المركز القانوني لعقد هبة العقّار
(دراسة مقارنة)

الأستـــــــــــــــــاذ: عبد الرحمان خلاّدي
باحث في سلك دكتوراه علوم، تخصّص قانون خاص
بكلية الحقوق والعلـــــــــــــــــوم السياسية،
جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعبـــــاس (الجزائر).

ملخّص:

لمّا كانت هبة العقّار عقد بالغ الخطورة والتّأثير على ذمّة الواهب من حيث تجريده جزءً أو كلاًّ من ماله العقّاري بدون مقابل، فإنّ التّشريعات الوضعية لم تتّفق في تحديد مركزه القانوني بين من شرّعه ضمن تقنينه المدني وبين من وضعه ضمن تقنينه الأُسري؛ وتبعا لذلك فقد تباين تنظيمه من لدنهم ممّا نتج عنه اختلاف موافقهم إزاءه بين من ينظر إليه بنظرة التحفّظ والاحتياط مع دعوة للإقلال من إبرامه، وبين من ينظر إليه نظرة تشجيع معزّز بالإقدام على إتيانه في الأساس.

الكلمات المفتاحية: هبة عقّار، التّقنين المدني، قانون الأسرة، ذمّة الواهب، المركز القانوني.

Absract:

Since the deed donation of property is a very serious contract and affects the grantor in terms of stripping part or all of his property free of charge. The positive legislations did not agree to determine its legal center between its legislator within civil legalizing and his maker within family legalizing. Accordingly, the organization varied from them, resulting their disagreement between those who view it with a view of reserve and precau-

sion with an invitation to reduce it, and between those who view it as an encouragement promoted basically by adopting it.

Keywords: deed donation of real property, Civil legalization, Family Law, custody of the grantor, Legal Center.

مقدّمـــة:

لمـّا كانت هبة العقّار تصرّف قانوني يكتسي بالغ الأهمّية نظراً لما يترتّب عليه من آثار خطيرة تطال ملائة الواهب وتنتقص من ذمّته المالية، باعتبار أنّه يتجرّد عن بعضٍ أو كلٍّ من ماله العقّاري الذي نتج عنه – بالتّبعية – تأثير معتبر على وضعيته المالية وعلاقاته الشّخصية؛ كان عليه لزاماً إعمال واجب التأنّي و التدبّر العميق قبل السّعي إلى إتيانه، علاوة الإحاطة والتوصّل علماً بآثاره ونتائجه، كون أنّه – في الأصل – عقد تبرّعي خطير يشكّل حدثاً ملفتاً حال حياته حيث ينتقص من ثروته ويسبّب ضرراً لغيره جراء إبرامه.

ولمّا كان كذلك، سارعت مختلف التّشريعات المدنية إلى ترسيخ الحماية اللاّزمة لمن يريد مباشرته وذلك بتسييجه بتنظيم قانوني يُخطره إن كان قد تسرّع في إصداره؛ بالتّشديد – ابتداءً – على أن يأتي رضائه وأهليته تامّين لا يعتريهما أدنى عيب يحول دون انعقاده، وبحماية غيره من تصرّفه هذا الذي قد يلحق ضرره كلاًّ من قرابته الواجب الإنفاق عليهم وغرمائه وورثته انتهاءً.

وباستقراء النّصوص المنظّمة لعقد هبة العقّار في مختلف التّشريعات الوضعية، نجد أنّها قد اختلفت في تنظيمها له ضمن أنظمتها القانونية بين كلّ من التّقنين المدني وقانون الأحوال الشّخصية، ولكلّ مبرّراته وحُججه في ذلك، فلم كلّ هذا التّباين في تحديد مركز عقد هبة العقّار؟

وهل كان ثمّة داعٍ لأن يشرّع ضمن قانون الأحوال الشّخصية، أم كان من الواجب أن تُسنّ مواده ضمن موقعه الطّبيعي بين العقود المسمّاة !!

وما هي أهمّ النّتائج التي من الممكن أن تترتّب على الاختلاف في تحديد مركزه في الأخير؟.

