



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الجليلي بونعامه خميس مليانة

كلية الحقوق والعلوم السياسية.

قسم الحقوق.

الشكلية في التصرفات التبرعية

مذكرة لنيل شهادة الماستر

تخصص: . قانون أسرة

ياشرف جبار جميلة.

إعداد الطالب(ة): قويدر عقيل صبرينة

لجنة المناقشة:

- 1) الأستاذ: طحطاح علال.....رئيسا.
- 2) الأستاذة: جبار جميلة.....مشرفا و مقورا.
- 3) الأستاذ: نوي عبد النور.....عضوا مناقشا.

تاريخ المناقشة: 2019/06/22.

السنة الجامعية: 2019/2018 .

الشكر

﴿ رب أوزعني أن اشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي
وأن اعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين ﴾

النمل -19-

شكر الله عزّ وجلّ الذي وفقني لإتمام هذا العمل...

أتوجه بالشكر الخالص إلى:

الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة.

الذين مهدوا لنا طريق العلم و المعرفة.

إلى جميع أساتذتي الأفاضل و أخص بالشكر و التقدير الدكتورة : جميلة جبار
التي أقول لها بشراك قول رسول الله صلى الله عليه و سلم " إن الحوت في البحر و
الطير في السماء ليصلون على معلم الناس الخير".
و أشكر كل من ساندني في مشواري الدراسي و وقف إلى جانبي و أرشدني إلى سواء
السبيل.

كما أشكر كل من لم يساعدني و عرقل طريقي و هذا الشكر من نوع خاص لأنه لولاه
لما وصلت لما أنا عليه الآن.

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم

إلهي لا يطيب الليل إلا بشكرك و لا يطيب النهار الا بطاعتك ... و لا تطيب اللحظات إلا بذكرك ... و لا تطيب الآخرة إلا بعفوك... و لا تطيب الجنة إلا برويتك... يا ذا الجلال و

الإكرام

إلى من بلغ الرسالة و أدى الأمانة... و نصح الأمة... إلى نور العالمين... إلى رسول الله الكريم محمد صلى الله عليه و سلم .

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار... إلى من علمني العطاء دون انتظار... إلى من منحني كل الحب و الأمان... إلى الذي أدعوا الله أن يمد في عمره ليبري ثمار مجهوداته... إلى والدي العزيز .

إلى سر الوجود و بسمة الحياة... إلى التي كان دعاؤها سر نجاحي... و حنانها بلسم جراحي... إلى معنى الحب و التفاني... إلى أمي الغالية .

إلى من أثروني على أنفسهم إلى سندي و قوتي... إلى من أظهروا لي ما هو أجمل في الحياة

إلى فضيل، عمر، و بناتهما... إلى أخواتي و أزواجهن.

إلى من لا أنسى ذكرياتهم... إلى من علموني ألا أضيعهم... إلى الذين حملت معهم قنديل ذكريات الأخوة... إلى صديقاتي وأخص بالذكر مرزوقي سميرة.

ويهذا أهدي ثمار هذا العمل البسيط إلى كل من يسعد برؤيتي متفوقة.

صبرينة
صبرينة

A decorative frame with intricate floral and scrollwork patterns, centered on the page. The frame is composed of multiple layers of swirling lines and small floral motifs, creating a symmetrical, ornate border.

مقدمة

المقدمة

عملت الشريعة الاسلامية السمحاء والتشريعات الوضعية التي حذت حذوها على تمكين الشخص من التصرف في ماله كيف ما يشاء ولمن يشاء.

و ما دام أن الشخص يملك حق التصرف في ممتلكاته فيمكنه القيام بإبرام العديد من التصرفات المالية في حياته اليومية، و من بين التصرفات التي قد يقدم على إبرامها التصرفات التبرعية و نخص بالذكر الهبة، الوصية و الوقف ، و التي في غالب الأحيان ما تتم دون مقابل و نظرا لكون هذه الاخيرة تتميز بالخطورة فقد أحاطها المشرع الجزائري بجملة من الشروط و الاحكام خاصة إذا ما كان محل التصرف التبرعي عقار فيجب على المتبرع أن يتوخى الحذر و ذلك بالتأني و التروي قبل الإقدام على مثل هذه التصرفات الخطيرة ، كما يجب تبصرة المتبرع بخطورة التبرعات من خلال إفراغها في قالب رسمي و إلباسها ثوب الرسمية ، مما يجعل المتبرع محاطا بوسائل قانونية تساعده و توجهه إلى مدى خطورة إنشاء مثل هذا التصرف و إذا كانت الحياة في المنقول سند الملكية فإن الأمر يختلف إذا محل التبرع عقارا، فنظرا لقيمة هذا الأخير و مساهمته في التطور الاجتماعي و الاقتصادي و ازدهاره بشكل مستمر عبر الزمن ، فقد وجب على المشرع إيجاد وسيلة مناسبة للمحافظة على الملكية العقارية و استقرار المعاملات المالية و قد كانت هذه التصرفات قبل صدور قانون التوثيق 1970 تخضع لتطبيق القانون الفرنسي الذي تم تمديد العمل به بعد الإستقلال إلا فيما يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية و بما أن الهبة، الوصية و الوقف من التصرفات ذات الطابع الديني فقد كانت تخضع لأحكام الشريعة الاسلامية ، حيث كان القضاة الشرعيون يتولون إبرام هذه التصرفات لدى المحاكم الشرعية و كانت تبرم في شكلها العرفي و تتمتع بنفس الحجية تتمتع بها العقود الرسمية في وقتنا الحالي.

المقدمة

وتخضع الشكلية في التصرفات التبرعية للأحكام الخاصة المنصوص عليها في قانون الأسرة الجزائري حسب المواد 191،206،217 بالإضافة إلى تطبيق الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون المدني المادة 324 مكرر وما يليها.

وتكمن أهمية هذا الموضوع في أنه يؤدي إلى استقرار المعاملات العقارية في التصرفات التبرعية وهو ما يجعل الدراسة أكثر تمييزاً، كما تكمن أهمية الموضوع أي أهمية الشكلية في مثل هذه التصرفات وهي رد التحايل على التركات، فكثير من الأشخاص يسعون إلى حرمان ورثتهم من حقهم في الميراث، ولهذا فرضت الشكلية.

حيث انه لا تنتقل الملكية إلا بتوفر الشكلية بالإضافة إلى إفادة القارئ أكثر وتثقيفه، حتى يتمكن من استيعاب الدور الفعال الذي تلعبه الشكلية في مجال التصرفات التبرعية، من خلال تملك الشيء المتصرف فيه من قبل المتصرف إليه، كما أن توثيق رضا المتبرع أمر مهم للغاية لما ينجم عنه من نفاذ التصرف وانتاج آثاره في مواجهة الغير.

و هناك العديد من الأسباب و الدوافع التي جعلتني أخوض في غمار هذا الموضوع منها الميول و الغوص أكثر للإطلاع على التصرفات التبرعية خاصة فيما تعلق بنفاذها و كيفية انتقال الملكية فيها بالإضافة إلى عدم وجود دراسة مفردة بالشكلية في الهبة و الوصية و الوقف حيث لا توجد كتب متخصصة إذ كان علينا دائماً الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني و قد واجهتني صعوبات عديدة لم أكن أرجو حصولها منها توالي الإضرابات في الجامعات الوطنية ، مما صعب علي الحصول على المصادر و المراجع بالإضافة إلى نقص الكتب العلمي في مكتبتنا و عدم وجود دراسات متخصصة في الشكلية المتعلقة بالتصرفات التبرعية، ونظراً لأهمية الشكلية وتأثيرها الفعال على هذه التصرفات فقد تعددت مواضعها في هذه الأخيرة فتارة اعتبرت ركناً جوهرياً وتارة أخرى

المقدمة

اعتبرت وسيلة لإثباتها، وبهذا احتلت الشكالية مركزا مهما في انشاء وإثبات الهبة والوصية والوقف.

و مما سبق ذكره يمكننا طرح الإشكالية التالية:

ما هو الدور الذي تلعبه الشكالية في التصرفات التبرعية؟

ونطرح التساؤلات التالية:

ما هو موضع الشكالية في كل تصرف من التصرفات التي سبق ذكرها؟ وأين تكمن أهمية هذه الشكالية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الاستقرائي والتحليلي من خلال استقراء المواد وتحليلها ووضع خطة مناسبة من أجل هذه الدراسة، ومنه قسمنا بحثنا إلى فصلين،

الفصل الأول: نتناول فيه الشكالية للانعقاد في التصرفات التبرعية (الهبة)، وقد قسمناه بدورنا إلى ثلاثة مباحث، المبحث الأول عالجا فيه مفهوم التصرفات التبرعية (الهبة) تمييزها عن بقية التصرفات، أما المبحث الثاني تطرقنا فيه إلى الشكالية المتعلقة بالرسمية في التصرفات التبرعية (الهبة)، والمبحث الثالث نتناول فيه الشكالية المتعلقة بالشهر العقاري في التصرفات التبرعية (الهبة).

الفصل الثاني: نتناول فيه الشكالية للإثبات في التصرفات التبرعية، وقد قسمناه إلى مبحثين، المبحث الأول نتناول مفهوم التصرفات التبرعية (الوصية، الوقف) وتمييز كل تصرف عن الآخر، أما المبحث الثاني نعالج فيه وسائل إثبات التصرفات التبرعية.

A decorative frame with intricate floral and scrollwork patterns, centered on the page. The frame is composed of multiple layers of swirling lines and small floral motifs, creating a symmetrical, ornate border.

الفصل الأول

الفصل الأول:

الشكلية للإنعقاد في التصرفات التبرعية.

إن الأصل في العقود الرضائية، فبمجرد تطابق الإيجاب والقبول تنتقل الملكية إلى الطرف الثاني من العقد، إلا أن القانون يتدخل في بعض الحالات، ويفرض شكل معين، لبعض العقود والتصرفات القانونية التي يكون محلها عقار.

فلا ينشأ العقد ولا تنتقل الملكية بمجرد تطابق الإرادتين، وإنما يستوجب إفراغ رضا الطرفين في قالب رسمي، وفي هذه الحالة تكون الشكلية ركناً لانعقاد هذا التصرف التبرعي (الهبة) دون الوصية والوقف، والمشرع فرض إفراغ رضا الطرفين في قالب رسمي، من أجل الحفاظ على استقرار المعاملات المالية، وتوجيه الواهب وتوعيته بخطورة التصرف المقدم على إبرامه،

كما أنه يضمن بدوره الحماية اللازمة للموهوب له، وتسمى هذه الشكلية بالرسمية، وهي ترتبط بانعقاد التصرف التبرعي (الهبة) وقيامه، لكن هذا لا يكفي وحده لإنتاج الهبة أثارها القانونية بالنسبة للغير والمتعاقدين في حد ذاتهم، وإنما ينبغي القيام بإجراء قانوني مصاحب للرسمية، تنتقل من خلاله ملكية الشيء الموهوب وتنفذ الهبة في حق الغير والمتعاقدين، ويتمثل هذا الإجراء القانوني في عملية الشهر العقاري.

ومن هنا وجب علينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التصرفات التبرعية وعلى وجه التحديد الهبة، ونتطرق في المبحث الثاني إلى الشكلية المتعلقة بالرسمية في عقد الهبة، أما المبحث الثالث نتطرق إلى الشكلية المتعلقة بالشهر العقاري في عقد الهبة.

المبحث الأول:

مفهوم الهبة وتمييزها عن بقية التصرفات التبرعية الأخرى.

تعتبر الهبة من التصرفات التبرعية الخطيرة، كونها تتسبب في افتقار الذمة المالية للواهب، فهي تصرف تبرعي تتم دون مقابل، كما أنها تتميز بخصائص تجعلها مميزة عن باقي التصرفات التبرعية الأخرى، ولمعرفة هذا التصرف التبرعي أكثر وجب علينا التطرق إلى مفهومها، هل هي مجرد تصرف تبرعي يتم بالإرادة المنفردة للواهب، أم أنها عقد يتوجب لانعقاده تبادل إرادتي كل من الواهب والموهوب له، وعلى ضوء هذا التقديم قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نعالج فيه مفهوم الهبة، والمطلب الثاني نتطرق فيه إلى تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات التبرعية.

المطلب الأول: مفهوم الهبة.

الهبة تصرف تبرعي شأنه شأن التصرفات التبرعية الأخرى، إلا أنه يختص بمفهوم يجعله يتميز عن غيره، فقد يكون بمقابل وقد يكون دون ذلك، كما أنه ينعقد بتطابق إرادتي كل من الواهب والموهوب له، وتنفرد الهبة بمميزات وخصائص هامة، وللتعرف على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول تعريف الهبة، ونتناول في الفرع الثاني خصائص ومميزات التصرف التبرعي المتمثل في الهبة.

الفرع الأول: تعريف الهبة.

سوف نعالج في هذا الفرع تعريف الهبة من الناحية القانونية، ومن الناحية اللغوية، وأخيرا نتطرق إلى تعريف الهبة من الناحية الفقهية، ونقوم بدراسة ذلك وفق النقاط التالية:

أولاً: تعريف الهبة من الناحية القانونية.

لقد ورد تعريف الهبة في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري على أنها: (تمليك بلا عوض) والمتمتع في هذا التعريف لا يتبين له ما إذا كانت الهبة عقداً أو تصرفاً انفرادياً، ولهذا لا بد من الرجوع إلى نص المادة 206 من نفس القانون، باعتبارها تكمل المادة السابقة من حيث التعريف والتي تنص: (تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد القیود السابقة بطلت الهبة)¹.

وبناء على نص المادتين، نستخلص أن الهبة عقد تبرعي، تتعقد بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة، بالإضافة إلى ركن الشكلية في الهبة التي يكون محلها عقار، فلا تتعقد الهبة ولا تقوم إلا إذا استوفت الرسمية، وإلا بطلت لتخلف هذا الركن الجوهري.

ثانياً: تعريف الهبة لغة.

هي مصدر الفعل وهب وجمعها هبات، وهبت له هبة إذا أعطيته².

ثالثاً: تعريف الهبة من الناحية الفقهية.

لقد عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الهبة، وكل مذهب أعطاها تعريفاً مناسباً لها، وعليه سوف نتطرق إلى تعريف الهبة وفقاً للمذاهب الأربعة.

1- تعريف الهبة وفقاً للمذهب المالكي: يعرفها المالكية على أنها: (تمليك ذات من غير عوض، مقصود به وجه من أعطيت إليه، فيخرج بتمليك الذات أي تمليك المنفعة، فلا يسمى

¹ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05

المؤرخ 27 فبراير 2005، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12/06/1984.

² سعدي أبو حبيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، دار الفكر، سوريا، ط 2، سنة 1988، ص 390.

هبة مثل العارية والوقف والنكاح، فأعطاء الذات بعوض هبة الثواب، وإعطاءها من غير عوض لوجه من أعطيت إليه هبة غير الثواب، وإعطاءها لوجه الله صدقة¹.

2 تعريف الهبة وفقا للمذهب الحنفي: يعرف الحنفية الهبة على أنها (تمليك العين بلا شرط العوض في الحال)².

3 تعريف الهبة في الفقه الحنبلي: (الهبة والصدقة والهدية والعطية معانيها متقاربة وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها، وكذلك الهبة والصدقة والهدية متغايران، فالنبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل الهدية ولا يأكل الصدقة، والظاهر أن من أعطى شيئا يتقرب به إلى الله للمحتاج فهو صدقة، ومن دفع إلى إنسان شيئا للتقرب إليه والمحبة له فهو هدية، وجميع ذلك مندوب إليه)³.

4 تعريف الهبة في المذهب الشافعي: عرفها الشافعية بما يلي: (التمليك بلا عوض هبة).

وهو يعني أن تمليك العين أو الدين أو المنفعة بلا عوض هبة، وبالمعنى العام فهي تشمل الهدية والصدقة⁴.

ويلاحظ أن التعريفين المالكي والشافعي متطابقين، وهما أكثر تطابقا على وصف الهبة في قانون الأسرة الجزائري.

¹ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 04، مؤسسة الريان، 2006، ص 247.

² حسين محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، د ط، سنة 2004، ص 20.

³ عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، د ط، د ن، ص 289.

⁴ شمس الدين الأنصاري، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج 5، د ط، دار الفكر، د ت ن، ص 405.

الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة.

تتميز الهبة باعتبارها عقد تبرعي عن بقية التصرفات التبرعية، كونها تتعقد بالإيجاب والقبول، فهي عقد ينشأ بتبادل رضا الطرفين، وتتم بالحيازة كما أنها لا تقوم إلا بتوافر ركن الشكلية، فالهبة عقد شكلي يستوجب إفراغ رضا كل من الواهب والموهوب له في قالب رسمي، وتكون حال حياة الشخص الواهب، ومن هنا كان علينا تقسيم هذا الفرع إلى النقاط الآتية:

أولاً: الهبة عقد تبرعي يتم بين الأحياء.

فلا بد من تطابق إرادتين لانعقاد عقد الهبة، ولا يكون ذلك إلا بين الأحياء، وهما الواهب والموهوب له، وهذا يعني ضرورة رضا الطرفين¹، وهو ما تضمنته المادة 206 ق. أ وعبرت عليه بالإيجاب والقبول، وهو ما ورد ذكره في الفقه الإسلامي على النحو التالي: (أما الهبة فلا بد فيها من إيجاب وقبول عند الجميع)².

وما دامت الهبة لا تتم إلا بين الأحياء، فإن ملكية الشيء الموهوب تنتقل من تاريخ إبرام العقد، وذلك عن طريق حيازة الشيء الموهوب بالنسبة للهبة التي يكون محلها منقول، أما إذا كان محل الهبة عقار فإن الوضع يختلف، حيث أنه إلى جانب الحيازة يجب أن تتوفر الشكلية، حتى يقوم العقد وتنتقل الملكية إلى الموهوب له.

ثانياً: الهبة تصرف في المال دون عوض.

من خصائص عقد الهبة، أن للواهب الحق في التصرف في ماله كما يشاء، حيث أنه يقوم بالتبرع بماله لفائدة الموهوب له دون مقابل، فله كل الصلاحيات كونه مالك العين

¹ مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 123.

² محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، ط 1، 2003، دت ن، ص 28.

الموهوبة، ومن بين هذه الصلاحيات التصرف في ماله لصالح الغير، وهو عنصر من عناصر الملكية.

وتتميز الهبة أنها من أعمال التصرف، حيث يلتزم الواهب بنقل كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة إلى الموهوب له.¹

ثالثا: نية التبرع.

الأصل في الهبة أنها عقد تبرع، لأن من مقوماتها الأساسية توفر نية التبرع، وهو عنصر معنوي، بالإضافة إلى العنصر المادي المتمثل في انتقال حق مالي من الواهب إلى الموهوب له.²

رابعا: الهبة عقد شكلي عيني.

بمعنى أن الهبة من العقود الشكلية فلا يكفي لانعقادها تطابق إرادتي الواهب والموهوب له، وإنما يجب إفراغ هذا التراضي في شكل رسمي أوجبه المادة 206 من قانون الأسرة، ولذلك ينبغي على الواهب تحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق.³

وهي في نفس الوقت عقد عيني، فلا يكفي لانعقادها تطابق رضا الطرفين وإفراغه في شكل رسمي، وإنما يستوجب الحيابة وهي تمكين الموهوب له من السيطرة المادية والفعلية على الشيء الموهوب، والحيابة تعطي للموهوب له السلطة القانونية التي يباشرها على

¹ محمد أحمد تقية، المرجع السابق، ص 29.

² محمد أحد تقية، المرجع السابق، ص 31 وما يليها.

³ شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري - الهبة-الوصية-الوقف، د ط، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 43.

الشيء محل الهبة، وتعد مظهر للملكية التي تخول لصاحبها حق التمتع والتصرف في الأشياء¹.

وبهذا نصل إلى أن الهبة عقد يتم بالإيجاب والقبول، وتتم بالحيازة مع مراعاة الشكلية باعتبارها ركن لانعقاد الهبة، إذا كان محلها عقار.

المطلب الثاني:

تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات التبرعية.

تتميز الهبة عن غيرها من التصرفات التبرعية بجملة من المميزات، كونها عقد يتم بتبادل رضا كل من الواهب والموهوب له، وتتفرد بأركان لا تقوم عليها التصرفات الأخرى، ولمعرفة ذلك نقوم بتمييز الهبة عن الوصية، ثم نميز بين الهبة والوقف، لهذا ارتأينا تقسيم هذا المطلب هذا إلى فرعين، الفرع الأول نعالج فيه تمييز الهبة عن التصرف التبرعي المتمثل في الوصية، والفرع الثاني نعالج فيه تمييز الهبة عن التصرف الوقفي.

الفرع الأول: تمييز عقد الهبة عن الوصية.

تعتبر كل من الهبة والوصية من التصرفات التبرعية، إلا أن كل تصرف تبرعي يتميز عن غيره بجملة من المميزات، وسوف نتطرق إلى ذلك في النقاط التالية:

أولاً: تمييز الهبة عن الوصية من حيث الإنشاء.

من خلال التعريف والخصائص التي عرضناها سلفاً توصلنا إلى أن: الهبة تنشأ بتطابق ارادتي كل من الواهب والموهوب له، أي أن الهبة عقد ينعقد بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، كما أنها لا تتعقد إلا بتوفر الأركان التالية: الحيازة والرسمية

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، ط 5، دار هومة، 2006، ص154.

