

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

المركز الجامعي عبد الحفيظ بوالصوف -ميلة-

معهد الحقوق

محاضرات ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر

تخصص: قانون عقارى

مقياس: التبرعات

الأستاذ: د/ شوقى خليفى

السنة الدراسية 2025/2024

محور تمهيدى/ إطار مفاهيمي للتبرعات بصفة عامة

أولاً/ مفهوم التبرع: التبرع لغة من العطاء، أي التفضل بما لا يجب على الشخص. وفاعله متبرعاً أي متطوعاً و مصدره تبرع والجمع تبرعات. و هو مأخوذ من لفظة برع يبرع براعة، فهو بارع، والمفعول مبرؤغ فيه. وبرع الفنان تميز وتفوق في مجاله، وفاق نظراءه، وبرع الكاتب في مهنته، تميز وتفوق في مجاله وفاق نظراءه، والرجل إذا تفضل بماله على غيره دون مقابل فهو بارع (متبرع) لأنه تغلب على فطرة طبيعية في الإنسان تتمثل في حب المال ورغبة الاستئثار به دون غيره كما قال تعالى " وَ أَنَّهُ لَحُبُّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ "

أما قانونا فالمشرع 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 تعرف التبرعات تأثرا بالقانون الفرنسي الذي لم يعرف التبرعات لكنه عرف 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 a 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 a 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 المشرع اليمني حيث جاء في المادة 210 من القانون المدني اليمني ما يلي "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 حسبنا فإن أحسن تعريف للتصرف التبرعي، و جامع لأنواعه يضم 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 التملك 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 فإن 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 إل ازم الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شيء فهو بمعنى العطية

و بناء عليه فإن إطلاق التبرع في الفقه الإسلامي يقابل المعاوضة ، فيشمل بذلك كل أنواع التبرع سواء كان تملكا للعين أو المنفعة ، أو تقديم خدمة ، أو تنازل عن حق ، أو مجرد امتناع ، سواء كان نشأ عن عقد ناشئ باتفاق إرادتين أو 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 يحتمل التزامه أي 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 ، كمنقله 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 كذلك الوديعة بدون أجر ، فالالتزام في هذه الحالة يعتبر تبرعا .

و بذلك لا يقوم التبرع بعنصره المادي فقط بل لا بد أن ينضم إليه القصد بالتبرع، و هو العنصر المعنوي، فإن 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 بالت ازم 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

ثالثا/ تقسيمات التبرعات: تتعدد صور التبرع و تتنوع ، لكنه يجمع بينها مفهوم تقديم التزام مجانا، أي بدون عوض و تنقسم عقود التبرع في القانون الفرنسي إلى قسمين: Contrats à titre gratuit أو تصرفات التبرع actes a titre gratuit

1- **الهبات:** وفيها يخرج المتبرع عن شيء من ماله لغيره، والعبرة أن يكون الالت ازم المقدم هو تملك كعقد الهبة و الوصية، تنقص من مال الواهب بقدر ما وهب، فتفقر ذمته وتثري ذمة غيره.

2- **عقود التفضل أو عقود التبرع بالخدمات:** وتتمثل في الالتزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل: contrats a titre gracieux. actes de bienfaisant Contrat de services gratuits

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 ، و القرض بدون فائدة و الوديعة بدون أجر والوكالة إذا كانت مجانا.

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

المحور الأول/ عقد الهبة

تمهيد / إن الهبة هي التصرف التبرعي الشائع والمشهور بين الناس، فهي بموجب كونها تملك، يخرج من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، تكون سببا لانتقال الملكية عموما، حيث جاء في نص المادة 205 من قانون الأسرة ما يلي: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته، أو جزءا 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 و وهب هذا الدين لشخص ثالث يستحقه من يد المدين، وقد يكون الدين هبة للمدين نفسه، بإبرائه منه.

أولا/ التعريف بالهبة

نتناول هنا مجموعة من التعاريف وناقشها بالمقارنة مع تعريف المشرع الجزائري وفق التالي:

تعرف الهبة بأنها 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.

ونقل المشرع الجزائري نفس تعريف الشيخ خليل في مختصره، حيث نصت المادة 202 من قانون الأسرة على:

" الهبة تملك بلا عوض " ، و يؤخذ 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: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " فالمادة صرحت في بدايتها أن الهبة عقد، بقولها تنعقد، 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 ... " و نفس التعريف أورده القانون السوري في المادة 454 منه.

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

أ/ **نية التبرع:** فالهبة من العقود التبرعية، ويكون بذلك عنصر التبرع جوهرى في عقد الهبة. إذ أنه لا يكفي التصرف في المال دون عوض من طرف الواهب دون نية التبرع. لأن الشخص قد يتصرف في ماله دون عوض، وليست عنده نية التبرع، ويظهر ذلك في حالة الوفاء بالتزام طبيعي، فالشخص في مثل هذه الحال يوفى ديناً غير مجبر على الوفاء به، وليس متبرعا.

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 206 ق أ بقولها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... "، ومن المعلوم أن الإيجاب والقبول لا يصدرن إلا من أحياء، باستثناء حالة المادة 209 ق أ التي نتعرض لها لاحقا. ومن خلال تحليل تعريف الهبة في القانون الجزائري نستخلص ما يلي:

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

ثانيا/ أهم ما يتعلق بالهبة من أحكام:

1- بما أن الهبة عقد فإنها يحكمها ما يحكم العقد عموما من أحكام في القانون المدني. وتتفرد بما خصها به قانون الأسرة، فهي حسب المادة 202 منه تمليك بلا عوض، فالالتزام الواهب في عقد الهبة يكون دون مقابل، لأن الأصل فيها افتقار ذمة الواهب واثراء 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 بالتزامات يتوقف تمامها على إنجاز الشرط "، و بما أن لفظة الالتزام جاءت عامة، فقد يشترط الواهب على الموهوب له تقديم مالي مقابل الهبة، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضيات ثلاث:

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.

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.

ج - الفرضية الثالثة: أن يشترط الواهب على الموهوب له مقابل نقدي، أو أي شيء آخر يتقوم بالنقد، لكن تكون قيمته أقل من الشيء الموهوب، ففي هذه الصورة نكون بصدد هبة مشروطة.

2- إن الهبة تكون مرتبطة في نفاذها بحالة الواهب، والفترة الزمنية التي أبرمت فيها، حيث جاء في نص المادة 204 ق أ ما يلي: " الهبة في مرض الموت و الأمراض 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/ في مرض الموت: هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويؤدي إلى عجز المريض، و عدم 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، والأمر الثاني؛ أن يكون هذا المرض مخوفا خطيرا يحدث منه الموت غالبا، كالطاعون والسرطان...، وليس مرض غير مخوف، كالجرب و وجع الضرس والصداع.

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

ب/ الأمراض: جاءت لفظة الأم ارض 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 الأسرة.

ج / الحالات المخيفة: وهي الحالات التي يغلب فيها الهلاك، وتوقع الموت من دون مرض كالمرابط في جبهة القتال، يتوقع الموت في كل لحظة، و حالات الحروب، وركوب البحر المخوف الذي يتوقع معه الغرق، والمحكوم عليه بالإعدام... وقد ألحقت هذه الحالات بحكم مرض الموت لعدة مشتركة هي: خوف الموت وحصوله فعلا بعد ذلك، فلو صدرت هبة من شخص قامت به حالة من الحالات المخيفة، وانتهت بالموت، فحكم هبته يأخذ حكم الوصية بنص المادة 204 ق أ والمادة 776 من القانون المدني.

ولأن مرض الموت والحالات المخيفة وقائع مادية، فيجوز إثباتها بجميع الطرق أمام القضاء، فتثبت بالبينة، 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. "

فالمادة صريحة في أن حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت، وتلحق بها الحالات المخيفة بنص المادة 204 ق أ، تكيّف على أنها تصرفات تبرعية، كالهبة في مرض الموت، والحالات المخيفة تتحول إلى وصية إذا أثبت الورثة ذلك فعبد 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 مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".

3- لكون الهبة عقد فهي تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، فهي من العقود الفورية ، و قد نصت المادة 206 من قانون الأسرة على: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة " .

فنفاد الهبة يكون على الفور دون تراخ ، 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 محجور 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 .

و حسب المادة 205 قانون أسرة، يجوز للواهب أن يهب كل ما يملك، ما لم يكن ذلك في مرض الموت، والحالات الخطيرة 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 .

4- الهبة لا يجوز الرجوع فيها إلا استثناء في حق الأبوين و في حالات محددة بنص المادة 211 ق أ، وقد تبني المشرع هذا في نص المادة المذكورة آنفا حيث جاء فيها: " للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنه إلا في الحالات التالية:

1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.

2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.

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

فيستنتج بمفهوم المخالفة، أن غير الوالدين لا يجوز لهم الرجوع في الهبة، لأن المادة خصصت بالذكر الأبوين، فيخرج بذلك غيرهما من هذا الحكم، 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".

ونعتقد أن هذه المادة لا محل لها، مادامت المادة التي قبلها صرحنا 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 بأنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز هذا الشرط ، فإذا اشترط الواهب مثلاً على الموهوب له بناء مستشفى بمبلغ الهبة لكن هذا الأخير بن دارا للشباب، جاز لهذا الواهب طلب فسخ عقد الهبة لعدم القيام بالشرط، رغم أن الهبة كانت بقصد المنفعة العامة.

ثالثاً/ أنواع الهبات:

تتنوع الهبات بحسب موضوعها، أو شكلها، فإذا نظرنا إلى الهبة بحسب موضوعها، كانت واردة إما على عقار، أو منقول، وتكون حسب المادة 205 ق أ عينا أو منفعة أو ديناً 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 هنا الهبة الواردة على عقار، سواء كانت مباشرة، أو غير مباشرة، مشروطة أو مستترة.

1- الهبة المباشرة: هي الهبة العادية التي تظهر بمظهرها المتطلب قانوناً، 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 قانوناً.

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 التزم الواهب بنقل حق شخصي، فينقل الواهب للموهوب له مبلغاً من النقود (ديناً عند الغير).

2- الهبة غير المباشرة: 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، و الهبة عقد تبرع، كما أن الإبراء يتحقق أثره على الفور كذلك الهبة، كما يشترط في الإبراء قبول المدين بنص المادة 305 ق م، كذلك الهبة يشترط فيها إيجاب وقبول المادة 206 ق أ، كذلك جسدت المادة 294 ق م مثلاً 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 حتماً مديونية سابقة بين المدين والغير.

ونشير أن الأحكام الشكلية المتطلبة 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 و الطعن فيها بواسطة الدعوى البولصية، كما يجوز للورثة إثارة أهلية التبرع في مورثهم الواهب، أو الدفع بأن الهبة غير المباشرة كانت في مرض الموت.

