

الهيئة الوطنية للمحامين

الفرع الجهوي بتونس



محاضرة ختم تمرين

عقد الهيئة

اعداد

الاستاذة قمر بن يوسف

المشرف على المحاضرة

المشرف على التمرين

الاستاذ بدر بن يوسف

السنة القضائية 2014-2015

قائمة المختصرات

- م.أ.ش: مجلة الأحوال الشخصية
- م.إ.ع: مجلة الالتزامات والعقود
- م.ح.ع: مجلة الحقوق العينية
- م.ت.ط.ج: مجلة التسجيل والطابع الجبائي
- م.م.ف: المجلة المدنية الفرنسية

التخطيط

الجزء الاول: شروط عقد الهبة

الفصل الاول: الشروط العامة لعقد الهبة

الفصل الثاني: الشروط الخاصة لعقد الهبة

الجزء الثاني: آثار عقد الهبة

الفصل الاول: آثار عقد الهبة عند التنفيذ

الفصل الثاني: الرجوع في الهبة

المقدمة

حثت الشريعة الاسلامية على صلة الرحم والحب المتبادل بين المسلمين وذلك بتشجيعهم على عمل الخير وإعانة بعضهم البعض بأشكال مختلفة. وتعتبر الهبة من ابرز انواع العقود وأهمها اذ تتجلى فيها اسمى المشاعر الانسانية. وهو ليس بالأمر الغريب عن الدين الحنيف فالله عز وجل من بين اسمائه الحسنی "الوهاب"، كما جاء بالقرآن الكريم بسورة إبراهيم بالآية 35 "رب اغفر لي وهب ملكا لا ينبغي لاحد من بعدي انك انت الوهاب". والوهاب هي صيغة مبالغة من فعل وهب، تدل على كثرة الهبة. كما يأمر بها رسوله الأكرم " تهادوا تحابوا". فمن يأتيها يكون قد اكتسب أشرف الصفات لما فيها من كرم وابتعاد عن الشح والبخل، ويكون بذلك قد ساهم في زرع المسرة في قلب الموهوب له، بتمكينه من بعض ماله. فالهبة عطاء وفضيلة وجود وكرم وإرساء لقيم التضامن والتكافل الاجتماعي. والهبة لغة هي اسم من فعل وهب يهب وهي اعطاء الشيء بلا عوض فهي التبرع والتفضل على الغير وهي عطية خالية من الاعواض والاعراض¹.

أما قانوننا، فالتشريع لم يختلف كثيرا في تعريف الهبة. فقد أورد المشرع التونسي تقنين الهبة في الكتاب الثاني عشر من مجلة الاحوال الشخصية الذي الحق بمقتضى القانون ع17د 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964 وذلك بالفصول من 200 الى 213. وقد عرف الفصل 200 من م.أ.ش عقد الهبة بأنها "عقد بمقتضاه يملك شخص اخر مالا بدون عوض ويجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع ان يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة عوض". وعرفها المشرع المصري بأنها " عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في ماله دون عوض ويجوز للواهب دون ان يتجرد عن نية التبرع ان يفرض

¹ لسان العرب ابن منظور

على الموهوب له القيام بالتزام معين"². وفي مجلة الاحكام العدلية العثمانية، عرفت الهبة بأنها تمليك مال لآخر بلا عوض وهو نفس التعريف الذي اعتمدته المشرع السوري في المادة 454 من القانون المدني السوري. وفي خصوص التشريع الفرنسي، جاء بالفصل 894 من المجلة الفرنسية أن "الهبة هي عقد يتجرد بموجبه الواهب عن الشيء الموهوب في الحال ودون رجوع لفائدة الموهوب له الذي يقبله". ومن بين التعاريف التي اقترحها الفقه لعقد الهبة، نذكر التعريف الذي قدمه " قدري باشا" في كتابه "مرشد الحيران" اذ ورد بها ان "الهبة هي تمليك في الحياة بلا عوض وقد تكون بعوض".

على خلاف جل التشريعات العربية التي اوردت تقنين عقد الهبة ضمن المجالات المدنية فان المشرع التونسي قنن عقد الهبة ضمن مجلة الاحوال الشخصية وذلك بمقتضى القانون ع17دد لسنة 1964 سالف الذكر. ويكون بهذا التمشي قد ساير التشريع الفرنسي الذي ادرج الهبة ضمن المسائل المتعلقة بالميراث ووقع تبرير ذلك بأن لعقد الهبة ارتباط بالعلاقات الاسرية وبالتواد والتراحم بين افراد الاسرة الواحدة خاصة وان جل عقود الهبة ان لم نقل كلها تقع بين الاقارب. وحتى قبل تقنين الهبة ضمن مجلة الاحوال الشخصية اتخذت محكمة التعقيب التونسية نفس الاتجاه، اذ أكدت في قرارها ع1202دد الصادر في 03 جويلية 1961 أن "الهبة من العقود الداخلة في الاحوال الشخصية"³. كما ان الامر المؤرخ في 12 جويلية 1956 المتعلق بضبط الاحوال الشخصية للأجانب نص في فصله الثاني انه " تشتمل الاحوال الشخصية على النزاعات المتعلقة ب(...)الهبات"⁴.

وبالرجوع الى تعريف عقد الهبة، نلاحظ ان هذا العقد هو من عقود التبرع لذا ينبغي التمييز بين عقود التبرع وعقود العوض من جهة ثم التمييز بين عقد الهبة وبقية عقود التبرع الاخرى وخاصة الوصية من جهة أخرى . ويبدو التمييز بين عقود العوض أمرا هينا للوهلة الاولى إلا أنه في الواقع ليس كذلك، إذ

² : المادة 486 من القانون المدني المصري.

³ : قرار تعقيبي مدني ع1202دد المؤرخ في 03 جويلية 1961.

⁴ : امر صادر في 12 جويلية 1956.

اختلف الفقهاء في تحديد معايير لإقامة حدود واضحة بين عقود العوض وعقود التبرع واحتد النقاش خاصة في الفقه الفرنسي حيث ظهرت نظريتان: الأولى موضوعية تعتمد معيارا ماديا للتمييز بين صنفين من العقود وترى انه لا بد ان لا يتجاوز مقدار العوض ان وجد في عقود التبرع قيمة الشيء الموهوب فإذا ما تعادلت القيمتان نكون ازاء عقد معاوضة وبالتالي يكفي مقارنة الذمة المالية لطرف المعاملة قبل وبعد ابرام العقد لمعرفة هل العقد عقد تبرع ام عقد عوض. اما النظرية الثانية فهي شخصية تركز على العنصر المعنوي للتمييز بين عقود التبرع وعقود العوض، فالعقد يكتسب صبغة التبرع عندما يحرك في صاحبه نزعة الخير.

وبما أن كلا النظريتين لم تقدمتا معيارا مقنعا يمكن من التمييز بين عقود التبرع وعقود العوض، كان اللجوء إلى معيارا مفاده أننا نكون ازاء عقد تبرع إذا برزت نية التبرع وتكون مجسمة في افتقار للمتبرع وتحسين للذمة المالية للمستفيد من التبرع في آن واحد.

أما بالنسبة لتمييز عقد الهبة عن بقية عقود التبرع الاخرى، فالملاحظ ان من بين عقود التبرع نذكر الوصية والكفالة والوكالة ... وتبدو الوصية كأبرز هذه العقود و اقربها من عقد الهبة، الى ان الفوارق بينهما شاسعة رغم انها من عقود التبرع التي يترتب عنها افتقار للذمة المالية للواهب وللموصي وكسب للموهوب له والموصى له .

من ذلك ان الوصية حسب احكام الفصل 171 من مجلة الاحوال الشخصية هي "تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة"، فهي تنفذ بعد وفاة الموصي. في حين أن الهبة تنفذ بمجرد تمام شروط ابرامها وفي قائم حياة الواهب. كما ان الوصية تتعقد بإرادة الموصي المنفردة ويجوز له الرجوع فيها ما دام حيا وهي لا تستلزم رضا الموصى له عند ابرامها وإنما لا بد من الرضا بعد موت الموصي في حين ان الهبة عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا بشروط معينة. وتتميز الهبة عن سائر عقود التبرع الاخرى من كفالة ووكالة ووديعة لأنها بلا اجر.

ولقد اقترح الفقه عدة معايير للتمييز بين الهبة وبقية عقود التبرع الأخرى ومنها المعيار المادي الذي مفاده ان عقد الهبة يمثل افتقار اللواهب أي انقاصا من ذمته المالية، أما سائر عقود التبرع أو الإحسان فلا ينجر عنها سواء فوات ربح للمحسن إلا ان هذا المعيار لم يعتمد على طبيعة الحق الذي يكون موضوع العقد للتمييز بين افتقار الذمة وفوات الربح. فمن الفقهاء من يعتمد على طبيعة الحق الذي يكون موضوع العقد للتمييز بين عقود الإحسان وعقد الهبة ففي حين يؤدي عقد الهبة إلى نقل حق عيني إلى الموهوب له، فإن عقود الإحسان فقد وضعت أساساً من أجل تسهيل التعاون بين الناس فيما يخدم مصالحهم المشتركة.

ولقد قدم الفقيه الفرنسي DUPEYROUX معياراً ثالثاً للفرقة، حيث أكد على ضرورة التركيز عند التمييز بين الهبة وبقية عقود التبرع، لا على الذمة المالية للمتبرع، بل على الذمة المالية للواهب أو للمتبرع. ففي عقد الهبة يتخلّى الواهب عن جزء من ذمته المالية في حين ان المحسن في غيرها من العقود لا يتخلّى عن أي جزء من ذمته المالية وإنما يقتصر على تقديم خدمات وهو المعيار الأكثر اعتماداً.

إن الخوض في كل هذه المسائل يجعلنا نتساءل: ما هو النظام القانوني لعقد الهبة؟

حيث انطلاقاً من التمييز بين عقد الهبة وبقية عقود التبرع يتضح أن لعقد الهبة عدة خاصيات سيكون لها التأثير الهام على شروط تكوين العقد الذي سنستهل به موضوع تحليلنا (الجزء الأول) كما ان هذه الخاصيات ستجعل لعقد الهبة آثار متميزة سنتناولها لاحقاً (الجزء الثاني).

الجزء الأول: شروط عقد الهبة

ينبغي عقد الهبة كغيره من العقود على مجموعة من الشروط ليقوم صحيحا ويكون قد استوفى بذلك جميع أركانه. تنقسم هذه الشروط الى شروط عامة يشترك فيها مع بقية العقود (الفصل الاول). وكذلك الى شروط خاصة ينفرد بها عقد الهبة عن غيره من العقود (الفصل الثاني) .

الفصل الاول :الشروط العامة لعقد الهبة

لقيام عقد الهبة صحيحا يجب ان تتوفر فيه الاركان اللازمة والمشتربة في القواعد العامة للالتزامات والعقود والمتمثلة حسب الفصل 2 من م.إ.ع في الأهلية، الرضا، المحل والسبب. حيث انه يجب ان تصدر عن الواهب والموهوب له رغبة حقيقية في التعاقد وان يعبر عن ارادة جدية وواعية سواء كان تعبيرا صريحا أو ضمنيا ويقتضي ذلك توفر الاهلية المطلوبة في المتعاقدين (المبحث الاول) كما يجب ان يتطابق الايجاب مع القبول (المبحث الثاني) كما ينبغي ان يتم في اطار محل تتوفر فيه الشروط القانونية (المبحث الثالث) وينعقد حول سبب مشروع (المبحث الرابع) .

المبحث الاول : الاهلية

تعرف الاهلية بأنها قدرة الانسان على الالتزام ومباشرته شخصا وعلى ما يترتب على تصرفاته من حقوق وواجبات⁵. حيث يقتضى الفصل الثاني من مجلة الالتزامات والعقود ان من اركان العقد الذي يترتب عليه اثر قانوني اهلية الالزام والالتزام .

⁵ الفصل 3 من مجلة الالتزامات والعقود.

والمبدأ ان كل شخص اهل للالتزام ما لم يصرح القانون بخلافة⁶. غير ان هذه القدرة تختلف وتتفاوت بحسب قدرات الاشخاص البدنية والذهنية إذ أن الاهلية تستوجب غياب احد اسباب الحجر وهي الصغر والجنون وضعف العقل والشفه.

وباعتبار ان الهبة هي تصرف قانوني إرادي يجب توفر اهلية الواهب (الفقرة الاولى)، كما يجب توفر اهلية الموهوب له (الفقرة الثانية) لكي ينشأ صحيحا.

الفقرة الاولى : اهلية الواهب

المبدأ ان يكون الانسان اهلا للإلزام أو الالتزام حسب مقتضيات الفصل 3 م.إ.ع. أما نقصان الاهلية أو انعدامها فهو الاستثناء. وقد حدد القانون التونسي سن الرشد بـ20 سنة كاملة، إذ جاء بالفصل 7 من م.إ.ع أن "كل انسان ذكرا كان أو انثى عمره عشرين سنة كاملة يعتبر راشدا".

لذلك يشترط في الواهب ان يكون راشدا وأهلا للإلزام لأنه من يملك التبرع. وقد تشدد القانون في أهلية الواهب لأنه يقوم بعمل ضار ضررا محضا. فلا تجوز هبة الصبي غير المميز و المجنون.

وهذا الشرط اقتضاه المشرع كما اقتضته الشريعة الاسلامية ذلك انهما لا يستطيعان التعاقد أصلا لانعدام الارادة والتمييز لديهم. فإذا صدرت الهبة من هؤلاء كانت باطلة⁷. من جهة أخرى، حسب احكام الفصل 6 م.أ.ش، اذا كان الواهب صغيرا مميزا و كان عمره بين 13 و 20 عاما، فان اهليته تكون مقيدة وتصرفاته نافذة ان كانت من قبيل النفع المحض وباطلة ان كانت من قبيل الضرر المحض و يتوقف نفاذها في غير الصورتين المذكورتين على اجازة الولي.

⁶ النظرية العامة للالتزامات "العقد" محمد الزين.

⁷ بدران ابو العيين: المواريث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية والقانون الخاص

و رغم ان المشرع اقر بالفصل 16 م.إ.ع ان ما يتمه الولي في مصلحة الصغير يعتبر بمثابة الاعمال الصادرة عن الرشيد المتولي مباشرة حقوقه بنفسه الا انه استثنى من هذه القاعدة ما كان من قبيل التبرع و عليه فانه ليس للولي ولا للوصي ان يهب في حق منظوره باعتبار ان تصرفاته مقيدة بما لا يضر بالصغير و ليس للقاضي ان يأذن له بذلك فتكون حينئذ هبة الصغير المميز أو من يمثله باطلة بطلانا مطلقاً⁸. كما ان هبة المحجور عليهم تعد غير نافذة لضعف عقولهم و لسفه تصرفاتهم. لان الهبة من التصرفات التي تشترط فيها العقل والتفهم وهي مرتبطة بمقصد الواهب وإرادته.

فعقد الهبة اذا عقد يشترط فيه الاهلية الكاملة للواهب بحيث يجب ان يكون الواهب رشيدا متمتعا بأهليته وإرادته الكاملة.

