

جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1/الجزائر

كلية الحقوق

مقياس

مقرر التدريس

إعداد الدكتور: عمار نكاع

nekaaamar1@gmail.com

محاضرات موجهة إلى طلبة السنة الثانية ماستر

تخصص: قانون عقاري/ توثيق

السنة الجامعية 2021/2020

مقدمة

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وبعد .

فقد نظم التشريع الجزائري تصرفات التبرع في القانون المدني وفي قانون الأسرة، وفي القوانين الخاصة (قانون واحد) وهو قانون الأوقاف رقم 10/91 مؤرخ في 1991/04/27 متعلق بالأوقاف. معدل ومتمم بالقانون 07/10 المؤرخ في 2001/05/22 والقانون رقم 10/02 المؤرخ في 2002/12/14 ونسجل أن التشريع الجزائري لم يخرج فيما يخص التبرعات عما تبناه باقي التشريعات العربية، إذا استثنينا التشريع المغربي الذي لم ينظم أهم عقد تبرعي وهو عقد الهبة، وترك الأمر للقضاء يجتهد في أحكامها بالاعتماد على الفقه المالكي على الخصوص المعتمد في كامل منطقة المغرب العربي. كما يلاحظ أن التشريع الجزائري لم يتبع أغلب التشريعات العربية في تنظيمها لأهم عقدي التبرع - عقد الهبة وعقد الوقف - في القانون المدني ، بل فضل جعل أحكمهما متضمنة في قانون الأسرة، وتبعه في ذلك التشريع التونسي، وأحال فيما لم ينص عليه قانون الأسرة على مبادئ الشريعة الإسلامية، حسب المادة 222 من قانون الأسرة والمادة 02 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.

كما نسجل أن أهم عقود التبرع وأشهرها والشائعة بين الناس هي الهبة والوقف والوصية والصدقة. الثلاثة الأولى نظم قانون الأسرة الجزائري أحكامها ، وسنتطرق لها بالتفصيل¹ أما الصدقة فلم ينظم أحكامها التشريع الجزائري، لكنه استخدم لفظها في تعريف الوقف في نص المادة 213 من قانون الأسرة، كما لم تنظم باقي التشريعات العربية موضوع الصدقة عدا التشريع اليمني.

وقد تطرق القانون المدني الجزائري للهبة و الوقف من خلال تعديله بالقانون رقم 10/05 حيث ذكر في الفقرة 2 من المادة 16 أن الهبة والوقف يسري عليهما قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما. كما ذكر الوقف في المادة 49 حيث منحه بموجبها الشخصية المعنوية.

أما الوصية فقد ذُكرت في أربع مواد : المادة 16 التي جاء في فقرتها الأولى مايلي:

" يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات التي تنفذ بعد الموت قانون جنسية الهالك أوالموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته "

والمادة 775 التي أحالت في أحكام الوصية على قانون الأحوال الشخصية، والمادة 776 التي ألحقت التصرفات الواقعة في مرض الموت بالوصية، والمادة 777 التي جعلت التصرفات عبارة عن وصايا إذا تصرف شخص لورثته واستثنى لنفسه حيازة الشيء و الانتفاع به مدة حياته والمادة 844 التي جوزت الوصية بحق الانتفاع لأشخاص متعاقدين كما جوزته للحمل المستكن.

¹ نتعرض بالدراسة لعقد الهبة ،والوصية بداية....

أما سائر عقود التبرع الأخرى التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع وإنما مجرد عدم دخول عوض في ذمته (عقود التفضل) فلم يختلف فيها القانون المدني الجزائري عن القوانين العربية الأخرى فذكر أوصافها وأحكامها فتطرق للوديعة بغير أجر في المواد 592 و 596 والعارية بلا عوض في المادة 538 والحوالة في المادتين 244 و 247 كما تعرض للوكالة التبرعية بنص المادة 581.

ونسجل كذلك اعتماد القانون المدني الجزائري للتصرف بالإرادة المنفردة كمصدر أساسي للالتزام في تعديله بالقانون 10/05 وقد أضاف فصل ثاني مكرر وعنوانه بالالتزام بالإرادة المنفردة ابتداء من المادة 123 مكرر كما أن أغلب التشريعات العربية نظمت أحكام الهبة في القانون المدني فضلا عن سائر التبرعات الأخرى عدا الوقف والوصية كالتشريع المصري والسوري والأردني والعراقي والكويتي. أما التشريع الجزائري والتونسي واليميني فنظموا أحكامها في قانون الأحوال الشخصية.

ولكون المقرر على طلبة السنة الثانية ماستر تخصص قانون توثيق، في مقياس عقود التبرع، مواضع الهبة والوصية والوقف... فسنناولها

، وفق الخطة التالية :

المبحث الأول: أحكام عقد الهبة
المطلب الأول: ماهية الهبة
الفرع الأول: التعريف بالهبة وما يتعلق بها من أحكام أولاً- التعريف بالهبة ثانياً- ما يتعلق بالهبة من أحكام ثالثاً- أنواع الهبات
الفرع الثاني: أركان الهبة أولاً- شروط انعقاد الهبة ثانياً- شروط صحة الهبة
الفرع الثالث: خصائص عقد الهبة أولاً- تحول الهبة إلى وصية ثانياً- الهبة لا تتم إلى بالحيازة
المطلب الثاني: الشروط التي أوجبها القانون في انتقال الهبة إذا كان محلها عقارا
الفرع الأول: توثيق الهبة العقارية
الفرع الثاني: تسجيل عقد الهبة أولاً- مكان تسجيل الهبة العقارية ثانياً- آجال تسجيل الهبة العقارية
الفرع الثالث: شهر عقد الهبة العقارية أولاً- آجال شهر الهبة العقارية
المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال الهبة العقارية

الفرع الأول: تخلف التوثيق وأثاره في عقد الهبة العقارية
الفرع الثاني: تخلف تسجيل عقد الهبة
الفرع الثالث: تخلف الشهر عن عقد هبة العقار
المبحث الثاني: أحكام الوصية
المطلب الأول: ماهية الوصية
الفرع الأول: التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام
أولاً- التعريف بالوصية
ثانياً- أنواع الوصايا
ثالثاً- أحكام الوصايا
الفرع الثاني: أركان الوصية وخصائصها
أولاً- أركان الوصايا
ثانياً- خصائص الوصية
الفرع الثالث: موانع الوصية
أولاً- موت الموصى له قبل الموصي
ثانياً- قتل الموصي عمداً من طرف الموصى له
ثالثاً- رد الوصية من طرف الموصى له بعد وفاة الموصي
رابعاً- هلاك الموصى به
خامساً- الوصية لوarith
المطلب الثاني: الشروط المستوجبة قانوناً في انتقال الوصية - إذا كانت عقاراً -
الفرع الأول: توثيق الوصية
أولاً- التوثيق في الوصية واردة على المنقول والعقار
ثانياً- حكم أن يكرن محل الوصية عقار
الفرع الثاني: تسجيل الوصية
أولاً- أجل تسجيل الوصية
ثانياً- مكان تسجيل الوصية
الفرع الثالث: شهر الوصية
أولاً- متى تنتقل الوصية إلى الموصى له إذا كانت عقاراً؟
ثانياً- أجل شهر الوصية
المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال العقار بالوصية
الفرع الأول: تخلف التوثيق وأثاره على انتقال العقار بالوصية
الفرع الثاني: تخلف تسجيل الوصية
الفرع الثالث: تخلف شهر الوصية

المبحث الثالث: ماهية الوقف وما يتعلق به من أحكام

المطلب الأول: ماهية الوقف

الفرع الأول: التعريف بالوقف

أولاً: التعريف اللغوي للوقف

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للوقف

الفرع الثاني: خصائص الوقف وطبيعته القانونية

أولاً- : خصائص الوقف

ثانياً- طبيعته الوقف القانونية

المطلب الثاني: أنواع الوقف ما يتعلق به من أحكام

الفرع الأول:- أنواع الأوقاف

أولاً: الوقف العام

ثانياً: الوقف الخاص

الفرع الثاني ما يتعلق بالوقف من أحكام

المبحث الثاني: إنشاء الوقف

المطلب الأول: أركان الوقف

الفرع الأول: أركان الوقف وشروطه

أولاً- شروط انعقاد الوقف

ثانياً- شروط صحة الوقف

الفرع الثاني: شروط الوقف

المطلب الثاني: إثبات الأملاك الوقفية

الفرع الأول: توثيق الأوقاف العقارية

الفرع الثاني: تسجيل الوقف

أولاً- مكان تسجيل الأوقاف العقارية

ثانياً- آجال تسجيل الأوقاف العقارية

الفرع الثالث: شهر الوقف العقاري

أولاً- آجال شهر الأوقاف العقارية

ثانياً - مكان شهر الأوقاف العقارية

تمهيد

أولاً: مفهوم التبرع:

التبرع لغة من العطاء، أي التفضل بما لا يجب على الشخص. وفاعله متبرعاً أي متطوعاً ومصدره تبرع والجمع تبرعات. وهو مأخوذ من لفظة برع يبرع وبروعاً وبراعة، فهو بارع، والمفعول مبروعٌ فيه. ويرع الفنان تميز وتفوق في مجاله، وفاق نظراءه. ويرع الكاتب في مهنته، تميز وتفوق في مجاله وفاق نظراءه. والرجل إذا تفضل بماله على غيره دون مقابل فهو بارع (متبرع) لأنه تغلب على فطرة مركوزة في الإنسان وهي حب المال ورغبة الاستئثار به دون غيره كما قال تعالى "وَأِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ" قل بن كثير [أَيُّ وَائْتُهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ وَهُوَ الْمَالُ لَشَدِيدٌ وَفِيهِ مَذْهَبَانِ " أَحَدَهُمَا " أَنَّ الْمَعْنَى وَائْتُهُ لَشَدِيدِ الْمَحَبَّةِ لِلْمَالِ " وَالثَّانِي " وَائْتُهُ لِحَرِيصِ بَخِيلٍ مِنْ مَحَبَّةِ الْمَالِ وَكِلَاهُمَا صَحِيحٌ.]

أما قانوننا فالمشعر الجزائري لم يعرف التبرع، رغم أنه عنون كتابا كاملا في قانون الأسرة: ب "كتاب التبرعات". حيث ذكر أحكام ثلاثة تصرفات، عقدين هما: الهبة والوقف، وتصرف انفرادي هو: الوصية

كذلك فعلت التشريعات العربية التي لم تُعرّف التبرعات تأثراً بالقانون الفرنسي الذي لم يعرف التبرعات لكنه عرّف العطايا، وعقد التفضل. فعرف عقد التفضل أنه "العقد الذي يقدم فيه أحد أطرافه إلى الآخر منفعة مجانية خالصة "

Le contrat de bienfaisance est celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

كما عرف العطايا أنها "التصرف الذي ينقل به شخص بدون عوض كل أملاكه أو جزء منها أو حقوقه أو جزء منها لصالح شخص آخر".

La libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne

والوحيد الذي عرف التبرع من التشريعات العربية هو المشعر اليمني حيث جاء في المادة 210 من القانون المدني اليمني مايلي " التبرع بلا عوض يلحق بالعقد ولا يتم إلا بقبض المتبرع له العين المتبرع بها قبضا تاما " وهو تعريف خاص بالتبرع الذي نشأ من عقد (اتفاق إرادتين) و لا يتناول التبرع الناشئ من تصرف بالإرادة المنفردة كالوصية . كذلك يشترط القبض و هو تمكين المتبرع من الشيء المتبرع به ، و هو ما تتناقض معه الوصية كما سنرى لاحقا . و حسب رأينا أحسن تعريف صالح للتصرف التبرعي ، و جامع لأنواعه فيضم عقود التبرع سواء كانت مقتضية للتملك كالهبة و الصدقة و غيرها مما فيه نقل حق عيني أو حق متفرع عن حق الملكية ، أو كان الالتزام المقدم مجرد التزام بعمل ، أو امتناع عن عمل

، بإدخال أنواع أخرى من التبرع لا تقتضي التمليك كالوكالة بدون أجر و القرض دون فائدة و غيرها ... و الفقه الإسلامي ، لم يضع تعريفا للتبرع ، و إنما عرف الفقهاء أنواعه كالوصية و الوقف و الهبة و غيرها . و كل تعريف لنوع من هذه الأنواع يحدد ماهية التصرف المعني فقط ، و مع هذا فان معنى التبرع عند الفقهاء كما يؤخذ من تعريفهم لهذه الأنواع ، لا يخرج عن كون التبرع هو بذل المال أو المنفعة للغير في الحال أو المال بلا عوض بقصد البر و الخير . قال الخطاب : التبرع هو إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف مطلقاً أو معلقاً على شيء فهو بمعنى العطية

و بناء عليه فان إطلاق التبرع في الفقه الإسلامي هو ما يقابل المعاوضة ، فيعم كل أنواع التبرع سواء كان تمليكا للعين أو المنفعة ، أو تقديم خدمة ، أو تنازل عن حق ، أو مجرد امتناع ، سواء كان نشأ من عقد أي باتفاق إرادتين أو من خلال تصرف بالإرادة المنفردة .

ثانيا : مقومات التبرع

لقيام التبرع لا بد له من مقومين اثنين أولهما تقديم التزام مجانا أي بدون مقابل ، و هو العنصر المادي . و ثانيهما نية التبرع بهذا الالتزام ، أي القصد و النية أن لا يقابل التزامه بأي عوض ، و هو العنصر المعنوي . فالعنصر المادي في التبرع أن يقدم المتبرع التزاما خاليا من العوض سواء كان إعطاء شيء ، أو القيام بأداء ، أو امتناع عن عمل ، و يكون هذا الالتزام بدون عوض أو مقابل عنه ، كنقله حق عيني ، أو أي حق عيني متفرع عن حق الملكية ، كحق الانتفاع أو حق الاستعمال و غيرها...

و مثل الأداء بدون مقابل القيام بعمل ينفع المتبرع له بدون انتظار عوض منه ، كالعارية ، و الوكالة بدون أجر ، و كالوديعة بدون اجر ، فالالتزام في هذه الحالة يعتبر تبرعا .

و لا يقوم التبرع بعنصره المادي فقط بل لا بد أن ينضم إليه القصد بالتبرع ، و هو العنصر المعنوي (النفسي) ، فان لم ينوي التبرع و يقصده ، لا نكون أمام تصرف تبرعي ، و هو من خصائص عقود التبرع و لا يوجد في عقود المعاوضة فقد يقدم الشخص التزاما بدون مقابل و لا تكون عنده نية التبرع كأن يوفى بالتزام طبيعي ، سقط بالتقادم فهو لا يتبرع و إنما يوفى ديناً و إن كان لا يجبر على الوفاء به ، فيعد تصرفه هذا وفاء لا تبرعا لتخلف نية التبرع

ثالثاً : تقسيمات التبرعات : تعدد صور التبرع و تتنوع ، لكنه يجمع بينها مفهوم تقديم التزام مجانا أي بدون عوض و تنقسم عقود التبرع

Contrats à titre gratuit أو تصرفات التبرع actes a titre gratuit

في القانون الفرنسي إلى قسمين :

- 1- الهبات: وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله لغيره، والعبرة أن يكون الالتزام المقدم هو تمليك كعقد الهبة و الوصية، تنقص من مال الواهب بقدر ما وهب، فتفقر ذمته وتثري ذمة غيره.
- 2- عقود التفضل:

أوعقود التبرع بالخدمات *contrats a titre gracieux. actes de bienfaisanc*

Contra de services gratuits وتتمثل في الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

فعقود التفضل هي عقود التبرع التي لا يترتب عليها خروج مال من ذمة المتبرع وإنما مجرد عدم دخول عوض في ذمة المتبرع مقابل ما يؤديه من خدمة للطرف الآخر، ومن أمثلة هذه العقود: عقد العارية والقرض بدون فائدة والوديعة بدون أجر والوكالة إذا كانت مجانية.

وأما عقود الهبات فهي تلك التي لا يترتب عليها مجرد عدم دخول عوض في ذمة المتبرع وإنما: خروج مال من ذمته ينقل إلى ذمة غيره.

المبحث الأول: أحكام عقد الهبة

إن الهبة هي التصرف التبرعي الشائع والمشهور بين الناس، فهي بموجب كونها تمليك، يخرج من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، تكون، سبب لانتقال الملكية عموماً. 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. ونحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على ماهية الهبة بذكر تعريفها، ومناقشتها، والتعريج على أحكامها وأنواعها وخصائصها وأركانها مع التحليل والمناقشة.

المطلب الأول: ماهية الهبة

ونعرض فيه التعريف والأحكام والأنواع كفرع أول الأركان والشروط كفرع ثاني.

الفرع الأول: التعريف بالهبة وما يتعلق بها من أحكام

نتناول فيه مجموعة من التعاريف ونناقشها بالمقارنة مع تعريف المشرع الجزائري وفق التالي:

أولاً- التعريف بالهبة:

الهبة تملك عين بعقد، على غير عوض معلوم في الحياة⁽¹⁾. أو هي التبرع بالمال في حال الحياة⁽²⁾. وعرفها خليل في مختصره بقوله: الهبة تملك بلا عوض، ولتواب الآخرة صدقة⁽³⁾. 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:

1- لم يذكر ضمن التعريف أن الهبة عقد، ويشفع له نص المادة 206 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " تتعدّد الهبة بالإيجاب والقبول... " فالمادة صرحت في بدايتها أن الهبة عقد، بقولها تتعدّد، ثم أكدت على ذلك بذكر الإيجاب والقبول، الذين هما قوام العقد، عكس تعريف الهبة في التشريعات العربية الأخرى، التي صرحت في تعاريفها أن الهبة عقد إذ نصت المادة 486 مدني مصري على: " الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض... " ⁽¹⁾.

ونفس التعريف أورده القانون السوري في المادة 454 منه⁽²⁾.

2- إذا قارنا التعريف الجزائري بالتعريفين السابقين، تعريف الصنعاني، وابن ضوبان، نجد: أن المشرع الجزائري أهمل ذكر العنصرين التاليين:

أ- نية التبرع، فالهبة من العقود التبرعية، ويكون بذلك عنصر التبرع جوهرية في عقد الهبة. إذ حسب الأستاذ السنهوري، لا يكفي التصرف في المال دون عوض من طرف الواهب دون نية التبرع. لأن الشخص قد يتصرف في ماله دون عوض، وليست عنده

(1) الصنعاني: سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط1، 1991، المجلد 3 ص 171.

(2) إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضوبان: منار السبيل في شرح الدليل، نشر مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض ط1، 1996، المجلد 2، ص 212.

(3) محمد عليش: منح الجليل شرح مختصر خليل، نشر دار الفكر، بيروت، 1984، ط، المجلد 8، ص 174.

(1) السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 03.

(2) القانون المدني السوري لسنة 1949 .

نية التبرع، ويظهر ذلك في حالة الوفاء بالتزام طبيعي، فالشخص في مثل هذه الحال يوفّي ديناً غير مجبر على الوفاء به، وليس متبرعا⁽³⁾.

ب- ثاني أمر أهمله التعريف الجزائري، هو عنصر الحياة، فالهبة لا تقع إلا في حياة الواهب والموهوب له. فهي عقد بين الأحياء، وقد يستشف ذلك من خلال عبارة المادة 26 بقولها: " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " ومن المعلوم أن الإيجاب والقبول لا يصدران إلا من أحياء، باستثناء حالة المادة 209 ق أ التي نتعرض لها لاحقاً⁽⁴⁾.

ومن خلال تحليل تعريف الهبة في القانون الجزائري نستخلص ما يلي:

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

ثانياً- ما يتعلق بالهبة من أحكام (أحكام الهبة):

1- بما أن الهبة عقد فإنها يحكمها ما يحكم العقد عموماً من أحكام⁽⁵⁾ في القانون المدني. وتتفرد بما خصها به قانون الأسرة، فهي حسب المادة 202 منه تملك بلا عوض، فالتزام الواهب في عقد الهبة يكون دون مقابل، لأن الأصل فيها افتقار ذمة الواهب وإثراء ذمة الموهوب له، فالأصل في عقد الهبة في القانون الجزائري، أن تكون دون التزام مالي في حق الموهوب له، الذي تثرى ذمته دون التزام من طرفه، وقد يفهم من شطر المادة 202 الثاني قيام التزام في جانب الموهوب له في حالة اشتراط الواهب ذلك، حيث جاء في هذه الفقرة من المادة ما يلي: " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجازه الشرط ". وبما أن لفظة الالتزام جاءت عامة، فقد يشترط الواهب على الموهوب له تقديم مالي مقابل الهبة، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضيات ثلاث:

(3) السنهوري: مرجع سابق، ص 15.

(4) جاء في المادة 209 قانون الأسرة ما يلي: " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً ".

(5) السنهوري مرجع سابق، ص 24

أ- الفرضية الأولى: قد يكون الالتزام المالي المشترط على الموهوب له من طرف الواهب، يفوق قيمة الشيء الموهوب، وفي هذه الحالة نكون بصدد بيع صوري مبطن بعقد الهبة⁽¹⁾.

ب- الفرضية الثانية: أن يكون مقدار المال المشترط من طرف الواهب على الموهوب له يعادل قيمة الشيء الموهوب، أو كان ما اشترطه الواهب شيء غير المال، لكنه مقوم بالمال كان يشترط الواهب مثلا أن يعطيه الموهوب له سيارة تعادل قيمتها ثمن الأرض الموهوبة، فنكون في هذه الحالة بصدد مبادلة، وكان العقد معاوضة وليس هبة⁽²⁾.

ج- الفرضية الثالثة: 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 مشروطة⁽³⁾.

2- إن الهبة تكون مرتبطة في نفاذها بحالة الواهب، والفترة الزمنية التي أبرمت فيها. حيث جاء في نص المادة 204 ما يلي: " الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة، تعتبر وصية ".

يفهم من هذا النص، أن عقد الهبة الصحيحة التي تكون نافذة في حياة الواهب، هي التي تصدر عنه وهو في كامل صحته، وتتحول الهبة إلى وصية استثناء، في حالات عددها هذه المادة هي: مرض الموت، والأمراض، والحالات المخيفة، فصدور الهبة في حالة من هذه الحالات تحولها إلى وصية.

