كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
FACULTÉ DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUES ET SOCIALES

ماستر قانون العقود والعقار والتوثيق
كلية الحقوق أكادير

ماستر قانون العقود و العقار

الفوج الأول

الفصل الأول

مادة الحقوق العينية

عرض بعنوان :

عقود التبرع على ضوء مدونة الحقوق العينية الهبة و الصدقة -نموذجا-

من إعداد الطلبة:

- رشداني حسناء

- السقلي سليمان

- عزيز نعمان

تحت إشراف الدكتور:

- محمد العلمي

السنة الجامعية: 2019/2018

لائحة المختصرات

م،س	مرجع سابق
ط	الطبعة
م،ح،ع	مدونة الحقوق العينية
ظ،ت،ع	ظهير التحفيظ العقاري
ق،ل،ع	قانون الالتزامات والعقود

مقدمة

إن الإنسان في أصله مجبول على حب الخير وفعله، وقد قضت حكمة الله في الأرض تداول الأموال والمنافع بين بني البشر الذين هم مستخلفون فيها، مصداقا لقوله عز وجل:﴿**وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه**﴾[1]، والأموال مفهوم عام وشامل لما هو عيني ونقدي والعقار لا يخرج عن هذا المفهوم.

فالعقار يعد اللبنة الأساسية والأرضية الخصبة لانطلاق المشاريع الاستثمارية في شتى المجالات والميادين، كما يعتبر القاعدة الأساسية التي يقوم عليها كيان الدولة، إذ لا يمكن الحديث عن وجود واقعي وقانوني لهذه الأخيرة دون استئثارها بإقليم معين، وهو منبت الخير والعطاء، فعلى العقار يشيد الإنسان مسكنه الذي تترعرع فيه الأسرة باعتبارها نواة المجتمع، وهو بذلك يعتبر العمود الفقري والرقم الصعب في معادلة التنمية بمختلف تصنيفاتها.

تنصب على العقار مجموعة من الحقوق، منها ما هو شخصي ومنها ما هو عيني وهذا الأخير ينقسم بدوره إلى ما هو أصلي وتبعي.

الحق العيني[2]:" هو سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين ويكون الحق العيني أصليا أو تبعيا " وبالتالي فان هذا الحق يعتبر سلطة مباشرة لأن صاحب الحق يستطيع أن يزاول سلطته على الشيء دون الحاجة إلى تدخل شخص آخر.

كما يعد حق الملكية من أوسع الحقوق العينية وأقواها من حيث السلطات التي يمنحها للمالك، وأهم هذه السلطات تتمثل في سلطة التصرف،إضافة إلى الاستعمال والاستغلال ولعل

---

[1]– سورة الحديد الآية 7 .

[2]-المادة 8 من مدونة الحقوق العينية.

هذه السلطات الثلاث هي أقصى ما يمكن اعتباره وسائل لتداول الأموال بين الناس فسلطة التصرف تخول لصاحب الحق تفويته بمقابل أو بدون مقابل على سبيل التبرع.

والتبرعات من أهم المواضيع التي عالجها الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه من حيث أحكامها وشروطها وأثارها، وهذا ما يتضح من مختلف المصنفات الفقهية.

فبصرف النظر عما جاء به الفقه المالكي من شروط وأركان وخصائص تخص التبرعات ككل، فإن تنظيم هذه الأخيرة تعتبر من المستجدات التي حملتها مدونة الحقوق العينية[3]،وإن جاءت متأخرة فإنها تعتبر خطوة إيجابية خطاها المشرع المغربي نحو تكريس الحل الأنجع لأهم المنازعات التي تطرحها عقود التبرعات.

إن عقود التبرع هي العقود التي يتجرد فيها المتبرع من ماله دون مقابل باعتبارها ذات طابع اجتماعي بامتياز، وتتضمن هذه العقود كل من العمرى و الوقف وعقدي الهبة والصدقة التي لا تختلف عن بعضها البعض من حيث الأحكام العامة، ما عدا في بعض الجزئيات البسيطة التي تعطي لكل عقد ميزته الخاصة التي ينفرد بها.

فقد تم تنظيم عقدي الهبة والصدقة في مدونة الحقوق العينية كما سلف ذكره، بعد ما كانت حلول المنازعات المتعلقة بها رهينة التضاربات الفقهية والاجتهادات القضائية. وهكذا خص المشرع عقد الهبة في الفصل الثاني من مدونة الحقوق العينية بالمواد من 273التي استهلت تعريف الهبة بما يلي **"الهبة تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض"** إلى المواد 289 التي تطرقت لمختلف الأحكام والآثار المتعلقة بهذه الأخيرة.

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

كما أفرد المشرع المادة 290 من نفس الفصل الثاني من المدونة لتعريف عقد الصدقة بأنها: «**الصدقة تمليك بغير عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى**" والمادة 291[4] التي أحال بمقتضاها على أحكام الهبة باستثناء ما خص الاعتصار الذي قيده بشكل مطلق والارتجاع الذي لم يجزها إلا عن طريق الإرث.

فالهبة والصدقة عقدان، وكما هو معلوم فإن أي عقد كيفما كانت صفته لابد له من أركان وشروط للقول بصحته، غير أن صحة عقدي الهبة والصدقة لا يتوقفان على الأركان والشروط المعروفة في القوانين المنظمة للعقود، بل تتوقف على شروط ذات طبيعة خاصة جوهرية لا يتصور قيام الهبة والصدقة بدونها، وهما شرطا الإشهاد وثبوت الحوز، الذي اعتبرت مدونة الحقوق العينية الحيازة القانونية كافية لثبوته إذا تعلق الأمر بعقار محفظ أو في طور التحفيظ.

كما أن التراضي لا يكفي لتمام عقدي الهبة والصدقة، إذ تفرض الضرورة إفراغهما في شكلية معينة اختار لها المشرع الرسمية نظرا لخطورة هذا النوع من العقود. وبالتالي أصبح توثيق العقدين في محرر رسمي يتم من طرف الموثق أو العدلين واجبا تحت طائلة البطلان، مما جعل المشرع يتفادى النزعات التي تثيرها عقود الهبة والصدقة العرفية التي غالبا ما يكتنفها الغموض والإبهام واللبس في كثير من الأحيان، نتيجة افتقارها إلى تعداد العناصر الأساسية للعقد.

وبما أن الشكلية المتمثلة في المحرر الرسمي هي القالب المؤطر لعقدي الهبة والصدقة سواء كانا واردين على عقار محفظ أو غير محفظ فإن التقييد في السجل العقاري أصبح هو القالب الحمائي الدي يكتسب منه العقدين صحتهما كلما انصب هذا الأخير عليهما، إذ بات يغني عن الحيازة المادية الواجب توافرها فيهما وفي عقود التبرع بصفة عامة. كما أن انفراد عقد الهبة

[4]-تنص المادة 291 من م ح ع على ما يلي: تسري على الصدقة احكام الهبة مع مراعاة ما يلي:
-لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا.
-لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به الا بالرث.

بخاصية الاعتصار جعل المشرع ينظم مختلف أحكامه لكي لا يترك الباب مفتوحا أمام التلاعبات التي قد تطرح بشأنه.

من هنا تظهر لنا **أهمية الموضوع** الذي يستند على مجموعة من الأحكام المنبثقة في أصلها من معالم اجتهادات الفقه الإسلامي في باب التبرعات والمستوحاة من الكتاب والسنة النبوية باعتبارهما دستور الأمة الإسلامية والذي اعتمدت عليه مدونة الحقوق العينية عند تنظيمها لهذين العقدين. إضافة إلى ما حاول الاجتهاد القضائي الاستقرار عليه فيما يخص حل النزاعات المتعلقة بعقود الهبة والصدقة.

إشكالية الموضوع:

بخصوص الإشكالية المنطلق منها البحث في هذا الموضوع تتجلى في مدى مساهمة مدونة الحقوق العينية في تنظيم عقدي الهبة والصدقة وفق ما سنه الفقه المالكي؟ وهل تمكن من إيجاد الحلول للمنازعات التي تعرفها قضايا عقود الهبة والصدقة؟

منهجية البحث:

إن دراسة هذا البحث وعلى غرار باقي بحوث العلوم القانونية استوجب الاستعانة بمناهج البحث العلمي، منها الوصفي والتحليلي و المقارن.

خطة البحث

للوقوف عند الإشكالية المطروحة لابد من إيجاد تقسيم يتم فيه إفراغ محتوى البحث ولن يكون هناك أفضل من التقسيم الثنائي، وبما أن أحكام عقد الصدقة أحال فيها المشرع على أحكام الهبة فإن هذا الموضوع ستتم دراسته من خلال فصلين كالاتي:

الفصل الأول: ماهية عقد الهبة

الفصل الثاني: آثار عقد الهبة

الفصل الأول: ماهية عقد الهبة والصدقة

تلعب الهبة و الصدقة دورا فعالا في تقوية الروابط الاجتماعية المبنية على أساس البر و الإحسان، مصداقا لقوله تعالى: ﴿لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وما تنفقوا من شيء فإن الله به عليم﴾[5].

وتعتبر الهبة والصدقة تصرفا شرعيا أباحته الشرائع السماوية، والقوانين الوضعية ونظمت أحكامه وفقا لقواعد تجعله يحقق أهدافه التي أبرم من أجلها، فهي تصرف خطير بحيث يتطلب جرأة من الواهب للتنازل عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على ذمته المالية بما قد يلحق ضررا بورثته كحرمانهم من الميراث. ولهذا نجد أن الشرائع السماوية و القواعد الوضعية قد أباحتها و نظمت أحكامها بقواعد آمرة.

تجدر الإشارة إلى أن الهبة التي يكون موضوعها منقول تطبق عليها مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود، أما إذا انصبت على أصل تجاري فيخضع لمقتضيات الشهر بالسجل التجاري.

وقد استقى المشرع المغربي أحكام عقدي الهبة والصدقة في مدونة الحقوق العينية من الفقه الإسلامي و من العمل والاجتهاد القضائي، و صاغ أحكامها في مجموعة من المواد.

بحيث تتميز الهبة و الصدقة عن باقي عقود التبرع التي تكسب الملكية من حيث تكوينها و خصائصها و كذا إنشائها، ولما أحال المشرع المغربي في تنظيمه لعقد الصدقة على أحكام الهبة، من خلال المادة 291[6] من مدونة الحقوق العينية فستتركز دراستنا على الأحكام المتعلقة بالهبة مع مراعاة الاختلافات القائمة بينهما.

---

[5]- سورة آل عمران الآية 92

[6]- تنص المادة 291 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: "تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:
-لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا؛
- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث".

ومن خلال هذا الفصل سنحاول الوقوف على مفهوم عقد الهبة وتكوينه (المبحث الأول)،ونظرا لأهمية الحوز و التوثيق في عقد الهبة و رغم اعتبارهما عنصرين من عناصر تكوينه فسنخصص له (مبحثا ثانيا).

المبحث الأول: مفهوم عقد الهبة

شرع الله الهبة لما فيها من تأليف القلوب و توثيق عرى المحبة بين الناس، فهي ذات أهمية بالغة في تقوية الروابط الإنسانية المبنية على أساس البر و الرحمة و الإحسان، وتكريم الإنسان لأخيه الإنسان ، و يتطلب الإحاطة بمفهوم الهبة بين تعريفها، و تمييزها عن بعض عقود التبرع المشابهة لها ثم كذلك خصائصها في(المطلب الأول)، و على اعتبار أن الهبة عقد من العقود فإن إنشائها يتطلب مجموعة من الأركان (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الهبة و خصائصه

تعددت التعاريف لعقد الهبة بين الفقهاء و بين التشريعات الوضعية، و المتفق عليه أنها من التصرفات التبرعية ، فإذا كان المقصود بالمعنى يقودنا الى اعتبار كل هبة تبرعا، فلا يمكن اعتبار كل تبرع هبة.

ويعتبر عقد الهبة من العقود التبرعية التي نظمها المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية و باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فقد حضيت باهتمام مجموعة من الباحثين الذين حاولوا خوض غمار تعريفهو الوقوف على خصائصه، ثم تمييزه عن بعض العقود التبرعية المشابهة.

الفقرة الأولى: تعريف عقد الهبة

الهبة في اللغة[7]: مصدر وهب الشيء[8] أو الحق بمعنى أعطاه بلا عوض، و الهبة هي العطية بدون عوض، فإذا كثرت سمي صاحبها واهبا و الوهاب من أسماء الله الحسنى.

فهو سبحانه المعطي لعباده و المنعم عليهم. يعطي من غير سؤال و بلا وسيلة و ينعم بلا سبب ولا حيلة[9].

وقد ورد معنى الهبة في القرآن الكريم عدة مرات ، قال تعالى: ﴿ إنك أنت الوهاب﴾[10]، وقال عز وجل: ﴿ يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور﴾[11]

ومن السنة: فقد روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها"[12].

وفي الاصطلاح: هي تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض[13].

وقد عرفها فقهاء المذهب المالكي:"تمليك لذات بلا عوض لوجه المعطى"[14]

---

[7]- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسانالعرب، الجزء الثالث الطبعة الأولى 1416-1992 دار احياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروث لبنان:ص: 804.

[8]- تنصب الهبة على العقار كم تنصب على المنقول.

[9]- الرازي، لوامع البيانات شرح أسماء الله تعالى و الصفات . راجعه و قدم له و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد . دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى، 1984.ص:233.

[10]- سورة آل عمران الآية 8.

[11]- سورة الشورى، الآية 49.

[12]- رواه ابن ماجة في سننه ،تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي دار احياء الكتب العربية سنة ،2009باب التبرعات ص 156

[13]- أبي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالرصاع التونسي "شرح حدود بن عرفة "طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب سنة 1992 ص:260.

[14]- محمد عليش ، شرح منح الجليل على مختصر خليل، ص 82، غياب باقي البيانات .
و تدخل الهبة في إطار العطية كما الصدقة و الهبة و النحلة، (النحلة : هي عطية للأولاد بمناسبة الزواج). عقود التبرع في الفقه المالكي، عبد الكريم شهبون، الطبعة الأولى 1992، دون ذكر المطبعة، ص : 31.

و يعرفه عبد الرزاق أحمد السنهوري على أنه: "عقد ما بين الأحياء، بموجبه يتصرف الواهب في ماله دون عوض بنية التبرع".[15]

و بالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية نجدها قد عرفت الهبة بأنها تمليك عقار أو حق عيني لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض.[16]

من خلال التعاريف السابقة يتضح لنا أن الهبة: " عقد بمقتضاه يلتزم شخص –الواهب- اتجاه شخص آخر-الموهوب له- ولوجهه بتمليكه عقارا أو حقا عينيا دون عوض".

و كما تمت الإشارة إلى أن أحكام الهبة تسري على أحكام الصدقة، فتعريفهما مماثل، فقط يختلفان في كون الهبة تكون لوجه الموهوب له، أما الصدقة فهي لوجه الله تعالى.

و قد عرف المشرع المغربي الصدقة في المادة 291 من مدونة الحقوق العينية بأنها: "تمليك بغير عوض، و يقصد بها وجه الله تعالى".

الفقرة الثانية : خصائص عقد الهبة الواردة على الحقوق العينية العقارية

يتميز عقد الهبة على غرار باقي العقود بمجموعة من الخصائص، فهو عقد مسمى ملزم لجانب واحد،عقد ناقل للملكية، و عقد ما بين الأحياء،و تصرف في مال بلا عوض.

➢ الهبة عقد مسمى

يوصف العقد بأنه مسمى كلما اشتهر في التعامل و كثر في التداول إلى أن يعرف باسمه الخاص وأن يكون منظما تنظيما خاصا من طرف المشرع. فالبيع و الحبس و العمرى و الوكالة و الهبة و الصدقة و غيرها كثير... عقود مسماة لشهرتها و كثرة تداولها وتنظيمها من طرف المشرع. و عقد الهبة و ما في

---

[15]- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية، مجلد 2 الهبة و الشركة، دار إحياء الثراث العربي ، بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة و السنة، ص:5.

[16] المادة273 من مدونة الحقوق العينية.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم ينص على الهبة بعوض و بذلك يتم الرجوع فيأحكامها إلى الفقه المالكي.

حكمه يرجع في شهرته و كثرة تداوله إلى القيم الأخلاقية التي ينبني عليها. فقيمه كثيرة من آصرة المحبة و العاطفة و التراحم و التآزر والتكافل و الإحسان إلى الاعتراف بالجميل.إنه العقد الذي يجد تطبيقاته الكثيرة بين الأقارب و الأزواج و الجيران، و بين المخدومين و خدامهم و الأغنياء و الفقراء، ثم بين المحسنين وجهات البر و التعاون. و قد عمل القانون في أغلب الدول على تنظيم أحكامه إلى جانب بقية العقود المسماة الأخرى، لتسيير التعامل به و تحديد دائرة النظام العام فيه.[17]

- **عقد الهبة عقد شكلي**

الأصل في عقد الهبة أنه عقد رضائي أي يبرم بالإيجاب من طرف الواهب و القبول من طرف الموهوب له، إلا أن المشرع المغربي اشترط في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية أنه يجب أن يحرر عقد الهبة تحت طائلة البطلان في محرر رسمي.

- **الهبة عقد ملزم لجانب واحد**

عقد الهبة نوع من أنواع العقود التي يلقى فيها عبء تنفيذ الالتزام على عاتق أحد الأطراف[18]، حيث يتعين على الواهب تسليم الشيء الموهوب للمستفيد منه أي يلتزم فيه الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له و يحق له أن يجبر الواهب على تسليم الشيء الموهوب رضاء أو قضاء.

فالهبة إذن عقد ملزم لجانب واحد، ينشأ بإرادتين، و لا تلتزم فيه سوى إرادة واحدةذلك أن الهبة و لو أنها لا تلزم سوى الواهب، فإنها لا تنشأ بمفرد إرادته، و إنما بإرادتين، إرادة الواهب من جهة، و إرادة الموهوب له من جهة أخرى[19].

---

[17]-عبد الرحمان بلعكيد الهبة في المذهب و القانون ط3 ،2015 دون ذكر المطبعة ص: 34.

[18]عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الثالثة، مطبعة الأمنية الرباط، 2013. ص: 39.

[19]عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق، ط،2015 ص: 41.

➢ **الهبة عقد ناقل للملكية**

الهبة من الأسباب التي تتكسب بها الملكية، مثل البيع و المعاوضة و المخارجة و الوصية و الإرث...، فهذه كلها عقود تنصب أساسا على نقل الملكية من شخص إلى آخر. وكلها اختيارية إلا الإرث، ففي الهبة يتخلى الواهب مجانا عن ملكية الشيء أو الحق إلى الموهوب له. و هذه الملكية تنتقل من الأول إلى الثاني نقلا تاما، في العناصر الثلاث لحق الملكية، من الحق في الاستعمال إلى الاستغلال إلى التصرف[20].

➢ **الهبة عقد ما بين الأحياء**

تنعقد الهبة بإيجاب و قبول كل من الواهب و الموهوب له، أي تطابق إرادتهما. و ذلك طبقا لنص المادة 274[21] من مدونة الحقوق العينية، مما ينتج عنها انتقال ملكية العين الموهوبة في حياة كل منهما.

➢ **الهبة تصرف في مال بلا عوض على سبيل التبرع**

يتصرف الواهب في ماله بنية التبرع، و بدون عوض، ولا ينتظر من الموهوب له أي مقابل للعطية.

و التبرع في العطايا، قد يجمع بين الرقبة و المنفعة، و قد يقتصر على منفعة، إما بصورة مؤبدة كالحبس أو مؤقتة، كالعمرى و العارية، و تمة عقود أخرى يتعلق التبرع فيها بالعمل كما هو الشأن بالنسبة في الوديعة .[22]

الفقرة الثالثة: تمييز عقد الهبة عن العقود التبرعية المشابهة

يتميز عقد الهبة عن مجموعة من التصرفات التبرعية المشابهة له بعدة خصائص سنحاول توضيح هذه المؤسسات بتعريفها .

---

[20] عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق،ط2015 ص: 47 و 48.

[21] تنص المادة 274 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي : " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول".

[22]- ينص الفصل 790 من ق.ل.ع على ما يلي : الأصل في الوديعة أنها تكون بغير أجر، ومع ذلك، يستحق المودع عنده أجرا، إذا كان قد اشترطه، صراحة ..."

أولا:تمييز عقد الهبة عن عقد الصدقة

تفيد الصدقة في اللغة ما يعطى على وجه القربى لله.[23] وعرفها الامام ابن عرفة بقوله: تمليك ذي منفعة لوجه الله بغير عوض"[24]

و ذهب أحد الباحثين[25]إلى أن الصدقة تمليك لذات بلى عوض، تعطى لوجه الله و ثواب الآخرة.