وتجدر الاشارة هنا الى انه اذا كان الواهب البالغ الرشيد مصاب بعاهة كبيرة كالصم أو البكم أو العمى أو ما شابهها، فان عقد الهبة يحزر بمحضر شخص يعينه رئيس المحكمة بإذن على عريضة. إذ أنه يعد من عقود التقويت الذي أوجب فيها القانون عدد 60 المنظم لمهنة عدول الاشهاد المؤرخ في 13 ماي 1994 شكلية خاصة.

ولئن كان التشريع التونسي كغيره من التشريعات المعاصرة قد اشترط الاهلية الكاملة للواهب فانه قد اعتدل في اشتراط اهلية الموهوب له.

الفقرة الثانية :اهلية الموهوب له

الهبة من التصرفات النافعة التي تؤدي الى تنمية الذمة المالية لذلك لم يتشدد المشرع التونسي في اشتراط اهلية الموهوب له فتجوز الهبة لعديم التمييز سواء كان صبيا دون 13 سنة أو مجنونا على معنى الفصل

⁸ عقد الهبة: مذكرة للإجراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

160 م.أ.ش. فلئن كانوا ليسوا اهلا لقبول الهبة بأنفسهم فانه من الجائز ان يقبلها الولي أو الوصي أو القيم دون حاجة الى اذن المحكمة⁹.

أما الموهوب له المميز صبيا كان ام سفيها، فانه يجوز له ان يقبل الهبة دون التوقف على اذن الولي أو الوصي وهو ما ينص عليه الفصل 9 م.إ.ع الذي أقر "لمن ليس له اهلية التعاقد والصغير الذي تجاوز 13 عاما القدرة على تحسين حالهما ولو بلا مشاركة الاب أو الولي وذلك بقبول هبة أو غيرها من التبرعات التي من شأنها الزيادة في كسبهما او إبراء ذمتهما بدون أن يترتب عليهما شيء من جراء ذلك". ولكن السؤال المطروح ماذا لو كان الموهوب له جنينا مازال في بطن أمه؟

لقد اتجه الرأي الغالب في الفقه¹⁰ إلى ان الهبة للجنين باطلة لأنه يشترط توفر إيجاب وقبول. والجنين غير قادر على القبول وليس له ولي يقبل عنه. وقد اجازت الشريعة الاسلامية وخصوصا المذهب المالكي الهبة للجنين. فإذا مات الجنين بعد ولادته حيا كان الموهوب لورثته و اذا ولد ميتا رجع الملك ملكا للواهب¹¹.

في حين ان المذهب الحنفي يقول بعدم صحة الهبة للجنين في بطن امه فالهبة للحمل المستكين باطلة إذ لا يمكنه ان يقبضها بنفسه ولا بواسطة ولي حيث لا ولي عليه. وعلى نقيض ذلك نصت المادة 518 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على ان الهبات التي تمنح للأجنة في الارحام يجوز ان يقبضها الاشخاص الذين يمثلونهم¹².

وفي غياب تنصيب صريح في القانون التونسي للإحكام المتعلقة بالولاية على الحمل المستكين والوصاية عليه واعتبارا لوضوح عبارات الفصل 210 م.أ.ش الذي ينص على جواز الرجوع في الهبة اذا

⁹ بدران ابو العنين:المواريث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية و القانون الخاص ص-229

¹⁰ عبد الرزاق احمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس المجلد الثاني الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح - ص365.

¹¹ بدران ابو العنين:المواريث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية و القانون الخاص ص-229

¹² كمال حمدي: المواريث والوصية والهبة ص164

رزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا الى وقت الرجوع، فإنه يبدو أن المشرع التونسي لا يقر بشخصية الجنين ولا بحقوقه المترتبة له الا بداية من تاريخ ولادته¹³.

وهو ما يحتم علينا القول بانه في غياب تنصيص تشريعي صريح بقبول حق الجنين في الهبة فإنه لا يمكن الجزم بصحتها.

وفي ما يخص أهلية الموهوب له، يجب التمييز بين الهبة بدون عوض التي لا تحتاج الى نيابة ولي و بين الهبة بعوض التي تثقل كاهل الموهوب له بالالتزامات وان كانت لا تتجاوز قيمة الشيء الموهوب لذلك اوجب المشرع في هذه الحالة الحصول على اذن خاص من القاضي. وهو الشأن ذاته بالنسبة للقاصر المميز والمفلس الذي يحتاج الى اذن امين الفلسة¹⁴.

اما البالغ الرشيد فيستطيع قبول الهبة حتى وان كانت مقترنة بشرط أو التزامات وذلك لما يتمتع به من إرادة حرة وواعية خالية من العيوب.

المبحث الثاني: الرضا

الرضا هو توافق ارادتين على انشاء علاقة قانونية ملزمة. وباعتبار ان عقد الهبة يعد من اعمال التبرع التي تستوجب التزامات على كاهل الطرفين في صورة اقترانها بعوض مما يحتم تعبيرا صريحا عن الرضا يأخذ شكل ايجاب يصدر على احد المتعاقدين، يقبله المتعاقد الاخر فيكون القبول مطابقا للإيجاب (الفقرة الاولى) ويكون الرضا خاليا من العيوب (الفقرة الثانية).

¹³ مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس ص47

¹⁴ زهير الخبثاني : عقد الهبة في القانون التونسي مع مقارنته بالشرعية الاسلامية ص28

الفقرة الاولى : تطابق الايجاب والقبول في عقد الهبة

تسري القواعد العامة المقررة لنظرية العقد في خصوص تطابق الايجاب والقبول على عقد الهبة رغم ان

الطبيعة القانونية للهبة كانت محل جدل فقهي في المذاهب الاسلامية.

حيث يرى المذهب المالكي ان الهبة هي عمل ارادي من جانب واحد تكفي فيه ارادة الواهب فحسب في

حين يرى المذهب الحنبلي والشافعي ان الهبة عقد يتطلب ايجابا وقبولا لا مجرد ايجاب¹⁵.

وأمام هذا التضارب كان موقف المشرع التونسي واضحا حيث جاء بالفصل 200 من مجلة الاحوال

الشخصية : "الهبة عقد بمقتضاه يملك شخص آخر مالا بدون عوض".

وانطلاقا من هذا التعريف، فان الهبة تسري عليها القواعد العامة المقررة في نظرية العقد والمضمنة

بمجرة الالتزامات والعقود فيجب ان يصدر الايجاب عن شخص كامل الارادة والتميز فلا تصح للولي

الذي يدير مكاسب ابنه القاصر أو السفية أن يبرم عقد هبة في حق منظوره ولو كان مأذونا في ذلك¹⁶. و

يجب أن يكون الايجاب صريحا باتا لا لبس فيه يتضمن رغبة حقيقية في التعاقد¹⁷ ولا يشترط في الايجاب

ألفاظا مخصوصة بل يكون بكل ما يدل عليه مثل "ما اذا قال شخص لآخر ملكتك هذا الشيء بدون

مقابل أو جعلته لك أو أعطيتك أو أهديتك إياه... " لأنها جميعا تفيد تمليك العين في الحال بغير عوض

وهو معنى الهبة.

ويجب أن يتضمن الايجاب الاركان الجوهرية اللازمة لإبرام العقد باستثناء القبول و إلا كان دعوة للتعاقد

فحسب¹⁸. إلا ان ايجاب الواهب بمفرده ليست له القوة الالزامية الكافية. فالواهب يستطيع الرجوع في هبته

طالما لم يتصل بعلم الموهوب له. فان لم يتصل الايجاب بعلم من هذا الاخير فلا ينتج عنه أي أثر. و

¹⁵ بدران ابو العنين : المواريث والوصية والهبة في الشريعة الاسلامية والقانون الخاص ص218

¹⁶ : الفصل 10 من م.إ.ع

¹⁷ : محمد الزين المرجع السابق ص18

¹⁸ : الفصل 23 من مجلة الالتزامات والعقود

تطرح في القانون التونسي اشكالية الوعد بالهبة التي لم يتعرض لها المشرع بخلاف بعض القوانين العربية الاخرى من ذلك المشرع المصري الذي اقتضى بالمادة 490 من القانون المدني أن " الوعد بالهبة لا ينعقد الى اذا كان بورقة رسمية "

ويرى الاستاذ الخبثاني انه يمكن قياس الوعد بالهبة على الوعد بالبيع .والوعد بالهبة في الحقيقة لا ينقل ملكية الشيء الموهوب مثل الوعد بالبيع، فهو اتفاق يتعهد بموجبه الواهب في الحال بأن يهب منقولاً أو عقاراً الى شخص آخر في زمن مستقبل عندما يعلن الموهوب له رغبة في قبول الهبة ويكون من الضروري توثيق الهبة بورقة رسمية عملاً بنفس الشكليات المنصوص عليها بالفصل 204 من مجلة الاحوال الشخصية الذي نقح بالقانون عدد 48 لسنة 1992 المؤرخ في 4 ماي 1992 و الذي ينص "لا تصح الهبة إلا بحجة رسمية " وذلك نظراً لخطورة عقد الهبة لما له من تأثيرات على الذمة المالية.

وقد اعتبر الفقه الفرنسي أن كل وعد بهبة غير مضمن بحجة رسمية باطلاً بطلاناً مطلقاً¹⁹.

ومن ناحية أخرى، يبقى التساؤل مطروحاً حول ايجاب الواهب، فهل يجب ان يقابله القبول من الموهوب له حتى تنعقد الهبة أم أن ذلك غير ضرورياً؟

تقتضي القاعدة العامة أن يصدر عن الطرف الأول إيجاب فإن قبله المتعاقد الثاني يبرم العقد بينهما، غير أن هذه القاعدة بقيت محل جدل بخصوص عقد الهبة، فقد اختلف الفقهاء حول لزوم قبول الموهوب له الهبة من عدمه.

ومهما يكن من أمر، فلا بد ان يكون الايجاب الذي اقترن بالقبول خالياً من العيوب

¹⁹ في هذا الصدد، أقرت مجلة التسجيل والطابع الجبائي في فصلها الثاني ضرورة تسجيل الوعود بالبيع بالقباضة المالية وقد ورد هذا الفصل في القسم الاول من المجلة المتعلقة بالكتابات العمومية وعقود خط اليد ولم يرد بالقسم الثاني المتعلق بالاتفاقيات الشفاهية. وبالتالي فان المشرع التونسي يقر ضمناً أن الكتب وجوبي في العقارات. انظر عقد الهبة : مذكرة لإحراز شهادة في الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق و العلوم السياسية بتونس

الفقرة الثانية : عيوب الرضا في عقد الهبة

لا يكفي ان يكون الرضا موجودا وان يتطابق الايجاب والقبول بل لابد أن يكون صحيحا وخاليا من العيوب وقد حدد الفصل 43 من مجلة الالتزامات والعقود عيوب الارادة المتمثلة في الغلط والتدليس والاكراه.

الغلط هي حالة تقوم بالنفس وتحمل على توهم غير الواقع²⁰. والغلط في عقد الهبة قد يكون في ذات الشيء الموهوب او في ذات احد المتعاقدين.

فبالنسبة للغلط في شخص الموهوب له أو في صفة من صفاته، فقد جاء بالفصل 46 م.إ.ع أن "الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفته لا يكون موجب للفسخ إلا إذا كانت ذات المتعاقد معه أو صفته من الأسباب الموجبة للرضا بالعقد". فهذا النوع من الغلط يكون مفسدا للرضا وموجبا للإبطال بما أن الهبة تعد من عقود الاعتبار الشخصي الذي يعتد فيه بالشخص الموهوب له. أما الغلط في الشيء الموهوب فهو غلط نادر الوقوع في عقد الهبة.

عرف الفصل 50 من مجلة الالتزامات والعقود الاكراه بأنه "إجبار أحد بغير حق على ان يعمل عملا لم يرتضيه". والإكراه عامة يمكن ان يكون جسديا او معنويا عن طريق النفوذ الادبي والتسلط على الارادة ، غير انه في عقد الهبة غالبا ما يكون الاكراه معنويا اكثر منه حسيا مما يؤدي الى التقيوت في الممتلكات خشية وخوفا من هذا النفوذ.

وقد يكون ايضا الاكراه في شكل استغلال وهو ما يجعله يقترب من التغيرير الذي عرفه الاستاذ محمد الزين بأنه " كل حيلة او خدعة توقع الشخص في غلطة وتحمله على التعاقد فهو غلط مستثنى يقع فيه الشخص تحت تأثير الحيل فيتصور الامور على حقيقتها ويقدم على التعاقد على اساس الاوهام التي

²⁰ محمد الزين، المرجع السابق.

افتعلها الغير"²¹ وإبطال عقد الهبة من أجل التغير هو في حقيقة الامر جزاء لفقدان عنصر حسن النية في جانب الموهوب له.

أما في خصوص هبة المريض في مرض الموت، فقد جاء بالفصل 206 م.أ.ش "إذا صدرت الهبة خلال مرض متصل بالموت اعتبرت وصية".

وعرفت المادة 1595 من مجلة الاحكام العدلية²² مرض الموت بأنه "المرض الذي يعجز المريض فيه عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره اذا كان من الذكور ويعجز عن رؤية المصالح الداخلة في داره اذا كان من الإناث".

أما المشرع التونسي، فلم يعرف مرض الموت مثله مثل جل قوانين البلدان العربية كالتشريع المصري والجزائري والمغربي والسوري. وأمام هذا الفراغ اجتهد فقه القضاء التونسي لابرار مفهوم مرض الموت وقد صدرت في هذا المعنى عدة قرارات تعقيبية أهمها القرار الصادر بتاريخ 24 نوفمبر 1966 الذي جاء فيه أن "مرض الموت الذي من خلاله تكون تصرفات المريض قابلة للإبطال هو المرض الذي يغلب فيه الموت ويعجز معه المريض عن مباشرة مصالحه وينتهي فعلا بالموت"²³.

ومن خلال هذا التعريف الذي جاء به فقه القضاء تستخلص ان لمرض الموت ثلاث خصائص :

اولا : خطورة المرض

ثانيا: اتصاله بالموت

ثالثا: ان يعجز فيه المريض عن قضاء حاجياته.

ويختلف مرض الموت عن الأمراض المزمنة التي لا تبدد الرضا حسب نفس القرار تعقيبي المدني الآنف الذكر والمؤرخ في 24 نوفمبر 1966 حيث جاء فيه أن " مرض الموت المنصوص عليه بالفصل 206

²¹ محمد الزين، المرجع السابق.

²² هي أول تدوين للفقه الإسلامي في المجال المدني في إطار بنود قانونية، على مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان.

²³ نشرية محكمة التعقيب لعام 1966، ص98.

من م.أ.ش يختلف عن المرض المعيب للرضا المنصوص عليه بالفصل 59 من مجلة الالتزامات والعقود.