3- الهبة المستترة: هي الهبة التي تظهر تحت اسم عقد آخر، لكن حقيقتها هبة مستترة، فعقد البيع الذي يكون ظاهره بيع و باطنه تبرع من البائع للمشتري، لعدم التزام المشتري بدفع الثمن حقيقة هو هبة مستترة، لأن المتعاقدان قد يتفان على الثمن أمام الموثق ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري، وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمناً صورياً، وهي قرائن تصرف العقد إلى أن يكون هبة مستترة.

ويجب أن تتوافر في هذا العقد السائر الشروط والأركان المتطلبة في الهبة، 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 و شهر.

و تخضع 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، و جاز 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.

الشرط الواقف: هو الذي يكون وجود الالتزام فيه 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 بتحقيق الشرط، فلو نجح الولد في الامتحان كانت الهبة نافذة في حق الوالد والولد، بعد اتباع الإجراءات القانونية اللازمة.

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

و صورته أن يهب شخص لشخص دار، ويشترط عليه عدم التصرف فيها لغيره، والا 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"

وحسب الفقرة الثانية من المادة 202 ق أ التي جوزت للواهب الاشتراط على الموهوب له، فإن لفظة يشترط... القيام بالالتزام 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.

رابعاً/ أركان الهبة وشروط انعقادها وصحتها:

1/ أركان الهبة:

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

و اذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

فالرضا يتجلى في الإيجاب والقبول، والمحل جسده عبارة العقارات و المنقول في المادة، كما أوضحتها المادة 205 قبلها بنصها على: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير " فالمحل في عقد الهبة قد يكون عينا أو منفعة أو ديناً سواء كان عقارا أو منقولا، و تحكمه المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني.

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 التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا " 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 التزم مفترض أن له سببا مشروعاً، ما لم يقيم الدليل على غير ذلك " وإذا ظهر أن الباعث الذي دفع الواهب للتعاقد غير مشروع، فيشترط لبطلان العقد أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا الباعث.

ولا يجب أن يكون هناك اتفاق بين المتعاقدين، بحيث يقبل أحدهم الباعث غير المشروع للمتعاقد الآخر، لأن نص المادة 97 و 98 من القانون المدني صريحتان في ذلك.

2- 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.

و اذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة."

فأول شرط ذكرته المادة لانعقاد الهبة هو تطابق الإيجاب والقبول، ثم ذكرت الحيابة 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 اقتراح الإيجاب والقبول الصادرين من المتعاقدين، فإن الهبة باعتبارها عقد لا تتم ولا تنعقد إلا 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 إذن هو التعبير عن الإرادة في إحداث التزام ما، وقد يكون من الأصيل وقد يكون من النائب و يشترط 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، و يصدر عادة من الموجب له، وهو الشخص الذي صدر الإيجاب له، ويشترط لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، فالموهوب له يعبر عن إرادته في قبول الهبة، وقد يكون تعبيره هذا صراحة أو ضمنا ، ونرى أن المادة 68 من القانون المدني تتحدث عن العقد وأقرت رغم ذلك أن السكوت يعد قبول إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه له .

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 دارا وهبها له شخص فإن الموهوب له لو باشر سكنى هذه الدار، كان تعبيره ضمنا بهذا السلوك يدل على قبوله، أما السكوت مطلقا في حق الموهوب له فتشير له الفقرة الثانية من المادة 68 قانون مدني بقولها: "... ويعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل بالإيجاب 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 ترتب 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 قبول، لأن المادة تشترط حتى يكون السكوت قبولاً أن يكون الإيجاب ذو نفع محض للموجب له (الموهوب له)، أما إذا كان ما يحمله الإيجاب فيه خالص النفع للموهوب له، بأن يكون ما يعرضه عليه الواهب نافعا له نفعاً محضاً، ولا يرتب على عاتقه التزاماً آنياً ولا مستقبلياً، كان سكوته في هذه الحال قبول لتوفر شرط المادة 68 ق م

أما في مجال دراستنا، حيث يكون الموهوب عقارا فلا مجال لاعتبار السكوت قبولاً ولو كان الإيجاب نافعا نفعاً محضاً للموهوب له، لأن التعامل في العقار يتطلب ركناً رابعاً هو الشكلية، حيث تتم الهبة العقارية أمام الموثق، بحضور الطرفين الواهب والموهوب له، ولا بد من صدور قبول من الموهوب له لطبيعة العقد الشكلية، وضرورة إبراز إرادة الأطراف فيه بشكل علني واضح وصريح.

وكما أوضحنا سابقاً أن الإيجاب قد يصدر من الواهب نفسه وقد يصدر من النائب ، و كذلك القبول في الهبة، قد يكون من الموهوب له، وقد يكون من وكيله، وهذا ما أقرته المادة 73 من القانون المدني لورود لفظة النيابة عامة، تحتل أن تكون في إصدار الإيجاب أو إعلان القبول. كذلك يستشف هذا الأمر من نص المادة 210 قانون أسرة التي جاء فيها

" يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصراً أو محجوراً عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانوناً " فإذا كانت المادة قد أجازت الحيابة بالنيابة والحيابة أحد مظاهر القبول، فقد تكون الحيابة كما دلت عليه المادة 60 من القانون المدني قبولاً لأنها موقفا لا يدع أي شك في الدلالة على أن الموهوب له يقبل الهبة لأن الحيابة تعبير ضمناً على القبول، تتجسد في حيابة 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⁽²⁾ في حالات خاصة.

أ- الحيازة

حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له أو وكيله ركن في التشريع الجزائري، حيث جاء في نص المادة 206 ما يلي: " تتعقد 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 قاصار أو محجور عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا. " فالمادة تؤكد ركن الحيازة حتى لو كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه، أو جنينا في بطن أمه، فيحوز نيابة وليه عنه ، أو من أنابه القانون. وهذا ما ذهب إليه الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا برقم 58 700 المؤرخ في 1990/02/19 حيث جاء فيه " من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحوز ولا نعتقد أن الحيازة ركن في عقد الهبة، خاصة إذا كان الشيء الموهوب عقارا ، عكس ما ذهب له البعض، و هو ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الذي اسقط الحاجة للحيازة بمناسبة الهبات المشهورة بقوله أن الشكلية في العقار تغني عنها.

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 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 الذي يتضمن تنظيم مهنة الموثق و التي جاء فيها 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، وكذلك المادة 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، فإن 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 زارعية 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 إلغائه 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: " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة 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.

و من تمام الشكلية أن تعقد الهبة بحضور شاهدي عدل و ليس شاهدي إثبات، و 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 و حسب هذا الأخير العقود الاحتفائية تدخل الهبة ضمنها، ومن ثم يجب عقدها بحضور شاهدي عدل تحت طائلة بطلانها.

3- شروط صحة الهبة العقارية:

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

أ- الأهلية في عقد الهبة:

أ1/ **أهلية الواهب:** يستخلص من نص المادة 203 من قانون الأسرة التي جاء فيها ما يلي " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة سنة 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.

أ2/ أهلية الموهوب له:

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

* الاحتمال الأول:

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

* 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 أعطاه الشارع للحمل وأثبتها له أربعة لا غير حسب ما اتفقت عليه المذاهب .

وذهب الإمام مالك إلى خلاف ذلك حيث يجوز الهبة لكل من الجنين والمعدوم فإن ولد الجنين حيا وعاش صحت الهبة وان استهل صار خا 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 أنه " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا." فالمرجع الجزائري يجوز الهبة للحمل أخذا بمذهب الإمام مالك بشرط أن يولد حيا ولأن الحيازة ركن في عقد الهبة فإنها تمارس نيابة عن الجنين ممن ينوب عنه قانونا طبقا لما جاء في نص المادة 210 ق أ التي نصت على أنه " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله وإذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا" وحسب نص المادة 87 ق أ التي جاء فيها ما يلي: " يكون الأب ولها على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا." ...

فإن الأب هو من يتولى الحيازة عن حمل زوجته منه لأنه من أولاده باعتبار ما سيكون²⁾ وإذا غاب الأب تحل الأم محله وتحوز نيابة وبدلا عن الجنين بنص المادة المتقدمة.

ونعتقد أن المشرع الجزائري لم يشترط التمييز في الموهوب له حيث تصح الهبة حتى لعدم التمييز لأن القانون الجزائري نص على ضرورة أن تكون الحيازة من طرف من أنابه القانون عن الموهوب له ما كان قاصرا أو محجورا عليه حسب الفقرة الثانية من المادة 210 ق أ، و لم ينص على النيابة في القبول عكس المشرع 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 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 المشرع الجزائري عن هذا الأمر حيث أورد القبول عاما في نص المادة 206 ق أ بنصها على " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول... " ولم يتعرض لحالة النيابة في قبول الهبة وقد نجد في نص المادة 81 ق أ عوضا عن ذلك لكنها لا تخصص ذلك للهبة كما فعل المشرع المصري.

ب - شروط 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 " تنعقد 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.

1 - وجوب أن يكون العقار الموهوب ملكا للواهب:

نصت المادة 205 ق أ على " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير. " فالمادة صريحة في وجوب أن يكون العقار الموهوب ملكا للواهب، والشاهد لفظة " كل ممتلكاته " حيث يفهم من هذه اللفظة وجوب أن يكون ما يهبه الواهب ملكا له لأن القاعدة تنص على استحالة تملك 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 موقوفاً على إجازة المالك حسب نص المادة 398 من القانون المدني التي جاء فيها " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزاً في حق المشتري "، و نعتقد أن هبة ملك الغير تقع باطلة لاسيما إذا كان محلها عقاراً للأسباب التالية:

• السبب الأول:

أن النص على وجوب أن يكون محل الهبة مملوك للواهب صرحت به المادة 205 ق أ ولم يأتي في قانون الأسرة الجزائي ما يدل على جواز هبة ملك الغير و انزالها 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.

• 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 وأجاز له لا اعتبار بالنظر العائد عليه جراء هذا البيع، أما الهبة فالأصل فيها التبرع وهذا يعني انعدام العوض والمقابل فيها و لأجل ذلك تكون باطلة متى صدرت من فضولي.

• السبب الثالث:

أن الهبة إذا كان محلها عقار فإن المشرع فرض في المادة 206 ق أ وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، وهو يقصد الشروط المتطلبة في العقار من شكلية وشهر، و لأن العقار لا تنتقل فيه الملكية إلا بالشهر والشهر لا يقبل إلا بإفراغ الهبة في قالب شكلي واعداد عقد بذلك من طرف الموثق و لن يتأتى هذا في حق الغير، فلا يستطيع هبة ملك الغير لأن الموثق يثبت من أطراف العقد وصحة ملكيتهم لمحل العقد حسب نص المادة 12 والمادة 29 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وكذلك المحافظ العقاري يتعين عليه القيام بهذا الدور 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 "، و لأن الرسمية ركن في عقد الهبة التي محلها عقار ونظراً للاعتبارات السابقة فإن هبة الفضولي الواردة على عقار تقع باطلة.

