كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
ⵜⴰⵡⵙⵔⵜ ⵏ ⵜⵣⵔⴼⵜ ⵜⴰⵏⴰⵡⵉⵜ ⴷ ⵜⵙⵏⵜⵉⵔⵉⵜ ⴷ ⵜⵣⵟⵟⵓⵔⵉⵜ
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

ماستر قانــون العقـــــار والتعميـــــــر

الفـــــوج الثانـــي

مادة: الحقوق العينية العقارية

أحكام التبرعات على ضوء مدونة الحقوق العينية

من إنجاز الطالبان:

- رحال الدمناتي
- عمر بوعمامة

تحت تأطير الدكتورة:

حليمــة بن حفــو

2019/2020

بسم الله الرحمان الرحيم

"فإذا عزمت فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين"

صدق الله العظيم

سورة آل عمران الآية 159

شكر وتقدير

نتقدم بجزيل الشكر للدكتورة حليمة بن حفو على تأطيرنا في هذه المادة، كما نتقدم بالشكر لجميع طلبة ماستر العقار والتعمير.

لائحة المختصرات

م.ح.ع	مدونة الحقوق العينية
ق.ل.ع	قانون الالتزامات والعقود
م.أ	مدونة الأسرة
ص	الصفحة
م.س	مرجع سابق
ط	الطبعة

مقدمة

يقول الله عز وجل في كتابه الكريم **"لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون"**[1] ويدخل في إطار هذا العطاء والإنفاق كل مايتعلق بعقود التبرع من هبة وعمرى وصدقة...فكلها عطايا بالمفهوم الذي جاءت به الشريعة السمحاء فعقود التبرعات كانت ولازالت تثير نقاشا مستمرا بين الفقهاء والباحثين خصوصا مع اختلاف المذاهب الفقهية في تحديد شروطها بين شروط صحة وشروط كمال أو تمام وأدى هذا الاختلاف إلى اختلاف أحكام القضاء، كما أن النصوص القانونية المتعلقة بهذه العقود سواء الموجودة منها في القوانين المدنية أو التجارية أو العقارية أو غيرها قد أثار تطبيقها إشكالا يتجلى في أن صحة هذه العقود لاتتوقف فقط على أركان العقد وشروطه المعروفة في القوانين المنظمة للعقود ، وإنما تتوقف بالإضافة إلى ذلك على شروط أخرى منصوص عليها في الفقه الإسلامي كشرط الحيازة وكيف يتحقق وماهي الوسائل التي يتحقق بها .[2]

وتعتبر التبرعات من أهم المواضيع التي كانت مؤطرة بقواعد الفقه الإسلامي حيث أبدعت المصنفات الفقهية وشروحاتها المعتمدة وكتب النوازل المختلفة قديما وحديثا بالبحث والتدقيق فيها .

وبدخول مدونة الحقوق العينية[3] حيز التطبيق تم تنظيم عقود التبرعات ومن بينها الهبة والصدقة في المواد من273 إلى 291 فالهبة والصدقة يعتبران من العقود المتداولة كثيرا في المجتمع المغربي ذلك أن لعقد الهبة والصدقة مرجعية إسلامية قبل أن تكون له مرجعية قانونية ، ولقد استقى المشرع المغربي في تنظيمه لعقدي الهبة والصدقة أحكام الفقه الإسلامي خاصة مذهب الإمام مالك حيث جاء في المادة الأولى من م ح ع مايلي " تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية مالم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار، تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود في مالم يرد به نص في هذا القانون ، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وماجرى به العمل في الفقه الماكي."

وبالتالي يكون المشرع المغربي قد حسم في القانون الواجب التطبيق في حالة نشوء النزاع خاصة وأن عقود التبرعات تطرح العديد من الإشكالات من قبيل الهبة أو الصدقة في مرض الموت والحوز وكذلك مايتعلق بالاعتصار أو الرجوع في الهبة ، وبالتالي ففي هذا الموضوع سنقتصر فقط على دراسة الأحكام المتعلقة بالهبة والصدقة باعتبارهما من أسباب كسب الملكية.

---

[1]-الآية 92 من سورة آل عمران.

[2]-إبراهيم بحماني: عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط الطبعة الثانية 2018 ص 1.

[3]-الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 ذي الحجة 1432 الموافق ل 22 نونبر 2011 القاضي بتنفيذ القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011 ص 5587.

أهمية الموضوع

تتجلى أهمية هذا الموضوع في كون المشرع المغربي نظم أحكام التبرعات (الهبة والصدقة) لأول مرة في مدونة الحقوق العينية وحسم بذلك الخلاف في العديد من المسائل التي كانت موضوع تضارب على مستوى الاجتهاد القضائي كما أن للهبة والصدقة أهمية بالغة في تقوية الروابط الإنسانية المبنية على أساس البر ومايكسبه المتصدق أو المتبرع من ثواب ، لكنها في المقابل تصرف خطير إذ يتطلب جرأة من الواهب أو المتصدق للتنازل عن جزء من ماله.

إشكالية الموضوع

هل تمكنت مدونة الحقوق العينية من الإحاطة بمختلف الأحكام المتعلقة بالتبرعات وتجاوز مختلف الإشكالات التي كانت تطرحها النزاعات المتعلقة بالعقود التبرعية خاصة الهبة والصدقة؟

المنهج المعتمد

اعتمدنا في إطار هذا البحث على المنهج التحليلي لنصوص مدونة الحقوق العينية المتعلقة بالهبة والصدقة، كما أنه تم العتماد بين الفينة والأخرى على المنهج المقارن وذلك من خلال رصد بعض الاختلافات مابين القانون الوضعي المتمثل في م ،ح ،ع والفقه الإسلامي .

خطة البحث

لمقاربة هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه وفق الآتي:

المبحث الأول :الأحكام العامة للتبرعات

المبحث الثاني:الاعتصار في التبرعات

المبحث الأول: الأحكام العامة للتبرعات

نظم المشرع المغربي مجموعة من التصرفات التبرعية كالهبة والصدقة والعمرى والوصية ولكن سنقتصر في دراستنا هذه على الهبة والصدقة باعتبارهما سببين من أسباب كسب الملكية، وبذلك سنقوم بتعريف عقد الهبة والصدقة[4] وتحديد خصائصهما في المطلب الأول، على أن نرجأ الحديث عن أركانهما وآثارهما في المطلب الثاني.

المطلب الأول: ماهية الهبة والصدقة

سنقوم بالتطرق لتعريف عقد الهبة في الفقرة الأولى، على أن نعرج الحديث على تعريف عقد الصدقة في الفقرة الثانية.

الفقرة الأولى: تعريف عقد الهبة والصدقة

لقد عرف المشرع المغربي في م، ح، ع كل من عقد الهبة (أولا)، وعقد الصدقة(ثانيا)،

أولا: تعريف عقد الهبة

لقد استهل المشرع المغربي الفصل الخاص بتنظيم الهبة بتعريفه لها وذلك من خلال المادة 273 من م، ح، ع على أن " الهبة تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حيازة الواهب بدون عوض"

وما يمكن ملاحظته من خلال التعريف المومأ له أعلاه أنه ذكر هبة العقار دون المنقول، الأمر الذي جعل بعض الفقه[5] يرى بأنه كان على المشرع أن يستعمل عبارة مال أو حق مالي، بدل حصر التعريف في العقار والحق العيني العقاري على اعتبار أن الهبة يمكن أن تنصب على منقول أيضا.

---

[4]- المنظمتين بموجب المواد من 273 إلى 291 من من م، ح، ع.
وتجدر الإشارة أن المشرع قد أحال في تنظيمه لعقد الصدقة على أحكام الهبة (راجع المادة 291 من م ح ع).

[5]- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة، ص 201.

ويتضح من خلال هذا التعريف أيضا أن مدونة الحقوق العينية عملت على تنظيم الهبة بدون عوض، في حين أنها لم تتعرض للهبة بعوض، مما يعني أن هذه الأخيرة ستبقى خاضعة للراجح والمشهور وما جرى به العمل في الفقه المالكي.[6]

ثانيا: تعريف عقد الصدقة

يمكن تعريف عقد الصدقة لغة بأنها: "ما يعطى على وجه القربى لوجه الله بغير عوض."[7]

أما اصطلاحا: وجب التمييز بين التعريف الفقهي والتعريف القانوني، فبخصوص الأول نجد جانب منهم يعرفها على أنها " تمليك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض"[8]

بينما الثاني يحيلنا على مقتضيات المادة 290 من م، ح، ع والتي عرفت الصدقة على أنها **"تمليك بغير عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى"**.

والواضح من خلال هذا التعريف أن المشرع عرف عقد الصدقة بموجب المادة المذكورة أعلاه من م، ح، ع بعد صدور هذه الاخيرة بعدما كانت حبيسة التنظيم الفقهي والقضائي.

إذن الهبة إذا كانت لوجه الله صدقة، حتى الهبة لليتيم أو لصلة رحم أو لفقير، ذهب الفقهاء إلى أنها بمثابة صدقة لا يجوز الرجوع فيها، فالأولى أن يكون هذا الحكم للصدقة، فعند حديثهم عن الاعتصار في الهبة لليتيم أو لصلة الرحم أو لفقير يلحقونها بحكم الصدقة أي أن الأصل في عدم الاعتصار هو الصدقة، قال ابن المواز "ولا اعتصار من يتيم ولاتعتصر الصدقة، والهبة لليتيم صدقة".[9]

الفقرة الثانية: خصائص عقد الهبة والصدقة

ارتأينا بداية الحديث عن خصائص عقد الهبة(أولا)، على أن يتم بعد ذلك ذكرأهم الخصائص التي تميز عقد الصدقة(ثانيا).