إذ يمكن أن يكون الواهب في مرض الموت سليم المدارك العقلية ولكنه في الحقيقة يرغب في تفضيل أحد أبنائه على بقية الورثة. ولذلك تدخل المشرع واعتبر الهبة في مرض الموت وصية تسري عليها أحكام الفصل 179 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يعتبر أنه "لا وصية لوارث ولا فيما زاد على الثلث إلا بإجازة الورثة بعد وفاة الموصي" فإذا أجاز الورثة ما زاد عن الثلث صحت الهبة فيما يخص الزائد وإذا رفضوا يرجع المقدار الإضافي عن الثلث إلى مخلف المورث إرادة من الموهوب له أو بموجب دعوى استحقاق يقوم بها بقية الورثة وهذا سواء كانت الهبة لوارث أو لغير الوارث²⁴.

المبحث الثالث: المحل في عقد الهبة

المحل في عقد الهبة هو الشيء الموهوب الذي يتبرع به الواهب للموهوب له، فيسري عليه ما يسري على محل العقد عموماً. لذلك يجب أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، صالحاً للتعامل به ومملوكاً لواهبه.

سنتعرض أولاً إلى محل التزام الواهب أي الشيء الموهوب (الفقرة الأولى) على أنه إذا اشترط الواهب في الهبة عوضاً أو التزامات أخرى في جانب الموهوب له كانت هبة بعوض. لذلك سنرى ثانياً أحكام العوض في عقد الهبة (الفقرة الثانية).

²⁴ زهير الخبثاني المرجع السابق ص 47.

الفقرة الاولى : وجود الشيء الموهوب

لم يتضمن الكتاب الثاني عشر من مجلة الاحوال الشخصية تحديد الاشياء القابلة لان تكون موضوع هبة باستثناء ما جاء بالفصل 205 من مجلة الاحوال الشخصية الذي أبطل هبة الاموال المستقبلية مما يحتم الرجوع الى القواعد العامة المتعلقة بمحل الالتزام ولان الفصل 62 من مجلة الالتزامات والعقود اقتضى انه "لا يسوغ التعاقد الا فيما يصح فيه التعامل من الاشياء والاعمال والحقوق المجردة فما لم تصرح القوانين بمنع التعاقد فيه يصح التعامل فيه".

مما يجيز القول بان الهبة لا تصح الا اذا كان محلها مشروعاً أي قابل للتعامل فيه ولا تكون صحيحة الا اذا كان الشيء الموهوب معيناً ولو بالنوع حسب مقتضيات الفصل 63 من مجلة الالتزامات والعقود. كما لا يجب أن يكون مستحيلاً من حيث طبيعته أو مما يمنع القانون التعاقد فيه ويتحتم ان يكون الشيء موجوداً إذ أن وجود الشيء الموهوب زمن إبرام العقد يجعل الهبة صحيحة.

لكن، تجدر الإشارة هنا إلى أن هبة الأموال المستقبلية غير جائزة في القانون التونسي. وتعتبر الاموال مستقبلية اذا كانت غير موجودة وقت التعاقد.

فرغم إجازة الفصل 66 من مجلة الالتزامات والعقود التعامل في الأموال المستقبلية، فإنه أضاف عبارة ما عدى ما استثناءه القانون. وبالرجوع لمجلة الاحوال الشخصية، نجد أن المشرع التونسي استثنى هبة الاموال المستقبلية بالفصل 205 الذي اعتبرها باطلة. وفي نفس السياق، اعتبر المشرع المصري هذا النوع من الهبات باطلاً مطلقاً لا تلحقه اجازة²⁵.

²⁵ المادة 492 من القانون المدني المصري.

الفقرة الثانية : العوض في عقد الهبة

جاء في الفصل 200 فقرة 2 من م.أ.ش أنه " يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة العوض". والعوض في الهبة قد يكون شرطاً أو التزاماً يفرض على الموهوب له ويصبح عقد الهبة بموجبه عقد ملزم للجانبين، إذ أنه قد تقتزن الهبة بعوض لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو لمصلحة عامة كأن يهب شخص آخر مالا و يشترط عليه أن يشتري داره أو أن يفي بما عليه من دين أو ان يشترط الواهب العوض للمصلحة العامة كأن يهب شخصاً مالا لجمعية خيرية ويشترط عليها ان تقوم بإنشاء ملجأ أو مستشفى²⁶.

وقد يكون العوض معنوياً فيتعهد بموجبه الموهوب له بتقديم خدمات لفائدة الواهب ويفترض أن يستجيب محل التزام الموهوب له للقواعد العامة الواجب توفرها في موضوع العقد بصفة عامة.

حيث يكون الشرط أو الالتزام غير مستحيل او مما يمنع فيه التعامل أو مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة. كما يستوجب توفر شرط ثاني يتعلق بقيمة العوض فالمقابل في الهبة يجب أن يكون من حيث القيمة المادية أقل من قيمة الشيء الموهوب، إذ أنها إذا كانت تعادل قيمة الشيء أو تقاربه فإن العقد يصبح عقد معاوضة وتتنفي فيه صفة التبرع لأنه كما سبق وذكرنا، الهبة تشمل مقدار الفرق بين القيمتين²⁷. وهذا الفرق يحدد غاية الواهب والباعث الحقيقي للهبة، أي هل أنه يقصد مكافأة الموهوب له أم له غايات أخرى لم يكشف عنها.

²⁶ بدران ابو العينين، المرجع السابق ص 23.

²⁷ السنهوري، المرجع السابق ص 124 .

المبحث الرابع: السبب في عقد الهبة

السبب في عقد الهبة هو الباعث الحقيقي للواهب على هبته فهو في الحقيقة تبرير للالتزام الارادي و تعليل للإرادة المنشأة للالتزام لذلك يجب أن يكون السبب مشروعاً (الفقرة الأولى) وغير مقترن بشرط مستحيل أو غير جائز (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : مشروعية السبب

يعتبر السبب من الاركان الجوهرية لكل عقد. لذلك، تطبق القواعد العامة على عقد الهبة. ولقد اختلفت النظريات المبررة لطبيعة السبب والباعث للتعاقد. فالنظرية التقليدية اعتبرت أن السبب في عقد الهبة هو نية التبرع، وفي هذا يقول "بوتيه" أن "الرغبة في الاحسان تقوم مقام السبب"²⁸. وقد قوبلت هذه النظرية بالنقد من قبل الفقيه PLANIOL باعتباره قد أخلطت بين السبب في عقد الهبة والرضا الذي يحتوي على نية التبرع.

في حين ترى النظرية الحديثة ضرورة التوسع في تحديد السبب بجعله الباعث على التعاقد. فهي لا تكتفي بالغرض القصدي بمعنى نية التبرع كسبب للهبة بل تعتد بالبواعث النفسية التي دفعت الواهب الى إبرام عقد الهبة.

والملاحظ أن المشرع التونسي قد أخذ بالنظرية التقليدية للسبب بالفصل 67 من مجلة الالتزامات والعقود الذي جاء به أن "الالتزام المبني على غير سبب أو على سبب غير جائز لا عمل عليه".

²⁸ Le désir de gratifier tien de cause .

وبالتالي، لا يوجد التزام بدون غاية أو باعث للتعاقد، وبالتالي فإن نية التبرع عند الواهب هي السبب المصرح به. وقد جاء بالفصل 200 من مجلة الأحوال الشخصية ما يجعل من نية التبرع سببا للهبة بقوله أنه "يجوز للواهب دون أن يتجرد من نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين". وهذا السبب يجب أن يكون مستوفيا لشروط صحته ويشترط لمشروعيته أن يكون غير مخالف للنظام العام والأخلاق الحميدة وإلا كانت الهبة باطلة بطلانا مطلقا. أما الفقه الاسلامي فإنه لا يعرف نظرية السبب بمفهوم القانون الوضعي، والشرط الوحيد لصحة عقود التبرع هو خلوها مما يخالف الأغراض الشريفة.

الفقرة الثانية : الهبة المقتربة بشرط

قد تقترب الهبة بشرط مما يجعل الالتزام متبادلا ويكون السبب في هذه الحالة مزدوجا حيث أنه توجد من جهة نية الواهب في التبرع، ومن جهة أخرى لديه رغبة في وجوب تنفيذ الشرط. وإذا لم ينفذ الموهوب له الشرط يكون له الحق في طلب فسخ التبرع. غير أن هذا الشرط الذي تقترب به الهبة قد يكون مستحيلا أو غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقة بشرط عدم الزواج. في هذه الحالات، وجب الرجوع لمقتضيات الفصل 117 من مجلة الالتزامات والعقود الذي يؤكد أن "كل شرط متعلق بمحال أو بما يخالف الاخلاق الحميدة أو القانون باطل وبه يبطل العقد ولا ينقلب الى الصحة ولو صار ذلك الشرط ممكنا فيما بعد".

وبالتالي، اذا ما اقترنت الهبة بشرط مستحيل أو غير مشروع فالشرط باطل ويبطل معه العقد. ويرى الاستاذ الخبثاني في هذا المجال ان هذا الحل فيه اجحاف و غلو، فكان على المشرع التونسي ان يفرق بين ما إذا كان الشرط مستحيلا و الغير المشروع هو السبب الدافع للهبة أم لا. وهو الذي يبطل فيه

الشرط أو الهبة معا بينما إذا لم يكن الشرط هو السبب الدافع والباعث الحقيقي للتعاقد فيبطل الشرط وتبقى الهبة صحيحة. وقد اخذت القوانين المقارنة بهذه النظرية خاصة منها القانون الفرنسي. وإجمالاً يمكننا القول ان هذا الغلو في تقييد حرية الأطراف يبرز خصوصاً في اشتراط قواعد خاصة ينفرد بها عقد الهبة عن غيره من العقود المسماة الأخرى.

الفصل الثاني: الشروط الخاصة في عقد الهبة

جاءت الفصول المنظمة لبعض أنواع العقود بشكليات معينة توجب التقيد بها وإلا كانت باطلة، من ذلك أنه إذا كان الشيء الموهوب عقاراً أو منقولاً، فإن عقد الهبة لا يصح إلا بحجة رسمية (المبحث الأول). في حين اكتفى عقد الهبة بالمناولة عندما يتعلق الأمر ببعض أصناف المنقولات (المبحث الثاني). ويبقى عقد الهبة خاضعاً للإشهار (المبحث الثالث). وتستثنى من هذه الشكليات ومن مبدأ العينية بعض أنواع الهبات إن لم نقل أنها قد استثنتت نفسها بالتستر وراء عقود أخرى (المبحث الرابع).

المبحث اول : اشتراط الحجة الرسمية

بالإضافة الى الشروط العامة الواردة بمجلة الالتزامات والعقود والمتعلقة بالرضا، الاهلية،المحل والسبب. وهي تنطبق على جميع العقود بمختلف انواعها فان عقد الهبة ينفرد ببعض الخصوصيات التي جاءت بها مجلة الاحوال الشخصية تمثلت اساسا في اشتراط شكلية الكتب الرسمي التي تعد شرط صحة وركن أساسي وضروري في عقد الهبة وخصوصا هبة العقارات وبعض انواع المنقولات مما جعل المشرع يفرد تحريره الى عدل الاشهاد بصفته المأمور العمومي المخول له تحرير الحجج (الفقرة الاولى).

ولم يكتف المشرع بتحديد الاختصاص بل انه تدخل في مضمون تحرير الكتب وأوجب على المأمور العمومي تنقيصات وجوبية بدونها يعد الكتب باطلا (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : اختصاص مطلق لعدل الاشهاد

نص الفصل 204 من مجلة الاحوال الشخصية انه "لا تصح الهبة إلا بحجة رسمية" فالهبة في الاصل هي عقد شكلي، ويبرر اشتراط الشكلية بأن عقد الهبة عقد خطير على الذمة المالية للواهب فهو يتجرد من ماله بدون مقابل. فالحجة الرسمية تلعب دورا وقائيا عند ابرام العقد مما يستوجب من الواهب التروي والتفكير قبل الاقدام على مثل هذا النوع من العقود التي تتم بحجة رسمية. وقد عرف المشرع الحجة الرسمية بالفصل 442 من مجلة الالتزامات والعقود بأنها" التي يتلقاها المأمورون المنتصبون لذلك قانونا في محل تحريرها على الصورة التي يقتضيها القانون" فمن خلال هذا التعريف يبدو أن المشرع حصر اضاء الصبغة الرسمية على العقود في من تتوفر فيهم صفة المأمور العمومي، فضلا عن تحريره طبقا لمقتضيات القانون.

ومن الناحية العملية فان تحرير عقود الهبات من اختصاص عدل الاشهاد بوصفه مأمور عمومي الذي أسند له الفصل الأول من القانون المنظم لمهنة عدول الاشهاد المؤرخ في 23 ماي 1994 هذه الصفة إذ أنه حسب هذا الفصل "مكلف بتحرير الاتفاقات والتصريحات التي ترغب السلطات والأشخاص في إثباتها بحجة رسمية".

فتدخل المأمور العمومي لتحرير الكتب يضيف عليه الصبغة الرسمية كلما تقيد المحرر في آدائه لمهامه بحدود السلطة والاختصاص. وكلما تضمنت الورقة الرسمية جميع عناصر الهبة من الواهب والموهوب له ومال موهوب والتزامات الأطراف المتعاقدة.

ورغم تنقيح المجلة التجارية بمقتضى القانون المؤرخ في 28 أبريل 2003 الذي اضاف الفصل 189 مكرر الذي أوكل للمحامين غير المتمرنين مهنة تحرير عقود الأصل التجاري دون غيره الا أنه هبة الأصل التجاري بقيت من اختصاص عدول الاشهاد كما جاء بصريح الفصل 189 مكرر المذكور آنفا "باستثناء العقود التي ينص القانون على ابرامها بحجة رسمية" وبذلك يكون المشرع التونسي بمقتضى التنقيح المذكور قد سحب تحرير العقود المتعلقة بالأصول التجارية من عدول الاشهاد ما عدا عقد هبة الأصل التجاري باعتباره يتم بحجة رسمية. وقد أكد المشرع بالفقرة الثانية من الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية على أن "الحجج المحررة من غير من ذكر باطلة بطلانا مطلقا".

وفي ذلك إصرار من المشرع على تغليب الكتابب الخطية على الحجج الرسمية وتغليب الاستثناء على المبدأ. فقد جاء اشتراط الحجة الرسمية بنص صريح في عقود الهبات واستعمال النص الخاص للفظ الصحة صراحة لا يدع اي مجال لمناقشة وظيفة الكتب لتوخي الوضوح من قبل المشرع.

وللكتب في المادة العقارية وظائف متعددة فقد يكون حجة لمعارضة الغير وقد يكون وسيلة إثبات العلاقة التعاقدية إلا أن المشرع لم يقف عند هذه الوظائف وافر نظاما خاصا بالعمليات الاشهارية ينسحب على عقد هبة العقار وبالتالي فان الكتب لم يعد يشكل وسيلة لمعارضة الغير ما لم يقع تسجيله أو ترسيمه. وانطلاقا مما تقدم يتبن لنا ان الصبغة الرسمية للعقود وما تتمتع به من قوة ثبوتية لا يضيفها سوى المأمور العمومي وخصوصا عدل الإشهاد في عقد الهبة، لذلك يجب عليه التقيد بتنصيصات وجوبية عند تحريره لهذا العقد وبدونها يعد العقد باطلا.

