

الرجوع في الهبة في القانون المغربي

د. حسن منصف

رئيس غرفة بمحكمة النقض

دكتور في الحقوق

تمهيد:

الأصل في العقود اللزوم أي أن العقد يلزم طرفيه ولا يستطيع أحد الطرفين المتعاقدين بعد العقد التحلل من الالتزامات التي يرتبها العقد بإرادته المنفردة، لأن في نقض العقد من طرف أحد عاقيه دون الآخر تغييرا للمراكز القانونية التي رتبها العقد، وسند هذا الأصل من الشرع الحكيم قول الله سبحانه وتعالى:

[يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود]¹.

وسند هذه القاعدة في القانون ما نص عليه الفصل 18 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه: "الالتزامات الصادرة من طرف واحد تلزم من صدرت منه بمجرد وصولها إلى علم الملتزم له"². وكذا ما ورد النص عليه في الفصل 230 منه أن: "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

ولما كانت الهبة عقدا من العقود، فإنها تخضع لهذا المبدأ العام، أي أنها عقد لازم، لا يجوز لأحد طرفيه أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في الحدود التي يسمح بها الاتفاق أو القانون³، وهو نفس المقتضى الذي عبر عنه القانون الفرنسي بالنص على أن: "الاتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقيه"⁴، وهو نفس ما عبر عنه القانون المصري⁵ والقانون المغربي -المتمثل في مدونة

¹ - الآية 1 من سورة المائدة.

² - ومن التطبيقات القضائية لهذا الفصل ما قضت به محكمة النقض من أن: "... صدور الالتزام بصفة انفرادية عن الطالبة بالتنازل عن العقار موضوع الدعوى للمطلوبين ينشأ أثره القانوني الذي أصبحت متحملة به لاتصاله بعلم الملتزم لهم، وهو ما يشترطه الفصل 18 من قانون الالتزامات والعقود".

(قرار المجلس الأعلى بغرفتين بتاريخ 06/02/2008 عدد 516 ملف رقم 06/758)، وما جاء أيضا في قرارها من أنه: "يكون معللا قرار المحكمة القاضي على الطالب بإغلاق النوافذ المطلة على أرض المطلوب في النقض، والتي التزم بإغلاقها". (قرار المجلس الأعلى بتاريخ 12/06/1997 عدد 3706 ملف رقم 95/4146).

³ - انظر حول هذا الفصل: زيد قدرى الترجمان، الفصل 230 من قانون الالتزامات والعقود، المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء العدد 07 لسنة 1984 عدد خاص، الأيام الدراسية 20 و21 أبريل 1984: حول قانون الالتزامات والعقود بعد مضي سبعين سنة.

⁴ - المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي.

⁵ - المادة 147 من القانون المصري.

وللاطلاع على بعض أسباب نقض العقد بالاتفاق انظر: الباب الثامن المتعلق بالإقالة الاختيارية من قانون الالتزامات والعقود الفصل 393 وما يليه، وعن بعض أسباب نقض العقد التي يسمح بها القانون انظر: الفصل 931 منه الذي يسمح للموكل في عقد الوكالة بإنهاءها متى شاء، والفصل 796 المتعلق برد الوديعة.

الحقوق العينية⁶، وقانون الالتزامات والعقود والفقه المالكي طبقا لما نصت عليه المادة الأولى من ذات المدونة⁷، بالنسبة لتنظيم عقد الهبة بعد تقريره هذا الأصل العام، واعتباره الهبة عقدا لازما سواء كانت لأجنبي أو لذي رحم لأنها تتم وتلزم بمجرد العقد⁸، وأجاز للواهب الرجوع في الهبة في حالات معينة ولو تم الإشهاد عليها ووثقت بعقد رسمي⁹ وتمت بحيازة الموهوب له للشيء الموهوب¹⁰.

وقبل الكلام عن الرجوع في الهبة في القانون المغربي من المفيد أن نبدأ بإعطاء فكرة عن الرجوع في الهبة في بعض المذاهب الفقهية وفي بعض التشريعات الحديثة. ومرد البحث في ذلك إلى مبحثين: نخصص الأول للرجوع في الهبة في بعض المذاهب الفقهية والقانون المقارن، والثاني للرجوع في الهبة في القانون المغربي.

المبحث الأول:

الرجوع في الهبة في بعض المذاهب الفقهية والقانون المقارن

يقتضي الحديث في هذا المبحث تقسيمه إلى مطلبين لتفرعه، إلى الرجوع في الهبة في بعض المذاهب الفقهية كمطلب أول، والرجوع في الهبة في القانون المقارن كمطلب ثان.

المطلب الأول: الرجوع في الهبة في بعض المذاهب الفقهية

لم تتفق مذاهب الفقه الإسلامي في جواز الرجوع في الهبة، ويتبين ذلك من خلال التطرق بشيء من الإيجاز لموقف كل مذهب من المذاهب المعروفة.

⁶ - الظهير الشريف رقم 1.11.178 صادر في 25 من ذي الحجة 1432 (22 نوفمبر 2011) بتنفيذ القانون رقم 08.39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011، والساري العمل به بعد ستة أشهر من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية.

⁷ - نصت المادة الأولى من مدونة الحقوق العينية على أنه تطبق مقتضيات قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص فيها، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور، وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

⁸ - انظر: المادة 274 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على أنه: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول، ..."

- عبد الرحمان الجزيري - الفقه على المذاهب الأربعة قسم المعاملات، طبعة دار الكتب العلمية بيروت لبنان - الجزء الثالث - الصفحة 305.

⁹ - تنص المادة 274 من مدونة الحقوق العينية على أنه: "يجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي".

ومما ينبغي التنويه عنه أن هذا المقتضى ينسخ ما كانت تسير عليه محكمة النقض من صحة عقد الهبة الموثق بعقد عرفي مشهود على صحة توقيعه. يراجع في ذلك القرارات الصادرة بصحة العقود العرفية للهبات، ذ. ابراهيم بحماني، عقود التبرع في الفقه والقانون والقضاء، الطبعة الأولى 2012.

¹⁰ - تنص المادة 274 من ذات المدونة على أنه: "...يغني التقييد بالسجلات العقارية عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان محفظا أو في طور التحفيظ، فإذا كان غير محفظ فإن إدراج مطلب لتحفيظه يغني عن حيازته الفعلية وعن إخلائه".

ولتكوين فكرة أعمق حول العمل القضائي لمحكمة النقض في موضوع التبرعات عموما، وتطور مواقفها بخصوص الحيازة في التبرعات والتي عادت الطريق للمشرع المغربي لتقنينها يراجع: ذ. ابراهيم بحماني، م س.

الفقرة الأولى: المذهب الشافعي

يذهب الشافعية إلى أن الهبة متى تمت بالقبض فإنها تلزم ولا يصح الرجوع فيها إلا للأب ومثل الأب الجد، وكذلك الجدة، لأن لفظ الوالد الوارد في الحديث: "لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية، ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"¹¹، يشمل حتى الأم، لأنها تدخل أيضا في عموم حديثه صلى الله عليه وسلم: "اعدلوا بين أولادكم"¹² ولأنها لما ساوت الأب في تحريم تفضيل بعض ولدها ينبغي أن تساويه في التمكن من الرجوع في ما فضلته به، تخلصا لها من الإثم وإزالة للتفضيل¹³.

ويشترط لصحة الرجوع في الهبة عند الشافعية ثلاثة شروط:

1 - أن يكون الموهوب عينا لا ديناً، فإن كان ديناً للوالد على الولد فإنه لا يصح له الرجوع فيه متى وهبه له.

2 - أن يكون الشيء الموهوب تحت تصرف وسلطة الموهوب له، فإذا انقطعت هذه السلطة كأن يبيع الموهوب له الشيء الموهوب أو يرهن العين الموهوبة فلا رجوع للأب.

3 - أن لا يحجر على الولد لسفه، فإن حجر عليه امتنع الرجوع. وتجدر الإشارة أن الموهوب إذا استهلك كبيض الدجاج والبذر إذا نبت في الأرض فإنه يمتنع الرجوع¹⁴. ويمنع الرجوع سواء كان الاستهلاك حسيا كالإتلاف وحكميا كالعتق والتدبير والخلط ولو بمثل كالنقض إجماعاً¹⁵.

الفقرة الثانية: المذهب الحنبلي

يذهب الحنابلة إلى القول بأن للواهب الرجوع في هبته قبل القبض لأن الهبة عندهم لا تتم إلا بالقبض، وتصرف الواهب في الهبة قبل القبض يعتبر رجوعاً، أما بعد القبض فإن الهبة تتم، ولا يحق

¹¹ - الحديث أخرجه أحمد وأبو داود في كتاب البيوع - باب الرجوع في الهبة - الحديث 3539. وأخرجه الترمذي في كتاب البيوع - باب ما جاء في الرجوع من الهبة - الحديث 1299. وأخرجه النسائي في كتاب الهبة - باب رجوع الوالد فيما يعطي ولده. وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك الحديث - الحديث 265/6. وأخرجه ابن ماجه في كتاب الهبات - باب من أعطى ولده ثم رجع فيه - الحديث 2377. وأخرجه ابن حبان في كتاب الهبة - باب الرجوع في الهبة - الحديث 5132. وأخرجه الحاكم - 36/2.

¹² - أخرجه البخاري - كتاب الهبة - باب الهبة للولد - الحديث 2586. وأخرجه أيضاً في الكتاب نفسه: - باب الإسهاد في الهبة - الحديث 2587.

- وأخرجه مسلم في كتاب الهبات - باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة - الحديث 1623.

¹³ - انظر: ابن محمد بن عبد الله ابن أحمد بن محمد ابن قدامة - المغنى - الجزء السادس - الصفحة 56 - بتصحیح الدكتور محمد خليل هراش - تحقيق الدكتور طه محمد الزيني - مكتبة القاهرة.

¹⁴ - عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 308 وما بعدها.

- انظر: شمس الدين بن أحمد الرملي - نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي - الجزء الخامس - الصفحة 413 وما بعدها - الطبعة غير مذكورة.

¹⁵ - انظر: أحمد بن يحيى ابن المرتضى - البحار الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار - الجزء الرابع - الصفحة 140 - الطبعة الأولى 1949 - القاهرة - مكتبة الخانجي.

للوهاب الرجوع إلا إذا كان أباً، وإذا فضل أحد الأبناء جاز له الرجوع، وأنه ليس للأم ولا لغيرها من الأقارب الرجوع في الهبة بعد تمامها بالقبض، وفي المغني: "والمنصوص عن الإمام أحمد أنه ليس للأم الرجوع. قال الأشرم قلت لأبي عبد الله: الرجوع للمرأة فيما أعطته ولدها كالرجل قال ليس هي عندي في هذا كالرجل لأن الأب يأخذ من مال ولده، والأم لا تأخذ. وذكر حديث عائشة: "أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن ولده من كسبه"، أي كأنه الرجل قال أصحابنا والحديث حجة لنا، فإنه أخص الوالد، وهو بإطلاقه إنما يتناول الأب دون الأم والفرق بينهما أن للأب ولاية على ولده، ويحوز جميع المال في الميراث والأم بخلافه"¹⁶.

ويشترط لصحة رجوع الأب في هبته:

1 - أن يكون الشيء الموهوب عينا لا دينا ولا منفعة، فإذا للأب على ابنه دين فوهبه له فلا حق له في الرجوع في هبته، لأن هبة الدين إسقاط لا تمليك حتى يملك الأب نقل الملك إليه، وكذلك ليس له الرجوع في إباحة منفعة بعد استيفائها فإذا أباح الأب لابنه سكنى دار مدة معينة، وسكن الابن بالفعل هذه المدة فليس لوالده أن يرجع في ملك المدة التي سكنها وله الرجوع في ما يستقبل من المدة.

