



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون عقاري
بعنوان:

انتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري

إشراف الدكتور:

محمد كعنيت

إعداد الطالب:

ساسبي بيازة

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
نعيمة حاجي	أستاذ محاضر "ب"	رئيسا
محمد كعنيت	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا ومقررا
إلهام بخوش	أستاذ مساعد "أ"	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2019-2020



جامعة العربي التبسي - تبسة - الجزائر
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون عقاري
بعنوان:

انتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري

إشراف الدكتور:

محمد كعنيت

إعداد الطالب:

ساسبي بيازة.

أعضاء لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة
نعيمة حاجي	أستاذ محاضر "ب"	رئيسا
محمد كعنيت	أستاذ محاضر "ب"	مشرفا ومقررا
إلهام بخوش	أستاذ مساعد "أ"	عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2019-2020

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية

على ما يرد في هذه المذكرة

من آراء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قَالَ تَعَالَى: ﴿قَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَى
وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي ^ص إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي
مِنَ الْمُسْلِمِينَ﴾ الأحقاف، الآية: 15

صدق الله العظيم

شكر وعرفان

الحمد لله العليّ القدير الذي ازكى نعمه ظاهرها وباطنها وشرح بنوره
الصدور وأقر بفضلها العيون، أما بعد:

فبعد الشكر للخالق العليّ العظيم الذي وفقني لإعداد البحث العلمي
وأنا لي درج العلم والمعرفة على إنجاز هذا العمل المتواضع

أتوجه بجزيل الشكر والامتنان الكريم إلى الأستاذ المشرف على هذه
المذكرة (الدكتور محمد كعنيته) على تفضله بقبول الإشراف على هذه
المذكرة وتوجيهي وإرشاده بنصائحه القيمة والبناءة والوقوف إلى
جانبي في أي مرحلة من مراحل هذا البحث بالنص والتصحيح

كما أتقدم بجزيل الشكر للأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة لقبولهم
مناقشة هذه المذكرة

إلى من كل من عرفني ومدّ يد المساعدة لي لإتمام هذه الإنجاز
المتواضع

قائمة المختصرات

- س: سنة.
- ص: صفحة.
- مج: مجلد.
- ج: جزء.
- د. ت. ن: دون تاريخ نشر.
- د. م. ن: دون مكان نشر.
- د. ط: دون طبعة.
- د. ت. م. ن: دون تاريخ ومكان النشر.
- د. د. م. ن: دون دار وتاريخ النشر.
- د. م. ج: ديوان المطبوعات الجامعية.
- ق. أ. ج: قانون الأسرة الجزائري.
- ق. م. ج: القانون المدني الجزائري.
- ق. إ. م. إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ج. ر. ج. ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- م. ق: المجلة القضائية.
- م. م. ع: مجلة المحكمة العليا.
- ع: عدد.
- ر: رقم.
- صا: صادر.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين أما بعد:
الحقوق كما هو معروف تتنوع، وقد تتفرع تبعا لمحلّها، ومدى السلطة المخولة
لصاحبها. فقد يكون عينا وهو إما أصلي، أو تبعي، وقد يكون شخصا، وتنقسم أيضا إلى
حق مادي، أو معنوي وغيرها.

ومن أهم الحقوق العينية الأصلية حق الملكية، والذي يعتبر من أهم وأعقد
المواضيع التي نضمها ونص عليها القانون، وعليه فمن الطبيعي أن تكون موضوع تعامل
للتوفيق بين المصلحة العامة، والخاصة لذا يتطلب من الإدارة أن تلعب دورا كبيرا لوضع
الإجراءات، والضمانات القانونية اللازمة لتحقيق الموازنة بين المصلحتين العامة
والخاصة، دون تعسفها لهذا الحق الذي تناول طرق اكتسابه الفصل الثاني من الباب
الأول، الكتاب الثالث من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون
المدني المعدل والمتمم في المواد 773 إلى 843، حيث حدد هذا الفصل عدة طرق
لاكتساب الملكية سواء القارية منها، أو المنقولة، فإذا كانت الملكية منصبة على عقار،
فقد أوجب المشرع في عملية اكتسابها، أو انتقالها عدة مراحل حتى يتم انتقال ملكية
العقار من شخص إلى شخص آخر، ذلك أن العقار يتبوأ مكانة هامة، وحيوية في مجال
التنمية الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع، فالعقار مصدر ربح هام للخرينة العمومية
تحصل بواسطة الضريبة المفروضة على المعاملات العقارية بين الأفراد، وذلك وفقا
لإجراءات وقواعد قانونية تضمنت حق الملكية، حيث تبنت الجزائر نظام الشهر العيني
الذي يعمل على شهر التصرفات العقارية على العين ذاتها (العقار)، وهو إجراء إجباري،
ليس فقط بين الأطراف وإنما لكل طرف مشارك في العمليات الخاصة بهذا النظام وهم
المحررون من موثقين، وسلطات إدارية، وكتاب الضبط طبقا لنص المادة 09 من
المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ومن المعلوم أنّ قانون الأسرة الجزائري قد حوى بين دفتيه وفي طيات نصوصه موادّ
قننت لأسباب انتقال الملكية العقارية وفق عقود وتصرفات متعددة، وحوادث مادية منها
انتقال الملكية العقارية بين الأحياء عن طريق الهبة، الوصية، الوقف، أو انتقالها بواقعة
مادية لا دخل للأفراد فيها كالوفاة، أو ما يسمى بالإرث وغيرها.

ومنه انتقال الملكية العقارية بين الأحياء مجرد واقعة مادية إلا أن لها دور كبير وفعال باعتبارها المظهر المادي والملموس الذي يمكن من الممارسة الفعلية لذلك كان الاهتمام بتنظيمها والعمل على حمايتها لأنها من مظاهر المجتمع.

أهمية الموضوع

إنّ دراسة موضوع انتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء يعد من بين المواضيع القانونية الهامة، وتستمد هذه الأهميته من قيمة العقار ذاته، فالعقار عادة يكون ذا قيمة مالية كبيرة، وله أهمية حيوية في مجال التنمية سواء من الجانب الاقتصادي، أو الاجتماعي وهو بذلك يعد مصدرًا هامًا لخزينة الدولة حيث تعود معاملات الأفراد العقارية بالربح المالي للخزينة العمومية من خلال الضريبة المفروضة على هذه المعاملات لذلك أجدّه قد حظي بالأهمية البالغة من طرف الدولة، من خلال تطهيره بإيجاد آليات، وأدوات قانونية لتثبيت الملكية العقارية الخاصة، بسند رسمي، وهي أسلم طريقة لجلب الاستثمار الأجنبي.

وقد جاءت هذه الدراسة كمحاولة متواضعة مني لإبراز أهم الضمانات القانونية في عملية انتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري، وهل نفس الإجراءات القانونية لإثبات حق الملكية مثلما هو الشأن في المعاملات الأخرى الواردة على العقار كعقد البيع مثلا في القانون المدني الجزائري.

دوافع البحث

تتلخص في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية كما يلي:

الأسباب الذاتية (خاصة)

- اهتمامي البالغ بالقانون المدني بصفة عامة، ورغبتني في البحث عن صور انتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري بصفة خاصة.
- الرغبة في أن يساهم هذا الموضوع في إثراء البحث وإضافة الجديد إلى المكتبة الجامعية، وقد يكون بدوره بداية لفتح المجال لأبحاث علمية أخرى في هذا التخصص.

الأسباب الموضوعية

- قلة البحث في هذا الموضوع بحسب ما اطلعت عليه.
- تشعب البحث في هذا الموضوع وتداخل مسائله لاسيما في مجال العقود.

الإشكالية

- يمكن طرح الإشكال الرئيسي لهذا الموضوع كالتالي:
- إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في معالجة موضوع الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري؟
- ويتفرع عن هذا الإشكال بعض التساؤلات الفرعية الآتية:
- ما هي أهم صور انتقال الملكية العقارية بين الأحياء التي أوردها قانون الأسرة الجزائري؟
 - فيم تتمثل الإجراءات، والطرق القانونية التي أوردها المشرع لاكتساب، أو انتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري؟
 - ما هي الآثار الناجمة عن تخلف الإجراءات القانونية لانتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري؟

المنهج المتبع

- إن طبيعة الموضوع هي التي تفرض نوعية المنهج المتبع، ودراستي لهذا الموضوع تعتمد على تحليل النصوص بعد عرضها ومناقشتها.
- لذلك كان المنهج المقرر اتباعه هو المنهج الوصفي التحليلي، وأقوم من خلاله بتحليل المواد المقننة لانتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري.
- وتم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي كونه أفضل المناهج للقراءة التحليلية، والتفسيرية، والنقدية للنصوص المعنية بالدراسة.
- ولقد اعتمدت في هذا الموضوع أيضا على المنهج الاستقرائي للبحث القائم على الاستقصاء والتحري عن الحقيقة، والمتمثلة في صور انتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء الواردة في قانون الأسرة الجزائري ومحاولة معرفة الإجراءات القانونية لانتقالها والآثار المترتبة عن مخالفتها وعدم الالتزام بها.

أهداف البحث

- يسعى هذا البحث إلى تحقيق جملة من الأهداف أهمها:
- تسليط الضوء حول موضوع الملكية العقارية الخاصة وطرق انتقالها بين الأحياء في القانون الجزائري.

- معرفة طرق الإجراءات القانونية المتبعة لانتقال الملكية العقارية بين الأحياء، وكذا الآثار الناجمة عن مخالفتها، أو عدم الالتزام بها.
- المساهمة في إثراء المكتبة، وتوسيع دائرة المعرفة في مجال الدراسات القانونية بمراجع جديدة متخصصة.

الدراسات السابقة

إن الأهمية التي يوليها موضوع انتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء جعل معظم الدراسات الاقتصادية والاجتماعية تتطرق إليه بشكل دائم نظرا لارتباطه بالتغيرات الاقتصادية والاجتماعية، إلا أن مشكل انتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري للدراسات الأكاديمية في الجزائر لم يتناول بشكل واسع نظرا لأهمية الموضوع ومدى تأثيره على الحياة الاجتماعية والاقتصادية ومن الرسائل التي تم التطرق فيها إلى مشكل انتقال الملكية العقارية الخاصة في الجزائر:

- عزوز سولاف: آليات الحماية المدنية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد خيضر، بسكرة، 2015-2016، وتطرق هذه المذكرة لكيفية انتقال الملكية العقارية الخاصة والإجراءات المتطلبية في العقد.

- عمار نكاع: عناصر نطاق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، الجزائر، 2010-2011، ولقد عالجت هذه المذكرة الوعاء المحدد الذي يمارس المالك سلطاته التي يخولها له القانون (العقار، العلو، العمق) والإجراءات اللازمة لذلك.

- فاطمة بن عيشوش: الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، والتي تناولت ماهية الصداق والخلع وأحكامهما في القانون الجزائري.

- شيخ سناء: الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبكوبكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، وتناولت هذه الرسالة الشكل الرسمي المستوجب قانونا في التصرفات العقارية بين الأفراد وأثرها في انتقال الملكية العقارية الخاصة فيما بينهم والآثار الناجمة عن تخلف هذه الإجراءات القانونية المفروضة في العقد في المعاملات العقارية.

صعوبات البحث

- الحجر المفروض علينا وما نجم عليه من سلبيات في شهر رمضان الكريم والوقت الضيق المقرر من طرف إدارة كلية الحقوق، والالتزامات المهنية والعائلية.
- قلة المصادر والمراجع وذلك بسبب غلق المكتبات الجامعية وحتى المكتبات الخاصة، هذا كله أثر سلبي على إنجاز هذا البحث.

الفصل الأول: ماهية الملكية العقارية الخاصة

إن إدراك المقصود من تغيير الملكية العقارية الخاصة يقتضي مني أن أتطرق لتعريف العقار وأنواعه ثم تبيان أصنافه، ما يساهم في تجديد هذا المفهوم، أيضا معرفة طرق نقله واكتسابه.

وقد عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري والحقوق العينية من أجل استعمال الاملاك وفق طبيعتها أو غرضها.

الملكية العقارية هي سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستغله ويستعمله ويتصرف فيه ضمن الحدود التي رسمها القانون والأنظمة المعمول بها ومنه يقتضي البحث في هذا الموضوع دراسة النقاط الآتية:

- المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة
- المبحث الثاني: أنواع الملكية العقارية الخاصة
- المبحث الثالث: الإجراءات القانونية لانتقال الملكية العقارية الخاصة

المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة

يعتمد النظام القانوني للملكية العقارية على تصنيف ثلاثي تبناه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 23 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري للأموال العقارية على اختلاف أنواعها الى الاصناف القانونية الآتية:

أ- الأملاك الوطنية

ب- الأملاك الخاصة

ج- الأملاك الوقفية⁽¹⁾.

إن تبني المشرع الجزائري لهذا التقسيم ليس من باب التمييز الشكلي، وإنما هو تقسيم يفرض اختلاف النظام القانوني لكل صنف من حيث الإدارة والتسيير. ولأن موضوع دراستي يرتبط أساسا بانتقال الملكية العقارية بين الأحياء وهذا لا يتأتى دون حصر موضوع الدراسة ومحلها.

كان الزاما ان اتطرق بصفة اولية لماهية الملكية العقارية الخاصة من خلال عرض مفهومها (المبحث الأول) وتعريفها (المطلب الأول) وسلطتها (المطلب الثاني) ونطاقها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة

تعتبر الملكية العقارية مصطلحا مفاهيميا مركبا، لذا فإن تعريفه يستدعي تحليله الى مدلولات تركيبته اللغوية من خلال تحديد المقصود بالملكية الخاصة⁽²⁾. تم حصر محل هذا الحق من الناحية المفاهيمية من خلال تعريف العقار.

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 8-17.

(2) عزوز سلاف، آليات الحماية المدنية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد خيضر بسكرة، 2015/2016، ص 5.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي والقانوني للعقار

أولاً: التعريف اللغوي

الملكية لغة هي مصدر صناعي لأصل لغوي هو ملك، يملك، ملكا، وهي سلطة الاستئثار بالشيء واحتوائه دون الغير، أو مكنة منع الغير عن الشيء المستأثر به على وجه خاص دون الجماعة⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف الفقهي

اختلف الفقهاء في تعريف الملكية تبعا لاختلاف مذاهبهم والأساس المعمول به في تكييفها.

فعلى سعيد الفقه الاسلامي، فإن الملكية أخذت حيزا واسعا، من البحث والجدل الفقهي بين المذاهب المختلفة، فعرفها ابن تيمية: "القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"⁽²⁾.

وذهب فقهاء الحنفية الى اعتبارها: "اتصال بين الانسان وبين الشيء يكون مطلقا للتصرف في ذلك الشيء، وجاهز على الغير للتصرف فيه"⁽³⁾.

أما الفقه الحديث فاختلف في تعريف الملكية تبعا لاختلاف تكييفها وحصر سلطاتها، حيث عرفها الاستاذ السنهوري بأنها: "حق الاستئثار باستعماله والتصرف فيه على وجه دائم، وكل ذلك في حدود القانون"⁽⁴⁾.

ثالثاً: التعريف القانوني

الملكية هي حق مكرس على الصعيد الدولي من خلال الاتفاقيات الدولية لحقوق الانسان، ولا تسقط بالتقادم، وتتساوى في ذلك مع الحرية والأمن، وسوف اتطرق الى عدة تعريفات قانونية، وعلى رأسها الاستاذ محمد الجمال بقوله: "الحق الذي يخول لصاحبه

(1) ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، مصر، 1981، المجلد 04، ج 24، ص 2343.

(2) وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، 1985، ج 04، ص 56.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 08، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000، ص 493.

(4) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 123.

سلطة دائمة على الشيء يكون له بمقتضاه حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، يمكنه من الحصول على مكانات يمارسها المالك على ملكه، تعتبر مضمونا لها⁽¹⁾.

أيضا عرفها الاستاذ رمضان أبو السعود بأنها ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء ويحول لصاحبه الاستئثار بسلطة الاستعمال والاستغلال، والتصرف في الشيء وذلك في حدود القانون⁽²⁾.

والملاحظ على هذه التعريفات رغم اختلافها اللفظي اجماعها على اعتبار الملكية رابطة استئثار بين الانسان والشيء تخوله مكنة المنع من مواجهة الجماعة وتكييفها بأنها حق عيني باعتبارها سلطة للشخص على شيء معين، فضلا على اعتمادهم في تعريف الملكية على المنهج التحليلي، وذلك بغرض السلطات المخولة للمالك حق الاستعمال والاستغلال، والتصرف في حدود القانون.

كذلك قام المشرع الجزائري بتعريف الملكية في نص المادة 674 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/12/26 المتضمن القانون المدني والتي نصت أن: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط الا تستعمل استعمالا يجرمه القوانين والأنظمة"⁽³⁾.

وتم تعريف الملكية العقارية الخاصة في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري للملكية العقارية الخاصة: هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري، أو الحقوق العينية من أجل استعمال الاملاك وفق طبيعتها أو غرضها⁽⁴⁾.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تفرد في تعريفه للملكية حيث جمع بين الاستعمال والاستغلال في مصطلح التمتع، وهو توجه انتقده بعض الفقهاء باعتباره ان التمتع يتجاوز مفهومه الاستعمال والاستغلال، ليشمل اشباع الرغبة.

(1) مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، (د.ت)، ص 99.

(2) رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص 22.

(3) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 5.

(4) الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 78، السنة 11-30/09/1975، ص 31.

ومن خلال هذه التعريفات القانونية أرى ان المفهوم القانوني للملكية العقارية الخاصة: بأنها حق عيني أصلي يتضمن مكنة الاستعمال والاستغلال والتصرف فيه على وجه الديمومة، وفق الضوابط والحدود المتعلقة بالمصلحة العامة والمنصوص عليها صراحة في القوانين والأنظمة سارية المفعول.

الفرع الثاني: تعريفات العقار

يختلف تعريف العقار بين التعريف اللغوي والاصطلاحي، وهذا ما سأبينه من خلال النقاط التالية:

أولاً: التعريف اللغوي

العقار لغة بفتح العين والقاف، مفرد جمعه عقارات وهو الشيء الثابت بأصله بحيث لا يمكن نقله وتحريكه دون تلف أو تغيير في طبيعته.⁽¹⁾

ثانياً: التعريف الاصطلاحي

عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 683 من القانون المدني بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف، فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

فالعقار إذن هو الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكانه الى مكان آخر بدون تلف، وهذا خلافاً للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلاً للنقل والحركة⁽²⁾.

يلاحظ من هذا الكلام أنّ أساس التمييز بين العقار والمنقول، هو طبيعة الشيء في حد ذاته وأول شيء يتمحور عليه هذا التعريف هو الأرض، فهي التي لا يمكن نقلها من مكان إلى آخر دون تلف، وإذا افترض أنّ تنقل جزء من الأرض فذلك لا يعد نقلاً للأرض بذاتها ومثاله: الصخور أو المعادن... الخ هنا تأخذ حكم المنقول بعد استخراجها من الأرض.

(1) عزوز سلاف، مرجع سابق، ص 06.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ت، ص 14.

وبالرجوع إلى القانون الجزائري فإنّ النظام القانوني للعقارات يشمل كلا من العقار بطبيعته والعقار بحسب الموضوع، والعقار بالتخصيص.

1. العقارات بطبيعتها (immeuble par nature): هي كل الاشياء المادية التي يكون لها بالنظر الى كيانها موقع ثابت غير متنقل فتشمل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الإستقرار من مباني ونباتات وأشجار .

- **الأرض:** لا فرق في الأرض، أن تكون قد اعدت للزراعة أو للبناء، وتعتبر من العقارات بطبيعتها الابنية المشيدة فوق الأرض على سبيل الثبات والاستقرار⁽¹⁾.

فالأشياء الثابتة المستقرة على الأرض أو في باطنها تعتبر عقارات دون التفات الى مالكا فلا يؤثر في طبيعتها العقارية اذا كان مالكا غير مالك الأرض المقامة عليه، كالأبنية التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك على الأرض المؤجرة فهي تعتبر عقارات بطبيعتها مادامت ثابتة ومستقر في الأرض⁽²⁾.

- **المباني:** هي عقارات بطبيعتها، وتشمل جميع انواع المنشآت المقامة عليه سواء على سطح الأرض أو تحتها كالمساكن والمصانع الجسور والمخابئ والانفاق والآبار واعمدة الانارة طالما أنها مثبتة في الأرض، تتخذ حيزا ثابتا ومستقرا فيها.

ويعتبر البناء ثابتا ولو كان من الخشب مادام مستقرا وثابتا في الأرض.

- **النباتات المتصلة في الأرض:** كل ما يثبت على سطح الأرض يعتبر عقارا بطبيعته مادام متصلا به سواء بالنسبة للنباتات الصغيرة الى الاشجار الكبيرة، فجميع النباتات المتصلة بالأرض تعتبر عقارا بطبيعتها.

ويشترط في النباتات المعتمدة عقارا أن تمتد جذورها في الأرض بحيث لا يمكن اعتبار النباتات التي تنمو في أوعية عقارا بطبيعته لعدم اتصالها بالأرض⁽³⁾.

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع نفسه، ص 15.

(2) زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، ط 3، دار الثقافة، بيروت، 1974، ص 46.

(3) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 70.

2. العقارات بحسب موضوعها (immeuble par objet): عرفت المادة 684 من القانون المدني بقولها: "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني على عقار بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار".

فالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الاستعمال وحق السكن.

والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي، والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا غير أنها تعتبر منقولا، إذا كان موضوعها منقولا.

3. العقارات بالتخصيص: وهي منقولات مُنحت على سبيل المجاز صفة العقار لأنها معدة لخدمة العقار أو استغلاله أو مرصودا لاستغلاله أو مخصص له.

ولهذا جاء في الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني تعريف لها: "غير أنّ المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

وفكرة العقار بالتخصيص وردت في القانون على سبيل الافتراض أو الحيلة القانونية، توصلنا الى شمول أحكام العقار على المنقولات التي اعدت لخدمته أو استغلاله لتأمين الاستمرار بخدمته ومنعا لما يترتب على بقاء طبيعتها المنقولة من أحكام وفصلها عن العقار المرصدة لخدمته، وهذا يعرقل أو يعطل منفعة العقار واستغلاله⁽¹⁾ وإذا جمعت ما توصلت اليه من تعريف كل من الملكية والعقار استخلص على أنّها:

حق التمتع والتصرف في الشيء الثابت والمستقر في حيزه الذي لا يمكن نقله منه دون تلف، وكذا الحقوق العينية والدعاوى العينية المرتبطة به والمنقولات المرصودة لخدمته، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرّمه القوانين والأنظمة المعمول بها.

* شروط صيرورة المنقول عقارا بالتخصيص: وضع القانون اربع شروط ليصبح المنقول عقار بالتخصيص هي كالاتي:

- أن يكون منقولا بطبيعته أو عقارا بطبيعته.

(1) زهدي يكن، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، مرجع سابق، ص 46.

- أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول.
 - أن تكون هذه المنقولات مخصصة لخدمة العقار.
 - نية المالك في خلق رابطة بين المنقول والعقار⁽¹⁾.
- وذلك ما ذكر في المادة السابق ذكرها: (لفظة يضعه رسدا) يفهم منها أن نية المالك للشيء المنقول والعقار قد اتجهت الى تخصيص هذا لخدمة هذا، فالمالك قد عبر عن ارادته بطريقة عملية، بوضعه المنقول لخدمة العقار، وهذا ما تجده في المادة 60 من التقنين المدني الجزائري بقولها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتاب أو الإشارة المتداولة كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي يشك في دلالاته على مقصود صاحبه"⁽²⁾.
- وما تطرقت اليه يتجلى في ثلاثة أنواع وهي كالآتي:
- عقارا بطبيعته مقل: الأرض والمباني.
 - عقارا بالتخصيص: مثل المنقولات التي تخدم العقار بشروط ما يمنح بها المنقول صفة العقار.
 - عقار بحسب الموضوع مثل ورود الحق على عقار، فإذا كانت حق الانتفاع، أو حق الاستعمال أو حق التخصيص ورد على عقار مثلا: اذا منح حق الاستعمال لشخص على عقار ما، كان هذا الحق (حق الاستعمال) عقارا بحسب الموضوع كذلك اذا كان حق الاستعمال منح على شيء منقول لا تكون بصدد عقار بحسب الموضوع، بل حق وارد على منقول.

الفرع الثالث: مدلول الملكية العقارية الخاصة

بالرجوع إلى تعريف الملكية والعقار، يمكن تعريف الملكية العقارية الخاصة بأنها حق التمتع والتصرف في الشيء الثابت، ومستقر في حيزه والذي لا يمكن نقله منه دون تلف، بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرّمه القوانين والأنظمة المعمول بها.

(1) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، المرجع نفسه، ص 8.

(2) القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، برقي للنشر 2013/2014، المادة 60.

وهذا ما أثبتته المادة 27 من القانون 25/90 بقولها: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري، أو الحقوق العينية من أجل إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها"⁽¹⁾.

فهذه المادة اتخذت نفس المنهج الذي انتهجته المادة 674 من ق، م، ج، في تعريف للملكية لكنها استعاضت عن الشرط الذي جاءت به المادة 674 والمتعلق بحصر الاستعمال فيما لا يحرمه ويحصره القانون بنصها أن يكون الاستعمال وفق طبيعة الأملاك أو غرضها"⁽²⁾.

كذلك المادة 683 من ق، م، ج، عرفت العقار، حيث بينت المادة 28 منه أن الأملاك العقارية تخضع للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 بقولها: "الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية يضمنها الدستور، وتخضع للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 1975/09/26، ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها لفائدة العامة التي أقرها القانون".

إن المشرع الجزائري قيد الحق الوارد على الملكية بالغاية التي شرع لها، وهذا يعني أن الحق هو الوسيلة الموصلة للمصلحة، فإذا أستعمل هذا الحق في غير ما شرّع له، عدّ صاحب الحق متعسفا في استعماله، بمعناه أن الحق المستعمل ليس مشروعاً، لاستعماله في غير غايته، لأنه يناقض روح القانون⁽³⁾.

فالحق ذو وظيفة اجتماعية، والقانون يمنح لصاحب الحق كل السلطات المخولة له ويحميها بطرق قانونية، لأن صاحب الحق هو المالك الأصلي والقانون قيده بعدم الإضرار بالغير وإلاّ عدّ تعسفاً في استعمال حق الملكية طبقاً لنص المادة 124 مكرر من القانون المدني بقولها: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

(1) القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري (ج49 مؤرخة في 18-11-1990)

معدل ومنتّم بالأمر رقم 95-6 مؤرخ في 25-09-1995 (ج، 55 مؤرخة في 27-09-1995)

(2) انظر المواد من 33 إلى 37 من قانون 25/90.

(3) إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، ط 1، الجزائر، ص 16.

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: سلطات الملكية العقارية الخاصة

إن تحديد الطبيعة القانونية لحق الملكية العقارية لا يأتي إلا ببيان سلطاته التي تميزه عن بقية الحقوق العينية الأخرى والتي تعد مركزاً قانونياً متميزاً، وذلك بالنظر إلى مجموع السلطات التي ينفرد بها هذا الحق والتي سأنتظر لها في النقاط التالية:

الفرع الأول: سلطة الاستعمال

وهي المنفعة الناتجة عن العقار، كالمنتجات أو الثمار، وتتمثل سلطة الاستعمال من الناحية العملية في القيام بأعمال مادية على العقار للحصول على منفعته بطريقة تتماشى مع طبيعته وغرضه⁽²⁾، وذلك أن العقار السكني يكون بسكناه وحفظه وصيانتته؛ أما العقار الفلاحي فيكون استعماله بزراعته وجني ثماره، والمالك حر في استعمال ملكه، أو عدم استعماله، دون سقوط حقه في الملكية كأصل عام إعمالاً لديمومة حق الملكية إلا أنه يجب مراعاة قواعد الحيابة واكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب.

إذ أنّ عدم سقوط الملكية رغم عدم الاستعمال مقترن بشرط حيابة العقار محل الملكية كما أن عدم الاستعمال والإهمال للعقار قد يؤدي إلى ضمه للأملك الوطنية الخاصة إعمالاً لأحكام الإهمال والتخلي⁽³⁾.

(1) القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، مادة 124 مكرر.

(2) مصطفى محمد جمال، مرجع سابق، ص 62.

(3) المرجع نفسه، ص 86.

الفرع الثاني: سلطة الاستغلال

الحق المخول لصاحبه (المالك) لمباشرة كافة الأعمال اللازمة للحصول على ثمار العقار المملوك بحسب طبيعته و(1) غرضه (1) وعليه فإن استغلال العقار السكني قد يكون بإيجاره وقبض أجرته واستغلال العقار الفلاحي يكون بإيجاره وقبض بدل الإيجار أو جني المحصول وبيعه، وبوجه عام فإن الاستغلال هو مكنة الثمار التي يكون العقار قابلاً لإنتاجها بطبيعته وذلك عن طريق استثماره بصفة مباشرة أو غير مباشرة(2).

الفرع الثالث: سلطة التصرف

هو تصرف صاحب الحق (الملكية) في ملكه تصرفاً قانونياً وذلك له أن يقوم بنقل ملكية العقار جزئياً أو كلياً أو ترتيب حق عيني عليه.

1- **التصرف المادي:** هو ان يتصرف المالك في ملكه بجميع أنواع التصرف إلى حد استهلاك الشيء: ومثاله تعديل البناء أو تهديمه.

2- **التصرف القانون:** هو الذي يرد على حق المالك ومثاله بيع العقار أو هبته أو رهنه(3).

المطلب الثالث: نطاق الملكية العقارية الخاصة

إن نطاق الملكية العقارية الخاصة، ذلك الوعاء المحدد الذي يمارس فيه المالك سلطاته التي يخولها له القانون على هذا الملك، فإذا كان منقولاً فلا صعوبة في تحديد نطاق حق الملكية، لأن المنقول منفصلاً عن غيره من الأشياء عكس العقار الذي يبدو فيه صعوبات في تحدي نطاقه(4).

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 498.

(2) زهدي يكن، مرجع سابق، ص 34.

(3) راضية بن زكري، الآليات القانونية لحماية الملكية الخاصة، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010، ص 12.

(4) رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص 29.

لقد نظم المشرع الجزائري نطاق الملكية العقارية بنص المادتين: 675 و 676 من القانون المدني الجزائري، فنصت المادة 675 بقولها: "مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف، أو يتغير، وتشمل ملكية الأرض ما فوقها، وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها...". ونصت المادة 676 بقولها: "المالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو نطاق أو اتفاق يخالف ذلك"، ومنه يمكن حصر مجال الملكية العقارية الخاصة من خلال الحدود التالية:

الفرع الأول: العقار

يتمثل نطاق الملكية العقارية الخاصة في العقار ذاته، باعتباره محل الحق، وتعرف العناصر الجوهرية حسب المادة 675 من القانون المدني الجزائري بأنها العناصر التي لا يمكن فصلها عن الشيء دون أن يفسد أو يتلف، أو يتغير، ولذلك تدخل في أصل العقار، ومثالها الأعمدة، الجدران، والاسقف⁽¹⁾. وإذا كان محل حق الملكية أرض، كانت العناصر الجوهرية والمكونة منها هي: تربتها، املاحها المعدنية، صخورها، ولا يمكن فصلها منها ماديا عن الأرض، لأنها من العناصر الجوهرية، إذا كانت الأرض زراعية أيضا لا يمكن نزع الزرع لكي لا يتغير من حالة الى حالة أخرى.

الفرع الثالث: العلو

وهو ما يقيم قرينة قانونية لصالح مالك الأرض وذلك ما نصت عليه المادة 782 من القانون المدني الجزائري بقولها: "كل ما على الأرض أو تحتها من غرض أو بناء، أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض وأقامه على نفقته مملوكا له...". وملكية العلو مقيدة بحد عام وليست مطلقة، أي أن ملكية العلو تمتد إلى غاية الحد المقيد القابل للاستخدام من قبل المالك، ولها أيضا ضوابط خاصة أهمها:

(1) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 570

أولاً: المجال الجوي الاقليمي

طبقاً للمادة 15 من القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، وذلك أن تحت سيادة الدولة، وأنه لا يجوز للمالك منع التحليق بالنسبة للطائرات على المجال الجوي الذي يعلو سطح عقاره، ولا يمكنه وضع منشآت تفوق العلو المحدد في مخطط الارتفاعات المتعلقة بالأمن الجوي⁽¹⁾.