الفقرة الثانية: التنصيصات الوجوبية في عقد الهبة

يجب ان تتضمن الحجة الرسمية جميع عناصر الهبة من واهب وموهوب له و مال موهوب والتنصيص على التزامات الموهوب له اذا كانت الهبة بعوض.

فبالنسبة للأطراف يجب ذكر اسمائهم جميعا وألقابهم وحرفهم ومقراتهم وجنسياتهم ومكان ولادتهم وتواريخها. وقد أوجب الفصل 373 جديد من مجلة الحقوق العينية اعتماد مضمون الحالة المدنية مبدئيا لإثبات هوية المتعاقدين.

أما بالنسبة للبيانات المطلوبة في العقار فيجب ذكر اسمه ومساحته وعدده بالسجل العقاري. وإن كان الكتب مشتملا على تجزئة فإنه يجب أن يحتوي على جميع الإرشادات الصالحة لتشخيص القطعة وأن يكون مصحوبا بمثال معد من قبل ديوان قيس الأراضي ورسم الخرائط أو من قبل مهندس مصادق عليه طبقا للصبغ المعمول بها.

كذلك يجب ان ينص على معرف الرسم الجبائي وعدد سند الملكية وتاريخه إن سبق تسلمه وموضوع الرسم والتحويلات والارتفاقات الموظفة له وعليه. فضلا على انه عليه إمضاء الكتب مع التتصيص على اسمه ولقبه ورقم بطاقة تعريفه وما يثبت إطلاعه على الرسم العقاري. ويستحسن إثبات ذلك من خلال وصل الإطلاع الذي تسلمه إدارة الملكية العقارية بالتتصيص صلب الكتب على ذلك الوصل مع ذكر عدده وتاريخه.

هذه التتصيصات الوجوبية تتأكد خصوصا في عقد هبة العقارات باعتبارها أكثر تعقيدا في حين نجد المشرع قد خص المنقولات بأحكام خاصة، إذ اعتبرها تصح بالمناولة، عدى بعض الأحكام الخاصة المتعلقة بالمنقولات المسجلة حسب مقتضيات الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية.

ولعل اشتراط المشرع للحجة الرسمية في هبة العقارات يبرر بسببين أولهما أن لهذه الحجة قوة ثبوتية مطلقة لا تقبل الطعن الا عن طريق دعوى الزور وثانيهما واجب التصريح والنصح المحمول على كاهل المأمور العمومي الذي عليه تنبيه الواهب وإرشاده الى الآثار السلبية التي ستترتب عن مثل هذا التصرف²⁹. وغالبا ما تكون الهبة بين أفراد العائلة كان يهب الأب ابنه أو أن يهب الزوج زوجته.

²⁹ عقد الهبة مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

والسؤال الذي يطرح هنا يتمثل في أن الموهوب له الذي يريد ان يثبت الهبة المسندة إليه من طرف والده أو زوجته أو احد أقاربه هل له أن يتمسك بأحكام الفصل 478 الفقرة الثانية من مجلة الالتزامات والعقود الذي يشير الى بعض الاستثناءات والتي يصعب فيها الحصول على حجة مكتوبة كصورة التعذر المعنوي نظرا لقربة أطراف العقد.

وبالرجوع الى الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية نلاحظ أنه لا يقبل أي استثناء، فالحجة الرسمية واجبة لصحة عقد الهبة، مهما كانت درجة القرابة بين الواهب والموهوب له وهذا الشرط له علاقة في الحقيقة بالنظام العام وينجر عن عدم توفر البطلان المطلق.

ويستخلص مما سبق ان أهمية الكتب تتمثل في القوة الثبوتية المطلقة التي يتمتع بها تجاه الأطراف وإزاء الغير إذ ان الإقرار بوجود اعتماد الحجة الرسمية كشكلية أساسية لصحة هبة العقارات أساسا و بعض أنواع من المنقولات جعل بعض الفقهاء وخاصة الفقيه الفرنسي Carbonnier يعتقدون أن الحجة الرسمية أصبحت ركنا خامسا يضاف الى ركن الأهلية، الرضاء، المحل والسبب³⁰ حيث أنه اذا لم يستوفي الأطراف هذا الشرط اختلت الهبة وكان مآلها البطلان.

على أن هناك بعض المنقولات التي تخرج عن مبدأ المناولة وتتطلب بدورها حجة رسمية إضافة إلى التسجيل عند بيعها من ذلك الأصل التجاري والطائرات والسفن، إذ أوجب المشرع احترام الأحكام الخاصة بالمنقولات المسجلة فقد نص الفصل 16 من مجلة التجارة البحرية على أن "كل عمل تنتقل به ملكية السفينة كلها أو بعضها يجب أن يكون بكتب" مما يفيد أن المشرع لا يعتد بالقبض بل يشترط تحرير كتب وكذلك الشأن بالنسبة للكتابات المتعلقة بالأصول التجارية الذي أوجب فيها المشرع تحرير الكتاب ولم يعتد بالمناولة نظرا لخصوصية الأصل التجاري، فقد كان الفصل 190 من المجلة التجارية يشترط لإحالة الأصل التجاري وجوب إثباته بكتب دون التقيد بشكل مخصوص أي أنه يستوي ان يكون كتب بخط اليد

³⁰: عقد الهبة مذكرة لنيل الشهادة في الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس

أو بحجة رسمية وفي غيابه يكون العقد باطلا على أن المشرع تراجع في اشتراط ازدواجية شكل الكتب (كتب خطي أو كتب رسمي) ولم يعد يشترط بمقتضى إضافة الفصل 189 مكرر من المجلة التجارية سوى حجة خطية باستثناء هبة الأصل التجاري التي بقيت تخضع لشرط الحجة الرسمية وبالتالي بقيت من اختصاص عدول الإشهاد.

المبحث الثاني: كفاية التسليم في هبة المنقولات

خلافا للعقارات التي تستوجب شكليات معينة تتعلق بوجوب تحرير كتب واستكمال شكليات الاشهار وغيرها فان هبة المنقولات تتعزى من هذه الشكليات ويكتفي فيها المشرع باشتراط التسليم (الفقرة الاولى) غير أنه أحاله على القواعد المتعلقة بتنظيم التسليم في عقد البيع (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى: وجوبية التسليم في هبة المنقول

نصت الفقرة الأخيرة من الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية أنه "في ما يخص المنقولات المادية فالهبة تصح بالمناولة مع مراعاة الاحكام الخاصة المتعلقة بالمنقولات المسجلة" وبالتالي، فإن المشرع التونسي اكتفى بمجرد المناولة لصحة عقد الهبة في المنقولات. وقد اعتبر بعض الفقهاء أن المناولة أو وضع اليد في الهبات اليدوية إنما هي تعويض للشكل وبقاء لمبدأ اشتراط الشكلية في عقد الهبة وليس استثناء³¹.

على ان اشتراط المناولة ما هو في الحقيقة الا امتداد للقاعدة الخاصة بحوز المنقولات الواردة بالفصل 53 من مجلة الحقوق العينية والتي تفيد انه "من حاز منقولا أو صبرة من المنقولات شبهة حمل على أنه ملك

³¹: المرجع السابق ص34

ذلك بالوجه الصحيح" وقد وردت هذه القاعدة في جل القوانين الحديثة من ذلك الفصل 2279 من المجلة المدنية الفرنسية وكذلك الفصل 835 من المجلة المدنية الجزائرية.

وهبة المنقول يمكن أن تتم بحجة رسمية مثل هبة العقار في بعض الحالات التي ينص عليها المشرع وفي هذه الصورة تتعقد دون الحاجة الى المناولة.

وقد اختلف فقهاء الشريعة الاسلامية في خصوص ما اذا كان القبض شرط لصحة الهبة في المنقولات، فذهب الامام مالك الى ان الهبة تتعقد بالقبول ويلزم الواهب التسليم بالقبض وهو شرط لصحة عقد الهبة. على أن المذهب الحنفي يرى ان شرط القبض هو شرط لانعقاد الهبة عملا بالحديث النبوي الشريف "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة" فقبل القبض يبقى الشيء الموهوب ملكا للواهب وله أن يرجع في هبته ويتصرف فيها³².

ويبدو أن المشرع التونسي قد تأثر بالمذهب المالكي لما اعتبر شرط التسليم شرط لصحة العقد إذ أكد الفصل 201 من مجلة الاحوال الشخصية على ضرورة التسليم فجاء به أن "الهبة تتم بتسليم الشيء الموهوب" وتعد الهبة باطلة إذا مات الواهب قبل أن يسلم الهبة للموهوب له وان اجتهد في طلبها، أو اذا مات الموهوب له قبل ان يتسلمها، وهذا الشرط يعد ركنا أساسيا لتكوين عقد الهبة وقيامه صحيحا مما يقدم دليلا آخر على الصبغة الشكلية لعقد الهبة. غير أن مجلة الأحوال الشخصية أحالت ما يتعلق بقواعد وشكليات التسليم في عقد الهبة إلى القواعد المقررة لتسليم المبيع،

الفقرة الثانية : قواعد التسليم

جاء بالفصل 202 من مجلة الأحوال الشخصية أن "قواعد تسليم المبيع تنسحب على تسليم الموهوب له في ما لا يتنافى مع طبيعة الهبة و قواعدها الخاصة". وبالرجوع إلى أحكام الفصل 593 من مجلة

³²: كمال حمدي المرجع السابق ص161

الالتزامات و العقود المتعلقة بتسليم المبيع نلاحظ أن المشرع يجيز التسليم الفعلي والتسليم الحكمي للمبيع فهل يمكن القياس على هذا الجواز؟

قبل التحدث في هذه المسألة، لا بد أن نشير إلى أن التسليم الفعلي يتم بالقبض والمناولة وتنتقل به حيازة الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له فتنتم الهبة.

فقد يكون الشيء الموهوب حقا شخصا يخوله الواهب للموهوب له على سبيل التبرع فالقبض في هذه الحالة يكون بتسليم سند الحق للموهوب له ليتمكن من استعماله. وقد يتم القبض أيضا بالتسليم الحكمي المتمثل في وضع الواهب المنقول تحت تصرف الموهوب له بحيث يمكنه التصرف فيه دون عائق كأن يكون في حيازته قبل الهبة بمقتضى إجارة أو ودیعة ثم تقع الهبة فيتفق الواهب مع الموهوب له على أن يبقى المنقول في حيازته كمالك له³³.

ويشترط الفصل 202 من م.أ.ش أن "لا تتنافى قواعد تسليم المبيع المنطبقة على تسليم الشيء الموهوب مع طبيعة الهبة و قواعدها الخاصة". وبالرجوع إلى الفصل 204 من نفس المجلة نجده يعتبر الهبة صحيحة متى تمت المناولة مما يجيز القول و أن المشرع التونسي لا يعتد إلا بالقبض الفعلي الذي يتم بالمناولة³⁴. وقد أكد القرار التعقيبي المدني عـ4869 عدد المؤرخ في 29 ديسمبر 1981 هذا الإتجاه، حيث جاء فيه أن "الهبة من مستلزماتها حوز الموهوب حوزا فعليا وتصرف الشخص فيه".

في حين أقر القرار التعقيبي المدني عـ18650 عدد المؤرخ في 08 ماي 1990 أن "الهبة تتم بتسليم الموهوب له و تبطل إذا مات الواهب و الموهوب له قبل التسليم".

فالقبض هو وسيلة لاكتساب ملكية المنقولات التي تصح فيه الهبة بالمناولة وهي أساسا المنقولات المادية التي نص عليها صراحة الفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية دون المنقولات المعنوية كالحق

³³ بدران أبو العينين المرجع السابق ص 224

³⁴ عقد الهبة مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص.

المعنوي للفنان أو المؤلف أو الرسام و حق الملكية التجارية و الصناعية كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والأسهم والديون الاسمية.

إن عدم توفر شكلية التسليم ينجر عنه البطلان المطلق و بالتالي فإن لكل ذي مصلحة التمسك بهذا البطلان ويمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

المبحث الثالث : إشهار عقد الهبة

لم يكتف المشرع التونسي بشرط الكتب أو المناولة لصحة الهبات بل أضاف شكليات الإشهار لحماية الغير حسن النية والاحتجاج بالعقد تجاهه، حيث أنه أخضع الكتابات المتعلقة بهبة العقارات إلى وجوبية الترسيم بالسجل العقاري إذا كان العقار مسجلا. وقد نظمت مجلة الحقوق العينية هذه المسألة (الفقرة الأولى). ومن جهة أخرى أخضع الكتابات بصفة عامة (عقارات مسجلة، غير مسجلة أو منقولات) إلى وجوبية التسجيل الجبائي، وقد نظمت مجلة معاليم التسجيل والطابع الجبائي هذه المسألة مع مراعاة ضرورة تسجيل بعض المنقولات بالسجل التجاري (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى : التسجيل بالسجل العقاري بالنسبة لهبة العقارات المسجلة

نص الفصل 204 م.أ.ش بعد تنقيحه بمقتضى القانون ع48-د لسنة 1992 المؤرخ في 24 ماي 1992 على أن الحقوق المترتبة على الهبة بالنسبة للعقارات المسجلة لا تتكون إلا بترسيمها بالسجل العقاري. فبالإضافة إلى اشتراط الحجة الرسمية لا بد من ترسيم هبة العقار المسجل بإدارة الملكية العقارية وكذلك حق الانتفاع و الرقبة و إخضاع العقار إلى نظام الشهر العيني، ذلك أن الحقوق لا تتكون إلا بترسيم العقد. فالترسيم له مفعول منشأ لآثار بين المتعاقدين أو إزاء الغير. فقد جاء بالفصل 305 م.ح.ع

الجديد أن كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بالسجل العقاري و ابتداء من تاريخ ذلك الترسيم و هنا نلاحظ أن المشرع من خلال الفصل 204 م.أ.ش و 305 م.ح.ع تحدث عن تكوين الحق العيني³⁵. وقد جاء بالفصل 373 م.ح.ع أن الصكوك و الاتفاقات التي لم يقع إشهارها بطريق الترسيم برسم الملكية لا تكون حجة تجاه الغير كعقد الهبة مثلا وهو ما يعني أن الهبة التي لم يقع إشهارها لا تعتبر باطلة بل صحيحة إذ أنها تنتج آثارها الشخصية مثل الالتزام بضمان الاستحقاق وواجب التسلم و ضمان العيوب الخفية و لكن لا تنتج آثار إزاء الغير الذي بقي محميا بالإشهار في السجل العقاري. وعلى هذا الأساس، يصبح عقد الهبة عقدا شكليا بامتياز، باعتبار أن آثاره تتوقف على توفر الجانب الشكلي. بالإضافة إلى هذه الإجراءات، فإن المشرع التونسي اقتضى ضرورة تسجيل الكتب بالقبضة المالية.

