



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة زيان عاشور بالجلفة

قسم الحقوق



كلية الحقوق والعلوم السياسية

انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون عقاري

إشراف الأستاذ :

- أ / نعاس ضيفي

إعداد الطالب :

- أحمد بن عيسى

لجنة المناقشة :

أ / معيزة رئيسا

أ / نعاس ضيفي مشرفا ومقررا

أ / عباس حمزة عضوا مناقشا

إهداء

إلى الوالدين الغاليين

إلى روح أخي علي

إلى إخوتي وأخواتي

بلقاسم , فاطمة, مصطفى , زليخة, ليلى , جعفر , سماح

محمد , والصغيرة مسعودة

إلى الأصدقاء والرفقاء

أهدي هذا العمل

شكر وتقدير

الحمد لله نحمده حمدا كثيرا طيبا مباركا فيه
أتقدم بالشكر إلى الأستاذ الفاضل نعاس ضيفي على جهوده الطيبة
في توجيهي وتسهيل الصعاب في انجاز هذا العمل
ونقر بالشكر والعرفان له ولكل من ساهم من قريب أو بعيد في إعداد
هذا العمل

مقدمة

إن مما استقر عليه الأمر في مجال الحقوق، أن مصدرها الوحيد هو القانون، فهو المقرر للأسباب المنشئة للحق، والمقرر للأسباب المكتسبة للحقوق والناقلة لها .

والحقوق كما هو معروف متنوع وتتفرع فقد يكون الحق عينيا أصليا أو تبعيا وقد يكون الحق شخصا.

ومن أهم الحقوق العينية الأصلية : حق الملكية، هذا الحق الذي تناول طرق اكتسابه الفصل الثاني من الباب الأول، الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري .

حيث عدد هذا الفصل عدة طرق لاكتساب الملكية، وحق الملكية قد يكون منصبا على منقول أو عقار، فإذا كانت الملكية منصبة على عقار، أوجب المشرع في عملية اكتساب هذه الملكية، أو انتقالها عدة مراحل، حتى يتم انتقال العقار من شخص إلى آخر ذلك أن العقار يتبوأ مكانة هامة، وحيوية في مجال التنمية الاجتماعية والاقتصادية فالعقار مصدر ربح هام لخزينة الدولة، تحصل بواسطته الضريبة المفروضة على معاملات الأفراد في عقاراتهم، لدى نجد أن المشرع قد ميز العقار بعدة ميزات، وأهم ما تميز به العقار أن أوجب المشرع في عملية انتقال ملكيته، تسلسل مجموعة من المراحل، بدأ بتوثيقه إلى تسجيله، فعملية شهره .

وقد ذكر التقنين المدني الجزائري سبعة أسباب لكسب الملكية منها خمسة أثناء الحياة تكمن في :
الاستيلاء ، والالتصاق بالعقار، وعقد الملكية، الشفعة، الحيازة ، ومنها اثنان بعد الوفاة (عن طريق الوفاة) تتمثل في : الميراث و الوصية

وفي بحثنا هذا نحاول تسليط الضوء على الأسباب التي قررها المشرع الجزائري لانتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة

أهداف البحث :

- انتقال الملكية العقارية بالميراث .

- انتقال الملكية العقارية بالوصية .

أهمية الموضوع :

إن موضوع انتقال الملكية العقارية من أهم المواضيع القانونية، و يستمد هذا الموضوع أهميته من قيمة العقار نفسه، فالعقار عادة يكون ذو قيمة مالية كبيرة، و له أهمية حيوية في مجال التنمية سواء الاقتصادية، أو الاجتماعية، إذ يعد مصدر هام للدخل بالنسبة لخزينة الدولة، حيث تعود معاملات الأفراد في عقاراتهم بالربح المالي على خزينة الدولة .

وتعزيزا للائتمان في عملية انتقال العقار عن طريق الوفاة أردنا إبراز أهم الضمانات القانونية في عملية انتقال العقار، وهل لها نفس الضمانات القانونية من حيث الإثبات مثل ما هو الشأن قبل الوفاة.

الإشكالية :

كيف يتم انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة في التشريع الجزائري ؟

الأسئلة الفرعية :

- هل عقارات التركة تنتقل إلى الوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة ؟

- هل انتقال ملكية العقار عن طريق الوفاة يحكمه ما يحكم العقار عموما ؟

- هل تشهر الوصية العقارية ؟ وما هي الخاصية المميزة فيها ؟

المنهجية المتبعة :

إن طبيعة الموضوع هي التي تفرض نوعية المنهج الواجب الإلتباع. ودراستنا لهذا الموضوع تعتمد على تحليل النصوص، بعد عرضها ومناقشتها، لذلك كان المنهج المتبع هو المنهج التحليلي الوصفي نحاول من

خلاله تحليل المواد المقننة لانتقال ملكية العقار بعد الوفاة. وتم الاعتماد على هذا المنهج كونه أفضل المناهج للقراءة التحليلية، والتفسيرية، والنقدية للنصوص المعنية بالدراسة. كما أن مادة التحليل تكون جاهزة في طيات النصوص نفسها.

وهو منهج يتميز بسهولة الحصول على المعلومات المطلوبة، لأنها عبارة عن أفكار، ومعان موجودة في النص ذاته.

أما المنهج الاستقصائي، فهو منهج يعتمد على الاستقصاء، والبحث، والتحري عن الحقيقة. وهذا ما نتبناه للوصول إلى الهدف المنشود، من خلال الكشف عن محتوى النصوص، وما تحمله المواد والفقرات القانونية من أحكام وقيم،

وقد قسمنا بحثنا هذا إلى فصلين اثنين :

● الفصل الأول جاء تحت عنوان : انتقال الملكية العقارية بالميراث الذي يحتوي على ثلاث مباحث ، المبحث الأول جاء تحت عنوان : ماهية الميراث ، أما المبحث الثاني يندرج تحت عنوان : الشروط المستوجبة قانونا في انتقال عقارات التركة ، والمبحث الثالث جاء فيه : آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وانتقال عقارات التركة بسبب الميراث .

● الفصل الثاني جاء تحت عنوان : انتقال الملكية العقارية بالوصية الذي يحتوي على ثلاث مباحث ، المبحث الأول جاء تحت عنوان : ماهية الوصية ، أما المبحث الثاني يندرج تحت عنوان : الشروط المستوجبة قانونا في انتقال الوصية إذا كان محلها عقارا ، والمبحث الثالث جاء فيه : تخلف التوثيق والتسجيل والشهر و آثاره على انتقال العقار بالوصية .

الفصل الأول

انتقال الملكية العقارية بالميراث

الفصل الأول: انتقال الملكية العقارية بالميراث

يعد الميراث سببا لكسب وانتقال الملكية عموما. وبما أن العقار صنف من الملكية فهو ينتقل بالميراث، وذلك استنادا إلى واقعة مادية، هي حادثة الوفاة. فقد جاء في المادة 774 مدني ما يلي: «تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة» فيفهم من عبارة المادة (انتقال أموال التركة) : أن كل ما خلفه الهالك ينتقل إلى من حدده الشرع والقانون، وهم: الورثة¹. وقد ورد نص في تخصيص انتقال الملكية العقارية بمناسبة الوفاة في المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، حيث جاء في نص المادة 91 منه ما يلي " : كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ... " فدل على أن حادثة أو واقعة الوفاة تكون سببا للانتقال أموال الهالك، ومنها العقارات إلى ورثته.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى المادة 222 من قانون الأسرة. نجد في صحيح مسلم، باب من ترك مالا فلورثته، حديث رواه أبو هريرة هذا نصه "... : ومن ترك مالا فلورثته² وقد روى الخمسة إلا النسائي عن جابر قال : جاءت امرأة سعد بن الربيع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت : يا رسول الله، هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك في أحد شهيدا، وأن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا، ولا ينكحان إلا بمال، فقال : يقضي الله في ذلك فنزلت آية الموارث . " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين فإن كنا نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبوه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصي بها أو دين آباؤكم وأبناؤكم لا تدرون أيهم أقرب لكم نفعا فريضة من الله إن الله كان عليما حكما³ " فأرسل رسول الله

¹ الوارث هو من يستحق حصة من التركة وإن لم يأخذها بالفعل كالمحروم والمحبوب، أنظر وهبة الزحلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، ج 8 ، نشر دار الفكر ، ط 2 ، 1985 ، دمشق. ص 248

² الحافظ زكي الدين عبد العظيم المنذري : مختصر صحيح مسلم، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، 1996 ، ص 258 ، الحديث رقم 999

³ سورة النساء، الآية 11 ، وأنظر : قوله تعالى في نفس السورة: " للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون، مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا. "

صلى الله عليه وسلم إلى عمهما فقال: " أعط ابنتي سعد الثلثين، وأمهما الثمن وما بقي فهو لك"¹ فالنص صريح في أن ما يخلفه الهالك بعد وفاته من أموال وأملاك، فإن الأولى بها هم أهله وقربته، الأقرب فالأقرب حسب القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية.ولسنا بصدد أحكام الموارث وتفصيلاتها، وإنما الذي يعيننا بيان أنها سبب من أسباب نقل الملكية العقار.

المبحث الأول: ماهية الميراث

سنتطرق في مبحثنا هذا إلى التعريف بالميراث وما يتعلق به من حقوق وكذا أركانه وشروطه وأسبابه وموانعه

المطلب الأول: التعريف بالميراث وما يتعلق به من حقوق

الفرع الأول: التعريف بالميراث

الميراث اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية² أو هو: أيلولة الحق إثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون، ودون اعتداد بإرادة المورث³ والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يتكلف عناء تعريف الميراث، تاركا ذلك للفقهاء والقضاء، وقد عرفه القضاء الجزائري في القرار رقم 24770 المؤرخ في 14/04/1982⁴ بقوله " :من المقرر قانونا أن الإرث هو ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء حياته "...وتعريف الميراث، تتنازعه آراء ثلاث⁵، حيث يذهب الرأي الأول إلى أن الميراث: هو ما يتركه الميت من الأموال، والحقوق المالية، خالصة عن تعلق حق الغير بها .وحسب هذا الرأي أن كل

¹ المنذري: مختصر صحيح مسلم، المرجع السابق، ص 424

² العربي بلحاج: الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004 ، ص 10

³ محمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية ، نشر مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 الاردن ، 1994 ، ص 33 .

⁴ المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 04 ، ص 55 .

⁵ محمد مصطفى شلبي: أحكام الموارث بين الفقه والقانون، نشر دار النهضة العربية، بيروت، 1978 ، ص 38

الأعيان والأموال التي تعلق بها حق الغير، لا تكون من التركة، فمن مات وترك عين مرهونة بدين يساوي قيمتها، لا تدخل هذه العين سواء كانت دارا أو أرضا في تركته. وهذا الرأي هو المشهور عند الأحناف¹

ويذهب الرأي الثاني: إلى أن مسمى التركة، هي ما يتركه الميت من أموال، وحقوق مالية بعد تجهيزه وسداد ديونه. وذلك استنادا إلى القاعدة القائلة: لا تركة إلا بعد سداد الديون. فالتركة حسب هذا الرأي محصورة فيما يستحقه ورثته خالصا من الديون، وما ينفذ منه وصاياه فقط. وبذلك تكون الحقوق المتعلقة بالتركة اثنان فقط، هما تنفيذ الوصايا وحق الإرث.

أما الرأي الثالث: فيستقر على أن التركة، هي كل ما يتركه الشخص بعد وفاته، سواء كان مدينا أم لا، ديونا تتعلق بأعين التركة كالرهن الرسمي، أو ديونا شخصية متعلقة بذمة المدين الهالك. (الدين العادي)، وكذلك الحقوق الثابتة، التي لها صلة بالمال، كالخيارات والشفعة والمنافع وهذا الرأي الأخير هو المتبنى من طرف المشرع الجزائري، إذ بالرجوع إلى نص المادة 180 من قانون الأسرة التي تنص على " :يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي:

1- مصاريف التجهيز والدفن بالقدر المشروع.

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى.

3 - الوصية

الفرع الثاني : مشتملات التركة:

حسب القانون الجزائري، أن الأموال والحقوق المتضمنة في التركة نوعان:

1- نوع يورث : وهي الأموال التي يتركها الهالك، على اختلاف أنواعها، كالعقارات والحقوق العينية المقومة بالمال،

كحق الارتفاق، الذي قضت المادة 868 مدني، أنه يورث بنصها على : « ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي

للممكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث ... » أما حق الانتفاع وحق السكن وحق الاستعمال، فلا تنتقل للورثة

¹وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ج 8 ، ص 270

وتنتهي بانتهاء الأجل المعين لها .وإذ لم يعين لها أجل انتهت بوفاة المنتفع، حسب المواد 852 و 857 ق م .مع ملاحظة أنه إذا نزل المنتفع، أو صاحب حق الاستعمال، أو السكن، عن حقه إلى الغير، ومات هذا الغير، فإن الحق ينتقل بموت صاحبه الجديد إلى ورثته .لكنه ينتهي بوفاة صاحب الحق الأصلي، أي صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال والسكن الأول¹ . كذلك حق الحكر ينتقل للورثة بموجب نص المادة 26 مكرر 2 من القانون رقم 07/01 مؤرخ في 2001/05/22 يعدل ويتمم القانون رقم 10/ 91 ، لكنه لا يدوم سوى مدة العقد الأولى، المبرم مع صاحب حق الحكر الأول .فإذا أبرم عقد الحكر مع شخص لمدة 05 سنوات مثلاً، ومات هذا الشخص قبل انقضاء مدة 05 سنوات ،انتقل عقد الحكر هذا لورثته .دل على ذلك المادة السالفة بنصها على: "...مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد

... " 2

كما نصت المادة 814 من القانون المدني، على انتقال الحياة بالميراث بنصها على : " تنتقل الحياة إلى الخلف العام بجميع صفاتها... " كذلك قد يفهم هذا من نص المادة 812 ق م ، فتنقل الحياة إلى الخلف العام وهو الوارث، وتكون امتداد حياة السلف (المورث) .فلا انقطاع فيها، إذ تضم مدة حياة السلف(المورث) ،إلى حياة الوارث ،بحيث يستطيع الاستفادة من دعاوى الحياة وكسب الملكية بالتقادم المكسب .فإذا حاز المورث لمدة 10 سنوات، فإن الوارث يستفيد من هذه المدة. وليس عليه إلا مواصلة الحياة بشروطها وأركانها، للمدة التي حددها القانون في المادتين 827 و828 من القانون المدني، وهي 05 سنوات في حالة المادة 827 ، تضاف للمدة التي

¹أنظر محمد وحيد الدين سوار :مرجع سابق، ص 33 .

² نص المادة 26 مكرر 2 من قانون 01/07 هو " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء أو الغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق ل 27 أبريل سنة 1991

مارس فيها الحياة المورث¹، لتصبح 15 سنة كذلك رخصة الشفعة، المنصوص عليها في المادة 794 وما بعدها من القانون المدني، تنتقل إلى من انتقلت إليه ملكية العقار². وهي بذلك تنتقل إلى الوارث الذي ورث عقارا عن مورثه³.

والنوع الثاني من الحقوق التي لا تورث إلى جانب ما ذكرنا هي الحقوق الشخصية المحضة، كحق الحضانة وحق الولاية والحق في الوظائف⁴ كذلك الديون لا تورث ولكن تكون التركة هي المسؤولة عن سدادها فإذا تجاوز الدين مجموع التركة فالورثة غير مسؤولين عن وفاته خلافا للقانون الفرنسي الذي يسمح لدائني التركة بالتنفيذ على أموال التركة وعلى أموال الورثة الشخصية ولا يحصن الوارث بحماية أمواله الشخصية سوى برفض التركة⁵ ولما كانت المادة 180 قانون أسرة جزائري قد أدخلت الديون الثابتة في ذمة المتوفي ضمن التركة فإن الورثة يكونون مسؤولين عن هذه الديون في حدود قدرة التركة على وفاءها فإذا أمكن تسديد الديون منها سددت وإذا كانت التركة مستغرقة بالدين وفوائد هذا الدين أما لو فاق الدين قيمة التركة فالورثة لا يتحملون ما زاد عن قيمة التركة من الدين⁶ ويجب أن يسدد الدين القائم في ذمة المتوفي ولو كان غير حال الأجل لأن الأجل يجل بموت المدين وقد يستخلص هذا من نص المادة 180 ق أ التي جعلت ترتيب الديون قبل الوصية وقبل حق الورثة فيفهم من هذا أن الدين حال للأجل بموت المورث لأن الأجل حسب السنهوري حق متصل بشخص المدين، والدائن نظر إلى شخص المدين في

¹ فريدة محمدي (زواوي) : الحياة والتقدم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 ، ص 40-41. أما حالة المادة 828 فهي 10 سنوات مع حسن النية والاستئناس بسند صحيح

² رمضان أبو السعود : الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها) ، نشر دار الجامعة الجديدة ، 2004 ، مصر ، ص 205

³ أنظر : في انتقال الرهن الرسمي بالميراث المادة 904 ق م مع اشتراط القيد، والمادة 947 في حق التخصيص وكذلك المادة 950 في الرهن الحيازي، والمادة 986 في حق الامتياز.

