

جامعة زيان عاشور - الجلفة -  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم الحقوق

# المهبة بين الشريعة والقانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر حقوق  
تخصص احوال شخصية

تحت اشراف الدكتور  
د.بن مصطفى عيسى

اعداد الطالب :  
سدات مقران

## اعضاء اللجنة المناقشة

1. د.هزشي عبد الرحمن ..... رئيسا
2. د.بن مصطفى عيسى ..... مقررا
3. د.بن حمد عبد المنعم ..... مناقشا

السنة الدراسية  
2017/2016

# إهداء

أهدي هذا العمل إلى والدي الذي تعب في تربيته وتعليمي  
والذي العزيز (حفظه الباري)

إلى رمز المحبة والحنان إلى اللتي عن شكرها يعجز اللسان  
إلى ألتى رفع الله من شأنها وجعل لجنة تحت أقدامها

امي الغالية

إلى أخوتي الأعزاء

( مراد - ياسين - ليليا - ناريمان - طاهر - تيزيري - اميرتي وهينودتي )

إلى كل العائلة الكريمة

وجميع الاصدقاء والزملاء

## مقران سادات

# شكر

انطلاقا من قوله تعالى

"ومن شكر فانما يشكر لنفسه"

وما جاء عن النبي ﷺ فيما رواه عنه ابو هريرة - رضي الله عنه وارضاه -  
(: ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله )

اتقدم بخالص الشكر والتقدير والاحترام الى استاذي الفاضل : الدكتور بن مصطفى عيسى .  
وذلك اعترافا مني بفضله وكرمه ورعايته لي ولم يبخل علي بالنصح او التوجيه او الارشاد الى  
الصواب

إلى أخي وصديقي العزيز وقرّة عيني سليم بن لحرش

فاسل الله ان يحفظه ويبارك له

كما اتقدم بعظيم الشكر والتقدير الى :

عضوي لجنة المناقشة الكريمة لتكرمها بقبول مناقشة هذه المذكرة

كما لا يفوتني ان اتقدم بجزيل الشكر الى كل اساتذتي

الذين كان لي الشرف بتدريسهم لي:

اساتذة كلية الحقوق واسال الله ان يجزيهم عني خير الجزاء

# المقدمة

## موضوع البحث وأهميته - الغرض منه - خطة البحث :

أولاً : إن موضوع البحث له أهمية بالغة بالنسبة للعلاقات والروابط الإنسانية التي تقوم على البر والإحسان والتعاون والوداد والمحبة ، فالهبة مظهر من مظاهر تكريم الإنسان لأخيه الإنسان ، ومثال حي لإسعافه له في عزة النفس، والهبة موضوع ذو أهمية ملفتة للنظر في الحياة العملية، وهي تصرف يكتسي خطورة ذات بال عظيم في التصرفات المالية والقانونية ، وهي فعل من أفعال الخير وتصرف من جملة التصرفات القانونية ، يتنازل فيها الإنسان عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على أسرته وعلى وضعيته المالية يتطلب منه التروي والتاني ، لأن الهبة تصرف خطير يستلزم التفكير ملياً .

والواهب قد يتبرع بماله ابتغاء وجه الله فتكون الهبة صدقة تتطلب خلاص النية والبعد عن التفاخر والرياء احتراماً لكرامة الإنسان وهذا مادعت إليه الشريعة الإسلامية الغراء وما أوصى الله به تعالى : (( لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ ۚ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ بِهِ عَلِيمٌ )) سورة آل عمران الآية 92 وقد يقصد الواهب التبرع بماله التودد أو توطيد الصداقة والمحبة اقتداء بقول الرسول ﷺ : ( تهادو تحابو ) وقوله عليه الصلاة والسلام : ( جبلت النفوس على حب من احسن إليها ) ، والإحسان إلى الناس قد يكون بالهبة .

وقد يهدف الواهب من وراه هبته إلى التعويض بمقابل أفضل مما أعطى وأكثر قيمة ، وهذا كله يبرز ما للهبة من أهمية بالغة في علاقة الإنسان بأخيه الإنسان ، هذه الغلاقة التي اولها المشرع أهمية فائقة وخصص لها جانبا واسعاً من قانون الأسرة ، وهذا ما دعاني إلى الاهتمام بها وتخصيص هذه الدراسة لها . وان هذا الموضوع يشكل جزءاً هاماً في حياة الإنسان ، سواء بالنسبة إليه أو بالنسبة إلى أفراد أسرته ، أو إلى من هو أقرب مودة إليه ، وتأثيراً حساساً على وضعيته المالية لا سيما ان هذا الموضوع جدير بالاهتمام خاصة في الظروف التي نعيشها الآن ، ان هذا الموضوع جدير بالاهتمام خاصة في هذه الظروف التي نعيشها الآن

## ثانياً : الغرض من هذا البحث :

ان الغرض من البحث هو بلورة التصرف بالهبة من وجهة نظر القانون والشريعة الإسلامية ، وابرار مكانة الهبة ومركزها في النظام القانوني فهل تنتمي بالاصالة الى قانون الاسرة او الى الاحوال الشخصية او الى القانون المدني ؟ وهل الهبة من الاحوال العينية والمالية ، او لها صلة

عضوية بالحالة الشخصية وبالاسرة ؟ والغرض كذلك هو تاصل احكام الهبة والقواعد التي تنظمها فهل المشرع استمد احكامها من القوانين الوضعية او من احكام الشريعة الاسلامية او اخذ من كل منهما ؟ وهل استمد احكامها من المذهب المالكي واقتصر عليه او اخذ كذلك من المذاهب الاخرى في بعض الحالات .

ان الغرض من البحث ايضا مقارنة احكام الهبة باهم قوانين الاحوال الشخصية بالبلاد العربية وبعض القوانين الاجنبية الهامة وكذلك اظهر اهم الفروق بين الهبة في التشريع الجزائري وفي تلك التشريعات ،فبالنسبة الى الغرض الاول ابرزت ان مكان الهبة الطبيعي في النظام القانوني هو بين العقود المسماة في القانون المدني والاصل فيها ان الاحوال العينية ليست من الاحوال الشخصية ولا تنتمي الى الاسرة الا باعتبارها مالا عادياً وليست لها صلة عضوية بالاسرة ولا بالحالة الشخصية ولا حتى بالميراث وهل إستمد أحكامها واقتصر عليه أو اخذ كذلك من المذاهب الإسلامية الأخرى ؟

**ثالثاً :** للإجابة على مجموع هذه الإشكاليات قسمنا بحثنا إلى فصلين

## الخطة

**الفصل الأول :** مفهوم الهبة واركائها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

**المبحث الأول :** مفهوم الهبة

**المطلب الاول :** تعريف الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري

**المطلب الثاني :** ادلة مشروعية الهبة في الشريعة الاسلامية

**المطلب الثالث :** مقومات عقد الهبة

**المطلب الرابع :** التمييز بين الهبة والعقود المشابهة لها

**المبحث الثاني :** اركان عقد الهبة

**المطلب الاول :** التراضي

**المطلب الثاني :** المحل

**المطلب الثالث :** العوض في الهبة

**المبحث الثالث :** السبب

**المطلب الاول :** السبب في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري

**المطلب الثاني :** السبب في القضاء الجزائري

**المبحث الرابع :** الشكلية

**المطلب الاول :** الشكلية في هبة العقار والمنقول

**المطلب الثاني :** جزاء الاخلال بالشكلية والاستثناءات الواردة عليها

**المبحث الخامس :** قبض الهبة والوعد بها

**المطلب الاول :** قبض الهبة

**المطلب الثاني :** الوعد بالهبة

**المبحث السادس :** موازنة اركان الهبة مابين الشريعة والقانون

**الفصل الثاني : أحكام الهبة والآثار المترتبة عنها**

**المبحث الأول : الآثار التي تترتب على الهبة**

**المطلب الأول : التزامات الواهب**

**المطلب الثاني : التزامات الموهوب له**

**المبحث الثاني : الرجوع في الهبة وموانعه بين الشريعة والقانون**

**المطلب الأول : الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي**

**المطلب الثاني : الرجوع في الهبة وآثاره في القانون الجزائري**

**المطلب الثالث : موانع الرجوع في الهبة**

**المطلب الرابع : موانع الرجوع في الهبة في الفقه الاسلامي والقانون**

**الخاتمة**

## الفصل الاول

# مفهوم الهبة واركانها في الفقه الاسلامي

## المبحث الاول: مفهوم الهبة :

نحاول في هذا المبحث التطرق الى تناول الفقهاء لتعريف الهبة وسبب اختلافهم في ذلك، اي الاساس المعتمد من طرف كل مذهب لتعريفها انها عقد ام تصرف بارادة واحدة ، ثم نخرج على تعريف المشرع الجزائري لنحلله ونبين الى اي مذهب مال في تبينه لهذا التعريف ومدى وجاهة هذا التبنى وهل استطاع فعلا ان يفصل في طبيعة الهبة ام لا .

الهبة في اللغة هي التبرع و التفضل على الغير و لو بغير مال أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مال أو غير مال (1) مثلا هبة المال كهبة شخص لآخر فرسا أو سيارة أو دارا، و مثال هبة غير المال كقول إنسان لآخر ليهب الله لك ولدا، مع أن ولد ذلك الشخص حرا ليس بمال(2) ، لقوله تعالى: {فهب لي من لدنك وليا}(3) و قوله عز و جل {يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء ذكورا}(4).والهبة إذا كثرت يسمى صاحبها وهابا، و هو من أبنية المبالغة، و يقال: رجل وهاب ووهابة أي كثير الهبة(5)

## المطلب الاول: تعريف الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري:

### الفرع الاول : في الفقه الاسلامي :

#### 1.في المذهب المالكي :

وهي "تمليك العين بغير عوض"(6) أي أن كل شخص يملك عينا ملكا صحيحا يستطيع أن يهبها لغيره من دون عوض في الحال أو المستقبل أثناء حياته.الهبة في المذهب المالكي: قسم المالكية الهبة إلى هبة لغير ثواب و هبة الثواب، فالأولى هي: "تمليك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه"(7). أي أن الهبة تمنح من ذي أهلية خالي من عيوب الإرادة يريد بها وجه الشخص و مرضاة الله. أما الثانية فقد عرفها الإمام ابن عرفة: "عطية قصد بها عوض مالي" و هذا النوع من الهبة يعد بيعا من البيوع لاشتمالها على العوض

(1) .د. محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، ج 5، العقود المسماة ، ص 16

(2). د. محمد بن أحمد تقيية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى 2003، ص14

(3) .سورة مريم، الآية - 05

(4). سورة الشورى، الآية - 48

(5). و (6) و (7) د. حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر،

الإسكندرية، 2003 ، ص 19 ، 20 ، 21

## 2. في المذهب الشافعي:

وهي "تمليك العين بلا عوض حال الحياة تطوعاً" و قد زاد الفقه الشافعي كلمة "تطوعاً" عن الفقه الحنفي و ذلك لإخراج الواجبات كالزكاة و النذر والكفارات

## 3. الهيئة في المذهب الحنبلي:

عرف ابن قدامى الهيئة بأنها: "الهيئة و الصدقة و الهدية و العطية معانيها متقاربة و كلها تمليك في الحياة بغير عوض، و اسم العطية شامل لجميعها"، و كذلك الهيئة و الصدقة و العطية متغايران، فإن النبي - صلى الله عليه و سلم - كان يأكل الهدية و لا يأكل الصدقة و قال في اللحم الذي تصدق به على بريرة: " هو عليها صدقة و لنا هدية" فالظاهر أن من أعطى شيئاً يتقرب به إلى الله تعالى للمحتاج فهو صدقة و من دفع إلى إنسان شيئاً للتقرب إليه و المحبة له فهو هدية و جميع ذلك مندوب إليه و محتوث إليه فإن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال: "تهادوا تحابوا" (1). و قد امتاز هذا التعريف عن التعريفات السابقة له بأنه أورد أن الهيئة تقع في حياة كل من الواهب و الموهوب له و بذلك قد ميزها عن الوصية .

## الفرع الثاني : في القانون الجزائري :

تعريف الهيئة الوارد في قانون الأسرة الجزائري عرف المشرع الجزائري الهيئة بنص المادة 202 قانون أسرة بقوله: " الهيئة تمليك بلا عوض. ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط

**1. الهيئة تمليك:** تعني هذه العبارة أن الهيئة وسيلة تمليك تنتقل بواسطتها ملكية المال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، و عملية نقل الملكية ينتج عنها عنصران آخران و هما عنصر افتقار في جانب الواهب و عنصر اغتناء في جانب الموهوب له (2)

(1). المغني للإمام موفق الدين بن قدامى للإمام شمس الدين بن أبي عمر بن قدامى المقدسي، ج6، دار الكتاب للنشر و التوزيع، بيروت، ب.ت، ص246.

(2) أ. عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000، ص106

**2. لا عوض:** معنى ذلك أن المال الموهوب كله أو جزؤه ينتقل إلى الموهوب له مجاناً دون مقابل و يتلازم مع وجود عنصر آخر هو نية التبرع من الواهب بغية التودد و التحبب إلى الموهوب له أو بغية التقرب إلى وجه الله أو للأمرين معا.

**3. يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط:** حيث يمكن للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بعمل معين، و إتمام هذا العمل حتى تنتقل إليه

العين الموهوبة، و هنا المشرع لم يقصد الهبة بعوض، بل قصد الهبة الموقوفة على شرط والملاحظات الواردة على هذا التعريف يتضح من الوهلة الأولى أن المشرع الجزائري في نص المادة 202 ق.أ، اعتبرت الهبة من التصرفات و ليست من العقود و لكن بالرجوع إلى نص المادة 206 ق.أ " :تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم الحيابة، و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ". نجد أن الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول مما يجعلها كسائر العقود تنطبق عليها القواعد العامة التي تنظم العقود. إن تعريف الهبة الوارد في نص المادة 202 ق.أ هو تعريف مأخوذ من الفقه المالكي . يستفاد من نص المادتين 206، 202 ق،أ، أن الهبة عقد بين الأحياء و ذلك أن الهبة عقد لا بد أن يتوافق فيه الإيجاب و القبول و بالتالي يشمل التمليك في الحال أو المستقبل في حياة كل من الواهب و الموهوب له. إن الواهب ينقل كل ماله أو جزء منه بلا مقابل مما يترتب عليه افتقار الواهبو اغتناء الموهوب له. تنص المادة 205 ق.أ: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير."، و الملاحظ على هذه المادة أن الهبة تختلف عن باقي عقود التبرع الأخرى كالعارية و الوديعة، كون الأولى تمليك عين أو منفعة أو حقوق شخصية أو عينية، و الثانية تقتصر فقط على تمليك منفعة. إن المشرع عندما عرف الهبة أغفل ذكر عبارة ( حال الحياة )، أي حال حياة كل من الواهب و الموهوب ل، إذ أن هذه العبارة هي التي تميز الهبة عن الوصية .

## المطلب الثاني : ادلة مشروعية الهيئة في الشريعة الإسلامية

لما كانت الهيئة في أغلب أحكامها مأخوذة من الفقه الإسلامي، فإنه ينبغي معرفة الأدلة التي إعتمدت في إباحة الهيئة و جوازها . لقد ثبتت مشروعية عقد الهيئة الإسلامي بالقران و السنة و الإجماع و الرأي

### الفرع الاول : من الكتاب والسنة :

#### من الكتاب:

دل على مشروعية الهيئة ما ورد في القرآن الكريم، منه قوله تعالى: { فإن طبن لكم عن شيء فكلوه هنيئاً مريئاً } (1)، و قوله: { و آتي المال على حبه ذوي القربى و اليتامى و المساكين و ابن السبيل... } (2) ، و قوله أيضاً: { و امرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي أن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين } (3)، و قوله عز و جل: { إن تبدوا الصدقات فنعمما هي } (4)

#### من السنة:

ورد في السنة المطهرة أكثر من دليل على جواز الهيئة: نخص منهم بالذكر ما روي عن عائشة- رضي الله عنها- قالت: " كان النبي- صلى اله عليه و سلم -يقبل الهدية و يثب عنها " (5) ما روي عن أبي هريرة- رضي الله عنه- قال: " قال رسول الله- صلى الله عليه وسلم -: تهادوا تحابوا". (6)

عن عمر- رضي الله عنه- قال: " حملت على فرس في سبيل الله، فأضاعه الذي كان عنده، فأردت أن أشتريه و ظننت أنه يبيعه برخص، فسألت النبي - ﷺ - فقال: لا تشتريه و لا تعد في صدقتك و إن أعطاكه بدرهم، فإن العائد في هبته كالعائد في قيئه (7) ما روي عن علي- رضي الله عنه- قال: "أهدى كسرى لرسول الله- صلى الله عليه وسلم - فقبل منه و أهدى إليه قيصر فقبل و أهدى له الملوك فقبل منها". (8)

(1).سورة النساء، الآية 04

(2).سورة البقرة، الآية177

(3). سورة الأحزاب، الآية50

(4). سورة البقرة، الآية275

(5)(6) د. حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص28،29

(7) د عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام، تسيير العلام- شرح عمدة الأحكام- ، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم، مكتبة نزار مصطفى

ألبان- مكة المكرمة- الرياض، د.ت، ص540 .

(8)د. حسن محمد بودى، المرجع السابق، ص29

## الفرع ثاني: من الإجماع و المعقول:

### من الإجماع:

لقد أقر الصحابة- رضوان الله عليهم- الهبة و على رأسهم ما روي عن الصديق- رضي الله عليه- أنه قال للسيدة عائشة- رضوان الله عليها- "إني نحللتك جداد عشرين و سقا من مالي بالعالية، و إنك لم تكوني قبضتية فإنه اليوم مال الوارث". (1) و ما روي عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على وجه الصدقة فإنه لا يرجع فيها، إن لم يرض عنها". (2) و تبعهم في ذلك الفقهاء و جموع المسلمين في شتى العصور بأن أقروا جواز الهبة و استحبابها بمختلف أنواعها ما لم تكن حرام .

### من المعقول:

إن ما ورد في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة و إجماع الصحابة و الفقهاء يجعل الهبة ذات حكمة بالغة فمن شأنها غرس بذور المحبة و إزالة الضغينة و الحقد بين الواهب و الموهوب له و تحث على البر و الإحسان بين أمة الإسلام عملا بقوله تعالى: { لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون }، كما أن الهبة صفة من صفات المولى عز و جل لقوله تعالى: { إنك أنت العزيز الوهاب }، و من عمل بها اكتشف صفة من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم و إزالة الشح عن النفس .

(1)-(2) د بدران أبو العينين بدران، الموارث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها، مؤسسة شباب الجامعة للنشر و التوزيع، 1985 ، ص 217

## المطلب الثالث: مقومات عقد الهبة

### الفرع الأول: الهبة عقد ما بين الأحياء:

تتعقد الهبة بإيجاب و قبول كل من الواهب و الموهوب له أي تطابق إرادتهما دون أن يشوبها عيب من عيوب الرضا و هذا طبقا لنص المادة 206 ق.أ، مما ينتج عنها انتقال ملكية العين الموهوبة في حياة كل منهما، و لا يجوز الرجوع في الهبة إلا في الحالة التي حددها المسرع و هي خاصة بحق الأبوين في الرجوع عن الهبة لولدهما و هذا طبقا لنص المادة 211 ق.أ: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية :

1. إذا كانت الهبة من أحل زواج الموهوب له .
2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته

و هذا ما يميز الهبة عن الوصية، إذ الوصية تتعقد بإرادة الموصي المنفردة و يجوز لهذا أن يرجع فيها ما دام حيا، فلا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته، أما رضا الموصى له بالوصية بعد موت الموصي فليس قبولا لإيجاب من الموصي، بل هو تثبيت لحق الموصى له في الموصى به حتى لا يكسب حقا بغير رضائه.(1)

و أخيرا فمادامت الهبة لا تتعقد إلا ما بين الأحياء، فإن أثر التصرف بها لا يمتد إلى ما بعد الموت كالهبة التي يعرفها القانون الروماني و لا يعرفها القانون الجزائري و المصري، فلا يجوز في هذين القانونين أن يعقد الواهب هبة أو يرجئ في الوقت ذاته نقل ملكية الموهوب إلى ما بعد موته فلا يستطيع أن يفعل ذلك إلا عن طريق الوصية التي يجوز له الرجوع فيها، و ذلك عندما يخشى الواهب دنو المنية منه في حالة مرض خطير أو أثناء حرب فهبته لا تنتقل ملكية المال الموهوب فإذا مات الواهب انفسخت الهبة من تلقاء نفسها. (2)

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثالثة الجديدة، ص6.

