

جامعة زيان عاشور بالجلفة
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

أحكام الرجوع في هبة العقار في الشريعة الإسلامية
والتشريع الجزائري
مع بعض التطبيقات القضائية

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر
تخصص أحوال شخصية

إشراف الدكتور:
يوسف زروق

من إعداد الطالبة:
حورية بن عبد السلام

لجنة المناقشة

رئيسا	- أ/د- محمد شريط
مشرفا و مقرا	- أ/د- يوسف زروق
مناقشا	- أ/د- بلقاسم مخلط

الموسم الجامعي : 2016/2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ وَأَسْمِعُوا وَأَطِيعُوا وَأَنْفِقُوا خَيْرًا
لِلْأَنْفُسِكُمْ وَمَنْ يُوقِ شُحَّ نَفْسِهِ فَأُولَئِكَ هُمُ

الْمُفْلِحُونَ ﴿١٦﴾

كلمة شكر و عرفان

بسم الله الرحمن الرحيم و الصلاة و السلام على سيد الخلق أجمعين محمد بن عبد الله
الصادق الأمين قدوتنا في أمور الدنيا و الدين .

و بعد :

فالشكر أولاً لخالقي الذي قدرني على إتمام هذا العمل ، و خوض هذا المجال . كما لا
يفوتني و أنا أقدم هذا العمل المتواضع أن أتقدم بجزيل الشكر و التقدير إلى كل
من ساهم من بعيد أو قريب و بأي شكل من أشكال الدعم و التأييد .

فالشكر موصول إلى أستاذي المشرف زروق يوسف الذي تكرم من البداية
بالإشراف ثم ببعض النصائح القيمة .

و إلى السيدة الفاضلة عثمان أم الخير و زميلتها بدرية و استسمحهما عن ذكر
اسميها دون إذن مسبق منهما . لأنني أو من بأن الشكر واجب و فضيلة و الجود
خيانة و رذيلة ، و لا يشكر الله من لم يشكر الناس و لا أنسى التي منعتني من وقتها
في سبيل البحث عن المراجع و المعلومات التي لها صلة بموضوعي "" زوجة أخي

عائشة"

إهداء

بسم الله و الصلاة و السلام على النبي الأواه و من تبعه و والاه و سار على

دربه و خطاه ، أما بعد :

أهدي ثمرة جهدي المتواضع :

- إلى كل إنسان سلبت منه نعمة الحرية و الأمان الموهوبة له دون منّ أو
أذى من الرحمن

- إلى كل من يسعى إلى نشر المحبة و السلام و يمحو بنور العلم آثار الظلم و
الظلام .

- إلى كل نفس سخية تغلبت على شجتها و صدق فيها قول بارتها ، العلي
القدير " و من يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون "

- إلى والدي الكريمين و جميع إخوتي و أولادهم و إلى كل زملائي في
الدراسة و العمل .

مقدمة

يقول المولى عزّ و جلّ في محكم تنزيله : ﴿ المال و البنون زينة الحياة الدنيا ﴾

و كما هو معروف لدى عامة الناس أن المال هو عصب الحياة .

فالحقيقة أن المال أمر تهواه النفوس إلى درجة أن الصراعات العالمية الكبرى إنما قامت لأجله بحثا عنه أو صونا له حتى بلغ عند بعض الناس أن صاروا عبيدا له و إن كان من حق أي إنسان كسبه و له حرية التصرف فيه لأن حق الملكية حق كرسته المواثيق الدولية و الدساتير الوطنية ، غير أن حق الملكية لا يقف حائلا أمام إمكانية انتقال هذا الحق من شخص إلى آخر ، و من بين الطرق التي تكفل ذلك الهبة التي تعتبر عنوانا لجمال النفس البشرية و سخائها خصوصا في عصر المادة الذي نعيشه اليوم .

فكما أسلفنا أن حب المال متأصل في كل نفس خصوصا إذا كان المال عقارا لأن العقار يعني الأرض و حين نقول الأرض فالكل يدرك مدى تعلق الإنسان بها لذلك نعد الهبة المنصبة على العقار من العقود الإحتفائية المهمة و الخطيرة في آن واحد خصوصا في مجتمع اليوم الذي عرف اتساعا و شهدت فيه المعاملات تنوعا لا سيما في الجانب المالي الذي تعد الهبة أحد المعاملات المنتسبة إليه ، كما أنها ليست بمنأى عن الجانب الاجتماعي ، إذ من شأنها توطيد العلاقات و توثيق عرى المحبة و التعاون بين الأفراد فكما قال الرسول (ﷺ) :
(جبلت النفوس على حب من أحسن إليها) و قوله أيضا : (تهادوا تحابوا)

إلا أن أمر الهبة عصي إلا على ذوي النفوس الكريمة لأنها تعني التفضل على الغير بدون مقابل فمن ذا الذي يمنح ماله لغيره و بدون مقابل؟! .

فلكونها افتقار من جانب الواهب ، و اغتناء من جانب الموهوب له كانت من الخطورة بما كان و تبعثها أحكام مختلفة خاصة الرجوع الذي امتلأت بدعواه أدرج المحامين و المحاكم من قبل العائدين في هباتهم جراء ندمهم على ما وهبوا لا سيما إذا كان الموهوب عقارا ارتفعت قيمته.

و لمعرفة الخالق بطبع عباده في تقديسهم المال و تمسكهم به كان حريصا في كتابه العزيز على الحث على التصدق و التبرع و مما ورد في هذا الشأن قوله : ﴿ لن تتالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾

هذا و قد اخترت هذا الموضوع بالذات لأنني أدرك مدى خطورته و كثيرا ما أسمع عن رغبة فلان أو فلانة في الرجوع عن هبته ، فارتأيت أن أخوض في هذا البحث لأشبع فضولي و غيري ممن تتبادر إلى أذهانهم أسئلة في هذا الشأن خاصة و أن العقار يكتسي أهمية بالغة لكونه يرمز إلى تمجيد الأرض التي هي أساس الأعمار و ركيزة الاقتصاد قديما و حديثا و هذا ما جعله يحاط بترسانة قانونية تمنع انتقاله إلا بشروط خاصة

و لأجل معالجة مختلف الجوانب المتعلقة بالموضوع انتهجت المنهج الوصفي التحليلي و كذا المقارن حيث قمنا بعرض الآراء الفقهية الإسلامية مقابل رأي المشرع الجزائري فوجدنا بين هذا و ذاك نقاط اتفاق و افتراق .

كما أننا وجدنا صعوبات كثيرة في معالجة البحث نظرا لقلة المراجع المتخصصة في هبة العقار. إذ أن معظم الدراسات تنصب على الهبة بصفة عامة إضافة إلى أن تشعب الموضوع كان عائقا آخر يضاف إلى العقبة السابقة ، حيث أن لهبة العقار جذورا ضاربة في مختلف فروع القانون ، المدني ، قانون الأسرة ، قانون عقاري ، قانون مقارن ، قانون التوثيق... و هذا ما جعل من الصعب الإلمام بشتى الجوانب و التعمق فيها و على كل فإن عملي كان منصبا للإجابة عن إشكاليات كثيرة أهمها :

- فيم تتمثل أحكام الرجوع في هبة العقار فقها و قانونا ؟

- و ما هي هبة العقار؟ و كيف تتم ؟ و ما الخصائص التي تتميز بها هذه الهبة عن غيرها ؟

- ثم ما هي الطرق التي تؤدي إلى انحلال الرابطة التعاقدية في هبة العقار ؟

إضافة إلى كيف تتم معالجة أهم المسائل المتعلقة بهبة العقار على مستوى القضاء الجزائري ؟

للإجابة عن كل هذه التساؤلات كان لزاما علينا إتباع الخطة الآتي تفصيلها:

بداية تطرقنا إلى مبحث تمهيدي لنعرف فيه بهبة العقار فقسمناه إلى مطلبين هما :

1- ماهية هبة العقار 2- و كيفية انعقادها

ثم انتقلنا إلى الفصل الأول حيث تطرقنا فيه إلى انحلال عقد هبة العقار في الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري و قسمنا الفصل إلى مبحثين الأول بطلان هبة العقار و الثاني خصصناه لأحكام الرجوع في هبة العقار .

أما الفصل الثاني و الأخير فعنوانه بآلية الرجوع في هبة العقار في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري و ضمنه مبحثين الأول تعلق بكيفية الرجوع في هبة العقار و ما يترتب عنه من آثار و الثاني خصصناه للمنازعات القضائية و الاختصاص القضائي في هبة العقار .

و دعمنا في كل مرة البحث بأهم الاجتهادات القضائية التي توصلت إليها المحكمة العليا فيما تعلق بهبة العقار.

مبجٹ تمہیدی

الفصل الثاني

الفصل الأول

مقدمة

خاتمة

الفهرس

قائمة المصادر

والمراجع

مبحث تمهيدي: مفهوم هبة العقار والاحكام المتعلقة بها في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

إن مفهوم الهبة وبواعثها أمر يكاد يجمع عليه فقهاء المسلمين و إن اختلفوا في بعض التفاصيل، كما أن المشرع الجزائري لم يخرج عن الإطار العام الذي توجه إليه الفقه الإسلامي في هذا الشأن، لأن القانون الجزائري في موضوع الهبة استلهم احكامها وكل ما تعلق بها من الشريعة الإسلامية ولذلك سنحاول تسليط الضوء على هذين الجانبين لبيان المقصود من هبة العقار قبل الخوض في مسألة الرجوع عنها وذلك وفق المطالب الآتية :

المطلب الأول: هبة العقار ومميزاتها :

سنحاول الوقوف عند تعريف هبة العقار في كل من الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري ثم نعرض على خصائص ومقومات عقد هبة العقار وأخيرا نقف عند الشروط العامة، والخاصة لعقد هبة العقار :

الفرع الأول: تعريف عقد هبة العقار في الفقه الإسلامي :

قبل الخوض فيما ذهب إليه فقهاء المسلمين والمشرع الجزائري في هذا الشأن. سنتطرق إلى الهبة بوجه عام عند الفقهاء المسلمين ثم الوصول الى رأي المشرع الجزائري وقبل هذا وذاك سنرى معنى الهبة لغة.

الهبة لغة : هي العطية الخالية عن الاعراض، والأغراض، ومن ذلك قوله تعالى:

(يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور)⁽¹⁾، وهي التفضل والاحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سوى كان ذلك الشيء مالا او غير مال⁽²⁾.

1 - الآية 49 من سورة الشورى

2 - المنجد في اللغة العربية المعاصرة، دار المشرق للطباعة والنشر، بيروت: لبنان، الطبعة 1 سنة 2000، ص 239.

الهبة اصطلاحا :

1) عند الحنفية : " تملك العين بغير عوض " وكل كلمة في هذا التعريف تعتبر قيذا يخرج عنه ما سواه⁽¹⁾.

2) عند المالكية : هي تملك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه⁽²⁾.

3) الهبة عند الشافعية عرفوها بأنها : " تملك عين بلا عوض حال الحياة تطوعا " هو يتفق مع تعريف متأخري الحنفية مع زيادة لفظ " تطوعا " لإخراج الواجبات كالزكاة، والكفارات، ولا خراج النذر، لأنه واجب أيضا⁽³⁾.

4) الهبة عند الحنابلة : عرفوها بأنها : " تملك جائز التصرف، مالا معلوما أو مجهولا تعذر علمه، موجوداً مقدورا على تسليمه، غير واجب، في الحياة، بلا عوض بما يعد هبة عرفا من لفظ هبه وتمليك ونحوهما ".

الفرع الثاني: هبة العقار في التشريع الجزائري:

عالج المشرع الجزائري الهبة عموما لكنه كما في الفقه لم يعط مفهوما خاصا بهبة العقار، غير أنه و بالمقابل أورد تعريفا محدد للعقار وآخر خاصا بالهبة، على هذا النحو من الدقة والتفصيل يعود إلى أهميته والقيمة التي يحظى بها في المعاملات المالية و الإقتصادية، ولذا سنتطرق تباعا إلى مفهوم الهبة والعقار، وبيان خصائص هذا الأخير.

تعريف الهبة في قانون الأسرة الجزائري:

ورد تعريف الهبة في قانون الأسرة الجزائري في المادة 202: " الهبة تملك بلا عوض⁽¹⁾ " كما نصت المادة 206 من قانون الأسرة على أن " الهبة تتعد بالإيجاب والقبول

1 -حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ،دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 19.

2 -نفس المرجع ص 20

3 -مصطفى البابي الحلبي، مغني المحتاج طبعة 2 ص 396

وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة " (2)

يتضح من الوهلة الأولى أن المشرع الجزائري في نص المادة 202 قانون الأسرة ، قد اعتبر الهبة من التصرفات وليست من العقود، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 206 قانون الأسرة نجد أنها تتعقد (الهبة) بالإيجاب والقبول مما يجعلها كسائر العقود (3).

كما أن هذا التعريف يتطابق كثيرا وما جاء به الفقه المالكي، فهو مأخوذ عنه غير أنه لم يذكر عبارة جديرة بالذكر وهي أن الهبة تكون " حال الحياة "، أي في حياة كل من الواهب والموهوب له، حتى نميزها عن الوصية.

وقد نظم المشرع الجزائري الهبة في قانون الأسرة الكتاب الرابع، الباب الأول المواد من 202 إلى 212.

تعريف العقار:

عرفته المادة 683 قانون مدني على أنه " كل شيء " مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رسدا لخدمة هذا العقار، أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص، فالعقار اذن هو الشيء الثابت لغير القابل للنقل من مكان إلى آخر دون تلف، وما خرج عن هذا التعريف أو المفهوم فهو منقول، والمنقول بحكم طبيعته قابل للنقل أو الحركة دون تلف. (4) خلافا للعقار، وهذا معيار التفرقة بينهما شرعا وقانونا ويتميز العقار بصفتين هما المادية والثبات أو الاستقرار.

1 -مولود ديدان، قانون الأسرة - حسب اخر تعديل له، دار بلقيس، الدار البيضاء، الجزائر، 2006، ص 12

2 -مولود ديدان قانون الأسرة ، نفس المرجع السابق، ص 12.

3 -نشاد عابدة، ديدي سناء، عقد الهبة بين الشريعة والقانون، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس، المركز الجامعي باجي المختار، سوق أهراس سنة 2006 ص 10.

4 -حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للنشر والتوزيع، طبعة 2004، ص 5

الفرع الثالث: خصائص ومقومات هبة العقار فقها وتشريعا:

يتميز عقد هبة العقار وفقا لم سبق من تعريفات سواء على المستوى الفقهي أو القانوني بجملة من المقومات و الخصائص سنوردها تباعا كما يلي:

أ- مقومات هبة العقار:

1- الهبة عقد بين الأحياء:

وهو ما جاء بتعريف الحنفية، والأمر نفسه يُفهم من نص المادة 206 من قانون الاسرة الجزائري: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول ."

ما يستفاد منه أنها تقع بين الأحياء ذلك أن الإيجاب والقبول لا يمكن أن يتم إلا في حياة كل من الواهب والموهوب له، وبالتالي، فلا يصح إرجاء الهبة إلى ما بعد الموت لأنها بذلك تصير وصية، وهو ما ذهب إليه القضاء الجزائري (المحكمة العليا) في قرارها الصادر بتاريخ 1998/03/17⁽¹⁾. حيث جاء فيه: " من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب، وتأخذ حكم الوصية"، ونفس الأمر أقرته في قرار لاحق بتاريخ 19 أكتوبر 2005 والذي أكدت فيه بأن " التصرف على أساس الهبة، المنفذ بعد وفاة المورث في تركته يأخذ حكم الوصية⁽²⁾ ."

2- الهبة تصرف في المال بلا عوض :

هذه الخاصية الثانية أيضا وردت في أقوال فقهاء المسلمين التي أوردناها في تعريفنا للهبة اصطلاحا، كما ان نص المادة 202 قانون الاسرة، قد نص على ان الهبة تمليك بلا

1- راجع قرار م ع (غ،أش)، ملف رقم 186058، الصادر في 1998/03/17، المجلة القضائية، ال عدد1، سنة1999، ص199

2- قرار م ع (غ،م)، ملف رقم 307934، الصادر في 2005/10/19، المجلة القضائية، ال عدد2، سنة2005، ص195.

عوض، فالهبة افتقار من جانب الواهب⁽¹⁾ بقباله اثره من جانب الموهوب له بسبب عقد الهبة.

-3- نية التبرع :

هذه خاصية أخرى أجمع الفقه والقانون على ضرورتها في عقد الهبة، بل هي جوهر هذا العقد، و بانعدامها لا تقوم الهبة، فكثير من التصرفات لا تعد هبة لانتهاء هذه الخاصية مثلاً: الوفاء بالدين أو ما تعطيه الشركة كمكافأة سنوية لعمالها على ما بذلوه من جهد⁽²⁾. او كأن يعطي الشخص لآخر مالا يقصد به جني منفعة ما.

ولا يكون التصرف هبة في مثل أن يعطي شخص لآخر مالا لإنشاء مدرسة شريطة تسميتها باسمه⁽³⁾ ونية التبرع مسألة نفسية تخضع في توافرها لتقدير قضاة الموضوع و العبرة تكون بما يقوم في نفس المتبرع وقت التبرع⁽⁴⁾.

-4- الهبة عقد شكلي وعيني :

في الحقيقة أن هذه الخاصية يتفرد بها القانون دون الفقه، فالفقه الإسلامي لم يشترط الشكلية في هبة العقار بينما اعتبرها المشرع الجزائري من العقود الشكلية حيث اشترط إلى جانب الايجاب والقبول، وتوافر الشكلية، بل يجب زيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له لحيازته⁽⁵⁾، وهي نقطة يلتقي فيها الفقه مع القانون الوضعي حيث نجد الكثير من الفقهاء اشترطوا الحيازة لتمام الهبة.

1- شيخ نسيمه أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، (الهبة الوصية الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر 2012، ص 19.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الملكية، الهبة، ج5، منشورات الحلبي بيروت لبنان، ص15-16-17.

3- كمال حمدي، الموارث والهبة والوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998، ص156.

4- عبد الوهاب البنداري، شرح العقود المدنية، الهبة، دراسة مقارنة، ج1، دار النهضة العربية، 1998، ص23.

5- د.محمد بن أحمد تقيّة، الهبة في التشريع الجزائري والفقه الإسلامي، مجلة الموثق، عدد3، جوان 1998، ص20.

ب- خصائص عقد هبة العقار: في الحقيقة أن الأمر غير محسوم فيما تعلق بالخصائص و المقومات فما نجده خاصية عند أحد الدارسين نجده عند الآخر مقوما والعكس صحيح وهو ما لمستته عند كثير من الأساتذة. وعلى كل فإن أهم خصائص الهبة تتمثل فيما يلي:

أ- عقد شكلي.

ب- عقد ملزم لجانب واحد إلا إذا اشترط الواهب القيام بالتزام ما.

ج - عقد تبرع في حين ذكر في المقاومات ما أسلفنا إضافة الى جعله كون الهبة بلا عوض مقوما وارى انه ضمنيا يندرج تحت المقوم الآخر، التبرع.