ثانياً: الكثافة القصوى

وضع المشرع الجزائري قيوداً موضوعياً على حرية المالك في تعليه بنائه، باعتباره مالكا للعلو، وفقاً للضوابط القانونية للكثافة القصوى في البناء، وعدم تجاوز حد معين في التعليه طبقاً لنص المادة 26 من المرسوم التنفيذي 91-175 المؤرخ في 28/05/1991 المحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء بقولها: "الكثافة القصوى للبناءات في أجزاء البلدية الحضرية أي المعمورة بالتعبير عنها بالتناسب بين المساحة الأرضية خارج البناء الصافي⁽²⁾، ومساحة قطعة الأرض أو معامل شغل الأرضيات تساوي واحد".

كذلك منح المشرع الجزائري للإدارة السلطة التقديرية في تقرير يقيد رخصة البناء بعلو معين ضماناً لعدم التأثير على مظهر المعالم الأثرية: وهو ما أكدته المادة 27 من المرسوم التنفيذي 91-175 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

ثالثاً: ارتفاعات الاسلاك الكهربائية والألياف السمعية البصرية

لا يمكن أن يمنع المالك من مرور الاسلاك الكهربائية أو كوابل الألياف السمعية والبصرية فوق أرضه، متى كان تركيبها بعد استيفاء الاجراءات القانونية، وهذا ما أكدته المواد 159-160 من القانون رقم 02-01 المتعلق بارتفاعات الكهرباء والغاز⁽³⁾.

(1) عزوز سلاف، مرجع سابق، ص 24.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 91/175 في 28/05/1991 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

(3) القانون رقم 02-01 المؤرخ في 06/02/2002 بارتفاعات الكهرباء والغاز

الفرع الثالث: العمق

كما سبق القول أن ملكية الأرض تشمل ما تحتها وما فوقها طبقا لنص المادة 782 من القانون المدني الجزائري، حيث يتمتع المالك بنفس السلطات المخولة له على سطح ملكه فيختص بسلطة الاستئثار والمنع، حيث ذهب الاجتهاد القضائي الفرنسي إلى جواز قطع جذور الجار المجاور متى امتدت إلى عمق ملك جاره. وتخضع ملكية العمق الى نفس الأحكام المتعلقة بالعلو، وذلك بضوابط قانونية تحد من سلطات المالك، بحيث يخرج عن نطاق الملكية، الأثار والكنوز المدفونة باعتبارها ملكا للدولة.

الفرع الرابع: الملحقات والمنتجات والثمار

وذلك طبقا لنص المادة 676 من القانون المدني الجزائري بقولها: "المالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك". وتتجلى فيما يلي:

أولا: الملحقات

رغم أن الملحقات أحد مشتملات الملكية إلا ان المشرع الجزائري لم يقم بتعريفها. لكنه اكتفى بتحديد مشتملات الرهن، وذلك ما نصت عليه المادة 887 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص وكافة التحسينات والانشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك، مالم يتفق على غير ذلك مع عدم الاخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين"⁽¹⁾.

(1) القانون المدني الجزائري، في ضوء الممارسة القضائية، طبعة جديدة صحيحة ومنقحة، برتي للنشر 2013/2014، من المواد 576 و887.

ثانياً: المنتجات

وهي مخالفة للثمار من حيث عدم قابليتها للتجدد، أو كل ما يتولد عن العقار من عائدات غير دورية، واستهلاكها يمس بأصل العقار، ومثاله مادة التبغ المستخرجة من الأرض وذلك لعدم تجددتها، وتأثيرها على طبيعة الأرض⁽¹⁾.

ثالثاً: الثمار

وهي كل ما ينتج من العقار من خلال دورية متجددة دون المساس بأصله أو الانقاص من قيمته، وهي ثلاثة أنواع والتي سوف أتطرق لهم كآتي:

1- **الثمار الطبيعية:** وهي ذلك الصنف من الثمار المتولدة عن العقار بفعل الطبيعة دون تدخل الإنسان في إنتاجها مثل الفطريات والاحراش.

2- **الثمار الاصطناعية:** وهي ذلك الصنف من الثمار المتولد عن العقار بتدخل من الإنسان مثلاً: الأشجار المثمرة، المحاصيل الزراعية، الخضروات التي يقوم الإنسان برعايتها.

3- **الثمار المدنية:** وهي الربيع الدوري المتجدد العائد للمالك إثر استغلال عقاره بطريقة غير مباشرة، أو التنازل عن بعض سلطات الملكية لصالح الغير، ومثالها: مبلغ الأجرة أو مقابل الانتفاع⁽²⁾.

(1) عزوز سلاف، مرجع سابق، ص 24.

(2) المرجع نفسه، ص 26.

المبحث الثاني: أنواع الملكية العقارية الخاصة

تختلف الملكية باختلاف وجهة النظر إليها، فإذا نظرت إليها باعتبار محلها لاحظت أنها ملكية واردة على عقار أو منقول، وإذا نظرت إليها باعتبار خصائصها برزت لي ملكية عامة، وملكية خاصة، وإذا نظرت لصورتها وما تخوله للمالك من سلطات أمكنني تقسيمها الى ملكية تامة، ملكية شائعة، وباستقراء القانون المدني، أجده قد نظم أحكام الملكية وبين أنواعها وذلك ما نصت عليه المادة 674 وما بعدها، وأنواعها حسب نص القانون السابق الذكر هي الملكية التامة والملكية المجزأة، والملكية المشاعة إما شيوعا اختياريا، واما اجباريا، وباعتبار الملكية أحد أنواع الملكية فهي بدورها تنقسم الى الأنواع نفسها التي تنقسم إليها الملكية عموما⁽¹⁾.

المطلب الأول: الملكية العقارية التامة

تعرف الملكية العقارية التامة بأنها: " الوضعية القانونية التي يجمع فيها المالك السلطات الثلاثة لحق الملكية، وهي: الاستعمال والاستغلال والتصرف، وقد تكفلت بتحديد نطاق حق الملكية التامة، المواد 674، 675، 576، 677 من القانون المدني الجزائري والمادتين 27 و28 من قانون التوجيه العقاري⁽²⁾.

وتمتاز الملكية العقارية التامة بمجموعة من الخصائص والآتي ذكرها كالاتي:

الفرع الأول: الملكية العقارية التامة حق مانع

وذلك أن حق الملكية التامة يتيح لصاحب الحق الاستئثار بالشيء في مواجهة الغير، وذلك بمنع أي كان من استعمال الملكية التامة الا صاحبها وبأي شكل من الأشكال ما لم يكن بترخيص من مالك صاحب الحق، ومثالها: الاجتهاد القضائي

(1) عمار نكاع، إنتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2011-2012، ص 166.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، ص 12.

الفرنسي الذي منع لصق الاعلانات التجارية على عقار مملوك ملكية خاصة دون ترخيص من المالك⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الملكية العقارية التامة حق جامع

وذلك أن صاحب الحق له كافة السلطات الممنوحة له قانونا، والمتمثلة في الاستغلال والاستعمال، التصرف، وهي خاصية ينفرد بها حق الملكية دون سواه.

إن صاحب الحق يستفيد من قرينة قانونية مفادها أن حق الملكية تام ولا منازع له فيه وفقا للأنظمة والضوابط المعمول بها.

الفرع الثالث: الملكية العقارية التامة حق دائم

وذلك أن حق الملكية لا ينفضي بعد الاستعمال، كما لا يتأثر حق الملكية بتغيير الملاك وتعاقبهم لارتباطه بعلاقة مباشرة مع محل الحق، دون اعتبار للشخص المالك، إذا ينتقل هذا الحق بانتقال محله، غير أن هذه الخاصية لا تؤخذ على إطلاقها إذا أتاحت القوانين مكنة المساس بالملكية لاعتبارات الصالح العام⁽²⁾.

المطلب الثاني: الملكية العقارية المجزأة

لقد وضحت في المطلب الأول أن الملكية العقارية التامة قواهما الحقوق الثلاث، الاستعمال، الاستغلال، والتصرف، أو التمتع والتصرف المخولة قانونا للمالك بالذات (صاحب العقار)، لكن قد يتنازل هذا الأخير عن بعض هذه الحقوق لفائدة الغير، فيجزأ بذلك ملكيته، كأن يتنازل المالك عن بعض الحقوق لفائدة الغير فيجزأ ومثلها: ان يتنازل عن حقه في استعمال الشيء واستغلاله لصاحب حق الانتفاع، فلا يبقى له إلا ملكية الرقبة، وهذه هي الملكية المجزأة.

(1) زهدي، يكن، مرجع سابق، ص 34.

(2) عزوز سلاف، مرجع سابق، ص 30.

حيث جزأ المالك سلطاته، وحقوقه مكفولة قانوناً، كأن يقوم المالك بالتنازل للغير بحق الانتفاع على أرضه كأن يزرعها ويجني المحصول، أو اشجاراً يجني ثمارها لكن لا يستطيع بيعها أو هبتها، أو رهنها وتكون الملكية العقارية بذلك مجزأة، لأن السلطات لم تعد في يد صاحب الأرض (مالك الأرض) كله⁽¹⁾، حيث انتقلت سلطة الاستعمال، والاستغلال إلى الغير ولم يبق للمالك سوى سلطة التصرف القانوني، وبذلك لا يحضر على صاحب حق الانتفاع سوى التصرف المادي الماس بأصل الملك، فليس له تغييره، أو اتلافه بل من واجبه المحافظة عليه⁽²⁾.

المطلب الثالث: الملكية العقارية المشاعة

الملكية العقارية هي حالة قانونية، تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني في الشيء الواحد، بدون تحديد حصة كل واحد منهم، ولكل واحد نصيبه في هذا الملك الشائع كالنصف، والثالث، والرابع⁽³⁾.

وعلافاً للمشرع الجزائري في المادة 713 من القانون المدني بقوله: "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقر الدليل على ذلك"⁽⁴⁾.

فالملاحظ أن المشرع الجزائري، استخدم لفظة الشيء وهذا يعني دخول العقار والمنقول فكلاهما يرد عليه الشيوع طبقاً لنص المادة 721 من القانون المدني الجزائري بقولها: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار".

ومن صور الملكية العقارية الشائعة، أن يرث أخوة مهما كان عددهم عقاراً عن أبيهم المتوفي، فيكونون بذلك شركاء في هذا العقار على الشيوع لكل واحد منهم نصيب من

(1) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 12.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 498.

(3) زهدي يكن، مرجع سابق، ص 223.

(4) عمار نكاح، مرجع سابق، ص 167.

التركة التي قررها القانون والشرع، فإذا كانوا ذكورا، كانت حصتهم متساوي لكل واحد منهم، وإذا كانوا إناثا، كان للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى: "يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين" سورة النساء، الآية 11⁽¹⁾.

إنّ تحديد الانصبه أمر وجيه وواجب في مثل هذه الملكية، فيجب أن يحدد لكل شريك على الشيوخ حصته، لان القانون يوجب تحديد الأنصبه في الملكية الشائعة وإن لم تكن الأنصبه محددة بنسب كالربع أو النصف أو الثلث فهو يفترض تساوي الحصص تقاديا لعدم تحديد الحصص.

إنّ تحديد الحصص هو تعيين لحصة بمكانها، وحدودها، ومساحتها.

أما التخصيص فهي نسب توزع على الشركاء، حسب حقهم في الشيوخ، دون تحديد لمكان معين في العقار، ومثالها: كأن يملك صاحب الربع ربع العقار بدون تحديد لجزء من العقار ولا سبيل للخروج من هذا الوضع إلا بالقسمة القضائية أو الودية وتعدد الملاك في الملكية الشائعة يثير عدة اشكالات فيما يتعلق بمزاولة كل مالك للسلطات الثلاث وهم: الاستغلال والاستعمال، والتصرف، لأن ممارسة هذه السلطات تقتضي اجماع الشركاء، فرغم أن كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما وله التصرف فيها، والاستيلاء على ثمارها كما له حق استعمال حصته بشرط ألا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، طبقا للمادة 714 من القانون المدني بقولها: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأن يستغلها، بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء".

إلا أن المادة 715 من القانون المدني الجزائري أشارت بقولها: "إدارة المال الشائع من حق الشركاء متجمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك".

إذا فهذا الاجتماع للشركاء لا يشترط فيه ان يكون اجتماعا تاما يضم كل الشركاء بل تكفي فيه الاغلبية فقط بحسب قيمة الانصبه، وقد حددت المادة 717 من القانون المدني الجزائري بقوله: "للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع، أن

(1) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 11.

يقرروا في سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغييرات الأساسية والتعديل في الغرض الذي أعد له ما يخرج من حدود الإدارة المعتادة على أن يعلقوا قراراتهم الى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع الى المحكمة خلال شهرين من وقت الاعلان...".

أي أن الرأي الغالب في إدارة المال الشائع لمجموعة الشركاء الذي يملكون ثلاثة ارباع العقار المشاع وإن لم توجد أغلبية، فالمحكمة هي التي تتخذ التدابير اللازمة في تعيين مديرا للمال الشائع بناء على طلب أحد الشركاء حسب المادة 716 نت القانون المدني الجزائري⁽¹⁾.

(1) القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، من المواد 714، 715، 716، 717.

المبحث الثالث: الاجراءات القانونية لانتقال الملكية العقارية الخاصة

لانتقال الملكية العقارية الخاصة من المالك الى شخص آخر يجب مراعاة الاجراءات القانونية والأنظمة المعمول بها ولقد ميز المشرع الجزائري العقار بعدة ميزات، فهناك حقوق لا ترد إلا على العقار ومثالها: حق التخصيص والتي نصت عليه المواد 937 و940، وحق الارتفاق حسب نص المادة 867 من القانون المدني الجزائري كما يميزه في مجال الإختصاص القضائي يجعل الدعاوى العقارية لا ترفع إلا أمام المحكمة التي تقع في دائرة اختصاصها العقار وفقا لنص المادة 08 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، كذلك يميزه في مجال تنازع القوانين⁽¹⁾ بعدم الاختصاص القضائي، والقانوني إلى قانون الدولة التي يوجد فيها العقار حسب المادة 17 من القانون المدني الجزائري المعدل بالقانون رقم 05-10 مؤرخ في 20/07/2005⁽²⁾.

وأهم ما تميز به العقار في عملية انتقاله من شخص إلى شخص آخر مجموعة من المراحل لانتقاله من توثيق وتسجيل وشهر.

ولكي يكون التصرف صحيحا منتجا لجميع آثاره القانونية فرض القانون ركنا رابعا والمتمثل في الشكلية على كل تصرف وارد على عقار زيادة على الأركان العامة والمتمثلة في المحل، السبب، والارادة.

وذلك ما سأتناوله في المطلب الأول تحت عنوان التوثيق وفي المطلب الثاني تسجيل التصرف الوارد على العقار الذي أوجبه القانون، وفي المطلب الثالث شهر هذه التصرفات والعقود، وكيفية إجرائه وفقا للقانون والأنظمة المعمول بها.

المطلب الأول: توثيق العقود والتصرفات الواردة على العقار

إن التصرفات والعقود الواردة على العقار أضاف لها القانون وجوبا ركنا هاما وهو الشكلية، وجعل وسيلة ذلك العقد الرسمي المبرم أمام الموثق، وتبعا لذلك لكل العقود والتصرفات الواردة على العقار يجب ان تصب وتصاغ في شكل رسمي حيث نصت

(1) قانون الاجراءات المدنية والادارية، ط 4، برتي للنشر، 2016، المادة 08.

(2) القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، المواد 867، 940، 937، 17.

المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بقولها "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع ثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

والشكل الرسمي هو ذلك العقد الرسمي المبرم أمام الموثق كما عرفته المادة 324 من القانون المدني الجزائري بقولها "العقد الرسمي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطة اختصاصه"⁽¹⁾.

والمادة 03 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق بنصها: "الموثق ضابط عمومي يفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب...".

الملاحظ في نص المادة 03 أنه يشترط في العقد الرسمي الشروط الآتية:

1. أن يقوم بتحريره **موظف عام**: يعني أن الموظف العام هو شخص تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثلاً مدير أملاك الدولة.

2. أو ضابط عمومي ومثاله الموثق، والمحضر القضائي والمترجم: وتأكيداً لذلك نص المادة 05 من القانون رقم 27/88 الصادر بتاريخ 22 جوان 1988⁽²⁾ الخاص بمهنة التوثيق وتنظيمها حيث جعلت من الموثق ضابطاً عمومياً بنصها "يعد الموثق ضابطاً عمومياً يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية..."⁽³⁾.

(1) ق، م، ج، مصدر سابق، المواد، 324، 324 مكرر 1.

(2) القانون رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج، 14 مؤرخة في 08 جوان 2006 من المادة 03.

(3) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 29.

أيضا المادة 03 من قانون رقم 02/06 الخاص بمهنة التوثيق، والتي خولت لهذا الشخص المحرر للعقد الرسمي أن يكون مختصا قانونيا. وأشار إلى أن الموثق له اختصاص عبر كامل التراب الوطني وطبقا لذلك نصت المادة 02 من قانون التوثيق 02/06 بقولها: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون، وأحكام التشريع المعمول به، ويمتد اختصاصه الإقليمي إلى كامل التراب الوطني..."⁽¹⁾

يفهم من هذا النص أنه يجب أن يراعي الموثق في تحرير العقد ما نظمته القانون من حيث الشكل والموضوع، بمعنى آخر تحريره وفقا للإجراءات الشكلية التي قررها المشرع، وحسب ما تقتضيه القوانين والأنظمة المعمول بها في موضوع العقد. فإذا تخلف شرط من هذه الشروط فقد العقد صيغته الرسمية. واستخلص من كل ما سبق أن المشرع فرض في العقود الواردة على العقارات من حيث توثيقها أمران:

*الأمر الأول: يجب ان يكون العقد في شكل رسمي.

*الأمر الثاني: يجب أن يحرره شخص مؤهل لذلك قانونيا وهو الموثق، لأن الإجراءات المتطلبة قانونيا متضمنة في الشكل الرسمي للعقد.

الفرع الأول: الشكل الرسمي للعقد الوارد على العقار

نظم المشرع الجزائري أحكام الأوراق الرسمية في المواد 324، 325 و 326 من ق، م، ج، فعرف العقد الرسمي في مادته 324 التي جاءت فيها ما يلي: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية، في حدود اختصاصه".

إذا الشكل الرسمي هو العقد الرسمي، يعني أن كلمة الشكلية تعني إفراغ وترجمة سواء بين طرفين أو طرف واحد في قالب رسمي مثاله: ورقة أو سند يصدره ويحرره

(1) مصدر سابق، المواد من 2،3، القانون 02/06.

موظف عام، أو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة وطبقا لذلك جاء نص المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 متضمنا شروط وكيفية وشكل العقد الرسمي.

كما فرضت المادة أن تحرر العقود باللغة العربية، في نص واحد واضح تسهل قراءته وبدون اختصار ودون كتابة بين السطور واشترط القانون كتابة المبالغ المالية، والسنة والشهر المبرم فيه العقد ويوم توقيعه بالأحرف، أما التواريخ الأخرى فتكتب بالأرقام ويصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات كما يصادق الموثق على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق.

أيضا يمنع منعاً باتاً على الموثق بتعديل العقد أو نسخه أو إقالته بناءً على طلب أحد الأطراف المتعاقدين فقط، لأنه في حالة قيامه بالأمر يعتبر تجاوزاً لصلاحياته وقد توجه له تهمة التزوير في المحرر الرسمي.

كما يتضمن العقد التوثيقي حسب المادة 29 من قانون رقم 02/06 المتضمن مهنة

التوثيق:

- 1- اسم ولقب الموثق الذي حرر العقد مع ذكر مكان ومقر اقامته.
- 2- اسم ولقب أطراف العقد وصفاتهم ومحل اقامتهم وتواريخ ميلادهم وجنسياتهم ومكان الميلاد والتأكد من انهم ذو أهلية حسب نص المادة 04 من ق، م، ج، مع مراعاة أحكام المادة 78 من القانون المدني.
- 3- اسم ولقب ومسكن الشهود وأرقام بطاقتهم الشخصية.
- 4- اسم ولقب ومحل اقامة المترجم اذا كان العقد مترجم اذا اقتضى الأمر ذلك.
- 5- ذكر المحل والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه العقد.
- 6- اذا كان احد أطراف وكيلاً عن غيره يجب ذكر ذلك في العقد، ورقم الوكالة المصادق عليها وتاريخ التصديق عليها من طرف موكلين مع مراعاة نص المادة 572 من ق، م، ج⁽¹⁾.

(1) المواد من 26، 27، 28، 29، 30، 31، 32، القانون 02/06، مصدر سابق.

7- إذا كان التصرف صادر من طرف واحد كالوصية يمكن كتابة الإحالات في الهامش كما ذكرته سابقا، أو في أسفل الورقة ويوقعها الأطراف أو الطرف وتوقيع الشهود. أيضا نصت المادة 25 من نفس القانون بعدم جواز الآتي:

- التحرير والكتابة بين السطور.
- إضافة الكلمات تعتبر باطلة، والكلمة تكون في سطر واحد.
- الكلمات المشطوبة يذكر عددها ويصادق عليها في آخر الورقة ومن خلال نص المادة 26 و 27 من قانون التوثيق رقم 02/06 يتضح أن المشرع الجزائري فرض شكلا معيناً للعقد التوثيقي واشترط أن تذكر فيه البيانات والمعلومات عن أطراف العقد، والضابط العمومي المحرر لهذا العقد⁽¹⁾.

ومن المعلوم أن العقود الرسمية تنقسم إلى أربعة أنواع وهي كالاتي:

أولاً: العقود التوثيقية

وهي التي يقوم الموثق بتحريرها مثالها عقد الهبة، البيع.

ثانياً: العقود الإدارية

وهي العقود التي يقوم بتحريرها الموظف العام أو الشخص المؤهل لذلك، أو مكلف بخدمة عامة ومثالها: رخص الامتياز، قرارات التخصيص.

ثالثاً: العقود القضائية

وهي العقود التي تصدر عن طريق القضاء مثالها الحكم بتثبيت الوعد بالبيع، وأحكام المزاد العلني⁽²⁾.

رابعاً: العقود التشريعية

هذه العقود تتعلق عادة بالشركات الدولية وتصدرها الحكومات مثالها العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات⁽³⁾.

(1) القانون 02/06، مصدر سابق، المواد 25-26-27.

(2) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 27-29.

(3) عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 7.

وما يهمني من كل هذه العقود هو العقد التوثيقي إذ أنا بصدد دراسة انتقال الملكية العقارية الخاصة، ولقد كرس المشرع الجزائري القانون 02/06 الخاص بالتوثيق للضابط العمومي (الموثق) للقيام بهذه المهنة إذ خول له صلاحيات السلطة العمومية، وهي تحرير العقود الرسمية، وإعطائها الصبغة الرسمية، وإضفاء الشرعية على المعاملات.

وعليه فالعقود التي يحررها الموثق هي عقود رسمية، وفرض المشرع الجزائري أن تحتوي على جميع البيانات اللازمة، بالإضافة إلى ما ذكرته المادة 324 من القانون المدني حيث يثبت الموثق في العقد الرسمي ما تم لديه، أو تلقاه من ذوي الشأن⁽¹⁾. وإثبات ما تم لديه يعني إثبات جميع الوقائع التي تمت تحت يده ونظره وبحضوره وتبعاً لذلك، حضور ذوي الشأن وما قام به كل طرف أمامه بخصوص التصرف الذي يريد توثيقه، وذكر الشهود الذين حضروا وتذكيرهم بكل المعلومات المدونة في العقد وذلك طبقاً لنص المواد 26، 27 من قانون التوثيق⁽²⁾.

أما إثبات ما تلقاه فيثبت في المحرر أقوال، وبيانات وتقريرات صدرت من ذوي الشأن (التصرف القانوني) الذي يشهد به المحرر، وذكر ما تم تحت سمعه، وحسب الأستاذ السنهوري تختلف حجية الأحداث والوقائع التي وقعت تحت سمعه وبصره ما تلقاه من ذوي الشأن، فيكون بذلك شاهداً عليها فتستمد هذه الأخيرة حجيتها المطلقة من صفة الموثق كونه ضابط عمومي، خولته الدولة كامل الصلاحيات لتحرير العقود الرسمية.

أما الصنف الثاني من الأحداث والوقائع فهو ما تلقاه من ذوي الشأن حيث تروى له، ويتلقاها سماعاً فقط دون أن يكون قد شهدها، أو حضر كأن يروي له أحداثاً تتعلق بالتصرف القانوني الذي هو بصدد تحريره ومثاله: كأن يذكر الأطراف التزامات معينة اتفقوا عليها مسبقاً أو يذكر أنهم باعوا قطعة أرض في مكان ما، ومساحتها كذا، وحدوها كذا وهنا يتلقاها الموثق من أفواه الأطراف وعليه إثبات البيع في العقد وتكون حجيتها أقل درجة مما تم لديه لأنه لم يشهد بها⁽³⁾.

(1) ق م ج، مصدر سابق، المادة 324.

(2) القانون 02/06، مصدر سابق، المواد 26، 27.

(3) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، م2، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 12، 15.

استخلص من هذه الجزئية أن الشكل الرسمي للعقود الواردة على عقار هو أن يفرع هذا التصرف بقالب رسمي أو رقة رسمية يحررها شخص مؤهل قانونا لذلك حيث يضع عليها ختمه وتتضمن وجود بيانات ومعلومات حددها القانون.

الفرع الثاني: وجوب تحرير العقد من قبل شخص مؤهل قانونا

وذلك ما نصت عليه 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على: «وجوب تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية العقارية في شكل رسمي». والمادة 324 من نفس القانون على أن العقد الرسمي هو العقد الذي يحرره موظف عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة، وقد بينت سابقا أن قانون التوثيق رقم 02/06 أضاف على الموثق صفة الضابط العمومي وخوله تحرير العقود التي فرض فيها المشرع الجزائري الشكلية، وحدد القانون طبيعتها الرسمية التي تتضمن نقل الملكية، العقارية الخاصة.

فَعَمَلُ الموثق يغلب عليه الطابع القانوني، وانجازه لمهامه لا يكون بناء على تعليمات يتلقاها من سلطة تعلوه سلميا بل يكون خاضعا في انجاز مهامه طبقا لحكام القانون⁽¹⁾.

ومهمته بذلك تشبه مهمة القضاء لأجل هذا أنصف الموثق من الناحية الهيكلية في إطار المنظومة القضائية كعون قضائي، وقد سبق الإسلام ذلك حيث أمر الله عز وجل المؤمنين بالكتابة في معاملاتهم في الآياتن الكريمتين في سورة البقرة، قال تعالى: {يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى (فاكتبوه) وليكتب بينكم كاتب بالعدل ولا يأبى (كاتب) أن يكتب كما علمه الله (فليكتب)} سورة البقرة الآية 282، ولقد أشار الله سبحانه بقوله سبحانه {وليكتب بينكم كاتب بالعدل}، والمشار إليه بكلمة العدل هو أن يكون الكاتب أمينا ملما بجميع ما يتعلق بالمعاملات العقارية، وتتمام الأمانة أن لا يكتب حقا لشخص ليس له، وقوله تعالى: {فليكتب} دليل على أهمية الأمور به وللمؤمنين أن

(1) يوريس زيدان، موثق، «دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية»، محاضرة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم بولاية سكيكدة من طرف الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الشرق بتاريخ 29/05/2001،

يكونوا حريصين على كتابة معاملاتهم وتوثيقها⁽¹⁾، لأن الأمر بالكتابة للوجوب في هذه الآية، والدليل تكرار الأمر بالكتابة بأساليب متنوعة وعدم الإعفاء حتى على السفية والمجنون والمعتوه والمحجور عليه والأصم، والأبكم ومن ليس له القدرة على هذه المعاملات قانونيا تبعا لذلك يجب تعيين ولي من طرف المحكمة إذا لم يوجد ولي من عائلته ويجب أن لا يسام من الكتابة حتى ولو كان الدين قليلا، لقوله تعالى: {... ولا تسأموا أن تكتبوا صغيرا أو كبيرا إلى أجله...}.

أيضا قوله تعالى: {... فإن كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أولا يستطيع أن يمل هو فليمل وليه بالعدل}.

كما أسلفت التقديم للعقد التوثيقي أنه لكي يكون صحيحا ورسميا يجب أن يصدر من موظف، أو ضابط عمومي ولكي يكون هذا الأخير 5الضابط العمومي مؤهلا قانونا لممارسة مهنة التوثيق يجب أن يكون ذي صلاحية وولاية قائمة وقت تحرير الورقة الرسمية، وهذا هو المقصود بعبارة "في حدود سلطته واختصاصه الذي تضمنته 224 من ق م ج من ناحية الصفة الرسمية للعقد المحرر، لا تكون له أي حجية في الإثبات إلا إذا هؤلاء الأشخاص من المحررين للعقد مختصين في كتابتها سواء من حيث طبيعة الورقة ذاتها أو من حيث المكان الذي يجب أن تحرر فيه ومثال ذلك المجلس الشعبي البلدي الذي يعتبر الشخص الوحيد الذي خول له القانون تحرير شهادة الحياة، فهو مختص من حيث الموضوع، ويجب أن يكون العقار محل شهادة الحياة واقعا في دائرة اختصاصه الإقليمي على مستوى الولاية، عكس الموثق الذي يمتد اختصاصه الإقليمي عبر كامل التراب الوطني⁽²⁾.

والمقصود بكلمة "سلطة" السابقة الذكر هو ولاية الموظف العام من حيث قيامها وأهليتها من حيث عدم قيام مانع شخصي به يجعله غير صالح لتوثيق الورقة بالذات التي سأبينها كالاتي:

(1) سورة البقرة الآية 282، 283.

(2) دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة ص 38.

أ- **الولاية:** يجب أن تكون ولاية الموظف المختص قائمة وقت تحرير الورقة الرسمية، فإذا كان قد عزل على وظيفته أو انعزل عن عمله، أو نقل منه أو حل محله غيره على أي وجه آخر، فإن ولايته تزول، ولا يجوز له مباشرة عمله، وتكون الورقة التي حررها باطلة للإخلال بشرط من شروط صحتها.

وإذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو الوقف، أو إنهاء الولاية وكان ذو شأن هم أيضا حسن النية لا يعلمون بشيء من ذلك، فإن الورقة الرسمية التي حررها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة مراعاة للوضع الظاهر المتمثل بحسن النية⁽¹⁾.

ب- **الأهلية:** يشترط لصحة الورقة الرسمية أن تكون صادرة من موظف أهل للتصرف الذي يقوم بها فإذا كان مجردا من هذه الأهلية بموجب نص قانوني، فإن الورقة التي يحررها ليست رسمية ولم تعد لها سوى قيمة السند العرفي متى كانت موقعة من قبل الأطراف⁽²⁾.

الأصل أن الموثق أهل لتوثيق جميع الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه غير أنه سلبت أهليته في أية ورقة رسمية بالذات تكون فيها مصلحة شخصية أو تربطه بأصحاب الشأن فيها مصلحة معينة من قرابة أو مصاهرة⁽³⁾، وفقا لنص المادة 19 من قانون التوثيق 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

فلا يجوز إذا أن يكون الموثق نفسه طرفا في الورقة الرسمية التي يوثقها، سواء كان بائعا أو مشتري في العقد، أو وكيل، أو موكلا في عقد الوكالة.

وعندما تسلب أهليته في الحالات السالفة الذكر كان ذلك لرفع مضنة البطش التأثير في إرادة المتعاقدين، فمضنة التأثير قائمة إذا وجدت للموثق في الورقة التي يوثقها مصلحة شخصية مباشرة، وجزء ذلك البطلان المطلق للورقة حتى في الإجراءات التي لا مصلحة للموثق فيها.

(1) عبد الله السنهوري، مرجع سابق، ص 122.

(2) دوة آسيا رمول خالد، مرجع سابق، ص 36.

(3) عبد الله السنهوري، مرجع سابق، ص 123.

كما لا يجوز أن يكون الموثق وأصحاب الشأن صلة قرابة، أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة، والمقصود بذلك كأن يكون أخا، أو فرعا لغاية الدرجة الرابعة أو عمًا أو عمّة أو خال، أو خالة، أو ولد لأبيهم كذلك، ومثال ذلك قرابة المصاهرة أن يوثق الموثق لزوجته أو لزوجته ثم لا يجوز له بعد ذلك أن يوثق لأحد أقارب زوجته لغاية الدرجة الرابعة⁽¹⁾.

وبالتالي فإنه لا يجوز للموثق في الحالات السالفة الذكر تحرير أي نوع من العقود الرسمية إلا إذا كانت هذه العقود المحررة باطلة وليس لها أي قيمة سواء قيمة السند العرفي من كان موقعا من قبل أطرافه.

كذلك يجب أن يكون الموثق مختصا بإصدار المحررات الرسمية سواء تعلق الأمر بالاختصاص النوعي أو الإقليمي.