أ- 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 الصحة⁽¹⁾. والأمر الثاني؛ أن يكون هذا المرض مخوفا خطيرا يحدث منه الموت غالبا، كالطاعون والسرطان...، وليس مرض غير مخوف، كالجرب ووجع الضرس والصداع. وعزّفت مجلة الأحكام العدلية لقدر باشا مرض الموت في مادتها

(1) حمد بن أمحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسر الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية ط ، الجزائر 2003، ص 31.

(2) أنور طلبية: العقود الصغيرة الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004، ص 7.

(3) نتعرض لاحقا لهذا النوع من الهبات.

(1) وهبة الزحيلي: الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4 المجلد 8، نشر دار الفكر، دمشق، 1985، ص 129.

1595 بما يلي: " مرض الموت هو الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب فراش أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة، كان في حكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرف الصحيح ما لم يشد مرضه ويتغير حالة... " (2)(3).

فحكم الهبة في مرض الموت كحكم الوصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، دون زيادة ولو كانت أكبر من ذلك ردت للثلث (4).

ب- الأمراض 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 ونعتقد أن لفظة المرض هنا لا محل لها في نص المادة 204 قانون أسرة جزائري.

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.

ولأن مرض الموت والحالات المخيفة وقائع مادية، فيجوز إثباتها بجميع الطرق أمام القضاء، فثبتت بالبيننة، والقرائن، وغيرها. فقد جاء في المادة 776 من القانون المدني ما يلي: " 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.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا... "

(2) المادة 1595 من مجلة الأحكام العدلية نقلا عن محمد تقيّة: مرجع سابق، ص 115.

(3) جاء في القرار القضائي للمحكمة العليا برقم 33719 مؤرخ في 1984/07/09 تعريفا لمرض الموت بما يلي: " من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه... " المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 03، ص 51.

(4) أنظر المادة 776 من القانون المدني.

فالمادة صريحة في أن حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت، وتلحق بها الحالات المخيفة بنص المادة 204 ق أ، تكيف على أنها تصرفات تبرعية، كالهبة في مرض الموت، والحالات المخيفة تتحول إلى وصية⁽¹⁾. إذا أثبت الورثة ذلك فعبء الإثبات ألقى على عاتق الورثة. كذلك يقع عبء إثبات العكس، على عاتق من صدر له التصرف. وهذا ما دلت عليه الفقرة الثالثة من المادة 776 ق م بنصها على: "... إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن موردهم في رض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه"⁽²⁾.

3- لكون الهبة عقد فهي تتعدّد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة⁽³⁾. فهي من العقود الفورية، نصت المادة 206 من قانون الأسرة على: "تتعدّد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة...". ففناذ الهبة يكون على الفور دون تراخي، فحسب المادة لا تتم الهبة إلا بالحيازة، ويستطيع الموهوب له أن يحوز الهبة بنفسه، أو يحوزها وكيله نيابة عنه، وهذا ما قضت به المادة 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، الحمل ما كان موهوب له حيث يحوز عنه أباه ما كان الواهب أجنبيا، أما لو وهب له أبوه حازت عنه أمه، وقد يكون المر بالعكس، لو وهبت له أمه حاز عنه أبوه⁽¹⁾، وقد جعلت المادة 209 ق أ الهبة للحمل صحيحة بنصها على: "تصبح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا".

(1) جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/03/17 تحت رقم 186 058 ما يلي "من المقرر أن الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب وتأخذ حكم الوصية...". المجلة القضائية لسنة 1999، العدد 01، ص 119.

(2) تحول الهبة إلى وصية وإرجاعها إلى الثلث مصدره في الشريعة الإسلامية الحديث التالي "عن أبي زيد الأنصاري أن رجلا أعتق ستة أعبد (جمع عبد رقيق) عند موته ليس له مال غيرهم فأقرع (من القرعة) بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأعتق اثنين وأرق أربعة" رواه أحمد وأبو داود، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، دار الجيل بيروت، المجلد 6، ص 42. "وكذلك حديث إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكفون الناس...". سبق تخريجه. "وكذلك حديث إن الله تصدق عليكم بثلاث مالم عند فاتكم...". سبق تخريجه. فالتصرف في مرض الموت حسب هذا الحديث يجب أن لا يتعدى ثلث التركة.

(3) نتعرض للحيازة بأكثر تفصيل في الأركان لاحقا.

(1) أنظر المادة 87 من قانون الأسرة.

4- حسب المادة 205 قانون أسرة، يجوز للواهب أن يهب كل ما يملك، ما لم يكن ذلك في مرض الموت، والحالات الخطيرة⁽²⁾، كما له أن يهب جزء منها فقط، وقد تكون هبته عينية كالعقار، أو منفعة كحق الانتفاع، بل جوزت المادة 205 أن تكون الهبة دينا في ذمة الغير⁽³⁾.

5- الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا استثناء في حق الأبوين، في حالات محددة بنص المادة 211 ق أ. فقد صح عن النبي صلى الله عليه وسلم " فيما روى عنه ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: العائد في هبته كالعائد يعود في قبئه " وزاد أحمد والبخاري، ليس لنا مثلُ السوء⁽⁴⁾. وفي حديث مرفوع للنبي صلى الله عليه وسلم عن طاووس أن ابن عمر وابن عباس رفا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع قاء، ثم رجع في قبئته⁽⁵⁾ ". وقد تبني المشرع هذا في نص المادة المذكورة آنفا حيث جاء فيها: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة 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 "

فيستنتج بمفهوم المخالفة، أن غير الوالدين لا يجوز لهم الرجوع في الهبة، لأن المادة خصت بالذكر الأبوين، فيخرج بذلك غيرهما من هذا الحكم، فلو وهب شخص لأجنبي عنه امتنع في حقه الرجوع عن هيبته، كذلك لو وهب أخ لأخيه لاحق له في الرجوع عن هيبته، ولا يثبت حق الرجوع في الهبة إلا للأبوين استثناء، وليس ذلك مطلقا بل استثنينا حالات أفصحت عنها المادة 211 من قانون الأسرة لا يجوز فيها للأبوين الرجوع عن الهبة. 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 ".

⁽²⁾ لأن الهبة في هذه الحالات تتحول إلى وصية وترجع لثلث التركة فقط.

⁽³⁾ أنظر فرع الأركان.

⁽⁴⁾ رواه البخاري، عن ابن عباس بلفظ " ليس لنا مثل السوء الذي يعود في هبته كالكلب يرجع في قبئه " نقلا عن عبد

العظيم بد بدوي: الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، نشر دار الإمام مالك، الجزائر 1996، ص 369.

⁽⁵⁾ رواه الخمسة، أنظر نيل الأوطار للشوكاني: مرجع سابق، المجلد 6، ص 10.

ونعتقد أن هذه المادة لا محل لها، مادامت المادة التي قبلها صرحت بعدم جواز الرجوع في الهبة، إلا الوالدين فيدخل في ذلك ضمنا الهبة لأجل المنفعة العامة، فلا يجوز الرجوع فيها إلا في حالة واحدة هي: إذ كانت الهبة مقترنة بشرط، ولم يحقق الموهوب له هذا الشرط، جاز للواهب طلب الفسخ عن طريق القضاء، وتقدير ذلك يرجع للقاضي، ودليل ذلك الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ التي صرحت بالتالي " ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام بتوقف تمامها على إنجاز هذا الشرط " فالهاء في كلمة تمامها تعود على الهبة فإذا اشترط الواهب مثلا على الموهوب له (جمعية خيرية) بناء مستشفى بمبلغ الهبة، لكن هذه الأخيرة بنت دارا للشباب، جاز لهذا الواهب طلب فسخ عقد الهبة بينه وبين الجمعية الخيرية، لعدم القيام بالشرط، رغم أن الهبة كانت بقصد المنفعة العامة⁽¹⁾.

ثالثا- 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:

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، وتقترن بنية التبرع في حق الواهب، وتحترم الشكل المطلوب قانونا.

فالهبة المباشرة هي تصرف يقوم به الواهب في ماله، دون عوض يلتزم بموجبه بنقل حق عيني أو منفعة أو حق شخصي إلى الموهوب له، فقد ينقل الواهب للموهوب له حق الملكية أو حق الانتفاع، أو حق الاستعمال، أو حق السكن، أو حق الارتفاق، وقد يكون التزام الواهب بنقل حق شخصي، فينقل الواهب للموهوب له مبلغ من النقود⁽¹⁾ (دينا عند الغير).

وعموما الهبة المباشرة هي التي يكون عقدها مبين لها بوضوح، حيث تظهر فيه بصورتها الحقيقية (عقد هبة)، وتتوفر فيها جميع أركان وشروط الهبة والشكلية، وتكون مكشوفة.

(1) السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 10.

(1) محمد تقيّة: مرجع سابق، ص 194.

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 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 المدين⁽²⁾، 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 رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير ".

فالمادة جاءت في الفصل الثاني من الباب الخامس تحت عنوان انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء. وفي حالة المادة 294 ينقض الالتزام بوفاء من طرف الغير، لا من المدين، ويكون مقابل هذا الوفاء هبة غير مباشرة من النائب في الوفاء بالدين إلى المدين. والقرينة لفظية هي الفقرة الثابتة من المادة "... ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير " حيث يستشف من هذه الفقرة نية التبرع، من الشخص الأجنبي الذي التزم 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، فيجوز الرجوع فيها إذا كانت من أب لابنه والظعن فيها بواسطة الدعوى البولصية⁽³⁾ كما يجوز للورثة إثارة أهلية التبرع في مورثهم الواهب، أو الدفع بأن الهبة غير المباشرة كانت في مرض الموت، وتأخذ أحكامها.

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 يتفقان على الثمن أمام الموثق ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري (الموهوب له)، ولكن ليكملا مظهرها من مظاهر عقد البيع الخارجي، وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي

(2) نصت المادة 305 ق م ج على " ينقضي الالتزام إذا برأ الدائن مدينه اختياريا ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين

(3) ولكن يصبح باطلا إذا رفضه المدين "

وذلك بحلول الدائنين محل مدينهم في طلب إبطال الهبة لأنها تفقر ذمة مدينهم وتساهم في الانتقاص من ضمانهم لدينهم القائم في حق المدين (الواهب).

المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمنا سوريا⁽¹⁾، وهي قرائن تصرف العقد إلى أن يكون هبة مستترة فظاهر الهبة المستترة غير حقيقتها، ويجب أن يكون هناك عقد آخر غير الهبة يسترها.

ويجب أن تتوافر في هذا العقد السائر الشروط والأركان المتطلبة 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، فتلتزم فيها أهلية التبرع في حق الواهب، وأن يكون مالكا لما تبرع به، وإذا صدرت الهبة المستترة في مرض الموت طبقت عليها أحكام التصرف في مرض الموت، وجاز للورثة الدفع بهذا، وتحويلها إلى وصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث، ما توافرت شروطها. كذلك يجوز للدائن الطعن في هذه الهبة المستترة بموجب الدعوى البولصية.

4- الهبة المشروطة:

أجازت الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ للواهب أن يشترط على الموهوب له شروط تترتب بموجبها التزامات في جانب الموهوب له، وتكون الهبة بذلك معلقة على شرط لا يتوقف تمامها إلا بإنجاز هذا الشرط.

والشرط نوعان واقف وفاسخ.

أ- **الشرط الواقف:** هو الذي يكون وجود فيه الالتزام مترتبا على وقوعه، وجاء في نص المادة 206 ق م ما يلي: " إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط... "

ومثاله أن يقول الوالد لولده إن نجحت في الامتحان، وهبتك هذه الدار، فتكون الهبة معلقة على شرط واقف، يتحقق نفاذ هذه الهبة بتحقق الشرط، فلو نجح الولد في الامتحان كانت الهبة نافذة في حق الوالد والولد، بعد اتباع الإجراءات القانونية اللازمة.

ب- **الشرط الفاسخ:** وهو الذي يكون فيه زوال الالتزام، مترتبا على وقوعه، وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلا، لكن فُرن بشرط فاسخ، لو تحقق هذا الشرط فسخ هذا الالتزام.

وصورته أن يهب شخص لشخص دارا، ويشترط عليه عدم التصرف فيها لغيره، وإلا فسخت الهبة، فلو قام هذا الموهوب له، بالتصرف في هذه الدار، كان قد حقق الشرط الفاسخ. وتفسخ بذلك الهبة، وهذا هو الذي عنته المادة 207 ق م بقولها: " يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ... "

(1) أنور طلبية، العقود الصغيرة، الهبة والوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004 ص 55

(2) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 220

وحسب الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ التي جوزت للواهب الاشتراط على الموهوب له، فإن لفظة يشترط... القيام بالتزام جاءت عامة، وهذا يعني أن الواهب له أن يشترط على الموهوب له القيام بأي التزام دون تحديد، بشرط أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة. وقد يكون هذا الالتزام عوض عن هبته، وتكون الهبة في هذه الحالة ملزمة لجانبين، ويتعين على كل من الواهب والموهوب له القيام بالتزامه، والوفاء به. مع التفصيل الذي ذكرناه سلفا بخصوص الالتزام المقابل للهبة وأحواله من حيث تساويه مع قيمة الهبة أو كان منها أو أصغر

الفرع الثاني: أركان الهبة وخصائصها

أولاً- أركان الهبة:

إن الأركان التقليدية لكل عقد هي الرضا والمحل والسبب، وقد رعتها المادة 206 من قانون الأسرة في عقد الهبة، بنصها على: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام القانون التوثيق، في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقول.

وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ".

فالرضا يتجلى في الإيجاب والقبول⁽¹⁾، والمحل جسده عبارة العقارات، والمنقول في المادة، كما أوضحته المادة 205 قبلها بنصها على: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير " فالمحل في عقد الهبة قد يكون عينا أو منفعة أو دينا سواء كان عقارا أو منقولا وتحكمه المواد من 92 إلى 95⁽²⁾ من القانون المدني. كما أن أطراف العقد الواهب والموهوب له بارزان في المادة 206 ق أ من خلال إرادتها بلفظة الإيجاب والقبول. فالإيجاب يكون من الواهب⁽¹⁾ والقبول يكون من الموهوب له.

أما السبب فقد ذكر في المادة 202 ق أ بالنص على أن: " الهبة تملك بلا عوض " حيث تبرز نية التبرع، فالسبب الأصلي الذي يرفع الواهب للإقدام على عقد الهبة، هو نية التبرع. وقد تدفعه دوافع أخرى استثناء يشترط أن تكون مشروعة، حسب نص المادة 97 من القانون المدني التي جاء فيها " إذا

(1) مع ضرورة خلو إرادة الواهب والموهوب له من عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، أنظر المواد 81 إلى 91 من القانون المدني. وعموما يحكم الرضا في عقد الهبة ما يحكمه في غيره من العقود.

(2) يسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام بحيث يستوجب أن يكون موجودا معينا أو قابل للتعيين في حالة (مشاعا) صالحا للتعامل فيه مملوكا للواهب.

(1) يشترط في الواهب - أن يكون سليم العقل - بالغا سن تسع عشرة سنة (19) كاملة، غير محجور عليه وهذا ما دلت عليه المادة 203 قانون أسرة بنصها على " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه ".

التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً " ويكون الاعتبار في السبب للإرادة الظاهرة، لا للإرادة الباطنة، إذ يفترض أن السبب مشروع حتى يثبت العكس، حيث جاء في نص المادة 98 مدني ما يلي: " كل التزام مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك " وإذا ظهر أن الباعث الذي دفع المتعاقد أن الواهب غير مشروع، فيشترط لبطان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث⁽²⁾.

ولا يجب أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين، بحيث يقبل أحدهم الباعث غير المشروع للمتعاقد الآخر، لأن نص المادة 97 و98 من القانون المدني صريحتان في ذلك.

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 "

فأول شرط ذكرته المادة لانعقاد الهبة هو تطابق الإيجاب والقبول، ثم ذكرت الحيازة للموهوب من طرف الموهوب له، كما ذكرت ضرورة مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، وكذلك احترام الإجراءات الخاصة في المنقولات.

أ- تطابق الإيجاب والقبول: إذا كان العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر، عن طريق

اقتزان 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.

والملاحظ أن المادة 206 ق أ أوردت لفظة الإيجاب مطلقة غير مقيدة، وهذا يعني أن الإيجاب في عقد الهبة قد يصدر من صاحب الحق المتعاقد (المالك)، وقد يصدر من نائب أنابه الأصيل في إبرام عقد الهبة، وهذا ما يستشف من نص المادة 74 قانون مدني التي نصت على " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل " فالإيجاب

(2) علي علي سليمان: النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية،

إذن هو التعبير عن الإرادة في إحداث التزام ما، 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 بالتعاقد⁽¹⁾. ويصدر عادة من الموجب له، وهو الشخص الذي صدر الإيجاب له، ويشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب⁽²⁾، فالموهوب له يعبر عن إرادته في قبول الهبة، وقد يكون تعبيره هذا صراحة أو ضمناً، 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. فإذا كانت داراً وهبها له شخص فإن الموهوب له لو باشر سكنى هذه الدار، كان تعبيره ضمناً بهذا السلوك يدل على قبوله، أما السكوت مطلقاً في حق الموهوب له فتشير له الفقرة الثانية من المادة 68 قانون مدني بقولها: "... ويعتبر السكون في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

وحسب هذه الفقرة من المادة يكون لسكوت الموهوب له إحدى الحالتين: فإذا كانت الهبة تُرتب قيام التزام في جانب الموهوب له، أو كانت تهدف إلى الحصول منه على غاية ما، ولو كانت بعيدة، فإن الهبة هنا لا تكون ذات نفع محض للموهوب له، وفي هذه الحالة لا يعد سكوته قبولاً، لأن المادة تشترط حتى يكون السكوت قبولاً أن يكون الإيجاب ذو نفع محض للموجب له (الموهوب له)، أما إذا كان ما يحمله الإيجاب متمحض النفع للموهوب له، بأن يكون ما يعرضه عليه الواهب نافعا له نفعاً محضاً، ولا يرتب على عاتقه التزاماً أنياً ولا مستقبلياً، كان سكوته في هذه الحال قبولاً لتوفر شرط المادة 68 ق م⁽¹⁾.

أما في مجال دراستنا، حيث يكون الموهوب عقاراً فلا مجال لاعتبار السكوت قبولاً ولو كان الإيجاب نافعا نفعاً محضاً للموهوب له، لأن التعامل في العقار يتطلب ركن رابعاً هو الشكلية، حيث تتم الهبة العقارية أمام الموثق، بحضور الطرفين الواهب والموهوب له، ولا بد من صدور قبول من الموهوب

(1) خليل أحمد حسن قدامة: مرجع سابق، ج 1، ص 43.

(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 قبولاً إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه له حيث جاء فيها "... ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه". فقد صرحنا بلفظة المتعاقدين وأقرت السكوت فكان قرينة على أن السكوت في حالة الإيجاب النافع نفعاً محضاً للموجب له يعد قبولاً في العقد إطلاقاً ومنها الهبة.

(1) تطابق الإيجاب والقبول شرط انعقاد لا تتعد الهبة ما لم يكن القبول مطابقاً للإيجاب، فلو كانت نية الواهب هبة العقار

وقبلها الموهوب له بنية الإعارة لم تتعد الهبة لتخلف تطابق الإيجاب والقبول، أنظر السنهوري: مرجع سابق، المجلد

له⁽²⁾ لطبيعة العقد الشكلي، وضرورة إبراز إرادة الأطراف فيه بشكل علني واضح وصريح.

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، تحتمل أن تكون في إصدار الإيجاب أو إعلان القبول. كذلك يستشف هذا الأمر من نص المادة 210 قانون أسرة التي جاء فيها " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا " فإذا كانت المادة قد أجازت الحيازة بالنيابة والحيازة أحد دروب ومظاهر القبول، فقد تكون الحيازة كما دلت عليه المادة 60 من القانون المدني قبولا لأنها موقفا لا يدع أي شك في الدلالة على أن الموهوب له يقبل الهبة لأن الحيازة تعبير ضمنيا على القبول، تجسد في حيازة الشيء الموهوب، فلا مانع بعد هذا من أن يكون صدور القبول بالنيابة من شخص أنابه الموهوب له في قبول الهبة كما أن القاصر والمجنون والجنين. لا يتصور صدور قبول منهم، وينوب عنهم في قبول الهبة الولي أو المقدم، حسب نص 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 القانون⁽³⁾ في حالات خاصة.

ب- الحيازة:

حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو وكيله ركنا في التشريع الجزائري، حيث جاء في نص المادة 206 ما يلي: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة... "

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 به الشيء الموهوب وقت العقد، وقد أكدت ركنية الحيازة في عقد الهبة المادة 210 ق أ بنصها على " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجور عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا " .

(2) أو من ينوب عنه قانونا.

(3) النائب في عقد الهبة إما أن يكون نائبا نيابة قانونية كالولي والوصي والقيم، أنظر المادة 81 قانون أسرة وإما يكون نائبا نيابة اتفاقية ويكون في هذه الحالة وكيل عن الواهب أو الموهوب له، أنظر المواد 73 إلى 77 من القانون المدني وفي حالة النيابة الاتفاقية يجب أن يتوفر فيها الشكلية الواجب توافرها في العقد الوارد على عقار، فالإنابة تكون أمام موثق يستشف هذا من نص المادة 2/71 قانون مدني، أما النيابة القانونية فيفرضها القضاء، أنظر الفقرة الثانية من المادة 80 قانون مدني.

فالمادة تؤكد ركن الحيابة حتى لو كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه، أو جنينا في بطن أمه. فيحوز نيابة عنه وليه، أو من أنابه القانون. وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا برقم 58 700 المؤرخ في 19/02/1990 حيث جاء فيه " من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز"⁽¹⁾ ونعتقد أن الحيابة ضرورة في عقد الهبة، حتى لو كان الشيء الموهوب عقار، عكس ما ذهب له البعض⁽²⁾ للأسباب التالية:

- **السبب الأول:** صراحة النص بذلك، حيث جاء نص المادة 206 ق أ عاما ومطلقا في أن الهبة مهما كان محلها تتعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة.

