

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت -
معهد علوم القانونية والإدارية
قسم القانون الخاص

آليات اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر تخصص قانون عقاري

تحت اشراف الدكتور: روشو خالد

من إعداد الطلبة:

-رتيبة عائشة

-غوال مباركة

لجنة المناقشة

أ/ زعيتر عبد القادر.....رئيسا

د/ جطي خيرة.....مناقشا

د/ روشو خالد.....مشرفا

السنة الجامعية: 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

الحمد لله فالحق الإصباح وخالق الأرواح الحمد لله ما أقبل نجم وأدبر وما أغسق ليل وأذكر وما أشرق نهار وأنور إلا به، بيده العظمة والسلطان والقدرة والبرهان أحمدته كثيرا على حسن توفيقه لنا في إنجاز هذا العمل المتواضع الذي ما هو إلا ثمرة الجهود التي بذلناها طيلة مشوارنا الدراسي من الابتدائي وصولا إلى الجامعي.

وعرفانا بالجميل اتجاه من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز مذكرتنا نتقدم بأسمى عبارات التقدير والشكر الجزيل إلى أستاذ الدكتور "روشو خالد" الذي لم يبخل علينا بنصائحه وإرشاداته وإنتقاداته القيمة التي لم تزدنا إلا إصرارا على النجاح.

إلى جميع عمال الخدمات الجامعية و إلى كل أساتذتنا بالتعليم من الابتدائي إلى المتوسط فالثانوي وصولا إلى الجامعي الذين علمونا تخطي أشد المصاعب والوصول إلى أعلى المراتب.

الإهداء

الحمد لله الذي هدانا لهذا وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله والحمد لله
الذي خلق لنا الحياة ووهب لنا القلوب وبث فيها الصفاء والحب والصلاة
والسلام على نبيه الكريم.

أهدي منبع ثمرة جهدي هذا:

إلى أعز شخصين في حياتي: أمي وأبي.
إلى رمز المحبة والإخاء أخي وأخواتي جميله سومية، والعالية هجيرة، زكرياء
محمد الصديق.

إلى كل عائلة رتيعة وسعدات ، رواد كبيرهم وصغيرهم.
إلى زميلاتي: فاطمة، ليندة، بشرى، جهيدة ، مريم، صبرينة، نسيمة،
رزيقة، حياة، هوارية، فتية، سميرة، مباركة.
إلى من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم ورقتي .

عائشة

الإهداء

الحمد لله والسلام على رسول الله، اللهم إني أسألك خير المسألة وخير الدعاء وخير النجاح وخير العلم وخير العمل والثواب وخير الحياة وخير الممات... اللهم أرفع درجتي، وإذا أعطيتني تواضعا لا تأخذ إعترازي بكرامتي.

أهدي منبع ثمرة جهدي هذا:

إلى أعز شخصين في حياتي: أمي وأبي.

إلى سندي وقرّة عيني زوجي جطي و أولادي * بشري * إسرائ * محمد *

إلى رمز المحبة والإخاء أختي وأخوتي

إلى كل عائلة غوال وجطي كبيرهم وصغيرهم.

إلى زميلاتي ومن وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي .

مباركة

قائمة أهم المختصرات

ج: الجزء

ج ر: الجريدة الرسمية

ص: صفحة

ق.م.ج: قانون مدني جزائري

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون إجراءات مدنية وإدارية

ق.ع.ج: قانون العقوبات الجزائري

م.ت: المرسوم التنفيذي

ط: طبعة

مقدمة

تختلف العوامل المتحكمة في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للأمم باختلاف الشعوب والأنظمة والإيديولوجيات، إلا أنها تشترك في الأساس الذي تقوم عليه، والمتمثل في مدى كفاءة الرصيد العقاري، والذي لازال رهان الاستقرار بالنسبة للإنسان، ويُعد مسألة حيوية تساهم في تحقيق التنمية داخل المجتمع، ومن هذا المنطلق تكتسب الملكية العقارية أهمية بالغة على جميع المستويات.

وإن ما استقر عليه الأمر في مجال الحقوق، أن مصدرها هو القانون، فهو المقرُّ للأسباب المنشئة للحق، والمقرُّ للأسباب المكسبة للحقوق والناقلة لها.

والحقوق كما هو معروف تتنوع وتتفرع تبعاً لمحلها ومدى السلطة المخولة لصاحبها، فقد يكون الحق عينياً أصلياً أو تبعياً وقد يكون الحق شخصياً، ومن أهم هذه الحقوق العينية الأصلية حق الملكية والذي هو صميم بحثنا هذا.

حيث يتناول موضوع البحث دراسة آليات اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، إذ حدد المشرع الجزائري حق الملكية وطريقة اكتسابه في الفصل الثاني من الباب الأول، الكتاب الثالث من القانون المدني الجزائري، حيث ذكر في هذا الفصل عدة آليات لاكتساب الملكية، منها؛ الاستيلاء والوصية فالالتصاق ثم العقد، فالشفعة، والحيازة، أما الهبة والوقف فذكرت أحكامهما في قانون الأسرة الجزائري.

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 من خلال تسلسل مجموعة من المراحل بدءاً بتوثيقه إلى تسجيله فشهرته.

وعليه تكمن أهمية الدراسة في أن موضوع "آليات اكتساب الملكية العقارية من أهم المواضيع القانونية، وذلك أنه يستمد أهميته من قيمة العقار نفسه؛ كقطاع إستراتيجي مرتبط أساساً بالمصلحة العامة والخاصة معاً، إذ يعد ذو قيمة مالية كبيرة، وله أهمية في مجال التنمية سواء الاقتصادية، أو الاجتماعية، وهو مصدر هام للدخل بالنسبة لخزينة الدولة، حيث تعود معاملات الأفراد في عقاراتهم بالربح المالي على خزينة الدولة؛ من خلال الضريبة المفروضة على هذه المعاملات، لذلك نجده حظي بأهمية بالغة من الدولة وهذا بتفعيل آليات قانونية ومادية لاكتساب العقار، وهي أسلم طريقة للحفاظ على المراكز القانونية في حق الملكية العقارية، وتعزيزاً للائتمان في عملية اكتساب العقار وعلى إثر هذا إبراز أهم الضمانات القانونية في عملية اكتسابه في التشريع الجزائري.

تعددت الدوافع الذاتية والموضوعية التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع، فكون أننا من خلال هذه الدراسة سنسهم ولو بقسط ضئيل في تسليط الضوء على بعض الجوانب المتعلقة بالآليات، بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة من المشرع الجزائري في اكتساب الملكية العقارية، والتي نعتقد ببعض الغموض الذي

يعتريها في الأوساط العامة وبالخصوص لدى المواطن البسيط.

يبرز موضوع آليات اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري إشكالية رئيسة نصوغها على النحو الآتي: فيما تكمن آليات اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري؟

هذا وتدرج تحت الإشكالية جملة من التساؤلات الفرعية أبرزها:

- هل التصرفات القانونية والوقائع المادية التي تكتسب بها الملكية العقارية في قانون المدني وقانون الأسرة توثق وتسجل وتشهر أم لا؟

- هل تكفي في اكتساب الملكية العقارية التصرفات القانونية وحدها أم هناك آلية أخرى؟

للإجابة عن الإشكالية المطروحة عمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على تحليل النصوص، بعد عرضها ومناقشتها، متبعين في ذلك المنهج التحليلي الوصفي، الذي حاولنا من خلاله تحليل المواد المقننة لآليات اكتساب ملكية العقار، في قانون الأسرة والقانون المدني، حيث تم الاعتماد على هذا المنهج كونه أفضل المناهج للقراءة التحليلية، والتفسيرية، والنقدية للنصوص المعنية بالدراسة.

أما المنهج الإستقصائي الذي يعتمد على الاستقصاء والبحث والتحري عن الحقيقة كان سبباً لنا للوصول إلى الهدف المنشود من خلال الكشف عن محتوى النصوص، وما تحمله المواد والفقرات القانونية من أحكام وقيم.

وفي دراستنا لهذا الموضوع على سبيل الحصر قسمنا هذا البحث إلى فصلين :

الفصل الأول : التصرفات القانونية كآلية لاكتساب الملكية العقارية.

الفصل الثاني : الواقعة المادية كآلية لاكتساب الملكية العقارية.

الفصل الأول

التصرفات القانونية كآلية
لاكتساب الملكية العقارية

تمهيد:

تعد الملكية العقارية موضوعا هاما من ناحية طرق إكتسابها وكيفية إنتقالها، وكذا الإجراءات الواجب إتباعها وفقا للأنظمة والقوانين، حيث شهد الإنسان على مر الأزمنة بإحاطة المعاملات بشتى أنواعها بقدر من الحماية و الإئتمان، كي تجعل منها بعيدة عن المخاطر التي قد تهددها، و نظرا لصعوبة معاملاتها التي ما ترتبط بسيادة الدولة، جعل التنافس عليها ظهور العديد من النزاعات، وعليه إتبع الجزائر دورا كبير في معالجة النظام القانوني لتوثيق وتسجيل الملكية العقارية وإعطاء مصداقية للعقود المبرمة حول نقل الملكية العقارية، سواء كانت عن طريق التوثيق، التسجيل و الشهر لجميع هاته العقود مهما كانت صفتها.

و من خلال هذا التمهيد سنحاول عرض أهم الآليات القانونية لاكتساب الملكية العقارية في الجزائر، حيث تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، في المبحث الأول سيتم تناول موضوع الوصية كآلية لاكتساب الملكية العقارية، أما المبحث الثاني فسننتظر فيه إلى عقدي البيع و الهبة و كيفية إثباتهما للملكية العقارية، كما سنعرض في المبحث الثالث أحكام الوقف و كيفية إثباتها للملكية العقارية.

المبحث الأول: إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية.

تعتبر الوصية رمز من رموز التكافل الاجتماعي، لذا أقر المشرع الجزائري إقامة العدالة الاجتماعية بين الأفراد في المجتمع أو الأسرة، فتناول موضوع الوصية في قانون الأسرة و القانون المدني، وعليه تعتبر الوصية من المسائل الهامة والتي أولاها الشارع الحكيم اهتماما وإعتبرها المشرع الجزائري آلية لاكتساب الملكية العقارية، ولدراسة هذا المبحث سنتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الوصية والشروط القانونية لاكتسابها، أما المطلب الثاني فسنناقش فيه الآثار الناجمة عن تحلف إجراءات إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية.

المطلب الأول: الشروط القانونية لاكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية.

تعتبر الوصية بمثابة وسيلة لحفظ المال بين الناس، وآلية لاكتساب الملكية العقارية، تطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة¹ في مواده من 184 إلى غاية 201 بالجوء إلى القانون المدني، و للتوضيح أكثر سنتطرق إلى مفهوم الوصية في الفرع الأول، بالإضافة إلى إجراءات توثيق وتسجيل وشهر الوصية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم الوصية: بما أن مفهوم الوصية مفهوم واسع إرتأينا دراسته فيما يلي:

أولاً: تعريف الوصية: نتطرق في البداية إلى التعريف اللغوي للوصية ثم نتطرق إلى التعريف الإصطلاحي.

1 - التعريف اللغوي للوصية: وصى:أوصيت له بشيء وأوصيت إليه، إذا جعلته وصيك، و إسم الوصاية والوصاية بالكسر والفتح، أوصى الرجل ووصاه:عهد إليه، وأوصيته إيضاءاً وتوصية بمعنى. وتوصى القوم أي أوصى بعضهم بعضاً، وأوصيت إليه بمال جعلته له، وأوصيته بولده إستعطفته عليه، وهذا المعنى لا يقتضي الإيجاب، وأوصيته بالصلاة: أمرته بها، قال الله تعالى:"ذلكم وصاكم به لعلكم تتقون "سورة الأنعام. وتأني بمعنى الإتصال فيقال أرض واصمة:أي لمتصلة النبات².

2 - التعريف الإصطلاحي للوصية: سنتطرق إلى تعريف الوصية من جانب الشريعة الإسلامية ووفقاً لما عرفها المشرع الجزائري.

أ- في الشريعة الإسلامية: هناك العديد التعريفات الفقهية قدمت لتحديد معنى الوصية، نكتفي بسرد بعضها.

- يعرفها الحنفية بأنها" تملك مضاف إلى مابعد الموت بطريق التبرع سواء كانت عينا أو منفعة".

- تعرفها المالكية بأنها:" عقد يوجب حقاً في ثلث عاقده، يلزم بموته أو نيابة عنه " .

- تعرفها الشافعية بأنها:" تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت " .

- تعرفها الحنابلة بأنها:" التبرع بالمال بعد الموت " .

1 - القانون رقم 11/84 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 12/06/1984.

2 - بلعاقب عائشة، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإنسانية، تخصص الفقه المقارن، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2014/2015، ص 10.

والظاهر من هذه التعريفات كلها أنها إعتبرت الوصية تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد تنفذ بعد موت الموصي.³

ب- تعريف الوصية وفقا للمشرع الجزائري: عرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من ق.أ.ج بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁴، فالقانون قد جعل معنى الوصية شاملا، وسماها تصرفا، ولم يجعله منجزا بل مضافا إلى أجل غاية موت الموصي.

ثانيا: **أركان الوصية وأنواعها:** للوصية أركان و أنواع تتميز بها نوجزها في ما يلي:

1 - أركان الوصية⁵: يذهب معظم الفقهاء إلى أن أركان الوصية أربعة هي:

أ- الصيغة: هي اللفظ الدال على الوصية أو ماقام مقامها، وهو مانص عليها المقنن الجزائري في المادة 197 من ق.أ.ج بقولها " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

ب- الموصي: ويشترط فيه ملكية الشيء الموصى به، وإن كان صبيا مميزا أو سفيها أو كافرا، وفي القانون الجزائري نصت المادة 186 من ق.أ.ج أنه "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل، بالغاً من العمر تسعة عشر 19 سنة على الأقل" كما نصت المادة 200 من ق.أ.ج على أن " الوصية تصح مع إختلاف الدين".

ج- الموصى له: نصت المادة 187 من ق.أ.ج على: " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا... " فالمادة صرحت بجواز وصحة الوصية للحمل وهو مقدر الوجود، ومن هنا 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 للمعدوم ولذا يتضح عدم صحة الوصية للميت لأنه معدوم وهذا ما دلت عليه المادة 201 من ق.أ.ج بنصها على: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي... " فالقانون الجزائري لا يميز الوصية للمعدوم (الميت) رغم أن الفقه المالكي يميزها دون علم الموصي بموت الموصى، له فتكون لورثته بعده 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.

د- الموصى به: دلت المادة 190 ق.أ.ج للموصي أن يوصي بكل أنواع وأصناف الأموال التي يملكها سواء كانت أموال عقارية أو منقولة مادية أو معنوية، فقد نصت على: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

3 - أ.شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية والإجتهاد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص179.

4 - القانون رقم 11/84 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

5 - د.عبد القادر بن عزوز ود.سليمان ولد خسال، أحكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2013، ص

2: أنواع الوصية: هناك أنواع من الوصية منها:

أ- الوصية الواجبة: يقال عن هذه الوصية واجبة إذا كان على الشخص حقوقه لله تعالى لم يقم بها في حياته مثل أداء الزكاة، أو كان على هذا الشخص حقوق لدى الغير مثل الدين غير مكتوب، أو كان عنده وديعة أو أمانة لا يعلم بها سواه، فإذا كان هناك حق من هذه الحقوق ولم يوجد هناك سبيل الوفاء بها إلا عن طريق الوصية، فإنها تصبح في هذه الحالة واجبة في أن أداء الحق فيها واجب، لأن ما يؤدي إليه يكون واجب مثله، فإن مات الشخص في هذه الحالة ولم يوص كان إثما ومستحقا للعقاب أو كان عنده وديعة أو أمانة لا يعلم بها سواه، فإن كان هناك من هذه الحقوق ولم يوجد هناك سبيل الوفاء بها إلا عن طريق الوصية، فإنها تصبح في هذه الحالة واجبة أي أن أداء الحق فيها واجب، ومن جهة أخرى نجد أن المشرع الجزائري عدل عن تسمية الوصية الواجبة والتي تعتبر ميراثا بحسب القوانين العربية والدول الإسلامية، فقد أطلق عليه المشرع الجزائري تسمية أخرى وهي التنزيل⁶.

ب- الوصية المستحبة: نقول عن الوصية المستحبة إذا كانت لجهة من جهات الخير، ويرجع السبب في ذلك إلى أن الشرع رغب في فعل الخير، وحثنا على كل ما يقرب إلى الله عز وجل⁷.

ج- الوصية المباحة: نقول عن الوصية أنها مباحة إذا لم يوجد ما يجعلها واجبة، أو مندوبة أو محرمة، أو مكروهة كالوصية لغير المحتاج الصالح الذي لا يقصد من ورائها ارتكاب المعصية، مما يدل على أن لا ثواب على فعلها ولا عقاب ولا عتاب، ولا لوم على تركها لأن فعلها وتركها سواء .

د- الوصية المحرمة والمكروهة: نتطرق في هذا العنوان إلى الوصية المحرمة و المكروهة و التي نجزئها في مايلي:

- الوصية المحرمة: إذا كانت مضره بالورثة، وإستنادا في ذلك قوله تعالى: " مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ خَلِيمٌ " ⁸.

- الوصية المكروهة: إذا كان الموصى له فاسقا وفاجرا وأن القصد من وراء الوصية لم يكن إعانتته ومساعدته على ارتكاب هذه المعصية، بل مجازاته على خدمة أدها إلى الموصي، وأن الوصية للفاسق مكروهة خشية ومحافة أن يستعين بها على ما حرم الله تعالى.

الفرع الثاني: إجراءات توثيق و تسجيل وشهر الوصية: حتى تكون للوصية صفة آلية إكتساب الملكية العقارية يجب أن تتبع الإجراءات التالية:

⁶ - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، دار الخلدونية، طبعة 2، 2008، ص 51.

⁷ - عادل نايلي، الوصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف مسيلة، 2016/2015، ص 15.

⁸ - الآية 12، سورة النساء.

أولاً: توثيق الوصية: الوصية تصرف قانوني أوجب المشرع الجزائري أن تصب في شكل رسمي حيث نصت المادة 191 من ق.أ.على: " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتدوين عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل العلنية " و للإستبيان فإن:

1- المشرع في هذه المادة لم يفرق بين العقار والمنقول، حيث إشتراط في كليهما، إذا كانت وصية وجوب صبه في قالب رسمي لأن عبارة المادة جاءت عامة في قولها (تثبت الوصية) فهي على الدوام تشمل العقار والمنقول عكس المعهود الذي جاءت به المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج⁹ في فرض الشكلية على التصرفات الواردة على العقارات فقط، فالوصية أوجب فيها المشرع الشكلية وضرورة إبرامها أمام موثق بصريح نص المادة 191 ق.أ.ج "... بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك"¹⁰، سواء كان محل الوصية عقارا أو منقولاً.

2- يستنبط من نص المادة المذكورة هو الإستثناء الذي جاء به المشرع في إثبات الوصية وهذا الإستثناء منوط لوجود مانع قاهر حال دون تمكين الموصي من التصريح أمام الموثق بوصيته فيسار إلى إثبات الوصية بإستصدار 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 الإنتقال إلى الموثق وعند إحتضاره أشهد شهودا على وصيته ومات، في هذه الحالة ليس للموصى له بصحة الوصية ويأمر بالتأشير بها على أصل الملكية.

فالأصل في الوصية أن تصب في شكل رسمي أمام موثق وبحضور شاهدين، حيث يجرر 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 امام الموثق، لكن إشتراط أن يكون ذلك عن طريق القضاء في حق الموصى له، ونعتقد أن المشرع رغب في الإبقاء على هذا الاستثناء رغم تعديل قانون الأسرة مؤخرا بموجب القانون رقم 09/05 المؤرخ في 2005/05/04 لأنه لم يمس هذه المادة بالتحديد رغم أنه عدل و نظم الكتاب الأول والمادة 87 من الكتاب الثاني في ق.أ.ج، وصدر قرار من المحكمة العليا رقم 160 350 بتاريخ 1997/12/23 ذهب إلى إستبعاد الوصية الشفهوية حيث جاء فيه "، فإن قضاة المجلس بقضاهم باستبعاد الوصية الشفهوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون"¹¹.

⁹ - الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 1975/09/30.

¹⁰ - عمر نكاح، إنتقال الملكية العقارية في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2008/2007، ص145.

¹¹ - مجلة الاجتهاد القضائي، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص لسنة 2001، ص 295، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص 322.

3- بمأن الوصية أوجب فيها المشرع أن تتم عن طريق التصريح أمام الموثق، الذي يجرى عقداً بذلك مهما كان محل الوصية عقاراً أو منقولاً، ولكون العقار خصوصاً يشترط فيه القانون وجوباً وضرورة صب المعاملات الواردة فيه في شكل رسمي، الذي عنته المادة 324 من ق.م.ج، الذي يجرى من طرف ضابط عمومي خولته السلطة العمومية وفوضته لإصدار هذه العقود، فإن الوصية إذا كان محلها عقار يتأكد وجوب توثيقها مرتين مرة بنص المادة 191 من ق.أ.ج، لأنها إشتطت التوثيق في الوصية مهما كان محلها، ومرة ثانية بمجموع النصوص المختلفة التي أوجبت توثيق كل تصرف وارد على عقار، فالأمر جلي في توثيق الوصية، حيث اشتطت المادة 191 من ق.أ.ج¹² أن يكون إثباتها عن طريق تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، ولاشك في أن هذا المحرر أصدره الموثق تكون طبيعته توثيقية تبعاً لمن حرره.

ثانياً: تسجيل الوصية: للوصية آجال و مكان للتسجيل كي تكتسي الصفة القانونية نوجزها في:

1- آجال تسجيل الوصية: لما كانت الوصية من المحررات التي يصدرها موثق بنص المادة 191 ق. أ. ج ولما كان قانون التسجيل رقم 105/76 موجب 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 خلال شهر من تاريخ التحرير، أما المادة 64¹³ من قانون التسجيل إستثنت الوصية و جعلت لها مدة ثلاثة أشهر من وفاة الموصي، بناء على طلب الورثة أو الموصى لهم أو منفعدي الوصايا، لذا نقول أن الوصية توثق لدى موثق في الحالات العادية لكن يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي.

2 - مكان تسجيل الوصية: القاعدة أن مكان التسجيل 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 سكن المتوفي، غير أن الوصية حُصت بحاصية أخرى هي أن الوصية المبرمة في خارج الجزائر، وإذا كان محلها عقاراً تسجل على مستوى مكنتين هما مكتب التسجيل التابع له محل سكني الموصي، أو محل سكنه الأخير المعروف بالجزائر ومكتب التسجيل التابع له موقع العقارات المعنية بالوصية .

ثالثاً: 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 معللاً ذلك بأن

¹² - المادة 191 من قانون الأسرة الجزائري المتضمنة " تثبت الوصية ...".

¹³ - المادة 64 من الامر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 81، الصادرة في 1976/12/18.

نص المادة 793 من ق.م.ج، لا يشمل التصرفات بل تنحصر إشارته إلى الحقوق الناشئة عن العقد فقط لأن عبارة المتعاقدين يفهم منها صرف الأمر إلى العقد دون غيره، كذلك بشرح لنص المادة 15 من الأمر 74/75، وجعلها لنقل الملكية يتم بالوفاة دون حاجة للشهر، لأن المشرع لم ينص على شهر الوصية لا في القانون المدني ولا في قانون الشهر.

وحسب تعريف الوصية في المادة 184 ق.أ.ج أنها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، فإن محل الوصية ينتقل عموماً إلى الموصى له بعد موت الموصي مصرحاً على وصيته وقبول الموصى 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 عقاراً؟ هل تنتقل ملكية هذا العقار للموصى له بمجرد حدوث الوفاة، أم لابد من إجراءات أخرى ينبغي مراعاتها؟، لاسيما والمادة 793 من ق.م.ج جعلت إنتقال الملكية العقارية منطوية بالشهر.

كما نصت المادة 16 من الأمر 74/75 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" فالمبدأ في القانون الجزائري أن إنتقال العقارات لا يتم إلا بالشهر، ونرى أن المشرع الجزائري لم يخرج عن هذا المبدأ بالنسبة للوصية إذا كان محلها عقاراً ودليل ذلك الآتي¹⁴:

1- إن المشرع إشتراط في انتقال العقار وجوب شهر هذا الإنتقال تحت طائلة عدم نفاذ هذا التصرف حتى بين الأطراف، فقد نصت المادة 793 من القانون المدني على أنه: "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"، والمادة 165 من القانون المدني صريحة في عبارتها (الإلتزام) فالموصى له قد يلتزم من جانب واحد، ومع ذلك يجب مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر حسب المادة إذا كان محل الإلتزام نقل الملكية أو أي حق عيني (عقاراً).

واعتماداً على نص المادتين 793 و165 من ق.م.ج، 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، البيع، مبادلة، وصية وهبة...

2 - حسب نص المادة 30 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري¹⁵، يتوجب على الموصى له إذا كانت الوصية عقاراً أن يحوز سند يبرر ملكيته لهذا العقار، كما نصت أيضاً المادة 39 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الإنتقال

¹⁴ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 150-151.

¹⁵ - المادة 30 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادرة في 1990/11/18.

المشاع للأملاك بإسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بإسم جميع المالكين على الشياخ وبالخصمة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة"، فبحكم أن الميراث والوصية ينتقلان بسبب الوفاة، وبحكم أنهما يؤخذان من تركة المالك فقد شاء المشرع أن يجتمع شهرهما في سند واحد هو الشهادة التوثيقية، حيث دلت عبارة المادة 39 سالفه الذكر (...إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الإنتقال المشاع للأملاك بإسم مختلف الورثة أو الموصى لهم...) على ما يلي:

- الوصية تشهر ويكون ذلك بشهر الشهادة التوثيقية.
- ملكية العقار إذا كانت عن طريق الوصية لا تنتقل إلى الموصى له إلا بالشهر والدليل لفظة (تثبت الإنتقال) فالإنتقال يثبت بالشهر حسب هذه المادة بالنسبة للميراث والوصية والقرينة لفظة الورثة بالنسبة للإرث، ولفظة الموصى لهم بالنسبة للوصية، وقد يزيد الأمر تأكيداً ما جاء في نص المادة 88 من نفس المرسوم بنصها على: " 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..."

فالمادة تتحدث عن وجوب شهر الشهادة التوثيقية، حتى يتمكن بذلك الوارث من التصرف فيما إنتقل له من عقارات، وكذلك الموصى له فيما إنتقل له بالوصية من عقارات، لأن الشهادة التوثيقية كما دلت عليه المادة 39 من هذا المرسوم، تثبت إنتقال التركة والوصية لفظة... عدم وجود إشهار مسبق ولفظة... لشهادة الإنتقال عن طريق الوفاة...تقيدان وجوب شهر الشهادة التوثيقية، ويستنتج عن ذلك وجوب شهر الوصية لأنها متضمنة في هذه الشهادة¹⁶.

المطلب الثاني: تخلف إجراءات إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية.

بما أن التوثيق والتسجيل و الشهر الخاص بالوصية إجراءات أساسية لإثبات الملكية، فإن عدم القيام بها سيترتب عليها آثار نوجزها في فرعين، الأول يناقش النتائج المترتبة عن تخلف توثيق الوصية، أما الفرع الثاني فيبين الآثار الناجمة عن تخلف تسجيل وشهر الوصية.

الفرع الأول: النتائج المترتبة عن تخلف التوثيق.

لقد نبهت المادة 191 ق.أ.ج إلى إعتبار التوثيق السبب الوحيد لإثبات الوصية، فهي تفرض ضرورة صب الوصية في قالب شكلي، وذلك بتصريح الموصي أمام الموثق وإعداد عقد بذلك، وكل إثبات للوصية يتخلف عن هذا يقع باطلا، وقد أخذ القضاء الجزائري بهذا المبدأ في القرار رقم 16035 الصادر عن غرفة

¹⁶- نصت كذلك المادة 90 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30، الصادرة في 1976/04/13 ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة، وفي ذلك زيادة تأكيد على أن الوصية تشهر لأنها محررة من قبل موثق بنص المادة 191 ق أ، وهذا الأخير مفروض عليه شهر جميع العقود والمحرات التي أصدرها حسب هذه المادة .

الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، حيث جاء في هذا القرار: " من المقرر قانوناً 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 "17.

وقد كان للقضاء الجزائري موقفاً مخالفاً لهذا قبل سنة 1997، حيث كان القضاء يجوز ويبيح الوصية غير الموثقة، حيث صدر قرار عن القضاء الجزائري برقم 66151 مؤرخ في 1990/05/19 يعترف بالوصية المحررة بيد الموصي، وعلل ذلك بأنها صدرت من الموصي بتاريخ 1960/03/25 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 الموصي دون فرض الشكلية.

وكذلك صدر من القضاء الجزائري قراران آخران يذهبان إلى نفس الإجتهد بعدم فرض الشكلية¹⁸، وهما القراران الصادران بتاريخ 1969/04/30، وحسب تسلسل تواريخ صدور هذه القرارات، نعتقد أن القضاء الجزائري لم يكن يشترط في السابق وجوب توثيق التصرفات الواردة على عقار ومنها الوصية، بل كان يكفي 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، حيث أوجبت المادة 12 منه الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق، وهو ما أكدته القرار الصادر عن الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا تحت رقم 136 156 بتاريخ 1997/02/18، وعليه فالوصايا الصادرة قبل هذا التاريخ لا يشترط فيها الشكلية، أما الوصايا الواردة على العقارات فتعتبر في حكم القانون باطلة ما كانت بعد هذا التاريخ، وبما أن المادة 191 من قانون الأسرة¹⁹ تنص في فقرتها الثانية على إستثناء، يتضمن قبول إثبات الوصية بحكم قضائي مع التأشير بذلك على هامش أصل الملكية ما قام مانع قاهر، ولأن المشرع عدل مؤخرًا قانون الأسرة بموجب القانون رقم 02/05 المؤرخ في 2005/05/04 ولم يتعرض بالتعديل لأحكام هذه المادة.

ولكون صيغة الفقرة الثانية منها جاءت عامة بلفظة الوصية فهي تشمل المنقول والعقار، نعتقد أن الوصية إذا كان محلها عقار وقام مانع قاهر كما سمته المادة، يحول دون إمكانية تصريح الموصي بوصيته أمام

17- مجلة الاجتهاد القضائي، المرجع السابق، ص 212.

18- عمر نكاح، المرجع السابق، ص 155-156.

19- القانون رقم 11/84 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم.

الموثق، فعن الوصية غير الموثقة تكون مقبولة لكن يجب إتباع الإجراءات التالية:

- 1- ضرورة إستصدار حكم من القضاء يقضي بإثبات الوصية وللقاضي مطلق الحرية في ذلك، فإذا إقتنع بصحة الوصية من خلال الظروف المحيطة بإستصدارها وسمع الشهود، تأكد عنده الأمر.
- 2- إصدار قرار بإثبات هذه الوصية والتأشير بها على هامش أصل الملكية²⁰، والتأشير الهامشي هو أحد طرق الإشهار المعروفة في نظام الشهر العيني، حيث تتم عملية الشهر في المحافظة العقارية إما بطريقة التسجيل La transcription، وينقل فيه التصرف كاملا إلى السجل (البطاقات العقارية)، وإما يتم الشهر بطريقة L'inscription، ويكون ذلك بالنسبة للحقوق العينية التبعية فقط عكس التسجيل الذي تنقل بموجبه الحقوق العينية الأصلية، وقد ورد في القانون المدني مثلا عن القيد الذي هو عبارة عن ملخص للتصرفات في نص المادتين 904 و966 ق.م.ج .

- 3- التأشير الهامشي ويتعلق بالقرارات والدعاوى القضائية، التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرفات التي حوتها المحررات المشهورة، ومثاله المادة 85 من المرسوم 63/76 والمادة 191 من قانون الأسرة، ولا يكون الحكم القضائي قابلا للتنفيذ أي لا تتم عملية التأشير على بطاقات العقار، إلا إذا صار الحكم نهائيا حائز لقوة الأمر المقضي فيه وذلك بإستنفاده جميع طرق الطعن العادية.

فإذا تم شهر هذا الحكم القضائي المتضمن إثبات وصية وذلك بطريقة التأشير الهامشي، إنتقلت ملكية الموصى به إذا كان محله عقار، لأن الشهر ناقلا للأثر العيني في نظام الشهر العيني المتبع في بلادنا، ونشير أن المادة 15 و 16 من المرسوم 63/76 التي حددتا الحقوق العينية العقارية الواجبة الشهر، وأغفلتا النص على القرارات القضائية، 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، إذن فالإجراءات الواجب اتباعها في حالة الوصية الصحيحة غير الموثقة تكون:

- إستصدار أمر من القضاء يقضي بالتأشير على أصل ملكية الموصي بهذه الوصية.
- تنفيذ هذا الحكم بعد صيرورته نهائيا²¹ بشهره في المحافظة العقارية، وبذلك يحافظ الموصى له على حقه فإذا تمت عملية إشهار الشهادة التوثيقية، تضمنت وجوبا الوصية لأنها مؤشر بها على أصل الملكية²²، وجاء في نص المادة 324 مكرر3 من ق.م.ج ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفالية بحضور شاهدين"، ولما كان هذا النص لا يحدد العقود الإحتفالية ويرجعون إلى الشريعة الإسلامية

20- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري. سنة النشر 2017 ص 141.

21- المادة 338 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني، جاء فيها" الاحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من حقوق...".

22- مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 137.

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 12/08/1902.

هذه المادة التي حددت العقود الإحتفالية ومنها الوصية، نقول على أنها عقد إحتفالي 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 الرابعة.

و عليه يستوجب أن يذكر في الوصية كل الشروط المتعلقة ببيانات الأطراف والعقارات الموصى بها عموماً، بحكم الوصية ما أثبتناه من بيانات بالنسبة للشهادة التوثيقية.

الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن تخلف تسجيل وشهر الوصية: هناك نتائج ناجمة عن تخلف تسجيل و شهر الوصية نبينها في ما يلي:

أولاً: تخلف تسجيل الوصية: جاء في نص المادة 58 من قانون التسجيل²³ 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، وجاء في المادة 93 من قانون التسجيل الآتي: " يتعين على الموثقين والمحضرين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصياً غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة... " وباستقراء مجمع هذه النصوص نستنتج الآتي²⁴:

- 1- الوصية يقوم بتسجيلها وجوباً الموثق لدى مصلحة التسجيل والطابع، لأن المادة 191 ق. أ. ج أكدت أن الموثق هو من يقوم بتحريرها وإصدارها.
- 2 - 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.
- 3 - 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 قانوناً هي ثلاثة 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، ولما كانت الوصية تشهر بواسطة

²³ - القانون رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 81، الصادرة في 1977.

