

الشهادة التوثيقية في التشريع والقضاء الجزائريين Notarial Certifiante in Algerian Legislation and Judiciary



طالب الدكتوراه/ محمد حاج جيلاني^{3,2,1}، الدكتور/ أم الخير بوقرة^{2,1}

Dr./ Mohammed Hadj Djilani, Dr./ Oum Elkheir Bouguerra

¹جامعة الجزائر 1، (الجزائر)

University of Algiers 1, (Algeria)

²مخبر قانون الأسرة

Laboratory of Family law

³المؤلف المراسل (author correspondent): m.hadjdjilani@univ-alger.dz

تاريخ النشر: 2026/04/28

تاريخ القبول للنشر: 2026/04/04

تاريخ الاستلام: 2026/01/24

مراجعة المقال: اللغة العربية: أ.د. عبد الهالك قزل (جامعة خويس مليانة) اللغة الإنجليزية: د. / رحمة بوسحابة (جامعة معسكر)

ملخص:

تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني واعتبر أن الشهر هو المنشئ للحق العيني والناقل له والمعدل له، إلا أنه استثنى انتقال الحق العيني من المورث للورثة ليحمله يتم من يوم الوفاة وليس من تاريخ شهر حق الإرث، مما يجعل الشهر في هذه الحالة كاشفا للحق العيني وليس منشئا له. ورغم وضوح النصوص القانونية التي تقرّر هذا الأمر إلا أن الاجتهادات القضائية كانت متضاربة ومتعارضة حتى في نفس الجهة القضائية في تقدير شهر حق الإرث بشهر الشهادة التوثيقية، والذي اعتبرته النصوص القانونية إجراء لازما لإعلام الغير بانتقال الحق العيني إلى الورثة، وضمان توالي عملية الشهر دون انقطاع.

يهدف هذا البحث إلى بيان مسألة وقت انتقال ملكية التركة العقارية، ومدى دور شهر حق الإرث في ذلك، وقد توصل الباحث إلى وجود تعارض بين أحكام القوانين النازمة لموضوع شهر حق الإرث وتذبذب أحكام القضاء تبعاً لها.

الكلمات المفتاحية: الشهادة التوثيقية؛ التركة العقارية؛ الشهر؛ التسجيل؛ نقل الملكية.

Abstract:

The Algerian legislature adopted the real property registration system, considering it a means for the creation, transfer, and modification of real rights.

However, it made an exception for the transfer of real rights from the deceased to the heirs, which occurs from the date of death and not from the date of registration of the inheritance right. Land registration, in this case, is declaratory of the real right rather than constitutive of it.

In this context, despite the clarity of the legal texts governing such issues, judicial decisions were contradictory, even within the same judicial authority, regarding the registration of inheritance rights through the registration of the notarial certificate. Legal texts have deemed this procedure necessary to inform

third parties of the transfer of real rights to the heirs and to ensure the continuity of the land registration process.

This research aims to clarify the issue of the time at which ownership of the real estate comprising the estate is transferred, and the extent of the role of the registration of inheritance rights in this regard. The researcher concluded that there is a conflict between the provisions of the laws governing the registration of inheritance rights and that judicial decisions have fluctuated accordingly.

Key words: notarial certificate; real estate inheritance; registration; transfer of property.

مقدمة:

يتميز حق الإرث عن التصرفات الناقلة للملكية فيما يخص شروط انتقال الملكية ووقت الانتقال بخضوعه لأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن إذا كانت هذه الملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية فيجب مراعاة الإجراءات القانونية المتعلقة بالشهر العقاري، وعليه فإن انتقال ملكية العقار والحقوق العينية العقارية من المورث لورثته يخضع لأمرين: الأول هو أنه يتم ابتداء من لحظة الوفاة، فبمجرد حدوث واقعة الوفاة تنتقل ملكية المورث إلى ورثته حسب ما تقضي به المادة 127 من قانون الأسرة والفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. أما الثاني فهو أن قوانين الشهر العقاري تشترط إجراء الشهر لانتقال الملكية العقارية، فأى انتقال ملكية العقار أو للحقوق العينية المتعلقة به، لا يمكن أن يوجد بالنسبة للغير إلا بإشهاره في مجموع البطاقات العقارية حسب ما تقضي به الفقرة الأولى من نص المادة 15 من الأمر 74/75 المذكورة آنفاً، ولا يوجد بالنسبة للأطراف إلا من تاريخ الشهر طبقاً للمادة 16 من نفس الأمر، فالمشعر الجزائري أوجب قيد الحقوق العينية العقارية لكي تكون سارية في مواجهة الكافة، فاشتراط إشهار كل ما ينشئ أو ينهي أو يعدل أو ينقل حقاً عينياً عقارياً من الإجراءات والاتفاقات والدعاوى والعقود، واستثنى من ذلك حقوق الميراث التي تبدأ الملكية فيها بالنسبة للورثة من تاريخ الوفاة وليس من تاريخ الشهر.

وتبعاً لذلك أوجب شهر حق الإرث بشهر الشهادة الموثقة لإثبات انتقال ملكية ما آل إلى الورثة من عقارات وحقوق عينية عقارية من تركة المورث، فالمادة 91 من الأمر 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بينت أن نقل الحقوق العينية العقارية أو إنهاؤها أو إنشاؤها بمناسبة وقوع الوفاة أو بسببها يلزم إثباته حتماً باستصدار شهادة توثيقية، وزيادة على ذلك تعتبر إجراء واجباً يندرج ضمن تحقيق قاعدة الشهر المسبق التي تضمن توالي عملية الشهر دون انقطاع، حسب ما تقضي به المادة 88 من المرسوم 63/76 المذكور آنفاً، وتعتبر قاعدة الشهر المسبق كما هو معلوم من أهم أسس نظام الشهر العيني، مما سبق يظهر أن هناك تعارضاً بين انتقال الملكية بالوفاة، ووجوب شهر حق الإرث.

وفي ظلّ هذا التعارض تُطرح الإشكالية التالية:

هل انتقال ملكية العقار والحقوق العينية العقارية من المورث للورثة يتم بواقعة الوفاة أم بشهر

الشهادة التوثيقية؟

للإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا اتباع المنهج التحليلي، بتحليل النصوص والتعليق عليها خاصة مع وجود تعارض كبير بين النصوص التي تتحدث عن أحكام الشهادة التوثيقية بين قوانين الشهر العقاري والقانون المدني.

وللإجابة على الإشكالية ارتأينا تقسيم الورقة إلى ثلاثة مباحث؛ تناولنا في المبحث الأول ماهية الشهادة التوثيقية، وفي المبحث الثاني شروط الشهادة التوثيقية وإجراءات إعدادها، وفي المبحث لثالث دور الشهادة التوثيقية في نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية من المورث إلى الورثة.

المبحث الأول:

ماهية الشهادة التوثيقية

رغم أن حق الإرث ينشأ بمجرد وفاة المورث، والحقوق العينية العقارية التي يتركها وتؤول إلى ورثته، تنتقل إليهم بمجرد وفاته، إلا أن تصرفهم فيها لا يمكن أن يتم وينتج آثاره ويصلح للاحتجاج به في مواجهة الغير إلا بشهر حقهم في الإرث بموجب محرر رسمي يسمى الشهادة التوثيقية، نتناولها فيما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الشهادة التوثيقية

للإلمام بمفهوم الشهادة التوثيقية لابد من التطرق لذكر تعريفها وبيان حالات إعدادها وخصائصها والغرض منها فيما يلي:

الفرع الأول: تعريف الشهادة التوثيقية

لم يعرف المشرع الجزائري الشهادة التوثيقية ولكن اكتفى ببيان دورها وأهميتها وترك أمر تعريفها للشراح والمختصين في القانون. ومن بين التعاريف الفقهية نجد تعريف الأستاذ حمدي باشا عمر الذي عرفها بأنها "الوسيلة الفنية لشهر حق الإرث في مجموع البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد انتقال الملكية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم (حمدي باشا عمر وليلى زروقي، 2019، ص 217).

كما عرفها في موضع آخر بأنها "عقد تصريحي يثبت فيه الموثق انتقال الملكية العقارية من المورث أو الموصى إلى الورثة أو الموصى لهم على سبيل الشيوخ (حمدي باشا عمر، 2021، ص 128).