2 - أن يكون الشيء الموهوب باقيا على ملك الابن، فإن خرج عن ملكه بالبيع أو الهبة أو الوقف ولو على نفسه ثم على غيره من بعده، بطل حق رجوع الأب في الهبة ولو عادت للابن بسبب شرعي جديد كالإرث مثلا، أما إذا عادت بسبب فسخ التصرف الأول فإن للأب الرجوع. ومثل ذلك أن تلفت العين الموهوبة فلا رجوع للأب.¹⁷

3 - أن لا تزيد العين الموهوبة عند الولد زيادة متصلة ترفع قيمتها كالسمن والكبر والحمل. ومن ذلك ما إذا وهب له حيوانا مريضا فبرئ عنده.

أما الزيادة المنفصلة فلا تمنع الرجوع ومثلها ولد الهيمة وثمر الشجرة، غير أن الرجوع يكون في الأصل ويبقى النماء للموهوب له لأن الزيادة حادثة في ملكه¹⁸.

الفقرة الثالثة: المذهب الحنفي

حكم الهبة عند الحنفية أنها عقد غير لازم، فيصح للواهب الرجوع في الهبة سواء قبل القبض أو بعده، وإذا أسقط الواهب حقه في الرجوع ثم رجع بعد ذلك صح رجوعه لأن حقه في الرجوع لا يسقط بإسقاطه¹⁹.

غير أن هناك موانع قد تحول دون رجوع الواهب في هبته، وهذه الموانع عندهم سبعة جمعها بعضهم تسهيلات للحفظ في قوله: "دمع خزقه".

ومانع من الرجوع في الهبة يا صاحبي حروف (دمع خزقه)²⁰

¹⁶ - انظر: ابن قدامة - مرجع سابق - الجزء السادس - الصفحة 56 وما بعدها.

¹⁷ - عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 310 وما بعدها.

¹⁸ - انظر: ابن قدامة - مرجع سابق - الجزء السادس - الصفحة 56 وما بعدها.

- شمس الدين المقدسي - كتاب الفروع - الجزء الرابع - الصفحة 648 - الطبعة الثالثة 1967 - عالم الكتب بيروت.

¹⁹ - عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 303.

²⁰ - انظر: وهبة الزحيلي - الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الرابعة، - دار الفكر، بيروت، الجزء الخامس - الصفحة 4006.

وتفصيل ذلك كالآتي:

- 1 - أن يزيد الموهوب له في العين زيادة متصلة بها.
- 2 - موت أحد المتعاقدين بعد القبض.
- 3 - العوض: كما إذا وهب له دارا بشرط أن يعطيه العوض، فالثواب في الهبة مانع من الرجوع فيها.
- 4 - الخروج عن الملك، ويشترط في الخروج أن يكون تاما بالبيع والهبة ونحوهما.
- 5 - الزوجية: فإذا وهب الزوج لزوجته شيئا، لا يصح له الرجوع فيه لأن صلة الزوجية تجري مجرى القرابة الكاملة بدليل أنه يتعلق بها التوارث في جميع الأحوال.
- 6 - القرابة: إذا كانت الهبة لذي رحم تعتبر صلة، وهذه الصلة عوض معنوي.
- 7 - هلاك الموهوب أو استهلاكه، لأنه لا سبيل للرجوع فيما هلك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته، لأنها ليست بموهوبة، لعدم ورود العقد عليها وقبض الهبة غير مضمون²¹.

الفقرة الرابعة: المذهب الظاهري

أما الظاهرية فإنهم يرون أن الهبة عقد لازم، لا يجوز الرجوع فيه إلا في حالات محددة حينما يوجد نص يقضي بالرجوع كما في حالة هبة الوالد لولده، يقول ابن حزم: "من وهب هبة صحيحة لم يجز الرجوع فيها أصلا من يلفظ بها إلا الوالد والأم فيما أعطيا أو أحدهما لولدهما فلهما الرجوع فيه أبدا الصغير والكبير سواء، وسواء تزوج الولد أو الابن على تلك العطية أو لم يتزوج دأين أو لم يدأين، فإن فات عينها فلا رجوع لهما بشيء ولا رجوع لهما بالغلة، ولا بالولد الحادث بعد الهبة، فإن فات البعض وبقي البعض كان لهما الرجوع فيما بقي فقط"²².

الفقرة الخامسة: أسباب اختلاف المذاهب الإسلامية في مسألة الرجوع في الهبة

سبب الاختلاف كما يقول ابن رشد: "تعارض الآثار"²³ فمن لم ير الرجوع في الهبة أصلا اعتمد ظاهر حديثه صلى الله عليه وسلم: "العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه"²⁴، أو كما الرواية الثانية للبخاري: "ليس مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب

²¹ - انظر وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 4006 وما بعدها.

- عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 303 وما بعدها.

- علاء الدين بن مسعود الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الجزء السادس - الصفحة 128 وما بعدها - الطبعة الثانية 1974 - دار الكتاب العربي - بيروت لبنان.

²² - انظر: أبو محمد بن أحمد بن سعيد ابن حزم - المحلى - الجزء التاسع - الصفحة 128 - تحقيق لجنة إحياء التراث العربي في دار الأوقاف الجديدة - منشورات دار الأفاق الجديدة - بيروت.

²³ - انظر: أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد - طبعة دار الفكر - الجزء الثاني - الصفحة 249.

²⁴ - الحديث متفق عليه: أخرجه البخاري في كتاب: الهبة - باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها - الحديث 2589 - وأخرجه مسلم في كتاب: الهبات تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل - الحديث 1622.

يقيئ تم يرجع في قيئه"²⁵. وهذا مذهب أهل الظاهر أيضا حيث لم يستثن في مذهبه إلا الوالد لحديثه صلى الله عليه وسلم: "لا يحل لرجل مسلم أن يعطي العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"²⁶، أما جمهور الفقهاء فالحديث المذكور المقصود به تقبيل الرجوع في الهبة والتغليظ في الكراهية، قال الطحاوي قوله العائد في قيئه، وإن اقتضى التحريم فالزيادة الأخرى وهي قوله كالكلب تدل على عدم التحريم، لأن الكلب غير متعبد، فالقيء ليس حراما عليه والمراد التنزه عن فعل شيء يشبه فعل الكلب²⁷، ويستدل الجمهور على جواز الرجوع في الهبة بدليلين:

أما الأول ففي الكتاب: يقول سبحانه وتعالى [وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها]²⁸، والتحية تستعمل في معان ثلاث: السلام والثناء والهدية، والمراد بقوله تعالى: [أو ردوها] هو المعنى الثالث، لأن الرد إنما يتحقق في الأعيان لا في الأغراض، لأنه عبارة عن رد الشيء وهذا لا يتصور في الأغراض²⁹. أما الدليل الثاني فيتمثل في إجماع الصحابة، فقد روي عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وأبي الدرداء وغيرهم رضي الله عنهم أنهم أجازوا الرجوع في الهبة وقولهم هذا إجماعا لأنه لم يخالفهم أحد³⁰.

المطلب الثاني: الرجوع في الهبة في القانون المقارن

بعد أن تم بيان موقف بعض المذاهب الفقهية في مسألة الرجوع في الهبة، ننتقل إلى بيان موقف بعض التشريعات الحديثة من هذه المسألة والهدف من وراء ذلك هو الوقوف عند تنظيم هذه التشريعات لمسألة الرجوع في الهبة في تقنيناتها الحديثة. وقد تم التركيز في الاختيار على القانون الفرنسي، والقانون المصري باعتبار أن الأول يعد مصدرا تاريخيا لجميع القوانين العربية، وباعتبار أن الثاني من التشريعات العربية الحديثة³¹.

المملكة المغربية

²⁵ - أخرجه البخاري في كتاب الهبة - باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته - الحديث 2622.
²⁶ - رواه أحمد - والأربعة وصححه الترمذي وابن حبان والحاكم - انظر: محمد بن إسماعيل الصنعائي، سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، الطبعة الأولى، 1998، بيروت لبنان، دار إحياء التراث العربي - الصفحة 122.
²⁷ - انظر: سبل السلام - مرجع سابق - الصفحة 121. انظر: وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 4006 وما بعدها.

- عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 303 وما بعدها.
- علاء الدين بن مسعود الكاساني - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - الجزء السادس - الصفحة 128 وما بعدها - الطبعة الثانية 1974 - دار الكتاب العربي - بيروت لبنان.

²⁸ - انظر: الآية 86 من سورة النساء.
²⁹ - انظر: الكسائي - بدائع الصنائع - مرجع سابق - الجزء السادس - الصفحة 128.
³⁰ - انظر: الكسائي - بدائع الصنائع - مرجع سابق - الصفحة 128.
- انظر للمزيد من التفاصيل حول عرض هذه الأدلة وما بعدها.

- ابن حزم - المحلى - مرجع سابق - الجزء التاسع - الصفحة 127 وما بعدها.
³¹ - يعتبر قانون الالتزامات والعقود المغربي من أهم المصادر المادية للقانون المدني المصري، كما يقول الفقيه السهوري وهو من واضعي مشروع القانون المدني المصري إلى جانب الأستاذ لامبير LAMBERT.
- انظر: عبد الرزاق أحمد السهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة - الجزء الأول - الصفحة 50.

الفقرة الأولى: الرجوع في الهبة في القانون المدني الفرنسي

الأصل عدم جواز الرجوع في الهبة في القانون المدني الفرنسي ذلك ما قرره المادة 953 التي جاء فيها: "الهبة بين الأحياء لا يجوز الرجوع فيها..."³²، غير أن المشرع وبمقتضى نفس المادة نص على جواز الرجوع في الهبة في الحالات الثلاث الآتية:

1 - حالة عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها في عقد الهبة.

2 - حالة جحود الموهوب له.

3 - ولادة ابن للواهب.

كما أجازت المادة 1096 الرجوع في الهبات بين الأزواج³³.

ومن هذين النصين يتبين لنا الأسباب التي اعتمدها القانون الفرنسي لتبرير الرجوع في الهبة ومردّها إلى أسباب قانونية: كحالة ازدياد ابن للواهب، وحالات قضائية كحالي الجحود والإخلال بالالتزامات. وسوف أتعرض لهذه الأسباب ببعض من التفصيل على النحو الآتي بيانه.

أولا - عدم تنفيذ الشروط المتفق عليها في عقد الهبة

إذا أخل الموهوب له بالتزاماته التي وقع الاتفاق عليها في عقد الهبة، جاز للواهب طلب فسخ الهبة أو إلزام الموهوب له على تنفيذ الالتزامات المتفق عليها في عقد الهبة، ويعتبر هذا الفسخ هنا بمثابة رجوع في الهبة.

والقاضي يملك سلطة تقديرية واسعة للحكم بفسخ الهبة للإخلال بالالتزامات التي تقع على الموهوب له³⁴، كما يمكن للقاضي منح الموهوب له مهلة لتنفيذ الشروط المتفق عليها بموجب عقد الهبة³⁵. كما يمكن له أن يرفض دعوى الرجوع في الهبة متى كان الشرط الذي وقع الإخلال به من طرف الموهوب له ثانويا وأنه كان يمكن للواهب أن يعقد الهبة بدون الشرط لتفاهته³⁶. وأنه يمكن أن يمارس هذه الدعوى الواهب، أو ورثته عند وفاته³⁷، كما يمكن أن تمارس هذه الدعوى من طرف دائي الواهب عن طريق الدعوى غير المباشرة وفقا للمادة 1166³⁸.

³² - انظر المادة 953 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:

"La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude, et pour cause de survenance d'enfant".

³³ - انظر المادة 1096 من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها:

Toutes donations faites entre époux pendant le mariage ; quoique qualifiées entre vifs ; seront toujours révocables...

³⁴ - civ 7 nov 1911. s. 1912-1-110, 14 février 1956 sem. jur. 1956-11. 9343 note. p. voisins, bull. civ. 7. nov 75. p 62

³⁵ - Req. 31 janvier. 1899. D. P 1899. 1. 272

- Req 22 oct. 1901. D.P.1902.1. 241.note.TP

³⁶ - Terrè (F) et Lequette (y) droit civil. Précis DALLOZ 1983.N°519 Page 468

³⁷ - Req 12 juin 1897 D. P. 1898.1.35 civ. é (juillet 1911 et 16 dec. 1912.S. 1914.1. 289. note Tissieer.