ج- أركان وشروط هبة العقار العامة: اختلفت المذاهب في تحديد أركان الهبة على النحو الآتي:

1- المذهب الحنفي:

أ- هناك من يرى أن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول قياسا على البيع.

ب- فريق يضيف إلى الإيجاب والقبول ركنا هو القبض.

ج- أما الإمام الكسائي فيرى أن الإيجاب هو الركن فقط دون القبول الذي اعتبره إثبات لحكمها فقط.

2- أركان الهبة عند الجمهور: تتمثل في أربعة أركان هي: الواهب، الموهوب له، الشيء الموهوب، الصيغة ، و لكل ركن شروطه الخاصة به على النحو الآتي :

2-أ- الواهب: هو المالك إذا كان صحيحا مالكا أمر نفسه، يشترط أن يكون من أهل التبرع مكلفا مختارا. فلا تصح هبة الصبي ولا المجنون لأنهما ليسا من أهل التبرع ولأن أمرا كهذا يلحق الضرر بهما. كما لا تتعقد هبة المفلس ولا المريض مرض الموت، كما لا تصح هبة

السكران ولا السفية ولا المكره الذي يتبرع لخوفه من الموهوب له أو غيره، وللواهب أو غيره، وللواهب حق استرجاعها متى زال خوفه (1).

2-ب-الموهوب له: وهو كل آدمي موجود، وقيل " هو كل مسلم" سواء كان مكلفا أو غير كلف، مسلم أو غير مسلم وعليه تجوز الهبة للذمي والمستامن والمشارك وشروط الموهوب له تتلخص فيما يلي:

أ- أن يكون موجودا، حقيقة وقت الهبة وإلا فلا.

ب- إذا كان الموهوب له موجودا أثناء الهبة، وكان صغيرا أو مجنونا أو ما في حكم ذلك، فإن وليه أو وصيه، أو من يقوم بتربيته ولو كان أجنبيا هو الذي يقبضها له نيابة عنه.

2-ج- الموهوب: ويشترط فيه مايلي:

1- أن يكون موجودا حقيقة وقت الهبة، فإن كان غير موجود وقت العقد، كهبة الثمار مثلا ثمار النخيل في العام المقبل كانت الهبة باطلة وهناك من يقول يجوز أن يكون المحل ممكن الوجود في المستقبل عند التنفيذ فإن كان مستحيلا وجوده بطل العقد (2).

وهذا رأي المالكية الذين لا تؤثر الجهالة عندهم في صحة الهبة كهبة الشارد، والثمر قبل بدو صلاحه.

2- أن يكون مالا متقوما، فلا تتعد هبة ما ليس بمال أصلا.

3- أن يكون مملوكا في نفسه: أي أن يكون مما ترد عليه الملكية، ويتداول من يد الى يد، فلا تصح هبة الماء في النهر ولا السمك في البحر.

4- أن يكون مقبوضا، وقد اختلف فيه الفقهاء، هل هو شرط لزوم أم صحة، فالحنفية والشافعية قالوا: هو شرط لزوم وتمام، وهو ركن عند الحنفية، إذا لا يثبت الملك للموهوب له

1- البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج 4 ، ص308.

2- عيداني نبيلة، العقود التبرعية في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر تخصص

عقاري، جامعة زيان عاشور، كلية الحقوق، 2014، ص33

قبل القبض بدليل ما روته عائشة رضي الله عنها: ((ان أبا بكر الصديق نحلها جداد عشرين وسقا من ماله بالغابة، فلما حضرته الوفاة قال: والله، يا بنية ما من أحد من الناس أحب الي غنى بعدي منك و لا أعز الناس علي فقرا من بعدي منك، وإني كنت نحلتهك جداد عشرين وسقا فلو كنت جدديته وأحرزتيه كان لك ذلك، وإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هما أخواك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله تعالى.

فقال عائشة: والله يا أبت لو كان كذا وكذا لتركته، إنما هي أسماء فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة أراها جارية))⁽¹⁾.

وهو مذهب عثمان وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما، فالحنفية على مذهب الخلفاء لا يجيزون الهبة إلا مقبوضة.

أما الحنابلة فميزوا بين المكيل والموزون وغيره، فإن كان الموهوب موزونا فالقبض شرط لزوم الهبة أما غير المكيل فالهبة تلتزم بمجرد العقد، وهنا نرى أن العقار عندهم تلتزم هبته بمجرد العقد.

أما المالكية فالقبض عندهم شرط لتمام الهبة فقط، أما ملكيتها فتجب بمجرد العقد ودليلهم قول الصحابة "الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أم لم تقبض"

2- د- الصيغة : تحصل الهبة بالإيجاب والقبول ويتم ذلك بما يتعارف عليه الناس في الهبة كألفاظ وهب و أعطيت و ملكت و القبول بالألفاظ مثل قبلت تملكك إلى آخره فإن أنتفى الإيجاب والقبول على نحو ما ذكر كان الأمر هدية أو صدقة...⁽²⁾

ويشترط في صيغة الهبة ما يلي:

- أن تكون بصيغة منجزة.

1- حسن البيهقي، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة، ج6، ص169.

2- المرادوي الحنبلي، الإنصاف، الجزء 7، ص119

- أن تكون بلفظ يدل على التملك بلا عوض.
- أن لا تحمل توقيت في غير الرقبى والعمرة.
- أن لا يشترط فيها ما لا يناسب مقتضى الهبة.

- د - الشروط الخاصة بهبة العقار: لقد نصت المادة 206/ف2، قانون الأسرة على ما

يلي: تتعد الهبة بإيجاب وقبول وتتم بالحياسة و مراعاة أحكام قانون التوثيق...

فانطلاقا من هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري أضاف إلى ما سبق ذكره من أركان لانعقاد الهبة، ركنين هما الحياسة والشكلية في الهبة.

وهو بذلك يوافق الرأي المالكي في شق الحياسة إذ اشترط لصحة نفاذ عقد الهبة حياسة الموهوب له للهبة وفرزها (1).

و الشكلية في هبة العقار شرط آخر خاص وما يؤكد ذلك القرار رقم 81376 المؤرخ في 18/02/1992، المجلة القضائية سنة 1993، عدد 4، ص92.

1- الشكلية في هبة العقار:

انفرد بهذه الخاصية القانون دون الفقه وكما سبق ذكره في نص المادة 202 قانون الأسرة فإن المشرع الجزائري يرى أن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية، أي لا بد من إعطاء عقد هبة العقار الطابع الرسمي بإنشائه لدى الموثق، ويكتسي العقد عند الموثق طابع الرسمية من خلال ما يتضمنه من معلومات وإجراءات تخص موضوع العقد وأطرافه وقبل إجراء عملية التوثيق (2) لا بد للموثق من التأكد من الأهلية الكاملة للمتعاقدين مع بيان الأثر القانوني الذي يترتب على هذا العقد كما يجب أن يتضمن جميع العناصر المكونة للهبة (الواهب، الموهوب له، الشيء الموهوب)، وإلا عد العقد ناقصا (3) مما يستوجب بطلانه، وهو ما نصت

1- منصور نورة، هبة العقار في التشريع، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثانية، 2009، ص37.

2- المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية والسياسية رقم 3 سنة 1993، ص715.

3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص49.

عليه المادة 206 قانون الأسرة كما أن الإخلال بالإجراءات الشكلية يترتب عنه البطلان المطلق لعقد الهبة ولا تنتقل الملكية إلى الموهوب له وللواهب حق التصرف.

وعقد الهبة الباطل يمكن لأي ذي مصلحة التمسك ببطلانه كما يمكن أن يكون ذلك من المحكمة تلقائيا لأن القواعد والإجراءات المتعلقة بتوثيق العقود وشهرها تعد من النظام العام الواجب حمايته (1).

الهبات المستثناة من الشكلية :

1- الهبة غير المباشرة : وبها يكسب الموهوب له حقا عينيا أو شخصيا بلا مقابل على

سبيل التبرع عن طريق الواهب بصفة غير مباشرة، كأن يتنازل صاحب حق الإنتفاع عن حقه لمالك الرقبة.

2- الهبة المستترة : هي نوع لم يشر إليه المشرع الجزائري صراحة مع أنه من الواجب ذكره لأنه نوع شائع في الحياة العملية لأنه وسيلة للتحايل يقدم عليه الكثيرون، وتقع تحت ستار تصرف آخر (2)، كأن تكون باسم عقد بيع أو إيجار دون دفع ثمن أو أجره أو يعاد الثمن لمن دفعه (3).

3- الهبة اليدوية : وهي تختص بتسليم الموهوب (المنقول) يدا بيد من الواهب الى الموهوب له وهي أمر يخرج عن نطاق دراستنا وإنما ذكر للإستزادة فقط .

-2- الحيابة :

بالنسبة للحيابة فالهبة عموما وفي هبة العقار خصوصا تعتبر نقطة جدل وخلاف فهناك رأي اعتبرها شرط لزوم ورأي آخر اعتبرها ركنا لصحة العقد.

1- منصور نورة، المرجع السابق، ص39.

2- ياسر عياش، الموسوعى العربية، الموسوعة القانونية المتخصصة ، عقد الهبة، ص03.

3- العيداني نبيلة، العقود التبرعية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، موسم 2014، جامعة زيان عاشور، ص26.

الحياسة شرط لزوم للهبة : ويستند أصحاب هذا الرأي لأحكام الشريعة الإسلامية غير أنه و بالرجوع إلى الحنفية و الشافعية فنجدهما لا يذهبان إلى الحياسة كشرط لزوم وإنما إلى اعتبار القبض (التسليم) كشرط لزوم الهبة وحتتهم في ذلك قوله □: (لا تجوز الهبة إلا مقبوضة) ، أما المالكية فيعتبرون الهبة ملزمة بمجرد القول، ولا يشترط فيها القبض إلا في حالة تقاعس الموهوب له في المطالبة بها، إلى غاية إفلاس الواهب (1).

الرأي الثاني: يقر بأن الحياسة ركن خاص لعقد هبة العقار.

وهذا الرأي مخالف لسابقه إذ انه لا يعتبر الحياسة مجرد شرط لزوم بل ركنا في إنشاء العقد وصحته (2)، فلا تتعد الهبة بدونه مثله مثل السبب، المحل، التراضي، وهو ما يضيف على عقد هبة العقار خصوصية مقارنة بغيره.

وبالرجوع إلى نص المادة 2/206 ق أ نجدها تعتبر انعدام الحياسة إبطال للهبة مع أن البطلان جزاء مقرر لاختلال الركن وليس الشرط الذي يفترض أن يكون معرضا لقابلية الإبطال (3) وعلى هذا تعتبر الأساتذة منصورى أن الرأي الأول هو الأصح، ولأن الهبة تعد عقدا عينيا يستلزم التسليم الفعلي للعقار، وقد قصد المشرع من وراء ذلك منع كل أنواع التحايلات مثل أن يهب شخص عقاره، إضرارا بورثته ويبقى ساكنا فيه ويرفض تسليمه للموهوب له أو أن يضر بمن له حق على هذا العقار كما ورد في قضية الزوج الذي وهب جزء من مسكنه لوالديه منعا لحق زوجته الحاضنة في هذا الجزء وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا (غ،أ،ش)، 17/03/1998. ملف رقم 179558، إ. ق. (غ،أ،ش)، عدد خاص، ص211 (4) وبالرجوع إلى المحكمة العليا نجدها لم تستقر على رأي واحد فأحيانا تعتبر الحياسة في العقار شرطا لتمام عقد الهبة (5)، يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة

1- منصورى نورة، هبة العقار في التشريع، المرجع السابق، ص44.

2- قرار مؤرخ في 09/04/1969، نشرة سنوية، سنة 1969، ص285.

3- قرار رقم 58100 مؤرخ في 19/02/1990، المجلة القضائية سنة 1991، عدد 4، ص113.

4- بلحاج العربي قانون الأسرة مع تعديلات الامر 02/05 معلقا عليه بمبادئ المحكمة العليا خلال 40 سنة، ديوان المطبوعات

الجامعية: ط 3، 2007، ص583.

5- قرار رقم 2554 المؤرخ في 11/01/1982، نشرة القضاة، عدد خاص، ص255.

التي لم تتم فيها الحيابة، والتي هي شرط في تمام العقد، إذ قال الامام مالك رحمه الله، "لابد من الحيابة في المسكون والملبوس، فإذا كانت دار سكناه خرج منها"، وأحيانا أخرى اعتبرها شرط لصحة الهبة وهو ما جاء من خلال احدى قراراتها عن قاعدة الشرعية لصحة الهبة أن يليها فور التسليم، تسليم المال (العقار) الموهوب الى الموهوب له، "ومنه فالحكم المخالف لهذه القاعدة يستحق النقض" (1) وتتم الحيابة من قبل الموهوب له، أو من قبل وكيله، أو نائبه القانوني إن كان الموهوب له قاصرا، أو محجورا عليه، طبقا للمادة 210 قانون الأسرة، وهو الرأي الذي تبنته المحكمة العليا في قرارها رقم 2090 المؤرخ في 1982/02/22 انظر نشرة القضاة لسنة 1982. ص 273.

وأضافت المادة 207 قانون الأسرة، "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة و إن كان بيد الغير يجب إخباره بها ليعتبر حائزا " ومنه فإنه إذا كان الشيء الموهوب بحيابة الموهوب له قبل الهبة كأن يكون مستأجرا له فتحول بالهبة إلى حيابة صحيحة (2) بعد أن كانت عرضية، وتغيرت صفة الحائز إلى مالك للعقار الموهوب من تاريخ الهبة.

أما إن كان العقار بيد الغير موجب إخبار هذا الغير بعقد الهبة لتمكين الموهوب له من الحيابة، كما ان نص المادة 208 قانون الأسرة، أورد استثناء لقاعدة وجوب الحيابة.

استثناء وجوب الحيابة:

حسب المادة 208 قانون الأسرة "إذا كان الواهب ولي الموهوب له او زوجه، أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة" (3).

1- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، 2002، ص196.

2- قرار رقم: 26990، مؤرخ في: 1982/02/22، نشرة قضاة 1982، عدد خاص، ص 273.

3- قانون رقم 84 - 11 المؤرخ في: 1984/07/09، متضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالقانون رقم 05 - 02 المؤرخ في 2005/02/27 .

أي أن الشكل الرسمي والإجراءات الإدارية تغني عن حيازة الشيء الموهوب في مثل هذه الحالات المذكور في المادة وهو ما أكدته المحكمة العليا "من المقرر فقها، أن الهبة تلزم بالقبول، وتتم بالحوز وهبة الزوجين لبعضهما يعمل بها ولو لم يتم الحوز" ورد هذا في قرار م ع، غ، أ، ش الصادر في 19/02/1990، ملف رقم 58700، م ق عدد4، ص 113 (1).

المطلب الثاني: كيفية انعقاد هبة العقار في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري:

هناك خطوات أساسية يجب إتباعها لعقد هبة العقار سواء على المستوى الفقهي الإسلامي أو التشريعي الجزائري وهو ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: إجراءات انعقاد هبة العقار فقها:

إن فقهاء المسلمين يعتبرون الهبة عموما عقدا رضائيا، ولا يشترطون إفراغها في شكل معين حتى ولو كانت متعلقة بعقار، فهي تتعدّد بمجرد تبادل الرضا بين الواهب والموهوب له، دون حاجة إلى ورقة رسمية، ولذلك فتخلف الشكلية في عقد هبة العقار ولا يترتب عليه البطلان وفق آرائهم (2). غير أنهم اشتراطوا القبض لتمام الهبة، وقد سبق الحديث عن هذا الأمر في مطلب سابق.

كما أن المشرع الجزائري قبل صدور قانون الأسرة كان يسير على نهج الآراء الفقهية في اشتراط الرضائية والحيازة دونما اشتراط الرسمية، إلى غاية صدور قانون الأسرة، والذي تغيرت على إثره إجراءات هبة العقار بشيء من التشديد، نظرا لأهمية العقار، وزيادة قيمته وهو ما سنتطرق إليه في الفرع الثالث.

الفرع الثاني: أثر غياب القبول في هبة العقار لدى فقهاء المسلمين:

لقد اتفق فقهاء المسلمين على وجوب الإيجاب واختلفوا فيما يتعلق بالقبول من الموهوب له، إذ يرى بعض الحنفية أن ركن الهبة هو الإيجاب فقط دون القبول، وبالتالي

1- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مرجع سابق، ص 594/595.

2- شيخ نسيم، احكام الرجوع في التصرفات التبرعية، مرجع سابق، ص 43.

فغياب القبول عندهم لا يؤثر في صحة العقد، وبخالفهم في ذلك الإمام زفر⁽¹⁾.

وفي حين يرى جمهور الفقهاء، وهم المالكية والشافعية والحنابلة أن ركن الهبة هو الإيجاب والقبول، فلا ينعقد عقد الهبة بدونهما⁽²⁾.

وينعقد الإيجاب والقبول لدى الفقهاء باللفظ الدال عليهما، كما ينعقد الإيجاب وأيضا بالكتابة والإشارة المفهومة بالنسبة للأخرس، وتصح الهبة بالمعاطاة الدالة عليها وهذا رأي الشافعية والحنابلة⁽³⁾.

ويصح الإيجاب فقهيًا إذا كان مقرونًا بقرينة الوقت (عمرى)، فتصح الهبة ويبطل التوقيت لأنه لا تبطل الهبة بفساد الشرط.

أما بالنسبة للقبض فالحنابلة اعتبروه شرطًا لصحة الهبة في المكيل والموزون وقد أشرنا الى هذا سالفًا، أما غير الموزون والمكيل فتتم هبته بمجرد العقد وينتقل الملك حتى قبل القبض.

الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بهبة العقار في التشريع الجزائري

يتمر عقد الهبة بإجراءات أو مراحل مختلفة بدءًا بالتوثيق لدى الموثق، ثم تسجيله لدى مفتشية أملاك الدولة، وأخيرًا شهره في المحافظة العقارية⁽⁴⁾.

1- الرسمية في عقد هبة العقار: ويقصد بها وجوب إفراغ الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان المطلق "أي إفراغ العقد في شكل معين من قبل أشخاص مختصين قانونًا بذلك"⁽⁵⁾.

1- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 39.

2- شيخ نسمة، المرجع السابق، ص 226.

3- محمد يوسف عمرو، الميراث والهبة، دراسة مقارنة، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 227.

4- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة، الوصية، الوقف)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع سنة 2004، ص 12

5- دوة اسيا ، خالد رمول، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل عقارات للتشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر - لجزائر -

الطبعة 2 سنة 2009، صفحة 27

توثيق عقد الهبة: أحالت المادة 206 قانون الأسرة عقد الهبة في العقار إلى قانون التوثيق⁽¹⁾ الذي جاء فيه نص المادة 12 منه "أن العقود المتضمنة نقل ملكية العقار كالهبة مثلا أو حقوق عقارية تحتاج إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان" هذا كان في قانون التوثيق سابقا غير أن مضمون هذه المادة قد تم إدراجه في المادة 324 مكرر/1 من القانون المدني بمقتضى ق1980 المؤرخ في 1988/05/03 ومنه فإن عقد هبة العقار ناقل لملكية العقار و واجب إفراغه في شكل رسمي لدى الموثوق ليكون حجة بين المتعاقدين وإزاء الغير، ولهذا نصت المادة 206 قانون الأسرة، على بطلان هبة العقار الواردة في شكل عرفي، نظرا لعدم استيفائها الشكل الرسمي أي فقدانها أحد الشروط الجوهرية .