* **الاختصاص من حيث الموضوع (النوعي):** يجب أن يكون الموثق مختصا بتوثيق جميع المحررات التي يقتضي القانون، أو بطلب المتعاقدين توثيقها، فكل تصرف قانوني يشترط فيه القانون الورقة الرسمية كالهبة، الرهن الرسمي، وكذلك جميع التصرفات التي لا يشترط فيها القانون الورقة الرسمية، بل تكون تصرفات رضائية لا يجوز إثباتها في ورقة عرفية كالبيع الايجاري والوكالة... الخ.

مع العلم الموثق يخرج من الاختصاص الموضوعي للأحوال الشخصية أما، أما ضابط الحالة المدنية مثلا فبصفتها ضابط عمومي له اختصاص موضوعي خاص بتحرير بعض الأوراق الرسمية الخاصة بالحالة المدنية للأشخاص وهذا ما نصت عليه المادة 03 من الأمر 20/70 المؤرخ في 09 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية والتي حددت مهام ضابط الحالة المدنية والتي سأذكرها كآآتي:

- مشاهدة الولادات وتحرير العقود.
- مشاهدة الوفيات وتحرير العقود.
- مسك سجلات الحالة المدنية.
- تحرير عقود الزواج.

(1) المرجع نفسه، ص 123-125.

وبالتالي فإن ضابط الحالة المدنية لا يمكنه إبرام اتفاقيات الطلاق وهي من اختصاص القاضي، كما لا يمكنه من تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقارات و حقوق عقارية لأنها متن اختصاص الموثق⁽¹⁾.

* **الاختصاص المكاني (الإقليمي):** إن القانون هو الذي يحدد الدائرة التي يمارس فيها الموثق مهامه، وذلك أنه يستطيع الموثق مباشرة عمله خارج دائرة اختصاصه والمعنى من ذلك أن الموثق لا يستطيع تحرير العقود خارج مكتبه وفقا للمادة 04 من الأمر 20/70 السابقة الذكر، لكن هناك حالة استثنائية يسمح فيها الموثق الانتقال إلى محل إقامة أصحاب الشأن عند عدم قدرة هذا الأخير على الحضور إلى المكتب.

لكن بعد صدور قانون التوثيق رقم 27/88 أصبح الاختصاص الإقليمي راجعا لمكاتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني وهذا ما أكده القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في مادته الثانية من الفقرة الأولى والتي جاء فيها: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام القانون والتشريع المعمول به ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني"⁽²⁾.

وقد حصل هذا التغيير نتيجة المشاكل التي كانت تحول دون حصول الموثق على الانتداب من وزير العدل للقيام بمهام التوثيق خارج اختصاص المحكمة التي عين فيها من جهة، ومن أجل مسايرة جهود الدولة للقضاء على مظاهر البيروقراطية، وتقريب الإدارة من المواطن من جهة أخرى، ولضمان السير الحسن لمكاتب التوثيق خاصة بعد أن أصبحت تسير لحساب الموثق وتحت مسؤوليته⁽³⁾.

أما المادة 33 من نفس القانون نصت على أنه في حالة تغيب أو حدوث مانع للموثق يحول دون مباشرته لوظيفته، وفي حالة انابه زميل عنه لمباشرة هذه المهمة الحصول قبل ذلك على تليخيص من وكيل الجمهورية لدى محكمة إقامة المكتب.

(1) شيخ سناء، الشكبية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2012، 2011، ص 104-105.

(2) شيخ سناء، مرجع سابق، ص 106.

(3) جيدي أحمد، الكتابة الموسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص

كما نصت المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21/09/1983 المتعلق بحسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة والإشكاليات، الحلول والاقترحات المتضمن الاعتراف بالملكية على: "... يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية..." والمادة 12 من نفس المرسوم بالقول: "يتجه المعني مباشرة إلى الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا، فيقدم له كل المعلومات اللازمة..."⁽¹⁾.

الفرع الثالث: وظيفة التوثيق

إن اشتراط المشرع التوثيق في المعاملات العقارية كان له أهمية كبيرة للاستقرار والأمن في المجتمع وذلك انطلاق من وظيفة التوثيق في حد ذاتها وتتجسد في النقاط الآتية:

– إتمام ركن من أركان العقود التي يقبضها المشرع أن تكون في شكل رسمي بأن الركن الرابع في العقود التشكيلية إلى جانب الرضا، المحل، السبب هو الشكلية، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

كما أنّ العقود المقدمة للشهر اشترطت المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أن تكون في شكل رسمي وأن يكون محررا أمام الموثق يحتوي على أصل الملكية مكرسا لاتفاق الطرفين ومحدد المحل تحديدا نافيا لجهالة⁽²⁾.

– إثبات الحقوق المتعلقة بالمعاملات بين الأطراف وذلك حتى يستطيع المتعامل أن يثبت حقه أمام القضاء في حالة النزاع من طرف الغير، لأن التصرف المكتوب في المحرر مستوفي كل الشروط القانونية اللازمة وذلك لأنه محرر من طرف ضابط عمومي (الموثق) وهو بذلك حجة على الكافة، حتى يثبت تزويره حسب ما نصت عليه المادة

(1) المرسوم رقم 352/23 المؤرخ في 21/09/1983 المتعلق بسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة والإشكالات والحلول والاقترحات.

(2) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 101 - 202.

324 مكرر 5 من ق. م. ج. بنصها على "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.

إذا فالعقد الرسمي سند تنفيذي باعتباره عنوانا للحقيقة لأنه تم تحريره من طرف الموثق ولا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير.

- تنبيه الأطراف المتعاقدة من إبرام العقد المتعلق بالتصرف القانوني بينهم وهم لا يعلمون أن البائع قام برهنه أو بيعه أو وقفه أو هبته... الخ.

- إعلام الأطراف المتعاقدة بالأحكام والشروط القانونية، والحقوق المترتبة في ذمة كل طرف والالتزامات الناشئة عن هذا التصرف، فالموثق هو من يقوم بتبيين الأحكام والشروط القانونية لها، ويوضح الالتزام الذي يقع على عاتق كل طرف سواء البائع أو المشتري، مما يجعله على بينة من أمره في إتمام هذا العقد أو عدم إتمامه⁽¹⁾.

وهو ما نصت عليه المادة 12 من قانون التوثيق رقم 02/06، وهذا كله لضمان نفاذ إرادتهم، وخلاصة القول أن التوثيق شرع لمصلحة الأطراف في إبرام العقود العقارية لكون هذا الأخير يمتاز بالديمومة، كما له دور في فض النزاع والشك بين الأطراف المتعاقدة، لأن الثقة في الوثيقة والمعنى بهذه الوثيقة هي السند المحرر أمام الموثق، فله حجيته القاطعة بين الأطراف ويضمن لهم حقوقهم، وعدم تعدي الغير عليها.

- صيانة الأموال وحفظها من الضياع.

- قطع المنازعات ودحض الشك بين المتعاملين، لأن العقد المحرر من طرف الموثق ينشر الطمأنينة والثقة في المعاملات وهذا ما يؤثر إيجابا على حياة المجتمع المالية، والاقتصادية والعقد شريعة المتعاقدين حسب نص المادة 106 من ق. م. ج، وعند النزاع بين الأطراف يرجع صاحب الحق إلى بنود العقد الموثق الذي لا يستطيع إنكاره أحد كونه مصبوغ بالرسمية.

(1) القرار رقم 156،136 المؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية، 1997، ع 1، ص 10. والقرار رقم

6566103 المؤرخ في 09/11/1994، نشرة القضاة، ع51، ص 67.

المطلب الثاني: تسجيل العقود الواردة على العقارات

من خلال قانون التوثيق رقم 02/06 خولت المادة 03 الموثق تحرير العقود التي يشترط فيها الصيغة الرسمية والمادة 10 منه على الموثق تسجيل العقود التي حررها، فنصت بذلك الفقرة الأولى منها على ما يلي: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع، ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل إعلان، ونشر العقود في الآجال المحددة قانونا..."⁽¹⁾.

والمادة 75 من قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985 على:

"لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم..."⁽²⁾.

ألاحظ أن المادة 10 من قانون التوثيق رقم 02/06 ألفت عبء التسجيل على عاتق الموثق والمفهوم هنا أن الموثق هو الوحيد المسؤول عن ذلك، تحت طائلة العقوبة الجزائية للموثق مما يقوم الموثق بتسجيل العقد بعد توثيقه لدى مصلحة التسجيل والطابع على مستوى مديرية التسجيل ولهذا الأخير وظيفة جبائية، ووظيفة إثباته ويجب تسجيل العقود وفق آجال قانونية وإلا ترتبت جزاءات على عاتق الموثق⁽³⁾.

الفرع الأول: الوظيفة الجبائية للتسجيل

إن الهدف من تسجيل العقود يكمن في تحصيل الدولة والجماعات المحلية للضريبة الجبائية التي تستعين بها لتغطية نفقاتها المختلفة على المجتمع، وذلك من خلال تسديد الأشخاص في معاملاتهم العقارية مبالغ ثابتة لصالح الخزينة العمومية التي تفرضها

⁽¹⁾ بوريس زيدان (موثق)، التطرق والإجراءات العلمية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، ع07 جوان 2002، ص 38.

⁽²⁾ قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم ج ر، العدد 81، مؤرخة في 1977/12/18.

⁽³⁾ القانون 02/06، مصدر سابق، المادة 10.

الدولة عليهم، ومثالها: بيع العقارات، أو هبتها، أو استبدالها، فالضريبة العقارية تعد من أقدم الضرائب المباشرة وقد ظهرت في الجزائر سنة 1908 بموجب القرار الصادر بتاريخ 1908/06/21 تحت اسم (1) *Décision des délégation* وبعد الاستقلال صدر قانون يؤطر الضرائب المباشرة والرسوم الجبائية بموجب الأمر رقم 105/76 من قانون التسجيل حيث أصبحت الضريبة تستخدم كوسيلة لتوجيه السوق العقارية، حيث تفرض على المالك دفع الضريبة للخزينة العمومية وعليهم بإثرائها.

وتبعاً لذلك فإن التحصيل الجبائي له أهمية بالغة على الصعيد الجبائي مع تطور مهام الدولة وتوسعها، وكذا مع تطور أساليب الجباية العقارية بأنواعها كالرسوم العقارية، والرسوم على القيمة المضافة ورسم التطهير.

والأهمية القانونية لهذه العملية هو ما فرض ضرورة البحث عن سبل وبدائل لتوسع الوعاء الضريبي، بحثاً عن مصادر تمويل جديدة، وتفعيل الوسائل المتاحة في هذا الميدان وبالأخص الضريبة العقارية، وذلك تكريساً للأهداف الاجتماعية والاقتصادية والمالية من خلال التحصيل الضريبي (2).

وتماشياً مع هذه الأهداف جاء نص المادة 58 من قانون التسجيل بموجب الأمر 105/76 على أنه: "يجب أن تسجل عقود الموثقين..."، والمادة 93 من نفس الأمر على وجوب تسجيل العقود في آجالها المحددة قانوناً وإلا عوقب الموثق بدفع غرامة يحدد مبلغها على كل مخالفة.

كما جاء في نص المادة 40 من قانون التوثيق الجديد 02/06 ما يلي: "يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف دفعها بفعل الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقاً للتشريع المعمول به..."

(1) دوة آسيا، رامول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، 2008، ص

26.

(2) المرجع نفسه، ص 29.

والعقود الخاضعة للتسجيل أنواع حسب نص المادة 02 من قانون التسجيل فمنها ما يخضع لرسم ثابت، ومنها ما يخضع لرسم نسبي، أو تصاعدي حيث جاء فيها "تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقود ونقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم..."(1).

فحقوق التسجيل والطابع يقطعها الموثق من طرف الأفراد المتعاقدة وطبقا للنسب المحددة لكل نوع من العقود التي يحررها الموثق وتدعى هذه الطريقة في عالم الجباية بنظام الاقتطاع من المنبع Roto neural source مثلما الضريبة الواجبة على دخل العمال، حيث يتوجب على رب العمل اقتطاعها من رواتب العمال ويقوم بتسديدها لقابض الضرائب في آجال معينة، والهدف منها تحقيق مورد مالي مضمون للخزينة العمومية ودور مصلحة التسجيل بمراقبته في تحقيق هذه المهمة لأجل ذلك فرض على الموثق مسك سجلات محددة قانونا، بل حددت حتى المعلومات التي تتضمنها، إذ نصت المادة 154 من قانون التسجيل على ما يلي: "يمسك الموثقون، وكتاب الضبط، وأعاون التنفيذ التابعين لكتابات الضبط، وكتاب الإدارات فهارس ذات أعمدة يكتبون فيها يوما بعد يوم دون ترك بياض ولا فصل بين السطور وحسب الأرقام ما يلي: بالنسبة للموثقين الذين يعملون لحسابهم الخاص جميع الوثائق والعقود التي يتلقونها في شكل نسخ أصلية أو إجراءات تحت طائلة غرامة مالية تقدر بـ 300 دج عن كل إغفال...".

كذلك المواد من 155 و162 نصت على الموثق مسك دفاتر وسجلات وفهارس يسجلون فيها معلومات محددة، ومصلحة التسجيل لها دور فعال في المجتمع من النواحي الاقتصادية الاجتماعية المالية، وذلك بهدف التحكم في عملية الرقابة على عدد وطبيعة العمليات والعقود التي يبرمها الموثق وهو ملزم بتقديم السجلات التي قام بتسجيلها إلى رقابة وتأشير إدارة التسجيل في آجالها القانونية، تحت طائلة العقود المالية(2).

(1) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 115-116.

(2) قانون التسجيل، مصدر سابق، المواد من 154 155 102.

الفرع الثاني: الهدف الإثباتي لتسجيل

إنّ التسجيل يهدف إلى تثبيت التصرفات القانونية من جهة، ومن جهة ثانية يُعدّ مورداً مالياً لخزينة الدولة، وحتى تتم هذه العملية على أكمل وجه اشترط المشرع مجموعة من القواعد والشروط بالنسبة للتصرفات الواقعة على الملكية العقارية والتي تكون خاضعة لعملية التسجيل حيث اشترط في جميع الوثائق والمحركات التي تكون خاضعة للتسجيل أن تقدم في شكل رسمي تحت طائلة الرفض للتسجيل، وتبعاً لذلك توجد سندات قضائية، وسندات إدارية وسندات توثيقية وسندات عرفية لكن المشرع فرض في العمليات الواردة على العقار افراغها في سندات رسمية ويتم تحريرها من طرف الضابط العمومي (الموثق) كما أسلفت الذكر طبقاً لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري وأيضاً المادة 03 من قانون التوثيق الجديد 02/06 إلا أن المشرع الجزائري اعترف بالعقد العرفي المبرم بعد التاريخ السابق ذكره فليس له حرية في مجال المعاملات العقارية، لأنه يتم اعداده وتحريره بين الأطراف أنفسهم، و بواسطة كاتب عمومي ويتم توقيعها، الأطراف أنفسهم بالإضافة إلى الشهود ولكن دون تدخل من الضابط العمومي (الموثق)⁽¹⁾ حسب المادة 328 من القانون المدني الجزائري بنصها: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء."

إذن لكي يكون العقد العرفي حجة على الغير يجب أن يتضمن الشروط القانونية السابقة ذكرها⁽²⁾ وهذا بالنسبة للعقود العرفية المحررة قبل 1971/01/01 تاريخ دخول قانون التوثيق رقم 91/70 المؤرخ بـ 1970/12/15 حيز التطبيق الذي نص صراحة على بطلان العقد العرفي في مجال نقل الملكية العقارية بطلان مطلق.

(1) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 18-25.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري وأحدث الأحكام، مرجع سابق، ص 117.

كذلك منع المشرع الجزائري وبطريقة ضمنية مفتش التسجيل من القيام بتسجيل العقود العرفية وهذا ما يوسع المجال لتطبيق قاعدة الرسمية، ومنه تضيق المجال أمام التصرفات العرفية ومن ثم التسهيل على القاضي عبئ إثبات التصرفات المتنازع فيها ومدى حجيتها⁽¹⁾.

كما نصت المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني الجزائري كما يلي: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل المحرر عرفي إذا كان موقع من قبل الأطراف"⁽²⁾.

أستخلص من نص المادة سالفة الذكر أن العقد غير الرسمي متى اشتمل على مضمون العقد وتوقيعات الأطراف، وفي بعض الأحيان توقيعات الشهود تحول إلى عقد عرفي، وتسري عليه أحكام المحررات العرفية من حيث قوة الإثبات وشروط صحته ولا يحتاج لإبطاله إلا بطلبات أو دفع تقدم أمام أي جهة قضائية مدنية.

إذن للتسجيل أهمية بالغة مما يعطي الحجية المطلوبة في الإثبات سواء للعقد العرفي وذلك من تاريخ تسجيله والتي أكدت المادة 328 ق.م.ج أو كان عقدا رسميا لا تكمن رسميته بدون تسجيل ولا تكن له أي قيمة أو حجية أمام الغير وخاصة إذا أنكر الأطراف المتعاقدة.

الفرع الثالث: آجال التسجيل

إن إيداع الوثائق بمكتب التسجيل المختص من أجل القيام بعملية التسجيل يجب أن يكون في الآجال القانونية والمواعيد وتختلف هذه الآجال حسب طبيعة العقد وموضوعه وحسب ما إذا كانت هذه العقود خاضعة لرسم نسبي أو ثابت.

(1) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 24.

(2) ق.م.ج، مصدر سابق، المادة 326 مكرر 2.

أولاً: بالنسبة للتصرفات الخاضعة لرسم ثابت

وهي تلك الحقوق التي لا تتغير⁽¹⁾ بالنسبة لجميع العمليات من نفس النوع وتسجيل برسم ثابت على العقود التي تحدد تعريفها بأي مادة من قانون التسجيل والتي يمكن كذلك أن يترتب عليها رسم نسبي وهذا تطبيق لنص المادة 208 من قانون التسجيل، ومن بين التصرفات المنصبة على العقار وليست لها تعريف لقانون التسجيل الرهون الرسمية حق التخصيص عقد الشهر، شهادة الملكية، شهادة الحيازة، وتسجل خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها وهذا تطبيقاً لنص 59 و 60 من قانون التسجيل حيث المادة 59 منه على أن "العقود الموثقة التي تفتح الحق في الرسوم الثابتة تقدم من أجل التأشير لتسجل خلال الشهر الذي يليه شهر إعداده".

ثانياً: بالنسبة للتصرفات الخاضعة لرسم نسبي

وهي تلك التصرفات التي تنقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال المنقولة أو العقارية سواء بين الأحياء أو عن طريق الوفاة، كذلك بالنسبة للتناسب على حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار يتناول كل العقار أو جزء منه.⁽²⁾ وكذلك العقود المثبتة إما لحصته في شركة أو قسمة أموال منقولة أو عقارية وهذا تطبيقاً لنص المادة 04 من قانون التسجيل.

والحق النسبي هو حق يمثل نسبة مئوية ثابت تطبق على جميع عمليات نقل الملكية المحددة بموجب المادة السابقة الذكر وهذه التصرفات تسجل في الآجال الآتية:

1. تسجل عقود الموثقين في آجال شهر ابتداء من تاريخ تحريرها والتي تم تحديدها بموجب المادة 58 من قانون التسجيل.
2. تسجل الوصاية المودعة لدى الموثقين، أو التي يستلمونها خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصى بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفرد الوصاية طبقاً لنص المادة 64 من قانون التسجيل غير أنه بعد صدور قانون المالية لسنة 2004 وبموجب المادة

(1) دوة أسيا، رامول خالد، مرجع سابق، ص 75.

(2) دوة أسيا، رامول خالد، مرجع سابق، ص 76-77.

15 منه أصبحت الوصاية تسجل في أجل شهر ابتداء من وفاة الموصين وتخضع بذلك لنفس أحكام المادة 58 من قانون التسجيل.

3. تسجل التصريحات التي يجب على الورثة أو الموصى لهم تقديمها على الأموال المستحقة لهم أو التي انتقلت عن طريق الوفاة في أجل سنة واحدة ابتداء من يوم الوفاة. وهذا طبق لنص المادة 65 من قانون التسجيل، غير أنه بالنسبة لتركبة المدافع عن الوطن إذا توفي وهو يؤدي واجبه، وكذا التركة التي تركها شخص على الشيوع مع الدولة فلا تسري في هذه الحالة أجل النسبة الواحدة، وهذا طبقاً لنص المادة 66 من قانون التسجيل.

وإذا حاز الورثة أموال أشخاص توفوا بالخارج قبل سنة واحدة لا يبقى أجل آخر سوى سنة واحدة تبدأ من يوم الجنازة، وهذا تطبيقاً لنص المادة 67 من قانون التسجيل، وبالنسبة للأموال الموصى بها للولايات، والمؤسسات العمومية، أو ذات النفع العام، يسري الاجل ابتداء من يوم قبول السلطة المختصة الوصايا مع عدم تأجيلها إلى سنتين من يوم وفاة صاحب التركة، وهذا تطبيقاً لنص المادة 09 من قانون التسجيل.

أما فيما يتعلق بالأوقات المحددة للإيداع، فيتم كل أيام الأسبوع طوال النهار مع مراعاة الأوقات الرسمية للعمل، حيث بموجب نص المادة 73 من قانون التسجيل تفتح مكاتب التسجيل على العموم حسب الساعة التي تحددها الإدارة كل يوم عدا أيام الجمعة وبعد الظهر من كل يوم خميس، كذلك أيام الأعياد والمحددة بموجب القانون، وعند الاقتضاء بعد ظهر اليوم الذي تحدده الإدارة من أجل القفل الشهري للمحركات الحسابية، وتعلق أيام، وساعة الافتتاح والغلق على باب كل مصلحة⁽¹⁾.

المطلب الثالث: فائدة شهر التصرفات العقارية

الشهر العقاري هو عملية تسجيل أو قيد العقد بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً، وهذا الإجراء يبادر به الموثق الذي حرر العقد طبقاً لنص المادة 10 من قانون التوثيق أيضاً المادة 90 من المرسوم 73/76 مؤرخ 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل

(1) دوة آسيا، رامول خالد، مرجع سابق، ص75.

العقاري بقولها: "ينبغي على الموثقين، وكتاب الضبط، والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود القضائية الخاضعة للإشهار والمحرزة⁽¹⁾ من قبلهم، أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة...".

أفهم من المادة 10 أن الموثق هو المكلف القانوني بشهر العقود والمحركات التي قام بتحريرها في مكتبه، مع احترام آجال الشهر وفقا للقوانين والأنظمة المعمول بها. تبعا لذلك فإن الشهر نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات القانونية تتضمن حق الملكية العقارية، والحقو العينية العقارية الأخرى، في العقار وذلك طبقا لنص المادة 793 من ق. م. ج بنصها: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري كما أن المادة 1/15 من الأمر 74/75 تقضي بأن حق الملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من يوم إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية."

ويعتمد نظام الشهر العقاري على نظامين:

أ- **النظام الشخصي:** نظام يتم فيه شهر التصرفات القانونية التي ترد على العقارات بالاعتماد على أسمائهم خاصة المتصرف، ويستدعي ذلك أن تنشأ السجلات يدون فيها التصرف الذي يرد على العقار باسم المتصرف⁽²⁾، وتوضع لهذه السجلات فهارس منظمة بأسماء: المتصرفين، ولصاحب المصلحة أن يطلب شهادة بالتصرفات القانونية لكي يستوثق بأن الشخص الذي يريد التعامل معه هو مالك للعقار، وما زال مالكا له من عدمه ويعرف هذا النظام بنظام الشهر الشخصي⁽³⁾.

ب- **الشهر العيني:** نظام يتم فيه الشهر على أساس العقد ذاته، حيث يفرض لكل عقار صحيفة خاصة في السجل العيني يدون فيها كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات عقارية وذلك بمجرد الاطلاع على الصحيفة الخاصة به فيقف على الحقيقة من حيث

(1) قانون 02/06 المادة 10 المرسوم التنفيذي رقم 73/76 المؤرخ في 1976/3/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(2) أحمد بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، د ط، 2006، ص 15.

(3) ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2007، ص 78.

المساحة والحدود، ومن حيث مالكة، والملاك السابقين إلى يوم نشأة السجل العيني، ويعرف هذا النظام بنظام الشهر العيني⁽¹⁾.

الفرع الأول: خصائص الشهر العقاري في الجزائر

لقد تمت المصادقة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 440/92 الصادر بتاريخ 1992/12/02 على القرض الممنوح من قبل صندوق البنك الدولي، والذي تم تخصيصه لتغطية نفقات عملية التوثيق العقاري العام، وهي عملية المسح، وتهدف هذه العملية إلى وضع مخططات طبوغرافية جزئية، وبطاقة للمكيات العقارية، وكذا أسماء مالكيها على مستوى كل بلدية من أجل تسجيل كل عقار لم يسجل على أن يسلم في نهاية العملية لكل مالك دفتر عقاري يكون هذا الأخير بمثابة سند لمكياته العقارية أما المناطق التي لم يشملها المسح العقاري تبقى خاضعة لنظام الشهر الشخصي مؤقتا غير ان المشرع ووعيا منه بمدى صعوبة تجسيد نظام الشهر العيني، على الواقع نظرا لصعوبة عملية المسح، وما تتطلبه من وسائل مادية، وبشرية مؤهلة فقد نص على ذلك في المادة 27 من الأمر 74/75 على ما يلي: "إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، والتي تخص عقارات، أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة، تمسك على الشمل الفردي طبقا لكيفيات محدودة بموجب مرسوم".

وبذلك فإن خصائص نظام الشهر العقاري تتمثل كالاتي:

- نظام الشهر العقاري نظام مزدوج (نظام عيني، نظام شخصي).
- نظام إداري لأن عملية تأسيس السجل العقاري تتم على يد موظف عمومي، وهو المحافظ العقاري مكلف بتسيير هذه الهيئة الإدارية العمومية (المحافظة العقارية) وتزاول مهامها تحت وصاية وزير المالية وهي شخص عام له وجود قانوني طبقا⁽²⁾ لنص المادة

(1) جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 24.

(2) مجيد خلفوني، شهر التصرفات العارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004، ص 51.

20 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري بنصها: «تحدث محافظات عقارية يسرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري، وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب الأمر».

كما أن المادة 05 منه أسندت المسح إلى الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة بنصها على "إن مهام إعداد مسح الأراضي العام والمحافظة عليه هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة، والشؤون العقارية"⁽¹⁾.

ثم أسندت هذه المهمة (المسح) إلى الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بموجب المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 63/92 المؤرخ في 12/02/1992 حيث نصت على الآتي: "تكلف الوكالة في إطار السياسة التي ترسمها الحكومة لإنجاز العمليات التقنية الرامية إلى إعداد مسح الأراضي العام في جميع أنحاء التراب الوطني..."⁽²⁾.

إذن نظام الشهر العقاري يستمد خاصيته الإدارية من كونها هيئة إدارية عمومية ويسيرها موظف عمومي طبقا لنص المادة 20 من نفس القانون التي ذكرتها مسبقا والمادة 11 منه صرحوا بأن المكلف بمسك السجل العقاري يعد موظفا وهو المحافظ العقاري إذ يعين بقرارات من وزير المالية لأجل إدارة هيئة إدارية مكلفة بالإشهار العقاري وهي المحافظة العقارية.

نظام الشهر العقاري الجزائري نظام إجرائي إجباري طبقا لنص المادة 165 من ق. م. ج بنصها «الالتزام بنقل الملكية أو حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية، أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معنيا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري»⁽³⁾.

(1) حاجي نعيمة، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 88.

(2) المرسوم التنفيذي رقم 63/92 المؤرخ في 12/02/1992 المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

(3) القانون ق. م. ج، مصدر سابق، المادة 165.

الفرع الثاني: إجراءات الشهر العقاري وآجاله القانونية

إن الأشخاص المخول لهم قانونا تحري العقود والوثائق الرسمية المتعلقة بالملكية العقارية يقومون بإيداعها سواء بأنفسهم أو بواسطة أعوانهم لدى المحافظة المختصة وذلك من أجل شهرها⁽¹⁾، وذلك لتوفير الثقة بين المتعاملين في العقارات سواء كانت هذه العمليات تصرفا قانونيا كاشف أو منشأة أو ناقلا أو حتى معدلا لحق عيني عقاري أصلي، أو تبعي، أو كانت واقعة قانونية وهذه القواعد القانونية والتقنية هدفها إعلان الجمهور بكل التصرفات المنصبة على العقارات، حتى فرد على بينة من أمره بالنسبة للعقار، ولقد ذهب المشرع الجزائري إلى أن ذلك باشرطه شهر الدعوى القضائية المتعلقة بالعقارات.

أما إجراءات الشهر تختلف من منطقة إلى منطقة المتواجد بها العقار باعتبار هذا الأخير في منطقة ممسوحة أو لم يشملها بعد عملية المسح، كما يخضع تسجيله إلى الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية المتواجد في نطاقها، أو ضمن دائرة اختصاصها العقاري المعنى بالشهر.

أولا: إجراء الشهر في المناطق الممسوحة

يعد إعداد مسح الأراضي العام أساس نظام الشهر العيني، إذ يتم بناء عليه إعداد مجموعة البطاقات العقارية التي تشكل السجل المتضمن لبطاقات الهوية الخاصة بالوحدات العقارية التي أنشأت بمناسبة عملية المسح.

ومسح الأراضي العام عمل تقني وقانوني، إذ يعتمد على تقنيات التقاط الصور للأرض وتقسيمها، وترقيمها، ومن جهة ثانية التحقيق ميدانيا في حقيقة طبيعتها القانونية، وتحدد ملاكها وأصحاب الحقوق عليها، ثم ترقم هذه الوحدات بأسماء هؤلاء حسب ما كشف عنه التحقيق، وترسل الوثائق المطابقة للوضع الحقيقية للعقارات بفضل التحقيق العقاري وذلك بعد إعداد ثلاث نسخ منها⁽²⁾، إلى:

(1) جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 180.

(2) حاجي نعيمة، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار هومة، عين مليلة، الجزائر، ص 118-119.

1. الوكالة الوطنية لمسح الأراضي:

والتي أنشأت لمسح الأراضي أساسا بهدف إنجاز العمليات التقنية الخاصة⁽¹⁾ بإعداد مسح الأراضي العام في مجموع التراب الوطني، ويتولى العديد من المهام بصفة رسمية تتجسد من خلال النقاط التالية:

- تنفيذ أعمال التحقيق العقاري المتعلقة برسم الحدود والطبوغرافيا بأساليب أرضية أو بالتصوير المسامي الضوئي.
- تجيب على استشارات الجمهور من الملاك، وذوي الحقوق، وكل من له مصلحة بخصوص العقارات، حتى القضاء إذا أراد الحصول على معلومات بشأن العقارات محل النزاع.
- تحضير وتحرير الوثائق، والملفات المرتبطة بأشغال لجان مسح الأراضي والحدود.
- تحرير مخططات المسح العام للأراضي، والوثائق الملحقة بها وضبطها باستمرار حفاظا على قيمتها العملية.
- السهر على تطابق عمليات مسح الأراضي مع السجل العقاري، وهذا عن طريق تبادل المعلومات بينها وبين المحافظات العقارية.
- تنظيم الأرشفة ونشر وتسليم الوثائق المتعلقة بمسح الأراضي.
- مراقبة الأشغال المنجزة من قبل المساحين، ومكاتب الدراسات الطبوغرافية الخواص المنجزة لفائدة الإدارة العمومية⁽²⁾.
- أيضا لها مهام بصفة استثنائية:
- جرد العقارات التابعة للدولة.
- القيام بأشغال لفائدة المصالح والجماعات والهيئات العمومية.

2. مقر البلدية المسموحة:

(1) حاجي نعيمة، مرجع سابق، ص، 34-37-38.

(2) حاجي نعيمة، مرجع سابق، ص 46.

وذلك حتى تكون هذه الوثائق في متناول الجمهور تحت مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي.

3. المحافظة العقارية:

وهي هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها تحت وصاية وزير المالية وتتجلى مهمتها في إنشاء السجل العقاري طبقاً لنص المادة 10 من الأمر 75-74 بنصها: "عند اختتام عمليات المسح الأراضي في كل بلدية تودع لدى المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري.

وذلك بنسخة لجميع الوثائق الخاصة بمسح الأراضي كما تودع نسخة من هذه الوثائق بمقر كل بلدية"⁽¹⁾.

