

انتقال الملكية العقارية عن طريق الأحكام القضائية  
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي  
جامعة التكوين المتواصل  
مركز ولاية البيض

مذكرة التخرج لنيل شهادة الدراسات  
الجامعية التطبيقية

D - E - U - A  
فرع قانون الأعمال

العنوان

انتقال الملكية العقارية عن طريق الأحكام القضائية

تحت إشراف الأستاذ  
حسني سليمان

من إعداد:  
- داودي عبد المالك  
- مباركي الأخضر

السنة الجامعية  
2011- 2010

# مقدمة

حق الملكية يعد من أهم الحقوق العينية الأصلية التي تكفلها القوانين و الشرائع لكل فرد في المجتمع ، و هو حق تلتزم به السلطات في الدولة لحمايته طبقا للقوانين السائدة.

عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية في المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في

1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري .

" الملكية العقارية هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و الحقوق العينية من أجل

استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها " و هو نفس التعريف الذي أورده المادة 674 ق.م.ج ،

فالملكية العقارية هي سلطة مباشرة لصاحب العقار يستطيع بموجبها أن يستعمله و يستغله و يتصرف

فيه ضمن حدود القوانين و الأنظمة المعمول بها ، و من هنا يتضح لنا أن نقل ملكية العقار معناه انتقال تلك

السلطة من شخص لآخر وفقا للقانون ، فالعقار هو ذلك الشيء الثابت في مكانه غير القابل للتنقل ، و قد

عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 ق.م.ج و نتيجة لذلك نرى أن المشرع الجزائري ميز في قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية بين المنقول و العقار في الباب الخاص بالاختصاص القضائي ، فأرجع النظر

في الدعاوى المتعلقة بالعقار و الحقوق العينية العقارية إلى محكمة موطن العقار تطبيقا لنص المادة 40

ق.إ.م.إ.

أما في المواد المنقولة فيؤول الاختصاص إلى موطن المدعى عليه ، المادة 37 ق.إ.م.إ.

و للعقارات أنواع ثلاثة ، أولها عقارات بطبيعتها و هي كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى

كيانها موقع ثابت غير مستقل و يشمل الأرض بما عليها من نباتات و أشجار و غيرها.

أما النوع الثاني فهي تلك العقارات بحسب موضوعها و ذلك حسب التعريف ( المادة 684 ق . م . ج

) كما أن المشرع أقر نوعا ثالثا و هو العقارات بالتخصيص ، و هي منقولات منحت على سبيل المجاز

صفة العقار لأنها معدة لخدمة عقار أو استغلاله أو مخصصة له .

و بالرجوع إلى قانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري في مادته 23

صنف الأملاك العقارية إلى أملاك وطنية يحكمها قانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، و

الأملاك الخاصة كصنف ثاني تحكمها عدة قوانين و قد نظم أحكامها قواعد القانون المدني المادة 674 و ما

يليينها .

و بصدور قانون الأسرة الجزائري تحت رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 المعدل و المتمم

بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 نظم نوعا ثالثا كصنف قانوني آخر و هو الأملاك الوقفية و هي

تنقسم إلى وقف عام و وقف خاص .

إن الفكر السائد لدى أفراد المجتمع أن العقود وحدها هي التي تؤدي إلى كسب الملكية على العقار على اعتبار أن العقد شريعة المتعاقدين ، غير أن هذه الأخيرة لا تؤدي وحدها إلى اكتسابها و ذلك على اعتبار وجود حالات يلجأ فيها الأشخاص إلى نقل أموالهم العقارية عن طريق القضاء ، لتحديد حقوقهم بصفة نهائية و إثباتها بطريقة قانونية باستصدار حكم يقضي بنقل هذه الحقوق ، بحيث كثيرا ما يلجأ الأفراد إلى القضاء عن طريق رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة من أجل حصولهم على حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه ، و يكون الهدف منه إما نقل الملكية أو إثباتها أو تأكيد الحيازة القانونية لها .

