

# موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي

د / تشوار حميدو زكية

أستاذة محاضرة، كلية الحقوق

جامعة تلمسان

## ملخص المقال :

تعتبر الهبة من أبين أهم التصرفات التبرعية التي يقوم بها الإنسان خلال حياته لذلك، فكان لزاما بحث ما قد يثور من مشاكل تطبيقية ليس بسبب غموض النصوص القانونية المنظمة للهبة فحسب، بل كذلك الفراغ القانوني وقيام الشخص بتصرف فيه مساس بحق الورثة كالهبة في مرض الموت، أو الهبة المقررة من قبل الجد لأحفاده. لذلك اشترطت غالبية التشريعات، ومنها التشريعين الجزائري والتونسي، عدة شروط ينبغي توافره في هذا التصرف القانونين بحيث قد مست كل من الواهب والموهوب له والأموال العقارية الموهوبة.

## Résumé de l'article:

La donation est considérée comme l'un des principaux actes de libéralités que la personne peut contracter durant son existence. D'où la nécessité de mettre en relief les différents problèmes qu'un tel acte peut pratiquement engendrer non seulement en raison de l'ambiguïté des textes juridiques régissant la donation, mais également du laconisme que cette matière a connu.

Pour cela. la plupart des législations, telles les législations algérienne et tunisienne exigent pour que la donation soit valable que certaines conditions soient remplies.

**Summary:**

Donation is considered as an act of freedom that a person can contract during his life. This subject give rise to many problems due to legal textís ambiguity regulating donation.

That why most legislations such as Algerian and Tunisian regulations have dictated some conditions in order to validate donations.

## موقف الاجتهاد من بعض أحكام الهبة الناقلة للملكية العقارية في القانونين الجزائري والتونسي

إذا كان التصرف القانوني يقصد به اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث آثار قانونية معينة، فإن هذا التصرف قد يتعلق به نقل الملكية العقارية. غير أن هذا التصرف يختلف باختلاف المركز القانوني للشخص وكذلك باختلاف نوعية الوسيلة الناقلة للملكية العقارية المتعلقة.

ولما كانت طريق نقل الملكية العقارية بالمعنى المتقدم لا ينحصر في نوع معين من الوسائل دون غيرها، بحيث فالتصرفات الناقلة للملكية العقارية منها ما تتم بمقابل كالبيع والمبادلة، ومنها ما تتم بدون مقابل، وهذه هي الحال في الهبة، فنكون هنا أمام نقيض البيع. وأهمية الفروقات تفرض تفريقاً دقيقاً. وقد جعلته أصالة حداثة النصوص الأسرية من حيث الترشيح بالزواج والتصرف في الأموال المشتركة بين الزوجين من المسائل الحادة التي ينبغي فيها البحث والتنقيب. ومن ثم، فكان لزاماً بحث ما قد يثور من مشاكل تطبيقية ليس بسبب غموض النصوص القانونية المعدلة لقانون الأسرة فحسب، بل كذلك الفراغ القانوني وقيام الشخص بتصرف ما فيه مساس بحق الورثة، كالهبة في مرض الموت، أو الهبة المقررة من قبل الجد لأحفاده من حيث الكشف على وجود نية تبرعية أو غيابها.

والواقع، أن حكم القانون البحث إنما يقضي بصحة التصرف الناقل للملكية العقارية، وكما يقضي في حالات أخرى ببطلانه أو عدم نفاذه. ولكن الواقع المتنوع قد يفرض نفسه

ويقدم من الفروض العملية ما قد يثر العديد من المشاكل ويلقي الكثير من الظلال على حكم القانون. لذلك استوجب علينا الأمر أن نسلط الضوء على الاجتهاد بشأن هذا التصرف الناقل للملكية العقارية، مع تبيان نقائصه وسوء فهمها لبعض النصوص القانونية، وفي ذلك معتمدين على الدراسة المقارنة بين التشريع الجزائري والتونسي وموقف الفقه الإسلامي منها.

## I - الشروط الواجب توافرها في طرفي عقد الهبة الناقل للملكية العقارية

قلنا أن الهبة هي بحسب تعريفها التقليدي عقد بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر عن كل أمواله أو عن بعضها بلا عوض. ومن هنا تجدر الملاحظة فورا إلى أن الهبة عقد لا يتم إلا بتطابق الإيجاب والقبول، مما يجعل الهبة، خلافا للوصية<sup>1</sup>، لا تنعقد بالإرادة المنفردة للواهب. ولذلك قد اشترط المشرعان الجزائري والتونسي في كل من الواهب والموهوب له عدة شروط. غير أن السؤال الذي ينبغي طرحه في هذا المقام يتجلى في معرفة عما إذا كانت القواعد العامة المقررة في نظرية العقد بشأن الإيجاب والقبول هي ذاتها في عقد الهبة ؟

### آ- الشروط الواجب توافرها في الواهب

تنص المادة 203 من قانون الأسرة على أنه "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل<sup>2</sup>، بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه". وهذا سليم طالما أن الأمر في الهبة يتعلق بالتصرفات الناقلة للملكية العقارية بدون عوض. وأما نظيره التونسي لم يأت بنص ممثل للمادة 203 سالف الذكر، مما يقتضي الأمر الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في المجلة. وبهذا اعتبر المشرع الجزائري، على منوال المشرع التونسي، أن الأهلية تكون ضرورية في مثل هذا التصرف، وأن مناط ثبوت هذه الأهلية، كما هو معلوم، العقل والتمييز، فالمجنون والمعتوه<sup>3</sup> والسفيه لا تثبت لواحد منهم هذه الأهلية، وهذا مستخلص من عبارة "سليم العقل"، وكذا الشأن بالنسبة للقاصر إذ أن المشرع قد اشترط في الواهب أن يكون راشداً.

