

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي  
**An overview on the donation act in both the Malikit dogma and  
 the secular law**

إدريسي قيطوني مهدي<sup>1</sup>، د. عبد العزيز ووصفي<sup>2\*</sup>،

1 جامعة محمد الخامس: كلية الحقوق السويسي- الرباط، المغرب، wasfi22@gmail.com

<sup>1</sup> جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء، المغرب، wasfi22@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2018/09/29 تاريخ القبول: 2018/11/25 تاريخ النشر: 2020/06/30

**ملخص:**

تناول البحث موضوع الهبة باعتبارها تدخل في باب عقود التبرعات وهي من أهم المواضيع التي ينظمها الفقه الإسلامي بقواعد مضبوطة، وقد أبدعت المصنفات الفقهية وشروحها المعتمدة، وكتب النوازل المختلفة قديما وحديثا بالبحث والتدقيق فيها. واقتصرنا في هذا العرض على دراسة الهبة الفقه المالكي والقانون الوضعي المغربي لأنها اعتبارها سببا لكسب الملكية التامة وهي تختلف عن غيرها من أنواع التبرعات كالحبس والعارية والإمتاع باعتبارها أسباب لكسب المنفعة فقط. الكلمات: العقد؛ الهبة؛ الفقه المالكي؛ القانون المغربي.

**Abstract :**

The research dealt with the subject of donation as part of the contracts of donations, which is one of the most important topics organized by Islamic jurisprudence with precise rules. The jurisprudence works and their approved explanations have been created and the various books of antiquity have been searched and scrutinized.

In this presentation, we limited the study of the gift of the Maliki jurisprudence and the positive Moroccan law because it is considered a reason to gain full ownership and it differs from other types of donations such as imprisonment, nakedness and enjoyment as reasons to gain benefit only

**Keywords:** Contract; Giveaway; Fiqh Maliki; Moroccan law

مقدمة:

لقد عرف ابن عرفة العطية بكونها تمليك متمول بغير عوض إنشاء وما الهبة إلا احد صور العطية حيث عرفها بكونها: لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطي بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطي<sup>1</sup>، والهبة تصرف عقدي لها أركان أربعة: تتمثل في الأطراف والمحل والسبب والصيغة<sup>2</sup>، وللهبة أحكام خاصة مرتبطة بأهلية الفرد في التبرع عامة منها عدم إحاطة الدين بالمعطي، وهذا العارض على أهلية التبرع وارد في المذاهب الأربعة بما في ذلك المذهب المالكي، يقول ابن رشد في المقدمات المهمدات: "ومن أحاط الدين بماله فلا تجوز له هبة ولا صدقة..."<sup>3</sup> ويقول صاحب التحفة:

ومن بماله أحاط الدين لا \*\*\* يمضي له تبرع ان فعل<sup>4</sup>.

بل إن إحاطة الدين بمال المعطي مانع من موانع الحوز ولو انعقدت الهبة قبل المانع، ورد بالمدونة الكبرى أن الهبة إذا بقيت عند واهبها إلى أن فلس أو إلى ان مات فإنها تبطل لفوات الحوز<sup>5</sup>، وتبطل كذلك لفوات الحوز إلى حين وفات الموهوب له.

ومع صدور مدونة الحقوق العينية رتب المشرع على إحاطة الدين بمال المعطي بطلان عقد الهبة وذلك في المادة 278: "لا تصح الهبة ممن كان الدين محيطا بماله"، دون أن يميز بخصوص تاريخ هذه الواقعة بين تحرير العقد وشهره بالمحافظة العقارية مراعيًا بذلك مبدأ حجية التقييد الذي يغني عن التمييز السالف ذكره لكون العبرة بتاريخ شهر التصرف ليصبح نافذا في مواجهة الغير<sup>6</sup>، فهو شكلية نفاذ بذلك تجاه الدائنين للمعطي مما يمنح لهم المصلحة لطلب التصريح ببطلان عقد الهبة تفعيلا للمادة 278 من مدونة الحقوق العينية.

<sup>1</sup> الخرشبي المالكي، شرح مختصر خليل، 102/7

<sup>2</sup> أما الحوز عندنا في المذهب ليس بركن لهبة بل شرط صحة، ففي المقدمات المهمدات، 407/2: "فالذي ذهب إليه مالك وجميع أصحابه أنها تلزم بالقول وتجب به وتفتقر إلى الحيابة فيحكم على الواهب أو المتصدق بدفعها ما لم يمرض أو يفلس - خلافا للشافعي وأبي حنيفة في قولهما إن الهبة والصدقة لا يلزمان بالقول ولا يجبان إلا بالقبض، وأن للواهب أو المتصدق الرجوع فيما لم تقبض منه وتحز عنه."

<sup>3</sup> ابن رشد القرطبي، المقدمات المهمدات، 313/2.

<sup>4</sup> التسولي، البهجة في شرح التحفة ((شرح تحفة الحكام))، تحقيق: محمد عبد القادر شاهين، 359/5.

<sup>5</sup> شرح مختصر خليل، 110/7.

<sup>6</sup> حسب مضمون الفصلين 65 و84 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري.

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي

إلا أن إشكالا قد أثير مفاده: هل الرهن الرسمي المنصب على موضوع محل الهبة يفيد إحاطة الدين بمال المعطي أم لا؟<sup>7</sup>

وحتى ندبل الإشكال السابق سنتطرق لماهية إحاطة الدين بمال المعطي في الفقه المالكي ونعمد إلى مقارنته بمثيله في مادة معالجة صعوبات المقاوله ونقصه بذلك التوقف عن الدفع "المطلب الثاني".

