جامعة الشهيد حمة لخضر ـ الوادي
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

السنة الثانية ماستر / تخصص قانون أسرة
التاريخ : 10 / 01 / 2018

امتحان مقياس / عقـــــود التبـــــرع

على ضوء دراستك لعقد الهبة والوصية أجب بدقة وضوح :

السؤال الأول : اشرح ما يلي (10 نقاط)

1- ما مدى ارتباط الطبيعة القانونية لعقد الهبة كونها من العقود الاحتفائية مع تكريس المشرع ـ فيما يخص موضوع التعاقد ـ لشرط مراعاة أحكام التوثيق والإجراءات الخاصة.

2- لا تكون الوصية منجزة حال الحياة ، لأنها بطبيعتها عقد مضاف إلى ما بعد الموت لذلك فإنها تصح بتحقق ضوابطها القانونية من شروط صحة ونفاذ ، إلا أنها تكيّف قانوناً من العقود غير اللازمة .

السؤال الثاني : ما حكم التعاقد بالتبرع في الحالات التالية : (10 نقاط)

أ- التعاقد بالهبة في الملك المشاع .
ب- التعاقد بالوصية لشخصين معلومين .
ت- اعتبار رهن الموصى به رجوعاً عن الوصية من جهة الموصي .
ث- اقتران الهبة بشرط فتنعقد بعوض على الرغم أن التبرع يُعد التزاماً مجانياً.

...../ بالتوفيق

جامعة الشهيد حمة لخضر ـ الوادي
كلية الحقوق و العلوم السياسية **السنة الثانية ماستر / تخصص قانون أسرة**
قسم الحقوق

الإجابة النموذجية لإمتحان مقياس / عقود التبرع

إجابة السؤال الأول (10 نقاط) :

1) **اعتبار عقد الهبة من العقود الاحتفالية وارتباط ذلك بشرط المراعاة لأحكام التوثيق والإجراءات الخاصة :** وهذا بالنظر إلى الهبة كونها من العقود الرسمية ذا الطابع التعاقدي لا التصريحي وهذا ما يفسر اشتراط المشرع أن يخضع تحرير العقد لدى الموثق لإجراءات تعد بالضرورية والواجبة تحت طائلة البطلان ألا وهو **وجوب حضور شاهدين،** فيوقع العقد من قبل الموثق محرر بحضور الأطراف المتعاقدة وكذا **شهود العدل وهم شهود العقد الذين يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه وتعد شهادتهم واجبة في العقود الاحتفالية** كل ذلك تحت طائلة البطلان بصريح **المادة 324 مكرر 3 من مدني جزائري** ، كما يشترط في شهود العدل لوجوب حضورهم أن يكونوا كاملي الأهلية ولا مصلحة لهما في الهبة ولا تربطهم بالموثق أو المتعاقدين بصلة قرابة أو مصاهرة. والقول بمراعاة أحكام التوثيق أي الوقوف عند مبدأ بسط الرسمية على المعاملات العقارية ومراحل انعقاد الرسمية وهي أحكام عامة جاء تنظيمها من خلال **المادة 324 مدني،** من شأن ذلك أن يعزز تأكيد المشرع الجزائري للطبيعة القانونية لعقد الهبة من خلال النص القانوني **206 أسرة** والتي تنص على وجوب تحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص وزيادة على ذلك وجوب تسليم العين الموهوبة إلى الموهوب له أي انتقالها إلى حيازته، وعليه عدت الشكلية أي الرسمية ركنا أساسيا في عقد الهبة المنصب على عقار، ومتى انصبت الهبة على منقول فيخضع العقد لإجراءات خاصة إلى جانب الحيازة والرضا، إذ أن الحيازة في هبة المنقول لابد من توافرها، هذا كله لتأمين وحماية تصرف الواهب الخطير حيث يجرد من ماله دون مقابل ويضر في نفس الوقت به وبورثته من بعده ، وعليه حفظا لحقوق الغير ومراعاة لمصالحهم جاء الفرض لتلك الشكلية والأخذ بعين الاعتبار لتلك الإجراءات حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر أمر هذا التصرف بحيث يمضي فيه أو ينثني عنه.

2)أما بالنسبة **لاعتبار الوصية من التصرفات القانونية غير اللازمة**: كونه عقد يتم بالإرادة المنفردة للموصي حيث يتصرف في ماله لا ينفذ إلا بعد موته ، بما يفيد أنه **يكفي لانعقاد الوصية صدور إيجاب الموصي فتتم وتصح من غير الحاجة في الأساس إلى قبول الموصى له** قبل وفاة الموصي، ولكن حق الموصى له فيها لا يتأكد إلا بالقبول فهو شرط لثبوت ملك المال وبالتالي لزوم الوصية مما يجعلها **تصرفا قانونيا من جانب واحدا** لا ينفذ إلا بعد تحقق شرط

الوفاة متى قبلها الموصى له ، و بناء عليه **جاز للموصي الرجوع في إيجابه عن الوصية متى يشاء** كله أو بعضه وهو المؤكد بصريح النص القانوني **192 ق.أسرة.ج** نظرا لبقاء المال تحت حيازته والذي ينتفع به لغاية وفاته وتبعا لذلك كان للموصي حق الرجوع في الوصية .