أولا: خصائص عقد الهبة

يتميز عقد الهبة بعدة خصائص أهمها:

أ-الهبة عقد تبرعي

---

[6]- حليمة بنت المحجوب بن حفو:"دراسة في القانون العقاري المغربي على ضوء المستجدات: القانون رقم 14.07المتعلق بالتحفيظ العقاري، والقانون رقم39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والقانون رقم 12-106 المتعلق بملكية الشقق والطبقات، والقانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، والظهير الشريف رقم 1.09.236 المتعلق بمدونة الأوقاف، الطبعة الأولى 2017، مطبعة قرطبة حي السلام أكادير، ص 95.

[7]- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور: لسان العرب، الجزء الثالث، دار التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1992، ص 26.

[8]- أبو الحسين علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة 1997، ص 60.

[9]- إدريس الفاخوري: الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2019، ص3.

عقد التبرع هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطي[10]،وتعتبر الهبة مثاله البارز، لذلك يجب على الواهب أن يكون متوفرا على أهلية التصرف، وألا يكون في وضعية المدين،[11] أما الموهوب له فيصح قبوله للهبة ولو كان ناقص الأهلية بل ولو كان فاقدا لها،[12]

ولكن ينبغي أن يصدر هذا القبول أثناء حياة الواهب، وإلا بطلت الهبة، وفي حالة تعلق الهبة بعقار محفظ يؤخذ بعين الاعتبار تاريخ تقييد إراثة الواهب.

وإذا كان الواهب في مرض الموت، فإن الهبة تطبق عليها أحكام الوصية، ولكن بشرط أن يكون وارث، أما في حالة العكس فإن الهبة تعتبر صحيحة.[13]

وهو ما نصت عليه المادة 280 من م، ح، ع.

"تسري على الهبة في مرض الموت أحكام الوصية."

إلا أنه إذا لم يكن للواهب وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله".

ب: الهبة عقد شكلي [14]

يعتبر عقد الهبة عقد شكلي وهوما نص عليه المشرع المغربي في المادة 274 من م، ح، ع وتحديدا في فقرتها الثانية "يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي".

وفي هذا الصدد جاء حكم المحكمة الابتدائية بمراكش بما يلي: "خلو الهبة من أي إشارة لحيازة الموهوب لهم الهبة، ومعاينة ذلك من طرف من خول لهم القانون ذلك، إضافة إلى ثبوت بقاء محل الهبة تحت تصرف إلى حين وفاته يجعل الحيازة المادية والقانونية منعدمة في النازلة من طرف المدعى عليهم لمحل الهبة".[15]

غير أنه إذا تعلق محل الهبة بعقار محفظ أو في طور التحفيظ، فان تقييد الهبة بالسجلات العقارية يعتبر بمثابة الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب، وما ذلك إلا تكريسا لما سبق أن استقر عليه الاجتهاد القضائي.[16]

---

[10]- مأمون الكزبري: نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة 1972.

[11]- حيث جاء في المادة 278 من م، ح، ع "لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله".

[12]- نصت المادة 267 من م، ح، ع على ما يلي: إذ كان الموهوب له فاقدا للأهلية، فيقبل الهبة عنه نائبه الشرعي فان لم يكن له نائب شرعي عين له القاضي من ينوب عنه في القبول، أما إدا كان الموهوب له ناقص الأهلية فقبوله الهبة يقع صحيحا ولو مع وجود النائب الشرعي".

[13]- حليمة بن المحجوب بن حفو، م س، ص 96 و97.

[14]- والجدير بالذكر أن توثيق التصرفات العقارية قبل صدور م، ح، ع كانت تخضع في تنظيمها ل ق، ل، ع بمقتضى الفصل 489 منه الذي جاء فيه " إدا كان المبيع عقارا أو حقوق عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب ان يجري البيع في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أي أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد في القانون."

[15]- حكم عدد 523 صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش، بتاريخ 30/ 04/ 2007، في الملف عدد 2009/1/2/58، منشور بمجلة الأملاك، العدد 8، السنة 2010، ص 313، أوردته حليمة بنت المحجوب بن حفو، م س، ص96.

[16]- حليمة بنت المحجوب بن حفو، م س، نفس الصفحة.

وهو ما أكده قرار المجلس الأعلى (محكمة النقض) جاء فيه: "إن تسجيل الهبة بالرسم العقاري قيد حياة الواهن يعد حيازة قانونية مند تاريخ تسجيله تغني عن إشهاد العدلين بمعاينة الحوز."[17]

والملاحظ أن المشرع المغربي استثنى المادة المذكورة أعلاه (المادة274) من المادة الرابعة المنصوص عليها في نفس المدونة[18]،والتي تعد الإطار العام لتوثيق التصرفات العقارية وما تكريس رسمية عقد الهبة وإجبارية صدورها في محرر رسمي تحت طائلة البطلان إلا تقييدا لمبدأ أو مكنة الاختيار في توثيق التصرفات العقارية بين المحررات الرسمية والمحررات الثابتة التاريخ المنصوص عليها في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية[19].

وبقي لنا أن نشير لمسألة الحوز في الهبة والتي كانت من أهم القضايا التي حظيت بنقاش فقهي وعمل قضائي مضطرب حيث كان البعض من الفقه يتشدد في حيازة العقار الموهوب ولاسيما دار السكنى، ويشترط عدة شروط منها إخلاء العقار من شواغل الواهب، ومعاينة الإخلاء من طرف عدلين، وغلق العقار لمدة سنة،[20] مع الاشارة أن شرط معاينة الهبة بشاهدين لم يكن منصوص عليه في المدونة الكبرى لإمام مالك أو في المؤلفات القديمة.[21]

وقد ذهب العمل القضائي في نفس الاتجاه حيث قضى المجلس الأعلى في العديد من اجتهاداته أن الحوز شرط تمام في الهبة، وإن ورد على عقار محفظ، فإنه يقتضي معاينته من طرف العدلين وهو ما يسمى بالحوز المادي حيث جاء في أحد قراراته: " أن إشهاد العدلين بمعاينته من طرف المتصدق وشواغله شرطان لازمان لصحة الصدقة ولا يمكن إثبات ما يخالف الإشهاد العدلي بلفيف لأن المثبت مقدم على النافي."[22]

وخلافا لذلك ذهبت اجتهادات اخرى إلى أن الحوز القانوني والذي يكون مسجل في الرسم العقاري يغني عن الحوز المادي.[23]

إن ما سلف ذكره يسفر عن وجود اختلاف في الاجتهادات القضائية، وهو الشيء الذي دفع المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) إلى البت بجميع الغرف في قرار له اعتبر فيه الحيازة القانونية تغني عن الحيازة الفعلية.[24]

---

[17]- قرار عدد 163، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ،2011/9/965 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/584، منشور بمجلة ملفات عقارية، العدد 2، السنة 2012، ص25، أوردته حليمة بنت المحجوب بن حفو، م س، نفس الصفحة.

[18]- نصت المادة 4 من م، ح، ع. على ما يلي: "يجب ان تحرر-تحت طائلة البطلان-جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو بإنشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقاها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض مالم ينص قانون خاص على ذلك.

[19]- بوبكري عبد القادر: توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية على ضوء القانون 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والقوانين الخاصة، مداخلة ألقيت بندوة "المعاملات العقارية واشكالية توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة «، مطبعة أنفو برانت، فاس ن العدد غير مذكور، ط 2014، ص 28.

[20]- عبد الواحد بن مسعود: الهبة والصدقة في م، ح، ع قراءة أولية، مجلة الأملاك، العدد المزدوج 11-12، السنة 2012، ص 17.

[21]-إبراهيم بحماني: م س، ص 23.

[22]- قرار المجلس الأعلى عدد 2890 المِرح في 2005/11/11 في الملف المدني رقم 2002/7/3548 منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد4، ص 123.

[23]- قرار المجلس الأعلى رقم 647 بتاريخ 1996/9/24، في الملف العقاري عدد 92/5025 منشور بمجلة القضاء، نفس العدد، ص 37 .

[24]- قرار المجلس الأعلى عدد 555 الصادر بتاريخ 12/282003// في الملف العقاري رقم 2/2/59695/، منشور بمجلة القضاء والقانون نفس العدد، ص 125.

ورغم هذا الموقف الحاسم في اجتماع رؤساء غرف المجلس الأعلى سابقا إلا أن العمل القضائي لم يستقر على اتجاه واحد قبل صدور مدونة الحقوق العينية .وامتد هذا الجدل إلى العمل الإداري حيث صدرت عن المحافظ العام دورية عدد 341 بتاريخ 21 شتنبر 2004 اعتبر فيها أن تقييد سند التبرع في الرسم العقاري يكون كافيا لتحقيق الغاية من اشتراط الحيازة الفعلية في عقود الصدقة والهبة.

و كما سلف ذكره، فقد حسمت المادة 274 من مدونة الحقوق العينية النقاش الفقهي و القضائي حول حجية التقييد في السجلات العقارية حيث جاء فيها ما يلي" :**يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب و عن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ، فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية و عن إخلائه"**، و هكذا أصبح التقييد بالسجلات العقارية أو إيداع عقد الهبة أثناء سريان المسطرة أو إدراج مطلب تحفيظ للعقار الموهوب باسم الموهوب له يغني عن ضرورة الحيازة المادية، و ضرورة إخلاء الواهب للملك الموهوب، أما إذا لم تنطبق على

العقار الموهوب أية حالة من الحالات المنصوص عليها بموجب المادة السالفة الذكر، فلابد من الرجوع لأحكام الفقه المالكي من ضرورة إخلاء الواهب للملك الموهوب وتسليمه للموهوب له خاليا من كل الشواغل حيازة وإخلاء، اويتم ذلك بشهادة العدلين المحررين لعقد الهبة.[25]

ج-الهبة عقد مسمى

يعتبر عقد الهبة من العقود المسماة التي نظم المشرع المغربي أحكامها نظرا للطبيعة التداولية لهذه العقود على خلاف العقود غير المسماة التي لم تحظى بتنظيم خاص نظرا لصعوبة حصرها وتخضع بذلك للقواعد العامة.[26]

ومعلوم أن العقود المسماة تخضع في المقام الأول للأحكام الخاصة التي افردها بها المشرع، فإذا لم يوجد حكم خاص تعين الرجوع إلى الأحكام العامة الواردة في النظرية العامة ل ق، ل، ع فإذا لم نعتر على الحكم -وهذا أمر مستبعد- رجعنا إلى العرف الذي استحدثها.[27]

ثانيا: خصائص عقد الصدقة

يتميز عقد الصدقة بمجموعة من الخصائص أهمها:

أ-عقد الصدقة من العقود التبرعية

[25]- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39-08 مكتبة الرشاد سطات، الطبعة الثالثة 2018، ص 478.