وقبل التطرق للإشكال السابق، سنتطرق لعقد تبرعي يلاحظ شيوع العمل به مضانه الرقبة كمحل للالتزام التعاقدية ذي العقار موضوعا مباشرا له في صورة عقد هبة أو عقد صدقة، حيث بمقتضاه يعطي المعطي حق الرقبة للمعطي له على أن يرجع لهذا الأخير حق الانتفاع عند وفاة المعطي، الذي يحتفظ لنفسه لما تبقى من حياته بحق الانتفاع من الملك موضوع عطية حق الرقبة، فيكون بذلك قد أعمر نفسه حياته فيما أعطى.

ومن خلال هذه الفقرات سوف أعمد إلى تأسيس بطلان عطية الرقبة تبعا لأحكام المذهب المالكي وللنظرية العامة للالتزام "المطلب الأول" معتمدين الاختصار المفضي إلى الفهم.

ثم أختتم بدور المحافظ عند البث في طلب شهر هبة على رسم عقاري أو مطلب للتحفيظ في ضوء ما سنكون قد خلصنا إليه.

<sup>7</sup> إشكال ثم بسطه في دورية للمحافظ العام، عدد 1322، بتاريخ 31 يناير 2013.

## المحور الأول: بطلان هبة الرقبة وفق أحكام المذهب المالكي والنظرية العامة للالتزام:

لقد عرف المشرع الهبة في مدونة الحقوق العينية في المادة 278 بكونها تملك عقار أو حق عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض، وهو تعريف مجاني للصواب في أكثر من نقطة:

أولاً: اعتباره الهبة تملك عقار أو حق عيني عقاري، كأن محل الالتزام قد يقع على الشيء دون الحق حينما استعمل "أو" التي تفيد التخيير، بينما الصواب كون محل الالتزام هو الحق أما الشيء فهو الموضوع المباشر أو غير المباشر للحق.

ثانياً: اعتباره الموهوب قد يكون أي حق عيني عقاري، والحقوق العينية غير الملكية التي هي إما حق الانتفاع أو حقوق متفرعة عنه، إذا ما شكلت محل التزام تبرعي لن يسمى هذا العقد هبة، إنما حبس، أو عارية، أو عمري<sup>8</sup>.

بذلك يكون مشرع مدونة الحقوق العينية قد اختلط عليه الأمر عند تحديده لمحل الهبة، ولو اكتفى بالرجوع إلى أمهات الكتب في المذهب أو مبسوطاتها لحدد محل الهبة في الملكية وهو ما سوف نبينه من خلال المبحث الأول، على أن أعمد إلى تأكيد نفس النتيجة والمتمثلة في كون هبة الرقبة باطلة بالاعتماد على أحكام النظرية العامة للالتزامات في المبحث الثاني من هذا المطلب.

## أولاً: بطلان هبة الرقبة وفق أحكام المذهب المالكي:

1- المحل في الهبة يتحدد في تملك الذات: لقد عرف ابن عرفة الهبة بكونها تملك متمول بغير عوض إنشاءً، ومصطلح تملك عرف بمضانه بالشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي على النحو التالي: "الهبة تملك ذات وأما تملك المنفعة فإما وقف، وإما عارية إن قيد بزمن ولو عرفاً، وإما عمري إن قيد بحياة المعطى بالفتح في دار ونحوها".

وفي الحاشية للدسوقي: "تمليك بلا عوض" (قوله: ويدل على أن المراد) أي على أن مراد المصنف تملك ذات وهذا جواب عما يقال: إن تعريف المصنف للهبة غير مانع لصدقة بتمليك الإنكاح والطلاق وتمليك المنافع والوكالة؛ لأنها تملك للتصرف"<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> الوقف: هو كل مال حبس أصله بصفة مؤبدة أو مؤقتة، وخصصت منفعته لفائدة جهة بر وإحسان عامة أو خاصة. والعارية: تملك منفعة مؤقتة بلا عوض. والعمري: حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطى أو لمدة معلومة.

<sup>9</sup> ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، 97/4

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي

وما رقبة الملك في الفقه المالكي إلا عينه أو ذاته، ذلك أن فقهاء المذهب يستعملون كل من مصطلح الرقبة والعين والذات<sup>10</sup> للدلالة على الملكية التامة أو الهبة المبتوتة، ففي معرض أنواع الهبات في بداية المجتهد ونهاية المقتصد: "والهبة منها ما هي هبة عين، ومنها ما هي هبة منفعة. وهبة العين منها ما يقصد بها الثواب، ومنها ما لا يقصد بها الثواب... وأما هبات المنافع: فمنها ما هي مؤجلة، وهذه تسمى عارية ومنحة وما أشبه ذلك، ومنها ما يشترط فيها ما بقيت حياة الموهوب له، وهذه تسمى العمرى، مثل أن يهب رجل رجلا سكنى دار حياته، وهذه اختلف العلماء فيها على ثلاثة أقوال: أحدها: أنها هبة مبتوتة: أي أنها هبة للرقبة، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة، والثوري، وأحمد وجماعة. والقول الثاني: أنه ليس للمعمر فيها إلا المنفعة، فإذا مات عادت الرقبة للمعمر أو إلى ورثته، وبه قال مالك وأصحابه، وعنده أنه إن ذكر العقب عادت إذا انقطع العقب إلى المعمر أو إلى ورثته"<sup>11</sup>.