²⁴ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 157-158.

الشهادة التوثيقية فإن ما يحكم هذه الشهادة بحكم الوصية عموما، وتكون بذلك كل الشروط والأحكام المطلوبة في الشهادة التوثيقية منسجمة على الوصية.

ثانيا: تخلف شهر الوصية.

قضت المادة 39 من المرسوم 63/76 بشهر الشهادة التوثيقية، ولأن هذه الأخيرة تتضمن إنتقال عقارات التركة للورثة وللموصى لهم بالشهر، فإن عقارات التركة الموصى بها لا تنتقل ملكيتها للموصى له إلا بالشهر، وبذلك تكون نتيجة عدم شهر الوصية التي محلها عقار (وذلك بشهر الشهادة التوثيقية) عدم إنتقال 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 إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، إلا أن الشهر بالنسبة لإنتقال الملكية عن طريق الوفاة وهي حالي الميراث والوصية يسري مفعوله من يوم وفاة المورث أو الموصى بأثر رجعي.

ويستتبع هذا أن ثمار العقار سواء كانت ثمارا طبيعية أو صناعية يمتلكها الموصى له ابتداء من تاريخ وفاة الموصى بأثر رجعي، فإذا كان العقار أرض زراعية فإن ثمارها الطبيعية أو الصناعية من منتوجات يمتلكها الموصى له بشهر وصيته لكن بأثر رجعي يعود إلى وفاة الموصى، وهذا ينتج عنه أن الورثة أو من تصرفوا في ثمار العقار الموصى به، جاز للموصى له بعد شهر وصيته الرجوع عليهم بطلب ثمنها، كذلك لو كان العقار الموصى به دارا مؤجرة فإن ثمارها المدنية (بدل الإيجار) في ذلك نص المادة 15 من الأمر 74/75 التي نصت 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" فحسب هذا النص يكون للموصى حقا قائما في الموصى به وما يتفرع عنه من ثمار بأنواعها بالشهر 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 ق.م.ج على: "لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك"²⁵

المبحث الثاني: إكتساب الملكية العقارية عن طريق عقد البيع و الهبة.

يعتبر عقد البيع و عقد الهبة تصرفان قانونيان لنقل الملكية العقارية، يصدران عن توافق إرادتين، فالأول نص المشرع الجزائري عليه في المادة 350 من القانون المدني²⁶ في كيفية إنتقال الملكية العقارية عن طريق البيع، و عرفه بنص المادة 351 من نفس القانون، أما الهبة فهي عبارة عن عقد يبرم بين الواهب الذي

²⁵ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 159.

²⁶ - المادة 792 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم، جاء فيها " تنقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار متى كان الشيء مملوكا للمتصرف...".

يتبرع بماله و الموهوب له دون مقابل، كما اوردها المشرع في نص المادة 206 من القانون المدني، و للتوضيح سنتناول مطلبين الأول يناقش مفهوم عقد البيع وأحكامه أما المطلب الثاني فسيتمحو حول مفهوم الهبة و أحكامها و كيفية إجراءات إكتساب الملكية العقارية عن طريقها.

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع وأحكامه.

يعد عقد البيع العقاري وجه من أوجه عقود البيع من ناحية وجوب توافره على الأركان الموضوعية العامة و الشروط التي أوردها المشرع في القانون المدني، في حين يختلف معها في توافر ركن الرسمية الذي فرضه المشرع، وعليه سنخصص في فرعه الأول تعريف عقد البيع وخصائصه في التشريع الجزائري أما أركان عقد البيع العقاري ففي فرعه الثاني.

الفرع الأول: تعريف عقد البيع وخصائصه: يمتاز عقد البيع عن باقي العقود بالرسمية وجملة من الخصائص التي سنوضحها في ما يلي:

أولا - تعريف عقد البيع: عرفت المادة 351 من ق.م.ج البيع على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي"²⁷.

يستخلص من هذا التعريف أمرين:

1- الأمر الأول: أنه قد يقع البيع على حقوق عينية غير الملكية كحق إنتفاع أو حق إستغلال، وقد يقع على حقوق شخصية كما في حوالة الحق إذا كانت في مقابل مبلغ من النقود.

2- الأمر الثاني: أنه يبين أن الثمن لا بد أن يكون من النقود وهذا وصف جوهرى في الثمن، ويعرف البيع العقاري على أنه "عقد ناقل للملكية العقارية بالإشهار العقاري"²⁸

ثانيا - خصائص عقد البيع: من خلال تعريف المادة 351 من ق.م.ج يتبين أن للبيع عدة خصائص فهناك خصائص يتميز بها كباقي العقود وتعتبر خصائص عامة، و هناك خصائص تميزه عن غيره من العقود وتعتبر خصائص خاصة.

1- الخصائص العامة: وتتمثل في:

أ- عقد البيع عقد رضائي: العقد الرضائي هو العقد الذي لا يتطلب المشرع لإنعقاده شكلا خاصا وإنما يكفي تراضي طرفيه عليه لإنعقاده، حيث يكفي التعبير عن رغبتهما في إنعقاد العقد أيا كان شكل هذا التعبير كتابة أو شفاهة أو بالإشارة الدالة.²⁹

27 - الأمر 58/75 المعدل والمتمم .

28 - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص30.

29- جميلة زايدى، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2012/2011، ص20.

ب- العقد الشكلي: فهو العقد الذي يشترط لإ انعقاده إفراغ رضا أطرافه في شكل معين، ومبدأ رضائية البيع غير متعلق بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفقا على خلافه، فيجوز لهما الاتفاق على أن ينعقد البيع بينهما إلا إذا أفرغ رضاها في شكل معين كتدوينه في ورقة رسمية، فلا ينعقد البيع في هذه الحالة إلا بإستيفاء الشكل المتفق عليه، ولكن بما أن الأصل أن عقد البيع رضائي، فيجب على المتعاقدين إذا أرادوا مخالفة هذا الأصل، وتعليق وجود البيع على تحرير العقد أن يظهران هذه النية صراحة، كما قد يكون عقد البيع قضائي مثال ذلك في العقارات المحجوزة.

ج- عقد البيع ملزم للجانبين: البيع عقد ملزم للجانبين أو عقد تبادلي، لأنه يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، بحيث يصبح كل منهما دائنا ومدينا للآخر في آن واحد، ويترتب على ذلك خضوع البيع لأحكام العقود الملزمة للجانبين من ناحية تطبيق أحكام الفسخ، والدفع بعدم التنفيذ وتبعية إستحالة التنفيذ.³⁰

د- عقد البيع معاوضة: عقد البيع من عقود المعاوضات لأن كل من طرفيه يأخذ مقابل لما يعطيه، فالبايع يحصل على الثمن مقابل المبيع، والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن، فإذا إنعدم المقابل أصبح العقد هبة لا يبيعا وتعين خضوعه للأحكام الخاصة بالهبة لا البيع.

2- الخصائص الخاصة: هناك خاصيتين أساسيتين لعقد البيع هما:

أ- عقد البيع ناقل ملكية: وهي الخاصية الحقيقية لعقد البيع، ونقل الملكية هو الغرض الأساسي الذي يميز عقد البيع عن سائر العقود، وحتى يمكن نقل الملكية خاصة في العقار فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، يجب أن يكون البائع مالكا للعقار، ويعتبر نقل الملكية كأثر مترتب على عقد البيع العقاري، وهو يعد أساسا كالتزام واقع على البائع وذلك خلافا لعقد البيع في الفقه الإسلامي، حيث ينقل عقد البيع الملكية بذاته ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية.

ب- عقد البيع المقابل فيه يكون نقديا: وهذه الخاصية الثانية لعقد البيع، فهو عقد معاوضة يحصل فيه البائع على الثمن مقابل نقل ملكية المبيع للمشتري، وهذا الشيء يجب أن يكون نقدا وفقا لنص المادة 351 من ق.م.ج، وبالتالي لا يمكن أن يكون المقابل شيئا آخر وإلا كنا بصدد عقد مقايضة وليس عقد بيع، حيث يرى جانب من الفقه أنه في هذه الحالة، لتحديد طبيعة العقد يؤخذ بالعنصر الغالب فإذا كان المبلغ هو العنصر الغالب كان العقد بيعا، أما إذا كانت العبارة مثلا هي المقابل فإن العقد يعد مقايضة³¹، إلا أنه يبقى التمييز بين عقد البيع وعقد المقايضة، إن أعطى شخص منزله للآخر مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد أم لا ؟.

³⁰ - جميلة زايدى، المرجع نفسه، ص 21.

³¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4 العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان، 2000، ص 26.

يرى بعضى الفقهاء أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقايضة رغم سهولة تحويل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية إلى نقد، لأن العبرة هي طبيعة المقابل وقت التعاقد.

الفرع الثاني: أركان عقد البيع العقاري.

لقيام العقد يجب توافر التراضي بين الطرفين، وأن تكون إرادة كل متعاقد مدفوعة بغاية مشروعة تستهدف تحقيقها، فلكي ينشأ العقد يجب أن تتوافر فيه الأسس اللازمة لوجوده، وعليه سندرس تباعاً أركان البيع العقاري في التشريع الجزائري على النحو التالي:

أولاً - الأركان العامة في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري: لقيام عقد البيع العقاري يجب توفر الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب، فإذا انعدمت هذه الأركان يترتب عليه الجزاء الذي نص عليه القانون والبطلان المطلقو التي نوجزها على النحو الآلي:

1- التراضي في عقد البيع العقاري: التراضي هو الركن الأول في عقد البيع العقاري، ويقصد بالتراضي إتجاه الإرادة إلى إحداث الأثر القانوني المطلوب³².

أ- موضوعات التراضي في عقد البيع العقاري: يلزم لإنعقاد البيع العقاري الرضا بين البائع والمشتري على العناصر الأساسية، وهي المبيع، الثمن وطبيعة العقد، أما المسائل الثانوية مثل كيفية تسليم المبيع أو زمن التسليم أو سداد الثمن... وغيرها، فإنه لا يلزم لإنعقاد البيع أن يتفق عليها الطرفان، إذ تكفلت ببيان أحكامها القواعد المقررة التي أوردها المشرع في باب البيع، والتي يتعين إعمالها عند عدم الإتفاق عليها، وبالنالي سنبين كيفية الإتفاق على المبيع ثم الإتفاق على الثمن، بعدها الإتفاق على طبيعة العقد.

- الإتفاق على المبيع: إن الإتفاق على المبيع من المسائل الجوهرية أي تطابق إرادتين على المبيع، كما لو كان للبائع داران، وعرض على شخص أن يبيعه إحداها فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى، فقبل شراءها لم يتم البيع لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع، فقد قصد البائع أن يبيع دارا وقصد المشتري أن يشتري أخرى³³.

- الإتفاق على الثمن: لا بد من توافق الإرادتين على الثمن، فلا ينعقد البيع إذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل، فلو طلب البائع في الدار ألفا ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة، لم يتم البيع لأن المتبايعان لم يتفقا على الثمن³⁴.

- الإتفاق على طبيعة العقد: بالإضافة إلى الإتفاق على المبيع والثمن، يجب أن يتم الإتفاق على طبيعة العقد، أي أن تتجه إرادة البائع إلى البيع وإرادة المشتري إلى الشراء، إذن لا يكون هناك توافق بين الإرادتين

³² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- مصادر الإلتزام- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، طبعة 3 الجزء 1، 2000، ص 211.

³³ - جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 23.

³⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص43.

على ماهية العقد إذا اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقد الثاني إلى عقد آخر، ومن طبيعة عقد البيع العقاري أن ينشئ إلزاما بنقل الملكية، ولذلك فإن كل عقد لا يقصد به حقيقة إنشاء هذا الإلتزام لا يعتبر بيعا.

ب- شروط صحة الرضا: يشترط لإنعقاد عقد البيع العقاري إقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين وقبول مطابق له، ويستوي أن يصدر الإيجاب من البائع أو المشتري³⁵، وأن تكون الإرادة خالية من العيوب الخفية وضرورة علم المشتري علما كافيا بالمبيع، وسندرس هذه الشروط على النحو الآتي بيانه:

- الأهلية: يجب لصحة الرضا أن يكون صادرا من ذي أهلية، وعقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ولذلك يشترط لصحته توفر أهلية الأداء³⁶، فإن صدر من ناقص أهلية كان قابلا للإبطال، وهذا ما نصت عليه المادة **83** من ق.أ.ج.

- سلامة الإرادة من العيوب: كما يشترط لصحة البيع خلو الإرادة من العيوب، أي لا تكون إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال، وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري وضع أحكاما خاصة بحالة الغبن في بيع العقار غبنا يزيد عن خمس قيمة المبيع وقت البيع، وذلك في المواد من **358** إلى **360** من ق.م.ج .

- العلم الكافي بالمبيع: إشتراط المشرع الجزائري في عقد البيع ضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا، ويتم ذلك عن طريق رؤية المبيع ومعاينته .

2 - المحل في عقد البيع العقاري: إن البيع عقد ملزم للجانبين، فهو عقد يترتب إلزاما على كل من البائع والمشتري، وأهم إلتزام يقع على البائع هو نقل ملكية المبيع، ولذلك يعتبر المبيع محلا في عقد البيع، أما أهم إلتزام يقع على المشتري فهو دفع الثمن، ولهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا في عقد البيع، فالمحل في عقد البيع العقاري إذن مزدوج يتكون من العقار والثمن.

3- السبب في عقد البيع العقاري: نتطرق هنا إلى تعريف السبب والشروط الواجب توافرها في السبب.

أ- تعريف السبب: لم يعرف المشرع الجزائري السبب في العقد و إكتفى بالنص عليه في المادة **97** من ق.م.ج³⁷ " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا " .

ب- شروط السبب: يجب أن يكون السبب في عقد البيع العقاري موجودا وصحيحا، كما يجب أن يكون مشروعا.

- أن يكون السبب موجودا: ينصرف هذا الشرط إلى السبب القصدي، وهو الغاية التي يقصد الملتزم

³⁵ - تسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد **59** إلى **70** من الأمر **58/75** المعدل والمتمم.

³⁶ - المقصود بأهلية الأداء القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيرا صحيحا منتجا لإثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عنه هذا التعبير.

³⁷ - المادة **97** من الأمر **58/75** المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الحصول عليها، وفي عقد البيع العقاري يكون سبب إلتزام البائع بنقل الملكية هو إرتقاب الحصول على الثمن من المشتري، وسبب إلتزام بدفع الثمن هو إرتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع، ولذلك فإلتزام كل من البائع والمشتري مرتبط بالآخر، بحيث إذا تخلف إلتزام أحدهما فلا ينشئ إلتزام الآخر، وبالتالي لا ينعقد عقد البيع³⁸.

- أن يكون السبب صحيحا: يجب أن يكون السبب صحيحا، فإذا كان موهوما أو صوريا فيكون السبب غير صحيح، فإذا تعهد الخلف العام أو الخلف الخاص بوفاء دين سلفه ثم أتضح أن هذا الدين إنقضى، فهنا يكون السبب موهوما لأن المتعاقد وقع في غلط بشأن وجود السبب ويبطل العقد، ويكون السبب صوريا إذا كان يخفي سببا آخر غير مشروع.

- أن يكون السبب مشروعا: ينصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الإلتزام في ذمته، ويكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام والآداب، فإذا كان الباعث للمتعاقد غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، أما إذا كان الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع ففي هذه الحالة هناك إفتراضين:

* إذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، فإن العقد يكون باطل بطلان مطلق.

* إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، فلا يكون العقد باطل.

ثانيا- الرسمية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري:

إن القاعدة العامة في التعاقد طبقا للقانون الجزائري هي مبدأ الرضائية، لأن مجرد تطابق الإرادتين يكفي لإنشاء العقد ما لم توجد نصوص قانونية تقضي بخلاف ذلك حسب المادة 59 من ق.م.ج.

1 - تعريف الشكل الرسمي وتمييزه عن الشكل العرفي في التشريع الجزائري: نتطرق إلى تعريف الشكل الرسمي وتمييزه عن الشكل العرفي .

1- تعريف الشكل الرسمي: سبق القول أن التصرفات والعقود الواردة على العقار أضاف لها القانون وجوبا ركنا آخر هو الشكلية، وجعل وسيلة ذلك العقد الرسمي المبرم أمام الموثق، فكل العقود والتصرفات الواردة على العقار يجب أن تصاغ في شكل رسمي³⁹، ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 من ق.م.ج " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه " .

نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أورد المادة 324 في الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 1975/09/26، أي قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 88-14 المؤرخ في

38 - جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 32.

39- عمر نكاح، المرجع السابق، ص 47.

1988/05/03، كمايلي " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطته وإختصاصه".
 ما يلاحظ من المادتين المذكورتين هو أن المشرع إستبدل مصطلح الورقة الرسمية بمصطلح "العقد الرسمي" وهو تعديل في غير محله، ومرد ذلك إلى اللبس الواقع عند تسميته للورقة المثبتة للتصرف القانوني، والتي كثيراً ما يصطلح عليها بلفظ العقد، والذي يقصد به في الأصل كل تصرف قانوني يتم باتفاق إرادتين بغض النظر عن وسيلة إثباته، أي بغض النظر عن الورقة المكتوبة التي يدون فيها ذوي الشأن ما تم الاتفاق عليه بينهم، فقد يكون التصرف القانوني صحيحاً والورقة الرسمية ليست صحيحة أو قد يحصل العكس، وعليه يمكن القول أن المشرع الجزائري فقَدَ جانب الصواب حين إستعمل عبارة العقد الرسمي، فالأصح هو الورقة الرسمية لأن مصطلح الورقة أعم من العقد، فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة، فمن الأجدر أن يستعمل لفظ محرر كما هو وارد في النص باللغة الفرنسية "L'acte Authentique"، فذلك أشمل وأوسع في المعنى⁴⁰، وما تجدر الإشارة إليه هنا هو أن هناك فرق بين الكتابة الرسمية كشرط للإثبات والكتابة الرسمية كشرط لانعقاد التصرف القانوني⁴¹، فالكتابة الرسمية التي يقتضيها القانون ضرورة وملزمة لإنشاء عقد البيع العقاري، وهذا تحت طائلة البطلان المطلق، فبدونها لا ينعقد العقد ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ذلك.

ب- تمييز الشكل الرسمي عن الشكل العرفي: تطرق المشرع الجزائري إلى الشكل الرسمي والشكل العرفي في الباب السادس "إثبات الإلتزام" الفصل الأول "الإثبات بالكتابة" إلا أنه عند تعريفه للكتابة الرسمية والعرفية إستعمل مصطلح "عقد" وعليه سنستعمل في ضرب هذه المفارقة بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية مصطلح "محرر"، حيث نصت المادة 324 من ق.م.ج على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظفاً أو ضابطاً عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه".

ونصت المادة 327 من ق.م.ج على مايلي " يعتبر العقد العرفي صادراً كمن وقعه ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يخلفوا يميناً بأنهم لا يعملون أن الخط أو الإمضاء هو من تلقوا منه هذا الحق⁴² ".

يتبين لنا من خلال هاتين المادتين أن كل من الكتابة الرسمية والعرفية تشكلان شكلاً من أشكال العقود والتصرفات القانونية، إلا أن هناك اختلاف فيما بينهما من عدة أوجه وهو ما سنوضحه فيما يلي:

40 - جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 34.

41 - جميلة زايدي، نفس المرجع، ص 35.

42 - المادة 327 من الامر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

- الفرق من حيث الشكل: إن الكتابة الرسمية يختص بإصباغها على محررات الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، وهذا في حدود سلطتهم وإختصاصهم ووفقا لما هو مقرر قانونا، أما الكتابة العرفية فيحررها الأطراف فيما بينهم بصفتهم الخاصة خارج نطاق تدخل أي موظف مختص، إلا أن العنصر الوحيد الذي يهّم صحة المحرر العرفي هو توقيع كل طرف أو من يمثله.

- الفرق من حيث الحجية في الإثبات: تشكل المحررات الرسمية والمحررات العرفية حجة على الكافة، من حيث صدورها ومن حيث موقعها، ولكن محتوى المحرر الرسمي لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهذا بالنسبة لما جاء على لسان محرر العقد فيما علمه بنفسه، أما ما صدر رواية عن الأفراد فيمكن دحضه بإثبات عكسه وفقا للقواعد المقررة في الإثبات، أما المحررات العرفية فيجوز طعن ما جاء فيها بإثبات العكس.

ويستوي الأمر بين ما قرر موقع المحرر العرفي وما قرره رواية عن الغير، يضاف إلى ذلك أن تاريخ المحررات الرسمية يعتبر صحيحا إلى حين الطعن فيه بالتزوير أما المحررات العرفية فتكون حجة على موقعها، أما على الغير فلا تكون كذلك إلا ابتداء من يوم تسجيلها أو من يوم ثبوت مضمونها في عقد آخر حرره ضابط عمومي، أو من يوم التأشير على السند من طرف ضابط عمومي أو من يوم وفاة أحد الذين وقعوا العقد حسب نص المادة 328 من ق.م.ج 43.

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى أن هناك عقود عرفية تقبل كدليل لإثبات الملكية العقارية ويتعلق الأمر بالعقود العرفية المسجلة بعد 1961/03/01 إلى غاية 1971/01/01.

- من حيث القوة في التنفيذ: المحررات الرسمية لها الحجية لا تقبل مواجهتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وهذا ما نصت عليه المادة 179 من ق.م.ج 44، أما المحررات العرفية لا تحوز القوة التنفيذية، فتخضع إلى إجراء آخر هو اللجوء إلى القضاء، ودعوى التزوير توقع على الشكل والموضوع لأنها ليست لها صفة الرسمية، وتكسب هذه الأخيرة من خلال حكم قضائي (المادة 175 من ق.م.ج).

2 - شروط صحة الشكل الرسمي وجزء تخلفها في التشريع الجزائري: حتى تضافى الصبغة الرسمية على المحررات الناقلة للملكية العقارية، وجب توافر شروط أساسية يستمد منها المحرر وجوده القانوني، ومن دونها فلا يكون للعقد أي أثر قانوني، وحتى نحيط بالشروط التي يجب توافرها في المحرر الرسمي الناقل للملكية العقارية والجزاء المترتب عن تخلفها.

أ- شروط صحة الشكل الرسمي في التشريع الجزائري: من خلال نص المادة 324 من ق.م.ج يمكن أن نستخلص الأسس التي من خلالها تستمد المحررات الناقلة للملكية العقارية الصبغة الرسمية، والتي يمكن إجمالها

43 - جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 36.

44- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادرة في 2008/04/23.

في النقاط الاتي بيانها:

- صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة: حتى لا تقع في خلط بين الموظف العام والضابط العمومي والشخص المكلف بخدمة عامة إرتأينا تعريف كل واحد منهم فيما يلي:

***الموظف العام:** عرفت المادة 04 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، حيث جاء فيها "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري".

من خلال نص هذه المادة، يتبين لنا أن الموظف شخص عين في وظيفة دائمة ورسم فيها بناء على التدرج التسلسلي في إدارات مركزية تابعة للدولة، والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات والجماعات المحلية، وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية، فالموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة، الوالي... إلخ⁴⁵.

***الضابط العمومي:** هو شخص يتمتع بمؤهلات قانونية إستنادا للشهادة الجامعية المتحصل عليها، يكلف بمهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، مثاله المترجم والمخضر القضائي والموثق، هذا الأخير له دور في تحرير المحررات الناقلة للملكية العقارية.

***الشخص المكلف بخدمة عامة:** لم يعرف الفقه الشخص المكلف بالخدمة العامة، وإنما اكتفى بإعطاء أمثلة عنه كالخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة، ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون .

- سلطة الموظف والضابط العمومي و إختصاصاته في تحرير العقد الرسمي: المحررات التي تصدر من الموظف أو الضابط العمومي لا تحمل طابعا رسميا، ولا تكون بيانا ذات حجية ملزمة، وما لم تكن لهم السلطة في إصدارها وأصحاب اختصاص في ذلك وهذا حسب ما جاء في المادة 324 من ف.م.ج " .. في حدود سلطته وإختصاصه".

* سلطة الموظف أو الضابط العمومي في تحرير العقد الرسمي: المقصود بالسلطة هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي وأهليته في تحرير العقد الرسمي التي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير العقد الرسمي⁴⁶.

الولاية: والتي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير المحرر الرسمي، فلو قام الموظف أو الضابط العمومي قبل تعيينهما أو قبل أداثهما لليمين القانونية، أو بعد توقيفهما أو عزلهما عن العمل بتحرير أي محرر فإنه يقع باطلا⁴⁷.

45- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، 2015، ص 107.

46- وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 95.

47- المادة 10 من القانون 27/88 المؤرخ 12/07/1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 28، الصادر في 13/07/1988 تنص على " يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة مهنته امام المجلس القضائي محل اقامته المهنية اليمين الاتية...".

الأهلية: يعتبر الموظف العام أو الضابط العمومي أهل لتحرير جميع المحررات التي تدخل ضمن إختصاصهما، لكن هناك حالات منع وتنافي يمتنع فيها الموظف العام أو الضابط العمومي عن ممارسة مهامهما.

- حالات المنع منصوص عليها بموجب المواد 19 إلى 22 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم التوثيق.

- حالات التنافي منصوص عليها في المواد من 23 إلى 25 من القانون رقم 06-02 سالف الذكر، كما نص المشرع على حالات التنافي بالمواد 15 إلى 17 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم التوثيق.

من خلال الإطلاع على هذه النصوص نجد أن المشرع وقع في خلط بين حالات المنع والتنافي حيث نص على حالات للتنافي بموجب القانون رقم 88-27 وهي في الواقع حالات للمنع، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 15 من نفس القانون "لا يمكن أن يستلم الموثق قانونا العقد الذي: يكون فيه طرفا معينا ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت، يتضمن تدابير لفائدته...." وقد إستدرك المشرع الأمر بموجب القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم التوثيق، وذلك من خلال تحديد حالات المنع بموجب المواد من 19 إلى 22، حيث نص في المادة 19 من القانون نفسه على مايلي "لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي: يكون فيه طرفا معينا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت، يتضمن تدابير لفائدته..."⁴⁸.

كما حدد المشرع حالات التنافي في المواد من 23 إلى 25 من القانون رقم 06/02، ومن بين حالات التنافي ما نصت عليه المادة 23 فيما يتعلق بالحالات التي تتنافى وممارسة مهنة الموثق والتي من بينها العضوية في البرلمان أو رئاسة أحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة... إلخ.

ب- جزاء تخلف شروط صحة الشكل الرسمي في التشريع الجزائري:

إذا توافرت الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا في المحررات الرسمية، فإن هذه الأخيرة تعتبر صحيحة ومنتجة لآثارها باستثناء الأثر الناقل للملكية العقارية الذي لا يتم إلا بعد شهر المحرر على مستوى المحافظة العقارية، لكن إذا إختل شرط من تلك الشروط أو كلها إعتبر المحرر باطلا، كأن يتم تحرير المحرر المتضمن نقل ملكية عقار من طرف أشخاص غير ألك المنصوص عليهم في المادة 324 من ق.م.ج، أو يكون القائم بتحرير المحرر غير مختص من حيث الزمان أو من الموضوع أو لم يتم مراعاة الأوضاع المنصوص عليها قانونا.

وما تجدر إليه الإشارة في هذا الصدد هو التفرقة بين البيانات القانونية الجوهرية التي يترتب عنها البطلان، وبين البيانات غير الجوهرية والتي لا يترتب عنها البطلان.

⁴⁸ - وسيلة وزاني، المرجع السابق، ص 98.

حيث تعتبر بيانات جوهرية في المحرر الرسمي، إسم ولقب الموثق، وأصحاب الشأن والشهود والمترجم عند الاستعانة به وتوقيعاتهم، كما يجب أن يتم التحرير باللغة العربية، إثبات حضور الشاهدين أثناء توقيعها، ذكر مكان وتاريخ تحرير المحرر باليوم والشهر والسنة، وتبيان المحرر قد تلى وشرح جميع الآثار والالتزامات التي على الأطراف الخضوع لها، ويجب وضع الختم الخاص بالموثق على الصور التنفيذية والنسخ والخلاصات، وفي حالة الإنابة لابد من الإشارة على ذلك على كل أصل عقد، ثم يوقع المحرر من قبل الموثق الذي ينوب زميله، أما البيانات غير الجوهرية، فلا يترتب عنها بطلان المحرر الرسمي، مثل عدم دفع الرسوم والحقوق أو وجود إضافات أو كتابة بين الأسطر، أو في حالة عدم تثبيت الموثق من شخصية المتعاقدين عن طريق شهادة شاهدين.

يتبين لنا مما سبق أنه إذا إختل شرط من الشروط المكتوبة للورقة الرسمية، ترتب عنه بطلان المحرر كله، وليس جزء منه، فإذا لم يحمل المحرر توقيع الشهود أو أحد الطرفين على العقد، فإن العقد يكون كله باطلا وإن كان جزء منه صحيح كالتاريخ مثلا.

المطلب الثاني: مفهوم الهبة و أحكامها.

الهبة عقد بين الأحياء، لذا لابد من إيجاب وقبول إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له ولا تنعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة، وهذا ما يميز الهبة عن الوصية، فقد نظم القانون المدني عقد الهبة تنظيماً كاملاً بالمواد 486 - 504، و قد إستمد الأحكام الموضوعية في الهبة من الشريعة الإسلامية، فإن هذا لا يسوغ الخروج على النصوص التشريعية بدعوى اللجوء إلى مصدرها ما دامت واضحة الدلالة فيما يتناوله لفظها أو فحواها، وهذا ما سنبينه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: مفهوم الهبة وشروطها القانونية: نتطرق في هذا الفرع إلى التعريف عقد الهبة وشروطها القانونية ثم أركان وخصائص عقد الهبة.

أولاً- تعريف الهبة وشروطها القانونية:

1- تعريف الهبة: حاولنا تقديم تعريف شامل لعقد الهبة من خلال التطرق إلى المعاني اللغوية و الإصلاحية و كذا الإختلاف الفقهي حولها، و التعريف بها من الجانب القانوني، وتوضيح الأحكام المتعلقة بعقد الهبة.

أ- **التعريف اللغوي للهبة:** الهبة مأخوذة من الفعل "وهب"، يهب وهبا على وزن وضع يضع وضعا وإيهاب قبول الهبة أما الإستهباب فسؤال الهبة، ومعناها العطية الخالية من الأعواض والأغراض، فإذا كثرت سمي صاحبها وهابا، وهو من أبنية المبالغة والوهاب من صفات الله المنعم على العباد⁴⁹، وهي التفضيل والإحسان

⁴⁹ - سعدة عافر، شعشوع نعيمة، أحكام الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون العقاري، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي، تيسمسيلت، 2016/2015، ص 04.

بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال، قال الله تعالى " وَوَهَبْنَا لَهُ إِسْحَاقَ... "50 وقال أيضا " وَوَهَبْنَا لِذَاوُودَ سُلَيْمَانَ ۚ نِعْمَ الْعَبْدُ إِنَّهُ أَوَّابٌ "51، ومنه فالهبة هي التبرع والتفضيل على الغير، أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مالا أو ليس بمال، فمثل هبة المال كأن يهب شخص لآخر بيتا أو سيارة، ومثال هبة غير المال ما أنعم الله عز وجل على خلقه من نعم كالسمع والبصر والذرية أو أن تهب سلطة بلد حق الإقامة لأجنبي عنها.

ب- التعريف القانوني للهبة: اختلف فقهاء القانون في تعريف عقد الهبة فقد عرفها قانون الأسرة الجزائري في المادة 202 كمايلي: " الهبة تمليك بلا عوض "52 ونصت المادة 206 من ق.أ.ج " تنعقد بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق...".

يستفاد من مضمون المادتين سابقتي الذكر أن الهبة عقد يقع في الحياة، ولقيامه لابد من وجود إيجاب و قبول متطابقين لكل من الواهب و الموهوب له حال حياتهما، و هذا يلتزم الواهب بنقل كل ملكيته أو جزء منها و مباحا الى الموهوب له حال حياتهما، وأن نقل الملكية هذه تنتج عنها إفتقار ذمة الواهب المالية و إغتناء ذمة المدين له مما يظهر المشرع لدى الواجب.

ثانيا - أركان وخصائص عقد الهبة: يشمل عقد الهبة أركان وخصائص هما:

1- أركان وشروط عقد الهبة: لعقد الهبة أربعة أركان هي:

أ- الواهب: هو مالك العين ويشترط فيه أهلية التصرف، وقد نصت عليه المادة 203 من ق.أ.ج بقولها " يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغا تسع عشرة سنة وغير محجور عليه ".

ب- الموهوب له: هو من ستؤول إليه العين على أن يكون أهلا للملك سواء كان موجودا كفلان أو طلبة المدرسة الفلانية، أو كان جهة إعتبارية، كالمساجد، المستشفيات والمشاريع الخيرية، حيث لم يشر قانون الأسرة للموهوب له ولشروطه، وركز على بعض الأحكام الخاصة به كمسألة الهبة للحمل وطريقة حيازة الهبة.

ج- الموهوب: هو مضمون العقد، ويشترط فيه أن يكون مملوكا للواهب، منتفعا به شرعا، وقد نصت عليه المادة 205 من ق.أ.ج بقولها "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

د- الصيغة: والمراد بها الإيجاب والقبول الدال على التملك بغير عوض، وتكون بكل لفظ كوهبت، أو أي فعل، أو إشارة تدل على الهبة، وقد نصت المادة 206 بقولها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم الحيازة مع

50- سورة الأنعام، الآية 84.

51- سورة ص، الآية 30.

52- خانوش مروة، بودراهم سميرة، هبة العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة ميرة، بجاية،

2013/2012، ص08-09.

مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات "

2- خصائص عقد الهبة: ومن خلال التعريفات إن عقد هبة العقار يقوم على الخصائص الآتي ذكرها:

أ - الهبة عقد شكلي وعيني: فالهبة تعد من العقود الشكلية حيث لا يكفي لإنعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يجب إفراغ التراضي في شكل معين، وهو تحريرها في ورقة رسمية لدى مكتب التوثيق متى كان محلها عقارا وإحترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية، والهبة في ذات الوقت عقد عيني لا يتم بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، وتوافر الشكلية، بل يجب زيادة على ذلك تسليم الشيء الموهوب الى الموهوب له لحيازته⁵³. وهذا ما تضمنته المادة **206** من ق.أ.ج " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات"⁵⁴.