حيث يقوم المحافظ العقاري بتنفيذ السياسة العامة للدولة في ميدان تنظيم الشهر العقاري، وذلك بعد تسليمه للوثائق المتعلقة بالمسح وتأسيس السجل العقاري، وتتم معاينة إيداع الوثائق بمحضر استلام الوثائق المتعلقة بالمسح، ويحرر من قبل المحافظ العقاري، ويرفع الأمر إلى علم الجمهور الذي يتعلق بنتائج عملية المسح عن طريق الإعلان في الصحافة، ويمنع لكل ذي مصلحة أجل قدره أربعة أشهر (4 أشهر) للاطلاع على الوثائق وتقديم الاعتراضات حسب ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم رقم 63/76 المعدل والمتمم بالمرسوم 123/93 بنصها: "تودع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظة العقارية وذلك من أجل تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى وشهرها في السجل العقاري ويتم هذا الإيداع عند الانتهاء من عملية مسح الأراضي لكل قسمة أو مجموعة أقسام البلدية المعنية، يثبت لكل إيداع منصوص عليه في الفقرة السابقة عن طريق محضر تسليم يحرره المحافظ العقاري".

كما يقوم المحافظ العقاري بشهر المحضر الذي أشرت إليه سابقاً خلال ثمانية أيام ابتداء من تاريخ تسلمها طبقاً لنص المادة 09 من المرسوم 63/76 بنصها: "يكون محضر التسليم المنصوص عليه في المادة السابقة الذكر محل إشهار واسع في أجل أقصاه ثمانية أيام ابتداء من تاريخ إيداع الوثائق الخاصة بالمسح ولمدة 4 أشهر بكل

(1) المرجع نفسه، ص 47.

وسيلة، وذلك قصد تمكين الملاك، ذوي الحقوق العينية العقارية الأخرى من استلام كل وثيقة تشهر بحقوقهم على العقارات المسوَّحة من المحافظ العقاري" ولهذا الأخير تكريس نتائج عملية المسح بعملية التقييم وعلى أساس ذلك هناك نوعين من التقييمات العقارية هما⁽¹⁾: التقييم النهائي والتقييم المؤقت بحيث:

أ. **التقييم النهائي**: يتم التقييم النهائي بالنسبة للعقارات التي يحوز أصحابها (مالكيها) سندات صالحة، وكافية لإثبات الملكية العقارية حسب التشريع المعمول به، سواء كانت سندات رسمية (توثيقية، إدارية، قضائية) أو عقود عرفية ثابتة التاريخ قبل الفاتح من جانفي 1971 كما بينته سابقا، وتبعا لذلك نصت المادة 01/12 من المرسوم رقم 03/76 المعدل والمتمم بنصها: "يعتبر التقييم نهائي بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود، أو كل الوثائق الأخرى المقبولة طبقا للتشريع المعمول به لإثبات حق الملكية"⁽²⁾.

والمرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة.

ب. **التقييم المؤقت**: هناك ثلاثة أنواع وهي كالآتي:

* **التقييم المؤقت لمدة أربعة (4) أشهر**: وذلك بالنسبة للعقارات التي أثبتت التحقيقات الميدانية أن حائزها أو مالكيها الظاهرين يحوزونها حيازة قانونية مستوفية لكل الشروط القانونية التي تسمح لهم بتملكها عن طريق التقادم المكتسب، دون أن يملك هؤلاء سندات ملكية قانونية، ويتم تقييم العقار مؤقتا، في هذه الحالة باسم الحائز أو المالك الظاهر، وليتم هذا الإجراء يشترطان:

– ألا تقل مدة الحيازة 15 سنة عند إيداع وثائق المسح لمقر البلدية.

– ليس لمالكيها الظاهرين سندات ملكية عقارية.

وتحسب مدة أربعة أشهر ابتداء من تاريخ الإمضاء على محضر الاستلام الذي يحرره المحافظ العقاري طبقا لنص المادة 11 من المرسوم 63/76 ويصبح التقييم نهائيا بعد

(1) حاجي نعيمة، مرجع سابق، ص 93-95.

(2) المرجع نفسه، ص 97.

انقضاء المدة (أربعة أشهر)، وإذا لم يسجل أي اعتراض خلال المدة، أو قدمت اعتراضاً لكن تم رفضها، وهنا يتحول الحائز إلى مالك فور انتهاء المدة القانونية ويحق له سحب الدفتر العقاري⁽¹⁾.

* **الترقيم المؤقت لمدة عامين:** وهذا بالنسبة للعقارات التي لا يحوز مالكوها على سندات كافية للإثبات، ولم يتمكن المحافظ العقاري من إبداء رأيه في تحديد حقوق الملكية، ويصبح الترقيم نهائي بعد مضي مدة العامين التي تحسب ابتداءً من تاريخ الإمضاء على محضر الاستلام، ويمكن اقتطاع المدة إذا ظهرت هناك سندات إثبات واجب شهرها، وذلك بعد اطلاع المحافظ العقاري عليها وأقر جدواها في إثبات الملكية، وهنا يحق لصاحب الحق سحب الدفتر العقاري.

* **الترقيم المقت لمدة عامين باسم الدولة:** هذا النوع بالنسبة للعقارات التي لم يظهر مالكوها (مجهولة المالك)، وإذا انتهت المدة القانونية (عامين) باسم الدولة ولم يقدم أي اعتراض بشأنها، وترقم باسم الدولة وتصبح تابعة للدومين⁽²⁾.

وعليه فإن المسبق ذكره يتعلق بالعقار المتواجد في المناطق الممسوحة، وذلك أنه إذا أجري أي تصرف قانوني على العقار مثل: البيع، أو الهبة وغيرها، يسجل ذلك في السجل العقاري الذي أعده المحافظ العقاري، حيث نصت المادة 03 من الأمر رقم 74/76 بنصها: "يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية".

لذلك فالسجل العقاري في كل بلدية على شكل مجموعة بطاقات عقارية حيث تفرد لكل عقار بطاقة خاصة به طبق لنص المادة 1 من الأمر 74/75 وتختلف هذه البطاقات باختلاف موقع العقار حيث نصت المادة 20 من المرسوم رقم 63/76: "إن بطاقات العقارات تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية بطاقات قطع الأراضي، بطاقات العقارات الحضرية"⁽³⁾.

(1) حاجي نعيمة، مرجع سابق، ص 99.

(2) جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 136-137.

(3) جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 125-126.

بالنسبة لبطاقات قطع الأراضي ترتب في مجموعات متميزة حسب كل بلدية، كما ترتب حسب النظام الأبجدي تبعا لعدد الأقسام، كما يحوي كل قسم مخططات مسحية، ترتب ترتيبا تصاعديا حسب نص المادة 26 من المرسوم 63/76، أما بطاقات العقار الحضري فهي تحتوي على المعلومات الخاصة بالعقارات المبنية وغير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة منتظمة بالجهات السكنية التابعة للبلدية والتي يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة، وينبغي على محرري العقود والوثائق الخاضعة للشهر سواء كان موثقين أو كتاب الضبط، أو سلطات إدارية أن يبادروا إلى شهر جميع العقود أو القرارات القضائية عن طريق إيداعها لدى المحافظة العقارية المختصة وذلك في الآجال المحددة قانونا طبقا لنص المادة 90 من المرسوم رقم 63/76.

والمادة 41 من نفس المرسوم أعلاه نصت على ما يلي: "ينبغي للمحافظ العقاري أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوما بيوم وحسب الترتيب العددي، تسليمات العقود، والقرارات القضائية، وبصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد الإجراء الخاص بالإشهار"⁽¹⁾.

يستنتج من هاتين المادتين أن المشرع حدد الأشخاص المكلفين بالإيداع كما حدد محل الإيداع وآجاله القانونية بالإضافة إلى ضرورة مسك السجل، كما حدد محل الإيداع وآجاله القانونية بالإضافة إلى ضرورة مسك السجل العقاري للإيداع من قبل المحافظ العقاري ويقوم هذا الأخير بمراجعة العقد والتأكد من مدى مطابقته لأحكام الأمر 74/75 والمرسوم 63/76 بعد ذلك يقوم المحافظ العقاري بالتأشير على هاتين النسختين مثبتا بذلك انتهاء الإجراء مع قيامه بنفس الوقت لرد نسخة منها إلى المودع واحتفاظه بالثانية على مستوى المحافظة العقارية، ويشترط فيها أن تحمل تأشيرة التصديق على الهوية وعن الاقتضاء على الشرط الشخصي للأطراف وترتب ضمن الأرشيف، وذلك بعد كتابة تاريخ شهره وحجمه⁽²⁾ ورقمه في الإطار المخصص لذلك مع إرفاق عدة وثائق أخرى في نفس

(1) جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 180-181.

(2) مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 120.

الوقت مع النسختين موضوع عملية الشهر وتتمثل هذه الوثائق فيما يلي: الجدول الوصفي للتقسيم ومستخرج مسح الأراضي، وثيقة القياس، قرار اللجنة.

أما الآجال القانونية فإنها تختلف باختلاف طبيعة العقد المودع قصد الإشهار على النحو التالي:

- طبقا لنص المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 والتي عدلت المادة 03/353 مكرر من قانون التسجيل وأصبحت كالاتي: "إن المحررين الذين لم يقدموا في الآجال العقود المحررة من طرفهم أو بمساعدتهم والخاضعة لإجراء الإشهار العقاري، يدفعون شهريا غرامة مالية مبلغا ب ألف دينا 100دج وتحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي:
- بالنسبة للشهادات بعد الوفاة ثلاثة أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية.
- بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق شهرين (من تاريخ تحريرها).
- وفي الحالة التي يجب أن يتم الإشهار في محافظة عقارية أو أكثر تمتد الآجال إلى خمسة عشرة يوما كاملة بالنسبة لكل محافظة عقارية فضلا عن الأولى⁽¹⁾.

ثانيا: إجراءات الشهر في المناطق غير المسوَّحة

نصت المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم 73/67 المتضمن تأسيس السجل العقاري ثم تقرير أحكام انتقالية من الباب السادس تتضمن صراحة تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث يقوم المحافظون العقاريون بمسك بطاقات عقارية عن الأراضي التي لم يشملها بعد عملية المسح، ويتم إشهارها باسم المالكين⁽²⁾، للعقارات وذلك بتسجيل وقيد العقود، والقرارات القضائية محل الإشهار، في مجموعة بطاقات عقارية بصفة مؤقتة على أساس القائمين بالتصرف، لكن المادة 114 من نفس المرسوم اشترطت تدوين المعلومات المتعلقة بالعقار المتعامل فيه وهي: نوع العقار، موقعه محتوياته، مساحته... إلخ.

وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح الأراضي والمحافظات العقارية لأن هناك مناطق ريفية كانت موضوع عمليات مسح لكن لم تكتمل

(1) جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 184-185.

(2) حاجي نعيمة، مرجع سابق، ص 118-120.

إبانة الفترة الاستعمارية مما يستوجب وجود مثل هذه المخططات وإذا كانت غير محددة بدقة تطلب الأمر إعداد مخطط من طرف خبير عقاري كما شجعت المادة 39 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، الحائزين على ضرورة تسوية وضعيتهم في المناطق المسوحة وذلك عن طريق طلبهم لشهادة الحيابة التي يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني، وقد نظم هذا الأمر المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27 يوليو 1991 يحدد كفيات إعداد شهادة الحيابة وتسليمها المحدثه بموجب المادة 39 من القانون 25/90 وفي هذه الحالة تكون الحيابة قد مورست لمدة سنة واحدة على الأقل. أما المرسوم التنفيذي رقم 352/83 المؤرخ في 21 مايو 1983 فقد سن على إجراء التقادم المكسب، وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية في الأراضي الخاصة التي لها سند بشرط أن تكون الحيابة هادئة وعلنية ومستمرة لمدة 15 سنة أو 10 سنوات مع توفر حسن النية ووجود عقد عرفي، وبمرور عملية المسح على هذه المناطق، الغير ممسوحة يسلم الدفتر العقاري للحائزين بإثبات ملكيتهم على أساس عقد الشهرة، وشهادة الحيابة ما لم يكن اعتراف (نزاع) حول العقار المعني وفقا لنص المادة 820 من ق.م.ج بنصها: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً⁽¹⁾ عينياً منقول كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له لمدة خمسة عشرة سنة دون انقطاع"⁽²⁾.

وقد قصد المشرع بذلك أن يقوم بتطهير العمليات والوضعيات العقارية في المناطق الغير ممسوحة باعتماده على نظام الشهر الشخصي رغم اعترافه بعيوب هذا النظام الشهر الشخصي.

الفرع الثالث: دور الشهر في النظام القانوني الجزائري

زيادة على الوظيفة الإعلامية التي يؤديها الإشهار العقاري حول الوضعية العقارية لعقار ما فهو يلعب دوراً مهماً في التشريع الجزائري وذلك بهدف تنظيم هوية كل عقار

(1) حاجي نعيمة، مرجع سابق ص 125-128.

(2) ق.م.ج/ مصدر سابق، المادة 820.

والتي تشبه بطاقة الحالة المدنية للأشخاص مما يسهل تداول الحقوق العقارية وتشجيع الائتمان العقاري، إذ جاء في نص المادة 973 من ق.م.ج ما يلي: "لا تنتقل الملكية والحقوق الملكية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"⁽¹⁾.

إذا فالشهر له وظيفة هامة في النظام القانوني الجزائري، وهي ترتيب الأثر العيني، فبالنسبة للعقود والاتفاقيات الرامية إلى إنشاء أو تعديل، أو انقضاء حق عيني عقاري لا تنتج هذه الأخيرة آثارها حتى فيما بين المتعاقدين فضلا عن الغير إلا من تاريخ الشهر حيث ينتقل الحق العيني إلى المتصرف له ليس بناء على التصرف الناقل، وإنما بناء على شهر الحق، إذا وجد عيب في التصرف، ولم يكتشف إلا بعد التسجيل أو القيد فإن العيب يتطهر ويزول، لأن التسجيل طهره من هذا العيب طبقا لنص المادة 16 من الأمر رقم 74/75 حيث جاء فيها: "إن العقود الإدارية، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، وأيضا المادة 15 منه بنصها "كل حق للملكية العقارية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة له إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية..".

لذلك فالمشروع الجزائري من خلال المادتين الصريحتين لم يجعل للشهر أثرا رجعيا بل جعل له أثر نقل الملكية يتحقق، ويبدأ في السريان من يوم وقوع التسجيل أو القيد في المحافظة العقارية قصد الشهر لسريان أثر العقد في حق الأطراف المتعاقدين أو في حق الغير من تاريخ إجراء الشهر⁽²⁾.

(1) ق.م.ج، مصدر سابق، المادة 973.

(2) خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص117-119.

خلاصة الفصل

توصلت في الفصل الأول إلى استنتاج الآتي ذكره:

أنّ الملكية العقارية الخاصة هي سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف في العقار سواء كان عقارا بطبيعته أو بحسب موضوعه أو عقارا بالتخصيص وتشمل الملكية فضلا عن العقار علوه وعمقه إلى الحد المفيد في إطار الحدود المقررة قانونا. كما تشمل الملكية العقارية الخاصة كل من الملكية التامة والملكية المشاعة والملكية المجزأة للخواص، والملكية العقارية الخاصة مقترنة بصفة أولية لحيازة سند مثبت للحق، ذلك أن الاعتراف القانوني مشروط بإثبات الوجود القانوني لهذه الملكية العقارية من خلال السند الرسمي.

يختلف إثبات الملكية العقارية الخاصة بحسب موقع العقار، حيث يعتبر الدفتر العقاري الوسيلة الوحيدة لإثبات الملكية العقارية الخاصة في المناطق المشمولة بالمسح العقاري بينما المناطق التي يشملها المسح يمكن إثباتها بعقد عرقي ثابت التاريخ قبل 1971/01/01، أو محرر رسمي مشهر سواء كان حكما قضائيا أو عقدا إداريا أو محرر توثيقي.

لانتقال هذه الملكية العقارية يجب توثيقها وتسجيلها، وتوثيقها تحت طائلة البطلان المطلق وفقا للقانون والأنظمة المعمول بها.

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

تمهيد

كما سبق التطرق إلى انتقال الملكية العقارية الخاصة التي نظمها المشرع الجزائري ورتبها حسب أنواعها وبين أصنافها وطرق اكتسابها ونقلها، أما في الفصل الثاني سوف أتطرق إلى كيفية انتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري وما هي الصور المتسببة في انتقالها وقد استنبط من خلال قانون الأسرة الجزائري عدة حالات تنتقل بها الملكية العقارية عموما والملكية العقارية خصوصا وهذه الحالات هي كالاتي:

الهبة: ينتقل بها العقار بين الأحياء من الواهب إلى الموهوب له، وما يهمني في هذا الفصل الذي سوف أتعرض له في المبحث الأول
أما الصورة الثانية وهي الخلع إذا كان محله عقارا، وكيفية انتقال هذا العقار في المبحث الثاني من هذا الفصل.

والصورة الثالثة هي الصداق كما كان محله عقارا، نظرا لكونه ركن من أركان الزواج وفقا لنص المادة 14 من ق.أ.ج جائز شرعا في كل ما هو صباح سواء نقودا أو ما غيرها، وقد يكون عقارا، وكيفية انتقاله من الزوج إلى الزوجة والإجراءات المتطلبية لذلك، وذلك في النقاط الآتية:

- المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية بطريق الهبة
- المبحث الثاني: انتقال الكية العقارية بطريق الصداق (المهر)
- المبحث الثالث: انتقال الملكية العقارية بطريق الخلع

المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية بطريقة الهبة

إن الهبة بموجب كونها تملك، وذلك بخروجها من ذمة الواهب إلى ذمة الموهوب له، فهي سبب لانتقال الملكية عموماً، حيث جاء في نص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري ما يلي: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا، أو منفعة أو ديناً لدى الغير"، هنا المادة صريحة في أن محل الهبة قد يكون عينا، أي شيء معين كالعقار، وقد يكون منفعة كحق الانتفاع، وقد يكون ديناً لدى الغير، وذلك إذا كان الواهب دائن لشخص ما، ووهب هذا الدين لشخص ثالث، يستحقه من يد المدين، وقد يكون الدين هبة للمدين نفسه، بإبرائه منه، كما جاءت المادة 206 من نفس القانون صريحة في احتمال أن يكون محل الهبة عقاراً بنصها: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختلف أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

إذا ألاحظ أن عبارة مراعاة قانون التوثيق في العقارات قرينة صحيحة، على جواز أن يكون محل الهبة عقاراً.

ومن خلال مضمون هذين النصين، نص المادة 205، 206 من قانون الأسرة الجزائري، استخلص أن الهبة قد تكون سبباً لانتقال العقار في قانون الأسرة، وذلك من طرف الواهب إلى الموهوب له⁽¹⁾، والتي سأعرج لها في هذا المبحث.

المطلب الأول: ماهية الهبة

تعددت التعاريف لعقد الهبة بين الفقهاء وبين التشريعات الوضعية والمتفق عليها، أن الهبة من التصرفات التبرعية، فإذا كان المقصود بالمعنى يقود إلى اعتبار كل هبة تبرعاً، فلا يمكن اعتبار كل تبرع هبة، وهذا سيتم توضيحه من خلال التعريف بعقد الهبة لغة، وفقها، وقانوناً.

(1) نبيل سقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية-البيع-الهبة-الوقف-الكفالة-الابراء-الاقرار-الخلع-الطلاق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 66-67.

الفرع الأول: التعريف بعقد الهبة

للوصول إلى معنى الهبة، يجب التطرق إلى تعريفها ومدى مشروعيتها في الفقه والقانون عبر التعاريف الآتية:

أولاً: التعريف اللغوي للهبة

جاء على لسان العرب، أن الهبة تعني العطية الخالية من العوض، والإغراء، فإذا كثرت سمي صاحبها وهاباً، وهو من أبنية المبالغة⁽¹⁾، أما في المختار الصالح باب (وهب): وهب له شيئاً، وهب، وهب، وهباً، بوزن: وضع، يضع، وضعا، ويقال وهبته وموهبة موهوباً، قال تعالى: "ووهبنا له اسحاق ويعقوب..."⁽²⁾.

ثانياً: التعريف الفقهي للهبة

عرفها الشافعي على أنها: "تمليك بلا عوض" والمقصود من هذا التعريف تمليك العين أو الدين، أو المنفعة بلا عوض ويعتبر هبة فهي تشمل الهدية والصدقة⁽³⁾.
أيضا عرفها الفقه الحنبلي بأنها: "تمليك جائز التصرف مالا معلوماً أو مجهولاً تعذر علمه موجوداً مقدوراً على تسليمه غير واجب في الحياة، بلا عوض بما يعد هبة عرفاً من لفظ هبة وتمليك.

"والمقصود من كلمة تمليك": إخراج العارية، "أما كلمة مال": ما يخرج عن ما هو منقول أو عقارا و"المقدور على تسليمه": معناها غير مستحيل "أما غير واجب": أي غير مثقل بالديون والنفقات، "وفي الحياة": لإخراج الوصية، "وبلا عوض": أي بدون مقابل حتى لا تدخل ضمن المعاوضة"⁽⁴⁾.

(1) ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، دون رقم الطبعة، سنة 1968، ص 803.

(2) القرآن الكريم، سورة الأنعام، الآية: 84.

(3) محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2003، ص 14.

(4) المرجع نفسه، ص 14.

أما الفقه الحنفي فقد عرفها بما يلي: "الهبة تمليك بلا عوض في الحال"، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا، يجوز لغيره من دون أن يأخذ منه عوضا في الحال، أو المستقبل، وذلك أثناء حياته.

أما الفقه المالكي فقد عرفها بما يلي: "الهبة هي التبرع بالمال في حال الحياة، وهي مستحبة منعقدة لكل قول أو فعل يدل"⁽¹⁾.

ثالثا: التعريف القانوني لعقد الهبة

قبل التطرق إلى المعنى القانوني للهبة في التشريع الجزائري، سوف أتطرق إلى معناها في بعض التشريعات المقارنة وذلك من أجل الإلمام بمعناها القانوني:

- **تعريف الهبة في التشريع الفرنسي:** عرفها المشرع الفرنسي في المادة 594 من القانون المدني الفرنسي على أنها: "تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبله"

- **تعريف الهبة في القانون المصري:** عرفها المشرع المصري في المادة 486 من القانون المدني المصري على أنها: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتحرر عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".

- **تعريف الهبة في القانون التونسي:** عرفها المشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية فصل بما يلي: "الهبة عقد يتم بمقتضاه تمليك شخص آخر مالا بدون عوض ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين رسمي، هبة العوض"⁽²⁾.

- **تعريف الهبة في القانون الجزائري:** عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بما يلي: "الهبة تمليك بلا عوض، ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط".

(1) حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص 21.

(2) محمد بن احمد تقيية، مرجع سابق، ص 18.

كما نصت المادة 206 من نفس القانون على ما يلي: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة..."⁽¹⁾.

من خلال نص المادتين يتضح أنّ الهبة تعتبر من التصرفات القانونية الناقلة لملكية الشيء بدون عوض، وتتم بإرادتين هما: إرادة الواهب، وإرادة الموهوب له، بحيث تؤدي الى افتقار ذمة الواهب، واعتناء ذمة الموهوب له، على أنه يجوز للواهب وفقا للتشريعات العربية، ومن بينها التشريع الجزائري، أن يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالتزام معين، دون أن يتجرد من نية التبرع.

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

- الهبة عقد؛
- الهبة تتم بين الأحياء؛
- الهبة تتم دون عوض؛
- الهبة تقترن وجوبا بنية التبرع (عنصر معنوي)؛
- التصرف المال (عنصر مادي).

* **الأحكام المتعلقة بالهبة:** بما أن الهبة عقد فإن ما يحكمها يحكم العقد عموما من أحكام القانون المدني، وتنفرد بما خصها به قانون الأسرة الجزائري، فهي حسب المادة 202 منه: "تمليك بلا عوض" فالتزام الواهب في عقد الهبة يكون دون مقابل، لأن الأصل فيها افتقار ذمة الواهب واغتناء أو اثناء ذمة الموهوب له، فالأصل في عقد الهبة في القانون الجزائري، أن تكون دون التزام مالي في حق الموهوب له، الذي تثري ذمته دون التزام من طرفه، ومن نفس المادة في الشطر الثاني جاء ما يلي: "ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام الواهب على الموهوب له تقديم مالي مقابل الهبة وفي هذه الحالة أكون امام ثلاث فرضيات، وهي كالآتي:

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

(1) محمد بن احمد تقيّة، مرجع سابق، ص 18، 19.

- **الفرضية الثانية:** ان يكون مقدار المال المشارط من طرف الواهب على الموهوب له يعادل قيمة الشيء الموهوب، أو كان ما اشترطه الواهب شيء غير المال، لكنه مقوم بالمال، كأن يشترط الواهب أن يعطيه الموهوب سيارة تعادل قيمتها ثمن الأرض الموهوبة، فنكون في هذه الحالة بصدد مبادلة، وكان العقد معاوضة وليس هبو.

- **الفرضية الثالثة:** أن يشترط الواهب على الموهوب له مقابل نقدي، أو أي شيء آخر يتقوم بالنقود، لكن قيمته اقل من الشيء (العقار) الموهوب، فهي هذه الصورة يكون بصدد هبة مشروطة.

إنّ الهبة تكون مرتبطة في نفاذها بحالة الواهب، والفترة الزمنية التي أبرمت فيها، حيث جاء في نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري: "الهبة في مرض الموت، والامراض، والحالات المخيفة تعتبر وصية"⁽¹⁾.

يفهم من هذا النص، أن عقد الهبة الصحيحة التي تكون نافذة في حياة الواهب، هي التي تصدر عنه وهو في كامل صحته، وتتحوّل الهبة إلى وصية استثناء، في حالات عدتها هذه المادة هي: مرض الموت، والامراض والحالات المخيفة، فصدور الهبة في حالة هذه الحالات تحولها الى وصية⁽²⁾.

فمرض الموت هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت، ويؤدي إلى عجز المريض، وعدم إمكانه القيام بمصالحه، وينتهي هذا المرض بالموت، ومرض الموت هذا يجب أن يتحقق فيه أمران:

- **الأمر الأول:** أن يكون المريض متصل بالموت، لم يبرأ منه المريض حتى مات، فلو شفي وصح من مرضه الذي تبرع فيه، ثم مات بعد ذلك فحكم الهبة في هذه الحال صحيح (جائز).

- **الأمر الثاني:** أن يكون هذا المرض مخوفا خطيرا يحدث منه الموت غالبا، كالطاعون والسرطان، وليس مرض غير مخوف، من الجرب، ووجع الضرس والصداع، عرفت مجلة الأحكام العدلية لقدر باشا مرض الموت في مادتها 1595: "مرض الموت هو الذي يغلب

(1) نبيل سقر، مرجع سابق، ص 109.

(2) أنور طلبة، العقود الصغيرة الهبة الوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004، ص 7.

فيه خوف الموت معه المريض عن رؤية مصالح خارجا عن داره إذا كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إذا كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة كان صاحب فراش، أو لم يكن، وإن امتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حالة واحدة، كان الحكم الصحيح، وتكون تصرفاته كتصرف الصحيح ما لم يشتد مرضه ويتغير حاله...⁽¹⁾.

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

جاءت لفظة الأمراض في نص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري، وكذلك مرض الموت والحالات المخيفة تكيف على أنها وصية وتأخذ حكمها. الحالات المخيفة وهي التي يغلب فيها الهلاك، وتوقع الموت دون مرض ومثال ذلك المرابط في جبهة القتال هنا الموت متوقع في أي لحظة.

إذا ألاحظ ان الهبة إذا صدرت من شخص قامت به حالة من الحالات المخيفة وانتهت بالموت، فحكم هبته تحولها إلى وصية طبقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾ والمادة 776 من القانون المدني الجزائري، لأن مرض الموت، والحالات المخيفة وقائع مادية يجوز اثباتها بجميع الطرق امام القضاء، فتثبت بالبيينة والقرائن وغيرها فقد جاء في المادة 776 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت وتسرى عليه أحكام الوصية أي كانت التسمية التي تعطي هذا التصرف.

وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم في مرض الموت، ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا كان لم يكن هذا التاريخ ثابت⁽³⁾.

(1) المادة 1595 من مجلة الاحكام العدلية نقلا عن محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 118.

(2) المادة 204 من القانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، برتي للنشر، 2016-2018.

(3) النادة 676 من القانون المدني في ضوء الممارسة القضائية، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، برتي للنشر، الطبعة الثانية، 2014/2015.

مما ألاحظ أن المادة صريحة في أن حكم التصرفات الصادرة في مرض الموت وتلحق بها الحالات المخيفة طبقا لنص المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري تكيف على أنه تصرفات تبرعية، كالهبة في مرض الموت، والحالات المخيفة تتحول إلى وصية⁽¹⁾، إذا أثبت الورثة ذلك فعبي الإثبات يقع على عاتق الورثة، كذلك يقع على عاتق من صدر له التصرف، وهذا ما دلت عليه الفقرة الثالثة من المادة 776 من القانون المدني الجزائري بنصها على: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف وعلى ورثة المتصرف أن يثبتوا أن التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم وهو في مرض الموت ولهم اثبات ذلك بجميع الطرق، ولا يحتج على الورثة بتاريخ ثابت⁽²⁾".

إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت أعتبر التصرف صادر على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلال ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه⁽³⁾.

لكون الهبة عقد فهي تتعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة فهي من العقود الفورية كما نصت عليها المادة 206 من قانون الأسرة على: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة...".

إذا الهبة يكون نفاذها على الفور دون تراخي وللموهوب له حيازة الهبة بنفسه، أو بواسطة وكيله نيابة عنه، وهذا ما نصت عليه المادة 210 من قانون الأسرة بقولها: "يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بموكله، وفي حالة كان الموهوب له قاصر، أو محجوز عليه يتولى الحيازة من أنابه القانون عنه" حسب أحكام الفصل الأول من الباب الثاني من قانون الأسرة الجزائري من المادة 81 إلى المادة 108، ويدخل في هذا النطاق الحمل ما كان موهوب له حيث يحوز عنه أباه إذا لم يكن الأب أجنبيا أما إذا كانت الهبة

(1) القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1998/01/17 تحت رقم 186058 المجلة القضائية لسنة 1999 العدد 1، ص 19.

(2) ق، م، ج، مصدر سابق، ص 178.

(3) ق، م، ج، مصدر سابق، ص 178.

من طرف الأب فتحوزها الأم وقد تكون بالعكس، وقد نصت المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري: "صح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا" وحسب نص المادة فالهبة صحيحة بالنسبة للحمل.

يجوز أيضا للواهب كل ما يملك ما لم يكن ذلك في مرض الموت، والحالات المخيفة وله الحق أن يهب جزء من هبته فقط، وقد تكون عينية كالعقار⁽¹⁾، أو منفعة كحق الانتفاع وذلك طبقا لنص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري وحتى إذا كانت الهبة دينيا في ذمة الغير⁽²⁾.

الهبة لا يمكن الرجوع فيها الا في حق الأبوين حسب المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري الذي جاء فيها "للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كانت سنة إلا في الحالات التالية:

- 1- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- 2- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- 3- إذا كان تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب أو تبرع أو ضاع منه أو أدخل عليه ما غير طبيعته".

وفي حديث النبي صلى الله عليه وسلم عن طاووس أن ابن عمر وابن عباس رفعوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى شبع ثم قاء ثم رجع في قبئته"، وقد تبني المشرع الجزائري هذا النص في المادة السابقة الذكر⁽³⁾.

أستنتج بمفهوم المخالفة أنه غير الوالدين لا يجوز لهم الرجوع في الهبة لأن المادة 211 من قانون الأسرة الجزائري أشارت بذكر الأبوين مثل: لو وهب أخ لأخيه لا حق له في الرجوع عن ما وهبه ولا يثبت حق الرجوع في الهبة إلا للأبوين.

(1) نبيل شهر، مرجع سابق، ص 105.

(2) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، بدون رقم طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 27.

(3) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 258.

وهذا ليس مطلقاً بل استثنائياً وذلك ما نصت عليه المادة 212 من قانون الأسرة الجزائري على أن "الهبة بقصد المنفعة العامة لا رجوع فيها" وحتى ولو كان الأبوين إلا إذا كانت هذه الهبة مقترنة بشرط، ولم يحقق الموهوب له هذا الشرط، جاز للواهب طلب الفسخ عن طريق القضاء ودليل ذلك الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بقولها "وبجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز هذا الشرط مثلاً: اشترط الواهب على الموهوب له بناء مسجد بمبلغ الهبة لكن هذا الأخير قام ببناء مستشفى جاز للواهب طلب فسخ عقد الهبة بينه وبين الجمعية الخيرية لعدم القيام بالشرط المشروط رغم الهبة كانت بقصد المنفعة العامة(1)(2).