وفي معرض أحكام الحوز في التبرعات تحديدا، تخلي الموهوب له عن الحيازة للواهب بعد العقد والقبض، نجدهم يستعملون مصطلح الرقبة لدلالة على الموهوب، ورد بمواهب الجليل في شرح مختصر خليل<sup>12</sup>: "الرقبة الموهوبة إذا رجعت إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له وكان رجوعها إلى الواهب عن قرب ورجوعها إلى الواهب بأن يكون أجراها من الموهوب له، أي: استأجرها منه أو بأن يكون الواهب أرفق بها، أي: أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة بريدا وأعمره إياها فإن ذلك كله يبطل الهبة".

فيكون بذلك محل الهبة تملك ذات المال أي الملكية التامة، ولقد شرح الدكتور عبد الرحمان بلعكيد مصطلح تملك يكون الهبة تنصب على الملكية التامة إذ هبة المنفعة عارية أو حبس أو عمري وهو قول في نفس المعنى السابق<sup>13</sup>، فلا يصح بذلك وصف عطية لا تنصب على الملكية التامة "كما في حال هبة الرقبة" بكونها هبة.

<sup>10</sup> وفي نفس المنوال يذهب بلعكيد في كتاب "الهبة في المذهب والقانون"، ص.14، في معرض شرحه لتعريف ابن عرفة للهبة بكونها: "تمليك ذي منفعة"، فيقول: "فالتملك في الهبة تملك للذات، وتنعت هبة العين أو الرقبة حيث يتنازل الواهب عن الملكية التامة للشيء أو الحق الموهوب، ويصير الموهوب له المالك الشرعي له، يمارس عليه حقوق الملكية من تصرف واستعمال واستغلال".

<sup>11</sup> ابن رشد، بداية المجتهد، 4/115، 116.

<sup>12</sup> الخطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 6/59.

<sup>13</sup> بلعكيد، مرجع سابق، ص 14.

## 2- بطلان الحوز عند الاحتفاظ بالمنفعة:

هبة الرقبة لا يستقيم فيها شرط الحيازة عقلا، لكون منفعة المال تبقى في ذمة المعطي ويبقا بذلك المال المعطى بين يديه ويستنفع من تماره إما باستغلاله أو استعماله، وأما القول بكون الحوز القانوني (أي التقييد بالرسم العقاري) يغني عن الحوز الفعلي (أي القبض) فلا يستقيم في نازلة الحال لعدم إمكانية تحقق الحوز الفعلي في عطية الرقبة، فما يستحيل عقلا لا يصح قانونا وهذا ما يعاب على قرار محكمة النقض قضى بصحة الحوز القانوني وكونه يغني عن الحوز الفعلي لمال معطاة رقبته<sup>14</sup>.

فتتفي مع عطية الرقبة والاحتفاظ بالمنفعة العلة من تقرير الحيازة كشرط صحة للعطايا، والمتمثلة في عدم انتفاع المرء بماله في حياته وأن يحرم منه ورتته بعد مماته إلا في ثلته، يقول القرافي: "القبض انما اشترط عندنا لنفي التهمة لئلا ينتفع الانسان بماله عمره ويخرجه عن ورتته عند موته"<sup>15</sup> ألا ترى أن الهبة تبطل بشبهة عدم تحقق الحوز كما في مثال رجوع منفعة المال الموهوب للوهاب داخل أجل السنة، أليس بالأولى القول ببطلان عقد هبة لعدم تحقق الحوز ليس شبهة، وإنما يقينا بشرط في العقد يمكن الواهب من منفعة المال الموهوب مدى حياته، ورد بمواهب الجليل في شرح مختصر خليل ج 6 ص 59 "الرقبة"<sup>16</sup> الموهوبة إذا رجعت إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له وكان رجوعها إلى الواهب عن قرب ورجوعها إلى الواهب بأن يكون أجرها من الموهوب له، أي: استأجرها منه أو بأن يكون الواهب أرفق بها، أي: أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة بريدا وأعمره إياها فإن ذلك كله يبطل الهبة، قال في التوضيح باتفاق لما دلت عليه القرينة إن ذلك تحميل إسقاط الحيازة وهكذا صرح الباجي وغيره بالاتفاق، انتهى. وقوله بخلاف سنة يعني أن رجوع الرقبة الموهوبة إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له سنة لا تبطل الهبة؛ لأن السنة طول وقيل الطول سنتان، قاله في التوضيح وما مثى عليه المؤلف من أنها إذا عادت إليه بعد الطول الذي جعله سنة لا يبطل الهبة هو أحد القولين ذكرهما ابن الحاجب من غير ترجيح لكن

<sup>14</sup> قرار عدد 487 بتاريخ 24 يونيو 2016، مجلة محكمة النقض، ع 16 / 2014.

<sup>15</sup> القرافي، مرجع سابق، 6 / 245.

<sup>16</sup> مصطلح الرقبة لدى المالكية مرادف لمصطلح العين، أي: تفيد الملكية التامة.

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي

قال في التوضيح عن ابن عبد السلام: إن أقرب القولين أن ذلك لا يضر، قال: وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه، انتهى".