نلاحظ أن التعريفين لم يشيرا إلى أن الحقوق العينية العقارية يشترط أن تكون محل شهر مسبق وفي الأجل المحددة بموجب المادة 99 من المرسوم 63-76 المعدل والمتمم لكي يستطيع الموثق أن يحضر الشهادة التوثيقية، وهذا احتراماً لمبادئ الشهر العيني وخاصة مبدأ الشهر المسبق.

فالشهادة التوثيقية محرر رسمي يختص الموثق بتحريره بناء على طلب وتصريح أحد الموصى لهم أو أحد الورثة، ويقتصر دور الموثق على تلقي تصريحات طالبيها، من أجل شهر حق الإرث وإعلام الغير بانتقال الحقوق العينية العقارية وتمكين الورثة من إثبات هذا الانتقال والاحتجاج به في مواجهة الغير. فهي الوسيلة الفنية والأداة العملية الوحيدة لإثبات انتقال الملكية التي تكون محل شهر مسبق إلى الورثة بشرط إشهارها في المحافظة العقارية لأن الشهر هو الإجراء الضروري والواجب والوحيد لنقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية. ولهذا أقترح أن يكون تعريفها كما يلي:

الشهادة التوثيقية محرر رسمي تصريحي يختص الموثق بإعداده بناء على طلب وتصريح أحد الورثة أو الموصى لهم لإثبات انتقال الحقوق العينية العقارية التي كانت محلا لشهر مسبق، من المورث إلى الورثة.

الفرع الثاني: حالات إعداد الشهادة التوثيقية

طبقا لنص المادة 91 من المرسوم 63-76 سالف الذكر، فإنه يجب استصدار الشهادة التوثيقية في حالة ما إذا أراد الورثة أو الموصى لهم إثبات نقل ملكية حقوق عينية عقارية أو إنشاءها أو إنهاءها بمناسبة حدوث واقعة الوفاة أو سببها بشرط أن يتم ذلك وفق الآجال القانونية المحددة بالمادة 99، وكذا إذا طلب الورثة أو الموصى لهم من الموثق إعداد عقد يتعلق بكل التركة أو بجزء منها.

أما إذا تمت قسمة عقارات التركة وتم تحرير العقد وإيداعه للشهر ضمن الأجل المنصوص عليه قانونا فلا يتم إعداد الشهادة التوثيقية وهذا لتفادي شهر تصرفين مختلفين ينصبان على عقار واحد، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القسمة تختلف عن الشهادة التوثيقية من حيث الغرض، إذ أن الغرض من القسمة هو فرز الحقوق، بينما الغرض من الشهادة التوثيقية فهو إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية من المورث للورثة.

ولا بدّ من الإشارة إلى أن المورث إذا ترك عقارا يشترط القانون عدم التنازل عنه لمدة معينة مثل السكن الاجتماعي الذي تدعمه الدولة فإن هذا الشرط يسقط بوفاة المورث لأنه التزام شخصي، فلا يعد قيда على طلب تحرير الشهادة التوثيقية ولا يدون عليها ولا يمنع الورثة من التصرف في هذا العقار وهذا استنادا لما جاء في المذكرة رقم 09398 الصادرة بتاريخ 2009/08/31 عن المديرية العامة للأموال الوطنية.

كما أصدرت مذكرة بتاريخ 2007/05/03 تحمل رقم 4094 تؤكد فيها على ضرورة شهر فريضة التخارج إذا ما تأكد المحافظ العقاري أن التخارج قد تم قبل نقل الملكية وبمعقد رسمي حرره الموثق، ويتربط عن هذا التأكيد على شهر الشهادة التوثيقية التي حررت استنادا لفريضة التخارج (حمدي باشا عمر، 2021، ص 129-131).

المطلب الثاني: خصائص الشهادة التوثيقية والغرض منها

باعتبار أن الشهادة التوثيقية من المحررات التوثيقية فلا بد من التطرق للخصائص التي تميزها عن سائر المحررات، والغرض منها، وانطلاقا من تعريفها نستنتج تلك الخصائص.

الفرع الأول: خصائص الشهادة التوثيقية

أولا/ الشهادة التوثيقية محرر رسمي: تعتبر الشهادة التوثيقية محررا رسميا يحضره ضابط عمومي مختص هو الموثق طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني (الأمر 58/75، 1975)، التي أوجبت تحرير كل العقود التي موضوعها نقل ملكية عقار في الشكل الرسمي مع شهرها وتسجيلها تحت طائلة البطلان. وكل المعلومات التي تتضمنها الشهادة التوثيقية تكون لها قوة ثبوتية ما لم يطعن فيها بالتزوير وتعتبر حجة في كل التراب الوطني حسب نص المادة 324 مكرر5 من القانون المدني، فما أثبتته الموثق في الشهادة التوثيقية له حجية مطلقة ومن أراد إثبات عدم صحة ما تضمنته فما عليه إلا الطعن بالتزوير، أما

تصريحات طالبي الشهادة التوثيقية؛ فيمكن الطعن فيها بالبطان أمام القضاء إذا توافرت أسبابه، فرسمية السند لا تمنع إبطاله قضائيا إذا ثبت مخالفة هذا السند للحقيقة (وليد ميرة، 2022/2021، ص 95).

ثانيا/ الشهادة التوثيقية سند إثبات: تعتبر الشهادة التوثيقية سندا يثبت نقل الملكية العقارية من المورث للورثة يعطيهم الحق في التصرف فيما آل إليهم من أنصبة من الحقوق العقارية بالنسبة للعقارات التي سبق وإن خضعت لإجراء شهر مسبق. فهي ليست سندا ناقلا للحقوق العقارية فانتقالها يتم بسبب الواقعة المادية وهي الوفاة وليس بشهر الشهادة.

أو بمعنى آخر أن الشهادة الموثقة ليست هي التي تؤدي إلى إنشاء أو انقضاء أو تعديل في الحقوق العينية العقارية وإنما دورها لا يعدو أن يكون أداة إثبات قانونية لنقل الأملاك العقارية محل وعاء التركة إلى الورثة (مجدي خلوفي، 2011، ص 117).

ثالثا/ الشهادة التوثيقية محرر تصريح: تعتبر الشهادة التوثيقية محررا تصريحيا، إذ يقوم الورثة أو الموصى إليهم إذا كانت فريضة الهالك المحررة تتضمن ما يفيد وجود وصية، بطلب الشهادة التوثيقية بعد تقديم الطلب بالتصريح أمام الموثق بكل ما يخص انتقال الملكية العقارية من مورثهم إليهم. ويتوقف دور الموثق على استقبال التصريح وتحريره في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مناف للقانون، ويكون التصريح تحت مسؤولية طالب الشهادة ولا يتحمل الموثق المحرر المسؤولية.

رابعا/ الشهادة التوثيقية سند مثبت لنقل للملكية على وجه الشيوخ: فهو يثبت بها انتقال الحقوق العقارية من المورث إلى الورثة ولكن على سبيل الشيوخ، وهو ما أشارت إليه المادة 39 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ولكن لا تفرز الشهادة التوثيقية نصيب كل وارث من الحقوق العقارية أو نصيب الموصى له، بل تنتقل الحقوق مشاعة وعلى من أراد فرز نصيبه والانفراد باستغلاله اللجوء إلى القسمة سواء أكانت اتفاقية بالتراضي مع باقي الورثة عند توفر شروطها طبقا نص المادة 723 من القانون المدني، أم قضائية عند عدم الاتفاق أو عدم إمكان قسمة العقار طبقا لنص المادة 724 ف1 من القانون المدني، أو عند وجود قاصر بين الورثة طبقا لنص المادة 181 ف2 من قانون الأسرة. فالملكية تنتقل مشاعة إلى الورثة وتخضع لأحكام الملكية المشاعة إلى أن تتم قسمتها وإذا وجدت قسمة من قبل فلا حاجة لطلب التحرير الشهادة التوثيقية طبقا لنص المادة 91 ف2 من المرسوم 63/76 لأن القسمة تكون قد أفرزت الحقوق. وقبل القسمة تحتفظ المحافظة العقارية بالدفتري العقاري إلا إذا قام الورثة بتوكيل أحدهم لاستلامه على أن يشار إلى ذلك في البطاقة العقارية طبقا لنص المادة 47 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

في حين أن قرار المحكمة العليا رقم 267615 المؤرخ في 2004/09/22 (مجلة المحكمة العليا، 2007، ص 407) في المبدأ الوارد فيه اعتبرها سندا ناقلا للملكية العقارية من المورث للورثة، والحقيقة أنها ليس سندا ناقلا وإنما سند يثبت الانتقال، وبه يعلم جميع من له مصلحة أن الأملاك العقارية انتقلت فعلا إلى الورثة على سبيل الشيوخ وتضمن للورثة إمكان التصرف فيما آل إليهم من حقوق عينية عقارية وشهر أي تصرف بعد ذلك عملا بقاعدة الشهر المسبق.