العربي بلحاج : مرجع سابق، ص 35

⁵ Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 4, deuxième édition, 1971, édition Montchrestien, Paris, P 415-416.

⁶ ذهب إلى هذا الرأي قرار من المحكمة العليا برقم 102.567 المؤرخ في 1993/12/22 المجلة القضائية سنة 1994 .

منح أجل لسداد الدين وذلك نظرا للاعتبارات قدرها في المدين قد تكون لأمانته أو للشفعة عليه وهي اعتبارات شخصية لا تورث فإذا مات المدين لم ينتفع الورثة بالأجل بل يحل الدين بموته¹ مع ملاحظة أن المادة 211 قانون مدني عددت أسباب سقوط الحق في الأجل وليس من بين هذه الأسباب وفاة المدين لكن إطلاق لفظة تسديد الدين في قانون الأسرة المادة 180 قد يفهم منها تخصيص المادة . 211

الفرع الثالث: الحقوق المتعلقة بالميراث

وننتقل للحقوق المتعلقة بالتركة وهي حسب القانون الجزائري أربعة حقوق² رأى المشرع أن يرتبها في نص المادة

180ق أ على النحو التالي:

1-الحق الأول: تجهيز الميت وتكفينه وهي نفقات غسل الميت وتكفينه ودفنه وما يتضمن في ذلك من نقل الجنازة وثمان القبر وحفره... الخ كل ذلك بالقدر المشروع حسب النص.

2-الحق الثاني: هو الديون الثابتة في ذمة المتوفي حيث يستوجب أن تقضى الديون عن الميت قبل تقسيم التركة والديون ثلاثة أنواع :

أ -ديون متعلقة بأعيان التركة مثل الأعيان المرهونة كأن يخلف المالك أرضا مرهونة أو دارا مرهونة فمن حق الدائن المرتهن أن يستوفي دينه من التركة قبل أي حق آخر يخرج من التركة .

ب -النوع الثاني من الديون في الديون العادية (الديون الشخصية) وأضاف الظاهرية نوع ثالث من الديون وهي ديون الله تعالى في ذمة الميت مثل الزكاة والكفارات والندور وغيرها التي لم يؤديها حال حياته فتبقى متعلقة بتركته³

¹العربي بلحاج: مرجع سابق، ص: 46

²جمع الحقوق المتعلقة بالتركة في لفظة (تدوم) 1-فالتاء (ت) للتجهيز -2 والدال (د) للديون -3 والواو (و) للوصية -4 والميم (م) للميراث .

³يرد على القول بأن ديون الله تعالى تبقى في ذمة المتوفي بالتالي: صح عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في صحيح بخاري ومسلم حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "إنما الأعمال بالنية فمن كانت نيته قبل موته تأدية هذه الحقوق سقطت عنه بالموت وانتقلت إلى ورثته في حدود تركته" وفي حديث آخر قال صلى الله عليه وسلم: "من افترض وهو ينوي الأداء أدى الله عنه" ومجمل القول أن الأمر معقود على نية المالك في إخراج حقوق الله تعالى.

والقانون الجزائري لم يفرق بين الديون بل أوردتها مجملة بقوله في نص المادة 180 ق.أ " الديون الثابتة في ذمة المتوفي
"دون تفصيل ولا تفرقة"¹.

3-الحق الثالث: تنفيذ الوصايا وتعرض له بالتفصيل في الفصل الموالي.

4-الحق الرابع: هو حق الورثة بعد الانتهاء من جميع الحقوق السابقة حيث يؤول الإرث بقوة القانون ودون اعتداد
بإرادة المورث إلى من حدده القانون حصرا وهم أصحاب الفروض والعصبة وذوي الأرحام حسب المادة 139 ق أ
وهم مرتبين حسب الفقرة الثانية من المادة 180 ق أ نفس الترتيب فإن لم يكن للمورث من يرثه من الأصناف
السالفة آلت التركة إلى الخزينة العامة وإن كانت عقارات آلت إلى أملاك الدولة فقد جاء في نص لمادة 51 من
قانون 30/90 الخاص بالملاك الوطنية ما يلي " :إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفى مالكة دون أن يترك وارثا
يحق للدولة المطالبة بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا أمام الهيئات القضائية المختصة بحكم يصرح بانعدام الوارث...
" والأجهزة المعترف بها حسب المادة هي الوالي² الذي يتعين عليه في حالة وجود تركة لا وارث لها رفع دعوى أمام
القضاء العادي لأنه هو الحامي الطبيعي لهذا النوع من الأملاك ذو الطبيعة الخاصة³

المطلب الثاني : أركان الميراث وشروطه

¹العربي بلحاج :مرجع سابق، ص41

²جاء في نص المادة 89 من المرسوم التنفيذي 454/91 ماييلي: " عملا بالقانون، يطالب والي الولاية التي توجد فيها أملاك
التركة الشاغرة باسم الدولة أمام الجهة القضائية المختصة بحق الدولة في وراثة تلك الأملاك."

³حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية، نشر دار هومة ، 2002 ، الجزائر ص : 47 .

للميراث أركان وشروط نتطرق إليها في مايلي

الفرع الأول : أركان الميراث

للميراث أركان ثلاثة هي:

1-المورث:

وهو الميت الذي ترك مالا أو حقا وقد يكون المورث من حكم القاضي بموته مع احتمال حياته كالمفقود الذي عرفته المادة 109 من قانون الأسرة أو كالغائب الذي عرفته المادة 110 ق أ¹ وحسب المادة 115 ق أ لا تقسم أموال المفقود إلا بعد صدور الحكم بموته ولا يصدر هذا الحكم إلا بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة كالموصى له أو الدائن كذلك النيابة العامة لها حق طلب إصدار حكم الفقدان أو الموت دل على هذا نص المادة 114 ق أ وذلك بعد مضي أربع سنوات من يوم الفقدان حسب المادة 113 ق أ والغائب يأخذ نفس حكم المفقود بنص المادة 110 ق أ إذن فالركن الأول في الميراث هو المورث الذي تنطبق عليه حالتان إما أن يتوفى وفاة حقيقية كما سماها النص وإما أن تكون وفاته اعتبارية بحكم القضاء وهي حالتا المفقود و الغائب².

2-الوارث (L'héritier):

وهو من ينتسب إلى الميت بسبب من أسباب الإرث ويستحق بذلك نصيبا أو جزء من التركة كثر هذا النصيب أو قَلَّ والورثة بغض النظر عن سبب قرابتهم من المورث ثلاثة أنواع الشخص العادي بشرط الحياة .الحمل أو الجنين في بطن أمه وقت افتتاح التركة حسب المادة 128 ق أ والمادة 134 والنوع الثالث هو المفقود الذي لم يحكم بموته حيث يعتبر حيا حسب المادة 133 ق أ.

¹أحالت المادة 31 من القانون المدني على قانون الأسرة في شأن المفقود والغائب بنصها على : " تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي..."

²المفقود غير الغائب فالمفقود هو الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته أي تجهل حالته هل هو حي أم ميت في حين الغائب هو الذي منعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وذلك خلال مدة سنة فإذا تحقق غياب شخص بهذه الأوصاف خلال مدة سنة سمي أو عد غائبا ويأخذ حكم المفقود.

3- الموروث (La succession)

هو كل ما يتركه الميت من أموال وحقوق ومنافع قليلة لأن تورث قانونا فقد نصت المادة 682 من القانون

المدني على " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية..."

الفرع الثاني : شروط الميراث

لأن الميراث سبب للخلافة حيث يخلف الوارث مورثه ويحل محله فيما كان يملكه من الأموال والحقوق ولأنه لا

يتصور قانونا أن تجتمع ملكية تامة بجميع عناصرها واستغراقها لكل الملك الواحد للشخصين في وقت واحد اشترط

القانون شروطا ثلاثة¹:

1-الشرط الأول : موت المورث

إن الشخص مادام على قيد الحياة فحقه قائم فيما يملك وثابت له لبقاء أهليته² وقدرته على التصرف لذلك

أبطل القانون التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إذ جاء في نص المادة 92 من القانون

المدني " ...غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في

القانون " وهي حالة الحجر المواد من 101 إلى 108 من قانون الأسرة والولاية في المادة 88 ق أ والوصاية بنص

المادة 95 ق أ .وبحدوث هذا الشرط (موت المورث) تنتقل أملاكه لورثته إذ تحققت بقية الشروط وموت المورث

يتخذ أحد الصور الثلاثة التالية التي يتحقق إحداها بتحقق هذا الشرط.

أ -الموت الحقيقي:

¹ويلاحظ أن المادة 128 ذكرت شرط رابعا هو ثبوت سبب الإرث وقد أجلناه للحديث عنه ضمن موضوع أسباب الإرث
²نصت المادة 25 من القانون المدني على " تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا " وانظر المادة 40 من نفس القانون.

وهو مفارقة الحياة بأن تظهر على الميت علامات تدل على موته كتوقف التنفس وتوقف القلب عن العمل وتوقف وظائف الدماغ وظهور علامات للموت تقدرها الخبرة الطبية في هذا المجال.

ب-الموت الحكمي:

ويكون بحكم قضائي بأن يصدر القاضي حكما بموت مفقود بعد مرور 4 سنوات من البحث والتحري ولا تعرف حياته أو موته بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة¹ .
وقد دل على نوعي الموت هذين المادة 127 ق أ بقولها " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا يحكم القاضي"².

ج -الموت التقديري:

ويتحقق بالاعتداء على حامل بالضرب مما يتسبب في سقوط الجنين ميتا فإنه يحكم بحياته تقديرا حتى تورث عنه غرته والغرة هي دية الجنين وتقدر بنصف عشر الدية وقد اختلف في شأن تورث الغرة بين المذاهب الفقهية، أما القانون الجزائري فلم يأخذ بالموت التقديري فليس في قانون الأسرة الجزائري سوى نوعين من الموت هما الموت الحقيقي والموت الحكمي³ .

2-الشرط الثاني: تحقيق حياة الوارث بعد موت مورثه

موت الوارث بعد المورث ولو بلحظة لأن أهليته للتملك في مال مورثه مرهونة بحياته وقد جاء في نص المادة 128 ق أ ما يلي : " يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة... " كما جاء في نص المادة 133 ق أ " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون . " وهذا يعني أن أنواع الورثة ثلاثة وهم:

¹ المادة 113 و 114 من قانون الأسرة.

² قرار من المحكمة العليا برقم 622 125 مؤرخ في : 1995/10/24 المجلة القضائية لسنة 1996 العدد 01 ، ص 117 .

³ العربي بلحاج مرجع سابق، ص55

أ - الوارث العادي:

وهو كل من خوله القانون أن يكون وارثا في مال المورث بالأسباب المحصورة قانونا حسب المادة 126 ق أ وهي القرابة والزوجية مع تحقق حياته بعد موت مورثه ولو بلحظة لأنه حسب المادة 129 من قانون الأسرة إذا توفى اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك قبل الآخر فلا يرث أحدهما الآخر¹.

ب- الوارث يكون حملا:

دل على هذا النوع من الورثة المادة 128 ق أ بقولها: "...أو حملا وقت افتتاح التركة..." فتبين من النص أن الحمل يرث لكن بشرط ذكرته المادة 134 ق أ بنصها على " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا، ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة."

ج - الوارث مفقودا لم يحكم بعد بموته:

جاء في نص المادة 133 من قانون الأسرة " إذا كان الوارث مفقودا ولم يحكم بموته يعتبر حيا وفقا لأحكام المادة 113 من هذا القانون." فمن فقد ولم تمضي على فقدانه 4 سنوات مدة البحث والتحري في حالة طلب أحد الورثة أو من له مصلحة باستصدار حكم يقضي بوفاته فيعتبر طيلة هذه المدة حيا حسب المادة 133 وله الحق في أن يرث من مورثه الميت ما لم يحكم القاضي .

3-الشرط الثالث : خلو الوارث من الموانع

¹ جاء في قرار المحكمة العليا رقم 219 318 مؤرخ في 16/03/1993 المجلة القضائية سنة 2000 العدد 02 ص 183 ما يلي: " من المقرر قانونا أنه إذا توفى اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهما هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر سواء كان موتهم في حادث أم لا...."

وموانع الإرث هي عبارة عن أوصاف وأحوال تنزل بأحد الورثة الشرعيين فتمنعه من استحقاق الإرث وموانع

الإرث حصرتها المادة 135 ق أ، والمادة 138 منه بقولها.

الماد 135 "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

1-قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريك

2-شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه

3-العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية."

أما المادة 138 فنصت على "يمنع من الإرث اللعان والردة"

فحسب القانون الجزائري هناك ثلاث حالات يمنع بها الوارث من الميراث هي القتل العمد أو التسبب فيه أو العلم

به دون الوقوف دونه أو منعه بإخبار السلطات، الحالة الثانية هي اللعان، والحالة الثالثة هي الردة وستعرض لكل

حالة بأكثر تفصيل عند معرض حديثنا عن موانع الإرث في المطلب الموالي.

المطلب الثالث: أسباب الميراث وموانعه

الفرع الأول: أسباب الميراث

يجمع الفقه الإسلامي على أن أسباب الإرث ثلاثة هي القرابة والزوجية والولاء وأسباب الإرث هي مؤهلات

¹و درجات في علاقة الوارث بالمورث إذا تحققت هذه العلاقات صح للوارث ميراثه من مورثه.

1-القرابة أو النسب:

هي كل صلة سببها الولادة وتشمل فروع الميت وأصوله² ويقصد بأصول الميت من لهم عليه ولادة مباشرة

¹محمد العمراني : المراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للاتصال النشر والإشهار ، الجزائر، 2000، ص 37 .

²وهبة الزحيلي مرجع سابق، ج 8. ص249

كالأب والأم أو بواسطة محض الذكور من جهة الأب ومحض الإناث من جهة الأم فبمحض الذكور يرث أبو أبي الأب وهو جد الجد من جهة الأب وإن علا¹ ولا يرث أبو أم الأب وترث أم الأم وأم أمها وإن علت² بمحض الإناث، والفروع هم ما تناسل عن الميت مباشرة من الذكور والإناث وما تناسل عنه بواسطة الذكور كابن الابن وأن نزل وبنت الابن دون فروعها. وبذلك يشمل الميراث بسبب النسب الأتي:

أ -الأصول :الآباء وآبائهم والأمهات.

ب -الفروع :الأولاد وأبناءهم ذكورا وإناثا.

ج -الحواشي :الإخوة والأخوات الأشقاء ولأب ولأم، وأبناء الإخوة دون الأخوات.

د -فروع الجد :الأعمام وأبناءهم الذكور فقط والباقي من الأقارب غير المذكورين هم ذوو الأرحام مثل ابن البنت وابن بنت الابن ابن الأخت بنت العم، العممة، الخال والخالة... وغيرهم مع فروعهم.

2-الزوجية :

هي علاقة بين الرجل والمرأة تنشأ نتيجة عقد زواج صحيح قائم بينهما حقيقة وقت الوفاة أو حكما في حالة المعتدة من طلاق رجعي³ متى كانت الوفاة في عدة الطلاق الرجعي والتوارث بين الزوجين قائم حتى ولو لم يقع بناء حسب المادة 130 ق أ وإذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين حسب المادة 131 ق أ ويكون الزواج باطلا متى توفرت حالة من الحالات المذكورة في المواد من 24 إلى 34 من قانون الأسرة.

والجدير بالذكر أن القانون الجزائري لا يعترف بغير هذين السببين للميراث وهما القرابة والزوجية في المادة 126 أ بقولها: " أسباب الإرث القرابة والزوجية " ولم يأتي على ذكر الولاء الذي لم يبقى له وجود في المجتمع الإسلامي .

¹ نصت المادة 141 ق أ على " لا يرث من الرجال الأب والجد للأب وإن علا..."

² جاء في نص المادة 142 ق أ " ...والأم والزوجة والجدة من الجهتين وإن علت..."

³ محمد مصطفى شلبي: مرجع سابق، ص 62 .

3-الولاء:

هو قرابة حكومية أنشأها الشرع بين المعتق وعتيقه بسبب العتق¹ فالسيد إذا أنعم على عبده بالحرية ورفع عنه قيد العبودية صيره بذلك أهلاً للولية والتملك بعد ما كان محروماً منها فجعل الشارع في مقابل هذا العتق لسيد هذا المعتوق ولاء عليه مقام القرابة النسبية ويرثه إذا مات من جانب واحد السيد يرث من عتقه، وتم الاستغناء عن هذا السبب لانعدامه في عصرنا الحالي.