[26]- تم تنظيم عقد الهبة في م، ح، ع بموجب المواد من 273 إلى289.

[27]- عبد الحق الصافي، الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، دراسة في ق، ل، ع وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، ط 2016، ص 25.

يعتبر الالتزام في الصدقة كذلك على سبيل التبرع، فالمتصدق عندما يتصدق بشيء أو بحق فلا ينتظر من المتصدق له شيئا، ومن صفات المؤمن في الصدقات أنه إذا أعطى شيئا فإنا يعطيه ابتغاء وجه الله الكريم، لا يريد جزاء ولا شكورا.[28]

ب-عقد الصدقة من العقود العينية

والعقد العيني هو الذي يشترط أن يقترن التراضي على العقد بتسليم شيء فإن تخلف التسليم اعتبر العقد غير منعقد على الرغم من توافر الرضا.

وعقد الصدقة بهذا المعنى من العقود العينية الذي يشترط لقيامه حيازة الشيء المتصدق به والمتصدق له وإلا اعتبر العقد غير تام، جاء في رسالة ابن زيد القيرواني في هذا الصدد: "لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس إلا بالحيازة."[29]

ج-عقد الصدقة من العقود المسماة

يعتبر عقد الصدقة كذلك من العقود المسماة التي التي حظيت باهتمام المشرع المغربي حيث نظم أحكامها في الفصلين 290 و291.[30]

د-عقد الصدقة من العقود الشكلية

يدخل عقد الصدقة ضمن العقود الشكلية حيث نص المشرع في المادة 274 في فقرتها الثانية من م، ح، ع **" يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي."**

وبذلك فإن عقد الصدقة وجب تحريره في محرر رسمي قياسا على عقد الهبة[31]

فالمشرع استعمل عبارة" يجب "وكذلك عبارة" تحت طائلة البطلان " فيجب تعني الإلزام وأن عدم القيام بالشيء الذي وجب القيام به يجعل الشيء كأن لم يكن، كذلك في اصطلاح البطلان: يفيد أن الالتزام لم يوجد أصلا ولم تقم له قائمة، وفي هذا الاتجاه ينص الفصل 306 من ق، ل، ع على أن: " الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له..."[32]

---

[28]- عبد الرحمان بلعكيد، "الهبة في المذهب والقانون"، دراسة للهبة وما يتصل بها من صدقة وحبس وعمرى الطبعة الأولى 1417-1997، ص 39.

[29]- صالح عبد الأبين الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ص55.

[30]- بالإضافة إلى الأحكام المتعلقة بالهبة طالما أن المشرع أخضعها لها كما سبقت الإشارة إليه سابقا.

[31]- يستفاد ذلك من خلال الفصل 291 من م، ح، ع

29-كبوري محمد، قراءة في المادة الرابعة من المادة الرابعة من م، ح، ع، منشورات مجلة الحقوق، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون 08-39، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، العدد السادس، السنة 2012 ،ص76 .

المطلب الثاني: شروط صحة عقد الهبة والصدقة وآثارهما

لكي يكون عقد الهبة أو الصدقة تاما صحيحا لابد من توافر مجموعة من الشروط التي بدونها لا تقوم للعقد قائمة (الفقرة الأولى) وبتوافر هذه الشروط يترتب عن هذا العقد التبرعي مجموعة من الآثار (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: شروط صحة عقد الهبة والصدقة

نظرا لأهمية التصرف الذي يقوم به كل من الواهب والمتصدق وما يمكن أن يترتب عنه من آثار نص المشرع في م، ح، ع على شروط صحة كل من عقد الهبة(أولا)، وعقد الصدقة (ثانيا).

أولا: شروط صحة عقد الهبة

بالإضافة إلى أركان عقد الهبة المتمثلين في الإيجاب والقبول وتحريرها في محرر رسمي وفق مقتضيات المادة 274 من م، ح، ع قد اشترط المشرع في نفس المدونة توفر شروط معينة لا يكمن لعقد الهبة في غيابها أن يكون ساري المفعول سواء على المتعاقدين أو في مواجهة الغير، ويتعلق الأمر بشرط أهلية الواهب وملكيته للشيء الموهوب(أ)، ثم عدم إحاطة الدين بمال الواهب وألا يكون في مرض الموت(ثانيا).

أ-أهلية الواهب وملكيته للشيء الموهوب

تنص المادة 275 من م، ح، ع على أنه: "يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة."

وعليه سنتطرق لأهلية الواهب(1)، ثم ملكية الشيء الموهوب له(2).

1-أهلية الواهب

يجب التمييز بين الأهلية اللازمة لدى الواهب والأهلية المطلوبة لدى الموهوب له، حيث يقصد بأهلية الواهب ان يكون الشخص الواهب صالحا لثبوت الحقوق المشروعة له وعليه وصلاحيته لاستعمال الحق عن طريق التصرف القانوني، أي أن الهبة لا تصح إلا إذا صدرت من طرف شخص بلغ سن الرشد القانوني ويكون كامل الاهلية[33]، أي قادرا على التصرف بالتفويت في أمواله بدون عوض.
وبذلك نجد أن المشرع شدد في أهلية الواهب، حيث جاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي: " إبطال الهبة لخلل عقلي في الواهب جائز مادامت الخبرة الطبية، وتقدير الأدلة موكول لسلطة المحكمة".[34]

أما الموهوب له فلا تشترط م، ح، ع أن يكون كامل الأهلية، إلا أنها ميزت بين حالتين: إما أن يكون الموهوب له فاقد الأهلية فيقبل عنه نائبه الشرعي، وفي حالة غياب هذا الأخير يعين القاضي مقدما ينوب عنه في القبول، أو أن يكون فيها الموهوب له ناقص الأهلية كالصغير المميز، فقبوله الهبة شخصيا يقع صحيحا ولو مع وجود نائبه الشرعي، وعلة ذلك أن الهبة من التصرفات التي تنفعه نفعا محضا.[35]

2-شرط ملكية الواهب للشيء الموهوب

يجد هذا الشرط أحكامه في الفقه المالكي الذي يشترط أن يكون الشيء الموهوب مملوكا للواهب وقت الهبة، وبالتالي فإن من وهب الشيء قبل أن يملكه فلا تلزمه هذه الهبة وقد تم التأكيد على هذا الشرط في المادة 277 من م، ح، ع، التي جاء فيها أنه يقع باطلا هبة المال المستقبل، وهبة عقار الغير، خلافا لعقد البيع الذي أجاز المشرع في بنوده بيع ملك الغير إذا أقره المالك، أو إذا اكتسبه المالك فيما بعد ملكية الشيء المبيع.[36]

وعلى سبيل المقارنة نجد المشرع المصري اشترط أيضا أن يكون المال الموهوب ملكا للواهب، فإن كان غير مملوكا له بأن كان مملوكا لغيره، فان أحكام هبة ملك الغير هي التي تطبق في هذه الحالة وقد نص المشرع على هذه الأحكام في الفصل 491 من القانون المدني المصري.[37]

ب-عدم إحاطة الدين بمال الواهب وألا يكون في مرض الموت

---

[33] - وكما هو معلوم سن الرشد القانوني يتمثل في بلوغ 18 سنة شمسية كاملة طبقا للمادة 209 من مدونة الأسرة.

[34]- قرار صادر عن المجلس الاعلى (محكمة النقض حاليا) 04/09/2004، تحت عدد 463 في الملف الشرعي عدد 03/1/2/432، منشور بمجلة العرائض عدد 1 ص، 150 وما يليها.

[35]- راجع الفصل 276 من م، ح، ع.

[36] - وهو ما أكده الفصل 485 من ق، ل، ع الذي بنص على أنه" بيع ملك الغير يقع صحيحا.
إذا أقره المالك
إذا كسب البائع فيما بعد ملكية الشيء

[37]- جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة 1978، ص 45.

إذا كان الواهب مدينا وديونه تستغرق أمواله، أو كما عبر عنها المشرع من كان الدين محيطا بماله فلا تصح هبته[38]، لأنه يتعين عليه أولا أن يسدد ديونه، وكما قيل روح المدين معلقة بالوفاء بديونه وهذا شرط عبر عنه صاحب التحفة[39] بقوله:

"صدقة تجوز إلا مع مرض الموت وبالدين المحيط تعترض."

وسنتطرق لشرط عدم إحاطة الدين بمال الواهب(1)، ثم ألا يكون الواهب مريضا مرض الموت(2).

1-عدم إحاطة الدين بمال الواهب

نص على هذا الشرط المادة 278 من م، ح، ع وقد جاء هذا الشرط كحماية لحقوق الدائنين وضمانا لأموالهم، وذلك تكريسا للقاعدة الواردة في الفصل 1241 من ق، ل، ع وهي: " **أموال المدين ضمان عام لدائنيه**".

وتكمن أهمية هدا الشرط في أنه يحول دون تهرب المدين من أداء ديونه وتحايله بهذا الخصوص.

وهذا الشرط ليس إلا تأكيدا لما جاء ب الفقه المالكي والذي نص على عدم جواز هبة المفلس، حيث جاء في مختصرالشيخ خليل: وبطلت أن تأخر لدين محيط.[40]

2-ألا يكون الواهب في مرض الموت

لم يعرف المشرع المغربي مرض الموت، وترك ذلك للفقه والقضاء وهكذا جاء في تعريف هذا المرض في حكم صدر عن ابتدائية الخميسات أن " أن مرض الموت هو ذلك المرض الذي يرجح معه هلاك صاحبه، ويوشك على التسليم بانقضاء أجله، وجعله في وضع لا يقدر فيه على قضاء مصالحه كما لو كان معافى."[41]

وإذا تمت الهبة في مرض الموت فقد أفاد المشرع أنه تطبق عليها أحكام الوصية، وبالتالي تكون جائزة في حدود الثلث، ما عدا إذا لم يكن للواهب وارث، إذ ذاك تصح الهبة في الشيء الموهوب بأكمله وذلك بمقتضى المادة 280 من م، ح، ع.