2 - وجوب أن يكون محل الهبة معيناً أو قابلاً للتعيين:

نصت المادة 94 من القانون المدني على أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلاً... " وبتنزيل هذه الفقرة من المادة على محل الهبة العقارية نقول يجب أن يكون العقار الموهوب محدداً تحديداً ينفي عنه الجهالة من قبل الموهوب له فلو كان داراً اقتضى الأمر ذكر موقعها وبيان صفاتها ومميزاتها وحالة بنائها وعدد أدوارها إن لم تكن أرضية غير مبنية و ذكر 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 أ بقولها: "... أو كان الموهوب مشاعا..." فيجوز هبة العقار المشاع لأنه قابل للتعين وقد نصت المادة 714 من القانون المدني على أن " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما 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، و مجموعة الشركاء في الشيوع، ونوع الأرض إن كانت أرضا، وصفات الدار ومميزتها إن كان الموهوب دارا مع ذكر الموقع وكل صفة ترفع بها جهالة العقار الموهوب في الشيوع، فإذا قبل الموهوب له العقار الموهوب على الشيوع صحت الهبة مع اتخاذ باقي الإجراءات المستوجبة في العقار.

3- أن يكون الموهوب موجودا وقت الهبة:

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

وقد نصت المادة 206 ق أ على " تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة..." فالحيازة شرط للزوم في الهبة العقارية و ركن في هبة المنقول، فإذا تخلفت لم تنفذ الهبة و لا يستطيع الموهوب له أو نائبه حيازة 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... ومحققا..." وتخرج الهبة عن دائرة هذا النص لأنها يشترط فيها ركن الحيازة التي تبطل الهبة بغير تحققها بنص الفقرة الثانية من المادة 206 ق أ التي ذكرت أركان الهبة وهي الإيجاب والقبول والحيازة 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 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 باطله 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 و لو كان برضاه..."

4 - أن يكون محل الهبة مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه: إن عدم قابلية الشيء للتعامل فيه ترجع إلى أم رين هما: طبيعة هذا الشيء نفسه أو إذا أخرجه 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 بحيازتها..."

لكن استحالة التعامل في هذه الأشياء قد يرد عليه استثناء بتجاوز هذه الاستحالة كتمكن الأفراد من ضغط الهواء في قارورات وأنابيب تم التصرف فيها 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 والمورد الطبيعية والمائية والثروات المعدنية والمناجم والمحاجر والغابات، فلا يعقل أن تمتلك هذه الأشياء من الأفراد، وبالتالي يستبعد تصرفهم بها وقد ينظر لها من زاوية أخرى فإننا قد أثبتنا سابقا أن الواهب لا يستطيع أن يهب إلا ما يملك، وطالما هذه الأشياء

لا يستطيع الفرد العادي امتلاكها لطبيعتها الخاصة فهو لا يستطيع هبة مالا يملك ولا يستطيع الاستفادة من هذا النوع من العقارات إلا عن طريق الرخص أو الامتياز والامتياز ليس تملك، كالشوارع والطرق والمطارات
فهذه العقارات لا يجوز أن تكون محلا للتعامل بين الأفراد، كذلك أفادت هذا المعنى المادة 688 من القانون المدني بنصها على " تعتبر أموالا 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 تبعا لطبيعتها أو لتتبع القانون على خروجها من دائرة التعامل قانونا أما بالنسبة للملكية الخاصة فقد منع القانون التصرف في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه حسب المادة 92 من القانون المدني و لو كان التصرف من الوارث، كذلك منع القانون الولي من التصرف في أموال القاصر إذا كان المر متعلق ببيع عقار أو قسمته أو رهنه 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 كفيلا 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 وتقيد 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 و الإدارية على أنه لا يجوز للمدين من يوم تسجيل الحجز أن ينقل ملكية العقار المحجوز عليه و لا أن يربط عليه حقوقا عينية و الا كان تصرفه باطلا، و قيد هذا الحجز بالمحافظة العقارية لا يؤدي حتما إلى أن يفقد المحجوز عليه ملكيته على هذا العقار ما لم تنتهي إجراءات الحجز بالبيع العلني و رسو المزاد على من تقدم بأعلى عرض.

وحسب نص المادة 385 ق أ م إ يمنع المحجوز عليه من التصرف في عقاراته من يوم إشهار هذا الحجز بالمحافظة العقارية فلا يستطيع بيعها أو المقايضة بها ولا هبتها ولا وقفها.

خامسا/ خصائص عقد الهبة: لما كانت الهبة عقدا فهي متوفرة على جميع خصائص العقد بصفة عامة من وجوب توافر الإرادة وسلامتها من العيوب وتحقق الأركان المتطلبة. وقد تشترك مع غيرها من التصرفات ببعض الخصائص مثل كونها تتم في الأصل دون عوض³ فتشاركها الوصية في هذه الخاصية كذلك قد تتصف بأنها عقد فوري يتم على الفور ويشاركها في ذلك البيوع المنجزة والفورية.

غير أن أهم ما تنفرد به الهبة حسب نصوص قانون الأسرة الخصائص التالية:

- 1- خاصية تحول الهبة إلى وصية.
- 2- خاصية أن الهبة لا تتم إلا بالحيابة.
- 3- خاصية عدم قابلية الرجوع فيها إلا استثناء و بالنسبة للوالدين فقط.

1- تحول الهبة إلى وصية:

صرحت المادة 204 من قانون السرة التالي: " الهبة في مرض الموت و الأمراض 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.
وهذا الأمر قرره الشرع الإسلامي للشخص في أملاكه وهو مقبل على الموت و حدده بثلث ما يملك المتصرف، فله التصرف بهذا الثلث تفضلا، و خصصت 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.

كذلك يأخذ نفس الحكم تصرف من قامت به حالة من الحالات المخيفة كالمرايط 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: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول و تتم بالحيابة " وهذه الخاصية جعلت الهبة عقدا فوريا لا يجوز التراخي فيه ولا إرجاءه إلى مدة ما، فالهبة عكس الوصية فإذا كانت الوصية مضافة إلى ما بعد موت الموصي أي لا تكون سارية في حق الموصى له والغير إلى بعد موت الموصي وقبول الموصي له فإن الهبة أثرها فوري ولا يحتمل الإمهال بل تكون سارية في حق الواهب والموهوب له والغير من تاريخ إمضاء العقد أمام الموثق ونشره صحيحا.

وقد أوردت المادتين 207 و 208 استثناء على قاعدة الحيابة ركن في الهبة وذلك بعرض حالات يستغني فيها عن الحيابة كركن في عقد الهبة حيث نصت المادة 207 على " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيابة ".

فالمادة تعرض فرضية أن يكون الشيء الموهوب بيدي الموهوب له كأن يكون مستأجرا لدار ويشغلها فعلا هو وعائلته ثم يقوم المؤجر بهبة هذه الدار للمستأجر فغن حالة شغل المستأجر للدار 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 للأُم وفي حالة غيابهما تعين المحكمة مقدم حسب نص المادة 99 ق أ، و لأن 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 ولتوحد 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 إذ أن الروابط بينهما تقوم على المحبة والثقة، فإذا كان الشيء الموهوب عقارا تقيم فيها العائلة فيفترض أن الحيابة حاصلة ابتداء، و نعتقد أن هذه المادة 208 ق أ قد تتعارض و لو نسبيا 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.

الفرضية الثالثة: هي أن يكون محل الهبة شيء مشاعا و لخصوصية المشاع كون الحصص فيه غير مفرزة بل محددة بنسب فلا يستطيع المالك في الشبوع أن يحدد حصته تحديدا نهائيا إلا بعد القسمة سواء الودية أو القضائية، ولما كانت الحيابة لا ترد إلا على المعين والمفرز كانت الحيابة مستثناة كذلك في هذه الحالة واستعويض 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 ضمانته 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 انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة. "

و في كل الأحوال نحن نرى بأن الحيابة شرط للزوم لا ركنًا يبطل الهبة خاصة في المادة العقارية التي نرى بأن ركن الرسمية لا الشكلية (التسجيل و الإشهار يغني عنها حسب ما يستشف من عديد الاجتهادات القضائية في هذا الصدد.

3- عدم قابلية الهبة للرجوع فيها إلا استثناء و بالنسبة للوالدين حصرا:

إن الأصل في عقد الهبة في التشريع الجزائري عدم إمكانية الرجوع فيه، فعقد الهبة من العقود اللازمة في القانون، و متى صدر عقد الهبة من الواهب صحيحا مستوفيا لكامل شروطه تحصن ضد الرجوع فيه لمصلحة الموهوب له. ويستفاد حكم عدم قابلية الهبة للرجوع فيها بمفهوم المخالفة لنص المادة 211 ق أ التي خصت الأبوين بحق 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 عقدها لأولادهم، فجاء في نص هذه المادة ما يلي: " 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 ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته.

فالمادة خولت الأبوين حق الرجوع في هبتهم لأبنائهم مهما كان سنهم و جنسهم ذكورا و اناثا إلا إذا كان القصد من الهبة.

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، عدا الحنفية فقد أقروا للواهب الرجوع في هبته مطلقا إلا لمانع⁽³⁾ فالهبة عندهم عقد غير لازم.

سادسا/ شروط انتقال الهبة في العقار

نتطرق في هذا العنصر إلى الشروط التي تطلبها القانون في انتقال هبة العقار و عليه سنتعرض إلى توثيق الهبة العقارية ثم إلى تسجيلها ثم نتناول عملية شهرها و أحكامها.

1/ توثيق الهبة العقارية

من المستقر عليه في القانون الجزائري أن أي تصرف وارد على عقار يجب صبه في قالب شكلي تحت طائلة بطلانه و تعتبر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني أساس ذلك.

و لما كانت الهبة العقارية محلها عقارا فيجب إثباتها على يد ضابط عمومي يفرغ إيجاب و قبول كل من الواهب والموهوب له في محرر رسمي وقد أكدت هذا الأمر المادة 206 من قانون الأسرة بنصها على وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق، و هي 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 حتى يُصدر عقدا بذلك وإذا كانت الهبة ستنتم بواسطة وكيل كان على الموثق التثبت من مضمون الهبة وأن الوكيل لم يجاوز حدود و كالاته الخاصة بعقد الهبة كما يتأكد من الشكل الواجب توافره في الهبة العقارية لأن الوكالة في مثل هذه الحال يفرض فيها القانون توافر شكل العمل القانوني محل الوكالة، 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".