ب - الهبة من العقود الملزمة لجانب واحد: الأصل في الهبة أنها تعتبر من العقود الملزمة لجانب واحد وذلك في حالة إعتبرها تبرعا دون مقابل، فهي لا ترتب إلتزامات إلا في جانب الواهب وحده، حيث يلتزم بنقل ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، وتكون الهبة ملزمة لجانبين إذا إقتزنت بشروط معينة تجب في ذمة الموهوب له كإشتراط الواهب عوضا لهبته حينها يتعين على كل طرف الوفاء بما إلتزم به⁵⁵.

ج- هبة العقار من العقود المسماة: لقد تناول المشرع الجزائري العقود المتعلقة بالملكية في الفصل الأول من الباب السابع وهي كالتالي: عقد البيع، عقد المقايضة، عقد الشركة، التراضي و الصلح، لكن لم يذكر المشرع الجزائري عقد الهبة على الرغم من أنه يعتبر من العقود المتعلقة بالملكية، بل أورد أحكامها في قانون الأسرة الجزائري في المواد من **202** إلى غاية المادة **212** منه، ويقصد بالعقود المسماة تلك العقود التي وضع لها المشرع تنظيما خاصا⁵⁶.

ثانيا- إجراءات إكتساب الملكية العقارية عن طريق الهبة.

تتطرق في هذه الجزئية إلى الشروط التي تطلبها القانون في إنتقال العقار لأن حديثنا دائر على كون محل الهبة عقار، فكيف يتم هذا الانتقال من الواهب الى الموهوب له؟ و للإجابة على هذا التساؤل سنتطرق الى كيفية توثيق الهبة العقارية ثم إلى تسجيلها ثم نعرض عملية شهر الهبة وأحكامها كالتالي:

1- توثيق الهبة العقارية: من المستقر عليه الأمر في القانون الجزائري أن أي تصرف وارد على عقار يجب صبه في قالب شكلي تحت طائلة بطلان هذا التصرف، وتعتبر المادة **324** مكرر **1** من ق.م.ج عمدة في ذلك، ولما كانت الهبة العقارية محلها عقارا فيجب إثباتها على يد ضابط عمومي هو الموثق، فيفرغ رضا كل من

⁵³- أ. نسيم شيخ، المرجع السابق، ص23.

⁵⁴- المادة **206** من القانون **11/84** المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم .

⁵⁵- سعدة عافر، نعيمة شعشوع، المرجع السابق، ص13.

⁵⁶- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص15.

الواهب والموهوب له في محرر رسمي، وقد أكدت هذا الأمر المادة 206 من ق.أ.ج بنصها على وجوب مراعاة أحكام قانون التوثيق، وهي تشير في ذلك إلى الرسمية المتطلبة في العقارات، فالهبة الواردة على عقار تتطلب من الواهب والموهوب له وجوب الحضور أمام موثق والتصريح أمامه بالإيجاب والقبول⁵⁷، حتى يصدر عقداً بذلك وإذا كانت الهبة ستنتم بواسطة وكيل كان على الموثق التثبت من مضمون الهبة، وأن الوكيل لم يتجاوز حدود وكالته الخاصة بعقد الهبة كما يتأكد من الشكل الواجب توافره في الهبة العقارية، لأن الوكالة في مثل هذه الحال عرض فيها القانون توافر شكل العمل القانوني محل الوكالة، حيث نصت المادة 572 من ق.م.ج على " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك " .

ويتضمن المحرر الرسمي الخاص بالهبة العقارية وجوب جميع عناصر الهبة وشروطها وكل الإلتزامات التي إشتراطها الواهب على الموهوب له إن وجدت ، كما تذكر فيه وجوباً أصل ملكية العقار وطبيعته سواء داراً أو أرضاً، وكذلك حالة العقار وحدوده وكل ما يجلي العقار ويزيل عنه الغموض واللبس ويميزه عن غيره، فقد نصت المادة 324 مكرر 4 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 "، كما يتعين على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين ويتعين وسم الهبة بالبطلان لو تخلف هذا الشرط حيث جاء في نص المادة 324 مكرر 3 المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المعدل ل: ق.م.ج ما يلي:

"يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفالية بحضور شاهدين " .

ونلاحظ أن هذه المادة خصصت العقود الإحتفالية فقط لوجوب حضور شاهدين وهذا معناه أن

هناك عقود إحتفالية وعقود غير إحتفالية فما هي العقود الإحتفالية؟

هذا هو موضوع المؤاخذة على المشرع الجزائري وحتى واضعوا التعديل الجديد للقانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 تنبه للإختلاف الحاصل بين نص المادة 324 مكرر 3 العربي والفرنسي (ترجمته) حيث كان النص القديم العربي على النحو التالي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين " في حين جاء في النص الفرنسي لنفس المادة مايلي:

"Les actes solennels sont à peine de nullite reçus par l'officie public en présence de deux temoins instrumentaires".

فالنص العربي القديم كما ترى يوجب شاهدين في جميع العقود الرسمية، في حين النص الفرنسي لم يوجب حضور شاهدين إلا في العقود الإحتفالية ، وقد تم تدارك هذا الإختلاف بتوحيد النصين، حيث أصبح مضمون النص العربي كالتالي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان لعقود الإحتفالية بحضور

⁵⁷ - المادة 29 من قانون التوثيق 02/06، والمادة 62 من المرسوم 63/76 الخاصة بالشرط الشخصي لاطراف العقد.

شاهدين"، ولكن لم يوضع تحديدا للعقود الإحتفالية مما يجعل الأمر مفتوح للتأويل في تحديد العقود الإحتفالية وعلى العكس من ذلك، وضع المشرع الفرنسي تحديدا للعقود الإحتفالية في نص المادة 09 من قانون فاننوز Ventose المعدل بالمرسوم المؤرخ في 12/08/1902⁵⁸ حيث حصرت هذه المادة العقود الإحتفالية في:

- أ - الهبة بين الأحياء والرجوع فيه .
- ب- الوصية والرجوع فيها.
- ج- الوكالات المرتبطة بتلك العقود.
- د- الإقرار ببنوة الولد الطبيعي .
- هـ- الترخيصات المتصلة بهذه العقود.

وإذا كانت المادة الأولى من القانون المدني قد أحالت على الشريعة الإسلامية ثم على العرف ثم على مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة عند إنعدام النص، ففي حالتنا هذه إذا رجعنا إلى الشريعة الإسلامية نجد أنها لم تفرق بين العقود، وليس بها هذا التقسيم عقد رسمي وعقد رسمي إحتفالي إذا إستقرأنا العرف لم نجد سوى عقد الزواج عقد إحتفالي، ومنه تبرز ضرورة تحديد العقود الإحتفالية التي عنها نص المادة 324 مكرر3 من القانون المدني سواء على سبيل الحصر أو على سبيل المثال، رغم قناعتنا أن شهادة الشهود لم يعد لها مبرر حاليا بتطور وسائل الإثبات فيكفي العقد الرسمي حجية أنه محرر من قبل ضابط عمومي خولته السلطة العامة تحرير هذه العقود حسب نص المادة 324 مكرر 5 من ق.م.ج والمادة 03 من قانون التوثيق رقم 02/06، فالهبة العقارية إذن توثق لعموم النصوص المقننة لإنتقال العقار ولتصريح المادة 206 ق.أ.ج بذلك.

2 - تسجيل عقد الهبة: نصت المادة 10 من قانون التوثيق على " يتولى الموثق حفظ العقود التي يجرها أو يتسلمها للإبداء ويسير على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا، لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا... "، فهذه المادة صرحت بوجوب تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود من طرف الموثق الذي حررها كما نصت المادة 58 من قانون التسجيل على أنه " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر إبتداء من تاريخها وبإستثناء الحالة المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية: العقود التي تتناول نقل الملكية أو حق الإنتفاع للأموال العقارية والمحلات التجارية والزبائن أو التنازل عن إجراء أو عن الإستفادة بوعده بالإيجار يتضمن الكل أو البعض من العقار ".

و لما كان نص المادة 206 من قانون الأسرة⁵⁹ قد بدأ بلفظة تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول فدل

⁵⁸ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 196.

⁵⁹ - أكدت المادة 206 من قانون الأسرة (تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ، مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات)

على أن الهبة عقد لأن الإيجاب والقبول يدلان على اتفاق والإتفاق هو العقد، حسب نص المادة 54 من القانون المدني التي جاء فيها "العقد إتفاق..."، و لما كانت الهبة عقدا في القانون الجزائري وكان العقد واجب التسجيل من طرف التوثق الذي حرره حسب النصوص المتقدمة، كانت الهبة واجبة التسجيل فهي عقد يجره موثق فينطبق عليها كل ما ينطبق على العقود التي يجرها الموثق، وقد أكدت المادة 231 من قانون التسجيل وجوب تسجيل عقد الهبة فجاء فيها، " إن رسوم تسجيل الهبات بين الأحياء تحصل حسب الحصص وتبعا للكيفيات المحددة بموجب المادتين 236 و 238 من هذا القانون و من أجل تحصيل رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة ومن أجل حساب التخفيضات المنصوص عليها في المادة 238 أدناه، فتأخذ بعين الإعتبار في حالات الهبة والتركة التخفيضات والتنقيصات التي تمت على الهبات السابقة التي قبل بها نفس الشخص"، فهذه المادة يستخلص منها الآتي:

- أن الهبة تسجل⁶⁰
- وحدت رسوم التسجيل الخاص بعقد الهبة مع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة.
- يستفيد الموهوب له من تخفيضات عن رسوم التسجيل حسب ما نصت عليه المادة 238 مع الأخذ بعين الإعتبار لو كان الشخص موهوب له لأول مرة، منع من هذا التخفيض في المرة الثانية⁶¹.
- أ- مكان تسجيل الهبة: القاعدة في مكان تسجيل العقود التوثيقية هي مكتب التسجيل الواقع في دائرة إختصاصه مكتب الموثق الذي حرر العقد، وهذا ما دلت عليه المادة 75 من قانون التسجيل وتطبيق هذه القاعدة تسجل الهبة في مكتب التسجيل التابع له مكتب الموثق الذي حرر عقد الهبة.
- وإذا كانت الهبة قد أبرمت في الخارج، فيجوز تسجيلها في جميع مصالح التسجيل داخل الوطن دون تمييز، وهذا ما نصت عليه المادة 78 من قانون التسجيل التي جاء فيها " يمكن تسجيل العقود المبرمة في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز " طالما أن الهبة يسري عليها قانون جنسية الواهب حسب الفقرة الثانية من نص المادة 16 من القانون المدني "... ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية المبرمة في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز " طالما أن الهبة يسري عليها قانون جنسية الواهب حسب الفقرة الثانية من نص المادة 16 ص القانون المدني "... ويسري على الهبة والوقف قانون جنسية الواهب أو الواقف وقت إجرائهما"، إلا أن الهبة لو كان محلها عقارا خضعت لقانون الدولة المتواجد بها العقار حسب نص المادة 17 ق.م.ج، وهذا يعني خضوع الهبة من حيث أحكامها لقانون الواهب، أما من حيث موضوعها إذا كان عقارا تخضع لقانون الدولة المتواجد به العقار.

⁶⁰ - المادة 234 من الامر 105/76 المتضمن قانون التسجيل، ذهبت الى وجوب دفع رسوم التسجيل حتى الهبة اليدوية لو صرح الموهوب له بها او ممثليه او تم الاعتراف بها اما القضاء.

⁶¹ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 198.

ب- آجال تسجيل عقد الهبة: يحكم عقد الهبة في آجال تسجيلها ما يحكم العقود عامة، حيث نصت المادة 58 من قانون التسجيل على ذلك فجاء فيها " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها بإستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، وتتعلق المادة 64 بأجل تسجيل الوصية حيث يمدد أجل تسجيلها إلى ثلاثة أشهر من وفاة الموصي، فالمادة 58 حددت آجال تسجيل العقود التي يجرها موثق وجعلت المدة الممنوحة لذلك هي شهر واحد من تاريخ إصدارها وتحريرها من طرف الموثق.

كذلك الهبة تسجل وجوبا في مدة لا تزيد عن شهر واحد ابتداء من تاريخ تحريرها و إمضاءها من طرف الواهب والموهوب له والشهود وختمها بختم الموثق تحت طائلة عقوبة الموثق ماليا⁶².

3 - شهر عقد الهبة العقارية: إن الإجراءات القانونية السابقة كلها من توثيق وتسجيل وحتى الأركان من رضا وأهلية ومحل وسبب وغيرهم لا أثر لهم في إنتقال ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، ولو كانت كلها صحيحة ما لم يشهر عقد الهبة العقارية لأن الشهر وحده هو الناقل للأثر العيني⁶³، وهو الذي يحقق إنتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له فقد 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 صرحت بلفظة المتعاقدين فالأمر متعلق بالعقود والهبة كما سبق البيان عقد.

لذلك لا تنتقل فيها ملكية العقار إلا بالشهر، وهو ما دلت عليه كذلك المادتان 15 و 16 من الأمر 74/75 حيث جاء في المادة 15 ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية... "، كما نصت المادة 16 على " إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"⁶⁴.

فحسب هذين النصين تكون الهبة غير المشهورة كأنها غير موجودة وتبقى ملكية العقار الموهوب على ذمة الواهب ولورثته من بعده ولا تنتقل للموهوب له ولا يكون له عليها أي حق وقد أكدت هذا المادة 206 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية بنصها على: "... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات... وإذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ".

فمراعاة أحكام الموثق تستدعي إجراء الشهر ما تعلق الأمر بالعقارات، فالشهر من أحكام التوثيق

⁶² - المادة 93 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل.

⁶³ -المادتين 15-16 من الامر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، الصادرة في 1975/11/18.

⁶⁴ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 199.

وقد دلت المادة 10 من قانون التوثيق على ذلك، كما نصت المادة 90 من المرسوم 63/76 على " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة "، فهذا النص صريح في أنه يستوجب على الموثق شهر جميع العقود المحررة من قبله، فالشهر يقع على عاتق الموثق الذي حرر العقد⁶⁵ ويجب عليه احترام الآجال.

أ- آجال شهر عقد الهبة: نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على آجال شهر العقود حيث جاء في فقرتها الرابعة مايلي: "... بالنسبة للعقود الأخرى شهران من يوم تاريخها " غير أن هذه المادة تم تعديلها بموجب قانون المالية لسنة 2004⁶⁶ حيث نصت المادة 353 منه في فقرتها الرابعة في باب رسم الإشهار العقاري على ما يلي: "... تحدد آجال إتمام الإجراء كما يلي:

- بالنسبة لشهادات نقل الملكية بعد الوفاة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تحرير العقد يمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحدا المعنيين مقيما في الخارج، يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الإلتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة.

- بالنسبة للأحكام القضائية ثلاثة أشهر من اليوم الذي أصبحت فيها نهائية.

- بالنسبة للعقود الأخرى، والوثائق ثلاثة أشهر من تاريخها... "، فأجال شهر العقود الممنوحة للموثقين التي يتعين عليهم شهر عقودهم خلالها، هي ثلاثة أشهر ولما كانت الهبة عقدا فهي تشهر في أجل ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير عقدها من طرف الموثق، أما عقد الهبة الذي يكون محله عقارات متعددة تخضع للشهر على مستوى أكثر من محافظة عقارية، أو عقارا واحدا يقع بين منطقتي إختصاص لمحافظة عقاريتين فإن الأجل يمدد بخمسة عشر يوما بالنسبة لكل محافظة عقارية، ويؤدي عدم احترام هذه الآجال إلى وقوع الموثق تحت طائلة العقوبة المالية، كما يجب على الموثق مراعاة الإختصاص الإقليمي للمحافظة العقارية حيث يتعين عليه إيداع العقد للشهر لدى المحافظة العقارية المختصة وهي الواقع العقار المعني في دائرة إختصاصها.

الفرع الثاني: تخلف الإجراءات القانونية لإنتقال العقار عن طريق الهبة.

ضرورة إجراءات التوثيق والتسجيل والشهر لعقد الهبة العقارية تستوجب علينا فهم النتائج المترتبة عن تخلف هذه الإجراءات و التي نبينها في ما يلي:

أولاً- النتائج المترتبة عن تخلف توثيق عقد الهبة: إن عقد الهبة من العقود الشكلية إذا كان محله عقارا وهذا يعني أن الشكلية هي إفراغ التصرف في قالب رسمي أو عقد رسمي يحرره الموثق، تكون ركنا في عقد الهبة العقارية

⁶⁵- عمر نكاح، نفس المرجع، ص201.

⁶⁶- المادة 353 من قانون المالية، الجريدة الرسمية، العدد 83، الصادر في المؤرخ 2003/12/29.

وتخلفه يؤدي إلى بطلان الهبة بطلانا مطلقا، وهذا ما دلت عليه المادة 206⁶⁷ من ق.أ.ج بنصها على: "... ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

فالفقرة الأخيرة من هذه المادة دلت على بطلان الهبة إذا كان محلها عقار لو تخلف قيد (مراعاة أحكام قانون التوثيق)، وهي تشير إلى نص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج التي نقلت نص المادة 12 من قانون التوثيق القديم رقم 70/91 الملغى، والتي جاء فيها "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية..."، إذا فكل عقد وارد على عقار مآله البطلان ما لم يوثق، كذلك الهبة العقارية يوجب المشرع إفراغه في شكل رسمي يجره الموثق، إعطاء الصبغة الرسمية لعقد الهبة له أثر بالنسبة لإنتقال ملكية العقار من الواهب إلى الموهوب له، حيث جاء في المادة 61 من المرسوم 63/76 ما يلي: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"، فالمادة تشترط أن يكون المحرر المقدم للإشهار في المحافظة العقارية في شكل رسمي، ولأن الشهر هو من ينقل الملكية تجلى دور التوثيق في إنتقال الملكية، لأن تخلفه يؤدي إلى عدم قبول الشهر ورفض الإيداع.

كذلك يشترط في الموثق المبرم والمحرر لعقد الهبة والعقود بصفة عامة شروط نص عليها قانون مهنة التوثيق رقم 02/06 لا يجوز مخالفتها ومنها نص المادة 19 التي تنص على أنه لا يجوز أن يكون الموثق المحرر للعقد طرفا فيه أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت، كذلك نص قانون التوثيق على شروط معينة وأشكال يجب توافرها في العقد (عقد الهبة) تحت طائلة البطلان، منها ما نصت عليه المادة 26 من وجوب تحرر العقود باللغة العربية وكتابة السنة والشهر ويوم التوقيع بالحروف...إلخ.

كما نصت المادة 324 مكرر 3 من ق.م.ج على " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفالية بحضور شاهدين"، وقد سبقت الإشارة إلى أن عقد الهبة هو عقد إحتفالي في التشريع الجزائري لأجل ذلك، يقع عقد الهبة العقارية باطلا ما لم يجرر بحضور شاهدي عدل على أن توفر فيهم شروط الشهادة من بلوغ وعقل وعدالة، مع مراعاة ما جاء في نص المادة 20⁶⁸ من قانون التوثيق في شأن شهادة أقارب الموثق في العقود التي يجررها وأنها غير جائزة.

ثانيا- النتائج المترتبة عن تخلف تسجيل و شهر الهبة: سنتطرق إليهما وفق الإيجاز التالي:

1 - التسجيل: إن عدم تسجيل عقد الهبة يفقده إجراء شكليا مهم، فضلا عن العقوبة المالية التي نص

⁶⁷ - المادة 206 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

⁶⁸ - المادة 20 من قانون التوثيق 02/06 نصت على " لايجوز لاقارب او اصهار الموثق المذكورين في المادة 19 وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته او يكونوا شهودا في العقود التي يجررها..."

عليها مضمون المادة 93 من قانون التسجيل في حق الموثق، حيث يتعين حسب هذه المادة على الموثق الذي لم يسجل عقوده في الآجال المقررة، أن يدفع غرامة عن كل مخالفة تأخير حسب النسب التالية:

أ- **التأخير في التسجيل:** يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوماً تكون نسبة الغرامة المالية 10 % من قيمة التسجيل إلزام مالي تقدر نسبته بـ 3% عن كل شهر أو جزء من شهر، إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير دون أن يتعدى مجموع الإلتزام المالي والغرامة الجبائية مستوى 25%، فالمادة تعرض حالتين:

الحالة الأولى: أن يتأخر التسجيل بعد المدة الممنوحة فترة تتراوح من يوم إلى واحد وثلاثين يوماً وهذا معناه أن يدفع عن كل شهر مضى بعد المدة الممنوحة دون تسجيل غرامة قدرها 10 %، فلو دام التأخر أربعة أشهر بعد المدة الممنوحة وهي ثلاثة أشهر بحيث سجل في الشهر السابع أو الثامن من إصدار العقد تكون نسبة الغرامة $10 \times 4 = 40\%$ من قيمة التسجيل في هذه الحال يرجع المبلغ إلى نسبة 25%.

الحالة الثانية: هي تسجيل العقد بعد اليوم الأخير في المدة الممنوحة، أي بعد 3 أشهر بحيث يكون التسجيل في اليوم 91 إذا كانت الشهور ذات 30 يوم، فالغرامة المالية في مثل هذه الحال هي 3% عن كل شهر أو جزء من شهر، فالمدة الممنوحة هي 3 أشهر + 15 يوماً في حالة تسجيل العقود في أكثر من محافظة عقارية فتكون النسبة كالتالي 3X3، فتكون نسبة الغرامة في حالة تسجيل العقد بعد اليوم الأخير 9% ولو كان العقد يستوجب التسجيل في أكثر من محافظة عقارية فإن مدة 15 يوماً الممنوحة تحسب كشهر فتكون النسبة $3 \times 4 = 12\%$.

بالإضافة إلى تعرض الموثق إلى العقوبة التأديبية من طرف الغرفة الجهوية أو الوطنية للموثقين وهذا ما دلت عليه المادة 93 من قانون التسجيل في الفقرة 3 حيث جاء فيها "...غير أن الموثقين...الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة يتعرضون لعقوبة تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها..".

كما نشير إلى أنه قد يفهم من بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا أن عدم تسجيل العقد يحوله إلى مجرد عقد ليفي، حيث جاء في القرار القضائي رقم 113 840 المؤرخ في 1994/02/07 الصادر من المحكمة العليا ما يلي: " حيث أن العقد المؤرخ في 1985/10/13 ليس عقدا رسميا رغم تحريره بواسطة موثق، لأنه إكتفى بقيد إتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس ".
2 - الشهر: بإعتبار عقد الهبة العقارية من التصرفات الناقلة للملكية العقارية، وحتى ينشئ الحق العيني وينقله لفائدة الموهوب له ينبغي نشره في مجموع البطاقات العقارية حسب ما تقضي به المادة 15 و 16 من الأمر 74/75 .

ويترتب عن عدم إشهار عقد الهبة العقارية بقاء العقار الموهوب في ملك الواهب وعدم إنتقاله إلى ملكية الموهوب له، وهذا يعني أن التصرف الذي قام به الواهب والموهوب له من توثيق وتسجيل يعتبر غير موجود لتخلف الشهر، وهذا ما نصت عليه المادة 793 ق م بقولها: " 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 أن الموهوب ملزم بتقديم ما يثبت ملكيته للعقار الموهوب له ولن يكون له ذلك ما لم يشهر عقد الهبة، حيث جاء في نص المادة 29 ص القانون 25/90 الخاص بالتوجيه العقاري⁷⁰ ما يلي: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".
 إذن فالجزء المترتب عن عدم شهر عقد الهبة العقارية هو إعتبارها كأن لم تكن، فيبقى العقار الموهوب على ملك الواهب وهو لورثته من بعده، وهذا ما تبناه القضاء في القرارات الصادرة عنه، فقد جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا برقم 68 467 المؤرخ في 1990/01/21 ما يلي: "... حيث أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من ق.م.ج ".
 كما جاء القرار رقم 186 443 المؤرخ في 2000/02/14 عن مجلس الدولة ما يلي: "... حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام وأن تسري شرعية العقود التوثيقية إبتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقارية ".
 70 - المادة 29، قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، الجريدة الرسمية، العدد 49، الصادر بتاريخ 1990/11/18.

المبحث الثالث: إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوقف.

تتميز الأمة الإسلامية بنظام الوقف الذي ميزها عن باقي الأمم، حيث عمل العاملون في هذا النظام من أجل تنمية المجتمعات الإسلامية، وتعد الجزائر البلد المسلم الذي عاش ويلات الاستعمار حيث قامت الإدارة الفرنسية بالإستيلاء على الأملاك الوقفية و تحويلها إلى مكاتب إدارية عن طريق وضع نظام لتسيير المنشآت لتكون خاضعة للرقابة الإدارية المباشرة و بعد الإستقلال تم إستعادة جزء يسير من مجموع الأوقاف و تم إخضاعها لمجموعة من القوانين من أهمها قانون الأسرة 1984 ثم قانون الأوقاف سنة 1991 الذي أخضع الوقف لأحكام خاصة به، و جعل هذا القانون المصدر الثاني بعد أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الوقف، و ذلك ما نصت عليه المادة 02 من القانون 10/91،⁷¹ و عليه تم تقسيم المبحث إلى مطلبين يتناول الأول مفهوم الوقف وأحكامه أما الثاني فيتضمن أركان الوقف وشروط نفاذه.

المطلب الأول: مفهوم الوقف وأحكامه.

يكتسب موضوع الوقف أهمية كبيرة في الجزائر، كون المنازعات الكثيرة حول الأوقاف جعلت من المؤسسة القانونية شغل شاغلا لرجال القضاء و القانون و الرأي العام على حد سواء، حيث أن الدارس في مجال إبرام العقود يجد أن هناك نوع من التصرفات تتم لطرف واحد ولا حاجة في تكوينها إلى توافق إرادتين، سنتناول من خلال هذا المطلب مفهوم الوقف في فرعه الأول، ثم نتطرق الى أحكامه في الفرع الموالي:

الفرع الأول: مفهوم الوقف: لتحديد معنى الوقف لابد من التطرق إلى تعريفه في الجزئية الأولى و تبيان أنواعه وخصائصه في جزئته الثانية .

أولا - تعريف الوقف: سنحاول تعريفه من الناحية اللغوية، و كذا التعريف الاصطلاحي ومدى مشروعيته .

1- التعريف اللغوي للوقف: لمصدر " وقف " في لغة العرب عدة معان منها ماورد في المعجم الوسيط: " وقف ووقفا، وقف قام من جلوس وسكن بعد المشي، ووقف على الشيء عاينه، ووقف في المسالة إرتاب فيها، ووقف على الكلمة نطق بها مسكنة الآخر قاطعا لها عما بعدها، ووقف الحاج بعرفات شهد وقتها، ووقف فلان على ما عند فلان فهمه وتبينه، ووقف الماشي والجالس وقفا جعله يقف يقال وقف الدابة، ووقف فلانا عن الشيء منعه عنه، ووقف فلانا على الأمر أطلعه عليه، ووقف الأمر على حضور فلان علق الحكم فيه بحضوره، ووقف الدار ونحوها حبسها في سبيل الله، ويقال وقفها على فلان وله، وأوقف فلان عن الأمر الذي

⁷¹ - قانون رقم 10/91 المؤرخ في 10/04/27 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادرة في 1991/05/08.

كان فيه اقلع عنه⁷²، ثم اشتهر إطلاق المصدر وإرادة إسم المفعول، تقول: هذا العقار وقف، أي موقوف ومن هذا جمع على أوقاف، ولذا يقال وزارة الأوقاف⁷³.

2- التعريف الإصطلاحي للوقف: ذكر الفقهاء تعريفات مختلفة للوقف تبعاً لأرائهم في مسأله الجزئية، نذكرها فيما يلي:

أ- تعريف الوقف عند الحنفية: حبس العين على ملك الواقف، والتصديق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال والمال، ويفهم من هذا التعريف بأن الشيء الموقوف يبقى في ملك الواقف، وله حق التصرف فيه بكل أنواع التصرفات من بيع وهبة... الخ، وفي حالة ما إذا تراجع الواقف عن وقفه يحق للورثة إرث هذا الوقف بعد موته⁷⁴.

ب- تعريف الوقف عند الشافعية: فقد عرفوا الوقف على أنه حبس مال يمكن الإنتفاع به مع بقاء عينه بقطع التصرف عن رقبته على مصرف مباح موجود⁷⁵.

ج- تعريف الوقف عند الحنابلة: عرفوا الوقف على أنه تحبب الأصل وتسبيل المنفعة، وأخذ الحنابلة هذا التعريف من قول الرسول صلى الله عليه وسلم "حبس الأصل وسبيل المنفعة"⁷⁶.

د - تعريف الوقف عند المالكية: فقد عرفوا الوقف على بأنه إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازماً بقاءه في ملك معطيحه ولو تقديراً⁷⁷.

هـ - تعريف الوقف في التشريع الجزائري: فنجد أن الوقف عرفته نصوص قانونية عديدة منها: قانون الأسرة الجزائري وقانون التوجيه العقاري وقانون الأوقاف، فلقد عرف المشرع الجزائري الوقف في قانون الأسرة الجزائري رقم 11/84 المؤرخ في: 09 جوان 1984، في المادة 213 بقوله: "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

⁷² - بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012/2011، ص11.

⁷³ - محمد مصطفى شلي، احكام الوصايا والاقواف، جامعة الإسكندرية، ص 303.

⁷⁴ - بن التركي نسيمه، احكام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في قانون أحوال الشخصية، جامعة محمد خضير بسكرة، 2015/2014، ص 07-08.

⁷⁵ - محمد مصطفى شلي، المرجع نفسه، ص320.

⁷⁶ - بن التركي نسيمه، المرجع نفسه، ص08.

⁷⁷ - د.بن عمار، صورية زدوم، النظام القانوني للاملاك الوقفية في التشريع الجزائري، جامعة لحاج خضر، باتنة، 2010/2009، ص08.

ليأتي بعد ذلك تعريف الوقف من خلال القانون رقم 25/90 المؤرخ في: 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري من خلال المادة 31 بقوله: "الأملك الوقفية هي العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء كان هذا التمتع فوراً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

ثم جاء قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في: 27 أبريل 1991 في المادة 03 بتعريف أعم، إذ نصت على مايلي: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير"⁷⁸.

ثانيا - دليل مشروعيتها: تثبت مشروعية الوقف بظاهر القرآن والسنة والإجماع وعمل الصحابة.

1- من الكتاب: قوله تعالى " لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وماتنفقوا من شيء فإن الله به عليم" سورة آل عمران⁷⁹.

2- من السنة: عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال " إذا مات الإنسان إنقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء، من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له".

3- من عمل الصحابة: عمل الصحابة الكرام - رضوان الله عليهم - على إحياء سنة الوقف كوقف بئر رومة من عثمان بن عفان رضي الله عنه⁸⁰.

الفرع الثاني: أنواع الوقف وخصائصه.

تختلف أنواع الوقف باختلاف خصائصه و هذا ما سنبينه في النقطتين التاليتين مع الشرح .

أولاً- أنواع الوقف : لقد أخذ المشرع الجزائري تقسيم الوقف وفق معيار الجهة الموقوف عليها، فقسمه إلى وقف عام ووقف خاص، وهذا واضح من خلال المادة 06 من القانون 10/91 التي نصت على: "الوقف نوعان عام وخاص....".

1- الوقف العام: هو مايصرف فيه الربيع إبتداء على جهة من جهات البر ولو كان ذلك لمدة معينة يؤول الإستحقاق بعدها إلى شخص أو أشخاص معينين⁸¹.

حيث عرفه الدكتور محمد مصطفى شلي على أنه: "ماجعل إبتداء على جهة من جهات البر ولو لمدة معينة يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين، مثال ذلك أن يجعل الواقف أرضه وقفا إبتداء لمدة

⁷⁸-خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع على الملكية العقارية:الوقف، ج1، ط1، عمان، دار زهران للنشر والتوزيع، 2012، ص20-21.

⁷⁹- سورة آل عمران، الآية 92.

⁸⁰- د.عبد القادر بن عزوز، د.سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص152.

⁸¹- بن التركي نسيمة، المرجع السابق، ص27.

15 سنة ثم بعد ذلك على أشخاص معينين كأولاده"⁸²، و عرفه الدكتور ناصر الدين سعيدوني بأنه : " هو الوقف الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها وهو يتكون من الأوقاف الأهلية التي إنقرض عقب محبسيها"، و أيضا عل أنه " هو الذي يوقف في أول الأمر على جهة خيرية ولو لمدة معينة، يكون بعدها وفقا على شخص معين أو أشخاص معينين كان يقف أرضه على مستشفى أو مدرسة، ثم من بعد ذلك على نفسه وأولاده"، أما المشرع الجزائري قد تعرض لأنواع الوقف في القانون 10/91 في المادة 06 من الفصل الأول.

2- الوقف الخاص: هو ماجعل أول الأمر على معين سواء كان واحد أو أكثر، سواء كانوا معينين بالذات كأحمد و إبراهيم و محمود، أو معينين بالوصف كأولاده وأولاد فلان، وسواء كانوا أقارب ثم من بعد هؤلاء المعينين على جهة بر⁸³.

فعره بدران أبو العينين بدران على انه: " هو ماجعل إستحقاق الربيع فيه أولا للواقف نفسه أو لغيره من الأشخاص المعينين بالذات أو الوصف سواء كانوا من الأقارب أو من غيرهم، أما زهدي يكن فعره بأنه : " ماجعل إستحقاق الربيع فيه أولا ثم لأولاده ثم لجهة بر تنقطع حسب إرادة الواقف"، و في تعريف لناصر الدين سعيدوني أنه : " الوقف الخاص هو الوقف الذي يحتفظ المحبس أو عقبه بالإنقطاع به بحيث لا يتحول طرف منفعته على المصلحة التي حبس عليها أساسا إلا بعد إنقراض العقد وإنقطاع نسل صاحب الحبس"⁸⁴.
لكن المشرع الجزائري اعطى تعريفا آخر هو أن : " الوقف الخاص هو مايجبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الوقف بعد إنقطاع الموقوف عليهم".

ثانيا- خصائص الوقف: لقد إمتاز الوقف في القانون الجزائري بخصائص تتمثل فيما يلي:

1 - الوقف عقد تبرعي من نوع خاص: لقد صنف المشرع الجزائري الوقف ضمن عقود التبرعات، فهو تصرف تبرعي تنتقل بموجبه منفعة المال الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه، على وجه التبرع دون مقابل أو عوض، لأن الغاية منه هو التقرب إلى الله عز وجل، فالوازع الديني هو الدافع الأساسي لإنشاء الوقف.
وهذا ما عبر عنه المشرع في المادة 04 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف التي نصت على أن "الوقف عقد إلترم تبرع..."⁸⁵، وما يميز الوقف هو خرج المال الموقوف من ملكية الواقف لا إلى أحد بل يبق

⁸² - محمد مصطفى شلي، المرجع السابق، ص320.

