

جامعة ابن خلدون
كلية الحقوق ابن خلدون
قسم القانون العقاري

اكتساب الملكية العقارية في قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة الماستر في القانون
تخصص : قانون عقاري

إشراف الأستاذ:
قعموسي الهواري

إعداد الطالب(ة):
حيرش زهيرة

لجنة المناقشة:

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة	الصفة
ايت عيسى رابح	أ مساعد أ		رئيسا
قعموسي الهواري	أ محاضر ب		مشرفا و مقررا
تريكي هدى	أ مساعد ب		ممتحنا
مجادي نعيمة	أ محاضر ب		ممتحنا

السنة الدراسية : 2020/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

إلى

روح والدي الغالية, نسأل المولى عزوجل أن يرحمه و يسكنه
فسيح جناته.

إلى

والدتي أطال الله في عمرها و أمنها بالصحة و العافية.

إلى

زوجي رفيق دربي

إلى

عائتي الصغيرة و الكبيرة

شكر و تقدير

أتوجه بالشكر و العرفان إلى الأستاذ الفاضل "عموسي هواربي" لقبوله الإشراف على المذكرة و لكل مساعداته و توجيهاته القيمة لإثرائه هذا الموضوع أجزه الله خير جزاء و شكري واصل إلى اللجنة الموقرة و إلى كل من مد لي يد العون من قريب و من بعيد.

المقدمة

المقدمة

إن مما استقر عليه الأمر في مجال الحقوق، أن مصدرها الوحيد هو القانون. فهو المقرر لأسباب المنشئة للحق، والمقرر لأسباب المكسبة للحقوق والناقلة لها. والحقوق كما هو معروف تتنوع، وتتفرع، تبعا لمحلها ومدى السلطة المخولة لصاحبها. فقد يكون الحق عينيا أصليا، أو تبعا وقد يكون الحق شخصا. كذلك قد يكون الحق تاما، أو ناقصا، ماديا، أو معنويا. ومن أهم الحقوق العينية الأصلية: حق الملكية. هذا الحق الذي تناول طرق اكتسابه الفصل الثاني من الباب الأول، الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري. حيث عدد هذا الفصل عدة طرق لاكتساب الملكية، فذكر الاستيلاء والوصية، فالالتصاق ثم العقد فالشفعة، والحيازة. وحق الملكية قد يكون منصبا على منقول، أو عقار. فإذا كانت الملكية منصبة على عقار، أوجب

المشرع في عملية اكتساب هذه الملكية، أو انتقالها عدة مراحل، حتى يتم انتقال العقار من شخص إلى آخر ذلك أن العقار يتبوأ مكانة هامة، وحيوية في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية. فالعقار مصدر ربح هام لخزينة الدولة، تحصل بواسطته الضريبة المفروضة على معاملات الأفراد في عقاراتهم، لدى نجد أن المشرع قد ميز العقار بعدة ميزات، وأهم ما تميز به العقار أن أوجب المشرع في عملية انتقال ملكيته، تسلسل مجموعة من المراحل، بدأ بتوثيقه إلى تسجيله، فعملية شهره: حيث

نجد أن المشرع زيادة على الأركان العامة في كل العقود، و التصرفات، وهي: التراضي، والمحل، و السبب، فرض في كل عقد أو تصرف وارد على عقار ركنا آخر هو الشكلية. وجعل وسيلة ذلك هي العقد الرسمي المبرم أمام الموثق، طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي تنص على الآتي " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية... إلى قولها في شكل رسمي "

والشكل الرسمي هو العقد الرسمي، الذي حددته المادة 324 من القانون المدني بقولها " :العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه

كما ميز المشرع العقار كذلك في قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر رقم 76/105 حيث فرض على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع، فجاء في المادة 75 فقرة 1 من قانون التسجيل ما يلي " :لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة) " دائرة اختصاص المكتب (كما ألزمهم نفس القانون في مادتيه 58 و 93

بتسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم، في أجل لا يتجاوز شهرا، وفي حالة التأخير، يتعرضون لعقوبات جبائية دون نزع الصبغة الرسمية من العقد. أما الشهر وهو المرحلة الموالية للتسجيل، والذي أوجبه القانون المدني بنص المادة 793 والمادة 14: و 15 و 16 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وهو نظام قانوني، له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية، حيث تبنت الجزائر نظام الشهر العيني الذي تركز فيه شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها (العقار)، والإشهار يلعب دور مهم في التشريع الجزائري، يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية العقارية حتى بين الأطراف المتعاقدة، وهو إجباري ليس فقط بين الأطراف، وإنما أيضا بالنسبة لكل طرف مشارك في العمليات الخاصة ذا النظام وهم: المحررون من موثقين وسلطات إدارية و كتاب ضبط طبقا للمادة 90 من مرسوم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

أهداف البحث

و في بحثنا هذا، نحول تسليط الضوء على الأسباب التي قررها المشرع في قانون الأسرة، لانتقال الملكية العقارية على الخصوص. فمن المعلوم أن قانون الأسرة، أو قانون الأحوال الشخصية كما يسميه البعض و في طيات نصوصه مواد قننت لأسباب انتقال ملكية العقار، وفق عقود و تصرفات متعددة و حوادث مادية، منها انتقال العقار عن طريق هبة، أو عن طريق الإيضاء به في الوصية، أو وقفه، أو انتقاله بواقعة مادية، لا دخل لإرادة الأفراد فيها، كما هو الحال في انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة، ما يسمى بالإرث، و قد يكون انتقال العقار بسبب الصداق و الخلع، ما كان محلوهما عقار فقد يصدق الرجل زوجته بعقار و قد تخلع الزوجة نفسها بمقابل عقار.

أهمية البحث

إن موضوع انتقال الملكية العقارية من أهم المواضيع القانونية، و يستمد هذا الموضوع أهميته من قيمة العقار نفسه، فالعقار عادة يكون ذو قيمة مالية كبيرة، و له أهمية حيوية في مجال التنمية سواء الاقتصادية، أو الاجتماعية، إذ يعد مصدر هام للدخل بالنسبة لخزينة الدولة، حيث تعود معاملات الأفراد في عقاراتهم بالربح المالي على خزينة الدولة، من خلال الضريبة المفروضة على هذه المعاملات، لذلك نجد ه حظي بالأهمية البالغة من الدولة من خلال تطهيره بإيجاد آليات و أدوات قانونية تثبت ملكية العقار بسند رسمي، و هي أسلم طريقة و أنجحها لجلب الاستثمار الأجنبي لأجل هذا جاء الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري، وغيره من القوانين والتشريعات المقننة لعملية انتقال العقار، كل ذلك حفاظا على المراكز القانونية في حق الملكية العقارية، وتعزيزا للائتمان في عملية انتقال العقار لأجل هذا أردنا إبراز أهم الضمانات القانونية في عملية انتقال العقار في قانون الأسرة، وهل لها نفس الضمانات القانونية من حيث الإثبات مثل ما هو الشأن في غيره من المعاملات الواردة على العقار في القوانين الأخرى "عقد البيع في القانون المدني" كمثال.

الإشكالية

-إذا كان قانون الأسرة الجزائري قد جعل من حادثة الوفاة و الوصية انتقال الملكية إلى الورثة

و من الهبة و المهر و الصداق انتقالها بين الأحياء، فهل تنتقل العقارات في قانون الأسرة بما سبق ذكره أم لا بد من توافر شروط أخرى في انتقال العقار؟

الأسئلة الفرعية

هل العقود القانونية، والوقائع المادية التي تنتقل بها الملكية العقارية في قانون الأسرة توثق وتسجل وتشهر أم لا؟

هل يكفي في انتقال الملكية العقارية عن طريق الإرث (الفريضة) وحدها أم لابد من إجراء آخر؟

هل تشهر الوصية أم لا؟

هل يجوز أن يكون مقابل الصداق وبدل الخلع عقارا؟

إذا كان يدل الصداق والخلع عقار، فما هي الإجراءات المتبعة لانتقال ملكية هذا العقار؟

الدافع لهذا البحث

دافعنا لخوض هذا الموضوع وتجليات مكانته، ما يكتنف انتقال العقار في قانون الأسرة من غموض، بلغ حد تضارب نصوص القانون المدني (الشريعة العامة) و نصوص قانون الأسرة ظاهريا.

فإذا كان القانون المدني قد نص في مادته 793 على أن انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر، فعملية الشهر هي وحدها من ينقل الأثر العيني (تنقل الملكية). وفي نفس الوقت نجد كمثل في قانون الأسرة تعريفا للوصية في المادة 184 تنص على أن الوصية

تمليك مضاف إلى ما بعد الموت، بطريق التبرع، فالمادة تدل على أن انتقال الأملاك بسبب الوصية ومنها العقار لا يتم إلا بعد وفاة الموصي، لاسيما والمادة 191 من قانون الأسرة تشترط لإثبات الوصية أن تبرم أمام موثق، فإذا كان محل الوصية عقارا، وقعنا في الإشكالية التالية:

حسب القانون المدني العقار لا ينتقل إلا بالشهر، فإذا أشهر الموصي الوصية في حياته كان قد نقل الملكية للموصي له ، وهذا يتنافى مع تعريف الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ؟ وإذا لم يشهر وصيته تبقى العقارات محل الوصية على ملكه، ولورثته من بعده لانعدام الشهر ..فما هو الحل الذي يعرضه القانون لمثل هذه المشكلة!؟

كذلك إذا كانت التركة مشتملة على عقارات، تنص المادة 127 من قانون الأسرة على أن: الإرث يستحق بموت المورث، حقيقتا أو باعتباره ميتا بحكم القاضي، ويفهم من هذا أن التركة تنتقل مباشرة للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة، ولو كانت التركة عقارات في حين لا يجيز القانون المدني انتقال العقار إلا بالشهر فما هو المخرج من هذا التعارض بين النصوص؟

وقل مثل ذلك في الصداق إذا كان محله عقارا، وكذلك الخلع لو كان البديل عنه عقارا...!؟... فأردنا التطرق لهذا الموضوع، محاولين الإجابة عن هذه التساؤلات، والكشف عن هذا التصادم الظاهري بين النصوص في بحثنا المتواضع هذا، الذي نعرض له وفق منهج تحليلي وصفي و استقصائي.

المنهجية المتبعة

إن طبيعة الموضوع هي التي تفرض نوعية المنهج الواجب الإلتباع. ودراستنا لهذا الموضوع تعتمد على تحليل النصوص، بعد عرضها ومناقشتها، لذلك كان المنهج المتبع هو المنهج التحليلي الوصفي نحاول من خلاله تحليل المواد المقننة لانتقال ملكية العقار، في قانون الأسرة . وتم الاعتماد على هذا المنهج كونه أفضل المناهج للقراءة التحليلية، والتفسيرية، والنقدية للنصوص المعنية بالدراسة . كما أن مادة التحليل تكون جاهزة في طيات النصوص نفسها. وهو منهج يتميز بسهولة الحصول على المعلومات المطلوبة، و عبارة عن أفكار، ومعان موجودة في النص ذاته.

أما المنهج الاستقصائي، فهو منهج يعتمد على الاستقصاء، والبحث، والتحري عن الحقيقة وهذا ما نتبناه للوصول إلى الهدف المنشود، من خلال الكشف عن محتوى النصوص، وما تحمله المواد وال فقرات القانونية من أحكام وقيم، وقد انتخبنا لبحثنا الخطة التالية: قسمناه إلى ثلاث فصول:

✓ الفصل الثاني:نبسط فيه الكلام عن انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بسبب

الوفاة وعرضنا للميراث والوصية.

✓ الفصل الأول:وخصصناه لانتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بين الأحياء

ونتناول فيه الهبة، والصداق، والخلع، ما كان محلهم عقار.

الفصل الأول:

انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة

بسبب الوفاة

الفصل الأول:

انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بسبب الوفاة

في هذا الفصل نتناول أسباب كسب الملكية العقارية و طرق انتقالها، مسلطين الضوء على طرق و كفيات انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري خصوصا . فإذا كان التقنين المدني الجزائري قد ذكر سبعة أسباب لكسب الملكية هي الاستيلاء¹، التركة ، الوصية، و الالتصاق بالعقار، و عقد الملكية، الشفعة، الحيازة، ابتداء من المادة 773 إلى المادة 843، و هي المصادر نفسها التي تنشأ عنها الحقوق و تقابل مصادر الالتزام² فان الفقه القانوني استقر على أن مصادر الحقوق جميعها عن الواقعة القانونية³ هذه الأخيرة التي ترجع إما إلى عمل الإنسان و فعله، و إما ترجع إلى عوامل أخرى لا دخل و لا إرادة الإنسان و لا لعمله فيها كالزلازل و الفيضانات و العواصف (الجوائح) ... و الوقائع التي ترجع إلى عمل الإنسان قد تكون عملا ماديا⁴، و قد تكون عملا قانونيا (نصف قانوني) ، وهذا التصرف القانوني إما يصدر من جانب واحد مثل الوصية و إما يصدر من جانبين كالهبة و البيع.

و قد أورد المشرع الجزائري هذه الأسباب، مرتبة ترتيب يقوم على أساس التمييز بين ثلاثة أنواع من أسباب كسب الملكية.

- الحالة الأولى هي كسب الملكية ابتداء، دون أن يكون لها مالك من قبل تنتقل منه و هي حالة الاستيلاء، و قد استبعدها المشرع بالنسبة للأفراد، في حالة العقار بنص المادة 773 قانون مدني، و المادة 48 و 51 من قانون الأملاك الوطنية
- الحالة الثانية هي كسب الملكية انتقالا من ميت إلى حي، و يتم ذلك في الميراث و الوصية.
- الحالة الثالثة تكون بالاستخلاف بين الأحياء، و يتم ذلك بالالتصاق و العقد و الشفعة و الحيازة.

1- لا يمكن للأفراد اكتساب العقار عن طريق الاستيلاء لكون العقارات التي ليس لها مالك ملك للدولة في التشريع الجزائري، أنظر المادة 773 قانون مدني والمادة 48 من القانون 30/90 المتضمن للأملاك الوطنية والمادة 51 منه كذلك والمادة 90 من المرسوم 454/91 يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفيات ذلك.

2- السنهوري: الوسيط المجلد 8 الباب الأول القسم الثاني، منشورات الحلبي، بيروت 1998، ص 5.

3- رمضان أبو السعود: مرجع سابق، ص 123

4- السنهوري: مرجع السابق، المجلد 8، ص 497، 501.

يوصى بأموال أو عقارات، كما أجازت المادة 206 أن تكون الهبة عقار و هذا نفسه حكم المادة 205 كذلك يفهم هذا من نص المادة 219، بخصوص الوقف، إذا فان ملكية العقار قد تنتقل من ذمة إلى ذمة أخرى وفقا للأسباب التي ذكرناها في قانون الأسرة. فقد ينتقل بصفته مهرا للزوجة، و يدخل في حكم العقد كما قد ينتقل العقار عن طريق الإرث، أو الهبة، أو الوصية، أو الوقف، مع خصوصيته انه لا ينتقل منه سوى حق الانتفاع كذلك قد تخلع الزوجة نفسها، و يكون بدل الخلع عقار. و عليه نخلص أن العقار في قانون الأسرة الجزائري، ينتقل و فق طريقتين فإما أن يكون انتقاله بسبب الوفاة، و هي حالة الميراث و الوصية، و إما يكون انتقاله بين الأحياء، و هي حالة الهبة و الوقف و حالتي الصداق و الخلع، إذا كان عقارا. فواقعة الوفاة سبب لانتقال العقار إذا ، وذلك بالميراث أو الوصية، وكلاهما سبب يحقق خلافة عامة للوارث، و يحقق أما خلافة خاصة للموصى له، أو عامة و تكون خلافة الموصى له عامة، إذا كان قد أوصى له بجزء شائع من العقارات في التركة ، أو بعقارات التركة كله. إما الخلافة الخاصة للموصى له، فتتحقق إذا أوصى له بجزء معين من عقارات التركة.

المبحث الأول :

الميراث - انتقال الملكية العقارية بالميراث - (les successions)

يعد الميراث سببا لكسب الملكية عموما و بما أن العقار صنف من الملكية فهو ينتقل بالميراث، و ذلك استنادا إلى واقعة مادية، هي حادثة الوفاة. فقد جاء في المادة 774 مدني ما يلي "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث و على انتقال أموال التركة " فيفهم من عبارة المادة (انتقال أموال التركة) : أن كل ما خلفه الهالك ينتقل إلى من يحدده الشرع و القانون، و هم الورثة. و قد ورد نص في تخصيص انتقال الملكية العقارية بمناسبة الوفاة في المرسوم رقم 63/76 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، حيث في نص المادة 91 منه ما يلي : "كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ..." فدل على أن حادثة أو واقعة الوفاة تكون سببا للانتقال أموال الهالك، و منها العقارات إلى وريثته.

و عموما يفهم من نصوص قانون الأسرة. أن أملاك الهالك تنتقل بحادثة الوفاة إلى وريثته، و يلاحظ أن الفصل الأول، من الكتاب الثالث في قانون الأسرة و المتعلق بالميراث . بدا في مادته 126 بأسباب الإرث مباشرة، ثم أفراد مادة تبين أن التركة تبين أن التركة تنتقل بواقعة الوفاة هي نص المادة 127 من قانون الأسرة الناصة على: "يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"

و لسنا بصدد أحكام المواريث و تفصيلاتها، و إنما الذي يعيننا بيان أنها سبب من أسباب نقل الملكية العقارية.

المطلب الأول: ماهية الميراث

نتناول في هذا المطلب الميراث و ينقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع يحتوي الفرع الأول على تعريف الميراث و الثاني نتكلم فيه على أركان و شروطه إما الفرع الثالث فيتناول أسباب الميراث.

الفرع الأول: التعريف بالميراث و ما يتعلق به من حقوق

أولاً - التعريف بالميراث

الميراث اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية¹

أو هو أيلولة الحق اثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون، ودون اعتداد بإرادة المورث² و الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتكلف عناء تعريف الميراث، تاركا ذلك للفقهاء و القضاء، و قد عرف القضاء الجزائري الميراث في القرار رقم 770-24 مؤرخ في 14/04/1982³ بقوله: " من المقرر قانونا أن الإرث هو يخلفه المورث من أموال جمعها و تملكها أثناء حياته...". بالرجوع إلى نص المادة 180 من قانون الأسرة التي تنص على " يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي"

1. مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع
2. الديون الثابتة في ذمة المتوفى
3. الوصية

فلفظة (يأخذ من التركة) يفهم منها انه يدخل في التركة، ما عدته بعد ذلك من مصاريف التجهيز ، الديون الثابتة ، الوصايا كذلك قد يفهم هذا الأمر من نص المادة 190 من نفس القانون في شأن الوصية إذ جاء فيها " لموصى أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"

¹ - بلحاج العربي: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2 . (، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004 ، ص1

² محمد وحيد الدين سوار :الحقوق العينية الأصلية ، نشر مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، ط1،الأردن ، ، 1994 ص

ثانيا : مشتملات التركة

الأموال و الحقوق المتضمن نوعان:

1. نوع يورث :

و هي الأموال التي يتركها الهالك ، على إخلاف أنواعها، كالعقارات و الحقوق العينية المقاومة بالمال ، كحق الارتفاق، الذي قضت المادة 868 مدني، انه يورث بنصها على " ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو المكسب بعقد شرعي أو ميراث ...". إما حق الانتفاع و حق السكن وحق الاستعمال، فلا تنتقل للورثة و تنتهي بانتهاء الأجل المعين لها و إذ لم يعين لها اجل انتهت بوفاة المنتفع ، حسب المواد 852 و 857 ق.م
كما نصت المادة 814 من القانون المدني ، على انتقال الحيازة بالميراث بنصها على : "تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها ...". كذلك قد يفهم هذا من نص المادة 812 ق .م ، فتنتقل الحيازة إلى الخلف العام و هو الوارث ، و تكون امتداد لحيازة السلف (المورث) . فلا انقطاع فيها، إذ تضم مدة حيازة السلف (المورث)، إلى حيازة الوارث، بحيث يستطيع الاستفادة من دعاوى الحيازة و كسب الملكية بالتقادم المكسب. فإذا حاز المورث لمدة 10 سنوات ، فان الوارث يستفيد من هذه المدة و ليس عليه إلا مواصلة الحيازة بشروطها و أركانها ، للمدة التي حددها القانون في المادتين 827 و828 من القانون المدني.

2. النوع الثاني من الحقوق التي لا تورث:

إلى جانب ما ذكرناه من الحقوق الشخصية المحضة ، كحق الحضانة و حق الولاية و حق الوظائف¹ كذلك الديون لا تورث و لكن تكون التركة هي المسؤولة عن سدادها فإذا تجاوز الدين مجموع التركة فالورثة غير مسئولين عن وفاته خلافا للقانون الفرنسي الذي يسمح لدائني التركة بالتنفيذ على أموال التركة و على أموال الورثة الشخصية و لا يحصن الوارث بحماية أمواله الشخصية سوى برفض التركة² و لما كانت المادة 180 من قانون الأسرة الجزائري قد أدخلت الديون الثابتة في ذمة المتوفى ضمن التركة فان الورثة يكونون مسئولين عن هذه الديون في حدود قدرة التركة على وفاءها فان أمكن تسديد الديون منها ، سددت و إذا كانت التركة مستغرقة بالدين و فوائد هذا الدين، أما لو فاق الدين قيمة التركة فالورثة لا يتحملون ما زاد عن قيمة التركة من الدين³ تطبيقا لقاعدة (الغرم

¹ العربي بلحاج : الوجيز في شرح القانون الأسرة الجزائري، ج2 ديوان المطبوعات الجامعية ، 2004 ، ص35

² -Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 4, deuxième édition 1971, édition Montchrestien, Paris, P 415-416

³ - ذهب إلى هذا الرأي قرار من المحكمة العليا برقم 567 102 مؤرخ في 1993/12/22 المجلة القضائية لسنة .

1994، العدد 03 ، ص2

4-نقلا عن العربي بلحاج :مرجع سابق، ص 46 ، السنهوري :مصادر الحق، ج 5 ، ص6

بالغنم) و يجب أن يسدد الدين القائم في ذمة المتوفى و لو كان غير حال الأجل لان الأجل يحل بموت المدين و قد يستخلص هذا من نص المادة 180 ق.م التي جعلت ترتيب الديون قبل الوصية و قبل حق الورثة فيفهم من هذا أن الدين حال للأجل بموت المورث. لان الأجل حسب السنهوري حق متصل بشخص المدين و الدائن نظر إلى المدين في منح اجل لسداد الدين و ذلك نظرا للاعتبارات قدرها في المدين قد تكون لأمانته أو للشفعة عليه و هي اعتبارات شخصية لا تورث فإذا مات الدين لم ينتفع الورثة بالأجل بل يحل الدين بموته¹ .

ثالثا: الحقوق المتعلقة بالميراث

و ننتقل للحقوق المتعلقة بالتركة و هي حسب القانون الجزائري أربعة حقوق² رأى المشرع أن يرتبها في نص المادة 180 ق أ على النحو التالي:

1. الحق الأول: تجهيز الميت و تكفينه و هي نفقات غسل الميت و تكفينه و دفنه و ما يتضمن

في ذلك من نقل الجنازة و ثمن القبر و حفره.... الخ كل ذلك بالقدر المشروع حسب النص

2. الحق الثاني: هو الديون الثابتة في ذمة المتوفى حيث يستوجب أن تقضى الديون عن الميت

قبل تقسيم التركة و الديون ثلاثة أنواع:

أ- ديون متعلقة بأعيان التركة مثل الأعيان المرهونة كان يخلف الهالك أرضا مرهونة

فمن حق الدائن المرتهن أن يستوفي دينه من التركة قبل أي حق آخر.

ب- النوع الثاني من الديون في الديون العادية (الديون الشخصية)

ت- و أضاف الظاهرية نوع ثالث من الديون و هي ديون الله تعالى في ذمة الميت مثل

الزكاة و الكفارات و النذور.

3. الحق الثالث: تنفيذ الوصايا و نتعرض له بالتفصيل في المبحث الموالي

4. الحق الرابع: هو حق الورثة بعد الانتهاء من جميع الحقوق السابقة حيث يؤول الإرث بقوة

القانون و دون اعتداد بإرادة المورث إلى من حدده القانون حصرا و هم أصحاب الفروض و

العصبة و ذوي الأرحام حسب المادة 139 ق أ و هم مرتبين حسب الفقرة الثانية من المادة

180 ق أ نفس الترتيب فان لم يكن للمورث من يرثه من الأصناف السالفة آلت التركة إلى

الخزينة العامة . و إن كانت عقارات آلت إلى أملاك الدولة فجاء في نص المادة 51 من

قانون 30/90 الخاص بالأملاك الوطنية ما يلي : "إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفى

مالكه دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات

القضائية المختصة بحكم يصرح بانعدام الوارث.

1- جمعون الحقوق المتعلقة بالتركة في لفظة (تدوم)

الفرع الثاني : أركان الميراث وشروطه

أولاً - أركان الميراث: للميراث أركان ثلاث هي:

1) المورث:

وهو الميت الذي ترك مالا أو حقا *le cujus* وقد يكون المورث من حكم القاضي بموته مع احتمال حياته كالمفقود المادة 109 من قانون الأسرة أو كالغائب الذي عرفته المادة 110 ق¹ و حسب المادة 115 ق أ لا تقسم أموال المفقود إلا بعد صدور الحكم بموته و لا يصدر هذا الحكم إلا بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة كالموصى له أو الدائن كذلك النيابة العامة لها حق طلب إصدار حكم الفقدان أو الموت دل على هذا النص المادة 114 ق أ و ذلك بعد مضي أربع سنوات من يوم الفقدان حسب المادة 113 ق أ و الغائب يأخذ نفس حكم المفقود بنص المادة 110 ق أ إذن فالركن الأول في الميراث هو المورث الذي تنطبق عليه حالتان إما أن يتوفى وفاة حقيقية كما سماها النص و أما أن تكون وفاة اعتبارية بحكم القضاء وهي حالتا المفقود (*le disparu*) و الغائب (*l'absent*²).

1. الوارث (l'héritier):

وهو من ينتسب إلى الميت بسبب من أسباب الإرث و يستحق بذلك نصيبا أو جزءا من التركة كثر هذا النصيب ا وقت و الورثة بغض النظر عن سبب قرابتهم من المورث ثلاثة أنواع الشخص العادي بشرط الحياة. الحمل أو الجنين في بطن أمه وقت افتتاح التركة حسب المادة 128 ق أ و المادة 134 و النوع الثالث هو المفقود الذي لم يحكم بموته حيث يعتبر حيا حسب المادة 133 ق أ.

2. الموروث la succession:

هو كل ما يتركه الميت من أموال و حقوق ومنافع قليلة لان تورث قانونا فقد نصت المادة 682 من القانون المدني على " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية...".

1 - أحالت المادة 31 من القانون المدني على قانون الأسرة في شأن المفقود و الغائب بنصها على " تجري على المفقود و الغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي"

2 - المفقود غير الغائب فالمفقود الذي لا يعرف مكانه و لا تعرف حياته أو مماته أي تجهل حالته هل هو حي أم ميت في حين الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة، وذلك خلال مدة سنة فإذا تحقق غياب الشخص بهذه الأوصاف خلال مدة سنة سمي أو عد غائبا و يأخذ حكم المفقود.

فنص المادة ببيان أن الأشياء¹ ليست كلها تصلح لان تكون مالا أو محلا للحقوق المالية فهناك أشياء تخرج عن دائرة الصلاحية لان تكون للحقوق المالية و مثالها الهواء و البحر و أشعة الشمس فهذه الأشياء تخرج عن مسمى التركة كذلك لاستحالة تملكها (*) من المورث ومن ثمة لا تورث لخلفه العام و هذه الأشياء المذكورة أنفا خرجت عن دائرة التملك و التوريث بحكم طبيعتها و النوع الثاني الذي يخرج عن دائرة التوريث هو ما أخرج القانون فهذا النوع الأخير تمكن حيازته وتملكه من طرف المورث لكن ملكيته له غير شرعية و لا قانونية و مثالها الخمر و لحم الخنزير و النقود المزيفة و غيرها مما يسميه الفقه الإسلامي بالمال غير المتقوم² و بالتالي يكون انتقاله للمورث غير شرعي ولا قانوني لان القانون لم يعترف بها كحل للحقوق المالية³

ثانيا - شروط الميراث

اشترط القانون شروطا ثلاثة يجب توفرها في انتقال الميراث هي : موت المورث حقيقة أو حكما بقضاء القاضي، حيا الوارث بعد موت المورث و لو حكما، كالحمل و الشرط الثالث هو عدم وجود مانع من موانع الإرث وقد دل على ذلك نص المادة 127 و 128 من قانون الأسرة.

1 - الشرط الأول : موت المورث

إن الشخص مادام على قيد الحياة فحقه قائم فيما يملك و ثابت له لبقاء أهليته⁴ و قدرته على التصرف لذلك أبطل القانون التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة و لو كان ذلك برضاه إذ جاء في نص المادة 92 من القانون المدني " ...غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون " و هي حالة الحجر المواد 101 إلى 108 من قانون الأسرة و الولاية في المادة 88 ق أ و الوصاية بنص المادة 95 ق أ. و بحدوث هذا الشرط (موت المورث) يتخذ احد الصور الثلاثة التالية التي تحقق إحداها بتحقيق هذا الشرط.

أ. - الموت الحقيقي

وهو مفارقة الحياة بان تظهر على الميت علامات تدل على موته كتوقف التنفس و توقف القلب عن العمل و توقف وظائف الدماغ و ظهور علامات للموت تقدرها الخبرة الطبية في هذا المجال.