الفرع الثاني: الغرض من الشهادة التوثيقية

اشترط المشرع الجزائري قاعدة الشهر المسبق تطبيقا لمبادئ الشهر العيني، فلا تشهر أي وثيقة متعلقة بنقل ملكية عقارية أو تعديلها أو إنشائها، ما لم تكن مشهرة من قبل، فيأتي شهر حق الإرث ضمن هذا المسعى لتحقيق الأهداف التالية:

- _ حماية المالك الجديد من وجود تصرفات أخرى على نفس العقار وفي نفس الوقت مما يقلل من احتمال تزامم الحقوق عليه وبالتالي التخفيف على القضاء من عبء التفضيل بين المستحقين.
- _ ضمان توالي عملية الشهر وتسلسل عملية انتقال العقار لكيلا يكون فيها انقطاع.
- _ تعتبر أداة الكشف عن صفة المالك الوارث الجديد، وفي الوقت ذاته تعتبر قيда على حريته في التصرف في الأملاك العقارية التي انتقلت إليه بسبب واقعة الوفاة (محمد توفيق قاديري، 2020، ص 238)، كما تتضمن تحديد الأموال التي ستتم قسمتها حسب الحصص المذكورة في الفريضة (غنية لحلو، 2010، ص 210).

- _ تثبيت وإثبات انتقال الملكية العقارية من المالك الهالك إلى الوارث ومنحه صفة المالك.
- _ تمكين الورثة من التصرف في أنصبتهم من العقارات والحقوق العينية العقارية التي آلت إليهم بسبب الوفاة حتى قبل قسمتها، بعد شهر حقوقهم في مصلحة الشهر العقاري.
- _ حماية حقوق الورثة من اكتساب الغير لما يؤول إليهم من عقارات التركة بسبب التقادم والاستفادة من الضمانات التي يوفرها نظام الشهر العيني.
- _ إعلام الغير بهوية آخر من ملك العقار حتى يكونوا على بينة من الأمر إذا تعاملوا معه.
- _ تنظيم انتقال الملكية بسرعة ويسر وبأقل التكاليف والأخطاء لأنها تحرر من ضابط عمومي متخصص في عقود نقل الملكية، يتعامل مع مصلحة إدارية متخصصة في عملية المسح ومصلحة الحفظ العقاري مباشرة (عبد اللطيف بن عبيدة، 2017، ص 273).

المبحث الثاني:

شروط الشهادة التوثيقية وإجراءات إعدادها

تعتبر الشهادة التوثيقية محررا رسميا أو ورقة رسمية يدون فيها الموثق في حدود سلطته واختصاصه ما يصح به طالبوها على أن يتم تحريرها وفق الأشكال القانونية، عملا بنص المادة 324 من القانون المدني ولكي تكون صالحة للاحتجاج بها في مواجهة الكافة ولا بد أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط وأن يتم إعدادها وفق إجراءات معينة.

المطلب الأول: شروط الشهادة التوثيقية

باستقراء النصوص القانونية المختلفة نستنتج أن الشهادة التوثيقية تشترط فيها مجموعة من الشروط تتمثل نوجزها فيما يلي:

الفرع الأول: الصبغة الرسمية للشهادة

ومعناها أن تحرّر من ضابط عمومي مختص فوّضته السّلطات العمومية لمباشرة مهنة التوثيق وخوّلت له تحرير العقود ذات الصبغة الرسمية عملا بنص المادة 03 من القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق (القانون 02-06، 2006)، ويشترط فيه أن يكون متمتعا بصفة الضابط العمومي وأن يكون قد أدى اليمين القانونية وقد شرع في ممارسة مهامه بصفة رسمية، فلا تقبل الورقة التي حررها قبل تعيينه أو بعد عزله أو قبل أداء اليمين القانونية أو بعد توقيفه، كما يشترط أن يكون أهلا لتحرير الأوراق التي يختص قانونا بتحريرها، وألا يكون خاضعا لحالات التنافي المنصوص عليها في المواد من 23 إلى 25 من القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق أو لحالات المنع المنصوص عليها في المواد من 19 إلى 22 من نفس القانون.

الفرع الثاني: مراعاة الأشكال القانونية

يجب أن تراعى في تحرير الشهادة التوثيقية الأشكال التي ينص عليها القانون، إذ يجب أن تحرّر باللغة العربية لنص المادة 26 من القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق على أنه: "تحرر العقود التوثيقية، تحت طائلة البطلان باللغة العربية..." وعليه فإن الشهادة الموثقة المحررة بغير اللغة العربية تكون ماسة بالنظام العام وباطلة بطلانا مطلقا لما في ذلك من خرق للقانون رقم 05/91 المؤرخ في 16/01/1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية (القانون 05-91، 1991)، ولمن له مصلحة أن يطعن فيها أمام القضاء العادي، أو يطعن في قرار المحافظ العقاري إذا لم يقبل إيداعها للشهر أمام القضاء الإداري. كما يجب ذكر البيانات الإلزامية ومنها الإشارة إلى الوارث الذي طلب من الموثق إعدادها، وذكر الحالة المدنية للمتوفي والمصادقة عليها، وذكر أسم ولقب وموطن وتاريخ ميلاد كل وارث استنادا لما ورد في الفريضة التي تم إعدادها مسبقا، وهذه البيانات نصت عليها المادة 65 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

كما يجب ذكر العقارات التي سلمت عقودها المشهرة للموثق ويراد إعداد الشهادة التوثيقية بشأنها وينبغي التنبيه إلى أن الشهادة التوثيقية إذا توفرت فيها الشروط القانونية فإنها تكتسب صفة الرسمية وتكون حجة على الكافة في الأمور التي حررها الموثق بصفته ضابطا عموميا في حدود اختصاصه وسلطته ومهمته، وإذا نازع فيها من له مصلحة فليس له نقضها إلا باللجوء لدعوى التزوير، أما الأمور التي ترجع إلى تصريحات طالب الشهادة التوثيقية فيمكن الطعن في صحتها بإثبات نقيضها بكل الوسائل، والموثق في هذه الحالة يكون قد تلقى التصريحات ولا يتحمل عواقبها ولا مسؤولية عدم صحتها.

المطلب الثاني: إجراءات إعداد الشهادة التوثيقية

قبل طلب الشهادة التوثيقية يجب على الورثة التصريح بالتركة بشكل مفصل لأداء حقوق الدولة من نقل الملكية العقارية بالوفاة ضمن الآجال المحددة قانونا وهي سنة ابتداء من يوم الوفاة حسب نص المادة 65 من قانون التسجيل (الأمر 105-76، 1976)، وستة أشهر حسب المادة 99 من نفس القانون التي ترتب المسؤولية المدنية على الورثة إذا تجاوزوها، وتتمثل إجراءات إعداد الشهادة التوثيقية فيما يلي:

الفرع الأول: تحرير الشهادة التوثيقية

ليتمكن الموثق من تحرير الشهادة التوثيقية لأبد على الورثة أو الموصى لهم من تحضير ملف يشمل كافة الوثائق والمستندات التي يشترطها القانون لإثبات الوقائع والتصريحات وهوية الأطراف، ويتكون الملف مما يلي:

_ سنداً لإثبات ملكية العقار باسم المورث سواء أكان عقد بيع أم هبة أم عقداً إدارياً أم دفتر عقاري أم حكماً قضائياً بشرط أن يكون مشهراً إما في نظام الشهر الشخصي بالنسبة للمناطق غير الممسوحة أو نظام الشهر العيني في المناطق الممسوحة.

_ فريضة تتضمن تعيين الورثة وتبيان أنصبتهم، محررة من موثق.