و تجتمع الهبة و الصدقة في أن كلاهما تبرعا، و يختلفان في كون الهبة لوجه الموهوب له و يجوز الرجوع فيها ، أما الصدقة فلوجه الله فلا يجوز الاعتصار فيها طبقا للفقرة الأولى من المادة 291 من مدونة الحقوق العينية،[26] وهو ما أكدت عليه محكمة النقض في قرارها المؤرخ في 18 فبراير 2014 والذي خلصت فيه إلى أن المدعى عليه سبق له أن تصدق على أبنائه المذكورين ... وأنه اعتصر تلك الصدقة، و أن المحافظ قام بتسجيل ذلك الاعتصار على الرسم العقاري ،و الصدقة لا تعتصر[27].

ثانيا: عقد الهبة و الوقف

يعرف ابن عرفة من المالكية الوقف بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا.[28]

---

[23]- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء 8 الطبعة الأولى 1416-1992 دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان:ص: 266.

[24]- أبي عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي "شرح حدود بن عرفة "م،س، ص:411

[25]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفقا للقانون 39.08 مرجع طبعة 2017 دار المعارف الجديدة، ص494.

[26]- تنص الفقرة الأولى من المادة 291 من مدونة الحقوق العينية جاء فيها تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:
-لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا..."

[27]- قرار لمحكمة النقض عدد 126 المؤرخ في 2014/02/18 بالملف الشرعي عدد 2013/1/2/305.غير منشور.

[28]- ابي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالرصاع التونسي م.س. ص:326.

و تعرف مدونة الأوقاف[29] الوقف في المادة الأولى منه باعتباره: " كل مال حبس بصفة مؤبدة أو مؤقتة، و خصصت منفعته لفائدة جهة بر و إحسان عامة أو خاصة، ويتم إنشاؤه بعقد أو وصية أو بقوة القانون".

يعد الوقف والهبة من عقود التبرع، فالواهب في عقد الهبة يخرج المال من ذمته إلى ملك الموهوب له، أما الوقف فالمالك يحبس العين من أي تصرف تمليكي، و يتبرع بريعها لجهة خيرية تبرعا لازما مع بقاء العين على ملك الواقف مدة معينة من الزمن.[30]

وتبعا لذلك فالفرق بين الهبة و الوقف يتجلى في كون الهبة ترد على ملكية الشيء و تؤدي إلى انتقال حق الملكية من الواهب إلى الموهوب له. أما الوقف فيرد على المنفعة، مع بقاء المحبس مالكا للرقبة.

ثالثا: تمييز عقد الهبة عن عقد الوصية

الوصية لغة: طلب فعل من غيره ليفعله في غيبته حال حياته أو بعد وفاته[31].

و عرفها ابن حجر بقوله: هي عهد خاص مضاف إلى ما بعد الموت. أما فقهاء المالكية فقد عرفها ابن عرفة: عقد يوجب حقا في ثلث عاقده، يلزم بموت أو نيابة عنه بعده.[32]

وعرف المشرع الوصية من خلال المادة 277 من مدونة الأسرة[33] بأنها: "عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته".

---

[29]- الظهير الشريف رقم 1.09.236 المتعلق بمدونة الاوقاف، الصادر في 8 ربيع الأول 1431ه 23 فبراير 2010 جريدة رسمية رقم 5847 بتاريخ 2010/06/14.ص 5847.

[30]- ابن معجوز الحقوق العينية في الفقه الاسلامي و التقنين المغربي ، طبعة 2008، دون ذكر المطبعة، ص:360.

[31]- مختار الصحاح و المصباح المنير مادة وصى، و الوصية و أحكامها للدكتور محمود علي أحمد إبراهيم،ص:33، و حاشية الدسوقي،422/3 دون ذكر المطبعة و الطبعة و السنة.

[32]- محمد التاويل ، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي، طبعة الأولى 2004، دون ذكر المطبعة ص:12.

وتبعا لذلك تختلف الهبة عن الوصية بكون الأولى تقع في حياة الواهب، على عكس الوصية التي لا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي.

كما أن الوصية لا تجوز إلا ف حدود الثلث، بخلاف الهبة فهي غير محددة المقدار بحيث يجوز أن يهب المرء كامل ما يشاء من ملكه.

رابعا: تميز عقد الهبة عن عقد العمرى

عرف المشرع المغربي حق العمرى في المادة 105 من م.ح.ع بأنه: "حق عيني قوامه تمليك منفعة بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطي أو لمدة معلومة "

انطلاقا من هذه المادة يتضح إن حق العمرى تمليك منفعة عقار مع بقاء حق الرقبة بيد المالك الذي له وحده التصرف في ذلك الملك، عكس الهبة التي يمكن أن يعطى فيها للموهوب له التصرف في الشيء الموهوب له، فالعمرى قوامها منفعة إما الهبة فقوامها تمليك.

المطلب الثاني: تكوين عقد الهبة

يقوم عقد الهبة على الأركان اللازم توافرها في العقد بصفة عامة من رضى وأهلية وسبب و محل، وإلى جانب ذلك نجد كل من الأطراف، أي الواهب و الموهوب له (الفقرة الأولى)، و كذا المحل و الصيغة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: ركنا الواهب و الموهوب له

لصحة الهبة لابد من توافر من مجموعة من الشروط سواء في الواهب (أولا)، أو في الموهوب له (ثانيا).

---

[33]-الظهير الشريف رقم 1.04.22 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة منشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004 ص 418.

أولا : الواهب

يعد الواهب كل شخص ذي أهلية كاملة للتبرع، أو هو كل شخص يملك عينا ملكا صحيحا، و يريد تمليكها للغير.[34]

و تنص المادة 275 من مدونة الحقوق العينية على أنه : " يشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كامل الأهلية، مالكا للعقار الموهوب وقت الهبة".

ومنه يشترط أن يكون الواهب عاقلا، راشدا و غير سفيه، و مالكا للعين الموهوبة وقت إبرام عقد الهبة، كما يشترط أيضا ألا يكون في حالة إعسار، ولا في مرض الموت.

1- أن يكون عاقلا وراشدا

العقل قوام لتصرفات، به يصح التصرف و به ينعدم. فلا تصرف لمن فقد أو اختل عقله.[35]

ويشترط في الواهب أن يكون عاقلا، لأن ثبوت الأهلية شرط ضروري. و إلا انعدم التصرف من أساسه، فلا يعتد بتصرفات المجنون[36]، حيث يخضع لمسطرة التحجير[37] بطلب ممن يعنيه الأمر، أو من لدن وكيل الملك. و نفس الحكم ينطبق على المعتوه[38]. إذ ليس له أن يتصرف في أمواله ببيع أو رهن أو هبة أو غيرها من التصرفات القانونية. و تثبت واقعة الجنون بسائر و سائل الاثبات القانونية المثبتة لفقدان العقل. وأن لا يكون الواهب سفيها[39]، من شأن تصرفه بالهبة أن يضر بمصالحه و أسرته.

---

[34]- عادل حاميدي، التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ، بين الفقه الإسلامي و الفراغ القانوني، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القرويين كلية الشريعة أكادير، السنة الجامعية 2002/2003 ص131.

[35]- يفقد العقل أو يختل إما بالجنون أو الخلل أو العته.

[36]- تنص المادة 217 من مدونة الأسرة على ما يلي: يعتبر عديم أهلية الأداء:
- أولا: الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد؛
- ثانيا: المجنون و فاقد العقل."

[37]- المادة 212 من مدونة الأسرة

[38]-البند الثالث من المادة 213 من مدونة الأسرة.

[39]- و السفيه حسب المادة 215 من مدونة الأسرة " المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه، و فيما يعده العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته؛"

كما يشترط في الهبة أن يكون الواهب يتمتع بأهلية التبرع. و أهلية التبرع كأهلية التصرف، هي أهلية كمال تتم ببلوغ الشخص سن الرشد القانوني[40] و هو سليم العقل.

2- أن يكون الواهب مالكا للعين الموهوبة وقت الهبة

يشترط أن يكون الواهب مالكا للشيء الموهوب. فلا تجوز هبة مال الغير، كهبة الغاصب لما غصبه أو هبة الفضولي[41]. كما لا تجوز هبة المال المستقبل و هو ما تنص عليه المادة 277 من مدونة الحقوق العينة بقول المشرع "يقع باطلا:

- الوعد بالهبة؛
- هبة عقار الغير؛
- هبة المال المستقبل."

و يتضح لنا من خلال المادة أعلاه أنه لا تجوز هبة عقار الغير و لو كان الغير عالما بالهبة التي أجراها البائع الفضولي، أم لم يكن عالما.

3- أن لا يكون الواهب معسرا

ومن الشروط كذلك أن لا يكون في حالة إعسار،[42] إعسارا بينا أو وشيك الوقوع حتى لا يضر بدائنيه، فأمواله ضمان عام لدائنيه.[43]

---

[40]- و سن الرشد القانوني في التشريع المغربي حسب المادة 209 من مدونة الأسرة 18 سنة شمسية كاملة.
[41]- الخرشي شرح مختصر خليل، الجزء السابع ، تصنيف ابن حجر الغسقلاني دون ذكر الطبعة و السنة ص:79.
[42]- و الإعسار خلاف الإفلاس يلحق الأشخاص المدنيين، ف الشخص المدني حينما يحيط الدين به و يستغرق ذمته المالية يكون في حالة إعسار .
[43]- الفصل 1241 من قانون الالتزامات و العقود.

واتجه المشرع في المادة 278 من مدونة الحقوق العينية إلى منع هبة من أحاط الدين بماله منعا مطلقا. دون أن يتوقف ذلك على إجازتها من طرف غرمائه من عدمها. لعلة استغراق الدين لذمته المالية.

كما جاء في قرار لمحكمة النقض المؤرخ في 26 مارس 2013 أن" المقرر نصا وقضاء أن الهبة تعترض بالدين المحيط بالواهب لفائدة دائنيه لما في ذلك من إنقاص الضمان العام المقرر لفائدتهم"[44].

و تجدر الإشارة إلى المشرع المغربي ذهب في المواد 200-199 من مدونة الحقوق العينية إلى جواز التصرف في العقار المثقل برهن عن طريق الهبة أو الصدقة ما لم يكن هناك شرط تفويت.

4- أن لا يكون الواهب مريضا مرض الموت[45]

يعتبر مرض الموت[46] آفة يحجر فيها على المريض، فلا يتصرف في أمواله بدون عوض إلا في حدود الثلث كوصية، و إذا صح من مرضه، صحت جميع عطاياه. أما تصرفاته العوضية فجائزة ما لم تخف تبرعا.[47]

و عليه فإذا وهب الواهب و هو مريض، فتبقى هبته موقوفة إلى أن يصح أو يموت،فإن صح من مرضه، صحت هبته، بلا خلاف بين الفقهاء. و إن مات في مرضه جرت هبته مجرى الوصية. إلا أنه إذا مات الواهب و لم يكن له وارث صحت الهبة في الشيء الموهوب بكامله، أي أن هبة المريض مرض

---

[44]- قرار محكمة النقض عدد 254 الصادر بتاريخ 2013/03/26 بالملف الشرعي عدد 2012/1/2/237 منشور بمجلة ملفات عقارية عدد 3ص33.

[45]- إلى جانب مرض الموت تمة حالات مشابهة له تخضع فيه للمذهب المالكي جمعها الباجي عند قوله:" ولا يجوز لسبعة من الناس فعل في أموالهم إلا في الثلث فأدنى: المريض المخوف عليه المرض، الحامل التي مضى لها 6 أشهر و الذي يزحف في القتال، والذي يحبس لقتل أو قصاص، وراكب البحر، و المرأة ذات الزوج."الباجي.فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء و الحكام.تحقيق الباتول ابن علي. نشر وزارة الأوقاف بالمغرب 1990، ص355.

[46]- مرض الموت هو المرض المخوف الذي يحكم الطب بكثرة الموت به، يقول خليل:" و على مريض حكم الطب بكثرة الموت به..."

[47]- المدونة الكبرى لأمام دار الهجرة مالك بن أنس،برواية سحنون عن عبد الرحمان بن القاسم 191 ه ج 9 ص:167.

الموت تخرج من رأس ماله بكامله، إذا مات و ليس له وارث[48]. وهذا ما نصت عليه المادة 280 من مدونة الحقوق العينية.

واعتبرت محكمة النقض في قرار لها صادر بتاريخ 15 ماي 2012 أن: "مرض الموت، هو المرض المخوف الذي يحكم الأطباء بكثرة الموت فيه.[49] وجاء في قرار آخر لها، المؤرخ في 5 مارس 2013: "إذا ثبت بمقتضى تقرير الخبرة أن الواهب الهالك قد أبرم عقد الهبة وهو في مرض الموت فإن ذلك يغني المحكمة عن البحث في تأثير هذا المرض على قدراته العقلية ويجعل الهبة باطلة."[50]

وما تجدر الإشارة إليه أن الواهب قد يكون شخصا اعتباريا (شركة، جمعية، مؤسسة...)، او شخصا طبيعيا، فالهبة تصح منه على شروط بالطبع، وهي كالتالي: اكتمال الوجود القانوني للشخص الاعتباري[51]، صحة نيابة من يمثله، ثبوت الاتفاق بين الشركاء على الإذن بالتبرع،وأن يتوفر في الممثل القانوني كشخص طبيعي تمام الأهلية و كمالها.[52]

أما بخصوص المتصدق في عقد الصدقة - فلما أحال المشرع المغربي فيه على مقتضيات أحكام عقد الهبة - فلابد كذلك أن تتوافر فيه نفس الشروط التي يجب أن تتوافر في الواهب في عقد الهبة.

---

[48]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون 39.08 ص: 484.

[49]- قرار محكمة النقض عدد 369 المؤرخ في 2012/5/15 بالملف الشرعي عدد 2010/1/2/726.منشور بملفات مجلات عقارية عدد 3 ص:42.

[50]- قرار محكمة النقض عدد 183 المؤرخ في 2013/03/05 بالملف الشرعي عدد 2011/1/2/754، منشور بملفات مجلات عقارية عدد 3 ص25.

[51]- يكتمل الوجود القانوني للشخص الاعتبار بعد إكمال جميع مراحل التأسيس حسب نوع المؤسسة من شهر و تسجيل... بحيث تتكون لها شخصية معنوية مستقلا ماليا و إداريا.

[52]- راجع بهذا الخصوص عبد الرحمان بلعكيد م،س، ص:115-116.

ثانيا: الموهوب له وشروطه

الموهوب له هو كل إنسان يصح أن يتملك الهبة والشيء الموهوب[53]، أو هو ممن عقدت الهبة لمصلحته، ويمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا.

وإذا كان المشرع المغربي قد تشدد في الشروط الواجب توافرها في الواهب فإنه على النقيض من ذلك فقد خفف، من الشروط الواجب توافرها في الموهوب له.

وعلى اعتبار أن الموهوب له قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، فالأصل فيه أن يكون موجودا لا منتظر الوجود[54] فلا هبة إلا بين الأحياء. ولا يشترط فيه أن يكون مسلما، فالهبة تصح حتى لغير المسلم. وأخيرا فإن الهبة تصح للأولاد[55] بالتسوية وبدونها.[56]

فالهبة تصح اتجاه الموهوب له في حياته سواء كان راشدا ، مجنونا أو سفيها، صبيا مميزا أو غير مميز، حاضرا أو غائبا.

وقد أجاز المشرع المغربي لناقص الأهلية قبول الهبة ولو دون مساعدة من الحاجر، فهي منفعة لا مضرة فيها، فقد جاء في الفصل 5 من ق.ل.ع على أنه:" يجوز للقاصر ولناقص الأهلية أن يجلبا لنفسيهما نفعا ولو بغير مساعدة الأب أو الوصي أو المقدم، بمعنى يجوز لهما أن يقبلا الهبة أو أي تبرع آخر من شأنه أن يثريهما أو يبرئهما من التزام دون أن يحملها أي تكليف"، وهذا ما نصت عليه المادة

---

[53]- عبد اللطيف أكدي، عقد الهبة من خلال التشريع المغربي مقال منشور بمجلة دعامات، العدد الثاني أكتوبر 2017، ص160.

[54]- الأصل في المتبرع عليه أن يكون موجودا لا منتظر الوجود، و الوجود إما حقيقي أو حكمي:
-الوجود الحقيقي: وجود الشخص ككائن بشري حي يرزق، فلا هبة و غيرها الا بين الأحياء
-الوجود الحكمي: الغائب الذي لا يعرف مكانه، لم يصدر حكم بفقدانه أو وفاته.عبد الرحمان بلعكيد الهبة في المذهب والقانون م.س.ص:119.

[55]- و الهبة على الأولاد تسمى النحلة- بكسر النون- يراجع بهذا الخصوص ، الموطأ كتاب الأقضية.

[56]- عبد الرحمن بلعكيد، مرجع سابق،ط2015، ص: 119.

276من مدونة الحقوق العينة، غير أن قبول الهبة لفاقد الأهلية يقبلها عنه وليه أو من له النيابة عليه.

أما بالنسبة لهبة الجنين والذي لم تنص عليه مدونة الحقوق العينية فتعتبر في الفقه المالكي موقوفة كميراثه ووصيته إذا استهل صارخا أو عاطسا أو بما يدل على ولادته حيا، فإذا توفي ولو بعد حين فورثته يحلون محله.

فقد جاء في في التحفة:

و للكبار و الصغار يعقد و للجنين و لمن سيولد[57]

و إذا كان الأصل في الهبة أن يكون أطرافها موجودين حقيقة لا حكما، فشرطها الحيازة ولا حيازة بالطبع إلا بين الأحياء الحاضرين لا الغائبين. فإن هناك استثناء على جوازها عن الغائب. سيتم التفصيل فيه في المطلب المخصص لشرط الحوز.

تجدر الإشارة إلى أن نفس الأحكام تسري على المتصدق عليه في عقد الصدقة.

الفقرة الثانية: محل عقد الهبة و الصيغة فيه

تقوم الهبة كغيرها من العقود -بالإضافة إلى أطراف العقد-على محل،وتقتضي أن ترد بصيغة معينة.

[57]- تحفة ابن عاصم باب التبرعات.

أولا: المحل في الهبة

يسري على الشيء الموهوب باعتباره محل عقد الهبة، ما يسري على محل العقد بوجه عام، إذ أن ما يصح بيعه تصح هبته و يصح التصدق به، و يشترط في المحل أن يكون مملوكا للواهب، و أن يكون الشيء الموهوب مشروعا و موجودا وقت الهبة، إلى جانب كونه معينا أو قابلا للتعيين.

❖ **كون محل الهبة مملوكا للواهب**

يعتبر محل الهبة أهم عنصر في عقد الهبة إذ يتعين في هذا المحل أن يكون مملوكا للواهب أو جزء منه أو عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير وقت إبرام عقد الهبة، إذ يقع باطلا هبة عقار الغير أو المال المستقبل وذلك طبقا للمادة 277 من مدونة الحقوق العينية.

❖ **كون محل الهبة مشروعا**

وحتى يكون محل الالتزام مشروعا يجب أن يكون مما يجوز التعامل به وأن لا يكون مخالفا للنظام العام و الآداب العامة[58]، و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في الفصل 57 من قانون الالتزامات و العقود. ومن ثم لا يجوز للشخص أن يهب أو يتصدق على الغير بعقار مخصص للدعارة أو المقامرة ... على أن بطلان هذا التصرف مبني على أن محل الالتزامات المتولدة عنه مخالفة للنظام العام و الآداب العامة.

❖ **كون محل الهبة موجود وقت الهبة**

الشرط في المحل الموهوب أو المتصدق به أن يكون موجودا حقيقيا. والوجود بوجه عام يختلف بين الأشياء والحقوق. فالأشياء تكون موجودة وجودا فعليا بظهورها المادي المجسم كالأراضي والدور

[58]- مامون الكزبري ،نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي الجزء الأول ص158 دون ذكر باقي البيانات.

والشقق المحفظة وغير المحفظة، والمنقولات المادية على اختلافها...، أما بالنسبة للحقوق فإنها تنصرف في وجودها إلى الأشياء المادية الواقعة عليه، فالحقوق العينية العقارية مثلا توجد فعليا بالوجود الفعلي للعقار الجارية عليه.[59]إذ لا ينعقد العقد الذي لا وجود لمحل له وقت إبرام العقد.[60]

❖ **كون المحمل معينا أو قابلا للتعيين**

ورد النص في الفصل 58 من قانون الالتزامات والعقود بما يلي:" الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه، ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد".

وجاء في المختصر للشيخ خليل[61]:"وصحت في كل مملوك ينقل، ممن له تبرع بها وإن مجهولا".

و باستقرائنا الفصل 58 أعلاه يتضح من خلاله أن المحل يجب أن يكون معلوما علما كافيا نافيا للجهالة في نوعه، فيما إذا كان هذا الشيء قيميا[62]، أو مثليا[63].