السبب الثاني: أن الهبة عقد فوري ينتج آثاره على الفور بمجرد إبرامه، والقول بأن صب عقد الهبة الوارد على عقار في قالب رسمي أمام الموثق يغني عن الحيابة. فيه تجاوز كبير لنص المادة 206 ق أ لأن الرسمية والشهر تنقل الملكية للموهوب له قانونيا، وليس فعليا وواقعيًا، لأن قيام هذه الحالة (الواهب يسيطر على العقار فعليا والموهوب له مالك قانونا) فيها تصادر مع نص المادة 206 ق أ لعدم تحقق الحيابة، كما أن القول بأن الحيابة تقوم في حق المنقول فقط فيه خطأ لأن السيارة منقول وهبتها لشخص ما تتطلب إجراءات إدارية، فهل يقبل أن تسجل السيارة في بطاقتها الرمادية باسم الموهوب له، وحيابتها تكون للواهب بحيث تكون السيطرة المادية على السيارة يمارسها الواهب. فإذا لم يقبل هذا في حالة السيارة لم يقبل كذلك في حالة العقار لقيام علة مشتركة في اشتراكهما في إجراءات إدارية تثبت الانتقال وتحققه قانونيا، أما الحيابة فهي السيطرة الفعلية على الشيء. وهي إجبارية في حق العقار والمنقول، وتستثنى في حالة وجود الشيء الموهوب بيد الموهوب له مسبقا لأن الحيابة متحققة قبل عقد الهبة، وهذا ما نصت عليه المادة 207 كذلك إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه، أو كان الشيء الموهوب مشاعا لم تكن الحيابة ضرورية، واستغني عن ذلك بالإجراءات التوثيقية والإدارية، وعلّة ذلك توافر الثقة بين الأب وابنه والزوج وزوجته، لأن الابن قد يكون قاطنا مع أبيه في نفس الدار التي وهبها له، فهو حائز أو في حكم الحائز لها مسبقا، كذلك بين الأزواج فالعادة أن يعيشا معا في مسكن واحد، فلو وهب الزوج لزوجته أو العكس اكتفيا بالتوثيق دون الحيابة، أما حالة الشيوخ فتعني فيها الإجراءات الإدارية والتوثيق لتعذر الحيابة لأن المشاع تكون فيه الحصص غير مفرزة، فالموهوب له يدخل بالهبة الواردة على المشاع شريك على الشيوخ بنسبة معينة في الشيء دون تعيين لحصته، وعدم التعيين تتعذر معه الحيابة.

⁽¹⁾ قرار قضائي صدر بتاريخ 19/02/1990 عن المحكمة العليا المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04، ص 113. نفس الحكم تبناه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21/04/1986 تحت رقم 457 40 المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 02، ص 72.

⁽²⁾ أنظر حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، الهبة والوصية والوقف، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 11 حيث يذهب إلى عدم ضرورة الحيابة في العقار لأن إجراءات التوثيق تغني عن ذلك.

وهذا ما أكدته المادة 208 ق أ بنصها على " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تعني عن الحياة ".

ج- الشكلية في عقد الهبة الوارد على عقار:

بما أننا نتحدث عن الهبة العقارية، والعقار كما هو معلوم لا ينتقل إلا بالشهر حسب المادة 793 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.

والجدير بالذكر أن المادة 206 من قانون السرة ذكرت وجوب (مراعاة قانون التوثيق في العقارات) وإذا تصفحنا هذا الأخير (قانون التوثيق) لا نجد فيه نصا يتحدث عن العقار بصفة خاصة، بل أقصى ما نجد نص المادة 03 من القانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم مهنة الموثق الذي جاء فيه ما يلي: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة " فهذه المادة تشير ضمنا إلى ما جاء في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، التي توجب الشكل الرسمي في العقود، التي تتضمن نقل ملكية عقارية، أو حقوق عقارية... وحتى قانون التوثيق رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، والملغى بأحكام القانون رقم 02/06 بموجب المادة 71 منه لم يرد فيه نص يخصص العقار بهذه الميزة سوى نص المادة 05 منه التي استبدلت بنص المادة 03 نفسها من قانون 02/06 وهي كذلك تحيل ضمنا على نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، فالمادة 206 من قانون الأسرة تحيل في الواقع على المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 التي جاء فيها " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فغن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق " وهذا الأمر قد ألغي وتعاقب على إلغاءه قانونان القانون رقم 27/88 والقانون رقم 02/06 وبما أن قانون الأسرة الجزائري قد عدل مؤخرا بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 كان على المشرع أن يراعي هذا الجانب، ويحيل مباشرة على القانون المدني وليس على قانون التوثيق، فكان على المادة 206 من قانون الأسرة أن تأتي على الصياغة التالية: " تتعد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحياة مع مراعاة ما يتطلبه القانون بالنسبة للعقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات. وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " فالمشرع تعرض بالتعديل في قانون الأسرة إلى أحكام الزواج والطلاق فقط دون المساس بالأحكام الأخرى رغم ضرورة ذلك؟!.

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 الاحتفائية فقد جاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " وقد قدمنا القول أن المشرع لم ينص على تعريف العقود الاحتفائية ولا ذكرها بل هو ينقل هذا النص عن المشرع الفرنسي⁽¹⁾ وحسب هذا الأخير العقود الاحتفائية تدخل الهبة ضمنها⁽²⁾، ومن ثم يجب عقدها بحضور شاهدين، تحت طائلة بطلانها⁽³⁾.

2- شروط صحة الهبة العقارية:

لا تختلف شروط صحة الهبة الواردة على عقار، عن شروط صحة العقود عموماً.

أ- الأهلية في عقد الهبة:

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 ".
أن الشروط الواجب أن تتوفر في الواهب هي:

- سلامة العقل.
- بلوغه سن 19 سنة كاملة.
- وأن يكون غير محجور عليه.

أ1- 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 مطلوبة في الواهب، لأنه مندوب إلى التدبير وتقدير التصرف الخطير الذي يقدم عليه يمنح ماله دون عوض. ولأن الهبة عقد والتعاقد يقوم أصلاً على الإرادة، ولا إرادة لعدم التمييز فهو لا يقدر الأمور قدرها لأن تصرف التبرع ضار له ضرر محض ما كان دون عوض، ويدخل تحت 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 به جنون أو عته من مباشرة حقوقه المدنية فنصت على " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.

(1) أنظر الصفحة 71 من هذه المطبوعة.

(2) وذلك حسب المادة 09 من قانون فانتوز المعدل المرسوم الصادر بتاريخ 12/08/1902.

(3) لزيادة بيان حول شهادة الشهود، أنظر إبراهيم سعد وهمام محمود الزهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للإسكندرية، 2001.

يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاث عشرة سنة".

فالمادة وحدت بين صغر السن والجنون والعته ومنعت كل من قامت به حاله من هذه الحالات من إبرام التصرفات وذلك لعلّة مشتركة بينها، فالصبي لم ينضج عقله بعد ولا يميز بين ما يضره وما ينفعه بينما المجنون والمعتوه قامت بهما صفتان تخلان بالعقل فلا تستقيم الأشياء عندهما ضررا ونفعا، وحسب نفس المادة من بلغ سن ثلاث عشرة سنة مميز لكنه 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:

تشرط المادة 203 ق أ إلى جانب سلامة العقل ضرورة 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، و40 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".

فالحجر حسب هذه المادة نتيجة لعارض قام بمن بلغ سن الرشد وهذا العارض قد يكون جنون أو عته أو سفه⁽¹⁾ فيمنع من قامت به حالة من هذه الحالات من التصرف بل تعتبر كل تصرفاته باطلة بشرط أن يكون الحجر بحكم قضائي بعد إثبات سبب الحجر من أهل الخبرة كالأطباء وغيرهم في هذا الشأن تنص المادة 103 ق أ على " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر".

(1) سفاهة العقل لها عدة صور قد تكون بإضاعة المال وصرفه في غير وجهه المستحقة وقد يكون بتبذيره دون وجه حق فإذا كانت تصرفات الشخص في ماله غير سوية جاز الحجر عليه لقوله تعالى: " ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم فيها".

كما تنص المادة 107 من قانون الأسرة على أن تصرفات المحجور عليه كلها باطلة سواء بعد الحجر أو قبله إذا تبين أن سبب الحجر قائم وظاهر حتى قبل الحجر حيث جاء فيها ما يلي: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاشية وقت صدورها ".

فحكم تصرفات المحجور عليه البطلان المطلق ويؤيد هذا المادة 85 ق أ إلى جانب المادة 107 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 التمييز⁽²⁾ 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 أخذ به القانون المصري لأن الحقوق التي أعطاهها الشارع للحمل وأثبتها له أربعة لا غير حسب ما اتفقت عليه المذاهب⁽³⁾ هذا المذهب المالكي وهي:

- الحق في النسب من أبيه وأمه وما يتصل به⁽¹⁾.
- الحق في الإرث ممن يموت من مورثه⁽²⁾.
- الحق في الوصية⁽³⁾.
- الحق في الوقف⁽⁴⁾.

(2) أنظر خلاف ذلك أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص 112. السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 97.

(3) محمد أبو زهرة: أصول الفقه، دار الفكر العربي، 368 صفحة، مصر 1958 ص 331 .

(1) أنظر المواد 40، 41، 43، 44، 45 من قانون الأسرة الجزائري.

(2) أنظر المادة 128 و 130 قانون أسرة جزائري.

(3) أنظر المادة 180 والمواد من 186 إلى 201 قانون أسرة جزائري.

ولا توجد الهبة بين هذه الحقوق لذلك ثم استبعادها في حق الجنين فلا أهمية للحمل في استحقاق ما سوى هذه الحقوق الأربعة عند جمهور الفقهاء.

وذهب الإمام مالك⁽⁵⁾ إلى خلاف ذلك حيث يُجوزُ الهبة لكل من الجنين والمعدوم فإن ولد الجنين حيا وعاش صحت الهبة وإن استهل صارخا ثم مات ورث الهبة ورثته وتبقى الهبة على ملك الواهب أو ورثته لو خرج الجنين من بطن أمه ميتا وأخذ القانون الجزائري بهذا الرأي إذ تنص المادة 209 قانون أسرة على " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا " .

فالمشروع الجزائري يجوزُ 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 وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا... " .

فإن الأب هو من يتولى الحياة عن حمل زوجته منه لأنه من أولاده باعتبار ما سيكون⁽⁶⁾ وإذا غاب الأب تحل الأم محله وتحوز نيابة وبدلا عن الجنين بنص المادة المتقدمة.

ونعتقد أن المشروع الجزائري لم يشترط التمييز في الموهوب له حيث تصح الهبة حتى لعديم التمييز لأن القانون الجزائري نص على ضرورة أن تكون الحياة من طرف من أنابه القانون عن الموهوب له ما كان قاصرا ومحجورا عليه حسب الفقرة الثانية في المادة 210 ق أ ولم ينص على النيابة في القبول عكس المشروع المصري الذي نص في المادة 487 من القانون المدني على وجوب قبول الهبة من الموهوب له أو من نائبه حيث جاء في هذه المادة " لا تتم الهبة إلا إذا قبلها الموهوب له أو نائبه، فإذا كان الواهب هو ولي الموهوب له أو وصيه، ناب عنه في قبول في قبول الهبة وقبض الشيء الموهوب " .

ومن المعلوم أن القبول لا يصدر إلا من مميز فإذا انعدم التمييز أناب القانون المصري الولي أو الوصي نيابة عن الموهوب له في قبول الهبة بينما سكت المشروع الجزائري عن هذا الأمر حيث أورد القبول عام في نص المادة 206 ق أ بنصها على " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " ولم يتعرض لحالة

(4) أنظر المواد من 213 إلى 220 قانون أسرة جزائري والمشروع الجزائري لم ينص على حق الجنين في الوقف كما فعل في الوصية والهبة.

(5) أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص 111.

(6) نصت المادة 41 من قانون الأسرة على " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينهه بالطرق المشروعة " .

النيابة في قبول الهبة وقد نجد في نص المادة 81 ق⁽¹⁾ عوض عن ذلك لكنها لا تخصص ذلك للهبة كما فعل المشرع المصري.

ج- الشيء الموهوب (العقار الموهوب):

يسري على العقار الموهوب باعتباره محل عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام وباعتباره العقار حسب المادة 683 من القانون المدني هو " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف... ".

وباعتبار الحيابة ركن في عقد الهبة حسب المادة 206 من قانون الأسرة حيث جاء فيها " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيابة... ".

ولما كان العقار يتصف بالثبات والاستقرار في حيزه وكانت الهبة لا تتم إلا بالحيابة فإن الشروط الواجب توافرها في العقار الموهوب أربعة هي: 1- أن يكون العقار الموهوب مملوكا للواهب. 2- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين. 3- أن يكون موجوداً وقت الهبة. 4- أن يكون مشروعاً وقابلًا للتعامل فيه.

ج1- وجوب أن يكون العقار الموهوب ملكا للواهب:

نصت المادة 205 ق أ على " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير ".

فالمادة صريحة في وجوب أن يكون الشيء الموهوب (العقار الموهوب) ملكاً للواهب. والشاهد لفظة " كل ممتلكاته " حيث يفهم من هذه اللفظة وجوب أن يكون ما يهبه الواهب ملكاً له لأن القاعدة تنص على استحالة تمليك ما ليس بمملوك، والمنطق يقتضي هذا ويجرنا هذا للحديث عن هبة ملك الغير هل تقع صحيحة أم باطلة قياساً على بيع الفضولي وأنه يقع صحيحاً موقفاً على إجازة المالك⁽¹⁾ حسب نص المادة 398 من القانون المدني التي جاء فيها " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري... ".

ونعتقد أن هبة ملك الغير تقع باطلة لاسيما إذا كان محلها عقاراً للأسباب التالية:

- السبب الأول:

(1) جاء في نص المادة 81 قانون أسرة ما يلي " من كان فاقداً للأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون ".

(1) يكون قابلاً للإبطال، أنظر نص المادة 397 من القانون المدني الجزائري.

أن النص على وجوب أن يكون محل الهبة مملوك للواهب صرّحت به المادة 205 ق أ ولم يأتي في قانون الأسرة الجزائري ما يدل على جواز هبة ملك الغير وإنزالها منزلة بيع الفضولي عكس الأمر في القانون المصري الذي وحدت المادة 491 منه حكم هبة ملك الغير مع بيع ملك الغير وقالت بالجواز القابل للإبطال لمصلحة الموهوب له⁽²⁾.

- السبب الثاني:

أن هناك فرق بين البيع والهبة فالبيع يكون نظير عوض يعود على المالك فإذا باع الفضولي ملك غيره ورأى المالك مصلحة له في هذا البيع أمضاه وأجازاه لاعتبار النظر العائد عليه جراء هذا البيع. أما الهبة فالأصل فيها التبرع وهذا يغني انعدام العوض والمقابل فيها لأجل ذلك تكون باطلة متى صدرت من فضولي وقد اختلفت المذاهب الفقهية في صحة الهبة من الفضولي إذا أجازها المالك فذهب المالكية إلى صحتها⁽³⁾ وذهب غيرهم إلى بطلان هبة ملك الغير لو أجازها المالك⁽⁴⁾ وقانون الأسرة الجزائري لم ينص على هذه الحالة صراحة ونعتقد أنه مادام أورد لفظة ممتلكاته في صدر المادة 205 منه ولم يأتي بما يصادها فإن شرط أن يكون محل الهبة ملك للواهب قائم ولا يجوز هبة ملك الغير لانعدام النص.

- السبب الثالث:

أن الهبة إذا كان محلها عقار فإن المشرع فرض في المادة 206 ق أ وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق⁽⁵⁾ في العقارات وهو يقصد الشروط المتطلبة في العقار من شكلية وشهر ولأن العقار لا تنتقل فيه الملكية إلا بالشهر والشهر لا يقبل إلا بإفراغ الهبة في قالب شكلي وإعداد عقد بذلك من طرف الموثق ولن يتأت هذا في حق الغير فلا يستطيع هبة ملك الغير لأن الموثق ينتبث من أطراف العقد وصحة ملكيتهم لمحل العقد (العقار) حسب نص المادة 12 والمادة 29 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وكذلك المحافظ العقاري يتعين عليه القيام بهذا الدور (التحقيق في هوية أطراف العقد وصحة الأوراق المقدمة للشهر) حيث نصت المادة 22 من الأمر رقم 74/75 على " يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار ".

⁽²⁾ نصت المادة 491 من القانون المدني المصري على " إذا وردت الهبة على شيء معني بالذات غير مملوك للواهب سرت عليها أحكام المادتين 466 و467 " وحكم المادتين تجوز ملك الغير مع قابلية العقد للإبطال لمصلحة المشتري، أنظر السنهوري: مرجع سابق، المجلد 5، ص 121، والمجلد 4 الفقرة 161.

⁽³⁾ أنظر محمد عليش: منح الجليل، مرجع سابق، ص 220. محمد تقيّة: مرجع سابق، ص 147.

⁽⁴⁾ محمد تقيّة: مرجع سابق، ص 148.

⁽⁵⁾ كان الأولى التتصيص على مراعاة أحكام القانون المدني، المادة 324 مكرر منه، أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

ولأن الشكلية ركن في عقد الهبة التي محلها عقارا ونظرا للاعتبارات السابقة فإن هبة الفضولي الواردة على عقار تقع باطلة.

ج2- وجوب أن يكون محل الهبة معيناً أو قابلاً للتعين:

نصت المادة 94 من القانون المدني على " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا... " وبتنزيل هذه الفقرة من المادة على محل الهبة العقارية نقول يجب أن يكون العقار الموهوب محددًا تحديداً ينفي عنه الجهالة من قبل الموهوب له فلو كان داراً اقتضى الأمر ذكر موقعها وبيان صفاتها ومميزتها وحالة بنائها وعدد أدوارها إن لم تكن أرضية وذكر مرافقها ومساحتها ونوعها بأن كانت خصبة أو نصف خصبة فلاحية أو عمرانية إلى غير ذلك من الأوصاف الأساسية التي تنفي عن العقار الموهوب جهالة الموهوب له بما وُهب له إبعادا للغرر والنزاعات.

هذا في المعين أما القابل للتعين فتدخل فيه هبة العقار المشاع الذي نصت عليه المادة 208 ق بأقولها: "... أو كان الموهوب مشاعاً... " فيحوز هبة العقار المشاع لأنه قابل للتعين وقد نصت المادة 714 من القانون المدني على " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً وله أن يتصرف فيها... " 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 بأن تكون ربعه أو نصفه أو غير ذلك مع ذكر حدود العقار المشاع كله، ومجموعة الشركاء في الشيوع، ونوع الأرض إن كانت أرضاً، وصفات الدار ومميزتها إن كان الموهوب داراً مع ذكر الموقع وكل صفة ترفع بها جهالة العقار الموهوب في الشيوع فإذا قبل الموهوب له العقار الموهوب على الشيوع صحة الهبة مع اتخاذ باقي الإجراءات المستوجبة في العقار. وقد اختلف فقهاء المذاهب في حكم هبة المال المشاع شيوخاً اختيارياً أو إجبارياً.

فذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى عدم جواز هبة المشاع القابل للقسمة (الشيوع الاختياري) بينما ذهب مالك والشافعي وأحمد إلى جواز ذلك مطلقاً لأن يد المالك مطلقة في ملكه والشريك في الشيوع مالك.

ج3- 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 فوري⁽¹⁾ فإن محل عقد الهبة يشترط وجوده ساعة العقد.

وقد نصت المادة 206 ق أ على " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحياسة... " فالحياسة ركن كما ذكرنا في عقد الهبة فإذا تخلفت بطلت الهبة ولا يستطيع الموهوب له أو نائبه حياسة الشيء الموهوب ما لم يكن موجودا وقت إبرام عقد الهبة ومنه نخلص إلى عدم جواز هبة الأموال المستقبلية رغم أن المادة 92 من القانون المدني تنص على " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ... " وتخرج الهبة عن دائرة هذا النص لأنها يشترط فيها ركن الحياسة التي تبطل الهبة بغير تحققها بنص الفقرة الثانية من المادة 206 ق أ التي ذكرت أركان الهبة وهي الإيجاب والقبول والحياسة ثم جاء في هذه الفقرة ما يلي: " وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " فإذا كان محل عقد الهبة عقارا احترق وقت إبرام عقد الهبة أو احترق قبل ذلك أو انهدم ولم يعلم صاحبه (المالك) وقت إبرامه للعقد فإن حكم هذه الهبة البطلان لتخلف المحل، كذلك لو أبرم شخص عقد هبة على أرض ما مجاورة لنهر وصادف أن ابتلع النهر هذه الأرض وغمرت مياهه الأرض موضوع عقد الهبة وقعت الهبة كذلك باطلة لتخلف وجود المحل وقت العقد، ومنه عدم جواز هبة الأشياء المستقبلية كمن يهب لشخص ما أرضا سيرثها مستقبلا عن أبيه فحكم هذه الهبة المستقبلية البطلان، حيث جاء في نص المادة 2/92 من القانون المدني ما يلي: "... غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه... ".

ج4- أن يكون محل الهبة مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه:

إن عدم قابلية الشيء للتعامل فيه ترجع إلى أمران هما: طبيعة هذا الشيء نفسه أو إذا أخرجته القانون من دائرة التعامل.

فالشيء الخارج من دائرة التعامل بحسب طبيعته هو الشيء الذي بحق للجميع الانتفاع به على السواء من غير أن يحول انتفاع أحدهم دون انتفاع غيره به كالهواء وأشعة الشمس وماء البحر... إلخ. وهي الأشياء التي عنتها المادة 682 من القانون المدني بنصها على "... والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحياتها... ".

(1) عبد الحفيظ بن عبيد: إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 152.