_ شهادة الإجراءات الإيجابية أو السلبية تثبت أن العقار مازال باسم المورث ولم يتصرف فيه في حالة عدم وجود الدفتر العقاري أو البطاقة العقارية. ولكن قد يطالب الموثق ببطاقة عقارية محينة تبين ما إذا كان هناك تصرفات قد وردت على الوحدة العقارية أم لا في حالة رفض أحد الورثة تسليم الدفتر العقاري إلى الموثق.

_ شهادة الوفاة للمورث وشهادة وفاة من مات من ورثته. _ شهادات ميلاد جميع الورثة.

_ شهادة ميلاد طالب الشهادة وبطاقة التعريف الوطنية الخاصة به.

مع تسديد الرسوم المتعلقة بالشهر والتسجيل التي تحددها القوانين وتسديد أتعاب الموثق.

وفي حالة الموت الحكمي يعتبر الشخص المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا تعلم حياته من مماته في حكم الميت بناء على حكم قضائي رغم عدم التيقن من موته (محمد سعيد جعفرور، 2018، ص 322). وبعد صدور الحكم بالفقدان لأبد من استصدار حكم بالوفاة من أجل تحرير الشهادة التوثيقية وقسمة تركة المحكوم بوفاته.

أما المفقود في بعض الحالات الاستثنائية، فثبت الوفاة في فيضانات باب الواد بموجب حكم قضائي طبقاً لنص المادة 02 من الأمر 03-02 (الأمر 03-02، 2002) المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001.

وتثبت الوفاة بموجب حكم قضائي لضحايا زلزال 21 ماي 2003 ببومرداس طبقاً لنص المادة 02 ف1 من القانون 06-03 (القانون 06-03، 2003)، المتعلق بضحايا هذا الزلزال، وتثبت الوفاة لضحايا المأساة الوطنية بموجب حكم قضائي طبقاً لنص المادة 30 من الأمر 1301/06 المتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

يقوم الموثق بتحرير الشهادة التوثيقية بعد استيفاء أتعابه ورسوم التسجيل مع مراعاة أحكام المادتين 62 و66 من المرسوم 63/76 والمادة 324 مكرر4 من القانون المدني وكلها تطرقت إلى البيانات الضرورية المتعلقة بالأطراف والعقار محل الشهادة التوثيقية فيجب:

_ الإشارة إلى الوارث الذي تقدم بطلب الشهادة التوثيقية.

_ ذكر الحالة المدنية للمتوفى مع التصديق عليها.

_ ذكر الاسم واللقب والموطن وتاريخ الميلاد.

_ ذكر الاسم واللقب والموطن والمهنة لكل وارث من الورثة المذكورين في الفريضة.

_ ذكر جميع العقارات الموروثة المراد تحرير الشهادة التوثيقية بشأنها استنادا للسندات الرسمية المشهورة التي تم تقديمها في الملف.

ولا بدّ من الإشارة إلى أنه في بعض الحالات لا تقبل الشهادة التوثيقية ولا يحتج بها ومن هذه الحالات:
1- كون الموثق وارثا أو موصى له أو أحد أطراف العقد أو مستفيدا أو ممثلا لأحد الورثة أو وكيل له أو متصرفا باسم أحد الأقارب أو الحواشي أو الأصهار حتى الدرجة الرابعة وهذا طبقا لنص المادة 19 من القانون 02/06 المتضمن قانون تنظيم مهنة التوثيق.

2- إذا حررت الشهادة التوثيقية بغير اللغة العربية طبقا لنص المادة 26 من قانون التوثيق التي نصت على أنه "تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية".

3- خلو الشهادة التوثيقية من أحد البيانات الضرورية التي اشترطتها نفس المادة المذكورة من بيانات الموثق والأطراف والعقار محل الشهادة.

4- إذا حررها موثق أثناء عزله أو إيقافه، وهذا عملا بنص المادة 35 من قانون التوثيق أو خضوعه لعقوبة تأديبية طبقا لنص المادة 54 من قانون التوثيق.

الفرع الثاني: تسجيل الشهادة التوثيقية وشهرها

أولا/ تسجيل الشهادة التوثيقية: التسجيل هو عملية جبائية منظمة من طرف مصلحة الضرائب وفق قواعد وضوابط محددة قانونا يتم من خلالها تأدية الرسم المستحق لحساب الخزينة العمومية (بلقاضي كريمة، 2005/2004، ص 83-130)، كما تم تعريفه بأنه إجراء إداري يقوم به موظف عمومي مقابل تحصيل إيراد للخزينة العمومية وهذا الإجراء ملزم ومخالفته ترتب غرامات جبائية (بغني الشريف، 2021، ص 82).

فالتسجيل هو إجراء إداري إجباري نهائي ذو طابع جبائي يطبق على التصرفات القانونية التي محلها العقارات والمنقولات تقوم به مفتشيات التسجيل بواسطة موظف عمومي هو مفتش التسجيل لتحصيل الإيرادات للخزينة العمومية وإعطاء تاريخ ثابت للتصرف، دون أن يؤثر انتقال الحق أو حجته، لأن ذلك من صميم آثار عملية الشهر لا التسجيل.

وينظم أحكامه القانون 105-76 (الأمر 105-76، 1976) المؤرخ في 19/06/1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم. فهو إجراء لازم تترتب على تركه غرامة.

ومنح القانون صلاحية المبادرة بتسجيل العقود للموثق باعتباره الشخص المؤهل قانونا بتحريرها وألزمه المشرع بدفع حقوق التسجيل لدى قابض الضرائب تجسيدا لحق الدولة في اقتطاع الرسوم المستحقة للخزينة العمومية (فاصلة عبد اللطيف، 2015، ص 363).

ويجب تسجيل الموثق الشهادة التوثيقية خلال شهر ابتداء من تاريخ تحريرها عملا بنص المادة 58 من الأمر رقم 105-76 المتضمن قانون التسجيل. إذ يتقدم الموثق أو مساعده إلى مكتب التسجيل المختص بملخص للشهادة التوثيقة من نسختين تسلمه إدارة الضرائب مجانا ويتضمن أسماء الأطراف وألقابهم وموطنهم والقيم الخاضعة لتحصيل الرسوم بالإضافة إلى الشهادة التوثيقية (الأصل) مع دفع رسوم

التسجيل المستحقة للخرينة العمومية. ويقوم المفتش بالتأشير على الشهادة التوثيقية مع بيان تاريخ وصفة السجل ورقم التسجيل ومبلغ الرسوم المدفوعة بالأحرف طبقاً لنص المادة 181 فقرة 2 من قانون التسجيل. ويقع التسجيل على كشف يسمى الأمر بالدفع تعدده مصلحة التسجيل كوسيلة للإثبات والاحتجاج به على الغير (جميلة زايدي، ص 108)، ويسجل التصريح حسب تقييم الورثة مع وجود رقابة لاحقة للتأكد من صحة المعلومات المقدمة فيه ومدى مطابقته للحقيقة.

ويتربط على التسجيل بعد الأجل غرامة مالية على الموثق وفق نص المادة 93 من قانون التسجيل تتمثل في 10 بالمئة من الحقوق المتملص منها إذا كانت مدة التأخر بين يوم وواحد ثلاثين يوماً وتلجئة مالية مقدرة بـ 3 في المئة عن كل شهر أو جزء من الشهر تأخرًا على ألا تتجاوز الغرامة الكلية 25 في المئة. وتسجيل الشهادة التوثيقية يكون مجاناً وهو ما بينته المادة 80 من الأمر 105-76 سالف الذكر، على أن يتم التسجيل بمصلحة التسجيل التابعة لمحل سكن المتوفى عملاً بنص المادة 80 من قانون التسجيل المذكور.

ثانياً/ شهر الشهادة التوثيقية: الشهر هو إجراء قانوني يتم أمام المحافظة العقارية من أجل تثبيت الملك في حق المالك الجديد، وبموجبه يعلم كل من له مصلحة من الغير بالوضع القانوني للعقار والحقوق العينية الواردة عليه (محمودي فاطمة الزهراء، 2017، ص 103).