و يتضمن 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 و وصفه الدقيق، فقد نصت المادة 324 مكرر 4 على أنه " 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 لكن شاهدي عدل لا شاهدي إثبات، فتخلف هذا الشرط حيث يبطلها حسب نص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني.

2/ تسجيل عقد الهبة

نصت المادة 10 من قانون التوثيق على تولي الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل و اعلان و نشر و شهر العقود في الآجال المحددة قانونا.

فهذه المادة صرحت بوجوب تسجيل و نشر و شهر العقود من طرف الموثق الذي حررها، كما نصت المادة 58 من قانون التسجيل على أنه "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخ تحريرها.

ولما كان نص المادة 206 من قانون الأسرة يجعل من الهبة عقداً لأن الإيجاب والقبول يدلان على اتفاق والاتفاق هو العقد حسب نص المادة 54 من القانون المدني التي جاء فيها " العقد اتفاق".

ولما كانت الهبة عقداً 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 الحصة 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 و تأخذ بعين الاعتبار في حالات الهبة والتركة التخفيضات و التنقيصات التي تمت على الهبات السابقة التي قبل بها نفس الشخص " فهذه المادة يستخلص منها الآتي:

- 1- أن الهبة تسجل.
- 2- وحدت رسوم التسجيل الخاص بعقد الهبة مع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة.
- 3- يستفيد الموهوب له من تخفيضات عن رسوم التسجيل حسب ما نصت عليه المادة 238 مع الأخذ بعين الاعتبار لو كان الشخص موهوب له لثاني مرة حيث يمنع من هذا التخفيض في المرة الثانية.

أ/ مكان تسجيل الهبة:

القاعدة العامة في مكان تسجيل العقود التوثيقية هي مكتب التسجيل الواقع في دائرة أو ولاية اختصاص من حرر العقد عند الاقتضاء موثقا كان أو أي ضابط عمومي يملك أهلية تحرير العقود، وهذا حسب المادة 75 من قانون التسجيل، و بتطبيق هذه القاعدة تسجل الهبة في مكتب التسجيل التابع لدائرة أو ولاية اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر عقد الهبة.

وإذا كانت الهبة قد أبرمت في الخارج فإن تسجيلها يجوز أن يتم في جميع مصالح التسجيل داخل الوطن دون تمييز، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون التسجيل ، علما أن الهبة يسري عليها قانون جنسية الواهب حسب **الفقرة الثانية من نص المادة 16** من القانون المدني " و يسري 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 بها العقار.

ب/ 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.

للإشارة هذه المادة تم إلغاؤها بموجب المادة 15 من قانون المالية لسنة 2004، إلا أن هذه الآجال تبقى خاضعة للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون التسجيل و المحددة بشهر من تاريخ تحرير العقد، و ذلك تحت طائلة عقوبة الموثق ماليا حسب المادة 93 من قانون التسجيل.

3/ شهر عقد الهبة العقارية:

إن الإجراءات القانونية السابقة كلها من توثيق و تسجيل و حتى الأركان من رضا وأهلية و محل و سبب و غيرهم لا أثر لهم في انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له و لو كانت كلها صحيحة ما لم يشهر عقد الهبة العقارية لأن الشهر وحده هو الناقل للأثر العيني و هو الذي يحقق انتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له فقد جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار. " فالمادة صرحت بلفظة المتعاقدين فالأمر متعلق بالعقود، والهبة كما سبق البيان عقد.

لذلك لا تنتقل فيها ملكية العقار إلا بالشهر، وهو ما دلت عليه كذلك المادتان 15 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 و لا تنتقل للموهوب له ولا يكون له عليها أي حق وقد أكدت هذا المادة 206 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية بنصها على مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، وإذا اختلت القيود المتعلقة بها بطلت الهبة، فمراعاة أحكام التوثيق تستدعي إجراء الشهر في المادة العقارية، فالشهر من أحكام التوثيق وقد دلت المادة 10 من قانون التوثيق على ذلك. كما نصت المادة 90 من المرسوم 63/76 على أنه 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.

أ/ آجال شهر عقد الهبة العقارية:

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 ابتداء من تاريخ تحرير العقد يمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحدا المعنيين مقيما في الخارج يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة.

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

3- بالنسبة للعقود الأخرى، والوثائق ثلاثة أشهر من تاريخها.

فآجال شهر العقود الممنوحة للموثقين التي يتعين عليهم شهر عقودهم خلالها هي ثلاثة 03 أشهر، و لما كانت الهبة عقدا 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 واحدا يقع بين منطقتي اختصاص لمحافظتين عقارييتين فإن الأجل يمدد بخمسة عشر يوما 15 بالنسبة لكل محافظة عقارية، و يؤدي عدم احترام هذه الآجال إلى وقوع الموثق تحت طائلة العقوبة المالية .

ب/ مكان إجراء الإشهار العقاري: يجب على الموثق مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية المؤهلة لإتمام عملية الشهر، حيث يتعين عليه إيداع العقد للشهر لدى المحافظة العقارية المختصة و هي تلك التي يقع العقار المعني في دائرة اختصاصها، حسب المادة 04 من المرسوم 63/76 ، و إذا امتد العقار إلى اختصاص أكثر من محافظة عقارية، يشهر على مستواها جميعا.

للإشارة، الالتزام الواقع على عاتق الموثق بشهر العقود التي حررها التزام بتحقيق نتيجة وليس التزام ببذل عناية، و لذلك جاز للأطراف الرجوع عليه في حالة إخلاله بهذا الالتزام، فلو تضرر أحد أطراف العقد بعدم شهره جاز لهم الرجوع على الموثق لإخلاله بالتزاماته، بالإضافة إلى الجزء الأدبي الذي قد يوقع عليه من الغرفة الوطنية أو الجهوية للموثقين.

3/ تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال الهبة العقارية

لقد بينا في فيما سبق وجوب إجراءات التوثيق والتسجيل و الشهر بالنسبة لعقد الهبة العقارية، ونعرض فيما يلي جزاءات وآثار تخلف هذه الإجراءات و ما يترتب عن عدم الالتزام بها.

أ/ تخلف التوثيق وآثاره في عقد الهبة العقارية: إن عقد الهبة من العقود الرسمية خاصة إذا كان محله عقارا، وهذا يعني أن الرسمية وهي إفراغ التصرف في قالب يحرره الموثق ركن في عقد الهبة العقارية و تخلفه 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 ".

إن فكل عقد هبة وارد على عقار مصيره البطلان ما لم يوثق و يفرغ في شكل رسمي من قبل الموثق، فإعطاء 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". فالمادة تشترط أن يكون المحرر المقدم للإشهار في المحافظة العقارية في شكل رسمي، و لأن الشهر هو من ينقل الملكية يتضح دور التوثيق في انتقال الملكية، لأن تخلفه يؤدي إلى عدم قبول الشهر ورفض الإيداع. كذلك يشترط في الموثق المبرم والمحرر لعقد الهبة والعقود بصفة عامة شروط نص عليها قانون مهنة التوثيق رقم 02/06، فلا يجوز مخالفتها، منها نص المادة 19 التي تمنع أن يكون الموثق المحرر للعقد طرفا فيه أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت.

كذلك نص قانون التوثيق على شروط معينة و أشكال يجب توافرها في العقد تحت طائلة البطلان منها ما نصت عليه المادة 26 من وجوب تحرير العقود باللغة العربية وكتابة السنة والشهر ويوم التوقيع بالحروف...إلخ.

ب/ تخلف تسجيل عقد الهبة العقارية

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 و ثلاثين يوما تكون نسبة الغرامة المالية 10% من قيمة التسجيل، مع إلزام مالي تقدر نسبته ب 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%. بالإضافة إلى تعرض الموثق إلى العقوبة التأديبية من طرف الغرفة الجهوية أو الوطنية للموثقين وهذا ما دلت عليه المادة 93 من قانون التسجيل في فقرتها الثالثة حيث جاء فيها "... غير أن الموثقين... الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة يتعرضون لعقوبة تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها..." كما تشير إلى أنه قد يفهم من بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أن عدم تسجيل العقد يحوله إلى مجرد عقد لفيف حيث جاء في القرار القضائي رقم 113 840 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".

ج/ تخلف شهر 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 و هذا 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".

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: "تثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

المحور الثاني/ أحكام الوصية

واقعة الوفاة سبب لانتقال الأموال وفق حالتين هما الميراث والوصية فكلاهما يحقق الخلافة، إما للوارث أو للموصي له في أملاك المورث، و تلتنقي الوصية والميراث من حيث كون كل منهما خلافة بسبب الموت و يفترقان من حيث كون الخلافة في الميراث إلزامية تتم بقوة القانون، في حين تكون الخلافة في الوصية اختيارية، و الوصية سبب 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، إذ يجوز الإيصاء 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، و هنا نشير 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 في 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 بحياسة 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 من المادة 184 إلى المادة 201 حيث ذكر فيها تعريف الوصية ثم ذكر مقدارها في مال المورث ثم عرج على الموصي و الموصى له وذكر شروطهما و أحوالهما و ذكر في المادة 191 إثبات الوصية ثم تناول بعد ذلك أحكام الوصية.

أولا/ ماهية الوصية سنتعرض في هذا العنوان للتعريف بالوصية و ذكر أنواعها وخصائصها وأحكامها ومجمل شروطها وأركانها مع المناقشة والتحليل.

1/ التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام

أ/- التعريف بالوصية:

عرفت الوصية بأنها تملك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع. ونلاحظ أن هذا التعريف جاء متجاهلا لموضوع الوصية من حيث أطرافها الموصي و الموصى له. و عرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة : " 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"

والملاحظ كذلك أن هذا التعريف 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 و كلمة 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 تنعقد بالإيجاب من الموصي و القبول من الموصى له لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الإنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث، وكذلك تبنى المالكية نفس الراي، فهم يقولون بضرورة قبول الموصى له لأن قبوله شرطا لصحة الوصية لكن يترأخى 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 للزومها وليس ركنا، و عليه تكون الوصية تصرفا ينشأ بإرادة منفردة وقد تبنى المشرع الجزائري الرأي الثاني واعتبر الوصية تنعقد بمجرد صدور إيجاب الموصي، و ما قبول الموصى له بعد وفاة الموصي 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 و 198 و 201 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.

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 أريه بعد الوفاة يكون حاسم في تمام انعقادها و تنفيذها أو إبطالها و الغائها فقد نصت المادة 198 من قانون الأسرة على إعطاء حق القبول أو الرد للورثة فمصير الوصية متوقف على أري الموصى له وخلفه العام إذا هلك قبل إعلان رأيه وكذلك نصت المادة 201 قانون أسرة التي قالت: " 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.