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 المعدنية⁽¹⁾ والمناجم والمحاجر⁽²⁾ والغابات فلا يعقل أن تُملك هذه الأشياء من الأفراد، وبالتالي يستبعد تصرفهم بها وقد ينظم لها من زاوية أخرى فإننا قد أثبتنا سابقاً أن الواهب لا يستطيع أن يهب إلا ما يملك، وطالما هذه الأشياء لا يستطيع الفرد العادي امتلاكها⁽³⁾ لطبيعتها الخاصة فهو لا يستطيع هبة ما لا يملك ولا يستطيع الاستفادة من هذا النوع من الأراضي إلا عن طريق الرخص أو الامتياز⁽⁴⁾، والامتياز ليس تملك، كالشوارع والطرق والمطارات وغيرها، وقد حددتها على سبيل المثال المادة 16 من القانون رقم 30/90 فهذه العقارات لا يجوز أن تكون محلاً للتعامل بين الأفراد، كذلك أفادت هذا المعنى المادة 688 من القانون المدني بنصها على "تعتبر أموالاً للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة أو لمؤسسة عمومية... " ومنعت المادة التي بعدها 689 التصرف فيها أو حجزها أو تملكها بالتقادم. هذا بالنسبة للأموال الوطنية التي تخرج من دائرة التعامل تبعاً لطبيعتها أو لتتصيص على خروجها من دائرة التعامل قانوناً (حمائتها)، أما بالنسبة للملكية الخاصة فقد منع القانون التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه حسب المادة 92 من القانون المدني ولو كان التصرف من الوارث، كذلك منع

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

(2) نصت المادة 07 من القانون رقم 06/84 المؤرخ في 07 جانفي 1984 المتعلق بالأنشطة المنجمية على "... تعتبر بمثابة عقارات المناجم والمقالع أو المحاجر والبنىات الخاصة بالاستغلال والمنشآت والآلات والآبار والأروقة والأشغال الأخرى المقامة في عين المكان... ". وانظر القانون رقم 05/14 المؤرخ في 24/02/2014 يتضمن قانون المناجم.

(3) إلا بمناسبة الاستثمار عن طريق الامتياز، أنظر المرسوم التنفيذي رقم 322/94 المؤرخ في 17/10/1994 المتعلق بمنح امتياز أراضي الملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار، ج ر رقم 67 بتاريخ 19 أكتوبر 1994. وانظر الأمر رقم 04/08 مؤرخ في 10/09/2008 يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية-ج ر- 49 لسنة 2008.

(4) الامتياز نظام تمنح بموجبه الدولة قطعة أرض لمدة محددة لمستثمر قصد تحقيق ما لقاء دفع أجره امتياز، أنظر أعمار يحيوي: الوجيز في الموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، مرجع سابق، ص 138. والرخص مثل رخص الطريق والوقف في المادة 70 من المرسوم التنفيذي رقم 427/12 مؤرخ في 16/12/2012 يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

القانون الولي من التصرف في أموال القاصر إذا كان المر متعلق ببيع عقار أو قسمته أو رهنه وإجراء مصلحة أو إيجاره لمدة تزيد عن ثلاثة سنوات، كذلك منعه من بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة كما منعه من الاستثمار بأموال القاصر أو قرضها والمساهمة بها في رأسمال شركة إلا بعد صدور إذن من القضاء، وهذا ما نصت عليه المادة 88 من قانون الأسرة.

كذلك منع القانون المالك من التصرف في أملاكه في حالات ما إلا بنسب محددة فقد جعل القانون تصرف المريض مرض الموت غير نافذ إلا في حدود الثلث، وهذا ما دلت عليه المادة 204 من قانون الأسرة والمادة 776 من القانون المدني.

كما منع القانون المدين أو الحائز للعقار سواء كان مالكا له أو كفيل عينيا من التصرف فيه بعد حجزه قضائيا من طرف الدائن، فالحجز العقاري وسيلة جبرية يلجأ إليها الدائن قبل التنفيذ على شخص المدين بغية استيفاء دينه فتوضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء تمهيدا لبيعها بالمزاد العلني وتفيد هذه العملية في المحافظة العقارية وينتج عن هذا القيد منع المحجوز عليه من التصرف في العقار المحجوز حيث نصت المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية على " لا يجوز للمدين من يوم تسجيل الحجز أن ينقل ملكية العقار المحجوز عليه ولا أن يرتب عليه حقوقا عينية وإلا كان تصرفه باطلا... " وقيد هذا الحجز بالمحافظة العقارية لا يؤدي حتما إلى أن يفقد المحجوز عليه ملكيته على هذا العقار ما لم تنتهي إجراءات الحجز بالبيع العلني ورسو المزاد على من تقدم بأعلى عرض⁽¹⁾.

وحسب نص المادة 385 ق أ م يمنع المحجوز عليه من التصرف في عقاراته من يوم إشهار هذا الحجز بالمحافظة العقارية فلا يستطيع بيعها أو المقايضة بها ولا هبتها ولا وقفها كما لا يستطيع إنشاء حقوق عينية أصلية عليها كحق الانتفاع والارتفاق وغيرها... كذلك يمنع من توقيع حقوق عينية تبعية عليها كالرهن وغيره⁽²⁾.

ثانيا - خصائص عقد الهبة:

لما كانت الهبة عقدا فهي متوفرة على جميع خصائص العقد بصفة عامة من وجوب توافر الإدارة وسلامتها من العيوب وتحقق الأركان المتطلبية. وقد تشترك مع غيرها من التصرفات ببعض الخصائص مثل كونها تتم في الأصل دون عوض⁽³⁾ فتشاركها الوصية في هذه الخاصية كذلك قد تنصف بأنها عقد فوري يتم على الفور وبشاركها في ذلك البيوع المنجزة والفورية... .

(1) عبد الرحمن بريارة: طرق التنفيذ في المسائل المدنية، منشورات بغدادية، ط1، الجزائر، 2002، ص 132.

(2) المرجع السابق، ص 134.

(3) قد تكون مقابل عوض حسب نص المادة 202 قانون أسرة.

غير أن أهم ما تنفرد به 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 (الحيابة).
- 3- خاصية عدم قابلية الرجوع فيها إلا استثناء في حق الوالدان.

1- تحول الهبة إلى وصية:

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

والمستخلص من هذه المادة أن الهبة التي يوقعها الواهب في مرض موته يكون حكمها حكم الوصية والسبب في ذلك راجع إلى تعلق حق الورثة بأموال مورثهم ابتداء من مرحلة مرض موته وليس من وقت موته فقط فقد روى أبو الدرداء عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: " إن الله تصدق عليكم بثلاث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم " رواه الدار القطني⁽¹⁾.

فالحق الذي قرره الشرع الإسلامي للشخص في أملاكه وهو مقبل على الموت محدد بثلاث ما يملك فله التصرف بهذا الثلث تفضلا من الله تعالى عليه ورحمة به وكرامة منه مكن هذا المقبل على الموت من التصرف أو التصرف في ثلث ماله حتى يزيد به أجره ويرفع به درجته فمهما كانت التصرفات التي يجريها من قامت به هذه الحالة (الإحساس بدنو الجل) فهي مقيدة بالثلث، ومهما كانت تسمية هذا التصرف وقد تبنت المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري معنى هذا الحديث⁽²⁾ وخصصت الهبة بالذكر فلو وهب شخص في مرض موته أو في الحالات المخيفة التي يتوقع معها الهلاك غالبا كانت هبته هذه منزلة منزلة الوصية ولا تكون نافذة إلا في حدود الثلث ولأن الغيب لا يعلمه إلا الله فلا يستطيع أي إنسان معرفة ساعة نهايته، وما تدري نفس ماذا تكسب غدا وما تدري نفس بأي أرض تموت، ولأن للموت أسباب ومن أعظم أسبابها المرض كانت مرحلة المرض التي تسبق الموت سببا في تقييد المالك من التصرف في أكثر من ثلث ما يملك لأجل هذا برز الاختلاف في مدة مرض الموت فمنهم من جعلها سنة قبل الموت ما كان الشخص مريض فيها وأفضى به هذا المرض إلى الموت في مدة سنة ومنهم من

(1) حديث أخرجه أيضا أحمد في سننه والبيهقي وابن ماجة والبخاري من حديث أبي هريرة، أنظر نيل الأوطار للشوكاني:

المجلد 5، ص 38.

(2) كذلك فعلق المادة 776 من القانون المدني.

جعلها أقل من ذلك. وخيرا فعل المشرع الجزائري بعدم التصييص على مدة مرض الموت، ترك ذلك للفقهاء، لأن الأحوال تختلف من شخص إلى آخر، فمن قامت به علة (مرض) خطير ينتهي لا محالة بالموت كمرض السرطان والإيدز وغيرها وألزمه هذا المرض الفراش وأعجزه عن رعاية مصالحه وامتدت هذه الحالة لأكثر من سنة، فما حكم التصرف أو ما حكم الهبة التي أوقعها من كانت هذه حاله ولو كانت الهبة قبل موته بسنتين مع توافر العناصر والشروط المتطلبة في مرض الموت⁽¹⁾ (كالمرض) (التزام الفراش) (القعود عن إدارة المصالح) (خوف الهلاك والموت)؟ أعتقد أن هذه الهبة تأخذ حكم الوصية.

كذلك يأخذ نفس الحكم تصرف من قامت به حالة من الحالات المخيفة كالمرباط في ساحة القتال ولو طال هذا الرباط لأكثر من سنة فإن حالة خوف الهلاك والموت قائمة فلو وهب هبة أنزلت منزلة الوصية لقيام العلة وهي خوف الموت والهلاك.

2- 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: " تتعد 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 و208 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... "

فالمادة تعرض فرضية أن يكون الشيء الموهوب (العقار الموهوب) بيدي الموهوب له كأن يكون مستأجرا لدار ويشغلها فعلا هو وعائلته ثم يقوم المؤجر بهبة هذه الدار للمستأجر فغن حالة شغل المستأجر لدار الموهوبة يغني عن الحيابة لأنها قائمة من قبل.

أما المادة 208 فتعرض ثلاث فرضيات يستثنى بها ركن الحيابة في عقد الهبة.

الفرضية الأولى أن يكون الواهب ولي الموهوب له ومن المعلوم أن من يكون في حاجة إلى الولاية هو الصغير القاصر حيث تناولت أحكام الولاية المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة فإذا ثبتت الولاية للأب وبعد وفاته للأم وفي حالة غيابهما تعين المحكمة مقدم حسب نص المادة 99 ق أ ولأن

(1) أنظر في شروط مرض الموت، أحمد تقيّة: المرجع السابق، ص 114 وما بعدها.

الولاية لا تكون إلا للوالدين فإذا قام هذا الولي بإجراء هبة لمن هو في ولايته كانت هذه الهبة في غير حاجة إلى ركن الحيابة لأن المتولي يقيم عادة مع وليه كما أن الحيابة يقوم بها في هذه الحال الولي نفسه فيكون بذلك واهب وحائز في نفس الوقت وتوحد المحل استغني عن الحيابة.

الفرضية الثانية التي تعرضها هذه المادة هي حدوث الهبة بين الأزواج سواء وهب الزوج لزوجته أو وهبت الزوجة لزوجها فإن ركن الحيابة مستثنى في هذه الحالة. لمكانة الزوج من زوجته ومكانة الزوجة من زوجها فإن الروابط بينهما تقوم على المحبة والثقة⁽¹⁾ فإذا كان الشيء الموهوب عقار (داراً) تقيم فيها العائلة فيفترض أن الحيابة حاصلة ابتداءً، ونعتقد أن هذه المادة 208 ق أ قد تتعارض ولو جزئياً مع نص المادة 37 من نفس القانون المعدلة بموجب القانون رقم 09/05 حيث جاء في هذه الأخيرة " لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر ".

فمادام القانون قد فرق بين الذمتين كان الأولى أن يكون للحيابة مكان في هبة الزوجين⁽²⁾.

أما الفرضية الثالثة التي جاءت بها المادة هي أن يكون محل الهبة شيء مشاعاً ولخصوصية المشاع كون الحصص فيه غير مفرزة بل محددة بنسب فلا يستطيع المالك في الشيوخ أن يحدد حصته تحديداً نهائياً إلا بعد القسمة سواء الودية أو القضائية، ولما كانت الحيابة لا ترد إلا على المعين والمفرز كانت الحيابة مستثناة كذلك في هذه الحالة واستعيض عنها في هذه الحالة وفي الحالتين قبلها بعملية التوثيق والإجراءات الإدارية المتطلبة حسب كل حالة.

فإذا كانت الهبة واردة على عقار مشاع فإن إجراءات توثيق هذه الهبة وشهرها بالمحافظة العقارية تغني عن الحيابة لتعذرها لأن الحيابة للجزء المحدد كنصيب يكون موضوع مضانة لأنه حسب الفقرة الثانية من نص المادة 714 قانون مدني قد يتغير هذا الجزء عند القسمة حيث جاء في هذه الفقرة من المادة التالي: "... إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقال حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة...".

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

⁽¹⁾ نصت المادة 03 من قانون الأسرة على " تعتمد الأسرة في حياتها على الترابط والتكافل وحسن المعاشرة والتربية الحسنة وحسن الخلق ونبذ الآفات الاجتماعية ".

ونصت المادة 04 منه على " الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب ".

⁽²⁾ الأصل في الهبة بين الزوجين عدم قابلية الرجوع فيها عكس القانون الفرنسي الذي يحيز الرجوع في الهبة بين الأزواج حيث تنص المواد من 943 إلى 946 على الاستثناء عن قاعدة عدم قابلية الهبة للرجوع فيها.

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 تحسن 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 حق الرجوع في الهبة التي عقدها لأبنائهم حصرا 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 "

فالمادة في خولت الأبوين حق الرجوع في هبتهم لأبنائهم مهما كان سنهم وجنسهم ذكورا وإناثا إلا إذا كان القصد من الهبة الحالة الأولى أن يستخدمها الابن في زواجه وهو قصد نبيل مستمد من الشرع الحنيف امتثال لقوله صلى الله عليه وسلم: " يا معشر الشباب، من استطاع منكم الباءة فليتزوج... " (1). وقوله عليه السلام: " تزوجوا الودود فالودود فإنني مكائر بكم... " (2) ولأن الزواج تتكون به الخلية الأساسية في المجتمع حسب نص المادة 02 من قانون الأسرة (3) وبه تحفظ الأنساب (4) فيسلم بذلك المجتمع ويشق طريقه نحو التقدم والازدهار كانت هبة الوالدين لأبنائهم محصنة ضد الرجوع فيها.

الحالة الثانية التي تتحصن فيها هبة الأبوين ضد الرجوع هي هبة المال للابن قصد ضمان قرضه أو تسديد دينه فإذا كان الابن مدين جاز لوالديه قضاء دينه عليه لأنهما من مصلحتهم أن يوفي ابنهما دينه، وقد نصت المادة 258 من القانون المدني على " يصبح الوفاء من المدين أو من نائبه أو

(1) أخرجه البخاري حديث رقم 63 50 المجلد 9، ص 1004، ومسلم حديث رقم 1401 المجلد 2، ص 1020.

(2) أخرجه النسائي وقال الحكم صحيح الإسناد، أنظر عبد العظيم بن بدوي: مرجع سابق، ص 271.

(3) جاء في نص المادة 2 من قانون السرة " الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع وتتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة الزوجية وصلة القرابة "

(4) أنظر المادة 04 من قانون الأسرة.

من أي شخص له مصلحة في الوفاء وذلك مع مراعاة ما جاء في المادة 170... " فالوالدين لهم مصلحة ولو كانت معنوية في قضاء دين ولدهما كذلك لو قدم الوالدين مقابل لضمان قرض ابنهما أصبحا بمثابة الكفيل الضامن لهذا القرض لأنهما قد التزما بمحض إرادتهما المنفردة بضمان هذا الدين⁽¹⁾ وقد تكون هذه الهبة من أحد الوالدين أو من كلاهما وإذا كان للكفيل حق الرجوع على من كفل فإن الأبوين ليس لهم ذلك إذ كان المكفول ابنا لهم حسب نص المادة 211 ق أ.

أما ثالث حالة تتحصن فيها هبة الوالدين ضد الرجوع هي أن يتصرف الابن الموهوب في ما وهب له فإذا كان مالا صرفه أو أرض بناها أو دارا أعاد عبتها لغيره أو باعها تعذر على الوالد الذي وهبه أن يرجع على ابنه في هبته إما لتعذر المحل إذا كان قد باعه أو تصرف فيه ولتغير المحل إذا كان أدخل عليه ما غير طبيعته الأولى.

عدا هذه الحالات يحق للأبوين الرجوع في الهبة لأبنائهم وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي باعتصار الهبة، والهبة لغير الولد لا يجوز الرجوع فيها وقد أجمعت المذاهب الفقهية على عدم جواز الرجوع في الهبة لغير الأبناء⁽²⁾ عدا الحنفية فقد أقرروا للواهب الرجوع في هبته مطلقا إلا لمانع⁽³⁾ فالهبة عندهم عقد غير لازم وسندهم في ذلك حديث ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: " الواهب أحق بهبته ما لم يثب عنها "⁽⁴⁾ كما يذهب القانون المقارن إلى الاختلاف في شأن الرجوع في الهبة.

فالأصل في القانون المصري جواز الرجوع في الهبة وجعل لذلك طريقين؛ إما بالتقاضي أو بالتراضي⁽⁵⁾ كذلك فعل القانون السوري حيث نصت المادة 468 من قانونهم المدني على " يجوز للواهب

(1) جاء في نص المادة 644 مدني التالي " الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يقي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه " قران صورة هذا العقد وصورة الهبة المستترة.

(2) السيد سابق: فقد السنة، مرجع سابق، المجلد 3، ص 396.

(3) نظم بعضهم منع الرجوع في الهبة عند الأحناف في بيت شعري فقال:

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

فالدال لزيادة في الشيء الموهوب- والميم للموت- والعين للعوض- الخاء لخروج الشيء الموهوب من ملك الموهوب له بالتصرف فيه- الزاي للزوجية- القاف للقرابة- الهاء للهلاك. أنظر وهبة الزحيلي: مرجع سابق، المجلد 5، ص 28.

(4) حديث ابن عمر رواه الحاكم وصححه، أنظر سبل السلام للصنعاني: مرجع سابق، المجلد 3، ص 180، وقد رد ابن القيم الجوزية على دليل الصنف هذا بقوله أن الواهب إذا كانت نيته قبل الهبة أن يعوض عليها ولم يعوض جاز له الرجوع فيها، أما لو كانت نيته بقصد التبرع وطلب الأجر لم يجوز له الرجوع فيها. أنظر أعلام الموقعين من رب العالمين نقلا عن فقه السنة، المجلد 3، ص 397.

(5) أحمد تقيّة: مرجع سابق، ص 261.

أن يرجع في الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك⁽⁶⁾ أما القانون الفرنسي فقد نص في المادة 894 من قانونه المدني على عدم جواز الرجوع في الهبة⁽¹⁾ إلا في أحوال نصت عليها المادة 955 من نفس القانون وهي حالة الجحود ويتحقق باعتداء الموهوب له على حياة الواهب أو إذا أساء معاملته أو أهانه أو قذفه قذفا خطيرا أو لامتناع عن إعطائه نفقة كما دلت المادة 943 أن الهبة بين الأزواج يجوز الرجوع فيها كذلك نصت المادة 960 على أن الواهب له الرجوع في هبة إذا ولد له مولود لم يكن موجودا عند إبرامه لتصرف الهبة⁽²⁾.

المطلب الثاني: الشروط التي أوجبها القانون في انتقال الهبة إذا كان محلها عقارا

نتطرق في هذا المطلب إلى الشروط التي تطلبها القانون في انتقال العقار لأن حديثنا دائر على كون محل الهبة عقار فكيف يتم هذا الانتقال من الواهب للموهوب له؟
فنتعرض إلى توثيق الهبة العقارية ثم إلى تسجيلها ثم تعرض عملية شهر الهبة وأحكامها في فروع هذا المطلب.

الفرع الأول: توثيق الهبة العقارية

من المستقر عليه الأمر في القانون الجزائري أن أي تصرف وارد على عقار يجب صبه في قالب شكلي تحت طائلة بطلان هذا التصرف وتعتبر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني عمدة في ذلك. ولما كانت الهبة العقارية محلها عقارا فيجب إثباتها على يد ضابط عمومي هو الموثق فيفرغ رضاء كل من الواهب والموهوب له في محرر رسمي 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 والقبول⁽³⁾ حتى يُصدر عقدا بذلك وإذا كانت الهبة ستم بواسطة وكيل كان على الموثق التثبت من مضمون الهبة وأن الوكيل لم يجاوز حدود وكالته الخاصة بعقد الهبة كما يتأكد من الشكل الواجب توافره

(6) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(1) L'article 894 de droit civil française « la donation entre vifs est un acte par le quel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte »

(2) Voir. Jean Mazeaud : leçons de droit civil, deuxième édition Montchrestien ,paris 1971 P 648.

(3) أنظر المادة 29 من قانون التوثيق رقم 02/06، والمادة 62 من المرسوم رقم 63/76 الخاصة بالشرط الشخصي لأطراف العقد.

في الهبة العقارية لأن الوكالة في مثل هذه الحال يفرض فيها القانون توافر شكل العمل القانوني محل الوكالة⁽¹⁾ حيث نصت المادة 572 من القانون المدني على " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك " .

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⁾.

كما يتعين على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين ويتعين وسم الهبة بالبطلان لو تخلف هذا الشرط حيث جاء في نص المادة 324 مكرر 3 المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المعدل للقانون المدني ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " .

ونلاحظ أن هذه المادة خصصت العقود الاحتفائية فقط بوجود حضور شاهدين وهذا معناه أن هناك عقود احتفائية وعقود غير احتفائية فما هي العقود الاحتفائية؟

هذا هو موضوع المؤاخذة على المشروع الجزائري وحتى واضعو التعديل الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 تنبه للاختلاف الحاصل بين نص المادة 324 مكرر 3 العربي والفرنسي (ترجمته) حيث كان النص القديم العربي على النحو التالي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين " في حين جاء في النص الفرنسي لنفس المادة ما يلي:

"Les actes solennels sont à peine de nullité reçus par l' officier public en présence de deux témoins instrumentaires " .

فالنص العربي القديم كما ترى يوجب شاهدين في جميع العقود الرسمية في حين النص الفرنسي لم يوجب حضور شاهدين إلا في العقود الاحتفائية وقد تم تدارك هذا الاختلاف بتوحيد النصين، حيث

(1) لا يحتاج الولي إلى وكالة قانونية لأنه مخول من قبل القانون التصرف فيما ينفذ من يتولى ويجب أن يكون تصرفه تصرف الرجل الحريص فله قبول الهبة نيابة عن ابنه القاصر أو الجنين ويأخذ نفس الحكم الوصي بنص المادة 95 قانون أسرة، وكذلك المقدم بنص المادة 100 من قانون الأسرة، غير أن الوصي والمقدم يعين من طرف القضاء.

