



31-340-236-1



جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: القانون العقاري

الشكلية في عقد هبة العقار

من طرف

رحايمية عماد الدين

أمام اللجنة المشكلة من:

رئيسا	أستاذ التعليم العالي، جامعة سعد دحلب، البليدة	الدكتور محمودي مراد
مشرفا ومقررا	أستاذ التعليم العالي، جامعة سعد دحلب، البليدة	الدكتور بن شويخ رشيد
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر، جامعة سعد دحلب، البليدة	الدكتور العيد حداد
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر، جامعة سعد دحلب، البليدة	الدكتور عمرو خليل

شكر

أتقدم بجزيل الشكر إلى :

- الله سبحانه و تعالى الذي وفقني في إتمام هذا البحث .
- الأستاذ بن شويخ رشيد على تفضله بقبول الإشراف على هذه المذكرة ، و على كل مساعداته و توجيهاته السديدة التي قدمها لي طوال فترة إعداد هذا البحث .
- كما أتقدم بشكري إلى موظفي مكتبة الكلية الذين ساعدوني للحصول على بعض المراجع التي أفادتني في إعداد هذا البحث .

ملخص

نظرا لأهمية المال و كثرة النزاعات حول امتلاكه، وجدت ضرورة إفراغ إرادة الأشخاص فيما بينهم في الشكل الذي رسمه القانون و باعتبار أن التصرفات الواردة على العقار أكثر أهمية مقارنة مع المنقول . فإن معظم التشريعات الحديثة قد أكدت على ضرورة إفراغها في شكل معين و على رأس هذه التشريعات ما اعتنقه المشرع الجزائري حيث أحاط التعامل بالعقار عن طريق الهيئة بحماية قانونية صارمة، واشترط لانعقادها عدة ضوابط قانونية ورتب على مخالفتها جزاءات خطيرة.

وذلك أيضا نظرا لخصوصية عقد الهيئة العقارية و التي تعتبر في الأصل عقد خطير لا يقع إلا نادرا و لدوافع قوية إذ يتنازل فيها الواهب عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على أسرته و على وضعيته المالية، الأمر الذي يتطلب منه الكثير من التروي و التأني.

كما أن الشككية في عقد هبة العقار قد تكون نافعة للموهوب له، على أساس أن الهيئة عقد يسهل الطعن فيه، فأفضل للموهوب له أن يتسلح بهذه الشككية لما توفر له من ضمانات قانونية.

ونظرا لما يكتسبه هذا التصرف من أهمية فقد أحاطه المشرع الجزائري بحملة من الإجراءات والشكليات بدءا بانعقاده إلى حين نفاذه أين تم فرض الشككية الرسمية ولأول مرة مع صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق حيث أوجبت المادة 12 منه على أن تحرر جميع التصرفات الناقلة للملكية على الشكل الرسمي وذلك تحت طائلة البطلان المطلق وهذا ما أكدته المادة 324 مكرر 1 من تعديل القانون المدني لسنة 1988 .

و بعد صدور القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم استوجب المشرع الجزائري شككية ثانية و هي ضرورة حيازة العقار الموهوب من طرف الموهوب له أو من طرف من يمثله اتفاقا أو قانونا و ذلك أيضا تحت طائلة البطلان المطلق و لا يستثنى من ذلك إلا الحالات التي يكون فيها الواهب زوجا أو وليا للموهوب له أو حالة ما إذا كان العقار الموهوب موجود في حالة شيوع .

أما عن جملة الإجراءات الواجب إتباعها من أجل نفاذ عقد هبة العقار فقد ضبطها
المشروع الجزائري في الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و المتضمن إعداد
مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا المرسومان 62/76 و 63/76 و في
سبيل انتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له و جب على هذا الأخير السعي إلى تسجيل
عقد هبة العقار لدى الإدارة الجبائية المختصة إقليميا و ذلك من أجل السماح للدولة بتحصيل
الحقوق و الرسوم العقارية ، و كمرحلة أخيرة ، جب شهر عقد هبة العقار في المحافظة العقارية
المختصة و ذلك من أجل انتقال الحق العيني للموهوب له .

الفهرس

شكر

ملخص

الفهرس

08.....	مقدمة
11.....	1. الشكلية الرسمية في عقد هبة العقار
11.....	1.1. الشكلية الرسمية في عقد هبة العقار
12.....	1.1.1. مفهوم الورقة الرسمية
12.....	1.1.1.1. تعريف الورقة الرسمية
13.....	1.1.1.1.1. المعنى الواسع
14.....	2.1.1.1.1. المعنى الضيق
15.....	2.1.1.1. تمييز الورقة الرسمية عن الورقة العرفية
15.....	1.2.1.1.1. من حيث الشكل
16.....	2.2.1.1.1. من حيث الحجية في الإثبات
16.....	3.2.1.1.1. من حيث القوة في التنفيذ
17.....	2.1.1. شروط صحة الورقة الرسمية المثبتة لهبة العقار
17.....	1.2.1.1. صدور الورقة الرسمية من طرف موثق
17.....	2.2.1.1. تمتع الموثق بالسلطة و الاختصاص عند تحرير عقد هبة العقار
18.....	1.2.2.1.1. سلطة الموثق عند إبرام عقد هبة العقار
18.....	2.2.2.1.1. اختصاص الموثق عند تحرير عقد هبة العقار

19	3.2.1.1. مراعاة الضوابط الشكلية و الموضوعية عند تحرير هبة العقار.....
19	1.3.2.1.1. الضوابط الشكلية.....
21	2.3.2.1.1. الضوابط الموضوعية.....
29	2.1. الشكلية العينية في عقد هبة العقار.....
29	1.2.1. صور الحيازة في هبة العقار.....
29	1.1.2.1. الحيازة الفعلية للعقار الموهوب.....
30	2.1.2.1. الحيازة الحقيقية للعقار الموهوب.....
32	2.2.1. الاستثناءات الواردة على حيازة العقار الموهوب.....
32	1.2.2.1. الهبة الواقعة بين الولي و من ينوب عنه.....
33	2.2.2.1. الهبة الواقعة بين الزوجين.....
34	3.2.2.1. الهبة الواقعة على عقار مشاع.....
35	3.1. جزاء تخلف شكلية انعقاد هبة العقار البطلان المطاق.....
36	1.3.1. صور البطلان في عقد هبة العقار.....
36	1.1.3.1. البطلان المطلق لعقد هبة العقار.....
37	2.1.3.1. البطلان النسبي لعقد هبة العقار.....
38	2.3.1. تقرير البطلان المطلق في عقد هبة العقار.....
38	1.2.3.1. صاحب الحق في طلب بطلان عقد هبة العقار.....
38	2.2.3.1. سقوط الحق في التمسك بالبطلان في عقد هبة العقار.....
39	3.3.1. آثار البطلان المطلق في عقد هبة العقار.....
39	1.3.3.1. أثر البطلان المطلق ما بين الواهب و الموهوب.....

40.....	2.3.3.1. أثر البطان المطلق بالنسبة للغير
42.....	2. شكلية نفاذ عقد هبة العقار
42.....	1.2. تسجيل عقد هبة العقار
43.....	1.1.2. مفهوم التسجيل
43.....	1.1.1.2. تعريف التسجيل
44.....	2.1.1.2. تمييز التسجيل عن باقي المفاهيم المشابهة له
44.....	1.2.1.1.2. تمييز التسجيل عن التوثيق
44.....	2.2.1.1.2. تمييز التسجيل عن القيد
45.....	3.2.1.2. تمييز التسجيل عن الشهر العقاري
46.....	3.1.1.2. أهمية التسجيل
46.....	1.3.1.1.2. الأهمية الجبائية للتسجيل
48.....	2.3.1.1.2. الأهمية القانونية للتسجيل
49.....	1.2.2. إجراءات تسجيل عقد هبة العقار
49.....	1.2.1.2. كيفية تسجيل عقد هبة العقار
50.....	2.2.1.2. ميعاد تسجيل عقد هبة العقار
51.....	3.2.1.2. جزاء مخالفة أحكام التسجيل الخاصة بعقد هبة العقار
51.....	1.3.2.1.2. بالنسبة للموثق
52.....	2.3.2.1.2. بالنسبة للمتعاقدين
53.....	2.2. شهر عقد هبة العقار
53.....	1.2.2. نظاما الشهر العقاري و موقف المشرع الجزائري منهما

54.....	1.1.2.2. نظام الشهر الشخصي
55.....	2.1.2.2. نظام الشهر العيني
56.....	3.1.2.2. موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر الشخصي و العيني
57.....	2.2.2. إجراءات شهر عقد هبة العقار
57.....	1.2.2.2. الشروط الأولية الواجب توفرها في عقد الهبة العقارية محل الشهر
58.....	1.1.2.2.2. الشروط الأولية الخاصة بتعيين الأطراف
58.....	2.1.2.2.2. الشروط الأولية الخاصة بتعيين العقار الموهوب
60.....	2.2.2.2. إيداع عقد هبة العقار
60.....	3.2.2.2. تنفيذ شهر عقد هبة العقار
61.....	3.2.2. الآثار المترتبة عن شهر عقد هبة العقار
62.....	1.3.2.2. انتقال الحق العيني إلى الموهوب له
64.....	2.3.2.2. جواز الاحتجاج على الغير بعقد هبة العقار المشهر
66.....	الخاتمة
68.....	الملاحق
76.....	قائمة المراجع

مقدمة

تعتبر الهيئة الواردة على العقار في الأصل عقدا شكليا ، و هي من العقود الشكلية النادرة التي بقيت حتى اليوم ، بعد أن أصبحت الأغلبية من العقود رضائية تتكون و تتعقد بمجرد تطابق الإيجاب و القبول.

و ما يلاحظ في التشريعات الأجنبية الحديثة أن أكثرها يتفق على اشتراط الشكلية في عقد الهيئة، إلا أنها تختلف في نوع الشكلية الواجبة إلى نوعين:

النوع الأول لا ينصب على إرادة المتعاقدين، بل يترك التراضي في الهيئة حرا تطبيقا من الشكل، فإذا انعقدت الهيئة بالتراضي كان لا بد في تمامها على وجه بات من تصديق السلطة القضائية أو إقرار من هذه الجهة، أما النوع الثاني من الشكلية فينصب على التراضي ذاته، فلا بد أن يصور في شكل خاص أمام موثق مختص، قد يكون موثقا للعقود، و قد يكون أمينا للمجل العقاري، و قد يكون أحد القضاة.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فإنهم لا يشترطون لانعقاد الهيئة أية شكلية، فالحقد ينشأ بمجرد تطابق الإرادتين بغض النظر عن وسيلة التعبير عن الإرادة، فلا حاجة إلى إفراغ إرادة الواهب و الموهوب له في شكل معين إذ يمكن التعبير عنها بالقول أو بالإشارة أو الكتابة أو بالرسالة أو بالفعل.

و ما يبرر الشكلية في عقد هبة العقار أنها عقد خطير لا يقع إلا نادرا و لدوافع قوية إذ يتنازل فيها الواهب عن جزء من ماله قد يكون ذا تأثير كبير على أسرته و على وضعيته المالية، الأمر الذي يتطلب منه الكثير من الثروي و الثاني.

كما أن الشكلية في عقد هبة العقار قد تكون نافعة للموهوب له، على أساس أن الهيئة عقد يسهل الطعن فيه، فأفضل للموهوب له أن يتسلح بهذه الشكلية لما توفر له من ضمانات قانونية.

و نظرا لما يكتسبه هذا التصرف وفقا لما سبق ذكره، فقد أولاه المشرع الجزائري بمكان و خصص له جزءا هاما من القانون رقم 84 / 11 المؤرخ 09 / 08 / 1984 المتضمن قانون الأسرة، و أفرد له أحكاما خاصة في المواد من 202 إلى 213، غير أنه ما يمكن ملاحظته حول موقع هذه الأحكام أن المشرع الجزائري قد أخطأ التقدير بشأن هذا الموقع على أساس أن الموقع الطبيعي لعقد الهيئة في النظام القانوني هو القانون المدني

و ليس قانون الأسرة إذ لا علاقة له بالأحوال الشخصية و لا بمال الأسرة إلا باعتبارها مالا عاديا.

أما عن جملة الإجراءات و الشكليات التي استلزمها المشرع الجزائري من أجل انعقاد و نفاذ عقد هبة العقار فقد بدأت باعتماد مبدأ الرسمية بموجب قانون التوثيق القديم الحامل لرقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 و الذي فرض إفراغ كل التصرفات الواردة على العقار في الشكل الرسمي، ثم تلاه القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني و الذي أكد على نفس المبدأ .

كما جعل المشرع الجزائري من عقد الهبة الوارد على العقار عقدا عينيا و ذلك بصفة صريحة في نصوص قانون الأسرة السالف الذكر و المقصود بالعينية وجوب حيازة العقار الموهوب من الموهوب له أو من يمثله.

و من أجل تبيان كيفية انتقال الحق العيني من الراهب إلى الموهوب له تم إصدار الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و الذي استوجب الشهر لدى المحافظة العقارية، ثم تلاه المرسوم رقم 73/76 المؤرخ في 25/03/1976 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري و الذي أكد على نية المشرع في وجوب إشهار كل العقود الناقلة للملكية العقارية.

و بين شرطي الكتابة الرسمية و الحيازة و إجراء الشهر العقاري وضع المشرع الجزائري نصوصا قانونية صارمة من أجل فرض الجباية و الرسوم على عقد الهبة المنصب على العقار سواء كان بين الأصول و الفروع أو بين أطراف لا تربطهم أية علاقة قرابية، فأصدر بذلك القانون رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل.

و تبرز أهمية هذا الموضوع كونه متعلقا بنزاعات عديدة تحدث في الحياة العملية، و قلة إن لم نقل انعدام الدراسات القانونية التي لم تتناوله، و لم تسهب فيه كثيرا.

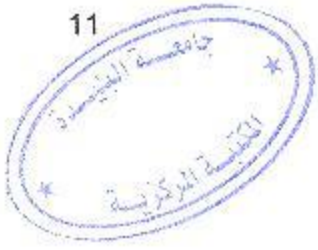
هذا ما يدفعنا لطرح الإشكالية التالية :

- ما هي الإجراءات و الشكليات التي فرضها المشرع الجزائري من أجل انعقاد و نفاذ الهبة الواردة على العقار ؟

و لا شك أن الإجابة على هذه الإشكالية تقتضي منا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين، حيث تم تخصيص الفصل الأول لدراسة شكلية انعقاد هبة العقار و جزاء تخلفها، أما الفصل الثاني فقد خصص لدراسة شكلية نفاذ عقد هبة العقار.

و سوف نهالج هذا الموضوع وفق المنهج التأسيلي التحليلي و الذي نحاول من خلاله تحليل النصوص التشريعية و التنظيمية ذات الصلة بالعقار بصفة عامة و الهبة بصفة خاصة.

هذا و سعيا منا قدر المستطاع على أن لا تقتصر دراستنا على الجانب النظري ، حاولنا الرجوع إلى ما استقر عليه القضاء من اجتهادات و قرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة، و هذا من أجل إعطاء نظرة أكثر اتساعا و شمولية تتسجم مع ما يطمح إليه البحث.



شكالية انعقاد هبة العقار و جزاء تخلفها

نظرا لأهمية المال و كثرة النزاعات حول امتلاكه، وجدت ضرورة إفراغ إرادة الأشخاص فيما بينهم في الشكل الذي رسمه القانون و باعتبار أن التصرفات الواردة على العقار أكثر أهمية مقارنة مع المنقول، فإن معظم التشريعات الحديثة قد أكدت على ضرورة إفراغها في شكل معين و من بين هذه التشريعات ما اعتنقه المشرع الجزائري حيث أحاط التعامل بالعقار عن طريق الهبة بحماية قانونية صارمة، واشترط لانعقادها عدة ضوابط قانونية ورتب على مخالفتها جزاءات خطيرة.

و من أجل بيان الشكالية الواجبة قانونا لانعقاد هبة العقار وما يترتب عن تخلفها ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، نتناول بالدراسة في المبحث الأول الشكالية الرسمية في هبة العقار، و نتطرق في المبحث الثاني إلى الشكالية العينية في هبة العقار أما المبحث الثالث فموقوف نخصه لمعالجة الجزاء المترتب عن تخلف شكالية انعقاد هبة العقار.

1.1. الشكالية الرسمية في عقد هبة العقار

إن القاعدة العامة في التعاقد طبقا للتشريع الجزائري الرضائية، إذ يكفي تطابق إرادة طرفي العقد لإنشائه، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك و هذا ما أكدته نص المادة (59) من القانون المدني الجزائري، و التي تنص على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية."

و لكن مقابل ذلك قد أقر المشرع الجزائري و بصفة استثنائية شكالية العقود في بعض التصرفات القانونية، و من ضمن هاته التصرفات عقد هبة العقار و الذي اشترط فيه المشرع أن يكون في الشكل الرسمي و ذلك من خلال المادة (12) من الأمر رقم 91/70 ، و التي أوجبت صراحة الرسمية في العقود التي يكون محلها عقار أو حقوق عقارية و كذا القوانين الصادرة من بعده.

و من أجل بيان المفهوم الحقيقي للورقة الرسمية و الشروط الواجب توافرها في هاته الورقة لكي يكرن عقد هبة العقار صحيحا ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين . نتناول في

المطلب الأول مفهوم الورقة الرسمية وتتطرق في المطلب الثاني إلى شروط صحة الورقة الرسمية المثبتة لهبة العقار .

1.1.1. مفهوم الورقة الرسمية

سوف نتناول بالدراسة من خلال هذا المطلب تحديد تعريف الورقة الرسمية و كذا تحديد النقاط التي تميزها عن الورقة العرفية و ذلك في فرعين.

1.1.1.1 تعريف الورقة الرسمية

لقد عرف المشرع الجزائري الورقة الرسمية في نص المادة (324) من القانون المدني على النحو التالي "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه."