وأحكام الوصية منظمة بمقتضى المواد من 277 إلى 314 من مدونة الأسرة، والملاحظ أن المشرع كان في حالة الواهب الذي توفي وليس له وارث، ووهب قيد حياته مثلا نصف عقار واحتفظ بالنصف الأخر، ففي هذه الحالة تصح الهبة في الشيء الموهوب بكامله، أي أن

---

[38]- المادة 278 من م، ح، ع

[39]- الحسين ابو علي بن عبد السلام التسولي، م س، ص 219.

[40]- جمال الدين طه العاقل، م س، ص 78.

[41]- تعريف وارد في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بالخميسات في الملف العقاري عدد 1.08.833 بتاريخ 2010.03.25 أشارت إليه سلمى الزنيتي، م س، ص 122.

الموهوب له يمتلك النصف الآخر من العقار الذي لم تشمله الهبة، حتى لا يبقى ذلك المال مباحا بدون مالك.[42]

ثانيا: شروط صحة عقد الصدقة

بما أن المشرع قد نص بموجب الفصل 291 من م، ح، ع على أن أحكام الهبة تسري على الصدقة باستثناء الحالتين المنصوص عليهما في نفس المادة،[43] فإن هذه الأخيرة لها نفس شروط الصحة،[44]

فبخصوص عدم إحاطة الدين بمال المتصدق فقد أكد المجلس الأعلى على أن صدقة من أحاط الدين بماله معرضة للإبطال.[45]

أما بخصوص هبة عقار الغير التي نص عليها المشرع بنص صريح[46] ، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى على أنه: " ليس للمكترين مصلحة في الدفع بعدم صحة الصدقة لعدم معاينة الحوز لأنهم ليسوا ورثة ولا مالكين ..."[47]

يتضح من خلال القرار أعلاه أن انعدام المصلحة والصفة تحول دون ممارسة الغير لحق إبطال الصدقة إذا تم الأخذ بعين الاعتبار مفهوم الغير الذي تم إدراجه في التعريف اعلاه، وأن الورثة يمكنهم إبطال الصدقة إذا كانت لهم المصلحة في ذلك، كما أن للمالكين الحقيقيين المصلحة في إبطال الصدقة الواقعة على ملكهم.[48]

الفقرة الثانية: آثار عقد الهبة والصدقة

إن الهدف من كل عقد هو الوصول إلى الآثار التي تنتج عنه متى استوفى الأركان والشروط المقررة له قانونا، وهو نفس الأمر الذي يسري على عقد الهبة (أولا)، وعقد الصدقة(ثانيا).

أولا: عقد الهبة

---

[42] - عبد الوحد بن مسعود م س، ص 17.

40-تنص المادة 290 على أنه:

- "تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

-لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا

-لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا في حالة الإرث."

[44]- أي أهلية المتصدق وملكيته للشيء المتصدق به، وعد احاطة الدين بماله

[45]- قرار المجلس الأعلى عدد 215 بتاريخ 2008/23/04 ، ملف شرعي عدد 161/2/1/2007، أورده إبراهيم بحماني في مجلة الأملاك ، ص 206 .

- باستعمال مفهوم القياس للمادة 277 من م، ح، ع:" يقع باطلا:

- الوعد بالهبة

-هبة عقار الغير

[46]- هبة المال المستقبل."

[47] - قرار المجلس الأعلى عدد 398 بتاريخ 2000/04/18ملف عقاري عدد 95/2/2/685، أورده ابراهيم في مجلة الأملاك، ص 74.

[48]- هند بربوشي، تفويت العقار عن طريق الصدقة، الطبعة الأولى 2016، ص 32.

أ-آثار الهبة على الواهب

أغفلت المادة 281 من م، ح، ع الواهب من الالتزام بضمان الاستحقاق حيادا على التزامات الواهب، وهكذا ليس من حق الموهوب له الرجوع على الواهب في الحالة التي يتم فيها استحقاق الملك الموهوب سواء تعلقت الهبة بعقارات محفظة أو غير محفظة أو عقارات في طور التحفيظ قضت فيها المحكمة بصحة التعرضات، وهذا الاتجاه مخالف لالتزامات البائع الذي يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده، إلا أن الواهب يضمن التعرض الصادر عنه، فلا يجوز أن يأتي أعمالا مادية أو يقوم بتصرفات قانونية تتضمن اعتداء على حق الموهوب له .كما أن الواهب لا يضمن العيوب الخفية المنصبة على العقار الموهوب والمقصود بهذه العيوب تلك التي لا يمكن التعرف على وجودها إلا بإجراء خبرة أو نتيجة تغير في طبيعة العقار الموهوب بسبب القدم أو غش في المباني أو غير ذلك، ولو أن الأستاذ عبد الكريم شهبون يرى أن الواهب يضمن العيوب الخفية إذا ضمن باتفاق خاص خلو العين من العيوب.[49]

وبناء عليه فإذا استحق العقار محل الهبة من يد الموهوب له، لا يجوز لهذا الأخير الرجوع على الواهب بضمان الاستحقاق ويتحمل المصاريف المنفقة سواء على الشيء الموهوب أو على دعوى الاستحقاق.[50]

وفي جميع الحالات لم يعف المشرع الواهب من المسؤولية بشكل مطلق بل رتب المسؤولية في مواجهته في حالة سوء النية أو الخطأ الجسيم حيث يحق للموهوب له في هذه الحالة الرجوع على الواهب لجبر الضرر لا سيما وأن الموهوب له قد يقوم بإقامة مبان أو مشاريع استثمارية تكلف مصاريف هامة، وعموما تخضع مسؤولية الواهب للأحكام العامة للمسؤولية المدنية.[51]

ب-آثار الهبة على الموهوب له

نصت المادة 282 من م، ح، ع على ما يلي: **"نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته تكون على الموهوب له ما لم يتفق على غير ذلك."** وعليه يلتزم الموهوب له حسب الأصل بنفقات الهبة وهي أساسا نفقات تحرير المحرر الرسمي الذي قد يعهد به للعدول أو الموثق وكذا مصروفات التسجيل لدى إدارة الضرائب ومصاريف التقييد أو التحفيظ، كما قد يكون الموهوب له ملزما بالتشطيب على التحملات العقارية التي تثقل العقار كما في حالة أداء الديون التي كانت سببا لرهنه وإن كانت هذه الأحكام ليست من النظام العام، إذ يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها، فالغالب في الهبة أن يلتزم الواهب بتحمل النفقات.[52]

ثانيا: آثار عقد الصدقة

إن الأصل في عقد الصدقة أنها عقد ملزم لجانب واحد، على اعتبار أنه من عقود التبرعات التي لا يأخذ فيها أحد المتعاقدين مقابلا لما يعطيه، لهذا ينشئ عقد الصدقة عدة آثار تتمثل فيما يلي:

---

[49]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 485.

[50]- حليمة بنت المحجوب بن حفو، م س، ص 97.

[51]- المنظمة بموجب الفصلين 77 و78 من ق، ل، ع.

[52]- عبد الكريم شهبون، م س، ص 486.

أ-نقل الشيء المتصدق به إلى ذمة المتصدق عليه

يترتب على عقد الصدقة التزام المتصدق بنقل الشيء المتصدق به الى المتصدق عليه وهو ما أكده المجلس الأعلى حيث جاء في قرار صادر عنه " أن المتصدق ملزم بنقل المتصدق به إلى المتصدق عليه وإلا أجبر على ذلك.[53]

ونستنتج من خلال هذا القرار أن المتصدق الذي لم يعمل على نقل ملكية الشيء إلى المتصدق عليه طالما هناك جدية من هذا الأخير في طلبها بل يستطيع إجبار المتصدق له على القبض.[54]

وبالرجوع الى م، ح، ع نجد أن المشرع أحال على أحكام الهبة التي نفسها تسري على عقد الصدقة مع بعض الاستثناءات بموجب المادة 291، لهذا فان المادة 279 من نفس المدونة أخذت نفس النهج الذي صار عليه المذهب المالكي حيث جاء فيها: "إذا توفي الواهب قبل أن يقبل الموهوب له الملك الموهوب بطلت الهبة.

لا يعتد إلا بتاريخ تقييد الإراثة إذا تعلق الأمر بعقار محفظ.

إذا توفي الموهوب له قبل أن يقبل الملك الموهوب بطلت الهبة كذلك، ولا حق لورثة الموهوب له في المطالبة به."

نفس الأمر يسري على الصدقة احتكاما للمادة 291 من م، ح، ع.[55]

ب-المحافظة على الشيء المتصدق به من طرف المتصدق

يلتزم المتصدق بالمحافظة على محل الصدقة إلى حين تسليمه إلى المتصدق عليه على الحالة التي كانت عليها وقت الصدقة دون نقصان، مالم يتم اشتراط خلاف ذلك من طرف المتصدق، كما يلتزم المتصدق بمجرد تمام الصدقة بالتسليم مالم يشترط المتعاقدان وقت آخر أو اقتضت طبيعة العقد أو العرف خلاف ذلك، أما نفقات التسليم فهي على المتصدق باعتباره هو المدين مالم يتحملها المتصدق عليه بمقتضى الشرط.[56]

لكن هذا القول أصبح متجاوزا في إطار ما نصت عليه م، ح، ع فيما يخص أحكام الهبة المحال عليها ما يطبق على عقد الصدقة بحيث جاء في المادة 282 من م، ح، ع:

"نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته تكون على الموهوب له، ما لم يتفق على غير ذلك."