وهذا ما قضت به المحكمة العليا غ أش في قرارها الصادر في 1992/02/18، ملف رقم 81976، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1993، العدد 4، ص 88 ومما جاء فيه «من المقرر قانونا أنه يتوجب تسجيل العقود المنظمة للهبة لدى موثق رسمي... ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة المجلس قضاوا بصحة العقد العرفي الواقع سنة 1957 فإنهم تجاهلوا القانون...». أيضا القرار الصادر في 1994/11/09 ملف رقم 10365 وبالتالي فالعقد العرفي في هبة العقار باطل بطلانا مطلقا يعيد المتعاقدين إلى حالة قبل إبرام العقد وبطلان عقد الهبة⁽²⁾ أي حق البطلان مخول لكل من له مصلحة كما يمكن أن يثار من المحكمة تلقائيا لأنه من النظام العام.

و وفقا للمادة 324 قانون مدني، فإن هبة العقارات عقد لابد من توثيقه لأن للتوثيق وظائف تتجسد فيما يلي:

أ- إتمام ركن جوهرى من أركان عقد هبة العقار.

ب- تمكين المتعاقدين من سند تنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد لأن له حجية.

1- قانون التوثيق 02/06 المؤرخ في 20 فيبرابر 2006

2- بموجب القانون رقم 2/5 المؤرخ في: 20 يونيو 2005، المعدل والمتمم للامر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن

القانون المدني الذي جاء في المادة 324 المكرر 3 منه، ان كل العقود الاحتفائية التي يتلقاها الضابط العمومي تكون بحضور شاهدين تحق طائلة البطلان.

وظيفة التسجيل في هبة العقار:

التسجيل مرحلة تتوسط التوثيق والشهر، وتلعب دورا مزدوجا جبائيا وقانونيا (1) فبعد إفراغ

عقد هبة العقار في شكله الرسمي لدى الموثق نواجه مرحلة جديدة لابد منها وهي التسجيل لدى مفتشية التسجيل حيث ورد في نص المادة 1/75 من قانون التسجيل لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة، أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم.

و يكون التسجيل في أجل لا يتجاوز الشهر، وفقا لما نصت عليه المادة 58 قانون التسجيل وتتمثل وظيفة التسجيل الخاصة بالعقود الواردة عن العقار كعقد الهبة فيما يلي :

أ- تحصيل الدولة للجانب الضريبي للخرينة العمومية:

حيث أن الرسوم التي يحصل عليها الموثق من الأطراف الملزمين بدفعها لتوثيق العقد، تدفع مباشرة بقباضات الضرائب، كما يتعين عليه فتح حساب لدى الخزينة لإيداع المبالغ التي يحوزها (2)، وقد حددت النسبة حاليا بهبة العقار بخمسة بالمئة من ثمن العقار لفائدة الخزينة.

ب- إثبات تاريخ العقود العرفية:

والعقد العرفي في هبة العقار هو أن يهب شخص لآخر عقارا بعقد يحرر بينهما دون تدخل موظف العام أو الضابط العام، وقد نصت المادة 328 قانون مدني، على ما يلي (3): "لا

1- حماد بكاي، العقد التوثيقي، مجلة الموثق، العدد 7، جويلية 1999، ص16.

2- فريق الحقوقيين لدار الحديث للكتاب، القانون المدني حسب اخر تعديل له قانون 5-10 المؤرخ في 20/07/2005، ط 2008، ص70.

3- حماد بكاي العقد التوثيقي مجلة الموثق العدد 7 جويلية 1999 ص 16.

يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ ان يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من:

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام ومختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

ومنه فإن التسجيل يعطي العقد العرفي في هبة العقار، وغيرها من التصرفات الواردة على العقار تاريخا ثابتا.

تسجيل عقد هبة العقار:

على محرر العقد (عقد هبة العقار) تقديم هذا العقد إلى مفتش التسجيل ويجب احتواؤه على المعلومات الآتية (1):

- اسم الموثق وعنوان مكتبه وتاريخ عقد هبة، اسم ولقب وتاريخ ومكان المهنة ومقر السكن لكل من الواهب والموهوب له.
- يجب تعيين محل (العقار) والتعيين ينبغي أن يكون دقيقا منافيا للجهالة من حيث محتوياته، عنوانه، مساحته، تاريخ شهره بالمحافظة العقارية.
- أصل الملكية، حيث يلتزم الواهب بإعطاء جميع المعلومات لإثبات أن الموهوب ملكه الحقيقي.

ومفتش التسجيل يراقب إذا كان المحل الموهوب (العقار) تم تسجيله عندما دخل في حيازة أو ملكية الواهب، وأنه ليس ملكا للغير، إضافة إلى الضمان حيث يذكر الواهب إرادته في

1- منصور نورة، هبة العقار في التشريع، مرجع سابق، ص64.

الرجوع أو عدم الرجوع في الهبة أو الاحتفاظ بحق الرجوع للوالدين طبقا لنص المادة 211 قانون الأسرة كذلك لا بد من ذكر قيمة العقار لأن ذلك أساس اقتطاع حقوق التسجيل. وعلى مفتش التسجيل التأكد من صحة المعلومات الواردة في النسخ الأصلية ومطابقة الملخصات للعقود وكذا الكشوف الإجمالية، ويتم اقتطاع الحقوق وفقا للمادة 291 من قانون التسجيل.

شهر هبة العقار:

إن الغرض الأساسي من الشهر العقاري هو إعلام الغير بما يرد على العقارات من حقوق لضمان الثقة في المعاملات العقارية، فهو نظام قانوني له قواعد وإجراءات تضمن حق الملكية العقارية وجميع الحقوق العينية والتصرفات الواردة على العقار.

وللشهر العقاري دور في إتمام نقل الملكية بين الطرفين كالواهب والموهوب له، كما أنه سند لإثبات الملكية العقارية، وهو إجباري في نقل الملكية العقارية كما هو الحال في نقل هبة العقار. غير أن المحافظ العقاري لا يشهر عقد هبة العقار إلا بعد التأكد من أمور هي (1):

- 1- وجود الوثائق المتطلبة قانونا خاصة عقد توثيق هبة العقار.
- 2- التأكد من أن الواهب لديه سند ملكية مشهر بالمحافظة العقارية.
- 3- تقديم الدفتر العقاري للعقار محل الهبة، إذا كان هذا العقار مشمولا بالمسح العام.
- 4- تقديم أداة من أدوات التعمير إلزاميا إن كان العقار موضوع الهبة، عقارا حضاريا صالحا للبناء ويتميز الشهر العقاري بنظامين هما نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي الآتي شرحهما:

أ- نظام الشهر العيني:

1- آسيا دوة، خالد رمول، المرجع السابق، ص88.

مهمة التسجيل في نظام الشهر العيني تكمن في نقل الحق العيني وليس مجرد إعلان التصرف، وقد يكون في حالات قليلة التصرف معيبا ولا يكشف هذا العيب إلا بعد التحري الدقيق ومع ذلك فإن شهر هذا التصرف المعيب ينقل الحق، ويصح عيوب التصرف (1). ويتميز هذا النوع من الشهر بصفتين هما (2):

1- أن الشهر يتم على أساس العقار ذاته، أي أن السجل العقاري مقسم على أساس العقارات بحسب موقعها فيكون لكل عقار صفحة أو بطاقة خاصة تسجل فيها كل الحقوق العينية الواردة عليه، ولا تشهر العقارات إلا بعد تحر دقيق.

2- أن انتقال الملكية أو الحق العيني فيه يتم بالتسجيل في السجل العقاري والذي له حجية كاملة وأثر قطعي في نقل الملكية، كما أن الحقوق العينية في هذا النظام لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير، ولا تزول إلا بالقيد في السجل (3).

ب- نظام الشهر الشخصي:

وظيفته العلانية، وليس له أية قوة ثبوت، وإذ يشهر التصرف كما هو دون الاهتمام بصحة الحق المنشأ أو المنقول، ويتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات لذا فهو غير كاف لطمأنة من يتسلم العقار، وهو لا ينقل الملك نقلا باتا، لذا يمكن للمالك الأصلي الرجوع، كما أن الشهر الشخصي لا يصح التصرف الباطل (4) ونظام الشهر العيني هو المطبق في الجزائر له حجية مطلقة وأثر قاطع في نقل الملكية بالنسبة للمتعاقدين وللغير أيضا (5).

1- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط5 سنة 2006، ص92.

2- نفس المرجع ص33.

3- محمد حسنين، المرجع السابق، ص91.

4- نفس المرجع، ص96.

5- نفس المرجع، ص 101.

الفصل الأول

انحلال عقد هبة العقار فقها وقانونا :

إن هبة العقار عقد غاية في الخطورة لأنه إفقار للواهب وإثراء للموهوب له، غير أن هذا الأمر يتم بمحض إرادة الواهب، وبسلوكه لكل الإجراءات السابقة الذكر.

ولذلك فإن الرجوع في هبة العقار غير وارد إلا قليلا، وبطلانه لا يكون إلا لأسباب معينة وفي حالات خاصة، سنتعرض لها بشكل من التفصيل :

المبحث الأول: بطلان عقد هبة العقار:

سنخوض في هذا المبحث مفهوم البطلان ونتعرف على أسبابه على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم بطلان عقد هبة العقار:

سنتطرق إلى مفهوم البطلان لغة ثم اصطلاحا على النحو الآتي:

الفرع الأول /- لغة :

قد ورد تعريف البطلان، أو الإبطال في كتاب "موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي" حيث نص على ما يلي :

الإبطال: وهو ذهاب الشيء ضياعا وحسرا، ومنه قوله تعالى: (بطل ما كانوا يعملون) ، وقوله تعالى: (ليحق الحق ويبطل الباطل) .

بطلان: فساد أو سقوط الحكم وجمعه بواطيل وقيل أباطيل وقد استعمل الفقهاء الرجوع بمعنى الإبطال⁽¹⁾.

الفرع الثاني /- اصطلاحا:

بطلان عقد الهبة يعني العودة إلى الحالة الأولى التي كان عليها كل من الواهب والموهوب له لسبب من الأسباب الآتي ذكرها، والبطلان يقصد به حل عقد الهبة وعودة المحل إلى الواهب وتجريد الموهوب له منه ويكون لعيوب تخل بالعقد منها فقدان ركن أو

1- حسن محمد بوذي، المرجع السابق، ص18

شرط من الأركان والشروط التي ذكرناها في المبحث التمهيدي والتي سنحاول تفصيلها في
المطلب الثاني.

المطلب الثاني: أسباب بطلان عقد هبة العقار:

وفقا لما نصت عليه الكثير من المواد في القانون المدني أو قانون الأسرة وحتى
التسجيل والتوثيق فإن أسبابا مختلفة يمكن أن تقف وراء بطلان عقد الهبة منها:

الفرع الأول: الإخلال بالشكلية:

طبقا لما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 قانون مدني، فإن ركن الشكلية في العقار
يختل إذا لم توثق في عقد رسمي لدى الموثق أو لم تشهر في المحافظة العقارية أو وثقت
وكان العقد باطلا لسبب من أسباب بطلان الأوراق الرسمية، ويجوز للواهب أو لمن كانت له
مصلحة أن يتمسك ببطلان عقد الهبة الذي اختل فيه هذا الركن، فإن سلم الواهب الشيء
الموهوب وانقضت دعوى البطلان بالتقادم، كان له أن يرفع دعوى استحقاق لاسترداد العقار
الموهوب. (1)

الفرع الثاني: عيوب الرضا في عقد هبة العقار:

العيوب التي ترد على الرضا في مختلف العقود هي نفسها التي ترد على هبة العقار وتتمثل
عيوب الإرادة بوجه عام في الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

أ- **الغلط في عقد الهبة:** هو الوهم الذي يصور للمتعاقد الأمر على خلاف حقيقته، ويدفعه

الى إبرام العقد، وهذا الغلط الذي يعتد به في هبة العقار، والهبة بصفة عامة ينبغي أن

يكون جوهريا، وكثيرا ما يصدر من جهة الواهب، لا الموهوب له.

ومثال الغلط الجوهرى في الشيء الموهوب كأن يهب شخص لآخر أرضا للبناء، ثم

يتضح أنها لا تصح لذلك فيمكن في هذه الحالة إبطال عقد الهبة بسبب الغلط الجوهرى في

1- منصورى نورة، هبة العقار في التشريع، المرجع السابق، ص75

الموهوب⁽¹⁾ أما الغلط في شخص الموهوب له: كأن يهب الواهب عقارا لشخص ظنا منه انه تربطه به علاقة قرابة ثم يتبين له أن الامر على غير ما اعتقد.

كما قد يكون الغلط الجوهرى في الباعث كأن يهب شخص لآخر عقارا على أساس أنه فقير ينتفع به، ثم يتبين له أن الشخص ميسور الحال فيجوز للواهب إبطال عقد الهبة. اما إذا كان الغلط غير جوهرى فلا تكون الهبة قابلة للإبطال⁽²⁾.

ب- التذليس: هو نوع من الغلط وقد عرف على أنه أساس نوع من الغلط يقع فيه المتعاقد نتيجة لما يستعمله المتعاقد الآخر من حيلة.

وعرفه فقيه فرنسي بأنه نوع من أنواع الخديعة يستعين بها شخص للإضرار بالآخر⁽³⁾.

وعموما فهو انتهاج سبل خداع واحتيال تبعث الإرتياح والطمأنينة في نفس المتعاقد فتدفعه الى التعاقد، وكثيرا ما تكون من الموهوب له، لأنه الأكثر استفادة من عقد الهبة، و الفرق بين الغلط والتذليس واضح، أن الأول تلقائي من الواهب والثاني مقصود من الموهوب له، ويشترط في التذليس حتى يكون سببا لإبطال عقد هبة العقار والعقود عموما ما يلي:

1- أن يكون الموهوب له قد استعمل طرق احتيال توهم الواهب بامر مخالف للحقيقة، وتدفعه الى هبة عقاره.

2 - أن يصدر التذليس من الموهوب له او نائبه.

3- أن التذليس هو ما دفع الواهب الى إتمام هبته.

أ- الإكراه: ويقصد به بعث الخوف في نفس الواهب كتهديده، إلحاق ضرر به، فهو ضغط يؤثر على إرادة المتعاقد يجبره على إتمام العقد، كما أن استغلال نفوذ الأديبي للموهوب له

1- منصورى نورة، الهبة في التشريع، المرجع السابق، ص77.

2- عبد الرزاق السنهورى، المرجع السابق، ص107.

3- منصورى نورة، نفس المرجع السابق، ص 78.

على الواهب يعد إكراها، فمثلا: استغلال عاطفة الشخص (الواهب) وتسامحه يعد إكراها. وهو أمر يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

ب- **الإستغلال**: ويتحقق هذا الأخير بحدوث اختلال في التعادل بين الإلتزامات⁽¹⁾، وكثيرا ما يكون في عقود المعاوضات، لكن ماذا بشأن الإلتزامات من طرف واحد كما هو الحال في عقد الهبة بلا عوض التي هي أصل عام؟

باعتبار الهبة عقد كغيره من العقود، فإن الإستغلال هو أبرز العيوب المفسدة للرضا وكثيرا ما يحدث وأن يستغل الموهوب له في الواهب طيشا أو هوى جامحا، ومن أمثلة ذلك أن تستغل الزوجة هوى زوجها أو ضعفه⁽²⁾ ليهب لها املاكه خاصة في عصرنا اذ تهرع بعض النساء إلى استغلال ازواجهن ليهبوا لهن عقارات على وجه الخصوص، وحتى يكون الإستغلال سببا في إبطال الهبة يجب توفر الشروط الآتي ذكرها⁽³⁾:

1- أن يكون هناك طيش أو هوى جامح لدى الواهب.

2- أن يستغل الموهوب له هذا الطيش أو الهوى حتى يهب له الواهب مالا.

الفرع الثالث: هلاك الشيء الموهوب:

إذا هلك جزء من الموهوب في يد الموهوب له جاز للواهب إبطالها في الباقي منها أي الجزء الذي لم يهلك، وللمالكية رأي مخالف، لقول الجمهور الذي ذكرناه فالمالكية يرون أن هلاك جزء من العين الموهوبة يمنع الإبطال أو الرجوع فيما تبقى من الشيء الموهوب لأن هلاك جزء من العين الموهوبة كالانعدام.

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هلاك الهبة في الفقرة الثالثة من المادة 211 قانون

الأسرة.

1- العيداني نبيلة، مرجع سابق، ص 58.

2- منصور نورة، مرجع سابق، ص 80/79.

3- العيداني نبيلة، نفس المرجع، ص 58.

إضافة:

نلاحظ أن أسباب بطلان عقد الهبة لا تنحصر فيما ذكر سابقا فقط وإنما أيضا تتعلق بشروط أخرى التي ذكرناها في المبحث التمهيدي منها حالة الواهب فكثيرا ما نجد أن أهلية الواهب حين انعدامها أو نقصانها تكون سببا في البطلان، وهو ما تمثل في تطبيقات قضائية اجتهادات المحكمة العليا فمثلا إبطال عقد الهبة بسبب المرض العقلي للواهب وهو ما جاء نصه في قرار المحكمة العليا (غ،أش) ملف رقم 273529، م.ق 2003 ص 289⁽¹⁾.

وكذلك الأمر بالنسبة للهبة المبرمة في مرض الموت تعد باطلة لأنها تعتبر وصية وهذا أيضا ما جاء في قرار المحكمة العليا (غ،أش) ملف رقم 256869 م.ق 2002 ع2 ص 428⁽²⁾.

والتحليل في هبة عقار من أجل ابطال حق الغير المتعلق به يبطل أيضا هبة وقد صدر في هذا الشأن قرار المحكمة العليا ملف رقم 33719 م.ق 1989، ع3، ص51⁽³⁾.

المطلب الثالث: آثار بطلان عقد هبة العقار

إن بطلان عقد هبة العقار يكون لسبب من الأسباب التي ذكرناها، ويكون الإبطال بدعوى من الواهب، أو ممن له مصلحة في ذلك. كما يمكن أن يكون تلقائيا من النيابة العامة. وإذا تم إبطال العقد ترتب عنه عودة الحال إلى ما قبل التعاقد، حيث يعود المحل (الموهوب) إلى الواهب، ويجرد منه الموهوب له، غير أنه عند هلاك الشيء الموهوب بعد انعقاد الهبة وتامها ثم الطعن فيها بالبطلان، لا يستوجب على الموهوب له رد الموهوب إلا إذا كان قد تم اشتراط الضمان من قبل وهو لأمر يعد ضربا من المستحيل في عقد الهبة وإن أخذ به بعض الفقهاء .

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص586.

