسّع في تفسير لفظ الأقارب خلافاً لما تبناه بعض الفقه المصري² الذي رأى ضرورة التوسّع في تفسير هذا اللفظ على اعتبار أنّ عدم التوسّع أدعى إلى عدم الزلل، كما أنّ القول بهذا التوسّع يجعل من هؤلاء القرابة سيفاً مسلطاً على الموهوب له طوال حياته وهو ممّن لا تربطه بهم علاقة؛ فمن الجور أن يتحمّل ما قد ييدر منهم استفزازاً له ليكون ذريعة للواهب للرجوع باعتبار أنّ ذلك الفعل بمثابة العذر المقبول، ومن ثمّ وجب تفسير لفظ "الأقارب" المنصوص عليه في المادة المحلّة أعلاه بأقارب الواهب حتّى الدرجة الرابعة تفادياً لما سبق³.

تجدر الإشارة إلى التقنين المدني الفرنسي حدّد حالات ثلاث للجحود، وبمقتضاها خوّل للواهب الحقّ في الرجوع في هبة عقاره حال توافر إحداها، ومن المفيد في هذا الصدد عرضها في ضلّ التقنين المدني المصري للاستفادة منها في تحديد فحوى الجحود، مع التنبيه إلى أنّ هذه الحالات لا تتعارض البتّة مع نصوصه، بل هي متّفقة تمام الاتّفاق مع المغزى الذي فرض على المشرّع المصري وضع قواعد الرجوع بصفة عامّة.

وإذا كان المشرّع الفرنسي قد أدلى بحالات ثلاث للجحود على سبيل الحصر يميز من خلالها للقاضي الحكم بالرجوع في عقد هبة العقار دون غيرها، فإنّه في ضوء التقنين المدني المصري ولمّا لم يعيّن المشرّع المصري معياراً للجحود ولا حالاته أو صوره تاركاً الأمر في ذلك لسلطة القاضي التقديرية، فإنّه يمكن لهذا الأخير أن يستفيد من تلك الصّور التي جاء بها التقنين المدني الفرنسي، كما يمكنه - فضلاً عن ذلك - إضافة حالات

¹ - أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 184، هامش رقم: 1.

² - كالدستوري الذي قال بضرورة التوسّع في تفسير لفظ "الأقارب" ليشمل كلّ من الزوج والزوجة. أنظر مؤلفه: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 200، هامش رقم: 3.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 591-592. وفي هذا الصدد ذهب الأستاذ محمود جمال الدّين زكي إلى أنّ هذا النص يعتبر مثالاً نادراً للالتزام غير محدّد في موضوعه وفي أشخاص الدّائنين به، وليس من شأن كلّ ذلك أن يُعين على استقرار المعاملات انتهاء. أمّا الدستوري فقد رأى بأنّه لم يكن هناك محلّ لحصر الأعمال التي تنطوي على الجحود الكبير من جانب الموهوب له في تقنين يعتدّ الأصل فيه بجواز الرجوع في الهبة، وهذا عكس التقنين المدني الفرنسي الذي حصر هذه الأعمال كون أنّ الأصل فيه هو عدم جواز الرجوع في الهبة، ذلك أنّ النصّ يضع معياراً مرناً بدل من أن يضع قاعدة جامدة حتّى يواجه بمرونته الحالات المتنوّعة والظروف المختلفة، وهو بعد منقول عن المادة 530 من التقنين المدني الألماني التي قضت بأنّه "يجوز نقض الهبة إذا أخلّ الموهوب له إخلالاً خطيراً بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد ذوي، بحيث يكون قد ارتكب جحوداً كبيراً". أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 180، هامش رقم: 3؛ أحمد عبد الرزاق الدستوري، الوسيط في شرح التقنين المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 201، هامش رقم: 2.

أخرى لم يوردها التقنين المذكور. على أن مختلف الحالات التي اعتد بها المشرع الفرنسي من قبيل الجحود المجيزة للرجوع في هبة العقار طبقاً لنص المادة 955 من ق. م. ف¹ لا تخرج عن الآتي:

- التعدي على حياة الواهب "L'attentat a la vie du donateur" :

يعدّ الموهوب له متعدياً على حياة الواهب ولو أنه لم يُحكم عليه جرّاء هذا الفعل طالما توافرت لديه نية الاعتداء، كما أنه ليس من الضروري أن يكون الفعل الذي بدر عنه يشكّل جريمة، ذلك أنه يكفي أن تظهر النية بقتل الواهب كما هو الحال في الجريمة المستحيلة مثلاً.

أمّا القتل الخطأ أو عدم مساعدة الموهوب له الواهب، فإنّهما لا يعتبران من قبيل التعدي على حياة هذا الأخير، وكذا هو الشأن بالنسبة للضرب أو الجرح الذي أفضى إلى الوفاة بدون نية القتل، ومع ذلك يمكن أن تكون هذه الأفعال وسيلة للرجوع في عقد هبة العقار بوصفها سوء معاملة².

ويمكن القول أيضاً بأنّ الموهوب له إذا بادر بجرح أو قتل الواهب أو أحد أقاربه استعمالاً لحقه في الدّفاع المشروع عن نفسه، لم يعتبر هذا الفعل جحوداً منه إذ هو قصد الدّفاع عن نفسه ولم يقصد الاساءة إلى الواهب أو أحد أقاربه³.

- سوء المعاملة أو اقرار ما يعتبر جريمة أو إهانة جسيمة:

يعدّ من قبيل الجحود: سوء المعاملة "Les sevice"⁴ وهي تلك الأقوال والأفعال التي وإن كان لا

¹- Art 955 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

1° Si le donataire a attenté à la vie du donateur ;

2° S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices, délits ou injures graves ;

3° S'il lui refuse des aliments ».

²- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit, pp. 637-638.

³- تجدر الإشارة إلى أنّ الموهوب له إذا قتل الواهب دون وجه حقّ، نشأ عذر للرجوع في هبة العقار متمثلاً في الجحود، وقام في الوقت نفسه مانع من الرجوع في الهبة هو موت الواهب. وقد نصّ التقنين المدني العراقي على الحالة الأخيرة صراحة ففرض بموجب المادة 622 منه بالقول: "إذا قتل الموهوب له الواهب عمداً بلا وجه حقّ، كان لورثته حقّ إبطال الهبة". ويبدو - بحسب السّنهوري - " أنّ الحلّ المعقول هو الذي يتفق مع القواعد العامة، فإنّه إذا أجاز الرجوع في الهبة لمجرد شروع الموهوب له في قتل الواهب، فأولى أن يجوّز الرجوع إذا تمّت الجريمة".

كما نوه أيضاً في ذات السياق إلى أنّه: "وهذا استثناء من أنّ الهبة لا يجوز الرجوع فيها بعد موت الواهب، ويبرّر الرجوع هنا جحود الموهوب له، وكذلك القياس على الميراث، فالقاتل لا يرث المقتول". أنظر: أحمد عبد الرزاق السّنهوري، الوسيط في شرح التقنين المدني الجديد، ج

5، المرجع السابق، ص. 198-200، هامش رقمي: 2.

⁴- أنظر: الفقرة الثّانية من المادة 955 من ق. م. ف.

يعاقب عليها قانون العقوبات إلّا أنّها تحوّل للواهب حقّ الرجوع في هبة عّاره ابتداءً¹.

على أنّ اقتراح ما يعتبر جريمة "Les delis" يعاقب عليها القانون، وهو كلّ فعل يرتكبه الموهوب له أو يسهم به من شأنه أن يؤدّي إلى الإعتداء على عّار الواهب أو على شخصه، ويرتبط بالجرائم القصدية "infraction intentionnelles" وحسب. وتشمل إيقاع الأذى بالواهب كالقتل أو الجرح، أو الاحتيال أو التّصّب عليه أو سرقة أو خيانة أمانته.

وكذلك هو الحال بالنّسبة للإهانة الجسيمة "Les injures graves" حيث تشمل كلّ ما كان ينطوي على إهانة في حدّ ذاته بشكل مكتوب كان أو غير مكتوب. ويعدّ من قبيل الإهانة أيضاً، الطّلاق وكلّ ما يوجّه إلى الواهب فيتأدّى منه²، ومثاله توقيع الموهوب له الحجز بواسطة شخص آخر على عّار الواهب باعتباره دائناً له³.

على أنّه يشترط في الأفعال المنسوبة إلى الموهوب له أن تكون قد صدرت منه وهو في تمام أهليته، أمّا لو كانت هذه الأخيرة مشوبة بعيب في الرّضاء أو معدومة فإنّ هذا لا يؤدّي إلى الرجوع في هبة العّار من الأصل.

والجدير بالتذكير أنّ حقّ الرجوع في هبة العّار بسبب الجحود تعود فكرته إلى القانون الرّوماني حيث كان يفرض على الموهوب له الإقرار بالجميل أنّجاه الواهب، فإذا هو أنكر هذا الجميل كان للواهب الحقّ في الرجوع عن هبة عّاره كجزاء على نكران الموهوب له لهذا الجميل. فلقد كان الأسياد إبان عهد الرّومان

¹ - الجدير بالتنبية أنّ مدّة السّنة المستلزمة لسقوط دعوى الرجوع في هبة العّار في هذا الفرض لا يبدأ سريانها بالنّسبة للواهب إلّا من يوم علمه أو من اليوم الذي كان بإمكانه يعلم بالجريمة أو الإهانة. أنظر المادّة 1/957 من ق. م. ف.

² - على أنّ إهانة ذكرى الواهب "La mémoire de donateur" لا تعدّ في حدّ ذاتها موجّباً للرجوع في هبة العّار وإن كانت تعتبر كذلك بالنّسبة للوصيّة (المادّة 1047 من ق. م. ف.). لكن يمكن أن تكون مناسبة لمباشرة دعوى شخصية من الواهب، غير أنّ هذه الدّعوى لا تخصّ ورثة الواهب إلّا إذا كانت الإهانة ماسة بهم. أنظر: بدر جاسم يعقوب، المرجع السّابق، ص. 433، هامش رقم 3؛

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 641.

³ - Req. 27 Décembre 1939, Rev. Trim., 1940-1941, 307 ; Gaz. Pal., 1940, 1, 189.

وأنظر مثلاً فيما قضت به المحاكم الفرنسيّة في شأن ما يعتبر من قبيل الإهانات الجسيمة المعتدّة كجحود موجب للرجوع في الهبة: Rennes, 18 Juillet 1893 et Req. 16 Avril 1894, D. 94, 2, 7, S. 95, 1, 309 ; Paris, 18 Février 1896, D. 96, 2, 197 et Civ. 22 Juin 1897, D. 97, 1, 559, S. 97, 1, 345 ; Paris, 20 Octobre 1911, D. 1911, 5, 58.

وفي نفس السّياق ذهب القضاء الفرنسي إلى أنّ خيانة الخليفة حبّ خليلها الواهب "L'amant donateur" لا تعتبر من قبيل الإهانة الموجبة للرجوع في الهبة، والحال كذلك بالنّسبة للإتهامات الصّادرة من أحد الزّوجين لنظيره الآخر، حيث لم يعتدّ بها كإهانة موجبة للرجوع أيضاً. أنظر: Req. 10 décembre 1906, D. 1907, 1, 234, S. 1909, 1, 574 ; Req. 19 octobre 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, 739, S. 1927, 1, 382 ; Civ. 20 juillet 1936, D. H, 1963, 441, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 640.

يمنحون معتوقهم بعض هباتهم على أن يلتزم هؤلاء بعدم الإضرار بهم فضلاً عن الاهتمام بهم، أما إذا بدر عن المعتوقين أعمالاً مخالفة تنبئ عن عدم اعترافهم بجميل أسيادهم السابقين، كان هؤلاء الأخيرون الحق بالرجوع عن هبتهم، ليتوسّع مفهوم الجحود فيصبح في عهد جوستينيان "Justinien" يشمل جميع الهبات، وقد أورد تبعاً لذلك خمسة أسباب إذا ما اقترفت عُذُّ الفعل جحوداً، وهي كما عدّها كالأتي: "1- السبب الفاحش. 2- الإعتداء على شخص الواهب واستعمال العنف عليه. 3- الأضرار الفاحشة المتسببة عن الغش في ثروة الواهب. 4- الإعتداء على حياة الواهب. 5- عدم تنفيذ الموهوب له شروط الهبة، وهو يؤلّف شرطاً لعدم صحة الهبة"¹.

وعلى كل حال، فإنّ المحكمة الفاصلة في نازلة الرجوع هي التي تبتّ وفقاً للسلطة التقديرية المخوّلة لها قانوناً فيما إذا كان الفعل الذي صدر من الموهوب له يعدّ إساءة بالغة للواهب أو لأحد أقاربه، وبالتالي نكراناً شديداً لفضله وفيئه، كما تقرّر من هم الأقارب الذين إذا أسئى إليهم ارتدّت الإساءة إلى الواهب.

فإذا استندت في ذلك إلى أسباب مسوّغة واعتبرت الفعل الصّادر عن الموهوب له جحوداً كبيراً، أمكن لها الحكم بفسخ هبة العقار دون تعقيب على حكمها من محكمة النقض²، مع مراعاة ضرورة عدم التوسّع في تفسير الإهانة أو الإساءة البالغة انتهاء³.

يجدر التنبيه إلى أنّ التقنين المدني الكويتي - ومن اقتفى أثره - اعتبر عذراً مبرّراً للرجوع في هبة العقار جحود الموهوب له شخصياً، أما لو طال الإعتداء حياة أقرباء الواهب أو وجّهت له إساءة أو إهانة جسيمة، فقد رأى البعض⁴ بأنّها لا تعدّ مبرّراً للرجوع، هذا على عكس ما هو مستقرّ عليه في التقنين المدني المصري الذي قضى بذلك صراحة وهو ما يتوضّح من فحوى المادة 501/أ منه التي قضت بأنّه "يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة: (أ) أن يخلّ الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب، أو نحو أحد أقاربه، بحيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه".

ويشكّل - أخيراً - الامتناع عن الانفاق على الواهب إذا ما أدركه الفقر والفاقة "Les refus d'aliments" صورة من صور الجحود الموجب للرجوع عن هبة العقار. بيد أنّه سيتمّ إرجاء تناول هذه

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 466-467.

² - أحمد عبد الرزاق الشنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 201؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 180.

³ - Trib. Lyon, 26 avril 1952, D. 1952, 629, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 640.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 434.

الحالة حين التكلم عن الصورة الموالية في حينه اتساقاً ووحدة الموضوع.

الحاصل مما تقدم فإنّ دعوى الرجوع في عقد هبة العقار يجب أن ترفع في أحوالها العادية من لدن الواهب نفسه وبعد وقوع فعل الجحود على اعتبار أنّها دعوى شخصية¹ كما أسلف القول إليه، لكن يستحيل على الواهب - في حالات معينة - مباشرتها بنفسه كما هو الحال في حالة اغتياله من قبل الموهوب له.

وعلى اعتبار أنّ التعدي بالقتل هو أقصى درجات فعل الجحود، فقد أجاز المشرع الفرنسي وبعض التشريعات المدنية العربية²، فسخ الهبة في فرض قتل الموهوب له الواهب بصورة عمدية وبدون وجه حق، فضلاً عن الاشتراك في قتله.

إستطراداً لذلك جعل المشرع حق الرجوع في هبة العقار بسبب الجحود ينتقل إلى الورثة في فرض القتل العمد أو الاشتراك في القتل، أمّا إذا كان القتل خطأ أو دفاعاً شرعياً عن النفس، فلا ينتقل - عندئذ - هذا الحق إلى الورثة، ومن ثمّ فهم لا يملكون حق الرجوع في نفس العقد من الأساس.

على أنّه إذا توفّي الموهوب له بعد قتله للواهب وقبل رفع دعوى الرجوع من لدن ورثة الواهب، فليس لهؤلاء الأخيرون بعد موت الموهوب له مباشرة نفس الدعوى على ورثة الموهوب له، ذلك لأنّ الرجوع في هبة العقار للجحود جزاءً بسبب هذا الجحود، فلا يسلط - من ثمة - إلا على الجاحد نفسه دون الورثة كونهم لا يؤخذون بجريته، فإذا توفّي الموهوب له المذنب سقط الجزاء عنه، لكن إذا أقيمت الدعوى على الموهوب له قبل موته، فإنّه يسوغ للواهب أو ورثته - من بعده - متابعة الدعوى ضدّ ورثة الموهوب له.

فإذا كان للواهب ورثة متعدّدون أمكن أيّن منهم مباشرة هذه الدعوى بحيث لا يعتبر امتناع بعضهم مانعاً من مباشرتها.

هذا، وقد قرّر التّقنين المدني الفرنسي بمقتضى المادة 957 منه بأنّ دعوى الرجوع بسبب الجحود

¹ - PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 645.

² - كالمشرع الكويتي ضمن المادة 540 من قانونه المدني، والحقيقة أنّ هذا الأخير لم يوفّق في استعمال لفظ (فسخ)، وكان حريّاً به استعمال لفظ الإنهاء، كون أنّ الفسخ بوصفه جزاءً لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين. وكما هو معروف فإنّ الأصل في هبة العقار أنّها ملزمة لجانب وحيد، هذا فضلاً عن أنّ نفس الجزاء المذكور لا يكون إلا نتيجة لإخلال أحد أطراف العقد بالتزاماته الناشئة عن العقد، وتبعاً لذلك فإنّ الحالة التي أشار إليها المشرع الكويتي بمقتضى المادة المحللة أعلاه لم تكن إخلالاً بالتزام متولّد عن العقد في الأساس. أنظر: بدر جاسم يعقوب المرجع السابق، ص. 435، هامش رقم: 1.

تتقدم بسنة واحدة¹ من وقت حدوث الفعل الصّادر من الواهب، على أنّه اعتبر بأنّ أجل السنة هو أجل سقوط لا يرد عليه الوقف ولا الانقطاع، كما أنّ هذا الأجل يسري من يوم علم الواهب أو إمكانية علمه بالجرّمة أو الإهانة، فإذا توفّي الواهب دون أن يعلم بذلك، فإنّ الدّعوى هذه يبدأ سريانها بالنسبة لورثته من يوم علمهم بها². هذا بخلاف التقنين المدني المصري - ومن هذا حذوه - الذي لم يتبنّ نفس الحكم، وبالتالي فإنّ دعوى الرجوع في هبة العقار ضمنه تخضع - أيّاً كان العذر في الرجوع - إلى القواعد العامة، فلا تتقدم - من ثمة - إلّا بخمس عشرة سنة من وقت قيام العذر. على أنّه إذا مضى وقت طويل على قيام العذر للرجوع ولم يبادر الواهب إلى استعمال حقّه، فإنّه قد يستشفّ من ذلك بأنّ الواهب قد تنازل ضمناً عن حقّه في الرجوع بعد قيام العذر³.

ويجوز للواهب التّزول عن حقّه صراحة في مباشرة دعوى الرجوع بسبب الجحود بعد قيام العذر، أمّا إذا تمسك بهذه الدّعوى فإنّ المحكمة لا تقضي له بالرجوع للجحود مباشرة، بل يعود الأمر في ذلك لسلطة القاضي التقديرية الفاصل في التّأزلة، وتبعاً لذلك يقرّر ما إذا كان الفعل المقترف من لدن الموهوب له يشكل جحوداً موجباً للرجوع من عدمه⁴.

يُشار في هذا الصّدّد بأنّ الرجوع في هبة العقار بسبب الجحود ليس من شأنه التّأثير على التصرفات المبرمة من لدن الموهوب له بما في ذلك الرّهون الرّسمية المقيدة على العقار الموهوب طبقاً لنصّ المادّة 958 من ق. م. ف⁵، شريطة أن تكون هذه التصرفات سابقة على قيد ملخص الرجوع الذي يكون قد أُشّر به على هامش تسجيل عقد هبة العقار.

ومّا يجب التّنويه به في الأخير أنّ القضاء الفرنسي ما فتئ يتدخّل لإبراز تفصيل الحالات المذكورة⁶

¹ - Art 957 : « La demande en révocation pour cause d'ingratitude devra être formée dans l'année, à compter du jour du délit imputé par le donateur au donataire, ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. Cette révocation ne pourra être demandée par le donateur contre les héritiers du donataire, ni par les héritiers du donateur contre le donataire, à moins que, dans ce dernier cas, l'action n'ait été intentée par le donateur, ou qu'il ne soit décédé dans l'année du délit ».

² - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 435 - 436.

³ - أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السابق، ص. 201 - 202، هامش رقم: 2.

⁴ - نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 124.

⁵ - Art 958 : « La révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera ni aux aliénations faites par le donataire, ni aux hypothèques et autres charges réelles qu'il aura pu imposer sur l'objet de la donation, pourvu que le tout soit antérieur à la publication, au fichier immobilier, de la demande en révocation.

Dans le cas de révocation, le donataire sera condamné à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps de la demande, et les fruits, à compter du jour de cette demande ».

⁶ - Cass. Civ., 1^{re}, 11 février 2015, 14-12.012; Cass. Civ., 1^{re}, 4 mars 2015, 14-13.329, Cass. Civ., 1^{re}, 23

مع التأكيد ضمن المادة 959 من ق. م. ف¹ - في إطار ما يعتبر جحوداً يحوّل للواهب حقّ الرجوع في هبة عّاره - على أنّ الهبات الممنوحة إبان الزواج أو بمناسبته لا يمكن أن تكون محلّ رجوع بسبب فعل الجحود انتهاء.

الفرع الثاني: عجز الواهب عن الإنفاق

إذا كان المشرّع المصري - ونظيره الفرنسي - قد خوّل للواهب حقّ الرجوع في هبة عّاره بسبب تعديّ الموهوب له أو إساءته للواهب، فقد خوّل أيضاً الحقّ في الرجوع حتّى ولو لم يقع هذا الاعتداء، بل لو لم تحدث مثل هكذا إساءة.

ويكون له ذلك إذا ما تعرّض لضيقٍ ماليٍّ يجعل منه عاجزاً عن أن يوفّر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق ومكانته الاجتماعية، أو يجعله غير متمكّن من الإنفاق على من تلزمه نفقتهم شرعاً.

ذلك أنّ الاعتداد بها العذر هو من قبيل الأعذار المقبولة قانوناً، على اعتبار أنّ الواهب عندما أقبل على إبرام هذا التصرف، أقدم عليه وهو يعتقد بأنّه لن يتأثر في حياته المالية به. أمّا وأنّ تعيّر ظروفه وتبدّلت أحواله وتعرّض لطارئ مفاجئ قلب توقعاته فوجد نفسه في حالة مأسّة لئن يستردّ ما أخرجه عن ملكه، فلا أقلّ من أن يقابل تصرفه السابق الذي بادر إليه بمحض إرادته قاصداً الإحسان إلى غيره بتصرفٍ لا يقلّ في الإحسان عنه وتمكينه في هذه الحالة من الرجوع في هبته حتّى يستطيع مواجهة الظروف الحالّة به، ويقضي له القاضي بذلك².

هذا هو ما قضى به المشرّع المصري - انتهاءً - حينما قرّر بموجب المادة 501/ب من ق. م. م³ بأنّه "يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة ... ب- أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفّر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية، أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير".

septembre 2015, 14-21.135; Cité par : www. Legifrance. Gouv. fr.

¹ - Art 959 : « Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude ».

² - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 88.

³ - تقابل هذه الفقرة: الفقرة (ب) من المادة 469 مدني سوري، الفقرة (ب) من المادة 621 مدني عراقي، الفقرة (ب) من المادة 538 مدني كويتي، الفقرة 2 من المادة 210 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، الفقرة 2 من المادة 283 من مدونة الحقوق العينية المغربية، الفقرة أ من المادة 647 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الفقرة أ من المادة 241 من القانون المدني السوداني، ولا مقابل لها لا في قانون الأسرة الجزائري ولا في قانون الموجبات والعقود اللبناني. أنظر في عرض فحوى هاته النصوص: نادر عبد العزيز شاني، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 853 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 528.

وتبعاً لذلك فقد اعتدّ المشرّع المصري كعذر مقبول للرجوع في عقد هبة العقار أن يصبح الواهب بعد إصداره الهبة عاجزاً عن أن يوفرّ لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية؛ إذ قد تسوء أحوال الواهب المالية بعد إبرام هبة العقار، إمّا لسبب لا يرتبط بالهبة، وإمّا لأنّ هذه الأخيرة ذاتها قد كانت على غير ما توقّع الواهب سبباً في هذا الاضطراب والضيق المالي.

وليس من الضروري أن يقع الواهب في فقر مدقع، بل يكفي - كما أشار النص - أن يصبح عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة بما يتناسب ومكانته الاجتماعية، ويكفي أيضاً دون أن يصبح الواهب عاجزاً عن توفير أسباب المعيشة لنفسه خاصة، أن يضحي عاجزاً عن الوفاء بالانفاق على من تلزمه نفقتهم شرعاً من زوجة وأولاد وأبوين¹.

وأتسافاً مع ما سبق، حوّل القانون للواهب حقّ الرجوع في هبة عقاره السالف منحها في فرضين اثنين هما:

الفرض الأول: عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه بما يتناسب ومكانته الاجتماعية

إذا اضطربت أحوال الواهب المالية بعد إصداره لعقد هبة عقاره بأن أصبح غير قادر على تلبية حاجياته بما يتناسب ومكانته الاجتماعية، جاز له أن يرجع في هبته السابق منحها للموهوب له. ولقيام هذا العذر لا يشترط القانون أن يصبح الواهب في عوز شديد حتّى يتمكّن من الرجوع، بل يكفي أن يصبح في مركز اجتماعي لا يتيح له حياة عادية تتفق ومكانته الاجتماعية قبل إبرام هبته.

على أنّ تحديد المركز الاجتماعي والمكانة الاجتماعية اللائقة للواهب ليس بالأمر الهين تحديدها، كونها تختلف من حالة إلى أخرى وفقاً للظروف الاقتصادية السائدة في المجتمع، فضلاً عن حسن أو سوء تصرف الواهب بالاحتفاظ بماله أو تبذيره. ويعود للمحكمة الفاصلة في نازلة الرجوع تقدير ما إذا كان الضيق المالي الواقع فيه الواهب يكفي أن يشكّل عذراً مقبولاً يبيح له الرجوع في هبة عقاره من عدمه.

ويشار في هذا الصدد إلى أنّ المشرّع المصري قد وُفق حينما لم يحدّد المقصود من المكانة الاجتماعية اللائقة بالواهب، وهو بذلك يكون قد وضع معياراً مرناً يسترشد به القاضي ويسرّ من عمله فيجعل - تبعاً لذلك - لكلّ حالة معروضة عليه ما يتلائم معها من حكم تبعاً لظروف كلّ واهب قبل إبرام هبة العقار وبعدها.

¹ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 202.

هذا، وقد ذهب جانب من الفقه إلى أنه ينبغي أن يستند هذا العذر على سبب معقول كأن يقلّ مدخول الواهب من تجارة يزاولها أو مهنة يمتنها مثلاً. أمّا إن كان عوزه ناتجاً عن إسرافه وتبذيره فيما لا يفيد كالدخول في لعبة البيناصيب أو مقارعة المواخير ودور القمار، إمتنع عليه الرجوع لانتهاء العذر الموجب للرجوع، ومع ذلك يبقى لقاضي الموضوع سلطة التقدير في مسيّبات هذا العجز المالي¹.

ولا يحول دون مباشرة الواهب حقّه في الرجوع في هذا الفرض إظهار الموهوب له تقديم مساعدات مالية له أو استمراره في الانفاق عليه ما لم يوافق الواهب على ذلك أو يتنازل عن حقّه في الرجوع بعد أن قام سببه، وهذا بخلاف ما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي، إذ أنّ قبول الموهوب له الإنفاق على الواهب، يمنع هذا الأخير من الرجوع في هبة عقّاره، ولا يجوز وفقاً لهذا القانون أن يرجع الواهب في هبته إلاّ إذا طلب من الموهوب له الانفاق عليه فامتنع².

ويراعى في التشريع الفرنسي بأنّ المشرّع قد أجاز للواهب بأن يشترط في عقد هبة العقار على الموهوب له الانفاق عليه إذا أدركته الفاقة، بحيث يلتزم الموهوب له - عندئذ - بالوفاء بالتزامه بهذا التكليف، أمّا إذا أخلّ به فطالبه الواهب بعد أن احتاج إلى الانفاق عليه ورفض الموهوب له ذلك، أمكن الواهب - حينئذ - الرجوع في هبة عقّاره على اعتبار أنّ الموهوب له قد أخلّ بما يجب عليه اتّجاه الواهب ممّا يعتبر جحوداً³.

وعلى قاضي الموضوع الفاصل في نازلة الرجوع التحري - ابتداءً - حول ما إذا كان رفض الموهوب له الانفاق يعدّ اخلاً بالتزامه من عدمه. أمّا لو أثبت الموهوب له عدم تأخّره بدعوى حصول ظروف دفعته إلى ذلك فلا يقضي له بالرجوع⁴، ومثال ذلك: إثباته بأنّ النّفقة سبّبت له ضيقاً غير متوقّع، أمّا إذا رضي الموهوب له بالانفاق على الواهب فإنّ ذلك يمنع من الرجوع في الهبة ابتداءً.

وعلى كلّ حال، فإنّ النّفقة التي يلتزم الموهوب له بأدائها تكون في كلّ الأحوال محكومة بعدّة اعتبارات، فينبغي أولاً أن يكون الالتزام بالإنفاق قابلاً للتّنفيد⁵، وأن يضع الموهوب له في اعتباره حاجة الواهب الفعلية وقيمة العقّار الموهوب. وتبعاً لذلك لا يكون الموهوب له ملزماً - بعد ذلك - إلاّ في نطاق

¹ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 116-117؛ أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص. 92، هامش رقم: 1.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 183.

³ - راجع المادّة: 3/955 من ق. م. ف.

⁴ - Trib. Lyon, 26 mai 1952, D. 1952, 629, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 640.

⁵ - Paris, 15 décembre 1955, Rev. Trim, 1956, 381, Obs. Savatier, D. S. 1956, 128, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 642.

هذه الاعتبارات؛ هذا فضلاً عن اعتبارات أخرى يترك تقديرها لقاضي الموضوع انتهاء.

وفي شتى الأحوال ينبغي على الموهوب له الوفاء بالتزامه بالانفاق بشكل واضح وكافٍ كما حدّده الاتفاق أو حكم به القضاء وإلاّ كان عرضة لرجوع الواهب في هبة عّاره في الأخير¹.

الفرض الثاني: عجز الواهب عن الانفاق على من تلزمه نفقته شرعاً

إذا أضحي الواهب بعد إبرامه لعقد هبة العّار عاجزاً عن الانفاق على من تلزمه نفقتهم شرعاً كزوجته² وفروعه وأصوله³ لسوء أحواله المادّية إمّا بسبب الهبة ذاتها أو بسبب آخر يتّصل بها، قام عذر الواهب في الرجوع في هبته.

وغنيّ عن البيان أنّ نصّ الفقرة (ب) من المادّة 501 السابق الإشارة إليها والقاضية بتقرير هذا العذر لم تسلم من الانتقاد، فلقد عاب جانب من الفقه على المشرّع المصري تنصيبه على حالة عجز الواهب عن الانفاق ممّن يعولهم أو تجب عليه نفقتهم، إذ لم يكن ثمّة داعٍ - على حدّ قولهم - تقنين مثل هكذا حالة، كونها تندرج بالتّبعية في حالة عجز الواهب عن الانفاق عن نفسه⁴.

ولعلّه يعود خطأ المشرّع في هذا الشأن أن تبني حكم المادّة 364 من التّقنين المدني البولوني، الأمر الذي يجعله غير مستساغ منطقاً وتشريعاً، على اعتبار أنّ لكلّ مجتمع ظروفه وخصوصياته التي تستلزم مواثمة خاصّة للتّشريع الذي يحكم الأوضاع والروابط المجتمعية بين مختلف أفرادها⁵.

¹ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 436، هامش رقم: 1.

² - وفي هذا الشأن قضت المادّة 74 من ق. أ. ج على أنّه "تجب نفقة الزّوجة على زوجها بالدّخول بها أو دعوتها إليه بيّنة مع مراعاة أحكام المواد 78 و79 و80 من هذا القانون".

³ - وفي هذا الصّدّد نصّت المادّة 77 من ق. أ. ج على أنّه "تجب نفقة الأصول على الفروع، والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث".

⁴ - أنظر أهمّ الانتقادات: محمود جمال الدّين زكي، العقود المسّماة، المرجع السابق، ص. 165؛ أكثم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 175؛ محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 275-276.

⁵ - إسماعيل عبد النّبي شاهين، المرجع السابق، ص. 593. وقد ردّ السنهوري على هذا الانتقاد بالقول بأنّه "... لا مبرّر هنا أيضاً للانتقاد الشّديد الذي يوجّهه إلى النّص، إذ النّص قد وضع معايير يسترشد بها القاضي، فيجعل لكلّ حالة بخصوصها ما يلائمها من الحكم. ونظير ذلك ما نصّ عليه التّقنين البولوني في المادّة 364 منه". أنظر مؤلّفه: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 203، هامش رقم: 1.

في حين ذهب جانب ثانٍ إلى أنَّ التَّنْصِيص عليها هو أمرٌ في محلِّه، وذلك لإبعاد كلِّ إِبْهام قد يثور سيما وأنَّ الإلتزام بالنَّفقة على الأقارب يتباين بتباين الحالات ويختلف باختلاف عدد الأقارب، إذ قد يمكن للواهب الإنفاق على شخصه وتوفير كلِّ أسباب المعيشة اللائقة دون إمكانية توفيرها لغيره من أقربائه.

ويسوغ للواهب - كما في الحالة السابقة - ارتجاع هبة عَقَّاره حتَّى لو أبدى الموهوب له استعداد للنَّفقة على من يعول أو تقديم مساعدات مالية تعينه على الإنفاق، اللهمَّ إلَّا إذا قَبِلَ ذلك وتنازل عن حَقِّه في الرَّجوع بعد قيام العذر. على أن يكون لقاضي الموضوع الفاصل في نازلة الرَّجوع سلطة تقدير ما إذا كان الضَّيق المالي الواقع فيه الواهب ينهض لأن يعتبر عذراً مقبولاً للرَّجوع من عدمه، دوناً تعقيب على قضائه من لدن محكمة النَّقض متى كان حكمه مؤسساً على أسباب سائغة تبرِّره، هذا مع مراعاة كون أنَّ إثبات العجز يقع على عاتق الواهب انتهاء¹.

الفرع الثالث: ولادة ابن للواهب

علاوة على ما سبق من أَعذار تسوِّغ للواهب الحقَّ في اللّجوء إلى القضاء لطلب الرَّجوع في عقد هبة العَقَّار، ينبري عذرٌ آخر إذا ما تحقَّق وجب على القاضي تمكين الواهب من الرَّجوع في هبته، وهذا العذر هو ما قضت به الفقرة (ج) من المادَّة 501 من ق. م. م بقولها: "أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظلَّ حيّاً إلى وقت الرَّجوع، أو أن يكون للواهب ولدٌ يظنّه ميتاً وقت الهبة فإذا به حي"².

وقد راعى المشرِّع المصري - ومن اقتفى أثره - في هذا العذر جانب الواهب الذي لم يكن له ولد إِبَّان إبرام الهبة أو كان له ولد اعتقد أنه توفِّي حيث يُقدم - والحالة هذه - على التصرُّف في عَقَّاره بالهبة اعتقاداً منه بأنَّه ليس له ولد يستفيد من عَقَّاره، وأنَّ من الإحسان أن يهب عَقَّاره لمن يستفيد منه نيلاً لثواب الآخرة وكسباً لمحبة الموهوب له ورضاه.

لكن عندما تتغيَّر ظروف الواهب ويمنَّ الله عليه بولد يؤوِّل إليه هذا المال بعد أن كان معدوم الولد أو يتبيَّن بأنَّه قد أخطأ في اعتقاده بأنَّ الولد الذي توهم وفاته لا زال حيّاً، فإنَّ المشرِّع حوَّل له حقَّ الرَّجوع في هبته، وتبعاً لذلك حوَّل له حقَّ استرداد عَقَّاره حتَّى يضمن لولده الحياة الكريمة التي تليق به، فضلاً عن عدم

¹ - نسيمه شيخ، المرجع السابق، ص. 118.

² - وهذا ما قرَّره المدكِّرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري سلفاً بقولها: "والمفروض في ذلك أنَّ الواهب لم يكن لديه ولدٌ وقت الهبة ثمَّ رُزِقَ الولد بعدها، أو كان له ولد ظنَّه ميتاً فوهب ثمَّ ظهر الولد فرجع في الهبة، أمَّا إذا كان له ولد وقت الهبة، ثمَّ رزق ولداً بعد ذلك، فليس له الرَّجوع". أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 291.

تركه يتكفّف الناس في الأساس¹.

ولم ينفرد المشرّع المصري بهذا الحكم، بل اتّجهت معظم التشريعات المدنية العربية² إلى تقرير ذات المنحى مُعطية للواهب حقّ الرجوع في هبة عّاره اقتفاءً لأثر التقنين المتقدّم، وهو ما تبناه أيضاً المشرّع الفرنسي ابتداءً، حيث نظم تقنيته المدني هذه الحالة في المواد 960 إلى 966 منه، قارناً إيّاها - بداءة - بوجود شرط صريح في عقد الهبة يقضي بإمكانية رجوع الواهب عن هبته إذا ما ظهر له ولد³، مع شمولية حكم الرجوع للهبة في كلّ صورها بغضّ النظر عن سببها ونوعها⁴.

ويذهب البعض إلى أنّ هذا النصّ مقتبسٌ عن القانون الروماني، ويبرّرون أساسه بالإستناد إلى فكرة الشرط الفاسخ الضمني على اعتبار أنّ الذي وهب عّاراته ولم يكن له ولد حينها، إنّما اندفع إلى إبرام هذه الهبة اعتقاداً منه أنّه لن يكون له ولدٌ في قابل الأيام، ولو أنّه كان يعلم بازدياد ولد له ما أقدم على منحها ابتداءً.

وقد اعترض بعض شراح قانون الموجبات والعقود اللبناني وهم بصدد التبرير لفحوى المادة 524 منه - المقتبسة عن نصّ المادة 960 من ق. م. ف⁵ - بأنّه لو كان هذا التعليل صحيحاً لجاز التنازل عن الرجوع بإعلان صريح بذلك، وهو الأمر غير الجائز في التقنين المدني الفرنسي كون أنّ هذا الأخير يجعل

¹ - إبراهيم إبراهيم الصّالحي، المرجع السابق، ص. 91.

² - منها: الفقرة (ج) من المادة 469 مدني سوري، الفقرة (ج) من المادة 621 مدني عراقي، الفقرة (ج) من المادة 538 مدني كويتي، الفقرة 3 من المادة 210 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية، الفقرة (ب) من المادة 647 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الفقرة (ب) من المادة 241 من القانون المدني السوداني، المادة 524 من قانون الموجبات والعقود اللبناني، ولا مقابل لها في مدوّنة الحقوق العينية المغربية، ولا في قانون الأسرة الجزائري. أنظر في عرض فحوى هاته التّصوص: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 853 وما يليها.

³ - WATGEN Monique, WATGEN Raymond, Op. cit., pp. 296-297; DE LEVAL Georges, Droit du recouvrement, la saisie immobilière, Bruxelles, 4^{ème} éd, Larcier, 2002, p. 282.

⁴ - سواء أكانت صريحة أو يدوية، مباشرة أو غير مباشرة. أنظر:

Colmar, 7 juillet 1848, D., 50, 2, 181 ; Lyon, 7 avril 1870, D. 71, 2, 187, S. 71, 2, 237; Bordeaux, 22 mars 1899, D. 1900, 2, 72; Toulouse, 21 février 1902, D. 1902, 1, 329, note Dupuich ; Paris, 3 janvier 1918, D. 1918, 2, 33, note Dupuich, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 654.

⁵ - Art 960 : « Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints l'un à l'autre, peuvent être révoquées, si l'acte de donation le prévoit, par la survenance d'un enfant issu du donateur, même après son décès, ou adopté par lui dans les formes et conditions prévues au chapitre Ier du titre VIII du livre Ier ».

الرجوع في هذه الحالة واقعاً بقوة القانون؛ معتبراً إياه من النظام العام الذي لا يقبل الاتفاق على التنازل عنه.

ضف إلى ذلك أنّ المادة 526 من قانون الموجبات والعقود لا تجيز التنازل عن حقّ مباشرة دعوى الرجوع في هبة العقار لظهور أولاد بعدها، لأجل ذلك ذهب فريق آخر من الفقه إلى تبرير هذا الرجوع بوصفه حماية حقّ الولد والنظر إلى ما فيه من مصلحة له في الأساس¹.

بيد أنّه لو كان الأمر على هذا النحو صحيحاً بدعوى أنّ المراد هو حماية المولود الجديد لكان القانون قد أجاز الرجوع عند ولادته حتّى ولو كان هنالك ولدٌ قبله، "ونعتقد أنّ التعليل الأقرب إلى المنطق هو إعطاء الواهب فرصة لمراجعة حساباته التي أقدم عليها قبل أن يرزق ولدًا، وتمكينه من العودة في هبته بعد أن حصل تغيير جوهري يتمثل في ارتزاقه بولد لم يكن موجوداً قبل قيامه بالهبة، أو ظهر ولدٌ حيٌّ كان الواهب يظنّه ميتاً وقت الهبة، خاصّة وأنّ القانون اللبناني لم يجعل الرجوع هنا واقعاً بقوة القانون كما هو الحال في القانون الفرنسي، بل اعتبر أنّه "يصحّ الرجوع" عن الهبة، ممّا يدلّ على أنّه يجوز للواهب أو أولاده من بعده الرجوع، وعن طريق حجة العكس يجوز لهم عدم الرجوع والإبقاء على الهبة الحاصلة وقت ظهور الولد"².

وترتيباً على ما سبق، فإنّه يتبيّن بأنّ للواهب حقّ الرجوع في هبته عقّاره - استناداً إلى العذر المذكور - في حالتين اثنتين:

الأولى: أن يرزق الواهب ولداً بعد الهبة

تفترض هذه الصّورة من صور الأعذار المجيزة للرجوع في هبة العقار أنّ الواهب لم يكن له وقت أن صدرت منه الهبة ولد، ذكراً كان أو أنثى، فهو قد وهب عقّاره مدفوعاً في ذلك إلى أن ليس له ولد يترك له هذا المال³، وفضّل الموهوب له على ورثته، ومن ثمّ إذا رُزق الواهب بعد إبرامه لعقد هبة عقّاره ولداً جاز له الرجوع على اعتبار أنّ في ذلك حماية لأموال الولد المولود.

على أنّه لكي يتحقّق هذا العذر قانوناً، ينبغي مراعاة ما يأتي:

¹ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 448.

² - المرجع نفسه، ص. 449.

³ - MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, les Successions et les libéralités, Op. cit., p. 407.

- أن يكون الواهب وقت انعقاد هبة العقار عديم الولد، فإن كان له وقت ذاك ولدٌ حتى ولو كان جنيناً في بطن أمه - ذكراً أو أنثى - فلا يحق له الرجوع مادام يعلم بوجوده. ويقرّر نفس الحكم كذلك لو رزق غير هذا الولد، ولداً آخر أو أكثر¹، لأنّه يفترض أنّه فضل الموهوب له وأثره على ولده، ومن ثم لا يثبت

¹ - وقد ذهب محمد المنجي وهو بصدد بحثه عن الحلّ الأمثل لمدى سلطة الوليّ الطبيعي في الرجوع في هبته إذا رزق بمولود جديد دون الرجوع إلى قواعد التقنين المدني التي لم تسعفه في ذلك، وذلك بعد أن ساق فرضاً عملياً يكمن في أنّ الوالد ابتاع بصفته ولياً طبيعياً على أولاده القصر الثلاث عقاراً نظير ثمن قدره 2.400 جنيه، دفع تبرعاً للقصر بنسبة الثلث لكلّ منهم، ليشهر العقار برقم 1975/860 شهر عقاري دميّات بتاريخ: 1975/12/2. وبعد أن انتهى إلى أنّ الوليّ الطبيعي يملك سلطة الرجوع في الهبة المتبرّع بها لأولاده القصر الثلاث، حتى دون استئذان المحكمة في ذلك سواء بعد الرزق بمولود جديد أو لأعداد أخرى طبقاً للقانون، طرح تساؤلاً مفاده: ما كيفية الرجوع؟ وإجابة على هذا التساؤل قال بإمكان تصوّر رأيين: الأول: رأي مجرّد يلتزم المنطق القانوني ولا يخفل بأية اعتبارات أخرى، وفيه يسترجع الأب ذات محلّ الهبة على أساس قواعد الرجوع في الهبة المنصوص عليها في القانون المدني. وثاني أورد فيه رأيه الخاص ومقتضاه أن يسوّي الأب بين أولاده القصر الأربعة على أساس حقّه في التصرف المخوّل إياه بموجب قانون الولاية على المال.

ومؤدّى هذا الرأي أنّه "إذا أدركنا الوصول إلى حلّ الفرض العملي موضوع البحث لا على أساس قواعد الرجوع في الهبة في القانون المدني التي تتقيّد بمحلّ الهبة المتمثّل في ثمن العقار على التحوّل الذي انتهى إليه الرأي الأول، وإتّما على أساس حقّ الوليّ الطبيعي (الأب) في التصرف في قانون الولاية على المال، نجد أنّ المادة 13 تطلق سلطة الوليّ الطبيعي (الأب) في التصرف في مال القاصر الذي تبرّع به لانه، فرغم أنّ هذا المال قد صار ملكاً للإبن، إلّا أنّ للأب - خروجاً على حكم المادة السادسة ودون استئذان المحكمة - الولاية الكاملة للتصرف فيه باسم الإبن بكافة أنواع التصرفات حتى الضارة به ضرراً محضاً. بل أكثر من ذلك ... فقد منحت هذه المادة [يقصد بها المادة 14] من قانون الولاية على المال للولّي الطبيعي الحقّ في التعاقد مع نفسه باسم القاصر، سواء كان التصرف لحسابه هو [أي لحساب الوليّ] أو لحساب شخص آخر، ولا تسري عليه في هذه الحالة أحكام المادة 108 مدني التي لا تجزّ تعاقداً الشخص مع نفسه. وحكمة ذلك أنّ المشرّع قد افترض توافر الشفقة في الأب فقرّر له هذا الحق. ولكن الالتزام بالتفسير الحرفي للمادة 13 يقتضي القول بأنّ الرخصة المخوّلة للولّي الطبيعي (الأب) التي تمنحه الولاية الكاملة في التصرف في مال القاصر بكافة أنواع التصرف حتى التصرفات الضارة به ضرراً محضاً دون استئذان المحكمة، هذه الرخصة ليست مطلقة بحيث تشمل كافة أموال القاصر أيّاً كان مصدرها، بل هي تقتصر على ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرّع من أبيه فقط. وفي الفرض العملي موضوع البحث نجد أنّ الأب تبرّع بثمن العقار فقط، وليس بذات العقار، فحقّه في التصرف على أساس المادتين 13 و14 ولاية على المال - مثل حقّه في الرجوع على أساس قواعد الهبة في القانون المدني - مقصور على مبلغ 2.400 جنيه، ولا يمتدّ إلى ذات العقار الذي انتقلت ملكيته بالتسجيل ودخل في الدّمة المالية لأولاده القصر الثلاثة دخولاً تامّاً فأصبحوا هم المالكين الوحيدين له، وبذلك تعود إلى ذات النتيجة التي انتهت إليها الرأى الأول. ونرى أنّ الحلّ الذي يسعنا هو الإستناد إلى المادتين 4 و5 ولاية على المال. فالأولى تنصّ على أن "يقوم الوليّ على رعاية أموال القاصر، وله إدارتها وولاية التصرف فيها، مع مراعاة الأحكام المقرّرة في هذا القانون". فهذه المادة تمنح الأب الحقّ في التصرف في مال القاصر، إلّا فيما ورد بشأنه قيد في القانون. والثانية تنصّ على أنّه: "لا يجوز للولّي التبرّع بمال القاصر، إلّا لأداء واجب إنساني أو عائلي أو بإذن المحكمة". ولا شكّ أنّه من أولى الواجبات الإنسانية والعائلية التي حضّ عليها الدّين الإسلامي الخفيف هو التسوية والعدل بين الأبناء جميعاً في الأسرة الواحدة، ولا سيما في التمتع بملكية العقار الذي سبق أن تبرّع الأب بثمنه إلى بعضهم قبل ميلاد البعض الآخر ودون أن يبذلوا في سبيل اكتسابه أية مشقة أو عناء، حتى تسود روح المودة بين الأشقاء جميعاً، فيشبهوا متحابين متماسكين ... وعلى هذا الأساس فيصحّ الطّلب الحالي المقدّم من الوليّ الطبيعي (الأب) إلى المحكمة الكلية للأحوال الشخصية (ولاية على المال) للحصول على إذن المحكمة مع تكييفه تكييفاً جديداً يجعل موضوع الإذن: التصريح له بأن يهب قراطين من 24 قيراط من نصيب كلّ من الأولاد القصر الثلاثة في العقار المملوك لهم محلّ عقد البيع المسجّل برقم 860 بتاريخ 1975/12/2 إلى شقيقهم الولد الرابع، بحيث يصبح العقار مملوكاً لهم جميعاً بحقّ الزرع لكلّ منهم. ولا شكّ أنّ هذا الرأى يحقّق مزايا عديدة:

- 1- يحقّق هدف الأب في التسوية بين أولاده القصر الثلاثة والولد الرابع، فيصبح العقار مملوكاً لهم جميعاً بحقّ الزرع لكلّ منهم.
- 2- تجنّب الاستناد إلى قواعد الرجوع في الهبة في القانون المدني بما تثيره من صعوبات تتعلق بمحلّ الهبة الذي يتعيّن استرداده، والذي يقتصر على

له حق الرجوع فيما وهب من عقار ولو تعدد الولد¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ التقنين المدني الفرنسي قضى بموجب المادة 961 منه² بأنه "يقع فسخ الهبة حتى ولو كان للواهب أو الواهبة وقت الهبة جنين لم يولد". فطبقاً لهذا النصّ يقع الرجوع حتى لو كان الواهب عالماً وقت الهبة بأمر الجنين، فلا يعتبر الحمل ولداً موجوداً وقت الهبة، ومن ثمّ فإنّ ولادته حيّاً بعد الهبة تجيز للواهب الرجوع فيها.

وطالما كان الأمر كذلك، فليس ثمة مانع من أن يسري هذا الحكم على التشريع المصري - ومن هذا حذوه - على حدّ رأي البعض³ - "ما دام الواهب لا يعرف وقت الهبة بأمر الجنين، فهو في مركز الواهب الذي يعتقد أنّ ولده قد مات، فليست العبرة إذن بالألّا يكون للواهب ولدٌ وقت الهبة، بل العبرة بأن يعتقد أن ليس له ولد. أمّا في المادة المشار إليها فالحبة تنفسخ حتى لو كان الواهب وقت الهبة يعلم بأمر الجنين، وقد تكون هذه المادة مصادرة لهدف المشرّع"⁴.

- أن يولد الولد بعد إبرام عقد هبة العقار حيّاً، فإذا ولد قبل إبرام الهبة ثمّ تابع الواهب إتمامها، فإنّه لا يجوز له الرجوع في هبته. ذلك أنّ المفروض ألاّ يكون للواهب ولدٌ بتاريخ إبرام الهبة، فإذا ولد قبل إتمامها، إنعدم الدافع للرجوع في هبته⁵.

ثمّ العقار المتبرّع به ولا يمتدّ إلى ذات العقار.

3- تجنّب الالتجاء إلى اتخاذ إجراءات نزع ملكية العقار كلّه وبيعته وتحويله إلى مالٍ سائل حتى يستأدي الأب مبلغ التبرّع، بما قد يشكّل ذلك من عناء بالنسبة للأب، وخسارة بالنسبة للأولاد القصر الثلاثة.

4- أنّ الأب بصفته وليّاً طبيعياً على أولاده القصر الثلاث يملك استئذان المحكمة التي تغدو مختصة بالطلب المقدم، مع تكييفه على التحوّل السالف، وهو أمرٌ تملكه المحكمة.

5- الإستغناء عن تعيين والدة القاصر الرابع وصيّة خاصة لقبول شراء نصيبه من الوليّ الطبيعي (الأب)، لأنّ الأب يملك التعاقد مع نفسه (م 14 ولاية على المال) فيهب بصفته وليّاً طبيعياً على أولاده القصر الثلاثة، ويقبل بصفته وليّاً طبيعياً على ولده القاصر الرابع. أنظر في هذا الرأي: محمّد المنجي، مدى سلطة الوليّ الطبيعي في الرجوع في الهبة عند الرزق بمولود جديد، سلسلة أبحاث قصيرة بمناسبة قضايا عملية 2، د. د. ط، د. ب. ط، 1980، ص. 34 وما يليها.

¹ - وإن كان يسوغ له الرجوع في هبته طبقاً للفقرة (ب) من نص المادة 501 من ق. م. م، أيّ على أساس عذر العجز عن الانفاق متى نشأ موجهه. أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 183، هامش رقم: 2.

² - Art 961 : « Cette révocation peut avoir lieu, encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au temps de la donation ».

³ - أنظر في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 203، هامش رقم 2؛ ومحمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 175؛ ومحمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 277.

⁴ - بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 437، هامش رقم: 2.

⁵ - بالتالي، فإنّه عند وجود ولد للواهب بتاريخ إبرام الهبة ليس له الرجوع فيها حتى ولو كان الولد الموجود هو المتبرّع له. أنظر:

ولا يكفي أن يُرزق الواهب ولداً بعد الهبة، بل يجب فضلاً عن ذلك أن يبقى حياً إلى وقت الرجوع في الهبة، فإذا مات الولد قبل أن يرجع الواهب في هبته زال العذر المبرّر للرجوع وامتنع على الواهب الرجوع من ثمة.

- أن يُرزق الواهب الولد إبان حياته، فإذا رُزق به بعد وفاته سقط حقّ ورثته في الرجوع وفقاً للأصل العام الذي لا يجيز الرجوع بعد وفاة الواهب، هذا بخلاف التقنين المدني الفرنسي الذي قضى بموجب المادة 960 منه بأنه يقع الفسخ ولو كانت الولادة بعد الوفاة، وهو ذات الحكم المتبني من لدن قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث قرّر بمقتضى المادة 524 منه على أنه يصحّ الرجوع في الهبة إذا رزق الواهب بعد الهبة أولاداً ولو بعد وفاته¹.

- وقبل هذا وذاك، يشترط للحكم بالرجوع في هبة العّار أن يكون الولد شرعياً، أي ناتجاً عن زواج شرعي عملاً بمقتضى نصّ المادة 524 موجبات وعقود لبناني وإن لم ينصّ عليه التقنين المدني المصري صراحة. وعليه، إذا كان للواهب ولد غير شرعي وقت إبرام عقد الهبة، فإنّ ذلك لا يمنع هذا الأخير من استعمال حقّه في الرجوع في الهبة حال ازدياد ولد له بعد الهبة.

أمّا الإجتهد في فرنسا - وبالرغم من عدم وجود نصّ موجب لأن يكون الولد شرعياً - فقد جرى الحكم لديه على أنّ وجود ولد غير شرعي للواهب عند إبرام عقد هبة العّار لا يمنعه من الرجوع فيها².

ذلك أنّ الوضع في فرنسا كان إلى قبيل صدور قانون 03 جانفي 1972 لا يخوّل للواهب حقّ

PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., pp. 656-657.

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 183؛ شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 120؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 222-223. وينبغي التذكير بأنّ التقنين المدني الفرنسي لما قضى بموجب المادة 960 منه بأنه لا حاجة إلى حكم حتّى يتقرّر فسخ هبة العّار على اعتبار أنّها مفسوخة من تلقاء نفسها بحكم القانون، يبني على هذا الحكم فرقان بين التقنينين المدنيين الفرنسي والمصري: "(أولاً) أنّ الواهب إذا رزق الولد بعد موته (enfant posthume)، أي أنّ الولد كان جنيناً ولم يولد إلاّ بعد موت الواهب، كان كافياً في التقنين الفرنسي لأنّ الهبة فيه تنفسخ من تلقاء نفسها. ولا يبدو أنّ هذا يكفي في التقنين المصري، لأنّ فسخ الهبة لا يكون إلاّ بحكم القاضي، ولا يجوز لورثة الواهب أن يتقدّموا بطلب الفسخ لأنّ حقّ الرجوع لا ينتقل إلى الورثة كما قدّمنا. (ثانياً) أنّ موت الولد قبل الرجوع في الهبة لا يمنع انفساخ الهبة في التقنين الفرنسي، ويمنع الرجوع في الهبة التقنين المصري كما أسلف القول". أنظر: أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 204، هامش رقم: 2.

² - نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 451؛ وأنظر في بعض أفضية المحاكم الفرنسية في هذا الصدد:

Seine, 19 nonembre 1842, sous Paris, 29 décembre 1843, D. 44, 2, 82, S. 44, 2, 49 ; Douai, 7 juin 1850, D. 50, 2, 160, S. 50, 2, 402 ; Aix, 11 mars 1874, D. 75, 2, 28, S. 75, 2, 173, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 657.

الرّجوع في هبته سوى في حالة حصوله على ولد شرعيّ ناتج عن نكاح شرعي بعد إبرام الهبة، فضلاً عن ولادة ولد طبيعي له اعترف بشرعيته في زواج لاحق.

وبالرّغم من تعديل القانون المذكور أعلاه فإنّه لم يعدّل أحكام المادّة 1960 من ق. م. ف (حتّى في تعديله الأخير) وقد يكون ذلك من قبيل السّهو الذي وقع فيه المشرّع، ومع ذلك فإنّ غالبية الشّراح رأوا بكون إنجاب ولد طبيعي "enfant naturel" يجزّ الرّجوع في الهبة، مؤسّسين رأيهم هذا على أنّ المادّة 1/334 من ق. م. ف (قبل التّعديل) تقضي بأن يكون للأولاد الطّبيعيّين نفس الحقوق والواجبات التي هي للأولاد الشّرعين في العلاقة بين آبائهم وأمهاتهم¹.

وتأسيساً على ذلك فإنّ الرّجوع بمناسبة ولادة طفل يفسّر لمصلحة الطّفل المولود وليس لمصلحة السّلف "au-teur"، إذ المسألة ليست مرتبطة بالعلاقة بين الأولاد وأبويهم بقدر ما هي ماسّة بحقوق الغير مع الإشارة إلى أنّ التّبرير الذي أدلى به الشّراح وإن كان لا يتّفق وصراحة النّص إلّا أنّه يتّفق وروح القانون السّالف الذّكر².

هذا ولم يرد في مختلف التّفنينات المدنية - كما هو الحال قانون الموجبات والعقود اللّبناني - لفظ "العقب" إلى جانب لفظ "الولد" المرزوق بعد إبرام عقد الهبة، بل اكتفى النّص ضمنها بذكر لفظ "الولد" فقط، ممّا أثار جدلاً فقهيّاً حول إمكانية الرّجوع عند ولادة العقب المتمثّل في ولد الولد. ففي حين ذهب جانب من الفقه إلى أنّ لفظ الولد لا يشمل الأحفاد، إعتبر فريق ثانٍ بشمولية لفظ الولد لولد الولد، على اعتبار أنّه إذا كان يمتنع على الواهب الرّجوع في هبة عّاره إذا كان له عقب شرعيّ، فيلزم أن تمنح ولادة العقب لهذا الواهب حقّ الرّجوع في هبته³. ويبدو أنّ الرّأي الأخير هو الأقرب استساعاً إلى المنطق، لأنّه عند تماثل العلل والحجج تتساوى النّائج لا محالة⁴.

على أنّه متى أثبت الواهب قيام العذر - السّابق شرحه - وجب على القاضي الفاصل في نازلة

¹ - ويسري هذا الحكم بالنّسبة للتّبنيّ الكامل أيضاً "adopté plénier" بخلاف التّبنيّ البسيط "adopté simple" فإنّه لا رجوع فيه، لا لأنّ التّبنيّ يختلف عن الولد الشرعي بسبب الدّم فحسب، وإنّما لأنّ التّبنيّ يتم بإرادة الواهب، بحيث لو أجاز الرّجوع في هذه الحالة، كان معنى ذلك أنّ الرّجوع يكون متوقّفاً على إرادة الواهب في كلّ لحظة، والقول بذلك إنّما يتصادم ومبدأ عدم قابلية الرّجوع في الهبة من الأساس. أنظر: MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, les Successions et les libéralités, Op. cit., p. 409.

² - بدر جاسم البعقوب، المرجع السّابق، ص. 438، هامش رقم 3؛ ولأكثر تفصيل في عرض هذا الرّأي ومناقشته، أنظر: GUIHO pierre, Op. cit., p. 565 et s.

³ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit, pp. 658-659.

⁴ - نادر عبد العزيز شاني، عقد الهبة في القانون اللّبناني والمقارن، ج 1، المرجع السّابق، ص. 453.

الرجوع الإستجابة لطلبه والقضاء له بالرجوع في هبته، كون أنّ سلطته في هذه الحالة مقيدة على خلاف العذرين السابقين¹.

الثانية: ظهور ولد حيّ ظنّه الواهب ميتاً وقت الهبة

يصحّ للواهب الرجوع في عقد هبة عقاره إذا كان له وقت إبرامها ولد اعتقد أنّه وافته المنية فظهر أنّه لا زال على قيد الحياة وفقاً لعجز الفقرة الأخيرة من المادة 501 من ق. م. م التي قضت بأنّه "يعتبر بنوع خاص عذراً مقبولاً للرجوع في الهبة ... أن يكون للواهب ولدٌ يظنّه ميتاً وقت الهبة فإذا به حيّ".

وعليه، إذا كان للواهب ولدٌ كان يظنّه ميتاً وقت إبرام عقد الهبة، فبادر بهبة عقاره بناء على هذا الباعث، غُدّ ذلك عذراً مبرراً للرجوع يبيح بموجبه للواهب استرداد عقاره الموهوب من الموهوب له.

ذاك ما تبناه المشرّع اللبناني - على غرار بعض التقنينات المدنية العربية - صراحة في الفقرة الثانية من المادة 524 السالفة الذكر²، حيث أجازت للواهب الرجوع في عبة عقاره إذا ظهر له ولد حيّ اعتقد موته وقت الهبة.

بيد أنّه لممارسة حقّ الرجوع في هذا الفرض، يستلزم توافر الشرائط الآتية:

- ألا يكون للواهب ولدٌ شرعيّ عدا الولد الذي ظنّه ميتاً إبان إبرام عقد الهبة.
 - أن يقع الظنّ بالوفاة وقت الهبة لا قبلها ولا بعدها، ذلك أنّ الواهب إذا كان يعلم بتاريخ إتمام الهبة أنّ ولده على قيد الحياة، فلا يحقّ له الرجوع في هبته.
 - أن يظهر بعد الهبة أنّ الولد حيّ بعد أن كان يظنّ وقت الهبة بأنّه ميت. وتبعاً لذلك ينبغي على الوالد إثبات اعتقاده بكون أنّ ولده كان ميتاً وقت الهبة، ويجوز له ذلك بكافة وسائل الإثبات المقررة قانوناً.
- وهذا، وقد اعتبر الفقه الفرنسي - قياساً على ما سبق - الولد المفقود الذي لم تعرف حياته من مماته في حكم الحيّ، بحيث يشكّل مانعاً من الرجوع في الهبة بسبب طروء ولدٍ إذا أثبت بأنّه كان متوفى وقت إبرام الهبة³.

ولعلّ أساس الرجوع في هذا الفرض إنّما يكمن في أنّ الواهب لو تصوّر ظهور أولاد له لما أقدم على

¹ - نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 120.

² - التي قضت بأنّه "إذا كان للواهب ولدٌ ظنّه ميتاً وقت الهبة ثمّ ظهر أنّه لا يزال حيّاً".

³ - نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 453.

إبرام هبته للغير وما وهب إلاّ لأثّه لم ينبج¹.

ولقد درج التشريع في فرنسا إلى اعتبار الرجوع في هذه الحالة لا يحتاج - في الأصل - إلى رفع دعوى بذلك، إنّما يتمّ بقوة القانون، ولهذا يدعوه بعض الفقه بالرجوع القانوني. لكن ذلك لا يمنع من الرجوع إلى القضاء في حالة رفض الموهوب له إرجاع العقار الموهوب، وحينئذ يتعيّن على القاضي الفاصل في النازلة بعد أن يتأكّد من توافر واقعة الولادة التي تمّت بعد الهبة إلاّ أن يقضي بالرجوع².

وعلى كلّ، فإنّ هذا العذر - في التقنين المدني المصري ومن انتهج نهجه - لا يجعل كغيره عقد هبة العقار مفسوخاً من تلقاء نفسه، بل ينبغي مباشرة الدعوى المناسبة حتّى يقضى بفسخه؛ إذ ليس لقاضي الموضوع - في هذا الصدد - سلطة تقدير كالسلطة التي هي له في الأعذار الأخرى، حيث أنّه متى ثبت أنّ الواهب قد رُزق بولد بعد إبرام عقد الهبة أو ظهر له ولد حيّ كان يعتقد بموته وطلب الرجوع فيها، استلزم عليه أن يحكم بالفسخ انتهاء³.

الفرع الرابع: عدم تنفيذ الشروط والتكاليف المتفق عليها في عقد هبة العقار

"L'inexécution des charges ou conditions"

يعتبر من الأعذار المقبولة لرجوع الواهب في هبة عقاره أن يخلّ الموهوب له بالالتزامات أو التكاليف السّابقة فرضها عليه بموجب عقد هبة العقار⁴، سواء كانت الهبة لمصلحة الواهب أو لفائدة الغير، ومثاله تخلف الموهوب عن تنفيذ التزامه بأداء الدّين المفروض على العقار الموهوب مثلاً⁵.

فإذا كانت هبة العقار - كما سبق وأن أشرنا - مقترنة بالتزام أو تكليف مفروض على الموهوب له، ففي هذه الحالة يلتزم هذا الأخير بتنفيذ هذا التّكليف وإلاّ عدّ مخالفاً بتنفيذ التزامه المنبثق عن نفس العقد، وهنا يسوغ للواهب - طبقاً للقواعد العامة ودون حاجة إلى نصّ خاص - الإلتجاء إلى القضاء من

¹ - راجع المادة 965 من ق. م. ف، وأنظر:

FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Op.cit., p.108.

يجدر التذكير بأنّه في حالة وجود شرط صريح في عقد الهبة يقضي بإمكان رجوع الواهب في هبته، فإنّ الهبة تنفسخ من تلقاء نفسها ولا مكان فيها لسلطة القاضي التقديرية ضمنها حينما يتأكّد من توافر الشرط، مع الإشارة إلى أنّ المادة 966 من ق. م. ف قررت دعوى الرجوع حينها بعدم سقوطها بمرور خمس سنوات على تاريخ ولادة أو تبنيّ الواهب للولد الأخير. راجع المادة 966 من ق. م. ف.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، المرجع السّابق، ص. 204.

⁴ - NAJJAR Ibrahim, Acte à titre gratuit, Op. cit., p. 650 et s.

⁵ - هذا بخلاف إذا لم يوجد اتفاق صريح بين الواهب والموهوب له في متن العقد يقضي بأداء الدّين المثلل به العقار الموهوب والمؤمن عليه برهن رسمي مثلاً؛ ففي هذه الحالة يكون المعطى له مجبراً - باعتباره الحائز إياه والواضع اليد عليه - بتصفيته من الدّين المفروض عليه، كون أنّه في عدم القيام بذلك تبرز إمكانية فقدانه حال بيعه في المزاد العلني كإجراء أخير يلتجأ إليه الدّائن المرتهن. أنظر: نسيم شيخ، المرجع السّابق، ص. 122.

أجل فسخ عقد الهبة¹ أو يجبر على تنفيذ التكليف، بحيث يعتبر الفسخ - في هذا الفرض - بمثابة رجوع عنها بشرط عدم وجود مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها قانوناً.

وبالرغم من أن التقنين المدني المصري - ومن انتهج نمجه - لم ينص على هذه الحالة صراحة² بخلاف نظيره التقنين المدني الفرنسي الذي نص على هذا المقتضى بموجب المادة 953³ منه وتبع أثره قانون الموجبات والعقود اللبناني حيث قضى بموجب المادة 1/527 منه على أن "تبطل الهبة بناء على طلب الواهب إذا لم يتم الموهوب له أو إذا كف عن القيام بأحد الشروط والتكاليف المفروضة عليه"⁴.

وباستقراء النص المذكور يتبين بأن حق الواهب في الرجوع عن هبة عقاره لعدم تنفيذ الإلتزامات والتكاليف المفروضة يشترط فيه ما يأتي:

- أن تكون هبة العقار مقيّدة بالتزام أو تكليف مفروض على الموهوب له:

فإن لم تكن كذلك، فإن حق الواهب بالرجوع في هذه الحالة لا ينشأ. مع الإشارة إلى أنه لا عبرة لأهمية تفاهة الشرط أو التكليف المفروض تنفيذه، فالمهم هو تنفيذه وفقاً لما اتفق عليه في متن العقد.

بحيث ينبغي إثبات هذه الإلتزامات والتكاليف بالوسائل نفسها التي فرضها القانون لإثبات الهبة ذاتها، أي لا يجوز أن يكون الشرط أو التكليف ضمناً أو أن يستنتج من العقد، إذ لا يسوغ - مثلاً - أن يثبت الواهب بأن هبة العقار تمت مع الإشتراط الضمني على الموهوب بأن يقطن مع ذوي الواهب قصد الإعتناء بهم.

¹ - Cass. Civ., 1^{re}, 28 mai 2015, 14-13, 479, Cité par : www.legifrance.gouv.fr.

² - شأنه في ذلك شأن التقنينات المدنية: السوري والليبي والكويتي، ومجلة الأحوال الشخصية التونسية، ومدونة الحقوق العينية المغربية، وقانون الأسرة الجزائري، وهذا على عكس:

- التقنين المدني العراقي الذي نص على هذا العذر صراحة بمقتضى الفقرة (د) من المادة 621 منه القاضية بأن "يعتبر بنوع خاص سبباً مقبولاً للرجوع في الهبة ... -د- أن يقصر الموهوب له في القيام بما اشترط عليه في العقد من التزامات بدون عذر مقبول".

- التقنين السوداني وكذا قانون المعاملات المدنية الإماراتي اللذان قضيا بشكل صريح بكون أن هذا العذر مانعاً للرجوع في صدر الفقرة (ج) من المادتين 241 و 646 (المتطابقتين) على التوالي اللتان قالتا بأنه "يعتبر سبباً مقبولاً لفسخ الهبة والرجوع فيها: ... (ج) إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر ...". أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 861 وما يليها.

³ - Art 953 : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfants ».

⁴ - بالرجوع إلى النص الفرنسي لنفس المادة يتبين بأن المشرع اللبناني لم ينص على الإبطال في هذه الحالة بل نص على إمكانية الرجوع بناء على طلب الواهب، مما يقتضي إعمال النص الأساسي وهو الفرنسي الذي تم تعريبه - على حد رأي البعض - كون أنه وقع خطأ في عملية التعريب. أنظر في هذا القول: نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج1، المرجع السابق، ص. 457.

- إمتناع الموهوب عن تنفيذ الالتزامات والتكاليف المفروضة عليه بموجب العقد:

إذا ما فُرض على الموهوب له تكليف أو التزام بموجب عقد هبة العقار وجب عليه تنفيذه بالكامل، ذلك أنّ عدم التنفيذ أو تنفيذ جزء منه ثمّ الكفّ عن تنفيذ باقيه، يعدّ سبباً كافياً لجواز الرجوع، وكذلك هو الحال لو كان عقد الهبة مقيداً بتكاليف عدّة، فإن عدم أداء أحدهما يؤدّي إلى نفس النتيجة.

على أنّه تجدر الإشارة إلى أنّ الفقه الفرنسي تباين مختلف فقهاء بخصوص هذه المسألة، ففي حين اعتبر فريقٌ أوّل بأنّ التنفيذ الجزئي يؤدّي إلى تجزئة الرجوع بنسبة ما قام الموهوب له بتنفيذه إلى ما اشترط عليه كلفة؛ ذهب فريق ثانٍ إلى القول بأنّ عدم التنفيذ الكليّ يؤدّي إلى الرجوع في هبة العقار كلياً¹، وهذا ما تنبّه قانون الموجبات والعقود بالمرّة، حيث نصّ على ذلك صراحة بمقتضى المادة 1/527 وقضى بإبطال هبة العقار بناء على طلب الواهب إذا لم يبادر الموهوب له أو إذا امتنع عن القيام بأحد الشروط والتكاليف المفروضة عليه.

- أن يكون عدم التنفيذ مقرراً للموهوب له دون خطأ أو تسبّب من الواهب:

فإن كان هذا الأخير هو المتسبّب بعدم التنفيذ، فلا يسوغ له التحجّج به من أجل المطالبة بالرجوع في عقد هبة العقار من الأساس.

وينبغي التذكير - في هذا الصدد - بأنّ قاضي الموضوع يملك سلطة تقدير واسعة في تقرير مدى صلاحية الإخلال في تنفيذ الالتزام أو التكاليف المترتّب عنه طلب فسخ هبة العقار² أو الرجوع فيها³

¹ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit, pp. 623-624.

² - مع ضرورة التنبيه إلى أنّ دعوى عدم تنفيذ التكاليف لا سند لها في التقنين المدني الفرنسي، حيث أنّ بعض الشراح أنكر وجودها بدعوى أنّ الموهوب له حرٌّ دوماً في تنفيذ التكاليف المفروض عليه بموجب الهبة، لكن هذا الرأي لم يعد له وجود على اعتبار أنّ هبة العقار ملزمة لعاقديها، بحيث لا يجوز لأيّ منهما التحلّي عن تنفيذ التزامه، هذا دون إغفال لمقتضى نصّ المادة 1086 من ق. م. ف الذي كان يمنح الحقّ للزوج بالدّوطة "L'epoux doté" في دعوى إنقاص الالتزامات في حالة التهرب من التنفيذ، مع الإشارة إلى أنّ دعوى التنفيذ لا يمكن استخدامها إذا كان التكاليف لمصلحة الموهوب له أصلاً. أنظر: بدر جاسم اليعقوب، المرجع السابق، ص. 445 - 446، هامش رقم 4؛ PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., pp. 624-625.

³ - وقد أجازت محكمة النقض الفرنسية الشرط الوارد في متن عقد الهبة بكون أنّ الرجوع يقع دون حاجة لحكم قضائي في حالة عدم تنفيذ التكاليف، بحيث استبعدت سلطة القاضي التقديرية في هذا الصدد، ومع ذلك فإنّ هذا الحكم المذكور لا يمكن له استبعاد سلطة قاضي الموضوع في تكيف ضرورة وإمكانية تنفيذ التكاليف أو الالتزام وفقاً للمتغيّرات الطارئة. أنظر:

Rouen, 16 juin 1846, P. 46, 2, 290 ; Pul, 7 août 1889, D. 90, 2, 176 ; Req. 27 juillet 1886, D. 87, 1, 107, S.