ويدخل في كنف القاصر، بحسب المادة 43 المعدلة من القانون المدني، كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة<sup>4</sup>. ويتبين من هذا النص أن القانون المدني قد اعتبر السفيه قاصرا ومن ثم ناقص الأهلية. في حين أن المادة 85 من قانون الأسرة اعتبرته عديم الأهلية في حالة وجوده بهذه العاهة، وكامل الأهلية إذا صدر منه التصرف في الحالة المعاكسة، وهذا ما أكدته المادة 107 من ذات القانون. وعليه، أمام هذا التناقض في النصوص، متى يكون إذن السفيه بحاجة إلى الولي، أي متى يكون في حكم القاصر؟

ولكن قبل الإجابة على هذا التساؤل، ففي نفس النص يثار سؤال آخر حول مصطلح "ذا الغفلة"، حيث حدد المشرع مركزه القانوني في القانون المدني واعتبره ناقص الأهلية في حين أن قانون الأسرة لم يشير إليه لا في الأحكام العامة المقررة لمسألة الأهلية ولا في التصرفات الأخرى كالهبة والوصية والوقف، علما أن في الفقه الإسلامي<sup>5</sup> فالغفلة متصلا بالصغر<sup>6</sup>.

وأمام ذلك التعارض في النصوص التشريعية وهذا النقص، تنص المادة 79 المعدلة من القانون المدني على أنه "تسري على القصر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة". وهنا نتساءل عن مدى تطبيق النصوص الواردة في القانون المدني بشأن تحديد الأشخاص الذين يدخلون في كنف القاصر، هل معنى ذلك أن التعارض القائم بين قانون الأسرة والقانون المدني ينبغي أن يفسر بحكم هذه النصوص على أساس قاعدة الخاص يقيد العام، ومن ثم فالسفيه هو عديم الأهلية ولا ناقصها.

وبذلك يصبح هذا الحكم متعارضا مع الأحكام الفقهية الإسلامية من جانبين، من حيث أن الفقه الإسلامي منع السفيه من أن يهب ماله كالعقارات وحقوقه العينية العقارية ولو كان في طرق الخير كالتبرع للجمعيات الخيرية صيانة له وخشية على ماله من الضياع في إنفاقه بغير وجه صحيح<sup>7</sup>. ومن هنا يكون السفيه عارض من عوارض الأهلية في عقد الهبة الناقل للملكية العقارية، وفي هذا يكون السفيه في حكم القاصر. وهذا ما تبناه المشرع

التونسي في الفصل 166 من المجلة بقوله "لا يعتد بإقرار السفية في الأمور المالية"، وذا بعدما قرر في الفصل 165 من ذات المجلة أن "جميع التصرفات التي باشرها السفية قب الحكم صحيحة نافذة ولا رجوع فيها".

ومن زاوية أخرى، إذا كان الجنون يمنع صاحبه من التصرف على ما يقتضيه العقلا السليم<sup>8</sup>، والعتة يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير<sup>9</sup>، فإن مع ذلك فالسفه هو ضعف في العقل ولا اختلاله. ومن ثم لا يجوز التوحيد، كما ذهب إليه المشرك الأسري، بين الأحكام التي تخضع لها هذه الفئات من الأشخاص، فهذا التوحيد يعد فعلا سليما بين المجنون والمعتوه<sup>10</sup>، إذ أن كل عارض من هذين العارضين إلا وله تأثير على تصرفات الإنسان بنوعيتها القولية والفعلية فيعدمها حتى ولو كانت في صالحه وبعدها لا ينفع فيها إجازة الولي. فهما في حكم القاصر أي الصغير غير المميز.

إذن، الجنون، كالعته فهو من موجبات الولاية على النفس كما أنه من موجبات الولاية على المال، ولهذا فإن عمل الولي بالنسبة للمجنون أو المعتوه هو كعمله بالنسبة للصغير، إذ إن كلاهما واجه الحياة بدون سلاح من العقل الذي يدبر به الأمور، ويجعل صاحبه قادرا على الدفاع عن نفسه والمحافظة على ذاته<sup>11</sup>. وذلك بخلاف السفية الذي هو في حكم الصغير المميز.

وأما الشخص المأذون له بالزواج، رجلا كان أو امرأة، وفقا لما نصت عليه المادة 7 المعدلة من قانون الأسرة، لم يرشد بالزواج فيما عدا اكتسابه أهلية التقاضي<sup>12</sup> فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات<sup>13</sup>. ونستنتج من ذلك، فهذا الشخص، فيما عدا أهلية لتقاضي بشأن آثار الزواج، هو الآخر يدخل في حكم الصغير المميز كون أنه لم يبلغ بعد سن الرشد المحددة قانونا بـ 19 كاملة، إذ أن المشرع قد وحد بمقتضى الفقرة الأولى لمعدلة من المادة السابعة من قانون الأسرة بين سن الزواج وسن الرشد. ومن ثم، فليس ه الحق في أن يهب أمواله، عقارات كانت أو حقوق عينية عقارية ومهما كانت دوافعه.

هذا والجدير بالملاحظة هو أن القانون المدني لم يتعرض لنظام الترشيح<sup>14</sup>، غير أن انون الأسرة نص صراحة في المادة 84 منه على أنه "للقاضي أن يأذن لمن يبلغ سن

التمييز في التصرف جزئيا أو كليا في أمواله، بناء على طلب من له مصلحة... وبهذا النص يمكن أن يتم الترشيح ببلوغ الشخص الثالثة عشرة سنة من عمره.