ولكن قبل تعديل هاته المادة بموجب قانون رقم 14/88 كان المشرع ينص على مصطلح الورقة الرسمية و ليس العقد الرسمي و لعل المشرع رأى فيها ترجمة صحيحة لكلمة « ACTE » الواردة في النص الفرنسي، غير أنه كان يستحسن الإبقاء على مصطلح الورقة الرسمية بدلا من كلمة عقد باعتبار أن هذا الأخير تصرف قانوني مفرغ فيها [1] ص 35 ،لذلك ارتأيذا من خلال هذه الدراسة تداول مصطلح الورقة الرسمية.

كما أن الورقة الرسمية قد تكون شرطا لانعقاد بعض التصرفات القانونية كما قد تكون أداة للإثبات فقط .

فبالنسبة لكونها شرطا لانعقاد بعض التصرفات القانونية ، و مثال ذلك عقد هبة العقار أو عقد الرهن الرسمي ، ففي كلتا الحالتين انعدام الورقة الرسمية يؤدي إلى عدم وجود التصرف أصلا .

أما إذا اشترط القانون الكتابة الرسمية للإثبات فقط كما هو الحال في عقد الكفالة فإن تخلفها لا يؤدي إلى بطلان العقد و إنما يبقى صحيحا و يمكن إثباته بكافة الطرق المقررة قانونا كون الإثبات في المواد المدنية لا يعتبر من النظام العام . لأن الأصل في التصرفات القانونية الرضائية و الشكل الذي يقرره المشرع ما هو إلا استثناء من القاعدة العامة .

و بالرجوع لتحليل نص المادة (324) السالفة الذكر، يتبين لنا أن الأوراق الرسمية مختلفة و متنوعة باختلاف الجهة التي تصدرها، فقد تكون صادرة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، و هذا ما يجعلنا نميز بين معنيين للرسمية معنى واسع و معنى ضيق في النقطتين الآتيتين.

1.1.1.1.1 المعنى الواسع

و يقصد به كل محرر رسمي صادر من طرف موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، بصرف النظر عن نوعية المهام التي يمارسها مصدر هاته الوثيقة، سواء كانت مهمة كل واحد منهم تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أو كانت تتعلق بأعمال أخرى.

أما العقود التي يصدرها الموظف العمومي و تحمل توقيعها، فمثالها النسخ التنفيذية للأحكام القضائية التي يحررها أمناء الضبط، و مثالها أيضا العقود المحررة من طرف مدير أملاك الدولة إذا تعلق الأمر بالتنازل عن أملاك عقارية ذات استعمال سكني أو مهني أو تجاري أو حرفي تابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية العقارية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية لصالح الأشخاص.

أما العقود الرسمية التي يصدرها الضابط العمومي فهي تلك التي يصدرها من يخول له القانون هذه الصفة بسبب المهنة التي ينتمي إليها [2] ص 142 و مثال ذلك تلك العقود التي يحررها الموثقون من أجل إضفاء الرسمية عندما يتعلق الأمر بالتصرفات الواردة على العقار كعقد البيع العقاري أو الهبة العقارية.

أما العقود الرسمية التي يصدرها شخص مكلف بخدمة عامة، فمثالها تلك التي يصدرها الخبير و هو شخص يعينه القاضي طبقا لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، وذلك في الأمور ذات الطابع الفني والتقني من أجل الحصول على إيضاحات و معلومات تفيد مجرى القضية المتنازع بشأنها.

2.1.1.1.1 المعنى الضيق

يقصد بالرسمية بمعناها الضيق تلك العقود المحررة من طرف شخص يدعى الموثق و هو ضابط عمومي خولته الدولة بهاته الصلاحية من أجل إبرام العقود بين الأشخاص و إضفاء الرسمية عليها و هذا تعزيزا لمبدأ استقرار المعاملات التعاقدية و بث الاطمئنان في

نفوس أطراف العقد كون توثيق إرادتهم في عقد رسمي يجعل منه قوي مقارنة مع العقد العرفي أو شهادة الشهود.

و لقد نظم القانون رقم 02-06 المؤرخ في 2006/02/20 مهنة التوثيق بعد إلغاء القانون القديم بموجب المادة (71) منه و الذي حدد شروط الالتحاق بمهنة التوثيق بموجب المادتين الخامسة و السادسة منه و ذلك باستحداث شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق قصد تأهيل هاته المهنة و ترقيتها و التي لا تسلم إلا بعد النجاح في مسابقة الالتحاق بالمهنة و إنهاء فترة التكوين . كما يشترط في المترشح للمسابقة أن يكون :

- متمتعاً بالجنسية الجزائرية،
- حائزاً على شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها،
- بالغا خمسة و عشرون سنة على الأقل،
- متمتعاً بالحقوق السياسية و المدنية،
- متمتعاً بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة،
- أن لا يكون قد حكم عليه من أجل جنائية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية،
- أن لا يكون قد حكم عليه كمسير لشركة من أجل جنحة الإفلاس و لم يرد اعتباره،
- أن لا يكون منسحباً عمومياً وقع عزاءه أو محامياً شطب اسمه أو عون دولة عزل بمقتضى إجراء تاديبى نهائي.

و للإشارة فإن الشروط الثلاثة الأخيرة قد تم النص عليها في نص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 292/08 المحدد لشروط الالتحاق بمهنة الموثق و ممارستها و نظامها التاديبى و قوائم تنظيمها .

و يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة مهامه اليمين القانونية، و ذلك أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه، و التي جاءت في نص المادة الثامنة من قانون 02/06 و هي كالآتي : " أقسم بالله العظيم. أن أقوم بعملى أحق قيام، و أن أخلص في تادية مهنتي و أكنم سرها و أسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف، والله على ما أقول شهيد."

2.1.1.1 تمييز الورقة الرسمية عن الورقة العرفية

لقد عالج المشرع الجزائري موضوع الكتابة و أنواعها من خلال أحكام القانون المدني، و ذلك تحت الباب السادس المعنون بإثبات الالتزام من الفصل الأول و الخاص بالإثبات بالكتابة، غير أنه كان في كل مرة يستعمل مصطلح العقد بدلا من استعمال مصطلح الورقة. و التي هي أوسع و أشمل كما سبق ذكره.

فإذا كان العقد الرسمي يعرف حسب المادة (324) من القانون المدني على أنه ذلك العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه ، فإن العقد العرفي لم يعرفه المشرع بل أشار إليه فقط بموجب المادة (326 مكرر 2) من نفس القانون و التي تنص على أنه يعتبر العقد غير رسمي لعدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من الأطراف و من هاته المادة يمكن استنتاج شرطين لقيام الورقة العرفية و هما الكتابة بحيث لا تخضع لأي شكل في إعدادها بالنسبة للغة المستعملة و لا الشخص القائم بتحريرها [3] ص 145، فيمكن أن تحرر باللغة العربية أو أية لغة أجنبية كما يمكن أن تحرر عن طريق الكتابة اليدوية أو أية آلة كتابة حديثة.

أما الشرط الثاني فيتمثل في التوقيع و الذي عادة ما يتم بالإمضاء أو كتابة اسم الموقع أو وضع بصمته ، و من خلال التحليل البسيط السالف الذكر يمكن استخلاص أن كل من الورقة الرسمية و الورقة العرفية يعدان شكلية في بعض التصرفات القانونية غير أنهما يختلفان من عدة أوجه و هذا ما سوف نتناوله في النقاط التالية.

1.2.1.1.1 من حيث الشكل

إن السند الرسمي لا يصدر إلا من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة حتى عامة بإتباع شكلية، و شروط يحددها القانون سلفا على خلاف المحرر العرفي الذي يصدر عن الأطراف أنفسهم سواء بتحريرهم العقد شخصيا أو بواسطة كاتب عمومي، بحيث يكفي أن يكون المحرر موقعا من قبل الأطراف [4] ص 53 إذا كان معدا للإثبات أما إذا لم يكن كذلك فلا ضرورة حتى لهذا التوقيع.

2.2.1.1.1 من حيث الحجية في الإثبات

إن كل من المحررات الرسمية و العرفية حجة على الكافة من حيث صدورها و من حيث موقعها و لكن المحررات الرسمية لا تسقط حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، هذا فيما ورد على لسان الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة ، أما ما قرره رواية عن الغير فيجوز دحضه بإثبات العكس وفقا للقواعد العامة المقررة في الإثبات [5] ص13 .

أما المحررات العرفية فيمكن دحض ما جاء فيها بإثبات العكس سواء تعلق الأمر بما قرره موقعها أو ما جاء به من مجرد تصريحات فقط.

كما أن تاريخ المحرر الرسمي يعتبر صحيحا إلى حد الطعن فيه بالتزوير، أما المحررات العرفية فلا تكون لها حجية على الغير إلا إذا كان تاريخها ثابتا ، و يكون كذلك إما من يوم تسجيلها أي المحرر العرفي أو من يوم ثبوت مضمونها في عقد آخر حرره موظف عام أو من يوم التأشير عليها على يد ضابط مختص أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء و هذا ما أقرته نص المادة (328) من القانون المدني الجزائري.

3.2.1.1.1 من حيث القوة في التنفيذ

إن المحرر العرفي لا يتمتع بأية قوة تنفيذية و حتى و لو كان موقعا من أطراف العقد إذ لا يمكن التنفيذ بواسطته في حالة نزاع بل يجب اللجوء إلى القضاء من أجل استخراج حكم قضائي نهائي لكي يسمح بالقيام بعملية التنفيذ خلافا على ذلك فإن المحرر الرسمي يكون قابلا للتنفيذ الجبري بمجرد إماره بالصيغة التنفيذية، إذ تتمتع العقود التوثيقية بنفس القوة التنفيذية التي منحت للأحكام القضائية كما تخول لصاحبها سلطة تنفيذها مباشرة دون الحاجة إلى اللجوء للقضاء فمتى حال آجال الأداء بالنسبة للدين المعترف به، يقوم الموثق مباشرة بوصفه ضابطا عموميا بتحميل العقد التوثيقي الصيغة التنفيذية [6] ص85.

2.1.1 شروط صحة الورقة الرسمية المثبتة لهبة العقار

حتى يكتسب العقد المحرر من طرف الموثق حجتيه و قوته بمناسبة إبرام عقد الهبة الوارد على العقار استوجب القانون مراعاة جملة من الشروط و الضوابط و متى تخلف شرط منها ترتبت جزاءات على ذلك و هذا ما سوف نتطرق إليه في ثلاث فروع :

1.2.1.1 صدور الورقة الرسمية من طرف موثق

لقد خول قانون التوثيق رقم 06-02 سلطة تحرير العقود للموثق و ضمن هذا الإطار يقوم الموثق بتقديم النصائح لكل الأطراف بصفة موضوعية و حيادية، و يسهر على أن يكرس مضمون العقد بكيفية جد دقيقة للإرادة المشتركة لكل الأطراف المعنية و بفعل ذلك تكون العلاقات القانونية القائمة بين الأفراد منظمة من البداية بكيفية مضبوطة و خالية من الشوائب، مما يخفض من احتمال انمنازعات إلى حدها الأدنى [7] ص 25 .

هذا و يجب على الموثق قبل القيام بعملية تحرير العقد و توثيق إرادة كل من الواهب و الموهوب له أن يتأكد من صحة العقود المقدمة بمناسبة إبرام عقد الهبة العقارية و أن يقدم نصائحه إلى طرفي العقد و ذلك قصد أن ينسجم اتفاقهما مع التشريعات و القوانين السارية المفعول، كما يمكن للموثق أن يقدم استشارات لأطراف العقد وذلك في حدود صلاحياته و سلطاته و له أن يعلمهم بالآثار المترتبة عن تصرفاتهم كلما طلب منه ذلك .

كما أن الموثق بصفته يحمل ختم الدولة و مفوض من طرف السلطة العامة بتحرير العقود ملزم بتحرير أي عقد يطالب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقوانين و الأنظمة المعمول بها كان يطلب منه تحرير عقد هبة عقار غير قابل للتصرف فيه أصلا .

2.2.1.1 تمتع الموثق بالسلطة و الاختصاص القانونيين عند تحرير عقد هبة العقار

لا يكفي في الورقة الرسمية أن تكون محررة من طرف موثق، و إنما تتطلب المادة (324) من القانون المدني الجزائري أن يكون هذا الموثق متمتعاً عند إبرام العقود بصفة عامة بالسلطة و الاختصاص اللازمين و هذا ما سوف نتطرق إليه على النحو التالي:

1.2.2.1.1 سلطة الموثق عند إبرام عقد هبة العقار

يقصد بسلطة الموثق أن يكون ذا ولاية في تحرير العقد، أي أن يكون قائما بعمله وقت تحرير الورقة، فإن كان قد عزل أو نقل زالت ولايته [8] ص 52 ، كما أنه لا يجوز للموثق القيام بتحرير أي عقد مهما كانت طبيعته إلا بعد أدائه اليمين القانونية ، أما إذا كان الموثق قد حرر عقد هبة العقار في الفترة التي عقيت صدور قرار العزل و لم يتم تبليغه به أي بدون أن يعلم بذلك فإن الهبة العقارية تبقى صحيحة حماية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية. كما يجب أن يكون الموثق عند إبرامه لعقد هبة العقار متمتع بالأهلية اللازمة لتحرير العقد و في هذا الإطار قد نصت المادة (19) من قانون التوثيق الجديد على أنه "لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي:

- يكون فيه طرفاً معيناً أو ممثلاً أو مرخصاً له بأنه صفة كانت،
 - يتضمن تدابير لفائدته،
 - يعني أن يكون فيه وكيلاً أو متصرفاً ، أو أية صفة أخرى كانت:
- أ- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب، حتى الدرجة الرابعة،
- ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعهم به قرابة الحواشي و يدخل في ذلك العم و ابن الأخ و ابن الأخت.

2.2.2.1.1 اختصاص الموثق عند تحرير عقد هبة العقار

يقصد بالاختصاص أن يكون الموثق مختصاً نوعياً و محلياً بتحرير عقد هبة العقار، أما عن الاختصاص النوعي للموثق فلا يمكن مثلاً تصور تحرير هذا الأخير عقداً من العقود الناقلة للملكية بين مؤسستين تابعيتين للقانون العام بل يعود ذلك إلى اختصاص مدير أملاك الدولة باعتباره ممثلاً لإدارة أملاك الدولة و الشؤون العقارية.

كما لا يمكن تصور مثلاً، محافظ البيع بالمزايدة يبرم عقد هبة عقار بين الأفراد كون الاختصاص هنا يعود بصفة حصرية للموثق.

أما عن الاختصاص المحلي للموثق، فإن المشرع وفقاً لقانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق لم يحدد له اختصاصاً محلياً و هذا يعني أن الموثق يكون دائماً مختصاً إقليمياً بتلقي و تحرير العقود في مكتبه مهما كان موطن الأطراف، و أينما وجد محل العقد، منقولاً كان أو عقاراً [7] ص 95 و هذا على خلاف نظام التوثيق السابق إذ كان اختصاص الموثقين مقتصرًا على دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها مهامهم العادية.

كما أن تمتع الموثق باختصاص وطني يجعله مختصا في إبرام أي عقد هبة عقارية حتى إذا كان هذا العقار خارج دائرة اختصاص المكتب الذي يزاول فيه عمله.

و يبدو أن قاعدة الاختصاص الوطني للموثق مع قاعدة النفاذ في كامل التراب الوطني تستجيب لمتطلبات السرعة و الفعالية في المعاملات، لا سيما إذا تعلق الأمر بمؤسسات أو مشاريع اقتصادية يمتد نشاطها إلى أكثر من دائرة اختصاص محكمة أو مجلس قضائي واحد و لا ربما إلى كامل التراب الوطني [9] ص 11 .

3.2.1.1 مراعاة الضوابط الشكلية و الموضوعية عند تحرير عقد هبة العقار

و معنى ذلك لكي يكون عقد هبة العقار المحرر من طرف الموثق صحيحا من الناحية القانونية يجب احترام جملة من الضوابط القانونية التي أمر القانون باحترامها و هذا ما سوف نعالجه من خلال التطرق إلى كل من الضوابط الشكلية و الموضوعية لعقد هبة العقار.

1.3.2.1.1 الضوابط الشكلية

لقد أوجب المشرع الجزائري من خلال القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق بعض الشكليات بمناسبة تحرير العقود و ذلك في نص المادة (26) منه إذ نسبت على أنه " تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص، و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، و يصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات، و على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف و عند الاقتضاء الشهود و المترجم."

و تضيف المادة (29) من نفس القانون على أن العقد يجب أن يتضمن المعلومات التالية :

- اسم و لقب الموثق الذي حرره،
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم،
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء،
- اسم و لقب المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك ،

- المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرمت فيه العقود،
- وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل،
- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف، النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به،

- توقيع الأطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء.

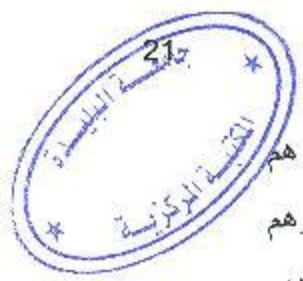
و على كل حال فإنه يجب أن تشمل الورقة الرسمية على كل عناصر الهبة و هي العقار الموهوب و الواهب و الموهوب له، و الشروط التي قد يحتويها العقد كالعوض و الالتزامات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب إذا كانت ثمة التزامات من هذا القبيل [10] ص 543.

وإذا تمت الهبة بواسطة وكيل فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الهبة لا يتجاوز حدود الوكالة في الهبة و إذا كانت فهي وكالة خاصة يجب أن يتوافر فيها الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك [11] ص 206، و هذا ما نصت عليه و أكدته أحكام المادة (572) من القانون المدني الجزائري.