إجابة السؤال الثاني (10 نقاط) :

أ- **حكم التعاقد بالهبة في الملك المشاع :** انطلاقا من النص القانوني **202 أسرة جزائري** فإن الشيء الموهوب هو محل التزام الواهب أو الحق المالي الذي ينتقل ملكيته إلى الموهوب له بموجب عقد الهبة وهو بالحق الوارد على مال أي له قيمة اقتصادية يمثل مضمونه ، وعليه بالنسبة للملك المشاع هو ذلك المال الموجود وقت انعقاد الهبة ويعد ملك وسط بين ملكية مفرزة من نصيب شخص واحد أي مالك واحد ، وملكية مشتركة من نصيب أشخاص متعددون ، ولفظ مشاع يطلق على حق غير مفرز أو غير مقسوم. وهو المؤكد بنص **المادة 713 مدني جزائري** أن الملكية الشائعة هي التي تتحقق بملكية اثنان أو أكثر لشيء وكانت حصة كل منهم غير مفرزة فكانوا بذلك شركاء على الشيوع واعتبار حصصهم متساوية ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك . وبالنسبة للتصرف في الملكية الشائعة أجاز المشرع الجزائري من خلال **المادة 714 مدني** في فقرتها الأولى للمالك على الشيوع أن يتصرف في حصته من المال الشائع بنقل ملكيتها للغير عن طريق البيع وسائر التصرفات القانونية ومنها الهبة فيأخذ التصرف بذلك ذات الأحكام الواردة على بيع المالك على الشيوع ، بما يفيد أن الحصة الشائعة الموهوبة تنتقل بحالتها إلى الموهوب له فيحل هذا الأخير محل المالك الواهب كونه الخلف الخاص له فيصبح مالكا لتلك الحصة في الشيوع مع الملاك الشائعين الآخرين الموهوبة .

وجاءت الفقرة الثانية من النص السابق متناولة لمسألة هبة الجزء المفرز من المال الشائع ، بما يفيد أنه إذا وهب حصةً مفرزة من المال الشائع قبل القسمة ولم يقع هذا الجزء في نصيب الواهب، فإن حقّ الموهوب له ينتقل إلى الجزء الذي آل للواهب نتيجة القسمة إن كان عالماً بأن الواهب لا يملك الجزء المفرز ويملك فقط حصته على الشيوع ، وأمّا إن كان يعلم فإنه يكون قد وقع في خطأ جوهري، حيث تصبح الهبة قابلة للإبطال لمصلحة الموهوب له . وإن حصلت القسمة قبل أن يطلب الموهوب له إبطال الهبة ووقع الجزء المفرز في حصة الواهب فإن الهبة تنقلب صحيحة . ويقع التصرف بالهبة في المال الشائع صحيحاً ونافذاً دون الحاجة لموافقة الشركاء أو المالكين ، هؤلاء لهم الحق في أخذ هذه الحصة المتصرف فيها متى بيعت لأجنبي وذلك عن طريق الشفعة .

ب - **حكم التعاقد بالوصية لشخصين معلومين :** عالج المشرع الجزائري مسألة التبرع بمال عن طريق الوصية لأشخاص تحدد هويتهم في العقد ومقدار نصيبهم من المال الموصى به. وعليه قد توجه الوصية وتنعقد لشخصين معلومين من خلال المادة **195 أسرة جزائري** والذي جاء مكرساً للقاعدة العامة المتناولة في نص المادة **201 أسرة جزائري** والتي تجعل الوصية باطلة عند وفاة الموصى له قبل الموصي ، وعليه بوفاة الموصى له المعلوم كشخص أول وقت انعقاد الوصية أو بعدها قبل وفاة الموصي له وهو الشخص الثاني المعلوم وجب في هذه الحالة أن نفرق بين حالتين :

1- إذا انعقدت الوصية مبينة للأشخاص المعينة و المستحقة للمال الموصى به و دون تحديد للمقدار المستحق لكل منهما ولكن مات أحدهما قبل وفاة الموصي وقت الوصية أو بعدها ، فإن الموصى له الموجود على قيد الحياة يستحق الوصية كلها لأن الوصية غير محددة من جهة المال الموصى به و بلا شك ألا تتجاوز النصاب القانوني المحدد وعند التجاوز لا بد من إجازة الورثة بذلك .
2- إذا حددت الوصية نصيب كل واحد من الموصى لهما ، وطالما وقع التحديد فلا يستحق الموصى له الشخص المعلوم الحي إلا هذا النصيب المحدد في العقد بينما يدخل النصيب الذي حدد للشخص الثاني الموصى له المعلوم والذي توفي في تركة الموصي مع بقية أمواله .