فيجوز له - مثلاً - أن يمنح الموهوب له مهلة لإتمام التزاماته أو أداء ما تعهد به من تكليف¹.

كما يستطيع - أيضاً - أن يقضي بالرجوع الجزئي في هبة العقار إذا كان هذا الرجوع لا يؤثر في نفس العقد كما هو في عقود المعاوضة. ويحق له - كذلك - أن يتدخل بتعديل الالتزام أو التكليف إذا ما رآه صورياً إستناداً إلى الباعث الحقيقي للهبة، حتى إذا ما تحقق ذلك لم يكن مقررراً الرجوع فيها؛ غاية ما في الأمر أنه يؤكدها وفقاً لهذا التعديل.

ضف إلى ما سبق، أنه يمكن للقاضي رفض الدعوى إذا كان التكليف أو الالتزام ثانوياً بالنسبة للواهب عند انعقاد الهبة، بحيث أن الواهب يمكنه المضي في إبرامها حتى لو لم يوجد هذا التكليف.

على أنه إذا كان عدم تنفيذ الالتزام أو التكليف عائداً إلى عدم قدرة الموهوب له في التصرف في عقاره بسبب الإجراءات المتبعة بخصوص تصفية أمواله، فإن هذا الداعي لا يكون مبرراً للرجوع.

وتأسيساً على ما تقدم، فإن دعوى الرجوع في عقد هبة العقار لعدم تنفيذ التكليف أو الالتزام المفروض على الموهوب له، مباشر - في الأصل - من الواهب أو ورثته من بعده، فإذا كانوا متعددين ولم يتفق على الرجوع، كان لأين منهم الحق في الهبة بما يعادل نصيبه إذا كان المقابل أو التكليف قابلاً للتجزئة، هذا فضلاً عن إمكانية مباشرة نفس الدعوى من لدن دائي الواهب بواسطة الدعوى غير المباشرة انتهاءً².

المطلب الثاني: موانع الرجوع في عقد هبة العقار

عالج التقنين المدني المصري - ومن وافقه - موانع الرجوع عقد هبة العقار على النحو الذي وردت عليه في الراجح من المذهب الحنفي³، وهو ما يحسب له إذ احتذى حذو أحد أعنى مذاهب الشريعة

89, 1, 295 ; Riom, 10 juin 1909 ; Civ., 14 février 1956, D. S. 1956, Somm. p. 67, J. C. P. 1956, II, 9343 ; note Voirin, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 625.

¹ - أنظر على سبيل المثال ما قضت به المحاكم الفرنسية في هذا الشأن:

Nancy, 22 février 1867, D. 67, 2, 102, S. 68, 2, 50 ; Req. 6 décembre 1881, D. 83, 303, S. 84, 1, 19 ; Req. 13 mars 1888, S. 90, 1, 169, note Lacoste ; Req. 22 octobre 1901, D. 1902, 1, 241, note T. P, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, Op. cit., p. 622.

² - وتدعى أيضاً بدعوى استعمال الحقوق، وفيها يباشر الدائن بإسم مدينه رفع الدعوى بغرض الحصول على حق كان ينبغي على مدينه التحصل عليه. أنظر بخصوص مضمونها ومقتضياتها: VAN OMMESELAGHE Pierre, Op. cit., p. 2107 et s.

³ - موانع الرجوع في عقد الهبة عموماً وعقد هبة العقار بالتبعية (عند الأحناف) سبعة، قام الإمام محي الدين الرملي بنظمها شعراً فقال:

"مَنَعَ الرَّجُوعُ مِنَ الْوَاهِبِ سَبْعَةٌ ... فَزِيَادَةُ مَوْصُولَةٍ مَوْتٌ عَوَضُ"

الإسلامية في هذا الصدد. وتبعاً لذلك فقد عدّها بوضوح ضمن نصّ المادة 502 من ق. م. م.¹ خلافاً للمشرّع الجزائري الذي انتهج نهج جمهور الفقهاء في إضفاء صفة اللزوم على عقد هبة العّار ولم يستثن من تلك القاعدة سوى الأبوين فيما وهباه من عّار لولدهما مهما كان سنّه ومن غير حاجة إلى تبرير رجوعهما ودونما تحديد للإجراء الواجب اتّباعه من الواهب، وهذا ما تأكّد جليّاً من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بغرفها مجتمعة في 23 فيفري 2009 تحت رقم 444499. بيد أنّ حرّية الأبوين في اعتصار هبة عّارهما لولدهما - كما اصطلاح عليه عند المالكية - ليست مطلقة بل هي مقيدة بموانع تمنع إمكانية التراجع في

وَحُجُوجُهَا عَنْ مِلْكٍ مُؤْهَبٍ لَهُ ... زَوْجِيَّةٌ قُزِبَ هَلَاكِ قَدْ عَرَضُ.

وجمعها بعضهم رمزاً فقال: "وَمَنْعٌ عَنِ الرَّجُوعِ فِي الْهَبَةِ ... يَا صَاحِبِي حُرُوفٌ دَمَعُ حَزَقُهُ. فَالِدَالُ الزِّيَادَةُ وَالْمِيمُ مَوْثِقُهُمَا أَوْ أَخَذُهَا وَالْعَيْنُ الْعَوَضُ وَالْهَاءُ الْخُرُوجُ مِنْ مِلْكٍ مُؤْهَبٍ لَهُ وَالزَّائِي الزَّوْجِيَّةُ وَالْقَافُ الْقَرَابَةُ وَالْهَاءُ هَلَاكُ الْمُؤْهَبِ". أنظر: ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار)، ج 8، المرجع السابق، ص. 505؛ أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، المرجع السابق، ص. 330.

¹ - بالقول: "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

أ- إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع. ب- إذا مات أحد طرفي عقد الهبة. ج- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي. د- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية. هـ- إذا كانت الهبة لذوي رحم محرم. و- إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي. ز- إذا قدّم الموهوب له عوضاً عن الهبة. ح- إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر".

جدير التذكير بأنّ النصّ المحلّل أعلاه ورد ضمن المادة 686 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري على نحو ما هو مستقرّ عليه في التقنين المدني الحالي، باستثناء الفقرة (ز) التي جرت في المشروع التمهيدي على النحو الآتي: "إذا قدّم الموهوب له بعد الهبة عوضاً قبله الواهب، على ألا يكون هذا العوض هو بعض الموهوب، أو إذا أعطى العوض عن بعض الموهوب جاز الرجوع في الباقي، وإذا استحقّ العوض كلّهُ أو بعضه عاد للواهب الحقّ في الرجوع إذا هو ردّ للموهوب له ما لم يستحقّ العوض". وكذلك الحال بالنسبة للفقرة (ح) حيث كانت تجري في المشروع التمهيدي على النحو الآتي: "إذا كانت الهبة صدقة". على أنّه وخلال أعمال لجنة المراجعة غُدّلت الفقرة (ز) بجعل تقديم العوض قيداً مانعاً على الرجوع في الهبة سواء أكان العوض معاصراً للهبة أم تالياً لها عملاً بالراجع من الفقه الإسلامي. وبذلك أصبح رقم المادة 530 في المشروع التمهيدي، ووافق عليه لجنة التّواب من ثمة. أمّا في لجنة مجلس الشيوخ فقد أضيفت عبارة "أو عملاً من أعمال البر" إلى الفقرة (ح) حتّى تتفني شبهة أنّ الصّدقة لا تشمل أعمال البر وإن كانت في واقع الحال شاملة لها، ليصبح النصّ مطابقاً لما استقرّ عليه التقنين المدني الحالي ويوافق عليه من لدن مجلس الشيوخ تحت رقم 502 انتهاءً. هذا مع الإشارة إلى أنّ المادة المذكورة تقابل المواد: 515 إلى 529 من كتاب الأحوال الشرعية في الأحوال الشخصية للمرحوم قنري باشا، والمواد: 867 إلى 874 من مجلّة الأحكام العدلية. وتطابق المادتين 470 و491 من التقنينين المدنيين السوري والليبي على التوالي، كما تقابل المواد: 623 و649 و243 من التقنين المدني العراقي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والتقنين المدني السوداني على التوالي، مع زيادة هؤلاء الأخيرين لموانع هبة الدائن الدّين للمدين؛ وتقابل أيضاً المادة 539 من التقنين المدني الكويتي والمادة 285 من مدوّنة الحقوق العينية المغربية مع إضافة مانع هبة الأم لولدها اليتيم (في الأوّل)، وتعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة ومرض الواهب أو الموهوب له المخشّي معه الموت (في الأوّل والثّاني)، وزواج الموهوب له بعد إبرام الهبة ومن أحلها (في الثّاني)؛ وتقابل كذلك الفصل 212 من مجلّة الأحوال الشخصية التونسية الذي اقتصر على موانع: الزيادة المضفية لزيادة قيمة الموهوب، التقويت، الهلاك. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 289؛ وفي عرض فحوى النصوص المذكورة، راجع: نادر عبد العزيز شاني عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 853 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. وما يليها. 528.

أحوال أربع عدّتها المادّتان 211 و212 من ق. أ. ج¹ على التّوالي.

على أنّه يشار بأنّ شراح القانون المدني تطرّقوا إلى هذه الموانع بطرق مختلفة، ففي حين ذهب البعض² إلى اعتبار أنّ أربعة موانع منها تعتبر "هبات لازمة" لا يسوغ الرجوع فيها، وهي: الهبة بين الزوجين، الهبة لذوي رحم محرم، الهبة بعوض، الصدقة وأعمال البرّ، حيث أنّه إذا لم يقبل الموهوب له الرجوع في الأصناف المذكورة، إستحال الرجوع فيها حتّى ولو كان ذلك قضاءً، واعتبر بقيّة الموانع المشار إليها في المادة 502 أعلاه موانع تمنع الواهب من الرجوع أيضاً حتّى ولو توافر العذر المقبول تأسيساً على أنّها "هبات غير لازمة"؛ ذهب آخرون³ إلى الإعتداد بالموانع الواردة في نفس المادة جميعها موانع وقيود تمنع طلب الرجوع ابتداءً، حيث لم يفرّق في ذلك بين ما يعتبر هبات لازمة يجوز الرجوع فيها لطبيعتها تلك، وبين الهبات غير اللازمة التي لا يجوز فيها طلب الرجوع لوجود مانع من الموانع.

وخلاف الأولين تبّى البعض الآخر⁴ - وهو الأولى بالاتباع - تقسيم موانع الرجوع التي عدّتها المادة المذكورة إلى صنفين:

الأول: موانع قائمة منذ صدور هبة العَقَّار، وترجع إلى أنّ الغاية من الهبة قد تحقّقت نظراً إلى طبيعة الهبة ذاتها، وهذه الغاية إمّا أن تكون عوضاً دنيوياً، أو ثواباً أخروياً، أو برّاً بين زوجين أو صلة للرحم.

فإذا قدّم الموهوب له عوضاً عن الهبة الممنوحة له، أو كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البرّ أو النّفع العام، أو كانت من أحد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم، أو كانت لضمان قرض أو قضاء دين فقد تحقّق غرض الواهب، ويتجلى ذلك في وضوح من طبيعة الهبة ذاتها. وينبني على هذا القول أنّ الهبة في هاته الأحوال تكون هبة لازمة منذ صدورها، ولا يسوغ للواهب الرجوع فيها ولو لعذر، ما لم يكن الرجوع بالتّراضي بينه وبين الموهوب له.

¹ - حيث قضت الأولى (المادة 211 من ق. أ. ج) بأنّه: "للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلّا في الحالات الآتية:
1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له. 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين. 3- إذا تصرّف الموهوب له في الشّيء الموهوب بيع، أو تبرّع أو ضاع منه، أو أدخل عليه ما غير طبيعته". يضاف إلى ذلك حالة أخرى قيّدت المادة 211 المشار إليها أعلاه حيث يُمنع فيها على الأبوين الرجوع في هبتهما لولدهما إذا كانت منضوية تحت عنصر التبرّع للصالح العام؛ إلى ذلك نوّهت المادة 212 من نفس القانون بالقول: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها".

² - أنظر: أكثم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 170 وما يليها؛ محمود جمال الدّين زكي، العقود المسنّاة، المرجع السابق، ص. 161 وما يليها.
³ - أنظر: محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 185؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 184 وما يليها؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 233 وما يليها؛ إبراهيم الصّالح، المرجع السابق، ص. 128 وما يليها.

⁴ - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 129 وما يليها.

الثاني: موانع طارئة بعد صدور عقد هبة العقار تحول دون الرجوع لقيام حق أقوى؛ ومن خلالها يمنع الواهب من الرجوع في هبة عقاره، لا من وقت صدورها وإنما من وقت حدوث المانع. وهذه الأخيرة إما ترجع إلى أحد المتعاقدين، وإما إلى الشيء الموهوب، فالذي يعود سببه إلى أحد المتعاقدين هو أن يتوفى الواهب فلا ينتقل حق الرجوع إلى وارثيه، وإما أن يموت الموهوب له فيكون حق ورثته أقوى من حق الواهب في الرجوع. أما الموانع التي تعود إلى الشيء الموهوب فهي تكمن في أن يزيد هذا الأخير زيادة متصلة أو يهلك أو يتصرف فيه من لدن الموهوب له، فيقوى حق هذا الموهوب له ويرجح على حق الواهب في الرجوع انتهاء¹.

ونظراً لأنّ التقنين المدني الفرنسي لم يتطرق لمثل هكذا موانع في عقد هبة العقار كون أنّ القاعدة ضمنه تقضي بعدم جواز الرجوع فيها أساساً، وهي مستقاة أصلاً من مبدأ كان مقررّاً في التقنين المدني القديم مؤداه: أنّ العطاء والرجوع لا يجتمعان "Donner et retenir ne vaut"، إلاّ أنّه أجاز إمكانية الرجوع فيها تبعاً للأعذار السابق الإشارة إليها بمقتضى المادة 953 منه، وهي أعذار أوردها على سبيل الحصر دون ذكر لأيّ مانع من الموانع الأخرى كما هو الحال في التقنينات المدنية العربية المقتبسة إياها من الفقه الإسلامي على اختلاف في استمدادها لها من مذهب واحد أو مذاهب متعددة.

وإزاء هذا الوضع، كان من المفيد التطرق إلى هذه الموانع على النحو المقرر فقهاً، جمعاً بين ما هو مستقرّ عليه في فقه الأحناف - ومن وافقه - وبين من اقتبس عنه من تقنينات مدنية كالمصري مثلاً -، وما استقرّ عليه فقه الجمهور ومن أخذ عنه كقانون الأسرة ابتداءً، تفادياً للتكرار، مع مراعاة الشكل المرتب عليه تقنياً بدءاً ببحث الموانع القائمة منذ صدور عقد هبة العقار أو بسببه (الفرع الأول)، ثم تناول الموانع الطارئة بعد صدور نفس العقد انتهاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموانع القائمة منذ صدور عقد هبة العقار أو بسببه

وترجع هذه الموانع - كما سبق وأن أشرنا - إلى أنّ غرض الواهب وغايته قد تحققت بمجرد صدور هبة العقار، لا بالنظر إلى طبيعة الهبة نفسها، حيث يمكن أن يكون هذا الغرض إمّا: هبة عقار بين زوجين أو نظيرتها الموظفة لأجل الزواج (البند الأول)، أو هبة عقار لذوي الرحم المحرم (البند الثاني)، أو عوضاً دنيوياً كهبة العقار المقتزنة بعوض (البند الثالث)، أو ثواباً أخروياً كالصدقة وأعمال البرّ والتّنفّع العام (البند الرابع)، أو هبة عقار لقضاء قرض أو ضمان دين (البند الخامس).

¹ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص.

البند الأول: هبة العقار بين الزوجين أو نظيرتها الموظفة لأجل الزواج

سبق وأن أشرنا بأن جمهور الفقهاء - مالكية، وشافعية، وحنابلة، وظاهرية¹ - ذهبوا إلى القول بلزوم عقد هبة العقار على الإطلاق وعدم جواز الرجوع فيها بعد قبضها عدا الوالد فيما وهبه لولده لاستثنائه نصاً. وتبعاً لذلك تكون هبة العقار الممنوحة من أحد الزوجين لنظيره لازمة فلا يجوز للواهب - زوجاً كان أو زوجة - الرجوع فيها.

أما الأحناف يتبعهم الإمامية والزيدية وهم المقررون بأن عقد هبة العقار عقدٌ جائزٌ ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، فقد اختلفوا في ذلك حول اعتبار الزوجية أحد الموانع على قولين:

الأول: ومؤداه أن وقوع الزوجية الصحيحة مانعٌ من موانع في هبة العقار المنشئة خلالها، ذلك أنه إذا وهب الزوج لزوجته عقاراً، أو وهبت هذه الأخيرة لزوجها نظيره بعد انعقاد عقد الزواج بينهما، إمتنع على الواهب منهما الرجوع من ثمة ولو حدث بعد ذلك فراق.

هذا ما تبناه الأحناف² والإمامية في إحدى رواياتهم³، وهو ما سار عليه التقنين المدني المصري - ومن اقتفى أثره - فقننه انتهاءً⁴.

¹ - أنظر: محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل ج 7، المرجع السابق، ص. 113؛ محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 205؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ج 4، المرجع السابق، ص. 272؛ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، المرجع السابق، ص. 335؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 508؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 129. مع الإشارة إلى أن للحنابلة في هبة أحد الزوجين للآخر على خلاف أصل المذهب روايات ثلاث: الأولى: وترمي إلى أن ما وهبه أحد الزوجين لنظيره لا يصح له الرجوع فيه. الثانية: للزوجة حق الرجوع فيما وهبته لزوجها، وهو قول شريح والشعبي وحكاة الزهري عن القضاة. الثالثة: تتعلق بمهر الزوجة لزوجها، فإن كان قد سألها ذلك رده إليها رضيت أو كرهت، وإن لم يكن قد سألها فلا رجوع لها. "وظاهر هذه الرواية أنه متى كانت مع الهبة قرينة من مسائلها، أو غضبه عليها، أو ما يدل على خوفها منه فلها الرجوع، وهي رواية نقلها أبو طالب عن أحمد". أنظر: علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 171.

² - أنظر: عثمان بن علي بن محسن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 102؛ محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 61.

³ - وفي هذا الصدد قال البعض منهم بأنه إذا وهب أحد الزوجين لصاحبه عقاراً فحازه، فإن الهبة تكون لازمة لا يصح الرجوع فيها كما لو كانت الهبة لذي الرحم المحرم، وهذا القول - كما جاء في جواهر الكلام - منسوب إلى فخر الإسلام والمقداد والكاشاني والخراساني. أنظر: محمد حسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 5، د. د. ط، طهران، 1387 هـ، ص. 11.

⁴ - بموجب المادة 502/ د منه حيث قضت: "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... د- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية".

وترتيباً على ذلك، إذا كانت هبة العقار صادرة من أحد الزوجين للآخر بعد انعقاد عقد نكاحهما، لم يسغ للواهب منهما الرجوع فيها ولو حدث بعد ذلك طلاق بينهما، على عكس ما إذا وهب أحدهما للآخر قبل إبرام عقد الزواج بينهما¹، إذ يكون للواهب منهما حق ارتجاع ما وهبه من عقار ولو بعد انعقاد الزوجية بينهما.

وفي سياق هذا التوجه، يبرّر أصحاب هذا القول قيام هذا المانع، بالعلل الآتية:

- أساس لزوم عقد هبة العقار إبان قيام الزوجية يكمن في توثيق غرى الزوجية وتقوية الروابط التي من أجلها أنشئت، ومنع أحد الزوجين من الإقدام إلى ما يسيء للآخر، وطالما أنّها توثقت بالهبة فتحقق هدف الواهب، فإنّه لا يستطيع - من ثمة - أن يرجع وحده في هبته بعد أن تحقّق غرضه انتهاء².

وأما أساس اللزوم في هبة العقار بعد انقضاء الزوجية، فيتمثّل في أنّ تمام الهبة أثناء قيام الزوجية كان يكتنف في دلالته على أنّ الواهب لم يكن مقصوده العوض، لأجل هذا كان له حق الرجوع بعد انقضائها³.

ضف إلى ذلك بأنّ الزوجية لما كانت مانعاً من موانع الرجوع في نفس العقد، فلاّنّ الزوجية نظير القرابة المحرّمة فقد تعلّق بها التوارث من الطرفين بلا حجب، وامتنع قبول شهادة كل منهما على الآخر فاقتضى ذلك أن تجري صلة الزوجية مجرى القرابة في منع الواهب من الرجوع.

هذا فضلاً عن أنّ مقصود الواهب لما كان زوجاً للآخر وقت الهبة كانت نيّته الإحسان لا

¹ - وكذا هو الحال بالنسبة للخاطب مع مخطوبته، فللخطيب حق الرجوع عن هبة عقاره قبل إتمام الزواج ما دام عذره في الرجوع مقبولاً كما سلف عرضه. والعلّة في ذلك كما رآها المشيخ المصري بأنّ الهبات والهدايا المقدّمة من لدن أحد المخطوبين للآخر أو تلك التي تقدّم لهما من الأهل والخلائق، فإنّما تقدّم بغرض إتمام الزواج الذي يمثّل الغرض منها؛ فإذا لم يتحقّق ولم يتمّ النكاح وفسخت الخطبة، فقد انعدم الباعث الذي دفع الواهب للهبة أصلاً. وعليه فإنّه يستطيع استرداد ما وهب بعد فسخ الخطبة إذا كان الشّيء الموهوب قائماً ولم يهلك أو يستهلك كما هو الشّأن في العقار الموهوب، وإن كان بعض الفقه المصري ذهب إلى القول بأنّ رجوع الواهب في هذا الصّدّد ليس مبنياً على انقطاع السبب أو انعدام الباعث، وإنّما هو مبنّى على وجود العذر الذي يسوغ للواهب بموجبه حق الرجوع.

على أنّه إذا كان هذا هو الشّأن قبل الزواج فإنّ الأمر لا يكاد يختلف عن ذلك بعد انقضائه كما لو قام الطّليق ووهب عقاره لمطلّفته، حيث لا يجوز له الرجوع - والحالة هذه - فيما ما وهبه تطبيقاً للقواعد العامة المقرّرة في الرجوع، حيث لا فرق في الحكم بين الفترة السابقة لإتمام الزواج وبين الفترة اللاحقة لانقضائه، فكلاً الفترتين يثبت فيهما للواهب حق الرجوع في هبة عقاره كونه لم يعد زوجاً للموهوب له. أنظر: إبراهيم الصّالح، المرجع السابق، ص. 160-161؛ محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 139، هامش رقم:

1، عبد الوهّاب البنداري، المرجع السابق، ص. 190.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 160.

³ - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 233.

العوض، وقد تحقّق قصده فامتنع رجوعه¹.

الثاني: يجوز لأَيٍّ من الزوجين إرتجاع هبة عقاره التي سبق وأن وهبها لقرينه. بهذا قال الزيدية والإمامية في المعتمد من أقوالهم ضمن المذهب².

ولقد استدلل أصحاب هذا الرأي على صحّة قولهم بكون الهبة بين الزوجين هبة على عوض مضمّر، فجاز معها رجوع الواهب إذا لم ينل العوض قياساً على الهبة بلا مقابل³.

وقد تمّ الردّ على هذا الاستدلال بالقول بأنّ اللزوم في هبة العقار بين الزوجين ليس مؤداه العوض المادّي حتّى يتمّ التسليم بما ذكر؛ غاية ما في الأمر بأنّه عوضٌ معنوي غرضه الحرص على تقوية رباط الزوجية ومنع أحد الزوجين من الإقدام على ما قد يسيء للآخر، وهو ما يقتضي لزوم الهبة الممنوحة من أحدهما للآخر قياساً على هبة القرابة المحرّمة.

ويلاحظ بأنّ حكم هذه المسألة ضمن التّقنين المدني الفرنسي هو خلاف ما قرّره نظيره المصري - ومن قلّده -، بحيث يجوز لأَيٍّ من الزوجين ارتجاع ما وهبه لقرينه من عقار دون أدنى قيد أو شرط، مع العلم بأنّ هذا العقد لازم في الأصل ضمن هذا القانون.

ولعلّ الفلسفة التي استند عليها التّقنين المدني الفرنسي - وتأثّر بها بعض الفقه المصري - في تقرير كون أنّ الهبة بين الزوجين ليست بلازمة، إنّما مرّدها الخشية من أن تكون الهبة قد أبرمت نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على الزوج الواهب، ممّا يقتضي تخويل حقّ الرجوع لهذا الأخير طوال حياته، كما أنّ منع الواهب من الرجوع في الهبة بعد انقضاء الزوجية بخطأ الموهوب له غير مستساغ عقلاً ولا ينبغي أن تجيزه السياسة التشريعية⁴.

والواقع أنّ هذا الرأي جانب الصّواب في تعليقه لحقّ رجوع أحد الزوجين في هبة عقاره للآخر، فلو كانت الهبة - كما سبق وأن ذكر - تقع نتيجة تأثير الزوج الموهوب له على نظيره الزوج الواهب لما حدث الطّلاق من الأصل، وهي بذلك غاية سامية تهدف إليها مختلف التشريعات الوضعية في الأساس؛ فبالإضافة إلى أنّ هذا الرأي يخالف صراحة ما ذهب إليه جمهور الفقهاء - وهو الأولى بالترجيح - لتأكّد لدينا خطئه

¹ - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 190.

² - وإن كان يكره لدى أكثر فقهاء الإمامية الرجوع فيما تهبه الزوجة لزوجها كون أنّ الهبة غير لازمة بالقبض. أنظر: السيّد محمّد كاظم الزبيدي، المرجع السابق، ص. 171.

³ - محمّد حسن النّجفي، المرجع السابق، ص. 11.

⁴ - أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 172؛ محمود جمال الدّين زكي، العقود المسّماة، المرجع السابق، ص. 162 وما يليها.

وفساده، وكان الأجدد بهذا الفقه أن يرتكن إلى ما قرَّره الفقه الإسلامي مجتمعاً عوض أن يقتضي أثر التقنين المدني الفرنسي المخالف في تشريعه لهوية المجتمع المصري ويثبته في الأساس.

"ألا ترى معي أنَّ هبة أحد الزوجين للآخر مقصود بها توثيق عُرى المودة بينهما؟ وأنَّ هذه المودة إذا انفصمت لسبب أو آخر وتمَّ الطلاق وأجزنا الرجوع في هذه الهبة بعد الطلاق لكنَّا قد قطعنا آخر خيطاً يمكن أن يستهدي به أحدهما أو كلاهما في عودة العلاقة الزوجية؟".

أجدي أمام هذه التساؤلات - وغيرها - لا أجد جواباً إلا أن أنعي هذا الفقه الذي يرى جواز الرجوع في الهبة بين الزوجين إذا وقع طلاق بينهما، وكان عليه بدلاً من مسaire القانون الفرنسي أن يُعْمِل عقله في تلك العلة التي من أجلها أباح القانون الفرنسي هذا الرجوع، وهي أنَّ العلاقات الزوجية فيه لم تقم على هذا الأساس المتين التي تقوم عليه علاقة الزوجية في الشريعة الإسلامية من حيث تقديسها وإحاطتها بسياج من النظم التي تجعل الطلاق أمر غير مرغوب فيه على الإطلاق¹.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد بأنَّ المشرِّع الجزائري لم ينصَّ صراحة على مانع الزوجية - السالف التفصيل فيه - اتساقاً وقول الجمهور، بيد أنه نصَّ بمقتضى المادة 211 بند 1 على مانع الرجوع في الهبة عموماً - وهبة العَقَّار بالتبعية - إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له. وقد ذهب البعض - مخطئاً - وهو بصدد شرحه لهذه الجزئية بالقول بأنَّ المشرِّع بعد أن اقتبس هذا المانع عن المدرسة المالكية² فإنه قرَّر بأنَّه "إذا وهب الأب من أجل زواج ابنه الموهوب له، فليس له حق الرجوع في هبته ولو لم يتزوج

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 625-626.

² - التي ذهبت بمعية الحنابلة في إحدى رواياتهم بأنَّه من وهب لولده عَقَّاراً فزوجه أوزوجت البنت لأجل الهبة، لم يكن للواهب حق ارتجاع هبته لتعلق حق الغير بها، والرجوع يطل هذا الحق ويضرب بمن تعلق حقه بها، فيمنع بسبب ذلك. ولتحقق هذا المانع، يشترط المالكية وجود شروط ثلاث:

- أن يكون الزوج من أجل يسر الولد الموهوب له بالهبة، وإلاَّ حقَّ للوالد ارتجاعها.
- أن يتوافر هذا القصد عند الأجنبي المتعامل مع الموهوب له، بخلاف قصد الموهوب له فلا يمنعه، وقيل يمنعه.
- ألاَّ يهب الوالد للولد وهو متزوج، والعلَّة في منع رجوع الوالد مع زواج الولد تكمن في الحفاظ على حقوق الغير المتعامل مع هذا الأخير لأجل يسره بالهبة، بحيث لا تتوافر نفس العلة لو كانت حقوق الغير سابقة على إبرام نفس الهبة.

ويبرِّر الحنابلة في روايتهم الأولى المانعة لرجوع الوالد فيما وهبه من عَقَّار بعد تعلق حق الغير في الهبة، بالإضرار الواقع على هذا الغير؛ لأجل ذلك تُجْهِ عنه لتلك العلة. هذا بخلاف روايتهم الثانية القاضية بكون تعلق رغبة غير الولد في نفس الهبة لا يمنع ارتجاعها لعموم الأثر المبيح لحقَّ الوالد في الرجوع في هبته عن ولده. على أنه ينبغي التنبيه بأنَّ الروايتين المحتلتين أعلاه أشار إليهما ابن قدامة وهو بصدد بيان شروط رجوع الوالد فيما وهبه، هذا على عكس غيره من الحنابلة؛ إذ أنَّ بعضهم لم يعتبر عدم زواج الولد من شروط رجوع الوالد، على غرار البعض الآخر الذي قيَّد الهبة مع النكاح باعتبارها سرية لإعفاف الولد وإلاَّ كان للوالد حق ارتجاعها في الأخير. أنظر: محمَّد بن عبد الله الخرشبي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 115؛ أبو محمَّد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمَّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمَّ الدمشقي الحنبلي، الشَّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 266؛ حسن محمَّد بودي، المرجع السابق، ص. 293 وما يليها.

الولد في الوقت المطلوب، ما دام المقصود الزّواج الذي هو المطلوب شرعاً من الموهوب له أن يقوم به¹، ذلك أنّه "إذا وهب أحد الأبوين لأحد الأبناء قصد مساعدته على تكوين أسرة وذلك بتمكينه من نفقات الرّفاف والمهر وغيرها من متطلّبات النّكاح، سقط حقّ الواهب في استرجاع هذه الهبة لأنّ الغرض منها قد تحقّق منذ صدورهما، وهو تقديم العون للإبن لبناء أسرة وحثّه على الإستقرار، هذا ولو لم يتزوّج الولد في الوقت المحدّد والمطلوب"².

والواقع أنّ تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة، كتزويجه نظراً لما يحصل له من اليُسّر نتاجاً لما وهب له، فضلاً عن أنّ ما يترتّب على الرّجوع في الهبة من توريث للموهوب له وضياح لحقوق الغير تبعاً لذلك هو الذي تبنته مختلف مدارس الفقه المالكي مانعاً يقع بمقتضاه الرّجوع³، وأغفله التشريع الجزائري - تقنياً وقضاء⁴ - بإسقاطه لاعتبار تعامل الغير بتزويجهم للولد نظراً لميسرته بناء على الهبة الممنوحة له، وهذا ما نصّ عليه المشرّع المغربي بشكل دقيق حينما قضى بموجب نصّ المادة 285/4 من مدوّنة الحقوق العينية بأنّه "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... 4- إذا تزوّج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها"⁵، وأكّده المشرّع الكويتي ابتداءً لما قرّر بمقتضى نصّ المادة 9/539 من تقنيته المدني بأنّه: "يُمْتَنَعُ الرّجوع في الهبة: ... و- إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة".

وترتيباً على ما سبق، إذا تزوّج الموهوب له بعد إبرام عقد هبة العّار ودلّت القرائن على أنّه لولا الهبة لما تيسّر له النّكاح، أي أن تكون الهبة سبباً في الثّقة بالولد فينكحه بعض النّاس إبتنهم، أو يزوّجوا الموهوب لها لإبنهم إن كانت أنثى، فإنّه في هذه الحالة لا يجوز للأبوين الرّجوع.

على أنّه إذا حدث الزّواج قبل إبرام عقد هبة العّار أو بعد إعصارها، أو دلّت القرائن على أنّ الهبة لم يكن لها أثر في النّكاح لتفاهتها أو نحو ذلك - وهو ما ينتفي في هبة العّار غالباً لقيمتها - فإنّه يبقى

¹ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 259؛ وأنظر في ذات السّياق: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 43.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 164.

³ - جاء - مثلاً - تدليلاً على هذا القول في الفواكه الدواني على رسالة أبي زيد القيرواني قوله: "ومحلّ رجوع الأب في هبته لولده (ما لم ينكح) الولد (لذلك) أيّ لأجل المال الموهوب". أنظر: أحمد بن غانم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدّين التّفراوي الأزهري المالكي، المرجع السابق، ص. 156.

⁴ - أنظر مثلاً: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 196391، الصّادر في: 1997/09/30، مجلّة الإحتهاد القضائي (غرفة الأحوال الشّخصية)، عدد خاص، 2001، ص. 274.

⁵ - يقول إبراهيم بحماني في معرض شرحه لهذه المسألة: "أن تكون الهبة سبباً في الثّقة بالولد فيعطيه بعض النّاس ديناً أو يزوّجه أو يزوّج الموهوب لها لإبنه إن كانت أنثى، فإنّه في هذه الحالة لا يجوز للأب أن يرجع في هبته. أمّا إذا وهب وهو متزوّج أو عليه دين فإنّ له الرّجوع، لأنّ الهبة لم تكن سبباً في تغريب أحد". أنظر: مؤلّفه: عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، المرجع السابق، ص. 42.

للأبوين حق الاعتصار في الأخير¹.

البند الثاني: هبة العّار لذي الرّحم المحرم

يُراد بقرابة الرّحم المحرمة، "كلُّ قرابة دم بين اثنين أو اثنتين، ولو فُرض أنّ أحدهما أنثى يُحرم النّكاح بينهما"².

لا شكّ بأنّ القرابة المجردة بين الواهب والموهوب له لا تمنع الرّجوع في هبة العّار، وإنّما قرابة الرّحم المحرمة هي التي تمنع الرّجوع، لذلك فقد تباينت آراء الفقهاء في ضابط القرابة المانعة من الرّجوع في الهبة على أربعة أقوال:

الأول: ومؤداه أنّ القرابة المانعة من الرّجوع في عقد هبة العّار هي قرابة الرّحم المحرمة، فإن كان القريب رَحماً غير محرم كإبن الخال وابن العم، أو كان محرماً غير ذي رحم كالأخ من الرضاع، أو كان قريباً من بطريق المصاهرة كأمّهات النساء وأزواج الأولاد، حقّ للواهب الرّجوع في هبة عّاره³.

ذاك ما تبنّاه الأحناف وتبعهم في ذلك الإمامية في أحد أقوالهم⁴ واقتبسه التّقنين المدني المصري ومن سار على منواله.

وقد استدلل الحنفية - ومن اقتفى أثرهم - على هذا القول بأدلة من المنقول والمعقول.

¹ - أنظر: عبد الكريم شهوبن، عقود التبرع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 203. والأصل في هذا الحكم ما ذهب إليه العلامة خليل في تعداده لموانع الرّجوع ومنها تزويج الولد لأجل الهبة، يقول الخرشي شارحاً لقول الماتن: "ولم ينكح" ... (ش) يعني أنّ من شرط صحة الاعتصار أيضاً أن لا يكون الولد قد تزوّج أيّ عقّد لأجل الهبة وسواء كان الولد صغيراً أو كبيراً فإنّ عقد الولد النّكاح مفوّت للإعتصار ... أو كانت الهبة قليلة في نفسها لا يزوّج ولا يعامل لأجلها، فإنّ التزوّج ... حينئذ لا يمنع من اعتصارها، ولأب أو الأمّ الاعتصار". وفي المقصد من ذلك يقول صاحب الدّخيرة: "فَعِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْإِبْنَ يُزَوِّجُ لِأَجْلِ غِنَاهُ لَا لِأَجْلِ تِلْكَ الْهَبَةِ، لِأَبِيهِ الْإِعْتِصَارُ، وَكَذَلِكَ إِذَا وَهَبَهُ مَا قِيَمَتُهُ عِشْرُونَ دِينَارًا وَهُوَ لَهُ أَلْفُ دِينَارٍ لَهُ الْإِعْتِصَارُ وَإِنْ تَزَوَّجَ، لِأَنَّ عَدَمَ الْإِعْتِصَارِ إِنَّمَا كَانَ نَفْيًا لِلضَّرَرِ الَّذِي يُتَوَقَّعُ مِنَ الْإِعْتِصَارِ حَيْثُ يَعْلَمُ أَنَّهُ إِنَّمَا يُزَوِّجُ اعْتِمَادًا عَلَى الْهَبَةِ". أنظر: محمّد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 115؛ أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشّهير بالقرائي، الدّخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 268-269.

² - محمّد حسن بودي، المرجع السابق، ص. 206؛ جمال الدّين طه العاقل، الرّجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السابق، ص. 36.

³ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 159.

⁴ - ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين، ج 8، المرجع السابق، ص. 110؛ محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 49؛ محمّد حسن التّحفي، المرجع السابق، ص. 9.

أما المنقول فمن السنة: وهو ما أخرجه صاحب المستدرک: من حديث الحسن، عَنْ سَمُرَةَ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا"¹.

وجه الدلالة من هذا الحديث تنصيبه على عدم جواز الرجوع في الهبة عموماً - وهبة العَقَّار بالتبعية - إذا كان الموهوب له قريباً للواهب قرابة محرمية، وجواز الرجوع إذا كان الموهوب له غير رحم محرم من ثمة.

تمّ الاعتراض على هذا الحديث بكون أن سنده ضعيف، هذا فضلاً عن أن أحاديث سمرة ليس منها ما يصحح، كما أن الأحناف لم يعتبر مفهوم الشرط في الأخذ بالأحكام، وهذا الحديث دليل على ادّعائهم من هذا الطريق².

ولو افترض بأن هذا النص صحيح فهو عامٌ خصّصه حديث طاووس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي صَلَّى الله عليه وسلم قال "لَا يَحِلُّ لِأَخِي أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ"³.

ومن المعقول اقتضاء منع الرجوع في عقد هبة العَقَّار مردّه أنّ المقصود من الهبة لذوي الأرحام إنّما هو صلة الرحم، وقد وقع، وفي الرجوع قطيعة للرحم وهي محرمة ديانة، لا تفريق في ذلك بين المسلم وغيره⁴. ثمّ إنّ صلة الرحم مدعاة التناصر والتعاون في الدنيا فيكون - من ثمة - سبب استيفاء النصرة وكسب الثواب الأخروي، فكان أقوى من المال انتهاء⁵.

الثاني: قال به الإمامية حيث قرروا بأن القرابة المانعة من الرجوع في عقد هبة العَقَّار هي القرابة المعروفة بقرابة النسب - على الإطلاق - وإن جاز معها التّكاح⁶ لعموم قوله تعالى ﴿... وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁷. فقد جاء لفظ "الأرحام" عامٌ في النص متناولٌ لكل قرابة من غير تفريق للرحم المحرم من غيره غير المحرم.

¹ - أبو عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضبي الطهماني التيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرک على الصحيحين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990، ص. 60، حديث رقم: 2324.

² - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 176.

³ - محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير - سنن الترمذي، ت: بشار عواد معروف، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ص. 583، حديث رقم: 1298.

⁴ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات (حكم الهبة وما يتفرّع على ذلك من الرجوع فيها)، ع1، المرجع السابق، ص. 59.

⁵ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 132.

⁶ - حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 207.

⁷ - سورة الأنفال، الآية: 75.

تم مناقشة هذا الاستدلال بالقول بأن المقصود بالقرابة - وما شابهها - في النص المذكور كقوله عز وجل ﴿... وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ ...﴾¹، وقوله أيضاً: ﴿فَهَلْ عَسَيْتُمْ إِنْ تَوَلَّيْتُمْ أَنْ تُفْسِدُوا فِي الْأَرْضِ وَتُقَطِّعُوا أَرْحَامَكُمْ﴾² هي "القرابة المتأبدة بالمحرمية دون القرابة المتحررة عن المحرمية"³، بدليل الحديث السابق "إِذَا كَانَتْ الْهَبَةُ لِذِي رَحِمٍ مُحَرَّمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا".

الثالث: مقتضاه، أن القرابة المانعة من الرجوع، هي كل قرابة محرمية كانت أو غير محرمية عدا الوالد فيما وهبه لولده من عتار حيث يصح له الرجوع فيه لاستثناءه نصاً. بهذا قال به جمهور الفقهاء: مالكية وشافعية وحنابلة في ظاهر مذهبهم، وكذا الظاهرية⁴.

ولقد كان من بين احتجاج أصحاب هذا القول على صحة ما ذهبوا إليه من السنة بحديث طاووس عن ابن عمر وابن عباس - رضي الله عنهما - عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هَبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ، وَمَثَلُ الَّذِي يُعْطِي الْعَطِيَّةَ ثُمَّ يَرْجِعُ فِيهَا، كَمَثَلِ الْكَلْبِ يَأْكُلُ، فَإِذَا شَبِعَ قَاءً ثُمَّ عَادَ فِي قَيْئِهِ"⁵.

تدليلاً على ذلك نفى الرسول الكريم حل رجوع المسلم في هبته، ولم يستثن سوى الوالد فيما وهبه من عتار لولده، فكان رجوعه جائزاً وإلا لما كان للاستثناء فائدة ترجى.

أما من المعقول فقالوا بكون أن "... الْأَبَ لِفَضْلِ حُؤْوِهِ تُبَايِنُ أَحْكَامُهُ أَحْكَامَ غَيْرِهِ، فَلَا يُعَادِيهِ وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي يَدَيْهِ بِالتَّزْوِيجِ وَفِي مَالِهِ بِالْعُقُودِ لِفَضْلِ الْحُنُوِّ وَانْتِفَاءِ التَّهْمِ، فَجَازَ أَنْ يُخَالَفَ غَيْرُهُ فِي جَوَازِ الرُّجُوعِ فِي الْهَبَةِ، لِأَنَّ انْتِفَاءَ التَّهْمَةِ تَدُلُّ عَلَى أَنَّ رُجُوعَهُ فِيهَا لِشِدَّةِ الْحَاجَةِ مِنْهُ إِلَيْهَا، وَلَئِنَّا وَأَبَا حَنِيفَةَ قَدْ أَجْمَعْنَا عَلَى الْفَرْقِ فِي الْهَبَةِ بَيْنَ الْأَجْنَبِيِّ وَذِي الرَّحِمِ فَلَا أَنْ يَكُونَ الرُّجُوعُ فِيهَا مَعَ ذِي الرَّحِمِ الْمُبَاعِضِ دُونَ الْأَجْنَبِيِّ أَوْلَى مِنْهُ أَنْ يَكُونَ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ دُونَ ذِي الرَّحِمِ ..."⁶.

¹ - سورة النساء، الآية، 1.

² - سورة محمد، الآية: 22.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ - أنظر: علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التستوي، المرجع السابق، ص. 405؛ عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرافعي القزويني، المرجع السابق، ص. 323؛ فيصل بن عبد العزيز آل مبارك، المرجع السابق، ص. 218؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

⁵ - محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير - سنن الترمذي، ت: بشار عواد معروف، ج 4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998، ص. 10، حديث رقم: 2132.

⁶ - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 546.

الرابع: مفاده بأنَّ القرابة المانعة من الرجوع في عقد هبة العَقَّار هي كلُّ قرابة رحم محرمية وقرابة غير محرمية تليها درجة، وعلى ذلك فإنَّ ابن العم وابن الخال يمتنع الرجوع في هبته كما يمتنع الرجوع في هبة ذي الرِّحم المحرم تماماً، فإنَّ بعدت القرابة بعد ذلك كأولاد ابن العم أو أولاد ابن الخال، صحَّ الرجوع. إلى هذا نحى الزَّيدية¹.

وقد استند الزَّيدية في تبرير حكمهم بامتناع الرجوع لمن يلي المحرم بدرجة بمحدث سمرة السَّابق الإشارة إليه، ووجه الاستدلال منه يقضي بأنَّ من يلي الرِّحم المحرم بدرجة في معنى الرِّحم المحرم الملاصق، بدليل أنَّ من أحسن إليهم ينعت بكونه واصلاً لرحمه، ومن أساء إليهم وُصِف بقطعه لرحمه، فكانت الهبة إليه - من ثمة - في معنى القرابة.

أمَّا من يلي بعد ذلك هؤلاء، فإنَّ الحكم المجمع عليه غير شامل لهم على اعتبار أنَّ ذلك يؤدِّي إلى اشتراك بني آدم في الحكم كونهم من أب وأمٍّ واحدة وهما آدم وحواء.

ونوقش هذا الاستدلال: بأنَّ العلة في الحكم بامتناع الرجوع ليست هي مجرد قرابة الرِّحم حتَّى ينصرف الحكم لمن ذكر، بل هي المقيِّدة في النصِّ بوصف التَّحريم، فيكون ما ذكر - تبعاً لذلك - فاسد الاعتبار².

هذا، ولم يجز المشرِّع المصري الرجوع في عقد هبة العَقَّار إذا كانت لذي رحم محرم - نقلاً عن مذهب الأحناف -، حيث نصَّ بموجب المادَّة 502/هـ من تقنينه المدني بأنَّه "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... هـ - إذا كانت الهبة لذي رحم محرم"³.

وتبعاً لما سبق، فإنَّه يشترط في صلة القرابة المانعة من الرجوع في عقد هبة العَقَّار ما يلي:

- ينبغي اجتماع وصفان في القرابة المانعة من الرجوع في عقد هبة العَقَّار، الرِّحمية والمحرومية، إذ لا يكفي مجرد القرابة، بل يشترط أن تكون رَحْمِيَّة محرمية، وهي تلك القرابة التي تحرِّم النِّكاح في الأصل بين القريبين؛ من ثمة يدخل فيها الأصول وإن علو، والفروع وإن نزلوا، والحواشي مهما اختلفت قراباتهم.

وتبعاً لذلك يكون مقتضى هذا القول: جواز الرجوع في نفس العقد لذي الرِّحم كأولاد الأعمام وأولاد العمَّات، وأولاد الأخوال وأولاد الخالات.

¹ - أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزَّخَّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السَّابق، ص. 9.

² - علي بن محمد بن رمضان الرِّشيدى، المرجع السَّابق، ص. 178؛ حسن محمد بودى، المرجع السَّابق، ص. 210.

³ - وهي تقابل نصَّ المادَّة 520 من كتاب الأحكام الشَّرعية التي فصلت في حكم هذا المانع، حيث قضت بأنَّه "من وهب لذي رحم محرم منه، ولو ذميّاً أو مستأمنّاً أو غير مستأمن، فلا رجوع له عليه".

- يسوغ الرجوع في ذات العقد إذا كانت هبة العّار لمحرّم غير ذي رحم، "إذ يجب أن تكون المحرّمة بالقرابة: فالمحرّمة بالسبب، لا بالقرابة، لا تمنع، كالمحرّمة بسبب الرضاع مثل الآباء والأمّهات والإخوة والأخوات والأعمام والعّمات من الرضاع. وكذا المحرّمة بسبب المصاهرة، كأّمهات الأزواج، وأزواج البنين والبنات"¹.

وعليه، فإنّ هبة العّار لذي رحم محرم هبة لازمة منذ صدورهما في ضوء التقنين المدني المصري، بالتالي فإنّه لا يجوز للواهب الرجوع فيها بغير التراضي مع الموهوب له انتهاء.

على أنّه ينبغي بعد هذا العرض المفصّل أنّ الرّاجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من منع القريب من الرجوع فيما وهبه من عّار لقريبه مطلقاً إلاّ على الوالد لاستثنائه نصّاً؛ على اعتبار أنّ من التزم شيئاً فقد تعهّد به واشترطه على نفسه، فكان أدائه واجباً في حقّه بدليل قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾²، وما أكّده الحديث الشريف استطراداً لمعنى الآية السابقة، قوله عليه الصّلاة والسّلام: "المُسْلِمُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ إِلَّا شَرْطًا حَرَّمَ حَلَالًا أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا"³. وتبعاً لذلك يكون تقنين الأسرة الجزائري لما اقتضى أثر الجمهور في هذه المسألة قد وافق الصّواب في عدم تقنينه لهذا المانع من الأساس.

البند الثالث: هبة العّار المقترنة بعوض

المقصود بالعوض هنا: "المقابل الذي يأخذه الواهب مقابل هبته، ويصحّ أن يكون العوض في صورة التزامات أو تكاليف أو شروط أو أعباء اشترطها الواهب لمصلحته أو لمصلحة غيره أو للمصلحة العامة"⁴.

ويراعى أنّ العوض المانع من الرجوع في عقد هبة العّار إمّا أن يكون مشروطاً في العقد أو يكون متأخراً عنه. فإذا كان العوض متأخراً عن العقد بأن كان غير مشروط فيه، فلا خلاف بين مدارس الفقه الإسلامي في مشروعيته كونه من باب ردّ التحيّة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوها...﴾⁵، وللحديث الشريف المرويّ عن عائشة - رضي الله عنها - أنّها قالت "كَانَ رَسُولُ

¹ - عبد الوهاب البندراي، المرجع السابق، ص. 192.

² - سورة المائدة، الآية: 1.

³ - أنظر في تخرجه: أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن التّعمان بن دينار البغدادي الدّارقطني، سنن الدّار قطني، ت: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللّطيف حرز الله، أحمد بروهم، ج 3، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2004، ص.

426، حديث رقم: 2892.

⁴ - جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 242.

⁵ - سورة النّساء، الآية: 85.

اللَّهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقْبَلُ الْهَدِيَّةَ وَيُثِيبُ عَلَيْهَا"¹.

أما إذا كان العوض مشروطاً في العقد، فقد تباينت آراء الفقهاء في مشروعيته على قولين:

الأول: قضى بكون هبة العقار بعوض مشروط، جائزة وصحيحة شرعاً. هذا ما تبناه الأحناف، والمالكية، والحنابلة، والشافعية في الأظهر من أقوالهم، وكذا الزيدية².

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي على صحة قولهم بأن هبة العقار بشرط العوض معاوضة على بدل معلوم فكانت جائزة مثل البيع³.

الثاني: مؤداه، أن هبة العقار بشرط العوض غير صحيحة باطلة شرعاً. بهذا قال الشافعية في قول ثانٍ مقابل القول الأظهر عندهم⁴، وكذا الظاهرية.

وقد احتج أنصار هذا الرأي بالقول بأن لفظ الهبة يقتضي التبرع، واشترط العوض مما يناقضه فيبطل الشرط كالزهن، كونه ينافي مقتضى الهبة، ليكون حكمه حكم عقد البيع الفاسد في مختلف أحكامه⁵.

وقد تم مناقشة هذا القول بكون العوض غالباً ما يكون أقل من العين الموهوبة، فيكون التبرع في الفارق بين القيمتين، ثم إن هذا العوض لو كان مساوياً للموهوب أو معادلاً له، فالعقد - حينئذ - بيع ولا يضر تغيير اللفظ على اعتبار أن العبرة في العقود - كما هو معروف - بالمعنى.

¹ - أنظر في شرحه: محمد بن يوسف بن علي بن سعيد، شمس الدين الكرمانى، الكواكب الدراري في شرح صحيح البخاري، ج 11، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1981، ص. 122، حديث رقم: 2414.

² - أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي الحلبي، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ج 1، البابي الحلبي، القاهرة، ط 2، 1973، ص. 374؛ محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي، المرجع السابق، ص. 503؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ج 4، المرجع السابق، ص. 276 وما يليها؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، شرح منتهى الإرادات، ج 4، المرجع السابق، ص. 393؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 140.

³ - محمد حسن بودي، المرجع السابق، ص. 188.

⁴ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 522، وذكر الجويني في نهاية المطلب بأنه "إن كان [أي العوض] مقدراً، فالأصح الصحة. وذكر بعض الأصحاب قولاً في الفساد؛ بناءً على أن الهبة المطلقة لا تقتضي الثواب، ومصيراً إلى أن الجمع بين الهبة وبين إلزام الثواب تناقض. وهذا وإن كان متجهاً بعض الاتجاه، فهو غريب في الحكاية". أنظر: عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدين، الملقب بإمام الحرمين، المرجع السابق، ص. 436.

⁵ - آمال كامل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 96.

لهذا كان الرَّاجح - في نظر البعض مِمَّنْ نساند رأيه - مقتضاه الإعتداد بمشروعية العوض المشروط¹.

هذا، وتتباين أحكام العوض باختلاف ما إذا كان متأخراً عن العقد أو مشروطاً فيه، فالعوض المتأخّر عن العقد يعدّ بمثابة هبة مبتدأة، ومن ثمّ فهو يصحّ بما تصحّ به الهبة المبتدأة ويبطل بما تبطل به، بيد أنّه يخالفها في إسقاط حكم الرجوع، بحيث أنّه إذا قبض الواهب العوض من الموهوب له امتنع كلّ منهما أن يرجع فيما أقبضه لنظيره، وما سوى ذلك فحكمها حكم الهبة المبتدأة. إلى ذلك ذهب الأحناف².

ويشترط في العوض المتأخّر حتّى يكون مانعاً يحول دون الرجوع، الشرائط الآتية:

- مقابلة العوض بالهبة:

بمعنى أن يأتي العوض بلفظ يدلّ على المقابلة كقول الموهوب له للواهب: هذا الشّيء بدلاً لهبتك أو عوضاً عنها، أو هو ثوابها، حتّى إذا قُبِلَ به الواهب وقبضه امتنع على كلّ منهما الرجوع على الثاني.

- ألا يكون العوض مملوكاً بذلك العقد:

كون أنّ تعويض الموهوب له للواهب بالشّيء محلّ الهبة لا يصحّ أن يكون ذلك عوضاً لاتّفاق المحلّ ذاتاً، سواء كان العوض هو جميع محلّ الهبة أو جزءاً منها كما لو وهب شخص لآخر منزله فعوّضه غرفة منه لم يكن ذلك عوضاً، وبسبب ذلك يكون للواهب أن يرجع في هبته كون أنّ حقّه كان ثابتاً في الكل، فإذا وصل إليه بعضه لا يسقط حقّه في الباقي، هذا إذا كان بعض العوض لم يتغيّر بأن لم يصبح عيناً أخرى، فإذا تغيّر تغيّراً يصير به عيناً أخرى فإنّه يمتنع الرجوع بموجبه، هذا كلّّه إذا كانت الهبة لشيء واحد أو لشيئين في عقد واحد والعقد متّحد. أمّا إذا وهب شيئين في عقدين مختلفين فعوّض أحدهما عن الآخر، فقد تباينت أقوال الأحناف في ذلك؛ ففي حين ذهب الإمام أبو حنيفة ومحمّد - رحمهما الله - إلى القول بكون ذلك عوضاً؛ قال أبو يوسف بأنّ العقدين إذا اختلفا امتنع جعل أحدهما عوضاً عن الآخر كالعقد الواحد، وقد كان تبريره لذلك أنّ كلّ العقدين كان مملوكاً للواهب، فلم يكن مقصوده الرجوع في أحدهما بعينه.

- سلامة العوض للواهب:

ويقصد بسلامة العوض للواهب عدم استحقاق الغير للعوض من الواهب، فإن لم يسلم بأن استحقّق

¹ - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 177.

² - أنظر: محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 79؛ عثمان بن علي بن محسن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبيّن الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 99.

من يده لم يكن - حينئذٍ - عوضاً، ويسوغ للواهب الرجوع في هبته إذا كانت عين الموهوب موجودة، كون أنّ الاستحقاق دليل على أنّ العوض لم يصح فأضحى كأن لم يكن¹، فإن كان الشيء الموهوب قد هلك يضمن هلاكه قبل التعويض، أمّا إذا استحقّ بعض العوض وبقي البعض، فإنّ الباقي يكون عوضاً عن كلّ الموهوب، وإن شاء ردّ ما تبقى من العوض ويرجع في كلّ الموهوب إن كان قائماً في يده ولم يكن ثمة مانع آخر من الرجوع. هذا ما قرره أبو حنيفة وصاحبه خلافاً لغيره الذي قال بأنّ الواهب لا يرجع إلاّ بالقدر المستحقّ من العوض².

المحصّلة ممّا سبق، أنّه إذا كان العوض في عقد هبة العقار غالباً ما يكون متأخراً عن العقد كون أنّ الواهب متبرّع بحسب الأصل، فإنّه ليس ثمة ما يمنع من أن يكون العوض مشروطاً فيه كما لو قال الواهب للموهوب له وهبتك هذه الدار على أن تعوّضي هذه السيارة.

على أنّه إن أقررنا بأنّ هبة العقار بعوض مشروط، هبة جائزة شرعاً اتّساقاً وقول غالبية الفقهاء (مالكية وشافعية وحنابلة في إحدى أقوالهم وكذا الإمام زفر) - كما أسلف القول إليه³ - الذين اعتدوا بكونها معاوضة في الابتداء والانتفاء وتبعاً لذلك يطبق عليها ما يطبق على البيوع من أحكام، فإنّه يترتب على تأصيل العوض المشروط بهذا الشكل ما يأتي:

- كون أنّ العقد لا يبطل بالشّيع مثلته مثل البيع.
- وتبعاً لذلك، إذا اكتمل التعاقد بين المتعاقدين امتنع على كليهما أن يرجع فيه⁴.
- هذا كلّ على خلاف ما جنح إليه الإمام أبي حنيفة وصاحبيه (محمّد وأبو يوسف)⁵ من أنّ هبة العقار مع العوض المشروط تعدّ تبرّعاً في الابتداء، معاوضة في الانتفاء.
- وممّا يبنى على تأصيل العوض المشروط في العقد على هذا النحو ما يلي:

- إذا ورد العقد على مشاع يقبل القسمة فلا يكون صحيحاً على اعتبار أنّ العقد هبة في الابتداء والقبض شرط فيها، ووجوب القسمة يمنع صحّة الحوز وتماه.

¹ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 608.

² - أنظر بالتفصيل في أحكام وشروط العوض المتأخّر: حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 189 وما يليها.

³ - راجع الصفحة 516 وما يليها من هذه الدراسة.

⁴ - حسن محمّد بودي، المرجع نفسه، ص. 199-200.

⁵ - وجهور الحنفية يرون بأنّ الموهوب له لو عوّض الواهب عن هبة عقاره، علم الواهب بكون أنّ ذلك تعويضاً أم لم يعلم، فإنّ هذا الفعل يعتبر مانعاً للرجوع في الهبة. أنظر: يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 80، هامش رقم: 2.

- يسوغ لكل من المتعاقدين أن يرجع فيما منحه لنظيره طالما لم يقع تقابض بينهما أو قبض أحدهما دون الآخر، كون أنّ الملك لا يثبت لأيّ منهما قبل القبض.

- على أنّه إذا تمّ التقابض أخذ العقد حكم البيع، ومقتضى ذلك أنّه "يردّ كل واحد منهما بالعيب وعدم الرؤية ويرجع في الاستحقاق وتجب الشفعة إذا كان غير منقول"¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ مانع أخذ الواهب عوضاً عن هبة عقاره اقتبسه المشرّع المصري - خلافاً لنظيره قانون الأسرة الجزائري الذي لم يذكره من بين الموانع اتّساقاً ومذهب الجمهور - عن مذهب الأحناف، حيث قرّره بمقتضى المادة 502/ ز التي نصّت على أنّه "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... ز- إذا قدّم الموهوب له عوضاً عن الهبة"².

وجدير بالذكر، أنّ مقصود بالعوض هنا، المقابل الذي يأخذه الواهب بدل هبة عقاره، حيث يصحّ أن يكون في صورة التزامات أو تكاليف أو أعباء أو شروط اشترطها الواهب لمصلحته، أو لفائدة غيره، أو للمصلحة العامة، ويستوي أن يكون هذا العوض مزامناً لإبرام عقد هبة العقار أو تالياً لانعقادها.

فإذا قدّم الموهوب له للواهب عوضاً عن هبة عقاره وقبّلها هذا الأخير، سواء كان العوض مقدّماً في عقد هبة العقار ذاته أو بعد صدور نفس العقد، إمتنع على الواهب الرجوع في الهبة لتحقيق غرضه منها بأخذ البديل الذي ارتضاه عنها.

على أنّ امتناع حقّ الرجوع هنا مشروط برضاء الواهب عن هذا العوض، فإن كان بدون رضاء هذا الأخير فإنّ حقّه في الرجوع لا يسقط ابتداءً³.

وبالمقابلة بين ما جاء في التّقنين المدني المصري وبين ما قرّره الفقه الإسلامي بخصوص العوض بوصفه مانعاً من موانع الرجوع في عقد هبة العقار، نجد أنّ هنالك اتّفاق تامّ بين ما رамه التّقنين المدني وما شرّع من أحكام ضمن فقه الأحناف على وجه الخصوص، ومردّد ذلك إنّما يعود إلى أنّ المشرّع المصري - ومن نهج

¹ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج6، المرجع السّابق، ص. 132.

² - ويرجع أصل هذه المادة إلى الفقرة (ز) من المادة 886 من المشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري، وقد كانت تقابل في مجموعها أحكام المادتين 522 و 523 من كتاب الأحكام الشّريعة مع فارق يسير، مع الإشارة إلى أنّ أحكامها كانت قاصرة على العوض المقدّم بعد إبرام عقد الهبة، فتمّ تعديلها ضمن أعمال لجنة المراجعة ليكون تقدّم العوض مانعاً للرجوع في الهبة، سواء أكان العوض مزامناً لانعقاد الهبة أم لاحقاً لها عملاً بالرّأي الرّاجح في الشّريعة الإسلامية (يقصد به الرّاجح في المذهب الحنفي). أنظر: مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السّابق، ص. 290 وما يليها.

³ - جمال الدّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السّابق، ص. 41.

نحجه - اقتبس الأحكام الموضوعية للهبة من هذا الفقه المجيد وبخاصة من كتاب المرحوم قدري باشا، لتأتي أحكامه - من ثمة - موافقة لما هو مقرر من أحكام بخصوص مانع العوض¹ وغيره.

بيد أنّ ما يمكن ملاحظته من فارق بينهما فإنّما يتعلق أساساً بشروط العوض المتأخّر، ففي فقه الأحناف اشترط في العوض القبض والإفراز بخلاف نظيره التقنين المدني المصري المعلن لهذا الشرط في الأساس لا غير².

وتبعاً لذلك فإنّ أحكام العوض وإن لم ينصّ عليها التقنين المدني المصري على اعتبار أنّ الفقه هو المضطلع بإبرازها اقتباساً عن مذهب الأحناف كما سبق تفصيله آنفاً، فإنّه ليس ثمة داعٍ للتذكير باتفاق الفقهاء - الوضعي والشرعي - في هذا الصدد "اللهم إلّا رأيي قانوني" وحيداً وشاداً استهجن أن ينقل التقنين المدني حكم الشريعة الإسلامية في هذا القيد المانع من الرجوع، غافلاً [أي التقنين المدني في رأيه] عن الفارق الجوهرى بين فكرة الهبة في المذهب الحنفى ومعنى الهبة في نظر التقنين ... لأنّ الحصول على العوض - في الفقه الإسلامى - هو ما قصد إليه الواهب من تصرفه ... أمّا في نظر التقنين فإنّ من يُقدّم على التجرد من مال له دون مقابل بقصد الحصول على عوض مادي لا يكون واهباً ولا يكون تصرفه هبة، بل معاوضة

¹ - من بين تلك الأحكام:

- عدم جواز رجوع الواهب في هبة عقاره قضاءً إذا كانت الهبة عوضية، أي إذا منح الموهوب له مقابل أو التزم نحوه بالتزامات أو شروط أو أعباء سواء كانت لفائدة الواهب أو لفائدة الغير أو للمصلحة العامة، على اعتبار أنّ الواهب قد حقّق غرضه بمقابل هبته.

- يسوغ أن يكون العوض ممنوحاً من أجنبي، لأنّ العوض - في طبيعته - إسقاط للحقّ، فيصحّ من أجنبي ولو كان بغير إذن من الموهوب له، إذ التبرّع بإسقاط الحقّ جائز ولو من الغير.

- لا يشترط - خلافاً للفقه الحنفى - أن يكون العوض قد تمّ قبضه، على اعتبار أنّ النصّ جاء عاماً مطلقاً فيحمل على عمومته ويجري على إطلاقه، ليشمل - من ثمة - العوض مختلف التكاليف والشروط والأعباء التي قبل بها الموهوب له والتزم بتنفيذها ابتداءً. على أنّه إذا أحلّ بهذا العوض - كما سلف بيانه - جاز للواهب الرجوع في هبة عقاره بفسخها طبقاً للقواعد العامة.

- يكون المانع متحققاً سواء أكان العوض مشروطاً في عقد هبة العتار ذاته، أو تالياً لاعتقاده. على أنّه إذا اشترط العوض بعد العقد فلا ينشأ المانع إلّا من تاريخ ذلك الشرط.

- إذا كان العوض على أساس تعويض الواهب عن جزء من هبة العتار كالزئع أو الثمن، إحتفظ الواهب بحق الرجوع في الباقي كون أنّ حقّه في الرجوع كان ثابتاً في الجميع، فإذا عوّض في جزء امتنع الرجوع فيه وظلّ له حقّ الرجوع في الباقي.

وإذا كان العوض هو جزء من الموهوب له ذاته، فإن كان الموهوب على حاله التي وقع عليها العقد ولم يتغيّر، لم يكن عوضاً لأنّ التعويض ببعض الموهوب لم يكن مقصود الواهب، إذ لو كان كذلك لأمسكه ولم يهبه. فالشخص لا يهب شيئاً ليسلم بعضه عوضاً عن باقيه، ولأنّ العوض - كذلك - ببعض الموهوب يجعل العوض محض تبرّع في المتبقي، فيصحّ الرجوع فيه. هذا على خلاف ما إذا تغيّر الموهوب عن حاله تغيّراً يمنع الرجوع، فإنّ بعض الموهوب يكون عوضاً عن الباقي، على اعتبار أنّه بالتغيّر أضحيّ بمثابة عين أخرى فصلح من ثمة عوضاً.

- كما يشترط - انتهاء - سلامة العوض، أي أن يسلم العوض للواهب من كلّ استحقاق، فإن استحق العوض - كلاً أو بعضاً - عاد للواهب الحقّ في الرجوع في هبة عقاره إذا هو أرجع للموهوب له ما لم يستحقّ من العوض. أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص.

195 وما يليها؛ بدر حاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 450-451.

² - حسن محمّد بودى، المرجع السابق، ص. 200-201.

لانعدام العنصر الشَّخصي للهبة فلا يقوم حق الرجوع في مثل هذا التصرف أصلاً.

ولا شك أنَّ هذا الرأْي قد اشتدَّ به الشَّطط في فلسفته لأساس هذا القيد، مع أنَّه يعترف أنَّ غاية العوض صحيحة في كَلاَّ الفقهيْن وهي المنع من استعمال حق الرجوع، وليس ثمة شكُّ لدينا أنَّ التقنين المدني المصري وفقهه كان صائباً في استلھام هذا القيد أصلاً وتأسيساً من أحكام الفقه الإسلامي على النحو السَّابق بيانه الذي لم يستطع صاحب هذا الرأْي دحضه بأساس منطقي معقول¹.

البند الرابع: الصدقة وأعمال البرِّ والتَّفع العام

لا شك أنَّ الصدقة التي يُقصد بيان الرجوع فيها في هذا الصدد هي صدقة التطوُّع، ويُراد بها - كما جاء في كتاب المغرب -: "الصدقةُ وَهِيَ الْعَطِيَّةُ الَّتِي يَهْمُ بِتَبَعِ الْمُتَوَبِّعِ مِنَ اللَّهِ تَعَالَى"².

وتبعاً لذلك فالأصل أنَّ المتصدِّق يروم بصدقته وجه مولاه، فإن قصد بصدقته هذه وجه الله ووجه المعطى فهي هبة خالصة كون أنَّ الصدقة ما قُصد بها ثواب الآخرة وحسب.

هذا ما تبنَّاه الأحناف والحنابلة في الأساس، على خلاف المالكية والشافعية الذين رأوا بأنَّه إذا قصد المتصدِّق وجه المعطى بالموازاة مع تَقْصُدِ ثواب الآخرة فإنَّه لا ينتفي عنها صفة التصدِّق³.

ولمَّا كان الغرض من الصدقة هو طلب ثواب الآخرة، فقد اتَّفَق جمهور الفقهاء على أن لا رجوع فيها إذا كانت لفقر، بينما اختلفوا في جواز الرجوع فيها بالنسبة لهبة العَقَّار على وجه الصدقة للأجنبي اختلافهم لنظيرتها بالنسبة للولد ابتداءً؛ ففيما يتعلَّق بالصدقة على الأجنبي، فلقد تباينت أقوالهم فيها نحو قولين:

الأوَّل: مؤداه عدم جواز الرجوع في هبة العَقَّار على وجه الصدقة إذا كانت لأجنبي غني. إلى ذلك جنح جمهور الفقهاء: مالكية، وشافعية، وحنابلة، وإمامية، وزيدية، وظاهرية، ووافقهم غالبية الأحناف⁴.

¹ - أنظر في القول المتقدم وفي الردِّ عليه: أكتفم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 181؛ إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 623.

² - ناصر بن عبد السيّد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح، برهان الدّين الخوارزمي المطرزي، المغرب في ترتيب المغرب، دار الكتاب العربي، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 265؛ ويقترّب هذا التعريف من تعريف الشُّوكاني للصدقة حيث قال بأنَّ "الصدقةُ وَهِيَ هِبَةٌ مَا يَتَمَحَّضُ بِهِ طَلَبُ ثَوَابِ الْآخِرَةِ". أنظر: محمّد بن علي بن محمّد بن عبد الله الشُّوكاني اليمني، نيل الأوطار، ج5، المرجع السابق، ص. 413.

³ - أنظر: علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج6، المرجع السابق، ص. 133؛ مُصطَفَى الخِنْ، مُصطَفَى البُغَا، علي الشّرنجبي، المرجع السابق، ص. 116؛ عثمان بن المكيّ الزّبيدي التّوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكّام، ج 4، المطبعة التّونسية، تونس، ط1، 1339 هـ، ص. 34.

⁴ - علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، المرجع السابق، ص. 407؛ زكريّا بن محمّد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السّنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، المرجع السابق، ص. 518؛ أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة

وقد احتجَّوا على صحَّة قولهم هذا بالسَّنة والأثر والمعقول.

فأمَّا السَّنة: فمنها ما أخرجه صاحب ذخيرة العقبى في شرح المجتبى عن مَالِكٍ، عَنْ زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: سَمِعْتُ عُمَرَ يَقُولُ: حَمَلْتُ عَلَى فَرَسٍ فِي سَبِيلِ اللَّهِ - عَزَّ وَجَلَّ -، فَأَضَاعَهُ الَّذِي كَانَ عِنْدَهُ وَأَرَدْتُ أَنْ أَتْبَاعَهُ مِنْهُ، وَظَنَنْتُ أَنَّهُ بَائِعُهُ بِرُخْصٍ، فَسَأَلْتُ عَنْ ذَلِكَ رَسُولَ اللَّهِ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - فَقَالَ: «لَا تَشْتَرِهِ، وَإِنْ أَعْطَاكَ بِدَرَاهِمٍ، فَإِنَّ الْعَائِدَ فِي صَدَقَتِهِ، كَالْكَلْبِ يَعُودُ فِي قَيْئِهِ»¹.

وجه الدلالة مؤداه أنَّ ظاهر الحديث دلَّ بعمومه على حرمة الرجوع في الصدقة إلا ما انفرد بدليل كما هو الحال في رجوع الوالد فيما منحه لولده، خلافاً للأجنبي الذي ليس هو ممَّنْ خُصَّ بدليل.

وأما الأثر: فما رواه مالك في الموطأ عن دَاوُدُ بْنُ الْحُصَيْنِ، عَنْ أَبِي غَطَفَانَ بْنِ طَرِيفٍ الْمَرِّي، عَنْ مَرْوَانَ بْنِ الْحَكَمِ، أَنَّهُ قَالَ: قَالَ عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ: مَنْ وَهَبَ هَبَةً لصلَّةٍ رَحِمَ، أَوْ عَلَى وَجْهِ صدقةٍ، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا...².

وجه الدلالة من هذا الحديث بارز بيِّن من حيث عدم جواز الرجوع في الصدقة.

على أنَّ بيان المعقول: يقتضي إظهار المقصود في الصدقة وهو الأجر الأخروي الذي هو في معنى العوض، وإن لم يكن كذلك في حقيقة الأمر، إذ الشخص لا يستحق على مولاه عوضاً، وقد حصل الأجر بوعده الله تعالى فلا رجوع بعد حصول الثواب³.

تجدر الإشارة إلى أنَّ التقنين المدني المصري - ومن اقتبس عنه - سار على هذا النهج حيث جاء موقفه مطابقاً وموافقاً لقول الجمهور، وهو ما تأكد من نصِّ المادة 502/ج منه التي ذكرت من بين موانع الرجوع في الهبة "إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر".

الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 272؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الرخاير الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 138؛ أبو محمد علي بن أحمد الأندلسي ابن حزم، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127؛ علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع نفسه، ص. 133.

¹ - محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الوَلَوِي، شرح سنن التَّسَائِي الْمَسْمُوعِي «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، ج 23 (باب شِرَاءِ الصَّدَقَةِ)، دار آل بروم للنشر والتوزيع، د. ب. ط، 2003، ص. 252، حديث رقم: 2615.

² - محمد عبد الحَيِّ بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي، أبو الحسنات، التعليق الممَّحَّد على موطأ محمد (شرح لموطأ مالك برواية محمد بن الحسن)، ت: تقي الدين التَّدَوِي، ج 3 (بَابُ الْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ)، دار القلم، دمشق، ط 4، 2005، ص. 273، حديث رقم: 804.

³ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 133.

وقد بُرِّرَ هذا التوجّه بكون أنّ هبة العقار على وجه الصدقة قرينة لوجه المولى عزّ وجلّ، ومن ثمّ فإنّه لا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لغني. ذلك ما أفصحت عنه المذكورة الإيضاحية لنفس القانون معللة بأنّه "قد يسقط الواهب حقّه في الرجوع لا لفائدة مادّية يتلقّاها من الموهوب له بل لفائدة أدبيّة، وذلك بأن تكون الهبة صدقة، فلا يجوز الرجوع فيها ولو كانت لغني، لأنّها قرينة لوجه الله تعالى"¹. مع الإشارة إلى أنّ مجلس الشيوخ أضاف عبارة "أو عملاً من أعمال البرّ" حتّى ترتفع شبهة أنّ الصدقة لا تشمل أعمال البرّ، مع أنّها في الحقيقة شاملة لها.