كما يجب على الموثق التأكد من حضور شاهدين على الأقل و يقصد بهما الشخصان اللذان يساهمان في إنشاء العقد و تكوينه و حضورهما إجباري في العقود الاحتفالية كالهبة و الوصية و الوقف و الزواج [12] ص 15 على أن يتمتع الشاهدان بالأهلية القانونية اللازمة أي بلوغ 19 سنة على الأقل يوم توقيع العقد، و أن لا تربطهما أية صلة أو علاقة بالموثق أو أطراف العقد و الحكمة من حضورهما سماع ما دار أثناء عملية إبرام عقد هبة العقار للرجوع إليهما في حالة نشوب نزاع مستقبلي.

و في حالة عدم إدراج هوية الشاهدين و توقيعهما في العقد فإن ذلك يرتب بطلانه عملاً بأحكام المادة (324) مكرر 3 من القانون المدني الجزائري .

و قد تم التأكيد على حضور شاهدي عدل في الهبة العقارية من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا تحت رقم 389338 المؤرخ في 2007/11/21 مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2008 إذ جاء فيه ما يلي "حيث أن ما يثيره الطاعن في غير محله ذلك أن قضاة المجلس لم يستجيبوا لطلب المطعون ضده على أساس أن عقد الهبة باطل بطلان مطلق



طبقا للمادة (324) مكرر 3 من القانون المدني كون الموثق لم يتلقاه بحضور شاهدين و هم بذلك أسسوا قرارهم و حيث أنه خلافا لما يثيره الطاعن فإن قضاة المجلس أعطوا قرارهم الأساس القانوني السليم، حينما ذكروا بأنه كان يتعين على قاضي الدرجة الأولى التطرق لمدى صحة عقد الهبة من الناحية الشكلية حتى و إن لم تطرح عليه هذه المسألة طالما أن القانون اشترط لصحة عقد الهبة أن يحرر تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين و هي حالة متعلقة بالنظام العام و يتعين بالتالي على القاضي إثارتها و لو من تلقاء نفسه، مثلما ذهب إليه قضاة الاستئناف صائبين لذا يتعين رفض هذا الوجه لعدم تأسيسه."

كما يجب على الموثق قبل القيام بعملية تحرير عقد هبة العقار أن يتأكد من صلاحية وثيقة التأمين على الكوارث الطبيعية الخاصة بالعقار المطلوب إيهابه عملا بأحكام المادة الرابعة من الأمر رقم 12-03 المؤرخ في 2003/08/26 و المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية و تعويض الضحايا و التي تنص على أنه : "تطلب في كل عملية تنازل على ملك عقاري أو إيجاره موضوع هذه الإلزامية وثيقة تثبت الوفاء بالزامية التأمين المذكورة في الفقرة الأولى من المادة أعلاه ، و يجب أن ترفق الوثيقة التي تثبت الوفاء بالزامية التأمين المذكورة في الفقرة 2 من المادة الأولى أعلاه بالتصريحات الجبائية التي يقوم بها الأشخاص الخاضعون لهذه الإلزامية." مع العلم أن المادة الأولى من نفس الأمر تنص على أنه: " يتعين على كل مالك لملك عقاري مبني يقع في الجزائر شخص طبيعي كان أو معنوي ماعدا الدولة أن يكتتب بمقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية".

2.3.2.1.1 الضوابط الموضوعية

سوف أتناول بمناسبة تحليل الضوابط الموضوعية الواجب مراعاتها عند تحرير عقد هبة العقار الشروط الخاصة بكل من الواهب و الموهوب له و العقار الموهوب و ذلك على النحو التالي :

1.2.3.2.1.1 الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الواهب

لقد نصت المادة (203) من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغاً تسع عشر (19) سنة و غير محجور عليه." يستخلص من هاته المادة أن لأهلية الواهب ثلاثة شروط نتناولها كما جاءت في النص القانوني:

الشرط الأول : أن يكون الواهب سليم العقل

و يقصد بذلك أن لا يكون الواهب عند تاريخ إبرام عقد هبة العقار في حالة جنون أو عته، أي أن يكون متمتعاً بكامل قواء العقلية كون كل من المجنون و المعتوه يعتبران في نظر القانون عديمي الأهلية، مثلهما كمثل الصبي غير المميز الذي تقل سنه عن ثلاثة عشر (13) سنة و لا يمكن لهما إبرام العقود مهما كانت طبيعتها. و المقصود بحالة الجنون ذلك المرض الذي يمنع العقل من إدراك الأمور على وجهها و يصيب صاحبها باضطراب و هيجان غالب و المجنون يحجر عليه، متى ثبت جنونه و يستمر الحجر مع استمرار جنونه، على أنه فاقد الأهلية تماماً.

و أما العته فهو أقل درجة من الجنون، بحيث هو مرض يمنع العقل من إدراك الأمور، إدراكاً كاملاً صحيحاً [13] ص 214.

هذا و نشير أنه إذا ما قام المجنون أو المعتوه بأي تصرف قانوني يعتبر هذا التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى و إن كان نافعا نفعاً محضاً، إلا إذا تم الإنابة عنهما بواسطة ولي أو وصي أو تقدم حسب الحالة عملاً بأحكام المادة (81) من قانون الأسرة الجزائري، والملاحظ أن الولي و من في حكمه يباشر على فاقد التمييز أهلية الاغتناء و أهلية الإدارة و أهلية التصرف، أما أهلية الافتقار كالتبرع فلا يستطيع الولي مباشرتها عنه [11] ص 102.

كما لا يمكن للولي استئذان القاضي من أجل هبة عقار الشخص الذي تحت ولايته على أساس عدم ورود الهيئة في التصرفات المذكورة على سبيل الحصر في نص المادة (88) من قانون الأسرة الجزائري، ولأن الهدف من الولاية الحفاظ على المال واستثماره و ليس إعدامه أو الإنقاص من قيمته.

و بناءً على ما تقدم يستحسن من الموثق قبل تحرير عقد هبة العقار طلب شهادة طبية تثبت السلامة العقلية للمتعاقدين إذا كانت تشوب تصرفاتهم بعض الشكوك في سلامتهما العقلية و ذلك من أجل الحفاظ على مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية.

الشرط الثاني : أن يكون الواهب بالغاً التاسعة عشر (19) سنة

يستوجب أن يكون الواهب قد بلغ التاسعة عشر سنة كاملة يوم أو وقت إبرام العقد و هو السن القانوني للرشد عملاً بأحكام المادة (40) من القانون المدني الجزائري. فإذا كان الواهب يقل سنه عن سن التمييز المحدد بثلاث عشر (13) سنة طبقاً للمادة (42) من القانون المدني الجزائري تكون جميع تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً.

و إذا كان الواهب بالغاً سن التمييز دون أن يبلغ سن الرشد أي يتراوح سنه ما بين 13 سنة و 19 سنة فإن الهبة التي يقوم بها تعد باطلة على أساس أنها ضارة به ضرر محض و هذا تطبيقاً بما جاءت به نص المادة (83) من قانون الأسرة الجزائري.

الشرط الثالث : أن يكون الواهب غير محجور عليه

زيادة على أن يكون الواهب سليم العقل و بالغ التاسع عشرة من عمره يجب أن يكون غير محجوراً عليه لجنون أو عته أو سفه و هنا يجب التفرقة بين تصرفات المحجور عليه بعد الحكم بتعيين مقدم، و قبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدورها .

فإذا ما قام المحجور عليه بإبرام أي تصرف قانوني بعد الحكم بتعيين مقدم يرعى و يقوم بتسيير شؤونه المالية فإن ذلك التصرف يعد باطلاً و لا أثر له.

كما يعد التصرف باطلاً أيضاً إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة و فاشية وقت صدور التصرف .

و على هذا الأساس على الموثق قبل القيام بعملية تحرير عقد هبة العقار أن يلتزم من الواهب تقديم شهادة ميلاد صادرة من مكان ولادته لكي يتحقق عن هويته الكاملة و ما إذا كان محجور عليه بحكم قضائي أم لا .

كما على الموثق رفض تحرير عقد هبة العقار إذا كان الواهب أصم أبكم، أو أعمى أصم، أو أعمى أبكم حتى و لو عينت له المحكمة مساعداً قضائياً يعاونه في التصرفات التي تقتضيها مصلحته ، كون الهبة من التصرفات التي تفقر دمة الواهب و لا يمكن اعتبارها في مصلحة الواهب من الناحية القانونية. و بناء على ما تقدم إذا بلغ الواهب سن الرشد توفرت له أهلية التبرع فيملك حينها أن يهب ما يشاء من ماله على وجه الإطلاق ، فله أن يهبه كله أو بعضه و هذا ما أكدته المادة (205) من قانون الأسرة الجزائري على أنه " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءاً منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير" و ما أكدته أيضاً القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14/03/1988 تحت رقم 47 072، المجلة القضائية لسنة 1991 العدد الأول، صفحة 39 إذ جاء فيه " من المقرر شرعاً أن التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيما وهبه أو حبسه على من وهب أو حبس أو على من حرمه من الإرث. هو تدخل يتجاوز حدود و صلاحيات القاضي".

كما أن للواهب أن يهب لمن يشاء، سواء كان الموهوب له وارثا أو غير وارثا له، ما لم تكن الهبة قد صدرت في مرض الموت فيكون حكمها في هاته الحالة حكم الوصية، وهذا ما نصت عليه المادة (204) من قانون الأسرة الجزائري بنصها " الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة تعتبر وصية" ، و في هذا الصدد نشير إلى أن المشرع الجزائري لم يعرف لنا ماذا يعني بمرض الموت لأن التعاريف متروكة للفقهاء فقد عرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه المرض الذي يغلب فيه الهلاك و يتصل به الموت فعلا و لو توفي المريض لسبب آخر.

و عليه فإن مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن و تعتبر الشهادات الطبية دليلا قويا وعمليا للإثبات عند انتداب أهل الخبرة [14] ص39 .

و إذا تم إثبات مرض الموت أثناء تصرف الواهب في العقار الذي يملكه و جب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى : إذا كان الموهوب له وارثا فلا تجوز الوصية له إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي و هو في هاته الحالة الواهب.

الحالة الثانية : إذا كان الموهوب له من غير الورثة تكون الوصية في حدود الثلث الخاص بالتركة و ما زاد عن ذلك يتوقف عن إجازة الورثة و من التطبيقات القضائية التي صدرت في شأن الواهب الذي يكون مريض مرض الموت القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/05/05 تحت رقم 41/114 " غير منشور" و الذي جاء فيه : " حيث من المقرر فقها أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل و إن صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية و يجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة المجلس بإبطالهم عقد الهبة اكتفوا بالقول أن الواهب كان مريض وقت تحرير الهبة بدليل أنه استدعى الموثق إلى منزله لتحرير العقد.

حيث، أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله للهبة مسألة قانونية فإن الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة قد صدرت من الواهب و هو في مرض موته لم يسببوا القرار تسببيا كافيا و لم يؤسسوا تأسيسا شرعيا الأمر الذي يستوجب معه نقض القرار.

و عليه و بناءا على ما تقدم إذا ما تبين للموثق المكلف بتحرير عقد هبة العقار أن الواهب طاعن في السن و مريض نوعا ما أن يطلب منه شهادة طبية تثبت تمتعه بصحة جيدة و أن لا يكتفي بتصريحات الأطراف المتعاقدة فقط .

2.2.3.2.1.1 الشروط الموضوعية الواجب توافرها في الموهوب أه

تقد خفف المشرع الجزائري من أهلية الموهوب له لأنها نافعة له نفعاً محضاً بل أجازها حتى للجنين، و هذا ما يستشف من نص المادة (209) من قانون الأسرة " تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً . "

و عليه يستخلص أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة قد سار مع مذهب الإمام مالك الذي يجيز الهبة للحمل المستكن أي الجنين في بطن أمه و علق ذلك على شرط ولادته حياً، فإن ولد ميتاً بقي المال على ملك الواهب و إذا واد حياً ثم مات بعد ولادته كان المال الموهوب لورثته .

و يتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي و هي الأم في حالة إذا ما كانت الهبة من الأب، أو هذا الأخير في حالة ما إذا كانت الهبة من أجنبي [12] ص 27 وعليه و جب على الموثق ذكر الهوية الكاملة للأم و الإشارة بوضوح إلى الحمل المستكن مع الاسترشاد بشهادة طبية تثبت حمل الأم ، فإذا ولد حياً حرر محضر وأرفقه بشهادة الميلاد للقيام بالإجراءات القانونية لنقل الملكية و إذا ولد ميتاً حرر محضراً أيضاً وأرفقه بشهادة الوفاة من أجل إلغاء الشهر الذي تم على مستوى المحافظة العقارية المختصة مع الإشارة أنه إذا ولدت الأم توأم مع اختلاف الجنس فإن العقار المرهوب يتم قسمته بالتساوي و ليس على أساس الذكر مثل حظ الأنثيين باعتبار أن الهبة لا تتصل بالميراث إلا إذا وهب الواهب ماله و هو مريض مرض الموت أين تتحول الهبة إلى وصية.

كما أن المجنون و المعتوه و السفیه لا يملكون الأهلية اللازمة للقبول و عليه يجب أن يتوب عنهم أشخاص أهل لذلك كالوصي أو القيم أو الولي [15] ص 24 حسب الحالة و هذا إذا لم تكن الهبة مقترنة بشرط.

أما إذا كان الموهوب له بالغاً راشداً متمتعاً بكامل قواه العقلية فهنا له أن يقبل الهبة و لو كانت مقترنة بشروط أو التزامات دون التوقف على إذن أحد و قد يوكل شخصاً آخر بوكالة خاصة رسمية يقبل عنه الهبة إذا كان غائبا عن مجلس العقد.

1.1.2.3.2.1 الشروط الموضوعية الواجب توافرها في العقار الموهوب

يسري على العقار الموهوب ما يسري على محل العقد بصفة أو بوجه عام، فيجب أن يكون موجودا، معيناً أو قابلاً للتعيين، صالحاً للتعامل فيه و مملوكاً للواهب و سوف نقوم بتحليل كل شرط على حدة.

الشرط الأول : أن يكون العقار الموهوب موجودا

و العبرة من وجود العقار وقت تحرير العقد فإذا كان العقار موجودا فإن العقد يكون نهائياً و إذا كان العقار غير موجود فإن العقد يكون باطل بطلان مطلق، كأن يهب شخص لآخر منزله ثم يظهر أنه تهدم قبل ذلك، و ما يبرز اشتراط وجود العقار الموهوب وقت إبرام العقد أن الهبة من التملكيات الفورية و من غير الممكن تملك ما هو غير موجود في الحال.

الشرط الثاني: أن يكون العقار الموهوب معيناً

لا يكفي أن يكون العقار المطلوب إهبابه موجودا وقت إبرام العقد، بل يجب على الموثق أيضاً أن يحدد معالمه تحديداً كافياً نافياً للجهالة عملاً بأحكام المادة (324 مكرر 4) من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه " يبين الضابط العمومي في العقد النافذة للملكية أو المعلنة من ملكية عقارية طبيعة وحالة و مضمون و حدود العقارات واسم المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية. "

الشرط الثالث : أن يكون العقار الموهوب قابلاً للتعامل فيه.

قد يكون العقار المطلوب إهبابه موجودا و معيناً وقت إبرام العقد إلا أنه لا يصلح أن يكون محل تعامل بالهبة.

و قد يرجع سبب عدم قابلية العقار للتعامل إلى الغرض الذي خصص له هذا العقار كأن يكون تابعاً للأموال الوطنية العمومية كالمتاحف و المباني العمومية التي تأوي المؤسسات الوطنية أو العمارات الإدارية المصممة أو المهيأة لإنجاز مرفق عام ، فإذا أجريت هبة على مثل هذه العقارات فإن التصرف يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً حتى و لو استوفى العقد إجراءات الشهر الشخصي أو العيني فهو معرض للبطلان في أي وقت و للقاضي أن ينطق به من تلقاء نفسه لأن قاعدة عدم جواز التصرف في المال العام تعتبر من النظام العام [16] ص 94 .

كما لا يجوز هبة الأموال الوقفية و هذا ما نصت عليه أحكام المادة (23) من القانون رقم 10/91 بنصها: " لا يجوز التصرف في أصل أملاك الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها. "

و قد أكد عدم قابلية الأموال المحبسة للتصرف فيها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1997/07/16 تحت رقم 157310 ، المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الأول، صفحة 34 " من المقرر شرعا و قانونا أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو بغيرهما و ليس للمحبس إلا حق الانتفاع".

و قد يرجع سبب عدم قابلية العقار للتعامل فيه لا لطبيعة الشيء بل إلى القانون ، فالقانون يخرج أحيانا بعض الأموال من دائرة التعامل كالتصرف في الأموال المستقبلية في قيد الحياة فهو باطل ، أو التنازل عن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة و المتنازل عنها لشاغلها طبقا للتشريع الساري المفعول و كذا السكنات المستفيدة من الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التملك خلال مدة يجب أن لا تقل عن عشرة (10) سنوات باستثناء حالة وفاة المالك و ضرورة توزيع التركة .

الشرط الرابع : أن يكون العقار المرغوب مملوكا لنواهب.

يستنتج هذا الشرط من مفهوم السادة (205) من قانون الأسرة الجزائري و التي تنص : " يجوز للنواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا" و على هذا الأساس لا يجوز للنواهب أن يهب عقارا غير مملوك له أي مملوك للخير .

كما لا يجوز للنواهب أن يهب لأحد وراثته ملكية الرقبة مع الاحتفاظ بالحيازة لأن العقد في هاته الحالة سوف يكيف على أساس وصية و هذا ما قضت به المادة (777) من القانون المدني الجزائري بنصها: " يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد وراثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك" و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1990/03/05 تحت رقم 29240 المجلة القضائية، العدد الثالث لسنة 1992 صفحة 75 و الذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه يعتبر التصرف وصية و تجري عليه أحكامها، إذا تصرف الشخص لأحد وراثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته، ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك.