(2) د. محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص28.

## الفرع الثاني: الهبة تصرف في مال بلا عوض :

الهبة عقد من عقود التبرع بوجه عام إذ يتصرف الواهب في ماله بنية التبرع و بدون عوض، غير أن الهبة تتميز عن عقود التبرع الأخرى كالعارية و الوديعة كون الهبة تنقل ملكية الشيء الموهوب ساو كان عقارا أو منقولاً كما يمكن أن تكون الهبة حق انتفاع أو حق استعمال أو حق ارتفاق و غير ذلك من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية كما قال الدكتور السنهوري: " أن يكون الحق الموهوب هو حق الملكية في العقار أو المنقول بل يجوز أن يكون حق انتفاع أو استعمال أو حق سكني أو حف حكر أو حق ارتفاق، أو غير ذلك من الحقوق الأصلية المتفرعة عن الملكية". أما عقود التبرع الأخرى كالعارية و الوديعة و الوكالة بدون أجر، و التبرع بأداء خدمة أو عمل آخر فالمتبرع يلتزم بأداء عمل أو الامتناع عن عمل. و تشترك الهبة مع سائر التبرعات الأخرى في أنها تجعل الموهوب له يثري دون عوض و في أنها تقترن بنية التبرع، غير أنها تنفرد بخاصية هي أنها من أعمال التصرف، فالواهب يلتزم بنقل ملكية دون مقابل. و لما كانت الهبة تصرف في المال فقد خرجت الكفالة العينية عن أن تكون هبة، و ذلك أن الكفيل العيني، و إن كان يتصرف في ماله بأن ينقل عينا مملوكة له برهن ضمانا لدين شخص آخر، إلا أنه لا يلتزم بنقل حق عيني أصلي لا إلى الدائن و لا إلى المدين و إذا نزعت ملكية العين المثقلة بالرهن وفاء للدين، فإن الكفيل العيني له حق الرجوع على المدين بما وفاه من دينه، و إذا نزل عن هذا الحق فإنه يكون متبرعا، بحق الرهن الذي تنتقل به العين(1) و يستفاد من نص المادة 202ق.أ، أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين حتى تنتقل العين الموهوبة إلى حيازته، على أن يكون هذا الشرط غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة سواء اشترط ذلك لمصلحة الواهب أو لمصلحة الموهوب له أو لفائدة شخص أجنبي أو للمصلحة العامة. كما يجب ألا تكون قيمة العوض أكبر من قيمة العين الموهوبة، فإن كانت أكثر لا يلتزم الموهوب له سوى بقيمة العين الموهوبة فقط.

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص10المشرع الجزائري لم يورد نصوص تشريعية بل ترك الأمر لاجتهاد الفقهاء و فتح الباب على مصراعيه فيما يخص اشتراط الواهب العوض لمصلحته أو لمصلحة أجنبياً و للمصلحة العامة

### الفرع الثالث: نية التبرع

حتى تتحقق الهبة يجب أن يتوفر إلى جانب المقومات السالفة الذكر مقوم نية التبرع الذي يحتوي على عنصران:

#### العنصر المعنوي:

و هو مسألة نفسية و العبرة فيه بما يقوم في نفس المتبرع وقت هل قصد التضحية من جانبه دون أن يقصد منفعة أو قصد من وراء تبرعه منفعة و ما عسى أن يقصده المتبرع من منفعة وراء تبرعه ل يدخل بطبيعة الحال في نطاق العقد و إلا كانت المسألة تتعلق بعوض الهبة لا بنية التبرع(1)

#### العنصر المادي:

هو انتقال العين الموهوبة من الواهب إلى الموهوب له دون مما ينتج عن ذلك افتقار من جانب الواهب و اغتناء من جانب الموهوب له، و العنصر المادي هو أساس التنظيم القانوني للهبة، حيث أن الهبة لا تقوم إلا بانتقال الحق المالي مهما كانت طبيعته أو قيمته و بتخلف هذا العنصر تنتفي الهبة و بالنظر إلى ما سبق فإن التصرف لا يعد هبة في الحالات التالية:

1. إذا كان الغرض من الهبة الوفاء بدين مدني أو طبيعي .
2. إذا كانت القصد من التصرف الحصول على منفعة أي كان نوعها أو كانت صورتها سواء كانت هذه المنفعة مادية أو أدبية
3. إذا كان القصد من الهبة مجازاة الموهوب له مثل أن يعطي شخص من يقوم بخدمته مبلغا من المال مكافأة له نظير تفانيه في خدمته و إخلاصه في العمل. فإن ذلك لا يعد هبة لانتهاء نية التبرع و غير ذلك من التصرفات التي يراد بها المجازاة مقابل خدمة ما.
4. لأموال التي يتم صرفها كجزء من الأجر وفقا لما جرى به العرف و العمل(2)

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص15، من الهامش.

(2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص32 .

### الفرع الرابع: الهبة عقد شكلي و عيني:

عقد الهبة مثله مثل العقود الأخرى لا يجب أن يتوفر فيه التراضي فقط بل يجب أن ينصب في قالب معين و هذا ما نصت عليه المادة 206ق.أ، و ذلك بتحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق و زيادة على ذلك بجب تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له أي انتقالها إلى حيازته، و الشكلية أي الرسمية هي ركن أساسي في عقد الهبة المنصب على عقار. أما في عقد الهبة المنصب على المنقول فهو يخضع لإجراءات خاصة إلى جانب الحيازة و الرضا و ل يشترط فيه الشكلية إذ أن الحيازة هي الركن الأساسي في هبة المنقول لابد من توافرها. ويلاحظ أن الفقهاء المسلمين لا يتطلبون لانعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية و بناء على ذلك يخالفون القوانين الحديثة. و ذلك لا ينبغي أن يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع ما دامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك، لأن في تصرفاتهم خطرا كبيرا على مصالحهم و مصالح ورثتهم. خاصة و أن مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي متى و أين توجد المصلحة فثم شرع الله بالإضافة إلى أن لولي الأمر أن ينظم الأعمال بطريقة تحفظ حقوق الناس و ترعى مصالحهم (1) و نظرا إلى أن تصرف الواهب خطير يتجرد به من ماله دون مقابل، و ضار في نفس الوقت به و ورثته من بعده فقد فرض المشرع هذه الشكلية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف فهل يمضي فيه أو ينثني عنه(2)

(1) د. محمد بن أحمد تقيية، المرجع السابق، ص 37 .

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 20، من الهامش.

## المطلب الرابع: التمييز بين الهبة و العقود المشابهة لها

### الفرع الأول: التمييز بين الهبة و العقود الملزمة لجانب واحد

#### 1. التمييز بين الهبة و الوصية :

قبل التطرق إلى الفرق بين الهبة و الوصية وجب تعريف الوصية فقها و قانونا. فقد عرفها الحنفية بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت"(1)، و عرفها المالكية بأنها: " عقد يوجب حقا في ثلث عاقده يلزم بموته أو نيابة عنه ."(2) و عرفها الشافعية بأنها: " تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت و ليست تبرع بتدبير و لا تعليق عتق و إن التحق بها حكما ."(3) و عرفها الحنابلة بأنها: " الأمر بالتصرف بعد الموت ."(4) و عرفها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة بنص المادة 184 " :الوصية تملك مضاف إلى بعد الموت بطريق التبرع"الهبة تتفق مع الوصية في كونها من عقود التبرع إلا أنهما يميزان عن بعضهما في جوانب أخرى و هي كالتالي:

1. الهبة تصرف حال الحياة، و الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت. (5) حيث أن عقد الهبة يلزم لإنشائه توافق إرادتي كل من الواهب و الموهوب له و انتفاء العين الموهوبة حال حياة كل منهما، بينما الوصية يجب أن تتوفر فيها إرادة الموصي فقط لأنها تصرف ملزم لجانب

واحد و بالتالي تخرج من دائرة العقود و تنتقل ملكية العين الموصى بها بعد وفاة الموصي.

2. لأصل في الهبة امتناع الرجوع فيها إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع، بينما الوصية يصح فيها للموصي أن يرجع عن وصيته متى شاء ما دام على قيد الحياة وفقا للمادة 182ق.أ(6)

3.يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها(7)

أوجب المشرع الجزائري الرسمية في هبة العقار و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة 206ق.أ، بينما الوصية لا تلزم فيها الشكلية إلا بمناسبة الإثبات و بعد وفاة الموصي و انتقال الملكية إلى الموصى له طبقا لنص المادة 191ق.أ "

(1)،(2)،(3)،(4)،(5)د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 32 .

(6) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 38.

(7) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 39

## تثبيت الوصية :

1. بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك .
2. و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على الهامش أصل الملكية."
3. الهبة سواء في القانون أو في الشرع ليست مقيدة بقدر معين فيجوز أن ترد على مال الواهب كله، إلا إذا كانت في مرض الموت، فلا تنفذ إلا في حدود الثلث، بينما الوصية يلتزم أن تنقيد بالثلث من التركة دائما

و من ثم تنفذ في حدود ثلث التركة و ما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة، المادة 185ق.أ " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة." و قد قال الرسول - ﷺ -: "الثلث و الثلث كثير."بالإضافة إلى ذلك فإن الهبة قد تكون لوارث بينما الوصية فلا تكون أبدا لوارث لقوله عليه أفضل الصلة و السلام: " لا وصية لوارث"

## 2. التمييز بين الهبة والإباحة:

تعرف الإباحة على أنها الإذن بإتيان الفعل كيف شاء الفاعل. و يقصد علماء أصول الفقه بالإباحة ما خير فيه الشارع بين الفعل و الترك فلا هو مدح على الفعل و لا ذم على الترك. و ليس المقصود من الإباحة هنا الإباحة من الشارع كما يقصد علماء الأصول، لأن الإباحة على هذا النحو حكم شرعي، و إنما المقصود من الإباحة هي الإباحة من العباد، كأن يضع شخص مائدة كي يأكل منها من يأذن له في الأكل. (1)

و الإباحة على هذا النحو تختلف عن الهبة في أمور وهي:

1. أن الهبة عند الجمهور تتوقف على الإيجاب و القبول بخلاف الإباحة فهي تتوقف على الإذن من المالك .

2. يحق للموهوب له أن يتصرف في الشيء الموهوب بكل أنواع التصرفات بخلاف المباح له فهو يحق له أن يتصرف إلا في حدود ما أبيع

3. أن الهبة لا تكون إلا ذاتا، بخلاف المباح فقد يكون ذاتا و قد يكون منفعة (2) تشترك الهبة مع الإباحة في أن كلا منهما فيه تليك للأعيان بلا عوض دنيويو أنه يجوز الرجوع فيهما قبل القبض عند المالكي (3)

(1) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص31 .

(2) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص32. (3) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص41 .

### 3. التمييز بين الهبة و العارية:

لقد عرف الحنفية العارية بأنها: "تمليك المنافع بغير عوض". (1) وعرفها المالكية بأنها: "تمليك منفعة مؤقتة بلا عوض". (2) و عرفها الشافعية بأنها: "إباحة منفعة ما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه". (3) و عرفها الحنابلة بأنها: "الانتفاع بعين من أعيان المال. (4) و تشترك الهبة و العارية في كونهما عقد من عقود التبرع، و أن المنتفع فيهما يثري على حساب الغير بدون مقابل و يختلفان عن بعضهما في الأوجه التالية :

1. المشرع الجزائري استلزم الرسمية في هبة العقار و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول بينما العارية استلزم فيها تراضي الطرفين المتعاقدين دون الرسمية .
2. في الهبة يحق للموهوب له تملك الشيء الموهوب و الانتفاع به عكس العارية التي يحق فيها للمستعير الانتفاع بالعين المعارة دون تملكها .
3. الأصل في الهبة أن يكون القصد منها التبرع بلا عوض، و ذلك بمنح الموهوب له منافع يحرم الواهب نفسه منها، بينما العارية على خلاف ذلك لا يكون قصد المعير منها في الأصل إفادة المستعير، بل يكون المراد منها تحقيق مصلحة نفسية و حتى إذا كان المقصود منها التبرع فإنها لا تكون هبة و ذلك لضالة منفعة المتبرع بها، بالإضافة أن الدافع إليها في الكثير من الأحوال مراعاة حسن الجوار و المجاملة بين الناس. (5)

(1)،(2)،(3)،(4) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص33 .

(5) د. محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص18

#### 4. التمييز بين الهبة و الوقف:

قبل أن نعرض على الفرق بين الهبة و الوقف و يجب أن نتوقف عند معنى الوقف. فقد عرفه الحنفية بأنه: "حبس العين على ملك الواقف و التصديق بالمنافع . " (1) و عرفه المالكية بأنه: "إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيها و لو تقديراً". (2) وعرفه الشافعية بأنه: "حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه بقطع تصرف في رقبة على مصرف مباح". (3) و عرفه الحنابلة بأنه: "تحببب الأصل و تحببب المنفعة" (4) يظهر وجه الشبه بين الهبة و الوقف في أن كليهما عقد من عقود التبرع حيث أن مال الواهب يخرج إلى ملك الموهوب له أما الواقف فيخرج ماله من ملكه و يحبس العين على ملك الواقف. و الفرق بينهما يتبين فيما يلي:

1. الهبة ترد على الذات أما الوقف فيرد على المنفعة 2.
2. أن الهبة يفسدها التوقيت، بخلاف الوقف فيجوز توقيته عند بعض الفقهاء. (5)
3. أن الهبة تؤدي إلى زوال ملك الواهب، بخلاف الوقف إذ يبقى الموقوف على ملك الواقف، و قيل: ينتقل الملك بالوقف إلى الله تعالى (6).

#### الفرع الثاني: التمييز بين الهبة و العقود الملزمة لجانبين

##### 1. التمييز بين الهبة و البيع:

قد يتخذ البيع ستارا للهبة، فيذكر فيه عوضا على أنه ثمن ثم يهب البائع الثمن للمشتري مثل هذا العقد في طبيعته هبة مكشوفة، بمعنى أن نية التبرع واضحة في العقد. و البيع يكون دائما في بمقابل، في حين أن الهبة تتم بدون مقابل. إذ هذا الأخير هو الذي يميز هذين العقدين، إلا أنه قد تكون الهبة بمقابل أي بعوض. فالسؤال المطروح هنا، كيف نميز بينهما؟

(1)، (2)، (3)، (4). د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 35 .

(5)، (6) نفس المرجع، ص 36

هناك رأي يذهب في هذه الحالة إلى التفرقة بناء على نية التبرع، فإذا توفرت النية لدى العاقد، فهنا العقد هبة دون النظر إلى المقابل و لو كان كبيرا. لكن هناك رأي آخر يذهب إلى الاعتداد بالمقابل فإذا كان هذا الأخير مساويا لقيمة الشيء المبيع، فهنا نكون بصدد عقد بيع، وإذا كان المقابل أقل من قيمة الشيء المبيع، فالعقد هبة. أما إذا كان المقابل أكبر من قيمة الشيء المبيع فنكون بصدد عقد بيع. و هذا الرأي الموضوعي الأخير ينتقد فكرة النية التبرعية لأنه من الصعب استنتاجها. (1)

## 2. التمييز بين الهبة و الإيجار :

فالهبة هي تملك مال بلا عوض بقصد التبرع، بينما عقد الإيجار ينشئ التزامات شخصية في جانب كل من المؤجر و المستأجر و لا يرتب حقا عينيا في الشيء المؤجر، ويترتب على ذلك أن الإيجار هو عقد ملزم لجانبين و أنه من عقود المعاوضات و ينقل ملكية الشيء المؤجر لمدة محدودة مقابل أجر، و عنصر الزمان فيه عنصر جوهري و لذا فهو عقد مؤقت. فبمقتضاه ينشأ ارتباط بين الأجرة و المدة، فالمدة هي مقياس الانتفاع بالشيء المؤجر، و الأجرة فيه مقابل الانتفاع و الهبة عقد الشكلية فيه واجبة إذا وقع على عقار أو منقول يتطلب إجراءات خاصة، بينما عقد الإيجار عقد رضائي لا يتطلب فيه الشكلية، و هو من عقود الإدارة، لا من عقود التصرف(2).

مما سبق نرى أن المذاهب الأربعة اتفقوا على أن الهبة هي تملك عين أو منفعة بلا عوض، غير أننا نلاحظ أن كل من المذهبين الحنفي و المالكي أغفلوا ذكر عبارة "حال الحياة"، بينما أبرزها المذهبين الشافعي و الحنبلي، حيث ذكروا عبارة "حال حياة كل من الواهب و الموهوب له." إن المشرع الجزائري في قانون الأسرة و خاصة في باب الهبة قد تماشى و مبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء لارتباطه الوثيق بها و لتمسك شعبه بالإسلام في تقاليده و أخلاقه و قيمه، فكان لابد على المشرع أن يربط حاضر الأسرة الجزائرية بماضيها الزاخر بالعلم و المعرفة و يختار ما يساير العصر و يضاهي التطور

(1) أ. زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2000، ص 18، 19 .

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 4-5

ويضبط علاقات الأسرة برباط المحبة و الود و البر و الإحسان و المعروف و التبرع و فعل الخير عن طريق الهبة .تعريف الهبة الوارد في نص المادة202 من قانون الأسرة مستمد من الفقه المالكي وعلى الأخص مأخوذ من مختصر جليل بن إسحاق لحرفيته (1) وبتماشي المشرع مع الفقه المالكي لم يبرز عنصر إتمام الهبة بين الأحياء و لكنه استدرك ذلك في نص المادة206 ق.أ بقوله: ".....بإيجاب و قبول.....". مما تعني حال حياة كل من الواهب و الموهوب له .

المطلب الثاني: من حيث المقومات الهبة على اتفاق كل من الشرع و القانون خاصة المذاهب الأربعة: الحنفية، المالكية، الشافعية و الحنبلية و المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة اعتبروها تصرف في مال بلا عوض سواء وردت على نقل ملكية أو منفعة، مع توفر نية التبرع في الواهب.إل أن المذاهب الأربعة اختلفت فيما يخص مقوم أن الهبة عقد ما بين الأحياء حيثأبرزها كل من المذهب الشافعي و الحنبلي و أهلها ، كل من المذهب الحنفي و المالكي .

و بتخلف الشكلية تكون الهبة باطله عكس المذاهب الأربعة مجتمعة التي لم توجب الرسمية في الهبة نظرا لطبيعة المعاملات السائدة آن ذاك، من تشجيع الناس على المحبة و الود ونشر أوصل الأخوة بينهم و مساعدة بعضهم البعض، وذلك بتسهيل المعاملات و حث المسلمين على القيام بالأفعال التي تشد حبل الود فيما بينهم، وتقربهم إلى الله عز وجل، و لهذه الأسباب مجتمعة كان ذلك العصر لم يعرف نظام التوثيق ونظام الشهر العقاري، و كانت تقتصر الشكلية في الهبة على القبض أي انتقال العين الموهوبة إلى حيازة الموهوب له.