ولكن، ما يعاتب على المشرع بوضعه لهذا النص هو أن عديم التمييز قد يصبح بين عشية وضحاها رشيدا، فيكون اليوم بحاجة إلى من يتولى أموره، ويستغنى عنه في الغد، خاصة وأن هذا النص، متمشيا مع القانون الفرنسي<sup>15</sup>، قد اعترف للمرشد بحق التصرف في كل أمواله، علما أن القانون المصري<sup>16</sup>، على منوال القانون السوري<sup>17</sup>، لا يعترف له إلا بحق القيام بأعمال الإدارة<sup>18</sup>. وهكذا، فالقاصر المرشد يصبح كامل الأهلية إذا ما أذن له القاضي بالتصرف في كامل أمواله، ومن ثم لا يكون خاضعا لولاية أبيه أو غيره من الأولياء<sup>19</sup>، ومن ثم تصح هبته ولو كانت متعلقة بعقار.

وهذا ما لا نجده أيضا عند المشرع التونسي، حيث بعدما نص في الفصل 156 من المجلة على سن التمييز وحدده بـ 13 سنة<sup>20</sup>، فأجاز للحاكم ترشيح الصغير ترشيحا مقيدا أو مطلقا في الفصل 158 من ذات المجلة، مع هذا الفارق مع القانون الجزائري أن نظيره التونسي قد نص صراحة، من جهة، في الفصل 159 من المجلة على أنه "لا يمكن ترشيح الصغير إذا لم يتم الخامسة عشرة"، ومن جهة أخرى، في الفصل 153 منها أن "زواج القاصر يرشده، إذا تجاوز السابعة عشرة من عمره، فيما يتعلق بحالته الشخصية ومعاملاته المدنية والتجارية". ومن ثم، ففي ظل القانون التونسي فالقاصر المرشد، كالزوج المرشد ترفع عنهما الولاية وتسلم لهما أموالهما ولهما أن يهبها ولو كانت أموالا عقارية.

ولذلك، ولمواجهات الحاجات العملية لبعض القاصرين يكفي منحهم الإذن لإدارة أموالهم في تجارة أو صناعة أو مهنة ولا التصرف في أموالهم كالبيع والهبة. ومعنى ذلك، فإنه ينبغي تعديل المادة 84 من قانون الأسرة والفصلين 153 و158 من المجلة، بحيث يصبح يؤذن للقاصر المميز بحق إدارة أمواله فقط إلا إذا بلغ السادسة عشرة من عمره في الجزائر والسابعة عشرة سنة في التشريع التونسي، فيكون الترشيح بين هاتين المدتين -

أي بين سن الرشد وسن الترشيد - أمرا معقولا ومنطقيا، فيصبح عندئذ المرشد قادرا على إدارة أمواله لمدة ثلاث سنوات<sup>21</sup>.

وإذا كانت هذه القواعد تنطبق برمتها على الذكر والأنثى، هل تسري أيضا بالنسبة للمرأة المتزوجة الراشدة؟ أم أن الزوجة الواهبة لأموالها العقارية تخضع لأحكام تختلف عن النصوص المقررة أعلاه؟

فمن زاوية الفقه الإسلامي، اختلفت الآراء في حرية الزوجة في التبرع بأموالها عقارات كانت أم حقوق عينية عقارية فذهبت معظمها إلى القول بها<sup>22</sup> مستنديين في ذلك بقوله تعالى "فإن أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم"<sup>23</sup>. وذهب آخرون إلى إنكارها واعتبار إذن الزوج لازما مهما كانت قيمة هذه الأموال فيما عدا ما كان تافها حقيقيا<sup>24</sup>. وذهب رأي ثالث إلى السماح للزوجة بالتبرع بأموالها في حدود الثلث وما زاد عنه يبقى متوقف على إذن زوجها أو إجازته<sup>25</sup>، مع هذا الفارق إذا كانت الهبة لهذا الأخير فهي صحيحة ولو بجميع عقاراتها<sup>26</sup>.

والراجع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، لأن حرية الزوجة في التعاقد والتصرف المالي فيما تملكه بمنزلة استقلالية ذمتها عن ذمة زوجها من حيث التصرف فيها وهي متحدة معها لثبوتها بحكم الشارع دون حاجة لإذن ما سواء كان من الزوج أم غيره. وهذا أوثق من حيث المبدأ الأساسي الذي ارتكزت عليه النصوص الشرعية في هذا المجال. إذ لا يعطي عقد القران في شريعتنا السمحاء أي حق للزوج في أن يتدخل في تصرفات زوجته المالية، لأن حق قوامته عليها حق شخصي لا مالي اللهم إلا إذا كانت تصرفاتها ماسة بالسلوك الخلقي<sup>27</sup>.

وهذا الاتجاه هو موقف المشرعين الجزائري والتونسي، لأن النصوص المقررة لأهلية الواهب بشأن الأموال التي يكتسبها جاءت عامة بدون تفرقة بين المرأة المتزوجة وغير المتزوجة وبين الرجل والمرأة. ولكن هذه الحرية في التصرفات المالية للزوجة تقف بالنسبة للأموال المشتركة بين الزوجين حسب النظام المالي المتفق عليه من قبلهما، ذلك ما سنتعرض له لاحقا عند الحديث عن العقارات والحقوق العينية العقارية، محل الهبة.