و لما كان ثابت في قضية الحال، أن قضية الاستئناف لما قضاها ببطلان عقد الهيئة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لوarith يكونون بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقا صحيحا."

غير أنه بالنسبة للحالة العكسية، وهي أن تنصب الهيئة على حق الانتفاع مع احتفاظ الواهب بملكية الرقبة فهي جائزة قانونا على أساس أنه لتحقيق الانتفاع تستوجب الحيابة.

وتبعاً لذلك و من أجل تأكد الموثق من ملكية الواهب عند تحرير العقد وجب عليه طلب استحضار السند الرسمي الذي يثبت ملكية الواهب سواء كان عقداً توثيقياً مشهراً أو حكماً قضائياً أو عقداً أو قراراً إدارياً مشهراً أو عقداً شهرة ، هذا إذا كان العقار المطلوب إيهابه في المناطق التي لم يشملها المسح بعد .

أما إذا كان العقار موجوداً في منطقة ممسوحة فعلى الواهب استحضار الدفتر العقاري من أجل إثبات ملكيته للعقار المطلوب إيهابه و هذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها الصادر بتاريخ 2000/06/28 تحت رقم 197/ 920 المجلة القضائية العدد الأول ، سنة 2001 . صفحة 252 و الذي جاء فيه: "حيث يتضح من خلال مراجعة القرار محل الطعن أن قضية المجلس أسسوا قرارهم على انعدام وجود دليل الإثبات في الدعوى و ذهبوا إلى القول أن الدفتر العقاري المستظهر به من طرف المدعي لا يقوم مقام سند الملكية.

لكن حيث من الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك، و يعتبر الدفتر العقاري بأنه سيكون الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية عملاً بالمادة (19) من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذلك المادتين (32 و 33) من المرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة.

و من ثمة فإن القضية لما توصلوا إلى عدم وجود الدليل على إثبات الملكية العقارية رغم الاستظهار بالدفتر العقاري يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون و لم يضمنوا قرارهم الأساس القانوني السليم، مما يعرضه للنقض و الإبطال."

2.1 الشكلية العينية في عقد هبة العقار

إضافة إلى أركان العقد و المتمثلة في التراضي و المحل و السبب و الشكل الرسمي، استوجب المشرع حيازة العقار الموهوب، إذا تعتبر العينية أو الحيازة شكلية لا بد منها لتمام عقد الهبة المنصب على عقار، و هذا ما نصت عليه و أكدته المادة (206) من قانون الأسرة الجزائري بنصها :

" تتعد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات
و إذا اختل أحد القيود بطلت الهبة."

و من أجل تسليط الضوء على موضوع الشكلية العينية في عقد هبة العقار ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول صور الحيازة في عقد هبة العقار و نتناول في المطلب الثاني الاستثناءات الواردة على حيازة العقار الموهوب و ذلك على النحو التالي :

1.2.1 صور الحيازة في هبة العقار

سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نعالج في الفرع الأول متى نكون أمام حيازة فعلية للعقار الموهوب و في الفرع الثاني نتناول متى نكون أمام حيازة حكمية للعقار الموهوب و ذلك على النحو التالي :

1.1.2.1 الحيازة الفعلية للعقار الموهوب

قبل التطرق إلى كيفية حيازة العقار الموهوب حيازة فعلية لا بد من تعريف الحيازة و يمكن تعريفها على أنها تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق [12] ص 8، و لن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب له مع وجوب عدم الخلط بين مفهوم الحيازة في القانون المدني التي يترتب عنها كسب الملكية عن طريق التقادم و مفهوم الحيازة في الهبة، هذا و نكون أمام حيازة فعلية للعقار الموهوب بتسليمه و ذلك بوضعه تحت تصرف الموهوب له لأن يتخلى الراهب عنه إلى الموهوب له فإذا كان دار يسكنها و يجب عليه أن يخليها و أن يخرج منها أثاثه و كل الأمتعة التي فيها، و أن يسلم مفاتيحها إلى الموهوب له، و هذا ما أكده القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 1982/01/11 تحت رقم 25 554 . نشرة القضاة لسنة 1982 عدد خاص .

صفحة 225 و انذني جاء فيه: " يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم فيها الحيازة و التي هي شرط لتمام العقد، إذ قال الإمام مالك رحمه الله لا بد من الحيازة في المسكون و الملبوس، فإن كانت دار سكناه خرج منها."

أما إذا كانت الأرض الموهوبة زراعية و جب على الواهب أن يخرج منها و أن يتركها و يأخذ كل ما له منها، سواء من حيوانات أو آلات أو عتاد فلاحية، ثم يمكن الموهوب له من الاستيلاء على العقار المذكور حتى يتمكن من الدخول فيه و استغلاله دون أي تعرض كان [11] ص 244 ، و بهذا تتم الحيازة عملاً بما تقتضيه أحكام المادة (206) المذكورة أعلاه مع الإشارة أنه لا بد من توافر الرسمية و العينية معا أي لا تغني الحيازة عن الرسمية ولا الرسمية عن الحيازة فهما أمران متلازمان يجب اجتماعهما معا لانعقاد الهبة، إلا في الحالات المذكورة في المادة (208) من قانون الأسرة و التي سيأتي تبيانها لاحقاً.

2.1.2.1 الحيازة الحكيمة للعقار الموهوب

نكون أمام حيازة حكيمة إذا كان العقار الموهوب في حيازة الموهوب له إما على سبيل الإيجار أو الوديعة أو الإعارة أو نحو ذلك و صدرت الهبة، ففي هاته الحالة لا يحتاج الموهوب له إلى استيلاء مادي جديد لتتم الحيازة، و إنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته و لكن لا كمستأجر أو مودع عنه أو مستعير بل كمالك جديد، عن طريق عقد الهبة فتغير فيه الموهوب له في حيازة المال الموهوب [16] ص 152 .

كما نكون أمام حيازة حكيمة في صورتها الثانية إذا كان العقار الموهوب بحيازة الغير و في هاته الحالة و جب على الواهب إخبار الموهوب له بالهبة لكي يعتبر حائزاً و هذا ما نصت عليه المادة (207) من قانون الأسرة الجزائري بنصها: " إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة يعتبر حيازة و إن كان بيد الغير و جب إخباره بها ليعتبر حائزاً." و الملاحظ على هاته المادة أنها تريد بما جاءت به المادتين (811 و 812) من القانون المدني الجزائري، إذ تنص المادة (811) على أنه " تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك و كان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق و لو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق".

أما المادة (812) فإنها تنص على أنه " يجوز نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده و لكن لحساب نفسه."

مع الإشارة أن الموهوب له قد يحرز العقار مباشرة أي بنفسه أو عن طريق وكيله، أما إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجورا عليه لأي سبب من الأسباب فيتولى الحيازة عنه من ينوبه قانونا سواء كان الولي أو المقدم أو الوصي حسب الحالة، وهذا ما يستشف من نص المادة (210) من قانون الأسرة الجزائري بنصها " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله، وإذا كان قاصرا، أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا. "

هذا ولا يفوتني في هذا المقام التعرّيج عن مسألة وقت الحيازة ومدتها وكيفية إثباتها.

أما عن وقت الحيازة فالأصل أن تتم الحيازة قبل توثيق عقد هبة العقار، وعلى الموثق الفائم بتحرير العقد تبيان ذلك في العقد الذي يحرره وحبذا أن يركز في ذلك على محضر معاينة محرر من طرف محضر قضائي لكي يكون حجة قانونية قوية في حالة نشوب نزاع مستقبلي حول قيام الحيازة من عدمها من طرف الموهوب له أو من ينوبه.

أما عن مدة الحيازة الواجبة في العقار الموهوب فالملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لها مدة معينة لكي تعتبر قائمة من الناحية القانونية أو غير قائمة، وهذا ما يستشف من القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1995/06/07 تحت رقم 664121. المجلة القضائية لسنة 1995، العدد الأول صفحة 111 و الذي جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة، اعتبر حائزا وإن كان بيد الغير وجب إخباره بذلك.

ومن ثمة فإن قانون الأسرة لم يحدد للحيازة مدة معينة، وأن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحة عقد هبة العقار كليا باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة وبالتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة (208) من قانون الأسرة. "

أما عن مسألة إثبات الحيازة في هبة العقار وبما أن الحيازة واقعة مادية فبتالي يمكن إثباتها بجميع الطرق بما فيها البينة والقرائن، كما يمكن للقاضي عدم الاكتفاء بالعبارات الواردة في العقد التوثيقي على أساس أن العقار قد تم حيازته، وفي سبيل ذلك له أن يقوم بفتح تحقيق وذلك بدعوة الخصوم لإعطاء تفسير و شرح للوقائع و له أن يسمع أي شهادة قد تفيد للوصول إلى حيازة أو عدم حيازة العقار الموهوب من طرف الموهوب له أو من ينوبه قانونا أو اتفاقا، وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1986/04/21 تحت رقم 40 457، المجلة القضائية لسنة 1989، العدد الثاني صفحة 72 و الذي جاء فيه: " من المقرر شرعا و قانونا أن الهبة تتعد بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة.

و تأسيما على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهيئة استنادا على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيازة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيازة الفعلية "

2.2.1 الاستثناءات الواردة على حيازة العقار الموهوب

إذا كان الأصل في انعقاد هيئة العقار وجوب اجتماع الرسمية و الحيازة معا فإن الاستثناء يكون في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا أين تصبح الإجراءات الإدارية و التوثيق كافية لتمام عقد الهيئة و هذا ما نصت عليه المادة (208) من قانون الأسرة الجزائري.

و من أجل بيان هذا الموضوع ارتأينا تقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي :

1.2.2.1 الهيئة الواقعة بين الولي و من ينوب عنه

تكون أمام الاستثناء الأول الوارد في نص المادة (208) المذكورة أعلاه إذا كان الواهب ولي الموهوب له وقت إبرام عقد الهيئة المنصب على عقار و عليه تستبعد حالة ما إذا كان الواهب عند إبرام عقد الهيئة قد انتهت ولايته على شخص الموهوب له.

و تنتهي ولاية الولي على من ينوب عنه في الحالات المنصوص عليها في نص المادة (91) من قانون الأسرة الجزائري، و هي بعجز الولي أو نموته و هنا تحل الأم محل الأب المتوفي عملا بأحكام المادة (81) من نفس القانون أين تصبح هي انولية الشرعية عن أولادها القصر.

كما تنتهي ولاية الولي بالحجر عليه أو بإسقاطها عنه، و إسقاط الولاية قد يكون بحكم قضائي كحالة إسناد حضانة الأولاد بعد الطلاق لشخص غير الأب، كما قد تسقط الولاية بقوة القانون كحالة بلوغ الأبناء القصر سن الرشد القانونية (19 سنة كاملة) و هم في كامل قواهم العقلية أين يصبحون متمتعون بالأهلية الكاملة و لهم أن يقومون بجميع التصرفات القانونية دون موافقة أو حضور من ينوب عنهم قانونا.

و عليه إذا كان الموهوب له قد بلغ سن الرشد القانونية وقت إبرام عقد الهيئة فلا مجال لتطبيق نص المادة (208) السالف ذكرها، و هذا ما جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا

الصادر بتاريخ 2005/05/25 تحت رقم 301 501، الغرفة المدنية "غير منشور" و الذي جاء فيه: "حيث ينعي الطاعن على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون لا سيما أحكام المادة (208) من قانون الأسرة و التي تنص على الإعفاء من شرط الحيابة و ذلك في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجة أو كان المال الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تخفي عن الحيابة.

في حين أن الواهب ليس وليا للمطعون عليها و لم تكن في ولاية أبيها بينما المطعون عليها أثناء عقد الهبة كانت بالغة متزوجة في عصمة زوجها و من ثمة فإن الموهوب لها لم تكن قاصرة في ولاية والدها و لم يكن المال الموهوب في الشيوخ، تبعا لذلك يكون قضاة الموضوع عندما اعتمدوا على الحالة المنوه إليها أعلاه برفض الدعوى قد اخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قضاءهم للنقض .

و حيث أن ما تعييه الطاعنة على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن المطعون ضدها لم تكن في ولاية الواهب، لأنها لم تكن قاصرة كما لم يكن المال محل الهبة في حالة الشيوخ.

و حيث أن قضاة الموضوع عندما استندوا إلى أحكام المادة (208) من قانون الأسرة قد اخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قضاءهم للنقض."

2.2.2.1 الهبة الواقعة بين الزوجين

تعتبر هبة الزوج لزوجته أو الزوجة لزوجها الاستثناء الثاني الوارد على سبيل الحصر في نص المادة (208) من قانون الأسرة.

و حتى تكون الهبة الواقعة ما بين الزوجين مستثناة من ركن الحيابة و يجب وقوعها أثناء قيام العلاقة الزوجية ، ولا يهم في ذلك أن يكون الزوج قد دخل بزوجته أو لم يدخل بعد .

و عليه يجب استبعاد الهبة الواقعة بين الخاطب و المخطوبة و المخطوبة و الخطيب قبل قيام العلاقة الزوجية كون هاته الحالة غير مستثناة من الحيابة.

كما يجب استبعاد هبة الرجل لمطلقة أو المطلقة لطليقها بعد انتهاء العلاقة الزوجية سواء تم الطلاق بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود المادتين 53 و 54 من قانون الأسرة الجزائري و من بين القرارات القضائية الصادرة بشأن استبعاد الحيابة

إذا كانت العلاقة الزوجية قائمة وقت إبرام عقد الهبة، القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/12/19 تحت رقم 58 700 ، المجلة القضائية، العدد الرابع سنة 1991، صفحة 113 و الذي جاء فيه: "من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول و تتم بالحيابة و هبة الزوجين لبعضهما البعض يعمل بها و لو لم تتم الحيابة حتى حصول المانع و مات الواهب فالهبة صحيحة إذا أشهد عليها.

و من ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير مؤسس و يستوجب رفضه.

و لما كان من الثابت في قضية الحال أن الواهب وهب زوجته وأشهد على هبته، فإن القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشهود و الوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف القاضي برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدها طبقوا صحيح القانون."

3.2.2.1 الهبة الواقعة على عقار مشاع

أقد تناولت المادة (713) من القانون المدني الجزائري تعريف الشيوخ حيث نصت " إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا و كانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوخ و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك".

و عليه يعتبر الشيوخ صورة من صور الملكية، يكون فيها الشيء مملوك لعدة أشخاص دون أن يتعين نصيب كل منهم ماديا فيه بل يبقى معنويا كالنصف أو الثلث أو الربع، و تتعين حصة كل شريك حسب مصدر الشيوخ فإن كان ميراثا عين له القانون نصيبه و إن كان عقدا تكفل العقد بوضاحه، أما إذا لم يشير العقد إلى ذلك فيفهم ضمنا أن الحصص متساوية و إن كانت وصية أو هبة فإن الموصي أو الواهب يتكفل بذلك.

هذا و يلاحظ أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص صراحة بجواز هبة المال المشاع و إنما نص عليه بمناسبة التطرق إلى الاستثناءات الواردة على حيابة المال الموهوب في نص المادة (208) و التي تنص " ... إذا كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات تخفي عن الحيابة. " و عليه يستنتج ضمنا جواز هبة المال المشاع سواء كان عقارا أو منقولا و ما هذا إلا تطبيقا بما جاءت به المادة (714) من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه : " كل شريك في الشيوخ يملك حصته ملكا تاما و له أن يتصرف فيها و أن يستولي على ثمارها

و أن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بسائر حقوق الشركاء و إذا كان المتصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع و لم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريقة القسمة، و للمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ."

و عليه فإذا وهب المالك في الشيوخ حصته الشائعة أو بعضا منها انتقل ما وهبه شائعا إلى الموهوب له ، فمن يهب مثلا ثلث الدار شائعا ينقل ملكية هذا الثلث في الشيوخ إلى الموهوب له، و يصبح هذا الأخير خلفا خاصا للواهب و يحل محله في الثلث الشائع فيصير مالك لثلث الدار في الشيوخ مع المالك الشائعين [16] ص 125 ، و متى تم التصرف كان صحيحا نافذا في حق باقي الشركاء دون الحاجة إلى إجراء آخر، فليس ضروري أن يبلغ التصرف بالهبة إلى باقي الشركاء أو أن يوافقوا عليه لأننا هنا بصدد عقد هبة و ليس عقد بيع و عليه متى كنا أمام عقد توثيقي يتضمن هبة حقوق عقارية مشاعة أصبحت الحيابة غير واجبة و لا يترتب عن عدم قيامها أي أثر قانوني عملا بأحكام نص المادة (208) من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه.

3.1 جزاء الإخلال بشكالية انعقاد هبة العفار

تنص الفقرة الثانية من المادة (208) من قانون الأسرة الجزائري على أنه "إذا اختل أحد القيود السابقة بطات الهبة" و تنص المادة (324 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري على أنه "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحديد 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 عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد."

يستفاد من خلال المادتين السابقتين أنه إذا اختل ركني الرسمية و الحيابة أصبح العقد باطل بطلان مطلق و لا يمكن الاحتجاج به ما بين المتعاقدين و لا في مواجهة الغير.

و من أجل تبيان حالات البطلان في عقد هبة العقار و كيفية تقريره و الآثار الناجمة عنه، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في المطلب الأول صور البطلان في

عقد هبة العقار و نتناول في المطلب الثاني تقرير البطلان المطلق لعقد هبة العقار أما المطلب الأخير فسوف نخصه لمعالجة آثار البطلان المطلق في عقد هبة العقار.