⁸³ - محمد مصطفى شلي، المرجع نفسه، ص318.

⁸⁴ - نسيمه بن التركي، المرجع السابق، ص29.

⁸⁵ - قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 /04/1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادرة في 1991/05/08.

على حكم ملك الله تعالى - كما عبر عنه الفقهاء - أي أن ملكية الرقبة تبقى محبسه، وتنتقل فقط المنفعة إلى الموقوف عليه .

2 - الوقف حق عيني: يرى الفقهاء أن الوقف حق عيني لكونه تصرفا يرد على حق الملكية، ويعتبر من طبيعته إسقاطا لملكية الواقف، وجعل المال الموقوف غير مملوك لأحد مع ثبوت التصرف العيني في المنفعة للموقوف عليهم، أي أنه ينشئ لهم حقوقا عينية، والقول بذلك ينجر معه إنتقال هذا الحق العيني إلى ورثة الموقوف عليه، في حين أن الموقوف عليه الذي يتقرر له حق الانتفاع بالوقف (ريع الوصا) بإسمه وصفته وهو محل إعتبار، فإن مات إنتقل حق الإنتفاع إلى الموقوف عليه من العقب الجهة الموقوف عليها مباشرة والتي حددها الواقف في عقد الوقف، وهو ما دفع ببعض الفقهاء إلى القول بأن الوقف حق شخصي .
غير أن إستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الإنتفاع بالوقف خاضع لإرادة الواقف، وليس للقواعد العامة في الموارث، فإستحقاق ورثة الموقوف عليه لحق الإنتفاع، يثبت إذا نصى عليه الواقف في عقد الوقف، فالوقف حق عيني ذو طبيعة خاصة ومتميزة⁸⁶.

3- خروج المال الموقوف عن ملكية الواقف: يخرج المال الموقوف عن ملكية الواقف وينتقل إلى حكم ملك الله تعالى، ولا ينتقل إلى الموقوف عليه إلا المنفعة فقط، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم: 109957 المؤرخ في 1994/03/30⁸⁷.

4 - الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية: المال الموقوف يخرج عن ملكية الواقف لا إلى ملك أحد بل على حكم ملك الله تعالى، وهذا ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 05 من قانون 10/91 على أن: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين ويتمتع بالشخصية المعنوية، وتسهر الدولة على إحترام إرادة الواقف وتنفيذها"، نستخلص من هذه المادة أن الوقف مستقل عن شخصية منشئيه، وبالتالي فإن المشرع يعترف بالشخصية المعنوية للوقف وهذا يمنحه إستقلالية وذمة مالية تجعله مدينا بكل مستحقاته والتي لا تسقط بزوال الهيئات القائمة عليه ولا بالتقادم.

5- الوقف معفى من رسوم التسجيل: تنص المادة 44 من قانون 10/91 على أنه: "تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والخير".
نلاحظ من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري أعفى الوقف العام من الرسوم دون الوقف الخاص، وكأنه به يشجع الواقفين على وقف أموالهم في أوجه الخير العامة ليستفيد منها معظم أفراد المجتمع.

⁸⁶ - نسيمية بن التركي، المرجع السابق، ص10.

⁸⁷ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص332.

6- الوقف يتمتع بالحماية القانونية: يمتلك الوقف العام أهمية ومكانة خاصة وذلك نظرا لطبيعته الدينية و التعبودية، فهو يحتل مكانة مهمة في مجتمعنا الإسلامي تكاد تعلو فيها عن الأملاك العامة، وهو ما جعل المشرع الجزائري يوليه أهمية خاصة من خلال حمايته بنصوص قانونية، فلقد نصت المادة 52 من التعديل الدستوري لسنة 1996 على أن " الأملاك الوقفية و أملاك الجمعيات الخيرية معترف بها و يحمي القانون تخصيصها "، وهي مادة تعتبر سقفا للحماية القانونية للأملاك الوقفية وترك المؤسس الدستوري أمر تفصيل تلك الحماية للقواعد القانونية.

المطلب الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه.

حتى يكون الوقف صحيحا لا بد من توافر مجموعة من الأركان الأساسية و التي لا يمكن تخلفها، إضافة إلى مجموعة من الشروط التي يتوقف عليها صحة و نفاذ الوقف و عليه سنوضح في هذا المطلب أركان الوقف، ثم نبين شروط نفاذه على الشكل التالي:

الفرع الأول: أركان الوقف.

حدد المشرع الجزائري أركان الوقف بموجب المادة 09 من قانون الأوقاف سالف الذكر آخذا برأي جمهور الفقهاء و هي الواقف , صيغة الوقف , محل الوقف , الموقوف عليه، كما سنوضحه في مايلي:

أولا - الواقف: وهو المالك للعين و المنفعة ويشترط فيه أهلية التبرع⁸⁸.

ثانيا- الموقوف عليه: وهو من يصح منه المالك حقيقة كالإنسان أو حكما كالمساجد والمرافق العامة ...، ويشترط فيه أن لا يكون جهة معصية، وقد نص المقتن الجزائري على شروط هذين الركنين في المادة 215 التي نصت على أنه: " يشترط في الوقف والموقوف ما يشترط في الواهب والموهوب طبقا للمادتين 204 و 205 من هذا القانون".

ثالثا- عين الموقوفة: وهي ما ملك من عين أو منفعة، وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 216 من ق.أ.ج بقوله: " يجب أن يكون المالك المحبس مملوكا للواقف، معينا خاليا من نزاع ولو كان مشاعا".

رابعا- الصيغة: وهي اللفظ الدال على الوقف كوقفت وحبست وسبلت او وما يقوم مقامها عادة، كما نص عليها المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991.

الفرع الثاني: شروط نفاذ الوقف.

إن صحة الوقف وحدها لا تؤدي الغرض منه، ولنفاذ الوقف شروطا وأحكاما يتطلبها القانون حتى ينتج الوقف آثاره نجملها على النحو الآتي:

⁸⁸ - عبد القادر بن عزوز، د. سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص 152.

أولا - الرسمية في عقد الوقف : ينبغي التأكد على أن الفقه الإسلامي، لم يشترط الرسمية على الوقف كشرط لصحته، ولكن قانون الأوقاف رقم: 10/91 إشتراط في مادته 41 هذه الرسمية لصحته، حيث جاء فيها ما يلي: " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ... " ومفاد ذلك هو الرسمية على إعتبار أن الوقف عقد من العقود الشرعية التي إهتم القانون بتنظيمها، وإعتبار الوقف في أغلبه منصب على عقارات، أو يرتب حقوقا عينية على عقار، لذلك فإنها تخضع في ذلك لما هو وارد في نص المادة 324 مكررا من القانون المدني الجزائري⁸⁹ التي تقيد الأفراد في هذا المجال بضرورة صب هذه التصرفات في شكل رسمي⁹⁰.

فالمشروع الجزائري إذا إستوجب من خلال قانون الأوقاف رقم: 10/91 الرسمية، شأنه في ذلك شأن قانون الأسرة رقم: 11/84 السالف الذكر، حيث قرر بأن الوقف لا يثبت إلا من خلال تصريح أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وهو شرط الرسمية الذي قرره المادة 191 من ق.أ.ج والذي يثبت الوصية، ويمتد ليشمل الوقف أيضا بحكم نص المادة 217 من ذات القانون، ولكن ما حكم الأوقاف التي احتوتها عقودا عرفية أنشئت قبل صدور قانون الأسرة وقانون الأوقاف .؟

والجواب هو الحكم بصحتها شريطة أن تكون محررة بشكل كامل غير منقوص، مؤرخة، وموقعة من طرف الواقف، والحكمة في صحتها وقبولها سببين:

1 - أن الحبس لم يكن يخضع للرسمية لأنه من عقود التبرع، التي تدخل في أوجه البر المختلفة.

2 - هو عدم إمكانية تطبيق قانون الأسرة و قانون الأوقاف بأثر رجعي.

كل ذلك مقرر لصحة العقد، وأما الأثر العيني فيبقى متوقف على إجراءات أخرى نتعرض لها بالدراسة.

ثانيا- تسجيل عقد الوقف: إن الأملاك الوقفية بإعتبارها الصنف الثالث من أصناف الملكية العقارية، حسب التصنيف الذي جاء به قانون التوجيه العقاري رقم 25 / 90، حيث أكدت على الأملاك الوقفية المادة 23 منه، وأن المشروع قد إشتراط التسجيل لكل معاملة ترد على عقار، أو أي تصرف يقع على الملكية العقارية بكل أنواعها والعقارات الوقفية معنية هي الأخرى بهذا الشرط بإعتبارها من بين أصنافها.

ليؤكد المشروع على هذا الشرط بعد ذلك، عندما أصدر قانونا خاصا بالأوقاف سنة 1991 حيث أكد على وجوب تسجيل عقد الوقف، وأعتبره كقاعدة عامة تشمل كل العقود الوقفية، حيث نصت المادة 41 من قانون 10/91 على: " ... وأن يسجل لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري... "، ويتم ذلك أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا، حتى يتمكن الأطراف من شهره فيما بعد.

⁸⁹ - الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

⁹⁰ - خير الدين فنتازي، نظام الوقف في التشريع الجزائري، ملكة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة،

2007/2006، ص66.

علما بأن عقد الوقف معفى من رسوم التسجيل بنص المادة 44 من القانون السالف الذكر، " تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى، لكونها عمل من أعمال البر والخير". غير أنه لا يفهم قصد المشرع الجزائري من إعفاء الوقف العام دون الوقف الخاص من هذه الرسوم ذلك أن تبريره لإعفائها من هذه الرسوم هو أنها أعمال بر وخير، وهي الصفة التي تنطبق أيضا على الوقف الخاص، مما لا يفهم منه أن المشرع يفرق بين النوعين في هذا المجال، سوى تشجيعا من المشرع على الوقف العام وتحييذا فيه على الوقف الخاص⁹¹.

ثالثا- شهر العقود الوقفية⁹².

يقصد بالشهر العلانية والغرض منه إعلام الغير بما ورد على العقار من تصرفات، حيث إن الشهر واجب على العقود المنصبة على العقار، وباعتبار الوقف من الحقوق العينية الواردة على عقار، فإنه لا يكون نافذا فيما بين الأطراف أو إتجاه الغير إلا من تاريخ شهره، فيكون بذلك حجة على هذا الغير.

ولنشوء هذا الحق العيني يتطلب الأمر بالضرورة التطرق إلى دور المحافظ العقاري في هذا المجال، والذي لا يمكن التغاضي عنه وفعاليته، من خلال الصلاحيات التي منحه إياها المشرع من خلال التدقيق في العقد وتفحصه والتأكد من إستيفائه لجميع الأركان، والشروط التي إستوجبها القانون له، وكل ذلك تحت طائلة رفض إشهارها من طرف المحافظ العقاري، وكذلك الشأن بالنسبة للعقود الوقفية التي لم يراع أصحابها إجراءات التسجيل القانوني، و عليه فإن عقد الوقف المتعلق بعقار يكون محلا لرفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري، وذلك تطبيقا لنص المادة 100 من المرسوم 76 / 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ومن خلال ذلك يتبين لنا أهمية هذه العقود من خلال ما أولاهها المشرع به من ضبط وتقنين وعناية، فلقد ضبطها المشرع بما ضبط به غيرها من العقود والتصرفات المنصبة على العقار، من خلال نصوص كثيرة متفرقة منها نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري، وكذا نص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا ما أكدته المادة 41 من قانون الأوقاف رقم 91 / 10.

فوفقا لهذه النصوص فإنه لا يكون له وجود إلا بقيده في مصلحة الشهر العقاري، رغم إنعقاده صحيحا، وذلك بغية حماية العقار الوقفي من التعدي من طرف الغير، وبسط رقابة الدولة على العقارات الوقفية عبر التراب الوطني، وهو ما قصدته المادة 41 من قانون الأوقاف السالف الذكر بنصها على ضرورة إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر إلى السلطة المكلفة بالأوقاف.

91- خير الدين فطازي، المرجع السابق، ص67.

92- خير الدين فطازي، المرجع نفسه، ص67-68.

وإنه وبعد التعديلات التي طرأت على قانون الأوقاف رقم: 91 / 10، إستحدثت سجلات عقارية خاصة بالأموال الوقفية، يتم فيها تسجيل جميع العقارات الوقفية بعد إجراء عملية جرد عامة من طرف مصالح أملاك الدولة، بالموازات مع الجماعات المحلية، ليتم التثبيت وجرّد الأملاك الوقفية نهائياً في هذا السجل الخاص مع إشعار السلطة المكلفة بالأوقاف، ولقد جاء إستحداث هذه العملية بعد صدور القانون رقم 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 الذي يعدل ويتمم القانون رقم: 10/91 المؤرخ في 1991/04/27، والمتعلق بالأوقاف، حيث جاء في المادة 08 مكرر منه مايلي: " تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكيفيات والأشكال القانونية والتنظيمية المعمول بها يحدث لدى المصالح المعنية بأموال الدولة سجل عقاري خاص بالأموال الوقفية، تسجل فيه العقارات الوقفية، وتشعر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك " .

ويستفاد من ذلك أن الرسمية لوحدها غير كافية لنفاذ ما جاء في العقد، بل يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري "المحافظة العقارية" ⁹³، ولقد حددت وزارة الإقتصاد سابقا النموذج الرسمي الذي يجب أن يحترمه الموثقون في كل عملية إيداع عقد وقف لشهره، وذلك من خلال التعليم رقم 03905 الصادرة بتاريخ: 1990/12/18، ولقد أكدت المادة 11 من قانون الأوقاف ⁹⁴ رقم 10 / 91، على ضرورة إلزام المحافظ العقاري بإرسال نسخة من عقد الوقف بعد إشهاره إلى السلطة المكلفة بالأوقاف، أي إلى ناظر الأوقاف بالولاية عبر ما يسمى ب: "كشف إرسال"، ولقد حددت التعليم رقم 00287 المؤرخة في: 2000 / 01/29 النموذج الرسمي لكشف الإرسال الذي يتم بموجبه تحويل نسخة من عقد الوقف.

⁹³ - خير الدين فطازي، المرجع السابق، ص 68-69.

⁹⁴ - قانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 / 04 / 1991 المتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم.

الفصل الثاني

الواقعة المادية كآلية لاكتساب

الملكية العقارية

تمهيد:

حماية حقوق الأفراد وممتلكاتهم من البديوهات التي جعل منها التشريع الإسلامي الحنيف أهم الركائز الأساسية التي يقوم عليها الدين الإسلامي، فالتملك هو حق كل فرد في المجتمع وهو حق أقره القانون وسعى إلى تمكين كل فرد من التمتع به بشرط توفر الشروط اللازمة لممارسة هذا الحق وذلك من خلال سنّ القواعد القانونية الضرورية للتمتع بهذا الحق، فقداسة حق الملكية، لا تعني إطلاقيته، فقد أضفت عليه نزعة إجتماعية ووضعت عليه العديد من القيود التي تحدّ من سلطة المالك .

فعلى غرار تشريعات الدول الأخرى، قامت الجزائر بإصدار قوانين تتعلق بملكية العقار، فقد وضعت لذلك عدة قواعد تنظيمية تحدد كيفية التصرف فيه من إستعمال وإستغلال، وكيفية حمايته من كل الإعتداءات من أجل تمكين الدولة من الرقابة و الحد من الفوضى من المعاملات التي تنجر عنها منازعات عقارية، لذا يبين المشرع طرق إكتساب الملكية من خلال نصوص القانون المدني⁹⁵، و من بين طرق إكتساب الملكية العقارية الشفعة والميراث، الحيازة والإستلاء فالإلتصاق و التي هي محور موضوعنا، و الذي نقسمه إلى ثلاث مباحث يتناول الأول إكتساب الملكية عن طريق الشفعة والميراث أما المبحث الثاني سندرس فيه الحيازة كآلية من أليات إكتساب الملكية العقارية، وفي المبحث الأخير سنوضح فيه آلية الإستلاء المؤقت و الإلتصاق.

المبحث الأول: إكتساب الملكية عن طريق الشفعة والميراث.

95 - علالي عمر، إثبات الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2014/2015، ص01.

يعتبر حق الملكية من الحقوق التي يسعى الإنسان إليها في حياته لحمايتها، ويرتبط حق الشفعة و الميراث إرتباطا وثيقا بحق الملكية منذ وجود الإنسان على وجه الأرض، لأن الملكية تتفق وغريزة الإنسان في التملك، إلا أنها تطورت مع تعيّر وتطوّر طريقة التملك والإكتساب، فالحاجة ألحت على وضع حدّ لهذه التصرفات التي من شأنها أن تمسّ بحقوق الغير، وذلك بإقرار قواعد قانونية تنظّم هذا المجتمع، سنحاول دراسة هذا المبحث و الذي نقسمه إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول مفهوم الشفعة وأحكامها، أما في المطلب الثاني سنتناول مفهوم الميراث وأحكامه و الإجراءات المترتبة عن تخلف إكتساب الملكية العقارية في إنتقال عقار عن طريق الميراث.

المطلب الأول: مفهوم الشفعة وأحكامها.

التملك قد يحصل كما أسلفنا بعوض كالبيع، أو بدونه كالهبة والوصية سواء كان العقد بإلتقاء إرادتين أو بطريق الجبر به بإرادة فردية شرعية قانونية، وتعتبر الشفعة أوضح مثال على ذلك، فهي تصرف فردي سمح به التشريع في نطاق تحديد حقوق الأفراد وتصرفاتهم⁹⁶، نتناول في هذا المطلب تعريف الشفعة ومايتعلق بها من شروط و إجراءات، وفي الأخير سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وآثارها من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: مفهوم الشفعة.

سنحاول من خلال هذا الفرع إعطاء تصور واضح عن الشفعة من خلال تعريفها وكذا طبيعتها القانونية من خلال جزئته الأولى، كما سنتطرق في جزئته الثانية إلى شروط الشفعة وإجراءاتها على النحو الآتي:

أولاً- تعريف الشفعة وطبيعتها القانونية: من خلال هذه الجزئية سنخرج إلى تعريف الشفعة و كذا طبيعتها القانونية في ما يلي:

1- تعريف الشفعة: حتى نبين معنى الشفعة سنتطرق إلى تعريفها لغويا ثم إصطلاحيا.

أ- التعريف اللغوي للشفعة: الشفعة بضم الشين وسكون الفاء، لفظ مأخوذ من الشفع وهو الضم خلاف الوتر كما يقول ابن منظور: " الشفع خلاف الوتر، وهو الزوج، نقول كان وترا فشفعته شفعا، وشفع الوتر من العدد شفعا صيره زوجا، وسئل أبو العباس عن إشتقاق الشفعة في اللغة، فقال الشفعة الزيادة وهو أن يشفعك فيما نطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها"⁹⁷.

ب- تعريف الإصطلاحى للشفعة: وندرس هذا التعريف من ناحية الفقه الإسلامي والتشريع الجزائري.

96 - ممارسة حق الشفعة في ضوء تنقيح القانون عدد 29 لسنة 2006 المؤرخ في 15 ماي 2006، المكتبة القانونية، تونس.

97- سناء بن شريطة، كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة، ملكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة،

2009/2008، ص12.

- في الشريعة الإسلامية: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريف الشفعة لإختلاف مذاهبهم في تحديد الأحكام المتعلقة بها، ونورد أهم التعاريف على النحو الآتي:

* عرفها الحنفية بأنها: " تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات "

* عرفها المالكية بأنها: " إستحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته "

* عرفها الشافعية بأنها: " حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر "

* عرفها الحنابلة بأنها: " إستحقاق الشريك إنتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من إنتقلت إليه .

- تعريف الشفعة وفقا للمشرع الجزائري: جاء تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني على أن:

"الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية..."، ويستخلص من هذا التعريف أن الشفعة تعد سببا من أسباب كسب الملكية، إذا ما أستعملها الشفيع لتملك عقار باعه صاحبه لغير الشفيع، الذي يحل محل هذا المشتري بشروط سيتم بيانها لاحقا .

والملاحظ مما سبق أن المصدر التاريخي الذي أستند وأستمد منه المشرع الشفعة وأحكامها هو الشريعة

الإسلامية ومن رأي الجمهور تحديدا، لأن المشرع الفرنسي لم يعرف الشفعة و لم يبين أحكامها⁹⁸.

2- الطبيعة القانونية للشفعة: هناك من يرى أن الشفعة حق عيني مؤسسا رأيه أنها تكسب الشفيع ملكية

العقار المشفوع فيه، فهو عندما يقيم دعوى الشفعة يطالب بحق عيني عقاري، والرأي الآخر يرى بأنها حق شخصي بمعنى حق لصيق بشخص الشفيع فلا يورث عنه ولا تجوز حوالته، ولا يجوز لدائي الشفيع أن يستعملوه بإسمه⁹⁹.

وبالرجوع إلى نص المادة 794 من ق.م.ج، نجد أن الشفعة ليست حقا شخصيا ولا عينيا بل هي

ليست بحق أصلا، وإنما هي مصدر لنشوئه، كونها رخصة إستثنائية تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، أحاطها المشرع بجملة من الشروط لكسب الحقوق العينية العقارية¹⁰⁰.

ثانيا- شروط الشفعة:

1- شروط التصرف المشفوع فيه: يتضح من تعريف المشرع للشفعة أنها لا تجوز إلا في بيع العقار، كما

يجب أن يكون هذا البيع قائما وقت تمام الشفعة¹⁰¹، وعلى ضوء ذلك سنتطرق لتوضيح إنحصار نطاق الشفعة في عقد البيع، ثم نبين ضرورة وجود البيع إلى حين تمام الشفع.

⁹⁸- علي عيشور، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مذكرة تربص، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، 2004/2001، ص 08.

⁹⁹- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية المرجع السابق، ص 447.

¹⁰⁰- الدراجي خدروش، أسباب الشفعة واجراءاتها، الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، مداخلة للملتقى وطني، جامعة

08 ماي 1945، قلمة، 2013، ص 128.

أ - إنحصار نطاق الشفعة في عقد البيع: لكي تصح الشفعة يجب أن ينصب البيع على العقار بمقتضى عقد البيع، لأن الشفعة لا تكون إلا في البيع، و منه كان يجب تحديد طبيعة التصرف الذي يعتبر ذا أهمية لتحديد مدى تضمينه الشفعة، و الحكمة من إنحصار العقود الموجزة للشفعة على عقد البيع، أن البائع لا مصلحة له في الشراء من شخص بالذات.

- التصرفات التي لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة بسبب طبيعتها: هناك عقود البيع و عقود شبيهة بعقد البيع و تصرفات لا يجوز الأخذ فيها بالشفعة تناولها فيما يلي:

* **البيع الباطل:** البطلان هو جزاء يلحق العقد إذا تخلف ركن من أركانه، فلا يترتب عليه أي أثر منذ إبرامه وبالتالي فهو معدوم، و لما كان الأخذ بالشفعة في عقد البيع حتى يحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع، وعليه فالبيع الباطل تنتفي فيه شروط الشفعة.

* **البيع الصوري:** الشفعة لا تنصب إلا في بيع قائم وقت طلب الشفعة، و إذا تعلق الأمر بتصرف صوري و جب أن يكون البيع هو التصرف الحقيقي الذي يقصده المتعاقدان، فإذا كان البيع مستقرا بتصرف آخر كما لو كانت هناك هبة مثلا، جاز للشفيع أن يثبت الصورية بكل الطرق فإذا تبين أن العقد في حقيقته بيع وليس هبة فإن الشفعة تجوز له في هذا العقد.

* **المقايضة:** إن طبيعة المقايضة تتنافى مع وقوع الشفعة عليها حسب المادة 413 ق.م.ج¹⁰² نقل الملكية على سبيل التبادل دون نقود لأن الشفعة لا أثر لها على حق البائع في اقتضاء الثمن فالبائع يحصل على الثمن سواء من المشتري أو من الشفيع.

* **الوفاء بمقابل:** تنص المادة 285 ق.م.ج إذا قبل الدائن في إستيفاء حقه مقابل إستعاض به عن شيء المستحق قام هذا مقام الوفاء" وعليه فإذا كان الدين مبلغا من النقود و قبل الدائن في إستيفاء حقه عقارا بدلا من هذا المبلغ فإن الشفعة لا تجوز في هذا العقار .

- التصرفات التي لا يجوز الأخذ بها بنص القانون: توجد بيوع رغم صحتها إلا أنه لا تجوز الشفعة فيها إستثناء و نجد ما يلي:

* **البيع بالمزاد العلني:** هذه البيوع تسمح للشفيع و غيره من الدخول في المزاد، علاوة أن هذه البيوع تحاط بإجراءات معينة تسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن، لذلك فإن منع الشفعة في مثل هذه البيوع تحياً هذه الفرصة و يجعل كل من يرغب في العقار يتقدم للمزايدة، و يشترط لمنع الشفعة في هذا البيع أن يتم عن طريق إجراءات رسمها القانون.

101- جميلة خليفة، فتيحة طيبي، الشفعة، مذكرة ماستر في القانون العقاري، جامعة دكتور يحي فارس، المدينة، 2010/2011، ص24.

102- المادة 413 من الامر 58/75 المعدل والمتمم، نصت على: "المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين ان ينقل الى الاخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود".

* البيع بين ذوي قرابة معينة: حسب م 798 ق.م.ج¹⁰³، فإن الشفعة لا تنعقد إذا كان البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين و الأقارب حتى الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية و قد منعت الشفعة في هذه الحالة لأن البيع يقوم على إعتبار شخصي محض.

* بيع العقار ليكون محل عبادة: وفقا للمادة 3/798 ق.م.ج فإنه لا يمكن الأخذ بالشفعة إذا كان العقار مخصص لإقامة محل للعبادة فإذا باع المالك أرضه لتكون مسجد أو تلحق بمسجد لتوسيعه مثلا فلا تجوز فيه الشفعة.

ب- يجب أن يكون البيع قائما إلى أن تتم الشفعة: إذا كان يلزم أن يكون هناك بيع مما تجوز فيه الشفعة، فيلزم أيضا أن يستمر هذا البيع قائما من الناحية القانونية إلى أن تتم الشفعة، والنتيجة النهائية هي حلول الشفيع محل المشتري في عقد البيع المشفوع فيه يزول بأثر رجعي، فإذا كان ذلك قبل طلب الشفعة فإن الحق في الأخذ بالشفعة يزول معه لتتخط شرط جوهرى و هو وجوب أن يكون البيع المشفوع فيه قائما وقت طلب الأخذ بالشفعة.

2 - شروط المال المشفوع فيه: هناك شرطان يجب توافرها في المال المشفوع فيه:

أ - ورود الشفعة على عقار فقط: لا تكون الشفعة إلا في العقارات وعليه إذا بيع بالتخصيص مستثنا العقار الذي رصد لخدمته أو إستغلاله لا شفعة فيه، لأنه يعد منقولا في هذه الحالة أما إذا بيع تبعة للعقار الذي رصد لخدمته وإستغلاله فتثبت فيه الشفعة تبعا للعقار، فالمنقول لا تجب فيه الشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر للشركة أو الجوار على الدوام، كما أن الحق العيني الذي يقع على عقار يعتبر مالا عقاريا و من ثم تجوز الشفعة في بيع أي حق عيني عقاري أصلي، مما يجوز بيعه إستقلالاً كحق الإنتفاع و ملكية الرقبة وحق الحكم¹⁰⁴.

ب- عدم قابلية الشفعة للتجزئة: إن الفقه و القضاء مجتمعان على عدم جواز تجزئة الشفعة، كما أن هذا هو الحكم في الفقه الإسلامى، معنى ذلك أن الشفيع يجب أن يشفع في العقار كله حتى لا تتجزأ الصفقة مع المشتري بصدد تطبيق القاعدة بين عدة فروض.

الغرض الأول: أن يكون المبيع عقارا واحدا فإن عدم قابلية الشفعة للتجزئة، يعني أنه لا يجوز للشفيع أن يشفع في جزء و يترك الجزء الآخر¹⁰⁵.

الغرض الثاني: أن يكون المبيع عدة عقارات بيعت صفقة واحدة .

الغرض الثالث: أن يكون المبيع عقارا واحدا بيع لعدة أشخاص.

¹⁰³ - المادة 798 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

¹⁰⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مجلد 09، ص483.

¹⁰⁵ - جميلة خليفة، فتيحة طيبي، المرجع السابق، ص29-30.

3 - شروط الشفيع: إن الحق في ممارسة الشفعة لا يثبت إلا إذا وجد شفيع، والشفيع هو من يحق له تملك العقار جبراً على المشتري، إذا توافر له سبب من أسباب الشفعة التي يحددها القانون من شركة أو جوار، إضافة إلى الشروط الأخرى الواجب توافرها فيه إذا اجتمعت شروط الشفعة لأكثر من شفيع لأسباب مختلفة فإن الشفعة لا تثبت لجميعهم بل بحسب مراتبهم التي يضعها القانون لكل سبب منها.

أ- ثبوت صفة الشفيع: الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع في القانون الجزائري، حددتهم المادة 795 من ق.م.ج و التي تنص " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق، بالثورة الزراعية:

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة .
- لشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.
- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

بالإضافة إلى ما ورد في المادة 71¹⁰⁶ من قانون التوجيه العقاري، يمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه كما تنص المادة 57 من نفس القانون على أنه يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/25 إلى المجاورين في إبطار أحكام المادة 57 أعلاه وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة¹⁰⁷.

كما تنص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 45/91 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة للدولة على أنه " يمارس حق الشفعة المقرر لفائدة الدولة، بموجب المادة 118 من قانون التسجيل والمادة 24 من قانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/8 والمادتين 71،62 من قانون 25/90 وفق الشروط وحسب الكيفيات المقررة بموجب الأحكام و نصوص المتخذة لتطبيقها"، يتضح من هذا النص أن المشرع قد أعطى للدولة حق ممارسة الشفعة بموجب قانون التوجيه العقاري بالنسبة للأراضي الفلاحية والأراضي العامر والقابلة للتعمير، كما لها أن تمارس الشفعة على كل الأملاك العقارية بموجب نص المادة 118 من قانون التسجيل¹⁰⁸.

ب- الشروط الواجب توافرها في الشفيع: طبقاً للمبادئ العامة فإنه يجب أن تتوافر في الشفيع الشروط المطلوبة قانوناً، حتى يستطيع أخذ العقار بالشفعة والتي تتمثل في الأهلية وملكية العقار المشفوع به من وقت

¹⁰⁶ - قانون التوجيه العقاري، المادة 71 منه تنص على "ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجيات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصوف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية"

¹⁰⁷ - الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم.

¹⁰⁸ - القانون رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل.

بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في الشفعة¹⁰⁹، كما يشترط في الشفيع أن يكون غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه .

ثالثا - إجراءات الأخذ بالشفعة: الشفعة إستثناء عن مبدأ الرضاية بين المتعاقدين، ولذلك أحاطها المشرع الجزائي بمجموعة من الإجراءات والقيود بتخلفها يسقط الحق في إستعمالها، حيث تنقسم هذه الإجراءات إلى:

1- مرحلة الإنذار: تنص المادة 799 من ق.م.ج¹¹⁰ على أنه يبدأ الأخذ بالشفعة بإجراء أولي، يتمثل في توجيه إنذار من البائع أو المشتري إلى الشفيع طالبا منه إبداء رغبته في أخذ العقار المبيع عن طريق الشفعة، على أن يشمل الإنذار بيانات قانونية بتخلفها يعد باطلا، وتنص على هذه البيانات المادة 800 التي جاء فيها: " يجب أن يشمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية وإلا كان باطلا: - بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.

- بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع وإسم كل من البائع والمشتري، ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 "

2- مرحلة إعلان الرغبة: يُوصل العلم إلى الشفيع أن العقار قد تم بيعه، فيكون له إعلان رغبته بأخذه متبعا جملة من الإجراءات ومتقيدا بمواعيد، وعلى العكس من الإنذار فإن إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، يجب أن يتم بعقد رسمي أي عن طريق المحضر قضائي وإلا كان هذا التصريح باطلا كما لا يمكن الإحتجاج به ضد الغير، إلا إذا كان مسجلا حسب المادة 801 من ق.م.ج¹¹¹، وعلى الشفيع إعلان رغبته خلال ثلاثين يوما من توجيه الإنذار إليه، تحت طائلة سقوط حقه في الأخذ بالشفعة .

أما إذا لم يتم إنذاره بذلك فله أجل سنة من يوم عقد البيع بمصلحة الشهر العقاري لإعلان رغبته خلالها المادة 807 من ق.م.ج، وبما أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، فهو بذلك ليس له أي أثر تجاه الغير إلا إذا كان مشهرا.

3- مرحلة رفع دعوى القضاية: طبقا للمادة 802 من ق.م.ج فإنه: " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق "

¹⁰⁹ - جميلة خليفة، فتيحة طيبي، المرجع السابق، ص 32.

¹¹⁰ - تنص المادة 799 من ق.م.ج: " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه الى البائع والمشتري والا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إذا إقتضى الأمر ذلك "

¹¹¹ - الدرارجي خدروش، المرجع السابق، ص 133.

ويتم رفع الدعوى أمام المحكمة الكائن بدائرة إختصاصها العقار، محترماً بذلك الميعاد القانوني المتمثل في ثلاثين يوماً من تاريخ إعلان رغبته وإلا سقط حقه، وتنتهي دعوى الشفعة بصدور حكم إن كان لصالح الشفيع إعتبر سنداً للملكية طبقاً لأحكام المادة 803 من ق.م.ج.

الفرع الثاني: سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وآثارها.

أولاً - سقوط الحق في الأخذ بالشفعة: بموجب نص المادة 807 فإن الشفعة تسقط في الأحوال التالية:

1- سقوط الشفعة لتخلف شروط الأخذ بها: حدد المشرع أسباب وإجراءات الأخذ بالشفعة، ومن ثمة فهي تسقط إذا زال بسبب الأخذ بها أو تخلف إجراءات أعمالها.

أ - زوال سبب الشفعة: يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة إذا زال بسبب الشفعة قبل تمام الأخذ بها، أي قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشتري بها، فالشفعة معلقة على بقاء سببها حين تملك الشفيع للعين المشفوعة إما بالتسليم له طوعاً بها أو بحكم القاضي¹¹².