وعليه فإن المتصدق يتحمل نفقات عقد الصدقة ومصروفات تسليم الشيء محل الصدقة بل ونقل ملكيته مالم يتم الاتفاق على غير ذلك.[57]

ج-ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية اللاحقة بالصدقة الناتجة عن الفعل العمد او الخطأ الجسيم للمتصدق

في عقد الصدقة لا يضمن المتصدق استحقاق الشيء أو الحق المتصدق به إلا إذا كان ناتجا عن فعله العمد أو خطأه الجسيم، وهو ما نصت عليه المادة 281 من م، ح، ع التي أكدت

---

[53]- قرار المجلس الأعلى رقم 248، العدد المزدوج، العدد المزدوج 11،2013-12/2012/، ص 16

[55]- تنص المادة 291 على أنه "تسري على الصدقة أحكام الهبة..."

[56]- عادل حميدي،" التصرفات الواردة على العقار المحفظ بين الفقه الاسلامي والفراغ القانوني، الطبعة الأولى 2006، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش، ص 32.

[57]- هند بربوشي، م س، ص 32.

على أنه: **"لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية.**
لا يكون الواهب مسؤولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم."
وبالتالي فإن المتصدق لا يضمن الملكية للمتصدق عليه إلا إذا ثبتت مسؤوليته عن الفعل العمد أو خطئه الجسيم.[58]

المبحث الثاني :الاعتصار في التبرعات

يقصد بالاعتصار الرجوع في الهبة واسترداد ملكية الشيء الموهوب وفي هذا قال ابن عرفة "إرتجاع المعطي عطية دون عوض لا بطوع المعطى".[59]

أما فيما يتعلق بالتشريع فيلاحظ على أن المشرع المغربي نص في المادة 283 من م ح ع على أنه"يراد بالإعتصار رجوع الواهب في هبته ...."

وبخصوص الصدقة فقد نص المشرع المغربي في المادة 291 من م ح ع على أنه "تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة مايلي :

لايجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا ،...."

واعتبارا لذلك سوف نتحدث عن الاعتصار في الهبة فقط وذلك بتبيان حالات الاعتصار في الهبة (المطلب الأول)ثم موانع الاعتصار في الهبة وآثاره (المطلب الأول).

المطلب الأول : حالات الإعتصار في الهبة

تطرقت م ح ع لحالات الاعتصار من خلال المادة 283، والتي أجازت اعتصار الهبة في حالتين : ماوهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا وكذا إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته ،وبالتالي فالمشرع المغربي في م ح ع عمل على تحديد حالات حصرية يمكن من خلالها اعتصار الهبة بحيث جعل حق اعتصار الهبة للأب والأم وفق شروط معينة (الفقرة الأولى) وهناك أيضا حالة أخرى يمكن اعتصار الهبة فيها ويتعلق الأمر بالمعسر الذي ساءت أحواله وتعذر عليه الإنفاق سواء على نفسه أوعلى من تجب عليه نفقتهم بعد أن وهب هبته (الفقرة الثانية).

---

[58]- عادل حميدي، م س، ص 148.

[59]-أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهدايا الكافية الشافية لبيان حقائق الحقائق الإمام ابن عرفة الوافية القسم الثاني دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى 1993 ص559.

الفقرة الأولى :اعتصار الأبوين

إن الاعتصار هو حالة استثنائية على عقد الهبة مادام أن الأصل هو العقد شريعة المتعاقدين وقد خول المشرع المغربي الاعتصار كاستثناء على القاعدة لفائدة الأب (أولا) والأم (ثانيا).

أولا :حالة اعتصار الأب

نص المشـــرع المغربي في المادة في المادة 283 من م ح ع على أنه " يراد بالإعتصـــار رجوع الواهب في هبته ، ويجوز في الحالتين التاليتين :

أولا : فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا....."

وانطلاقا من نص المادة نجد الإمكانية المخولة للأب في اعتصـــار الهبة التي وهبها لأبنائه سواء أكان هذا الإبن قاصرا أو راشدا ذكرا أو أنثى .

وفي هذه المسألة يقول ابن عاصم الأندلسي في تحفته:

والاعتصار جاز فيما يهب أولاده قصدا للمحبة الأب

في شـرحه لهذا النظم يقول التسـولي "الاعتصـار جاز فيما يهب أو يعمر أو ينحل أو يعطي لأولاده صغارا أو كبارا قصدا للمحبة لا الله [60].

والملاحظ على أن المشرع المغربي تبنى نفس أحكام الفقه الإسلامي في تنظيمه للإعتصـار من خلال م ح ع حيث في المادة 283 من م ح ع جعل الاعتصـــار للأب والأم ســواء أكان الإبن قاصرا أم راشدا رغم أن المشرع المغربي لم يسترسل في تفصيل حالة اعتصار الأب والأم خاصـــة على مســـتوى نوع الهبة التي يلزم أن تعتصـــر من النوع الذي لايمكن لهما اعتصـــاره، وبالرجوع للفقه الإســـلامي نجده يميز بين بين ثلاثة أنواع من الهبات فالنوع الأول هو الهبة التي تكون لوجه الله تعالى وتســمى الصـــدقة والنوع الثاني وهو هبة التودد والمحبة وهي التي يحق للأب الرجوع فيها فيما وهبه لأحد أبنائه أما النوع الثالث فهو هبة الثواب أي أن يكافئ الموهوب له الواهب على هبته تلك وتأخذ حكم عقد البيع بحيث يجوز فيها مايجوز في البيوع وفي هذا الأمر يقول ابن رشد الحفيد "وأجمعو أن الهبة التي يراد بها الصدقة أي وجه الله لايجوز لأحد الرجوع فيها "[61]

وبالتالي فالهبة التي تكون لصلة الرحم لايرجع فيها بحيث تأخذ حكم الصدقة وهذا مايستفاد من مارواه مالك بن أنس عن عمربن الخطاب رضي الله عنه " من وهب هبة لصلة رحم أو على جهة صـــدقة فإنه لايرجع فيها ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد الثواب بها فهو على هبته يرجع فيها إن لم يرضى منها "[62]

---

[60]-أبي عبد الله التاودي: شرح أرجوزة تحفة الحكام الجزء الثاني دار الرشاد الحديثة ص 45

[61]-ابن رشد الحفيد بداية المجتهد ونهاية المقتصد المجلد الأول شرح وتحقيق عبد الله العبادي دار السلام الطبعة الأولى 1995، ص ،2030.

[62]-ابن رشد الحفيد م س، ص،2034

وبالتالي فاعتصـــار الأب حق قرره القانون وأصـــل له الفقه الإســـلامي نظرا لخصـــوصـــية العلاقة التي تربط الأب بأبنائه ،فالحكمة من تقرير هذا الحق له حمولة اجتماعية محضـــة تراعي الجانب العاطفي للأب االذي قد يشكل نقطة ضعف يمكن من خلالها أن يهب دون أن يعطي للأمر قدره ، لهذا و تلافيا لمثل هذه الحالات تم تقرير حق الإعتصـــار والرجوع فيما وهبه الأب لأحد أبنائه .[63]

وفي هذا الصـــدد جاء في قرار للمجلس الأعلى "...وأنه يكفي في صـــحة قضـــاء المحكمة الابتدائية ماعللت به من أن اعتصـــار الهبة حق للأب و الأم ولا اعتصـــار لغيرهما ولو كان قريبا ...".[64]

ثانيا :حالة إعتصار الأم

إن اعتصـــار الأم مقيد بنفس شـــروط اعتصـــار الأب إضـــافة إلى قيد آخر وهو ألا يكون الولد صـــغيرا ، وقد مات أبوه فلا اعتصـــار في هذه الحالة ، حيث جاء في المدونة:"قلت أرأيت ماوهبت الأم لولدها ، أيجوز لها أن تعتصـــر منه شـــيئا أم لا ، إذا كانت هي الوصـــية والولد صغير في حجرها؟ قال : قال لي مالك : إذا وهبت الأم لولدها أو نحلتهم ولهم أب ، فإن الأم تعتصـــر ذلك كما يعتصـــره الأب مالم يســـتحدثوا دنيا أو ينكحوا ، وما نحلت أو وهبت الأم لأولادها الصـــغار ولا أب لهم ، فإنها لا تعتصـــر ذلك ، وليس يعتصـــر ما يوهب لليتامى وما لا ينحلون ".[65]

إذا فاعتصـــار الأم مقيد بعدم كون الإبن صـــغيرا أو يحل مانع من موانع الاعتصـــار مشـــتركة مع الأب.

هذا من الناحية الفقهية أما من الناحية القانونية نجد أن المشـــرع المغربي جعل الأم مثل الأب في تقريرها حق الاعتصـــــار من الأب وبإطلاق، ولا يمنعها من ذلك إلا ما يمنع الأب من موانع[66].

في نفس الإطار يميز الفقه المالكي بين فرضـــيتين لليتم ، فالفرضـــية الأولى تكون في حياة الأب أي أن الأم تهب لإبنها في حياة أبيه وتيتم بعد ذلك فهنا لها اعتصـــــار الهبة ، أما الفرضـــية الثانية وهي هبة الأم لإبنها الصـــغير بعد وفاة أبيه ، وهنا ليس لها الاعتصـــار على ماذكر الخرشي لأن الهبة حسب قوله تعد صدقة في الحالة الثانية عن الأولى .

يتضـــح إذن من قول الإمام مالك وكذا فقهاء المذهب ، أن علة ربط اعتصـــار الأم بحياة الأب هو مراعاة الفقه الإســـــلامي لحالة اليتم التي يكون عليها الإبن الصـــــغير أو البنت المراد الاعتصار منهما بعد وفاة الأب لأن في هذا الأمر مواساة من حرقة الفراق بسبب موت الأب

---

[63]-عبد الرحمان بلعكيد: م س، ص، 323

[64]-قرار عدد74 الصادر في الملف الشرعي 2005/1/2/62 بتاريخ 31 يناير 2007 أورده إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء مطبعة دار السلام بالرباط الطبعة الأولى 2012 ص 232.