1.3.1 صور البطلان في عقد هبة العقار

سوف نتناول بالدراسة من خلال هذا المطلب تحديد حالات البطلان المطلق لعقد هبة العقار و تحديد أيضا حالات البطلان النسبي أو ما يسمى بقبالية العقد للإبطال و هذا من خلال الفرعين الآتي بيانهما:

1.1.3.1 انبطلان المطلق لعقد هبة العقار

يكون عقد هبة العقار باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف ركن من أركانه و المتمثلة في وجود الأثراضي، المحل أو السبب بشروطهما القانونية مع مراعاة الشكلية الرسمية و العينية معا إلا في حالات خاصة ورد ذكرهما من قبل ، و عليه يبطل عقد هبة العقار بطلانا مطلقا في الحالات التالية:

- إذا انعدم ركن الرضا، إما لعدم تطابق الإرادتين، أو لأن أحد المتعاقدين عديم الأهلية؛ كالصغير غير المميز و المجنون و المعتوه [17] ص 240 .
 - إذا انعدم محل العقد و هو العقار الموهوب أو أن يكون هذا الأخير غير معين تعيين دقيق نافي للجهاالة أو أن يكون خارج عن دائرة التعامل.
 - إذا تخلف ركن السبب في عقد هبة العقار أو كان غير مشروع ، و في هذا الإطار يجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اعتبر السبب مشروع إلى حين قيام ما يخالف ذلك، و هذا ما أكدته نص المادة (98) من القانون المدني بنصها: " كل التزام مقترض أن له سبب مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك .
- و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم دليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبب آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه. "

- إذا تخلف الشكل الذي يتطلبه القانون لانعقاد هبة العقار و هو في هاته الحالة الرسمية و العينية مجتمعان معا و هذا تطبيقاً بما جاءت به المادتان (324)

مكرر (1) من القانون المدني الجزائري و (206) من قانون الأسرة الجزائري
السالفان الذكر.

و من التطبيقات القضائية الصادرة في هذا الشأن القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1994/11/09 تحت رقم 10365 نشرة القضاة، سنة 1997، العدد 51. صفحة 67، و الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية، يجب أن تحرر في الشكل الرسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان، و تنص المادة (206) من قانون الأسرة، أن الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام التوثيق في العقارات ، لذا فإن الهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية. "

هذا و نشير أننا إذا أمعنا النظر في أسباب البطلان المطلق السالفة الذكر نجدها ترجع إما لاعتبارات فنية يقتضيها إبرام العقد و إما لحماية المجتمع من مخالفة النظام العام و الآداب، كما في حالتها عدم مشروعية محل العقد و عدم مشروعية سببه.

2.1.3.1 البطلان النسبي لعقد هبة العقار

تكون أمام حالة قابلية عقد هبة العقار للإبطال، إذا كان مشوبا بعيب في الرضا أو في حالة نقص الأهلية.

و عيوب الرضا نص عليها القانون المدني الجزائري في المواد من 81 إلى 91 و هي الغلط و التدليس والإكراه والاستغلال، فإذا توافرت شروط إحدى العيوب السالفة الذكر في الواهب أو الموهوب له كان العقد قابلا للإبطال، أي باطلا بطلانا نسبيا و نصوص القانون صريحة في أن الجزاء هو قابلية العقد للإبطال في جميع حالات عيوب الرضا [18] ص 241

كما يكون عقد هبة العقار قابلا للإبطال في حالة نقص الأهلية و قد بينا عند دراستنا لهذا الموضوع حكم تصرفات الشخص غير الكامل الأهلية و ما يعتبر منها صحيحا أو باطلا أو ما يعتبر منها قابلا للإبطال.

2.3.1 تقرير البطلان المطلق لعقد هبة العقار

اتضح لنا فيما سبق أن البطلان المطلق هو جزء تخلف ركن من أركان عقد هبة العقار أو شرط من شروط المحل أو السبب، كما رأينا أن البطلان المطلق يتقرر بصفة عامة لحماية المصلحة العامة، لكن الإشكال الذي يجب طرحه في هذا المقام هو: من هو صاحب الحق في التمسك ببطلان عقد هبة العقار؟ و متى يسقط هذا الحق بالتقادم؟

هذا ما سوف نجيب عليه من خلال الفرعين الآتي بيانهما:

1.2.3.1 صاحب الحق في طلب بطلان عقد هبة العقار

لقد نصت المادة (102) من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة و تسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد. "

يستخلص من هذه المادة جوازية التمسك ببطلان العقد من كل شخص له مصلحة في إبطاله، ويراد بالمصلحة التي تجيز التمسك ببطلان العقد تلك التي تستند إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من المتعاقدين و الخلف العام و الخلف الخاص و الدائنين [19] ص 186 و يكون ذلك في صورة دعوى قضائية أو صورة دفع أمام القضاء، كما يجوز التمسك بالبطلان في أية مرحلة كانت عليها الدعوى و لو لأول مرة أمام المجلس القضائي أو المحكمة العليا.

كما يمكن للمحكمة أن تقضي ببطلان عقد هبة العقار من تلقاء نفسها أثناء النظر في الدعوى، و معنى ذلك أنه يجوز للقضاة أن يقضوا ببطلان العقد و لو لم ينازع أو يطالب المتخاصمان بذلك [20] ص 200 .

2.2.3.1 سقوط الحق في التمسك ببطلان عقد هبة العقار

طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة (102) من القانون المدني الجزائري تسقط دعوى البطلان إذا مضى على إبرام العقد خمس عشرة سنة، غير أنه هذا لا يعني أن العقد الباطل قد يصححه التقادم، لأنه عقد معدوم و مضي الزمن ليس من شأنه أن يخلق من العدم وجود [19] ص 183 .

كما أن الدفع ببطلان العقد الباطل بطلانا مطلقا لا يسقط بانتقادم استنادا لقاعدة أبدية الدفع، و عليه إذا طلب أحد المتعاقدين سواء كان الواهب أو الموهوب له تنفيذ عقد هبة العقار بعد مضي خمس عشرة سنة أو أكثر على إبرامه فلمدعى عليه أن يتمسك بالبطلان لدفع هذه الدعوى.

3.3.1 آثار البطلان المطلق في عقد هبة العقار

إذا كان عقد هبة العقار باطلا بطلانا مطلقا يصبح لا وجود له من الناحية القانونية و عليه لا يرتب أي أثر فيما بين الواهب و الموهوب له أو بالنسبة للغير فيما عدا بعض الاستثناءات سوف يتم التطرق إليها في حينها.

و من أجل إثراء الموضوع نتناول آثار البطلان الخاصة بهبة العقار من خلال الفرعين الآتي بيانهما:

1.3.3.1 أثر البطلان المطلق ما بين الواهب و الموهوب له

لقد نصت المادة (103) من القانون المدني الجزائري على أنه: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإذا كان مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية إذا أبطل العقد لنقص أهليته إلا برد ما عدا عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد. يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به."

يستفاد من هذا النص أن القاعدة العامة في آثار البطلان بشقبة المطلق أو النسبي إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، و عليه إذا تم الحكم ببطلان عقد هبة العقار بقي العقار الموهوب ملكا للواهب يستطيع إيهابه لمن يشاء ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له ولا يستطيع أن يتصرف فيه وكل ما يستطيع المتعاقدان عمله هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد فيستوفيا الشكل المطلوب ، وعند ذلك تتم الهبة ، ولكن هبة جديدة غير الهبة الباطلة ويشترط توافر الأهلية في المتعاقدين عند إبرام العقد الجديد ولا يكفي توافرها عند إبرام العقد القديم ، وفي حالة استحالة رد العقار الموهوب إلى مالكة الأصلي الواهب جاز للقاضي الحكم بتعويض نقدي معادل أساسه المسؤولية غير العقدية لأن الحكم القانوني يقرر بأنه لا عقد في البطلان المطلق.

هذا ونشير إلى أن قاعدة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد قد يرد عليها قيدان وهما:

في حالة ما إذا تم الحكم ببطلان العقد لنقص أهلية احد المتعاقدان، أين يصبح ناقص الأهلية غير ملزم إلا برد المقدار الذي عاد عليه بالمنفعة و معنى ذلك أن يرد ما قد يكون قد تبقى في يده مما أعطاه المتعاقد الأخر.

وقد أراد المشرع الجزائري بهذا الحكم أن يكفل حماية قانونية لناقص الأهلية سواء كان الواهب أو الموهوب له في عقد هبة العقار.

أما القيد الثاني الوارد على القاعدة العامة السالفة الذكر هو الحرمان من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالما به و معنى ذلك أن الشخص الذي يقدم إلى شخص آخر شيئا لتنفيذ عقد مخالف للنظام العام أو حسن الآداب لا يستطيع استرداد ما أذاه لأنه تسبب في عدم مشروعية العقد كأن يهب شخصا عقارا لامرأة بقصد الدخول في معاشرة غير شرعية أو استمرارها. هذا ونشير إلى إن هذا الاستثناء لم يكن وارد في نص المادة (103) من القانون المدني الجزائري إلا بتعديله بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 [11] ص 214.

2.3.3.1 اثر البطلان المطلق بالنسبة للغير

لا يقتصر اثر البطلان على الواهب و الموهوب له بل يمتد إلى الغير و المقصود بالغير هنا كل شخص اكتسب حق على العين محل العقد انذني تقرر بطلانه كأن يكون عقد هبة العقار باطلا ويتصرف الموهوب له بالعقار الموهوب ببيعه لشخص آخر. فالأصل إذا بطل العقد الأول و المتمثل في عقد هبة العقار يجب إبطال العقد الثاني أي عقد بيع العقار تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان وبالتالي لا يمكن للمشتري أن يمتلك العقار الذي اشتراه على أساس ما بني على باطل فهو باطل.

هذا ونشير إلى أن إطلاق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان قد تؤدي إلى عدم استقرار المعاملات والإضرار بالثقة والانتمان خاصة إذا كان الخلف الخاص حسن النية أي لا يعلم أن العقد مهددا بالإبطال أو باطل وواضح أيضا أن العدالة تقتضي حماية الغير حسن النية من نتائج بطلان العقود حتى يتمكن من تجنب الأضرار الجسيمة التي تلحقهم بل إن الصالح العام نفسه يقتضي تلك الحماية رعاية للانتمان العام والاعتناء بالثقة المشروعة التي يعتمد عليها الناس

[17] ص73 . مما جعل المشرع الجزائري يحمي الغير إذا كان حسن النية في عدة مواضع و مثال ذلك ما جاءت به المادة (198) من القانون المدني الجزائري و التي تنص على أنه " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين و للخلف الخاص، حتى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري. "

شكلية نفاذ عقد هبة العقار

بإضافة إلى تحرير عقد هبة العقار في الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون لتعبير عن الإرادة و توافر الحيازة على النحو السالف الذكر، يجب تسجيل و شهر العقد لكي يرتب أثره العيني.

حيث نصت المادة (793) من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري "

كما نصت المادة (165) من نفس القانون على أنه " الالتزام بنقل ملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان حمل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري "

و عليه و بناء على المادتين سالفتي الذكر يمكننا القول إن الرسمية و الحيازة لا يغنيان عن إجراءات التسجيل و شهر عقد هبة العقار لكي يكون نافذاً ما بين الواهب و الأموهوب له أو اتجاه الغير.

و عاين سوف نخصص المبحث الأول من هذا الفصل لدراسة تسجيل عقد هبة العقار، أما المبحث الثاني فسيخصص لدراسة شهر عقد هبة العقار.

1.2 تسجيل عقد هبة العقار

أهم ما يميز إجراء التسجيل عن باقي الإجراءات في نقل الملكية العقارية هو فرض الجباية التي تعد من أهم المصادر في تمويل الخزينة العمومية، لهذا فقد عمد المشرع الجزائري إلى تنظيم التسجيل من خلال الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 و الذي بين كليات و أجل دفع الرسوم المترتبة عن عملية التسجيل.

و قد تم تخصيص هذا المبحث على أساس أنه لا يمكننا التطرق إلى إيداع عقد هبة العقار في المحافظة العقارية و منه ترتيب الحق العيني إلا بعد تسجيله في مصلحة

التسجيل و هذا تطبيقا و عملا بأحكام المادتين (192 و 195) من الأمر رقم 105/76 السالف الذكر.

و من أجل تبيان مفهوم التسجيل و الآثار المترتبة عنه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم التسجيل بصفة عامة أما المطلب الثاني فسوف نخصصه لدراسة إجراءات تسجيل عقد هبة العقار.

1.1.2 مفهوم التسجيل

سنطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف التسجيل و تمييزه عن المفاهيم المشابهة له و كذا أهميته من الناحية الجبائية و القانونية و ذلك من خلال الفروع التالية :

1.1.1.2 تعريف التسجيل

أول ملاحظة يمكن استخلاصها من خلال تصفح القوانين ذات الصلة بالتسجيل أن المشرع الجزائري لم يعرف التسجيل بل بين فقط أهميته القانونية و إجراءاته [21] ص 33 . هذا و نشير أنه لا يوجد تعريف جامع مانع للتسجيل بل هناك عدة تعريفات له نوردتها على النحو التالي:

هناك من عرف التسجيل على أنه : " عملية جبائية منظمة من طرف مصلحة إدارة الضرائب وفق قواعد و ضوابط محددة قانونا، يتم من خلالها تأدية الرسم المستحق لتخزينة العمومية " [22] ص 20 .

كما عرف التسجيل على أنه : "إجراء إداري يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلا قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل".

و هناك من عرف التسجيل على أنه : "عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، و التي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل " [23] ص 3 .

ما يستنتج من خلال التعريفات السالفة الذكر أن جُلها تتفق على كون عملية التسجيل إجراء مفروض قانونا و أن الهدف الأساسي و الجوهرى من عملية التسجيل

هو تحصيل الرسوم لفائدة الخزينة العمومية سواء تعلق الأمر بنقل ملكية عقارية بعوض أو بدون عوض كتسجيل الهبات المنصبة على العقار.

2.1.1.2 تمييز التسجيل عن المفاهيم المشابهة له

نظرا لوجود علاقة و تداخل بين التسجيل و بعض المفاهيم المشابهة له، ارتأينا إلى استحداث هذا الفرع من أجل التمييز بين التسجيل و التوثيق و التسجيل و القيد و التسجيل و الشهر العقاري و ذلك على النحو التالي:

1.2.1.1.2 تمييز التسجيل عن التوثيق

التوثيق هو عملية يقوم بها ضابط عمومي هو الموثق الذي يقوم بتلقي كل أشكال المحررات و العقود التي يشترط فيها القانون الطابع الرسمي أو التي يود أطرافها إضفاء الصبغة الرسمية عليها.

و الفرق بين التسجيل و التوثيق، هو أن التوثيق يقوم به ضابط عمومي يتمثل في شخص الموثق على عكس عملية التسجيل التي يقوم بها مفتش التسجيل، و هو موظف عمومي [22] ص 26.

كما أن الإطار القانوني للتوثيق نظمه القانون رقم 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 أما التسجيل فنظمه الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمنين قانون التسجيل.

كما أن الموثق يعطي الصيغة الرسمية للعقود و الوثائق التي يقوم بتحريرها على عكس مفتش التسجيل الذي أكثر ما يمكن أن يقوم به هو إعطاء تاريخ ثابت للورقة العرفية محل التسجيل عملا بأحكام المادة (328) من القانون المدني الجزائري.

2.2.1.1.2 تمييز التسجيل عن القيد

يقصد بالقيد ذلك الإجراء القانوني الهادف إلى قيد التصرفات القانونية في المحافظة العقارية المختصة، و لا يكون إلا بالنسبة للحقوق العينية التبعية، كالرهن الرسمي و الرهن الحيازي، و حق الامتياز و حق التخصيص.

و عليه يختلف القيد عن التسجيل كون الأول يكون على مستوى المحافظة العقارية، و يقوم بإجرائه المحافظ العقاري، و الثاني يكون على مستوى مفتشية التسجيل، و يسهر على القيام به مفتش التسجيل.

3.2.1.1.2 تمييز التسجيل عن الشهر العقاري

يعتبر الشهر العقاري آخر إجراء لنقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري و هذا ما أكدته نص المادة (793) من القانون المدني الجزائري بنصها: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، و المادة (15) من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 و التي تنص على أنه: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقة العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العقارية".

و المادة (16) من نفس الأمر و التي تنص على أنه: "إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

هذا و يختلف التسجيل عن الشهر العقاري، كون التسجيل يتم لدى مفتشية التسجيل و المكلف به مفتش التسجيل، أما الشهر العقاري فيتم لدى المحافظة العقارية تحت إشراف المحافظ العقاري.

كما أن التسجيل لا ينقل الحق العيني عكس الإشهار العقاري الذي بتمامه ينتقل الحق إلى صاحبه.

و أخيرا يختلف التسجيل عن الشهر العقاري في الإطار القانوني المنظم لكلتي العمليتين: فعملية التسجيل ينظمها الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976، أما عملية الشهر العقاري فهي منظمة بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و الذي جاء بالمرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن

إعداد مسح الأراضي العام و المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

إلا أنه هناك تداخل بين كل من التسجيل و الشهر العقاري حيث أن في كل منهما تدفع الرسوم لصالح الدولة [22] ص 24 .

3.1.1.2 أهمية التسجيل

للتسجيل أهمية بالغة من ناحيتين، الأولى تتمثل في تحصيل الرسوم الجبائية من أجل تغطية نفقات الدولة المتزايدة، و الثانية من أجل إعطاء العقد العرفي تاريخاً ثابتاً يمكن الاحتجاج به على الغير.

و من أجل تسليط الضوء على الأهمية العملية التي يكتسبها التسجيل ارتأينا تقسيم هذا الفرع إلى قسمين، أتناول في الأول الأهمية الجبائية للتسجيل و في الثاني الأهمية القانونية و ذلك على النحو التالي :

1.3.1.1.2 الأهمية الجبائية للتسجيل

يتم التسجيل مقابل اقتطاع حقوق، و هذه الحقوق تشكل ضريبة غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يود استعمال الخدمات الخاضعة للضريبة، فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني، فتأتي هذه الضريبة بأهداف في مقدمتها الهدف التمويلي باعتباره مصدراً هاماً للإيرادات العامة للدولة، بالإضافة إلى الأهداف الأساسية و الاقتصادية الأخرى.