وقد مس تعديل القانون المدني المادة 80 منه التي تحدثت عن نقص أهلية ذي العاهتين، حيث إذا اجتمع في شخص عاهتي العمى والبكم، أو البكم والصم، أو الصم والعمى وتعدر عليه بسببهما التعبير عن إرادته، جاز للقاضي أن يعين له مساعدا قضائيا يعاونه في التصرفات الذي تقتضيها مصلحته وغالبا ما تكون هذه التصرفات مؤثرة على ذمته المالية. ولكن هل تدخل الهبة ضمن هذه التصرفات ؟

للإجابة على ذلك، نقول في بداية الأمر أن الهبة تدخل ضمن التصرفات الضارة ضررا محضا، غير أن مصلحة ذي العاهتين يمكن أن تتجلى في التبرع بأمواله وخاصة إذا أراد من ورائها القيام بأعمال خيرية تقتضيها المصلحة العامة كهبة عقار لبناء مدرسة أو مستشفى أو مصلحة خاصة كتخصيص عقار لإسكان أرملة مع أطفالها اليتامى، الخ. ومن ثم، فإنه لا يجوز لذي العاهتين أن يقوم بهذا التصرف المحدد قضائيا دون مساعدة مساعده وإلا كان تصرفه قابلا للإبطال لصالحه، وكما لا يمكن لمساعده أن ينفرد بالقيام بهذا التصرف وحده.

هذا ويلاحظ من جهة أخرى أن الهبة لا تصح في مرض موت الواهب، والمقصود بهذا المرض هو المرض الذي يغلب الهلاك عادة منه ويتصل به الموت فعلا أو كما عرفته المحكمة العليا هو المرض الأخير الخطير الذي يجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه<sup>28</sup>. ولما كان هذا المرض من شأنه أن يؤدي إلى الموت فإن تصرفات المريض في أثناء مرضه لا تتعلق بها أحكام لا تتعلق بالتصرف من صحيح. ومال المريض تتعلق به حقوق الدائنين والورثة ومن أجل هذا سيكون لهذا التعلق أثره في تصرفاته<sup>29</sup>.

ولذلك، قرر المشرعان الجزائري<sup>30</sup> والتونسي<sup>31</sup> اعتبار الهبة في الأموال العقارية وغيرها في مرض الموت، والأمراض والحالات المخفية، وصية. وهذا جاء تأكيدا لما قرره واضعو القانون المدني في المادة 776 منه بقولها "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

وهكذا إذا وهب الشخص عقارا قيمته تفوق ثلث أمواله المتبقية بعد التجهيز والديون والوصية، للورثة الحق في إجازة التبرع أو إبطال ما يؤثر على حقهم وهو ما زاد عن الثلث إذا كانت الهبة لغير وارث<sup>32</sup>. أما إذا كانت لوارث ينبغي أن تشمل الإجازة كل العقار الموهوب. غير أنه إذا أجازها البعض من الورثة ورفضها البعض الآخر، فتنفذ في حصة من أجازوها بنسبة ما يخصهم شريطة أن يكون المجيزون من أهل التبرع وعالمين بما يجيزونه<sup>33</sup>.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 05 ماي 1985 بقولها أنه ~ من المقرر فقها واجتهادا أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، وإن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية. ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق<sup>34</sup>.

وكما أن العقد التوثيقي لا يمكن أن يكون حاجزا أمام حق الورثة في إجازة أو إبطال هبة مورثهم عقاراته أو حقوقه العينية العقارية في مرض موته. وأن القضاء الجزائري قد أقر ذلك في قرار للمحكمة العليا، حيث قضت بموجبه ~ ولما كان ثابتا؟ في قضية الحال؟ أن الواهب كان في مرض الموت بشهادة الموثق والشهود والشهادات الطبية.

فإن قضاة الموضوع بقضائهم دعوى الطاعن على أساس أن العقد التوثيقي لا يمكن إبطاله إلا في حالة الطعن بالتزوير مع أن الدعوى كانت ضد التصرف الذي أقامه الواهب وليس ضد شكلية العقد رغم ثبوت أن الهبة موضوع النزاع كانت في مرض الموت فإنهم بقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون<sup>35</sup>.

ولهذا إذا تجاوزت الهبة في هذه القضية ثلث ما يتركه المتوفى بعد سداد الديون كان نفاذ الزائد على الثلث موقوفا على إجازته من الورثة فإن رفضه بعد الموت بطل ويصير إليهم إذ سيعود إلى تركة الميت.

ب - الشروط الواجب توافرها في الموهوب له

أنه من اللازم في عقد الهبة المكسب للملكية العقارية اتصال إرادتي التعاقدين وتوافقهما، ومن ثم، أن القبول هو الشرط الثاني للرضى، فبارتباطه مع الإيجاب يحصل

التعاقد ويتم العقد، ولكن بشروط ينبغي استيفاؤها. وهذا المعنى قد أشارت إليه المادة 206 من قانون الأسرة بقولها "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول،..."، ويستخلص نفس المعنى من الفصل 200 من المجلة الذي كيف الهبة على أساس أنها عقد لا إرادة منفردة. وهكذا جاءت النصوص صريحة من حيث أنه لا بد من قبول الموهوب له للهبة حتى تتم. والسرفي ذلك هو أن يقر هذا الأخير الهبة حتى لا يملك حقا دون رضاه<sup>36</sup>، ذلك ما يشترط وجوده للإدلاء بقبوله للهبة.

لكن هل أن وجود الموهوب له يشترط فيه أن يكون موجود حقيقة؟ أم أنه ينصرف حتى إلى الشخص الموجود حكما؟ والواقع أن مثل هذا السؤال يفاجئ لأول وهلة، لأن من يهب عقاره أو حق من حقوقه العينية العقارية لا ينتقل للموهوب له إلا بالحياسة، وهذا ما لم نجده في الشخص الموجود حكما.