ب/ أنواع الوصية:

تتنوع الوصية تبعا للحكم الشرعي فقد تكون الوصية واجبة و قد تكون محرمة كما تكون مندوبة أو مباحة أو مكروهة.

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

و تكون **الوصية محرمة** إذا قصد بها الإضرار بالورثة والإنقاص لهم من أنصبتهم بفعل الوصية و وجه الحرمة هنا مأخوذ من قوله تعالى في سورة النساء " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار ... " فقوله تعالى غير مضار دل على حرمة الوصية بقصد الإضرار.

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

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

وتكره الوصية ما كانت لفسق أو لإقامة ما لا يجيزه الشرع من أمور كالوصية بمال لإقامة عرس يكون التبذير فيه وفساد الأموال ظاهرا.

ج/ أحكام الوصية:

حسب القانون الجزائري الوصية تنشأ عن إرادة منفردة للموصي حسب المادة 191 من قانون الأسرة وللموصي أن يوصي بكل الأنواع التي يملكها سواء كانت هذه الأملاك أعيان أو منافع .

و هذا ما دلت عليه المادة 190 بنصها على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " كما منحت المادة 192 من نفس القانون للموصي حق الرجوع في وصيته صراحة أو ضمنا فنصت

على " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضماني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها"

ومن نص هذه المادة يتبين أن للوصية وسائل تثبت بها نصت عليها المادة 191 ق أ بقولها: " تثبت الوصية

- 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك .
 - 2- و في 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 بحكم قضائي. كما اشترط القانون أن لا تزيد الوصية عن ثلث (3/1) التركة و كل زيادة عن الثلث لا بد من إجازتها من طرف الورثة وتبطل كل زيادة عن الثلث ما لم يرضى بها الورثة، و هذا 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 التي لا يجب تجاوز الثلث فيها ، و اذا 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 رجوعا في الوصية."

أما الموصى له فإن قبوله للوصية سواء بصراحة أو ضمنا تكون وجوبا بعد وفاة الموصي و لا أثر لقبوله أو رفضه قبل ذلك حيث جاء في المادة 197 ق أ " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

و يجوز أن يكون الموصى به لشخصين فإذا أوصى لشخص بأرض ما ثم أوصى بنفس الأرض لشخص ثان فلا يعد هذا رجوعا في الوصية بالنسبة للأول بل يعتبران مشتركين في هذه الأرض الموصى بها، دليل ذلك نص المادة 194 ق أ التي تنص على " إذا أوصى لشخص ثم أوصى لثان يكون الموصى به مشتركا بينهما".

وإذا أوصى لشخصين معا 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 و أفرزت حصة كل واحد فإن الحي منهما لا يكون له سوى حصته المحددة والباقي يرجع للورثة، و قد دل على ذلك نص المادة 195 ق أ.

كما يجوز أن تعلق الوصية على شرط صحيح لأن الشرط الباطل تصح معه الوصية ويبطل هو و يستحق الموصى له و الموصى به بعد إنجاز الشرط ما كان صحيحا وهذا ما جاء في المادة 199 ق أ بقي أن نشير إلى أن الوصية عكس المي ارت 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 وسنتعرض لكل هذه الأحكام بأكثر تفصيل فيما سيتقدم من مطالب هذه المذكرة.

2/ أركان الوصية وخصائصها

أ/ أركان الوصية:

يذهب معظم الفقهاء إلى أن أركان الوصية أربعة هي الموصى و الموصى له و الموصى به و الصيغة.

* الركن الأول/ الصيغة:

الصيغة هي العبارة اللفظية الصادرة من الموصي الدالة على إرادته في الإيضاء 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 و لم يجز انعقادها بالإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة و يمكن استخلاص هذا قياسا على نص المادة 10 من قانون السرة حيث جاء فيها: "... و يصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " فالمادة تحدثت عن النكاح و

أوجبت أن يكون الإيجاب و القبول باللفظ أو الكتابة ويجوز استثناء غيرهما ما توفر العجز، غير أننا نرى بأن التعبير عن الإرادة يكون خاضعا لأحكام القانون المدني في ظل عدم التخصيص بمناسبة قانون الأسرة.

أما قبول الموصي له فهو حسب القانون الجزائي شرط وليس ركنا، فركن الوصية بالنسبة للصيغة هو الإيجاب فقط دون القبول ودليل ذلك نص المادة 191 قانون أسرة، حيث نصت على أنه " تثبت الوصية بتصريح الموصي... "، و حسب تعريف الوصية فإنها تكون دائما مضافة إلى ما بعد وفاة الموصي، و هذا يعني أن صيغتها تكون مضافة وجوبا و قد تكون معلقة أحيانا لو علق على شرط حسب نص المادة 199 ق أ.

* الركن الثاني/ الموصي:

لتكون الوصية صحيحة و نافذة لابد من ضرورة توافر و قيام شروط و صفات 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 مناط التصرف و كان 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، و لأجل هذا اشترط المشرع سلامة العقل في الموصي لأن الوصية من التصرفات التبرعية التي يكون ضررها قائم في مال الموصي فهي لا يقابلها عوض، و عليه تكون وصية المجنون باطلة بطلانا مطلقا، و قد يستشف هذا بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 قانون مدني بنصها على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية... " حيث يفهم من هذا أن من بلغ سن الرشد ولم يكن متمتع بقواه العقلية يكون غير مؤهل لمباشرة حقوقه المدنية ، ومنها التصرفات القانونية و لم يفرق المشرع الجزائري بين وصية المجنون المعتوه لأنه يعتبر كلاهما فاقد التمييز و تصرفاتهما تقع باطلة، وهذا ما دلت عليه المادة 42 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 01/05 بنصها على: " لا يكون أهلا 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 عليه وذلك لعدم تمتعهما بقوة عقلية تمكنهما من تمييز التصرف النافع من التصرف الضار، ونشير أن الحجر قرينة على انعدام الأهلية فتبطل تصرفات المحجور عليه لانعدام أهليته أما تصرفات المجنون قبل الحجر عليه فيكون أساسها انعدام إرادته وقت التصرف، لأن الجنون إذ كان متقطع نميز بين تصرفات المجنون وقت الإفاقة و وقت الجنون، فإذا صدرت عنه تصرفات وقت الإفاقة وأثبت ذلك كان التصرف صحيحا أما لو حصل التصرف وقت الجنون كان باطلا، أما الجنون المطبق وهو الذي يستوعب كل أوقات المريض فتكون معه كل التصرفات 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".

ب/ بلوغ سن تسعة عشر سنة:

اشتراطت المادة 186 من قانون الأسرة كذلك في الموصي أن يكون بالغا لسن معينة هي 19 سنة على الأقل ولفظة على الأقل تفيد عدم قبول الوصية منه قبل هذا السن فحتى تكون وصيته صحيحة لابد من بلوغه على الأقل 19 سنة كاملة حسب التقويم الميلادي لأن المادة 03 من القانون المدني نصت على الآتي: " تحسب الأجال 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 و سن الرشد فقد نصت المادة 42 من القانون المدني على: "... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة".

و مفهوم المخالفة لهذه الفقرة يعني من بلغ سن ثلاثة عشر سنة يكون مميز وحسب نص المادة 84 ق أ يجوز للقاضي أن يأذن له بإبرام تصرفات على ماله، لكن المادة 83 من نفس القانون حددت هذه التصرفات و وضعت لها شروط على النحو التالي بنصها على: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت

نافعة له، و باطلة إذا كانت ضارة به، و تتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر و في حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".

فالمادة تعرض ثلاث حالات في النفاذ من عدمه بالنسبة لتصرف المميز فإذا كانت التصرفات متمحصنة النفع له كانت نافذة، و إذا كانت تصرفاته ضارة له كانت باطلة ابتداء و تكون تصرفاته متوقفة على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، و نعتقد مادامت الوصية تبرع بلا عوض فهي ضارة له ضررا محضا لذلك تكون وصية المميز باطلة و حتى لو كانت الوصية قد يلتبس منها بعض النفع للمميز، فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي.

وإذا جُمع بين النصوص: نص المادة 83 و نص المادة 186 من قانون الأسرة نقول أن وصية من لم يبلغ سن 19 سنة كاملة باطلة لأن المادة 186 صريحة في ذلك والمادة 83 جعلت تصرف المميز الضار له باطلا، و لما كانت الوصية بلا عوض وفيها إنقاص من مال المميز فهي ضارة له و تكون باطلة بنص المادة 83 ق أ.

والى جانب هذين الشرطين (سلامة العقل وبلغ السن القانوني) في نفاذ صحة الوصية؛ تجدر الإشارة إلى أن عنصر الرضا لابد 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....".

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

* الركن الثالث/ الموصى له:

نصت المادة 187 من قانون الأسرة على أنه: " تصح الوصية للحمل بشرط أو يولد حيا... "، فالمادة صرحت بجواز وصية الوصية للحمل و هو مقدر الوجود، إذ قد يوجد مستقبلا و هذا ما يستدعي جوازها و صحتها لمن يكون وجوده محققا و مما سبق يتضح أنه يشترط في الموصى له أن يكون موجودا وقت الوصية إما وجودا حقيقيا واما وجودا تقديريا كالجنين في بطن أمه لأن الوصية تملك و التملك لا يجوز للمعدوم طبقا للمادة 118 ق.م، 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 رغم أن الفقه المالكي يجيزها لو علم الموصي بموت الموصى له فتكون لورثته من بعده ، و مجمل الشروط التي يفترضها القانون في الموصى له هي أن يكون موجودا معلوما أهلا للتملك و لا يكون جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارثا له.

أ/ وجوب أن يكون الموصى له موجودا معلوما أهلا للتملك:

1/ وجوب أن يكون الموصى له موجودا: قلنا سابقا أن الموصى له قد يكون محقق الوجود كما قد 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 الإيصاء له إذ جاء في هذه المادة " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا... " ويجوز القياس الموصى له على الوارث و لأن شخصية الإنسان القانونية (أهلية الوجوب) تمر بمرحلتين هما مرحلة الحمل المستكن و المرحلة الثانية تبدأ بعد الولادة فإن مرحلة الحمل المستكن و رغم أن أهلية الوجوب فيها ناقصة لعدم كفاءة الجنين لتحمل الالتزامات فإنه رغم ذلك يكون صالحا لاكتساب الحقوق التي لا يحتاج كسبها إلى صدور قبول منه كالميراث و الوصية، ومنه تصح للحمل الحقوق الميراثية بنص المادة 134 ق أ وكذلك الوصية بنص المادة 187 ق أ بشرط أن يولد حيا، و قد أعطت المادة 134 علامة الحياة و هي أن يستهل صارخا أو تبدو منه علامة ظاهرة بالحياة كالحركة وغيرها، و طرح المشرع فرضية تعدد الجنين في الحمل الواحد وجعل الحل لهذه الفرضية أن تكون الوصية مستحقة بالتساوي بينهما و لو اختلف جنسهما بأن كانا ذكرا أو أنثى.