وفي هبة الرقبة مع الاحتفاظ بالمنفعة حياة المعطي، إذا ما كان المال المهوب عقارا فذلك إعمار إعمالا لقاعدة الأمور بمقاصدها، تحديدا القاعدة المندرجة تحتها و المتمثلة في كون العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني<sup>17</sup>، والعمري مبطل للهبة، ورد بمواهب الجليل في شرح مختصر خليل [تنبيه عمر الواهب الدار الموهوبة ثم أراد إبطال العمري وقبض الدار].

تنبيهات:

الأول: قال ابن سهل في كتاب الصدقات والهبات: سأل ابن دحون القاضي ابن زرب عمه وهبت له دار ثم أعمارها الواهب بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة ثم علم أن ذلك مما يبطل هبته فأراد إبطال العمري وقبض الدار فأطرق القاضي فيها حينئذ قال: إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمري إبطال الهبة فقد لزمه ما صنع وبطلت هبته وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم أن العمري إبطال للهبة في ذلك انفسخت العمري ورجع الموهوب له إلى الدار وقبضها من الواهب، انتهى<sup>18</sup>.

وما هبة الرقبة إلا من قبيل استصحاب المال في الحياة والتصرف فيه لما بعد الموت وهو مالا يجوز إلا بوصية، يقول صاحب كتاب النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: قال عبد الملك فيمن نحل رجل نحلا، ثم كتبه المنحول على الناحل، من بعد ما قبضه عمري النحيل قال: هذا فيه طرف من الرقبي<sup>19</sup>، كأنه جعل ماله بيده فإذا مات، أخذه رجل، وليس لأحد أن يصحبه ماله، ثم يمضى أمره فيه إلا في ثلثه<sup>20</sup>.

تبعا لما سبق تكون هبة الرقبة باطلة فقها محلها وسببها وانعدام الحوز فيها، وإن صححت وصية ورد في كتاب النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: "روى يحيى بن يحيى، عن ابن القاسم، فيمن أعطى أخاه منزلا، وشرط أنك إن مت فهو رد إلي،

<sup>17</sup> مدونة الحقوق العينية، المادة 105: "العمري حق عيني قوامه تملك منفعة عقار بغير عوض يقرر طول حياة المعطى له أو المعطي أو لمدة معلومة."

<sup>18</sup> مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، 6 / 59.

<sup>19</sup> أما الإرقاب: فهو عقد عوضي باطل للغر الواقع به.

<sup>20</sup> عبد الرحمن النفري، النوادر والزيادات، 12 / 70.

وإن مات قبلك، فهي لك ماضية، فحاز أو لم يحز، ثم مات المعطي أولاً؛ قال: ذلك مثل الوصية، تكون للمعطي من الثلث لأنه/ جعلها له نافذة إن مات المعطي أولاً قبله وعجل له قبضها، وهي وصية، حيزت أو لم تحز. قال أصبغ: وليس للمعطي أن يبيعها، أو يحولها عن حالها، فإن مات المعطي أولاً، رجعت إلى المعطي، كالعمري، وهي كالوصية تكون من الثلث. قال عبد الملك بن الحسن، عن ابن القاسم مثل رواية يحيى عنه. قال: وهو قول مالك، أو ما يشبهه<sup>21</sup>. وفي نفس المعنى في كتاب الشامل في فقه الإمام مالك: "وأما إن قال: (متزلي هذا للباقي منا) فهذا وصية جائزة"<sup>22</sup> وينطبق ذلك على مضمون عقد هبة الرقبة فالموهوب للباقي من عاقديه.

والملاحظ عملاً هو كون عطية الرقبة مع الاحتفاظ بالمنفعة تكون نتيجتها مخالفة فرائض الله تعالى في الموارث وتحايل على أحكام الوصية<sup>23</sup>، إذ يخرج بها المال من تركته حين موته بعد أن يكون قد استبقا منفعته في حياته، فهبة الرقبة بذلك وسيلة للتحايل على كون الوصية للوارث موقوفة على موافقة الورثة الرشاء كل في حدود نصيبه، وهي كذلك وسيلة للتحايل على منع إخراج المال من التركة بوصية إلا في حدود الثلث وما يفوقه موقوف على إجازة الورثة الرشاء كل في حدود نصيبه، فكم من حالة عاينها كانت نتيجة عطية الرقبة تفضيل وارث على آخر ومدعاة لقطع الأرحام وللنقص بعد الغنى، إذ يكون قد تصرف المعطي في مال وارث له ولا خير يرجى من ذلك، فما ثم سن العطايا إلا لما فيها من خير عظيم بين العباد لتداول المال بينهم بالمعروف، وأجر لدى الرحمن لما فيها من مودة ورحمة، وما عطية الرقبة في ذلك من شيء.

ثانياً: بطلان الرقبة كمحل للالتزام وفق أحكام النظرية العامة للالتزام:

<sup>21</sup> المرجع السابق، 217/12.

<sup>22</sup> بهرام بن عبد العزيز الدميري المالكي، الشامل في فقه الإمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد نجيب، 228/2.

<sup>23</sup> وللإشارة فالوصية ينبغي أن تكون بغير إضرار لقوله تعالى في سورة النساء الآية 12: "من بعد وصية يوصى بها أو دين غير مضار"

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي

من المقرر أن محل الالتزام هو الحق أما الشيء فهو الموضوع المباشر أو غير المباشر للحق، ومن المقرر قانوناً أن الحق لا ينشئ إلا بإرادة المشرع<sup>24</sup>، تبعاً لما سبق كلما خرج محل الالتزام عن الحقوق المقررة قانوناً بطل الالتزام<sup>25</sup>.