تتجلى أهمية اختيار الموضوع في اعتبار أن العقار أصبح يعتبر عنصر حيوي في المجال الاقتصادي ، كما أم هذا الأخير يرتب مجموعة من الآثار في مختلف الميادين خاصة منها الاستثمار ، أما دوافع اختيار الموضوع هو اعتباره موضوعا جديدا لم يتم التطرق إليه سابقا بالرغم من وجود دراسات في هذا المجال و إدراجها لأحكام القضاء لكن ليس بصفة مفصلة ، و طبقا لما تم ذكره : هل القضاء يلعب دورا في نقل ملكية العقار من شخص إلى آخر ؟ .

و هل يعتبر الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه سندا للملكية ؟ و هل القاضي عند فصله في موضوع دعوى نقل الملكية يكون منتجا لنفس الآثار التي تحدثها العقود ؟ و بمعنى آخر هل الحكم القضائي يلعب دورا فعالا في كسب ملكية العقار أكثر منه في العقود ؟ .

و لهذا الغرض نجد أن لهذا الموضوع أهمية بالغة ترقى إلى مستوى البحث العلمي بكافة جزئياته المختلفة ، و لأجل الوقوف بشكل و لو نسبي عند حقيقة و خبايا هذا الموضوع الشائك باعتباره موضوعا حديثا ارتأينا إتباع خطوات موضوعية عالجا فيها صور اكتساب الملكية العقارية عن طريق الأحكام القضائية المثبتة للوقائع المادية و القانونية .

## الفصل الأول: الانتقال الناتج عن وقائع مادية

تنتقل الملكية العقارية عن طريق الوقائع المادية و التصرفات القانونية ، لكن دراستنا ستنصب في الفصل الأول على الوقائع المادية ، و هي تلك الوقائع التي ليس لها أساس قانوني ، إذ أنه بمجرد حدوثها يرتب عليها القانون آثار و نتائج هامة ، و يندرج ضمن الوقائع المادية ، الميراث ، الشفعة ، الحيازة و الالتصاق ، و أغلب التشريعات الوضعية تجمع على هذا . و حتى تنشأ هذه الوقائع لا بد من توافر الشروط اللازمة و استيفائها لعناصرها حتى تعتبر واقعة مادية بالمعنى الصحيح ، و كل هذا يدخل في نشوء هذه الواقعة .

أما فيما يخص إنتاجها لآثارها ، لا بد من إنتاج الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالتالي ، ما هي أهم الشروط و الإجراءات الواجب إتباعها حتى تكون هذه الواقعة المادية مثبتة بحكم قضائي و منتجة لآثارها المتمثلة في نقل ملكية العقار ؟

لذلك قسمنا الفصل الأول إلى مبحثين ، تناولنا في الأول الشفعة و الميراث كسببين لاكتساب الملكية العقارية و في الثاني الالتصاق و الحيازة باعتبارهما من الوقائع المادية التي تؤدي إلى الملكية العقارية.

## المبحث الأول : انتقال الملكية العقارية عن طريق الشفعة و الميراث

تعتبر الشفعة و الميراث طريقان من طرق نقل الملكية العقارية و هذا مع توافر جملة من الشروط و توافر جملة من العناصر ، و احترام الإجراءات المنصوص عليها قانونا و ذلك سوف نتطرق في المطلب الأول إلى الشفعة معرجين إلى شروطها و إجراءاتها ، و أخيرا صدور الحكم بالشفعة ، و كمطلب ثاني إلى الميراث و أسبابه و موانعه و كيفية انتقال التركة .

### المطلب الأول : الشفعة

تعتبر الشفعة أحد أسباب اكتساب الملكية العقارية وفق شروط و إجراءات معينة نص عليها القانون المدني لذلك سوف نتعرض إلى تعريف الشفعة و أركانها و نخرج على أهم آثارها و إجراءاتها .

### الفرع الأول : تعريف الشفعة و شروطها .

#### أولا : تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري .

عرف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 من ق.م.ج بقوله : الشفعة هي رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد "... . إن الشفعة هي قدرة أو سلطة أو مكنة تخول من يقوم به بسبب من أسبابها الحلول في بيع العقار محل المشتري إذا أظهر إرادته في ذلك ، و يكون في كافة حقوق المشتري و التزاماته الناشئة عن عقد البيع ، أو المترتبة عليه ، و بذلك فتنتهي الشفعة على اكتساب ملكية العقار المبيع أو اكتساب الحق العيني عليه و لو جبرا على المشتري ، فمن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة يحل في عقد البيع محل المشتري دون توقف على رضاه و يمتلك العقار المبيع فيضمه إلى عقاره الأصلي .