لذلك ظهرت مذاهب فقهية مختلفة في هذا الصدد، لن ندخل في تفاصيل دراستها بل سنكتفي بتلخيصها. فيرى أصحاب الرأي الأول أنه "لا يكفي أن يكون الموهوب له موجودا حكما كالجنين في بطن أمه، فالهبة للحمل المستكن باطلة، لأن الهبة إيجاب وقبول، والجنين لا يقدر على القبول، وليس له ولي يقبل عنه"<sup>37</sup>. في حين ذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى الاعتراف بالهبة للجنين ويوقف المال الموهوب له، فإن مات بعد ولادته حيا كان الموهوب لورثته، وإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب<sup>38</sup>.

وأن وجود الموهوب له وقت الهبة في القانون الجزائري ومثله في القانون التونسي مهما توسعنا في تحديد معناه، فإنه لا يشمل إلا الشخص الموجود حقيقة فحسب، بل كذلك الشخص الموجود حكما. فقد جاء في المادة 209 من قانون الأسرة أنه "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا". ولكن، تجدر الملاحظة فورا إلى أن تعريب كلمة "39" *et viable* Vivant بكلمة "حيا" ليس صحيحا لأن حياة الشخص يعني بها ولد حيا، إذ أن أهلية الموهوب له ليست شديدة لدرجة أن يكون قابلا للحياة لا يمكن تقريرها بهذه الكيفية. ويقتضي بالتالي فرنسة كلمة "حيا" بكلمة Vivant.

غير أن المجلة التونسية لم تشر إلى هذه الحالة، علما أن القضاء التونسي قد قضى صراحة بأنه للمحكمة حق الاجتهاد في تطبيق أحد المذهبين المالكي أو الحنفي في المواضيع التي ترجع لتطبيق الفقه الإسلامي<sup>40</sup>. وبناء على ذلك يمكن القول في التشريع التونسي بما ذهب إليه المذهب المالكي في جواز الهبة للجنين شريطة أن يولد حيا، إذ أن أغلبية الأحكام المقررة للهبة قد استنبطتها المجلة من الفقه المالكي.

وإذا كان الموهوب له سفيها، أو صيبيا مميزا أو ذا غفلة، فإن قبوله للهبة جائز باعتبارها من العقود النافعة نفعاً محضاً لا ضرر فيها. وهذا ما أكدته المادة 83 من قانون الأسرة. وقد عبر المشرع التونسي صراحة على صحة هذا التصرف، حيث جاء في المادة 9 من مجلة الالتزامات والعقود على أنه "لمن ليس له أهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز ثلاث عشر عاما القدرة على تحسين حالهما ولا بشمارة الأب أو الولي، وذلك بقبول هبة.. بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك". هذا ما أكدته الفصل 156 من مجلة الأحوال الشخصية. غير أن الهبة إذا كانت معلقة على شرط، فيمكن أن يؤدي ذلك إلى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، إذا عقدها الصبي المميز فتبقى متوقفة على إجازة الولي.

## II - العقار الموهوب أو الحقوق العينية العقارية الموهوبة

العقار الموهوب هو ما تتمتع عليه الهبة من الواهب إلى الموهوب له، وأن ملكية ذلك العقار لا تصبح صحيحة إلا باستيفاء الهبة عدة شروط. وفي بداية الأمر نقول أن الهبة لا تجوز في غير المملوك للواهب، ومع العلم فالمشرع الجزائري لم ينص على ذلك صراحة في قانون الأسرة، ولكن بالرغم من هذا الفراغ القانوني إلا أن هذا المنع يمكن أن يستخلص من المادة 205 من هذا القانون، وذلك بقولها "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا،...، ومن ثم، فإن هذا النص قد اشترط بأن يكون الواهب ملكا لما يهب من ممتلكاته العقارية؛ أما ممتلكات الغير، وبمفهوم المخالفة، لا يجوز أن تكون محلا للهبة، فلا يسوغ له أن يهبها.

غير أنه حتى ولو اعتبرنا أن الفراغ الوارد في قانون الأسرة يمكن سدده بمقتضى المادة 222 من ذات القانون بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإنه مع ذلك يرى المذهب المالكي أنه لا تصح هبة ملك الغير بدون إذنه، فإذا وهب شخص ملك غيره لم تنعقد الهبة، بخلاف ما إذا باع ملك غيره فإنه يقع صحيحا موقوفا على إجازة المالك<sup>41</sup>. ويرى الحنفية بأنه لا تجوز هبة ملك الغير<sup>42</sup>. وهكذا يبقى واضحا أنه رغم سكوت المشرع الجزائري عن هذه المسألة، إلا أن المحكمة فهي مجبرة بإخضاع حكمها للنصوص الشرعية. ومن ثم ينبغي الحكم ببطلان هذا التصرف لأن من لا يملك الشيء لا يملك التصرف فيه ما لم يكن موكلا من المالك، والواهب في ممتلكات الغير فيكون تصرفه مردودا، فإذا أجاز المالك الأصلي نكون بصدد عقد جديد<sup>43</sup>.