(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... " .

أصبح مضمون النص العربي كالتالي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " ولكن لم يوضع تحديدا للعقود الاحتفائية مما يجعل المر مفتوح للتأويل في تحديد العقود الاحتفائية وعلى العكس من ذلك وضع المشرع الفرنسي تحديدا للعقود الاحتفائية في نص المادة 09 من قانون فاننوز Ventôse المعدل بالمرسوم المؤرخ في 12/08/1902⁽¹⁾ حيث حصرت هذه المادة العقود الاحتفائية في:

الهبة بين الأحياء والرجوع فيه- الوصية والرجوع فيها- الوكالات المرتبطة بتلك العقود- الإقرار ببنوة الولد الطبيعي- الترخيصات المتصلة بهذه العقود⁽²⁾.

وإذا كانت المادة الأولى من القانون المدني قد أحالت على الشريعة الإسلامية ثم على العرف ثم على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند انعدام النص، ففي حالتنا هذه إذا رجعنا إلى الشريعة الإسلامية نجدها لم تفرق بين العقود وليس بها هذا التقسيم⁽³⁾ عقد رسمي وعقد رسمي احتفائي إذا استقرأنا العرف لم نجد سوى عقد الزواج عقد احتفائي ومنه تبرز ضرورة تحديد العقود الاحتفائية التي عناها نص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني سواء على سبيل الحصر أو على سبيل المثال.

رغم قناعتنا أن شهادة الشهود لم يعد لها مبرر حالياً⁽⁴⁾ بتطور وسائل الإثبات فيكفي العقد الرسمي حجية أنه محرر من قبل ضابط عمومي خولته السلطة العامة تحرير هذه العقود. حسب نص المادة 324 مكرر 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⁾ Voir Mazeaud : précité P 615.

⁽²⁾ حذف المشرع الفرنسي شهادة الشهود من العقود باستثناء ثلاث حالات بموجب المادة 02 من قانون 1966/12/28 وهي: الوصايا والرجوع فيها- عقود الأشخاص الذين لا يحسنون الإمضاء ولا القراءة، أو عقود من بهم مانع قاهر كمبثور اليدين. أنظر Mazeaud: مرجع سابق، ص 615.

⁽³⁾ جاء في آية الرهن قوله تعالى: " واستشهدوا شاهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتين ممن ترضون من الشهداء... " يرى الإمام مالك رحمه الله أن الأمر في هذه الآية محمول على الندب والإرشاد وليس الوجوب لأن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى ولم يشهد في حديث حزيمة المشهور الذي قال فيه من شهد له حزيمة كفاه. كذلك جاء في قوله تعالى: " وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة فإن أمن بعضكم بعضاً ليوذي الذي أؤتمن أمانته " فلما جاز أن يترك الرهن الذي هو بدل الشهادة جاز ترك الشهادة نقي عن جمعة محمود الزريفي: مرجع سابق، ص 65.

⁽⁴⁾ جاء في كتاب أحكام القرآن لابن العربي، مرجع سابق، ج1، ص 259، ما يلي: والظاهر الصحيح أن الإشهار ليس واجباً 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 الآجال المحددة قانونا... ".

فهذه المادة صرحت بوجوب تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود من طرف الموثق الذي حررها كما نصت المادة 58 من قانون التسجيل على " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها وباستثناء الحالة المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية:

العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال العقارية والمحلات التجارية والزبائن أو التنازل عن إيجار أو عن الاستفادة بوعده بالإيجار يتضمن الكل أو البعض من العقار ".

ولما كان نص المادة 206 من قانون الأسرة قد بدأ بلفظة تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول فدل على أن الهبة عقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على اتفاق والاتفاق هو العقد حسب نص المادة 54 من القانون المدني التي جاء فيها " العقد اتفاق... ".

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 و238 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 والتتقيصات التي تمت على الهبات السابقة التي قبل بها نفس الشخص ".

فهذه المادة يستخلص منها الآتي:

1- أن الهبة تسجل⁽¹⁾.

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

(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.

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 الثانية⁽¹⁾.

أولاً- 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 الهبة 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 التي جاء فيها " يمكن تسجيل العقود المبرمة في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز " علما أن الهبة يسري عليها قانون جنسية الواهب حسب الفقرة الثانية من نص المادة 16 من القانون المدني "... ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائها ". إلا أن الهبة لو كان محلها عقارا خضعت لقانون الدولة المتواجد بها العقار حسب نص المادة 17 ق م وهذا يعني خضوع الهبة من حيث أحكامها لقانون الواهب، أما من حيث موضوعها إذا كان عقارا تخضع لقانون الدولة المتواجد به العقار.

ثانياً- آجال تسجيل عقد الهبة:

يحكم عقد الهبة في آجال تسجيلها ما يحكم العقود عامة حيث نصت المادة 58 من قانون التسجيل على ذلك فجاء فيها " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه ".

وتتعلق المادة 64 بأجل تسجيل الوصية حيث يمدد أجل تسجيلها إلى ثلاثة أشهر من وفاة الموصي، غير أن المادة 64 قد ألغيت فيعمل بالأصل الذي تضمنته المادة 58 التي حددت آجال تسجيل

(1) جاء في نص المادة 235 من قانون التسجيل " إن الاستفادة من أحكام المادة 238 (المقطع الأول) أدناه مشروطة فيما يخص الهبة بتقديم شهادة حياة معفاة من الطابع وإجراءات التسجيل بالنسبة لكل ولد حي للواهب أو الموهوب لهم وممثلي المتوفين منهم... " وقد نصت المادة 238 على " يحدد معدل التخفيض من الضريبة المستحقة الذي يستفيد منه كل وارث بقدر 5% عن كل ولد في عهده أيا كان عدد أولاده ".

العقود التي يحررها الموثق 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 وإمضائها من طرف الواهب والموهوب له والشهود وختمها بختم الموثق تحت طائلة عقوبة الموثق ماليا⁽²⁾.

الفرع الثالث: شهر عقد الهبة العقارية

إن الإجراءات القانونية السابقة كلها من توثيق وتسجيل وحتى الأركان من رضا وأهلية ومحل وسبب وغيرهم لا أثر لهم في انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له ولو كانت كلها صحيحة ما لم يشهر عقد الهبة العقارية لأن الشهر وحده هو الناقل للأثر العيني⁽¹⁾ وهو الذي يحقق انتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له فقد جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي: " لا تنتقل 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 و16 من الأمر 74/75 حيث جاء في المادة 15 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... ". كما نصت المادة 16 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 ".

فحسب هذين النصين تكون الهبة غير المشهورة كأنها غير موجودة وتبقى ملكية العقار الموهوب على ذمة الواهب ولورثته من بعده ولا تنتقل للموهوب له ولا يكون له عليها أي حق وقد أكدت هذا المادة 206 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية بنصها على: "... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات... وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " فمراعاة أحكام التوثيق تستدعي إجراء الشهر ما تعلق الأمر بالعقارات، فالشهر من أحكام التوثيق وقد دلعت المادة 10 من قانون التوثيق على ذلك. 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 والمحركة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة ".

(2) أنظر المادة 93 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل.

(1) أنظر المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75.

فهذا النص صريح في أنه يستوجب على الموثق شهر جميع العقود المحررة من قبله، فالشهر يقع على عاتق الموثق الذي حرر العقد⁽²⁾ ويجب عليه احترام الآجال.

أولاً- آجال شهر عقد الهبة:

نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على آجال شهر العقود حيث جاء في فقرتها الرابعة ما يلي: "... بالنسبة للعقود الأخرى شهران من يوم تاريخها " غير أن هذه المادة تم تعديلها بموجب قانون المالية لسنة 2004 حيث نصت المادة 353 منه في فقرتها الرابعة في باب رسم الإشهار العقاري على ما يلي: "... تحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي

1- بالنسبة لشهادات نقل الملكية بعد الوفاة ثلاثة أشهر (3) ابتداء من تاريخ تحرير العقد يمدد هذا الأجل إلى خمسة (5) أشهر إذا كان أحدا المعنيين مقيماً في الخارج يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنياً إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة.

2- بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة (3) أشهر من اليوم الذي أصبحت فيها نهائية.

3- بالنسبة للعقود الأخرى، والوثائق الثلاثة (3) أشهر من تاريخها... "

فآجال شهر العقود الممنوحة للموثقين التي يتعين عليهم شهر عقودهم خلالها هي ثلاثة (3) أشهر ولما كانت الهبة عقداً فهي تشهر في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير عقدها من طرف الموثق أما عقد الهبة الذي يكون محله عقارات متعددة تخضع للشهر على مستوى أكثر من محافظة عقارية أو عقارا واحداً يقع بين منطقتي اختصاص لمحافظتين عقاريتين فإن الأجل يمدد بخمسة عشر يوماً (15) بالنسبة لكل محافظة عقارية ويؤدي عدم احترام هذه الآجال إلى وقوع الموثق تحت طائلة العقوبة المالية، كما يجب على الموثق مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية حيث يتعين عليه إيداع العقد للشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وهي الواقع العقار المعني في دائرة اختصاصها⁽¹⁾⁽²⁾.

⁽²⁾ 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 (جزاء مدين) بالإضافة إلى الجزء الأدبي الذي قد يوقع عليه من الغرفة الوطنية أو الجهوية للموثقين.

⁽¹⁾ لا توجد على مستوى ولاية قسنطينة سوى 6 محافظات عقارية بل مكاتب تابعة لمحافظة قسنطينة وهي: قسنطينة، الخروب، حامة بوزيان، زيغود يوسف. عين عبيد...

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

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

فالفقرة الأخيرة من هذه المادة دلت على بطلان الهبة إذا كان محلها عقار لو تخلف قيد (مراعاة أحكام قانون التوثيق) وهي تشير إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي نقلت نص المادة 12 من قانون التوثيق القديم رقم 70/91 الملغى والتي جاء فيها " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية...".

إذن فكل عقد وارد على عقار مآله البطلان ما لم يوثق كذلك الهبة العقارية يوجب المشرع إفراغه في شكل رسمي يحرره الموثق، فأعطاء الصبغة الرسمية لعقد الهبة له أثر بالنسبة لانتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له حيث جاء في المادة 61 من المرسوم 63/76 ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"⁽¹⁾.

فالمادة تشترط أن يكون المحرر المقدم للإشهار في المحافظة العقارية في شكل رسمي ولأن الشهر هو من ينقل الملكية تجلى دور التوثيق في انتقال الملكية، لأن تخلفه يؤدي إلى عدم قبول الشهر ورفض الإيداع.

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

(1) جاء في القرار رقم 103 656 المؤرخ في 1994/11/05 الصادر بنشرة القضاء في عددها 51 سنة 1997 ما يلي " يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في شكل رسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان وتنص المادة 206 من قانون الأسرة، أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق بالنسبة للعقارات لذا فغن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية".

كذلك يشترط في الموثق المُبرم والمحرم لعقد الهبة والعقود بصفة عامة شروط نص عليها قانون مهنة التوثيق رقم 02/06 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.

كذلك نص قانون التوثيق على شروط معينة وأشكال يجب توافرها في العقد (عقد الهبة) تحت طائلة البطلان منها ما نصت عليه المادة 26 من وجوب تحرر العقود باللغة العربية وكتابة السنة والشهر ويوم التوقيع بالحروف... إلخ⁽²⁾.

كما نصت المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني على " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين ".

وقد سبقت الإشارة إلى أن عقد الهبة هو عقد احتفائي في التشريع الجزائري لأجل ذلك يقع عقد الهبة العقارية باطلا ما لم يحضر بحضور شاهدي عدل على أن تتوفر فيهم شروط الشهادة من بلوغ وعقل وعدالة مع مراعاة ما جاء في نص المادة 20⁽¹⁾ من قانون التوثيق في شأن شهادة أقراب 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:

إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوما 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 الجبائية مستوى 25%.

فالمادة تعرض حالتين: الحالة الأولى أن يتأخر التسجيل بعد المدة الممنوحة فترة تتراوح من يوم إلى 31 يوم وهذا معناه أن يدفع عن كل شهر مضى بعد المدة الممنوحة دون تسجيل غرامة قدرها 10%

⁽²⁾ أنظر نكاع عمار، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري رسالة ماجستير غير منشور جامعة قسنطينة، 2007 ص 44 وما بعدها

⁽¹⁾ نصت المادة 20 من قانون التوثيق على " لا يجوز لأقارب أو أصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة* وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته أو يكونوا شهودا في العقود التي يحررها... ".

(* جاء في المادة السابقة (19):

أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.

ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم والأخ وابن الأخت.

فلو دام التأخر 4 أشهر بعد المدة الممنوحة وهي 3 أشهر بحيث سجل في الشهر السابع أو الثامن من إصدار العقد تكون نسبة الغرامة $4 \times 10 = 40\%$ 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 يوم، 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 يوم الممنوحة تحسب كشهر فتكون النسبة $3 \times 4 = 12\%$.

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 لفيث 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 عقدا رسميا رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس ⁽¹⁾."

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 به المادة 15 و 16 من الأمر 74/75 ويترتب عن عدم إشهار عقد الهبة العقارية بقاء العقار الموهوب في ملك الواهب وعدم انتقاله إلى ملكية الموهوب له، وهذا يعني أن التصرف الذي قام به الواهب والموهوب له من 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 ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ".

(1) المجلة القضائية لسنة 1994، العدد 02، ص 158.

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 للأمالك 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 21/01/1990⁽²⁾ 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 14/02/2000⁽³⁾ 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: أحكام الوصية

واقعة الوفاة سبب لانتقال الأموال وفق حالتين هما الميراث والوصية فكلاهما يحقق الخلافة، إما للوارث أو للموصي له في أملاك المورث (الموصي). وتلتقي الوصية والميراث من حيث كون كل منهما خلافة بسبب الموت ويفترقان من حيث كون الخلافة في الميراث إلزامية تتم بقوة القانون في حين تكون الخلافة في الوصية اختيارية، والوصية سببا من أسباب انتقال حق الملكية والحقوق العينية الأصلية. فبالنسبة لحق الانتفاع نصت المادة 844 قانون مدني على: "... يجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصى به للحمل المستكن " مع مراعاة أحكام المادة 852 قانون مدني التي حددت أجل حق الانتفاع بالأجل المعين أو يموت المنتفع في حالة عدم تحديد الأجل، ونفس الأحكام تطبق على حقي الاستعمال والسكن فيجوز الإيضاء بهما مع إخضاعهما لأحكام حق الانتفاع حسب المادة 857 قانون مدني ما لم تتعارض هذه الحكام مع طبيعتها.

كذلك يجوز أن يكسب حق الارتفاق بطريق الوصية وذلك بأن يوصي مالك العقار بإنشاء حق الارتفاق عليه فينشأ ابتداء على أثر حدوث وفاة الموصى دل على ذلك مفهوم المادة 878 قانون مدني بالاستتباط حيث جاء فيها: " تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد... " وهذا يعني أن مالك العقار له أن ينشئ حق ارتفاق على عقاره وقد يكون ذلك بطريق الوصية ويحدد له أجل، وقد يكسب حق الارتفاق بطريقة تبعية بسبب الوصية في حالة ما أوصى شخص بعقار له وكان هناك ارتفاق مقرر

(2) المجلة القضائية لسنة 1992، العدد 01، ص 86.

(3) قرار غير منشور، أنظر حمدي باشا عمر: القضاء العقاري، دار هومةن 2002، ص 314.

لمصلحة هذا العقار فينتقل بذلك حق الارتفاق إلى الموصى له تبعا لانتقال ملكية العقار المرتفق. هذا ونشير إلى أن القانون المدني أحال في مادته 775 بالنسبة للوصية على قانون الأحوال الشخصية إذ جاء فيها: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها " .

كما جعل القانون المدني كل التصرفات التبرعية في حالة مرض الموت تبرعات مضافة إلى ما بعد الموت وتسري عليها أحكام الوصية مهما كانت مسميات هذه التصرفات فنصت على: " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص فغي حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف... " .

كذلك نصت المادة 777 من القانون المدني على أن أي تصرف من المالك لصالح أحد ورثته مع احتفاظه بحيازة الشيء المتصرف فيه أو الانتفاع به مدة حياته يكون وصية ما لم ينهض دليل يخالف ذلك.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده نظم موضوع الوصية في الكتاب الرابع 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 والموصى له وذكر شروطها وأحوالهما وذكر في المادة 191 إثبات الوصية ثم تناول بعد ذلك أحكام الوصية.

المطلب الأول: ماهية الوصية

سنتعرض في هذا المطلب للتعريف بالوصية وذكر أنواعها وخصائصها وأحكامها ومجمل شروطها وأركانها مع المناقشة والتحليل.

الفرع الأول: التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام

ونتعرض فيه لتعريفها و أنواعها وأحكامها

أولا- التعريف بالوصية:

عرّفت الوصية بأنها (تمليك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع)⁽¹⁾.

(1) العربي بلحاج: الوجيز فيشرح قانون الأسرة الجزائري، ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 230.

ونلاحظ على هذا التعريف أنه جاء متجاهلا لموضوع الوصية من حيث أطرافها الموصي والموصى له.

وعرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة بـ " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " وجاء 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 شيء أو حق آخر إلى الموصى له "(2).

والملاحظ كذلك على هذا التعريف أنه لم يذكر أن انتقال هذه الأشياء والحقوق الأخرى إلى الموصى له يكون بطريق التبرع.

ونعتقد أن أحسن تعريف للوصية هو التالي: " الوصية تصرف أحادي بطريق التبرع مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر إلى الموصى له ".

وهذا التعريف جامع مانع فهو يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته فكلمة شيء تشمل المنقول والعقار وكلمة حق آخر تشمل المنافع مثل حق السكن وحق الانتفاع وغيرها... .

وقد اختلفت المذاهب الفقهية في شأن الوصية أهي عقد أم تصرف فردي ينتج عن (إرادة منفردة) فذهب الشافعية إلى أنها عقد وعللوا ذلك بأن الوصية تتعقد بالإيجاب من الموصي والقبول من الموصى له لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث وكذلك تبنى المالكية نفس الرأي فهم يقولون بضرورة قبول الموصى له لأن قبوله شرطا لصحة الوصية لكن يتراخ هذا القبول إلى بعد وفاة الموصي.

وذهب الأحناف إلى اعتبار الوصية تتم بالإيجاب فقط دون الحاجة إلى القبول لأن القبول في الوصية ما هو إلا شرط في لزوم الوصية وليس ركنا، وبه تكون الوصية تصرفا ينشأ بإرادة منفردة وقد تبنى المشرع الجزائري الرأي الثاني واعتبار الوصية تتعقد بمجرد صدور إيجاب الموصي وقبول الموصى له بعد وفاة الموصي لا يعد إلا شرطا للزوم الوصية وهذا ما نستشفه من نص المادة 191 قانون أسرة بقولها: " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك... " فالمادة لم تذكر سوى إيجاب الموصي ولم تأتي على ذكر قبول الموصى له بل جعلته المواد 197 و198 و2001 مجرد شرط للزوم الوصية لأن الوصية توثق لدى موثق بناء على طلب وإيجاب الموصي دون قبول الموصى له الذي قد لا يكون على علم بها إطلاقا إلا بعد الوفاة.

(2) محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية، ط1، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 1994، ص 69.

ونحن نعتقد أن الوصية عقد يستوجب فيه إيجاب الموصي وقبول الموصى له لأنه صحيح قد تنشأ الوصية وتوثق عند الموثق دون علم الموصى له لكن رأيه بعد الوفاة يكون حاسم في تمام انعقادها وتنفيذها أو إبطالها والغائها فقد نصت المادة 198 من قانون الأسرة على إعطاء حق القبول أو الرد للورثة وهذا الحق لا شك ثابت لمورثهم فمصير الوصية متوقف على رأي الموصى له وخلقه العام إذا هلك قبل إعلان رأيه وكذلك نصت المادة 201 قانون أسرة على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها " ومادام عدم قبول الموصى له للوصية يجعلها باطلة نعتقد أن قبول ورفض الموصى له يتبوء مكان مهم في إنشاء الوصية ومنها نميل إلى أن الوصية عقد ما كانت اختيارية⁽¹⁾.

ثانياً - أنواع الوصية:

تتنوع الوصية تبعاً للحكم الشرعي فقد تكون الوصية واجبة وقد تكون محرمة كما تكون مندوبة أو مباحة أو مكروهة.

فالوصية الواجبة هي ما يوصي به الموصي من حقوق وواجبات تكون حقاً لله تعالى قائمة في ذمته لم يتحلل منها وقت حياته فيوصي بأدائها بعد موته وقد مثل العلماء للوصية الواجبة بحق الأحماد في ميراث جدهم إذا هلك أبوهم قبله فيتعين على الجد أن يوصي لهم بمقدار ما كان يرثه أبوهم لو بقي حياً وقد عبر عنها القانون الجزائري بالتنزيل في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة.

وتكون الوصية محرمة إذا قصد بها الإضرار بالورثة والإنقاص لهم من أنصبتهم بفعل الوصية ووجه الحرمة هنا مأخوذ من قوله تعالى في سورة النساء " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حكيم " فقولته تعالى غير مضار دل على حرمة الوصية بقصد الإضرار وقد قال صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار "⁽¹⁾.

أما الوصية المندوبة فهي التي تكون موجهة لجهة من جهات الخير والبر كالمساجد والمستشفيات وملاجئ الأيتام ودور العلم وغيرها.

والوصية المباحة هي الوصية لغير محتاج كالغني فلا ثواب عليها ولا عقاب.

⁽¹⁾ عرفت المادة 895 من القانون المدني الفرنسي الوصية بقولها: فالمادة كما ترى عرفت الوصية بأنها:

" Le testament est un acte le quel 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 بيد الموصى له كل ملكيته أو جزء منها ويمكنه الرجوع عن ذلك.