### المبحث الثاني: أركان عقد الهبة

بعد ان تم الفصل بالنسبة للمشرع الجزائري فيما تعلق بطبيعة الهبة كونها عقداً كسائر العقود نتطرق في هذا المبحث الى اركان عقد الهبة بالتعريف والتحليل لكل ركن من هذه الاركان لنحاول معرفة توجهات المشرع الجزائري خصوصاً في القيود التي يضعها القانون المدني عند تعامله مع العقود بصفة عامة ومدى تخصيصه لعقد الهبة باعتباره عقد تبرع ذو طابع خري وهل ميزه ببعض التسهيلات ام لا ؟

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص303. أما فيما يخص مقوم الهبة عقد شكلي و عيني فقد ألزم المشرع الجزائري تحرير الهبة في عقد رسمي إذا انصبت على عقار وأما إذا انصبت على منقول فيجب إتباع الإجراءات الخاصة طبقاً لنص المادة206 ق.أ،

## المطلب الأول: التراضي:

يجب لأنعقاد الهبة مثل ما يجب لسائر العقود حصول الرضا من كل المتعاقدين الواهب و الموهوب له كما يجب أن يكون الرضا شاملا لكل الشروط اللازمة لتكوين عقد وإلا يعتبر الرضا معدوما و العقد لا ينعقد و يجب بجانب ذلك يكون رضا أحد طرفي العقد مطابقا لرضا الطرف الآخر تمام المطابقة و هو ما يسمى بتوافق الإيجاب و القبول و هو التراضي و للتراضي شروط البعقاد و شروط صحة

## الفرع الأول: شروط الانعقاد

### 1. الإيجاب و القبول:

تسري القواعد العامة المقررة في نظرية العقد في تطابق الإيجاب و القبول في عقد الهبة فيجب أن يصدر الإيجاب من أحد المتعاقدين يقبله المتعاقد الآخر و أن يكون القبول. و تقع الهبات غير المباشرة غالبا في صورة التنازل أو الترك، كما إذا تنازل شخص عن حق شخصي أي الإبراء، أو حق انتفاع أو حق ارتفاق مقرر لمنفعة عقاره على عقارالموهوب، و من صورها أيضا التعهد بالدفع، و حوالة الحق و الوفاء عن الغير و الوفاء به، و الاشتراط لمصلحة الغير، و الشراء باسم مستعار. (1) و الهبة غير المباشرة تستثنى من وجوب الشكالية و العينية إذ القانون لم يشترط الشكالية أو العينية إل في الهبات المباشرة المكشوفة، و من ثم تتم الهبة غير المباشرة دون حاجة إلى ورقة رسمية، و دون حاجة إلى القبض في المنقول، غير أن الأحكام الموضوعية تسري عليها، كجواز الرجوع في الهبة و الطعن بالدعوى البولصية و أهلية التبرع والتصرف في مرض الموت و غير ذلك من الأحكام. (2) و تثبت الهبة غير المباشرة وفقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما بين المتعاقدين فيما يجاوز 100000 د.ج طبقا لنص المادة 333 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 و المعدل و المتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، كما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، أما الغير فله أن يثبت الهبة غير المباشرة بجميع الطرق و منها البينة و القرائن، كما إذا أراد الواهب أن يطعن في الهبة غير المباشرة بالدعوى البولصية.(3)

(1) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 47

(2)، (3) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 84 ، 85

**الهيئة المستترة:** تعتبر الهيئة المستترة في الواقع هبة مباشرة إذ خلالها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا، أو يلتزم أو يلتزم له بحق شخصي و لكنها تختلف من حيث أن ظاهرها يختلف عن حقيقتها فهي في حقيقتها هبة لكنها تظهر تحت اسم آخر ساتر لها.

و العقد الساتر للهيئة سواء كان بيعا أو قرضا أو إقرارا بدين، أو حوالة الحق أو عقد محاباة. أو عقد إيراد بمرتب مدى الحياة، فإذا كان العقد الساتر للهيئة عقد بيع مثلا وجب أن يذكر ثمنها صوريا و إلا كانت الهيئة مكشوفة و تستوجب الرسمية، و جعل الهيئة تحت ستار عقد آخر لا يعفيها من سائر شروط الهيئة كأهلية التبرع في الواهب و ملكيته للموهوب. (1) و الهيئة المستترة هي الأخرى معفاة من الشكلية و العينية، على أنها إذا كانت لا تخضع لأحكام الهيئة الشكلية فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية، و يترتب على ذلك أن الهيئة المستترة تعتبر هبة، و تستلزم أهلية التبرع في الواهب، يجب أن يكون الواهب مالكا لما تبرع به و يتحقق فيها ضمان الاستحقاق و ضمان العيب، و تعتبر تبرعا بالنسبة إلى الدعوى البولصية، و يجوز فيها الرجوع، إلا إذا وجد المانع و إذا صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية و من يدعي أن العقد الظاهر ليس هبة مستترة ليجري عليه أحكام الهيئة الموضوعية هو الذي يحمل عبء الإثبات، و قاضي الموضوع هو الذي يبت فيها إذا كان التصرف المطعون فيه هو هبة مستترة، يعتمد في ذلك إلى ظروف التصرف و ملابساته و لا معقب على تقديره من المحكمة العليا. (2)

## **2. التمييز بين الهيئة المستترة و الهيئة غير المباشرة:**

الهيئة المستترة هبة مباشرة، إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصي، و هذا أول فرق بين الهبتين، و الفرق الثاني أن الهيئة المستترة ظاهرها غير حقيقتها، فهي في حقيقتها هبة لكنها تظهر تحت اسم عقد آخر، أما الهيئة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهي هبة في الحقيقة وفي الظاهر. و الهيئة غير المباشرة أعفيت من الشكل بحكم النظام الخاص الذي يسري عليها كما سبق القول، أما الهيئة المستترة فهي هبة مباشرة و القانون يعفي الهيئة المستترة التي تتم تحت ستار من الشكلية سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول. (3)

(1) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 47 ، 48 .

(2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 221 .

(3) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 86.

## المطلب الثاني: المحلل

### الفرع الأول: الشيء الموهوب في الفقه الإسلامي :

#### في الفقه الحنبلي :

أن يكون الشيء الموهوب موجودا وقت الهبة، فلا تصح هبة ما ليس بموجود وقت العقد بأن وهب له ثمر بستانه في العام المقبل أو ما تلد أغنامه بعد حملها. أن يكون الموهوب مالا متقوما فلا تصح هبة ما ليس بمال أصلا كالميتة و الدم و الخنزير و صيد الحرم و غير ذلك، كما لا تصح هبة المال الذي لا قيمة له في نظر الشرع كالخمر .

أن يكون الموهوب مقبوضا، و هذا شرط للزوم الهبة و ثبوت الملك للموهوب له فلا يثبت له الملك إلا بالقبض. أن لا يكون الموهوب مشاعا بما يقبل القسمة، فإذا وهب له نصف دار غير مقسومة فإن الهبة لا تصح. أن لا يكون الموهوب مشغولا بملك الواهب، فإذا وهب لابنه بستانا على أن الثمر الذي عليه للواهب فالهبة لا تصح. أن يكون الموهوب مملوكا للواهب فلا تجوز هبة الأشياء المباحة كالماء و العشب كما لا تجوز هبة ملك الغير بدون إذنه(1)

#### في الفقه المالكي :

أن الموهوب مملوكا فلا تصح ما لا يصح ملكه كالكلب الذي لم يؤذن في اقتنائه، كما لا تصح هبة ملك الغير بدون إذنه. أن يكون الموهوب من الأشياء القابلة للنقل من ملك إلى ملك في نظر الشارع فلا تصح هبة الاستمتاع بالزوجة لأن نقل هذا الاستمتاع ممنوعا شرعا و مثل ذلك هبة أم الولد. و تصح هبة جلود الأضاحي لأنها و إن كانت لا يصح بيعها فلا تقبل النقل بالبيع و لكن يصح إهداؤها و التبرع بها فتصح هبتها. و اشترط في الموهوب أن يكون معلوما فيجوز أن يهب مجهول العين و القدر ولو كان يظن أنه يسير فظهر أنه كثير، فإذا وهب ميراثه من عمه لشخص و كان لا يعرف قدره و يظن أنه يسير و اتضح أنه كثير فإن الهبة تصح (2)

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 295 ، 296 .

(2) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 297 ، 298 .

### في الفقه الحنبلي :

اشترط في الموهوب أن يكون معلوما فلا تصح هبة المجهول إلا إذا تعذر علمه كما تقدم فلا تصح هبة الحمل في البدن و اللبن في الضرع و الصوف على الظهر و إذا أذن صاحب الشاه في جز الصوف و لبن الشاه كان إباحة و مثل ذلك هبة الدهن في السمسم و الزيت في الزيتون فإنه لا تصح هبته قبل عصره. و يشترط في الموهوب أيضا أن يكون موجودا فلا تصح هبة المعدوم كهبة الثمر قبل أن يبدو. أن يكون مقدورا على تسليمه فلا تصح هبة الطير في الهواء و نحو ذلك. أن يكون مما يصح بيعه فلا تصح هبة ما لا يصح بيعه و بعضهم يقول تصح هبة الكلب المأذون فيه و النجاسة التي يبيح الانتفاع بها (1)

### الفرع الثاني: في التشريع الجزائري

يسري على الشيء الموهوب باعتباره محل العقد ما يسري على محل العقد بوجه عام، و يشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب، ليكون عقد الهبة صحيحا منتجا لآثاره الشروط الأربعة التالية :

1. أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب: وفقا لنص المادة 205 ق.أ يسوغ للواهب أن يهب ما يملك فقط سواء كل ممتلكاته أو جزءا منها أو عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، مما يجعل الجواز مشروطا بأن يكون الواهب مالكا لما يهب، أما إذا لم يكن مالكا للشيء الموهوب فلا يصوغ له أن يهبه و بالتالي و وفق مفهوم المخالفة لهذا النص فلا يجوز للواهب أن يهب ملك الغير (2) فإذا وهب الواهب ملك الغير فله الموهوب له وحده لأن يطلب إبطال الهبة حتق بل أن يتعرض له المالك الحقيقي، و يبقى ملكا للموهوب، و لا تنتقل منه الملكية إلى الموهوب له إلا إذا أقر المالك الحقيقي الهبة، و حينئذ تنتقل الهبة صحيحة من وقت صدورها، و لكن الملكية لا تنتقل إلى الموهوب له إلا من وقت الإقرار (3)

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 297 ، 298.

(2) د. محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص 146.

(3) د. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 230.

2. أن يكون المحل موجودا وقت الهبة: يشترط في الموهوب أن يكون موجودا وقت العقد، فإن وجد كان العقد نهائيا و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا، و إذا ظهر أن الشيء الموهوب قد هلك قبل العقد أو وقت التعاقد فإن العقد لا ينعقد، لعدم وجود محل له، مثال ذلك أن يهب شخص لشخص آخر منزله ثم يظهر أنه احترق قبل ذلك، أو يهب له ماشية ثم يظهر أنها نفقت قبل التعاقد أو وقت حصوله و يعتبر الشيء غير موجود، أيضا إذا فقد وجوده القانوني كالنزول لآخر عن حق انتفاع انقضى قبل ذلك بانتهاء مدته (1).

3. أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين: يجب أن يكون المحل الموهوب معيناً تعييناً كافياً، و نافياً للجهالة، فلا تصح هبة المجهول، لأن الهبة من العقود الناقلة للملكية، كي لا يقع لبس بشيء مماثل له من الأشياء القيمة و الأشياء المثالية، و يجب أن يكون الموهوب معيناً بمقداره و نوعه مثل القمح فهنا يجب تحديد النوع و إلا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، أما المقدار لا بد أن يكون هناك ما يستشف به عليه، و عندما لا يكون هناك ضابط يحدد من خلاله المقدار فهنا العقد باطلا، أما فيما يخص الجودة فإذا لم تحدد الواهب ملزم بالصنف المتوسط، و يعتبر العقد صحيحاً دائماً إذا تخلف عنصر الجودة في المثليات طبقاً لنص المادة 94 ق.م: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، و يجب أن يكون معيناً بنوعه، و مقداره و إلا كان العقد باطلا. و يكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره. و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته و لم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط."، و هذا باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة الأم.

4. أن يكون صالحاً للتعامل فيه: يجب أن يكون الشيء الموهوب مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة؟، و توجد بعض الأشياء لا يجوز التعامل فيها بمقتضى القانون مثل: مرفق عام، مخدرات، هبة أموال الشركة المستقبلية، و هناك ما لا يجوز التعامل فيه بمقتضى الطبيعة مثل: الشمس، الهواء، البحار، الأزهار.....، و يرجع إلى استحالتها أو إلى عدم استطاعة أحد الاستبداد بحيازتها و تسليمها و التصرف فيها.

(1) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 61.

### المطلب الثالث: العوض في الهبة:

الأصل أن الهبة عقد ملزم لجانب واحد، لكب يجوز أن تصبح عقد ملزم لجانبين وفقا لما تنص عليه المادة 202 ف 2 ق.أ بأن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام قد يكون عوض، على أن يكون هذا العوض موجودا، غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة، و أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين ويكون العوض بمال كأن يشترط الواهب على الموهوب له التزام بالإعطاء و التزام بالعمل أو الامتناع عن عمل، فمثل الالتزام بالإعطاء أن يلتزم الموهوب له بترتيب إبراء الواهب، أو الأجنبي، أو أن يلتزم بوفاء ديون الواهب، أو الديون المترتبة على العين الموهوبة. و الالتزام بالعمل مثله أن يلتزم الموهوب هل بأن يقوم بخدمات معينة للواهب كأن يزرع له أرضاً و نحو ذلك.

### الفرع الأول: العوض في الهبة في التشريع الجزائري و صورته

والتزام بالامتناع عن عمل مثاله أن يتعد الموهوب له بألا يتصرف في العين الموهوبة (1). و الهبة بعوض يجب أن تبقى قائمة على نية التبرع، و إذا كانت الهبة بعوض مجردة من نية التبرع فهي عقد آخر كالبيع و المقايضة، والعوض في الهبة يجب أن تكون قيمته المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب حتى تستبقي الهبة صفتها باعتبارها تبرعا (2)

### الصور المختلفة للمقابل في الهبة:

و المقابل في الهبة يتخذ صور مختلفة و متباينة نذكر منها ما يلي: قد يراعى في الشروط و الالتزامات التي يعرضها الواهب على الموهوب له لمصلحة هذا الأخير (3). مثال ذلك أن يهب شخص آخر مالا و يشترط عليه أن يشتري به داراً أو أوراق مالية ادخارا للمال عند الحاجة لمصلحة الموهوب له نفسه، و قد تكون الشروط و الالتزامات مفروضة علنا للموهوب له لمصلحة الواهب، مثل ذلك أن يشترط الواهب على الموهوب له أن يوفي ديونه فيلتزم الموهوب له عندئذ بوفاء ديون الواهب التي كانت موجودة وقت الهبة، و قد يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة، كأن يهب شخص مالا لجمعية و يشترط عليها أن تقوم بإنشاء مستشفى أو ملجأ مما يحقق مصلحة عامة (4)

(1) ، (2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 164 ، 165.

(3). (4). د. السنهوري، المرجع السابق، ص 130 ، 131

## الفرع الثاني: العمري و الرقبي في الفقه الإسلامي

### العمري:

العمري في الاصطلاح هي هبة غلة الأصول من الأشجار و الرياع و العقار طول حياة المعمر أو لمدة اتفقا عليها فإذا مات المعمر أو انقضت المدة رجع الشيء للمعمر إن كان حيا و لورثته إن كان ميتا (1) ، و هذه هي هبة المنافع و هي ما يشترط فيها مدة بقاء حياة الموهوب له (2). و العمري لا بد فيه من الحيابة كالهبة و إلا لم تصح، و للمعمر كراؤها العام أو العامين، و لا ينبغي كراؤها أكثر من ذلك فإن كانت لمدة معلومة فله عقد الكراء فيها إلى تلك المدة، و له أن يبيعها من المعمر لورثته نقدا و إلى أجل، و قيل لا يجوز إلا بالنقد (3).

و جاء في البداية: اختلف الفقهاء فيها إلى ثلاثة أقوال :

1. أنها هبة مبتوتة أي أنها هبة للرقبة أي الذات، و به قال الشافعي و أبو حنيفة (4)
2. أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو ورثته و به قال مالك و أصحابه (5)

3. أنه إذا قال هي عمر لك و لعاقبك كانت الرقبة ملكا للمعمر، فإذا لم يذكر العقب عادت الرقبة بعد موت المعمر للمعمر أو لورثته (6)

### الرقبي:

صورة الرقبي هو أن يقول شخص لآخر داري لك رقبي، أو أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على أنك مت قبلي عادت إلي، و إن مت قبلك فهي لك، و لعقبك، فكأنه يقول هو لآخرنا موتا، و لذلك سميت رقبي لأن كل واحد منهما يرقب صاحبه، و هي جائزة في قول أكثر أهل العلم. و رأى بعضهم أنها لا تصح، لأن النبي - صلى الله عليه و سلم - قال: " لا تعمروا و لا ترقبوا"، قال صاحب المغني و لنا ما روى جابر قال قال رسول الله - صلى الله عليه و سلم -: العمري جائزة لأهلها و الرقبي جائزة لأهلها" (7). و من بين الآراء التي وردت في الرقبي:

(1). (2). (3). (4). (5). (6) د. محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص 168 ، 169.

(7) د. محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص 171.

1. قول الحنفية و الحنابلة أن الرقبي معلقة على أمر غير محقق فلذا كانت غير صحيحة، إذا كانت هبة هبة غير صحيحة كانت عارية(1)
2. و قول المالكية أن الرقبي باطلة، فإن وقع ذلك و علم قبل موت أحدهما فسخ العقد و إن علم بعد الموت رجعت الدار للورثة و لا يعبأ بالعقد(2)
3. أما الشافعية فقالوا: أن الهبة تصح بالرقبي و الشرط لغو لا قيمة له، و لا تملك الهبة إل بالقبض بإذن الواهب(3)

### المبحث الثالث: السبب

لقد اختلف الفقهاء المسلمون فيما يخص السبب فمنهم من لم يعالج السبب كركن من أركان العقد و لكن تكلموا عنه بإسهاب في أصول الفقه، و اتسع ليشمل جميع أعمال الإنسان من تصرفات قولية و فعلية و قد اهتموا من جهة أخرى اهتماما عظيما بقصد الإنسان و نيته عند قيامه بعمل من الأعمال، إن القانون الجزائري أسند السبب إلى العقد في المادة 97 ق.م: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام و للأداب كان العقد باطلا."، و عاد و أسنده إلى الالتزام في المادة 98 ف1 ق.م: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقد الدليل على غير ذلك ". و بهذا فإن المشرع الجزائري أخذ بازواجية السبب، لكنه عاد فأسند السبب إلى العقد في ف2 من المادة 98 ق.م بقولها"

### المطلب الأول: السبب في الفقه الإسلامي و التشريع الجزائري

#### الفرع الأول: السبب في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء المسلمون فيما يخص السبب فمنهم من لم يعالج السبب كركن من أركان العقد و لكن تكلموا عنه بإسهاب في أصول الفقه، و اتسع ليشمل جميع أعمال الإنسان من تصرفات قولية و فعلية و قد اهتموا من جهة أخرى اهتماما عظيما بقصد الإنسان و نيته عند قيامه بعمل من الأعمال،

(1). (2). (3). د. عبد الرحمن الجزيري ، المرجع السابق، ص 293 ، 294 ، 299 ، 300.