ثالثاً: أنواع الهبات

هناك هبات بحسب شكلها أو موضوعها، كانت عقاراً أو منقولاً وقد تكون عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير وهذا ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري أما إذا كانت بحسب صورتها، أو شكلها كانت هبة مباشرة أو غير مباشرة، أو هبة مستترة أو هبة مشروطة.

1- الهبة المباشرة: هي تصرف يقوم به الواهب في ماله دون عوض ويلتزم بموجبه بنقل حق عيني، أو منفعة أو حق شخص إلى الموهوب له مثلاً: كحق الانتفاع أو حق الاستعمال أو حق الملكية وغيرها من الحقوق الواردة وقد يكون حق شخصي (دينا عند الغير) والمستخلص من الهبة المباشرة هو أنها تظهر بصورتها الحقيقية (عقد الهبة) ويجب توافر جميع أركانها وشروطها وتكون مكشوفة رد على ذلك الشكلية(3).

2- الهبة الغير مباشرة: وهي تلك الهبة التي تتجه فيها إرادة الواهب إلى نقل الملكية إلى الموهوب له دون عوض، وتكون هذه الإرادة بارزة غير مستترة (واضحة) وتكون فيها نية التبرع جلية ومثاله إجراء الدائن المدين من دينه وعذا حسب ما نصت عليه المادة 306 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تسري على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسري على كل تبرع، ولا يشترط فيه شكل خاص ولو...".

(1) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية: دار شتات للنشر والبرمجيات، ص 425.

(2) بلحاج العربي، قانون الأسرة، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 8، 2017، ص 577.

(3) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 194.

ألاحظ أن نص المادة أنزلت الإبراء من الدين منزلة التبرع والهبة عقد تبرع والهبة يتحقق أثرها على الفور كذلك الإبراء كما يشترط في الهبة الايجاب والقبول من طرف المدين طبقاً لنص المادة 305 من القانون المدني الجزائري، أيضاً جسدت المادة 294 من نفس القانون مثالا لعقد الهبة الغير مباشرة حيث نصت على: "تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير.

إذاً المادة في الفصل الثاني من باب الخامس تحت عنوان انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء⁽¹⁾.

وفي حالة المادة 294 التي نصت عليها سابقة الذكر المادة 294 ينقضي الالتزام بوفاء من طرف الغير لا من طرف المدين ويكون مقابل هذا هبة غير مباشرة من النائب في الوفاء بالدين إلى المدين والقرينة اللفظية هي الفقرة الثانية من نص المادة 294: "...لا تقتضي الانابة أن تكون حتماً مديونية سابقة بين المدين والغير"، حيث تبين في هذه الفقرة نية التبرع من الشخص الأجنبي الذي التزم بوفاء الدين مكان المدين⁽²⁾.

وأشير إلى أن الأحكام الشكلية المتطلبة في الهبة غير لازمة في الهبة غير المباشرة لأنها تمت بعقد آخر ولكن تسري عليها الأحكام الموضوعية المتعلقة بالهبة، وذلك أنه يجوز الرجوع فيها إذا كانت من أب لابنه والطنع فيها بواسطة الدعوى البوليسية كما يجوز للورثة إثارة أهلية التبرع في مورثهم(الواهب) أو الدفع بأن الهبة الغير مباشرة كانت في مرض الموت، وتأخذ أحكامها.

3- الهبة المستترة: وهي التي تظهر تحت اسم عقد آخر، لكن في حقيقتها هبة مستترة مثلاً عقد البيع الذي يكون ظاهره بيع وباطنه تبرع من البائع إلى المشتري بدافع الثمن هو حقيقته هبة مستترة لأن المتعاقدان قد يتفان على الثمن أمام الموثق، ويصرحان به لا على أساس أن يلتزم به المشتري (الموهوب له)، ولكن لتكملة المظهر الخارجي لعقد البيع وقد يلتزم المشتري بأقل من الثمن الحقيقي المذكور في عقد البيع، فيكون بذلك ثمناً

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 216.

(2) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها.

صوريا وهي قرائن تصرف العقد إلى أن يكون هبة مستترة بعقد بيع وارد على العقار يجب أن يتوفر على ما يشترطه القانون في نقل العقار من أركان عامة وشكلية وشهر وتخضع الهبة المستترة إلى أحكام الهبة الموضوعية وذلك يجب أن يكون فيها أهلية التبرع في حق الواهب ومالكا لما تبرع به أما إذا صدرت في مرض الموت تُطبق عليها أحكام التصرف في مرض الموت وجاز للورثة الدفع بهذا وتحويلها إلى وصية تؤخذ من التركة في حدود الثلث وتتوافر شروطها وأيضا يجوز للدائن الطعن بموجب دعوى بوليصية⁽¹⁾.

4. الهبة المشروطة: وهي الهبة التي تكون معلقة على شرط لا يتوقف تمامها إلا بإنجاز هذا الشرط وهذا من خلال الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "لواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط". والشرط هو نوعان: شرط واقف وشرط فاسخ.

- **الشرط الواقف:** وهو الذي يكون فيه الالتزام مترتبا على وقوعه، وجاء في نص المادة 206 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "إذا كان الالتزام معلقا على شرط واقف فلا يكون نافذا إلا إذا تحقق الشرط"، مثلا يقول الاب لابنه إذا لم تعص أوامري وهبتك منزلا، هنا الهبة معلقة على شرط واقف، وإذا لم يتحقق هذا الشرط لا تنفذ هبة هذا المنزل والعكس صحيح مع اتباع الإجراءات اللازمة⁽²⁾.

- **الشرط الفاسخ:** وهو الذي يكون فيه زوال الالتزام مترتبا على وقوعه، وهذا يعني أن الالتزام قد وجد فعلا، لكن اقترن بشرط فاسخ، لو تحقق هذا الشرط الفاسخ، فسوخ هذا الالتزام ومثالها: كأن يشترط الواهب التزاما لمصلحة الموهوب له في انفاق المال الموهوب على تحصيل العلم، أو شراء عقارا أو مستندات مالية يدخرها الموهوب له، فإذا لم يقوم الموهوب له على هذا الالتزام فسوخ العقد (المال المتبرع له)، وذلك ما نصت عليه المادة 207 من القانون المدني الجزائري بقولها: "يزول الالتزام إذا تحقق الشرط الفاسخ، ويكون الدائن ملزما ما أخذه فإذا استحال الرد لسبب هو مسؤول عنه وجي عليه تعويض الضرر..."⁽³⁾.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 216.

(2) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 30-31.

(3) القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، المادة 207، ص 52.

كما ذكرت في الفقرة الثانية من المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "... ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على إنجاز الشرط".

وذلك أن يكون غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وقد يكون هذا الالتزام ملزم لجانبين إذا عوض عن هبته ويتعين على الواهب والموهوب له القيام بالتزامه والوفاء به.

الفرع الثاني: أركان الهبة وخصائصها

صنف المشرع الجزائري الهبة من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري ضمن التصرفات القانونية التي تتعد بتطابق الإيجاب والقبول، فهي عبارة عن عقد يبرم بين الشخص الذي يقوم بالتصرف القانوني الذي يسمى بالواهب، والطرف المتلقي للشيء موضوع الهبة الذي يسمى بالموهوب له، وهذا الأخير إما أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا خاصا، أو عاما، وعلى اعتبار أن الهبة عقد كسائر العقود، فلا بد من الرجوع إلى القواعد العامة باعتبارها المرجع العام لتحديد أركانها العامة والخاصة.

1. التراضي: يتمثل التراضي في الإيجاب والقبول من طرف الواهب والموهوب له يعني تطابق إرادة الطرفين، وذلك طبقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة السابق الذكر بنصها: "تتعد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختلت أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

2. المحل: قد يكون عينيا، أو منفعة أو دينا سواء كان عقارا أو منقولا، وفقا لنص المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني الجزائري.

3. السبب: وهو نية التبرع، ويجب أن يكون هذا السبب غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، والا كان باطلا طبقا لنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري، كذلك نصت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بنصها على: "الهبة تمليك بلا عوض" على

عقد الهبة "نية التبرع"، وإرادته الظاهرة وليس الإرادة الباطنة.⁽¹⁾

4- شروط انعقاد الهبة العقارية:

(1) قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق، المواد: 202 إلى 206.

لانعقاد الهبة العقارية وفقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري السابق الذكر شروطا لانعقادها وهي كالآتي:

أ- **تطابق الإيجاب والقبول:** لكي تتعقد الهبة بين شخصين أو أكثر يجب أن يتطابقا الإيجاب والقبول بين الطرفين (الواهب والموهوب له) والإيجاب في عقد الهبة هو التغيير الصادر من الواهب نحو الموهوب له في إحداث التزام يقوم في حقه بنقل جزء أو كل ما يملك لصالح الموهوب له.

ومما لاحظ في المادة 206 السابقة الذكر بلفظها للإيجاب مطلقة غير مقيدة وهذا يعني أن الإيجاب في عقد الهبة قد يصدر من صاحب الحق (المالك) أو من نائبه لإبرام هذا العقد كما نصت على ذلك المادة 74 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقد باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

ويشترط أن يصدر هذا الإيجاب إرادة صحيحة من شخص ذي أهلية وفقا لنص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري.

أما القبول فهو التعبير عن الإرادة ويجب أن يكون مطابقا للإيجاب، فالموهوب له يعبر عن إرادته في قبول الهبة وقد يكون تغييره صراحة أو ضمنا فالتعبير الضمني كأن يباشر الموهوب له للاستفادة من الشيء الموهوب باستغلاله له مثلا: منزل وهبه له شخص فإن الموهوب به لو باشر بسكنه للمنزل يعتبر تعبيره ضمنا لأنه بهذا السلوك يدل على قبوله، أما السكوت مطلقا في حق الموهوب له فيدل على قبوله وهو ما نصت عليه المادة 68 من الفقرة الثانية للقانون المدني الجزائري بقولها: "... ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

ألاحظ أن السكوت يعتبر قبولا إذا كان في مصلحة الموهوب كما يقول فقهاء التشريعي الإسلامية "السكوت في معرض الحاجة بيان"⁽¹⁾.

(1) علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015، ص 32.

أما في مجال دراستي للموهوب يكون عقارا فلا مجال لاعتبار السكوت قبول ولو كان الإيجاب نافعا نفعاً محضاً للموهوب له، لأنّ التعامل في العقار يتطلب الشكلية، حيث تتم الهبة العقارية، أمام مرئى الموثق، وبحضور الطرفين وقبول الموهوب له الهبة لطبيعة العقد الشكلي، وابرار ارادة الاطراف فيها بشكل واضح وصريح.

ولقد وضحت سابقاً أنّ الإيجاب قد يصدر من الواهب نفسه (الأصيل)، وقد يصدر من نائبه، في عقد الهبة قد يكون من الموهوب له، وقد يكون من وكيله وذلك وفقاً لنص المادة 73 من القانون المدني الجزائري، أيضاً نص المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري، بقولها: "يجوز الموهوب له الشيء نفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصراً، أو محجوزاً عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً"، فإذا كانت الحيازة بالنيابة فهي مظهر من مظاهر القبول فقد تكون كما دلت عليه المادة 60 من القانون المدني الجزائري يقوله: "...يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه"، لأن الحيازة تعبير ضمني على القبول، وهذا لا يمنع صدور القبول بالنيابة من شخص أنابه الموهوب له في قبول الهبة، كما أن القاصر والمجنون والجنين، لا يتصور صدور قبول منهم، وينوب عنهم في قبول الهبة الولي، و المقدم، حسب ما نصت عليه المادة 81 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "من كان فاقداً للأهلية، أو ناقصاً لصغر السن، أو مجنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون"، فقد تكون اختيارية في حالة الشخص العادي، الذي يتمتع بكامل حقوقه، وأهليته القانونية فينسب بمحض إرادته غيره قبول الهبة عنه، وقد تكون قانونية يفرضها القانون في حالات خاصة.⁽¹⁾

5. الحيازة: وهي تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب وذلك بنفسه أو بواسطة وكيله (نائبه) الذي أنابه الأصيل وفقاً لنص المادة 206 على: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول، وتتم الحيازة..."، من قانون الأسرة الجزائري.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 56-58.

ولقوله صل الله عليه وسلم: "لا تجوز الهبة إلا مقبوضة محوزة أطلق عليها اسم الهبة..."(1).

أذا لاحظ أن الحيابة في الهبة هو تمكين الموهوب له من الشيء الموهوب بحيث تظهر بمظهر صاحب الحق عليه، وذلك بسيطرته المادية بوضع الشيء الموهوب تحت تصرفه في المكان والزمان المعنيين في العقد وكل البيانات اللازمة قانونيا.

لأن ركن الحيابة إجراء قانوني في عقد الهبة وذلك ما نصت عليه المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يجوز الموهوب له بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا أو محجوزا عليه يتولى الحيابة من ينوب عنه قانونا".

هنا ألاحظ أن نص المادة السابق ذكرها يؤكد ركن الحيابة حتى لو كان الموهوب له قاصر أو محجوزا عليه، أو جنينا في بطن امه هنا تكون الحيابة من طرف وليه أو من نأبه القانون.

كما جاء في الاجتهاد القضائي في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 58700 المؤرخ في 19/02/1990 بالقول: "من المقرر فقط أن الهبة تلزم بالقول وتتم بالحيابة"(2).

وعلى ما أعتقد أن الحيابة ضرورية في الهبة حتى ولو كان الشيء الموهوب عقارا للأسباب التالية:

- **السبب الأول:** لقول نص المادة 206 من ق أ ج، حيث جاء فيه عاما ومطلقا في أن الهبة مهما كان محلها تنعقد بالإيجاب والقبول، وتتم الحيابة.

- **السبب الثاني:** الهبة هي عقد فوري ينتج آثاره على الفور بمجرد إبرامه وبتوثيقه عند الموثق تغني عن الحيابة.

والحيابة هي السيطرة الفعلية على الشيء، واجبارية في حق العقار أو المنقول، وتستثنى في حالة وجود الشيء الموهوب بيد الموهوب له، لأن الحيابة هنا مسبقة ومنتحقة

(1) محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، 75.

(2) القرار القضائي الصادر بتاريخ: 19/02/1990 المحكمة العليا، المجلة القضائية لسنة 1991، العدد 04،

قبل عقد الهبة، وهو ما نصت عليه المادة 207 بنصها: "إذا كان الشيء الموهوب بيد المهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة، وإذا كان بيد الغير وجب إخباره وليعتبر حائزا"⁽¹⁾.
أما إذا كان الشيء الموهوب مشاعا فهنا الإجراءات الادارية، والتوثيق تغني عن ذلك لتعذر الحيازة لكون الحصاص غير مفرزة، والموهوب له يصبح شريكا على الشيعو بالحصة الموهوبة له ولعدم تعيين الحصة الموهوبة يتعذر عليه الحيازة وهذا ما نصت عليه المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها: "إذا كان الواهب ولي المهوب له، أو زوجه، أو كان المهوب مشاعا فإن التوثيق والاجراءات الإدارية تغني عن الحيازة"⁽²⁾.

- **الشكلية لعقد الهبة الوارد على العقار:** إنّ الهبة العقارية لا تنتقل الا بالشهر كما هو منصوص عليه في المادة 793 من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الاخرى في العقار سواء كان ذلك بين التعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا كانت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

ولا يقبل شهرها الا اذا كانت موثقة طبقا لنص المادة 61 من المرسوم 63/3-79 بنصها: "كل عقد يكون موضع اشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي" لأنه ركن في الهبة العقارية.
وهو ما ذكرتها المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري (مراعاة قانون التوثيق في العقارات).

لكن اذا تصفحت قانون التوثيق لا اجد فيه نصا يتحدث عن العقار بصفة خاصة، بل أقصى نص المادة 30 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 والذي يتضمن تنظيم مهنة الموثق الذي جاء فيه: "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الاشخاص إعطاءها هذه الصيغة".

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص223.

(2) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع نفسه، ص205-206.

كذلك تشير هذه المادة لنص المادة 324 مكرر 1 و 4 من القانون المدني الجزائري التي تتضمن الشكل الرسمي لنقل الحقوق العقارية أو الملكية العقارية⁽¹⁾.
ونص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، أن الهيئة تتعقد بالإيجاب والقبول ومراعاة أحكام قانون التوثيق وتتم الحيازة، ومن أحكام التوثيق ما نصت عليه المواد 324 مكرر الى 324 مكرر 4 القانون المدني الجزائري، فالشكلية في هبة العقار تعني تسجيل الهبة في عقد رسمي أمام مرئ الموثق(ضابط عمومي)، إذا الشكلية في هبة العقار هي افرغ رضاء المتعاقدين (الواهب، الموهوب له) في قالب رسمي على يد الموثق المختص بمكتب التوثيق وفي حدود سلطته واختصاصه⁽²⁾.

وتمام الشكلية أن تعقد الهيئة بحضور شاهدي عدل، يشترط أن يكونا كاملي الأهلية مقيمين بالبلد وليس لهم مصلحة ولا غاية ترجى من وراء عقد الهيئة وحضور الشاهدين في عقد الهبة ضروري واجباري لأنها من العقود الاحتفائية فقط جاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي: "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين".

وقدمت القول أن المشرع لم ينص على العقود الاحتفائية ولا ذكرها بل هو منقول من المشرع الفرنسي، ويجب عقدها بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان المطلق لأن العقود الاحتفائية تدخل الهبة ضمنها، وإذا تم عقد الهبة بهذا الشكل فقد استوفى الشرط التي أوجبتها المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري والمواد المذكورة سلفا من القانون المدني الجزائري وإذا اخل شرط واحد يبطل عقد الهبة⁽³⁾.

شروط صحة الهبة العقارية

1. الواهب:

- أهلية الواهب: وفقا لما جاء في نص المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري بالقول: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالتسع عشرة (19) سنة وغير محجوز عليه"

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 205.

(2) ق.م.ج، مصدر سابق، 324 مكرر 1 324 مكرر 4.

(3) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 205

ومن خلال نصّ المادة يمكن حصر الشروط الواجب توافرها في الواهب والموهوب له والشيء الموهوب كالتالي:

- **سلامة العقل:** يجب أن يكون الواهب سليم العقل، لأنّ الواهب يقوم بإثراء ذمة الموهوب له وافتقاره لذمته دون عوض لأجل ذلك كانت سلامة العقل مطلوبة في الواهب، وفي الهبة لا يبزم العقد، إلا من ذي ارادة، ولا إرادة من عديم التمييز فهو لا يقدر الأمور حق قدرها لأنّ تصرف التبرع ضار محضا له⁽¹⁾.

ويدخل تحت هذا الحكم كل من لم يبلغ بعد سن التمييز حسب التعديل الجديد للقانون المدني ثلاثة عشر (13) سنة حيث منعت المادة 42 من القانون المدني الجزائري كل من لم يبلغ سن التمييز، أو كان به جنون، أو عته من مباشرة حقوقه المدنية فنصت على: "لا يكون أهل لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن، أو العته، أو جنون"⁽²⁾.

إذا ألاحظ أنه من لم يبلغ 13 سنة يعتبر غير مميز ويمنع عليه ابرام التصرفات لأنه لم ينضج عقله، ولا يميز بين ما يضره وما ينفعه بينما المجنون، والمعتوه فلا تقييم الاشياء عندها ضررا ونفعا لأنهما بهما صفتان تخلان بعقلهما (الادراك والتمييز على الموثق قبل ابرام عقد الهبة التأكد من حالة الواهب إذا كان في حالة جيدة أو في حالة جنون، أو عته، أو سفه، أو ذو غفلة، ويجب أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية بالغا سن الرشد بتمام 19، غير محجوز عليه، يكون المجنون والمعتوه في نظر القانون عديمي الأهلية مثلهما مثل الصبي المميز الذي يقل عن 13 سنة وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة من القانون المدني الجزائري تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الوالي، أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء، وكذلك نصت عليه المواد 83 و 85 من قانون

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 107-109.

(2) القانون المدني الجزائري، مصدر سابق، المادة 42.

الأسرة الجزائري و43 من القانون المدني الجزائري، اما اذا كان التصرف متردد بين النفع والضرر في حقه كان متوقفا على إجازة الوالي، أو الوصي، إذا لم يكن هناك حالة نزاع.

- بلوغ سن 19 سنة كاملة: كما ذكرت المادة 203 من قانون الأسرة الجزائري يكون سن الواهب 19 سنة كاملة أو فما فوق ذلك كما نصت أيضا المادة 40 من القانون المدني الجزائري على: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجز عليه كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة كاملة".

- يجب أن لا يكون محجوز عليه: طبقا لنص المادة 101 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "من بلغ سن الرشد وهو مجنون، أو معتوه أو سفيه، أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه، فالحجر هو نتيجة لعارض أصاب الواهب في حالة التصرف القانوني (الهبة) وهنا تكون كل تصرفاته باطلة بشرط أن لا يكون الحجر بحكم قضائي بعد إثبات سبب الحجر من أهل الخبرة كما نصت المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري بالقول "تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة وبعد الحكم إذا كانت باطلة بطلان مطلقا إذا تبين أن الحجر ظاهر وقائم وهو ما نصت عليه المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري والذي جاء فيها: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه، غير نافذة، إذا صدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه"⁽¹⁾.

2. الموهوب له:

- أهلية الموهوب له: لم يشترط المشرع الجزائري في الموهوب له أهلية الأداء ولا حتى التمييز، وجعل الهبة قائمة في حقه ما إذا توافر الشرطين التالية:

- الشرط الأول: أن يكون الموهوب له موجودا حقيقة وبذلك فهو حي يرزق لأن عقد الهبة يكون بين الأحياء ولا بد فيه من ايجاب وقبول.

- الشرط الثاني: أن يكون موجودا حكما لا حقيقة كالجنين في بطن امه وقد تضاربت الآراء حول صحة الهبة للحمل فذهب بعضهم الى عدم جوازها وهذا ما أخذ به القانون المصري، ولقد ذهب الامام مالك الى خلاف ذلك بحيث أجاز الهبة لكل من الجنين والمعدوم، فإن ولد الجنين حيا، وعاش، صحت الهبة، وان استهل صارخا ثم مات ورث

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 104-105-108.

الهبة ورثته، وتبقى الهبة على ملك الواهب، أو ورثته لو خرج الجنين من بطن أمه ميتا. (1)

والمشرع الجزائري أخذ بمذهب الامام مالك من خلال نص المادة 209 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حيا"، يعني أن الهبة للحمل جائزة شرط أن يولد حيا لان الحياة ركن لانعقاد الهبة وفقا لنص المادة 210 من قانون الأسرة الجزائري (2).

وحسب نص المادة 87 من قانون الأسرة الجزائري بقولها: "يكون الاب وليا على أولاده القصر وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا، وفي حالة غياب الاب أو حصول مانع له، تحل الام محله، في القيام بالأمر المستعجلة المتعلقة بالأولاد، وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد.

- **الشيء الموهوب (العقار):** العقار الموهوب هو محل الهبة العقارية وهو ما يسري على محل العقد بوجه عام لنص المادة 683 من القانون المدني الجزائري وباعتباره الحياة ركن في عقد الهبة ما ذكرتها في المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري.

ويشترط في محل الهبة أو الشيء الموهوب له أن يكون عقد الهبة صحيحا منتجا لآثاره توفر الشروط الأربعة التالية:

- أن يكون موجودا وقت الهبة.
- ان يكون العقار مملوكا للواهب.
- ان يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.
- أن يكون مشروعاً وقابلاً للتنفيذ.
- ان يكون العقار الموهوب مملوكا للواهب: وحسب ما نصت عليه المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته، أو جزءا منها عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير، هنا المادة صريحة في وجوب أن يكون الشيء الموهوب

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع نفسه، ص 110.

(2) قانون الأسرة الجزائري، مصدر سابق، الواد 209، 210.

مملوكا للواهب وهو ما دلت عليه لفظة: "ممتلكاته" وعلى ما اعتقد أن الهبة العقارية تقع باطلة إذا لم تكن ملكا للواهب، وذلك للأسباب الآتية الذكر:

- **السبب الأول:** وهو ما نصت عليه المادة 205 بنصها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا، ويقابل نص المادة 480 فقرة أولى مدني مصري، فهذا النص يسوغ للواهب أن يهب ما يملك فقط سواء جزءا منها أو كلها، أو عينا، أو منفعة، أو دينا لدى الغير ولا يجوز هبة ملك الغير⁽¹⁾.

- **السبب الثاني:** أن للبيع عوض فيه مصلحة للبائع هذا في حالة ما إذا قام الفضولي ببيع ملك غيره، فهناك مصلحة له في هذا البيع فأمضاه لاعتبار النظير العائد عليه جراء هذا البيع، أما الهبة الأصل فيها التبرع يعني دون عوض ومتى صدرت من فضولي فهي باطلة، غير جائزة، وقد اختلف المذاهب الفقهية في صحتها (الهبة) من الفضولي وقانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة على هذا الحالة ومما ألاحظ أن لفظة ممتلكاته في نص المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري أنه يجب أن يكون الواهب مالكا الشيء الموهوب وإلا بطلت الهبة العقارية.

- **السبب الثالث:** أن الهبة العقارية تتعد وفقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري السابقة الذكر والقصد هنا لا الشكلية والشهر لأن العقار لا تنتقل فيه الملكية إلا إذا روعيت إجراءات التوثيق والشهر وهذا الأخير لا يقبل إلا إفراغ الهبة في قالب شكلي أمام الضابط العمومي (الموثق) ويمكن هبة ملك الغير لأن الموثق يتأكد من هوية الأطراف المتعاقدة وصحة ملكية الواهب لمحل العقد (العقار)، وهذا حسب نص المادة 12 والمادة 29 من القانون رقم 09-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق وللمحافظ العقاري التأكد من هوية الأطراف المتعاقدة وصحة الأوراق المقدمة للشهر طبقا لنص المادة 22 من الأمر رقم 74-75 على: "يحقق المحافظ في هوية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات..."، ومن ذلك أريد أن أوضح شيئا لكون هذه المعلومات المتواضعة بشأن الفضولي لا يمكنه هبة عقار ليس بملكه لأن عقد الهبة يتطلب الشكلية إذا كان محلها عقارا نظرا للاعتبارات السابقة الذكر.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 146.

- يجب أن يكون محل الهبة العقارية معيناً أو قابلاً للتعيين: وذلك أنه لا تصح هبة ما ليس موجود وقت إبرام العقد بحيث لا يكفي وجود الشيء الموهوب بل يجب أن يكون معيناً وقت الهبة، أو قابل للتعيين، وهو ما نصت عليه المادة 94 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان باطلاً".

أيضاً أن يكون مشروعاً أي ما يجوز التعامل فيه بمعنى آخر غير مخالف للنظام العام والآداب العامة وهذا ما نصت عليه المادة 97 من القانون المدني الجزائري بنصه: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام، أو الآداب العامة كان العقد باطلاً"⁽¹⁾.

مثلاً إذا كان منزل اقتضى الأمر ذكر موقعه وبيان مواصفاته ومميزاته وحالة بنائه وعدد أدواره، وإذا كانت أرضية ذكر مساحتها، ونوعها خصبة أو نصف خصبة، أو فلاحية أو عمرانية وغيرها.

أما القابل للتعيين فهو العقار المشاع حسب نص المادة 208 من قانون الأسرة الجزائري: "أو كان الموهوب مشاعاً..."، فهو جائز هبته طبقاً لنص المادة 714 من قانون الأسرة الجزائري: "كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكاً تاماً، وله أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء...".

إذا مما لاحظت أن نص المادة السابق ذكرها أقرت تصرف الشريك في الشيوع في حصته لأنه مالكا لها كأن يهب الشيء الموهوب لشخص آخر، وقابلية العقار المشاع للتعيين تكون بذكر الحصة المشاعة المملوكة للواهب بتحديد نسبتها في العقار المشاع مثلاً: رבעه، أو ثلثه، وذكر جميع البيانات التي تشمل العقار، حدوده، شركاءه في العقار المشاع وغيرها من مواصفات، ورغم اختلاف فقهاء المذاهب في حكم المال المشاع، شيوع اختياري، أو اجباري، فذهب جمهور الفقهاء، ومنهم مالك، الشافعي، وأحمد، وأبي حنيفة، وأصحابه، والامامين زيد والباقر، وبعض العلماء، أيضاً مذهب الإباضية

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 142.

والظاهرية وبن أبي ليلي إلى جواز ذلك مطلقا لان يد المالك مطلقة في ملكه والشريك في الشيوخ مالك⁽¹⁾.

- يجب ان يكون الشيء الموهوب وقت الهبة: فالهبة يكون لها إذن محل (العقار)، وهو الشيء الموهوب شرط قائم في كل العقود الفورية، ولا يجوز تخلف المحل في عقد الهبة ليكون عقد الهبة صحيح ومنتجا لأثاره، وهو ما نصت عليه المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة..."، فالحيازة ركن كما ذكرته سابقا ان تخلفت الحيازة بطل العقد وليس بإمكان الموهوب له أو نائبه أن يحوز الشيء الموهوب ما لم يكن موجودا وقت إبرام العقد.

إذا استخلص إلى عدم جواز هبة الاموال المستقبلية لأنها معدومة لركن الحيازة التي تبطل الهبة وفقا لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري السابق الذكر رغم أن المادة 92 من القانون المدني الجزائري تنص على: "يجوز أن يكون محل الالتزام محل الالتزام شيئا مستقبلا".

لكن في عقد الهبة من المادة 206 فقرة ثانية تقول: "إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"، مثلا: لو أبرم شخص عقد هبة على أرض ما مجاورة للنهر وبعد ذلك ابتلع النهر هذه الأرض، وغمرتها المياه وقعت الهبة باطلة لتخلف المحل وقت العقد⁽²⁾.

وإذا كانت شركة يسيرها مستقبلا عن أبيه فحكمها باطل حسب ما جاء في المادة 92 فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري بالقول: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

- يجب أن يكون محل الهبة العقارية مشروعاً وقابلاً للتعامل معه: قد يكون الشيء موجودا ومعينا ومع ذلك لا يصلح محلاً للتعامل فيه، وعدم قابليته للتعامل إما يرجع إلى طبيعته كالهواء والبحر وأشعة الشمس إلخ هذه الأشياء يستطيع جميع الناس الانتفاع بها وفقا لنص المادة 682 فقرة ثانية من ق، م، ج، بقولها "... والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها... وقد يصبح التعامل بهذه

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 156.

(2) المرجع نفسه، ص 158..

الأشياء ممكنا من بعض الوجوه فمياه البحر تؤخذ وتباع والهواء يضغط في أوعية خاصة وبياع... إلخ".

لذلك أرى أن هذا النوع من عدم القابلية للتعامل إلى كون الشيء مباحا أي لا مالك له كالطير في الهواء والغزال في الصحراء... إلخ، فلا يجوز أن تكون محلا للتعاقد لكن إذا اصطادها شخص يمكن أن يتعامل فيها وتصلح لأن تكون محل التعاقد.

وقد يرجع عدم قابلية الشيء للتعامل فيه إلى تعارض هذا التعامل جمع الغرض الذي خصص له هذا الشيء فالأملاك العامة (le domaine public) المخصصة للمنفعة العامة كالشوارع، الطرق العامة، المتاحف الأثرية... إلخ لا يجوز أن تكون محلا للتعامل فيه، والتعامل الذي يخرجها عن هذا الغرض⁽¹⁾ الذي خصصت له، وهو التعامل وهو الذي يرد على رقبته كالبيع، الرهن، الهبة... إلخ.

لأن الموضوع الذي أنا بصدد دراسته هو الهبة العقارية، فإن أنواع العقارات التي تخرج عن دائرة التعامل فيها من طرف الأفراد بحسب طبيعتها هي تلك التي ذكرتها المادة 15 من قانون 90-30 كالمناجم، والمحاجر، المواد الطبيعية والمائية فلا يمكن التعامل في هذه الأشياء لأنها ملك للدولة، وبالتالي يستبعد تصرفهم بها لأن الواهب يهب ما يملك فقط لا أكثر لأنه لا يستطيع امتلاكها لكونه من الأفراد العاديين إلا عن طريق الرخص أو الامتياز من طرف الدولة طبقا لنص المادة 688 من ق، م، ج، بنصها "تعتبر أموال الدولة، العقارات والمنقولات التي تخص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة أو مؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع التصرف في أموال الدولة أو حجرها أو تملكها بالتقادم..."⁽²⁾.

وهذا بالنسبة للأملاك الوطنية التي تخرج من دائرة التعامل لطبيعتها (الحفاظ عليها وحمايتها) كما منع القانون الاستثمار بأموال القاصر أو فرضها وغيرها إلا بعد صدور إذن من القضاء وفقا لنص المادة 88 من قانون الأسرة الجزائري، كذلك منع القانون المالك من التصرف في ممتلكاته في حالات استثنائية نصت عليها كل من المادة 776

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 144.