2/ وجوب أن يكون الموصى له معلوما:

يشترط كذلك في الموصى له أن يكون معلوما غير مجهول جهالة يستحيل رفعها لأن جهالة الموصى له تمنع استلام الموصى به بعد الوفاة و إلا بطلت الوصية.

3/ وجوب أن يكون الموصي له أهلا للتملك:

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

ب/ أن لا يكون الموصي له جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارث له:

ب1/ الموصي له جهة معصية:

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

ب2/ الموصي له قاتل للموصي:

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

ج/ الموصي له وارث للموصي:

أصل الوصية أنها كانت في قرابة المورث قبل نزول آية المواريث حيث قال تعالى في سورة البقرة الآية 180: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خير الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين " و جمهور العلماء على القول بنسخها بأية المواريث، و النسخ يعني تعليق العمل بأحكام آية لنزول أخرى تعديلها وهذا الأمر مكرر في القرآن. فقبل تشريع المي ارث ألزم 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 أعطى كل ذي حق حقه، فلا وصية لوارث".

القيد الثاني: حدد مقدار الوصية بالثلث لقوله صلى الله عليه وسلم لسعد بن أبي وقاص لما أ ارد الإيصاء بشطر ماله لأنه لا يرثه إلا ابنته، حيث نهاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال: " أوصي بالثلث و الثلث كثير، إنك إن تذر ورتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء عالة يتكفون الناس".

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

فالأصل في الوصية للوارث المنع لكن قد تصح بإجازة الورثة إذا كانت مبنية على أسباب مشروعة يقدرها القاضي في حالة النزاع، و يجب أن لا تتجاوز الثلث لأن نص المادة 185 ق أ جاء فيها: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما ازد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " فالجمع بين نص المادة 189 ونص المادة 185 من قانون الأسرة يدلنا على أن الوصية للوارث تنضبط بضابطين هما أن يجيزها الورثة الآخريين وأن تكون في حدود الثلث.

و هنا نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يوضح إن كان بالإمكان إجازة الورثة للوصية فيما يجاوز الثلث للورثة الموصى لهم، و نحن نرى بإمكانية ذلك كون الإجازة في المادة 185 ق.أ تتعلق بتجاوز الثلث في حين أن الإجازة في المادة 189 تتعلق باكتساب الحق بداءة دون تحديد لمقداره، و على هذا يمكن ببساطة استنتاج أنه يمكن للورثة إجازة الوصية للورثة الباقين في حدود الثلث مع وجوب إجازتهم لما زاد عنه ليكون نافذ، أي أن الوصية للورثة تحتاج إجازتين الأولى لإنفاذ الوصية و الثانية لإقرار ما يجاوز الثلث.

* الركن الرابع/ الموصى به:

دلت المادة 190 ق أ على أنه للموصي أن يوصي بكل أنواع وأصناف الأموال التي يملكها سواء كانت أموال عقارية أو منقولة مادية أو معنوية، 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 ملكا للموصى وقابلا للتملك:

1/ أن يكون ملكا للموصى:

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 و لا الإيصاء بملك غيره لأن فاقده الشيء لا يعطيه، فإذا كان لا يجوز له حسب المادة 397 قانون مدني بيع ملك غيره إذ يقع هذا البيع باطلا و غير ناجز، كذلك لا يجوز له قياس على ذلك في الوصية بملك الغير.

2/ أن يكون قابلا للتملك:

نصت المادة 96 من القانون المدني على أنه: " إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا " وبإسقاط هذه المادة على الوصية تكون الوصية باطلة إذ كان الموصى به مخالفا للنظام العام والآداب، كذلك نصت المادة 682 من القانون المدني على: " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون لا يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية"

وهذا يعني أن الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها كالهواء وماء البحر أو الخارجة عن التعامل بحكم القانون كالمخدرات و النقود المزورة لا تصلح أن تكون محلا للوصية، و عليه يشترط في الموصى به أن يكون مشروعا قابلا للتعامل المالي.

ب/ أن لا يكون الموصى به مستغرقا بالدين أو متجاوزا للثلث إلا استثناء:

ب1/ أن لا يكون الموصى به مستغرق بالدين : يشترط كذلك في الموصى به أن لا يكون مستغرقا بالدين ومثاله أن تكون أرض مرهونة فلا يجوز أن تكون محلا للوصية، ولا تعارض بين هذا ونص المادة 193 من قانون الأسرة التي جاء فيها: " رهن الموصى به لا يعد رجوعا 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، و مادام الأمر كذلك فإذا أوصى بدار أو بأرض ثم أجرى رهنا على هذه الدار أو الأرض، و حسب هذه المادة لا يعد هذا رجوعا في الوصية لأنه قد يحررها من الرهن قبل وفاته، و الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته.

وقد يستشف أمر عدم جواز أن يكون الموصى به مستغرقا 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 مستغرقا بالدين قدم تسديد الدين على الوصية إلا إذا أسقط الغرماء دينهم أو أجازوا تنفيذ الوصية قبل استيفاء الدين.

ب2- ألا يزيد الموصى به عن الثلث إلا استثناء:

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

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، و إذا أجاز بعض الورثة الوصية لو ارث ولم يجزها البعض الآخر نفذت في حصة من أجازها فقط.

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 وان رفضوا وردوا الزيادة بطلت وردت لثلث و بقدر ثلث التركة من مجموعها عند وفاة الموصي و قبول الموصى له، لأن ملك الموصى به يثبت للموصي بأثر رجعي (حسبما نبينه لاحقا) من يوم وفاة الموصي.

ج/ الرسمية و الشكلية: يدور لغط كبير ما بين فقهاء القانون حول الرسمية و الشكلية في المادة العقارية بغض النظر عن التصرف المعني بها، ونحن نقول بأن الرسمية تختلف عن الشكلية، فالرسمية نص عليها القانون المدني و قانون التوثيق، و تعني قيام جهة مختصة بمنحها القانون أهلية إضفاء الرسمية على تصرف معين، سواء كانت هذه الجهة تحمل صفة الضابط العمومي كالموثق و المحضر القضائي أو كانت قضائية على غرار القاضي أو شبه قضائية على غرار أمناء الضبط و المحامين، أو حتى إدارية على غرار رؤساء المجالس الشعبية البلدية و الولاية، أما الشكلية فتتعلق أولا بالتسجيل و ينظمه أساسا قانون التسجيل و مختلف قوانين المالية، و ثانيا الإشهار العقاري و تنظمه قوانين الشهر العقاري المختلفة بصورة جوهرية على غرار الأمر 75/74 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و النصوص التطبيقية له.

و على هذا نرى أن الرسمية ركن في كل من الوصية لعقارية و حتى تلك المتعلقة بالمنقول ما عدا ما سبق صدور قانون التوثيق و ما استثنى بنص خاص على غرار ما جاء به قانون المالية لسنة 1982، دون الشكلية التي نعتبرها شرطا للزوم الوصية العقارية كما سننبته لاحقا في ميدان التسجيل و الشهر العقاري. للإشارة، نحن نرى و لضمان حقوق الموصى له لا بد من استحداث إجراء شكلي يتعلق بضرورة تقييد الوصية قيد حياة الموصى و تسجيلها كون اشهارها الزامي لنفاذها بعد الموت كما سنبينه لاحقا.

ب/ خصائص الوصية:

باستقراء نصوص القانون المنظمة لموضوع الوصية، يمكن استخلاص ثلاث خصائص للوصية بغض النظر عن الشروط المطلوبة في الموصي و الموصى له و الموصى به، وهذه الخصائص هي:

1/ الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت:

وهذا يعني أن الوصية غير نافذة إلا بعد وفاة الموصي، و هي خاصية تشترك فيها الوصية مع الميراث، و عبارة مضاف إلى ما بعد الموت تعني ضرورة إخراج الهبة لأنها تملك في الحال و الإضافة لما بعد وفاة الإنسان تبناها التشريع الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة.

2/ لا تكون الوصية إلا في حدود الثلث وما ازد عن ذلك متوقف على إجازة الورثة: و قد سبق شرحه أعلاه

3/ قبول الموصى له لا يكون إلا بعد وفاة الموصى:

أول ما نسجله في هذه الخاصية أن قبول الموصى له ضروري في نفاذ الوصية من عدمها رغم أن القبول ليس ركنا بل هو شرط للزومها، فإن قبلها ألزمت وان 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 ازد عن الثلث لا يعتد بها كذلك إلا بعد وفاة الموصي، إذ تنص هذه المادة على أنه: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا... " فالمادة أجازت الرجوع في الوصية، و هذا ما جعل قبول الموصى له غير معتد به قبل وفاة الموصي صراحة أو ضمنا... و هذا ما أكدته المادة 197 ق أ بنصها على أنه: " 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، و يدل على ذلك نص المادة 197 ق أ، و كذلك نص المادة 198 التي جاء فيها: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " إذ يفهم من هذه المادة أن سكوت الموصى له لا يعد قبولا بل لا بد أن يكون القبول صراحة أو ضمنا والا انتقل للورثة في حالة موت الموصى له دون قبول.

ج/ موانع الوصية:

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

1/ موت الموصى له قبل الموصي:

مادامت الوصية تملكا مضافا إلى ما بعد الموت فهي لا تلزم إلا بوفاة الموصي مصرا عليها، ولأن الشروط الواجبة لنفاذها هي موت الموصي و قبول الموصى له بعد الوفاة حسب المادة 184 و 197 من قانون الأسرة؛ فإن موت الموصى له قبل الموصي يبطل 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 الوصية¹¹ 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 أجراها صاحبها ثم اختلت أهليته أحد عوارض الأهلية كالجنون مثلا و كان مطبقا إلى وفاة الموصي فإن هذا الجنون الذي صاحبه حتى مات لا يمكن التبين معه أنه مات مصرا على وصيته؟

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

2/ قتل الموصي عمدا من طرف الموصى له: نصت المادة 188 ق أ على: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"

فالعبرة في القتل أن يكون عمدا حسب نص المادة، و هذا 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 الموصى له من الوصية، ويدخل في القتل العمدى أن يكون الموصى له محرضا على قتل الموصي أو أمرا بذلك أو دالا عليه أو وضع له سما مات به، فضلا على أن يكون فاعلا أصليا للقتل أو شريكا فيه أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه.