الفرع الثاني : موانع الميراث

هي أوصاف وحالات إذا قامت بأحد الورثة حالت بينه وبين الميراث ولو توفرت جميع أركانه وشروطه وموانع الإرث محل خلاف بين الفقهاء في عددها وقد أقر المالكية بسبعة منها² جمع أحدهم في قوله (عش لك رزق)³ وحصرت موانع الميراث في القانون الجزائري على الحالات التالية حسب المادة 135 قانون أسرة والمادة 138 منه وهي ثلاث حالات قتل المورث عمدا وعدونا، اللعان، الردة.

1-المانع الأول : القتل العمدي للمورث

وهو إزهاق روح المورث المعصوم الدم عن طريق مباشر أو بالتسبب وقد أجمع الفقهاء على أن القتل العمد العدوان مانع من الميراث واختلفوا فيما عداه. حيث ذهب طائفة من الفقهاء إلى عدم توريث القاتل مطلقاً سواء كان القتل عمداً أو خطأ وهم الشافعية⁴ وذهبت فئة أخرى من الفقهاء إلى توريث القاتل من مال مورثه الذي قتله وسندهم في ذلك عدم وجود ما يمنع القاتل من الإرث في كتاب الله وهم الخوارج، ويرد على هذا الرأي بحديث النبي

¹محمد العمراني: مرجع سابق، ص40

²محمد محدة: الأحكام الأساسية للأحوال الشخصية، دار الشهاب، باتنة، ص 33 .

³كما جمعها أحدهم في أبيات شعرية بقوله :

ويمنع الإرث بوصف الرق والقتل عمداً أو بشك السبق

أو عدم الاستهلال أو لعان كذا الزنا تخالف الأديان

⁴يرد على هذا الرأي بحديث النبي صلى الله عليه وسلم " يقع على أمي الخطأ والنسيان وما استكره عليه " وقوله عز وجل " ربنا

لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا."

صلى الله عليه وسلم " : لا يرث القاتل شيئاً " ¹ وذهبت كوكبة أخرى إلى أن كل قتل موجب للقصاص أو الكفارة

يكون مانع للميراث وهو رأي الأحناف والحنابلة

وتذهب طائفة أخرى إلى التفريق بين القتل العمد والقتل الخطأ وهم المالكية حيث قالوا لا يرث في العمد العدوان شيئاً ويرث في القتل الخطأ ما عدا الدية.

والمشروع الجزائري في هذا الشأن تبني رأي الفقه المالكي لاعتداله في هذه المسألة حيث أكدت المادة 137 ق أ على توريث القاتل خطأ بنصها على " يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض " فالقاتل خطأ لمورثه يرثه لكن لا حق له في الدية التي قد يدفعها هو أو التعويض الذي تدفعه جهات وشركات التأمين ² والقتل العمد ³ العدوان حسب المادة 135 ق أ يكون إما مباشراً أو بالتسبب، فالمباشر يتحقق بأن يتعمد الإنسان ضرب مورثه بما يقتل غالباً أو يخنقه أو يسممه ⁴ أو يمنع عنه الطعام أو إلقاءه في نهر مع علمه أنه لا يحسن السباحة فهو فعل متعمد للقتل وقد يكون القتل نتيجة الفعل المعنوي المنصوص عليه في المادة 41 من قانون العقوبات فقد أخذ المشروع الجزائري بالفعل المعنوي في الجريمة ⁵ ولو لم يقم الشخص بأي عمل مادي يدخل في تكوين الجريمة والفعل المعنوي له عدة صور أشار المشروع إلى واحد منها صراحة وهو التحريض. إذ يعتبر المشروع الجزائري المحرض على القتل فاعلاً

¹ أنظر الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد الثالث، ج، 6 دار الجيل، بيروت، ص 74 .

² جاء في قرار المحكمة العليا رقم 24 770 المؤرخ في 14/04/1982 المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 04 ، ص 55 " ... فإن التعويض لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاقه لكل متضرر وارثاً كان أو غير وارث ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر " وحسب نص المادة 137 ق أ بمفهوم المخالفة أن غير القاتل يرث من الدية والتعويض كذلك من النص دخول الدية والتعويض في مسمى التركة.

³ عرفت المادة 254 من قانون العقوبات القتل بقولها: " القتل هو إزهاق روح الإنسان عمداً " كما تناولت المادة 288 ق ع القتل الخطأ

⁴ عرفت المادة 260 من قانون العقوبات: " التسميم هو الاعتداء على حياة إنسان بتأثير مواد يمكن أن تؤدي إلى الوفاة عاجلاً أو آجلاً... "

⁵ أنظر أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائري العام، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002 ، ص 144 .

أصليا وليس شريكا¹ فمنذ تعديل المادتين 41 و 42 من قانون العقوبات بموجب القانون رقم 04/82 المؤرخ في 1982/02/16 أصبح المحرض فاعلا أصليا للجريمة².

أما المادة 42 ق ع فقد عرفت الشريك وذكرت أحواله وهذا ما أشارت له المادة 135 ق أ في فقرتها الأولى بقولها:
"قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا."

كما تطرقت المادة إلى صور أخرى للقتل غير المباشر كشهادة الزور التي تؤدي إلى الحكم بالإعدام³ وتنفيذه وكذلك صورة العلم بالقتل أو تدييره ولم يخبر السلطات المعنية بمعنى التكتم على الجريمة التي ستقع على مورثه لأن الوارث في كل هذه الحالات اعتبره المشرع مستعجلا لحصوله على تركة مورثه.

2-المانع الثاني: اللعان

اللعان مأخوذ من اللعن في قوله تعالى في سورة النور الآيات 6 إلى 9: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنت الله عليه إن كان من الكاذبين .ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين"⁴

¹أحسن بوسقيعة الوجيز ، مرجع سابق، 2002 ، ص144

²أحسن بوسقيعة المرجع نفسه ص 144 .

³أنظر المادة 232 من قانون العقوبات

⁴جاء في كتاب أسباب النزول للسيوطي أن سبب نزول الآية ما أخرجه البخاري عن طريق عكرمة عن ابن عباس أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم .فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: " البينة أوجد في ظهرك ، فقال: يا رسول الله إذا رأى أحدنا مع امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة، فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول: البينة أوجد في ظهرك، فقال هلال :والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يبرئ ظهري من الحد، فنزل جبريل، فأنزل الله عليه (والذين يرمون أزواجهم) فقرأ حتى بلغ (إن كان من الصادقين) " أنظر السيوطي أسباب النزول، نشر مؤسسة الإيمان، بيروت، د ت، ص.308

فإذا رمى الرجل زوجته بالزنا ولم تقر هي وكذبتة شرع لهما اللعان أمام ولي الأمر¹ حيث يشهد الرجل أربع شهادات بالله أنه لصادق وفي الخامسة يلعن نفسه إن كان من الكاذبين وتبرأ المرأة لو حلفت² كذلك بالله أربع شهادات إنه لكاذب مفترى عليها وفي الخامسة تلعن نفسها إن كان زوجها صادق لأجل هذا سميت اللعان لأن الرجل والمرأة في مثل هذا الموقف يلعن كلا منهما نفسه في الخامسة وسمي المتلاعنان لما يعقب اللعان من الإثم والإبعاد لكون أحدهما كاذب، فيكون ملعونا كما قد يقصد باللعان الإبعاد لأن كل واحد منهما يبعد عن صاحبه بتأييد التحريم³ وقد تعرض قانون الأسرة الجزائري للعان ولو تلميحاً⁴ في المادة 41 منه بقولها: " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة " وقد جاء في نص المادة 138 قانون أسرة " يمنع من الإرث اللعان... " أم الطفل المنفي نسبه فلا يرث ممن نفى نسبه وإنما يرث من أمه فقط إذ باللعان لا يبق له سوى الانتساب لأمه⁵

2005 وقد أضاف القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 المعدل والمتمم لقانون الأسرة رقم 11/84 في مادته 40 فقرة جديدة تنص على: " يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب " وهذا معناه إمكانية إذا نفى الزوج نسب الحمل القائم بزوجه جاز للقاضي الأمر بفتح تحقيق أو بتعيين خبرة تتأكد من انتساب الولد أو الجنين لأبيه من عدمه بالوسائل العلمية والطبية المتاحة في عصرنا بما يسمى علم الجينات والموروثات (الحمض النووي)

¹ مراد شكري: المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية، دار الحسن للنشر والتوزيع، الأردن، 1998، ص 172 .

² يرى الإمام مالك والشافعي وجمهور العلماء أن اللعان يمين، السيد سابق: فقه السنة، مجلد 02، ص.272.

³ السيد سابق: مرجع سابق، ص 272 .

⁴ إذا استثنى التصريح باللعان في نص المادة 138 ق أ

⁵ محمد محدة مرجع سابق، ص 49

3-المانع الثالث : الردة

الردة هي إبدال دين بدين وعقيدة بعقيدة أو هو الذي كان مسلما وترك الإسلام طواعية منه¹ فالردة هي خروج المسلم عن دينه وإعلانه حيث يرى الإمام مالك أن تذهب أمواله إلى بيت مال المسلمين² (الخزينة العامة) وقد نص المشرع الجزائري على عدم قيام التوارث بين المرتد وورثته في المادة 138 ق أ" يمنع من الإرث اللعان والردة" سبقت الإشارة إلى أن المالكية يقرون بسبعة موانع للميراث هي: عدم الاستهلال، والشك، واللعان، والكفر، والرق، والزنا والقتل.

وقانون الأسرة الجزائري كما سبق بيانه لا يقر إلا بثلاث موانع هي القتل والردة واللعان وعليه يكون القانون الجزائري التقى من الفقه المالكي تحديدا في اللعان، والقتل بوجه صريح، أما الكفر فيمكن إدخاله في الردة لأن المرتد عن دينه كافر أما الكفر الأصلي أي نشوء وارث مثلا في بلاد الكفر كمن يتزوج في بلاد غير إسلامية ثم يخلّف من زوجته غير المسلمة³

أما عدم الاستهلال: وهو نزول الجنين من بطن أمه ميت فلم يدخله المشرع كذلك ضمن موانع الإرث المصرح بها لكنه تناول أحكامه في المادة 134 قانون أسرة بنصها على " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا... " ومنه يتبين أن موانع عدم الاستهلال متضمن في القانون الجزائري الشك، ويثور عندما يموت اثنان أو أكثر ممن يتوارثون كالأب والابن ولا يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما في تركة الآخر في الشريعة الإسلامية (هو مانع من الميراث) كذلك لم يتضمنه القانون الجزائري ضمن موانع الإرث لكن نصت على كونه مانع من الإرث المادة 129 قانون أسرة بقولها: " إذا توفي اثنان أو أكثر ولم يعلم أيهم هلك أولا فلا استحقاق لأحدهم في تركة الآخر..."

¹محمد محدة: مرجع سابق، ص 44

²محمد محدة: المرجع نفسه، ص 46

³لا يجوز للمسلمة زواج غير المسلم، أنظر المادة 30 قانون أسرة ويجوز جاوز المسلم (الرجل) من غير المسلمة بشرط أن تكون من أهل الكتاب، كتابية نصرانية أو يهودية لقوله عز وجل: " اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب..."

وحكم الزنا أو ولد الزنا يمكن إدراجه في مانع اللعان وولد الزنا هو من أتت به أمه بعلاقة غير شرعية فهو نتاج اتصال غير شرعي فلا يرث من أبيه الطبيعي لأنه ليس أبا شرعيا له لكن التوارث بينه وبين أمه ثابت ويمكن في هذه المسألة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى نص المادة 222 قانون أسرة حيث روى الترميذي هذا الحديث " عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :أيما رجل عاهر بجرة أو أمة فالولد ولد زنا لا يرث ولا يورث¹ "

المانع الأخير في الشريعة هو الرق والمشروع الجزائري لم يذكره لأنه لم يبق له محل فقد زال بزوال نظام الرق وإذا كان له مقتضى مستقبلا فحكمه قائما في الشريعة وفي القانون بنص المادة 222 قانون أسرة.

ونختم القول في نهاية هذا المبحث بالقول أن نظام الميراث متفق عليه بين الشرائع السماوية والشرائع الوضعية² ذلك أن نظام الإرث يقوم على أساس من الفطرة والعدل، فمن فطرة الإنسان اهتمامه بذريته وقرابته ورغبته في توفير ما يستعينون به في حياته وحتى بعد موته .والإرث يحقق له هذا المطلب الفطري كما أنه من العدالة أن تكون أموال الشخص بعد موته لمن كانوا السبب في وجوده وهم أبواه ولمن كان السبب في وجودهم وهم أبناءه، فالموت يقطع حاجة الإنسان للمال ولا عدل من جعل من يخلفه في هذا المال من تربطه بهم روابط القرابة والمصاهرة.

المبحث الثاني: الشروط المستوجبة قانونا في انتقال عقارات التركة

إن المشرع الجزائري يفرض في المعاملات الواردة على العقارات ركنا رابعا هو الشكلية كما أنه يوجب شروطا لا تنهض المعاملات العقارية إلا بها، وهي التسجيل والشهر بل ذهبت المادة 793 من التقنين المدني إلى اعتبار عملية انتقال العقار لا تتم إلا بالشهر فهو المحدث للأثر العيني

¹ الشوكاني: نيل الأوطار، المجلد الثالث، ج 6، ص 66. قال الشوكاني في إسناد هذا الحديث أبو محمد عيسى بن موسى القرشي

الدمشقي قال عنه البيهقي ليس بمشهور

² محمد مصطفى شلي: مرجع سابق، ص 9

فالشهر له دور أساسي يتمثل في إتمام نقل الملكية حتى بين الأطراف، ولكون التركة قد تحوي عقارات يخلفها الهالك يرثها كما أسلفنا الورثة الشرعيين ما توافرت فيهم الشروط والأحكام التي أثبتناها سابقا.

فكيف يتم هذا الانتقال لعقارات التركة من المورث إلى الوارث لاسيما وهو انتقال بين ميت وحي (بسبب الوفاة)؟ وهل يفرض في هذا الانتقال العقاري ما يفرض عادة من أركان وشروط أم يتميز هذا النوع من الانتقال العقاري بميزات وخصائص؟ بمعنى انتقال العقارات بسبب الوفاة عن طريق الإرث هل توثق وتسجل وتشهر أم تشد عن هذه القواعد المقررة قانون في انتقال العقار؟

المطلب الأول: توثيق انتقال عقارات التركة

أحسن ما يجب أن نبدأ به في هذا المقام هو طرح السؤال التالي: هل توثق عملية انتقال عقارات التركة من المورث الهالك إلى الوارث؟

والإجابة عن هذا السؤال تكون بالإيجاب: نعم توثق عملية الانتقال العقار من السلف إلى الخلف العام عن طريق الميراث وفق التالي:

أولا: جاء في نص المادة 30 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري ما يلي: " يجب على كل حائز ملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل."

وهذا يعني أن على الوارث الذي انتقلت له ملكية العقارات ضمن التركة حيازة سند يثبت أحقيته في هذه العقارات، وقد اشترطت المادة 324 مكرر 1 أن يكون هذا السند في شكل رسمي لأنه متضمن انتقال ملكية عقارية إذ نصت على: "... يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية... في شكل رسمي... " ومن المعلوم أن الشكل الرسمي هو العقد الرسمي الذي يقوم بتحريره موثق كما دلت عليه المادة 03 من قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق بنصها على "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة "

والوسيلة (التقليدية) التي يستطيع الوارث بواسطتها إثبات أحقيته في عقارات مورثه ومنقولاته هي الفريضة هذه الأخيرة التي يقوم بإعدادها موثق لكن الفريضة الشرعية لا تمكّن الوارث من التصرف في العقارات التي ورثها إلا بعد إجراء آخر هو طلب إعداد الشهادة التوثيقية لأنها هي الوحيدة التي تمكنه من التصرف في العقارات التي ورثها حيث جاء في نص المادة 88 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف... " فالظاهر من هذا النص أن ما أسمته شهادة الانتقال عن طريق الوفاة وهي الشهادة التوثيقية¹ وبما أن الشهادة التوثيقية يقوم بإعدادها موثق بناء على طلب الورثة و الشهادة التوثيقية تتضمن انتقال عقارات التركة² فإن انتقال عقارات التركة توثق بالشهادة التوثيقية وهي تتضمن وجوبا حسب المادة 62 من المرسوم 63/76 ما يلي ذكر الحالة المدنية للمتوفي والتصديق عليها وذلك بذكر الاسم واللقب والموطن كما يذكر فيها كذلك أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ميلاد ومهنة كل وارث بالاستناد إلى الفريضة المعدة بعد الوفاة، كما يذكر فيها العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها اعتمادا على عقودها الرسمية³ ثانيا: نصت المادة 91 من المرسوم 63/76 على: " كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، وينبغي على الموثقين أن

¹ الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية (Les actes déclaratives) وهي وسيلة فنية وأداة تمكن من شهر حق الإرث يقوم بإعدادها موثق بناء على طلب أحد الورثة أو الموصى لهم تناولت أحكامها كل من المواد 39، 46، 47، 61، 62، 73، 74، 88، 91، 99، 107 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

² نص المادة 62 من مرسوم 63/76 هو: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف، ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف موثق أو كاتب ضبط أو سلطة إدارية في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء"، وفيما يخص الشهادات بعد الوفاة يجب الإشارة إلى الحالة المدنية والتصديق عليها بالنسبة للمتوفي وبالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم.