في العقار بالإضافة إلى الإجراءات الخاصة في المنقول، كل هذه الأركان يترتب على تخلفها بطلان عقد الهبة بطلانا مطلقا.

أما فيما يخص الوصية فهي تصرف انفرادي ينشأ بإيجاب من الموصي، أي أن الوصية تقوم على ركن واحد ووحيد هو الإيجاب¹، بينما فيما يخص القبول فهو شرط لنفاذ الوصية.

ثانيا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث اللزوم.

تعتبر الهبة عقد تبرعي لازم، فبمجرد إنشائه وقيامه لا يستطيع الواهب الرجوع في هبته، إلا في الحالات التي نصت عليها المادة 211 من القانون 11/84 السالف الذكر وهي استثناء عن الأصل، وخص المشرع الأبوين فقط بهذا الاستثناء.

أما الوصية فهي تصرف تبرعي غير لازم، يستطيع الموصي الرجوع في وصيته وقت ما يشاء، حيث أن الأصل فيها الرجوع عكس الهبة².

ثالثا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث صفة المتصرف إليه والمقدار.

يستطيع الواهب أن يهب ما يشاء من ممتلكاته ولمن يشاء فهو غير مقيد بذلك، كونه مالك للعين الموهوبة يمكنه التصرف فيها كما يشاء.

أما الموصي فهو مقيد بالصفة والمقدار، حيث ينبغي عليه مراعاة ذلك عند إنشاء وصيته، فالرجوع إلى نص المادة 185 من قانون الأسرة نجد أن الوصية تكون محصورة في حدود الثلث وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، وفيما يخص صفة الموصى له فقد نصت المادة 189 من نفس القانون على أنه لا وصية لوارث إلا بإجازة الورثة.

رابعا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث الآثار.

¹ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 244.

² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة-الوصية-الوقف، دار هومة، سنة 2004، بوزريعة، الجزائر، ص 47.

تنتج الهبة أثارها القانونية بمجرد إنشائها وذلك بتوفر جميع أركانها، ويكون ذلك حال حياة الشخص، حيث تنتقل الملكية إلى الموهوب له بتمام الحيازة واستيفاء ركن الشكلية، ومن هنا نستنتج أن الهبة تملك.

أما فيما يخص الوصية فهي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، حيث لا تنتقل ملكية الشيء الموصى به إلا بعد وفاة الموصي وبعد التعبير عن قبوله.¹

وكل من الهبة والوصية تملك، حيث تنتقل الملكية بموجبهما، ويصبح كل من الموهوب له والموصى له مالكين لمحل كل منالهبة والوصية.

خامسا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث الإثبات.

بما أن الهبة لا تتعد إلا بتوفر ركن الشكلية، فإنها لا تثبت إلا بهذه الوسيلة والمتمثلة في العقد الرسمي، سوف ندرسه بالتفصيل في المبحث الثاني.

أما الوصية فبالرجوع إلى نص المادة 191 من قانون الأسرة السالف الذكر، فإنها تثبت بمحرر يوثقه موظف مختص، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم يؤشر به على هامش أصل الملكية.

الفرع الثاني: تمييز الهبة عن التصرف الوقفي.

يعتبر كل من الهبة والوقف من التصرفات التبرعية، التي تتم دون عوض إلا أن الهبة قد تكون بمقابل وللتمييز بينهما علينا المرور بالنقاط التالية:

أولا: تمييز الهبة عن الوقف من حيث الإنشاء.

تنشأ الهبة وتتعد بتطابق إيجاب كل من الواهب وقبول الموهوب له، ومنه فإن الهبة عقد تبرعي نحتاج فيه إلى تطابق إرادتين متطابقتين.

¹ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط 1، دار هومة، سنة 2008، الجزائر، 2008، ص 135.

أما الوقف فهو تصرف تبرعي، ينشأ بالإرادة المنفردة للواقف ولا نحتاج فيه إلى قبول، وبمجرد قيامه تنشأ الشخصية المعنوية للوقف.¹

ثانياً: تمييز الهبة عن الوقف من حيث اللزوم.

إن الأصل في الهبة إن لا رجوع فيها، إلا أن المشرع جعل استثناء لهذه القاعدة، وهي أنه في حالة ما إذا كان أحد الواهبين من الأبوين يستطيع الرجوع عن هبته، كما قيد المشرع كذلك رجوع الأبوين وذلك وفقاً لما هو منصوص عليه في المادة 211 من قانون الأسرة. وفيما يخص الوقف فهو تصرف تبرعي لازم على وجه التأييد، فلا رجوع فيه وهذا ما أكدته المادة 3 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف.²

ثالثاً: تمييز الهبة عن التصرف الوقفي من حيث صفة المتصرف إليه والمقدار.

للوأهب الحق في أن يتصرف في كل ممتلكاته ولمن يشاء وهذا ما تضمنته المادة 205 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، فهو غير مقيد من حيث المقدار ولا من حيث صفة الموهوب له بينما الواقف فقد قيده المشرع في القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف، وحصر الوقف في الوقف الموجه للجهات الخيرية فقط، وهو ما يصطلح عليه بالوقف العام، وقد يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف مثل ذكر اسم المسجد أو المدرسة، وقد لا يعرف فيه وجه الخير، وقد نصت على ذلك المادة 6 من قانون الأوقاف.³

رابعاً: تمييز الهبة عن الوقف من حيث الإثبات.

¹ مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 246.

² القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية رقم 21، المؤرخة في 08/05/1991، المعدل والمتمم بالقانون 07/01 المؤرخ في 22/05/2001، الجريدة الرسمية رقم 29، المؤرخة في 23/05/2001.

³ القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.

إن الوسيلة الوحيدة المثبتة للهبة هي الشكلية، باعتبارها ركن فيها وبالتالي لا يمكن إثباتها بوسيلة أخرى.

أما بالنسبة للوقف فقد تعددت النصوص القانونية التي تنص على وسائل إثباته، حيث نص قانون الأوقاف في مادته 35 على أن الوقف يثبت بكافة الوسائل القانونية والشرعية، كما نص كذلك في المادة 41 على أن الوقف يثبت بعقد رسمي.

في حين أن قانون الأسرة في مادته 217 أحال مسألة إثبات الوقف إلى نص المادة 191 من نفس القانون، حيث أخضع إثبات الوقف لنفس الوسائل التي تثبت بها الوصية، وهو ما خلق تضارب بين النصوص القانونية، وسوف يتم توضيح هذه المسألة في الفصل الثاني.

خامسا: تمييز الهبة عن الوقف من حيث الآثار.

بمجرد انعقاد الهبة تنشأ هذه الأخيرة آثارها بالنسبة للمتعاقدين والغير، فيتم انتقال الملكية بعناصرها الثلاث إلى الموهوب له، وبموجب عقد الهبة يصبح هذا الأخير مالكا جديدا للعين الموهوبة.

بينما التصرف الوقفي بمجرد إنشائه تتفصل عناصر الملكية المكونة للعين الموقوفة على وجه التأييد، فتنتقل ملكية الرقبة إلى الله عز وجل وينتقل حق الانتفاع في شكل ريع إلى الموقوف عليهم، وهذا ما نصت عليه المادة 3 من قانون الأوقاف.

وأضافت المادة 5 من نفس القانون أن الوقف ليس ملكا لا للأشخاص الطبيعيين ولا للأشخاص المعنويين، وبمجرد إنشائه تثبت الشخصية المعنوية للوقف.¹

وتعتبر كل من الهبة والوصية والوقف من التصرفات التبرعية، التي يأمر القانون عند تحريرها وجوب حضور شاهدي عدل.

¹ القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم.

وبهذا نكون قد تطرقنا إلى مفهوم الهبة وما يميزها عن غيرها من التصرفات التبرعية الأخرى.

المبحث الثاني:

الشكلية المتعلقة بالرسمية في انعقاد الهبة.

تعتبر الهبة عقد تبرع صادر عن تطابق إرادتين، وهو الرضا الصادر عن كل من الواهب والموهوب له، والذي اشترط القانون إفراغه في شكل رسمي، إذا ما تعلق الأمر بعقار، فالشكلية في عقد الهبة بقوة القانون، وهي ركن مكون للهبة حيث أنها لا تنعقد ولا تنتج آثارها القانونية، إلا إذا تم وضعها في شكل رسمي، وبالتالي فهي ركن لانعقاد الهبة يترتب على تخلفها بطلان هذا العقد بطلانا مطلقا، ويطلق على هذه الشكلية بالشكلية المباشرة، كونها تساهم في تكوين العقد وإنشائه، ولمعرفة الشكلية المتعلقة بالرسمية في هذا العقد، قمنا بتقسيم المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول نتناول فيه تعريف الرسمية وشروطها، والمطلب الثاني نتناول فيه حجية الرسمية.

المطلب الأول: تعريف الرسمية وشروطها.

بما أن الهبة عقد شكلي، يستوجب إفراغه في قالب رسمي، وهي تخضع للقواعد الخاصة المنصوص عليها في المادة في المادة 206 من قانون الأسرة، كما أنها تخضع للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 324 وما يليها من القانون المدني، ومن هنا وجب علينا معرفة العقد الرسمي أو ما يصطلح عليه بالرسمية، وشروطها الأساسية، وللتطرق إلى كل هذا قسمنا مطلبنا إلى فرعين، الفرع الأول نتناول فيه تعريف الرسمية، أما الفرع الثاني نتناول فيه شروط الرسمية.

الفرع الأول: تعريف الرسمية.

سوف نقوم في هذا الفرع بتعريف الرسمية أو العقد الرسمي، وذلك وفقا لما هو وارد في القانون المدني، حيث عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 منه على أنه: (عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).

وقد كانت هذه المادة قبل التعديل تنص على أن الورقة الرسمية هي تلك: (التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه من...واختصاصه)¹.

فالرسمية تعني وضع المحرر في قالب رسمي من قبل شخص له الصفة وله مهمة المعاينة والتحقق بصفة رسمية عن وقائع معينة.²

والمشرع الجزائري عبر عن الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي بالعقد الرسمي وذلك في التعديل الجديد.³

وهناك فرق بين التصرف القانوني الذي يطلق عليه مصطلح العقد (الهيئة)، وأداة إثباته أو تحريره والتي تدعى بالورقة الرسمية، فقد يكون التصرف القانوني صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة، وقد يحصل العكس ويشمل التعريف أعلاه الرسمية كونها ركنا في العقد (عقد الهيئة).

ونستخلص من القانون المدني المادة 324 الشروط التي يجب توافرها حتى يكتسب العقد صفة الرسمية، وتتمثل في ثلاث شروط:

¹ الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، رقم 78، المؤرخة في 1975/09/30.

² بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية، التسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005، ص 07.

³ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، دار هومة، ط 1، سنة 2002، ص 26.

1 أن يقوم بكتابة العقد أو الورقة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي.

2 أن يكون الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختصا في الزمان وفي المكان عند تحرير العقد أي في حدود سلطته واختصاصه.

3 أن يراعي الموظف العام أو الضابط العمومي في تحرير الورقة الأوضاع التي حددها القانون.¹

الفرع الثاني: شروط الرسمية.

سوف نتناول في هذا الفرع الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي، وتتمثل في ثلاث شروط ندرس كل شرط على حدة.

أولاً: أن يكون محرر العقد أو الورقة موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة:

- الموظف العام: يقصد بالموظف العام ذلك الشخص الذي تعينه الدولة، في زمن معين للقيام بعمل من أعمالها سواء أجرته على ذلك أو لم تؤجره.²

وقد عرفته المادة 04 من القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الصادر بالأمر رقم 03/06 بأنه: (كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري).³

فالموظف هو العامل الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، وتكون وضعيته نحو الإدارة أو الهيئة أو المؤسسة تنظيمية وليست عقدية، ويعد الطابع التنظيمي لوضعية العامل اتجاه الإدارة التي تشغله عنصرا أساسيا في تعريف الموظف وتجدر الإشارة في هذا الشأن أنه توجد بالإدارات مناصب شغل تخضع إلى نظام التعاقد.

¹ علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 3، 2013، الجزائر، ص 307.

² أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 13.

³ القانون رقم 03/06، المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية، رقم 14، المؤرخة في 18/03/2006، ص 22.

ويشمل على العموم تعريف الموظف، كل الأعوان المرسمين في وظيفة عمومية، بغض النظر عن الأسلاك التي ينتمون إليها، من القضاة، والأعوان الدبلوماسيين، والقنصلين والقضاة الشرعيين سابقا.¹

2 الضابط العمومي: هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق وإعطاء الصيغة الرسمية للعقود والوثائق، على أن تكون له مؤهلات قانونية، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية والموثق وكتاب الضبط لدى المحاكم.²

وقد عرفت المادة 03 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الموثق كما يلي: (الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية...)³.

ومنه فإن صفة الضابط العمومي تثبت لكل شخص حامل أختام الدولة، وله صلاحية إعداد مختلف المحررات حيث تكتسب بذلك صفة الرسمية، ومثال ذلك العقود التي يحررها الموثق. 3 الشخص المكلف بخدمة عامة: المقصود بالأشخاص المكلفين بخدمة هم: الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العامة كالمحضر القضائي والمحامي والموثق... إلخ.

حيث تتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء، غير أنهم يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تنظم هذه المهن قانونا، وذلك من خلال تحديد مهام وشروط ممارسة المهنة والمحاسبة والتأديب.⁴

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 307-308.

² بلقاضي كريمة، مرجع سابق، ص 18.

³ القانون رقم 02/06، المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، رقم 14، المؤرخة في 18/03/2006، ص 15.

⁴ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 309.

ثانيا: اختصاص الضابط من حيث الزمان والمكان.

لا يكفي لإنشاء العقد صحيح وفي صورته الرسمية، أن يحرر من قبل موظف أو ضابط عمومي وإنما ينبغي أن يكون هذا الأخير من حيث المكان والموضوع وسوف نتطرق إلى ذلك في النقاط التالية:

1-الاختصاص الإقليمي:

إن الاختصاص الإقليمي لكل موظف عمومي في السلك الإداري يرتبط بدائرة الاختصاص للهيئة الإدارية التابع لها، فاختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يمتد إلى كامل إقليم بلديته، واختصاص مدير أملاك الدولة يشمل كامل إقليم الولاية، واختصاص القنصل يمتد ليشمل كامل الدائرة القنصلية وهكذا، غير أن الاختصاص الإقليمي للموثق يخرج عم هذه القاعدة، ليمتد اختصاصه ويشمل كامل التراب الوطني، ويتعلق الاختصاص الإقليمي عموما بأحد الأمرين:

-موطن الأطراف أو محل إقامتهم أو الموطن المختار من قبلهم لإبرام العقد.

-موقع ومحل وجود الأموال موضوع العقد، لاسيما في المعاملات والتصرفات التي يكون محلها عقار.¹

واختصاص الموثق الشامل لكامل التراب الوطني، لا يسمح له بتلقي العقود خارج مكتبه أو بنقل مكتبه من مكان إلى آخر، وإنما يباشر أعماله داخل مكتبه.

فمكتب التوثيق من حيث المبدأ، هو المكان المخصص لاستقبال الزبائن وتقديم الخدمات إليهم، ولا يجوز للموثق الانتقال إلى مكان تواجد المتعاقدين إلا في حالة الضرورة.²

¹ أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2010/2009.

² حمان بكاي، المهام التوثيقية للقناصل، مجلة الموثق، العدد 01، سنة 2001، ص 26.

2- الاختصاص الشخصي:

ينبغي لصحة العقد الرسمي (الورقة الرسمية)، أن يصدر من موظف أو ضابط عمومي تكون ولايته قائمة أثناء تحرير الورقة وإبرام العقد، فإذا كان قد عزل عن وظيفته أو وقف من عمله أو نقل منه أو حل محله غيره، فإن هذه الولاية تزول ولا يجوز له مباشرة عمله، ويكون العقد عندئذ باطلا، أما إذا كان الموثق لا يعلم بقرار العزل وكان المتعاقدين حسنا النية فإن الورقة تكون صحيحة.¹

فيجب على الضابط العمومي أن يكون ذا ولاية وأهلية لمباشرة عمله.

-الولاية: يجب أن تكون ولاية الضابط العمومي قائمة وقت تحرير الورقة الرسمية، فلو قام بتحريرها قبل تعيينه أو قبل أداءه لليمين المقررة قانونا، أو بعد عزله ووقفه فإن ذلك السند الرسمي يعتبر باطلا وبالتالي بطلان عقد الهبة.²

الأهلية: الأصل في الضابط العمومي أنه أهلا بتحرير جميع العقود التي تدخل في سلطته واختصاصه، لكن هناك حالات المنع وحالات التنافي يمنع فيها الضابط العمومي من ممارسة مهامه فيها ويتركها لغيره.

حالات المنع التي نصت عليها المادة 19 من التوثيق وهي:

لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفا معيناً أو ممثلاً أو مرخصاً له بأي صفة كانت:

يتضمن تدابير لفائدته.

يعين فيه وكيلاً أو متصرفاً أو أية صفة أخرى كانت.

بأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.

¹ عمر زيتوني، قواعد الاختصاص الإقليمي والنوعي في العمل التوثيقي، مجلة الموثق، عدد 10، سنة 2003، ص 12.

² أحمد ميدي، مرجع سابق، ص 19.

بأحد أقاربه أو أصهاره وتجمعه به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت، ولا يجوز لأصهار أو أقارب الموثق المذكورين في المادة 19 وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته أن يكونوا شهودا في العقود التي يحررها، غير أنه يجوز لأقارب أو أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود اثبات.

لا يجوز للموثق العضو في مجلس محلي منتخب أن يتسلم العقد الذي تكون فيه الجماعة المحلية، التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه.

كما يمنع على الموثق سواء بنفسه أو بواسطة أشخاص سواء بصفة مباشرة أو غير مباشرة:

- القيام بعملية تجارية أو مصرفية وعلى العموم كل عملية مضاربة.

- التدخل في إدارة شركة.

- القيام بالمضاربة المتعلقة باكتساب العقارات أو إعادة بيعها أو تحويل الديون أو أسهم

- صناعية أو تجارية أو غيرها من الحقوق المعنوية.

- الاتفاق على أي عملية يساهم فيها.

- استعمال أسماء مستعارة مهما كانت الظروف ولو بالنسبة لغير العمليات والتصرفات المذكورة أعلاه.

- ممارسة مهنة السمسرة أو وكيل أعمال بواسطة زوجته.

- السماح لمساعديه بالتدخل في العقود التي يتلقاها دون توكيل مكتوب.

حالات التنافي: هي الحالات التي تتعارض مع مهام الموثق وقد ورد ذكرها في المادة 13

وما يليها من قانون التوثيق على النحو التالي:¹

¹ القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة، رقم 14، المؤرخة في 2006/03/18.

-العضوية في البرلمان.

-رئاسة أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة.

-كل وظيفة عمومية أو ذات تبعية.

-كل مهنة حرة أو خاصة.

-وفي حالة غياب الموثق لحصول مانع مؤقت له، يعين من ينوبه بناء على ترخيص من وزارة العدل، وقد يتولى الموثق بنفسه تعيين الموثق المستخلف أو تقترحه الفرقة الجهوية من نفس دائرة اختصاص المجلس القضائي تحت مسؤولية الموثق الأصلي، وفي هذه الحالة يكون الموثق مسؤولاً مديناً عن الأخطاء غير العمدية التي يرتكبها نائبه في العقود التي يحررها هذا الأخير.¹

3-الاختصاص الموضوعي: ومعنى ذلك ان يكون الموظف العام او الضابط العمومي مختص نوعياً بتلقي تحرير السند الرسمي، والموثق يتمتع باختصاص شامل وقد منحه قانون التوثيق واعطى له كامل الصلاحيات، حيث اعتبره الوحيد المؤهل لتلقي العقود وإضفاء الصبغة الرسمية عليها، فلا يمكن للقاضي أن يقوم بإبرام عقد الزواج لأن هذا ليس من اختصاصه، وإنما من اختصاص ضابط الحالة المدنية.²

ثالثاً: مراعاة الأشكال والأوضاع القانونية في تحرير الورقة الرسمية:

حتى تصبح الورقة الرسمية صحيحة، وترتب كل أثارها القانونية نظم المشرع طرقاً وقواعد قانونية، يلتزم بها الموظف أو الضابط العمومي المختص عند تحريرها، وتتم الورقة الرسمية عند تحريرها بعدة مراحل:

¹ أحمد ميدي، المرجع السابق، ص 20.

² أحمد حمزة، المرجع السابق، ص 83.

1- مرحلة ما قبل التحرير:

في هذه المرحلة يتأكد الموثق من أن الخدمات التي طلبها منه المتعاقدون لا تخالف القانون والأنظمة المعمول بها، وإلا تعرض للمساءلة.

ثم بعدها يتأكد من شخصية المتعاقدين بسند رسمي (شهادة ميلاد، بطاقة تعريف وطنية، جواز سفر ..) وهي الإسم، الحالة، المسكن، والأهلية المدنية للأطراف، ويقصد بالأهلية البلوغ والعقل خاصة بالنسبة للواهب يجب أن تتوفر فيه أهلية التبرع.¹

وبعد التأكد وجدية الوقائع السالفة الذكر، يقوم الموثق بتقديم نصائحه إلى الأطراف لتكون اتفاقاتهم منسجمة والقانون ويعلمهم بما عليهم من التزامات وما لهم من حقوق، والوسائل التي يمنحها القانون لضمان تنفيذ ارادتهم ولقد نصت المادة 12 ق. التوثيق.²

2- أثناء مرحلة التحرير.