ب- سقوط الشفعة لسبب إجرائي: كذلك يسقط الحق في الأخذ بالشفعة إذ تخلف أحد إجراءاتها التي حددها القانون على النحو المرسوم وفي الميعاد القانوني كما نصت عليه المواد 799 و 2/801 و 802 و من ق.م.ج على التوالي.

2 - نزول الشفيع عن حق الشفعة: لقد تناولنا فيما سبق أنه من خصائص الشفعة جواز نزول الشفيع عن حقه في الشفعة، فنزول الشفيع عن حقه في الأخذ بالشفعة يؤدي إلى سقوط هذا الحق، هناك نوعان من النزول عن الشفعة:

أ- النزول عن الشفعة قبل ثبوت الحق فيها: يصح أن يكون هذا النزول صريحاً لا يدع مجالاً للشك فيه أو تأويله، كأن يحصل المشتري من الشفيع على تنازل صريح عن الشفعة قبل أن يتعاقد مع مالك العقار المشفوع فيه.

ب- النزول عن الشفعة بعد ثبوت الحق فيها: يكون هنا التنازل صريحاً أو ضمناً، فالأول يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية وهو تعهد من الشفيع بالإمتناع عن إستعمال حق الشفعة عند البيع، أما النزول الضمني يتحقق إذا صدر من الشفيع أي سلوك يفيد بنزوله عن حقه.

ثانياً - آثار الشفعة: حلول الشفيع محل المشتري يترتب آثار، سواء على مستوى العلاقة بين الشفيع و البائع أو بين الشفيع والمشتري، أو بين الشفيع والغير، حيث يظهر لكل طرف في العلاقة إلتزام إتجاه الآخر، ولتوضيح هذه الإلتزامات وجب التطرق لهذه العلاقات على النحو التالي:

112 - جميلة خليفة، فتيحة طيبي، المرجع السابق، ص.48

1- العلاقة بين الشفيع والبائع: يستخلص من نص المادة 804 من ق.م.ج¹¹³ أنه متى ثبت للشفيع حقه في الشفعة، بالتراضي أو بالتقاضي، تحول البيع من أن يكون بين البائع و المشتري، إلى أن يكون بين البائع و الشفيع، ويعتبر هذا الأخير هو المشتري من البداية، إذ أنه قد حل محل المشتري في هذا البيع ويترتب على هذا أن العلاقة ما بين الشفيع و البائع يحددها عقد البيع، وقد أصبح فيه الشفيع مشتريا، ويحل محل المشتري في جميع حقوقه و إلتزاماته، ومن ثم يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع إلتزامات البائع، كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع إلتزامات المشتري¹¹⁴، وستناول كل من إلتزامات البائع وإلتزامات الشفيع على النحو الآتي:

أ- إلتزامات البائع: تتمثل إلتزامات البائع تجاه الشفيع في نقل ملكية المبيع المشفوع فيه، وتسليمه إليه، كما يلتزم بإجهاه بضمان التعرض والإستحقاق، إضافة إلى ضمان العيوب الخفية، وتتمثل هذه الإلتزامات في:

- إلتزام البائع ينقل ملكية المبيع إلى المشتري.
- إلتزام البائع بتسليم العقار إلى الشفيع .
- إلتزام البائع بضمان التعرض و الإستحقاق.
- إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية¹¹⁵.

ب- إلتزامات الشفيع: بما أن حلول الشفيع محل المشتري هو الأثر الجوهري لأخذ الشفيع بالشفعة سواء بالتقاضي أو بالتراضي، فإنه يتحمل كل ما كان يلتزم به المشتري وقد حل محله في البيع بسبب الشفعة، إذ يستند إلى:

- إلتزام الشفيع بالوفاء بالثمن للبائع¹¹⁶.
- إلتزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه.

ج- إلتزامات المشتري: هناك إلتزامات يلتزم بها المشتري للشفيع هي:

- إلتزام المشتري بتسليم العقار المبيع للشفيع¹¹⁷.
- إلتزام المشتري برد ثمار المبيع للشفيع.

د- إلتزامات الشفيع: يلتزم الشفيع قبل المشتري بدفع الثمن ومصروفات البيع، فضلا عن المصاريف الضرورة و النافعة والكمالية، وما أقامه من بناء أو غرس وتعرض لهذه الإلتزامات من خلال ما يلي:

113 - تنص المادة 804 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم على أن: " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه وإلتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ولا يوجع الشفيع علة البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

114 - عبد الرزاق أحمد السنهوري،،أسباب كسب الملكية،المرجع السابق،ص738.

115 - عبد الرزاق أحمد السنهوري،،أسباب كسب الملكية،نفس المرجع،ص751-752.

116 - رضا هطال،المرجع السابق،ص70.

117 - عبد الرزاق أحمد السنهوري،،الوسيط في شرح القانون المدني،ج9، أسباب كسب الملكية، نفس المرجع،ص768.

- إلزام الشفيع بدفع الثمن ومصاريف البيع.
- التعويض عن المصاريف الضرورية، النافعة والكمالية وهذا ما سمحت به المادة 839 من ق.م.ج.
- إلزام الشفيع بالتعويض عن البناء أو الغرس كما نصت عليه المادة 805 من ق.م.ج.
- 2- العلاقة بين الشفيع والغير:** تنص المادة 806 من ق.م.ج على أنه: " لا تكون حجة على الشفيع، الرهون والإختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه، وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة، على أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار"، حيث تناول نص هذه المادة حالة ما إذا ترتبت حقوق عينية على العقار المشفوع فيه، و متى تسري في حق الشفيع وفي هذه الحالة يجب التفريق بين الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، من قبل البائع أو المشتري وسن فصل في مصير هذه الحقوق على النحو التالي:
- أ- الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة: إن هذه الحقوق العينية قد تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع، وقد تترتب من جانب المشتري.
- الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة: هي التي يمكن أن يراقبها البائع على العقار المشفوع فيه، متنوعة بتنوع التصرفات التي يجريها البائع في هذا العقار، وأبلغ هذه التصرفات أن يتصرف البائع في ملكية العقار نفسها بالبيع، وقد تكون التصرفات دون ذلك، بأن يترتب البائع على العقار حقا عينيا أصليا كحق إنتفاع أو حق إرتفاق، أو حق عيني تبعي، كأن يرهنه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا أو أن يؤخذ على العقار حق إختصاص من قبل دائني البائع، أو يرتب عليه حق إمتياز يكفل دينا في ذمة البائع¹¹⁸.
- الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة: إذا تصرف المشتري في العقار المشفوع فيه بالبيع أو الهبة، أو رتب عليه حقا عينيا كحق إنتفاع أو إرتفاق، أو رهنه رهنا رسميا أو حيازيا، فإن هذه الحقوق تسري في حق الشفيع إذا ترتبت قبل إشهار رغبته في الشفعة، وهو حكم مستفاد من المفهوم المخالف، وبناءا على ذلك إذا رتب المشتري على العقار المشفوع فيه رهنا رسميا أو رهنا حيازيا، أو ينتجا عليه حق إختصاص من قبل دائنيه، أو حق إمتياز يكفل دينا في ذمته، وصد الدائن حقه قبل أن يسجل الشفيع رغبته في الشفعة، فإن هذا الحق يسري على الشفيع، ويأخذ العقار مثقلا به، ويرجع على المشتري بقاعدة الإثراء بلا سبب أو بالتعويض¹¹⁹.
- ب- الحقوق العينية التي ترتبت على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل الرغبة في الشفعة: هذه الحقوق

¹¹⁸- رضا هطال، المرجع السابق، ص78.

¹¹⁹- رضا هطال، نفس المرجع، ص80.

العينية قد تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع، وقد تترتب من جانب المشتري.
 - الحقوق العينية التي رتبها البائع على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة: إذا رتب البائع حقا عينيا على العقار المشفوع فيه، غير أن صاحب الحق لم يشهر حقه إلا بعد أن سجل المشتري عقد شرائه، أو بعد أن شهر الشفيع رغبته في الشفعة الموجهة إلى البائع، فإن هذا الحق لا يكون نافذا في حق الشفيع.

- الحقوق العينية التي رتبها المشتري على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة: لقد نصت صراحة على هذه الحالة المادة 806 من ق.م.ج، وهي أن الحقوق العينية التي تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب المشتري، لا تكون حجة على الشفيع إذا تمت بعد إشهار رغبته في أخذ الشفعة، وعلى ذلك إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد شهر الشفيع رغبته في أخذ الشفعة، لا يكون البيع الثاني الصادر من المشتري الأول إلى المشتري الثاني حجة على الشفيع، ويأخذ الشفيع الشفعة بالبيع الأول بتمنه ومواعيده و شروطه، وهذا لا يمنع إن رأى أن البيع الثاني شروطه أيسر، و ثمنه أقل، أن ينزل عن طلب الشفعة في البيع الأول و يطلبها في البيع الثاني.

المطلب الثاني: مفهوم الميراث وأحكامه.

يعتبر الميراث من ضمن المواضيع التي إهتم بها الشرع الإسلامي بصورة مفصلة، وإعتبره المشرع الجزائري آلية من آليات إكتساب الملكية العقارية، لذا نتطرق إلى تعريف الميراث وشروطه القانونية في الفرع الأول، ونعرج الى تخلف إجراءات إكتساب الملكية العقارية في إنتقال عقار عن طريق الميراث من خلال الفرع الثاني.
 الفرع الأول: تعريف الميراث وشروطه القانونية،

لإيضاح معنى الميراث وإدراك المراد المبتغى من هذا التصرف، وجب التطرق إلى التعريف اللغوي والإصطلاحي والقانوني لهذا المصطلح مع تحديد شروطه القانونية.

أولاً- تعريف الميراث وأحكامه العامة: سنتطرق في هذه جزئيته الأولى إلى تعريف الميراث أما في جزئيته الثانية سنبرز أحكامه العامة.

1- تعريف الميراث: للميراث مدلول لغوي و مدلول إصطلاحي.

أ- المدلول اللغوي للميراث: مصدر مشتق من ورث نقول: ورث فلان أباه يرثه ورائه وميراثا... إذا مات مُورِثُكَ، فَصَارَ مِيرَاثُهُ لَكَ، أي إنتقل ماله إليك¹²⁰.

ب- المدلول الإصطلاحي للميراث:

- في الفقه الإسلامي: فهو إسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء كان المتروك

¹²⁰ - عبد القادر بن عزوز، سليمان ولد خسال، احكام الميراث والهبة والوصية والوقف، المرجع السابق، ص 07.

مالا أو عقارا أو من الحقوق الشرعية، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية وكل وارث وهو علم ما بعد الموت، أما المقصود بعلم الميراث فهو القواعد الفقهية والحسابية التي يعرف بها حق أو نصيب كل وارث من التركة، وعرفه المالكية بأنه علم من العلوم الشرعية، يعرف به من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث.

- **في القانون الجزائري:** عرفه أنه " إنتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من الحقوق الشرعية التي تقبل الميراث"، وعرفت المحكمة العليا الميراث بأنه "ما يخلفه المورث من أموال وحقوق مالية جمعها وتملكها أثناء حياته".

2- الأحكام العامة للميراث: تضمن قانون الأسرة الجزائري¹²¹ موضوع الأحكام العامة في الميراث في المواد من 126 إلى 138 وكذا من المادة 180 إلى 183 وهي:

أ- **أركان الميراث:** لكي يتحقق الميراث، لابد من وجود ثلاثة أشياء تسمى أركان الميراث، وهذا الموضوع لم ينص عليه صراحة، وإنما يتطلبه الموضوع بدهامة، لأن التوارث لا يتم بين الأفراد إلا من خلال هذه الأركان وهي:

- **وجود المورث:** وهو الميت حقيقة بأن فارق الحياة أو حكما بأن حكم القاضي موته مع احتمال حياته أو تقدير، كالجنين الذي ينفصل ميتا بجناية على أمه، وعليه لم يأخذ المشرع الجزائري بالموت التقديري.

- **وجود الوارث:** هو الشخص الذي يستحق الإرث بسبب إنتمائه إلى الميت بصورة تؤهله للميراث بمعنى آخر الشخص الذي تربطه صلة قرابة بالمورث يصير بها وارثا له.

- **وجود الموروث:** المقصود به التركة أي ما يخلفه الميت ورائه من أموال وحقوق قابلة للإنتقال بطريق الإرث، وهو المعتبر تركة وتنتقل إلى الوارث بالخلافة الإجبارية التي مفادها أن الوارث يخلف مورثه في هذه التركة، وهذه الخلافة تثبت الوارث بحكم الشرع والقانون، وليس بإرادة الموروث أو الوارث¹²².

ب- **أسباب الميراث:** لقد نص المشرع الجزائري في المادة 126 من ق.أ.ج على أسباب الميراث في سببين هما:

- **القرابة:** ونعني بها القرابة الحقيقية التي تكون بالنسب كالأباء والأبناء والإخوة والأعمام، كما تمتد أيضا لتشمل ذوي الأرحام كبنات البنات والعمات والخالات، أما النسب الحكمي فهو مانشأ بسبب العتق، فكل من أعتق عبدا ثم مات هذا العبد من غير وارث فإن الذي أعتقه يكون وارثا له، وهذا الحكم تاريخي لم يبقى له وجود في الوقت الحاضر ولذلك لم ينص عليه قانون الأسرة.

- **الزوجية:** والمقصود بها الزواج الصحيح، إذ به يثبت التوارث بين الزوجين سواء حصل به دخول أم لم

¹²¹ - قانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم.

¹²² - بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، ط2008، 1، ص77.

يحصل، فبمجرد العقد يثبت التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما، وقد نص على هذا الحكم في المادة 130 من ق.أ.ج "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء"، أما الزواج الباطل فلا يستحق فيه الإرث وهو ما نص عليه في المادة 131 من ق.أ.ج "إذا ثبت بطلان النكاح فلا توارث بين الزوجين"¹²³.

ج- شروط الميراث: لا بد من توافر ثلاثة شروط مجتمعة لا يقوم أحدهما مقام الآخر، لأن الميراث في حقيقته هو علاقة شرعية للحق في أموال الميت وهي:

- **تحقيق موت المورث حقيقة أو حكما:** فإذا مات شخص إنعدمت أهلية التملك، فيزول ملكه إلى من يخلفه فيه ملكية إستخلافية، وموت المورث هو الواقعة القانونية التي تؤدي إلى إفتتاح التركة ليتحدد نصيب كل وارث فيها، وموت المورث وفقا للمادة 127 من ق.أ.ج إما أن تكون حقيقة أو حكما (أي بحكم القاضي). - تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه: حسب المادة 128 من ق.أ.ج تنص على ضرورة وجود الوارث حيا وقت موت مورثه إما حقيقة أو حكما.

* **الحياة الحقيقية:** هي الوجود الحقيقي للوارث عند موت مورثه لا قبله ولا معه، وهي الثابتة بسجلات الحالة المدنية وشهادات الشهود والبيئة .

* **الحياة التقديرية أو الحكمية:** فهي تتعلق بالحمل مادام في بطن أمه، فحياته ليست محققة وهو يستحق الميراث ولو لم تتحقق حينه بعد بإتفاق الفقهاء، أما في القانون الجزائري فلا يرث الحمل إلا إذا تحققت حينه وقت وفاة مورثه.

- **عدم وجود مانع من موانع الإرث:** قد تحقق شروط الميراث مع قيام سبب الإرث، ومع ذلك يحرم الوارث من الإرث، متى نزل به مانع من موانع الإرث كما نصت عليه المادة 135 إلى 138 من ق.أ.ج¹²⁴.

د- موانع الإرث: هي أوصاف شرعية تلحق بمن هو أصلا أهل للإرث من غيره، وموانع الإرث في قانون الأسرة الجزائري هي كالاتي:

- **القتل العمد:** لقوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث القاتل" والقاتل بتسبسه في إزهاق روح مورثه يكون كأن يستعجل حصوله على ميراثه منه¹²⁵، وقد أخذ القانون الجزائري برأي المالكية فنص في المادة 135 من ق.أ.ج بأنه يمنع من الميراث الأشخاص الآتية:

* قاتل المورث عمدا وعدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

* شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

* العالم بالقتل أو تدييره إذا لم يخبر السلطات المدنية.

¹²³ - القانون رقم 11/84 يتضمن قانون الأسرة، معدل ومتمم، الجريدة الرسمية، العدد 24، الصادرة في 12/06/1984.

¹²⁴ - بن شويخ الرشيد، المرجع نفسه، ص 79-84.

¹²⁵ - نفس المرجع، ص 84.

- **اللعان:** إعتبر المشرع الجزائري اللعان مانعا من موانع التوارث، وذلك في نص المادة 138 من ق.أ.ج جاء فيها: "يمنع من الإرث اللعان .."، إلا أن الملاحظ على هذا النص أنه ورد عاما أو مجملا، فلم يبين المشرع من خلاله-ولا في موضوع آخر من قانون الأسرة- أثر اللعان على العلاقة الزوجية، ولا أثره في ميراث ولد الملائنة - أو اللعان - وورثته، ولا أثر ذلك على المتلاعنين... كما لم يبين المقصود بولد الملائنة، وكيفية اللعان¹²⁶.

- **الردة:** وهي خروج المسلم عن دينه، وإعلانه الكفر به وبتشريعه بقول أو فعل وإرادته وحكمه في الإسلام أنه بتعبير لا دين له، فاتفق الفقهاء على أن المرتد عن الإسلام لا يرث غيره مهما كانت ديانة المورث، لأن المرتد في حكم الميت.

- **إختلاف الدين:** ذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى أنه لا يجوز التوارث بين المسلم والكافر، وهذا لقوله (صلى الله عليه وسلم): "لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم"، فإذا كان الميت مسلما والوارث كافرا (ولو كان يهوديا أو نصرانيا أو مجوسيا أو بالعكس)، فإنه لا توارث بين ملتين لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا يتوارث أهل ملل شتى"، وفي رواية أخرى لا يتوارث أهل ملتين¹²⁷.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري ذكر الردة كمانع للميراث في المادة 138 من ق.أ.ج ولكنه أغفل إختلاف الدين كمانع من موانع الإرث.

ثانيا - **الشروط القانونية لاكتساب الملكية عن طريق الميراث:** لا تثبت المعاملات العقارية إلا بإجراء التوثيق والتسجيل والشهر، حيث تعتبر شروط لاكتساب الملكية عن طريق الميراث، لذا سنتطرق إليها كالتالي:

1- توثيق إنتقال عقارات التركة: إن توثيق عملية إنتقال العقار من السلف إلى الخلف العام عن طريق الميراث يكون حسب ما جاء في النصوص التالية :

أ- جاء في نص المادة 30 من القانون رقم 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 إنتقلت له ملكية العقارات ضمن التركة، حيازة سند يثبت أحقيته في هذه العقارات، وقد إشتطت المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج أن يكون هذا السند في شكل رسمي لأنه متضمن إنتقال 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 بتحريه موثق كما دلت عليه المادة 03 من قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، بنصها على "الموثق ضابط

¹²⁶ - شهرزاد بن مسعود، قواعد الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، محاضرات سنة ثالثة حقوق، كلية حقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، ص16.

¹²⁷ - شهرزاد بن مسعود، نفس المرجع، ص 17.

عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة "128.

والوسيلة (التقليدية) التي يستطيع الوارث بواسطتها إثبات أحقيته في عقارات مورثه ومنقولاته هي الفريضة، هذه الأخيرة التي يقوم بإعدادها موثق لكن الفريضة الشرعية لا تمكن 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 مايلي: " 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 التوثيقية¹²⁹ هي الوحيدة التي تخول الوارث حق التصرف في عقارات التركة الموروثة، وبما أن الشهادة التوثيقية يقوم بإعدادها موثق بناء على طلب الورثة، وبما أن الشهادة التوثيقية تتضمن إنتقال عقارات التركة¹³⁰، فإن إنتقال عقارات التركة توثق بالشهادة التوثيقية وهي تتضمن وجوبا حسب المادة 62 من المرسوم 63/76 ذكر الحالة المدنية للمتوفي والتصديق عليها وذلك بذكر الإسم واللقب والموطن، كما يذكر فيها كذلك أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ميلاد ومهنة كل وارث بالإستناد إلى الفريضة المعدة بعد الوفاة، كما يذكر فيها العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها اعتمادا على عقودها الرسمية .

ب- نصت المادة 91 من المرسوم 63/76 على " كل إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء حقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف، ولذلك أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كل أو جزء من تركة... "، يستفاد من هذا النص كذلك أن إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء الحقوق العينية ومنها حق الملكية يجب أن يثبت، وجب شهادة موثقة إذا كان هذا الحق سببه واقعة الوفاة، كما

128- قانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

129- الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية وهي وسيلة تمكن من شهر حق الإرث يقوم بإعدادها الموثق بناء على طلب احد الورثة او الموصى لهم.

130- المادة 62 من المرسوم 63/76 تنص على " 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 ".

يستفاد من النص أن الموثق هو المخول قانونا بإعداد هذه الشهادة وفيه زيادة بيان على أن إنتقال العقار بواقعة الوفاة إلى الورثة موثق لأن المادة فرضت أن يثبت هذا الإنتقال عن طريق شهادة توثيقية.

2- تسجيل حقوق إنتقال عقارات التركة: تسجل العقود والسندات لدى مصلحة التسجيل والطابع على مستوى مديرية الضرائب، ويبدأ أن المادة 10 من قانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق، أوجبت على الموثق ضرورة تسجيل كل العقود والسندات التي يقوم بتحريها، 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 المادتين 58 و60 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:

أ- وجوب تسجيل انتقال الملكية عن طريق الوفاة: أوجب الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل ضرورة تسجيل إنتقال أموال التركة من المورث إلى الورثة بصفة مجملة، سواء كانت منقولات أو عقارات أو غيرها¹³¹ حيث جاء في نص المادة 36 منه: "... ودفع رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة والتي يثبت وجودها بصفة قانونية دون فتح التركة...".

يفهم من هذه العبارة أن إنتقال التركة عموما دون المورث إلى الورثة تدفع عليها رسوم¹³² وذلك بتسجيلها لدى المصالح المعنية حيث أوجبت المادة 171 من قانون التسجيل على الورثة أو الموصى لهم أن يقدموا تصريحاً مفصلاً بمشمولات التركة، يوقعونه على إستمارة مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب مجاناً ويؤكدون هذا التصريح (بتوكيد الصدق)، الذي نصت عليه المادة 133 من قانون التسجيل وهو عبارات يؤكد المصريح من خلالها ملكاً للهالك، 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 فضلا 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 للهالك كلياً أو جزئياً ويجب أن تكتب هذه الجملة على هذا النحو بخط المصريح... "133، وبما أن عقارات التركة يثبت إنتقالها من المورث إلى الوارث بواسطة الشهادة التوثيقية حسب نص المادة 91 من المرسوم 63/76، فإن المادة

¹³¹ -المادة 43 من الأمر 105/76 المعدل والمتمم، نصت على " 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 وملكه الرقبة إلى ورثة محتملين...".

¹³² - تدفع الرسوم من الورثة والموصى لهم دون التفرقة بين عقارات ومنقولات التركة.

¹³³ - في حالة ما صرح الشخص أنه لا يعرف ولا يستطيع التوقيع بقرأ له المفتش عبارة المادة 133 والمادة 134 ويذكر في أسفل التصريح أن هذا الإجراء قد تم كما ألزمت المادة 136 من قانون التسجيل ضرورة تلاوة عبارة المادة 133 الخاصة بتوكيد الصدق وبذكر ذلك صراحة في العقد (الشهادة التوثيقية)

280 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل أعطت لهذه الشهادة حكما خاصا بالنسبة لتسجيلها، إذ قررت المادة أن يكون تسجيلها مجانا بنصها " تسجيل مجانا الشهادات الموثقة التي يتم إعدادها بعد الوفاة والمثبتة لنقل الملكيات العقارية "، و عليه يستنبط من هذه المادة أمران مهمان هما:

- أن الشهادة التوثيقية تسجل لكن تنص بإستثناء هو أن يتم هذا التسجيل مجانا.

- الشهادة التوثيقية لا تتضمن سوى إنتقال الملكيات العقارية.

وهذا ما دلت عليه المادة 91 من المرسوم 63/76 يجعلها للشهادة التوثيقية محصور إثباتها في إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء الحقوق العينية العقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة، فإذا إشتملت التركة على حقوق منقولة فلا يستلزم تحرير شهادة توثيقية في حق الورثة¹³⁴، وسبب إعفاء هذه الشهادة من رسوم التسجيل يكمن في أن الحقوق التي تتضمنها وهي الحقوق العقارية سبق تسجيلها ودفع رسومها ضمن مشمولات التركة عموما، لأنه كما سبق ذكره يتعين على الورثة أو الموصى لهم أن يدفعوا رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة، وتكون بصورة مجملة دون فرز لمشتملات التركة وفصل منقولاتها عن عقاراتها، وهذا ما أكدته المادة 85 من قانون التسجيل بنصها على أن: "يدفع الورثة أو الموصى لهم رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة ويكون الورثة الشركاء متضامين".

ب- مكان تسجيل الشهادة التوثيقية وآجالها: سنتطرق إلى توضيح مكان تسجيل الشهادة التوثيقية ثم نتناول آجال تسجيلها :

1- مكان تسجيل الشهادة التوثيقية: جاءت المادة 75¹³⁵ من قانون التسجيل كقاعدة في منح إختصاص 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 بإستثناء ينص على أن يكون التسجيل في هذه الحالة في المكتب التابع لمحل سكني المتوفي، إذ جاء في نص المادة 80 من قانون التسجيل ما يلي: " يسجل نقل الملكية عن طريق الوفاة في المكتب التابع لمحل سكني المتوفي مهما كانت حالة القيم المنقولة أو العقارية التي يجب التصريح بها... ".

فهذا الإستثناء يعني أن تسجيل نقل الملكية بسبب الوفاة من المورث إلى الوارث يتم في المكتب المتواجد ضمن إختصاصه الإقليمي محل سكني الهالك، أما بالنسبة للعقارات فإننا نرى أن التسجيل في المكتب التابع لموقع تواجد هذه العقارات قياسا على نص المادة 79 من قانون التسجيل، التي تحدثت عن تسجيل الوصايا التي تمت بالخارج حيث جاء فيها: "... وفي حالة ما إذا كانت الوصية تشمل تداير خاصة بعقارات موجودة

¹³⁴ - حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 210.

¹³⁵ - عدلت بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985.

في الجزائر فيجب فضلا عن ذلك أن تسجل في المكتب التابع لموقع هذه العقارات من دون أن يترتب عن ذلك إزدواج الرسوم ".¹³⁶

ب- آجال تسجيل الشهادة التوثيقية: بادئ ذي بدء يجب أن نفرق بين تسجيل الشهادة التوثيقية التي نصت عليه المادة 280 من قانون التسجيل، وتسجيل تصريح الورثة بالنسبة لكل التركة المنصوص عليه في المادتين 65 و66 من قانون التسجيل، حيث حددت المادة 65¹³⁶ من قانون التسجيل آجالا للتسجيل فيما يخص التصريح المقدم من طرف الورثة أو الموصى لهم بأجل سنة واحدة إبتداء من يوم الوفاة، وهذا التصريح يقدمه المعنيين دون الإستعانة بموثق حسب المادة 171 من قانون التسجيل، لأن تصريحاتهم تكون على إستمارات مطبوعة تقدمها إدارة الضرائب، وهذا نفسه ما تتضمنه أحكام المادتين 133 و134 من قانون التسجيل، في حين نجد الشهادة التوثيقية ولأنها يحررها الموثق، يجب أن تسجل في حدود الأجل الذي حددته المادتين 58 و60 من قانون التسجيل والمقدر بشهر واحد إبتداء من تاريخها أي من تاريخ إعداد الشهادة التوثيقية فتنص المادة 58 على " يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر إبتداء من تاريخها بإستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة 64 أدناه، وتسجل على الخصوص في الأجل المنصوص عليه في المقطع أعلاه العقود التالية: العقود التي تتناول نقل الملكية... "

ج- شهر إنتقال عقارات التركة: أوضحنا سابقا أن هناك رأيين في هذه المسألة، بالنسبة لمن تناولها بالشرح من الشراح الجزائريين، حيث يذهب الفريق الأول إلى أن التركة وعقاراتها تنتقل للوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة، أمثال الأستاذ محمد زهدور ومجيد خلفوني وحلمي باشا عمر وغيرهم، ويذهب فريق ثاني من الشراح لهذه النقطة حيث نص القانونيين الجزائريين إلى عكس هذه النتيجة، حيث لا يكون إنتقال عقارات التركة للوارث إلا بالشهر بأثر رجعي إلى يوم الوفاة، أمثال الأستاذة ليلي زروقي وأحمد حسن خليل قداددة وعبد الحفيظ بنعبيده وغيرهم، ونحن بدورنا نميل للرأي الثاني للأسباب التالية:

1- المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 والمراسيم المطبقة له، ومن مبادئ هذا النظام مبدأ القيد المطلق¹³⁷ ومفاده أن الشهر ذو مصدر الحقوق العينية العقارية، فهو الذي ينشئها أو يعدلها وحتى يزيلها، لأن كل حق غير مقيد (مشهر) لا وجود له لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير، وهذا يؤكد إنتقال عقارات التركة بالشهر، لأن ملكية الوارث لها لا تعترف بها ما لم تشهر حتى ولو لم يتصرف فيها الوارث.

¹³⁶ - المادة 65 من الأمر 105/76 المعدل والمتمم، نصت على: " إن الأجل 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 بحدد بسنة واحدة ابتداء من يوم الوفاة"

¹³⁷ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص 117.

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 ".

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 تؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشيوع وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة "، ونعتقد جازمين أن المادة صريحة في أن شهر الشهادة التوثيقية هو الذي يؤدي إلى إنتقال الأملاك العقارية للوارث.

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 معروف هي حق الإستعمال وحق الإستغلال (تمتع) وحق التصرف، والوارث حسب هذا الطرح ليس له إلا حق التمتع دون حق التصرف حتى بشهر حق إرثه، وهذا أدعى في إعتبار عقارات التركة تنتقل بالشهر حتى يكون إنتقال الملكية تاما بجميع عناصره.

ثالثا - آجال شهر الشهادة التوثيقية: لقد سبق الذكر أن الشهادة التوثيقية تشهر بنص المادة 39 من المرسوم 63/76 كما دلت المادة 14 من الأمر 74/75 في فقرتها الأولى على وجوب وإلزامية شهر كافة العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية ولأن الشهادة التوثيقية تتضمن نقل ملكية عقارية فإنها تشهر، وبالنسبة لآجال شهر الشهادة التوثيقية نصت المادة 99 من المرسوم 63/76 على ضرورة شهرها في مدة (02) شهران إبتداء من اليوم الذي قدم فيه الإلتماس إلى الموثق، ويمدد هذا الأجل إلى مدة (04) أربعة أشهر إذ كان أحد المعنين سواء وارث أو موصى له يسكن بالخارج أي خارج الجزائر، ويكون أصحاب الحقوق الجدد وذوو 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 عدلت الآجال المسموحة لشهر الشهادة التوثيقية، حيث تصبح ثلاثة أشهر بدلا من شهرين في حق المقيمين داخل الجزائر، وتمتد إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنين مقيما خارج الجزائر إبتداء من يوم تحرير المحضر (الشهادة التوثيقية)، وليس من يوم تقديم الإلتماس من طرف الورثة إلى الموثق لإعداد هذه الشهادة، وتبقى مسؤولية الورثة قائمة مدنيا في حالة حدوث

ضرر للغير بسبب تصرفاتهم في عقارات الشركة في الفترة التي تزيد عن تاريخ الستة (06) أشهر الأولى من يوم وفاة المورث، ونلاحظ أن المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999¹³⁸ 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 الإلتماس 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 الإلتماس، مع ملاحظة أنها تشهري في المحافظة العقارية الواقع في إقليمها العقار المعني من طرف الموثق الذي حررها¹³⁹، تحت طائلة العقوبة بغرامة مالية نصت عليها الفقرة الأخيرة من نص المادة 99 المذكورة آنفا حيث جاء فيها: "... فعن عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة، يعاقب عليها بغرامة مالية قدرها 100 دج تكون على عاتق محرري العقد المشار إليهم في المادة 90...".

الفرع الثاني: تخلف إجراءات الإكتساب عن طريق الميراث.

أولا- تخلف التوثيق: إن لشهر الحقوق الميراثية (شهر الشهادة التوثيقية) دور كبير في إنتقال عقارات الشركة إلى الوارث، فحسب الرأي الأول القائل بأن الوارث لا يمكنه التصرف في عقارات الشركة إلا بعد الشهر، أو الرأي الثاني القائل بأن الشهر هو الناقل الحقيقي لعقارات الشركة إلى الوارث، ورغم الأهمية الكبيرة للشهر في هذا المقام إلا أن الشهر لا يقبل في المحافظة العقارية ما لم يكن السند المراد إشهارة 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"، هذا في حالة تخلف التوثيق كلية لأنه يمكن أن يوثق إنتقال عقارات الشركة بالميراث بواسطة الشهادة التوثيقية، لذا هذه الأخيرة لا تكون لها أي حجية في الحالات التالية:

1- حالات وردت في قانون التوثيق: هناك حالات نص عليها قانون التوثيق يكون السند الذي أصدره الموثق باطلا ولا يمكن الإحتجاج به منها.

¹³⁸ - المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999، الجريدة الرسمية، العدد 98، الصادر في المؤرخ 1998/12/31.

¹³⁹ - المادة 04 من المرسوم 63/76 نصت على: "تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية، بصفة انتقالية فإن إختصاص مكتب يمكن أن يمتد إلى عدة بلديات، وفي هذه الحالة يحدد قرار من وزير المالية الإقامة والاختصاص الإقليمي لكل مكتب محافظة عقارية...".

أ- إذا أصدر الشهادة التوثيقية موثق في نفس الوقت وارث أو موصى له، أو كان أحد الورثة من أقاربه¹⁴⁰ 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 طرفاً معيناً أو ممثلاً أو مرخصاً له بأية صفة كانت، يتضمن تدابير لفائدته، أو يكون فيه وكيلًا أو متصرفاً أو أية صفة أخرى كانت:

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

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

ب- 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... "

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

2- حالات وردت في المرسوم رقم 76/63 يتفق بتأسيس السجل العقاري والقانون المدني: هناك شروط وبيانات إشتراطها القانون المدني وأوجب المرسوم 63/76 ضرورة توافرها في السندات المثبتة للملكية العقارية عموماً ومنها الشهادة التوثيقية وتخلفها يعرض السند للإبطال منها:

أ - نصت المادة 62¹⁴¹ من المرسوم 63/76 على: "كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ولادة وجنسيته وموطن ومهنة الأطراف... " وهو ما تبنته المادة 29 من قانون التوثيق.