على هذا الأساس، سنحاول ضمن هذه الورقة البحثية تحديد مركز عقد هبة العقّار تبعا للنّصوص المنظّمة له ضمن مختلف التّشريعات الوضعية، حيث نجد أنّ هذا الأخيرة تختلف في وضعها له؛ فبينما ارتأت بعضها تنظيمه في دائرة قانون الأحوال الشّخصية، ذهبت أخرى إلى تصنيفه ضمن نطاق تقنينها المدني، لذا استلزم الحال بداءةَ تحديد ضابط اعتبار ما يدخل ضمن طائفة الأحوال الشّخصية أو ضابط ما يتعلّق بالأحوال المالية (أوّلا)، ليتسنّى تبيان اختلاف التشّريعات في تصنيف هذا العقد ضمن التّقنين المدني بوصفه عقدا مالياً، أو ترتيبه ضمن قانون الأحوال الشّخصية على اعتبار أنّه من المسائل التي تتعلّق بالشّخص وحالته المدنية (ثانيا)، حتى إذ فرغنا من ذلك برزت أهمّ الآثار المترتّبة على الاختلاف في تحديد مركزه انتهاءً (ثالثا).

أوّلا: ضابط اعتبار ما يدخل في زمرة الأحوال الشّخصية أو المالية

يرجع تقسيم المسائل القانونية أو ما يعرف " بالأحوال " إلى أحوال شخصية أو عينية إلى عهد بعيد، وكان قد ظهر ابتداء في أواخر القرن الثّاني عشر ميلادي على يد مدرسة المحشيين والمحشيين اللاّحقين[1] إبّان ظهور "نظرية الأحوال" في الفقه الإيطالي، حيث انتقد الفقهاء المؤسّسون لها بعدم وضعهم لحدود فاصلة للتّفرقة بين الأحوال المالية والأحوال الشّخصية، ومذْ ذاك الزّمن شاع استعمال اصطلاح الأحوال العينية أو الشّخصية، واستمر استخدامهما حتى عصرنا الحالي في مختلف النّظم القانونية اللاّتينية والأنجلوسكسونية والعربية على حدّ سواء[2].

وعلى الرّغم من الانتشار الواسع لاستعمال هذين المصطلحين، إلا أنّهما بقيا – مع ذلك – يكتنفهما الغموض في تحديد معنيهما تحديداً وظيفيا بحسب استعمالهما في نطاق القانون.

ومع ذلك لم يتمكّن فقهاء القانون المدني من وضع مفهوم منضبط جامع ومانع لهما، وكلّ ما أمكنهم، هو سرد المسائل التي تدخل في نطاقهما، ولا شكّ أنّه أمر يختلف باختلاف نظرة الدّول إليهما، فما يعتبر من الأحوال الشّخصية في بلد ما قد يعدّ مسألة مالية في بلد مغاير[3].

وليس أدلّ على ذاك التّباين مثالاً، اختلاف نظرة النّظم إلى عقد هبة العقّار، ففي حين اعتبرته بعض الدّول من قبيل مسائل الأحوال العينية مثل مصر وفرنسا – ومن اقتفى أثرهما –

على اعتبار أنّه يتعلّق بالأحوال العينية، اتّجهت دول أخرى إلى الاعتداد به من قبيل الأحوال الشّخصية على اعتبار اتّصاله بروابط الأسرة[4] كما هو الحال في الجزائر وتونس واليمن.

هذا، ولم تكن الأحوال الشّخصية وحدة مستقلّة في الدّراسات الفقهية الإسلامية، بل كانت تُبحث في أبواب متعدّدة ومتفرّقة، ولم تكن قد شرّعت في تقنين واحد يلمّ من أقوال الفقهاء ما هو أكثر ملائمة للمصلحة الزّمنية المعيشة، علاوة على أنّ القضاء الشّرعي كان يستند في إصدار أحكامه إلى النّصوص الفقهية المدوّنة في بطون أمّهات المؤلّفات الفقهية وشروحها المعتمدة وكذا توسّل الفتاوى الصّادرة عن الأوّلين في المسائل المختلف فيها.

وقد وُجد في تعدّد مصادر القضاء واختلاف الأحكام ما قد يجعل الرّوابط الأسرية غير مستقرّة وحقوق الأشخاص ضمنها غير مضمونة، فكان ذلك دافعا للتّفكير بوضع تقنين يجمع فيه شتات أهمّ الأحكام الفقهية المتّفق عليها، سواء اقتبست من مذهب واحد، أو استمدّت من مذاهب متعدّدة، لأجل هذا، تمّ تقنين مدوّنات للأحوال الشّخصية في البلدان العربية تبعا لتحقيق هذا الغرض في الأخير[5].