وهو إجراء تخضع له وجوباً كل التصرفات القانونية التي تنصب على العقار والمتعلقة بنقل الملكية العقارية أو المعدلة لها أو الكاشفة عن حق عيني عقاري مهما كان مصدره، وباعتبار أن الشهادة التوثيقية تثبت انتقال حق عيني عقاري ناتج عن واقعة مادية وهي الوفاة فإنها تخضع وجوباً للشهر. وباعتبار الشهادة التوثيقية وسيلة إثبات انتقال الملكية بالوفاة فلا بد أن تخضع لإجراء الشهر رغم أن الملكية تنتقل بالوفاة لذلك

ولابد من التوفيق بين أحكام انتقال التركة في الشريعة الإسلامية وبين أحكام الشهر العقاري كإجراء ضروري لنقل الحقوق العينية العقارية (فتحي ويس، 2014، ص 311)، فالملكية في الشريعة الإسلامية تنتقل من المورث للورثة بواقعة الوفاة حتى لا تبقى بدون مالك لأن المورث تنتهي شخصيته القانونية و تزول ذمته المالية بمجرد الوفاة بينما في القانون تنتقل الملكية العقارية بالشهر، لذلك يتعين شهر حق الإرث لإثبات انتقال الملكية العقارية للورثة رغم أنها انتقلت إليهم من يوم الوفاة كما يتعين شهره لأنه لا يمكن شهر التصرفات اللاحقة على العقارات المتصرف فيها ما لم يكن هناك شهر مسبق للشهادة التوثيقية، ويتم شهر حق الإرث بإجراءين ضروريين هما الإيداع ثم الشهر.

أ/ عملية الإيداع: الإيداع عمل قانوني لازم في كل سند يستوجب إخضاعه إلى عملية الشهر العقاري وله آجال قانونية يجب احترامها والتقييد بها لسلامته ومن ثم سلامة قيد إجراءات الشهر (بقاضي كريمة، 2005/2004، ص 130)، ولكي يقبل إيداع الشهادة التوثيقية للشهر لابد أن تتوفر الشروط التالية:

— أن تحرر في الشكل الرسمي من طرف الموثق، فلا تقبل المحررات العرفية عملاً بأحكام المادة 61 من المرسوم 63/76.

_ أن يكون السند المثبت للملكية العقار المملوك للهالك مستوفيا لبيانات الشهر من تاريخ الشهر والحجم والتريعة.

_ أن تتضمن كل البيانات التي تحدد بدقة هوية الأطراف أو ما يسمى بالشرط الشخصي طبقاً للأحكام

المادة 65 من قانون 63/76 مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالرسومية المنصوص عليها في المواد 324 و 324 مكرر 1.2.3.4.5.6.

_ أن تحدد العقارات الموروثة بدقة وتحدد أنصبة الورثة استناداً للفريضة مع الإشارة لطالب الشهادة. بعد تسجيل الموثق الشهادة التوثيقية يقوم بإيداعها للشهر بالمحافظة العقارية المختصة في نسختين رسميتين مفرغتين في مستخرج خاص طبقاً لنص المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، أو في حالة ما إذا تقدم مساعد الموثق أمام المحافظ العقاري لإيداعها أو سحبها فينبغي على الضابط العمومي أن يسلم له بطاقة رسمية تحدد هويته وموقعة ومصادق عليها من طرفه ليستظهر بها كلما اتصل بالمحافظة العقارية (مجيد مخلوفي، 2018، ص 194).

وبعد أن يتأكد المحافظ العقاري من الإيداع القانوني للشهادة التوثيقية يتولى عملية الإشهار خلال مدة 15 يوماً التالية لتاريخ إيداعها ويكون للشهر أثر رجعي من يوم الوفاة، لكن الواقع يثبت أن هذه المدة غير كافية وعلى المشرع أن يعدل النص بإضافة مدة مناسبة تكون على الأقل ثلاثين يوماً.

وتنص المادة 41 من المرسوم 63/76 على وجوب اتخاذ المحافظ العقاري سجلاً للإيداع لتسجيل تسليمات العقود والقرارات القضائية يومياً وجدول الوثائق المودعة قصد تنفيذ إجراء الشهر.

ويلاحظ أن القيد في سجل الإيداع له أهمية كبيرة تتجلى في تحديد الأسبقية بخصوص عمليات الإيداع وإجراء الشهر، لأن العبرة في اكتساب الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية تكون بالشهر والقيد على البطاقات العقارية (بريك الطاهر، 2013، ص 98).

بعد ذلك ترجع نسخة واحدة إلى المودع بعد تأشير المحافظ العقاري عليها أما النسخة الثانية فتبقى بالمحافظة العقارية بعد التأشير عليها وكتابة تاريخ الشهر ورقمه وبذلك يتم إجراء الإيداع.

مع ضرورة الإشارة إلى أن لإيداع الشهادة التوثيقية أجلاً محددة قانوناً وهي ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تحريرها ويمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيماً خارج الجزائر طبقاً لنص المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 التي عدلت المادة 353 مكرر 3 من قانون التسجيل والتي كانت تحدد الأجل بشهرين وأربعة أشهر على التوالي.

وإذا تعيّن إجراء الشهر في مكتبين أو أكثر فإن الأجل تمدد خمسة عشر يوماً كاملاً بالنسبة لكل مكتب زيادة عن الأجل الأول، وعدم مراعاة الأجل يعاقب عليها بغرامة مقدرة بـ 100 دينار دون الإخلال بالمسؤولية المدنية في حال تضرر الغير.

ب/ عملية الشهر:

وبعد أن يتم الإيداع بطريقة قانونية صحيحة، أي تكون الوثائق والسندات في شكلها الرسمي، تحتوي على كل البيانات المتعلقة بالأطراف بالإضافة إلى تسجيلها بمصلحة التسجيل والطابع وفقاً لأحكام

الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل والطابع، تختتم بطابع "معفاة، ثم تأتي مرحلة تنفيذ إجراء الشهر، لأن عملية الإيداع السابقة ماهي إلا عمل قانوني أولي.

بعد ذلك يقوم المحافظ العقاري بإجراء الشهر، فيقوم أولاً بفحص جميع الوثائق والتدقيق فيها والتأكد من صحة البيانات ومن هوية الأطراف طبقاً لنص المادة 2 من الأمر 74/75. ثم يقوم بإنشاء بطاقات عقارية بأسماء الملاك بالتأشير على بطاقة العقار محل الشهادة التوثيقية بعد أن يقوم أعوان قسم مسك السجل العقاري بنقل البيانات التي تتضمنها على البطاقة العقارية والدفتر العقاري لعقار التركة، والتأشير يكون بطريقة واضحة ومقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحو وقد حددت المادة 45 من المرسوم رقم 63_76 63_76 كيفيات التأشير. ويقوم بالاحتفاظ بنسخة من الشهادة التوثيقية، ويقوم بإرجاع النسخة الثانية للمودع تسلم لاحقاً لطالب تحريرها. وينبغي أن تتضمن الشهادة التوثيقية الإشارة إلى أن انتقال ملكية العقار يكون من تاريخ الوفاة.

ويقوم المحافظ العقاري بإعداد دفتر عقاري جديد باسم الورثة جميعاً على الشيوخ ويؤشر عليه عند التأشير على البطاقة العقارية ويحتفظ بهذا الدفتر في المحافظة العقارية إلا إذا اتفق جميع الورثة على توكيل أحدهم باستلامه أو وجد وارث واحد فقط فله أن يستلمه.

المبحث الثالث:

دور الشهادة التوثيقية في نقل الملكية العقارية

اختلف الفقه في الدور الذي تلعبه الشهادة التوثيقية في انتقال الحقوق العينية العقارية إلى رأيين: رأي يقول بانتقالها بمجرد الوفاة ورأي يقول بانتقالها بالشهر، ولكل رأي منهما حججه وأدلته ومبرراته، نظراً لتعارض النصوص القانونية، وقد أدى ذلك إلى تذبذب الاجتهاد القضائي في أحكامه واختلافها بين القضاء العادي والقضاء الإداري خاصة في اشتراط الشهادة التوثيقية في رفع الدعوى وهذا نبينه في مطلبين:

المطلب الأول: موقف الفقه من الشهادة التوثيقية

اختلف الفقهاء في تقدير دور الشهادة التوثيقية في نقل الحقوق العينية العقارية إلى رأيين أحدهما يرى أن هذه الحقوق تنتقل بمجرد الوفاة ويرى الآخر أنها تنتقل بشهر الشهادة التوثيقية.

الفرع الأول: انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة

يرى فريق وعلى رأسهم محمد زهدور وحلمي باشا عمر ومجيد خلفوني أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بواقعة وفاة المورث عملاً بنص المادة 127 من قانون الأسرة والمادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بالمسح العام وتأسيس السجل العقاري.