[65]-إدريس الفاخوري، م.س. ص ،289

[66]- إدريس الفاخوري: نفس المرجع ص 290

لذا فإن الهبة تأخذ حكم الصـــدقة وبالتالي يتعذر الرجوع فيها من قبل الأم مادام أن حكم الصـدقة يكون لوجه الله ، وهذا هو السـبب الرئيسـي في عدم اعتصـار الصـدقة عكس الهبة التي تكون للمحبة والتودد ، واعتبارا لحق الأم في اعتصـار ماوهبته لأحد أبنائها فإن لها أن تعتصر حتى ولو كان الأب مجنونا جنونا مطبقا .[67]

الفقرة الثانية :عسر الواهب كسبب لإعتصار الهبة

جاء في المادة 283 من م.ح.ع ما يلي " يراد بالاعتصـار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين :

أولا: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا؛

ثانيا: إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته.

إن الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه تعتبر من مســتجدات م.ح.ع، لكن ما يلفت الانتباه أن مدونة الحقوق العينية خالفت ما قرر في الفقه المالكي من كون الرجوع في الهبة مقصـورا على الأب والأم دون غيرهما وتكون قد وافقت في ذلك المذهب الحنفي في كون عقد الهبة عقد غير لازم يصـح الرجوع فيه كما تقدم وخالفت المذهب المالكي الذي تمت الإحالة عليه كمصدر احتياطي في المادة الأولى من م.ح.ع.

وبذلك فتحت الباب أمام كل واهب تبدل حاله من يسـر إلى عسـر ومن ملاءة إلى فاقة، بعد الهبة أن يطلب الرجوع فيها [68].

المشـرع المغربي لم يشـر إلى من هم الأشـخاص الذين يجب الإنفاق عليهم من قبل الواهب وبالتالي يتم الرجوع إلى نصوص قانونية أخرى ونقصد هنا القانون رقم 03-73 المتعلق ب م،أ وذلك من خلال القسم الثالث المتعلق بالنفقة من المواد 187 إلى 205 وبقراءة لمضمون هذه المواد يتضـح على أن من تلزم النفقة عليهم هم الأبناء والزوجة والأبوين لكن هذا الالتزام قد يتوسع فيه من طرف محكمة الموضوع اعتبارا لمنطق التكافل العائلي الذي يمكن أن يشـمل أفرادا آخرين كالعم والعمة أو الخال والخالة رغم أن ذلك سـيؤدي لمجموعة من الإشكاليات لعل أهمها إثبات حالة العسر .[69]

---

[67]-الخرشي شرح مختصر خليل الجزء الخامس ص122.

[68]- إدريس الفاخوري نفس المرجع: ص 290.

[69]- راجع القسم الثالث م، أ المواد من187-205

المطلب الثاني:موانع الاعتصار في الهبة وآثاره

إن الاعتصار كحالة استثنائية أقر له المشرع المغربي مجموعة من الموانع التي تحول دون ممارسته وذلك بهدف استقرار المعاملات ، من هنا تظهر الأهمية التي يحظى بها الاعتصار كونه شـــكلية قانونية فيها من الأهمية مايجعل من المشـــرع يضـــيق من الحالات الممكنة لاعتصـار الهبة ومرد ذلك الإبقاء على خصـوصـية الإعتصـار كاستثناء يرد على الهبة متى لم تكن هنـاك موانع تمنع من ارتجـاع الهبـة (الفقرة الأولى) وإذا مـاتحقق الاعتصـــــار وتم الاتفاق عليه فيجب أن يتم وفق الشروط الشكلية التي يتطلبها القانون لكي تسري آثاره على المتعاقدين والغير (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى :موانع الإعتصار في الهبة

جاء في المادة 285 من م.ح.ع مايلي: "لايقبل الاعتصـار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر مادامت رابطة الزوجية قائمة.

2- إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار.

3- إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضـا مخوفا يخشـى معه الموت ، فإذا زال المرض عاد الحق في الإعتصار.

4 -إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها .

5- إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله ، فإذا اقتصـــر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي.

6 -إذا تعامل الغيرمع الموهوب له تعاملا ماليا اعتمادا على الهبة .

7- إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته .

8 -إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئيا جاز الإعتصار في الباقي ."

من خلال اســـتقراء هذه المادة يتبين على أن موانع الإعتصـــار ، إما موانع تتعلق بأحد المتعاقدين(أولا) أو موانع تتعلق بالشيء محل الهبة(ثانيا).

أولا: موانع الإعتصار المرتبطة بالمتعاقدين

هذه الموانع تتعدد مابين موانع تتعلق بالرابطة الزوجية وزواج الموهوب له ومابين موانع تتعلق بموت أو مرض أحد المتعاقدين وسنقوم بدراستها كمايلي:

1 :الهبة من أحد الزوجين للآخر أثناء قيام الرابطة الزوجية وزواج الموهوب له

أ-الهبة من أحد الزوجين للآخرمادامت رابطة الزوجية قائمة

أي إذا وهب الزوج لزوجته شيئا لايصح له الرجوع فيه كما إذا وهبت الزوجة لزوجها شيئا فلا يصح لها الرجوع فيه وذلك كله مادامت رابطة الزوجية قائمة بينهما .[70]

إن المشـــرع المغربي من خلال م. ح .ع جعل الهبة التي يقوم بها أحد الأزواج تجاه الآخر أثناء قيام العلاقة الزوجية مانعا من موانع الاعتصـــار حيث أن مثل هذه التصـــرفات التي تحصل أثناء قيام العلاقة الزوجية يكون القصد منها توثيق العلاقة الزوجية وتحصينها وهذه هي الحكمة من منع اعتصارها حفاضا على الرابطة الزوجية. [71]

وبمفهوم المخالفة إذا انحل الزواج بفســخ أو طلاق أو تطليق، فللمفارق الواهب الرجوع في الهبة التي سبق ووهبها لمفارقه الموهوب له إذا توفرت أسباب الرجوع وانتفت الموانع. [72]

وهذا الأمر مجانب للصـواب لأن الواهب قد يكون هو المتسبب في انحلال الرابطة الزوجية فيؤلم بذلك الطرف الآخر ، ويزيده بذلك إيلاما باعتصاره لما وهبه له أو يصر الموهوب له على البقاء في بيت الزوجية حتى ولو تنافرت الأنفس حتى لايعتصر الواهب ما وهبه له.[73]

وبالتالي قد يبقى الصـــراع حتى بعد انتهاء العلاقة الزوجية خاصـــة وأن ذلك يكون له تأثير على الأطفال وأيضـــا المشـــاحنات التي قد تنشـــأ بين أقارب الزوجين كما أن هذا الأمر يؤثر على إمكانية رجوع الزوجين لبعضهما البعض خاصة إذا كان الطلاق رجعيا.[74]

ب- زواج الموهوب له:

أي أنه إذا تزوج الموهوب له بعد الهبة ودلت القرائن على أنه لولا الهبة لما تيسر له الزواج أي أن تكون الهبة ســـببا في الثقة بالولد فيزوجه بعض الناس بنته ، أو يزوج الموهوب لها لإبنه إن كانت أنثى ، فإنه في هذه الحالة لايجوز للأبوين حق الرجوع في الهبة.[75]

---

[70]-عبد الكريم شهبون: م، س ص:489

[71]-عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1992 ص: 207.

[72]-إدريس الفاخوري م.س ص:300.

[73]-عبد الرحمان حموش: الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحقوق سلسلة " الأنظمة والمنازعات العقارية " المستجدات التشريعية في المادة العقارية العدد السابع السنة 2013 ص.168.

[74]-جاء في المادة123 من م، أ ما يلي: «كل طلاق أوقعه الزوج فهو رجعي، إلا المكمل للثلاث والطلاق قبل البناء والطلاق بالاتفاق والخلع والمملك".

[75]-عبد الكريم شهبون: م، س، ص:289.

اعتبر المشـــرع المغربي زواج الموهوب لـه بعد إبرام عقد الهبـة ومن أجلهـا مـانعـا من الاعتصـــار حســـب ماجاء في المادة 285 من م.ح.ع وبعبارة أخرى إذا اســـتعمل الولد الموهوب له ذكرا كان أو أنثى الهبة بغرض الزواج فتزوج فعلا، فإن الاعتصار لايجوز في هذه الحالة والعبرة بالمنع هنا يرجع إلى تعلق حقوق الغير بها من صداق ولوازم الزواج .

ولذلك اعتبر المشـــرع هذا الأمر مانعا من اعتصـــارالهبة لتعلق حق الغير بها ، لأن التداين كان بسبب الهبة والزواج كان من أجلها.[76]

2 : مرض أو موت الواهب أو الموهوب له

أ-موت الواهب أو الموهوب له:

موت أحد المتعاقدين هو من الموانع التي تحول دون الرجوع في الهبة حسـب التعداد الوارد في المادة 258 من م ح ع ، فلا اعتصـــار في حالة وفاة أحد طرفي عقد الهبة ، ويجب التمييز في هذه الحـالـة بين الموت الحقيقي والموت الحكمي، فـالموت الحقيقي هو مفـارقـة الشخص للحياة وذلك بتوقف القلب أوالدماغ أما الموت الحكمي فهو الذي تصرح به المحكمة بناء على طلب الأطراف. [77]

ويترتب عن ذلك أن الحق في الإعتصـــار يبقى من حق الواهب إلى أن يصـــدر الحكم بوفاة المفقود.[78]

ب-مرض الواهب أو الموهوب له

يعتبر مرض الموت هو المرض المخوف بالموت والذي يحكم الطب بغلبة الموت فيه ولا يشكل في حد ذاته تأثيرا على الأهلية لكن تصرفات الشخص تكون محفوفة بالمخاطر وتحوم حولها الشكوك لاسيما فيما يتصل بالتبرعات.[79]

وبـالتـالي إذا مرض الواهب ووهـب على ولـده وهو في المرض المخوف فـإنـه لايجوز لـه اعتصـار الهبة في هذه الحالة لأن المرض المخوف وهو المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر،مانع من الاعتصار وإذا زال المرض يجوز له الرجوع في الهبة واعتصارها.[80]

وقد نص المشرع المغربي في المادة 285 من م .ح .ع على أن مرض الواهب أو الموهوب له يشكل مانعا من اعتصار الهبة ، ويمكن أن يعود حق الإعتصار في حالة زوال المرض .