بيْد أنّه خلافا لما سار عليه فقهاء الإسلام الأقدمين[6]، لم يكن لفظ الأحوال الشّخصية يُراد منه مجموعة الأمور المميّزة للشّخص عن غيره فضلا عن تلك الرّابطة إيّاه بعائلته، وإنّما هو اصطلاح قانوني مستحدث جاء إثر تقسيم الحقوقيين الأحوال إلى شخصية تُفيد كلّ مّا يتّصل بالإنسان وشخصه كالزّوجية وما يترتّب عنها، والنّفقة والنّسب وما ينشأ عنهما وغير ذلك من الأمور المتعلّقة بالحالة المدنية، وأخرى عينية تتعلّق بالأحوال المالية أساسا[7].

وإبرازاً لهذا المفهوم، انبرت محكمة النّقض المصرية موضّحة التّفرقة بين المصطلحين في حكم صادر عنها بتاريخ 21 جوان 1934، حيث قضت بأنّ مصطلح الأحوال الشّخصية هو في الأساس " مجموعة ما يتميّز به الإنسان عن غيره من الصّفات الطّبيعية أو العائلية التي رتّب القانون عليها أثراً قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكراً أو أنثى، وكونه زوجاً أو أرملا أو مطلّقا أو أباً أو ابناً شرعيّا، أو كونه تامّ الأهلية أو ناقصها لصغر سنّ أو عته أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية أو مقيّدها بسبب من أسبابها القانونية.

أمّا الأمور المتعلّقة بالمسائل المالية، فكلّها بحسب الأصل من الأحوال العينية، وإذن فالوقف والهبة والوصيّة والنّفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلّقها بالمال واستحقاقه، غير أنّ المشرّع المصري وجد أنّ الوقف والهبة والوصيّة – وكلّها من عقود التبرّعات – تقوم غالبا على فكرة التصدّق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشّخصية، كما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النّظر في المسائل التي قد تحوي عنصراً دينيا ذا أثر في تقرير حكمها.

على أنّ أيّة جهة من جهات الأحوال الشّخصية إذا نظرت في شيء ممّا تختصّ به من تلك العقود، فإنّ نظرها فيه بالبداهة مشروط بإتباع الأنظمة المقرّرة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها"[8].

نفس المعنى أكدّه قضاء المحاكم الشّرعية آنذاك، حيث ذهب إلى عدم معرفة الفقه الإسلامي لمصطلح الأحوال الشّخصية، وهو ما نوّه عنه بمقتضى حكم لها مفاده " الأحوال الشّخصية عبارة غير معروفة في الفقه الإسلامي؛ ولكنّ القوانين الوضعية حدّدتها بالشّؤون المتعلّقة بالحالة والأهلية والولاية والحقوق الآيلة عن الإرث والوصيّة"[9].

على هذا الأساس، فإنّ مفهوم الأحوال الشّخصية يرجع تكوينه إلى ثلاث مجموعات يتناولها بالدّراسة وهي:

الأولى: المسائل المتعلّقة بالحالة المدنية للشّخص وأهليته المدنية، وكذا نظام الولاية على ماله.

الثّانية: المسائل المتعلّقة بأسرة الشّخص.

الثّالثة: المسائل المتعلّقة بالحقوق الآيلة عن الوصايا والميراث.

واتّساقا مع هذا التّوجه، فإنّ عقد الهبة عموما – وهبة العقّار على وجه الخصوص – بوصفه باب التبرّعات، يرجع تكوينه – على نحو ما سبق تحليله – إلى المسائل المالية أساسا، ذلك أنّه عقد مالي ناقل للملكية، والأَوْلى وضعه ضمن مكانه الطبيعي بين العقود المسمّاة حيث يلي البيع والمقايضة، ولعلّ هذا الأمر هو ما دفع بالمشرّع المصري بأن يتراجع عن اعتبار عقد

الهبة من مواضيع الأحوال الشّخصية، وينظمّ أحكامه ضمن تقنينه المدني الجديد[10].