³⁸ - ينص الفصل 1166 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

"Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la per »

ثانيا - جحود الموهوب له

اعتبر المشرع الفرنسي الجحود ونكران الجميل من الأسباب التي تجيز للواهب الرجوع في هبته، واعتبر جحود الواهب حاصلا في ثلاث حالات حددها حصرا في المادة 955³⁹، وبيانها كالآتي:

1 - حالة الاعتداء على حياة الواهب:

وذلك كأن يعتدي الموهوب له على الواهب بالضرب والجرح أو يحاول قتله، وليس من الضروري أن تكون الأفعال التي صدرت عن الموهوب له تشكل جريمة يعاقب عليها القانون، بل يكفي أن تظهر أمارات أو علامات تدل على نية الموهوب له بقتل الواهب⁴⁰.

2 - حالة سوء المعاملة أو ارتكاب ما يعد جنحة (délits) أو كذب جسيم:

سوء معاملة الواهب وإهانته، وارتكاب أفعال إجرامية في حقه كالاعتداء عليه بالضرب⁴¹، أو سرقة أمواله، أو خيانة الأمانة⁴² تبرر له الرجوع في الهبة، غير أنه لا تعتبر الاتهامات التي يوجهها أحد الزوجين إلى الآخر من قبيل الإهانات الموجبة للرجوع⁴³.

كما اعتبر القضاء أن خيانة العشيقه لحب الواهب لا تعتبر إهانة موجبة للرجوع في الهبة⁴⁴.

ولا تعتبر الإهانة سببا للرجوع في الهبة إلا إذا كانت لاحقة عليها⁴⁵.

3 - حالة الامتناع عن الإنفاق:

من حالات الجحود التي تبرر رجوع الواهب في هبته امتناع الموهوب له عن الإنفاق عليه إذا أدركه العوز، واحتاج إلى مساعدة بالإنفاق. والمشرع الفرنسي أجاز أن يشترط الواهب على الموهوب له الإنفاق عليه إذا أدركه العوز ويلتزم الموهوب له بالقيام بالتزامه، فإذا أخل الموهوب له بهذا الالتزام كان ذلك منه جحودا يبرر الرجوع في الهبة⁴⁶.

وعلى القاضي أن يتحرى ما إذا كان الموهوب له قد تعمد عدم الإنفاق على الواهب أم أنه يعاني من ظروف جعلته لا يقدر على الإنفاق⁴⁷.

³⁹ - ينص الفصل 955 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivants :

1 - Si la donation a attenté à la vie du donateur.

2- S'il s'est rendu coupable envers lui de sévices ,délits ou injures graves .

3- S'il lui refuse des aliments . »

⁴⁰ - انظر:

TRI B.CIV.SEIN 13 JANV .1927 GAZ .TRIB 28 SEP,Rev .Trim dr .civ .1927. 1014obs. R s avatier. Trib civ .Arras .11 déc. 1935 DP .1937-2.27 note Naset.

⁴¹ - V : paris 28 mai 1937 .384

⁴² - v: Req 20octobre 1930 .s.1931 .7.29, Rev trim de dr.civ1931 .192.obs R .Savatier

⁴³ - V : Req 10 Déc 1909.D 1901 .1.234

⁴⁴ - V : Civ 20 juillet 1936.D.H 1936 .411

⁴⁵ - V : Lyon 29 .1973. Gaz. pla 1973.2.901 note Martin, D .1976 ,14 note J .F vocuin, rev. trim. dr. Civ 1975 p 135. obs B savatier .

⁴⁶ - V : Civ 1 ,21 avril 1969 .525. Breton

⁴⁷ - V : Trib. civ. Lyon 26 mai 1952 D 1952 .629

وحق يكون إمساك الموهوب له عن الإنفاق على الواهب مبرا لهذا الأخير في الرجوع في الهبة فإنه يجب أن يكون الالتزام بالإنفاق قابلا للتنفيذ.⁴⁸

وأن يراعي في تقدير هذه النفقة حاجة الواهب وقيمة الشيء الموهوب.⁴⁹
والهبات الخاضعة للرجوع بسبب الجحود هي الهبات بعوض وهبة المجازاة rémunératoire والهبات غير المباشرة والمستترة ولا يستثنى من ذلك إلا الهبات الجارية من الغير بسبب الزواج لمصلحة الزوجين وفقا للمادة 959.⁵⁰

ثالثا - ولادة ابن للواهب

إذا وهب شخص ماله ولم يكن له وقت الهبة ابن، وبعد ذلك رزق بمولود ذكر أو أنثى جاز له الرجوع في الهبة تأسيسا على المادة 960.⁵¹
وأساس الرجوع في هذه الحالة هو أن الواهب لو كان يعتقد أنه سيكون له ابن لما أقدم على هبة أمواله للغير.⁵²

ويستفاد من المادة 961 أن الهبة تفسخ حتى ولو كان الواهب وقت الهبة جنين لم يولد.⁵³
ولادة الابن حيا هي التي تجيز الرجوع في الهبة، وقد كان يشترط لرجوع الواهب في هبته بسبب ازدياد ابن له أن يكون هذا الولد ثمرة زواج شرعي أو ولدا طبيعيا اعترف بشرعيته بمقتضى زواج لاحق، ولما جاء قانون 3 يناير 1972 اعتبر أغلب الشراح أن إنجاب ولد طبيعي يجيز الرجوع في الهبة تأسيسا على المادة 334 الفقرة الأولى، والتي تقضي بأن يكون للأولاد الطبيعيين نفس الحقوق والواجبات التي للأولاد الشرعيين في العلاقة بين آبائهم وأمهاتهم.⁵⁴

رابعا - الهبات بين الأزواج

أجاز القانون المدني الفرنسي الرجوع دائما في الهبات الجارية بين الزوجين سواء تلك التي حصلت بين أزواج المستقبل أو بمناسبة الزواج أو خلال فترة الزواج، ولم يستثن من ذلك إلا الهبات الجارية من الغير بسبب الزواج لمصلحة الزوجين المستقبلية.⁵⁵

⁴⁸ - V : Paris 15 Décembre 1955. J.C. P 1956. 11. 9498 note. A. P

⁴⁹ - V : Ravel (janine) la révocation des donations pour refus d'aliments. Rev. De dr civ 1979. page 276

⁵⁰ - تنص المادة 959 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude."

⁵¹ - تنص المادة 960 من القانون المدني الفرنسي على ما يلي:

« Toutes donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur de mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation. »

⁵² - انظر:

Marty (G) et Raynaud (P) Droit civil, les successions et les libéralités. Cit n° 525, page 407. 1983.

⁵³ - انظر: المادة 961 من القانون المدني الفرنسي التي تنص على أنه:

« Cette révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur ou de la donatrice fût conçu au Temps de la donation. »

⁵⁴ - انظر في الانتصار لهذا الرأي م س:

Marty et Raynaud cit n° 529 page 409

⁵⁵ - انظر:

Chevalier (j) De la révocation pour cause d'ingratitude des libéralités entre époux et futurs époux Rev crit de légi, et de jurispr 1933. Page 257 etc.

الفقرة الثانية: الرجوع في الهبة في القانون المدني المصري

أحكام الهبة في القانون المدني المصري مستمدة من فقه المذهب الحنفي، وهو يجيز الرجوع في الهبة كأصل عام إلا إذا وجد مانع من الرجوع. والرجوع في الهبة في القانون المصري يتم إما بالتراضي أو بالتقاضي⁵⁶.

أولا - الرجوع في الهبة بالتراضي

اتفاق الأطراف على الرجوع في الهبة يعتبر إقالة، ولا تتميز الهبة في ذلك عن سائر العقود سوى أن لهذه الإقالة أثرا رجعيا يجعل الهبة كأن لم تكن، لذلك وجب حماية حقوق الغير حسن النية التي اكتسبها من الموهوب له قبل الإقالة، والإقالة جائزة ولو وجد مانع من موانع الرجوع، ولو لم يكن لدى الواهب أي عذر مقبول يبرر رجوعه في الهبة⁵⁷.

ثانيا - الرجوع في الهبة بالتقاضي

يشترط القانون لصحة الرجوع في الهبة قضاء ثلاثة شروط هي:

1 - أن يستند الواهب إلى عذر مقبول.

2 - انتفاء المانع من الرجوع.

3 - صدور حكم بالرجوع.

وتفصيل هذه الشروط كالآتي:

1 - الأعذار المبررة للرجوع في الهبة:

يعتبر من الأعذار المبررة للرجوع في الهبة قضاء في القانون المصري جحود الموهوب له، وعجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه، ولأسرته، وازدياد مولود له، ذلك ما يستفاد من نص المادة 501 من التقنين المدني المصري، وبالرغم من تعداد المادة المذكورة لهذه الأعذار فقد ذهب الفقه على أن هذه الأعذار المذكورة بالنص لا تعدو أن تكون أمثلة يقاس عليها، وأنه يمكن أن تكون هناك أعذار أخرى تبرر الرجوع كعدم أداء العوض من طرف الموهوب له في حالة اقتران الهبة بعوض⁵⁸.

⁵⁶ - تنص المادة 500 من القانون المدني المصري على أنه: "يجوز للواهب أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك، فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع، متى كان يستند في ذلك إلى عذر مقبول، ولم يوجد مانع من الرجوع".

⁵⁷ - انظر: السنيهوري، م س الجزء الخامس، الصفحة 182.

محبي الدين إسماعيل علم الدين، أصول القانون المدني، الجزء الثاني، العقود المسماة، الطبعة غير مذكورة، مطبعة الساحل، الرباط، الصفحة 49.

⁵⁸ - انظر: السنيهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 199 و 200.

- محبي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 54.

وبيان الأعدار المبررة للرجوع في الهبة المستمدة من نص المادة 501 من القانون المدني المصري كالاتي⁵⁹:

أ - جحود الموهوب له

جحود الموهوب له نحو الواهب أو أحد أقاربه يشكل عذرا يبرر الرجوع في الهبة، وقد يكون هذا الجحود بإيذاء الواهب أو الاعتداء على حياته أو حياة قريب له أو سبه أو قذفه أو الاعتداء على ماله أو المس بعرضه وشرفه.

ولا يشترط أن يكون الاعتداء والمس بعرض الواهب جريمة يعاقب عليها القانون⁶⁰.

وعلى عكس القانون الفرنسي فإن المشرع المصري لم يحدد الحالات التي تنطوي على جحود الموهوب له، وبذلك وضع معيارا مرنا بدلا من قاعدة جامدة حتى يواجه بمرونته الحالات المتنوعة والظروف المختلفة، وقاضي الموضوع هو الذي يقرر ما إذا كان ذلك الفعل الصادر من الموهوب له يشكل جحودا يبرر رجوع الواهب في هبته، فمتى استند القاضي إلى أسباب مسوغة واعتبر العمل الصادر من الموهوب له جحودا كبيرا، جاز له الحكم بفسخ الهبة دون تعقيب على قضائه من محكمة النقض⁶¹.

ب - عجز الواهب عن توفير أسباب المعيشة لنفسه أو عجزه عن النفقة على من تجب عليه نفقتهم

ضيق عيش الواهب وعجزه عن الإنفاق على نفسه وعلى من تجب عليه نفقتهم يشكل مبررا معقولا للرجوع في الهبة، ولا يمنع الرجوع استعداد الموهوب له للإنفاق على الواهب أو تقديم مساعدة مالية له، ولقاضي الحكم كامل السلطة التقديرية للقول بما إذا كان الواهب يعاني من ضيق مالي يبرر رجوعه في الهبة⁶².

ج - أن يرزق الواهب بولد

ويفترض في هذه الحالة أن الواهب لم يكن له ولد وقت الهبة ثم رزق بعدها بولد أو كان له ولد ظنه ميتا ثم ظهر حيا. وهذا العذر أيضا لا يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها بل يجب رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بفسخها بخلاف القانون الفرنسي الذي يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها⁶³.