كما تكلموا عن النية أو القصد في التصرفات القولية تحت عنوان " المقصود في العقود " و ذهبوا إلى أنه إذا كان قصد المتعاقد مشروعاً فالعقد صحيح و إلا فالعقد باطلاً و نقطة البدء في ذلك - قوله صلى الله عليه و سلم-: " إنما الأعمال بالنيات و إنما لكل امرئ ما نوى " (1). و هناك رأي آخر يقول بأن فكرة السبب في الفقه الإسلامي ليست فكرة خالية من الباعث و لو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة أي و لو لم يذكر في العقد، و يكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع، و هذا الرأي تتغلب فيه العوامل الأدبية و الخلقية و الدينية، و يرى ابن حنبل أن عزل الباعث عن السبب يكون العقد غير مشروع بالنظر إلى الغاية غير المشروعة التي يقصد إليها أحد المتعاقدين (2)

### الفرع الثاني: السبب في التشريع الجزائري

و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن لالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه.، و على كل حال فالسبب المطلوب كركن في العقد هو السبب بالمعنى الحديث أي الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد ويشترط فيه شرط واحد و هو أن يكون مشروعاً، و يفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، و إذا ظهر أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع فيشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث و لا يشترط أن يكون متفقاً مع هذا المتعاقد فيه، و هذا هو الرأي الراجح، فإذا كان باعث أحد المتعاقدين غير مشروع و لم يكن المتعاقد الآخر على علم به، و لا كان في استطاعته أن يعلم به، فلا يكون العقد باطلاً و يؤخذ بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة (3). و بما أن القانون الجزائري قد اعتنق النظرية الحديثة للسبب و اعتبره هو الدافع الباعث إلى التعاقد، فإن الغلط في هذا السبب يجب أن يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال فقط قياساً على كل أنواع الغلط، و قد كانت النظرية التقليدية تقول أن الغلط في السبب يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً (4). و في إثبات السبب فإن نص المادة 98 ق.م. السالفة الذكر يواجه فرضيتين:

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 184.

(2) نفس المرجع، ص 187.

(3). (4) د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 75.

### الفرض الأول:

أن يكون العقد خاليا من ذكر السبب، فيفترض في هذا الفرض أن للعقد سببا مشروعاً، و لكن هذه القرينة بسيطة يجوز لمدين أن يثبت عكسها بجميع طرق الإثبات و لو بالبينة و القرائن إذ لا كتابة هنا (1)

### الفرض الثاني:

أن يذكر السبب في العقد، فيفترض أن هذا السبب حقيقي و ليس صورياً، و للمدين أن يثبت أن السبب المذكور في العقد صوري و ليس هو السبب الحقيقي، و لكن على المدين في هذه الحالة أن يثبت العكس بالكتابة لأن الكتابة لا يجوز إثبات عكسها إلا بالكتابة، و لو لم تزد قيمة العقد عن 100000 د.ج، فإذا أثبت المدين صورية العقد كان عبئ إثبات العكس على الدائن، و إذا أثبت الدائن أن السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي، فللمدين أن يثبت أنه غير مشروع، و لكنه في هذه الحالة أن يثبت المشروعية بكل طرق الإثبات لأن عدم المشروعية غشوة الغش يجوز إثباته بكل الطرق و لو كان بشهادة الشهود (2)

(1) د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 75.

(2) د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 76.

## المطلب الثاني: السبب في القضاء الجزائري

إن القضاء الجزائري قضاء حديث النشأة لا يزال يقتضي آثار القضاء الفرنسي و المصري خاصة في مجال الهبة و ما دام الأمر كذلك ينبغي أن نطبق على عقد الهبة النظرية الحديثة للسبب (1)، و يجب أن يفهم هنا السبب بمعناه الحديث: الباعث الدافع للواهب على الهبة. أما نية التبرع و هي التي تقول النظرية التقليدية أنها السبب في الهبة، فهي تختلط اختلاطا تاما بالرضا، فالواهب عندما رضي بالهبة كان رضاؤه هذا متضمنا لنية التبرع. و أكثر ما يظهر عقم النظرية التقليدية في السبب عندما تخلط هذه النظرية نية التبرع بالسبب في الهبات فإن نية التبرع موجودة حتما في كل هبة، ووصف هذه النية بأنها السبب لا يقدم شيئا. و هذا ما دفع الأستاذ كايبتان، و هو من أكبر المدافعين عن نظرية السبب التقليدية، إلى ألا يقف عند نية التبرع، بل يجاوزها إلى الباعث الدافع، فيجعله هو السبب في الهبة إذا اقترنت بشرط يكون هو الذي دفع المتبرع إلى تبرعه (2)، فيجب إذن الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب و خاصة في عقد الهبة، فيكون السبب كما قدمنا هو الباعث الدافع للواهب على التبرع (3) و يجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً، فإذا كان غير مشروع كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقاً، و لكن يجب، حتى تكون الهبة باطلة لعدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع أن يكون الموهوب له يعلم أو يستطيع أن يعلم بهذا الباعث، و قد ذهب بعض الفقهاء إلى أنه لا حاجة في الهبة حتى تبطل إلى أن يكون عدم مشروعية الباعث معلوماً من الموهوب له، فإن الإرادة التي تقف عندها هي إرادة المتبرع وحده فهي الإرادة التي تسيطر على التصرف، فيعتد إذن بالباعث الذي دفع الواهب إلى تبرعه سواء كان معلوماً من الموهوب له أو كان مجهولاً منه، و لكن الرأي الذي ساد هو الرأي الأول، فيجب حتى في الهبة لتكون باطلة، أن يكون عدم مشروعية الباعث الذي دفع الواهب إلى التبرع معلوماً من الموهوب له (4)

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 183.

(2). (3). د. السنهوري، المرجع السابق، ص 132 ، 133.

(4). د. السنهوري، المرجع السابق، ص 133.

## المبحث الرابع: الشكلية

أن هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية و ذلك عن طريق مكاتب التوثيق الموجود في دائرة اختصاصها العقار الموهوب محل عقد الهبة بعد دفع الرسم المستحق و يجب على الموثق التثبت من أهلية المتعاقدين و رضائهما و ذلك عن طريق تقديم مستندات كشهادة الميلاد أو شهادة طبية أو مستند آخر، و لا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين يوقعان عقد الهبة طبقا لنص المادة 324 مكرر 3 السالفة الذكر، و على الموثق قبل توقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو سيرة العقد مع بيان الأثر القانوني المترتب عليه، و يكون من حقه رفض التوثيق إذا اتضح له عدم توافر الأهلية أو الرضا لدى المتعاقدين.

### المطلب الأول: الشكلية في هبة العقار و المنقول

#### الفرع الأول: الشكلية في هبة العقار

يستفاد من نص المادة 206 ق.أ، أن الهبة في العقار تتعقد بالإيجاب و القبول، و مراعاة أحكام التوثيق و تتم بالحيازة، و من أحكام التوثيق ما نصت عليه المواد 324 مكرر 1 و 324 مكرر 2 و 324 مكرر 4 من القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 مايو 1988 و كذا المادة 324 مكرر 3 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدلان و المتممان للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني. و هذه المواد سيتم ذكرها على التوالي:

1. المادة 342 مكرر 1: " زيادة على العقود التي بأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. و تودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد."

2. المادة 324 مكرر 2: " تقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد. و إذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون

بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر. و فضلا عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي مجهل الاسم و الحالة و السكن و الأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما".

3. المادة 324 مكرر 3: "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية، بحضور شاهدين".

4. المادة 324 مكرر 4: "يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة و حالات و مضمون، و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة أن الهبة ظاهرة البطلان(1). و يجب فضلا عن ذلك أن يتضمن العقد الرسمي جميع عناصر الهبة و شروطها و جميع ما عسى أن يفرض من التزامات على الموهوب له و أصل ملكية العقار، و طبيعة و حالات و مضمون و حدود العقارات، و أسماء المالكين الأصليين السابقين، و عند الإمكان وصف التحولات المتتالية للملكية و كذلك وفق ما توجبه المادة 324 مكرر 4 ق.م(2). و إذا تمت الهبة بواسطة وكيل فعلى الموثق أن يتأكد من مضمون الهبة حتى لا يتجاوز مضمون الوكالة في الهبة، إذا كانت فهي وكالة خاصة يجب أن يتوفر فيها الشكل، الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، و يكون ذلك وفق ما تنص عليه المادة 572 ق.م(3). " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك " و بإتمام تلك الإجراءات و استيفائها جميعا من دون نقص، يصبح عقد الهبة عقدا رسميا و صحيحا نافذا في كافة التراب الوطني حتى يثبت تزويره وفق ما تقضي به المادة 324 مكرر 5 ق.م: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. و يعتبر نافذا في كل التراب الوطني.

(1) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 44.

(2)، (3) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 206.

" و المادتين 324 مكرر 6 324 مكرر (1) الآتي ذكرهما على التوالي: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن. غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، و عند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم، حسب الظروف، إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً. "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى و لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. و لا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت. "و يلاحظ وجوب توفر الرسمية و الحيابة و لا يغني أحدهما عن الآخر فالرسمية لا تغني عن الحيابة و الحيابة لا تغني عن الرسمية، و يؤكد هذا الرأي ما ورد في المادة 208 ق.أ: " إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة. "، إلا أن هذا الرأي يبدو أن المشرع الجزائري انفرد به دون غيره من المشرعين العرب و الأجانب و كان عليه أن يجعل الرسمية تغني عن العينية (2) و هبة العقار لا بد أن تسجل بناء على نص المادة 206 ق.أ، أو بناء على القواعد العامة في القانون المدني، لأن نقل ملكية العقار تستلزم التسجيل هبة كانت أو بيعاً و يلزم الإشهار و التسجيل في المحافظة العقارية و كذلك في إدارة الدومين وفقاً لم توجهه المادتان 792 ، 793 ق.م(3). و في الغالب يكون قبول الموهوب له للهبة متصلاً بإيجاب الواهب، فتحرر الورقة متضمنة كل من الإيجاب و القبول في وقت واحد و لكن قد ينفصل القبول عن الإيجاب و في هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب في ورقة رسمية، و أما القبول لم يشترط القانون المدني وفقاً لنص المادة 68 منه أن يكون مكتوباً في ورقة رسمية فيمكن أن يتم بورقة عرفية أو باللفظ أو حتى بمجرد السكوت (4). أما قبول الهبة في قانون الأسرة فيمكن القول أن نص المادة 206 يحتمل أنه إذا كان القبول منفصلاً عن الإيجاب أن يكون في شكل رسمي وفق ما تقتضيه دلالة نص المادة المذكورة، لأن الأصل في عقد الهبة أنه لا ينعقد إلا بتوفر كل من الإيجاب و القبول مجتمعين و أنهما يشكلان رسمية الهبة في حالة حضور الطرفين، أما إذا كانا غائبين فلا بد من شكلية القبول و لذلك لا بد من إفراغ كل من القبول و الإيجاب في شكل رسمي

(1)، (2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 207.

(3)، (4) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 207.

و لم يتناول القانون الجزائري الهبة بالنص عليها بين العقود الناقلة للملكية كما فعل القانون المدني المصري، و الليبي، و على ذلك فتبقى الهبة في القانون الجزائري داخلة في نطاق الأحوال الشخصية(1) و إذا وقعت الهبة خارج الجزائر و في بلد أجنبي فما هو القانون الذي يطبق على شكل الهبة؟ و هل يخضع هذا الشكل لجنسية الواهب، أو لقانون البلد الذي تمت فيه الهبة؟ فاعتبار أن هذا الشكل مكمل للأهلية فإنه يخضع لقانون جنسية الواهب و يدخل في نطاق الأحوال الشخصية، و يجب أن يسجل العقد أمام القنصل الجزائري مادام قد وقع في الخارج(2).

### الفرع الثاني: الشكلية في هبة المنقول

تتطلب الشكلية في المنقول إجراءات خاصة و المقصود بذلك هو استقاء الإجراءات القانونية الخاصة بنقل الملكية في بعض المنقولات التي يستلزم القانون فيها هذه الإجراءات كما هي الحالة في هبة الأسهم و السيارات و غيرها من المنقولات التي يتطلب القانون استيفاء إجراءات لنقل ملكيتها و لم يفصل المشرع لجزائري ما يقصد المشرع الفرنسي في المادة 932 باشتراطه في الإجراءات الخاصة في المنقولات في صدد هبة المنقول، و إنما فصل الإجراءات الخاصة في هبة بعض المنقولات كما في الأسهم الاسمية كأن تقيد أو توثق مع تسليم سندها(3). و من المنقولات التي يستلزم القانون فيها الإجراءات الخاصة بالأسهم، التي تنص المادة 700 ق.ت عليها، و هناك مثال آخر للإجراءات الخاصة بالمنقولات، فقد ورد في القانون البحري في المادة 49 أن العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطه لحق الملكية أو العقود العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر من الموثق يتضمن نوع السفينة و ساعاتها و مداخلها و مخرجها وأسماء مالكيها السابقين و بقدر الإمكان طابع و تاريخ عمليات نقل الملكية المتعاقبة و يكون قيدها إلزاميا في سجل السفينة و إذا كان المنقول معيناً بنوعه فقط، فلا تنتقل ملكيته إلا بفرزه وتسليمه للموهوب له حتى تتم الهبة بالحيازة(4)

- (1) د. علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2000، ص 83.
- (2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 208.
- (3) د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 78.
- (4) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 211 .

## المطلب الثاني: جزاء الإخلال بالشكلية و الاستثناءات الواردة عليها

### الفرع الأول: جزاء الإخلال بالشكلية

يستفاد من نص المادة 206 ف2 ق.أ و المادة 324 مكرر 1 ق.م أنه إذا تخلفت الشكلية في هبة العقار و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول تصبح الهبة باطلة فجزاء اختلال الشكل في هبة العقار هو البطلان المطلق، و لا تنتج أثرا، فيبقى المال الموهوب ملكا للواهب يستطيع إيهابه كما يريد و لا ينتقل الملك إلى الموهوب له و لا يستطيع أن يتصرف فيه(1) و يجوز للواهب أن يرفع دعوى بطلان، و أن يتمسك بالبطلان دفاعا في دعوى يرفعها عليه الموهوب له، كما يجوز لأي ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان فيتمسك به ورثة الواهب و الخلف الخاص كمشتر من الواهب، و إذا كان الواهب قد سلم الشيء الموهوب إلى الموهوب له و انقضت دعوى البطلان بالتقادم، جاز للواهب أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقار و لا يستطيع الموهوب له أن يدفع هذه الدعوى بالتقادم، فإن الدفع لا تتقادم(2). و لما كان بطلان الهبة لعيب في الشكل هو بطلان مطلق، فإن الهبة الباطلة على هذا النحو لا تصححها الإجازة، و كل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد، فيستوفي الشكل المطلوب و عند ذلك تتم الهبة، و لكنها هبة جديدة غير الهبة الأولى الباطلة، تاريخها من وقت استيفاء الشكل، لا من وقت الهبة القديمة و يشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند عمل الهبة الجديدة و لا يكفي توافرها وقت إبرام الهبة القديمة(3). و إذا كان الموهوب منقولا مما يستوجب الإجراءات الخاصة، فلا تراخ هذه الإجراءات، أو روعيت و لكن بشكل يخالف هذه الإجراءات بصفة جوهرية يثر على صحتها، فإن هذه الهبة تعتبر باطلة و لا تلحقها الإجازة(4) و يستطيع الواهب في هذه الحالة أن يسترد الموهوب الذي وهبه، و لا يجوز للموهوب له أن يدفع بعدم جواز الاسترداد أو بدعوى أن الواهب سلمه المنقول ذلك لأن الهبة إذا كانت تتم بالقبض وفقا لنص المادة 206 فإنها تستوجب لإتمام الهبة مراعاة الإجراءات الخاصة،

(1)، (2)، (3) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 69 ، 70.

(4) د. محمد بن أحمد تقيية، المرجع السابق، ص 214.

و لا ينبغي القبض على الإجراءات الخاصة، بل لابد من توفر القبض بجانب الإجراء الخاص و لا يغني أحدهما عن الآخر(1). و ل يسوغ للحائز أن يحتج بنص المادة 835 ق.م فيما يتعلق بالهبة ما دام نص المادة 206 ق.أ صريحا، فلا يجوز التحول عنه إلى أحكام المادة 835 و الاعتداد بالقبض(2)

### الفرع الثاني: الاستثناءات من وجوب الشكلية و العينية في الهبة

#### الهبة غير المباشرة:

الهبة غير المباشرة هي التي تنشأ من أي عقد غير عقد الهبة، من غير أن يكون التبرع الذي تضمنه غير مخفيا، و الذي يميزها عن الهبات المستترة هو وجود الصورية في الهبات المستترة أما في الهبات غير المباشرة فتظهر نية الواهب في التبرع و رغبته في الهبة(3). فالهبة المباشرة هي تصرف الواهب في ماله للموهوب له على سبيل التبرع، فالذي يميز الهبة المباشرة أنها تصرف مباشر في المال، إما بنقل حق عيني أو بإنشاء التزام شخصي أما الهبة غير المباشرة يكسب الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع عن طريق الواهب، و لكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب فتلك هي الهبة غير المباشرة(4) و تقع الهبات غير المباشرة غالبا في صورة التنازل أو الترك، كما إذا تنازل شخص عن حق شخصي أي الإبراء، أو حق انتفاع أو حق ارتفاق مقرر لمنفعة عقاره على عقار الموهوب، و من صورها أيضا التعهد بالدفع، و حوالة الحق و الوفاء عن الغير و الوفاء به، و الاشتراط لمصلحة الغير، و الشراء باسم مستعار(5). و الهبة غير المباشرة تستثنى من وجوب الشكلية و العينية إذ القانون لم يشترط الشكلية أو العينية إل في الهبات المباشرة المكشوفة، و من ثم تتم الهبة غير المباشرة دون حاجة إلى ورقة رسمية، و دون حاجة إلى القبض في المنقول، غير أن الأحكام الموضوعية تسري عليها،

(1)، (2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 215.

(3) د. محمد كامل مرسي، المرجع السابق، ص 112.

(4) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 79 ، 80.

(5) د. حسن محمد بودي، الرج السابق، ص 47.

كجواز الرجوع في الهبة و الطعن بالدعوى البولصية و أهلية التبرع والتصرف في مرض الموت و غير ذلك من الأحكام(1).و تثبت الهبة غير المباشرة وفقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات، فتجب الكتابة أو ما يقوم مقامها فيما بين المتعاقدين فيما يجاوز 100000 د.ج طبقا لنص المادة 333 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 و المعدل و المتمم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، كما إذا أراد الواهب الرجوع في الهبة، أما الغير فله أن يثبت الهبة غير المباشرة بجميع الطرق و منها البينة و القرائن، كما إذا أراد الواهب أن يطعن في الهبة غير المباشرة بالدعوى البولصية(2)

### الهبة المستترة:

تعتبر الهبة المستترة في الواقع هبة مباشرة إذ خلالها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا، أو يلتزم أو يلتزم له بحق شخصي و لكنها تختلف من حيث أن ظاهرها يختلف عن حقيقتها فهي في حقيقتها هبة لكنها تظهر تحت اسم آخر ساتر لها .و العقد الساتر للهبة سواء كان بيعا أو قرضا أو إقرارا بدين، أو حوالة الحق أو عقد محاباة. أو عقد إيراد بمرتب مدى الحياة، فإذا كان العقد الساتر للهبة عقد بيع مثلا وجب أن يذكر ثمنا صوريا و إلا كانت الهبة مكشوفة و تستوجب الرسمية، و جعل الهبة تحت ستار عقد آخر لا يعفيها من سائر شروط الهبة كأهلية التبرع في الواهب و ملكيته للموهوب(3). و الهبة المستترة هي الأخرى معفاة من الشكلية و العينية، على أنها إذا كانت لا تخضع لأحكام الهبة الشكلية فإنها تخضع لأحكامها الموضوعية، و يترتب على ذلك أن الهبة المستترة تعتبر هبة، و تستلزم أهلية التبرع في الواهب، يجب أن يكون الواهب مالكا لما تبرع به و يتحقق فيها ضمان الاستحقاق و ضمان العيب، و تعتبر تبرعا بالنسبة إلى الدعوى البولصية، و يجوز فيها الرجوع، إلا إذا وجد المانع و إذا صدرت في مرض الموت كان لها حكم الوصية و من يدعي أن العقد الظاهر ليس هبة مستترة ليجري عليه أحكام الهبة الموضوعية هو الذي يحمل عبء الإثبات،

(1). (2) د؟ السنهوري، المرجع السابق، ص 84 ، 85 .