فبعد تطور أساليب الجبائية العقارية التي أصبحت كمورد لتغطية جزء من النفقات العامة للدولة تطورت أكثر و أصبحت تحقق أهدافاً سياسية اقتصادية واجتماعية.

1.1.3.1.1.2 الهدف المالي

إن الهدف الأساسي من عملية التسجيل تحقيق إيرادات الدولة حتى تستطيع مواجهة نفقاتها سواء كانت نفقات تجهيز أو نفقات تسيير.

و لعل أحسن دليل على تلك التعديلات المتكررة التي تطرأ على قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 حيث يعدل و يتم مرتين في السنة بموجب قانوني المالية السنوية و التكميلي.

هذا و نشير أن إجراء التسجيل لا يهدف فقط إلى تمويل الخزينة العمومية بل يهدف أيضا إلى تحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية أيضا [22] ص.28

2.1.3.1.1.2 الهدف الاقتصادي

الجزائر من بين دول العالم الثالث التي تعاني بشكل كبير من ندرة في المصادر الخاصة برأس المال ، و الذي يعتبر صلب التنمية الاقتصادية و قوامها، و عليه يعد التسجيل أحد أهم هذه المصادر. حيث يهدف من ورائه اقتطاع حقوق تشكل ضريبة غير مباشرة، هذه الأخيرة تلعب دورا اقتصاديا هاما، فهي تسعى إلى تحقيق التوازن و الاستقرار الاقتصاديين عن طريق تشجيع الادخار و تحفيز الاستثمار، لهذا استوجب في تقريرها و ضبطها مراعاة البنية الاقتصادية للبلاد [23]ص122 .

واقطاع الحقوق يشجع الاستثمار و كذا العمل على توسيع الإعفاءات الجبائية و الامتيازات الممنوحة لقطاعات معينة، حيث تعفى الدولة من جميع الرسوم الخاصة بالتسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة و شراء الأموال من كل نوع و كذلك المتعلقة بانتساح هذه الأموال مع الخواص، طبقا لنص المادة (271) من قانون التسجيل، و تعفى كذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط في الشراءات العقارية تطبيقا لنص المادة (272) مكرر 4 من قانون التسجيل سعيا لتشجيع الاستثمار، و إعفاء المؤسسات المعتمدة بالمناطق المحرومة و التي يتم تحديدها عن طريق التنظيم عند قيامها بالشراءات العقارية المخصصة لنشاطها و توسيع هذه القوانين و التنظيمات السارية في المجال السياحي طبقا لنص المادة (272) مكرر 3 من قانون التسجيل.

وعندما تعفى الدولة بعض المعاملات من رسوم التسجيل فهي تساعد على تشجيع الاستثمار و بالتالي تطوير الاقتصاد خاصة في المناطق الريفية [22] ص.30.

3.2.3.1.1.2 الهدف الاجتماعي

النظام الجبائي جزء من السياسة العامة للدولة فهو يركز على مبدأ العدالة و يسعى إلى تحقيقها، باستخدام حقوق التسجيل من أجل المساهمة في توسيع الدخل الوطني لفائدة الفئة الفقيرة محدودة الدخل، و على سبيل المثال تعفى من رسوم التسجيل الولايات و المؤسسات العمومية التابعة للولايات و البلديات و المؤسسات العمومية الإستشفائية و المكاتب الخيرية و مؤسسة الحماية الاجتماعية لرجال البحر.

و فيما يخص الأموال التي آلت إليها عن طريق الهبة أو الإرث و اقتطاع حقوق التسجيل هي أداة من الأدوات التي تلجأ إليها الدولة لتحقيق الرفاهية العامة في الميادين الاجتماعية و الاقتصادية، و الهدف المالي ليس الهدف الوحيد و لكنه الهدف الأساسي [22] ص 31 .

2.3.1.1.2 الأهمية القانونية للتسجيل

يضاف إلى الدور الجبائي الذي يتبعه التسجيل دور أساسي آخر من الناحية القانونية على أساس أن عملية التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية و هي تتوسط مرحلة التوثيق و مرحلة الشهر العقاري. كما أنه من غير الممكن شهر أي عقد في السحافة العقارية إلا بعد تسجيله في مفتشية التسجيل المختصة إقليميا كما أن للتسجيل أهمية قانونية بالغة لا سيما إذا تعلق الأمر بإثبات تاريخ العقود العرفية و في هذا الصدد نصت المادة (328) من القانون المدني الجزائري على أنه: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابت ابتداء من يوم تسجيله ... "

و عليه فإذا تم تسجيل العقد العرفي المنصب على حقوق عقارية قبل تاريخ 1971/01/01 و هو تاريخ سريان الأمر رقم 91/70 المتضمن مهنة التوثيق آنذاك أصبح ذلك العقد ذا قيمة قانونية و يمكن الاحتجاج به من أجل إثبات الملكية العقارية.

أما إذا كان العقد العرفي المنصب على حقوق عقارية غير ثابت التاريخ بالتسجيل أو بالحالات المنصوص عليها قانونا في نص المادة (328) السالفة الذكر فإن العقد يصبح غير كاف لإثبات الملكية العقارية.

1.2.2 إجراءات تسجيل عقد هبة العقار

يخضع عقد الهبة المنصب على العقار لنفس إجراءات التسجيل الخاصة بالعقارات بصفة عامة، باستثناء ما تعلق بقيمة الرسوم الواجب دفعها عند إجراءات التسجيل .

و من أجل تبيان كافة الإجراءات الشكلية لاستنفاذ عملية تسجيل الهبة العقارية ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتناول في الأول كيفية تسجيل عقد هبة العقار و نخصص الثاني لميعاد تسجيل هذا العقد في مصلحة التسجيل ، أما الفرع الثالث فسوف نتناول فيه مختلف الجزاءات المترتبة عن مخالفة الأحكام الخاصة بالتسجيل.

1.2.1.2 كيفية تسجيل عقد هبة العقار

بعد انتهاء الموثق من تحرير عقد هبة العقار على الشكل الرسمي، تأتي المرحلة الثانية في انتقال الملكية العقارية و الخاصة بتسجيل هذا العقد في مكتب التسجيل المختص إقليمياً، و هو المكتب التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد فيها مكتب الموثق و هذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (75) من قانون التسجيل.

و تلخص إجراءات تسجيل عقد هبة العقار في تقديم الموثق إلى مفتش التسجيل العقد الذي يجب أن يحتوي على المعلومات التالية :

■ اسم الموثق و عنوان مكتبه و تاريخ عقد الهبة، و كذا اسم و لقب و تاريخ و مكان ازدياد و مقر سكن كل من الواهب و الموهوب له.

■ يجب تعيين المحل الموهوب الذي يمكن أن يكون عقارا أو محلا تجاريا، و التعيين لا بد أن يكون دقيقا منافيا للجهالة من حيث محتوياته، عنوانه و مساحته و تاريخ شهره بالمحافظة العقارية بالمجلد و الرقم.

■ أصل الملكية، حيث يلتزم الواهب بإعطاء جميع المعلومات لإثبات الملك الموهوب أنه منكه الحقيقي، و مفتش التسجيل يراقب إذا كان المحل الموهوب ليس ملك للغير، و إضافة إلى الضمان حيث يذكر الواهب إرادته في الرجوع أو عدم

الرجوع في الهبة مع الاحتفاظ بحق الرجوع للوالدين طبقاً لنص المادة (211) من قانون الأسرة، كذلك لا بد من ذكر قيمة الشيء الموهوب لأنه على أساسه يتم اقتطاع حقوق التسجيل [22] ص 31 .

و على مفتش التسجيل التأكد من أن هذه المعلومات الواردة في النسخ الأصلية مطابقة لمخصصات العقود و كذا الكشوف الإجمالية .

أما عن الرسم المستحق على الهبات بين الأحياء فيقدر ب 5 % من قيمة العقار المصرح بها من طرف المتعاقدين، غير أنه إذا كانت الهبات بين الأحياء واقعة بين الأصول و الفروع و الأزواج فإن الرسم الواجب دفعه يقدر ب 3 % .

2.2.1.2 ميعاد تسجيل عقد هبة العقار

إن أجل تسجيل العقود التوثيقية التي تتضمن نقل ملكية عقارية، بما فيها عقد الهبة المنصب على عقار هو شهر ابتداء من تاريخها مع الإشارة إلى عدم إدخال تاريخ تحرير العقد في حساب الميعاد، و إذا صادف آخر الأجل يوم عطلة فإنه يمتد إلى أول يوم عمل يليه أي أن تحسب الأجال كاملة و ذلك، تطبيقاً بما جاءت به المادة (74) من قانون التسجيل و التي تنص على أنه : " إن الأجال المحددة بموجب هذا القانون من أجل تسجيل العقود و كذلك من أجل دفع الحقوق و الرسوم الخاصة بها، أو من أجل إيداع التصريحات الخاصة بها تمدد إلى غاية يوم العمل الأول الذي يليه، عندما ينقضي اليوم الأخير من الأجل في يوم من أيام الغلق المنصوص عليها في المادة (73) أعلاه".

و قد حددت المادة (73) من نفس القانون الأيام و الأوقات التي لا تفتح فيها مكاتب التسجيل و ذلك بنصها : " تفتح مكاتب التسجيل على العموم حسب الساعة التي تحددها الإدارة كل يوم ما عدا :

- أيام الجمعة و بعد الظهر من كل يوم الخميس،
- أيام الأعياد المحددة بموجب القانون،
- عند الاقتضاء بعد ظهر اليوم الذي تحدده الإدارة من أجل القفل الشهري للمحركات الحاسوبية،

و تعلق أيام و ساعات الافتتاح و الغلق على باب كل مصلحة."

3.2.1.2 جزاء مخالفة أحكام تسجيل عقد هبة العقار

لقد رتب المشرع الجزائري جملة من الجزاءات يختلف نوعها باختلاف الإجراءات المخالف للقانون، فقد تكون عقوبات جزائية في حالة ارتكاب فعل من الأفعال المجرمة في القانون العقوبات أو القوانين المكملة به، كما قد تكون عقوبات جبائية نتيجة الإخلال بأحكام التسجيل المنصوص عليها في قانون التسجيل المعدل و المتمم، و تطبق هذه العقوبات إما على الموثق بصفته وسيط بين أطراف عقد الهبة العقارية و إدارة التسجيل و إما على المتعاقدين و هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال النقطتين الآتي بيانهما:

1.3.2.1.2 بالنسبة للموثق

لقد أوجب القانون على الموثقين عند تلقيهم العقود الناقلة للملكية العقارية قراءة هذه العقود على الأطراف والإقوعوا تحت طائلة الغرامة المالية كما عليهم أن يشيروا في ذات العقد أن القراءة قد تمت .

كما ألزم القانون الموثق بتحصيل كل الرسوم و الحقوق لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها، و ذلك في الأجال المحددة قانونا، و إلا وقع تحت طائلة الغرامة المالية المنصوص عليها في نص المادة (93) من قانون التسجيل، و التي تنص على أنه في حالة عدم تسجيل العقود في الأجال المقررة قانونا فالموثقين و المحضرون القضائيون يكونون ملزمين شخصيا بدفع غرامة مالية، يحدد مبلغها ب 10 % إذا كان التأخر في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد و ثلاثين يوما، و إلزام مالي قدرة 3 % من كل شهر أو جزء من شهر التأخير إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير و ذلك دون أن يتعدى مجموع الالتزام المالي و الغرامة الجبائية المشار إليها سابقا مستوى 25 % . هذا إلى جانب العقوبات التأديبية التي تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها.

و إذا ثبت تورط الموثق، و كان شريكا في المناورات التي يكون الغرض منها التهرب من دفع حقوق التسجيل، و توفر الدليل المادي على كونه متواطئا مع زبائنه

في إخفاء الثمن و سلك في ذلك طرق التدليس فيكون في هذه الحالة متضامنا مع الأطراف المدنيين بها .

2.3.2.1.2 بالنسبة للمتعاقدین

إذا قاما طرفي الهيئة العقارية بإعطاء تصريحات كاذبة أو ناقصة من شأنها أن تنقص من الرسوم الواجب دفعها قانونا قامت المسؤولية الجبائية و التي تقررها مفتشية التسجيل المختصة إقليميا، ناهيك عن العقوبات الجزائية المقررة في قانون العقوبات بعنوان إخفاء الحدث المنشأ للضريبة أو التصريح الكاذب.

و لقد حول المشرع الجزائري لمديرية الضرائب فرض رقابة لاحقة على المعاملات العقارية مهما كان نوعها تمارسها انطلاقا من معطيات إدارية، من خلال ملخصات العقود و التصريحات المودعة لدى مديرية الضرائب فور تسجيل هاته العقود و التصريحات، و في هذا الإطار لها أن تعيد تقويم رسم الضريبة العقارية الواجب دفعه من طرف الواهب و الموهوب له و هذا ما ذهب إليه القرار الصادر عن مجلس الدولة الغرفة الثانية بتاريخ 2000/05/08 تحت رقم 141 193 "خير منشور" و الذي جاء فيه: " حيث أن إعادة التقييم واجبة قانونا في جميع حالات انتقال الملكية أو المعاملات العقارية، و أنه إذا كان معدل الرسم أو نسبه تخالف من عقد الهيئة إلى عقد البيع، فإنه لا تختلف قيمة الأرض بأية حال من حالات الانتقال أو المعاملة، و أن إدارة الضرائب لم تأخذ بنفس نسبة المعدل في الرسم المعمول به في عقد البيع إنما أخذت بنسبة المعدل المعمول به في عقد الهيئة.

غير أن قيمة الأرض في جميع الحالات هي واحدة، و أن إدارة الضرائب قيمت قيمة الأرض الحقيقية وفقا للسعر القانوني المعمول به في المعاملات العقارية و طبقت في هذه الحالة المبلغ و السعر الأدنى للمنطقة الرابعة و قد خضعت عملية التقييم للمعايير المعمول بها وفقا للقانون بحيث أنها اعتمدت على لجنة التقييم ثم لجنة التوظيف للولاية التي أخذت صحة التقييم مما يجعل القرار المستأنف قد أصاب في قراره".

مع الإشارة أن حق الإدارة الجبائية في المتابعة و الرقابة يسقط بالنقادم المحدد بأربع سنوات منذ تسجيل العقد أو التصريح .

2.2 شهر عقد هبة العقار

لم يكتف المشرع الجزائري في مجال نقل ملكية العقار الموهوب للموهوب له بتعريف العقد في الشكل الرسمي و توافر ركن الحيابة، و كذا تسجيله في الإدارة الجبائية المختصة بل وضع شرطا جوهريا و أساسيا من دونه لا يمكن أن ينتقل الحق العيني من الواهب إلى الموهوب له، و يتمثل هذا الشرط في عملية الشهر العقاري.

و هذا ما يستشف من خلال نص المادتين (15) و(16) من الأمر رقم 7475 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و اللتان ينصان على ما يلي:

المادة 15 : " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بسمية تلغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة بسري مفعوله في يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

المادة 16 : " إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو القضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

و بناء على ما تقدم سوف نتناول بالدراسة في هذا المبحث نظاما الشهر العقاري و موقف المشرع الجزائري منهما في المطلب الأول ، أما المطلب الثاني فسوف تخصصه لدراسة إجراءات شهر عقد هبة العقار، و في المطلب الأخير سوف نتناول الآثار المؤتية عن شهر عقد هبة العقار .

1.2.2 نظام الشهر العقاري و موقف المشرع الجزائري منهما

الشهر العقاري، عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها ، إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها، و يعتبر من الأهداف التي ترمي إليها معظم التشريعات العالمية من أجل تنظيم للكية العقارية و تأمين استقرار المعاملات العقارية، و منع المضاربة و تحقيق الثقة اللازممقيها [24] ص13 ، لذلك وجد نظامان أساسيان للشهر العقاري في معظم دول العالم هما نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني و لكل نظام خصائصه و مميزاته، و لتحديد كل من النظامين و مدى أخذ المشرع الجزائري بهما ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على الشكل التالي :

1.1.2.2 نظام الشهر الشخصي

لقد ظهر هذا النظام منذ سنة 1855 بالدول اللاتينية منها فرنسا و إيطاليا، و كان الغرض من ذلك تحصيل الضرائب، حيث كانت الدول اللاتينية تسجل أصحاب الأملاك العقارية في سجل الضرائب في خانة أولى، ثم المساحات المملوكة لهم في خانة ثانية [25] ص 37، و يعتبر نظام الشهر الشخصي أول نظام ساد في العالم، و قد أخذت به فرنسا و حاولت تطبيقه في الجزائر على الأراضي المفرنسة واسمه يدل عليه فالشخص فيه محل اعتبار إذ يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء القائمين بها، و يتم ذلك حسب سجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي و سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها [26] ص 42 .

و يتميز الشهر وفق هذا النظام أنه لا يتمتع بأية قوة ثبوتية فدوره مقتصر فقط على العلانية دون التحري في التصرفات المشهورة ما إذا كانت صحيحة أو معيبة فضلا عن ذلك فإن هذا النظام لا يعطي المتصرف إليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه بصفة نهائية، و يجعله عرضة للمنازعة في أي وقت، بل عرضة للحكم بالزوال، و لهذا انطلاقا من كونه لا يبطل عقدا صحيحا، و لا يصح عقدا باطلا، فالتصرفات تشهر كما هي، فإن كانت صحيحة بقيت على حالها، و إن كانت معيبة أو مزورة فلا تصحح، مما يجعلها قابلة للطعن في أية لحظة [1] ص 19 .

و نظرا لكافة العيوب السالفة الذكر، فقد وصفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه نظام متأخر مبرره في ذلك أنه حتى يكون نظام الشهر سديدا يجب أن يكون محكما في ترتيبه و حجيته [27] ص 476 ، فالترتيب يبسر لذوي الشأن معرفة ما تهمهم من تصرفات، أما من حيث الحجية يجب أن يكون للشهر حجية قاطعة حيث لا يشهر التصرف إلا بعد التحري من صحته.