والتبرعات هي تصرفات أحادية الالتزام في جانب المتبرع، مما يجعل محل الالتزام في التصرف التبرعي ينحصر في الحق المعطى، فإذا كان موضوع محل الالتزام عقاراً كان ولا بد أن يكون محل الالتزام من ضمن الحقوق العينية العقارية الواردة على سبيل الحصر في مدونة الحقوق العينية بالمادة 9. وتتميماً لما سبق بالرجوع إلى مدونة الحقوق العينية تحديداً المادة 9 منها، لا نجد ما يسمى حق الرقبة أو يأخذ حكمه، فيكون بذلك الالتزام القائم في جانب المعطي المتمثل في نقل حق الرقبة على عقار التزام باطل.

وإذا ما سألت المدافعين عن هبة الرقبة عن حق الرقبة، أجابوا بكون حق الملكية ينقسم إلى تصرف ومنفعة والتصرف هو حق الرقبة. ولنا عند هذا القول وقفة، إذا نظرنا إلى التقسيم السابق من زاوية مضمون حق الملكية فهو صحيح، فمضمون حق الملكية يتمثل فيما يخوله الحق للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال (المنفعة) والتصرف (الرقبة)<sup>26</sup>، أما إذا نظرنا إليه من زاوية نظرية الحق وأصبغنا سلطة التصرف بصيغة الحق فهذا قول معيب، والصواب هو كون حق الملكة من زاوية نظرية الحق إما حق ملكية تام أو ناقص، يكون تاماً إذا شمل سلطة التصرف وحق المنفعة (الاستعمال والاستغلال) وما يتفرع عنهما من حقوق عينية) ويكون حق الملكية ناقصاً إذا انفصل حق المنفعة (إما حق المنفعة أو أحد الحقوق العينية المتفرعة عنها ونقص العمرى والسطحية والزينة وحبس المنفعة) فيظل المالك محتفظاً بسلطة التصرف، أي: الرقبة الممثلة لسلطة التصرف.

<sup>24</sup> المادة 11 من مدونة الحقوق العينية "لا يجوز إنشاء أي حق عيني آخر إلا بالقانون"  
<sup>25</sup> الفصل 59 قانون الالتزامات والعقود: "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئاً أو عملاً مستحيلاً، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون."

<sup>26</sup> للمالك أن يستعمل ويتصرف ويستغل فتلك ملكية تامة وهي التي يعبر فيها عندنا في الفقه بملكية الرقبة والمنفعة، وإلا كانت ملكية ناقصة كما في العمرى ينتفع خلال حياته أو لمدة والمالك فيها له الرقبة ولا منفعة. بلعكيد، مرجع سابق، ص. 258 بتصرف.

إذا تقرر ما سبق كانت هبة الرقبة باطلة لبطلان محلها لكونه خارجا عن نطاق التعامل بحكم القانون مادام لا يصطبغ بصبغة الحق كما سلف تبيانه<sup>27</sup>، وفي علاقة بأحكام تحول العقد تصح هبة الرقبة وصية بمعين إن تبث أن إرادة العاقدين اتجهت إلى تمكين المعطى له من الملكية التامة بعد موت المعطي، وكانا ليعدلا عن إبرام هبة الرقبة لو علما بكونها باطلة لبطلان محلها ويعمل حينها بأحكام الوصية<sup>28</sup>.

### هبة الرقبة وأحكام الصورية:

الاحتفاظ بالمنفعة حيات المعطي دون الرقبة، هو في حقيقته التزام من جانب المعطي محله نقل حق الملكية التامة بغير عوض موصوف بأجل واقف والمتمثل في وفاته (على اعتبار الوفاة أمر مستقبلي محقق الوقوع) فهو بذلك وصية مستترة، إلا أنه لا يصح أعمال أحكام الصورية والمتمثلة في خيرة التمسك بأي من العقدين بالنسبة للأغيار وصحة العقد المستتر فقط بين الأطراف ومن يرثهما لكونه عقد باطل، فمن أحكام الصورية أن يكون كل من الاتفاقيين الظاهر والمستتر صحيح وهو ما ليس عليه الأمر في نازلة الحال.

<sup>27</sup> للتوضيح فالالتزام الذي محله رقبة وفق النظرية العامة للالتزام وفق ما تم تبيانه هو التزام باطل وليس قابل للإبطال تماشيا مع الفصيلين 59 و 306 "الحالة الأولى منه" من قانون الالتزامات والعقود.

<sup>28</sup> وذلك تطبيقا لأحكام الفصل 309 من قانون الالتزامات والعقود الذي يمتل الإطار العام لنظرية تحول العقد في القانون المغربي: "إذا بطل الالتزام باعتبار ذاته وكان به من الشروط ما يصح به التزام آخر جرت عليه القواعد المقررة لهذا الالتزام الأخير".

راجع كذلك بهذا الخصوص كتاب: الوسيط في شرح القانون المدني، لعبد الرزاق أحمد السهوري، ج.. ص 225 وما يليها تحت عنوان: "التصرفات التي يحتفظ فيها المورث بحياسة العين وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته". كما يصح الالتزام العوضي الذي أحد محليه نقل رقبة الملك في صورة بيع حق ملكية تام موصوف بأجل واقف وهو وفاة البائع إذا ما تبث أن إرادة العاقدين اتجهت إلى تمكين المشتري من الملكية التامة بعد موت البائع وكانا ليعدلا عن إبرام بيع الرقبة لو علما بكونها باطلة لبطلان محلها ويعمل حينها بأحكام البيع الموصوف بأجل واقف وهو الموت لكونه أمر مستقبلي محقق الوقوع.