(3) د. حسن محمد بودي، المرجع السابق، ص 47 ، 48.

و قاضي الموضوع هو الذي يبت فيها إذا كان التصرف المطعون فيه هو هبة مستترة، يعتمد في ذلك إلى ظروف التصرف و ملابساته و لا معقب على تقديره من المحكمة العليا(1)

### التمييز بين الهبة المستترة و الهبة غير المباشرة :

الهبة المستترة هبة مباشرة، إذ فيها ينقل الواهب للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصي، و هذا أول فرق بين الهبتين، و الفرق الثاني أن الهبة المستترة ظاهرها غير حقيقتها، فهي في حقيقتها هبة لكنها تظهر تحت اسم عقد آخر، أما الهبة غير المباشرة فظاهرها كحقيقتها فهي هبة في الحقيقة وفي الظاهر. و الهبة غير المباشرة أعفيت من الشكل بحكم النظام الخاص الذي يسري عليها كما سبق القول، أما الهبة المستترة فهي هبة مباشرة و القانون يعني الهبة المستترة التي تتم تحت ستار من الشكلية سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول(2)

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 221.

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 86.

### المبحث الخامس: قبض الهبة و الوعد بها

في الجملة فإن الخلفاء الراشدين و غيرهم اتفقوا على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة محوزة و. يترتب على ذلك أنه لو وهب إنسان ثوبا، أو عينا من الأعيان، مفرزا مقسوما، و لم يؤذن له بقبضه، فقبضه الموهوب له، فإن كان بحضرة الواهب، يجوز استحسانا و القياس أن لا يجوز قبضه بعد الافتراق من المجلس و هو قول زفر، لأن القبض عنده ركن بمنزلة القبول في حق إثبات الحكم، فالقبض في العقار يكون تسليمه و ذلك بوضعه تحت تصرف الموهوب له لأن يتخلى الواهب عنه إلى الموهوب له فإن كان دارا يسكنها الواهب و جب عليه أن يخليها

#### المطلب الأول: قبض الهبة

#### الفرع الأول: القبض في الفقه الإسلامي

##### 1. في الفقه الحنفي و الشافعي:

القبض شرط للزوم الهبة حتى أنه لا يثبت الملك للموهوب له قبل القبض، بدليل ما روت عائشة - رضي الله عنها- أن أباهما نحلها جداد عشرين وسقا من ماله، فلما حضرته الوفاة قال: يا بنية: إن أحب الناس عندي بعدي لأنت، وإن أعز الناس علي فقرا بعدي لأنت و إن كنت نحلتهك جداد عشرين وسقا من مالي، و لو كنت جدديته و أحرزتيه لكان لك، و إنما هو اليوم مال الوارث، و إنما هما اليوم أخواك وأختاك فاقسموه على كتاب الله، قالت: هذان أخوأي، فمن أختاي، إنما هي أسماء، فمن الأخرى؟ قال: ذو بطن بنت خارجة، فإني أظنها جارية. فهذا نص في اشتراط القبض في الهبة، و إن الهبة تملك بالقبض لقوله: " لو كنت جدديته و أحرزتيه لكان لك" و قال عمر بن الخطاب- رضي الله عنه-: " ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلا، ثم يمسونها فإن مات ابن أحدهم، قال: مالي بيدي، لم أعطه أحدا و إن مات هو قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه فمن نحلته فلم يحرزها الذي نحلها- و أبقاها -حتى تكون إن مات لورثته فهي باطلة" (1) و هذا هو قول عثمان و علي أيضا فلا يجوز القبض بعد الافتراق عن المجلس، كما لا يجوز القبول بعد الافتراق، و وجه الاستحسان أن الإذن بالقبض وجد من طريق الدلالة لأن الإيجاب فيه دلالة الإذن بالقبض. (2)

(1) ، (2)د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 19 ، 20 ، 21.

## 2. في الفقه المالكي:

لا يشترط القبض في صحة الهبة، و لا للزوم الهبة، و إنما هو شرط لتمامها، أي لكمال فائدتها، بمعنى أن الموهوب يملك بمجرد العقد أي القول، على المشهور عندهم. و القبض أو الحيابة تتم الهبة، و يجبر الواهب على تمكين الموهوب له من الموهوب، و دليلهم تشبيه الهبة بالبيع و غيرهم من سائر التملكيات، و لقول الأصحاب: الهبة جائزة إذا كانت معلومة، قبضت أو لم تقبض، و يصح القبض و لو بلا إذن من الواهب، و يجبر الواهب على تمكين الموهوب له من القبض حيث طلبه، لأن الهبة تملك بالقول أي بالإيجاب، على المشهور عندهم. (1)

## 3. في الفقه الحنبلي:

القبض شرط لصحة الهبة في المكيل أو الموزون لإجماع الصحابة على ذلك و يظهر أن المراد بكون القبض شرط صحة أنه شرط لزوم بدليل قول ابن قدامي إن المكيل و الموزون لا تلتزم فيه الصدقة و الهبة إلا بالقبض، و هو قول أكثر الفقهاء. أما غير المكيل و الموزون فتلتزم فيه بمجرد العقد و يثبت الملك في الموهوب قبل قبضه لما روي عن علي و ابن مسعود- رضي الله عنهما- أنهما قالوا: الهبة جائزة إذا كانت معلومة قبضت أو لم تقبض. (2)

## الفرع الثاني: قبض الهبة في التشريع الجزائري:

### 1. القبض في العقار

و إن كانت أرضا زراعية و جب عليه أن يخرج منها و أن يتركها و يأخذ كل ماله منها، سواء من حيوانات أو آلات أو عتاد فلاحي، ثم يمكن الواهب الموهوب له من الاستيلاء على العقار المذكور حتى يتمكن من الدخول فيه و استغلاله من دون أي تعرض و بهذا يتم القبض في العقار و تصبح الهبة تامة وفق ما تقضي به المادة 206 ق.أ و التوثيق و التسجيل لا يكفيان في القبض، بل لابد من إتمام القبض و الحيابة مجتمعين و لا يغني القبض عن الرسمية كما لا تغني الرسمية عن القبض، فهما شيئان متلازمان يشكلان مجتمعين تمام الهبة وإلا فلا تعتبر الهبة تامة إذا تخلف أحدهما (3)

(1) د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 22 .

(2) ابن قدامي، المرجع السابق، ص 277. كان،

(3) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 225، 221 .

## 2. القبض في المنقول

إذا كان المنقول من المنقولات التي تتطلب إجراءات خاصة فإن القبض فيها هو الآخر يتطلب القيام بهذه الإجراءات بجانب تسليمها وحيازتها من قبل الموهوب له و ذلك كالسفن و الزوارق و السيارات و الجرارات و ما في حكمها كالدراجات النارية و بعض الآلات، و كذلك الأسهم الاسمية فلا تتم الهبة إلا بالحيازة باعتبار أنها شرط تمام، أما المنقولات التي ليس من طبيعتها الخضوع إلى الإجراءات الخاصة، فإنها تتم بالحيازة و ذلك بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب من قبل الواهب إلى الموهوب له، و هو ما يسمى بالهبة اليدوية، و هي الهبة التي تقع على أشياء قابلة للنقل دون قيد أو عقد أو توثيق، كالكتب و الحلي و المجوهرات و الساعات و الأشياء المادية ذات القيمة المالية أو الرمزية أو المعنوية و الآلات الإلكترونية و مختلف الحيوانات (1). و يستفاد من هذا أن القبض يتم بحيازة المنقول و استعماله و الانتفاع به و ذلك بتخصيص لموهوب له لينتفع به

### القبض في المنقول نوعان:

#### القبض الفعلي:

يتم عادة بالمناولة و ذلك بأن يتناول الموهوب له الموهوب- المنقول-يدا بيده، فتنتقل بذلك حيازة الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، كذلك يتم القبض الفعلي بوضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته، و الانتفاع به من دون عائق(2)، و لو أن الموهوب له لم يستولي على المنقول، استيلاء ماديا ما دام قد أعلم بوضع المنقول تحت تصرفه أن إمكانه الاستيلاء عليه من دون عائق، فإن هذا يكفي لإتمام الحيازة أو القبض في الهبة، و كل ما يشترط في هذا النوع من المنقولات لإتمام الهبة القبض و الحيازة، فإذا حاز الموهوب له المال الموهوب تمت الهبة و إلا فتكون الهبة كأن لم تكن(3)

(1). د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 225، 221 .

(2). (3). د. بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 223

### القبض الحكمي:

نصت عليه المادة 207 بقولها: "إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة و إذا كان بيد الغير وجب إخباره بها ليعتبر حائزا". فالحيازة حسب هذه المادة تكون قد تمت فعلا و حكما، و إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له، إما على سبيل الإعارة أو الوديعة مثلا، أو أن الشيء الموهوب يكون تحت يد شخص ثالث و هو الغير، فيجب على الواهب إخبار الموهوب له و بمجرد الإخبار بأن الشيء المذكور وهب له فيصبح جائزا حكما، و قد يغني التوثيق و الإجراءات الإدارية عن الحيازة إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا مثلا نصت المادة 208 ق.أ. (1)

### المطلب الثاني: الوعد بالهبة

أن الوعد بالتعاقد مرحلة تسبق إبرام العقد نهائيا و يكون الوعد إما من جانب واحد و إما من جانبين. و يشترط في الوعد من جانب واحد أن يكون الواعد أهلا للتعاقد على العقد الموعود مثل عقد الهبة، و يكون وعده حينئذ صحيحا و لو فقد الأهلية عند إبرام العقد النهائي بشرط أن لا تزيد التزاماته عما كانت عند الوعد.

### الفرع الأول: في الفقه الإسلام

لقد اختلف الفقهاء المسلمون في لزوم الوعد للواعد بصفة عامة و بالنسبة إلى سائر العقود إلى أربعة أقوال:

### القول الأول:

و هو المشهور منها، يرى أن الموعود له إذا دخل بسبب الوعد في فعل الشيء اقتضاه اتفاقا قضي على الواعد بها، مثال ذلك أن يقول شخص لآخر إني أريد أن أهدم داري أو أن أبنيتها أو أن أسافر و ليس عندي ما يمكنني من ذلك و يقول له صاحبه أفعل و أنا أقرضك أو أعطيك كذا، فإنه يلزمه الوفاء بما وعد إذا دخل في الفعل بناء على ذلك و هذا القول قول الإمام مالك و ابن القاسم و اختاره الإمام سحنون. (2)

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 225، 226 .

(2)، نفس المرجع، ص 238.

### القول الثاني:

قال أصبغ يقضي الوعد إذا كان على سبب و إن لم يدخل فيه فعلا و إلا فلا، و هو رأي عمر بن عبد العزيز - رضي الله عنه - قضى به . (1)

### القول الثالث:

يرى أنه لا يفي بالوعد مطلقا على أية حال لأنه تفضل و إحسان و إن أمر بالوفاء به ديانة، و هذا هو مذهب الحنفية و الشافعية و الحنابلة و جمهور الفقهاء من الصحابة و التابعين (2)

### القول الرابع:

و هو لبعض الفقهاء و هم يرون القضاء به مطلقا، و إلى هذا ذهب عبد الله بن شبرمة فقال: الوعد كله لازم و يقضي به على الواعد و يجبر عليه، و استدل بقوله تعالى: {كبر مقتا عند الله أن تقولوا ما لا تفعلون} و مما روي عن ابن عباس عن رسول الله - صلى الله عليه و سلم - أنه قال: "أربع منكن فيه كان منافقا خالصا و من كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، ثم نكر منها، و إذا وعد أخلف." و هكذا يتضح من أقوال الفقهاء المسلمين أنه يمكن القول أن الوعد من جانب واحد ملزم للواعد على بعض القيود البسيطة، كما يلاحظ من أقوالهم، و يجب القضاء به عن البعض الآخر أن الوفاء به من مكارم الأخلاق، و أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء به . (3)

### الفرع الثاني: في لتشريع الجزائري

#### الوعد في القانون المدني الجزائري:

يستفاد من نص المادة 71 ق.م" الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و المدة التي يجب إبرامه فيها. و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد."

(1) نفس المرجع، ص 238

(2). (3). د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 238 ، 239

كما يشترط أن تخلو إرادة الواعد من عيوب الرضا عند صدور الوعد منه أما الطرف الموعود له في الوعد من جانب واحد، فلا تشترط فيه الأهلية إلا عند إعلان رغبته في إبرام العقد الموعود به، و يكفي أن يكون مميزا عند صدور الوعد له، و لكن يشترط خلو رضائه من العيوب عند صدور الوعد له، و عند إظهار رغبته في إبرام العقد الموعود به (1). أما إذا كان الوعد من الجانبين، فيلزم أن تتوافر في كل منهما أهلية التعاقد على العقد الموعود عند صدور الوعد، و أن يخلو رضاؤهما من العيوب في هذا الوقت، لأن الوعد يعتبر في هذه الحالة عقدا ابتدائيا. و في كلا النوعين من الوعد لا يكون الوعد صحيحا إلا إذا توافرت فيه جميع عناصر العقد الموعود بإبرامه (2)، فإذا كان مثلا عقد هبة و جب أن يشتمل على جميع المسائل الجوهرية تحديدا كافيا، و يبين ما إذا كان منقولاً أو عقارا كما يحدد نوع الهبة محل الوعد، هل هي هبة بعوض أو بغير عوض مع ذكر العوض و قدره، و يجب تحديد المدة التي يتعين فيها إبرام عقد الهبة النهائي في الوعد بالهبة سواء كان تحديد هذه المدة صراحة أو ضمنا، لأن تحديدها واجب حتمي (3). و يستفاد من نص المادة 71 ف2 ق.م أنه يجب مراعاة الرسمية في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام الهبة، إذا كان عقارا أو منقولاً يتطلب إجراءات خاصة (4). و يلاحظ من خلال الممارسة التطبيقية امتناع بعض الأساتذة الموثقين عن تحرير عقد الوعد بالهبة، بحجة أن الهبة تتم بصورة منجزة و فورية، فضلا عن انعدام التحويل القانوني الذي يسمح بإبرام الوعد بالهبة، و هذا الموقف غير سليم، إذ يجوز للمتعاقدين اللجوء إلى الموثق لإبرام عقد وعد بالهبة لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك، و دليل ذلك الحجج التالية:

أ. أن رفض تحرير الوعد بالهبة بحجة أنها تتم بصورة فورية يعد موقفا غير سديد كون هذه الخاصة ذكرها الشراح للتدليل بأن الهبة يراد بها إضافة التملك الفوري و هذا من أجل تمييزها عن الوصية التي يراد بها إضافة التملك إلى ما بعد الموت

(1) ،، (2) د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 46 .

(3) ، (4) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 231 ، 232 . ب.

ب. أن انعدام نص في قانون الأسرة يشير إلى الوعد بالهبة لا يمنع من تحريرها، إذ في مثل هذه الوضعيات يجب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة الأم و بالضبط إلى أحكام المادتين 71 ، 72 منه اللتان تنصان على مبدأ الوعد بالتعاقد(1). المادة 72 ق. م : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد .ii". آثار الوعد بالهبة في القانون الجزائري: لا تختلف آثار الوعد إذا كان من جانب واحد عن آثاره إذا كان من جانبين. فإذا كان الوعد من جانب واحد التزم الواعد بالبقاء على وعده حتى يظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال المدة المحددة في الوعد، و متى أظهر الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد خلال هذه المدة تم العقد دون حاجة إلى أي إجراء جديد، لأن الوعد كان مشتملا على جميع العناصر الجوهرية للعقد و خصوصا على الشكل إذا كان العقد شكليا، و لا ينعقد العقد إلا من وقت إعلان الرغبة دون أثر رجعي. أما إذا مضت المدة و لم يعلن الطرف الآخر رغبته في إبرام العقد فإن الوعد يسقط.(2) أما في الوعد الملزم للجانبين فبحلول الأجل المحدد لإبرام العقد النهائي يلتزم الطرفان بإبرامه و يترتب على ذلك أنه، في الوعد الملزم لجانب واحد و قبل إعلان رغبة الموعود له، و في الوعد الملزم للجانبين و قبل حلول الأجل المحدد، يكون الواعد ملزما بالتزام شخصي فقط نحو الموعود له، و لا يكون لهذا الأخير إلا أن يطالبه بتعويض ما أصابه من ضرر، و إذا هلك الشيء في هذه الفترة كانت تبعة الهلاك على الواعد.

أما عند إظهار رغبة الموعود له في الوعد الملزم للجانبين فيجب على الطرفين إبرام العقد النهائي، و إذا تقاعس أحدهما عن إبرام العقد، فللجانب الآخر إجباره على ذلك برفع دعوى تسمى دعوى صحة التعاقد، و متى صدر الحكم بصحة التعاقد، قام مقام العقد النهائي بشرط أن يكون الشكل قد توافر في الوعد بالعقد الشكلي و إذا كان محل العقد عقارا جرى تسجيل لحكم و انتقلت ملكية العقار و هذا ما نصت عليه المادة 72 ق.م(3)

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، طبعة ثانية، 2000، ص 24 ،

(2) د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 47.

(3) د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 47 ، 48.