ثانيا: تنظيم عقد هبة العقّار ضمن التّقنين المدني أو في مدوّنة الأحوال الشّخصية

تباينت مواقف التّشريعات بخصوص تصنيف عقد الهبة عموما (وهو نفس الموقف الذي يشمل هبة العقّار)، فمن التّشريعات من نظّمها ضمن تقنينه المدني كالتّشريع الفرنسي وكذا المصري ومن نهج نهجه كالأردني والعراقي والكويتي واللّيبي والسّوري وغيرهم؛ بخلاف التّشريع الجزائري واليمني والتّونسي الذين نظّموا أحكامه ضمن تقنيناتهم للأحوال الشّخصية، ولكلٍّ اعتباراته وأسانيده. ولبيان هذا المنحى، من المفيد التطرّق إلى بحث اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال الشّخصية ابتداءً، ثمّ التعرّض إلى دراسة اعتبار نفس العقد من قبيل المسائل المالية انتهاءً على النّحو الآتي:

أ- اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال الشّخصية

اتّجهت بعض التّشريعات العربية ممثّلة في التّشريع الجزائري واليمني والتّونسي إلى تقنين عقد الهبة عموما – بما في ذلك هبة العقّار– ضمن قوانينها للأحوال الشّخصية، ولعلّه يرجع السّبب في ذلك إلى ما يأتي:

– حِرْصُ المشرّعين على أن يستمدّوا أحكام عقد هبة العقّار من الشّريعة الإسلامية ومدارس فقهها المجيد، تبعا لكافة مواضيع قانون الأحوال الشّخصية من زواج وطلاق ونسب وميراث ووصيّة وحُبُس.

– لا يعتبر قانون الأحوال الشّخصية – أو ما اصطلح عليه بقانون الأسرة من لدن المشرّع الجزائري – قانونا خاصّاً، والقانون المدني قانونا عاما؛ غاية ما في الأمر إنّما جاء الأوّل مكمّل للثّاني بدليل إحالة أحدهما على الآخر في العديد من المواد. ومع ذلك فليس من الممكن القول بأنّ القانون المدني قانون عام وقانون الأسرة قانون خاص[11] بأحوال الشّخص استناداً إلى المبدأ القاضي " بأنّ الخاص يلغي العام "، كما لا يمكن أيضا اعتبار قانون الأسرة قانونا خاصّا بالنّسبة للقانون المدني، إذ لا يمكن تصوّر إلغاء قانون الأسرة لأحكام وردت في الشّريعة العامّة.

وعليه، فلا مجال هنا لتطبيق هذا المبدأ، فضلا عن عدم إمكانية القول بأنّ الثّاني لاحق للأوّل يعمل به دون اعتبار لهذا الأخير[12].

– عقد هبة العقّار يقوم أساسا على فكرة التبرّع المندوب إليه شرعا، لأنّ الدّافع إليه طلب رضى المولى عزّ وجل والطّمع في ثوابه، فيترك تنظيمه لمدارس الفقه الإسلامي الذي ما فتئ وأنْ أَحْكَمَ مفصّلا جزئياته بشكل مستفيض[13].

واعتبارا لذلك، ذهب البعض إلى الاعتقاد بأنّ عنصر الدّيانة في عقد هبة العقّار عنصر أصيل لا يخلو أيّ جزء من جزئياته منها، ومحلّ تنظيمه – إذن – يجب أن يكون ضمن قانون الأحوال الشّخصية على اعتباره القانون الوحيد المستمدّ أحكامه من الفقه الإسلامي، " ويبدو أنّ هذا ما جعل المشرّع يعتبرها [أي الهبة] من مسائل الأسرة من بين التبرّعات التي تجري في أغلبها بين أفراد الأسرة باعتبار أنّ لها ارتباطا وثيقا وعرفيا بالتديّن وما يتطلّب ذلك من التمسّك الشّديد بمبادئ الشّريعة الإسلامية وتعاليمها السّمحة ..."[14].

– التّأصيل للأحكام الموضوعية لهبة العقّار من الفقه الإسلامي بامتياز، اعتباراً للأدّلة الشّرعية التي استمدّت منها وهي: القرآن وآثار السنّة وإجماع الأمّة و دلائل المعقول، فالواقع – بحسب قول البعض– " أنّ مصادر أحكامها مأخوذة كلّها تقريبا من الفقه الإسلامي...، ومستمدّة في أغلبها من المذهب المالكي الجاري به العمل منذ قرون، وهذا لا يعني أنّها لا تأخذ من المذاهب الأخرى، فهناك أحكام هامّة استمدّت من الرّأي المتّفق عليه عند جمهور الفقهاء ..."[15].