1 - الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية، نشر دار النهضة العربية 1990 بيروت ، هامش ص 16،17، 18،19

* مع الملاحظة انه إذا أمكن حيازة هذه الأشياء و تعبئتها جاز انتقالها بالميراث

2 - وهبة الزحلي: الفقه الإسلامي و أدلته، ج 4 ، نشر دار الفكر ، ط 2 ، 1985، دمشق ، ص 44

3 - نص المادة 96 من القانون المدني الجزائري

4 - نصت المادة 25 من القانون المدني على " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا و تنتهي بموته على ان الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا" و انظر المادة 40 من نفس القانون

ب. - الموت الحكمي

و يكون بحكم قضائي بان يصدر القاضي حكما بموت مفقود بعد مرور 4 سنوات من البحث و التحري ولا تعرف حياته أو مماته بناء على طلب احد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة¹. وقد دل على نوعي الموت هذين المادة 127ق أ بقولها " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم قاضي"².

ج. - الموت التقديري

و يتحقق بالاعتداء على حامل بالضرب مما يتسبب في سقوط الجنين ميتا فانه يحكم بحياته تقديرا حتى تورث عنه غرته³ و الغرة هي دية الجنين و تقدر بنصف عشر الدية و قد اختلف في شان توريث الغرة بين المذاهب الفقهية، أما القانون الجزائري فلم يأخذ بالموت التقديري فليس في قانون الأسرة سوى نوعين من الموت و هما الموت الحقيقي و الموت الحكمي⁴.

(2) - الشرط الثاني : تحقيق حياة الوارث بعد موت مورثه

و لو بلحظة لان أهليته في المال مورثه مرهونة بحياته وقد جاء في نص المادة 128 ق أ ما يلي " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة ..." كما جاء في نص المادة 133 ق أ " إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون " و هذا يعني أن أنواع الورثة ثلاثة وهم:

أ - الوارث العادي :

و هو كل من خوله القانون إن يكون وارثا في مال المورث بالأسباب المحصورة قانونا حسب المادة 126 ق أ و هي القرابة و الزوجية مع تحقق حياته بعد موت المورث و لو بلحظة لأنه حسب المادة 129 من قانون الأسرة إذا توفي اثنان أو أكثر و لم يعلم أيهم هلك قبل الآخر فلا يرث احدهما الآخر⁵.

1 - المادة 113 و 114 من قانون الأسرة

2 - انظر قرار المحكمة العليا بنفس الحكم برقم 622 125 مؤرخ في 1995/10/20 المجلة القضائية لسنة 1996 العدد 01، ص 117

3 - الغرة لغة هي الخيار و سميت بذلك لأنها تدفع من خيار المال و أنفسه و أصله حديث المغيرة بن شعبة لما استشار عمر بن الخطاب - رضي الله عنه- الناس في املاص المرأة (الاعتداء على حملها) فقال شهدت النبي صل الله عليه وسلم - قضى فيه بغرة عبد أو امة فقتل عمر لتأنيب بمن يشهد له محمد بن مسلمة نقلا عن محمد محدة : مرجع سابق ، ص 25.

4 - العربي : مرجع سابق ، ص 55.

5 - جاء في قرار المحكمة العليا رقم 318 219 مؤرخ في 1999/03/16 المجلة القضائية لسنة 2000 العدد 02، ص 183 ما يلي "من المقرر قانونا انه إذا توفي اثنان أو أكثر و لم يعلم أيهما هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث أم لا ...

ب - الوارث يكون حملا :

دل على هذا النوع من الورثة المادة 128 ق أ بقولها : " ... أو حملا وقت افتتاح التركة ... " فتبين من النص أن الحمل يرث لكن بشرط ذكرته المادة 134 ق أ بنصها على " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، و يعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة.

ج - الوارث مفقود لم يحكم بعد بموته :

جاء في نص المادة 133 من قانون الأسرة " إذا كان الوارث مفقودا و لم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون " .

فمن فقد و لم تمضي على فقدانه 4 سنوات مدة البحث و التحري في حالة طلب احد الورثة أو من له مصلحة باستصدار حكم يقضي بوفاته فيعتبر طيلة هذه المدة حيا حسب المادة 133 و له الحق في أن يرث من مورثه الميت ما لم يحكم القاضي بموته فقد نصت المادة 111 من قانون الأسرة على " على القاضي عندما يحكم بالفقد ان يحصر أموال المفقود و أن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود و يتسلم ما استحقه من ميراث " فالشاهد من النص إن المفقود يرث من مورثه الهالك و ينوب عنه في الاستلام ما يستحق من الميراث المقدم عليه الذي يعينه القاضي لذلك و الذي حددت مهامه المادة 100 من قانون الأسرة

(3) الشرط الثالث - خلو الوارث من الموانع : وقد حصرها المشرع في المادة 135 ق أ و موانع الإرث هي عبارة عن أوصاف و أحوال تنزل بأحد الورثة الشرعيين فتمنعه من استحقاق الإرث و موانع الإرث (l'indignité successorale) حصرتها المادة 135 ق أ و المادة 138 منه بقولها

المادة 135 يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم

- 1 - قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريك
- 2 - شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و تنفيذه
- 3 - العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

أما المادة 138 فنصت على " يمنع من الإرث اللعان ة الردة"

فحسب قانون الجزائري هناك ثلاث حالات يمنع الوارث من الميراث هي القتل العمد أو التسبب فيه أو العلم به دون الوقوف دونه أو منعه بإخبار السلطات، الحالة الثانية هي اللعان و الحالة

الثالثة هي الردة و سنتعرض لكل حالة بأكثر تفصيل عند معرض حديثنا عن موانع الإرث في الفرع الموالي.

الفرع الثالث: أسباب الميراث

أولا : أسباب الميراث

أسباب الإرث في القانون الجزائري هي القرابة و الزوجية حسب النص المادة 126 من قانون الأسرة " أسباب الإرث القرابة و الزوجية " و في الفقه يوجد سبب ثالث الولاء و الذي لم يبقى له و جود في المجتمع الإسلامي.

1- القرابة أو النسب و هي كالآتي :

أ - الأصول : الآباء و أبائهم و الأمهات

ب- الفروع : الأولاد و أبنائهم ذكورا و إناثا

ج- الحواشي : الإخوة و الأخوات الأشقاء لأب و للام و أبناء الإخوة دون الأخوات

د- فروع الجد: الأعمام و أبناءهم الذكور فقط و الباقي من الأقارب غير مذكورين هم ذوو الأرحام مثل ابن البنت و ابن بنت الابن ابن الأخت بنت العم ، العمّة، الخال و الخالة و غيرهم من الفروع.

2- الزوجية¹ :

وهي علاقة بين الرجل و المرأة تنشأ نتيجة عقد زواج صحيح قائم بينهما حقيقة وقت الوفاة أو حكما في حالة المعتدة من طلاق رجعي² متى كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي و التوارث بين الزوجين قائم حتى و لو لم يقع بناء حسب المادة 130 ق أ و إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين حسب المادة 131 ق أ و يكون الزواج باطلا متى توفرت حالة من حالات المذكورة في المواد من 24 إلى 34 من قانون الأسرة.

3. - الولاء :

هو قرابة حكيمة أنشأها الشرع بين المعتق و عتيقه بسبب العتق و لم يأتي على المشرع ذكر الولاء لأنه لم يبقى له وجود في مجتمعنا الحالي.

1 - حسب القرار الصادر من المحكمة العليا برقم 664 مؤرخ في 1993/04/27 المجلة القضائية 1994 العدد 01، ص 68 جاء فيه: " من المستقر عليه شرعا وقضاء ان العلاقة الزوجية هي سبب من اسباب الميراث.
2 - محمد مصطفى شلبي إحكام المواريث في الشريعة الإسلامية ، بين الفقه و القانون ، نشر دار النهضة العربية ، بيروت، 1978، ص 62.

ثانيا الموانع:

سبق تعريف موانع الإرث التي هي أوصاف و حالات إذا قامت بأحد الورثة حالت بينه و بين الميراث و لو توفرت جميع أركان و شروطه و قد عرفت الموانع الميراث شرعا بأنها ما تفوقت به أهلية الإرث مع قيام سببه.

و موانع الإرث محل خلاف بين الفقهاء في عددها و قد اقر المالكية بسبعة منها¹ جمع احدهم في قوله (عش لك رزق)².

- العين : لعدم الاستهلال (نزول الجنين من بطن أمه ميت)

- الشين: للشك في أسبقية الوفاة بين الوارث و الموروث

- اللام: للعان إذا لاعن الزوج زوجته و نفى سبب الابن له كان مانعا من الميراث

- الكاف: للكفر اختلاف الدين إذ لا توارث بين المسلم و الكافر في الاتجاهين

- الرء : للرق لان العبد إذا مات لا يترك شيئا يورث عنه لأنه هو و ماله ملك لسيده و

الرق غير موجود حاليا

- الزاي: للزنا حيث يمنع ولد الزنا من الميراث بالنسب إلا من أمه و لا يرث إخوته إلا عن

طريق الأم كذلك

- و القاف: للقتل و صورته قتل الوارث مورثه استعجالا للميراث فعقوبته بنقيض قصده

الحرمان من الميراث

و حصرت موانع الميراث في القانون الجزائري على حالات التالية حسب المادة 135 قانون

الأسرة و المادة 138 منه و هي ثلاث حالات قتل المورث عمدا و عدوانا ، اللعان، الردة.

1- المانع الأول : القتل العمدى للمورث homicide volontaire

و هو إزهاق روح المورث المعصوم الدم عن طريق مباشر أو بالتسبب و قد اجمع الفقهاء

على أن القتل العمد العدوان مانع من الميراث و اختلفوا فيما عداه.

1 - محمد محدة : الإحكام الأساسية للأحوال الشخصية ، دار الشهاب ، باتنة ، دس، ص33.

2 - محمد العمراني : المرات في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر و الإشهار الجزائر ، 2000

حيث ذهب طائفة من الفقهاء إلى عدم توريث القاتل مطلقا سواء كان القتل عمدا أو خطأ و هم الشافعية¹ و ذهب فئة أخرى من الفقهاء إلى توريث القاتل من مال مورثه الذي قتله و سندهم في ذلك عدم وجود ما يمنع القاتل من الإرث في كتاب الله تعالى و هم الخوارج ، و يرد على هذا الرأي بحديث النبي صل الله عليه وسلم : " لا يرث القاتل شيئا"² و ذهب كوكبة أخرى إلى أن كل قتل موجب للقصاص أو الكفارة يكون مانع للميراث و هو رأي الأحناف و الحنابلة إذ يقترب المذهبان من بعضهما في هذا الشأن حيث تكون الكفارة في شبه العمد أي القتل شبه العمدي و يتحقق بان يقصد الشخص الفعل دون النتيجة لمن يضرب مورثه بعضا قصد قتله، فيموت فهذا النوع من القتل يكون موجبا للكفارة و منه يكون مانع للميراث.

والقتل الخطأ كمن يرمي صيدا ببندقية فيتبين انه إنسان (مورثه) كذلك موجبا للكفارة و هو مانع من الميراث أما الحالة الثالثة هي ما خلا من القصد تماما ولم يقصد الفعل كذلك سقوط نائم من أعلى على مورثه فيقتله فهذه الحالة كذلك موجبة للكفارة وهي مانع للإرث.

أما الحالة التي يجوز فيها توريث القاتل هي القتل دفاعا عن النفس أو العرض أو المال فيعتبر عندهم قتل بحق و بالتالي لا قصاص و لا كفارة تترتب عليه و يرث صاحب هذه الحالة.

و القتل العمد³ العدوان حسب المادة 135 ق أ يكون أما مباشر أو بالتسبب، فالمباشر يتحقق بتعمد الإنسان ضرب مورثه بما يقتل غالبا أو خنقه أو تسميمه⁴ ، أو قد يكون بالتحريض إذ يعتبر المشرع الجزائري المحرض على القتل فاعلا أصليا و ليس شريكا⁵ عكس التشريع الفرنسي و المصري الذي يعتبر المحرض مجرد شريك فمنذ تعديل المادتين 41 و 42 من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04/82 المؤرخ في 13 /02/1982 أصبح المحرض فاعلا أصليا للجريمة⁶ .

أما المادة 42 ق م فقد عرفت الشريك و ذكرت أحواله و هذا ما أشارت له المادة 135 ق أ في فقرتها الأولى : " قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا " .

1 - يرد على هذا الرأي بحديث النبي صل الله عليه وسلم : " يقع على أمي الخطأ و النسيان وما استكثره عليه" و قوله تعالى " ربنا لا تؤاخذنا أن نسينا أو أخطانا"

2 - الشوكاني : نيل الأوطار ، المجلد الثالث ، ج6، دار الجبل ، بيروت ، د ت ، ص 74.

3 - حسب المادة 254 من قانون العقوبات القتل بقولها : "القتل هو إزهاق روح الإنسان عمدا " كما تناولت المادة 288 ق ع القتل الخطأ

4 - حسب المادة 260 من قانون العقوبات : " التسميم هو الاعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن إن تؤدي إلى الوفاة عاجلا أو أجلا.

5 - احسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002، ص 144

6 - نفس المرجع و الصفحة

2 - المانع الثاني اللعان l'panathème :

اللعان مأخوذ من اللعن في قوله تعالى في سورة النور الآيات 6 إلى 9 : " و الذين يرمون أزواجهم و لم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات بالله انه من الصادقين و الخامسة أن لعنت الله عليه أن كان من الكاذبين.

و يدرا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لكم الكاذبين و الخامس هان غضب الله عليها إن كان من الصادقين".و قد تعرض قانون الأسرة الجزائري إلى اللعان و لو تلميحا¹ في المادة 41 منه بقولها : " ينسب الولد إلى أبيه متى كان الزواج شرعا و أمكن الاتصال و لم ينفه بالطرق المشروعة " فالطرق المشروعة حسب المادة في اللعان فالزوج كما أسلفنا إذا اتهم زوجته بالزنا و لم يكن لديه إثبات على ذلك أو نفى ولده منها أو نفى حمل زوجته فا بد من اللعان لنفي هذا الحمل فيفرق القاضي بينهما و لا توارث بينهما لانقضاء الزوجية باللعان² وقد جاء في نص المادة 138 قانون الأسرة " يمنع من الوارث اللعان ... " أم الطفل المنفي نسبه فلا يرث ممن نفى نسبه و إنما يرث من أمه فقط إذ باللعان لا يبيح له سوى الانتساب لأمة³.

و قد أضاف القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 المعدل و المتمم لقانون الأسرة رقم 11/84 في مادته 40 فقرة جديدة تنص على " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب و هذا معناه إمكانية إذا نفى الزوج نسب الحمل القائم بزوجه جاز للقاضي بفتح تحقيق أو تعيين خبرة تتأكد من انتساب الولد أو الجنين لأبيه من عدمه بالوسائل العلمية.

4 - المانع الثالث الردة l'apostasie

الردة هي إبدال دين بدين أو عقيدة بعقيدة⁴ و قد نص المشرع الجزائري على عدم قيام التوارث بين المرتد وورثته في المادة 138 ق أ " يمنع من الإرث اللعان و الردة ".

1- حسب نص المادة 138 من قانون الأسرة

2- العربي بلحاج مرجع سابق ، ص 60.

3- محمد محدة : مرجع سابق ، ص 49.

4- ابو الحسن علي الندوي : ردة...ولا الا ابا بكر لها ، منشورات الشروق ، باتنة ، الجزائر ، 1990 ، ص 54.

سبقت الإشارة إلى إن المالكية يقرون بسبعة موانع للميراث هي : عدم الاستهلال ، و الشك ، و اللعان، و الكفر، و الرق ، و الزنا ، و القتل.

وقانون الأسرة الجزائري كما سبق بيانه لا يقر إلا بثلاث موانع و هي القتل و الردة و اللعان وعليه يكون القانون الجزائري التقى من الفقه المالكي تحديدا في اللعان، و القتل بوجه صريح، أما المفرد فيمكن إدخاله في الردة.

يتناول القضاء الجزائري قرار برقم 33/ 509 بتاريخ 1984/07/09¹ هذا نصه: " من المقرر شرعا و على ما جرى به قضاء المجلس الأعلى أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث و لمنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي... " و عليه يكون اختلاف الدين سبب لعدم التوارث.

أما عدم الاستهلال و هو نزول الجنين من بطن أمه ميت فلم يدخله المشرع ضمن موانع الإرث المصرح بها لكنه تناول أحكامه في المادة 134 ق أ بنصها على : " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ... " و منه يتبين أن المانع عدم الاستهلال متضمن في القانون الجزائري الشك ، و يثور عندها يموت اثنان أو أكثر ممن يتوارثون كالأب و الابن ولا يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر في الشريعة الإسلامية (هو مانع من الميراث) كذلك لم يضمه القانون الجزائري ضمن موانع الإرث لكن نصت على كونه مانع من الإرث المادة 129 ق أ بقولها " إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر...".

مع ملاحظة انه إذا كان الهالكان والدا وابنه فانه يعمل بإحكام التنزيل حيث ينزل وريثة هذا الابن منزلة أبيهم في ارث جدهم على أن تكون أسهم الأحفاد بمقدار حصة أصلهم ، دل على ذلك أحكام المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة .

وحكم الزنا و ولد الزنا يمكن إدراجه في مانع اللعان و ولد الزنا هو من أتت به أمه بعلاقة غير شرعية فهو نتاج اتصال غير شرعي فلا يرث من أبيه الطبيعي لأنه ليس أبا شرعيا له لكن التوارث بينه و بين أمه ثابت.

المانع الأخير في التشريع هو الرق و المشرع الجزائري لم يذكره لأنه لم يبق له محل فقد زال بزوال نظام الرق و كان له مقتضى مستقبلا فحكمة قائما في الشريعة و في القانون بنص المادة 222 ق أ.

بعد كل هذا نشير إلى إن المادة 136 قانون أسرة نصت على " الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة أعلاه لا يحجب غيره" وهذا يعني أن من قام به من موانع الإرث من الورثة فان وجوده لا

1 - المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 03، ص 60.

يؤثر في غيره من الورثة بالحجب¹ سواء كان حجب حرمان أو حجب نقصان لأنه يعتبر كالميت و الميت لا اثر لهفي غيره .

وقد وضع الإسلام أصولاً لهذا النظام المحكم كما فصل الكثير من إحكامه إذ جاءت السنة بكثير من المسائل مكتملة ومتممة لما أجمله القرآن كما اجمع الصحابة على بعض الأحكام فلم يبق للاجتهاد مكان، و المشرع الجزائري تناول أحكام الميراث في الكتاب الثالث من قانون الأسرة حيث تعرض له بالتفصيل الدقيق مبيناً أحكامه و أسبابه و موانعه و أصناف الورثة و أحوالهم مستنداً في ذلك إلى أقوال الفقهاء في الشريعة الإسلامية وعليه فقانون الأسرة الجزائري لا يعتبر تشريعاً وضعياً خالصاً بل مجمل أحكامه مستمدة من الشريعة الإسلامية بل حتى ما لم يرد فيه نص قانونياً أحالت المادة 222 قانون أسرة في أحكامه على الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الشروط المستوجبة قانوناً في انتقال عقارات التركة

فكيف يتم هذا الانتقال لعقارات التركة من المورث إلى الوارث لاسيما وهو انتقال بين ميت وحي (بسبب الوفاة)؟ وهل يفرض في هذا الانتقال العقاري ما يفرض عادة من أركان و شروط أم يتميز هذا النوع من الانتقال العقاري بميزات و خصائص؟ بمعنى انتقال العقارات بسبب الوفاة عن طريق الإرث هل توثق و تسجل و تشهر أم تشد عم هذه القواعد المقررة قانوناً في انتقال العقار؟

و نجيب عن هذا التساؤل في الفروع التالية

الفرع الأول : توثيق انتقال عقارات التركة

أحسن ما يجب أن نبدأ به في هذا المقام هو طرح السؤال التالي: هل توثق عملية انتقال عقارات التركة من المورث الهالك إلى الوارث؟

و الإجابة عن السؤال تكون بالإيجاب : نعم توثق عملية الانتقال العقار من السلف إلى الخلف العام عن طريق الميراث وفق التالي:

أولاً: جاء في نص المادة 30 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري ما يلي:

يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذا الشغل وهذا يعني أن على الوارث الذي انتقلت له ملكية العقارات ضمن التركة حياة أو هذا الشغل.

و هذا يعني أن على الوارث الذي انتقلت له ملكية العقارات ضمن التركة حياة سند يثبت أحقيته في هذه العقارات ، و قد اشترطت المادة 324 مكرر 1 أن يكون هذا

1 - الحجب هو منع شخص معين من ميراثه كله أو بعضه بسبب وجود شخص آخر لحجبه، انظر العربي بلحاج مرجع سابق، ص 64.

السند في شكل رسمي لأنه متضمن انتقال ملكية عقارية إذ نصت على "... يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية.... في شكل رسمي..." و من المعلوم إن الشكل الرسمي هو العقد الرسمي الذي يقوم بتحريره موثق كما دلت عليه المادة 03 من قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق بنصها على " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

الاسم و اللقب و الموطن كما يذكر فيها كذلك أسماء و ألقاب و موطن و تاريخ ميلاد ومهنة كل وارث بالاستناد إلى الفريضة المعدة بعد الوفاة، كما يذكر فيها العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها اعتماد على عقودها الرسمية¹

ثانياً : نصت المادة 91 من المرسوم 63/76 على : " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة تسمى (الشهادة التوثيقية)² التي يحددها الموثق.

الفرع الثاني : تسجيل حقوق انتقال عقارا التركة

أوجب المشرع ضرورة تسجيل الشهادة التوثيقية حسب المادة 58 و 60 من قانون التسجيل

و سنتناول تسجيل حقوق الميراث فيما يلي :

1- وجوب التسجيل :

حسب ما جاء به المرسوم رقم 16-109 المتضمن في التسجيل ضرورة انتقال أموال التركة من المورث إلى الورثة بصفة مجملة سواء كانت منقولة أو عقارات أو غيرها...³ تسجل لدى مصلحة التسجيل و الطابع بمقتضيه الضرائب و يكون هذا التسجيل مجانياً لشهادة التوثيقية التي يتم إعدادها بعد وفاة و المثبت لنقل الملكية حسب المادة 280⁴ من الأمر 75/76 المتضمن قانون التسجيل و نجد أن المادة 58 و 60 من قانون التسجيل تحملان نفس المعنى.

1 - حسب ما جاء في المادة 66 من المرسوم 63 /76.

2 - الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية les actes déclaratives و هي وسيلة فنية و اداة تمكن من شهر حق الارث يقوم باعدادها موثق بناء على طلب احد الورثة او الموصى لهم تناولت أحكامها كل من المواد 39، 46، 61، 107، 99، 88، 74، 62 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري..

3 - جاء في نص المادة 43 من قانون التسجيل ما يلي " يعتبر من الناحية الجبائية كجزء من تركة حق الانتفاع، إلى أن يثبت العكس كل قيمة أو نقود أو عقار تعود ملكية حق الانتفاع به إلى المتوفى و ملكية الرقبة إلى ورثة محتملين..."

4 - المادة 280 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل.

2- مكان التسجيل :

حسب نص المادة 80 من قانون التسجيل " يسجل نقل الملكية عن طريق الوفاة في المكتب التابع لمحل سكن المتوفى مهما كانت حالة القيم المنقولة أو العقارات التي التصريح بها " .

في حالة عدم وجود محل سكن في الجزائر مثال ذلك جزائري ما هجر جاء يزور بلده فوافته أمنيته يكون مكان التسجيل في المكتب التابع له إقليميا مكان الوفاة

الحالة الثانية هو وفاة مهاجر جزائري في الخارج و له أملاك عقارية أو منقولة في الجزائر و ليس له محل إقامة في الجزائر، في هذه الحالة يسجل انتقال أملاك (شهادة التوثيق) في المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب.

أما بالنسبة للعقارات فان التسجيل في مكتب تواجد العقار قياسا لنص المادة 79 من قانون التسجيل¹.

3- آجال التسجيل:

الشهادة التوثيقية التي يحددها موثق يجب أن تسجل في اجل شهر ابتداء من تاريخ إعداد شهادة التوثيق⁽¹⁾ هذا بالنسبة لشهادة التوثيقية التي تناولها المادة 280 من قانون التسجيل .

أما تسجيل تصريح الورثة الذي يقدم إلى دائرة الضرائب في اجل سنة واحدة من يوم وفاة المورث⁽²⁾ هذا التصريح يقدمه المعنيون دون الاستعانة بالموثق حسب المادة 171 من قانون التسجيل لان تصريحاتهم تكون على استمارات مطبوعة تقدم إلى مصلحة الضرائب، و من المعلوم أن الشهادة التوثيقية تتناول نقل الملكية من المورث إلى الوارث فاجل تسجيل هذه الشهادة هو شهر واحد ابتداء من تاريخ إعدادها.

الفرع الثالث: شهر انتقال عقارات التركة

توصلنا في الفروع السابقة إلى إن حق الإرث بالنسبة للعقارات يثبت بالشهادة حسب نص المادة 91 من المرسوم 63 /76 بنصها على: " كل انتقال...بمناسبة أو بفعل الوفاة...يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة..."

ولان التشريع الجزائري جعل انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر فعن الشهادة التوثيقية تشهر حيث جاء في النص المادة 39 من المرسوم 63/76 ما يلي: " عندما يتم إشهار موثقة بعد وفاة

1 - المادة 79 من قانون التسجيل .

تثبت لانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياخ و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة¹. يفهم من النص أن انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر الشهادة التوثيقية. و رغبة من المشرع في تفاد بقاء التركة بلا مالك بعد وفاة المورث جاء باستثناء خطير على المبدأ المقرر في عملية انتقال العقار² حيث نصت المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على : " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود به بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

فالظاهر من هذا النص إن الوارث يعد مالكا لعقارات التركة بمجرد حدوث واقعة الوفاة و دون الحاجة إلى شهر حقه و ذلك راجع إلى إن الميراث يقوم على سبب هو الوفاة إذا حدث هذا السبب قام حق الوارث في خلافة المورث على ملكه لان شخصية المورث تنتهي بالوفاة فكان لا بد من انتقال عقارات التركة إلى ذمة الوارث فور حدوث الوفاة حتى لا تبقى بلا مالك في الفترة الممتدة بين الوفاة وشهر الشهادة التوثيقية هذه الأخيرة التي يعد شهرها عبارة عن إطلاق ليد الوارث بالتصرف في عقارات التركة.

إن انتقال عقارات التركة لا يتم بالشهر بل تنتقل بمجرد حدوث واقعة الوفاة لكن الوارث يبقى ممنوع من التصرف في عقارات التركة إلى حين شهر الشهادة التوثيقية التي تثبت انتقال عقارات التركة له و هذا ما دلت عليه المادة 88 من المرسوم 63/76 بقولها : " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف...". فجعلت من هذه الشهادة السبب الوحيد في انتقال عقارات التركة للوارث بعد شهرها فإذا انتقلت هذه العقارات للوارث بالشهر ثبت له حق التصرف في ملكه الجديد.

أولاً- متى تنتقل عقارات التركة للوارث

هناك رأيين في هذه المسألة حيث يذهب الفريق الأول إلى أن التركة و عقاراتها تنتقل للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة أمثال الأستاذ محمد زهدور و مجيد خلفوني و حمدي باشا و غيرهم

¹ - نلاحظ ركافة صياغة المادة، يفترض مادامت الوفاة حصلت فهي معروفة لذا يجب أن تحلى بالألف و اللام، نقترح أن تكون صياغة المادة على النحو التالي : " عندما يتم إشهار موقفة بعد الوفاة تثبت الانتقال على الشيوخ للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم و يؤشر على بطاقة العقار باسم المالكين الجدد على الشيوخ كما تحدد الحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة".

² - المبدأ المقرر في انتقال عملية العقار هو الأثر العيني للشهر معناه إن انتقال العقارات لا يتم إلا بالشهر

عن الفقه المصري و فريق ثاني من يبيحون انتقال عقارات التركة للوارث إلا بالشهر بأثر رجعي إلى يوم الوفاة ، أمثال الأستاذة ليلي زروقي احمد حسن خليل قداة و عبد الحفيظ بن عبيدة¹ و غيرهم²

و نحن بدورنا نميل للرأي الثاني للأسباب التالية:

- 1- المشرع الجزائري اخذ بنظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 و المراسيم المطبقة له و من مبادئ هذا النظام مبدأ القيد المطلق³ و مفاده أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية فهو الذي ينشئها أو يعدلها و حتى يزيلها لان كل حق غير مقيد (شهر) لا وجود له لا بين الأطراف و لا في مواجهة الغير و هذا يؤكد انتقال عقارات التركة بالشهر لان ملكية الوارث لها لا يعترف بها ما لم تشهر حتى و لو لم يتصرف فيها الوارث
- 2- جاء في نص المادة 793 من قانون المدني ما يلي : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى العقار سواء كان بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينصص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".
- 3- فالمادة صريحة في جعل انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر و قد أحالت على قانون الشهر و هو المرسوم رقم 63/76، و قد نصت المادة 91 منه على ان انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة و أكدت المادة 39 منه على أن هذه الشهادة تشهر كما دلت على ذلك المادة 73 من نفس المرسوم و بما إننا بصدد الحديث عن عقارات التركة فانه يجري عليها ما جرى على العقار عموما لانعدام التخصيص لان نص المادة 15 من الأمر 74/75 حملت فوق معناه الحقيقي فهي لم تتناول سوى اثر سريان الشهر فجعله من يوم الشهر في العقارات عموما و خصصت العقارات المنقلة عن طريق الوفاة بان يبدأ سريان الشهر من يوم الوفاة.
- 4- نصت المادة 39 من المرسوم 63/76 على: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة يثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم ، فانه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشيوع و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون مبين في الشهادة ".

1 - ليلي زروقي : المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 69.

2 -انظر عرضاً ألقاه القاضي بن عبيدة في اليوم الدراسي الأول لمجلس قضاء سطيف يوم 06/07/2004 حول شهر التصرفات العقارية، ص 17.