2- بالحاج العربي، المرجع نفسه، ص 587

3- بالحاج العربي، المرجع نفسه، ص587

وعموما فإن المشرع الجزائري لا يختلف في موقفه من بطلان عقد الهبة في العقار عما هو عليه فقهاء المسلمين لأن الآراء الفقهية خصوصا المذهب المالكي هو المرجع الأساسي الذي استمد منه المشرع الجزائري أحكام الهبة، بما في ذلك بطلانها. إلا فيما يتعلق بركن الشكلية في هبة العقار، فاختلفا يعتبر سببا لإبطال عقد هبة العقار في التشريع الجزائري في حين لم يأخذ فقهاء المسلمين بذلك، لأنهم أصلا لم يشترطوا الشكلية، ولم يعتبرونها ركنا وقد نصت المادة 206 قانون الأسرة على البطلان حيث أوردنا نصها في غير هذا الموضوع سابقا (1).

وإن كان هلاك الشيء الموهوب سببا في إبطال هبة العقار فإن هذا الأمر يعني أن العقد وكأن لم يكن، وذلك بشكل تلقائي دون الحاجة إلى دعوى البطلان لأن محل الهبة لم يعد موجودا، فعلى أي أساس تبقى الهبة قائمة؟

غير أن هناك اختلاف فيما كان الهلاك جزئيا، فبعض الفقهاء يرون في هذه المسألة تبقى من العين الموهوبة التي لم تهلك، في حين يرى المالكية وخلافا لجمهور الفقهاء أن هلاك جزء من الشيء الموهوب يمنع الإبطال في الباقي.

والحقيقة أن بين إبطال عقد الهبة و الرجوع فيها و كذا أضرارها تداخل كبير فما يعتبر عذرا يعد أحيانا سببا لإبطال الهبة وتارة سبب للرجوع فيها، وهو ما يعكس تداخل لفظي البطلان و الرجوع لدى كثير من الفقهاء و كذا في الأحكام القضائية.

ومن مبطلات الهبة التي لم تذكر لعدم الإشارة إليها في المراجع المختلفة التي تناولناها، قتل الموهوب له الواهب قصدا بلا وجه حق فهنا كان لورثته حق إبطال الهبة وهو رأي ذهب إليه صاحب كتاب " الميراث والهبة دراسة مقارنة " (2) الذي قد فصل في أسباب

1- قانون الأسرة، مرجع سابق، المادة 206 .

2- محمد يوسف عمرو، المرجع السابق ص296.

بطلان الهبة، حيث استقى هذا الأمر من القانون السوداني الذي كنا نتمنى أن يوافقه أو يسايره القانون الجزائري (قانون الأسرة).

المبحث الثاني: الرجوع في هبة العقار وفق الشريعة الإسلامية و التشريع الجزائري

إن عقد هبة العقار تترتب عنه آثار مختلفة، وله أحكام متعددة، أبرزها الرجوع في الهبة لأنه كثيرا ما يكون الواهب متسرعاً في هبته، كما أن حب المال قد يدفع بالكثيرين إلى الندم على منح أموالهم إلى الغير دون مقابل، خصوصاً إذا كان هذا المنح قد أدى إلى افتقاره، ونحن نعرف مدى تعلق الإنسان بالمادة ، وخير دليل على ذلك قوله تعالى: (وتحبون المال حبا جما) (1) . وقوله أيضاً: (المال والبنون زينة الحياة الدنيا) (2) . وعليه سنتعرض في هذا المبحث إلى المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم الرجوع في هبة العقار:

وخلاله سنتطرق إلى تعريف الرجوع و طبيعته القانونية.

الفرع الأول: الرجوع لغة:

هو الانصراف، يقال رجع، ورجوعاً، ومرجعاً: إذا انصرف، ورجعه أي رده، والرجعة مراجعة الرجل أهله.

ورجعت الكلام أو غيره : رددته، ورجع في الشيء، عاد فيه ، ومن هنا قيل، رجع في هبته، إذا أعادها إلى ملكه(3).

الفرع الثاني: الرجوع اصطلاحاً:

استعمال الفقهاء الرجوع بمعناه اللغوي فتارة استعملوه بمعنى الرد و النقض معا حيث قالوا: ويحصل الرجوع، برجعت فيما وهبت، أو استرجعته، أو رددته إلى ملكي أو نقضت الهبة.

1 - سورة الفجر ، الآية 20.

2 - سورة الكهف ، الآية 46.

3 - جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب ج3 ، دار صادر للطباعة و النشر، بيروت، الطبعة الثانية، 2004، ص 94 ، 95 .

كما استعمل الفقهاء كثيرا من الألفاظ كمرادف للرجوع مثل الفسخ، النقض، الرد، و الإبطال حيث قالوا: الرجوع فسخ العقد بعد تمامه.

وقالوا أيضا: ويحصل الرجوع بالقول كنقضت الوصية، ولهم أقوال تثبت اعتبارهم الرجوع رد وإبطال.

وهناك تعريفات مختلفة للرجوع أوردها بعض الأساتذة وكذا نقلا عن مراجع متعددة و تم ترجيح القول الذي جاء فيه: «الرجوع في الهبة هو عود الواهب في هبته بالقول أو بالفعل بغية ارتجاعها و استردادها من الموهوب له رضاء أو قضاء وفق شروط معينة»، وأنا أراه يتفق مع التعريف الثاني الذي أورده سابقا⁽¹⁾.

والذي جاء فيه: «رد العقد القابل للإبطال، والعودة إلى حال ما قبل العقد وفق شروط مخصوصة» .

الفرع الثالث : الطبيعة القانونية للرجوع في هبة العقار:

لقد تعددت الآراء الفقهية فيما يتعلق بتكييف الرجوع في عقد الهبة، فمنهم من رآه فسخا ، وهناك من اعتبره إلغاء وآخرون كيفوه على أنه إقالة من الهبة:

أ- اعتبار الرجوع فسخا لعقد الهبة:

كثير من الفقهاء اعتبروا الرجوع أيا كان نوعه بالتقاضي أم بالتراضي فسخا لعقد الهبة، ودليلهم في ذلك: «أن الواهب يستوفي حق نفسه بالفسخ، فإذا انفسخ العقد بالرجوع عاد الشيء إلى ملك الواهب، وهذا ما ورد في قول صاحب كتاب الوسيط : " إذا رأى القاضي أن العذر الذي يقدمه الواهب للرجوع في هبته عذرا مقبولا أقره عليه و قضى بفسخ الهبة، وإلا امتنع من إجابة طلبه، وأبقى الهبة قائمة، ومن هنا نرى أن الرجوع بالتقاضي هو

¹ - شيخ نسيمية ، المرجع السابق ، ص 63 .

فسخ قضائي لها بناء على طلب الواهب يسوغه عذر مقبول متروك إلى تقدير القاضي...⁽¹⁾

و الجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري لم يكن له رأي واضح في التفريق بين الفسخ و الرجوع في عقد الهبة⁽²⁾.

وقد انتقد هذا الرأي- القائل بأن الرجوع فسخ- في أوجه مختلفة لايسعنا ذكرها في هذا المقام و لذلك نحيل من أراد التوسع في ذلك إلى كتاب أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة، الوصية، الوقف).

ب- الرجوع في الهبة إلغاء لها:

الإلغاء تصرف قانوني من جانب واحد، يترتب عنه أثر مستقبلي فقط يتمثل في إنهاء العقد القابل لذلك بناء على نص القانون أو اتفاق المتعاقدين.

وهو يشبه الرجوع في كثير من النقاط مثال: اعتبار كليهما استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وكون سبب كل منهما لاحق...الخ، لكن هناك فرق جوهري بينهما حيث أن الرجوع له أثر رجعي يتمثل في إعادة الحال لما كانت عليه قبل العقد، أما الإلغاء فأثره مستقبلي كما أسلفنا، حيث ينتهي به سريان مفعول العقد بالنسبة للمستقبل فقط.

ومع ذلك فهناك جدل كبير حول هذا التكييف بين مؤيد و معارض، كما أن القضاء الجزائري يخلط بين المصطلحين فكثيرا ما يسمى الرجوع في الهبة إلغاء، راجع قرار المحكمة العليا (غ،أ،ش) ، ملف رقم 197336، الصادر بتاريخ 16/06/1998، منشور بالمجلة القضائية (غ،أ،ش)، عدد خاص لسنة 2001 ص 284.⁽³⁾

¹ - عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 186.

² - شيخ نسيم: مرجع سابق ، ص 68.

³ - المجلة القضائية عدد خاص ، سنة 2001 ، ص 284.

ج - الرجوع في الهبة إقالة منها:

لغة : الإقالة هي الرفع و الإزالة.

اصطلاحا: اتفاق يرد على العقد بعد انعقاده بشكل صحيح، لأجل حله، فهو سبب لحل العقد، يتم بإيجاب قبول صرحيين أو ضمنيين لأنه نص المادة 106.ق.م يقضي بذلك >>العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون<<(1).

و للتقاييل و الإقالة أثر مستقبلي فحسب، و بالتالي فهو يشبه الرجوع في الهبة بالتراضي و لذلك فهو مذهب كثير من فقهاء القانون.

المطلب الثاني: موقف الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري من الرجوع في هبة العقار:

سنحاول في هذا المطلب التطرق إلى الآراء الفقهية فيما يخص حكم الرجوع في هبة العقار كما سنسلط الضوء على رأي المشرع الجزائري في هذه المسألة، ولذلك سنعالج المطلب في الفروع الآتية:

الفرع الأول: الرجوع في هبة العقار في المذاهب الأربعة:

هناك اختلاف بين فقهاء المسلمين حول حكم الرجوع في الهبة عموما، وهبة العقار جزء لا يتجزأ عن الهبة في أحكامها خصوصا و أن فقهاء المسلمين لم ينظروا إلى العقار كجزء خاص في الهبة لأنهم لم يفرضوا له الشكلية.

1- في الفقه الحنفي:

يرى أصحاب هذا المذهب أنه يصح للواهب الرجوع في هبته بعد القبض و الأحسن قبله و لكن الرجوع مكروه تحريما على الراجح، كما أن الواهب إذا أسقط حقه في التراجع ثم رجع

¹ - فريق الحقوقيين لدار الحديث للكتاب، قانون المدني حسب اخر عدل له ن قانون 10/05 المؤرخ 20 يونيو، 2005 ص 25.

صح رجوعه، لأن الحق في الرجوع لا يسقط، ودليلهم في ذلك مارواه مالك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: «الواهب أحق بهبته مالم يثب منها»⁽¹⁾. فالرجوع عندهم لا يكون و لا يتم إلا برضا الموهب له او بحكم القاضي.

2- في الفقه المالكي:

ليس للواهب الرجوع في هبته، ويختلفون في إلزاميتها، فبعضهم يقول تتم بمجرد العقد، وآخرون يقولون أنها لا تتم إلا بالقبض، وهو شرط تمامها. وعليه فيمكن الرجوع قبل تمامها أي قبل القبض، ماعدا الأب والأم اللذان يجوز لهما الرجوع في هبتهما للابن بعد أن يقبضها، ودليلهم في ذلك قوله □: " لا يحل لأحد أن يهب هبته ثم يعود فيها إلا الوالد " .

غير أنهم يشترطون لرجوع الوالدين في هبتهما شروطا هي:

أ- بالنسبة للأب :

- أن يراد بالهبة الصلة والعطف والحنان على الولد لكونه محتاجا.

1. - أن يراد بالهبة مجرد ثواب الآخرة لا ذات الولد، فإن أراد ذلك كانت صدقة بلفظ الهبة فلا يصح الرجوع فيها⁽²⁾

2. غير أنه إذا اشترط الرجوع في العقد فله ذلك متى شاء.

ب- بالنسبة للأم:

فلها الرجوع في هبتها بتوفر الشرطين السابقين إضافة إلى شرط ثالث وهو أن يكون للولد أب سواء كان هذا الولد صغيرا أو كبيرا وسواء كان الأب وابنه معسرين أو ميسورين، أما إذا كان الولد يتيما ووهبته الأم عقارا مثلا فليس لها حق الرجوع.

¹- أخرجه ابن ماجد في سننه ، والدار قطني والبيهقي في السنن الكبرى

²- نشاد عابدة، ديدي سناء، مرجع سابق ص 88

3- في الفقه الشافعي:

إذا تمت الهبة بالقبض بإذن الواهب أي أن هناك تسليم، وقبض للموهوب -الذي خصصناه في بحثنا بالعقار- فإنه لا يصح الرجوع فيها إلا للأب وإن علا وكذلك للأم وإن علت، واشتروا لذلك شروطا هي (1) :

(1) أن يكون الموهوب له ولدا حرا، لأنه إن كان غير حر فتعتبر الهبة لأجنبي ولا رجوع فيها.

(2) أن يكون الموهوب عينا.

(3) أن الموهوب مازال في سلطة الولد بحيث يتصرف فيه.

(4) ألا يحجر على الولد بسبب السفه.

(5) ألا تكون العين الموهوبة مستهلكة كالبذرة في الأرض إذا نبتت... إلخ، وفيما يتعلق بهبة العقار فإن الرجوع فيها لا يمنع زراعة الأرض وإجارتها لأن العين باقية فإن رجع الوالد فإن الإجارة لا تفسخ بل تستمر.

(6) أن لا يبيع الولد العين الموهوبة .

ولا يسقط حق الوالد في الرجوع حتى ولو أسقطه. ويكره الرجوع في الهبة من غير سبب أما إن كان هناك سبب وجيه كإنفاق الإبن فيها لا ينفع، أو زيادة الهبة في عصيانه كان الرجوع واجبا في حين أنه لو كان الولد عاقا والرجوع يزيد في عقوقه فإن الرجوع مكروه(2)

¹ - نشاد عابدة، ديدي سناء، المرجع السابق، ص 89

² - عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ج3. دار إحياء التراث العربي بيروت ط6 ص 308، 309

4- في الفقه الحنبلي :

للأب الرجوع فيما وهبه لولده، وهو مالا يجوز للأُم على قولهم ولرجوع الوالد أربعة شروط هي :

1- أن يظل الشيء الموهوب باقيا في ملك الموهوب له .

2- أن تكون العين باقية في تصرف الولد .

3- ألا تتعلق بها رغبة للغير فإن تعلقت بها رغبة غير، فنجد أن للإمام أحمد في هذا الشأن رأيان هما :

أ- ليس هناك رجوع لأنه غر الناس بما وهبه لولده حتى وثقوا به وتعاملوا معه على أساسها، فإن رجع الوالد كان في ذلك ضرر. وهو غير جائز شرعا لقوله □: "لا ضرر ولا ضرار"

ب- للوالد الرجوع لعموم الخير، ولأن حق الدائن لم يتعلق بعين هذا المال فلا مانع من الرجوع .

ج- ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة كالسمن والكبر أو كالتعمير أو البناء فيما يتعلق بهبة العقار، وفي هذا نجد للإمام أحمد روايتين: إحداهما جواز الرجوع في الهبة والثانية منع الرجوع لأن الزيادة خاصة بالموهوب له فهي نماء في ملكه ولم تنتقل إليه من جهة أبيه، وعليه فامتناع الرجوع فيها يمنع الرجوع في الأصل أيضا (1)

وقد اختلف الحنفية في إسقاط الأب حقه من الرجوع في الهبة، فمنهم من قال بسقوطه ومنهم من عارض ذلك بعد سقوطه.

وفيما تقدم من عرض لآراء المذاهب الفقهية نجدهم كثيرا ما تكلموا عن الهبة قبل القبض

¹ - محمد بن احمد تقيّة، المرجع السابق، ص، 295، 296.

وبعده ولذلك ارتأينا عدم إغفال هذا الجانب توضيحا للأمر.

حكم الرجوع في الهبة قبل القبض وبعده:

أ- قبل القبض: هناك اختلاف في هذه المسألة أي الرجوع في الهبة حال الصحة قبل القبض حيث نلمس للفقهاء أقوالا ثلاثة هي (1) :

الأول: يجوز الرجوع في الهبة قبل القبض وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية، والحنابلة في رواية لهم، "وهو قول للمالكية حكاها جماعة عن الإمام مالك، ولكنهم قالوا إنه شاذ" (2)

الثاني: لا يجوز الرجوع في هبة العقار قبل القبض والهبة عموما، وهو ما ذهب إليه المالكية والظاهرية.

الثالث: وفيه فرقوا بين المكيل والموزون وغيرهما، فإن كان الأول (مكيل أو موزون) جاز الرجوع قبل القبض أما إذا كان من النوع الثاني (غير مكيل ولا موزون) فلا يجوز الرجوع فيه قبل القبض وهو مذهب الحنابلة.

ب- حكم الرجوع في الهبة بعد القبض:

أيضا اختلف الفقهاء في حكم الرجوع في الهبة بعد القبض على رأيين هما:

أولا: لا يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض باستثناء الوالد فيما وهبه لولده، وهو مذهب المالكية والشافعية والح نابلة والظاهرية (3).

ثانيا: يجوز الرجوع في الهبة بعد القبض بشرط عدم وجود مانع من الرجوع، وإلى هذا ذهب الحنفية والإمامية والزيدية.

1 - شيخ نسيمه، المرجع السابق، ص 69

2 - مجلة البحوث الإسلامية، أثر الالتزام في عقد الهبة، عدد 73، الصادر 1425، ص 134.

3 - محمد حسن بودي، المرجع السابق، ص 73

وهناك من أضاف رأيا ثالثا وهو أن الواهب إذا قبض هبته فليس له الرجوع فيها مطلقا سواء كانت الهبة لابنه أو لغيره، وهذا القول رواية عند الإمام أحمد (1) .

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الرجوع في هبة العقار:

إن الرجوع في الهبة أمر يستشف ويؤخذ في التشريع الجزائري من نصوص المواد :

202،211،213 قانون الأسرة.

فالمادة 202 تنص على أنه : " يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام تتوقف تمامها على انجاز الشرط". فيستشف من نص هذه المادة أن الموهوب له إذا لم ينفذ الشرط المعلقة عليه الهبة كان للواهب حق الرجوع في هبته لأن الشرط ضروري لتمامها أو بالأحرى لفسخ عقد الهبة لعدم إتمام الشرط.

غير أن الأصل العام في التشريع الجزائري أن الهبة عقد ملزم بمجرد القول على الأغلب قلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء وفقا لما نصت عليه المادة 211 قانون الاسرة "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدتهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1-إذا كانت من أجل زواج الموهوب له.

2-إذا كانت الهبة قرضا أو قضاء دين .

3-إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير من طبيعته" (2) .

¹- مجلة البحوث الإسلامية، المرجع السابق، ص 138.

²- مولود ديدان ، المرجع السابق، ص49.

فالمشرع الجزائري ذهب إلى منع الرجوع في الهبة للأجنبي مطلقا، و الشاهد على ذلك قرار م ع (غ،م)، ملف رقم 328682، الصادر بتاريخ 2006/02/15، المنشور بمجلة م،ع،العدد 1 سنة 2006،ص 237 والذي جاء فيه ما يلي: "للأبوين دون غيرهما حق الرجوع في الهبة لولدهما". ولما كان ثابتا في قضية الحال: أن علاقة الطاعن بالمطعون ضده ليست علاقة بنوة بل علاقة أخوة. لا يجوز معها الرجوع في الهبة، وعليه فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد شوهوا قرارهم بمخالفة القانون في المادة 211 من قانون الأسرة مما يعرض قرارهم للنقض⁽¹⁾.