فالوارث يعتبر مالكا لهذه الحقوق بمجرد هلاك المورث دون الحاجة لأي إجراء لأن الميراث خلافة جبرية، ويرون أن ذلك استثناء لقاعدة الأثر المنشئ للشهر ويرون أن دور الشهر هو تمكين الورثة من التصرف فيما آل إليهم من حقوق فقط ولا علاقة له بانتقالها. والتركة تنتقل بصفة آلية وفورية حتى لا تبقى الملكية بدون مالك خلال الفترة الممتدة بين الوفاة وشهر الشهادة التوثيقية خاصة أن هذه الفترة قد تطول

بسبب تقاعس الورثة أو رفض بعضهم تقديم الوثائق اللازمة لتحرير الفريضة، خاصة عندما يكونون مستفيدين من التركة ولا تخدمهم قسمتها.

غير أن الورثة رغم أنهم أصبحوا مالكين بمجرد الوفاة إلا أنهم لا يستطيعون التصرف فيما آل إليهم من الحقوق العينية العقارية بالإرث إلا بعد شهر الشهادة التوثيقية، ولا يستطيعون شهر أي تصرف على تلك الحقوق التي ورثوها مالم يقوموا بشهر حق الإرث تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للشهر، فهذا الفريق يرى أن واقعة الوفاة هي التي نقلت الملكية وليس إجراء الشهر وإلا فما مبرر النص على الأثر الرجعي باعتبار أن الملكية انتقلت من يوم الوفاة.

الفرع الثاني: انتقال الحقوق العينية العقارية بالشهر

أما الفريق الآخر فيمثلته أحمد حسن خليل قدارة وليلى زروقي وعبد الحفيظ بن عبيدة وفتحي ويس، ويرى أن الحقوق العينية العقارية تنتقل من المورث إلى الوارث بشهر حق الإرث، وأن النصوص التي تنظم الميراث والوصية في قانون الأسرة والقانون المدني لم تبين كيفية انتقال الملكية والحقوق العينية العقارية، لذلك لابد من العودة إلى القوانين المتعلقة بالشهر العقاري، ومنها المادة 39 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي نصت على أنه: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة" والمادة 01/91 من نفس المرسوم التي تقضي بأن: "كل انتقال أو إنشاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو فعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بشهادة موثقة".

من هذين النصين يفهم أن الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية تنتقل في الميراث والوصية باتباع إجراءات الشهر العقاري، بشهر حق الإرث بناء على طلب الموصي لهم أو الورثة إعداد الشهادة التوثيقية وشهرها، وأن للشهر أثراً منشئاً في الحقوق العينية العقارية وهو مبدأ عام لا استثناء فيه حتى في الميراث والوصية، أما النص على الأثر الرجعي من يوم الوفاة فمن أجل ألا تبقى التركة بدون مالك في الفترة الممتدة بين وفاة المورث وشهر الشهادة التوثيقية، وفي الفترة بين إبرام الوصية وبين شهرها بعد موت الموصي. فهذا الرأي يرى أصحابه أن ملكية الحقوق العقارية بسبب الوفاة لا يخرج عن إطار مبدأ الأثر العيني للشهر، فهي تنتقل من المورث للوارث عن طريق شهر حق الإرث ولكن بأثر رجعي يعود ليوم الوفاة، ويردون على أصحاب الرأي الأول الذين يخافون من بقاء التركة بغير مالك بأن الأثر الرجعي للشهر هو الذي يغطي الفترة الممتدة بين تاريخ الوفاة والامتلاك الجديد من طرف من آل إليه العقار (الطيب محمد الحبيب، 2010، ص 35).

ومن مبرراتهم أيضاً أن بقاء الملكية بدون مالك موجود في الواقع ولا ضير، فنجد في الوصية ما بين تاريخ إبرام الوصية وتاريخ شهرها، لأن الوصية لا تشهر إلا بعد وفاة الموصي، فأملكه تبقى مقيدة باسمه إلى أن يموت. كما أن المورث إذا لم يكن له وارث تبقى أملاكه شاغرة حتى يتم إدماجها في أملاك الدولة. ويرى أصحاب هذا الرأي أن رأيهم يتماشى مع مبادئ نظام الشهر العيني التي أخذ بها المشرع الجزائري وخاصة مبدأ الأثر النسبي للشهر وهو مصدر إنشاء أو تعديل أو إلغاء الحقوق العينية. ويستندون في رأيهم إلى مجموعة من النصوص القانونية منها المادة 793 من القانون المدني والمادة 91 من المرسوم 63/76 والمادة 39 منه، إلا أن هذا الرأي يصطدم بنص المادة 127 من قانون الأسرة.

فالشهر هو الضامن من خطر تقادم حقوق الميراث، كما أن القول بانتقال عقارات التركة بمجرد الوفاة مع عدم إمكان التصرف إلا بالشهر، يجعلها نصف ملكية أو ملكية ناقصة ولا تكتمل هذه الأخيرة إلا بشهر حق الإرث 22 حسب رأيهم (رحايمية عماد الدين، 2017، ص 181).

وأرى أن الرأي الأول أرجح لأن المادة 127 من قانون الأسرة صريحة في انتقال الملكية بالوفاة، وذلك لا يتعارض مع اشتراط الشهر لجواز تصرف الورثة فيما آل إهم من حقوق عينية عقارية بسبب الوفاة وللتمكن من شهر التصرفات التي يقومون بها.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشهادة التوثيقية

اختلف موقف القضاء على مستوى مجلس الدولة والمحكمة العليا في مدى اشتراط الشهادة التوثيقية لرفع الدعوى القضائية ولإثبات صفة المالك للوارث وفي كون الحقوق العينية العقارية تنتقل بمجرد وفاة المورث أم بشهر الشهادة التوثيقية، ولبيان رأي كل جهة قضائية ارتأينا تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: موقف مجلس الدولة

اعتبر مجلس الدولة في القرار رقم 206652 المؤرخ في 10/07/2000 أن استصدار الشهادة التوثيقية إجراء ضروري لرفع الدعوى لأنها الوسيلة التي تثبت انتقال الحقوق العينية العقارية من المورث للورثة واعتبر أن الدعوى بدون إثبات هذا الانتقال بالشهادة التوثيقية تعتبر دعوى سابقة لأوانها.

ومن خلال الاطلاع على فحوى القرار يتضح لنا أن مجلس الدولة في قراره ذهب إلى التفرقة بين صفة الوارث التي تثبت بواقعة الوفاة وصفة المالك التي تثبت بشهر حق الإرث عن طريق تحرير الشهادة التوثيقية وشهرها، وأن الشخص يعد وارثا ولكن ذلك لا يعني أن التركة انتقلت إليه بصفة رسمية من مورثه، ويترتب عن ذلك أن صفة الوارث لا تكفي لمباشرة الدعوى بل لا بد من تقديم الشهادة التوثيقية في ملف الدعوى لإثبات صفة المالك تحت طائلة رفض الدعوى. وهذا القرار قد خالف نص المادة 127 من قانون الأسرة والمادة 15 من الأمر 74/75 اللتين نصتا على انتقال التركة إلى الورثة بمجرد وفاة المورث.

كما أن المبدأ الذي وصل إليه مجلس الدولة في قراره هذا يوصلنا إلى نتيجة غير مستساغة وهي أنه في حالة حدوث وفاة المورث دون تحرير الشهادة التوثيقية يؤدي إلى القول بأن الملكية تبقى بدون مالك إلى غاية إعداد الشهادة التوثيقية وشهرها بالمحافظة العقارية وهذا مالم يقل به أحد خاصة إذا طال أمد تحرير هذه الشهادة (حمدي باشا عمر، 2008، ص 94).

وفي قرار آخر صدر بتاريخ 11/04/2007 تحت رقم 429423 (مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2008)، تراجع مجلس الدولة عن اشتراط الشهادة التوثيقية لممارسة دعوى التعويض دون دعوى الملكية، واعتبر أن الشهادة التوثيقية ليست شرطا شكليا لقبول دعوى التعويض عند وجود ما يثبت صلة المدعي بالمالك الأصلي. ومعنى هذا أن الفريضة كافية لإثبات الصفة للوارث لمباشرة دعوى التعويض.