3 - مبادئ نظام الشهر العيني هي :1- مبدأ التخصيص (تخصص صفحة و بطاقة لكل عقار). 2- مبدأ القوة الثبوتية مفاده أن التصريحات المشهورة هي قرينة قاطعة على الملكية في العقارات مبدأ الشرعية لان المحافظ العقاري يتحقق من كل التصرفات المراد شهرها بدقة، و انظر بالنسبة للشهادة التوثيقية نص المادة 107 من المرسوم 63 /76. 4- مبدأ القيد المطلق.

نعتقد جازمين أن المادة صريحة في أن شهر الشهادة التوثيقية هو الذي يؤدي إلى انتقال الأملاك العقارية للوارث ويؤكد ذلك عبارة " عندما يتم إشهار شهادة موثقة ... تثبت لانتقال...فانه يؤشر على بطاقة العقار...".

فعبارة إشهار شهادة موثقة تدل على وجوب شهر هذه الشهادة و عبارة تثبت لانتقال تفيد إن شهر الشهادة هو الذي يفيد الانتقال و عبارة يؤشر على بطاقة العقار تفيد إن الأمر متعلق بالعقار فعقارات التركة إذن تنتقل للمورث بشهر الموثقة المثبتة لهذا الانتقال.

5 - تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني هذا النظام المرتكز أساسا على عملية المسح وبعد هذه العملية يصبح الدفتر العقاري هو الند الوحيد للملكية وقد نصت على هذا المادة 19 من 74/75 بقولها : " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري و الدفتر الذي يشكل سند ملكية " .

و دلت المادة¹ 47 من المرسوم 63/76 أن أصحاب الحقوق على الشيوخ يقدم لهم دفتر عقاري واحد يسلم لمن عينه أصحاب الحقوق على الشيوخ (المستعين) كوكيل عنهم من بين المالكين و في حالة عدم تعيين و كيل عنهم يحتفظ بهذا الدفتر و يودع لدى المحافظة العقارية . كما بينت المادة² 39 أن الورثة أصحاب حقوق على الشيوخ أو مالكين على الشيوخ.

6 - يؤيد انتقال عقارات التركة للوارث بالشهر الواقع العملي و المصلحة العامة و طبيعة نظام الشهر المتبع في الجزائر لان الوارث قد يحدث أن لا يتصرف في عقارات التركة طيلة حياته فتنقل بدورها إلى ورثته مرة ثانية و قد يصادف أن لا يتصرف هؤلاء الورثة في ما ورثوه من عقارات و تتسلل عملية انتقال العقارات بحادثة الوفاة وحدها بين الأجيال فيصبح من المستحيل معرفة المالك الحقيقي لهذه العقارات لأنها بعدم شهرها تبقى على ذمة المالك الأول، و هذا ما يفقد معه النظام الخاص بالشهر في الجزائر قيمته³.

7 - أن القول بان عقارات التركة تنتقل بمجرد حادثة الوفاة و ان الوارث لا يستطيع التصرف فيها إلا بشهر هذا الانتقال يجعل هذه الملكية للوارث ناقصة لان عناصر

1- نصت المادة 47 من المرسوم 63/76 على " عندما يكون شخصان أو أصحاب حقوق على الشيوخ، يعد دفتر واحد و يودع لدى المحافظة العقارية، ما لم يكن هؤلاء الأشخاص قد عينوا وكيلًا من بين المالكين لحيازة هذا الدفتر، و يشار على البطاقة المطابقة إلى الجهة التي أُل إليها الدفتر العقاري".

2 - و نصت المادة 39 من المرسوم 63/76 على " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فانه يؤشر على البطاقة باسم جميع المالكين على الشيوخ و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون مبيّن في الشهادة" .

3 - صداقي عمر رسالة ماجستير بعنوان شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، د ت غير منشور، ص 76.

الملكية كما هو معرف هي حق الاستعمال و حق الاستغلال (تمتع) و حق التصرف ، و الوارث حسب هذا الطرح ليس له إلا حق التمتع دون حق التصرف حتى بشهر حق ارثه و هذا ادعى في اعتبار عقارات التركة تنتقل بالشهر حتى يكون انتقال الملكية تاما بجميع عناصره.

8 إذن من كل ما سبق نؤكد أن انتقال عقارات التركة بسبب الوفاة لا يتم إلا بالشهر و لكن بأثر رجعي يعود ليوم الوفاة.

ثانيا - آجال شهر الشهادة التوثيقية

وبالنسبة لآجال شهر الشهادة التوثيقية نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على ضرورة شهرها في مدة شهران ابتداء من اليوم الذي قدم فيه الالتماس إلى الموثق و يمدد هذا الأجل إلى مدة أربعة أشهر إذ كان احد المعنيين سواء وارث أو موصى له يسكن بالخارج الجزائر ، و يكون أصحاب الحقوق الجدد و هو الورثة و الموصى لهم مسئولين مدنيا في حالة تضرر الغير بفعل تصرفات الورثة أو الموصى لهم في عقارات التركة قبل إشهار حقهم في الإرث و تراخيهم عن ذلك لمدة تزيد عن ستة (06) بعد وفاة المورث.

ونلاحظ إن المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 جاءت بالتعديلات جديدة هي كالتالي :

1- تمديد اجل شهر الشهادة بالنسبة للمقيمين داخل البلد بزيادة شهر واحد لتصبح 3 أشهر بعدها كانت شهران فقط.

2 - تمديد اجل شهر الشهادة بالنسبة للمقيمين خارج الجزائر بزيادة كذلك شهرا واحدا لتصبح المدة 05 أشهر بدلا من 04 أشهر.

3 - تغيير تاريخ بدا سريان هذه الآجال حيث كانت تبدأ في السريان ابتداء من يوم تقديم الالتماس للموثق بإعداد الشهادة و غيرها قانون المالية لسنة 1999 إلى تاريخ تحرير الشهادة التوثيقية حيث تبدأ هذه الآجال في السريان ابتداء من تاريخ تحرير الشهادة و ليس من تاريخ تقديم الالتماس.

مع ملاحظة أنها تشهر في المحافظة العقارية الواقعة في إقليمها العقار المعني من طرف الموثق الذي حررها¹.

ملاحظة يمكن شهر في مكتب من مكتب حالة تواجد العقار بين مدينتين مثلا - الجلفة و المدية ، يشهر الجزء الواقع في مدينة الجلفة المحافظة العقارية الجلفة الجزء الواقع في المدية يشهر

1 - نصت المادة 04 من المرسوم 63 /76 على " تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية، بصفة انتقالية فان اختصاص مكتب يمكن أن يمتد إلى عدة بلديات، و في هذه الحالة يحدد قرار من وزير المالية الإقامة و الاختصاص الإقليمي لكل مكتب محافظة عقارية.

يشهر في محافظة المدية المختص، و في الحالة يمدد الأجل بزيادة 15 يوم بالنسبة لكل محافظة عقار.

المطلب الثالث : آثار تخلف التوثيق و التسجيل و الشهر في انتقال عقارات التركة

بسبب الميراث

خلصنا في المطلب السابق إلى أن عملية انتقال عقارات التركة بسبب الميراث توثق و تسجل و تظهر، و السؤال المفروض علينا في هذا المقال هو : هل تختلف هذه الشروط له آثار على عملية الانتقال ؟ و هل يصح انتقال عقارات التركة بسبب الميراث لو تأخر عنها عملية توثيقها أو شهرها أو تسجيلها، و ما هي آثار عدم التوثيق وعدم التسجيل و الشهر ؟

الفرع الأول : تختلف التوثيق

حيث نصت المادة 61 من المرسوم 63 /76 على ما يلي : " كل عقد موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " . نفهم من نص المادة انه إذا تخلف التوثيق تخلف معه الشهر و تختلف بذلك إما إمكانية تصرف الوارث في عقارات التركة و أما تخلف انتقال ملكية العقارات للوارث.

هذا في حالة تخلف التوثيق كلية لأنه يمكن أن يوثق انتقال عقارات التركة بالميراث بواسطة الشهادة التوثيقية، لكن هذه الأخيرة لا يكون لها أي حجية في الحالات التالية:

أولا - حالات وردت في قانون التوثيق

هناك حالات نص عليها قانون التوثيق يكون السند الذي أصدره الموثق باطلا ولا يمكن

الاحتجاج به منها.

1- إذا صدر الشهادة التوثيقية موثق في نفس الوقت وارث أو موصى له أو كان احد الورثة من أقاربه¹ أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة من عمود النسب أو كان الورثة أو الموصى لهم من حواشي الموثق، كانت الشهادة التوثيقية باطلة حيث نصت المادة 19 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على: " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفا معينا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت يتضمن تدابير لفائدته، أو يكون وكيلاً أو متصرفاً أو أية صفة أخرى كانت".

1 -مثلا من ضمن الورثة او الموصى لهم زوجة الموثق.

2- كذلك لو تم تحرير الشهادة التوثيقية بلغة غير اللغة العربية تكون باطلة بنص المادة 26 من قانون التوثيق ما عدا الاستثناء¹. فلاخلال بهذه البيانات أو تخلفها يعرض الشهادة للإبطال.

إذا حرر الموثق الشهادة التوثيقية و هو في حالة من الحالات التي نصت عليها المادة 35 من قانون التوثيق كان يكون معزول أو عن أداء وظيفته بها كانت الشهادة التوثيقية باطلة.

ثانيا - حالات وردت في المرسوم رقم 63/76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري و القانون المدني:

هناك شروط و بيانات اشترطها القانون المدني و اوجب المرسوم 63/76 ضرورة توافرها في السندات المثبتة للملكية العقارية عموما ومنها الشهادة التوثيقية و تخلفها يعرض السند للإبطال منها :

1- الشرط الشخصي: نصت المادة 62 من المرسوم 63/76 على : " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب و أسماء و تاريخ ولادة و جنسية و موطن و مهنة الأطراف..." و هو نفسه ما تبنته المادة 29 من قانون التوثيق فتخلف هذه البيانات في السند المقدم للشهر يؤدي إلى عدم قبول هذا السند و عدم شهره فتقع بذلك تبعات عدم الشهر.

2- بيانات خاصة بالعقار (حدود - طبيعة العقار) حسب المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني على : " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعية و حالات و مضمون و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية".

و مجمل القول أن القانون فرض ذكر مجموعة بيانات عن الأشخاص المتعاملين في العقار أو المنقول لهم كما فرض بيانات تتعلق بالعقار نفسه من حيث المساحة و الموقع و الحدود و غيرها تحت طائلة بطلان السند و عدم قبوله للشهر (رفض الإيداع).

حسب المادة 10 من قانون التوثيق فان عدم تسجيلها يؤدي إلى فرض غرامات مالية في حق الموثق تختلف تبعا لمدة التأخير حسب المادة 93 من قانون التسجيل. كما ان عدم تسجيل السند العرفي المبرم قبل 1971 يمنعه من اكتساب تاريخ ثابت فيحرم بذلك من تحويله إلى عقد أو سند يمكن الاحتجاج به بالنسبة للسندات التي تثبت حقوق ميراثيه في شكل عرضي قبل سنة 1971

- تستثنى الحالات التي تكون الشهادة التوثيقية موجهة لاستعمال في بلد أجنبي غير عربي يجوز ترجمتها إلى اللغة المعنية.1

و نصت المادة 197 من قانون التسجيل على تقادم حق مديرية التسجيل و الطابع في حقوق التسجيل بمضي 4 سنوات بالنسبة للعقود و الوثائق الأخرى و منها الشهادة التوثيقية ابتداء من يوم تسجيل عقد أو وثيقة أخرى أو تصريح يظهر بصفة كافية استحقاق هذه الرسوم . وتمدد هذه المدة إلى 10 سنوات ابتداء من يوم تسجيل التصريح بالتركة إذا كان الأمر يتعلق بإغفال أموال في التصريح بالتركة و نفس المدة بالنسبة للتركات غير المصرح بها.

و بذلك يكون لدينا حسب المادة أجلين في تحصين الشهادة التوثيقية غير المسجلة فتسقط حقوق مديرية التسجيل و الطابع في مطالبتنا بتسجيل هذه الأخيرة بمضي 4 سنوات من يوم تسجيل إي عقد أو وثيقة أخرى يظهر فيها بخلاء استحقاق هذا الرسم و لم تطالب به كتسجيل وصية مثلا تظهر مثلا إن المال و العقارات الفلانية قد انتقلت للورثة بموت مورثهم في يوم كذا و لم تطلب مصلحة التسجيل بهذه الاستحقاقات خلال 4 سنوات سقط حقها في ذلك بعد هذه المدة.

كذلك الأمر إذ اغفل ذكر شيء من مشمولات التركة فان مصلحة التسجيل و الطابع يسقط حقها في المطالبة بقيمة الرسم على هذه الأملاك المغفلة بمضي 10 سنوات ابتداء من يوم التصريح بالتركة.

الفرع الثاني: تخلف الشهر

بما إن أمر انتقال عقارات التركة مختلف فيه فمنهم من أرجعه إلى حادثة الوفاة حيث تنتقل عقارات التركة للوارث فلا تنتقل إلا بالشهر و تبعا لهذين الرأيين ينتج عن عدم الشهر التالي :

بالنسبة للرأي الأول فان الوارث تغل يده عن التصرف في عقارات التركة حتى يشهر حق ارثه و يستنتج معه أن عدم الشهر في مثل هذه الحالة تجعل الوارث و هو المالك الجديد لعقارات التركة ممنوع من التصرف في عقارات التركة ما لم يقم بالشهر.

أما بالنسبة للرأي الثاني القائل بان عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر فنتيجة عدم الشهر هي عدم انتقال عقارات التركة له بالمرّة حيث تبقى معلقة حتى يتم الإشهار و استنادا إلى ما دللنا به سابق على إن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر.

نقول في الخلاصة أن عدم الشهر يؤدي إلى بقاء عقارات التركة معلقة و يحول دون انتقاله للوارث و قد يصبح الوارث ليس له سوى سلطة فعلية على هذه الأخيرة دون السلطة القانونية.

المبحث الثاني : (الوصية) انتقال الملكية بالوصية (le testament)

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد نظم موضوع الوصية في الكتاب الربع منه في فصله الأول بحوالي (18) مادة من المادة 184 إلى المادة 201 حيث ذكر في مادته الأولى تعريف الوصية ثم ذكر مقدارها في مال المورث ثم عرج على الموصي و الموصى له و ذكر شروطهما و أحوالهما و ذكره في المادة 191 إثبات الوصية ثم تناول بعد ذلك أحكام الوصية.

المطلب الأول : ماهية الوصية

في هذا المطلب نتطرق إلى الوصية و يتفرع هذا المطلب إلى فرعين نخوض في الفرع الأول التعريف بالوصية و ما يتعلق بها من أحكام و في الفرع الثاني نتطرق إلى خصائصها و شروطها.

الفرع الأول: التعريف بالوصية و ما يتعلق بها من أحكام

أولا - التعريف بالوصية

عرفت الوصية بأنها (تملك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عم طريق التبوع)¹ و نلاحظ على هذا التعريف انه جاء متجاهلا لموضوع الوصية من حيث أطرافها الموصي و الموصى له. و عرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة ب: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع" و جاء كذلك هذا التعريف خاليا من ذكر طبيعة الوصية كونها تصرف فردي أحادي الطرف.

كما عرفت الوصية أنها " تصرف أحادي مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية الشيء أو حق آخر إلى الموصى له"².

و الملاحظة كذلك على هذا التعريف انه لم يذكر أن انتقال هذه الأشياء و الحقوق الأخرى إلى الموصى له يكون بطريق التبوع.

و نعتقد أن أحسن تعريف للوصية هو التالي : " الوصية تصرف أحادي بطريق التبوع المضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر إلى الموصى له".

و هذا التعريف جامع مانع فهو يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته فكلمة شيء تشمل المنقول و العقار و كلمة حق آخر تشمل المانع مثل حق السكن و حق الانتفاع و غيرها...

و قد اختلفت المذاهب الفقهية في شأن الوصية أهي عقد أم تصرف فردي ينتج عن (إرادة منفردة) فذهب الشافعية إلى أنها عقد و علل ذلك بان الوصية تتعقد بالإيجاب من الموصى و القبول من

1 - العربي بلحاج : مرجع سابق، ص 230

- محمد وحيد الدين سوار : المرجع السابق، ص 2.69

الموصى له لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث و كذلك تبني المالكية نفس الرأي.

ونحن نعتقد أن الوصية عقد يستوجب فيه إيجاب الموصي و قبول الموصى له لأنه صحيح قد تتشا الوصية و توثق عند الموثق دون علم الموصى له لكن رأيه بعد الوفاة يكون حاسم في تمام انعقادها و تنفيذها أو إبطالها و إلغائها فقد نصت المادة 198 من قانون الأسرة على إعطاء حق القبول أو الرد للورثة و هذا الحق لا شك ثابت لمورثهم فمسير الوصية متوقف على رأي الموصى له و خلقه العام إذا هلك قبل إعلان رأيه و كذلك نصت المادة 201 قانون الأسرة على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها " و مادام عدم قبول الموصى له للوصية يجعلها باطلة نعتقد ان القبول ورفض الموصى له يتبوء مكان مهم في إنشاء الوصية و منها نميل إلى ان الوصية عقد ما كانت اختيارية¹.

ثانيا - أنواع الوصية

للوصية خمسة أنواع بحكم وصفها الشرعي

1- الوصية الواجبة : هي ما يوصي بها الموصي من حقوق و واجبات تكون حقا لله تعالى قائمة في ذمته لم يتحلل منها وقت حياته فيوصي بأدائها بعد الموت.

2- الوصية المستحبة : كالوصية للأقارب غير الوارثين، و لجهات البر و الخير و المحتاجين.

3- الوصية المباحة : وهي الوصية التي يكون فيها الترك مساويا للفعل من جهة نظر الشرع، كالوصية للأقارب أو الأجانب الأغنياء ، و في هذا يقول العلامة العدوي المالكي في حاشيته: و تباح إي الوصية إذا كانت بمباح ، من بيع أو شراء أو نحو ذلك.

4- الوصية المكروهة : و هي الوصية التي تكون فيها علم كراهته من قبل الشارع كالوصية بتخصيص القبر و البناء عليه، و الوصية لأهل الفسق و المعاصي، و الوصية بالزائد على الثلث.

5- الوصية المحرمة : إذا قصد بها الإضرار بالورثة و الإنقاص لهم من نصيبهم بفعل الوصية و وجه الحرمة هنا مأخوذ من قوله تعالى في سورة النساء " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من عند الله و الله عليم حكيم " فقوله تعالى غير مضار دل على حرمة الوصية بقصد الإضرار و قد قال صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر و لا ضرار"².

1 - عرفت المادة 895 من القانون المدني الفرنسي الوصية بقولها : فالمادة كما ترى عرفت الوصية بانها:

"le testament est un act lequel le testateur dispose pour le temps ou il n'existera plus de tout ou partie de ces biens et qu'il peut révoquer".

عقد بمقتضاه يضع الموصي يد الموصى له كل ملكيته او جزء منها و يمكنه الرجوع عن ذلك.

2 - عن ابي سعيد سعد بن سنان - رضي الله عنه - إن رسول الله صل الله عليه وسلم قال: " لا ضرر و لا ضرار حديث صحيح أخرجه

الدار قطني و الحاكم و البيهقي ، و أخرجه ابن ماجة في الأحكام و صححه الألباني في إرواء الغليل، انظر محمد بن صالح العثيمين

التعليقات على الأربعين النووية، نشر الدار الإمام مالك، ص 2001، ص 132.

إما الوصية المندوبة فهي التي تكون موجهة لجهة من جهات الخير و البر كالمساجد و المستشفيات و ملاجئ الأيتام و دور العلم و غيرها".

و الوصية المباحة هي الوصية لغير محتاج كالغني فلا ثواب عليها ولا عقاب. و تكره الوصية ما كانت لفاسق أو لإقامة ما لا يجيزه الشرع من أمور كالوصية بمال لإقامة عرس يكون التبذير فيه و إفساد الأموال ظاهرا¹

الفرع الثاني : أركان الوصية و خصائصها

أولا - أركان الوصية

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن للوصية أربعة أركان و هي الموصى و الموصى له و الموصى به و الصيغة.

1- الركن الأول - الصيغة

الصيغة هي العبارة اللفظية الصادرة من الموصى الدالة على إرادته في الايحاء بشيء لشخص ما بان يقول : أوصيت لفلان بكذا أو ما يقوم مقام العبارة حسب نص المادة 60 من القانون المدني " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

و لقد اشترط المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو بالكتابة و لم يجز انعقادها بالإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة و يمكن استخلاص هذا قياسا على نص المادة 10 من قانون الأسرة حيث جاء فيها "...و يصبح الإيجاب و القبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة و الإشارة " فالمادة تحدثت عن النكاح و أوجبت أن يكون الإيجاب و القبول باللفظ أو الكتابة و يجوز استثناء بغير هما ما توفر العجز، و يسقط حكمها على الوصية قياسا أما قبول الموصى له فهو حسب القانون الجزائري شرطا وليس ركن، فركن الوصية بالنسبة للصيغة هو الإيجاب فقط دون القبول و دليل ذلك نص المادة 191 قانون الأسرة، و يمكن للعاجز أن يوصي بالإشارة متى دلت على مقصده و مراده، حيث نصت " تثبت الوصية بتصريح الموصي... " فدل على أن ركن الصيغة قائم إيجاب الموصي دون قبول الموصى له و الصيغة كركن قد تكون منجزة، و هذا يعني وجود حكم التصرف المراد على الفوز و قد تكون مضافة و تعني تخلف حكم التصرف المراد إلى زمن لاحق و قد تكون الصيغة معلقة و هي ارتباط سريان و ترتيب حكم التصرف المراد على الفور و قد تكون مضافة و تعني تخلف حكم

- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص 1.238

التصرف المراد إلى زمن لاحق و قد تكون الصيغة معلقة و هي ارتباط سريان و ترتب حكم التصرف المراد بوجود شيء آخر سيوجد لاحقاً لابد من حصوله ما كان صحيحاً حتى يترتب حكم التصرف¹.

2- الركن الثاني - الموصي

نصت المادة 186 ق أ بقولها : " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسع عشرة (19) سنة على الأقل و شروط هي كالتالي:

أ - سلامة العقل: شروط سلامة العقل من الجنون

اشتراط المشرع سلامة العقل في الموصي لان الوصية من التصرفات التبرعية التي يكون ضررها قائم في مال الموصي لأنها لا يقابلها عوض ، و قد يستأنف هذا بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 قانون مدني بنصها على : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتع بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ...".

نصت المادة 42 من القانون المدني المعدلة بموجب قانون رقم 10/50 بنصها على: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر سنه أو عته أو جنون ...

فحسب هذه المادة تكون تصرفات المجنون باطلة و كذلك تصرفات الصغير الذي لم يبلغ بعد سن التمييز حتى قبل الحجر عليهما و ذلك لعدم تمتعهما بقوة عقلية تمكنهما من تمييز التصرف النافع من التصرف الضار، و نشير إن الحجر² قرينة على انعدام الأهلية فتبطل تصرفات المحجور عليه لانعدام أهليته³ إما تصرفات المجنون قبل الحجر عليه فيكون أساسها انعدام إرادته وقت التصرف لان الجنون إذ كان منقطعاً يميز بين تصرفات المجنون وقت الإفاقة و وقت الجنون فإذا صدرت عنه تصرفات وقت الإفاقة و اثبت ذلك كان التصرف صحيحاً أم لو حصل التصرف وقت الجنون كان باطلاً، إما الجنون المطبق و هو الذي يستوعب كل أوقات المريض فتكون معه كل تصرفات المريض (المجنون) باطلة و هذا ما يستشف من نص المادة 85 قانون الأسرة التي جاء في نصها : " تعتبر تصرفات المجنون و المعتوه و السفیه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون و العته أو السفه".

1 - حمدي باشا عمر : عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، نشر دار هومة ، 2004، ص 46.

2 - نصت المادة 101 من قانون الأسرة على: " من بلغ سن الرشد و هو مجنون أو معتوه أو سفیه أو طرات إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه" و انظر المواد 102 إلى 108 من قانون الأسرة.

3 - نصت المادة 107 ق أ على : " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر قاهرة و فشيبة

وقت صدورهما"

لفظة (إذا صدرت في حالة) تدل على إن الجنون أو العته أو السفه إذا لم تكن مطبقة (منقطعة) صحت تصرفات صاحبها وقت الإفاقة، لأن لفظة حالة خصصت أوقات تعتري المريض يكون فيها بحالة مرضية و أوقات أخرى يكون فيها بحالة الإفاقة و بذلك تكون تصرفاته وقت الإفاقة صحيحة ، ما أثبتت ذلك.

وخلاصة القول إن سلامة العقل شرط لصحة الوصية بنص المادة 186 ق أ و سلامة العقل يناقضها الجنون و السفه و الغفلة démente prodigalité imbécillité فإذا قامت حالة منها بالموصي بطلت وصيته.

ب- بلوغ سن تسع عشرة سنة(19) كاملة (السن القانوني)

اشتراط القانون بلوغه على الأقل 19 سنة كاملة حسب التقويم الميلادي لأن المادة 03 من القانون المدني لقبول الوصية و إلا كانت باطلة حسب نص المادة 186 وهناك استثناء ان يكون الشخص اقل من 19 سنة حسب نص المادة 84 ق أ لكن المادة 83 من نفس القانون حددت هذه التصرفات و وضعت لها شروط على النحو التالي بنصها على : " من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من قانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، و باطلة إذا كانت ضارة و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيها إذا كانت مترددة بين النفع و الضرر و في النزاع يرفع الأمر للقضاء".

إذا جمع بين النصوص نص المادة 83 و نص المادة 186 من قانون الأسرة نقول إن الوصية من لم يبلغ 19 سنة كاملة باطلة لأن المادة 186 صريحة في ذلك و المادة 83 جعلت تصرف المميز الضار له باطلا و لما كانت الوصية بلا عوض وفيها إنقاص من المال المميز ضارة له كانت باطلة بنص المادة 83 ق أ.

فيجوز إنزال الموصى له منزلة المتعاقد الآخر في حالة إذا مارس على الموصي إكراه يدفعه إلى الوصية و عليه من كان مكرها في الوصية وقعت باطلة لانعدام الرضا، سواء كان الإكراه من الموصى له أو غيره.

3- الركن الثالث - الموصى له

و مجمل التي يفترضها القانون في الموصى له هي كالتالي :

أ 1 - وجوب إن يكون الموصى له موجودا معلوما أهلا للتملك

الوجود قد يكون محقق و هي حالة الشخص العادي و قد يكون وجوده تقديري كالحمل فان وجوده يقدر مستقبلا لو ولد حيا ، كذلك قديكون الموصى له مفقودا لم يحكم بموته بعد ، حيث يعتبر حيا بنص المادة 133 ق أ ، و من ثمة يجوز الايضاء له ، حيث تصبح للحمل الحقوق الميراثية بنص المادة 134 ق أ و بنص المادة 187ق أ بشرط ان يولد حيا و قد أعطت المادة 134 علامة الحياة وهي حالة ان يستهل صارخا أو تبدو منه علامات ظاهرة بالحياة كالحركة و غيرها...

فان الوصية مستحقة بالتساوي بينهما و لو اختلف جنسهما بان كانا ذكرا أو أنثا

أ² - وجوب ان يكون الموصى له معلوم

يشترط كذلك في الموصى له ان يكون غير مجهول جهالة يستحيل رفعها و إزالتها لان جهالة الموصى له تمنع استلام الموصى به بعد الوفاة فلا بد من ان يكون الموصى به معلوم بعد وفاة الموصى بالتعيين أو بالوصف¹.

أ³ - وجوب ان يكون الموصى له أهلا لتملك فالوصية لغير الإنسان كمثل الحيوان تقع باطللة لأنه ليس أهلا للتملك مع استثناء الوصية لله تعالى و أعمال البر و الخير كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة أو مستشفى لأنها مجرد وصية بتصرف ، العبرة في هذه التصرفات في معانيها و مقاصدها و ما تحققه للمجتمع من خير

ب¹ - ان لا يكون الموصى له جهة معصية ولا قاتل للموصي و لا وارث له

تمنع الوصية لجهة محرمة شرعا و قانونا أو لخليلة يعاشرها في الحرام ، استخلاص هذه الأحكام من نص المادة 97 قانون مدني التي نصت على : " باضا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " و منه يتجلى بطلان الوصية

ب² - الموصى له قاتل للموصي

نصت المادة 188 من قانون الأسرة على : " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا ، يعني حرمان الموصى له الذي قتل أو تسبب في قتل الموصي عمدا لان الخطى لا يؤخذ به ، إذا كان الموصى له فاعلا أصليا أو شريك أو شاهد زور أدت شهادته إلى حكم الإعدام على الموصي و نفذ الحكم منع الموصى له من الوصية ، إما لو كان القتل خطأ فلا يحرم الموصى له من الوصية ، و كذلك لو كان دفاعا عن النفس.

ب³ - الموصى له وارث للموصي

1 - العربي بلحاج، مرجع سابق ، ص 257.

فقبل تشريع الميراث ألزم الناس في بداية الإسلام بالوصية التي كانت واجبة بكل المال للوالدين و الأقربين بالآية السابقة ثم نزلت آية سورة النساء بتشريع المواريث و هي قوله تعالى : " للرجال نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون و للنساء نصيب مما ترك الوالدان و الأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا" و كذلك الآية 11 و 12 من سورة النساء .

الضابط الثاني : حدد مقدار الوصية بالثلث لقوله صل الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص لما أراد الايضاء بشطر ماله لأنه لا يرثه الا ابنته فنهاه النبي صل الله عليه و سلم و قال : " أوصي بالثلث و الثلث كثيرانك ان تذر ورتك أغنياء خير من ان تدعهم (فقراء) عالة يتعففون الناس¹."

نص المادة 189 و نص المادة 185 من قانون الأسرة يدلنا على ان الوصية للوارث تتضبط بضابطين هما ان يجيزها الورثة الآخرين² و ان تكون في حدود الثلث³.