الفقرة الثانية: التسجيل الجبائي للهبة

الغاية من إخضاع الكتائب لوجوبية التسجيل الجبائي إضافة لإثبات تواريخها هو اعتبارها أداة للاحتجاج بها ضد الغير. وإن كانت هذه الغاية تتحقق بشكلية الكتب الرسمي التي اشترطها المشرع بالفصل 204 من مجلة الأحوال الشخصية، فإنه مكن الدولة من المراقبة والوقوف على عمليات تداول الأموال وجمعها من خلال استخلاص المعاليم التي تدفع للإدارة الجبائية عند تسجيل الكتائب الرسمية، حيث أنه يقع اقتطاع بطاقة تحتوي على البيانات الضرورية للعقار الموهوب والأطراف وتحديد الثمن.

بالنسبة لترسيم هبات العقارات بإدارة الملكية العقارية، فقد أشار الفصلين 2 و 3 من القانون ع-69دد لسنة 2006 المؤرخ في 28 أكتوبر 2006 إلى أن العقارات سواء كانت مسجلة أو غير مسجلة تخضع هباتها- إذا كانت بين الأعقاب و الأسلاف أو بين الأزواج -إلى معلوم قار محدد ب 100 د راجع لإدارة

³⁵ ادريس المحيرصي الحماية القانونية لعقد الهبة ص13.

الملكية العقارية أو كمعلوم عن نقل و مقاسمة العقارات الغير مسجلة و ذلك عوضا عن المعلوم النسبي المحدد بـ 1% قبل تنقيح 2006 حسب قانون المالية لسنتي 1981 و 2002. وكان لهذا التخفيض أثره في عمليات التقويت التي يقوم بها الأسلاف و الأعقاب التي تعددت بعدما كانت الهبة مقنعة بعقود بيع. كما أضاف قانون 2006 إلى تعريفه معالم التسجيل القارة الواردة بالفصل 23 من مجلة التسجيل و الطابع الجبائي الفصل 18 ثالثا بحيث أصبح المعلوم المستوجب 15 دينار عن كل عقد بعد أن كان 2.5% بين الأسلاف والأعقاب وبين الأزواج. كل ذلك حتى لا تكون معالم التسجيل عائقا أمام انتقال الملكية ولتخفيف العبء الجبائي على الأملاك الموهوبة.

أما بالنسبة للهبة بين الإخوة والأخوات، فقد بقيت على حالها ولم يشملها القانون الجديد وبقي معلوما النسبي 5% حسب الفصل 20 من مجلة التسجيل والطابع الجبائي. وتصل الهبة إلى 25% بين الأعمام والعمات وأبناء وبنات الإخوة وكبار الأعمام والعمات وصغار أبناء أو بنات الإخوة وأبناء الأعمام. وتصل إلى 35% بين الأقارب بعد الدرجة الرابعة و بين الأشخاص غير الأقارب.

وتجدر الإشارة إلى أن النظام الجديد الذي يشمل هبات العقارات يشمل أيضا هبة المنقولات وهو ما ورد صراحة وبدون أي لبس في نص مذكرة صادرة عن الإدارة العامة للمحاسبة العمومية تتعلق بالنظام الجبائي التفاضلي لتسجيل الهبات عـ95 عدد بتاريخ 01 ديسمبر 2006. كما جاء بهذه المذكرة أن الإعفاء من معلوم إنجرار الملكية المحدد بـ 3% يشمل كل عقود الهبة بقطع النظر عن درجة القرابة.

و قد بدأ تطبيق القانون عـ69 لسنة 2006 المؤرخ في 28 أكتوبر 2006 منذ 10 نوفمبر 2006. ولحماية هذا التمشي لا بد للواهب و الموهوب له من تحديد قيمة تجارية حقيقية في عقد الهبة وذلك اعتمادا على التصريح التقديري للأطراف بدون طرح الأعباء.

وقد جاء بالفصل 39 م.ت.ط.ج بأن كتابات عدول الإشهاد التي ليس لها مساس بالوضعية القانونية تسجل في أجل ثلاثون يوما من تاريخ الكتب. كما تسجل وجوبا في أجل 60 يوما من تاريخ الكتب

كتابات عدول الإشهاد التي لها مساس بالوضعية القانونية للعقارات والأصول التجارية وعلى هذا الأساس يمكن القول بأن عقد الهبة مشمول بهذا الإجراء الوجوبي الشكلي وإلا يتعرض المخالف إلى عقوبات مالية وخطايا بسبب التأخير عن التسجيل الجبائي.

وهنا تجدر الإشارة إلى أن القيمة التي سيقع التنقيص عليها هي تعبر عن إرادة الأطراف عند تكوين العقد فيجب أن يقع تقويم قيمة الموهوب تقويماً حقيقياً كما نهت عن ذلك م. التسجيل و الطابع الجبائي. إذ أن الأمر يتعلق بهبة دون الحصول على ثمن و بذلك يقع تقاضي حصول غلط أو تغيير أو تدليس في العقد كاعتباره معاوضة أو بيع و هذا من أهم ما يميز الهبة عن العقود الأخرى. فتحديد القيمة الحقيقية ضروري جداً فهو يحمي أطراف العقد من الناحية الجبائية و هنا يتجلى دور عدل الإشهاد الحمائي من خلال واجب النصح و الإرشاد لمسألة القيمة التي تتأكد من خلال ما جاء بالفصل 4 من قانون 2006 حيث يضبط سعر التكلفة فيم يتعلق بعمليات التقويت في الأملاك الموهوبة بين الأصول والفروع وبين الأزواج على أساس قيمتها في تاريخ امتلاكها من قبل الواهب وتحسب مدة التملك في هذه الحالة ابتداء من تاريخ التملك من قبل الواهب. وهنا إشارة صريحة إلى أن قيمة الهبة يمكن أن تعتمد كأساس لسعر التكلفة وبتدعم التمشي القائل بوجوب تحديد قيمة حقيقية في الهبة من خلال ما جاء في مداولات مجلس النواب في جلسته المنعقد بتاريخ 18 جويلية 2006 ع29د حيث ثمنت لجنة التشريع العام والتنظيم العام الإدارة في تقريرها المشترك مع لجنة المالية والتخطيط والتنمية الجهوية نص مشروع القانون الهادف إلى تيسير انتقال الأملاك عن طريق الهبة وأشارت إلى أنه يجب أن يتم ذلك في إطار الشفافية. ومهما يكن فإن تحديد القيمة الحقيقية يهدف إلى حماية الأطراف المتعاقدة.

وبالنسبة للقانون المقارن فقد اوجب المشرع الفرنسي لصحة هبة المنقولات بالإضافة الى وجوب تحريرها بصفة رسمية ضرورة اعتماد تحرير كشف بقيمة الاموال الموهوبة للمنقولات وان يوقعه الواهب والموهوب له أو من يقبلون عنه وأن يرفق بأصل الهبة.³⁶

وبالنسبة للقانون المصري فانه لا يجب اعتماد كشف في تقدير المنقولات الموهوبة، اما في ما يخص العقارات و إذا كان الامر يتعلق بهبة حق انتفاع فانه يقع التصريح صلب العقد بقيمة الملكية كاملة للعقار وكذلك يقع التقدير الجبائي لحق الانتفاع وحده وهو ما يؤدي الى تقدير قيمة الرقبة وحدها كذلك.

المبحث الرابع : الاستثناء من وجوب اشتراط الشكلية في الهبة

نظرا لما تستوجبه بعض الشكليات من طول وإجراءات وتكاليف باهظة في الغالب فقد عمد البعض الى إبرام عقود هبة غير مباشرة لا تظهر للعيان على أنها هبات (الفقرة الاولى) أو عقود هبة مستترة (الفقرة الثانية).

الفقرة الاولى : الهبة الغير مباشرة

هي في حقيقة الامر اكتساب الموهوب له حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل وعلى سبيل التبرع ولكن، ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب كالتنازل عن حق الانتفاع، فيمكن أن ينتقل إليه الحق مثلا من خلال اسقاط الدين أي التنازل عن حق شخصي وبالتالي ابراء ذمة المدين. أو من خلال التنازل عن حق سكني للموهوب فتقع الهبة غير المباشرة في صورة تنازل شخص عن حق ارتفاق مقرر لمنفعة عقاره على عقار الموهوب³⁷. ومن صورها أيضا الاشتراط لمصلحة الغير أو حوالة الدين أو التعهد بالدفع³⁸.

³⁶ الفصل 948 من م.م.

³⁷ بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 226.

كما يمكن أن تتحقق الهبة غير المباشرة عن طريق شراء شيء من الغير، فيقوم الواهب بالشراء ويدفع الثمن، ويذكر في العقد اسم الشخص الذي يريد التبرع له.

الفقرة الثانية : الهبة المستترة

على عكس الهبة الغير مباشرة التي تبدو في ظاهرها كحقيقتها،³⁹ فإن الهبة المستترة في ظاهرها تبدو غير حقيقتها، إذ هي في الأصل هبة ولكن تظهر للعيان تحت اسم عقد آخر كالبيع مثلا. على أنه يجب أن يكون العقد السائر للهبة مستوفيا لشروط الانعقاد الظاهر ويبقى عبء إثبات من يدعي حقيقة الهبة المستترة محمول على من يدعيه عملا بالقواعد العامة. خصوصا وأن الواقع لا يخلو من وجود هذه النوعية من الهبات التي قد يتضرر منها الوارث من هذه العقود السرية التي يبرمها تحت ستار البيع.

وقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها المؤرخ في 17 ماي 1979 أن "الوارث لا يعتبر غيرا بالنسبة للهبة التي يبرمها مورثه". و بالتالي يمكنه الطعن في الهبة التي يبرمها مورثه أثناء مرض الموت. وباستثناء هذه الحالة، لا يمكنه الطعن في الهبة حتى وإن كانت مستترة تحت ستار آخر. لأنها جاءت كعقد تاما، مستوفيا لجميع شروط الصحة و نافذ بين الأطراف و تجاه الغير.

والهبة حتى وإن كانت تبرعا، فإنها قد تنقل كاهل الموهوب له بالتزامات وواجبات أدبية نحو الواهب مما يؤدي بالموهوب له إلى رفض الهبة كلما استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها⁴⁰.

ومن جهة أخرى، لم يعتبر المذهب الحنفي أن القبول ركنا من أركان الهبة وإنما هو لازم لثبوت حكمها ولا لوجودها في ذاتها.⁴¹ ولم يتضمن التشريع التونسي نصا صريحا في وجوب اشتراط قبول الموهوب له في

³⁸ بدران أبو العنين، المرجع السابق، ص 226.

³⁹ عقد الهبة مذكرة لنيل شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص.

⁴⁰ كمال حمدي المرجع السابق ص 158

مجلة الأحوال الشخصية ولم يعلق صحة انتقالها على قبوله مما يجزنا إلى البحث في القواعد العامة للالتزامات والعقود التي تشترط لتمام العقد تطابق الإيجاب والقبول.

أما القانون المصري فلم يشترط أن يكون القبول صريحا بل يمكن أن يكون ضمنيا و يعتبر سكوت الموهوب له قبولا بعد علمه بالإيجاب إذا ما انجر له عن الهبة منفعة. بخلاف الهبة بعوض أو إذا ما اقترنت بالتزام معين فإن السكوت عنها لا يعد قبولا إلا إذا دلت الظروف على القبول⁴². ومبدئيا لا يجوز لغير الموهوب له قبول الهبة غير أنه يمكن لنائبه أن يقبلها نيابة عنه إذ جاء بالفصل 37 من م.إ.ع أنه "ليس لأحد إلزام غيره أو قبول التزام له إن لم يكن مأذونا من النيابة عنه بتوكيل منه أو بولاية حكومية".

⁴¹ السنهوري المرجع السابق ص 29

⁴² السنهوري المرجع السابق

الجزء الثاني: آثار عقد الهبة

بمجرد قيام عقد الهبة صحيحا مستوفيا لجميع أركانه من حيث الموضوع ومن حيث شروط الصحة، يصبح الواهب مطالبا بتنفيذ التزامه سواء كانت الهبة بعوض أو بدونه عملا بمبدأ القوة الملزمة للعقد. وقد يختلف عقد الهبة عن غيره من العقود. فلئن كان كبقية العقود مآله الطبيعي التنفيذ (الفصل الأول)، فإنه يبقى قابلا لإمكانية الرجوع فيه (الفصل الثاني).

الفصل الأول: تنفيذ عقد الهبة

إذا نشأ عقد الهبة صحيحا تكون له قوة ملزمة للمتعاقدين تجعله شبيها من هاته الناحية بالقانون. حيث ينص الفصل 242 من م.أ.ع على أن "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين".

وتعني هذه القاعدة ضرورة الوفاء بالعقد مما يعطيها بعدا أخلاقيا ثابتا، لذلك فإنه يتوجب على كل طرف في العقد الوفاء بالتزاماته تجاه الطرف المقابل. لذلك، سنتعرض في مرحلة أولى إلى التزامات الواهب (المبحث الأول) ثم نأتي على التزامات الموهوب له (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التزامات الواهب

سواء كان الواهب يهب سعيًا لتحقيق أغراض شخصية، أو كانت هبته بدافع ونية التبرع فهو مطالب بتنفيذ التزامه. وهذه الالتزامات يمكن قياسها على التزامات البائع في عقد البيع. وقد ضبط المشرع التونسي هذه الالتزامات في مجلة الأحوال الشخصية وهي التزام الواهب بنقل الملكية (الفقرة الأولى) والتسليم (الفقرة الثانية) وضمان الاستحقاق (الفقرة الثالثة) وضمان العيوب الخفية (الفقرة الرابعة).

الفقرة الأولى : الالتزام بنقل الملكية

تنتقل ملكية الشيء الموهوب بمجرد تمام عقد الهبة وذلك قياسا على ما هو الحال عليه في عقد البيع حيث ينص الفصل 583 من م.أ.ع على أنه " إذا تم البيع بتراضي الجانبين انتقلت ملكية المشتري للمشتري".

لكن يطرح الفصل 201 من م.أ.ش إشكالا حيث جاء فيه " تتم الهبة بتسليم الشيء الموهوب إلى الموهوب له والهبة باطلة إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل تسليمها وإن اجتهد الموهوب له في طلبها". وبالتالي يصبح التسليم ركن من أركان الهبة وليس أثرا لها خلافا لعقد البيع الذي يكون فيه التسليم أثرا ينتج عنه تطبيق الالتزام بنقل الملكية التي تنتقل بالإيجاب و القبول و بناء على ما تقدم فان الهبة التي تمت بالإيجاب و القبول دون التسليم بسبب وفاة الواهب تكون باطلة و ترجع إلى ورثة الواهب.

أما إذا توفى الواهب بعد التسليم فإنها تعد صحيحة و تصبح ملكا للموهوب له ويختلف هذا الالتزام بين ما إذا كان الموهوب عقارا أو منقولا.

فإذا تعلقت الهبة بمنقول وكان معينا بالذات، فإن الملكية تنتقل بمجرد التقاء الإيجاب و القبول مع تعزيزها بالتسليم أي وضع اليد أو المناولة. أما إذا تعلقت بعقار فإنه يجب التمييز بين العقار المسجل والعقار الغير مسجل. فبالنسبة للعقار غير المسجل فان الملكية لا تنتقل إلا بعد إتمام إجراءات الحجة الرسمية و ما تستوجبه من خلاص معالم النقل، و بعد تسجيل الكتب بالقباضة المالية.