### المحور الثاني: مفهوم إحاطة الدين بمال المعطي:

من المعلوم أنه من أهم سبل فهم النص القانوني الرجوع إلى أصوله، ولا خلاف في كون أصول النصوص القانونية المنظمة للهبة بمدونة الحقوق العينية هو الفقه المالكي مع مراعاة من المشرع لمبادئ التحفيظ العقاري.<sup>29</sup>

ولما كان من المقرر أن القوانين مرتبطة ومفسرة لبعضها البعض، نجد أحكام مشابهة من حيث المظان ولأثر مانع إحاطة الدين بمال المعطي في النصوص القانونية المنظمة لمساطر معالجة صعوبات المقابلة، ونقصد تحديدا أحكام التوقف عن الدفع. تبعا للتوطئة السالف ذكرها، سنعمد إلى تبيان مدلول إحاطة الدين بالمال لدى الفقهاء المالكية، ثم سوف نعمد إلى دعم النتيجة التي سنصل إليها بتحليل التوقف عن الدفع في مساطر معالجة صعوبات المقابلة.

أولا: إحاطة الدين بمال الواهب لدى الفقه المالكي.

#### 1- إحاطة الدين بمال المتبرع شرط الموضوعي لتقرير بطلان تبرعه:

ورد في كتاب مختصر خليل: ((للغريم منع من أحاط الدين بماله من تبرعه))<sup>30</sup>.

والغريم يطلق على من عليه الدين وعلى من له الدين، والمراد هنا الثاني، والمعنى أن من أحاط الدين بماله، أي: زاد عليه، أو ساواه فلصاحب الدين أن يمنعه من تبرعاته كالعتق، والصدقة ونحوهما، وسواء كان صاحب الدين متعددا، أو منفردا، وسواء كان دينه حالا، أو مؤجلا.<sup>31</sup>

ويقول ابن رشد: ((ومن أحاط الدين بماله فلا تجوز له هبة ولا صدقة ولا عتق ولا إقرار بدين لمن يتهم عليه ويجوز بيعه وابتياعه مالم يحجر عليه... وان وهب او تصدق

<sup>29</sup> من ذلك تقريره للحوز القانوني بدل الحوز الفعلي في العقار المحفظ والذي في طور التحفيظ تماشيا مع مبادئ الشهر العيني.

<sup>30</sup> تحقيق: أحمد جاد، 169/1.

<sup>31</sup> شرح مختصر خليل للخرشي، / 263.

وعليه ديون كثيرة وبيده ما لا يدري ان كان يفي بما عليه من الديون ام لا فالهبة والصدقة جائزة حتى يعلم ان ما عليه من الدين يستغرق ماله<sup>32</sup>.

ومن خلال هذا القول يتبين بوضوح أن المدين لا يمنع من التبرع مالم يكن الدين مستغرقا لذمته المالية أي زاد على ماله أو ساواه، فشغل الذمة المالية بدين لا يفيد كون الدين قد أحاط بها قطعاً، فليس كل مدين أو مديان قد أحاط الدين بماله، وإنما قوله من أحاط أي علمت إحاطته أما لو ادعى المدين المتبرع ملاءة الذمة لم يمنع إلا بعد كشف السلطان عن ماله فإن وجد وفاء لم يفلس<sup>33</sup>.

تبعاً لذلك فعارض إحاطة الدين بمال المتبرع هو الشرط الموضوعي لتقرير بطلان تبرعه، وهو مقرر لمصلحة دانيه، إذ بتبرعه يتلف ماله الذي هو ضمانهم العام، و ينبغي التنبيه لكون إحاطة الدين بالمال لا تفيد التفليس بل هي حالة سابقة له وشرط موضوعي لقيام القاضي بتفليس المدين يترتب عنها منعه من تبرعه وإذا فعل كان لغرمائه إبطاله<sup>34</sup>.

2- المصلحة لطلب التصريح ببطلان التبرع لإحاطة الدين بمال المعطي مقررة لفائدة الدائن:

إن الغاية الأولى والأخيرة من تقرير عارض إحاطة الدين بمال المعطي وجعل هذه الواقعة مبطلّة للعطية "ومانعة كذلك من الحوز فقه" هي حماية دائن المعطي، ولما كان من المقرر أن الدين وحده ليس كافياً لمنع العطية إنما باستغراق الدين لمال المعطي تمنع العطية فتتضرر مصلحة الدائن منها، فإن كان للدائن ضمان خاص كرهن رسمي فإن مصلحته لا تمس بالعطية مادام دينه مضمون، ولو كان الحق موضوع الرهن هو الحق المعطى إذ تتبع المال المرهون من خصائص الرهن<sup>35</sup>، فلا تتحقق بذلك مصلحة الدائن فترد دعواه بعدم القبول لعدم توفر شرط المصلحة في الدعوى، كما أن شرط المصلحة في الدعوى ينتفي إذا ارتفع عارض إحاطة الدين ما بين تاريخ العطية وتاريخ قيام الغريم برفع دعواه مطالباً ببطلان الهبة.

<sup>32</sup> المقدمات الممهّدات، 2/ 313.