لكن بالرجوع إلى مختصر خليل فنجد أن المالكية يجيزون هبة المحل المجهول، وفيما يتعلق بمدونة الحقوق العينية فنجدها قد اقتصرت على ضرورة كون المحل مملوكا للواهب وقت الهبة، و بهذا فلا تجوز الهبة في محل مجهول كما هو منصوص عليه في ظهير الالتزامات و العقود.

ثانيا: الصيغة في عقد الهبة

الصيغة قوام التراضي في عقد الهبة وغيرها مثل سائر العقود الأخرى. فهي التعبير الصريح عن اقتران الإيجاب بالقبول المقرر في النظرية العامة للالتزام: إيجاب المتبرع بالتبرع، وقبول المتبرع عليه.

---

[59]- عبد الرحمن بلعكيد مرجع سابق،ط،2015ص:161 و162.

[60]- محمد محبوبي أساسيات في الحقوق العينية العقارية وفق القانون رقم 39.08 دار أبي رقرقاق للطباعة و النشر، سلا الطبعة الأولى ص:203.

[61]-الخرشي شرح مختصر خليل،ج7 م س ص:79.

[62]- الأشياء القيمية: ما ليس له نظير أو مثل في السوق، أو له مثل، ولكن مع التفاوت المعتمد به بين وحداته في القيمة، مثل أفراد الحيوان والشجر والعقار.

[63]- الاشياء المثلية: ماله مثل أو نظير في الأسواق من غير تفاوت في أجزائه أو وحداته تفاوتا يعتد فيه بالتعامل ، و هي أربعة أنواع المكيالات كالقمح و الشعير، و الموزونات كالقطن و الحديد، والعدديات المتقاربة في الحجم كالجوز و البيض، و بعض أنواع الذراعيات التي تباع بالذراع أو المتر و نحوها.

و بالصيغة تنعقد الهبة و في ضوئها يحرر العقد، وبدونها يكون العقد باطلا، طبقا للمادة 274 من مدونة الحقوق العينية، ولهذه الصيغة مجموعة من الشروط:

- تطابق الإيجاب بالقبول[64]
- عدم اقتران الصيغة بشرط باطل ينافي معنى عقد الهبة ويضاد مقاصده الشرعية
- أن تكون الصيغة ناجزة

و كما تشير المادة 279 في فقرتها الأخيرة من مدونة الحقوق العينية أنه :" إذا توفي الموهوب له قبل أن يقل الملك الموهوب بطلت الهبة كذلك، و لا حق لورثة الموهوب له في المطالبة به".

أما في العقار المحفظ إذا توفي الواهب فلا يعتد بالهبة إلا بتاريخ تقييد إراثة الواهب، لأن تاريخ تقييد الواهب في السجل العقاري إذا كان الأمر يتعلق بعقار محفظ هو الذي يثبت آثار الهبة و حجيتها، و صحتها.

المبحث الثاني:شرطا التوثيق والحوز في الهبة

تعد المعاملات العقارية الميدان الخصب لنظام التوثيق، لما تستوجبه هذه الأخيرة من ضرورة صياغتها فيقا لبشكل يمنضبط لكافة الشروط الشكلية والموضوعية المفروضة قانونا.

لذلك استوجب المشرع ضرورة إبرام بعض العقود في شكل محرر رسمي تحت طائلة البطلان[65] وذلك بالنظر للصعوبات المثارة أمام المحاكم بشأن إثباتها، أو تفسيرها أو تكييفها، سعيا منه

---

[64]- تجدر الإشارة إلى أن الإيجاب يجب أن يكون دائما صريحا ، في حين أن القبول يكون إما صريحا أو ضمنيا.

[65]- استوجب المشرع الرسمية في العقود التالية:
- الرهن الحيازي (المادة 147 من م.ح.ع)
-عقد العمرى (المادة 105 من م.ح.ع)
- عقد المغارسة (المادة 268 من م.ح.ع)
- عقد الصدقة (المادة 291 من م.ح.ع)
- عقد الهبة ا(المادة 274 من م.ح.ع).

للقضاء على ازدواجية المحررات ولخلق جو من الثقة والائتمان لدى المتعاقدين، بقصد تحقيق الأمن التوثيقي. (المطلب الأول).

كما اشترط المشرع لتمام عقد الهبة أن يحوز الموهوب له الشيء الموهوب، بأن يضع يده على الشيء أو الحق وضعا شرعيا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: توثيق الهبة

يكتسي توثيق عقد الهبة أهمية كبرى، نظرا للخصوصيات التي يتسم بها هذا العقد، والمتمثلة أساسا في اعتباره يندرج ضمن التصرفات التبرعية، والتي تنعقد بالإيجاب و القبول ونظرا لما تنطوي عليه من مخاطر، فإن المشرع لم يكتف بمجرد التراضي، أي تبادل الإيجاب و القبول،[66] كما يثير مسألة أساسية تتعلق بطبيعة الشكلية التي يجب أن يتخذها هذا العقد. إذ استلزم ضرورة إفراغ هذا التراضي في الشكل[67]الذي رسمه القانون، وهو اعتماد التوثيق الرسمي[68] و بذلك لم يأخذ المشرع المغربي بالقاعدة المنصوص عليها في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية التي تخول توثيق التصرفات العقارية إما في شكلي رسمي أو في محرر ثابث التاريخ الذي يحرره المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض[69]. كما أن هذا التوثيق تنتج عنه مجموعة من الآثار.

و في هذا المطلب سنتناول مجموعة من المقتضيات و الأحكام المتعلقة بتوثيق عقد الهبة في (الفقرة الأولى) تم نعرج إلى الآثار المترتبة عن هذا التوثيق في (الفقرة الثانية)

---

[66]- المختار بن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات على ضوء القانون المغربي، الطبعة الأولى2011، مطبعة النجاح الدار البيضاء،ص87 و ما بعدها.

[67]- المادة 4 من مدونة الحقوق العينية.

[68]- المادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

[69]- أستاذتنا حليمة بنت المحجوب بن حفو الشكلية في الهبة على ضوء مدونة الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة منشورات كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية ،جامعة القاضي عياض مراكش، القانون المغربي في مطلع القرن الحادي و العشرين عدد 45-2017،ص:354.

الفقرة الأولى: توثيق الهبة في ضوء مدونة الحقوق العينية

استلزم المشرع المغربي بمقتضى المادة الرابعة[70] من مدونة الحقوق العينية توثيق جميع التصرفات الواردة على العقار وذلك في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ يحرر من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، إذ يبدو أن المشرع المغربي قد أتاح الاختيار للمتعاقدين في سلك أي طريق في توثيقها سواء في محررات رسمية و المتمثلة في التوثيق العدلي و التوثيق العصري [71]، و بين الطريق العرفي.

إلا أن المشرع المغربي قيد هذا الاختيار في بعض العقود، كالصدقة و الهبة موضوع بحثنا، بحيث لا تصح إلا بعد إفراغها في محرر رسمي.

وهكذا فبالرجوع إلى المادة 274 من مدونة الحقوق العينية نجدها تنص في الفقرة الثانية منه على أنه: " يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي".

ويتضح من خلال المادة المومأ اليها أعلاه استبعاد امكانية تحرير الهبة في محرر عرفي.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الخصوص هو مدى إمكانية المحامي القبول للترافع أمام محكمة النقض في توثيق عقد الهبة ما دام أن المشرع قد أدرجه ضمن الأشخاص المخول لهم توثيق التصرفات العقارية في المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية؟

على إن كانت مسألة تحرير العقود من طرف العدول و الموثقين لا تثير أي إشكال بخصوص طبيعة حجيتها، كونها رسمية. فإن الوثيقة المحررة من طرف المحامي المقبول للترافع أمام محكمة

---

[70]- المادة 4 من مدونة الحقوق العينية تنص على ما يلي:

[71]- للتوسع بخصوص التمييز بين النظامين التوثيق العدلي و التوثيق العصري، يراجف بهذا الخصوص:
- إبراهيم فكري، تمام بيع العقار و ما يترتب عليه من حقوق وأشياء في قانون الإلتزامات و العقود، و التوثيق العصري و التوثيق العدلي، منشور بتوثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية، مراكش الطبعة الثانية،2005 ص، 203.

النقض[72] قد أثارت إشكالية بخصوص تلك الطبيعة، مادامت صادرة عن المحامي في حدود اختصاصه ووفق الشكل المطلوب، أهي وثيقة رسمية أم لا تعدو أن تكون سوى ورقة عرفية أم وثيقة من نوع خاص ؟

يرى أستاذنا محمد العلمي أن المحرر ثابث التاريخ الذي يحرره المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض لا يعدو أن يكون إلا محررا عرفيا، شأنه شأن المحررات العرفية الأخرى لا يكتسب الصبغة الرسمية، و لا يكتسب الحجية المطلقة، وذلك لأن المحرر الرسمي لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور، و هذا ما يغيب في الوثيقة التي يحررها المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض، كما أن المحامي ليس موظفا عموميا أو من له صلاحية التوثيق، والمنصوص عليهم في المادة 418 من قانون الالتزامات و العقود، كما أضاف أن إدراج المشرع المغربي للمحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض ضمن الأشخاص المخول لهم توثيق التصرفات العقارية راجع إلى تدخل عدة اعتبارات تشريعية.[73]

و تزكية لهذا التوجه فقد جاء في قرار[74] لمحكمة الإستئناف بأكادير عدد 170/12 الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 2013/11/12 ، أن المحررات الصادرة عن المحامي المقبول للترافع أمام محكمة

---

[72]- لقد أبدى أحد الباحثين تحفظه على التمييز في تحرير العقود بين المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض و بين المحامي غير المقبول للترافع أمام محكمة النقض، مبررا رأيه بأن الاقدمية لا تعني بالضرورة الكفاءة المهنية في تحرير العقود، فقد يوجد محامين مبتدئين ويتوفرون على كفاءة تضاهي كفاءة المحامي المقبول للترافع أمام محكمة النقض أو أكثر، فضلا عن كون هذا الحسر يتناقض مع المادة 30 من قانون المحاماة التي خولت لجميع المحامين إمكانية إبرام العقود العرفية.

- حسن زرداني، قراءة في المادة 12 من قانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، ندوة توثيق التصرفات العقارية، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش ص176.

[73]- أستاذنا محمد العلمي، مداخلة بعنوان : توثيق المحامي للعقود الثابتة التاريخ، دراسة في ضوء مدونة الحقوق العينة، في الندوة التي نظمت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، جامعة ابن زهر أكادير تحت عنوان : التوثيق و تحديات العولمة، يوم السبت 17 نونبر 2018.

[74]- جاء في حيثيات هذا القرار:" أفاد المستأنف في وسيلة استئنافيه أن الحكم المطعون فيه خرق لمقتضيات المادة 274 من مدونة الحقوق العينية و عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني ذلك أن المحكمة حولت النقاش من مدى خرق عقد الهبة مقتضيات المادة 274 من مدونة الحقوق العينية من البطلان و هو موضوع القرار الطعن إلى موضوع آخر لا صلة له بالمادة المذكورة و هو مدى تمتع الوثيقة المذكورة بحجية الإثبات و أن المادة 4 من مدونة الحقوق العينية ميزت بين الوثيقة الرسمية التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات و العقود و ما عدا ذلك ينضوي تحت طائلة الوثائق العرفية بغض النظر عن مدى قوتها في الحجية، بمعنى أن الوثيقة العرفية وإن كانت لها نفس الحجية فإنها تكون باطلة في الأساس لكون موضوعها و هو الهبة لا يجوز أن يبرم إلا في محرر صادر عن موظف عمومي مأذون له في التوثيق بتطبيق المادة 274 من مدونة الحقوق العينية وأن تمسك المحكمة

النقض، هي محررات عرفية لا تصح بها الهبة، مما جعل المحافظ العقاري يرفض تقييد عقد الهبة، بعلة مخالفتها لمقتضيات المادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

وما تجدر الإشارة إليه إلى أن المشرع المغربي نص في المادة 12 من القانون 18.00[75] على أنه:" يجب أن تحرر جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية المشتركة أو إنشاء حقوق عينية عليها أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ ...

تطبق مقتضيات هذه المادة مع مراعاة المقتضيات التي تنص على إلزامية تحرير بعض العقود في شكل رسمي"

وكما قد سلف الذكر فإنه لصحة الهبة لابد من إفراغها في محرر رسمي حسب المادة 274 من مدونة الحقوق العينية، و لو تمت في إطار قانون الملكية المشتركة.

ولعل ما يفسر هذا التوجه الذي سار عليه المشرع بهذا الخصوص هو حرصه على تفادي النزاعات التي قد تثور بخصوص هذا النوع من التصرفات. إذ من شأن ذلك أولا، تنبيه أطراف العقد إلى خطورة التصرف الذي سيقدمون عليه، و ثانيا ضمان التعبير عن الإرادة بشكل صحيح، و توثيق العقد بكيفية سليمة من الناحية القانونية مادام سيصدر من ذوي الاختصاص.

الابتدائية بتطبيق المادة 4 من مدونة الحقوق العينية، ليس في محله لكونها لا تطبق على النازلة ، فإن المشرع وضعها كنص عام، قيد عموميتها بنص خاص و هو المادة274 من مدونة الحقوق العينية، و أن الحكم الابتدائي قد جانب الصواب فيما قضى به خصوصا و أن قرار المحافظ برفض تقييد عقد الهبة المخالف للفصل 274 من مدونة الحقوق العينية جاء قرار وفق القانون مادام عقد الهبة باطل بطلان مطلقا، و البطلان لا يصحح بالإجازة و لا بالتقادم و يمكن لأي إثارته و لو لم يكن =طرفا في العقد لتعلقه بالنظام العام، و لان الرسمية التي استوجبها المشرع في المادة 274 من م،ح،ع ركن من أركان العقد ملتمسا قبول الطلب شكلا و في الموضوع، و القول و الحكم بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به و بعد التصدي الحكم برفض الطلب و تحميل المستأنف عليهم السائر".

[75]-القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، كما تم تعديله بمقتضى الظهير الشريف رقم 49.16.1 بتاريخ 27 أبريل 2016، جريدة رسمية عدد 6465 بتنفيذ القانون 106.12.

الفقرة الثانية: آثار توثيق عقد الهبة

استوجب المشرع المغربي من خلال الفقرة الثانية من المادة 274 من م.ح.ع إبرام عقد الهبة من طرف موثق أو عدل تحت طائلة البطلان.

و عليه يترتب عن تخلف شرط الرسمية، بكونها شرطا من شروط انعقاد عقد الهبة، بطلان هذا الأخير على أنه يترتب عن جزاء البطلان[76] نتيجتان:

1- ***انعدام الآثار***: ينتج عن تقرير البطلان لكل عقد هبة تم تحريره في محرر غير رسمي انعدام كل أثر له، سواء بين المتعاقدين، أو إزاء الغير. جاء في الفقرة الأولى من الفصل 306 من ق.ل.ع :" الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر، الا استرداد ما دفع بغير حق تنفيذا له".

2- ***استحالة إجازة العقد الباطل*** : كما هو معلوم فالعقد الباطل لا يقبل الإجازة و لا الاقرار، لان البطلان معناه الانعدام، و الانعدام لا يمكن أن ينقلب وجودا بالإجازة أو الإقرار، فضلا عن أن البطلان له مساس بالنظام العام و ليس بمقدور الإجازة أو الإقرار هدم اعتبارات النظام العام[77].

وهكذا فإن العقد المحرر في المادة العقارية من لدن غير من عينه المشرع يكون باطلا، فهو يولد ميتا، ولا مجال لإجازته، لأنه معدوم و العدم لا يصير موجودا ولو أجيز.

عموما فإن الهبة الباطلة لعدم استيفائها للشكل المتطلب قانونا لا تصحح بالتقادم، مهما طال عليها الزمن.

---

[76]- يراد بالبطلان الجزاء الذي يقرره المشرع إما على عدم توافر ركن من أركان العقد، و أركان الانعقاد كما نعلم هي : التراضي، الأهلية، المحل، السبب، و ركن الشكلية في العقود الشكلية، و التسليم في العقود العينية ، و إما بموجب نص قانوني يقضي في حالة خاصة و لاعتبارات تتعلق بالنظام العام ببطلان تصرف ما رغم توفر سائر أركان انعقاده.
يراجع بهذا الخصوص مامون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي م،س،ص:196 و ما بعدها.

[77]- مامون الكزبري،نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي م،س،ص:227.

ما تجدر الإشارة إليه أن على المحافظ وطبقا للفصل 72 من القانون 14.07 التحقق من صحة الوثائق المدلى بها تأييدا للطلب شكلا وجوهرا. إذ عليه رفض تقييد عقد الهبة متى شابه خلل في شكله أو جوهره، فلا يمكن لسند باطل أن يصبح صحيحا بتقييده في الرسم العقاري، فما بني على باطل فهو باطل، ويشطب عليه في الرسم العقاري.

أما إذا انصب عقد هبة يشوبه عيب أو خلل على عقار في طور التحفيظ، وتم تأسيس الرسم العقاري، فإن صاحب الحق المتضرر يبقى له فقط الحق في التعويض، على اعتبار أن الرسم العقاري، يعتبر نهائيا ولا يقبل الطعن ويطهر العقار من كافة الشوائب، طبقا للفصل 62 من ظهير التحفيظ العقاري.

المطلب الثاني: الحوز في الهبة

يعتبر الحوز شرط تمام في عقد الهبة. والحوز والحيازة بمعنى القبض، يقال حاز الشيء يحوزه حوزا وحيازة، إذا قبضه إليه وضع يده عليه، وأدخله في حرزه و ملكه[78].

و في لسان العرب [79] حاز الإبل يحوزها و يحيزها حوزا و حيزا و حوزها، أي ساقها سوقا رويدا.

ويقول ابن عرفة في الاصطلاح "الحوز رفع تصرف المعطي في العطية بصرف التمكن منه للمعطى أو نائبه"[80]

ويعرف على أنه تخلي المتبرع عما تبرع به، وتمكين المتبرع عليه منه، بوضعه تحت تصرفه ورهن إشارته.[81]

ويجد شرط الحوز في الهبة أصلا في الفقه الإسلامي. حيث يعتبره الفقهاء شرطا جوهريا في جميع التبرعات، و بدوه لا يصير التبرع تاما.[82]

---

[78]- عبد الرحمان بلعكيد ط،2015م،س،ص:294.
[79]- ابن منظور لسان العرب "حوز" ج4،ص267.
[80]- الرصاع التونسي، شرح حدود ابن عرفة، م،س،ص586.
[81]- محمد ابن معجوز م،س، ص342.

وفي هذا المطلب سنحاول الوقوف على أحكام الحوز في (الفقرة الأولى) ثم الحوز في العقار في طور التحفيظ والعقار المحفظ في (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: أحكام الحوز

ينقسم الحوز من الناحية المادية إلى نوعين، فهناك الحوز الفعلي والحوز القانوني.[83] وسنقتصر في هذه الفقرة على الحوز الفعلي الذي لابد من توافر مجموعة من الشروط لصحته:

أولا : المعاينة في الحوز

المراد بالمعاينة " بالنسبة للعقار" التطوق عليه بالبينة من سائر جهاته... و كذلك الدار إذا عاينوها فارغة و خلي بينها و بين الموهوب له أو المتصدق عليه بقبض مفتاحها و نحو ذلك.[84]

يتوجب حصول المعاينة قبل الموت[85] أو الإعسار أو المرض المخوف، أو الجنون و السفه، و لا يؤخذ بالقبول أو العقد مادام ليس هناك حوز، و عندما نقول الحوز فلا يعني هذا انتفاع المعطى له بعطيته فمسألة الانتفاع هذه ليست شرطا لصحة الحوز.

و الإشهاد بالمعاينة لا يصح إلا إذا كان من طرف العدول أو الموثقين، إشهادا مبنيا على الرؤية و الاطلاع في مكان وجود العطية، والتنصيص عليه في الوثيقة، وبذلك كما لو قال الموثق:" وحازه حوزا تاما" ولم يضف على هذه العبارة كلمة معاينة أو عيانا[86]، ما كانت كافية لإثبات حصول الحوز..

---

[82]- عمر الأبيض، حوز الهبة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2016 ص30.

[83]- سعيد المعتصم، طبيعة الحوز في التبرعات فقها و قضاء و قانونا. مقال منشور بمجلة القبس المغربية العدد الثالث، يوليوز 2012، ص 126.

[84]- التسولي، البهجة في شرح التحفة، ص 232.

[85]- جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 349 المؤرخ في 2013/04/23 ملف شرعي عدد 2012/1/2/136 أنه" إذا نص عقد الهبة على عدم حيازتها إلا بعد وفاة الواهب، فإن الهبة غير صحيحة " أورده ابراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه و القانون و القضاء الطبعة الثانية 2018، دار السلام الرباط ص،251.