الفرع الثاني: موقف القضاء العادي

استأنس اجتهاد المحكمة العليا لنص المادة 127 من قانون الأسرة فرأى أن ملكية الحقوق العينية العقارية تنتقل إلى الورثة بواقعة الوفاة وأن الوارث يستحق التركة بمجرد وفاة المورث سواء موتا حقيقيا أو حكما.

ولنصّ المادة 158 من الأمر 74/75 القاضي بأن الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية يبدأ وجودها بالنسبة للغير من تاريخ شهرها في مجموع البطاقات العقارية، أما نقلها بالوفاة فيسري ابتداء من تاريخ وفاة صاحب الحق العيني العقاري.

وصدرت عن المحكمة العليا قرارات تقض ي بانتقال الملكية بالوفاة ومنها القرار رقم 367615 المؤرخ في 2004/09/22 الذي قضى بأن الشهادة التوثيقية ليست شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة مادامت التركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة، والقرار رقم 391380 المؤرخ في 2007/01/17 (حمدي باشا عمر، 2008، ص 95).

والقرار رقم 477874 المؤرخ في 2008/12/17 (حمدي باشا عمر، 2008، ص 95) الذي قضى بأن الشهادة التوثيقية ليست شرطا لرفع الدعوى بين الشركاء في الشيوخ، مهما كانت طبيعة الدعوى، بينما تشترط في الدعوى المرفوعة ضد الغير الأجنبي.

والقرار رقم 367615 مؤرخ بتاريخ 2004/09/22 الذي سبق ذكره اعتبر أن الشهادة التوثيقية سند ناقل للملكية العقارية من المورث للوارث بأثر رجعي ليوم الوفاة. والصحيح أنها سند يثبت انتقال الملكية وليست سندا ناقلا لها لأن الانتقال يقع بواقعة الوفاة كما تنص المادة 127 من قانون الأسرة.

يظهر مما سبق أن اجتهاد المحكمة العليا لم يعتبر الشهادة التوثيقية شرطا لرفع الدعوى القضائية وليست قيда لذلك ولا شرطا لإثبات الصفة للوارث، فللوارث صفة المالك لأن التركة تنتقل إليه بمجرد وفاة المورث، ومن غير المعقول اعتبار أن التركة تبقى من دون مالك في الفترة الممتدة بين وفاة المورث ووقت تحرير الشهادة التوثيقية لأن ذلك مناف للمادة 829 التي تنص على أن حقوق الميراث لا تسقط إلا بمرور ثلاث وثلاثين سنة خاصة أن الواقع يثبت تقاعس الورثة عادة في طلب تحريرها، وبطء إجراءات الحصول عليها عند رفض بعض الورثة تسليم وثائق الحالة المدنية بسبب معارضتهم قسمة التركة خاصة عندما يكون في مصلحتهم استمرار حالة الشيعاء.

كما يجب التفرقة كذلك بين الدعوى المرفوعة من شخص يتمسك باستحقاقه الإرث وبين قبول ادعاءات الشخص نفسه بملكية أموال متنازع عليها في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث، ففي الحالة الأولى تكون الفريضة كافية لإثبات الصفة، بينما في الحالة الثانية تكون الشهادة التوثيقية المشهورة هي السند الذي يثبت ملكية الأموال المتنازع عليها (جميلة جبار، 2012، ص 230)، وفي الدعوى المتعلقة بحماية المال الشائع تكفي الفريضة لإثبات صفة المدعي كمالك على الشيوخ لمباشرتها طبقا لنص المادة 718 من القانون المدني لأنه لا يشترط أن ترفع من جميع المالكين على الشيوخ.

الخاتمة:

ختاما لدراستنا للموضوع استنتجنا أن هناك تذبذبا في موقف القضاء بشأن اشتراط الشهادة التوثيقية لإجراء مسبق واجب بين القضاء العادي والقضاء الإداري، يظهر في الاختلاف في اعتبارها سند ملكية منشئا للحق أو في اعتبارها مجرد سند لإثبات انتقال هذا الحق، والاختلاف في دورها في إثبات صفة الوارث من عدمه، و ذلك يعود إلى عدم انسجام النصوص القانونية وتعارضها من تشريع لآخر بالإضافة إلى الغموض الذي يكتنف صياغة بعض المواد مما يؤدي إلى الاختلاف في تفسيرها، ونخلص في الأخير إلى أن

انتقال الملكية العقارية يتم من يوم الوفاة والوارث له صفة المالك حسب نص المادة 127 من قانون الأسرة وله أن يثبت ذلك بكل الوسائل خاصة الفريضة ، ولكن إذا أراد التصرف في نصيبه لا غنى له عن شهر حق الإرث بشهر الشهادة التوثيقية لإثبات انتقال الحق العيني واحتراما لمبدأ الأثر الإضافي للشهر ، وهو من أهم مبادئ الشهر العيني.

الاقتراحات:

- إيجاد الحلول القانونية للحالات التي تطرح إشكالا عمليا في الواقع مثل حالة وجود وصية مبرمة أمام موثق لا يعلم بها الورثة يتم شهرها بعد وفاة الموصي، وفي نفس الوقت يقوم الورثة بشهر شهادة توثيقية تستند إلى فريضة لا تشير لوجود علم الورثة بتلك الوصية.
- التنسيق بين الجهات القضائية المختلفة من أجل توحيد اجتهادها من حيث الإجراءات والأحكام وضبطها بما لا يخالف القانون، لحفظ مصلحة المالكين ولضمان استقرار المعاملات العقارية.
- رفع التعارض الموجود بين النصوص، مثل التعارض بين المادة 793 من القانون المدني والمادة 127 من قانون الأسرة، والتعارض بين المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 والمادة 91 من المرسوم 63/76
- توحيد آجال التصريح بالتركة بين المادتين 65 و99 من قانون التسجيل.
- إعادة صياغة المواد التي تختلف الرؤى في تفسيرها بأن تصاغ بدقة ووضوح من أجل توحيد الأحكام القضائية على الأقل في الجهة القضائية الواحدة ومثال ذلك المادة 15 من الأمر 74/75.

الإحالات والمراجع:

- 1- حمدي باشا عمر وليلى زروقي، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، د.ط، 2019.
- 2- حمدي باشا عمر، العقد التوثيقي في ضوء الاجتهاد القضائي، دار هومة، الجزائر، ط2021.
- 3- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2008.
- 4- أمر رقم 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 1975/09/30 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 2005/06/26.
- 5- وليد ميرة، قسمة التركات العقارية على ضوء التشريع والقضاء الجزائريين، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2021/2022.
- 6- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 02، 2011.
- 7- مجلة المحكمة العليا، عدد 01، 2007.
- 8- محمد توفيق قاديري، ميلود بن حوحو، دور الشهادة التوثيقية في نظام الشهر العقاري الجزائري، مجلة آفاق علمية، مجلد 12، عدد 3، سنة 2020.

- 9- غنية لحلو، الشهادة التوثيقية، مجلة المحكمة العليا لسنة 2010، الغرفة العقارية عدد خاص، تعليق على القرار 394379.
- 10- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط9، 2017.
- 11- القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في تاريخ 2006/03/08.
- 12- قانون رقم 91-05 مؤرخ في 16 يناير سنة 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، المعدل والمتمم بالأمر رقم 96-30 المؤرخ في 21 ديسمبر سنة 1996، الجريدة الرسمية رقم 03 الصادرة بتاريخ 14 يناير سنة 1997.
- 13- أمر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 81 المؤرخة في 18/12/1977.
- 14- محمد سعيد جعفر، مدخل للعلوم القانونية والإدارية، دار هومة، الجزائر، ط3، 2018، الجزء الثاني.
- 15- الأمر 02-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2002، المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001. الجريدة الرسمية عدد 28 الصادرة بتاريخ 21 أبريل سنة 2002.
- 16- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 14 يونيو، يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003. الجريدة الرسمية 37 مؤرخة في 15 يونيو 2003.
- 17- بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق 2004/2005..
- 18- بغني الشريف، حقوق تسجيل العقارات في التشريع الجزائري بين النظرية والتطبيق، دار النشر الجامعي الجديد، تلمسان، الجزائر، 2021.
- 19- فاصلة عبد اللطيف، أحكام تسجيل البيع العقاري في التشريع الجزائري، المجلة القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد الثاني، جوان 2015.
- 20- جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- 21- محمودي فاطمة الزهراء، الشهادة التوثيقية دراسة قانونية وقضائية، مجلة القانون، عدد 08، جوان 2017.
- 22- فتحي ويس، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة الجزائر، 2014.
- 23- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري، في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2018.
- 24- بريك الطاهر، المركز القانوني للمحافظ العقاري دراسة وصفية تحليلية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2013.
- 25- الطيب محمد الحبيب، الشهادة التوثيقية، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث 2010.
- 26- رحايمية عماد الدين، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، دار الحكمة، الجزائر، 2017، ص 181.
- 27- مجلة المحكمة العليا، عدد 1، سنة 2008.
- 28- جبار جميلة، الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر.