⁵⁹ - تنص المادة 501 مع التقنين المدني المصري على ما يلي:

"يعتبر بنوع خاص عذرا مقبولا للرجوع في الهبة:

أ - أن يخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب أو نحو أحد أقاربه بحيث يكون هذا الإخلال جحودا كبيرا من جانبه.
ب - أن يصبح الواهب عاجزا عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو أن يصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

ج - أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع أو أن يكون للواهب ولد يظنه ميتا وقت الهبة فإذا به حي".

⁶⁰ - انظر: السنيهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 200 و201.

- محي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 54.

⁶¹ - انظر: السنيهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 201.

⁶² - انظر: السنيهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 201 و203.

- محي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 54.

⁶³ - انظر: السنيهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 203 و204.

2 - موانع الرجوع في الهبة

نصت المادة 502 من التقنين المدني المصري على حالات مانعة من الرجوع في الهبة، ويقسم الفقه هذه الموانع إلى قسمين: موانع مصاحبة وموانع طارئة.⁶⁴

وبيان هذه الموانع المستمدة من نص المادة 502 كالآتي:⁶⁵

أ - الموانع المصاحبة

وهذه الموانع تشمل الهبة بدون عوض والصدقة والهبة بين الزوجين والهبة لذي رحم محرم، فالهبة بعوض تمنع الواهب من الرجوع في هبته متى قام الموهوب له بالوفاء بالالتزام بالعوض، كذلك لا يجوز الرجوع في الصدقة ولو كانت لغني، وكذلك كل عمل من أعمال البر كبناء المستشفيات والمدارس ودور الرعاية، كذلك لا يجوز رجوع أحد الزوجين فيما وهبه للآخر أثناء الزوجية، أما الهبة السابقة للزوجية أو اللاحقة لها كالتى تتم بعد الطلاق، فإنه في هاتين الحالتين يجوز للواهب الرجوع في هبته، كذلك لا يجوز الرجوع في الهبة الصادرة لذي رحم محرم، وعلى ذلك تكون الهبة لذي رحم غير محرم كأولاد الخالات والأخوال والعمات يجوز الرجوع فيها، كذلك الهبة لمحرم غير ذي رحم كأم الزوجة يجوز الرجوع فيها.⁶⁶

ب - الموانع الطارئة

الموانع الطارئة هي التي تحدث بعد انعقاد الهبة ك وفاة أحد طرفيها، فموت الواهب يمنع ورثته من الرجوع في الهبة لأن الرجوع من الحقوق المتصلة بشخص الواهب لذلك لا يورث حق الرجوع في الهبة. وإذا مات الموهوب له انتقل الملك إلى الورثة، فيرجح حق الورثة باعتباره أقوى من حق الواهب في الرجوع في الهبة لأن الملك انتقل إليهم من جهة الموروث لا الواهب، كما أن هلاك الشيء الموهوب مانع من الرجوع في الهبة سواء كان الهلاك بسبب أجنبي أو بفعل الموهوب له، وإذا كان الهلاك جزئيا جاز الرجوع في الهبة فيما بقي من الشيء الموهوب، ويستوي مع الهلاك تبدل حال الشيء الموهوب كأن تكون الهبة قمحا فيصير خبزا، أو ذهباً فيصير حلياً.⁶⁷

المملكة المغربية

الجزء الخامس - الصفحة 187-188-189.

64 - انظر: السنهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 50 و51.

65 - تنص المادة 502 من التقنين المدني على أن: "يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

- 1- إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته، فإذا زال المانع عاد حق الرجوع.
- 2- إذا مات أحد طرفي عقد الهبة.
- 3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفاً نهائياً، فإذا اقتصر على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.
- 4- إذا كانت الهبة لذي رحم محرم.
- 5- إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو يحدث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال، فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي.
- 6- إذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة.
- 7- إذا كانت الهبة صدقة أو عملاً من أعمال البر."

66 - انظر: السنهوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 190 إلى 193.

- محي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 51 وما بعدها.

67 - انظر محي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 52 وما بعدها.

كذلك يمنع الرجوع في الهبة إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بالبيع أو غيره من التصرفات الناقلة للملك، كما يمتنع الرجوع في الهبة إذا زاد الشيء الموهوب زيادة متصلة تزيد في قيمته، سواء كانت متولدة منه مثل الزرع والنبات في الأرض الموهوبة أو نمو الحيوان الموهوب وكبره، فإذا زالت الزيادة أمكن الرجوع في الهبة، كان يحصد الزرع مثلاً، أما إذا كانت الزيادة منفصلة فإنه يمكن للواهب الرجوع عن هبته سواء كانت الزيادة متولدة عن الشيء كنتاج الماشية أو غير متولدة كريع الدار⁶⁸.

3 - صدور حكم بفسخ الهبة

متى توافرت أسباب الرجوع في الهبة وانتفت الموانع فإن الهبة لا تفسخ تلقائياً بل لابد من صدور حكم من طرف القاضي. ودعوى الرجوع في الهبة تخضع في القانون المصري للقواعد العامة فلا تتقدم إلا بمرور خمس عشرة سنة من وقت قيام العذر⁶⁹.

وتجدر الإشارة إلى أنه يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي أو التقاضي أن تعتبر الهبة كأن لم تكن، ولا يرد الموهوب له الثمار إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى، وللموهوب له الرجوع على الواهب بجميع المصروفات الضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجوز الرجوع فيها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب تأسيساً على المادة 503 من التقنين المدني المصري، أما بالنسبة للغير فإن الهبة ليس لها أثر رجعي وأنه يتعين حماية حقوق الغير حسن النية⁷⁰.

المبحث الثاني:

الرجوع في الهبة في القانون المغربي

بعد أن تم التعرض لمسألة الرجوع في الهبة لدى بعض المذاهب الفقهية وبعض التشريعات الحديثة ننقل إلى بيان أحكام الرجوع في الهبة في القانون المدني المغربي، وما ينبغي التأكيد عليه هو أن الهبة في القانون المغربي عقد لازم لا يجوز الرجوع فيها أصلاً لأنها تتم وتلزم بمجرد العقد، وعقدها يتم بالإيجاب والقبول، سواء عقدت لأجنبي أو لذي رحم محرم أو غير محرم، غير أن المشرع لاعتبارات خاصة أجاز الرجوع لبعض الأشخاص في حالات معينة ووفق شروط معينة، ودراسة هذا المبحث تقتضي تقسيمه إلى ثلاثة مطالب:

- المطلب الأول: نطاق الرجوع من حيث الموضوع.
- المطلب الثاني: نطاق الرجوع من حيث الأشخاص.
- المطلب الثالث: صيغة الرجوع وأثره.

⁶⁸ - انظر: السنهاوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 193 إلى 197.

- محي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 52 وما بعدها.

⁶⁹ - انظر: السنهاوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - هامش الصفحة 202.

⁷⁰ - انظر: السنهاوري - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 205 وما بعدها.

- محي الدين إسماعيل علم الدين - مرجع سابق - الصفحة 55 وما بعدها.

المطلب الأول: نطاق الرجوع من حيث الموضوع

الهبة قد تكون بدافع التودد والإكرام والألطف، وقد تكون ابتغاء وجه الله وثواب الآخرة فتسمى صدقة، وقد تكون ابتغاء الرشد والمنفعة كالهدايا المتبادلة بين الخطيبين⁷¹. وقد عرفت مدونة الحقوق العينية الهبة بأنها: "تمليك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض"⁷²، وسلامة النظر في هذا التعريف، وصحة التعامل معه يتطلب التنبيه على أن الهبة المعرفة بنص المادة 273 من المدونة تشمل هبة العقار، والحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية⁷³ فقط، 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، والصدقة ثلاث أنواع:

1 - الصدقة لفظاً ومعنى كإعطاء الفقير مالا بلفظ الصدقة.

2 - الصدقة معنى فقط كإعطاء مال للفقير أي المحتاج بلفظ الهبة.

3 - الصدقة لفظاً كإعطاء الغني مالا بلفظ الصدقة⁷⁴.

والصدقة بأنواعها الثلاث لا يجوز الرجوع فيها مطلقاً سواء من طرف الأب أو الأم أو غيرهما⁷⁵. لأن الصدقة لله وما كان لله فلا رجوع فيه سواء كان المتصدق أباً لابن صغير أو كبير، أو غير الأب من سائر الناس كلهم لا رجعة له فيها ولا ثواب عليها⁷⁶.

ولا يجوز للمتصدق تملكها مرة ثانية ولو بالشراء، لما صح عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان ينهي عن ذلك كما نهى عمر بن الخطاب وزيد بن حارثة عن شراء الفرس الذي حمل عليه في سبيل الله، وقال صلى الله عليه وسلم: "لا تشتريه وإن أعطاكه بدرهم، إن الذي يعود في صدقته كالكلب يعود في قيئه"، ولذا قال مالك رحمه الله: "لا يشتري الرجل صدقته لا من الذي تصدق بها عليه ولا من غيره"، قاله في المدونة⁷⁷، وفي القوانين الفقهية: "والهبة لوجه الله تسمى صدقة فلا رجوع فيها أصلاً ولا اعتصاراً ولا ينبغي

المعيار الأعلى للسلطة القضائية

71 - انظر: السيد سابق - فقه السنة، الطبعة الثانية 1990، دار العلم للملايين - الجزء الثالث - الصفحة 322.

72 - انظر: المادة 273 من مدونة الحقوق العينية.

73 - عرفت مدونة الحقوق العينية الحق العيني العقاري في المادة 8 بأنه: "... سلطة مباشرة يخولها القانون لشخص معين على عقار معين، ويكون الحق العيني أصلياً أو تبعياً"، ومن أجل الوقوف على تعداد هذه الحقوق يراجع المواد 9 و10 من ذات المدونة.

74 - انظر: علي حيدر - درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهد الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت لبنان، الكتاب السابع - الصفحة 426.

75 - انظر: عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، الطبعة الأولى، الدار البيضاء، 1992 مطبعة النجاح الجديدة - الصفحة 198.

- عبد الرحمان بلعكيد - الهبة في المذهب والقانون، الطبعة الأولى 1997 مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء - الصفحة 322.

76 - انظر: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن محمد ابن عبد البر - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي - الصفحة 533.

77 - انظر: أبو بكر بن حسن الكشناوي - أسهل المدارك شرح إرشاد السالك في فقه إمام الأئمة مالك - الجزء الثالث - الصفحة 94 - الطبعة الثانية - دار الفكر.

للوهاب أن يرتجعها بشراء ولا بغيره وإن كانت شجرة فلا يأكل من ثمرها وإن كانت دابة فلا يركبها"⁷⁸، غير أنهم جوزوا إعادة تملكها بالميراث، كأن يموت المتصدق عليه ويورثه المتصدق، فإنه يحل له ذلك⁷⁹، قال الشيخ خليل رحمة الله عليه: "وكره تملك صدقة بغير ميراث"⁸⁰، وقال اللخمي ومشهور المذهب حمل النهي على النذب وحمله الدواوي على التحريم واستظهره ابن عرفة وأبو الحسن⁸¹، وقد نظم بعضهم هذه الأحكام بقوله:

وهبة بصلة الرحم أو لفقير عن رجوعها نهوا

والصدقات لا رجوع فيها ولو على الولد لا تنفيها⁸²

حاصل ما ذكر أن كل ما كان بلفظ الصدقة أو معناها لا يجوز الرجوع فيه مطلقا، وفي تحفة ابن عاصم ما نصه:

وكل ما يجري بلفظ الصدقة فالاعتصار أبدا لن يلحقه⁸³،

وفي عدم جواز اعتصار الهبة للفقير لأنها بمعنى الصدقة يقول ابن عاصم:

وفقر موهوب له ما كانا لمنع الاعتصار قد أبانا⁸⁴

وهذا الفقه هو الذي تبنته مدونة الحقوق العينية بالنص في المادة 291 على أنه: "تسري على الصدقة أحكام الهبة مع مراعاة ما يلي:

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقا؛

- لا يجوز ارتجاع الملك المتصدق به إلا بالإرث".