[86]- جاء في قرار لمحكمة النقض تحت عدد192 بتاريخ 13 أبريل 2010 بالملف الشرعي عدد2009/1/2/1 أنه"...و حيث أن قواعد الفقه المالكي توجب شرط الحوز في التبرعات وأمام ما تقوم به مقامها ولا يكفي إقرار المتصدق عليه بالحيازة... و الثابت من رسم الصدقة المؤرخ... أنه لا يتضمن إشهاد العدلين بمعاينتهما لحيازة المتصدق عليهم العقار موضوع الصدقة، كما أن الطاعنين لم يدلو بأي حجة تفيد حيازتهم للمتصدق به قبل حصول المانع، و هو موت المتصدق،

ثانيا: الجد في طلب الحوز

قد يتراجع المعطي بعد التزامه بالعطية لسبب من الأسباب، و معلوم أن لا رجوع في الهبة إلا فيما بين الأب أو الأم في حدود إلى أولادهما، و من جهة المعطى له فالأمر لا يخرج عن أحد الفرضين، فإما أن يتخلى عن طلب الحيازة وإما أن يستمر في المطالبة بها إلى وفاة المعطي. ففي الحالة الأولى سقطت العطية بوفاة المعطي، أما الفرضية الثانية فإن الهبة لا تسقط ولا تبطل.

فالهبة تلزم الواهب بمجرد تحرير العقد، و يجبر على تمكين المعطى له منها بل تحاز بلا إذنه قال خليل:" وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه"، و في شرحه يقول الخرشي :" يعني أن الشيء الموهوب يحاز عن واهبه ولو لم يأذن بذلك فإن أبى الواهب فإنه يجبر على حيازته للموهوب له لأن الهبة تملك على القول بالمشهور.[87]

وقد جاء في قرار[88] لمحكمة النقض:" الجد في الحيازة و ذلك بالسعي إلى طلب تسجيل الهبة بالمحافظة يعتبر بمثابة الحيازة سواء كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ".

ثالثا: حصول الحوز قبل المانع

لا ينظر للعطية المنعقدة قبل المانع، إذا لم يتم الحوز إلا بعد نزول هذا الطارئ. والمانع، موت أو دين محيط أو جنون أو خلل أو عته أو مرض موت أو سفه[89]، يقول خليل:" ولا إن بقيت عند" يقول

و المحكمة لما قضت بإبرام الرسم المذكور بعلة عدم الحوز قبل حصول المانع قد طبقت قواعد الفقه في نازلة الحال" قرار أورده الحسن العصري، مدونة الحقوق العينية بعد سنتين من التطبيق رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير 2015/2014 ص 162.

[87]- الخرشي على خليل ج5، م، س، ص:105.

[88]- قرار لمحكمة النقض عدد184 المؤرخ في 2014/03/11 ملف شرعي عدد 2012/1/2/504 أورده ابراهيم بحماني، م،س:510.

[89]- عبد الرحمان بلعكيد ط،2015م،س،ص:306.

الخرشي، في شرحه:" والمعنى أن الهبة إذا بقيت عند واهبها إلى أن فلس أو إلى أن مات فإنها تبطل لفوات الحوز"[90].

إذن فلا هبة إذا لم يتم حوزها قبل هذه الموانع، ولو أن الهبة كانت قد انعقدت قبل هذا المانع، ولم يتم حوزها إلى أن حدث المانع أخذت حكم عدم النفاذ.

الفقرة الثانية: الحوز على ضوء مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري

ربط الفقه الإسلامي نفاذ الهبة بتحقق الحوز، و هو ما أكدت عليه مدونة الحقوق العينية، إذ علقت نفاذ الهبة على تمكن الموهوب له من الحيازة الفعلية للملك الموهوب متى كان هذا الأخير غير محفظ (أولا). أما إذا كان العقار الموهوب محفظا، فإن مدونة الحقوق العينية اعتبرت تقييد العقد بالرسم العقاري كاف لصحة الهبة،(ثانيا) و في حالة كون الموهوب في طور التحفيظ، أو أدرج مطلب لتحفيظه، فإن الهبة تعتبر صحيحة بمجرد تقييدها بالسجلات العقارية (ثالثا).

أولا: الحوز في العقار غير المحفظ

إن الحوز في العقار غير المحفظ يجب أن يكون حوزا فعليا و ماديا، مستوفيا للشروط المبينة في الفقرة السابقة، لعل أهمها ما يتعلق بمعاينة الحوز من طرف عدلين، و ذلك عن طريق مثلا انتقال العدلين إلى عين المكان، و معاينتهما إخلاء الواهب للملك الموهوب ثم الإشهاد على معاينة الحوز.[91]

والأصل أن يحوز الموهوب له العقار غير المحفظ بنفسه، ولكن قد يتم الحوز عن طريق النيابة.

و النيابة في حوز الهبة قد تكون نيابة اتفاقية، عن طريق الوكالة[92]، وقد تكون نيابة قانونية كما هو الحال بالنسبة لنيابة الولي الشرعي أو الوصي أو المقدم، وذلك وفقا لأحكام النيابة الشرعية في مدونة الأسرة.

---

[90]- الخرشي على خليل ج،5 م،س، ص : 110.

[91]- استاذتنا حليمة بن حفو، الشكلية في عقد الهبة على ضوء مدونة الحقوق العينية ، م س ص361.

و إذا كان الحوز ضروريا في الهبة، فهل يلزم التنصيص عليه في عقد الهبة ذاته، أم يكفي أن يتم الإشهاد عليه بكيفية مستقلة عن عقد الهبة؟

يرى الإمام مالك أن الحوز المادي هو شرط تمام في عقود التبرع لا شرط صحة، إذ جاء في بداية المجتهد و نهاية المقتصد:" فمالك القبض عنده في الهبة من شروط التمام لا من شروط الصحة".[93]

و تجدر الإشارة إلى أن قبض الموهوب له للعقار الموهوب غير المحفظ، لا يلزم فيه حسب المقتضيات المنظمة للهبة في مدونة الحقوق العينية ، الحصول على إذن من الواهب، و إذا حدث أن رفض الواهب تمكين الموهوب له من حوز العقار الموهوب، فإن له الحق في سلوك طريق القضاء قصد تمكينه من الحوز.

كما يتضح جليا أنه إذا كان العقار غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية و عن إخلائه و ذلك بمنطوق الفقرة الأخيرة من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

ثانيا: الحوز في العقار المحفظ

يتميز العقار المحفظ بنظام قانوني خاص يستوجب تقييد التصرف الوارد عليه بالرسم العقاري،فالعقد موضوع التبرع، و إن كان منتجا لكافة آثاره القانونية اتجاه كل من المتبرع و التبرع له، بمجرد توافق إرادتهما، إلا أنه لا يحتج به اتجاه الغير إلا من تاريخ تقييده بالسجل العقاري حيث يغني هذا التقييد عن الحيازة الفعلية للملك المتبرع به عن إخلائه من طرف المتبرع.[94]

---

[92]- قد جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 351 مؤرخ في 2014/05/06 ملف شرعي عدد 2013/1/2/551 أنه:
".....والمحكمة لما ثبث لها أن عقد الهبة المطعون فيه، قد أنجز بوكالة من المعطي للمطلوبة و هو في حالة صحة وتمام الإدراك، و تمت حيازتها حيازة قانونية ..... وردت دعوى إبطال الهبة تكون بذلك قد طبقت القانون و الفقه المالكي المعمول به و جاء قرارها معللا تعليلا كافيا منشور بمجلة الدعامات العدد الثاني أكتوبر 2017 ص: 102.

[93]- احمد ابن رشد القرطبي،بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع الجزء الثاني دون ذكر الطبعة ص:274.

[94]- سعاد المعروفي، الحماية القانونية للحق العيني العقاري على ضوء مدونة الحقوق العينية، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية ، العدد الخاص رقم 5، دون ذكر السنة, ص95

وقد أنزل المشرع المغربي تقييد الهبة الواردة على عقار محفظ بالرسم الخاص بالعقار محل الهبة منزلة الحوز المادي، و ذلك تكريسا لاجتهاد المجلس الأعلى سابقا ،(محكمة النقض حاليا)[95]، الذي سار في اتجاه اعتبار التقييد بمثابة حوز قانوني يغني عن الحوز الفعلي.

و هذا ما ذهب إليه المشرع المغربي في المادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

غير أن المشرع المغربي أغفل التنصيص في مدونة الحقوق العينية على وقوع هذا التقييد قبل حصول المانع، و هو ما يطرح التساؤل حول مصير الهبة في هذه الحالة: هل يعتد بها، أم ستتعرض للبطلان؟

و هذا السؤال يطرح فرضيتين:

الأولى: وقوع الحوز الفعلي قبل تحقق المانع.

إذا قام الواهب بإخلاء الملك الموهوب، و تمكن الموهوب له من قبض العقار الموهوب قبل قيام المانع. فهذه الفرضية لا تثير أي إشكال إذ أن القبض قد تم وهو الأصل و بذلك تصح الهبة.

الثانية: حصول المانع قبل تقييد الهبة، و قبل الحوز الفعلي للعقار الموهوب

إذا حصل مانع قبل تقييد الهبة إضافة إلى عدم إخلائه من طرف الواهب. فإنه يترتب عن ذلك بطلان عقد الهبة.

و في اعتقادنا نرى أن على المشرع المغربي التنصيص على حالة قيام المانع قبل التقييد أو الجمع بين التقييد و الحوز الفعلي.

[95]- قرار عدد 555 صادر عن المجلس الأعلى بجميع غرفه، بتاريخ 8 دجنبر 2003، منشور بمجلة القضاء و القانون العدد 149، ص259.

ثالثا: الحوز في العقار في طور التحفيظ

العقار في طور التحفيظ هو العقار الذي يقدم بشأنه مطلب تحفيظه إلى المحافظة العقارية الموجود بدائرتها ليصبح عقارا محفظا و له رسم عقاري يكون هو منطلق الحقوق و التكاليف المنصبة على العقار المذكور. و يتم هذا بعد المرور بعدة إجراءات قد تقتصر على المسطرة الإدارية، و قد تتخللها مسطرة قضائية في حالة وجود تعرضات على مطلب التحفيظ.[96]

ومرحلة التحفيظ هاته لا يترتب عنها تجميد العقار من الكل التصرفات بل يمكن أن يجري المالك بشأنه ما شاء من تصرفات بعوض أو بغير عوض، وأن يرتب عليه ما شاء من التكاليف خلال هذه المرحلة، لكن يقوم بإيداع العقود والسندات المثبتة لهذه التصرفات ليعتد بها عند تأسيس الرسم العقاري.[97]

وهكذا فإن قيام الموهوب له أو المتصدق عليه بتقييد عقد الهبة سواء عن طريق الفصل 83 أو الفصل 84 من ظ.ت.ع تتمثل في إيداع صك التبرع المثبت للحق بمطلب التحفيظ ونشره بالجريدة الرسمية ليكتسب صاحب الحق صفة طالب التحفيظ في إطار الفصل 83 من ظ.ت.ع و كمتعرض في إطار الفصل 84 من ظ.ت.ع [98]

و بذلك يصبح المستفيد معفى من إثبات حوز الهبة تبعا للمعنى الظاهر للمادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

---

[96]- عمر البيض، م،س، ص146.

[97]- محمد خيري ، العقار و قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط طبعة 2014،ص 179.

[98]- عبد الصادق الوناس، الحوز في عقود التبرع ضوء مدونة الحقوق العينية مقال منشور بمجلة القانون المغربي العدد 25 نونبر 2014 ص61.

الفصل الثاني: آثار عقد الهبة

حكم الهبة هو ثبوت الملك للموهوب له في الشيء الموهوب من غير عوض، والأصل أن عقود التبرع ملزمة لجانب واحد، و هو المتبرع. فيترتب في عقد الهبة على الواهب نقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه إلى الموهوب له، على أن الواهب لا يلتزم بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية[99].

أما بالنسبة للموهوب له، ويتمثل التزامه في أداء مصاريف العقد ما لم يرد خلاف على ذلك[100].

لكن إذا اشترط الواهب في عقد هبته عوضا، كانت الهبة ملزمة لجانبين ووجدت التزامات مقابلة في جانب الموهوب له. وهو ما يسمى بهبة الثواب[101].و يتمثل ذلك أداء يدل على العوض.

على أنه لما كانت الهبة عقدا من العقود، فإنها تخضع للمبدأ العام، و المتمثل في اللزوم. و بالتالي فلا يجوز لأحد طرفي العقد أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا وفق الحالات و في الحدود التي يسمح بها الاتفاق أو القانون.

و تقتضي الإحاطة بعناصر هذا الموضوع، الحديث عن التزامات طرفي عقد الهبة، أي الواهب و الموهوب لهفي(المبحث الأول)على أن نعرض بعد ذلك لمسألة الاعتصار في الهبة في ضوء مدونة الحقوق العينية، في(المبحث الثاني).

---

[99]- المادة281 من الحقوق العينية.
[100]- المادة 282 من مدونة الحقوق العينية.
[101]-عبد الكريم شهبون عقود التبرع في الفقه المالكي،م،س،ص:186.

المبحث الأول: التزامات طرفي عقد الهبة

يلتزم الواهب بمجرد اقتران التراضي في عقد الهبة بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له و تسليمه إياه. و بخصوص مسألة مدى ضمان الواهب للتعرض و الاستحقاق، وكذا ضمان العيب الخفي، فإن المشرع قد حسم بهذا الخصوص، إذ لا ضمان على الواهب، سواء تعلق الأمر بضمان الاستحقاق، أو ضمان العيوب الخفية. فلا يكون مسئولا إلا عن فعله العمد، أو خطئه الجسيم (المطلب الأول).

المطلب الأول: التزامات الواهب في عقد الهبة

يلتزم الواهب بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بينه وبين الموهوب له، بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى هذا الأخير، وتسليمه إياه (الفقرة الأولى).

على أن الواهب لا يلتزم بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له، كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية. ولا يكون مسئولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزام الواهب بنقل الملكية والتسليم وأثر الإخلال بهذا الالتزام

يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب وتسليمه إلى الموهوب له، حتى يتيسر لهذا الأخير حيازته حيازة تمكنه من الانتفاع به على الوجه المعد (أولا). على أن إخلاله بهذا الالتزام يترتب على عاتقه مسؤولية تجاه الموهوب له (ثانيا).

أولا: التزام الواهب بنقل الملكية والتسليم

1_التزام الواهب بنقل الملكية

تسري على التزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود، المتعلقة بالتزام البائع بنقل ملكية المبيع المنصوص عليها في الباب الثاني المتعلق بآثار البيع بدءا من الفصول 491 وما يليه[102].

والتزام الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، له وجهان: وجه ايجابي ووجه سلبي[103].

فالوجه الايجابي يتمثل في قيام الواهب بجميع الأعمال الضرورية لتسهيل نقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له.

أما **الوجه السلبي**، فيتمثل في أن يمتنع الواهب عن كل ما من شأنه أن يجعل نقل ملكية الشيء الموهوب للموهوب له مستحيلا أو عسيرا.

غير أنه إذا تعلق الأمر بهبة عقار محفظ، فإنه تطبيقا لقاعدة الأثر المنشئ لتقييد الحق العيني أو التكليف العقاري الوارد على هذا النوع من العقارات، والتي تقضي بأن إنشاء أو نقل أو تعديل أو إسقاط هذا الحق لا يتم بين المتعاقدين. ولا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا إذا جرى تقييد العقد في

103- حسن منصف، حسن منصف: "الرجوع في الهبة في القانون المغربي"، مجلة الحقوق. سلسلة "الأنظمة والمنازعات العقارية". الإصدار السابع فبراير سنة 2013، ص 155.

104- محيي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المسماة، مطبعة الساحل، الرباط،، مطبعة مكتبة الطالب، دون ذكر الطبعة و السنة ص 36.

الرسم العقاري، ولا تسري آثار عقد الهبة بين العاقدين، أو بالنسبة للغير إلا من وقت تقييد عقد الهبة في الرسم العقاري[104].

فعقد الهبة الذي لا يتم تقييده بالرسم العقاري قبل قيام مانع يحول دون ذلك، يعتبر باطلا، وإنه قبل تقييده لا يرتب إلا حقا شخصيا للموهوب له، حيث يمكنه مقاضاة الواهب من أجل إتمام إجراءات الهبة، وتمكين الموهوب له من هذا التقييد.

2_ التزام الواهب بالتسليم

يلتزم الواهب إلى جانب التزامه بنقل الشيء الموهوب، أن يعمل على المحافظة على الشيء الموهوب إلى حين تسليمه إلى الموهوب له، بالحالة التي كان عليها وقت صدور الهبة. أو بالحالة التي يكون عليها وقت التسليم إذا اشترطه الواهب[105]. وبالمقدار الذي عين في العقد وبالملحقات التي تتبعه[106]. على أن الأصل في التسليم أن يتم فورا بمجرد تمام الهبة، وهذا ما لم يتفق المتعاقدان على وقت معين يتم فيه التسليم، أو كان هناك عرف يقضي بالتسليم في وقت معين، أو اقتضت طبيعة الشيء الموهوب شيء من الوقت في تسليمه[107].

ثانيا: آثار إخلال الواهب بنقل الملكية والتسليم

يحق للموهوب له، متى أخل الواهب بالتزام نقل الملكية والتسليم، أن يطالبه بالتنفيذ العيني متى كان ذلك ممكنا. أما فسخ الهبة لعدم التسليم، فلا تبدو للموهوب له مصلحة في المطالبة به إلا إذا

---

[104]-جاء في الفصل 66 من ظهير التحفيظ العقاري ما يلي: " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده، وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الملاك العقارية.

[105]- عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي م س، ص 157.

[106]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، ج 5، م س، ص149.

[107]- الفصل 512 من ق ل ع وما بعده.

أراد التخلص من التزام فرضته الهبة كعوض عليه[108]. حيث يجبر الواهب على القيام بالتسليم، مع مراعاة الحالات التي يجوز فيها للواهب الرجوع في الهبة متى استعمل حقه في الرجوع[109].

على أنه إذا استحال التنفيذ العيني، فإن التنفيذ بطريق التعويض يحل محله، والتعويض الذي يستحقه الموهوب له في هذه الحالة قد يكون قضائيا يرجع في تقديره لسلطة المحكمة وفقا للقواعد العامة في تقدير التعويض. وقد يكون رضائيا، حيث يمكن للأطراف مسبقا الاتفاق على تحديده عند عدم التنفيذ العيني[110]. وإذا هلك الملك الموهوب قبل التسليم بفعل أجنبي، يتحلل الواهب من التزامه، بخلاف البيع، ولكن إذا كانت الهبة بعوض أو فرض على الموهوب له التزام أو شرط، فإنه يتحلل منه بانفساخ الهبة لاستحالة التنفيذ، وفقا للقواعد العامة[111].

أما إذا هلك الموهوب قبل التسليم، وكان ذلك بخطأ الواهب، فإن كان الخطأ يسيرا بقيت تبعة الهلاك على الموهوب له. أما إذا تسبب الواهب في هلاك الموهوب عن عمد أو خطئه الجسيم، فإنه يصبح مسؤولا نحو الموهوب له بتعويض عادل[112].

---

[108]- عبد الكريم شهبون،عقود التبرع في الفقه المالك، م س، ص 187.

110- صدر في هذا الصدد قرار عن المجلس الأعلى جاء فيه: "... ذلك أن عقد الصدقة في الفقه المالكي ينعقد صحيحا بين الطرفين بمجرد الإشهاد على توافق الإيجاب والقبول، وينتج العقد أثره على المتصدق بإجباره، قبل حصول المانع من موت أو فلس على نقل الملك إلى المتصدق عليه ماديا وقانونيا بقل الشيخ خليل: "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه". والصدقة التي أبرمت بين الطالبة والمطلوب في النقض وحيزت معاينة من طرف شهيديه تضع على عاتق المطلوب (المتصدق) التزاما بالعمل على نقل الملك المتصدق به إلى الطالبة وبتسجيله في الرسم العقاري وبعد أن حازته ويجبر على ذلك...".

-قرار عدد 248 بتاريخ 2006/04/26، ملف شرعي عدد 2004/1/2/83، أورده إبراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، م س، ص212,

وفي قرار آخر صادر عن محكمة النقض جاء فيه: "إذا كانت عبارات عقد الهبة واضحة لبسط يد الواهب للموهوب لهم على الحوز، وأن الموهوب له حاز لنفسه وحازت له والدة الموهوب لهما نيابة عنهما لصغرهما، أن ذلك تم عيانا فارغا شواغل الواهب وأمتعته، فإنه لا مجال للاستدلال بعدم الحوز لإبطال الهبة مادام المتبرع على قيد الحياة ويمكن إجباره على ذلك، كما جاء في قول الشيخ خليل: "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه".