### المبحث السادس: موازنة أركان الهبة ما بين الشريعة و القانون:

مما سبق يتبين أن أغلب الرأي لدى فقهاء المذاهب الإسلامية الأربعة يقررون للهبة ركنين هما الإيجاب و القبول، و إن الهبة إن نشأت بالإيجاب لا تتم إلا بالقبول و القبض و هم بذلك يلتقون مع أحكام المادتين 202 ، 206 ق.أ و الرأي المخالف لهؤلاء و هو رأي أغلب الأحناف ما عدا الإمام زفر الذين يعتبرون أن الهبة تنشأ بإرادة منفردة، و تعتمد على ركن واحد، و هو الإيجاب من الموجب، دون توقف على القبول، ما دام الواهب التزم من تلقاء نفسه و بإرادته المنفردة الوحيدة (1) و القبول في عقد الهبة عند الإمام مالك يجوز على التراضي خلافا لجمهور الفقهاء وخلافا لرأيه في سائر العقود الأخرى، و هذا ناتج عن أن عقد الهبة عنده لازم بالقبول، و أن الهبة في الأصل لا رجوع فيها إلا للوالد على ولده و هو عقد مقيد بعدة شروط غير مطلقة. و الأخذ برجوع الواهب قبل قبول الموهوب له يعتبر تطبيقا لنص المادة 61 ق.م و يتفق مع ما أخذ به جمهور فقهاء المسلمين(2) اتفق المشرع الجزائري وفقا لقانون الأسرة مع فقهاء المذاهب الأربعة فيما يخص الشروط الواجب توافرها في كل من الواهب و الموهوب له، غير أنهم اختلفوا في الهبة للجنين، حيث أجاز الإمام مالك و أصحابه الهبة للجنين و المعدوم و خالفه في ذلك الحنفية والشافعية و الحنابلة الذين اعتبروا أن الهبة لا تصح للجنين و هي له باطلة، باعتبار أن الهبة تمليك محض و الجنين لا يمكنه أن يقبض و لا يملك لنفسه، و لا ولاية لأحد عليه فيقبض و يقبل عليه لأن الولاية تبدأ من الولادة. أما المشرع الجزائري و وفقا لما نصت عليه المادة 209 ق.أ فقد انسجم مع رأي الإمام مالك و أجاز الهبة للجنين و بالنسبة لمرض الموت فالمشرع الجزائري لم يعرفه و أحال ذلك على فقهاء الشريعة الإسلامية حيث لم يختلفوا في تعريفه، و قد اتفقوا أنه يجب أن يتوفر فيه أمران و قد سبق ذكرهما، غير أنهم اختلفوا فيما يدور حول الأمارات و الأوصاف الظاهرة التي يتبين منها أن المرض هو مرض موت، و الملاحظ أن المشرع الجزائري جرى مجرى فقهاء الشريعة الأربعة فيما يخص الشروط الواجب توافرها في المحل،

(1)(2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 70 ، 76 (2). نفس المرجع، ص 304

غير أن المذهب المالكي لم يذكر شرط وجود المحل عكس كل من الحنفية و الشافعية و الحنابلة و المشرع الجزائري الذين أوجبوا أن يكون المحل موجودا. أما السبب فقد اختلف الفقهاء فيه فمنهم من يرى أن السبب يكمن في نية المتعاقد فإذا كانت نيته مشروعة كان العقد صحيحا و إلا كان العقد باطلا، و منهم من يرى أن السبب هو الدافع الباعث على التعاقد فكلما كان الدافع مشروعاً كان العقد صحيحاً، أما إذا كان غير مشروع فالعقد باطلا، و المشرع الجزائري أيضا اعتبر السبب هو الدافع الباعث على التعاقد. ولم يشترط فقهاء الشريعة الإسلامية الشكلية في عقد الهبة سواء كانت هبة عقاراً أو هبة منقول بل عرفوا القبض فقط، نظراً لطبيعة المعاملات السائدة آنذاك، و لعدم معرفتهم بنظام التوثيق و الشهر العقاري. أما المشرع الجزائري فقد أوجب الشكلية أي الرسمية في هبة العقار و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول، تحت طائلة البطلان. كما أنه يفهم من نص المادة 206 ق.أ أن الرسمية لا تغني عن العينية أي الحيابة، و يؤكد هذا الرأي ما ورد في المادة 208 من نفس القانون، الذي يجعل الرسمية الإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة في ثلاث حالات محددة على سبيل الحصر في المادة 208 ق.أ، و المشرع الجزائري هنا على خلاف أغلب التشريعات، و كان الأجدر به أن يجعل الرسمية تغني عن الحيابة(1) لقد اعتبر كل من الحنفية و الشافعية قبض الشيء الموهوب شرط لزوم بحيث لا يثبت الملك للموهوب له إلا بالقبض على عكس المالكية و الحنابلة الذين اعتبروا القبض شرط لصحة الهبة. أما فيما يخص المشرع الجزائري فقد أوجب تسليم العقار و وضعه تحت تصرف الموهوب له و بذلك تصبح الهبة تامة و هذا في هبة العقار، بينما في هبة المنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة فقد أوجب المشرع الجزائري إجراءات خاصة في القبض بالإضافة إلى تسليمها و حيازتها من قبل الموهوب له. و فيما يخص الوعد بالهبة، فقد اختلف جمهور الفقهاء حول مدى إلزامية الوعد، فمنهم من قال أن الوعد يجب الوفاء و القضاء به، أما البعض الآخر فاعتبروا أن مجرد الوعد لا يلزم الوفاء لأنه من مكارم الأخلاق إذ يراد به التفضل و الإحسان.

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 204 ، 205.

و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة نجده لم ينص على الوعد بالهبة، و لكن بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة الأم، و خاصة في المادتين 71 ، 72 منه، يمكن الأخذ بالوعد بالهبة بالشروط المطلوبة قانونا و هي وجوب تعيين المسائل الجوهرية لعقد الهبة الموعود به، و وجوب تعيين المدة التي يجب إبرامه فيها، و وجوب الشكلية في هبة العقار أو المنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة، أما الوعد بالهبة في المنقول العادي فتكفي فيه الكتابة العرفية، كما يمكن أن يسجل في صفة رسمية(1). و بالتالي فالمشرع الجزائري هنا أخذ بالقول الأول لفقهاء الشريعة الإسلامية ، و الذي يقضي بوجوب الالتزام بالوعد و الوفاء به

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 306

## الفصل الثاني

# أحكام الهيئة والآثار المترتبة عنها

### المبحث الأول: الآثار التي تترتب على الهبة

الأصل أن عقد الهبة عقد ملزم لجانب واحد و هو الواهب الذي تسري على التزاماته القواعد العامة التي تسري على البائع. أما الموهوب له فالأصل أنه لا يلتزم بشيء إذ أن عقد الهبة عقد تبرع محض، غير أنه في الكثير من الأحيان يتحمل نفقات عقد الهبة و نفقات التسلم كما قد يلتزم الموهوب له بأداء العوض أو المقابل في حالة الهبة بعوض أي عندما تكون الهبة عقد ملزم لجانبين، و بهذا تكون التزامات الموهوب له على نحو ما يلزم به المشتري في عقد البيع.

### المطلب الأول: التزامات الواهب

#### الفرع الأول: الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب :

يستفاد من نص المادة 202 و 206 ق.أ و المادة 324 مكرر 1 ق.م أن عقد الهبة ينشئ التزام في ذمة الواهب بنقل ملكية الموهوب إلى الموهوب له، و هذا الالتزام ينفذ فوراً بحكم القانون، و يلزم الواهب بأن يقوم بالأعمال التمهيديّة الضرورية لنقل الملكية، كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل و الكف عن أي عمل يعوق نقل الملكية فلا يجوز للواهب أن يتصرف بعد الهبة في الشيء الموهوب إلا إذا جاز الرجوع في الهبة ، كما يلتزم الواهب بالمحافظة على الشيء الموهوب و الالتزام بتسليمه إلى الموهوب له، و يترتب على نقل الملكية إلى الموهوب له أن يكون لهذا الأخير حق التصرف في الموهوب حتى قبل قبضه، ويستوي في ذلك العقار و المنقول، و إذا أفلس الواهب بعد الهبة جاز للموهوب له أن يأخذ عين الموهوب فلا يزاحمه دائنو الواهب، و تنتقل الملكية لا في حق المتعاقدين وحدهما بل أيضا في حق الورثة و الدائنين. إلا أن الهبة إذا كانت قد صدرت من الواهب المعسر إضرارا بدائنيه، فإن هؤلاء لهم الحق في الطعن في الهبة بالدعوى البولصية و لو يكن الموهوب له عل لما بإعسار الواهب، فتصبح الهبة غير نافذة في حقهم، و يستطيعون أن ينفذوا على الشيء الموهوب بحقوقهم وفقا للقواعد المقررة في الدعوى البولصية(1)

(1).د. السنهوري، المرجع السابق، ص 141، 1142 .

## 1. المنقول:

تنتقل الملكية في المنقول بالقبض و الحيازة الحقيقية أي الحيازة التامة فالشيء الموهوب إذا كلن منقولاً و معينا بالذات تنتقل ملكيته إلى الموهوب له بالحيازة، لأن الهبة في المنقول تنعقد بالإيجاب و القبول و بالحيازة وفقاً لما تقضي به المادة 206 ق.أ، إذ أن هذا النص يعني أن الهبة عقد عيني تتم فيه الحيازة يدا بيد أي بالقبض، أما إذا كان المنقول غير معين بالذات أي معيناً بالنوع، فلا تنتقل الملكية إلا بعد عملية الإفراز، وفقاً لما تنص عليه المادة 166 ق.م. إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء. فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض." باعتبارها قاعدة عامة يسوغ الأخذ بها في الهبة ما دام قانون الأسرة لم ينص على هذا الحكم(1). و يقصد بالإفراز تعيين قدر من الأشياء المثلية بذاتها، و ذلك عن طريق فصله عن سائر الأشياء التي تكون معه نوعاً واحداً، و الإفراز ليس له أثر رجعي يعود إلى وقت الاتفاق، و بالتالي فإن وقت انتقال ملكية الشيء المعين بنوعه هو وقت إفرازه (2) أما المنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة لنقل الملكية لا تتم هبته إلا بمراعاة هذه الإجراءات، مثل الأسهم و السندات، ففي حالة الأسهم تكلمت المادة 700 ق.ت عن حوالة الأسهم بدون مقابل عن بطريقة الهبة، و ثمة مثال آخر للإجراءات الخاصة في المنقول فقد ورد في المادة 49 ق.ب أن العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو حصصها يجب أن تثبت تحت طائلة البطلان بسند رسمي صادر عن الموثق يتضمن نوع السفينة و سعتها و مداخلها و مخرجها و أسماء مالكيها السابقين و بقدر الإمكان طابع و تاريخ عمليات نقل الملكية المتعاقبة و يكون قيدها إلزامياً في سجل السفينة.

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 243 .

(2) د. خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة ثالثة، 2003 ،

و إذا تمت هبة المنقول حسب الإجراءات المبينة أعلاه ترتب على ذلك نقل الملكية إلى الموهوب له و أصبح له حق التصرف الكامل فيه إذا تمت حيازته و تسلمه بجانب التسجيل المذكور، و يقال مثل هذا في السيارات و الحافلات و كل المنقولات التي يتطلب

القانون فيها إجراءات خاصة (1)

## 2. العقار:

إن الهبة الواردة على عقار لا تتعقد انعقادا صحيحا إلا إذا استوفت ركن الشكلية كركن رابع، بالإضافة إلى الأركان الأخرى المعروفة من رضا و محل و سبب، لذلك فهي ليست عقدا رضائيا كما هي في هبة المنقول، بل هي عقد شكلي، أي عقد رسمي، حسب ما تنص عليه المادتين 206 ق.أ و 324 مكرر 1 ق.م و هذه الشكلية تتمثل في التوثيق إذ يجب تحرير هبة العقار في وثيقة رسمية من طرف محرر العقود أي الموثق و إذا استوفت هذه الأركان انعقدت صحيحة و إلا كانت باطلة بطلانا مطلقا، و حتى لو انعقدت انعقادا صحيحا فإن نقل الملكية لا يتم إلا بإجراءات التسجيل لدى مصلحة التسجيل و الطابع، و أخيرا شهره في مجموعة البطاقات العقارية لكي ترتب أثرها العيني و هو نقل الملكية (2) وهذا ما نصت عليه المادتين 15، 16 من قانون التسجيل العقاري التي أحالت إليهما المادة 165 ق.م. و بجانب ذلك فلا بد من الحيازة لأن الهبة في القانون الجزائري عقد رسمي و عيني في العقار و المنقول الذي يتطلب إجراءات خاصة

### الفرع الثاني: الالتزام بتسليم الشيء الموهوب له

أن التزام الواهب بتسليم الشيء الموهوب من مقتضيات عقد الهبة، بل هو من أهم التزامات الواهب التي تترتب بمجرد العقد و لو لم ينص عليه فيه و لا يكفي أن تنتقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، بل لا بد من وضعه تحت تصرف الموهوب له بحيث

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 243، 244.

(2) أ. زهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 86، 387.

يتمكن من حيازته و الانتفاع به من دون مانع، و من أمثلة الموانع التي تعيق حيازة الموهوب له و الانتفاع به وجوده في حيازة الغير الذي يدعي حقا عليه أو يمانع من تسليمه و كذلك عدم إخلاء الواهب من العين الموهوبة و الاستمرار في سكنها أو زراعتها(1)، فإن كان دارا يسكنها الواهب وجب عليه أن يخليها و أن يخرج ما له من أثاث و أمتعة فيها و تسليم مفاتيحها، و إن كان أرضا زراعية وجب عليه أن يتركها و أن يأخذ ما له من حيوانات وآلات (2) ، و بجانب ذلك يلتزم الواهب بتسليم الموهوب بالملحقات التي تتبعه فتلحق بالموهوب الأوراق و المستندات المتعلقة به كمستندات الملكية و عقود الإيجار التي يكون من شأنها أن تسري على الموهوب له و صورة المستندات التي يستبقيها الواهب لتضمنها حقوق أخرى غير حقوق الموهوب له و يلحق بالموهوب حقوق الارتفاق التي تكون له و إذا كان الموهوب منزلا لحقت به الأشياء المثبتة فيهو لا تدخل في الملحقات المنقولات التي يمكن فصلها دون تلف(3)، هذا فيما يتعلق بتسليم الشيء الموهوب إذا كان عقارا، أما إذا كان منقولا يتطلب إجراءات خاصة فإن الهيئة فيه لا تتعقد و تتم هي الأخرى إلا باستيفاء الإجراءات الخاصة سواء كانت هذه الإجراءات تتم أمام الموثق أو أمام الإدارة المختصة فإن الهيئة يجب لكي تصح و تتم من ضرورة استيفاء هذه الإجراءات مع تسليم الشيء المنقول إلى الموهوب له و حيازته له حيازة تامة وفقا لما توجبه المادة 206 ق.أ. أما المنقول الذي لا يتطلب إجراءات خاصة فإن هبته تتم بالحيازة و القبض أي بالتسليم الفعلي للشيء الموهوب، و وضعه تحت يد الواهب و تمكينه منه من دون أي تعرض(4) و إذا هلك لموهوب قبل التسليم بسبب أجنبي، فإنه يهلك على الموهوب له لا على الواهب، ذلك أن الهيئة تكون عادة عقدا ملزما لجانب واحد هو الواهب، فإذا انفسخت لاستحالة التنفيذ لم يكن هناك التزام على الموهوب له يتحلل منه، فيكون هو الذي تحمل تعبة الهلاك كما هو الأمر في سائر العقود الملزمة لجانب واحد، و لكن إذا كانت الهيئة بعوض أو فرض على الموهوب التزام أو شرط فإنه يتحلل منه بانفساخ الهيئة لاستحالة تنفيذها وفقا للقواعد العامة

(1) د. خليل أحمد حسن قدارة، المرجع السابق، ص 121، 122 .

(2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 246.

(3) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 150 .

(4) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 247.

على أنه إذا هلك الموهوب قبل التسليم و كان ذلك بخطأ الواهب، فإن كانا الخطأ يسيرا بقية تبعة الهلاك على الموهوب له، و لم يكن الواهب مسؤولاً عن التقصير اليسير، أما إذا تسبب الواهب في هلاك الموهوب بفعله العمد أو بخطئه الجسيم، فإنه يصبح مسؤولاً عن الموهوب له عن تعويض عادل(1)

### الفرع الثالث: الالتزام بضمان التعرض و الاستحقاق

يرتب عقد الهبة في ذمة الواهب التزاما بضمان العي الموهوبة للموهوب له و حيازتها حياة هادئة وهذا يعني على الواهب أن يتمتع من القيام عن أي عمل من شأنه أن يعرقل أو يعيق حياة الموهوب له سواء كان هذا العمل من الواهب شخصيا أو من الغير، وأن يضمن الواهب لموهوب له بقاء ملكيته للعين الموهوبة، إذا استحق الغير استحقاقا كليا أو جزئيا عن طريق تعويضه(2). و المشرع الجزائري لم يعالج هذا النوع من الالتزام في قانون الأسرة و سكت عنه فلم يبقى إلا الرجوع إلى نص المادة 222ق.أ التي تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية، و بالرجوع إلى أحكام هذه الشريعة الغراء نجدها تقضي دائما بأن لا ضمان على الواهب إلا في حالة الاستحقاق إلا إذا كان تحت شرط خاص، أو اتفاق، أو كان الاستحقاق راجعا إلى فعل الواهب، مثلها في هذا مثل البيع ابتداء تسري عليها من أحكام الضمان ما يسري على البيع(3) و هذا ما يخص الهبة بدون عوض أما إذا كانت الهبة بعوض، أو كان الواهب قد فرض على الموهوب له التزاما أو شرطا في مقابل الهبة، و في هذه الحالة يضمن الواهب الاستحقاق و لو كان يجهل سببه، و لكنه لا يكون مسؤولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، و إذا كانت الهبة قد فرضت التزامات و شروط على الموهوب له تحلل هذا منها و برئت ذمته، و تقف عند ذلك مسؤولية الواهب(4). و هذا إذا كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق أو يعلمه و لم يتعمد إخفاءه، أما إذا كان يعلم سبب الاستحقاق و تعمد إخفاءه، فإننا نعود إلى الحالة الأولى، و لا يقتصر التعويض على استرداد العوض أو التحلل من الالتزامات و الشروط

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 154.

(2) د. خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 144.

(3) د. محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص 248

(4) د. محمد بن أحمد تقي، المرجع السابق، ص 249.

بل يجب أيضا أن يعرض الموهوب له تعويضا عادلا على الوجه الذي بيناه فيما تقدم، و لو جاوز ذلك مقدار العوض أو التحلل من الالتزامات و الشروط(1) و في الحالتين السابقتين و في حالة ما لو كانت الهيئة بغير عوض و كلن الواهب يتعمد إخفاء الاستحقاق، يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق و دعاوى، و يمكن أن يضمن الواهب في الحالة الثالثة إذا وجد اتفاق صريح بذلك، و قد حكم بأن الوعد بالضمان قد لا يوجد دلالة، و يستنتج من مجموعة سند الهيئة كما إذا سلم الواهب عقارا مرهونا رهنا رسميا إلى الموهوب له، و قام الموهوب له بالوفاء للدائنين المرتهنين ليحتفظ بعقاره، فإنه يحل محلهم في حقوقهم، و يمكنه أن يرجع عند الاقتضاء على الواهب نفسه الذي يكون ملزما شخصيا بهذه الديون، و يجوز للموهوب له المرفوع عليه الدعوى أن يدخل الواهب في الدعوى ليطالب الحكم عليه بتخليص العقار(2)

#### الفرع الرابع: الالتزام بضمان العيوب الخفية

إن المشرع الجزائري سكت في قانون الأسرة عن الالتزام بضمان العيوب الخفية وأحال ذلك إلى أحكام الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 ق.أ، و بالرجوع إلى الفقه الإسلامي نجد في الأصل أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية، إلا أنه يضمن هذه العيوب في حالات ثلاث هي:

1. إذا تعمد الواهب إخفاء العيب، فلا يكفي إذن أن يكون الواهب عالما بالعيب بل يجب أيضا أن يتعمد إخفاءه، فإذا كان عالما بالعيب و لكنه لم يتعمد إخفاءه، لم يجب عليه الضمان
2. إذا كانت الهيئة بعوض أو في مقابل التزام و شروط فرضت على الموهوب له، ففي هذه الحالة على الواهب ضمان العيوب الخفية حتى و لو لم يكن يعلم بها، على أن لا يجاوز التعويض قدر العوض أو المقابل.

3. إذا ضمن الواهب باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ثم ظهر عيب، ففيهذه الحالة يجب على الواهب ضمان العيب، حتى و لو لم يكن يعلم به و حتى و لو كانت الهيئة بغير عوض أو أي مقابل آخر و المقصود بالعيب الخفي أنه يجب أن يكون مؤثرا قديما خفيا غير معلوم للموهوب له و تطبق عليه أحكام العيوب الموجبة للضمان في عقد البيع(3)

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 160 .

(2) د. محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 145، 146..

(3) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 164، 165.