ومما يجب التنبيه عليه هنا أنه متى اشترط المتصدق حق الرجوع في الصدقة جاز له ذلك، وفي مختصر الشيخ خليل رحمه الله عاطفا على ما يستثنى من الاعتصار: "... إلا فيما أريد به الآخرة، كصدقة بلا شرط..."⁸⁵، ومما يجب التنويه عليه حفظا للحقوق وقطعا للنزاع ما قضت به محكمة النقض وهي تبنت تحت مسمى المجلس الأعلى من أن الرسم المحرر بالفرنسية بعنوان "aumônière donation" يعتبر هبة لا صدقة لخلوه من ألفاظ الصدقة المنصوص عليها فقها، وهكذا جاء في قرارها: "لكن حيث إن

78 - انظر: أبو القاسم محمد بن أحمد ابن جزي، القوانين الفقهية، تحقيق وتخريج عبد الله المنشاوي، دار الحديث القاهرة طبعة 2005 - الصفحة 295.

79 - انظر: ابن عبد البر - الكافي - مرجع سابق - الصفحة 533.

80 - انظر: متن مختصر الشيخ خليل، طبعة حجرية - باب هبة تملك بلا عوض.

81 - انظر: أحمد بن غنيم بن سالم النفراوي - الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت - الجزء الثاني - الصفحة 172.

82 - انظر: الهادي الدرقاش - فقه الرسالة متنا ونظما وتعليقا - الصفحة 319 - مكتبة الفقه المالكي بالقيروان - الطبعة الأولى 1989 - دار قتيبة - بيروت.

83 - أبو بكر محمد بن محمد ابن عاصم، تحفة الحكام فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك، منشور ضمن مجموع يسمى المجموع الكبير من المتون فيما يذكر من الفنون، الطبعة الثالثة 1345، دار الفكر.

84 - انظر: تحفة الحكام فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك، م س.

85 - انظر: متن مختصر الشيخ خليل، باب الهبة تملك بلا عوض، م س.

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 ليس بالعقد ما يؤيده... تكون قد طبقت القواعد الفقهية في النازلة تطبيقاً صحيحاً...⁸⁶، أما ما جاء بلفظ الهبة أو ما في معناها فيجوز الرجوع فيه في حالات معينة وفق ما سيأتي بيانه، غير أنه متى اشترط الواهب عدم الرجوع في الهبة فإنه يلزمه شرطه، ولا يصح رجوعه حسب القول الراجح في المذهب، وعلى هذا القول اقتصر الزرقاني وغيره وهوما يفيد ترجيحه⁸⁷، وعلى ذلك جرى قضاء محكمة النقض⁸⁸.

المطلب الثاني: نطاق الرجوع من حيث الأشخاص

أجاز القانون المغربي الرجوع في الهبة بمقتضى المادة 283 من مدونة الحقوق العينية بالنص على أنه:

"يراد بالاعتصار رجوع الواهب في هبته، ويجوز في الحالتين التاليتين:

أولاً: فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصراً كان أو راشداً،

ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته".

كما نصت مدونة الأسرة في المادة الثامنة على أن: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله. ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال"، ويظهر من هذه النصوص أن الرجوع في الهبة يجوز للأبوين، كما يجوز للأجنبي، وللخطيبين، وقد تحول موانع طارئة دون اعتصار الهبة، وتفصيل ذلك فيما يأتي في فقرات أربع.

الفقرة الأولى - رجوع الأبوين: المملكة المغربية

أجاز الفقهاء الرجوع في الهبة بالنسبة للأبوين فقط، لحديثه صلى الله عليه وسلم: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما أعطى لولده"⁸⁹، وجاء في المدونة عن اعتصار الأم ما وهبته لأبنائها: "قلت رأيت إذا وهبت الأم لأولادها أيجوز لها أن تعتصر منه شيئاً أم لا؟ قال: إذا وهبت الأم

⁸⁶ - انظر: قرار المجلس الأعلى عدد 04 بتاريخ 2010/01/06 ملف 2008/1/2/399.

⁸⁷ - انظر: أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، مواهب الخلاق - في شرح لامية الزقاق، الطبعة الثانية، 1955 - الجزء الأول - الصفحة 282.

⁸⁸ - قرار المجلس الأعلى عدد 177 بتاريخ 2007/04/09 في الملف 2007/1/2/231.

- قرار المجلس الأعلى عدد 575 بتاريخ 2012/09/04 في الملف 2007/1/2/305.

⁸⁹ - أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن ابن عمر وابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الترمذي حديث صحيح، ورواه ابن حبان والحاكم عن ابن عباس وصحاحه، ورواه أحمد والطبراني والدارقطني وعبد الرزاق عن طاووس عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلاً، وله طريق آخر عند النسائي وابن ماجه عن عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ "لا يرجع في هبته إلا الوالد من ولده" انظر: سبل السلام - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 90.

لأولادها، أو نحلهم، ولهم أب، فإن الأم تعتصر ذلك كما يعتصر الأب، وما نحلّت أو وهبت الأم لأولادها الصغار، ولا أب لهم، فإنها لا تعتصر ذلك، وليس يعتصر ما يوهب لليتامى ولا ما ينحلون".⁹⁰

وبناء على ما تقدم، يجوز للأب اعتصار الهبة من ابنه سواء حيزت الهبة أو لم تحز وسواء كان الابن صغيراً أو كبيراً وفي مختصر الشيخ خليل: "ولأب اعتصارها من ولده"⁹¹، وفي شرحه يقول الخرشي: "والمعنى أن الأب إذا وهب لولده فإنه يجوز له أن يعتصرها منه مطلقاً، أي سواء كان الولد صغيراً أو كبيراً، ذكراً أو أنثى، غنياً أو فقيراً، حيزت الهبة أو لا على المشهور...".

وذكر الباجي في (المنتقى) اختلاف الرواية عن الإمام مالك بخصوص اعتصار الجد ما وهبه الوالد لولده، فروى عنه ابن وهب أنه لا يعتصر، ولا يلزم النفقة وإن كان يرث معه الإخوة، وروى عنه أشهب أن الجد يعتصر كأب وبه قال ابن عبد الحكم والقول الأول هو المشهور في المذهب⁹² وللأم اعتصار ما وهبته لولدها سواء كان كبيراً أو صغيراً ما دام الأب حياً ولو مجنوناً زمن الهبة سواء كان الأب والابن موسرين أو معسرين⁹³، أما إن كان الابن صغيراً زمن الهبة ولا أب له، فلا اعتصار لها ولو بلغ قبل الاعتصار⁹⁴، أما لو وهبت الصغير ذا الأب ثم مات أبوه والصبي صغير ففي المسألة قولان أحدهما أن لها الاعتصار⁹⁵، وهو ظاهر قول الشيخ خليل في مختصره: "ولأب اعتصارها من ولده كأم فقط وهبت ذا أب وإن مجنوناً ولو تيتم على المختار"⁹⁶، واليتيم من جهة الأب، فمن مات أبوه صغيراً يسمي يتيماً إلى أن يبلغ فلا يسمي يتيماً⁹⁷، وما ذهب إليه المصنف هو اختيار اللخمي⁹⁸، ويرى ابن الماجشون أن الأم تعتصر إن كانت وصياً على الأبناء أو كانت الهبة لم تحز في حياة الأب⁹⁹، ولا تلحق الجدة بالأم على المشهور في المذهب¹⁰⁰، وفي معين الحكام: "واختلف قول مالك رحمه الله في الجد والجدة، فروى عنه ابن القاسم: أنهما لا

⁹⁰ - انظر: المدونة الكبرى - الجزء الخامس - الصفحة 135.

⁹¹ - انظر: متن الشيخ خليل - طبعة حجرية - مرجع سابق.

⁹² - انظر: أبو عبد الوليد الباجي - المنتقى شرح موطأ الإمام مالك - الجزء السادس - الصفحة 117 - الطبعة الرابعة 1984 - دار الكتاب العربي - بيروت.

⁹³ - انظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، بيروت لبنان، الجزء الثاني، الصفحة 246.

- انظر: النفراوي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 170.

- انظر: ابن جزي - مرجع سابق - الصفحة 295.

⁹⁴ - انظر: الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 307.

⁹⁵ - انظر: النفراوي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 170.

- انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 247.

- انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير دار الفكر، الجزء الرابع، الصفحة 111.

⁹⁶ - انظر: متن الشيخ خليل - مرجع سابق.

⁹⁷ - انظر: النفراوي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 170.

⁹⁸ - انظر: عبد السمیع الابی، جواهر الإكليل - دار الفكر بيروت - الجزء الثاني - الصفحة 215.

⁹⁹ - انظر: ابن جزي - مرجع سابق - الصفحة 295.

- انظر: أبو عبد الوليد الباجي، المنتقى شرح الموطأ للإمام مالك، الطبعة الرابعة، دار الكتب العربي، بيروت، الجزء السادس - الصفحة 117.

- انظر: عبد الكريم شهبون، عقود التبرع في الفقه المالكي، الطبعة الأولى 1992، مطبعة النجاح الجديدة، الصفحة 199.

¹⁰⁰ - انظر: ابن جزي - مرجع سابق - الصفحة 295.

يعتصران"¹⁰¹، ولما تبين أن لفظ الوالدين يشمل الأب المباشر دون الجد والأم المباشرة دون الجدة فإن لفظ الولد يقتصر على الابن المباشر فلا يتعداه إلى ابن الابن وما نزل. وإلى بعض هذه الأحكام أشار ابن عاصم في تحفته قال:

الاعتصار جاز فيما يهب أولاده قصدا لمحبة الأب

والأم ما حي أب تعتصر وحيث جاز الاعتصار يذكر

وضمن الوفاق في الحضور إن كان الاعتصار من كبير¹⁰².

ومدونة الحقوق العينية نصت في المادة 283 على جواز الاعتصار: "فيما وهبه الأب أو الأم لولدهما قاصرا كان أو راشدا"، وبذلك قصرت الاعتصار غير المشروط بالعجز عن الإنفاق على الأبوين دون الجد والجدة، وسوت فيه بين الأب والأم، وقصرته أيضا على الابن المباشر دون ابن الابن وما نزل.

وقد نص الفقهاء على أن للأبوين الرجوع في الهبة سواء ذكر في عقد الهبة أنه سلط عليها حكم الاعتصار أو هبة يصح اعتصارها أو لم يذكر ذلك في العقد، لأن السنة أوجب أن للأب الاعتصار، ومن باب الكمال وحسم مادة الخلاف ولئلا ينازع الولد أباه إذا اعتصر منه ما سبق أن وهب له -استحسن الفقهاء أن يضمن في وثيقة الهبة- وسلط عليها حكم الاعتصار¹⁰³، وأنه متى كان الولد المعتصر منه كبيرا فينبغي أن يحضر قرار الاعتصار قال ابن عاصم:

وضمن الوفاق في الحضور إن كان الاعتصار من كبير¹⁰⁴

ومدونة الحقوق العينية نصت في المادة 284 على أنه: "لا يجوز للواهب أن يعتصر ما وهب إلا إذا أشهد بالاعتصار، وتم التنصيب عليه في عقد الهبة، وقبل ذلك الموهوب له". كما نصت في المادة 286 على أنه: "لا يمكن الاعتصار إلا بحضور الموهوب له وموافقته، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفائدة الواهب". والإشهاد على الاعتصار، وقبول الموهوب له ذلك، وشرط حضوره وقبوله أيضا متطلب سواء عقدت الهبة للأبناء أو لغيرهما.

المملكة المغربية

الفقرة الثانية - رجوع الواهب العاجز عن الإنفاق

وسعت مدونة الحقوق العينية من دائرة الأشخاص الذين يحق لهم الرجوع في الهبة، أسوة ببعض التشريعات العربية بالنص في الفقرة الثانية من المادة 283 على أنه: "إذا أصبح الواهب عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته"، وبذلك فتحت الباب أمام كل واهب تبدلت حالته من ستر أو يسر إلى عجز أو عسر من الرجوع في ما سبق أن بتله هبة لغيره متى أصبح عاجزا عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته، ويظهر أنه ليتحقق رجوع الواهب في هذه الحالة أن يثبت:

¹⁰¹ - انظر: أبو إسحاق إبراهيم بن الحسن بن عبد الرقيق، معين الحكام على القضايا والأحكام، طبعة 1989، دار الغرب الإسلامي، بيروت - الجزء الثاني - الصفحة 762.