قرار عدد 204 صادر بتاريخ 12 مارس 2013 في الملف الشرعي عدد 2012/1/2/212، منشور بمجلة ملفات عقارية، عدد 3، ص29.

[110]- حسن منصف،، أحكام الهبة في القانون المغربي، م س، ص 163.

[111]- الفصل 513 من ق ل ع وما بعده.

113- تنص الفقرة الثانية من المادة 281 من م ح ع على أنه: "... لا يكون الواهب مسؤولا إلا عن فعله العمد أو خطئه الجسيم".

الفقرة الثانية: التزام الواهب بالضمان

يتفرع الضمان في فقه العقود إلى ضمان الاستحقاق (أولا)، وضمان العيوب (ثانيا)، على أن أحكام هذا الضمان تختلف بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، ذلك أنه في عقود المعاوضة يوجد مقابل، في حين أن هذا الأخير ينعدم في عقود التبرع.

أولا: ضمان التعرض والاستحقاق في عقد الهبة

1_ ضمان التعرض في عقد الهبة

يقتضي ضمان التعرض من الواهب ضمان تعرضه الشخصي، وكذلك ضمان التعرض الصادر عن الغير.

أ_ ضمان الواهب لتعرضه الشخصي

تناول المشرع المغربي ضمان التعرض الشخصي من خلال الفصل 533 من ق ل ع،

ويقصد به ضمان الملكية الشرعية محل الالتزام، وتمكين المستفيد من التمتع به دون منازع[113] وبناء على هذا التعريف، يجب على الواهب أن يكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على الموهوب له، أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها بحسب ما أعد له الشيء الموهوب والحالة التي كان عليها وقت الهبة.

على أن ضمان الواهب لتعرضه الشخصي يعد التزاما قانونيا واقعا على الواهب تجاه الموهوب له، إذ إن ملكية هذا الأخير للشيء الموهوب لا تتم إلا إذا ارتبط بالحيازة الهادئة، والانتفاع الكامل بالشيء الموهوب.

[113]- عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون،ط،2015 م س، ص 230.

ثم إن الالتزام بالضمان الشخصي ينشأ مباشرة بعد إبرام عقد الهبة، طبقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 274 من م ح ع التي جاء فيها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول..."

و التعرض يصدر عادة عن الواهب، ويكون إما ماديا، ويندرج في هذا السياق التصرف المادي الذي يقوم به الواهب و من شأنه الإضرار بالموهوب له، كهبته لنفس المحل لشخص آخر، أو إقدامه على بيعه...، أو أن يكون تعرضا قانونيا، بأن يستند على الادعاء بوجود حق قانوني سابق كان ثابتا للواهب، كالرهن والانتفاع والارتفاق و غيرها من الحقوق الشخصية والعينية[114].

ب_ ضمان الواهب للتعرض الصادر عن الغير

يلتزم الواهب إلى جانب ضمان التعرض الصادر من جانبه، بضمان التعرض الصادر عن الغير[115]. ذلك أن الواهب لا يلتزم فقط بالكف عن كل مناوشة تحول دون تحقق الغرض من الشيء الموهوب، بل يلتزم أيضا بمنع الغير وذلك إذا ادعى هذا الأخير حقا سابقا على الهبة، أو تاليا لها وكان مستمدا من الواهب.[116]

وإذا نجح الأجنبي المتعرض في دعوى الاستحقاق، فإن الموهوب له يرجع على الواهب لضمان الاستحقاق في حالتين: الأولى؛ إذا كان الواهب قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق، و الثانية إذا كانت الهبة بعوض، و لو كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق على أنه لا يكون مسؤولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض.[117]

---

[114]- نورة غزلان الشنيوي، المختصر في العقود المسماة، جزء 1، طبعة1، 2008، مطبعة عالم المستقبل، ص 41,

[115]- عادل حاميدي، التصرفات الواردة على العقار المحفظ بين الفقه الإسلامي والفراغ القانوني، م س، ص 148.

[116]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية،وفق القانون 39.08 م،س، ص485.

[117]- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية،وفق القانون 39.08 م،س، ص485.

2_ ضمان الاستحقاق

تختلف أحكام ضمان التعرض في عقود المعاوضة وعقود التبرع، وهكذا إذا كان البائع في عقد البيع، باعتباره من عقود المعاوضة، يضمن للمشتري استحقاقه الشرعي للمبيع، وأنه المالك له ملكية تامة ثابتة، ويتعهد بأن لا يعترض سبيله وبأن يدفع عليه أي ادعاء من الغير، فإنه في عقد الهبة، بكونه من عقود التبرع فالأصل فيه أن الواهب لا يتحمل أي ضمان اتجاه الموهوب له، نظرا لأنه لا يحصل على أي عوض.

وهكذا، فإن استحق محل الهبة من يد الموهوب له، فإن هذا الأخير لا يجوز له الرجوع، على الواهب بضمان الاستحقاق. وبالتالي تحمل المصاريف المنفقة، سواء على الشيء الموهوب أو على دعوى الاستحقاق [118]. إلا إذا كان قد أخفى سبب هذا الأخير، أو كانت الهبة بعوض، ولو كان الواهب يجهل سبب الاستحقاق، ففي هذه الحالة، فالواهب لا يكون مسئولا إلا بقدر ما أداه الموهوب له من عوض، وفي جميع الأحوال يحل الموهوب له محل الواهب فيما له من حقوق ودعاوى[119].

وأما لو كان الواهب سليم النية، وطرأ أن استحقت الهبة من الغير فإنه لا ضمان عليه، لأنه لا محل لإعمال مبدأ المعاملة بنقيض القصد، ولا تجزى نية الإحسان بالإساءة. والهبة بلا عوض وما لا عوض فيه لا ضمان فيه أصلا إلا ما استثني[120]. وبناء على ذلك، فإنه ليس للموهوب له إلا أن يقبل الهبة بجميع عيوبها أو أن يردها.

وهو ما أكد عليه المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة 281 من مدونة الحقوق العينية، بالتنصيص على أنه: " لا يلتزم الواهب بضمان استحقاق الملك الموهوب من يد الموهوب له،...".

119- حليمة بن محجوب بن حفو، نظرية الاستحقاق، دراسة مقارنة، ط 1، دجنبر 2010، مطبعة الأمنية، الرباط ص 247.

[119]- إذا كان سبب الاستحقاق أن الواهب قد باع العين الموهوبة قبل الهبة ولم يقبض تمنها، فرجع المشتري من الواهب على الموهوب له باستحقاق العين، فإن الموهوب له يحل محل الواهب في الرجوع بالثمن على المشتري عبد الكريم شهبون، م س، ص 188.

[120]- عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، م س، ص 231.

ثانيا: ضمان العيوب الخفية في عقد الهبة

لا يلتزم الواهب في عقد الهبة بضمان الاستحقاق، كما لا يلتزم بضمان العيب الخفي كمبدأ عام. ذلك أن الهبة خلافا للبيع، فلا ضمان فيها لكونها عقد تبرع وإحسان وكرم.

وهكذا، فالأصل في التبرعات أن المتبرع لا يضمن عيوب الشيء الموهوب، سواء كان العيب في ذات الشيء الموهوب أو في صفاته، لأن الواهب تجرد من ملكه دون عوض[121].ومن ثم، فإن الموهوب له إما أن يقبل الهبة بعيوبها الظاهرة والخفية، أو أن يردها. وإذا قبلها تحمل بها، سواء أشير لها في العقد أم لا[122].

وهو ما أكد عليه المشرع المغربي بالتنصيص على أنه: "...كما لا يلتزم بضمان العيوب الخفية"[123].

ويستثنى من ذلك ما تعمد الواهب إخفاءه من العيوب، أن يشترط الواهب على نفسه الضمان لصالح الموهوب له، أو ضمن باتفاق خاص خلو العين الموهوبة من العيوب ثم ظهر عيب. والعلة في وجود الضمان على الواهب ليس هو الإخفاء في حد ذاته، وإنما هو تعمد الإضرار[124].

المطلب الثاني: التزامات الموهوب له

قد يقترن عقد الهبة بشرط العوض أو بتكليف، فيصبح عقدا ملزما لجانبين، بالإضافة إلى أن عقد الهبة يتطلب مصاريف، وهذه المصاريف يتحملها الموهوب له ما لم يتفق على خلاف ذلك، ومن هنا تبرز التزامات الموهوب له، وتتلخص في بدل العوض في الهبة (الفقرة الأولى) وأداء مصاريف العقد (الفقرة الثانية) ما لم يرد خلاف ذلك.

---

[121]- حسن منصف، أحكام الهبة في الفقه والقانون، م س ص248.
[122]- عبد الرحمان بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، ص 248.
[123]- الفقرة الأولى من المادة 281 من مدونة الحقوق العينية..
[124]- عادل حامدي، التصرفات، م س، ص148.

الفقرة الأولى: الالتزام بأداء العوض أو المقابل

لا يلزم الموهوب له بشيء في الأصل، إذ يغلب أن تكون الهبة تبرعا محضا، فيكون عقدا ملزم لجانب واحد، وهو جانب الواهب دون الموهوب له، كما سبق وأشرنا إلى ذلك.

وقد تكون الهبة بعوض أو مقابل، عبارة عن التزامات أو شرط تفرض على الموهوب له، ففي هذه الحالة يلتزم هذا الأخير بأداء هذا العوض المقابل. فيلتزم بالتالي بأداء ما يشترط عليه من عوض، سواء اشترط هذا العوض للواهب أو لأجنبي أو للمصلحة العامة.

ويشترط للمحافظة على الطابع التبرعي للهبة ألا تزيد قيمة العوض عن قيمة الشيء الموهوب[125]. فإذا كانت قيمة العوض المشترط تزيد على قيمة الشيء الموهوب، فإن الموهوب له لا يلتزم بأداء العوض، إلا في حدود ما يساوي قيمة ما تلقاه من هبة[126]. على أن الجزاء المترتب على عدم قيام الموهوب له بالوفاء أو أداء العوض المشترط في عقد الهبة، فإنه تطبق بشأنه القواعد العامة في الامتناع عن القيام بتنفيذ الالتزام.

الفقرة الثانية: الالتزام بأداء نفقات الهبة

تكون نفقات الهبة على الموهوب له في الأصل، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله دون مقابل، وبين تحمل هذه المصاريف، إذ لا يعقل أن يهب شخص لآخر تم يتحمل تبعات ونفقات تبرعه، خاصة إذا كانت الهبة بدون عوض، بمعنى آخر لا يمكن لشخص أن يجمع بين التجرد والتنازل عن ماله للغير تم

126- يجب أن تكون قيمة العوض المشترط اقل من قيمة الموهوب، حتى يكون الفرق بين القيمتين هبة محضة أما إذا كانت قيمة الموهوب تقرب من قيمة المال الموهوب، أو تزيد عليه ويعلم الموهوب له بذلك، فإن العقد يكون معاوضة لا هبة، أما إذا كان الموهوب له لا يعلم بذلك فإنه يستطيع إبطال الهبة لغلط جوهري. وهو على أي حال ما دام قد قبل العقد على أنه هبة لا يكون ملزما بأن يؤدي من العوض إلا بمقدار قيمة المال الموهوب، فيجب إنقاص العوض إلى هذا المقدار. وهكذا لا يلتزم الموهوب له بدفع أكثر من القيمة ولو كانت العادة ذلك، كما لا يلتزم الموهوب له بقبول قيمة أقل من القيمة، وإذا فاتت الهبة بزيادة او نقص بيد الموهوب له، فعليه قيمتها جبرا عليه.
عبد الكريم شهبون،التبرع في الفقه المالك، م س، ص 189.

126- جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، 1978، ص 204,

يتحمل نفقات هذا التنازل[127]. ولكن يجوز الاتفاق أن تكون النفقات على الواهب، ويتحمل مصروفات العقد، بل ومصروفات تسلم العين الموهوبة[128].

وهو ما أكد عليه المشرع من خلال المادة 282 من م ح ع بنصه على ما يلي: " نفقات عقد الهبة ومصروفات تسليم الملك الموهوب ونقل ملكيته، تكون على الموهوب له ما لم يتفق على غير ذلك".

المبحث الثاني: أحكام الاعتصار في عقد الهبة.

إن الأصل في العقود اللزوم، أي ان العقد يلزم طرفيه ولا يستطيع أحد المتعاقدين بعد العقد التحلل من الالتزامات التي يرتبها العقد بإرادته المنفردة، لأن في نقض العقد من طرف أحدهما تغييرا للمراكز القانونية التي رتبها هذا الأخير. وسند هذا الأصل من الشرع الحكيم قول الله سبحانه وتعالى:﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾.[129]

كما أن القوة الملزمة لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين تجد سندها في قانون الالتزامات والعقود من خلال الفصول 18[130] و230[131].

ولما اعتبرت الهبة عقدا من العقود، يراد بها فعل الخير ومديد المساعدة للغير فإنها تخضع للمبدأ العام أي أنها عقد لازم. لكن مدونة الحقوق العينية المنظمة بالقانون 39.08 وكذا الفقه المالكي أجازوا للواهب الرجوع في هبته وذلك من خلال الفقرة الأولى من المادة 283 من نفس

---

[127]- منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، مطبعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة غير مذكورة ص 74,

[128]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، جزء 5، م س، ص 176.

[129]– الآية 1 سورة المائدة.

[130]– ينص الفصل 18 من ق.ل.ع على ما يلي " الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له".

[131]– ينص الفصل 230 من ق.ل.ع على ما يلي: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها ولا يجوز إلغائها إلا برضاهما أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

المدونة وذلك في حالات معينة ولو تم الإشهاد عليها ووثقت بعقد رسمي وتمت بحيازة الموهوب له للشيء الموهوب (المطلب الأول).

وبالرغم من أن المرء أحيانا قد يرجع في هبته، وذلك راجع له مع كراهة إلا أن هذا الرجوع قد تمنعه موانع شرعية وقانونية، والتي ترتب آثارا مختلفة سواء بالنسبة للواهب أو الموهوب له والملك الموهوب. (المطلب الثاني)

المطلب الأول: نطاق الاعتصار في الهبة وشروطه.

لقد رخصت مدونة الحقوق العينية حصرا لأشخاص معينين اعتصار هبتهم وذلك لكيلا يؤثر هذا الاعتصار بشكل موسع على استقرار المعاملات. ونص المشرع المغربي على حالات حصرية لاعتصار الهبة منهم الأب والأم والواهب المعسر وفق شروط معينة تجد أصلها في الفقه المالكي (الفقرة الأولى) كما أكد المشرع على ضرورة تضمين شروط الاعتصار في عقد الهبة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الاعتصار في الهبة ونطاقه

لقد عرفت مدونة الحقوق العينية الاعتصار في الهبة في المادة 283 (أولا) وحددت نطاق هذا الاعتصار سواء من حيث الأشخاص أو الموضوع (ثانيا)

أولا: مفهوم الاعتصار في الهبة

لقد نص المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 283 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي: " يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته ..."، قبل التطرق إلى تعريف الاعتصار يجب التميز ما بين الهبة وباقي التبرعات التي لها نفس أحكامها كعقد الصدقة في كون الهبة تعتصر دون الصدقة

التي لا اعتصار فيها وذلك بنص المادة 291[132] إضافة إلى أن الصدقة تكون لوجه الله تعالى عكس الهبة التي تكون لوجه المعطي له محبة أو عطفا عليه كما تقدم ذكره.

الاعتصار لغة: في لسان العرب لابن منظور[133]، اعتصر الشيء أخذ منه فهو معتصر. والاعتصار المنع والحبس والأخذ والارتجاع والإمساك.

الاعتصار اصطلاحا: في حدود ابن عرفة[134]: "ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى..."[135].

وجاء في تعريف الدردير[136] أي أخذها أي الهبة من ولده قهرا عنه بلا عوض ذكرا أو أنثى صغيرا أو كبيرا فقيرا أو غنيا، سفيها أو رشيدا حازها الولد أولا".

---

[132]– تنص الفقرة الثانية من المادة 291 على ما يلي" لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا".

[133]– ابن منظور، لسانالعرب، الجزء السابع الطبعة الأولى 1416–1992 دار احياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروث لبنان ص:349.

[134]– ابي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالرصاع التونسي "شرح حدود بن عرفة "طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب سنة 1992 ص:595.

[135]-وفي نقده لتعريف ابن عرفة للاعتصار السالف ذكره يقول الأستاذ عبد الرحمان بلعكيد:(والذي نلاحظه على تعريف ابن عرفة من وجهين: الأول: انه لم يخصص في العطية ولم يستثن منها ما هو لوجه الله تعالى كالصدقة فهذه لا اعتصار فيها. والثاني انه لم يخصص في المعطي الذي له حق الارتجاع، بل تركه مطلقا، وكان كل معط الا وله هذا الحق، مع ان الحكم عندنا في الذهب ان الارتجاع للاب والام فقط. والذي اراه ان ابن عرفة غلب في تعريفه المعنى اللغوي للاعتصار علىمعناه الاصطلاحي، فعمم فيه القول بأنه ارتجاع العطية وكفى. ولعل الغاية من هذا التعميم، التمييز بين الاعتصار الصحيح والاعتصار الفاسد. فما كان منه على عطية لوجه المعطى فهو اعتصار صحيح وما على عطية كان لوجه الله تعالى هو اعتصار فاسد وإذا تعلق بالأب والام كان اعتصارا صحيحا والا فهو الاعتصار الفاسد)"عبد الرحمان بلعكيد، م، س، ص313.

[136]– احمد بن محمد بن أحمد الدردير الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية أحمد بن محمد الصاوي المالكي الجزء الرابع دار المعارف ص: 151,

وقد حذت مختلف التشريعات المقارنة حذو المشرع المغربي بحيث أجازت للواهب الرجوع في هبته إما رضاء أو قضاء متى كان يتوفر على عذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع وفي هذا الصدد نص كل من القانون المدني المصري السوري في المواد 500و 468 بنفس الصياغة على ما يلي: " يجوز للواهب ان يرجع في الهبة إذ قبل الموهوب له ذلك". أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة 576 على أن:" للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له". وأيضا مجلة الأحوال الشخصية التونسية نصت في الفصل 210 على أنه: «يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب للرجوع في هبته ...".

إذن يتضح من خلال كل هذه التشريعات المقارنة أن الاعتصار أو الرجوع في الهبة أمر جائز للواهب متى توفرت الأسباب وانتفت الموانع.

ثانيا: نطاق الاعتصار في الهبة

يختلف نطاق الاعتصار في الهبة بالنظر إلى الأشخاص المكفول لهم حق الاعتصار (أ) أو حسب طبيعة الشيء موضوع الهبة (ب).

أ-نطاق الاعتصار في الهبة من حيث الأشخاص

بالرجوع إلى المادة 283 من مدونة الحقوق العينية نلاحظ أن المشرع أجاز الاعتصار في الهبة وفق حالات معينة ووفق شروط محددة للأبوين فقط (1) وأيضا للواهب الذي أصبح عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته (2).

1-اعتصار الأبوين

إن الاعتصار[137] أو الرجوع في الهبة في المذهب المالكي حقللأب والأم ليس غير إلا بشروط، فلا اعتصار لغيرهما. غير أن ما تهبه الأم على ولدها، ذكرا كان أم أنثى لها أن ترجع منه ما لم يكن الولد صغيرا أو قد مات أبوه فلا رجوع لها لسبب يتمه[138].

ويرى فقهاء الشافعية أنه يصح الرجوع في الهبة للأب وإن علا، كذلك الأم والجدة وإن علت.[139]

كما يرى فقهاء المذهب الحنبلي أن الرجوع خاص بالأب فقط دون غيره[140].

في حين تنص المادة 283 من م ح ع في فقرتها الأولى على ما يلي: "يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته ويجوز في الحالتين التاليتين:

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

من خلال هذه المادة يتضح أن المشرع المغربي أجاز للأبوين معا الاعتصار أو الرجوع فيما وهباه لأولادهم دون مراعاة لسن هؤلاء. ويكون بذلك الاعتصار غير مشروط لهما، كما أن هذا الاعتصار مقتصر على الأبوين على حد السواء دون الجد والجدة.

---

[137]– اعتبر الاعتصار مصطلحا مالكيا صرفا انفرد به المذهب المالكي عن غيره من المذاهب الفقهية التي تستعمل مصطلح الرجوع في الهبة.

[138]– عبد الرحمان الجزيري: "الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 2003 ص: 270.

139– محمد بن أحمد بن الجزي الغرناطي" القوانين الفقهية دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء طبعة 2006 ص:385.

[140]- عبد الرحمان الجزيري: مرجع سابق ص 278.