تأسيساً على ذلك، لا يمكن الرجوع في هبة العقار التي يُرام منها الإحسان على الفقراء أو تشييد مأوى أو بناء مشفى لهم مثلاً، وفي المقابل فإنّ أعمال البرّ التي لا ينضوي تحتها مختلف الأعمال التي يقصد بها النفع العام، يسوغ الرجوع فيها لعذر يقبله القاضي - خلافاً لما ذهب إليه المشرّع الجزائري كما سنرى - ومثاله الهبة بغرض تعبيد طريق أو بناء سدّ أو تشييد حواجز لا يقصد منها الواهب شيئاً².

الثاني: مفاده بأنّه يجوز الرجوع في هبة العقار على وجه الصدقة إذا كانت لأجنبي. بهذا نادى بعض الأحناف³. وقد احتجّوا على صحّة قولهم من باب التّظنّ فقالوا بكون الأجر الأخرى لا يرجى من الصدقة على الغنيّ، فجاز - من ثمة - الرجوع في الصدقة مثل الهبة ما لم يوجد مانع يمنع الرجوع.

على أنّه إذا كان هذا هو الحال بالنسبة للأجنبي، فإنّ هبة العقار على وجه الصدقة إذا كانت من الوالد لولده مختلفٌ فيها أيضاً على نحو قولين:

الأول: مؤداه عدم جواز ارتجاع الوالد ما تصدّق به من عقار على ولده. بهذا صرّح المالكية والإمامية الزيدية ووافقهم الأحناف⁴.

وقد استند أصحاب هذا القول في صحّة قولهم على دليل من الأثر والتّظنّ. أمّا الأثر فقد احتجّوا بما روي عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ تَعَالَى عَنْهُ أنّه قال: "مَنْ وَهَبَ هَبَةً لصلّةٍ رَحِمَ، أَوْ عَلَى وَجْهِ

¹ - مجموعة الأعمال التّحضيرية للتّقيين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 292.

² - إسماعيل عبد النبيّ شاهين، المرجع السابق، ص. 619؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 245؛ حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 217.

³ - أنظر: محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 92.

⁴ - علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّشولي، المرجع السابق، ص. 407؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، المرجع السابق، ص. 139؛ زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق، ج 7، المرجع السابق، ص. 297.

صدقة، فَإِنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا ..."¹.

لا شكَّ أنَّ الأثر واضح في الدلالة على المقصود، حيث دلَّ بعمومه على عدم جواز ارتجاع الوالد في صدقته على ولده.

أمَّا من جهة النظر، فإنَّ عدم جواز ارتجاع الوالد في صدقته على ولده، تبرره أنَّ "القصد بالصدقة طلب الثواب وإصلاح حاله مع الله عزَّ وجلَّ، فلا يجوز أن يتغيَّر رأيه في ذلك، والقصد من الهبة إصلاح حال الولد وربما يكون الصلاح في استرجاعه فجاز له الرجوع"².

الثاني: مقتضاه، جواز ارتجاع الوالد ما تصدَّق به من عقار على ولده. بهذا قال الظاهرية، والحنابلة في الصحيح من مذهبهم، والشافعية في أصحَّ أقوالهم³.

هذا، ولقد كان استدلالهم على صحَّة ما قرَّروه، بأدلة من السنَّة والمعقول كالآتي:

فمن السنَّة فقد احتجَّوا بحديث التَّعمان بن بشير أنَّه قال: "تَصَدَّقَ عَلَيَّ أَبِي بِبَعْضِ مَالِهِ. فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ: لَا أَرْضَى حَتَّى تُشْهَدَ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. فَأَنْطَلَقَ أَبِي إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لِيُشْهَدَهُ عَلَى صَدَقَتِي. فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "أَفَعَلْتَ هَذَا بِوَلَدِكَ كُلِّهِمْ؟" قَالَ: لَا. قَالَ: "اتَّقُوا اللَّهَ وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ". فَرَجَعَ أَبِي. فَرَدَّ تِلْكَ الصَّدَقَةَ"⁴.

كما استدلُّوا أيضاً بحديث ابن عباس وابن عمر - رضي الله عنهما - أنَّ النبيَّ عليه الصَّلاة والسَّلام قال: "لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً أَوْ يَهَبَ هَبَةً فَيَرْجِعَ فِيهَا، إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ ..."⁵.

وجه الاستدلال بالحديثين المحلَّين أعلاه بيِّن المقتضى، فالأوَّل نصٌّ بشكل صريح على جواز رجوع الوالد فيما تصدَّق به من عقار لولده، والثاني اختصَّ في كلِّ ما يعطيه الوالد لولده كان ذلك على وجه الصدقة أم الهبة، فجاز له - من ثمة - الرجوع.

¹ - أبو جعفر أحمد بن محمَّد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، ج 4، المرجع السابق، ص. 81، حديث رقم: 5820.

² - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشَّيرازي، المهذَّب في فقه الإمام الشَّافعي، ج 2، المرجع السابق، ص. 335.

³ - أبو محمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظَّاهري، المحلَّى، ج 9، المرجع السابق، ص. 135؛ أبو محمَّد موفق الدِّين عبد الله بن أحمد بن محمَّد بن قدامة الجَماعيلي المقدسي ثمَّ الدَّمشقي الحنبلي، الشَّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 260؛ كمال الدِّين، محمَّد بن موسى بن عيسى بن علي الدَّميري أبو البقاء الشَّافعي، المرجع السابق، ص. 558.

⁴ - عياض بن موسى بن عياض بن عمرو اليحصبي السبتي، أبو الفضل، شَرْحُ صَحِيحِ مُسْلِمٍ لِلْقَاضِي عِيَّاضِ الْمُسْتَسْنَى إِكْمَالُ الْمُغْلَمِ بِقَوَائِدِ مُسْلِمٍ، ت: بَحْثُ إِسْمَاعِيل، ج 5 (باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة)، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط 1، 1998، ص. 351، حديث رقم: 13.

⁵ - سبق تخريج الحديث، أنظر الصَّفحة 618 من هاته الدِّراسة، هامش رقم: 2.

أما من جهة **المعقول**: فإنّ الوالد إذا وهب لولده حقّ له ارتجاع هبته لدى جمهور الفقهاء، فكذلك الحال إن هو تصدّق عليه فله أن يرجع أيضاً بجامع أنّ قصد الوالد في الفرضين هو التبرّع المحض.

على أنّ الرّاجح يظهر من توجّه أصحاب القول الثاني القائل بجواز رجوع الوالد فيما تصدّق به من عقار لولده، لقوّة أسانيدهم وسلامتها من المعارض، فضلاً عن قوّة الأدلّة الصّريحة الدّالة على جواز الرجوع والمختصة بالوالد فيما يهبه أو يتصدّق به من عقار على ولده¹.

ويتّضح بالمقابلة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي بخصوص مانع هبة العقار بوجه الصدقة وجود تطابق بين التّشريعين، حيث أنّ كلاهما جعل العلة في منع الواهب من الرجوع في صدقته يكمن في قصد الثّواب الأخروي دون تمييز بين غني أو فقير المتصدّق عليه ودون تفرقة بين الأجنبي وولد المتصدّق في الأساس. هذا خلافاً لقانون الأسرة الجزائري الذي أغفل الإشارة إلى مانع الصدقة على غرار مدوّنات الحقوق العينية المغربية² وباقي التّقنينات المدنية العربية النّاصة صراحة على هذا المانع ممّا يتعيّن تداركه انتهاءً.

ومع ذلك، فإنّ المشرّع الجزائري قرّر - على غرار التّقنين المدني المصري - بمقتضى المادّة 212 من ق. أ. ج بكون هبة العقار المبرمة بقصد تحقيق النّفع العام³ تعتبر هبة لازمة يمتنع على الواهب أن يرجع فيها. ومثالها: هبة أرض عارية بغرض تشييد حديقة عمومية، أو ملحق إداري، ونحو ذلك من أفعال المنفعة العامّة. وتبعاً لذلك يمتنع على الواهب أن يرجع في هبته واسترداد أرضه على اعتبار أنّ الغرض من هذه الهبة قد تحقّق، أنشئت هذه المشاريع أم لم تنجز من الأصل. ذاك ما أكّدته المحكمة العليا في قرارها الصّادر بتاريخ 19 أبريل 1997⁴ بقولها: "من المقرّر قانوناً أنّ الهبة بقصد المنفعة العامّة لا رجوع فيها. ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ قطعة الأرض المتنازع عليها مُنحت للبلدية من طرف مورّث المستأنفين بصفة دائمة قصد بناء مدرسة، وأنّ غلق المدرسة من طرف البلدية مؤخّراً لنقص عدد التّلاميذ لا يعطي الحقّ للورثة باسترجاعها، لأنّ المورّث ذكر في شهادة الهبة بأنّ قطعة الأرض ستكون ملكاً للبلدية ولم يذكر بأنّها مُنحت بصفة مؤقتة حتّى يجوز استرجاعها".

¹ - آمال كامل عبد الرّحمن، المرجع السابق، ص. 126.

² - التي جعلت من الرّاجح والمشهور في الفقه المالكي مرجعاً لتشريع موادّ عقد الهبة، فقد نصّت في مادّتها 1/291 على أنّه "تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي: لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً...".

³ - التي لا تعتبر في حقيقتها - على حدّ قول البعض - مانعاً من موانع اعتصار الهبة؛ غاية ما في الأمر أنّها تأكيدٌ على لزومها منذ صدورها كون أنّ الشّيء الموهوب أصبح ملكاً للصّالح العام. أنظر: مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 166.

⁴ - قرار م. ع، ملف رقم: 116197، الصّادر بتاريخ: 19/01/1997، م. ق، ع 2، 1997، ص. 114.

البند الخامس: هبة العقار لضمان قرض أو قضاء دين

من الموانع التي تكون سبباً في الرجوع في عقد هبة العقار أن يتداين الولد الموهوب له - إبناً أو بنتاً - من أجل هبة العقار التي منحت له، ومثاله أن يهبه أحد والديه أرضاً مخصصة للزراعة، فيقترض مالا لزراعتها أو تشييد توابع عليها، أو أن يهبه داراً فيقترض قرضاً من أجل ترميمها، أو محلاً تجارياً فيستدين من أجل تجهيزه. ففي هذه الحالة لا يحق للأب أو الأم استرجاع ما وهباه من عقار لولدهما لتعلق حقوق الغير بالهبة، وهؤلاء الأغيار في هذه الحالة هم الدائنون. لذلك إذا تعلقت حقوق الغير بالهبة امتنع على الوالدان اعتصار هبة العقار الصادرة منهما لولدهما صيانة لتلك الحقوق.

هذا ما تبناه المالكية¹ والحنابلة في رواية لهم وإن كان هؤلاء الأخيرون قد عبروا عن هذا القيد بأن يتعلّق بالهبة رغبة لغير الولد².

وإزاء ما يكتنف المذهب المالكي من تفصيل حول هذا المانع، فمن المفيد بيان العلة المانعة من الاعتصار وتوضيح تباين أقوال فقهاء نفس المذهب حولها كالآتي:

الأول: مفاده كون أنّ العلة في منع اعتصار الوالد هي قصد الأجنبي على اعتبار أنّ هذا الأخير يقصد التعامل مع الموهوب له فيقرضه أو يداينه لأجل الهبة حيث يصبح كلّ منهما موسراً بسببها.

يوكد ذلك أنّ الدائن إذا عامل الموهوب له من أجل يُسرّه بالهبة - ولو كانت يسيرة - ما عامله بالمداينة. وعليه إذا كان الأجنبي لم يقصد ذلك بأن كانت المعاملة بسبب قصد الموهوب له وحسب لم يكن ذلك مانعاً للاعتصار. بهذا صرح مطرف وأصبغ وابن رشد وابن القاسم وهو الموافق لظاهر المدونة³.

الثاني: مؤداه أنّ العلة في المنع من الاعتصار قصد الموهوب له، فلو كان هذا الأخير - ذكراً كان أو

¹ - محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 115؛ أبو البركات أحمد بن محمد العدوي، الشرح الكبير على مختصر خليل، ج 4، المرجع السابق، ص. 112.

² - خلافاً للرواية الأخرى لديهم والقاضية بأنّ تعلق رغبة غير الولد في الهبة لا يمنع الرجوع، لعموم الخبر المجيز للوالد الرجوع فيما وهبه من عقار لولده. أنظر: الحسين بن محمد أبو المواهب العبري، رؤوس المسائل الخلافية على مذهب أحمد، ت: عبد الملك دهيش، ج 2، مكتبة الأسد، مكنة المكرمة، ط 1، 1428 هـ، ص. 860.

³ - يقول الخرشبي شارحاً لقول الماتن في هذا الصدد: "... كذلك إذا تداين لأجل الهبة فإنّ ذلك مانع للاعتصار، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى ولا بدّ من قصد صاحب الدّين في التداين لأجل الهبة، ولا يكفي في ذلك قصد الولد وحده، فلو تداين لغير الهبة بأن كان غنياً أو كانت الهبة قليلة في نفسها لا يزوّج ولا يعامل لأجلها، فإنّ التزوّج والتداين حينئذ لا يمنع من اعتصارها، ولأب أو الأم الاعتصار...". أنظر: محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع نفسه، ص. 115؛ وأنظر في ذات السياق: أنظر: أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النّفزي، القيرواني، المالكي، المرجع السابق، ص. 189-190.

أنثى - فتداين أو اقترض كان ذلك مانعاً لاعتصار هبة عقاره¹.

الثالث: مقتضاه، يفيد بأنه لا بدّ من قصد صاحب الدّين في المداينة من أجل الهبة، إذ لا يكفي في ذلك قصد الولد الموهوب له وحده. على أنّهما لو تداينا لغير الهبة بأن كان الموهوب له موسراً أو دلّت القرائن على أنّ الهبة لم يكن لها أثرٌ في المداينة لتفاهتها وهو ما يتنفى غالباً في هبة العقار لأهميته، فإنّ التّداين - حينئذ - لا يمنع الاعتصار².

الرابع: فقهه أنّ العلة في المنع من الاعتصار هو حصول المعاملة وقصد ذاتهما فقط، بحيث لا يشترط قصد الأجنبي في التّداين.

على أنّ المتمعّن في الأقوال سالفه الذّكر "يرى أنّ الرّاجح منها هو القول الأوّل، لأنّ حقوق الضّرر بالأجنبي إنّما يكون إذا قصد التعامل مع الموهوب له من أجل غناه بالهبة، فإذا جوّزنا رجوع الوالد مع قصد الأجنبي ألحقنا الضّرر به وهو غير جائز"³.

على أنّه بالرّجوع إلى موقف الحنابلة في هذه المسألة، يتبيّن أنّ لهم فيها روايتان:

الأولى: قضت بامتناع رجوع الوالد عن هبة عقاره تبعاً لحديث ابن عبّاس رضي الله عنه أنّ النبي - صلّى الله عليه وسلّم - قال: "لا ضَرَر ولا ضِرَار"⁴؛ بالتّالي فإنّ رجوع الوالد في هبة العقار الصّادرة عنه بعد تعلّق حقّ الغير بالهبة فيه إضرار بهذا الغير، فيكون منهياً عنه من ثمة⁵.

الثانية: قضت بجواز ارتجاع الوالد هبة عقاره الصّادرة منه لولده عن ولده مصداقاً لحديث ابن عبّاس

¹ - يقول الصّاوي شارحاً لقول الماتن في هذا الشّأن: "وقوله: [أو لأمرٍ غيرِ الهبة] إلخ: تحصّل من كلامه أنّ المانع من اغتصار الأبوين قصْدُ الأجنبيّ المُداينة أو عقد النّكاح لأجلِ يسرِ الموهوبِ له بالهبة، وأمّا قصْدُ الولدِ وخذه فلا يمتنع، وقيل يكفي في منع الاعتصار قصْدُ الولدِ ذلكَ وعليه فضبطُ كلام المُصنّف بالبناء للفاعل". أنظر: أبو العبّاس أحمد بن محمّد الخلوي، الشّهير بالصّاوي المالكي، المرجع السّابق، ص. 153.

² - عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارنة بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السّابق، ص. 203.

³ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السّابق، ص. 137.

⁴ - جاء في جامع العلوم والحكم بأنّ الفقه يدور على خمسة أحاديث منها حديث "لا ضَرَر ولا ضِرَار" المذكور. أنظر: زين الدّين عبد الرّحمن بن أحمد بن رجب الحسّن، السّلامي، البغدادي، ثمّ الدّمشقي، الحنبلي، المرجع السّابق، ص. 59.

⁵ - أبو محمّد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام أحمد، ج2، المرجع السّابق، ص. 263، محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطّاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمّد بن حنبل الشّيباني، ت: عبد اللّطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنّشر والتّوزيع، د. ب. ط، 1، 2004، ص. 340؛ أبو محمّد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السّابق، ص. 266.

وابن عمر - رضي الله عنهما - أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: "لَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ أَنْ يُعْطِيَ عَطِيَّةً فَيَرْجِعَ فِيهَا إِلَّا الْوَالِدَ فِيمَا يُعْطِي وَلَدَهُ"¹.

ذلك لأنَّ تعلُّق رغبة غير الولد في هبة العقار لا يمنع ارتجاعها لعموم الأثر المبيح لحقِّ الوالد في الرجوع في هبته².

وبالنظر إلى الحديث المبين أعلاه، يتبيَّن بأنَّه لم يرد ما يفيد تقييد رجوع الوالد بعدم تعلُّق حقوق الغير بالهبة، كما أنَّ حقَّ الدائن الغريم لم يتعلَّق بعين هذا العقار فلم يمنع رجوع الوالد فيه.

تمَّ مناقشة ذلك بكون أنَّ هذا الحديث ورد فيه ما يقيد، وهو قوله عليه الصلوة والسلام "لا ضرر ولا ضرار"، وبالتالي فإنَّ رجوع الوالد بعد تعلُّق حقِّ الغير بالهبة يتضمَّن في مضمونه إضراراً بهذا الغير فيكون منهيٌّ عنه لتلك العلة، كما أنَّ حقَّ الغريم إن لم يتعلَّق بعين هذا المال إلَّا أنَّه كان من أجل الهبة وبسببها.

يجدر التوضيح إلى أنَّ الروايتين المحللتين أعلاه أشار إليه ابن قدامة في باب شروط رجوع الوالد فيما وهبه لولده، بخلاف بعض الحنابلة الذين لم يعتبروا مداينة الولد من شروط الارتجاع.

كما يجب التنويه بأنَّ زوال المداينة لا يحوِّل للوالد حقَّ الرجوع في هبته عن ولده، كون أنَّ قيد المداينة - على غرار النكاح - أمرٌ قد عامله الناس بعد الهبة، فيضللون على المعاملة لأجله لانفتاح مسوِّغه، لأجل ذلك امتنع الرجوع. بهذا قال المالكية.

أمَّا الحنابلة فقد اكتفوا بمنع الوالد من الرجوع مع قيد المداينة - على غرار النكاح - لأجل الهبة على إحدى رواياتهم دون أن يخضوا مسألة عود رجوع الواهب بزوال قيد زواج الولد أو تداينه بالهبة³.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد بأنَّ المشرِّع الجزائري - خلافاً لنظيره المصري - قد نصَّ على هذا المانع بمقتضى المادة 2/211 منه التي أكّدت بأنَّه "للأبوين حقَّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنَّه إلَّا في الحالات التالية: ... 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين".

وتبعاً لذلك إذا وهب الوالد لولده عقاراً لأجل ضمان قرض اقترضه أو قضاء دين مترتب في ذمَّته، فإنَّ هبة العقار هذه تكون لازمة منذ صدورهما لتحقيق غرض الواهب منها الكامن في أداء الدين أو

¹ - سبق تخريج الحديث، أنظر الصَّفحة 618 من هذه الدِّراسة، هامش رقم: 2.

² - شمس الدِّين أبو الفرج عبد الرَّحْمَنِ بن مُحَمَّد بن أَحْمَد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 91.

³ - حسن مُحَمَّد بودي، المرجع السابق، ص. 295-296.

ضمان القرض، ومن ثم لا يسوغ للواهب اعتصارها لأجل ذلك انتهاء.

ويبرّر هذا المنع من الاعتصار بأنّ العقار الموهوب أضحي ضامناً للقرض أو الدّين المترتب في ذمة الموهوب له على اعتبار أنّ أموال المدين ضمان عامّ لديونه في الأصل¹، لا كما ذهب البعض² إلى الاعتداد بكون الواهب بمثابة الكفيل الضامن مادام قد التزم بإرادته المنفردة بقصد ضمان الدّين أو قضاءه بحسب ما نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة 211 من ق. أ. ج التي لم تفصح - لا صراحة ولا ضمناً - عن هذا الحكم إطلاقاً، باعتبار أنّ الكفالة هي عقد لا يثبت إلّا بالكتابة، وبموجبه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يوفّ به المدين نفسه³.

على أنّ إثبات قيام هذا المانع الموجب للاعتصار، إنّما يضطلع بتحقيقه الموهوب له، ذلك أنّه إذا ما رجع الواهب في هبة عقاره عن ولده بعد أن أفرغه في الشّكل الرسمي المقرّر قانوناً، جاز لولده مباشرة الدّعى القضائية المناسبة أمام جهات القضاء المختصّ من أجل إلغاء عقد الرجوع الرسمي، مثبتاً ذلك بالأدلة المؤكّدة بوجود الدّين أو القرض المدّعى من لدنه إتيان تحرير عقد هبة العقار، فضلاً عن إثباته كون أنّ هذا الدّين أو القرض هو الذي من أجله أبرمت.

حتّى إذا تمكّن من إثبات ذلك، وجب على القاضي الفاصل في هذا الموضوع الإستجابة لطلبه بإلغاء عقد الرجوع في هبة العقار المتقدّم لقيام مانع الاعتصار المذكور طبقاً لنصّ المادة 2/211 من ق. أ. ج المحلّلة أعلاه؛ وبعد صدور الحكم النهائي الفاصل في ذات الدّعى والحائز لقوة الشّيء المقضي فيه، يتعيّن على الموهوب له تقديمه لدى أيّ مكتب عمومي للتوثيق بغرض إيداعه استكمالاً لإجراءات شهره العقاري كما يقتضيه القانون.

أمّا إذا لم يتمكّن الموهوب له من إثبات قيام هذا المانع، كان حرّاً أن يُحكم للواهب باسترجاع هبة عقاره، وبالنّتيجة إعادة الطّرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وما يستتبع ذلك من إجراءات تسليمه العقار الموهوب ابتداءً طبقاً للقانون⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّ المشرّع الجزائري اقتبس فحوى المانع المذكور من الفقه المالكي في الأساس، بيد أنّ

¹ - عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 338.

² - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشّريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 260.

³ - أنظر المواد 644 وما يليها من ق. م. ج المنقولة عن المواد 772 وما يليها من ق. م. م.

⁴ - نسيمّة شيخ، المرجع السابق، ص. 148-149.

تشريعه له تعزوه الدقة - خلافاً لبعض التشريعات¹ - حيث لم ينطبق مع ما استقرت عليه مختلف أقوال ذات المذهب، على اعتبار أنه اشترط في هبة العقار أن تكون لضمان قرض أو قضاء دين منذ صدورها، في حين كان من بين شرائط قيام هذا المانع لدى المالكية ألا يهب الوالد لولده وهو مُدَايِن، إنما ينبغي أن يطرأ الدَّيْن بعد انعقاد الهبة في الأصل². بل كان الأجدى به أن ينصّ بقيام هذا المانع إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتماداً على الهبة، وتلك هي العلة التي قررها فقهاء المذهب لنشوء هذا المانع.

فلئن كان تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة كمداينته ببيعه بثمن مؤجل أو إقراضه مثلاً نظراً لما هو حاصل له من الميسرة بما وهب له، فلائته "يترتب على الرجوع في الهبة ضياع حقوق الغير وتوريط الموهوب له، أما حصول التعامل مع الموهوب له الذي لا يكون مع اعتبار قيام الهبة، فلا يمنع من الرجوع لأنه لا دخل للهبة في حصوله، فلا يترتب على الرجوع ضياع حق للغير ولا توريط الموهوب له"³، وهذا هو نفس توجه محكمة الاستئناف العليا الكويتية التي أقرته في أحد قراراتها⁴ بالقول: "وأما تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة، فهو أمرٌ ثابتٌ على وجه اليقين من تعامل بنك التسليف والادّخار مع المستأنف وقبوله بسبب أيلولة العقار المرهون من الواهب إلى الموهوب له بوثيقة التملك المسجلة أن يحلّ الأخير محلّ الأوّل في سداد رصيد المديونية بالقرض المقرر لبناء البيت على أرض العقار وإبراء البنك - نتيجة لهذا الحلّ - ذمة الواهب من ذلك الرصيد ... والذي التزم المستأنف بسداده مقسّطاً للبنك الدائن ووثق بين الأخيرين، نتيجة لذلك عقد قرض جديد، ثم وافق البنك على إقراض المستأنف مبالغ أخرى بضمان العقار كذلك، وهي حقائق ثابتة في العقار ليس فحسب من مستندات المستأنف السابق الإشارة إليها، بل وتمسك البنك الدائن بها في مذكرته المقدّمة لمحكمة أوّل درجة مُظهراً المستأنف في دفاعه القائم على امتناع الرجوع بسبب التعامل المذكور، والتي طلب فيها القضاء برفض الدّعى المستأنفة، هذا فضلاً عن أنّ المستأنف عليه الأوّل لم يمار في واقع ما قام عليه تعامل بنك التسليف والادّخار مع المستأنف، وإنما اعترض في دفاعه على اعتبار هذا التعامل كافياً لقيام المانع من الرجوع في الهبة بمقولة عدم توافر الحكمة المستهدفة من جعل تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة مانعاً من الرجوع فيها، وهي تفادي ضياع حقوق الغير وتوريط الموهوب له، وأبدى أنّ البنك الدائن لم يعترض على الإجراءات التي اتخذها هو لتسجيل إقراره بالرجوع".

¹ - كالتشريع المغربي الذي نصّ على ذلك بوضوح بمقتضى المادة 6/285 من مدوّنته للحقوق العينية بالقول: "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... 6- إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتماداً على الهبة"، وذكره المشيّر الكويتي أيضاً لما قضى بموجب المادة 539/5 (و) من تقنينه المدني بقوله "يُمْتَنَعُ الرَّجُوعُ فِي الْهَبَةِ: ... و- إذا تعامل الغير مع الموهوب له مع اعتبار قيام الهبة".

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 166.

³ - بدر حاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 455.

⁴ - حكم محكمة الاستئناف العليا الكويتية رقم: 1984/332 تجاري (1)، نقلاً عن: بدر حاسم يعقوب، المرجع نفسه، ص. 455-456.

الفرع الثاني: الموانع الطارئة بعد صدور عقد هبة العقار

وهي تلك الموانع التي تطرأ بعد إبرام عقد هبة العقار فتحول دون الرجوع لقيام حق أقوى، منها ما يعود إلى أحد المتعاقدين فتشمل موت الواهب أو الموهوب له (البند الأول)، أو ترجع إلى العين الموهوبة فتشمل الزيادة في العين الموهوبة زيادة متصلة أو منفصلة (البند الثاني)، أو يؤول إلى تصرف الموهوب له فيها (البند الثالث)، أو هلاكها انتهاءً (البند الرابع).

البند الأول: وفاة أحد طرفي عقد هبة العقار

إذا توفي أحد طرفي عقد هبة العقار فإن الأمر لا يخلو من أن تكون هذه الوفاة وقعت قبل حوز العقار الموهوب أو بعده، على أن يبين هذه الحالة يستلزم التفرقة بين حالة الوفاة قبل القبض وحالته بعده على النحو الآتي:

ففيما يتعلق بوفاة الواهب أو الموهوب له قبل القبض: فلقد تباينت أقوال الفقهاء بمناسبة التعرض لحالة موت الواهب أو الموهوب له قبل القبض واختلفت حول بطلان هبة العقار ومن ثم لم يكن هنالك رجوع، أو أن تبقى صحيحة منعقدة ويقوم الورثة مقام مورثهم في قبضها واقتباسها أو ارتجاعها على قولين:

الأول: مؤداه بطلان عقد هبة العقار إذا توفي أحد طرفي عقد هبة العقار قبل قبضها. إلى ذلك أشار الأحناف والمالكية والشافعية في أحد أقوالهم، وكذا الحنابلة في رواية لهم والإمامية في المعتمد من أقوالهم¹.

يؤيد أن المالكية ذهبوا إلى القول بأنه إذا كان الموهوب له جاداً في طلب الهبة غير تارك؛ فإن هذه الأخيرة لا تبطل بموت الواهب قبل الحوز².

وقد احتج هؤلاء على صحة قولهم المذكور بما يلي:

- كون أن هبة العقار تفتقر إلى القبض لانعقادها، فإذا توفي أحد طرفيها قبله كانت باطلة.

- أن الحياة شرط في هبة العقار فإذا مات أحد طرفيها قبله بطلت الهبة.

¹ - محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدين السمرقندي، المرجع السابق، ص. 168؛ عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجتمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 3، المرجع السابق، ص. 501؛ عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، المرجع السابق، ص. 368؛ أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 296؛ أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 437؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 500؛ محمد حسن النجفي، المرجع السابق، ص. 5.

² - أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، المرجع نفسه، ص. 296.

- هبة العقار قبل القبض عقدٌ جائزٌ أي غير لازم، فيبطل بوفاة أحد طرفي عقد الهبة قبل القبض شأنه في ذلك شأن عقد الوكالة¹.

الثاني: مفاده أنّ هبة العقار لا تبطل بموت أحد طرفيها قبل قبضها، ويقوم الورثة مقام مورّثهم في الإقباض أو الارتجاع. بهذا صرح الشافعية في أصحّ أقوالهم والحنابلة في ثاني روايتهم وكذا الظاهرية في الأساس².

ووجه الاستدلال في ذلك أنّ هبة العقار عقدٌ ماله إلى اللزوم فلا يفسخ بالموت شأنه في ذلك شأن البيع المشروط فيه الخيار.

على أنّ استدلالهم المذكور أعلاه نوقش بوجود الفارق البين بين الهبة والبيع، ويكمن هذا الفرق في أنّ هبة العقار تقوم على عنصر التبرّع خلافاً للبيع القائم على عنصر المعاوضة، لذا كان توجه أصحاب القول الأوّل القاضي ببطان هبة العقار بوفاة أحد عاقيدها قبل القبض هو الأولى بالاتباع والترجيح لقوة أدلتهم وسلامة منطقتهم في المسألة.

أمّا بخصوص وفاة الواهب أو الموهوب له بعد القبض: فإنّه يفرّق في هذا الفرض بين وفاة الواهب وموت الموهوب له، فبالنسبة لوفاة الموهوب له فقد اتفق الفقهاء على اعتباره مانعاً لرجوع الواهب في هبة عقاره، لأنّه بوفاة الموهوب له يخرج الملك منه فينتقل إلى الورثة³.

أمّا بالنسبة لموت الواهب بعد القبض فقد اختلفوا في اعتماده مانعاً من الرجوع على قولين:

الأوّل: مقتضاه أنّ وفاة الواهب لا يمنع من الرجوع في عقد هبة العقار بعد قبضها. بهذا صرح أحمد في رواية عنه واختارهُ ابنُ بَطَّةَ وَأَبُو حَفْصٍ الْعُكْبَرِيُّانِ، وَهُوَ قَوْلُ غُرُورَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ⁴.

¹ - جمال الدّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السابق، ص. 29.

² - شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ أبو محمّد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الكافي في فقه الامام أحمد، ج 2 المرجع السابق، ص. 261؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 141؛ أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّى، ج 9، المرجع السابق، ص. 120.

³ - وهذا هو مذهب الأحناف والشافعية وغالبية الحنابلة والظاهرية. أنظر: آمال كامل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 139.

⁴ - والحجة في ذلك أنّ الرجوع جائز - في هذا الصّدّد - بقصد التسوية بين الورثة، فإذا توفّي الواهب حقّ لورثته أن يستردّوا ما وهبه لأحدهم، كما " أنّ النّبيّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - سَمَى ذَلِكَ [أي المفاضلة] جَوْرًا يَقُولُهُ: «لَا تُشْهَدُنِي عَلَى جَوْرٍ». وَالْجَوْرُ حَرَامٌ لَا يَحِلُّ لِلْفَاعِلِ فِعْلُهُ، وَلَا لِلْمُعْطَى تَنَاوُلُهُ. وَالْمَوْتُ لَا يُعَيِّرُهُ عَنْ كَوْنِهِ جَوْرًا حَرَامًا، فَيَجِبُ رَدُّهُ، وَلَأنَّ أَبَا بَكْرٍ وَعُمَرُ أَمْرًا قَيَسَ بِنِ سَعْدٍ، أَنَّ يَرُدُّ قِسْمَةَ أَبِيهِ حِينَ وُلِدَ لَهُ وَلَدٌ، وَلَمْ يَكُنْ عِلْمٌ بِهِ، وَلَا أُعْطِيَ شَيْئًا، وَكَانَ ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِ سَعْدٍ، فَرَوَى سَعِيدٌ، بِإِسْنَادِهِ مِنْ طَرِيقَيْنِ. أنظر: أبو محمّد موفق الدّين

الثاني: مؤداه أنّ وفاة الواهب تمنع الرجوع في عقد هبة العتار بعد قبضها. إلى ذلك ذهب الأحناف والشافعية والحنابلة في أصح رواياتهم والإمامية وكذا الزيدية وابن حزم الظاهري¹.

أمّا الملكية فلم يكن لهم إشارة إلى اعتبار موت العاقدین مانع كبقية الموانع الأخرى وإن كانوا قد اعتدوا بمرض الواهب المخوف كمانع للإعتصار.

ونظر الملكية في ذلك يكمن في أنّ الرجوع مع مرض الواهب أو مرض الموهوب له المخوف يمنع الاعتصار، لأنّه لو مرض الأول كان اعتصاره لغيره، أمّا إذا مرض الثاني تعلّق بالعين الموهوبة له حقّ الورثة، بشرط أن يتصل مرضه هذا بهلاكه، إذ لو شفي منه عاد إليه حقّ الرجوع. هذا ما يدعوا إلى القول بأنّ الملكية موافقون لرأي أغلبية الفقهاء، كون أنّ الورثة إذا تمّ منعهم من الرجوع بسبب مرض مورثهم المخوف، فإنّ منعهم من الرجوع مع وفاته أولى².

هذا، وبخلاف قانون الأسرة الجزائري الذي أغفل ذكر هذا المانع كالعادة، فإنّه إذا ما عدنا إلى التقنين المدني المصري - من وافقه - نجده لم يورد نصّاً صريحاً ينجلي من خلاله حكم هبة العتار قبل القبض، وهو ما يتوضّح من خلال نصّ المادة 502/ب³ التي جاءت بصيغة العموم حيث لم تفرّق بين الوفاة الواقعة قبل

عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 268.

¹ - والحجة في ذلك، أولاً: بخصوص حقّ الرجوع للورثة إذا توفّي الواهب بالتالي: 1- كون أنّ التملك بعقد هبة العتار لم يكن من جهة الوارث فلا يخلّف مورثه فيما لم يكن على ملكه. 2- قياس حقّ الرجوع على خيار الشرط والرؤية بمجامع ثبوت الحقّ لموجه في كليهما، على أنّ خيار الشرط والرؤية المذكور لا يورث، فكذلك كان حقّ الرجوع. 3- شرع الشارع الحكيم حقّ الرجوع للواهب، ولما كان وارثه ليس بواهب كان موت هذا الأخير مانع للرجوع لورود النصّ في حقّه لا غير. ثانياً: بخصوص سقوط حقّ الرجوع للواهب إذا توفّي الموهوب له بالآتي: 1- كون أنّ تبدّل سبب الملك قائم مقام تبدّل العين فيصير الموهوب عيناً أخرى بانتقاله إلى الورثة. 2- كون أنّ الملك ينتقل إلى الورثة بوفاة الموهوب له، وانتقال الملك بالوفاة يمنع الواهب من الرجوع كانتقال الملك في حياة الموهوب له. 3- لم يستفد ورثة الموهوب له هذا الملك من الواهب فلم يملك عليهم حقّ الرجوع من ثمة. 4- كونها عطية لولده فلزمت بالوفاة كما لو انفرد الموهوب له بالإرث. 5- كون أنّ حقّ ورثة الموهوب له قد ثبت بالإرث، فإن تعارض حقّهم مع حقّ الواهب، كان حقّهم أقوى. أنظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129؛ أبو زكريّا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 437؛ تقي الدين أحمد بن محمد بن عليّ البغدادي، المقرئ الأذمي الحنبلي، المرجع السابق، ص. 299؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 120؛ أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر النجار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 141؛ حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 288-289.

² - يوسف نؤاسة، المرجع السابق، ص. 154؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 149.

³ - التي قضت بأنّه "يفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... ب- إذا مات أحد طرفي عقد الهبة". مع الإشارة إلى أنّ تقنين الموجبات والعقود اللبناني - على خلاف باقي التقنينات المدنية العربية - تناول - بمقتضى المادة 2/530 و3 منه - عدم انتقال الحقّ في دعوى إبطال الهبة بسبب الجحود من الواهب إلى ورثته، وكذا عدم استعمال هذه الدعوى لهذا السبب في مواجهة ورثة الموهوب له بعد وفاته، فالمنع - كما هو واضح من تلك المادة - مقصور على الجحود إذا ما توفّي أحد المتعاقدين في عقد الهبة. أنظر: عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 187، هامش رقم: 3.

القبض والموت الحادث بعده¹.

ومع ذلك يمكن أن يستشف من المادة 448 من ق. م. م ما يفيد بطلان عقد هبة العّار بموت أحد المتعاقدين قبل القبض، كون أنّ هذا النصّ قضى صراحة بأن "تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة..."، إذ أنّ هذه المادة اشترطت في هبة العّار أن تكون بورقة رسمية تحت طائلة بطلانها في الأساس.

ولما كانت الرسمية في العّار قبضاً حكمي الذي هو بمثابة الحوز الحقيقي - كما تبناه المشرّع المصري ومن انتهج نهجه - فإنّ وفاة أحد طرفي عقد هبة العّار يؤدّي إلى بطلانها تبعاً لعدم تحقّق القبض انتهاءً.

هذا في فرض موت أحد طرفي عقد هبة العّار قبل القبض، أمّا في فرض موت هذين الأخيرين بعد القبض، فإنّ واقعة وفاة الواهب أو الموهوب له - في ظلّ التقنين المدني المصري طبقاً لنصّ المادة 502/ب سالفه الذكر - لا تحول دون الرجوع إلاّ إذا وقعت قبل مباشرة دعوى الرجوع من جانب الواهب، أمّا إذا توفّي هذا الأخير بعد رفع هذه الدّعى، فإنّ الحقّ في الرجوع يرتدّ إلى الورثة كما هو الشأن في تعويض الضّرر الأدبي²، حيث أنّ الأساس في كلا الحالتين واحد لا يخرج عن قيام الحقّ على اعتبارات أدبية ملتصقة بشخص صاحبها ومحض إرادته فيستقل بتقديرها وحده³.

أمّا إذا توفّي الموهوب له وانتقل العّار الموهوب إلى ورثته، فلا يجوز للواهب الرجوع في هبته وانتزاع العّار الموهوب من ورثة الموهوب له، كون أنّ حقّ الورثة على الموهوب له قد تقرّر بالميراث واطمأنت الورثة إليه بسببه، فإذا تعارض حقّهم مع حقّ الواهب في الرجوع كان حقّهم أقوى وحال دون الرجوع⁴.

وهكذا يتوضّح من أنّ التقنين المدني المصري - ومن اقتفى أثره - وافق ما تبناه غالبية الفقهاء بشأن هذا المانع، وعلة تقريره عند هؤلاء تقضي بأنّه "بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم، كما إذا انتقل إليهم في حال حياته بسبب آخر، ولأنّ تبدّل الملك كتبدّل العين فصار الموهوب كأثمة عين أخرى فلا يكون للواهب عليها من سبيل"⁵.

على أنّه وبعد المقابلة بين التشريعين - الإسلامي والوضعي - يتوضّح بأنّ التقنين المدني المصري ومن

¹ - أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 176-177؛ محمّد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 189.

² - طبقاً لنصّ المادة 1/222 من ق. م. م المقابلة لنصّ المادة 182 مكرّر من ق. م. ج.

³ - جمال الدّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات الإماراتي، المرجع السابق، ص. 31.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 194.

⁵ - أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات (حكم الهبة وما يتفرّع على ذلك من الرجوع فيها)، ع1، المرجع السابق، ص. 61.

وافقه، يتفق مع أغلب ما قرّره مدارس الفقه الإسلامي في الاعتداد بوفاة أحد طرفي هبة العقار قبل القبض مبطلٌ لها؛ كما يتفق بالكلية معها في اعتبار نفس المانع بعد القبض مانعاً يحول دون الرجوع أيضاً.

بيد أنّ ما يمكن تلمّسه من فرق بين التشريعين المذكورين في هذا الشأن، لا يخرج عن كون أنّ التقنين المدني المصري اشترط لمنع الواهب من الرجوع في هبة العقار بعد حوزها، أن تكون الوفاة قد وقعت قبل مباشرة دعوى الرجوع، فإن كانت وفاة الواهب قد حدثت بعد رفعه لدعوى الرجوع على الموهوب له، كان من حقّ ورثة الواهب أن يقوموا مقام مورّثهم في الرجوع على الموهوب له من خلال استئناف إجراءات سير نفس دعوى الرجوع.

هذا على خلاف مدارس الفقه الإسلامي الذين اكتفوا بالاعتداد بوفاة أحد طرفي عقد هبة العقار كمانع للرجوع دون تمييز بين الموت الحادث قبل رفع الدعوى وبعدها. ولعلّ هذا التباين يرجع - على حدّ قول البعض - إلى "اختلاف ظروف الرجوع في الماضي عنه بالنسبة للحاضر، ففي الماضي كان الرجوع فورياً، أمّا في وقتنا الحاضر، فنظراً لطول إجراءات رفع الدعوى فإنّ الحال يقتضي أن يحلّ الورثة محلّ مورّثهم في الرجوع طالما أنّه قد رفع الدعوى قبل موته. ومن ثمّ فإنّ الاختلاف شكلي وليس حقيقي"¹.

البند الثاني: الزيادة في العين الموهوبة

كما هو معلوم، ليست كلّ زيادة مانعة من الرجوع في عقد هبة العقار، لأنّ الزيادة أنواع، فهي قد تكون زيادة متّصلة وقد تكون منفصلة، وكلاهما قد تكون متولّدة عن الأصل وقد تكون غير متولّدة عنه.

ففي فرض الزيادة المتّصلة في العين الموهوبة: وهي تلك الزيادة التي تتّصل بذات العين الموهوبة اتّصلاً حسيّاً، لا فرق أن تنشأ بفعل الموهوب له أو بدون فعله، أو أن تكون متولّدة عن العين الموهوبة أو غير متولّدة عنها²، فإنّ أقوال الفقهاء قد تباينت حول مدى اعتبار هذه الزيادة مانعة من الرجوع في هبة العقار من عدم اعتبارها كذلك إلى قولين:

الأول: مؤداه كون أنّ الزيادة المتّصلة تمنع الواهب من استرجاع ما وهبه من عقار لولده، شريطة أن تؤدّي إلى زيادة قيمة العين الموهوبة، فإن لم تزّد قيمتها كان له الحقّ في الرجوع.

إلى ذلك ذهب الأحناف والمالكية والحنابلة في إحدى رواياتهم وكذا الزيدية والظاهرية³.

¹ - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 290.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 150.

³ - أنظر: زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق، ج 7، المرجع السابق، ص. 293؛ محمّد

وقد برّر أصحاب هذا القول كون أنّ الزيادة المتّصلة تمنع رجوع الواهب إذا ما تحقّقت، بالحجج الآتية:

- أنّه لا سبيل للرجوع في أصل العين الموهوبة مع وجود الزيادة لعدم دخولها في محلّ العقد، فامتنع الرجوع من ثمة.

- أنّ هذه الزيادة - باعتبارها ملكاً للموهوب له - كونها نماء ملك العين الموهوبة ولم تنتقل إليه من جهة الواهب، فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة. على أنّه إذا امتنع الرجوع في الزيادة امتنع في الأصل حتّى لا يؤدّي ذلك إلى سوء المشاركة وإلحاق ضرر التشقيص؛ بمعنى أنّ علّة المنع عند وجود الزيادة المتّصلة غير المتولّدة تكمن في أنّه إذا بادر الواهب بأخذ الأصل فإنّه يلحق من جراء ذلك ضرراً بالموهوب له كون أنّ الفصل متعذّر، فامتنع الرجوع في الأصل وبطل حقّ الواهب من ثمة على اعتبار أنّ الضرر واجب رفعه شرعاً.

- أنّ جواز الرجوع هو استرداد للعين الموهوبة بفسخ عقد لغير عيب في عوضه فمنعه الزيادة المتّصلة كرجوع البائع في المبيع بسبب فُكس المشتري. هذا فضلاً عن أنّ الرجوع لا يتمّ إلّا بما ورد عليه العقد، وقد تعذّر التمييز مع الزيادة المتّصلة، فيبقى معها الرجوع لذلك.

- لا شكّ أنّ من ملك عيناً ملك جميع نمائها تبعاً لها، كون أنّ النماء ناشئ عن ملكه، على ذلك تكون الزيادة المتّصلة ملكية سالمة للموهوب له وخالصة له، وليس للواهب شيء منها أصلاً، وإنّما حقّه ثابت في الأصل وهو حقّ الرجوع وحده، فيتعارض - بالتالي - حقّان: حقّ الموهوب له الثابت في الزيادة، وحقّ الرجوع الثابت للواهب في الأصل، وإذا كانت حقيقة الملك أقوى من حقّ الرجوع، رُجّح لأجل ذلك حقّ الموهوب له، فامتنع رجوع الواهب من ثمة¹.

الثاني: مفاده أنّ الزيادة المتّصلة بنوعيتها - متولّدة كانت أو غير متولّدة - لا تمنع من ارتجاع الواهب لهبة عقاره. هذا ما تبناه بعض المالكية والشافعية والحنابلة في ثاني روايتهم ووافقهم الإمامية والظاهرية إذا لم

بن عبد الله الخرشى، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114-115؛ أبو محمد موفق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 266؛ حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص. 240؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 136. وقد برّر ابن حزم بأنّ الزيادة المتّصلة بنوعيتها مانعة للرجوع إذا تسبّبت في تغيير الاسم عن العين الموهوبة، بكون هذا الأخيرة مع الزيادة صارت غير الهبة التي وهبها الواهب أول العقد، لأنّها إذا تغيّرت فهي غير ما جعل له - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - الرُّجُوعُ فِيهِ. أنظر نفس المرجع ونفس الصّفحة.

¹ - حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص. 240؛ آمال كامل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 129.

يتغيَّر بها الإسم عن العين الموهوبة¹.

وقد احتجَّ أصحاب هذا الرأي على صحَّة قولهم بالآتي:

- كون أنَّ الزَّيادة تابعة للأصل، ومن ثمَّ فهي تأخذ حكمه، وطالما كان يجوز الرجوع في الأصل فالرجوع في الزَّيادة جائز أيضا.

نوقش هذا النظر بأنَّ الزَّيادة ليست بموهوبة كون أنَّها لم يرد عليها العقد، ومن ثمة لا يسوغ أن يرد عليها الفسخ ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بمعزل عن الزَّيادة لأنَّه غير ممكن فامتنع الرجوع في الأصل.

- إحتجَّ ابن حزم على أنَّ الزَّيادة المتصلة إذا لم يتغيَّر بها الإسم عن الموهوب حقَّ للواهب الرجوع فيها، وذلك بمقولة أنَّها هي الهبة التي جعلَ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - لِلَّوَاهِبِ حَقَّ الرَّجُوعِ فِيهَا فِي الْأَسَاسِ.

على أنَّه يتبيَّن بعد عرض مختلف الأقوال سالفه الذكر ومناقشتها، رجحان ما تبناه أنصار الفريق الأول القائل بكون أنَّ الزَّيادة الحسبية المتصلة تمنع الرجوع في عقد هبة العَقَّار، بداعي أنَّ الواهب حينما أصدر الهبة لم يكن غرضه الرجوع فيها وإلاَّ لما كان قد وهبها ابتداءً، حتَّى إذا أبرمت وبدأ له أن يراجعها كان له ذلك إن كان والدأ عند الجمهور، أو غير أب شريطة عدم وجود المانع عند الأحناف ومن اقتفى أثرهم.

ولمَّا جاز رجوع الواهب بعد إصداره للهبة عن طيبة نفس وبرضاه، فإنَّ هذا الحقَّ لا يجب أن يكون مطلقاً، بل ينبغي أن يتقيَّد بما لا يطل الضَّرر بالموهوب له. من ثمَّ كان الرجوع مع الزَّيادة المتصلة يسبَّب ضرراً بالمعطى له، كون أنَّ الزَّيادة يتعدَّر فصلها عن العين الموهوبة وقد حدثت على ملكه، لأجل ذلك كان القول بامتناع الرجوع مع الزَّيادة المتصلة هو الأولى بالتقرير حماية للطرف الضعيف في العقد انتهاءً².

أمَّا بخصوص الزَّيادة المنفصلة في العين الموهوبة وهي تلك الزَّيادة التي قد تكون متولَّدة عن الأصل أو غير متولَّدة عنه كبيع الدَّار أو تجهيزات موضوعة في الأرض الموهوبة، وسواء كانت متولَّدة عن الأصل أم غير متولَّدة فإنَّها لا تمنع الواهب من الرجوع. بهذا قال الأحناف³، والشافعية⁴، والحنابلة في المعتمد

¹ - أنظر: محمَّد بن أحمد بن محمَّد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 208؛ أبو زكريَّا محيي الدِّين يحيى بن شرف النَّووي، روضة الطَّالِبِينَ وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 443؛ شمس الدِّين محمَّد بن عبد الله الزَّركشي المصري الحنبلي، المرجع السابق، ص. 313؛ محمَّد حسن التَّجفي، المرجع السابق، ص. 15؛ أبو محمَّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظَّاهري، المحلَّى، ج 9، المرجع السابق، ص. 136.

² - حسن محمَّد بودي، المرجع السابق، ص. 245.

³ - كون أنَّ "هذه الزَّوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ، وإنَّما ورد على الأصل ويمكن فسخ العقد في الأصل دون الزَّيادة بخلاف المتصلة". أنظر: علاء الدِّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصَّنائع في ترتيب الشَّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129.

⁴ - لأنَّ الزَّيادة حدثت في ملك المتهب. أنظر: أبو زكريَّا محيي الدِّين يحيى بن شرف النَّووي، روضة الطَّالِبِينَ وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 441.

من المذهب¹، وما يستنتج من مذهب المالكية²، وكذا الظاهرية³.

وقد احتج أصحاب هذا القول على ما قرروه بأن تلك الزوائد لم يرد عليها العقد، ومن ثم لا يرد عليها الفسخ. نتيجة لذلك جاز الرجوع في الأصل مع ترك الزيادة لمن حدثت على ملكه.

هذا، ويجب التنبيه في هذا الصدد إلى أن أغلب الفقهاء ذهبوا إلى أن تغير قيمة العين الموهوبة - زيادة أو نقصاناً - بسبب حوالة السوق⁴ لا يمنع الواهب من ارتجاعها، كونها باقية على حالها، وزيادة القيمة أو نقصانها لا تعلق له بها ولا تأثير له في صفتها، وإنما هي رغبة يحدثها الله تعالى في القلوب فلم تمنع الاعتصار، بخلاف بعض المالكية الذين قالوا بعدم جواز رجوع الواهب مع الزيادة أو النقصان في سعر العين الموهوبة، على اعتبار أنه نقص صفة وهو فوات الرد بالعيب فكذلك هو هنا⁵.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده قد أشار إلى هذا المانع بشكل مقتضب بمقتضى المادة 3/211 من ق. أ. ج، فقضى بموجبها بأنه "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات الآتية: ... إذا ... أدخل عليه [أي على الشيء] ما غير طبيعته".

فإذا كان الأصل في الرجوع هو استرجاع العين الموهوبة من الموهوب على حالتها الأولى، فإنه إذا غير الموهوب له طبيعتها بأن قام - مثلاً - بتشييد بناءات على الأرض الموهوبة أو جعل من نظيرتها الفلاحية الممنوحة له بستاناً مشجراً بذل عليها من الجهد والمال ما عمرها، فإن ذلك يكون مانعاً للوالد الواهب في ارتجاع ما وهبه من عقار لولده⁶.

¹ - لأن الرجوع في الأصل دون التمتع. أنظر: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 266.

² - لأن الزيادة التي تمنع هي الزيادة في ذات العين. أنظر: محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114-115.

³ - لأن الزيادة لم تسقط الاسم عن الموهوب. أنظر أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 136.

⁴ - مفادها يكمن في: "تغير قيمة الموهوب يوم وهب بالزيادة أو النقص بسبب تغير السعر في الأسواق". أنظر: علي بن محمد بن رمضان الرشيد، المرجع السابق، ص. 145.

⁵ - أنظر في تغير قيمة الموهوب بسبب حوالة السوق: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالخطاب الرعيني المالكي، المرجع السابق، ص. 27.

⁶ - وهذا ما تأكد في بعض قرارات المحكمة العليا التي قضت بكون أن إدخال الموهوب له على العين الموهوبة ما يغير طبيعتها، يعد مانعاً لارتجاع الوالد هبة عقاره، من تلكم القرارات القضائية مثلاً: - قرار م. ع، ملف رقم: 153622، الصادر بتاريخ: 1998/03/11، م. ق، ع، 2، 1997، ص. 72، ومما جاء فيه:

"حيث أن المستأنف عليهما أدخل على المال الموهوب (الأرض) أعمالاً غيرت طبيعتها وهي بناء مساكن.

وبالرغم من تنصيب المشرع الجزائري على هذا المانع بشكل مختصر تعزوه الدقة والبيان، فإنه يمكن القول بأنه قد وافق توجه غالبية الفقهاء في حكمه به، ومع ذلك فقد أغفل مسألة زوال التغيير وعودة العين الموهوبة إلى ما كانت عليه كانتزاع الغرس أو إزالة البناء ونحو ذلك؛ مما يتعين عليه في هذا الصدد تشريع نص صريح بعودة حق الرجوع إذا زالت الزيادة؛ إلتساقاً ومذهب المالكية في هذا الشأن وإعمالاً لقاعدة إذا زال المانع الطارئ عاد الممنوع¹.

هذا فضلاً عن إغفاله التنصيب على كون أنّ زيادة قيمة العين الموهوبة لا تمنع الاعتصار تماشياً والمشهور عندنا في المذهب² على اعتبار أنّها لم تمسّ الذات وإتّما طالت القيمة فقط.

وعلى غرار قانون الأسرة الجزائري، قرّر نظيره التقنين المدني المصري - ومن نقل عنه - هذا المانع فقضى بموجب المادة 502/أ منه بأنه "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... أ- إذا حصل للشئ الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع"³.

تأسيساً على النص المذكور أعلاه، يتّضح بأنّ الزيادة المانعة للواهب من الرجوع في عقد هبة العقار

حيث أنّ المادة 211 من قانون الأسرة تستثني في مثل هذه الحالة الأبوين من الحقّ في الرجوع في الهبة إذا أدخل تغييراً على المال الموهوب غير من طبيعته مما سقط حقّ الواهب في الرجوع عن الهبة، وبالتالي فإنّ محكمة الدرجة الأولى وقّعت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة المحزّين في: 1990/06/16 و 1990/08/22 وإبطال عقد الرجوع في الهبة المحرّر في: 1992/06/01، مما يتعين على المجلس تأييده في جميع تراتبيه "...". على أنّه يتعين على قاضي الموضوع الفاصل في مثل هذه التازلة ضرورة التحقق من تغيير طبيعة العقار الموهوب عن طريق الأمر بتعيين خبير عقاري محلّف ومختصّ للتأكد من هذا التغيير من عدمه. أنظر: قرار م. ع، ملف رقم: 11085، الصّادر بتاريخ: 2005/09/21، ن. ق، ع 59، 2005، ص. 180.

¹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 170-171.

² - خلافاً للتأويل الذي أوردته الخطاب حيث أوّل كلام الماتن (الشيخ خليل) فأزال عنه التّفني وأثبت فيه الاعتصار بحواله السّوق في قوله: "إن لم يفت بحواله سوق"، مع أنّ المشهور في مذهب المالكية أنّ قراءة قول خليل السابق بالتّفني "إن لم يفت لا بحواله سوق". هذا ما دفع بالبناي في حاشيته على شرح الزّرقاني بأن يرّد عليه بقوله "إن لم تفت لا بحواله سوق" قول الزّرقاني كما في نسخة ابن غازي وهي الصّواب الخ. صوّب ابن غازي هذه النسخة لقول ابن عرفة تغير الأسواق لغو، وظاهر قول ابن رشد واللّحامي وغيرهما الاتّفاق عليه، وصّرح به عياض لكن في الخطاب ما نصّه حكى له في معين الحكام قولين في فوات الاعتصار بحواله الأسواق، فيحتمل أن يكون المصنّف اعتمد القول بالإفاته، يعني على النسخة الأخرى. واعتزله لمصطفى قائلاً هذا الذي نسبه للمعين لم أجده فيه، بل اقتصر على أنّ حواله الأسواق لا تمنع الاعتصار؛ فلعلّ ما في الخطاب سبق قلم. قال ونسب التثاني في كبيره لبعض شراح الجلاب أنّه رجّح الإفاته بحواله الأسواق، وإنّ في المسألة طريقين إحداها تحكي الخلاف وهو في عهده. وعلى تسليم وجود الخلاف فهو ضعيف لما تقدّم عن ابن عرفة ولذا قال الزّرقاني لعدم فواتها بما على المشهور والله أعلم". أنظر: حاشية البناي، مطبوع مع شرح الزّرقاني على مختصر خليل، المرجع السابق، ص. 193؛ عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 343، هامش رقم: 219.

³ - وهي تقابل نصّ المادة 516 من كتاب الأحكام الشّرعية التي وردت أكثر وضوحاً حيث قضت بأنّه "إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمتها، إمتنع الرجوع فيها ولا يمتنع لزيادة سعرها. ولا يمنع الرجوع بالزيادة المنفصلة المتولّدة من العين الموهوبة أو غير المتولّدة".

مقيّدة وليست مطلق زيادة، حيث قيّدها المشرّع المصري بضوابط عدّة نوجزها كالآتي:

- زيادة العين الموهوبة إمّا أن تكون متّصلة أو منفصلة، وفي كلّ منهما إمّا أن تكون متولّدة عن الأصل أو غير متولّدة عنه.

- ينبغي لكي تكون الزيادة المتّصلة مانعة من الرجوع في هبة العقار أن تزيد في قيمة العين الموهوبة، ويستوي في ذلك أن تكون متولّدة عن الأصل كالزّرع مثلاً إذا كانت الأرض الموهوبة فلاحية، أو غير متولّدة عنه مادامت متّصلة به كالطّمي أو تشييد البناء على الأرض ذي الاستعمال السّكني. ويستوي كذلك أن تكون بفعل الموهوب له أو بفعل الغير أو بنماء الموهوب طالما كانت تزيد في قيمته. ويجب - فضلاً عن ذلك - حتّى يُعتدّ بالزيادة المتّصلة كمانع للرجوع أن توجب زيادة في قيمة العين الموهوبة، أمّا إذا لم تؤدّ إلى هذه الزيادة فيسوغ الرجوع، وإن كانت الزيادة توجب في جزء من الأرض الفلاحية الموهوبة - مثلاً - بأن كانت أرضاً شاسعة، بحيث لا يعدّ مثله زيادة فيها كلّها امتنع الرجوع في تلك القطعة دون سواها¹.

- لا شك أنّ الزيادة المنفصلة، سواء كانت متولّدة من الأصل أم غير متولّدة عنه كريع الأرض أو كتجهيزات وضعت فيها مثلاً لا تمنع الرجوع في الأصل دون الزيادة، كون أنّه لا يترتّب على رجوعه ضرر على الموهوب له في استرداد الواهب الأصل؛ ولأنّ الزيادة هنا لا يرد عليها حقّ الرجوع على اعتبار أنّها لم تكن إبان التعاقد محلاً للتعاقد حتّى يرد عليها الفسخ².

¹ - هذا ما أقرته محكمة الإستئناف العليا (الكويتية) في حكم صادر لها تحت رقم: 1984/332 (تجاري) بالقول: "ولقد ثبت من تقرير الخبرة عن معاينة العقار الموهوب التي تمت بإرشاد طرقي النزاع، ومما أقر به المستأنف عليه الأوّل بمحضر أعمالها ... خاصّاً بالأعمال التي نفّذها المستأنف في العقار بعد الهبة، مع ما ضمّته خبيراً الدّارية كتابهما أنّ المستأنف قد نفّذ في العقار بعد الهبة: 1- أعمالاً مدنية عبارة عن صبّات للخرسانة العادية وأعمال كسوة رخام ... وتقدير قيمة هذه الأعمال جميعها في تاريخ المعاينة 83/5/23 مبلغ ... على النّحو المفصل بكشوف المقياس التّمينية ... وإذ تطلّعت هذه المحكمة لتقرير الخبرة وإجراءات ونتيجة، ومن تمّ فهي تأخذ بدلالته على أحداث المستأنف بالعقار بعد الهبة زيادة موجبة لزيادة قيمته بالقدر المحدّد في تقرير الخبرة ومقداره ... لا ينال من ذلك ما أورده الحكم المستأنف وصفاً لتلك الأعمال من أنّها من قبيل أعمال الصّيانة والتّرميمات الضّروية طالما كان الثّابت من استعراض طبيعتها أنّها زيادة متّصلة بالعقار يتعدّ فصلها من دون الإضرار به، وقد زادت من قيمته فعلاً بالقدر المحدّد في تقرير الخبرة، غير الضّئيل في ذاته من جهة، ولا حتّى بالمقياس على ما آلت إليه قيمة العقار لزيادة الأسعار، وذلك رغم وجوب عدم التعويل على هذه الزيادة في الأسعار عند القياس ولا في مقام تقرير الزيادة في قيمة العقار، هذا إلى أنّ الزيادة من جهة أخرى وكما يقال في الفقه الإسلامي، ملكٌ خالص للموهوب له، في مثل واقعة النزاع، لكونها من ماله وصنعه فله فيها حقيقة الملك، وأمّا الواهب فليس له إلاّ حقّ الرجوع في الأصل، ولا شك أنّ حقيقة الملك أقوى من حقّ الرجوع، فترجح عليه فيمتنع الرجوع، ولا يقال أنّ الزيادة تنفصل ويردّ الأصل إلى الواهب، لأنّ فصلها قد يتعدّ أو يضرّ بمال الموهوب له، لكن إذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع عاد حقّ الرجوع بناء على قاعدة إذا زال المانع الطّارئ عاد الممنوع". أنظر في عرض تفاصيل هذا الحكم: بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 458-459.

² - عبد الوهّاب البنداري، المرجع السابق، ص. 185-186؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 235-236.

- إنَّ الزَّيادة المانعة للرجوع في عقد هبة العقار لا يكفي أن تكون متَّصلة، بل يلزم أن يترتَّب عليها زيادة قيمة العين الموهوبة، أمَّا إذا لم يترتَّب على هذه الزَّيادة ارتفاع القيمة كانت الزَّيادة في حكم العدم. هذا على خلاف نقصان العين الموهوبة حيث لا يمنع ذلك من الرجوع، كون أنَّ ذلك رجوع في بعض الموهوب، وله أن يرجع في بعض الموهوب مع بقائه بكماله، فكذلك إذا نقص، مع مراعاة عدم ضمان الموهوب له النقصان لأنَّ قبض الهبة ليس بقبض مضمون.

- إنَّ زيادة قيمة العين الموهوبة بسبب زيادة الأسعار في السوق لا يكون مانعاً حائلاً دون الرجوع فيها، كون أنَّ هذه الزَّيادة لم تشمل ذات العين الموهوبة، وإنَّما هي في قيمتها لأمر خارج عنها.

- كقاعدة أصل: إذا زال المانع عاد حق الرجوع، وترتيباً على ذلك، فإنَّه إذا زالت الزَّيادة في العين الموهوبة، أو إذا زالت قيمة هذه الزَّيادة، أو تحوَّلت من متَّصلة إلى منفصلة، ثبت للواهب حق الرجوع في هبة عقاره، وذلك لعدم توافر الشُّروط اللازمة في المانع ومن ثمة زواله¹.

تجدر الإشارة إلى أنَّ التَّقنين المدني المصري جاء متوافقاً بخصوص هذا المانع وما استقرَّ عليه غالبية الفقهاء في هذا الصَّدَد، وبالرَّغم من ذلك فإنَّه لم يلقَ قبولاً لدى بعض شراح هذا القانون²، بدعوى "أنَّه من الغريب أن ينقل التَّقنين المدني الجديد هذا الحكم من المذهب الحنفي رغم ضعف أساسه المنطقي، ورغم ما يؤدِّي إليه من صعوبة وعقم في التَّطبيق ... ولعلَّ ضعف هذا الأساس ظاهرٌ لا يحتاج إلى بيان، وقد كان على المشرِّع الوضعي أن يتجنَّب النصَّ على هذا المانع وأن يجيز الرجوع رغم الزَّيادة المتَّصلة، مكتفياً بتطبيق القواعد العامة المتعلِّقة بالمصروفات والغراس بحسن نيَّة، إذ لا مبرر للخروج عن هذه القواعد فيما يتعلَّق بالرجوع في الهبة وقد كان ميسوراً، لأنَّ الحكم الشرعي السابق اجتهادي محض لا سند له في كتاب أو سنَّة"³.

ومع ذلك، فالمتمحِّص يرى بأنَّ هذا الرأْي قد جانب الصَّواب، كون أنَّ الأحكام تُبنى على الكثير الغالب لا على النزر النَّادر، وما ساقه صاحب هذا الاتجاه من واقعة يقتزن فيها عذر الجحود مع قيام المانع للزَّيادة المتَّصلة قليل الوقوع؛ من ثمَّ كان لا يجب أن يبنى عليه حكم في الأصل⁴.

¹ - جمال الدَّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السابق، ص. 40؛ إبراهيم إبراهيم الصالح، المرجع السابق، ص. 142-143.

² - أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 179.

³ - حسن محمَّد بودي، المرجع السابق، ص. 260-261.

⁴ - نفس المرجع، ص. 261.

البند الثالث: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب

إتفق جمهور الفقهاء¹ على أنّ خروج العقار الموهوب عن ملك الموهوب له بأيّ تصرف من التصرفات الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة - ونحو ذلك - أو المسقطة لها كالوقف والإبراء - وما شابههما - يعتبر مانعاً من موانع الرجوع في عقد هبة العقار.

وقد احتج الجمهور على صحة توجههم المذكور بكون رجوع الواهب في العين الموهوبة ينهي ملك الواهب له، بحيث أنّه إذا تصرف الموهوب له فيها، فإنّ رجوع الواهب يمتنع لعدم إمكان إنهاء ملك الغير، ولأنّ الموهوب له إنّما أخرج العين الموهوبة من ملكيته إلى ملك غيره بتسليط الواهب، فلا يمكن هذا الأخير من نقض ما تمّ من جانبه. ضف إلى ذلك أنّ الملك يتجدد سببه المفيد للتملك، وتبعاً لذلك فإنّ تبدل الملك يمنع الرجوع كتجدد العين، هذا فضلاً عن أنّ رجوع الواهب مشروط ببقاء العين الموهوبة بعينها، وهذا البقاء يفوّت وينتفي بالتصرف - في الرقبة أو المنفعة - من جانب الموهوب له².

هذا، ويراعى بأنّه ليس كلّ تصرف من لدن الموهوب له على العين الموهوبة موجب للرجوع، بل ينبغي أن تتوافر في هذا التصرف مجموعة من الشروط هي كالآتي:

- أن يكون تصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرفاً مزيلاً للملك:

ويكون ذلك بأيّ سبب من الأسباب، ناقلة للملكية - كما هو الأمر في البيع والهبة والوصية وغيرها -، أم مسقطة له كما هو الشأن في الوقف ونحوه.

- أن يبقى العقار الموهوب في سلطة الموهوب له:

أي أن يكون مالكا للعين ومالكاً للتصرف فيها، وهذا الشرط ممّا قال به الشافعية

¹ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129؛ عثمان بن المكي الزبيدي التوزري، المرجع السابق، ص. 34؛ زكريّا بن محمد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي، الغرر البهية في شرح البهجة الوردية، ج 3، المطبعة الميمنية، د. ب. ط، د. ت. ط، ص. 391؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الكافي في فقه الامام أحمد، ج 2، المرجع السابق، ص. 262؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 136؛ السيد محمد كاظم اليزيدي، المرجع السابق، ص. 185؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 141.

² - حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 247؛ محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 167؛ أكثم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 177.

والحنابلة¹، وتطبيقاً لذلك ذكروا بعض التصرفات، من بينها:

- **رهن العين الموهوبة:** ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز رجوع الواهب في العقار الموهوب قبل قبض الدائن المرتهن له لعدم زوال سلطة الموهوب له على العقار الموهوب، أمّا بعد القبض فليس للواهب حقّ في الرجوع لزوال سلطة الموهوب له على العين السابق وهبها، ويرجع له (أي للواهب) حقّ الرجوع بعد افتكاك الرهن ورفع اليد عن العين.

- **إجارة العين الموهوبة:** ذهب الحنابلة والشافعية في المعتمد لديهم إلى جواز رجوع الواهب مع كراء العين الموهوبة على اعتبار أنّ الواهب يملك التصرف في الرقبة، ولكنّه لا يملك إبطال التصرف بالإجارة، وتبعاً لذلك ينتقل العقار الموهوب محملاً بالإجارة إلى حين إبطالها أو انتهاء أجلها.

- **بيع العين الموهوبة أثناء فترة الخيار:** وهي من الصّور المتفرّد بها من لدن الشافعية، حيث قرّروا بأنّ بيع الموهوب له العين الموهوبة على الخيار لا يسقط حقّ الواهب في ارتجاعه، كون أنّ البيع على الخيار لا ينقل الملك في المبيع إلّا بعد انتهاء مدّة الخيار؛ ومن ثمّ تبقى للموهوب له السلطة على العقار الموهوب أثناء هذه المدّة لا تنقطع، وطالما بقيت سلطة الموهوب له على الهبة قائمة غير منقطعة على هذا النحو، بقي حقّ الرجوع للواهب قائماً أيضاً.

- **الحجر على الموهوب له:** إذا حُجِرَ على الموهوب له لإفلاسه امتنع على الواهب الرجوع فيما وهبه له من عقار، وذلك لتعلّق حقّ الغرماء بالعين الموهوبة وفي الرجوع إبطال لحقّهم فيها؛ كما هو الحال في الرهن حيث أنّ السبب في منع رجوع الواهب مع رهن العين الموهوبة هي تعلّق حقّ الدائن المرتهن بهذه الأخيرة، فكَذلك هو الأمر هنا بجامع أنّ الغير قد تعلّق حقّه بالموهوب في كلّ. هذا هو ما صرّح به الشافعية والحنابلة في صحيح أقوالهم.

على أنّ ثاني قوليهما قضى بجواز الرجوع، إذ الحجر للفلس غير مانع من الرجوع كون أنّ حقّ الواهب سابق على حقّ الغرماء.

أمّا إذا كان الحجر على الموهوب له لسفاهه، فللواهب حقّ ارتجاع ما وهبه إيّاه من عقار، كون أنّ العين الموهوبة لم يتعلّق بها حقّ الغير في الأساس².

¹ - أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج6، المكتبة التجارية الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، مصر، 1983، ص. 311؛ مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي، المرجع السابق، ص. 195.

² - آمال كامل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 137-138؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 145-146.

- أن يكون تصرف الموهوب له في العين الموهوبة تصرفاً نهائياً:

فلو كان غير نهائي كما لو تصرف الموهوب له في العقار والموهوب بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية - كالبيع والهبة ونحوهما - ثم عاد إليه بالفسخ لوجود عيب أو إخلال بالتزام أو رجع فيه بإقالة وما شابه ذلك، فإن ذلك لا يمنع الواهب من ارتجاع هبة عقاره طبقاً لما تبناه الأحناف والشافعية في قول لهم والحنابلة في أحد الوجهين، وهو الحكم المستقر عليه في التقنين المدني المصري - ومن سار على نهجه - والمغفل التنصيص عليه في قانون الأسرة الجزائري انتهاء¹.

وقد استدلووا على صحة قولهم هذا بأن السبب المزيل للملك قد زال ورجع الموهوب إلى الموهوب له بالسبب الأول، فجاز للواهب الرجوع قياساً على فسخ البيع بالخيار. هذا بخلاف ما ذهب إليه الشافعية في الصحيح لديهم والحنابلة في الوجه الآخر عندهم من كون أن خروج العين الموهوبة بهذه الشاكلة عن ملك الموهوب له يمنع الواهب من الرجوع على اعتبار أن الملك عاد إلى الموهوب له بعد استقرار ملك غيره عليه، فلم يملك - من ثم - الواهب معه الرجوع إسقاطاً على عود الملك إلى الإبن بجهة.

على أنه إن رجعت العين الموهوبة إلى ملك الموهوب له بسبب جديد كالإرث أو الصدقة أو البيع ونحو ذلك من أسباب كسب الملكية، فلا يسوغ للواهب ارتجاع هبة عقاره، لأن الملك رجع إلى الموهوب له بسبب جديد لم يستفده من قبل الواهب فأضحت العين الموهوبة بمثابة عين أخرى لا يملك الواهب عليها فسخ أو إزالة.

وذهب الشافعية في قول آخر لهم - مخالفين القول المحلل أعلاه - إلى جواز ارتجاع الواهب مع عود العين الموهوبة إلى الموهوب له بسبب جديد بعد أن احتجوا بكون أن الرجوع منصب على العين وهي باقية في يده².

¹ - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج3، المرجع السابق، ص. 502؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 7، المرجع السابق، ص. 293؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج6، المرجع السابق، ص. 311؛ عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الزافعي القزويني، المرجع السابق، ص. 325؛ محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخلوئي، المرجع السابق، ص. 524؛ منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج 2، المرجع السابق، ص. 439.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 145؛ آمال كامل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 138-139.