- النفراوي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 170.

¹⁰² - انظر: متن تحفة الحكام في مجموع المتن - مرجع سابق - الصفحة 57 وما بعدها.

¹⁰³ - انظر: أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة - الجزء الثاني الطبعة الثالثة 1977، دار المعرفة، بيروت لبنان - الصفحة 247.

¹⁰⁴ - انظر: متن تحفة الحكام فيما يلزم القضاة من الأحكام في مذهب الإمام مالك، م س.

أولاً: عجزه عن الإنفاق، وأن هذا العجز جاء لاحقاً على عقد الهبة، وذلك بإثبات طرو الفقر ببينة معتبرة شرعاً.

ثانياً: عجزه عن الإنفاق على نفسه، وعلى من تلزمه نفقته، ومن المعلوم وفقاً لأحكام المادة 187 من مدونة الأسرة أن: "أسباب وجوب النفقة على الغير: الزوجية والقربة والالتزام". وتفصيل ذلك يسمح برجوع الواهب فيما وهبه متى عجز عن الإنفاق على زوجته، وإن تعددت¹⁰⁵، ونفقة مطلقة حال وجوبها¹⁰⁶، وهل يتسع الأمر ليشمل حتى مستحقات المطلقة من متعة وغيرها؟¹⁰⁷، كما يسمح الرجوع للواهب فيما وهبه متى عجز عن الإنفاق على أبنائه الملزم بالنفقة عليهم طبقاً لأحكام مدونة الأسرة¹⁰⁸، لكن متى كان الواهب قادراً على الإنفاق على نفسه، وعجز عن الإنفاق على أبنائه الذين تجب عليه نفقتهم، فإن نفقتهم تجب في هذه الحالة على أمهم الموسرة وفقاً للمادة 199 من مدونة الأسرة، فهل يجوز له الرجوع في الهبة مع أنه أضحى غير ملزم بنفقة الأبناء لأن القانون أوجبه على أمهم الموسرة؟ وتأمل الأمر بإنصاف تجد أن القول بحقه مع ذلك في الرجوع في الهبة يحتاج إلى أكثر من مرجح، خاصة إذا انطلق التفكير من أن الأصل في العقود اللزوم، وأن الرجوع في الهبة استثناء، وأن الاستثناء لا يتوسع في تفسيره، وإلا ابتلع القاعدة فتصبح هي الاستثناء.

الفقرة الثالثة - رجوع الخاطب فيما أهداه لخطيبته

الخطبة وعد متبادل بين رجل وامرأة على الزواج في المستقبل، والمادة 5 من مدونة الأسرة تنص على أن: "الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج. تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا". وقد اختلفت المذاهب حول مصير الهدايا المتبادلة بين الخطيبين حالة فسخ الخطبة، فذهب الشافعية إلى وجوب ردها مطلقاً كانت باقية أم غير باقية، فإن كانت باقية ردت بعينها وإن هلك أو استهلك وجب رد مثلها أو قيمتها سواء أكان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة. وذهب الحنفية إلى وجوب رد الهبة ما دامت موجود بعينها، فإن هلك أو استهلك امتنع الرجوع، ونظر المالكية إلى سبب الرجوع فإن كان العدول عن الخطبة من الخاطب ما جاز له الرجوع في الهدايا التي سبق أن قدمها للمخطوبة، وإن كان العدول من المخطوبة وجب عليها رد ما أخذته بعينه إن كان موجوداً وإلا ردت مثله أو قيمته إن هلك واستهلك.

وهو الرأي الذي اعتمدته مدونة الأسرة في المادة الثامنة¹⁰⁹.

ومن هذا يتبين للخاطب أن يسترد الهدايا التي كان قد أهداها لخطيبته متى كان سبب العدول عن الخطبة لا يعزى إليه سواء كان العدول عن الخطبة من طرف المخطوبة بمبرر أو بدون مبرر، ذلك أن

¹⁰⁵ - انظر: المواد 194، 195، 196 من المدونة المتعلقة بنفقة الزوجة.

¹⁰⁶ - انظر: المادة 84 من المدونة.

¹⁰⁷ - انظر: المادة 84 من المدونة.

¹⁰⁸ - انظر المادة 198 من المدونة.

¹⁰⁹ - انظر: المادة 8 من مدونة الأسرة التي تنص على أن: "لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، ما لم يكن العدول عن الخطبة من قبله، ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال".

الخاطب كان قد وهب بشرط إتمام الزواج، ولما تسببت المخطوبة في عدم إتمامه جاز له استرجاع ما أهداه لها من هدايا وهبات خلال الخطبة، وقد حكم القضاء بأحقية الخاطب في استرجاع هداياه عندما تبين له أن ما قامت به المخطوبة من تصرفات تجاه خطيبها الأول تنم عن سوء نية واعتبر معه العدول عن الخطبة من جانبها¹¹⁰.

وقد ذهب المجلس الأعلى في أحد قراراته إلى إلقاء عبء الإثبات على الخطيبة وهكذا جاء فيه: "... بما أن المدعى عليها هي التي تستفيد من تملكها الهدية التي أهديت لها بمناسبة الخطبة، فإنه كان عليها أن تثبت أنها فعلت كل ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعى بإتمام عقد الزواج بها، وأنه هو الذي كان يماطل إلى أن تخلص عنها نهائياً، ولذلك فما اعتمدته المحكمة من أن المدعي لم يسبق له ابتدائياً أن نسب للمدعى عليها ذلك وإنما تمسك به في المرحلة الاستثنائية، وأن ذلك يشكل قرينة على أنه هو الذي لم تكن له رغبة في إتمام الزواج بها هو استنتاج فاقد الأساس"¹¹¹.

وللمخطوبة أيضاً استرداد الهدايا التي قدمتها لخطيبها متى كان العدول عن إتمام الزواج من الخاطب وذلك خلافاً لما كانت تنص عليه مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في الفصل الثالث، والذي نادى بعض الفقهاء في ظلّه بأحقية المخطوبة في استرداد الهدايا متى كان العدول عن إتمام الزواج من الخاطب¹¹². ومما تجدر الإشارة إليه أن للخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا بعينها إن كانت موجودة، أو قيمتها أو مثلها إن استهلك أو تلفت¹¹³.

ويجب التمييز بين حكم الهدايا أثناء الخطبة والهدايا أثناء الزواج، ذلك أن ما يهبه الزوج لزوجته قبل البناء أو بعده من المنقول والعقار لا يجوز له الرجوع فيه سواء اتخذ شكل هدية أو هبة أو غيرها ما دامت الرابطة الزوجية قائمة بينهما¹¹⁴، إلا أن يكون ما قدمه لزوجته كان على وجه العارية وأثبت ذلك

¹¹⁰ - انظر قرار محكمة الاستئناف بمكناس - صادر بتاريخ 7 أكتوبر 1980 - منشور بمجلة رابطة القضاء - العددان 8 و 9 - الصفحة 155 - أشار إليه محمد الكشور في كتابه الوسيط في الأحوال الشخصية - مرجع سابق - الصفحة 104 و 105.
- كما أشار إليه محمد الشافعي - هامش الصفحة 23 من كتابه "أحكام الأسرة في ضوء مدونة الأحوال الشخصية - الطبعة الأولى 1993 - المنشورات الجامعية المغربية.

- راجع للمزيد حول هذا الحكم تعليق أحمد الجراوي - منشور مجلة رابطة القضاء العددان 8 و 9 - الصفحة 164.

¹¹¹ - انظر: قرار الغرفة المدنية عدد 881 بتاريخ 78/12/13 في القضية عدد 67703

- أشار إليه ذ. أحمد الخليلي - في كتاب التعليق على مدونة الأحوال الشخصية - مرجع سابق - الصفحة 50.

¹¹² - انظر: الشافعي محمد - مرجع سابق - الصفحة 23.

- انظر: أحمد الخليلي - التعليق على مدونة الأحوال الشخصية - الجزء الأول - الصفحة 49 - الطبعة الأولى 1984 - مكتبة المعارف الرباط.

- انظر أيضاً: المرحوم علال الفاسي - التقريب شرح مدونة الأحوال الشخصية - الصفحة 106 - طبعة 1974 - مطبعة الرسالة الرباط.

¹¹³ - انظر: تجدر الإشارة إلى أن المادة 4 من مشروع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة تنص على أنه: "يرد من عدل عن الخطبة بدون مبرر هدية الآخر بعينها إذا كانت قائمة وإلا فمثلها إن كانت مثلها أو قيمتها يوم القبض إن كانت قيمياً، ما لم يكن بينها شرط فيعمل به.

يسترد من عدل عن الخطبة لمبرر هديته للآخر بعينها وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض.

إذا اتفق الطرفان على إنهاؤها أو انتهت بوفاء أحدهما أو بعارض يحول دون إنشاء عقد الزواج، فلا يحق لأحدهما أن يسترد ما أهداه للآخر.

¹¹⁴ - انظر المادة 285 من مدونة الحقوق العينية، والفقرة الآتية بعده المتعلقة بموانع الرجوع في الهبة

بالشهادة ولو كانت سرا. وقد تعرض ابن عاصم إلى حكم ما يهديه الزوج لزوجته ثم يقع الطلاق في تحفته، فانظره بالهامش فإن فيه مسائل حسان¹¹⁵.

الفقرة الرابعة - موانع الرجوع في الهبة

الرجوع في الهبة مشروط بانتفاء موانع تحول دون ممارسة هذا الحق، وحد هذه الموانع كما لابن جزي خمسة وهي: "أن لا يتزوج الولد بعد الهبة ولا يحدث دينا لأجل وأن لا تتغير الهبة عن حالها وأن لا يحدث الموهوب له فيها حدثاً وأن لا يمرض الواهب أو الموهوب له فإن وقع شيء من ذلك فيفوت الرجوع..."¹¹⁶، وحد هذه الموانع في مدونة الحقوق العينية ثمانية كما نصت على ذلك المادة 285 التي جاء فيها:

"لا يقبل الاعتصار في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

- 1 - إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر ما دامت رابطة الزوجية قائمة؛
 - 2 - إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل الاعتصار؛
 - 3 - إذا مرض الواهب أو الموهوب له مرضاً مخوفاً يخشى معه الموت، فإذا زال المرض عاد الحق في الاعتصار؛
 - 4 - إذا تزوج الموهوب له بعد إبرام عقد الهبة ومن أجلها؛
 - 5 - إذا فوت الموهوب له الملك الموهوب بكامله، فإذا اقتصر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الباقي؛
 - 6 - إذا تعامل الغير مع الموهوب له تعاملًا ماليًا اعتماداً على الهبة؛
 - 7 - إذا أدخل الموهوب له تغييرات على الملك الموهوب أدت إلى زيادة مهمة في قيمته؛
 - 8 - إذا هلك الملك الموهوب في يد الموهوب له جزئياً جاز الاعتصار في الباقي".
- وقد حاول بعض الفقهاء تصنيف موانع الاعتصار في الفقه الملكي، وذلك قبل تقنين هذه الموانع في مدونة الحقوق العينية وجعلها ثلاثة:

موانع طارئة: وهذه تنحصر في الموت ومرض الموت وتوظيف الهبة في النكاح وتداينه بسببها.

¹¹⁵ - يقول ابن عاصم:

وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلي
فإن يكن هدية سماها فلا يسوغ أخذه إياها
إلا بفسخ قبل أن يبينا فإنه مستخلص ما بقيا
وإن تكن عارية وأشهدا من قبل سرا فله ما وجدا
ومدع إرسالها كي تحتسب من مهر ما الحلف عليه قد وجب
ثم لها الخيار في صرف وفي إمساكها من الصداق فاعرف
ومدعي الإرسال بالثواب شاهده العرف بلا ارتياب
متن العاصمية منشور ضمن مجموع المتون - مرجع سابق - الصفحة 57 وما بعدها.