³ أنظر المادة 66 من المرسوم 63/76 .

يجرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كل أو جزء من تركة..."

يستفاد من هذا النص كذلك أن انتقال أو إنشاء أو انقضاء الحقوق العينية ومنها حق الملكية يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة إذ كان هذا الحق سببه واقعة الوفاة، كما يستفاد من النص أن الموثق هو المخول قانونا إعداد هذه الشهادة وفيه زيادة بيان على أن انتقال العقار بواقعة الوفاة إلى الورثة يوثق لأن المادة فرضت أن يثبت هذا الانتقال عن طريق شهادة موثقة كما أوجبت على الموثق إصدار هذه الشهادة بطلب من الورثة .

المطلب الثاني: تسجيل حقوق انتقال عقارات التركة

تسجل العقود والسندان لدى مصلحة التسجيل والطابع على مستوى مديرية الضرائب كما أن المادة 10 من القانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق أوجبت على الموثق ضرورة تسجيل كل العقود والسندات التي يقوم بتحريرها حيث جاء فيها " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر العقود... " وبما أن الشهادة التوثيقية يقوم بإعدادها موثق فإنه يستوجب عليه تسجيلها. ونجد المادة 58 و 60 من قانون التسجيل تحملان نفس المعنى في ضرورة تسجيل الموثق لكل العقود والسندات التي يحررها ويصدرها بمناسبة المعاملات العقارية. أما تسجيل الحقوق الميراثية نتناولها فيما يلي:

الفرع الأول: وجوب تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة

أوجب الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل ضرورة تسجيل انتقال أموال التركة من المورث إلى الورثة بصفة مجملة سواء كانت منقولات أو عقارات أو غيرها¹ حيث جاء في نص المادة 36 منه: "...ودفع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة والتي يثبت وجودها بصفة قانونية يوم فتح التركة..."

¹ جاء في نص المادة 43 من قانون التسجيل ما يلي: " يعتبر من الناحية الجبائية كجزء من تركة حق الانتفاع، إلى أن يثبت العكس كل قيمة منقولة أو نقود أو عقار تعود ملكية حق الانتفاع به إلى المتوفى وملكية الرقبة إلى ورثة محتملين..."

فيفهم من هذه العبارة أن انتقال التركة عموما من المورث إلى الورثة تدفع عليها رسوم وذلك بتسجيلها لدى المصالح المعنية¹ حيث أوجبت المادة 171 من قانون التسجيل على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا تصريحاً مفصلاً بمشمولات التركة يوقعونه على استمارة مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب مجاناً ويؤكدون هذا التصريح (بتوكيد الصدق) الذي نصت عليه المادة 133 من نفس القانون وهو عبارات يؤكد المصريح من خلالها ملكاً للهلك إذ جاء في هذه المادة " كل تصريح بنقل الملكية عن طريق الوفاة يقدمه الورثة أو الموصى لهم أو الأوصياء أو المتصرفون الشرعيون، ينتهي بالعبارة التالية " يؤكد المصريح صدق وصحة هذا التصريح " ويؤكد فضلاً عن ذلك تحت طائلة العقوبة المنصوص عليها في المادة 134 من قانون التسجيل أن هذا التصريح يتضمن المبلغ نقداً والديون المنقولة الأخرى التي حسب معلوماته كانت ملكاً للهلك كلياً أو جزئياً ويجب أن تكتب هذه الجملة على هذا النحو بخط المصريح."

وبما أن عقارات التركة يثبت انتقالها من المورث إلى الوارث بواسطة الشهادة التوثيقية حسب نص المادة 91 من المرسوم 63/76 فإن المادة 280 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل أعطت لهذه الشهادة حكماً خاصاً بالنسبة لتسجيلها إذ قررت المادة أن يكون تسجيلها مجاناً بنصها على: "تسجل مجاناً الشهادات الموثقة التي يتم إعدادها بعد الوفاة والمتبنة لنقل الملكيات العقارية."

يستنبط من هذه المادة أمران مهمان هما:

1- أن الشهادة التوثيقية تسجل لكن تخص باستثناء هو أن يتم هذا التسجيل مجاناً.

2- الشهادة التوثيقية لا تتضمن سوى انتقال الملكيات العقارية.

¹ نصت المادة 81 من قانون التسجيل على " إن رسوم العقود وعقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات والخصص المحددة بموجب هذا القانون."

ونصت المادة 85 من نفس القانون على " يدفع الورثة أو الموصى لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة..."

وسبب إعفاء هذه الشهادة من رسوم التسجيل يكمن في أن الحقوق التي تتضمنها وهي الحقوق العقارية سبق تسجيلها ودفعت رسومها ضمن مشمولات التركة عموماً لأنه كما سبق ذكره يتعين على الورثة أو الموصى لهم أن يدفعوا رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة وتكون بصورة مجملة دون فرز لمشمولات التركة وفصل منقولاتها عن عقاراتها وهذا ما أكدته المادة 85 من قانون التسجيل بنصها على: " يدفع الورثة أو الموصى لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة ويكون الورثة الشركاء متضامنين."

الفرع الثاني : مكان تسجيل الشهادة التوثيقية وآجالها

1-مكان تسجيل الشهادة التوثيقية:

جاءت المادة 75¹ من قانون التسجيل كقاعدة في منح اختصاص التسجيل بصفة عامة في مكتب التسجيل التابع له مكتب الموثق بمعنى أن مكان تواجد مكتب الموثق الذي حرر العقد هو الذي يحدد مكان تسجيل هذا العقد، غير أن المشرع في باب تسجيل نقل الملكية عن طريق الوفاة أتى باستثناء ينص على أن يكون التسجيل في هذه الحالة في المكتب التابع لمحل سكنى المتوفي، إذ جاء في نص المادة 80 من قانون التسجيل ما يلي: " يسجل نقل الملكية عن طريق الوفاة في المكتب التابع لمحل سكنى المتوفي مهما كانت حالة القيم المنقولة أو العقارية التي يجب التصريح بها..."

ثم طرحت المادة نفسها افتراضين ووضعت حلول لها حيث جاء فيها: "...وعند عدم وجود محل سكنى في الجزائر فإن التصريح يتم في المكتب التابع لمكان الوفاة، وإذا لم تكن الوفاة وقعت في الجزائر، يتم التصريح في المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب."

¹عدلت هذه المادة بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985

فلافتراض الأول هو عدم وجود محل سكني للمتوفي في الجزائر كأن يزور مهاجر جزائري بلاده فيتوفه الموت بها وليس له محل إقامة في الجزائر فالحل الذي طرحته المادة هو تسجيل انتقال التركة يكون في مكتب التسجيل التابع له إقليميا مكان الوفاة فإذا توفي شخص مثلا في بلدية الجلفة ولم يكن له محل إقامة في الجزائر وترك مالا يورث فإن تسجيل انتقال أمواله إلى ورثته يكون في مكتب التسجيل بالجلفة.

أما الافتراض الثاني فهو يتضمن الحالة الأولى زيادة عليها أن الوفاة تكون خارج الجزائر بمعنى مهاجر جزائري تكون له أملاك عقارية ومنقولة داخل الجزائر ويدركه الموت خارج الجزائر وليس له محل إقامة بها، في هذه الحال تطرح المادة كذلك الحل التالي: يسجل انتقال أملاكه لورثته في المكاتب التي تعينها إدارة.

2- آجال تسجيل الشهادة التوثيقية:

أولا يجب أن نفرق بين تسجيل الشهادة التوثيقية الذي تناولته المادة 280 من قانون التسجيل وتسجيل تصريح الورثة بالنسبة لكل التركة المنصوص عليه في المواد 65، 66 من قانون التسجيل حيث حددت المادة 65¹ من قانون التسجيل آجالا للتسجيل فيما يخص التصريح المقدم من طرف الورثة أو الموصى لهم بأجل سنة واحدة ابتداء من يوم الوفاة وهذا التصريح يقدمه المعنيين دون الاستعانة بموثق حسب المادة 171 من قانون التسجيل لأن تصريحاتهم تكون على استمارات مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب. وهذا نفسه ما تتضمنه أحكام المادتين 133 و 134 من قانون التسجيل.

في حين نجد الشهادة التوثيقية ولأنها يجرها موثق يجب أن تسجل في حدود الأجل الذي حددته المادة 58 و 60 من قانون التسجيل والمقدر بشهر واحد ابتداء من تاريخها أي من تاريخ إعداد الشهادة التوثيقية فتتص المادة 58 على: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة

¹ نصت المادة 65 من قانون التسجيل على: " إن الأجل المحدد لتسجيل التصريحات ماعدا الأحكام الخاصة المنصوص عليها في المواد من 66 إلى 71 أدناه والتي يجب على الورثة أو الموصى لهم تقديمها عن الأموال المستحقة لهم أو التي انتقلت عن طريق الوفاة يحدد بسنة واحدة ابتداء من يوم الوفاة."

64أدناه. وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالي: 1 العقود التي تتناول نقل الملكية..."

المطلب الثالث : شهر انتقال عقارات التركة

توصلنا في المطالب السابقة إلى أن حق الإرث بالنسبة للعقارات يثبت بالشهادة التوثيقية حسب نص المادة 91من المرسوم 63/76 بنصها على: " كل انتقال...بمناسبة أو بفعل الوفاة...يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة...."

ولأن التشريع الجزائري جعل انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر فان الشهادة التوثيقية تشهر حيث جاء في نص المادة 39 من المرسوم 63/76 ما يلي: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت لانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشيعاء وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبيّن في الشهادة كم نصت المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود به بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

فالظاهر من هذا النص أن الوارث يعد مالكا لعقارات التركة بمجرد حدوث واقعة الوفاة ودون حاجة إلى شهر حقه وذلك راجع إلى أن الميراث يقوم على سبب هو الوفاة إذا حدث هذا السبب قام حق الوارث في خلافة المورث على ملكه لأن شخصية المورث تنتهي بالوفاة فكان لابد من انتقال عقارات التركة إلى ذمة الوارث فور حدوث الوفاة.

إن انتقال عقارات التركة لا يتم بالشهر بل تنتقل بمجرد حدوث واقعة الوفاة لكن الوارث يبقى ممنوع من التصرف في عقارات التركة إلى حين شهر الشهادة التوثيقية التي تثبت انتقال عقارات التركة له وهذا ما دلت عليه

المادة 88 من المرسوم 63/76 بقولها: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود

إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف... "

فالمادة صريحة في أن الوارث لا يمكنه التصرف في عقارات التركة سواء بالبيع أو الرهن أو المقايضة أو غيرها ...

إلا إذا قام بشهر حقه في هذه العقارات ، تطبيقا لمبدأ الأثر الإضافي للشهر الكاشف عن تسلسل الملكية العقارية

هذا ما ذهب له معظم الذين تناولوا هذا الموضوع بالشرح¹ في القانون الجزائري نقلا عن غيرهم من القانونيين

العرب . كما نصت المادة 15 من الأمر 74/75 على: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا

وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة

يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية." حيث تحدثت بكل صراحة عن بدأ سريان كسب وانتقال

الحقوق العينية العقارية بصفة عامة حيث جعلت القاعدة في ذلك هو تاريخ الشهر .

واستثنت في فقرتها الثانية نقل الملكية عن طريق الوفاة فجعلته يسري من يوم الوفاة وليس من تاريخ شهر

الشهادة التوثيقية.

الفرع الأول: متى تنتقل عقارات التركة للوارث:

القانونيين الجزائريين لا يبيحون انتقال عقارات التركة للوارث إلا بالشهر بأثر رجعي إلى يوم الوفاة، أمثال

الأستاذة ليلي زروقي وأحمد حسن خليل قداددة وعبد الحفيظ بن عبيده² وغيرهم.

وذلك للأسباب التالية:

1- المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 والمراسيم المطبقة له ومن مبادئ هذا النظام

مبدأ القيد المطلق ومفاده أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية فهو الذي ينشئها أو يعدلها وحتى يزيلها لأن

¹ أمثال حمدي باشا عمر: في كتابه نقل الملكية العقارية، ص 32، و محمد زهدور في كتابه الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1991، ص 151 وما بعدها.

² أنظر عرضا ألقاه القاضي بن عبيدة في اليوم الدراسي الأول لمجلس قضاء سطيف يوم 2004/06/07 حول شهر التصرفات العقارية،

كل حق غير مقيد (مشهر) لا وجود له لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير وهذا ما يؤكد انتقال عقارات التركة بالشهر لأن ملكية الوارث لها لا يعترف بها ما لم تشهر حتى ولو لم يتصرف فيها الوارث.

2- جاء في نص المادة 793 من القانون المدني ما يلي: " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

فالمادة صريحة في جعل انتقال العقار لا يتم إلا بالشهر وقد أحالت على قانون الشهر وهو المرسوم رقم 63/76 وقد نصت المادة 91 منه على أن انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة وأكدت المادة 39 منه على أن هذه الشهادة تشهر كما دلت على ذلك المادة 73 من نفس المرسوم

3- نصت المادة 39 من المرسوم 63/76 على: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشيوخ وبالخصه التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة."

فعبارة إشهار شهادة موثقة تدل على وجوب شهر هذه الشهادة وعبارة تثبت الانتقال تفيد أن شهر الشهادة هو الذي يفيد الانتقال وعبارة يؤشر على بطاقة العقار تفيد أن الأمر متعلق بالعقار. فعقارات التركة إذن تنتقل للمورث بشهر الشهادة الموثقة المثبتة لهذا الانتقال.

4- تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني هذا النظام المرتكز أساسا على عملية المسح وبعد هذه العملية يصبح الدفتر العقاري هو السند الوحيد للملكية وقد نصت على هذا المادة 19 من 74/75 بقولها: " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري والدفتر الذي يشكل سند ملكية " فسند الملكية الوحيد بالنسبة للوارث في عقارات مورثه بالنسبة للمناطق الممسوحة هو الدفتر العقاري الذي تقدمه المحافظة العقارية.

ودلت المادة 147¹ من المرسوم 63/76 أن أصحاب الحقوق على الشيوع يقدم لهم دفتر عقاري واحد يسلم لمن عينه أصحاب الحقوق على الشيوع كوكيل عنهم من بين المالكين وفي حالة عدم تعيين وكيل عنهم يحتفظ بهذا الدفتر ويودع لدى المحافظة العقارية. كما بينت المادة 39² من نفس المرسوم أن الورثة أصحاب حقوق على الشيوع أو مالكيين على الشيوع .

5- يؤيد انتقال عقارات التركة للوارث بالشهر الواقع العملي والمصلحة العامة وطبيعة نظام الشهر المتبع في الجزائر لأن الوارث قد يحدث أن لا يتصرف في عقارات التركة طيلة حياته فتنتقل بدورها إلى ورثته مرة ثانية وقد يصادف أن لا يتصرف هؤلاء الورثة في ما ورثوه من عقارات وتتسلسل عملية انتقال العقارات بحادثة الوفاة وحدها بين الأجيال فيصبح من المستحيل معرفة المالك الحقيقي لهذه العقارات لأنها بعدم شهرها تبقى على ذمة المالك الأول، وهذا ما يفقد معه النظام الخاص بالشهر في الجزائر قيمته³ .

6- إن القول بأن عقارات التركة تنتقل بمجرد حادثة الوفاة وأن الوارث لا يستطيع التصرف فيها إلا بشهر هذا الانتقال يجعل هذه الملكية للوارث ناقصة لأن عناصر الملكية كما هو معرف هي حق الاستعمال وحق الاستغلال (تمتع) وحق التصرف، والوارث حسب هذا الطرح ليس له إلا حق التمتع دون حق التصرف حتى يشهر حق إرثه . إذن من كل ما سبق نؤكد أن انتقال عقارات التركة بسبب الوفاة لا يتم إلا بالشهر ولكن بأثر رجعي يعود ليوم الوفاة.

¹ نصت المادة 47 من المرسوم 63/76 على: " عندما يكون شخصان أو أكثر أصحاب حقوق على الشيوع، يعد دفتر واحد ويودع لدى المحافظة العقارية، ما لم يكن هؤلاء الأشخاص قد عينوا وكيلاً من بين المالكين لحيازة هذا الدفتر، ويشار على البطاقة المطابقة إلى الجهة التي آل إليها الدفتر العقاري."

² ونصت المادة 39 من المرسوم 63/76 على: " عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على البطاقة باسم جميع المالكين على الشيوع وبالخصصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون مبين في الشهادة."

³ صداقي عمر : رسالة ماجستير بعنوان شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، جامعة الجزائر، غير منشور، ص 76 .