في هذه المرحلة يقوم الموثق بتحرير الورقة الرسمية، مراعيًا البيانات التي يجب أن تتضمنها الورقة لتكتسب صفة الرسمية:

هناك نوعان من البيانات، بيانات متعلقة بالورقة وبيانات عامة:

بيانات متعلقة بموضوع الورقة كالهبة مثلاً.

يجب أن يتضمن العقد الرسمي (عقد الهبة) جميع عناصر الهبة وشروطها، وجميع ما تم من التزامات على الموهوب له، وأصل ملكية العقار وطبيعته وحالات ومضمون وحدود العقار، وأسماء المالكين الأصليين السابقين وعند الاقتضاء وصف التحولات المتتالية للملكية المادة 324 مكرر 04.³

¹ أحمد ميدي، المرجع السابق، ص 26.

² القانون رقم 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، المرجع السابق.

³ محمد أحمد تقي، مرجع سابق، ص 206.

ويتوجب على الموثق أن يتأكد من أن محل الهبة موجود وعين أو قابل للتعيين، وأن يكون قابلاً للتعامل فيه، كما ينبغي عليه التأكد من أن العقار مملوك للواهب حسب المادة 205 ق. أ، والتأكد من أن السبب الذي قامت عليه الهبة مشروعاً.¹

- اسم ولقب وصفة وموطن ومكان ولادة أطراف عقد الهبة وجنسياتهم، ويشترط في الواهب أن يكون أهلاً للتبرع، أي أن تكون له أهلية أداء التي مناطها التمييز والإدراك، وقد نصت المادة 203 من القانون 11/84 على أنه: (يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغ تسعة عشر سنة، وغير محجور عليه)، وبالتالي يجب أن يتأكد الموثق من أهلية الواهب عند تحريره لعقد الهبة، بينما الموهوب له لا يشترط فيه أهلية التبرع، بل يكفي فيه أهلية التمييز.

- اسم ولقب المترجم.

- تحديد موضوعه، أي موضوع العقد والتمثّل في الهبة.

- المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه الهبة.

- وكالات الأطراف المصادق عليها والتي يجب أن تلتحق بالأصل.

- التنويه إلى تلاوة الموثق على الأطراف مضمون العقد والنصوص الجبائية والتشريع المعمول به.

- توقيع الأطراف والشهود والمترجم عند الاقتضاء.

¹ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 124.

وبما أن عقد الهبة من العقود الاحتقائية، أوجب المشرع لانعقادها حضور شاهدين، وذلك وفقا لنص المادة 324 مكرر 03 التي تنص على ما يلي: (يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الإحتقائية بحضور شاهدين).¹

وعليه فإن شهود العقود التوثيقية ثلاثة أنواع:

-شهود الإثبات (شهود التعريف):

يلجأ إليهم الموثق في حالة عدم التأكد من هوية المتعاقدين، وكان الأطراف لا يحوزون وثائق تثبت أهليتهم وحاتهم المدنية، كما أن حضورهم في عقد الهبة لا يعتبر وجوبيا، فحضورهم يكون من أجل اثبات هوية أطراف العقد فقط.

-شهود التشريف:

وحضورهما في العقد ليس له أية قيمة قانونية، وإنما يكون من أجل التشريف فقط، كحضور أقرباء الزوجة في عقد الزواج وامضائهم مع شاهدي العدل والزوجين، فليس له دور لا في التعريف ولا في العقد.

-شهود العدل (شهود العقد):

وحضورهما اجباري في العقود الإحتقائية، كونهما يساهمان بطريقة مباشرة في تكوين عقد الهبة، ونظرا لخطورة عقد الهبة وما ينجم عنه من افتقار لذمة الواهب، فيشترط في شهود العدل أن لا يكونا من أقرباء المتعاقدين، وذلك لاحتمال وجود مصلحة لهما في الهبة أو التواطؤ لحمل الواهب للتبرع بماله دون عوض، ومن هنا يجب أن يكونا غرباء عن عقد الهبة،² كما يشترط فيهما البلوغ والتمتع بكامل قواهما العقلية.

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² حمدي باشا عمر، عقود التبرعات -الهبة- الوصية -الوقف، مرجع سابق، ص 14 وما يليها.

3-مرحلة ما بعد التحرير:

بعدما أصبح العقد جاهزا وتعرف المتعاقدين على النصوص المتعلقة بالضرائب، يقوم الموثق بتلاوة العقد على أطراف العقد والشهود، ثم يقوم هؤلاء (المتعاقدين) بدفع الرسوم المستحقة، حيث نصت المادة 40 من قانون التوثيق: (يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها، بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بدفع الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به...)¹.

كما ألزم المشرع الموثق بأن يمسك فهارس للعقود التي يتلقاها سواء تلك التي يحتفظ بأصلها أو التي لا يحتفظ بأصلها، حيث ترقم هذه الفهارس ويؤشر عليها رئيس محكمة محل إقامة مكتبه، ويحدد شكلها ونموذجها بقرار من وزير العدل حافظ الأختام المادة 37 من القانون 02/06 السالف الذكر.²

كما نصت المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني على ما يلي: (زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى رسمي...، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد).³

وإذا استوفت الرسمية جميع الشروط المنصوص عليها قانونا، وجب على الموظف العمومي أن يقوم بتسجيل عقد الهبة لدى مصلحة التسجيل، وهذه المهمة يقوم بها مفتش التسجيل طبقا للأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 والمتضمن قانون التسجيل، فالموثق يقوم

¹ القانون رقم 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

² أحمد ميدي، المرجع السابق، ص 29.

³ الأمر 58/75، المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، رقم 78، المؤرخة في 1975/09/30، المعدل بالقانون رقم 14/88، المؤرخ في 1988/05/03، الجريدة الرسمية، رقم 18، المؤرخة في 1988/05/04.

بإضفاء الصبغة الرسمية على الوثائق والعقود، أما مفتش التسجيل فيقوم بتسجيل التصرفات القانونية مقابل دفع حق الرسوم.¹

ومن هنا ينبغي على الموثق بعد تحرير العقد الهبة، وذلك بعد التأكد من قيام جميع أركانها والمتمثلة: في الرضا، المحل، والسبب، بالإضافة إلى ركن الحيابة الذي يعتبر ركن ملازم لركن الشكلية، إيداع هذا العقد في مدة شهر الموالية لتاريخ إبرام عقد الهبة لدى مصلحة التسجيل، من أجل إعطائها تاريخ ثابت ومن أجل تحصيل الضرائب.

ونجد أن التسجيل تابع للتوثيق، حيث أنه إذا تعلق الأمر بعقار، يشترط المشرع أن تكون التصرفات في هذه الحالة مفرغة في قالب رسمي طبقاً لنص المادة 324 مكرر 01 السالفة الذكر، وقد نصت المادة 10 من قانون التوثيق على: (يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع، ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الأجل المحددة قانوناً...)².

والموثق ملزم بتسجيل عقد الهبة في الأجل المقررة وإلا تعرض لعقوبات جبائية، وهذا وفقاً لنص المادة 93 من قانون التسجيل التي تنص: (إن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجل المحددة، تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها، من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء).³

المطلب الثاني: حجية العقد الرسمي.

¹ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 325-326.

² القانون رقم 02/06، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المرجع السابق.

³ الأمر 105/76، المؤرخ في 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، رقم 81، المؤرخة 1976/12/18.

إن إضفاء الصبغة الرسمية على العقد يكسبه قوة قانونية، حيث يصبح حجة على الغير وحتى فيما بين المتعاقدين، ففي حالة تعنت أحد الأطراف أو طرف أجنبي وانكاره للهبة، يكون العقد الرسمي حجة لهذا الادعاء، ومن هنا سوف نتطرق إلى حجية العقد الرسمي بالنسبة للمتعاقدين وبالنسبة إلى الغير وفق الفرعين التاليين:

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية فيما بين المتعاقدين:

تنص المادة 324 مكرر 06 على ما يلي: (يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في أصل المحرر، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً).

وتنص المادة 327 مكرر 07 على أنه: (يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء.

ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت).¹

من خلال المادتين 324 مكرر 06 و 324 مكرر 07 نستنتج أن العقد الرسمي حجة على المتعاقدين وورثتهم وخلفهم، وهذه الحجية مستمدة من قرينة الرسمية التي توحى الثقة والائتمان، متى كان السند في مظهره يوحي بصفته وسلامته إلى أن يثبت تزويره أو يثبت ما يخالفه.

فالخصم الذي يتمسك بسند رسمي لا يلتزم بإثبات صحته طالما كان مظهره سليماً، وحصل الختم الرسمي للدولة وتوقيع الضابط العمومي (الموثق) عليه.¹

¹ الأمر رقم 58/75، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالقانون 14/88.

والسند الرسمي يتضمن نوعان من البيانات:²

أولاً: بيانات يكون فيها للسند الرسمي حجيته حتى يطعن فيه بالتزوير:

وتشمل كل البيانات التي يدونها الضابط العمومي فيما وقع من ذوي الشأن، بمحضره وتحت نظره أو ما دونه بحكم وظيفته ومهامه وتتمثل فيما يلي:

1- حضور الأطراف والشهود والتأكد من هوية وشخصية المتعاقدين، حيث يتأكد من توفر أهلية التبرع لدى الواهب أي بلوغ سن الرشد والمنصوص عليه في المادة 203 من قانون الأسرة والمادة 40 من القانون المدني والمحددة ب 19 سنة كاملة، ويكون ذلك إما بوثائق رسمية أو بشهادة شهود تحت مسؤوليتهم.

2- تدوين مضمون الطرفين أمامه بالإيجاب والقبول، ويراعي في ذلك تطابق إرادتي كل من الواهب والموهوب له ويتأكد من سلامة إرادة الواهب من كل ما يشوب رضاه، ويبطل عقده، ويقوم بتدوين الشروط الخاصة للعقد والعلم بها من قبل الأطراف.

3- دفع وقبض الثمن إذا كانت الهبة بمقابل.

4- تاريخ السند وتوقيعه من قبل الأطراف والشهود بحضور الضابط العمومي.

5- الإشارة إلى تلاوة السند على الأطراف والشهود.

5- صدور السند من قبل الضابط العمومي ببيان اسمه ولقبه وصفته ومحل إقامته المهنية.

فهذه البيانات لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير عن طريق دعوى فرعية، ولا يقبل من الخصم الذي يدعي خلافها أية وسيلة أخرى لدحض ما ورد في العقد الرسمي.

¹ يوسف يحيوي، الشكلية غير المباشرة وتأثيرها على فعالية العقود، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، فرع

عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، بن يوسف بن خدة، سنة 2013/2014، ص 20-21.

² نفس المرجع، ص 21-22.

ثانياً: بيانات يكون لها حجية حتى يثبت العكس:

وتتمثل في كل ما دونه الضابط العمومي في السند الرسمي، باعتباره صادر على لسان الأطراف أو الشهود أو ما دونه بناء على استماعه للأطراف، فلا تصل حجيته إلى حد الطعن وإنما يجوز اثبات عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانوناً، مع التذكير أنه لا يجوز إثبات خلاف ما ورد بسند مكتوب إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البينة أو القرائن.

الفرع الثاني: حجية الرسمية في مواجهة الغير.

جاءت المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني بصيغة مطلقة في نصها على حجية العقد الرسمي، وأنه نافذ في كامل التراب الوطني ومن خلال هذه المادة نستنتج أن العقد الرسمي حجة على الكافة بما في ذلك أطراف العقد وخلفهم الخاص والعام، ويسري على الغير ما يسري على الأطراف فيما يتعلق بحجة السند الرسمي، سواء فيما يتعلق بالبيانات القابلة للطعن بالتزوير، وحتى البيانات الواردة في السند على سبيل الإشارة، فإذا ادعى الغير أن التصرف المدون في الورقة ليس هبة، فعليه أن يثبت ذلك بشتى الوسائل، أما إذا أنكر إبرام العقد أمام ضابط عمومي فليس له إلا أن يطعن فيه بالتزوير.¹

المبحث الثالث:**الشكلية المتعلقة بالشهر العقاري في عقد الهبة.**

إن استيفاء الرسمية وذلك بتوثيق العقد وتسجيله في مصلحة التسجيل، من أجل إعطائه تاريخاً ثابتاً حتى يصبح محلاً للإيداع، لا يعتبر كافياً لوجود التصرف المتضمن عقد الهبة، وانتقال ملكيته إلى الموهوب له، وإنما ينبغي على محرر العقد (الموثق) أو المتعاقدين تقديم و ايداع العقد لدى مصلحة أو هيئة إدارية أخرى تتولى عملية إشهاره، حتى تنتج الهبة آثارها القانونية بالنسبة للواهب والموهوب له وبالنسبة للغير، ويتم انتقال ملكية

¹ محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 55 وما يليها.

الشيء الموهوب من المتصرف إلى المتصرف إليه، والذي يتحول مركزه القانوني بواسطة هذا الإجراء فيصبح مالكا جديدا وأصليا للسلطات الثلاث من استعمال واستغلال وتصرف، ولمعرف عملية الشهر العقاري أكثر قمنا بتقسيم هذا المبحث هذا إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول مفهوم الشهر العقاري، ونعالج في المطلب الثاني الآثار المترتبة عن هذا الإجراء القانوني.

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري.

الشهر العقاري إجراء يتم بواسطته انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، فهو إجراء في غاية الأهمية، إذ لا يعتد بالعقد المبرم إلا من خلال احترام هذا الإجراء والقيام به، ولمعرفته أكثر نقسم المطلب إلى فرعين، الفرع الأول نخصه لتعريف الشهر العقاري ومميزاته، والفرع الثاني نخصه لأنواع الشهر العقاري ومصالحه.

الفرع الأول: تعريف الشهر العقاري ومميزاته.

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الشهر العقاري وأهم المميزات التي يتميز بها، كونه إجراء تنتقل الملكية عن طريقه إلى الطرف الثاني من العقد، ولهذا وجب علينا معالجة ذلك وفق النقطتين التاليتين.

أولاً: تعريف الشهر العقاري.

الشهر العقاري عبارة مكونة من كلمتين هما: الشهر العقاري فيقصد بكلمة الشهر: الإعلام والنشر، أما العقار فقد عرفته المادة 683 ق.م: (هو شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله دون تلفه).¹

¹ الأمر 58/75، المؤرخ 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، رقم 78، المؤرخة في 1975/09/30.

ويقصد بالشهر العقاري: أنه إجراء قانوني متميز يقضي بإخضاع التصرفات القانونية الواقعة على عقار إلى إجراءات قانونية معينة.¹

والمشرع الجزائري لم يعرف الشهر العقاري، وإنما ترك ذلك للفقهاء وقد أخذنا تعريف يكاد يكون شامل للشهر العقاري، للأستاذ عيواج محمد الذي عرفه بأنه: (نظام قانوني يتضمن مجموعة من الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى المحافظة العقارية، ويضمن هذا النظام الإعلام حول الحقوق الموجودة على العقارات بغية حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى).²

والشهر العقاري نوعان: شهر شخصي ويتبع في الأراضي غير الممسوحة، ويقيد وفق أسماء الأشخاص المالكين للعقار، وشهر عيني: ويتبع في الأراضي الممسوحة، ويتم الترقيم في البطاقات العقارية وفق العقار وليس مالكة.

ثانياً: مميزات الشهر العقاري.

يتميز الشهر العقاري بجملة من المميزات والخصائص، تتمثل في الطابع الإداري، الطابع العيني، وأخيراً الطابع الإلزامي.

1- الطابع الإداري للشهر العقاري:

لقد أسندت مهمة شهر العقارات إلى مصلحة إدارية خاضعة لوصاية وزارة المالية، وقد خالفت الجزائر غالبية الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني، التي تسند مهمة مسك السجل العقاري فيه إلى قاضي عقاري مختص، بينما المشرع الجزائري تأثر بنظيره الفرنسي من خلال إسناد مهمة الشهر إلى مصلحة إدارية تدعى بالمحافظة العقارية،

¹ مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2012، ص 132.

² محمد عيواج، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات يوم دراسي بجامعة ورقلة، حول الإشكالات المتعلقة بالمادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، تحت عنوان الشروط الواجب توافرها في السندات الخاضعة للإشهار العقاري والجزاء المترتبة على مخالفتها، المنعقد ب 2004/04/15.

يديرها موظف عمومي يدعى المحافظ العقاري، وهذا ما أشارت إليه المادة 20 من الأمر 74/75 والمواد 1-2-3 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.¹

2- الطابع العيني للشهر العقاري:

بالرجوع إلى الأمر 74/75، والمرسوم التنفيذي رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، والمرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، يظهر بأن المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني، معتمداً المسح العام كأساس مادي، والسجل العيني كأساس قانوني.²

لكن اعتماد المشرع لنظام الشهر العيني في الأراضي الممسوحة، لم يمنعه من تبني نظام الشهر الشخصي في المرحلة الانتقالية وذلك في الأراضي غير الممسوحة.

والأمر الذي جعل المشرع يأخذ بنظام الشهر العيني، كون هذا الأخير تتم عملية الشهر فيه على أساس العقارات وليس الأشخاص المالكين لها، فتشكل ما يسمى بالسجل العقاري الذي يمسك بحسب أرقام العقارات، ويتم تخصيص بطاقة عقارية لكل عقار، وترتب هذه البطاقات حسب الأرقام التي تمنح لها أثناء عملية المسح.³

3- الطابع الإلزامي للشهر العقاري:

يتميز الشهر العقاري بصفة الإلزام، حيث جعل المشرع إخضاع التصرفات القانونية الواقعة على عقار أمراً إلزامياً، حتى تنتج أثارها سواء بين المتعاقدين أو الغير.

¹ الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، رقم 12، المؤرخة في 1975/11/18.

² طلحة محمد غليسي، الشهر العقاري كآلية لحماية الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013، ص 12.

³ أحمد حمزة، مرجع سابق، ص 158.

إضافة إلى المتعاقدين، ألزم المشرع الجهات الإدارية المختصة والموثقين بشهر العقود والتصرفات القانونية المحررة من قبلهم ضمن الأجل المحددة قانوناً، وهذا ما نصت عليه المادة 90 من المرسوم 63/76 السالف الذكر، إذ جاء فيها: (ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود والقرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة).¹

الفرع الثاني: مصالح الشهر العقاري.

تسهر الهيئة الإدارية المتمثلة في المحافظة العقارية على التنفيذ السليم لعملية الشهر العقاري، وهي تابعة لإدارة أملاك الدولة وذلك طبقاً لما هو وارد في نص المادة 20 من الأمر 74/75، ويتزأسها موظف عمومي يتمثل في المحافظ العقاري، حيث أعطاه المشرع سلطات واسعة من أجل تسيير المحافظة العقارية وتحقيق أهدافها على أكمل وجه.

ومن هنا فإن مصالح الشهر العقاري تتمثل في المحافظة العقارية والمحافظ العقاري وهو موظف عمومي يقوم بتسييرها، وسوف نتعرف على المحافظة العقارية وتنظيمها الإداري، ثم نتعرف على المحافظ العقاري وسلطاته.

أولاً: تعريف المحافظة العقارية وتنظيمها الإداري.

سوف نتطرق إلى تعريف المحافظة العقارية وتنظيمها الإداري من خلال ما هو آتي ذكره.

1- تعريف المحافظة العقارية:

محافظة العقارية بموجب المادة 20
74/75
الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وهي هيئة عمومية تحت وصاية وزير المالية
يسيرها محافظ عقاري، كما نصت 01
63/76 على ما يلي: (تحدث لدى

¹ المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسومين التنفيذيين، المرسوم رقم 210/80، والرسوم رقم 123/93، الجريدة الرسمية، رقم 30، المؤرخة في 1976/04/13.

المديرية الفرعية للولاية شؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية، محافظة عقارية يسيرها
1. (

من خلال نص المادة المذكور أعلاه نستنتج أن المشرع الجزائري لم يعرف المحافظة العقارية، وإنما ترك ذلك للفقهاء الذي قام بتعريفها على النحو التالي: (هي هيئة إدارية خاضعة لوزارة المالية، يسيرها موظف عمومي يدعى المحافظ العقاري ويسند لها شهر التصرفات العقارية ووثائق المسح العقاري لإنشاء السجل العقاري وتسليم المعلومات).²

2-تنظيم المحافظة العقارية:

بالإطلاع على القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية، المؤرخ في 1991/07/04 والذي يحدد مصالح ومكاتب مديريات أملاك الدولة ومديريات الحفظ العقاري على مستوى الولاية، حيث جاء في المواد 9-10-11 منه أن مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولايات تتكون من مصلحتين هما: مصلحة عمليات الشهر العقاري ومصلحة التنسيق والرقابة.