ج - **اعتبار رهن الموصى به رجوعاً عن الوصية من جهة الموصي** : من المسلم به أن الرجوع يعد بمثابة إعادة النظر في التعاقد أو العدول عن العقد أو الانسحاب أي التراجع عن تنفيذ العقد، فيصبح العقد بذلك غير لازماً لأطرافه . وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الرهن للموصى به من خلال المادة **193 أسرة** وعليه نتساءل حول اعتبار رهن الموصى به رجوعاً عن التعاقد بالوصية من جهة الموصي؟ بهذا الشأن ذهب المشرع إلى أن رهن المال الموصى به سواء رهناً رسمياً أو حيازياً - حسب طبيعة الموصى به - لا يعد تراجعاً عن الوصية لأن الرهن لايخرج المال من ملك الموصي إلا أنه يشكل خطراً عليه ، لأنه عند وفاة الموصي فإن الدائنون يُقَدَمُون عن الموصى له في حصولهم على حقوقهم من الأموال المشكلة للتركة ، ولأن ديونهم قد تستغرق كل التركة فلا يبقى للموصى له أي شيء. وعليه لا يعد رهن الموصى به رجوعا من جانب الموصي ، هذا الحق الثابت له صراحة أو ضمناً قبل تحقق شرط وفاته لتستحق وصيته من أصحابها .

د **- اقتران الهبة بشرط فتنعقد بعوض على الرغم من أن التبرع يعد التزاماً مجانياً :** من مقومات عقد الهبة كتصرف تبرعي أنها تصرف قانوني في مال بلا عوض ونية التبرع وهذا ما أكده المشرع الجزائري عندما عرف الهبة من خلال **المادة 202 أسرة** على أنها تمليك بلا عوض وهذا في الفقرة الأولى منها ، بما يفيد أن الهبة تعد طريقا قانونيا لنقل الملكية على وجه التأبيد إلى الغير دون مقابل أي مجاناً ولكن لا بد من وجود نية الواهب في التبرع مجاناً . وانطلاقا من النص القانوني السابق فإن الهبة من العقود التي يستوجب لقيامها وتحقق قصد التبرع من خلالها لا بد من توافر مقومين اثنين :

1) عنصر مادي : و الذي يقتضي أن يقدم المتبرع التزاما مجانيا أي خاليا من العوض وهذا هو الأصل، ولكن قد يقترن التصرف التبرعي بشرط يشترطه المتبرع و يقترن بالتبرع حيث يقيده بما يحقق الهدف من التبرع و يصب في مصلحة المتبرع له فذاك هو الإستثناء ويكيف قانونا على أنه شرط واقف كما هو الحال في عقد الهبة بصريح الفقرة الثانية من المادة **202 أسرة جزائري.**
2) عنصر معنوي - نفسي - أي تحقق القصد من الالتزام وهو نية التبرع و الرضا بذلك أي عدم وجود ما يقابل هذا الالتزام أي العوض.

وعليه إذا كان الأصل في عقد الهبة كونه تصرفا تبرعياً ينعقد بلا عوض ، إلا أن المشرع من خلال الفقرة الثانية من النص **المادة 202 أسرة جزائري** أجاز أن تأتي الهبة بعوض ولكن لا تصطلح بالهبة بالعوض وإنما الهبة المقترنة بشرط ، وهذا يعد خروجا عن الأصل متى جاء تنفيذ العقد مشروطا حيث اقتران هبة مال معين بتحقق شرط معين وارد في العقد وهذا بالنظر إلى طبيعة الموهوب له وما يمكن أن تحققه تلك الهبة من منفعة خاصة لموهوب له، وعليه فلا تنتقل ملكية الموهوب له للغير إلا بتحقق ذلك الشرط حتى تنفذ وترتب أثارها القانونية وهي الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية ، وبالتالي فلا مانع من أن يأتي عقد الهبة موصوفاً أي مقترناً بشرطٍ .

وإذا استلزم القانون شرطاً أصبح هذا الشرط ركناً أساسياً في الحق لا يكمل وجوده إلا به وهو بالأمر الذي تركه المشرع للمتعاقدين حيث الاتفاق على أمر شخصي عارض تعلق عليه الهبة فيتوقف نفاذها على القيام بالتزام معين بالنظر إلى محل التعاقد بالهبة ،وهو المكرس ضمن القواعد العامة من خلال المادة **208 مدني جزائري** والتي نظمت لمسألة العقد الموصوف عندما يعلق نفاذ العقد على تحقق شرط معين كما هو الحال في الهبة، ونسميه بالأثر الرجعي للشرط وهذا لوجود الأركان الأساسية جمعيا من وقت الاتفاق، ويسمى هذا الشرط بالشرط الواقف لأنه يوقف وجود الحق على أمر مستقبلي محقق الوقوع .

...../ انتهى