وقد ذهبت محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا)[141] على تأكيد أن الاعتصار يجوز فقط للأب والأم دون غيرهما من الأقارب، وفي هذا الصدد جاء في حيثيات قرار لهذه المحكمة ما يلي:

(... لكن حيث إن المحكمة عللت قرارها بان حق الاعتصار مقصور على الأب والأم دون الجد والجدة وغيرهما ولا يجوز بعد وفاة الموهوب لهما ثم إن شرط الحوز مشهود به معاينة من طرف العدليين وبذلك فإن المحكمة تكون قد طبقت الفقه المعمول به وبنت قضائها على أساس ويبقى ما أثير لا أساس له)[142].

كما ورد في قرار[143] أخر ما يلي: «والمحكمة لما قضت برفض الطلب بعلة أن الهبة تم تسجيلها في الرسم العقاري، ولا يجوز للطالب الاعتصار فيها باعتباره أخا للمطلوب وليس أبا أو أما اللذين يجوز لهما وحدهما الاعتصار فإنها تكون قد طبقت الفقه والاجتهاد القضائي المعمول بهما في هذا الشأن..."

غير انه وبمقتضى المادة 283 من م.ح.ع لم يعد الاعتصار من حق الأبوين وحدهما بل أصبح من حق كل واهب أن يرجع في هبته إذا كان عاجز عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته وهذا ما سنتطرق إليه فيما سيأتي.

2-اعتصار الواهب العاجز عن الإنفاق

---

[141]-حلت عبارة محكمة النقض محل عبارة المجلس الأعلى وذلك بموجب القانون رقم 58-11 المتعلق بمحكمة النقض الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.170بتاريخ 27من ذي القعدة 1432 الموافق ل 25 أكتوبر 2011 والمنشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 28 ذو القعدة 1432 الموافق ل 26 أكتوبر 2011، ص5228

[142]– القرار عدد 237 الصادر بتاريخ 25/4/2007 في الملف الشرعي عدد467/2/1/2006، أورده عبد الرحمان حموش، مرجع سابق الصفحة 154.

[143]-القرار عدد 711 الصادر بتاريخ 13/12/2006 في الملف الشرعي عدد 406/2/1/2005 منشور بمجلة المحاكم المغربية م.س.ص:336.

وسعت م ح ع من دائرة الأشخاص الذين يحق لهم الرجوع في الهبة، أسوة ببعض التشريعات العربية[144] وذلك من خلال ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 283 من نفس المدونة على أنه: "... إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته". وبذلك فتح المشرع الباب أمام كل واهب معسر من الرجوع فيما سبق أن وهبه لغيره متى أصبح عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته ما لم يوجد مانع يحول دون مكنة الاعتصار.

بالإضافة إلى ما تم ذكره، فالملاحظ أن المشرع المغربي من خلال المادة 283 من مدونة الحقوق العينية، جمع حالتين لإمكانية الاعتصار في حالة واحدة، فقول المشرع بعجز الواهب وعسره عن الإنفاق أو على من تلزمه نفقته، يجعل حالة عجز الواهب تستغرق الحالة الثانية ما دام أن الواهب عندما يكون معسرا فإنه لن يفي بالتزاماته ونفقاته سواء بالنسبة لنفسه أو لمن تلزمه نفقته[145].

وبالرجوع إلى مدونة الأسرة من خلال القسم المتعلق بالنفقة الباب الأول من المواد 187 إلى 205 وبقراءة لهذه المواد يتضح على أن من تلزم النفقة عليهم هم الأبناء والزوجة والأبوين ومن التزم بنفقته، وبالتالي يطرح الإشكال المتعلق بمدى أحقية هؤلاء أن يطلبوا اعتصار الهبة في حالة تضررهم من تبرع الواهب وعدم رغبة هذا الأخير في الاعتصار رغم وجود حالة العسر؟

جوابا عن هذا الإشكال يمكننا القول،إن الاعتصار هو حالة استثنائية خاصة بالواهب وليس لهؤلاء أن يعتصروا الهبة، لأن حق الاعتصار هو حقي شخصي للواهب فقط ولهؤلاء أن يسلكوا

---

[144]– ينص الفصل 210 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي: يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الآتية ما لم يوجد نص مانع من الموانع الواردة في ق 212 إذا أصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يقف مع مكانته الاجتماعية.

[145]– عبد الواحد التكاني، مرجع سابق ص: 23.

الطرق القانونية كما في حالة الزوجة التي لها المطالبة بالنفقة الواجبة وفق ما هو منظم في مدونة الأسرة.

ب-نطاق الاعتصار من حيث الموضوع

العطية قد تكون بدافع التودد والإكرام، وتسمى هبة وقد تكون ابتغاء وجه الله تعالى وتواب الآخرة فتسمى صدقة.

ومن خلال التعريف الوارد بنص المادة 273 من المدونة،فالهبة تشمل هبة العقار والحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية فقط.[146]في حين أن تعريف ذات المدونة للصدقة في المادة 290 بالنص على أنها: "تمليك بغير عوض لملك ويقصد بها وجه الله تعالى" يشمل العقار والحقوق العينية والمنقول وكل ما استبعده تعريف الهبة السابق[147].

وتجتمع كل من الهبة والصدقة في كونها تمليك في حياة الواهب بدون عوض إلا أنهما تختلفان في النية، فإذا أراد الواهب بإعطائه وجه الله تعالى وثواب الآخرة فقط كانت صدقة، وإن قصد وجه الموهوب له دون قصد ثواب الآخرة كانت هبة.

وقد أكدت مدونة الحقوق العينية على أن أحكام الهبة والصدقة واحدة في المادة 291 بنصها على أنه:" تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا.

---

[146]– نصت المادة 273 من م،ح،ع على أنه: "الهبة تمليك عقار أو حق عيني عقاري، لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض""

[147]– حسن منصف مرجع سابق ص: 320.

- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث.

وقد صدر قرار للمجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا) من أن الرسم المحرر بالفرنسية بعنوان" donation aumônière " يعتبر هبة لا صدقة لخلوه من ألفاظ الصدقة المنصوص عليها فقها وهكذا جاء في قرارها: "لكن حيث أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت أن العقد المحرر بالفرنسية بين الطرفين هو عقد هبة وذلك لخلوه من الألفاظ التي تستعمل في الصدقة... وأن جميع عقود التبرع هي إحسانية وأن دفع المستأنف عليهم بكونه صدقة ليست بالعقد م يؤيده ...

تكون قد طبقت القواعد الفقهية في النازلة تطبيقا صحيحا" [148]

كما صدر قرار آخر لمحكمة النقض ورد فيه " الهبة تمليك لذات بلا عوض، فان كانت لوجه الله وتواب الآخرة فهي صدقة وإن كانت لوجه القابض بدون قصد تواب الآخرة فهي هبة. والواهبة أشهدت على نفسها أنها وهبت على ولدها القطعة الأرضية هبة بتية وأرادت بذلك وجه الله العظيم وثوابه الجليل، وبهذا فهي تعتبر صدقة ولا اعتصار في الصدقة، والمحكمة لما نصت ببطلان الاعتصار المنصب على العطية المذكورة تكون قد طبقت قواعد الفقه التي هي بمثابة قانون التطبيق السليم"[149]

وفي الفقه الإسلامي لا يجوز للمتصدق تملك صدقة مرة ثانية ولو بالشراء، لما صح عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه: كان ينهى عن ذلك كما نهى عمر بن الخطاب وزيد بن حارثة عن

---

[148]– قرار للمجلس الأعلى عدد 04 الصادر بتاريخ 06/01/2010 في الملف 399/2/1/2008 حسن منصف، مرجع سابق، ص 322.

[149]– قرار محكمة النقض عدد 231 الصادر بتاريخ 19 مارس 2013 في الملف الشرعي عدد 2012/2/217 منشور في مجلة القضاء المدني سلسلة " دراسات وأبحاث " العدد 14 المنازعات العقارية الجزء الثالث ص58

شراء الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله غير أنهم أجازوا إعادة تملكها بالميراثكأن يموت المتصدق عليه ويرثه المتصدق فإن يحل له ذلك، قال الشيخ خليل: "وكره تملك صدقة بغير ميراث"[150]

الفقرة الثانية: شروط الاعتصار في الهبة

لكي يعتد باعتصار الواهب في هبته، ينبغي توافر الشروط المنصوص عليها في كل من المادتين 284 و286 من مدونة الحقوق العينية وهي:

1 -الإشهاد بالاعتصار؛

2-التنصيص على الاعتصار في عقد الهبة؛

3-حضور الموهوب له وقبوله رجوع الواهب في هبته أو صدور حكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب.

لقد نصت المادة 284 من مدونة الحقوق العينية على ما يلي:" لا يجوز للواهب أن يعتصر فيما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار وتم التنصيص عليه في عقد الهبة وقبل بذلك الموهوب له ..."انطلاقا من نص المادة يلاحظ أن ربط الاعتصار بنشوء عقد الهبة في محرر رسمي تحت طائلة البطلان[151] بحيث تجب الإشارة إلى الاعتصار وما مدى إمكانية التأكيد عليه أو إسقاطه من قبل الواهب.

---

[150]– الهادي الدرقاش، فقه الرسالة متن ونظما وتعليقا بمحكمة الفقه المالكي بالقيروان الطبعة الأولى 1989 دار تنبيه بيروت الصفحة 319.

[151]– تنص المادة 274 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الثانية على ما يلي يجب تحت طائلة البطلان أن يحرر عقد الهبة في محرر رسمي"

وفي الحالة التي يشترط فيها الواهب عدم الرجوع في الهبة فإنه يعتد بالشرط فلا يبقى من حقه الاعتصار في هبته.

وجاء في قرار صادر عن المجلس الأعلى ما يلي:" ليس للأب اعتصار الهبة إذا اشترط عدم الرجوع فيها، والمحكمة لما اعتبرت تضمين المتبرع عقد الهبة عدم الرجوع فيها في حكم الصدقة من حيث عدم جواز اعتصارها، فإنه ليست بقرارها أي خرق لقواعد الفقهية المنظمة لأحكام الهبة"[152]

والإشهاد بالاعتصار تسري عليه نفس المقتضيات المتعلقة بالإشهاد على الحوز من إجراءات إذا كان العقار غير محفظ، بحيث يتم إخلاء الموهوب له للملك الموهوب والإشهاد عليه من طرف عدلين أو موثق في محرر رسمي، أو محفظا بتقييد وثيقة الاعتصار في الرسم العقاري الخاص بالملك وبالتالي التشطيب عليه،أو في طور التحفيظ بإيداع وثيقة الاعتصار طبقا للفصل 83 أو84 من قانون التحفيظ العقاري 14.07، وبذلك يرتب آثاره القانونية.

بعد أن تناولنا في المطلب السابق مسألة الاعتصار في الهبة على ضوء مدونة الحقوق العينية، سنحاول في هذا المطلب الوقوف عند الموانع التي تحول بين رجوع الواهب في هبته.

المطلب الثاني: موانع الاعتصار في عقد الهبة وآثاره

بالرغم من أن مدونة الحقوق العينية أجازت الاعتصار في الهبة إلا أنها اشترطت عدم وجود مانع من موانع الاعتصار المنصوص عليها في المادة 285 منها (الفقرة الأولى).

أما في حالة قيام الواهب باعتصار الهبة من الموهوب له والقيام بالإجراءات اللازمة أو صدور حكم قضائي بذلك فإنه في هذه الحالة تترتب عن الاعتصار مجموعة من الآثار الهامة التي تخص

[152]– قرار للمجلس الأعلى عدد 151 بتاريخ 2005/3/16 الملف الشرعي عدد 2003/1/2/675 أورده عبد الواحد بن مسعود مرجع سابق ص 364.

المتعاقدين وكذلك الأغيار الذين تعاملوا مع الموهوب له دون أن ننسى آثار الاعتصار على العقار الموهوب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: موانع الاعتصار في عقد الهبة

ترتبط بالاعتصار في عقد الهبة مجموعة من الموانع التي صاغها المشرع في إطار المادة 285 من مدونة الحقوق العينية والتي تنقسم بدورها إلى موانع اعتصار راجعة إلى أحد المتعاقدين (أولاً) وموانع اعتصار متعلقة بالشيء الموهوب (ثانيا).

أولا: موانع اعتصار راجعة إلى أحد المتعاقدين

تتعدد موانع الاعتصار المتعلقة بأحد المتعاقدين ما بين موانع مرتبطة بقيام رابطة الزوجية وزواج الموهوب له (أ) وموانع متعلقة بمرض أحد المتعاقدين أو فاته (ب).

أ. قيام الرابطة الزوجية وزواج الموهوب له

1) قيام الربطة الزوجية

لقد نصت المادة 285 من مدونة الحقوق العينية في فقرتها الأولى على ما يلي: " لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

1-إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت رابطت الزوجية قائمة...."

من خلال هذه الفقرة يتبين أن مدونة الحقوق العينية ارتأت حفاظا على دوام العشرة بين الزوجين واستقرار الأسرة الذي تنشده المادة الرابعة[153] من مدونة الأسرة منع الزوج من الرجوع في الهبة التي سبق أن أعطاها لزوجه الآخر مادام أن ربط الزوجية يشدهما. ويظهر أنه لا يحق الرجوع ولو عجز عن الإنفاق على نفسه وعلى من تلزمه نفقته. أما إذا انحل الزواج بفسخ أو طلاق أو تطليق،جاز

[153]- جاء في المادة 4 من مدونة الأسرة على ما يلي "الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة".

للمفارق الواهب الرجوع في الهبة التي سبق أن وهبها لمفارقه الموهوب له متى توافرت أسباب الرجوع في الهبة وانتفت الموانع[154].

وعلى عكس اتجاه المشرع المغربي فقد نصت المواد502 و 470[155] من القانون المدني المصري والسوري على عدم جواز الرجوع في الهبة من أحد الزوجين ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء الزوجية.

إذن فالزوجية مانعة من الاعتصار مادامت قائمة وتظل قائمة حتى في الطلاق الرجعي إلى انتهاء العدة، فلإرث يثبت أثناءه والزوجية بالعقد أو البينة استثناء.[156]

2) زواج الموهوب له

لقد جعل المشرع المغربي من زواج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن اجلها مانعا من الاعتصار. وهذا ما تبنته المادة 285 من مدونة الحقوق العينية وذلك بقولها" لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية...

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

إذن من خلال هذه المادة تبين أن استعمال الهبة بغرض الزواج من طرف الموهوب له سواء كان ذكراً أو أنثى، فإن الاعتصار لا يجوز في هذه الحالة لتعلق حق الغير بها من صداق ولوازم الزواج الأخرى، والهبة هي الدافع له على الزواج، ولولاها لما أنجر إليه والتزم به.

لكن إذا كانت الهبة قليلة لا يزوج لأجلها أو أن الشخص لم يتوقف في زواجه على الإنفاق مما وهب عليه، فإن الزواج حينئذ لا يمنع الاعتصار، فالشرط أن تكون الهبة سبب في الزواج[157].

---

[154]- حسن منصف: م،س، 2013، الصفحة 331.

[155]تنص المادة 502 من القانون المدني المصري على أنه: "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية: إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر، ولو أراد الواهب الرجوع بعد انقضاء العلاقة الزوجية".

[156]عبد الرحمان بلعكيد: " الطبعة الثالثة، سنة 2015،م،س، الصفحة 419.

وإذا وقع الزواج قبل الهبة أو بعد الاعتصار، أو دلت القرائن على أن الهبة لم يكن لها أثر في الزواج لتفاهتها أو نحو ذلك، يبقى للأبوين الاعتصار وأما زواج الأب الواهب أو الأم الواهبة، فلا أثر له في الاعتصار، سواء قبل الهبة أو بعد الاعتصار[158].

إلا أن ما يجب التساؤل بشأنه، مدى إمكانية الاعتصار في هبة من أجل الزواج، غير أن هذا الزواج لم يتم بعد؟

جوابا على هذا السؤال فانه إذا وهب أحد الأبوين هبة لابنه من أجل الزواج فليس له الحق في الرجوع فيما وهب ولو لم يتزوج الولد في الوقت المطلوب ما دام المقصود من الهبة هو زواج الولد.[159]

كما قيد فقهاء المالكية رجوع الأب والأم فيما وهباه للأولاد بقيود تتمثل فيما يلي: ألا يلتزم الابن لغيره التزامات مالية من الهبة كأن يتزوج، بمعنى بمفهوم المخالفة إذا التزم الابن فإنه يمنع اعتصارها منه.[160]

كما نشير إلى أنه متى زال الزواج لسبب من الأسباب، فإن الاعتصار لا يعود لأن الزواج سبق أن نشأت عليه حقوق الغير.

ب-موت أو مرض أحد المتعاقدين.

رتب المشرع على حالة موت أو مرض أحد المتعاقدين عدم إمكانية الاعتصار من خلال نفس المادة 285 من مدونة الحقوق العينية بنصها على أنه "لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

2-إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار(1)

---

[157] عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق،2015، الصفحة 335.

[158] عبد الكريم شهبون:"الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفق القانون رقم 39.08 م،س ص:488 وما بعدها.

[159] عبد الرحمان حموش، "الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، سلسلة "الأنظمة والمنازعات العقارية" الإصدار السابع، فبراير 2013 الصفحة: 165.

[160] محمد ابن احمد بن جزي الغرناطي: القوانين الفقهية، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، طبعة 2006، ص: 385.

3-إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضا مخوفا يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار(2).

1) موت الواهب أو الموهوب له

بخصوص المذاهب الفقهية، فإن المذهب المالكي نص صراحة على أنهبموت الواهب امتنع على ورثته الرجوع في الهبة، إذ حق الرجوع متصل بشخص الواهب الذي يقدر وحده الاعتبارات التي يراها مبررا لطلب الرجوع في الهبة فلا ينتقل هذا الحق إلى ورثته.[161]

وعلى نهجه ذهب الأحناف، وقد جمع الناظر موانع الرجوع في الهبة فقال:

ومانع من الرجوع في الهبة ** يا صاحبي حروفدمع خزقة**[162]

فالدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، والميم للموت، والعين للعوض، والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له، والزاي للزوجية، والقاف للقرابة، والهاء للهلاك

ويعد الموت مانعا من موانع الاعتصار حسب منطوق المادة 285 أعلاه وذلك لانقضاء العلاقة بين الواهب والموهوب له ونشوء حقوق الورثة حسب فرائض الله تعالى في المواريث، ويستوي في ذلك أن يكون الموت حقيقا أو حكيما، كحالة المفقود الذي صدر حكم بتمويته[163].

إلا أن المشرع المغربي لم يشر إلى حالة قتل الموهوب له للواهب عمدا وقصدا، خلافا للمشرع الأردني الذي نص في المادة 578 أنه: "إذا قتل الموهوب له الواهب عمدا أو قصدا بلا وجه حق كان لورثته حق إبطال الهبة"

---

[161] عبد الكريم شهبون: "عقود التبرع في الفقه المالكي،مقارنا بمذاهب الفقه الإسلامي الأخرى والقانون الوضعي"، مرجع سابق، ص202.

[162] -و هبة الزحيلي الفقه الإسلامي وأدلته "دار الفكر بيروت الجزء الخامس الطبعة الرابعة ص 4006.

[163] تنص المادة 325 من مدونة الأسرة على أنه "الميت حكما من انقطع خبره وصدر حكم باعتباره ميتا". وجاء في الفقرة الأولى من المادة 327 من نفس المدونة يحكم بموت المفقود في حالة استثنائية يغلب عليه الهلاك بعد مضي سنة من تاريخ اليأس من الوقوف على خبر حياته أو مماته".

وهو توجه حري بالتأييد ما دام أن ليس هناك جحود ونكران للجميل أكبر من إقدام الموهوب له، على وضع حد لحياة الواهب ظلما وعدوانا ومقابلة إحسانه وتفضله بإزهاق روحه.

وخلاصة القول فإن حق الاعتصار في الهبة هو حق شخصي للواهب، كما أن موت الموهوب له يمنع من الرجوع في الهبة لأن الحق انتقل إلى الورثة بالوفاة.[164]

2) مانع المرض المخوف.

يقصد بالمرض المخوف ذلك المرض الذي يخشى معه الموت، سواء كان المريض مرض الموت هو الواهب أو الموهوب له، فإذا كان الواهب هو الذي يعاني من المرض المخوف فلم يبقى من حقه اعتصار الهبة لأنه لا يعتصرها لنفسه وإنما لغيره، والأصل في الاعتصار أنه للنفس، أما إذا كان المريض هو الموهوب له، فإن منع الاعتصار يرجع إلى تعلق حقوق ورثته بالمال الموهوب.[165]

غير أنه لم يفت المشرع التأكيد على أنه بزوال المرض المخوف يعود الحق في اعتصار الهبة وهذا ما يستشف من المادة 285 بخصوص مرض الواهب أو الموهوب مرضا مخوفا يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار.