<sup>33</sup> شرح مختصر خليل للخرشي، 5/ 263.

<sup>34</sup> الشرح الكبير للشيخ الدردير وحاشية الدسوقي، 3/ 263.

<sup>35</sup> تبعاً للمادة 199 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي

ولما كانت مصلحة الدائن مرتبطة بدمة المدين فيتقرر تمديد أحكام إحاطة الدين لكفيل المدين، فيجوز بذلك للدائن طلب إبطال تبرع ثم من طرف الكفيل لمدينه إذا ما كان التبرع من شأنه اضعاف الدمة لدرجة عجزها عن أداء مجموع الديون التي تشغلها<sup>36</sup>.

وبقي أن أشير إلى أن المصلحة لفرع دعوى التصريح ببطان هبة عقار محفظ من قبل الدائن لا تتحقق إلا من تاريخ شهر الهبة بالسجلات العقارية، لكونها شكلية تمام ونفاذ بالنسبة للهبة التي موضوع محلها عقارا محفظ أو في طور التحفيظ، أما بالنسبة للهبة التي موضوع محلها عقارا غير محفظ فلا بد من تحقق الحوز كشكلية تمام، إما في شكل حوز مادي أو قانوني بتقديم مطلب لتحفيظ المعطى من قبل المعطى له<sup>37</sup>.

ثانيا: التوقف عن الدفع في مادة معالجة صعوبات المقاولة:

من خلال هذا العنوان سوف أعمد إلى تأسيس المراد من إحاطة الدين بالمال أو استغراق الدين المال من خلال التطرق لأحكام التوقف عن الدفع في المادة التجارية لما بينهما من تقارب يصح به القول أن الفقه المالكي والتشريع ذي المرجعية الدينية الإسلامية عامة كان سباقا لمعالجة مواضع ذات طابع قانوني محض.

#### 1- مظان التوقف عن الدفع:

لفتح مساطر معالجة صعوبات المقاولة في وجه الأشخاص الذاتيين و المعنويين المعنيين بأحكام مدونة التجارة في هذا الباب<sup>38</sup> يشترط التوقف عن الدفع كشرط موضوعي، ويقصد به حسب المادة 560 من مدونة التجارة عدم قدرة المقاولة على سداد ديونها عند حلول آجالها ، ولتقدير ذلك لا بد من تقويم شامل للذمة المالية للمدين، حيث لا يمكن اعتبار المدين متوقفا عن الدفع إلا إذا فاق ما عليه من ديون ما بيده من مال، فقدره المقاولة تتمثل في أصولها القابلة للتصرف، فئن أفضت المقارنة بين الأصول والديون الحالة

<sup>36</sup> راجع بهذا الخصوص: قرار عدد 254 الصادر بتاريخ 26 مارس 2013 في الملف الشرعي عدد 37/2/1/2012.

<sup>37</sup> تبعا للفقرة الأخيرة من المادة 274 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية.

<sup>38</sup> ينص الفصل 560 من مدونة التجارة على أن هذه المساطر تطبق على كل تاجر وكل حرفي وكل شركة تجارية ليس بمقدورهم سداد الديون المستحقة عليهم عند الحلول.

المستحقة إلى ترجيح كفة الديون تكون المقاولة في وضعية توقف عن الدفع<sup>39</sup>، وبالتالي يكون التوقف عن الدفع هو المصطلح القانوني في مدونة التجارة المقابل للمصطلحين الفقهيين المتمثلين في إحاطة الدين بالمال واستغراق الدين المال كما سلف تبيانه.

## 2- أثر التوقف عن الدفع على التصرفات التبرعية:

لقد حددت مدونة التجارة لواقعة التوقف عن الدفع بالمفهوم السالف ذكره آثار تجاه تصرفات المقاولة، إذ منذ التوقف عن الدفع تعتبر تصرفاتها التبرعية باطلة وجوبا بحكم القانون<sup>40</sup>، والبطلان سببه واقعة التوقف عن الدفع لا فتح مساطر المعالجة، بدليل أن

للمحكمة تحديد تاريخ توقف عن الدفع سابق لتاريخ الحكم القاضي بفتح مساطر المعالجة<sup>41</sup> الذي هو في كنهه حكم حجر على المقاولة، وهي أحكام مماثلة لما سلف تبيانه في المذهب المالكي بخصوص الفليس والتفليس.

<sup>39</sup> ورد في تعليق قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بفاس رقم (31) الصادر بتاريخ 27-04-200، ملف عدد 18-2004، حيث يتضح بالرجوع إلى نص المادة 560 من مدونة التجارة أن التوقف عن الدفع يعتبر شرطا أساسيا لافتتاح مساطر معالجة صعوبات المقاولة في مواجهة مختلف الأشخاص الطبيعيين والمعنويين المخاطبين بأحكام المادة المذكورة كما أنه من المعلوم أن التوقف عن الدفع الذي يبرر فتح مسطرة معالجة صعوبات المقاولة يتكون من عدة عناصر يستلزم وجودها ضرورة إجراء تقدير وتقييم وفق كفاءات وقواعد خاصة أصول وخصوم المقاولة في ظرف زمني معين الأمر الذي يقتضي الوقوف على هذا العناصر ومقوماتها وكذا تحديد وجودها من عدمه" منشور بالموقع الإلكتروني: <http://www.cacfes.ma/ar/jurisprudence/files/jurisprudence7.html>

40 المادة 681 من مدونة التجارة في فقرتها الأولى: "يعتبر باطلا كل عقد بدون مقابل قام به المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع".