فمثلا في حالة ما إذا كانت الهبة بعوض أو بمقابل و ظهر بالعين عيب خفي يضمنه الواهب، فإنه يعرض الموهوب له عن الأضرار التي لحقت به بسبب العيب، و كذلك عن نقص قيمة العين الموهوبة، على ألا يجاوز التعويض في كل ذلك مقدار العوض أو المقابل المشترط على الموهوب له. فإذا كان الواهب قد تعمد إخفاء العيب في الهبة بعوض أو بمقابل، أو ضمن خلو العين من العيوب، و جب عليه تعويض الموهوب له عن كل الخسارة التي تسبب فيها العيب و لو جاوزت هذه الخسارة مقدار العوض أو المقابل. كما يجوز باتفاق خاص بين المتعاقدين تعديل أحكام ضمان العيب، إذ أن الواهب يجب عليه ضمان العيب إذ هو ضمن خلو العين الموهوبة من العيوب، فهذا اتفاق خاص من شأنه إيجاد ضمان لم يكن واجبا عليه، و يجوز كذلك الاتفاق على تشديد هذا الضمان، بأن يتفق المتعاقدين مثلا على أن يضمن الواهب ليس فحسب الخسارة التي سببها العيب، بل أيضا نقص قيمة العين الموهوبة بسبب العيب. و يجوز الاتفاق على إنقاص الضمان، كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب عيبا معيناً بالذات في الهبة بعوض، فإذا ظهر هذا العيب لم يكن الواهب ملزما بتعويض الموهوب له عنه حتى في حدود العوض، و يجوز الاتفاق أخيرا على إسقاط الضمان، كأن يتفق المتعاقدان على ألا يضمن الواهب أي عيب يظهر في العين الموهوبة في الهبة بعوض حتى في حدود هذا العوض، ولكن لا يجوز الاتفاق على إسقاط الضمان و لا على إنقاصه في حالة تعمد الواهب إخفاء العيب (1)

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 166 ، 167

## المطلب الثاني: التزامات الموهوب له

### الفرع الأول: الالتزام بأداء العوض

يكون الالتزام بأداء العوض في هبة يشترط فيها الواهب على الموهوب له أن يلتزم بتقديم عوض مقابل المال الموهوب، و مثال ذلك ما يستفاد من نص المادة 202 ف2 ق.أ، أنه يجوز تعليق الهبة على شرط واقف أو فاسخ يلتزم به الموهوب له، فلا تكون الهبة نافذة إلا بتنفيذ الموهوب له هذا الشرط، و قد يكون العوض المشترط لمصلحة الواهب، أو لمصلحة الغير، أو للمصلحة العامة، على أن يكون العوض أقل من قيمة المال الموهوب حتى يكون الفرق بين الهبتين هبة محضة (1) و في حالة امتناع الموهوب له عن أداء ما التزم به من عوض، فما هو الجزء الذي يمكن أن يوقع على الموهوب له، لعدم القيام بتنفيذ التزامه؟ هل المطالبة بالتنفيذ العيني أو القيام بطلب الفسخ؟ فبالرجوع إلى قانون الأسرة نجده سكت عن ما تقدم ذكره، و بذلك وجب تطبيق القواعد العامة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة و ذلك وفقا لنص المادة 164 ق.م و بناء على ذلك فالواهب له حق المطالبة بالتنفيذ العيني ومن بعده ورثته سوء كان العوض مشترطا لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو لمصلحة عامة، لأن الهبة بعوض عقد ملزم للجانبين يرد عليه الفسخ طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن و لكن يستطيع الموهوب له الوفاء بالعوض عينا إذا كان ممكنا و للأجنبي كذلك أن يطالب بالتنفيذ وفقا لأحكام الاشتراط لمصلحة الغير، لأنه هو المستفيد و له حق مباشر أما المصلحة العامة فيمثلها الواهب طول حياته و هو الذي ينوب عنها في المطالبة بالتنفيذ، فإن مات تولت السلطة المختصة بذلك ولها أن تطالب بذلك تبعا له و له كذلك حق المطالبة بفسخ الهبة وحده دون غيره، أما الأجنبي و المصلحة العامة فليس لهما إلا المطالبة بالتنفيذ، و للواهب أن يطالب بالفسخ هو و ورثته من بعده إذا كان العوض لمصلحة عامة، لأن الورثة سوف يؤثرن غالبا مصالحتهم في هذه الحالة، أما إذا تمخض العوض لمصلحة أجنبي فلا يجوز للواهب المطالبة بفسخ عقد الهبة ولا يبقى إلا التنفيذ بطلب الواهب أو الأجنبي(2).

(1) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 166 ، 167

(2) د. محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 155

و إذا كان العوض وفاء لديون الواهب إذ قد يشترط الواهب عوضا وفاء ديونه، فإذا ورد الشرط في عبارة مطلقة انصرف إلى الديون التي كانت موجودة وقت الهبة لا إلى التي وجدت بعد ذلك، و إذا كانت العين الموهوبة مثقلة بحق عيني أو رهن رسمي أو برهن حيازي، أو بحق امتياز ضمانا لدين في ذمة الواهب، أو في ذمة شخص آخر فالمفروض أن الواهب قد أراد من الموهوب له أن يدفع هذا الدين كعوض للهيئة ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك فإذا وفى الموهوب له بالدين، و كان في ذمة شخص آخر غير الواهب، رجع المدين الأصلي بما وفاء كما كان يرجع الواهب(1)

### الفرع الثاني: الالتزام بنفقات الهيئة

الأصل أن تكون نفقات الهيئة على الموهوب له و ذلك باعتبار أن لا يجمع الواهب بين التجرد من ماله دون مقابل و بين تحمله مصروفات نقل الأموال الموهوبة و نفقات التسليم، و ذلك تفسير للهيئة في أضيق حدودها. و لكن يجوز الاتفاق على أن تكون النفقات على الواهب، و لكن الغالب في الهيئة المحضة أن يكون الواهب قد أراد أيضا أن يتحمل هذه النفقات حتى ينقل المال الموهوب إلى الموهوب له خلاصا من كل تكليف و من أية نفقة أو مصروفات، و لذلك يجوز الاتفاق على أن يتحمل الواهب مصروفات العقد و نفقات تسلي المال الموهوب. و يجوز أن يستخلص هذا الاتفاق ضمنا من ظروف الهيئة (2). و يلاحظ أن قانون الأسرة لم يعالج الالتزام بنفقات الهيئة و لا مصروفات نقل المال الموهوب إلى الموهوب له.

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 256.

(2) د. السنهوري، المرجع السابق، ص 176.

## المبحث الثاني: الرجوع في الهبة

### المطلب الأول: الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي

#### في الفقه الحنفي

يصح للواهب أن يرجع في هبته بعد أن يقبضها الموهوب له، و من باب أولى له الرجوع قبل القبض لأن الهبة لا تتم إلا بالقبض، و إن كان الرجوع في الهبة مكروها تحريما على الراجح أو تنزيها و إذا أسقط الواهب حقه في الرجوع ثم رجع في ذلك صح رجوعه لأن حقه في الرجوع لا يسقط بإسقاطه(1). و دليل الحنفية في ذلك ما روي عن أبي هريرة- رضي الله عنه- أنه قال: قال رسول الله- صلى الله عليه و سلم-: "الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها" و ما رواه مالك عن عمر بن الخطاب- رضي الله عنه- قال: "من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صدقة فإنه لا يرجع فيها" و من وهب هبة أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرض منه، و بما روي عن عثمان و علي و عبد الله بن عمر و أبي الدوداء و فضالة بن عبيد- رضوان الله عليهم- أنهم قالوا مثل ذلك و لم يرد عن غيرهم خلافة فيكون إجماعا. و الرجوع في الهبة على قول أبي حنيفة و أصحابه لا يتم إلا برضا الموهوب له أو بقضاء القاضي، و عللوا بأن في غرض الواهب خفاء إذ لا يريد ما مراده في الهبة، و لأن جواز الرجوع مختلف فيه فكان لا جرم متوقفا على القضاء عنه عدم رضا الموهوب له و لا يزال الشيء الموهوب يعد القبض، و بعد إعلان الواهب إرادته في الرجوع حتى يحكم القاضي به للواهب(2)

#### في الفقه المالكي

ليس للواهب حق في الرجوع لأن الهبة حق لازم لكن بعضهم يقول إنها تتم و تلزم بمجرد العقد فلا يشترط في إتمامها القبض و هذا هو المشهور و بعضهم يقول إنها لا تتم إلا بالقبض، فالقبض شرط في تمامها فإن لم تلزم كان للواهب حق الرجوع، إلا الأب و الأم فإن لهما حق الرجوع في هبتهما لولدهما الحر سواء كان ذكر أو أنثى صغيرا أو كبيرا غنيا أو فقيرا بعد أن يقبضها الولد و يضع عليها يده و صيغة الرجوع أن يقول الأب رجعت فيما وهبت أو أخذته منه أو اعتصرتة (أي أخذته قهرا عنه)

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 303.

(2) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 288، 289.

و بعضهم يقول لابد من أن يقول اعتصرتة، و الأولى أظهر لأن العامة لا تعرف لفظ اعتصرتة و الحديث الوارد في هذا الموضوع لا يشترط هذا اللفظ و لفظ الحديث ( لا يحل لأحد أن يهب هبته ثم يعود فيها إلا الوالد)، و لكن يشترط لصحة رجوع الأب في هبته شرطان: أن يريد بالهبة الصلة و العطف و الحنان على الولد لكونه محتاجا أو خملا بين الناس أو نحو ذلك فإن أراد ذلك فإن له الرجوع. أن يريد بالهبة مجرد ثواب الآخرة لا ذات الولد فإن أراد ذلك كان صدقة بلفظ الهبة فلا يصح له الرجوع. نعم إذا أراد العطف أو الصدقة و لكنه شرط الرجوع في هبته أو صدقته متى شاء فإن له ذلك و يعمل بشرطه. و للأب حق الرجوع في هبتها بالشرطين المذكورين في الأب مع زيادة شرط ثالث وهو أن لها حق الرجوع بشرط أن يكون ولدها كبيرا أو صغيرا له أب. أما إذا كان الولد يتيما وهبت له فليس لها حق الرجوع. ولها حق الرجوع مع وجود الأب سواء كان الأب أو الابن ميسورين أو معسرين حتى و لو كان الأب مجنونا و إذا وهبت لابنها في حياة أبيه ثم مات أبوه بعد ذلك فإن لها حق الرجوع على المختار (1)

### في الفقه الشافعي :

متى تمت الهبة بالقبض بإذن الواهب أو تسليمه للشيء الموهوب فإن الهبة تلزم و لا يصح الرجوع فيها إلا للأب و إن علا فيصبح للأب أن يرجع في هبته و مثله الجد و إن علا و كذلك الأم و الجدة و هكذا فللوالد أن يرجع في هبته على ولده سواء كان الولد ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا و يشترط للرجوع شروط:

1. أن يكون الموهوب عينا.
2. أن الموهوب في سلطة الولد بحيث يتصرف فيه
3. أن لا يحجر على الولد لسفه.
4. أن لا تكون العين الموهوبة مستهلكة كبيض الدجاج و البذر إذا نبت في الأرض و لا يمنع الرجوع زراعة الأرض و إجارتها لأن العين باقية و إذا رجع الوالد لا تفسخ الإجارة بل تبقى حالها و لا ينتفع بها والده مدة الإجارة.

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 302، 303.

5. أن لا يبيع الولد العين الموهوبة. و إذا أسقط الوالد حق الرجوع فلا يسقط و يحصل الرجوع بقوله رجعت فيما وهبت أو استرجعته أو رددته إلى ملكي أو انقضت الهبة أو أبطلتها أو فسختها أو نحو ذلك، و لا يحصل الرجوع ببيع الواهب العين التي وهبها و لا بوقفها و لا بهبتها و لا باحتكارها. ويكره الرجوع من غير سبب أما إذا كان لسبب كزجر الولد عن الإنفاق في الشهوات الفاسدة و المعاصي فإنه لا يكره بل إذا كان الرجوع في الهبة و تجريد الولد من المال هو الطريق الوحيد في منعه عن المعاصي فإنه يجب على الوالد أن يفعل، أما إذا كان الولد عاقا و كان الرجوع يزيد في عقوقه فإنه يكره(1)

### في الفقه الحنبلي:

جاء في المغني ما خلاصته أن للأب الرجوع فيما وهب لولده و هو ظاهر مذهب أحمد و دليل جواز الرجوع هو الحديث المتقدم و هو لقوة سنده يخصص عموم الحديث الوارد في النهي عن الرجوع في الهبة للمحارم و كذلك (العائد في هبته) على أن هذا الحديث محمول على التنفير من الرجوع، و هل للأب كالأب في الرجوع في الهبة؟ ظاهر كالم الإمام أحمد أنه ليس لها الرجوع لدخولها في قوله إلا الوالد فيما يعطي لولده فاسم الوالد بيتا و لها ظهره، و المعتمد الأول. و يشترط لصحة رجوع الوالد فيما وهبه لولده أربعة شروط:

1. أن يظل الشيء الموهوب باقيا في ملك الموهوب له.
2. أن تكون العين باقية في تصرف الولد.
3. ألا يتعلق بها رغبة لغير الولد، فإن تعلق بها رغبة لغيره مثل أن يهب ولده شيئا فيرغب الناس في معاملته و أدلوه و أرغبوا في زواجه فزوجوه إن كان ذكر أو تزوجت الأنثى فعن أحمد روايتان:

1. ليس له الرجوع لأنه غر الناس بما وهبه لولده حتى وثقوا به فأقدموا على إدانتهم تزويجه فإذا رجع كان في هذا إضرار بهم، و قد قال عليه الصلاة و السلام " لا ضرر و لا ضرار" و لأن في هذا الصنيع تحايلا على إلحاق الضرر بالناس و هو غير جائز.
2. له الرجوع لعموم الخير و لأن حق الدائن المتزوج لم يتعلق بعين هذا المال فلم يمنع الرجوع فيه.

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 308، 309.

4. ألا تزيد العين الموهوبة زيادة متصلة كالسمن و الكبر و تعلم صنعه فإن زادت فلأحمد روايتان أحدهما لا يمنع الرجوع لأنها زيادة في الموهوب فلم تمنع الرجوع كالزيادة قبل لقبض و كالزيادة المنفصلة، و الثانية تمنع لأن الزيادة للموهوب له لكونه نماء ملكه و لم تنتقل إليه من جهة أبيه، و إذا امتنع الرجوع فيها امتنع الرجوع في الأصل أيضا(1) و صفة الرجوع من الأب فيما وهبه لابنه أن يقول: رجعت في الهبة له أو ارتجعتها أو رددتها أو عدت فيها، أو أعدتها إلى ملكي و غير ذلك من الألفاظ الدالة على الرجوع، و الأكمل أن يقول: رجعت فيما وهبت لك من كذا، و لا يحتاج الرجوع إلى حكم حاكم و لا إلى علم الولد. و إذا أسقط الأب حقه من الرجوع فإنه لا يسقط، و بعضهم يقول إنه يسقط

### المطلب الثاني: الرجوع في الهبة و آثاره في القانون الجزائري

#### الفرع الأول: الرجوع في الهبة في القانون الجزائري

بالرجوع إلى التشريع الجزائري نجد أن قانون الأسرة ينص على أن الأصل في الهبة أنها عقد ملزم بمجرد القول على المشهور، فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء، في حدود ما أوردته المادة 211 ق.أ: "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1. إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له
2. إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين
3. إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته." و جاءت المادة 212 ق.أ التي نصت على: "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها" بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة تأكيدا للزوم عقد الهبة و لمبدأ عدم الرجوع في الهبة في غير الحالات المستثناة و هذا المبدأ جاء إقرارا و جريا على مبدأ عدم الرجوع عند جمهور الفقهاء وهم: المالكية، الشافعية و الحنابلة ما عدا الحنفية فالجمهور يرى المنع، أما الحنفية فالأصل عندهم الحق للواهب في الرجوع في هبته فهي عقد غير لازم

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 295، 296.

و يستندون في ذلك إلى حديث رسول الله - صلى الله عليه و سلم-: " الوهاب أحق بهبته ما لم يثب عنها ". إن ما جاءت به المادة 212 ق.أ من أن الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها فالذي تعنيه هذه المادة هو عدم جواز الرجوع بإرادة الوهاب المنفردة، لكنها لا تمنع من طلب الفسخ قضاء إذا كان الوهاب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة و لم ينفذ هذا الشرط، و في هذه الحالة نكون أمام هبة بعوض، تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشروط، كأن يهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية لإقامة مستشفى، فعدم قيام الجمعية الموهوب لها بتنفيذ شرط الوهاب، يبرز طلب حق الفسخ و تقدير الفسخ أو عدم الفسخ يرجع إلى سلطة القاضي حسب القواعد العامة، و لا معقب على حكمه من قبل المحكمة العليا

### الفرع الثاني: الآثار المترتبة على الرجوع في الهبة في ق الجزائري

يترتب على الرجوع في الهبة البطلان، و اعتبارها كأن لم تكن و لكن على أي نص نعتمد؟ بالنسبة للتشريع الجزائري نجده لم يعالج في قانون الأسرة الآثار التي تترتب على الرجوع في الهبة. و قد يكون السبب في ذلك هو المنع أصلا من الرجوع في الهبة، و قصر حق الرجوع فيها على الأبوين دون غيرهما، و بذلك لم يتعرض المشرع الجزائري للرجوع في الهبة بنص خاص، سواء أكان ذلك بالتراضي أم بالتقاضي أو سواء فيما يخص المتعاقدين أو بالنسبة للغير.

و بناء عليه يترتب على الرجوع في الهبة اعتبار الهبة كأن لم تكن، و يجب على الولد أن يرجع الشيء الموهوب عقارا كان أو منقولا جبرا عليه و من دون حكم قضائي، و السبب في أن أثر الرجوع فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير لا يأتي في التشريع الجزائري باعتبار أن الولد الموهوب له إذا تصرف في الشيء الموهوب فوت على أبيه حق الاعتصار و أصبح مانعا من موانعه، و لكن قد يتمتع الولد أو ولد الولد عن إرجاع الأموال الموهوبة إلى الأب أو الأم، فيقتضي الأمر الرجوع إلى القضاء لإرغامه قهرا على إعادة الأموال إلى الوهاب أو الواهبة و ذلك عن طريق القيام بإجراءات التقاضي وفقا للقواعد العامة السارية في هذا الشأن(1)

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 297

## المطلب الثالث: موانع الرجوع في الهبة

### الفرع الأول: موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي

#### 1. في الفقه الحنفي

يبطل حق الرجوع في الهبة بسبعة أمور:

1. أن يزيد الموهوب له في العين زيادة متصلة بها كما إذا وهب له نعجة عجفاء فعلقها حتى

سمنت فليس للواهب أن يرجع في هذه الحالة حتى ولو عادة عجفاء كما كانت، كذلك ما إذا أهدى له حيوانا صغيرا فكبر عنده، أو أهداه رقيقا جاهلا فعلمه أو ثوبا أبيض فصبغه أو أخاطه

2. موت أحد العاقدين بعد القبض فإذا وهب شخص داره لأخيه ثم مات الموهوب له فلا حق

للوهاب في الرجوع وكذا إذا مات الواهب فلا حق لورثته

3. العوض: فإذا وهب له دارا يشترط أن يعطيه عوضا فإنه يصح وضع الرجوع.

4. يشترط في الخروج عن الملك أن يكون تاما من كل وجه بقي له به اختصاص فإن الرجوع

لا يسقط و مثال ذلك إذا وهب له شاة فضحى بها و صارت لحما فإن له أن يرجع و يأخذ اللحم فإنه في هذه الحالة لم يخرج عن ملكه بالكلية.

5. الزوجية: فإذا وهب الزوج لزوجته شيئا فإنه لا يصح له الرجوع فيه.

6. القرابة: فلو وهب لذي رحم منه و لو كان نميا أو مستأمنا فإنه لا يصح له الرجوع، فإذا

وهب لأبيه أو ابن أو أخيه أو عمه أو غير ذلك من محارمه بالنسب فإن حقه في الرجوع يسقط.

7. هلاك العين الموهوبة: و ذلك ظاهر فإذا ادعى الموهوب له الهلاك صدق بدون حلف.

و إذا قال الواهب إن العين باقية و هي هذه و أنكر الموهوب له حلف المنكر أنها ليست هذه و لا

يصح الرجوع إلا بتراضيهما، أو بحكم الحاكم و إذا رجع بالرضا أو القضاء، كان ذلك فسحا لعقد

الهبة من الأصل و إعادة لملكه القديم لا هبة للواهب، فهذا لا يشترط فيه قبض الواهب و لو كان

هبة جديدة لا يشترط فيها القبض(1)

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 304 ، 305.

## 2. في الفقه المالكي

يسقط حق الوالدين في الرجوع في الهبة إذا وجدت أحد الموانع الآتية:

1. أن يزيد الشيء الموهوب أو أن ينقص في ذاته كأن يكبر الصغير و يسمن الهزيل أو يهزل السمين، أما إذا تغيرت قيمة الشيء الموهوب لتغير الأسواق فذلك لا يمنع الرجوع على المشهور.