ولكن إذا كان هذا هو الذي اتجهت إليه الآراء الفقهية بشأن هبة ملك الغير، إلا أننا نتساءل الآن: هل يجوز لأحد الزوجين أن يهب للغير الممتلكات المشتركة بينهما؟ والحاصل من هذا التساؤل بوجه عام أن الفقرة الثانية من المادة 37 المعدلة من قانون الأسرة قد نصت صراحة على ما يلي ~ غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، حول الأموال المشتركة بينهما، التي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النسب التي تؤول إلى كل واحد منهما. ويتضح من هذا النص أن المشرع الجزائري قد اعترف بالنظام المالي المشترك بين الزوجين، وهو نظام جديد لم يسبق له التنصيص عليه، وإنما استدرك محاسنه نتيجة لكثرة القضايا التي طرحت على القضاء وما أثرته من مشاكل أسرية، بل من إجحاف حقوق أحد الزوجين تجاه الآخر، غالبا ما كانت الزوجة العاملة هي الضحية باشتراكها مع زوجها في شراء عقار ولكن دون امتلاكها لسند ما.

وقد أوضح هذا النص أن هذه الأموال، عقارية كانت أم غيرها هي تلك الأموال المكتسبة أثناء الحياة الزوجية ولا قبلها عملا بمبدأ استقلالية ذمتها المالية. وهذا سليم طالما أن لا اثر في الأصل للاتفاق بين الزوجين على ذلك المبدأ.

وأن ما يلاحظ في هذا التعديل هو أن جزء من الممتلكات العائلية يمكن أن تصبح أموال مشتركة بين الزوجين إذا انصب اتفاقهما على ذلك ولكن مع تحديد نسب كل واحد منهما، وهذا ما يعبر عنه بالنظام المالي المشترك بين الزوجين.

وكما أن المشرع التونسي بعدما نص في الفصل 24 من المجلة بأنه لا ولاية للزوج على أموال زوجته الخاصة بها، جاء بالقانون 98-91 المؤرخ في 09 نوفمبر 1998 المتعلق بنظام الاشتراك في الأملاك بين الزوجين، حيث عرف الفصل الأول منه هذا النظام بأنه "... نظام اختياري يجوز للزوجين اختياره عند إبرام عقد الزواج أو بتاريخ لاحق، وهو يهدف إلى جعل عقار أو جملة من العقارات ملكا مشتركا بين الزوجين متى كانت من متعلقات العائلة".

ومن باب المقارنة، يختلف هنا القانون التونسي عن نظيره الجزائري في أنه يعترف صراحة بالاشتراك بين الزوجين في العقارات دون سواها<sup>43</sup>. غير أن مشرعنا لم يحدد حدوده، بحيث قد سمح صراحة للزوجين أن يتفقا على الاشتراك في الأموال، عقارات كانت أم غيرها. ويظهر لنا أن هناك كذلك نوع من التحديد في القانون التونسي بحيث قد اشترط على أن هذه العقارات لا تكون ملكا مشتركا بين الزوجين إلا إذا كانت من متعلقات العائلة، أي العقارات المرتبطة بالأسرة كالسكن العائلي. وهو ما أكدته الفصل 10 من ذات القانون بقوله "... بشرط أن تكون (العقارات) مخصصة لاستعمال العائلة أو لمصلحتها، سواء كان الاستعمال مستمرا أو موسميا أو عرضيا".

ويترتب عن اختيار هذا النظام حقوق وواجبات تحقق استقرار الأسرة في مقر سكنها وصيانة مكاسبها من عقارات معدة للسكنى أو الاستعمال العائلي وفي حسن إدارة الأملاك المشتركة والتصرف فيها وذلك بربط جميع القرارات المتعلقة بها بموافقة الزوجين معا.

وأما عن هبة هذه الأموال المشتركة بين الزوجين، لم يبين المشرع الجزائري حكمها في قانون الأسرة، وذلك على خلاف المشرع التونسي الذي نص على أنه "ولا يصح التبرع بالمشترك أو بشيء منه إلا برضا كلا الزوجين"<sup>44</sup>، بل والأكثر من ذلك في حالة ما إذا

تصرف أحد الزوجين في الأملاك المشتركة... فإنه يجوز تطبيقا للفصل 20 من هذا القانون للزوج الآخر أن يطلب من المحكمة الحكم بإنهاء حالة الاشتراك. وفي هذا السياق ينص الفصل 17 منه على أنه لا يجوز التفويت في المشترك ولا إنشاء الحقوق العينية عليه... إلا برضا الزوجين معا.

وأما في الجزائر، فينبغي أن نرجع في هذه المسألة إلى القواعد العامة التي جاء بها القانون المدني بشأن الملكية المشاعة، حيث نصت المادة 714 منه على أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها...<sup>46</sup>. ومن ثم، تسري على هبة جزء شائع في ملكية عقارية معينة، كهبة ربع العقار في الشيوع. فيجوز للمالك في الشيوع أن يتصرف في ماله الشائع بالهبة. ولكن، كان على المشرع الجزائري أن يحدد في هذا المقام حدود المشرع التونسي ولا يسمح بهبة العقار خاصة المخصص للسكن العائلي إلا برضا الزوجين، وأي تصرف خلافا لذلك يقع باطلا.

و كما يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون الموهوب مالا متقوما شرعا، غير أن هذا الشرط لا يمكن تطبيقه في الجزائر لأن المادة 205 من قانون الأسرة سمحت للواهب أن يهب كل ممتلكاتها حتى ولو لم تكن متقومة شرعا، علما أن المتاجرة من حيث البيع والشراء لم يمنعها المشرع الجزائري.

وإذا أجاز جانب من الفقه أن يبيع شخص من آخر منزلا لم يبدأ بناءه على أن تنتقل ملكية المنزل إلى المشتري عند تمام البناء، فإنه مع ذلك لا تجوز هبة المال المستقبل. وأن المال المستقبل هو المال غير الموجود وقت الهبة ومن ثم لا تصح هبة منزل لم يتم بناؤه. كذلك هبة التركة المستقبلية لا تجوز. وهبة المال المستقبل باطلة بطلانا مطلقا لا تلحقها الإجازة ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان.