الفرع الثاني : آجال شهر الشهادة التوثيقية

بالنسبة لآجال شهر الشهادة التوثيقية نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على ضرورة شهرها في مدة شهران ابتداء من اليوم الذي قدم فيه الالتماس إلى الموثق ويمدد هذا الأجل إلى مدة أربعة أشهر إذ كان أحد المعنيين سواء وارث أو موصى له يسكن بالخارج أي خارج الجزائر، ويكون أصحاب الحقوق الجدد وهم الورثة والموصى لهم مسؤولين مدنيا في حالة تضرر الغير بفعل تصرفات الورثة أو الموصى لهم في عقارات التركة قبل إشهار حقهم في الإرث وتراخيهم عن ذلك لمدة تزيد عن ستة(06) أشهر بعد وفاة المورث.

إلا أن قانون المالية لسنة 1999 وبموجب المادة 31 منه عدل الآجال الممنوحة لشهر الشهادة التوثيقية بحيث تصبح ثلاثة أشهر بدلا من شهرين في حق المقيمين داخل الجزائر وتمتد إلى خمسة (05) أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما خارج الجزائر ابتداء من يوم تحرير المحضر (الشهادة التوثيقية) وليس من يوم تقديم الالتماس من طرف الورثة إلى الموثق لإعداد هذه الشهادة وتبقى مسؤولية الورثة قائمة مدنيا في حالة حدوث ضرر للغير بسبب تصرفاتهم في عقارات التركة في الفترة التي تزيد عن تاريخ الستة (06) أشهر الأولى من يوم وفاة المورث، ونلاحظ أن المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 جاءت بالتعديلات التالية:

1-تمديد أجل شهر الشهادة بالنسبة للمقيمين داخل البلد بزيادة شهر واحد لتصبح 3 أشهر بعدما كانت شهران فقط.

2-تمديد أجل شهر الشهادة بالنسبة للمقيمين خارج الجزائر بزيادة كذلك شهرا واحدا لتصبح المدة 05 أشهر بدلا من 04 أشهر.

3-تغيير تاريخ بدأ سريان هذه الآجال حيث كانت تبدأ في السريان ابتداء من يوم تقديم الالتماس للموثق بإعداد الشهادة وغيرها قانون المالية لسنة 1999 إلى تاريخ تحرير الشهادة التوثيقية حيث تبدأ هذه الآجال في السريان ابتداء من تاريخ تحرير الشهادة وليس من تاريخ تقديم الالتماس.

مع ملاحظة أنها تشهر في المحافظة العقارية الواقع في إقليمها العقار المعني من طرف الموثق الذي حررها¹ تحت طائلة العقوبة بغرامة مالية نصت عليها الفقرة الأخيرة من نص المادة 99 المذكورة آنفا حيث جاء فيها: " فإن عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة، يعاقب عليها بغرامة مدنية قدرها 100 دج تكون على عاتق محري العقد المشار إليهم في المادة 90 ... ".

المبحث الثالث: آثار تخلف التوثيق والتسجيل والشهر في انتقال عقارات التركة بسبب الميراث

خلصنا في المبحث السابق إلى أن عملية انتقال عقارات التركة بسبب الميراث توثق وتسجل وتشهر، والسؤال المفروض علينا في هذا المقام هو: هل تخلف هذه الشروط له آثار على عملية الانتقال؟ وهل يصح انتقال عقارات التركة بسبب الميراث لو تأخر عنها عملية توثيقها أو شهرها أو تسجيلها، وما هي آثار عدم التوثيق وعدم التسجيل والشهر؟!

المطلب الأول: تخلف التوثيق

إن لشهر الحقوق الميراثية (شهر الشهادة التوثيقية) دور كبير في انتقال عقارات التركة إلى الوارث فحسب الرأي الأول القائل بأن الوارث لا يمكنه التصرف في عقارات التركة إلا بعد الشهر، أو الرأي الثاني القائل بأن الشهر هو الناقل الحقيقي لعقارات التركة إلى الوارث ورغم الأهمية الكبيرة للشهر في هذا المقام إلا أن الشهر لا يقبل في المحافظة العقارية ما لم يكن السند المراد إشهاره موثق حيث نصت المادة 61 من المرسوم 63/76 على ما يلي: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي."

¹ نصت المادة 04 من المرسوم 63/76 على: "تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية، بصفة انتقالية فإن اختصاص مكتب يمكن أن يمتد إلى عدة بلديات، وفي هذه الحالة يحدد قرار من وزير المالية الإقامة والاختصاص الإقليمي لكل مكتب محافظة عقارية... "

ومن خلال نص هذه المادة تتجلى قيمة توثيق انتقال عقارات التركة حسب الرأي الأول أو تنقل ملكية العقارات للوارث حسب الرأي الثاني مبنية على الشكل الرسمي وهو العقد الرسمي الذي يقوم بتحريه وإصداره الموثق (التوثيق)

ونستنتج من هذا أنه إذا تخلف التوثيق تخلف معه الشهر وتختلف بذلك إما إمكانية تصرف الوارث في عقارات التركة وإما تخلف انتقال ملكية العقارات للوارث.

هذا في حالة تخلف التوثيق كلية لأنه يمكن أن يوثق انتقال عقارات التركة بالميراث بواسطة الشهادة التوثيقية، لكن هذه الأخيرة لا يكون لها أي حجية في الحالات التالية:

الفرع الأول: حالات وردت في قانون التوثيق

هناك حالات نص عليها قانون التوثيق يكون السند الذي أصدره الموثق باطلا ولا يمكن الاحتجاج به منها:

1- إذا أصدر الشهادة التوثيقية موثق في نفس الوقت وارث أو موصى له أو كان أحد الورثة من أقاربه أو أصهاره حتى الدرجة الرابعة من عمود النسب أو كان الورثة أو الموصى لهم من حواشي الموثق كانت الشهادة التوثيقية باطلة حيث نصت المادة 19 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على: " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفا معينا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت يتضمن تدابير لفائدته، أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفًا أو أية صفة أخرى كانت .

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

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

2- كذلك لو تم تحرير الشهادة التوثيقية بلغة غير اللغة العربية تكون باطلة بنص المادة 26 من قانون التوثيق

حيث جاء فيها " :تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية ¹ .

¹ تستثنى الحالات التي تكون الشهادة التوثيقية موجهة لاستعمالها في بلد أجنبي غير عربي يجوز ترجمتها إلى اللغة المعنية.

وكذلك الإخلال بما اشترطته المادة 26 من نفس القانون حيث أوجبت البيانات التالية: اسم ولقب الموثق، ومقر مكتبه، واسم ولقب وصفة الأطراف (ورثة موصى لهم) وموطن وتاريخ ومكان ولادتهم وجنسياتهم، المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه الشهادة التوثيقية، وتوقيع الأطراف والموثق والشهود إن وجدوا. فالإخلال بهذه البيانات أو تخلفها يعرض الشهادة للإبطال.

إذا حرر الموثق الشهادة التوثيقية وهو في حالة من الحالات التي نصت عليها المادة 35 من قانون التوثيق كأن يكون معزول أو موقوف عن أداء وظيفته التي أناطه القانون بما كانت الشهادة التوثيقية باطلة، كذلك لأنها صادرة من غير ذي صفة لأن الموثق خولته السلطة تحرير العقود والسندات التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ما كانت متوفرة فيه الشروط القانونية أم لو عزل أو أوقف لعدم تمتعه بالشروط المطلوبة كأن يتم توقيفه لمدة (06) أشهر عن أداء عمله حسب نص المادة 54 من قانون التوثيق كعقاب له يكون غير محول إصدار وتحرير مثل هذه العقود والسندات ومنه يكون ما أصدره في هذه المدة باطلا .

الفرع الثاني : حالات وردت في المرسوم رقم 63/76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري والقانون المدني

هناك شروط وبيانات اشترطها القانون المدني وأوجب المرسوم 63/76 ضرورة توافرها في السندات المثبتة للملكية العقارية عموما ومنها الشهادة التوثيقية وتخلفها يعرض السند للإبطال منها:

1-الشرط الشخصي: نصت المادة 62 من المرسوم 63/76 على: " كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف... " وهو نفسه ما تبنته المادة 29 من قانون التوثيق فتخلف هذه البيانات في السند المقدم للشهر يؤدي إلى عدم قبول هذا السند وعدم شهره فتقع بذلك تبعات عدم الشهر.

2- نصت المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني على: " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية."

ونصت المادة 66 من المرسوم 63/76 على ضرورة توافر نفس البيانات والمعلومات عن العقار المراد توثيقه وشهره بعد ذلك، فالمادتان تشترطان ضرورة توافر بيانات تامة عن العقار المراد شهره في السند التوثيقي لأن هذا الأخير هو الذي يقدم للشهر.

ومجمل القول أن القانون فرض ذكر مجموعة بيانات عن الأشخاص المتعاملين في العقار أو المنقول كما فرض بيانات تتعلق بالعقار نفسه من حيث المساحة والموقع والحدود وغيرها تحت طائلة بطلان السند وعدم قبوله للشهر (رفض الإيداع)

المطلب الثاني : تخلف التسجيل

إن التسجيل له دور جبائي لتدعيم خزينة الدولة قصد صرف هذه المبالغ في التنمية الاجتماعية كما أن للتسجيل دور إثباتي بالنسبة للعقد العربي من تاريخ تسجيله ولأن تسجيل الشهادة التوثيقية يكون من الموثق لأنه هو من قام بتحريرها حسب المادة 10 من قانون التوثيق فإن عدم تسجيلها يؤدي إلى فرض غرامات مالية في حق الموثق تختلف نسبتها تبعاً لمدة التأخير حسب المادة 93 من قانون التسجيل . كما أن عدم تسجيل السند العربي المبرم قبل سنة 1971 يمنعه من اكتساب تاريخ ثابت فيحرم بذلك من تحويله إلى عقد أو سند يمكن الاحتجاج به بالنسبة للسندات التي تثبت حقوق ميراثية في شكل عرضي قبل سنة 1971 .

ونصت المادة 197 من قانون التسجيل على تقادم حق مديرية التسجيل والطابع في حقوق التسجيل بمضي 4 سنوات بالنسبة للعقود والوثائق الأخرى ومنها الشهادة التوثيقية ابتداء من يوم تسجيل عقد أو وثيقة أخرى أو

تصريح يظهر بصفة كافية استحقاق هذه الرسوم. وتمدد هذه المدة إلى 10 سنوات ابتداء من يوم تسجيل التصريح بالتركة إذا كان الأمر يتعلق بإغفال أموال في التصريح بالتركة ونفس المدة تكون بالنسبة للتركات غير المصرح بها. وبذلك يكون لدينا حسب المادة أجلين في تحصين الشهادة التوثيقية غير المسجلة فتسقط حقوق مديرية التسجيل والطابع في مطالبتنا بتسجيل هذه الأخيرة بمضي 4 سنوات من يوم تسجيل أي عقد أو وثيقة أخرى يظهر فيها بجلاء استحقاق هذا الرسم ولم تطالب به كتسجيل وصية مثلا تظهر أن المال والعقارات الفلانية قد انتقلت للورثة بموت مورثهم في يوم كذا ولم تطلب مصلحة التسجيل بهذه الاستحقاقات خلال 4 سنوات سقط حقها في ذلك بعد هذه المدة.

المطلب الثالث : تخلف الشهر

بما أن أمر انتقال عقارات التركة مختلف فيه فمنهم من أرجعه إلى حادثة الوفاة حيث تنتقل عقارات التركة للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة ومنهم من يجعل للشهر سلطان على انتقال عقارات التركة للوارث فلا تنتقل إلا بالشهر وتبعا لهذين الرأيين ينتج عن عدم الشهر التالي.

بالنسبة للرأي الأول فإن الوارث تغل يده عن التصرف في عقارات التركة حتى يشهر حق إرثه ويستنتج معه أن عدم الشهر في مثل هذه الحالة تجعل الوارث وهو المالك الجديد لعقارات التركة ممنوع من التصرف في عقارات التركة ما لم يقيم بالشهر.

أما بالنسبة للرأي الثاني القائل بأن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر فنتيجة عدم الشهر هي عدم انتقال عقارات التركة له بالمرّة حيث تبقى معلقة حتى يتم الإشهار واستنادا إلى ما دللنا به سابق على أن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر.

نقول في الخلاصة أن عدم الشهر يؤدي إلى بقاء عقارات التركة معلقة ويجول دون انتقاله للوارث وقد يصبح الوارث ليس له سوى سلطة فعلية على هذه الأخيرة دون السلطة القانونية.

الفصل الثاني

انتقال الملكية العقارية بالوصية

الفصل الثاني : انتقال الملكية العقارية بالوصية

قدمنا سابقا أن واقعة الوفاة سبب لانتقال الأموال ومنها العقارات وفق حالتين هما الميراث والوصية فكلاهما يحقق الخلافة، إما للوارث أو للموصي له في أملاك المورث (الموصي) وتلتقي الوصية والميراث من حيث كون كل منهما خلافة بسبب الموت ويفترقان من حيث كون الخلافة في الميراث إلزامية تتم بقوة القانون في حين تكون الخلافة في الوصية اختيارية، والوصية سببا من أسباب انتقال حق الملكية والحقوق العينية الأصلية .

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجده نظم موضوع الوصية في الكتاب الرابع منه في فصله الأول بحوالي 18 مادة من المادة 184 إلى المادة 201 حيث ذكر في مادته الأولى تعريف الوصية ثم ذكر مقدارها في مال المورث ثم عرج على الموصي والموصى له وذكر شروطهما وأحوالهما وذكر في المادة 191 إثبات الوصية ثم تناول بعد ذلك أحكام الوصية.

المبحث الأول : ماهية الوصية

سنتطرق في مبحثنا هذا إلى التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام وأركان وخصائص وكذا موانعها

المطلب الأول : التعريف بالوصية وما يتعلق بها من أحكام

الفرع الأول : التعريف بالوصية

عرفت الوصية بأنها تملك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع¹ ونلاحظ على هذا التعريف أنه جاء متجاهلا لموضوع الوصية من حيث أطرافها الموصي والموصى له.

وعرفها القانون الجزائري في المادة 184 من قانون الأسرة بـ : " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق

التبرع " وجاء كذلك هذا التعريف خاليا من ذكر طبيعة الوصية كونها تصرف فردي أحادي الطرف.

كما عرفت الوصية أنها: تصرف أحادي مضاف إلى ما بعد الموت يهدف إلى نقل ملكية شيء

¹العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص 230 .

أو حق آخر إلى الموصى له¹

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

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

وذهب الأحناف إلى اعتبار الوصية تتم بالإيجاب فقط دون الحاجة إلى القبول لأن القبول في الوصية ما هو إلا شرط في لزوم الوصية وليس ركناً، وبه تكون الوصية تصرفاً ينشأ بإرادة منفردة وقد تبني المشرع الجزائري الرأي الثاني واعتبار الوصية تنعقد بمجرد صدور إيجاب الموصي وقبول الموصى له بعد وفاة الموصي لا يعد إلا شرطاً للزوم الوصية وهذا ما نستشفه من نص المادة 191 قانون أسرة بقولها: " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك... " فالمادة لم تذكر سوى إيجاب الموصي ولم تأتي على ذكر قبول الموصى له بل جعلته المواد 197 و 198 و 201 مجرد شرط للزوم الوصية لأن الوصية توثق لدى موثق بناء على طلب وإيجاب الموصي دون قبول الموصى له الذي قد لا يكون على علم بها إطلاقاً إلا بعد الوفاة.

الفرع الثاني : أنواع الوصية

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

¹ محمد وحيد الدين سوار المرجع السابق، ص 69 .

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

وتكون الوصية محرمة إذا قصد بها الإضرار بالورثة والإنقاص لهم من أنصبتهم بفعل الوصية ووجه الحرمة هنا مأخوذ من قوله تعالى في سورة النساء " من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار وصية من الله والله عليم حلِيم " فقوله تعالى غير مضار دل على حرمة الوصية بقصد الإضرار وقد قال صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار¹ " أما الوصية المندوبة فهي التي تكون موجهة لجهة من جهات الخير والبر كالمساجد والمستشفيات وملاجئ الأيتام ودور العلم وغيرها.

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

وتكره الوصية ما كانت لفاسق أو لإقامة ما لا يجيزه الشرع من أمور كالوصية بمال لإقامة عرس يكون التبذير فيه وإفساد الأموال ظاهرا²

الفرع الثالث : أحكام الوصية

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

¹عن أبي سعيد سعد بن سنان - رضي الله عنه - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " لا ضرر ولا ضرار " حديث صحيح أخرجه الدار قطني والحاكم والبيهقي، وأخرجه ابن ماجة في الأحكام وصححه الألباني في إرواء الغليل، أنظر محمد بن صالح العثيمين: التعليقات على الأربعين النووية، نشر دار الإمام مالك، 2001، ص 132

²العربي بلحاج مرجع سابق، ص 238 .