أما فيما يخص التنظيم الداخلي للمحافظة العقارية، فإن القرار الوزاري المؤرخ في 1991/07/04 الصادر عن وزير المالية والمتضمن التنظيم الداخلي لمفتشيات أملاك الدولة والحفظ العقاري، حدد في مادته 03 أقسام المحافظة العقارية حيث ورد فيها: يتكون الحفظ العقاري تحت سلطة المحافظ العقاري من:

-قسم الإيداع وعمليات المحاسبة.

-قسم قيد السجل العقاري والبحوث وتسليم المعلومات.

- سم تسجيل العقارات المحددة ضمن مسح الأراضي.³

ثانياً: المحافظ العقاري وسلطاته.

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، د ط، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 77.

² ريم مراحي، دور المسح العقاري في اثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، د ط، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 92.

³ ريم مراحي، المرجع السابق، ص 14.

بعدهما تطرقنا الى تعريف الهيئة الإدارية المختصة بعملية الشهر العقاري، نتطرق الان الى الشخص المكلف بإجراء عملية الشهر، لهذا سوف نقوم بتعريف المحافظ العقاري وشروط تعيينه وانهاء مهامه، بالإضافة الى السلطات المخولة لديه.

1-تعريف المحافظ العقاري:

تنص المادة 11 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، على:(يقوم الموظف المكلف بمسك السجل العقاري على أساس وثائق مسح الأراضي المعدة...)، من خلال هذه المادة يتضح أن المحافظ العقاري هو موظف عمومي يخضع للقانون الأساسي للوظيفة العمومية الصادر بموجب الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية وبالتالي نستنتج أن المحافظ العقاري ليس قاضيا.¹

أ-تعيين المحافظ العقاري وانهاء مهامه:

كون المحافظ العقاري موظف عمومي، فانه يخضع في تعيينه وانهاء مهامه الى الشروط الأساسية والإجراءات التي حددها الأمر 03/06 بالإضافة الى نصوص خاصة.

-تعيين المحافظ العقاري:

يخضع تعيين المحافظ العقاري باعتباره موظف عمومي لنفس الشروط العامة المنصوص عليها في الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية. إضافة الى الشروط الخاصة الواردة في المرسوم التنفيذي 116/92 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري.

الشروط العامة لتعيين المحافظ العقاري:

¹الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 18/11/1975.

تنص المادة 74 من الأمر 03/06 على ما يلي: (يخضع التوظيف الى مبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العمومية تضمنت المادة 25 من الأمر) ومن هنا فان التوظيف في الجزائر يخضع الى مبدأ المساواة.¹

وقد نصت المادة 75 من نفس الأمر 03/06 على شروط التوظيف في التوظيف العمومي والتي تتلخص فيما يلي:

- أن يكون جزائري الجنسية.

- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية.

- أن لا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تنتافى وممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها.

- أن يكون في وضعية قانونية اتجاه الخدمة الوطنية.

- أن تتوفر فيه شروط السن والقدرة البدنية والذهنية وكذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها (السن القانونية 18 س).²

الشروط الخاصة لتولي منصب محافظ عقاري:

ان المرسوم رقم 116/92 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك والحفظ العقاري، أدرج وظيفة المحافظ العقاري ضمن الوظائف العليا، وقد نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي المذكور أعلاه وجوب توفر احدي الشرطين التاليين لتولي منصب محافظ عقاري وهما:

- أن يكون المترشح من بين المفتشين الرئيسيين أو المتصرفين الإداريين المرسمين، الذين مارسوا خدمة في الإدارة لمدة 05 سنوات على الأقل.

¹ الأمر 03/06، المؤرخ في 05/07/2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية

للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 46، المؤرخة في 16/07/2006.

² الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

- أن يكون المترشح من بين المفتشين المرسمين، الذين مارسوا خدمة في الإدارة لمدة 05 سنوات على الأقل.

- إنهاء مهام المحافظ العقاري: أورد المشرع حالات فقدان المحافظ العقاري منصبه كموظف عمومي، وبالتالي فقدان منصب فقدان المحافظ العقاري، وذلك بموجب الأمر رقم 03/06 في المادة 06 منه وهي:

- فقدان الجنسية الجزائرية أو التجريد منها.

- فقدان الحقوق المدنية.

- الاستقالة المقبولة بصفة قانونية.

- العزل أو العزل.

- الإحالة على التقاعد أو الوفاة.¹

2- السلطات المخولة للمحافظ العقاري:

يشرف المحافظ العقاري على المحافظة العقارية، وهو ما يخول له القيام بعدة مهام منها ما هو مرتبط بمسح الأراضي وترقيم العقارات الممسوحة ويتمثل في اجراء اشهار الصلح بين الأطراف، ومنها ما هو متعلق باجراء الاشهار، حيث يملك المحافظ العقاري تنفيذ اجراء الشهر في حالة توفر شروطه أو رفضه وذلك بإصدار قرار رفض الإيداع أو رفض الاجراء.²

أ- مصالح الأطراف:

¹ الأمر 03/06، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

² أحمد حمزة، المرجع السابق، ص 71.

بعد إيداع وثائق مسح الأراضي بالمحافظة العقارية، يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات
 أما ترقبما نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات وعقود ملكية،¹
 أو ترقبما مؤقتا لمدة 04 أشهر بالنسبة للعقارات التي لا يحوز مالكوها الظاهرين سندات
 ملكية، ويمارسون حياة تسمح لهم باكتساب الملكية عن طريق التقادم الكسب،²
 أو ترقبما مؤقتا لمدة عامين، بالنسبة للعقارات التي لا يملك مالكوها الظاهرون سندات اثبات
 كافية.³

أن ترقبم العقارات ترقبما مؤقتا لمدة 04 أشهر، أو عامين يهدف الى فتح المجال أمام
 المحتجين من أجل تقديم احتجاجاتهم، وهذا عن طريق رسالة موسى عليها للمحافظ
 العقاري، أو عن طريق قيدها في سجل الاحتجاج، الذي يفتح الغرض بالمحافظة العقارية
 بشرط أن ترد في الأجال القانونية.⁴

وتتم مصالحة الأطراف عن طريق استدعائهم كتابيا مع الاشعار بالاستلام، وتوضع نسخة
 من الاستدعاء بملف القطعة المعنية.

وعلى المحافظ العقاري أثناء اجراءه لجلسة الصلح الالتزام بالتعليمات الآتية:

عدم التدخل بصفة مباشرة لإرغام الأطراف على اتخاذ قرار معين يقترحه.

يقنصر دوره على تقريب وجهات النظر.

على المحافظ العقاري أن يزود أطراف النزاع بالنصوص القانونية التي توضح لهم طبيعة
 النزاع والنتائج المترتبة عنه.

¹ المادة 12 من المرسوم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد رقم 30، المؤرخة في 1976/04/13.

² أنظر المادة 13 من نفس المرسوم.

³ أنظر المادة 14 من نفس المرسوم.

⁴ الطاهر بريك، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دار الهدى، الجزائر، 2013، ص 106.

على المحافظ العقاري أن ينبه الأطراف للنتائج المترتبة عن الصلح أو عدم الصلح. وعند الانتهاء من الجلسة يكون المحافظ العقاري أمام أمرين، أما تحرير محضر الصلح أو محضر عدم الصلح.¹

أ- محضر الصلح: إذا وصل المحافظ العقاري الى حل يرضي الطرفين، يحرر محضرا للصلح يضمن فيه النتائج التي توصل اليها، ويتمتع هذا الحضر بقوة الزامية فتشهر العناصر المستخلصة منه في السجل العقاري.²

ولا يؤثر محضر الصلح في الطابع المؤقت للترقيم طبقا لما ورد في المادتين 13 و 14 من المرسوم التنفيذي 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، إلا في حالة ما إذا أدى الصلح إلى تغيير في العناصر التي تحتويها وثائق المسح، فإنه يجب على المحافظ العقاري إرسال نسخة من هذا المحضر على مسح الأراضي.

محضر عدم الصلح: في حالة عدم وصول المحافظ العقاري إلى اتفاق مع الطرفين المتخاصمين، يحرر المحافظ العقاري محضر عدم الصلح، وفي هذه الحالة يكون أمام المدعي مدة 06 أشهر للتوجه للقضاء المختص ورفع دعوى قضائية، على أن يتم شهر هذه الدعوى في المحافظة العقارية في نفس المهلة، ويقوم المحافظ العقاري بتحويل ملف العقار إلى قضايا المنازعات، وفي حالة انتهاء المدة المقررة والمحددة ب 06 أشهر دون رفع دعوى وإشهارها، فإن المحافظ العقاري يقوم بإتمام إجراءات ترقيم العقار المتنازع فيه، وكأن المعارضة لم تتم من الأصل.³

¹ الطاهر بريك، نفس المرجع، ص 108.

² طلحة محمد غليسي، نفس المرجع، ص 71.

³ طلحة محمد غليسي، المرجع السابق، ص 72.

ب-الإيداع القانوني وتنفيذ إجراء الشهر:

كل الوثائق والسندات الواردة إلى المحافظة العقارية قصد التأشير عليها، تودع بقسم الإيداع وعمليات المحاسبة في ثلاث نسخ إحداها حسب نموذج إجراء الشهر (PR6 بالنسبة للعقود والسندات القضائية المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية، PR7 بالنسبة لتسجيل الرهون، PR8 بالنسبة لتجديد الرهون)، إضافة إلى ملخص العقد ووثائق أخرى مثل شهادات الميلاد والمخططات، مع دفع الرسوم المستحقة طبقاً لقانون المالية لسنة 2004، وتسجل بسجل الإيداع والإيرادات حسب ترتيبها، ويقوم المحافظ العقاري وبموجب الصلاحيات المخولة له قانوناً، بمراقبة هذه المحررات من خلال التحقق من هوية الأطراف وأهليتهم وكذلك من صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار.¹

وتنص المادة 90 من المرسوم التنفيذي 63/76 على: (ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعلموا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة لإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة في المادة 99 وبكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف).²

كما تنص المادة 41 من المرسوم السابق على: (يجب على المحافظ العقاري أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوماً بيوم وحسب الترتيب العددي، تسليمات العقود والقرارات القضائية وبصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد تنفيذ إجراء خاص بالإشهار.

ويسلم إلى الملتمس سند يشار فيه إلى مراجع سجل الإيداع التي سجل بموجبه كل تسلم وينفذ الإجراءات بتاريخ هذه التسليمات وحسب ترتيبها...)³.

¹أنظر المادة 10 من القانون رقم 22/03، المؤرخ في 2003/12/28، المتضمن قانون المالية لسنة 2004، الجريدة الرسمية، رقم 83، المؤرخة في 2003/12/29.

²المرسوم التنفيذي رقم 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

³المرسوم التنفيذي رقم 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

بما أن عقد الهبة من الحقوق العينية الأصلية، فإنه يستوجب لزوما إيداع في آن واحد لصورتين رسميتين، وهذا ما أكدته المادة 92 من المرسوم السالف الذكر.

وبعد قيام المحافظ العقاري بمهر النسختين بختم الشهر، وذلك بالتأشير عليهما، ترد نسخة منهما إلى المودع، أما النسخة الثانية التي يشترط أن تتضمن تأشيرة التصديق على الهوية وعلى التوقيع الشخصي للأطراف، يحتفظ بها لدى المحافظة العقارية المعنية، وترتب ضمن الأرشيف بعد كتابة تاريخ شهرها، الحجم والرقم في الإطار المخصص لذلك¹.

ولعملية التسجيل في سجل الإيداع أهمية كبيرة، لما تهدف إليه في التأكد من الأسبقية في عمليات الإيداع، خاصة إذا تعلق الأمر بوثائق تخص نفس العقار، كأن يرد على هذا الأخير أكثر من تصرف قانوني، فهنا يتطلب التحقق من تاريخ الإيداع (الأسبقية في الإيداع) وإجراء الشهر لكلا التصرفين، وعلى المحافظ العقاري في هذه الحالة أن يشير إلى ذلك في سجل الإيداع والبطاقة العقارية، وعلى وصل الاستلام كذلك².

وكل ذلك تقاديا لنشوب نزاعات، ومن أجل إجراء عملية الشهر في ظروف عادية.

ونظرا لأهمية سجل الإيداع، فإن المشرع وضع قواعد إجرائية دقيقة تحدد كيفية مسكه، وحفظه تقاديا من أي تزوير قد يحدث، ومن الإجراءات المنصوص عليها ضرورة التأشير عليه أثناء إيداع الوثيقة من دون ترك بياض، أو كتابة بين الأسطر، ويقفل كل يوم من قبل المحافظ العقاري، ويرقم ويوقع من قبل قاضي المحكمة التابعة لاختصاص المحافظة العقارية³.

¹ فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة 2007/2008، ص 110.

² حمدي باشا عمر، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هومة، سنة 2003، ص 529-530.

³ فردي كريمة، المرجع السابق، ص 114.

وينبغي التذكير أنه تجنبا لضياع أو هلاك سجل الإيداع، تودع كل سنة نسخ من هذه السجلات المقفلة أمام قلم كتاب المجلس القضائي المختص إقليميا، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

وينبغي على المحافظ العقاري التأكد من أن الوثيقة المرفقة تتضمن مراجع أصل الملكية تطبيقا لقاعد الشهر المسبق، وهذا من أجل قبول الإيداع من قبله، كما يقوم بالاطلاع على فقرة الثمن أو التقييم من أجل تحديد رسم الشهر الواجب تحصيله.¹

وإذا تم قبول الإيداع من قبل المحافظ العقاري، فعلى هذا الأخير الانتقال إلى تنفيذ إجراء الشهر.

بعد أن يقوم المحافظ العقاري من التأكد من الإيداع القانوني للوثائق، يتوجب عليه القيام بعملية الشهر خلال أجل خمسة عشر يوما التالية للإيداع، فينتج الشهر العقاري بأثر فوري، فلا يرجع أثره إلى تاريخ إبرام التصرف القانوني (عقد الهبة)، ومنه ينشأ الحق العيني، إذ لا وجود لحق الملكية والحقوق العينية الأخرى، سواء بين المتعاقدين أو اتجاه الغير إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية، كما نصت على ذلك المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري.²

ويترتب على هذا الإجراء إنشاء البطاقات العقارية وتسليم الدفتر العقاري.

-إنشاء البطاقات العقارية: البطاقة العقارية أداة مستحدثة تهدف إلى تنظيم عملية الشهر، للتوصل بسهولة إلى الحالة القانونية والمادية للعقار،³ وتكون في مجموعها ما يسمى بالسجل العقاري، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من الأمر 74/75 السالف الذكر بقولها: (إن السجل

¹ نفس المرجع، ص 114.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، سنة 2003، ص 114.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

العقاري المدد بموجب المادة 3 أعلاه، يمك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية...).

ويحتوي السجل العقاري على نوعين من البطاقات العقارية، بطاقات عقارية مؤقتة تمسك في شكل فردي، وبطاقات عقارية عينية، حيث أنها تمنح حسب وضعية العقار محل التصرف (العقار الموهوب)، ما إذا كانت موجودة في مناطق ممسوحة أو غير ممسوحة.

بطاقات عقارية فردية أو شخصية: وتكون في الأراضي الريفية غير الممسوحة، ويتم ترتيب هذه البطاقات وفقا للترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق المشهورة، ووفقا لنموذج خاص يحدد بقرار من وزير المالية، وفقا لما في المادة 27 من الأمر 74/75.¹

وتشتمل كل بطاقة على أصحاب الحقوق ومحل التصرف، فعلى المحافظ العقاري تبيان نوع العقار غير الممسوح، موقعه ومحتواه طبقا لنص المادة 114 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ويتم ترتيب هذا النوع من البطاقات الخاصة بالأشخاص الطبيعية، وفقا للترتيب الأبجدي لألقاب أصحاب الحقوق وتواريخ الشهر، أما البطاقات الخاصة بالأشخاص المعنوية، فترتب ضمن مجموعة خاصة حسب الترتيب العددي لهذه البطاقات.²

بطاقات عقارية عينية: وتكون في الأراضي التي شملتها عملية المسح، حيث يدون فيها الحالة القانونية للعقار، وتنشأ هذه البطاقات بعد إيداع وثائق المسح في المحافظة العقارية، ويقوم المحافظ العقاري بالتأشير على كل تصرف يقع على العقار على البطاقة المنشأة وعلى الدفتر العقاري.³

¹ الأمر رقم 74/75، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

² فردي كريمة، المرجع السابق، ص 116.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 114.

وتضمنت المادة 34 من المرسوم 63/76 السابق الذكر كيفية التأشير على البطاقات العقارية، على أن تشمل كل عملية تأشير البيانات الآتية:

تاريخ العقود والوثائق أو القرارات القضائية التي تم شهرها.

تاريخ الاتفاقيات أو الشروط أو التسجيلات التي تم شهرها.

اسم الموثق أو السلطة القضائية أو الإدارية الصادرة منها الوثيقة.

التمن الأساسي أو التقديري أو المعدل.

ولابد أن يظهر في كل عملية تأشير تاريخ الشهر ومراجعته.

ويتوجب أن تكون عملية التأشير واضحة ومقروءة، بالحبر الأسود الذي لا يمحي، مع ضرورة استخدام الاختصارات الجارية، والأختام والأرقام المؤرخة، وتسطر الخطوط بالمسطرة مع تفادي التحشير والكشط، اما لهم من تأثير على المظهر الخارجي للبطاقة.

وقد ألزم المشرع المحافظ العقاري بوضع خط بالحبر الأحمر تحت كل عملية إجراء جديدة، وهذا من أجل التفرقة بين التأشير والحقوق المقيدة على البطاقات العقارية، على النحو الذي يفقد عملية التأشير السابقة أثارها القانونية.

-تسليم الدفتر العقاري: إن عملية مسح الأراضي، جاءت نتيجة لتبني المشرع نظام الشهر العيني، ويعتبر الدفتر العقاري الوسيلة الوحيدة التي تثبت بها الملكية، ويعد سندا قانونيا للملكية العقارية، ذو حجية قوية، حيث يتضمن كل التصرفات القانونية الواقعة على العقار محل العقد، وفقا لما جاء في المادة 19 من الأمر 74/75 والمادتين 32 و 33 من المرسوم 32/73¹ المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة.

¹المرسوم رقم 32/73، المؤرخ في 1973/01/05، المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، الجريدة الرسمية، العدد رقم 15، المؤرخة في 1973/02/20.

ويقوم المالك (الواهب) بإيداعه لدى مصلحة الإيداع، ويتسلمه المتصرف إليه (الموهوب له) باعتباره المالك الحقيقي الجديد له من المحافظة العقارية المختصة، بعد أن يؤشر عليه بطريقة واضحة ومقروءة، بالحبر الأسود الذي لا يمحي، دون كشط أو تحشير.¹

وتختلف كفيات تسليم الدفتر العقاري باختلاف عدد الأشخاص أصحاب الحقوق العينية، فإذا كان صاحب الحق العيني شخصا واحدا، فإن عملية التسليم تتم له شخصيا، أما إذا كان أكثر من شخصين أصحاب الحقوق على الشيوخ، فيتعين عليهم في هذه الحالة تعيين وكيل من بينهم، بموجب وكالة قانونية لتسلم الدفتر، وفي هذه الحالة يشير المحافظ العقاري إلى الجهة التي استلمت الدفتر لتجنب ضياعه.²

وفي حالة ضياع الدفتر أو تلفه، فقد نصت المادة 52 من المرسوم 63/76 السالف الذكر، على أنه يجوز للمالك أن يتحصل على دفتر جديد، بعد تقديمه لطلب مكتوب ومسبب للمحافظ العقاري، وفي حالة إعداد دفتر عقاري جديد من قبل المحافظ العقاري، وجب عليه في هذه الحالة إتلاف الدفتر السابق، ويشير إلى هذا الإتلاف على البطاقة العقارية الخاصة بنفس العقار.³

أما فيما يتعلق بالجهة القضائية المختصة بالطعن المقدم من أجل إلغاء الدفتر العقاري، هناك اتجاهين في هذا الشأن، اتجاه يرى أن القضاء العادي هو المختص (القضاء العقاري)، على أساس أن الطعن ينصب على حقوق عقارية يكرسها الدفتر العقاري، بينما الاجتهاد القضائي الثابت والمستقر لمجلس الدولة، يرى عكس ذلك حيث أنه خول

¹ فردي كريمة، المرجع السابق، ص 117.

² أنظر المادة 47 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

³ نفس المرسوم التنفيذي.

الاختصاص للقضاء الإداري، على أساس أن الدفتر العقاري يعد بمثابة قرار إداري صادر عن المحافظ العقاري.¹

الإيداع غير القانوني ورفض إجراء الشهر: بعد إيداع العقود المراد شهرها لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، يقوم المحافظ العقاري بمراقبة العقود والوثائق مراقبة سريعة ودقيقة لهذه الأخيرة، وفي حالة وجود نقص في الوثائق أو البيانات، أو عدم إشهار المحررات المرتكز عليها في عملية التصرف خلال مدة خمسة عشر يوماً من تاريخ الإيداع.²

ويعتبر رفض الإيداع إجراء فوري وكلي، إذ يخص الوثيقة المودعة بأكملها، إذا تبين للحفظ وجود نقص في الشرط الشخصي للمتعاقدين أو في البيانات الوصفية للعقار، أو نقص وثيقة من الوثائق المودعة،³ وقد عدت المادة 100 من المرسوم 63/76 السالف الذكر الحالات التي يرفض فيها الإيداع.