وما ينبغي الإشارة إليه هو أن المشرع قد نص صراحة، على منوال الرأي الراجح فقهان في المادة 206 من قانون الأسرة على أن الهبة تتم بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، وهذا ما يعني به صراحة أن الهبة يشترط فيها الرسمية بشأن الأموال العقارية، وإلا كانت باطلة.

الهوامش :

1 - انظر، المادتان 184 و 191 من قانون الأسرة الجزائري والفصل 171 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

2- Il en est de même en droit français. car l'article 901 du code civil dispose clairement que «Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être saint d'esprit». Et, l'insanité d'esprit visée par cette article comprend toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence du disposant aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement déréglée. Cass. Civ. 4/02/1941. D.A. 1941. p. 113.

3- انظر، الفصيلين 153 و 163 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

4- ومن الناحية الشرعية، لقد أجاز الفقه الإسلامي الحجر على الشيخ الكبير الذي ينكر عقله، ومعنى ذلك إذا كبر الشخص واختل عقله حجر عليه بمنزلة المجنون لأنه يعجز بذلك عن التصرف في ماله على وجه المصلحة وحفظه، فأشبهه السفية والصبي. انظر، ابن قدامة، المغني، ج. 4، ط. 2، مطبعة المنار، مصر، ص. 525-526؛ الخطاب، مواهب الجليل شرح سيدي خليل، مطبعة السعادة، 1327 هـ-1329، ج. 5، ص. 74. 5 انظر، الشيخ محمد الخضري، أصول الفقه، الكتبة التجارية الكبرى، ط. 5، ص. 28 وما بعدها؛ صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، مكتبة الكشاف ومطبعتها، بيروت، 1948، ص. 124.

6- بحيث قد ألحق الفقه الإسلامي بالسفه الغفلة، وهي عدم الاهتمام إلى التصرفات الرابحة بسبب البساطة والبلاهة. وفيها إضاعة المال أيضا. انظر، صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص. 124

7- لغة، السفية هو الجاهل والأحمق، وأما شرعا، هو من كان عاداته التبذير والإسراف في النفقة، وأن يتصرف تصرفا لا لغرض، أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا... انظر، الزيلعي، تبيان الحقائق شرح كنز الدقائق، مطبعة بولاق، 1315-1313 هـ، ج. 5، ص. 192. وقد نصت المادة 946 من مجلة الأحكام العدلية على أن السفية هو الذي يصرف ماله في غير موضعه، ويبذر في مصارفه، ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف. والذين لا يزالون يغفلون في أخذهم وعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بحسب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضا من السفهاء. ومن ثم، يعتبر سفيةا المبذر والمسرف والمغفل

8- انظر، د/ عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، ط. 5، مؤسسة الرسالة، ص. 317.

9- انظر، د/ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص. 318.

10- فالمعتوه يشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعض الآخر كلام المجانين، وكذا سائر أموره، لكنه لا يضرب ولا يشتم كالمجنون.

11- انظر، البهوتي، شرح منتهى الإرادات، ط. القاهرة، ج. 2، ص. 292.

12-



13- انظر، الفقرة الثانية من المادة 7 المعدلة من قانون الأسرة.

14- ومع العلم فإن الفقرة الثانية من المادة 38 المعدلة من القانون المدني قد أشارت إلى هذا النظام بشأن موطن القاصر المرشد بقولها "غير أنه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبره القانون أهلا لمباشرتها".

15- En effet, l'article 481 du code civil français dispose expressément que «le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile».

16- استنادا للمادة 112 من القانون المدني أن الصبي يمر بمرحلة تدريبية عند بلوغه الثامنة عشرة حتى بلوغه الواحد والعشرين (سن الرشد، المادة 44 من القانون المصري)، وهو يتمتع في هذه الحالة بأهلية الإدارة فقط دون التصرف، علما أن القانون المدني المصري قد حدد في المادة 45 سن التمييز ببلوغ الصبي سبع سنوات، ويكون بذلك قد ساير الفقه الإسلامي. راجع في ذلك، د/ الشحات إبراهيم محمد منصور، حقوق الطفل وآثارها بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص. 83-84؛ د/ نبيلة إسماعيل رسلان، حقوق الطفل في القانون المصري، دار أبو المجد للطباعة بالهرم، القاهرة، 1996، ص. 128 وما بعدها.

17- تنص المادة 164 فقرة ثانية من قانون الأحوال الشخصية على أنه "للقاضي أن يأذن له بعد بلوغه الخامسة عشرة وسماع أقوال الوصي بتسليم جانب من هذه الأموال لإدارتها"، وكما تنص المادة 165 من ذات القانون على أن "للقاصر المأذون مباشرة أعمال الإدارة وما يتفرع عنها كبيع الحاصلات وشراء الأدوات"، والمادة 167 فقرة ثانية تنص "على المأذون له بالإدارة أن يقدم للقاضي حسابا سنويا".

18- وذلك تماشيا مع أحكام الفقه الإسلامي الذي أجاز للقائم على مال الصبي كالولي أن يأذنه ببعض التصرفات، وذلك قبيل بلوغه ورشده، بغية تعويده على التصرفات، وامتحان رشده في ذلك، استعدادا لإطلاق يده في ماله والاعتراف له بكمال الأهلية عقيب بلوغه. انظر، أحمد الحجى الكردي، الأحوال الشخصية، الأهلية، والنيابة الشرعية، والوصية والوقف والتركات، منشورات جامعة دمشق، 2001/2000، ص. 47.

19- En ce sens, l'article 482 du code civil français proclame que «Le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère».