في حين أن العقار المسجل و منذ تنقيح 04 ماي 1992 أصبح الترسيم بالسجل العقاري شرطا لانتقال الملكية، وليس وسيلة للاحتجاج بالعقد إزاء الغير. حيث رأى المشرع التونسي بالفصل 305 جديد من م.ج.ع أن " كل حق عيني لا يتكون إلا بترسيمه بإدارة الملكية العقارية أو ابتداء من تاريخ ذلك الترسيم". في حين يرى الفصل 204 من م.أ.ش أن " الهبة لا تصح إلا بحجة رسمية والحقوق العينية المترتبة عنها بالنسبة للعقارات المسجلة لا تتكون إلا بترسيمها بالسجل العقاري" وهو ما يجسم مشكلة أسبقية الحق

المرسم في صورة وفاة الواهب وتقويت الورثة في العقار إلى أجنبي فيقوم هذا الأخير بترسيم الهبة، ويتمتع تبعا لذلك بامتياز وأسبقية مستمدة من كيان الترسيم، الذي جعل للتصرف الثاني حجة مطلقة وحصانة لا ترفع⁴³.

وببقى الالتزام بنقل الملكية التزاما ناقصا ما لم يعزز بتسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له حتى يتمكن من التصرف فيها.

الفقرة الثانية : الالتزام بالتسليم

اشتراط المشرع بالفصل 201 م.أش ضرورة توفر عنصر التسليم باعتباره ركنا من أركان العقد، فيه انحياز للمذهب الحنفي الذي يجعل من القبض ركنا لتمام الهبة، فكان هذا الفصل مطابقا لأحكام الفصل 873 من المجلة العثمانية.

في حين جاءت الفصول 203⁴⁴ و 204⁴⁵ متأثرة بالمذهب المالكي، الذي لا يعتد بالقبض ولا يعتبره ركنا بذاته. وإنما هو أثر للعقد، ومرد هذا التضارب التشريعي عدم الوقوف على رأي فقهي واحد.

أما فقه القضاء التونسي، فقد اعتبر التسليم ركنا ضروريا في عقد الهبة. حيث تتمتع محاكم الأصل بحرية في مجال تفسير عقد الهبة وللقاضي أن يجتهد في تطبيق أحد المذهبين المالكي أو الحنفي⁴⁶ في المواضيع التي ترجع لتطبيق الفقه الإسلامي. إلا أن محكمة التعقيب قد أخذت بأحكام المذهب الحنفي في العديد من قراراتها. واعتبرت الحوز و التسليم ركنا أساسيا لعقد الهبة وبدونه يبطل، فقد جاء بالقرار

⁴³ زهير الخياطي : المرجع السابق ص 71

⁴⁴ " إذا لم يتم التسليم كان للموهوب له أن يطالب به".

⁴⁵ "لا تصح الهبة إلا بحجة رسمية. والحقوق العينية المترتبة عنها بالنسبة للعقارات المسجلة لا تتكون إلا بترسيمها بالسجل العقاري (...)" .

⁴⁶ قرار تعقيبي مدني عـ18650—دعوى المؤرخ في 08 ماي 1990 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1990 ص 219

التعقيبي عـ18650دد المؤرخ في 08 ماي 1990 أن "الهبة تتم بتسليم الموهوب إلى الموهوب له وتبطل إذا مات الواهب أو الموهوب له قبل التسليم".

كما جاء في قرار تعقيبي مدني عـ5147دد مؤرخ في 21 ديسمبر 1981 أن "الهبة يكفي فيها الحوز و ما ورد بحجتها من حوز الموهوب له موضوع الهبة بمصادقة الواهب و شهادة عدلي الحجة بذلك مع قيام الخصم على الموهوب له بانتزاع الحوز من يده وذلك كله يفيد ملكية الموهوب له لموضوع الهبة. فقيام الخصم بترسيم ملكية ذلك باسمه في السجل العقاري يكون مخالفا للواقع و القانون و بذلك فان الحكم يتطلب كل ذلك الترسيم من الدفتر العقاري يكون في طريقه و لا مطعن فيه"⁴⁷.

ولا يطرح التسليم باعتباره التزاما مشروطا على الواهب إشكالا فيما يتعلق بهبة الملكية كاملة حيث تنتقل ملكية الموهوب من ساعة تاريخ عقد الهبة. ويمكن أن يكون التسليم القانوني والفعلي من خلال تسلّم العقار خاليا من كل كراء أو شاغل كما يمكن أن يكون حوز العقار من خلال تسلّم معالم الكراء كما أنه في هبة حق الانتفاع بما فيه من حق استعمال واستغلال وسكنى يكون ركن التسليم قابل للإنجاز و التسليم والتحقق الفعلي. إلا أن مسألة التسليم تطرح إشكالا فيما يتعلق بهبة الرقبة حيث دأبت إدارة الملكية العقارية على رفض تسليم جميع الهبات التي خلى نصها من ذكر التسليم المادي و الحيني أو الفعلي في العقارات المسجلة تطبيقا لأحكام الفصل 201 من مجلة الأحوال الشخصية الذي يعتبر أن الهبة لا تتم إلا بالتسليم. في حين يقع ترسيم بيع الرقبة بدون إشكالا إلا أنه في الحقيقة ينقسم التسليم في مادة الهبة إلى نوعين تسليم قانوني من جهة ومادي فعلي من جهة أخرى فالتسليم في هبة الانتفاع هو تسليم قانوني ومادي فعلي وكذلك في هبة الملكية كاملة.

أما في هبة الرقبة فإن الواهب يحتفظ لنفسه بحق الانتفاع مادام على قيد الحياة أي أن التسليم المادي الحيني أو الفعلي غير موجود إلا أنه حسب للفصل 202 الذي جاء به "قواعد تسليم المبيع تتسحب على

⁴⁷ قرار تعقيبي مدني عـ5147دد المؤرخ في 21 ديسمبر 1981 نشرية محكمة التعقيب لسنة 1981 ص 269

تسليم الموهوب فيما لا يتنافى مع طبيعة الهبة وقواعدها الخاصة"، يمكن أن يقع التسليم القانوني، مع احتفاظ الواهب لنفسه بحق الانتفاع.

ويبدو أن فقه القضاء التونسي تبني هذا الموقف حيث أقرت المحكمة العقارية المنتسبة للقضاء في مادة الرسوم المجمدة حكمها بتاريخ 08 جويلية 2006 في الرسم المجمع عد 19662-د يقضي بالإذن لحافظ الملكية العقارية بتسجيل هبة حق الرقبة بالرسم العقاري عد 39021-د تونسي معللة حكمها بأن "الحوز المقصود من المشرع هو الحوز القانوني و ليس الحوز الفعلي أو المادي ضرورة أن حق الرقبة ينفصل عن التحويل على اعتبار أن ذلك لا يتم إلا ب وفاة الواهب".

والحوز القانوني هو وضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له بحيث يتمكن من حيازته ولو لم يستول عليه استيلاء مادي مادام الواهب قد أعلمه بذلك كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد الرزاق السنهوري في تعريفه للتسليم. وهذا ما جعل القانون عد 69-د لسنة 2006 المؤرخ في 28 أكتوبر 2006 يجيز صراحة هبة ملكية رقبة أملاك عقارية ليضع حداً حول الجدل المتعلق بصحة هبة حق الرقبة. وهذا ما من شأنه أيضا أن يضع حداً لمسألة رفض ترسيم هبة ملكية الرقبة من طرف إدارة الملكية العقارية حيث يصبح ممكنا من خلال هذا القانون ترسيم هبة الرقبة بدون إشكال. فتسليم العقار الموهوب رقبة فقط هو تسليم قانوني وفوري مع احتفاظ الواهب لنفسه بحق الانتفاع أي أن التسليم القانوني فوري وأما المادي أو الفعلي فهو بعد وفاة المنتفع أو انتهاء حق الانتفاع.

الفقرة الثالثة : الالتزام بضمان الاستحقاق

إذا كان البائع يتحمل في إطار عقد البيع التزاما مزدوجا يتعلق الأول بضمان الاستحقاق، و الثاني بضمان العيوب الخفية فإن الواهب في عقد الهبة لا يتحمل أي التزام بالضمان. وقد وقع التنصيص على ذلك صراحة بالفصل 207 من م.أ.ش حيث " لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب". و مرد هذا

المبدأ التّأثّر بأحكام الفقه الاسلامي. فإذا استحق الموهوب لمالكة الحقيقي فليس للموهوب له الذي انتزع منه أن يرجع على الواهب باستثناء الهبة بعوض، حيث مكن الفقه الحنفي الموهوب له الرجوع في جميع العوض الذي أداه إذا كان قائما و بمثله إذا كان مالا أو بقيمته إذا كان قيما و إن استحق بعض الهبة رجع بنصف العوض⁴⁸.

و قد أخذ المشرع التونسي بهذه الاستثناءات بالفصل 207 المذكور حيث " لا يضمن الواهب استحقاق الشيء الموهوب إلاّ إذا تعدد إخفاء سبب استحقاق الموهوب أو كانت الهبة بعوض. و في هذه الحالة الأولى يقدر للموهوب له بتعويض عادل عما أصابه من الضرر، و في الحالة الثانية لا يضمن الواهب الاستحقاق إلاّ بقدر ما أداه الموهوب له من عوض كل هذا ما لم يتفق على غيره". على أنه في حالة إخفاء الواهب لسبب الاستحقاق فعلى الموهوب له أن يثبت أنّ الواهب قد تعدد إخفاء سبب الاستحقاق. أمّا في صورة الهبة بعوض فنميّز بين الهبة بعوض التي لم يتعمّد فيها الواهب إخفاء سبب الاستحقاق و كان جاهلا لسببه حيث مسؤوليته تكون بقدر العوض. وبين الهبة بعوض و تعمّد الواهب إخفاء سبب الاستحقاق حيث الموهوب له لن يكتفي بأداء العوض، بل يقدر له القاضي زيادة على ذلك تعويضا عادلا عما لحقه من خسارة بسبب الاستحقاق⁴⁹.

و الملاحظ أن المشرع التونسي لم يتعرض ضمن تنظيمه لأحكام ضمان الاستحقاق لضمان الواهب للاستحقاق الصادر عن فعله الشخصي. غير أنّ ذلك لا ينفي ضمانه فهو يبدو أمرا بديهيا، فالواهب لا حق له القيام بما من شأنه أن يمنع الموهوب له من إستغلال الشيء الموهوب كما لا يمكنه القيام بتصرّفات قانونية أو القيام بأعمال مادية تحرم الموهوب له من حقوقه.

⁴⁸ بدران أبو العينين: المرجع السابق ص 240.

⁴⁹ الخبثاني : مرجع سابق ص 81

الفقرة الرابعة: الالتزام بضمان العيوب الخفية

بما أن الهبة عقد ينطوي على فكرة التبرع، فانه و عملا بأحكام الفقه الإسلامي⁵⁰ لا يضمن الواهب العيوب الخفية. و قد كرس المشرع التونسي هذا المبدأ بالفصل 208 من م.أ.ش حيث ورد به أنه "لا يضمن الواهب خلو الشيء الموهوب من العيب". وهذا المبدأ يتضمن استثناءات جاءت في نفس الفصل وتتمثل في صورة تعمد الواهب إخفاء العيب أو ضمن خلو الشيء الموهوب من العيوب كان ملزما بتعويض الضرر الناشئ عن العيب و يكون كذلك ملزما بالتعويض إذا كانت الهبة بعوض على أن لا يتجاوز التعويض في هذه الحالة قدر ما أداه الموهوب له من العوض.

ولكي يكون موجبا للضمان، وجب توفر شروط في العيب و هي:

(1) أن يكون مؤثرا في الشيء بحيث ينقص من قيمته نقصا محسوسا أو يصيره غير صالح

للاستعمال بحسب نوعه أو بمقتضى العقد ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في هذا الشأن.

(2) أن يكون العيب قديما أي أن يكون موجودا قبل العقد ووقت تسليم الموهوب له الشيء الموهوب.

(3) أن يكون هذا العيب خفيا فلا يضمن الواهب العيب الظاهر.

(4) أن يكون غير معلوم من قبل الموهوب له فذلك العلم تزول به صفة الخفاء المشترطة.

و يعتمد لتقدير العيب الخفي معيارا موضوعيا معينا بذاته، يعتد فيه بمستوى نظر الشخص اليقظ المنتبه

لأموره⁵¹. على أن هذا العيب إذا ما توفرت فيه الشروط المذكورة يجب أن يؤدي إلى حصول مضرة للموهوب له.

و قد تعرض المشرع التونسي إلى ثلاث استثناءات يتحتم فيها ضمان الواهب السبب الخفي :

أولا: حالة تعمد الواهب إخفاء العيب.

⁵⁰ بدران أبو العينين: المرجع السابق ص 241

⁵¹ عقد الهبة مذكرة للإحراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص ص 140

ثانياً: صورة الهبة بعوض و يلتزم فيها الواهب بضمان العيوب التي يعلمها و التي لا يعلمها لأن الإعفاء من شأنه أن يلحق الخسارة بالموهوب له، لذلك أقرّ المشرع بالفصل 208 أن يكون الضمان بقدر ما حصل للواهب من استفادة من العوض.

ثالثاً: إذا ضمن الواهب خلو الشيء من العيوب فانه يتحمل تعويض الضرر الذي يلحق الموهوب له إذا ظهر عيب فيما بعد حتى لو لم يكن عالماً به أو كانت الهبة بعوض⁵².

وفيما يخص الآجال المقررة للقيام بدعوى ضمان العيوب الخفية، لم يحدد المشرع التونسي آجالاً معينة للقيام بدعوى ضمان العيوب. لكن، بالرجوع للأحكام الخاصة بعقد البيع و خصوصاً الفصل 672 من مجلة الالتزامات و العقود، نجده قد حدد أجل القيام بالنسبة للعقارات بسنة في حين استقلت المنقولات بأجل ثلاثون يوماً من تاريخ التسليم. ويرى الأستاذ الخبثاني أنه لا يمكن القياس على آجال الفصل 672 لأنها خصصت للقيام بدعوى ضمان العيب الخفي في حد ذاته، و ليست لضمان الأضرار الناتجة عنه. حيث يرى أنه من الأجدي تطبيق آجال دعوى جبر الضرر المحددة في باب المسؤولية المدنية التعاقدية. على أنه ومثلما هو الشأن بالنسبة لضمان الاستحقاق فان الأطراف بإمكانهم الاتفاق على تعديل مسؤولية الضمان بالنقصان أو بالزيادة أو حتى إسقاطه إذا ما كانت الهبة بعوض.