– تطبيق أحكام الشّريعة الإسلامية على عقد هبة العقّار ضرورة اقتضتها طبيعة الأشياء، ذلكم أنّ تشريع العقد المذكور من الفقه الإسلامي استرداد للذّات الإسلامية، لأنّ الشّريعة – عقيدة وأخلاق وفقه – تعتبر من أهمّ مقوّمات الشّخصية العربية؛ وإذا كان من أهمّ أركان الوحدة العربية وحدة الثّقافة، فمن أهمّ الأسباب لتوحيد الثّقافة أن تتوحّد القوانين، والفقه الإسلامي يشكّل بذلك أهمّ رافد من روافد التّراث الثّقافي للأمّة العربية[16].

ب– اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال المالية

لمّا كانت الهبة عموما وهبة العقّار على وجه الخصوص عقداً له من الأهمّية والتّأثير البالغ على ذمّة الواهب من حيث تجريده من ماله (منقولا كان أو عقّاراً) دون عوض، وعلى اعتباره من المعاملات العينيّة، فقد عدّها البعض من المسائل المالية يضطلع القانون المدني بتنظيم أحكامها، ولعلّه يرجع السّبب في هذا القول إلى ما يأتي:

– هبة العقّار عقد مالي عيني شأنه في ذلك شأن بقيّة العقود الأخرى، وقد كان موقف التّقنين المدني المصري الملغى من عدم الاهتمام بتنظيم عقد الهبة منتقداً من لدن الفقه، ممّا اضطرّه إلى تدارك هذا الوضع في القانون المدني الجديد، حيث نظّم أحكامه تنظيما شاملا ووضعه في مكانه بين العقود الأخرى[17].

– موقع عقد هبة العقّار الأصلي هو التّقنين المدني ... " وكان الأوْلى نقل الهبة من هذا الموضع [يقصد به قانون الأحوال الشّخصية] إلى مكانها الطّبيعي بين العقود المسمّاة، فتلي البيع والمقايضة، وأنْ تنظّم تنظيما شاملاً من ناحية الشّكل ومن ناحية الموضوع"[18]، وهذا هو ما قام به المشرّع المصري ضمن التّقنين المدني الحالي[19].

واتّساقا مع هذا القول، علّلت المذكّرة الإيضاحية للمشروع التّمهيدي للتّقنين المدني المصري موقف المشرّع المصري من وضع عقد الهبة في التّقنين المدني بالقول " أهمّ تجديد استحدثه المشرّع في عقد الهبة أنّه أورد أحكامها كاملة في الشّكل والموضوع، والتّقنين الحالي (السّابق) يكاد يقتصر على إيراد أحكامها في الشّكل ولم يذكر من أحكامها الموضوعية إلاّ الشّيء القليل، وقد نظر المشرّع في ذلك إلى أنّ الهبة عقد مالي كسائر العقود، فينبغي أن يستوفي التّقنين المدني أحكامها جميعا وأن يضعها في مكانها بين العقود الأخرى، لا كما فعل التقنين الحالي (السّابق) وقد انتبذ بها مكانا لا يخطر على البال"[20].

ثالثا: الآثار المترتّبة على الاختلاف في تحديد مركز عقد هبة العقّار

تمخّض الفصل في تنظيم عقد هبة العقّار بين ضمّه إلى قانون الأحوال الشّخصية والاعتداد به من قبيل المسائل الشّخصية لدى بعض البلدان، أو تصنيفه في زمرة المسائل العينية

المالية وتنظيمه ضمن التّقنين المدني لبلدان أخرى، آثار ونتائج تترتّب عليه وتختلف باختلاف التّصنيف المختار.

وهذه الآثار المترتّبة على وضع عقد الهبة عموما – وهبة العقّار تبّع لها في الحكم – ضمن قانون الأحوال الشّخصية أو الأحوال العينية هي مربط التّفرقة من ناحية تنازع القوانين في نظام القانون الدّولي الخاص. فإذا كان عقد الهبة دوليا بأنْ كان يتضمّن في جوهره لعنصر أجنبي كأن يكون طرفاه أو أحدهما مختلفي الجنسية، أو كان المال الموهوب في موطن غير موطن الواهب، أو كان سبب الهبة فعلا ضارّاً أو نافعا وقع في الخارج، فإنّه يمكن للواهب – بحسب بعض التّشريعات المقارنة المعتدّة بهذا العقد من قبيل العقود المالية وإخضاعه من ثمّة لقانون الإرادة – أن يختار قانونا أجنبيا يطبّق على تبرّعه بالهبة، هذا بخلاف التّشريع الجزائري الذي أعتدّ بعقد الهبة عموما – وهبة العقّار تبعٌ لها في الحكم – من قبيل الأحوال الشّخصية، وأخضعه بالتّالي لا سيما فيما يتعلّق بالحالة المدنية للشّخص الواهب وأهليته[21] لقانون جنسية هذا الأخير وقت إبرام عقد الهبة، بحيث لا يمكنه اختيار قانون أجنبي في هذا الصّدد، وهذا فرق هام وجب أخذه بعين الاعتبار[22].