- أن يكون تصرف الموهوب له في جميع العين الموهوبة:

أي في كلّها لا في جزء منها، بحيث أنّه إذا كان التصرف منصباً على بعض العقار الموهوب دون بعضه الآخر، جاز رجوع الواهب في الباقي، ذلك أنّ المانع قد وجد في البعض فيكون المانع من الرجوع بقدره لانتفاء المانع من الرجوع في البعض الآخر. بهذا صرح الأحناف والشافعية والحنابلة وكذا الزيدية¹، هذا على خلاف غالبية المالكية² الذين يستخلص من توجههم منع رجوع الواهب في بعض العقار الموهوب إذا تصرف الموهوب له في بعضه الآخر، كون أنّهم قد اشترطوا لقيام الرجوع عدم نقصان ذات الموهوب. وعلى اعتبار أنّ التصرف³ في بعض العين الموهوبة يعدّ نقصاناً في ذات الموهوب فإنّه يكون مانعاً للواهب من الرجوع في البعض المتبقي بعد التصرف⁴.

هذا، وإذا كان جمهور الفقهاء لم يختلف في كون خروج العين الموهوبة عن ملك الموهوب له بتفويتها يمنع الرجوع في عقد هبة العقار، فكذلك هو الحكم في التقنين المدني المصري الذي قرّر هذا المانع بمقتضى المادة 502/ج منه التي قضت بأنّه "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... ج- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب، جاز للواهب أن يرجع في الباقي"⁵.

ويتبيّن من النصّ السابق أنّه يشترط لقيام هذا المانع، ضرورة توافر الشروط الآتية:

- أن يتصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرفاً يخرجّه عن ملكه كما لو تصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الوقف ونحو ذلك من التصرفات الناقلة للملكية العقارية.
- أن يكون هذا التصرف تصرفاً نهائياً، أمّا إذا لم يكن كذلك بأن أبطّل أو فسخ لأيّ سبب من الأسباب المقررة قانوناً، فإنّ الفسخ أو الإبطال يكون له أثر رجعي حيث تعود ملكية العقار الموهوب إلى

¹ - محمد بن فرامر بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، دُرر الحُكّام شرح غُرر الأحكام، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 222؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج6، المرجع السابق، ص. 311؛ شمس الدّين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 89؛ محمد حسن التّجفي، المرجع السابق، ص. 10.

² - أنظر: محمد بن عبد الله الخرشى، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114. هذا بالإشارة إلى أنّ بعض المالكية قالوا بكون أنّ نقصان العين الموهوبة لا يؤثّر، وتبعاً لذلك يجوز الرجوع ولا يمتنع. أنظر: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 208.

³ - وقد اشترط في التقويت أن يكون حقيقياً لا صورياً، فلو تحايل الموهوب له على إسقاط الاعتصار فأبرم بيعاً صورياً فلا عبرة به. أنظر: عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، المرجع السابق، ص. 342.

⁴ - حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 280.

⁵ - وهي تقابل في الأساس نصّ المادة 518 من كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم قدرى باشا المقتبس عنه في الأساس.

الموهوب له ويعتبر تصرفه كأن لم يكن. وتبعاً لذلك يزول المانع فيحق للواهب الرجوع في هبة عقاره طبقاً للقانون.

ولكن لو عاد العقار الموهوب إلى ملك الموهوب له بغير سبب انحلال التصرف الأول الذي يبقى قائماً منتجاً لأثره، وإنما بسبب جديد من أسباب اكتساب الملكية كالإرث أو الشراء ونحو ذلك، فإن عودة الملكية إليه في هذا الفرض لا يبرّر للواهب حق الرجوع لعدم زوال المانع من الرجوع في الأصل.

- أن يكون التصرف المبرم وارداً على العقار كله دون جزء منه، فإن ورد على بعضه فحسب دون البعض الآخر¹، جاز الرجوع فيما تبقى منه على ملك الموهوب له².

هذا ولا ريب أن اتفاق التقنين المدني المصري مع نظيره الفقه الإسلامي - لا سيما الفقه الحنفي - في هذا الصدد، إنما مردّه يعود إلى أن المشرع المصري نقل موانع الرجوع عن فقه الأحناف أساساً، ومن ثمّ كان من الطبيعي أن تتفق أحكامه مع ما هو مقرر في هذا المذهب، واتخاذ هذا الموقف - من ثمة - إنما كان يهدف - في الأساس - إلى تحقيق استقرار المعاملات فضلاً عن حماية الغير المتصرف إليه ابتداءً.

على أنه إذا ما نظرنا إلى قانون الأسرة الجزائري فإنه يستشف من نصّ المادة 3/211 منه التي قرّرت هذا المانع بعد أن يكون الموهوب له قد تصرف في العقار الموهوب بأيّ تصرف ناقل للملكية العقارية؛ إنما يرجع إلى اعتبار أن السبب يكمن وراء جعل التصرف في العقار الموهوب مانعاً للرجوع في الهبة هو الخروج عن الملك، فكذلك يقاس عليها إذا فقد الموهوب له ملكية العين الموهوبة بواسطة تملكها من لدن الغير بالتقادم المكسب³.

وتبعاً لذلك، فإن تصرف الولد الموهوب له في العقار الموهوب ببيع أو هبة أو وقف ونحو ذلك ممّا

¹ - يعدّ في حكم التصرف في العقار الموهوب ومن ثمّ مانعاً في الرجوع في هبة العقار نزع الملكية جبراً، كما لو تملكّت الدولة الأرض الموهوبة، فهذا الإستملاك يعتبر بمثابة التصرف في العين الموهوبة ويأخذ حكمه في عدم الرجوع. إلى هذا المعنى انزوت محكمة الإستئناف العليا (الكويتية) فقضت بأن "إستملاك الدولة لجزء من الأرض الموهوبة أو لها كلها، يعتبر قوّاً، ويمتنع معه ممارسة الأمّ لحقّها في الاعتصار نظراً لخروج العين بالاستملاك عن ملك الموهوب له ... وما ذكره الدسوقي في شرحه يفيد أنه أطلق القوّة، ولم يقيد بأيّ قيد فيصرف على أيّ قوّة يحصل جبراً أو اختياراً، لأنّ المناط هو خروج العين من ملك الموهوب له بأيّ طريق ...". أنظر: حكم محكمة الإستئناف العليا (الكويتية) رقم: 1965/49 بتاريخ 1966/02/28، ص. 41، نقلاً عن: بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 454-455.

² - عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 189؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 237-238؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 196-197؛ أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 105.

³ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 167.

يُخرج عن الملك، يُسقط حقّ الوالد الوهاب في إرتجاع هبته. إلى ذلك تَبْهت المحكمة العليا في قرار صادر عنها في 18 ماي 2005¹ لما قضت بأنّه "لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة إذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب. ولما كان - الثابت في قضية الحال - أنّ الولد الموهوب له تصرف في الشقة التي وهبها له والده بأن وهبها بدوره لزوجته قبل رفع دعوى الرجوع من قبيل الوهاب، ومن ثمّ لا يسوغ للأب الرجوع عن هبته طبقاً للمادة 3/211 من قانون الأسرة".

والجدير بالذكر أنّ المشرّع الجزائري تبنيّ مذهب الجمهور في إدراج هذا المانع القاضي بإسقاط حقّ الرجوع عن الأبوين، حيث أنّه ليس من المتصور عودة الوهاب على ملك الغير؛ ذلك "أنّ إخراج الموهوب له الشيء الموهوب من ملكه وتمليكها لغيره أو إسقاطه إنّما حصل بتسليط الوهاب، فلا يجوز لهذا أن ينقض ما تمّ من جهته، ولأنّ تبدّل الملك كتبدّل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها. وفي هذا الحكم أيضاً حماية للغير الذي انتقل الملك إليه من الموهوب له، فيأمن أن يرجع الوهاب عليه ويستردّ العين منه إذا جاز له الرجوع في هبته"².

وبالرغم من هذا التوجّه، فقد جاء تنصيب المشرّع الجزائري لهذا المانع مقتضياً غير موفّ للمعنى، حيث أغفل وبشكل صارخ حكم التصرف في بعض العين الموهوبة دون جميعها - كما أفتره جمهور الفقهاء وتتبعه في ذلك معظم التشريعات المدنية العربية³ اقتفاءً لأثره -؛ إغفاله كذلك لضرورة أنّ يأتي نفس التصرف - في مجمله - حقيقياً لا صورياً⁴، ممّا يستدعي ضرورة تعديل نصّ المادة 3/211 سالفه الذكر بشكل يجعل التصرف في العين الموهوبة - بيع أو تبرّع كما مثّل له المشرّع - حقيقياً في جميعه ولا يمنع

¹ - قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 330258، الصّادر بتاريخ: 2005/05/08، مجلّة المحكمة العليا، ع 2، 2005، ص. 337.

² - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 198. وأنظر في المقابل الرأى غير المستحسن والقاضي - على حدّ رأي البعض - بأنّه "كان يحسن بالقانون أن ينصّ على انتقال حقّ الوهاب إلى الثمن إذا كان الموهوب له قد تصرف في الشيء بعوض". على أنّ القول بهذا الرأى سيؤدّي لا محالة إلى عدم استقرار المعاملات ويضرّ بمصلحة الغير المتصرف إليه من جهة أخرى. أنظر في هذا الرأى وفي الردّ عليه: أكثم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 177؛ إسماعيل عبد الغني شاهين، المرجع السابق، ص. 620.

³ - من ذلكم - مثلاً - ما نصّت عليه المادة 5/285 من مدونة الحقوق العينية المغربية (اقتفاءً لرأى الجمهور وبعض المالكية) بالقول: "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... 5- إذا فوّت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي".

⁴ - يقصد من خلاله تهريب العقار الموهوب لا غير. إلى ذلك تَبْهت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1997/09/30، حيث ورد في إحدى حيثياته: "حيث كان على قضاء الموضوع أن يتحقّقوا من الدوافع الحقيقية التي أدّت بالمرحومة للتراجع عن الهبة التي حرّرتها لفائدة ابنتها المطعون ضدها، هل كان بسبب تعرّضها للضرب من طرف ابنتها، وكذلك التحقّق من الدوافع التي أدّت بالمطعون ضدها إلى تحرير هبة جديدة لابنتها هي أيضاً هل كان بقصد تهريب الشيء الموهوب لها ...". أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 169391، الصّادر في: 1997/09/30، م. ق، عدد خاص بالأحوال الشّخصية، 2001، ص. 274-275.

الأبوين من الرجوع فيما بقي منه، على اعتبار أنّ من يملك الكلّ، يملك الجزء المتبقي من باب أولى¹.

البند الرابع: هلاك العقار الموهوب

لا خلاف بين جمهور الفقهاء المسلمين² في أنّ هلاك العين الموهوبة تعدّ مانعاً من موانع الرجوع في عقد هبة العقار، سواء أكان الهلاك بفعل الموهوب له أو بفعل غيره أو بسبب أجنبي عنه كالكوارث الطبيعية مثلاً، كون أنّ هلاكها يسقط حق الرجوع فيها لعدم تصوّر إمكانية ارتجاعها، وإزاء ذلك لا يمكن تضمين الموهوب له لها على اعتبار أنّها هلكت في ملكه.

وتبعاً لذلك إذا هلكت العين الموهوبة جميعها امتنع الرجوع فيها لفوات محلّها، أمّا لو هلك جزء منها دون الآخر فللواهب الرجوع فيما بقي ما لم يوجد مانع من الموانع الأخرى قياساً على حالة خروج بعض الموهوب عن ملك الموهوب له سالفه الذكر، حيث ذهب جمهور الفقهاء - ومعهم التقنين المدني المصري ومن نقل عنه - إلى جواز الرجوع في الباقي على اعتبار أنّ عدم الرجوع كان لضرورة والضرورة تقدر بقدرها، فكذا هو الحال هنا، فإنّ ضرورة عدم جواز الرجوع هو فوات محلّ الهبة بهلاكها، فإذا ما انتفت هذه الضرورة أو بعضها ارتفع المانع، وجاز - بالتالي - الرجوع في الباقي غير المالك³.

وقد احتجّ جمهور الفقهاء لذلك بأنّه "لا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنّها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها"⁴، كما أنّه يتعدّد الرجوع بعد الهلاك كون أنّه غير مضمون على الموهوب له، هذا فضلاً عن أنّ الملك يزول بالهلاك، ومن المعلوم أنّ زوال الملك يمنع من الرجوع⁵.

وقبل هذا وذاك: "أنّ الهبة عقد تبرّع فلا يستحقّ فيه السلامة، لأنّه غير مضمون على الموهوب له، ولهذا فإنّ الموهوب له يصدّق إذا ادّعى هلاك الموهوب بلا يمين، لأنّه منكر لوجوب الردّ عليه"⁶.

¹ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 168.

² - عبد الرحمن بن محمّد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمّع الأثر في شرح ملتقى الأبحر، ج 3، المرجع السابق، ص. 502؛ عثمان بن المكيّ الزبيدي التوزري، المرجع السابق، ص. 34؛ أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 441؛ أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 140؛ محمّد حسن النّجفي، المرجع السابق، ص. 10.

³ - إسماعيل عبد الغنيّ شاهين، المرجع السابق، ص. 606-607.

⁴ - علاء الدّين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 128-129.

⁵ - آمال كامل عبد الرحمن، المرجع السابق، ص. 136.

⁶ - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 267.

هذا إذا كان الهلاك قد ورد كلياً على جميع العقار الموهوب، أمّا إذا ورد على جزءٍ منه فإنّ ذلك لا يمنع الواهب - كما سبق وأن أشرنا - من الرجوع في جزء العقار الذي لم يطله الهلاك وهذا باتّفاق غالبية الفقهاء، خلافاً للمالكية والإمامية في أحد أقوالهم¹ حيث قرّروا بأنّ هلاك جزء من العقار الموهوب يمنع الرجوع في الباقي.

ولقد برّروا وجهة نظرهم هاته بكون أنّ هلاك جزء من العقار الموهوب - كالإلتهام - نقصٌ في ذات الموهوب، والنقص في ذات الموهوب - على هذا الشكل - يمنع رجوع الواهب كالزيادة؛ هذا فضلاً عن أنّ ارتجاع هبة العقار مشروط ببقاء العقار الموهوب بعينه، وهو ما لا يتحقّق بهلاك جزء منه، فامتنع الرجوع تبعاً لذلك².

بيد أنّه عند التّظر بخصوص هذا المانع، يتبيّن - بما لا يدع مجالاً للشكّ - بأنّ العلّة من منع الواهب من ارتجاع هبة عقاره تكمن في انعدام محلّ الهبة كليّة، أمّا إذا طال الهلاك جزء من الموهوب فإنّ العلّة المذكورة تنتفي بالنسبة للجزء المتبقّي الذي لم يطله الهلاك، لأجل ذلك أبيح الرجوع فيه. ولما كان الأمر على هذا النحو، كان الرّاجح والأولى بالتّقرير القول بما قال به غالبية الفقهاء من جواز ارتجاع الواهب فيما تبقى من الموهوب بعد الهلاك.

وبالمقارنة بين هلاك الموهوب كمانع من موانع الرجوع في عقد هبة العقار بين مدارس الفقه الإسلامي والتّقنين المدني المصري ومن اقتفى أثره، يتبيّن بأنّ الفقرة (و) من المادّة 502 من ق. م. م التي ذكرت مانع الهلاك، إقتبست أحكامه من مذهب الأحناف أساساً حيث قضت صراحة بالقول: "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: ... - وإذا هلك الشّيء الموهوب في يد الموهوب له، سواءً كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الإستعمال، فإذا لم يهلك إلّا بعض الشّيء، جاز الرجوع في الباقي"، الأمر الذي يدعوا إلى القول بأن لا وجه للمقارنة بين الفقهاء في هذا الصّد.

ومع ذلك، فمن المفيد الإشارة إلى بعض الأحكام التي نوّهت عنها المادّة المذكورة في منع رجوع الواهب بسبب هلاك العقار الموهوب كالاتي:

- إذا هلك العقار الموهوب، إمتنع على الواهب الرجوع في هبة عقاره لهلاك محلّه، والهالك لا يعود، من ثمّ امتنع الرجوع تبعاً لذلك.
- ليس للواهب أن يرجع بقيمة العقار الهالك ولو كان الهلاك بفعل الموهوب له، إذ القيمة لم تكن

¹ - محمّد بن عبد الله الخرشني المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114؛ السيّد محمّد كاظم اليزيدي، المرجع السابق، ص. 173.

² - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 269.

محالاً للعقد حتى يَرِدَ الرجوع عليها، هذا فضلاً عن أنّ العين الموهوبة حينما هلكت كانت في ملكية الموهوب له ويده عليها لم تكن يد ضمان.

- إذا لم يطل الهلاك إلاّ بعض العقار الموهوب، جاز الرجوع فيما تبقى منه لعدم تحقق المانع من الرجوع¹.

- يلحق بهلاك العقار الموهوب تغييره من حالة إلى أخرى ومن جنس لآخر على وجه يتبدّل بها اسمه² وينتقل به من مظهر لآخر، فتزول صورته الأولى واسمه ويحل محله صورة أخرى وإسم جديد، فإذا حصل التغيير على نحو هذا الوجه، أخذ حكم الهلاك الكلّي وأضحى من ثمة مانعاً للرجوع في عقد هبة العقار³.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد بأنّ المشرّع الجزائري قد أغفل - كالعادة - ذكر هلاك العقار الموهوب كمانع للرجوع كما هو الشأن في مختلف التشريعات المدنية العربية، وإن كان قد نصّ بمقتضى المادة 3/211 من نفس القانون على مانع ضياع الموهوب⁴ - وهو ما لا يمكن تصوّره في العقار - وكذا مانع التغيير في طبيعته.

ويلحق بالضياع الهلاك والاستهلاك - على حدّ نظر البعض - بجامع فناء الشيء الموهوب في كلّ، فإذا استهلك محلّ الموهوب استحال على الواهب استرجاع ما وهبه إيّاه، والحكم نفسه بخصوص هلاك العين الموهوبة سواء كان ذلك بفعل الموهوب له أو بسبب أجنبي خارج عن إرادته⁵.

على أنّه يجب التنبيه انتهاءً إلى أنّ المشرّع الجزائري أغفل التّنصيب أيضاً على حكم حالة الهلاك الجزئي للعين الموهوبة بالموازاة مع سلامة الجزء المتبقي، ممّا يتعيّن معه ضرورة النصّ على هذا الفرض اتّساقاً والقول الرّاجح في المسألة كما ذهب إليه غالبية الفقهاء من جواز الاعتصار في الباقي.

¹ - عبد الوهّاب البنداري، المرجع السابق، ص. 193.

² - وذلك ما نصّ عليه صراحة مع التمثيل في فحوى المادة 623 (و) من التّقنين المدني العراقي حينما قضت بأنّه: "يمنع الرجوع في الهبة ... - وأن يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بسبب أجنبي أو بسبب الإستعمال، فإذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي. وكذلك إذا غيّر الموهوب له الموهوب على وجه يتبدّل به اسمه كالخنطة إذا طحنت دقيقاً".

³ - جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 241.

⁴ - التي قضت بأنّه: "للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنّه إلّا في الحالات التالية: ... 3- ... أو ضاع منه [أي الشيء] أو أدخل عليه ما غيّر طبيعته".

⁵ - وهو ما يمكن تمثله في المنقول، ويقصد به "خروج الشيء من يد صاحبه بدون اختياره، أي فقد الشيء دون قصد". أنظر: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 45.

⁶ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 169.

المبحث الثالث: آثار الرجوع في عقد هبة العقار

لا خلاف بين مدارس الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في أنّ الرجوع في عقد هبة العقار له أثر رجعيّ يستند إلى الماضي، بحيث تعتبر هبة العقار - بموجبه - كأن لم تكن، هذا بصرف النظر عن اختلاف الفقهاء في كون الرجوع يقع بالإرادة المنفردة للواهب أم بتراضي أو تقاضي المتعاقدين.

ذلك أنّه إذا علمنا بأنّ الرّاجح من الفقه الإسلامي والمعمول به في التّقنينات المدنية العربية اقتفاءً لأثر هذا الأخير هو أنّ الرجوع في عقد هبة العقار فسخٌ لها، فإنّه يترتب - من ثمة - على الرجوع في هذا العقد - سواء تمّ بالتراضي أو بالتقاضي - آثاراً تختلف فيما بين المتعاقدين عنها بالنسبة إلى الغير.

ذلك ما سنحاول بحثه من خلال التطرّق إلى آثار الرجوع في هبة العقار فيما بين المتعاقدين (المطلب الأوّل)، ثمّ دراسة آثار الرجوع في نفس العقد بالنسبة للغير (المطلب الثاني).

المطلب الأوّل: آثار الرجوع في هبة العقار فيما بين المتعاقدين

لا شكّ بأنّ للرجوع في عقد هبة العقار - سواء تمّ بالتراضي أو بالتقاضي - بالنسبة للمتعاقدین آثار، وهي لا تخرج - في مجملها - عن الآتي: إعتبار هبة العقار كأن لم تكن (الفرع الأوّل)، ردّ العقار الموهوب إلى الواهب (الفرع الثاني)، رجوع الواهب بالثّمار (الفرع الثالث)، رجوع الموهوب له بالمصروفات (الفرع الرابع).

الفرع الأوّل: إعتبار هبة العقار كأن لم تكن

يتربّب على رجوع الواهب في هبة عقاره تمّ ذلك بالتراضي أو باللّجوء إلى القضاء اعتبار هبة العقار كأن لم تكن¹. مؤدّى هذا القول يكمن في أنّ الرجوع في عقد هبة العقار يتمّ بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين، يكون منتهاه إرجاع هذين الأخيرين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

على أنّ تفصيل هذا الأثر ضمن مدارس الفقه الإسلامي إنّما يقتضي التطرّق إلى اعتبار هبة العقار كأن لم تكن في حقّ الواهب وورثته، فضلاً عن اعتبارها كذلك في حقّ الموهوب له وورثته على النحو الموالي:

ففيما يتعلّق بمدى اعتبار هبة العقار كأن لم تكن في حقّ الواهب وورثته: فإنّه يترتب على رجوع

¹ - عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارناً بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، المرجع السابق، ص. 210.

الواهب في هبة عقاره بعد قبض الموهوب له للعين الموهوبة - سواء أكان الرجوع رضائياً أم قضائياً - كما سبق عرضه - فسخ لها واعتبارها كأن لم تكن.

على أنه اعترض على هذا التوجه بالقول: كيف جاز فسخ هبة العقار ونقضها بعد قبضها مع العلم بأن الأصل فيها اللزوم؟.

أجيب على هذا التساؤل بأن المستقر عليه في الفقه الإسلامي بأن الشارع الحكيم لم يسنّ مختلف العقود ويرتب أحكاماً وآثاراً عليها إلا لحاجة الناس إليها في حياتهم ومعيشتهم. وبما أن هذه الأحكام المشرعة للعقود لو كانت غير مستقرة بأن كانت عرضة للإلغاء والنقض، خللت شريعتها عن المقاصد التي أوجدت من أجلها، لذا كان الأصل في العقود اللزوم، ومعنى لزومها أن لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخها وإبطال ما يترتب عليها من حقوق والتزامات، ألا ترى "أن الأصل في العقود اللزوم، لأنها إنما شرعت لتحقيق المقصود من العقود به والمعقود عليه ودفع حاجات الناس فيتناسب ذلك دفعاً للحاجة وتحصيلاً للمقصود"¹، ثم "إن الله تعالى شرع في كل تصرف من التصرفات ما يحصل مقاصده ويوفر مصالحه، فشرع في كل باب ما يحصل مصالحه العامة والخاصة، فإن عمّت المصلحة جميع التصرفات شرعت تلك المصلحة في كل تصرف، وإن اختصت ببعض التصرفات شرعت فيما اختصت به دون ما لم تختص به، بل قد يشترط في بعض الأبواب ما يكون مبطلاً في غيره، نظراً لمصلحة البابين"².

أما بالنسبة لاعتبار هبة العقار كأن لم تكن في حقّ ورثة الواهب، فقد اقتضى الأمر بأنه إذا لم يرجع الواهب في هبة عقاره حتى توفي بعد أن قبض الموهوب له الهبة، فقد لزم العقد وثبت الملك للموهوب له من ثمة، بحيث لا يجوز لورثة الواهب القيام مقامه في الرجوع عن هذه الهبة.

أما لو رجع الواهب ثم مات، فإنّ العقار الموهوب يؤول ميراثاً فيقسم بين الورثة كسائر تركته حيث أوجب الرجوع إعادة ملك قديم إلى الواهب من غير حاجة إلى القبض فيكون الواهب قد توفي عن حقّ يورث.

يُبد أن الخلاف الحاصل بين الفقهاء في هذا الصدد إنما تمثّل فيما إذا توفي الواهب قبل القبض أتنفسخ هبة العقار فلا يكون لورثة الواهب الحقّ في الرجوع، أو لا تنفسخ ويكون لهؤلاء الحقّ في الرجوع على نحو

¹ - أبو العباس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الفروق = أنوار البروق في أنوار الفروق، ج 4، عيسى البابي الحلبي، د. ب. ط، 1346 هـ، ص. 13.

² - أبو محمد عزّ الدّين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملّقب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، د. س. ط، ص. 249.

قولين:

الأول: مؤداه: إنفساخ هبة العقار بوفاة الواهب قبل القبض، وتبعاً لذلك يكون العقار الموهوب ميراثاً ينبغي توزيعه - وفقاً للشرع - بين ورثته. بهذا قال الأحناف والمالكية والشافعية في قول لهم وهو رواية للحنابلة أيضاً، وكذا الإباضية والزيدية والإمامية¹.

وينبغي على هذا القول أن حق الرجوع بالنسبة إلى الوارث يبطل على اعتبار أن هذا الحق لا يكون إلا إذا تمت الهبة وتحققت، إذ هو فرع عن أصله المتمثل في العقد، فإذا لم يتحقق هذا الأخير لا ينتج فرعه وهو الرجوع فيه، زد على ذلك أن الملك ينتقل إلى الوارث بسبب وفاة الواهب كون أن العقار الموهوب قبل حوزة يكون في ملك الواهب فلا ينتقل إلى ورثته إلا بموته. هذا فضلاً عن أن وارث الواهب لا يجبر على إقباض الموهوب وتنفيذ ما التزم به مورثه بمقتضى عقد الهبة، على اعتبار أن الوارث غير الواهب الذي التزم بالعقد، كما أن حق الوارث في الإرث مجمع عليه خلافاً لحق الموهوب له في الموهوب قبل القبض فإنه مثار اختلاف بين مختلف الفقهاء².

الثاني: مقتضاه أن لا انفساخ بوفاة الواهب قبل القبض، بحيث يكون للوارث الحق في الإقباض أو الارتجاع في هبة العقار. بهذا صرح الشافعية في صحيح أقوالهم والحنابلة في ثاني رواياتهم وكذا مذهب الظاهرية³.

وينبغي على هذا القول: أن الملك لا ينتقل إلى الوارث لعدم انفساخ هبة العقار في الأساس، هذا فضلاً عن ثبوت حق الرجوع أو نفاذ العقد للوارث كما سبق ثبوته لمورثه.

على أن الرّاجح من القولين - حسب نظر البعض ممن نساند رأيه - هو القول الثاني إعمالاً لما تقتضيه مبادئ الشريعة الإسلامية ومقاصدها، ذلك لأن القول بعدم انفساخ العقد هو الأولى بالاتباع حيث

¹ - عبد الله بن محمود بن مودود الموصللي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل الحنفي، المرجع السابق، ص. 51؛ أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، الذخيرة، ج 6، المرجع السابق، ص. 231-232؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 500؛ محمد حسن النجفي، المرجع السابق، ص. 5؛ محمد بن يوسف أطفيش، شرح النبل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 21؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 133.

² - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 288-297.

³ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2 المرجع السابق، ص. 517؛ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المزدائي، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد، ج 17، المرجع السابق، ص. 23؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 120.

يكون لوارث الواهب حرية الاختيار بين إنفاذ العقد بالقبض وبين استعمال حق الرجوع في هبة وارثه انتهاء¹.

أما بخصوص مدى اعتبار هبة العقار كأن لم تكن في حق الموهوب له وورثته: فمما لا شك أن البحث في مدى اعتبار هبة العقار وعدم اعتبارها كأن لم تكن في حق الموهوب له وورثته له، له أثر واضح مردّه استعمال حق الرجوع من كلا الطرفين ويرجع أيضاً إلى اعتبار لزوم العقد من عدم لزومه بصددّها، ومن المفيد - في هذا الصدد - بيان هذه المسألة في فرضين اثنين كالآتي:

فبالنسبة لمدى اعتبار هبة العقار كأن لم تكن في حق الموهوب له: فإنّ النظر إلى أنّ هبة العقار بعد قبض هذه الأخيرة وانتقال ملكيتها عقدٌ لازمٌ أجمع على حكمه جمهور الفقهاء²، ومن ثمّ فإن اعتبار هبة العقار كأن لم تكن في جانب الموهوب له، له أثر لا يصحّ القول به إلاّ استثناءً، حيث أنّهم لا يجيزون الرجوع فيها في الأصل. بيد أنّ الاستثناء لديهم إنّما يردّ بمناسبة قيام عذر من الأعذار المانعة إليه، علاوة عن أنّ هذا الاستثناء يقوم إذا كانت هبة العقار من الوالد لولده حيث يصحّ للوالد الرجوع فيما وهبه لولده من عقار في الأصل.

هذا بخلاف ما ذهب إليه الأحناف³ والإمامية والزيدية⁴ من اعتبارهم لهبة العقار بعد قبضها عقدٌ غير لازم، فإذا اعتبرنا هذا الأثر فإنّ الأحناف والإمامية يبيحون استعمال حق الرجوع سوى فيما يهب الوالد لولده.

على أنّه في حالة تمّنع الواهب عن الإقباض ورجوعه قبله فقد تباينت أقوال الفقهاء في ذلك على نحو قولين اثنين:

¹ - علي بن محمد رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 290.

² - محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 206؛ أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ج 4، المرجع السابق، ص. 272؛ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، كشف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 508؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

³ - الذين قضوا بصحة الرجوع في الهبة إذا كانت لأجنبي ولم تكن للرحم المحرم، ولم يوجد ثمة مانع يمنع الرجوع، لكن يكره لديهم بالرغم من جوازه، على اختلاف بينهم حول درجة الكراهة تحريمية أو تنزيهية. لأكثر تفصيل أنظر: أحمد بن محمد بن إسماعيل الطحطاوي الحنفي، حاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح شرح نور الايضاح، ت: محمد عبد العزيز الخالدي، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997، ص. 401.

⁴ - أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الرخاير الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 118؛ جعفر بن الحسن بن أبي زكريا بن سعيد الهزلي، فقه الإمام جعفر الصادق، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط، ص. 188.

الأول: قال به جمهور الفقهاء، ومقتضاه: أنّ الواهب إذا امتنع عن الإقباض لا يجبر عليه، كون أنّ الإيجابار على التسليم منافٍ ومقتضى تشريع عقد هبة العتار المقصود منه التبرّع.

وينبني على هذا القول بأنّ تعتبر هبة العتار في مواجهة الموهوب له كأن لم تكن، على خلاف بينهما عند من قال بحق الرجوع مبرراً ذلك بأنّ الملك في الموهوب إذا زال عن ملك الموهوب له بعد القبض بارتجاع الواهب، فلأن يكون قبل القبض أولى، وبين من قرّر القول بامتناع الرجوع كون أنّ العين الموهوبة باقية في ملكية الواهب لعدم تمام هبة العتار¹.

الثاني: مؤداه أنّ الواهب يجبر على إقباض الموهوب له ما وهبه من عتار، ولو منعه من قبضه فُضي عليه فيه. إلى ذلك أشار بعض المالكية في مذهبه².

وينبني على هذا القول أن تثبت ملكية العتار الموهوب للموهوب له لو تمّ حوزة، وليس للرجوع أي أثر في حقّ الموهوب له كونهم لا يقولون به إلاّ استثناءً.

على أنّ الرّاجح من القولين - كما هو ظاهر من توجهه فقه الجمهور - ألاّ يجبر الواهب على الإقباض كون أنّ الجبر ينافي مقتضى العقد المتمثّل في صفة التبرّع.

هذا بخصوص مدى اعتبار هبة العتار كأن لم تكن في حقّ الموهوب له، أمّا بالنسبة لمدى اعتبار نفس الفرضية في حقّ ورثة هذا الأخير، فهو مرتبطٌ بوفاته قبل قبض الهبة وبعدها. فإن كانت قد حدثت بعد القبض فالملك في الموهوب ينتقل لورثته ويسقط حقّ الواهب في الرجوع بإجماع الفقهاء.

أمّا بخصوص وفاة الموهوب له قبل قبض العتار الموهوب فقد تباينت أقوال الفقهاء بصدد فسخها إلى أقوال ثلاث:

الأول: مفاده انفساخ هبة العتار بوفاة الموهوب له قبل القبض، وتبعاً لذلك لا يكون لورثة الموهوب له حقّ المطالبة بالإقباض وإتمام الهبة. بهذا صرح الأحناف والشافعية في أحد أقوالهم والحنابلة في رواية لهم وكذا مذهبي الزيدية والإمامية³.

¹ - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 292.

² - محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المؤاقي المالكي، المرجع السابق، ص. 11؛ أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، المرجع السابق، ص. 296.

³ - عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 3، المرجع السابق، ص. 501؛ أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف التّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 437؛ منصور

ويترتب على هذا التوجه اعتبار هبة العقار في حقّ ورثة الموهوب له كأن لم تكن، بحيث تعدّ أثراً ترتّب على الفسخ الناتج بعد وفاة الموهوب له لا عن استعمال حقّ الرجوع لعدم تمام الهبة¹.

الثاني: مقتضاه تخير وارث الموهوب له بين إتمام هبة العقار بقبضها وبين فسخها إذا لم تقبض. ذاك ما أشار إليه الشافعية في الأصحّ عندهم والحنابلة في ثاني رواياتهم والظاهرية في مذهبهم².

وينبني على هذا القول: أنّ الوارث إذا لم يقبض العقار الموهوب عُدد ذلك فسخاً وظلّ هذا الأخير في ملكية الواهب؛ أمّا إذا قبض الوارث العقار الموهوب فقد تمتّ الهبة، فإذا رجع الواهب اعتبرت الهبة في حقّ الوارث كأن لم تكن³.

الثالث: مؤداه: لا تنفسخ هبة العقار بوفاة الموهوب له قبل حوزها علماً بذلك إبان حياته أو لم يعلم بها حتّى توفّي فعلم بها ورثته فلهم المطالبة بحوزها. إلى ذلك صرح بعض المالكية والإباضية⁴، وإن كان للأولين (أي المالكية) تفاصيل في مطالبة الوارث بحوز هبة العقار، فإن قصد بها التعميم كان للورثة حقّ المطالبة بالقبض انتهاءً، وحقّتهم في ذلك أنّ الموهوب له قد مات عن حقّ له وهو القبض، ومن مات عن حقّ كان لورثته خلافته فيه.

ويترتب على هذا القول "أنّ الرجوع في الهبة يكون له أثره في حقّ الوارث إذا كان الموهوب له ولد الواهب، لأنهم حينئذ يقولون بالرجوع ولا يعتبرون الموت مانعاً، ولا يكون له أثره إذا كان الموهوب له أجنبياً لأنّ حقّ الرجوع فيه غير ثابت"⁵.

فإذا كان هذا هو الحال في الفقه الإسلامي فإنّ التقنين الوضعي تباينت تشريعاته بخصوص تنظيم هذه الحالة، فقد نصّ التقنين المدني المصري على هذا المقتضى صراحة بموجب نصّ المادة 1/503⁶ منه بالقول:

بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 500؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 133؛ محمد حسن النجفي، المرجع السابق، ص. 5.

¹ - علي بن محمد بن رمضان الرّشدي، المرجع السابق، ص. 293.

² - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السابق، ص. 437؛ شمس الدّين، محمد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، ج 9، المرجع السابق، ص. 120.

³ - علي بن محمد بن رمضان الرّشدي، المرجع نفسه، ص. 294.

⁴ - محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر التّعلي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، ج 2، المرجع السابق، ص. 497؛ محمد بن يوسف أطفيش، شرح النّيل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 9.

⁵ - علي بن محمد بن رمضان الرّشدي، المرجع نفسه، ص. 296.

⁶ - يطابق هذا النصّ: المادة 1/481 مدني سوري، ويقابل: نصّ المادة 1/213 من مجلّة الأحوال الشّخصية التّونسية، المادة 1/650 قانون

"يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن"¹.

مؤدى هذا النص، أن الرجوع في هبة العقار - تم ذلك رضاءً أو قضاءً - هو فسخ لها²، ومن ثم فإنه إذا كان للفسخ أثر رجعي فيما بين المتعاقدين، فإن الهبة تعتبر كأن لم تكن، وتبعاً لذلك يعاد طرفيها إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

فإذا كان هذا هو الحال في التقنين المدني المصري فإن نظيره قانون الأسرة الجزائري أغفل ذكر الآثار المترتبة على الرجوع في الهبة عموماً وهبة العقار على وجه الخصوص، لا بالنسبة للمتعاقدین فحسب بل وفي حق الغير أيضاً المتعاطي معهم، بالرغم من أهمية هذا العنصر وما يستتبعه من تأثير على حقوقهم، خلافاً لباقي التقنينات المدنية العربية التي لم تتوان في التصدي لها بنصوص خاصة.

ولعلّ العلة التي دفعت المشرع الجزائري إلى السكوت عن التنصيص على هذه الآثار إنما مردّها - على حدّ قول البعض غير المستساغ³ - هو المنع أصلاً من الرجوع في الهبة وقصر هذا الحق على الأبوين دون سواهما استثناءً، خلافاً لما قرّره بعض التشريعات المدنية العربية المجيزة للرجوع في الأصل إلا إذا وجد مانع من

المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 541 من التقنين المدني الكويتي، المادة 1/244 مدني سوداني، المادة 1/624 مدني عراقي. أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فتفهم ماهية الرجوع من التصوص: 525 إلى 530 منه. أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 854 وما يليها.

¹ - ورد هذا النص ضمن المادة 687 من المشروع التمهيدي على وجه ما هو مستقر عليه في التقنين المدني الجديد، باستثناء أن الفقرة الأولى من نفس المادة التي كانت تنتهي بعبارة "وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق". على أن لجنة المراجعة أضافت إلى العبارة المذكورة لفظ "بعوض" لتقر نفس النص تحت رقم 531 من المشروع النهائي حيث تم الموافقة عليه من مجلس النواب فمجلس الشيوخ تحت رقم 503 انتهاء. مع الإشارة إلى أن هذا الأخير سقطت منه العبارة التي كانت تتضمنها الفقرة الأولى في المشروع التمهيدي دون أن يتوضح من الأعمال التحضيرية كيفية وعلّة حذفها، ومع ذلك فحكمها لا يعدو أن يكون تقريراً للقواعد العامة. أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 295-296.

² - وقد ذهب البعض إلى القول بأن المشرع المصري لم يحصر انحلال الهبة في الرجوع بطريق التقايل منها (الرجوع بالتراضي) فحسب، إنما أخضعها للقواعد العامة المتعلقة بالفسخ والبطالان طبقاً للمواد: 140، 141، 147، 158، 160 من ق. م. م. وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية بأن مؤدى الفقرة الأولى من المادتين 500 و503 من نفس القانون يرمي إلى أنه "إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة وتراضى معه الموهوب له على هذا الرجوع، فإن هذا يكون إقالة من الهبة تمت بإيجاب وقبول جديدين. غير أن الإقالة - بنص القانون - لها أثر رجعي فتعتبر الهبة كأن لم تكن، لما كان ذلك، وكان الثابت أن الطاعن قد أقام دعواه بطلب الرجوع في الهبة الصادرة منه للمطعون ضدهم الثلاثة الأول ومثل المطعون ضده الثالث أمام محكمة الاستئناف وسلم بطلبات الطاعن، فقد تم التراضي بينهما على الرجوع في الهبة، فتعتبر الهبة كأن لم تكن بالنسبة له، وإذا لم يعمل الحكم المطعون فيه إثر ذلك التراضي فإنه يكون قد خالف الثابت بالأوراق مما جره إلى الخطأ في تطبيق القانون. أنظر: نقض مصري في: 1995/12/26، طعن 1296 س 57 ق؛ 1989/02/26، طعن 420 س 45 ق؛ 1984/12/28، طعن 544، س 49 ق، نقلاً عن: أنور طلبية، المرجع السابق، ص. 112-113.

³ - محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 297.

الموانع.

ومع ذلك، فليس ثمة سبب يرقى لأن يبرّر هذا الإغفال الذي درج المشرّع عليه في تنظيمه لمختلف موادّ عقد الهبة؛ والقول بذلك إنّما هو محض ذريعة لا تصلح لأن تكون مبرراً قانونياً يستند عليه، سيما إذا غُلب بأنّه في غياب نصوص خاصّة تُشرّع لآثار الرجوع في الهبة يبقى القاضي المطروح عليه نازلة بخصوص أثر من آثار هبة العقار تائهاً بين أن يفصل في النزاع وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كما قرّرتها المادة 222 من ق. أ. ج أو طبقاً لما استقرّ عليه العمل بمقتضى مبادئ الشريعة العامة في ميدان العقود¹.

وعلى كلّ حال، فإنّه يترتب على الرجوع في هبة العقار اعتبارها كأن لم تكن، حيث يكون للرجوع - حينئذ - أثر رجعي يرجع بمقتضاه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد هبة العقار.

الفرع الثاني: ردّ العقار الموهوب إلى الواهب

سبقت الإشارة إلى أنّ الرجوع في هبة العقار هو فسخ لها، وتبعاً لذلك يترتب أن تعتبر كأن لم تكن، فيعود الموهوب إلى قديم ملك الواهب ولو لم يقبضه، لأنّ القبض إنّما يعتبر في انتقال الملك لا في قديم الملك كالفسخ في باب البيع². بهذا صرح الجمهور: مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية وإمامية وزيدية³.

أمّا الأحناف فقد وافق قولهم قول الجمهور في اعتبار الرجوع في هبة العقار فسخ لها إذا تمّ ذلك بحكم القضاء، وتباينت أقوالهم بشأن الرجوع بالتراضي، ففي حين ذهب غالبيتهم إلى أنّ الرجوع في هبة العقار هو فسخ لها كالرجوع بالتقاضي⁴، قال الإمام زفر بكون أنّ الرجوع هبة مبتدأة⁵.

¹ - وبالرغم من عدم وجود سابقة بهذا الخصوص في قضاء المحكمة العليا - حسب اطلاعنا المتواضع - فإنّ المعمول به قضاءً بخصوص القضايا التي يتضمنها قانون الأسرة هو الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كلّ ما لم يرد فيه نصّ طبقاً لمقتضى نصّ المادة 222 من ق. أ. ج. أنظر: قرار م. ع. غ. أ. ش، ملف رقم: 123051، الصادر في: 1995/07/15، م. ق. ع 1، 1996، ص. 113.

² - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134.

³ - أنظر: محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السابق، ص. 206؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، ج 8، المرجع السابق، ص. 265؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 129؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 138؛ محمد حسن التجفي، المرجع السابق، ص. 11.

⁴ - قال الكسائي في هذا الصدد: "(وأما) بيان ماهية الرجوع وحكمه شرعاً فنقول وبالله التوفيق، لا خلاف في أنّ الرجوع في الهبة بقضاء القاضي فسخ، واختلف في الرجوع فيها بالتراضي فمسائل أصحابنا تدلّ على أنّه فسخ أيضاً كالرجوع بالقضاء". أنظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع نفسه، ص. 134.

⁵ - جاء في تبين الحقائق في هذا الشأن: "قَالَ زُفَرٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ - الرُّجُوعُ بِالتَّرَاضِي عَقْدٌ جَدِيدٌ فَيُجْعَلُ مِمَّنْزِلَةِ الْهَبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ". أنظر: عثمان بن

ويعود الخلاف بين فقهاء الحنفية في ذلك إلى أنّ الرجوع بالتراضي هل هو نقض للعقد من أصله أم اتفاق على إنشاء عقد جديد؟.

فمن قال بالأول اعتبره فسخاً كون أنّ هبة العقار بعد الفسخ توجب إعادة ملك قديم للواهب دون أن يفتقر ذلك إلى القبض فينتقل الملك في الموهوب إلى الواهب لو لم يقبضه¹؛ ومن قال بالثاني اعتبره هبة مبتدأة، وعلى حدّ قول زفر فالملك لا ينتقل إلى الواهب إذا رجع إلّا بقبض الموهوب، ويترتب على ذلك أنّ الموهوب له لا يجبر على الردّ إن شاء، ولو ردّه في مرضه المفضي إلى موته برضاه اعتبر من الثلث المفروض شرعاً².

جاء في تبين الحقائق عرضاً لهذا القول: "وَقَالَ زُفَرٌ - رَحِمَهُ اللَّهُ" الرُّجُوعُ بِالتَّرَاضِي عَقْدٌ جَدِيدٌ فَيُجْعَلُ بِمَنْزِلَةِ الْهَبَةِ الْمُبْتَدَأَةِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ عَادَ إِلَيْهِ بِتَرَاضِيهِمَا فَأَشْبَهَ الرَّدَّ بِالْعَيْبِ، وَلِهَذَا لَوْ رَدَّهُ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ بِرِضَاهُ يُعْتَبَرُ مِنَ الثُّلُثِ ..."³.

وقد احتجّ غالبية الأحناف على صحّة قولهم المتقدم بما يلي:

- كون أنّ الرجوع يصحّ في المشاع الذي يحتمل القسمة، فلو كان هبة مبتدأة لم يصح الرجوع مع الشّيع⁴.

- صحّة الرجوع غير متوقّفة على قبض الموهوب، فلو كانت هبة مبتدأة لوقفت صحّته على القبض، ذلك أنّه إذا وهب شخص عقّاراً فوهبه الموهوب له لثانٍ، ثمّ رجع الأخير في هبته يكون للأول أن يرجع، ولو كانت هبة مبتدأة لم يكن له حقّ الرجوع.

- تبعاً لذلك فإنّه لا فرق بين التّقاضي والتّراضي على الرجوع، فالمتعاقدان يعملان بالتّراضي ما يفعله القاضي وهو الفسخ، فيبرز على وجه الإطلاق ليشمل كلّ من التّراضي والتّقاضي على حدّ سواء⁵.

علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 101.

¹ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 82.

² - أنظر: عثمان بن علي بن محجن البارع، فخر الدّين الزّيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 101.

³ - نفس المرجع ونفس الصّفحة.

⁴ - "وإذا وهب رجلٌ لرجلٍ نصف دار ثمّ وهب لآخر النّصف الباقي ودفعها إليهما معاً لم يجز في قول أبي حنيفة، ولو وهب لأحدهما الثلث وللآخر الثلثين لم يجز إلّا مقسوماً، وهو جائز في قول أبي يوسف". أنظر: محمّد بن الحسن الشّيباني، المخارج في الحيل، مكتبة التّقافة الدّينية، القاهرة، 1999، ص. 17.

⁵ - زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، ج 7، المرجع السابق، ص. 295.

أما زفر فلقد استدلل على صحّة قوله السالف الذكر بقياس الرجوع في هبة العقار بالتراضي على الرّد بالعيب بجامع التراضي على الرجوع في كليهما، فإذا حصل الثاني بالتراضي كان عقداً جديداً فكذا ذلك الأول، وإن كان قد أوجب على ذلك بكون التراضي على سبب لازم يجعل العقد ابتدائياً، وهنا تراضيا على رفع سبب غير لازم ممّا لا يوجب ملكاً مبتدأً بل يكون فسخاً في الأساس.

على أنّ القول الأولي بالترجيح - حسبما ذهب إليه البعض ممّن نوافق رأيهم - هو جعل الرجوع في هبة العقار بالمرضاة بمنزلة الهبة المبتدأة إمعاناً في صون حقوق الغير الذي اكتسب حقاً على العقار الموهوب قبل التراضي على الرجوع فيه¹.

بناءً على ما سبق، يلتزم الموهوب له بإرجاع العقار الموهوب إلى الواهب من وقت الرجوع؛ على أنّه يراعى بأنّ الفقهاء تباينت أقوالهم في تحديد وقت الرجوع على قولين:

الأول: مفاده أنّ وقت الرجوع في هبة العقار هو وقت علم الموهوب له بالرجوع. هذا ما تبناه جمهور الفقهاء: مالكية وشافعية وحنابلة وظاهرية وإمامية وزيدية² في الأساس.

الثاني: مقتضاه أنّ وقت الرجوع في هبة العقار هو وقت التراضي إذا تمّ الرجوع بتراضي العاقلين، أو وقت الطلب المقدم أمام القضاء لو تمّ الرجوع بالتقاضي³.

والعلّة في تباين أقوال الفقهاء في ذلك إنّما ترجع إلى تباينهم بخصوص طرق الرجوع في هبة العقار، فمن خوّل اللواهب حقّ الرجوع فيها بإرادته المنفردة ألزم الموهوب له بإرجاع العين الموهوبة من وقت علمه بالرجوع، خلافاً لمن أوقف حقّ الرجوع على التراضي أو التقاضي فإنّه ألزم الموهوب له برّد نفس العين من زمن الاتفاق على الرجوع إذا كان الرجوع بالتراضي، أو من وقت الطلب المقدم للقاضي إذا كان الرجوع بالتقاضي⁴.

¹ - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 153.

² - علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التّشولي، المرجع السابق، ص. 406؛ شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ أبو محمّد موفّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، ج 8، المرجع السابق، ص. 266؛ أبو محمّد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظّاهري، المحلّي، ج 9، المرجع السابق، ص. 127؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 139؛ محمّد حسن النّجفي، المرجع السابق، ص. 11.

³ - محمّد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السّرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 82.

⁴ - حسن محمّد بودي، المرجع نفسه، ص. 155.

هذا، وقد استقر لدى جمهور الفقهاء بأن يد الموهوب له بعد فسخ هبة العقار وقبل استرجاع الواهب هبته يد أمانة، بحيث يضمن الموهوب بما تضمن به الأمانات، على أن ضمان الموهوب عند الموهوب له بعد الرجوع وقبل إرجاعه إلى الواهب يتوقف على صحة الرجوع.

فمتى وقع الرجوع صحيحاً بقول الواهب رجعت - ونحو ذلك - فالمملك في الموهوب ينتقل إلى الواهب؛ وبقاءه في يد الموهوب له يكون بمثابة الأمانة فيضمن بما تضمن به هذه الأخيرة. إلى ذلك أشار جمهور الفقهاء¹ في مختلف مذاهبهم.

أما الأحناف والظاهرية فذهبوا - خلاف الأوليين - فقالوا بأن صحة الرجوع تتوقف على رضا الموهوب له بالرجوع أو بالتقاضي عليه، حتى أنه إذا تم بإحدى هاتين الكيفيتين أضحت العين الموهوبة أمانة في يد الموهوب له فيضمن بما تضمن به هذه الأخيرة².

وينبغي على ما تقدم بأن الواهب لو استرد العقار الموهوب بعد التلقظ بالرجوع وهلك في يده فلا ضمان عليه في مفهوم الجمهور كونه قد أخذ ملكه لا غير؛ هذا بخلاف الأحناف والظاهرية اللذين قررا بأن يكون ضامناً كون أن ملك الموهوب له لا يزال قائماً لعدم صحة الرجوع. ذلك أن أخذ العين الموهوبة - في هذه الحالة - أخذ لها من غير حق فيضمن من ثمة ضمان الغصب بالمثل³.

وتبعاً لذلك فالموهوب إذا هلك في يد الموهوب له بعد رجوع صحيح، فإما أن يكون الواهب قد سبق وأن طلبه أو لم يطلبه، وإذا طلبه فإما أن يكون الموهوب له قد منعه من الواهب أو لم يمنعه.

وعلى ذلك فإن أصاب الموهوب الهلاك بعد طلب الواهب له فلم يمنعه يكون قد هلك بغير ضمان، على اعتبار أن أصل قبضه لم يكن موجباً عليه ضمان المقبوض. أما إذا طلبه الواهب فمنعه الموهوب له حتى هلك في يده أضحي ضامناً له، كون أنه بمنعه هذا صار متعدياً ومن ثم فإنه يضمنه ضمان الأمانة.

¹ - أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم التمرى القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ت: محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني، ج2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1980، ص. 1002؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 140؛ محمد حسن التجفي، المرجع السابق، ص. 11؛ محمد بن يوسف أطفيش، كتاب النبل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 14.

² - أبو بكر بن مسعود بن أحمد علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 134؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 82؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع نفسه، ص. 129.

أما إذا لم يطلب الواهب هبة عقاره بعد الرجوع حتى هلك في يد الموهوب له، هلكت أمانة على اعتبار أنّ أصل القبض في الهبة غير متعلّق به ضمان، فإذا انفسخ عقدها بقي العقد على ما اقتضاه غير موجب للضمان حيث لا يضمن العقار الموهوب إلا بما تضمن به الأمانات من التعدي.

ضف إلى ما سبق بأنّ العقار الموهوب إذا ما استحقّ بعد الرجوع فلا ضمان على الواهب كون أنّ عقد هبة العقار لم يوجب سلامة العين للموهوب له، كما أنّ الموهوب له حصلت له الملكية فيها بلا مقابل وعوض، فإن هي استحقّت لم يرجع على من ملكه قياساً على العارية.

هذا بخصوص ضمان العقار الموهوب قبل الإرجاع، أما بعده فإنّ الواهب إذا ما هو استردّ العقار الموهوب بعد الرجوع عاد إلى قديم ملكه ومن ثمّ فإنّ تصرف الموهوب له في هبة عقاره بمختلف أنواع التصرفات يكون من باب تصرفات الفضولي فلا يكون نافذاً إلا إذا أجازها المالك، كما أنّ أيّ تعدّد من الموهوب له بهلاك أو إتلاف يكون سبباً في وجوب الضمان عليه كون أنّ ملكه في العقار الموهوب قد انقضى بقضاء القاضي بالرجوع والرّد¹.

هذا من الناحية الفقهية لدى مدارس الفقه الإسلامي، أما من حيث القانون الوضعي فيشار بداءً بأنّ التقنين المدني المصري - خلافاً لنظيره قانون الأسرة الجزائري المغفل لآثار الرجوع كلبية - واقتداء بما استقرّ عليه غالبية الأحناف اعتبر الرجوع في عقد هبة العقار فسخاً لها، وهذا ما يستشفّ من نصّ المادة 1/503 منه التي قضت بأنّه "يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو بالتقاضي أن تعتبر كأن لم تكن".

ولم يسلم توجه المشرّع المصري في تقنينه لهذا النصّ من هجوم بعض الفقه المصري، حيث عاب بعضهم عليه عدم أخذه بقول زفر القاضي بكون الرجوع رضاءً هبة مبتدأة، وهو الأولى بالتشريع لما يكتنف من قواعد تساعد على استقرار المعاملات وتحافظ على إرساء الأمن القانوني المتبغى في ميدان العقود²، ألا ترى - على حدّ قول البعض - "أنّ الرجوع في الهبة إذا وقع بتراضي الطرفين يعتبر اتّفاقاً جديداً وبالتالي لا يكون له أثر رجعي، وهذا ما قرره زفر من الأحناف حيث اعتبر الرجوع بالتراضي هبة جديدة. وكان الأجدر بالمشرّع أن يعتبر الرجوع بالتراضي هبة مبتدأة وبالتالي لا يكون لانحلالها أثر رجعي"³.

لكن حتى تنفسخ هبة العقار يجب الإقالة منها رضاءً بالرجوع أو استصدار حكم بفسخها لعذر مقبول كما سبق الإشارة إليه.

¹ - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 301-302.

² - محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 969؛ أكرم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 106.

³ - جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 249.

ويلتزم الموهوب له بردّ العقار الموهوب إن كان قائماً بعد الرجوع في هبة العقار سواء تمّ ذلك رضاءً بين الطرفين أو بحكم القاضي.

على أنّه إذا امتنع الموهوب له عن إرجاع العقار الموهوب بعد اعتصاره اتّفاقاً أو قضاءً وبعد أن قام الواهب بإعذاره بتسليمه إيّاه فلم يفعل، كان ضامناً ومتحملاً تبعه هلاك العقار الموهوب ولو كان هذا الهلاك بسبب أجنبيّ تطبيقاً لأحكام المادة 2/504 من ق. م. م.¹

أمّا إذا استولى الواهب على العقار الموهوب بغير التراضي أو التّقاضي، فإنّ ذلك يعتبر خطأً من جانبه يستوجب تحمّله لمسؤوليته، فإن هلك الموهوب - في هذه الحالة - ضمنه الواهب ولو وقع الهلاك بفعل أجنبيّ لا يد له فيه وفقاً لنصّ المادة 1/504 من ذات التّقنين²، ويترتب على ذلك أن يلتزم فيدفع للواهب قيمة الموهوب وقت الهلاك³.

وعلى كلّ حال، فإنّه يترتب على الرجوع في هبة العقار اعتبارها كأن لم تكن حيث يكون للرجوع - حينئذٍ - أثر رجعي يرجع بمقتضاه المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام عقد الهبة. وتبعاً لذلك ينبغي على الموهوب له إرجاع العقار الموهوب إلى الواهب جبراً عليه وبدون رضاه، بل ومن غير حاجة إلى اللجوء إلى القضاء كون أنّ الوالد الواهب - في التشريع الجزائري ومن وافقه - يسوغ له ممارسة حقّه في الرجوع بمجرد التصريح به بإرادته المنفردة أمام أيّ مكتب عمومي للتوثيق، على اعتبار أنّ إلغاء الحقّ يتمّ بنفس الشكّل الناشئ به، وبالموازاة مع ذلك فإنّه لا يبقى أمام الولد الموهوب له الذي استردّ منه العقار بطريق الرجوع، سوى مباشرة الدّعى المناسبة أمام القضاء المختصّ للمطالبة بحقّه عن طريق إثبات قيام مانع من موانع الاعتصار المنصوص عليها بمقتضى المادة 211 من ق. أ. ج السّالفة الذّكر.

على أنّه إذا تعنّت الموهوب له في إرجاع العقار الموهوب للواهب وبعد إتمام إجراءات شهر عقد

¹ - وهو نفس الحكم المنصوص عليه في التّقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 2/472 مدني سوري، ذيل المادة 625 مدني عراقي، المادة 2/651 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 2/245 مدني سوداني، المادة 2/288 من مدونة الحقوق العينية المغربية. أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 854 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السابق، ص. 529.

² - وهو ذات الحكم المنصوص عليه في التّقنينات المدنية العربية الآتية: المادة 1/472 مدني سوري، صدر المادة 625 مدني عراقي، المادة 1/651 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المادة 1/245 مدني سوداني، المادة 1/288 من مدونة الحقوق العينية المغربية. أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع نفسه، ص. 854 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع نفسه، ص. 529.

³ - جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 250؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 201-202.

الرجوع عن هبة العقار طبقاً للقانون، جاز لهذا الأخير مباشرة إجراءات التنفيذ أمام أي مكتب محضر قضائي مختص إقليمياً، وإلا أمام المحكمة المختصة للمطالبة باسترداد العقار المرجوع فيه، فضلاً عن إمكانية طلبه التعويض المناسب لو شاء، وذلك دون الإخلال بالإجراءات القضائية السارية عملياً في مثل هذا الشأن¹.

إنهاءً، يجدر التذكير بأنه خلافاً لما ذهب إليه التقنين المدني المصري - ومن وافقه - فإنّ المشرع الكويتي لم يجعل للرجوع أثراً رجعيّاً يمتدّ إلى وقت صدور هبة العقار، بل قرّر أن يكون من وقت تمام الرجوع وهذا ما قضت به المادة 541 من تقنينه المدني لما نصّت بأنه "يترتب على الرجوع إعادة الموهوب إلى ملك الواهب من حين تمامه وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

الفرع الثالث: رجوع الواهب بالثمار

يُراد بالثمار: كلُّ زيادة حدثت في الشيء الموهوب بعد تمام قبضه² سواء أكانت هذه الزيادة متصلة³ أم منفصلة⁴.

ولما كان الفقهاء قد تباينت أقوالهم بخصوص حكم الرجوع بين مجيز له إذا كانت هبة العقار للأجنبي ومانع له إذا كانت للولد، وبين من هو مجيز له إذا كانت الهبة للولد ومانع له إذا كانت للأجنبي، فضلاً عن اعتبار زيادة الموهوب مانعاً من الرجوع لدى بعضهم، بخلاف البعض الآخر غير المانع عندهم كما سبق تفصيله؛ فمن المفيد التعرّض لحكم رجوع الواهب بالثمار المنفصلة ثمّ المتصلة كما قرّرت مدارس الفقه الإسلامي على النحو الآتي:

فبالنسبة لحكم الرجوع بالثمار المنفصلة في عقد هبة العقار: فقد اتفق مختلف الفقهاء⁵ على أنّ

¹ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 163.

² - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 185.

³ - ويُقصد بها تلك الزيادة التي تزيد في قيمة العقار الموهوب فتجعل الهبة لازمة بعد أن كانت غير لازمة، ومؤدّى اللزوم عدم جواز الرجوع ولو قضاءً ما لم يتراض الواهب مع الموهوب له على الرجوع، هذا بصرف النظر أكانت تلك الزيادة المتصلة متولدة من العين الموهوبة - كالزرع أو النبات -، أو كانت غير متولدة منه - كالبناء المقام على الأرض الموهوبة أو غراس الشجر المعمول فيها - مادامت هذه الزيادة تزيد في قيمة العين الموهوبة. أنظر: أكنم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 179؛ محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص. 185.

⁴ - ويُراد بها: تلك الزيادة التي تزيد من قيمة العقار الموهوب ولا يمكن فصلها عنه دون ضرر يلحق به سواء أكانت متولدة أو غير متولدة عنه كبيع الدار أو تجهيزات وضعت في الأرض الفلاحية. على أنّ يشار بأنّ هاته الزيادة الطارئة على العين الموهوبة لا تتشكّل مانعاً يحول دون رجوع الواهب في الهبة، كون أنّ الرجوع في أصل الشيء الموهوب دون زيادته المنفصلة أمراً ممكن حيث يستطيع الموهوب له استبقاء تلك الزيادة ويردّ العين الموهوبة إلى الواهب دون ضرر يطله. أنظر: إبراهيم إبراهيم الصالح، المرجع السابق، ص. 142.

⁵ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129؛ محمد بن عبد الله الخرش، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114-115؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني

الثَّمار المنفصلة تكون ملكاً للموهوب له سواء أكانت متولدة أو غير متولدة. غير أنه عند الرجوع في هبة العقار يكون من حق الواهب أن يرجع في أصل الهبة ويترك الزيادة للموهوب له لحدوثها على ملكه، ويبقى هذا الأخير مالكا للثمار حتى وقت الرجوع الذي هو زمن علمه برجوع الواهب عند الجمهور، ووقت التراضي على الرجوع أو زمن التقاضي عند الحنفية كما سبق الإشارة إليه.

ولقد احتج جمهور الفقهاء على صحة قولهم بتملك الموهوب له للثمار المنفصلة حتى وقت الرجوع بما يلي:

- أن حق الرجوع مقصور على عين الموهوب والثمره المنفصلة لم يرد عليها العقد فجاز الرجوع في الأصل دونها لإمكانية ذلك¹.

- كون أن الثمار المنفصلة لا تتبع الأصل في الفسوخ، وبالتبعية لا تتبعه في هذه الحالة².

- أن هذه الثمار حدثت على ملك الموهوب له وفي الإمكان فصلها، ومن ثم كانت له إن أراد الواهب الرجوع في هبة عقاره³.

أما بالنسبة لحكم الرجوع بالثمار المتصلة في عقد هبة العقار: فبعد أن اتفق جمهور الفقهاء على ملكية الموهوب له للثمار المنفصلة حتى وقت الرجوع، تباينت أقوالهم بخصوص ملكية الثمار المتصلة؛ ومرد الاختلاف في ذلك إنما يرجع إلى أثر الزيادة المتصلة على الرجوع هل هي مانعة له أم لا. فمن قضى بكون أنها تمنع قال هي للموهوب له تبعاً للأصل، ومن ذهب إلى أنها لا تمنع قال هي للواهب تبعاً للأصل.

وتفصيلاً لذلك إستقر الحكم في المسألة على نحو على قولين:

الاحتجاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 137؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 139؛ محمد حسن النجفي، المرجع السابق، ص. 15.

¹ - قال الكاساني في هذا الصدد: "وإن كانت الزيادة منفصلة فإنها لا تمنع الرجوع سواء كانت متولدة من الأصل ... أو غير متولدة ... لأن هذه الزوائد لم يرد عليها العقد فلا يرد عليها الفسخ". أنظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129؛ وأنظر في ذات السياق: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 88؛ شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 520.

² - قال البهوتي في هذا الشأن: "(والزيادة) المنفصلة (للولد) لأنها حادثة في ملكه ولا تتبع الفسوخ هنا ...". أنظر: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 500.

³ - قال البابي متحجاً: "... فَإِنَّ الْمُنْفَصِلَةَ لَا تَمْنَعُ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ الْمُؤَهَّبَةَ إِذَا وَلَدَتْ كَانَ لِلْوَاهِبِ الرُّجُوعُ وَإِنَّمَا مَنَعَتْ الْمُتَّصِلَةَ (لِأَنَّهُ لَا وَجْهَ لِلرُّجُوعِ فِيهَا دُونَ الزَّيَادَةِ لِغَدَمِ امْتِكَانِ الْفَضْلِ، وَلَا مَعَهَا لِغَدَمِ دُخُولِهَا تَحْتَ الْعَقْدِ)". أنظر: محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الترمذي البابي، المرجع السابق، ص. 42.

الأول: ومقتضاه أن هذه الثمار تكون مملوكة للموهوب له تبعاً للأصل. بهذا صرح الأحناف والمالكية والحنابلة في إحدى رواياتهم وكذا الزيدية¹، وقد احتجوا على صحة قولهم بملكية الموهوب له للثمار المتصلة بما يأتي:

- كون أن هذه الزيادة حصلت على ملك الموهوب له فتكون ملكية خالصة له، شأنها شأن الزيادة المنفصلة في ذلك².

- كون أن رجوع الواهب بالثمار مشروطاً بتمييزها عن الأصل، وقد تعدد التفرقة مع الزيادة فامتنع الرجوع فيها من ثمة. وإذا امتنع الرجوع فيها امتنع في الأصل بالتبعية، فتكون الثمار ملكية خاصة للموهوب له تبعاً للأصل³.

- لا وجه للرجوع في الموهوب دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة لعدم ورودها تحت العقد⁴.

الثاني: مفاده أن هذه الثمار تكون للواهب، وقد قال به الشافعية والإمامية⁵ محتجين بأن الزيادة المتصلة غير مانعة للواهب من الرجوع⁶ في الأصل، فتكون ملكاً له تبعاً للأصل لعدم إمكانية فصلها.

¹ - عثمان بن علي بن محسن البارع، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 5، المرجع السابق، ص. 98؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المؤاقي المالكي، المرجع السابق، ص. 27؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 266؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 139.

² - جاء في كشاف القناع إمعاناً لهذا القول: "... أن لا تزيد العين الموهوبة عند الولد (زيادة متصلة تزيد قيمتها ...) لأن الزيادة للموهوب له لكونها ثمة ملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه فلم يملك الرجوع فيها كالمنفصلة". أنظر: منصور بن يونس بن صلاح الدين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع، ج 3، المرجع السابق، ص. 500.

³ - أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع نفسه، ص. 140؛ حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 136.

⁴ - جاء في معنى هذا القول كما قرره ابن نجيم في قوله: "(قوله ومنع الرجوع دمع خرقه) ... أي حرف الدال إشارة إلى أن الزيادة المتصلة تمنع ولو زالت قبل الرجوع ... لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد ...". أنظر: زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج 7، المرجع السابق، ص. 291.

⁵ - شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج 2، المرجع السابق، ص. 517؛ محمد حسن التتحي، المرجع السابق، ص. 15.

⁶ - قال الكاساني في بدائع: "ومنها الزيادة في الموهوب زيادة متصلة، فنقول جملة الكلام في زيادة الهبة أنه لا تخلو إما إن كانت متصلة بالأصل وإما إن كانت منفصلة، فإذا كانت متصلة بالأصل فإنها تمنع الرجوع سواء كانت الزيادة بفعل الموهوب له أو لا بفعله، وسواء كانت متولدة أو غير متولدة نحو ما إذا كان الموهوب ... داراً فبنى فيها أو أرضاً فغرس عليها غرساً ... لأنه لا سبيل إلى الرجوع في الأصل مع زيادة، لأن الزيادة ليست بموهوبة إذا لم يرد عليها العقد فلا يجوز أن يرد عليها الفسخ، ولا سبيل إلى الرجوع في الأصل بدون الزيادة لأنه غير ممكن فامتنع الرجوع أصلاً". أنظر: علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 129.

على أنّ هذا الاستدلال تمت مناقشته بكون "أنّ هذه الزيادة وإن لم يمكن فصلها عن الشيء الموهوب إلاّ أنّها قد حدثت على ملك الموهوب له ولم تحدث على ملك الوهاب، والرجوع لا يكون إلاّ بما تناوله العقد وقد تعدّد ذلك مع الزيادة المتصلة فتكون مانعة من الرجوع من الأصل، وإذا امتنع الرجوع في الأصل كانت الثمرة ملكاً له تبعاً"¹.

لذلك كان الرّاجح بعد التبيّن من القولين المحلّلين سلفاً هو ما ذهب إليه الأحناف - ومن وافقهم - من كون أنّ الثّمار المتصلة ملكاً للموهوب له، لأنّها تمنع الرجوع في الهبة

وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد أنّ المشرّع الجزائري أغفل - كالعادة - ذكر رجوع الوهاب بثمرات الموهوب كأثر مترتب على الرجوع في الهبة بين المتعاقدين، بخلاف المشرّع المصري الذي قضى بأن يلتزم الموهوب له بردّ الثّمار المنفصلة من وقت الاتفاق على الرجوع إذا كان الرجوع رضائياً أو من وقت رفع الدّعى إذا كان قضائياً. إلى ذلك أشارت المادة 2/503 من ق. م. م بالقول: "ولا يردّ الموهوب له الثّمرات إلاّ من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدّعى"²، ذلك أنّه قبل اتفاق الوهاب والموهوب له وتراضيهما على الرجوع في هبة العقار، تكون الثّمار من حقّ هذا الأخير باعتباره مالکاً لها، والمالك - كما هو مقرر - يجني ثمار ملكه.

أمّا بعد التراضي على الرجوع، فإنّ ملكيته تنزل وترتدّ للوهاب، فيستحقّ هذا الأخير - من ثمّة - ثمار العقار الموهوب كأثر لذلك.

أمّا في فرض الرجوع بطريق التّقاضي فإنّ الثّمار تلحق بالعين الموهوبة من تاريخ مباشرة دعوى الرجوع، ومن ثمّ يستحقّها الوهاب كما يستحقّ الموهوب متى تمّ القضاء له بالرجوع، وذلك لأنّ الموهوب له يعتبر سيّء النّية من تاريخ مباشرة دعوى الرجوع متى كان للوهاب عذر مقبول سوّغ له الرجوع، وبالتالي يكون مسؤولاً عن ثمار الموهوب من هذا التاريخ³ طبقاً لما تقضي به القواعد العامة⁴، وإن كان يحقّ له أن

¹ - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 163.

² - وهو نفس الحكم المنصوص عليه في التقنينات المدنية العربية الآتية: صدر الفقرة 2 من المادة 471 مدني سوري، صدر الفقرة 2 من المادة 624 مدني عراقي، صدر الفقرة 2 من المادة 213 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية، صدر الفقرة 1 من المادة 650 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، صدر الفقرة 2 من المادة 244 مدني سوداني، المادة 2/287 من مدونة الحقوق العينية المغربية. أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السابق، ص. 854 وما يليها؛ إبراهيم بجماني، المرجع السابق، ص. 529.

³ - جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 250؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 303-304؛ أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 209.

⁴ - أنظر المادة 979 من ق. م. م المقابلة لنصّ المادة 838 من ق. م. ج.

يسترجع ما أنفقه في إنتاج هذه الثمار انتهاء.

هذا، ولم يسلم الحكم الذي أورده النص المذكور أعلاه بوصفه اعتبر الموهوب له سيء النية من يوم رفع دعوى الرجوع، كون أنه لم يركز على أساس صحيح على اعتبار أن قاضي الموضوع الفاصل في النزاع قد يحكم للواهب إذا كان له عذر مقبول وقد يقضي برفض دعواه إذا لم يكن له عذر مقبول أو وجد مانع يمنع رجوعه. ولهذه العلة كان الأخرى بالمشروع المصري اعتبار الموهوب له حسن النية حتى صدور الحكم بالرجوع، وتبعاً لذلك احتفاظ هذا الأخير بالثمار حتى يصدر الحكم بالرجوع¹. هذا ما دفع البعض إلى تشديد لهجة التقيد بالقول: "ولكن الغريب حقاً، أن ينص المشروع المصري في نفس الفقرة السابقة من المادة 2/503 على أن يلتزم الموهوب له في حالة فسخ الهبة قضاءً برد الثمرات من وقت رفع الدعوى بحجة أن الموهوب له في هذه الفترة يعتبر سيء النية، مع أن الشيء الموهوب في الفترة ما قبل الحكم بالرجوع ما زال على ملك الموهوب له، وبالتالي فإن ثمراته في هذه الفترة تتبع الأصل، والأصل على ملك الموهوب له، ومن المقرر شرعاً وقانوناً أن التمسك بالأصل ولا يستطيع أحد أن يقول أن الموهوب له قبل فسخ الهبة هو مجرد حائز فقط بل هو مالك يملك ما يملكه المالك من حقوق.

كما لا يستطيع أحد أن يقرر أن كل موهوب له في الفترة ما قبل الحكم بالرجوع يعتبر سيء النية، حتى يلتزم برد الثمرات من وقت رفع الدعوى، بل إن سوء النية يعتبر هو اللاحق على الحكم بوضع الموهوب له يده على ثمار الموهوب اللاحقة على الحكم بالرجوع.

وكان جديراً بالمشروع المصري أن يسلك مسلك الفقه الحنفي في هذا الخصوص، باعتبار أن القانون المدني المصري اقتبس أحكام الرجوع في الهبة من هذا المذهب، حيث اعتبر الفقه الحنفي أن الموهوب له ملتزم برد ثمرات الشيء الموهوب في حالة فسخ الهبة قضاءً من تاريخ الحكم لا من تاريخ رفع الدعوى.

وعلة ذلك أن الشيء الموهوب لا يزول عن ملك الموهوب له إلا بالحكم بالرجوع فكذا ثمراته إذا أمكن فصل هذه الثمرات أو كانت منفصلة بطبيعتها ... وفي نظرنا أن مسلك القانون المدني المصري في هذا الخصوص بالإضافة إلى أنه يتعارض مع الفقه الحنفي بشأن هذا الالتزام، فإنه يتعارض أيضاً مع فكرة الأثر الرجعي التي أخذ بها. وحبذا لو أخذ المشروع المصري في مشروع القانون المدني الجديد بمنهج الفقه الحنفي بشأن هذا الالتزام³.