و العبرة في كون الموصى له في عداد الورثة من عدمه هو تاريخ وفاة الموصى و ليس تاريخ إنشاء الوصية⁴ و كذلك إجازة الورثة لا عبرة بها الا بعد وفاة الموصى.

4-الركن الرابع - الموصى به

جاء في المادة 190 : للموصي⁵ ان يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة. يتضح ان للموصى به شروط يجب ان تتوفر فيه و هي :

1 - ان يكون ملك للموصي و قابل للتملك

على الموصي ان يوصي بالأموال التي يملكها لأنه لا يجوز له التصرف في ملك غيره و لا الايضاء بملك غيره قياسا ذلك بالمادة 397 قانون مدني بيع ملك غيره إذ يقع هذا البيع باطلا و غير ناجز، كذلك لا يجوز له قياس على ذلك الايضاء بملك الغير.

2 - ان يكون قابل للملك

1 -رواه الجماعة ، و انظر الفقه الاسلامي و ادلته لزعبي ، المجلد 8، ص 8، و كذلك نيل الاوطار ، المجلد 6 ، ص 37.
2 - انظر قرار من المحكمة العليا برقم 86 039 مؤرخ في 11/1992/24 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001 ، ص 292.
3 - قرار قضائي برقم 090 166 مؤرخ في 1997/07/29 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الاحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001، ص 298 ، كذلك جاء فيه : " من المقرر قانونا انه تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد عن الثلث يتوقف على اجازة الورثة.
4 - السيد سابق ، المرجع السابق ، المجلد 3، ص220.

تكون الوصية باطلة إذا كان الموصى به مخالفا للنظام العام و الآداب كذلك نصت المادة 682 من القانون المدني على : " كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح ان يكون محلا للحقوق المالية ... " مثلا نقود مزورة ، مخدرات... لا تصلح ان تكون محل وصية.

ب1 - ان لا يكون الموصى به مستغرق في بالدين وغير متجاوز الثلث الا استثناء.

و قد يستأنف أمر عدم جواز ان يكون الموصى به مستغرق بالدين من النص المادة 180 ق أ حيث جعلت هذه المادة تسديد ديون المتوفى مقدم على تنفيذ وصاياه و هذا يعني ان الموصى به لو كان مستغرق بالدين قدم تسديد الدين على الوصية الا إذا اسقط الغرماء دينهم أو أجازوا تنفيذ الوصية قبل استيفاء الدين.

ب2 - الا يزيد الموصى به عن الثلث

نصت المادة 185 ق أ إجازة الورثة " فحسب المادة لا يجوز ان تتجاوز الوصية ثلث التركة الا بإجازة من الورثة و نميز بين الوصية لأجنبي (غير وارث) و الوصية لوارث.

فالوصية لوارث يضبطها ضابطان هما : الا تزيد عن الثلث و الضابط الثاني ان يجيز الورثة ذلك حسب نص المادة 189 ق أ ، و إذا إجازة بعض الورثة الوصية لوارث و لم يجزها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز فقط¹.

إما الوصية لغير الوارث فالأصل فيها ان تكون في حدود ثلث التركة لكن إذا زادت عن الثلث تتوقف هذه الزيادة على إجازة الورثة فان أجازوا الزائد عن الثلث نفذت و ان رفضوا و ردوا الزيادة بطلت و ردت للثلث²

ثانيا - خصائص الوصية

و هذه الخصائص هي:

1- الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت

الوصية غير نافذ إلى وفاة الموصى وهي خاصية تشترك فيها الوصية مع الميراث و عبارة مضاف إلى ما بعد الموت، كصدقة تزيد في أجره و ترفع في منزلته عند ربه فقد روى أبي الدرداء

1 - وهبة الزجيلي : مرجع سابق ، المجلد 8، ص 52.

2 - نصت المادة 185 قانون الاسرة على : تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث تتوقف على اجارة الورثة".

عن رسول الله صل الله عليه وسلم قوله : ان الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم¹ ، و تداركا لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير وجيزا للنقص . لأجل ذلك أضيفت إلى ما بعد وفاة الإنسان و قد تبنى التشريع الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة.

2- لا تكون الوصية الا في حدود الثلث و ما زاد عن ذلك متوقف على إجازة الورثة

الخاصية الثانية للوصية أنها لا يجوز ان تزيد عن الثلث إذا كان الموصى له وارث و يجوز استثناء الزيادة عن الثلث لغير الوارث لكن هذه الزيادة موقوفة على إجازة الورثة وجاء في المادة 185 ق أ تبعا لذلك ما يلي : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على الثلث تتوقف إجازة الورثة " كما جاء في نص المادة 189 من نفس القانون التالي " لا وصية لوارث الا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى " .

3 - قبول الموصى له لا يكون الا بعد وفاة الموصى

ضرورة في نفاذ الوصية قبول الموصى له و هو ليس ركن بل هو شرط لزوم² فان قبلها ألزمت و ان ردها بطلت لكن هذا القبول لا يعتد به الا بعد وفاة الموصى ذلك باعتبار الوصية من العقود غير الملزم حسب المادة 192ق أ حسب ما أكدته المادة 197 ق أ بنصها على " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا و بعد وفاة الموصى " و نلاحظ ان المشرع اشترط ان يكون القبول بعد وفاة الموصى صراحة أو ضمنا ومعنى هذا ان السكوت لا يعتبر قبولا و يدل على ذلك نص المادة 197 ق أ و كذلك نص المادة 198 الذي جاء فيه " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " فيفيهم من هذه المادة ان سكوت الموصى له لا يعد قبولا بل لا بد ان يكون القبول صراحة أو ضمنا و الا انتقل للورثة في حالة موت الموصى له دون قبول .

الفرع الثالث : موانع الوصية

قدمنا ان الوصية من التصرفات التبرعية التي تتعقد بالإرادة المنفردة بعد توافر ما أثبتناه من أركان و شروط، لكن قد ينزل بالوصية أوصاف و تلحقها تصرفات سواء من الموصى أو الموصى له أو الورثة يجعلها غير نافذة بل باطلة و منها

1 - لان الاجازة قبل ذلك لا معنى لها لان الموصى به لا يزال على ملك الموصى لكن بعد الوفاة يكون ما زاد عن

الثلث من حق الورثة ، و لم ان يجيزوا تصرف مورثهم او يردوه.

2 - هذا بالنسبة لاصحاب الراي الاول ، و الا فقد اثبتنا ان الوصية ما دام يمضيها او يلغيتها راى الموصى له قبولا و رفضا فانها عقد.

أولاً- موت الموصى له قبل الموصي

من الشروط الواجبة لنفاذها هي موت الموصي و قبول الموصى له بعد الوفاة حسب المادة 184 و 197 من قانون الأسرة فان موت الموصى له قبل الموصي تبطل به الوصية حيث جاء في نص المادة 201 ق أ " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي...لا تلازم الا بعد وفاة الموصي مع إمكانية الرجوع على تطبيق الوصية فيها إثناء حياته و جاء في نص المادة 192 ق أ "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ..."

ثانياً- قتل الموصي عمداً من طرف الموصى له

نصت المادة 188 ق أ على " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً". نص المادة صريح. تطبيقاً للقاعدة القائلة من تعجل شيء قبل أوانه عقب بحرمانه، و يدخل في القتل العمدي ان يكون الموصى له سواء محرضاً على القتل أو شريكاً فيه أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام و تنفيذه.

من تعمد القتل بطريقة القتل غير مهمة بل المهم توافر القصد و النية إلى إحداث الوفاة ، فمن قصد و عمد حرم من الوصية و من لم يقصد و لم يعتمد اخذ الوصية¹.

ثالثاً - رد الوصية من طرف الموصى له بعد وفاة الموصي

و بمناسبة حديثنا عن الرد و الذي جعلت منه المادة 201 قانون الأسرة مبطلاً للوصية حيث جاء فيها : " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها "فمادامت إرادة الموصي ناهضة و لها هذه القوة في إنفاذ الوصية أو إبطالها نميل كما أثبتنا سابقاً إلى اعتبار الوصية اختيارية² عقداً لان العقد متوقف على توافق إرادتين و إذا كان الموصى له لا يترتب في ذمته إي إلزام فان صحة الوصية و بطلانها متوقف على إرادته و قد نصت المادة 56 من القانون المدني على: " يكون العقد ملزماً لشخص أو لعدة أشخاص ، إذا تعاقدت فيه شخص نحو شخص ، أو عدة أشخاص آخرين دون التزام من هؤلاء الآخرين".

فالمادة صريحة في تسمية التصرف الذي يلتزم فيه من طرف واحد(بالعقد) و نعتقد ان الوصية تنطبق عليها الأوصاف التي جاءت في نص المادة 56 قانون مدني فهي تصرف يلتزم فيه الموصي تجاه الموصى له دون التزام من الموصى له.

1 - محمد حدة ، مرجع سلبق ، ص 38

2 - لان الوصية الواجبة (التزليل) لها حكم الميراث و لا تشبه الوصية الاختيارية الا في انحصارها في ثلث التركة.

إذن فتألت أمر تبطل به الوصية هو ردها و عدم قبولها ¹ .

موت الموصى له قبل ايداء رايه بالموافقة أو الرد و كان موته بعد الموصي انتقل هذا الحق في القبول أو الرد لورثته و هذا ما عنته المادة 198 من قانون الأسرة ، ضرورة ان يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، فالقبول إما الصريح يكون بإعلان قبوله للوصية و القبول الضمني يكون بتصرفه في الموصى به فإذا كانت دارا و سكنها الموصى له بعد موت الموصي "...و قد يستخلص إما الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة " و حسب هذه الفقرة و بحكم ان الوصية تأخذ من ثلث التركة فإذا فتحت التركة و بوشرت في تقسيمها و كان الموصى له عالما بذلك و لم يتخذ إي موقف يدل على قبوله أو رده للوصية و سجل انتقال التركة و أشهر عد الموصى له مستغنيا عن الوصية و أراد لها ما لم يؤكد قبوله أو رده لها إمام الموثق الذي ابرمها و حررها في الموصي ². لان المادة 197 ق أ أشارت إلى ضرورة ان يكون القبول صريح أو ضمنيا و لا مكان للسكوت.

حيث جاء في المادة 81 ق أ ما يلي: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصا اصغر سنه أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لإحكام هذا القانون.

رابعا - هلاك الموصى به

تبطل لتخلف احد أركانها و هو الموصى به، مثلا ذلك المنزل الموصى ب هاو ابتلعه البحر إذا كان مجاورا له أو بهلاك جزء منه" كذلك إذا هلك الموصى به سقطت و بطلت و يستوي ان يهلك الموصى به قبل موت الموصي أو بعده لان العبرة بمحل الوصية.

خامسا - الوصية لوارث

الأصل حسب هذه المادة عدم جواز الوصية لوارث ³ و الاستثناء على هذه القاعدة ان في المادة 183 ق أ انه : "لا وصية لوارث الا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي" هو يمكن للموصي للوارث لكن يشترط لنفاذها إجازة الورثة بعد الوفاة، و قد أضافت المادة 185 ق أ شرطا ثالثا هو ان تكون الوصية لوارث محددة بالثلث ⁴ فإذا تخلف شرط من هذه الشروط بطلت الوصية.

1- قد يجزي القبول فيقبل الموصى له جزء من الموصى له و يرد جزء اخر و هذا جائز لانه من المستقر عليه شرعا انه من يملك الكل يملك الجزء ، فمن يملك قبول كل الموصى به او رده فيكون له كذلك قبول بعضه و رد البعض الاخر و مثاله ان يوصى له بدار و ارض فيقبل الدار و يرد الارض.

2 - سوف نلاحظ في المطالب القادمة ان الوصية تحرر من قبل موثق في حياة الموصي و تسجل.

3 - صح عن النبي صل الله عليه وسلم قوله : " ان الله اعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث" رواه الترميذي و احمد (نيل الاوطار) سبق تخريجه.

4 - العربي بلحاج : مرجع سابق ، ص 265

بقي ان نشير إلى ان الرجوع في الوصية¹ من طرف الموصي لا يعتبر إبطالا لها لأنها لم تنعقد أصلا فهي مضافة إلى ما بعد موت الموصي و ما دام رجع فيها قبل موته فهو رجوع عن الوصية حسب تعبير المادة 192 ق أ و ليس إبطالا لها لان الإبطال يكون للشيء المنعقد أصلا و الوصية تنعقد و لا تكون نافذة الا بعد وفاة الموصي.

المطلب الثاني

الشروط المستوجبة قانونا في انتقال الوصية - إذا كانت عقارا-

عرفنا سابقا في أثناء تطرقنا لانتقال عقارات التركة أن هذا الانتقال يوثق ويسجل ويشهر وبما أن الوصية تشبه الميراث لأنها تؤخذ من التركة وتستحق بالوفاة. فهل يجري عليها ما يجري على انتقال عقارات التركة للوارث أم لا؟ بعبارة أخرى هل توثق الوصية وتسجل وتشهر أم لا؟ ونعرف الإجابة عن هذه التساؤلات في فروعنا القادمة.

الفرع الأول : توثيق الوصية

الوصية تصرف قانوني أوجب المشرع الجزائري أن تصب في شكل رسمي حيث نصت المادة 191 من قانون الأسرة على: " تثبت الوصية

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك

2-2 وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية."

وبتحليل هذه المادة يستنبط منها الأمور التالية:

أولاً:

1- المشرع في هذه المادة لم يفرق بين العقار والمنقول حيث اشترط في كليهما إذا كان وصية- وجوب صبه في قالب رسمي لأن عبارة المادة جاءت عامة في قولها (تثبت الوصية)، فالوصية أوجب فيها المشرع الشكلية وضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق أ

2 -ثاني أمر يستنبط من نص المادة المذكورة هو الاستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية وهذا الاستثناء منوط بوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق بوصيته فيسار إلى إثبات الوصية باستصدار حكم قضائي يثبت صحة الوصية ويؤشر بهذا الحكم على هامش

1 - انظر المادة 192 قانون الأسرة

أصل الملكية وصورة هذا الاستثناء أن تعاجل المنية شخص ما كان ينوي الوصية لشخص آخر فحضرت منيته وتعذر عليه الانتقال إلى الموثق وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات. في هذه الحالة ليس للموصى له إلا طريق العدالة في إثبات وصيته. ووضع هذا الاستثناء في قبول الوصية غير المصرح بها أمام الموثق لكن اشترط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له.

ونعتقد أن المشرع رغب في الإبقاء على هذا الاستثناء رغم تعديل قانون الأسرة مؤخرا بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 ماي 2005 لأنه لم يمس هذه المادة بالتعديل رغم أنه عدل معظم الكتاب الأول والمادة 87 من الكتاب الثاني في قانون الأسرة الجزائر

وصدر قرار من المحكمة العليا برقم 350 160 بتاريخ 23 /12/ 1997 ذهب إلى استبعاد الوصية الشفوية حيث جاء فيه: "... فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون¹

ثانيا - محل الوصية عقار:

سجلنا سابقا أن الوصية أوجب فيها المشرع أن تتم بطريق التصريح أمام الموثق الذي يحرر عقدا بذلك مهم كان محل الوصية عقارا أو منقولاً

وللكون العقار يشترط فيه القانون وجوبا وضرورة صب المعاملات الواردة فيه في شكل رسمي، الذي يحرر من طرف ضابط عمومي خولته السلطة العمومي.

الفرع الثاني : تسجيل الوصية

لما كانت الوصية من المحررات التي يصدرها موثق بنص المادة 191 ق أ ولما كان قانون التسجيل رقم 76/105 يوجب في مادته 58 و 60 على الموثقين تسجيل العقود و المحررات التي قاموا بإصدارها وبما أن المادة 10 من قانون التوثيق الجديد رقم 02/06 أوجبت كذلك على الموثقين ضرورة تسجيل ما حرروا من عقود، فإن الوصية تسجل بمصلحة التسجيل والطابع.

¹ مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001 ، ص 295 نقلا عن حمدي باشا عمر) :

القضاء العقاري، ص212.

أولاً- آجال تسجيل الوصية:

إلا أن الوصية حضيت باستثناء على هذه القاعدة جسدهته المادة 64 من قانون التسجيل بنصها على: " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا "

المستخلص من هذه المادة أمران هما:

1 - الأمر الأول: أن الوصية توثق لدى موثق في الحالات العادية لكن يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي وعلّة ذلك أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنتج آثارها إلا بعد وفاة الموصي حيث يكون له حق الرجوع فيها قبل موته فإذا مات مصراً عليها أنتجت آثارها وانتقال للموصى له حق قبولها أو ردها هذا الحق الذي كان لا أثر له قبل موت الموصي.

الأمر الثاني: أن القانون منح مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من موت الموصي لتسجيل الوصية لكن بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

ونسجل أن هناك فرق بين التصريحات التي أوجبت المادة 66 من قانون التسجيل على الموصى لهم والورثة تقديمها عن الموال التي استحقوها وانتقلت لهم بسبب الوفاة والتي يقرر آجال تسجيلها بسنة واحدة¹ وبين تسجيل الوصية خصوصاً هذه الأخيرة التي تكون محفوظة في مكتب الموثق بعد أن حررها بناء على طلب الموصي وهذا ما أشارت له المادة 10 من قانون التوثيق بنصها على: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانوناً... " والتي لا تسجل إلا بعد وفاة الموصي وقد أشارت المادة 156 من قانون التسجيل كذلك إلى هذا الأمر وفرضت على الموثق إعداد سجلات خاصة بإيداع الوصايا يذكر فيها تاريخها وأطرافها وتخضع إلى تأشير مفتش التسجيل. فالوصية حسب هذه النصوص تسجل مرتين مرة بصفة مجملة مع كل ما خلفها لهالك من أموال فتسجل مع التركة بواسطة التصريح الذي فرضته المادة 65 و 171 من قانون التسجيل، و تسجل مرة ثانية بنص المادة 64² من نفس القانون بصفة خاصة و هذا التسجيل

1 - أنظر الصفحة من مذكرتنا هذه.

2 - جاء في المادة 64 من قانون التسجيل " إن الوصايا غير المسجلة خلال الآجال تخضع لضعف رسم التسجيل

الخاص جعلت المادة 97 من القانون عقوبة تأخير عن المقرر له و هي (3) أشهر أن يضاعف رسم التسجيل في حين جعلت المادة 98¹ عدم التصريح من طرف الورثة و الموصى لهم و هو التسجيل الأول الذي ذكرناه عقوبته تعويضا يدفع للخزينة يحدد معدله ب 1% عن كل شهر أو جزء من شهر ابتداء من تاريخ الاستحقاق دون ازدواج دفع الرسوم فلا تدفع مرتين حسب مفهوم المادة 79 من قانون التسجيل.

ثانيا - مكان تسجيل الوصية:

كما أسلفنا القاعدة في مكان التسجيل (أن يكون في مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد.

لكن المادة 80 من قانون التسجيل خصصت تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة بأن يتم في مكتب التسجيل التابع له محل سكنى المتوفي وهذا معناه أن الإرث والوصية يخصصان بالتسجيل في مكتب التسجيل محل سكنى المورث (الموصي)² غير أن الوصية خصصت بخاصية أخرى هي أن الوصية المبرمة في خارج الجزائر وإذا كان محلها عقارا تسجل على مستوى مكتبين هما مكتب التسجيل التابع له محل سكنى الموصي أو محل سكناه الأخير المعروف بالجزائر ومكتب التسجيل التابع له موقع العقارات المعنية بالوصية دون أن يترتب على ذلك أن تدفع رسوم التسجيل مرتين حيث جاء في المادة 79 من قانون التسجيل ما يلي " :الوصايا التي تمت في الخارج لا يمكن تنفيذها على الأموال الموجودة في الجزائر إلا بعد تسجيلها في المصلحة التابعة لمحل سكنى الموصي إذا احتفظ بواحد وإلا في مكتب محل سكناه الأخير فيجب فضلا عن ذلك أن تسجل في المكتب التابع لموقع هذه العقارات من دون أن يترتب عن ذلك ازدواج الرسوم."

وتأخذ الوصية نفس حكم الميراث بالنسبة للتقادم حقوق الخزينة في رسوم التسجيل لكون الوصية والميراث مأخوذتين من تركة الهالك.

الفرع الثالث : شهر الوصية

¹ - نصت المادة 98 من نفس القانون على " إن الورثة أو الموصى لهم الذين لم يقدموا خلال الأجال المنصوص عليها (التصريحات بأموالهم المنقولة لهم عن طريق الوفاة يدفعون تعويضا يحدد معدله ب 1% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير ومستحق ابتداء من اليوم الأول من الشهر الذي يلي تاريخ استحقاق الرسوم التي يتعلق بها ولا يمكن أن يقل هذا التعويض عن 100 دج." ...

² - أنظر الصفحة من مذكرتنا هذه.

لقد تضاربت الآراء في شأن شهر الوصية من عدمه بالنسبة لمن أخذ هذا الموضوع بالشرح في القانون الجزائري.

فذهبت طائفة منهم إلى عدم شهر الوصية الواردة على عقار لانعدام النص حيث جاء في كتاب الوصية في القانون المدني الجزائري لصاحبه محمد زهدور أن الوصية لا تشهر معللا ذلك بأن نص المادة 793 من القانون المدني لا يشمل التصرفات بل تنحصر إشارته إلى الحقوق الناشئة عن العقد فقط لأن عبارة المتعاقدين يفهم منها صرف الأمر إلى العقد دون غيره، ويذهب حتى إلى عدم شهر حق الإرث والوصية لأن المادة 16 من المر 74/75 لا تشير في فقرتها سوى إلى العقود و الاتفاقيات ولم تأتي على ذكر الوصية لأن التصرفات غير مذكورة ويذهب للتدليل على رأيه كذلك بشرحه لنص المادة 15 من نفس الأمر وجعلها لنقل الملكية يتم بالوفاة دون حاجة للشهر خروجاً على نظام الشهر.

ويذهب حمدي باشا عمر إلى عدم شهر الوصية في كتابه نقل الملكية العقارية حيث قال: [حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريق الوصية لا يجب شهرها في البطاقات العقارية حسب القانون الجزائري وذلك لانعدام النص الخاص ولعدم إمكان استخلاص عكس هذا المعنى من (النصوص سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بالشهر العقاري...)]¹

وتذهب فئة أخرى من الشراح إلى القول بشهر الوصية إذا كان محلها عقارا ومن بينهم مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري لكن المؤاخذ عليه أنه قالب الوصية من طرف الموصي² فهو يذهب إلى شهر الوصية في حياة الموصي (3) وهذا يتنافى مع طبيعة الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد موت الموصي ولو أشهرت في حياة الموصي انتقلت لها ملكية مباشرة لأن الشهر في القانون الجزائري ناقل للأثر العيني (الشهر ينقل الملكية) وهذا يتناقض ويتنافى مع طبيعة الوصية كما قلنا لأنه يشترط فيها الإضافة إلى ما بعد الوفاة وإلا تحولت إلى هبة لتوافر شروطها حسب نص المادة 105 من القانون المدني، ونعرض فيما يلي إلى ما ترجح في شأن شهر الوصية.

¹ - (2)حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص30

² - مجيد خلفوني: شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، مرجع سابق، ص 131 - 132.

أولاً- متى تنتقل الوصية إذا كانت عقار إلى الموصى له؟

ونرى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا المبدأ بالنسبة للوصية إذا كان محلها عقار ودليل ذلك الآتي:

1- إن المشرع اشترط في انتقال العقار وجوب شهر هذا الانتقال تحت طائلة عدم نفاذ هذا التصرف حتى بين الأطراف فقد نصت المادة 973 من القانون المدني

كما نصت المادة 165 من القانون المدني على: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

واعتماداً على نص المادتين 793 و 165 من القانون المدني نقول إن الوصية إذا كانت عقاراً يجب شهرها حتى تنتقل الملكية للموصى له لأن المحل واحد هو العقار، فالعقار يحكمه مبدأ الانتقال بالشهر مهما كانت التصرفات والوقائع الواردة عليه، بيع، مبادلة، وصية، هبة...

2- نصت المادة 30 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري على: "يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحياة أو هذا الشغل" وحسب هذا النص يتوجب على الموصى له إذا كانت الوصية عقار أن يحوز سند يبرر ملكيته لهذا العقار، فهل تكفي الوصية وحدها غير المشهورة للاحتجاج بها كسند ملكية لاسيما والمادة 29 من نفس القانون تشترط أن يكون السند المثبت للملكية العقارية عقد رسمي مشهر حيث جاء فيها: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

جاء في نص المادة 15 من الأمر 74/75 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ما يلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

ونستطيع القول أن نص المادة 15 من الأمر 74/75 يخصص نص هذه المادة ذلك أن المادة 39 من المرسوم 63/76 تتحدث عن شهر الشهادة التوثيقية التي تتضمن انتقال الملكية بالشهر للورث وللموصى له، والمادة 15 من الأمر 74/75 تجعل بدأ سريان حكم الشهر الناقل للملكية

بالنسبة للميراث والوصية من يوم الوفاة بأثر رجعي خروجاً على مبدأ بدأ سريان الشهر من يومه) من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية (جاء كذلك في نص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 .

وقد يزيد الأمر تأكيداً ما جاء في نص المادة 88 من نفس المرسوم بنصها على: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة... " .

فالمادة تتحدث عن وجوب شهر الشهادة التوثيقية حتى يتمكن بذلك الوارث من التصرف فيما انتقل له من عقارات¹ وكذلك الموصى له فيما انتقل له بالوصية من عقارات لأن الشهادة التوثيقية كما دلت عليه المادة 39 من هذا المرسوم تثبت انتقال التركة والوصية فلفظة... عدم وجود إشهار مسبق ولفظة... لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة تقيدان وجوب شهر الشهادة التوثيقية ويستنتج عن ذلك . (وجوب شهر الوصية لأنها متضمنة في هذه الشهادة² بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 وجوب شهر الشهادة التوثيقية في ظرف ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إصدارها من طرف الموثق وتمتد هذه المدة في حق من كان مقيماً خارج الجزائر إلى خمسة (05) أشهر ويتحمل الموصى لهم المسؤولية

المدنية في حالة تصرفهم في العقارات المنتقلة إليهم بالوصية ما أحدثت هذه التصرفات ضرراً للغير وذلك ما لم يشهر الموصى لهم حقهم الجديد لأكثر من ستة (06) أشهر فإن تقاعس الورثة والموصى لهم عن شهر الحقوق العقارية المنتقلة إليهم لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الوفاة، وصدرت منهم تصرفات على هذه العقارات فإن مسؤوليتهم المدنية تكون قائمة ما أضرت هذه التصرفات بالغير. ونشير أن الوصية تشهر في مكتب المحافظة العقارية المتواجد ضمن اختصاصها الإقليمي العقار المعني.

1 - أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

2 - نصت كذلك المادة 90 من المرسوم 63/76 على " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحركة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة . " وفي ذلك زيادة تأكيد على أن الوصية تشهر لأنها محررة من قبل موثق بنص المادة 191 ق أ وهذا الأخير مفروض عليه شهر جميع العقود والمحررات التي أصدرها حسب هذه المادة.

المطلب الثالث : تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال العقار بالوصية

ونحاول فيما يلي تسليط الضوء على تخلف كل من التوثيق والتسجيل والشهر ونتائج ذلك على انتقال الوصية.

الفرع الأول : تخلف التوثيق وآثاره على انتقال العقار بالوصية

الوصية سوى أن تكون كاملة ومؤرخة وموقعة من طرف الموصي دون فرض الشكلية¹. وكذلك صدر من القضاء الجزائري قراران آخران يذهبان إلى نفس الاجتهاد بعدم فرض الشكلية وهما القراران الصادران بتاريخ 1960²/04/30.

وحسب تسلسل تواريخ صدور هذه القرارات نعتقد أن القضاء الجزائري لم يكن يشترط في السابق وجوب توثيق التصرفات الواردة على عقار ومنها الوصية بل كان يكفي بالعقود العرفية حسب القرارات الصادرة في سنة 1969 كما نسجل أن القضاء الجزائري يميز بين الوصايا الصادرة قبل سنة 1971 والوصايا الصادرة بعد ذلك وهو تاريخ صدور قانون التوثيق رقم 70/91 المؤرخ في 1970/12/15 و لم يبدأ سريان تطبيقه الا في 1971/01/01.

حيث أوجبت المادة 12 منه الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق وهو ما أكدته القرار الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا تحت رقم 156 136 بتاريخ 1997/02/18³ وعليه فالوصايا الصادرة قبل هذا التاريخ لا يشترط فيها الشكلية أما الوصايا الواردة على العقارات فتعتبر في حكم القانون باطلة ما كانت بعد هذا التاريخ.

وبما أن المادة 191 من قانون الأسرة تنصص في فقرتها الثانية على استثناء يتضمن قبول إثبات الوصية بحكم قضائي مع التأشير بذلك على هامش أصل الملكية ما قام مانع قاهر ولأن المشرع عدل مؤخر قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 ولم يتعرض بالتعديل لأحكام هذه المادة.

1 - قرار رقم 66151 مؤرخ في 1990/05/19 المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد 03 ، ص 211

2 - جاء في القرار الأول ما يلي " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية، وأنه (يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات . وجاء في القرار الثاني " من المقرر شرعا أن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة."

3 - قرار صادر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول(1) ، ص 1 كما صدر قرار عن المحكمة العليا يفيد نفس الحكم برقم 148 541 مؤرخ في 1997/05/23 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد(01) ، ص 183

ولكون صيغة الفقرة الثانية منها جاءت عامة بلفظة الوصية فهي تشمل المنقول والعقار، نعتقد أن الوصية إذا كان محلها عقار وقام مانع قاهر كما سمته المادة يحول دون إمكانية تصريح الموصي بوصيته أمام الموثق فغن الوصية غير الموثقة تكون مقبولة لكن يجب إتباع الإجراءات التالية: ضرورة استصدار حكم من القضاء يقضي بإثبات الوصية وللقاضي مطلق الحرية في ذلك فإذا اقتنع بصحة الوصية من خلال الظروف المحيطة باستصدارها وسمع الشهود وتأكد عنده الأمر.