هذا و قد عرف المشرع المصري الشفعة في المادة 935 من القانون المدني المصري على أنها "رخصة تجيز الحلول في بيع العقار محل المشتري في الأحوال و بالشروط المنصوص عليها في المواد التالية ...."<sup>1</sup> فالشفعة على هذا النحو هي الطريق لاكتساب الملكية العقارية .

1 . أحمد خالدي ، الشفعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ، ص 19 .

و الشفعية أيضا تعد قييدا على قيذا حرية التصرف فتؤدي إلى حلول الشفيع محل المشتري في ملكية البيع و لو جبرا ، و تعتبر رخصة أي لشفيع فله أن يستعمله أو لا يستعمله و من ثم فلا يكره عليه و لا تجوز إلا في العقار ، و متى ثبت الحق فيها تملك العقار المبيع بموجب حكم يستصدر من القضاء و يعتبر سندا حقيقا تحل فيه سلطة محل الإدارة<sup>1</sup> .

### ثانيا : التكييف القانوني للشفعة

لقد ثار خلاف حول الطبيعة الحق قي الشفعة ، فذهب البعض إلى اعتبارها حقا عينا مصدره الحق العيني لمكية العقار الشائع ، و ذهب البعض الآخر إلى اعتبارها حقا شخصا و معنى ذلك أن الشفيع لا يستعمل دعوى عينية إنما حقا شخصا لصيقا به و الحق في إن يصير مشتريا بالأفضلية و يذهب البعض الآخر إلى اعتبارها حقا عينا شخصا ، فهو شخصي بالنسبة للشفيع و عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه<sup>2</sup> ، و اعتبرها جانبا آخر من الفقه إن مصدر من مصادر الحقوق العينية الأصلية العقارية ، فهي سبب لاكتساب الملكية و الانتفاع و الحكر و لكن الشفعة تعتبر في ذات الوقت قيد على حرية التصرف و حرية التعاقد لأنها تؤدي إلى تملك العقار المبيع لشفيع جبرا عن المشتري<sup>3</sup> ، و ذهب رأي آخر إلى القول بأن الشفعة هي مجرد رخصة أو هي على حد قول فقهاء الشرعية خيار و مشيئة و ليست خفايا بالمعنى الدقيق و لذلك فليس هناك محل للجدل حول مدى انتمائها لطائفة الحقوق العينية أو لطائفة الحقوق الشخصية<sup>4</sup> . أما التكييف القانوني للشفعة فهي تجمع بين جوهر الواقعة المادية فيما تستند إليه من واقعة تفوق عناصر الملكية أو الشيوخ و من و واقعة بيان العقار المشفوع فيه التي تمثل واقعة مادية بالنسبة إلى الشفيع و بين جوهر التصرف القانوني ، فما تتطلب اتجاه إرادة الشفيع إلى الأخذ بالشفعة ، و وجوب إعلانه لذلك و هذا جمع بين جوهر القاعدة القانونية و التصرف القانوني<sup>5</sup> .

1 - أنور طلبة ، الشفعة و التحايل لإسقاط ، المكتبة القانونية ، الطبعة 2004 ص 08 .

2 - أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص 05 .

3 - محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الأصلية ، منشأة الكتب الجامعية الإسكندرية ، الطبعة 2000 ، ص 202 .

4 - مصطفى جمال ، نظام الملكية ، دار الفتح للطباعة و النشر ، ص 448 .

5 - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 20 .

## ثالثا : أركان الشفعة

تقوم الشفعة على مجموعة من الأركان سوف نقوم بدراستها في ما يلي :

### أ) الشفيع :

يعتبر هذا الأخير أحد الأركان الأساسية للشفعة .

### - الشفيع في القانون المدني :

تنص المادة 795 من ق.م.ج على أنه يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص الأمر المتعلق بالثورة الزراعية الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقابة .

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

- لشريك في الشيوخ ، إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .

- لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .

و يخلص من هذا النص أن المشرع الجزائري استرشد باعتبارات لإثبات صفة الشفيع و هذه الاعتبارات هي :

- جمع شتات الملكية و تجنب تفرقتها .