¹¹⁶ - انظر: ابن جزي - مرجع سابق - الصفحة 242.

- وهبة الزحيلي - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 4005.

موانع انتقال: وهذه تنحصر في تفويت الهبة من الموهوب له إلى الغير بسبب من أسباب التفويت.
موانع التغيير: والمقصود أن تنتقل الهبة من مظهر إلى آخر إما بالزيادة أو النقصان أو التحويل أو الهدم¹¹⁷.

والتحقيق أن جميع هذه الموانع تطرأ بعد الهبة فتمنع الرجوع، ومن ثم يصدق عليها جميعا اسم موانع طارئة سواء تلك التي تنقل الملك من يد إلى يد أو التي تحدث في الشيء تغييرا إما بالزيادة أو النقصان. وعليه سوف نتكلم عن هذه الموانع باعتبارها موانع طارئة إن حدثت تمنع الواهب من الرجوع في الهبة، ويمكن تقسيمها إلى موانع ترجع إلى أحد المتعاقدين ويدخل ضمنها قيام الرابطة الزوجية بين عاقدَي الهبة أو موتهما أو مرضهما المخوف أو التداين أو النكاح بسبب الهبة، أو ترجع إلى الشيء الموهوب وذلك بالتصرف فيه بالتفويت أو بالزيادة أو النقصان.

أولا - الموانع الراجعة إلى أحد العاقدين

1 - قيام الرابطة الزوجية: ارتأت مدونة الحقوق العينية حفاظا على دوام العشرة بين الزوجين، واستقرار الأسرة التي تنشده المادة الرابعة من مدونة الأسرة منع الزوج من الرجوع في الهبة التي سبق أن بتلها لزوجته الآخر ما دام 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 للمفارق الواهب الرجوع في الهبة التي سبق أن وهبها لمفارقه الموهوب له متى توافرت أسباب الرجوع في الهبة، وانتفت الموانع.

2 - موت أحد العاقدين أو مرضهما المخوف: يجب التنبيه بداية أن وفاة الواهب قبل أن يقبل الموهوب له الهبة يبطلها، وأنه يعتد بتاريخ تقييد إرثته الواهب متى تعلق الأمر بعقار محفظ، وأن وفاة الموهوب له قبل أن يقبل الهبة يبطلها كذلك، ولا يحق لورثة الموهوب له المطالبة بها¹¹⁸، وأن الحالة محل البحث تتعلق بالهبة الصحيحة التي انعقدت بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له¹¹⁹، وأبرمت في محرر رسمي¹²⁰، تم أدرك الموت أحد عاقدَيها، أو ابتلاه الله سبحانه وتعالى بمرض مخوف¹²¹، فموت الواهب في هذه الحالة يمنع ورثته من الرجوع في الهبة لأن حق الرجوع في الهبة حق شخصي للواهب، كما أن موت الموهوب له يمنع من الرجوع في الهبة، لأن الحق ينتقل إلى الورثة بالوفاة¹²².

أما إذا مرض أحد العاقدين مرضا مخوفا فإنه يمتنع الاعتصار لتعلق حقوق الورثة بالمال، قال خليل عاطفا على موانع الرجوع في الهبة ما نصه: "أو يمرض كواهب"، وفي شرحه يقول الخرشي: "وكذلك

¹¹⁷ - انظر: بلعكيد - مرجع سابق - مرجع سابق - الصفحة 328 وما بعدها.

¹¹⁸ - انظر: المادة 279 من مدونة الحقوق العينية

¹¹⁹ - انظر: المادة 274 من مدونة الحقوق العينية

¹²⁰ - انظر: المادة 274 من مدونة الحقوق العينية.

¹²¹ - لتكوين فكرة كاملة عن المرض المخوف وآثاره على التصرفات عموما والتبرعات خاصة انظر: الهيئات المستترة في القانون

المغربي، حسن منصف، مجلة ملفات عقارية الصادرة عن محكمة النقض، العدد الأول.

¹²² - انظر: شهبون - مرجع سابق - الصفحة 202.

يفوت الاعتصار بمرض الولد الموهوب له أي مرضا مخوفا لتعلق حق ورثته بالهبة أو بمرض الواهب لأن اعتصارها صار لغيره وهو وارث وقد يكون أجنبيا من الابن¹²³.

ومحل المنع إن وقعت الهبة في حال الصحة وطراً الممرض أما إذا وقعت في حال المرض المخوف كأن يهب الأب وهو مريض مرض الموت لابنه أو يهب الأب وهو في حالة صحة لابنه المريض مرضا مخوفا فإنه يجوز للأب الرجوع لأنها كانت في تلك الحال وإلى هذا يشير الشيخ خليل بقوله: "إلا أن يهب على هذه الأحوال أو يزول المرض على المختار"¹²⁴.

وسبب منع الرجوع في الهبة للمريض المخوف المتلبس بأحد العاقلين أنه في مرض الواهب فالاعتصار يكون لمصلحة الغير، وهم ورثته، وفي مرض الموهوب له تتعلق بالهبة حقوق ورثة الموهوب له¹²⁵، والاعتصار لا يصح إلا لمنفعة الواهب، ولا يكون إلا من الموهوب له.

وتجدر الإشارة إلى أن فقدان أو نقصان أهلية أحد العاقلين لا يمنع من الاعتصار متى انعدمت باقي الموانع، يقول سيدي عبد الباقي الزرقاني عند قول صاحب المختصر: "وإن مجنوناً". وانظر لو جن الأب بعد هبته لولده هل لوليه الاعتصار أم لا، والظاهر الأول¹²⁶.

3 - أن تكون الهبة سببا في الثقة بالولد الموهوب له: إذا زادت الهبة في الثقة بالموهوب له، فداينه بعض الناس بسبب ملاءة ذمته بالهبة التي تلقاها من أحد والديه أو من غيرهما، أو زوجه أحد الأشخاص ابنته، أو كانت الموهوب لها أنثى فتزوجها آخر بسبب هذه الهبة، امتنع الاعتصار. لتعلق حق الغير بها، لأن التداين كان بسبب الهبة، والنكاح كان من أجلها وإلى هذه الموانع أشار الشيخ خليل بقوله: "ولم ينكح أو يداين لها أو يطاء ثيباً"¹²⁷.

وفي شرحه يقول الخرشي: "يعني أن من شرط صحة الاعتصار أيضا ألا يكون الولد قد تزوج أي عقد لأجل الهبة سواء كان الولد صغيرا أو كبيرا فإن عقد النكاح مفوت، للاعتصار، وكذلك إذا تداين لأجل الهبة، فإن ذلك مانع من موانع الاعتصار وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى، ولابد من قصد صاحب الدين في التداين لأجل الهبة، ولا يكفي في ذلك قصد الولد وحده، فلو تداين لغير الهبة بأن كان غنيا أو كانت الهبة قليلة في نفسها لا يزوج ولا يعامل لأجلها فإن التزوج والتداين حينئذ لا يمنع من اعتصارها..."¹²⁸. أما إذا تمت الهبة للابن ودلت القرائن على أن الهبة لم يكن لها أثر في الزواج لتفاهة قيمتها مثلا، فإن للواهب

¹²³ - انظر: الخرشي - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 115.

- حاشية الدسوقي - مرجع سابق - الجزء الرابع - الصفحة 112.

- الأبى - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 215.

¹²⁴ - انظر: متن المختصر - طبعة حجرية - مرجع سابق.

¹²⁵ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 248.

¹²⁶ - انظر: الزرقاني علي خليل - الجزء السابع - الصفحة 107 - طبعة دار الفكر.

¹²⁷ - انظر: متن المختصر - طبعة حجرية - مرجع سابق.

¹²⁸ - انظر: الخرشي - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 115.

الرجوع لأن الهبة لم تكن سببا في التغير بأحد¹²⁹، كذلك إذا وهب الأب أو الأم أو أحدهما ولده هبة وهو متزوج أو مديان فله أن يعتصرها منه لأن وجود هذه الأحوال وقت الهبة لا يكون مانعا من الاعتصار¹³⁰ وهو مقصود قول الشيخ خليل: "إلا أن يهب على هذه الأحوال"¹³¹، وإلى بعض هذه الموانع العائدة إلى المتعاقدين أشار ابن عاصم في تحفته بقوله:

ولا اعتصار مع موت أو مرض له أو النكاح أو دين عرض¹³².

ومنع الاعتصار يستمر في حالتي الإنكاح والمداينة ولو زالا بعد ذلك، بخلاف المرض المخوف، فإنه متى زال جاز الاعتصار، والعلة في ذلك أن النكاح أو الدين كانا سببا في الهبة بخلاف المرض فإنه لم يكن سببا فيها، وأيضا فإن النكاح والدين لا ينقطع تواجعهما بزوالهما، فزوال النكاح قد يترتب عليه الاحتياج لما استحق من الصداق وغيره، وزوال الدين قد يترتب عليه الاحتياج لما دفع للغرماء¹³³.

ثانيا - موانع ترجع إلى الشيء الموهوب

وتنحصر هذه الموانع في التغير الذي يلحق الشيء الموهوب¹³⁴ وتفويته¹³⁵.

1 - التغير الذي يلحق ذات الشيء الموهوب: إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب بما يغير صفته كان يصوغ النقود حليا أو أن يطرأ على الهبة زيادة في القيمة، بأن كان حديدا فصنعه أنية، أو يكبر الصغير، ويسمن الهزيل، أو تنقص الهبة في ذاتها كأن تصاب البضاعة بالعيب أو يهدم البناء فإن الرجوع يمتنع لأن إحداث الموهوب له في الهبة حدثا ينقصها في ذاتها أو يزيد لها مانع من موانع الرجوع في الهبة¹³⁶ وفي رسالة ابن زيد القيرواني عاطفا على موانع الرجوع ما نصه: "أو يحدث في الهبة حديثا..."¹³⁷. أما إذا تغيرت الهبة بحسب حوالة الأسواق أي بسبب اختلاف الأسعار فيجوز اعتصارها لأن الزيادة في ثمنها أمر خارجي عن الشيء الموهوب، وفي ذلك يقول الشيخ خليل: "إن لم تفت لا بحوالة سوق بل بزيد أو نقص..." وفي شرحه يقول الخرشي: "والمعنى أن من شرط صحة الاعتصار للهبة أن لا تفوت من عند الموهوب له ببيع أو غصب أو عتق أو تدبير أو زيادة أو نقص كما إذا كبر الصغير أو سمن الهزيل أو هزل الكبير...،

¹²⁹ - انظر: عبد الرحمان الجزيري - كمرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 308.

- شهبون - مرجع سابق - الصفحة 203.

- النفراوي ر مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 170.

¹³⁰ - انظر: الخرشي مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 115.

- الأبى - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 215.

¹³¹ - انظر: متن المختصر - مرجع سابق.

¹³² - انظر: متن التحفة في مجموع المتون - مرجع سابق - الصفحة 57 وما بعدها.

¹³³ - عبد الهادي إدريس أبو أصبع، الدرر النقية في التبرعات الشرعية، دار ومكتبة بن حمودة للنشر والتوزيع، ليبيا، ص 132.

¹³⁴ - انظر عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 308.

¹³⁵ - انظر: متن الرسالة - باب في الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن - مرجع سابق.

¹³⁶ - انظر: عبد الرحمان الجزيري - مرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 308.

¹³⁷ - انظر متن الرسالة - باب في الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن ... - مرجع سابق.

أما حوالة الأسواق فلا تفيت الاعتصار في الهبة على المشهور لأن الهبة على حالها وزيادة القيمة لا تعلق له بها ولا تأثير في صفتها فلم تمنع الاعتصار كنقلها من موضع إلى آخر¹³⁸، وهذا الفقه هو ما اعتمدته محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 26 أبريل 2009 والذي جاء فيه: "حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أنه من موانع اعتصار الهبة إلحاق التغيير في ذاتها إما زيادة أو نقصاناً بشكل مؤثر أو بالتحويل أو الهدم، قال الشيخ خليل في مختصره: "إن لم تفت لا بحوالة سوق بل يزيد أو ينقص"، وجاء في المدونة الكبرى بالجزء 15 ص 136: "فله أن يعتصر هبته ما لم يحثوا ديناً أو ينكحوا أو تتغير حالها"، ... والمحكمة قد اعتبرت العطية هبة لم تجب الطالبين عن مثارهم بشأن موانع اعتصار الهبة، ولم تناقش ما استدلو به في هذا الخصوص، وتبحث فيه رغم أهمية الدفع مما يجعل قرارها ناقص التعليل، وهو بمثابة انعدامه، ويعرض القرار للنقض¹³⁹، ومدونة الحقوق العينية لم تعتبر الهلاك مانع من الهبة إلا إذا كان كلياً، أما إذا كان جزئياً، فإنه يجوز الاعتصار في الباقي.