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، المرجع السابق، ص. 171.

² - التي قضت بأنه: "ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى ...".

³ - محمد محمد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 278-279.

على أنه يشار وإن كان الشأن نفسه هو كذلك في التشريع الفرنسي حيث يحتفظ الموهوب له بالثمار المتحصّل عليها حتى إقامة الدّعى أمام القضاء، فإنّ الفقه والاجتهاد الفرنسيين تباينت مواقفهم حول ما إذا كان يقتضي الأمر توجيه إنذار لإثبات عدم التنفيذ أو الامتناع عن أدائه بشكل رسمي، ففي حين ذهب البعض إلى القول بالزامية توجيه الإنذار بدّعى أنّ الموهوب له لا يصبح في حالة تأخّر عن الوفاء بالتكليف إلّا بإذاره، بحيث يكون الإنذار ضرورياً لإثبات التأخر أو عدم التنفيذ¹؛ إستقرّ الحكم لدى بعض المحاكم بعدم ضرورة توجيه الإنذار لإثبات ذلك في الأساس².

أمّا في لبنان فلقد كان توجه أغلب الفقه لديه يفيد بكون إثبات التأخر يحصل بإذار الموهوب له أو مباشرة الدّعى التي تقوم مقام الإنذار، بعد أن احتجوا على ذلك بفحوى المادة 241 موجبات وعقود³.

يجدر التنبيه انتهاءً إلى أنّ المشرّع الكويتي - خلافاً لما قضى به التقنين المدني المصري ومن وافقه - لم يجعل للرجوع أثراً رجعيّاً يمتد إلى وقت صدور هبة العقار، بل نصّ على أن يكون من وقت تمام الرجوع.

مؤدّي ذلك أنّ ملكية العقار الموهوب - طبقاً لنصّ المادة 541 من التقنين المدني الكويتي - لا ترتدّ إلى الواهب من يوم تمام الرجوع، إنّما ترتدّ من تاريخ شهرها لا فيما بين المتعاقدين فحسب، بل وبالنسبة للغير أيضاً.

"فالتسجيل وإن لم يكن ركناً في عقد هبة العقار، إلّا أنّه ركن من أركان انتقال الملكية، وإذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بعد تمام الرجوع وقبل التسجيل فإنّه يكون قد تصرف في شيء يملكه، ومن ثمّ لا يستطيع أن يحتجّ الواهب على الغير الذي اكتسب ملكية العقار لأنّه يرجع في هبته وأصبح مالكا، لأنّ

¹ - Cf. PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. V, Op. cit., p. 633.

² - Nancy, 24 juin 1893, D. 95, 2, 395; Bourger, 6 juin 1898, D. 98, 2, 495; Douai, 12 janvier 1891, D. 91, 2, 222; Civ. 1^{er} juillet 1896, D. 98, 1, 397, S. 1902, 1, 350, Cité par : PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. V, Op. cit., p. 634.

³ - التي قضت بأنّه "يحقّ للمتعاقد أن يتفقوا فيما بينهم على أنّ العقد عند عدم التنفيذ يلغى حتماً بدون واسطة القضاء، وهذا الشرط لا يغني عن إنذار يقصد به إثبات عدم التنفيذ على وجه رسمي. ويمكن أيضاً الاتفاق على عدم وجود تلك المعاملة، وحينئذ يتحمّ أن يكون البند الذي يعني من التدخل القضائي ومن الإنذار مصوغاً بعبارة جازمة وصرحة". وقد تمّ الردّ من لدن البعض بكون إلزامية الإنذار في حالة إلغاء العقد طبقاً للمادة المحلّة أعلاه ورد بشأنه نصّ صريح بخلاف حالة الرجوع في الهبة لعدم تنفيذ التكاليف والشروط المتضمنة إياها، حيث لم تنص المادة 529 موجبات وعقود بشأن ضرورة توجيه الإنذار أو مباشرة الدّعى اللازمة لردّ الثّمار. وبالتالي نكون قد ساوينا بين الفرضين اللذين فرقت بينهما المادة 529 السالفة الذّكر، ويكون تاريخ إرجاع الثّمار ذاته بالنسبة لمختلف أسباب الرجوع، الأمر الذي يخالف روح النصّ المعبر لكون إعادة الثّمار يعود إلى تاريخ الامتناع عن القيام بالتكاليف أو الشروط التي نصّ عليها عقد الهبة أو منذ أصبح الموهوب له في حالة التأخر لعدم تنفيذها، ممّا يفيد بأنّ إثبات التأخر أو عدم تنفيذ ما ذكر من تكاليف وشروط ممكن بكافة طرق الإثبات، وليس بالضروري توجيه إنذار لإثبات ذلك. أنظر في هذا الرأى: نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللبناني والمقارن، ج 1، المرجع السابق، ص. 495.

الملكية لا تنتقل إليه إلا بتسجيل العقار ولا يكون للواهب في الفترة من تمام الرجوع إلى وقت التسجيل سوى مجرد أمل في الملكية دون أي حق فيها"¹.

الفرع الرابع: رجوع الموهوب له بالمصروفات

من المسلم به فقهاً بأن مصروفات الرد تكون دوماً على عاتق البائع في عقد البيع²، وقياساً عليه فإن الواهب في عقد هبة العقار هو الدائن، ومن ثم فإنه هو الذي يتحمل المصاريف التي بدّلها الموهوب إنفاقاً على العقار الموهوب طالما كانت مصاريف ضرورية، وفي سياق ذلك قرّر الفقهاء - سلفاً - بأن المشتري لو "وَجَدَ بِالْمَبِيعِ الَّذِي لَهُ حَمْلٌ وَمُؤَنَّةٌ عَيْنًا وَرَدَّهُ فَمُؤَنَّةُ الرَّدِّ عَلَى الْمُشْتَرِي..."³، وتبعاً لهذا المقتضى فإن المصاريف الضرورية كمؤنة الرد - ومن في سياقها - يلتزم الواهب بتسديدها إلى الموهوب له حال الرجوع في هبة عقاره كيفما كانت الطريقة⁴.

ويُراد بالمصروفات في هذا الصدد: "تلك التّفقات أو المؤون التي يحتاج إليها الموهوب له، سواء أكانت هذه التّفقات لازمة له أم نافعة، بحيث لا تحدّث هذه التّفقات زيادة في المنع تمنع من الرجوع"⁵.

هذا، ولقد تناولت مدارس الفقه الإسلامي بالبحث مسألة رجوع الموهوب له بالمصاريف في عقد الهبة عموماً، فعدّدت هذه الأخيرة إلى مصروفات ضرورية ونافعة وكماالية وإن تباينت أقوال فقهاء بصددتها بين القول بإلزامها في جانب الواهب وبين القول بإلزاميتها في جانب الموهوب له.

فبخصوص المصروفات الضرورية: وهي مختلف التّفقات التي تحفظ على العقار الموهوب بقائه وتمنعه من الهلاك فيلزم من وجودها وجوده ومن عدمها هلاكه، كترميم سقف يهدّد بانحدام المنزل الموهوب، فلقد أجمع الفقهاء الذين قالوا بالرجوع في الأحوال التي يصح فيها الرجوع على أنّ التّفقات

¹ - بدر جاسم العقبوب، المرجع السابق، ص. 461.

² - وتشمل جميع المصاريف التي تصاحب العقد عادة وكل ما يتحمل المشتري في سبيل العقد ما يعتبر نتيجة طبيعية له. على أنّه يشار إلى أنّ الأمر لم يكن دوماً كذلك في الفقه والاجتهاد الفرنسيين، حيث أنّه مرّت فترة زمنية كان القضاء الفرنسي يعطي تفسيراً واسعاً لعبارة المصروفات التي سببها عقد البيع "Les frais occasionnés par la vente" التي تضمّن نصّ المادة 1646 من ق. م. ف (قبل التعديل)، إذ لم يقف عند ما يبذله المشتري مباشرة وما ينفقه على العقد من مصاريف، بل تحطّى هذا المفهوم بتوسّع في تفسير المادة المذكورة بشكل أدّى إلى نقل البائع الحسن النية إلى مرتبة البائع سيء النية حيث أدخل - تبعاً لذلك - ضمن المصاريف المسببة بالعقد كافّة التّفقات الناجمة عن العيب بما في ذلك الأعطال والأضرار التي يسببها العيب ويسأل المشتري عنها في الأساس. أنظر: أسعد دياب، المرجع السابق، ص. 196-197.

³ - زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدّقائق، ج 7، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط، ص. 40.

⁴ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 632-633.

⁵ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السابق، ص. 313.

الضرورة التي تحتاج إليها العين الموهوبة تلزم الموهوب له بحيث لا يرجع على الواهب بما بذله من إنفاق عند الرجوع.

وقد احتجوا على ما ذهبوا إليه بأدلة من المنقول والمعقول. **فمن المنقول:** ما جاء في السنة، ومنه الحديث المروي عن سمرّة بن جندب رضي الله عنه قال: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»¹.

وجه الاحتجاج بالحديث أنه جعل على اليد ما أخذت وهذا تضمن²، فضلاً عن تأكيده بأنه ينبغي على الشخص ردّ ما أخذته يده من مال غيره بهبة ونحو ذلك، ويكون الردّ في غير التالف، وطالما كانت النفقات الضرورية تالفة فلا يرجع على الواهب بما أنفقه.

وقد قيل في الاستدلال بالنظر بأن المالك كما له غنم الملك المتمثل في المنفعة يكون عليه غرمه وهو التفقة. هذا علاوة على أن هبة العقار قبل الفسخ ملك ثابت للموهوب له، ومن ثمّ فإنّ نفقات الملك تكون على المالك كما هو الشأن في العارية.

أما فيما يتعلق بالمصروفات النافعة: ومؤداها تلك المصاريف التي تكتنف في مضمونها منفعة للعقار الموهوب شريطة أن يلزم من وجودها نفع للموهوب ومن عدمها عدم هلاكه. ومثاله اقتناء تجهيزات مخصصة لزيادة إنتاج الأرض الزراعية الموهوبة.

على أنه يشار بأن أقوال الفقهاء تباينت بصدد من يلتزم بها حال الرجوع بين كل من الواهب أو الموهوب له على نحو قولين:

الأول: مقتضاه أن المصاريف النافعة تلزم الموهوب له فلا يرجع على الواهب بها إذا تمّ الرجوع. بهذا صرح الأحناف والمالكية والحنابلة والإباضية في الرّاجح من أقوالهم وكذا والظاهرية³.

¹ - أخرجه في باب ما جاء في الأحكام: أبو محمد عبد الله بن علي بن الجارود النيسابوري المجاور بمكة، المرجع السابق، ص. 256، حديث رقم: 1024.

² - أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي، المرجع السابق، ص. 119.

³ - محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة الشرحسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 99؛ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المؤاق المالكي، المرجع السابق، ص. 27؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجعافيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 266؛ محمد بن يوسف أطفيش، شرح النبل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 22؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

وقد استدلل أصحاب هذا القول بكون المصروفات النافعة تلزم الموهوب له بكون أتمها "وإن كانت نافعة للموهوب إذا دخلت عليه فغيرت قيمته إلا أتمها تشبه حوالة الأسواق¹ إذا غيرت قيمة الموهوب. فكما أن السعر إذا غير قيمته بالزيادة² فإنه لا يعود على الواهب بقيمة الزائد فكذا إذا غيرت قيمته بالمصروفات النافعة فعين الموهوب باقية على حالها وزيادة القيمة بالمصروفات النافعة لا تعلق له بالهبة ولا تأثير له في صفتها"³.

الثاني: مفاده إلزام الواهب بالمصروفات النافعة حيث يكون للموهوب له الرجوع عليه بها حال فسخ هبة العَقَّار. بهذا قال الشافعية والإباضية في إحدى رواياتهم وكذا الزيدية⁴.

وقد احتج أصحاب هذا القول بكون المصروفات النافعة ملزمة للواهب بالادعاء أن هذا الأخير كالمعير في أن كل منهما متبرع، إذ العارية إذا احتاجت إلى النفقة كان على مالکها المعير أدائها، فكذا المصروفات النافعة تقع على عاتق الواهب على اعتبار أنه بالرجوع يكون قد استرجع الملك الموهوب ومن ثم فالنفقة من حقوق الملك.

على أنه تم مناقشة هذا القياس بالقول أنه قياس مع الفارق، والفرق بينهما يمكن في أن المعير في العارية ملكه مستلزم مع بقاء العقد، خلافاً للواهب الذي لا يرجع إليه الملك إلا عند فسخ الهبة العَقَّار.

وكذلك هو الحال بالنسبة للمصروفات الكمالية: وهي تلك المصروفات التي ينفقها الموهوب له على العين الموهوبة ويكون من شأنها الزيادة في منفعتها⁵، ومثلها تعليق ثريات الزينة في أسقف العَقَّار الموهوب، فإنه وإن لم يكن للفقهاء فيها قول صريح إلا أنها تقاس على المصروفات الضرورية.

وبالتالي كان من اللازم على الموهوب له حفظ الموهوب ومنعه من الهلاك، وذلك مما يتحقق بالمصاريف الضرورية فيكون ذاك القدر وهو المصاريف الضرورية لازماً على عاتقه، وما زاد على الضرورة وهو

¹ - يقول الخرشي في حكمها: "... وأما حوالة الأسواق فلا تفتت الاعتصار في الهبة على المشهور؛ لأن الهبة على حالها وزيادة القيمة ونقصها لا تعلق له بها ولا تأثير في صفتها فلم تمنع الاعتصار كنقلها من موضع إلى آخر ...". أنظر: محمد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 114-115.

² - جاء في معنى هذا القول في المبسوط: "وذكر في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله: لو وهب له عبداً، فعلمه الموهوب له الكتابة أو الخبز؛ فليس للواهب أن يرجع فيه، عند أبي يوسف. وقال زفر: له أن يرجع؛ لأنه لا زيادة في عين الموهوب، فهو كزيادة القيمة بتغيير السعر". أنظر: محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج 12، المرجع السابق، ص. 88.

³ - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 315.

⁴ - المرجع نفسه، ص. 315-316.

⁵ - مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 187.

الموصوف بالكمال فقد تمّ إنفاقه عليه من لدنه باختياره فلا يعود به على الواهب¹.

وبالرجوع إلى نطاق الدراسات القانونية نجد أنّ الرجوع في عقد هبة العقار كما يرتّب التزامات على عاتق الموهوب له فإنّه يمنحه بالمقابل بعض الحقوق بحيث يحوّل له الرجوع بما أنفقه من مصاريف على العقار الموهوب قبل الرجوع فيه.

ذلك أنّه من المسلّم به فقهاً جعل العُثم في مقابل العُرم، ولتطبيق هذا المبدأ على الرجوع في هبة العقار ينبغي التفرقة بين فرضين: فرض ما قبل رجوع الواهب، وفرض ما بعد رجوعه.

فقبل رجوع الواهب في هبة عقاره تكون الثّمار ملكاً خالصاً للموهوب له كونها نماء ملكه والمالك يجني ثمار ملكه، وتبعاً لذلك تكون المصاريف على الموهوب له إمعاناً للقاعدة سالفه الذكر.

أمّا بعد رجوع الواهب في هبة عقاره، فإن الثّمار تكون ملكاً للواهب، ومن ثمّ فإنّه إذا بذل الموهوب له إنفاقاً على العقار الموهوب بعد رجوع الواهب، كان له حقّ في العودة على الواهب بما أنفقه من مصاريف من وقت الرجوع.

ذاك ما تبناه المشرّع المصري - خلافاً للتشريع الجزائري المغفل له - نقلاً عن الفقه الحنفي أساساً حيث نصّ في عجز المادة 2/503 من ق. م. م بأنّ - للموهوب له في حالة الرجوع في هبة العقار رضاً أو قضاءً - "... أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أمّا المصروفات النّافعة فلا يجاوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشّيء الموهوب"².

وتبعاً لذلك إذا كان الرجوع في عقد هبة العقار يرتّب في جانب الموهوب له التزامات، فإنّه بالموازاة مع ذلك خوّله بعض الحقوق، ومنها جواز رجوعه على الواهب بما أنفقه من مصروفات على العقار الموهوب قبل الرجوع على النّحو الموالي:

- إذا كانت المصروفات ضرورية كترميم سور يهدّد بانحيار المنزل الموهوب، كان من حقّ الموهوب له

¹ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السّابق، ص. 319.

² - وهو نفس الحكم المنصوص عليه في التّقنينات المدنية العربية الآتية: عجز الفقرة 2 من المادة 471 مدني سوري، عجز الفقرة 2 من المادة 624 مدني عراقي، عجز الفقرة 2 من المادة 213 من مجلّة الأحوال الشّخصية التّونسية، عجز الفقرة 2 من المادة 650 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، عجز الفقرة 2 من المادة 244 مدني سوداني، المادة 3/287 من مدوّنة الحقوق العينية المغربية. أنظر في عرض فحوى المواد المذكورة: نادر عبد العزيز شاتي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والقانون المقارن، ج2، المرجع السّابق، ص. 854 وما يليها؛ إبراهيم بحماني، المرجع السّابق، ص. 529.

أن يرجع على الواهب بكلّ المصاريف السابق بذلها من لدنه على العقار الموهوب.

- أمّا إذا كانت المصروفات نافعة كتجهيز الأرض الزراعيّة بأنايب السقي أو تسييجها بسياج مانع للتصحّر، أو ربط المنزل الموهوب بشبكة الهاتف والإنترنت ونحو ذلك، كان من حقّ الموهوب له أن يرجع على الواهب بأقلّ القيمتين: المصاريف التي أنفقها أو زيادة قيمة العقار الموهوب بسبب تلك المصاريف¹.

وقد تكون هذه المصروفات كمالية، ومثالها: تلبس العقار الموهوب داخلياً بديكور عصري، أو تحميله وتزينه بتعليق أدوات زينة على أسقفه وحوائطه ونحو ذلك. وحكمها أن يتحمّلها الموهوب له دون أن يكون له الحقّ في بأن يرجع بشيء منها على الواهب بقيمتها، لكن يجوز له إزالة ما استحدثه من منشآت، على أن يعيد العقار الموهوب إلى حالته الأولى، ما لم يستبق الواهب مختاراً هذه الإضافات مع دفع قيمتها² طبقاً للقواعد العامة التي قررتها المادة 3/980 من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 2/839 من ق. م. ج - بقولها: "إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى، إلّا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقّة الإزالة".

ويبدو أنّ الواهب إذا ألزم بإرجاع المصروفات للموهوب له على التفصيل السالف الذّكر، يسوغ له أن يستفيد من الأحكام المقرّرة بمقتضى المادة 982 من ق. م. م - المقابلة لنصّ المادة 841 من ق. م. ج - فيطلب أن يكون أداء هذه المصروفات على أقساط دورية شريطة تقديم الضّمانات اللاّزمة. إلى ذلك أشارت المادة المحلّلة أعلاه بقولها: "يجوز للقاضي بناء على طلب المدين أن يقرّر ما يراه مناسباً للوفاء بالمصروفات المنصوص عليها في المادتين السابقتين³ وله أن يقضي بأن يكون الوفاء على أقساط دورية بشرط تقديم الضّمانات اللاّزمة. وللمالك أن يتحلّل من هذا الالتزام إذا هو عجل مبلغاً يوازي قيمة هذه الأقساط مخصوصاً منها فوائدها بالسّعر القانوني لغاية مواعيد استحقاقها".

¹ - شيخ نسيم، المرجع السابق، ص. 169-170؛ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 187.

² - أحمد عبد الرزّاق الشنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 210؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 203؛ أكثم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 180؛ جمال الدّين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، المرجع السابق، ص. 251؛ محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 280.

³ - ويُراد بمهما المصروفات المؤهّ عنها ضمن المادتين 980 و 981 من ق. م. م - المقابلتين لنصّ المادتين 839 و 840 من ق. م. ج - ونصّهما كالآتي: أولاً: المادة 980 القاضية بما يلي: "1- على المالك الذي يرّد إليه ملكه أن يؤدّي إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات الضّروية. 2- أمّا المصروفات النافعة فيسري في شأنها أحكام المادتين 924، 925. 3- فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى إلّا إذا اختار المالك أن يستبقها مقابل دفع قيمتها مستحقّة الإزالة". ثانياً: المادة 981 النّاصة بأنّه: "إذا تلقّى شخص الحيّزة من مالك أو حائز سابق وأثبت أنّه أدّى إلى سلفه ما أنفق من مصروفات، فإنّ له أن يطالبهما المسترد".

وبالمقارنة بين ما نصّ عليه التقنين المدني المصري - ومن وافقه - وما أورده الفقه الإسلامي - كما سلف عرضه - يتبيّن ما يلي:

- بخصوص المصروفات الضّروية: يتوضّح بأنّ التقنين المدني المصري - ومن اقتفى أثره - خالف ما قرّره الفقه الإسلامي حيث ألزم الواهب بها وخوّل للموهوب له حقّ الرجوع على الواهب بها، عكس ما استقرّ عليه الحكم في الفقه الإسلامي الذي ألزم الموهوب له بهذه المصاريف.

وبهذا يبرز أنّ توجه الفقه الإسلامي في هذا الصّدّد أسلم طالما أنّ التفقات الضّروية من لوازم الملك، ومن المعلوم أنّ هبة العقار قبل فسخها توجب ملكاً ثابتاً للموهوب له.

- أمّا فيما يتعلّق بالمصروفات النّافعة: فقد خوّل التقنين المدني المصري - ومن انتهج نهجه - للموهوب له حقّ الرجوع على الواهب بأقلّ القيمتين: المصروفات أو قيمة الزّيادة المحدّثة بسببها، عكس ما استقرّت عليه أغلب المدارس الفقهيّة الإسلاميّة حيث أوجبت تلك المصروفات على الموهوب له دون الرجوع على الواهب بشيء وإن اختلف في بعض أنواعها تفصيلاً.

وينبغي من ثمة أن مسلك الفقه الإسلامي في هذا الصّدّد أدقّ كون أنّ الثّابت من الزّيادة التي حدثت بسبب هذه المصاريف إن كانت متّصلة فهي مانعة من الرجوع في الأصل، وإن كانت منفصلة فهي ملك للموهوب له في الأخير¹.

أمّا بالنّسبة للمصروفات الكمالية فلقد تباينت مواقف الفقهاء إزاءها، فإذا كان الموهوب له لا يرجع على الواهب بشيء منها في ضوء التقنين المدني المصري، فإنّه في ظلّ الفقه الإسلامي يكون من حقّه الرجوع فيها شأنه في ذلك شأن المصروفات الضّروية ونظيرتها النّافعة.

ومّا لا ريب فيه أنّ مسلك الفقه الإسلامي - في هذا الشأن - أدعى لتحقيق العدالة كون أنّ هذه المصاريف - أيّاً كان نوعها - قد بذلت من مال الموهوب له، فإذا لم يُرجع الواهب قيمتها للموهوب له حينذاك، كان ذلك من قبيل أكل المال بالباطل المنهي عنه ابتداءً²، مصداقاً لقول الباري عزّ في علاه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ ...﴾³.

¹ - علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، المرجع السابق، ص. 320.

² - حسن محمّد بودى، المرجع السابق، ص. 167؛ جمال الدّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإمارتي، المرجع السابق، ص. 70.

³ - سورة النساء، الآية: 29. "وَالْمَعْنَى الْعَامُّ لِأَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ هُوَ أَخْذُهَا بِغَيْرِ وَجْهِ شَرْعِيٍّ مِنَ الْوُجُودِ الَّتِي يَبْذُلُ النَّاسُ فِيهَا هَذِهِ

المطلب الثاني: آثار الرجوع في هبة العقار بالنسبة للغير

تمكّنت مدارس الفقه الإسلامي حين بحثها في أثر الرجوع في هبة العقار بالنسبة للغير بلوغ مستوى راقٍ من الدقّة في تناولها لهذه الآثار لم يستطع فقهاء القانون منافستهم إزاءها في هذا الصّد، ذلك أنّ علماء الفقه الإسلامي لم يبحث في أثر الرجوع في الهبة على حقوق الغير؛ بل ركّزوا على بحث أثر حقوق الغير على الرجوع كون أنّ حقوق الغير لديهم أقوى من أن تتأثر بالرجوع في حق اكتسب الغير منه حقاً شرعياً صحيحاً، هذا فضلاً عن أنّ حق الرجوع في هبة العقار هو حق ضعيف في ذاته باعتباره استثناء من المبدأ العام القاضي بلزوم العقد ووجوب الوفاء به، وتبعاً لذلك فقد قرّرت الشريعة الإسلامية لدواعٍ خاصّة ارتأتها ضرورة تحقيق التوازن العقدي علاوة على إرساء المعاملات المالية بين الأشخاص.

وترتيباً على ما ذكر، فإنّ الرجوع في عقد هبة العقار - من الناحية الفقهية الشرعية أو الوضعية - لا يكون له أثر رجعي كقاعدة عامّة سواء تمّ بالتراضي أو بالتقاضي، كون أنّ الغير حسن النية تحب حماية حقوقه إعمالاً لقاعدة كلية درج الفقه الإسلامي على العمل بها، مؤدّاه أن "لا ضرر ولا ضرار"¹.

وتطبيقاً لذلك وجب التفرقة بين ما إذا كان الموهوب له قد تصرف في العقار الموهوب تصرفاً نهائياً بأن أخرجته عن ملكه (الفرع الأول)، أو كان قد رتب عليه حقاً عينياً لا يخرج عن الملك انتهاء (الفرع الثاني).

الأقوال بحقّ يرضاه الله عزّ وجلّ". أنظر: محمّد رشيد بن علي رضا بن محمّد شمس الدّين بن محمّد بماء الدّين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، ج 10، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1990، ص. 344.

¹ - جاء في شرح القواعد السعدية في شأن هذه القاعدة: "وهذا أيضاً فيه تفصيل، لكن من جهة القواعد الصحيحة التي تقبل ويحتج بها، مثلاً قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" هذه أصلها حديث ثبت عن النبي - صلى الله عليه وسلم - أنه قال: "لا ضرر ولا ضرار"، وهذه أعلى أنواع القواعد وأقواها". وبين نعمان جعيم معناها تبعاً لذلك فقال: "وقول الرسول - صلى الله عليه وسلم -: "لا ضرر ولا ضرار" ظاهر في كون الشارع قاصداً إلى منع الاضرار بالنفس وبالغير، وإيجاد توازن بين المصالح المتعارضة وما قد ينتج عنها من أضرار بدفع الضرر الأكبر مقابل تحمّل الضرر الأصغر". وأردف عبد الرحمن اللطيف بأنّ "الأدلة عليها هي عموم التصوص المتضمنة للنهي عن الإضرار والمضارة والتصوص المتضمنة للأمر بالإحسان". أنظر في تفصيل ما سبق في شأن هذه القاعدة: عبد المحسن بن عبد الله بن عبد الكريم الزامل، شرح القواعد السعدية، إعنتى بها وخزج أحاديثها: عبد الرحمن بن سليمان العبيد أئمن بن مسعود العنقري، دار أطلس الخضراء للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2001، ص. 13-15؛ نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشارع، دار التفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2014، ص. 63؛ عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ج 1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2003، ص. 344.

الفرع الأول: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بتصرف نهائي

إذا تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بتصرف نهائي ناقل للملكية ومخرج له عن ملكه، فإن الفقهاء اختلفوا في هذه الحالة بين فرضين:

الأول: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بتصرف نهائي قبل القبض:

وفي هذا الشأن تباينت أقوال الفقهاء بشأن صحة تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بتصرف نهائي قبل القبض على نحو قولين:

الأول: مؤداه، عدم صحة تصرف الموهوب له إذا تصرف في العقار الموهوب قبل قبضه حيث أن موقف الموهوب له عند الرجوع في هبة العقار يكون هو نفسه موقف الفضولي.

ذاك ما تبناه الأحناف والمالكية في قول لهم والشافعية في المعتمد لديهم وكذا الحنابلة، وهو ما صرح به أيضاً الزيدية والإمامية والإباضية¹.

وينبغي على هذا القول أن عقود الموهوب له وتصرفاته حال الرجوع يكون مآلها كالاتي:

- إما أن تقع باطلة حيث لا يترتب عليها أي أثر بما في ذلك الإجازة التي لا تلحقها كما هو الشأن عند الشافعية ورواية للحنابلة.

- إما أن تقع منعقدة وغير نافذة تتوقف على إجازة صاحب الشأن كما هو الحال عند الأحناف وبعض الشافعية ورواية أخرى عند الحنابلة².

الثاني: مقتضاه، صحة تصرف الموهوب له في العقار الموهوب قبل قبضه. ذاك ما استقر عليه المالكية

¹ - علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 6، المرجع السابق، ص. 123؛ أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر العلبي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، ج 2، المرجع السابق، ص. 497؛ أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدمياطي الشافعي، المرجع السابق، ص. 252؛ ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، المرجع السابق، ص. 489؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 132؛ محمد حسن التجفي، المرجع السابق، ص. 5؛ محمد بن يوسف بن أطفيش، شرح النبل وشفاء العليل، ج 12، المرجع السابق، ص. 9.

² - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 325.

في مشهور مذهبهم والشافعية في قديم أقوالهم والحنابلة في إحدى رواياتهم ابتداء¹.

وينبغي على القول بصحة تصرف الموهوب له في العقار الموهوب قبل قبضه ما يأتي:

- كون أن التصرف في العقار الموهوب قبل حوزة يعد قبضاً له.

- كون أن التصرف في العقار الموهوب إن كان من التصرفات التي تقطع الرقبة بعد ذلك عدّ مانعاً من الرجوع في هبة العقار؛ بخلاف إن كان من التصرفات التي لا تقطع الرقبة فإنه لا يعتبر مانعاً من الرجوع في الأصل.

على أنه يشار بأنّ علّة اختلاف الفقهاء حول تصرفات الموهوب له في هذا الفرض مبنيّة على خلاف رئيسي مفاده: هل يثبت الملك في الموهوب قبل القبض أو بعده؟. فمن ذهب إلى أنّه يثبت قبل القبض بادر إلى إجازة تصرفات الموهوب له، ومن ذهب خلاف ذلك بأن قال بأنّ الملك لا يثبت قبل القبض وهو - تبعاً لذلك - لا يزال في ملكية الواهب؛ اعتبر تصرفاته من باب تصرفات الفضولي في الأساس².

الثاني: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بتصرف نهائي بعد القبض:

إذا تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بعد قبضه بتصرف نهائي يخرج عن ملكه ببيع أو هبة أو حُبس ونحو ذلك، صحّ تصرفه وامتنع على الواهب الرجوع في الهبة سواء تمّ هذا الأخير بالتراضي أو بالتقاضي على حدّ سواء. هذا ما صرح به جمهور الفقهاء³ القائلون بجواز الرجوع في الموضع الذي يصح فيه الرجوع.

ضف إلى ذلك أن لا تأثير لفكرة الأثر الرجعي للرجوع على حقوق الغير في هذا الفرض، كون أن هبة العقار أضحت لازمة بقيام مانع من موانع الرجوع مؤداه تصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرفاً

¹ - محمد بن عبد الله الخرشى المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السابق، ص. 113؛ أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، المرجع السابق، ص. 335؛ أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السابق، ص. 244؛ أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 9، المرجع السابق، ص. 127.

² - علي بن محمد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 325.

³ - أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاني الحنفي بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، ج 9، المرجع السابق، ص. 236؛ عثمان بن المكي الزبيدي التوزري، المرجع السابق، ص. 34؛ أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 7، المرجع السابق، ص. 311-312؛ شمس الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص. 89؛ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب الأمصار، ج 5، المرجع السابق، ص. 140.

نهایتاً، لذا لا يصح أن يقال بأن الرجوع في هبة العقار - في هذا الفرض - ليس له أثر رجعي، بل الصحيح أن يقال بأن الرجوع في الهبة ممتنع من الأصل¹.

وعليه، إذا تلقى الغير العقار الموهوب من الموهوب له بتصرفٍ نهائيٍّ ناقلٍ للملكية كما أسلف القول إليه، كان الرجوع في هبة العقار ممتنعاً على الواهب بإجماع جمهور الفقهاء، والعلّة في ذلك إنّما تكمن في الحماية المقررة للغير الذي اكتسب حقاً على العقار الموهوب وهو حسن النية.

فإذا خرجت العين الموهوبة - كلاً أو جزءاً - عن ملك الموهوب له بتصرفٍ شرعيٍّ وتملكها الغير بأيّ سبب من أسباب كسب الملك فإنّه ينبغي ألاّ يضار، ذلك أنّ ملك هذا الأخير أضحيّ مستمداً من غير الواهب فلو صحّ للواهب الرجوع كان في ذلك إبطال ملك غير الموهوب له وهو غير جائز، إذ لا يمكن نقض ما تمّ من غير جهته من الأساس².

هذا ويتفق القانون الوضعي مع ما استقرت عليه مدارس الفقه الإسلامي من حكم بهذا الشأن، إذ أنّ تصرف الموهوب له في العين الموهوبة بتصرفٍ نهائيٍّ ناقلٍ للملكية - كما سبق الإشارة إليه - أدى إلى اعتبار هبة العقار لازمة يمتنع الرجوع فيها، تمّ ذلك بالإرادة المنفردة للواهب أم بالتراضي أو التقاضي، ذلك أنّ تصرف الموهوب له في العقار الموهوب يعتبر قيداً مانعاً من الرجوع، وبالتالي لا يثور الأثر الرجعي للهبة أو أثر الرجوع في حقّ الغير كونه ممتنعاً من الأصل بحكم القانون³.

وتبعاً لذلك، إذا امتنع على الواهب الرجوع في هبة عقاره فإنّه لا يستطيع حتّى عند قيام العذر المقبول أن يلتجأ إلى مطالبة الموهوب له بتعويض له يقوم مقام العين الموهوبة⁴.

تجدر الإشارة إلى أنّ المادة 1/687 من المشروع التمهيدي للتقنين المدني المصري وهي ذاتها المادة 503 من ق.م.م سبق صياغتها كالآتي: "يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، وذلك دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق".

وبالرغم من أنّ عجز المادة المذكورة الذي كان يفيد بأنّه "دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من

¹ - ومع ذلك فإنّ بعض الفقهاء - كما هو الشأن عند الحنابلة - يجعل من بعض التصرفات - وإن كانت غير نهائية أو نهائية - غير مانعة من الرجوع، وتبعاً لذلك يرتّبون عليها الأحكام الآتية: صحّة الرجوع في هبة العقار، وكذا لزوم التصرفات أو بطلانها من الموهوب له. أنظر: علي بن محمّد بن رمضان الرشيدي، المرجع السابق، ص. 322-323.

² - حسن محمّد بودي، المرجع السابق، ص. 169-170.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 641.

⁴ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 210.

حقوق" تمّ حذفه حيث لم يتبيّن من الأعمال التحضيرية¹ عن كيفية حذف هذه العبارة؛ فإنّ شرّاح التقنين المدني المصري تابنت أقوالهم حول مدلول هذا الإسقاط، ففي حين قال بعضهم بأنّ حذف هذه العبارة من النصّ يفضي إلى إسقاط الحقوق التي اكتسبها الغير من الموهوب له على العقار الموهوب بحسن نية قبل الرجوع، ولا يخفى ما في ذلك من خطورة بالغة كون أنّها تجعل الحقوق المكتسبة للغير عدا الملكية والرهن الرسمي تحت رحمة العذر المقبول، وتبعاً لذلك كان يجب على المشرّع المصري - على حدّ قول أحدهم - "أنّ يبقّي على الاستثناء الذي كان منصوباً عليه في المادة (687) من المشروع التمهيدي التي أصبحت المادة (503) من القانون المدني المصري والخاص بعدم الإخلال بما اكتسبه الغير حسن النية بعوض من الحقوق على الشّيء الموهوب، حيث أنّ هذا الاستثناء قد تمّ حذفه من نصّ المادة (503) المذكورة، وبهذا تتحقّق العدالة، ولا يضارّ الغير حسن النية، لا سيما وأنّ القواعد العامة تقضي بذلك"²؛ ذهب البعض الآخر إلى أنّ العبارة المحذوفة ما هي في حقيقة الأمر "إلاّ تقريراً للقواعد العامة المقرّرة في هذا الشأن، فيمكن إعمالها بالرغم من حذفها مع مراعاة القواعد التي تسري على الهبة بوجه خاص"³.

هذا وينبغي في هذا الصّدّد - وقد انعدم النصّ الصّريح في التقنين المدني المصري ونظيره قانون الأسرة الجزائري بخصوص آثار الرجوع في هبة العقار في مواجهة الغير - أن ننبّه إلى أنّ التقنين المدني الفرنسي جاء بخلاف ما سبق، ذلك أنّ الفقرة الثانية من المادة 958 منه قضت بأنّه يجب على الموهوب له بأن يردّ للموهوب له قيمة الشّيء الموهوب وقت رفع دعوى الرجوع إذا كانت هذه الأخيرة قد رفعت بسبب الجحود وسبق للموهوب له أن تصرف في الموهوب. أمّا إذا كان الرجوع قد جرى بسبب ولادة ابن للواهب بعد إبرام عقد الهبة، فإنّ المادة 963 من نفس التقنين نصّت بكون الهبة تنفسخ من تلقاء نفسها، وتبعاً لذلك يكون لانفساخها أثر رجعي يسري حتّى بالنسبة للغير⁴.

وعلى كلّ، فإنّ التصرف الذي يُخرج العقار الموهوب من ملك الموهوب له بعد الرجوع لا يكون له من أثر في حقّ الواهب الذي يستردّ ملكيته قبل التصرف مادام قد بادر إلى شهر رجوعه وفقاً للقانون⁵، حيث أنّ الرجوع من لدن الواهب عن طريق التقاضي يستلزم مسبقاً شهر العريضة الافتتاحية لدعوى الرجوع

¹ - أنظر: الأعمال التحضيرية للتقنين المدني المصري، ج 4، المرجع السابق، ص. 295-296.

² - جمال الدّين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السابق، ص. 70، وأنظر في نفس التوجّه: أكنتم أمين الخولي، المرجع السابق، ص. 185.

³ - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 211؛ وأنظر في ذات التوجّه: محمود جمال الدّين زكي، العقود المسماة، المرجع السابق، ص. 161.

⁴ - محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 300؛ أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع نفسه، ص. 212، هامش رقم: 2.

⁵ - عبد الوهّاب البنداري، المرجع السابق، ص. 304.

بالمحافظة العقارية المختصة تطبيقاً لنص المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

ذلك أنه لا يمكن للواهب الاحتجاج بالحكم الصادر ضد الغير الذي تملك العقار الموهوب بعد أن قام بإفراغ تصرفه في الشكل الرسمي وشهره قبل شهر دعوى الرجوع¹، وهذا ما نوهت عنه المادة 86 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المشار إليه أعلاه بالقول: "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعيّاً لا يحتجّ به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تمّ إشهاره مسبقاً، أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون، تطبيقاً للقانون".

وبموازنة الفقهين الإسلامي والوضعي بخصوص آثار الرجوع في هبة العقار بالنسبة للغير، يتبين بأن كليهما متفقان على أنّ حقوق الغير في حالة تصرف الموهوب له في العقار الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية العقارية أو مسقطاً لها مصونة في الأساس، حيث قرّر الفقهاء بأن خروج العقار الموهوب من ملك الموهوب له يعتبر مانعاً من موانع الرجوع في هبة العقار، ومن ثمّ فإنّ الغير حسن النية يجب ألاّ يضارّ بحسن نيته كون أنّ الرجوع في هذه الحالة ممتنع أصلاً، وبالتالي تمتنع آثاره من ثمّة انتهاء².

على أنّه يجدر التذكير في هذا الصدد بأنّ "الفقه الإسلامي - قبل القانون الوضعي - قد أضفى على الغير في هذه الحالة حماية بالغة تمثيلاً مع منهج الفقه الإسلامي في المحافظة على حقوق الغير وأمواله بنفس القدر الذي يحافظ به على حقوق المتعاقدين، وقد كان الفقه الإسلامي أكثر نضجاً وأدقّ أحكاماً من حيث إسباغ الوصف الشرعي الصحيح على حقّ الغير هنا، إذ اعتبر أنّ الرجوع هنا ممتنع أصلاً لوجود مانع من موانعه، بينما يعتبر القانون الوضعي - في ظاهر نصوصه - أنّ الرجوع هنا ليس له أثر رجعي، وهو خطأ قانوني فادح أحسن الفقه صنعا في إصلاح هذا الخطأ حينما أسبغ وصف الامتناع من الرجوع بخروج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له إستقاءً من أحكام الفقه الإسلامي"³.

¹ - وهذا ما أكّده مجلس الدولة في أحد قراراته. أنظر: قرار مجلس الدولة رقم: 004851، الصادر في: 2001/09/24، مجلّة مجلس الدولة، ع 1، 2002، ص. 135-136.

² - محمد محمد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 249.

³ - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 643.

الفرع الثاني: ترتيب الموهوب له حقاً عينياً على العّار الموهوب

إذا تصرف الموهوب له في العين الموهوبة بتصرفٍ غير ناقل للملكية كما لو رتب عليها حق رهن أو انتفاع أو ارتفاق، فهل يعتبر هذا الحق المكتسب من لدن الغير على العّار الموهوب قيداً مانعاً من الرجوع؟ وما أثر حق الغير على كون هذا الحق مانعاً أو غير مانع من الرجوع في هبة العّار؟.

جواباً على هذا التساؤل، يجدر التنبيه إلى أن المدارس الفقهية الإسلامية تباينت أقوال فقهاء في هذا الشأن على نحو قولين:

الأول: مؤداه أن الحق العيني المترتب من لدن الموهوب له على العّار الموهوب يعتبر قيداً مانعاً من الرجوع. بهذا صرح جمهور الفقهاء: مالكية وشافعية وحنابلة¹.

فإذا رتب الموهوب له على العّار الموهوب حقاً عينياً للغير فإنّ هذا الأخير لا يضارّ أصلاً كون أن حق الرجوع ممتنع على الواهب أيضاً في هذه الحالة، لا فرق في ذلك ما إذا كان الرجوع قد وقع بإرادة الواهب المنفردة أو بتراضي أو تقاضي طرفي عقد الهبة؛ وليس ثمة فرق كذلك بين ما إذا كان حق الغير قد حفظ شرعاً قبل شهر عريضة دعوى الرجوع أم بعده على اعتبار أن الشريعة الإسلامية لم تعرف مثل هكذا شكلية.

وعليه، فإنّه في مختلف الأحوال يمتنع على الواهب أن يرجع في هبة عّاره إذا ترتب للغير على العّار الموهوب حقاً من الحقوق العينية المقررة شرعاً².

وقد برّر الجمهور توجّههم المذكور بعلّة أنّ الهبة قد تعلّقت بها حقوق الغير فامتنع رجوع الوالد صيانة لهذه الحقوق من الضياع؛ ما يعني أن حق الغير مصون ومعتبر في نظرهم كون أن حقه اكتسب إياه من مالك حقيقي للموهوب.

وتأييداً لبعد نظرهم في ذلك أورد الفقهاء في مختلف بطون مؤلفاتهم ما يؤكّد احترامهم لحق الغير المكتسب على العّار الموهوب، من ذلكم ما ساقه ابن قدامة في المعني: "... وَإِنْ رَهَنَ الْعَيْنَ، أَوْ أَفْلَسَ وَخُجِرَ عَلَيْهِ، لَمْ يَمْلِكِ الْأَبُ الرُّجُوعَ فِيهَا؛ لِأَنَّ فِي ذَلِكَ إِبْطَالاً لِحَقِّ غَيْرِ الْوَلَدِ، فَإِنْ زَالَ الْمَانِعُ مِنْ

¹ - محمّد محمّد بدر سليمان، المرجع السابق، ص. 287.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 638-639.

التَّصَرُّفِ، فَلَهُ الرَّجُوعُ؛ لِأَنَّ مِلْكَ الْإِبْنِ لَمْ يَزَلْ، وَإِنَّمَا طَرَأَ مَعْنَى قَطْعِ التَّصَرُّفِ مَعَ بَقَاءِ الْمِلْكِ، فَمَنْعَ الرَّجُوعِ، فَإِذَا زَالَ زَالَ الْمَنْعُ...¹.

وهذا هو ما أكّده أيضاً صاحب الهداية بقوله: "... فَإِنْ رَهَنْ الْمُوهُوبُ أَوْ كَاتَبَهُ لَمْ يَرْجِعْ فِيهِ حَتَّى يَنْقُضَ الرَّهْنُ، وَتَنْقَسِحَ الْكِتَابَةُ...²."

ولئن كانت أموال المدين ضماناً عاماً لديونه، فلا حقّ للأب أو الأمّ في الاعتصار في هذه الحالة لتعلّق حقوق الغير بالهبة وهم الدائنون، يقول العلامة الشّيخ خليل منبهاً لهذا الحكم: "أَوْ يُدَايِنُ لَهَا"، وفي شرحه يقول الخرشي: "كذلك إذا تداين لأجل الهبة فإنّ ذلك مانع للاعتصار، وسواء كان الولد ذكراً أو أنثى ولا بدّ من قصد صاحب الدّين في التّداين لأجل الهبة ولا يكفي في ذلك قصد الولد وحده، فلو تداين لغير الهبة بأن كان غنياً أو كانت الهبة قليلة في نفسها ... لا يعامل لأجلها فإنّ ... التّداين حينئذ لا يمنع من اعتصارها...³".

وصوناً لحقّ الغير المكتسب إتياءه على العقار الموهوب مُنِعَ اعتصار الوالد فيما وهبه من عقار لولده إذا تعلّق بالهبة رغبة لغير الولد كما تعاملوا معه مدينة لأجل الهبة. يبرّر هذا الحكم عليّش بقوله: "... إن لم (يُدايِن) بضمّ التّحتية الأولى وفتح الثّانية، أي يعامل الولد الموهوب له بدّين ... (لها) أي لأجل يُسرّه بالهبة، فإنّ دُوين لها فات اعتصارها. طفي هذا مذهب الموطّأ، وقول مطرف وأصبغ وابن القاسم كما في البيان، ولم ينسب مقابله إلا لابن الماجشون، لكن ظاهر المدوّنة أنّ الدّين والنّكاح يمنعان مطلقاً"⁴.

ومثل هذه العبارات صاغها المواق كذلك فقال: "(... وَلَمْ يُدَايِنِ) مِنَ الْمُدَوْنَةِ قَالَ مَالِكٌ: وَلِلْأَبِ أَنْ يَعْتَصِرَ مَا وَهَبَ أَوْ نَحَلَ لِبَنِيهِ الصَّغَارِ وَالْكِبَارِ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّغَارِ أُمٌّ، لِأَنَّ الْبَيْتِمْ إِنَّمَا هُوَ مِنْ قِبَلِ الْأَبِ مَا لَمْ ... يَسْتَحْدِثُوا دَيْنًا لِأَنَّهُ إِنَّمَا ... عَلَيْهِ دَايِنُهُ النَّاسُ"⁵.

وفي نفس السّياق فصلّ التّووي بخصوص رهن الموهوب فقال: "المَوْهُوبُ، إمّا أَنْ لَا يَكُونَ بَاقِيًا فِي سُلْطَنَةِ الْمُتْهِبِ، وَإِمّا أَنْ يَكُونَ. الْقِسْمُ الْأَوَّلُ: أَنْ لَا يَكُونَ ... رَهْنُهُ وَأَقْبَضَهُ، فَلَا رُجُوعَ لَهُ، وَلَا قِيَمَةَ أَيْضًا. وَحَكَى الْإِمَامُ خَلَفًا، فِي أَنَّ الرَّهْنَ هَلْ يَمْنَعُ الرَّجُوعَ، مَبْنِيًا عَلَى مَا سَبَقَ مِنْ صِحَّةِ هِبَةِ الْمَرْهُونِ؟ فَإِنْ قُلْنَا: لَا

¹ - أبو محمّد موفّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمّد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ج 8، المرجع السّابق، ص. 266.

² - محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطّاب الكلّوذاني، المرجع السّابق، ص. 340.

³ - محمّد بن عبد الله الخرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، المرجع السّابق، ص. 115.

⁴ - محمّد بن أحمد بن محمّد عليّش، أبو عبد الله المالكي، المرجع السّابق، ص. 208.

⁵ - محمّد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، المرجع السّابق، ص. 27.

تَصِحُّ، لَمْ يَصِحَّ الرَّجُوعُ، وَإِلَّا، تَوَقَّفْنَا. فَإِنْ فَكَّ الرَّهْنُ، بَانَ صِحُّهُ الرَّجُوعُ"¹.

وتعزيزاً لتوجه قول الجمهور في حماية الغير صاحب الحقّ العيني يضيف الشّيرازي: "وإن وهب لولده شيئاً فأفلس الولد وحجر عليه ففيه وجهان: أحدهما يرجع لأنّ حقّه سابق لحقوق الغرماء؛ والثاني لا يرجع لأنّه تعلّق به حقّ الغرماء فلم يجز له الرجوع كما لو رهنه"².

الثاني: مفاده، أنّ الحقّ العيني المترتب من لدن الموهوب له على العقار الموهوب يعتبر غير مانع من موانع الرجوع في هبة العقار، ذلك لأنّ المانع في نظر الأحناف القائلين بهذا القول، هو خروج العقار الموهوب من ملك الموهوب له بالكلية، من ذلكم ما مثّل له الحصفكي في الدر المختار بصدد شرحه لمانع الخروج عن الملك، فقال: "(وَالْحَائِ خُرُوجُ الْهَبَةِ عَنْ مِلْكِ الْمُؤْهُوبِ لَهُ) ... وَقَيَّدَ الْخُرُوجَ بِقَوْلِهِ (بِالْكُلِّيَّةِ) بِأَنْ يَكُونَ خُرُوجاً عَنْ مِلْكِهِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ..."³.

وينبغي على هذا القول بأنّه إذا رتب الموهوب له حقاً للغير على العقار الموهوب فإنّ هذا الحق لا يمنع الواهب من الرجوع في هبة عقاره.

لكن إذا كان هذا هو الحال في مذهب الحنفية ففيما يكمن أثر حقّ الغير على الرجوع في هبة العقار تبعاً لذلك؟.

إنّ المتمعن في مذهب الأحناف بشأن هذه المسألة يجد بأنّ حقّ الغير في مثل هذه الحالة مصون ومحاط بالحماية اللازمة كون أنّ حقيقة الفسخ لديهم تكمن في ألاّ يترتب على العقد أثر في المستقبل لا بطلان أثره أصلاً؛ هذا ما يفسّر بأنّ الحقّ الذي رتبّه الموهوب له على العقار الموهوب قبل الرجوع وإن كان ليس بمانع عندهم، إلاّ أنّ العقار الموهوب يعود إلى قدّم ملك الواهب محملاً بحقوق الغير المكتسبة من لدن الموهوب له على العقار الموهوب انتهاء⁴.

على أنّه وبعد الرجوع إلى التّقنين المدني المصري ونظيره قانون الأسرة الجزائري وحيث انعدم التّنصيص ضمنهما على هذا الأثر، فإنّه لا مناص من إعمال القواعد العامة التي تقضي بأنّه إذا كان الموهوب محله عقاراً وترتب عليه حقاً عينياً للغير فإنّه ينبغي التّفرقة - في هذا الصّدّد - بين حالتين:

¹ - أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف التّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ج 4، المرجع السّابق، ص. 439.

² - أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشّافعي، ج 2، المرجع السّابق، ص. 335.

³ - محمّد بن علي بن محمّد الحِصْنِي المعروف بعلاء الدّين الحصفكي الحنفي، المرجع السّابق، ص. 705.

⁴ - محمّد محمّد سليمان بدر، المرجع السّابق، ص. 286.

الأولى: ترتيب الموهوب له حقاً عينياً بعد تسجيل التراضي على الرجوع أو شهر صحيفة دعوى الرجوع:

إذا قام الموهوب له بترتيب حقّ عيني - كرهن رسمي أو حيازي أو حق ارتفاق - على العقار الموهوب وبأشهر إجراءات قيده بعد تسجيل التراضي على الرجوع في هبة العقار أو شهر صحيفة دعوى الرجوع، فإنّ حقّ الغير في هذه الحالة لا يسري في مواجهة الواهب الذي يستردّ العقار خلوّاً من كلّ حقّ للغير الذي يحقّ له - بدوره - أن يرجع على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة¹.

تجدر الإشارة إلى أنّ قيد الحقّ العيني في التشريع الجزائري لا يمكن تتمّة إجراءاته - عملياً - إذا كان الواهب قد سبق له وأن أبرم عقد الرجوع في هبة عقاره عن ولده ثمّ أشهر هذا الأخير قبل قيد الحقّ العيني المرتّب من لدن الموهوب له، كون أنّ المحافظ العقاري سيرفض حتماً تنفيذ قيد الحقّ العيني المذكور لانتفاء محلّ ترتيب هذا الحق. وبالرغم من أنّ المشرّع الجزائري لم ينصّ على حالة رفض الإيداع أو رفض الإجراء في مثل هكذا حالة بشكل صريح، فإنّه يمكن توسّل تطبيق الفقرة 7 من المادة 101² من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلّق بتأسيس السجلّ العقاري المعدّل والمتّمم، وتبعاً لذلك يباشر المحافظ العقاري المختصّ إجراءات رفض إجراء العقد المتضمّن للحقّ العيني عندئذ، فمثلاً لو كان الحقّ العيني المرتّب رهناً رسمياً اتّفاقياً³ فلا مناص من رفض إيداع عقد الرهن الرسمي المفرغ فيه لانتفاء محلّه وهو العقار المرتجع إذا سبق وأن أشهر عقد الرجوع قبله.

أمّا إذا قام الموهوب له بترتيب حقّ عينيّ على العقار الموهوب وبأشهر إجراءات قيده بعد شهر صحيفة

¹ - أحمد عبد الرزاق الشنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 212؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 305.

² - القاضية بأنّه: "عندما يقبل المحافظ العقاري الإيداع ويسجّل في سجلّ الإيداع، فإنّه يوقف تنفيذ الإجراء ويباشر في عملية التسوية المنصوص عليها في المادة 107 عندما على الخصوص: ... يكون العقد الذي قدّم للإشهار مشوباً بأحد أسباب البطلان المشار إليها في المادة 105". وبالإحالة إلى نصّ المادة 105 نجدها تنصّ على أنّه "يحقق المحافظ بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأنّ موضوع أو سبب العقد ليس مشروع ...".

³ - الذي يعدّ من أخطر العقود الشّكلية على اعتبار أهميته العملية المتداولة ميدانياً، حيث يجب التذكير بأنّ المشرّع تبوّأ مبدأ الشّكلية فيه بكونه من أهمّ المعاملات ذات الأهمية الإقتصادية، وتبعاً لذلك اعتمد مبدأ التوثيق الإلزامي الذي ينشأ عن غرضه البعيد المدى في حماية هذا التصرف المتداول بكثرة في المجتمع. وقد كان قصد المشرّع في كلّ ذلك بالإضافة إلى حماية المصلحة الخاصّة للمتعاقدين، تنبيههما إلى خطورة العقد المزمع إبرامه من جهة أولى، ثمّ حماية المصلحة العامة من جهة ثانية تبعاً لانتساع نطاق النشاط الاقتصادي الذي بات يسوده المنافسة الشرسة في معظم قطاعاته. لأكثر تفصيل في هذا الموضوع أنظر: عبد القادر لعجال، الرهن الرسمي الاتّفاقي (الرهن مع نقل الحيازة أو بدونه، رهن عقار القاصر ومن في حكمه، إثبات الرهن، القيد، التجديد، الشطب والسقوط)، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الجهوي الرابع بباتنة حول "الرهن العقاري من التأسيس إلى التنفيذ في خدمة الإستثمار"، المنظّم من لدن الغرفة الجهوية للموثّقين بالشرق، بالتنسيق مع مجلس قضاء باتنة يومي: 25 و26 أفريل 2018، دار قاعة للنشر والتوزيع، باتنة، د. س. ط. ص. 21 وما يليها.

دعوى الرجوع القضائي، فإنه لا يترتب على إشهار العريضة المذكورة تجميد أو تعليق ترتيب الحق العيني؛ ذلك ما أوما إليه نص المادة 16 مكرر فقرة 2 و¹3 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، في الأساس.

على أنه يتوجب على الموهوب له - قياساً على أحكام المادة المحللة أعلاه وحيث انعدم النص على الإجراء اللازم في هذه الحالة - إبلاغ الدائن المرتهن بما باشره من إجراءات في هذا الصدد، فضلاً عن أن يرفق محضر التبليغ بملف عقد الرهن الرسمي حال إيداعه لأجل القيد بالمحافظة العقارية المختصة.

الثانية: ترتيب الموهوب له حقاً عينياً قبل تسجيل التراضي على الرجوع أو شهر صحيفة دعوى الرجوع:

إذا قام الموهوب له بترتيب حق عيني للغير - كحق انتفاع أو اختصاص أو رهن - على العقار الموهوب، فإن القواعد العامة - لعدم وجود نص لا في التقنين المدني المصري ولا في نظيره الجزائري - تقضي بأنه إذا كان حق الغير قد ترتب وحفظ قانوناً قبل تسجيل صحيفة دعوى الرجوع في هبة العقار أو قبل تسجيل التراضي على الرجوع في نفس العقار، فإنه يجب التمييز بين ما إذا كان الغير حسن النية أو سيئها كالاتي:

- فإذا كان الغير حسن النية بأن كان لا يدري بقيام عذر مقبول للرجوع في هبة العقار، فإنه حقه يسري في مواجهة الواهب، ولا يستطيع هذا الأخير أن يسترجع العقار الموهوب إلاّ محملاً بالحق العيني المترتب للغير وإن كان يمكنه تطهيره - وفقاً للقواعد العامة - بحيث يعود إليه خالصاً دون تعلق أي حق للغير فيه، كما لا يستطيع الواهب - في هذه الحالة - أن يرجع على الموهوب له بتعويض عن هذا الحق في الأخير.

¹ - المسّنة بمقتضى المادة 35 من قانون رقم 18-18 المؤرخ في 27/12/2019، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج. ر ع 79، المؤرخة في 2019/12/30، ص. 15، والمدرجة ضمن القسم الأول من الباب الثاني من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، والقاضية في فترتيها الثانية والثالثة بما يلي: "لا يترتب عن إشهار عريضة رفع الدعوى تجميد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني.

إذا تمّ التصرف في حق عيني عقاري يتعلّق بعقار أشهرت بشأنه عريضة رفع الدعوى قبل التصرف، فإنه يستوجب على المتصرف إبلاغ المتصرف له بالدعوى المشهورة عن طريق محضر قضائي، على أن يرفق محضر التبليغ بملف العقد عند تقديمه لإجراء الشّهر العقاري". أنظر في مقتضيات هذه المادة وكيفية تطبيقها بالتفصيل بالرغم من تحللها لبعض الإشكالات القانونية، المذكورة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 2019/02/25 تحت رقم: 02316، والموجهة أساساً للسادة مدراء الحفظ العقاري وأموال الدولة لأجل تبليغها للمحافظين العقاريين الموضوعين تحت سلطتهم مع حثهم على العمل وفق ما قرّره من تعليمات.

- أمّا إذا كان الغير سيّء النية بأن كان يعلم بقيام عذر مقبول للرجوع في هبة العقار¹ وقت كسبه للحقّ العيني على العقار محلّ الهبة، فإنّ حقّه لا يسري بالنسبة للواهب الذي يستردّ العقار خلوّاً من حقّ الغير، دونما إسقاط لحقّ هذا الغير في الرجوع على الموهوب له بالتعويض طبقاً للقواعد العامة².

على أنّه لا يبدو لي الأمر كذلك في التشريع الجزائري - إذا كان الواهب والدّاً للموهوب له - خلافاً لما ذهب إليه البعض³ دون تدقيق نقلاً عن الفقه المصري، ذلك بأنّه إذا ربّ الولد الموهوب له حقّاً عينياً للغير على العقار الموهوب وبالخصوص لو قدّمه ضماناً لقرض اقترضه بعد أن قام بتقييد عقد الرهن الرسمي بالمحافظة العقارية المختصة قبل شهر عقد الرجوع في هبة العقار أو شهر العريضة الإفتتاحية المتضمنة لدعوى الرجوع، فإنّه يتمتع على الوالد الواهب الرجوع في هبة عقاره طبقاً لنصّ المادة 2/211 من ق. أ. ج⁴، وتبعاً لذلك يتعيّن على المحافظ العقاري رفض إجراء عقد الرجوع في هبة العقار أو عريضة دعوى الرجوع المودعين على مستوى المحافظة العقارية المختصة القائم على تسييرها طبقاً لنصّ المادة 7/101 السابق الإشارة إليه والمتوسّل تطبيقه لانعدام وجود النصّ الصريح المنظم لمثل هكذا حالة.

بيد أنّه وبمقارنة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي بخصوص تصرف الموهوب له بتصرف غير ناقل للملكية كما في حالة ترتيب الموهوب له حقّاً عينياً على العقار الموهوب كحقّ الرهن أو الانتفاع أو الارتفاق ونحو ذلك⁵، فإنّه سبق وأن رأينا بأنّه لا وجود لنصّ صريح في القانون الوضعي يقرّر أثر حقوق الغير على

¹ - وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنّه "يشترط للرجوع في الهبة وفقاً لنصّ المادة 500 من القانون المدني في حالة عدم قبول الموهوب له وعدم وجود مانع من الرجوع، أن يستند الواهب إلى عذر يقبله القاضي. وهذا العذر الذي يبيح للواهب الرجوع في الهبة وإن كان من المسائل التقديرية التي تخضع لسلطة الموضوع، إلّا أنّ ذلك مشروط بأن تورد في حكمها الأسباب الساتعة التي تكفي لحمل قضائها سواء في قبول ذلك العذر أو عدم قبوله". أنظر: نقض مصري في: 1990/02/22، طعن 824، س 56 ق. نقلاً عن: أنور طلبة، المرجع السابق، ص. 101.

² - أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 5، المرجع السابق، ص. 213؛ عبد الوهاب البنداري، المرجع السابق، ص. 205؛ بدر جاسم يعقوب، المرجع السابق، ص. 462؛ نسيم شيخ، المرجع السابق، ص. 172-173؛ محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، المرجع السابق، ص. 300-301.

³ - بقوله: "إذا كان الشّيء الموهوب عقّار وترتّب الحقّ العيني (حق رهن، إنتفاع أو إرتفاق) للغير قبل شهر العريضة الإفتتاحية المتضمنة طلب الرجوع في الهبة، فإنّ الواهب يستردّ العقار الموهوب مثقلاً بالحقّ العيني المترتّب للغير". أنظر في هذا القول: حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص. 52؛ وانظر في ذات السّياق: مايا دقايشية، المرجع السابق، ص. 189.

⁴ - التي قضت بأنّه "للأبوين حقّ الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنّه إلّا في الحالات التالية: .. 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين".

⁵ - لم نجد إتيان بحثنا حول موضوع "ترتيب الموهوب له لحقّ عيني للغير على العقار الموهوب" لدى مدارس الفقه الإسلامي سوى ما استقرّ لديهم من التفرقة بين الحجر على الولد الموهوب له بسبب الفلّس والحجر عليه بسبب السفه، حيث يمنعون رجوع الوالد في الحالة الأولى ولا يمنعون في الثانية، على اعتبار تعلّق حقّ الغرماء في الحالة الأولى دون الثانية، هذا فضلاً عن منعهم لرجوع الأب فيما وهبه من عقّار لولده إذا تعلّق بالهبة رغبة لغير الولد كما لو تعاملوا معه مديونة لأجل الهبة، وقد برّر الفقهاء هذا التوجّه بكون هبة العقار قد تعلّقت بها حقوق الغير فامتنع رجوع

الرجوع في هبة العقار، مما أثار جدلاً بين فقهاء حول سقوط أو عدم سقوط حقوق الغير التي اكتسبها من الموهوب له. هذا بخلاف الفقه الإسلامي المجمع فقهاءه بكون حقوق الغير المترتبة من لدن الموهوب له على العقار الموهوب مصونة من الإهدار ولا تتأثر بالرجوع من عدمه¹.

"ومع ذلك فإنه لا يسعنا [على حد قول البعض] إلا أن نقرر دون عناء أن مسلك الفقه الإسلامي في هذا الصدد كان مسلكاً جيداً يجب النزول عليه من قبل القانون الوضعي حيث يهتم الأخير بالشكليات المفقوتة في كثير من أحكام آثار الرجوع كتفريقه .. بين تسجيل صحيفة دعوى الرجوع أو التراضي عليه من عدمه في كثير من آثار الرجوع بالنسبة للغير، وهي كلها أمور لا تعرفها الشريعة الإسلامية لأنها تؤدي إلى المنازعات أكثر من تأديتها للغرض المنشود فيها وهو توثيق الحقوق فوق ما تكبده لأطراف الدعوى من جهد هم في غنى عنه، ومن ثم يظهر حسن ودقة الفقه الإسلامي في معالجته لمثل هذه الأمور على النحو السابق ذكره"².

الوالد تبعاً لذلك صوتاً لهذه الحقوق من الضياع، بل أن المالكية قد أمعنوا في صيانة حقوق الغير باشتراطهم لرجوع الأب فيما منحه لولده من عقار ألا يكون الوالد قد مرض مرضاً مفضياً للموت لتعلق حقوق الورثة بهذه الهبة. ولأمانة فإننا لم نجد - حسب مبلغ جهدها - ونحن بصدد بحث هذه الجزئية بأن علماء الفقه الإسلامي قد تكلموا عن حق الارتفاق أو الانتفاع كحقين مترتبين للغير على العقار الموهوب كما أورده بعض الباحثين في مختلف المؤلفات الحديثة المتناولة لهذا الموضوع، ومهما يكن من أمر فإنه يمكن أن يصدق حكم الزمن كحق عيني على باقي الحقوق العينية المترتبة للغير على العقار الموهوب إعمالاً للقياس في هذا الصدد، والله أعلم وأحكم. أنظر بخصوص القول المتقدم: حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص. 171.

¹ - محمد محمد سليمان بدر، المرجع السابق، ص. 249.

² - إسماعيل عبد النبي شاهين، المرجع السابق، ص. 643-644.

خاتمة

ختاماً لما تقدّم، يجدر الإقرار بأن موضوع عقد هبة العقار كان ولا يزال يشكّل محطّ اهتمام وعناية محقّقي الفقه والقانون نظراً لعدم معالجته من لدن المشرّع الجزائري - خلافاً لمعظم التشريعات المدنية الأخرى - بصورة منظّمة ومنتظمة وعدم تناوله بشكل محكم وسليم فضلاً عن إحالته إلى مبادئ الشريعة الإسلامية عند غياب النص القانوني المغفل لأحد جزئياته، لذلك كان من اللازم التّوصل إلى جملة من التّائج والاقتراحات التي من الممكن أن تُسعف وتساهم في سدّ الفراغ التشريعي الذي ما فتئ يثير عديد الإشكالات - على المستويين النظري والعملي - على النحو الموالي:

- ورد تعريف عقد الهبة مقتضباً في معظم التشريعات المدنية بما في ذلك قانون الأسرة الجزائري حيث لم يتم إبراز كون أنّ الهبة تتمّ في الحال وبين الأحياء، بخلاف مختلف مدارس الفقه الإسلامي التي أوضحت في تعاريفها هذا العنصر باستثناء المذهب المالكي الذي وإن لم يكن قد نصّ عليه مختصر العلامة خليل المقتبس عنه، إلّا أنّ تعريف أحد أقطابه (الدردير) جاء مكتملاً لقلّة الانتقادات الموجهة إليه ومن ثمّ كان الأجدر بالترجيح.

وتبعاً لما سبق، فلقد قنّن المشرّع الجزائري تعريف عقد الهبة بمقتضى المادة 1/202 من ق. أ. ج بالنّقل الحرفي من صدر تعريف العلامة خليل له في مختصره، مسائراً ما استقرّ عليه المذهب المالكي في هذا الصّدّد، وكان يتعيّن عليه أن يقتبسه من مصدر مالكي آخر تضمّن تعريفاً شاملاً له على غرار تعريف الدردير أو ابن عرفة له، وهذا ما سارت عليه مدوّنة الحقوق العينية المغربية في مادّتها 273 - وإن عيب عليها حصر تعريف الهبة في العقار والحقّ العيني العقاري - ورجّحناه استطراداً لذلك. هذا بخلاف تعريفه من لدن المشرّع المصري - ومن نقل عنه - بموجب المادة 1/486 من تقنينه المدني الذي اقتبسه عن مذهب الأحناف الذين لم يعتدّ بالمنافع أموالاً خلافاً لمذهب الجمهور غير المستقيم لديهم باعتبار أنّهم يدخلون المنافع ضمن الأموال ممّا جعله تبعاً لذلك محلّ انتقاد.

- شرّع المشرّع الجزائري عقد الهبة ضمن قانون الأسرة الجزائري بعد أن استمد أحكامه من فقه الجمهور وبالأخصّ من المذهب المالكي لا من التقنين المدني الفرنسي باعتباره المصدر التاريخي للتّشريع الجزائري كما فعل في مختلف التقنينات الأخرى، مع إصراره على تحكيم مبادئ الشريعة الإسلامية عند عدم ورود نصّ مغفلٍ لبعض أحكامه دون توضيح للمذهب الفقهي الواجب التّطبيق.

ونظراً لأنّ الوضع بهذا الشكل يصعّب المهمّة على القاضي أثناء فصله في نوازل تتعلّق بموضوع عقد الهبة، كان لا مراء أن يحسم المشرّع الجزائري الأمر بتبني المدرسة المالكية مذهباً يرجع إليه، سيما وأنّ اجتهاده القضائي كثيراً ما كان يدلّل تأثره بهذا المذهب في عديد أفضيته وأحكامه. هذا بخلاف التقنين

المدني المصري - ومن انتهج نهجه - الذي تبنّى فقه الأحناف أساساً في تشريعه له بعد أن اقتبس من كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم محمد قنديل باشا حيث قننت أحكامه الموضوعية انطلاقاً من ذات المذهب.

- لا شك بأنّ الأحكام الواردة في نظرية العقد تسري على عقد الهبة عموماً وهبة العقار على وجه الخصوص، فالتراضي ضمنها كالتراضي في العقود كافة، إذ توجد بمجرد توافق إرادتي الواهب والموهوب له وانصرافهما إلى إنشائها ابتداء. مع أنّه يراعى بأنّ عقد هبة العقار لا يتمّ ولو اقترن الإيجاب بالقبول إلاّ بحيازة العقار الموهوب وإفراغه في الشكل الرسمي علاوة على تتمّة إجراءات شهره تحت طائلة بطلانه طبقاً للقانون.

- كانت أحكام عقد هبة العقار محلّ خلاف بين مختلف مدارس الفقه الإسلاميّ ممّا حدا بالمشرّعين الجزائري وكذا المصري - ومن اقتبس عنه - أن يتّجها حال تشريعهما له إلى الرأى القاضي بكونه عقد ملزم لعاقديه شأنه في ذلك شأن سائر العقود، وهذا ما سار عليه المشرّع الفرنسي بعد أن أقرّ نفس الحكم تماشياً وفلسفته في لزوم العقد إنشاءً وانقضاءً.

- إذا كان القبول في عقد هبة العقار قد صدر من الموهوب له أو وكيله متراخياً إلى ما بعد الإيجاب أو منفصل عنه، فالفقه المصري - خلافاً للفرنسي والجزائري - قد استقرّ - وهو بصدد تفسيره لنصّ المادة 1/488 من تقنينه المدني التي قضت بأن "تكون الهبة بورقة رسمية وإلاّ وقعت باطلة..." - على جواز أن يردّ القبول المنفصل عن الإيجاب في محرّر عربيّ، بل أجاز أن يكون باللفظ على أن تسري عليه القواعد العامة في الإثبات على اعتبار أنّ الرسمية لما تقرّرت في الأصل لحماية الواهب، جاز تيسيراً على الموهوب له أن يقبل بأيّ طريق من طرق التعبير عن الإرادة وفي ذلك تخفّف من الشكلية بحسبه.

وعلى خلاف هذا التوجّه فإنّنا نرى - مع اعتقاد بعض الشراح - بأنّ المشرّع المصري أحسن صنعاً بصياغة نصّ المادة 1/488 المحلّلة أعلاه على هذه الشاكلة كون أنّ النصّ القديم (المادة 2-70/48) الذي كان يقضي بأنّه "إنّما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفاً بصفة عقد آخر، فلا تصحّ الهبة ولا القبول إلاّ إذا كانا حاصلين بعقد رسميّ وإلاّ كانت الهبة لاغية" لا شكّ يعتبر معيباً من حيث الصياغة، لأنّه مادام اعتبر الهبة عقداً فهي لا تنعقد إلاّ بإيجاب مقترن بقبول مع مراعاة الرسمية، وليس ثمة داعٍ لتكرار عبارة "ولا القبول" في متن النصّ لأنّه يفرّق بين الهبة والقبول ولا مبرر لهذه التفرقة كون أنّها تحصيل حاصل.

- ذهبت معظم التشريعات المدنية إلى تقييد سلطة النائب أو الوكيل في عقد هبة العقار بوصفه

عملاً تبرعياً يكتنف على خطورة بالغة، فمنعت النّياية فيه إلاّ بتوكيل خاصّ إذا كان الموكل أهلاً لذلك وإلاّ فباستصدار الوليّ ترخيصاً قضائياً يجوّز له التبرّع بما لا يبهض القاصر إذا كان في مال هذا الأخير سعة، فضلاً أن يبدل لغرض إنسانيّ أو عائلي في الأساس.

- إذا كان المشرّع المصري - ومن انتهج نهجه - قد نصّ صراحة بمقتضى المادة 490 من تقنيته المدني بكون "الوعد بالهبة لا ينعقد إلاّ إذا كان بورقة رسمية"، فإنّ هذه المسألة قد حام حولها الكثير من الجدل بخصوص تحرير الوثائق الجزائري لهذا العقد، ومع ذلك فإنّنا نرى بأنّ الرّأي القائل بتحريره هو الأولى بالإتباع لصحّته ورجحانه، ذلك لأنّ المرجع في هذه الحالات هي القواعد العامّة الواردة في التقنين المدني - بوصفه الشّريعة العامّة - وبالمخصوص أحكام المادتين 71 و72 منه اللتان وردتا فحواهما مجيزاً لإبرام الوعد بالتّعاقد بلفظ الإطلاق والعموم؛ والحال كذلك هو في التقنين المدني الفرنسي الذي قرّر - وبجلاء - هذا الحكم في تعديله الأخير من خلال نصّ مادّته 1124 في الأساس.