إن الأصل في رفض الإيداع أنه إجراء كلي، إلا أنه قد يكون في بعض الأحيان رفضاً جزئياً، إذا تعلق الأمر بالحالات التي نصت المادة 106 من المرسوم 63/76 السالف الذكر.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الشهر العقاري.

إن الشهر العقاري يترتب عنه انتقال الملكية من الواهب إلى الموهوب له، وبالتالي يكون عقد الهبة حجة للمتعاقدين والغير حيث يعتبر مصدراً للحقوق العينية التي يقوم بإنشائها كما أنه يطهرها ولمعرفة هذان الأثران ندرسهما وفقاً للنقطتين التاليتين:

¹ حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، د ط، 2001، ص 35.

² فردي كريمة، المرجع السابق، ص 122.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 126.

أولاً: الأثر المنشئ للشهر العقاري:

يعتبر الشهر العيني مصدراً للحقوق العقارية، إذ لا تنتقل إلا من تاريخ الشهر، وتنتقل هذه الحقوق إلى أصحابها خالية من كل العيوب، نتيجة للقوة الثبوتية للشهر.¹

وتنص المادة 15 من الأمر 74/75 على ما يلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموع البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة، يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، 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".

من خلال المادتين السابقتين نستخلص، أن الحقوق العينية تسري في مواجهة الكافة من يوم شهرها، وتصبح موجودة وثابتة، بينما التصرف غير المشهر يبقى حق صاحبه معلقاً إلى أن يتم الشهر، أما الحقوق العينية تنتقل الملكية العقارية فيها من تاريخ الوفاة.

وقد عدلت المادة 15 المذكورة أعلاه بالمادة 92 من القانون رقم 11/17 والمتضمن قانون المالية والتي تنص: (كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارها في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة صاحب الحقوق العينية، كما تسري من تاريخ الوفاة أيضاً الحقوق التي تم التصرف فيها من طرف المورث أي بحياته بموجب عقود في الشكل الرسمي والتي لم تنشر بعد عند يوم الوفاة، وإذا تبين أنه تصرف فيها فإنها تخضع لقانون الشهر العقاري)².

¹ فردي كريمة، المرجع السابق، ص 130.

2017/12/27، المتضمن قانون المالية، الجريدة الرسمية، رقم 76

11/17

2

.2017/12/28

ومن خلال المادة 92 المذكورة أعلاه نستخلص أنه في حالة ما إذا قام الواهب بتوثيق عقد الهبة لدى موثق، أي أنه راعى الرسمية وشروطها ثم توفي قبل شهرها في هذه الحالة تنتقل الملكية بمجرد الرسمية، دون الحاجة إلى الإشهار في المحافظة العقارية من يوم الوفاة.

ثانياً: الأثر المطهر للشهر العقاري:

إن الشهر العقاري يجعل الحق ينتقل إلى صاحبه خالياً من العيوب، كون الشهر لا يتم إلا بعد التدقيق في هوية المتعاقدين وأهليتهم من خلال الوثائق المقدمة إليه، وبعد التأكد من رسمية العقد المراد شهره، وفقاً للمادة 22 من الأمر 74/75. وإذا كان التصرف القانوني المشهر معيباً بعيب من العيوب، فلا يجوز إبطاله إنما على المدعي سوى طلب التعويض. أما فيما يخص الشكلية المتعلقة بالمنقولات، يجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات، فإذا انصبت الهبة على سيارة أو جرار فيجب استخراج البطاقة الرمادية باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية.


وقد ذهب البعض إلى أن طبيعة المنقولات توجب تحرير عقد الهبة في شكل رسمي.¹

ومن خلال ما سبق نستنتج أن الهبة عقد تبرعي، ينعقد بإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له، كما تعتبر الهبة من التصرفات التبرعية الخطيرة، التي تستوجب توفر أهلية التبرع لدى الواهب لما ينتج عنها من انتقال في ذمته المالية، لذا يشترط فيه بلوغ 19 سنة كاملة، مع وجوب خلو رضاه من عيوب الإرادة، وبما أن الهبة عقد فإنه ينعقد وفقاً لأركان تتمثل في الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى الحيابة التي تتماشى والشكلية فهما ركنان متلازمان، فلا تغني الشكلية عن الحيابة، وبما أن الهبة تصرف تبرعي خطير فإذا انصبت على عقار، استوجب المشرع لقيامه إفراغ رضا الواهب في قالب رسمي، وذلك وفقاً لأحكام المادة 324 من القانون المدني وما يليها، وكذا المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.

¹حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، ص 18.

فلكي ينشأ الحق العيني وتنتقل الملكية للموهوب له، وجب إخضاع الهبة للرسمية، والتي تشترط لقيام العقد صحيحا إخضاعه لشكلية محددة قانونا، وبهذا ينشأ العقد ويكون حجة للمتعاقدين، لكن الرسمية وحدها لا تكفي لمواجهة الغير وحتى المتعاقدين بهذا العقد التبرعي، وإنما وجب على الموظف المختص إخضاع هذا الأخير لشكلية أخرى، والمتمثلة في إجراء عملية شهر العقد لدى المحافظة العقارية، ومن تاريخ شهر العقد من طرف المحافظ العقاري تنتقل الملكية إلى الموهوب له، ويصبح العقد حجة على المتعاقدين و الغير، وبهذا ينشأ الحق العيني وتنتقل ملكيته إلى الموهوب له (المالك الجديد).

وقد تكون الشكلية ركنا للإنعقاد، حيث لا ينشأ التصرف ولا يقوم إلا بتوفر ركن الشكلية، ويطلق على هذا النوع من الشكلية بالشكلية المباشرة، حيث تساهم في انشاء العقد وتكوينه، كما هو الحال في عقد الهبة، وقد تكون الشكلية لإثبات التصرف لا أكثر، وبالتالي تكون شرطا لصحة التصرف التبرعي المبرم، حيث يقوم العقد صحيحا لكنه لاينتج آثاره في مواجهة المتعاقدين والغير إلا من تاريخ الشهر، فتكون الشكلية في هذه الحالة لنهاذ التصرف وإثباته، وهو ما نفصل فيه في الفصل الثاني بحول الله.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns, centered on the page. The border is symmetrical and features a central floral motif at the top and bottom, with scrolling vines and leaves on the sides.

الفصل الثاني

الفصل الثاني:

الشكلية للإثبات في التصرفات التبرعية (الوصية-الوقف).

قد ينشأ التصرف التبرعي صحيحا، وذلك بتوفر أركانه وشروطه، ولكنه لا يكون نافذا في مواجهة الغير ولا تنتقل ملكية المال إلى المتصرف إليه إلا بتوثيق إرادة المتبرع، واشتراط التوثيق في مثل هذه التصرفات إنما جاء ضمانا لحماية المتبرع، وصيانة لحقوق المستفيدين، وشرطا لترتيب هذه التصرفات آثارها القانونية.

فلا يكفي تعبير المتصرف عن إرادته في إثبات تصرفه والاحتجاج به أمام الغير، وإنما ينبغي إلباس رضا المتبرع في ثوب الرسمية، وذلك حتى يكون التصرف حجة على الغير، كما أن إثبات بعض التصرفات لا يكون إلا بهذه الوسيلة، وقد أوجبها القانون على بعض التصرفات التبرعية حتى تكون وسيلة تثبت بها، واعتبرها الأصل في إثبات كل من التصرف التبرعي المتمثل في الوصية والوقف، كما جعل استثناء لهذه القاعدة أي أن في بعض الحالات تثبت هذه التصرفات بوسائل أخرى.

ويطلق على هذه الوسيلة بالشكلية غير المباشرة، كونها لا تدخل في تكوين العقد، وإنما وسيلة لإثبات التصرف التبرعي والاحتجاج به في مواجهة الغير، فالمشرع أولى عناية هامة بحفظ حقوق الناس، لهذا اشترط توثيق التصرفات وتسجيلها وكذا شهرها، ونحصر هذه التصرفات في الوصية والوقف وهي من التصرفات التبرعية الخطيرة، لذا أوجب القانون إخضاعها للشكلية، وللتعرف على ذلك قمنا بتقسيم الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول نتناول فيه مفهوم التصرفات التبرعية (الوصية-الوقف) وتمييز كل تصرف عن الآخر، أما المبحث الثاني نتناول فيه وسائل إثبات كل من الوصية والوقف.

المبحث الأول:

مفهوم التصرفات التبرعية (الوصية-الوقف) وتمييز كل تصرف عن الآخر.

يقدم الكثير من الأشخاص على إبرام تصرفات تبرعية لكن يجهلون خطورتها، وذلك لما تخلفه من افتقار في ذمة المتبرع أو المتصرف، كون هذه الأخيرة تؤدي إلى خروج ملكية الشيء من ذمة المتبرع، فيقومون بإبرام هذه التصرفات تطوعا واختيارا غير مكرهين ولا مجبرين على ذلك، والتصرفات المبرمة من قبلهم لا نعرف إن كانت عقود تتطلب إيجاب وقبول أم مجرد تصرفات تبرعية تنشأ بالإرادة المنفردة للمتبرع، ولمعرفة ذلك نقسم مبحثنا إلى ثلاثة مطالب المطلب الأول نعالج فيه مفهوم التصرفات التبرعية (الوصية)، والمطلب الثاني نتناول فيه التصرف التبرعي المتمثل في الوقف، أما المطلب الثالث نتناول فيه تمييز الوصية عن الوقف.

المطلب الأول:

مفهوم التصرفات التبرعية(الوصية).

الأصل في الوصية أنها مندوبة، وهي سبب من أسباب كسب الملكية، وهي من التصرفات التبرعية التي يقصد التقرب إلى الله عز وجل، ويكون الإيحاء لشخص معين بمال معين، لكن هذا الإيحاء هل يحتاج لإبرامه تطابق إيجاب وقبول أم أنه يقوم وينشأ بإرادة الموصي فقط، وقد أحال القانون المدني في مادته 775 الوصية إلى الأحوال الشخصية، ولمعرفة ذلك نقوم بدراسة هذا المطلب وفق الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعريف الوصية.

نقوم في هذا الفرع بتعرف الوصية من الناحية القانونية، من الناحية اللغوية وأخيرا نعرفها من الناحية الفقهية.

أولاً: تعريف الوصية من الناحية القانونية.

لقد تولى المشرع الجزائري تعريف الوصية وذلك من خلال نص المادة 184 من قانون الأسرة، وعرفها كآتي: (الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع). ومن خلال نص المادة السالف الذكر نستخلص أن المشرع لم يبين ما إذا كانت الوصية تنشأ بالإرادة المنفردة أم يتوجب لإنشائها تطابق إيجاب الموصي وقبول الموصى له، لكن بالرجوع إلى نص المادة 197 من نفس القانون نجدها تنص: (يكون قبول الوصية صراحة أو ضمناً بعد وفاة الموصي)¹، ومن هنا نستنتج أن الوصية تصرف يتم بالإرادة المنفردة للموصي أما القبول فيكون شرط لنهاذ الوصية، ومن خلال المادة 184 السابقة الذكر نجد أن الوصية سبب من أسباب كسب الملكية، حيث تؤدي إلى تملك العناصر الثلاث (التصرف، الاستغلال، والاستعمال) إلى الموصى له.

ثانياً: تعريف الوصية من الناحية اللغوية.

الوصية من الوصل، فيقال وصى الشيء بالشيء وصياً أي وصله.² ويطلق عليها أيضاً اسم وصية لاتصالها بأمر الميت، فالموصي وصل ما كان في حياته بعد مماته.³

والوصية من الإيضاء، وهي بمعنى العهد إلى الغير في القيام بأمر ما حال حياته أو بعد مماته.⁴

ثالثاً: تعريف الوصية فقهاً.

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوصية كالتالي:

¹ 11/88
² سعيد أبو جيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، ط 2، 1988، دار الفكر، سوريا، ص 391.
³ 4853
⁴ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، ص 4، 1997، 7440.

1-تعرف الوصية في عرف الشرع: أنها عقد يوجب على عاقده حقا في ثلث ماله، يلزمه بموته أو نيابة عنه بعده، وهي من العقود الجائزة التي يقصد بها التنفيذ بعد الموت لا في الحياة، وللموصي إعادة النظر فيها أو إلغائها بالكلية.¹

2-والوصية في اصطلاح الفقهاء: تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع، سواء أكان المملوك عينا أم منفعة.²

3-وعرفها ابن عابدين: أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع.³

من خلال التعاريف السابقة نجد أن المشرع الجزائري سار وفق المنحى الذي سار به فقهاء الشريعة الإسلامية، حيث اعتبر الوصية تصرف تبرعي صادر عن إرادة منفردة للموصي، وهي تملك مضاف إلى ما بعد الموت.

الفرع الثاني: خصائص الوصية.

من خلال التعريف السابق للوصية، يمكننا استخلاص جملة من الخصائص والمميزات التي تميزها عن باقي التصرفات التبرعية الأخرى.

-الوصية تصرف تبرعي⁴: أي أنها تتم دون مقابل، فالموصي يوصي بثلث ماله على التبرع فهو لا ينتظر مقابل من الموصى له، وبالتالي فهي تتم دن عوض باعتبارها تبرع أوجبه الموصي في ماله تطوعا واختيارا بعد مماته.

-الوصية تملك: تعتبر الوصية سبب من أسباب كسب الملكية، فهي تؤدي إلى تملك الأعيان من منقول وعقار وكذا المنافع كأن يوصي الشخص بسكنى دار أو زراعة أرض،

¹الصادق عبد الرحمان الغرياني، مرجع السابق، ص 270.

²وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 7440.

³محمد أمين شهر بابن عابدي، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، ط 1، دار الكتب العلمية، 1994.

427.

فبمجرد وفاة الموصي تنتقل العناصر الثلاث المكونة للملكية إلى الموصى له، فيصبح هذا الأخير مالكا للشيء الموصى به.

-الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت: أي أن أثر هذا التصرف الذي تم إنشائه حال حياة الموصي، لا يرتب آثاره القانونية إلا بعد وفاة هذا الأخير، ويطلق على حق الموصى له اتجاه الموصي قبل وفاته أنه حق احتمالي، لتخلف عنصر من عناصره وهو موت الموصي، حيث يمنح هذا الشرط للموصي حق الرجوع في وصيته.¹

-الوصية تصرف صادر بالإرادة المنفردة: حيث أنه يتم إنشائها بإيجاب الموصي فقط، ويكون قبول الموصى له شرطا لنفاذ التصرف التبرعي المتمثل في الوصية.²

-وأخيرا تتميز الوصية بأنها من التصرفات الإحتقائية³ التي يشترط القانون عند تحريرها حضور شاهدي عدل اللذان يساهمان في تكوين الوصية، وفي حالة تخلفهما تكون الوصية باطل.

ومن خلال الخصائص التي تطرقنا إليها، نجد أن الوصية تصرف إنفرادي ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي، حيث أنه يقوم يقوم على ركن واحد ووحيد ألا وهو الإيجاب، بينما قبول الموصى له يكون شرطا لنفاذ الوصية، وتعتبر هذه الأخيرة غير لازمة وقت حياة الموصي فيمكنه التراجع عنها وقت ما يشاء.

المطلب الثاني: مفهوم الوقف.

سوف نتعرف في هذا المطلب على التصرف التبرعي الآخر والمتمثل في الوقف، ومنه سوف نقسم مطلبنا هذا إلى فرعين، الفرع الأول نتناول فيه تعريف الوقف، والمطلب الثاني نتناول فيه خصائص الوقف.

¹مايا دقايشية، مرجع سابق، ص 35.

² 184 197 11/88

³مايا دقايشية، المرجع السابق، ص 28.

الفرع الأول: تعريف الوقف.

نقوم في هذا الفرع بتعريف الوقف من الناحية القانونية، ومن الناحية اللغوية وأخيرا نعرف الوصية من الناحية الفقهية، وذلك وفقا للنقاط التالية:أولا: تعريف الوقف من الناحية القانونية.

أولا. تعريف الوقف من الناحية القانونية.

تولى المشرع الجزائري تعريف الوقف في المادة 213 من قانون 11/84 المضمن قانون الأسرة كالتالي: (الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق).

وعرفته المادة 03 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف: (حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير).

وعرفته المادة 04 من القانون السالف الذكر: (الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة).

وتنص المادة 05 من نفس القانون: (الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا للاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها).

إضافة إلى المادة 17 من القانون السالف الذكر: (إذا صح الوقف زال ملكية الواقف، ويؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف وشروطه).¹

ثانيا: تعريف الوقف من الناحية اللغوية.

الوقف بفتح الواو وسكون القاف، مصدر وقف الشيء وأوقفته بمعنى حبسه وأحبسه، وتجمع على أوقاف ووقوف وسمي وقفا لما فيه من حبس المال في سبيل الله على الجهة

1 10/91 1991 04/27 المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، رقة 21

1991/05/08

المعنية، ومن معاني الوقف أيضا الحبس والمنع، فيقال وقفت الدار أي منعتها عن التملك والحبس أو التحبيس هو وصف للوقف.¹

ثالثا: تعريف الوقف من الناحية الفقهية.

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الوقف كالاتي:

عرفه أبو حنيفة، بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة على جهة الخير، وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف على ملك الواقف، ويصح الرجوع عنه ويجوز بيعه، فالوقف عند أبي حنيفة جائز غير لازم كالعارية، فلا يلزم إلا بأحد الأمور الثلاث:
- أن يحكم به الحاكم المولى لا المحكم، بأن يختصم الواقف مع الناظر.
- أن يعلقه الحاكم بموته، فيقول: إذا مت فقد وقفت داري مثلا على كذا، فيلزم كالوصية من الثلث بالموت لا قبله.

- أن يجعله وقفا على مسجد، ويفرزه عن ملكه، ة يأذن بالصلاة فيه.²

ويعرفه الصحابان على أنه: حبس مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته من الواقف وغيره، على مصرف مباح وموجود، أو يصرف ريعه على جهة بر وإحسان تقربا إلى الله عز وجل، وعليه يخرج المال عن ملك الواقف وبصير حبيسا على ملك الله، ويمتتع على المالك التصرف فيه، ويلزم التبرع بريعه على جهة الوقف.

وعرف المالكية الوقف على أنه: حبس العين عن التصرفات التمليلية، مع بقاءها على ملك الواقف مدة معينة من الزمن فلا يشترط فيه التأييد.³

¹ بن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد أبو المكارم، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1989 360.
² وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 7600.
³ وهبة الزحيلي، ا 7602-7601.

من خلال التعريفات السابقة نجد أن المشرع الجزائري تأثر في تعريف الوقف بالفقهاء الأربعة، فأخذ صفة التأييد من المذهب الحنفي، وانتهج مبدأ لزوم الوقف من المذهب المالكي، في حين اتبع مذهب الصحابان في جعل العين محبوسة عن التملك والتصدق بالمنفعة لجهة من جهات البر والإحسان، والوقف هو تصرف تبرعي صادر عن إرادة منفردة.

الفرع الثاني: خصائص التصرفالوقفى.

من خلال التعاريف المقدمة سالفًا نستخلص أهم المميزات التي يتميز بها التصرف الوقفي.

-الوقف تصرف تبرعي غير ناقل للملكية: فبمجرد إنشاء الوقف تتجزأ عناصر الملكية للشئ محل الوقف، فيتحول عنصر التصرف أو ما يطلق عليه بملكية الرقبة إلى الله عز وجل، ويتحول أو ينتقل حق الإنتفاع في شكل ريع إلى الموقوف عليه، وهذا تضمنته كل من المادة 03 من قانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، والمادة 213 من قانون الأسرة الجزائري.

-الوقف تصرف تبرعي من نوع خاص: نصت المادة 04 من قانون الأوقاف على ما يلي: (الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة..)¹.

استعمل المشرع الجزائري لفظ العقد في هذا التعريف بمعناه العام الذي يشمل التصرفات، فالوقف تصرف تبرعي صادر عن إرادة منفردة، ينقل الواقف من خلاله منفعة شيء إلى الموقوف له على وجه التبرع فلا ينتظر مقابل أو عوض على ذلك، وإنما يريد مرضاة الله عز وجل وبره فقط.

-الوقف حق عيني: يعتبر الوقف حق عيني باعتباره يرد على حق الملكية، فيغير من طبيعتها ويجعلها غير قابلة للتداول، فبمجرد إنشاء الوقف تتفصل عناصر الملكية حيث تحبس رقبتهما لله عز وجل وتسبل منفعتها في شكل ريع للموقوف عليه.¹

-الوقف شخص معنوي: بتمام إنشاء الوقف تنشأ الشخصية المعنوية لهذا الأخير، وذلك وفقا لنص المادة 49 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم بالقانون 10/05 المتضمن القانون المدني، مما يجعله يتمتع بآثار الشخصية المعنوية، من أهلية تقاضي وتتولى ذلك السلطة المكلفة بالأوقاف، كما أنه يتمتع بذمة مالية مستقلة ناتجة عن الأموال الموقوفة، كما أنه يتولى إدارة شؤونه شخص مكلف يدعى ناظر الوقف.²

-الوقف معفى من الرسوم: يتميز الوقف عن بقية التصرفات التبرعية الأخرى بهذه الميزة، حيث أنه بالرجوع إلى نص المادة 44 من قانون الأوقاف حيث المشرع الوقف رسوم التسجيل رغبة منه في توسيع دائرة الأوقاف.