والمرض المخوف هو الذي حكم الطب بكثرة الموت به، ويخلف هذا المرض آثارا في نفسية المريض والتي تظهر من خلال تصرفاته القانونية وهو على تلك الحالة، غير أن هذا المرض مقيد بقيدين أولهما أن يكون مخوفا وثانيهما أن يكون متصلا بالموت.[166]

وفي هذا الصدد جاء في قرار عن المجلس الأعلى عدد 574 تاريخ 2002/7/24 ملف عقاري عدد 2002/1/2/90 (عقد الهبة-مرضالواهب-يكفي تحقيق الإدراك والصحة).

---

[164] عبد الكريم شهبون، مرجع سابق، صفحة: 482.

[165] عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، الصفحة 169.

[166] -حسن منصف مرجع سابق ص 169

مادام الهالك كان صحيحا أثناء التعاقد كاملا الإدراك فإن الشهادة الطبية المتعلقة بفترات خارجة عن إطار التعاقد لا تأثير لها.

كما أن المجلس الأعلى قد أصدر القرار عدد 620 المؤرخ في 1997/10/7 الملف العقاري عدد 93/5269 جاء في قاعدته ما يلي:

"صدقة حصولها في -مرض الموت-وفاة المتصدق بعد شهر من الإشهاد بها الحكم ببطلانها.

لا تجوز صدقة المريض مرض الموت وتتعرض للبطلان متى قامت أدلة كافية على انجازها في مرض الموت.[167]

وما يثبت أثمية الواهب من عدمها في مرض الموت، فقد صدر في هذا الصدد قرارين مختلفين لمحكمة النقض-المجلس الأعلى سابقا: ففي القرار عدد 539 بتاريخ 2003/12/03عدد 1/2/333/[168]1998 جاء في قاعدته: رسم الصدقة –الإشهاد بالاتمية- عدم مناقشة الوثائق الطبية اثرها.

"اعتماد المحكمة على ما شهد به العدلان في رسم الصدقة من اتمية المشهود عليه المتصدق، للقول بصحة هذه الصدقة دون مناقشة الشواهد الطبية والتقرير الطبي الذي يصف الحالة الصحية للمتصدق وقت إبرامه للصدقة مخل النزاع بإصابته باضطرابات لهل تأثيرات سلوكه على قدرته العقلية وقوة إدراكه وتصرفاته، بعلة أن الحكم السابق القاضي بتحجير المتصدق استند على تلك الشواهد ثم الغاؤه لوفاة المتصدق يجعل القرار ناقص التعليل"

[167] قرارات أوردها عبد الواحد بن مسعود، "تدوين عقد الهبة"، سلسلة الندوات والأيام الدراسية، نحو تشريع عقاري جديد، أشغال الندوة العلمية الوطنية التي نظمها مختبر الدراسات القانونية المدنية والعقارية، العدد 38، سنة 2011، الصفحة 361 وما بعدها.

[168]- قرار منشور بمجلة قصاء المجلس الأعلى عدد 61،ص:139.

وجاء في قرار آخر لنفس المحكمة يوضح مفهوم الاتمية في القرار عدد 165 بتاريخ 2005/03/16 ملف شرعي عدد 2003/1/386 جاء في قاعدته[169]:

"الأتمية – مفهومها- عقد الصدقة –مرض الموت.

الاتمية التي يضمنها العدلان في الرسم انما تتعلق بصحة المعاقد ظاهريا ولا تبتث عدم إصابة المتصدق لمرض الموت الذي يمكن الاستعانة بالأطباء المختصين لإتباثه.

لما كان عقد الصدقة قد أنجز قبل يومين من وفاة المتصدق وهو يتعلق بدار سكناه وم يتم تسجيله في المحافظة فان رد المحكمة الطعن في الصدقة لوقوعها في مرض الموت، بان رسم الصدقة قد نص علة الاتمية التي تتعلق فقط بظاهر الحال ودون أن تبحث في الملف الطبي للمتصدق وترد على بينة وقوع الصدقة في مرض الموت إذ جع ذلك الرد غبير معلل في قرارها تعليلا صحيحا وهو بمثابة انعدام التعليل ويتعرض بسبب ذلك للنقض".

وبزوال المرض المخوف يرجع حق الاعتصار في الهبة على خلاف الحكم المقرر في لكل من الزواج والمداينة فلا يعود حق الاعتصار بزوالهما والحكمة من ذلك أن زوال المرض يؤدي إلى انقطاع توابعه، في حين أن الزواج والمداينة تتعلق بهما حقوق الغير.[170]

وما تجدر الإشارة إليه أن فقدان أهلية الواهب أو الموهوب له أو نقصانها ليست من موانع الاعتصار، ذلك أن للحاجر حق الاعتصار بالنيابة عن المحجور.

[169]-قرار منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى عدد 65/64 الصفحة 155.

[170] عبد الواحد التكاني، "الاعتصار في الهبة من خلال مدونة الحقوق العينية المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصاديةوالاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2012-2013، الصفحة:61.

ثانيا: موانع الاعتصار المتعلقة بالشيء الموهوب.

يمكن إدراج موانع الاعتصار المتصلة بالشيء الموهوب بالتغييرات التي تقع على هيئة وشكل الشيء الموهوب، وهذه الموانع إما أن تكون تفويتا للملك الموهوب والتعامل به (أ) أو أن تكون موانع مرتبطة بهلاك وتغير الملك الموهوب (ب).

أ. تفويت الموهوب له للملك الموهوب والتعامل به

1. تفويت الملك الموهوب.

بالرجوع إلى المادة 285 من مدونة الحقوق العينية فإننا نجدها قد نصت على مانع آخر من موانع الاعتصار في الهبة والمتمثل فيما يلي:لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع التالية:

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

وبحسب هذه الحالة فالهبة تخرج من دائرة المتعاقدين الواهب والموهوب له، وتؤدي إلى دخول طرف ثالث وهو الغير بمعنى أنه إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله كان ذلك مانعا من اعتصار الهبة، فإذا تصرف الموهوب له في الهبة بأي نوع من أنواع التصرفات كالبيع والهبة والمعاوضة وغيرها، فإنه يترتب على ذلك انتقال ملكية الموهوب إلى غيره، فلا يبقى هناك محل لاعتصار الهبة.[171]

غير أنه إذا اقتصر التفويت على جزء من الموهوب، فإنه يحق للواهب اعتصار الجزء الثاني والجزء الباقي يعتد به سواء كان مفرزا تبعا لملكية مشتركة أو تقطيع في عقار غير محفظ أو مشاعا في الباقي من الأسهم أو النسب غير المفوتة.[172]

---

[171]-عبد الرحمان حموش، مرجع سابق، الطبعة 169.

[172]-استاذتنا حليمة بن حفو "القانون العقاري المغربي وفق اخر المستجدات دراسة نظرية تطبيقية معززة باجتهادات قضائية "دار السلام للنشر، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2018 ص 117

لكن إذا كان التفويت صوريا، بقي الاعتصار على شرط إثبات الصورية وهي تثبت بمختلف وسائل الإثبات، حتى الشهادة والقرائن القوية المنضبطة المتلائمة[173] ويقع عبء إثبات الصورية العقد من عدمه على عاتق الواهب بصفته مدعيا مطالبا باسترداد الملك الموهوب.

وجاء في قرار[174] صادر عن محكمة النقض جاء في حيثياته :من المقرر فقها أن من موانع اعتصار الهبة انتقال ملكية المال الموهوب إلى الغير قبل الإشهاد به كما للشيخ خليل في مختصره "إن لم تفت،قال الفقيه الخرشي في شرحه: "***والمعنى أن شرط الاعتصار للهبة أن لا تفوت من يد الموهوب له ببيع*** «ولما ثبت أن الموهوب له تصرف بالبيع في موضوع الهبة الى الغير في تاريخ سابق على تاريخ الإشهاد باعتصارها فان المحكمة عندما لم تراع كون تفويت المال الموهوب من موانع اعتصار الهبة حسبما كان مقررا فقها بتاريخ صدور الهبة وهو نفس المقتضى الذي كرسته حاليا المادة285 من مدونة الحقوق العينية فانها بذلك جردت قضاءها من أي أساس وخرقت القانون .

2. تداين الموهوب له للهبة

جاء في المادة 285 من م.ح.ع لا يقبل بالاعتصار...،

6- إذا تعامل الغير الموهوب له تعاملا ماليا اعتمادا على الهبة فإنه يعد مانع من موانع الاعتصار في الهبة..."

وكمثال على ذلك اقتراض الموهوب له مبلغا من المال من البنك لبناء أرض وهبها له الواهب. في هذه الحالة لا يحق للواهب اعتصار الأرض موضوع القرض وذلك لتعلق حقوق الغير بالهبة والغير هنا هم الدائن البنك: فأموال المدين ضمان عام لدائنيه.[175]

---

[173]-عبد الرحمان يلعكيد:"الهبة في المذهب والقانون"، مرجع سابق ص 420.

[174]-قرارعدد 265 الصادر بتاريخ 22 مارس 2016 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/2018.

[175]-عبد الرحمان بلعكيد: "الهبة في المذهب والقانون"ط،2015، مرجع سابق، ص338.

ويلاحظ أن توجه المشرع هنا توجه محمود وحري بالتأييد، فالهبة يمكنان توظف كضمانة بنكية حيث يقدم العقار الموهوب ضمانة للحصول على قرض، ولم تم السماح باعتصار الهبة حسب هذه الحالة فإن الأمر سيعصف بالعملية الائتمانية برمتها.

وفي هذا قضت استئنافية [176]وجدة " حيث أن الأمر المجتمع عند المالكية فيمن نحل ولده نحلا أو أعطاه عطاء ليس بصدقة، له أن يعتصر ذلك مالم يستحدث الولد دينا يداينه الناس به ويأمنونه عليه من أجل ذلك العطاء الذي أعطاه له أبوه..."

ورغم التوجه السليم لمنطوق القرار الا انه منتقد من حيث المصطلحات التي علل بها قراره وخاصة ما يتعلق بمصطلح "النحلة" والذي يدل على الهبة التي تعطى للأبناء بقصد الزواج فهي مقيدة بهذا الالتزام وكأنها عقد معاوضة، إذا وفى الولد بالتزامه فذاك ولا تراجع لهما بالمقابل، وإلا جاز لهما أن يطالباه بها. في حين أن الهبة تكون لوجه الولد أما محبة فيه وعطفا عليه وللولد ان يستعملها فيما يشاء وللأب وإلام الحق في اعتصارها ما لم يطرأ عليها مانع من الموانع.[177]في حين أن نازلة الحال تتعلق بهبة فكان على القرار القول بالهبة لا بالنحلة.

إذن العبرة من منع الاعتصار في الهبة بعد تداين الموهوب له بها هو أن يكون الدين من أجل الهبة وأن يقيد بها وأن يعلم بها الدائن وأن يفتقر الموهوب له، حيث إنه لو كان الموهوب له في غنى واستدان من أجل الهبة فإن تداينه لا يعتد به لعدم افتقاره له، بل يعد بمثابة تحايل منه لإبعاد الاعتصار وحقوق الدائنين هنا مضمونة في أمواله الأخرى.[178]

[176]- قرار رقم 72 الصادر بتاريخ 2011/09/22 في الملف العقاري 2011/1401/19 أورده عبد الواحد التكاني، مرجع سابق الصفحة 65.

[177]-عبد الرحمان بلعكيد: "الهبة في المذهب والقانون" ط 2001، مرجع سابق، ص337.

ب-تغير الملك الموهوب وهلاكه

1. إدخال تغييرات على الملك الموهوب.

لقد اعتبر المشرع التغييرات التي تطرأ في ذات الهبة مانعا من موانع الاعتصار ذلك أن الواهب متى أقبل على إدخال تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته سقط حق الواهب في اعتصار الملك الموهوب.[179]

والملاحظ أن المشرع المغربي اعتد فقط بالتغيير الذي ينقل الموهوب من مظهر إلى آخر بالزيادة فقط في قيمته، ليكون مانعا من الاعتصار ولم يلتفت للتغيير الذي يؤدي إلى نقصان الهبة، ولم يعتبره مانعا من الاعتصار خلافا لما ذهب إليه فقهاء المذهب المالكي في هذا الصدد.

والزيادة لا تعتبر كذلك إلا إذا شملت الهبة بكاملها، أما لو انحصرت الزيادة في جزء من الهبة أو على بعض أجزائها وبقي الجزر الآخر دون تغيير فإن الاعتصار جائز في الباقي إذا كانت الهبة قابلة للقسمة دون ضرر.[180]

2-هلاك الملك في يد الموهوب له

لقد اعتبر المشرع هلاك الملك الموهوب في يد الموهوب له هلاكا كليا مانعا من الاعتصار حسب ما يتفاد من مفهوم المخالفة للفقرة الأخيرة.[181] من المادة 285 من مدونة الحقوق العينية غير أنه إذا هلك الموهوب في يد الموهوب له هلاكا جزئيا، فإنه يكون من حق الواهب الاعتصار في الباقي.

---

[179]- جاء في المادة 285 من م.ح.ع. على أنه" لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الاتية:
.7-إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته".

[180]- عبد الرحمان بلعكيد، مرجع سابق،ط2015، الصفحة 344.

[181]- تنص الفقرة الأخيرة من المادة 285 من م. ح. ع. على ما يلي: إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له هلاكا جزئيا، فانه يكون من حق الواهب الاعتصار في الباقي.

الفقرة الثانية: آثار الاعتصار في عقد الهبة

بما أن الاعتصار من حق الواهب في الحالات المنصوص عليها أعلاه، فإنه يرتب آثار مختلفة سواء كان الاعتصار بتراض المتعاقدين الواهب والموهوب له أو عن طريق القضاء بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة وبالتالي يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، بحيث يكون للاعتصار آثار الفسخ والبطلان، من حيث انحلال عقد الهبة ، فيزول تبعا لذلك حق الموهوب له في الملك ويؤول من جديد إلى الواهب، وذلك دون الإضرار بحق الغير حسن النية الذي اكتسب حق على الملك الموهوب

لذلك سوف ندرس آثار الاعتصار في الهبة بين المتعاقدين (أولا) ثم تنتقل بعد ذلك لآثار الاعتصار في عقد الهبة بالنسبة للغير (ثانيا)

أولا: آثار الاعتصار في الهبة بين المتعاقدين

يرتب الاعتصار جملة من الالتزامات والحقوق التي تؤثر على وضعية الواهب (أ) ونفس الشيء يقال عن الموهوب له

أ- حقوق والتزامات الواهب الناشئة عن الاعتصار في الهبة

1. حقوق الواهب:

إن أول حق يترتب على اعتصار الهبة بالنسبة للواهب هو عودة الملك الموهوب إلى سلطته وتصرفه وهو ما نص عليه المشرع من خلال الفقرة الأولى من المادة 287 وذلك بقوله: «يترتب على الاعتصار في الهبة فسخ عقد الهبة ورد الملك الموهوب إلى الواهب".

ويترتب على رجوع الواهب في هبته اعتبار الهبة كأن لم تكن سواء ثم الرجوع رضاء أو قضاء بحكم يقضي بفسخ الهبة.[182]

[182] - حسن منصف، مرجع سابق، ص:339.

ويقصد بالفسخ انحلال عقد الهبة الذي ولد صحيحا، فيعتبر كأن لم يكن سواء بالنسبة للطرفين (الواهب والموهوب له) أو في مواجهة الورثة الذين يسترجعون حق قسمة الشيء، ويزول تبعا لذلك حق الموهوب له في الملك ويؤول من جديد إلى الواهب.

2. التزامات الواهب

حمل المشرع المغربي من خلال مدونة الحقوق العينية الواهب بعدد من الالتزامات حتى يكون اعتصاره صحيحا، وذلك حماية لحقوق الطرف الآخر، وهو ما جاء في المادة 289 في فقرتها الأولى "إذا استرجع الواهب الملك الموهوب دون وجه حق وهلك في يده فإنه يكون مسئولا عن هذا الهلاك".

من خلال هذه الفقرة يتبين أن المشرع حمل الواهب مسؤولية هلاك الشيء الموهوب متى لم يسلك الطرق القانونية لذلك. ويضاف إلى هذا الالتزام أن نفقات استرجاع الملك الموهوب يتحملها الواهب وهو أمر معقول مادام أن الواهب هو من يسعى إلى استرجاع الملك الموهوب وهذا ما أكدته المادة 289 من المدونة بقولها:

"نفقات الاعتصار ورد الملك الموهوب يتحملها الواهب"

ب-حقوق والتزامات الموهوب له الناشئة عن الاعتصار في الهبة.

1. حقوق الموهوب له.

يترتب على الاعتصار في الهبة بعض الحقوق لصالح الموهوب له في مقابل الالتزامات التي يلتزم بها على إثر هذا الاعتصار، فإلى جانب كونه يحق له الاحتفاظ بثمار الشيء قبل التراضي أو قبل صدور حكم نهائي يقضي بفسخ الهبة، وبالتالي رد ثمار الشيء الموهوب بعد ذلك، كما يحق له استرداد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب.

- **حق الموهوب له في الاحتفاظ بثمار الشيء**

يفهم من نص الفقرة الثاني من المادة 287 من م. ح. ع.[183] على أن الموهوب له لا يكون ملزما برد تمار الموهوب إلى الواهب، إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت الحكم النهائي في الدعوى. ومعنى ذلك بمفهوم المخالفة أن من حق الموهوب له الاحتفاظ بثمار الشيء الموهوب والتي حصل عليها قبل اتفاقه على الرجوع مع الواهب في حالة الرجوع ألاتفاقي أو قبل الحكم النهائي في الدعوى في حالة الرجوع القضائي.

- **استرداد النفقات الضرورية**

جعل المشرع للموهوب له حق الرجوع على الواهب لاسترداد ما قد أنفقه على الشيء الموهوب من مصروفات.[184]

غير أن المشرع قصر هذا الحق في استرجاع النفقات الضرورية فقط دون النفقات النافعة ونفقات الزينة، إذ لا يسترد منها إلا مازاد في قيمة الملك الموهوب[185].

ويبدو أن السبب في ذلك كون المصروفات النافعة، تلزم الموهوب له وبالتالي لا تعطيه حق الرجوع على الواهب، وكذلك الشأن بخصوص نفقات الزينة، لأن ما زاد على الضرورة أنفقه الموهوب له باختياره، وبالتالي لا يعود به على الواهب إلا في حدود ما زاد في قيمة الملك الموهوب.

---

[183]- جاء في الفقرة الثالثة من المادة 287 من م. ح. ع على أنه "...يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب ..."

[184]- جاء في الفقرة الثالثة من المادة 287 من م.ح.ع على أنه: "...يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب..."

[185]- تنص الفقرة الثانية من المادة 288 من م.ح.ع. على أنه: "...إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب بعد اعتصاره اتفاقا أو قضاء، رغم انذاره بذلك طبقا للقانون وهلك العقار الموهوب في يده فإنه يكون مسئولا عن هذا الهلاك.

2. التزامات الموهوب له

لقد مكن المشرع المغربي الموهوب له من حق الاحتفاظ بالشيء محل الهبة، باعتباره مالكا له، إلى حين الاتفاق بينه وبين الواهب على اعتصاره من طرف هذا الأخير، أو صدور حكم نهائي في الدعوى يقضي بفسخ الهبة حيث يلتزم الموهوب له برد الملك الموهوب إلى الواهب، على أن امتناعه والحالة هاته رغم إنذاره بذلك طبقا للقانون، ووقع أن هلك الملك الموهوب في يده فإنه يكون مسؤولا عن هذا الهلاك[186].

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المشرع جعل من إنذار وإخطار الموهوب الموهوب له شكلية لترتيب مسؤوليته، فالإعذار هو المنطلق الوحيد لاعتبار الموهوب له مقصرا في رد الشيء الموهوب، حيث لا إعذار لا مسؤولية.

ثانيا: آثار الاعتصار في عقد الهبة بالنسبة للغير.

إن مقتضى حماية حقوق الغير لم يتم تناوله من قبل المشرع بل هو اجتهاد، فقهي يرى بضرورة حماية حقوق الغير ذات الصلة بالاعتصار. ولا يرتب الاعتصار في الهبة كقاعدة عامة أي أثر رجعي بالنسبة إلى الغير سواء تم بالتراضي أو بالتقاضي.

وهكذا نميز بين الحالة التي يعتمد فيها الموهوب له إلى التصرف في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا (أ) وبين الحالة التي يقتصر فيها على ترتيب حق عيني على الملك الموهوب (ب).

أ. تصرف الموهوب له في الهبة تصرفا نهائيا.

[186]- تنص الفقرة الثانية من المادة 288 من م. ح. ع. على أنه: "...إذا امتنع الموهوب له عن رد الملك الموهوب إلى الواهب. بعد اعتصاره اتفاقا أو قضاء، رغم انذاره بذلك طبقا للقانون وهلك العقار الموهوب في يده فإنه يكون مسئولا عن هذا الهلاك.