3/ رد الوصية من طرف الموصى له بعد وفاة الموصي:

أسلفنا الذكر أن الوصية حسب القانون الجزائري تنتقل انتقال غير مستقر بمجرد حدوث واقعة الوفاة إذ يتوقف استقرارها على قبول الموصى له هذه الوصية، أما لو ردها بطلت، و لا عبرة برد الوصية في حياة الموصي، بل يكون ردها مقبولا إذا صدرت بعد وفاة الموصي

إذن فثالث أمر تبطل به الوصية هو ردها وعدم قبولها من طرف الموصى له، و في حالة موت الموصى له قبل إبداء رأيه بالموافقة أو الرد و كان موته بعد وفاة الموصي انتقل هذا الحق في القبول أو الرد لورثته، و هذا ما عنته المادة 198 من قانون الأسرة بنصها على أنه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد"، و أشارت المادة 197 ق أ إلى ضرورة أن يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي، و هذا يعني ضرورة القبول باللفظ والقول وما يقوم مقامهما، فالقبول الصريح يكون بإعلان قبوله للوصية والقبول الضمني يكون بتصرفه في الموصى به، فإذا كانت دارا و سكنها الموصى له بعد موت الموصي عدّ هذا قبولا ضمنيا، كذلك إذا كانت أرضا و مباشر زراعتها بعد وفاة الموصي عدّ هذا كذلك قبولا ضمنيا. ونسجل عدم تعرض القانون الجزائري إلى المدة الممنوحة للموصى له أو ورثته من بعده و التي يجب عليهم فيها إعلان رغبتهم في القبول أو الرد لأن عدم التحديد يجعل المدة مفتوحة مما يكثر معه النزاع، و لا نجد مخرجا من ذلك سوى نص المادة 63 من القانون المدني الفقرة الثانية منها التي جاء فيها: "... وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة " ، و حسب هذه الفقرة، وبحكم أن الوصية تأخذ من ثلث التركة، فإذا فتحت التركة وبوشر في تقسيمها وكان الموصى له عالما بذلك ولم يتخذ أي موقف يدل على قبوله أو رده للوصية وسجل انتقال التركة وأشهر، اعتبر الموصى له مستغنيا عن الوصية ورادا لها ما لم يؤكد قبوله لها أمام الموثق الذي أبرمها و حررها في حياة الموصي، لأن المادة 197 ق أ أشارت إلى ضرورة أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا و لا مكان للسكوت، إذ يفسر السكوت كرفض ورد لها، ويكون قبول الوصية أو ردها في حالة الجنين أو المجنون أو القاصر من طرف وليه أو الوصي عليه، 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".

4/ هلاك الموصي 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 يوصى بالدار الفلانية أو الأرض الفلانية وهلك هذه الأرض أو الدار كانهدام الدار أو غرق الأرض إذا كانت مجاورة لنهر أو بحر و ابتلعها 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 فنسقطها على هلاك الموصى به حيث جاء فيها: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط البيع... "، كذلك إذا هلك الموصى به سقطت الوصية و بطلت ويستوي أن يهلك الموصى به قبل موت الموصي أو بعده لأن العبرة بمحل الوصية.

5/ الوصية لوارث في حال عدم إجازة الورثة:

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. ونلاحظ أن عدم إجازة الورثة لوصية الوارث تبطلها⁽¹⁾ لكن يجب الم اعاة في عدم إجازتها أن يكون مشروعا ومسببا قانونا أي له أسباب معقولة ومقبولة قانونا والا جاز للمحكمة الفصل في هذا الرفض وعدم قبوله وامضاء 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 مستديمة مثلا وغيرها. بقي أن نشير كذلك إلى أن الرجوع في الوصية من طرف الموصي لا يعتبر إبطالا لها لأنها لم تنعقد أصلا فهي مضافة إلى ما بعد موت الموصي ومادام رجع فيها قبل موته فهو رجوع عن الوصية حسب تعبير المادة 192 ق أ، و ليس إبطالا لها لأن الإبطال يكون للشيء المنعقد أصلا والوصية تنشأ و لا تكون نافذة إلا بعد وفاة الموصي.

ثانيا/ أحكام الوصية العقارية:

من خلال هذا العنوان سنحاول الإجابة على الأسئلة التالية: هل توثق الوصية العقارية و تسجل وتشر أم لا؟، كيف يكون ذلك؟، وهل كلا من الرسمية و الشكلية ركن يبطل تخلفه الوصية العقارية؟، كما سنتطرق عبره إلى تفاصيل كل ذلك.

1/ توثيق الوصية العقارية:

الوصية تصرف قانوني أوجب المشرع الجزائي أن تصب في شكل رسمي، حيث نصت المادة 191 من قانون الأسرة على: " تثبت الوصية: - بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك - وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية".

وبتحليل هذه المادة يمكن بلوغ الاستنتاجات التالية:

أ/ التوثيق وارد على المنقول و العقار بالنسبة للوصية.

1- المشرع في هذه المادة لم يفرق بين العقار و المنقول 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 و المنقول عكس المعهود الذي جاءت به المادة 324 مكرر 1 في فرض الرسمية و الشكلية على التصرفات الواردة على العقارات فقط، فالوصية أوجب فيها المشرع الرسمية بضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق أ "... بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك " سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولا

2- الأمر الثاني المستنبط من نص المادة المذكورة هو الاستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية، و هذا الاستثناء منوط بوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق، فيسار إلى إثبات الوصية باستصدار حكم قضائي يثبت صحة الوصية و يؤشر بهذا الحكم على هامش أصل الملكية، و صورة هذا الاستثناء أن تعاجل المنية شخص ما كان

ينوي الوصية لشخص آخر و تعذر عليه الانتقال إلى الموثق، وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات، و في هذه الحالة ليس للموصى 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، حيث يحرر عقد بذلك من طرف الموثق، لكن رغبة من المشرع في منح فرصة للأشخاص وهم مقلون على الآخرة في أن يستكثروا من الخيرات، وضع هذا الاستثناء في قبول الوصية غير المصرح بها أمام الموثق، لكن اشترط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له. و قد صدر 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 القانون تطبيقا صحيحا".

للإشارة، جاء في نص المادة 324 مكرر 3 قانون مدني ما يلي " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين"، و الملاحظ أن المشرع لم يشر إلى العقود الاحتفائية ما هي؟، و لم يحددها مما جعل الأمر مبهما فما هي العقود الاحتفائية التي تتطلب حضور شاهدين؟، في التشريع الفرنسي حددت العقود الاحتفائية بـ: الوصية والرجوع فيها، الهبة بين الأحياء والرجوع فيها، الزواج، الوكالات المرتبطة بتلك العقود، الهبة بين الأزواج، الإقرار ببنوة الولد الطبيعي، الترخيصات المتصلة بهذه العقود، و أما في الجزائر فنقر بوجوب حضور شاهدي عدل دون شاهدي الإثبات تحت طائلة البطلان، و عدم التمييز بين طبيعة الشهود من قبل الموثقين أفرز نزاعات كثيرة أفقدت حقوق البعض، و لهذا يجب تدخل المشرع لتفادي ذلك و ترسيخ طبيعة الشهود في العقود الاحتفائية مع تحديدها.

ب/ إذا كان محل الوصية عقارا:

قلنا سابقا أن الوصية أوجب فيها المشرع أن تتم بطريق التصريح أمام الموثق الذي يحرر عقدا بذلك مهما كان محل الوصية عقارا أو منقولا.

ولكون العقار خصوصا يشترط فيه القانون وجوبا ضرورة صب المعاملات الواردة عليه في شكل رسمي، و الرسمية هي العقد الرسمي الذي عنته المادة 324 من القانون المدني الذي يحرر من طرف ضابط عمومي خولته السلطة العمومية و فوضته 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، و مرة ثانية بمجموع النصوص المختلفة التي أوجبت توثيق كل تصرف وارد على عقار خاصة النصوص المتعلقة بالإشهار العقاري، و ذلك على غرار المادتين 29 و 30 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، والمادة 61 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، بالإضافة إلى المادة 92 من قانون المالية لسنة 2018.

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

2/ تسجيل الوصية

لما كانت الوصية من المحررات التي يصدرها موثق بنص المادة 191 ق أ، و لما كان قانون التسجيل يوجب في مادته 58 و 60 على الموثقين تسجيل العقود و المحررات التي قاموا بإصدارها، و بما 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.

2 أ/ 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 حسب المادة 58 من ق.ت.

إلا أن الوصية حظيت 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 الموصى لهم أو منفذي الوصايا غير أن المادة 64 قد ألغيت فيعمل بالقاعدة الأصل وهي شهر واحد ابتداء من تاريخ المحرر، غير

أن تصفح المادة 65 من قانون التسجيل بعد الغاء المادة 64 أعلاه يجعل من أجل التسجيل سنة من بعد الوفاة على اعتبار الوصية من وسائل نقل الملكية عن طريق الوفاة، و هو ما يفيد بإمكانية تسجيل الوصية بعد الوفاة كما سيتضح أدناه. والمستخلص من المادة 58 أمران هما:

1- الأمر الأول: يرى بعض الفقه أن الوصية توثق لدى موثق في الحالات العادية لكن يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي وعلة 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 مصرا عليها أنتجت آثارها و انتقل للموصي له حق قبولها أو ردها هذا الحق الذي كان لا أثر له قبل موت الموصي، غير أننا نرى بالإضافة إلى تسجيل الوصية خلال سنة من الوفاة بأفضلية و إمكانية تسجيلها قبل الوفاة لأن التسجيل قرينة على الرسمية و يعتبر تاريخه دلالة لإثبات العقود العرفية في المادة العقارية بما يشمل الوصية، ضف إلى ذلك أن التسجيل لا ينقل الملكية أو يؤثر على مبدأ إضافة الوصية إلى ما بعد الموت، ناهيك عما تنص عليه م 65 من قانون التسجيل بمفهوم المخالفة، ضف إلى ذلك أن هذا التسجيل يفيد اعلام الضرائب بحقوقها في رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة التي يجب أن يصرح بها خلال سنة من الوفاة و التي تحصل في أجل اقصاه سنتين بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات ذات النفع العام.

للإشارة، تم الغاء المادة 156 من ق.ت التي تناول سجلات الوصايا و التي تسجل فيها تلقائيا بالنسبة للمتوفي، و هو ما يدفعنا إلى القول بتسجيل الوصية خلال حياة الموصي ماعدا في حالة المانع، على أن يتم لاحقا تسجيل العقد التوثيقي الناقل للملكية لفائدة الموصي له من خلال عقد إيداع الوصية المعدة سلفا، أي أن الوصية تسجل مرتين وهنا نحن نرى بتحمل نصف تكاليف التسجيل من الموصي و تحمل النصف الآخر من الموصي لهم بعد قبولهم الوصية متضامنين.