(2) ق، م، ج، مرجع سابق، المواد 682 فقرة ثابتة، المواد 688، 689.

من القانون المدني الجزائري وقانون الأسرة المادة 204 كتصرف المريض مرض الموت إلا في حدود الثلث أيضا المدين الجائز للعقار سواء كان مالكة أو كفيل عينيا من التصرف فيه بعد حجرة قضائيا من طرف الدائن لأن الحجر العقاري ليس إلا وسيلة يلجأ إليها الدائن لاستيفاء دينه فتوضع ممتلكات المدين تحت تصرف القضاء لمدة معينة إذا لم يفي المدين بدينه تباع بالمزاد العلني وتفيد في المحافظة العقارية لمنع المحجوز عليه التصرف في ممتلكاته (عقارات) المحجوزة طبقا لنص المادة 735 بقولها: "لا يجوز للدين المحجوز عليه ولا لحائز العقار ولا للكفيل العيني بعد قيد أمر الحجر بالمحافظة العقارية أن ينقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري المحجوزة ومن خلال نص المادة السابقة الذكر فإن الدائن لا يستطيع بيع أو وقف أو هبة العقار أو العقارات المحجوزة عليها.

الفرع الثالث: خصائص عقد الهبة العقارية

حسب ما أدرج في قانون الأسرة الجزائري من خصائص وهي كالاتي:

- **الخاصية الأولى:** تحول الهبة إلى وصية حسب ما نصت عليه المادة 204 من قانون الأسرة الجزائري بالقول: "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية".

أفهم من هذه المادة أن الواهب عندما يكون في مرض الموت يقوم بتوقيع الهبة يكون حكمها حكم الوصية وذلك لتعلق حق الورثة بأموال مورثهم ابتداءً من وقت مرض الواهب وليس عند موته⁽¹⁾، أيضا نصت المادتان 776 و 777 من القانون المدني الجزائري بنصها: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية..."⁽²⁾، مثل: لو وهب شخص في مرض موته أو في الحالات المخيفة التي يتوقع معها الهلاك تحولت هبته إلى وصية ولا تكون نافذة إلا في حدود الثلث، والغيب لا يعلمه إلا الله عز وجل الإنسان لا يعرف في أي وقت يموت وما تدري نفس ماذا تكسب

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 124، 125.

(2) قانون المدني الجزائري، مصدر سابق، المواد 776، 777.

غدا إذا وما تدري نفس بأي أرض تموت، وللموت أسباب ومن بين هذه الأسباب المرض وهو سبب لتقييد المالك من التصرف في أكثر من ثلث ما يملك ولقد اختلف الفقهاء في مدة مرض الموت فمنهم من جعلها سنة قبل الموت ومنهم من جعلها أقل من ذلك، لكن المشرع الجزائري ترك ذلك للفقهاء، لعدم التخصيص على مدة مرض الموت لأنه يختلف من شخص إلى آخر مثلاً: إذا كان شخص له مرض خطير كالإيدز أو السرطان والتزم هذا الشخص الفراش وأعجزه عن الحركة وقضاء حاجاته اليومية وامتدت هذه الحالة إلى أكثر من سنة فما حكم هذا التصرف أو الهبة ولو كانت الهبة قبل موته بثلاث سنوات مع توافر الشروط القانونية في مرض الموت كالتزامه الفراش والخوف الهلاك والموت، التوقف عن إدارة أعماله ومصالحه وغيرها تصبح هذه الهبة هنا تأخذ حكم الوصية وفقاً لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري سابق الذكر.

كذلك في الحالات المخيفة كالمرباط في ساحة القتال، ولو طال لأكثر من سنة فإن حالة الهلاك والخوف والموت قائمة بأخذ نفس الحكم من تصرف وقامت به هذه الحالات وذلك لو وهب شخص هبة لشخص آخر أنزلت منزلة الوصية لأن الحالات المخيفة قائمة⁽¹⁾.

- **الخاصية الثانية الهبة تتم بالحيابة:** وهو أن الهبة لا تتم دون حيابة، وفقاً لنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري بنصها: "تتعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيابة لكون الهبة عقد فوري عكس الوصية مضافة إلى ما بعد الموت أي لا تسري في حق الموصى له أو الغير إلا بعد موت الموصى وقبول الموصى له عكس الهبة تكون سارية في حق الواهب والموهوب له، والغير من تاريخ إبرام العقد وإمضاءه أمام الموثق ونشره.

ولقد نصت المواد 207 و208 من قانون الأسرة الجزائري على قاعدة الحيابة في الهبة ذكرتها سابقاً، ألاحظ أن نص المادة 207 تنص على أن يكون الشيء الموهوب (العقار) بيد الموهوب له يعتبر حيابة مثلاً: منزلاً مستأجراً من طرف الموهوب له ويقوم

(1) محمد بن أحمد نقيية، مرجع سابق، ص 124-125.

المؤجر (الواهب) هبة هذا المنزل المستأجر (الموهوب له) إذا هنا الحيابة مستغنى عنها لأن المستأجر (الموهوب له) ساكن في المنزل والحيابة قائمة من قبل⁽¹⁾.

أما المادة 208 تعرض ثلاثة احتمالات لكن الحيابة في عقد الهبة:

1- الاحتمال الأول: يكون الواهب ولي الموهوب له ومن المعلوم أن يكون في حاجة إلى الولاية الصغير القاصر طبقا لأحكام الولاية المواد من 87 إلى 91 من قانون الأسرة الجزائري والولاية لا تكون إلا في حق الوالدين وفي حالة غيابهما تعين المحكمة مقدم حسب ما نصت عليه المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري مثلا: يهب الأب لابنه منزل هنا الابن في غير حاجة إلى الحيابة لأن الابن يقيم مع أبيه (الولي) والحيابة يقوم بها الولي في حد ذاته ولتوحد المحل تستغنى عن الحيابة (واهب وحائز).

2- الاحتمال الثاني: وهي عندما يهب الزوج لزوجته أو وهبت الزوجة لزوجها فإن ركن الحيابة أيضا مستغنى عنه لأن الروابط بين الزوجين متماسكة (المحكمة والثقة)، والإجراءات الادارية والتوثيق يغني عن الحيابة.

3- الاحتمال الثالث: إذا كان الشيء الموهوب مشاعا ولكون الحصص فيه غير مفرزة فلا يستطيع المالك في الشيوخ ان يحدد حصته تحديدا نهائيا، إلا بعد قسمته سواء بطريقة الودية أو القضائية، ولما كانت الحيابة لا ترد إلا على حق عيني مفرز وهذا ما نصت عليه المادة 714 من ق. م. ج بقولها: "كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما، وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها، وأ يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء، وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع، ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف بطريقة القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف يملك العين المتصرف فيها مفرزة"⁽²⁾.

- **عدم الرجوع في الهبة إلا في حق الوالدين:** بالرجوع الى التشريع الجزائري أجد أن قانون الأسرة ينص على أن الهبة أنها عقد ملزم بمجرد القول على المشهور وهذا الأصل فلا يجوز الرجوع فيها بإرادة الواهب المنفردة إلا استثناء، وفي حدود ما أورده المادة

(1) محمد بن أحمد تقيية، مرجع سابق، ص 122.

(2) محمد بن أحمد تقيية، مرجع سابق، ص 258.

211 من ق. أ. ج تقضي بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه إلا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من اجل زواج الموهوب له⁽¹⁾.
 - إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
 - إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيعه أو تبرع به أو غير طبيعته.
- وجاءت المادة 212 بمنع الرجوع في الهبة إذا كانت بقصد المنفعة العامة تأكيدا للزوم عقد الهبة ولمبدأ عدم الرجوع في الهبة في غير الحالات المنشأة وهذا المبدأ جاء إقرار على مبدأ عدم الرجوع عند جمهور الفقهاء، وهم المالكية، الشافعية، الحنابلة، ماعدا الحنفية، فالجمهور يرى المنع، أما الحنفية فالأصل عندهم الحق للواهب في الرجوع عن هبته لحديث الرسول (ص): "الواهب أحق بهبته ما لم يثبت عنها"، أرى أن الرجوع في الهبة من اجل المنفعة العامة في حالات استثنائية وهو ما تعنيه المادة 212 من ق. أ. ج هو عدم جواز الرجوع بإدارة منفردة (الواهب) لكنها لا تمنع الفسخ عن طريق القضاء إذا كان الواهب قد اشترط على الموهوب له القيام بعمل للمنفعة العامة ولم ينفذ الشرط، ففي هذه الحالة تكون امام هبة بعوض تقبل الفسخ لعدم أداء العوض المشترط وتقدير الفسخ يرجع لسلطة القاضي حسب القواعد العامة مثلا: يهب شخص مبلغا من المال لجمعية خيرية لإقامة مشفى، فعدم قيام الجمعية بتنفيذ الشرط يحق للواهب الفسخ إذا أراد ذلك⁽²⁾.

المطلب الثاني: الشروط القانونية لانتقال الملكية العقارية بطريقة الهبة

سوف اتطرق في هذا المطلب الشروط المفروضة من طرف القانون لانتقال العقار لأن حديثي دائر على كون محل الهبة عقارا إذا كيف تنتقل هذه الملكية العقارية من الواهب الى الموهوب له.

(1) ق. أ. ج، مصدر سابق، المادة 211.

(2) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 258-259.

الفرع الأول: التوثيق للهبة العقارية

كما ذكرت سابقا أن الهبة العقارية أو أي تصرف على عقار يجب افرأغه في قالب رسمي، وذلك على يد ضابط عمومي (الموثق) حسب ما ذكر في المادة 206 من ق.أ.ج بقولها: "...ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والجراءات الخاصة في المنقولات". كما نصت أيضا المادة 324 من ق. م. ج: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة..."، وذلك بحضور كل من الواهب والموهوب له لإفراغ ارضائهما في محرر رسمي أمام الموثق والتصريح أمامه بالإيجاب والقبول⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تسجيل عقد الهبة العقارية

أن تسجل بناء على المادة 206 من ق. أ. ج وبناء على القواعد العامة في ق. أ. ج يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها، أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما التسجيل والإعلان والنشر والشهر للعقود في الآجال المحددة قانونا وهذا طبقا لنص المادة 10 من قانون التوثيق 06-02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 هـ الموافق 20 فبراير 2006م المتضمن تنظيم مهنة التوثيق⁽²⁾. كما نصت المادة 58 من قانون التسجيل بنصها: "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخ تحريرها"⁽³⁾.

وبهذه العملية تكون الوثائق المحررة اكتسبت تاريخا ثابتا وعلى مفتش التسجيل أن يتأكد من المحل الموهوب وتعيينه من حيث محتوياته، عنوانه، مساحته، وغيرها من تعيينات منافية للجهالة والتأكد من أصل الملكية (العقار الموهوب) إلى غير ذلك.

(1) محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق، ص 205-207.

(2) القانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج 14 مؤرخة في 08/06/2006.

(3) دوة آسيا، رمول خالد الإطار القانوني والتنظيم لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2008، ص 76.

ومن المعلوم أن الهبة عقدا في قانون الأسرة، والقانون المدني الجزائري والعقد واجب التسجيل من طرف الموثق، إذا فالهبة ينطبق عليها ما ينطبق على العقود التي يحررها الموثق، وقد أكدت المادة 231 من قانون التسجيل وجوب تسجيل عقد الهبة بنصها: "إن رسوم تسجيل الهبات بين الأحياء تحصل حسب الحصص وتبعا للكيفيات المحددة بموجب المواد 236 و238 من هذا القانون من أجل تحصيل رسوم نقل الملكية...".

- مكان تسجيل الهبة العقارية: كما أعرف أن التسجيل يكون في مكتب التسجيل الواقع لدائرة اختصاص مكتب الموثق الذي حرر العقد وفقا لنص المادة 75 من قانون التسجيل، وإذا كانت قد أبرمت في خارج الوطن، فيكون تسجيلها في جميع مصالح التسجيل داخل الوطن دون تمييز وفقا لنص المادة 78 من قانون التسجيل بقولها: "يمكن تسجيل العقود المبرمة في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز".

علما أن الهبة تسري عليها قانون جنسية الواهب حسب الفقرة الثانية من نص المادة 16 من ق.م.ج بقولها: "...ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب... وقت إجرائها".

إلا أن الهبة العقارية تخضع لقانون الدولة المتواجد بها العقار حسب نص المادة 17 من ق.م.ج. (1)

ويتضمن الشكل الرسمي الخاص بالهبة العقارية وجوبا كل الشروط والبيانات الواجب ذكرها، والالتزامات التي اشترطها الواهب على الموهوب له إذا كانت هناك التزامات وعلى سبيل المثال: إذا كانت أرض ذكر مساحتها وحدودها وغيرها من ذلك من مواصفات وكل ما يزيل الغموض واللبس وفقا لنص المادة 324 مكرر من ق.م.ج بقولها: يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعية، وحالات ومضمون وحدوده العقارات وأسماء المالكين السابقين...".

أيضا المادة 324 مكرر واحد إلى 324 مكرر أربعة من ق.م.ج فالشكلية في هبة العقار تعني تسجيل الهبة في عقد رسمي وفق ما نصت عليه المواد المذكورة وتثبيته

(1) الأمر رقم 70-105 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، ج.ر، العدد الأول، صادرة في 18/12/1977.

على يد ضابط عمومي الذي يتولى تلقي الإيجاب والقبول (الواهب والموهوب له) في حدود اختصاصه وسلطته وذلك تحت طائلة البطلان وإلا كانت الشكلية ناقصة والهبة باطلة، وبناء على ذلك يجب على المتعاقدين أن يتفقد ما لدى المكتب التوثيق الذي يوجد في دائرته العقار الموهوب ليقوم بتوقيعه (عقد الهبة)، وعلى الموثق بعد دفع الرسم المستحق من طرف المتعاقدين، وقبل إجراء توثيق وتسجيل العقار لديه أن يتأكد من أهلية المتعاقدين ومن رضاها، ويطبق إثبات الأهلية للمتعاقدين كالشهادة الطبية، أو أي مستند يفيد أن أهليتهم في حالة جيدة، وإذا تمت الهبة بواسطة وكيل، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون عقد الهبة لا يجاوز حدود الوكالة، لأن وكالة الهبة إذا كانت فهي وكالة خاصة يجب أن تتوفر فيها الشكل القانوني ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وفقا لنص المادة 572 من ق. م. ج بنصها: "الوكالة أو الانابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء آخر لحساب الموكل باسمه"⁽¹⁾.

كما أن الموثق يجب أن يوثق العقد بحضور الشاهدين، وإلا اعتبر العقد باطلا وفقا لنص المادة 324 مكرر ثلاثة التي نصت على: "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين"، وهنا يكون قد استوفى الشروط القانونية التي أوجبتها المادة 206 من ق.أ.ج والمواد السابقة الذكر من القانون المدني الجزائري. وإذا اختل أحد الشروط المذكورة في النصوص القانونية بطل عقد الهبة بطلانا مطلقا⁽²⁾.

يتخذ عقد الهبة طابع الرسمية إذا استوفى الإجراءات والشروط المنصوص عليها قانونا من دون نقص ويصبح صحيحا وناظرا في كافة التراب الوطني حتي يتم الطعن فيه بالتزوير وفق ما تفتضي به المواد 324 مكرر 5، 6 و 7 من القانون المدني الجزائري.

* **آجال تسجيل الهبة العقارية:** تسجيل الهبة وجوبا لمدة لا تزيد عن شهر واحد ابتداء من تاريخ تحريرها، وإمضائها من طرف الواهب والموهوب له والشهود وختمها بختم الموثق تحت طائلة عقوبة الموثق بغرامة مالية.⁽³⁾

(1) محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 205-206.

(2) محمد بن أحمد تقية، مرجع سابق، ص 207.

(3) دوة آسيا، رمول خالد، مرجع سابق، ص 96-97.

الفرع الثالث: شهر عقد الهبة العقارية

من المعلوم أن الإجراءات القانونية السابقة الذكر من التوثيق وتسجيل وحتى الأركان من رضا وأهلية ومحل وسبب وغير ذلك لا أثر لهم في انتقال الملكية العقارية ما لم يشهر عقد الهبة العقارية لأن الشهر هو ناقل للأثر العيني من الواهب إلى الموهوب له حسب ما نصت عليه المادة 793 من ق. م. ج على "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو حق الغير إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

وعليه أرى أن المشرع الجزائري أشار في المادة السابقة الذكر إلى المتعاقدين مما يجعل الأمر يتعلق بالعقود والهبة كما ذكرت هي عقد، وعليه أنها لا تنقل الملكية العقارية إلا بالشهر حيث جاء في المادة 15 من الأمر 74/75 "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية..." أيضا نصت المادة 16 من الأمر نفسه على: "إن العقود الإدارية 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..."⁽¹⁾.

أستنتج من هذين النصين أن الهبة الغير مشهورة ليس لها أي معنى مما يجعلها على ذمة الواهب والورثة من بعده، ولا تنتقل للموهوب له وليس له أي حق عليها، ولا تسري في مواجهة الكافة.

- **آجال عقد الهبة العقارية:** إن الآجال القانونية لشهر عقد الهبة العقارية خلال شهرين من تاريخها، وذلك ما نصت عليه المادة 3/353 مكرر بقولها: "إن المحررين الذين يقدموا في الآجال العقود المحرزة من طرفهم أو بمساعدتهم والخاضعة لإجراء الإشهار العقاري، يدفعون شخصا غرامة يحدد مبلغ بألف دينار 1000 دج وتحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي:

(1) جمال بوشاقة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط2006، ص 222.

- بالنسبة للشهادات بعد الوفاة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ المحرر ويمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما في الخارج يمكن أن تقوم المسؤولية المدنية للمالكين الجدد للحقوق العينية إذا كان تسخير المحرر أكثر من ستة أشهر من الوفاة.
 - بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية.
 - بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق شهرين من تاريخها.
 - وفي حالة التي يجب أن يتم الإشهار في المحافظة العقارية أو أكثر تمدد الآجال إلى خمسة عشر يوما كاملا بالنسبة لكل محافظة عقارية فضلا عن الأولى.
- ألاحظ أن تنظيم آجال إيداع الوثائق الخاضعة للشهر الواردة في العقود للقيام بذلك براحة تامة، خاصة إذا كان لديهم عقود كثيرة تنتظر لحت محرري العقود على إيداعها خلال الآجال القانونية⁽¹⁾.
- إذا عدم احترام الموثق هذه الآجال يقع تحت طائلة العقوبة الجبائية وعليه مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية حيث يتعين عليه إيداع العقد في المحافظة العقارية المختصة لشهره وهي الواقعة في دائرة اختصاصها العقار (مكان تواجد العقار الموهوب).

المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر لانتقال الهبة العقارية

لقد بينت في المطلب السابق ذكره ضرورة تطبيق إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر بالنسبة لعقد الهبة العقارية، وسوف أعرض إلى الجزاءات والآثار لتخلف هذه الإجراءات القانونية على النحو التالي:

الفرع الأول: تخلف التوثيق وآثاره في عقد الهبة العقارية

بمعنى أن الهبة العقارية هو من العقود الشكلية إذا كان محله عقارا، والشكلية كما قلت سابقا هي إفراغ التصرف في شكل معين أوجبه المادة 206 من ق. أ. ج السابقة الذكر، وذلك تحت يد موظف مختص هو الموثق⁽²⁾.

(1) جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 184-185.

(2) محمد بن أحمد تقي، مرجع سابق، ص 37.

كما نصت المادة 324 مكرر 1 من ق.م. ج بنصها: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار...".

ويجب إعطاؤها الصبغة الرسمية لانتقال الملكية العقارية من الواهب الى الموهوب له حسب ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 63-76 ما يلي: "كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".
ألاحظ أنه إذا تخلف التوثيق (الشكل الرسمي) لا يتم قبوله في المحافظة العقارية ورفض إيداع الوثائق بتاتا.

كذلك يشترط في الموثق الذي حرر الهبة أن لا يكون طرفا فيه ولا ممثلا، أو مرخصا له بأي صفة كانت حسب ما نصت عليه المادة 19 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ويجب أن تتوفر الشروط القانونية للعقود التوثيقية لعقد الهبة العقارية تحت طائلة البطلان، وهو ما نصت عليه المادة 26 من نفس القانون بقولها: "تحرر العقود التوثيقية، تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد، وواضح تسهل قراءته، وبدون اختصار، أو بياض أو نقص، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ويصادق على الاحالات في الهامش، أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات⁽¹⁾ المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف، وعند الاقتضاء الشهود والمترجم".

وعقد الهبة هو عقد احتقائي في التشريع الجزائري لذلك يقع باطل بطلان مطلقا إن لم يحضر الشاهدين أثناء إبرام العقد، ويجب أن تتوفر فيهم شروط الشهادة من بلوغ سن الرشد والعقل السليم وغيرها من ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر 3 من ق.م.ج بنصها: "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتقائية بحضور شاهدين"⁽²⁾ مع مراعاة ما جاء في نص المادة 20 من قانون التوثيق بنصها: " لا يجوز

(1) القانون 02-06، مصدر سابق، المادة 26.

(2) ق.م.ج، مصدر سابق، المادة 324 مكرر 3.

لأقارب أو أصهار الموثق المذكورين في المادة 19 السابقة الذكر وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته، أن يكونوا شهود في العقود التي يحررها...»⁽¹⁾.
وذلك أنها غير جائزة إطلاقاً.

الفرع الثاني: تخلف التسجيل لعقد الهبة العقارية

إن تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة باشتراط قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر 105/76 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى "مصلحة التسجيل والطابع" التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً وفقاً لنص المادة 75 فقرة 01 من قانون التسجيل: "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم" ويلزم نفس القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في أجل لا يتجاوز شهراً، في حالة التأخير في التسجيل يتعرض الموثق لعقوبات جنائية (دون نزع الصبغة الرسمية عن العقد) وطبقاً لنص المادة 58 من قانون التسجيل: "يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها" وأضافت المادة 93 بنصها: "إن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى...»⁽²⁾.

وعقد الهبة العقارية إذا لم يسجل فهو ليس عقد رسمي رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط لم يتم تسجيله، أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس وهذا ما جاء في القرار القضائي رقم 113840 المؤرخ في 1994/02/07 الصادر عن المحكمة العليا⁽³⁾.

(1) القانون 02/06، مصدر سابق، المادة 19.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 115.

(3) ق.ق.ر. 113840، المؤرخ في 1994/02/07، ص.م.ع.م.ق، 1994، ع2، ص158.

الفرع الثالث: تخلف الشهر لعقد الهبة العقارية

إن لشهر وظيفة قانونية مما يجعل تحديد الرصيد العقاري وبالتالي تسهيل عملية تحديد الوعاء الضريبي، وترتيب الأثر العيني في عملية نقل الملكية العقارية أيضا تسهيل تداول العقارات، وإعلام الغير بالتصرفات الواردة على الهبة العقارية إذا لم يشهر ليس له أي معنى للموهوب له ويبقى للواهب وحده التصرف فيه وفقا للقرار الذي أكدته المحكمة العليا رقم 68.467 المؤرخ في 1990/10/21 مجلة قضائية 1992 عدد 1، ص 86: "وأن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية العقارية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني.

وملخص القول أنه إذا لم يشهر عقد الهبة العقارية في المحافظة العقارية وقام الواهب والموهوب له بتسجيل وتوثيق العقد كأنهما لم يفعلا شيئا لتخلف الشهر ولا تنقل ملكية الواهب للموهوب له وللموهوب له أن يقدم ما يثبت ملكيته للعقار الموهوب له، ولكن لن يكون ذلك ما لم يشهر عقد الهبة العقارية كما جاء في المادة 29 من القانون 25/90 الخاص بالتوجيه العقاري ما يلي:

"يثبت للملكية الخاصة للأموال العقارية، والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

إذا جازا عدم إشهار عقد الهبة العقارية كأنه لم يكن ويبقى العقار الموهوب باسم المالك ولورثته الحق في ذلك من بعده⁽¹⁾.

(1) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 120-121.

المبحث الثاني: انتقال الملكية العقارية بطريق الخلع

المطلب الأول: ماهية الخلع وأحكامه

شرع الطلاق لاستحالة تحقيق الهدف من النكاح، ونظرا لخطورته جعل بيد الزوج وفي مقابل ذلك وبتضرر الزوجة من تصرف زوجها، فتح لها طريق للخلاص من الرابطة الزوجية التي أصبحت لا تطيقها وهما التطلق والخلع، وما يهمني في هذا المبحث هو الخلع وماهيته وأحكامه ولمعرفة الخلع لابد من تسليط الضوء على تعريفه لغة واصطلاحاً وألفاظه ثم حكمه ودليل مشروعيته.

الفرع الأول: تعريف الخلع

1. في اللغة: الخلع بفتح الخاء مصدر قياسي "خلع" ويستعمل في الأمور الحسية فيقال: "خلع الرجل ثوبه خلعا أي إزالة عن بدنه ونزعه عنه"⁽¹⁾.

والخلع بضم اللام مصدره سماعي، يستعمل في الأمرين أيضا مع فارق بسيط وهو أن يستعمل في إزالة الزوجية، باعتبار أن المرأة لباس الرجل والعكس صحيح كما قال الله عز وجل: "هن لباس لكم وأنتم لباس لهن" سورة البقرة من الآية 187⁽²⁾.

وقد استقر الفقهاء على أن العرف خص استعمال الخلع (بفتح الخاء) في إزالة غير الزوجية، والخلع (بضم الخاء) في إزالة الزوجية.

2. تعريفه شرعاً: عرف الخلع من الناحية الشرعية عديد التعريفات منها أنه إزالة ملك النكاح الصحيح بلفظ الخلع أو بما في معناه كالمبارأة، وعرفه الحنفية بقولهم: "إزالة ملك النكاح بلفظ أو ما في معناه نظير عوض تلتزم به الزوجة".

ومن هذا التعريف تبين على فقهاء الحنفية اشتراطهم لبعض الأمور التي متى يتحقق الخلع هي كالاتي:

(1) منصورى نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

(2) سورة البقرة، الآية 187.

- أن تكون العلاقة الزوجية حقيقية، أو حكماً قائمة قياً صحيحاً، وإذا لم تكن كذلك لا يتحقق الخلع كما هو الحال في الأئحة الفاسدة⁽¹⁾ لأنه لا يفيد ملك المتعة.
 - أن يكون بلفظ أو قياً معناه المبرأة، والافتداء.
 - أن يكون الخلع مقابل عوض يقع على عاتق الزوجة، سواء كان العوض مالاً أو غيره.
 - رضا الزوج به إذا أصدر من الزوجة.
 - والخلع عند الإمام مالك كما أورد صاحب دليل المالك على مذهب الإمام مالك، هو طلاق بعوض أو بلفظ الخلع وهو جائز ويكون طلاقاً بائناً لا رجعة فيه وأركانه خمسة:
 - القابل والملتزم.
 - الموجب وهو الزوج أو وليه.
 - العوض، وهو الشيء الخالع به.
 - المعوض وهي الزوجة.
 - الصيغة وهي: "خالعتك" و "أنت مخالعة"⁽²⁾.
- وقد عرف الحنفية: بأنه إزالة ملك النكاح المتوقفة على قبول المرأة بلفظ الخلع أو ما في معناه.

وألفاظه خمسة:

- أولها: ما اشتق من الخلع كأن يقول لها "خالعتك"، "اختلعي"، "اخلعي نفسك" لهذا يقع به الخلع بدون نية، لأن العرف يستعمله في الطلاق كثيراً فأصبح كالصريح، فإذا قال لامراته "خالعتك" وذكر مالا فالأمر ظاهر، إذا لم يذكره فإنه يقع به الطلاق سواء نوى أو لم ينوي، قبلت أو لم تقبل.
- ثانياً: لفظ "بارأتك" فإذا قال لها "بارأتك على عشرين جنيتها" وقبل وقع الطلاق بائناً، ولزمها العشرون وسقط مهرها، فإذا لم تقبل لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء باتفاق حقها

(1) باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون القضائي في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.

(2) عبد العزيز، الزواج والطلاق من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، ص248.

في المهر، فهل يتوقف إيقاع الطلاق بهذا اللفظ على النية أم لا؟ والجواب إذا كثر استعمالها في الطلاق كالخلع يقع بها الطلاق بدون نية.

- **ثالثاً:** لفظ "باينتك" فإنه موضوعاً للخلع، فإذا لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها في المهر متى نوى الطلاق، وإن لم تقبل ونوى به الطلاق طلقت وإلا فلا لأن المباينة لا يقع بها الطلاق قولاً واحداً ولا يلزمها البديل لأنه علق بانتهاء المال⁽¹⁾.

- **رابعاً:** "فارتكك" فإنه إذا ذكر مالاً فقال: "فارتكك على مائة ريال" وقبلت بانتهائه منه، ولزمتها المائة وسقط حقها في المهر وإذا لم تقبل لا يقع الطلاق ولا يلزمها مال وإذا لم يذكر مالا وقبلت سقطت حقوقها التي تسقط بالخلع إن نوى به الطلاق أو قامت قرينة على إرادة الطلاق وإن لم تقبل، فإذا نوى به الطلاق لزمه طلاقاً بائناً لأنه كناية، وإلا فلا يلزمه شيء⁽²⁾.

- **خامساً:** لفظ طلاق على مال فإذا قال لها "طلقني على عشرين جنيه" فقالت قبلت وقع الطلاق بائناً ولزمها العشرون أما إذا قال لها "طلقني نفسك" ولم يذكر مالا كان ذلك تمليكا للطلاق لا من باب الخلع.

وعرفه **المالكية** الخلع بأنه طلاق بعوض بكل ما يشمل الطلاق من ألفاظ صريحة أو كناية ظاهرة، أو أي لفظ آخر إذا كان بنية الطلاق، فإذا قالت له زوجته "طلقني" على مهري مثلاً فقال "طلقتك على ذلك" لزمه طلاق بائن، ولزمها العوض وكذا إذا أجابها بكناية ظاهرة من كنايات الطلاق فإنه يقع الطلاق البائن، ويلزمها العوض⁽³⁾.

وعرفه **الشافعية:** الخلع بأنه اللفظ الدال على الفراق بين الزوجين بعوض، ويكون بكل لفظ يدل على الطلاق صريحا كان أو كناية يكون خلعا يقع به الطلاق البائن.

وعرفه **الحنابلة:** بأنه فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة إلى قسمين: صريحة في الخلع وكناية فيه.

فأما الصريحة فهي خالعت وفسخت وفاديت، فإن استعملها الزوج مع ذكر العوض ولو جهلاً وقبلته الزوجة صح الخلع، ويترتب على الفراق وإن لم ينوه، فإن لم يذكر

(1) منصورى نورة، مرجع سابق، ص 102، 303.

(2) منصورى نورة، مرجع سابق، ص 104.

(3) عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج4، المكتبة التوفيقية، دط، 2003، ص 343-346.

العوض أو ذكره لم تقبله الزوجة لا يقع الخلع، وإذا ذكر الخلع وقبلت الزوجة كان ذلك فسحا بائنا تملك به الزوجة نفسها ولا ينقص عدد الطلقات الثلاث، أما إذا نوى الزوج الطلاق، فيكون له ذلك وينقص به عدد الطلقات التي يملكها⁽¹⁾.

أما ألفاظ الكناية عندهم فهي اثنان: باريتك، أبنتك فهذان اللفظان يصح بهما الخلع بالنية، والحاصل عندهم أن الخلع بألفاظه المخصوصة سواء صريحة أو كناية، فسح لا ينقص من عدد الطلقات بخلاف الطلاق على عوض بلفظ الطلاق فإنه يكون طلاقاً بائناً ينقص من عدد الطلقات بشرط النية وقبول الزوجة فإن الخلع بألفاظه صريحة كانت أو كناية فسح بائن، والخلع بألفاظ صريحة كانت أو كناية طلاق بائن ينقص عدد الطلقات بشرط النية.

وقد عرفه "ابن حزم الظاهري" بأنه الافتداء إذا كرهت المرأة زوجها فيخاف ألا توفيه حقه أو خافت أن يبغضها فلا يوفيهها حقها... إلخ.

وقد عرفه "ابن خليل دردير" بأنه طلاق بعوض⁽²⁾.

وقد عرفه المشرع الجزائري: في نص المادة 54 من ق.أ.ج بنصها: "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مال.

إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المادي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت صدور الحكم".