في الوصية صراحة أو ضمنا فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها."

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

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

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

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

المطلب الثاني: أركان الوصية وخصائصها

الفرع الأول : أركان الوصية

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

1-الركن الأول: الوصيعة

الوصيعة هي العبارة اللفظية الصادرة من الموصي الدالة على إرادته في الإيلاء بشيء لشخص ما بأن يقول : أوصيت لفلان بكذا أو ما يقوم مقام العبارة حسب نص المادة 60 من القانون المدني "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا." ولقد اشترط المشرع الجزائري انعقاد الوصية بالعبارة أو الكتابة ولم يجز انعقادها بالإشارة إلا في حالة عدم قدرة الموصي على العبارة أو الكتابة ويمكن استخلاص هذا قياسا على نص المادة 10 من قانون الأسرة حيث جاء فيها: "...ويصبح الإيجاب والقبول من العاجز بكل ما يفيد معنى النكاح لغة أو عرفا كالكتابة والإشارة " فالمادة تحدثت عن النكاح وأوجبت أن يكون الإيجاب والقبول باللفظ أو الكتابة ويجوز استثناء غيرهما ما توفر العجز، ويسقط حكمها على الوصية قياسا أما قبول الموصي له فهو حسب القانون الجزائري شرطا وليس ركن، فركن الوصية بالنسبة للوصيعة هو الإيجاب فقط دون القبول ودليل ذلك نص المادة 191 قانون أسرة. حيث نصت " تثبت الوصية بتصريح الموصي... "

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

2-الركن الثاني: الموصي

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

أ - سلامة العقل:

اشترط المشرع سلامة العقل في الموصي لأن الوصية من التصرفات التبرعية التي يكون ضررها قائم في مال الموصي لأنها لا يقابلها عوض وعليه تكون وصية المجنون باطلة بطلانا مطلقا وقد يستشف هذا بمفهوم المخالفة من نص المادة 40 قانون مدني بنصها على: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية... " حيث يفهم من هذا أن من بلغ سن الرشد ولم يكن متمتع بقواه العقلية يكون غير مؤهل لمباشرة حقوق المدنية ومنها التصرفات القانونية ولم يفرق المشرع الجزائري بين وصية المجنون ولا المعتوه لأنه يعتبر كلاهما فاقد التمييز وتصرفاتهما تقع باطلة وهذا ما دلت عليه المادة 42 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 بنصها على: " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون... " ، ونشير أن الحجر¹ قرينة على انعدام الأهلية فتبطل تصرفات المحجور عليه لانعدام أهليته² أم تصرفات المجنون قبل الحجر عليه فيكون أساسها انعدام إرادته وقت التصرف لأن الجنون إذ كان متقطع

¹ نصت المادة 101 من قانون الأسرة على: " من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحدى الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه " أنظر المواد من 102 إلى 108 من قانون الأسرة.

² نصت المادة 107 ق أ على: " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر قاهرة وفاشية وقت صدورها. "

نميز بين تصرفات المجنون وقت الإفاقة ووقت الجنون فإذا صدرت عنه تصرفات وقت الإفاقة وأثبت ذلك كان التصرف صحيحاً أم لو حصل التصرف وقت الجنون كان باطلاً أما الجنون المطبق وهو الذي يستوعب كل أوقات المريض فتكون معه كل تصرفات المريض (المجنون) باطلة وهذا ما يستشف من نص المادة 85 قانون أسرة التي جاء في نصها: " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعتة أو السفه. " و خلاصة القول أن سلامة العقل شرط لصحة الوصية بنص المادة 186 ق ا وسلامة العقل يناقضها الجنون والسفه والغفلة فإذا قامت حالة منها بالموصي بطلت وصيته.

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

اشتترطت المادة 186 من قانون الأسرة كذلك في الموصي أن يكون بالغاً لسن معينة هي 19 سنة على الأقل ولفظة على الأقل تفيد عدم قبول الوصية منه قبل هذا السن فحتى تكون وصيته صحيحة لا بد من بلوغه على الأقل 19 سنة كاملة حسب التقويم الميلادي لأن المادة 03 من القانون المدني نصت على الآتي: " تحسب الآجال بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " غير أن المادة 84 ق أ أجازت لمن لم يبلغ بعد سن 19 سنة كاملة التصرف في أمواله بإذن من القاضي بناء على طلب من له مصلحة حيث فرق القانون بين سن التمييز و سن الرشد فقد نصت المادة 42 من القانون المدني على: " ... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشر سنة. " ومفهوم المخالفة لهذه الفقرة تعني من بلغ سن ثلاثة عشر سنة يكون مميز وحسب نص المادة 84 ق أ يجوز للقاضي أن يأذن له في إبرام تصرفات على ماله لكن المادة 83 من نفس القانون حددت هذه التصرفات ووضعت لها شروط على النحو التالي بنصها على " : من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به .

فمادامت الوصية تبرع بلا عوض فهي ضارة له ضرر محض لذلك تكون وصية المميز باطلة وحتى لو كانت الوصية قد يلتمس منها بعض النفع للمميز فهي موقوفة على إجازة الولي أو الوصي .

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

وعليه من كان مكرها في الوصية وقعت باطلة لانعدام الرضا، سواء كان الإكراه من الموصى له أو من غيره.

3-الركن الثالث: الموصى له

نصت المادة 187 من قانون الأسرة على: " تصح الوصية للحمل بشرط أو يولد حيا... " فالمادة صرحت بجواز وصحة الوصية للحمل وهو مقدر الوجود إذ قد يوجد مستقبلا وهذا أدعى لجوازها وصحتها لمن يكون وجوده محققا وهو الشخص العادي ومما سبق يتضح أنه يشترط في الموصى له أن يكون موجودا وقت الوصية إما وجودا حقيقيا وإما وجودا تقديريا كالجنين في بطن أمه لأن الوصية تملك والتملك لا يجوز للمعدوم¹ ومنه يتضح عدم صحة الوصية للميت لأنه معدوم وهذا ما دلت عليه المادة 201 بنصها على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي... " فالقانون الجزائري لا يميز الوصية للمعدوم (الميت) رغم أن الفقه المالكي يميزها لو علم الموصي بموت الموصى له فتكون لورثته من بعده² ومجمل الشروط التي يفترضها القانون في الموصى له هي أن يكون موجودا معلوما أهلا للتملك ولا يكون جهة معصية ولا قاتل للموصي ولا وارثا له.

¹ جاء في نص المادة 118 من القانون المدني ما يلي: " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصا مستقبلا أو هيئة مستقبلية كما يجوز أن يكون شخصا أو هيئة لم يعين وقت العقد متى كان تعيينهما مستطاعا في الوقت الذي يجب أن ينتج العقد فيه أثره طبقا للمشاركة. " وإذا استوظفنا مدلول هذه المادة في الوصية قلنا يجوز الوصية للمعدوم كان يوصي لأبناء ابنه الغير متزوج بعد أو أبناء أحد أقاربه الذي لم تحمل زوجته بعد (متزوج حديثا).

² وهبة الزحيلي: مرجع سابق، المجلد 8، ص 30 .

4-الركن الرابع: الموصى به

دلت المادة 190 ق أ للموصي أن يوصي بكل أنواع وأصناف الأموال التي يملكها سواء كانت أموال عقارية أو منقولة مادية أو معنوية¹ فقد نصت على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عيناً أو منفعة."

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

1- أن يكون ملك للموصي وقابل للتمليك

2- أن يكون قابلاً للتملك

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

4- ألا يزيد الموصى به عن الثلث

الفرع الثاني : خصائص الوصية

باستقراء نصوص القانون المقننة لموضوع الوصية يمكن استخلاص ثلاث خصائص للوصية بغض النظر عن

الشروط المطلوبة في الموصي والموصى له والموصى به، وهذه الخصائص هي:

أولاً : الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت

وهذا يعني أن الوصية غير نافذة إلا بعد وفاة الموصي وهي خاصة تشترك فيها الوصية مع الميراث والحكمة من جعل الوصية يتراخى نفاذها إلى بعد وفاة الموصي لأنها عمل خيري القصد منه التقرب إلى الله والازدياد من الحسنات لاسيما وهو على شفرة القبر مدبراً عن الدنيا مقبلاً على الآخرة فيفضل عليه الله تعالى بقبول ثلث ماله كصدقة تزيد في أجره وترفع في منزلته عند ربه فقد روى أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله: " إن

¹ جاء في القرار القضائي المؤرخ في 1968/02/28 النشرة السنوية لسنة 1968 ، ص 98 ما يلي: " حيث أن الوصية يسوغ أن تكون

إما شيء أو أعيان معينة أو بسهم وارث من التركة..."

الله تصدق عليكم بثلت أموالكم عند وفاتكم زيادة في حسناتكم ليجعلها لكم زيادة في أعمالكم¹ فالوصية إذا سبب ذكرى الخير في الدنيا وباب ثواب في الآخرة شرعت لأجل التمكين للعمل الصالح وصلة للرحم والأقارب من غير الوارثين وعون للمحتاجين وتنفيس عن المكروبين²

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

الخاصية الثانية للوصية أنها لا يجوز أن تزيد عن الثلث ويجوز استثناء الزيادة عن الثلث بعد إجازة الورثة وجاء في المادة 185 ق أ تبعا لذلك ما يلي: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " كما جاء في نص المادة 189 من نفس القانون التالي: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي."

ثالثا : قبول الموصى له لا يكون إلا بعد وفاة الموصي

أول ما نسجله في هذه الخاصية أن قبول الموصى له ضروري في نفاذ الوصية من عدمها رغم أن القبول ليس ركن بل هو شرط لزوم فإن قبلها ألزمت وإن ردها بطلت لكن هذا القبول لا يعتد به إلا بعد وفاة الموصي لأن الوصية من العقود غير اللازمة حسب المادة 192 ق أ حيث يستطيع الموصي الرجوع في وصيته متى شاء مادام على قيد الحياة ، إذ تنص هذه المادة على: " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا... " فالمادة جوزت الرجوع في الوصية وهذا ما جعل قبول الموصى له غير معتد به قبل وفاة الموصي مصرا على وصيته وهذا ما أكدته المادة 197ق أ بنصها على: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا وبعد وفاة الموصي " ونلاحظ أن المشرع اشترط أن يكون القبول بعد وفاة الموصي صراحة أو ضمنا ومعنى هذا أن السكوت لا يعتبر قبولا ويبدل على ذلك نص المادة 197ق أ وكذلك نص المادة 198 الذي جاء فيه: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد "

¹رواه الدار قطني وأحمد والبيهقي وابن ماجه والبخاري، أنظر الشوكاني نيل الأوطار، المجلد6، ص 39 .

²وهبة الزحيلي مرجع سابق، المجلد8، ص 11 .

المطلب الثالث : موانع الوصية

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

الفرع الأول : موت الموصى له قبل الموصي

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

والجدير بالذكر أن الفقه يشترط موت الموصي مصرا على الوصية¹ لأنه بإمكانه الرجوع فيها أثناء حياته وجاء في نص المادة 192 ق أ " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا.... " والسؤال المفترض ما حكم الوصية التي أجراها صاحبها ثم اعترضت أهليته أحد عوارض الأهلية وكان مطبقا إلى وفاة الموصي فإن هذا العارض الذي صاحبه حتى مات لا يمكن التبين معه أنه مات مصرا على وصيته؟

والحل حسب القانون الجزائري أن شرط الأهلية واجب عند انعقاد الوصية فقط² ولا يؤثر زوالها بعد ذلك في صحة الوصية حسب نص المادتين 186 و 192 من قانون الأسرة.

¹وهبة الزجيلي:مرجع سابق، المجلد8، ص 116، وانظر المادة 197 قانون أسرة التي نصت على: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي " فيفهم من هذا النص خاصة عبارة - بعد وفاة الموصي - أنه يشترط موت الموصي مصرا على وصيته.

²العربي بلحاج:المرجع السابق، ص 317 .

الفرع الثاني : قتل الموصي عمدا من طرف الموصى له

نصت المادة 188 ق أ على: " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا. " فالعبرة في القتل أن يكون عمدا حسب نص المادة وهذا معناه أن القتل الخطأ تصح معه الوصية حيث أن المادة حددت أن يكون القتل عمدا فإذا تحقق القتل العمدي منع الموصى له من الوصية تطبيقا للقاعدة القائلة: من تعجل شيء قبل أوانه عقب بجرمانه، ويدخل في القتل العمدي أن يكون الموصى له محرضا على قتل الموصي أو أمر بذلك أو دال عليه أو وضع سم له مات به، فضلا على أن يكون فاعلا أصليا للقتل أو شريكا فيه أو شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم على الموصي بالإعدام وتنفيذه.

الفرع الثالث : رد الوصية من طرف الموصى له بعد وفاة الموصي

جعلت المادة 201 قانون أسرة رد الوصية مبطلا لها حيث جاء فيها: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي، أو بردها " فمادامت إرادة الموصي ناهضة ولها هذه القوة في إنفاذ الوصية أو إبطالها نميل كما أثبتناه سابقا إلى اعتبار الوصية الاختيارية عقدا لأن العقد متوقف على توافق إرادتين وإذا كان الموصى له لا يترتب في ذمته أي التزام فإن صحة الوصية وبطلانها متوقف على إرادته وقد نصت المادة 56 من القانون المدني على: " يكون العقد ملزما للشخص أو لعدة أشخاص، إذا تعاقد فيه شخص نحو شخص، أو عدة أشخاص آخريين دون التزام من هؤلاء الآخريين. "

وفي حالة موت الموصى له قبل إبداء رأيه بالموافقة أو الرد وكان موته بعد الموصي انتقل هذا الحق في القبول أو الرد لورثته وهذا ما عنته المادة 198 من قانون الأسرة بنصها على: " إذا مات الموصى له قبل القبول فلورثته الحق في القبول أو الرد " وأشارت المادة 197 ق أ إلى ضرورة أن يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي وهذا يعني ضرورة القبول باللفظ والقول وما يقوم مقامهما. ونسجل عدم تعرض القانون الجزائري إلى المدة الممنوحة

للموصى له أو ورثته من بعده التي يجب عليهم فيها إعلان رغبتهم في القبول أو الرد¹ لأن عدم التحديد يجعل المدة مفتوحة مما يكثر معه النزاع ولا نجد مخرجاً من ذلك سوى نص المادة 63 من القانون المدني الفقرة الثانية منها حيث جاء فيها: " ..وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة " وحسب هذه الفقرة وبمحكم أن الوصية تأخذ من ثلث التركة فإذا فتحت التركة وبوشر في تقسيمها وكان الموصى له عالماً بذلك ولم يتخذ أي موقف يدل على قبوله أو رده للوصية وسجل انتقال التركة وأشهر عد الموصى له مستغنياً عن الوصية ورادها ما لم يؤكد قبوله لها أمام الموثق الذي أبرمها وحررها في حياة الموصي² لأن المادة 197 ق أ أشارت إلى ضرورة أن يكون القبول صريحاً أو ضمناً ولا مكاناً للسكوت، إذ يفسر رفضها ورداً لها. ويكون قبول الوصية أو ردها في حالة الجنين أو الجنون أو القاصر من طرف وليه أو الوصي عليه³ حيث جاء في المادة 81 ق أ ما يلي: " من كان فاقداً الأهلية أو ناقصاً لصغر السن أو جنوناً أو عته أو سفه يَنوب عنه قانوناً ولي أو وصي أو مقدم طبقاً لأحكام هذا القانون "

الفرع الرابع : هلاك الموصى به

أركان الوصية هي الصيغة، والموصي، والموصى له، والموصى به، وتختلف أحد هذه الأركان يؤدي إلى بطلان الوصية فإذا كان الموصى به معين بالوصف أو التحديد أو الإشارة كأن يوصي له بالدار الفلانية أو الأرض الفلانية وهلكت هذه الأرض أو الدار كأنها الدار فإن الوصية تبطل لتخلف أحد أركانها وهو الموصى به، أما لو كان الموصى به غير معين ومثاله أن يوصي بثلث أرضه لفلان أو بأحد الشقق التي يملكها لفلان وهلك جزء من أرضه أو انهدام عدد من عمارته فإن الوصية تبقى قائمة لعدم تعيين الموصى به وترد الوصية إلى ثلث ما بقي من أرضه أو دوره وغيرها ويمكن في هذا الشأن تطبيق نص المادة 369 من القانون المدني التي تحدثت عن هلاك المبيع فتسقطها على هلاك الموصى به حيث جاء فيها " :إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط البيع... "

¹ نص القانون المصري على تحديد المدة الممنوحة للموصى له في بث رأيه قبولاً أو رفضاً للوصية في المادة 22 من قانون الوصية كذلك

القانون السوري في المادة 1/227 مدني وذلك برد الوصية أو قبولها خلال 30 يوم من وفاة الموصي.

² سوف نلاحظ في المباحث القادمة أن الوصية تحرر من قبل موثق في حياة الموصي وتسجل.