- لكي ينعقد عقد هبة العقار صحيحاً، يستلزم توافر شروط صحّة الرّضاء بين المتعاقدين ضمنه مثل سائر العقود، ومن ثمّ فإنّه ينبغي أن يكون عاقده - الواهب - أهلاً لإبرامه وأن يأتي رضائه سليماً غير مشوب بعيب من العيوب المفسدة للرّضاء، على أنّه لا مندوحة في أنّ أهلية الأداء لازمة لقيام التّصرف، ومن ثمّ وجب على المشرّع الجزائري وحتى تستقيم الأحكام في قانونيه للأسرة والمدني أن يزيل التّعارض القائم في المادتين: 83 و85 من ق. أ. ج، والمواد: 43، 101، 107 من ق. م. ج في أقرب تعديل.

هذا وبالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري أشار بمقتضى المادة 203 من ق. أ. ج إلى ضرورة أن يكون الواهب سليم العقل بالغاً لسنّ 19 سنة وغير محجور عليه، إلاّ أنّ أوّل ما يلاحظ على هذه الصّيغة بأنّها وردت ركيكة مقارنة بما ضمّنه من مباحث عيوب الرّضاء في التقنين المدني، إذ لم يحرص - اتّساقاً مع ذلك - مع ما توصّل إليه الفكر القانوني المعاصر بخصوص عيوب الرّضاء وكذا تقرير ما تقتضيه المصلحة العامّة من تعديل على غرار التقنينين المدينيين المصري والفرنسي. مع الإشارة إلى أنّ هذا الأخير وبالرّغم من تعديله مؤخّراً سنة 2016 إلاّ أنّه لم يتضمّن الجديد بصدها مقارنة بما كان عليه الوضع سابقاً حيث نظّم هذه العيوب بداية من المادة 1130 إلى 1140 منه.

- تجدر الإشارة إلى أنّ نطاق دراسة عيوب الرّضاء ممثّلة في الغلط والتّدليس والإكراه تجد محلاً لها في النّظرية العامّة للعقد، ولا يعدو بحثها في عقد هبة العقار أن يكون سوى تطبيق لهذه النّظرية وإن كان هذا الأخير بوصفه باب التبرّعات يُتسامح فيه مالا يُتسامح في المعاوضات تحقيقاً لقصد الشارع الرّامي

إلى التوسّع في انعقاده والتكثير منه في الأصل.

- يحقّ للواهب الرّشيد حال صحّته هبة كلّ عقّاراته - جزءاً أو بعضاً، منفعة أو عيناً - لمن يريد، إذ ليس هناك نصاب للهبة، ويستوي في ذلك أن تكون الهبة كأصل عام لوارث أو لغير وارث. مع الإشارة إلى أنّ المشرّعين الجزائري والمصري - ومعظم التّقنينات المدنية العربية - لم يقرّروا للورثة حقّ تخفيض الهبة إلى نصاب الوصيّة بعد موت الواهب.

على أنّه إذا كانت الهبة لوارث، تقرّر على الموهوب له الوارث - كما هو الحال في التّقنين المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللّبناني - إرجاع العقّار الموهوب إلى التّركة بعد موت الواهب ليقسّم على جميع الورثة كلّ بقدر حصّته.

- ذهب الرّأي الغالب في الفقه المصري إلى أنّ هبة العقّار للحمل باطلة، حيث يشترط في الموهوب له أن يكون موجوداً حقيقة إبان إبرامها، على أنّ ثمة توجه آخر من الفقه قال بجواز إبرام تلك الهبة كون أنّ قانون الولاية على المال أجاز إقامة وصيّ على الجنين، وتبعاً لذلك فإنّ منعها لمصلحة الحمل المستكن لم يعد له مبرّر، والأوّل أن تقرّر القاعدة بكون شخصيّة الجنين تمتدّ إلى كلّ ما فيه نفع محض له، سواء توقّف في ذلك على ما يتوقّف على القبول ومالا يتوقّف عليه. هذا على عكس المشرّع الجزائري الذي خالف الرّأي المتقدّم بأن أجاز هبة العقّار للجنين عملاً بأحكام المادّة 209 من ق. أ. ج، وبتقريره لهذا الحكم يكون قد خالف معظم التّشريعات المدنية العربية ووافق التّقنين المدني الفرنسي وقانون الموجبات والعقود اللّبناني اللّذان أجازا الهبة للأجنة شرط أن يولدوا أحياء بعد أن فتّنا هذا الحكم بمقتضى المادتين 906 و518 من نفس التّقنينين على التّوالي.

ولعلّ تقرير المشرّع الجزائري لهذا النصّ إنّما جاء تبنياً لما استقرّ عليه المذهب المالكي من جواز الهبة للجنين انسجاماً وموقفه القاضي بكون أنّ الهبة تُلزم بالقول على المشهور.

- يسري على محلّ عقد هبة العقّار ما يسري على مختلف العقود بوجه عام، فينبغي أن يكون ممكناً في ذاته، معيّناً أو قابلاً للتّعيين، فضلاً عن أن يكون مشروعاً. ومع ذلك لم تنص مختلف التّشريعات على التّمييز بين شروط محلّ العقد إذا كان تبرّعاً أو معاوضة بخلاف مدارس الفقه الإسلامي التي قرّرت التخفيف في شروط المحلّ تماشياً ومقصد الشّريعة الإسلامية الرّامي إلى التّكثير من إبرام عقود التبرّع كتشريع.

- إذا كان المشرّع المصري قد انساق لرأي الجمهور فقضى بعدم جواز هبة العقّار المستقبل

صراحة بمقتضى المادة 492 من تقنينه المدني، وقرّر بموجب المادة 491 من نفس التقنين بكون هبة عقار ملك الغير تقع باطلة لمصلحة الموهوب له تطبيقاً لأحكام المادتين 466 و 467 من ذات التقنين؛ فإنّ قانون الأسرة الجزائري جاء خلوّاً من التّصنيف على مثل هاتين الحالتين ممّا يتعيّن عليه معالجتهما وتقرير نصّ بشأنهما. ففي الأولى وجب عليه اقتفاء أثر المذهب المالكي القائل بصحة هبة العقار المستقبل توازياً مع ما قرّره القاعدة العامة الواردة في المادة 92 من ق. م. ج التي قضت بجواز أن يكون محلّ الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً في الأصل. أمّا في الثانية فيستحسن الأخذ بالرّأي الأوّل لإحدى مدارس نفس المذهب القاضي بانعقاد هبة عقار ملك الغير موقوفة على إجازة المالك؛ فبالإضافة إلى رجحان هذا الحكم فهو أكثر ملائمة لمواجهة حكم هبة عقار ملك الغير، إذ تبقى موقوفة بالنسبة للمتعاقدين وكذا بالنسبة للمالك الحقيقي حتّى يميزها فلا يطل الضّرر أنّ منهما؛ هذا علاوة على توحيد الحكم بصدها بالنسبة للحالتين تفادياً للاضطراب الذي وقع فيه المشرّع المصري بتقريره لحكم القابلية للإبطال بالنسبة للموهوب له وعدم سريانه في حقّ المالك الحقيقي، لذا فإنّ تبني فكرة العقد الموقوف - بعد تطبيقها على بيع عقار ملك الغير أيضاً - أولى بالتطبيق وأرجى بالتنفيذ لما تضمّنته من حكم عادل للكافة.

هذا وبالرغم من أنّ مدارس الفقه الإسلامي قد تباينت أقوالهم بخصوص هبة المال الشائع، فإنّ مختلف التشريعات المدنيّة - عربية أو أجنبية - لم تنصّ بشكل صريح على هبة مثل هذا المال حال تعرّضها لمباحث عقد الهبة، بيدّ أنّه لما كانت القواعد العامة في التصرف في المال الشائع تسري على هبته مع مراعاة أحكام هذه الأخيرة، فإنّنا نرى بأنّه لا يمكن أن تفهم هبة العقار الشائع إلّا في ضوء القواعد العامة للشّيوخ وكيفية التصرف في المال العقاري الشائع ابتداء. على أنّه يشار إلى أنّ قانون الأسرة الجزائري وإن لم يكن قد نصّ صراحة على هبة العقار الشائع بصورة موضوعية، إلّا أنّ ذكر المال الشائع بمناسبة التطرّق إلى حيازته تبعاً لمقتضيات نصّ المادة 208 من ق. م. ج، يمكن أن يفهم منه بصورة ضمنية جواز هبة العقار الشائع وإلّا لما كان المشرّع قد نصّ على إلزامية الشكلية فيها وجعلها تغني عن الحيازة - ضمنها - في بعض الأحوال.

ومع ذلك فإنّ ورود النصّ بهذا الشكل يضطرّنا لمعالجة هبة المال المشاع عموماً - وهبة العقار المشاع خصوصاً - باللّجوء إلى تبني حكم المذهب المالكي - ومعه مذهب الجمهور - فيها بما لا يتعارض والقواعد العامة المقرّرة في التشريعات المدنيّة المنظّمة للعقار انتهاء.

- الأصل أنّ الواهب إذا كان أهلاً للتبرّع ولم يكن مريضاً بمرض الموت يسوغ له هبة كلّ أمواله - عقارات كانت أو منقولة - لمن يشاء، قريباً كان أو أجنبياً عنه ولو لم يكن معتقلاً لديانته، أمّا إذا كان

مريضاً مرضاً يفضي إلى موته فإنّ مدارس الفقه الإسلامي تباينت أقوالهم بين من ذهب إلى إسباغ حكم الوصية على الهبة العقارية للمريض مرض الموت مع التفرقة بين ما إذا كان لوارث أو لغير وارث، وبين من ذهب إلى أنّ هبة هذا الأخير نافذة في كلّ ماله كالصحيح وتخرج من رأس ماله إذا توفي، أمّا لو صحّ من مرضه فلا خلاف في هبة الصحيح. هذا بخلاف القانون الوضعي ممثلاً في التّقنين المدني المصري وقانون الأسرة الجزائري - ومن وافقهما - اللذان قضيا بموجب نصّ المادة 1/916 من ق. م. م. وكذا نصّ المادة 204 من ق. أ. ج - تكريساً لنصّ المادة 1/776 من ق. م. ج - بكون كلّ عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصوداً به التبرّع يعتبر مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية.

هذا مع التّنبية إلى أنّ الحكم المشار إليه أعلاه يطبّق إذا لم يكن الواهب مديناً، لأنّه لو كان كذلك فإنّ الهبة لا تنفّذ إذا كان دينه مستغرقاً لجميع تركته سواء كان الموهوب له وارثاً أو غير وارث، اللهم إلاّ إذا أجازها الدّائنون. أمّا إذا كان دينه غير مستغرق لتركته كان حكم هبة الباقي بعد الدّين كهبة التّركة الخالية من الدّين.

- لم يؤل الفقهاء اهتماماً بوضع تعريف للعمري كما هو الشّأن في تعريفهم للهبة مكتفين بالتّمثيل لها وبيان صورها باستثناء ما أورده بن عرفة لمّا وصفها بأنّها "تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء"، ومع ذلك فلقد اختلفت أقوالهم حول ما ينصرف إليه الملك فيها بين من ذهب إلى أنّ الملكية تنصرف إلى الرّقة والمنفعة؛ وبين من صرّح بأنّ الملك ينصرف فيها إلى المنفعة فقط.

على أنّه وبالرجوع إلى القانون الوضعي نجد بأنّ التّقنين المدني المصري لم يرد فيه نصّ صريح يقضي بجواز العمري سوى ما قرّر ضمن القواعد العامّة بجواز التصرف عموماً في منفعة العقار؛ هذا على غرار قانون الأسرة الجزائري الذي أجاز هبة كلّ ما هو منفعة تأسيساً بمذهب المالكية وعملاً بصريح نصّ المادة 205 من ق. أ. ج الذي يستنبط منه بأنّ العمري مادام يقصد منها المنفعة المحضة غير المنصبة على تملك الرّقة جائزة صحيحة، فإذا مات المتمرّ عادت رقة العقار للمعمر أو لورثته وهذا ما يتأكّد أيضاً بالقياس على أحكام نصّ المادة 196 من نفس القانون.

وكذلك هو الحال في الرّقي، فلقد تباينت أقوال الفقهاء بخصوص ما ينصرف إليه الملك فيها، ففي حين ذهب فريق منهم إلى أنّ الملكية تعود على المنفعة؛ ذهب فريق ثانٍ إلى أنّ الملك فيها ينصرف إلى الرّقة، بمعنى أنّها تصير ملكاً للمرّقب له ولا تعود - بالتّالي - إلى صاحبها. وتبعاً لذلك فقد اختلفوا في مشروعيتها بين من قضى بجوازها إذا كانت من جانب واحد، وبين من قرّر عدم جوازها إذا

كانت من جانبيين ابتداء.

بيد أنه وبالرجوع إلى التقنين المدني المصري ونظيره قانون الأسرة الجزائري نجد بأنهما لم يتطرقا إلى موضوع الرقبي، ومع ذلك فإنّ المعول على المشرع الجزائري - بمقتضى الإحالة المنصوص عليها بموجب المادة 222 من ق. أ. ج - الأخذ بالرأي الراجح في هذه المسألة وتقرير ما ذهب إليه الجمهور وبعض الملكية بجواز الرقبي في صورتها الأولى إذا كانت من جانب واحد. ومادام أنّ الملكية فيها تنصرف إلى المنفعة فلا مراء من القول بجوازها في التشريع الجزائري خصوصاً وأنّ المشرع قضى بصحة التصرف في منفعة العقار طبقاً للقواعد العامة فضلاً عن صريح نصّ المادة 205 المحلل أعلاه.

- درج كلّ من التقنين المدني المصري ونظيره قانون الأسرة الجزائري على عدم التّنصيص على ركن السبب في عقد هبة العقار اكتفاءً بالقواعد العامة، وتبعاً لذلك فإنّ تطبيق أحكامه على نفس العقد ينتج عنه بكونه يتحدّد بالغرض المباشر وهو إسداء الجميل للموهوب له، ينضاف إليه الباعث الذي دفعه إلى إسداء الجميل إذا كان متّصلاً بشخص الموهوب له. هذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي استغنى عن ركن السبب في تعديله الأخير لتقنيته المدني حينما استبدله بركن مضمون العقد بداية من المادة 1162 إلى 1170 منه، ولعلّ تخليه عن فكرة السبب إنّما يرجع أساساً إلى تجاوز الخلاف الكلاسيكي الذي ظهر بصدد هذه النظرية بغضّ النظر عن استقرارها حينما فرقت بين سبب العقد وسبب الالتزام؛ ذلك أنّ هذا التطور تصادم مع عوائق أخرى انبرت في صعوبة الفصل بين فكريّ المحلّ والسبب. بيد أنّه والحال كذلك فإنّه لا يمكن القول بإلغاء هذا التعديل لركن السبب والمحلّ تحت مسمى مضمون العقد بشكل مطلق، كون أنّ صياغة موادّ التعديل في هذا النطاق تستوعب تطبيقاتهما في حالات معيّنة أخرى.

وإذا كان هذا هو الحال في التشريعات الوضعيّة فإنّ مدارس الفقه الإسلامي لم تضع نظرية عامّة للسبب، ومردّها في ذلك أنّها تتماشى وصناعتها المألوفة التي لا تصوغ نظريات عامّة بقدر ما تورّد من التّطبيقات الفرعية ما يمكن معه بواسطة التحليل والتّأصيل استنباط تلك النظرية.

ومع ذلك فإنّ مفهوم السبب ضمن عقد هبة العقار وفقاً للفقه الإسلامي، هو أضيق مدى منه في القوانين الوضعيّة الحديثة حيث تشترط هذه الأخيرة أن يكون موجوداً ومشروعاً بالألّا يخالف النظام العام والآداب في أساسه، خلافاً للفقه الإسلامي فإنّ السبب قد يكون موجوداً ومشروعاً ومع ذلك تكون هبة العقار منافية لغرض الشارع والمقصد الشرعي الذي أنشئت لأجله كما لو وهب الوالد لولده عقاراً دون بقيّة أولاده الآخرين، فالباعث في هذه الحالة مشروع لا خلاف عليه، لكنّ هذه الهبة تخالف

غرض الشارع منها وهو إدامة المحبة وإشاعة الألفة بين الإخوة، فإن هي أدت إلى عكس ذلك - حتى ولو كان الباعث مشروعاً - اعتبر ظلماً وجوراً ولم تصح من ثمة.

وعليه، فمادام عقد الهبة مستقياً في أساسه من فقه الجمهور - ولا سيما من المذهب المالكي -، ندعو المشرع الجزائري بأن يشرع لمفهوم وأحكام السبب في نفس العقد انطلاقاً من هذا الفقه المجيد لا من الفقه الغربي كما فعل في مختلف تقنيناته الأخرى، وهذا ما يسوقنا إلى القول - تبعاً لذلك - بسنّ مادة توجب على الوالد ضرورة التسوية بين أولاده في العطايا والهبات بتبني القول الرّاجح فيها، تحقيقاً في الأخير لأغراض الشارع ومراميه منها في الأساس.

- لن كان المشرع الجزائري قد قضى بموجب المادة 1/206 من ق. أ.ج. باشتراط الحياة في عقد هبة العقار، فإنّ ما يمكن القول في ضوئه أنّها ضلّت محلّ جدلٍ حول حكمها حيث تضارب الرأي بصددّها بين من يعتبرها شرط لزوم اقتفاء لأثر الجمهور في ثبوت الملك، وبين من يعتدّ بها كركن لصحة تكوين العقد في الأصل. بيد أنّه وبالرجوع إلى الفقرة الثّانية من المادة المشار إليها أعلاه وبالرغم من صياغتها الرّكيكة وبعد مقابلتها بصياغتها الفرنسية نجد بأنّ المشرع يعتبر الحياة سبباً لبطلان عقد هبة العقار، ومن المعلوم بأنّ البطلان هو ذاك الجزء المقرّر لاحتلال الركن وليس للشرط الذي يطبق عليه جزء القابلية للبطلان.

ومع ذلك فإنّ القول بكون الرّسمية تغني عن الحياة في عقد هبة العقار كما ذهبت إليه بعض التّقنينات المدنية العربية هو ما لم يعتنقه قانون الأسرة الجزائري - ومن وافقه - الذي رُجّح توجّهه مبدأً، ذلك أنّ التّوثيق والتّرسيم لا يغنيان عنها بأيّ حال من الأحوال، اللهمّ إلّا في حالة كون الواهب وليّاً للموهوب له أو زوجه أو كان العقار مشاعاً فإنّ التّوثيق وإجراءات الرّسمية تغني عن الحياة بحسب ما قضت به المادة 208 من نفس القانون.

- هبة العقار عقد شكليّ احتفائي يكتنف في مضمونه على خطورة بالغة، لذا وجب إفراغه في الشّكل الرّسمي بحضور شاهدي عدل (المستلزم ألا يكونا من أقرباء أو أصحاب المتعاقدين حسب المفهوم بالمخالفة لنصّ المادة 2/20 من القانون رقم 02-06 المنظم لمهنة المؤثّق)، مع مراعاة تتمّة تسجيله وشهره في الآجال المناسبة بدون تهاون طبقاً للقانون.

وأتساقاً مع ذلك، ينبغي على المشرع وحتى تستقيم نصوص موادّ قانونه للتسجيل صياغةً ومقصداً، أن يبادر إلى تعديله بخصوص الموادّ المنظّمة للهبة فيستحدث ابتداءً نصّاً يقضي بمجانبة تسجيل عقود الهبة التي تتمّ للولد القاصر المكفول قياساً على نظيرتها الممنوحة للولد الصّلب. هذا

بالإضافة إلى ضرورة إدراجه نصاً صريحاً يقضي بإخضاع الوعد بالتعاقد عموماً (والوعد بهبة العقار على وجه الخصوص) للرسم الثابت اتساقاً وأحكام المادة 3 من نفس القانون التي قرّرت أن "يطبق الرسم الثابت على العقود التي لا تثبت نقل الملكية أو حق الانتفاع..." في الأساس.

- إن معالجة إشكالية تضييع إدارة التسجيل لأصل عقد هبة العقار وما ينجر عنه من إثارة لمسؤولية الموثّق وإضراراً بحقوق المتعاقدين، بات أكثر من مطلوب درءه بتجسيد مطلب الموثّقين الرامي إلى تقديم نسخة من العقد إبان تسجيله بدل أصل العقد نفسه، بل وبخلق آليات معالجة إلكترونية بين مصالح التسجيل ومكاتب التوثيق يسجّل من خلاله العقد ذاته ويسدّد رسومه عن بعد، قضاء على ظاهرة التأخير المفرط في التسجيل، ومجاعة للتطورات الحاصلة في الصّد في الدّول المجاورة، فضلاً عن مواكبة إبرام العقد الإلكتروني الذي أعلنت الغرفة الجهوية للموثّقين ناحية الغرب، تجسيده وتكريسه مؤخرًا.

- أثار المنظومة التشريعية لانتقال الملكية العقارية في مختلف التصرفات الواردة على العقار - وبالخصوص عقد هبة العقار - الكثير من الإشكالات العملية التي أدت إلى نشوء نزاعات قضائية كون أنّ الملكية العقارية في التشريع الجزائري - مثل نظيره المصري - لا تنتقل إلى المتصرّف إليه إلّا بعد شهر التصرف الناقل للملكية العقارية طبقاً لنصّ المادة 793 من ق. م. ج - المقابلة لنصّ المادة 1/934 من ق. م. م -، وبتخلّف شكلية الشّهر يكون العقد باطلاً لا محالة.

وبالرّغم من أنّ المشرّع الجزائري خفّف من هذا الحكم مؤخراً بأن عدّل أحكام المادة 2/15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمّن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السّجلّ العقاري بمقتضى المادة 92 من قانون المالية لسنة 2018، جاعلاً أيّ تصرف نشأ إبان حياة المورث بموجب عقد رسمي ولم يشهر إلّا بعد وفاته صحيحاً ووجب إخضاعه لقواعد الشّهر العقاري؛ فإنّ الأمر لا يكفي سيما وأنّ التعارض الصّارخ بين تشريعات الشّهر العقاري المتناثرة والقانون المدني يبقى قائماً، لذا ينبغي تعديل المادة 793 من ق. م. ج - ومن في حكمها من تشريعات أخرى - بشكل يؤكّد على انتقال الملكية العقارية ابتداءً من تاريخ العقد وليس من تاريخ إشهاره مثلما فعل التشريع الفرنسي وبعض التشريعات المقارنة، وذلك - كلّ - بغرض توحّي الحفاظ على المراكز القانونية للمتعاقدین وضماناً لحقوقهم الناشئة بموجب مختلف العقود، بل وإرساء مبدأ الأمن القانوني المنشود تحقيقه ضمنها ابتداءً.

وقبل هذا وذاك، إلغاء أيّ إجراء إداري يعيق عملية الشّهر العقاري كما هو الحال في طلب

مستخرج مسح الأراضي نموذج رقم م. م. 4 مكرّر (PR4bis) الذي يعتبر - وبحق - إجراء إداري يتم - في الأصل - بين مصالح مسح الأراضي والمحافظات العقارية المختصة لا يجب أن يحشر محرر عقد هبة العقار فيه.

- يشار إلى أنه أثناء القيام بإجراءات توثيق عقد هبة العقار لا زالت مسألة الإحالات تؤرّق مكاتب التوثيق وكثيراً ما سببت لهم قضايا تزوير وما نتج عنها من زجّ لبعض الموثّقين بالسجون ظلماً، ذلك أنه لا يمكن دعوة نفس الأطراف والشهود من جديد للمصادقة على خطأ غير جوهري، لذا بات من اللازم مراجعة وتعديل نصّ المادة 2/26 من قانون رقم 06-02 المنظم لمهنة الموثّق متوسّلين في ذلك آليات القانون المدني والقانون المقارن، هذا فضلاً عن ضرورة تفعيل وضبط المنظومة القانونية المتعلقة بكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه لاسيما المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 03 غشت 2008؛ إذ ليس من المعقول أن يبقى الموثّق - الضابط العمومي الوحيد - المسؤول عن أرشيف عقد هبة العقار - بما في ذلك مختلف عقوده - إلى غاية وفاته!.

- بخلاف معظم التشريعات المدنية أغفل المشرع الجزائري - كالعادة - التّنصيص على التزامات الواهب والموهوب له بالرغم من أهميتها ممّا يتعيّن عليه تداركها في أقرب تعديل ممكن، كون أنّ هذه الالتزامات كما هي قد تمسّ بحقوق الواهب فإنّها تمسّ بحقوق الموهوب له والغير حسن النية، هذا فضلاً عن أنّ الوضع بهذا الشكل يثير العديد من المشاكل العملية بالنسبة للمهنيين وكذا القضاة على وجه الخصوص، حيث يبقى هؤلاء الأخيرون في متاهة بدون نصوص يسترشدون بها حال الفصل في نزاع بصدها في الأخير.

- إذا كان المشرّع الجزائري قد اقتفى أثر الجمهور وأضفى من ثمة صفة اللزوم على عقد هبة العقار مستثنياً في ذات الوقت الأبوين من حقّ الرجوع تبعاً لمقتضيات المادتين 211 و 212 من ق. أ. ج، فإنّه لم يوضّح كيفية هذا الرجوع. وطالما أنّ المحكمة العليا في آخر اجتهاداتها بغرفها المجتمعة قد استقرّت على جواز رجوع الوالد بإرادته المنفردة، فإنّه يتعيّن تعديل نصّ المادة 211 المحللة أعلاه تبعاً لهذا الحكم انتهاء.

- بالرغم من أنّ المشرّع الجزائري اقتبس حكم الرجوع في عقد هبة العقار من المذهب المالكي على وجه الخصوص، إلّا أنّه لم يشر إلى جميع حالات المنع التي قال بها المالكية كما هو الحال في مانع موت أحد طرفي عقد الهبة قبل الرجوع، أو مانع مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوّفاً يُخشى معه

الموت، أو مانع الهبة إذا أبرمت على وجه الصدقة ونحو ذلك. والواجب عليه تداركها في أقرب تعديل سداً للتقص الفادح في موانع الرجوع التي من الممكن أن تدفع بالاجتهاد القضائي إلى أن يتصدى لها في أحكامه - في ظلّ خلوّ النصّ المؤسّس لذلك - وما ينتج عنه من تضارب في الأحكام كان من الممكن تجاوزه تقنياً.

- إذا كان صحيحاً بأنّ التقنين المدني المصري - ومن انتهج نهجه - قد نقل الأحكام المتعلقة بعقد هبة العقار نقلاً حرفياً عن المذهب الحنفي حيث جاءت أحكامه موافقة تماماً لما استقرّ عليه في هذا المذهب، فإنّه ليس صحيحاً القول باقتباسه من التقنين المدني الفرنسي مسألة الأعذار المقبولة للرجوع حيث لم يكتف بما هو مقرّر في المذهب الحنفي من تحويل الواهب لحقّ الرجوع ما لم يوجد مانع على حدّ قول معظم شراح التقنين المدني المصري الذين برّروا هذا الموقف بفلسفة المشرّع الذي أراد أن يحدّ من إطلاق جواز الرجوع في المذهب الحنفي حتّى يكسب عقد الهبة قدراً من الصلابة وقوّة في الإلزام على التحو الذي ينبغي لعقد هو - وإن كان تبرّعاً - ملزماً للمتعاقدين كسائر العقود؛ ذلك أنّه ثبت بأنّ بعض أعذار الرجوع في الهبة عموماً - وهبة العقار على وجه الخصوص - مصدرها مذهبي المالكية والشافعية - ومن وافقهما - الذين قرّروا تحريم الرجوع في الهبة للزوم العقد عندهم بقبض الموهوب له إلّا ما استثنى من جواز رجوع الواهب فيما وهبه لولده ما لم يوجد مانع يمنعه، كما يكون له أيضاً بمعزل عن هذا المانع حقّ الرجوع في هبة عقاره إذا ما اقترن هذا الأخير بباعث يبعث عليه كما هو الشّأن في إخلال الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه، بحيث يُكوّن هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه. وطالما كان الأمر على هذا التحو فليس ثمة ما يمنع من التّصيص على أعذار عقد الهبة في التشريع الجزائري اقتداءً بما سارت عليه مختلف التقنينات المدنيّة وما استقرّ عليه الوضع لاسيما في المذهب المالكي المقتبس عنه في الأصل.

- حرّى بنا أن نذكّر بأنّ ما جاء في المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني المصري - ومن نحا منحاه - لا يختلف عن المذهب الشافعي الذي ذهب إلى عدم جواز إسقاط حقّ الرجوع في عقد هبة العقار لأنّه حقّ الشارع، وحقّه في ذلك تكمن في أنّ حقّ الرجوع للوالد ثبت له بمقتضى الشرع فلم يسقط بإسقاطه كما لو أسقط الوليّ حقّه من ولاية النّكاح. وطالما أنّ هذا الاستدلال دحض بمقولة أنّه قياس مع الفارق كون أنّ الولاية في التّزواج حقّ عليه لله تعالى كما هي حقّ للمرأة بدليل أنّه يَأثم بالعضل، وهذا خلافاً لحقّ الرجوع في الهبة فإنّه حقّ خالص الوالد يتصرّف فيه كيفما يشاء، فإن أسقطه أسقط بإسقاطه وهذا ما جنح إليه المالكية والحنابلة ابتداءً؛ فإنّنا نميل - تبعاً لذلك - إلى ترجيح قول المذهبين الأخيرين في المسألة لقوّة أدلّتهم وسلامتها من المعارض خلافاً لما قرّره المذكرة الإيضاحية المحلّلة أعلاه ونحاز إليها فقهها في هذا الصّدّد. ومن ثمّ كان لا داعي النصّ على جواز إسقاط حقّ الرجوع في

التشريع الجزائري إعمالاً للقواعد العامة التي تجيز للشخص التنازل عن حقّ حوّلته إياه القانون.

- يترتب على الرجوع في عقد هبة العقار اعتبارها كأن لم تكن، وبالنتيجة يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد على ألاّ يمسّ هذا الرجوع بحقوق الغير حسن النية الذي انتقلت إليه ملكية العقار الموهوب. ومع ذلك فإنّ المشرّع الجزائري - خلافاً لباقي التقنيات المدنية العربية - أغفل بالمرّة معالجة الآثار المترتبة على الرجوع في عقد هبة العقار ممّا يتعيّن معه التّقصيص عليها سداً للفراغ البيّن في تشريعه مواد عقد الهبة المقتضبة، كون أنّ حقّ الرجوع كما قد يمسّ بحقوق المتعاقدين فإنّه يمسّ بحقوق الغير حسن النية الواجب توفير الحماية القانونية له، هذا فضلاً عن تفادي أية إشكالات عمليّة يقع فيها القاضي إبان فصله في نوازل الرجوع حينما لا يجد نصّاً يسترشد به في هذا الشأن.

إنهاءً وقد انتظم البحث في آخره، لا يسعني إلّا أن أهيب بالتّشريع والفقهاء ومختلف الباحثين إلى المساهمة في تحقيق إخراج مفاهيمي وتشريعي سليم لعقد هبة العقار بوصفه باب التبرعات وأساسها، وهو ما لا يتأتّى إلّا بالمرور عبر قناتين اثنتين:

الأولى: قناة البحث العلمي، ومن خلالها يستلزم مباشرة بحوث أكثر تخصّصاً وأبلغ عمقاً في موضوع التبرّع بواسطة عقد الهبة العقارية كتخصيص دراسات جزئية نظيرية مصحوبة بالشّقين المهني والقضائي على غرار بحث مواضيع: هبة العقار لفائدة الصّالح العام، إشكالات توثيق عقد هبة العقار، أحكام التصرف بالهبة في العقار الفلاحي والصّناعي، هبة منافع العقار وإشكالاتها في التشريع الجزائري، دعاوى منازعات حق الرجوع في هبة العقار، إجراءات التّنفيد على العقار الموهوب وإشكالاته العملية ... وغيرها من المواضيع التي من الممكن أن تُسهم في بناء هياكل قانونية تمهّد لتشريع سليم تضطلع بتحقيقه قناة التشريع في الأخير.

الثانية: قناة التشريع، ومن خلالها يتوجّب ضمّ أحكام عقد الهبة - بعد إحكام تنظيم مواده - إلى التقنين المدني أسوة بما استقرّ عليه الوضع تشريعاً في معظم التقنيات المدنية العربية والأجنبية، على اعتبار أنّ عقد الهبة - في الأصل - هو عقد مدنيّ كسائر العقود، فينبغي - من ثمة - أن يحوي التقنين المدني أحكامه وأن يحوّل من موضعه ضمن قانون الأسرة إلى موضعه الطّبيعي بين العقود المسماة حيث يلي البيع والمقايضة وينظّم تنظيمًا شافياً وكافياً من ناحية الشّكل والموضوع.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المصادر:

I. القرآن العظيم.

II. الحديث الشريف:

- 1- أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، ت: مشهور آل سلمان، ج 3، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 1، د. س. ط.
- 2- أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي الخراساني، النسائي، السنن الكبرى، ت: حسن عبد المنعم شلبي، ج 6، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 2001.
- 3- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 1، دار طوق النجاة، د. ب. ط، ط 1، 1422 هـ.
- 4- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 3، دار طوق النجاة، د. ب. ط، ط 1، 1422 هـ.
- 5- محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج 4، دار طوق النجاة، د. ب. ط، ط 1، 1422 هـ.
- 6- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، سنن الترمذي، ت: مشهور آل سلمان، ج 4، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، د. س. ط.
- 7- محمد بن يزيد القزويني أبو عبد الله ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ت: شعيب الأرناؤوط - عادل مرشد محمد كامل قره بللي - عبد اللطيف حرز الله، ج 3، دار الرسالة العالمية، د. ب. ط، ط 1، 2009.
- 8- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ج 3، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ط.

ثانياً- المراجع:

I. المراجع باللغة العربية:

1- المؤلفات:

أ- المؤلفات العامة:

- 1- إبراهيم أبو إسحاق بن موسى بن محمد اللّخمي الغرناطي الشّاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ت: مشهور آل سليمان، ج 3، دار ابن عقّان، الخبر، السعودية، ط 1، 1997.

- 2- إبراهيم أبو النّجا، عقد البيع في القانون المدني اللّبي، دار الجامعة الجديدة للنّشر، الإسكندرية، ط1، 1997.
- 3- إبراهيم بن محمّد بن سالم ابن رضويان، منار السّبيل في شرح الدّليل، ت: زهير الشّاويش، ج 2، المكتب الإسلامي، بيروت، ط 5، 1982.
- 4- إبراهيم بن محمّد بن عبد الله بن محمّد ابن مفلح، أبو إسحاق، برهان الدّين، المبدع في شرح المقنع، ت: محمّد الشّافعي، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.
- 5- إبراهيم سامي زيدان، المسؤولية المدنية للموثّق بين النّظرية والتّطبيق، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2017.
- 6- ابن الملقن سراج الدّين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشّافعي المصري، التّوضيح لشرح الجامع الصّحيح، ت: دار الفلاح للبحث العلمي وتحقيق الثّراث، ج 16، دار النّوادر، دمشق، سوريا، ط 1، 2008.
- 7- ابن بطّال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك، شرح صحيح البخاري، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ج 7، مكتبة الرّشد، الرّياض، ط 2، 2003.
- 8- ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (ردّ المحتار على الدّر المختار)، ت: عادل عبد الموجود وصاحبه، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
- 9- ابن عابدين، محمّد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدّمشقي الحنفي، حاشية ابن عابدين (ردّ المحتار على الدّر المختار)، ت: عادل عبد الموجود وصاحبه، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1995.
- 10- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي، التّنبية في الفقه الشّافعي، عالم الكتب، د. ط، د. س. ط.
- 11- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشّيرازي، المهذّب في فقه الإمام الشّافعي، ت: زكريّاء عميرات، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995.
- 12- أبو البركات أحمد بن محمّد العدوي الدّرديري، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيّوب، كانو، نيجيريا، 2000.
- 13- أبو البركات أحمد بن محمّد العدوي الدّرديري، الشّرح الصّغير على أقرب المسالك، ت: مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، 1986.
- 14- أبو البركات عبد الله بن أحمد بن محمود حافظ الدّين النّسفي، كنز الدّقائق، ت: سائد بكداش، دار البشائر الإسلامية، دار السّراج، د. ب. ط، ط1، 2011.
- 15- أبو الحسن علي بن أحمد بن محمّد بن علي الواحدي، النّيسابوري، الشّافعي، الوسيط في تفسير القرآن المجيد، ت: عادل أحمد عبد الموجود وآخرون، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 16- أبو الحسن علي بن الحسين بن محمّد السُّعدي، حنفي، التّنف في الفتاوى، ت: صلاح الدّين

- التاهي، ج 1، مؤسسة الرسالة، عمان، الأردن، ط2، 1984.
- 17- أبو الحسن علي بن سعيد الزجاجي، مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحلّ مشكلاتها، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي - أحمد بن علي، ج 9، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2007.
- 18- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن التّعمان بن دينار البغدادي الدّارقطني، سنن الدّار قطني، ت: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللّطيف حرز الله، أحمد برهوم، ج 3، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2004.
- 19- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن التّعمان بن دينار البغدادي الدّارقطني، سنن الدّار قطني، ت: شعيب الأرناؤوط، حسن عبد المنعم شلي، عبد اللّطيف حرز الله، أحمد برهوم، ج 5، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 2004.
- 20- أبو الحسن علي بن محمّد بن محمّد بن حبيب البصري البغدادي، الشّهير بالماوردي، الحاوي الكبير في فقه الإمام الشّافعي، ج 7، ت: علي معوض وعادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1994.
- 21- أبو الحسن نور الدّين علي بن أبي بكر بن سليمان الهيثمي، المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي، ت: سيد كسروي حسن، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 22- أبو الحسن، علي بن أحمد بن مكرم الصّعيدي العدوي، حاشية كفاية الطّالب الرّبّاني شرح الرّسالة، ت: محمّد تامر، ج 3، دار الثّقافة الدّينية، القاهرة، مصر، د. س. ط.
- 23- أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشّافعي، البيان في مذهب الإمام الشّافعي، ت: قاسم محمّد النّوّوي، ج 8، دار المنهاج، جدّة، ط 1، 2000.
- 24- أبو الطيّب محمّد صديق خان بن حسن بن علي ابن لطف الله الحسيني البخاري القنّوجي، فتح البيان في مقاصد القرآن، راجعه عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج10، المكتبة العصريّة للطّباعة والنّشر، صيدا، بيروت، 1992.
- 25- أبو العبّاس أحمد بن محمّد الخلوتي، الشّهير بالصّاوي المالكي، بلغة السّالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصّاوي على الشّرح الصّغير، ت: محمّد عبد السّلام شاهين، ج4، دار المعارف، د. ب. ط، د. س. ط.
- 26- أبو العبّاس أحمد بن يحيى بن محمّد بن عبد الواحد الونشريسي التّلمساني الفاسي المالكي، المعيار، ج 9، الرّباط، المغرب، 1981.
- 27- أبو العبّاس أحمد بن يحيى بن محمّد بن عبد الواحد الونشريسي التّلمساني الفاسي المالكي، المنهج الفائق والمنهل الرّائق والمعنى اللائق بأداب المؤثّق وأحكام الوثائق، ت: عبد الباقي الدّوكالي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2006.
- 28- أبو العبّاس شهاب الدّين أحمد بن إدريس بن عبد الرّحمن المالكي الشّهير بالقراقي، الدّخيرة، ت:

- سعيد أعراب، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1994.
- 29- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، الفروق = أنوار البروق في أنوار الفروق، ج 1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 30- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراي، الفروق = أنوار البروق في أنوار الفروق، ج 4، عيسى البابي الحلبي، د. ب. ط، 1346 هـ.
- 31- أبو العباس، شهاب الدين، أحمد بن يوسف بن عبد الدائم المعروف بالسّمين الحلبي، عمدة الحفاظ في تفسير أشرف الألفاظ، ت: محمد باسل عيون السود، ج 2، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 1996.
- 32- أبو العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، تحفة الأحوذى بشرح جامع الترميذي، ت: رائد بن صبري بن أبي علفة، دار الأفكار الدولية، الرياض، السعودية، د. س. ط.
- 33- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، ت: سامي سلامة، ج 1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ط 2، 1999.
- 34- أبو الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي البصري ثم الدمشقي، جامع المسانيد والسّنن الهادي لأقوم سنن، ت: عبد الملك بن عبد الله الدهيش، ج 5، دار خضر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، لبنان، ط 2، 1998.
- 35- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 2، 1989.
- 36- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، التمييز في تلخيص أحاديث شرح الوحي المشهور بالتلخيص الحبير، ت: محمد الثاني بن عمر ابن موسى، ج 4، دار أضواء السلف، د. ب. ط، ط 1، 2007.
- 37- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، الدرّاية في تخريج أحاديث الهداية، ت: عبد الله هاشم اليماني، ج 2، دار المعرفة، بيروت، د. س. ط.
- 38- أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، تهذيب التهذيب، ج 9، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، ط 1، 1326 هـ.
- 39- أبو القاسم السيّد الموسوي الخوئي، منهاج الصّالحين، المعاملات، فتاوى، ج 2، مطبعة النعمان، النجف الأشرف، العراق، د. س. ط.
- 40- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزّخشي جار، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج 1، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 3، 1407 هـ.
- 41- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الزّخشي جار، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل، ج

- 2، دار الكتاب العربي، بيروت، ط3، 1407 هـ.
- 42- أبو القاسم، محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، ت: عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005.
- 43- أبو المعالي برهان الدين محمود بن أحمد بن عبد العزيز بن عمر بن مازة البخاري الحنفي، المحيط البرهاني في الفقه التعماني فقه الإمام أبي حنيفة رضي الله عنه ت: عبد الكريم سامي الجندي، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2004.
- 44- أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام، ت: الباتول بن علي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1990.
- 45- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التّجّبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ج6، مطبعة السعادة، مصر، ط1، 1332 هـ.
- 46- أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التّجّبي القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، ت: محمد عبد القادر عطا، ج 8، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1999.
- 47- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد (الجد) القرطبي، المقدمات الممهدات، ت: محمد حجي، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1988.
- 48- أبو اليزيد علي المتيت، الضرائب غير المباشرة، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1975.
- 49- أبو بشر محمد بن أحمد بن حماد بن سعيد بن مسلم الأنصاري الدّولابي الرّازي، الكنى والأسماء، ت: أبو قتيبة نظر محمد الفارابي، ج2، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2000.
- 50- أبو بكر (المشهور بالبكري) عثمان بن محمد شطا الدّميّاطي الشّافعي، إعانة الطالبين على حلّ ألفاظ فتح المعين (هو حاشية على فتح المعين بشرح قرة العين بمهمات الدّين)، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 1997.
- 51- أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي، مسند ابن أبي شيبة، ت: عادل بن يوسف العزازي وأحمد بن فريد المزيدي، ج2، دار الوطن، الرياض، ط1، 1997.
- 52- أبو بكر بن أبي شيبة، عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواسي العبسي، الكتاب المصنّف في الأحاديث والآثار، ت: كمال يوسف الحوت، ج 4، مكتبة الرشد، الرياض، 1409 هـ.
- 53- أبو بكر بن أبي عاصم وهو أحمد بن عمرو بن الضحّاك بن مخلد الشّيباني، الآحاد والمثاني، ت: باسم فيصل أحمد الجوابرة، ج3، دار الزّاية، الرياض، ط1، 1991.
- 54- أبو بكر بن حسن بن عبد الله الكشناوي، أسهل المدارك «شرح إرشاد السّالك في مذهب إمام الأئمّة مالك»، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 55- أبو بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الرّبيديّ اليميني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج1، المطبعة

- الخيرية، د. ب. ط، ط 1، 1322 هـ.
- 56- أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسيني الحصري، تقي الدين الشافعي، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، ت: علي عبد الحميد بلطحي ومحمد وهي سليمان، دار الخيز، دمشق، ط 1، 1994.
- 57- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، المصنّف، ت: حبيب الرحمن الأعظمي، ج 9، المجلس العلمي، الهند، ط 2، 1403 هـ.
- 58- أبو بكر عبد الله بن الزبير بن عيسى بن عبيد الله القرشي الأسدي الحميدي المكي، مسند الحميدي، ت: حسن سليم أسد الداراني، ج 1، دار السقا، دمشق، سوريا، ط 1، 1996.
- 59- أبو بكر محمد بن إبراهيم بن علي بن عاصم بن زاذان الأصبهاني الخازن، المشهور بابن المقرئ، المعجم لابن المقرئ، ت: أبي عبد الرحمن عادل بن سعد، مكتبة الرشد، شركة الرياض للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، 1998.
- 60- أبو بكر محمد بن جعفر بن محمد بن سهل بن شاكر الخرائطي السامري، مساوي الأخلاق ومذمومها، ت: مصطفى بن أبو النصر الشلي، مكتبة السوادى للتوزيع، جدة، ط 1، 1993.
- 61- أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ت: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ج 18، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د. ب. ط، ط 1، 2013.
- 62- أبو بكر محمد بن عبد الله بن يونس التميمي الصقلي، الجامع لمسائل المدونة، ت: مجموعة باحثين في رسائل دكتوراه، ج 19، معهد البحوث العلمية وإحياء التراث الإسلامي، جامعة أم القرى، د. ب. ط، ط 1، 2013.
- 63- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، شرح معاني الآثار، ت: محمد النجار ومحمد جاد الحق، ج 4، عالم الكتب، د. ب. ط، ط 1، 1994.
- 64- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ت: عبد الله نذير أحمد، ج 4، دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط 1، 1995.
- 65- أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزدي الحجري المصري المعروف بالطحاوي، ت: شعيب الأرناؤوط، شح مشكل الآثار، ج 13، مؤسسة الرسالة، د. ب. ط، ط 1، 1494 هـ.
- 66- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، إحياء علوم الدين، ج 2، دار الثقافة، الجزائر، 1991.
- 67- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ت: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ج 4، دار السلام، القاهرة، ط 1، 1417 هـ.
- 68- أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني، اللباب في علوم الكتاب، ت: عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض، ج 6، دار الكتب

- العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1998.
- 69- أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، المجموع شرح المهذّب (مع تكملة السّبكي والمطيعي)، ج 14، دار الفكر، د. ب. ط، د. س. ط.
- 70- أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، المجموع شرح المهذّب (مع تكملة السّبكي والمطيعي)، ج 15، دار الفكر، د. ب. ط، د. س. ط.
- 71- أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ج 12، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1392 هـ.
- 72- أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، تحرير ألفاظ التّنبيه، ت: عبد الغني الدّقر، دار القلم، دمشق، ط1، 1408 هـ.
- 73- أبو زكريّا محيي الدّين يحيى بن شرف النّووي، روضة الطّالبيين وعمدة المفتين، ت: علي معوض وصاحبه، ج 4، دار عالم الكتب، بيروت، طبعة خاصّة، 2003.
- 74- أبو سليمان حمد بن محمّد بن إبراهيم بن الخطّاب البستي المعروف بالخطّابي، غريب الحديث، ت: عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، خرج أحاديثه: عبد القيوم عبد ربّ النّبي، ج 2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1982.
- 75- أبو عبد الرّحمن عبد الله بن عبد الرّحمن بن صالح بن حمد بن محمّد بن حمد بن إبراهيم البستام التّيمي، توضيح الأحكام من بلوغ المرام، ج 5، مكتبة الأسد، مكّة المكرمة، 2003.
- 76- أبو عبد الرّحمن محمّد ناصر الدّين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري الألباني، صحيح موارد الظّمان إلى زوائد ابن حبان، ج 1، دار الصّميعة للنّشر والتّوزيع، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، ط1، 2002.
- 77- أبو عبد الرّحمن محمّد ناصر الدّين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم الأشقودري الألباني، سلسلة الأحاديث الضّعيفة والموضوعة وأثرها السيّء في الأُمّة، ج 1، مكتبة المعارف، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، ط 1، 2000.
- 78- أبو عبد الله الحاكم محمّد بن عبد الله بن محمّد بن حمدويه بن نعيم بن الحكم الضّبي الطّهامي التّيسابوري المعروف بابن البيع، المستدرك على الصّحيحين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1990.
- 79- أبو عبد الله الحسين بن علي بن طلحة الرّجراجي ثمّ الشّوشاوي السّملالي، رُفْع النَّقَابِ عَنْ تَنْقِيحِ الشّهَابِ، ت: أحمد بن محمّد السّراج، عبد الرّحمن بن عبد الله الجبرين، ج 4، مكتبة الرّشد للنّشر والتّوزيع، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، ط1، 2004.
- 80- أبو عبد الله محمّد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدّين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 2، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.

- 81- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 82- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 5، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 83- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 84- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: أحمد عبد العليم البردوني، ج 14، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 85- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني المكناسي، شفاء الغليل في حلّ مقفل خليل، ت: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج 2، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، مصر، ط 1، 2008.
- 86- أبو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي خطيب الري، مفاتيح الغيب - تفسير الرازي، ج 10، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000.
- 87- أبو عبد الله محمد بن محمد بن محمد العبدري الفاسي المالكي الشهير بابن الحاج، المدخل، دار التراث، د. س. ط.
- 88- أبو عبد الله، الرصاع التونسي المالكي، شرح حدود بن عرفة، ت: محمد أبو الأحناف وصاحبه، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 1993.
- 89- أبو عمر دُبَيَّان بن محمد الدُبَيَّان، المعَامَلَاتُ المَالِيَّةُ أَصَالَةٌ وَمُعَاصَرَةٌ، ج 18، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1432 هـ.
- 90- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النّمرى القرطبي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، ت: مصطفى بن أحمد العلوي، محمد عبد الكبير البكري ج 7، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، 1387 هـ.
- 91- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النّمرى القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة، ت: محمد محمد أحمد ولد ماديك الموريتاني، ج 2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط 2، 1980.
- 92- أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النّمرى القرطبي، الإستذكار الجامع لمذاهب الأمصار، ت: سالم محمد عطا ومحمد علي معوض، ج 22، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2000.
- 93- أبو محمد جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس بن نزار الجذامي السّعدي المالكي، عقد

- الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ت: أبو الأجنان وصاحبه، ج 3، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1995.
- 94- أبو محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسي المحاربي، المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، ت: عبد السلام عبد الشافي محمد، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1422 هـ.
- 95- أبو محمد عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفري، القيرواني، المالكي، النوادر والزوائد على ما في المدونة من غيرها من الأخطاء، ت: أحمد الخطابي، محمد عبد العزيز الدباغ، ج 12، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط 1، 1999.
- 96- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بھرام بن عبد الصمد الدارمي، التميمي السمرقندي، مسند الدارمي المعروف بسنن الدارمي، ت: نبيل هاشم الغمري، ج 1، دار البشائر، بيروت، ط 1، 2013.
- 97- أبو محمد عبد الله بن علي بن الحارود النيسابوري المحاور بمكة، المنتقى من السنن المسندة، عبد الله عمر البارودي، مؤسسة الكتاب الثقافية، بيروت، ط 1، 1988.
- 98- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، المعونة على مذهب عالم المدينة «الإمام مالك بن أنس»، ت: محمد حسن الشافعي، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1987.
- 99- أبو محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي البغدادي المالكي، الثلقين في الفقه المالكي، ت: أبي أويس محمد بوحبزة الحسني التطواني، ج 2، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 2004.
- 100- أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملعب بسلطان العلماء، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، د. س. ط.
- 101- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ج 7، دار الفكر، بيروت، د. س. ط.
- 102- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، المحلى، ت: أحمد شاكر، ج 9، مطبعة النهضة، مصر، د. س. ط.
- 103- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، ج 8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
- 104- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، البناية في شرح الهداية، ج 9، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1990.
- 105- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ج 13، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. س. ط.

- 106- أبو محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتاتي الحنفي بدر الدين العيني، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، ت: أبو تميم ياسر بن إبراهيم، ج 14، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط 1، 2008.
- 107- أبو محمد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، ثمّ الدّمّشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ت: التّركي والحلو، ج 3، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 108- أبو محمد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، ثمّ الدّمّشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ت: التّركي والحلو، ج 7، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 109- أبو محمد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي، ثمّ الدّمّشقي الحنبلي، الشّهير بابن قدامة المقدسي، المغني، ت: التّركي والحلو، ج 8، دار عالم الكتب، الرياض، 1997.
- 110- أبو محمد موقّق الدّين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثمّ الدّمّشقي الحنبلي، الكافي في فقه الامام أحمد، ج 2، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 1994.
- 111- أبو محمد، عبد الله بن جعفر بن محمد بن دُرُستَوَيْه ابن المرزبان، تصحيح الفصيح وشرحه، ت: محمد بدوي المختون، ج 1، المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية، القاهرة، 1998.
- 112- أبو محمد، وأبو فارس، عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التّميمي التّونسي المعروف بابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التّلقين، ت: عبد اللّطيف زكاغ، ج 2، دار ابن حزم، د. ب. ط، ط 1، 2010.
- 113- أبو نعيم أحمد بن عبد الله بن أحمد بن إسحاق بن موسى بن مهران الأصبهاني، حلية الأولياء وطبقات الأصفياء، ج 6، النّاشر: السّعادة، بجوار محافظة مصر، 1974.
- 114- أبو يعلى أحمد بن علي بن المثنى بن يحيى بن عيسى بن هلال التّميمي، الموصلي، مسند أبي يعلى، ت: حسين سليم أسد، ج 3، دار المأمون للتّراث، دمشق، ط 1، 1984.
- 115- أبي الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، د. ب. س. ط.
- 116- أبي غانم الخرساني الإباضي، المدوّنة الكبرى، ج 2، وزارة التّراث القومي والثّقافة، سلطنة عمان، 1984.
- 117- أحسن بوسقيّة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج 2، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2004.
- 118- أحسن زقور، المقارنة بين فقه المعاملات المالكي والقانون المدني الجزائري، آثار العقود في المعاملات المدنية، منشورات دار الأديب، وهران، 2007.
- 119- أحمد إبراهيم يكن، المعاملات الشّريعة المالية، د. ب. ط، 1936 هـ.

- 120- أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 10، 1994.
- 121- أحمد الرّيسوني، نظرية المقاصد عند الإمام الشّاطبي، الدّار العالمية للكتاب الإسلامي، د. ب. ط، ط 2، 1992.
- 122- أحمد الرّيسوني، مقاصد المقاصد، الغايات العلمية والعملية لمقاصد الشريعة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ط 2، 2014.
- 123- أحمد بن أحمد بن سلامة أبو العبّاس شهاب الدّين القليوبي، حاشية القليوبي على شرح المحلّي للمنهاج، ج 3، مصطفى بابي الحلبي، القاهرة، مصر، ط 3، 1965.
- 124- أحمد بن إسماعيل بن عثمان بن محمّد الكوراني الشّافعي ثمّ الحنفي، الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، ت: الشّيخ أحمد عزو عناية، ج 5، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2008.
- 125- أحمد بن إسماعيل بن عثمان بن محمّد الكوراني الشّافعي ثمّ الحنفي، الكوثر الجاري إلى رياض أحاديث البخاري، ت: الشّيخ أحمد عزو عناية، ج 11، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2008.
- 126- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السّنن والآثار، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ج 9، جامعة الدّراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ط 1، 1991.
- 127- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، معرفة السّنن والآثار، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ج 11، جامعة الدّراسات الإسلامية (كراتشي - باكستان)، دار قتيبة (دمشق - بيروت)، دار الوعي (حلب - دمشق)، دار الوفاء (المنصورة - القاهرة)، ط 1، 1991.
- 128- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السّنن الصّغير للبيهقي، ت: عبد المعطي أمين قلعجي، ج 2، جامعة الدّراسات الإسلامية، كراتشي، باكستان، ط 1، 1998.
- 129- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، السّنن الكبرى، ت: محمّد عبد القادر عطا، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003.
- 130- أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الحُسُورْجُردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، ج 7، ت: عبد العلّي عبد الحميد حامد، كتبة الرّشد للنشر والتّوزيع بالرياض بالتّعاون مع الدّار السّلفية ببومباي بالهند، ط 1، 2003.
- 131- أحمد بن الشّيخ محمّد الزّرقا، شرح القواعد الفقهية، صحّحه وعلّق عليه: مصطفى أحمد الزّرقا، ج 1، دار القلم، دمشق، سوريا، ط 2، 1989.
- 132- أحمد بن حنبل، المسند، ت: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ج 41، مؤسّسة

- الرّسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1999.
- 133- أحمد بن عبد الرحمن بن محمّد البنّا السّاعاتي، الفتح الرّبّاني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشّيباني ومعه بلوغ الأمان من أسرار الفتح الرّبّاني، ج 15، دار إحياء التّراث العربي، د. ب. ط، ط 2، د. س. ط.
- 134- أحمد بن عبد الرّحيم بن الشّهيد وجيه الدّين بن معظم بن منصور المعروف بـ «الشّاه وليّ الله الدّهلوي»، حجّة الله البالغة، ت، السيّد سابق، ج 2، دار الجليل، بيروت، لبنان، 2005.
- 135- أحمد بن عبد الله بن أحمد البعلبي، الرّوض النّدي شرح كافى المبتدي في فقه إمام السّنّة أحمد بن حنبل الشّيباني رضي الله عنه، أشرف على طبعه وتصحيحه: فضيلة الشّيخ: عبد الرحمن حسن محمود، ج 1، المؤسّسة السّعيدية، الرّياض، د. س. ط.
- 136- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشّافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 5، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمّد فؤاد عبد الباقي، عليه تعليقات العلامة: عبد العزيز بن عبد الله بن باز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1379 هـ.
- 137- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشّافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج 6، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1402 هـ.
- 138- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشّافعي، فتح السّلام شرح عمدة الأحكام، للحافظ ابن حجر العسقلاني، جمعه وهذّبه وحقّقه: أبو محمّد عبد السّلام بن محمّد العامر، ج 5، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.
- 139- أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصّنعاني، التّاج المذهب لأحكام المذهب، ج 3، د. د. ط، بيروت، لبنان، 1366 هـ.
- 140- أحمد بن قودر شمس الدّين قاضي عسكر روملي، قاضي زاده، تكملة فتح القدير، ت: عبد الرزّاق غالب مهدي، ج 9، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2003.
- 141- أحمد بن محمّد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العبّاس، شهاب الدّين، إرشاد السّاري لشرح صحيح البخاري، ج 4، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 7، 1323 هـ.
- 142- أحمد بن محمّد بن أبي بكر بن عبد الملك القسطلاني القتيبي المصري، أبو العبّاس، شهاب الدّين، إرشاد السّاري لشرح صحيح البخاري، ج 10، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ط 7، 1323 هـ.
- 143- أحمد بن محمّد بن أحمد بن جعفر بن حمدان أبو الحسين القدّوري، التّجريد للقدّوري، ت: محمّد أحمد سراج، علي جمعة محمّد، ج 8، دار السّلام، القاهرة، ط 2، 2006.
- 144- أحمد بن محمّد بن إسماعيل الطّحطاوي الحنفي، حاشية الطّحطاوي على مراقبي الفلاح شرح نور الايضاح، ت: محمّد عبد العزيز الخالدي، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.

- 145- أحمد بن محمد بن علي الأنصاري أبو العباس نجم الدين المعروف بابن رفعة، كفاية التّبيه في شرح التّنبيه، ت: مجدي محمد سرور باسلوم، ج 12، دار الكتب العلمية، د. د. ط، ط 1، 2009.
- 146- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، إيضاح الأحكام لما يأخذه العمّال والحكّام، ت: رضا العبّادي، بيروت، لبنان، ط 1، 2004.
- 147- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 6، المكتبة التجاريّة الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، مصر، 1983.
- 148- أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج 7، المكتبة التجاريّة الكبرى لصاحبها مصطفى محمد، مصر، 1983.
- 149- أحمد بن محمد بن محمد، أبو الوليد، لسان الدّين ابن الشّحنة الثّقفي الحلبي الحلبي، لسان الحكّام في معرفة الأحكام، ج 1، البابي الحلبي، القاهرة، ط 2، 1973.
- 150- أحمد بن محمد مكّي، أبو العباس، شهاب الدّين الحسيني الحموي الحنفي، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنّظائر، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1985.
- 151- أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 3، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ط 1، 1949.
- 152- أحمد بن يحيى ابن المرتضى، البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 4، مكتبة الخانجي، القاهرة، مصر، ط 1، 1949.
- 153- أحمد بن يحيى بن المرتضى، البحر الزخّار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج 5، مؤسّسة الرّسالة، بيروت، لبنان، 1394 هـ.
- 154- أحمد بن يحيى بن المرتضى، عيون الأزهار في فقه الأئمّة الأطهار، دار الكتاب اللّبناني، بيروت، لبنان، ط 1، 1975.
- 155- أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتا قليوبي وعميرة، ج 3، دار الفكر، بيروت، 1995.
- 156- أحمد سلامة، الأحوال الشّخصية للوطنيين غير المسلمين ولالأجانب، دار الفكر العربي، مصر، ط 3، د. س. ط.
- 157- أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، م 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 1998.
- 158- أحمد عبد الرزّاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 2، نظرية الإلتزام بوجه عام (الإثبات - آثار الإلتزام)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطّبعة الثالثة الجديدة، 1998.

- 159- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ج 4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1998.
- 160- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 6، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الإيجار والعارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998.
- 161- أحمد عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، ج 8، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.
- 162- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، م 1، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3 الجديدة، 1998.
- 163- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، م 2، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع وحق الارتفاق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3 الجديدة، 1998.
- 164- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 1 (مقدمة - صيغة العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.
- 165- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 2 (توافق الإرادتين في مجلس العقد - صحة التراضي (الغلط - التدليس - الإكراه))، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.
- 166- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 3 (محل العقد)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.
- 167- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 4 (نظرية السبب ونظرية البطالان)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.
- 168- أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.
- 169- أحمد عبد العال أبو قرين، عقد البيع في ضوء الفقه والتشريع وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 3، 2006.
- 170- أحمد غنيم بن سالم ابن مهنا، شهاب الدين النفاوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على

- رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2، دار الفكر، د. ب. ط، 1995.
- 171- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، 1987.
- 172- أحمد فراج حسين، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2003.
- 173- أحمد محمد عساف، الحلال والحرام في الإسلام، دار إحياء العلوم، بيروت، لبنان، 1984.
- 174- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 175- أسامة أحمد شتات، قوانين الأحوال الشخصية والميراث والوصية والولاية على المال حسب أحدث التعديلات، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2006.
- 176- أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دراسة مقارنة بين القانون اللبناني والشريعة الإسلامية والقوانين الحديثة العربية والأوروبية، دار إقرأ للنشر والتوزيع والطباعة، بيروت، لبنان، ط1، 1981.
- 177- إسماعيل أحمد ياغي، الدولة العثمانية في التاريخ الإسلامي الحديث، مكتبة العبيكان، د. ب. ط، ط2، 1998.
- 178- إسماعيل بن عمر القرشي الدمشقي أبو الفدا بن كثير، تفسير القرآن العظيم، ج 4، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 2002.
- 179- إسماعيل عبد النبي شاهين، إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المدني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2013.
- 180- إسماعيل غانم، مذكرات في العقود المسماة، القاهرة، مصر، 1958.
- 181- إسماعيل غانم، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، د. د. ط، د. ب. ط، ط 2، 1961.
- 182- إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، د. ب. ط، 1968.
- 183- آسيا دودة، خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 184- أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث، دراسة فقهية قانونية مقارنة على ضوء الشريعة الإسلامية (حنفي، جعفري، درزي وقانون الإرث لغير المحمديين 23 حزيران 1959)، منشورات زين الحقوقية، د. ب. ط، ط 1، 2013.
- 185- أنور سلطان، العقود المسماة، شرح البيع والمقايضة، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، ط 2، 1952.
- 186- أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1970.
- 187- الحافظ عبد العظيم بن عبد القوي، مختصر سنن أبي داود، ت: محمد صبحي بن حسن حلاق (أبو مصعب)، ج 2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2010.
- 188- الحسين بن محمد أبو المواهب العبكري، رؤوس المسائل الخلافية على مذهب أحمد، ت: عبد

- الملك دهّيش، ج 2، مكتبة الأسد، مَكَّة المكرمة، ط 1، 1428 هـ.
- 189- الحسين بن محمد بن سعيد اللاعي، المعروف بالمغربي، البدر التمام شرح بلوغ المرام، ت: علي بن عبد الله الزّين، ج 6، دار هجر، د. ب. ط، ط 1، 2007.
- 190- الرّاغب الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن، ت: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 191- الرّشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 1، 2008.
- 192- السيّد أبو الحسن الموسوي الأصفهاني، وسيلة النّجاة، ج 2، د. د. ط، د. ب. ط، ط 1، 1393 هـ.
- 193- السيّد محمد كاظم اليزيدي، العروة الوثقى، ج 2، د. د. ط، ط، طهران، 1371 هـ.
- 194- الرّوياني، أبو المحاسن عبد الواحد بن إسماعيل، بحر المذهب، ت: طارق فتحي السيّد، ج 7، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 2009.
- 195- الشّيخ علي بن الشّيخ أحمد بن الشّيخ نور الدين بن محمد بن الشّيخ إبراهيم، الشّهير بالعزيري، السّراج المنير شرح الجامع الصّغير في حديث البشير النّذير، ج 3، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.
- 196- الصّادق عبد الرّحمن الغرياني، مدوّنة الفقه المالكي وأدلّته، ج 4، مؤسّسة الرّيان للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، 2006.
- 197- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري (الميراث والوصية)، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 198- العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1994.
- 199- العربي بلحاج، النّظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، التصرّف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 3، 2004.
- 200- العلامة محمد الزّهري الغمراوي، السّراج الوهّاج على متن المنهاج، دار المعرفة للطباعة والنّشر، بيروت، د. س. ط.
- 201- العلمي الحراق، التّوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتّقنين المغربي وتطبيقاته في مدوّنة الأسرة، ج 2، مكتبة دار السّلام، الرّباط، طبعة مزيدة ومنقّحة، 2009.
- 202- الغوثي بن ملحّة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط 1، 2005.
- 203- القاضي أبو يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف المعروف بـ ابن الفراء، المسائل الفقهية من كتاب الرّوايتين والوجهين، ت: عبد الكريم بن محمد اللّاحم، ج 1، مكتبة المعارف، الرّياض، ط 1، 1985.

- 204- القاضي أبو محمّد عبد الوهّاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ت: الحبيب بن طاهر، ج 2، دار بن حزم، بيروت، لبنان، ط 1، 1999.
- 205- القاضي محمّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، ت: محمّد عبد القادر عطا، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003.
- 206- القاضي محمّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، أحكام القرآن، ت: محمّد عبد القادر عطا، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 3، 2003.
- 207- القاضي محمّد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الإشبيلي المالكي، المسالك في شرح مؤطّأ مالك، ت: محمّد بن الحسين السّليمانى وعائشة بنت الحسين السّليمانى، ج 6، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط 1، 2006.
- 208- المنجور أحمد بن علي المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب، ت: محمّد الشيخ محمّد الأمين، ج 1، دار عبد الله الشنقيطي، د. ب. ط، د. س. ط.
- 209- الصّدّيق محمّد الأمين الضّير، الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. د. ط، د. ب. ط، 1967.
- 210- الصّدّيق محمّد الأمين الضّير، الغرر في العقود آثاره في التّطبيقات المعاصرة، المعهد الإسلامي للبحوث والتّدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدّة، ط 1، 1993.
- 211- الطّاهر بريك، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دراسة وصفية تحليلية، دار الهدى للطباعة والنّشر والتّوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013.
- 212- المهلّب بن أحمد بن أبي صُفْرَة أسيد بن عبد الله الأسديّ الأندلسيّ، المريئي، المُختَصَرُ النّصيح في تهذيب الكتاب الجامع الصّحيح، ت: أحمد بن فارس السّلوّم، ج 3، دار التّوحيد، دار أهل السنّة، الرّياض، 2009.
- 213- بدر جمال مرسي، الثّيابة في التصرّفات القانونية، دار البصير، الإسكندرية، د. س. ط.
- 214- بدران أبو العينين بدران، الشّريعة الإسلامية تاريخها ونظرية الملكية والعقود، مؤسّسة شباب الجامعة، الإسكندرية، مصر، د. س. ط.
- 215- بسّام نهار البطون، الشّهادة في الشّريعة الإسلامية، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، دار الثقافة للنّشر والتّوزيع، عمان، ط 1، 2010.
- 216- بشار عواد معروف، أبو المعاطي محمّد النّوّي، أحمد عبد الرزّاق عيد، أيمن إبراهيم الزّامل، محمود محمّد خليل، المسند الجامع لأحاديث الكتب السنّة ومؤلّفات أصحابها الأخرى، وموطّأ مالك، ومسانيد الحميدي، وأحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، وسنن الدّرامي، وصحيح بن خزيمة، ج 5، دار الجليل، بيروت، والشّركة المتّحدة، الكويت، ط 1، 1993.

- 217- بن موسى بن عياض بن عمرو بن يحيى السبتي، أبو الفضل، شَرَحَ صَحِيحَ مُسْلِمٍ لِلْقَاضِي عِيَّاضِ الْمِسْمَعِيِّ إِكْمَالُ الْمُعْلَمِ بِقَوَائِدِ مُسْلِمٍ، ت: يَحْيَى إِسْمَاعِيل، ج5، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، ط1، 1998.
- 218- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السلمي الدِّمِيرِي الدُّمِيَّاطِي المالكِي، الشَّامِل فِي فَهْمِ الْإِمَامِ مَالِكٍ، ضبطه وصحَّحه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، ج2، مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، د. د. ط، ط1، 2008.
- 219- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرَّاني، مجموع الفتاوى، ت: القحطاني، ج4، مكتبة الرشد، بيروت، لبنان، ط1، 2005.
- 220- تقي الدين أحمد بن محمد بن عليّ البغدادي، المقرئ الأذمي الحنبلي، المتور في راجح الحرر، ت: وليد عبد الله المنيس، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط1، 2003.
- 221- توفيق حسن فرج، الوجيز في عقد البيع، الدار الجامعية، بيروت، 1998.
- 222- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم، المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، د. د. ط، ط1، 2000.
- 223- جعفر بن الحسن بن أبي زكريّا بن سعيد الهزلي، فقه الإمام جعفر الصادق، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.
- 224- جلال العدوي، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 225- جلّول فاتح، الحماية القانونية لخاتم الدولة في التشريع الجزائري وآفاق ترقيتها لدى الأعوان القضائيين، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- 226- جلّول فاتح، إشكالية تكييف مسؤولية الموثق عن أعماله ومعيّار التفرقة بين الخطأ المدني والخطأ الجزائي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014.
- 227- جمال الدين أبو الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، زاد المسير في علم التفسير، ت: عبد الرزاق المهدي، ج3، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1422 هـ.
- 228- جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزبلي، نصب الرّاية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الأملعي في تخريج الزبلي، ت: محمد عوامة، ج4، مؤسسة الريان للطباعة والنشر ودار القبلة للثقافة الإسلامية، بيروت، جدّة، 1997.
- 229- جمال العطيفي، التقنين المدني المصري، ج1، دار النشر للجامعات المصرية، مصر، 1949.
- 230- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006.
- 231- جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، إصدار شركة كليك لخدمات

- الحاسوب، الجزائر، ط1، سبتمبر 2009.
- 232- جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، ج1، البيع والمقايضة والايجار، دار النهضة العربية، القاهرة، 1964.
- 233- حسن الكهوجي، زاد المحتاج، ت: عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، ج2، المكتبة العصرية، د. س. ط.
- 234- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون، دار الاتحاد العربي للطباعة، د. ب. ط، د. س. ط.
- 235- حسين عبد اللطيف حمدان، نظام التسجيل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 236- حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، د. د. ط، د. ب. ط، 1949.
- 237- حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، طبعة جديدة، 2001.
- 238- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- 239- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، ط8، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 240- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط6، 2013.
- 241- خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لأموال الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية والإجراءات القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.
- 242- خلف بن أبي القاسم محمد، الأزدي القيرواني، أبو سعيد ابن البراذعي المالكي، التهذيب في اختصار المدونة، ت: محمد الأمين ولد محمد سالم بن الشيخ، ج4، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، ط1، 2002.
- 243- خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 244- خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي المصري، مختصر العلامة خليل، ت: أحمد جاد، ج1، دار الحديث، القاهرة، ط1، 2005.
- 245- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، د. ب. ط، د. س. ط.
- 246- رضوان الشافعي علي مرزوق، رسوم الخدمات العامة من منظور الفقه الإسلامي والتشريع المالي الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط1، 2011.

- 247- رمضان أبو السَّعود، الموجز في شرح العقود المسماة، دراسة مقارنة في القانون المصري واللبناني، الدار الجامعية، د. ب. ط، 1994.
- 248- رمضان أبو السَّعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- 249- رمضان بو عبد الله، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2008.
- 250- رمضان جمال كامل، الحماية القانونية للحياة، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، القاهرة، ط 1، 2002.
- 251- رمضان علي السيد الشرنباصي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، تطوره، مدارسه، مصادره قواعده، نظرياته، د. د. ط، ط 2، 1982.
- 252- زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، 2000.
- 253- زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السّنيكي، نهج الطالب في فقه الإمام الشّافعي رضي الله عنه، ت: صلاح بن محمّد بن عويضة، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1418 هـ.
- 254- زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السّنيكي، الغرر البهيّة في شرح البهجة الوردية، ج 3، المطبعة الميمنية، د. ب. ط، د ت ط.
- 255- زكريّا بن محمّد بن أحمد بن زكريّا الأنصاري، زين الدّين أبو يحيى السّنيكي، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، ج 2، دار الكتاب الإسلامي، د. ب. ط، د. س. ط.
- 256- زكريّا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة (مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 257- زين الدّين المنجّي بن عثمان بن أسعد ابن المنجي التّنوخي الحنبلي، الممتع في شرح المقنع، ت: عبد الملك بن عبد الله بن دهّيش، ج 3، مكتبة الأسد، مكّة المكرمة، ط 3، 2003.
- 258- زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، د. ب. ط، ط 2، د. س. ط.
- 259- زين الدّين بن إبراهيم بن محمّد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرّائق شرح كنز الدّقائق، ج 7، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 260- زين الدّين عبد الرّحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، تقرير القواعد وتحرير الفوائد [المشهور بـ «قواعد ابن رجب»]، ت: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، ج 1، دار ابن عقّان للنشر والتوزيع، المملكة العربية السّعودية، ط 1، 1419 هـ.