وسبب إجازة الرجوع للوالدين في هبتهما لولدهما هو حمايتهما مما قد يلحق بهما جراء تبذير الأولاد (الموهوب لهم) للأموال أو لتغيير الظروف التي تم فيها إبرام العقد⁽²⁾. وقد يضطر الواهب إلى الرجوع في هبته بداعي العدل والمساواة بين الأولاد⁽³⁾.

والملاحظ أن القضاء الجزائري لم يستقر على موقف واحد حول مسألة رجوع الأصول في هبتهم لأحفادهم، فاعتبر في بعض أحكامه أن الجد والجدة مثل الأبوين، يجوز لهما الرجوع في هبتهما للأحفاد، وفق نص المادة 211 قانون الأسرة، وذلك ما جاء في قرار م ع (غ،أ،ش) ملف رقم 252350، الصادر بتاريخ 2001/02/21، المنشور بالمجلة القضائية، عدد 1، سنة 2002، ص 308 والذي قضى فيه بما يلي: "إن الرجوع في الهبة يشمل الإبن التابع لأبيه مالم يحصل أي مانع من بين الموانع المنصوص عليها في المادة 211 قانون الأسرة، في حين أنه اتخذ موقفا مخالفا حين اعتباره الرجوع مقرر للأبوين فقط وذلك ما ورد في قرار م ع (غ،م)، ملف رقم 357544، الصادر في 2007/03/21، المنشور بمجلة م ع، 1، سنة 2007، ص 255، والذي قضى بما يلي:

¹ مجلة المحكمة العليا، العدد 1، 2006، ص 237

² لعروم مصطفى، عقد الهبة، مجلة الموثق، العدد 08، سنة 1999، ص 21

³ البشير جيري، الرجوع عن الهبة، مجلة الموثق، العدد 09 سنة 2003 ص 41

ليس للجدة حق الرجوع في الهبة، فهو حق مقرر للأبوين فقط. وفي نفس الإطار ورد في قرار م، ع (غ، أش)، ملف رقم 564007، الصادر في 2010/05/13 (غير منشور) ⁽¹⁾ القاضي بما يلي: الرجوع في الهبة يكون للأولاد فقط، وذلك طبقا للمادة 211 قانون الأسرة، ولما كان من الثابت في قضية الحال رفض قضاة المجلس لدعوى الطاعن الرامية إلى إبطال عقد الهبة المبرم لفائدة حفيده المطعون ضده، طبقوا القانون.

كما ذهب المشرع الجزائري إلى عدم جواز الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة حسب المادة 212 ق أ، وتجسد هذا في قرار م، ع (غ، أش)، ملف رقم 116191، الصادر في 1997/01/19 المنشور بنشرة القضاة ع 56، ص 74 جاء فيه: "ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة الأرض التي وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتى وإن لم تشغل لما وهبت من أجله لأن الهبة أصبحت بعد إبرام عقدها ملكا للبلدية"⁽²⁾

غير أنه وإن كان المنع للرجوع في الهبة بقصد المنفعة العامة كما رأينا في القرار الأخير، إلا أن هذا لا يمنع طلب فسخ عقد الهبة قضاء إذا لم ينفذ شرط الهبة القاضي بتسخيرها للمنفعة العامة، ومثال ذلك أن يهب شخص قطعة أرض لجمعية خيرية قصد بناء ملجأ فامتعت وغيرت الاستعمال جاز للواهب حينها طلب فسخ عقد هبة العقار، وتبقى السلطة التقديرية في ذلك لقاضي الموضوع ⁽³⁾

المطلب الثالث: موانع وأعدار الرجوع في هبة العقارين الفقه والتشريع الجزائري:

رأينا أن الرجوع في الهبة عموما وبما في ذلك هبة العقار أمر كاد يكون استثنائيا سواء على مستوى الفقه الإسلامي أو التشريع الجزائري، وهذا الاستثناء قد ترد عليه موانع

⁻¹ شيخ نسيم، مرجع سابق ص 95

⁻² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 602

⁻³ محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 515

فتبطل مفعوله، وهو ما سنراه في هذا المطلب.

الفرع الأول: موانع الرجوع في الفقه الإسلامي :

قبل أن نتبع ما انتهجناه في الرجوع بالتطرق إلى المذاهب الأربعة ومواقفها من موانع الرجوع ارتأينا الوقوف بداية عند تعريف المانع.

المانع لغة: هو الحائل بين المرء وما يريد.

المانع اصطلاحاً: هو الأسباب والحالات التي تقف حائلاً بين الواهب والرجوع في هبته.

أ- في الفقه الحنفي: موانع الرجوع في الهبة عندهم جمعت في بيتين من الشعر نظمها شيخ الإسلام محي الدين فقال:

منع الرجوع من المواهب سبعة

فزيادة موصولة، موت، عوض

وخرجها عن ملك الموهوب له

زوجية، قرب، هلاك قد عرض

كما جمعت هذه الموانع في كلمتي دمع خزقة، وتتمثل هذه الموانع في :

1- أن يريد الموهوب له في العين زيادة متصلة بها⁽¹⁾ وقد فرق الفقهاء بين الزيادة

المتولدة عن الموهوب، والزيادة غير المتولدة عن الموهوب فالأولى مثلاً كما لو كان

الموهوب صغيراً فكبر أو هزيراً فسمن وهي بعيدة عن هبة العقار أما الثانية فمثالها أن يكون

الموهوب عقاراً- أرضاً- فغرس فيها الموهوب له غرساً أو بنى فيها بناءً.

فهذه الزيادة المتصلة في المذهب الحنفي تمنع من الرجوع في الهبة عموماً، وهبة العقار

⁻¹ حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص152.

جزء منها. وقد اشترط في كون هذه الزيادة مانعة من الرجوع شرطين:

أ- أن تكون هذه الزيادة إلى زيادة في العين الموهوبة.

ب- أن تؤدي هذه الزيادة في قيمة العين الموهوبة⁽¹⁾.

2- موت أحد المتعاقدين بعد القبض⁽²⁾ ، فإذا وهب شخص داره لأخيه ثم مات الموهوب له بعد القبض فلا حق للواهب في الرجوع، وكذلك إذا مات الواهب سقط حق ورثته في الرجوع. أما إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل القبض، بطلت الهبة وحجة الحنفية في ذلك أن عقد الهبة يفتقر إلى القبض، وموت أحد العاقدين قبله يجعل الهبة باطلة .

ولما كانت الرسمية في هبة العقار قبض حكمي، وهو بمثابة القبض الحقيقي فإن موت أحد المتعاقدين قبل القبض يؤدي إلى بطلان الهبة، لعدم تحقق القبض الحقيقي أو الحكمي، وهو على خلاف ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، لأن الهبة عندهم تتم باللفظ .

أما إذا مات الموهوب له بعد القبض، امتنع على الواهب الرجوع على ورثته ونفس الشيء بالنسبة لموت الواهب بعد القبض فلا يقوم ورثته مقامه في الرجوع وهذا ما يجسد كونها عقد بين الأحياء .

3-العوض: قد يكون مشروطاً في العقد، وقد يكون متأخراً عن العقد أي غير مشروط في العقد. وبالنسبة للعوض المتأخر عن العقد أي غير المشروط، فلا خلاف بين الفقهاء في مشروعيته لأنه مثل رد للتحية قال تعالى (إذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها)⁽⁴⁾

وروي عن عائشة أن رسول ρ كان يقبل الهدية ويثيب عليها، في حين أن العوض المشروط في العقد هناك خلاف بشأنه.

1- حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص152.

2- نفس المرجع ص 153.

3-سورة النساء، الآية 86.

فالحنفية يجيزون الهبة بعوض مشروط مثلهم مثل المالكية والحنابلة والشافعية في القول الأظهر عندهم وكذا الزيدية⁽¹⁾ غير أن الظاهرية و باقي الشافعية يرون بطلان الهبة بشرط العوض. ويشترط في العوض المانع من الرجوع في الهبة شروط تسقط حق كل من الواهب والموهبة له في الرجوع منها:

أ- أن يكون التعويض بلفظ يدل على مقابلة العوض بالهبة. ويقبض الواهب للعوض امتنع الرجوع.

ب- ألا يكون العوض بعض الموهوب.

ج- سلامة العوض: فلو وجد الواهب بالعوض عيبا ولو كان فاحشا، فليس له الحق رده، لأن رد الشيء لوجود عيب فيه من خواص المعاوضات لا التبرعات⁽²⁾ والهبة تبرع كما أسلفنا والمقصود بسلامة العوض للواهب: ان لا يكون هناك استحقاق الغير للعوض فان حدث وكان هناك استحقاق الغير لهذا العوض كاملا فللواهب حق الرجوع في هبته "

أما إن استحق الغير بعض العوض الذي لدى الواهب فلا يمكن للواهب الرجوع في هبته إلا أن رد العوض .

ونفس الشيء بالنسبة للموهوب له فيما يتعلق بالاستحقاق الوارد على الموهوب له هذا مذهب الحنفية وخالفهم الإمام زفر .

د- أن يكون العوض عن كل الموهوب حتى لا يكون للواهب حق الرجوع في جزء من الموهوب الذي لم يقابله عوض⁽³⁾ .

(1) حسن محمد بودي المرجع السابق ص 116

(2) نفس المرجع السابق ص 120

(3) عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق ، ص 190

هـ- أن يكون العوض مقبولا مفرزا .

أما أحكام العوض المشروط في العقد ففيها خلاف ويرى الإمام أبو حنيفة أن الهبة في هذه الحالة تعتبر تبرعا في الابتداء ، معاوضة في الانتهاء ، و يترتب عن ذلك ما يلي :

- إن كان المحل مشاعا يقبل القسمة فإن العقد لا يكون صحيحا لأن وجوب القسمة يمنع صحة القبض وتمامه . (1)

- يجوز لكل من الواهب والموهوب له الرجوع مالم يحدث تقابض بينهما أو قبض أحدهما دون الآخر .

- إذا حدث التقابض فلا رجوع في عقد الهبة إلا لسبب واضح كما في البيع .

وقد خلص الدكتور محمد حسن بودي إلى أن الهبة مع العوض المشروط تعد بيعا في الإبتداء و الانتهاء وأراه (2) قد أصاب في ترجيحه لأن البيع فيه مقايضة وهذا النوع من الهبات كذلك .

-4- أن يخرج الشيء الموهوب عن ملك الواهب تماما: وذلك بأي سبب من الأسباب الناقلة أو المسقطه للملكية ، كالبيع أو الهبة أو الوقف ... الخ ومنه فان خروج الموهوب عن ملك الموهوب له وتسليمه للغير يمنع الواهب من الرجوع في هبته حتى ولو عاد الشيء الموهوب إلى الموهوب له عن طريق الإرث ونحوه (3) .

ويشترط أن يكون التصرف شاملا لكل الشيء الموهوب (4) .

-5- الزوجية: يقول ابن قدامه: << ما وهب الزوج لامرأته لا رجوع فيه بالاتفاق >> ، فالحنفية

1- حسن بودي المرجع السابق ص125

2- نفس المرجع ، ص 126

3- أنس عبد الواحد صالح جابر / أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه الإسلامي والقانون الأردني ص 247

يرون امتناع الرجوع في الهبة عموماً بما في ذلك هبة العقار . إذا كانت من أحد الزوجين إلى الآخر والعبرة بقيام رابطة الزوجية الصحيحة وبذلك فلو قدم الزوج للأخر هبة قبل انعقاد عقد الزواج جاز له الرجوع فيها ولو بعد انعقاد عقد الزواج مالم يوجد مانع آخر وهو حال الهدايا المقدمة من الخاطب لمخطوبته أو العكس .

6- القرابة : القرابة المانعة من الرجوع في هبة العقار عند الحنفية هي قرابة الرحم المحرمة أي وجود علاقة قرابة بواسطة الدم (الرحم) تمنع الزواج بينهم وعليه فإن كان القريب رحماً غير محرم مثل ابن العم أو ابن الخال ... أو كان محرماً وليس بذي رحم كالأخ من الرضاع فإن الحق في الرجوع يبقى قائماً، وليس له من مانع .

7- هلاك العين الموهوبة: ويقصد به فناء مادة الشيء وطبيعته على نحو يفوت الغرض المقصود منه أو ينقص من الانتفاع به إما بفعل أحد المتعاقدين أو لسبب أجنبي (1) .

وتحول الموهوب من حالة إلى أخرى كتغيير اسمه أو صورته يأخذ حكم الهلاك (2) أو الاستهلاك ويمنع من الرجوع في الهبة .

ب- في الفقه المالكي : عرفنا أن الرجوع عندهم غير وارد إلا فيما تعلق بهبة الوالدين لأولادهما ويسقط حق الرجوع بالنسبة للوالدين إذا وجد مانع من الموانع الآتي ذكرها . بشرح بسيط لأن أغلب الموانع تم شرحها في المذهب الحنفي سلفاً .

1. أن يزيد الشيء الموهوب أو ينقص كقطعة أرض تبني أو بناء يتهدم أما إذا تغير السعر أو قيمة الشيء الموهوب لتقلب في الأسعار بالسوق فلا مانع من الرجوع في مثل هذه الحالة .
2. ألا يتداین الابن لأن الدين يتقل كاهله و يصبح أولى بالهبة من ذي قبل لأنه في حاجة .

(1) محمد حسن بودي المرجع السابق ص 173 .

(2) شيخ نسيمه المرجع السابق ص 138 .

3. أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت وذلك لتعلق حق ورثته بالهبة وهو الأمر ذاته إذا مرض الواهب بمرض الموت أو مرض مخوف فالرجوع يكون للورثة لذلك منع.

4. أن يخرج الموهوب من ملك الموهوب له ببيع أو هبة أو وقف أو أي سبب آخر يزيل الملك.

ج- في الفقه الشافعي:

مبدئياً الرجوع في الهبة غير جائز لدى الشافعية إلا للأب وإن علا أو الام وإن علت وقد بينا سابقا حالات جواز الرجوع عندهم وهنا سنحاول بيان موانع الرجوع لديهم والمتمثلة فيما يلي: (1)

(1) ان يكون الولد رقيقاً : لان هبة الرقيق هبة للأجنبي وهو سيد ابنه، فلا رجوع فيها.
(2) ان يكون الموهوب ديناً للوالد على الولد، فوهبه اياه، فلا رجوع في الهبة في هذه الحالة ايضاً.
(3) اذا زالت سلطة الولد على الموهوب لسبب، كهبته الشيء الموهوب للغير وقبضه، او بيعه.....الخ.

(4) إن حجر على الولد لسفه.
(5) إن كانت العين الموهوبة مستهلكة كبيض او بذور نبتت في الارض او استعملت.....الخ

(6) إذا زادت العين الموهوبة زيادة منفصلة، فالزيادة المنفصلة لا رجوع فيها، ورجوع الولد يكون على الاصل فقط دون الزيادة.

د- في الفقه الحنبلي :

الاصل اذا قبض الموهوب له الهبة فلا رجوع فيها، الا اذا كان ابا، ويمنع الاب من الرجوع في هبته لولده في الحالات الاتية:

ا- اذا خرج الشيء الموهوب عن سلطة الولد أي خرج عن ملكه ببيع او هبة او وقف.....الخ وليس له حق الرجوع بعد ذلك ايضاً حتى ولو عاد الشيء الموهوب الى ملك ابنه لأي سبب كالأسباب السابقة الذكر، لان الشيء الموهوب عاد اليه بملك جديد ليس من طرف ابيه

ب- اذا رهن الولد العين الموهوبة او افلس او حجر عليه، فلا رجوع لان في ذلك ابطال حق الغير (غير الولد)

ج- اذا كانت الهبة ديناً أو منفعة فلا رجوع فيها ايضاً.

د- اذا زادت العين الموهوبة عند الولد زيادة متصلة ترفع من قيمتها، فمثلا لو وهبه عقارا فاصلحه الابن كأن كان ارضا قاحلة فحفر فيها بئرا، وحولها جنة او كانت بناء هشأ فرمه، وأحدث فيه تعديلات زادت من قيمته.

الفرع الثاني: موانع الرجوع في هبة العقار في ظل القانون الجزائري:

حسب نص المادة 211 من قانون الاسرة فان للابوين حق الرجوع في الهبة التي يمنحها للولد.

مهما كانت سنة غير ان هذا الرجوع له موانع تقف دون امكانية تنفيذه وهي حسب نص المادة 211 دائما كما يلي:

1- اذا كانت الهبة من اجل زواج الموهوب له⁽¹⁾ حتي ولو لم يتزوج في الوقت المحدد وقد استمد المشرع الجزائري هذا من الفقه المالكي ويحتسب هذا المانع في الهبة منذ صدورها لان غرض الولد منها قد تحقق بنيته فلا رجوع. اللهم الا إذا وقع الرجوع بالتراضي بين الوالد وابنه⁽²⁾.

2- اذا كانت الهبة لضمان قرض او قضاء دين⁽³⁾.

وتكون الهبة لضمان قرض او قضاء دين لازمة منذ صدورها ايضا فلا رجوع الا بالتراضي

3- اذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع او تبرع او ضاع منه او ادخل عليه ما غير طبيعته

لأن الشيء الموهوب خرج من ملكه ولم يعد تحت تصرفه كذلك إذا ضاع منه بهلاكه أو استهلاكه.

والحال نفسها إذا قام الموهوب له بادخال تعديلات علي الشيء الموهوب بالزيادة او النقصان فمثلا من وهبت له ارض فاستصلحها وانفق عليها مالا او قطعه ارض قام ببنائها.. الخ .

¹- ديدي سناء، نشاد عايدة، المرجع السابق، ص 97

²- شيخ نسيمه، المرجع السابق، ص 147

³- قانون الاسرة الجزائري

وهذه الحالات اوردها المشرع الجزائري علي سبيل المثال لا الحصر⁽¹⁾.

وقد جاءت قرارات من المحكمة العليا تدعم هذا الامر مثل قرارها(غ،أ،ش) ملف رقم 330258 الصادر بتاريخ 2005/05/18 منشور ب مجلة المحكمة العليا، عدد 2، سنة 2005 ، ص 377 والذي يقضي بما يلي :

لا يجوز للأبوين الرجوع في الهبة اذا تصرف الولد الموهوب له في الشيء الموهوب ولما كان ثابتا-في قضية الحال- ان الولد الموهوب له تصرف في الشقة التي وهبها له والده ووهبها بدوره الي زوجته قبل رفع دعوي الرجوع من قبل الواهب ،ومن ثم لا يسوغ للاب الرجوع عن هبته طبقا للمادة 3/211 من قانون الاسرة⁽²⁾ .

وكذلك ما ورد في قرار المحكمة العليا ملف رقم 153622 ، الصادر بتاريخ 11/03/1998م، منشور ب المجلة القضائية ، سنة 1997م، ص72 جاء فيه "حيث ان المستأنف عليهما ادخلا على المال الموهوب (أرض) اعمالا غيرت في طبيعتها وهي بناء مساكن." وبالتالي فان محكمة الدرجة الاولي وفتت في حكمها القاضي بصحة عقدي الهبة وابطال عقد الرجوع فيها⁽³⁾.