المبحث الثاني: التزامات الموهوب له

لم يتعرض المشرع التونسي لهذه الالتزامات في الفصلين 207 و 208 من مجلة أحوال شخصية المتعلقين بآثار عقد الهبة. لكن، بالرجوع الى أحكام الفصل 200 من المجلة نفسها، نجده ينص على أنه يجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين وتسمى هبة بعوض. وقد خصصت العديد من القوانين المقارنة نصوصاً صريحة حددت من خلالها واجبات الموهوب

⁵² الأستاذ السنهاوري مرجع سابق ص 165

له في الالتزام بأداء العوض (الفقرة الاولى) والالتزام بنفقات الهبة (الفقرة الثانية) من ذلك التقنيين المصري والعراقي، في حين يضيف القانون الفرنسي التزاما ثالثا هو الاعتراف بالجميل⁵³ obligation de reconnaissance ويجعل منه واجبا أخلاقيا، أكثر منه التزاما قانونيا يتحمله الموهوب له سواء كانت الهبة بدون عوض أو كانت بعوض.

الفقرة الاولى: الالتزام بأداء العوض

إن أهم التزام يتعهد به الموهوب له إذا ما كانت الهبة بمقابل، هو أداء العوض المشروط سواء لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو حتى للمصلحة العامة.

وتختلف طبيعة العوض فيمكن أن يتخذ شكل تعهدات يلتزم بها الموهوب له، أو أن يكون مقابلا ماديا على أن تقل قيمة العوض المشروط عن قيمة المال الموهوب حتى يحافظ عقد الهبة على طابعه التبرعي ويكون الفرق بين القيمتين هبة محضة⁵⁴.

أما إذا علم الموهوب له أن قيمة العوض تزيد عن قيمة الموهوب فإن العقد يكون عقد معاوضة لا عقد هبة، وإن لم يعلم الموهوب له بالزيادة فيمكنه أن يطلب إبطال الهبة لغلط جوهري⁵⁵.

ويمكن للواهب أو لورثته المطالبة بالتنفيذ العيني إذا ما أخل الموهوب له بالعوض أو امتنع عن أدائه دون عذر مقبول. أما إذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا فعلى الموهوب له التعويض أو المطالبة بفسخ عقد الهبة. أما إذا كان العوض مشروطا لمصلحة الغير فاللماهوب أو للمشتري لفائدته المطالبة به.

⁵³ عقد الهبة مذكرة للإجراز على شهادة الدراسات المعمّقة في القانون الخاص ص 159

⁵⁴ بدران أبو العينين المرجع السابق ص 240

⁵⁵ بدران أبو العينين المرجع السابق ص 241-242

الفقرة الثانية: الالتزام بنفقات الهبة

إن الأصل أن تكون نفقات الهبة من مصاريف نقل الموهوب له وأجرة العدول ومعاليم التسجيل وغيرها على الموهوب له عملاً بالقواعد العامة⁵⁶. إلا أن المشرع التونسي لم ينص صراحة على هذا الالتزام مما يستوجب الرجوع إلى الأحكام المنظمة لعقد البيع، وخاصة فيما يتعلق بالتزامات المشتري التي وردت بالفصل 605 من م.إ.ع حيث "على المشتري مصاريف نقل المبيع من محل تسليمه ومصاريف قبوله وأداء ثمنه مع الصرف وأجر العدول عن كتب رسم الشراء والتامير والتسجيل ولف البضائع ووسقها ونقلها". ونرى أن سبب تحميل الموهوب له بهذه النفقات يعود للصبغة التبرعية لعقد الهبة، على أنه يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

وفي صورة ما إذا أتم الطرفان تنفيذ الالتزامات المحمولة على عاتقهما، فإن العقد ينتج آثاره صحيحة تامة بينهما، غير أنه يمكن أن تتوقف آثاره إذا ما أراد الواهب الرجوع في هبته.

الفصل الثاني : الرجوع في الهبة

يعتبر الرجوع في الهبة استثناء حيث أن المبدأ هو عدم الرجوع. لذلك فإن المشرع التونسي لم يجعل الرجوع مطلقاً ولم يتركه رهين إرادة الواهب، إذ ورد بالفصل 209 من مجلة الأحوال الشخصية "إذا اشترط الواهب أن يرجع في هبته إن شاء فالهبة صحيحة والشرط باطل". ولعل محتوى هذا الفصل يجعلنا نتساءل عن إمكانيه الاتفاق حول الرجوع في الهبة، ويبدو أن المشرع التونسي يعتبر الرجوع بالتراضي جائزاً لأنه عقد كسائر العقود⁵⁷.

⁵⁶ الخبثاني: المرجع السابق ص 90

⁵⁷ المشرع المصري نص على امكانية الرجوع الاتفاقي بالفصل 500 من القانون المدني المصري

لكن ما يثير الاشكال حقيقة هو الرجوع القضائي لذلك نظمته المشرع بالفصول من 210 إلى 213 من المجلة المذكورة، مما يستدعي التعرض في البداية إلى أسباب ودواعي الرجوع في الهبة (المبحث الاول) ثم نتناول موانع الرجوع (المبحث الثاني) اعتبارا وأن الرجوع في القانون التونسي ليس مطلقا.

المبحث الاول : أسباب الرجوع في الهبة

لا بد من الاشارة في البداية إلى أن المشرع التونسي وتأثرا بالمذهب الحنفي أجاز الرجوع في الهبة، غير أنه لا يجوز التوسع في هذه الأسباب لأنها وردت على سبيل الحصر بالفصل 210 الذي ينص "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته لأحد الأسباب الاتية:

- 1- إذا أخل الموهوب له بما يجب عليه نحو الواهب بحيث يكون هذا الاخلال جحودا كبيرا منه.
- 2- إذا أصبح الواهب عاجزا من أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته الاجتماعية أو إذا أصبح غير قادر على الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة.
- 3- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولدا يظل حيا إلى وقت الرجوع".

وبالتالي فإن أسباب الرجوع تتمثل في جحود الموهوب له (الفقرة الاولى) وإعسار الواهب (الفقرة الثانية) وولادة طفل للمواهب (الفقرة الثالثة).

الفقرة الاولى: جحود الموهوب له

لقد أعطى المشرع التونسي للواهب إمكانية الرجوع في هبته وذلك في صورة جحود من الموهوب له جزء نكرانه للجميل، لكنه لم يعرف الجحود ولم يبين إذا كان المقصود هو الإخلال بواجب قانوني كواجب النفقة، أم هو الإخلال بواجب طبيعي كعدم الاعتراف بالجميل⁵⁸.

وفي هذا الاطار ذكر بعض الفقهاء أمثلة من حالات الجحود كالتعدي على حياة الواهب أو الاساءة لأقاربه، أو قذف أو اعتداء على المال، أو العرض، على أنه لا يشترط أن تكون الاساءة جريمة يعاقب عليها القانون⁵⁹. كما يمكن أن يتجسد الجحود في الإخلال بالالتزام بالنفقة.

وتجدر الملاحظة أن قاضي الموضوع يتمتع بسلطة تقديرية في تحديد العذر أو السبب. وقد جعل الفصل 211 الحق في القيام بدعوى الجحود مقتصرًا على الواهب، ولا ينتقل إلى ورثته إلا في حالتين استثنائيتين تتعلق الأولى بسبق القيام بدعوى الرجوع من قبل الواهب. وتتعلق الثانية بوفاته قبل مرور عام على حصول الجحود. وعموماً فإن القيام بطلب الرجوع يسقط بعد انقضاء عشرة أعوام من يوم حصوله.

الفقرة الثانية:إعسار الواهب

إذا ما أصبح الواهب بعد حصول الهبة في وضع مالي حرج، وعجز عن توفير أسباب المعيشة بما تتفق مع مكانته الاجتماعية، فإن له حق الرجوع فيها شرط إثبات هذا العجز. ولم يكتف المشرع التونسي بهذا السبب بل تجاوزه إلى صورة ما إذا كان الواهب ملزماً بنفقة مفروضة عليه قانوناً، ولم يعد قادراً على الوفاء بها⁶⁰.

⁵⁸ الخبثاني المرجع السابق ص 99

⁵⁹ عبد الرزاق السنهوري المرجع السابق ص 201

⁶⁰ الخبثاني المرجع السابق ص 103

والملاحظ أنه إذا كان إعسار الواهب قد حصل قبل إبرام عقد الهبة لا يجوز الرجوع، إذ يشترط في الإعسار أن يكون لاحقاً للهبة أو حصل بسببها حتى يكون سبباً من أسباب الرجوع فيها.

الفقرة الثالثة: ولادة مولود بعد الهبة

اعتبر المشرع التونسي أن ولادة طفلاً بعد الهبة للواهب من الأسباب الداعية للرجوع، لأنه من المنطقي أن يقدم الولد على الموهوب له على أنه قد أورد شرطين ضروريين حتى يمكن الرجوع:

أولاً: أن يرزق الواهب ولداً.

ثانياً: أن يظل الولد حياً لغاية الرجوع في الهبة.

إلا أنه إذا كان للواهب ولداً قبل الهبة وتوفي ثم وبعد إبرامه للعقد رزق بولداً، جاز له الرجوع. لكن يبقى التساؤل مطروح حول امكانية الرجوع من عدمها في الصورة التي يكون فيها للواهب ولد ظن أنه ميتاً ثم ظهر بعد الهبة حياً.

وبالرجوع لمضمون عبارات الفقرة الثالثة من الفصل 210 المذكور سابقاً نجد أنه ينص على أن "يرزق الواهب ولداً". وكلمة يرزق تختلف عن الولادة بمعناها البيولوجي فيمكن أن يرزق المولود بالولادة أو بالتبني أو بالحضور إذا كان متغيباً⁶¹. وقد أعتبر الفقه الفرنسي أن عودة الابن الغائب أو تبني الواهب لولد بعد الهبة لا يعتبر سبباً للرجوع في الهبة من أجل ولادة ولد⁶².

ويتلزم هذا الشرط الأول مع الشرط الثاني المتمثل في أن يظل الولد حياً وقت الرجوع، ويفهم منه أنه ما إذا كان المولود جنيناً لم يولد بعد وقت الرجوع، فلا يجوز للواهب أن يرجع في هبته إذ لا علم له إن كان الولد سيولد حياً أو ميتاً.

⁶¹ عقد الهبة مذكرة للاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص ص 186

⁶² الخبثاني : مرجع السابق ص 106

والرجوع في الهبة من أجل ولادة مولود لا يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها بل لا بد من رفع الامر للقاضي حتى يحكم بفسخها.

وليس للقاضي أي سلطة تقديرية في هذه الحالة وإنما عليه الاطلاع على شهادة الميلاد ثم الحكم بفسخ الهبة لتوفر السبب بخلاف عذر الاعسار والحدود الذي يكتسب فيهما القاضي سلطة واسعة. وهو ما ذهبت إليه محكمة زغوان الابتدائية في الحكم ع1653 دد الصادر بتاريخ 22 جانفي 1988 الذي جاء بحديثاته " حيث ثبت من أوراق القضية أن الواهب أنجب بنتا تدعى أحلام مولودة في غرة جويلية 1987 مازالت على قيد الحياة حسب ما تثبته بطاقة ولادته وشهادة الحياة المضمنة بالملف. وحيث أن قيام المدعي بطلب الرجوع في عقد الهبة بناء على إنجابه بنتا بعد الهبة متجه ويتضمن الحكم بالرجوع فيها"⁶³. في حين يعتبر المشرع الفرنسي الهبة مفسوخة تلقائيا بحكم القانون ولا ضرورة إلى حكم الفسخ⁶⁴. وقد ربط المشرع الرجوع في الهبة بآجال معينة إذ أقر صلب الفصل 211 من مجلة الأحوال الشخصية أن حق القيام بطلب الرجوع في الهبة يسقط بمضي عام من يوم حصول الحدود أو من اليوم الذي من شأنه أن يحصل فيه العلم للواهب بالحدود. وعلى كل يسقط حق القيام بعد انقضاء عشرة أعوام. والملاحظ أن هذه الآجال تتعلق بحالة الحدود غير أن ذلك لا يمنع القياس وتعميم تلك الآجال على صورة الإعسار، وعذر ولادة المولود بعد الهبة.

المبحث الثاني: موانع الرجوع في الهبة

ورد بالفصل 212 من مجلة الأحوال الشخصية أنه "لا يجوز طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية:

⁶³ حكم مدني ابتدائي عدد 1653 صادر عن المحكمة الابتدائية بزغوان بتاريخ 22 جانفي 1988 (غير منشور)

⁶⁴ الفصل 960 من المجلة المدنية الفرنسية.

1- إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته.

2- إذا فوت الموهوب له في الشيء الموهوب. أما إذا اقتصر التقويت على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

3- إذا هلك الشيء الموهوب في يد الموهوب له سواء كان الهلاك بفعله أو بحادث أجنبي لا يد له فيه أو بسبب الاستعمال. فإذا لم يهلك إلا بعض الشيء جاز الرجوع في الباقي.

إن هذا الفصل يلخص موانع الرجوع في الهبة في الزيادة المتصلة بالموهوب له (الفقرة الأولى) ثم التقويت فيه (الفقرة الثانية) وأخيرا هلاكه (الفقرة الثالثة).

ويرى بعض رجال القانون أن الموانع المذكورة وردت على سبيل الذكر ودليلهم في ذلك ما جاء في الحكم الابتدائي الذي ورد به ما يلي "موانع الرجوع في الهبة هي هلاك الموهوب عند الموهوب له أو خروجه عن ملك الموهوب له أو الزيادة في عينه أو عقد الزواج بين الواهب والموهوب له أو موت الواهب أو الموهوب له أو كانت هبة عوض أن يكون الموهوب له محرماً ذا رحم للواهب"⁶⁵. لكن أصبح هذا الرأي غير متطابقاً مع مقتضيات مجلة الأحوال الشخصية لأنه جاء قبل صدور القانون ع17د لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964 والذي تم بموجبه إلحاق الكتاب الثاني عشر المتعلق بالهبة والتي كانت تأخذ بأحكام الفقه الاسلامي التي تبيح تعدد العوارض.

كما أن التعداد في القانون يفيد الحصر ليس الذكر، وتبعاً لذلك فإن موانع الرجوع في الهبة تنحصر في الموانع التي ذكرها الفصل 212 دون غيرها ولا يعتد ببقية الموانع التي جاءت بها أحكام الشريعة كما ورد في العديد من القوانين العربية مثل المصري والسوري والعراقي.

⁶⁵ حكم ابتدئي مدني عدد 921 صادر عن محكمة قفصة الابتدائية في 12 أبريل 1961 مجلة القضاء والتشريع عدد 6 لسنة 1961 صفحة 63.

الفقرة الاولى: الزيادة في قيمة الموهوب

حسب مقتضيات الفصل 212 المذكور "لا يمكن الرجوع في الهبة إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته" ومعنى ذلك أنه إذا زادت القيمة الاقتصادية للشيء الموهوب مما ينتج عنها زيادة في قيمته، سواء كانت تلك الزيادة بفعل الموهوب له منزلا فلا سبيل للرجوع في الاصل مع الزيادة لان الزيادة ليست بموهبة إذا أنها لم يرد عليها الفسخ⁶⁶.