³ السنهوري ، الوسيط ، المجلد 9، منشورات الحلبي ، بيروت ، ص 210 .

كذلك إذا هلك الموصى به سقطت الوصية وبطلت ويستوي أن يهلك الموصى به قبل موت الموصي أو بعده لأن العبرة بمحل الوصية.

الفرع الخامس : الوصية لوارث

تنص المادة 189 من قانون الأسرة على: " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " فالمادة تنفي الوصية للوارث إلا بشرطين هما :إجازة الورثة لذلك وضرورة أن تكون هذه الإجازة بعد وفاة الموصي .
فالقاعدة والأصل حسب هذه المادة عدم جواز الوصية لوارث¹ والاستثناء على هذه القاعدة أن يقبل بقية الورثة هذه الوصية² لأحدهم على أن يكون قبولهم بعد وفاة الموصي لأن قبولهم قبل ذلك لا عبرة به لكون الوصية لا تكون نافذة إلا بموت الموصي، وقد أضافت المادة 185 ق أ شرطا ثالثا هو أن تكون الوصية لوارث محددة بالثلث³ فإذا تخلف شرط من هذه الشروط بطلت الوصية.

ونلاحظ أن عدم إجازة الورثة لوصية الوارث تبطلها⁴ لكن يجب المراعاة في عدم إجازتها أن يكون مشروعاً ومسبباً قانوناً أي له أسباب معقولة ومقبولة قانوناً وإلا جاز للمحكمة الفصل في هذا الرفض وعدم قبوله وإمضاء الوصية لوارث إذا تبين من ظروف الحال استحقاق هذا الوارث للوصية كأن يكون بقية الورثة ميسورين مادياً أو تقوم بالوارث الموصى له حالات تتطلب حصوله على أكثر من نصيبه في الإرث كإصابته بعاهة مزمنة مثلاً وغيرها ...
وقد أجاز القانون المدني الوصية لوارث في المادة 777 التي جاء فيها: " يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها

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

²جاء في نيل الأوطار للشوكاني، المجلد6 ، ص 40 ، حديثاً عن ابن عباس قال :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " وجاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة " ونقل الشوكاني عن بعضهم قوله أن نسخ آية الوصية في قوله تعالى: " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين " ...أن نسخ الوجوب لا يستلزم نسخ الجواز، وهذا معناه أن الوصية للأقربين انتقلت بنسخها بآيات الموارث من الوجوب إلى الجواز، فتجوز الوصية لوارث، أنظر نيل الأوطار للشوكاني، المجلد6 ، ص41 .

³العربي بلحاج مرجع سابق، ص265

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

إذا تصرف شخص لأحد ورثته... " وصرف جميع أحكام الوصية إلى قانون الأسرة بنص المادة 775 قانون مدني " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها.

المبحث الثاني : الشروط المستوجبة قانونا في انتقال الوصية إذا كان محلها عقارا

عرفنا سابقا في أثناء تطرقنا لانتقال عقارات التركة أن هذا الانتقال يوثق ويسجل ويشهر وبما أن الوصية تشبه الميراث لأنها تؤخذ من التركة وتستحق بالوفاة. فهل يجري عليها ما يجري على انتقال عقارات التركة للوارث أم لا؟

المطلب الأول : توثيق الوصية

الوصية تصرف قانوني أوجب المشرع الجزائري أن تصب في شكل رسمي حيث نصت المادة 191 من قانون الأسرة على: " تثبت الوصية 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

الفرع الأول: القالب الرسمي

1-المشرع في هذه المادة لم يفرق بين العقار والمنقول حيث اشترط في كليهما إذا كان وصية وجوب صبه في قالب رسمي لأن عبارة المادة جاءت عامة في قولها (تثبت الوصية) فهي على العموم تشمل العقار والمنقول ، فالوصية أوجب فيها المشرع الشكلية وضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق أ " ...بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك " سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولا.

2 نستنبط من نص المادة 191ق أ الاستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية وهذا الاستثناء منوط بوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق بوصيته فيشار إلى إثبات الوصية باستصدار حكم قضائي يثبت صحة الوصية ويؤشر بهذا الحكم على هامش أصل الملكية وصورة هذا الاستثناء أن تعاجل المنية شخص ما كان ينوي الوصية لشخص آخر فحضرت منيته وتعذر عليه الانتقال إلى الموثق وعند احتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات .

فالأصل في الوصية أن تصب في شكل رسمي أمام موثق وبحضور شاهدين¹ حيث يحرر عقد بذلك من طرف الموثق، لكن رغبة من المشرع في منح فرصة للأشخاص وهم مقبلون على الآخرة في أن يستكثروا من الخيرات، ووضع هذا الاستثناء في قبول الوصية غير المصرح بها أمام الموثق لكن اشترط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له.

وصدر قرار من المحكمة العليا برقم 160 350 بتاريخ 1997/12/23 ذهب إلى استبعاد الوصية الشفوية حيث جاء فيه: " ...فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون " 2

الفرع الثاني : محل الوصية عقار

سجلنا سابقا أن الوصية أوجب فيها المشرع أن تتم بطريق التصريح أمام الموثق الذي يحرر عقدا بذلك مهم كان محل الوصية عقارا أو منقولاً.

ولكون العقار خصوصا يشترط فيه القانون وجوبا وضرورة صب المعاملات الواردة فيه في شكل رسمي، والشكل الرسمي هو العقد الرسمي الذي عنته المادة 324 من القانون المدني الذي يحرر من طرف ضابط عمومي خولته السلطة العمومية وفوضته إصدار هذه العقود فإن الوصية إذا كان محلها عقار يتأكد وجوب توثيقها مرتين مرة بنص المادة 191 ق أ لأنها اشترطت التوثيق في الوصية مهما كان محلها ومرة ثانية بمجموع النصوص المختلفة³ التي أوجبت توثيق كل تصرف وارد على عقار.

¹ جاء في نص المادة 324 مكرر 3 قانون مدني ما يلي يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين "

² مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001 ، ص 295 نقلا عن حمدي باشا عمر القضاء العقاري، ص212

³ أنظر المادة 324 مكرر 1 قانون مدني والمادتين 29 و 30 من قانون 25/90 يتضمن التوجه العقاري والمادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

فالأمر جلي في توثيق الوصية إذ اشترطت المادة 191 ق أ أن يكون إثباتها عن طريق تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك ولاشك في أن هذا المحرر أصدره الموثق تكون طبيعته توثيقية تبعا لمن حرره. أما في الحالة الاستثنائية المترتبة على وجود مانع قاهر حال دون حصول التصريح أمام الموثق فإثبات الوصية يكون بحكم قضائي يخول للموصى له التأشير بحقه في الوصية على هامش أصل الملكية الذي قد يكون عقد ملكية أو دفتر عقاري تمهيدا لإثبات هذا الحق في الشهادة التوثيقية.

المطلب الثاني : تسجيل الوصية

لما كانت الوصية من المحررات التي يصدرها موثق بنص المادة 191 ق أ ولما كان قانون التسجيل رقم 105/76 يوجب في مادته 58 و 60 على الموثقين تسجيل العقود والمحررات التي قاموا بإصدارها وبما أن المادة 10 من قانون التوثيق الجديد رقم 02/06 أوجبت كذلك على الموثقين ضرورة تسجيل ما حرروا من عقود، فإن الوصية تسجل بمصلحة التسجيل والطابع.

الفرع الأول : آجال تسجيل الوصية

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

إلا أن الوصية حُضيت باستثناء على هذه القاعدة جسدها المادة 64 من قانون التسجيل بنصها على: " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا." والمستخلص من هذه المادة أمران هما:

الأمر الأول: أن الوصية توثق لدى موثق في الحالات العادية لكن يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي وعلّة ذلك أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ولا تنتج آثارها إلا بعد وفاة الموصي حيث يكون له حق الرجوع فيها قبل موته فإذا مات مصرا عليها أنتجت آثارها وانتقال للموصى له حق قبولها أو ردها .

الأمر الثاني: أن القانون منح مدة ثلاثة (03) أشهر ابتداء من موت الموصي لتسجيل الوصية لكن بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا.

ونسجل أن هناك فرق بين التصريحات التي أوجبتها المادة 66 من قانون التسجيل على الموصى لهم والورثة تقديمها عن الموال التي استحقوها وانتقلت لهم بسبب الوفاة والتي يتقرر آجال تسجيلها بسنة واحدة وبين تسجيل الوصية خصوصا هذه الأخيرة التي تكون محفوظة في مكتب الموثق بعد أن حررها بناء على طلب الموصي وهذا ما أشارت له المادة 10 من قانون التوثيق بنصه على: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يجرها أو يستلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا... " والتي لا تسجل إلا بعد وفاة الموصي وقد أشارت المادة 156 من قانون التسجيل كذلك إلى هذا الأمر وفرضت على الموثق إعداد سجلات خاصة بإيداع الوصايا يذكر فيها تاريخها وأطرافها وتخضع إلى تأشير مفتش التسجيل.

الفرع الثاني : مكان تسجيل الوصية

كما أسلفنا (القاعدة في مكان التسجيل) أن يكون في مكتب التسجيل الواقع في دائرة اختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد.

لكن المادة 80 من قانون التسجيل خصصت تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة بأن يتم في مكتب التسجيل التابع له محل سكني المتوفي وهذا معناه أن الإرث والوصية يخصصان بالتسجيل في مكتب التسجيل محل سكني المورث (الموصي) غير أن الوصية خصصت بخاصية أخرى هي أن الوصية المبرمة في خارج الجزائر وإذا كان

محلها عقارا تسجل على مستوى مكاتب التسجيل التابعة له محل سكني الموصي أو محل سكنه الأخير المعروف بالجزائر ومكتب التسجيل التابع له موقع العقارات المعنية بالوصية دون أن يترتب على ذلك أن تدفع رسوم التسجيل مرتين حيث جاء في المادة 79 من قانون التسجيل ما يلي: " الوصايا التي تمت في الخارج لا يمكن تنفيذها على الأموال الموجودة في الجزائر إلا بعد تسجيلها في المصلحة التابعة لمحل سكني الموصي إذا احتفظ بواحد وإلا في مكتب محل سكنه الأخير فيجب فضلا عن ذلك أن تسجل في المكتب التابع لموقع هذه العقارات من دون أن يترتب عن ذلك ازدواج الرسوم."

وتأخذ الوصية نفس حكم الميراث بالنسبة للتقادم حقوق الخزينة في رسوم التسجيل لكون الوصية والميراث مأخوذتين من تركة الهالك.

المطلب الثالث : شهر الوصية

لقد تضاربت الآراء في شأن شهر الوصية من عدمه بالنسبة لمن أخذ هذا الموضوع بالشرح في القانون الجزائري.

فذهبت طائفة منهم إلى عدم شهر الوصية الواردة على عقار لانعدام النص حيث جاء في كتاب الوصية في القانون المدني الجزائري لصاحبه محمد زهدور أن الوصية لا تشهر معللا ذلك بأن نص المادة 793 من القانون المدني لا يشمل التصرفات بل تنحصر إشارته إلى الحقوق الناشئة عن العقد فقط وكذلك بشرحه لنص المادة 15 من الأمر 74/75 جعل نقل الملكية في الوصية يتم بالوفاة دون حاجة للشهر خروجاً على نظام الشهر العقاري المتبع في بلادنا وحسبه يمكن قياس الوصية على الإرث في عدم الشهر لأن المشرع لم ينص على شهر الوصية لا في القانون المدني ولا في قانون الشهر¹

¹محمد زهدور: مرجع سابق، ص 151-152 .

ويذهب حمدي باشا عمر إلى عدم شهر الوصية في كتابه نقل الملكية العقارية حيث قال: "حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريق الوصية لا يجب شهرها في البطاقات العقارية حسب القانون الجزائري وذلك لانعدام النص الخاص ولعدم إمكان استخلاص عكس هذا المعنى من النصوص سواء في القانون المدني أو في القوانين الخاصة بالشهر العقاري..."¹

وتذهب فئة أخرى من الشراح إلى القول بشهر الوصية إذا كان محلها عقارا ومن بينهم مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري لكن المؤاخذ عليه أنه قال بالوصية من طرف الموصي فهو يذهب إلى شهر الوصية في حياة الموصي² وهذا يتنافى مع طبيعة الوصية التي هي تملك مضاف إلى ما بعد موت الموصي ولو أشهرت في حياة الموصي انتقلت له الملكية مباشرة لأن الشهر في القانون الجزائري ناقل للأثر العيني (الشهر ينقل الملكية) وهذا يتناقض ويتنافى مع طبيعة الوصية.

الفرع الأول: متى تنتقل الوصية إذا كانت عقار إلى الموصي له؟

حسب تعريف الوصية في المادة 184 ق أ أهما: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " فإن محل الوصية ينتقل عموما إلى الموصي له بعد موت الموصي مصرحا على وصيته وقبول الموصي له لأن الوصية مضافة إلى ما بعد الموت ولا تكون نافذة إلا بعد وفاة الموصي، لكن الإشكال القائم هو ما مصير الوصية التي يكون محلها عقار هل تنتقل ملكية هذا العقار للموصي له بمجرد حدوث الوفاة أم لا بد من إجراءات أخرى ينبغي مراعاتها كما نصت المادة 16 من الأمر 74/75 على: " ان العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " فالمبدأ في القانون الجزائري أن انتقال العقارات لا يتم إلا بالشهر ونرى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا المبدأ بالنسبة للوصية إذا كان محلها عقار ودليل ذلك الآتي:

¹حمدي باشا عمر نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 30 .

²مجيد خلفوني: نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ط 1، د و للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 131-132 .

1- إن المشرع اشترط في انتقال العقار وجوب شهر هذا الانتقال تحت طائلة عدم نفاذ هذا التصرف حتى بين الأطراف فقد نصت المادة 973 من القانون المدني على: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

كما نصت المادة 165 من القانون المدني على: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري." وهذه المادة فيها رد على ما ذهب إليه محمد زهدور من انعدام شهر الوصية واعتماداً على نص المادتين 793 و 165 من القانون المدني نقول إن الوصية إذا كانت عقاراً يجب شهرها حتى تنتقل الملكية للموصى له لأن المحل واحد هو العقار، فالعقار يحكمه مبدأ الانتقال بالشهر مهما كانت التصرفات والوقائع الواردة عليه، بيع، مبادلة، وصية، هبة. ...

2- نصت المادة 30 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري على: "يجب على كل حائز ملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحياة أو هذا الشغل" وحسب هذا النص يتوجب على الموصى له إذا كانت الوصية عقاراً أن يحوز سند يبرر ملكيته لهذا العقار، فهل تكفي الوصية وحدها غير المشهورة للاحتجاج بها كسند ملكية لاسيما والمادة 29 من نفس القانون تشترط أن يكون السند المثبت للملكية العقارية عقد رسمي مشهر حيث جاء فيها: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري."

ومادامت الوصية بالعقار بين الأفراد ملكية خاصة فيجب أن تتمثل لنص هذه المادة ، ومن خلال هذين

النصين تتجلى كذلك ضرورة شهر الوصية.

3- جاء في نص المادة 15 من الأمر 74/75 الذي يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "

فهذه المادة تؤكد أن كل حق متعلق بالملكية العقارية لا أثر له ولا يعتد به ولا يعتبر موجودا إلا من تاريخ الشهر وبذلك تكون الوصية التي محلها عقارا لا وجود لها ولا أثر لها إلا من تاريخ الشهر وهذا ما أكدته عبارة المادة نفسها لما خصصت انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة أن أثر الشهر يبدأ سريانه من يوم الوفاة بأثر رجعي ومعلوم أن الوصية تنتقل بسبب الوفاة .

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

الفرع الثاني: آجال شهر الوصية

لما كانت الوصية توجب المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 شهرها في الشهادة التوثيقية فإن الآجال التي تحكم شهر الوصية هي نفسها التي تحكم الشهادة التوثيقية والتي نصت عليها المادة 99 من نفس المرسوم حيث تفرض المادة بعد تعديلها بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 وجوب شهر الشهادة التوثيقية في ظرف ثلاثة (03) أشهر من تاريخ إصدارها من طرف الموثق وتمتد هذه المدة في حق من كان مقيما خارج الجزائر إلى خمسة (05) أشهر ويتحمل الموصى لهم المسؤولية المدنية في حالة تصرفهم في العقارات المنتقلة إليهم بالوصية ما أحدثت هذه التصرفات ضررا للغير وذلك ما لم يشهر الموصى لهم حقهم الجديد لأكثر من ستة (06) أشهر فإن

تقاسم الورثة والموصى لهم عن شهر الحقوق العقارية المنتقلة إليهم لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الوفاة، وصدرت منهم تصرفات على هذه العقارات فإن مسؤوليتهم المدنية تكون قائمة ما أضرت هذه التصرفات بالغير.