ب- 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 "

ثانياً - تخلف التسجيل: التسجيل له دور جبائي لتدعيم خزانة الدولة قصد صرف هذه المبالغ في التنمية الإجتماعية.

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

¹⁴⁰ - عمر نكاح، المرجع السابق، ص121.

¹⁴¹ - المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

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 إكتساب تاريخ ثابت فيحرم بذلك من تحويله إلى عقد أو سند يمكن الإحتجاج 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 إستحقاق هذه الرسوم، وتمدد هذه المدة إلى 10 سنوات ابتداء من يوم تسجيل التصريح بالتركة، إذا كان الأمر يتعلق بإغفال أقوال في التصريح بالتركة ونفس المدة تكون بالنسبة للتركات قدر المصرح بها.

ثالثا - تخلف الشهر: بما أن أمر إنتقال عقارات التركة مختلف فيه، فمنهم من أرجعه إلى حادثة الوفاة حيث تنتقل عقارات التركة لوارث بمجرد حدوث واقعة الوفاة، ومنهم من جعل للشهر سلطان على إنتقال عقارات التركة للوارث فلا تنتقل إلا بالشهر، وتبعاً لهذين الرأيين ينتج عن عدم الشهر التالي:

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

2- بالنسبة للرأي الثاني: القائل بأن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر، فنتيجة عدم الشهر هي عدم إنتقال عقارات التركة له بالمرّة، حيث تبقى معلقة حتى يتم الإشهار، وإستناداً إلى ما دللنا به سابق على أن عقارات التركة تنتقل للوارث بالشهر.

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

المبحث الثاني: إكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة.

رغم أن الحيازة مجرد واقعة مادية، إلا أن لها دور كبير فهي تحتل الصدارة بإعتبارها المظهر المادي الذي يمكن من ممارسة حق الملكية ممارسة فعلية، حيث جعل المشرع الجزائري من الحيازة المقترنة بالتقادم المكسب صورة من صور إكتساب ملكية العقار، والحيازة ليست بحق شخصي ولا بحق عيني بل هي عبارة عن واقعة مادية بسيطة تحدث أثارا قانونية، حيث ترتبط بالملكية في أغلب الأحوال، إلا أنه قد تتوافر الحيازة دون أن تتوافر الملكية كما قد تتوافر هذه الأخيرة دون أن يكون لصاحبها الحيازة على العقار الذي يمتلكه، كالإستلاء بطريق الغصب فتكون الحيازة للغاصب و الملكية لمالك العقار، ومن هنا يمكن التطرق، إلى مفهوم الحيازة وأحكامها في المطلب الأول، أما المطلب الثاني سنبين فيه طريقة كسب الحيازة و كيفية إنتقالها وزوالها.

المطلب الأول: مفهوم الحيازة وأحكامها.

الحيازة تحتل مركز هام ضمن الأنظمة القانونية ذلك بالنظر إلى أهميتها والآثار القانونية الهامة التي ترتبها على الصعيد العملي، فهي الصورة الظاهرة للملكية، فالقضاء جعل منها قرينة على الملكية، ما يجعل الحائز في مركز قانوني ممتاز عن أي شخص ينازعه في حيازته¹⁴²، تتطلب دراسة مفهوم الحيازة و أحكامها التطرق إلى تعريف الحيازة وإبراز طبيعتها القانونية في فرعه الأول، ثم التعرض إلى محل وعناصر الحيازة في فرعه الثاني.

الفرع الأول: تعريف الحيازة وطبيعتها القانونية.

لقد كانت الحيازة محل إهتمام كل من الفقه والقانون، إذ تعتبر سبب من أسباب كسب الملكية، ومن هنا يمكن تحديد تعريف الحيازة وطبيعتها القانونية كالآتي:

أولاً- تعريف الحيازة: لم يتعرض المشرع الجزائري إلى تعريف الحيازة في القانون المدني والتي نص عليها في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث، كطريقة من طرق إكتساب الملكية¹⁴³، وبالتالي نلجأ إلى المحاولات الفقهية لتعريف الحيازة، فنجد من يعرفها بأنها "مجرد سلطة فعلية (واقعية)، وهذه السلطة التي يباشرها الشخص على الشيء قد تكون مستمدة من أي حق فيمارسها صاحب الحيازة بوصفه مجرد حائز، ويبدو الحائز حتما في هذه الحالة الأخيرة كما لو كان صاحب حق بالفعل على الشيء، وهناك من يعرفها بأنها "حالة واقعية تتألف من وضع اليد على الشيء وممارسة الأعمال القانونية عليه إستعمالا وإنتفاعا كما لو كان ملكا لوضاع اليد"¹⁴⁴، وعُرِفَت الحيازة أيضا بأنها "وضع فعلي أو واقعي يتسلط بمقتضاها الشخصي على الشيء تسلطا

142 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 295 .

143 - الأمر 58/75 المعدل والمتمم المرجع السابق.

144 - يوسف بوشامة، حفيظ معيش، آليات اثبات الحيازة العقارية، مذكرة الماستر تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2015/2016، ص 05.

فعليا بصفته مالكا للشيء أو صاحب حق عيني عليه، وهي بذلك ليست بحق عيني أو شخصي، بل هي ليست بحق أصلا، وإنما تعد سببا لكسب الحق".

ثانيا - الطبيعة القانونية للحيازة: إنقسم الفقهاء حول الطبيعة القانونية للحيازة إلى رأيين، الأول يرى أن الحيازة حق والثاني يرى بأن الحيازة واقعة مادية.

فالفقهاء الذين يعتبرون أن الحيازة حق أسسوا رأيهم باعتبار الحيازة حق مثل سائر الحقوق العينية الأخرى كحق الإرتفاق وحق المرور، أما الفقهاء الذين يعتبرون أن الحيازة واقعة مادية يرون أن الحيازة سبب لكسب الحق وليست حق في حد ذاتها بل هي واقعة مادية بسيطة، كما أن الحيازة وإن لم تكن حق إلا أنها تتماشى معه في الغالب لكون الحائز كثيرا ما يكون المالك¹⁴⁵.

ويعتبر الرأي الراجح أن الحيازة سبب من أسباب الملكية وليست منشئة للحق العيني، فالحيازة تنقل الملكية من المالك الأصلي إلى الحائز دون الأعباء التي كانت تنقل الملك، فالحائز لا يخلف المالك الأصلي خلافة عامة أو خاصة.

الفرع الثاني: محل الحيازة وعناصرها.

الحيازة ترد على الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للحقوق المالية، كما يشترط في هذه الأشياء أو الأموال أن تكون مما يجوز التعامل فيه، وأيضا مما يجوز كسب ملكيته بالتقادم، فما هي الأموال والحقوق التي تصلح أن تكون محلا للحيازة؟.

أولا- محل الحيازة: تقسم الأموال عموما إلى أموال عقارية وأموال منقولة، كما أن الحيازة لا يقتصر محلها على الحقوق العينية الأصلية، بل ينطبق أيضا على الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازة شيء معين والتي نبينها في مايلي إلى:

1- محل الحيازة من حيث الأموال: هناك أموال قابلة للحيازة، وهناك أموالا لا تقبل أن تكون محلا للحيازة.

أ- الأموال القابلة للحيازة: ينبغي الإشارة في البداية إلى أن الحيازة لا تستلزم حتما وجود حق من الحقوق على الشيء محل الحيازة، لكن ما هو مشروط دائما هو أن يكون الشيء محل الحيازة قابلا لأن يرد عليه حق عيني، و أيضا أن يكون مما يجوز كسبه بالتقادم، وعلى هذا فحيازة العقارات أو الأموال المنقولة التي يجوز التعامل فيها جائزة سواء كان الحائز مغتصبا أو سارقا، أو كان صاحب حق عيني على الشيء¹⁴⁶، فإذا كانت الحيازة ترد على الشيء المادي، فيستوجب أن يكون عقارا أو منقولا شائعا أو مفرزا.

145- يوسف بوشامة، حفيظ معيش، المرجع نفسه، ص06.

146- ناديا قادري، النطاق القانوني للحيازة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد الحاج لخضر، 2008/2009، ص27.

فالحيازة ترد على العقارات بجميع أنواعها سواء كانت عقارات بطبيعتها أو عقارات بالتخصيص، المهم أن تكون مما يجوز التعامل فيه، ومما يصلح أن يكسب بالتقادم، كما ترد الحيازة على الحصّة المفترزة فهي أيضا ترد على الحصّة الشائعة، حيث إستقر كل من الفقه والقضاء على أن الحصّة الشائعة كالنصيب المفترز تصح حيازتها قياسا على الملكية الشائعة، فالحيازة في حالة الشيوع هي حيازة يشترك فيها أكثر من شخص وكل منهم يجوز الحيازة مع سائر الشركاء، فيصح أن يجوز أكثر من شخص أرضا على الشيوع كما يجوز لكل شخص من الحائزين أن يقوم بأعمال الحيازة بشرط ألا يحول ذلك دون قيام باقي الشركاء بهذه الأعمال. وعلى ذلك فإن الحيازة تثبت لكل منهم، وتكون منتجة لجميع آثارها القانونية، فيكون لكل منهم حمايتها برفع دعاوى الحيازة، إذا توافرت شروطها بغير إدخال شركائه معه كما له رفعها قبل شركائه، أما فيما يتعلق بجواز التملك بالتقادم فإن طبيعة الحيازة الشائعة، والتي تجعل يد الحائز تخالط يد غيره من الشركاء، من شأنه جعل الحيازة مشوبة بعيب الغموض لذلك وجب التخلص من هذا العيب، بمناهضة حق باقي الشركاء حتى لا يترك مجالاً للغموض أو مظنة التسامح¹⁴⁷.

ب- الأموال غير قابلة للحيازة: لا يجوز حيازة الأموال التالية:

- الأموال العامة التابعة للدولة: لقد إتفق كل من الفقه والقانون والقضاء على عدم جواز حيازة الأموال والأموال التابعة ملكيتها للدولة، أو الأشخاص الاعتبارية العامة (الولاية والبلدية) والمخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو بموجب قرار مثل الطرق، المباني والعقارات الحكومية وغيرها، وعلى هذا فإن جميع العقارات العامة لا تنتقل ملكيتها لأحد بالحيازة، أو وضع اليد مادامت مخصصة للمنفعة العامة، كما لا تخضع للحيازة لكن يجوز أن يتحمل العقار العام حقوق إرتفاق بالقدر الذي يتفق مع تخصيصه للنفع العام، ولقد إتفقت كل تشريعات العالم على تحريم خضوع الأموال العامة التابعة للدولة للحيازة، وبالتالي عدم جواز التصرف فيها أو الحجز عليها، أو كسب ملكيتها بالتقادم، حيث نصت المادة 689 من ق.م.ج أنه " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم"، ونصت على مبدأ عدم القابلية للتصرف والتقادم والحجز المادة 04 والمادة 66 من القانون 30/90 والمؤرخ في 1990/12/01 المتضمن الأملاك الوطنية¹⁴⁸، يعني أن الأموال العامة غير قابلة للتملك الشخصي ولا يجوز حيازتها حتى ولو زالت عنها صفة التخصيص للمنفعة العامة، لكن ينبغي الإشارة إلى أنه يجوز أن تحمي هذه الأموال بجميع دعاوى الحيازة، كما تحمي دعاوى الحيازة كل من يحصل على ترخيص في إستعمال المال العام، وذلك ضد الغير لا ضد الجهة الإدارية ما نحة الترخيص.

147-نادية قادري، المرجع نفسه، ص28.

148-القانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52، الصادرة في 1990/12/02.

- الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة: كل العقارات والأموال المملوكة للدولة أو أشخاصها الاعتبارية ملكية خاصة والمعروفة بإسم الدومين الخاص، لا يجوز حيازتها أو كسب أي حق عليها بالتقادم، وهي أموال غير مخصصة للنفع العام، إنما تعتبر ملكية مدنية كملكية الأفراد، ويكون التصرف فيها كتصرف الأفراد في أموالهم الخاصة وأسباب كسبها هي نفس أسباب كسب الملكية الخاصة للأفراد.

ولقد كانت بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والفرنسي تجيز حيازة وتملك الأموال الخاصة التابعة للدولة عن طريق التقادم المكسب، لكن سرعان ما تراجعت عن هذه الفكرة وذلك بسبب النهب والغش، الذي تعرضت له هذه الأملاك بالتواطؤ مع موظفي الإدارات المشرفين على تسييرها، ولقد وضعت نصوص صارمة من أجل إستبعاد تطبيق نظام الحيازة والتقادم على هذا النوع من الأملاك، مع محاربة كل أوجه التعدي عليها¹⁴⁹، أما في الجزائر فقد ظهر خلاف فقهي بخصوص هذه المسألة وهو خلاف مردود إلى غموض بعض النصوص القانونية.

حيث يرى جانب من الفقه أن أملاك الدولة الخاصة أصبحت مؤهلة للتصرف فيها بكافة الطرق، فتصح حيازتها وخضوعها للتملك بالتقادم، وذلك منذ صدور القانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية، إذ نصت المادة 04 منه على أن: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف والتقادم ولا الحجز وتخضع إدارة الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة والتصرف فيها لهذا القانون ولأحكام التشريع المعمول به"¹⁵⁰، ويمكن أن نسمح لأنفسنا أن نستخلص بمفهوم المخالفة لنص المادة 04 المذكورة سابقا، أن الأملاك الوطنية الخاصة غير محمية بقاعدة عدم جواز القابلية للخضوع للحيازة والتملك بالتقادم، فما هو غير محظور فهو مباح خاصة إذا سلمنا أن نص المادة 04 يعتبر إلغاء لنص المادة 689 من ق.م.ج، والذي صيغ في ظل الإشتراكية، وبالتالي لا مبرر لبقائه على هذه الصياغة لحد اليوم، ونحن في مرحلة تشجيع إقتصاد السوق و تحفيز الملكيات الخاصة، وهذا رأي له مبرراته ذلك أن النص الخاص يقيد العام ويؤيده متخصصون في هذا المجال، كالأستاذ حمدي باشا عمر، والأستاذة ليلي زروقي¹⁵¹، والأستاذ بوضوف موسى، والرأي الراجح هو الرأي المخالف لذلك والمتمثل في عدم جواز حيازة أملاك الدولة سواء كانت عامة أو خاصة اعتمادا على نص المادة 689 من ق.م.ج، ويبرر هذا الرأي:

إننا لو سلمنا بجواز خضوع أملاك الدولة الخاصة للحيازة لكانت النتيجة وخيمة على إحتياط الملكية العقارية الخاصة بالدولة، ثم إن نص المادة 04 ليس فيه أبدا ما يجيز خضوع مثل هذه الأملاك للحيازة، فهو

¹⁴⁹ - نادية قادري، المرجع السابق، ص 29.

¹⁵⁰ - القانون رقم 30/90 المؤرخ في 12/01/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد 52، الصادرة في 12/01/1990.

¹⁵¹ - ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 198.

يتطابق مع مضمون المادة 689 سالفه الذكر، وما كان جديدا فيها أنها بينت أن هناك نصوص خاصة تبين كيفية تسيير وإدارة الأملاك الخاصة والتصرف فيها، وعليه فإن الحق في التصرف ليس معناه أبدا تحويل الحق في الخضوع إلى الحيابة وترتيب جميع آثارها، وهذا ما جاء متماشيا مع أحكام الاجتهاد القضائي لكل من المحكمة العليا ومجلس الدولة¹⁵².

لكن هنا مسألة في غاية الأهمية ينبغي الإشارة إليها وهي: هل يمكن خضوع أراضي العرش للحيابة وبالتالي جواز تملكها بالتقادم المكسب؟.

بما أن أراضي العرش أصبحت ضمن أملاك الدولة الخاصة وذلك بعدما تم إدماجها بها، عند تعديل قانون التوجيه العقاري بموجب الأمر 26/95 المؤرخ في 25/09/1995 المعدل والمتمم للأمر 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتعلق بقانون التوجيه العقاري، وبالتالي تقرير عدم جواز خضوعها للحيابة، أي عدم جواز التمسك بحيابتها في مواجهة الدولة¹⁵³.

وخلاصة القول أنه إذا كانت ملكية الدولة الخاصة منتشرة عبر جميع أنحاء البلاد، فإن المشرع أراد أن يكفل لها الحماية اللازمة ضد كل أشكال الغصب والتعدي عليها من طرف الأفراد، وذلك بتحريم خضوعها للحيابة أو تملكها بمضي المدة، مع عدم وجود ما يمنع - وفقا للقواعد العامة -، إذا وقع تعدي على هذه الأموال بالغصب أو نحو ذلك أن تكون الجهة الإدارية ملزمة بسلوك طريق القضاء، برفع دعاوى الحيابة لإستردادها أو منع التعرض لها.

- **العقارات الموقوفة:** وهي الأملاك المحبسة عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة العامة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير، وهي نوعان وقف عام ووقف خاص، والأملاك الوقفية مهما كان نوعها لا تجوز حيابتها ولا كسب ملكيتها بالتقادم وذلك بسبب زوال حق الملكية عليها وإنعدام نية التملك الشخصي فيها.

- **مجموع من الأموال:** الحيابة الحقيقية لا تصح أن ترد على مجموعات من الأموال، سواء كانت هذه المجموعات قانونية كالتركات أو مجموعة واقعية كالمحل التجاري، فمثل هذه المجموعات أو تلك لا تصلح في جملتها محلا للحيابة، وإن كانت الأعيان أو الأفراد التي تكون هذا المجموع يجوز حيابتها كل عين على حدى، بمعنى أنه يصح لشيء مادي معين منها أن يكون على إنفراده محلا للحيابة، فتكتسب التقادم المكسب وتحمى بدعاوى الحيابة إذا توافرت شروطها.

ثانيا - **محل الحيابة من حيث الحقوق:** هناك حقوق يمكن أن ترد عليها الحيابة وحقوق لا تصلح أبدا أن تكون محلا للحيابة لذلك سنتناول هذا في نقطتين أساسيتين هما:

¹⁵² - نادية قادري، نفس المرجع، ص31.

¹⁵³ - ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص198.

1- الحقوق الجائر حيازتها: ترد الحيازة على الحقوق العينية فوحدها يمكن أن تكون محلا للحيازة، وبالتالي تستبعد الحقوق الشخصية والمعنوية من الخضوع للحيازة، فيجوز حيازة الحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق المتفرعة عنه، لأن سائر هذه الحقوق تخول لصاحبها إستعمال حق الملكية أو أي حق من الحقوق العينية الأخرى على شيء مادي معين إستعمالا فعليا، بما يقتضيه هذا الإستعمال من القيام بالأعمال المادية التي تتفق مع طبيعة كل حق عيني مع القصد إلى إستعمال هذا الحق، وذلك كما في حقوق الإنتفاع والإستعمال والسكن والإرتفاق والحكر، وتسمى هذه الحيازة بحيازة الحقوق¹⁵⁴.

كما تشمل الحيازة الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، ومثال ذلك الرهن الحيازي فهو قابل للحيازة، لأنه يفترض في صاحب الحق حيازته لشيء معين بقصد إستعمال حق عيني عليه، فالدائن المرتهن رهن حيازة يستطيع أن يكتسب حق الرهن على العقار المرهون رهنا حيازيا بالتقادم الطويل أو القصير، وذلك حسب الأحوال إذا كان العقار غير مملوك للراهن وقت الرهن، وكذلك الأمر بالنسبة للمنقول المرهون رهن حيازة إذا كان غير مملوك للراهن وكان الدائن المرتهن حسن النية، فإنه يكتسب حق الرهن عليه بمجرد حيازته (الحيازة في المنقول سند الحائز).

أما فيما يخص الحقوق العينية التبعية التي لا تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق، فلا تصح حيازتها، مثل حق الإمتياز والرهن الرسمي وحق الإختصاص، فالدائن الممتاز والمرتهن رهنا رسميا، والدائن ذو حق الإختصاص لا يكون لهم حيازة الشيء ماديا.

2- الحقوق التي لا يجوز حيازتها: نتطرق في هته النقطة إلى الحقوق الشخصية و الحقوق المعنوية:

أ- الحقوق الشخصية: لا مجال لإعتبار الحقوق الشخصية محلا للحيازة، وذلك لأنها عبارة عن علاقة قانونية بين دائن ومدين، فمن يباشر سلطانا فعليا على شيء يستعمله ويستغله بمقتضى ماله من حق شخصي، كالمستأجر والمستعير لا يعتبر حائزا حقيقيا بالمعنى الذي قدمنا، وذلك لأن طبيعة العقد الذي بينه وبين صاحب الحق العيني على الشيء ينتفي عنه هذا الوصف فهو حائز عرضي، فليس للمستأجر أو المستعير أي حق عيني في العين المؤجرة أو الشيء المحاز، إنما له حق شخصي قبل المؤجر أو المعير، فتكون بذلك حيازة المستأجر والمستعير للعين المؤجرة والشيء المحاز حيازة مادية محضة، أما الحيازة الحقيقية فهي للمؤجر والمعير يباشرها بإسمه ونيابة عنه المستأجر والمستعير، وإذا كان القانون يخول للحائز العرضي ممارسة دعوى الحيازة في بعض الحالات¹⁵⁵، فهذا لا يعني أن الحيازة الحقيقية تصح أن ترد على الحق الشخصي، وإنما يتعلق الأمر بحماية مؤقتة لدفع الإعتداء، وذلك بدليل أن الحائز العرضي لا يكسب الحق الشخصي بالتقادم، ولو قام نزاع بين كل من الحائز العرضي والشخص الذي يعمل لحسابه فلا يجوز للحائز أن يرفع

¹⁵⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص787.

¹⁵⁵ - المادة 1/487 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم، نصت على حماية حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة.

دعوى حيازة، وإنما يكون النزاع على أساس العلاقة التعاقدية بينهما، وينبغي الإشارة إلى أن ما يقال عن حيازة الحق الشخصي ليس حيازة بالمعنى الصحيح، إنما هو تعبير مجازي عن مركز الدائن الظاهر، فمن يظهر أمام الناس أنه هو الدائن يكون بمثابة الحائز للحق الشخصي الذي يدعيه، ولكن لا تنطبق عليه قواعد الحيازة .

أما إذا تجسد الحق الشخصي في السند المثبت له كالسندات لحاملها (حيث يندمج الدين في السند فيكون حائز السند حائزا للدين الثابتة فيه)، عندئذ فقط يصبح الحق الشخصي منقولاً تصح حيازته¹⁵⁶.

ب- الحقوق المعنوية: الحيازة لا ترد إلا على الأشياء المادية التي تكون محلاً للحقوق العينية، فلا يصح أن ترد على الحقوق المعنوية أو ما يعرف بالملكية المعنوية، وذلك لأنها ترد على أشياء غير مادية ما هي إلا ثمرة الفكر أو الخيال أو الجهد، كحق الفنان في مبدعاته والمهندس المعماري في تصميماته والمؤلف في مؤلفاته العلمية وحق المخترع في مخترعاته الصناعية وحق التاجر في الإسم التجاري والعلامة التجارية.

3- محل الحيازة من حيث الشهر العقاري: نقصد بمحل الحيازة من حيث نظام الشهر العقاري مدى إمكانية إعمال نظام الحيازة المنصوص عليه في القانون المدني، في ظل نظام الشهر العيني الذي تبنته الجزائر بعد الاستقلال وللتوضيح أكثر إرتائنا إلى التذكير بمفهوم الشهر العقاري في الجزائر.

أ- تعريف الشهر العقاري: هو مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق ملكية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين تجاه الغير، من شأن هذه القواعد والإجراءات تنظيم شهر حق الملكية أو الحقوق الملكية العقارية الأخرى، الواردة على العقار في سجلات معدة لإطلاع الكافة عليها، مما يحقق إعلام الغير بأصحاب هذه العقارات، ومن هنا يكتسب الحق المشهر قوة ثبوت مطلقة¹⁵⁷، حيث يوجد له نظامان هما :

- نظام يعتمد على أسماء أصحاب الحقوق أساساً للشهر، ويعرف بإسم نظام الشهر الشخصي والذي إتبعته الجزائر قبل سنة 1975.

- نظام يعتمد على العقار أساساً للشهر وهو نظام الشهر العيني، حيث أن أهم مبادئ نظام الشهر العيني مبدأ قوة الثبوت المطلقة، حيث يعتبر السجل العقاري وسيلة كافية لإثبات الملكية اعتماداً على مبدأ القوة المطلقة، وبالتالي إنشاء قرينة قاطعة الدلالة على ملكية العقار، أو الحق العيني للمتصرف إليه والمقيد في السجل، هذه الملكية التي تعتبر صحيحة خالية من العيوب وحجة في مواجهة الكافة، مما يبعث الثقة في بيانات السجل العقاري بالإضافة إلى مبدأ عدم جواز إكتساب الحقوق المشهورة بالتقادم، وما فيه من ضمان لحقوق الأفراد المشهورة .

¹⁵⁶ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج9، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص788.

¹⁵⁷ - ناديا قادري، المرجع السابق، ص36.

ب- مكانة الحيازة في الشهر العيني: لقد أثارت مبادئ نظام الشهر العيني وخاصة مبدأ قوة الثبوت المطلقة ومبدأ عدم جواز إكتساب الحقوق المشهورة بالتقادم، نقاشا فقهيها كبيرا خاصة مع وجود نظام الحيازة كمنظومة قانونية متكاملة يعترف بها القانون المدني، ونظام التقادم المكسب الذي يقوم على أساس الحيازة ويعد من أسباب كسب الملكية، والسؤال المطروح: هل نظام الشهر العيني يقضي نهائيا على نظام الحيازة التي تعتبر أساسا لنظام التقادم المكسب للملكية العقارات، أم أن هذا النظام يجد مبرراته في حالات معينة لكون القانون المدني مازال ينص عليه ضمن أسباب كسب الملكية؟.

اتفق أغلب الفقه على أنه لا مجال للحيازة والتقادم في ظل نظام الشهر العيني، وذلك لتعارض أحكامهما مع مبادئ هذا النظام، الذي يقوم أساسا على مبدأ القيد المطلق والذي يعمل على إنشاء وإنهاء الحقوق العينية العقارية دون سواها من الأسباب ماعدا الميراث والوصية، معنى ذلك أن العقارات المشهورة ملكيتها في السجل العيني، لا تجوز حيازتها ولا كسب ملكيتها بالتقادم على خلاف الثابت في السجل لا أثر للحيازة في العقارات المشهورة، إذ لا يوجد ما يبرر إكتساب الحق المشهر بالتقادم، لأن في ذلك إهدار لحقوق قائمة وتشجيع لعدم الإستقرار، إلا أن القول بعدم الأخذ بنظام الحيازة والتقادم المكسب في مواجهة حق مشهر في ظل الشهر العيني، لا يعني عدم تطبيق النصوص الخاصة بهما والواردة في القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة لكل القوانين، ذلك أنه يمكن أن تخضع الأراضي غير الممسوحة للحيازة، ويمكن أيضا أن تكتسب بمضي المدة على هذه الحيازة، من هنا نجد أن الحيازة باعتبارها أحد أسباب كسب الملكية تلعب دورا مهما في إثبات الملكية العقارية، والذي يدل على هذه الأهمية في نظام الشهر العيني اعتماد المشرع عليها في حل بعض المشاكل والحالات التي صادفت عمليات المسح والمتمثلة في كون $3/2$ من العقارات في الجزائر لا يملك أصحابها سندات ملكية بل يعد أغلبهم في حكم الحائزين على هذه العقارات بلا سند¹⁵⁸.

ثانيا- عناصر الحيازة: وإذا كان يشترط لقيام الحيازة وترتيب آثارها القانونية توافر عنصري الحيازة معا، وجب التعرف على عناصر الحيازة.

1- العنصر المادي: يتمثل في الحيازة الفعلية للعقار والسيطرة عليه حسب طبيعة العقار، إذا كان أرض فلاحية تكون حيازتها بزراعتها وجنيها للمحاصيل، و إذا كان العقار مبني يكون بالحصول على مفاتيحه و السكن فيه، أو ممارسة نشاط أو حرفة فيه... الخ¹⁵⁹.

والعنصر المادي يترجم في القيام بالأعمال المادية التي يقتضيها مضمون الحق موضوع الحيازة، فإذا كان هذا الحق حق ملكية، وجب أن يباشر الحائز الأعمال المادية التي يباشرها المالك، وإن كان حقا عينيا آخر تعين على الحائز أن يقوم بالأعمال المادية التي يباشرها صاحب هذا الحق، أما التصرفات القانونية

¹⁵⁸ -نادية قادري، المرجع السابق، ص38-39.

¹⁵⁹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط8، 2013، ص96.

كالبيع والهبة والإيجار... الخ، فلا تكفي للدلالة على توافر العنصر المادي في الحيازة، لسبب بسيط أن هذه التصرفات لا يقتضي صدورها عن الشخص أن يكون حائزاً، لأنها لا ترد على الحق ذاته و لا تقتضي أن تكون لمن صدر منه التصرف سلطة فعلية على الشيء¹⁶⁰.

و السيطرة المادية تتحقق إما ابتداءً أو تتحقق هذه السيطرة إنتقالاً من الغير، وكما تباشر هذه السيطرة المادية إما من الحائز بنفسه أو بواسطة الغير و كما يجوز مباشرتها على الشيوع.

2-الركن المعنوي: وهو القصد، أي أن تصل في نية الحائز أنه يباشر الأعمال المادية بقصد إستعمال الحق الذي يريد حيازته، و يجب أن يوجد عنصر القصد لدى الحائز شخصياً إلا إذا كان عديم التمييز، يمارس الحيازة عن طريق من ينوب عنه.

و عليه لا تقوم الحيازة بسبب الأعمال التي يأتيها الشخص على أنها مجرد رخصة، أو بسبب أعمال يتحملها على سبيل التسامح، وكذلك إذا إقترفت الحيازة بعيب من هذه العيوب الإكراه، الإخفاء، واللبس، فإنه لا يكون لها أثر إتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة، أو ألبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب، فالعنصر المعنوي هو حيازة الشيء بنية تملكه¹⁶¹.

المطلب الثاني: إكتساب الحيازة إنتقالاً وزوالها.

تكتسب الحيازة ابتداءً من الحائز، لكنها قد لا تظل في يد حائز واحد بل تنتقل إلى غيره بالإستخلاف سواء كان الغير خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً، الذي قد ينتفع بحيازة سلفه وقد يضار بها، حيث يمكن أن نتطرق الى كيفية إكتساب الحيازة في الفرع الأول، و في الفرع الثاني نبين إنتقال الحيازة وزوالها من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: إكتساب الحيازة.

تكتسب الحيازة وهي محملة بصفة العرضية حيث لا يتوافر لها إلا الركن المادي، حيث يلاحظ أنه في كل الأحوال المتعلقة بإكتساب الحيازة، نجد أن الحائز قد يكون حسن النية في ذلك وقد يكون سيئاً، لذلك سندرس إكتساب الحيازة من ناحيتين الأولى بحسن النية و الثانية بسوءها.

أولاً - إكتساب الحيازة المقترنة بحسن النية: بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المادة **824** منه قد عرفت معنى حسن النية في الحيازة بقولها: " يفرض حسن النية لمن يجوز حقا وهو مجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم"، كما أقرت أن العبرة في حيازة الشخص المعنوي بنية من يمثله، وإفترضت حسن النية دائماً حتى يثبت العكس.

¹⁶⁰- زين العابدين رحمان، دور شهادة الحيازة في تطهير الوضعية العقارية، مذكرة الماستر قانون عقاري، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة شهيدة حمه لخضر، الوادي، 2014/2015، ص11.

¹⁶¹- زين العابدين رحمان، نفس المرجع، ص11-12.

وحددت المادة 825 منه، الوقت الذي تزول فيه صفة حسن النية مما يعني أن الحيازة تصبح بسوء نية، والمادة 826 منه نصت أن الصفة التي بدأت بها الحيازة تظل قائمة مثلما بدأت وقت كسبها، إلا إذا ثبت عكس ذلك، وبالرجوع إلى أحكام هذه المواد يمكن أن نتناول بالدراسة ما يلي:

1- تعريف حسن النية: يقصد بحسن النية في القانون جهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير، ويعتقد إعتقاده جازما لا شبهة فيه، ولا شك أنه تلقى الحق من صاحبه، أي أن من نصرف إليه هو المالك أو صاحب الحق العيني موضوع التصرف¹⁶².

واعتبر بذلك القانون الحائز الذي يعتدي بحيازته على حق الغير في مقام الحائز حسن النية، أيا كان موضوع الحيازة فقد يجوز حق ملكية أو إرتفاق أو حق رهن حيازة أو حق إنتفاع، فما دام يعتقد أن حيازته لهذا الحق لا تمثل إعتداء على حق الغير، فإنه يعتبر حائزا حسن النية، و الحائز لحق غير حق الملكية يكون حسن النية بإعتقاده أنه صاحب للحق الذي يجوز، سواء كان هو صاحب هذا الحق أو لم يكن¹⁶³، وعندما نريد أن نبحت في مسألة توافر حسن النية أو تخلفها، ننظر إلى نية الحائز فإذا كان عديم التمييز فننظر إلى نية من يمثله قانونا، وإذا كان شخصا معنويا فالعبرة هنا بنية من يمثله.

ويأخذ المشرع الجزائري في مسألة توافر حسن النية بمعيار شخصي ذاتي، حيث ينظر إلى مدى ما يقوم في نفس الحائز من إعتقاد فيما يتعلق بشخص من يتعامل معه، وقد قرن المشرع هذا المعيار بمعيار آخر هو المعيار الموضوعي والمتمثل في جعل الحائز سيء النية، إذا كان جهله لإعتدائه على حق الغير ناشئا عن خطأ جسيم، وبفضل هذا المعيار يمكن تلافي المساوئ التي يؤدي إليها المعيار الشخصي، والمتمثلة في ترجيح مصلحة الحائز الشديد الإهمال على مصلحة المالك.

2- إثبات حسن النية: حسن النية يفترض دائما، ولا يجوز أن يكلف الحائز بإثبات حسن نيته ما لم يوجد نص صريح في القانون يوجب ذلك، وهذا أن الأصل في الحائز يجوز الشيء بحسن نية، وواجب الخصم الذي يدعي سوء النية أن يثبت ذلك.