كل هذه الخصائص تجعل من الوقف نظام قانوني قائم بحد ذاته، وهو يميز عن بقية التصرفات التبرعية الأخرى بالعديد من المميزات خاصة الوصية، فكل منهما خصائص يتميز بها عن الآخر ولهذا سوف نقوم في المطلب الموالي بتمييز التصرف الوقفي عن الوصية.

المطلب الثالث:

تمييز التصرف الوقفي عن الوصية.

إن كل من التصرف الوقفي والوصية من التصرفات التبرعية التي تتم دون عوض، وتنشأ بالإرادة المنفردة لكل من الواقف والموصي، لكن هناك مميزات تميز كل تصرف عن

¹ خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004، 66-67.

² 58/75

الأخر من حيث النفاذ واللزوم والإثبات، ولهذا وجب علينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الفرع الأول تمييز الوقف عن الوصية من حيث النفاذ، والفرع الثاني نتناول فيه تمييز الوقف عن الوصية من حيث اللزوم، أما الفرع الثالث نعالج فيه تمييز الوقف عن الوصية من حيث الإثبات.

الفرع الأول: تمييز الوقف عن الوصية من حيث النفاذ.

يكون الوقف نافذا بمجرد قيامه بتوفر أركانه وشروطه، حيث تتجزأ عناصر ملكيته مباشرة فتذهب ملكية الرقبة إلى الله عز وجل، أما حق الانتفاع فينتقل في شكل ريع إلى الموقوف عليه، فالوقف ليس بتمليك حيث أن الموقوف عليه لا يتصرف فيه ولا يورثه لورثته بعد وفاته، فقد أكد المشرع على حماية الوقف من أي تصرف يناقض هذا المبدأ، وتطبيقاً للقاعدة التي تقول: (كل ما لا يجوز التصرف فيه، لا يجوز كسبه بالتقادم)، ومنه فإن كل من يحاول التمسك بالتقادم المكسب في الأملاك الوقفية يكون تمسكه مرفوضاً.¹

ومنه فإن الأملاك الوقفية غير قابلة للتملك ولا يجوز اكتسابها بالتقادم، ويجوز للواقف وقف ما يشاء من ممتلكاته لأن الوقف غير محدد المقدار.

أما فيما يخص الوصية فلا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له لها، وتكون نافذة في حدود الثلث ولغير وارث، إلا إذا أجازها الورثة فتتخذ في حق هذا الأخير، وبتمام نفاذ الوصية يصبح الموصى له مالكا للشيء الموصى به، فهي تمليك تؤدي إلى انتقال العناصر الثلاث للموصى له، وبالتالي فهي سبب من أسباب كسب الملكية.

¹خير الدين موسى قنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الجزء الأول، الوقف، ط 1 2012، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، 2011 119.

الفرع الثاني: تمييز الوقف عن الوصية من حيث الزوم.

التصرف الوقفي لازم لا رجوع فيه، حيث أنه بمجرد قيامه يكون لازماً على وجه التأييد، فلا يصح للواقف أن يرجع فيه وتنتشأ الشخصية المعنوية للوقف، ومنه فإن الموقوف عليه ينتفع بالعين الموقوفة مدى الحياة، وهذا ما تضمنته المادة 03 من قانون الأوقاف.¹

أما بالنسبة للوصية فيستطيع الموصي أن يرجع فيها وقت ما يشاء من حياته، ما دامت لا تكون نافذة إلا بعد وفاته، ومنه فإن الوصية ليست لازمة مادام الموصي على قيد الحياة، فهي لازمة بوفاته وقبولها من الموصى له وهذا ما تضمنته المادة 192 من قانون الأسرة.

الفرع الثالث: تمييز الوقف عن الوصية من حيث الإثبات.

لقد جاء في المادة 191 من قانون الأسرة أن الوصية تثبت بمحرر رسمي، يتم توثيقه من قبل موظف مختص²، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم قضائي يؤشر به على أصل هامش الملكية، أما الوقف فقد تعددت المواد التي تنص على وسائل إثباته، حيث نصت المادة 35 من قانون الأوقاف على أن الوقف يثبت بكل الوسائل القانونية والشرعية، وأضافت المادة 41 من نفس القانون أن الوقف يثبت بعقد توثيقي يحرره ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة، في حين أن المادة 187 من قانون الأسرة السالف الذكر قد أحالت مسألة إثبات الوقف للمادة 191 من نفس القانون، وبالتالي يثبت الوقف حسب هذه المادة بنفس الوسائل التي تثبت بها الوصية.

المبحث الثاني:

وسائل إثبات التصرفات التبرعية (الوصية-الوقف).

تعتبر التصرفات التبرعية من التصرفات الخطيرة، فلا يمكن الاحتجاج بها أمام الغير إلا بمحرر رسمي، وفقاً لشكلية معينة فقد تكون هذه الشكلية لنفاذ التصرف وقد تكون وسيلة

إثباته، وقد تعتبر شرطا لنفاذه ووسيلة لإثباته في نفس الوقت، وقد يشترط القانون وسائل أخرى لإثبات بعض التصرفات التبرعية، وبالتالي سوف نتطرق إلى وسائل إثبات كل من الوصية والوقف وبالتالي سوف نقسم مبحثنا إلى مطلبين، المطلب الأول نعالج فيه وسائل إثبات الوصية، والمطلب الثاني نتناول فيه وسائل إثبات الوقف.

المطلب الأول: وسائل إثبات الوصية.

تعتبر الوصية من التصرفات التبرعية الصادرة عن إرادة منفردة، وهناك من يجعل الإرادة المنفردة مصدرا عاما للإلتزام، مثلها مثل العقد، وقد حصر المشرع الجزائري إثبات الوصية في وسيلتين فقط، عقد مصرح به أمام الموثق وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم قضائي، وبهذا سوف نقسم مطلبنا إلى فرعين، الفرع الأول نتناول فيه إثبات الوصية بمحرر رسمي من طرف الموثق، والفرع الثاني نتناول فيه إثبات الوصية بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.

الفرع الأول: إثبات الوصية بمحرر توثيقي من قبل موظف مختص.

تنص المادة 191 ف1 على أنه: (تثبت الوصية: بتصريح الموصي أمام الموثق وتحريير عقد بذلك).

ومن خلال نص المادة المذكورة أعلاه نجد أن الموصي يقوم بإثبات وصيته بإرادته المنفردة، أي أن التصريح الذي يحرره الموثق يكون بإرادة الموصي المنفردة، وبالتالي فإن تصريح الموصي يخضع للرسمية، ومنه سوف نتطرق إلى الشكلية المتعلقة بالرسمية، والتي تكون حال حياة الموصي والشكلية المتعلقة بالشهر، والتي لا تتم إلا بعد وفاة الموصي كون الوصية لا تكون نافذة حال حياته، وسوف ندرس ذلك وفق النقطتين التاليتين:

أولاً: الشكلية المتعلقة بالرسمية.

بما أننا تناولنا تعريف الرسمية وشروطها، وحجيتها القانونية في الفصل الأول فلا داعي لتكرار ذلك، ومنه سوف نتطرق إلى أهم الشروط الشكلية التي تتضمنها الوصية، أو تصريح الموصي المحرر من قبل الموثق.

1-الأشخاص الذين يساهمون في تحرير الوصية:

وهو الشخص الذي يساهم بشكل مباشر في تحرير الوصية، ويتمثل في الموثق.

-الموثق: هو الشخص المكلف بتحرير العقود وقد ذكرته المادة 324 من القانون المدني، وهو الضابط العمومي الموكل إليه تحرير الوصية، ويجب أن يذكر اسمه ولقبه، ومقر إقامته، وفي الحالة التي ينوبه فيها أحد زملائه فيجب أن يشير إلى ذلك في العقد الذي يحرره النائب، والموثق الأصلي يكون مسؤولاً من حيث الموضوع على ذلك.

-كما يذكر الموصي ضمن البيانات وهو المالك للشيء محل الوصية، حيث يقوم بإرادته المنفردة بإنشاء التصرف التبرعي المتمثل في الوصية، ويتوجب فيه أن يكون أهلاً للتبرع، وذلك ببلوغه 19 سنة كاملة وخلو إرادته من العيوب التي تنقصها أو تعدمها، وهذا ما تضمنته المادة 40 من القانون المدني والمادة 186 من قانون الأسرة الجزائري، فيجب على الموثق أن يتأكد من أهلية الموصي حيث أنه لا تصح أهلية الصبي المميز والمجنون.

-ذكر الشخص الذي يتلقى الوصية، وهو الموصى له، ويجب أن لا يكون جهة معصية، وأن يكون أهلاً للتملك.

ويجب على الموثق أن يشير إليه في العقد، حيث يذكر اسمه ولقبه وموطنه، وتاريخ ومكان ولادته وجنسيته.¹

2- يجب على الموصي تعيين محل الوصية وحصرها في ثلث تركته، ويجب أن يكون مملوكا للموصي، وأن يكون معيناً تعييناً دقيقاً، وأن يكون موجوداً وقت إنشاء الوصية، وأن يكون مما يجوز توارثه، وأن يكون مالا متقوما.¹

3- يكتب المحرر الرسمي باللغة العربية، وفي شكل واحد تسهل قراءته ودون اختصار أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وعليه يجب أن تحتوي الوصية على بيانات معينة حتى يكون التصريح رسمياً:

- وجوب تحرير العقد باللغة العربية بطريقة واضحة.

- يجب أن يستعمل الاختصار أي يجب كتابة الكلمات والأسماء.

- يجب ألا يترك بياض إذ يجب ملء البياض بخط مستقيم.

- يجب أن يكتب تاريخ العقد بالأحرف (اليوم، الشهر، السنة).

- يجب حصر عدد الكلمات المشطوبة إن وجدت في النهاية، ويجب أن يتم المصادقة عليها من طرف الموثق، الأطراف والشهود، وهذا ما تضمنته المادة 324 مكرر 02 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل بالقانون 10/05، والمادة 18 من قانون التوثيق.²

وبعد احترام هذه الإجراءات الشكلية وتحرير الوصية من قبل الموثق، يقوم هذا الأخير بتسليم نسخة منها إلى الموصي والذي بدوره لا يقوم بإجراء التسجيل وذلك لكون الوصية لا تنفذ إلا بعد وفاته.

ثانياً: تسجيل الوصية في مصلحة التسجيل.

تنص المادة 60 والمادة 61 من قانون التسجيل، على أن العقود التي يحررها الموثقون تسجل خلال الشهر الذي يلي تاريخ تحريرها.

¹بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007.
272

² 58/75

إلا أن الوصية تخرج عن هذه القاعدة كونها لا تكون نافذة حال حياة الموصي، ومنه فقد نصت المادة 64 من نفس القانون على أنه في حالة وفاة الموصي على الموصى له أن يبادر بتسجيل الوصية وذلك خلال ثلاثة أشهر الموالية لتاريخ وفاة الموصي، كما يتوجب على الورثة إستخراج شهادة توثيقية يتم فيها حصر ممتلكاتهم وذلك بعد التصريح بالتركات،¹ وقد نصت على ذلك المادة 91 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري: (كل انتقال أو انشاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة).²

ويتولى إجراء التسجيل مفتش التسجيل، الذي بدوره يقوم بتسجيل جميع التصرفات القانونية التي أخضعها القانون لهذا الإجراء القانوني، وذلك من أجل إعطاءها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها فيما إذا كانت عقارات أو منقولات.³

ويستوفي مفتش التسجيل الحقوق بناء على ما ورد على لسان الورثة أو الموصى لهم، أو بناء على المحررات والعقود الرسمية التي يتم تحريرها من قبل الموثق والتي هي الأخرى تخضع للتسجيل والإشهار، وكلها خاضعة للرسم ولو كانت نتيجة الوفاة، ونشير في هذا الصدد أن جميع الأموال المتواجدة بالجزائر والتي تنتقل بطريق الوصية أو الميراث تخضع لرسم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص الموصي أو المورث، على خلاف الأموال الموجودة في الخارج فهي لا تخضع لرسم التسجيل بغض النظر عن ما إذا كان مملوكة لجزائري أو لا.⁴

¹ 105/76، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، رقم 81

1976/12/18.

² 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، رقم 30

1976/40/13.

³ رامول خالد ودوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، 2008، ص 22.

⁴ بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، 2008، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ص 72.

وتنص المادة 80 من قانون التسجيل على أن تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة يتم في مكتب التسجيل التابع لها مكان سكنى المتوفى وهذا معناه أن الوصية تسجل في مكتب التسجيل محل سكنى الموصي، أما الوصية المبرمة في الخارج تسجل على مستوى مكاتب التسجيل إذا كان محلها عقار، مكتب التسجيل التابع له محل سكنى الموصي أو محل سكنه الأخير المعروف بالجزائر ومكتب التسجيل التابع له موقع العقارات المعنية بالوصية، دون أن يترتب على ذلك دفع لرسوم التسجيل مرتين.

ثالثا: الشكلية المتعلقة بالإشهار.

لا تشهر الوصية إلا بعد وفاة الموصي، وبعد اتباع إجراءات هي:

1- تحرير فريضة: تعرف الفريضة على أنها: (وثيقة تحرر عادة لدى الموثق، وأحيانا أمام القضاء، تذكر فيها معلومات خاصة بالمورث، وتتضمن قائمة أسماء وصفات كل الورثة، والإشارة إلى الوصية إن وجدت، وكذا تحديد أنصبتهم الشرعية).¹

ويلجأ ورثة الموصي المتوفي إلى الموثق مصحوبين بوثائق الحالة المدنية اللازمة، من شهادة وفاة الموصي وشهادات ميلاد الورثة ووثيقة الوصية، ليصرحوا بأنهم الورثة الشرعيين للموصي، مدعين تصريحاتهم بشهادة شاهدين، ليتأكد بعدها الموثق من هوية الورثة وعلاقتهم الشرعية بالموصي طبقا للوثائق المقدمة إليه تصريحات الشاهدين، ويحرر على إثرها فريضة الموصي التي تعد قرينة قوية على قيام العلاقة بين الوارث والمورث،² مشيرا إلى وجود وصية التي حررت في تاريخ محددة.

بعد تحرير الفريضة يتعين على الموثق معرفة صفة الموصي له إن كان وارث أو غير وارث، وبهذا تأتي المرحلة الثانية.

1، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل، 2000

الديوان الوطني للأشغال العمومية، ط 2004، 43.

2مزعاش نسيمة 43.

2- قبول الموصى له للوصية: بعد تحرير الفريضة من قبل الموثق تأتي مرحلة قبول الموصى له للوصية، وذلك من أجل تنفيذ الوصية فقبوله قرر من أجل نفاذ الوصية.

بعد قبول الموصى له الوصية، وإجازتها من قبل الورثة وهذا في حالة ما إذا كان الموصى له من الورثة.

3- حصر تركة الموصي: يقوم الموثق بحصر ممتلكات الموصي و ذلك بجرد ما فيها من أعيان، أي ما له من حقوق وما عليه من ديون وتسدد الديون قبل تنفيذ الوصايا، و بعد تعيين نصيب كل وارث وتحديد مقدار الوصية بالثلث، ففي هذه الحالة يجب معرفة ما إذا كانت الوصية تساوي مقدار الميراث الذي نتج عن التركة أم أنها أقل وذلك حتى تصبح نافذة في مواجهة الورثة.

وبعد ذلك تحرر شهادة توثيقية تشهر في المحافظة العقارية، حتى تنتقل الملكية إلى الموصى لهم والورثة وذلك من تاريخ شهرها بأثر رجعي إلى تاريخ الوفاة، ويلتزم الموثق بتعيين العقار تعيينا كافيا نافيا للجهالة، ثم يقرأ العقد على طالب الشهادة وفي الأخير يوقعه ويقوم بتسجيله، من أجل استيفاء رسوم التسجيل، ثم يشهر في المحافظة العقارية الموجود بدائرة اختصاصها العقار، ويجب على المحافظ العقاري أن يؤشر على البطاقة العقارية بشطب الموصي.¹

وتخضع الوصية للقواعد العامة لانتقال الملكية العقارية، وذلك من خلال المادة 793 من القانون المدني التي تستلزم مراعاة إجراءات الشهر العقاري لانتقال الحقوق العقارية أيا كانت حقوق ملكية أو حقوق عينية أخرى، إذ تنص: لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في

العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.¹

غير أن المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، تضمن استثناء على انتقال الملكية والحقوق العينية من تاريخ الوفاة وليس من تاريخ الشهر إذ تنص: (كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارها في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية).²

كما ألزمت المادة 99 من المرسوم 63/76 الخلف العام أيا كانوا ورثة أو موصى لهم بتقديم التماساتهم لمباشرة إجراءات نقل ملكية الحقوق العينية خلال 06 أشهر من تاريخ الوفاة وذلك تحت مسؤوليتهم المدنية عن أي تأخير وتجاوز لهذه الأجل، فإذا انتهت دون قيام الموصّلهم بإجراءات الشهر سقط حقهم في المطالبة بملكية الموصى به لأن الأثر العيني للتصرفات وفقا للقانون الجزائري يتم بإتمام إجراءات الشهر والتسجيل.³

الفرع الثاني: إثبات الوصية بحكم قضائي.

تنص المادة 191 في فقرتها 2 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: (وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، يؤشر به على هامش أصل الملكية).

وعليه نستنتج أن المشرع الجزائري أورد استثناء على الفقرة 01 من نفس المادة التي توجب أن تثبت الوصية بمحرر رسمي، أي أنه في حالة ما إذا طرأ مانع قاهر يحول دون تمكين الموصي من توثيق وصيته لدى موثق في هذه الحالة إذا كانت الوصية في شكلها العرفي

1 58/75
2 74/75
3 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

والموصى أثناء توجهه إلى الموثق تعرض لحادث سير خطير، يمكن للموصى له إثبات هذا المانع.¹

وبما أن الوفاة واقعة مادية يمكن إثباتها بكل وسائل الإثبات، وكأن المشرع فتح المجال أمام الموصى له لإثبات وصيته بكل الوسائل والطرق، ويلتمس هذا الأخير من القضاء إصدار حكم يعترف بصحة و نفاذ الوصية، ويصبح الحكم الصادر عن المحكمة نهائيا بعدما يصبح ممهور بالصيغة التنفيذية، يتم التأشير به على هامش أصل الملكية والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام دليل على وجودها، إما بورقة عرفية موقعة من قبل الموصى قبل الوفاة أو بتصريح الشهود بوجود وصية.²

وبالرجوع إلى نص المادة 171 من قانون التسجيل نجد أن الورثة والموصى لهم يلتزمون بتقديم تصريح مفصل عن التركة، كما أنهم يقومون بتحرير فريضة لدى الموثق بغرض حصر التركة وذلك بعد تقديمهم كل الإثباتات والسندات التي تثبت صفة الورثة بما فيهم الموصى لهم من أجل تحديد نصيب كل واحد من التركة، بعدها تستخرج شهادة توثيقية تحصر فيها التركة على الشيوخ بعد تقديم وثائق كافية لذلك من كالوثائق التي تثبت أصل الملكية للعقارات ووثائق السيارات وهذا ما تضمنته المادة 91 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.³

بعد صدور حكم قضائي نهائي ممهور بالصيغة التنفيذية، يسجل هذا الحكم في مصلحة التسجيل ويتم شهره لدى المحافظة العقارية بعد قبض رسوم الشهر والتسجيل، ويؤشر به على أصل هامش الملكية إذا كان محل الوصية عقار، وحينها تنتقل الملكية إلى الموصى له.

¹ شيخ نسيم، مرجع سابق، ص 208.

² بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 70.

³ عبد الله طواهر، الإثبات في المواد العقارية، مذكرة نهاية التكوين المتخصص في مادة القانون العقاري، المعهد الوطني فعة الأولى، السنة الأكاديمية 2001/2000 20.

المطلب الثاني: إثبات التصرف الوقفي.

أولى المشرع الجزائري اهتماما كبيرا للأحكام الوقفية العامة، وذلك بسبب طابعها الديني التعبدية ودورها في تحقيق التكافل الاجتماعي، وهذا فقد أحاطها بقواعد قانونية كفيلة بإضفاء الحماية القانونية لهذا النوع من الأوقاف، حيث نظم وسائل إثباتها في نصوص متفرقة من قانون الأسرة والقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف، وقد حصل خلاف فيما إذا كانت الشكلية المطلوب في الوقف شكلية للإثبات أم إذا انصبت على عقار تكون للإنعقاد، ولتوضيح هذا الخلاف نقوم بتقسيم مطلبنا إلى فرعين، الفرع الأول نتناول فيه إثبات التصرف بالوسائل القانونية والشرعية، والفرع الثاني نتناول فيه إثبات الوقف بالوسائل المستحدثة.

الفرع الأول: إثبات الوقف بالوسائل الشرعية والقانونية.

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى طرق الإثبات الشرعية والقانونية، والتي عرفت تطورا ملحوظا عبر فترات من الزمن ولمعرفة ذلك سوف نقوم بدراستها وفق المراحل التالية:

أولاً: المرحلة الممتدة قبل صدور قانون التوثيق 1970:

كانت المعاملات العقارية في هذه الفترة تخضع لمبدأ الرضائية¹، حيث أنه بمجرد صدور إيجاب الواقف تخرج ملكية العين الموقوفة من ذمته سواء كان عقار أو منقول، وبالتالي قبل دخول قانون التوثيق حيز النفاذ، لم تكن الرسمية تشترط في مثل هذه المعاملات.