المستخلص من نص المادة السالفة الذكر بأن المرأة لها الحق بأن تخالع زوجها دون موافقة مقابل مال تقترحه على الزوج مقتدية به نفسها، وإذا لم يتفقا على المقابل المالي يكون الحكم للقاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل⁽³⁾.

أيضا: ذكر الخلع في القرآن الكريم لقوله تعالى: "الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أوتيتموهن شيئا إلا أن يخاف ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليها فيما افتدت به، تلك حدود الله، فلا

(1) منصورى نورة، مرجع سابق، ص 104، 105.

(2) عبد الرحمان الجزيري، مرجع سابق، ص 135.

(3) منصورى نورة، مرجع سابق، ص 106.

تعتدوها ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون... " سورة البقرة، الآية 229⁽¹⁾، فالآية الكريمة منعت بشكل صريح الزوج أن يأخذ شيئاً مما أعطاه للزوجة نظير طلاقهما فلا إثم عليها فيما أعطت ولا إثم عليه فيما أخذ.

- **أحكام الخلع:** اختلف الفقهاء في حكم الخلع، فإذا خالعت الزوجة زوجها مع استقامة الحال كره لها ذلك، ويصبح الخلع في قول أهل العلم منهم: أبو حنيفة والثوري ومالك والأوزاعي، والشافعي.

وقال الشافعية أن الأصل في الخلع الكراهة، ويكون مستحباً إذا أساءت المرأة المعاشرة، ولا يوصف بغير ذلك فلا يكون حراماً ولا يكون واحياً.

فبعد أن ذكر الله تعالى في سورة البقرة أنّ الطلاق مرتان، وعقب كل مرة إما إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وأضاف الله عز وجل : أن أخذ المال من الزوجة مما أعطاه محرم، ثم استثنى من ذلك حالة واحدة هي ما خشي الزوجان عدم إقامة حدود الله فيما بينهما، وذلك يجوز للزوج أن يأخذ المال من زوجته وهذا هو الخلع بمقابل⁽²⁾.

يتضح ممّا سبق أنّ الخلع فسخ وليس طلاق ولقد اختلف في ذلك فقهاء الشريعة فذهب بعضهم إلى أنه طلاق بائن، وبعضهم أن الخلع ليس طلاقاً بل فسخ وذلك إذا استوفى شروطه كاملة حكمه جائز ودل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والتي سأذكرها كالاتي:

من الكتاب: قال الله تعالى: "الطلاق مرتان، فإمساك بمعروف، أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به تلك حدود الله فلا تعتدوها..." سورة البقرة الآية 229.

وجه الدلالة من الآية السابقة الذكر أن الإسلام أجاز للزوج أن يأخذ من زوجته ما لا لتمامك عصمتها، وذلك إذا تعذر الإصلاح بينهما والتوفيق، لأن الزوجة أصبحت لا تطيق الزوج وتكن له الكره.

(1) سورة البقرة، الآية 229.

(2) منصور نور، مرجع سابق، ص 108.

من السنة: رواه البخاري والنسائي عن ابن عباس قال : جاءت امرأة ثابت ابن قيس بن شماس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت: "يا رسول الله ثابت ابن قيس ما أعتب عليه في خلق ولا دين ولكن أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أترددين عليه حديقته؟ فقالت نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "اقبل الحديقة وطلقها تطليقة"، وهذا أول خلع في الإسلام.

من الإجماع: أجمع المسلمون على مشروعية الخلع ولم يخالفهم إلا بكر ابن عبد الله المزني ولكن الإجماع انعقد قبل خلافه.

وقال الإمام مالك في هذا الصدد: لم أزل أسمع ذلك من أهل العلم وهو الأمر المجمع عندنا، وأن الرجل إذا لم يضر المرأة، ولم يسيء إليها ولم تأت من قبله وأحبت الفراق فيحل له أن يأخذ ما افتدت به، كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم. وأساس مشروعية الخلع في قانون الأسرة هو المادة 54 منه سالف الذكر والخلع جائز لا نقاش فيه ولا جدال.

شروط خلع الزوجة لزوجها: كما سبق بيانه لم يتعرض القانون الجزائري لأحكام الخلع وشروطه لكن يمكن الاستنباط من مجمل المواد التي قننت الزواج والطلاق.

- **الشرط الأول:** يجب توافر الأهلية في الزوجة وذلك طبق لنص المادة 85 من ق. أ. ج بنصها: "تعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا أصدرت في حالة الجنون، أو العته أو السفه".

ألاحظ أن هذه المادة تنص على شروط الأهلية عند مخالعة المرأة لزوجها، أي أن تكون متمتعة بكامل قواها العقلية وغير محجور عليها وإلا فلا أثر لطلبها⁽¹⁾، وأشار أيضا إلى سن الزواج طبقا لنص المادة 07 من ق. أ. ج بنصها: "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج، يكسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات".

(1) منصورى نورة، مرجع سابق، ص 122.

وحسب المادة 54 سالفه الذكر لا محل للزوج في إرادته للخلع، إلا الاتفاق على المقابل المالي الذي قد ينوب عنه وليه، أو وصيه، أو المقدم، حسب المادة 81 من ق. أ. ج بنصها: "ما كان فاقدا للأهلية أو ناقصا لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونيا ولي، وصي، أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون" وطبقا لنص المادة 210 من ق. أ. ج.(1)

- **الشرط الثاني:** أن يكون الخلع على بدل (مقابل مالي أو أي شيء آخر مقوم بالمال)، وذلك ما أشرطته المادة 54 السابقة الذكر وهذا البديل يعتبر معاوضة شبيهة بالتبرع من طرف الزوجة وليس معاوضة محصنة لأن في المقابل تحصل الزوجة في نظير هذا البديل حريتها وخلصها من الزوج لذلك يشترط في الزوجة أهلية التبرع وفقا لنص المادة 203 ق. أ. ج بنصها: "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة (19) سنة وغير محجور عليه(2).

ألاحظ أن المقابل الذي تتحصل عليه الزوجة هو خلاصها من زوجها وهذا لا يعد مالا ولا يقوم بالمال، والبديل هو تبرع من الزوجة لزوجها فيأخذ حكمه (التبرع). وهذا ما يلزم مني للحديث عن خلع فاقدة الأهلية لسفه، أو عته أو غفلة فلا يجوز لها التصرف في أموال القاصر لكن إذا كان الخلع في مصلحة الزوجة الفاقدة للأهلية وانعدام شروط المنصوص عليها في المادة 54 من ق. أ. ج السالفه الذكر، ولا يوجد بدل خلع، هنا يكون الحق لوليها أن يدفع البديل إلى الزوج وفقا للنص المادة 82 من ق. أ. ج بنصها:

"على الولي أن يتصرف في أموال القاصرة تصرف الرجل الحريص، ويكون مسئولا طبقا لمقتضيات القانون العام..."، كذلك نص المادة 83 من ق. أ. ج يلغي أي تصرف لفاقد الأهلية وكانت مضرة به أو نافعة له تتوقف على إجازة الولي إذا وقع نزاع يرفع الأمر للقاضي(3).

(1) ق. أ. ج المواد 54.81.85.210.

(2) ق. أ. ج، مصدر سابق، المواد 54.203.

(3) منصورى نورة، مرجع سابق، ص 122-124.

- الشرط الثالث: أن تكون العلاقة الزوجية حقيقية أو حكما قائمة قياما صحيحا وإذا لم تكن كذلك لا يتحقق الخلع كما هو الحال في الأنكحة الفاسدة، لأنه لا يفيد ملك المتعة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الشروط القانونية لانتقال الملكية العقارية عن طريق الخلع

الفرع الأول: التوثيق

نصت المادة 57 من ق. أ. ج بنصها الآتي: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق، والخلع غير قابلة للاستئناف فيما عدا جوانبها المادية...". والمعنى من هذه المادة أن الخلع لا يتم إلا بعرض النزاع بين الزوجة والزوج على المحكمة حيث تخالع الزوجة نفسها أمام القضاء، وعليها بطلب استصدار بحكم الخلع ويكون هذا الأخير دليلا لانفصالها عن زوجها بعدما يصبح الحكم نهائيا⁽²⁾. والخلع يتم بين الزوج والزوجة بمقابل مالي، وإذا كان هذا المقابل المالي عقارا محلا للخلع كان الحكم الصادر من طرف الجهات القضائية سندا رسميا يحل محل العقد الرسمي، وهكذا يكون الحكم الصادر من المحكمة بمثابة عقد للملكية في حق الزوج لأن الحكم مثلا: الحكم القضائي قسمة عقار مشاع وفقا لنص المادة 727 من ق. أ. ج بنصها: "تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

فالشيوع كما سبق التطرق له حالة قانونية تتجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، وللخروج من حالة الشيوع الاختياري⁽³⁾ يعرض القانون طريقتين: طريق رضائي والذي نصت عليه المادة 723 من ق. أ. ج بنصها: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية، وجبت الإجراءات التي يفرضها القانون".

(1) باديس ذيابي، مرجع سابق، ص 58.

(2) نورة منصور، مرجع سابق، ص 147.

(3) احمد باشا عمر، مرجع سابق، ص 61.

والطريقة الأخرى هي اللجوء إلى القضاء عند تعذر القسمة الودية، طبقا لنص المواد 724، 727 من ق. أ. ج وما يضمن هو الطريقة الثانية لأن الحكم الصادر من المحكمة⁽¹⁾ يكون بمثابة عقد للملكية، وتوجد حالات أخرى قانونية تكون بمثابة سند للملكية عن طريق القضاء.

استخلص من هذه البيانات أن الحكم القضائي الصادر من المحكمة (الجهات القضائية) يُعدُّ بمثابة سند رسميا، والمثبت للملكية وتتبعه إجراءات أخرى (التسجيل والشهر) والتي سأقوم بتوضيحها في المطلب الموالي.

الفرع الثاني: التسجيل

طبقا لنص المادة 213 من قانون التسجيل في الفقرة الثالثة من الأمر 76-105 بنصها: "... حقوق الطابع والتسجيل تخضع الأحكام والقرارات الصادرة مدنيا، وتجاريا، وإداريا، لرسم التسجيل القضائي عندما لا يتضمن أي حكم يترتب عليه...". هذه المادة من القسم الخامس من الباب التاسع تحت عنوان يؤسس الرسم القضائي للتسجيل وهي صريحة بإجبارية تسجيل الأحكام الصادرة من القضاء والخلع حسب المادة 57 من ق. أ. ج السالفة الذكر لا يتم إلا بحكم قضائي يلزم تسجيله أيضا المادة 60 من نفس القانون بقولها: "يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التسجيل القضائي مثل العقود الموثقة الخاضعة للرسم الثابت إلى المراقبة القانونية في الآجال...".

والمعنى من نص المادة السالفة الذكر أنه إجبارية التسجيل⁽²⁾ الأحكام القضائية الصادرة من المحكمة مادام القاضي موظف ورؤساء أمانة الضبط بالمحاكم موظفون فهم يثبتون في الحكم القضائي ما تم لديهم أو ما تلقوه من ذوي الشأن فهم عندما يتم أمامهم مخالعة الزوجة لنفسها على عقار فهم يثبتون هذا الحكم، لذلك كان الحكم بمثابة سند للملكية، وهذا الأخير هو عقد رسمي، وهذا الحكم تنطبق عليه أوصاف العقد الرسمي من

(1) ق. م. ج المواد 723.724.727.

(2) الأمر 76-105 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 هـ الموافق لـ 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل.

اتفاق الطرفين وحضور الضابط، أو القاضي، أو ضابط الأمانة بالمحاكم، ويثبتون ما تم لديهم من بيانات وهذا طبقا لنص المادة 324 من ق. أ. ج بنصها: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

- **آجال التسجيل:** كما ذكرت في المادة 60 من ق. ت السابقة الذكر أن الأجل القانوني هو الشهر الذي يلي إعدادها، ولقد أوضحتها أيضا المادة 213 من نفس القانون السالف⁽¹⁾ ذكرها بقولها: "إلى إجراء التسجيل في شهر تاريخها".

استخلص من هذين المادتين أن الخلع يسجل خلال شهر واحد من صدور الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به.

- **مكان التسجيل:** من المعلوم أن كتاب الضبط يمارسون مهامهم في المحاكم والمجالس القضائية، يعني أن الخلع يسجل في مكتب التسجيل الواقع في دائرة المحكمة المختصة وذلك حسب ما نصت عليه المادة 75 من الفقرة الثالثة من قانون التسجيل أنه: "... ويسجل كتاب الضبط، وكتاب الإدارات المركزية، والمحلية العقود التي يجب عليهم إخضاعها لهذا الإجراء في المكتب التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها مهامهم"⁽²⁾.

الفرع الثالث: الشهر العقاري للحكم القضائي المتضمن الخلع إذا كان محله العقار.

لكي يتحقق الأثر القانوني للحكم القضائي للخلع ما كان محله عقارا يجب أن يشهر في المحافظة العقارية، وإلا لا يكون له أي معنى سوى حكم صادر من المحكمة فقط، لأن القرار القضائي الذي يتضمن حق وارد على عقار إما بانتقاله أو الكشف عنه كالقسمة القضائية، أو تعديله بموجب صلح، أو حق عيني على عقار، أو الاعتراف بهذا

(1) دودة آسيا، رمول خالد، مرجع سابق، ص 74.

(2) الأمر 76-105، مصدر سابق، المواد 75، 213.

الحق العيني الواقع على عقار، لا وجود له إلا من يوم شهره وهذا ما نصت عليه المادة 14 من الفقرة التالية: "تلتزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي: جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس

البطاقات الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل...".

أيضا نصت المادة 38 من المرسوم رقم 63/76 على: "كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل، أو إنهاء لارتفاقات، أو حقوق مشتركة يجب أن تكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار".

كما نصت المادة 62 من نفس المرسوم على "كل قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية..."⁽¹⁾.

المستخلص من هذه المواد أنه إذا كسب شخص حق عقاري بموجب حكم قضائي لا يستطيع التصرف فيه ما لم يجري الإشهار مع مراعاة إجراءات التوثيق.

أيضا إذا لم يقوم صاحب الحق العقاري المنتقل له بحكم قضائي، كما هو الحال في انتقال العقار كبديل خلع من التصرف فيه، يمنع شهر أي تصرف أوقعه عليه ان لم يكن قد أشهر القرار القضائي الذي انتقل له بموجبه هذا العقار كما نصت عليه المادة 88 من المرسوم 63/76 بنصها: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق".

يتضح من خلال هذا النص أن عملية شهر أي عقد أو حكم أو وثيقة رسمية تتضمن تصرف وارد على عقار يعتبر مستحيلا في نظر القانون في حالة غياب الشهر المسبق للعقد أو الوثيقة، أو الحكم الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه من صاحب الحق الأخير (الزوج) وذلك لمنع الزوجة من التصرف فيه ابتداء من تاريخ شهره، وبذلك يجب شهر القرار القضائي المتضمن انتقال العقار كبديل خلع من الزوجة إلى الزوج.

(1) جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 150 - 151.

- آجال إجراء الشهر: بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية طبقا لنص المادة 4/353 بنصها: "... بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة (03) أشهر من يوم الذي أصبحت فيه نهائية...".

وذلك بعد صدور الحكم من المحكمة التي حرر فيها هذا القرار⁽¹⁾.

- مكان إجراء الشهر: بما أن بدل الخلع عقار يعني أنه يجب مراعاة الاختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية التي تم بها إجراء الشهر، وينعقد الاختصاص في هذا المجال للمحافظة العقارية، الواقع العقار المعني ضمن إقليمها (مكان تواجد العقار).

المطلب الثالث: تخلف إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر وأثرها على انتقال الملكية العقارية محل الخلع

تحدثت في المطلب السابق عن الشروط القانونية التي عرضها القانون في انتقال العقار، وخصصت الحديث عن التوثيق والتسجيل والشهر للعقارات المنقولة كبديل الخلع وسوف أتعرض في هذا المطلب إلى تخلف هذه الإجراءات وأثرها.

الفرع الأول: تخلف التوثيق و أثره

لقد بينت أن الخلع لا يكون إلا بحكم قضائي وهذا ما نصت عليه المادة 57 من ق. أ. ج بنصها: "تكون الأحكام الصادرة في دعاوى الطلاق والتطليق والخلع.."، وقمت بتوضيح أن الحكم الصادر من المحكمة يكون بمثابة سند رسمي فيكون أداة لإثبات ملكية الزوج للعقار الذي اختلعت به الزوجة وذلك بعد التسجيل وحضور الشهود، وحائزا لقوة الشيء المقضي فيه، والشكل هو ركن في التصرفات التي يستلزم القانون إلباس الإدارة فيها ثوب الشكلية بحيث إذا اختلف هذا الركن كان التصرف بطلانا مطلقا⁽²⁾.

(1) جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 184-185.

(2) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 122.

الفرع الثاني: تخلف التسجيل وأثره

كما نصت المادة من ق. أ. ج السابقة الذكر بضرورة تسجيل القرارات القضائية لتحصل المستحقات الضريبية للدولة على هذه القرارات القضائية ونصت المادة 60 من نفس القانون "بوجوب تسجيل عقود الموثقين، وأعاون التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية...".

كما نصت المادة 93 من نفس القانون على: "يتعين على الموثقين والمحضرين ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة، أن يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن مخالفة كما يأتي:

- 10% من الحقوق المتملص منها، إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوما.

- تلجئة مالية مقدرة ب13% عن كل شهر أو جزء من شهر التأجير إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير وذلك دون أن يتعدى مجموع الإلزام المالي، والغرامة الجبائية إليهما أعلاه تجد أقصى نسبة 25%.

غير أن الموثقين الموظفين، وكتاب الضبط، وأعاون تنفيذ كتابات الضبط وكتاب الإدارات المركزية والمحلية الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة⁽¹⁾ يتعرضون لعقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها.

الأحظ أن التسجيل له دورا هاما من ناحية صاحب العقد إن لم يسجل ليس له حتى أية حجية على الغير، ومن ناحية أخرى كتاب الضبط، والضابط العمومي يجب أن يقوموا بتسجيل كل العقود والقرارات، وإلا يتعرضون إلى غرامة جبائية وعقوبات تأديبية، ومن ناحية أخرى تحصيل الحقوق والرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة⁽²⁾.

(1) ق. ت، مصدر سابق، المواد 93، 213، 60.

(2) حمدي باشا عمر، مصدر سابق، ص 115-116.

الفرع الثالث: تخلف الشهر وأثره

أن تخلف الشهر العقاري لا تضمن حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات، ولا تتضح الوضعية القانونية للعقار الغير المشهر، وصعوبة تداول العقارات، وانعدام سلامة التصرفات العقارية وعدم ترتيب الأثر العيني في عملية انتقال الملكية العقارية، وصعوبة تسهيل عملية تحديد الوعاء الضريبي⁽¹⁾.

(1) احمد باشا، مصدر سابق، ص 120-121.

المبحث الثالث: انتقال الملكية العقارية بطريقة الصداق (المهر)

يعد المهر حق من الحقوق التي تثبت للزوجة باعتبارها عضواً في أسرة معينة، والهدف منه هو تحقيق مصلحة الأسرة بوجه عام، ومصلحة الزوجين بصفة خاصة، كما تحقق أيضاً السير الحسن للحياة الزوجية وبه تقوى هذه الرابطة وتستقر ويستقيم أمرها، وبالتالي ينعم في حياتهما ويسعدا في معيشتهما، وعليه من خلال هذا المبحث سأوضح تعريف المهر وأحكامه، وذلك ما ورد في الفقه الإسلامي ثم تقنين الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: ماهية الصداق (المهر)

- **التعريف اللغوي:** هو دفع المال المشع بالرغبة في الزواج⁽¹⁾ ويقال مَهَرَ المرأة مهراً أي جعل لها مهراً، وأعطاهها مهراً، أمهر المرأة: يسمي لها مهراً، ويقال أيضاً وقد مهر المرأة بمهرها، وأمهرها، وفي حديث أم حبيبة: وأمهرها النجاشي من عنده ساق لها مهراً⁽²⁾.
المهر هو صداق المرأة بفتح الصاد وكسرهما، وهو أخوذ من الصدق ضد الكذب لأنّ فيه إشعار بصدق رغبة الزوج في الزوجة⁽³⁾.

ومن هنا فقد وجدت عدة أسماء من خلال النظر في الكتب الفقهية وهي: المهر الصداق، النحلة، الأجر، النكاح، العطية، العفر، الحباء، الطول، العلائق⁽⁴⁾.

(1) عبد الفتاح تقيّة، مباحث في قانون الأسرة، د.د.م. ت 199-200، ص 118.

(2) جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، تنسيق: علي شيرب، ط 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988، مح 13، ص 07.

(3) عبد التواتي بن التواي، المبسط في الفقه المالكي، ج 4، كتاب الأحوال الشخصية، ط 2، دار الوعي، الجزائر، 2010، ص 140.

(4) احمد بن محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ط 1، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص 252-253.

- **التعريف الاصطلاحي:** المهر حسب اصطلاح بعض الفقهاء هو: "اسم للمال الذي يجب للمرأة على الزوج في مقابل ملكه الاستمتاع بها بسبب عقد الزواج".

ولكن انتقد هذا التعريف مع قداسة عقد الزواج، وفيه مس بكرامة المرأة، ويجعلها تظهر في هذا العقد وكأنها شيء يباع ويشترى، فمن الناحية البيولوجية الاستمتاع بين الرجل والمرأة متبادل وليس مقصور على الزوج دون الزوجة⁽¹⁾.

أمّا بالنسبة لتعريف بعض الفقهاء المعاصرين، أجد الدكتور بدران أبو العينين بدران يعرفه بأنه: "اسم المال الذي تستحقه الزوجة بالعقد عليها، أو بالدخول بها دخولا حقيقيا"⁽²⁾.

أيضا عرفه الدكتور كمال الدين إمام بأنه: "ما أوجبه الشارع من المال المتقوم بالمال حقا للمرأة على الرجل بعقد صريح أو دخول صريح"⁽³⁾.

وعرفه الدكتور أحمد الغندور بأنه: "الحق الذي يجب على الرجل لامرأته بالعقد عليها أو بالدخول بها"⁽⁴⁾.

ومن خلال ما تطرقت إليه من عدة تعريفات أرى أن التعريف الراجح هو تعريف الفقهاء المعاصرين وذلك للأسباب التالي ذكرها:

- أن المهر يشمل كل ما يصح شرعا أو يتقوم بالمال.
- تناول جميع حالات وجوب المهر سواء بالعقد الصحيح، أو بالدخول بها الذي يشمل الوطاء الصحيح بعقد فاسد، أو الوطاء بشبهة.
- دل على أن المهر حق ثابت للزوجة، أوجبه اله سبحانه وتعالى على الزوج.

(1) محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004 ص 132.

(2) بدران أبو البدران بدران، الفقيه المقارن لأحوال الشخصية، بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني، دار النهضة العربي، بيروت، 1967، ج1، ص 181.

(3) محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 1996، ص 20.

(4) أحمد عندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط4، مكتبة الفلاح، دم ن، 2001، ج2، ص 195.

- **التعريف القانوني:** المهر أو الصداق هو المال الذي أوجبه الشارع الحكيم على الرجل للمرأة بالعقد عليها أو بالدخول بها، وذلك لتأسيس حياة زوجية دائمة وشريفة، ملؤها الاطمئنان والسعادة⁽¹⁾.

وعرفه المشرع الجزائري في المادة 14 من ق. أ. ج بأنه: ما يدفع نحله للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".
ألاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع تأثر بالشريعة الإسلامية من خلال مصطلح "نحله" الذي ورد في القرآن الكريم.

الفرع الثاني: أحكام الصداق (المهر)

المهر واجب، وهذا الوجوب على الرجل لا على المرأة يدفعه عاجلا، أو يثبت في ذمته كدين من الديون، ولا يجوز أن يخلوا الزواج منه، ولا التواطؤ على تركه أو إسقاطه⁽²⁾.

وبالتالي فالملاحظ هنا أن سبب وجوبه على الرجل إما أن يتم الدخول دخولا حقيقيا، أو بالعقد الصحيح، ومنه فإن أدلة وجوبه ثابتة في القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والقانون.

1- **من القرآن الكريم:** هناك آيات كثيرة من الكتاب الحكيم تحت الأزواج على دفع المهر إلى الزوجات ومنها:

- قوله تعالى: **وَأَتُوا النِّسَاءَ صُُدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ مِنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا...** سورة النساء من الآية رقم 4 أي أتوهن مهورهن فريضة مسماة، وعطية⁽³⁾ وهديّة وقال ابن كثير في تفسيره لهذه الآية: "أن على الرجل عليه أن يدفع الصداق إلى المرأة حتما وأن يكون طيب النفس في ذلك كما يعطي المنيحة ويعطي النحلة طيبا بها

(1) فاطمة بن عيشوش، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011، ص 11.

(2) عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010، ص 31.

(3) القرآن الكريم، سورة النساء، الآية 4.

كذلك يجب أن يعطي المرأة صداقها طيباً بذلك فإن طابت هي له بعد تسميته أو شيء منه فيأكله حلال طيباً⁽¹⁾، وهناك آيات كثيرة تحت الأزواج على دفع الصداق إلى الزوجات.

2- من السنة النبوية الشريفة: إن الدليل على مشروعية المهر من السنة النبوية أنه ثبت على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من بخل زواجا من المهر، وما تزوج أحد من نسائه أو بناته إلا بمهر.

المعنى من هذا الكلام أن رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يكن المهر واجبا لتركه ولو لمرة واحدة ليدل على عدم وجوبه⁽²⁾.

ولقد روى الكثير من الأحاديث التي تفيد وجوبه للزوجة على زوجها وأذكر منهم: - عن ابن عباس قال: "لما تزوج علي فاطمة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اعطها شيئاً" قال: "ما عندي شيء" قال: "فأين درعك الحطمية"⁽³⁾.

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسمح لعلي أن يدخل بفاطمة رضي الله عنها إلا بعد أن يعطيها شيئاً من المهر.

- من الإجماع: أجمع الصحابة رضوان الله عليهم على وجوب المهر، فلم يخل زواج من مهر في عهدهم، وعلى ذلك عمل المسلمون من بعدهم ثم لو أبيح أن يتزوج الرجال من النساء بدون مهارة لأدى ذلك إلى ابتذال⁽⁴⁾، والحظ من قدرهن، فيراها الرجل بعين الاحتقار والذلة فلا تطيب الإقامة بينهما مما يؤدي إلى تشتت الجمع من الشمل، وعلى هذا أوجب المهر على الرجل كإشعار وبيان للزوجة شيء لا يحصل عليه بسهولة.

- من القانون: لقد نص قانون الأسرة الجزائري على أن الصداق يحدد في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً في المادة 15 منه، وهذا يدل على أنه واجب على الرجل لامرأته،

(1) اسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، ط 2، دار الشام مالك، الجزائر، 2007، ج 1، ص 706.

(2) محمد محي الدين عبد المجيد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط 1، مطبعة السعادة، مصر، 1966، ص 133.

(3) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، 2006، رقم الحديث 1058، ص 282.

(4) محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط 2، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان، 2002، ص 160.

أما بقية الأحكام المتعلقة به التي لم ينص عليها هذا القانون فقد التزم بها المشرع الجزائري وفق ما جاءت به الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من ق.أ.ج. ألاحظ أن الحكمة من تقرير مشروعية الصداق هو أنه إعلاء لشأن المرأة ورمز لكرامتها وبيان الرغبة الصادقة للرجل في بناء أسرة من حسن النية من قصده لها ومعاشرتها بالمعروف، والمحافظة عليها وصيانتها ويعرف قيمتها لأنه لم يحصل عليه إلا بعد أن أنفق ماله في سبيل ذلك.

أيضا دلت المادة 14 من ق.أ.ج على ما يصلح أن يكون صداقا بقولها "... من نقود أو غيرها..." ومعنى هذا المصطلح "أو غيرها" أدخلت⁽¹⁾ كل مال متقوم وكل منفعة تقابل المال بشرط أن تكون مشروعة فيصالح أن يكون الصداق عقاراً أو منقولاً، أو منافع أخرى وغيرها من ذلك كحقوق السكن والانتفاع بشرط أن تكون المنفعة يستحق في مقابلها مال، أما المنفعة التي لا تقوم بالمال فلا يجوز أن تكون مهرا مثلاً: شرط المرأة عدم الزواج من امرأة أخرى هو شرط في صالحها لكنه ليس مقوم بالمال.

أيضا نصت المادة 17 من ق.أ.ج في حالات النزاع في الصداق بين الزوجين وورثتهما مع انعدام البنية فإذا كان الصداق مستحق للزوجة قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين⁽²⁾.

كما نصت المادة 9 مكرر من ق.أ.ج على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج". إذن الزواج يفسخ لانعدام الشروط القانونية ويصح بتوافرها.

نصت أيضا المادة 130 من ق.أ.ج على: "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع البناء"، هنا تستحق المرأة الصداق مهما كان سبب عدم وقوع البناء ولو كان الموت.

(1) ق.ج.ج. مصدر سابق، المواد 14، 15، 222.

(2) ق.ج.ج. مصدر سابق 9 مكرر، 117، 15، 130، 132.

أما إذا عقد الرجل على المرأة وتم الدخول وكان مسمى تستحق معه المهر كاملا وإذا كان غير مسمى تستحق معه مهر المثل وفقا لنص المادة 15 من ق. أ. ج من الفقرة الثانية بنصها: "وفي حالة عدم تحديد قيمة الصداق تستحق الزوجة صداق المثل". أما إذا توفي الرجل الذي عقد على المرأة ويسمي لها مهرها، وكانت وفاته قبل الدخول بها، استحققت هذه المرأة المعقود عليها صداقا كاملا وفي حالة عدم التسمية تستحق الصداق المثل.

إذن خلاصة الكلام السابق ذكره أن المرأة تستحق الصداق كاملا بالدخول أو بموت الرجل قبل الدخول، وتستحق نصفه ولو تطلقت قبل الدخول.

ألاحظ أن المادة السابقة الذكر تكلمت على موت الرجل، وأنه يستحق مع المرأة غير المدخول بها الصداق كاملا، ولم يتعرض لحكم موت الرجل قبل الدخول هل تستحق الصداق ويعود إلى ورثتها؟، أعتقد أن المرأة المعقود عليها والتي ماتت قبل الدخول بها تستحق الصداق كاملا قياسا على نص المادة 130 من ق. أ. ج "بموجب النكاح) التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء".

كما جاء في نص المادة 132 من ق. أ. ج بنصها: "إذا توفي أحد الزوجين قبل صدور الحكم بالطلاق أو كانت الوفاة في عدة الطلاق استحق منها الإرث". إذا الصداق مستحق للمرأة حتى لو ماتت قبل الدخول لأنه حق لها، فيقسم على ورثتها ومن بينهم الزوج، ويدفع الباقي لورثة المرأة المعقود عليها⁽¹⁾.

أيضا نصت المادة 34 من ق. أ. ج بنصها: "كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده يترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستمرار".

وذلك أن المادة تدل على الزواج بالمحرمات يفسخ العقد سواء قبل الدخول أو بعده كما ذكرت المواد 25، 26، 30 من ق. أ. ج أن الزواج بالمحرمات من النساء يفسخ العقد قبل الدخول، أما إذا تم الدخول وجب الاستبراء⁽²⁾.

(1) بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 206.

(2) ق أ ج، مصدر سابق، المواد 16، 25، 26، 30، 34، 50، 130 و132.

وهو التأكد أن المرأة غير حاملا من هذا الدخول حسب ما نصت عليه المادة 58 من ق. أ. ج بنصها: "تعد المطلقة المدخول بها غير الحامل بثلاث قروء، واليائس من المحيض بثلاثة أشهر من تاريخ التصريح بالطلاق". هنا تستحق المرأة المهر كاملا وذلك لأنه تم الدخول بها وفقا لنص المادة 16 من ق. أ. ج بنصها: "تستحق المرأة الصداق كاملا بالدخول بها...".

الفرع الثالث: شروط الصداق (المهر)

بعد أن تطرقت للشروط المتطلبة قانونا في الزوج والزوجة أو الرجل والمرأة المقبلان على الزواج وفقا للنصوص القانونية من قانون الأسرة الجزائري وخاصة المواد: 7، 9، 10، 11 التي تشترط الرضا والسن 19 وغير ذلك من الشروط المفروضة في الزوجين، سوف أعرج إلى إيضاح شروط الصداق (المهر) كآآتي:

– يجب ان يكون المال متقوما، أو منفعة تتقوم بالمال والأصل أن الذي يصلح أن يكون مهرا هو المال المتقوم، وعلى ذلك فإن المهر يصح أن يكون من الذهب والفضة أو العملات الورقية والمعدنية، ولا مانع أن يكون عقارا أو منافع الانتفاع والسكن وغيرها.