2 - تصرف الموهوب له في الهبة تصرفاً يخرج عن ملكه: يشترط لصحة الاعتصار أن تبقى الهبة على ملك الموهوب له فإن خرجت عن ملكه بأن باعها أو وهبها لغيره أو دفعها صداقاً لامرأة أو عوضاً في صلح أو نحو ذلك من التصرفات الناقلة للملك من يد إلى يد فإنه يمتنع على الواهب الرجوع¹⁴⁰، متى كان التفويت ينصب على كل الملك الموهوب، أما إذا اقتصر التفويت على جزء منه جاز للواهب الرجوع في الجزء الباقي، كما هو صريح مدونة الحقوق العينية.

المطلب الثالث: صيغة الرجوع وأثره

الفقرة الأولى - صيغة الرجوع

أولاً - الاعتصار لا يكون إلا بلفظ الاعتصار المغربي

صيغة الاعتصار كما لابن عرفة: "ما دل عليه لفظاً"¹⁴¹ وظاهر ابن عرفة أن الاعتصار لا يتم إلا بالصيغة اللفظية كقول الواهب اعتصرت الهبة التي وهبتها لولدي أو رجعت عنها أو أبطلتها، أو جعلتها كأن لم تكن ... وغيرها من الألفاظ التي تفيد الرجوع في الهبة، يقول الرصاع: "وظاهر ما دل عليه قوله لفظاً أنه قاصر على اللفظ ويدل على ذلك أنه في رسم الصيغة في مواضع يرسمها بما يعم اللفظي والعرفي والفعلي، وهنا لما قيد ذلك باللفظ دل على الخصوصية"¹⁴².

¹³⁸ - انظر الخرشي - مرجع سابق - الجزء الخامس - الصفحة 114 وما بعدها.

- معين الحكام - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 762.

¹³⁹ - انظر قرار محكمة النقض عدد 212 بتاريخ 2011/04/26 ملف عدد 2009/1/2/606.

¹⁴⁰ - انظر: عبد الرحمان الجزيري - كمرجع سابق - الجزء الثالث - الصفحة 207.

- التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 248.

¹⁴¹ - انظر: أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع، شرح حدود ابن عرفة، طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية المملكة المغربية، الصفحة 606.

¹⁴² - انظر: شرح حدود ابن عرفة - مرجع سابق - الصفحة 606.

ويؤخذ من هذا أن تصرف الواهب في الشيء الموهوب بالبيع أو غيره لا يعتبر اعتصاراً للهبة، فمن وهب هبته لابنه تم باع تلك الهبة باسم نفسه ولم يشهد بأن ذلك اعتصاراً فإن بيعه لا يعد اعتصاراً بل يحمل على أنه رأى البيع أولى لغبطة في الثمن أو لخوف فساد يلحق تلك الهبة ونحو ذلك، فيكون ثمن تلك الهبة ديناً في ذمة الأب لا يبرأ منه إلا بموجب¹⁴³. أما إذا أشهد عند البيع وقبله أنه اعتصر تلك الهبة فإن ذلك يعد اعتصاراً¹⁴⁴.

قال ابن عات في طرده عن بعض فقهاء الشورى: "من وهب ابنه الصغير هبة وسلط عليها شرط الاعتصار ثم باعها بعد ذلك باسم نفسه ومات فإن الثمن للابن في مال الأب وليس بيعه باسم نفسه عصرة منه إلا أن يشهد عند البيع أو قبله أن ذلك منه اعتصاراً للهبة وإلا فلا..."¹⁴⁵. ونقل صاحب البهجة ما جاء في الكراس الثالث من معاوضات المعيار رادا على من قال إن البيع عصرة ما نصه: "فأما إيجاب العصرة بلفظ محتمل يتسلط عليه التأويل فلا يصح لأن الهبة قد سارت ملكاً للموهوب له فلا يصح نقلها عن ملكه إلى ملك الأب بأمر محتمل لقوله صلى الله عليه وسلم: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس"¹⁴⁶.

وفي التحفة ما نصه: وما اعتصار بيع الشيء قد وهب من غير إشهاد به كما يجب¹⁴⁷.

ثانيا - تصيير الهبة للموهوب له يعد اعتصاراً

1 - تعريف التصيير: التصيير كما عرفه الشيخ التسولي هو: "دفع شيء معين ولو عقاراً في دين سابق"¹⁴⁸.

أو كما عرفه القاضي سيدي عبد السلام الهواري: "عقد على دفع أصل أو عرض أو غيرهما في دين سابق"¹⁴⁹.

2 - أركان التصيير وشروطه.

أ- أركان التصيير

أركان التصيير خمسة وهي:

1 - المصير بكسر الياء وتشديد هاء وهو المدين.

2 - والمصير له بفتح الياء المشددة وهو الدائن.

3 - والددين المصير فيه.

4 - والشيء المصير.

¹⁴³ - انظر: محمد ميارة الفاسي، شرح التحفة، الجزء الثاني - الصفحة 159.

¹⁴⁴ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 248.

- انظر: ميارة الفاسي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 160.

¹⁴⁵ - انظر: ميارة الفاسي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 148.

¹⁴⁶ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 248.

¹⁴⁷ - انظر: متن التحفة في مجموع المتون - مرجع سابق - الصفحة 57 وما بعدها.

¹⁴⁸ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 150.

¹⁴⁹ - انظر: عبد السلام الهواري، شرح وثائق محمد ابن حمدون بناني، طبعة 1949، الصفحة 168.

5 - والصيغة.

ب- شروط التصيير

أما شروطه فاثنتان وهما:

- 1 - أن يكون الدين الذي انعقد عليه التصيير معلوم القدر لدى العاقلين.
- 2 - قبض الشيء المصير على الفور فإن تراخى الحوز فسد التصيير وفسخ عقده على المشهور¹⁵⁰.

وإلى هذين الشرطين أشار المتحف بقوله:

والشرط افتقار التصيير أن يقدر الدين والإنجاز لما تصيرا¹⁵¹

وإلى افتقار التصيير للحوز أشار صاحب العمل المطلق بقوله:

والعقد لا يتم بالتصيير إلا مع الحوز بلا تأخير

وافسحه للفساد إن تأخرا عن وقته قبض الذي تصير¹⁵².

ثالثا - أثر التصيير في الهبة

إذا وهب الأب أو الأم ولده هبة تم بعد ذلك قام الواهب بتصيير هذه الهبة للموهوب له في دين الولد على الواهب، فإن الهبة تكون ملكا للابن على وجه التصيير عوضا عن الدين الذي كان له على الواهب. ويعتبر الواهب هنا معتصرا للهبة متى أشهد على التصيير¹⁵³.

يقول التاودي نقلا عن نوازل ابن الحاج: "أنه سئل عن رجل وهب لابنته الصغيرة دارا واحتازها ثم بعد ذلك أشهد أنه صيرها لها في مائة مثقال تألفت عنده من غزل غزلته ومن غيره فأجاب التصيير اعتصار للهبة وتكون الدار للموهوب لها بالتصيير لا بالهبة الأولى"¹⁵⁴.

والتصيير على هذه الحالة يصح سواء كان الولد صغيرا أو كبيرا¹⁵⁵.

ويصح التصيير متى ثبت ببينة أو بالقرائن القوية أن للولد مال ورثه أو جعله من كسب يده. وكان الدين ثابتا ببينة أو قرينة¹⁵⁶. أما إذا كان الدين غير ثابت فإن التصيير يعد هبة أخرى مستأنفة فتفتقر إلى الحوز¹⁵⁷.

وإلى هذه الأحكام أشار صاحب التحفة بقوله:

¹⁵⁰ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 150.

- الهواري - مرجع سابق - الصفحة 168.

¹⁵¹ - انظر: متن التحفة في مجموع المتون - مرجع سابق - الصفحة 57 وما بعدها.

¹⁵² - انظر: متن العمل المطلق في مجموع المتون - مرجع سابق - الصفحة 216 وما بعدها.

¹⁵³ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 249.

- ميارة الفاسي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 161.

¹⁵⁴ - انظر: التاودي - مرجع سابق - الصفحة 249.

¹⁵⁵ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 249.

- ميارة الفاسي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 161.

¹⁵⁶ - انظر: التسولي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 249.

- ميارة الفاسي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 161.

¹⁵⁷ - انظر: ميارة الفاسي - مرجع سابق - الجزء الثاني - الصفحة 161.

وما اعتصار بيع شيء قد وهب من غير إسهاد به كما يجب
 لكنه يعد مهما صيرا ذلك لموهوب له معتصرا
 وقيل بل يصح إن مال شهر له وإلا فلحوز يفترق¹⁵⁸.

الفقرة الثانية - آثار الرجوع في الهبة

رجوع الواهب في هبته يترتب أثارا بين العاقدین كما يترتب أثارا بالنسبة للغير.

أولا - أثر الرجوع في الهبة بين المتعاقدين

يترتب على رجوع الواهب في هبته اعتبار الهبة كأن لم تكن، سواء تم الرجوع رضاء أو قضاء بحكم يقضي بفسخ الهبة¹⁵⁹، ويترتب على ذلك أن الواهب لا يلتزم بتسليم الشيء إذا كان في حوزة، أما إن كان في حيازة الموهوب له فإن هذا الأخير يلزم برده إلى الواهب، وإن امتنع عن الرد بعد إنذاره بالتسليم تحمل تبعه الهلاك¹⁶⁰، وفيما يتعلق بثمار الشيء الموهوب فإن هذه الثمار تكون من نصيب الموهوب له قبل تمام الرجوع، فإن تم الرجوع فإن القاعدة التي يقررها الفصل 103 من قانون الالتزامات والعقود التي تقضي أن: "الحائز عن حسن نية يملك الثمار، ولا يلزم إلا برد ما يكون منها موجودا في تاريخ رفع الدعوى عليه برد الشيء وما يجنيه منها بعد ذلك. وهو يتحمل، من ناحية أخرى، مصروفات الحفظ ومصروفات جني الثمار. الحائز الحسن النية هو من يحوز الشيء بمقتضى حجة يجهل عيوبها" لا يمكن تطبيقها لأن مدونة الحقوق لما نصت على أنه لا يجوز للواهب أن يعتصر إلا إذا أشهد بالاعتصار وقبل به الموهوب له، قررت في المادة 287 أن الموهوب له لا يلتزم برد الثمار إلا من تاريخ الاتفاق أو من تاريخ الحكم النهائي في الدعوى، وأنه يجوز للموهوب له أن يسترد النفقات الضرورية التي أنفقها على الملك الموهوب، أما النفقات النافعة ونفقات الزينة فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمته، وأن نفقات الاعتصار يتحملها الواهب.

ثانيا - أثر الرجوع في مواجهة الغير

ليس للرجوع في الهبة أي أثر رجعي، وإنما يكون من وقت تمامه وعليه يمكن القول بوجه عام أن الرجوع في الهبة يتم دون إخلال بما كسبه الغير حسن النية من حقوق وقد رأينا سابقا أن موانع الرجوع تصرف الموهوب له في الملك تصرفا يترتب عنه حقوقا للغير.

والحمد لله رب العالمين

¹⁵⁸ - انظر: متن تحفة ابن عاصم في مجموع المتنون - مرجع سابق - الصفحة 57 وما بعدها.

¹⁵⁹ - انظر: المادة 286 من مدونة الحقوق العينية.

¹⁶⁰ - انظر: المادة 288 من مدونة الحقوق العينية.