إن أهم ما يميز الاعتصار في الهبة وأثره على حقوق الغير، هو أنه لا يكون بأثر رجعي سواء كان عن طريق التراضي أو عن طريق القضاء. والغاية من هذا التوجه هو اقرار حماية خاصة للغير حسن النية الذي تعلقت حقوقه بالعقار الموهوب وأسس عليه مراكز قانونية مكتسبة.[187]

ويعد تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية من بيع أو هبة أو غيرها، مانعا من موانع الاعتصار كما سبقت الإشارة إليه أنفا. ذلك أن الشيء الموهوب خرج من يد الموهوب له، ليصبح من حق الغير، والسماح للواهب باعتصار الشيء الموهوب من يد الغير يعد تعد على حق غير مملوك للموهوب له وهذا أمر لا يجوز وبذلك يمنع الاعتصار، سواء عن طريق التراضي أو القضاء لخروج الملك من الذمة المالية للموهوب له وكذا لاستحالته.

وهكذا فالإقرار بعدم رجعية اعتصار الهبة في مواجهة الغير حسن النية هو مسألة مهمة لحماية حقوق الغير الذي تصرف مع الموهوب له، بناء على ظاهر الحال ولا علاقة له بحق الاعتصار. لذا فإن الهبة بالنسبة إليه عقد لازم رتب آثاره بالنسبة إليه وهذا المقتضى فيه مراعاة لخصوصية الاعتصار نفسه، إذ هو حالة استثنائية ترد على الهبة وفي حالة توفر الشروط التي تطلبها القانون.

ترتيب حق عيني على الملك الموهوب.

إن ترتيب الموهوب له لحق عيني على العقار الموهوب هي إحدى الحالات المهمة لرصد تجليات حقوق الغير إزاء وثيقة الاعتصار، ومفاد هذه الحالة أن الموهوب له لا يتصرف تصرفا نهائيا في الشيء الموهوب كما في الحالة السابقة بل يقتصر على ترتيب حق عيني على العقار الموهوب كحق انتفاع أو رهن أو ارتفاق، وعليه فإن دراسة هذه الحالة تحتاج إلى التمييز ما بين إذا كان العقار غير محفظ أو محفظ، وما بين إذا تم تقييد التصرف على الرسم العقاري من عدمه.

[187] عبد الواحد التكاني: مرجع سابق، الصفحة 81.

فإذا كان الشيء الموهوب عقارا محفظا وترتب حق الغير على هذا العقار الموهوب، بعد الاتفاق على الاعتصار أو بعد صدور حكم يقضي به، وتم تقييد الاتفاق أو الحكم بالرسم العقاري فإن حق الغير في هذه الحالة لا يسري بالنسبة للواهب ويسترد الواهب العقار خاليا من كل حق للغير ويرجع الغير على الموهوب له بالتعويض طبقا للأحكام العامة.[188]

أما إذا كان حق الغير قد ترتب وتم تقييده، قبل الاتفاق بين الواهب والموهوب له على الاعتصار أو صدور حكم يقضي به، وقبل أن يتم تقييدهما بالرسم العقاري. ففي هذه الحالة فإن كان الغير حسن النية ولا يعلم بقيام عذر مقبول للاعتصار في الهبة فإن حقه يسري بالنسبة إلى الواهب. ولم يبقى لهذا الأخير إلا أن يسترد العقار الموهوب مثقلا بالحق العيني المترتب للغير. ولا يرجع بتعويض عن هذا الحق على الموهوب له.[189]

أما إذ اكان الغير سيء النية، أي أنه يعلم وقت كسبه للحق قيام عذر مقبول للاعتصار في الهبة فإن حقه هنا لا يسري بالنسبة للواهب. وبالتالي يسترد الواهب العقار خاليا من حقوق الغير على أن هذا الأخير يبقى من حقه الرجوع على الموهوب له طبقا لقواعد العامة.[190]

ويطبق نفس الحكم بالنسبة للعقار غير المحفظ، إذ العبرة بتاريخ نشوء حق الغير على الملك الموهوب. ذلك أن نشوء الحق قبل حصول التراضي على الاعتصار أو قبل تاريخ الحكم النهائي في الدعوى يعتد به في مواجهة الواهب[191]. أما لو نشأ حق الغير بعد ذلك فلا أهمية لذلك في مواجهة

---

[188]- عبد الرزاق احمد السنهوري، ج 5 م س ص 212-213.

[189]- صدر في هذا الصدد قرار عن المجلس الأعلى ورد فيه: "إلا أن المحكمة مصدرة القرار المضمون فيه... في حين أن عقد الشراء المسجل في الرسم العقاري المذكور أسس على هذه الصدقة وأن ابطالها والتشطيب عليها من الرسم العقاري له تأثير على شرائه ولا ينبغي أن يضر بالطاعن وأن تسجيل شرائه يكسبه حق الملكية بصفة نهائية ولا يتأثر بنزاع من خلقى عنه الحق مادام أنه أجنبي عنه ومسجل بالرسم العقاري بحسن نية ولم يكتف أنه مثقل بأي تقييد احتياطي أو تحمل عقاري قبل الشراء لفائدة المتعرض صفها ومن معها وكان ينبغي ترتيب اثار هذا التسجيل على قضية الحال..."

قرار عدد 308 بتاريخ 2009/06/17 ملف شرعي عدد 2006/1/2/432.

[190]- عبد الواحد التكاني م س ص 85.

[191]-حسن منصف م س ص 339.

الواهب سواء أكان الغير حسن أو سيء النية ولا يبقى من حق هذا الأخير سوى الرجوع على الموهوب له لمطالبته بالتعويض

خاتمة

خلاصة القول إن تنظيم المشرع لعقود التبرعات بصفة عامة، وعقدي الهبة الصدقة على الخصوص يعد خطوة محمودة، وقفزة نوعية تسجل في حسنات التشريع الرامية إلى إصلاح الترسانة القانونية، وتوحيد الأحكام والحد من التضاربات الفقهية والاجتهادات القضائية، وإيجاد أرضية قانونية مؤطرة لكل تعامل كان خارج الإصلاح القانوني، حتى يكون له تنظيم يحكمه، وقواعد وبنود يرجع إليها كلما دعت الضرورة لذلك.

فعقود التبرعات التي من ضمنها عقدي الهبة الصدقة، تنطوي على خطورة قد تلحق مال الإنسان، نتيجة أي فهم خاطئ للأحكام الفقهية التي يصعب على بعض الأفراد فهمها واستيعاب مضامينها. وهكذا كان لا بد من إيجاد تنظيم واضح وسهل يسري على الكافة ويصون الحقوق من الضياع والتلاعب، وفي نفس الوقت يواكب التطورات الاقتصادية والاجتماعية وإرساء ما يسمى بقواعد العدالة والإنصاف، ونشر الطمأنينة والسكنية داخل المجتمع باعتبارها من الأهداف التي يسعى القانون بصفة عامة إلى تحقيقها.

وهكذا جاءت مدونة الحقوق العينية بنصوص تنظم عقدي الهبة الصدقة فأصابت في بعض النصوص، ولا يقال أخطأت في بعضها، وإنما أغفلت بعض الجوانب حينما نظمت نصوص عقود التبرع المتعلقة بالهبة والصدقة، فجعلت هذه الأخيرة مرتبطة في التنظيم بما جاءت به بخصوص أحكام الهبة إلا ما تعلق بالاعتصار.

بالإضافة إلى ما قيل فإن مدونة الحقوق العينية قد جاءت بحل لمعضلة الحوز التي تضاربت الآراء الفقهية والاجتهادات القضائية حوله، والذي كان العمل القضائي بخصوصه غير مستقر، وغير قادر على إبداء موقف موحد حول إمكانية تطبيق الحوز المادي دون غيره وفق ما تنص عليه

أحكام الفقه الإسلامي، أو الاكتفاء بتقييد العقد فأقرت بنص صريح يتضمن حل إشكالية الحوز الذي اخذ من النزاعات المتعلقة بالتبرعات حظ الأسد، إذ لا تكاد تخلو أي قضية من قضايا التبرعات من إشكالية تتعلق بالحوز، فنجد أغلبية من يريد الطعن في صحة الهبة والصدقة، يستند على عدم وجود شرط الحوز.

وما إشكالية الحوز إلا نتاج ازدواجية الأحكام المنظمة للتبرعات خاصة تلك الواردة على العقارات المحفظة، حيث تعتبر العامل الأساسي وراء انقسام الفقه والقضاء حول إشكالية التنازع بين شرط الحوز وآلية القيد في السجل العقاري. فاختلاف مشارب ومدارك وقدرة الفقهاء والقضاة في التعامل مع النصوص الفقهية هو الذي أدى إلى التضارب في الآراء حول هذه النقطة الفقهية والقانونية.

ولعل ما أقرته مدونة الحقوق العينية فيه الحل الكافي، إذا ما تم تطبيقها وفق الظروف التي تعتري انعقاد عقدي الهبة والصدقة بصفة خاصة وعقود التبرعات بصفة عامة، ومن شأنه الحد إلى أبعد الحدود من تلك الانقسامات التي وقع فيها الفقه والقضاء حول مسالة الحوز كشرط من شروط التبرعات. وإذا كان ذلك سيفتح المجال لإبداء آراء لن تخلو من الانتقاد المبني على أساس خروج المشرع عن إطار ما جاء به الفقه الإسلامي من أحكام، فإنه مع ذلك يشكل حلا تتوحد عليه الاجتهادات القضائية لا محالة.

كما أن من مظاهر القوة التي أتى بها المشرع لتجاوز الخطورة التي تطرحها عقود الهبة والصدقة لكونها من العقود التي تتم بدون عوض، تتمثل في إقراره الرسمية فيها تحت طائلة البطلان دون إعطاء مكنة الخيار المسموح به ضمن المادة الرابعة من مدونة الحقوق العينية، والتقييد في الرسم العقاري الذي أصبح يغني عن الحيازة الفعلية.

كما حاولت المدونة تنظيم أحكام الاعتصار في الهبة الذي يختزن عدد من الإشكالات القانونية المرتبطة بموانع الاعتصار، وكذا الأشخاص المخول لهم حق الاعتصار وحقوق والتزامات كل من الواهب والموهوب له.

وقد ارتأينا بعد دراسة جوانب العرض ان نضع بعض المقترحات التي استخلصناها من تنظيم المشرع لعقدي الهبة والصدقة وهي كالتالي:

-تنظيم أحكام عقود التبرع في مدونة خاصة لتسهيل مأمورية القضاة والمتقاضين وذلك في سبيل تحقيق الأمن القانوني.

-نص المشرع على أن الحوز القانوني يغني عن الحوز الفعلي فيما يخص التبرعات ولم يراعي مسالة تحقق المانع وهو بذلك يخالف القواعد والأحكام المعمول بها على مستوى الفقه الإسلامي.

-كما يلزم تعديل المادة 274 وجعل الحوز المادي في التبرعات لا غنى عنه خصوصا في العقار المحفظ.

-يجب التنصيص من لدن المشرع على ان رابطة الزوجية هي مانع من موانع الاعتصار في الهبة سواء اثناء سريانها أو حتى بعد انحلالها. لأن الله تعالى يأمر الزوجين المطلقين أن لا ينسيا الفضل بينهما اذ يقول سبحانه وتعالى مخاطبا المطلقين:﴿ ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير﴾.[192]

[192]- سورة البقرة الآية 237.

لائحة المراجع:

الكتب:

- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثالث الطبعة الأولى 1416-1992 دار احياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان.
- أبي عبد الله محمد الانصاري المشهور بالرصاع التونسي "شرح حدود بن عرفة "طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالمغرب سنة 1992.
- الرازي، لوامع البيانات شرح أسماء الله تعالى و الصفات . راجعه و قدم له و علق عليه طه عبد الرؤوف سعد . دار الكتاب العربي ، بيروت ، الطبعة الأولى، 1984.
- المدونة الكبرى لأمام دار الهجرة مالك بن أنس، برواية سحنون عن عبد الرحمان بن القاسم 191 هـ ج 9.
- الخرشي شرح مختصر خليل، الجزء السابع دون ذكر الطبعة و السنة.
- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء 8 الطبعة الأولى 1416-1992 دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان.
- جمال الدين محمد بن كرم ابن منظور، لسان العرب، الجزء 2 الطبعة الأولى 1416-1992 دار إحياء التراث العربي مؤسسة التاريخ العربي بيروت لبنان.
- ابن معجوز الحقوق العينية في الفقه الاسلامي و التقنين المغربي ، طبعة 2008، دون ذكر المطبعة.
- محمد عليش ، شرح منح الجليل على مختصر خليل، غياب باقي البيانات.
- عقود التبرع في الفقه المالكي، عبد الكريم شهبون، الطبعة الأولى 1992، دون ذكر المطبعة.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس العقود التي تقع على الملكية، مجلد 2 الهبة و الشركة، دار إحياء الثراث العربي ، بيروت لبنان، دون ذكر الطبعة و السنة.
- مامون الكزبري ، نظرية الإلتزام في ضوء قانون الالتزامات و العقود المغربي الجزء الأول ص158 دون ذكر باقي البيانات.
- عمر الأبيض، حوز الهبة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، مطبعة الأمنية الرباط، طبعة 2016.
- عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد، الطبعة الثالثة، مطبعة الأمنية الرباط، 2013.
- ابراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه و القانون و القضاء الطبعة الثانية 2018، دار السلام الرباط .
- احمد ابن رشد القرطبي،بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر للطباعة و النشر و التوزيع الجزء الثاني دون ذكر الطبعة.
- المختار بن أحمد العطار، النظرية العامة للالتزامات على ضوء القانون المغربي، الطبعة الأولى2011، مطبعة النجاح الدار البيضاء.
- محمد محبوبي أساسيات في الحقوق العينية العقارية وفق القانون رقم 39.08 دار أبي رقراق للطباعة و النشر، سلا الطبعة الأولى.
- احمد بن محمد بن أحمد الدردير الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك وبهامشه حاشية أحمد بن محمد الصاوي المالكي الجزء الرابع دار المعارف.
- عبد الرحمان الجزيري: "الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 2003.

- الهادي الدرقاش، فقه الرسالة مثن ونظما وتعليقا بمحكمة الفقه المالكي بالقيروان الطبعة الأولى 1989 دار تنبيه بيروت.
- عبد الكريم شهبون، الشافي في شرح مدونة الحقوق العينية الجديدة وفقا للقانون 39.08 مرجع طبعة 2017 دار المعارف الجديدة، ص494.
- منصوري نورة، هبة العقار في التشريع، مطبعة دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة غير مذكورة.
- جمال الدين طه العاقل، عقد الهبة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الهدى للطباعة، 1978.
- حليمة بن محجوب بن حفو، نظرية الاستحقاق، دراسة مقارنة، ط 1، دجنبر 2010، مطبعة الامنية، الرباط.
- نورة غزلان الشنيوي، المختصر في العقود المسماة، جزء 1، طبعة1، 2008، مطبعة عالم المستقبل.
- مختار الصحاح و المصباح المنير مادة وصى، و الوصية و أحكامها للدكتور محمود علي أحمد إبراهيم، دون ذكر المطبعة و الطبعة و السنة.
- محمد خيري ، العقار و قضايا التحفيظ العقاري في التشريع المغربي، مطبعة المعارف الجديدة الرباط طبعة 2014.
- استاذتنا حليمة بن حفو "القانون العقاري المغربي وفق اخر المستجدات دراسة نظرية تطبيقية معززة باجتهادات قضائية "دار السلام للنشر، المطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 2018
- حاشية الدسوقي،422/3 دون ذكر المطبعة و الطبعة و السنة.
- محمد التاويل ، الوصايا و التنزيل في الفقه الإسلامي، طبعة الأولى 2004، دون ذكر المطبعة.

- محي الدين إسماعيل علم الدين، العقود المسماة، مطبعة الساحل، الرباط،، مطبعة مكتبة الطالب، دون ذكر الطبعة و السنة.
- وهبة الزحيلي الفقه الإسلامي وادلته دارالفكر بيروت الجزء الخامس الطبعة الرابعة.

الرسائل:

- عادل حاميدي، التصرفات الواردة على العقار غير المحفظ، بين الفقه الإسلامي و الفراغ القانوني، بحث لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة القرويين كلية الشريعة أكادير، السنة الجامعية 2002/2003.
- الحسن العصري، مدونة الحقوق العينية بعد سنتين من التطبيق رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون المدني، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية جامعة ابن زهر أكادير 2015/2014.
- عبد الواحد التكاني، "الاعتصار في الهبة من خلال مدونة الحقوق العينية المغربية"، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون العقود والعقار كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2012-2013.

المقالات و الندوات:

- أستاذتنا حليمة بنت المحجوب بن حفو الشكلية في الهبة على ضوء مدونة الحقوق العينية، مقال منشور في مجلة منشورات كلية العلوم القانونية و الإقتصادية و الإجتماعية ،جامعة القاضي عياض مراكش، القانون المغربي في مطلع القرن الحادي و العشرين عدد 45-2017.
- سعيد المعتصم، طبيعة الحوز في التبرعات فقها و قضاء و قانونا. مقال منشور بمجلة القبس المغربية العدد الثالث، يوليوز 2012.

- إبراهيم فكري، تمام بيع العقار و ما يترتب عليه من حقوق وأشياء في قانون الإلتزامات و العقود، و التوثيق العصري و التوثيق العدلي، منشور بتوثيق التصرفات العقارية، منشورات كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، مركز الدراسات القانونية المدنية و العقارية، مراكش الطبعة الثانية،2005
- حسن زرداني، قراءة في المادة 12 من قانون 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية، ندوة توثيق التصرفات العقارية، المطبعة و الوراقة الوطنية، مراكش.
- أستاذنا محمد العلمي، مداخلة بعنوان : توثيق المحامي للعقود الثابتة التاريخ، دراسة في ضوء مدونة الحقوق العينة، في الندوة التي نظمت بكلية العلوم القانونية والاقتصادية و الاجتماعية، جامعة ابن زهر أكادير تحت عنوان : التوثيق و تحديات العولمة، يوم السبت 17 نونبر 2018.(غير منشورة)
- سعاد المعروفي، الحماية القانونية للحق العيني العقاري على ضوء مدونة الحقوق العينية، منشورات المجلة المغربية للأنظمة القانونية والسياسية ، العدد الخاص رقم 5، دون ذكر السنة.
- عبد الصادق الوناس، الحوز في عقود التبرع ضوء مدونة الحقوق العينية مقال منشور بمجلة القانون المغربي العدد 25 نونبر 2014.
- عبد الرحمان حموش، "الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، مجلة الحقوق، سلسلة "الأنظمة والمنازعات العقارية" الإصدار السابع، فبراير 2013.

نه ا

الفهرس

مقدمة 2
الفصل الأول: ماهية عقد الهبة والصدقة 7
المبحث الأول: مفهوم عقد الهبة 8
المطلب الأول: تعريف عقد الهبة و خصائصه 8
الفقرة الأولى: تعريف عقد الهبة 9
الفقرة الثانية : خصائص عقد الهبة الواردة على الحقوق العينية العقارية 10
الفقرة الثالثة: تمييز عقد الهبة عن العقود التبرعية المشابهة 12
المطلب الثاني: تكوين عقد الهبة 15
الفقرة الأولى: ركنا الواهب و الموهوب له 15
المبحث الثاني:شرطا التوثيق والحوز في الهبة 24
المطلب الأول: توثيق الهبة 25
الفقرة الأولى: توثيق الهبة في ضوء مدونة الحقوق العينية 26
الفقرة الثانية: آثار توثيق عقد الهبة 29
المطلب الثاني: الحوز في الهبة 30
الفقرة الأولى: أحكام الحوز 31
الفقرة الثانية: الحوز على ضوء مدونة الحقوق العينية وظهير التحفيظ العقاري 33
الفصل الثاني: آثار عقد الهبة 37
المبحث الأول: التزامات طرفي عقد الهبة 38
المطلب الأول: التزامات الواهب في عقد الهبة 38
الفقرة الثانية: التزام الواهب بالضمان 42
المطلب الثاني: التزامات الموهوب له 45
الفقرة الأولى: الالتزام بأداء العوض أو المقابل 46

الفقرة الثانية: الالتزام بأداء نفقات الهبة..... 46
المبحث الثاني: أحكام الاعتصار في عقد الهبة..... 47
المطلب الأول: نطاق الاعتصار في الهبة وشروطه. 48
الفقرة الأولى: مفهوم الاعتصار في الهبة ونطاقه..... 48
الفقرة الثانية: شروط الاعتصار في الهبة 56
المطلب الثاني: موانع الاعتصار في عقد الهبة وآثاره 57
الفقرة الأولى: موانع الاعتصار في عقد الهبة 58
أولا: موانع اعتصار راجعة إلى أحد المتعاقدين 58
الفقرة الثانية: آثار الاعتصار في عقد الهبة 69
خاتمة 76
لائحة المراجع:..... 79
الفهرس 84