- 261- زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن، السَّلَامِي، البغدادي، ثمَّ الدَّمَشَقِي الحنبلي، جامع العلوم والحكم في شرح خمسين حديثاً من جوامع الكلم، ت: مُحَمَّد الأحمدي أبو النور، ج1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، د. ب. ط، ط2، 2004.
- 262- زين الدين مُحَمَّد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدَّادي ثمَّ المتناوي القاهري، التَّسْيِير بشرح الجامع الصَّغِير، ج 1، مكتبة الإمام الشَّافعي، الرِّيَاض، ط 3، 1988.
- 263- زين الدين مُحَمَّد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدَّادي ثمَّ المتناوي القاهري، فيض القدير شرح الجامع الصَّغِير، ج4، المكتبة التَّجَارِيَةِ الكُبْرَى، مصر، ط1، 1356 هـ.
- 264- زين العابدين ناصر، مبادئ المالية العامَّة، د. د. ط، د. ب. ط، 2002.
- 265- سراج الدِّين أبي حفص عمر بن رسلان البلقيني الشَّافعي، التَّدرِيب في الفقه الشَّافعي المسمَّى بـ «تدريب المبتدي وتهذيب المنتهي» ومعه «تتمَّة التدريب» لعلم الدِّين صالح ابن الشَّيْخ سراج الدِّين البلقيني - رحمه الله -، ت: أبو يعقوب نشأت بن كمال المصري، ج2، دار القبلتين، الرِّيَاض، المملكة العربية السَّعُودِيَّة، ط1، 2012.
- 266- سليم رستم باز، شرح المجلَّة، دار إحياء التَّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 3، 1305 هـ.
- 267- سليمان بن أحمد بن أيُّوب بن مطير اللَّحْمِي الشَّامِي، أبو القاسم الطَّبْرَانِي، المعجم الأوسط، ت: طارق بن عوض الله بن مُحَمَّد، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني، ج8، دار الحرمين، القاهرة، د. س. ط.
- 268- سليمان بن أحمد بن أيُّوب بن مطير اللَّحْمِي الشَّامِي، أبو القاسم الطَّبْرَانِي، المعجم الكبير، ت: حمدي بن عبد المجيد السَّلَفِي، ج 12، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، ط2، 1994.
- 269- سليمان بن عمر بن منصور العجيلي الأزهري، المعروف بالجمال، فتوحات الوهَّاب بتوضيح شرح منهج الطَّلَّاب المعروف بحاشية الجمال، ج 3، مصطفى البابي الحلبي، د. ب. ط، د. س. ط.
- 270- سليمان بن مُحَمَّد بن عمر البُجَيْرِمِي المصري الشَّافعي، تحفة الحبيب على شرح الخطيب = حاشية البجيرمي على الخطيب، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، د. س. ط.
- 271- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسمَّاة، عقد البيع، د. د. ط، 1980.
- 272- سمير تناغو، عقد البيع، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1973.
- 273- شرف الدِّين الحسين بن عبد الله الطَّيْبِي، فتوح الغيب في الكشف عن قناع الرِّيب (حاشية الطَّيْبِي على الكشَّاف) ت: إيَّاد مُحَمَّد الغوج، ج9، النَّاشِر جائرة دبي للقرآن الكريم، د. ب. ط، ط 1، 2013.
- 274- شفيق شحاتة، النَّظَرِيَّة العامة للالتزامات في الشَّرِيعَةِ الإسلاميَّة، مطبعة الاعتماد، القاهرة، 1936.
- 275- شمس الدِّين أبو الفرج عبد الرَّحْمَن بن مُحَمَّد بن أحمد بن قدامة المقدسي، الشَّرح الكبير (المطبوع مع المقنع والإنصاف)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التَّركي، عبد الفتاح مُحَمَّد الحلو، ج 17، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، جمهورية مصر العربية، ط1، 1995.

- 276- شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمن الطّرابلسي المغربي، المعروف بالخطّاب الرّعيّني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، د. ب. ط، ط 3، 1992.
- 277- شمس الدّين أبو عبد الله محمّد بن محمّد بن عبد الرّحمن الطّرابلسي المغربي، المعروف بالخطّاب الرّعيّني المالكي، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ج 6، دار الفكر، د. ب. ط، ط 3، 1992.
- 278- شمس الدّين محمّد بن أبي العبّاس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 3، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984.
- 279- شمس الدّين محمّد بن أبي العبّاس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 4، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984.
- 280- شمس الدّين محمّد بن أبي العبّاس أحمد بن حمزة شهاب الدّين الرّملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، دار الفكر للطباعة، بيروت، لبنان، 1984.
- 281- شمس الدّين محمّد بن أحمد بن علي بن عبد الخالق، المنهاجي الأسيوطي ثمّ القاهري الشّافعي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقّعين والشّهود، ت: مسعد عبد الحميد محمّد السّعدني، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1996.
- 282- شمس الدّين محمّد بن عبد الله الزّركشي المصري الحنبلي، شرح الزّركشي، ج 4، دار العبيكان، د. ب. ط، ط 1، 1993.
- 283- شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، الإقناع في حلّ ألفاظ أبي شجاع، ت: مكتب البحوث والدراسات، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1415 هـ.
- 284- شمس الدّين، محمّد بن أحمد الخطيب الشّربيني الشّافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ت: خليل عيتاني، ج 2، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.
- 285- شهاب الدّين أبو العبّاس أحمد بن أحمد بن حمزة الرّملي، فتح الرّحمن بشرح زيد ابن رسلان، عن به سيّد بن شلتوت الشّافعي، ج 1، دار المنهاج، بيروت، لبنان، ط 1، 2009.
- 286- شهاب الدّين أبو العبّاس أحمد بن أحمد بن محمّد بن عيسى البرنسي الفاسي، المعروف بـ زروق، شرح زروق على متن الرّسالة لابن أبي زيد القيرواني، إعتنى به: أحمد فريد المزيدي، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2006.
- 287- صبحي محمّداني، النظريّة العامّة للموجبات والعقود في الشّريعة الإسلامية، بحث مقارن في المذاهب المختلفة والقوانين الحديثة، ج 2، دار العلم للملايين، د. د. ط، د. ب. ط، ط 3، 1983.
- 288- ضياء الدّين أبو عبد الله محمّد بن عبد الواحد المقدسي، السّنن والأحكام عن المصنّف عليّه أفضل الصّلاة والسّلام، ت: أبي عبد الله حسين بن عكاشة، ج 4، دار ماجد عسيري، المملكة العربية السّعودية، ط 1، 2004.

- 289- ضياء الدين عبد العزيز الثميني، كتاب النبل وشفاء العليل، ج 2، دار التراث العربي، ليبيا، 1392هـ.
- 290- ظفر أحمد العثماني التهانوي، إعلاء السنن، ج 15، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1، 2001.
- 291- عباس حسني محمد، العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، د. د. ط، د. س. ط، ط 1، 1993.
- 292- عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، شرح الزرقاني على مختصر خليل ومعه: الفتح الرباني فيما ذهل عنه الزرقاني، ضبطه وصححه وخرجه آياته: عبد السلام محمد أمين، ج 7، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2002.
- 293- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 9، 2017.
- 294- عبد الحق صافي، القانون المدني، تكوين العقد، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
- 295- عبد الحق صافي، الملكية المشتركة للعوامات والدور المقسمة إلى شقق أو طبقات أو محلات، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2009.
- 296- عبد الحميد الشواربي، عز الدين الديناصور، الصورة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، د. س. ط.
- 297- عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1993.
- 298- عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقا للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، ج 1، م 1، مطبوعات جامعة الكويت، د. س. ط.
- 299- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، تعليق: إبراهيم محمد رمضان، م 3، شركة دار الأرقم بن أبي الأرقم للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 300- عبد الرحمن السعدي، تفسير السعدي، مكتبة الإيمان، المنصورة، د. س. ط.
- 301- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط 3، 2001.
- 302- عبد الرحمن بن أبي بكر، جلال الدين السيوطي، التوشيح شرح الجامع الصحيح، ت: رضوان جامع رضوان، ج 4، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1998.
- 303- عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ج 1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، ط 1، 2003.
- 304- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت: خليلي المنصور، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.

- 305- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجّع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ت: خليلي المنصور، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1998.
- 306- عبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، المعروف بداماد أفندي، مجّع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 6، دار إحياء التراث العربي، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.
- 307- عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي الحنبلي التجدي، حاشية الرّوض المرتّع شرح زاد المستنقع، ج6، د. د. ط، د. ب. ط، ط1، 1397 هـ.
- 308- عبد الرزّاق حسن فرج، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.
- 309- عبد الرزّاق حمودي، الموسوعة القضائية في القضايا العقارية باجتهادات حديثة لم يسبق نشرها وتعليق قانونية، روافد العلم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 310- عبد الستار آدم، الشريعة الإسلامية والقانون المدني المصري، دراسة مقارنة، مطبوعات المجلس الأعلى، مصر، د. س. ط.
- 311- عبد السلام التنوخي، الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم، نظرية الحق، ج 3، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ليبيا، ط 2، 1997.
- 312- عبد السلام الهواري، في شرح وثائق بناني المعروفة بالوثائق الفرعونية، دار الكتب العربية، تونس، 1949.
- 313- عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد ابن تيمية الحرّاني أبو البركات مجد الدين، المحرّر في الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج 1، مكتبة المعارف، الرياض، ط 2، 1984.
- 314- عبد السّند حسن يمّامة، موسوعة شروح الموطأ للإمام مالك بن أنس، التمهيد والاستذكار لأبي يوسف بن عبد الله بن عبد البرّ، القبس لأبي بكر محمد عبد الله بن العربي المالكي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مركز البحوث الإسلامية، القاهرة، ط1، 2005.
- 315- عبد العبود زغلول، نظرية التوثيق في الشريعة الإسلامية، مؤسّسة دار الكتب، الكويت، ط 1، 1989.
- 316- عبد العزيز أبو محمد عزّ الدين السلمي، سلطان العلماء ابن عبد السلام، الإشارة إلى الإيجاز، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 317- عبد العزيز بن عبد الله بن باز، الحلل الإبريزية من التعليقات البازية على صحيح البخاري، ج2، دار التدمرية للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، ط1، 2007.
- 318- عبد العزيز محمودي، ردّ التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، التصرّف في مرض الموت والتصرّف مع الاحتفاظ بالحياة والمنفعة، مدّعم بتطبيقات قضائية، قصر الكتاب، الجزائر، 2006.

- 319- عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغداددي، الجزائر، ط2، 2010.
- 320- عبد الغني بن طالب الدمشقي الميداني الغنيمي، اللّباب في شرح الكتاب، ج 2، ت: محمد محيي الدّين عبد الحميد، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 321- عبد الفتّاح تقيّة، المختصر في الفقه المدني من خلال الفقه الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 322- عبد الفتّاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون المدني الكويتي، ج 1، نظرية الحق والإرادة المنفردة، د. د. ط، د. ب. ط، 1983.
- 323- عبد القادر داودي، الأحكام الشّرعية في الأحوال الشّخصيّة، دراسة شرعية قانونية مقارنة، دار البصائر للتّوزيع والنّشر، الجزائر، ط1، 2007.
- 324- عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، أبو القاسم الرّافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير، ت: علي محمد عوض، عادل أحمد عبد الموجود، ج6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1997.
- 325- عبد الكريم حامدي، نظرات في أصول الشّريعة والفقه الإسلامي للإمام محمد الغزالي، بيت الحكمة للنّشر والتّوزيع، الجزائر، ط 1، 2010، ص. 53.
- 326- عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشّريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطّاب، الإسكندرية، د. س. ط.
- 327- عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، دار التّوزيع، د. ب. ط، 1993.
- 328- عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدّين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، ت: محمود أبو دقيقة، ج 3، دار الحلبي، القاهرة، 1937.
- 329- عبد المجيد الحكيم، الكافي، شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني ج1، مصادر الالتزام، د. د. ط، د. ب. ط، 1993.
- 330- عبد المجيد محمود عبد المجيد، الإبتجهاات الفقهية عند أصحاب الحديث في القرن الثّالث الهجري، مكتبة الخانجي، مصر، 1979.
- 331- عبد المحسن بن عبد الله بن عبد الكريم الرّامل، شرح القواعد السّعدية، إعتنى بها وخرّج أحاديثها: عبد الرّحمن بن سليمان العبيد أيمن بن مسعود العنقري، دار أطلس الخضراء للنّشر والتّوزيع، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، ط 1، 2001.
- 332- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، أبو المعالي، ركن الدّين، الملقّب بإمام الحرمين، نهاية المطلب في دراية المذهب، ت: عبد العظيم محمود الدّيب، ج 8، دار المناهج، جدّة، السّعودية، ط 1، 2007.
- 333- عبد المنعم البدرأوي، التّأمينات العينية، مكتبة سيّد عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، د. س. ط.
- 334- عبد المنعم البدرأوي، الوجيز في عقد البيع، مكتبة سيّد عبد الله وهبة، دب ط، 1980.

- 335- عبد المنعم فرج الصدّة، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حق الملكية، د. د. ط، د. ب. ط، 1960.
- 336- عبيد الله بن الحسين بن الحسن أبو القاسم ابن الجلاب المالكي، التفرع في فقه الإمام مالك بن أنس رحمه الله، ت: سيد كسروي حسن، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 2007.
- 337- عثمان بن أحمد النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب، ت: حسنين محمد مخلوف المدني، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.
- 338- عثمان بن المكي الزبيدي التوزري، توضيح الأحكام على تحفة الحكام، ج 4، المطبعة التونسية، تونس، ط 1، 1339 هـ.
- 339- عثمان بن علي بن محجن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج 5، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، مصر، 1313 هـ.
- 340- عدلي أمير خالد، أحكام وإجراءات شهر الملكية العقارية في ضوء المستحدث من قانون الشهر العقاري الشخصي والسجل العيني وأحكام النقص والدستورية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2013.
- 341- عصام أنور سليم، هيمنة مبادئ الشريعة الإسلامية على القانون المدني، منشأة المعارف، د. ب. ط، 1995.
- 342- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان بن أحمد المرداوي، الإنصاف في معرفة الرّاجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد (المطبوع مع المقنع والشرح الكبير)، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ج 17، هجر للطباعة والنشر، الجيزة، مصر، ط 1، 1995.
- 343- علاء الدين محمد بن محمد أمين (المعروف بابن عابدين) بن عمر بن عبد العزيز عابدين الحسيني الدمشقي، قره عين الأختيار لتكملة ردّ المختار على «الدّر المختار شرح تنوير الأبصار» (مطبوع بآخر ردّ المختار)، ج 2، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1387 هـ.
- 344- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1986.
- 345- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، بدائع الصّنائع في ترتيب الشّرائع، ج 6، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 2، 1986.
- 346- علي الخفيف، أحكام المعاملات الشّرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط 3، د. س. ط.
- 347- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والإرادة المنفردة، بحث مقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009.
- 348- علي بن (سلطان) محمد، أبو الحسن نور الدين الملا الهروي القاري، مرقاة المفاتيح شرح مشكاة المصابيح، ج 7، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط 1، 2002.
- 349- علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين، الهداية في شرح

- بداية المبتدي، ت: طلال يوسف، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 350- علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التُّسُولي، البهجة في شرح التَّحفة، ت: محمد عبد القادر شاهين، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998.
- 351- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
- 352- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 353- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2005.
- 354- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، العقار، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 5، 2009.
- 355- عمار نصّار، مذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، مدونة القانون المدني المصري، قوانين الشُّرُوق، القاهرة، ط1، 2007.
- 356- عيسى بن سهل بن عبد الله الأسدي الجياني القرطبي الغرناطي أبو الأصْبَغ، ديوان الأحكام الكبرى أو الإعلام بنوازل الأحكام وقطر من سير الحكّام، ت: يحيى مراد، ج1، دار الحديث، القاهرة - جمهورية مصر العربية، 2007.
- 357- غالب بن علي عواجي، المذاهب الفكرية المعاصرة ودورها في المجتمعات وموقف المسلم منها، ج2، المكتبة العصرية الذهبيّة، جدّة، ط1، 2006.
- 358- فريدة محمّدي زواوي، الحياة والتّقدّم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 359- فيصل بن عبد العزيز آل مبارك، كلمات السّداد على مَتَنِ الزّاد، غُني به: محمّد بن حسن بن عبد الله آل مبارك، كنوز إشبيلية للنشر والتّوزيع، المملكة العربية السّعودية، ط1، 2007.
- 360- فيصل بن عبد العزيز بن فيصل ابن حمد المبارك الحريملي النّجدي، بستان الأخبار مختصر نيل الأوطار، ج2، دار إشبيلية للنشر والتّوزيع، الرّياض، ط1، 1998.
- 361- قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال النّاس على مذهب أبي حنيفة النّعمان، اعتناء صلاح الدّين النّاهي، دار العربية للنشر والتّوزيع، عمّان، الأردن، 1987.
- 362- كمال الدّين محمّد بن عبد الواحد السيّواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج 9، دار الفكر، ب. د. ط، د. س. ط.
- 363- كمال الدّين، محمّد بن موسى بن عيسى بن علي الدّميري أبو البقاء الشّافعي، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ت: لجنة علمية، ج 5، دار المنهاج، جدّة، ط1، 2004.
- 364- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية قانونية وقضائية مقارنة، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة للطباعة والنشر والتّوزيع، الجزائر، ط3، 2008.

- 365- لحسين بن شيخ آث ملويا، عقد الوكالة، دراسة فقهية، قانونية وقضائية مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- 366- لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة المعدل والمتمم بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، دراسة تفسيرية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2014.
- 367- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ مالك برواية محمد بن الحسن الشيباني، ت: عبد الوهاب عبد اللطيف، المكتبة العلمية، د. ب. ط، الطبعة الثانية، مزيّدة منقّحة، د. س. ط.
- 368- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، موطأ الإمام مالك، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1985.
- 369- مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي المدني، المدونة، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1994.
- 370- مامون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط2، 1987.
- 371- مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، جامع الأصول في أحاديث الرسول، ج11، ت: عبد القادر الأرئوط، مكتبة الحلواني - مطبعة الملاح - مكتبة دار البيان، د. ب. ط، 1972.
- 372- مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ت: طاهر أحمد الزاوي ومحمود محمد الطناحي، ج5، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1979.
- 373- مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيباني الجزري ابن الأثير، الشافي في شرح مُسنَد الشافعي لابن الأثير، ت: أحمد بن سليمان، أبي تميم ياسر بن إبراهيم، ج4، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 2005.
- 374- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ديوان الأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003.
- 375- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2008.
- 376- مجير الدين بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، ت: نور الدين طالب، ج2، دار دار النوادر (إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - إدارة الشؤون الإسلامية)، د. د. ط، ط1، 2009.
- 377- مجير الدين بن محمد العليمي المقدسي الحنبلي، فتح الرحمن في تفسير القرآن، ت: نور الدين

- طالب، ج 6، دار دار التّوادر (إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية - إدارة الشؤون الإسلامية)، د. د. ط، ط 1، 2009.
- 378- محفوظ بن أحمد بن الحسن، أبو الخطّاب الكلوزاني، الهداية على مذهب الإمام أبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل الشّيباني، ت: عبد اللطيف هميم، ماهر ياسين الفحل، مؤسسة غراس للنشر والتوزيع، د. ب. ط، ط 1، 2004.
- 379- محمد ابن معجوز، الحقوق العينية في الفقه الإسلامي والتّقنين المغربي، مطبعة دار النّجاح الجديدة، الدّار البيضاء، المغرب، 1990.
- 380- محمد ابن أحمد أبو زهرة، أصول الفقه، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.
- 381- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، د. ب. ط، د. س. ط.
- 382- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، د. س. ط.
- 383- محمد أبو زهرة، محاضرات في الوقف، دار الفكر العربي، مصر، ط 2، د. س. ط.
- 384- محمد أبو زهرة، شرح قانون الوصية، دار الفكر العربي، د. ب. ط، 1988.
- 385- محمد أحمد الرّاشد، الرّقائيق، مؤسسة الرّسالة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط 18، 2003.
- 386- محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتّعسف في استعمال الحقّ من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
- 387- محمد أشرف بن أمير بن علي بن حيدر، أبو عبد الرحمن، شرف الحق، الصديقي، العظيم آبادي، عون المعبود شرح سنن أبي داود، ومعه شرح ابن القيم الجوزية، ج 9، دار الفكر للطباعة والنّشر، بيروت، لبنان، ط 2، 1979.
- 388- محمد الأمير المالكي، ضوء الشّموع شرح المجموع في الفقه المالكي، ت: محمد محمود ولد محمد الأمين المسومي، ج 4، دار يوسف بن تاشفين - مكتبة الإمام مالك، نواكشوط، موريتانيا، ط 1، 2005.
- 389- محمد الأمين بن المختار الشنقيطي، مذكرة أصول الفقه (على روضة الناظر للعلامة ابن قدامة)، الدّار السّلفية للنّشر والتّوزيع، الجزائر، د. س. ط.
- 390- محمد الأمين بن عبد الله الأرمي العلوي الحرري الشافعي، تفسير حدائق الرّوح والرّيحان في رواي علوم القرآن، ت: هاشم محمد علي بن حسين مهدي، ج 24، دار طرق النّجاة، بيروت، لبنان، ط 1، 2001.
- 391- محمد الأمين بن عبد الله الأرمي العلوي الحرري الشافعي، الكوكب الوهّاج شرح صحيح مسلم (المسمّى: الكوكب الوهّاج والرّوض البهّاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج) مراجعة: لجنة من العلماء برئاسة البرفسور هاشم محمد علي مهدي، ج 26، دار المنهاج، دار طوق النّجاة، مكّة المكرمة، ط 1، 2009.

- 392- محمد البشوراي، كمال بلحرقة، محاضرات في توثيق العقود، مطبعة أشرف تاسيلا، د. ب. ط، ط 1، 2008.
- 393- محمد الحبيب التّجكاني، نظام التبرّعات في الشريعة الإسلامية، دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري، دار النّشر المغربية، الدّار البيضاء، 1983.
- 394- محمد الشّرقاوي، حاشية الشّرقاوي على التّحرير، ج 2، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ط، د. س. ط.
- 395- محمد الطّاهر بن محمد بن محمد الطّاهر بن عاشور، التّحرير والتّنوير، ج 4، دار سحنون، تونس، 1997.
- 396- محمد الطّاهر بن محمد بن محمد الطّاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية، ت: محمد الحبيب ابن الخوجة، ج 3، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، 2004.
- 397- محمد المنجي، مدى سلطة الولي الطّبيعي في الرّجوع في الهبة عند الرّزق بمولود جديد، سلسلة أبحاث قصيرة بمناسبة قضايا عملية 2، د. د. ط، د. ب. ط، 1980.
- 398- محمد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد شمس الدّين ابن القيم الجوزية، إغاثة اللّهفان من مصائد الشّيطان، ت: محمد حامد الفقي، ج 1، مكتبة المعارف، الرّياض، المملكة العربية السّعودية، د. س. ط.
- 399- محمد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد شمس الدّين ابن القيم الجوزية، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، ت: محمد عبد السّلام إبراهيم، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1991.
- 400- محمد بن أبي بكر بن أيّوب بن سعد شمس الدّين ابن القيم الجوزية، إعلام الموقّعين عن ربّ العالمين، ت: محمد عبد السّلام إبراهيم، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1991.
- 401- محمد بن أحمد بن أبي أحمد، أبو بكر علاء الدّين السّمرفندي، تحفة الفقهاء، ج 3، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 2، 1993.
- 402- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السّرخسي، المبسوط، صحّحه مجموعة من العلماء، ج 11، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989.
- 403- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السّرخسي، المبسوط، صحّحه مجموعة من العلماء، ج 12، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989.
- 404- محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمّة السّرخسي، المبسوط، صحّحه مجموعة من العلماء، ج 14، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989.
- 405- محمد بن أحمد بن حمدون بناني الملقّب بفرعون، الوثائق الفاسية أو الفرعونية، مركز إحياء التّراث المغربي، مطبعة الأمانة، الرّباط، 1988.
- 406- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشّرح الكبير، ج 4، دار

- الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، مصر، د. س. ط.
- 407- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 5، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1996.
- 408- محمد بن أحمد بن علي البهوتي الخُلَوّي، حاشية الخلوقي على منتهى الإرادات، ت: سامي بن محمد بن عبد الله الصقيير محمد بن عبد الله بن صالح اللحيدان، ج 3، دار النوادر، سوريا، ط 1، 2011.
- 409- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبي أبو الوليد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ت: أبو عبد الرحمن عبد الحكيم بن محمد، ج 2، المكتبة الوقفية، د. ب. ط، د. س. ط.
- 410- محمد بن أحمد بن محمد عليش، أبو عبد الله المالكي، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 8، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1989.
- 411- محمد بن أحمد بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستين حَبَان، صحيح ابن حَبَان بترتيب ابن بلبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 11، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1993.
- 412- محمد بن أحمد بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستين حَبَان، صحيح ابن حَبَان بترتيب ابن بلبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 14، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 2، 1993.
- 413- محمد بن أحمد تقيّة، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون والشرعية الإسلامية، مؤسسة الكتب الثقافية، بيروت، لبنان، ط 1، 1999.
- 414- محمد بن إدريس أبو عبد الله الشافعي، الرسالة، ت: أحمد شاكر، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، د. س. ط.
- 415- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، صحيح الأدب المفرد للإمام البخاري، ت: محمد ناصر الدين الألباني، ج 1، دار الصديق للنشر والتوزيع، د. ب. ط، ط 4، 1997.
- 416- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله، الأدب المفرد بالتعليقات، حققه وقابله على أصوله: سمير بن أمين الزهيري مستفيداً من تخریجات وتعليقات العلامة الشيخ المحدث: محمد ناصر الدين الألباني، ج 1، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط 1، 1998.
- 417- محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري، أبو عبد الله، تخریج الأحاديث المرفوعة المسندة في كتاب التاريخ الكبير للبخاري، مكتبة الرشد، الرياض، ط 1، 1999.
- 418- محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمر، التَّنْوِيرُ شَرْحُ الْجَامِعِ الصَّغِيرِ، ت: محمد إسحاق محمد إبراهيم، ج 6، مكتبة دار السلام، الرياض، ط 1، 2011.
- 419- محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، أبو إبراهيم، عز الدين، المعروف كأسلافه بالأمر، رسالة لطيفة في شرح حديث أنت ومالك لأبيك، سلسلة لقاء العشر الأواخر

- بالمسجد الحرام، ج 1، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 2001.
- 420- محمد بن الحسن الحرّ العاملي، وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة، ج 3، م 13، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 421- محمد بن الحسن الشيباني، المخارج في الحيل، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، 1999.
- 422- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ت: أحمد محمد شاكر، ج 23، مؤسسة الرسالة، د. ب. ط، ط 1، 2000.
- 423- محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآملي، أبو جعفر الطبري، تفسير الطبري، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركيب بالتعاون مع مركز البحوث والدراسات الإسلامية بدار هجر الدكتور عبد السند حسن بمامة، ج 18، دار هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، د. ب. ط، ط 1، 2001.
- 424- محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبَد، التميمي، أبو حاتم، الدارمي، البُستي، الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، ت: شعيب الأرنؤوط، ج 11، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط 1، 1988.
- 425- محمد بن عبد الباقي بن محمد الأنصاري الكعي، أبو بكر، المعروف بقاضي المارستان، أحاديث الشيوخ الثقات (المشيخة الكبرى)، ت: الشريف حاتم بن عارف العوني، ج 2، دار عالم الفوائد للنشر والتوزيع، د. د. ط، ط 1، 1422 هـ.
- 426- محمد بن عبد الباقي بن يوسف الزرقاني المصري الأزهري، شرح الموطأ، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ.
- 427- محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 6، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 428- محمد بن عبد الله الحرشي المالكي أبو عبد الله، شرح مختصر خليل، ج 7، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 429- محمد بن عبد الله بن محمد العامر، علم الشُّروط في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في كتابات عدل المملكة العربية السعودية، الدار السعودية للنشر والتوزيع، السعودية، ط 1، 2004.
- 430- محمد بن عبد الله زين الدين السامري، المستوعب، ت: عبد الله دهيش، ج 2، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، 2003.
- 431- محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن ابن ماجه = كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه، ج 2، دار الجليل، بيروت، د. س. ط.
- 432- محمد بن عبد الهادي التتوي، أبو الحسن، نور الدين السندي، حاشية السندي على سنن النسائي، ج 6، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، ط 2، 1986.

- 433- محمد بن عبد الوهاب بن سليمان التميمي التجدي، مختصر الإنصاف والشرح الكبير (مطبوع ضمن مجموعة مؤلفات الشيخ محمد بن عبد الوهاب، ج2)، ت: عبد العزيز بن زيد الرومي، محمد بلتاجي، سيد حجاب، مطابع الرياض، الرياض، ط1، د. س. ط.
- 434- محمد بن عز الدين عبد اللطيف بن عبد العزيز بن أمين بن فرشتا الرومي الكرمانى الحنفى المشهور بإبن الملك، شرح مصابيح السنة للإمام البغوي، ت: لجنة مختصة من المحققين بإشراف: نور الدين طالب، ج3، إدارة الثقافة الإسلامية، د. ب. ط، ط1، 2012.
- 435- محمد بن علي القشيري تقي الدين أبو الفتح ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، ت: الفقي، ج 2، مكتبة السنة المحمدية، القاهرة، مصر، 1953.
- 436- محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي، شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، ج 23، دار آل بروم للنشر والتوزيع، د. ب. ط، 2003.
- 437- محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي، شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، ج 27، دار آل بروم للنشر والتوزيع، د. ب. ط، 2003.
- 438- محمد بن علي بن آدم بن موسى الإثيوبي الولوي، شرح سنن النسائي المسمى «ذخيرة العقبى في شرح المجتبى»، ج 30، دار آل بروم للنشر والتوزيع، د. ب. ط، 2003.
- 439- محمد بن علي بن محمد الحصني المعروف بعلاء الدين الحصفكي الحنفى، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار، ج 5، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1387 هـ.
- 440- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج 1، دار ابن حزم، د. ب. ط، د. س. ط.
- 441- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ت: عصام الدين الصبّاظي، ج 5، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993.
- 442- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني اليمني، نيل الأوطار، ت: عصام الدين الصبّاظي، ج 6، دار الحديث، مصر، ط 1، 1993.
- 443- محمد بن علي بن محمد، أبو سهل الهروي التجففي، التحفة النظامية في الفروق الاصطلاحية، دائرة المعارف النظامية، الزاهرة، د. ب. ط، 1312 هـ.
- 444- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير - سنن الترمذي، ت: بشار عواد معروف، ج2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998.
- 445- محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحّاك، الترمذي، أبو عيسى، الجامع الكبير - سنن الترمذي، ت: بشار عواد معروف، ج4، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1998.
- 446- محمد بن فرامرز بن علي الشهير بملا - أو منلا أو المولى - خسرو، دُرر الحُكّام شرح غُرر

- الأحكام، ج2، دار إحياء الكتب العربية، د. ب. ط، د. د. س. ط.
- 447- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ج 7، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، د. د. ط، 2014.
- 448- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي التونسي المالكي، أبو عبد الله، المختصر الفقهي لابن عرفة، ت: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ج 8، مؤسسة خلف أحمد الخبتور للأعمال الخيرية، د. د. ط، 2014.
- 449- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملقب بمرتضى، الزبيدي، حكمة الإشراق إلى كتاب الآفاق، بذيله: تتمّة في نقد الآثار المرفوعة عن الخطّ والكتاب، عني بإخراجه: محمد طلحة بلال، ج 1، مطبعة المدني، القاهرة، ط 1، 1990.
- 450- محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرّومي البابري، العناية شرح الهداية، ج 9، دار الفكر، د. ب. ط، د. د. س. ط.
- 451- محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الزّميني ثمّ الصّالحي الحنبلي، كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التّركي، ج 7، مؤسسة الرّسالة، ط1، بيروت، 2003.
- 452- محمد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج 4، دار الفتح، بيروت، د. د. س. ط.
- 453- محمد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج 6، دار الفتح، بيروت، د. د. س. ط.
- 454- محمد بن يوسف أطفيش الإباضي الجزائري، كتاب النّيل وشفاء العليل، ج 12، دار الفتح، بيروت، د. د. س. ط.
- 455- محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري الغرناطي، أبو عبد الله المواق المالكي، التّاج والإكليل شرح مختصر خليل، ج 8، دار الكتب العلمية، د. ب. ط، ط 1، 1994.
- 456- محمد بن يوسف بن علي بن سعيد، شمس الدين الكرمانلي، الكواكب الدّاري في شرح صحيح البخاري، ج 11، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، لبنان، ط 2، 1981.
- 457- محمد بودالي، الالتزام بالنّصيحة في نطاق عقود الخدمات، دار الفجر للنّشر والتّوزيع، القاهرة، 2005.
- 458- محمد جواد بن محمد الحسني العاملي، مفتاح الكرامة، ج 5، مطبعة الشّورى، القاهرة، مصر، 1326 هـ.
- 459- محمد حسن النّجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج 5، د. د. ط، طهران، 1387 هـ.
- 460- محمد حسن قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، ج 1، حقّ الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 461- محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللّغة العربية، المواد 1100 إلى 1231-

- 7 من القانون المدني الفرنسي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2018.
- 462- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 463- محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدّة معلومة، دار الجامعة الجديدة للنشر، د. ب. ط، د. س. ط.
- 464- محمد رشيد بن علي رضا بن محمد شمس الدين بن محمد بهاء الدين بن منلا علي خليفة القلموني الحسيني، تفسير القرآن الحكيم (تفسير المنار)، ج 10، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1990.
- 465- محمد زهدور، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991.
- 466- محمد سعيد جعفرور وفاطمة إسعد، التصرف الدائر بين النفع والضّرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
- 467- محمد سلام مذكور، الوجيز للمدخل في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، د. ب. ط، 1978.
- 468- محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، د. ب. ط، 2009.
- 469- محمد سيد أحمد عامر، الكليات التي يرجع إليها حكم العقد في الفقه الإسلامي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2012.
- 470- محمد صالح حمدي، البعد العقدي للمعاملات المالية، مركب المنار، الجزائر، 2011.
- 471- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، ط 4، 2009.
- 472- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.
- 473- محمد عبد الحي بن محمد عبد الحليم الأنصاري اللكنوي الهندي أبو الحسنات، التعليق الممجّد على موطأ محمد (شرح لموطأ مالك برواية محمد بن الحسن)، ت: تقي الدين الندوي، ج 3، دار القلم، دمشق، ط 4، 2005.
- 474- محمد عصفور، وقاية النظام الاجتماعي باعتباره قيداً على الحريات العامة، الكتاب الأول، المطبعة العالمية، د. ب. ط، 1961.
- 475- محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 1، 2007.
- 476- محمد عمارة، الشريعة الإسلامية والعلمانية الغربية، دار الشروق، القاهرة، ط 1، 2003.
- 477- محمد كمال حمدي، الأحكام الموضوعية في الولاية على المال: القاصر، الولاية، الوصاية، الحجر

- القضائي، الغيبة، المساعدة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997.
- 478- محمد أمين حميدي، نظام تورنس Le système Torrens للشهر العقاري وتطبيقاته في النظام العقاري الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 479- محمد مصطفى الرحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ج1، دار الفكر، دمشق، ط 1، 2006.
- 480- محمد مصطفى شلي، أحكام الوصايا والأوقاف، الدار الجامعية، لبنان، ط 4، 1982.
- 481- محمد مصطفى شلي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1985.
- 482- محمد مصطفى شلي، أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط 3، 1986.
- 483- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف زهير الشاويش، ج 6، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.
- 484- محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، دراسة موازنة، معهد الإدارة العامة بالمملكة العربية السعودية، السعودية، ط 1، 1985.
- 485- محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 2، 1998.
- 486- محمد يوسف الزعبي، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط 1، 1993.
- 487- محمد يوسف موسى، الأموال ونظرية العقد في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1987.
- 488- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المصري، في مصادر الالتزام، ج 1، د. د. ط، القاهرة، 1968.
- 489- محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، مصر، ط 2، 1969.
- 490- محمود رضا الخضير، تطبيق القانون في الدعاوى المدنية: دعوى صحة التعاقد وصحة التوقيع، د. د. ط، د. ب. ط، 1989.
- 491- محمود رياض عطية، موجز في المالية العامة وتشريع الضرائب د. د. ط. د. ب. ط، 1957.
- 492- محي الدين أبي زكرياء يحيى بن شرف النووي، رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين، منشورات دار مكتبة الحياة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة مفهرسة، د. س. ط.
- 493- محيي السنة، أبو محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوي الشافعي، التهذيب في فقه

- الإمام الشافعي، ت: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ج4، دار الكتب العلمية، د. ب. ط.
- 494- مدحت محمد الحسني، إجراءات الشهر العقاري وفقا للتعديلات الأخيرة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 495- مراد محمود حيدر، ملكية الطّوابق والشقق، أحكامها والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، جلال حزي وشركائه، الإسكندرية، 2010.
- 496- مرعي بن يوسف بن أبي بكر بن أحمد الكرمي المقدسي الحنبلي، دليل الطالب لنيل المطالب، ت: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، ج1، دار طيبة للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2004.
- 497- مسفر بن علي القحطاني، الوعي المقاصدي، قراءة معاصرة للعمل بمقاصد الشريعة في مناحي الحياة، الشبكة العربية للأبحاث والنشر، بيروت، لبنان، ط2، 2013.
- 498- مصطفى الزرقا، المدخل في الفقه الإسلامي، مطبعة الجامعة السورية، دمشق، سوريا، ط6، 1964.
- 499- مصطفى الزرقا، شرح القانون المدني السوري، العقود المسماة، عقد البيع والمقايضة، ج6، مطابع فتي العرب، دمشق، 1965.
- 500- مصطفى الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، إخراج جديد مع صياغة كاملة لنصوص تلك النظرية، دار القلم، دمشق، ط1، 1999.
- 501- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 2004.
- 502- مصطفى أشيبان، تنظيم الملكية المشتركة في التشريع المغربي، مطبعة دار النشر المغربية، الدار البيضاء، ط1، 2009.
- 503- مصطفى الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام شرح مفصل لأحكام التقنيات العربية المستمدة من الفقه الغربي والمستمدة من الفقه الإسلامي وتطبيقاتها القضائية، الفتح للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، 1996.
- 504- مصطفى الخرن، مصطفى البغا، علي الشرجي، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي رحمه الله، ج6، دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق، ط4، 1992.
- 505- مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي شهرة، الرحيباني مولداً ثم الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ج4، المكتب الإسلامي، د. ب. ط، ط2، 1994.
- 506- مصطفى عبد الجواد، الحياة بسوء النية كسبب لكسب الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 507- مصطفى معبد، العلاقة بين الضرائب غير المباشرة والمكوس المنهي عنها شرعاً، د. د. ط، د. ب. ط، 1999.
- 508- مقني بن عمّار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، تنظيم ومهام ومسؤوليات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2013.

- 509- مقني بن عمّار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحرّرات التوثيقية، دراسة في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014.
- 510- مناع القطّان، معوّقات تطبيق الشريعة الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة، ط 1، 1991.
- 511- منصور بن عمارة، أعمال موجّهة في تقنيات الجباية، ج 1، الضرائب مصلحتك أولاً، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 3، 2010.
- 512- منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، التّوض المربّع شرح زاد المستقنع، ت: عبد الله الطيّار وصحبه، ج 1، مدار الوطن للنشر، الرياض، السعودية، ط 1، 2005.
- 513- منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، دقائق أولى النّهي لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، ج 2، عالم الكتب، د. ب. ط، ط 1، 1993.
- 514- منصور بن يونس بن صلاح الدّين ابن حسن بن إدريس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 4، مكتبة النّصر الحديثة، الرياض، د. س. ط.
- 515- مهّاب نجّاء، الملكية العقارية، المؤسّسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ط 1، 1993.
- 516- موريس نخلّة، الكامل في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ج 6، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001.
- 517- موسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجّاي المقدسي، ثمّ الصّاحي شرف الدّين، أبو النّجا، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ت: عبد اللّطيف محمّد موسى السّبكي، ج 3، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د. س. ط.
- 518- موسى شاهين لاشين، المنهل الحديث في شرح الحديث، ج 3، دار المدار الإسلامي، د. ب. ط، ط 1، 2002.
- 519- ناصر الدّين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمّد الشّيرازي البيضاوي، أنوار التّنزيل وأسرار التّأويل، ت: محمّد عبد الرّحمن المرعشلي، ج 1، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، ط 1، 1418 هـ.
- 520- ناصر الدّين أبو سعيد عبد الله بن عمر بن محمّد الشّيرازي البيضاوي، أنوار التّنزيل وأسرار التّأويل، ت: محمّد عبد الرّحمن المرعشلي، ج 4، دار إحياء التّراث العربي، بيروت، ط 1، 1418 هـ.
- 521- ناصر بن عبد السيّد أبي المكارم ابن علي، أبو الفتح، برهان الدّين الخوارزمي المطرزي، المغرب في ترتيب المعرب، دار الكتاب العربي، د. ب. ط، د. س. ط.
- 522- نسيم حشّود، إلزام المحافظ العقاري بتنفيذ إجراء الشّهر ومدى مسؤوليته وفقاً للتّشريع الجزائري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2018.
- 523- نظام الدّين الحسن بن محمّد بن حسين القمي النّيسابوري، غرائب القرآن و رغائب

- الفرقان، ت: الشيخ زكريّا عميرات، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1416 هـ.
- 524- نظام الدّين برهانبوري الشّيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 3، دار صادر، بولاق، بيروت، لبنان، ط 2، 1310 هـ.
- 525- نظام الدّين برهانبوري الشّيخ نظام، الفتاوى الهندية، ج 4، دار صادر، بولاق، بيروت، لبنان، ط 2، 1310 هـ.
- 526- نعمان جعيم، طرق الكشف عن مقاصد الشّارع، دار النَّفائس للنّشر والتّوزيع، الأردن، ط 1، 2014.
- 527- وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج3، تصدر عن وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، الكويت، دار السّلاسل، الكويت، ط2، 1987.
- 528- وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج32، تصدر عن وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، الكويت، مطابع دار الصّفوة، مصر، ط1، 1987.
- 529- وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية الكويت، الموسوعة الفقهية الكويتية، ج42، تصدر عن وزارة الأوقاف والشّؤون الإسلامية، الكويت، طبع الوزارة، الكويت، ط2، 1987.
- 530- وسيلة وزاني، وظيفة التّوثيق في النّظام القانوني الجزائري، دراسة قانونية تحليلية، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2009.
- 531- وهبة بن مصطفى الرّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 4، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 2، 1984.
- 532- وهبة بن مصطفى الرّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 5، دار الفكر، دمشق، سورية، ط 12، د. س. ط.
- 533- وهبة الرّحيلي، الفقه الإسلامي وأدلّته، ج 7، دار الفكر، دمشق، ط 1، 1984.
- 534- وهبة بن مصطفى الرّحيلي، الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، دار الفكر، سوريا، ط 2، 1993.
- 535- يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشّركة الوطنية للنّشر والتّوزيع، الجزائر، 1981.
- 536- يوسف القرضاوي، عوامل السّعة والمرونة في الشّريعة الإسلامية، سلسلة الأجواء (1)، مكتبة الإسكندرية، د. س. ط.
- 537- يوسف القرضاوي، مقاصد الشّريعة المتعلّقة بالمال، دار الشّروق، القاهرة، ط2، 2010.
- 538- يوسف حاد العالم، المقاصد العامّة للشّريعة الإسلامية، دار الحديث، القاهرة، د. س. ط.
- 539- يوسف دلانده، الوجيز في شهادة الشّهود وفق أحكام الشّريعة والقانون وما استقرّ عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2005.
- 540- يوسف دلانده، الوجيز في الملكية العقارية الشّائعة، اكتسابها، إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها، على ضوء القانون الجزائري وما استقرّ عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2016.

541- يوسف محمد عبيدات، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار المسيرة للنشر والتوزيع للطباعة، الأردن، 2011.

ب- المؤلفات المتخصصة:

1- إبراهيم إبراهيم الصالح، مضمون الهبة وحقوق الرجوع فيها، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي، د. د. ط، د. ب. ط، 1، 1989.

2- إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الرباط، ط 1، 2012.

3- أحمد إبراهيم بك، أحكام الهبة والوصية وتصرفات المريض، مطبعة العلوم، د. ب. ط، 1939.

4- أحمد أدريوش، الحوز في التبرع بعقار محقق، محاولة لرفع الالتباس والخلط بين شكلية النفاذ ومستلزمات الشرط، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، المطبعة الأمنية، الرباط، 2010.

5- أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصّلة)، ج 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الثالثة الجديدة، 1998.

6- أكثم أمين الخولي، العقود المدنية (الصّلة والهبة والوكالة)، مطبعة النهضة، مصر، د. س. ط.

7- أنور طلبة، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، د. د. ط، د. ب. ط، د. س. ط.

8- بدر جاسم اليعقوب، عقد الهبة في القانون المدني الكويتي (دراسة مقارنة)، د. د. ط، الكويت، ط 1، 1986.

9- بدران أبو العينين بدران، الموارث والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة، د. ب. ط، د. س. ط.

10- جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، د. ب. ط، 1998.

11- جهاد محمود الأشقر، هبة المنافع، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2012.

12- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.

13- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة - الوصية - الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

14- زهدي يكن، شرح قانون الموجبات والعقود، عقد الهبة، ج 8، دار الثقافة، بيروت، لبنان، د. س. ط.

- 15- عبد الرّحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، دراسة للهبة وما يتّصل بها من صدقة وحبس وعمرى ... في المذهب المالكي والقانون المغربي، ط2، مطبعة النّجاح الجديدة، الدّار البيضاء، 2001.
- 16- عبد الكريم شهبون، عقود التبرّع في الفقه المالكي مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي، ط1، مطبعة النّجاح الجديدة، الدّار البيضاء، 1992.
- 17- عبد الوهّاب البنداري، شرح العقود المدنية، الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، د. ب. ط، 1967.
- 18- علي بن محمّد بن رمضان الرّشيدى، الآثار الناشئة عن الرّجوع في الهبة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2010.
- 19- مايا دقايشية، أحكام الرّجوع في عقود التبرّعات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والتّشريع الجزائري مدعّمة بأحدث الاجتهادات القضائية، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2015.
- 20- محمّد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الدّيوان الوطني للأشغال التربويّة، الجزائر، ط1، 2003.
- 21- محمّد حسني إبراهيم سليم، الهبة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الطّباعة المحمّدية، د. ب. ط، ط1، 1994.
- 22- محمّد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسمّاة، ج 2، (الهبة - العارية - القرض - الدّخل الدّائم المترتّب مدى الحياة) مطبعة لجنة البيان العربي، د. ب. ط، ط2، 1952.
- 23- محمّد كمال حمدي، في الموارث والهبة والوصيّة، د. ب. ط، 1987.
- 24- محمود جمال الدّين زكي، العقود المسمّاة (الصّالح والهبة، القرض والدّخل الدائم والعارية)، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، مصر، 1973.
- 25- مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي، أحكام الرّجوع القضائي في الهبة، دراسة في القانون المدني المصري في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي وبعض التّشريعات العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2000 - 2001.
- 26- نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والمقارن، ج1 (دراسة اجتهادية)، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.
- 27- نادر عبد العزيز شافي، عقد الهبة في القانون اللّبناني والمقارن، ج2 (دراسة فقهية)، المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2002.
- 28- نزيه شلالا، دعوى الهبة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 29- نسيمه شيخ، أحكام الرّجوع في التصرفات التبرعيّة في القانون الجزائري

(الهبة، الوصيّة، الوقف)، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، الجزائر، 2012.

2- المعاجم والقواميس:

- 1- إبراهيم أنس، عبد الحليم منتصر، عطية الصّوالحي، محمّد خلف الله أحمد، المعجم الوسيط، ج 1، معجم اللّغة العربية، د. د. ط، د. ب. ط، ط 2، د. س. ط.
- 2- إبراهيم مصطفى، أحمد الزّيّات، حامد عبد القادر، محمّد علي النّجار، المعجم الوسيط، ج 1، المكتبة الإسلامية للطباعة والنّشر والتّوزيع، إستانبول، تركيا، د. س. ط.
- 3- إبراهيم مصطفى، أحمد الزّيّات، حامد عبد القادر، محمّد علي النّجار، المعجم الوسيط، ج 1، دار الدّعوة، د. ب. ط، د. س. ط.
- 4- أبو القاسم محمود بن عمرو بن أحمد، الرّخشي جاز الله، أساس البلاغة، ت: محمّد باسل عيون السّود، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1998.
- 5- أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي لغة واصطلاحاً، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 2، 1988.
- 6- أبو هلال الحسن بن عبد الله بن سهل بن سعيد بن يحيى بن مهران العسكري، الفروق اللّغوية، ت: محمّد إبراهيم سليم، دار العلم والثّقافة للنّشر والتّوزيع، القاهرة، مصر، 1988.
- 7- أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريّاء الرّازي، معجم اللّغة، ت: زهير عبد المحسن سلطان، ج 3، مؤسّسة الرّسالة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بيروت، لبنان، ط 2، 1986.
- 8- أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 4، دار صادر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة منقّحة، د. س. ط.
- 9- أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، ج 8، دار صادر، بيروت، 1414 هـ.
- 10- أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 9، دار صادر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة منقّحة، د. س. ط.
- 11- أبي الفضل جمال الدّين محمّد بن مكرم ابن منظور، لسان العرب، م 15، دار صادر، بيروت، لبنان، طبعة جديدة منقّحة، د. س. ط.
- 12- أحمد بن فارس بن زكريّاء القزويني الرّازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللّغة، ت: عبد السّلام محمّد هارون، م 6، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط 1، 1991.
- 13- أحمد بن فارس بن زكريّاء أبو الحسين القزويني الرّازي، معجم مقاييس اللّغة، ت: أنس الشّامي، دار الحديث، القاهرة، 2008.
- 14- أحمد بن فارس بن زكريّاء القزويني الرّازي، أبو الحسين، معجم مقاييس اللّغة، ت: عبد السّلام محمّد هارون، ج 2، دار الفكر، د. ب. ط.
- 15- أحمد بن محمّد المقرئ، المصباح المنير، ج 1، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1922.

- 16- أحمد بن محمد بن علي الحموي أبو العباس الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج 1، المكتبة العلمية، بيروت، د. س. ط.
- 17- أحمد رضا، معجم متن اللغة (موسوعة لغوية حديثة)، ج2، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1958.
- 18- أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ج2، عالم الكتب، ط1، 2008.
- 19- إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عطار، ج 1، دار الملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 1984.
- 20- إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري، الصحاح، تاج اللغة وصحاح العربية، ت: أحمد عطار، ج 3، دار الملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 1984.
- 21- أيّوب بن موسى الحسيني القرعبي الكفوي، أبو البقاء الحنفي، الكلّيات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ت: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1998.
- 22- الخليل بن أحمد أبو عبد الرحمن الأزدي اليعمدي الفراهيدي، كتاب العين، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط 1، 2001.
- 23- المعجم الوجيز، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم، مجمع اللغة العربية، مصر، 1996.
- 24- بطرس البستاني، قطر المحيط، قاموس لغوي ميسر، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، لبنان، ط 2، 1995.
- 25- جبران مسعود، الرائد، معجم ألفبائي في اللغة والأعلام، دار الملايين، بيروت، لبنان، ط 3، 2005.
- 26- رواس قلعة جي، صادق قنيبي، قطب سانو، معجم لغة الفقهاء، دار التفائس، بيروت، لبنان، ط 2، 2006.
- 27- طاهر يوسف الخطيب، المعجم المفصّل في الإعراب، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 4، 2007.
- 28- مجد الدّين الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ج 1، مؤسسة الحلبي، د. ب. ط، 1981.
- 29- محمد بن أبي بكر بن عبد القادر زين الدّين الرّازي، مختار الصحاح، ت: مصطفى ديب البغا، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، د. س. ط.
- 30- محمد بن أحمد بن الأزهر الهروي، أبو منصور، تهذيب اللغة، ت: محمد عوض مرعب، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001.
- 31- محمد بن علي بن محمد، أبو سهل الهروي، إسفار الصحيح، ت: أحمد بن سعيد بن محمد قشاش، ج 1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1420هـ.
- 32- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملّقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، ج 13، دار الهداية، د. ب. ط، د. س. ط.
- 33- محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض، الملّقب بمرتضى، الزبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ت: مجموعة من المحققين، ج 21، دار الهداية، د. ب. ط، د. س. ط.

34- نزيه حمّاد، معجم المصطلحات الإقتصادية في لغة الفقهاء، المعهد العالمي للفكر الاسلامي، د. ب. ط، 1993.

3- الأطروحات والرّسائل العلمية:

- 1- أحمد مرزوق، نظرية الصّورية في التشريع المصري، دراسة فقهية وقضائية ومقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1957.
- 2- إسعد فاطمة، نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2015.
- 3- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة الإسكندرية، مصر، د. ت.
- 4- جميل متولّي الشّرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأوّل، 1953.
- 5- حسين طه منصور النّوري، دراسة في عوارض الأهلية في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1952.
- 6- خالد سماحي، النّظرية العامّة لعقود التبرّعات، دراسة مقارنة، بحث مقدّم لنيل درجة الدّكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012-2013.
- 7- درماش بن عزوز، التّوازن العقدي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2014.
- 8- رمضان إبراهيم شحاته القليني، العقد غير اللازم في الفقه الإسلامي (أسبابه - آثاره)، رسالة مقدّمة للحصول على درجة دكتور في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د. ت.
- 9- طاهر معتمد خليفة السّيسي، نظرية الإجازة وأثرها في العقود والتصرّفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1999.
- 10- علوي أمين السيّد خليل، الملكية العقارية وشهرها في الفقه الإسلامي والقانون المصري، دراسة مقدّمة للحصول على درجة العالمية (الدكتوراه)، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، د. ت.
- 11- عماد طارق عبد الفتّاح، فكرة النّظام العام في التشريع الإسلامي، النّظرية والتّطبيق، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، د. ت.
- 12- غازي طه عوض، النيابة التّعاقدية في القانون الرّوماني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 1991.
- 13- محمّد بودالي، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه

- دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2002-2003.
- 14- محمد جمال عطية عبد المقصود عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الرّقازيق، 1993.
- 15- محمد حبار، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 1987.
- 16- محمد محمد سليمان بدر، الرجوع في الهبة وأثره في القانون المصري مقارنا بالفقه الاسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، د. ت.
- 17- محمد محمدي مكي، النيابة في التصرفات القانونية في القانون المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د. ت.
- 18- محمود أبو عافية، التصرف القانوني المجرد، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1946.
- 19- نواف مخيط عبد الله الميطري، التصرف في المال الشائع في القانونين الكويتي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006.
- 20- ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1992.
- 21- يوسف نؤاسة، عقود التبرع في الشريعة الإسلامية أحكامها ومقاصدها، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص أصول الفقه، قسم الشريعة والقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1، 2010-2011.

4- المقالات والمداخلات العلمية:

- 1- إبراهيم داودي، الشخصية القانونية للحمل المستكن، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة معسكر، الجزائر، ع 2، السنة 1، جوان 2010.
- 2- إبراهيم عنتر فتحي، المقاصد المدنية للعقد التبرعي، مجلة جامعة تكريت للحقوق، م 1، ع 2، ج 2، السنة 1، كانون الأول 2016.
- 3- إبراهيم قادم، رسمية العقود في التصرفات العقارية ودورها في تكريس الأمن القانوني، منشورات مجلة الحقوق، عدد خاص بأشغال الندوة الدولية المنظمة بكلية الشريعة بفاس ومجموعة البحث في المهن القانونية والقضائية المنظمة وبنية البحث في الدراسات القضائية يوم: 2013/01/23، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2013.
- 4- أحمد إبراهيم، إلزام التبرعات (حكم الهبة وما يتفرّع على ذلك من الرجوع فيها)، مجلة القانون

- والاقتصاد، ع 1، السنة الثالثة، يناير 1933.
- 5- أحمد إبراهيم إبراهيم، إلزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، ع 5، السنة 2، مطبعة الرغائب، 1933.
- 6- أحمد إبراهيم، الأهلية وعوارضها والولاية في الشرع الإسلامي، مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ع 1، سنة 1، ماي 1931.
- 7- أحمد محمد السعد، عطية الآباء للأبناء في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، ع 33، السنة 12، ديسمبر 1997.
- 8- أحمد ياسين القرالة، حكم الهبة وموانع الرجوع فيها، مجلة الدراسات، الجامعة الأردنية، م 32، ع 1، 2005.
- 9- التوفيق شيشوب، خصوصيات تحرير العقد في ميدان البعث العقاري، مجلة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، نوفمبر 2015.
- 10- آمال كامل عبد الرحمن، موانع الرجوع في الهبة، دراسة فقهية مقارنة، ج 2، مجلة مصر المعاصرة، ع 486، السنة السابعة والتسعون، أبريل 2007.
- 11- إيناس كمتون، تحرير عقود بيع العقارات المسجلة بين التشريع والتطبيق، مجلة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات الأطرش للكتاب المختص، تونس، ط 1، 2015.
- 12- الطاهر بن سلطان، الشيوع في الملكية العقارية، مجلة الموثق، ع 6، أبريل 1999.
- 13- الطاهر ملاحسو، النموذج الألماني والمسح والحفظ العقاري، مجلة الموثق، ع 2، مارس 1998.
- 14- بشير العتروس، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، ج 1، 2004.
- 15- جابر علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك عن الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية، القسم 1، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ديسمبر 1996.
- 16- جمال أحمد حسن، الحماية القانونية للجنين، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، ع 1، م 4، يناير 2007.
- 17- جمال الدين طه العاقل، الرجوع في الهبة بين الفقه الإسلامي وبين المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مجلة الأمن والقانون، ع 1، السنة 6، يناير 1998.
- 18- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهميتها التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السنة 20، مارس 1996.
- 19- حارث محمد سلامه العيسى وأحمد غالب محمد علي الخطيب، يد الضمان ويد الأمانة بين النظرية والتطبيق في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة غزة الإسلامية، فلسطين، م 18، ع 2، 2 يونيو 2010.

- 20- حسني محمود عبد الدائم عبد الصمد، أثر الإكراه على التصرفات، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، مجلة الشريعة والقانون، كلية الشريعة والقانون بطنطا، جامعة الأزهر، ع 21، ج 1، 2005.
- 21- حسين بطيمي، نظام الشهر العيني ودوره في حماية المعاملات العقارية، مجلة الموثق، ع 2، ديسمبر 2013.
- 22- حمان بكاي، العقد التوثيقي (الإجراءات والمراحل التي يمرّ بها)، مجلة الموثق، ع 10، 2002.
- 23- حمدي باشا عمر، رخصة البناء، مجلة الموثق، ع 8، 2002.
- 24- خديجة محمدي، الشرط في الهبة بين التقييد والتعليق، حوليات جامعة الجزائر 1، ع 31، ج 3، 2016.
- 25- رايح فاضل، طبيعة المسؤولية التوثيقية ومجال تطبيقها، مجلة الموثق، ع 8، 2002.
- 26- رشيد بردان، المعاملات العقارية والإشكالات التي تعترض العقد التوثيقي، مجلة الإتحاد، ع 1، السنة الأولى، مارس 2006.
- 27- رشيد بردان، المسؤولية المدنية المهنية للموثق، النشرة الداخلية لموثقي ناحية الغرب، عدد جويلية، 2018.
- 28- رياض الجمل، حماية الغير في إجراءات التسجيل والتّحيين العقاري، مجلة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
- 29- زيدان بورويس، الطّرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، ع 3، سبتمبر - أكتوبر، 2001.
- 30- زيدان بورويس، الطّرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، ع 8، 2002.
- 31- زيدان بورويس، الطّرق والإجراءات العملية لتحرير العقد التوثيقي، مجلة الموثق، ع 9، 2003.
- 32- ساسي بن حليمة، خواطر حول قانون الأسرة الجزائري، مجلة الأحداث القانونية التونسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ع 3، السّداسي 1990/1.
- 33- سعد نبيل إبراهيم، تقنين بابلين، التطور في ظلّ الثّبات في مصادر الالتزامات، أعمال الندوة التي عقدتها كلية الحقوق لجامعة بيروت بمناسبة: مائتي عام على إصدار التقنين المدني الفرنسي 1804-2004، ط1، بيروت، لبنان، 2005.
- 34- سميرة الزّغلامي، إشكالات تحرير عقود العقارات، مجلة بحوث ودراسات قانونية، ع 10 خاص بالقانون العقاري، منشورات الأطرش للكتاب المختص، ط1، تونس، 2015.
- 35- سيف رجب قزامل، حقيقة العُمري والرّقبي في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، المجلة العلمية

- لكلية الشريعة والقانون بطنطا، كلية الشريعة والقانون بطنطا، ع 6، 1995.
- 36- شفيق شحاته، نظرية النيابة في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة عين شمس، القاهرة، ع 5، 1959.
- 37- عبد الحق غريب، البصمات، مجلة المؤثق، ع 7، 1999.
- 38- عبد الحميد سعداوي، الوعد بالتعاقد، مجلة المؤثق، ع 9، 2003.
- 39- عبد الرحمن مسلم، مفهوم الجنين ومراحل تطوره وطبيعته القانونية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس، ع 8، 2011.
- 40- عبد الستار أبو غدة، حق الانتفاع العقاري، مداخلة أقيمت بمناسبة أعمال المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية، الكويت، 21-22 ديسمبر 2011، منشور على الصفحة الإلكترونية الموسوعة الإقتصاد والتمويل الإسلامي (www.iefpedia.com)، على الرابط الإلكتروني الآتي: <http://www.iefpedia.com/arab/?P=30185>، أطلع عليه يوم: 16 جانفي 2016، على الساعة: 10 و 15 دقيقة صباحا.
- 41- عبد القادر بوبكري، توثيق التصرفات في المحررات الرسمية على ضوء مستجدات القانون رقم 39-08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والقوانين الخاصة، مداخلة أقيمت بندوة "المعاملات العقارية وإشكاليات توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة"، مطبعة أنفو برانت، فاس، 2014.
- 42- عبد القادر دحمان صبايحية، مهنة التوثيق بين إرث الماضي والتطلع إلى المستقبل، مجلة المؤثق، ع 1، ماي - جوان 2001.
- 43- عبد القادر لعجال، إسهامات العقد التوثيقي في الإقتصاد الوطني وفقاً للتشريع الجزائري، مجلة المؤثق، المجموعة الثانية، ع 1، يونيو 2013.
- 44- عبد القادر لعجال، الرهن الرسمي الاتفاقي (الرهن مع نقل الحيازة أو بدونه، رهن عقار القاصر ومن في حكمه، إثبات الرهن، القيد، التجديد، الشطب والسقوط)، مداخلة أقيمت ضمن فعاليات الملتقى الجهوي الرابع بباتنة حول "الرهن العقاري من التأسيس إلى التنفيذ في خدمة الإستثمار"، المنظم من لدن الغرفة الجهوية للموثقين بالشرق، بالتنسيق مع مجلس قضاء باتنة يومي: 25 و 26 أفريل 2018، دار قانة للنشر والتوزيع، باتنة، د. س. ط.
- 45- عبد الله أبداح شافي العجمي، تكييف الإقالة وأثره في الفقه الاسلامي والقانون المدني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السنة الرابعة والثلاثون، مارس 2010.
- 46- عبد الله بن الشيخ محفوظ، أثر المصلحة في الوقف، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 47، السنة 12، 2000.
- 47- عبد الله مويسي، إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، مجلة

- الموثّق، ع1، يونيو 2013.
- 48- عبد المنعم فرج الصّدة، الغلط في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، مجلّة الأمن والقانون، تصدر عن شرطة دبي، ع 1، السّنة 6، يناير 1998.
- 49- عبد الناصر توفيق العطار، إستقراء ماهية العيب وشروط ضمانه، مجلّة العلوم القانونية والإقتصادية، جامعة عين شمس، ع1، السّنة 13، يناير 1971.
- 50- عبد الوهّاب بن إبراهيم أبو سليمان، الوقف مفهومه ومقاصده، بحث ملقى ضمن أعمال ندوة المكتبة الوقفية في المملكة العربية السّعودية، من 25-27 محرم 1420 هـ، منشور على الصّفحة الإلكترونيّة للمكتبة الوقفية (www.waqfeya.com) على الرّابط الإلكتروني الآتي: https://archive.org/details/FP01_80525-03؛ أُطلّع عليه يوم: 2015/12/23، على السّاعة: 23 و 10 دقيقة مساءً.
- 51- علي علي سليمان، الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون طبقاً للقانون المدني الجزائري، مجلّة الفكر القانوني، ع 1، 1984.
- 52- عمّار بوضياف، المسح العقاري وإشكالاته القانونية، مجلّة العلوم الإجتماعية والإنسانية، العدد التّجريبي، المركز الجامعي الشّيخ العربي التّبسي، تبسة، أفريل 2006.
- 53- عمر بوحلاسة، تقنيات تحرير العقد الرّسمي، مجلّة الموثّق، ع 1، ماي - جوان، 2001.
- 54- عمر بوحلاسة، مسؤوليّة الموثّق، مجلّة الموثّق، ع 8، 2002.
- 55- عمر بوحلاسة، شهادة الشّهود في العقود التّوثيقية، مجلّة الموثّق، ع 9، 2003.
- 56- عمر زيتوني، حجّية العقد الرّسمي، مجلّة الموثّق، ع 3، سبتمبر - أكتوبر، 2001.
- 57- عمر زيتوني، النّظام القانوني للتّوثيق في الجزائر، ج 3، مجلّة الموثّق، ع 8، 2002.
- 58- فؤاد صالح درادكة، التّعهد بنقل ملكيّة العقّار، دراسة فقهية قضائية في القانونين المدني الأردني والمدني العراقي، رؤية جديدة، مجلّة الحقوق، كّلية الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السّنة 2، مارس 2008.
- 59- مازن مصباح صباح، الهبة في مرض الموت، مجلّة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدّراسات الإسلامية)، م 19، ع2، يونيو 2011.
- 60- مامادو سوماورو، الرّشوة، بحث مقدّم ضمن فعاليات أعمال الملتقى الدّولي المنعقد بالجزائر في: 27، 28، و 29 مارس 2006 تحت عنوان "أخلاق الإسلام واقتصاد السّوق"، ج 2، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2007.
- 61- مجيد خلفوني، الدّفتر العقّاري، مجلّة الموثّق، ع 8، 2002.
- 62- محمّد الأجراوي، الحيّزة الفعلية في التبرّعات بين الفقه والقانون الوضعي ودور المجلس الأعلى في

- التوفيق بينهما، مجلة المحاكم المغربية، ع 84، 2000.
- 63- محمد بوركي، التوثيق والإشهار العقاري، ج 2، مجلة الموثق، ع 6، أبريل 1999.
- 64- محمد تقيّة، الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مجلة الموثق، ع 4، سبتمبر 1998.
- 65- محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، ع 2، 1987.
- 66- محمد حسين قنديل، الرجوع في الهبة وموانعه في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر فرع دمنهور، ع 8، 1992.
- 67- محمد حسين قنديل، قبض الموهوب حقيقته وحكمه في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 17، السنة 5، 1413 هـ.
- 68- محمد زكي عبد البر، التصرفات الشرعية الانفرادية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، ع 2، السنة 9، أبريل - يونيو 1965.
- 69- محمد سلام مذكور، الجنين والأحكام المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1، 1969.
- 70- محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع 1، السنة 34، مارس 2010.
- 71- مصطفى فيلاي، المادة 107 و 108 من المرسوم 63-76 بين المحتوى القانوني والتطبيق العملي، مجلة الموثق، ع 3 ديسمبر 2014.
- 72- مصطفى لعروم، عقد الهبة، مجلة الموثق، ع 8، 1999.
- 73- مصطفى لعروم، الوعد بالبيع صورة من صور التعاقد، مجلة الموثق، ع 9، جانفي 2000.
- 74- مصطفى لعروم، مصاريف الكتابة عند الموثق وكيفية توزيعها، مجلة الموثق، ع 9، جانفي 2000.
- 75- مصطفى لعروم، الضوابط القانونية والشكلية للعقد التوثيقي، مجلة الموثق، ع 5، فيفري - مارس، 2002.
- 76- منصور مصطفى منصور، تحديد فكرة العيب الموجب للضمان في عقدي البيع والايجار، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، ع 2، السنة 1، ماي 1959.
- 77- نزيه كمال حماد، من حقّ الأبناء على الآباء: العدل بينهم في العطية والتفقة، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع 17، السنة 5، 1413 هـ.
- 78- نور الدين رجيمي، الحياة العقارية في الجزائر إبان الحقبة الإستعمارية 1830 إلى 1871، مجلة الموثق، ع 3، سبتمبر - أكتوبر، 2001.
- 79- نور الدين رجيمي، الحياة العقارية في الجزائر، مجلة الموثق، ج 3، ع 5، فيفري - مارس 2002.

- 80- يزيد أنيس نصير، التّطابق بين القبول والإيجاب في القانون المدني الأردني والمقارن، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ع 4، السّنة 27، ديسمبر 2003.
- 81- يزيد أنيس نصير، عدالة التّعاقّد، الغلط والتّدليس (القسم الأوّل)، مجلّة الحقوق، جامعة الكويت، ع 2، 2012.

5- النّصوص القانونية:

أ- النّصوص القانونية الوطنية:

1- التّشريع الأساسي:

- 1- القانون رقم: 16-01، المؤرّخ في: 2016/03/06، المتضمّن التّعديل الدّستوري، ج. ر، ع 14، المؤرّخة في: 2016/03/07.

2- التّشريع العادي:

1/2- القوانين العادية:

- 1- قانون رقم: 84-11، المؤرّخ في: 1984/06/09، المتضمّن قانون الأسرة، ج. ر، ع 24 المؤرّخة في: 1984/06/12، المعدّل والمتّم.
- 2- قانون رقم: 06-02، المؤرّخ في: 2006/02/20، المتضمّن تنظيم مهنة المؤثّق، ج. ر، ع 14، المؤرّخة في: 2006/03/08.
- 3- قانون رقم: 08-09، المؤرّخ في: 2008/02/25، المتضمّن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر، ع 21، المؤرّخة في: 2008/04/23.
- 4- قانون رقم: 08-14، المؤرّخ في: 2008/07/20، المعدّل والمتّم للقانون رقم 90-30، المؤرّخ في: 1990/12/01، المتضمّن قانون الأملاك الوطنية، ج. ر، ع 44، المؤرّخة في: 2008/08/03.
- 5- القانون رقم: 08-15، المؤرّخ في: 2008/07/20 المحدّد لقواعد مطابقة البيانات وإتمام إنجازها، ج. ر، ع 44، المؤرّخة في: 2008/08/03، المعدّل والمتّم.
- 6- قانون رقم: 16 - 14، المؤرّخ في: 2016/12/28، المتضمّن قانون المالية لسنة 2017، ج. ر، ع 77، المؤرّخة في: 2016/12/29.
- 7- قانون رقم: 17-11، المؤرّخ في: 2017/12/27، المتضمّن قانون المالية لسنة 2018، ج. ر، ع 76، المؤرّخة في: 2017/12/28.
- 8- قانون رقم: 18-18، المؤرّخ في: 2019/12/27، المتضمّن قانون المالية لسنة 2019، ج.

ر، ع 79، المؤرخة في: 2019/12/30.

2/2- الأوامر:

- 1- الأمر رقم: 58-75، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج. ر، ع 78، المؤرخة في: 1975/09/30، المعدل والمتمم.
- 2- الأمر رقم: 74-75، المؤرخ في: 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج. ر، ع 92، المؤرخة في: 1975/11/18، المعدل والمتمم.
- 3- الأمر رقم: 102-76، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون الرسوم على رقم الأعمال، ج. ر، ع 103، المؤرخة في: 1976/12/26، المعدل والمتمم.
- 4- الأمر رقم: 103-76، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون الطابع، ج. ر، ع 39، المؤرخة في: 1977/05/15، المعدل والمتمم.
- 5- الأمر رقم: 104-76، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون الضرائب غير المباشرة، ج. ر، ع 70، المؤرخة في: 1977/10/02، المعدل والمتمم.
- 6- الأمر رقم: 105-76، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل، ج. ر، ع 81، المؤرخة في: 1977/12/18، المعدل والمتمم.
- 7- الأمر رقم: 101-76، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ج. ر، ع 102، المؤرخة في: 1976/12/22، المعدل والمتمم.

2/3- النصوص التنظيمية:

- 1- المرسوم التنفيذي رقم: 63-76، المؤرخ في: 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج. ر، ع 30، المؤرخة في: 1976/04/13، المعدل والمتمم.
- 2- مرسوم رقم: 83-344، المؤرخ في: 1983/05/21، المعدل لبعض أحكام المرسوم رقم: 64-15 المؤرخ في: 1964/01/20، المتعلق بحرية المعاملات، ج. ر، ع 21، المؤرخة في: 1983/05/24.
- 3- المرسوم التنفيذي رقم: 08-242، المؤرخ في: 2008/08/03، المحدد لشروط الالتحاق بمهنة المؤثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج. ر، ع 45، المؤرخة في: 2008/08/06.
- 4- المرسوم التنفيذي رقم: 08-243، المؤرخ في: 2008/08/03، المحدد لأنعاب المؤثق، ج. ر، ع 45، المؤرخة في: 2008/08/06.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم: 08-244، المؤرخ في: 2008/08/03، المحدد لكيفيات مسلك محاسبة المؤثق ومراجعتها، ج. ر، ع 45، المؤرخة في: 2008/08/06.

- 6- المرسوم التنفيذي رقم: 08-245، المؤرخ في: 2008/08/03، المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه، ج. ر، ع45، المؤرخة في: 2008/08/06.
- 7- قرار مؤرخ في: 1992/11/14، المتضمن النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين، ج. ر، ع92، المؤرخة في: 1992/12/27.
- 8- قرار مؤرخ في: 1992/11/14، المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، ج. ر، ع92، المؤرخة في: 1992/12/27.

ب- النصوص القانونية للدول العربية المقارنة:

- 1- دستور جمهورية مصر العربية لسنة 1956، جريدة الوقائع المصرية عدد 5 مكرر (غير اعتيادي)، المؤرخة في 1956/01/16، المعدل والمتمم.
- 2- القانون رقم: 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني [المصري] في: 1948/07/16، جريدة الوقائع المصرية، ع 108 مكرر، المؤرخة في: 1948/07/29، المعدل والمتمم.
- 3- مرسوم بقانون الولاية على المال رقم: 119 لسنة 1952 [المصري] المتعلق بأحكام الولاية على المال الصادر في: 30/07/1952، المعدل والمتمم.
- 4- الظهير الشريف رقم: 1.11.179، الصادر في 2011/11/22 بتنفيذ القانون رقم: 32.09، المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق [المغربي] ج. ر، ع 5998، المؤرخة في: 2011/11/24.
- 5- الظهير الشريف رقم: 1.11.187، الصادر في: 2011/11/22، بتنفيذ القانون رقم: 39-08، المتعلق بمدونة الحقوق العينية [المغربية]، ج. ر، ع 5998، المؤرخة في: 2011/11/24.