2. ألا يتداین الابن، ذلك أن الناس يقصدون بالهبة الولد أو تزوجه بسبب الهبة لكونه أصبح لها موسرا.

3. أن يمرض الولد الموهوب له مرض الموت، و ذلك لتعلق حق ورثته بالهبة فيمنع الرجوع فيها، و كذلك الحكم إذا مرض الواهب هذا المرض فإن مرضه هذا يمنعه من اعتصار ما وهبه لولده، لأن الاعتصار قد يكون لصالح غيره من الورثة، و هذا لا يجوز، وإذا زال النكاح أو الدين فلا اعتصار و ذلك لأن المرض لم يعامله الناس عليه بخلاف النكاح و الدين.

3. أن تقوت الهبة عند الموهوب له بما يخرجها من ملكه من بيع أو هبة و نحو ذلك، أو يصنع فيها ما يغيرها كجعل الدنانير حليا(1)

## 3. في الفقه الشافعي الشافعي

من حيث المبدأ يمنع الرجوع في الهبة، فقد جاء في هذا المذهب: إن وهب لغير الولد أو ولد الولد شيئاً و أقبضه لم يملك الرجوع فيه لما روي عن ابن عباس - رضي الله عنه - رفعناه إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - : " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى لولده"(2)

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 287(2).

(2) نفس المرجع، ص 294.

و لا يجوز للوالدين و إن علو الرجوع في الهبة لولدهما إلا في الحالات التالية:

1. أن يكون الولد رقيقاً لأن الهبة للرقيق هبة لسيدة و هو أجنبي لا رجوع عليه.
2. أن يكون الموهوب ديناً للوالد على الولد فوهبه الوالد له فإنه لا يصح الرجوع فيها
3. إذا انقطعت سلطة الولد على الموهوب كما إذا وهب العين الموهوبة له لغيره و قبضها الغير فإنه في هذه الحالة تنقطع سلطته و ملكه فليس لوالده الرجوع، و مثل ذلك ما إذا رهن العين الموهوبة و قبضها المرتهن فإنه في هذه الحالة لا حق للوالد في الرجوع، و ذلك لأن الولد لا سلطة له على العين حين إذن كان ملكه باقياً.
4. إن حجر على الولد لسفه امتنع الرجوع.
5. إذا كانت العين الموهوبة مستهلكة كبيض الدجاج و البذر إذا نبت في الأرض فلا رجوع فيها.
6. إذا باع الولد العين الموهوبة امتنع على الوالد الرجوع في هبته و مثال ذلك الوقف و نحوه من كل ما يزيل السلطة فإذا عاد ملكه بعد بيعه لم يعد الرجوع.
7. إذا زادة العين الموهوبة زيادة منفصلة كأن ولدت الدابة الموهوبة أو أثمر البستان فإن الزيادة المنفصلة تكون للولد لأنها حدثت و هي في ملكه، فلأب الرجوع في الأصل دون الزيادة التي حدثت (1)

#### 4. في الفقه الحنبلي :

الأصل إذا قبض الموهوب له الهبة فلا حق للواهب في الرجوع إلا إذا كان أباً فقط و استثناء يمنع الأب في الرجوع في هبته لولده إلا في الحالات التالية:

1. إذا خرج الشيء الموهوب عن ملك الولد بأي سبب كان بيعاً أو هبة أو وقفاً أو إرثاً أو غير ذلك، لم يكن له الرجوع فيما وهب، لأنه إبطال لملك غير الموهوب له، و إن عاد إليه بسبب جديد كبيع أو هبة أو وصية أو إرث أو نحو ذلك لم يملك الرجوع لأنه عاد بملك جديد لم يستفده من قبل أبيه

(1) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 308 ،

2. إذا رهن الولد العين الموهبة أو أفلس أو حجر عليه لم يملك الأب الرجوع فيها لأنفي ذلك إبطالا لحق غير الولد (1)
3. إذا كانت الهبة دينا أو منفعة فلا يحق للأب الرجوع فيها لأن هبة الدين إسقاطا لا تمليك حتى يملك الأب نقل الملك إليه. و كذلك ليس له الرجوع في إباحة منفعة بعد استيفائها، فإذا أباح الأب لابنه سكنى دار سنة مثلا و سكن الولد بالفعل كل هذه المدة فليس لوالده أن يرجع في ملك المدة التي سكنها.
4. إذا زادة العين الموهوبة عند الولد زيادة متصلة ترفع قيمتها كالسمن و الكبر و الحمل فلا رجوع فيها (2)

### الفرع الثاني: موانع الرجوع في الهبة في القانون الجزائري

يستفاد من المادة 211 ق.أ أن للأبوين حق الرجوع في الهبة التي يهبانها لولديهما مهما كانت سنه صغيرة أو كبيرة، بالغ أو غير بالغ، إلا أن نص المادة قيد حق رجوع الأبوين في الحالات الثلاث الآتية:

#### الحالة الأولى:

إذا وهب الأب من أجل زواج ابنه الموهوب له، فليس له حق الرجوع في هبته و لو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب ما دام المقصود الزواج الذي هو المطلوب شرعا من الموهوب له أن يقوم به.

#### الحالة الثانية:

إذا وهب الأب لابنه ما لا يقصد به ضمان قرض أو قضاء دين، فليس له الرجوع في هبته ما دام الدين لم يسدد بها، و أصبح المال الموهوب ضامنا للدين، والواهب بمثابة كفيل الضامن ما دام قد التزم بإرادته المنفردة بقصد ضمان الدين أو قضاؤه، و هذا ما نصت عليه المادة 211 ف2 ق.أ.

(1) د. محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص 296.

(2) عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص 310

### الحالة الثالثة:

التي قيد حق رجوع الواهب فيها هي ما نصت عليه المادة 211 ف3 ق.أ، فإذا تصرف الموهوب له ببيع الشيء الموهوب أو تبرع به فإن هذا يمنع الواهب من استعمال حقه في الرجوع ، لأن المال خرج من تحت يد الموهوب له بالبيع أو بالتبرع، والنص في هذه الحالة لا يخول له حق الرجوع، كما أن ضياع الشيء الموهوب من الموهوب له أو هلاكه يمنع الواهب من الحق في الرجوع في هبته. و أخيرا إذا قام الموهوب له بإدخال تعديلات على الشيء الموهوب بالزيادة أو بالنقصان إن كان أرضا عارية و بناها بناء غير من طبيعتها أو أصبحت أرضا مشجرة صرف عليها أموالا باهظة فأحياها و أوجد بها تشجيرا و أجرى بها الماء، كل ذلك إذا غير من طبيعتها فهذا الأمر هو الآخر يمنع الواهب من حق الرجوع في هبته و يحرمه من استعمال هذا الحق بمقتضى نص الفقرة 3 من المادة 211 ق.أ. و يلاحظ أن الحالات التي وردة في هذه المادة جاءت على سبيل المثال لا الحصر (1)

### المبحث الرابع:

موازنة أحكام الهبة بين الشريعة و القانون تكلم المشرع الجزائري في نصوص قانون الأسرة عن التزامات الواهب إلا فيما يخص الالتزام بضمان العيوب الخفية، فقد أحال بموجب المادة 222 ق.أ أحكامه على الفقه الإسلامي، و وفقا لهذا الأخير يكون الأصل أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية، غير أنه حالة الهبة بعوض تطبق عليها أحكام البيع وفقا للمذهب المالكي الذي جرى العمل به و أخذ قانون الأسرة أغلب أحكامه منه. و قد اتفق المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي فيما يخص التزام الموهوب له بتقديم العوض، حيث أن الهبة لا تنتقل إلى حيازة الموهوب له إلا إذا قام بتنفيذ ما اشترطه الواهب على أن لا يكون هذا الشرط مخالفا لأصول الشرع و النظام العام و الآداب العامة

(1) د. محمد بن أحمد تقيّة، المرجع السابق، ص 259 ، 260.

و فيما يخص الرجوع في الهبة فقد تماشى المشرع الجزائري بموجب المادة 211 ق.أ مع فقهاء المالكية الذين منحوا حق الرجوع في الهبة للأبوين في هبتهما لولدهما دون غيرهما إلا في حالات استثنائية و كذلك الشافعية و الحنابلة غير أن الشافعية قالوا: أن حق الرجوع في الهبة للأبوين و إن علو، أما الحنابلة فجعلوها حكرا على الأب وحده دون غيره، خلافا للحنفية الذين أعطوا حقا مطلقا للواهب بغض النظر عن صفته في الرجوع في هبته حتى و لو كانت العين الموهوبة في حياة الموهوب له. و المشرع الجزائري بنص المادة 212 ق.أ ساير جمهور الفقهاء و هم المالكية و الشافعية و الحنبلية بمنعه الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة، و خالفهم الحنفية إذ الأصل عندهم الحق لواهب في الرجوع في هبته فهي عقد غير لازم و يستندون في ذلك إلى حديث الرسول- صلى الله عليه و سلم-: " الواهب أحقه بهبته ما لم يثب." كما أن المشرع الجزائري أغفل ذكر آثار الرجوع في الهبة و لم ينص عليها ذلك أنه يمنع الرجوع فيها أصلا، و جعل الرجوع فيها حكرا على الأبوين دون غيرهما، و اكتفى باشتراط الرسمية و العينية و كان ينبغي له أن ينص على تلك الآثار، و لعل في إغفاله حكمة يتوخاها من ذلك و نجهلها نحن

# الغائمة

من خلال دراستنا للهيئة في كل من التشريع الجزائري المتمثل في قانون الأسرة وبعض نصوص القانون المدني و الفقه الإسلامي المتمثل في المذاهب الأربعة: الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنبلية. تبين لنا أن الهيئة من العقود التي لها أهميتها و مكانتها سواء في الفقه الوضعي أو في الفقه الشرعي، فقد أوردها المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت عنوان التبرعات، أما المذاهب الأربعة السالفة الذكر فقد أوردها في باب خاص بها في كتاب المعاملات.

الهيئة لا يعتد بها إلا إذا توافرت فيها أركانها و الشروط الواجب توافرها في كل من الواهب و الموهوب له و العين الموهوبة، لأنها من التصرفات الخطيرة التي تمس بالمراكز المالية للأفراد حيث ينتج عنها اغتناء في جانب الموهوب له و في المقابل افتقار في جانب الواهب، كما أن الهيئة ذات صلة عضوية بالأسرة إذ لها إيجابيات تتمثل في تقوية الروابط الأسرية بالمحبة و المودة و مساعدة أفراد الأسرة لبعضهم البعض، أما سلبياتها فتكون عندما يستعملها الواهب كوسيلة لحرمان لورثة من ميراثهم.

و المشرع الجزائري أخذ أحكام الهيئة كلها من الشريعة الإسلامية الغراء و خاصة من الفقه المالكي باعتباره المذهب المتبع في منطقة المغرب العربي و خاصة في الجزائر، إلا أنه فيما يتعلق بتعريف الهيئة و من خلال نص المادة 206 ق.أ: "..... بإيجاب و قبول"..... فقد أبرز المشرع أن الهيئة يعقد يتم في حال حياة كل من الواهب و الموهوب له متماشيا في ذلك مع المذهبين الشافعي و الحنبلي عكس المذهب المالكي الذي لم يتطرق إلى ذلك.

و نتيجة لاتساع المجتمع و كثرة المعاملات و تنوعها بين أفرادها، فرض المشرع أحكام متعلقة بالهيئة لم يتطرق إليها الفقهاء المسلمون سابقا و المتمثلة في الرسمية في هبة العقار و ذلك بالتوثيق و الشهر العقاري، و الإجراءات الخاصة في هبة المنقول، ضمانا للحقوق و ضبطا للمعاملات القائمة بين أفراد المجتمع. و قد أقرت المادة 222 ق.أ أنه في حالة انعدام الحكم في القانون يمكن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية. و بإدماج المشرع عقد الهيئة ضمن طائفة الأحوال الشخصية في قانون الأسرة ترتبت عليه آثار من ناحية القانون الدولي الخاص، حيث أنه يطبق قانون جنسية الواهب عند وجود عنصر أجنبي في العقد أي أن يكون كل من الواهب و الموهوب له مختلفين في الجنسية.

و بهذا الجهد المتواضع نتمنى أن نكون قد أسهمنا و لو بقدر يسير في تبيان أهمية الهبة الواردة في قانون الأسرة، و نرجو من الله أن نكون قد وفقنا، فإن كان ذلك فمن اللهو بعونه و إن أخطأنا فنرجو من الله أن يهدينا سواء السبيل، و به التوفيق فنعم المولى و نعم النصير. فاللهم اجعل أحسن أعمالنا خواتمها و اجعلنا ممن استقامت عندهم الحجج فيما أتمناه من عمل دون تضارب أو حرج. من الله التوفيق و نور الطريق.

# المراجع

## المراجع المعتمدة في البحث

- 01 - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة د. عبد الرحمن الجزيري ، دار إحياء التراث العربي، بيروت، طبعة 6، ب.ت .
- 02 - شرح القانون المدني الجديد د. محمد كامل مرسي باشا، ج 5، العقود المسماة ،
- 03 - دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة د. محمد بن أحمد تقيّة،
- 04 - الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري د. خليل أحمد حسن قدادّة، عقد البيع، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة الثالثة ، 2003
- 05 - موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي .د. حسن محمد بودى، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003
- 06 - العقود الرضائية في الشريعة الإسلامية والانضمام الجنائية المعاصرة د.احمد محمود باراك طبعة 1 دار النهضة العربية 2010
- 07 - المغني للإمام موفق الدين بن قدامى للإمام شمس الدين بن أبي عمر بن قدامى المقدسي، ج6، دار الكتاب للنشر و التوزيع، بيروت، ب.ت
- 08 - محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة أ. عبد الفتاح تقيّة ، مطبعة دار هومة، الجزائر، 2000
- 09 - تسيير العلام- شرح عمدة الأحكام- د عبد الله بن عبد الرحمن بن صالح آل بسام، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم، مكتبة نزار مصطفى ألبان- مكة المكرمة- الرياض، د.ت
- 10 - المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون و نصوص القوانين الصادرة بشأنها د بدران أبو العينين بدران، مؤسسة شباب الجامعة للنشر و التوزيع
- 11 - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد د.عبد الرزاق السنهوري، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثالثة الجديدة.
- 12 - عقد البيع ا. زاهية سي يوسف، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2000

- 13 - احكام الاحوال الشخصية في الفقه الاسلامي (دراسة مقارنة) د محمد يوسف مرسي مؤسسة الخانجي , القاهرة طبعة 1958
- 14 - التوجيه الاجتماعي في الاسلام , د.محمد عبد الرحمن بيبصار . من بحوث مؤتمرات مجتمع البحوث الاسلامية
- 15 - الالتزام العيني بين الشريعة والقانون , لعبد العزيز عبد القادر ابو غنيمة , الطبعة 1 , 1972
- 16 - الاحكام الشرعية للاحوال الشخصية . احمد ابراهيم ابراهيم سنة 1930
- 17 - شرح قانون الوصية ,للشيخ محمد ابو زهرة , دار الفكر العربي , 1978
- 18 - مبتدئ القضاء في الاحوال الشخصية .للمستشار احمد نصر الجندي , طبعة 1 سنة 1992
- 19 - احكام الوقف ,أ.محمد شقيق العاني ,الطبعة 2 , 1965
- 20 - المدخل للفقه الاسلامي , د.محمد سلام مذكور الطبعة 4 , 1964

## الفهرس

02	اهداء :
03	كلمة شكر :
05	المقدمة :
09	الفصل الأول : مفهوم الهبة واركائها في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري
10	المبحث الأول : مفهوم الهبة
10	المطلب الاول : تعريف الهبة في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري
10	الفرع الاول : في الفقه الاسلامي
11	الفرع الثاني : في القانون الجزائري
13	المطلب الثاني : ادلة مشروعية الهبة في الشريعة الاسلامية
13	الفرع الاول : من الكتاب والسنة
14	الفرع الثاني : من الاجماع والمعقول
15	المطلب الثالث : مقومات عقد الهبة
15	الفرع الاول : الهبة عقد ما بين الاحياء
16	الفرع الثاني : الهبة تصرف في مال بلا عوض
17	الفرع الثالث : نية التبرع
18	الفرع الرابع : الهبة عقد عيني وشكلي
19	المطلب الرابع : التمييز بين الهبة والعقود المشابهة لها
19	الفرع الاول : التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانب واحد
22	الفرع الثاني : التمييز بين الهبة والعقود الملزمة لجانبين
24	المبحث الثاني : اركان عقد الهبة
25	المطلب الاول : التراضي
25	الفرع الاول : شروط الانعقاد
27	المطلب الثاني : المحل
27	الفرع الاول : الشيء الموهوب في الفقه الاسلامي
28	الفرع الثاني : الشيء الموهوب في التشريع الجزائري

30	المطلب الثالث : العوض في الهبة
30	الفرع الاول : العوض في الهبة في التشريع الجزائري وصوره
31	الفرع الثاني : العمري والرقبي في الفقه الاسلامي
32	المبحث الثالث : السبب
32	المطلب الاول : السبب في الفقه الاسلامي والتشريع الجزائري
32	الفرع الاول : السبب في الفقه الاسلامي
33	الفرع الثاني : السبب في التشريع الجزائري
35	المطلب الثاني : السبب في القضاء الجزائري
36	المبحث الرابع : الشكلية
36	المطلب الاول : الشكلية في هبة العقار والمنقول
36	الفرع الاول : الشكلية في هبة العقار
39	الفرع الثاني : الشكلية في هبة المنقول
40	المطلب الثاني : جزاء الاخلال بالشكلية والاستثناءات الواردة عليها..
40	الفرع الاول : جزاء الاخلال بالشكلية.
41	الفرع الثاني : الاستثناءات من وجوب الشكلية والعينية في الهبة
44	المبحث الخامس : قبض الهبة والوعد بها
44	المطلب الاول : قبض الهبة
44	الفرع الاول : القبض في الفقه الاسلامي
45	الفرع الثاني : قبض الهبة في التشريع الجزائري
47	المطلب الثاني : الوعد بالهبة
47	الفرع الاول : الوعد بالهبة في الفقه الاسلامي
48	الفرع الثاني : الوعد بالهبة في التشريع الجزائري
51	المبحث السادس : موازنة اركان الهبة مابين الشريعة والقانون
54	الفصل الثاني : أحكام الهبة والآثار المترتبة عنها
55	المبحث الأول : الآثار التي تترتب على الهبة
55	المطلب الاول : التزامات الواهب
55	الفرع الاول : الالتزام بنقل ملكية الشيء الموهوب

57	الفرع الثاني : الالتزام بتسليمه الشيء الموهوب له
59	الفرع الثالث : الالتزام بظمان التعويض والاستحقاق
60	الفرع الرابع : الالتزام بظمان العيوب الخفية
62	المطلب الثاني : التزامات الموهوب له
62	الفرع الاول : الالتزام باداء العوض
63	الفرع الثاني : الالتزام بنفقات الهيئة
64	المبحث الثاني : الرجوع في الهيئة وموانعه بين الشريعة والقانون
64	المطلب الاول : الرجوع في الهيئة في الفقه الاسلامي
67	المطلب الثاني : الرجوع في الهيئة واثاره في القانون الجزائري
67	الفرع الاول : الرجوع في الهيئة في القانون الجزائري
68	الفرع الثاني : الاثار المترتبة على الرجوع في الهيئة في القانون الجزائري
69	المطلب الثالث : موانع الرجوع في الهيئة
69	الفرع الاول : موانع الرجوع في الهيئة في الفقه الاسلامي
72	الفرع الثاني : موانع الرجوع في الهيئة في القانون الجزائري
73	المطلب الرابع : موازنة الهيئة بين الشريعة والقانون
75	الخاتمة :
78	المراجع :
80	الفهرس :