أصدر قرار بإثبات هذه الوصية والتأشير بها على هامش أصل الملكية¹ و التأشير الهامشي هو أحد طرق الإشهار المعروفة في نظام الشهر العيني حيث تتم عملية الشهر في المحافظة العقارية إما بطريقة التسجيل La transcription وينقل فيه التصرف كاملاً إلى السجل (البطاقات العقارية) وإما يتم الشهر بطريقة القيد L'inscription و يكون ذلك بالنسبة للحقوق العينية التبعية فقط عكس التسجيل الذي تنقل بموجبه الحقوق العينية الأصلية، وقد ورد في القانون المدني مثلاً عن القيد الذي هو عبارة عن ملخص للتصرفات في نص المادة 904 و 966 (ق م).

والطريقة الثالثة المتبعة في نظام الشهر هي التأشير الهامشي ويتعلق بالقرارات القضائية والدعاوى القضائية التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرفات التي حوتها المحررات المشهورة ومثاله المادة 85 من المرسوم 63/76 و المادة 191 من قانون الأسرة ولا يكون الحكم القضائي قابلاً للتنفيذ أي لا تتم عملية التأشير على بطاقات العقار إلا إذا صار الحكم نهائياً حائز لقوة الأمر المقضي فيه وذلك باستنفاده جميع طرق الطعن العادية.

فإذا تم شهر هذا الحكم القضائي المتضمن إثبات وصية وذلك بطريقة التأشير الهامشي انتقلت ملكية الموصى به إذا كان محله عقار لأن الشهر ناقلاً للأثر العيني في نظام الشهر العيني المتبع في بلادنا.

¹ - نصت المادة 340 من القانون المدني على " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقرها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجزه فيها القانون الإثبات بالبينة " ونرى مادامت المادة 191 من قانون الأسرة أثبتت الوصية بحكم قضائي فإنه ليس للقاضي طريق يثبت به ذلك غير القرائن ورغم أن القانون لا يجيز في العقار الإثبات إلا بالكتابة، لكن نص المادة 191 يفيد غير ذلك استثناء في حالة وجود مانع قاهر وقامت القرائن على صحة الوصية

ونشير أن المادة 16 و 15 من المرسوم 63/76 التي حددتا الحقوق العينية العقارية الواجبة الشهر وأغفلتا النص على القرارات القضائية¹ لكن المواد 38 و 63 و 90 من نفس المرسوم تناولت أحكام شهر القرارات القضائية، كما تناولته من قبل المادة 14 من الأمر 74/75 إذن فالإجراءات الواجب إتباعها في حالة الوصية الصحيحة غير الموثقة تكون:

- 1 - استصدار أمر من القضاء يقضي بالتأشير على أصل ملكية الموصي بهذه الوصية.
- 2 - تنفيذ هذا الحكم بعد صيرورته نهائيا² بشهره في المحافظة العقارية وبذلك يحافظ الموصى له على حقه فإذا تمت عملية إشهار الشهادة التوثيقية تضمنت وجوبا الوصية لأنها مؤشر بها على أصل الملكية³

وجاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتوائية بحضور شاهدين."

ولما كان هذا النص لا يحدد العقود الاحتوائية ويرجعون إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 01 من القانون المدني على أساس أنها المصدر الثاني بعد التشريع، نجد هذه الأخيرة لم تفرق بين العقود عموما. ولأن المشرع نقل هذا النص عن التشريع الفرنسي وبالتحديد عن المادة 9 من قانون فاننوز المعدل بالمرسوم المؤرخ في 12/08/1902 هذه المادة التي حددت العقود الاحتوائية ومنها الوصية⁴ نقول إن الوصية عقد احتفائي أوجب المشرع ضرورة إخضاعها لشهادة الشهود وإلا وقعت باطلا بنص هذه المادة ويجب أن يتوفر في الشهود الآتي:

البلوغ والعقل، مالك لأهلية التصرف، غير ممنوع من أداء الشهادة قضائيا، ليس أعمى ولا أصم ولا أجنبي، وليست له صلة قرابة بأطراف الوصية ولا بالموثق حتى الدرجة الرابعة⁵

1 - - يرى مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية، ص (141 مرجع سابق (أن المادة 16 من المرسوم 63/76 لم تهمل نكر الوصية لأنها نصت على) العقود الإرادية (التي تدخل الوصية ضمنها لأنها تصرف إرادي

2 - أنظر نص المادة 338 قانون مدني جاء فيها " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق... "

3 - أنظر عكس ذلك مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 137

4 - أنظر عمر بوحلاسة: مجلة الموثق، مرجع سابق، العدد 9، ص 26

5 - أنظر المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 والمادة 64 من قانون الإجراءات المدنية لزيادة بيان في الموضوع أنظر نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد ومحمد زهران: مرجع سابق، ص 329 وما بعدها، كذلك بشير بلعيد القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، نشر دار البعث، قسنطينة، 2000، ص 37 وما بعدها وحمدى باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها

مع ملاحظة أنه يستوجب أن يذكر في الوصية كل الشروط المتعلقة ببيانات الأطراف والعقارات الموصى بها عموماً بحكم الوصية ما أثبتناه من بيانات بالنسبة للشهادة التوثيقية¹.

الفرع الثاني : تخلف تسجيل الوصية

حيث جاء في المادة 64 من هذا القانون " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا. " وجاء في المادة 93 من قانون التسجيل الآتي " يتعين على الموثقين والمحضرين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصياً غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة" ... وباستقراء مجمع هذه النصوص نستنتج الآتي:

أولاً: الوصية يقوم بتسجيلها وجوباً الموثق لدى مصلحة التسجيل والطابع لأن المادة 191 ق أ أكدت أن الموثق هو من يقوم بتحريرها وإصدارها.

ثانياً: منح المشرع مدة يجب أن يتم خلالها تسجيل الوصية حيث جعلتها المادة 64 من قانون التسجيل ثلاثة أشهر بدلاً من شهر واحد حسب المادة 58

ثالثاً: بما أن المادة 93 من قانون التسجيل قررت على الموثق دفع غرامة مالية عن كل تأخر في تسجيل العقود التي حررها وأصدرها وبما أن الوصية يحررها الموثق ومدة تسجيلها الممنوحة قانوناً هي (03) أشهر فإن الموثق يقع تحت طائلة عقوبة الغرامة المالية في حالة إخلالها بتسجيل الوصايا في مواعيدها .وتكون هذه الغرامة في حق الوصية ضعف رسم التسجيل حسب المادة 97 من قانون التسجيل، ولما كانت الوصية تشهر بواسطة الشهادة التوثيقية فإن ما يحكم هذه الشهادة بحكم الوصية عموماً وتكون بذلك كل الشروط والحكام المتطلبة في الشهادة التوثيقية منسجمة على الوصية ضمناً.

الفرع الثالث : تخلف شهر الوصية

قضت المادة 39 من المرسوم 63/76 بشهر الشهادة التوثيقية ولأن هذه الأخيرة تتضمن انتقال عقارات التركة للورثة وللموصى لهم بالشهر فإن عقارات التركة الموصى بها لا تنتقل ملكيتها للموصى له إلا بالشهر وبذلك يكوهن نتيجة عدم شهر الوصية التي محلها عقار) وذلك بشهر الشهادة التوثيقية (عدم انتقال العقارات الموصى بها إلى الموصى له.

¹ - أنظر الصفحة من هذه المذكرة

وهذا ما أكدته المادة 16 من الأمر 74/75 بنصها على " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " إلا أن الشهر بالنسبة لانتقال الملكية عن طريق الوفاة وهي حالتي الميراث والوصية يسري مفعوله من يوم وفاة المورث أو الموصي بأثر رجعي، ويستتبع هذا أن ثمار العقار سواء كانت ثمارا طبيعية أو صناعية أو ثمارا مدنية يمتلكها الموصي له ابتداء من تاريخ وفاة الموصي بأثر رجعي،

فحسب هذا النص يكون الموصى له حقه قائم في الموصى به وما يتفرع عنه من ثمار بأنواعها بالشهر لكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة ويكون كل ما تفرع عن العقار الموصى به من تاريخ وفاة الموصى ملك للموصى له لأنه أصبح مالك للعقار من وفاة الموصى وقد نصت المادة 676 من القانون المدني على " لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إنفاق يخالف ذلك. "

الفصل الثاني

انتقال الملكية العقارية

في قانون الأسرة بسبب الإحياء

الفصل الثاني: انتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري

سبق التطرق إلى : أن أسباب كسب الملكية نظمها المشرع الجزائري، ورتبها حسب أنواعها

ثلاثة أقسام

فالقسم الأول: يتضمن كسب الملكية ابتداءً، من دون أن يكون لها مالك قبل ذلك، وقد أوضحنا أن المشرع استبعد هذا النوع من أسباب كسب الملكية بالنسبة للأفراد، في حالة الاستيلاء على العقار. لأن هذا الأخير يكون مالك للدولة، ما لم يكن له مالك قبلي والقسم الثاني: يتضمن انتقال الملكية بسبب الوفاة، ويحصر في الميراث والوصية، وقد تناولناهما في الفصل الفارط، استناداً إلى قانون الأسرة خصوصاً.

أما القسم الثالث: فهو المتضمن اكتساب الملكية بالاستخلاف بين الأحياء، وقد استتبطننا من قانون الأسرة عدة حالات تنتقل بها الملكية عموماً، والملكية العقارية خصوصاً، وهذه الحالات هي:

1- الهبة: وينتقل بها العقار بين الأحياء من الواهب إلى الموهوب له، وتعرض لها في المبحث الأول من هذا الفصل.

2- الوقف: وينتقل به حق الانتفاع من الواقف إلى الموقوف عليه، وحسب المادة 684 من القانون المدني يكون حق الانتفاع هذا بمناسبة الوقف، عقاراً أو مالا عقارياً حيث جاء فيها " يعتبر مالا عقارياً كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار " فحسب هذه المادة: مادام حق الانتفاع المخول للموقوف عليه بمناسبة الوقف واقع على عقار، فهو عقار. لكننا استبعدناه من مجال الدراسة، نزولاً عند رغبة المجلس العلمي.

3- الصداق: وهو ركن في عقد الزواج، وقد جعلته المادة 14 من قانون الأسرة جائز في كل ما هو مباح شرعاً، سواء كان نقوداً أو غيرها. وقد يكون عقاراً: لذلك أردنا أن نتعرض لفرضية أن يكون محل الصداق عقاراً، وأردنا أن نبين كيفية انتقاله من الزوج إلى زوجته المستقبلية.

4- الخلع: من بين الأسباب التي نفترض أن ينتقل بها العقار في قانون الأسرة: الخلع. إذ فرضية أن يكون بدل الخلع عقاراً قائمة، فنعرض لفرضية كون الصداق والخلع محلها عقار، وكيفية انتقال هذا العقار في المبحث الثاني من هذا الفصل.

المبحث الأول : انتقال الملكية العقارية بسبب الهبة

حيث جاء في نص المادة 205 من قانون الأسرة ما يلي " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته، أو جزءاً منها عينا، أو منفعة أو ديناً لدى الغير " ، فالمادة صريحة في أن محل الهبة، قد يكون عينا، أي شيء معين كالعقار، وقد يكون منفعة كحق الانتفاع، ويكون ديناً لدى الغير، إذا كان الواهب دائن لشخص ما ووهب هذا الدين لشخص ثالث، يستحقه من يد المدين. وقد يكون الدين

هبة للمدين نفسه، بإبرائه منه .كما جاءت المادة 206 من نفس القانون صريحة، قي احتمال أن يكون محل الهبة عقارا بنصها على " :تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول، وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات." ...

المطلب الأول : ماهية الهبة

نتناول في هذا المطلب الهبة و ينقسم هذا المطلب إلى فرعين يحمل الفرع الأول تعريف الهبة و أنواعها إما الفرع الثاني فننتاول فيه أركانها و خصائصها.

الفرع الأول : التعريف بالهبة وما يتعلق بها من أحكام**أولا -التعريف بالهبة**

الهبة تملك عين بعقد، على غير عوض معلوم في الحياة¹. أو هي التبرع بالمال في حال الحياة². وعرفها خليل في مختصره بقوله: الهبة تملك بلا عوض، ولتواب الآخرة صدقة³، و يلاحظ ان المشرع لم يطلق كلمة عقد مثلما فعلت بعض القوانين العربية كالقانون المصري، و كأنما يقصد بذلك إخراج الهبة من طائفة العقود، في حين نستخلص من نص المادة 206 من قانون الأسرة بقوله " تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول..."(و ما نستخلصه مرة أخرى من مفهوم المادة ان الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول ، فهي كسائر العقود تطبق عليها القواعد العامة التي تنظم مختلف العقود.

الهبة عقد يتم بين الأحياء ، و هذا هو ما يفهم من نص المادتين 202 و 206 أهمل عنصر الحياة لان الهبة بالإيجاب و القبول ، فكل هذه التصرفات لا تتم الا بين الأحياء فهو يشمل التملك في حال بين الواهب و الموهوب له، و كون التملك في حياة الواهب و الموهوب له. كما نلاحظ على هذه المادة و ما يليها ، أنها تتعارض مع نص المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى إحكام الشريعة الإسلامية ، في حين، نجد ان تنظيم إحكام عقد الهبة يطبق عليها إحكام القانون المدني ، سواء من إجراءات موضوعية أو شكلية.

1 - الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط 1991 (، 1، المجلد ص171

2 - إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضوبان: منار السبيل في شرح الدليل، نشر مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض ط 1996 ، 1، المجلد 2، ص212

3 - محمد عيش: منح الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر، بيروت، 1984 ، ط، المجلد 8 ، ص174

ونقل المشرع الجزائري نفس تعريف الشيخ خليل في مختصره، حيث نصت المادة 202 من قانون الأسرة على " :الهبة تملك بلا عوض. "...

ويؤخذ على تعريف القانون الجزائري للهبة ما يلي:

أ- نية التبرع، فالهبة من العقود التبرعية، ويكون بذلك عنصر التبرع جوهرى في عقد الهبة. إذ حسب الأستاذ السنهاوري، لا يكفي التصرف في المال دون عوض من طرف الواهب دون نية التبرع. لأن الشخص قد يتصرف في ماله دون عوض، وليست عنده نية التبرع ومن خلال تحليل تعريف الهبة في القانون الجزائري نستخلص ما يلي:

- الهبة عقد.
- يتم بين الأحياء
- تكون دون عوض.
- تقترن وجوبا بنية التبرع.

ثانيا - ما يتعلق بالهبة من أحكام (أحكام الهبة): (خصائصها)

بما أن الهبة عقد فإنها يحكمها ما يحكم العقد عموما من أحكام في القانون المدني. وتتفرد بما خصها به قانون الأسرة، فهي حسب المادة 202 منه تملك بلا عوض، أن تكون دون التزام مالى في حق الموهوب له

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط. " وبما أن لفظة الالتزام جاءت عامة، فقد يشترط الواهب على الموهوب له تقديم مالى مقابل الهبة، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضيات ثلاث احتمالات:

أ- الاحتمال الأول : قد يكون الالتزام المالى المشترط على الموهوب له من طرف الواهب، يفوق قيمة الشيء الموهوب، وفي هذه الحالة نكون بصدد بيع صوري مبطن بعقد الهبة¹

¹ - أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص 31

ب- الاحتمال الثاني أن يكون مقدار المال المشترك من طرف الواهب على الموهوب له يعادل قيمة الشيء الموهوب ، مثلا أن يعطيه الموهوب له سيارة تعادل قيمتها ثمن الأرض الموهوبة، فنكون في هذه الحالة بصدد مبادلة، وكان العقد معاوضة وليس هبة¹

ج- الاحتمال الثالث أن يشترط الواهب على الموهوب له مقابل نقدي، أو أي شيء آخر يتقوم بالنقود، لكن تكون قيمته أقل من الشيء) العقار (الموهوب، ففي هذه الصورة نكون بصدد هبة مشروطة²

2- جاء نص المادة 204 ق أ الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، حيث أورد المشرع حالات تتحول فيها الهبة إلى وصية و هي كالتالي

الحالة الأولى :

فمرض الموت، هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويؤدي إلى عجز المريض، وعدم إمكانه القيام بمصالحه، وينتهي هذا المرض بالموت. ومرض الموت هذا يجب أن يتحقق فيه أمران: الأمر الأول؛ أن يكون المرض متصل بالموت، لم يبرأ منه المريض حتى مات، فلو شفي وصح من مرضه الذي تبرع فيه، ثم مات بعد ذلك فحكم الهبة في هذه الحال الصحة³. والأمر الثاني؛ أن يكون هذا المرض مخوفا خطيرا يحدث منه الموت غالبا، كالتاعون والسرطان...

1 - أنور طلحة: العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004 ، ص7

2- نتعرض لاحقا لهذا النوع من الهبات.

3-وهبة الزحيلي :مرجع سابق، المجلد8 ، ص129

فحكم الهبة في مرض الموت كحكم الوصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، دون زيادة ولو كانت أكبر من ذلك ردت للثلث¹

ب - جاءت لفظة الأمراض في نص المادة 204 ق أ وتصرف إلى مرض الموت، لأن المرض الذي تكيف فيه الهبة على أنها وصية، وتأخذ حكمها، وهو مرض الموت، بالشروط السابقة

ج - الحالات المخيفة وهي الحالات التي يغلب فيعها الهلاك، وتوقع الموت من دون مرض كالمرابط في جبهة القتال، يتوقع الموت في كل لحظة. وحالات الحروب، وركوب البحر المخوف، الذي يتوقع معه الغرق، والمحكوم عليه بالإعدام... فألحقت هذه الحالات بحكم مرض الموت لعلة مشتركة هي: خوف الموت وحصوله فعلا بعد ذلك، فلو صدرت هبة من شخص قامت به حالة من الحالات المخيفة، وانتهت بالموت، فحكم هبته تحولها إلى وصية بنص المادة 204 ق أ والمادة 776 من القانون المدني.

"كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذت التصرف. للورثة إثبات ذلك بجميع الطرق ، التصرف القانون الصادر من الواهب كذلك يقع عبء إثبات العكس، على عاتق من صدر له التصرف

3- بما ان أثبتنا ان الهبة عقد نص 206 الهبة يكون فوري بحيازة الشيء الموهوب

210 ق أ :بنصها على " :يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله" وفي حالة كان الموهوب له قاصر، أو محجورا عليه، يتولى الحيازة من أنابه القانون عنه، حسب أحكام الفصل الأول، من الباب الثاني، من قانون الأسرة، المواد من 81 إلى 108 ويدخل في هذا النطاق،

وقد جعلت المادة 209 ق أ الهبة للحمل صحيحة بنصها على " : تصبح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا."

4 - حسب المادة 205 قانون أسرة، يجوز للواهب أن يهب كل ما يملك، ما لم يكن ذلك في مرض الموت، والحالات الخطيرة¹،

¹ - أنظر المادة 776 من القانون المدني

5- الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا استثناء في حق الأبوين، في حالات محددة بنص المادة 211 ق أ. للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع أو تبرع أو ضياع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته

كذلك دلت المادة 212 من نفس القانون، على أن الهبة إذا كان القصد منها المنفعة العامة، فلا يجوز الرجوع فيها، حيث جاء في نصها " :الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها."

ثالثاً -أنواع الهبات:

تتنوع الهبات بحسب موضوعها، أو شكلها، فإذا نظرنا إلى الهبة بحسب موضوعها، كانت واردة إما على عقار، أو منقول. وتكون حسب المادة 205 ق أ عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير. وإذا نظرنا إليها بحسب شكلها، وصورتها، كانت إما هبة مباشرة، وإما هبة غير مباشرة، أو هبة مشروطة، أو هبة مستترة. وما يهمنا في دراستنا هي الهبة الواردة على عقار، سواء كانت مباشرة، أو غير مباشرة، مشروطة أو مستترة.

1-الهبة المباشرة **Dontion directe**:

هي الهبة العادية التي تظهر بمظهرها المتطلب قانونا، فتسمى في العقد هبة. ويظهر فيها إيجاب وقبول الأطراف، ولا تكون مقترنة بشرط يضعه الواهب، وتكون بدون عوض في حق الموهوب له، وتقترب بنية التبرع في حق الواهب، وتحترم الشكل المطلوب قانونا. وتتوفر فيها جميع أركان وشروط الهبة والشكلية، وتكون مكشوفة.

2-الهبة غير المباشرة **Donation indirecte**

تنشأ الهبة غير المباشرة من أي عقد غير عقد الهبة، وتكون نية التبرع فيها جلية، فالواهب تتجه إرادته إلى نقل الملكية إلى الموهوب له دون عوض، وتكون هذه الإرادة بارزة غير مستترة، ولا مخفية، لكن العقد يسمى تسمية أخرى، غير الهبة، ومثاله إبراء الدائن المدين من دينه يكون هبة غير مباشرة، حيث نصت المادة 306 من القانون المدني على " :تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي

¹ - أنظر المادة 776 من القانون المدني

تسري على كل تبرع " ...فالمادة أنزلت الإبراء من الدين منزلة التبرع، والهبة عقد تبرع، كما أن الإبراء يتحقق أثره على الفور كذلك الهبة، كما يشترط في الإبراء قبول المدين¹، بنص المادة 305 ق م، كذلك الهبة يشترط فيها إيجاب وقبول المادة 206 ق أ، كذلك جسدت المادة 294 ق م مثالا لهبة غير مباشرة حيث جاء فيها " :تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

ونشير أن الأحكام الشكلية المتطلبية في الهبة، غير لازمة في الهبة غير المباشرة لأنها تمت بعقد آخر، لكن تسري عليها الأحكام الموضوعية المتعلقة بالهبة

3 - الهبة المستترة:

هي الهبة التي تظهر تحت اسم عقد آخر، لكن حقيقتها هبة مستترة، فعقد البيع الذي يكون ظاهره بيع، وباطنه تبرع من البائع للمشتري، لعدم التزام المشتري بدافع الثمن حقيقة هو هبة مستترة،

لأن المتعاقدان قد يتفقا على الثمن أمام الموثق ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري (الموهوب له)، ولكن ليكملا مظهرا من مظاهر عقد البيع الخارجي، وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمنا صوريا،

ويجب أن تتوفر في هذا العقد السائر الشروط والأركان المتطلبية في الهبة(2)، فإذا كانت الهبة المستترة بعقد بيع واردة على عقار، يجب أن يتوفر في هذا العقد كل ما يشترطه القانون في نقل العقار من أركان عامة وشكلية وشهر .وتخضع الهبة المستترة إلى أحكام الهبة الموضوعية

4 - الهبة المشروطة:

الهبة بذلك معلقة على شرط لا يتوقف تمامها إلا بإنجاز هذا الشرط من جانب الموهوب له حسب نص 202 ق أ.

1 - (نصت المادة 305 ق م ج على " يقتضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين."

إما الشرط الواقف: هو الذي يكون وجوده في الالتزام مترتباً على وقوعه، وجاء في نص المادة 206 ق م ما يلي " :إذا كان الالتزام معلقاً على شرط واقف فلا يكون نافذاً إلا إذا تحقق الشرط. ... "

إما الشرط الفاسخ: وهو الذي يكون فيه زوال الالتزام، مترتباً على وقوعه، وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلاً، لكن قُرِنَ بشرط فاسخ، لو تحقق هذا الشرط فسخ هذا الالتزام. ما لم يكن الشرط مخالفاً لنظام العام و الآداب العام

الفرع الثاني : أركان الهبة وخصائصها (شروطها) و أحكامها

أولاً - أركان الهبة:

لما كان عقد الهبة من العقود الرضائية التي استلزم فيها المشرع ضرورة توافر أركانها و شروطها حتى تحدث أثرها القانوني، و قد استوجب من جهة أخرى ان يخضع هذا العقد إلى الرسمية و الشكلية القانونية لانعقاده ، و في حالة عدم توفر إحدى هذه الأركان و الشروط ، قد يصبح العقد باطلاً بطلانا مطلقاً أو يكون قابلاً للإبطال ، و أركان عقد الهبة هي التراضي و المحل و السبب كما في سائر العقود

و بالإضافة إلى ذلك فإنه ما دام عقد الهبة من العقود الرسمية ، فإنه يجب ان يكون محرراً من قبل موثق (المادة الثالثة من قانون 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق)

1 - شروط انعقاد الهبة العقارية:

صرحت المادة 206 من قانون الأسرة بشروط انعقاد الهبة فجاء فيها ما يلي " :تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة. "

أ - تطابق الإيجاب والقبول:

هو اقتران الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين، فإن الهبة باعتبارها عقد لا تتم ولا تتعقد إلى بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، والإيجاب في عقد الهبة هو التعبير الصادر عن الواهب، المعبر عن قصده ونيته في إحداث التزام يقوم في حقه، بنقل أحد أملاكه لصالح الموهوب له. المادة 74 قانون مدني وقد يكون من الأصيل وقد يكون من النائب ويشترط القانون أن يكون هذا الإيجاب صادر عن إرادة صحيحة، واعية، من شخص ذي أهلية حسب شرط المادة 203 ق أ.

أما القبول فهو التعبير عن الإرادة، البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد¹ ويصدر عادة من الموجب له، وهو الشخص الذي صدر الإيجاب له، ويشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب² فالموهوب له يعبر عن إرادته في قبول الهبة، وقد يكون تعبيره هذا صراحة أو ضمنا، فالتعبير الصريح يكون واضح الصورة لأن الموهوب له يصرح بقبوله بألفاظ دالة على ذلك. أما التعبير الضمني فتكون صورته بأن يباشر الموهوب له للاستفادة من الشيء الموهوب باستغلاله، إما السكوت قبولا ولو كان الإيجاب نافعا نفعيا محضا للموهوب له، لأن التعامل في العقار يتطلب ركن رابعا هو الشكلية، حيث تتم الهبة العقارية أمام الموثق، بحضور الطرفين الواهب والموهوب له،

وكما أوضحنا سابقا أن الإيجاب قد يصدر من الواهب نفسه (الأصيل)، وقد يصدر من النائب. فإن القبول كذلك في الهبة، قد يكون من الموهوب له، وقد يكون من وكيله، وهذا ما أقرته المادة 73 من القانون المدني لورود لفظة النيابة عامة، تحتل أن تكون في إصدار الإيجاب أو إعلان القبول. حسب المادة 81 قانون أسرة فالإنابة قد تكون اختيارية، في حالة الشخص العادي الذي يتمتع بكامل حقوقه وأهليته القانونية، فينوب بمحض إرادته غيره في قبول الهبة عنه، وقد تكون الإنابة قانونية يفرضها القانون³ في حالات خاصة.

ب- الحيازة:

والحيازة في الهبة هي تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب، بحيث يظهر بمظهر صاحب الحق عليه، وذلك بسيطرته المادية عليه فيوضع الشيء الموهوب تحت تصرف الموهوب له في الزمان والمكان المعينين في العقد، وبالكيفية والمقدار الذي عين بت الشيء الموهوب وقت العقد.

1 - خليل أحمد حسن قدامة: مرجع سابق، ج 1. () ، ص

2 - ذهب السنهوري إلى القول أن الهبة عقد لا تتم إلا بقبول الموهوب له، أنظر الوسيط، المجلد 5، ص 29 ونرى أن (المادة 68 من القانون المدني تتحدث عن العقد وأقرت رغم ذلك أن السكوت يعد قبول إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه له حيث جاء فيها "... ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ". فقد صرحت بلفظة المتعاقدين وأقرت السكوت فكان قرينة على أن السكوت في حالة الإيجاب النافع نفعيا محضا للموجب له يعد قبولا في العقد إطلاقا ومنها الهبة³ - تطابق الإيجاب والقبول شرط انعقاد لا تتعقد الهبة ما لم يكن القبول مطابقا للإيجاب، فلو كانت نية الواهب هبة (العقار وقبلها الموهوب له بنية الإعارة لم تتعقد الهبة لتخلف تطابق الإيجاب والقبول، أنظر السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص

ج - الشكلية في عقد الهبة الوارد على عقار:

بما أننا نتحدث عن الهبة العقارية، والعقار كما هو معلوم لا ينتقل إلا بالشهر حسب المادة قانون مدني، والعقود لا يقبل شهرها ما لم تكن موثقة حسب نص المادة 61 من المرسوم 63 /76 التي نصت على " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " فإن التوثيق وصب عقد الهبة في قالب شكلي يعتبر ركنا في عقد الهبة العقارية حسب. نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، التي توجب الشكل الرسمي في العقود، التي تتضمن نقل ملكية عقارية، أو حقوق عقارية...

ومن تمام الشكلية أن تعقد الهبة بحضور شاهدي عدل، يشترط أن يكونا كاملي الأهلية مقيمين بالبلد، وليس لهم مصلحة ولا غاية ترجى من وراء عقد الهبة، وحضور الشاهدين في عقد الهبة ضروري وواجب لأنها من العقود الاحتوائية فقد جاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتوائية بحضور شاهدين " وقد قدمنا القول أن المشرع لم ينصص على تعريف العقود الاحتوائية ولا ذكرها بل هو ينقل هذا النص عن المشرع الفرنسي (1) وحسب هذا الأخير العقود الاحتوائية تدخل الهبة ضمنها¹، ومن ثم يجب عقدها بحضور شاهدين، تحت طائلة بطلانها².

2- شروط صحة الهبة العقارية:

أ - الأهلية في عقد هبة العقار:

يستخلص من نص المادة 203 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه."