⁽¹⁾ عن أبي سعيد سعد بن سنان - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار "

حديث صحيح أخرجه الدار قطني والحاكم والبيهقي، وأخرجه ابن ماجة في الأحكام وصححه الألباني في إرواء

الغيل، أنظر محمد بن صالح العثيمين: التعليقات على الأربعين النووية، نشر دار الإمام مالك، 2001، ص 132.

وتكره الوصية ما كانت لفاسق أو لإقامة ما لا يجيزه الشرع من أمور كالوصية بمال لإقامة عرس يكون التبذير فيه وإفساد الأموال ظاهراً⁽²⁾.

ثالثاً - أحكام الوصية:

حسب القانون الجزائري الوصية تنشأ عن إرادة منفردة هي إرادة الموصي حسب المادة 191 من قانون الأسرة وللموصي أن يوصي بكل الأنواع التي يملكها سواء كانت هذه الأملاك أعيان أو منافع. وهذا ما دلت عليه المادة 190 بنصها على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة " كما منحت المادة 192 من نفس القانون للموصي حق الرجوع في وصيته صراحة أو ضمناً فنصت على " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها ".

ومن نص هذه المادة يتبين أن للوصية وسائل تثبت بها نصت عليها المادة 191 ق أ بقولها: " ثبت الوصية 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية " فوسيلة إثبات الوصية حسب المادة هو العقد الرسمي المحرر من قبل موثق في الحالة العادية، أما في حالة وجود مانع قاهر كعدم تمكن الموصي من الاتصال بالموثق لتحرير عقد بالوصية أو في حالة قيام نزاع حولها فتثبت الوصية في هذه الحالات بحكم قضائي لإثبات صحتها القانونية. كما اشترط القانون أن لا تزيد الوصية عن ثلث (3/1) التركة وكل زيادة عن الثلث لا بد من إجازتها من طرف الورثة وتبطل كل زيادة عهن الثلث ما لم يرض بها الورثة وهذا ما حملته المادة 185 ق أ بنصها على: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " يستثنى من ذلك الوصية لوارث لا يجب تجاوز الثلث وإذا رهن الموصي الموصى به كأن ينشأ رهن على أرض أوصى بها من قبل فلا يعد هذا من قبيل الرجوع في الوصية حيث نصت المادة 193 " رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية ".

أما الموصى له فإن قبوله للوصية سواء بصراحة أو ضمناً تكون وجوباً بعد وفاة الموصي ولا أثر لقبوله أو رفضه قبل ذلك جاء في المادة 197 ق أ " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي ".

ويجوز أن يكون الموصى به لشخصين فإذا أوصى لشخص بأرض ما ثم أوصى بنفس الأرض لشخص ثان فلا يعد هذا رجوعاً في الوصية بالنسبة للأول بل يعتبران مشتركين في هذه الأرض الموصى

(2) العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 238.

بها، دليل ذلك نص المادة 194 ق أ " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما " .

وإذا أوصى لشخصين معنا دون تحديد ومات أحدهما قبل موت الموصي ولم تكن حصته الموصى بها له محددة يكون الموصى به كله للشخص الثاني فإذا كانت أرضا موصى بها لشخصين دون فرز لحصة كل واحد منهم ومات أحد الموصى لهم أستحق من بقي على قيد الحياة كل الأرض أما لو حددت وأفرزت حصة كل واحد فإن الحي منهما لا يكون له سوى حصته المحددة والباقي يرجع للورثة دل على ذلك نص المادة 195 ق أ .

وتتحول الوصية إلى (عمرى) إذا كانت متضمنة الإيحاء بمنفعة لمدة غير محدودة وتنتهي وجوبا بموت الموصى له لما جاء في نص المادة 196 ق أ أن " الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له وتعتبر عمرى " .

كما يجوز أن تعلق الوصية على شرط صحيح لأن الشرط الباطل تصح معه الوصية ويبطل هو ويستحق الموصى له والموصى به بعد إنجاز الشرط ما كان صحيحا وهذا ما جاء في المادة 199 ق أ بقي أن نشير إلى أن الوصية عكس الميراث تصح مع اختلاف الدين وتكون باطلة في حالتين حسب المادة 201 ق أ هما حالة موت الموصى له قبل الموصي وحالة رد الموصى له للوصية وستعرض لكل هذه الأحكام بأكثر تفصيل فيما سيتقدم من مطالب هذه المذكرة.

الفرع الثاني: أركان الوصية وخصائصها

يتضمن هذا الفرع مجموعة الأركان المتعلقة بالوصية، والشروط المتصلة بالأركان، وكذلك أهم ما تتميز به الوصية من خصائص.

أولاً- أركان الوصية:

يذهب معظم الفقهاء إلى أن أركان الوصية أربعة هي الموصى والموصى له والموصى به والصيغة.

1- الركن الأول- الصيغة:

الصيغة هي العبارة اللفظية الصادرة من الموصي الدالة على إرادته في الإيحاء بشيء لشخص ما بأن يقول: أوصيت لفلان بكذا أو ما يقوم مقام العبارة حسب نص المادة 60 من القانون المدني " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي

شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا ."

ولقد اشترط المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة ولم يجز انعقادها بالإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة ويمكن استخلاص هذا قياسا على نص المادة 10 من قانون السرة حيث جاء فيها: "... ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " فالمادة تحدثت عن النكاح وأوجبت أن يكون الإيجاب والقبول باللفظ أو الكتابة ويجوز استثناء بغيرهما ما توفر العجز، ويسقط حكمها على الوصية قياسا أما قبول الموصي له فهو حسب القانون الجزائري شرطا وليس ركن، فركن الوصية بالنسبة للصيغة هو الإيجاب فقط دون القبول ودليل ذلك نص المادة 191 قانون أسرة.

حيث نصت " تثبت الوصية بتصريح الموصي... " فدل على أن ركن الصيغة قائم على إيجاب الموصي دون قبول الموصى له والصيغة كركن قد تكون منجزة، وهذا يعني وجود حكم التصرف المراد على الفور وقد تكون مضافة وتعني تخلف حكم التصرف المراد إلى زمن لاحق وقد تكون الصيغة معلقة وهي ارتباط سريان وترتب حكم التصرف المراد بوجود شيء آخر سيوجد لاحقا لابد من حصوله ما كان صحيحا حتى يترتب حكم التصرف⁽¹⁾.

وحسب تعريف الوصية فإنها تكون دائما مضافة إلى ما بعد وفاة الموصي وهذا يعني أن صيغتها تكون مضافة وجوبا وقد تكون معلقة أحيانا لو علقت على شرط حسب نص المادة 199 ق أ.

2- الركن الثاني - الموصي:

لتكون الوصية صحيحة ونافذة لابد من ضرورة توافر وقيام شروط وصفات بالموصي لا تصح الوصية بدونها وهي ما عدتها المادة 186 ق أ بقولها: " يشترط في الوصي أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشر (19) سنة على الأقل ."

أ - سلامة العقل:

لما كانت الإرادة هي أساس التصرف وكان التصرف صادر عن إدراك فإن تصرفات المجنون تقع كلها باطلة لأن الجنون مرض يسبب اضطراب العقل أو زواله فتتعدم معه الإرادة فلا يميز المجنون التصرف النافع من التصرف الضار لأجل هذا اشترط المشرع سلامة العقل في الموصي لأن الوصية من التصرفات التبرعية التي يكون ضررها قائم في مال الموصي لأنها لا يقابلها عوض وعليه تكون وصية

(1) حمدي باشا عمر: عقود التبرعات، الهيئة، الوصية، الوقف، نشر دار هومة، 2004، ص 46.

المجنون باطلة بطلانا مطلقاً⁽¹⁾ وقد يستشف هذا بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 قانون مدني بنصها على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية... " حيث يفهم من هذا أن من بلغ سن الرشد ولم يكن متمتعاً بقواه العقلية يكون غير مؤهل لمباشرة حقوق المدنية ومنها التصرفات القانونية ولم يفرق المشرع الجزائري بين وصية المجنون ولا المعتوه لأنه يعتبر كلاهما فاقد التمييز وتصرفاتهما تقع باطلة وهذا ما دلت عليه المادة 42 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/50 بنصها على: " لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون... " .

فحسب هذه المادة تكون تصرفات المجنون باطلة وكذلك تصرفات الصغير الذي لم يبلغ بعد سن التمييز حتى قبل الحجر عليهما وذلك لعدم تمتعهما بقوة عقلية تمكنهما من تمييز التصرف النافع من التصرف الضار، ونشير أن الحجر⁽²⁾ قرينة على انعدام الأهلية فتبطل تصرفات المحجور عليه لانعدام أهليته⁽³⁾ أم تصرفات المجنون قبل الحجر عليه فيكون أساسها انعدام إرادته وقت التصرف لأن الجنون إذ كان منقطعاً يميز بين تصرفات المجنون وقت الإفاقة ووقت الجنون فإذا صدرت عنه تصرفات وقت الإفاقة وأثبت ذلك كان التصرف صحيحاً أم لو حصل التصرف وقت الجنون كان باطلاً أما الجنون المطبق وهو الذي يستوعب كل أوقات المريض فتكون معه كل تصرفات المريض (المجنون) باطلة وهذا ما يستشف من نص المادة 85 قانون أسرة التي جاء في نصها: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته أو السفه " .

فلفظة (إذا صدرت في حالة) تدل على أن الجنون أو العته أو السفه إذا لم تكن مطبقة (متقطعة) صحت تصرفات صاحبها وقت الإفاقة لأن لفظة حالة خصصت أوقات تعتري المريض يكون فيها بحالة مرضية وأوقات أخرى يكون فيها بحالة الإفاقة وبذلك تكون تصرفاته وقت الإفاقة صحيحة، ما أثبت ذلك. وخلاصة القول أن سلامة العقل شرط لصحة الوصية بنص المادة 186 ق 1 وسلامة العقل يناقضها الجنون والسفه والغفلة Démence prodigalité Imbécillité فإذا قامت حالة منها بالموصي بطلت وصيته.

ب- بلوغ سن تسعة عشر سنة (19) كاملة (السن القانوني):

(1) كذلك وصية السكران والمكره تقع باطلة لانعدام العقل عند السكران وانعدام الإرادة عند المكره.
(2) نصت المادة 101 من قانون الأسرة على " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " وأنظر المواد من 102 إلى 108 من قانون الأسرة.
(3) نصت المادة 107 ق 1 على " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر قاهرة وفاشية وقت صدورها " .

اشتطرت المادفة 186 من قانون الأسرة كذلك في الموصي أن يكون بالغاً لسن معينة هي 19 سنة على الأقل ولفظة على الأقل تفيد عدم قبول الوصية منه قبل هذا السن فحتى تكون وصيته صحيحة لا بد من بلوغه على الأقل 19 سنة كاملة حسب التقويم الميلادي لأن المادة 03 من القانون المدني نصت على الآتي: " تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " غير أن المادة 84 (ق أ)، أجازت لمن لم يبلغ بعد سن 19 سنة كاملة التصرف في أمواله بإذن من القاضي بناء على طلب من له مصلحة حيث فرق القانون بين سن التمييز وسن الرشد فقد نصت المادة 42 من القانون المدني على: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة ".

ومفهوم المخالفة لهذه الفقرة تعني من بلغ سن ثلاثة عشر سنة يكون مميز وحسب نص المادة 84 ق أ يجوز للقاضي أن يأذن له في إبرام تصرفات على ماله لكن المادة 83 من نفس القانون حددت هذه التصرفات ووضعت لها شروط على النحو التالي بنصها على: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء ".

فالمادة تعرض ثلاث حالات في النفاذ من عدمه بالنسبة لتصرف المميز فإذا كانت التصرفات متمحضة النفع له كانت نافذة وإذا كانت تصرفاته ضارة له كانت باطلة ابتداءً وتكون تصرفاته متوقعة على إجازة الولي أو الوصية إذا كانت مترددة بين النفع والضرر ونعتقد مادامت الوصية تبرع بلا عوض فهي ضارة له ضرر محض لذلك تكون وصية المميز باطلة وحتى لو كانت الوصية قد يُلتمس منها بعض النفع للمميز فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

وإذا جُمع بين النصوص نص المادة 83 ونص المادة 186 من قانون الأسرة تقول أن وصية من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة باطلة لأن المادة 186 صريحة في ذلك والمادة 83 جعلت تصرف المميز الضار له باطلاً ولما كانت الوصية بلا عوض وفيها إنقاص من مال المميز ضارة له كانت باطلة بنص المادة 83 ق أ.

وإلى جانب هذين الشرطين (سلامة العقل وبلغ السن القانوني) في نفاذ صحة الوصية تجدر الإشارة إلى أن عنصر الرضا لا بد أن يتوفر في الوصية من طرف الموصي لأن المكره لا تصح وصيته فقد نصت المادة 88 من القانون المدني على: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق... ".

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

3- الركن الثالث - الموصى له:

نصت المادة 187 من قانون الأسرة على: " تصح الوصية للحمل بشرط أو يولد حيا... " فالمادة صرحت بجواز وصحة الوصية للحمل وهو مقدر الوجود إذ قد يوجد مستقبلا وهذا أدعى لجوازها وصحتها لمن يكون وجود محققا وهو الشخص العادي ومما سبق يتضح أنه يشترط في الموصى له أن يكون موجودا وقت الوصية إما وجودا حقيقيا وإما وجودا تقديريا كالجنين في بطن أمه لأن الوصية تملك والتملك لا يجوز للمعدوم⁽¹⁾ ومنه يتضح عدم صحة الوصية للميت لأنه معدوم وهذا ما دلت عليه المادة 201 بنصها على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي... " فالقانون الجزائري لا يجيز الوصية للمعدوم (الميت) رغم أن الفقه المالكي يجيزها لو علم الموصي بموت الموصى له فتكون لورثته من بعده⁽²⁾ ومجمل الشروط التي يفترضها القانون في الموصى له هي أن يكون موجودا معلوما أهلا للملك ولا يكون جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارثا له.

أ- وجوب أن يكون الموصى له موجودا معلوما أهلا للملك:

أسلفنا الذكر أن الموصى له قد يكون محقق الوجود وهي حالة الشخص العادي وقد يكون وجوده تقديري كالحمل فإن وجوده يقدر مستقبلا لو ولد حيا كذلك قد يكون الموصى له مفقودا لم يحكم بموته بعد حيث يعتبر حيا بنص المادة 133 ق أ، ومن ثمة يجوز الإيضاء له إذ جاء في هذه المادة " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا... " ويجوز القياس الموصى له على الوارث ولأن شخصية الإنسان القانونية (أهلية الوجوب) تمر بمرحلتين هما مرحلة الحمل المستكن والمرحلة الثانية تبدأ بعد الولادة فإن مرحلة الحمل المستكن ورغم أن أهلية الوجوب فيها ناقصة لعدم كفاءة الجنين لتحمل بالالتزامات فإنه رغم ذلك يكون صالح لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج كسبها إلى صدور قبول منه كالميراث والوصية، ومنه تصح للحمل الحقوق الميراثية بنص المادة 134 ق أ وكذلك الوصية بنص المادة 187 ق أ بشرط أن يولد حيا وقد أعطت المادة 134 علامة الحياة وهي أن يستهل صارخا أو تبدو منه علامة ظاهرة بالحياة كالحركة وغيرها... وطرح المشرع فرضية تعدد الجنين في الحمل الواحد وجعل الحل لهذه الفرضية أن تكون الوصية مستحقة بالتساوي بينهما ولو اختلف جنسهما بأن كانا ذكرا وأنثا.

(1) جاء في نص المادة 118 من القانون المدني ما يلي: " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة ".

وإذا استوفنا مدلول هذه المادة في الوصية قلنا يجوز الوصية للمعدوم كان يوصي لأبناء ابنه الغير متزوج بعد أو أبناء أحد أقاربه الذي لم تحمل زوجته بعد (متزوج حديثا).

(2) وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 30.

أ2- وجوب أن يكون الموصى له معلوم:

يشترط كذلك في الموصى له أن يكون معلوما غير مجهول جهالة يستحيل رفعها وإزالتها لأن جهالة الموصى له تمنع استلام الموصى به بعد الوفاة فلا بد من أن يكون الموصى به معلوم بعد وفاة الموصى بالتعيين أو بالوصف⁽¹⁾ وإلا بطلت الوصية لجهالة الموصى له وانعدام ركن في الوصية غير أنه يجوز الإيصاء بثلاث ما له لجهة ما ستوجد في المستقبل قياسا على الجنين كالوصية للملجأ الذي سيتبنى مستقبلا أو مشاريع المساجد المستقبلية وغيرها⁽²⁾.

أ3- وجوب أن يكون الموصى له أهلا للتملك:

وهذا معناه أن الوصية لحيوان تقع باطلّة لأنه ليس أهلا للتملك مع استثناء الوصية لله تعالى وأعمال البر والخير كالوصية لبناء مسجد أو مدرسة أو مستشفى لأنها مجرد وصية بتصرف وهو إخراج مال معين بقيمة معينة من مال التركة وإنفاقه في وجه البر، والحكمة من وراء هذا الاستثناء حسب الأستاذ العربي بلحاج أن مفهوم التكافل موجود في مثل الوصايا⁽³⁾ والتكافل بين أفراد المجتمع مرغوب فيه ومحبذ فتصبح الوصية لهذه الجهات رغم عدم وجود القبول لأن العبرة في مثل هذه التصرفات في معانيها ومقاصدها وما تحققه للمجتمع من خير.

ب1- أن لا يكون الموصى له جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارث له:

تمنع الوصية أن تكون لجهة معصية وهي الجهة المحرمة شرعا وقانونا ومثاله الوصية لإقامة كنيسة في بلاد المسلمين بمال الموصي المسلم أو الوصية لخليلة يعاشرها في الحرام بقصد مواصلة هذه العلاقة غير الشرعية ويمكن استخلاص هذه الأحكام من نص المادة 97 قانون مدني التي نصت على: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " ومنه يتجلى بطلان الوصية لو كان مضمونها مخالفا للشرع أو كان مخالف للنظام العام والآداب.

(1) العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 257.

(2) قد تكون الوصية لجهة عامة كالببلدية أو الولاية أو حتى الدولة، أنظر المواد من 42 إلى 47 من قانون 30/90 يتضمن الأملاك الوطنية.

(3) العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 258.

ب₂- الموصى له قاتل للموصي:

نصت المادة 188 من قانون الأسرة على: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا " وهذا يعني حرمان الموصى له الذي قتل أو تسبب في قتل الموصي عمدا لأن الخطأ لا يؤخذ به، فإذا كان الموصى له فاعلا أصليا أو شريك أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام على الموصي ونفذ الحكم منع الموصى له من الوصية، أما لو كان القتل خطأ فلا يحرم الموصى له من الوصية، كذلك لو كان دفاعا عن النفس.

ب₃- الموصى له وارث للموصي:

أصل الوصية أنها كانت في قرابة المورث قبل نزول أية المواريث حيث قال تعالى في سورة البقرة الآية 180: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " وجمهور العلماء على القول بنسخها بأية المواريث⁽¹⁾.

فقبل تشريع الميراث أُلزم الناس في بداية الإسلام بالوصية التي كانت واجبة بكل المال للوالدين والأقربين بالآية السابقة ثم نزلت آية سورة النساء بتشريع المواريث وهي قوله تعالى: " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا " وكذلك الآية 11 و 12 من سورة النساء.

وبنزول هذه الآيات قيدت الوصية في الإسلام بقيدين هما:

القيد الأول: عدم جواز الوصية للوارث إلا بإجازة الورثة لقوله صلى الله عليه وسلم في خطبة الوداع: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث "⁽²⁾.

القيد الثاني: حدد مقدار الوصية بالثلث لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص لما أراد الإيضاء بشطر ماله لأنه لا يرثه إلا ابنته فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: " أوصي بالثلث والثلث كثير، إنك إن تذر وراثتك أغنياء خيرا من أن تدعمهم (فقراء) عالة يتكفون الناس "⁽³⁾.

وقد أخذ القانون الجزائري بهذا حيث جاء في المادة 189 من قانون الأسرة " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".

(1) السيد سابق: فقه السنة، المجلد 3، ص 420.

(2) رواه الترميذي وابن ماجه وأحمد والبيهقي، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 39.

(3) رواه الجماعة، وأنظر الفقه الإسلامي وأدلته لزجيلي، المجلد 8، ص 8، وكذلك نيل الأوطار، المجلد 6، ص 37.

فالأصل في الوصية للوارث المانع لكن قد تصح بإجازة الورثة إذا كانت مبنية على أسباب مشروعة يقدرها القاضي في حالة النزاع⁽⁴⁾ ويجب أن لا تتجاوز الثلث لأن نص المادة 185 ق أ جاء فيها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " فالجمع بين نص المادة 189 ونص المادة 185 من قانون الأسرة يدلنا على أن الوصية للوارث تتضبط بضابطين هما أن يجيزها الورثة الآخريين⁽¹⁾ وأن تكون في حدود الثلث⁽²⁾.

والعبرة في كون الموصى له في عداد الورثة من عدمه هو تاريخ وفاة الموصى وليس تاريخ إنشاء الوصية⁽³⁾ وكذلك إجازة الورثة لا عبرة بها إلا بعد وفاة الموصى.

4- الركن الرابع - الموصى به:

دلت المادة 190 ق أ للموصي أن يوصي بكل أنواع وأصناف الأموال التي يملكها سواء كانت أموال عقارية أو منقولة مادية أو معنوية⁽⁴⁾ فقد نصت على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة ".

ومن نص هذه المادة يتضح أن للموصى به شروط يجب أن تتوفر فيه وهي:

أ- أن يكون ملك للموصي وقابل للتمليك:

حيث يفهم من لفظة المادة "... أن يوصي بالأموال التي يملكها... " وجوب أن يكون الموصى به ملك للموصي لأنه لا يجوز له التصرف في ملك غيره ولا الإيضاء بملك غيره لأن فقد الشيء لا يعطيه فإذا كان لا يجوز له حسب المادة 397 قانون مدني بيع ملك غيره إذ يقع هذا البيع باطلا وغير ناجز، كذلك لا يجوز له قياس على ذلك الإيضاء بملك الغير.

(4) العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 266.

(1) أنظر قرار من المحكمة العليا برقم 86 039 مؤرخ في 1992/11/24 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001، ص 292.