---

[76]-إدريس الفاخوري: م س ص:301.

[77]-تنص المادة 325 من مدونة الأسرة على ما يلي "الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا"

[78]- عبد الرحمان بلعكيد: م، س، ص:329

[79]-حسين عبود: الرجوع في الهبة وفقا لمدونة الحقوق العينية، المنازعات العقارية، الجزء الثاني، سلسلة دراسات وأبحاث منشورات مجلة القضاء المدني، ص، 46.

[80]-عبد الكريم شهبون: م، س، ص: 489.

وهكذا إذا زال المرض وانتفت العلة عاد الحق في الاعتصـــار وهذا الحكم قال به كل من اللخمي والمغيرة وابن دينار وابن القاسم وابن المغيرة الماجشون ، فالاعتصار عندهم يعود إذا زال المرض ، لضهور المعنى وزوال العلة ، وهو القول الذي رجحه عليل الذي جاء في مختصره " أو يزول المرض على المختار ".[81]

ثانيا :موانع الإعتصار المتعلقة بالشيء الموهوب

يقصد بموانع الاعتصار المتعلقة بالشيء الموهوب تلك التغييرات التي تصاحب الشيء محل الهبة فتغير من طبيعته وهيئته كما إذا تم تفويته أو التعامل به أو تم هلاكه وتغير حاله وسندرس هذه الحالات وفق الآتي:

1:تفويت الشيء الموهوب والتعامل به اعتمادا على الهبة

أ :تفويت الشيء الموهوب

نص المشـــرع المغربي في المادة 285 من م. ح .ع على أنه لايقبل الاعتصـــار إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله فإذا اقتصر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي ، أي أنه إذا تصـرف الموهوب له في الهبة ببيع أو رهن أو هبة أو بعمل ما يغير من صفة الهبة فإن ذلك يعتبر مانعا من الاعتصار وارتجاع الهبة وإذا اقتصر التفويت على جزء من الشـــيء الموهوب جاز للواهب الرجوع في الباقي أي إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له بكامله ســـواء كان الهلاك بســـبب أجنبي أو بفعل الموهوب له امتنع على الواهب الرجوع في هبته، إذ الموهوب له لايضـمن الهلاك ولا سـبيل إلى الرجوع في قيمته وإذا لم يهلك إلا بعض الملك الموهوب جاز للواهب الرجوع في الباقي منه.[82]

وهذا ماأكده قرار صـادر عن المجلس الأعلى حيث جاء فيه "...**وأن اسـتنتاج المحكمة في هذا الشـــأن يوجد مايؤكده من خلال الأحكام الفقهية المعمول بها ،كما جاء في شـــرح الخرشي ، على مختصر الشيخ خليل أن من شروط صحة الاعتصار في الهبة أن لاتفوت من عند الموهوب له ببيع أو غصب أو عنف أو تدبير أو بزيادة أو نقص ,في شرح ميارة لقول ابن العاصـــم : ولا اعتصـــار مع موت أو مرض له أونكاح أو دين أوعرض إن كان شـــيء من ذلك يجز للأب الاعتصـــار لأن ذلك كله فوت للهبة وإنما يعتصـــر مالم يفوت..."**[83]واعتبر القضـاء المغربي في قرار له أن تقديم العقار الموهوب حصـة في شـركة مانعا من الاعتصـــار وذلك بموجب قرار محكمة النقض عدد 670 الصـــادر بتاريخ

[81]-إدريس الفاخوري م س ص: 301

[82]-عبد الكريم شهبون م س ص 490.

[83]-قرار عدد528 بتاريخ 2005/11/23 في الملف الشرعي عدد2004/2/1/626 أشار إليه إدريس الفاخوري م س ص167.

2006/11/29 " إن تقديم العقار الموهوب حصـــة في شـــركة بمثابة التفويت المانع من الاعتصار طبقا للقواعد الشرعية".[84]

ب: التعامل بالشيء الموهوب اعتمادا على الهبة

ومعناه أن يتداين الموهوب له من أجل الهبة التي وهبت له كما لو كانت أرضا فيقترض مالا لفلاحتها أو إقامة بناء عليها ففي هذه الحالة ومثيلاتها لايحق للواهب الاعتصار لتعلق حقوق الغير بالهبة وهم الدائنون ،ويلاحظ أن توجه المشـرع المغربي حري بالتأييد لأن الهبة يمكن أن تعطى كضمانة بنكية حيث يقدم العقار الموهوب ضمانة للحصول على قروض بنكية من أجل إنجاز مشـاريع اسـتثمارية وبالتالي إن تم السـماح باعتصـار الهبة فإن ذلك سـيعصـف بالعملية البنكية برمتها خاصة إذا كانت الهبة عبارة عن أرض عارية وأنجز عليها الموهوب له مشروعا فلاحيا اعتمادا على الاقتراض البنكي.[85]

2:تغير الملك الموهوب أو هلاكه

أ-تغيرحال الملك الموهوب

منع المشـــرع المغربي الاعتصـــار في الشـــيء الموهوب إذا لحقته تغييرات أدت إلى زيادة مهمة في قيمته ، مما يعني بمفهوم المخالفة أن التعديلات أو الزيادة الطفيفة لاتؤثر في حق الاعتصار.[86]

وبالتالي إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في في قيمته كان ذلك مانعا من اعتصـــار الهبة والملاحظ أن المشـــرع المغربي اعتد فقط بالتغيير الـذي ينقل الموهوب من مظهر إلى آخر بـالزيـادة فقط ولم يلتفت للتغيير الـذي يؤدي إلى نقصـان الهبة ولم يعتبره مانعا من الاعتصـار خلافا لما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي في هذا الصـدد كما اشـترط المشـرع أن تكون التغييرات المدخلة على الشـيء الموهوب قد أدت إلى زيادة مهمة في قيمته ،[87]وفي هذا الإطار صـــدر عن محكمة النقض قرار عدد 528 صـــادر بتاريخ 2005/11/23 جاء فيه مايلي **"إن بناء الدار على الأرض التي أعطيت للمعطى له بعد القســمة لايمكن من الرجوع في العطية بســبب التغييرات الحاصــلة في الأرض ،إن من شروط صحة الاعتصار للهبة أنها لاتفوت للموهوب له ببيع أو غصب أو عنف أو تدبير بزيادة أو نقصان أو موت أو مرض أو نكاح أو دين أو عرض"**[88].

ب:هلاك الشيء الموهوب

---

[84] - محمد بفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي الطبعة الثانية 2017 ص285.

[85]-عبد الرحمان حموش الرجوع في الهبة، مقال منشور بالموقع الإلكتروني www.marocdroit.com تاريخ الاطلاع: 20 أكتوبر 2019.

[86]-إدريس الفاخوري م س ص:302.

[87]-عبد الرحمان حموش نفس المرجع.

[88]-محمد بفقير، م س ص285.

اعتبر المشـــرع المغربي هلاك الملك الموهوب في يد الموهوب له هلاكا كليا مانعا من الاعتصـار، غير أنه إذا هلك الملك الموهوب جزئيا فإنه يكون من حقه الاعتصـار في الباقي ويســتوي الأمر بين الهلاك بســبب أجنبي أو بفعل الموهوب له، إذ الموهوب له لايضــمن الهلاك. [89]

الفقرة الثانية :آثار الاعتصار في الهبة

يعتبر الاعتصـــار عقدا كغيره من العقود لذا فإنه يرتب مجموعة من الآثار ســواء بالنســبة للمتعاقدين(أولا) أو بالنسبة للغير(ثانيا).

أولا:آثار الاعتصار بالنسبة للمتعاقدين

1:آثار الاعتصار على وضعية الواهب

إن أهم أثر لاعتصـــار الهبة من طرف الواهب هو أن الملك الموهوب يعود لســيطرته وتصـرفه وهذا أهم آثار اعتصـار الهبة حيث جاء في المادة 287 من م .ح .ع **"**يترتب على الاعتصـــار في الهبة فســخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب ..." كما أن الواهب لايمكن له أن يسترد العقار الموهوب إلا بالشكل الذي يحدده القانون و إذا تم استرداد الشيء محل الهبة بطريق غير قانوني ففي هذه الحالة يتحمل الواهب مســؤولية هلاك الشــيء الموهوب متى لم يسلك الطرق التي ينص عليها القانون **.** [90]

كما أن الواهب يكون له الحق في اسـترداد ثمار الشـيء الموهوب ابتداء من تاريخ صـدور حكم أو حصول اتفاق بالاعتصار. [91]

2:آثار الاعتصار على وضعية الموهوب له

---

[89]-عبد الكريم بن شهبون م س ص:490.

[90]- تنص المادة 288 من م ح ع على أنه "إذا استرجع الواهب الملك الموهوب دون وجه حق وهلك في يده فإنه يكون مسؤولا عن هذا الهلاك."

[91]-تنص المادة 287 من م ح ع على أنه "لا يلتزم الموهوب له برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى..."

أقر المشــرع المغربي للموهوب له إمكانية اســتفادته من ثمار الشــيء الموهوب إلى غاية الاتفاق على الاعتصار أو بصدور حكم قضائي ،كما أن المشرع المغربي منح للموهوب له إمكانية المطالبة بالمصروفات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب.