أ - 1 سلامة العقل:

يشترط في الواهب، أن يكون سليم العقل وذلك لأن عقد الهبة يجرده من ماله دون عوض، فهو يفقر ذمته ويثري ذمة الموهوب له، لأجل ذلك كانت سلامة العقل متطلبية في الواهب

¹ - وذلك حسب المادة 09 من قانون فانتوز المعدل المرسوم الصادر بتاريخ 12/08/1902

² -زيادة بيان حول شهادة الشهود، أنظر الصفحة من هذه المذكرة

هذا الحكم كل من لم يبلغ بعد سن التمييز وهو حسب التعديل الجديد للقانون المدني ثلاث عشرة (13 سنة حيث منعت المادة 42 من القانون المدني كل من لم يبلغ سن التمييز أو كان بت جنون أو عته من مباشرة حقوقه المدنية فنصت على " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. و لعدم قدرتهم على التمييز بين التصرف حسب المادة بعدها 43 ناقص الأهلية حيث جاء فيها " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون لأجل ذلك " قسمت المادة 83 من قانون الأسرة تصرفاته إلى ثلاثة أصناف فما كان نافعا له نفعاً محضاً كان نافذاً وما كان ضاراً له فهو باطل، أما إذا كان التصرف مترددين النفع والضرر في حقه كان متوقفاً على إجازة الوالي أو الوصي.

أ2- بلوغ سن 19 سنة كاملة:

أن يكون سن الواهب 19 سنة فما فوق وهو سن الرشد في القانون المدني الجزائري الذي نصت المادة 40 منه على " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة" .

وحسب نص المادتين 203 ق أ، و 40 ق م ج تكون تصرفات من بلغ سن تسعة عشرة سنة كاملة ولم يحكم عليه باستمرار بقاءه تحت الولاية والوصية لجنون أو عته أو غفلة أو سفه صحيحة ومنتجة لآثارها.

أ3- أن لا يكون محجور عليه:

جاء في المادة 101 من قانون الأسرة ما يلي " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه. " فحكم تصرفات المحجور عليه البطلان المطلق ويؤيد هذا المادة 85 ق أ إلى جانب المادة 10 منه حيث جاء في المادة 85 التالي " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه. "

ب- أهلية الموهوب له:

لم يشترط المشرع الجزائري في الموهوب له لا أهلية الأداء ولا حتى التمييز¹ بل جعل صحة الهبة قائمة في حق الموهوب له ما توافر فيه أحد الاحتمالين التاليين:

ب₁ - الاحتمال الأول:

أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة وبذلك فهو حيا لأن عقد الهبة يكون بين الأحياء ولا بد فيه من إيجاب وقبول.

ب₂ - الاحتمال الثاني:

أن يكون الموهوب له موجودا حكما لا حقيقة كالجنين في بطن أمه وقد تضاربت الآراء حول صحة الهبة للحمل فذهب بعضهم إلى عدم جوازها وهذا ما أخذت القانون المصري لأن الحقوق التي أعطاه الشارع للحمل، فالمشرع الجزائري يجوز الهبة للحمل أخذا بمذهب الإمام مالك بشرط أن يولد حيا ولأن الحياة ركن في عقد الهبة فإنها تمارسها نيابة عن الجنين ممن ينوب عنه قانونا لما جاء في نص المادة 210 ق أ الناصة على " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحياة من ينوب عنه قانونا."

وحسب نص المادة 87 ق أ التي جاء فيها ما يلي " يكون الأب ولها على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا..."

ج- الشيء الموهوب (العقار الموهوب):

حسب المادة 683 من القانون المدني و لما كان العقار يتصف بالثبات والاستقرار في حيزه وكانت الهبة لا تتم إلا بالحياة فإن الشروط الواجب توافرها في العقار الموهوب أربعة هي -1: أن يكون العقار الموهوب مملوكا للواهب -2. أن يكون معينا أو قابلا للتعيين -3. أن يكون موجودا وقت الهبة -4. أن يكون مشروعاً و قابلاً للتعامل فيه.

1 - أنظر خلاف ذلك أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص . 112 السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 97

ج 1 - وجوب أن يكون العقار الموهوب ملكا للواهب:

نصت المادة 205 ق أ على " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير. " فالمادة صريحة في وجوب أن يكون الشيء الموهوب) العقار الموهوب (، لان القاعدة تنصص على استحالة تملك ما ليس بمملوك، ونعتقد أن هبة ملك الغير تقع باطلة لاسيما إذا كان محلها عقارا .

ج 2 - وجوب أن يكون محل الهبة معينا أو قابلا للتعين:

نصت المادة 94 من القانون المدني على " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا " ..وبتنزيل هذه الفقرة من المادة على محل الهبة العقارية نقول يجب أن يكون العقار الموهوب محددًا تحديداً ينفى عنه الجهالة من قبل الموهوب له فلو كان دارا اقتضى الأمر ذكر موقعها وكل الأوصاف الأساسية التي تنفي عن العقار الموهوب جهالة الموهوب له بما وهب له إبعادا للغرر والنزاعات. بنص المادة 208 ق أ أو 714 ق م... محور هبة العقار المشاع.

"فالمادة أقرت تصرف الشريك في الشيوع في حصته لأنه مالكا لها ومن صور التصرف المخول للمالك أن يهب ملكه هذا لغيره وقابلية العقار المشاع للتعين تكون بذكر الحصة المشاعة المملوكة للواهب بتحديد نسبتها في مجمل العقار المشاع، ذكر الموقع وكل صفة ترفع بها جهالة العقار الموهوب في الشيوع.

ج 3 - أن يكون الموهوب موجودا وقت الهبة:

إن ضرورة وجود محل العقد شرط قائم في كل العقود الفورية التي تفيد التملك في الحال عند إبرام هذه العقود ولا يجوز تخلف المحل عن إبرام العقد صونا لهذا النوع من العقود من الإلغاء وما دامت الهبة عقد فوري¹ فإن محل عقد الهبة يشترط وجوده ساعة العقد.

وقد نصت المادة 206 ق أ التي ذكرت أركان الهبة و هي الإيجاب و القبول و الحيابة ثم جاء في هذه الفقرة ما يلي " و إذا اختلف احد القيود السابقة بطلب الهبة " فإذا كان محل عقد الهبة عقارا

¹ -عبد الحفيظ بن عبيد :مرجع سابق، ص152

احترق وقت إبرام عقد الهبة أو احترق قبل ذلك أو أنهدم ولم يعلم صاحبه (المالك) وقت إبرامه للعقد فإن حكم هذه الهبة البطلان لتخلف المحل.

ج-4 أن يكون محل الهبة مشروعاً وقابلًا للتعامل فيه:

و هي الأشياء التي المادة 682 من القانون المدني بنصها على "... والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها. ...

لكن استحالة التعامل في هذه الأشياء قد يرد عليه استثناء بتجاوز هذه الاستحالة كتمكن الأفراد من ضغط الهواء في قارورات وأنابيب تم التصرف فيه بالبيع أو الهبة، كذلك لو أحرزت أشعة الشمس وحفظت في بطريات طاقة شمسية جاز التعامل فيها، وقس على ذلك. ...

ولأن موضوعنا هو العقار فإن أنواع العقارات التي تخرج عن دائرة تعامل الأفراد بحسب طبيعتها هي تلك التي ذكرتها المادة 15 من قانون 30/90 كقعر البحر الإقليمي والمياه البحرية الداخلية والبحيرات والثروات والموارد الطبيعية والمائية والثروات المعدنية¹ لاستحالت تملكها ولا هبتها لطبيعتها الخاصة حسب المادة 16 من قانون رقم 30/90.

وحسب نص المادة 385 ق أ م يمنع المحجوز عليه من التصرف في عقاراته من يوم إشهار هذا الحجز بالمحافظة العقارية فلا يستطيع التصرف فيها بأي شكل من الأشكال.

ثانيا - خصائص عقد الهبة:

الخصائص مثل كونها تتم في الأصل دون عوض² فتشاركها الوصية في هذه الخاصية كذلك قد تتصف بأنها عقد فوري يتم على الفور ويشاركها في ذلك البيوع المنجزة والفورية. ... غير أن أهم ما تنفرد بت الهبة في اعتقادنا حسب نصوص قانون الأسرة هو الخصائص الثلاثة التالية:

1-خاصية تحول الهبة إلى وصية.

2-خاصية أن الهبة لا تتم إلا بالحوز (الحيازة).

3-خاصية عدم قابلية الرجوع فيها إلا استثناء في حق الوالدان.

1 - صنفت هذه الأشياء كعقارات لانطباق تعريف العقار عليها) الشيء الثابت بحيزه والمستقر فيه، فلا يمكن نقل مكان البحر

2 - قد تكون مقابل عوض حسب نص المادة 202 قانون أسرة

1- تحول الهبة إلى وصية:

صرحت المادة 204 من قانون الأسرة التالي " :الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية."

الهبة لا تتم إلا بالحيابة:

ثاني خاصية تتميز بها الهبة أن الحيابة ركن فيها فلا تتم الهبة دون حيابة وهذا ما أكدته المادة 206 من قانون الأسرة بقولها " :تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة " وهذه الخاصية جعلت الهبة عقدا فوريا لا يجوز التراخي فيه ولا إرجاءه إلى مدة ما، فالهبة عكس الوصية فإذا كانت الوصية مضافة إلى ما بعد موت الموصي أي لا تكون سارية في حق الموصى له والغير إلى بعد موت الموصي وقبول الموصي له فإن الهبة أثرها فوري ولا يحتمل الإمهال بل تكون سارية في حق الواهب والموهوب له والغير من تاريخ إمضاء العقد أمام الموثق ونشره صحيحا. وقد أوردت المادتين 207 و 208 استثناء على قاعدة الحيابة ركن في الهبة وذلك بعرض حالات يستغني فيها عن الحيابة كركن في عقد الهبة حيث نصت المادة 207 على " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة..."

3 - عدم قابلية الهبة للرجوع فيها إلا استثناء في حق الولدان:

إن الأصل في عقد الهبة في التشريع الجزائري عدم إمكانية الرجوع فيه، فعقد الهبة من العقود اللازمة في القانون الجزائري، فمتى صدر عقد الهبة من الواهب صحيحا مستوفيا لكامل شروطه تحصن ضد الرجوع فيه لمصلحة الموهوب له. ويستفاد حكم عدم قابلية الهبة للرجوع فيها بمفهوم المخالفة لنص المادة 211 ق أ حيث أفردت هذه المادة للأبوين بحق الرجوع في الهبة التي عقدها لأبنائهم حصريا فلا يجوز لغيرهما الرجوع في هبته بل اشترطت نفس المادة على الأبوين حالات يتعذر معها رجوعهما عن الهبة التي أمضوها لأولادهم، فجاء في نص هذه المادة ما يلي " :للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1-إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له؛

2-إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين؛

3- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيع، أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

المطلب الثاني :

الشروط التي أوجبها القانون في انتقال الهبة إذا كان محلها عقارا

فنتعرض إلى توثيق الهبة العقارية ثم إلى تسجيلها ثم تعرض عملية شهر الهبة وأحكامها في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول :

توثيق الهبة العقارية

وقد أكدت هذا الأمر المادة 206 من قانون الأسرة بنصها على وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق وهي تشير في ذلك إلى الرسمية المتطلبة في العقارات، فالهبة الواردة على عقار تتطلب من الواهب والموهوب له وجوب الحضور أمام موثق والتصريح أمامه بالإيجاب والقبول¹

ويتضمن المحرر الرسمي الخاص بالهبة العقارية وجوبا جميع عناصر الهبة وشروطها وكل الالتزامات التي اشترطها الواهب على الموهوب له إن وجدت كما تذكر فيه وجوبا أصل ملكية العقار وطبيعته سواء دارا أو أرضا وكذلك حالة العقار وحدوده وكل ما يجلي العقار ويزيل عنه الغموض واللبس ويميزه عن غيره فقد نصت المادة 324 مكرر 4 على " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون، وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية"² فهي الشكل المنصوص عليه في المادة 572 ق م.

رغم قناعتنا أن شهادة الشهود لم يعد لها مبرر حاليا³ بتطور وسائل الإثبات فيكفي العقد الرسمي حجية أنه محرر من قبل ضابط عمومي خولته السلطة العامة تحرير هذه العقود .حسب نص المادة 324مكرر 5 من القانون المدني والمادة 03 من قانون التوثيق رقم 02/06 فالهبة العقارية إذن توثق لعموم النصوص المقننة لانتقال العقار ولتصريح المادة 206 ق أ بذلك.

1 - أنظر المادة 29 من قانون التوثيق رقم 02/06، من المادة رقم 63/76 الخاصة بالشرط الشخصي لأطراف العقد

2 - جاء في نص المادة 66 من المرسوم 63/76 ما يلي " كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار بعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور..."

3 - جاء في كتاب أحكام القرآن لابن العربي، مرجع سابق، ج1 (، ص 259 ، ما يلي :والظاهر الصحيح أن الإشهار ليس واجبا وإنما الأمر به أمر إرشاد للتوثيق والمصلحة.

الفرع الثاني : تسجيل عقد الهبة

نصت المادة 10 من قانون التوثيق على " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الأجل المحددة قانونا. "...

ولما كانت الهبة عقدا في القانون الجزائري وكان العقد واجب التسجيل من طرف الموثق الذي حرره حسب النصوص المتقدمة كانت الهبة واجبة التسجيل فهي عقد يحرره موثق فينطبق عليها كل ما ينطبق على العقود التي يحررها الموثق.

وقد أكدت المادة 231 من قانون التسجيل وجوب تسجيل عقد الهبة فجاء فيها " إن رسوم تسجيل الهبات بين الأحياء تحصل حسب الحصص وتبعا للكيفيات المحددة بموجب المادتين 236 و 238 من هذا القانون من أجل تحصيل رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة ومن أجل حساب التخفيضات المنصوص عليها في المادة 238 أدناه فتأخذ يعين الاعتبار في حالات الهبة والتركة التخفيضات و التنقيصات التي تمت على الهبات السابقة التي قبل بها نفس الشخص".

فهذه المادة يستخلص منها الآتي:

1- أن الهبة تسجل¹

2- وحدثت رسوم التسجيل الخاص بعقد الهبة مع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة

3- يستفيد الموهوب له من تخفيضات عن رسوم التسجيل حسب ما نصت عليه المادة 238 مع الأخذ بعين الاعتبار لو كان الشخص موهوب له لثاني مرة منع من هذا التخفيض في المرة الثانية²

أولا - مكان تسجيل الهبة:

القاعدة في مكان تسجيل العقود التوثيقية هي مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد وهذا ما دلت عليه المادة 75 من قانون التسجيل وبتطبيق هذه القاعدة تسجل

1 - ذهبت المادة 234 من قانون التسجيل إلى وجوب دفع رسوم التسجيل حتى الهبة اليدوية لو صرح الموهوب له بها أو ممثليه أو تم الاعتراف بها أمام القضاء

الهبه في مكتب التسجيل التابع له مكتب الموثق الذي حرر عقد الهبة. وإذا كانت الهبة قد أبرمت في الخارج فغن تسجيلها يجوز أن يتم في جميع مصالح التسجيل داخل الوطن دون تمييز، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون التسجيل.

ثانيا - آجال تسجيل عقد الهبة:

يحكم عقد الهبة في آجال تسجيلها ما يحكم العقود عامة حيث نصت المادة 58 من قانون وتعلق المادة 64 بأجل تسجيل الوصية حيث يمدد أجل تسجيلها إلى ثلاثة أشهر من وفاة الموصي، فالمادة 58 وحدت آجال تسجيل العقود التي يحررها موثق وجعلت المدة الممنوحة لذلك هي شهر واحد من تاريخ إصدارها وتحريرها من طرف الموثق.

كذلك الهبة تسجل وجوب في مدة لا تزيد عن شهر واحد ابتداء من تاريخ تحريرها وإمضاءها من طرف الواهب والموهوب له والشهود وختمها بختم الموثق تحت طائلة عقوبة الموثق ماليا¹

الفرع الثالث : شهر عقد الهبة العقارية

الشهر وحده هو الناقل للأثر العيني² وهو الذي يحقق انتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له فقد جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي " : لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

فالمادة صرحت بلفظة المتعاقدين فالأمر متعلق بالعقود، والهبة كما سبق البيان عقد. لذلك لا تنتقل فيها ملكية العقار إلا بالشهر، وهو ما دلت عليه كذلك المادتان 15 و 16 من الأمر 74/75 .

كما نصت المادة 90 من المرسوم 63/76 على " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة

¹ - أنظر المادة 93 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل

² - انظر المادتين 15 و 16 من الامر رقم 74/75

" فهذا النص صريح في أنه يستوجب على الموثق شهر جميع العقود المحررة من قبله، فالشهر يقع على عاتق الموثق الذي حرر العقد¹ ويجب عليه احترام الآجال.

أولا - آجال شهر عقد الهبة:

حيث نصت المادة 353 منه من قانون المالية في فقرتها الرابعة في باب رسم الإشهار العقاري على ما يلي "... :تحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي في فقرتها الأخيرة : بالنسبة للعقود الأخرى، والوثائق ثلاثة (3) أشهر من تاريخها" ...

فآجال شهر العقود الممنوحة للموثقين التي يتعين عليهم شهر عقودهم خلالها هي ثلاثة (3) أشهر ولما كانت الهبة عقدا فهي تشهر في أجل ثلاثة أشهر إذا كان عقارا واحدا يقع بين منطقتي اختصاص لمحافظتين عقاريتين فإن الأجل يمدد بخمسة عشر يوما (15) بالنسبة لكل محافظة عقارية ويؤدي عدم احترام هذه الآجال إلى وقوع الموثق تحت طائلة العقوبة المالية. مع مراعاة إيداع العقد للشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وهي الواقع العقاري المعني في دائرة اختصاصها^{2 3}

المطلب الثالث : تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال الهبة العقارية

لقد بينا في المطلب الفارة ضرورة ووجوب إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر بالنسبة لعقد الهبة العقارية ونعرض فيما يلي إلى جزاءات وآثار تخلف هذه الإجراءات وما يترتب على عدم مراعاتها.

الفرع الأول : تخلف التوثيق وآثاره في عقد الهبة العقارية

إن عقد الهبة من العقود الشكلية إذا كان محله عقارا وهذا يعني أن الشكلية وهي إفراغ التصرف في قالب رسمي أو عقد رسمي يحرره الموثق تكون ركنا في عقد الهبة العقارية وتخلفه يؤدي إلى بطلان الهبة بطلانا مطلقا وهذا ما دلت عليه المادة 206 من قانون الأسرة بنصها على: "...ومراعاة أحكام

¹ - إن الالتزام الواقع على عاتق الموثق بشهر العقود التي حررها هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، لذلك جاز للأطراف الرجوع عليه في حالة إخلاله بهذا الالتزام فلو تضرر أحد أطراف العقد بعدم شهره جاز له الرجوع على الموثق لإخلاله بالتزاماته) جزء مدين (بالإضافة إلى الجزء الأدبي الذي قد يوقع عليه من الغرفة الوطنية أو الجهوية للموثقين

² - لا توجد على مستوى ولاية قسنطينة سوى 4 محافظات عقارية بل مكاتب تابعة لمحافظة قسنطينة وهي: قسنطينة، الخروب، حامة بوزيان، زيغود يوسف.

³ - يؤخذ بالاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية الواقع العقاري في اختصاصها في إجراءات الشهر لأن نص المادة (04 من الشهر 63/76 جاء فيها " تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية " ...فدل ذلك على / من المرسوم 76 الشهر يجب أن يكون في المحافظة العقارية الواقع العقاري في بلديتنا أو ضمن اختصاصها الإقليمي.

قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

إذن فكل عقد وارد على عقار مآله البطلان ما لم يوثق كذلك الهبة العقارية بموجب المشرع إفراغه في شكل رسمي يحرره الموثق، فأعطاء الصبغة الرسمية لعقد الهبة له أثر بالنسبة لانتقال ملكية

تتشرط أن يكون المحرر المقدم للإشهار في المحافظة العقارية في شكل رسمي ولأن استنادا لمادة 61 من المرسوم 63/76 ، كذلك يشترط في الموثق المبرم والمحرر لعقد الهبة والعقود بصفة عامة شروط نص عليها

02 لا يجوز مخالفتها منها نص المادة 19 التي لا تجوز أن يكون الموثق المحرر للعقد طرفا فيه أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت. و 26 من وجوب تحرر العقود باللغة العربية وكتابة السنة والشهر ويوم التوقيع بالحروف...الخ)

كما نصت المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني على " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتوائية بحضور شاهدين " باعتباره من عقود الاحتوائية و الا كان العقد باطلا بنص المادة 20 من ق التوثيق. مع مراعاة ما جاء في نص المادة 20¹ من قانون التوثيق في شأن شهادة أقراري الموثق في العقود التي يحررها وأنها غير جائزة.

الفرع الثاني : تخلف تسجيل عقد الهبة

إن عدم تسجيل عقد الهبة يفقده إجراء شكليا مهما فضلا عن العقوبة المالية التي نص عليها مضمون المادة 93 من قانون التسجيل في حق الموثق حيث يتعين حسب هذه المادة على الموثق الذي لم يسجل عقوده في الآجال المقررة أن يدفع غرامة عن كل مخالفة تأخير حسب النسب التالية:

1-1 - نصت المادة 20 من قانون التوثيق على : " لا يجوز لأقارب او اصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة (*) كذلك الاشخاص

الذين هم تحت سلطته او يكونوا شهودا في العقود التي يحررها ...)

(*) : جاء في المادة السابقة (19)

أ - احد اقاربه او اصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة

ب - احد اقاربه او اصهاره تجمعه به قرابة الحواشي و يدخل في ذلك العم ، الأخ و ابن الأخت.

إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوماً تكون نسبة الغرامة المالية 10% من قيمة التسجيل إلزام مالي تقدر نسبته بـ 3% عن كل شهر أو جزء من شهر إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير دون أن يتعدى مجموع الالتزام المالي والغرامة الجنائية مستوى 25%.

فالمادة تعرض حالتين: الحالة الأولى أن يتأخر التسجيل بعد المدة الممنوحة فترة تتراوح من يوم إلى 31 يوماً وهذا معناه أن يدفع عن كل شهر مضى بعد المدة الممنوحة دون تسجيل غرامة قدرها 10% فلو دام التأخر 4 أشهر بعد المدة الممنوحة وهي 3 أشهر بحيث سجل في الشهر السابع أو الثامن من إصدار العقد تكون نسبة الغرامة يرجع $4 \times 10 = 40\%$ من قيمة التسجيل في هذه الحال يرجع المبلغ إلى نسبة 25%.

الحالة الثانية هي تسجيل العقد بعد اليوم الأخير في المدة الممنوحة أي بعد 3 أشهر بحيث يكون التسجيل في اليوم 91 إذا كانت الشهور ذات 30 يوماً، فالغرامة المالية في مثل هذه الحال هي 3% عن كل شهر أو جزء من شهر، فالمدة الممنوحة هي 3 أشهر + 15 يوماً في حالة تسجيل العقود في أكثر من محافظة عقارية فتكون النسبة كالتالي $3 \times 3 = 9\%$ ولو كان العقد يستوجب التسجيل في أكثر من محافظة عقارية فإن مدة 15 يوماً الممنوحة تحسب كشهر فتكون النسبة $4 \times 3 = 12\%$

بالإضافة إلى تعرض الموثق إلى العقوبة التأديبية من طرف الغرفة الجهوية أو الوطنية للموثقين وهذا ما دلت عليه المادة 93 من قانون التسجيل في فقرتها الثالثة حيث جاء فيها "... غير أن الموثقين ... الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة يتعرضون لعقوبة تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها...".

كما تشير إلى أنه قد يفهم من بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أن عدم تسجيل العقد يحوله إلى مجرد عقد لفيف حيث جاء في القرار القضائي رقم 840 113 المؤرخ في 1994/02/07 الصادر عن المحكمة العليا ما يلي: "حيث أن العقد المؤرخ في 1985/10/13 ليس عقداً رسمياً رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقماً تسلسلياً ولا يحمل رقم الفهرس¹"

1 - المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص 158.

الفرع الثالث : تخلف الشهر عن عقد هبة العقار

باعتبار عقد الهبة العقارية من التصرفات الناقلة للملكية العقارية وحتى ينشئ الحق العيني وينقله لفائدة الموهوب له ينبغي نشره في مجموع البطاقات العقارية حسب ما تقضي بت المادة 15 و 16 من الأمر 74/75 ويترتب عن عدم إشهار عقد الهبة العقارية بقاء العقار الموهوب في ملك الواهب توثيق وتسجيل يعتبر غير موجود لتخلف الشهر وهذا ما نصت عليه المادة 793 ق م بقولها " : لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينصص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

كما أن الموهوب ملزم بتقديم ما يثبت ملكيته للعقار الموهوب له ولن يكون له ذلك ما لم يشهر عقد الهبة حيث جاء في نص المادة 29 من القانون 25/90 الخاص بالتوجيه العقاري ما يلي " :يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري." .

إذن فالجزاء المترتب عن عدم شهر عقد الهبة العقارية هو اعتبارها كأن لم تكن فيبقى العقار الموهوب على ملك الواهب وهو لورثته من بعده، وهذا ما تبناه القضاء في القرارات الصادرة عنه فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا برقم 68 467 المؤرخ في 1990/01/21¹ ما يلي : "...حيث أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني" .

كما جاء القرار رقم 186 443 المؤرخ في 2000/ 020/14² عن مجلس الدولة ما يلي "... :حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقارية" .

المبحث الثاني

انتقال الملكية العقارية بالصدّاق والخلع

نظرا لكون الصداق والخلع قد يكون العقار بدلا عنهما¹ حيث نصت المادة 14 من قانون

¹ - المجلة القضائية لسنة 1992 ، العدد 01 ، ص86

² - قرار غير منشور، أنظر حمدي باشا عمر :القضاء العقاري، مرجع سابق، ص314

الأسرة على " الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء. " حيث تدل لفظة أو غيرها على إمكانية أن يكون الصداق عبارة عن عقار (دارا أو أرضا)

كذلك نصت المادة 54 من نفس القانون على " يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخال نفسها بمقابل مالي. "...

لفظة مال تفيد النقود أو ما يتقو بالمال كالعقار وغيره² ولأن الصداق تنتقل بت ملكية الشيء محل الصداق إلى الزوجة وكذلك الخلع تنتقل بت ملكية الشيء محل الخلع إلى الزوج فإذا افترضنا أن محل كليهما عقارا فإن الصداق والخلع يكونان بذلك سببين من أسباب انتقال الملكية العقارية فأردنا التطرق لهما في هذا المبحث بتعرفهما وذكر أحكامها وبيان كيف يكونان سبب لانتقال الملكية العقارية والشروط القانونية المتطلبة في ذلك.

المطلب الأول : ماهية الصداق والخلع وأحكامهما

نتناول في هذا المطلب ماهية الصداق و الخلع و أحكامهما سنتكلم في الفرع الأول على الصداق و في الفرع الثاني نتكلم على الخلع.

الفرع الأول : ماهية الصداق وأحكامه

أولا -التعريف بالصداق:

الصداق مأخوذ من الصداق لأنه يقدم للمرأة كدليل على صدق رغبة الزواج بها وله ثمانية عدة أسماء هي: الصداق -المهر -النحلة -الفريضة -الحباء -الأجر -العقر -العلائق.

حيث عرف بعضهم المهر بأنه اسم للمال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها دخولا حقيقيا³. أو هو المال الذي يجب للمرأة على الرجل في مقابل ملكه

¹ - صح عن البخاري أن ثابت بن قيس بن شماس خلعه زوجته على حديقة) والحديقة عقار (صحيح البخاري) المجلد 9 ، ص . 395 الحديث رقم 5276 .

² - جاء في سورة البقرة الآية 229 قوله تعالى "... :فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به" فعموم قوله تعالى " :فلا جناح عليهما فيما افتدت به " دليل على جواز أن تغتدي نفسها وتخلعها بأي شيء مشروع وقد يكون ما افتدت به نفسها عقار .أنظر السيد سابق :فقد السنة، مرجع سابق، المجلد 2 ، ص254

³ - بدران أبو العينين بدران: الفقه المقارن للأحوال الشخصية، ج 1 . (، دار النهضة، لبنان، 1967 ، ص181

الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج¹ وعرفه القانون الجزائري في المادة 14 من قانون الأسرة بالتالي " :الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نفود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء"

1- جاء في تعريف القانون الجزائري لفظة نحلة وفيها معنى التبرع² وهذا يعني أن المشرع

الجزائري يعتبر الصداق هدية واجبة الأداء

2- يؤخذ على تعريف القانون الجزائري عدم ذكره للجهة التي يستوجب عليها دفع المهر وهو

الزوج الرجل عكس التعريفات التي ذكرنا فقد صرحت بلفظة الرجل للزوج.

المشرع الجزائري لفظة الزوجة في قوله الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة وكان عليه أن يستبدل لفظة الزوجة بالمرأة لأنها لم تصبح بعد زوجة فالصداق في القانون الجزائري ركن ولا يتم الشيء إلا بأركانه والزواج لم يتم بعد بل نحن بصدد جمع أركانه باعتبار ما سيكون (فالمرأة ستصبح زوجة) وهذا ما أغنى المشرع عن ذكر سبب دفع المهر وذكره في نص المادة 16 من قانون الأسرة بقوله: تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول. " ونعتقد أن أحسن تعريف للصداق هو " الصداق هو ما يستوجب على الرجل دفعه للمرأة بمناسبة عقد زواجهما أو بالدخول بها من كل ما هو مباح شرعا."

ثانيا - أحكام الصداق:

الصداق ركن من أركان الزواج حسب نص المادة 90 مكرر من قانون الصرة على " يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية أهلية الزواج -الصداق -الولي -شاهدان -انعدام الموانع الشرعية للزواج."

وهذا يجعلنا نقول أن الصداق ركن في عقد الزواج ذو طبيعة خاصة حيث يفرض ابتداء ولا يؤثر تخلفه انتهاء جلبا للمصلحة ودرءا للمفسدة.

1- أن الصداق حق للمرأة يدفعه الرجل لها بلا عوض ولا سحب بعد الفراق حيث جاء في المادة

14ق أ ... " وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء "

¹ - المرجع السابق، ص182

² - جاء في مختار الصحاح، نحله نحلا أي أعطاه، والنحلى العطية، بوزن الحبلى محمد بن أبي بكر بن عبد القادر

2- وسبب وجوب المهر واستحقاق المرأة له أمران هما العقد والدخول وقد فصلت المادة 16 ذلك فجاء فيها " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول أو بوفاة الزوج وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول."