(2) قرار قضائي برقم 166 090 مؤرخ في 1997/07/29 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص لسنة 2001، ص 298، كذلك جاء فيه " من المقرر قانونا أنه تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة ".

(3) السيد سابق: مرجع سابق، المجلد 3، ص 220.

(4) جاء في القرار القضائي المؤرخ في 1968/02/28 النشرة السنوية لسنة 1968، ص 98 ما يلي: " حيث أن الوصية يسوغ أن تكون إما شيء أو أعيان معينة أو بسهم وارث من التركة... ".

أ2- أن يكون قابلاً للتملك:

نصت المادة 96 من القانون المدني على: " إذا كان محل الالتزام مخالفاً لنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً " وبإسقاط هذه المادة على الوصية تكون الوصية باطلة إذ كان الموصى به مخالفاً للنظام العام والآداب كذلك نصت المادة 682 من القانون المدني على: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية... "

وهذا يعني أن الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالهواء وماء البحر⁽¹⁾ أو الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالمخدرات والمسكر والنقود المزورة لا تصلح أن تكون محل للوصية وعليه يشترط في الموصى به أن يكون مما ينتقل بالإرث.

ب1- أن لا يكون الموصى به مستغرق بالدين وغير متجاوز للثالث إلا استثناء:

يشترط كذلك في الموصى به أن لا يكون مستغرق بالدين ومثاله أن تكون أرض مرهونة فلا يجوز أن تكون محلاً للوصية، ولا تعارض بين هذا ونص المادة 193 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية " فمدلول المادة يشير إلى أن الوصية وقعت قبل الرهن ولأنها مضافة إلى ما بعد الموت كان للموصي الحق في التصرف في كل ما له حتى ما أوصى به لأن القانون خوله حتى حق الرجوع في الوصية ومادام الأمر كذلك فإذا أوصى بدار أو بأرض ثم أجر رهن على هذه الدار أو الأرض فحسب المادة لا يعد هذا رجوعاً في الوصية لأنه قد يحررها من الرهن قبل وفاته والوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته.

وقد يستشف أمر عدم جواز أن يكون الموصى به مستغرق بالدين من نص المادة 180 ق أ حيث جعلت هذه المادة تسديد ديون المتوفي مقدم على تنفيذ وصاياه وهذا يعني أن الموصى به لو كان مستغرق بالدين فُدم تسديد الدين على الوصية إلا إذا أسقط الغرماء دينهم أو أجازوا تنفيذ الوصية قبل استيفاء الدين.

ب2- ألا يزيد الموصى به عن الثالث:

نصت المادة 185 ق أ على: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " فحسب المادة لا يجوز أن تتجاوز الوصية ثلث التركة إلا بإجازة من الورثة ونميز بين الوصية لأجنبي (غير وارث) والوصية لوارث.

(1) إذا أحرز ماء البحر والهواء في حيز كالتقنية والبطريات الشمسية جاز بيعه وغاز الإيضاء به.

فالوصية لو ارث يضبطها ضابطان هما ألا تزيد على الثلث فلا يجوز أن يوصي إنسان لأحد ورثته بأكثر من الثلث، والضابط الثاني أن يجيز الورثة ذلك حسب نص المادة 189 ق أ فإذا لم يجز الورثة هذه الوصية لأحد الورثة فلا تنفيذ إلا إذا عرضت على الفقهاء وأجاز القاضي ذلك مع اشتراط أن تكون الإجازة في حال حصولها بعد وفاة الموصي⁽¹⁾ وإذا أجاز بعض الورثة الوصية لو ارث ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حصة من أجاز فقط⁽²⁾.

أما الوصية لغير الوارث فالأصل فيها أن تكون في حدود ثلث التركة لكن إذا زادت عن الثلث تتوقف هذه الزيادة على إجازة الورثة فإن أجازوا الزائد عن الثلث نفذت وإن رفضوا وردوا الزيادة بطلت وردت لثلث⁽³⁾ وبقدر ثلث التركة من مجموعها عند وفاة الموصي وقبول الموصى له لأن ملك الموصى به يثبت للموصي بأثر رجعي (حسبما نبينه لاحقاً) من يوم وفاة الموصي.

ثانياً - خصائص الوصية:

باستقراء نصوص القانون المقننة لموضوع الوصية يمكن استخلاص ثلاث خصائص للوصية بغض النظر عن الشروط المتطلبية في الموصي والموصى له والموصى به، وهذه الخصائص هي:

1- الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت:

وهذا يعني أن الوصية غير نافذة إلى بعد وفاة الموصي وهي خاصية تشترك فيها الوصية مع الميراث وعبارة مضاف إلى ما بعد الموت تعني ضرورة إخراج الهبة لأنها تملك في الحال والحكمة من جعل الوصية يتراخى نفاذها إلى بعد وفاة الموصي أنها عمل خيري القصد منه التقرب إلى الله والازدياد من الحسنات لاسيما وهو على شفرة القبر مدبراً عن الدنيا مقبلاً على الآخرة فيفضل عليه الله تعالى بقبول ثلث ماله كصدقة تزيد في أجره وترفع في منزلته عند ربه فقد روى أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: " إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم"⁽⁴⁾ فالوصية إذا سبب ذكرى الخير في الدنيا وباب ثواب في الآخرة شرعت لأجل التمكين للعمل الصالح وصلة للرحم والأقارب من غير الوارثين وعون للمحتاجين وتنفيس عن المكروبين⁽⁵⁾ وتداركا

(1) لأن الإجازة قبل ذلك لا معنى لها لأن الموصى به لا زال على ملك الموصي لكن بعد الوفاة يكون ما زاد عن الثلث من حق الورثة ولهم أن يجيزوا تصرف مورثهم أو يردوه.

(2) وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 52.

(3) نصت المادة 185 قانون أسرة على " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة

(4) رواه الدار قطني وأحمد والبيهقي وابن ماجه والبخاري، أنظر الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد 6، ص 39.

(5) وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 11.

لما فرط به الإنسان في حياته من أعمال الخير وجبرا للنقص. لأجل ذلك أضيفت إلى ما بعد وفاة الإنسان وقد تبنى التشريع الجزائري ذلك في المادة 184 من قانون الأسرة.

2- لا تكون الوصية إلا في حدود الثلث وما زاد عن ذلك متوقف على إجازة الورثة:

الخاصية الثانية للوصية أنها لا يجوز أن تزيد عن الثلث إذا كان الموصى له وارث ويجوز استثناء الزيادة عن الثلث لغير الوارث لكن هذه الزيادة موقوفة على إجازة الورثة وعمدة ذلك الحديث التالي: " عن سعد بن أبي وقاص رض الله عنه قال: " جاء النبي صلى الله عليه وسلم يعوذوني وأنا بمكة وهو يكره أن يموت بالأرض التي هاجر منها، قال: رحم الله ابن عفراء قلت يا رسول الله، أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قلت: فالشطر؟ قال: لا، قلت: الثلث؟ قال: فالثالث، والثالث كبير، إنك إن تدع وراثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكفون الناس في أيديهم، وإنك مهما أنفقت من نفقة فإنها صدقة، حتى اللقمة التي ترفعها إلى فيّ امرأتك، وعسى الله أن يرفعك فينتفع بك ناس ويضر بك آخرون "، ولم يكن له يومئذ إلا ابنة⁽¹⁾.

وجاء في المادة 185 ق أ تبعا لذلك ما يلي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " كما جاء في نص المادة 189 من نفس القانون التالي: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ".

3- قبول الموصى له لا يكون إلا بعد وفاة الموصي:

أول ما نسجله في هذه الخاصية أن قبول الموصى له ضروري في نفاذ الوصية من عدمها رغم أن القبول ليس ركن بل هو شرط لزوم⁽²⁾ فإن قبلها ألزمت وإن ردها بطلت لكن هذا القبول لا يعتد به إلا بعد وفاة الموصي لأن الوصية من العقود غير اللازمة حسب المادة 192 ق أ حيث يستطيع الموصي الرجوع في وصيته متى شاء مادام على قيد الحياة، وهذا ما جعل إجازة الورثة لما زاد عن الثلث لا يعتد بها كذلك إلا بعد وفاة الموصي إذ تنص هذه المادة على: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا... " فالمادة جوزت الرجوع في الوصية وهذا ما جعل قبول الموصى له غير معتد به قبل وفاة الموصي مصرا على وصيته وهذا ما أكدته المادة 197 ق أ بنصها على: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا وبعد وفاة الموصي " ونلاحظ أن المشرع اشترط أن يكون القبول بعد وفاة الموصي صراحة أو ضمنا ومعنى هذا أن السكوت لا يعتبر قبولا ويدل على ذلك نص المادة 197 ق أ وكذلك نص المادة

(1) حديث متفق عليه أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود في سننه والنسائي، أنظر عبد العظيم بن بدوي: الوجيز في فقه السنة والكتاب العزيز، نشر دار الإمام مالك، سنة 1996، الجزائر، ص 410.

(2) هذا بالنسبة لأصحاب الرأي الأول، وإلا فقد أثبتنا أن الوصية مادام يمضيها أو يلغيها رأي الموصى له قبولا ورفضاً فإنها عقد.

198 الذي جاء فيه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " فيفهم من هذه المادة أن سكوت الموصى له لا يعد قبولا بل لابد أن يكون القبول صراحة أو ضمنا وإلا انتقل للورثة في حالة موت الموصى له دون قبول.

إذن ثالث خاصية تتميز بها الوصية هي خاصية أن قبول الموصى له للوصية لا يكون معتادا به إلا بعد وفاة الموصي.

الفرع الثالث: موانع الوصية

قدمنا أن الوصية من التصرفات التبرعية التي تتعقد بالإرادة المنفردة بعد توافر ما أثبتناه من أركان وشروط، لكن قد ينزل بالوصية أوصاف وتلقها تصرفات سواء من الموصي أو الموصى له أو الورثة يجعلها غير نافذة بل باطلة ومنها:

أولاً- موت الموصى له قبل الموصي:

لأن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت فهي لا تلزم إلا بوفاة الموصي مصرا عليها ولأن الشروط الواجبة لنفاذها هي موت الموصي وقبول الموصى له بعد الوفاة حسب المادة 184 و 197 من قانون الأسرة فإن موت الموصى له قبل الموصي تبطل به الوصية حيث جاء في نص المادة 201 ق أ " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي... ".

والجدير بالذكر أن الفقه يشترط موت الموصي مصرا على الوصية⁽¹⁾ لأنه بإمكانه الرجوع فيها أثناء حياته وجاء في نص المادة 192 ق أ " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا... ". والسؤال المفترض هنا هو ما حكم الوصية التي أجزاها صاحبها ثم اعترت أهليته أحد عوارض الأهلية كالجنون مثلا وكان مطبقا إلى وفاة الموصي فإن هذا الجنون الذي صاحبه حتى مات لا يمكن التبين معه أنه مات مصرا على وصيته؟

(1) وهبة الزجيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 116، وانظر المادة 197 قانون أسرة التي نصت على " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " فيفهم من هذا النص خاصة عبارة - بعد وفاة الموصي - أنه يشترط موت الموصي مصرا على وصيته.

والحل حسب القانون الجزائري أن شرط الأهلية واجب عند انعقاد الوصية فقط⁽²⁾ ولا يؤثر زوالها بعد ذلك في صحة الوصية حسب نص المادتين 186 و 192 من قانون الأسرة.

ثانيا- قتل الموصي عمدا من طرف الموصي له:

نصت المادة 188 ق أ على: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا " .

فالعبارة في القتل أن يكون عمدا حسب نص المادة وهذا معناه أن القتل الخطأ تصح معه الوصية فلو قتل الموصي له الموصي بطريق الخطأ لا يؤثر ذلك على صحة الوصية لأن المادة حددت أن يكون القتل عمدا فإذا تحقق القتل العمدى منع الموصي له من الوصية تطبيقا للقاعدة القائلة: من تعجل شيء قبل أوانه عقب بحرمانه، ويدخل في القتل العمدى أن يكون الموصي له محرضا على قتل الموصي أو أمر بذلك أو دال عليه أو وضع سم له مات به، فضلا على أن يكون فاعلا أصليا للقتل أو شريكا فيه أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه.

وخلاصة القول أن مدار المر أن يكون القتل عمدا ويتبين ذلك من قصد الموصي له فطريقة القتل غير مهمة بل المهم توافر القصد والنية إلى إحداث الوفاة، فمن قصد وعمد حُرِم من الوصية ومن لم يقصد ولم يعمد أخذ الوصية⁽¹⁾.

ثالثا- رد الوصية من طرف الموصي له بعد وفاة الموصي:

أسلفنا الذكر أن الوصية حسب القانون الجزائري تنتقل انتقال غير مستقر بمجرد حدوث واقعة الوفاة ويتوقف استقرارها على قبول الموصي له هذه الوصية، أما لو ردها بطلت ولا عبرة برده للوصية فغي حياة الموصي بل يكون رده مقبولا إذا صدر منه بعد وفاة الموصي مصرا على وصيته فقبول الموصي له للوصية أو ردها لا يشترط فيه الفور بل يكون على التراخي⁽²⁾ لأن الفورية لا تشترط إلا في العقود المنجزة التي تتطلب توافق إرادتين (إيجاب وقبول).

(2) العربي بلحاج: المرجع السابق، ص 317.

(1) محمد محدة: التركات والموارث في الشريعة الإسلامية، دار الطباعة والنشر، عمار قرفي، باتنة، الجزائر 1982 ص 38.

(2) اشترط القانون المصري في المادة 22 من قانون الوصية أن يكون رد الوصية خلال ثلاثين (30) يوما من وفاة

الموصي وعدم إظهاره لرأيه خلال هذه المدة يعتبر ردا منه للوصية وهذا حتى لا يتسبب تأخره في قبول الوصية أو ردها بضرر للورثة، كذلك فعل القانون السوري في مادته 227 هذا ما لم يكن للموصي له عذرا مقبولا ولم يتعرض القانون الجزائري لهذه النقطة.

وبمناسبة حديثنا عن الرد والذي جعلت منه المادة 201 قانون أسرة مبطلا للوصية حيث جاء فيها: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها " فمادامت إرادة الموصي ناهضة ولها هذه القوة في إنفاذ الوصية أو إبطالها نميل كما أثبتناه سابقا إلى اعتبار الوصية الاختيارية⁽³⁾ عقدا لأن العقد متوقف على توافق إرادتين وإذا كان الموصى له لا يترتب في ذمته أي التزام فإن صحة الوصية وبطلانها متوقف على إرادته وقد نصت المادة 56 من القانون المدني على: " يكون العقد ملزما لشخص أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد 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) ونعتقد أن 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.

إذن فتألت أمر تبطل به الوصية هو ردها وعدم قبولها⁽¹⁾ من طرف الموصى له وفي حالة موت الموصى له قبل إبداء رأيه بالموافقة أو الرد وكان موته بعد الموصي انتقل هذا الحق في القبول أو الرد لورثته وهذا ما عنته المادة 198 من قانون الأسرة بنصها على: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " وأشارت المادة 197 ق أ إلى ضرورة أن يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي وهذا يعني ضرورة القبول باللفظ والقول وما يقوم مقامهما، فالقبول الصريح يكون بإعلان قبوله للوصية والقبول الضمني يكون بتصرفه في الموصى به فإذا كانت دارا وسكنها الموصى له بعد موت الموصي عدّ هذا قبولا ضمنيا، كذلك إذا كانت أرضا وباشر زراعتها بعد وفاة الموصي عدّ هذا كذلك قبولا ضمنيا. ونسجل عدم تعرض القانون الجزائري إلى المدة الممنوحة للموصى له أو ورثته من بعده التي يجب عليهم فيها إعلان رغبتهم في القبول أو الرد⁽²⁾ لأن عدم التحديد يجعل المدة مفتوحة مما يكثر معه النزاع ولا نجد مخرجا من ذلك سوى نص المادة 63 من القانون المدني الفقرة الثانية منها حيث جاء فيها: "... وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة " وحسب هذه الفقرة وبحكم أن الوصية تأخذ من ثلث التركة فإذا فتحت التركة ويوشر في تقسيمها وكان الموصى له عالما بذلك ولم يتخذ أي موقف يدل على قبوله أو رده للوصية وسجل انتقال التركة وأشهر عدّ الموصى له

(3) لأن الوصية الواجبة (التنزيل) لها حكم الميراث ولا تشبه الوصية الاختيارية إلا في انحصارها في ثلث التركة.

(1) قد يجزئ القبول فيقبل الموصى له جزء من الموصى به ويرد جزء آخر وهذا جائز لأنه من المستقر عليه شرعا أنه من يملك الكل يملك الجزء، فمن يملك قبول كل الموصى به أو رده فيكون له كذلك قبول بعضه ورد البعض الآخر ومثاله أن يوصى له بدار وأرض فيقبل الدار ويرد الأرض.

(2) نص القانون المصري على تحديد المدة الممنوحة للموصى له في بث رأيه قبولا أو رفضا للوصية في المادة 22 من قانون الوصية كذلك القانون السوري في المادة 1/227 مدني وذلك برد الوصية أو قبولها خلال 30 يوم من وفاة الموصي.

مستغنيا عن الوصية وراد لها ما لم يؤكد قبوله لها أمام الموثق الذي أبرمها وحررها في حياة الموصي⁽³⁾ لأن المادة 197 ق أ أشارت إلى ضرورة أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا ولا مكان للسكوت، إذ يفسر رفضها وردا لها. ويكون قبول الوصية أو ردها في حالة الجنين أو المجنون أو القاصر من طرف وليه أو الوصي عليه⁽⁴⁾ حيث جاء في المادة 81 ق أ ما يلي: " من كان فاقد الأهلية أو ناقصا لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون ".

رابعاً - هلاك الموصى به:

أركان الوصية هي الصيغة، والموصي، والموصى له، والموصى به، وتختلف أحد هذه الأركان يؤدي إلى بطلان الوصية فإذا كان الموصى به معين بالوصف أو التحديد أو الإشارة كأن يوصي له بالدار الفلانية أو الأرض الفلانية وهلكت هذه الأرض أو الدار كانهدام الدار أو غرق الأرض إذا كانت مجاورة لنهر أو لبحر وابتلعها النهر وغمرتها مياهه فإن الوصية تبطل لتختلف أحد أركانها وهو الموصى به، أما لو كان الموصى به غير معين ومثاله أن يوصي بثلاث أرضه لفلان أو بأحد الشقق التي يملكها لفلان وهلك جزء من أرضه أو انهدام عدد من عمارته فإن الوصية تبقى قائمة لعدم تعيين الموصى به وترد الوصية إلى ثلث ما بقي من أرضه أو دوره وغيرها ويمكن في هذا الشأن تطبيق نص المادة 369 من القانون المدني التي تحدثت عن هلاك المبيع فتسقطها على هلاك الموصى به حيث جاء فيها: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لابد للبائع فيه سقط البيع... " كذلك إذا هلك الموصى به سقطت الوصية وبطلت ويستوي أن يهلك الموصى به قبل موت الموصي أو بعده لأن العبرة بمحل الوصية.

خامساً - الوصية لوارث:

تنص المادة 189 من قانون الأسرة على: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " فالمادة تنفي الوصية للوارث إلا بشرطين هما: إجازة الورثة لذلك وضرورة أن تكون هذه الإجازة بعد وفاة الموصي.

فالقاعدة والأصل حسب هذه المادة عدم جواز الوصية لوارث⁽¹⁾ والاستثناء على هذه القاعدة أن

(3) سوف نلاحظ في المطالب القادمة أن الوصية تحرر من قبل موثق في حياة الموصي وتسجل.

(4) السنهوري: مرجع سابق، المجلد 9 (الأول)، ص 210.

(1) صح عن النبي صلى الله عليه وسلم قوله: " إن الله أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث " رواه الترميذي وأحمد

(نيل الأوطار) سبق تخريجه.

يقبل بقية الورثة هذه الوصية⁽²⁾ لأحدهم على أن يكون قبولهم بعد وفاة الموصي لأن قبولهم قبل ذلك لا عبرة به لكون الوصية لا تكون نافذة إلا بموت الموصي، وقد أضافت المادة 185 ق أ شرطا ثالثا هو أن تكون الوصية لوارث محددة بالثلث⁽³⁾ فإذا تخلف شرط من هذه الشروط بطلت الوصية.

ونلاحظ أن عدم إجازة الورثة لوصية الوارث تبطلها⁽⁴⁾ لكن يجب المراعاة في عدم إجازتها أن يكون مشروعا ومسببا قانونا أي له أسباب معقولة ومقبولة قانونا وإلا جاز للمحكمة الفصل في هذا الرفض وعدم قبوله وإمضاء الوصية لوارث إذا تبين من ظروف الحال استحقاق هذا الوارث للوصية كأن يكون بقية الورثة ميسورين ماديا أو تقوم بالوارث الموصى له حالات تتطلب حصوله على أكثر من نصيبه في الإرث كإصابته بعاهة مزمنة مثلا وغيرها... وقد أجاز القانون المدني الوصية لوارث في المادة 777 التي جاء فيها: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته... " وصرف جميع أحكام الوصية إلى قانون الأسرة بنص المادة 775 قانون مدني " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها " .

بقي أن نشير كذلك إلى أن الرجوع في الوصية⁽¹⁾ من طرف الموصي لا يعتبر إبطالا لها لأنها لم تتعد أصلا فهي مضافة إلى ما بعد موت الموصي ومادام رجع فيها قبل موته فهو رجوع عن الوصية حسب تعبير المادة 192 ق أ وليس إبطالا لها لأن الإبطال يكون للشيء المنعقد أصلا والوصية تتعد ولا تكون نافذة إلا 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؟

⁽²⁾ جاء في نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 40، حديثا عن ابن عباس قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " وجاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة " ونقل الشوكاني عن بعضهم قوله أن نسخ آية الوصية في قوله تعالى: " كتب عليكم إذا خضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين... " أن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز، وهذا معناه أن الوصية للأقربين انتقلت بنسخها بآيات الموارث من الوجوب إلى الجواز، فتجوز الوصية لوارث، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، المجلد 6، ص 41.

⁽³⁾ العربي بلحاج: مرجع سابق، ص 265.