2- الأمر الثاني: أن القانون منح مدة سنة ابتداء من موت الموصي لتسجيل الوصية عبر الزام الموصي لهم بالتصريح بما سيؤول لهم خلال هذه السنة حسب المادة 65 من ق.ت و ذلك بناء على طلب الموصي لهم أو منفذي الوصايا، و هو ما يدعم قولنا بمدة السنة كأجل لتسجيل الوصية، للإشارة هذا التسجيل الخاص جعلت منه المادة 98 من قانون التسجيل تحت طائلة عقوبة التأخير.

2ب/ مكان تسجيل الوصية:

القاعدة في مكان التسجيل أن يكون في مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد أو الولاية التي يقع في دائرة اختصاصها مكتب الموثق عند الاقتضاء.

لكن المادة 80 من قانون التسجيل خصصت تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة بأن يتم في مكتب التسجيل التابع له محل سكني المتوفي و هذا بالنسبة للورثة، و هو حسب رأينا ما لا يسري على الموصي الذي يخضع في تسجيل وصيته للقواعد العامة المنصوص عليها في م 75 ق.ت، و الوصية خصصت بخاصية أخرى هي أن الوصية المبرمة في خارج الجزائر، و اذا كان محلها عقارا تسجل على مستوى مكتبين هما مكتب التسجيل التابع له محل سكني 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 .

للتنويه، تسجيل الوصية يشمل العقار و المنقول على حد سواء.

3/ شهر الوصية العقارية

لقد تضاربت الآراء في شأن شهر الوصية من عدمه بالنسبة لمن أخذ هذا الموضوع بالشرح في القانون الجزائري، حيث ذهبت طائفة منهم إلى عدم شهر الوصية الواردة على عقار لانعدام النص حيث جاء في كتاب الوصية في القانون المدني الجزائري أن الوصية لا تشهر بحجة أن نص المادة 793 من القانون المدني لا يشمل التصرفات، بل تنحصر إشارته إلى الحقوق الناشئة عن العقد فقط، إذ أن 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، و لم تأتي على ذكر الوصية لأن التصرفات غير مذكورة ويذهب الكاتب للتدليل على أريه كذلك بشرحه لنص المادة 15 من نفس الأمر حيث جعل نقل الملكية بموجبها يتم بالوفاة دون حاجة للشهر خروجاً على نظام الشهر العقاري المتبع في بلادنا و حسبه يمكن قياس الوصية على الإرث في عدم الشهر لأن المشرع لم ينص على شهر الوصية لا في القانون المدني ولا في قانون الشهر.

ويذهب حمدي باشا عمر إلى عدم شهر الوصية في كتابه نقل الملكية العقارية حيث قال: (حق الملكية و الحقوق 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).

و تذهب فئة أخرى من الشراح إلى القول بشهر الوصية إذا كان محلها عقارا ومن بينهم مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري لكن المؤاخذ عليه أنه قال بالوصية من طرف الموصي فهو يذهب إلى شهر الوصية في حياة الموصي، وهذا يتنافى مع طبيعة الوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد موت الموصي و لو أشهرت في حياة الموصي انتقلت له الملكية مباشرة لأن الشهر في القانون الجزائري ناقل للأثر العيني (الشهر ينقل الملكية) و هذا يتناقض ويتنافى مع طبيعة الوصية كما قلنا لأنه يشترط فيها الإضافة إلى ما بعد الوفاة والا تحولت إلى هبة لتوافر شروطها حسب نص المادة 105 من القانون المدني، ونحن نرى هنا بما لا يدع مجالا للشك أن أثر الشهر العقاري الناقل للملكية يمنع شهرها حياة الموصي إذ ينفي تراخيها إلى بعد الموت، كما أن من موانع شهر الوصية قيد حياة الموصي تنافي الاثر الناقل للملكية عبر الشهر و حق الرجوع في الوصية، ضف إلى ذلك أن هذا الأمر يتنافى و ابطال الوصية من خلال وفاة الموصي له قبل الموصي، غير أنه يجب شهرها بعد الوفاة حسب ما يستنبط من عديد الاجتهادات القضائية في هذا الصدد، و ما يستنتج من الفقرة الأخيرة من المادة 92 من قانون المالية لسنة 2018 التي تشترط الرسمية لنفاذ الحقوق العقارية الناتجة عن الوفاة مع مراعاة إجراءات الشهر العقاري في المادة العقارية، و نعرض فيما يلي ما يرجح في شأن شهر الوصية.

أولا/ انتقال الوصية إذا كانت عقارا إلى الموصى له

حسب تعريف الوصية في المادة 184 ق أ أنها: " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " فإن محل الوصية ينتقل عموما إلى الموصى له بعد موت الموصي و قبول الموصى له لأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت و لا 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 لا بد من إجراءات أخرى ينبغي مراعاتها، لاسيما المادة 793 من القانون المدني التي جعلت انتقال الملكية العقارية منوطة بالشهر، كما نصت المادة 16 من الأمر 74/75 على أن العقود الإرادية و الاتفاقات 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 العقارات لا يتم إلا بالشهر، و نرى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا المبدأ بالنسبة للوصية إذا كان محلها عقار و دليل 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 أنه : " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقاري".

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

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

2- نصت المادة 30 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري على أنه 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 عقارا؛ أن يحوز سندا 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: " تثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

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

3- جاء في نص المادة 15 المعدلة و المتممة بموجب قانون المالية لسنة 2018 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 إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

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 عقار لا وجود لها ولا أثر لها إلا من تاريخ الشهر، وهذا ما أكدته الفقرة الثالثة منها من خلال القول بأنه تسري من تاريخ الوفاة الحقوق التي تم التصرف فيها من طرف المورث قيد حياته بموجب عقود في الشكل الرسمي و التي لم تشهر بعد عند يوم الوفاة و إذا تبين أنه تصرف فيها فإنها تخضع لقانون الشهر العقاري، وهذا دليل على وجوب إشهار الوصية بعد الوفاة كما يؤكد على ركن الرسمية في الوصية العقارية دون الشكل المتمثل في الشهر العقاري.

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

فالمادة تجيب عن التساؤل الذي طرحناه في العنوان بعد الفرع عن وقت انتقال الوصية إلى الموصى له إذا كان محلها عقارا فهي تقرر أنها تنتقل بالشهر بعد وفاة الموصي عن طريق شهر الشهادة التوثيقية فقد شاء المشرع أن يجتمع شهرهما في سند واحد هو الشهادة التوثيقية حيث دلت عبارة المادة (... إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم...) على التالي:

- الوصية تنتقل بالشهادة التوثيقية، وهذا ما تؤكدته المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 التي تنص على 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"، ويتأكد هذا الأمر أكثر عبر استقراء ما جاء في نص المادة 88 من نفس المرسوم والتي قالت: " 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 وكذلك الموصى له فيما انتقل له بالوصية من عقارات
- تنتقل بعد الوفاة عبر التسجيل و الإشهار للشهادة التوثيقية و هذا يدعم ما قلناه بخصوص تسجيل الوصية مرتين.

ثانيا/ آجال شهر الوصية العقارية:

لما كانت توجب المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 شهر الوصية 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، و تمتد هذه المدة في حق من كان مقيما خارج الجزائر إلى خمسة (05) أشهر، و نشير أن الوصية تشهر في مكتب المحافظة العقارية المتواجد ضمن اختصاصها الإقليمي العقار المعني.

4/ تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال ملكية العقار بالوصية**4/أ تخلف التوثيق وأثره 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 الموصي أمام الموثق واعداد عقد بذلك وكل إثبات للوصية يخلف هذا يقع باطلا.

وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ كما قلنا سابقا، رغم أنه كان له موقفا مخالفا لهذا قبل سنة 1997 حيث كان القضاء يجيز و يبيح الوصية غير الموثقة حيث صدر قرار عن القضاء الجزائري تحت رقم 66151 مؤرخ في 1990/05/19 يعترف بالوصية المحررة بيدي الموصي وعلل ذلك بأنها صدرت من الموصي بتاريخ 1960/03/25 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، وكذلك صدر من القضاء الجزائري قراران آخران يذهبان إلى نفس الاجتهاد بعدم فرض الشكلية في سنة 1969.

و من خلال مختلف هذه القرارات نجد أن القضاء لم يكن يشترط و جوب توثيق التصرفات الواردة على العقارات بما يشمل الوصية و كان يكتفي بالعقود العرفية الصادرة قبل سنة 1971، تاريخ صدور قانون التوثيق رقم 70/91 المؤرخ في 1970/12/15 ، بداعي عدم اشتراط الرسمية في القوانين السارية آنذاك، و عليه تبقى الوصايا الصادرة بعد ذلك خاضعة للرسمية كأحد أركان الوصية دون الشكلية التي تعتبر شرطا للزومها، و هو الأمر الذي استقر عليه الاجتهاد القضائي في الجزائر.

للإشارة، وجوب شهر الوصية بعد الوفاة أكدته عديد الاجتهادات القضائية، على غرار القرار رقم 581896 المؤرخ في 2010/12/09 و القرار رقم 665688 المؤرخ في 2011/07/14 و القرار رقم 1043542 المؤرخ في 2017/01/04.

4/ب تخلف تسجيل الوصية

إن تخلف تسجيل الوصية يترتب أثارا يمكن إجمالها فيما يلي:

- غرامة مالية على الموثق الذي يتأخر في تسجيلها ضمن الآجال المحددة رغم سعي صاحب المصلحة.
- لا تنفذ الوصية و لا يمكن شهرها إذا لم تسجل لدى مصالح الضرائب المختصة.
- تخلف التسجيل يعدم نفاذ الوصية العقارية العرفية لأنه من شروط الاعتراف بالعقد العرفي اشتماله على تاريخ ثابت، على أن يعتبر بتاريخ التسجيل إذا لم يكن بتاريخ.
- نحن نرى بوجوب تسجيل الوصية قيد حياة الموصي لإمكانية تتبع أثر الوصية من قبل الورثة.

4/ج تخلف شهر الوصية:

حسب المادة 39 من المرسوم 63/76 المذكور سابقا و المادة 92 من قانون المالية لسنة 2019 و كذا بعض مواد القانون المدني و التوجيه العقاري، فإن تخلف الشهر لا ينفذ الوصية رغم بقاء الحقوق الشخصية قائمة حيث لا تنتج أي أثر لها بالنسبة للغير و بالنسبة للمخاطب بها إذا ما استثنينا الحقوق الشخصية لهذا الأخير.