ويشترط علي الابن تقديم عقود صحيحة تفيد التصرف الذي يدعيه علي العقار الموهوب له من طرف احد والديه حتي يمنع حق الوالد في الرجوع عن هبته،وكذا حين ضياع الشيء الموهوب او هلاكه،فعليه اثبات ذلك بكل الطرق، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المنشور بنشرة القضاة ع59،ص180 الصادرة في 2005/09/21،ملف رقم311085،فيما تعلق بهبة العقار

4- الهبة المنعقدة بقصد منفعة عامة: فهذا الامر ايضا مانع اخر من موانع الرجوع في هبة العقار وهو ما نصت عليه المادة 212 قانون الأسرة ، كما أكده القضاء الجزائري حيث

¹- محمد بن احمد تقية، المرجع السابق، ص260 .

²- مجلة المحكمة العليا،العدد2،ص72

³- المجلة القضائية، العدد2،ص72

قضت المحكمة العليا بذلك في قرارها الصادر في 19/01/1997، ملف رقم 116191 المشور بنشرة القضاة، عدد 56، سنة 1999، ص 74 والذي مفاده "ليس من حق ورثة الواهب استرجاع قطعة ارض وهبها مورثهم للبلدية لبناء مدرسة حتي وان لم تشغل لما وهبت من أجله، لأن القطعة أصبحت بعد إبرام عقد الهبة ملكا للبلدية"⁽¹⁾ .

ونلاحظ ان المشرع الجزائري لم يتوسع في موانع الهبة علي غير ما انتهجه الفقه الاسلامي وبعض التشريعات العربية كالقانون المصري والسوداني الذي يوافق نظيره المصري لا خذهما من نفس المنهل (الفقه الحنفي).

قد اشار بعض الفقهاء والدارسين إلى تقسيم موانع الرجوع في الهبة إلى نوعين:

أ- موانع قائمة منذ صدور الهبة وهي: العوض، الصدقة، الزوجية، الهبة لذي رحم محرم.

ب- موانع طارئة بعد صدور الهبة ، وتتمثل فيما يلي:

1. اذا مات احد طرفي العقد.
2. اذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته .
3. اذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا .
4. اذا هلك الموهوب في يد الموهوب له⁽²⁾ ، و إضافة الى الموانع المذكورة فان الفقهاء اتفقوا على مانع آخر هو المرض المخوف لأحد المتعاقدين.

الفرع الثالث: الأعذار المقبولة في هبة العقار:

اختلفت الآراء الفقهية حول الاعذار الواجب توافرها في الرجوع في الهبة فمنهم من اوجب توافرها لا مكانية الرجوع ،ومنهم من لم يقر باي عذر، وهو ما ستعرض له بداية بالفقه الاسلامي ثم التشريع الجزائري.

1- في الفقه الاسلامي: انطلاقا من اختلاف الفقهاء حول مسالة الرجوع فإنه لزام ان يكون هناك خلاف بينهم فيما يتعلق بالأعذار، بين مشترط لتوافرها من أجل الرجوع في الهبة

¹- بلحاج العربي ، قانون الاسرة مع تعديلات الامر 2/5 مرجع سابق ص 602

²- ياسر عياش، عقد الهبة بحث في الموسوعة العربية القانونية، مرجع سابق ، ص 18، 19

وغير مشترط لها .

أ- اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة:

وهو مذهب جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة⁽¹⁾ الذين يرون عدم جواز الرجوع في الهبة لأنها عقد لازم فيما يتعلق بهبة الوالد لولده صغيرا كان ام كبيرا ولكن بشرط تقديم عذر يبيح له هذا الرجوع، ولقد ذكر الامام النووي من الشافعية الأحكام الشرعية التي تعتري حالات الرجوع في هبة الوالد لولده، وهو ما ورد في هامش الصفحة 106 من كتاب "احكام الرجوع في التصرفات التبرعية" لمن اراد المزيد من الاطلاع.

اما الرجوع عندهم بدون عذر فهو امر مكروه، وتتمثل مجموعة الاعذار عندهم فيما يلي (2):

- 1- ألا يتزوج الولد بعد إبرام الهبة.
- 2- ألا يحدث دينا لأجل.
- 3- التي تغير الهبة عن حالها.
- 4- ألا يحدث الموهوب له في الشيء الموهوب حدثا (تغيرا).
- 5- ألا يمرض الواهب والموهوب له، وله الرجوع ان زال المرض.
- 6- ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة .
- 7- ألا يخرج الشيء الموهوب عن ملك الموهوب له باي تصرف كالبيع، الهبة، الوقف..
- 8- ألا تتعلق بالهبة رغبة لغير الولد.

ب- عدم اشتراط توافر العذر للرجوع في الهبة:

وهو مذهب الحنفية الذين يجيزون الرجوع في هبة العقار- والهبة عموما- الا اذا وجد مانع من الموانع، وبالتالي فمتى انتفى المانع فان الواهب ان يرجع في هبته دون تقديم اعذار، ودونما رقابة قضائية، بل علي القاضي الاستجابة لطلب الواهب، وهو بالتالي اقرار الرجوع

¹- شيخ نسيمه، المرجع السابق، ص106

²- نفس المرجع، ص107

وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد ويسترد الواهب العقار الموهوب من الموهوب له. ذلك أن الرجوع ليس فيه إضرار بالموهوب له، ولا بغيره، لأن عقد الهبة لم يلزمه بشيء ثم أن الموانع التي تم إقرارها عندهم كافية لتقييد إرادة الواهب في استعمال هذا الحق⁽¹⁾.

أعدار الرجوع عن هبة العقار في التشريع الجزائري:

رغم سير المشرع الجزائري على نهج مذهب الجمهور والفقهاء المالكي خصوصا، في الرجوع عن الهبة إلا أنه لم يوافق في الاعذار المشترطة للرجوع، حيث أن المشرع الجزائري أجاز للوالدين حق الرجوع فيما يهبانه لابنهما إلا في حالة وجود مانع من الموانع التي ذكرناها سابقا والمشار إليها في المادتين 211، 212 قانون الأسرة .

والسبب في ذلك يعود ربما إلى أن الوالد لا يتهم في رجوعه نظرا للعاطفة الجامحة للوالدين تجاه الولد، ولذلك فرجوعهما لا يكون إلا لضرورة ملحة أو مصلحة هامة.

ويمكن أن نلخص هذه الاعذار وإن لم يشر إليها المشرع الجزائري فيما يلي:

أ- الجحود: وهو أن يخل الموهوب بما يجب عليه اتجاه الواهب أو نحو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه.

ب- أن يصبح الواهب عاجزا عن توفير أسباب المعيشة لنفسه بما يتفق ومكانته.

ج- أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

د- أن يرزق الواهب ولدا بعد الهبة، ويضل حيا إلى وقت الرجوع، أو أن يكون للواهب ولد ضنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن هذه الاعذار لم ينص عليها المشرع الجزائري إلا أن ذلك لا يعني عدم الأخذ بها ويمكن الاستشهاد بقرار المحكمة العليا، على أن المشرع قد وسع مجال الاعذار للوالدين فيما يخص الرجوع عن هبتهما متى توفر العذر وانتفى المانع أيا كان من الموانع المشار إليها سابقا حيث جاء في القرار رقم 177328 م، ق، سنة 2000م

¹ - مصطفى أحمد عبد الجواد حجازي أحكام الرجوع القضائي في الهبة ص 65 .

² - محمد حسن بودي، المرجع السابق، ص 74.

ع2، ص81، الصادر في 17/03/1999م ما يلي: "من المقرر قانونا انه للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما (م211 ق ا) المستفاد من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعن الرامية الي التراجع عن هبة وقعها لفائدة ابنته....، بل تترك للواهب الحرية التامة للتراجع عن هبته ما عدا الحالات الواردة في نفس المادة211 قانون الأسرة

آلية الرجوع في هبة العقار في الفقه والقانون والآثار المترتبة عنه :

عرفنا أن عقد الهبة اذا تم بشكل صحيح كان ملزما، وان الرجوع فيه امر جائز احيانا وغير جائز احيانا اخرى، وقد فصلنا فيما سبق في حالات الرجوع، وعرفنا موانعه واعذاره المسوغة له، وهنا سنحاول ان نقف عند الطرق التي يمكن للواهب انتهاجها باسترداد ما وهبه وذلك ما سنتطرق اليه، اضافة الي ذكر اهم الآثار المترتبة عن الرجوع في هبة العقار واشكالاتها العملية علي مستوى القضاء.

المبحث الأول: كيفية الرجوع في هبة العقار وما يترتب عنه من آثار:

نجد ان المشرع الجزائري لم يفصل ايضا في هذا الامر ولم يشر اليه في باب الهبة مطلقا وتطبيقا لمبدأ الإحالة عى المادة 222 قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي:
"كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون، يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الاسلامية"، فان التشريع الجزائري يقف موقف الفقه الاسلامي من الرجوع عن الهبة، غير ان خصوصية هبة العقار المستلزمة للشكلية تفرض ان تكون هناك ايضا خصوصية في الرجوع عن هبته وهنا سنذكر بالتفصيل كيفية الرجوع عن هبة العقار وفق المطالب الاتية:
المطلب الاول: الرجوع في الهبة بالتراضي⁽¹⁾:

أي باتفاق بين الواهب والموهوب له، وتعد الهبة في هذه الحالة اقالة من الهبة⁽²⁾، ومع ان الهبة (هبة العقار) عقد يتم بالتراضي بين الطرفين الا انها تتطلب الرسمية لدي الموثق، ومادام هذا الطريق هو المنشئ للحق فانه السبيل ذاته المزيل له، ومنه فان الرجوع عن الهبة يمكن ان يكون بالتراضي بين الطرفين علي النحو الاتي:

الفرع الأول: الرجوع بالقول:

ويتم بكل لفظ دال بوضوح على التراجع عن هبة العقار الممنوح للموهوب له سواء كان ذلك بلفظ صريح أم ضمنى:

فالصريح كان يقول الواهب للموهوب له: رجعت في هبتي او رددت هبتي او سأسترجع ما وهبتك.... الخ

¹-منصوري نورة هبة العقار في التشريع، مرجع سابق ص 87

²-ياسر عياش، مرجع سابق، ص 17

في حين أن الرجوع الضمني يكون بالكناية ان يكني عن نية الرجوع في هبته بألفاظ غير صريحة تفيد رجوعه ضمناً كقول الواهب للموهوب له: قبضت ما منحتك، أو ما اعطيتك ملكي، انسى ما اعطيتك أو ما وهبتك، والنية هنا هي الأساس .
وهذا مذهب جمهور الفقهاء⁽¹⁾ وقد اختلف فقهاء المالكية في صيغة الرجوع وانقسموا الي رأيين:

الأول: ومفاده أن للواهب (الوالد) الرجوع في هبته لولده باي لفظ يفيد الرجوع.

الثاني: يجب ان يكون الرجوع في الهبة باستخدام لفظ " الإعتصار " دون أي لفظ اخر مع انهم لا يملكون دليلاً علي وجوب الرجوع بلفظ الاعتصار²

والملاحظ ان المشرع الجزائري لم يشر اصلاً الي طرق الرجوع في هبة العقار والهبة عموماً، وبالتالي فانه لم يشترط صيغة معينة في لفظ الرجوع عن الهبة، فالعبرة بالمعاني ولذلك فالأرجح ان لا يشترط أي صيغة محددة، المهم ان تكون بلفظ دال علي الرجوع.

الفرع الثاني: الرجوع بالفعل⁽³⁾:

ويتم الرجوع الفعلي حين قيام الواهب بأي تصرف أو فعل دال علي الرجوع فيما وهبه للموهوب له، ومثال ذلك ان يتصرف الوالد في الموهوب الذي وهبه لولده بعد القبض او قبله ببيع او وصية او وقف او هبة... الخ من التصرفات التي تزيل الملك.

المطلب الثاني: الرجوع في هبة العقار بالتقاضي :

إن لم يتم التراضي بين الطرفين للرجوع في الهبة كان اللجوء إلى القضاء للفصل في النزاع حول الرجوع عن الهبة، وهنا نميز بين حالتين سنذكرهما تباعاً في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: هبة بها مانع رجوع:

الأصل أن الهبة إذا كان فيها مانع يقف حائلاً بين الواهب والرجوع في هبته فإنه لا

¹-محمد بن احمد تقيّة، مجلة الموثق، ع4، ص42

²-ياسر عياش، المرجع السابق، ص17

³-منصوري نورة المرجع السابق ص90

يمكنه الرجوع إلا بالتراضي لأن القضاء سيأخذ بالمانع ولن يسمح بالرجوع حين الاحتكام اليه

الفرع الثاني: هبة خالية من مانع الرجوع:

إذا كانت الهبة خالية من المانع في الرجوع فإن الواهب ان لم يتمكن من الرجوع في هبته بالتراضي مع الموهوب له فإنه يتوجه إلى الجهات القضائية المختصة، للبت في دعواه بشرط أن يكون له عذر يبيح رجوعه فيما وهبه.

و إن هذا العذر المقبول لا يترك لتقدير الواهب وحده، بل يراقبه القضاء، فإن رأى القاضي ان العذر الذي قدمه الواهب عذرا مقبولا، أقره عليه وقضى له بفسخ الهبة وإلا امتنع وابقى الهبة قائمة (1).

ومنه فإنه إذا لم يتفق الطرفان على الرجوع في عقد هبة العقار، فإن عدم الرجوع في الهبة بإرادة منفردة من الواهب لا تمنع طلب فسخ هذه الهبة عن طريق انقضاء، وبطبيعة الحال ان هذا الرجوع يكون من قبل الواهب عن طريق دعوى عادية وفقا لما تنص عليه المواد 11، 12، 13ق إجراءات مدنية ، والسلطة التقديرية في ذلك تعود للقاضي (2) .

المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الرجوع في هبة العقار:

ان الرجوع في هبة العقار تترتب عنه اثار مختلفة منها ما تعلق بالعاقدين أي الواهب والموهوب له، ومنها ما تعلق بالغير ولذلك سنحاول شرح الامرين في الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: آثار الرجوع في هبة العقار بالنسبة للمتعاقدين-فقهها وقانونا

يترتب علي الرجوع في هبة العقار بالنسبة للمتعاقدين الاثار الاتية:

1) رد العين الموهوبة إلى قديم ملك الواهب:

أ-فقهيا: يري جمهور الفقهاء ان الرجوع في الهبة فسخ لها وعليه تكون الهبة وكأنها لم تتم ويعود الموهوب الي ملك الواهب، و وافق الجمهور الحنفية حالة كان الرجوع في الهبة بالتقاضي،

1- ياسر عياش، المرجع السابق، ص 17

2- منصور ينورة، هبة العقار في التشريع ، المرجع السابق، ص 90

أما ان كان الرجوع بالتراضي فهناك اختلاف:

فذهب أكثرهم إلى أن الامر فسخ لعقد الهبة كما بالتقاضي.

وذهب الإمام زفر إلى أن الرجوع بالتراضي هبة مبتدأة، فالفرق الأول اعتبر الرجوع بالتراضي فسخ لأنه نقض للعقد من أصله والثاني اعتبره انشاء عقد جديد، أي هبة جديدة ورجح الدكتور محمد حسن بودي الرأي الثاني(عقدا جديدا حافظا على حقوق الغير الذي كسب حقا على الموهوب قبل التراضي علي الرجوع فيه⁽¹⁾ .

ب- قانونيا: المشرع الجزائري لم ينص على الآثار التي تترتب عن الرجوع في عقد الهبة رغم اهمية هذه المسألة، ولعل السبب في ذلك ما سنذكره في آخر هذا المطلب .

(2) إلتزام الموهوب له برد العين الموهوبة إلى الواهب:

يلتزم الموهوب له برد الشيء الموهوب إلى الواهب من وقت الرجوع، وإن كان في

المسألة خلاف، فذهب جمهور الفقهاء إلى أن وقت الرجوع هو وقت علم الموهوب له برجوع الواهب. في حين يرى الحنفية بأن وقت الرجوع هو وقت التراضي إن تم به، أو وقت الطلب بالرجوع إن كان بالتقاضي. وسبب الخلاف مرجعه إلى اختلافهم في كيفية الرجوع في الهبة⁽²⁾

(3) رجوع الواهب بالثمار:

ويقصد بالثمار: الزيادة الحادثة في الشيء الموهوب بعد قبضه وتنقسم هذه الزيادة إلى زيادة منفصلة ويقصد بها الزيادة التي يمكن فصلها عن الشيء الموهوب دونما ضرر يلحق به وزيادة متصلة لا يمكن فصلها عن الشيء الموهوب .

ففي ما يتعلق بالثمار المنفصلة فقد اتفق الفقهاء على بقائها ملكا للموهوب له حيث يكون للواهب حق الرجوع في الأصل وترك الزيادة للموهوب له لحدوثها على ملكه ويظل الموهوب له مالكا لهذه الثمار حتى وقت الرجوع الذي تكلمنا عنه سابقا (وقت التراضي، وقت طلب الرجوع قضاء أو علم الموهوب بالرجوع عند انتقاء المانع) غير أنني أرى ان هذه الزيادة شبه

¹ - حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص 99.

² - نفس المرجع، ص 101.

مستحيلة في هبة العقار اللهم إلا إذا كان العقار قد تم توسعته بموجب إعفاء السلطات للمستحويين على هذا العقار من ضم عقار آخر مجاور له بحكم أن لا مالك له كما يفعل الكثير من الناس باستيلائهم على مساحات مجاورة لهم، فالموهوب له هنا قد يكون قد توسع أصلاً بسبب ملكه للعقار الأصلي الموهوب له من الواهب فيمكن حينها تطبيق ما سلف ذكره وصعوبة ما ذكرنا تكمن في أن الزيادة المنفصلة من صورها اللبن من الأنعام الموهوبة أو كسب العبد، ثمار الأشجار.... الخ

هذا وقد تكون الزيادة في العقار عبارة عن الثمار التي تنتجها الأرض فهي زيادة منفصلة تطبق عليها القواعد السابقة.

-الزيادة المتصلة: فيما يخص الثمار المتصلة نجد خلافاً بين الفقهاء في ملكية الثمار المتصلة فالحنفية والمالكية والزيدية والحنابلة في رواية لهم أن هذه الثمار تكون ملكاً للموهوب له في حين ذهب الشافعية إلى أن هذه الثمار تكون للواهب⁽¹⁾ والراجح أن هذه الثمار المتصلة تكون ملكاً للموهوب له لأنها أصلاً تمنع الرجوع في الهبة فتكون للموهوب له تبعاً⁽²⁾.

وفي العقار تكون الزيادة المتصلة كما أسلفنا في الفصل الأول نتيجة استصلاح عقار كحفر بئر به أو ترميم بناء أو اعمار ارض وبنائها .