لهذه الأسباب، قامت بعض الأنظمة من خلال تشريعاتها الداخلية، إلى البحث عن نظام بديل يؤمن حفظ و شهر الحقوق بطريقة محكمة، بما يحقق استقرار الملكية العقارية و عرف هذا النظام بنظام الشهر العيني، الذي بدأ تطبيقه تدريجيا في بعض الدول، إلى جانب نظام الشهر الشخصي، و ذلك في انتظار تعميم عملية مسح الأراضي [1] ص 20 .

2.1.2.2 نظام الشهر العيني

ظهر هذا النظام نتيجة العيوب و النقص المسجلة و المحيطة بالنظام الشخصي للشهر، و كان ذلك لأول مرة في استراليا على يد روبرتورانس سنة 1881 [25] ص 37 ، و يرتكز هذا النظام على أساس شهر التصرفات القانونية وفقا للعقارات محل التصرف و ليس وفقا لأسماء المتصرفين كما هو الحال في نظام الشهر الشخصي.

و تتم عملية الشهر في هذا النظام على أساس مسك سجل خاص على مستوى المحافظة العقارية المختصة على أن تخصص فيه صفحة أو أكثر لتبيان كل التصرفات الواردة على العقار مع تحديد موقعه، ومساحته ورقمه و حدوده فلا حاجة في هذا النظام للبحث عن أسماء الأشخاص الذين تصرفوا في عقاراتهم، بل يكفي الرجوع إلى البطاقة العقارية المخصصة لكل عقار في منطقة معينة لمعرفة التصرفات الواردة عليه .

و من مزايا هذا النظام أنه يضبط حالة العقار المتصرف فيه واسم مالكة الجديد بصفة محكمة و صحيحة. بناء على رقابة مسبقة من طرف المحافظة العقارية مما يوفر الطمأنينة في نفوس المتعالمين في العقارات، كما يمكن الدولة من إعمال رقابتها على السوق العقارية من أجل تحصيل الضرائب و الرسوم لفائدة الخزينة العمومية.

أما عن سلبيات هذا النظام فهي قليلة جدا مقارنة بالفوائد الكثيرة التي تترتب عن تجسيده واقعيًا، و هذه السلبيات تكمن في أن الإجراءات الأولية الواجب اتخاذها من أجل إشهار الحقوق العينية العقارية، تستدعي الكثير من الوقت، و تتطلب تكاليف مالية باهضة قصد الوصول إلى عملية المسح العام للأراضي، لأنه لا يتصور تطبيق أمثل لهذا النظام ما لم يسبقه تحديد دقيق للعقارات، ذلك أن المسح يناط به إجراء تحقيق ميداني فني على مستوى إقليم كل بلدية من أجل أن يكون الناطق الطبيعي للعقارات الممسوحة و أساسا ماديا للسجل العقاري الذي يتم تأسيسه على مستوى كل دائرة للشهر العقاري [24] ص 21.

أما عن المبادئ التي تحكم هذا النظام فهي متمثلة فيما يلي :

- مبدأ الشرعية: مفاد هذا المبدأ أن أية عملية شهر عقاري تسبقها دراسة قانونية مدققة حتى يتسنى التأكد من خلو العقد محل الإشهار من أي عيب، على أساس أن الشهر ينقل الحق العيني للمتصرف إليه و بالتالي يجب حماية ذلك الحق بقدر الإمكان، وهذا ما تنص عليه المادة (105) من المرسوم رقم 63/76 : "يحقق المحافظ العقاري بمجرد إطلاعه على البيانات

الموجودة في الوثيقة المودعة، بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح".

- مبدأ القوة الثبوتية المطلقة : و يعني ذلك أنه جميع التصرفات و الأحكام المنشئة، الناقلة المغيرة، المسقطه لحق الملكية و الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع وحق الارتفاق لا وجود لها و لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهرها في المحافظة العقارية.

- مبدأ التخصيص : و المقصود بهذا المبدأ أن تخصص لكل تصرف وارد على عقار، سواء كان منشأ أو معدلا أو ناقلا لحق ملكية عقارية بطاقة عقارية عينية، تفيد فيها جميع التصرفات المنشهرة و هذا ما أكدته المادة (38) من المرسوم رقم 63/76 بنصها: " كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء ارتفاقات أو حقوق مشتركة، يجب أن تكون موضوع تأثير على بطاقة كل عقار".

- مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهرة بالتقادم : و يقصد بذلك أن كل تصرف مشهر ضمن مجموعة البطاقات العقارية وفقا لنظام الشهر العيني يكسبه حجية في مواجهة الغير، و بالتالي يصبح في مأمّن تام عن أي تعدي صادر من هذا الأخير.

و من ثمة لا يمكن لحائز العقار مهما كانت مدة الحيازة و بغض النظر عن سوء أو حسن نية أن يتملكه على أساس التقادم المكسب، إذا كان سند الملكية فيه مشهر لأن ذلك يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر.

و بناءا على ما تقدم نجد أن هذا النظام يتميز بكونه يوفر حماية للأشخاص في تصرفاتهم المنصبية على العقارات لأن كل حق مقيد يتمتع بحصانة تامة و كل تصرف قبل قيده يخضع لرقابة المكلف بالشهر، مما يسهل التعرف على الحالة القانونية للعقار و أصل الملكية فيه، و كل الأعباء التي تنقل، و لا يمكن بذلك إخفاؤها زيادة على ذلك تجنب خطر الاكتساب بالتقادم أو تعارض سندات الملكية أو تشابه الأسماء مما يرفع من قيمة العقار و يسهل التعامل فيه [28]ص64 .

3.1.2.2 موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر الشخصي و العيني

لقد عرفت الجزائر أثناء الاحتلال الفرنسي ازدواجية في نظام الشهر واستمرت على ذلك إلى ما بعد الاستقلال، إذ كان نظام الشهر الشخصي المستمد من الشريعة الإسلامية و المعتمد على الإشهاد و الكتابة العرفية و الحيازة، غير أنه بدأت بوادر التغيير تظهر و تتجسد في السبعينات بصدور قانون التوثيق سنة 1970 و قانون الثورة الزراعية سنة 1971 و المرسوم المتعلق بإثبات الملكية الخاصة سنة 1975 و القانون المدني بنفس السنة إلى غاية صدور الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 19 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري و الذي وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين 62/76 و 63/76 المؤرخين في 1976/03/25 و الذي اتضح من خلاله تبنى المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني [28] ص 41 . و قد كان الهدف منه الشروع في تعميم عملية المسح العام للأراضي قصد تأسيس نظام جديد للشهر العقاري يقوم على أساس السجل العقاري، و بما أن عملية المسح عملية شاقة و مكلفة فإن نظام الشهر العيني لا يمكن تحقيقه واقعا إلا على سبيل التدرج مما يتطلب لزاما العمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق غير الممسوحة إلى حين مباحها و هذا ما نصت عليه المادة (113) من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و التي جاء فيها: " خلافا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم و إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية، فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية، مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة و كلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم شهرها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك و تتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدده قرار من وزير المالية "

2.2.2 إجراءات شهر عقد هبة العقار

سوف نتناول في هذا المطلب الشروط القانونية الواجب توافرها في عقد هبة العقار محل الشهر و ذلك قبل التطرق إلى الإجراءات التقنية للشهر و المتعلقة بإيداع عقد هبة العقار و شهره في المحافظة العقارية المختصة.

1.2.2.2 الشروط الأولية الواجب توافرها في عقد الهبة العقارية محل الشهر

لقد ألزم المشرع الجزائري مراعاة جملة من الشروط القانونية يجب توافرها في المحررات المودعة للشهر العقاري بصفة عامة، و تنقسم هذه الشروط إلى نوعين، شروط

خاصة بتعيين الأطراف و شروط خاصة بتعيين العقارات محل التصرف، و هذا ما سوف نتناوله على النحو التالي:

1.1.2.2.2 الشروط الأولية الخاصة بتعيين الأطراف

لكي يكون عقد الهبة العقارية صحيحا و مقبولا من الناحية القانونية، لا بد من ذكر مجموعة من البيانات المتعلقة بهوية الأطراف أي الواهب و الموهوب له، و قد أكد المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في مواد 62،63،64،65 على هذه البيانات.

إذا أن الهدف من تعيين الأطراف تعيينا دقيقا كان بهدف تسهيل العمل على المحافظ العقاري في حالة طلب الحصول على معلومات حول العقار الذي هو محل التصرف، و كذا إتمام إجراءات الشهر العقاري بصفة وطريقة سليمة و مضمونة.

و بالرجوع إلى نص المادة (62) من المرسوم رقم 63/76 ، يتضح لنا أن كل عقد أو قرار قضائي قبل أن يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية، لا بد أن يشمل على عناصر التعيين التالية: الأسماء، الألقاب، الموطن، تاريخ و مكان الولادة و مهنة أصحاب الحق، و أسماء زوجاتهم، و كل هذه البيانات تعرف في التشريع الجزائري بالشرط الشخصي للأطراف، و عبارة الأطراف الواردة في المادة (62) السالفة الذكر، تنصرف مباشرة إلى طرفي العقد، فلا يمكن أن تنصرف إلى القيم أو الوصي أو الوكيل، و في هذه الحالة يقتصر النص فقط على ذكر أسمائهم و ألقابهم و سنهم و الاستغناء عن بقية عناصر التعيين الأخرى، شريطة أن يذكر نوع السند الذي يثبت لهم هذه الصفة مع إرفاقه مع عقد هبة العقار من أجل شهرة.

2.1.2.2.2 الشروط الأولية الخاصة بتعيين العقار الموهوب

أهم ما يلاحظ عن تصفح المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أنه فرق في تبيان العناصر الجوهرية للعقار بحسب ما كان هذا الأخير موجودا في منطقة ممسوحة أو موجودة في منطقة غير ممسوحة.

1.2.1.2.2.2 الشروط الخاصة بتعيين العقار الموهوب الموجود في منطقة

ممسوحة

لقد نصت المادة (66) من المرسوم رقم 63/76 على أنه : "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار تعيين النوع و البلدية

التي يقع فيها و تعيين القسم ورقم المخطط و المكان المذكور و ما يحتوي عليه من مسح أراضي".

يتبين من خلال هاته المادة أن المشرع الجزائري قد أورد عدة عناصر واجب ذكرها في العقد محل الإشهار، هذا ما سوف نتناوله بإيجاز على الشكل التالي :

* تحديد طبيعة العقار : أي تحديد ما إذا كان العقار محل الهبة أرض عارية أو مبنية أو فلاحية أو غابية و ذلك لما لهذا العنصر من أهمية بالغة لتعرضه لتعديلات و تغييرات.

* تحديد البلدية التي يقع فيها العقار : و ذلك من أجل معرفة القيمة التجارية للعقار و المحافظة العقارية المختصة.

* رقم مخطط المسح . إن مخطط المسح يعكس التمثيل البياني لإقليم البلدية و كل التفاصيل الأخرى المتعلقة بالمكان المسمى -- إن وجد -- القسم، القطعة و الوحدة العقارية، و يتم ترقيم المخطط بوضع رقم ترقيمي خاص به حتى تسهل عملية مطابقة الوثائق المودعة مع هذا المخطط [1]ص66.

* قسم مخطط المسح : هو جزء من الإقليم البلدي المحرر بطريقة ما بحيث يمكن نقله على ورقة من مخطط مسح الأراضي و يفضل أن يكون محيطه مؤسسا بناء على الحدود التي لها طابع الثبات الكافي [2] ص173 .

* سعة المسح : كما يجب أن تتوفر في الوثيقة محل الشهر محتوى المسح و ذلك حتى يتسنى ضبط كل انبيانات المتعلقة بالبطاقة العقارية، و عليه يجب إرفاق مستخرج المسح بعقد الهبة العقارية قصد إجراء الشهر.

2.2.1.2.2.2 الشروط الخاصة بتعيين العقار الموهوب الموجود في منطقة غير

ممسوحة

في انتظار استكمال إجراءات المسح على مستوى كامل التراب الوطني، وضع المشرع الجزائري ضوابط تخص تعيين العقارات تختلف باختلاف ما إذا كان العقار موجودا في منطقة ريفية أو حضرية.

فإذا كان العقار الموهوب موجودا في منطقة ريفية غير ممسوحة و يجب أن يشمل العقد على نوع العقار و موقعه و محتوياته.

أما إذا كان العقار الموهوب موجودا في منطقة حضرية غير مسموحة أيضا فهنا يجب ذكر اسم البلدية، الشارع الواقع فيه العقار، الرقم، طبيعة العقار و مساحته و هذا ما نصت عليه المادة (24) من المرسوم رقم 63/76 السالف الذكر.

2.2.2.2 إيداع عقد هبة العقار

إن إيداع المحررات في المحافظة العقارية عمل قانوني لازم في كل سند أخضعه المشرع إلى عملية الشهر العقاري، و له آجال قانونية وجب احترامها و التقيد بها من أجل سلامة بقية إجراءات الشهر العقاري.

و تتم عملية الإيداع على مستوى كل محافظة عقارية و تكون بالضبط في قسم الإيداع الذي يعمل على استقبال كل العقود على مختلف أشكالها و أنواعها و يدرسها و يفحصها و يتأكد من مدى مطابقتها للقوانين.

و تتم عمليا عملية الإيداع بقيام الموثق القائم على تحرير هبة العقار بإرفاق العقد بالنسخة الكاملة له، و ذلك في نسختين رسميتين، ترجع واحدة إلى الموثق محرر العقد مع التأشير عليها من طرف المحافظ العقاري، أما النسخة الثانية فيحتفظ بها هذا الأخير و ترتب ضمن الوثائق .

هذا و قد أوجب المشرع الجزائري في بعض الحالات أن ترفق مع العقود محل الشهر العقاري الوثائق التالية:

* الجدول الوصفي للتقسيم عندما يخص العقد جزءا من عقار مملوك ملكية مشتركة و ذلك حتى يمكن تعيين القسم المعني.

* مستخرج مسح الأراضي عندما يكون العقار المعني مسموحا و ذلك لضبط وثائق المسح.

* وثيقة القياس عندما يذ-اق الأمر بتغيير في حدود الملكية

أما عن آجال إيداع عقد هبة العقار فقد حدده المشرع بشهرين من تاريخ تحرير العقد و في حالة عدم احترام هذه الآجال يتعرض الموثق إلى دفع غرامة مالية قدرها 1000 دج .

3.2.2.2 تنفيذ شهر عقد هبة العقار

يقرر المحافظ العقاري شهر عقد هبة العقار إذا لم يكتشف أي خطأ أو مخالفة عند إيداعه، إذ يعتبر قبول الإيداع نتيجة لمراقبة دقيقة للعقد حيث يتأكد المحافظ العقاري من سلامته شكلا و مضمونا. غير أن هذا لا يعني أن لا يصدر المحافظ العقاري قرار برفض إجراء الشهر في الحالات التالية:

- إذا تبين له أن الوثائق المودعة و الوثائق المرفقة بها غير متطابقة و متوافقة،
 - أو عندما تكون مراجع الإجراء السابق و الخاصة بالوثائق وجداول قيد الرهون و الامتيازات غير متطابقة مع الوثائق المودعة قصد الشهر،
 - أو عندما يكون تعيين الأطراف و العقارات غير متطابق مع البيانات المقيدة على البطاقات العقارية،
 - أو عندما يظهر وقت التأشير على الإجراء أن الإيداع كان من الواجب رفضه،
 - أو عندما يكون موضوع العقد المراد شهره غير مشروع أو مخالف للنظام العام.
- و إذا قرر المحافظ العقاري رفض إجراء الشهر العقاري وجب عليه تبليغ هذا القرار إلى المعني بالأمر عن طريق رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام.
- و من الطبيعي و العدالة أن يعطى لأطراف العقد الحق بالإلغاء قرار المحافظ العقاري و هذا ما نصت عليه المادة (24) من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري إذ جاء فيها : "تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا"، على أن يكون هذا الطعن القضائي وارد ضمن الأجل التي حددتها المادة (110 فقرة أخيرة) من المرسوم رقم 63/76 و المتسئلة في شهرين من تاريخ الإشعار بالاستلام أو تاريخ رفض الرسالة الموصى عليها.

3.2.2 الآثار المترتبة عن شهر عقد هبة العقار

بعد تطرقنا فيما سبق إلى نظامي الشهر العقاري و موقف المشرع الجزائري منهما و كذا إجراءات شهر عقد هبة العقار أمام المحافظة العقارية المختصة، وجب علينا تحديد الآثار القانونية المترتبة عن عملية الشهر، و ذلك من خلال ما جاء به الأمر رقم 74/75 والمرسومان

التففيذيان له 62/76 و 63/76 ، و من خلال تصفح أحكامه نجده أنه حدد آثار الشهر في أثرين، الأول في انتقال الحق العيني للمتصرف له و الثاني في عدم جواز الاحتجاج بالعقد على الغير إلا إذا كان مشهرا في المحافظة العقارية.

و على هذا الأساس سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول انتقال الحق العيني إلى الموهوب له، أما الفرع الثاني فسوف نخصص بدراسة مسألة جواز الاحتجاج على الغير بعقد الهبة العقارية المشهر.