والمادة تعرض ثلاث حالات للصداق هي:

أ -الدخول بالزوجة وتستحق معه الصداق كاملا ما كان مسمى وفي حالة عدم تسميته تستحق صداق المثل وهذا ما عنته الفقرة الثانية من المادة 15 ق أ بنصها على " وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل."

ب -وفاة الزوج إذا توفى الرجل الذي عقد على المرأة وسمي لها صداقا وكانت وفاته قبل الدخول بها استحققت هذه المرأة المعقود عليها الصداق كاملا وفي حالة عدم تسميته تستحق صداق المثل.

ج -الحالة الثالثة هي أن يعقد الرجل على المرأة ويسمى لها صداق ثم يطلقها قبل الدخول فتستحق المرأة المعقود عليها نصف الصداق وإذا لم يسمى لها صداقا استحققت نصف صداق المثل¹ حسب المادة 15 من قانون الأسرة.

ونلاحظ أن المادة ذكرت موت الزوج وأنه تستحق مع الزوجة غير المدخول بها الصداق كاملا ولم تتعرض لحكم موت الزوجة قبل الدخول هل تستحق الصداق ويعود على ورثتها.

كما جاء في نص المادة 132 ق أ ما يلي " :إذا توفى أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق الحي منهما الإرث " فحق الزوجة في إرث زوجها قائم بنص هذه المادة سواء مات هو أو ماتت هي رغم طلاقها منه واقعيًا ولم يصدر حكم بذلك وحتى الموت في عدة الطلاق تستحق معه الزوجة الإرث سواء ماتت هي أو مات الزوج حيث يقسم إرثها على ورثتها كذلك الصداق نعتقد أنه مستحق للمرأة حتى لو ماتت قبل الدخول لأنه حق لها فيقسم على ورثتها ومن بينهم الزوج فيحتفظ بحقه ونصيبه من الصداق ثم يدفع الباقي لورثة المرأة التي عقد عليها² دلت المادة 15 من قانون الأسرة على أن المهر يحدد في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا والفقهاء متفق على أنه ليس للمهر حد فلم يرد في الكتاب الكريم ولا في السنة نص يقدر ويحدد الصداق بل ترك ذلك لعرف الناس وعاداتهم³

¹ -صداق المثل يتحدد بالقيمة التي تزوجت بها امرأة أخرى من أهلها فتقاس بصداق أختها أو ابنة عمها أو صداق من (تماثلها، وتدخل فيه اعتبارات ذاتية في المرأة كالجمال، والصحة والثقافة والمركز الاجتماعي، والبكارة والدين... أنظر فضيل سعد :مرجع سابق، ص68

² - بدران أبو العينين بدران :مرجع سابق، ص . 206 كذلك محمد محدة :الأحكام الأساسية، مرجع سابق، ص93

³ - السيد سابق :فقه السنة، المجلد2 ، ص135

والمادة 15 ق أ تتحدث عن التحديد الاتفاقي بين الرجل والمرأة أو بين أهلي الزوجين وإذا حدد الصداق في عقد الزواج استحقته المرأة كما هو مذكور في العقد بعد تسميته فإذا لم يسمى المهر ودخل بها استحققت مهر المثل مع جواز تعجيله أو تأجيله بشرط أن يكون معلوماً ومسمى وللصداق من حيث تعجيله أو تأجيله ثلاث حالات هي:

أن يكون الصداق معجلاً كله - أن يكون الصداق مؤجلاً كله - أن يؤجل بعضه ويعجل بعضه الآخر .
 دلت المادة 14 ق أ على ما يصلح أن يكون صداق بقولها "... من نقود أو غيرها" ... ولفظة أو غيرها أدخلت كل مال متقون وكل منفعة تقابل المال بشرط أن تكون مشروعة فيصلح أن يكون صداق النقد أو العقارات أو المنقولات أو المنافع

7-أحدثت المادة 17 ق أ عن حالات النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما مع انعدام البينة فإذا كان الصداق مستحق للمرأة قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين لغلبة حصول دفع المهر قبل الدخول.

ثالثاً - شروط الصداق

- 1- أن يكون شيئاً متقوماً أي له قيمة مالية لا تمنع أن يكون شيئاً غير النقود كالعقارات والدور والمنافع كحق السكن وحق الانتفاع وغيره. ...
- 2- أن يكون الصداق شيء مشروع ومباح فقد نصت المادة 14 من قانون الأسرة على وجوب أن يكون الصداق مباحاً شرعاً وهذا يعني أن غير المباح شرعاً لا يجوز أن يكون مهراً كالخمر ولحم الخنزير و غيرها من المحرمات

وجاء في نص المادة 93 من القانون المدني ما يلي " :إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً."

وننوه أنه يجوز أن يكون محل الصداق شيئاً مستقبلياً لنص المادة 15 ق أ حيث جوزت الصداق المستقبلي (المؤجل).

الفرع الثاني : ماهية الخلع وأحكامه

أولاً- :التعريف بالخلع

عند اشتداد الخلاف بين الزوجين ولم يكن في الوسع التوفيق بينهما فإن الرجل بيده الطلاق للتخلص من هذه الوضعية ولعدالته سبحانه جعل للمرأة مقابل ما بيد الرجل فأعطاه حق الخلع. وعرفه القانون الجزائري في المادة 54 من قانون الأسرة التي جاء فيها " :يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي. إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم."

ثانياً -أحكام الخلع:

لم يأتي القانون الجزائري بكبير بيان لموضوع الخلع عدا بعض الأحكام الجزئية كالإختلاف في تحديد مقابل الخلع وأنه غير قابل للاستئناف متى صدر الحكم القضائي بت¹لفنتحول إلى أحكام الشريعة الإسلامية في الخلع وفقاً لنص المادة 222 من قانون الأسرة.

1-وأول ما تلاحظه في المادة 54 ق أ التي ذكرت الخلع أنها لم تخضعه لإرادة الطرفين الزوج والزوجة بل جعلت إرادة المرأة هي السيدة في وقوع الخلع² لأن المادة ذكرت عبارة "... دون موافقة الزوج وهذا يعني أن الزوجة إذا رغبت في الخلع والانخلاع من عصمة زوجها فما عليها إلى التوجه للقضاء وعرض مقابل الخلع ولا جدال في الحكم لها بالخلع بل للمفاوضة تكون على مقابل الخلع الذي يرجع تحديده للقاضي إذا اختلف عليه"

وفي الحديث أن رسول الله لم يسألها عن سبب الانخلاع بل اكتفى بقولها) إلا أنني أخاف الكفر³ ولا حاول الصلح بينهما بل فرق بينهما بعدما ردت له حديقته (مهرة).

إذا رغبت الزوجة في أن تخالع نفسها ورضي الزوج بذلك وحصل الاتفاق بينهما على مقدار المقابل فلا حرج في أن يكون هذا المقابل يساوي ما قدم لها أو يفوقه أو يكون أقل منه بشرط التراضي ودليل ذلك ورود لفظة بمقابل مالي عامة دون تحديد.

1 - المادة 57 قانون أسرة

2 - كذا قال الشوكاني في نيل الأوطار، المجلد3، ج، ص 249، لكن مادام الخلع واقع بإرادة المرأة فهو ادعى لأن يقع باتفاق الزوجين ويكون شبه عقد معاوضة رضائي وثنائي لمصلحة الزوجة. أنظر عبد العزيز سعد :مرجع سابق،ص248.

3 - ذهب السيد سابق إلى القول أنه كفران العشير أي هدم الزوج حقه، المرجع السابق، هامش ص . 253 كذلك الشوكاني :المرجع السابق، ج 3،ص248

الخلع لا تكون آثاره نافذة إلا بعد صدور حكم قضائي بت وهذا يعني أن الخلع ينبغي على صدور حكم قضائي بعد رفع الأمر للقضاء دل على ذلك المادة 57 ق أ بنصها على " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف " ...فدل هذا على أن الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي، ولا يكون قابلاً للاستئناف إلا في الجانب المالي فقد لا يرضى الزوج بالمقابل الذي قرره القضاء فيستأنف في هذا الجانب فقط، أما الخلع فقد مضى بلا رجعة¹ على الزوجين.

ثالثاً - شروط الخلع:

استنباط الشروط التالية من مجمل المواد التي قننت للزواج والطلاق.

1- الشرط الأول: توافر الأهلية في الزوجة التي تخالع نفسها، فقد جاء في نص المادة 85 من قانون الأسرة ، والمادة تقترض أن لا يكون الجنون مطبقاً فيكون بذلك للزوجة حالات تفيق فيها وحالات أخرى يتلبسها الجنون فيها وحكم التصرفات التي تصدر عنها وقت إطباق الجنون تكون غير نافذة² ومن هذا إذا طالبت بالانخلاع من زوجها وقت الجنون فلا أثر لطلبها، أما لو خالعت زوجها في حالة الإفاقة فإن طلبها هذا يكون محل اعتبار ويرتب آثاراً هي حدوث الخلع ونشير أن المادة 07 من قانون الأسرة حددت سن الزواج ب 19 سنة مع جواز أن يرخص القاضي بالزواج قبل ذلك للمصلحة وفي هذه الحال لا يجوز الدفع بعدم الأهلية لأن الفقرة الثانية من المادة 07 قررت أن القاصر الذي رخص له في الزواج يكتسب أهلية التقاضي فيما يتعلق بأثر عقد الزواج من حقوق والتزامات ولاشك أن الخلع حق للزوجة.

2 - ثاني شرط أن يكون الخلع على بدل (مقابل مالي) (فقد اشترطت المادة 54 ق أ ذلك، فالزوجة تدفع هذا البديل نظير افتداء نفسها من زوجها وحتى لا تجتمع عليه خسارتان³ وهذا البديل يعتبر معاوضة شبيهة بالتبرع من جانب الزوجة وليس معاوضة محضة لأن المقابل الذي تحصله الزوجة في نظير البديل هو خلاصها من هذا الزوج ولا يعد هذا مالا ولا شبيهاً بالمال لأنه لا يقوم بالمال⁴ لذلك يشترط في الزوجة أهلية التبرع حتى يصح البديل في الخلع فلا يجوز كما ذكرنا أن تكون الزوجة

1 - أي أصبح أثره نافذ ولا مجال للطعن فيه.

2 - قد ينوب عن الزوجة في إيقاع الخلع وليها إذا طرأت على أهليتها عارض وكان في مصلحتها مفارقة الزوج ولم تتوفر شروط المادة 53 من قانون الأسرة. أنظر فضيل سعد: مرجع سابق، ص308

3 - السيد سابق: مرجع سابق، ص253

4 - فضيل سعد: مرجع سابق، ص308

فاقده للعقل أو محجور عليها أو مصابة بسفه وهذا ما يمكن استنباطه من نص المادة 203 ق أ التي جاء فيها " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه " ولما كان البذل المدفوع من الزوجة ليس له ما يقابله في حق الزوج اعتبر البذل بمثابة تبرع (هبة) من الزوجة للزوج فأخذ حكمها، وهذا يجزنا للحديث عن خلع فاقده الأهلية لجنون أو سفه أو غفلة فإنها لا يجوز لها التصرف في مالها¹ ولا يجوز لوليها التبرع من مالها لأن المادة 88 ق أ خولت الولي التصرف في أموال القاصر لكن دون ذكر التبرعات وقد افترض الفقهاء أن يكون بدل إما الزوجة الفاقدة للأهلية جاز للولي دفع بدل الخلع من مال الزوجة المخلوعة الفاقدة للأهلية لأن بدل الخلع يصبح التزاماً في ذمتها ويجوز لوليها دفع هذا الالتزام نيابة عنها من مالها حسب نص المادة 88 ق أ.

3- الشرط الثالث هو ضرورة قيام رابطة زوجية بين الزوج والزوجة المختلعة وهذا الشرط تحتمل معه الفرضيات التالية:

أ - الزوجة المعقود عليها وغير المدخول بها يجوز لها أن تخالع نفسها لأن الزوجية متحققة بالعقد ولو لم يحصل دخول² ولأن المادة 54 ق أ لم تشترط في الخلع حصول الدخول.

ب - الزوجة المطلقة طلاقاً رجعيًا لأنه حسب المادة 50 ق أ يجوز لزوجها مراجعتها، فالعلاقة الزوجية قائمة بينهما بعد ما لم تنقضي عدتها فيجوز لها قطع الطريق على الزوج و تخالع نفسها في مدة عدتها.

المطلب الثاني:

الشروط المستوجبة قانوناً في انتقال العقار بسبب الصداق والخُلع

لقد استفدنا من نص المادة 14 من قانون الأسرة جواز أن يكون محل الصداق عقار. كما جاء في المادة 54 من قانون الأسرة وجوب أن يكون محل ما تقدمه الزوجة التي تريد أن تخالع نفسها بمقابل مالي والحقوق المالية التي يكون الشيء محلاً لها كثيرة ومتنوعة³ منها الحقوق العينية الأصلية والتبعية ومنها الحقوق الشخصية ومنها الحقوق المعنوية ولأن العقار شيء مادي ويصلح لأن يكون

¹ - أنظر المادة 85 من قانون الأسرة

² - أنظر نص المادة 130 قانون أسرة التي يفهم منها ذلك.

³ - السنهوري :مرجع سابق، المجلد8 ، ص8

محلا للحقوق المالية جاز أن يكون محلا لبديل الخلع فإذا كان محل الصداق ومحل بدل الخلع عقارا فهل يفرض في انتقال الصداق للزوجة وبدل الخلع للزوج ما أوجبه المشرع في المعاملات العقارية؟ ! هذا ما نفضله في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول :

توثيق وتسجيل وشهر العقارات محل الصداق

أولا -توثيق العقارات إذا انتقلت كصداق:

حسب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فإنه يجب على الأطراف وهما الزوج والزوجة التوجه إلى موثق لتحرير عقد رسمي يتضمن انتقال العقار المعني (محل الصداق) من الزوج إلى الزوجة على سبيل الصداق وبحضور شاهدين تحت طائلة البطلان ، ما دلت عليه المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني.

وحسب المادة 15 من قانون الأسرة يجوز أن يكون الصداق معجلا أو مؤجلا إذا حدد في العقد.

فلأن القانون يشترط في العقار الصيغة الرسمية فإنه يتعين على الزوج والزوجة إذا كان محل الصداق عقارا واتفاقا على تأجيله أن يصبا اتفاقهما هذا في قالب شكلي أمام الموثق لأن محل اتفاقهما عقار.

ثانيا -تسجيل انتقال العقار المقدم كصداق:

نصت المادة 10 من قانون التوثيق على ضرورة أن يسهر الموثق على تنفيذ كل الإجراءات المنصوص عليها قانونا في مجال انتقال العقارات لاسيما تسجيل هذه العقود وشهرها ولأن القانون خول الموثق تحرير العقود الرسمية فإنه ألقى على عاتقه كذلك مسؤولية تسجيل هذه العقود، وهذا ما تقيده نصوص المواد 58، 60، 75، 93، من قانون التسجيل.

آجال تسجيل العقد المتضمن نقل عقار بسبب الصداق:

كما تمت الإشارة له مسبقا فإن العقد المتضمن نقل ملكية عقارية بسبب الصداق بين الزوج والزوجة يحرره وجوبا موثق والمادة 58 من قانون التسجيل أوجبت على الموثقين¹ تسجيل عقودهم في أجل شهر ابتداء من تاريخها.

فإن هذا العقد المتضمن انتقال ملكية عقارية ينضبط بها الأجل لدخوله تحت عموم العقود التي تحرر من قبل موثق فيكون أجل تسجيله شهرا واحدا ابتداء من تاريخ إصداره.

2-مكان تسجيله:

بحكم تحديد مكان تسجيل هذا العقدة ما يحكم تحديد مكان تسجيل ما شبهه من عقود وتعد المادة 75 من قانون التسجيل أصلا في ذلك حيث تعقد اختصاص مكان تسجيل العقود المحررة من قبل الموثق إلى مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق المحرر لهذا العقد فيكون هذا العقد خاضع من حيث مكان تسجيله إلى مكتب التسجيل الواقع في دائرته مكتب الموثق المختار من قبل الزوج والزوجة لإبرام هذا العقد.

ثالثا -شهر العقد المتضمن نقل ملكية عقار بسبب الصداق:

إن الصداق إذا كان محله عقار يجب شهره حسب ما دلت عليه المادتان 15 و 16 من الأمر 74/75 وينتج عن هذا أن ملكية العقار المقدم كصداق لا تنتقل من الزوج إلى زوجته إلا بالشهر، كذلك يمكن الاستشهاد في هذا الموضوع بنص المادة 29 من القانون رقم 25/90 التي جاء فيها " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

فالزوجة إذا رغبت في أن تكون ملكيتها صحيحة على العقار المقدم لها كمهر توجب عليها الحصول على سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية ولن يتسنى لها ذلك ما لم تبادر إلى توثيق وشهر المحرر الذي يشهد على هذا الانتقال.

1-آجال الشهر:

أوضحنا سابقا أن التصرف الحاصل أمام الموثق والمتضمن انتقال ملكية عقار من الزوج إلى الزوجة على سبيل الصداق يعد عقدا غير مسمى لذلك يحكمه في مجال الشهر وآجاله ما يحكم العقود، ولقد

¹ - أنظر المادة 93 من قانون التسجيل

نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2004 في فقرتها الثالثة على "... بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق ثلاثة (3) أشهر من تاريخها فيكون لأجل الممنوح لهذا العقد حتى يسجل هو ثلاثة أشهر تبدأ من تاريخ إمضاء هذا العقد وإصداره من طرف الموثق¹"

2- مكان الشهر:

احتفظ المشرع بمبدأ مكان تواجد العقار المطبق على جميع العمليات² الواردة على عقار وقررت المادة 04 من المرسوم 63/76 أن مكان شهر العقود الواردة على عقارات هو المحافظة العقارية الواقع في دائرتها العقار المعني أو المحافظة العقارية التابعة لبلدية تواجد العقار المعني، فهذا النوع من العقود يشهر في المحافظة العقارية المتواجد بها العقار المقدم كصداق.

الفرع الثاني : توثيق وتسجيل وشهر العقار محل الخلع

أولا - هل يوثق الخلع؟!

لقد جاء في نص المادة 57 من قانون الأسرة التالي " تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية " ... وهذا يعني أن الخلع لا يتم إلا بعرض النزاع بين الزوج والزوجة على المحكمة حيث يستوجب على الزوجة أن تخالع نفسها أمام القضاء ويتعين عليها طلب استصدار حكم بالخلع يكون أداة لإثبات انفصالها عن زوجها بعدما يصير حكم الخلع نهائيا.

ولأن الخلع يتم وجوبا بمقابل مالي فإن العقار إذا كان محلا للخلع كان الحكم الصادر من الجهات القضائية بمثابة سند رسمي يحل محل العقد الرسمي المحرر، يعتبر سندا للملكية بالنسبة لزوج المخلوع لأن الحكم يتضمن وجوبا المقابل المالي بدل الخلع وإذا كان هذا المقابل عقار كان هذا الحكم بمثابة سند للملكية³ في حق الزوج.

ثانيا - تسجيل الخلع:

نصت المادة 213 من قانون التسجيل في فقرتها الثالثة على "3... - حقوق الطابع والتسجيل تخضع الأحكام والقرارات الصادرة مدنيا وتجاريا وإداريا لرسم التسجيل القضائي". ...

¹ - مع مراعاة الأجل المضافة في حالة كان العقار واقعا بين بلديتين حيث يضاف 15 يوم زيادة عن الثلاثة أشهر عن كل محافظة.

² - أنظر المادة 08 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 17 من القانون المدني

³ - نصت المادة 324 من القانون المدني على " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص (مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " ونعتقد مادام القاضي موظف ورؤساء أمانة الضبط بالمحاكم موظفون فهم يثبتون في الحكم القضائي ما تم لديهم أو ما تلقوه من ذوي الشأن فهم عندما يتم أمامهم مخالفة الزوجة لنفسها على عقار فهم يثبتون هذا الحكم لذلك كان الحكم بمثابة سندا للملكية لأن سند الملكية في العقار هو العقد الرسمي وهذا الحكم القضائي تنطبق عليه أوصاف العقد الرسمي من حيث اتفاق الطرفين زوج وزوجة وحضور الضابط أو الموظف وهو القاضي أو الضباط الأمانة بالمحاكم، ويثبتون ما تم لديهم من اتفاق بين الزوجين على المخالفة بمقابل عقار.

فهذه المادة جاءت في القسم الخامس من الباب التاسع تحت عنوان رسم التسجيل القضائي وهي صريحة بوجوب تسجيل الأحكام الصادرة عن القضاء ولما كان الخلع حسب المادة 57 من قانون الأسرة لا يتم إلا بحكم قضائي كان خاضعا لتسجيل كذلك تقيد المادة 60 من قانون التسجيل هذا الحكم حيث جاء فيها " يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ¹ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية...."

آجال تسجيل الخلع:

جاء في المادة 60 من قانون التسجيل المذكورة آنفا ما يلي " يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي إعدادها" ويتضح من نص هذه المادة أن الأجل الممنوح لكتاب الضبط وأمناء ضبط المحاكم لتسجيل القرارات القضائية هو مدة شهر واحد من تاريخ صيرورتها نهائية ويؤيد هذا الجزء الثالث من الفقرة الثالثة من المادة 213 قانون تسجيل حيث جاء فيها "... تقدم كل العقود القضائية التي يترتب عليها دفع رسوم نسبية أو تدريجية إلى إجراء التسجيل في شهر تاريخها". ومن هذين النصين نتبين أن الخلع يسجل وجوبا خلال شهر من صدور الحكم القضائي بت نهائيا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه²

2-مكان تسجيل الخلع:

نصت الفقرة الثالثة من المادة 75 من قانون التسجيل على "... ويسجل كتاب الضبط³ و كتاب الإدارات المركزية والمحلية العقود التي يجب عليهم إخضاعها لهذا الإجراء في المكتب التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها مهامهم " ولأن كتاب الضبط يمارسون مهامهم في المحاكم والمجالس القضائية يكون التسجيل بالنسبة للقرارات القضائية ومنها الخلع في مكتب التسجيل الواقعة المحكمة في دائرة اختصاصه.

ثالثا -شهر القرار القضائي المتضمن الخلع ما كان محله عقارا:

إن القرار القضائي الذي يتضمن حق واردة على عقار إما بانتقاله أو الكشف عنه كما هو حال القسمة القضائية أو تعديله بموجب صلح أو حتى كان متضمنا لحقوق عينية على عقار ما دون الملكية كحق

¹ - كان سابقا كتاب الضبط هم المكلفين بالتبليغ (المادة 13) من الإجراءات المدنية بالنسبة لتكليف بالحضور أمام المحاكم بعد صدور القانون رقم 03/91 المؤرخ 1991/11/08 المتضمن القانون الأساسي للمحضرين القضائيين تحول الأشخاص إلى المحضر القضائي. أنظر سنقوقة:مرجع سابق، ص.26

² - يكون الحكم الصادر من القضاء بالخلع غير قابل للاستئناف فيما عدا الجوانب المادية، انظر نص المادة 57 من قانون الأسرة

³ -يفهم من هذا أن كتاب الضبط هم المكلفون بتحصيل الرسوم القضائية، أنظر في ذلك طاهري حسين: دليل أعوان القضاء والمهن الحرة،

نشر دار هومة، ط 2004 ، 1، الجزائر، ص115

الانتفاع والاستعمال... يستوجب شهره في المحافظة العقارية حتى يحقق آثاره، فالحق المتضمن في هذا القرار سواء كان نقلا للملكية أو الاعتراف بحق عيني واقع على عقار لا وجود له إلا بالشهر تطبيقا لقاعدة المادة 793 من القانون المدني والمادتان 15 و 16 من المرسوم 74/75 ولئن كانت المادة 15 و 16 من الأمر المذكور لم تتعرضا بالذكر لشهر الأحكام القضائية فإن التطرق لها تم بموجب المادة 14 من الأمر 74/75 حيث جاء في الفقرة الثانية من هذه المادة "... جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري بت العمل" ...

كما جاء في المادة 90 من المرسوم 63/76 قاطعة في وجوب شهر القرارات القضائية المتضمنة لحق عقاري حيث جاء النص فيها وجوب شهر هذه الأخيرة من طرف كتاب الضبط بتقرير ما يلي " : ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة" .
فالمادة قررت وجوب شهر القرارات القضائية الخاضعة للإشهار وقد بينت المادة 38 من نفس المرسوم نوع هذه القرارات القضائية وأنها المتضمنة لإنشاء أو تعديل أو إنهاء لحقوق عقارية والقرينة لفظة (بطاقة كل عقار) في آخر المادة¹

"لذلك إذاً فمن كسب حق عقاريا بموجب حكم قضائي تبقى يده مغلولة ممنوعة من التصرف في هذا الحق العقاري ما لم يجري إشهار مسبق لهذا الحكم القضائي حسب نص المادة 88 من مرسوم 63/76.

ونستنتج من كل ما سبق وجوب شهر القرار القضائي المتضمن انتقال عقار كبدل خلع من الزوجة إلى الزوج.

1- آجال الشهر:

تم تعديله بموجب المادة 4/353 من قانون المالية لسنة 2004 فجاء في الفقرة الثانية منه "... بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة (3) أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية"

فأجل الشهر بالنسبة للأحكام القضائية هو ثلاثة أشهر حيث يمنح كتاب الضبط هذه المهلة لشهر القرارات القضائية التي حرروها أو حررت بمساعدتهم طبعاً بعد صدورها من قاضي الجلسة.

2- مكان الشهر:

على كتاب الضبط مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية التي تتم بها إجراءات الشهر وينعقد الاختصاص في هذا المجال للمحافظة العقارية الواقع العقار المعني ضمن إقليمها.

1 - نص المادة 38 من مرسوم 63/76 هو " كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديلاً أو إنهاء لارتفاقات أو حقوق مشتركة يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار".

المطلب الثالث :

تخلف التوثيق والتسجيل والشهر عن انتقال العقارات محل الصداق والخلع

أوجب المشرع جملة من الإجراءات عند انتقال هذه العقارات كبديل للصداق والخلع

الفرع الأول :

آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر على العقارات المنتقلة كصداق

أولا - تخلف التوثيق وأثره

أوجبت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وجوب صب أي تصرف أو معاملة واردة صداق امرأته عقار وسماءه في عقد الزواج فإنه يستتبع هذا ضرورة صب هذا الإجراء في شكل رسمي أمام الموثق وإذا تخلف هذا الإجراء بقي العقار المعني على ذمة الزوج ولا ينتقل لزوجته لأن مجرد تسمية الصداق في عقد الزواج لا يستوجب معه نقل الملكية في العقار وحسب نص المادة 16 من قانون الأسرة إذا سمي الصداق في العقد وحدد استحقته الزوجة كاملا بالدخول أو بالوفاة وتبرز عنها حالتان عند عدم التوثيق.

- الحالة الأولى : إذ كان العقار المقدم كصداق لا زال قائم في ذمة الزوج لم يتصرف فيه فإن للزوجة أن تجبره على إتمام إجراءات التوثيق حتى ينتقل لها العقار بعد الإجراءات اللاحقة ويكون سندها في ذلك عقد الزواج الذي سمي فيه الصداق (وحدد العقار بعينه). كل هذا ما توافر أحد أمرين إما الدخول وإما موت الزوج حيث تطالب الزوجة ببقية الورثة بتوثيق العقار موضوع الصداق قبل قسمة التركة لأنه من ديون المتوفى¹
- الحالة الثانية : أن يكون الزوج قد تصرف في العقار ببيع أو هبة أو غيرها في هذه الحال إذا توفر أحد الشرطين إما الدخول بالزوجة أو موت الزوج جاز للزوجة المطالبة بالتعويض عن صداقها الذي هو حق لها بما يعادل قيمة العقار المعني المقدم سابقا كصداق، وإذا مات الزوج كانت قيمة العقار المقدم كصداق والمتصرف فيه دينا في تركة الزوج الهالك. مع ملاحظة أنم الزوجة إذا طلقت قبل الدخول استحققت نصف الصداق حسب المادة 16 ق أ فإذا كان العقار قابلا للتجزئة أخذت نصفه وإذا لم يوثق طالبت بتوثيق نصفه حتى تنتقل لها ملكية النصف، أما لو تصرف الزوج في العقار فلها المطالبة بنصف ثمنه بالتفصيل السابق.

ثانيا - تخلف التسجيل:

¹ - فضيل سعد :مرجع سابق، ص 91 .

وتقع تبعة عدم التسجيل على عاتق الموثق المحرر للعقد لأنه أدخل بأحد التزاماته حسب ما تقضي بت المادة 10 من قانون التوثيق¹ فيكون جزء ذلك توقيع عقوبة مالية على هذا الموثق بالإضافة إلى العقوبة الأدبية جميع الأحكام المختلفة فإن إدارة الضرائب تستطيع أن تتابع الرسوم المستحقة إلى الخزينة ضد كل الأطراف المذكورة في العقد والأحكام.

هذا ما لم تتقدم هذه المستحقات بمرور 10 سنوات في الحالات العادية وبمرور 4 سنوات في حالة تسجيل عقد آخر يظهر هذه الحقوق السابقة من تاريخ تسجيلها ويستطيع الأطراف أن يعودوا على الموثق في تعويض المبالغ التي دفعوها لإدارة الضرائب لأن هذه المبالغ قد دفعت من قبل للموثق التي قررت أن حقوق التسجيل يستخلصها الموثق من الأطراف / بمناسبة توثيق العقد حسب المادة 81 ثم يدفعها لإدارة الضرائب، فالمفترض أن هذه المستحقات قد دفعت سلفاً.