20- وقد حدد الفصل 157 من المجلة التونسية للأحوال الشخصية سن الرشد بـ 20 سنة كاملة.

21- Dans ce sens, l'article 901 du code civil français proclame que «Le mineur, âgé de moins de seize ans ne pourra aucunement disposer, sauf ce qui est réglé au chapitre IX du présent titre».

22- انظر، بدران أبو العينين بدران، الموارث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985، ص. 228.

23 - سورة النساء، الآية 8.

24 - وهذا ما ذهب إليه الليث بن سعد. راجع في ذلك، بدران وأبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 228.

25 - انظر، محمد بلتاجي، مكانة المرأة في القرآن الكريم والسنة النبوية، دار السلام، القاهرة، 2005، ص. 91.

26 - وهذا رأي للإمام مالك، حيث قد جاء في الشرح الصغير للدردير بأنه يحجر على الزوجة الحرة الرشيدة لزوجها فقط ولو كان عبداً في التبرع الزائد على ثلث مالها، ... ومحل الحجر عليها في تبرعها بزائد الثلث إذا كان التبرع لغير زوجها، وأما له فلها أن تهب له جميع أموالها، وليس لأحد منعها من ذلك. وللزوج رد جميع ما تبرعت به إن تبرعت بزائد عن الثلث، لا إن تبرعت بالثلث فأقل. وإذا تبرعت بالثلث فليس لها تبرع بعده إلا أن يبعد الزمن بعد التبرع كنصف سنة فأكثر، فلها التبرع من الثلثين الباقيين فإن لم يبعد الزمن فله رد ما تبرعت به. انظر، أبي البركات أحمد بن محمد الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، وبهامشه حاشية الصاوي المالكي، دار المعارف، مصر، 1393-1392 هـ، ج. 3، ص. 402-403.

27 - انظر، محمد بلتاجي، المرجع السابق، ص. 89 وما بعدها.

28 - انظر، المجلس الأعلى (محكمة عليا حالياً)، غ.أ.ش.، 09/07/1984، المجلة القضائية، 1989، عدد 3، ص. 51.

29 - انظر، محمد عبد العاطي محمد علي، الأهلية وعوارضها، دراسة أصولية، مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، عدد 25، ص. 155.

30 - تنص المادة 204 من قانون الأسرة على أن الهبة في مرض الموت، والأمراض والحالات المخفية، تعتبر وصية.

31 - وكما ينص الفصل 206 من المجلة على أنه إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية.

32 - انظر، المادة 185 من قانون الأسرة؛ والفصل 187 من المجلة التونسية.

33 - انظر، المادة 189 من قانون الأسرة والفصل 179 من المجلة. وهذا ما أكدته محكمة استئناف بتونس ني قرارها الصادر في 31 جويلية 1967 بقولها لا وصية لو ارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي. انظر، محكمة استئناف تونس، 31/07/1967، عدد 59966، مجلة القضاء والتشريع، 1968، عدد 6، ص. 64.

34 - انظر، مجلس أعلى، غ.أ.ش.، 05/05/1986، ملف رقم 41111، غير منشور، مقتبس عن بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي وفقاً لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، 199، ص. 195-196؛ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 200.

- 35- انظر، محكمة عليا، غ.أ.ش.م.، 16/03/1999، ملف رقم 219901، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص. 287.
- 36- انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 5، العقود التي تقع على الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص. 28-29.
- 37- انظر، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 102؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 228.
- 38- هذا رأي المالكية، راجع في ذلك، عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 102؛ بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص. 230.
- 39- هذا التعبير قد استعمله المشرع الفرنسي، حيث نص في الفقرة الثالثة من المادة 906 من القانون المدني على ما يلي:
- «Néanmoins la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera néviable». Sur cette question, cons. Particulièrement, Salvage, Viabilité de l'enfant nouveau-né, RTDCiv. 1976, pp. 725 et s.» Mémeteau, Situation juridique de l'enfant conçu, RTDCiv. 1990, pp. 611 et s.
- 40- انظر، محكمة قفصة، 12/04/1961، حكم عدد 921، مجلة القضاء والتشريع، 1961، عدد 6، ص. 63.
- 41- انظر، عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، مكتبة الصفا، القاهرة، 2003، ص. 213.
- 42- عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص. 213.
- 43- وفي القانون المدني المصري هبة ملك الغير فهي كبيع ملك الغير، البطلان النسبي لمصلحة الموهوب له وعدم التنفيذ في حق المالك الأصلي. المواد 491 و 466 و 467 من القانون المدني.
- 44- إذ حتى ولو سمح الفصل الثاني من قانون 98-91 المؤرخ في 9 نوفمبر 1998 للزوجين أن يتفق على توسيع نطاق الاشتراك، غير أن الفصل 10 في فقرته الخامسة نص على أنه "... يمكنهما الاتفاق على جعل الاشتراك شاملا لجميع عقاراتهما، بما فيها تلك المكتسبة ملكيتها قبل الزواج وتلك المتأتية ملكيتها من هبة أو إرث أو وصية".
- 45- انظر، الفصل 17 فقرة 6 من قانون 98-91، سالف الذكر.
- 46- أن الطاعن اشترى مناب الأخ الكبير للمطعون ضدهم في الشَّياع فإن عقد الشراء صحيح وجائز، كما هو منصوص عليه قانونا في باب الملكية الشائعة. وأن قضاة الموضوع بحكمهم عكس ذلك، يكونوا قد خالفوا القانون وتجاهلوا أحكامه. انظر، محكمة عليا 04/05/1994، ملف رقم 110039، المجلة القضائية، 1994، عدد 2.