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

بيّنّا في المبحث السابق أهمية عملية التوثيق والتسجيل والشهر بالنسبة لانتقال العقارات بسبب الوصية. ونحاول فيما يلي تسليط الضوء على تخلف كل من التوثيق والتسجيل والشهر ونتائج ذلك على انتقال الوصية.

المطلب الأول : تخلف التوثيق وآثاره على انتقال العقار بالوصية

لقد ذهبت المادة 191 ق أ إلى اعتبار التوثيق السبب الوحيد لإثبات الوصية فهي تفرض ضرورة صب الوصية في قالب شكلي وذلك بتصريح الموصي أمام الموثق وإعداد عقد بذلك وكل إثبات للوصية يخلف هذا يقع باطلا. وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ في القرار رقم 16035 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا حيث جاء في هذا القرار: " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية، ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون " ¹

وقد كان للقضاء الجزائري موقفا مخالفا لهذا قبل سنة 1997 حيث كان القضاء يجوز ويبيح الوصية غير الموثقة حيث صدر قرار عن القضاء الجزائري برقم 66151 مؤرخ في 19/05/1990 يعترف بالوصية المحررة بيدي الموصي وعلل ذلك بأنها صدرت من الموصي بتاريخ 25/03/1960 تاريخ سريان القانون الفرنسي في بلادنا لأن المادة 978 من القانون المدني الفرنسي لا تشترط في الوصية سوى أن تكون كاملة ومؤرخة وموقعة من طرف

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

الموصي دون فرض الشكلية¹ وكذلك صدر من القضاء الجزائري قراران آخران يذهبان إلى نفس الاجتهاد بعدم

فرض الشكلية وهما القراران الصادران بتاريخ 1969/04/30²

وحسب تسلسل تواريخ صدور هذه القرارات فان القضاء الجزائري لم يكن يشترط في السابق وجوب توثيق

التصرفات الواردة على عقار ومنها الوصية بل كان يكتفي بالعقود العرفية حسب القرارات الصادرة في سنة 1969

كما نسجل أن القضاء الجزائري يميز بين الوصايا الصادرة قبل سنة 1971 والوصايا الصادرة بعد ذلك وهو تاريخ

صدور قانون التوثيق رقم 70/91 المؤرخ في 1970/12/15 ولم يبدأ سريان تطبيقه إلا في 1971/01/01 .

وبما أن المادة 191 من قانون الأسرة تنص في فقرتها الثانية على استثناء يتضمن قبول إثبات الوصية بحكم

قضائي مع التأشير بذلك على هامش أصل الملكية ما قام مانع قاهر ولأن المشرع عدل مؤخرا قانون الأسرة بموجب

القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 ولم يتعرض بالتعديل لأحكام هذه المادة.

ونشير أن المادتين 15 و 16 من المرسوم 63/76 التي حددتا الحقوق العينية العقارية الواجبة الشهر وأغفلتا

النص على القرارات القضائية³ لكن المواد 38 و 63 و 90 من نفس المرسوم تناولت أحكام شهر القرارات

القضائية، كما تناولته من قبل المادة 14 من الأمر 74/75 فالإجراءات الواجب اتباعها في حالة الوصية

الصحيحة غير الموثقة تكون:

1- استصدار أمر من القضاء يقضي بالتأشير على أصل ملكية الموصي بهذه الوصية.

2- تنفيذ هذا الحكم بعد صيرورته نهائيا⁴ بشهره في المحافظة العقارية .

¹ قرار رقم 66151 مؤرخ في 1990/05/19 المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد 03 ، ص 211 .

² جاء في القرار الأول ما يلي: " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية، وأنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات. " وجاء في القرار الثاني: " من المقرر شرعا أن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة. "

³ يرى مجيد خلفوني في كتابه شهر التصرفات العقارية، ص 141 مرجع سابق أن المادة 16 من المرسوم 63/76 لم تحمل ذكر الوصية لأنها نصت على (العقود الإرادية) التي تدخل الوصية ضمنها لأنها تصرف إرادي.

⁴ أنظر نص المادة 338 قانون مدني جاء فيها " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق... "

وجاء في نص المادة 324 مكرر 3 ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين."

ولما كان هذا النص لا يحدد العقود الاحتفائية ويرجعون إلى الشريعة الإسلامية حسب نص المادة 01 من القانون المدني على أساس أنها المصدر الثاني بعد التشريع، نجد هذه الأخيرة لم تفرق بين العقود عموماً. ولأن المشرع نقل هذا النص عن التشريع الفرنسي وبالتحديد عن المادة 9 من قانون فانتوز المعدل بالمرسوم المؤرخ في 1902/08/12 هذه المادة التي حددت العقود الاحتفائية ومنها الوصية¹ نقول إن الوصية عقد احتفائي أوجب المشرع ضرورة إخضاعها لشهادة الشهود وإلا وقعت باطلة بنص هذه المادة ويجب أن يتوفر في الشهود الآتي:

البلوغ والعقل، مالك لأهلية التصرف، غير ممنوع من أداء الشهادة قضائياً، ليس أعمى ولا أصم ولا أجنبي، وليست له صلة قرابة بأطراف الوصية ولا بالموثق حتى الدرجة الرابعة²

مع ملاحظة أنه يستوجب أن يذكر في الوصية كل الشروط المتعلقة ببيانات الأطراف والعقارات الموصى بها عموماً بحكم الوصية ما أثبتناه من بيانات بالنسبة للشهادة التوثيقية

المطلب الثاني : تخلف تسجيل الوصية

جاء في نص المادة 58 من قانون التسجيل ما يلي: " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه " وهذه الحالة التي تعنيها المادة هي حالة الوصية حيث جاء في المادة 64 من هذا القانون " إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفذي الوصايا."

¹أنظر عمر بوحلاسة : شهادة الشهود في العقود التوثيقية ، مجلة الموثق ، العدد 9 ، 2003 ، ص 26 .

²أنظر المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 و المادة 64 من قانون الإجراءات المدنية حمدي باشا عمر نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 27 وما بعدها.

وجاء في المادة 93 من قانون التسجيل الآتي: " يتعين على الموثقين والمحضرين الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجل المقررة أن يدفعوا شخصا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة... "

وباستقراء مجمع هذه النصوص نستنتج الآتي:

أولا: الوصية يقوم بتسجيلها وجوبا الموثق لدى مصلحة التسجيل والطابع لأن المادة 191 ق أ أكدت أن الموثق هو من يقوم بتحريرها وإصدارها.

ثانيا: منح المشرع مدة يجب أن يتم خلالها تسجيل الوصية حيث جعلتها المادة 64 من قانون التسجيل ثلاثة أشهر بدلا من شهر واحد حسب المادة 58

ثالثا: بما أن المادة 93 من قانون التسجيل قررت على الموثق دفع غرامة مالية عن كل تأخر في تسجيل العقود التي حررها وأصدرها وبما أن الوصية يحررها الموثق ومدة تسجيلها الممنوحة قانونا هي (03) أشهر فإن الموثق يقع تحت طائلة عقوبة الغرامة المالية في حالة إخلالها بتسجيل الوصايا في مواعيدها. وتكون هذه الغرامة في حق الوصية ضعف رسم التسجيل حسب المادة 97 من قانون التسجيل.

المطلب الثالث : تخلف شهر الوصية

قضت المادة 39 من المرسوم 63/76 بشهر الشهادة التوثيقية ولأن هذه الأخيرة تتضمن انتقال عقارات التركة للورثة وللموصى لهم بالشهر فإن عقارات التركة الموصى بها لا تنتقل ملكيتها للموصى له إلا بالشهر وبذلك يكون نتيجة عدم شهر الوصية التي محلها عقار (شهر الشهادة التوثيقية) عدم انتقال العقارات الموصى بها إلى الموصى له.

وهذا ما أكدته المادة 16 من الأمر 74/75 بنصها على: " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " إلا أن الشهر بالنسبة لانتقال الملكية عن طريق الوفاة وهي حالتي الميراث والوصية

يسري مفعوله من يوم وفاة المورث أو الموصي بأثر رجعي، ويستنتج من هذا أن ثمار العقار سواء كانت ثمارا طبيعية أو صناعية أو ثمارا مدنية يمتلكها الموصى له ابتداء من تاريخ وفاة الموصي بأثر رجعي، فإذا كان العقار أرض زراعية فإن ثمارها الطبيعية أو الصناعية من منتوجات يمتلكها الموصى له بشهر وصيته لكن بأثر رجعي يعود إلى تاريخ وفاة الموصي وهذا ينتج عنه أن الورثة لو تصرفوا في ثمار العقار الموصى به جاز للموصى له بعد شهر وصيته الرجوع عليهم بطلب ثمنها حيث نصت المادة 15 من الأمر 74/75 على: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية."

فحسب هذا النص يكون للموصى له حق قائم في الموصى به وما يتفرع عنه من ثمار بأنواعها بعد الشهر لكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة ويكون كل ما تفرع عن العقار الموصى به من تاريخ وفاة الموصى ملك للموصى له لأنه أصبح مالك للعقار من وفاة الموصى وقد نصت المادة 676 من القانون المدني على: " لملك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك."

الختامة

خاتمة :

تعرضنا في هذه المذكرة لدراسة موضوع انتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة في التشريع الجزائري فالعقار و انتقال ملكيته من أهم المواضيع القانونية، تبعا لمكانة العقار نفسه . إذ أن طريقة استغلال هذا الأخير و تداوله لها أهمية حيوية في مجال التنمية الاقتصادية أو الاجتماعية، لما تجنيه خزينة الدولة بمناسبة معاملات الأفراد في عقاراتهم من خلال الضريبة المفروضة على هذه المعاملات ،لأجل ذلك تعتمد معظم تشريعات الدول إلى إيجاد آليات و أدوات قانونية تحقق الاستقرار اللازم للملكية العقارية بما يتناسب و أهمية هذه الأخيرة .لأن استقرار الملكية العقارية من أنجع الوسائل لجلب الاستثمار الأجنبي لداخل البلاد.

وبعد دراستنا لانتقال الملكية العقارية عن طريق الوفاة توصلنا إلى :

-في شأن الميراث بينا أن عقارات التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بالشهر، عكس ما ذهب إليه معظم من تناول هذا الموضوع ، حيث يذهبون إلى أن عقارات التركة تنتقل للورثة بمجرد وقوع حادثة الوفاة ، و أثبتنا بعد مناقشة المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 اللتين تناولتا الموضوع أنهما يخصصان بدأ سريان انتقال العقار بحادثة الوفاة ،حيث تخرجه المادة 15 عن المبدأ العام وتقرر أنه يكون ساري المفعول بأثر رجعيًا يعود إلى يوم الوفاة لكن بعد شهره.

- إن انتقال العقار عن طريق الوفاة يحكمه ما يحكم العقار عموما .حيث توثق و تسجل وتشهر كل العمليات والتصرفات الناقلة للملكية العقارية .

- الوصية العقارية تشهر، ويكون لشهرها خاصية مميزة هي تخلفها إلى بعد وفاة الموصي، حيث تشهر مع الشهادة التوثيقية الخاصة بالميراث، لأن مصدرهما واحد فكلاهما يؤخذ من التركة .

ومن أهم التوصيات التي يسجلها بحثنا :

1- ضرورة إعادة صياغة المادة 15 من الأمر رقم 74/75 بحيث تكون واضحة في الدلالة على أن عقارات التركة تنتقل بالشهر، لكن بأثر رجعي يعود إلى يوم الوفاة، وهذا هو مدلولها الحالي لكن بغموض.

إذ تعتبر عملية الشهر هي من ينقل ملكية عقارات التركة للورثة، حيث أن السائد في الفقه الجزائري أن التركة ومن ضمنها عقاراتها تنتقل للورثة بمجرد حدوث واقعة الوفاة. وهذا فيه تعارض مع القانون المدني، خصوصا المادة 793 منه التي تجعل من الشهر الوسيلة الوحيدة لانتقال العقارات.

2- ونقترح كذلك إدخال تعديل على المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 المتعلقة بتأسيس السجل العقاري بحيث تكون عملية شهر الوصية ظاهرة في نص المادة حتى يزول اللبس ويقطع الخلاف.

قائمة المراجع

والمصادر

قائمة المراجع والمصادر

المصادر :

1 - القرآن الكريم

2- الحديث الشريف

المراجع بالعربية :

- 1- أحسن بوسقيعة : الوجيز في القانون الجزائري العام ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2002 .
- 2- الحافظ زكي الدين : مختصر صحيح مسلم ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرياض ، 1996 .
- 3- السنهوري : الوسيط ، المجلد 08 ، الباب الأول ، القسم الثاني ، منشورات الحلبي ، بيروت ، 1998 .
- 4 - السيد سابق : فقه السنة ، المجلد 02 دت .
- 5 - الشوكاني : نيل الأوطار ، المجلد الثالث ، ج 6 ، دار الجيل ، بيروت ، دت .
- 6- حمدي باشا عمر : نقل الملكية العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2002 .
- 7- محمد العمراني : الميراث في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للاتصال والنشر والإشهار ، الجزائر ، 2000 .
- 8- محمد وحيد الدين سيوار ، الحقوق العينية الأصلية ، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع ، ط 1 ، الأردن ، 1994 .

9- محمد زهدور : الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ،
1991 .

10- محمد محدة : الأحكام الأساسية للأحوال الشخصية ، دار الشهاب ، باتنة ، ب ت .

11- محمد مصطفى شليبي : أحكام الموارث بين الفقه والقانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ،
1978 .

12- مجيد خلفوني : نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط 1 ، الديوان الوطني للأشغال
التربوية، الجزائر ، 2003 .

13- مراد شكري : المنحلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية ، دار الحسن للنشر والتوزيع ، الأردن ،
1998 .

14- فريدة محمدي (زواوي) : الحياة والتقاعد المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2000 .

15- وهيبه الزحيلي : الفقه الإسلامي و أدلته ج 04 ، دار الفكر ، ط 02 ، دمشق ، 1985 .

المراجع بالفرنسية :

01Henri Léon Mazeaud, Jean Mazeaud : Leçons de droit civil, tome 4,
deuxième édition, 1971, édition Montchrestien, Paris, P 415-416.

المجلات و المذكرات :

- 01- النشرة السنوية لسنة 1968 .
- 02- المجلة القضائية لسنة 1989 ، العدد 04 .
- 03- المجلة القضائية لسنة 1993 ، العدد 03 .
- 04- المجلة القضائية لسنة 1994 ، العدد 03 .
- 05- المجلة القضائية لسنة 1996 ، العدد 01 .
- 06- المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد 02 .
- 07- مجلة الاجتهاد القضائي ، غرفة الأحوال الشخصية ، عدد خاص 2001 .
- 08- عمر بوحلاسة : شهادة الشهود في العقود التوثيقية ، مجلة الموثق ، العدد 09 - 10 الصادر
2003 .
- 09 - عمر صدقي : رسالة ماجستير ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، جامعة الجزائر .

الفهرس

الفهرس

_المقدمة

- 04....._الفصل الأول : انتقال الملكية العقارية بالميراث
- 06....._المبحث الأول : ماهية الميراث
- 06....._المطلب الأول : : تعريف الميراث وما يتعلق به من حقوق
- 12....._المطلب الثاني : أركان الميراث وشروطه
- 16....._المطلب الثالث : أسباب الميراث وموانعه
- 23....._المبحث الثاني : الشروط المستوجبة قانونا في انتقال عقارات التركة
- 24....._المطلب الأول : توثيق انتقال عقارات التركة
- 26....._المطلب الثاني : تسجيل حقوق انتقال عقارات التركة
- 30....._المطلب الثالث : شهر انتقال عقارات التركة
- 35....._المبحث الثالث : آثار تخلف التوثيق والتسجيل و الشهر في انتقال عقارات التركة بسبب الميراث
- 35....._المطلب الأول : تخلف التوثيق.....
- 38....._المطلب الثاني : تخلف التسجيل.....
- 39....._المطلب الثالث : تخلف الشهر
- 40....._الفصل الثاني : انتقال الملكية العقارية بالوصية
- 41....._المبحث الأول : ماهية الوصية
- 41....._المطلب الأول : تعريف الوصية و ما يتعلق بها من أحكام

- 45....._المطلب الثاني : أركان الوصية و خصائصها
- 51....._المطلب الثالث : موانع الوصية
- 55....._المبحث الثاني : الشروط المستوجبة قانونا في انتقال الوصية اذا كان محلها عقارا
- 55....._المطلب الأول : توثيق الوصية
- 57....._المطلب الثاني : تسجيل الوصية
- 59....._المطلب الثالث : شهر الوصية
- 63....._المبحث الثالث : تخلف التوثيق والتسجيل والشهر وأثره على انتقال العقار بالوصية
- 63....._المطلب الأول : تخلف التوثيق وأثره على انتقال العقار بالوصية
- 65....._المطلب الثاني : تخلف تسجيل الوصية
- 66....._المطلب الثالث : تخلف شهر الوصية
- 68....._الخاتمة :
- 71....._قائمة المراجع والمصادر:
- 75....._الفهرس