<sup>41</sup> المادة 680 من مدونة التجارة: "يعين حكم فتح المسطرة تاريخ التوقف عن الدفع الذي يجب أن لا يتجاوز، في جميع الأحوال، ثمانية عشر شهرا قبل فتح المسطرة".

إذا لم يعين الحكم هذا التاريخ، تعتبر بداية التوقف عن الدفع من تاريخ الحكم.

يمكن تغيير تاريخ التوقف عن الدفع مرة أو عدة مرات وذلك بطلب من السنديك.

يجب تقديم طلب تغيير التاريخ إلى المحكمة قبل انتهاء أجل الخمسة عشر يوما التالية للحكم الذي يحدد مخطط الاستمرارية أو مخطط التفويت أو التالية لإيداع قائمة الديون إذا تم الحكم بالتصفية القضائية.

نظرات في عقد الهبة من خلال الفقه المالكي والقانون الوضعي

إلا أن التوقف عن الدفع في مدونة التجارة يمتاز عن نظيره في أحكام المذهب ذلك كون البطلان في مدونة التجارة قد يمتد للتصرفات التبرعية السابقة على التوقف على الدفع لمدة ستة أشهر وهو بطلان جوازي<sup>42</sup>، ولعل العلة التشريعية من ذلك هي مواجهة فرضية سوء نية المدين في حال علمه بقرب إحاطة الديون بذمته المالية فيعمد إلى الإضرار بدائنيه عن طريق التبرع.

#### خاتمة:

صحيح كون المحافظ ملزم بمراقبة صحت العقود المدلى بها إليه تأييدا للطلبات شكلا وجوهرا وقد يصح بذلك القول أن المحافظ يراقب العمليات العقارية، لكن هل المحافظ مخاطب بكافة النصوص القانونية؟ القول بذلك يجعل منه قاضي للموضوع و القانون ويده جميع السلط التنفيذية، وفي ذلك نوع من الغلو والخروج عن المنطق القانوني السليم، بينما الأسلم كون المحافظ يراقب العمليات العقارية في ضوء الخطاب القانوني وحدوده مراعيًا بذلك المبادئ القانونية التي على رأسها استقلال السلط، فبتأسيسنا فيما سبق لكون الصفة لإثارة عارض إحاطة الدين بمال المتبرع ثابتة للغريم أي الدائن كما سلف تبيانه، ولما كانت إحاطة الدين بمال المعطي واقعة قانونية يكون تبعا لذلك تقديرها من اختصاص قضاء الموضوع حصرا، مما يخرجها من حدود صلاحيات المحافظ العقاري وإلا اعتبر قرار المحافظ برفض تقييد عقد الهبة لكون الواهب قد أحاط الدين بماله قرارا مشوبا بالتجاوز في استعمال السلطة وقابل لطعن في إطار الدعاوى الموازية تفعيلا الفصل 96 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وعلى نفس الأساس، أي: الفصل 72 من الظهير المتعلق بالتحفيظ العقاري، نقول بقيام المسؤولية في جانب المحافظ لتقصيره في واجب مراقبة العقود المدلى بها إليه عند قبوله تقييد عقد عطية الرقبة، عقد كما بينا في المطلب الأول باطل لخروج محله عن دائرة التعامل بحكم القانون، وهو عيب ظاهر على عكس السبب فتقدير بطلانه لكونه غير مشروع يحتاج إلى حكم قضائي مالم يتم التصريح به في العقد.

<sup>42</sup> المادة 681 من مدونة التجارة في فقرتها الثانية: " يمكن كذلك للمحكمة أن تبطل العقود بدون مقابل المبرمة في السنة أشهر السابقة لتاريخ التوقف عن الدفع"

المصادر والمراجع:

القرءان الكريم.

- 01- أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي (ت. 684هـ): الذخيرة، محقق الجزء: سعيد أعراب، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1994م)
- 02- بهرام بن عبد الله بن عبد العزيز بن عمر بن عوض، أبو البقاء، تاج الدين السليبي الديميري الدمياطي المالكي (ت. 805هـ): الشامل في فقه الأمام مالك، ضبطه وصححه: أحمد بن عبد الكريم نجيب، (دم.: الطبعة: مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث، 1429هـ-2008م)
- 03- حمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرعيبي المالكي (ت. 954هـ): مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، (بيروت: دار الفكر للطباعة، 1412هـ-1992م)
- 04- خليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي المالكي المصري (ت. 776هـ): مختصر العلامة خليل، المحقق: أحمد جاد، (القاهرة: دار الحديث، د.ت.)
- 05- عبد الرحمن بلعكيد، الهبة في المذهب والقانون، (الدار البيضاء: مطبعة لنجح لجديدة، د.ت.).
- 06- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت.)
- 07- عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، القيرواني، المالكي (ت. 386هـ): النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، تح: أحمد الخطابي ومحمد عبد العزيز الدباغ، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، 1999م)
- 08- علي بن عبد السلام بن علي، أبو الحسن التسولي (ت. 1258هـ): البيهجة في شرح التحفة (شرح تحفة الحكام)، تح: محمد عبد القادر شاهين، (بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت.)
- 09- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت. 520هـ): المقدمات الممهيات، (دم.: دار الغرب الإسلامي، 1408هـ-1988م)
- 10- محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (ت. 595هـ): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة: دار الحديث، د.ت.)