6- الأعمال التحضيرية للتقنيات المدنية:

- 1- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 2، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د. س. ط.
- 2- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د. س. ط.
- 3- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 6، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د. س. ط.
- 4- مجموعة التشريعات الكويتية، ج2، المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، م2، مطابع الخط، وزارة العدل، الكويت، ط1، فبراير 2011.

7- الأحكام والاجتهادات القضائية:

أ- الأحكام والاجتهادات القضائية الوطنية:

- 1- قرار م. ع، بغرفها المجتمعة، ملف رقم: 444499، صادر في: 2009/02/23، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2009.
- 2- قرار م. ع، غ. ق. خ، صادر في: 1969/04/09، النشرة السنوية لسنة 1969.
- 3- قرار م. ع، غ. م، صادر في: 1969/04/09، مجموعة الأحكام، ج 1، ص. 195.
- 4- قرار م. ع، غ. ق. خ، صادر في: 1971/12/15، نشرة القضاة، ع 4، لسنة 1974.
- 5- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 25554، صادر في: 1982/01/11، ن. ق، عدد خاص، لسنة 1982.
- 6- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 26990، صادر في: 1982/02/22، ن. ق، عدد خاص، لسنة 1982.
- 7- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 24770، صادر في: 1982/04/14، م. ق، ع4، 1989.
- 8- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 27711، صادر في: 1982/11/24، ن. ق، ع 1، 1983.
- 9- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 30072، صادر في: 1983/02/16، م. ق، ع 2، 1989.
- 10- قرار م. ع رقم: 20921، صادر في: 1983/03/02، م. ق، ع40، 1989.
- 11- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 33719، صادر في: 1984/07/09، م. ق، ع 3، 1989.
- 12- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 33528، صادر في: 1985/04/03، م. ق، ع 4، 1985.
- 13- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 39360، صادر في: 1986/01/13، (غير منشور).
- 14- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 40651، صادر في: 1986/02/24، (غير منشور).
- 15- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 40457، صادر في: 1986/04/21، م. ق، ع 2، 1989.
- 16- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 41111، صادر في: 1986/05/05، (غير منشور).
- 17- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 45371، صادر في: 1987/04/20، (غير منشور).
- 18- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 45658، صادر في: 1987/12/04، م. ق، ع4، 1990.
- 19- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 47072، صادر في: 1988/03/14، م. ق، ع1، 1991.
- 20- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 47824، صادر في: 1988/06/20، م. ق، ع 3، 1990.
- 21- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 49339، صادر في: 1988/11/14، م. ق، ع 4، 1990.
- 22- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 46711، صادر في: 1988/12/07، م. ق، ع 2، 1990.
- 23- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 58700، صادر في: 1990/02/19، م. ق، ع 4، 1991.

- 24- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 81376، صادر في: 18/02/1992، م. ق، ع 4، 1993.
- 25- قرار م. ع، ملف رقم: 10365، صادر في: 19/11/1994، ن. ق، ع 51، 1997.
- 26- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 664121، صادر في: 07/06/1995، م. ق، ع 1، 1995.
- 27- قرار م. ع، ملف رقم: 121664، صادر في: 07/06/1995، م. ق، ع 1، 1995.
- 28- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 123051، صادر في: 15/07/1995، م. ق، ع 1، 1996.
- 29- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم 154760، صادر في: 17/04/1996، م. ق، ع 1، 1996.
- 30- قرار م. ع، غ. أ. ش، رقم: 19116، صادر في: 19/01/1997، م. ق، ع 2، 1997.
- 31- قرار م. ع، ملف رقم: 116197، صادر في: 19/01/1997، م. ق، ع 2، 1997.
- 32- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 196391، صادر في: 30/09/1997، مجلة الاجتهاد القضائي (غرفة الأحوال الشخصية)، عدد خاص، 2001.
- 33- قرار م. ع، ملف رقم: 153622، صادر في: 11/03/1998، م. ق، ع 2، 1997.
- 34- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 186058، صادر في: 17/03/1998، م. ق، ع 1، 1999.
- 35- قرار م. ع رقم: 165792، صادر في: 20/05/1998، ن. ق، ع 56، 1999.
- 36- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 161833، صادر في: 30/09/1998، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، ج 2، 2004.
- 37- قرار م. ع، غ. إ، ملف رقم: 214328، صادر في: 13/02/2001، م. ق، ع 1، 2002.
- 38- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 252350 الصادر في: 21/02/2002، م. ق، ع 1، 2002.
- 39- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 271898، صادر في: 24/09/2003 (غير منشور).
- 40- قرار م. ع، غ. ت. ب، ملف رقم: 342915، صادر في: 13/04/2005، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2005.
- 41- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 330258، صادر في: 08/05/2005، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2005.
- 42- قرار م. ع، غ. م، رقم: 301501، صادر في: 25/05/2005 (غير منشور).
- 43- قرار م. ع، ملف رقم: 11085، صادر في: 21/09/2005، ن. ق، ع 59، 2005.
- 44- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 307934، صادر في: 19/10/2005، مجلة المحكمة العليا، ع 2، 2005.
- 45- قرار م. ع، غ. أ. ش، رقم: 328682، صادر في: 15/02/2006، مجلة المحكمة العليا، ع 1، 2006.
- 46- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 357544، صادر في: 21/03/2007، مجلة المحكمة

- العلياء، ع1، 2007.
- 47- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 389338، صادر في: 2007/11/21، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2008.
- 48- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 473702 صادر في: 2008/10/15، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، ج3، 2010.
- 49- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 49623، صادر في: 2009/09/29، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2009.
- 50- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 549408، صادر في: 2009/10/12، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، ج3، 2010.
- 51- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 491615، صادر في: 2009/11/12، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، ج3، 2010.
- 52- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 533005، صادر في: 2010/04/22، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2011.
- 53- قرار م. ع، غ. أ. ش، رقم: 577191، صادر في: 2010/06/16، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2010.
- 54- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 554347 صادر في: 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2010.
- 55- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 572205، صادر في: 2010/07/15، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2010.
- 56- قرار م. ع، غ. أ. ش، ملف رقم: 620402، صادر في: 2011/05/12، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2011.
- 57- قرار م. ع، غ. م، ملف رقم: 1043985، صادر في: 2016/05/19، مجلة المحكمة العليا، ع1، 2016.
- 58- قرار م. ع، غ. ع، ملف رقم: 1021381، الصادر بتاريخ: 2016/12/15، مجلة المحكمة العليا، ع2، 2016.
- 59- قرار مجلس الدولة رقم: 004851، صادر في: 2001/09/24، مجلة مجلس الدولة، ع1، 2002.
- 60- قرار مجلس الدولة رقم: 6426، صادر في: 2002/04/08، مجلة مجلس الدولة، ع2، 2002.

ب - الأحكام والاجتهادات القضائية في الدّول العربية:

1- الأحكام والإجتهادات القضائية في مصر:

- 1- حكم جلسة يوم: 1987/06/06، قضية رقم: 125 لسنة 6 قضائية دستورية، منشور بالجريدة الرسمية، ع 25، بتاريخ: 1987/06/20.
- 2- طعن في: 1907/05/15، المجموعة الرسمية 19، ص. 261.
- 3- طعن في: 1914/11/26، المجموعة الرسمية 27، ص. 39.
- 4- طعن في: 1916/03/09، المجموعة الرسمية 28، ص. 195.
- 5- طعن في: 1916/05/18، المجموعة الرسمية 6، ص. 310.
- 6- طعن في: 1916/05/18، المجموعة الرسمية 28، ص. 343.
- 7- طعن في: 1918/05/07، المجموعة الرسمية 30، ص. 409.
- 8- طعن في: 1918/11/26، المجموعة الرسمية 27، ص. 39.
- 9- طعن في: 1930/02/25، المجموعة الرسمية 24، ص. 214.
- 10- طعن في: 1930/03/27، المجموعة الرسمية 42، ص. 388.
- 11- نقض مدني صادر في: 1931/12/10، مجموعة عمر، ج 1، رقم: 16، ص. 26.
- 12- حكم محكمة النقض الصّادر في: 1932/11/07، طعن رقم: 60، السّنة الثّانية، مجموعة القواعد القانونية المقرّرة من محكمة النقض، ج 1، قاعدة رقم: 188 (تحت كلمة بيع)، ص. 375.
- 13- حكم محكمة النقض الصّادر في: 1933/05/05، مجموعة عمر رقم: 1، ص. 163.
- 14- نقض مدني في: 1934/06/14، مجموعة عمر، ج 1، رقم: 199، ص. 449.
- 15- نقض مدني مصري جلسة يوم: 1936/01/17، طعن رقم: 249، س. ق 27.
- 16- نقض مدني صادر في: 1937/11/18، مجموعة رقم 72، ج 2، رقم: 72، ص. 194.
- 17- طعن في: 1938/05/31، المجموعة الرسمية 50، ص. 340.
- 18- نقض مدني مصري صادر في: 1938/06/03، مجموعة القواعد القانونية، ج 2، ص. 394، رقم: 280.
- 19- نقض مدني بتاريخ: 1938/06/09، مجموعة عمر 2، رقم: 130، ص. 400.
- 20- نقض مدني صادر في: 1940/12/05، مجموعة عمر، ج 3، رقم: 89، ص. 280.
- 21- نقض مدني في: 1947/03/13، مجموعة عمر 5، رقم: 169، ص. 379.
- 22- نقض مدني، جلسة يوم: 1947/03/13، طعن رقم: 38، سنة 16.
- 23- حكم محكمة النقض المصرية الصّادر في: 1947/04/03، مجموعة عمر 5، رقم: 171، ص. 390.

- 24- حكم محكمة النقض المصرية الصادر في: 1947/04/03 مجموعة عمر 5، رقم: 181، ص. 490.
- 25- نقض مدني في: 1947/12/04، مجموعة عمر 5، رقم: 239، ص. 500.
- 26- نقض مصري في: 1948/04/08، مجموعة عمر، رقم: 296، ص. 587.
- 27- نقض مدني بتاريخ: 1949/01/20، مجموعة عمر 5، رقم: 373، ص. 703.
- 28- حكم محكمة النقض المصرية الصادر في: 1951/04/05، مجموعة أحكام النقض 2، رقم: 96.
- 29- حكم محكمة النقض المصرية الصادر في: 1951/05/04، طعن رقم: 177، س. ق 18.
- 30- نقض مدني في: 1958/11/21، طعن رقم: 355 لسنة 23 ق، الموسوعة الذهبية، ج 3، رقم 922.
- 31- نقض مصري جلسة يوم: 1963/01/17، طعن رقم: 249، س 27.
- 32- حكم محكمة النقض الصادر في: يونيو 1963 مجموعة عمر رقم: 1.
- 33- نقض مدني في: 1971/01/19، س 22، ص. 25.
- 34- نقض مدني مصري صادر في: 1973/02/27، مجموعة المكتب الفني لمحكمة النقض، س 24، ص. 336.
- 35- نقض في: 1976/01/07، طعن رقم: 15، س. ق 40.
- 36- نقض في: 1977/12/06، طعن رقم: 816، س. ق 43.
- 37- نقض في: 1980/05/28، طعن رقم: 685، س 45 ق.
- 38- نقض، جلسة يوم: 1981/12/07، طعن رقم: 139، س. ق 45.
- 39- نقض بتاريخ: 1984/02/08، طعن رقم: 1002، س. ق 49.
- 40- نقض صادر في: 1984/02/21، طعن رقم: 1527 لسنة 53.
- 41- طعن رقم: 62 لسنة 39، جلسة يوم: 1984/05/26، سنة 25، منشور ضمن الموسوعة الذهبية، الإصدار المدني، ج 10، 1982، ص. 948.
- 42- طعن رقم: 81 لسنة 39 ق، جلسة 1984/10/29، س 5، ص. 1165، الموسوعة الذهبية، ج 10، 1982، رقم: 1761، ص. 723-724.
- 43- نقض في: 1984/12/27، طعن رقم: 544، س 49 ق.
- 44- نقض مدني مصري صادر في: 1984/12/28، طعن رقم: 544، س 49 ق.
- 45- نقض مصري في: 1985/05/12، طعن رقم: 24 س 25.
- 46- نقض مدني صادر في: 1988/01/30، طعن رقم: 282، س 55 ق.
- 47- نقض في: 1988/06/09، طعن رقم: 1994، س. ق 57.
- 48- نقض مدني مصري في: 1988/10/25، طعن رقم: 2343، س 55 ق.
- 49- نقض مدني مصري في: 1989/02/26، طعن رقم: 420 س 45 ق.

- 50- نقض مصري في: 1990/02/22، طعن رقم: 824، س 56 ق.
- 51- نقض مصري في: 1995/12/26، طعن رقم: 1296 س 57 ق.
- 52- نقض جلسة يوم: 1996/05/15، س. ق 64.
- 53- إستئناف مختلط في: 1890/12/10، المجموعة الرسمية 3، ص. 70.
- 54- إستئناف مختلط في: 1894/05/30، المجموعة الرسمية 6، ص. 310.
- 55- إستئناف وطني في: 1895/05/15، القضاء 2، ص. 243.
- 56- إستئناف مختلط صادر في: 1895/11/26، المجموعة الرسمية 8، ص. 210.
- 57- إستئناف صادر في: 1896/03/20، المجموعة الرسمية 8، ص. 183.
- 58- إستئناف مختلط في: 1897/01/07، المجموعة الرسمية 9، ص. 101.
- 59- إستئناف مختلط في: 1897/01/07، المجموعة الرسمية 9، ص. 104.
- 60- إستئناف صادر في: 1897/12/22، المجموعة الرسمية 10، ص. 59.
- 61- إستئناف صادر في: 1899/01/05، المجموعة الرسمية 1، ص. 190.
- 62- إستئناف وطني بتاريخ: 1900/04/05، الحقوق 19، ص. 4.
- 63- إستئناف مختلط في: 1902/05/28، المجموعة الرسمية 14، ص. 330.
- 64- إستئناف مختلط في: 1905/02/22، المجموعة الرسمية 17، ص. 125.
- 65- إستئناف وطني بتاريخ: 1905/02/23، الإستقلال 4، ص. 448.
- 66- إستئناف مختلط بتاريخ: 1906/05/09، المجموعة الرسمية 18، ص. 236.
- 67- إستئناف وطني بتاريخ: 1915/06/01، الشرائع 2، رقم: 294، ص. 273.
- 68- إستئناف وطني صادر في: 1916/03/09، المجموعة الرسمية 28، ص. 195.
- 69- إستئناف مختلط صادر في: 1918/05/16، المجموعة الرسمية 30، ص. 424.
- 70- إستئناف مختلط صادر في: 1922/02/21، المجموعة الرسمية 24، ص. 195.
- 71- إستئناف مختلط صادر في: 1922/04/13، المجموعة الرسمية 24، ص. 330.
- 72- إستئناف مختلط صادر في: 1926/12/16، المجموعة الرسمية 39، ص. 95.
- 73- إستئناف صادر في: 1930/11/18، المجموعة الرسمية 43، ص. 25.
- 74- حكم محكمة الإستئناف المختلطة الصّادر بتاريخ: 1931/03/25، مجلّة 43، ص. 312.
- 75- إستئناف وطني صادر في: 1931/12/10، المحاماة، ج3، رقم: 205، ص. 273.
- 76- إستئناف مختلط في: 1934/06/07، المجموعة الرسمية 46، ص. 321.
- 77- حكم محكمة الاستئناف صادر في: 1935/03/05، المجموعة الرسمية 47، ص. 183.
- 78- حكم محكمة الإستئناف المختلطة بتاريخ: 1935/03/05، مجلّة 47، ص. 138.

- 79- حكم محكمة إستئناف أسبوط المؤرخ في: 1937/02/09، منشور بمجلة المحاماة، 17 رقم: 587.
 - 80- إستئناف مختلط صادر في: 1939/10/26، المجموعة الرسمية 25، ص. 7.
 - 81- إستئناف مختلط صادر في: 1941/03/25، المجموعة الرسمية 53، ص. 139.
 - 82- إستئناف مختلط صادر في: 1945/10/30، المجموعة الرسمية 58، ص. 4.
 - 83- إستئناف صادر في: 1947/02/18، المجموعة الرسمية 48، رقم 246.
 - 84- إستئناف مختلط في: 1953/04/11، المجموعة الرسمية 47، ص. 246.
 - 85- حكم محكمة الإسكندرية الكلية المختلطة الصادر في: 1917/12/11، جازيت 8، رقم 29، ص. 59.
 - 86- حكم محكمة الرّقازيق الصادر في: 1929/10/16، المجموعة الرسمية 31، رقم: 56، ص. 159.
 - 87- حكم صادر عن محكمة مصر الوطنية بتاريخ: 1939/03/06، المحاماة، 21، رقم: 334.
 - 88- حكم جلسة يوم: 1943/06/14، مجموعة عمر 1، رقم: 199، ص. 449.
 - 89- حكم المحكمة الشّرعية الصادر في: 1953/05/07، المحاماة الشّرعية 6 لرقم: 147، ص. 560.
 - 90- حكم محكمة ميت غمر الجزئية الصادر في: 1954/02/10، الجريدة الرسمية لسنة 108، ص. 23.
- 2- الأحكام والاجتهادات القضائية في المغرب:**
- 1- قرار المجلس الأعلى [المغربي]، ملف شرعي رقم: 63548، الصادر في 1980/04/22، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، مادّة الأحوال الشّخصية، 65-89، ص. 268.
 - 2- قرار المجلس الأعلى [المغربي]، ملف رقم: 94/5227، ع 723، الصادر في: 1999/07/27.
 - 3- قرار المجلس الأعلى [المغربي]، ملف عقّاري ع: 95/2/2/596، ع: 555، الصادر بتاريخ: 2003/12/18.
 - 4- قرار المجلس الأعلى [المغربي]، ملف شرعي ع 2003/1/2/333، الصادر في: 2005/04/06، ع 197.
 - 5- قرار المجلس الأعلى [المغربي]، ملف شرعي ع: 2003/1/2/76، ع: 274، الصادر في: 2005/05/18.
 - 6- قرار المجلس الأعلى [المغربي] ملف شرعي ع: 2005/1/62، رقم 74، الصادر في: 2007/01/31.
 - 7- قرار المجلس الأعلى [المغربي] ع: 215، ملف شرعي ع: 2007/1/2/161، الصادر في: 2008/04/23.
 - 8- قرار المجلس الأعلى [المغربي]، ملف ع: 2008/1/2/361، ع 132، الصادر في:

2009/03/25.

3- الأحكام والاجتهادات القضائية في الكويت:

- 1- قرار محكمة الإستئناف العليا (الكويتية)، الدائرة الثانية، أحوال شخصية، صادر في: 1966/02/28 تحت رقم: 1965/49.
- 2- حكم محكمة الإستئناف العليا (الكويتية)، دائرة التمييز، جلسة يوم: 1978/05/15، طعن رقم: 2 لسنة 1977 (أحوال شخصية).

4- الأحكام والاجتهادات القضائية في لبنان:

- 1- تمييز مدني، الغرفة 4، رقم: 19 بتاريخ: 1982/06/06، الشرق الأدنى، ع 35-36، ص. 253.
- 2- حكم صادر عن المحكمة المدنية، الغرفة الأولى رقم: 5 بتاريخ: 1987/01/13، ت ق 1987، بداية جبل لبنان المدنية، ص. 367.

II. المراجع باللغة الأجنبية:**1- Les ouvrages :****A- Les ouvrages généraux :**

- 1-ALEX Weill, Droit civil, les sûretés la publicité foncière, Dalloz, paris, 1979.
- 2-AUBERT Jean-Luc, la responsabilité civil des notaire, Répertoire du notait DEFRENOIS, paris, 2000.
- 3-AUBERT Jean-Luc, Notions et roles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat, L. G. D. J, paris, 1970.
- 4-AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Course de droit civil français, T. 10, 5^{ème} éd, par ESMEIN Paul, L. G. D. J, Paris, 1920.
- 5-AUBRY Charles et RAU Charles Frédéric, Droit civil français, T. VI, 7^{ème} éd, par ESMEIN Paul et PONSARD André, Librairie techniques, paris, 1975.
- 6-AYNÉS Laurent, CROCQ pierre, Droit Civil, Les sûretés la publicité foncière, Deférenois, 2^{ème} éd, paris, 2006.
- 7-BÉNABENT Alin, Droit civil, Les contrats spéciaux, 2^{ème} éd, Montchrestien, paris, 1995.
- 8-BERTRAND-MIRKOVIC Aude, La Notion de Personne, Étude visant à Clarifier le Statut Juridique de L'enfant à Naitre, Presses Universitaires D'aix

Marseille, 2003.

9- BIHL Luc, Le droit de vente, vente mobilière, Dalloz, 1986.

10- BOUDERBAL Abdelkader, la fiscalité a la portée de tous, la maison des livres, 2^{ème} éd, Alger, 1984.

11- CALAIS-AULOY J et STEINMETZ F, Droit de la consommation, 5^{ème} éd, Dalloz, 1992.

12- CAPITANT Henri, De la cause des obligation, 3^{ème} éd, Librairie DALLOZ, Paris, 1927.

13- CAPITANT Henri, Les grands arrêts de la jurisprudence civil, T. 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés Broché, 12^{ème} éd, 2008.

14- CARBONNIER Jean, droit civil, T. 4, Les obligations, 22^{ème} éd, P. U. F, 2000.

15- CARBONNIER Jean, flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur, L. G. D. J, paris, 1979.

16- CHOUCRI Cardahi, la vente en droit comparé occidental et oriental, L. G. D. J, paris, 1968.

17- COLIN Ambroise et CAPITANT Henri, Cour élémentaire de droit civil français, T. 2, 7^{ème} éd, Librairie, Dalloz, paris, 1932.

18- COLLIN Paul, De la capacité de disposer de recevoir à titre gratuit, Typographie D'august Marc, paris, 1861.

19- DE LEVAL Georges, Droit du recouvrement, la saisie immobilière, Bruxelles, 4^{ème} éd, Larcier, 2002.

20- DE POULPIQUET Jean, la responsabilité civil et disciplinaire des notaires, L. G. D. J, paris, 1974.

21- DELNOY Paul, Les libéralités et les successions, Précis de droit civil, 3^{ème} éd, Larcier, 2009.

22- DEMOGUE René, Traité des obligations en général, Sources des obligations, T. 1, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1923.

23- DEURE Paul-Louis, le nouveau guide des impots locaux, éd du oniteur, paris, 1981.

24- DREIFUSS-NETTER Frédérique, Les manifestation de volonté abdicatives, L. G. D. J, paris, 1985.

25- DUPEYROUX Jean-Jacques, Contribution à la théorie générale de

- l'acte à titre gratuit, L. G. D. J, paris, 1955.
- 26- ESMEIN Paul, Droit Civil approfondi, L'acte juridique a titre gratuit, Les cour de droit, paris, 1933.
- 27- FARJAT Gerard, droit privé de L'économié, II, Théorie des Obligations, P. U. F, paris, 1975.
- 28- FLOUR Jacques et SOULEAU Henri, Droit civil, les libéralités, 2^{ème} éd, Coll. U série droit privé, Armand Colin, paris, 1982.
- 29- FLOUR Jacques, AUBERT Jean-Luc, Les obligations, T. I, L'acte juridique, Armand Colin, 8^{ème} éd, 1998.
- 30- GARAME Ibtissem, Terminologie juridique dans la legislation algerienne, Lexique français-arab, Palais des livres, Blida, 1998.
- 31- GAS-Gérard et FERRIER Didire, Traité de droit de La consommation, P. U. F, Paris, 1986.
- 32- GENY François, Science et technique en droit privé positif, Sirey, Paris, 1925.
- 33- GHESTIN Jacques, Traité de droit civil, T. 2, Les Obligations, 2^{ème} éd , L. G. D. J, paris, 1988.
- 34- GODÉ Pierre, Volonté et manifestations tacites, P. U. F, Paris, 1977.
- 35- GUERRIERO Marie-Antoinette, L'acte juridique solennel, L. G. D. J, paris, 1975.
- 36- GUIHO pierre, Cours de droit civil, Vol. 8, Les successions, Les libéralité, L'Hermès, paris, 1983.
- 37- GUIHO pierre, PAYRARD Georges, droit civil, Les obligations, T. 2, Le régime général, L'Hermès, 3^{ème} éd, 1992.
- 38- HOCHART Catherine, La garantie d'éviction dans la vente, L .G .D .J, paris, 1993.
- 39- JOSSERAND Louis, Cours de droit civil positif français, T. 3, 2^{ème} éd, Librairie du recueil Sirey, paris, 1933.
- 40- KANDIL Atmane, Théorie fiscale et développement, L'expérience algérienne, S. N. E. D, Alger, 1970.
- 41- LAHDIRI Amar, Dispositions législatives et réglementaires relatives au notariat en Algérie, Maison des registres, Alger, 1997.
- 42- LARROUMET Christian, Droit Civil, T. 3, Les obligations, Le contrat, Economica, 3^{ème} éd, 1996.

- 43- MALAURIE Philippe, AYNÉS Laurent et STOFFEL-MUNCK Philippe, Les Obligations, 4^{ème} éd, Defrénois, Lextenso édition, paris, 2009.
- 44- MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, les sûretés la publicité foncière, T. III, Vol 1, Sirey, 1971.
- 45- MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, T. I, Introduction générale à l'étude du droit, 2^{ème} éd, Sirey, paris, 1972.
- 46- MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, les Successions et les libéralités, Paris, 1983.
- 47- MATCADIÉ Denise, MION Bricitte, MOUSSINET Marie-Noëlle, La formalisation des actes notariés, 2^{ème} éd, LexisNexis DL, paris, 2015.
- 48- MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, Leçon de droit civil, Les Obligation, Théorie générale, T. 2, Vol. 1, Montchrestien, 2000.
- 49- NANA Gérard Jérôme, La réparation des dommages causés par Les vices d'une chose, L. G. D. J, paris, 1982.
- 50- PIEDELIÈVRE Stéphane, Traité de droit civil, La publicité foncière, 2^{ème} éd, L. G. D. J, parais, 2000.
- 51- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T. VI, Première partie, par ESMEIN Paul, 2^{ème} éd, L. G. D. J, Paris, 1952.
- 52- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Obligations, T.VII, Deuxième partie, par RADOUANT Jean et GABOLDE Gabriel, 2^{ème} éd, L. G. D. J, Paris, 1952.
- 53- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité élémentaire de droit civil, T.X par Hamel, L. G. D. J, paris, 1956.
- 54- RAHMANI Cherif, Evolution du régime foncier en algérie, dérction Générale du Domaine National, linité de formation continue, Alger, 2006.
- 55- SIMLER Philippe et DELEBECQUE Philippe, Droit civil, Les suretés la publicité foncière, 2^{ème} éd, Dalloz, paris, 1995.
- 56- SIMLER Philippe, DELEBECQUE Philippe, Droit Civil, Les sûretés la publicité foncière, Dalloz, 4^{ème} éd, paris, 2004.
- 57- TARBOURIECH Ernest, De la cause dans les libéralités, V. Giard & E. Brière, Libraires-éditeurs, Paris, 1894.

- 58- TERRÉ François et LEQUETTE Yves, Droit civil, Les successions, les libéralités, Coll. précis Dalloz, 1983.
- 59- TIMBAL Pierre-Clément, Droit Romain et Ancien droit français, Régimes matrimoniaux, Successions, Liberalités, 2^{ème} éd, Dalloz, 1975.
- 60- TODOROVA liliana, L'engagement en droit, L'individualisation et le code civil au xxle siècle, Publibook Université, paris, 2007.
- 61- VAN OMMESLAGHE Pierre, Droit des Obligation, T. 3, Régime général de L'Obligation, Bruylant bruxelles, Belgique, 2010.
- 62- VIALARD Antoine, La formation du contrat, O. P. U, Alger, 1981.
- 63- WEILL Alex et TERRÉ François, droit civil, les Obligations, 4^{ème} éd, Dalloz, paris, 1986.
- 64- WERY Patrick, Droit des contrats, le mandat, Bruessel, Larcier, 2000.

B- Les ouvrages spéciaux :

- 1- CHAILLET Christophe, Le guide pratique des donations et donations - partages, savoir donner, anticiper, protéger, économiser, Gualino éditeur, Lextensoéditions, paris, 2013.
- 2- G. BAUDRY- Lacantinerie et Colin, traité théorique et pratique de droit civil, T. 10, de donation entre vifs et testaments, 3^{ème} éd, Paris, 1898.
- 3- M. Troplong, Droit Civil Expliqué, des Donations entre-vifs et des Testaments ou commentaire du titre II du livre du code Napoléon, T. 1, charleshigay, Libraire-éditeur, paris, 1855.
- 4- MEAU-LAUTOUR Huguette, la donations déguisée en droit civil français, contributions à la théorie générale de la donation, L. G. D. J, paris, 1985.
- 5- NAJJAR Ibrahim, Les Libéralités, théorie Générale Testaments - donation, Librairie du Liban, Beyrouth, 1973.
- 6- NAJJAR Ibrahim, Acte à titre gratuit, Disposition à titre gratuit, donation, donation entre époux, pacte sur succession, DOLLOZ Éditions DELTA, 1999.
- 7- PLANIOL Marcel et RIPERT Georges, Traité pratique de droit civil français, Donations et Testaments, T.V, par TRASBOT André et LOUSSOUARN Yvon, 2^{ème} éd, L.G.D.J, Paris, 1952.
- 8- PONSARD André, les donations indirectes en droit civil français, Libraire

du recueil sirey, paris, 1946.

9- T. Raymond, M. Troplong, Donations entre vifs, T. 1, éd Nabupress, paris, 2010.

10- WATGEN Monique, WATGEN Raymond, Successions et donations, 4^{ème} éd, éditions promoculture Luxembourg, 1997.

2- Les Dictionnaires :

1-AUROUX Sylvain et WEIL Yvonne, nouveau vocabulaire des études philosophique, Hachette, 1975.

2-BERT Paul, Le petait Robert de la Langue Français, Dictionnaire, Alphabétique et analogique, Éditions le ROBERT, paris, 1990.

3-LALANDE André, vocabulaire technique et critique de la philosophie, P. U. F, 1976.

3- Les Thèses scientifiques :

1- AUSSEL Jean-Marie, Essai sur la nation de tiers en droit civil français, thèse, Montpellier, 1952.

2- BERNARD péchaud, Capacité des personnes morales étrangères de recevoir en France à titre gratuit, Thèse Doctorat, faculté de droit, paris, 1900.

3-BOUMEDIENE Kamel, La responsabilité professionnelle pour Les dommages causés par Les produits industriels, Thèse de Doctorat d'état, Faculté des Sciences juridiques, Université de Rennes 1, 1986.

4-DUNAUD Véronique, Les libéralités par voie de renonciations, thèse de doctorat, Limoges, 2000.

5- FERCHICHI Béchir, La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits marocain et tunisien comparés, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis, 1983.

6-NICOD Marc, Le formalisme en droit des libéralités, thèse de doctorat, Droit privé, Université paris XII, 1996.

7-POSEZ Alexis, L'inexistence du contrat, Thèse de doctorat, droit, Université Panthéon-Assas, Paris II, 2010.

8-SAGHY-CADENAS Pedro, La simulation de contrat, Étude comparée en droit civil français et vénézuélien, Thèse de doctorat en droit, université panthéon- Assas, Paris II, 2012.

4- Les articles scientifiques :

- 1- ABDALLA Fathi Abdelrahim, Aspects nouveaux du formalisme dans les contrats civil, étude comparative, Revue internationale de droit comparé, Trentième année, Vol 30 n° 4, Octobre- Décembre 1978.
- 2- BEKHECHI Mohammed Abdelwahab, Variations autour d'un demi-siècle de production juridique algérienne, Le long chemin vers la construction d'un système juridique pour le développement et la bonne gouvernance, Algérie cinquante ans après, La part du droit, T. I, Auteur collectif sous la direction de LAGGONE Walid, Editions A. J. E. D, Réghaïa, Algérie, 2013.
- 3- BELARBIA Fatima Zohra, Le transfert de propriété, Commentaire des arrêts n° 491615 et 549408, Revue de la cour suprême, Numéro spécial, Jurisprudence de la chambre foncier, T. 3, 2010.
- 4- BLANDINE Mallel-Bricout, « 2016, ou l'année de la réforme du droit des contrats », R. T. D. Civ, avril-juin, 2016.
- 5- BOUREL Peirre, L'erreur dans La renonciation à une succession, R. T. D. Civ, 1961.
- 6- BRETON André, Théorie générale de la renonciation aux droit réel, Le déguerpissement en droit civil français, R.T.D. Civ, 1928.
- 7- BRUN Philippe, Qualification d'un acte emportant promesse croisées de vente et d'achat, R. I. D. C, 1 avril 2006.
- 8- CHAHATA Chafik, le système des nullités en droit musulman hanéfite et en droit comparé, Revue de sciences juridique et économique, 5^{ème} année, n° 1, 1963.
- 9- DAGORNE-LABBE Yannick, Promesse de vente, Répertoire du notariat, Defrénois, 30 juin 2000, n° 12.
- 10- DECOPS Jean-Paul, Notariat français, la revue des notaires, N° 6, Avril-Mais, 2002.
- 11- EL DESSOUKI Ibrahim, Notion du contrat en suspens selon le droit musulman, Revue de sciences juridique et économique, 31^{ème} année, n° 1 et 02, janvier et juillet 1989.
- 12- FUBINI, Nature juridique de la responsabilité du vendeur pour les vices cachés, R. T. D. Civ, 1903.
- 13- LE TOURNEAU Philippe, De L'allégement de l'obligation de

renseignement ou de conseil, D. 1987. Chr.

14- MAGUET, Donations déguisée et donations indirectes, J. C. P, 1944 éd, N, 1.

15- MESTRE Jacques, deux promesses unilatérales croisées ne valant pas forcément promesse synallagmatique, R.T.D. Civ., 2003.

16- NAHAS Mahieddin, Le droit algérien de famille, Une double succession sous bénéfice d'inventaire, Algérie cinquante ans après, La part du droit, T. I, Auteur collectif sous la direction de LAGGONE Walid, Editions A. J. E. D, Réghaïa, Algérie, 2013.

17- STAPYLTON-SMITH Duncan, La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir?, A. J. D. I, 1996.

18- VERON Michel, La Donation de Biens à Venir entre époux au cour du mariage et la loi du 6 Novembre 1963, D, 1965.

5- Les texte juridiques :

1- Constitisient de la République française du 04 octobre 1958, Journal Officiel de La République Française, n° 0238 du 05/10/1958, modifié et compléter.

2- Code Civil français, notamment tel que modifié par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Journal Officiel de La République Française, n°0035 du 11/02/2016- texte n° 26.

6- Les jurisprudences :

1- Cass. Civ., 21 Décembre 1846, S, 1847, 1. 66.

2- req. 28 Février 1870, D, P, 1871, 1. 16.

3- Cass. Civ., 25 mai 1870, D, 1870-1-257.

4- Req. 6 décembre 1881, D. 83, 303, S. 84, 1, 19.

5- Civ. 17 juillet 1883, D. 84, 1, 305, concl. Ronjat, S. 84, 1, 156, note Labbé.

6- Req. 27 juillet 1886, D. 87, 1, 107, S. 89, 1, 295.

7- Civ. 28 juillet 1887, D. 88, 1, 435, S, 89, 1, 99.

8- Req. 13 mars 1888, S. 90, 1, 169, note Lacoste.

9- 27 Juin 1894, D. P. 1894, 1, 423, S, 1898, 1, 434.

10- Civ. 1^{re} juillet 1896, D. 98, 1, 397, S. 1902, 1, 350.

11- Civ. 3 novembre 1896, D. P. 97, 1, 548.

12- Civ. 3 novembre 1896, D. P. 97, 1, 594.

- 13- Req. 22 Octobre 1901, D. 1902, 1, 241, note T. P.
- 14- Req. 20 janvier 1903, D. 1903, 1, 205, S. 1903, 1, 399.
- 15- Req. 26 janvier 1903, D. P. 1903, 1, 238.
- 16- Req. 1^{re}, 5 mars 1904, D. 1905, 1, 47, S. 1904, 1, 400.
- 17- Req. 23 octobre 1905, D. P. 1906, 1, 32.
- 18- Req. 10 décembre 1906, D. 1907, 1, 234, S. 1909, 1, 574.
- 19- Req. 31 juillet 1913, D. 1917, 1, 62.
- 20- Civ. 11 mars 1918, D. 1918, 1, 100.
- 21- Req. 8 juin 1926, D. 1927, 1, 113, note Savatier, S. 1931, 2, 45, en sous-note.
- 22- Req. 19 Octobre 1927, Gaz. Pal., 1927, 2, 739, S. 1927, 1, 382.
- 23- Civ. 20 juillet 1936, D. H. 1936, 441 ;
- 24- Req. 27 Décembre 1939, Rev. Trim. dr. Civ., 1940-1941, 307 ; Gaz. Pal., 1940, 1, 189.
- 25- Civ. 14 octobre 1940, D. 1940, 1, 174.
- 26- Civ. 30 avril 1941, D. C. 1942, 6, note M. N., J. C. P. 1941, II, 1717, note Voirin.
- 27- Civ. 16 novembre 1949, D. 1950, 393, note Frégaville.
- 28- Civ., 14 février 1956, D. S. 1956, Somm. p. 67, J. C. P. 1956, II, 9343 ; note Voirin.
- 29- Cass. civ, 15 juin 1962, GAZ. PAL, 1962, II, 181.
- 30- Cass. Civ., 3^{ème}, 8 février 1968, n° 65-10600.
- 31- Cass. Civ., 1^{re}, 2 Juin 1970, Bull, Civ. 1, n° 187, p. 151; Sem. Jur, 1972, 2, 17095, note Dagot.
- 32- Cass. soc. 22 mars 1972, D, P. 468.
- 33- Cass. Civ., 1^{re}, 19 Janvier 1977, n° 75-14096.
- 34- Civ., 3^{ème}, 20 février 1974, Bull Civ., III. n° 84.
- 35- Civ., 1^{re}, 12 mars 1974, G. P, 1974, Somm, 127.
- 36- Cass. civ 28 mai 1974, D, 1975, 144, note Ponsard; Sem, Jur, 1975, 11, 17911 note Thuillier, Rev, Trim, dr, civ, 1974, 844, Obs, R. savatier.
- 37- Civ., 1^{re}, 21 Juin 1976, D, 1967, 584. Note Berton; J. C .P, 1967.
- 38- Civ., 1^{re}, 28 mars 1977, D, 1977, I.R. 294.
- 39- Civ. 29 mai 1980, D, 1981, 273, not Najjar; Sem. Jur 1980, 1^{er}, 298; Rev. Trim. dr. Civ. 1981, 422. Obs. A.J. Patarin.

- 40- Cass. Civ., 1^{re}, 04 nov 1981, civ., I, N 329.
- 41- Cass. Civ., 1^{re}, 14 fév 1989, Bull, civ., I, N. 97.
- 42- Cass. civ., 1^{re}., 28 juin 1989, Bull. Civ., I, n° 268, note, GHESTIN J.
- 43- Cass. Civ., 4 déc 1990, Bull, Civ., IV, N. 307.
- 44- Cass. Civ., 1^{re}, 16 avril 1996; n° de pourvoi: 94-22874.
- 45- Cass. Civ., 1^{re}, 18 avril 2000 ; n° de pourvoi: 98-11381.
- 46- Cass. Civ, 1^{er}, 03 mai 2000, n° de pourvoi: 98-11381.
- 47- Cass. civ, 3^{ème}, 21 février 2001, n° de pourvoi: 98-20817.
- 48- Cass. Civ, 1^{er}, 06 novembre 2002, n° de pourvoi: 00-10192.
- 49- Cass. Civ, 1^{er} juin 2004, n° de pourvoi: 01-17258.
- 50- Cass. Civ., 1^{er}, 25 Juin 2014, n° 13-16529.
- 51- Cass. Civ., 1^{re}, 11 février 2015, n°14-12.012.
- 52- Cass. Civ., 1^{re}, 4 mars 2015, n° 14-13.329.
- 53- Cass. Civ., 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-13, 479.
- 54- Cass. Civ., 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-21.135.
- 55- Seine, 19 nonembre 1842, sous Paris, 29 décembre 1843, D. 44, 2, 82, S. 44, 2, 49.
- 56- Rouen, 16 juin 1846, P. 46, 2, 290.
- 57- Colmar, 7 juillet 1848, D., 50, 2, 181.
- 58- Douai, 7 juin 1850, D. 50, 2, 160, S. 50, 2, 402.
- 59- Nancy, 22 février 1867, D. 67, 2, 102, S. 68, 2, 50.
- 60- Lyon, 27 juin 1867, S. 68, 2, 182, D. 67, 2, 194.
- 61- Bordeaux, 17 janvier 1870, S. 70, 2, 219, D. 71, 2, 96.
- 62- Lyon, 7 avril 1870, D. 71, 2, 187, S. 71, 2, 237.
- 63- Aix, 11 mars 1874, D. 75, 2, 28, S. 75, 2, 173.
- 64- Pul, 7 août 1889, D. 90, 2, 176.
- 65- Douai, 12 janvier 1891, D. 91, 2, 222.
- 66- Nancy, 24 juin 1893, D. 95, 2, 395.
- 67- Rennes, 18 Juillet 1893 et Req. 16 Avril 1894, D. 94, 2, 7, S. 95, 1, 309.
- 68- Paris, 18 Février 1896, D. 96, 2, 197 et Civ. 22 Juin 1897, D. 97, 1, 559, S. 97, 1, 345 .
- 69- Bourger, 6 juin 1898, D. 98, 2, 495.
- 70- Bordeaux, 22 mars 1899, D. 1900, 2, 72.

- 71- Limoges, 27 février 1900, D. 1902, 2, 281, S. 1903, 2, 273, note Pilon.
- 72- Toulouse, 21 février 1902, D. 1902, 1, 329, note Dupuich.
- 73- Bastia, 31 juillet 1907, D. 1909, 2, 266.
- 74- Lyon, 11 juillet 1908, D. P. 1910, 2, 100.
- 75- Paris 5 Février 1910, D. 1913-2.1, note :valery.
- 76- Paris, 20 Octobre 1911, D. 1911, 5, 58.
- 77- Lyon, 19 décembre 1917, S. 1918, 2, 40.
- 78- Paris, 3 janvier 1918, D. 1918, 2, 33, note Dupuich.
- 79- Trib. Seine, 27 avril 1918, Gaz. Pal., 23 octobre 1918.
- 80- Paris, 5 mai 1925, D. H. 1925, 474.
- 81- Trib. Seine, 11 mars 1927, D. H. 1927, 262.
- 82- Paris, 10 decembre 1934, D. 1935, 2, 1, note Nast.
- 83- Paris, 12 mai 1944, D. 1945, 90.
- 84- Douai, 24 mars 1947, S. 1948, 2, 1, note Morel.
- 85- Alger, 28 juin 1948, D. Somm. 38.
- 86- Comp. Trib. Cahors, 8 juillet 1948, D. 1949, 166, note H. L.
- 87- Trib. Lyon, 26 mai 1952, D. 1952, 629.
- 88- Paris, 15 décembre 1955, Rev. Trim, 1956, 381, Obs. Savatier, D. S. 1956, 128.
- 89- Lyon, 30 mars 1961, D. 1918, 2, 51.

7- Sites Internet :

- www.Legifrance.gouv.fr

فهرس

1	مقدمة
14	الفصل التمهيدي: التأسيس لعقد هبة العقار
16	المبحث الأول: مفهوم عقد هبة العقار
16	المطلب الأول: تعريف عقد هبة العقار
16	الفرع الأول: التعريف اللغوي لعقد هبة العقار
16	البند الأول: تعريف عقد الهبة لغة
18	البند الثاني: تعريف العقار لغة
20	الفرع الثاني: التعريف الشرعي لعقد هبة العقار
20	البند الأول: تعريف عقد الهبة في الاصطلاح الشرعي
20	أولاً: تعريف عقد الهبة عند الحنفية
22	ثانياً: تعريف عقد الهبة عند المالكية
23	ثالثاً: تعريف عقد الهبة عند الشافعية
24	رابعاً: تعريف عقد الهبة عند الحنابلة
26	البند الثاني: تعريف العقار في الاصطلاح الشرعي
27	الفرع الثالث: التعريف القانوني لعقد هبة العقار
27	البند الأول: تعريف عقد الهبة في القانون الوضعي
27	أولاً: تعريف عقد الهبة في قانون الأسرة الجزائري
30	ثانياً: تعريف عقد الهبة في القانون المدني المصري
31	ثالثاً: تعريف عقد الهبة في القانون المدني الفرنسي
32	البند الثاني: تعريف العقار في القانون الوضعي
35	المطلب الثاني: مقومات وخصائص عقد هبة العقار
35	الفرع الأول: مقومات عقد هبة العقار
35	البند الأول: هبة العقار عقد يتم بين الأحياء
37	البند الثاني: عقد هبة العقار من أعمال التصرف بدون عوض
40	البند الثالث: عقد هبة العقار يتم بنية التبرع
42	الفرع الثاني: خصائص عقد هبة العقار
42	البند الأول: هبة العقار عقد مسمى ملزم لجانب واحد
44	البند الثاني: هبة العقار عقد شكلي
46	المبحث الثاني: تمييز عقد هبة العقار عما يقاربه أو يفارقه من تصرفات
46	المطلب الأول: تمييز عقد هبة العقار عما يقاربه من تصرفات
46	الفرع الأول: هبة العقار والعطية

48	الفرع الثاني: هبة العقار والصدقة
49	الفرع الثالث: هبة العقار والهدية
51	المطلب الثاني: تمييز عقد هبة العقار عما يفارقه من تصرفات
51	الفرع الأول: تمييز عقد هبة العقار عما يفارقه من تصرفات صادرة من جانب واحد
51	البند الأول: هبة العقار والوصية
53	البند الثاني: هبة العقار والوقف
55	البند الثالث: هبة العقار والإباحة
56	الفرع الثاني: تمييز عقد هبة العقار عما يفارقه من تصرفات صادرة عن جانبين
57	البند الأول: هبة العقار والبيع
60	البند الثاني: هبة العقار وعارية الاستعمال
61	البند الثالث: هبة العقار والإيجار
62	المبحث الثالث: تنظيم عقد هبة العقار
63	المطلب الأول: مشروعية وحكم عقد هبة العقار
63	الفرع الأول: أدلة مشروعية عقد هبة العقار
63	البند الأول: دليل مشروعية عقد هبة العقار من القرآن الكريم
67	البند الثاني: دليل مشروعية عقد هبة العقار من السنة
71	البند الثالث: دليل مشروعية عقد هبة العقار من الإجماع
73	البند الرابع: دليل مشروعية عقد هبة العقار من المعقول
76	الفرع الثاني: حكم عقد هبة العقار
77	البند الأول: الحكم الشرعي العام لعقد هبة العقار
79	البند الثاني: حكم العدل بين الأولاد في هبة العقار
80	أولاً: أقوال الفقهاء في مسألة التسوية بين الأولاد في هبة العقار
85	ثانياً: ترجيح أقوى الأقوال في المسألة
86	المطلب الثاني: موقف التشريع الوضعي من عقد هبة العقار
87	الفرع الأول: موقف التشريع الجزائري من عقد هبة العقار
89	الفرع الثاني: موقف التشريع المصري من عقد هبة العقار
91	الفرع الثالث: موقف التشريع الفرنسي من عقد هبة العقار
94	الباب الأول: إنشاء عقد هبة العقار
97	الفصل الأول: أركان انعقاد عقد هبة العقار من حيث الموضوع
97	المبحث الأول: التراضي في عقد هبة العقار
98	المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في عقد هبة العقار
98	الفرع الأول: التعبير الصريح

102	الفرع الثاني: التعبير الضمني
106	الفرع الثالث: السكوت
109	المطلب الثاني: توافق الإرادتين في عقد هبة العقار
109	الفرع الأول: الإيجاب
109	البند الأول: مفهوم الإيجاب
112	البند الثاني: أثر الإيجاب
114	البند الثالث: سقوط الإيجاب
118	الفرع الثاني: القبول
120	الفرع الثالث: موقف الفقه الإسلامي بخصوص تطابق الإرادتين في عقد هبة العقار
121	البند الأول: إختلاف الفقهاء بالاعتداد بالركن في عقد هبة العقار
122	البند الثاني: حقيقة الصيغة في عقد هبة العقار
124	المطلب الثالث: كيفية وصور اقتران القبول بالإيجاب في عقد هبة العقار
124	الفرع الأول: كيفية اقتران القبول بالإيجاب
124	البند الأول: التعاقد بين حاضرين
126	البند الثاني: التعاقد بين غائبين
131	الفرع الثاني: صور اقتران القبول بالإيجاب
131	البند الأول: الوعد بهبة العقار
131	أولاً: ماهية عقد الوعد بهبة العقار
131	I. مفهوم عقد الوعد بهبة العقار:
135	II. صور عقد الوعد بهبة العقار:
137	ثانياً: أركان انعقاد عقد الوعد بهبة عقار
140	ثالثاً: آثار عقد الوعد بهبة العقار
143	البند الثاني: الوكالة في عقد هبة العقار
148	المبحث الثاني: صحة التراضي في عقد هبة العقار
149	المطلب الأول: الأهلية في عقد هبة العقار
149	الفرع الأول: أهلية الواهب
149	البند الأول: علم الأهلية
152	البند الثاني: ناقص الأهلية
157	البند الثالث: الواهب البالغ الرشيد
158	أولاً: هبة التزوجة الرشيدة
159	ثانياً: هبة المدين البالغ
161	ثالثاً: هبة أصحاب العاهة
163	الفرع الثاني: أهلية الموهوب له

163	البند الأول: الموهوب له الحمل المستكن
165	البند الثاني: الموهوب له عدم الأهلية
167	البند الثالث: الموهوب له ناقص الأهلية
168	البند الرابع: الموهوب له كامل الأهلية
169	المطلب الثاني: عيوب الرضاء في عقد هبة العقار
170	الفرع الأول: الغلط في عقد هبة العقار
177	الفرع الثاني: التدليس في عقد هبة العقار
183	الفرع الثالث: الإكراه في عقد هبة العقار
189	الفرع الرابع: الإستغلال في عقد هبة العقار
194	المبحث الثالث: محل وسبب عقد هبة العقار
195	المطلب الأول: محل عقد هبة العقار
195	الفرع الأول: الشروط العامة لمحل عقد هبة العقار
200	الفرع الثاني: صور التعامل بالهبة في عين العقار الموهوب
200	البند الأول: هبة العقار المستقبل
208	البند الثاني: هبة عقار ملك الغير
213	البند الثالث: هبة العقار المشاع
218	البند الرابع: هبة العقار في مرض الموت
224	الفرع الثالث: صور التعامل بالهبة في منفعة العقار الموهوب
225	البند الأول: العُمرى
228	البند الثاني: الرقبي
231	المطلب الثاني: السبب في عقد هبة العقار
232	الفرع الأول: سبب عقد هبة العقار في الفقه الإسلامي
237	الفرع الثاني: سبب عقد هبة العقار في القانون الوضعي
237	البند الأول: سبب عقد هبة العقار في الفقه
241	البند الثاني: سبب عقد هبة العقار في التشريع
245	الفرع الثالث: تطبيقات مشروعية السبب في عقد هبة العقار
245	البند الأول: تطبيقات مشروعية السبب ضمن عقد هبة العقار في ضوء القضاء المصري
249	البند الثاني: تطبيقات مشروعية السبب ضمن عقد هبة العقار في ضوء القضاء الفرنسي
253	الفصل الثاني: أركان انعقاد عقد هبة العقار من حيث الشكل
254	المبحث الأول: الحيابة في عقد هبة العقار
254	المطلب الأول: ماهية الحيابة في عقد هبة العقار
254	الفرع الأول: مفهوم الحيابة في عقد هبة العقار
255	البند الأول: تعريف الحيابة

258	البند الثاني: الحكمة من اشتراط الحيابة
260	الفرع الثاني: شروط الحيابة
261	البند الأول: شرط المعاينة
264	البند الثاني: شرط حصول الحيابة قبل حدوث المانع
266	البند الثالث: شرط الحوز في الدار المعدة للسكن
268	الفرع الثالث: أنواع وطرق حوز هبة العقار
268	البند الأول: أنواع حوز هبة العقار
273	البند الثاني: طرق حوز هبة العقار
278	المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي من اشتراط الحيابة في عقد هبة العقار
279	الفرع الأول: الأقوال الفقهية حول طبيعة الحيابة في عقد هبة العقار
279	البند الأول: إعتبار الحيابة شرطاً من شروط صحة عقد هبة العقار
282	البند الثاني: إعتبار الحيابة شرطاً من شروط تمام عقد هبة العقار
284	البند الثالث: إعتبار الحيابة أثراً من آثار عقد هبة العقار
284	الفرع الثاني: الإستدلال حول حكم الحيابة في عقد هبة العقار
285	البند الأول: أدلة الفريق القائل بكون الحيابة شرطاً من شروط صحة هبة العقار
285	أولاً: الدليل من السنة
286	ثانياً: الدليل من الأثر
288	ثالثاً: الدليل من الإجماع
290	رابعاً: الدليل من المعقول
291	البند الثاني: أدلة الفريق القائل بكون الحيابة شرطاً من شروط تمام عقد هبة العقار
291	أولاً: الدليل من الكتاب
292	ثانياً: الدليل من السنة
292	ثالثاً: الدليل من المعقول
294	البند الثالث: أدلة الفريق القائل بكون الحيابة مجرد أثر من آثار عقد هبة العقار
294	أولاً: الدليل من الكتاب
295	ثانياً: الدليل من السنة
295	ثالثاً: الدليل من الآثار
296	رابعاً: الدليل من المعقول
297	الفرع الثالث: مناقشة أدلة الفقهاء بخصوص حكم الحيابة في عقد هبة العقار
297	البند الأول: مناقشة أدلة القائلين بكون الحيابة شرط صحة هبة العقار
297	أولاً: مناقشة الأدلة من السنة
300	ثانياً: مناقشة الأدلة من الآثار
300	ثالثاً: مناقشة الدليل من الإجماع

302	رابعاً: مناقشة الدليل من المعقول
304	البند الثاني: مناقشة أدلة القائلين بكون الحيازة شرط تمام أو مجرد أثر في هبة العقار
304	أولاً: مناقشة الدليل من الكتاب
305	ثانياً: مناقشة الدليل من السنة
306	ثالثاً: مناقشة الدليل من الآثار
306	رابعاً: مناقشة الدليل من المعقول
308	البند الرابع: ترجيح أقوى الأقوال في المسألة
309	المطلب الثالث: موقف القانون الوضعي من اشتراط الحيازة في عقد هبة العقار
309	الفرع الأول: بيان الحيازة في عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي
309	البند الأول: مدى اشتراط الحيازة في عقد هبة العقار ضمن التشريع والاجتهاد القضائي
314	البند الثاني: الإستثناءات الواردة على اشتراط الحيازة في عقد هبة العقار
320	الفرع الثاني: مدى كفاية الرسمية عن الحيازة المادية في عقد هبة العقار
320	البند الأول: القول بأن الرسمية لا تغني عن الحيازة المادية في عقد هبة العقار
323	البند الثاني: القول بأن الرسمية تغني عن الحيازة المادية في عقد هبة العقار
327	البند الثالث: القول المرجح في مسألة الاستغناء بالرسمية عن الحيازة في عقد هبة العقار
329	المبحث الثاني: الشكلية في عقد هبة العقار
329	المطلب الأول: ماهية الشكلية في عقد هبة العقار
329	الفرع الأول: مفهوم الشكل في عقد هبة العقار
329	البند الأول: تعريف الشكل لغة
332	البند الثاني: تعريف الشكل اصطلاحاً
334	البند الثالث: تعريف الشكل قانوناً
336	الفرع الثاني: مبررات وأنواع الشكلية في عقد هبة العقار
337	البند الأول: مبررات الشكلية في عقد هبة العقار
341	البند الثاني: أنواع الشكلية في عقد هبة العقار
343	الفرع الثالث: وجوب الشكلية في عقد هبة العقار
348	المطلب الثاني: توثيق عقد هبة العقار
349	الفرع الأول: المرحلة التحضيرية لإعداد عقد هبة العقار
349	البند الأول: تهيئة عقد هبة العقار للإنجاز
350	أولاً: إستقبال الزبون بالمكتب العمومي للتوثيق
353	ثانياً: تلقي ملف عقد هبة العقار
354	I - إثبات هوية المتعاقدين:
356	II - إثبات الأهلية المدنية للمتعاقدين:
357	البند الثاني: تحصيل الحقوق الجبائية والأتعاب التوثيقية

359	الفرع الثاني: مرحلة تحرير وتوقيع عقد هبة العقار
359	البند الأول: عملية تحرير عقد هبة العقار
361	البند الثاني: عملية التوقيع على أصل عقد هبة العقار
366	الفرع الثالث: المرحلة الشكلية اللاحقة لإبرام عقد هبة العقار
366	البند الأول: إجراءات تسجيل عقد هبة العقار
370	البند الثاني: إجراءات شهر عقد هبة العقار
377	الفرع الرابع: مرحلة تسليم النسخة التنفيذية لعقد هبة العقار وحفظه
378	البند الأول: إجراءات تسليم النسخة التنفيذية لعقد هبة العقار
380	البند الثاني: إجراءات حفظ عقد هبة العقار
384	المبحث الثالث: الإخلال بشكل عقد هبة العقار
384	المطلب الأول: بطلان عقد هبة العقار لاختلال الشكل وكيفية تنفيذه
384	الفرع الأول: جزاء تخلف الشكل في عقد هبة العقار
384	البند الأول: تحديد جزاء تخلف الشكل في عقد هبة العقار
387	البند الثاني: تقرير البطلان لتخلف شكل عقد هبة العقار
388	أولاً: كيفية تقرير بطلان عقد هبة العقار وأهمية التمسك ببطلانه
391	ثانياً: مدى إجازة عقد هبة العقار الباطل وتقدمه
395	الفرع الثاني: التنفيذ الإختياري لعقد هبة العقار الباطل لعيب في الشكل
400	المطلب الثاني: الإستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الشكل في عقد هبة العقار
401	الفرع الأول: هبة العقار غير المباشرة
408	الفرع الثاني: هبة العقار المستترة
409	البند الأول: هبة العقار المستترة في ضوء القضاء الفرنسي
414	البند الثاني: هبة العقار المستترة في التقنين المدني المصري
416	البند الثالث: الشروط الواجب توافرها في هبة العقار المستترة
421	الباب الثاني: أحكام عقد هبة العقار
423	الفصل الأول: الإلتزامات المترتبة على إبرام عقد هبة العقار
423	المبحث الأول: الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب وتسليمه
423	المطلب الأول: إلتزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب
424	الفرع الأول: مضمون التزام الواهب بنقل ملكية العقار الموهوب
426	الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب
426	البند الأول: الآثار المترتبة على الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب في التشريع الجزائري
430	البند الثاني: الآثار المترتبة على الإلتزام بنقل ملكية العقار الموهوب في التشريع المصري
434	المطلب الثاني: إلتزام الواهب بتسليم العقار الموهوب

436	الفرع الأول: محل وكيفية تسليم العقار الموهوب
436	البند الأول: محل التسليم
436	أولاً: تسليم العقار الموهوب بالحالة والمقدار الذي كان عليه وقت العقد
439	ثانياً: تسليم ملحقات العقار الموهوب
441	البند الثاني: كيفية تسليم العقار الموهوب
444	الفرع الثاني: زمان ومكان ونفقات تسليم العقار الموهوب
448	الفرع الثالث: الجزاء المترتب على الإخلال بتسليم العقار الموهوب وتحمل تبعة هلاكه
449	المبحث الثاني: الإلتزام بالضمان
450	المطلب الأول: إلتزام الواهب بضمان التعرض والإستحقاق
451	الفرع الأول: إلتزام الواهب بضمان التعرض
451	البند الأول: إلتزام الواهب بضمان التعرض الشخصي
451	أولاً: الأساس القانوني لإلتزام الواهب بضمان التعرض الشخصي
453	ثانياً: أنواع التعرض الشخصي الصادر من الواهب
456	ثالثاً: الحالات غير المعتبر فيها فعل الواهب من قبيل التعرض
457	البند الثاني: إلتزام الواهب بضمان التعرض الصادر من الغير
461	الفرع الثاني: إلتزام الواهب بضمان إستحقاق العقار الموهوب
462	البند الأول: حالات ضمان الواهب إستحقاق العقار الموهوب
466	البند الثاني: الإلتفاق على تعديل أحكام ضمان إستحقاق العقار الموهوب
466	أولاً: الأحوال الجائز فيها الإلتفاق على ضمان إستحقاق العقار الموهوب
468	ثانياً: حكم الإلتفاق على إنقاص الضمان أو إسقاطه في حالة تعمد الواهب إخفاء سبب الإستحقاق
471	ثالثاً: حلول الموهوب له محل الواهب في حقوقه ودعاواه
472	المطلب الثاني: إلتزام الواهب بضمان عيوب العقار الخفية
473	الفرع الأول: أحكام ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية
473	البند الأول: المراد بالعيوب الموجب للضمان في عقد هبة العقار
474	أولاً: العيب المؤثر
476	ثانياً: قديم العيب
478	ثالثاً: خفاء العيب
481	البند الثاني: أحوال ضمان الواهب لعيوب العقار الخفية
485	البند الثالث: الآثار المترتبة على رجوع الموهوب له على الواهب للعيوب
489	الفرع الثاني: إنقضاء حق الرجوع بضمان عيب العقار الخفي وإمكانية الإلتفاق على تعديل أحكامه
489	البند الأول: إنقضاء حق الموهوب له في الرجوع على الواهب بضمان عيب العقار الخفي
495	البند الثاني: الإلتفاق على تعديل أحكام ضمان عيوب العقار الخفية

498	المبحث الثالث: الإلتزام بأداء التكاليف ومختلف التفقات
499	المطلب الأول: إلتزام الموهوب له بأداء العوض أو المقابل
499	الفرع الأول: موقف مدارس الفقه الإسلامي من هبة العقار بشرط الثواب
500	البند الأول: حكم طلب ثواب هبة العقار المطلقة
515	البند الثاني: حكم هبة العقار بشرط ثواب معلوم
521	البند الثالث: حكم هبة العقار بشرط ثواب مجهول
537	البند الرابع: القول المرحح في مسألة هبة العقار بشرط الثواب
541	الفرع الثاني: موقف التشريع الوضعي من هبة العقار بشرط العوض
541	البند الأول: أحكام الإلتزام بالعوض المشترط في عقد هبة العقار
543	أولاً: ماهية العوض أو المقابل المشترط في عقد هبة العقار
545	ثانياً: جواز كون العوض التزم الموهوب له بالوفاء بديون الواهب
549	البند الثاني: جزاء الإخلال بالإلتزام الوفاء بالعوض وإمكانية التنازل عنه
553	المطلب الثاني: الإلتزام بنفقات عقد هبة العقار وما يتصل باستعماله وردّه وإثبات انتهاء حق الإنتفاع به
553	الفرع الأول: الإلتزام بأداء نفقات عقد هبة العقار
563	الفرع الثاني: الإلتزام باستعمال وردّ العقار الموهوب منفعتة وإثبات انتهاء حق الإنتفاع به
564	البند الأول: الإلتزام باستعمال العقار الموهوب منفعتة على الوجه المشروع
569	البند الثاني: الإلتزام برّد العقار الموهوب منفعتة وإثبات انتهاء حق الإنتفاع به
578	الفصل الثاني: الرجوع في عقد هبة العقار
580	المبحث الأول: أحكام الرجوع في عقد هبة العقار
580	المطلب الأول: ماهية الرجوع في عقد هبة العقار
580	الفرع الأول: مفهوم الرجوع في عقد هبة العقار
581	البند الأول: تعريف الرجوع في عقد هبة العقار
581	أولاً: التعريف اللغوي للرجوع
584	ثانياً: التعريف الإصطلاحي للرجوع
588	ثالثاً: التعريف القانوني للرجوع
591	البند الثاني: مشروعية حق الرجوع في عقد هبة العقار والحكمة من تشريعه
592	أولاً: مشروعية حق الرجوع في عقد هبة العقار
597	ثانياً: الحكمة من تشريع حق الرجوع في عقد هبة العقار
601	الفرع الثاني: تكييف حق الرجوع في عقد هبة العقار
601	البند الأول: مضمون حق الرجوع في عقد هبة العقار
605	البند الثاني: حقيقة الرجوع في عقد هبة العقار
605	أولاً: حقيقة الرجوع في عقد هبة العقار ضمن الفقه الاسلامي
610	ثانياً: حقيقة الرجوع في عقد هبة العقار ضمن القانون الوضعي

617	الفرع الثالث: ثبوت حق الرجوع في عقد هبة العقار
617	البند الأول: رجوع الأم فيما وهبت من عقار لولدها
626	البند الثاني: رجوع الجد والجدّة فيما وهبا من عقار لولد الولد
631	البند الثالث: مدى جواز إسقاط حق الرجوع في عقد هبة العقار
637	المطلب الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار
637	الفرع الأول: حكم الرجوع في عقد هبة العقار في الفقه الإسلامي
637	البند الأول: حكم الرجوع في عقد هبة العقار قبل القبض
646	البند الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار بعد القبض
656	الفرع الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار في القانون الوضعي
657	البند الأول: حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن قانون الأسرة الجزائري
664	البند الثاني: حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن التقنين المدني المصري
668	البند الثالث: حكم الرجوع في عقد هبة العقار ضمن التقنين المدني الفرنسي
671	المبحث الثاني: أعذار وموانع الرجوع في عقد هبة العقار
671	المطلب الأول: أعذار الرجوع في عقد هبة العقار
673	الفرع الأول: جحود الموهوب له " ingratitude de donataire "
682	الفرع الثاني: عجز الواهب عن الإنفاق
686	الفرع الثالث: ولادة ابن للواهب
694	الفرع الرابع: عدم تنفيذ الشروط والتكاليف المتفق عليها في عقد هبة العقار " L'inexécution des charge ou codutions "
697	المطلب الثاني: موانع الرجوع في عقد هبة العقار
700	الفرع الأول: الموانع القائمة منذ صدور عقد هبة العقار أو بسببه
701	البند الأول: هبة العقار بين الزوجين أو نظيرتها الموظفة لأجل الزواج
706	البند الثاني: هبة العقار لذي الرحم المحرم
710	البند الثالث: هبة العقار المقترنة بعوض
716	البند الرابع: الصدقة وأعمال البر والتفّع العام
721	البند الخامس: هبة العقار لضمان قرض أو قضاء دين
726	الفرع الثاني: الموانع الطارئة بعد صدور عقد هبة العقار
726	البند الأول: وفاة أحد طرفي عقد هبة العقار
730	البند الثاني: الزيادة في العين الموهوبة
737	البند الثالث: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب
743	البند الرابع: هلاك العقار الموهوب
746	المبحث الثالث: آثار الرجوع في عقد هبة العقار
746	المطلب الأول: آثار الرجوع في هبة العقار فيما بين المتعاقدين
746	الفرع الأول: إعتبار هبة العقار كأن لم تكن

753	الفرع الثاني: ردّ العقار الموهوب إلى الواهب
759	الفرع الثالث: رجوع الواهب بالثمار
765	الفرع الرابع: رجوع الموهوب له بالمصروفات
771	المطلب الثاني: آثار الرجوع في هبة العقار بالنسبة للغير
772	الفرع الأول: تصرف الموهوب له في العقار الموهوب بتصرف نهائي
777	الفرع الثاني: ترتيب الموهوب له حقًا عينيًا على العقار الموهوب
784	خاتمة
797	قائمة المصادر والمراجع
868	الفهرس

نظراً لكون التبرع أخطر ما في التصرفات المدنية على اعتبار أنه يتم في الغالب من دون عوض فقد أحاطت الشريعة الإسلامية الغراء عقود التبرع بسياج من القواعد التي ضبقت شروطها ونظمت أحكامها فقهاً ومقاصد وتشريعاً. وبعد أن رصدت لها باباً واسعاً من أبواب الفقه تحت مسمى "باب التبرعات"، بادرت إلى تأطيرها بقواعد محكمة لم يكن لها مثيل في مختلف الشرائع السماوية والتشريعات الأجنبية المقارنة، وتبعاً لذلك أبدعت أمهات المصنفات الفقهية وشروحها المعتمدة ومؤلفات التوازل قديماً وحديثاً بالبحث والتدقيق المستفيض فيها.

ولئن كانت التبرعات عموماً هي كل ما يمنحه الشخص لغيره مجاناً بدون مقابل كالهبة والصدقة والغمري مما ينظم تحت مسمى واحد اصطلاح عليه "بالعطايا"، فإن مجموع هذه الأخيرة لا يختلف عن بعضها البعض من حيث الأحكام إلا في بعض الجزئيات التي اعتبرها الفقهاء في كل باب، حيث اختصوا الهبة والصدقة بتمليك الرقبة والعين، وجعلوا الأولى فيما كان يقصد ثواب المعطي أو لوجه المعطي لقرابة أو صداقة ونحو ذلك، وقرروا الثانية فيما كان يقصد نيل الثواب الأخروي خالصاً في منتهاه.

ولما كان عقد الهبة من أخطر عقود التبرع وأعقدها إجراء نظراً لأن الشخص يتنازل بموجبه عن كل أو جزء من ماله يتبعه تأثير على وضعيته المالية وصلته الشخصية، فقد أحاطه مختلف المشرعين بحماية خاصة وشرعوا له ترتيبات دقيقة ينشأ وينعقد في خضمتها وإلا شمله البطلان. وتزداد الخطورة وينبغي التعقيد إذا كان هذا الأخير - أي عقد الهبة - وارداً على عقار، وليس يخفى على المهنيين واقع العقار في مختلف النظم القانونية المعاصرة ولا سيما في الجزائر، إذ يعتبر من أعظم المشاكل لما يكتسفه من موروث سلبى ورثه عن العهد الاستعماري ولا يزال يحاول تصحيحه إلى غاية اليوم.

لذلك فقد حتم الوضع ضرورة دراسته بشكل محكم وموضوعي بتكاثف جمهور المتدخلين - باحثين ومهنيين وأجهزة حكومية - من أجل الحد من العقبات التي تعيق تنظيمه، إسعافاً لحماية المعاملات العقارية وضمان الزيادة في حركيتها من جهة، وتمكيناً لأجهزة الدولة من إحكام رقابتها على السوق العقارية من جهة ثانية، بل وبتكريس مبدأ الأمن القانوني وتعزيز آلياته بين جمهور المستهلكين من جهة أخيرة.

بناء على ما سبق، تطالب الوضع استجلاء لمضمون العقد موضوع الدراسة وإبرازاً لما استهدف من خلاله؛ الخوض في بيان تنظيمه من خلال دراسته من مصدره الفقهي الرئيسي، وذلك ببحث أحكامه انطلاقاً من مدارس الفقه الإسلامي المجيد - المشهورة والشادة - مع بيان الرائج منها في كل محطاته، بالموازاة مع تناوله - مقابلة ومقارنة - ورصد الإشكالات المكتنفة إياه - مع اقتراح الحلول المناسبة لها - ضمن التشريع الوضعي مع اختيار أربعة تقنيات أنموذجاً للدراسة على غرار قانوني الأسرة والمدني الجزائريين موضوع التقويم، والتقنين المدني المصري - ومن اتفق أو اختلف معه -، دونما إغفال للإشارة إلى التقنين المدني الفرنسي في ذات السياق.

الكلمات المفتاحية: عقد، هبة، عقار، عقود التبرع، مقارنة، الأمن القانوني، السوق العقاري.

Résumé :

Le contrat de donation étant l'un des contrats les plus dangereux du don et la procédure la plus compliquée car la personne renonce à tout ou partie de son argent, ce qui a une incidence sur sa situation financière et ses relations personnelles, elle a été entourée de divers législateurs bénéficiant d'une protection spéciale et ils ont commencé à prendre des dispositions précises concernant l'opposant. La complexité du contrat augmente lorsque le contrat est imposé à un bien immobilier. Elle ne cache pas les professionnels et les propriétaires immobiliers des différents systèmes juridiques contemporains, notamment en Algérie, qui est l'un des plus gros problèmes de l'héritage négatif environnant hérité de la période coloniale et qu'il cherche encore à corriger.

Par conséquent, la situation a nécessité d'étudier de manière approfondie et objective en augmentant l'audience des chercheurs, des professionnels et des agences gouvernementales afin de réduire les obstacles qui nuisent à son organisation, de protéger les transactions immobilières et d'assurer une augmentation de sa mobilité, ainsi que pour permettre aux agences étatiques de resserrer leur contrôle sur le marché. L'immobilier, en revanche, et en consacrant le principe de sécurité juridique et en renforçant ses mécanismes auprès du public consommateur, d'une part.

Sur la base de ce qui précède, la situation nécessite une clarification du contenu du contrat à l'étude et un objectif qui est approfondi dans la déclaration d'organisation par l'étude de sa source jurisprudentielle principale, et par l'étude de ses dispositions dans les écoles de jurisprudence islamique glorieuse - célèbre et élogieuse - avec une déclaration, parallèle En vue de comparer et de comparer les problèmes qui l'entourent avec la suggestion de solutions appropriées dans le cadre de la législation positive avec le choix de quatre lois de modélisation à étudier, telles que le code de la famille et le code civil algérien objet de l'évaluation, Et le code civil égyptien et ceux qui ont suivi son approche, sans négliger de faire référence à la code civile française dans le même contexte.

Mots-clés: Contrat, Donation, Immobilier, Acte à titre gratuit, Comparaison, Sécurité juridique, Marché immobilier.

Abstract :

The Deed of Donation being one of the most dangerous contracts of donation and the most complicated procedure because the person gives up all or part of his money, which has an impact on his financial situation and his personal relationships, it has been surrounded by various legislators enjoying special protection and they began to make specific provisions regarding the opponent. The complexity of the contract increases when the contract is imposed on a property. It does not hide the professionals and property owners of the different contemporary legal systems, particularly in Algeria, which is one of the biggest problems of the surrounding negative heritage inherited from the colonial period and which it still seeks to correct.

Consequently, the situation has required a thorough and objective study by increasing the audience of researchers, professionals and government agencies to reduce the obstacles that hinder its organization, protect real estate transactions and ensure increase its mobility, as well as to allow state agencies to tighten their control over the market. Real estate, on the other hand, and dedicating the principle of legal certainty and strengthening its mechanisms to the consumer, on the one hand.

On the basis of the foregoing, the situation requires a clarification of the content of the contract under consideration and a purpose which is deepened in the Organization Statement by studying its main jurisprudential source, and by studying its provisions in schools of glorious Islamic jurisprudence - published and outstanding - with a statement, parallel In order to compare and compare the problems surrounding it with the suggestion of appropriate solutions under the positive legislation with the choice of four model laws for study, such as the laws of the Algerian family and civil laws, object of the evaluation, the Egyptian civil code and those who followed its approach, without losing sight of French civil law rationing in the same context.

Keywords : Contract, Donation, Real estate, Act for free, Comparaison, Legal security, Real Estate Market.