4) رجوع الموهوب له بالمصرفات:

من القواعد الأساسية في الفقه الإسلامي جعل الغنم في مقابل الغرم ولذلك نفرق بين حالتين عند الرجوع في الهبة :

حالة ما قبل رجوع الواهب وحالة ما بعد الرجوع فيرجع الموهوب له على الواهب في جميع المصرفات الضرورية ، بخلاف المصرفات الكمالية التي ليس له حق الرجوع بشيء منها على الواهب⁽³⁾ إلا ما زاد في قيمة الموهوب⁽⁴⁾ إلا أن الفقه الإسلامي فصل في الأمر على النحو التالي:

¹ - حسن محمد بودي، المرجع سابق، ص 95

² - مرجع سابق، ص 101

³ - ياسر عياش، مرجع سابق، ص 19

⁴ - محمد يوسف عمرو ، الميراث و الهبة ، مرجع سابق، ص 299

قبل الرجوع تكون الثمار ملكا للموهوب له ، ومن ثمة تكون المصروفات على الموهوب له لأجل الغنم في مقابل الغرم أما بعد الرجوع فالثمار ملكا للواهب، ولذلك فما أنفقه الموهوب له من مصروفات على الشيء الموهوب كان له حق الرجوع به على الواهب من وقت الرجوع. مثال بالمصروفات الضرورية التي يحق الرجوع بها على الواهب، إصلاح حائط يهدد سلامة منزل الموهوب ويعرضه للسقوط.

- شراء ما هو لازم من آلات لاستعمالها في الأرض الموهوبة فللموهوب له حق الرجوع بهذه المصروفات على الواهب ولكن بأقل القيمتين: المصروفات المنفقة أو الزيادة في قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصروفات

- إذا كانت المصروفات كمالية، كتعليق أدوات زينة في عقار موهوب (منزل) فليس للواهب حق الرجوع غير أنه يملك حق نزع هذه الأشياء لصالحه ما لم يتفق مع الواهب على إبقائها مقابل دفع ثمنها (1) .

الفرع الثاني: آثار الرجوع في هبة العقار بالنسبة للغير:

كقاعدة عامة أن الرجوع في الهبة بأي طريقة كان فإنه لا يترتب عليه أي أثر رجعي بالنسبة للغير، بل يجب حماية الحقوق والمراكز القانونية المكتسبة من طرف الغير حسن النية، مع مراعاة القواعد المتعلقة بالهبة بوجه خاص لأن من موانع الرجوع في هبة العقار تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي تصرف ناقل للملكية أو مسقط لها. أو لأي حق عيني آخر (2) .

إذن فمتى حصل الغير على الشيء الموهوب من الموهوب له بتصرف نهائي كالبيع مثلا أو بأي سبب من أسباب كسب الملكية ، فإن الرجوع في الهبة يتمتع باتفاق الفقهاء حماية لحق

¹ - حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص103

² - منصور نور ، هبة العقار في التشريع، ص95

الغير حسن النية . غير أنه اذا اقتصر التصرف للغير على بعض الموهوب جاز للواهب الرجوع في الباقي (1) .

غير أنه إذا كان الغير سيء النية، أي قصد تفويت فرصة الرجوع على الواهب كان للواهب حق الرجوع دون وضع حساب لحقوق الغير لأنه سيء النية وغير جدير بالحماية.

لكن قد ينتقل الغير الشيء بتصرف غير نهائي كأن يترتب له على الشيء الموهوب حق انتفاع أو حق رهن أو حق ارتفاق ففي هذه الحالة يتمتع رجوع الواهب لحماية للغير ولذا فرق فقهاء الشريعة بين رجوع الوالد على ولده المفلس أو السفية فيمنعونه في حالة الإفلاس لتعلق حق الغرماء به وأجازوه في حالة الولد السفية لانتفاء هذا المانع فمتى تعلقت بالهبة حقوق الناس امتنع الرجوع صيانة لهذه الحقوق.

والقواعد العامة تقضي بأن الشيء الموهوب إذا كان عقارا ، وترتب حق لهذا الغير على هذا العقار بعد تسجيل التراضي على الرجوع في هبته فإن حق الغير في هذه الحالة لا يسري بالنسبة للواهب وله ان يسترد العقار الموهوب خاليا من كل حق للغير في حين يرجع الغير على الموهوب له فيما يخص حقوقه (2).

غير أنه لو كان حق الغير مترتب على الشيء الموهوب قبل طلب الرجوع أو التراخي بشأنه وكان هذا الغير حسن النية وليس له علم بوجود عذر مقبول للرجوع في الهبة فإن حقه يسري بالنسبة للواهب.

في حين أنه لو كان الغير في مثل هذه الحالة سيء النية أي له علم بوجود عذر مقبول للرجوع في هبة العقار وقت كسبه للحق، فإن حقه لا يسري بالنسبة للواهب، ويسترد الواهب العقار خاليا من حقوق الغير وللغير المطالبة بحقوقه من الموهوب له (3).

1- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص104

2- حسن محمد بودي، مرجع سابق، ص107

3- نفس المرجع، ص107.

ونجد أن المشرع الجزائري لم يعالج في قانون الاسرة الآثار التي تترتب على الرجوع في هبة العقار خلافا لما هو عليه الحال في التشريعات الوضعية الأخرى (مصر، سوريا، ليبيا، لبنان، السودان، فرنسا،الخ)، وقد يكون السبب في ذلك هو منع الرجوع إلا الوالدين فيما يهبانه لولدهما بشرط عدم وجود المانع⁽¹⁾.

وعليه فإن هذا الرجوع إن كان تترتب عليه نفس الآثار السابقة الذكر لأن المشرع الجزائري كما سبق الذكر يحيلنا فيما لا نص فيه إلى قواعد الشريعة وفقا للمادة 222 وبالتالي فما سبق ذكره من آثار تسري على الرجوع في هبة العقار في التشريع الجزائري.

المبحث الثاني: منازعات عقد هبة العقار:

نظرا لأهمية هبة العقار خصوصا مع ارتفاع قيمته فإن الإشكالات التي تحيط بهبته شائكة وواسعة بعضها يكون بسبب الموثقين المحررين لعقود هبة العقارات وبعضها يعود إلى مسائل قانونية تعرض على القضاء للفصل فيها كما يمكن أن تتعلق هذه المنازعات بالأشخاص المتعاقدين وعدم تنفيذهم لالتزاماتهم أو رجوعهم عن هباتهم...الخ.

ولمعرفة كل هذا سنحاول تسليط الضوء على أهم النقاط ذات الصلة بالموضوع فيما سيأتي:

المطلب الأول: الإشكالات الأكثر تداولاً في هبة العقار:

عرفنا سابقا أن الهبة من العقود الناشئة بإرادة منفردة وواجب توفرها على شروط خاصة الشكلية والحيازة⁽²⁾ في هبة العقار مما يثير التساؤل حول مدى صحة هبة الرقبة دون حق الانتفاع وكذا تستثار تساؤلات أخرى بشأن تحرير بعض العقود المتعلقة بهبة العقار مثل الوعد بالهبة، تحرير عقد الهبة بحضور شاهدين، تحرير عقد الرجوع من قبل الموثق...الخ.

الفرع الأول: هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع:

يتوجه البعض إلى الموثقين لتحرير عقد هبة العقار لكنهم يشترطون أن يسجل لهم

¹ - منصور نورة، هبة العقار في التشريع، المرجع السابق، ص 93.

² - أنظر قرار المحكمة العليا رقم 12/664 المؤرخ في 1995/06/07، م ق سنة 1995، ع 1، ص 111.

في العقد حق الاحتفاظ بحق الانتفاع لهم طيلة حياتهم خوفا مما قد يطرأ أو يلحق بهم من أضرار نتيجة التخلي عن أملاكهم دون مقابل لصالح غيرهم فهل يجوز لهم ذلك قانونا ؟
لقد جاء في مذكرة رقم 689 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 12/02/1995: (... فإنه طبقا للمادة 202 من قانون الأسرة ... فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل حق الملكية " أي ملكية الرقبة وحق التمتع.
غير أن المشرع الجزائري استثنى حق الانتفاع من هذه القاعدة وبالتالي يمكن أن ينفرد بعقد هبة بمفرده طبقا للمادة 205 قانون الأسرة (1).

كما نصت المادة 206 على أركان الهبة التي تعد الحيابة منها وبدونها يبطل عقد الهبة وعليه فإن الهبة التي لا تتم فيها الحيابة باطلة، ومنه فإن الشخص عقد هبة العقار مع احتفاظه بحق الانتفاع منه طيلة حياته تعتبر هبته باطلة لانعدام الحيابة التي هي ركن أساسي في هبة العقار وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرارها رقم 240.59 المؤرخ في 05/03/1990، المجلة القضائية سنة 1992، عدد 3، ص 57. إذ قضت ببطلان عقد الهبة واعتباره وصية للوارث وهي غير جائزة أيضا وذلك حين وهب شخص لأحد ورثته واستثنى الحيابة والانتفاع من الشيء الموهوب لنفسه مدة حياته.
الفرع الثاني: مدى جواز تحرير عقد الوعد بالهبة (2):

يتخوف أو يتهرب بعض الموثقين من تحرير عقد الوعد بالهبة لأسباب مختلفة، غير أن الأستاذ عمر حمدي باشا ينتقدهم ويرى أن موقفهم غير سليم حيث يجوز للمتعاقدين توثيق عقد وعد بالهبة، لأنه لا يوجد نص يمنع ذلك وبرر موقفه بأن حجة الرافضين بأن الهبة تتميز بصفة التملك الفوري ليس إلا لتميزها عن وصية التي يضاف فيها التملك إلى ما بعد الموت³، كما أن الهبة بهذه الخاصية تشبه عقودا أخرى كالبيع مثلا ولا يمنع فيه إبرام عقد وعد بالبيع وعليه فما دام قانون الأسرة لا يمنع من تحرير عقد الوعد بالهبة فالرجوع إلى قانون المدني نجد أن هناك إقرار للوعد بالتعاقد.

¹ - منصور نورة، هبة العقار في التشريع، المرجع السابق، ص 97.

² - نفس المرجع، ص 99.

³ - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 197.

الفرع الثالث: مدى جواز تحرير عقد الرجوع في الهبة من قبل الموثق¹:

الحالة الوحيدة التي يجوز فيها للموثقين تحرير عقد الرجوع في الهبة هي الإقالة والتي تكون بالتراضي بين طرفي العقد، الواهب والموهوب له.

ويؤكد هذا رفض القضاء لما جاء في المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية مذكرة رقم 626 بتاريخ 14/02/1994 والتي حولت للوالدين حق الرجوع في هبتهم لأولادهم وفق المادة 211 ق أ وذلك دون اللجوء إلى القضاء بل يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثق بإرادة منفردة إذا التمس أحد الوالدين ذلك، فيما أن الرجوع كان من جانب واحد " الوالد" دون رضا الولد وتم امام موثق ثم الغاؤه ، لان المنطق يفرض الخضوع للرقابة القضائية في مثل هذه الحالات الاستثنائية لمعرفة مدى توفر القيود الواردة في م 211 قانون الاسرة .

الفرع الرابع : مدى جواز تحرير عقد هبة العقار بحضور شاهدين من أقرباء طرفي العقد:

عقد الهبة من أخطر العقود لأن فيه تخل عن الملك لصالح الغير وبدون مقابل لذلك كان من الواجب الا يكون شهود العقد من اقرباء الطرفين المتعاقدين وذلك لمنع وجود فرضية قيام مصلحة لهما أو التواطؤ لدفع الواهب إلى إبرام عقد الهبة، على عكس ما إذا كان الشاهدان أجنبيين.

فما مصير عقد الهبة المحرر بحضور شاهدين من أقرباء طرفي العقد؟

الإجابة تتجلى في نص المادة 2/16 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم التوثيق (يستطيع الأقارب وأصحاب الأطراف المتعاقدين ان يكونوا شهود إثبات).

وتبعا لقاعدة الاستنتاج بمفهوم المخالفة فإن ما يفهم من مادة 2/16 السابقة أن اقرباء الواهب والموهوب له لا يمكنهم أن يكونوا شهود عقد بل شهود إثبات فقط²، ولذلك فيلجأ بعض الموثقين إلى تحرير العقود الاحتفالية كالهبة بحضور 4 شهود: شاهدي عقد وشاهدي إثبات ووفقا لنص المادة 324 مكرر من القانون المدني، فإن العقود الاحتفالية لا بد أن

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص100.

² - محمد حسنين، عقد الهبة في التشريع الجزائري، ص65.

تحرر بحضور شاهدي عقد وإلا كانت باطلة في حين أن شاهدي الإثبات ليس ضروري حضورهما لأن نص المادة السابقة 324 مكرر 2 قضى بتوقيع العقود الرسمية من قبل الأطراف وشاهدي العقد، فلا جدوى من توقيع شاهدي الإثبات إلا في حالة جهل الموثق الاسم والحالة المدنية للأطراف.

ومن الضروري في عقد هبة العقار احترام اجراءات المادة 324 مكرر 03 ق م والمادة 2/16 من قانون التوثيق.

وخلاصة القول أن عقد الهبة المحرر بحضور شاهدين من أقرباء المتعاقدين كشهود عقد يعد باطلا⁽¹⁾.

المطلب الثاني : دعاوى هبة العقار:

كثيرة هي المنازعات التي تستثار بين المتعاقدين في هبة العقار نظرا لما له من أهمية خصوصا مع ارتفاع قيمته حاليا ولذلك سنحاول تطرق إلى أهم النقاط المتعلقة بدعوى هبة العقار في الفروع الآتية:

الفرع الأول: أنواع دعاوى هبة العقار:

تقسم الدعاوى المرفوعة إلى القضاء بسبب هبة العقار إلى قسمين وأساس هذا التقسيم هو وظيفة الدعوى فيما أن تكون بقصد إبطال العقد أو لأجل الرجوع في الهبة ومنه فإن لدينا دعويين دعوى للإبطال ودعوى للرجوع.

أ. **دعوى الإبطال⁽²⁾** : تمارس هذه الدعوى حينما يشوب عقد هبة العقار خلل مثل فقد شرط من شروط الصحة ، كانهدام الأهلية أو عيب من عيوب الإرادة كالإكراه أو التدليس وبقية العيوب المذكورة سابقا في إبطال عقد الهبة، أو تخلفت الشكلية او الرسمية فتكون الدعوى في هذه الحالة لغرض إبطال وفسخ العقد وإزالته لانعدام الشروط الموضوعية والشكلية.

¹ منصورى نورة ، نفس المرجع السابق، ص104.

² عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص231.

ب. **دعوى الرجوع** : وتكون نتيجة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، أو لرغبة شخصية في الواهب من أجل استرجاع العقار الموهوب أو رد الموهوب له الهبة أو رفضها أو هلاك المحل⁽¹⁾.

ج. الفرق بين دعوى الإبطال ودعوى الرجوع:

ان البطلان يكون ممكنا حتى مع وجود مانع لان العقد أصلا غير صحيح لاختلال ركن أو شرط معيب في حين ان الرجوع لا يكون إلا في الحالات المنصوص عليها قانونا مع وجوب انتفاء المانع و وجود العذر المبرر للرجوع.

الفرع الثاني: شروط رفع الدعوى في هبة العقار:

تتشرك الدعويان في شروط قانونية واجب توافرها لصحة رفع الدعوى بطلانا كانت أو رجوعا وهذه الشروط عامة وخاصة وهي كالآتي².

1. **الشروط العامة**: وهي مشترطة في كل دعوى قضائية وتتمثل فيمايلي:

أ. **المصلحة**: أي أنه على المدعي أن تكون له مصلحة واضحة قانونية وشرعية قائمة وحالة ملموسة وأخيرا إيجابية حين رفع الدعوى القضائية لأن المصلحة هي شرط أساسي لرفع الدعوى.

ب. **الصفة**: لا يكفي لرفع الدعوى القضائية استظهار المصلحة بل ينبغي اثبات الصفة أي تبرير المصلحة الشخصية والمباشرة أي أن لها مظهر خاص يتعلق بذات المدعي.

ج. **الأهلية**: تنص المادة 459 قانون إجراءات المدنية على أن الأهلية شرط لرفع الدعوى، ويقرر القاضي من تلقاء نفسه انعدامها⁽³⁾.

2. **الشروط الخاصة**: إضافة إلى الشروط السابقة لرفع الدعوى لابد من توافر شروط أخرى خاصة هي المدة والقيود.

وفيما يتعلق بالدعوى في هبة العقار فإن لكل دعوى شروطها الخاصة من حيث المدة.

¹ - هلاك المحل فيه خلاف وجدل تم التعرض له سابقا في هذا البحث.

² - محمد ابراهيم، الوجيز في الإجراءات المدنية، ج1، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص26، 25.

³ - منصور نورة، المرجع السابق .

فيما يخص دعوى الرجوع فإن المشرع الجزائري لم ينص على مدة محددة لرفع دعوى الرجوع أمام القضاء، وكل ما نجده المادة 211 ق أ المشار إليها سابقا، ولذلك فتطبق قواعد العامة في الرجوع عن الحق.

أما دعوى الإبطال فيجب أن ترفع خلال سنة من يوم إبرام العقد إعمالا بنص المادة 90 من القانون المدني ومدة سنة مدة سقوط لا تخضع للوقف أو الانقطاع وقد جاء في نص المادة 102 من القانون المدني ان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يزول فيه البطلان بالإجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد.

القيود: نصت المادة 85 المرسوم رقم 63/76: إن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم وإشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 04/14 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، وإذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار.

من خلال هذا النص نلاحظ أن مرسوم 63/76 خص بعض أنواع الدعاوى العقارية بقيدها في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع النزاع.

ويتم اثبات هذا الإشهار بوسيلتين:

1. إما بموجب تسليم شهادة من قبل المحافظ العقاري الكائن بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه.

2. أو بالتأشير أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار وحسب المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية الصادرة في 1998/04/21 تحت رقم 02020 فان العريضة المفتوحة للدعوى تسقط بانقضاء مهلة ثلاث سنوات من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية في حالة عدم تجديد القيد¹.

¹ - منصورى نورة، نفس المرجع السابق، ص 107.

أما في حالة تجديد القيد فالمهلة تمتد إلى ثلاث سنوات أخرى يكون ذلك بإيداع طلب من صاحب المصلحة مرفوقا بشهادة تسلم من أمانة ضبط المحكمة تبين بقاء الخصومة قائمة أمام القضاء.

وقد انقسم القضاء بشأن شهر الدعاوى العقارية إلى اتجاهين.

- الاتجاه الأول: يرى أن شهر هذه الدعاوى يعد قيذا على رفع الدعاوى المتضمنة الطعن في صحة المحررات المشهورة وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة - الغرفة الأولى-، قرار رقم 203024 المؤرخ في 2000/06/12 خلاصته أن الدعاوى المتعلقة بالعقار والرامية إلى ابطال عقود مشهورة يشترط في قبولها شهر العريضة الافتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد.

- الاتجاه الثاني: يرى أن شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يعد قيذا على رفع الدعوى لأن المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 تتعارض مع القواعد العامة لإجراءات رفع الدعوى وشروط قبولها في قانون الاجراءات المدنية، وهذا ما ذهبت إليه الغرفة المدنية في القرار رقم 130145 المؤرخ في 1995/07/12: " كما أن عدم شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان "

وهو ما ذهبت إليه الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 184-451 المؤرخ في 1996/11/27 .