وقد أوضح المشرعّ الجزائري هذا العنصر مؤكّداً ذلك حينما أضاف إلى الوصيّة، الهبة والوقف وذكر بأنّ قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت انعقاد الهبة أو الوقف هو الذي يسري على المعاملة، وهذا ما بيّنته المادة 16 من قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدّل والمتمّم للقانون المدني بقولها: " يسري على الميراث، والوصيّة، وسائر التصرّفات التي تنفّذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرّف وقت موته.

ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما ".

بيْد أنّه فيما يرتبط بتكييف المال الموهوب وكذا الالتزامات التّعاقدية الواردة ضمن عقد الهبة المنصبّ على العقّار[23]، فإنّه يسري على الأوّل قانون الدولة الكائن بها، ويسري على الثّانية قانون موقع العقّار[24]، وهذا ما أشارت إليه المادّتان 1/17[25] و 4/18[26] من نفس القانون. وكذلك هو الحال فيما يختصّ بشكل نفس التّصرف، فهو يبقى خاضعا – بحسب نصّ المادة

19 من ق م ج [27] – لقانون البلد الذي تمّ فيه، كما يجوز أن يخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون السّاري على أحكامه الموضوعية.

ومع ذلك، فلقد لوحظ على اعتبار عقد هبة العقّار من مسائل الأحوال الشّخصية عدّة اعتبارات تمحورت حول ما يأتي:

– عدم اعتبار عنصر الدّيانة في عقد الهبة عموما – بما في ذلك هبة العقّار – باستثناء ما اقترن منه بقصد القُربى لله تعالى، حيث يتحوّل التبرّع بالهبة حينئذ إلى تبرّع بنيّة القُربى كالصّدقة مثلا، التي شرّعها المشرّع المغربي ضمن مدوّنتة للحقوق العينية من خلال المادّتين 290[28] و291[29].

– استطراداً لما سبق، فإنّ التبرّع بالهبة عموما – وهبة العقّار على وجه الخصوص – إذا خالطها عنصر الدّين بأنْ أعطى الواهب عطيّته يبتغي منها المثوبة من الله تعالى، أو أخرج من ماله على وجه القُربة، فإنّ هذا الالتزام يخرج من كونه التزاما مدنيا إلى اقتصاره على التزام طبيعي محض لا يقضى به استناداً إلى أنّ التبرّع الوارد على وجه القُربى لا يقضى به في الصّحيح من الشّرع[30].

– تشريع عقد الهبة عموما – وهبة العقّار تبعٌ لها في هذا الحكم – ضمن موقعه الطّبيعي بوصفه عقداً ماليا يزيد من الاهتمام به، فضلا عن ترتيب آثار عملية عليه من خلال " اكسابه قوة وصلابة في الإلزام على النّحو الذي ينبغي أن يكون لعقد هو – وإن كان تبرّعا – ملزم للمتعاقدين كسائر العقود"[31].

خـاتمة:

إنتهاءً وقد انتظم البحث في آخره، حرّي بنا – في الأخير – عرض أهم النّتائج المتوصّل إليها من خلاله على النّحو الآتي:

– تضاربت توجّهات مختلف التّشريعات المدنية بخصوص تحديد مركز عقد هبة العقّار بين من

سنّ مواده ضمن تقنينه المدني، وبين من خالف ذلك بتشريع أحكامه في قانونه الأُسري ولكلّ اعتباراته وفلسفته التي بنى عليها اعتقاده في الأساس.

– فمن رأى بأن يُموقِعه ضمن قانونه للأحوال الشّخصية كان نظره في ذلك بأن تقتبس أحكامه من مدارس الفقه الإسلامي تبعا للقانون المذكور المستوحى أساسا من الشّريعة الإسلامية، هذا فضلا عن أن يتسنّى له المحافظة – من ثمّة – على عنصر الدّيانة فيه، لا يوضع ضمن تقنينه المدني المقتبس عن تقنينات غربية قد تشكّل تعارضا وتصادما معه في الأخير.