⁽⁴⁾ جعل المشرع كل تصرفات المريض مرض الموت مبنية على إجازة الوارث، وحتى البيع لوارث يجب أن يخص بإجازة الورثة، أنظر المادة 408 قانون مدني جزائري.

⁽¹⁾ أنظر المادة 192 قانون أسرة.

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- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية ".
وبتحليل هذه المادة يستنبط منها الأمور التالية:

أولاً: التوثيق وارد على المنقول والعقار بالنسبة للوصية

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) فهي على العموم تشمل العقار والمنقول عكس المعهود الذي جاءت به المادة 324 مكرر 1 في فرض الشكلية على التصرفات الواردة على العقارات فقط، فالوصية أوجب فيها المشرع الشكلية وضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق أ "... بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك " سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولاً

2- الأمر الثاني المستنبط 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 أصل الملكية وصورة هذا الاستثناء أن تعاجل المنية شخص ما كان ينوي الوصية لشخص آخر فحضرت منيته وتعدر عليه الانتقال إلى الموثق وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات. في هذه الحالة ليس للموصي له إلا طريق العدالة في إثبات وصيته برفع دعوى أمام القضاء المختص بغية استصدار حكم يقضي له بصحة الوصية ويأمر بالتأشير بها على هامش أصل الملكية.

فالأصل في الوصية أن تصب في شكل رسمي أمام موثق وبحضور شاهدين⁽¹⁾ حيث يحرر عقد بذلك من طرف الموثق، لكن رغبة من المشرع في منح فرصة للأشخاص وهم مقبلون على الآخرة في أن

(1) جاء في نص المادة 324 مكرر 3 قانون مدني ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين " والملاحظ أن المشرع لم يشر إلى العقود الاحتفائية ما هي ولم يحددها مما جعل الأمر مبهما فما هي العقود الاحتفائية التي تتطلب حضور شاهدين ونعتقد أن المشرع ينقل عن التشريع الفرنسي بالضبط عن المادة 9 من قانون فانور المعدل بالمرسوم المؤرخ في 12/08/1902 والتي تحدثت عن وجوب تحرير العقود الاحتفائية

يستكثروا من الخيرات، 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 عدّل معظم الكتاب الأول والمادة 87 من الكتاب الثاني في قانون الأسرة الجزائري.

وصدر قرار من المحكمة العليا برقم 160 350 بتاريخ 1997/12/23 ذهب إلى استبعاد الوصية الشفوية حيث جاء فيه: "... فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

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 منقولا.

ولكون العقار خصوصا يشترط فيه القانون وجوبا وضرورة صب المعاملات الواردة فيه في شكل رسمي، والشكل الرسمي هو العقد الرسمي الذي عنته المادة 324 من القانون المدني الذي يحرر من طرف ضابط عمومي خولته السلطة العمومية وفوضته إصدار هذه العقود فإن الوصية إذا كان محلها عقار يتأكد وجوب توثيقها مرتين مرة بنص المادة 191 ق أ لأنها اشترطت التوثيق في الوصية مهما كان محلها ومرة ثانية بمجموع النصوص المختلفة⁽²⁾ التي أوجبت توثيق كل تصرف وارد على عقار.

بحضور شاهدي عدل كما حددت العقود الاحتفائية ب: الوصية والرجوع فيها، الهبة بين الأحياء والرجوع فيها، الزواج، الوكالات المرتبطة بتلك العقود، الهبة بين الأزواج، الإقرار ببنوة الولد الطبيعي، الترخيصات المتصلة بهذه العقود. والمشرع في نقله عن التشريع الفرنسي دون ذكر وتحديد العقود الاحتفائية قد جانبه الصواب، فرغم تعديله للمادة 324 مكرر 3 قانون مدني التي كانت تتناقض بين نصها العربي والفرنسي فهو رغم جعل النص الفرنسي منسجم مع النص العربي في التعديل الجديد بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 لكنه بإغفاله لتحديد أنواع العقود الاحتفائية جعل الأمر مبهما لأن الباحث عند انعدام النص الموضح لنوع العقود الاحتفائية يرجع إلى الشريعة الإسلامية ثم على العرف بنص المادة 01 من القانون المدني ولا يرجع إلى القانون الفرنسي. فمسايرة للمشرع الجزائري في قصده وبتطبيق المادة 324 مكرر 3 نقول أن حضور شاهدي عدل في الوصية واجب تحت طائلة بطلانها. لزيادة التوسع في ذلك أنظر بوحلاسة عمر: شهادة الشهود في العقود التوثيقية، مجلة الموثق، العدد 09 و10 الصادر بتاريخ 2003، ص 24 العدد 10، ص 26 العدد 09.

(1) مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 295.

(2) أنظر المادة 324 مكرر 1 قانون مدني والمادتين 29 و30 من قانون 25/90 يتضمن التوجه العقاري والمادة 61 من المرسوم رقم 63/76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

فالأمر جلي في توثيق الوصية إذ اشترطت المادة 191 ق أ أن يكون إثباتها عن طريق تصريح الموصي أمام الموثق وتحريرو عقد بذلك ولاشك في أن هذا المحرر أصدره الموثق تكون طبيعته توثيقية تبعاً لمن حرره.

أما في الحالة الاستثنائية المترتبة على وجود مانع قاهر حال دون حصول التصريح أمام الموثق فإثبات الوصية يكون بحكم قضائي يخول للموصي له التأشير بحقه في الوصية على هامش أصل الملكية الذي قد يكون عقد ملكية أو دفتر عقاري تمهيداً لإثبات هذا الحق في الشهادة التوثيقية.

الفرع الثاني: تسجيل الوصية

لما كانت الوصية من المحررات التي يصدرها موثق بنص المادة 191 ق أ ولما كان قانون التسجيل رقم 105/76 يوجب في مادته 58 و60 على الموثقين تسجيل العقود والمحررات 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.

أولاً- آجال تسجيل الوصية:

إن القاعدة المستخلصة من قانون التسجيل في مجال الآجال الممنوحة للموثقين التي ينبغي عليهم خلالها تسجيل ما أصدره من محررات هي مدة شهر واحد ابتداء من تاريخ المحرر.

إلا أن الوصية حُضيت باستثناء على هذه القاعدة جسدها 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 الموصي لهم أو منقذي الوصايا غير أن المادة 64 قد ألغيت فيعمل بالقاعدة الأصل وهي شهر واحد ابتداء من تاريخ المحرر.

والمستخلص 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 مصرًا عليها أنتجت آثارها وانتقال للموصي له حق قبولها أو ردها هذا الحق الذي كان لا أثر له قبل موت الموصي.

الأمر الثاني: أن القانون منح مدة (01) شهر ابتداء من موت الموصي لتسجيل الوصية لكن بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفي الوصايا.

ونسجل أن هناك فرق بين التصريحات التي أوجبت المادة 66 من قانون التسجيل على الموصي لهم والورثة تقديمها عن الموال التي استحقوها وانتقلت لهم بسبب الوفاة والتي يتقرر آجال تسجيلها بسنة واحدة⁽¹⁾ وبين تسجيل الوصية خصوصًا 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 قانونًا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونًا... " 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 خلفه الهالك من أموال فتسجل مع التركة بواسطة التصريح الذي فرضته المادة 65 و 171 من قانون التسجيل، وتسجل مرة ثانية بنص المادة 64⁽²⁾ من نفس القانون بصفة خاصة وهذا التسجيل الخاص جعلت المادة 97 من قانون التسجيل عقوبة تأخيره عن المدة المقررة له وهي (3) أشهر أن يضاعف رسم التسجيل في حين جعلت المادة 98⁽³⁾ عدم التصريح من طرف الورثة والموصى لهم وهو التسجيل الأول الذي ذكرناه عقوبته تعويضًا يدفع للخزينة يحدد معدله بـ 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.

ثانياً - مكان تسجيل الوصية:

(1) أنظر المادة 65 من قانون التسجيل.

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

(3) نصت المادة 98 من نفس القانون على " إن الورثة أو الموصى لهم الذين لم يقدموا خلال الآجال المنصوص عليها التصريحات بأموالهم المنقولة لهم عن طريق الوفاة يدفعون تعويضًا يحدد معدله بـ 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... ".

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 المتوفى وهذا معناه أن الإرث والوصية يخصصان بالتسجيل في مكتب التسجيل محل سكنى المورث (الموصي) 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

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 فقراتها سوى إلى العقود والاتفاقات 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 العقاري المتبع في بلادنا

وحسبه يمكن قياس الوصية على الإرث في عدم الشهر لأن المشرع لم ينص على شهر الوصية لا في القانون المدني ولا في قانون الشهر⁽¹⁾.

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...]⁽²⁾.

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 المؤخذ عليه أنه قال بالوصية من طرف الموصي 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 له الملكية 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.

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

حسب تعريف الوصية في المادة 184 ق أ أنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " فإن محل الوصية ينتقل عموماً إلى الموصى له بعد موت الموصي مصراً على وصيته وقبول الموصى له لأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت ولا تكون نافذة إلا بعد وفاة الموصي، لكن الإشكال القائم هو ما مصير الوصية التي يكون محلها عقار هل تنتقل ملكية هذا العقار للموصى له بمجرد حدوث الوفاة أم لابد من إجراءات أخرى ينبغي مراعاتها لاسيما والمادة 793 من القانون المدني جعلت انتقال الملكية العقارية مناعة بالشهر، كما نصت المادة 16 من الأمر 74/75 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 " فالمبدأ في القانون الجزائري أن انتقال

(1) محمد زهدور: الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1991، ص 151-152.

(2) حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 30.

(3) مجيد خلفوني: شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 131-132.

العقارات لا يتم إلا بالشهر⁽¹⁾ 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 على: " لا تنتقل 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 ".

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 ".

وهذه المادة فيها رد على ما ذهب إليه محمد زهدور من انعدام شهر الوصية معللاً ذلك بأن لفظة المتعاقدين الواردة في المادة 793 مدني قرينة دالة على خروج الوصية من دائرة النص لأن هذه الأخيرة لا تتم بين المتعاقدين فهي ليست عقد حسبه والمادة 165 قانون مدني صريحة في عبارتها (الالتزام) فالموصى له قد يلتزم من جانب واحد ومع ذلك يجب مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر حسب المادة إذا كان محل الالتزام نقل الملكية أو أي حق عيني (عقاراً).

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 الحيازة أو هذا الشغل " وحسب هذا النص يتوجب على الموصى له إذا كانت الوصية عقاراً 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 للأملك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

ومادامت الوصية بالعقار بين الأفراد ملكية خاصة فيجب أن تمتثل لنص هذه المادة ومنه يتوجب على الموصى له حيازة سند رسمي مشهر يثبت به حقه في ملكية العقار الموصى به، ومن خلال هذين النصين تتجلى كذلك ضرورة شهر الوصية.

(1) أنظر المادة، 793 من القانون المدني.

جاء في نص المادة 15 من الأمر 74/75 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له 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 ".⁽¹⁾

3- فهذه المادة تؤكد أن كل حق متعلق بالملكية العقارية لا أثر له ولا يعتد به ولا يعتبر موجودا إلا من تاريخ الشهر وبذلك تكون الوصية التي محلها عقارا لا وجود لها ولا أثر لها إلا من تاريخ الشهر وهذا ما أكدته عبارة المادة نفسها لما خصصت انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة أن أثر الشهر يبدأ سريانه من يوم الوفاة بأثر رجعي ومعلوم أن الوصية تنتقل بسبب الوفاة⁽¹⁾ فهي إذا داخله في دائرة هذا النص فهي بحكم المقطع الأول من المادة تشهر وجوبا لحدوث أثرها وهي بحكم المقطع الثاني من المادة تخصص بخصيصة هي أن أثر الشهر فيها يسري بأثر رجعي يعود إلى يوم وفاة الموصي، وهي تشترك في هذه الخصيصة مع الميراث لأن كلاهما ينتقل بسبب الوفاة.

4- نصت المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على: " عندما يتم إظهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياخ وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبيّن في الشهادة ".⁽²⁾

فالمادة تجيب عن التساؤل الذي طرحناه في العنوان بعد الفرع عن وقت انتقال الوصية إلى الموصى له إذا كان محلها عقار فهي تقرر أنها تنتقل بالشهر بعد وفاة الموصي عن طريق شهر الشهادة التوثيقية التي سبق الحديث عنها في موضوع الميراث فيحكم أن الميراث والوصية ينتقلان بسبب الوفاة وبحكم أنهما يؤخذان من تركة الهالك فقد شاء المشرع أن يجتمع شهرهما في سند واحد هو الشهادة التوثيقية حيث دلت عبارة المادة (... إظهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم...) على التالي:

أ- الوصية تشهر ويكون ذلك بشهر الشهادة التوثيقية⁽²⁾.

ب- ملكية العقار إذا كانت عن طريق الوصية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بالشهر والشاهد لفظة

(تثبت الانتقال) فالانتقال يثبت بالشهر حسب هذه المادة بالنسبة للميراث والوصية والقرينة

لفظة الورثة بالنسبة للإرث، ولفظة الموصى لهم بالنسبة للوصية.

(1) تعد الوصية سببا لكسب الملكية لأن القانون المدني أدرجها في الفصل الثاني من الباب الأول الكتاب الثالث تحت

عنوان طرق اكتساب الملكية، فجاءت الوصية في القسم الثاني من هذا الفصل في المواد 775 حتى 777.

(2) وهذا فيه رد على من قال بانعدام النص بشأن شهر الوصية، فالمادة صريحة في ذلك (بأن الوصية تشهر).

ونستطيع القول أن نص المادة 15 من الأمر 74/75 يخصص نص هذه المادة ذلك أن المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 تتحدث عن شهر الشهادة التوثيقية التي تتضمن انتقال الملكية بالشهر للوارث 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 ما يلي: " 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... "(1).

فالمادة تتحدث عن وجوب إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة وليس هناك ما ينتقل بفعل أو بسبب الوفاة إلا الميراث والوصية وبذلك فالمادة توجب إثبات الميراث والوصية بموجب شهادة توثيقية (الشهادة التوثيقية) والمادة 39 من نفس المرسوم توجب شهر هذه الشهادة لانتقال الملكية العقارية مكن الهالك إلى الورثة والموصى لهم، وفي هذا زيادة بيان على وجوب وضرة شهر الوصية بشهر الشهادة التوثيقية.

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 عقارات⁽²⁾ وكذلك الموصى له فيما انتقل له بالوصية من عقارات لأن الشهادة التوثيقية كما دلت عليه المادة 39 من هذا المرسوم تثبت انتقال التركة والوصية لفظة... 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 الشهادة⁽³⁾.

(1) يمكن الرد عن من قال بانعدام الشهر في حق الوصية بالعقار لأن لفظة المتعاقدين تخرج الوصية من حكم نص المادة 793 مدني لأنها نتاج إرادة منفردة ولا تظهر فيها إرادتين بنص هذه المادة حيث تفيد كلمة كل انتقال... بمناسبة أو بفعل الوفاة، دخول كل من الميراث والوصية في وجوب أثبتها بموجب شهادة موثقة وحيث أثبتنا أن هذه الشهادة تشهر، ولأنها لا تتضمن سوى الميراث والوصية فبشهرها تنتشر الوصية والإرث.

(2) أنظر الصفحة من هذه المذكرة.

(3) 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 والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال 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 والمحركات التي أصدرها حسب هذه المادة.

ثانياً - آجال شهر الوصية:

لما كانت الوصية توجب المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 شهرها في الشهادة التوثيقية فإن الآجال التي تحكم شهر الوصية هي نفسها التي تحكم الشهادة التوثيقية والتي نصت عليها المادة 99 من نفس المرسوم حيث تفرض المادة بعد تعديلها 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.

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

بيناً في المطلب السابق أهمية عملية التوثيق والتسجيل والشهر بالنسبة لانتقال العقارات بسبب الوصية.

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

لقد ذهبت المادة 191 ق أ إلى اعتبار التوثيق السبب الوحيد لإثبات الوصية فهي تفرض ضرورة صب الوصية في قالب شكلي وذلك بتصريح الموصى أمام الموثق وإعداد عقد بذلك وكل إثبات للوصية يخلف هذا يقع باطلاً.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ في القرار رقم 16035 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا حيث جاء في هذا القرار: " من المقرر قانوناً أنه تثبت الوصية بتصريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ قرار رقم 160350 مؤرخ في 1997/12/23 مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 295 نقلاً عن حمدي باشا عمر: الاجتهاد القضائي، ص 212.

وقد كان للقضاء الجزائري موقفا مخالفا لهذا قبل سنة 1997 حيث كان القضاء يجوّز ويبيح الوصية غير الموثقة حيث صدر قرار عن القضاء الجزائري برقم 66151 مؤرخ في 19/05/1990 يعترف بالوصية المحررة بيدي الموصي وعلل ذلك بأنها صدرت من الموصي بتاريخ 25/03/1960 تاريخ سريان القانون الفرنسي في بلادنا لأن المادة 978 من القانون المدني الفرنسي لا تشترط في الوصية سوى أن تكون كاملة ومؤرخة وموقعة من طرف الموصي دون فرض الشكلية⁽¹⁾ وكذلك صدر من القضاء الجزائري قراران آخران يذهبان إلى نفس الاجتهاد بعدم فرض الشكلية وهما القراران الصادران بتاريخ 30/04/1969⁽²⁾.

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 يكتفي 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 15/12/1970 ولم يبدأ سريان تطبيقه إلا في 01/01/1971.

حيث أوجبت المادة 12 منه الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق وهو ما أكده القرار الصادر عن الغرف المجتمعة للمحكمة العليا تحت رقم 156 136 بتاريخ 18/02/1997⁽³⁾ 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 تنص في فقرتها الثانية على استثناء يتضمن قبول إثبات الوصية بحكم قضائي مع التأشير بذلك على هامش أصل الملكية ما قام مانع قاهر ولأن المشرع عدّل مؤخر قانون الأسرة بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 04/05/2005 ولم يتعرض بالتعديل لأحكام هذه المادة.

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:

(1) قرار رقم 66151 مؤرخ في 19/05/1990 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 10. كما صدر قرار عن المحكمة العليا يفيد نفس الحكم برقم 148 541 مؤرخ في 23/05/1997 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد (01)، ص 183.

• 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 الملكية⁽¹⁾ والتأشير 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 ويكون 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 و966 (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 والمادة 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.

ونشير أن المادة 16 و15 من المرسوم 63/76 التي حددتا الحقوق العينية العقارية الواجبة الشهر وأغفلتا النص على القرارات القضائية⁽²⁾ لكن المواد 38 و63 و90 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⁾ 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.

⁽²⁾ يرى الأستاذ مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية، ص 141 (مرجع سابق) أن المادة 16 من المرسوم 63/76 لم تهمل ذكر الوصية لأنها نصت على (العقود الإرادية) التي تدخل الوصية ضمنها لأنها تصرف إرادي.

- 1- استصدار أمر من القضاء يقضي بالتأشير على أصل ملكية الموصي بهذه الوصية.
- 2- تنفيذ هذا الحكم بعد صيرورته نهائياً⁽¹⁾ بشهره في المحافظة العقارية وبذلك يحافظ الموصى له على حقه فإذا تمت عملية إشهار الشهادة التوثيقية تضمنت وجوباً الوصية لأنها مؤثر بها على أصل الملكية⁽²⁾.
- وجاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتقائية بحضور شاهدين ".
ولما كان هذا النص لا يحدد العقود الاحتقائية 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 عموماً. 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 الاحتقائية ومنها الوصية⁽³⁾ نقول إن الوصية عقد احتقائي أوجب المشرع ضرورة إخضاعها لشهادة الشهود وإلا وقعت باطلة بنص هذه المادة ويجب أن يتوفر في الشهود الآتي:
- البوغ والعقل، مالك لأهلية التصرف، غير ممنوع من أداء الشهادة قضائياً، ليس أعمى ولا أصم ولا أجنبي، وليست له صلة قرابة بأطراف الوصية ولا بالموثق حتى الدرجة الرابعة⁽⁴⁾.
- 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 التوثيقية⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: تخلف تسجيل الوصية

- ⁽¹⁾ أنظر نص المادة 338 قانون مدني جاء فيها " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق... ".
- ⁽²⁾ أنظر عكس ذلك مجيد خلفوني: مرجع سابق، ص 137.
- ⁽³⁾ أنظر عمر بوحلاسة: شهادة الشهود في العقود التوثيقية، مجلة الموثق، الجزائر، العدد 9، ص 26.
- ⁽⁴⁾ 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.
- ⁽⁵⁾ الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية les actes déclaratives وهي وسيلة فنية وأداة تمكن من شهر حق الإرث يقوم بإعدادها موثق بناء على طلب أحد الورثة أو الموصى لهم تناول أحكامها المواد: 39/ 46 / 47 / 61 / 62 / 73 / 74 / 88 / 91 / 99 / 107 / من المرسوم رقم 63/76 متعلق بتأسيس السجل العقاري.

جاء في نص المادة 58 من قانون التسجيل ما يلي: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه " وهذه الحالة التي تعنيها المادة هي حالة 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 شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة... " وباستقراء مجمع هذه النصوص نستنتج الآتي:

أولاً: الوصية يقوم بتسجيلها وجوبا 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 بدلا 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 قانونا 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 عموما وتكون بذلك كل الشروط والحكام المتطلبة في الشهادة التوثيقية منسجمة على الوصية ضمنا.

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 يكون نتيجة عدم شهر الوصية التي محلها عقار (وذلك بشهر الشهادة التوثيقية) عدم انتقال العقارات الموصى بها إلى الموصى له.

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 الموصى له ابتداء من تاريخ وفاة الموصي بأثر رجعي، فإذا كان العقار أرض زراعية فإن ثمارها الطبيعية أو الصناعية من منتوجات يمتلكها الموصى له بشهر وصيته لكن بأثر رجعي يعود إلى وفاة الموصي وهذا ينتج عنه أن الورثة أو تصرفوا في ثمار العقار الموصى به جاز للموصى له بعد شهر وصيته الرجوع عليهم بطلب ثمنها كذلك لو كان العقار الموصى به دارا مؤجرة فإن ثمارها المدنية (بدل الإيجار) في ذلك نص المادة 15 من الأمر 74/75 التي نصت على: " 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 " .

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 اتفاق يخالف ذلك .