References:

1. *Hamdī Bāshā 'Umar wa-Laylā Zarrūqī, al-munāza'āt al-'aqārīyah fī daw' ukhar al-ta'dīlāt wa-aḥdath al-aḥkām, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, D. T, 2019*
2. *Hamdī Bāshā 'Umar, al-'Iqd al-tawthīqī fī daw' al-Ijtihād al-qaḍā'ī, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, t2021Majīd khlwny, shahr al-taṣarrufāt al-'aqārīyah, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, t202, 2011,)*
3. *3-Hamdī Bāshā 'Umar, al-qaḍā' al-'aqārī fī daw' aḥdath al-qarārāt al-ṣādirah min Majlis al-dawlah wa al-Maḥkamah al-'Ulyā, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, 2008.*
4. *4-amr raqm 58/75 mu'arrikh fī 26 Sibtabmir sanat 1975 yataḍammanu al-qānūn al-madanī, al-Jarīdah al-Rasmīyah raqm 78 al-mu'arrakhah fī 1975/09/30 al-mu'addal wa-al-mutammim bi-al-qānūn raqm 10/05 al-Mu'arrikh fī 20 Yūniyū sanat 2005 al-Jarīdah al-Rasmīyah raqm44 al-mu'arrakhah fī. 2005/06/26.*
5. *Walīd Mīrah, qismat al-tarikāt al-'aqārīyah 'alā daw' al-tashrī' wa-al-qaḍā' al-Jazā'irīyīn, uṭrūḥat duktūrāh, Jāmi'at Abī Bakr Balqāyid, Tilimsān, al-Jazā'ir, 2021/2022*
6. *6-Majīd khlwny, shahr al-taṣarrufāt al-'aqārīyah, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, t202, 2011.*
7. *Majallat al-Maḥkamah al-'Ulyā, 'adad 01, 2007.*
8. *Muḥammad Tawfīq qādyry, Mīlūd ibn Hūhū, Dawr al-shahādah al-tawthīqīyah fī Nizām al-shahr al-'aqārī al-Jazā'irī, Majallat Āfāq 'ilmīyah, mujallad 12, 'adad 3, sanat 2020.*
9. *Ghunyāt lhlw, al-shahādah al-tawthīqīyah, Majallat al-Maḥkamah al-'Ulyā li-sanat 2010, al-Ghurfa al-'aqārīyah 'adad khāṣṣ, ta'līq 'alā al-qarār 394379.*
10. *'Abd al-Ḥafīz ibn 'Ubaydah, ithbāt al-Malakīyah al-'aqārīyah wa-al-ḥuqūq al-'aynīyah al-'aqārīyah fī al-tashrī' al-Jazā'irī, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, t9, 2017.*
11. *al-qānūn raqm 02-06 al-Mu'arrikh fī 2006/02/20 al-mutaḍammin tanzīm mīhnat al-Tawthīq, al-Jarīdah al-Rasmīyah, al-'dd14, al-ṣādirah fī Tārīkh 08 /. 2006/03*
12. *Qānūn raqm 05-91 mu'arrikh fī 16ynāyr sanat 1991 al-mutaḍammin ta'mīm isti'māl al-lughah al-'Arabīyah, al-mu'addal wa-al-mutammim bi-al-amr raqm 30-96 al-Mu'arrikh fī 21 Dīsīmbir sanat 1996, al-Jarīdah al-Rasmīyah raqm 03 al-ṣādirah bi-tārīkh 14 Yanāyir sanat 1997.*
13. *amr raqm 105-76 mu'arrikh fī 09 Dīsīmbir 1976 yataḍammanu Qānūn al-tasjīl al-mu'addal wa-al-mutammim, al-Jarīdah al-Rasmīyah 'adad 81 al-mu'arrakhah fī. 1977/12/18*
14. *Muḥammad Sa'īd Ja'fūr, madkhal lil-'Ulūm al-qānūnīyah wa-al-idārīyah, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, t3, 2018, al-juz' al-Thānī.*
15. *al-amr 03-02 alm'irrh fī 25fbrāyr sanat 2002, al-muta'alliq bi-al-aḥkām al-muṭabbaqah 'alā mḥqwdy fayadānāt 10 Nūfīmbir. 2001 al-Jarīdah al-Rasmīyah 'dd28 al-ṣādirah bi-tārīkh 21 Afrīl sanat. 2002*
16. *Qānūn raqm 06-03 mu'arrikh fī 14 Yūniyū, yataḍammanu al-aḥkām al-muṭabbaqah 'alā mḥqwdy Zilzāl 21māyw 2003., al-Jarīdah al-Rasmīyah 37 mu'arrakhah fī 15 Yūniyū 2003.*
17. *Balqāḍī Karīmah, al-kitābah al-Rasmīyah wa-al-Tasjīl wa-al-shahr fī naql al-Malakīyah al-'aqārīyah, Mudhakkirah mājisīr, Jāmi'at al-Jazā'ir, Kullīyat al-Ḥuqūq 2005/2004 ..*
18. *bghny al-Sharīf, Ḥuqūq Tasjīl al-'aqārāt fī al-tashrī' al-Jazā'irī bayna al-naẓarīyah wa-al-taṭbīq, Dār al-Nashr al-Jāmi'ī al-jadīd., Tilimsān, al-Jazā'ir, 2021.*

19. fāshl 'Abd al-Laṭīf, Ahkām Tasjīl al-bay' al-'aqārī fī al-tashrī' al-Jazā'irī, al-Majallah al-qānūniyah wa-al-iqtiṣādīyah wa-al-siyāsīyah, al-'adad al-Thānī, Juwān 2015.
20. Jamīlah Zāyidī, Ijrā'āt naql al-Malakīyah fī al-bay' al-'aqārī fī al-tashrī' al-Jazā'irī, Dār al-Hudá, 'Ayn Malīlah, al-Jazā'ir.
21. Maḥmūdī Fāṭimah al-Zahrā', al-shahādah al-tawthīqīyah dirāsah qānūniyah wa-qaḍā'īyah, Majallat al-qānūn, 'adad 08, Juwān 2017.
22. Faṭḥī Ways, al-shahr al-'aqārī fī al-qānūn al-Jazā'irī wa-al-qawānīn al-muqāranah, Dār Hūmah al-Jazā'ir, 2014.
23. Majīd khlfwny, Niẓām al-shahr al-'aqārī, fī al-tashrī' al-Jazā'irī, Dār Hūmah, al-Jazā'ir, 2018.
24. Burayk al-Ṭāhir, al-Markaz al-qānūnī llmḥāfz al-'aqārī dirāsah waṣfīyah taḥlīlīyah, Dār al-Hudá, 'Ayn Malīlah, al-Jazā'ir, 2013.
25. al-Ṭayyib Muḥammad al-Ḥabīb, al-shahādah al-tawthīqīyah, Majallat al-Maḥkamah al-'Ulyā, 'adad khāṣṣ, al-Ijtihād al-qaḍā'ī llghrfh al-'aqārīyah, al-juz' al-thālith 2010.
26. rhāymy 'Imād al-Dīn, ithbāt al-Malakīyah al-'aqārīyah al-khāṣṣah fī al-tashrī' al-Jazā'irī, Dār al-Ḥikmah, al-Jazā'ir, 2017, S. 181
27. Majallat al-Maḥkamah al-'Ulyā, 'adad 1, sanat 2008.
28. Jabbār Jamīlah, al-shahādah al-tawthīqīyah fī al-tashrī' al-Jazā'irī, al-Majallah al-Jazā'irīyah lil-'Ulūm al-qānūniyah wa-al-siyāsīyah, Jāmi'at ibn Yūsuf ibn Khaddah, al-Jazā'ir.