1.3.2.2 انتقال الحق العيني إلى الموهوب له

لقد نصت المادة (793) من القانون المدني الجزائري على أنه : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

و بالرجوع إلى الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و بالأخص المادتان (15 و 16) منه نجدهما ينصان على ما يلي :

* المادة 15 : " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله في يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

* المادة 16 : " إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

يفهم من خلال النصوص القانونية السابقة أن عملية الشهر هي شرط لنقل الملكية أو الحقوق العينية الأخرى في العقارات بغض النظر عن صفة المتصرف أو جهة التي أصدرته و أن فعالية السند متوقفة إلى حين الشهر العقاري [29] ص 17 ، و هذا الأخير ليس إلزاميا بالنسبة لطرفي العقد و إنما كذلك بالنسبة للموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية ، و الشهر ليس شرطا لقيام العقد صحيحا و إنما هو شرط لنقل الملكية فقط، فالشهر ليس بركن في التصرف بل هو شرط لترتيب الأثر العيني و هو نقل الملكية في العقار [2] ص 244 .

و عليه لا يمكن الاعتراف بصفة المالك بالنسبة للموهوب له إلا بعد شهر عقد هبة العقار أمام المحافظة العقارية المختصة و يترتب على ذلك جملة من النتائج أهمها:

- أن العقار الموهوب قبل شهره في المحافظة العقارية يبقى ملكا للواهب و هو مسجل باسمه رغم إبرام العقد أمام الموثق و تسجيله في الإدارة الجبائية و بالتالي ليس هناك ما يمنع من الإقدام على إبرام عقد آخر مهما كانت طبيعته على نفس العقار و بهذا تكون المفاضلة على أساس أسبقية الشهر، و هذا ما ذهب إليه القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2003/03/19 تحت رقم 243402 .

المجلة انقضائية، العدد الثاني لسنة 2003 و الذي جاء فيه : " بالفعل حيث أن قضاة المجلس نوهوا في قرارهم المنتقد بأن (غ-أ) هو المستفيد الأول من أماكن النزاع و أصبح مالكا لها بموجب عقد محرر سنة 1986 قبل أن تتحصل المعيد ضدها على عقد ملكيتها الذي حرر سنة 1988 و هم بذلك أي بإعطائهم الأفضلية لتاريخ تحرير العقد مع أن العبرة تعود للنزاع الذي سبق في شهر العقد الذي يخول بمقتضاه نقل الملكية العقارية وفقا للمادة (793) من القانون المدني و من ثمة فإن عدم إبراز تاريخ الشهر في القرار محل الطعن من قبل قضاة المجلس يكونون قد خالفوا القانون و لم يمكنوا المحكمة العليا من الرقابة و بالتالي يتعين نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة".

- أن الواهب إذا توفي قبل شهر عقد هبة العقار فإن هذا العقد سيأخذ حكم الوصية على أساس أن الهبة العقارية لم تنفذ إلا بعد وفاة الواهب و هذا ما أكدته القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2005/10/19 تحت رقم 307934 ، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لسنة 2005 و الذي جاء فيه: " حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه بدعوى أن عقد هبة العقار لم يتم إشهاره في المحافظة العقارية إلا بعد مرور مدة ستة أشهر من تاريخ وفاة الواهب، مما يجعل هذا العقد باطلا.

و حيث أن ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في محله، ذلك أن عقد الهبة قد تم تحريره أمام الموثق بتاريخ 1994/11/29 و 1995/10/07 ، بينما وفاة الواهب فقد وقعت يوم 1998/09/19 ، أما إشهار عقد الهبة فقد تم يوم 1999/02/07 ، و من ثمة لم يقع إشهار هذا العقد إلا بعد وفاة الواهب.

و حيث أن الملكية في العقار لا تنتقل إلى المتصرف إلى المتصرف إليه إلا عن طريق شهر التصرف الناقل للملكية و ذلك ما تنص عليه المادة (793) من القانون المدني، و المادة

(15) من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

و تبعا لذلك يكون التصرف الذي قام به المرحوم (رأى) لم يتم تنفيذه إلا بعد وفاته.

و حيث أن ملكية العقار الموهوب عند وفاة الواهب لم تنتقل إلى الموهوب لها بعد و لم يتم تنفيذ هذا التصرف إلا بعد وفاة المورث. و تبعا للأصل العام الذي يعتبر كل تصرف ينفذ بعد وفاة المورث فيما تركه يأخذ حكم الوصية و بالتالي يخضع لأحكامها.

و حيث أن قضاة الموضوع قد أخطئوا في تكييف الوقائع المعروضة عليهم، و ذلك عندما اعتبروا هذا التصرف الذي لم ينفذ إلا بعد وفاة المورث عقد هبة صحيح، في حين أنه يأخذ حكم الوصية".

• انه إذا نهدم العقار الموهوب بصفة كلية أو جزئية و سبب أضرارا للغير و ذلك قبل شهر عقد هبة العقار أمام المحافظة العقارية المختصة، فإن المسؤول عن التعويض في هاته الحالة هو الواهب، رغم أن العقد قد تم و تكون قبل واقعة التهدم إلا إذا أثبت الواهب أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيبا فيه، و هذا ما يستشف من نص المادة (140) فقرة ثانية من القانون المدني الجزائري.

2.3.2.2 جواز الاحتجاج على الغير بعقد هبة العقار المشهر

إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هو شهر الحالة القانونية وحتى المادية للعقار لتمكين الغير الذي يريد التعاقد بصدد أو القيام بأي إجراء حوله من الوقوف على حقيقة وضعه و ماهية ومدى الحقوق العائدة له و الأعباء المترتبة عليه و لأجل تحقيق هذه الغاية، ينبغي شهر جميع الحقوق المكتسبة للعقار أو ما عليه من أعباء بحيث أن الحق العيني المتعلق به و غير المشهر في البطاقة العقارية لا يمكن الاحتجاج به على الغير، و العكس صحيح [30] ص 360 ، و هذا ما أكتته المادة (15) من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و التي جاء فيها أن : " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية".

و تبعا لذلك لا يمكن أن يحتج طرفي عقد الهبة العقارية سواء كان الواهب أو الموهوب له على الغير إلا من تاريخ إشهار العقد في المحافظة العقارية المختصة.

و المقصود بلفظ الغير (Tiers) جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في عقد الهبة العقارية و لكن لهم مصلحة قانونية في استبعاده استنادا إلى حق عيني ترتب لهم جراء تصرف قانوني أو واقعة مادية، فيعد بالتالي من الغير الذين لا تسري عليهم الحقوق غير المشهورة في السجل العيني الخلفاء الخصوصيين الذين اكتسبوا حقوقا على العقار، و كذلك الدائنين العاديين و أيضا جماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، ذلك أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على العقار المدين و غير المشهر في السجل العقاري [30] ص 360 ، أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير على أساس أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجراها و بالتالي هم ملزمون بتنفيذ جميع التصرفات الصادرة عنه على أن لا تتجاوز قيمة الالتزام الحصة التي آلت لهم.

الخاتمة

وختاما لما تقدم دراسته و تحليله من خلال هذا البحث يمكننا القول أن المشرع الجزائري قد أحسن عملا لاهتمامه بمجال التعامل في العقار عن طريق الهبة و ذلك بسنه مجموعة من النصوص التشريعية و التنظيمية محاولا بواسطتها العمل على استقرار المعاملات التعاقدية و فرض رقابة مسبقة من طرف الدولة على السوق العقارية.

و بذلك متى انصب عقد الهبة على عقار و يجب تحريره في الشكل الرسمي من طرف من له صلاحيات القيام بذلك قانونا و هو الموثق، لأن الرسمية تعد ركنا في هذا التصرف و من دونها لا يمكن التكلم عن نشوءه.

هذا و لم يكتفي المشرع الجزائري بفرض و اشتراط الرسمية فقط بل أوجب تحرير الورقة وفق شكل معين و اشترط ضرورة احتوانها على عدة عناصر و معلومات لا يجوز بأية حال مخالفتها .

كما استوجب المشرع ركنا آخر لانعقاد الهبة العقارية ، و المتمثل في ضرورة حيازة العقار الموهوب من طرف الموهوب له، أو من يمثله قانونا أو اتفاقا، مع الإشارة على وجوب توافر الرسمية و الحيازة معا، إذ لا تغني إحداهما عن الأخرى فالرسمية لا تغني على الحيازة و لا الحيازة تغني على الرسمية، إلا في حالة ما إذا كان الواهب زوجا أو وليا للموهوب له أوفي حالة ما إذا كان العقار الموهوب مشاعا.

وباعتبار أن كل من الرسمية و العينية ركنان لازمان لانعقاد الهبة العقارية فقد رتب المشرع على تخلف إحداهما البطلان المطلق للتصرف، إذ يبقى العقار الموهوب ملكا للواهب يستطيع التصرف فيه كما يشاء و لمن يشاء، ولا ينتقل الملك إلى الموهوب له ولا يستطيع أن يتصرف فيه، ويجوز للواهب أن يرفع دعوى البطلان، و أن يتمسك به كدفع في دعوى يرفعها عليه الموهوب له، كما يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها مهما كانت درجة التقاضي.

إلا انه و رغم اهتمام المشرع بضرورة شكلية عقد الهبة العقارية في مرحلة الانعقاد، إلا انه لم يكتف بذلك حيث علق و جمد انتقال الحق العيني للموهوب له إلى حين الشهر لدى المحافظة العقارية المختصة.

وفي سبيل ذلك ألزم المشرع القائم بتحرير عقد الهيئة العقارية بشهره في الأجال المقررة قانونا وذلك تحت طائلة تسليط العقوبات المالية.

وبين ركني الرسمية و العينية و إجراء الشهر العقاري فرض المشرع ضرورة تسجيل عقد الهبة العقارية لدى الإدارة الجبائية المختصة إقليميا، وذلك لتحصيل الرسوم و الحقوق العقارية والتي تختلف نسبتها باختلاف نوع العلاقة التي تربط الواهب بالموهوب له.

وبهذا يمكن القول أن شكلية انعقاد و نفاذ الهيئة العقارية في التشريع الجزائري تمر وجوبا بمرحلة تحرير التصرف في الشكل الرسمي من طرف الموثق وحيارة العقار الموهوب من طرف الموهوب له أو من طرف من يمثله قانونا أو اتفاقا ثم تسجيل العقد لدى الإدارة الجبائية المختصة إقليميا وأخيرا شهره بالمحافظة العقارية.

الملاحق

نموذج عقد هبة شقة

لدى الأستاذ/.....، الممضي أسفله.

حضر

السيد/.....، الساكن بـ :.....،

المولود بـ:..... في:.....

الذي صرح لنا في مجلس هذا العقد، وهو في كامل قواه العقلية والبدنية، بأنه يهب بموجب هذا العقد، هبة بين أحياء طبقا لأحكام المواد من 202 إلى 212 من قانون الأسرة، مع التزامه بكافة الضمانات العادية، الفعلية والقانونية الجاري بها العمل في مثل هذا الموضوع إلى ابن بنته/

السيد/.....، الساكن بـ :.....،

المولود بـ:..... في:.....

السيد/.....، الساكن بـ :.....،

المولود بـ:..... في:.....

التعيين

مجال ذات طابع سكني، كائنة ببلدية الجزائر الوسطى، شارع.....،

رقم.....

صفحة 4/1

تتمثل في شقة بالطابق الرابع من عقار ذي ملكية مشتركة من سبع (07) غرف، مطبخ، ثلاث حمامات، مرحاضين وملحقات ذات مساحة قدرها مائتين وبثمانية أمتار مربعة واثنين وتسعين دسم (208,92م²) ونسبة 1000/34 من الأجزاء المشتركة، قطعة رقم 12 حسب الجدول الوصفي للتقسيم المشهر بالمحافظة العقارية للجزائر في مجلد رقم رقم

هكذا وأن العقار موجود وممتد ومتتابع مع ما يحتويه من غير استثناء ولا تحفظ معروف حق المعرفة من طرف الموهوب لهما اللذان صرحا بأنهما رأياها وعالماها خصيصا لغرض قبول الهبة الحائية.

أصل الملكية

تملك الوهاب العقار المعين أعلاه عن طريق الشراء من ديوان الترقية والتسيير العقاري لولاية الجزائر بموجب عقد إداري مؤرخ في والمشير نسخة منه بالمحافظة العقارية للجزائر في مجلد رقم

أصل الملكية السابق

يعفي الحاضران السوثق الممضي أسفله من التوسع في ذكر أصل ملكية العقار السابقة، ولمزيد من التوضيح يحيلناه إلى العقد المذكور في أصل الملكية أعلاه.

التأمين على العقار

طبقا للقانون رقم 16/03 المؤرخ في 2003/10/25 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 12/03 المؤرخ في 2003/08/26 المتعلق بالزامية التأمين؛ فقد تم تأمين العقار المعين أعلاه ضد الكوارث الطبيعية لدى شركة "الينس للتأمين" وكالة 16067 محمد الخامس، حسبما هو ثابت من شهادة تأمين المؤرخة في رقم/...../..... يبدأ سريانها من تاريخ، التي بقيت نسخة منها ملحقه بأصل هذا العقد.

الملكية والاستغلال

يكون للموهوب لهما الملكية التامة للعقار الموهوب لهما حاليا وبنسبة النصف (1/2) الشائع لكل واحد منهما ابتداء من تاريخ هذا العقد، كما يكون لهما الانتفاع به من نفس التاريخ وذلك بالحيازة العينية، الفعلية والقانونية الواسعة إلى أقصى حد ممكن في مثل هذا الموضوع على أساس أن العقار الموهوب حر وطاهر وشاغر من أي احتلال أو دين.

التكاليف والشروط

لقد صدرت هذه الهبة طبقا للشروط العادية الفعلية والقانونية الجاري بها العمل في مثل هذا الموضوع وخاصة الشروط التالية التي التزم الطرف الموهوب له بتنفيذها بدقة وهي/.....

(1) يأخذ الموهوب له العقار الموهوب على حالته الراهنة، من غير أن يستطيع استعمال أي رجوع على الوهاب لأي سبب كان سواء لرداءة سطح الأرض وما تحته أو خطأ في التعيين أو في المساحة مهما كان الفرق كبيرا بالزيادة أو النقصان.

(2) يتحمل الموهوب له حقوق الارتفاق الضارة العالقة الآن بالحقوق الموهوبة له حاليا أو التي يمكن أن تعلق في المستقبل به سواء كانت ظاهرة أو خفية جارية أم جامدة، وبالمقابل تستفيد من حقوق الارتفاق النافعة الكل إن وجدت وعلى مسؤوليته ومن غير أن

قائمة المراجع

1. رمول خالد: المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري ، قصر الكتاب، دون طبعة ،البليدة، سنة 2001.
2. جمال بوشنافة: شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، دون طبعة، الجزائر، سنة 2006.
3. محمودي عبد العزيز : آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، منشورات بغدادي،دون طبعة ، الجزائر، سنة 2009.
4. ميدي أحمد: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون طبعة ، الجزائر، سنة 2005.
5. بلقاضي كريمة: الكتابة الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، سنة 2004-2005.
6. بربارة عبد الرحمان: طرق التنفيذ في الناحيتين المدنية و الجزائية ، منشورات بغدادي، الطبعة الأولى ، الجزائر، سنة 2009.
7. وسيلة وزاني: وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون طبعة ، الجزائر، سنة 2009.
8. محمد صبري السعدي: الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون طبعة ، الجزائر، سنة 2009.
9. زيتوني عمر: قواعد الاختصاص، مقال منشور بمجلة الموثق، العدد العاشر، سنة 2003
10. محمد حسنين : عقد الهيئة في التشريع الجزائري، مقال منشور في المجلة الجزائرية للعلوم الاقتصادية و القانونية و السياسية، الجزء XXV ، رقم 20 ، سنة 1987.

11. محمد بن أحمد تقيّة: دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى ، الجزائر، سنة 2003.
12. حمدي باشا عمر: عقود التبرعات ، الهبة الوصية، الوقف، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون طبعة ، الجزائر، سنة 2004.
13. الغوثي بن ملحّة: قانون الأسرة على ضوء الفقه و القضاء ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة ، الجزائر، سنة 2008.
14. محمودي عبد العزيز: رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب، دون طبعة ، البليدة، سنة 2006.
15. علماني محمد: عقد الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، سنة 2001-2002.
16. أعمار يحيياوي : نظرية المال العام ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، دون طبعة ،الجزائر، سنة 2008.
17. محمد صبري السعدي: الواضح في شرح القانون المدني، (النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، العقد و الإرادة المنفردة) ،دار الهدى، الطبعة الرابعة ، عين مليلة، الجزائر، سنة 2007.
18. توفيق حسن فرج: النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام ، منشورات حلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، سنة 2008.
19. بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، (العقد و الإرادة المنفردة) ، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة ، الجزائر، سنة 2001.
20. علي نيلالي : الالتزامات، (النظرية العامة للعقد) ، مرقم للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية ، الجزائر، سنة 2005.

22. دوة أسيا و رمول خالد: الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع أنجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، دون طبعة، الجزائر، سنة 2008.
23. كساح لعور عبد العزيز و وافي مراد، العقارات وجبايتها في الجزائر: مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، سنة 1994-1998.
24. مجيد خلفوني: نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الأولى ، الجزائر، سنة 2007.
25. إ عمر بوحلاسة: مراقبة العقود الخاضعة للإشهار، مقال منشور بمجلة الموثق، العدد العاشر، سنة 2003.
26. زروقي ليلي و حمدي باشا عمر: المنازعات العقارية ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، طبعة جديدة ، الجزائر، سنة 2007.
27. عبد الرزاق أحمد السنهوري : الوسيط في شرح آقانون المدني، أسباب اكتساب الملكية ، دار منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء التاسع ، بيروت، لبنان، سنة 1998.
28. ليلي زروقي: نظام الشهر العقاري و إجراءاته، مقال منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد الثاني، سنة 2002.
29. عتروس بشير : الشهر العقاري في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة الموثق، العدد الأول ، سنة 2004.
30. دوارد عيد: الأنظمة العقارية (التحديد و التحرير) ، مطبعة الممتي، الطبعة الثانية ، لبنان، سنة 1996 .



رقم الجرد: 12539

رقم الفاتورة:

التاريخ: 21 - 10 - 2022

الأصل: كلية الحقوق



31-340-236-1