المطلب الثالث: الاختصاص القضائي في رفع دعوى متعلقه بهبة العقار:

رأينا أن هناك اشكالات عديدة تثور بسبب النزاع حول هبة العقار فترفع بشأن ذلك دعاوى عدة أمام القضاء للفصل فيها فعلى مستوى أي المحاكم ترفع هذه الدعاوى وإلى أي جهة يتوجه المدعي؟

من خلال الفرعين الآتيين سنحاول الإجابة عن هذه الاشكالات.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي في دعاوى هبة العقار:

إن الاختصاص النوعي في منازعات هبة العقار إبطالا كانت أو رجوعا، تؤول إلى جهة القضاء العادي المتمثل في القضاء المدني الممثل على مستوى الدرجة الأولى بالقسم المدني أو القسم العقاري- حسب طبيعة المنازعة - وعلى مستوى الدرجة الثانية بالغرفة

المدنية أو الغرفة العقارية في المجلس القضائي، والمحكمة العليا على مستوى الدرجة الثالثة في الغرفة المدنية أو العقارية حسب نوع النزاع⁽¹⁾.

ملاحظة: لم يذكر في الاختصاص النوعي إمكانية رفع النزاع على مستوى الدرجات الثلاث في غرفة الأحوال الشخصية رغم أن كثير من القرارات الصادرة بشأن الرجوع في هبة العقار أو إبطاله كان قد تم على مستوى غرفة الأحوال الشخصية والأمثلة الموثقة في هذا البحث كثيرة.

وللتوضيح أكثر نضرب أمثلة: ملف رقم 330258 قرار بتاريخ 2005/05/18 ، قضية " ب ع " ضد " ب ع ومن معه " ، مجلة المحكمة العليا ، عدد 2005/2 ، غرفة الأحوال الشخصية، ص 377.

الموضوع ، هبة ، رجوع في الهبة⁽²⁾ : وأيضا ملف رقم 367996 قرار بتاريخ 2006/06/14 ، مجلة المحكمة العليا، عدد 2007/1 غرفة الأحوال الشخصية ص 479 الموضوع رجوع في الهبة.

وقد صدرت قرارات من المحكمة العليا تؤكد أن القاضي العادي مؤهل قانونا للنظر في منازعات هبة العقار حتى ولو كانت الإدارة طرفا في النزاع في مثل النزاع الذي ذكرناه سابقا في رجوع أبناء الواهب عن هبة أبيهم المتمثلة في عقار وهبه للبلدية⁽³⁾.

كما أن مجلس الدولة الغرفة الثانية أكد ذلك في القرار رقم 8631 الصادر بتاريخ 2001/11/12 مجلة مجلس الدولة 2002 العدد 01 ص 143 يفيد بأن القاضي الإداري قد تجاوز اختصاصه عندما نظر في إبطال عقد مدني ليس من اختصاصه ويتمثل هذا النزاع في دعوى مديرية أملاك الدولة لولاية برج بوعرييج رفعتها أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء سطيف تطالب فيها بإلغاء عقد الهبة المحرر من طرف موثق مشهور و مسجل⁽⁴⁾.

¹ - العيداني نبيلة، المذكرة السابقة، ص 67.

² - قانون الأسرة، قانونا الجنسية الجزائرية، قانون الحالة المدنية في ضوء الممارسة القضائية، برتي للنشر، الجزائر، 2012، ص 72.

³ - القرار مذكور سابقا .

⁴ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 109.

الفرع الثاني : الاختصاص المحلي:

يجوز رفع دعوى الابطال أو الرجوع في هبة العقار أمام محكمة موطن المدعي عليه باعتبارها دعوى شخصية، أو أمام محكمة موقع العقار باعتبارها دعوى عقارية، وذلك حسب نص المادة 8 قانون الاجراءات المدنية، ويكون للمدعي الخيار في رفعها أمام أي من هاتين المحكمتين المشتركتين في الاختصاص ما دامت الدعوى جامعة للصفتين (شخصية وعقارية وهو ما نصت عليه المادة 09 من قانون الاجراءات المدنية بشأن الدعاوي المختلطة⁽¹⁾).

الفرع الثالث : الاختصاص القضائي في هبة العقار في حالة تنازع القوانين:

اشكالات كثيرة أيضا تطرح فيما يتعلق بهبة العقار حين وجود طرف أجنبي "غير جزائري" الواقع أن المشرع الجزائري فصل في الأمر، وأخضع العقار لقانون موقعه حيث جاء في نص المادة 17 عن القانون المدني: "يسري على الحيازة والملكية، والحقوق العينية الأخرى قانون الموقع فيها يختص بالعقار".

وقد علل فقهاء القانون سبب إخضاع العقار لقانون موقعه بحكم أنه مكان تواجده ولأنه جزء من اقليم الدولة الذي تمارس عليه سيادتها التي تتنافى مع إخضاع جزء من اقليمها لقانون الغير ومع ذلك فقد تثار صعوبة بشأن القانون الذي يحكم تصرفا عقاريا حين يوجد موقعه على الحدود الفاصلة بين اقليمين لدولتين متجاورتين، في مثل هذه الحالة ذهب الفقه إلى تجزئة العقار وإخضاع كل جزء منه إلى قانون الدولة التي يوجد بها، إلا إن وجدت اتفاقية دولية لهذا الشأن فتطبق أحكامها⁽²⁾.

وإذا كانت المادة 18 الفقرة 2 من القانون المدني أخضعت العقود المتعلقة بالعقار لقانون موقعه وذلك لا يقتصر على الحق العيني أو نقله أو زواله فحسب بل يمتد ليحكم الشروط الموضوعية اللازمة للانعقاد⁽³⁾.

غير ان أهلية المتعاقدين لا ينبغي إدراجها في نطاق تطبيقه لأنها تخضع لقانون الجنسية وفقا لنص المادة 10 القانون المدني.

¹ - منصور نورة، المرجع السابق، ص 110.

² - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر، ص 284

³ - نفسه، ص 291.

كما يجب اخراج شكل العقد من نطاق تطبيق موقع العقار، لأنه يبقى خاضعا لقانون البلد الذي تم فيه التصرف حسب ما نصت عليه المادة: 19 القانون المدني. ويخضع لنطاق مكان تواجد العقار: بيان وسائل الشهر والعلانية الواجب توافرها، نشأة الحق أو الاحتجاج به قبل الغير.

وبالنسبة للقانون الواجب التطبيق على شكل العقود فأنا نجد المشرع الجزائري يفرق بين الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مختلفي الجنسية والحالة التي يكونان فيها متحدي الجنسية فبعد قوله بخضوع العقود في شكلها لقانون بلد ابرامها عاد ليقول بأنه يجوز اخضاعها للقانون الوطني المشترك للمتعاقدين⁽¹⁾.

وأخيرا بالنسبة للأشكال المطلوبة لإشهار التصرفات العقارية فإنها تخضع لقانون موقع العقار.

¹ - أعراب بلقاسم، المرجع السابق، ص323.

خاتمة

فعلا إن هبة العقار من المسائل الشائكة و أمر صعب المراس لكونه متشعبا يتغلغل في مختلف الفروع القانونية مثلما أشرنا إليه في مقدمة هذا البحث .

و لذلك فمن أراد فهمه و الإحاطة بجوانبه كان لزاما عليه أن يمحس النظر في كل جزئية من الموضوع بمختلف فروع القانون التي لها علاقة به .

- كما أننا توصلنا إلى أن المشرع الجزائري قد أقم الهبة في قانون الأسرة ، و لم يسجها بكل القوانين التي تحكمها فلم نجده يتطرق إلى هبة العقار بجانب من التوضيح و الدقة ، مع أن خطورة الهبة تستلزم ذلك.

- أيضا فيما يتعلق بموانع الهبة لم يرد فيها تفصيل لأن الموانع التي ذكرها قليلة مقارنة بما توصل إليه الفقه الإسلامي ، و القوانين العربية كالمصري و السوداني ...على سبيل المثال لا الحصر

- و لعل آثار الرجوع في هبة العقار نقطة هامة كان على المشرع الجزائري أن يوليها اهتماما على غرار ما فعله أقرانه في القوانين العربية التي لم تغفل الحديث عن هذا الأمر. أما بالنسبة لإبطال عقد الهبة فلم يتطرق إليه المشرع الجزائري ، مع أنه أمر وارد و كثيرا ما يعرض على القضاء ربما لأن المشرع أوعز ذلك إلى أحكام العقود في القانون المدني غير أن هذا ليس كافيا ، لا سيما و أن هبة العقار أمر حساس و خاص .

- فيما يتعلق بأعدار الرجوع في الهبة عموما لم نجد إليه سبيل في قانون الأسرة - الهبة- مع أن الرجوع إن كان ممكنا لا يكون إلا لعذر مقبول .

- و لذلك نرى أن التعديل الذي سيطرأ على قانون الأسرة ينبغي ألا يغض الطرف عن الهبة ، و ما تعلق بها من أحكام سبقت الإشارة إليها ، و خصوصا هبة العقار حتى يتسنى لرجال القضاء توحيد أو على الأقل تقريب أوجه الرأي ، و تضيق هوة الاختلاف الذي نجده يصل درجة

التضارب أحيانا ، لأن الإحالة على المادة 222 و إن كان فيها مخرج من كثير المآزق التي يقع فيها رجال القانون إلا أنها غير كافية لأن المادة 222 تحيل على مبادئ الشريعة الإسلامية ، و هو أمر جيد غير أن الأمر غير محسوما لأن الشريعة فيها مذاهب مختلفة فبأي مذهب يأخذ القاضي ؟ و إلى أي مذهب يلتجأ الدارس أو الباحث ؟

- الأمر في حاجة إلى ضبط و تحديد ، حتى لا يكون هناك تناقض كبير في الأحكام القضائية على مستوى التراب الوطني ، حتى و لو كان في الاختلاف رحمة .

- و من الأمور الجيدة في القانون الجزائري اعتباره حق الرجوع في الهبة من النظام العام ، فلا يجوز للواهب التنازل عنه مسبقا في عقد الهبة ، فإن نص عليه في العقد كان عديم الأثر و هو ما نصت عليه المادة 120 من القانون المدني .

- غير أن قتل الموهوب عمدا من الواهب يعتبر سببا جوهريا في إبطال عقد الهبة من قبل الورثة أو كل من له مصلحة أو حتى من النيابة العامة ، و لذلك كان على مشرعنا الاعتماد بهذا السبب و ذكره في القانون

- و ما تجدر الإشارة إليه ، أن المشرع الجزائري قد خالف مذهب المالكية في اعتبارهم الهبة ملزمة بمجرد القول ، دون اشتراط القبض ، في حين أن المشرع اعتبر الحيابة ركنا بدونه تبطل الهبة .

- في الأخير ارتأيت أن يكون ختام بحثي مسكا بأحاديث المصطفى (صلى الله عليه وسلم) الحائثة على الصدقة التي هي لون من ألوان الهبة على قول كثير من الفقهاء .

فقد قال (صلى الله عليه وسلم) : (صنائع المعروف تقي مصارع السوء ، و إن الصدقة لتطفئ غضب الرب و تدفع ميتة السوء)

و هذه صورة أخرى من صور التصدق الرائعة عند سلفنا الصالح تعكس مدى السخاء الذي بلغوه ، و صدق الإيمان الذي وصلوه حتى تصدقوا بأعز ما يملكون ، فعن عبد الله بن مسعود

(صلى الله عليه وسلم) قال : (لما نزلت : " من ذا الذي يقرض الله قرضا حسنا)

قال أبو الدحداح : يا رسول الله ، إن الله يريد منا قرضا ؟ قال : نعم يا أبا الدحداح ، قال : أرينا يدك ، قال : فناوله يده ، قال : قد أقرضت ربي حائطي - و حائطه فيه ستمائة نخلة - فجاء يمشي حتى أتى الحائط ، و أم الدحداح فيه و عيالها فنادى : يا أم الدحداح ، قالت : لبيك . قال : أخرجني فقد أقرضت ربي - فقل النبي (صلى الله عليه وسلم) : (كم من عذق رداح³ لأبي الدحداح في الجنة) .

فهرس الموضوعات:

	شكر وعران
	اهداء
أب-ج	مقدمة
5	المبحث التمهيدي: تعريف بهبة العقار
5	مبحث1: مفهوم العقار والأحكام المتعلقة بها في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري
5	المطلب1: هبة العقار ومميزاتها
5	الفرع1: تعريف عقد الهبة في الفقه
7-5	الفرع2: هبة العقار في التشريع الجزائري
15-8	الفرع3: خصائص ومقومات هبة العقار فقهاً وتشريعاً
17	المطلب2: كيفية انعقاد هبة العقار في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري
17	الفرع الأول: إجراءات انعقاد هبة العقار فقها
17	الفرع الثاني: أثر غياب القبول في هبة العقار لدى فقهاء المسلمين
18	الفرع الثالث: الإجراءات الخاصة بهبة العقار في القانون الجزائري
25	الفصل الأول: انحلال عقد هبة العقار فقها وقانونا
26	المبحث الأول: بطلان عقد الهبة العقار
26	المطلب الأول: مفهوم بطلان عقد الهبة العقار
26	الفرع الاول : لغتا
26	الفرع الثاني : اصطلاحا
27	المطلب الثاني: أسباب بطلان عقد هبة العقار
27	الفرع الأول: الإخلال بالشكلية
27	الفرع الثاني: عيوب الرضا في عقد هبة العقار
29	الفرع الثالث: هلاك الشيء الموهوب

30	المطلب الثالث: آثار بطلان عقد هبة العقار
33	المبحث الثاني: الرجوع في هبة العقار وفق الشريعة والتشريع
33	المطلب الأول: مفهوم الرجوع في هبة العقار
33	الفرع الأول: الرجوع لغة
33	الفرع الثاني: اصطلاحاً
34	الفرع الثالث: الطبيعة القانونية للرجوع في هبة العقار
36	المطلب الثاني: موقف الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري من الرجوع في هبة العقار
36	الفرع الأول: الرجوع في هبة العقار في المذاهب الأربعة
41	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الرجوع في هبة العقار
43	المطلب الثالث: موانع وأعدار الرجوع في هبة العقار من الفقه والتشريع
44	الفرع الأول: موانع الرجوع في الفقه الاسلامي
51	الفرع الثاني: موانع الرجوع في هبة العقار في ظل قانون الجزائري
53	الفرع الثالث: الاعذار المقبولة في هبة العقار
57	الفصل الثاني: آلية الرجوع في هبة العقار في الفقه والقانون والآثار المترتبة عنه
58	المبحث الأول: كيفية الرجوع في هبة العقار وما يترتب عنه من آثار
58	المطلب الأول: الرجوع في الهبة بالتراضي
58	الفرع الأول: الرجوع بالقول
59	الفرع الثاني: الرجوع بالفعل
60	المطلب الثاني: الرجوع في هبة العقار بالتقاضي
60	الفرع الأول: هبة بها مانع رجوع
60	الفرع الثاني: هبة خالية من مانع الرجوع

60	المطلب الثالث: الآثار المترتبة عن الرجوع بهبة العقار
60	الفرع الأول: آثار الرجوع بالنسبة للمتعاقدین
63	الفرع الثاني: آثار الرجوع في هبة العقار بالنسبة للغير
65	المبحث الثاني: منازعات عقد هبة العقار
65	المطلب الأول: الإشكالات الأكثر تداولاً بهبة العقار
65	الفرع الأول: هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع
66	الفرع الثاني: مدى جواز تحرير عقد الوعد بالهبة
67	الفرع الثالث: مدى جواز تحرير عقد الرجوع في الهبة من قبل موثق
67	الفرع الرابع: مدى جواز تحرير عقد هبة العقار بحضور شاهدين من أقرباء طرفي العقد
68	المطلب الثاني: دعاوى هبة العقار
68	الفرع الأول: أنواع دعاوى هبة العقار
69	الفرع الثاني: شروط رفع دعوى بطلان هبة العقار
71	المطلب الثالث: الاختصاص القضائي في رفع دعوى هبة عقار
71	الفرع الأول: الاختصاص النوعي في دعاوى هبة العقار
73	الفرع الثاني: الاختصاص المحلي
73	الفرع الثالث: الاختصاص القضائي في هبة العقار في حالة تنازع القوانين
76	الخاتمة
82-79	قائمة المصادر والمراجع
86-83	الفهرس

قائمة المصادر والمراجع

1- المصادر:

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

1- قانون التوثيق 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006

2- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970

3- الأمر 75/74 المؤرخ في 12/12/1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي

وتأسيس السجل العقاري

2- المراجع :

4- أعراب بلقاسم ، القانون الدولي الجزائري ، تنازع القوانين دار هومة للطباعة

والنشر والتوزيع ، طبعة 2005

5- آسيا دوة ، خالد رمول ، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في

التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة 2009

6- أنس عبد الواحد صالح الجابر، أحكام الرجوع في العقود المالية في الفقه

الاسلامي و القانون الأردني

7- بلحاج العرب ، قانون الأسرى مع تعديلات الأمر 02/05 ، معلقا عليه بمبدأ

المحكمة العليا خلال 40 سنة ، ديوان المطبوعات الجامعية

8- جمال الدين ابن منظور ، لسان العرب

9- مولود ديدان ، قانون الأسرة حسب آخر تعديل له دار بلقيس للنشر الجزائر

10- عبد الرحمان الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، جزء ثالث ، دار

إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة 06

- 11- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الخامس ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 1988
- 12- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهبة ، الوصية ، الوقف ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر 2004
- 13- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي ، قسم الشريعة ، كلية الحقوق 2003
- 14- محمد بن أحمد تقية ، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية والقانون المدني المقارن
- 15- منصور نور ، هبة العقار في التشريع ، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر طبعة 2 .. 2009
- 16- محمد يوسف عمرو ، الميراث والهبة ، دراسة مقارنة ، دار الحامد للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2008
- 17- شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة ، الوصية ، الوقف، دار هومة ، الجزائر ، 2012

3- المذكرات والرسائل الجامعية:

- 18- نشاد عايدة ، ديدي سناء، عقد الهبة بين الشريعة والقانون ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس ، المركز الجامعي ، باجي مختار ، سوق أهراس ، معهد العلوم القانونية والادارية 2006
- 19- العيداني نبيلة ، العقود التبرعية في التشريع الجزائري ، مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر ، تخصص قانون عقاري، سنة 2014

4- الدوريات والمجلات:

- 20- حلمي للمحاماة والاستشارات القانونية ، الهبة بين الفقه والقضاء، مدونة قانونية

-21- ياسر عياش ، الموسوعة العربية ، الموسوعة القانونية المتخصصة ، عقد
الهيئة

-22-مجلة الموثق ، عدد 08 ، سنة 1999

-23-مجلة الموثق ، عدد 09 ، سنة 2003

-24- مجلة البحوث الاسلامية ، أثر الالتزام في عقد الهيئة ، عدد 73 ، سنة
1425هـ

-25-مجلة المحكمة العليا ، عدد 01 ، سنة 2006

-26-المجلة القضائية ، عدد 01، سنة 2002

-27- المجلة القضائية ، عدد 01، سنة 2007