لكن الزيادة إذا كانت منفصلة عن الشيء الموهوب كآلات فلاحية وضعت في الارض فإنها لا تمنع الواهب من الرجوع في هبته، ثم إن هذه الزيادة لا بد وأن تكون في ذات الشيء الموهوب وليست خارجة عنه كارتفاع قيمة العقار بسبب التقلبات الاقتصادية: في هذه الحالة يمنع الواهب من الرجوع في هبته لان الزيادة لم تكن نتيجة ذاتية للعقار بل كانت خارجه عنه. وفي صورة زوال الزيادة كقلع الاشجار من الارض فإنه لا مانع من إمكانية الرجوع في الهبة طالما أن الزيادة المتصلة في قيمة الموهوب قد زالت.

الفقرة الثانية: تفويت الموهوب له في الشيء الموهوب

إن المقصود بالتفويت هو التصرف في الموهوب وخروجه من يد الموهوب له سواء بالبيع أو بالهبة أو غيرها من عقود التفويت ويشترط أن يكون التفويت نهائيا وكلية ففي هذه الحالة لا يمكن القول بجواز الرجوع في الهبة بما أن الموهوب له قد تصرف في الموهوب تصرفا نهائيا. أما إذا كان التفويت معلقا على شرط فسخي تحقق ورجعت ملكية الشيء الموهوب للموهوب له جاز طلب الرجوع القضائي إذا توفرت أحد الاسباب الواردة بالفصل 210 من م.أ.ش ومثال ذلك إذا بطل عقد البيع الذي أبرمه الموهوب له أما إذا كان التصرف جزئيا فيبقى للواهب حق الرجوع في الباقي فقط.

⁶⁶ بدران أبو العينين: مرجع سابق ص 247.

الفقرة الثالثة: هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له

وضع المشرع بالفصل 213 من مجلة الاحوال الشخصية شرطان للاعتداد بهذا المانع.

- أولهما أن يكون الهلاك قد تم في يد الموهوب له، ولم يفرق المشرع بين ما إذا كان الهلاك بفعل الموهوب له باعتبار أنه لا يضمن للواهب هلاك أو استهلاك الشيء الموهوب بعد أن أصبح مالكا له⁶⁷.

ثانيهما يتمثل في ضرورة هلاك الشيء الموهوب كلياً، وليس جزئياً بصورة يتحول معها الشيء الموهوب تحولا يغيره من حالة إلى أخرى بحيث تزول صورته الأولى، كالشخص الذي يهب قطيعا من الغنم فيذبحها الموهوب له ليبيعه لحما، فلا يمكن القول بجواز الرجوع في هذه الحالة. وفي صورة الهلاك الجزئي فإن الواهب تبقى له إمكانية الرجوع في الجزء المتبقى، على أنه إذا ما تمكن الواهب من الرجوع في هيبته سواء رضائيا أو قضائيا وتوفرت له أحد أسباب الرجوع وانعدمت الموانع، فإن عقد الهبة يفسخ ويترتب عنه وجوب آثارا قانونية.

المبحث الثالث: آثار الرجوع في الهبة

يترتب عن الرجوع في الهبة آثار بين المتعاقدين (الفقرة الاولى) أو إزاء الغير (الفقرة الثانية) إذ ورد بالفصل 213 من مجلة الاحوال الشخصية أنه "يترتب على الرجوع في الهبة أن تعتبر الهبة كأن لم تكن".

⁶⁷ الخبثاني مرجع السابق ص125

الفقرة الاولى : آثار الرجوع فيما بين المتعاقدين

للرجوع في الهبة أثرا رجعيا سواء كان الرجوع قضائيا أو رضائيا، ولا يعتد بالرجوع الا من تاريخ صدور حكم قضائي، ووقوع الاعلام، ومضي أجل الطعن فيه أو من تاريخ الاتفاق على الرجوع إذا ما كان الرجوع رضائيا.

وينتج عن هذا الرجوع وجوبا للالتزامات تحمل على كاهل الطرفين. فأما الموهوب له فيلزم برد الشيء الموهوب وثمراته ولا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى. على أن بعض الشراح يرون في تحديد يوم رفع الدعوى لرد الثمرات غلو وإجحاف للموهوب له وكان بالإمكان اعتماد تاريخ صدور حكم نهائي ثابت غير قابل للطعن.

أما بالنسبة للواهب فانه يكون ملزما بإرجاع المصاريف الضرورية التي أنفقها الموهوب له ويبقى تقدير حالة الضرورة موكول لاجتهاد قاضي الموضوع الذي بإمكانه الاستعانة بخبير في ذلك، في حين أنه ليس للموهوب له الرجوع على الواهب من أجل المصاريف النافعة إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب، بحيث يرجع الموهوب له على الواهب بأقل القيمتين أي المصاريف التي أنفقها الموهوب له أو زيادة قيمة الشيء الموهوب بسبب هذه المصاريف ويبقى الواهب معفى من رد المصاريف التحسينية، لكن يمكنهما إزالة التحسينات دون الاضرار بالموهوب⁶⁸.

الفقرة الثانية: آثار الرجوع إزاء الغير

ورد بالفصل 210 من م.أ.ش أنه "يجوز للواهب مع مراعاة حقوق الغير المكتسبة قانونا طلب الرجوع في هبته." مما يجيز القول أن المشرع التونسي لا يجعل للرجوع في الهبة أثر رجعي بالنسبة للغير حماية

⁶⁸ الخبثاني المرجع السابق ص 132.

لحقوقه. بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص على الأثر الرجعي بالفصل 958 من المجلة المدنية الفرنسية.

والغير قانونا هو كل مختص غير المتعاقدين وغير خلفهما العام والخاص. ولقد تعرض الفصل 210 من م.أ.ش للغير دون تحديد إن كان هذا الغير حسن النية أو سيئ النية. ويبدو أن المشرع التونسي أراد حماية الغير حسن النية دون غيره، باعتبار أن روح التشريع العام في كل إنسان الاستقامة وسلامة النية حتى يثبت خلاف ذلك⁶⁹.

على أنه اذا ما تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب تصرفا نهائيا بالتقويت في ملكيته يمنع الواهب من الرجوع في هبته سواء بالتراضي أو بالتقاضي، ولا يمكن عندها الحديث عن الاثر الرجعي للرجوع في الهبة لان الرجوع ممتنعا لأصلا⁷⁰.

لكن في صورة التصرف الجزئي في الشيء الموهوب، بحيث نتج عن ذلك التصرف ترتيب حق عيني كحق المرور، وكان الغير حسن النية فإن الواهب يسترد الشيء الموهوب متقلا بذلك الحق العيني.

⁶⁹ الفصل 558 من م.أ.ع

⁷⁰ السنهاوري: مرجع سابق ص212

الخاتمة

تبين لنا أن الهبة من العقود التي لها أهميتها و مكانتها سواء في القانون الوضعي أو في التشريع الإسلامي، فقد أدمجها المشرع في الكتاب الثاني عشر من مجلة الأحوال الشخصية تحت عنوان "في الهبة"، أما المذاهب الأربعة فقد أوردوها في باب خاص بها في كتاب المعاملات.

والهبة لا يعتد بها إلا إذا توفرت فيها أركانها و الشروط الواجب توفرها في كل من الواهب والموهوب له والشيء الموهوب، لأنها من التصرفات الخطيرة التي تمس بالمراكز المالية للأفراد حيث ينتج عنها اغتناء في جانب الموهوب له و في المقابل افتقار في جانب الواهب.

كما أن الهبة ذات صلة عضوية بالأسرة إذ لها إيجابيات تتمثل في تقوية الروابط الأسرية بالمحبة والمودة ومساعدة أفراد الأسرة لبعضهم البعض، أما سلبياتها فتكون عندما يستعملها الواهب مثلاً كوسيلة حرمان للورثة من ميراثهم.

وقد استلهم المشرع التونسي أحكام الهبة من الشريعة الإسلامية الغراء وخاصة من المذهب المالكي باعتباره المذهب المتبع في منطقة المغرب العربي.

ونتيجة لاتساع المجتمع وكثرة المعاملات وتنوعها بين أفرادها، فرض المشرع أحكام متعلقة بالهبة لم يتطرق إليها الفقهاء المسلمون سابقا و المتمثلة في التسجيل بالسجل العقاري بالنسبة لهبة العقارات والإجراءات الخاصة في هبة المنقول، ضمانا للحقوق وضبطا للمعاملات القائمة بين أفراد المجتمع.

و لتبيان أهمية عقود الهبة، جعلها المشرع من الإختصاص المطلق و الحصري لعدل الإشهاد. إذ أنها تستوجب التدقيق في بياناتها الخاصة حيث لا بد من التنصيص على هوية العدل محرر الهبة للتأكد من مسألة الاختصاص، كما يجب التنصيص كما ذكرنا سابقا على هوية كل من الواهب و الموهوب له والشئ الموهوب والتنصيص صراحة على حصول التسليم باعتباره ركنا من أركان الهبة التي لا تتم بدونه.

و لابد من فهم مقصد الأطراف لتكييف عقد الهبة و التنصيص صلبه إن كانت هبة ملكية أو هبة رقبة أو هبة انتفاع.

و بمقتضى القانون ع69دد لسنة 2006 لم يعد عدل الإشهاد مجبرا على التنصيص على ثبوت انجرار الملكية لإعفاء جميع الهبات من النسب المستوجبة عن عدم ثبوتها و المحددة سابقا بـ3%.

كما أنه من التنصيصات الوجوبية الخاصة بعقود الهبة ذكر نوع القرابة بين أطرافها لخضوع معاليم التسجيل المستوجبة لنوع هذه القرابة، فإذا ما كانت بين أصول وفروع أو بين أزواج فإنها تخضع للمعلوم القار ثم إذا كانت بين أقارب من غير الأعقاب و الأسلاف و الأزواج فنسب الأداء تختلف حسب درجة القرابة .

قائمة المراجع

1- المراجع العامة:

- محمد الزين: النظرية العامة للالتزامات "العقد" دار الوفاء 1993
- بدران أبو العينين "المواريث والوصية والهبية في الشريعة الاسلامية والقانون ونصوص القوانين الصادرة في شأنها" طبعة 1965
- عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الخامس - المجلد الثاني " الهبة والشركة والقرض والدخل والوصية "

2- المراجع الخاصة:

- زهير الخبثاني: "عقد الهبة في القانون التونسي مع مقارنته بالشريعة الاسلامية"
- مطبعة الشعب فوشانة تونس 1988

3-المذكرات ورسائل التخرج

- "عقد الهبة" مذكرة الاحراز على شهادة الدراسات المعمقة في القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس، 2007.

4-المحاضرات

- ادريس المحيرصي :محاضرة حول الجديد في قانون الهبة تونس 2006.

5-النصوص القانونية

• المجالات

-مجلة الاحوال الشخصية

-مجلة التسجيل والطابع الجبائي

-المجلة المدنية الفرنسية

-المجلة المدنية المصرية

-مجلة الالتزامات والعقود

-مجلة الحقوق العينية

-مجلة المدنية الجزائرية

-المجلة المدنية السورية

القوانين:

-القانون عدد 17 لسنة 1964 المؤرخ في 28 ماي 1964 المتعلق بتقنين الهبة ضمن قانون الاحوال

الشخصية والمواريث.

-القانون عدد 69 لسنة 2006 المؤرخ في 28 اكتوبر 2006 المتعلق باعفاء الهبات بين الاسلاف

والاعقاب وبين الازواج من معلوم التسجيل النسبي.

القرارات:

قرار صادر بتاريخ 24 نوفمبر 1966 المتعلق بمرض الموت

6- الرائد الرسمي للجمهورية التونسية: عدد 88 المؤرخ في 03 افريل 2006 ص 4549.

7- فقه القضاء:

• قرارات محكمة التعقيب

قرارات تعقيبي عدد 5147 مؤرخ في 21 ديسمبر 1981 تشريعية محكمة التعقيب 1981 ص 269

قرار تعقيبي مدني عدد 18650 المؤرخ في 8 ماي 1990

الفهرس

2	المختصرات
3	التخطيط
4	المقدمة
8	الجزء الاول: شروط عقد الهبة
8	الفصل الاول: الشروط العامة لعقد الهبة
8	المبحث الاول: الاهلية
9	الفقرة الاولى: اهلية الواهب
10	الفقرة الثانية اهلية الموهوب له
12	المبحث الثاني: الرضا
13	الفقرة الاولى: تطابق الایجاب و القبول في عقد الهبة
15	الفقرة الثانية: عيوب الرضا في عقد الهبة
17	المبحث الثالث: المحل في عقد الهبة
18	الفقرة الاولى: وجود الشيء الموهوب
19	الفقرة الثانية العوض في عقد الهبة
20	المبحث الرابع: السبب في عقد الهبة
20	الفقرة الاولى: مشروعية السبب
21	الفقرة الثانية: الهبة المقترنة بشرط
22	الفصل الثاني: الشروط الخاصة لعقد الهبة
22	المبحث الاول: اشتراط الشكلية
23	الفقرة الاولى: اختصاص مطلق لعدل الاشهاد
24	الفقرة الثانية: التنصيصات الوجوبية في عقد الهبة

27	المبحث الثاني: كفاية التسليم في هبة المنقولات
27	الفقرة الاولى: وجوبية التسليم في هبة المنقول
28	الفقرة الثانية: قواعد التسليم
30	المبحث الثالث: اشهار عقد الهبة
30	الفقرة الاولى: الترسيم في السجل العقاري بالنسبة لهبة العقارات المسجلة
31	الفقرة الثانية: التسجيل الجبائي للهبة
34	المبحث الرابع: الاستثناء في وجوب اشتراط الشكلية
34	الفقرة الاولى: الهبة الغير المباشرة
35	الفقرة الثانية: الهبة المستترة
37	الجزء الثاني: اثار عقد الهبة
37	الفصل الاول: اثار عقد الهبة عند التنفيذ
37	المبحث الاول: التزامات الواهب
38	الفقرة الاولى: الالتزام بنقل الملكية
39	الفقرة الثانية: الالتزام بالتسليم
41	الفقرة الثالثة: الالتزام بضمان الاستحقاق
43	الفقرة الرابعة: الالتزام بضمان العيوب الخفية
44	المبحث الثاني: التزامات الموهوب له
45	الفقرة الاولى: الالتزام باداء العوض
46	الفقرة الثانية: الالتزام بنفقات الهبة
46	الفصل الثاني: الرجوع في الهبة
47	المبحث الاول: اسباب الرجوع في الهبة
48	الفقرة الاولى: جحود الموهوب له
48	الفقرة الثانية: اعسار الواهب

49	الفقرة الثالثة : ولادة مولود بعد الهبة
50	المبحث الثاني: موانع الرجوع في الهبة
52	الفقرة الاولى: الزيادة في قيمة الموهوب
52	الفقرة الثانية : تفويت الموهوب له في الشيء الموهوب
53	الفقرة الثالثة :هلاك الشيء الموهوب في يد الموهوب له
53	المبحث الثالث: اثار الرجوع في الهبة
54	الفقرة الاولى : اثار الرجوع في ما بين المتعاقدين
54	الفقرة الثانية : اثار الرجوع ازاء الغير
56	الخاتمة
58	قائمة المراجع