وبالتالي حسب نص المادة 35 من القانون 10/91 فإن الوقف الناشئ في هذه الفترة يثبت بكافة الوسائل الشرعية والقانونية، سواء كان ذلك بشهادة شهود أو بالكتابة والكتابة نقصد بها المحررات العرفية التي كان يحررها أصحاب التصرف، أو المحررات التي كانت تكتسي الطابع الرسمي والتي كان يحررها القضاة الشرعيون في هذه الفترة.

فالوقف كان خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي كان يثبت بالطرق الشرعية المتمثلة فيما يلي:

1-البينة: هي الحجة والدليل والبرهان وبذلك جاء معناها في القرآن الكريم، فهي اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وقد تكون البينة شهودا، أو تكون وثيقة وحجة بها إقرار أو إسهاد يثبت به الحق.¹

2-الشهادة: تعتبر الشهادة إحدى طرق إثبات الوقف في هذه المرحلة، ويشترط فيه بيانه ولو كان قديما، ويقبل في إثباته الشهادة على الشهادة، كما تجوز شهادة النساء مع الرجال، والشهادة بالشهرة والتسامع وتقبل شهادة التسامع لبيان المصرف.²

ويقصد بشهادة الشهود الدليل المستفاد من شهادتهم، وهم الأشخاص الذين يؤدون صحة تصرف قانوني على اعتبار أنهم على علم بوجود أملاك وقفية في أماكن معينة، تم وقفها في فترة من الزمن هذا وقد نظم المشرع في إطار الأملاك الوقفية مرسوما تنفيذيا يتضمن إحداث وثيقة الإسهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي، وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، فالإسهاد الذي جاء به المشرع يتضمن شهادة الشهود، وهو يعتمد على الشهادة بالتسامع.³

3-العقد العرفي: إن العقود العرفية التي كانت تبرم في هذه الفترة تعتبر صحيحة من الناحية القانونية متى اكتسبت تاريخا ثابتا، قبل دخول قانون التوثيق حيز النفاذ أي قبل تاريخ 1971/01/01، ويمكن اشهارها في المحافظة العقارية.⁴

¹ د الرحمان الغرياني، مرجع سابق، 220-363.

² وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 7667.

³ قرعاني موسى، عقد الوقف وطرق إثباته، في الفقه الإسلامي والتشريع الج. 73
العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 2014/2013

⁴ لتشريع الجزائري، د ط، دار الهدى 2006 97.

4-العقد الشرعي: بسبب طبيعة الوقف الدينية فإنه كان يخضع للمحاكم الشرعية، حيث كان القضاة الشرعيون يتولون إبرام التصرف الوقفي وكانت التصرفات التي يبرمها القضاة الشرعيون تتمتع بنفس الحجية التي تتمتع بها العقود الرسمية.¹

ثانيا: المرحلة الممتدة من 1970 إلى غاية صدور قانون الأسرة 1984.

يعتبر قانون التوثيق نقطة تحول هامة بالنسبة للمعاملات العقارية، إذ جاءت المادة 12 من بقاعدة مفادها أن جميع التصرفات الواردة على عقار تخضع للشكل الرسمي والتي عدلت بالمادة 324 مكرر 1 من الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني التي تنص: (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...)، فبناء على هذا النص فرضت الرسمية.²

وقد قضت المحكمة في قرارها رقم 234655 المؤرخ في 1999/11/16 والذي جاء في حيثياته ما يلي: من المستقر عليه أن عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا.

ومتى تبين من قضية الحال أن عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي فإن قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطأوا في قضائهم وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني.³

حيث استند بعض الأساتذة الباحثين على هذا القرار واستبعدوا الوقف من نطاق الرسمية، حيث يتم إثباته في هذه الفترة بالعقود العرفية.⁴

²حمدي عمر باشا، نقل الملكية العقارية، د ط، دار هومة، الجزائر، 2004 11 وما يليها.

³القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية تحت رقم 234655 1999/11/16

الاجتهاد القضائي، وزارة العدل، عدد خاص، 2001 314.

ونشير في هذا الشأن أن قرار المحكمة العليا اخترق قاعدة قانونية، وبالتالي فإنه يعتبر خاطئ لأنه لا اجتهاد مع وجود نص، وكنا قد أشرنا سابقا إلى أن المادة 12 من القانون 91/70، توجب إخضاع المعاملات الواردة على عقار كتابتها في شكل رسمي، كون الرسمية تؤدي إلى استقرار المعاملات، كما أن العقد الرسمي له قوة ثبوتية وحجة قاطعة على الغير.

لكن المحكمة العليا أعادت النظر في قضية الحال وأصدرت قرار سنة 2006 يقضي بأن العقود المبرمة قبل صدور قانون التوثيق تعتبر صحيحة ومنتجة لأثارها، حيث اعتبر هذا القرار قانون التوثيق هو الفيصل في إخضاع المعاملات العقارات للرسمية.

**-ثالثا: المرحلة الممتدة منذ صدور قانون الأسرة إلى غاية صدور قانون الأوقاف
10/91:**

كانت الأملاك الوقفية خاضعة لنص المادة 217 من ق أ التي تقضي بأن الوقف يثبت بما تثبت به الوصية، ومنه فهو يثبت:

-بتصريح الواقف مدير الشؤون الدينية والأوقاف وتحرير عقد بذلك.

-وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ويستخلص من نص هذه المادة أن المشرع أخضع التصرفات الواقعة خلال هذه المرحلة والتي يكون محلها عقار للرسمية، حيث أن الوقف يثبت بعقد توثيقي محرر من قبل موظف مختص، لكن في حالة القوة القاهرة أو المانع القاهر يثبت الوقف بحكم قضائي يؤشر به على أصل هامش الملكية

والقوة القاهرة: هي أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع، تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ من جانب المدين¹

وقد يتمثل المانع القاهر في الموت المفاجئ أو في حادث سير خطير، يؤدي إلى منع الواقف من توثيق عقده.

وفي هذه الحالة تسعى مديرية الشؤون الدينية والأوقاف إلى إثبات الوقف وذلك برفع دعوى قضائية أمام القضاء المختص إقليمياً والذي يقع بدائرتة العقار تطالب فيها بإثبات الوقف ويقع عبئ الإثبات في هذه الحالة على مديرية الشؤون الدينية والأوقاف وذلك باستعمال كافة وسائل الإثبات وكأن المشرع يتيح لمديرية الشؤون الدينية والأوقاف كل الوسائل من أجل إثبات الوقف، وذلك بالرجوع إلى نص المادة 35 من القانون 10/91 التي تنص على أن الوقف يثبت بكافة الوسائل الشرعية والقانونية، أما القاضي فهو ملزم من التحقق من قيام ذلك المانع ووجوده فعلاً، فيشير إلى المانع في حكمه وكذا طريقة ثبوته.¹

وهناك من يرى أن المشرع الجزائري في نص المادة 191 عندما أوجب إخضاع الوقف إلى الرسمية إنما كان من أجل سد الباب أمام وسائل الإثبات الأخرى فقط، فلم يكن يقصد في حالة تخلف الرسمية إبطال عقد الوقف، لكننا نعارض هذا الرأي لأن المشرع في الفقرة 02 من نص المادة 191 من قانون الأوقاف عندما ترك الحرية في إثبات الوقف إنما جعل ذلك في الحالات الاستثنائية فقط، وهي وجود المانع القاهر فلا يتصور تطبيق الفقرة 02 في الحالات العادية، وإنما الرسمية هي الوسيلة الوحيدة لإثبات الوقف.²

وبعد إصدار الحكم ومهره بالصيغة التنفيذية يحل هذا الحكم محل العقد، ويؤشر به على أصل هامش الملكية.

رابعاً: المرحلة الممتدة من صدور قانون الأوقاف 91 إلى يومنا هذا:

¹ فيروز شحان، إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي سوق أهراس، 2008، 64.

² مايا دقايشية، مرجع ساب، 217.

ويخضع الوقف في هذه المرحلة لنص المادة 41 من قانون 10/91: (يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف)، من خلال تحليلنا لنص المادة السالفة الذكر نستنتج أنها جاءت على صيغة الأمر، حيث تعتبر قاعدة أمر لا ينبغي مخالفتها، ومنه فإن الوقف عقدا رسميا يخضع للشكلية، لكن لم تتبين نوع الشكلية التي يخضع لها الوقف في هذه المرحلة هل هي شكلية الانعقاد أم شكلية الإثبات، وللإجابة على هذا التساؤل إلى رأي كل من الاتجاهين التاليين:

لقد اتجه فريق من الباحثين على أن الشكلية المطلوبة في الوقف هي شكلية الإثبات، كون أن المشرع لم يرتب جزاء البطلان على تخلفها، أي أنه لم يرتب جزاء البطلان على العقود العرفية، بالإضافة إلى أن بطلان هذه العقود يؤدي إلى القضاء على الطابع الخيري للوقف، ومنه بمفهوم المخالفة فإن العقود التي لم تستوفي الطابع الرسمي صحيحة ومرتبطة لأثارها.¹

غير أنه بالرجوع إلى المادة 04 في فقرتها 02 نجد أن المشرع نص على ما يلي:
(يثبت وفقا للإجراءات المعمول بها مع مراعاة أحكام المادة 02 المذكورة أعلاه).

حيث أنه يجب على الواقف احترام الإجراءات المعمول بها، ومنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 01 التي تنص: (زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي).

ونصت المادة 793 من ق.م.ع: (لا تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري).

وبما أن حق الانتفاع الناتج عن الوقف هو حق عيني فهو بالضرورة يخضع لنص هذه المواد ومنه نخلص إلى أن الشكلية المطلوبة في الوقف هي شكلية للانعقاد إذا محل الوقف عقار، ونستشف أيضا من نص المادة 35 والمادة 38 التي تنص: (تسترجع الأملاك الوقفية ... إذا ثبتت بإحدى الطرق الشرعية والقانونية)، وأن نص المادة 35 إنما كان الغرض منها استرجاع الأملاك الوقفية والكشف عنها، وبالتالي فإن الأملاك الوقفية المبرمة في هذه المرحلة تخضع للرسمية والشهر، ومنه فإننا نتطرق إلى الشكلية المتعلقة بالرسمية في الوقف ثم ندرس الشكلية المتعلقة بالشهر.

-الشكلية المتعلقة بالرسمية:

يجب أن يحرر الوقف أمام موظف مختص، وهو مدير الشؤون الدينية والأوقاف باعتباره الشخص المكلف بتحرير الوقف، وهو أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي للولاية، ويتم تعيينه في هذا المنصب عن طريق مرسوم¹. وقد نصت المادة 26 مكرر 11 من القانون 07/01 على أن للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 8 أعلاه ويجب مراعاة الأوضاع المقررة قانونا كما أشرنا إليه في الفصل الأول.

ينبغي على مدير الشؤون الدينية والأوقاف عند تحريره عقد الوقف أن يراعي في ذلك الشروط التي تتضمنها المادة 324 ق.م، وبعد تحرير العقد لدى الموظف المختص واحترامه لكافة الشروط التي ينبغي أن تتوفر في العقد الرسمي، يأتي دور الموثق في إجراء عملية تسجيل الوقف تحصيل الضريبة وإعطاء تاريخ ثابت للحقوق العقارية، إلا أن المشرع في نص المادة 44 من قانون الأوقاف أعفى الوقف من رسوم التسجيل كونه ذات طابع تعديدي ديني وهي كالتالي: (تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والخير)، فيجب إخضاع الوقف للتسجيل مع مراعاة

شروط إعفائه من الرسوم، وإلا كان محل رفض للإيداع من طرف المحافظ العقاري حسب نص المادة 100 من المرسوم 69/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.¹

-الشكلية المتعلقة بالشهر:

بعد عملية تسجيل الوقف لدى مصلحة التسجيل يجب على المكلف بتحرير الوقف أن يبادر بشهره في المحافظة العقارية وذلك في الأجل المنصوص عليها قانونا يقوم به، وتعتبر عملية الشهر إجراء إداري يقوم به المحافظ العقاري إذا وجد أن الموثق احترام الشروط الشكلية والموضوعية لهذا التصرف التبرعي، وكنا قد تطرقنا إلى عملية الشهر في الفصل الأول، وبالتالي إذا كان محل الوقف عقار فلا ينتقل الحق العيني فيه إلا بعد احترام عملية الشهر، والذي يقوم بها المحافظ في المحافظة العقارية.

الفرع الثاني: الوسائل المستحدثة لإثبات الوقف.

لقد استحدثت المشرع وسائل قانونية أخرى لإثبات التصرف الوقفي منها الشهادة الرسمية والسجل الخاص وسوف نقوم بشرح كل وسيلة على حدا.

أولا: وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي.

لقد تم استحداث وثيقة الإشهاد المكتوب وفقا لنص المادة 08 من قانون الأوقاف الذي يعتبر المصدر الرسمي للوقف، والتي تحدد شروط وكيفيات صدورها وتسليمها، استنادا إلى المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 2000/10/06، وتعتبر هذه الوثيقة وسيلة مستحدثة لإثبات الملك الوقفي، وتمر هذه الوثيقة بعدة مراحل قبل صدورها في شكلها النهائي.

- 1- يتلقى وكيل الأوقاف شكوى، وبعد قراءته لفحوى هذه الشكوى يقوم بالاتصال بصاحب هذه الأخيرة للتأكد من صحتها، وإذا كان التصريح من أحد الأشخاص عليه تسجيل هذا التصريح في محضر موقع عليه من صاحب التصريح ووكيل الأوقاف الذي يقوم بالبحث عن محل الوقف بكل الوسائل المتاحة لديه.
- 2- بعد تلقي الشكوى أو التصريح يقوم وكيل الأوقاف بإجراء معاينة في مكان وجود المال الموقوف، ويقوم بالاتصال بالإمام ولجنة المسجد وبعض الشهود ومن له معرفة بال عقار، لتسجيل كل ما قام به في محضر من طرف محضر قضائي ليقدم محضر إثبات حالة.
- 3- استنادا إلى محضر إثبات حالة يتصل وكيل الأوقاف بالمصرحين وذلك لملأ وثيقة الإشهاد المكتوب التي تصادق عليها مصالح البلدية.
- 4- يقوم وكيل الأوقاف بإصدار الشهادة الرسمية بناء على وثيقة الإشهاد المكتوب، وذلك وفقا للمرسوم التنفيذي 2000-336 المتعلق بإنشاء وثيقة الإشهاد.
- 5- تتقدم مديرية الشؤون الدينية والأوقاف ممثلة بوكيل الأوقاف-بأمر على عريضة- إلى رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار وتحديد الشروط الشكلية والقانونية لتعيين محضر قضائي لإجراء المعاينة وإثبات صحة الوقف من كل من له معلومة على العقار وذلك بوصفه وصفا دقيقا وتعيين معالمه.
- 6- بعد توقيع العريضة من قبل رئيس المحكمة يبلغ المحضر بإجراء المعاينة ثم يقوم المحضر القضائي بتسليم محضر المعاينة إلى المديرية طبقا لما هو منصوص عليه قانونا.
- 7- يمكن للمديرية أن تكلف خبير عقاري لإجراء معاينة للعقار وذلك بتحديد معالمه ومساحته وكل ما يتعلق بالعقار.
- 8- بعد القيام بهذه الإجراءات يقوم تسجل الشهادة الرسمية في السجل الخاص الموجود في مديرية الشؤون الدينية للولاية طبقا للمرسوم التنفيذي السالف الذكر.

- 9-توضع نسخة من الشهادة بعد شهرها بالمديرية، مرفقة بكل الوثائق المطلوبة.
- 10-ترسل الشهادة مرفقة بنسخة من التقرير والوثائق إلى المحافظة العقارية لشهرها، وينبغي احترام المادة 44 من قانون الأوقاف التي تشترط إعفاء الوقف من رسوم التسجيل.
- وبعد الانتهاء من كل هذا ترسل نسخة من الشهادة إلى الإدارة المركزية، وتسهل هذه الشهادة عملية إثبات الوقف.¹

ثانيا: السجل الخاص لحصر الأملاك الوقفية وإثبات الملك الوقفي.

استنادا إلى نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي 2000-336 يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي.

السجل الخاص عبارة عن دفتر رسمي خاص بالملك الوقفي، تمسكه الجهة المختصة رسميا والمكلفة بإدارة الأملاك الوقفية لتدوين البيانات المتعلقة بهوية الوقف ونوعه، وجمع كل المعلومات من أجل إشهارها.

ونصت على ذلك المادة 02 من المرسوم المذكور أعلاه على ما يلي: (يرقم السجل الخاص بالملك الوقفي المذكور في المادة، ويؤشر عليه من السلطات العمومية المؤهلة قانونا وبمسك من قبل مدير الشؤون الدينية والأوقاف المختص إقليميا).

والسجل الخاص يتطلب قانونا أن يؤشر عليه مدير الشؤون الدينية والأوقاف لإضفاء الصبغة القانونية عليه.²الرسمية، كما أنها لا تكون نافذة إلا بعد شهرها في المحافظة العقارية.

.79-74

1

.80

2

المطلب الثالث:

حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت والتفريق بين الشكلية المقررة للانعقاد والشكلية المقررة للإثبات.

سوف نتطرق في هذا المطلب إلى التصرفات التي تصدر من المتبرع في مرض الموت، وطبيعتها ونوعها لأن المشرع الجزائري منحها وصف خاص، كما أننا سوف نتعرف على أهم الفروقات بين الشكلية المقررة للانعقاد والشكلية المقررة للإثبات، ومنه نقسم هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول نعالج فيه حكم التصرفات التبرعية المبرمة في مرض الموت، أما الفرع الثاني نتناول فيه الفرق بين الشكلية المقررة للانعقاد والشكلية المقررة للإثبات.

الفرع الأول: حكم التصرفات المبرمة في مرض الموت.

لقد جاء في نص المادة 776 من القانون المدني على أن التصرفات الواقعة في مرض الموت تعتبر وصية،¹ بالإضافة إلى نص المادة 204 من قانون الأسرة التي تجعل الهبة المبرمة في مرض الموت وصية، ومنه فإن كل التصرفات القانونية التي يبرمها الشخص في فترة مرض الموت وصية، ومنه فإنه حسب نص المادتين يتغير تكييف التصرف من هبة أو وقف إلى وصية، أي تطبق أحكام الوصية على هاذين التصرفين، فما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة، حيث تطبق أحكام المواد 185، 189، 204 من قانون الأسرة،² فنطبق على هذه التصرفات التي وقعت في مرض الموت الأحكام المتعلقة بالوصية أي صفة المتصرف ومقدار التصرف، فإذا كان الشخص وارث فإن نفاذ التصرف يتوقف على إجازة الورثة، أما إذا كان مقدار الشيء المتبرع به يفوق الثلث ينزل في هذه الحالة إلى حدود الثلث.

58/75 1
11/84 2

ومنه سوف نقوم بدراسة حكم الهبة والوقف الصادران في مرض الموت، ونقسم ذلك إلى نقطتين:

أولاً: حكم الهبة المبرمة في مرض الموت.

لقد نصت المادة 204 من قانون الأسرة على: (الهبة في مرض الموت أو الأمراض أو الحالات المخيفة تعتبر وصية).

وقد أعطى المشرع إلى الواهب الذي تصرف في ماله، أثناء مرض الموت يأخذ تصرفه حكم الوصية، ومنه إذا كانت الهبة لوارث لا تنفذ إلا بإجازة الورثة، وما زاد عن الثلث يخفض إلى حدود الثلث، وبالتالي يطبق على هذا التصرف آثار الوصية فقط، ومن القرارات الصادرة في هذا الشأن، قرار المحكمة العليا رقم 11141، الصادر في 1986/05/05 (غير منشور).

حيث من المقرر فقها أن يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإن كان تبرعه صدر أثناء مرض الموت وصية.

ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته، ولهم إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات كون مرض الموت واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة الوسائل.

وانتقد هذا القرار كون أن قضاة المجلس اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضاً، وحجتهم في ذلك أنه استدعى الموثق إلى منزله لإبرام تصرفه.

حيث أنهم لم يسعوا إلى إثبات مرض الواهب، وأن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المبرمة في مرض الموت دون إجراء تحقيق بذلك، للتأكد أن الهبة الصادرة في هذه الفترة

وصية، لم يسببوا قرارهم تسبباً كافياً، ولم يؤسسوا تأسيساً شرعياً، الأمر الذي يتوجب نقض القرار.¹

ثانياً: حكم الوقف المبرم في مرض الموت.

تطبيقاً لنص المادة 776 من القانون المدني التي تنص: (كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع، يعتبر مضاف إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف).

ومنه يخضع الوقف المبرم أثناء مرض موت الواقف لأحكام الوصية، فإذا كان لغير وارث ينفذ في حدود الثلث، وما زاد على ذلك يخضع لإجازة الورثة، أما إذا كان الوقف المبرم لوارث فإن وقفه يخضع لإجازة الورثة، حتى وإن كان في حدود الثلث.

وقد نصت المادة 32 من قانون الأوقاف على: (يحق للدائنين طلب ابطال وقف في مرض الموت إذا كان الدين يستغرق جميع أملاكه).