– ومن دافع على أن يُموقِع في نطاق دائرة تقنينه المدني، كانت حجّته في ذلك أنّ الطبيعي في موضوع التصرّف بهبة العقّار وما شابهها من تصرّفات، هو الشّريعة العامّة باعتباره عقداً ماليا محضا؛ من ثمّة فالقانون المدني هو مرماه واختصاصه بتنظيم أحكامه في الأساس.

– وبين هذا التوجّه وذاك، يتوضّح – رجحانا – ضرورة إلحاق تنظيم أحكام عقد الهبة عموما – وهبة العقّار على وجه الخصوص – بالتّقنين المدني أسوة بما استقرّ عليه الوضع تشريعاً في مجمل التّقنينات المدنية العربية والأجنبية، بعلّة أنّ هذا التصرّف بوصفه باب التبرّعات وأساسها، هو في الأصل هو عقد مالي كبقيّة العقود، فيجب – من ثمّة – أن تنظمّ الشّريعة العامّة أحكامه وأن يُموقَع في مكانه الطّبيعي بين العقود المسمّاة فينظّم تنظيماً كاملاً من ناحية الشّكل والموضوع وفقا لما استقرّ عليه الفقه الإسلامي ولا تعارض البتّة في ذلك.

الهوامش:

[1]– حامد زكي، أصول القانون الدولي الخاص المصري، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ط 3، 1944، ص. 64.

[2]– أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص الإسلامي المقارن، دار النهضة العربية، د د ط، 1989، ص. 638.

[3]– عبد الرحمن جابر جاد، القانون الدولي الخاص العربي، ج 2، معهد الدراسات العربية العالية بجامعة الدول العربية، مصر، 1960، ص. 145.

[4]– هشام علي صادق، تنازع القوانين، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص. 634.

[5]– عبد الكريم شهبون، شرح مدّونة الأحوال الشخصية، ج 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب،

ط 3، 2000، ص. 21.

[6]– قسّمت المسائل في الفقه الإسلامي إلى قسمين: فإمّا مسائل تتعلّق بأمور الآخرة وهي العبادات، وإمّا أمور تتعلّق بالأحوال الدّنيوية وهي بدورها تنقسم إلى مناكحات ومعاملات وعقوبات. أنظر في الصدد المادّة الأولى من مجلّة الأحكام العدلية، وفي شرحها راجع: علي حيدر، دُرَر الحكام شرح مجلّة الأحكام، تعريب: فهمي الحسيني، م 1، دار عالم الكتب للطباعة والنّشر والتّوزيع، الرياض، طبعة خاصة، 2003، ص. 17–18.

[7]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنّشر، د ب ط، ط 4، 1983، ص. 28.

[8]– نقض مدني صادر في: 1944/06/21، مجموعة عمر 4، رقم: 200، ص. 454؛ وهو منشور أيضا في مجلة المحاماة الشّرعية، السنة 8، ص. 329.

[9]– حكم محكمة شبين الكوم الشّرعية الجزئية، صادر في: 1948/10/02، نقلا عن: أحمد رفعت خفاجي، رابح لطفي جمعة، قضاء الأحوال الشّخصية، مكتبة النّهضة المصرية، د ب ط، 1960، ص. 434.

[10]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح)، ج 5، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط 3، 1998، ص. 23–24.

[11]– أنظر في العلاقة بين القانون المدني وقانون الأسرة: عبد العزيز سعد، الزّواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، الجزائر، ط 2، 1989، ص. 31 وما يليها.

[12]– محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، ط1، 2003، ص. 54.

[13]– خالد سماحي، النّظرية العامّة لعقود التبرّعات، دراسة مقارنة، بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012–2013، ص. 67.

[14]– محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص. 9.

[15]– المرجع نفسه، ص. 10.

[16]– صوفي أبو طالب، مستقبل الأمّة الإسلامية ودور الشّريعة الإسلامية، مجلّة الأمن والقانون، كلّية شرطة دبي، م 2، ع 2، السنة 2، يوليو 1994، ص. 21؛ وأنظر في أسباب تأخر المشرّع الجزائري في تشريع قانون للأسرة لأكثر من 22 سنة بعد استقلال البلاد: ساسي بن حليمة، خواطر حول قانون الأسرة الجزائري، مجلّة الأحداث القانونية التّونسية، كلّية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، ع 3، السداسي 1990/1، ص. 09–10.