كما أن المشرع المغربي ومراعاة منه إلى أن الموهوب له سيبذل جهذا كبيرا لتحسين الشيء والحفاظ عليه ألزم الواهب بدفع قيمة مابذله الموهوب من نفقات على الشــيء الموهوب لأن المســتفيد منها ســيكون هو الواهب ،والمشــرع المغربي هنا ميز بين نوعين من النفقات : نفقات ضرورية وهي التي يجوز للموهوب استردادها ونفقات نافعة أو نفقات الزينة لايسترد منها الموهوب إلا مازاد في قيمة الشيء الموهوب.[92]

وتجدر الإشــــارة إلى أنه في حالة ما إذا امتنع الموهوب له عن رد الشــــيء الموهوب إلى الواهب بعد اعتصاره اتفاقا أو قضاء رغم إنذاره بذلك طبقا للقانون ، وهلك العقار الموهوب في يده فإنه يكون مسؤولا عن الهلاك حسب المادة 288 من م. ح .ع .

ثانيا :آثار الاعتصار بالنسبة للغير

ليس للرجوع في الهبـة أثر رجعي وعليـه يمكن القول بوجـه عـام أن الرجوع في الهبـة يتم دون إخلال بما كسـبه الغير حسـن النية من حقوق وقد رأينا سـابقا أن من موانع الاعتصـار تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب.[93]

وبالرجوع إلى م ح ع نجد أن المشرع المغربي أغفل تنظيم آثار الاعتصار بالنسبة للغيرولم يشــر لأي مقتضــى يتعلق بها لكن بالرجوع إلى المادة الأولى من م .ح .ع نجدها تحيل في التطبيق إلى قانون الالتزامات والعقود والراجح والمشــــهور وماجرى به العمل من الفقه المالكي،[94]لذا وتطبيقا للأحكام العامة فإن الاعتصــــار في الهبة يجب أن يتم مع مراعاة الحقوق المكتسبة للغير حسن النية فالأصل في عقد الهبة أنه عقد ملزم يجب تنفيده والاستثناء هو الرجوع في الهبة [95]، ومايؤكد ذلك أن تصــرف الموهوب له في عقد الهبة يجعلها غير ممكنة الاعتصــار وهذا مايعتبر من موانع التفويت التي ترتبط بحماية حق الغير وهذا ما تم النص عليه في المادة 285 من م ح ع .

[92]-المادة 287 من م ح ع.

[93]-حسن منصف الرجوع في الهبة في القانون المغربي مقال منشور بالموقع الالكتروني WWW.mahkamaty.comتاريخ الاطلاع 2019/10/20 على الساعة 12:28.

[94]-المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية.

[95]- ينص الفصل 477 من من ق ل ع على ما يلي "حسن النية يفترض مادام العكس لم يثبت".

خاتمة:

يتضح أن المشرع المغربي أحاط تنظيم الهبة والصدقة بمجموعة من القواعد التي ساهمت في توحيد العمل القضـــائي والإداري ،وأنهت مجموعة من الإشـــكالات التي كانت تثيرها ازدواجية تنظيم أحكام الهبة والصـــدقة بين أحكام الفقه الإســـلامي والقواعد العامة للقانون المدني خاصة حول موضوعي الحوز في الهبة والاعتصار مع الارتقاء بالهبة والصدقة إلى مصـــاف العقود الشـــكلية التي يترتب البطلان عن عدم احترام الشـــكليات المتطلبة فيهما ، وحســـم الجدال الفقهي والقضـــائي حول تأثير الحيازة القانونية على ضـــرورة توفر الحيازة المادية .

ورغم هذا التشريع المتقدم إلا أن عقود التبرعات (الهبة والصدقة) لازالت تعرف العديد من الإشـــكالات كونها تصـــرف خطير يتطلب جرأة من الواهب للتنازل عن جزء من ماله، فقد تبرم أثناء مرض الموت، وقد يكون موضوعها عقارا محفظا، أو في طور التحفيظ أو عقارا غير محفظ ، وقد تكون الهبة مثلا من باب المحاباة والإضرار بالورثة مما يطرح العديد من الإشكالات في هذا الباب ،كما أن الرجوع في الهبة أو مايعرف بالاعتصـار خلف هو الآخر عدة نزاعات طرحت على القضاء خاصة حالة اعتصار الأم بحيث لم يضع المشرع الشرط اللازم في اعتصـــار الأم وهو أنها لاتعتصـــر الهبة من اليتيم وبالتالي تجاوز اجتهادات الفقه المالكي كما أن المشرع المغربي في م ح ع لم يتطرق لآثار الاعتصار المتعلة بالغير .

لائحة المراجع:

الكتب

- إبراهيم بحماني: عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع الرباط الطبعة الثانية 2018.

- مأمون الكزبري: التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الطبعة الثالثة، مطبعة النجاح الجديدة.

- حليمة بنت المحجوب بن حفو :"دراسة في القانون العقاري المغربي على ضوء المستجدات: القانون رقم 14.07المتعلق بالتحفيظ العقاري، والقانون رقم39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، والقانون رقم 12-106 المتعلق بملكية الشقق والطبقات، والقانون رقم 36.15 المتعلق بالماء، والظهير الشريف رقم 1.09.236 المتعلق بمدونة الأوقاف، الطبعة الأولى 2017، مطبعة قرطبة حي السلام أكادير.

- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور: لسان العرب، الجزء الثالث، دار التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1992.

- أبو الحسين علي بن عبد السلام التسولي: البهجة في شرح التحفة، الجزء الثاني، دار المعرفة بيروت، الطبعة الثالثة 1997، ص 60.

- إدريس الفاخوري: الوسيط في نظام الملكية العقارية على ضوء مدونة الحقوق العينية والتشريعات العقارية الخاصة، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، الطبعة الثالثة 2019.

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة 1972.

- بوبكري عبد القادر: توثيق التصرفات العقارية في المحررات الرسمية على ضوء القانون 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية والقوانين الخاصة، مداخلة ألقيت بندوة "المعاملات العقارية واشكالية توثيقها في ضوء المستجدات القانونية الجديدة «، مطبعة أنفو برانت، فاس العدد غير مذكور، ط 2014.

- عبد الحق الصافي: الوجيز في القانون المدني، الجزء الأول، المصادر الإرادية للالتزام (العقد والإرادة المنفردة)، دراسة في ق، ل، ع وفي القوانين الأخرى، مطبعة النجاح الجديدة-الدار البيضاء، ط 2016.

- عبد الرحمان بلعكيد، "الهبة في المذهب والقانون"، دراسة للهبة وما يتصل بها من صدقة وحبس وعمرى الطبعة الأولى 1417-1997،

- صالح عبد الأبين: الثمر الداني في تقريب المعاني، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني.

- كبوري محمد: قراءة في المادة الرابعة من المادة الرابعة من م، ح، ع، منشـــورات مجلة الحقوق، النظام القانوني الجديد للحقوق العينية بالمغرب في ضوء القانون 08-39، مطبعة المعارف الجديدة-الرباط، العدد السادس، السنة 2012.

- جمال الدين طه العاقل: عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة 1978.

- هند بربوشي: تفويت العقار عن طريق الصدقة، الطبعة الأولى 2016.

- عادل حميدي،" التصرفات الواردة على العقار المحفظ بين الفقه الاسلامي والفراغ القانوني، الطبعة الأولى 2006، مطبعة الوراقة الوطنية مراكش.

- أبي عبد الله محمد الأنصاري الرصاع: شرح حدود ابن عرفة الموسوم بالهدايا الكافية الشافية لبيان حقائق الحقائق الإمام ابن عرفة الوافية القسم الثاني دار الغرب الإسلامي الطبعة الأولى 1993.
- أبي عبد الله التاودي شرح أرجوزة تحفة الحكام الجزء الثاني دار الرشاد الحديثة.
- ابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد المجلد الأول شرح وتحقيق عبد الله العبادي دار السلام الطبعة الأولى 1995.
- الخرشي: شرح مختصر خليل الجزء الخامس.

- عبد الكريم شهبون: الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39-08 مكتبة الرشاد السطات الطبعة الثالثة 2018.
- عبد الكريم شهبون: عقود التبرع في الفقه المالكي مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء الطبعة الأولى 1992.
- محمد بفقير، مدونة الحقوق العينية والعمل القضائي المغربي الطبعة الثانية 2017.

المقالات

- عبد الرحمان حموش: الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة الحقوق سلسلة " الأنظمة والمنازعات العقارية " المستجدات التشريعية في المادة العقارية العدد السابع السنة 2013.

- حسين عبود: الرجوع في الهبة وفقا لمدونة الحقوق العينية، المنازعات العقارية، الجزء الثاني، سلسلة دراسات وأبحاث منشورات مجلة القضاء المدني.
- عبد الواحد بن مسعود، الهبة والصدقة في م، ح، ع قراءة أولية، مجلة الأملاك، العدد المزدوج 11-12، السنة 2012
- عبد الرحمان حموش الرجوع في الهبة، مقال منشور بالموقع الإلكترونيwww.marocdroit.com تاريخ الاطلاع: 20 أكتوبر 2019.

- حسن منصف الرجوع في الهبة في القانون المغربي مقال منشور بالموقع الالكتروني WWW.mahkamaty.comتاريخ الاطلاع 2019/10/20 على الساعة 12:28.

الفهرس

Table des matières

مقدمة..... 5
المبحث الأول: الأحكام العامة للتبرعات..... 7
المطلب الأول:ماهية الهبة والصدقة 7
الفقرة الأولى: تعريف عقد الهبة والصدقة 7
الفقرة الثانية: خصائص عقد الهبة والصدقة 8
المطلب الثاني: شروط صحة عقد الهبة والصدقة وآثارهما..... 13
الفقرة الاولى: شروط صحة عقد الهبة والصدقة 13
الفقرة الثانية: آثار عقد الهبة والصدقة..... 16
المبحث الثاني :الاعتصار في التبرعات..... 19
المطلب الأول : حالات الإعتصار في الهبة 19
الفقرة الأولى :اعتصار الأبوين..... 19
الفقرة الثانية :عسر الواهب كسبب لإعتصار الهبة 22
المطلب الثاني:موانع الإعتصار في الهبة وآثاره 23
الفقرة الأولى :موانع الإعتصار في الهبة..... 23
الفقرة الثانية :آثار الاعتصار في الهبة 28
خاتمة:..... 30
لائحة المراجع: 31
الفهرس 33