وقد ذهب المجلس الأعلى في القرار الصادر في 1971/03/03 نشرة القضاة 1972، عدد 02، ص 73 (من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الحبس باطل، وعلى المدعي ببطلانه لذلك السبب إقامة البينة على أن الحابس كان مصاباً وقت حبسه بالمرض الذي مات من جرأته).

وقد نقض هذا القرار لأنه لم يستند في حكمه على وسائل إثبات مرض الموت.²

الفرع الثاني: الفرق بين الشكلية المقررة للانعقاد والشكلية المقررة للإثبات في التصرفات التبرعية.

¹ كاف بلال و رمادية أمين، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجبالي بونعامة، خميس مليانة، 2017/2018، ص 31.


² و رميلية أمين، الرجوع السابق، ص 75.

إن كل من الشكليتين تخضع لأحكام وشروط المادة 324 مكرر من القانون المدني، إلا أن المشرع في بعض الأحيان يشترطها لإثبات التصرف فقط، فلا تكون حينئذ ركن في التصرف التبرعي مثل: الوصية، وإنما كل ما في الأمر أنها تعد دليل إثبات قاطع، فنظرا لما توفره الشكلية من ائتمان وضمان اشترطها المشرع كي تكون وسيلة إثبات التصرف التبرعي، وقد تكون الشكلية ركن شكليا يقوم عليه التصرف التبرعي وحال ذلك في الهبة، فالمشرع هنا أوجب إخضاع الهبة للرسمية أثناء إنشائها، فلا يقوم التصرف إلا بتوفر ركن الشكلية، ومنه فإن الشكلية التي تكون للإثبات لا ينجر على تخلفها البطلان المطلق، بينما تخلف الشكلية المقررة للانعقاد يترتب عنها البطلان المطلق ونذكر الهبة، فمتى ذهب المتبرع إلى الموثق ودون تصرفه، ففي هذه الحالة يعتبر ما دونه بناء على ما شاهده له قوة إثبات مطلقة، وعلى كل من أراد إثبات عكسها أن يطعن فيها بالتزوير.

وهناك من يرى أنه لا يوجد فرق بين الشكل المقرر لصحة التصرف والشكل المقرر لإثباته خاصة من الناحية العملية، بينما يمكننا التمييز بين الشكليتين من الناحية العملية، بالقول أن عدم احترام الشكل يؤدي إلى عدم وجود التصرف أو العقد، بينما إذا كان الشكل مقرر للإثبات فيقتصر الأثر في العجز عن إثبات التصرف التبرعي¹، لأن التصرف يكون موجودا وصحيا لكنه لا يثبت إلا بالكتابة، كما أنها تعتبر شرطا مهما لنفاذ التصرف وفاعليته، فكلا الشكليتين يساهمان في توعية المتبرع بخطورة التصرف التبرعي.

ونخلص إلى وجود فرق شاسع بين الشكل المقرر للانعقاد والشكل المطلوب للإثبات، فتخلف الأول يؤدي إلى بطلان العقد (الهبة) واستحالة ترتيب آثاره ولا يمكن لأي شخص الادعاء بوجوده أو التمسك به، بينما تخلف شكلية الإثبات يجعل المدعي في وضع عسير، مما يصعب عليه مهمة إثبات التصرف، كما لا يترتب على تخلف شكلية الإثبات انعدام التصرف لأن التصرف يكون موجودا وصحيا.

ومن هنا نخلص إلا أن الشكلية المقررة لإثبات التصرف لا تؤثر على صحته ووجوده من الناحية القانونية، وإنما يجعل التصرف غير نافذ في مواجهة الغير، وقد اشترطها القانون لإثبات التصرف التبرعي، وبالتالي فهي حجة ودليل على وجوده، وقد أخضع المشرع الجزائري الوصية لهذه الشكلية فلا تنفذ في مواجهة الغير إلا بعد شهرها وتكون نافذة بأثر رجعي إلى الوفاة كون الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، ويستوي أن يبادر الموصى له بتسجيل وشهر الوصية، والاحتجاج بها وفقا لتصريح الموصي المحرر من قبل الموثق، بالإضافة إلى إخضاع الوقف لشكلية الإثبات في مراحل معينة مضت إلا أنه منذ صدور قانون الأوقاف 10/91، أصبحت الشكلية ركن في الوقف إذا انصب على عقار، أما فيما يخص الهبة فبالإضافة إلى كون الشكلية ركنا فيها إلا أنها لا تثبت إلا بواسطتها فهي حجة ودليل قاطع على وجود التصرف ونفاذه في مواجهة الغير.

A decorative frame with intricate floral and scrollwork patterns, centered on the page. The frame is composed of multiple layers of swirling lines and small floral motifs, creating a rich, ornate border.

الخاتمة

الخاتمة:

لقد كانت الهبة والوصية والوقف ولازالت من أهم التصرفات التبرعية التي تساعد على نشر خصال البر والتقوى، بالإضافة إلى كونها تساهم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وقد شكلت مجالا خصبا في مجال العمل الإنساني.

وهي تنشأ بإرادة المتبرع ولهذا كان لا بد على المشرع أن يقوم بضبطها بشكلية معينة، حيث تتعدد مواضع الشكالية في هذه التصرفات، إذ تعتبر ركن جوهري يقوم عليه عقد الهبة، وبتخلفها تبطل الهبة ولا تنتج أثارها القانونية، وهو ما يطلق عليه بانعدام التصرف أو العقد، حيث يرجع المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل إبرام الهبة.

أما بالنسبة لموضع الشكالية في الوصية فإنها تعتبر وسيلة مهمة لإثباتها، فتصريح الموصي أمام الموثق يعتبر حجة قاطعة ودليل على وجود التصرف التبرعي المتمثل في الوصية، كما أنه في حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية، وهي حالة استثنائية عن الأصل.

وفيما يخص الوقف فقد تناقضت النصوص القانونية بين قانون الأوقاف وقانون الأسرة والقانون المدني المنظمة له سيما إذا تعلق الأمر بعقار، وهذا راجع إلى عدم انسجام قانون الأوقاف مع هذه التشريعات، وصدور تشريعات عقارية قبل الاعتراف بالملكية الوقفية، ولهذا تعددت الآراء حول موضع الشكالية في التصرف الوقفي، فهناك من اعتبرها ركن فيه إذا ما كان محله عقار، وهناك من يعتبرها وسيلة لإثباته، إلا أن الرأي الراجح وهو الرأي القائل بأن الشكالية ركن في الوقف.

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع توصلنا للنتائج التالية:

- أن الشكالية في التبرعات دليل هام وحجة قاطعة لا يمكن نفيها أو إثبات عكسها إلا بالطعن فيها بالتزوير.

-الشكالية سند قوي بيد صاحبه يثبت به ملكية الشيء محل التبرع.

-لا يمكن نفاذ التصرف التبرعي في مواجهة كل من المتعاقدين والغير إلا من تاريخ شهره في المحافظة العقارية.

-حصر وسيلة إثبات التصرفات التبرعية في الشكالية، وهذا بغرض رد التحايل على أحكام التركات، وللمحافظة على حقوق الورثة.


- تمتع التصرفات والعقود الموثقة بالصيغة التنفيذية دون المرور إلى القضاء وتكون في نفس درجة الأحكام القضائية، وهذا نظرا للمكانة التي ولاها المشرع للموثق.

ومن خلال دراستنا للموضوع توصلنا إلى طرح بعض التوصيات والتي تتمثل في:

-بالنسبة للوصية فهي تثير إشكالية جهل الموصى له بوجودها وعدم علمه بها وهو ما قد ينجم عنه تصرف الورثة في الوصية، فيجب أخذ هذا بعين الاعتبار.

-بالإضافة إلى عدم توحيد مدة تسجيل الوصية، بين قانون التسجيل وقانون التوثيق والمرسوم رقم 63/76، كما أنه لم يتطرق في قانون التسجيل إلى الجزاء المترتب عن تماطل الموثق في تسجيل الوصية.

-لابد من مراجعة قانون الأوقاف فيما يخص مسألة الإثبات فيجب الفصل فيها، كما أنه لابد من حسم المسألة في الشكالية المطلوبة في الوقف إذا كان محله عقار فينبغي إضافة ركن الشكالية إلى بقية الأركان، وبالتالي العمل بالمادة 41 من قانون الأوقاف، وفيما يخص المادة 35 من نفس القانون فيتم بواسطتها استرجاع الأملاك الوقفية التي تم سلبها. وبهذا نكون قد أنهينا بحثنا هذا، الذي نأمل مفيدا لحد ما.

A decorative floral frame with intricate scrollwork and leaf patterns, centered on the page. The frame is black and white, with a central opening where the text is placed.

قائمة المراجع

أولاً: المصادر.

-المصادر القانونية:

1-القوانين:

-القانون رقم 11/88، المؤرخ في 09 يونيو 1988، المتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12/06/1984.

-القانون رقم 10/91، المؤرخ في 27/04/1991، المتعلق بالأوقاف، الجريدة الرسمية، رقم 21، المؤرخة في 08/05/1991.

-القانون 07/01، المؤرخ في 22/05/2001، المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية، رقم 29، المؤرخة في 23/05/2001.

-القانون 12/03، المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، الجريدة الرسمية، العدد 83، المؤرخة في 29/12/2003.

-القانون رقم 02/06، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، رقم 14، المؤرخة في 20/02/2006.

-القانون رقم 03/06، المؤرخ في 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية، رقم 14، المؤرخة في 18/03/2006.

-القانون رقم 11/17، المؤرخ في 27/12/2017، المتضمن قانون المالية، المتضمن قانون المالية، الجريدة الرسمية، رقم 76، المؤرخة في 28/12/2017.

2-الأوامر:

-الأمر رقم 58/75، المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري،
الجريدة الرسمية، رقم 78، المؤرخة في 1975/09/30.

-الأمر 74/75، المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام
وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، رقم 22، المؤرخة في 1975/12/28.

-الأمر 105/76، المؤرخ في 1976/12/06، المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية،
رقم 81، المؤرخة في 1976/12/18.

3-المراسيم:

-المرسوم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة
الرسمية، رقم 30، المؤرخة في 1976/04/13.

-المرسوم 32/73، المؤرخ في 1973/01/05، المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، الجريدة
الرسمية، رقم 15، المؤرخة في 1973/02/20.

4-القرارات:

-القرار الصادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، تحت رقم 234655 المؤرخ
في 1999/11/16، مجلة الإجتهد القضائي، وزارة العدل، عدد خاص، 2001.

-المصادر اللغوية:

- ابن منظور، لسان العرب، ج 06، دار المعارف، مصر، د ت ن،
-ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد أبو المكارم، لسان العرب، دار المعارف،
القاهرة مصر، 1989.
-سعيد أبو جيب، القاموس الفقهي، لغة واصطلاحاً، ط 02، دار الفكر، سوريا، 1988.

ثانياً: المؤلفات.

1-الكتب:

- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة،
الجزائر، 2008.
-الرشيد بن شويخ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر
والتوزيع، 2008.
-الطاهر بريك، المركز القانوني للمحافظ العقاري، دار الهدى، الجزائر، 2013.
-الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 04، مؤسسة الريان،
للطباعة والنشر والتوزيع، 2006.
-بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الميراث والوصية، ط 5، ديوان
المطبوعات الجامعية، 2007.
-حسين محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار
الجامعة الجديدة، د ط، مصر، 2004.

-
- حمدي عمر باشا، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، 2001.
- حمدي عمر باشا، مجمع النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالعقار، دار هومة، 2003.
- حمدي عمر باشا، عقود التبرعات -الهبة، الوصية، والوقف- دار هومة، 2004.
- أمين محمد المشهور بإبن عابدي، رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، دار الكتب العلمية، 1994.
- خالد رامول، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف، د ط، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2004.
- خالد رامول ودوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، 2008.
- خبر الدين موسى قنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، ج 01، ط 01، 2012.
- ريم مراحي، دور مسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، د ط، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،
- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، ط 5، 2006.
- عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، د ط، د ت ن.

-
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج 01، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د ت ن.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، الإثبات ج 02، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1981.
- علي فباللي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، ط 03، 2013، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مجلد 06، د ط، دار الفكر، د ت ن.
- مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ط 01، دار هومة، 2008، الجزائر، 2008.
- مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، د ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2012.
- محمد أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة، مقارنة بأحكام الشريعة إ والقانون المقارن، ط 01، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- محمد كنانة، الوقف العام في التشريع الجزائري، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2006.

-محمد السعدي الصبري، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ط 01، دار هومة، د م ن، 2002.

-نسيمة شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة والوصية والوقف، د ط، دار هومة، الجزائر، 2012.

-وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 10، ط 04، دار الفكر، 1997.

-يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط 02، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988.

2-الرسائل والمذكرات:

-أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2010/2009.

-فيروز شحان، إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، فرع القانون العقاري، معهد الحقوق، المركز الجامعي، سوق أهراس، 2008.

-كريمة بلقاضي، الكتابة الرسمية، التسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005.

-كريمة فردي، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، 2008/2007.

-موسى قرعاني، عقد الوقف وطرق إثباته في الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2014/2013.

-يوسف يحيوي، الشكلية غير المباشرة وتأثيرها على فعالية العقود، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، يوف بن خدة، 2014/2013.

-عبد الله طواهرير، الإثبات في المواد العقارية، مذكرة نهاية التكوين المتخصص في مادة القانون العقاري، المعهد الوطني للقضاء، الدفعة الأولى، 2001/200.

-كاف بلال ورميلية أمين، أحكام تصرفات المريض مريض الموت في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص أحوال شخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الجيلالي بونعامة، خميس مليانة، 2018/2017.

-طلحة محمد غليسي، الشهر العقاري كآلية لحماية الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2013.

3-المقالات:

-حمادي بكاي، المهام التوثيقية للقناصل، مجلة الموثق، العدد 01، 2001.

-عمر زيتوني، قواعد الإختصاص الإقليمي والنوعي في العمل التوثيقي، مجلة الموثق، العدد 10، 2003.

-مرعاش نسيمة، دعوى القسمة، مقال منشور بنشرة القضاء، لسنة 2000، العدد 01، مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل، الديوان الوطني للأشغال العمومية، 2004.

4-المداخلات:

-محمد عيواج، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات يوم دراسي بجامعة ورقلة، حول الإشكالات المتعلقة بالمادة 90 من المرسوم التنفيذي 63/76، المؤرخ في 1976/03/25 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري، تحت عنوان الشروط الواجب توافرها في السندات الخاضعة للإشهار العقاري و الجزاءات المترتبة على مخالفتها، المنعقد ب: 2004/04/15.

A decorative border with intricate floral and scrollwork patterns, centered on the page. The border is composed of multiple layers of stylized leaves and scrolls, creating a rich, ornate frame.

الفهرس

الصفحة	العنوان
	مقدمة
01	
05.	الفصل الأول: الشكلية للانعقاد في التصرفات التبرعية (الهبة).....
	المبحث الأول: مفهوم الهبة وتمييزها عن بقية التصرفات التبرعية الأخرى
06.....	المطلب الأول: مفهوم الهبة.....
06.....	الفرع الأول: تعريف الهبة.....
06.....	أولاً: تعريف الهبة من الناحية القانونية.....
	ثانياً: تعريف الهبة
06.....	لغة.....
	ثالثاً: تعريف الهبة من الناحية
06.....	الفقهية.....
08.....	الفرع الثاني: خصائص عقد الهبة.....
08.....	أولاً: الهبة عقد تبرعي يتم بين الأحياء.....
08.....	ثانياً: الهبة تصرف في المال دون عوض.....

ثالثا: نية

التبرع.....08

رابعا: الهبة عقد شكلي

عيني.....09

المطلب الثاني: تمييز الهبة عن غيرها من التصرفات التبرعية.....10

الفرع الأول: تمييز عقد الهبة عن الوصية.....11

أولا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث

الإشياء.....11

ثانيا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث

اللزوم.....11

ثالثا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث صفة المتصرف إليه

والمقدار.....12

رابعا: تمييز الهبة عن الوصية من حيث الآثار.....12

الفرع الثاني: تمييز الهبة عن التصرفالوقفى.....13

أولا: تمييز الهبة عن الوقف من حيث

الإشياء.....13

ثانيا: تمييز الهبة عن الوقف من حيث

اللزوم.....13

ثالثا: تمييز الهبة عن التصرف الوقفي من حيث صفة المتصرف إليه والمقدار..... 14

رابعا: تمييز الهبة عن الوقف من حيث الإثبات..... 14

خامسا: تمييز الهبة عن الوقف من حيث

الأثار.....15 المبحث الثاني: الشكلية المتعلقة

بالرسمية في انعقاد الهبة.....15

المطلب الأول: تعريف الرسمية وشروطها..... 16

الفرع الأول: تعريف الرسمية..... 16

الفرع الثاني: شروط الرسمية..... 18

أولا: أن يكون محرر العقد أو الورقة موظف عام أو ضابط عمومي

أو شخص مكلف

بخدمة.....18

ثانيا: اختصاص الضابط من حيث الزمان والمكان.....19

ثالثا: مراعاة الأشكال والأوضاع القانونية في تحرير الورقة الرسمية.....23

المطلب الثاني: حجية العقد الرسمي.....28

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية فيما بين المتعاقدين.....29

أولاً: بيانات يكون فيها للسند الرسمي حجيته حتى يطعن فيه

بالتزوير.....30

ثانياً: بيانات يكون لها حجية حتى يثبت العكس

.....30

الفرع الثاني: حجية الرسمية.....31

المبحث الثالث: الشكلية المتعلقة بالشهر العقاري في عقد

الهبة.....31

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري.....32

الفرع الأول: تعريف الشهر العقاري ومميزاته.....32

أولاً: تعريف الشهر العقاري.....32

ثانياً: مميزات الشهر العقاري.....33

الفرع الثاني: مصالح الشهر العقاري.....35

أولاً: تعريف المحافظة العقارية وتنظيمها الإداري.....35

ثانياً: المحافظ العقاري وسلطاته.....37

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن الشهر العقاري.....49

أولاً: الأثر المنشئ للشهر العقاري.....49

ثانياً: الأثر المطهر للشهر العقاري49

الفصل الثاني: الشكلية للإثبات في التصرفات التبرعية (الوصية- الوقف).....53

المبحث الأول: مفهوم التصرفات التبرعية (الوصية-الوقف)

وتتميز كل تصرف عن الآخر54

المطلب الأول: مفهوم التصرفات التبرعية(الوصية).....54

الفرع الأول: تعريف الوصية.....54

أولاً: تعريف الوصية من الناحية القانونية.....55

ثانياً: تعريف الوصية من الناحية اللغوية.

.....55

ثالثاً: تعريف الوصية

فقها.....55

الفرع الثاني: خصائص الوصية.....56

المطلب الثاني: مفهوم الوقف.

.....57

الفرع الأول: تعريف الوقف.....58

أولاً: تعريف الوقف من الناحية القانونية.....58

ثانياً: تعريف الوقف من الناحية اللغوية.

58.....

ثالثاً: تعريف الوقف من الناحية

الفقهية.....59

الفرع الثاني: خصائص التصرف الوقفي..... 60

المطلب الثالث: تمييز التصرف الوقفي عن الوصية.....61

الفرع الأول: تمييز الوقف عن الوصية من حيث النفاذ..... 62

الفرع الثاني: تمييز الوقف عن الوصية من حيث اللزوم.....62

الفرع الثالث: تمييز الوقف عن الوصية من حيث الإثبات.....63

المبحث الثاني: وسائل إثبات التصرفات التبرعية

63.....(الوصية-الوقف)

المطلب الأول: وسائل إثبات الوصية.....64

الفرع الأول: إثبات الوصية بمحرر توثيقي من قبل موظف مختص.....64

أولاً: الشكلية المتعلقة بالرسمية.....

65

ثانيا: تسجيل الوصية في مصلحة

التسجيل.....67

ثالثا: الشكلية المتعلقة

بالإشهار.....68

الفرع الثاني: إثبات الوصية بحكم قضائي.....71

المطلب الثاني: إثبات التصرف الوفي..... 72

الفرع الأول: إثبات الوقف بالوسائل الشرعية والقانونية..... 73

أولا: المرحلة الممتدة قبل صدور قانون التوثيق 1970

73.....

ثانيا: المرحلة الممتدة من 1970 إلى غاية صدور قانون الأسرة

1984.....74

ثالثا: المرحلة الممتدة منذ صدور قانون الأسرة إلى غاية صدور قانون الأوقاف

10/91.....76

رابعا: المرحلة الممتدة من 91 إلى يومنا هذا..... 77

الفرع الثاني: الوسائل المستحدثة لإثبات

الوقف.....80

أولا: الشهادة الرسمية لإثبات الملك الوفي..... 80

82 ثانيا: السجل الخاص لإثبات الملك الوقفي
المطلب الثالث: حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت و التفريق بين الشكلية المقررة	
82 للإثبات
83 الفرع الأول: حكم التصرفات المبرمة في مرض الموت
83 أولا: حكم الهبة المبرمة في مرض الموت
85 ثانيا: حكم الوقف المبرم في مرض الموت
الفرع الثاني: الفرق بين الشكلية المقررة للانعقاد والشكلية المقررة للإثبات في التصرفات	
85 التبرعية.
89 الخاتمة
92 قائمة المصادر و المراجع:
101 الفهرس :