وحين إفترض القانون حسن النية لدى الحائز، فإنه قد بني على الغالب الراجح، حيث يكون أغلب الحائزين ملاك لما هو في حوزتهم، وعبء الإثبات ينتقل إلى من يدعي خلاف الغالب، ويكون بجميع طرق الإثبات لأن الأمر متعلق بإثبات وقائع، وحسن النية مسألة واقعية يستقل قاضي الموضوع بتقدير أدلتها دون رقابة عليه من المحكمة العليا.

ثانيا - إكتساب الحيازة المقترنة بسوء النية:

¹⁶² - نادية قادري، المرجع السابق، ص111.

¹⁶³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص864.

1- مفهوم سوء النية: الحائز سيء النية هو من يجوز حقا، وهو يعلم أنه بحيازته هذه يتعدى على حق الغير، كالحيازة عن طريق السرقة أو الغصب، فالسارق والغاصب كلاهما يعلم أنه يجوز شيئا ليس له فيه حق، وأنه يعتدي على حق الغير، فمن جار على أرض جاره بإدخال جزء منها في أرضه دون وجه حق هو حائز سيء النية لإعتدائه على حق جاره، ومن يقبل شراء عين من بائع يعلم أنه غير مالك لها هو حائز سيء النية¹⁶⁴، ويقوم سوء النية في حالتين هما:

أ- إذا ثبت أن الحائز كان يعلم وهو يجوز الحق الذي يستعمله، أن هذا إعتداء على حق الغير.
ب- إذا ثبت أن الحائز وإن كان لا يعلم بأن حيازته إعتداء على حق الغير، كان له أن يعلم ذلك، فيكون جهله لإعتدائه على حق الغير ناشئا عن إرتكابه خطأ جسيم (وهو ما يرتكبه الشخص قليل العناية أي المهمل) .

فلو أن الحائز عند إقدامه على كسب الحيازة بذل من العناية والبحث، كما هو الحال بالنسبة للرجل المعتاد، وإتخذ من الحيلة ما يجعله لا يعتدي على حق غيره كان حسن النية، ولكن التقصير في التحري والبحث برعونة ولا مبالاة عند إقدام الحائز على أي عمل يكسبه الحيازة، يوقعه في مركز لا يمكنه معه الإدعاء أنه يجهل بأن حيازته تشكل إعتداء على حق الغير، لأن ما صدر من جانبه كان نتيجة خطأ جسيم لا ينطبق عليه مفهوم حسن النية بل يلحق الخطأ الجسيم بسوء النية.

2- إثبات سوء النية: من المعلوم أن حسن النية يفترض لكن سوء النية لا يجوز إفتراضه، إذ الأصل في الإنسان البراءة، حيث أن إثبات سوء النية منوط بمن يدعي أن الحائز سيء النية في حيازته، وله في سبيل ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق الإثبات، فعلى صاحب الحق يقع عبء إثبات أن الحائز يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم، لو بذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد أن حيازته إعتداء على حق الغير، ولما كان علم الحائز أو إمكان علمه أمر يتعلق بوقائع مادية، فيكون ذلك من إختصاص قاضي الموضوع الذي له السلطة المطلقة في إستخلاص سوء نية الحائز من أدلة الدعوى وملايساتها، ومهما كانت طريقة إكتساب الحيازة وصفتها فإنها تظل محتفظة بها حتى يثبت العكس.

فلو تم إكتساب الحيازة إبتداء من قبل أي شخص بسوء نية فإنها تظل تحمل هذه الصفة، وكذلك الأمر إذا كانت الحيازة بحسن نية ما لم يتم هذا الحائز بإثبات تغير صفة حيازته¹⁶⁵.

الفرع الثاني: إنتقال الحيازة وزوالها.

تكتسب الحيازة إنتقالا من حائز إلى آخر، حيث تنتقل إما بقوة القانون من حائز سابق تربطه بالحائز الحالي علاقة قانونية، وقد يحدث أن يتعطل مسار الحيازة القانوني وينهدم وجودها، بأن نزول من يد

¹⁶⁴ - نادية قادري، المرجع السابق، ص112.

¹⁶⁵ - نفس المرجع ، ص113.

الحائز إذا تخلى عنها بإرادته أو فقدها رغما عنه، وبناء على ما سبق كيف تنتقل الحيازة؟ ومتى تزول؟
أولاً - انتقال الحيازة: الأصل بقاء الحال على ما هو عليه حتى يثبت العكس، وهو المبدأ المكرس في المادة 826 من ق.م.ج و التي تنص " تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يقدم الدليل على خلاف ذلك"166.

إلا أن الحيازة ليست مرتبطة بشخص الحائز، بمعنى أن الحيازة يمكن أن تنتقل من الحائز إلى الغير عن طريق ما يسمى بالإستخلاف، ومن ثمة فالحيازة تنتقل إلى الخلف العام (الورثة، الموصى لهم) كما تنتقل إلى الخلف الخاص167.

فبالنسبة لانتقال الحيازة إلى الخلف العام فإنها تنتقل من السلف إلى الخلف بجميع صفاتها، فالحيازة في هذه الحالة تنتقل بقوة القانون ولا يشترط أن يتسلم الخلف العام الحيازة فعلياً، وهذا الحكم مصدره أحكام انتقال الملكية، وبالتالي مادامت الملكية تنتقل إلى الخلف العام بمجرد واقعة الوفاة، فإن الحيازة ينطبق عليها نفس الحكم، لكونها سبب من أسباب كسب الملكية، وفي هذا المعنى تنص المادة 814 من ق.م.ج على أنه " تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كان السلف سيء النية و أثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية، جاز له أن يتمسك بحسن نيته، و يجوز للخلف الخاص أن يضم إلى حيازته حيازة سلفه ليلبغ التقادم".

و إذا كان انتقال الحيازة إلى الخلف العام يتم بقوة القانون، كإنتقال التركة أو جزء من المال إلى الموصى فإن انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص، يتم بموجب إلتزام قانوني على الحائز، وبالتالي فالحيازة تنتقل في محل الإلتزام، مثلاً أن يكون محل الإلتزام عقاراً معيناً بذاته، وبصفة عامة الخلف الخاص في الحيازة هو كل شخص يرتبط بالحائز بموجب علاقة قانونية، فالحيازة تنتقل إلى الخلف الخاص بالإتفاق الذي يتبعه التسليم سواء كان تسليم فعلي أو تسليم حكمي أو تسليم عن طريق التمكين، كما أن حيازة الخلف الخاص لا تتبعها صفات حيازة السلف بالضرورة، كما أنه يمكن للخلف العام التمسك بمواصلة مدة حيازة السلف أو عدم ضم مدة حيازة السلف بحيازته168، وفي هذا السياق تنص المادة 811 من ق.م.ج على أنه " تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا إتفقا على ذلك وكان في إستطاعة من إنتقلت إليه الحيازة، أن يسيطر على الحق ولو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق".

ثانياً - زوال الحيازة: تزول الحيازة بإختلال أحد ركنيها أو بإختلالها معاً، فتزول الحيازة لإنعدام العنصرين المادي والمعنوي معاً، وتزول الحيازة لإنعدام العنصر المادي وحده، كما تزول الحيازة بزوال العنصر المعنوي.

166- الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

167- يوسف بوشامة، حفيظ معيش، المرجع السابق، ص10

168- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص883-884.

1- زوال الحيابة بزوال العنصرين المادي والمعنوي معا: يُتصور زوال الحيابة لإنعدام عنصريها في فرضين، الأول في حالة قيام الحائز بالتصرف في الحيابة، مثل البيع والتسليم للمشتري، أو إعتراف الحائز بملكية المالك الفعلي وتسليمه الحق العيني إراديا أو جبرا، في حالة ما إذا إستصدر المالك حكم قضائي في دعوى إستحقاق المالك، أما الفرض الثاني لإنعدام العنصر المادي والمعنوي للحيابة فيتمثل في ترك الحائز للشياء وهذا الأمر يقع غالبا فيما يخص حيابة المنقول.

2- زوال الحيابة لإنعدام العنصر المادي: تزول الحيابة بزوال العنصر المادي وهو ما تأكده المادة 815 من ق.م.ج والتي تنص " تزول الحيابة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أي إذا فقد هذه السيطرة بأية طريقة أخرى" 169.

فزوال الحيابة في هذه الحالة سببه شخص آخر وضع يده على العقار المحاز، وبالتالي وجود حيابة معارضة وجديدة، لكن في هذه الحالة لا تزول الحيابة إلا بعد مرور سنة من وقت بدء الحيابة الجديدة، أما إذا كان إنعدام العنصر المادي سببه المانع الوقي أو القوة القاهرة، فإن الحيابة في هذه الحالة لا تزول 170، وفي هذا المعنى تنص المادة 816 من القانون المدني: " لا تزول الحيابة إذا حال مانع وقي دون مباشرة الحائز للسيطرة الفعلية على الحق.

غير أن الحيابة تزول إذا إستمر المانع سنة كاملة وكان ناشئا عن حيابة جديدة وقعت رغم إرادة الحائز أو دون علمه و تحسب السنة من الوقت الذي بدأت فيه الحيابة الجديدة إذا بدأت علنا أو من يوم علم الحائز الأول بها إذا بدأت خفية "

3- زوال الحيابة لإنعدام العنصر المعنوي: لا يكفي وجود العنصر المادي وحده لبقاء الحيابة، فإذا لم يتوفر عنصر النية لدى الحائز فان حيازته تزول، ففي هذه الحالة الحائز لا يجوز لحسابه بالرغم من قيامه بأعمال السيطرة المادية على الحق المحاز، مثلا إحتفاظ البائع بمحل عقد البيع لحساب المشتري، وبالتالي تبقى للبائع السيطرة المادية على محل عقد البيع لكن لحساب المشتري، فنكون إذن أمام الحيابة العرضية.

169- الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

170- يوسف بوشامة، حفيظ معيش، المرجع السابق، ص12

المبحث الثالث: إكتساب الملكية العقارية بالإستيلاء والإلتصاق.

يعتبر كل من الإستيلاء والإلتصاق آليتين لإكتساب الملكية العقارية، إذ أن الإستيلاء وسيلة من وسائل ممارسة السلطة يهدف إلى تحقيق المنفعة العامة، أما الإلتصاق فيرجع إلى إندماج شيئين مملوكين لشخصين مختلفين، حيث يصعب الفصل بينهما دون إحداث تلف، وهو سبب من أسباب كسب الملكية، ونقصد به أن يتحد شيئان إتحاداً مادياً بفعل الطبيعة، أو بفعل الإنسان، بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف أو هلاك أو نفقة باهضة وأن يتم الإلتصاق قضاء وقدر ومن هنا نتطرق إلى مفهوم الإستيلاء وآثاره في المطلب الأول، ومفهوم الإلتصاق وأحكامه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم الإستيلاء وآثاره.

إن الحديث عن مفهوم الإستيلاء المؤقت يستدعي منا التطرق إلى تحديد المعنى أو المقصود بالإستيلاء المؤقت على العقار بإعتباره إجراء يلجأ إليه في حالة الإستعجال، وفقا للحالات المنصوص عليها قانونا و ذلك بأن تحتاج الإدارة لعقار أو عقارات لفترة معينة، ويتم معالجة ذلك من خلال تعريف الإستيلاء وخصائصه في الفرع الأول، ثم نتطرق إلى آثار الإستيلاء من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الإستيلاء وخصائصه.

إن تحديد تعريف الإستيلاء يستوجب منا التطرق إلى تعريف الإستيلاء في المدلول اللغوي والإصطلاحي، ومن ثم إلى تحديد خصائصه.

أولا - تعريف الإستيلاء المؤقت على عقار.

1- تعريف الإستيلاء لغة: إستولى - إستولي، إستيلاء على غيره: تمكن منه على الأمر، بلغ النهاية الإستيلاء مأخوذ من اللغة اللاتينية "Requisition"، من الفعل "Require"، ويقصد به لغة التسخير بمعنى - كلفه بعمل بدون أجر - و كلفه بما لا يريد - ومنه إستيلاء القوات المسلحة على عقار في زمن الحرب، وعلى غرار مقتضى أحكام القانون الذي ينظم نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة على عقار مملوك للأفراد، لا يعدو أن يكون عملا ماديا، إقتضته مباشرة العمليات الحربية، لا ينقل ملكية هذا العقار للمال العام، كما لا يكسب القائمين به أو الجهة التابعة لها حقا دائما عليه، فيبقى محكوما بوقته حتى إذا وضعت الحرب أوزارها، كان لصاحبه أن يسترد ما لم تدخله الدولة ضمن أعمال المنفعة العامة¹⁷¹.

2- تعريف الإستيلاء إصطلاحا: سنتطرق الى التعريف القانوني و الفقهي كما يلي:

أ- **التعريف القانوني للإستيلاء المؤقت:** لم يعرف المشرع الجزائري كعادته الإستيلاء تاركا الأمر للفقهاء، لكنه حدد شروطه في المواد من 679 إلى 681 مكرر 3 من ق.م.ج، لكونه يتعرض للملكية الخاصة الفردية التي يحميها الدستور.

ب- التعريف الفقهي للإستيلاء المؤقت: نجد ما يلي:

- يعرف بأنه " الإستيلاء المؤقت هو منح الإدارة الحق في حيازة عقار خاص بالأفراد بالقوة الجبرية بصفة مؤقتة، في الحالات المحددة في القانون و مقابل تعويض عن مدة الإستيلاء ".

- و يعرف أيضا بأنه: " حق السلطة الإدارية في حيازة العقارات المملوكة ملكية خاصة بصفة مؤقتة تحقيقا للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل ".

من أبرز ما تضمنه هذا التعريف أن الإستيلاء وسيلة لتحقيق المنفعة العامة، تلجأ إليه السلطة الإدارية بصفة مؤقتة، ويتم دائما بمقابل تعويض، لكن ما يعاب عليه إهماله لمسألة شروط أو حالات

¹⁷¹ - بشيرة صفرة، منال شقاقة، الاسيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق وعلوم سياسية، جامعة يحي فارس، المدينة، 2010/2011، ص09.

الإستيلاء، والتي تركز أساسا على الظروف الإستثنائية الإستعجالية¹⁷².

ثانيا - خصائص الإستيلاء المؤقت على العقار: يتميز الإستيلاء المؤقت على العقار بخصائص جوهرية، تميز عن غيره من التصرفات الأخرى كتنزع الملكية وغيرها، حيث تتلخص خصائص الإستيلاء المؤقت على العقار حتى يصبح إجراء سليما، يجب أن ينطوي على جملة من الخصائص وهي:

1- الإستيلاء المؤقت مقصور على العقار: يرد الإستيلاء المؤقت على العقار دون المنقول، و هو مقصور على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة.

و يرد الإستيلاء على العقارات و لا يرد على المنقولات، فهو إمتياز مقصور و محصور على العقارات المادية فقط، أما العقارات الحكيمة كالحقوق العينية التبعية مثل: حقوق الارتفاق لا يجوز أن يقع عليها الإستيلاء، كما أنه إذا جاز الإستيلاء على ملكية العقارات المادية، فيجب أن يتناول تلك الأرض و البناء. ومن المتفق عليه أن الإستيلاء في الأصل، لا يرد إلا على العقارات التي يملكها الأفراد أو الهيئات الخاصة، ومع ذلك ثار التساؤل عن إمكانية الإستيلاء على العقارات المملوكة للأشخاص المعنوية العامة، وقد أجابه الفقه عن ذلك، بأنه يجب التفرقة بين الأموال العامة و الأموال الخاصة المملوكة للأشخاص، فبالنسبة للأموال الخاصة فإنه يجوز الإستيلاء عليها مؤقتا، و يختلف الأمر بالنسبة للأموال العامة، إذ أن الرأي السائد في الفقه و القضاء في فرنسا و مصر، أنه لا يجوز الإستيلاء عليها جبرا.

2- الإستيلاء المؤقت على العقار إجراء إداري: يعتمد الإستيلاء المؤقت على إمتيازات السلطة العامة المعهودة للإدارة، فهو يكون بقرار إداري مقرر للأشخاص المعنوية، و يكون مؤقتا و إستثنائيا كما يكون جبري و في نفس الوقت قانوني.

أ- الإستيلاء المؤقت على العقار يكون بقرار إداري: لقد عرف العميد "هوريو" القرار الإداري بأنه: "إعلان للإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد، يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر" فعملية الإستيلاء تندرج ضمن التصرفات أو الأعمال المادية الإدارية المتمثلة في قرار الإستيلاء".

ب- الإستيلاء المؤقت على العقار مقرر للأشخاص المعنوية: الأشخاص العامة هي التي أصبغ القانون عليها هذه الصفة، و تقوم بإدارة مرافق عامة، وبالتالي يجوز عليها الإستيلاء، أما الأشخاص الخاصة فلا يجوز لها ذلك على إعتبار أن الأشخاص المعنوية العامة، هي التي تقوم بتحقيق المنفعة العامة، فكان من المنطقي أن يقرر المشرع لها سلطة الإستيلاء على العقارات المملوكة للأفراد، لتسيير مهمتها في تحقيق هذه المنفعة العامة، و يوجد نوعان رئيسيان من الأشخاص المعنوية هما الأشخاص المعنوية العامة و الأشخاص المعنوية الخاصة، مع

¹⁷² - بشيرة صفرة، منال شفاقة، المرجع السابق، ص10.

دورها في تحقيق النفع العام أو المصلحة العامة، و يتم الإستيلاء بصفة فردية أو جماعية، و يكون كتابيا يوقع الأمر من طرف الوالي أو كل سلطة مؤهلة قانونيا....

ج- الإستيلاء المؤقت على العقار إستثنائي: من المقرر قانونيا أنه يتم الحصول على الأموال و الخدمات لضمان سير المرافق العامة بإتفاق رضائي وفق الحالات و الشروط المنصوص عليها في القانون، إلا أنه يمكن في الحالات الإستثنائية و الإستعجالية و ضمانا لإستمرارية المرفق العمومي، الحصول على الأموال و الخدمات عن طريق الإستيلاء¹⁷³، و الحالات الإستثنائية و الإستعجالية يخضع لتقدير الإدارة لأنها الأدرى بالظروف التي تحيط بها للمحافظة على النظام العام¹⁷⁴.

د- الإستيلاء المؤقت على العقار إجراء إجباري وقانوني: يعتمد الإستيلاء على إمتيازات السلطة العامة المعهودة للإدارة، و نتيجتها المساس الشرعي بالملكية الخاصة، إذ تلجأ الإدارة إلى هذا الإجراء كلما إستدعت الظروف الإستثنائية أو الإستعجالية أو لضمان السير الحسن للمرافق العامة، و ذلك في شكل قرار يصدر من السلطة المؤهلة قانونا لذلك، أو تسخير الأشخاص أو المؤسسات أنفسهم مقابل أجر أو تعويض أو الإثنتين معهما، وهو إجراء شرعي وبمعنى آخر قانوني، يتم في إطار القانوني تحكمه المواد من 679 إلى 681 مكرر 3 من ق.م.ج 175.

هـ- الإستيلاء المؤقت على العقار غرضه المنفعة العامة مقابل تعويض: لا بد أن تكون المنفعة العامة هي الهدف من وراء إجراءات الإستيلاء المؤقت على العقار.

و للإدارة سلطة تحديد العقارات التي ترى أنها مكتملة لأغراض المشروع، و على هذا الأساس فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في إختيار العقار الملائم، لتحقيق المنفعة العامة لكي تعمل على الإستيلاء عليه يهدف سير المرافق العامة و لا يجوز الإستيلاء على المحلات السكنية، في المقابل فإن الإستيلاء المؤقت على العقار يكون مقابل تعويض بجدد باتفاق بين الأطراف، وفي حالة عدم الإتفاق يحدد مبلغ التعويض عن طريق القضاء، مع مراعاة ظروف و غرض الإستيلاء دون أن يتضرر المستفيد، كما يمكن منح التعويض في حالة تسبب المستفيد من الإستيلاء في نقص القيمة، ولا يتطلب التعويض هنا تعويضا مسبقا كما هو الحال بالنسبة لإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

الفرع الثاني: آثار الإستيلاء المؤقت على العقار.

إن الإستيلاء كإجراء قانوني إداري و كوسيلة من وسائل القانون العام، و كإمتياز ممنوح في إطار القانون وكغاية لتحقيق المنفعة العامة، و المصلحة العامة و من أجل ضمان إستمرارية المرفق العام، فإنه

¹⁷³ -المادة 680 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

¹⁷⁴ -المادة 679 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

¹⁷⁵ - بشيرة صفرة، منال شقاقة، المرجع السابق، ص17.

بالضرورة كغيره من الإجراءات التي تمنح الإدارة، فإنه يترتب عليه جملة من الآثار والتي يمكن لنا أن نحصرها في مسألتين مهمتين وأساسيتين، و التي تتمثل في: إنتهاء و إبقاء عملية الإستيلاء، و التعويض الذي يترتب عن الإستعمال طيلة المدة المقرر للإستيلاء، و هذا ما سنتناوله في فرعين رد العقار لمالكه كفرع أول مسألة التعويض عن عملية الإستيلاء كفرع ثاني.

أولاً: رد العقار لمالكه.

سنطرق في هذا العنصر إلى كيفية وطريقة رد العقار المستولي عليه في إطار الإستيلاء المؤقت لمالكه، ثم نخرج إلى حالات إنتهاء عملية الإستيلاء المؤقت على العقار.

1- كيفية رد العقار لمالكه: بإعتبار أن الإستيلاء المؤقت على العقار إجراء إداري ذو طبيعة مؤقتة، بمعنى أنه محدود المدة لذا يطلق عليه تسمية الإستيلاء المؤقت على العقار مما ينتج عليه إستنزاف ووجوب على الإدارة المعنية (المستولية)، أن تعيد و ترجع العقار التي إستولت عليه لمالكه و ذلك عند إنتهاء مدة الإستيلاء المؤقت على العقار¹⁷⁶.

و تجدر الإشارة إلى أنه يجب على الإدارة المعنية بالإستيلاء أن ترجع العقار المستولى عليه لمالكه، حسب و بنفس الحالة التي كان عليها وقت القيام بعملية الإستيلاء، و لعل ما يبرر الجرد السابق و اللاحق (المسبق، البعدي) الذي تقوم به الإدارة المعنية بقرار الإستيلاء المؤقت.

و عليه فبعد إنتهاء المدة و الغرض من عملية الإستيلاء المؤقت على العقار حسب الأحوال المحددة في القرار، تلتزم الإدارة المستفيدة برد و إرجاع العقار لمالكه وهذا وفقا للحالة التي كان عليها العقار وقت و قبل الإستيلاء المؤقت عليه، أين يتم تبليغ المعني بالأمر (مالك العقار المستولى عليه) بانتهاء عملية الإستيلاء، كما أنه تجدر الملاحظة أنه يقوم حق المالك (صاحب العقار المستولى عليه) بالتعويض إذا ما ثبت قيام أي ضرر أدى إلى نقص في قيمة العقار الحقيقية قبل تنفيذ العملية، و يتقرر إثبات ذلك بالإتفاق بين الطرفين (الإدارة المستولية، مالك العقار المستولى عليه) في الأوضاع العادية، أو عن طريق خبرة قضائية بعد اللجوء للقضاء¹⁷⁷، و عليه فالتعويض يعتبر ضمانا للمالك العقار المستولى عليه.

2- حالات إنتهاء عملية الإستيلاء المؤقت على العقار: من المقرر قانونا أن الإستيلاء المؤقت على العقار، يكتسي بطابع مؤقت معنى محدود المدة المقرر له، مما يترتب على إنتهاء عملية الإستيلاء المؤقت على العقار إرجاع العقار لمالكه¹⁷⁸، بمعنى أن القاعدة العامة و الأصل في الإستيلاء المؤقت هو أنه ينتهي و تنقضي مدته

¹⁷⁶ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص122.

¹⁷⁷ - مسعودة خلفي، العلجة سدي، حماية القانونية للأموال العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة لسانس، كلية الحقوق، جامعة المدية، 2010/2009، ص62.

¹⁷⁸ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص116.

بمجرد إنتهاء الغرض من عملية الإستيلاء، وإبلاغ المالك المعني (صاحب العقار المستولى عليه) بإنهاء عملية الإستيلاء المؤقت على العقار.

غير أنه بإعتبار الإستيلاء المؤقت على العقار، وقد تثبت الضرورة أن يمنح كإمتياز ممنوح في إطار القانون العام بغية تحقيق المنفعة العامة، أو كان يمنح في شكل ترخيص بالإستيلاء المؤقت على ملك عمومي بالرجوع للقرار الولائي رقم 10342، المتضمن الترخيص بالإستيلاء المؤقت على ملك عمومي للطريق الوطني رقم 60، من أجل تمرير قنوات المياه الصالحة للشرب في إطار مشروع تحديد مياه الشرب في المادة 09 منه على " تسحب الرخصة عند عدم إستعماله خلال ثلاثة أشهر فقط إبتداء من تاريخ المصادقة عليها نظرا لبرمجة أشغال إعادة تأهيل هذا المقطع من الطريق خلال الأيام القليلة القادمة أو إذا توقفت الأشغال لمدة شهرين بعد إنطلاقها"، وعليه فالإستيلاء المؤقت على العقار كقاعدة عامة تنتهي و تنقضي مدته تلقائيا بعد أو مباشرة بعد إنتهاء مدة الإستعمال أي بعد إنقضاء مدة الإستيلاء المؤقت.

غير أنه يمكن أن ينقضي الإستيلاء المؤقت على العقار قبل إنتهاء المدة المقررة له بسبب أو في ظل ظروف، والمذكورة آنفا في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 392/04 المذكورة أعلاه، و المادة 9 من القرار الولائي¹⁷⁹.

ثانيا- الجرد.

سنتناول في هذا العنصر عملية الجرد بالتطرق إلى الجرد السابق في جزئه الأول و بعدها نخرج الى الجرد اللاحق في جزئه الثاني.

1- الجرد السابق: نعني بالجرد السابق بالجرد الذي يسبق ويأتي قبل تنفيذ عملية الإستيلاء المؤقت على العقار والتي تقوم به الإدارة المعنية بقرار الإستيلاء المؤقت¹⁸⁰.

وتكمن أهمية هذا الإجراء في كون أن الجرد السابق يقوم على أساس إعداد و إعطاء تقرير مادي و حقيقي، و واضح لحالة العقار المراد الإستيلاء عليه قبل عملية الإستيلاء، فعملية الجرد تقوم على أساس تحديد مكونات العقار المادية و حتى القانونية، و عليه فعملية الجرد السابق لعملية تنفيذ الإستيلاء المؤقت على العقار تقوم على أساسين:

أ- الأساس الأول: يتمثل في إعداد و تقديم تقرير مادي و حقيقي، و موضح لحالة العقار المراد الإستيلاء عليه قبل تنفيذ قرار الإستيلاء، حتى تتمكن من إثبات و معرفة الحالة الحقيقية للعقار، وحتى لا يثور أي إشكال فيما بعد فيما يخص مسألة التعويض.

¹⁷⁹ - المرسوم التنفيذي رقم 392/04 المؤرخ في 2004/12/01 المتعلق برخصة شبكة الطرق، الجريدة الرسمية، العدد 78، الصادرة في 2004.

¹⁸⁰ - بشيرة صفرة، منال شقاقة، المرجع السابق، ص 46.

ب- الأساس الثاني: يتمثل في تحديد ومعرفة مكونات العقار المراد الإستيلاء عليه سواء كانت مكونات مادية أو قانونية، و ذلك لضمان حقوق صاحب العقار المستولى عليه¹⁸¹.

أخيراً يمكن القول إن الجرد السابق يسهل فيما بعد عملية تحديد كل من حجم، و قيمة الأضرار اللاحقة بالعقار المعني (المستولى عليه)، و تحديد النقائص في القيمة المادية أو الاقتصادية للعقار، و تجدر الإشارة إلى أن عملية الجرد السابقة لعملية الإستيلاء المؤقت، تقوم بها الإدارة المستفيدة (المعنية/المستولية) و ذلك من طرف أعاونها المختصين.

2 - الجرد اللاحق: نعني بالجرد اللاحق هو ذلك الجرد الذي يأتي ويكون بعد الإنتهاء من تنفيذ عملية الإستيلاء المؤقت على العقار، والذي تقوم به الإدارة المستفيدة (المستولية) من قرار الإستيلاء المؤقت على العقار.

بجاءت تكمن أهمية هذا الإجراء الضروري، في كون أن الجرد اللاحق هو عملية مكتملة لعملية الجرد السابق، والتي من خلاله تتمكن من معرفة أن العقار المستولى عليه بقي على نفس الحالة التي كان عليها قبل تنفيذ الإستيلاء المؤقت على العقار، أي إذا كان تقرير الجرد اللاحق يطابق تقرير الجرد السابق أم لا، بحيث يقوم الجرد اللاحق لعملية الإستيلاء المؤقت على العقار، على أساس إعداد تقرير واضح وحقوقي لحالة العقار المستولى عليه بعد عملية الإستيلاء.

كما يقوم على أساس تحديد حجم وقيمة الأضرار اللاحقة بالعقار المستولى عليه، بالإضافة لتحديد النقائص التي تعرض لها العقار المعني، سواء كانت هذه النقائص مست بالقيمة المادية أو المالية أو الاقتصادية للعقار محل الجرد¹⁸²، فعملية الجرد اللاحق لعملية الإستيلاء المؤقت على العقار يسهل فيما بعد تحديد قيمة ونوع وخصائص الضرر القابل والمستلزم للتعويض.

وتجدر الملاحظة أن عملية الجرد اللاحق تقوم به نفس الإدارة التي أعدت عملية الجرد السابق، وهي الإدارة المستفيدة من قرار الإستيلاء المؤقت على العقار وذلك من طرف أعاونها المختصين¹⁸³، وعليه فإن كل من الجرد السابق واللاحق لعملية الإستيلاء المؤقت على العقار هو عملية جد مهمة، وتعتبر من الضمانات التي خولها القانون لصاحب العقار المستولى عليه، كما أنه يسهل فيما بعد عملية تحديد حجم وقيمة الأضرار اللاحقة بالعقار، كما يسمح بمعرفة المكونات المادية والقانونية للعقار محل الجرد، بمعنى معرفة الحالة الحقيقية للعقار محل الإستيلاء من قبل وبعد تنفيذ عملية الإستيلاء المؤقت على العقار.

181- مسعودة خلفي، العلجة سدي، المرجع السابق، ص 53.

182- مسعودة خلفي، العلجة سدي، نفس المرجع، ص 53.

183- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 116-117.

3- التعويض: لقد تطرق القانون المدني إلى هذه النقطة من خلال نص المادة 681 مكرر 02 " يحدد تعويض الإستيلاء المؤقت بالإتفاق بين الأطراف وفي حالة عدم الإتفاق يحدد مبلغ التعويض عن طريق القضاء مع مراعاة ظروف وغرض الإستيلاء دون أن يتضرر المستفيد، كما يمكن منح التعويض في حالة تسبب المستفيد من الإستيلاء في نقص القيمة"¹⁸⁴، ومن خلال نص هذه المادة يتضح أن هناك أصل عام للتعويض عن الإستيلاء مع ورود إستثناءات خاصة به.

إن القاعدة العامة للتعويض عن الإستيلاء تتجلى في أنه يتم تحديد التعويض عن الإستيلاء المؤقت بموجب إتفاق بين الإدارة المستولية، وبين صاحب العقار المستولى عليه، وفي هذه الحالة لا إشكال حول مسألة التعويض، طالما أن الطرفين قد إتفقا على مبدأ أو مقدار التعويض، غير أنه بالرجوع للفقرة 02 من نص المادة 681 مكرر 02 أعلاه، نجد أن هناك إستثناء يرد على القاعدة العامة، وهو أنه في حالة عدم الإتفاق بين الأطراف حول تحديد التعويض، فإنه يتحدد التعويض عن طريق اللجوء للقضاء وفي هذه الحالة يصدر القاضي حكمه بالتعويض على عملية الإستيلاء المشروعة حسب تقريره، إذ يراعي في ذلك ظروف وغرض الإستيلاء، ومصصلحة المستفيد من الإستيلاء وهي الإدارة المستولية.

وفي إطار التحدث عن مسألة التعويض يتطلب الأمر أن نتحدث ونوضح خصائص الضرر المستلزم للتعويض ونوع التعويض وذلك من خلال العناصر التالية:

أ- خصائص الضرر المستلزم للتعويض: سنتطرق إلى أهم الخصائص التي يتميز بها الضرر القابل للتعويض من طرف الإدارة المعنية وذلك على النحو التالي:

- ان يكون الضرر مستلزم التعويض محققا وموجود: ونعني بذلك وجود الضرر القابل للتعويض في الوقت الراهن وثباته، بمعنى تجسيد وتحقيق الضرر المستلزم للتعويض من قبل الإدارة المعنية في أرض الواقع، بحيث تتمكن الإدارة المعنية من تحديد قيمة وحجم الأضرار اللاحقة بالعقار المعني.

وفي هذا المجال نجد مجموعة من الصعوبات التي تعرقل من مهمة القاضي فيما يخص معرفة الضرر المؤكد، ومن بينها حالة الضرر الذي لا يظهر في الوقت الحاضر، والذي تجرى فيه الإجراءات المتعلقة بالإستيلاء وإنما يظهر في وقت لاحق.

- وجود علاقة سببية بين الضرر وعملية الإستيلاء المؤقت على العقار: ونعني به الضرر الذي يأخذ مصدره مباشرة من عملية الإستيلاء، أي لا بد من وجود علاقة سببية بين الإستيلاء والضرر، ونقصد بالعلاقة السببية بين الضرر و الإستيلاء، هو الصلة بين الفعل الضار (الضرر اللاحق بالعقار المستولى عليه بفعل الإدارة)، والنتيجة

¹⁸⁴ - الأمر رقم 58/75 المعدل والمتمم.

(وجود ضرر) فلا بد أن يكون فعل الإدارة المعنية قد كان سببا بإحداث الضرر وفي هذه الحالة لا يظهر أي إشكال في هذا الخصوص.

غير أنه ماذا لو تأخر الضرر عن الحدوث أو تداخل في حدوثه عوامل أخرى مما ينتج عنه صعوبة في تحديد العلاقة السببية بين الضرر و الإستيلاء.

- أن يكون الضرر مادي: ونقصد بالضرر المادي التصرف القانوني الذي يشكل أساس التعويض عليه وهو تصرف مشروع، أي أن مجاله وإطاره قانوني بمعنى نص القانون، والذي تؤكد المصلحة العامة والذي يؤسس على أساس الإستعمال لا الإكتساب، بإعتبار أن الإستيلاء المؤقت على العقار هو إجراء إداري من أجل الإستعجال، أي محدد المدة لا من أجل الإكتساب مثلما هو الحال في نزع الملكية من أجل المنفعة العامة¹⁸⁵.