– يجب أن يكون المهر مقدورا على تسليمه فلا يصح أن يكون شيئا لا يقدر الزوج على تسليمه، كأن يكون شيئا غير موجود.

– يجب أن يكون المهر ظاهرا يصح الانتفاع به فلا يصح المهر بشيء نجس كالخمر، والميتة، والخنزير، والدم مثلا:

– يجب أن يكون المهر معلوما: بمعنى معلوم القدر والصفة، فإذا سمي لها مهرا مجهولا جهالة فاحشة، فإن ذلك لا يصلح أن يكون مهرا، لأنها تؤثر في شرط المعلومة وتقضي إلى الخلاف بين الزوجين عند المطالبة به⁽¹⁾.

مثلا تزوج رجل امرأة، ويجعل مهرها بيتا، أو حليا، ولم يحدد مكان ذلك البيت أو نوع الحلي وهو ما نصت عليه المادة 93 من ق. أ. ج بنصها: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته، أو مخالفا للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".

(1) عبد القادر داودي، مرجع سابق، ص 132.

استنتج من هذا أن المهر لا يمكن جوازه كأين يكون مخمرة لبيع الخمر لأنه مخالف لنظام العام، والآداب العامة⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الشروط القانونية لانتقال الملكية العقارية عن طريق الصداق

سبق أن ذكرت المادة 14 من ق. أ. ج أجازت أن يكون محل الصداق عقارا، حيث نصت "الصداق هو ما يدفع نحلة من نقود أو غيرها...".

فمعنى مصطلح أو "غيرها" على احتمال أن يكون صداق المرأة عقارا وهو ما يقومه الرجل نحلة لها، وقد جاء في الحديث السابق ذكر عن بن عباس أن ثابت بن قيس أصدق زوجته حديقة، والحديقة تعتبر عقارا فدل ذلك على زواجه شرعا.

والصداق تنتقل ملكيته من الرجل إلى المرأة حيث دلت عليه المادة من ق. أ. ج السالفة الذكر بعبارة: "وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

ولانتقال هذه الملكية العقارية تستلزم شروط قانونية والتي سأوضحها في هذه الفروع

الآتية:

الفرع الأول: توثيق العقارات المقدمة محل الصداق

نصت المادة 324 مكرر 1 من ق. أ. ج بنصها: "زيادة العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عقارية، أو محلات تجارية، أو صناعية...".

فإنه يجب على المرأة والرجل التوجه إلى الموثق لتحرير عقد رسمي المتضمن انتقال الملكية العقارية (محل الصداق) من الرجل إلى المرأة على سبيل الصداق، وبحضور شاهدين تحت طائلة البطلان المطلق، لأن عقد الزواج من العقود الاحتفائية طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من ق. أ. ج بنصها: "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية، بحضور شاهدين".

(1) ق. م. ج، مصدر سابق، المواد 14 و93.

والصداق يجوز أن يكون مؤجلا لكن يجب أن يذكر في العقد طبقا لنص المادة 15 من ق. أ. ج بنصها: "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا..."⁽¹⁾ والمعنى من هذه المادة أنه يجوز أن يحدد الصداق سواء مؤجلا أو معجلا وليس على الفور، يعني إذا كان محل الصداق عقار يكتفي بذكره في عقد الزواج.

لكن المعاملة في العقار خلافا لذلك يجب إفراغ هذه المعاملة في قالب رسمي لدى الموثق طبقا لنص المادة 71 من ق. أ. ج بنصها: "الاتفاق الذي يعده كلا المتعاقدين، أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

وأسقط أحكام هذه المادة على الاتفاق الحاصل بين الرجل والمرأة على تأخير تقديم الصداق فإنه يجب إفراغ هذا الاتفاق في قالب شكلي على شكل وعد بالتعاقد يحرر من طرف الموثق، ويدون فيه جميع المسائل الجوهرية من حيث أسماء الأطراف لهذا الاتفاق، نوع هذا الاتفاق، أنه صداق مؤخر، ومواصفات العقار محل الصداق من حدود، مساحة مكانه... الخ.

وهذا ما أشارت له المادة سابقة الذكر من الفقرة الثانية، ويجب على المرأة والرجل أن يفرغا هذا الاتفاق في قالب شكلي أمام الموثق لأن محل الاتفاق بينهما عقار.

الفرع الثاني: تسجيل العقارات المقدمة محل الصداق

كما تطرقت سابقا أن كل العقود التي تناولتها والمتضمنة معاملات عقارية يفرض القانون على تسجيلها من طرف الأشخاص المكلفون بخدمة عامة تحت طائلة العقوبة الجبائية والتأديبية وفقا لنص المادة 93 من ق. ت السابقة الذكر، وذلك لإثراء الخزينة العمومية من خلال هذه المعاملات والشخص المؤهل لذلك فهو وسيط بين المتعاملين في العقار ومصالح الضرائب، حيث يستوفي هذا الموظف العمومي المبالغ المستوجب تسديدها كرسوم تسجيل من الأطراف المتعاملة ويقوم بضبطها في حساب مديرية

(1) ق. م. ج، مصدر سابق، المادة 15.

الضرائب طبقا لنص المادة 82 من ق. ت بنصها: "إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات من قبل الموثقين فيما يخص العقود التي تم إبرامها أمامهم..."⁽¹⁾.

وهنا يستوجب على الموثق تسجيل العقد إذا كان محل الصداق المقدم من طرف الرجل إلى المرأة عقارا بمناسبة الزواج المتضمن انتقال الملكية العقارية على سبيل الصداق طبقا لنص المادة 10 من قانون التوثيق بنصها: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا، لاسيما تسجيل وإعلان، ونشر وشهر العقود في..."⁽²⁾.

أيضا نص القانون في المواد 60، 58، 75، 93 من قانون التسجيل على الموثق القيام بتسجيل أي عقد تم تحريره من طرفه⁽³⁾.

- **آجال التسجيل:** كما أشرت إليه مسبقا أن العقد المتضمن نقل الملكية العقارية بطريق الصداق بين المرأة والرجل يحرره موثق وفقا لنص المادة سابقة الذكر أن تسجل العقود المحررة من طرف الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخ إصداره.

- **مكان التسجيل:** طبقا لنص المادة 75 من قانون التسجيل بنصها: "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم..."

والمعني من هذه المادة أن الموثق يقوم بتسجيل هذا العقد في مصلحة التسجيل التابعة لدائرة مكتبه المختار من طرف الرجل والمرأة أو بمعنى آخر مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه، مكتب الموثق المحرر لهذا العقد.

لقد بينت فيما سبق التصرف الحاصل أمام الموثق المتضمن انتقال الملكية العقارية بسبب الصداق بالعقد مع توافر أركان العقد فيه من أطراف رجل ملتزم بتقديم الصداق، وامرأة ملتزمة بإتمام الزواج (الرضا) في مقابل ذلك توفر السبب، وهو الزواج، والمحل هو الصداق (العقار)، وهذا العقد من قبيل العقود الغير مسماة لم يضع له المشرع تنظيما

(1) دوة آسيا، خالد مول، مرجع سابق، ص 31-65.

(2) القانون رقم 06-02، مصدر سابق، المادة 10.

(3) ق ت، مصدر سابق، المواد 58، 60، 75 و 93.

خاصا به لم يسميه باسم معين كما فعل للعقود المسماة، وهو خاضع للقواعد العامة التي تخضع لها العقود المسماة.

الفرع الثالث: شهر العقد المتضمن انتقال الملكية العقارية المقدمة محل الصداق

إذا كان محل الصداق عقار يجري على التصرفات والمعاملات الواردة على العقارات طبقا لنص المادة 793 من ق. م. ج بنصها: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"⁽¹⁾.

المفهوم من هذه المادة أن العقار المقدم محل الصداق للمرأة لا ينتقل إلا بالشهر كما نصت المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 على الموثق شهر جميع العقود التي حرروها فجاء فيها: "ينبغي على الموثقين أو كتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود، أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرزة من قبلهم...".

أستنتج من هذه المواد القانونية أن المرأة إذا كانت تريد أن تكون ملكيتها صحيحة للعقار المقدم من طرف الرجل كصداق لها يجب أن تحصل على سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وهو المثبت لانتقال هذه الملكية العقارية.

- آجال الشهر: لقد بينت سابقا أن أي تصرف حاصل أمام الموثق والمتضمن انتقال الملكية العقارية من الرجل إلى المرأة على سبيل الصداق، فهو غير مسمى لذلك يحكمه ما يحكم العقود في مجال الشهر وآجاله وفقا لنص المادة 99 من المرسوم رقم 63/76 المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2004 في فقرتها التالية⁽²⁾ "... بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق شهرين من تاريخها، وفي الحالة التي يجب أن يتم الإشهار في محافظة عقارية

(1) ق م ج، مصدر سابق، المواد 58، 75 و 793.

(2) جمال بوشنافة، مرجع سابق، ص 181.

أخرى أو أكثر تمتد الآجال المشار إلى خمسة عشر يوما كاملا بالنسبة لكل محافظة عقارية فضلا عن الأولى".

- **مكان الشهر:** يشهد في المحافظة العقارية المتواجد في دائرتها العقار المقدم بدل الصداق وفقا لنص المادة 04 من المرسوم رقم 76،63 المتضمن تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾.

المطلب الثالث: تخلف إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر وأثرها على انتقال الملكية العقارية محل الصداق

تحدثت في المطلب السابق عن الشروط القانونية في الملكية العقارية من توثيق وتسجيل، وشهر العقارات المنتقلة بدل الصداق، لكن إن انعدمت هذه الإجراءات وآثارها لانتقال الملكية العقارية بدل الصداق والتي سأعرج لها في هذه الفروع:

الفرع الأول: تخلف التوثيق وآثره

كما ذكرت سابقا أن أي تصرف أو معاملة واردة على عقار يجب أن تكون في قالب شكلي وإلا كان هذا التصرف أو المعاملة تحت طائلة البطلان وفقا لنص المادة 324 مكرر 1 سابقة الذكر، وإذا تخلف هذا الإجراء لأن تسمية الصداق في عقد الزواج لا ينقل ملكية العقار المقدم بدل الصداق⁽²⁾.

وحسب المادة 16 من ق.أ.ج المذكورة سابقا إذا سمي الصداق في العقد وحدد استحقاقه الزوجة كاملا بالدخول، أو بالوفاة، وتبرز هنا حالتان عن عدم التوثيق:

- إذا كان العقار المقدم بدل الصداق لازال قائم في ذمة الزوج ولم يتصرف فيه، فمن حق الزوجة المطالبة به وإجباره على إتمام إجراءات التوثيق حتى تنتقل ملكية العقار المقدم لها وإذا توفي الزوج من حقها مطالبة الورثة لأنه من ديون المتوفي.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 63/76، مصدر سابق، المادة 4، 90، 99.

(2) ق م ج، مصدر سابق، المادة 324 مكرر 1.

– إذا تصرف الزوج في العقار المقدم للزوجة بدل الصداق ببيع أو هبة في هذه الحالة إذا توافرت أحد الشرطين إما بموت الزوج هنا قيمة العقار المقدم كصداق دينا في تركة الزوج الهالك.

أما إذا تم الدخول بالزوجة يجدر هنا مطالبة التعويض عن صداقها بما يعادل قيمة العقار المقدم كبديل الصداق.

والزوجة إذا طلقت قبل الدخول استحق نصف الصداق، وإذا لم يوثق طلبت توثيق نصفه، أما إذا تصرف الزوج في العقار فلها الحق بمطالبته في النصف وإذا كان قابلا للتجزئة أخذت نصفه وفقا لنص المادة 16 من ق.أ.ج سابقة الذكر نفس التحصيل السابق⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تخلف التسجيل وأثره

إذا تخلف تسجيل العقد التوثيقي المتضمن انتقال الملكية العقارية من الزوج إلى الزوجة فهنا يقع على عاتق الموثق المحرر للعقد عقوبة جنائية، وعقوبة تأديبية وفقا لنص المادة 10 و 53، 61 من القانون 02/06 السابق الذكر وذلك بمتابعة الأطراف المحررة للعقود وعدم تسجيلها وتحصيل الرسوم المستحقة للخزينة العمومية في آجالها القانونية، كما نصت المادة 90 من قانون التسجيل أنه يجوز متابعة إدارة الضرائب أطراف العقود التي لم تسجل عقودهم.

أيضا نصت المادة 93 من نفس القانون بنصها: "يتعين على الموثقين والمحضرين ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة، وأن يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة...".

هذا ما لم تتقادم المستحقات بمرور 10 سنوات في الحالات العادية، ويمرور 4 سنوات في حالة تسجيل عقد آخر يظهر هذه الحقوق السابق من تاريخ تسجيلها ويستطيع الأطراف من مطالبة الموثق بتعويض المبالغ التي دفعوها لإدارة الضرائب لأن هذه المبالغ

(1) ق أ ج، مصدر سابق، المادة 16.

دفعت من قبل الموثق بمناسبة توثيق العقد حسب المادة 81 فقرة أولى التي قررت أن حقوق التسجيل يستخلصها الموثق من الأطراف ثم يدفعها لإدارة الضرائب.⁽¹⁾

الفرع الثالث: تخلف الشهود وأثره

إن عدم شهر التصرف الناقل للملكية العقارية والحقوق العقارية الأخرى لا ينقل الملكية العقارية إلى الزوجة من طرف، والشهر كما هو معروف هو السبب الوحيد حسب النصوص القانونية الناقل للأثر العيني في التصرفات العقارية بمعنى أن العقد المتضمن انتقال العقار (بدل الصداق) يبقى على ملكية الزوج ولو تم توثيقه وتسجيله مثلاً: لو باع الزوج هذا العقار يعتبر تصرفاً ثانياً بعدما قدمه للزوجة كصداق، وكانت إجراءات الشهر للعقار المباع لشخص ما سابقة على إجراءات شهره لانتقاله كصداق للزوجة، فإن ملكية هذا العقار تصح ملكيته للمشتري، وعلى الزوجة إلا المطالبة بالتعويض عن قيمة هذا العقار وفقاً لنص المادة 176 من ق.م.ج.⁽²⁾

كما نصت المادة 15 من ق.أ.ج "يحدد الصداق في العقد، سواء كان معجلاً أو مؤجلاً.

في هذه الحالة عدم تحديد الصداق، تستحق الزوجة صداق المثل"⁽³⁾. المستخلص من هذه المادة أن للمرأة الحق في الصداق، سواء محدد أو غير محدد، وذلك إذا كان محدد تستحقه بعينه أو ما يساوي قيمته لو تعذر التنفيذ العيني وإذا لم يذكر في العقد يكون مثل صداق المثل كما ذكرته سابقاً. إذا للشهر أهمية كبيرة فالعقارات المقدمة كصداق، ما لم يشهر تبقى ملكاً للزوج، وعدم ترتيب الأثر العيني وهو انتقال الملكية العقارية إلى الزوجة.

(1) جمال بوشناق، مرجع سابق، ص 96-97.

(2) ق.م.ج مصدر سابق، المادة 176.

(3) ق.أ.ج، مصر سبق ذكره، المادة 15.

خلاصة الفصل

من خلال ما تقدم في هذا الفصل الثاني لانتقال الملكية العقارية بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري عن طريق الهبة، الصداق، الخلع، يستوجب مراعاة الإجراءات القانونية المعمول بها من شروط والأركان اللازمة. وبصفة عامة ما يحكم العقار في قانون الأسرة يحكمه ما يحكم العقار عموماً، حيث يوثق العقد، ويسجل بمصلحة التسجيل، وشهره بالمحافظة العقارية، لكي يكون له حجية أما الغير.

خاتمة

من خلال ما تقدم في هذا البحث توصلت إلى جملة من النتائج والاقتراحات والتي يمكنني حصرها فيما يلي:

- النتائج:

لانتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء فرض المشرع الجزائري ركنا رابعا هو الشكلية، وذلك إفراغ التصرف الوارد على عقار في قالب شكلي، أو سند رسمي سواء كان لبي الطرفين أو من طرف واحد، يصدره الضابط العمومي المكلف والمخول له قانونيا لممارسة هذه المهمة.

قيّد المشرع الجزائري لانتقال الملكية العقارية بين الأحياء بالشهر وجعلها سلطانا على أي تصرف وارد على عقار فليس له أي معنى إلا من يوم إظهاره في المحافظة العقارية ولو روعيت جميع الشروط والأركان في أي معاملة واردة على العقارات. انتقال الملكية العقارية في تقنين الأسرة الجزائري عن طريق الهبة والخلع والصداق ويحكمهما ما يحكم العقار عموما، من حيث التوثيق والشهر.

الصداق والخلع قد يكون بدلا عنهما عقارات، ولانتقال العقار كصداق فرض القانون إفراغ هذا التصرف في عقد رسمي، أمام الموثق وشهره حتى تنتقل هذه الملكية من الزوج إلى زوجته، وهذا من قبيل العقود غير المسماة.

الخلع يكون إلا بحكم قضائي ولكي يتحول إلى أداة لإثبات ملكية العقار المنقل من الزوج إلى زوجته بعد الخلع يجب أن يتضمن حكما نهائيا، الذي تصدره الجهات القضائية المختصة، ويصبح عقدا قضائيا.

إضافة إلى تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة، واشتراط قانون التسجيل على الموثق على تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل لتحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية، كما أن للتسجيل دور إثباتي بالنسبة للعقود المسجلة قبل 1979/01/01، طبقا لنص المادة 328 ق. م. ج.

- المقترحات والحلول:

ضرورة إعادة النظر في بعض مواد قانون الأسرة الجزائري التي لم يطلها التعديل ومثال ذلك نص المادة 206 من ق. أ. ج، التي تفرض مراعاة قانون التوثيق في

التصرفات الواردة على العقارات رغم أن قانون التوثيق قد عدل مرارا وتكرارا، وآخر تعديل له القانون 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، ولم تتضمن هذه التعديلات الإشارة إلى العقار وشرط انتقاله خصوصا، ومع ذلك تحيل هذه المادة في شأن العقارات متبنية ما كان ثابتا في قانون التوثيق الأول رقم 91-70 التي أوجب المادة 12 منه على إفراغ كل معاملة وراثة عقار في قالب شكلي، فمضمون هذه المادة لم يظهر في التعديلات والقوانين التي ألغت القانون 91-70 السابق ذكره، حول مضمون المادة 12 منه إلى نص المادة 324 مكرر 1 من ق. م. ج حاليا، لذلك يتضح لي أن يتم تعديل هذه المادة، التي تجاوزتها التقنيات الحالية، بحيث تفرض مراعاة القانون المدني لاسيما المادة 324 مكرر 1 منه من قانون التوثيق.

إعادة النظر في إجراءات المسح العقاري، لاسيما تشكيلة فرق المسح بإضافة عنصر مختص في القانون، لأن التشكيلة الحالية تقنية لكنها غير مؤهلة للفصل في حجية السندات المثبتة لانتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء، والتحقق من شروط الحيابة القانونية والتقادم المكسب.

فتح المجال للطعن في قرارات لجنة المسح أمام القضاء العقاري لتقليص الاعتراضات أمام المحافظة العقارية.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً. المصادر

القرآن الكريم.

I - القوانين والأوامر:

1. القانون رقم 06-02 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج 14 مؤرخة في 2006/06/08.
2. القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري (ج49 مؤرخة في 18-11-1990) معدل ومتمم بالأمر رقم 95-6 مؤرخ في 25-09-1995، الجريدة الرسمية، عدد 55، مؤرخة في 27-09-1995.
3. القانون رقم 02-01 المؤرخ في 2002/02/06 بارتفاقات الكهرباء والغاز.
4. قانون الأسرة في ضوء الممارسة القضائية، برتي للنشر، 2016-2018.
5. القانون المدني الجزائري في ضوء الممارسة القضائية، طبعة جديدة مصححة ومنقحة، برقي للنشر 2013/2014.
6. قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط 4، برتي للنشر، 2016، المادة 08.
7. الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 هـ الموافق لـ 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل.
8. الأمر رقم 70-105 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، ج.ر، العدد الأول، صادرة في 18/12/1977.
9. ق.ق.ر. 113840، المؤرخ في 07/02/1994، ص.م.ع.م.ق، 1994، ع2.

III - المراسيم التنفيذية

1. المرسوم التنفيذي رقم 73/76 المؤرخ في 25/3/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
2. المرسوم التنفيذي رقم 23/352 المؤرخ في 21/09/1983 المتعلق بسن إجراء إثبات النقاد المكسب وإعداد عقد الشهرة والإشكالات والحلول والاقتراحات.
3. المرسوم التنفيذي رقم 91/175 في 28/25/1991 المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.

4. المرسوم التنفيذي رقم 63/92 المؤرخ في 12/02/1992 المتعلق بإنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

ثانيا. المراجع

I- الكتب

1. ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار صادر ودار بيروت للطباعة والنشر، بيروت، دون رقم الطبعة، سنة 1968.
2. (-)، لسان العرب، دار المعارف، مصر، 1981، المجلد 04، ج 24.
3. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، دار الفكر، بيروت، 2006، رقم الحديث 1058، ص 282.
4. أحمد بن محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ط1، دار الثقافة، الأردن، 2009.
5. أحمد بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، د ط، 2006.
6. أحمد عندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي، ط4، مكتبة الفلاح، دم ن، 2001، ج2.
7. أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية: دار شتات للنشر والبرمجيات.
8. إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي، تفسير ابن كثير، ط 2، دار الشام مالك الجزائر، 2007، ج1.
9. إسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، ط 1 الجزائر.
10. أنور طلبية، العقود الصغيرة الهبة الوصية، نشر المكتبة الحديثة، مصر، 2004.
11. باديس ذيابي، صور فك الرابطة الزوجية على ضوء القانون القضائي في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2007.
12. بدران أبوا البدران بدران، الفقيه المقارن لأحوال الشخصية، بين المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانوني، دار النهضة العربي، بيروت، 1967، ج1.
13. بلحاج العربي، قانون الأسرة، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، 8، 2017.

14. بوريس زيدان (مؤثق)، التطرق والإجراءات العلمية لتحريير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الجزائر، ع07 جوان 2002.
15. جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، تنسيق: علي شيرب، ط1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1988، مح 13.
16. جمال بوشاقة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط2006.
17. جيدي أحمد، الكتابة الموسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2005.
18. حاجي نعيمة، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
19. حسن محمد بدوي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
20. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دت.
21. (-)، عقود التبرعات، بدون رقم طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
22. (-)، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ت.
23. (-)، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
24. (-)، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
25. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

26. دوة آسيا، رمول خالد الإطار القانوني والتنظيم لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2008.
27. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
28. زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية والحقوق العينية غير المنقولة، الجزء الأول، ط 3، دار الثقافة، بيروت، 1974.
29. عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
30. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 08، دار منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، م2، دار النهضة العربية، القاهرة.
32. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر.
33. عبد الفتاح تقية، مباحث في قانون الأسرة، د.د.م. ت 199-200.
34. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، دار البصائر، الجزائر، 2010.
35. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 9، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2015.
36. ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، ط 2، دار هومة، الجزائر، 2007.
37. مجيد خلفوني، شهر التصرفات العارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2004.
38. محمد بن أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2003.
39. محمد سمارة، أحكام وآثار الزوجية، ط2، الدار العلمية ودار الثقافة، عمان، 2002.

40. محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات، بيروت، 1996.
41. محمد لمين لوعيل، المركز القانوني للمرأة في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2004.
42. محمد محي الدين عبد المجيد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1966.
43. مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، (د.ت).
44. منصور نورة، التطبيق والخلع وفق القانون والشريعة الإسلامية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
45. نبيل سقر، تصرفات المريض مرض الموت الوصية-البيع-الهبة-الوقف-الكفالة-الابراء-الإقرار-الخلع-الطلاق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
46. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، سوريا، 1985، ج 04.

II - الأطروحات والرسائل

أ. الأطروحات

1. شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2011، 2012، عبد التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي، ج4، كتاب الأحوال الشخصية، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2010.

ب. الرسائل

2. راضية بن زكري، الآليات القانونية لحماية الملكية الخاصة، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عقاري، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010.
3. عزوز سلاف، آليات الحماية المدنية والملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد خيضر بسكرة، 2015/2016.

4. عمار نكاع، إنتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2011-2012.
5. فاطمة بن عيشوش، الحقوق الزوجية بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الجزائر، 2010-2011.

III- الملتقيات الوطنية

1. يوريس زيدان، موثق، «دور مكاتب التوثيق في تنظيم المعاملات العقارية»، محاضرة أقيمت بمناسبة اليوم الدراسي المنظم بولاية سكيكدة من طرف الغرفة الوطنية للموثقين ناحية الشرق بتاريخ 29/05/2001.

IV- المجلات القضائية

1. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 19/02/1990، المجلة القضائية، عدد 04، لسنة 1991.
2. قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17/01/1998 تحت رقم 186058 المجلة القضائية لسنة 1999 العدد 1.

الفهرس

إهداء.....
شكر وعرهان.....
قائمة المختصرات.....
1..... مقدمة
الفصل الأول: ماهية الملكية العقارية الخاصة
9..... المبحث الأول: مفهوم الملكية العقارية الخاصة
9..... المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة
10..... الفرع الأول: التعريف اللغوي والفقهي والقانوني للعقار
12..... الفرع الثاني: تعريفات العقار
15..... الفرع الثالث: مدلول الملكية العقارية الخاصة
17..... المطلب الثاني: سلطات الملكية العقارية الخاصة
17..... الفرع الأول: سلطة الاستعمال
18..... الفرع الثاني: سلطة الاستغلال
18..... الفرع الثالث: سلطة التصرف
18..... المطلب الثالث: نطاق الملكية العقارية الخاصة
19..... الفرع الأول: العقار
19..... الفرع الثالث: العلو
21..... الفرع الثالث: العمق
21..... الفرع الرابع: الملحقات والمنتجات والثمار
23..... المبحث الثاني: أنواع الملكية العقارية الخاصة
23..... المطلب الأول: الملكية العقارية التامة
23..... الفرع الأول: الملكية العقارية التامة حق مانع
24..... الفرع الثاني: الملكية العقارية التامة حق جامع

24.....	الفرع الثالث: الملكية العقارية التامة حق دائم
24.....	المطلب الثاني: الملكية العقارية المجزأة
25.....	المطلب الثالث: الملكية العقارية المشاعة
28.....	المبحث الثالث: الاجراءات القانونية لانتقال الملكية العقارية الخاصة
28.....	المطلب الأول: توثيق العقود والتصرفات الواردة على العقار
30.....	الفرع الأول: الشكل الرسمي للعقد الوارد على العقار
34.....	الفرع الثاني: وجوب تحرير العقد من قبل شخص مؤهل قانونا
39.....	الفرع الثالث: وظيفة التوثيق
41.....	المطلب الثاني: تسجيل العقود الواردة على العقارات
41.....	الفرع الأول: الوظيفة الجبائية للتسجيل
44.....	الفرع الثاني: الهدف الإثباتي لتسجيل
45.....	الفرع الثالث: آجال التسجيل
47.....	المطلب الثالث: فائدة شهر التصرفات العقارية
49.....	الفرع الأول: خصائص الشهر العقاري في الجزائر
51.....	الفرع الثاني: إجراءات الشهر العقاري وآجاله القانونية
58.....	الفرع الثالث: دور الشهر في النظام القانوني الجزائري
60.....	خلاصة الفصل
	الفصل الثاني: صور انتقال الملكية العقارية بين الاحياء في قانون الأسرة الجزائري
63.....	المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية بطريقة الهبة
63.....	المطلب الأول: ماهية الهبة
64.....	الفرع الأول: التعريف بعقد الهبة
74.....	الفرع الثاني: أركان الهبة وخصائصها
87.....	الفرع الثالث: خصائص عقد الهبة العقارية
90.....	المطلب الثاني: الشروط القانونية لانتقال الملكية العقارية بطريقة الهبة

91.....	الفرع الأول: التوثيق للهبة العقارية
91.....	الفرع الثاني: تسجيل عقد الهبة العقارية
94.....	الفرع الثالث: شهر عقد الهبة العقارية
95.....	المطلب الثالث: تخلف التوثيق والتسجيل والشهر لانتقال الهبة العقارية
95.....	الفرع الأول: تخلف التوثيق وآثاره في عقد الهبة العقارية
97.....	الفرع الثاني: تخلف التسجيل لعقد الهبة العقارية
98.....	الفرع الثالث: تخلف الشهر لعقد الهبة العقارية
99.....	المبحث الثاني: انتقال الملكية العقارية بطريق الخلع
99.....	المطلب الأول: ماهية الخلع وأحكامه
99.....	الفرع الأول: تعريف الخلع
106.....	المطلب الثاني: الشروط القانونية لانتقال الملكية العقارية عن طريق الخلع
106.....	الفرع الأول: التوثيق
107.....	الفرع الثاني: التسجيل
108...	الفرع الثالث: الشهر العقاري للحكم القضائي المتضمن الخلع إذا كان محله العقار
110.....	المطلب الثالث: تخلف إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر وأثرها على انتقال الملكية العقارية محل الخلع
110.....	الفرع الأول: تخلف التوثيق و أثره
111.....	الفرع الثاني: تخلف التسجيل وأثره
112.....	الفرع الثالث: تخلف الشهر وأثره
113.....	المبحث الثالث: انتقال الملكية العقارية بطريقة الصداق (المهر)
113.....	المطلب الأول: ماهية الصداق (المهر)
115.....	الفرع الثاني: أحكام الصداق (المهر)
119.....	الفرع الثالث: شروط الصداق (المهر)
120.....	المطلب الثاني: الشروط القانونية لانتقال الملكية العقارية عن طريق الصداق

120.....	الفرع الأول: توثيق العقارات المقدمة محل الصداق
121.....	الفرع الثاني: تسجيل العقارات المقدمة محل الصداق
123.....	الفرع الثالث: شهر العقد المتضمن انتقال الملكية العقارية المقدمة محل الصداق
124.....	المطلب الثالث: تخلف إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر وأثرها على انتقال الملكية العقارية محل الصداق
125.....	الفرع الثاني: تخلف التسجيل وأثره
126.....	الفرع الثالث: تخلف الشهود وأثره
127.....	خلاصة الفصل
128.....	خاتمة
131.....	قائمة المصادر والمراجع
138.....	الفهرس

المخلص

من خلال ما تقدم في هذا لانتقال الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء في قانون الأسرة الجزائري أنها تشمل ثلاث سلطات (إستعمال، إستغلال، وتصرف) في العقار سواء كان عقارا بطبيعته أو بحسب موضوعه أو بالتخصيص، ويشمل أيضا علوه وعمقه، في إطار الحدود المقررة قانونا، أيضا تتنوع من ملكية مشاعة ومجزأة وتامة، وهي مقترنة بصفة أولية لحيازة سند مثبت للحق واعتراف القانون بإثبات الوجود القانوني من خلال السند الرسمي وإثبات الملكية العقارية الخاصة تختلف بحسب موقع العقار بحيث يعتبر دفتر العقاري هو المثبت لها في المناطق المشمولة بالمسح العقاري، بينما المناطق التي لم يشملها المسح يمكن إثباتها بعقد عرفي ثابت التاريخ 1971/01/01، أو محرر رسمي مشهر عن طريق القضاء أو العقد الإداري أو محرر توثيقي، ولانتقالها يجب توثيقها وتسجيلها، وشهرها تحت طائلة البطلان المطلق وفقا للقانون والأنظمة المعمول بها.

وقد تنتقل الملكية العقارية الخاصة عن طريق الهبة، الصداق أو الخلع وفقا لتقنين الأسرة الجزائري مع مراعاة الإجراءات القانونية من شروط وأركان لازمة لهذا العقد وبصفة عامة ما يحكم العقار في قانون الأسرة ما يحكم العقار عموما.

Abstract

From the above in this research on private real estate between living in the Algerian family low, it follows that it has three powers (use, exploitation and disposal) over the building (real estate of a kind, according the object or by attribution, its languor, and its depth, within the framework of the legal provisions, also the property is diversified between undivided, divided and full ownership, in general it is associated with an initial quality of possession of a deed proving the right and the legal recognition of the proof of legal existence in accordance with an authentic deed,

The proof of private real estate property varies according to the place of the estate property, in the cadastral places the land book shows this property, while in the non-cadastral places it is possible to prove it by a private document certain date before the date of: 01/01/1971, or an authentic deed published by justice or an administrative contract or else by a notarial deed, the alienation of the property must be notarized, recorded and publish under penalty of absolute nullity in accordance with the regimes in force.

Private real estate can be transferred by donation, dowry, divorce for compensation in accordance with the Algerian family low according to the conditions and principles necessary in the establishment of this deed, in general all that governs real estate.