[17]– أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 24؛ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماة، ج 2، مطبعة لجنة البيان العربي، د ب ط، ط 2، 1952، ص. 6.

[18]– راجع الفصل الثّالث المعنون بالهبة من الباب الأوّل الموسوم بـ: العقود التي تقع على الملكية، المواد: 486 إلى 504 من القانون رقم 131 لسنة 1948 الصّادر في: 16 يوليو 1948، المتعلّق بإصدار القانون المدني المصري المعدل والمتمم، وأنظر: أسامة أحمد شتات، القانون المدني حسب أحدث التعديلات، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص. 150 وما يليها.

[19]– أحمد عبد الرزّاق السّنهوري، المرجع السابق، ص. 24.

[20]– أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج 4، مطبعة دار الكتاب العربي، القاهرة، د س ط، ص. 241؛ وقد أشار إليه أيضا أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 24، هامش رقم: 1.

[21]– طبقا لنص المادة 1/10 من ق م ج التي نصّت على أنّه " يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدّولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم ".

[22]– محمد بن أحمد تقية، المرجع السابق، ص. 307. و في هذا الصدد يُشار إلى أنّ هناك عديد القوانين الحديثة التي تأخذ بقانون الجنسية في كافة مسائل الأحوال الشّخصية؛ فمن التّشريعات الأجنبية مثلا: القانون الدولي الخاص البولندي الصادر سنة 1965؛ القانون الدولي الخاص النّمساوي الصادر سنة 1979؛ القانون الدولي الخاص المجري الصادر سنة 1979؛ القانون الدولي الخاص الإسباني الصادر سنة 1974. ومن التّشريعات العربية أيضا: قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي رقم 5 لسنة 1961؛ القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976؛ قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985؛ القانون المدني اليمني رقم 19 لسنة 1992 وغيرها، أنظر في هذا الشّأن: علي عبد الرحمن علي قطيط، تنازع القوانين في الوصيّة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي الخاص، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ط 1، 2011، ص. 61 وما يليها.

[23]– أنظر بخصوص توزيع الاختصاص بين قانون الموقع وقانون الإرادة إذا كان السّبب النّاقل للملكية هو العقد: بلقاسم أعراب، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنّشر والتّوزيع، بوزريعة، الجزائر، 2001، ص. 291؛ محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النّظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية للنّشر والتوزيع، الجزائر، ط1، 2009، ص. 133-134.

[24]– أنظر في بيان قاعدة خضوع العقّار لقانون موقعه، واختصاص القضاء الجزائري في الفصل في النزاع المتعلّق بالعقّارات الموجودة في الجزائر دون امتداد اختصاصه للفصل في النّزاع المرتبط بعقّارات موجودة في الخارج: علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د م ج، بن عكنون، الجزائر، ط4، 2006، ص. 93 ما يليها؛

ISSAD Mohand, Droit international privé, T II, Les règle matérielle, 2em éd, O. P.U, Algérie, 1984, pp. 18-19.

[25]– التي قضت بأنّه " يخضع تكييف المال سواء كان عقّاراً أو منقولا إلى قانون الدولة التي يوجد فيها".

[26]– التي نصّت على أنّه " غير أنّه يسري على العقود المتعلّقة بالعقّار قانون موقعه".

[27]– القائلة بكون أنّه " تخضع التّصرفات في جانبها الشّكلي لقانون المكان الذي تمّت فيه.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

[28]– التي عرّفت الصّدقة بأنّها " تمليك عوض لملك، ويقصد بها وجه الله تعالى ".

[29]– التي أكّدت بأنّ الصّدقة تأخذ نفس أحكام الهبة باستثناء حكمين مختلفين، بقولها " تسري على الصّدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

– لا يجوز الاعتصار في الصّدقة مطلقا.

– لا يجوز ارتجاع الملك المتصدّق به إلاّ بالإرث".

[30]– خالد سماحي، المرجع السابق، ص. 70.

[31]– مقتطع من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، أنظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، المرجع السابق، ص. 241؛ وقد أشار إليه أيضا أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 24، هامش رقم: 1.