ثالثاً - تخلف الشهر:

شهر العقد المتضمن انتقال عقار بمناسبة الصداق يبقي هذا الأخير على ملكية الزوج ولو وثقه وسجله فلو تصرف الزوج في هذا العقار تصرفاً ثانياً بأن باعه مثلاً لشخص آخر بعدما قدمه أولاً كصداق لزوجته، وكانت إجراءات الشهر لهذا البيع سابقة عن إجراءات شهر انتقاله كصداق فإن ملكية هذا العقار تنتقل لشخص المشتري في حين ليس لزوجته إلا الرجوع بالتعويض عن قيمة هذا العقار² يدفعها الزوج.

الفرع الثاني :

آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر على العقارات المنتقلة كبدل للخلع

أولاً - تخلف التوثيق:

بيننا سابقاً أن الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي حسب ما دلت عليه المادة 57 من قانون الأسرة وأوضحنا أن الحكم القضائي الصادر بالخلع يمثل سنداً رسمياً بجل محل العقد الرسمي فيكون أداة لإثبات ملكية الزوج للعقار الذي اختلت بت الزوجة بعد تسجيله وشهود ولا يمكن الحديث هنا عن عدم توثيق الخلع المتضمن انتقال عقار كمقابل له لأن القانون فرض أن يكون الخلع بحكم قضائي ولا مجال لحدوث الخلع وأحكامه ما لم تنطق بت المحكمة، فالخلع إذن يكون بحكم قضائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه ولأن مقابل الخلع عقار كان هذا الحكم القضائي وسيلة إثبات لملكية هذا العقار وهو بقوة الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه لصدوره من أحد السلطات الثلاث في البد (السلطة القضائية).

¹ - والمادة 58 من قانون التسجيل.

² - حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 122

ثانيا - تخلف التسجيل:

أوجبت المادة 213 من قانون التسجيل ضرورة تسجيل القرارات القضائية حتى تحصل الدولة المستحقات الضريبية على هذه القرارات وأكدت هذه المادة 60 من نفس القانون وتبعية تخلف التسجيل تقع على عاتق كتاب الضبط بالمحاكم والمجالس¹ الذين أهملوا تسجيل القرارات القضائية ونصت المادة 93 من قانون التسجيل على غير أن الموثقين الموظفين وكتاب الضبط وأعاون تنفيذ كتابات تحت طائلة عقوبة تأديبية.

ثالثا - تخلف الشهر:

إن مكانة الشهر جلية في تحقق الأثر العيني بت فلا انتقال للملكية ما لم يشهر المحرر أو العقد⁶³ تبعة عدم الشهر / أو الحكم المتضمن انتقال أملاك عقارية وقد جعلت المادة 99 من المرسوم 76 ملقاة على عاتق من أوجبت المادة 90 من نفس المرسوم عليهم القيام بالشهر فجاء في نص المادة 99 ما يلي "... :فإن عدم مراعاة الأجل المنصوص عليها في هذه المادة يعاقب عليها بغرامة مدنية قدرها 100 دج تكون على عاتق محرري العقد المشار إليهم في المادة 90 ...² ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية..."

وهذا يعني وقوع الغرامة المالية على كل من الموثق وكتاب الضبط المعني...ونكرر الملاحظة السابقة بوجوب أن يتابع الشخص المعني بالعقد أو بالقرار القضائي الذي ينقل له الملكية عملية التسجيل والشهر ويتأكد من أن المعنيين قاموا بها حتى يحفظ حقوقه.

1 - كتاب الضبط قسمين هما - 1 :كتاب أقسام الضبط، -2 كتاب ضبط وهناك مناصب عليا تابعة للأسلاك موظفي كتاب الضبط هي (1 رئيس كتابة الضبط الجهة القضائية، (2 رئيس كتابة الضبط للغرفة، (3 رئيس كتابة الضبط للقسم، (4 رئيس المصالح الإدارية. لزيادة بيان أنظر محمد أمقران: النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، . 1994 وكذلك حسين طاهري: مرجع سابق.

2 - كانت الغرامة المالية الموقعة على المكلفين بالشهر جراء إهماله هي 100 دج وجعلها قانون المالية لسنة 1997، 1000 دج.

الختام

الخاتمة

إن العقار يتبوأ مكانة هامة في حياة الأمم، لذلك حضي بتقنيات خاصة في مجال إثبات ملكيته، حيث نجد المشرع الجزائري في هذا المجال فرض ركنا رابع هو الشكلية.

-شكلية العقد والتصرف الوارد على عقار، تقتضي إفراغ و ترجمة الإرادة، سواء بين طرفين أو من طرف واحد (الوصية .) (في مدونة أو ورقة، أو سند رسمي، يصدره وجوبا شخص مكلف ومخول قانونا بذلك، وقد خول القانون الموثقين الاضطلاع بهذه المهمة.

-يدعي بعض الكتاب والفقهاء أن نظام التوثيق نظام فرنسي محض، وقد بينا أن الإسلام دعا إلى ذلك قبل 14 قرنا من الزمن، فأوجب كتابة الدين وقد أحسن السلف تجسيد أية الكتابة فاتخذوا كتابا يقيدون معاملات الناس على تنوعها في مدونات تشهد بذلك، تطبيقا لما يعرف حاليا بالشكلية في العقود، فالإسلام عرف الرسمية قبل أن يعرفها الغرب.

-جعل المشرع للعقار خصوصية ينفرد بها، فلا تنتقل ملكيته إلا بالشهر، و لو روعيت جميع الأركان والشروط في تصرف عقاري ما ،وتخلف الشهر بقي العقار في ذمة صاحبه ولم ينتقل لغيره، فالمشرع الجزائري منح للشهر سلطانا على أي معاملة، أو تصرف وارد على عقار .فلا تكون سارية المفعول أي معاملة تتضمن عقار، ما لم تشهر بالمحافظة العقارية.

-للتسجيل دور جبائي ودور إثباتي، حيث تفرض على معاملات الأفراد في عقاراتهم رسوم يدفعونها لخزينة الدولة، زيادة في السيولة المالية لذمة الدولة التي تضطلع بمهام تطوير المجتمع وتحديثه، كما أن التسجيل يلعب دور إثباتي بالنسبة للعقود المسجلة قبل 1971 التاريخ، يكون لها تاريخ ثابت بنص المادة 328 ق.م. في مجال انتقال العقار وفق قانون الأسرة استنبطنا النتائج التالية:

-الملكية العقارية تنتقل في تقنين الأسرة وفقا للحالات التالية: بمناسبة الهبة و الوصية، أو الخلع و الصداق، وقد ينتقل حق انتفاع العقار بمناسبة الوقف وبمناسبة واقعة مادية هي الوفاة، أين ينتقل الإرث من المورث إلى الوارث.

-انتقال العقار في قانون الأسرة يحكمه ما يحكم العقار عموما، حيث توثق وتسجل وتشهر العقارات المنتقل ملكيته بسبب: الهبة أو الوصية، وبسبب الخلع والصداق، وحتى الميراث.

-الوصية العقارية تشهر، ويكون لشهرها خاصية مميزة هي تخلفها إلى بعد وفاة الموصي، حيث تشهر مع الشهادة التوثيقية الخاصة بالميراث، لأن مصدرهما واحد فكلاهما يؤخذ من التركة .وخرجنا بذلك من معضلة تعارض نصوص القانون المدني وقانون الأسرة بشأن الوصية، وكان الحل الذي عرضه القانون تخلق عملية شهرها إلى ما بعد وفاة الموصي، وجعل عملية شهرها مناط بالموثق المبرم لعقد الوصية.

-في شأن الميراث بينا أن عقارات التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بالشهر، عكس ما ذهب إليه معظم من تناول هذا الموضوع ، حيث يذهبون إلى أن عقارات التركة تنتقل للورثة بمجرد وقوع حادثة الوفاة ، و هم في ذلك ينقلون كما بينا عن القانون المصري الذي يختلف عنه تقنيننا، و أثبتنا بعد مناقشة المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 اللتان تناولتا الموضوع أنهما يخصصان بدأ سريان انتقال العقار بحادثة الوفاة ،حيث تخرجه المادة 15 عن المبدأ العام وتقرر أنه يكون ساري المفعول بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة لكن بعد شهره.

-الصداق و الخلع قد يكون بدلا عنهما عقارات، و انتقال العقار كصداق، يستوجب صب هذا الانتقال في قالب شكلي أمام الموثق وشهره ،حتى تنتقل ملكية هذا العقار من الزوج المستقبلي إلى زوجته المستقبلية وهو تصرف من قبيل العقود غير المسماة.

-الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي، و بعد أن يصبح نهائيا، يتحول إلى أداة لإثبات ملكية العقار المنتقل لزوج من زوجته بعد الخلع، ولذلك يستوجب شهره ،حيث أثبتنا أن القانون يوجب شهر هذه الأحكام المتضمنة نقل ملكية عقارية) عقد قضائي.

ومن أهم الاقتراحات التي يسجلها هذا البحث على مستوى قانون الأسرة:

1-ضرورة إعادة النظر في بعض مواد قانون الأسرة، التي لم يطلها التعديل، مثال ذلك :نص المادة : 206التي توجب مراعاة قانون التوثيق في العقارات.رغم أن قانون التوثيق قد عدل مرارا، أخرها بالقانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فيفري ذلك تحيل هذه المادة عليه في شأن العقارات، متبنية ما كان ثابتا في قانون التوثيق الأول رقم 70/91 الذي أوجبت المادة 12 منه صب كل معاملة واردة على عقار في قالب شكلي، فمضمون هذه المادة لم يظهر في التعديلات والقوانين اللاحقة التي ألغت القانون رقم 70/90 المتضمن التوثيق، وحول مضمون المادة 12 منه إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني حاليا، لذلك نرى من الأجدر أن

تعديل هذه المادة التي تجاوزتها القنينات الحالية، بحيث توجب مراعاة القانون المدني لا سيما المادة 324مكرر 1 منه، بدلا من قانون التوثيق كما نقترح ضرورة إعادة صياغة المادة 15 من الأمر رقم 74/75 بحيث تكون واضحة في الدلالة على أن عقارات التركة تنتقل بالشهر،لكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة ،وهذا هو مدلولها الحالي لكن بغموض إذ تعتبر عملية الشهر هي من ينقل ملكية عقارات التركة للوارث، حيث أن السائد في الفقه الجزائري أن التركة ومن ضمنها عقاراتها تنتقل للورثة بمجرد حدوث واقعة الوفاة .وهذا فيه تعارض مع القانون المدني خصوصا المادة 793 منه التي تجعل من الشهر الوسيلة الوحيدة لانتقال العقارات .وكان معظم من تناول هذا الموضوع يعتمد على نص المادة 15 من الأمر 74/75 التي تنص في فقرتها الثانية على أن سريان انتقال عقارات التركة يكون من يوم الوفاة ، و يسقطون على أحكام هذه المادة ما قرره الفقه المصري الذي يختلف في هذه النقطة عن تقنيناتنا ، فأكدنا أن هذه المادة تخصص المبدأ العام في انتقال العقار،المؤكد لان الانتقال

في العقار لا يكون إلا بالشهر ،ويسري من تاريخ الشهر،فخصت الفقرة الثانية من هذه المادة عقارات التركة التي أقرت أنها تنقل بالشهر،لكن بأثر رجعيًا يعود إلى يوم وفاة المورث. 63 ، بحيث تكون 3- / ونقترح كذلك إدخال تعديل على المادة 39 من المرسوم رقم 76 عملية شهر الوصية ظاهرة في نص المادة حتى يزول اللبس ويقل الخلاف.

4- وحتى يوضع حد للقول الشائع بانعدام شهر الوصية العقارية لانعدام النص ؟. فنص المادة 39 ورد فيه ذكر شهر الوصية ضمن شهر الشهادة التوثيقية التي تشهر بواسطتها انتقال عقارات التركة. بحيث يتضح أن شهر الوصية يتميز بخصوصية هي : (أن يؤجل شهرها بعد توثيقها) إلى ما بعد وفاة الموصي ، فنخرج بذلك من معضلة تضارب نصوص القانون المدني في شأن شهر ، مع تعريف الوصية في قانون الأسرة ، و يكون بذلك قانون الأسرة مكملًا للقانون المدني

5- نظرًا لضخامة العمل الذي يناط بالموثق، لكونه خولته السلطة العامة أحد وظائفها وهو إصدار العقد الرسمي .نعتقد أن المشرع الجبائي قد أجحف في حق الموثق بإقحامه في عملية تحصيل حقوق التسجيل، لأن ذلك يخرج بت عن وظيفته الأساسية، فالموثق رجل قانون بالدرجة الأولى ومهمته إعطاء العقد حقه من الناحية القانونية بإضفاء الصيغة الرسمية عليه حسب المادة 324 من القانون المدني، والمادة 03 من قانون التوثيق وحتى لو فرض له أن يكون عون جبائية يساهم في ضمان التحصيل لحقوق الخزينة العمومية والجماعات المحلية لكن ليس بهذه الضخامة التي تؤثر على وظيفته الأساسية واختصاصه الأصل ،لأن الموثق مطلوب منه في مجال الجبائية بدل عناية واجتهاد جبار حتى يتفاد ارتكاب أي خطأ يتعلق بقوانين الجبائية، في ظل عدد هائل من القوانين التي تصدر تباعا، معدلة ومتممة وحتى لاغيه لبعضها البعض. فقانون المالية يأتي كل سنة بتغييرات كثيرة يتعين على الموثق الإحاطة بها كلها ،وهذا ما يصعب حتى على المختصين الماليين وخبراء الجبائية متابعتها بدقة وفي أوانها، فضلا على العمل بها، فكيف يتأت للموثق الإحاطة بها كلها فضلا على ميدانه الأصل الذي هو القانون، وما يحدث فيه كل سنة من تغييرات وتعديلات وإلغاءات يتعين عليه الإلمام بها وإلا تجارزه الحدث، هذا بالإضافة إلى أن الموثق في مهمته الجبائية لا يكلف كما قلنا خزينة الدولة سنتيما واحدا، بل على العكس من ذلك تفرض عليه

ضريبة مقابل ما يتقاضاه من أتعاب بحكم خضوعه إلى نظام جبائي كونه يمارس مهنة حرة، حيث يفرض القانون ضريبة على المهن الحرة. ولئن كان ليس من الصعب على الموثق تحصيل مبالغ رسوم التسجيل وإيداعها بقباضة الضرائب المختصة إقليميا ،لكن الإشكال فيما لو ارتكب خطأ في الحسابات مع أطراف العقد أو مع الخزينة العمومية فإنه يتحمل دفع العجز من أمواله الخاصة وإلا سجن؟!.

وأنصافا للموثق وتمكيننا له من أداء مهمته القانونية على أحسن وجه، لا بد من تبني أحد الحلين التاليين في اعتقادنا.

-الحل الأول: التخفيف من مهام ووظيفة الموثق الجبائية، بجعل المكلف بالتسجيل شخص آخر غير الموثق يتجه له الأطراف لتسجيل عقودهم، ولنا مثلا في ذلك فقد كانت قباضات البريد والمواصلات تقوم ببيع الطوابع الجبائية لحساب قابض الضرائب ثم حولت هذه المهمة إلى مكاتب الضرائب نفسها حاليا.

-الحل الثاني: طرح فكرة التخصص القانوني للموثق بحيث يصبح كل موثق متخصص في مجال معين مثلا موثق متخصص في العقود العقارية والحقوق العينية موثق مختص في مجال عقود الشركات التجارية وآخر مختص في مجال الأحوال الشخصية وهكذا حتى يخف العبء على الموثق حيث تتوحد أنواع العقود التي يحررها ومن ثمة تتوحد الرسوم على هذه العقود بحيث تكون إما ثابتة أو نسبية أو تصاعدية وهذا ما يسهل الأمر على الموثق، و يعود على الفرد والمجتمع بالاستقرار في المعاملات، و الاطمئنان على عقودهم لأنها في أيد متخصصة أمنية. من خلال دراستنا لقانون الأسرة سجلنا ما جاء في المادة 40 من قانون الأسرة 02 ، في فقرته الثانية ما يلي: يجوز للقاضي اللجوء إلى / المعدل بالقانون رقم 05 الطرق العلمية لإثبات النسب. فالمادة تتحدث في بدايتها عن كيفية إثبات النسب وقررت أنه يثبت:

-بالزواج الصحيح

-بالإقرار

-بالبينة

-بنكاح الشبهة

-بكل زواج تم فسخه بعد الدخول

فإذا ادعت امرأة أن حملها، أو المولود الذي وضعته ينسب لشخص ما، و أنكر هذا الشخص هذا النسب. حسب الفقرة الثانية من هذه المادة، يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب، مع العلم أن قانون الإجراءات الجزائية مقرر فيه قاعدة بينة، تفيد عدم جواز أخذ الدليل من جسم الجاني، وهذا الأمر فيه تعارض بين هذه القاعدة والفقرة الثانية من المادة 40 من قانون الأسرة وهو موضوع قابل لأن يتناوله البحث العلمي بالدراسة.

قائمة المصادر و المراجع

المصادر

- 1- القرآن الكريم
 - 2- الحديث الشريف
- المراجع بالعربية:**
- أ - الكتب**
- 1- إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان :منار السبيل في شرح الدليل، نشر مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض ط 1996 .
 - 2- أبو إسحاق الحويني :الانشراح في آداب النكاح، نشر دار الإمام مالك، ط 1 ، الجزائر، 1997
 - 3- أبي الحسن علي الحسيني التدوي :ماذا خسر العالم بانحطاط المسلمين، نشر مكتبة رحاب، الطبعة العاشرة، 1987
 - 4- أحمد بن علي بن حجر العسقلاني :فتح الباري شرح صحيح البخاري، نشر دار المعارف، بيروت، د.ت، المجلد 9
 - 5- أحمد محرز -القانون التجاري الجزائري الجزء الثاني، نشر ديوان المطبوعات الجامعية سنة 1980، الجزائر.
 - 6- الأستاذ إبراهيم سعد والأستاذ همام محمود زهران :أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، نشر دار الجامعة الجديدة سنة 2001.
 - 7-
 - 8- الأستاذ .دحمان صبايحية عبد القادر رئيس الغرفة الجهوية للوسط :موضوع بعنوان مهنة التوثيق بين إرث الماضي والتطلع إلى المستقبل، مجلة الموثق، العدد الأول، نوفمبر 1997
 - 9- أنظر أحسن بوسقيعة :الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002
 - 10- أنظر الشوكاني :نيل الأوطار، المجلد الثالث، ج 6 ، دار الجيل، بيروت، دت، ص 74.
 - 11- أنظر مدحت محمد الحسنين :إجراءات الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1995
 - 12- أنور طلبية :العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004

- 13- بدران أبو العينين بدران :الفرق المقارن للأحوال الشخصية، ج1 ، دار النهضة، لبنان،1967
- 14- بدران أبو العينين بدران :الفرق المقارن للأحوال الشخصية، ج1 ، نشر دار النهضة العربية ، بيروت، 1967 ، ص187
- 15- بشير بلعيد :القواعد الإجرائية أمام المحاكم والمجالس القضائية، نشر دار البعث، قسنطينة،2000
- 16- بلحاج العربي :الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج2 ، ديوان المطبوعات الجامعية،2004
- 17- بوحلاسة عمر :شهادة الشهود في العقود التوثيقية، مجلة الموثق، العدد 09 و 10 الصادر بتاريخ 2003 ، العدد 09 ، العدد10
- 18- بورويس زيدان :دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية، مداخلة بمناسبة اليوم الدراسي المنظم من طرف الغرفة الجهوية للموثقين ناحية الشرق بمدينة سكيكدة، غير منشور .بتاريخ 29/05/ 2001
- 19- بوزن الحبلى محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي مختار الصحاح، مكتبة لبنان، إخراج دار المعاجم،1985
- 20- جمال الدين القاسمي :الاستئناس لتصحيح أنكحة الناس بتحقيق علي حسن عبد الحميد، نشر دار الشهاب، باتنة، د.ت.
- 21- جمعة محمود الزريقي :نظام الشهر العقارب في الشريعة الإسلامية، منشورات دار الأفاق الجديدة، بيروت، ط 1، 1988
- 22- الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري :مختصر صحيح مسلم، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط، 1996 ، الحديث رقم999
- 23- حمدي باشا عمر :عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، نشر دار هومة، 2004 ، ص46
- 24- حمدي باشا عمر :نقل الملكية العقارية ، نشر دار هومة بتاريخ 2002 ، الجزائر.
- 25- خليل أحمد حسن قدارة -الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، نشر ديوان المطبوعات الجامعية2001 قائمة المصادر والمراجع
- 26- خليل أحمد حسن قدارة :الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية،1994
- 27- رمضان أبو السعود :الوجيز في الحقوق العينية الأصلية) أحكامها ومصادرها(، نشر دار الجامعة الجديدة، 2004 ، مصر.

- 28- سماعيلين شامة: النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، نشر دار هومة، ط1
الجزائر، 2003
- 29- السنهوري: الوسيط، المجلد 8 الباب الأول، القسم الثاني، منشورات الحلبي،
بيروت، 1998
- 30- شمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية: زاد المعاد في
هدي خير العباد، نشر دار، المجلد 5
- 31- صداقي عمر: رسالة ماجستير بعنوان شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري،
جامعة الجزائر، دت غير منشور.
- 32- الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط
11991، المجلد 3
- 33- طاهري حسين: دليل أعوان القضاء والمهن الحرة، نشر دار هومة، ط 2004، 1،
الجزائر.
- 34- طوايبيه حسن: نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق
والعلوم 2002 غير منشورة - .القانونية، الجزائر العاصمة، سنة 2001
- 35- عبد الحفيظ بن عبيدة: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع
الجزائري، نشر دار هومه، الجزائر، 2003
- 36- عبد الرحمن بريارة: طرق التنفيذ في المسائل المدنية، منشورات بغدادية، ط 1،
الجزائر، 2002.
- 37- عبد العزيز سعد: الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط، دار هومة،
الجزائر، 1996
- 38- عبد العظيم بن بدوي: الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، نشر دار الإمام مالك،
سنة 1996، الجزائر.
- 39- عبد المنعم البدرابي - حق الملكية نشر مكتبة سيد عبد الله وهبة سنة 1973 ، ط 1 ،
مصر.
- 40- عمار علوي: الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، 2004 ، الجزائر.
- 41- عمر يحيوي: نظرية المال العام، نشر دار هومة، 2002 ، الجزائر.
- 42- فضيل سعد: شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986
- 43- القرطبي: الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية،
لبنان، 1988.

- 44- لبنى مختار :وجود الإرادة وتأثير الغلط عليها في القانون المقارن، نشر ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984
- 45- ليلي زروقي وحمدى باشا عمر :المنازعات العقارية ، نشر دار هومة، طبعة 2002 الجزائر.
- 46- مجيد خلفوني :نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط1 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003
- 47- محمد إبراهيم شقرة :المجتمع الرباني، قصر الكتاب، البليدة، والحديث في صحيح الجامع برقم 1731
- 48- محمد أمقران :النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1994
- 49- محمد العمراني :المراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار الجزائر، 2000
- 50- محمد بن صالح العثيمين :التعليقات على الأربعين النووية، نشر دار الإمام مالك، 2001
- 51- محمد بن علي الرحبي :شرح الرحبية في الفرائض، مؤسسة الكتاب الثقافية، لبنان، 1997
- 52- محمد حسنين :نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب
- 53- محمد زهدور :في كتابه الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991
- 54- محمد صالح العثيمين :التعليقات على الأربعين النووية، دار الإمام مالك، الجزائر، 2001
- 55- محمد عليش :منح الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر، بيروت، 1984 ، ط، المجلد 8
- 56- محمد محدة :الأحكام الأساسية لأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، د.ت.
- 57- محمد محدة :التركات والمواريث في الشريعة الإسلامية، نشر دار الطباعة والنشر عمار قرفي، 1982 ، باتنة.
- 58- محمد مصطفى شلبي :أحكام المواريث بين الفقه والقانون، نشر دار النهضة العربية، بيروت، 1978
- 59- محمد وحيد الدين سوار : الحقوق العينية الأصلية، نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ط1 ، الأردن، 1994
- 60- محمدي فريدة(زواوي): الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000

- 61- مراد شكري :المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية، دار الإمام مالك، ط1
الجزائر،1998
- 62- مراد شكري :المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية، دار الحسن للنشر والتوزيع،
الأردن،1998
- 63- نظير فرج مينا :الموجز في الإجراءات الجزائرية الجزائري، ديوان المطبوعات
الجامعية،1992 ، الجزائر .
- 64- وهبة الزحيلي :الفقه الإسلامي وأدلته ،ج4 ، نشر دار الفكر ، ط 1985 ، 2، دمشق.

ب- مقالات

- 1- بورويس زيدان (مؤثق)مقال بعنوان :الطرف والإجراءات العملية لتحريير عقد توثيقي،
مجلة المؤثق، الجزائر، العدد 07 جوان و جويلية 2002

ج- محاضرات

- 1- بورويس زيدان - مؤثق - محاضرة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم بولاية سكيكدة
بعنوان دور من طرف الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الشرق بتاريخ29 /05/ 2001
- 2- بورويس زيدان - مؤثق - محاضرة ألقيت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم بولاية سكيكدة
بعنوان دور من طرف الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الشرق بتاريخ29 /05/ 2001
مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية.
- 3- عبد الرحمن ملزي :محاضرات ألقيت على طلبة القضاء الدفعة الثالثة سنة 2002 ، مادة
(القانون المدني) غير منشور .
- 4- الأستاذ ملزي عبد الرحمان :محاضرات ألقيت على طلبة القضاء الدفعة الثالثة2002 ،
غير منشور .

المراجع بالفرنسية:

- 65- Adde. Dallez : Répertoire de droit civil, 2e édition, mise a jour 1977,
tome VI, recueil Vo propriété sect 1er étude général du droit de propriété,
Paris.
- 66- Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud, François chabas- leçons de
droit civil, 8e édition, tome II, deuxième volume, Montchrestien, Paris.
- 67- Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 4,
deuxième édition, 1971, édition Montchrestien, Paris.

- 68- Jean Mazeaud.Henri et léon mazeaud. François chabas- leçons de droitcivil tome II Biens droit de propriété 52 édition. Montchrestien 1994.
- 69- Latrous Bachir : Cours de droit civil, surettes et publicité foncière, office des publications universitaires, Alger, 1984, P 116.
- 70- Latrous. Bachir- cours de droit civil. Suretes et publicité foncière. office des publications universitaires 1983, Alger .
- 71- Voir. Jean Mazeaud : leçons de droit civil, précité.

المجلات:

- 76- مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2000 . 77- المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 03 ، ص . 60 المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 02.

الفهرس

01	المقدمة
07	الفصل الأول: انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بسبب الوفاة
08	المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية بسبب الهبة
09	المطلب الأول: ماهية الهبة
09	الفرع الأول: التعريف بالهبة وما يتعلق بها من أحكام
12	الفرع الثاني: أركان الهبة
16	الفرع الثالث: خصائص عقد الهبة
21	المطلب الثاني: الشروط التي أوجبها القانون في انتقال الهبة إذا كان محلها عقارا
21	الفرع الأول: توثيق الهبة العقارية
22	الفرع الثاني: تسجيل عقد الهبة
23	الفرع الثالث: شهر عقد الهبة العقارية
28	المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال الهبة العقارية
28	الفرع الأول: تخلف التوثيق وأثاره في عقد الهبة العقارية
30	الفرع الثاني: تخلف تسجيل عقد الهبة
31	المبحث الثاني: انتقال الملكية العقارية بالصدّاق والخلع
31	المطلب الأول: ماهية الصّدّاق والخلع وأحكامهما
31	الفرع الأول: ماهية الصّدّاق وأحكامه
33	الفرع الثاني: ماهية الخلع وأحكامه
39	الفرع الثالث: خصائص الخلع
42	المطلب الثاني: الشروط المستوجبة قانونا في انتقال العقار بسبب الصّدّاق والخلع
42	الفرع الأول: توثيق وتسجيل وشهر العقارات محل الصّدّاق
43	الفرع الثاني: توثيق وتسجيل وشهر العقارات محل الخلع
49	المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر عن انتقال العقارات محل الصّدّاق والخلع
49	الفرع الأول: آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر على العقارات المنتقلة كصدّاق
52	الفرع الثاني: آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر على العقارات المنتقلة كبذل للخلع
52	الفرع الثالث: دور الإشهار في النظام القانوني الجزائري
55	الفصل الثاني: انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة بسبب الأحياء
55	المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية بالميراث

57	المطلب الأول: ماهية الميراث
57	الفرع الأول: التعريف بالميراث وما يتعلق بت من حقوق
63	الفرع الثاني: أركان الميراث وشروطه
65	الفرع الثالث: أسباب الميراث وموانعه
71	المطلب الثاني: الشروط المستوجبة قانونا في انتقال عقارات التركة
71	الفرع الأول: توثيق انتقال عقارات التركة
72	الفرع الثاني: تسجيل حقوق انتقال عقارات التركة
73	الفرع الثالث: شهر انتقال عقارات التركة
74	المطلب الثالث: آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر في انتقال عقارات التركة بسبب الميراث
74	الفرع الأول: تخلف التوثيق
75	الفرع الثاني: تخلف التسجيل
77	الفرع الثالث: تخلف الشهر
77	المبحث الثاني: انتقال الملكية العقارية بالوصية
78	المطلب الأول: ماهية الوصية
78	الفرع الأول: التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام
82	الفرع الثاني: أركان الوصية وخصائصها
83	الفرع الثالث: موانع الوصية
84	المطلب الثاني: الشروط المستوجبة قانونا في انتقال الوصية - إذا كانت عقارا
85	الفرع الأول: توثيق الوصية
87	الفرع الثاني: تسجيل الوصية
88	الفرع الثالث: شهر الوصية
90	المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال العقار بالوصية
90	الفرع الأول: تخلف التوثيق وآثاره على انتقال العقار بالوصية
91	الفرع الثاني: تخلف تسجيل الوصية
93	الفرع الثالث: تخلف شهر الوصية
94	الخاتمة
101	قائمة المصادر والمراجع
108	الفهرس