ب- نوع التعويض: بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني، نجد أن التعويض عن عملية الإستيلاء المؤقت على العقار، قد يكون بتعويض نقدي أصل عام، وقد يكون بتعويض عيني كإستثناء، وسنعالج هذه المسألة من خلال العناصر التالية¹⁸⁶:

- القاعدة العامة (التعويض النقدي): يشكل هذا الأخير مبدأ وأصل عام، والذي يتحدد على أساسه قيمة العقارات، أي نجد المرسوم التنفيذي رقم 186/93 ينص على " تحدد التعويضات نقدا وبالعملة الوطنية "187".

وإذا كان قيد الإستيلاء المؤقت على العقار لا يعد إكراها قانوني على حق الملكية الخاصة، بل إستعمال مؤقت لهذا الحق، فإن المنطق القانوني يفرض ضرورة تعويض نقدي لكل من تم الإستيلاء على ملكيته، بحيث تقوم الإدارة المعنية بتحديد تقرير عن التعويض المقرر، وإذا حصل خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي، وإذا خالفت هذا الإجراء تعتبر معتدية على حقوق الغير، وبالتالي تكون مسؤولة أمام القضاء¹⁸⁸.

- الإستثناء (التعويض العيني): إن التعويض العيني يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للجهة، أو الإدارة التي أوكل إليها القانون الإستيلاء كلما سمحت الظروف بذلك.

غير أنه تجدر الإشارة إلى إن التعويض العيني كإستثناء، لا يكون إلا في حالات الهلاك الكلي للعقار المستولى عليه، أو في الحالة التي ترى الإدارة بقاء وإستمرارية الإستيلاء لأزيد من المدة المحددة، أي تمديد مدة الإستيلاء المؤقت على العقار.

¹⁸⁵ - حمدي عمر باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص117.

¹⁸⁶ - بشيرة صفر، منال شقاقة، المرجع السابق، 49-50.

¹⁸⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 1993/02/04 المتضمن تحديد تعويضات نقدا وبالعملة.

¹⁸⁸ - مسعودة خلفي، العلجة سدي، المرجع السابق، ص53-54.

المطلب الثاني: مفهوم الإلتصاق و أحكامه.

أحيانا نجد أن هناك شيئين مملوكين لشخصين مختلفين، قد إندمجا ماديا بحيث يصعب الفصل بينهم دون إحداث تلف، إما أن يكون هذا الإندماج طبيعيا أي بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان وهذه الصورة ليست جديدة، إنما يرجع تاريخها إلى العهد الروماني، حيث أنهم توصلوا إلى حل هذا الإشكال بإبتكارهم واقعة الإلتصاق¹⁸⁹، بعد هذا العرض الموجز سنحاول دراسة الإلتصاق من خلال التطرق إلى تعريف الإلتصاق وحالاته في الفرع الأول ونعرج إلى شروط العمل بقواعد الإلتصاق من خلال الفرع الثاني.

الفرع الأول: تعريف الإلتصاق وحالاته.

سنتناول في هذا الفرع تعريف الإلتصاق ثم نقوم بدراسة حالات الإلتصاق.

أولا- تعريف الإلتصاق: إن كلمة الإلتصاق كلمة عربية شائعة معروفة لدى العام والخاص لا تثير أي جدل، وإنما للإلتصاق كسبب ملكية عقارية هذا هو المبهم، هنا يطرح السؤال: ما معنى الإلتصاق في القانون العقاري؟

وأهم شيء يجب التطرق له أن الإلتصاق جانب من الفقه، أي ينطوي تحت حق الملكية كما أن هناك جانب آخر يجعله سبب من أسباب الملكية، وهذا ما ذهب إليه التشريع والفقه الجزائري¹⁹⁰.

كما نشير إلى أن جميع الفقهاء لم يختلفوا في تعريفاتهم للإلتصاق، وأن تعريف الإلتصاق لم يكن موضع جدل بينهم أبدا، بل جميعهم تناولوا العناصر التي يجب أن ترد في الإلتصاق، وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال جميع التعريفات التي تحتوي عليه المراجع التي بحوزتنا.

عرف الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري الإلتصاق على أنه: "الإلتصاق هو إندماج أو إتحد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين لمالكين مختلفين دون إتفاق بينهما على هذا الإندماج"¹⁹¹، فالإلتصاق واقعة قانونية خالصة لإن الإتحد بين شيئين واقعة مادية، يرتب القانون عليها أثر وهو إكتساب مالك الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي¹⁹².

كما ذهب المشرع الفرنسي والمشرع الجزائري وفقهاء آخرون، على أن الإلتصاق هو إتحد أو إندماج بين شيئين سواء كان ذلك بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان، بحيث لا يمكن الفصل بينهما دون حدوث تلف في أحدهما، وبين المشرع الفرنسي الشيء المقصود به في الإلتصاق هو العقار أو المنقول على حد سواء، يعطي

189 - عبد الباقي عزيزي، الإلتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية، مذكرة ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2014/2015، ص06.

190 - عبد الباقي عزيزي، المرجع السابق، ص06.

191 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص245.

192 - عبد الباقي عزيزي، نفس المرجع، ص 07.

الحق للمالكه في كل ما يحتويه هذا الشيء، وهو ما يلحق به سواء طبيعيا أو إصطناعيا وهذا ما عليه بحق الإلحاق، وتنص المادة 782 من ق.م.ج على أن الإلتصاق هو "كل ما على الأرض أو ما تحتها من أغراس أو بناء أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض، وإقامتها على نفقته يكون مملوكا له غير إنه يجوز أن تقام البيئة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن تقام البيئة على أن صاحب الأرض خول أجنبيا ملكية المنشآت التي كانت قائمة من قبل، أو خوله الحق في إقامة هذه المنشأة وفي تملكها" 193.

وقد بين المشرع من خلال هذه المادة مفهوم الإلتصاق بعرض أنواع منها، الإلتصاق الطبيعي والإلتصاق الصناعي، وكما تطرق فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذا النوع من الإلتصاق، لكن لم يعنوا له إهتماما كما أنهم لم يخصصوا له بابا خاصا به، إلا أنهم أدمجوه في باب الغصب.

ثانيا - حالات الإلتصاق: من خلال نصوص المواد من 778 إلى 791 من ق.م.ج 194، نجد أن الإلتصاق قد يقع على عقار أو على منقول إلا أن المشرع الجزائري تناوله تحت عنوان الإلتصاق بالعقار.

1- الإلتصاق بالعقار: من أشكال الإلتصاق بالعقار هناك شكلين سنتناولهما بالتفصيل، الإلتصاق الطبيعي والإلتصاق الصناعي.

أ- الإلتصاق الطبيعي: كما جاء في التعريف أن هذا الإلتصاق يحدث دون تدخل الإنسان، أي بفعل الطبيعة ولذلك سمي طبيعيا، ومن بين هذه الأشياء الطبيعية.

- طمي النهر: والمقصود بطمي النهر، هو ذلك الطين الذي يجلبه النهر إلى الأرض اليابسة المجاورة له ويلتصق بها، فإن كانت هاته الأرض ملك لأحد الخواص فإنه يمتلك هذا الإلتصاق، أما إذا كانت الأرض المجاورة لا يمتلكها أحد فهي ترجع ملكيتها للدولة، أما إذا كان الطمي من جزء البحر أو البحيرات، فإن ملكية هذا الإلتصاق تؤول للدولة مباشرة، لأن البحيرات والبحر تعتبر من الأملاك الوطنية العامة، وكلها تدخل تحت هذا النوع من الأملاك التي نظمها المشرع وحفظها من الإعتداء بنصوص قانونية.

- الأرض التي تكشف عنها المياه: هذا النوع من الأراضي تكون مملوك ملكية خاصة للدولة، ويكون الحق للملاك المجاورون أخذها ببدل أو من غير بدل، عن طريق الدولة بعقد تنازل أو بيع.

- حوض النهر: قد يأخذ النهر مجرى جديد، ويغير مسلكه ويكشف عن أرض ويغطي أخرى، ومن هنا نقول إذا إتخذ النهر مجرى جديد تاركا مجراه القديم، كان لأصحاب العقارات المجاورة حق أخذ المجرى القديم ببدل المثل كل واحد في الجزء الذي يكون أمام أرضه.

ب- الإلتصاق الصناعي: وهذا النوع هو عكس النوع الأول، أي لا يكون بفعل الطبيعة ولكن هنا تدخل يد الإنسان فيه، فيحوله عن طبيعته ويصبح مصطنعا، وهذا يكون إما بالبناء أو الغرس أو أحد الأشخاص

193-المادة 782 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

194-المادة 778-791 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم.

يقوم بمنشآت بمواد غير مملوكة لصاحب الأرض .

- حكم ما أنشأه مالك على أرضه بمواد مملوكة لغيره: نعتبر الحالة الوحيدة التي يفقد فيها مالك الرقبة حقه في الخيار، فهنا الخيار لصاحب المواد إما بنزعها إن لم يحدث ذلك ضرر بالأرض على نفقة صاحبها، أو تملكها مع دفع قيمة المواد لصاحبها، مع التعويض في حال حدوث ضرر جسيم في الأرض.

- حكم ما أنشأه صاحب مواد على أرض غيره: قبل أن تنطرق لهذا النوع يجب أن نفرق بين كون هذه المنشآت وجدت على أرض الغير بحسن نية أم بسوء نية.

* إذا كان حسن نية: دائما نفترض حسن النية، وفي هذه الحالة يكون الخيار لمالك الرقبة إما أن يملك المباني التي زادت على أرضه، إذا كانت قيمة الأرض تفوق قيمة المباني، أما إذا كانت قيمة المباني تفوق قيمة الأرض، فيمكن لصاحب الأرض التنازل على أرضه لصاحب المواد و إمتلاكها بعقد بيع.

* إذا كان سيء النية: فهنا الأمر يختلف الخيار لمالك الرقبة، وله الحق أن يطلب نزعها على نفقة من أحدثها، وإذا رأى بأن النزاع يحدث ضرر بالأرض، فله الخيار كذلك أن يملكها بقيمة مستحقة النزاع.

- حكم ما أنشأه شخص على أرض غيره بمواد شخص آخر: علاقة صاحب الأرض والمباني، ويكون لصاحب الأرض طلب قلع المواد أو تملكها بقيمتها مستحقة القلع، إذا كان الباني سيء النية أما إذا كان حسن النية فالأقل يتبع الأكثر¹⁹⁵.

أما علاقة صاحب المواد بمنشآت فليس له إلا أن يطالب بالتعويض لا للإسترداد، لأن المواد فقدت صفتها، أما عن علاقة صاحب المواد مع صاحب الأرض، ففي الحقبقة ليست هناك علاقة، غير أن على صاحب الأرض أن يضمن لصاحب المواد حقه من المباني في حال تملك صاحب الأرض لهذه المباني إن علما صاحب الأرض بأن المواد ليست مملوكة للمباني¹⁹⁶.

2 - الإلتصاق بالمنقول: هذا النوع من الإلتصاق ليس محل دراستنا، غير أننا سنخرج عليه بشيء من التفصيل حتى يتبين لنا الفرق بين الإلتصاق بالعقار والإلتصاق بالمنقول . إذا إلتصق شيئين منقولين لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما عن بعض، دون تلف أو نفقة باهظة فنقول أن هذا الإلتصاق قضاء وقدر ونرجع تملكه للمنقول أكثر قيمة من الآخر .

وهذا ما نصت عليه المادة 683 من ق.م.ج¹⁹⁷، عرفت المنقول على أنه، "كل ما ليس عقار بطبيعته أو عقار بتخصيص فهو منقول، وقد يكون إما بطبيعته وإما بحسب المال أو يكون معنويا، ونقصد بالمنقول بطبيعته هو كل شيء يمكن تحركه أو نقله من مكان إلى آخر دون تلف".

195-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص261-264.

196- عبد الباقي عزيزي، المرجع السابق، ص20-21.

197- المادة 683 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم .

غير أننا نشير إلى أن المشرع أعطى بعض المنقولات حكم العقارات في بعض التصرفات في الإجراءات، مثل الشهر والقيود والتسجيل، من بين هاته المنقولات السفن والطائرات، كما تعتبر من بين المنقولات المياه، الكهرباء، الغاز وغيرها من الطاقات التي يمكن إحرازها في أنابيب وأسلاك ثابتة على الأرض أو على البناء، فتعتبر من المنقول وتأخذ حكمه أيضا طبقا للمادة 350 من ق.ع.ج، التي إعتبرها منقولات وتدخل في باب سرقة النقود، وتطبق على من يختلسها أحكام من يختلس منقول غير مملوك له¹⁹⁸.

ونقصد بالمنقول بحسب المال هو كل ما كان على طبيعته عقار، ولكنه سيأخذ في المستقبل حكم المنقول لما سيؤول إليه كأنقراض البناء، لأنها ستصبح منقولا والثمار في الأشجار بعد إنفصالها عنها بالنسبة للمنقول المعنوي، ويقصد به الأشياء المعنوية مثل التأليف والأفكار والمخترعات طبقا للمادة 683 الفقرة 02 من ق.م.ج بقوله كل ما عدا العقار فهو منقول، فالأشياء المعنوية تكتسب صفة المنقول وكذا نصت المادة 687 من ق.م.ج "تنظم قوانين خاصة على الحقوق التي ترد على الأشياء غير مادية"، ومعنى ذلك أن التأليف والإبتكار والإختراعات الصناعية والتقنية تخضع لقوانين خاصة بها.

3- شروط تملك المنقول بالإنصاف: الإنصاف في المنقول يتم وفق شروط معينة:

- أن يحدث الإنصاف بين منقولين بحيث لا يمكن فصلهما إلا تلف جسيم أو نفقة باهضة .
- أن لا يحدث إتفاق بين مالكي المنقولين.
- أن يكون الإنصاف بفعل الهدر أي قضاء وقدر.

وكل هذه الشروط نص عليها المشرع في القانون المدني الجزائري في نص المادة 791 من نفس القانون¹⁹⁹.

الفرع الثاني: شروط إعمال قواعد الإنصاف.

للإنصاف شروط معينة لا بد من أن تتوفر، وتتعلق هذه الشروط واحدة بمحل الإنصاف، والأخرى بالواقعة في حد ذاتها، وهذا ما سنحاول تفصيله اعتمادا على نصوص القانون المدني الجزائري.

أولا- إختلاف الشئين بحيث يمكن التمييز بينهم: ونقصد بالتمايز أي لا وجود لأي علاقة سابقة بينهم، كأن يكون أحدهما نتيجة آخر كالثمار نتيجة الأشجار، أو من لواحقه، أي تكون مستقلة عن الشيء الأصلي، فإذا إمتلك صاحب الشيء الأصلي بالضرورة أن يتبعه الشيء الفرعي أي سند الملكية، الشيء الأصلي يمتد إلى ملكية الشيء الفرعي .

كل هذا لا ينطبق مع قواعد الإنصاف، وهذا ما أكدته المادة 676 من ق.م.ج " لملك الشيء

¹⁹⁸ - القانون رقم 01/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتضمن قانون العقوبات الجزائري، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 2009/03/08.

¹⁹⁹ - المواد 683-687-791 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

الحق في كل ثمار ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو إتفاق يخالف ذلك²⁰⁰، ونخلص إلى أن من المفروض على المشرع الجزائري أن يوضح الفرق بين الشيء الأصلي والشيء الفرعي، لأنه أخذ بمعيار صفة مالك الشيء المتصق به على أن له الأصل بصفته يمكنه تملك المباني .

ثانيا- أن يتحد الشيطان إتحادا ماديا بحيث يصعب الفصل بينهما دون تلف: إن الأصل في عدم إمكانية الفصل بين شيئين ملتصقين دون إتلافهما، وإعادتهما إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الإتصاق، يعتبر سبب وجودها كما هو الحال إذا بنى شخص على أرض غيره بمواده، من المفروض أن يطلب كل ذي مالك ملكه ويفصله عن ما سواه، وما يمكن أن تشير إليه لصفة الشيء المتصق، أن الكنوز المعثور عليها في باطن أرض مملوكة لصاحبها، تعتبر من لواحقها بشرط أن لا يكون لها مالك أو قيمة آثار تاريخية، وهذا ما نصت عليه المادة **57** من قانون الأملاك الوطنية على أنه "يعتبر كنز كل شيء أو قيمة مخفية أو مدفونة تم إكتشافها أو العثور عليها بمحض الصدفة ولا يمكن لأحد أن يثبت ملكيته عليه"²⁰¹.

ثالثا- الشيطان مملوكان لشخصان مختلفان: فأين نرى الإشكال إن كان الشيطان مملوكان لشخص واحد، وهنا نكون قد خرجنا من قاعدة الإتصاق، ويصبح الفرع ملكه كما أن الأصل ملك له، وهذا ما أكدته المادة **781** من ق.م.ج "كل ما على الأرض من غرس أو بناء أو منشآت يعتبر من عمل صاحب الأرض وإقامة على نفقته يكون مملوكا له"²⁰².

هناك من يري أن يوجد أراضي لمالك لها، وبالتالي يقوم بإنشاء منشآت عليها بإعتقاده يمكن إكتسابها عن طرق الإتصاق، ويصبح مالك الأصل هو مالك الفرع، لكن هذا التصور بعيد في بلادنا لأن كل الأراضي التي لا مالك لها ترجع أيلولتها للدولة، ومعنى الشيطان مملوكان لمالكين مختلفان، أي أن ملكية الأصل أو حق الرقبة والتي هي الأرض، تكون بعقد رسمي مشهر وهو عقد الملكية العقارية أو الدفتر العقاري، حتى نستطيع أن نلحق الفرع بالأصل ويستطيع أن يتملك مالك الرقبة أو الشيء الأصلي للملكية الشيء الفرعي، ولا يمكن أن نتكلم عن الإتصاق في ظل الإتفاق، فإذا ما إتفق شخص ملك الأرض مع شخص آخر لإقامة منشآت على أرضه، فلا يمكننا العمل بقواعد الإتصاق ونخرج من عقد الملكية عن طرق الإتصاق وندخل في عقد المقاول، لأن الإتفاق على البناء يكون مع المقاول ومواد من عنده، ومن هنا نستخلص إلى أن الإتصاق حلا أخيرا بين مالكين لمشكلة الملكية لمن تؤول.

200- المادة 676 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم ، المرجع السابق.

201- المادة 750 من القانون 30/90 المتضمن قانون أملاك الوطنية.

202- المادة 781 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم ، نفس المرجع.

خاتمة

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية و مكانة للملكية العقارية، ومن أهميتها صار تكريسها في الدستور، مما جعلها من بين المقدرات الثابتة بنص الدستور وجملة النصوص القانونية المختلفة والمتعددة، لتكريس قدسيته تارة، وتقييدها في بعض الحالات تارة أخرى، والتي تهدف إلى الإلمام بمختلف الجوانب القانونية للملكية العقارية في الجزائر، إذ تعتبر من الموضوعات غير الثابتة والمتغيرة حسب التوجهات السياسية والاقتصادية، وإن المشرع الجزائري يحاول تداركها بالاعتراف وتكريس وتشجيع الملكية العقارية، باعتبارها المحرك الرئيسي للتنمية، حيث حظيت بتقنيات خاصة، لاسيما في مجال اكتسابها.

تبعاً لذلك فقد يدعي بعض الكتاب والفقهاء أن نظام التوثيق نظام فرنسي محض، وقد بينا أن الإسلام دعا إلى ذلك قبل 14 قرناً من الزمن، فأوجب كتابة الدين وقد أحسن السلف تجسيد أية الكتابة فاتخذوا كتاباً يقيدون معاملات الناس على تنوعها في مدونات تشهد بذلك، تطبيقاً لما يعرف حالياً بالشكلية في العقود، فالإسلام عرف الرسمية قبل أن يعرفها الغرب.

وعليه فقد جعل المشرع للعقار خصوصية ينفرد بها، فلا تنتقل ملكيته إلا بالشهر، ولو روعيت جميع الأركان والشروط في تصرف عقاري ما، وتختلف الشهر بقي العقار في ذمة صاحبه ولم ينتقل لغيره، فالمشرع الجزائري منح للشهر سلطاناً على أي معاملة، أو تصرف وارد على عقار، فلا تكون سارية المفعول أي معاملة تتضمن عقار، ما لم تشهر بالمحافظة العقارية.

كما للتسجيل دور جبائي ودور إثباتي، حيث فرض على معاملات الأفراد في عقاراتهم رسوم يدفعونها لخزينة الدولة، زيادة في السيولة المالية لذمة الدولة التي تضطلع بمهام تطوير المجتمع وتحديثه، كما أن التسجيل يلعب دور إثباتي بالنسبة للعقود المسجلة قبل 1971، فكل العقود والتصرفات العقارية المسجلة بمصلحة التسجيل والطابع قبل هذا التاريخ، يكون لها تاريخ ثابت بنص المادة 328 ق.م. من خلال ما تقدم يمكن أن نصل إلى النتائج التالية:

- إن الملكية العقارية تكتسب في التقنين المدني والأسرة وفقاً للتصرفات القانونية المتمثلة في الوصية، والبيع فالهبة، ثم الوقف، وعن طريق الواقعة المادية المتمثلة في الشفعة والميراث، الحيازة فالاستيلاء، ثم الالتصاق.

- اكتساب وانتقال العقار في قانون الأسرة والقانون المدني يحكمه ما يحكم العقار عموماً، حيث توثق وتسجل وتشهر العقارات المنتقل ملكيته بسبب الهبة أو الوصية، وكذا الوقف والميراث.

- الوصية العقارية تشهر، ويكون لشهرها خاصية مميزة هي تخلفها إلى ما بعد وفاة الموصي، حيث تشهر مع الشهادة التوثيقية الخاصة بالميراث، لأن مصدرهما واحد، فكلاهما يؤخذ من التركة، وخرجنا بذلك من معضلة تعارض نصوص القانون المدني وقانون الأسرة بشأن الوصية، وكان الحل الذي عرضه القانون تخلق عملية شهرها إلى ما بعد وفاة الموصي، وجعل عملية شهرها مناط بالموثق المبرم لعقد الوصية

- وجوب توافر الرسمية في التصرفات العقارية بشكل عام، فالكتابة تجعل العقد الرسمي يرتبط بموظف عمومي لتحرير العقود، وهذا الارتباط يزيد من قوة المحرر وحجيته الى أن يثبت العكس.
- لقد تم تناول موضوع الهبة على أساس أنها آلية لاكتساب الملكية، وفي نفس الوقت عقد مثل سائر العقود الأخرى، في مجمل التشريعات العربية، بخلاف المشرع الجزائري الذي لم ينص على ذلك صراحة، وإنما يستخلص من خلال المؤشرات الدالة عليه، أما المشرع الفرنسي اعتبرها تصرف.
- عمد المشرع الجزائري إلى تحديد الوقف كآلية لاكتساب الملكية العقارية ووضع مفهوم شامل للوقف، كما تم التفصيل في تحديد أركان الوقف وشروط نفاذه، حيث تطوع المشرع الجزائري إلى تنمية الأوقاف من خلال البحث عن السبل المثلى لإدارتها و استثمارها وتسييرها.
- في شأن الميراث بينا أن عقارات التركة لا تنتقل إلى الورثة إلا بالشهر، عكس ما ذهب منهم، حيث يذهبون إلى أن عقارات التركة تنتقل للورثة بمجرد وقوع حادثة الوفاة، وهم في ذلك ينقلون كما بينا عن القانون المصري الذي يختلف عنه تقنيننا، و أشرنا بعد مناقشة المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 التين تناولنا الموضوع أنهما يخصصان بدأ سريان انتقال العقار بحادثة الوفاة، حيث تخرجه المادة 15 عن المبدأ العام وتقرر أنه يكون ساري المفعول بأثر رجعي، يعود إلى يوم الوفاة لكن بعد شهره.
- وجود تناسب المعنى اللغوي و الاصطلاحي للشفعة، والاختلاف حول تحديد طبيعة الشفعة في كل من الفقه المالكي والقانون المدني الجزائري، وأنسب تكييف لها، هو اعتبارها سبب من أسباب كسب الملكية، وهذا ما أخذ به السنهوري.
- إن الحياة عبارة عن آلية لاكتساب الملكية وسلطة فعلية أو سيطرة مادية يباشرها الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء من الأشياء أو حق من الحقوق، ويستعملها كما لو كان مالكا لها، أو صاحب حق عيني عليها، سواء استندت هذه السلطة إلى حق من الحقوق أو لم تستند، والأصل أنها عنوان الملكية الظاهر ووسيلة الانتفاع بالحقوق لذلك فهي مظهر الحق.
- إن الاستيلاء المؤقت على العقار هو آلية لاكتساب الملكية وإجراء قانوني استثنائي، خوله القانون للإدارة في حالات وظروف استثنائية وإستعجالية، لاستعماله كوسيلة قانونية إدارية بهدف تحقيق النفع العام في الإطار المرسوم والمحدد له من قبل القانون، وبما أن هذا الأخير كإجراء قانوني هام ينطوي على خطورة تمس بحق الملكية الفردية، فإنه ولسوء الحظ لم يرد النص عليه إلا في ست مواد من القانون المدني، ناهيك عن غيرها من النصوص القانونية المتفرقة، فمنها ما هو وارد في قانون الولاية والبلدية وغيرها، أما الالتصاق كان موضوعا شيقا ولم نوفيه حقه في الشرح بالقدر الكافي، غير أن الدكتور عبد الرزق أحمد السنهوري متوسع جدا في هذا الموضوع وجميع جوانبه وأي تحيل يخطر على بالك.

قائمة المصادر والمراجع

* القرآن الكريم.

* السنة النبوية.

أولا- الكتب:

أ- الكتب العامة:

1- السنهوري عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان.

3- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017

4- حمدي عمر باشا، القضاء العقاري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

ب- الكتب المتخصصة :

1- بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، طبعة 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع،

الجزائر، 2008.

2- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر 2015.

3- خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع على الملكية العقارية: الوقف، ج1، ط1، عمان، دار زهران للنشر

والتوزيع، 2012.

4- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري الهبة-الوصية-الوقف، دراسة قانونية

مدعمة بالأحكام الفقهية والإجتهد القضائي، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

5- عبد القادر بن عزوز وسليمان ولد خسال، احكام الميراث والهبة والوصية والوقف، دار قرطبة للنشر

والتوزيع، الطبعة الثانية، 2013.

6- ليلي زروقي وحمدي عمر باشا، المنازعات العقارية، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.

7- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2017

- 8- محمد مصطفى شلي ، احكام الوصايا والأوقاف ، جامعة الإسكندرية ، 1963 .
9- وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانون الجزائري ، دار هومة، الجزائر، 2009 .

ثانيا- المذكرات الجامعية:

أ- المذكرة الماجستير :

- 1- بن شريطوة سناء، كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، 2009/2008 .
2- بن مشرنن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الإدارة المحلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2012/2011 .
3- بن عمار، صورية زدوم، النظام القانوني للاملاك الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة لحاج لخضر ، باتنة ، 2010/2009 ،
4- زايدي جميلة، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، 2012/2011 .
5- علالي عمر، إثبات الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، ، 2015/2014 .
6- فنطاري خير الدين، نظام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة، 2007/2006 .
7- نكاح عمر، إنتقال الملكية العقارية في قانون الاسرة الجزائري ، مذكرة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة ، الجزائر ، 2008/2007

ب- المذكرة الماستر:

- 1- بلعاقب عائشة، الوصية الواجبة في قانون الأسرة الجزائري دراسة فقهية مقارنة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في العلوم الإنسانية، تخصص الفقه المقارن، كلية العلوم الإنسانية والعلوم الاجتماعية، جامعة أبي بكر بلقايد، 2015/2014.
- 2- بشيرة صفرة، منال شقاقة، الاسيلاء المؤقت على العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق وعلوم سياسية، جامعة يحي فارس، المدية، 2011/2010.
- 3- بن التركي نسيم، احكام الوقف في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في قانون احوال الشخصية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خضير، بسكرة، 2015/2014.
- 4- خانوش مروة، بودراهم سميرة، هبة العقار في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة ميرة، بجاية، 2013/2012.
- 5- خلفي مسعودة، العلجة سدي، حماية القانونية للأملاك العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة للحصول على شهادة لسانس، كلية الحقوق، جامعة المدية، 2010/2009.
- 6- خلفية جميلة، طيبي خليفة، الشفعة، مذكرة ماستر في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة دكتور يحي فارس، المدية، 2011/2010.
- 7- عزيزي عبد الباقي، الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية، مذكرة ماستر قانون عقاري، كلية الحقوق وعلوم السياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015/2014.
- 8- عافر سعدة، شعشوع نعيمة، أحكام الهبة في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر في القانون العقاري، كلية الحقوق، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، تيسمسيلت، 2016/2015.
- 9- نايلي عادل، الوصية بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف مسيلة، 2016/2015.
- 10- عيشور علي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مذكرة تربص، المعهد الوطني للقضاء، وزارة العدل، 2004/2001.

11- شهرزاد بن مسعود ، قواعد الميراث في الشريعة الإسلامية وقانون الاسرة الجزائري،محاضرات سنة ثالثة حقوق،كلية حقوق ،جامعة منتوري ،قسنطينة.

ثالثا- مجلات:

مجلة الاجتهاد القضائي ، غرفة الأحوال الشخصية،عدد خاص لسنة 2001.

رابعا - الملتقيات:

الدراجي خدروش، أسباب الشفعة واجراءاتها، الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها في التشريع الجزائري، مداخلة لملتقى وطني،جامعة 08 ماي 1945،قالمة،2013.

خامسا- القوانين والاورام

أ- النصوص التشريعية:

1- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية ،العدد 49، الصادرة في 18/11/1990.

2- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 ، الصادرة في 23/04/2008.

3- القانون 27/88 المؤرخ 12/07/1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ،الجريدة الرسمية ،العدد 28 ،الصادر في 13/07/1988.

4- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالاقواف، المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية، العدد 21 الصادرة في 08/05/1991.

5- القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 08/03/2006.

6- القانون رقم 01/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتضمن قانون العقوبات الجزائري،الجريدة الرسمية ،العدد 15،الصادرة في 08/03/2009.

7- القانون 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون أملاك الوطنية، الجريدة الرسمية، العدد52،الصادرة في 01/12/1990.

8- القانون رقم 11/84 يتضمن قانون الاسرة ،معدل ومتمم ،الجريدة الرسمية، العدد 24 ،الصادرة في 1984/06/12.

9- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في المتضمن القانون المدني ،المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية ،العدد 78، الصادرة في 1975/09/30.

10- الامر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل،الجريدة الرسمية ،العدد 81، الصادرة في 1976/12/18.

11- الامر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية،العدد 92، الصادرة في 1975/11/18.

ب- النصوص التنظيمية:

1-المرسوم التنفيذي رقم 392/04 المؤرخ في 2004/12/01 المتعلق برخصة شبكة الطرق ،الجريدة الرسمية ،العدد 78 ،الصادرة في 2004.

2- المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 1993/02/04 المتضمن تحديد تعويضات نقدا وبالعملة.

3- المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية ، العدد 30،الصادرة في 1976/04/13.

الفهرس

الصفحة	الفهرس
	شكر وتقدير
	الإهداء
	قائمة أهم المختصرات
أ - ب	مقدمة
38-1	الفصل الأول: التصرفات القانونية كآلية لاكتساب الملكية العقارية
11-1	المبحث الأول: إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية
7-1	المطلب الأول: الشروط القانونية لإكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية
4-1	الفرع الأول: مفهوم الوصية
7-4	الفرع الثاني: إجراءات توثيق وتسجيل وشهر الوصية
11-7	المطلب الثاني: تخلف إجراءات إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية
10-8	الفرع الأول: النتائج المترتبة عن تخلف توثيق الوصية
11-10	الفرع الثاني: النتائج المترتبة عن تخلف تسجيل وشهر الوصية
12-11	المبحث الثاني: اكتساب الملكية عن طريق عقد البيع والهبة
21-12	المطلب الأول: مفهوم عقد البيع وأحكامه
13-12	الفرع الأول تعريف عقد البيع وخصائصه
20-14	الفرع الثاني: أركان عقد البيع العقاري
30-21	المطلب الثاني: مفهوم الهبة وأحكامها
28-21	الفرع الأول: تعريف الهبة وشروطها القانونية
30-28	الفرع الثاني: تخلف إجراءات القانونية المستوجبة لانتقال العقار عن طريق الهبة
38-30	المبحث الثالث: اكتساب الملكية العقارية عن طريق الوقف
35-31	المطلب الأول: مفهوم الوقف وأحكامه
33-31	الفرع الأول: تعريف الوقف
35-33	الفرع الثاني: أنواع الوقف وخصائصه
38-35	المطلب الثاني: أركان الوقف وشروط نفاذه
36-35	الفرع الأول: أركان الوقف
38-36	الفرع الثاني: شروط نفاذه
85-40	الفصل الثاني: الواقعة المادية كآلية لاكتساب الملكية العقارية

60-40	المبحث الأول: إكتساب الملكية العقارية عن طريق الشفعة والميراث
41-40	المطلب الأول: مفهوم الشفعة وأحكامها
46-41	الفرع الأول: مفهوم الشفعة
49-46	الفرع الثاني: سقوط الحق في الأخذ بالشفعة وآثارها
60-49	المطلب الثاني: مفهوم الميراث وأحكامه
60-58	الفرع الأول: تعريف الميراث وشروطه القانونية
60	الفرع الثاني: تخلف إجراءات الإكتساب عن طريق الميراث
73-60	المبحث الثاني: إكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة
68-60	المطلب الأول: مفهوم الحيازة وأحكامها
62-61	الفرع الأول: تعريف الحيازة وطبيعتها القانونية
68-62	الفرع الثاني: محل وأركان الحيازة
73-68	المطلب الثاني: إكتساب الحيازة وانتقالها وزوالها
71-68	الفرع الأول: إكتساب الحيازة
73-71	الفرع الثاني: زوال وانتقال الحيازة
85-73	المبحث الثالث: إكتساب الملكية العقارية بالإستيلاء والالتصاق
81-73	المطلب الأول: مفهوم الإستيلاء وآثاره
76-73	الفرع الأول: تعريف الإستيلاء وخصائصه
81-76	الفرع الثاني: آثار الإستيلاء المؤقت على العقار
85-81	المطلب الثاني: مفهوم الالتصاق وأحكامه
84-81	الفرع الأول: تعريف الالتصاق وشروطه
85-84	الفرع الثاني: شروط إعمال قواعد الالتصاق
ج-د	خاتمة
هـ-ح	قائمة المصادر والمراجع