- إبعاد الأجنبي من اقتحام الشركاء في الملكية و التقليل من عدد هؤلاء الشركاء كلما أمكن ذلك .

- لا شفعة للجار في القانون المدني الجزائري .

و تنص المادة 936 من القانون المدني المصري على أن حق الشفعة يثبت للجار المالك في الأحوال التالية :

- إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء كانت في المدن أم القرى .

- إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق ارتفاق أرض الجار على

الأرض المبيعة .

- إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين و تساوي من القيمة نصف ثمن الأرض

المبيعة على الأقل<sup>1</sup> .

و تنص المادة 239 من القانون المدني اللبناني بعد تعديلها بالقانون 1995/461 على أن يثبت الحق في الشفعة :

- 1 - لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع سواء تناول البيع كل الحق أو بعضه .
  - 2 - لشريك في الشيوخ ، إذا بيعت حصة أو أكثر من العقار الشائع من غير الشركاء في الشيوخ .
  - 3 - لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة سواء تناول البيع كل الرقبة أو بعضها و ألغى القانون المذكور 03 حالات لشفعة كانت الآتي :
  - لمالك الرقبة في الحكر أو السطحية أو الإجازتين أو الإجارة العينية أو الطويلة .
  - للجار الملاصق للمالك إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقاره أو كان حق الارتفاق لعقاره على العقار المبيع أو كان لعقاره و للعقار المبيع اشتراك في ملكية الطريق الخاص أو الحائط أو في حق الشرب الخاص .
  - لأصحاب طوابق البناء المتعددة عند بيع أحد هذه الطوابق <sup>2</sup> .
- 1 - الشفعة لمالك الرقبة :** تثبت صفة الشفيع لمالك الرقبة ، إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة ، طبقاً للفقرة الأولى من المادة 795 من ق . م . ج و هذه الحالة إن كانت نادرة من الناحية العملية يمكن تصور وقوعها في بعض الفروض منها <sup>3</sup> :
- **الفرض الأول :** أن تكون الرقبة مملوكة لشخص و أن يكون الانتفاع لشخص آخر ، ثم يباع الانتفاع فيشفع فيه مالك الرقبة ، و لكن حق الانتفاع قد يكون مملوكاً على الشيوخ لأكثر من شخص و تكون الرقبة لشخص واحد ، فإذا باع أحد الشركاء في الانتفاع حصته ، فإن مالك الرقبة تكون له أن يشفع في البيع ، وعلى العكس من ذلك قد تكون الرقبة مملوكة على الشيوخ لأكثر من شخص و يكون الانتفاع لشخص واحد ، فإذا ما بيع حق الانتفاع في هذا الفرض فإن مالكي الرقبة يستطيعون أن يشفعوا في البيع كل بقدر حصته <sup>1</sup> .

1 - أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 14 .

2 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 205 .



**الفرض الثاني :** هو أن يكون العقار مملوكا لشخصين مناصفة في الشيوخ ، و يرتبان عليه حق الانتفاع لمصلحة شخصين مناصفة أي النصف لكل منهما في الشيوخ ، فإذا باع أحد صاحبي حق الانتفاع حقه ، جاز لمالكي الرقبة أن يأخذ هذا النصف بالشفعة ، كما يحق لأحدهما و حده ان يأخذ النصف و لا يستطيع المشتري أن يعترض بتفريق الصفقة عليه ، و إذا باع المنتفعان معا حقهما لمشتري واحد ، جاز لمالكي الرقبة أن يأخذه معا بالشفعة ، كما يجوز لأحدهما أن يأخذ بالشفعة نصف حق الانتفاع المناسب لحقه في الرقبة ، إلا إذا تمسك المشتري بعدم تفرقة الصفقة ، فيجب عندئذ على مالك نصف<sup>2</sup> الرقبة إما أن يأخذ جميع حق الانتفاع ، أو أن يترك الأخذ بالشفعة أصلا .

## 2 - شفعة الشريك في الشيوخ :

يثبت الحق في الشفعة لشريك على الشيوخ إذا بيع شيء من العقار الشائع على أجنبي و فقا للفقرة 02 من المادة 795 من القانون المدني الجزائري ، و يشترط لأخذ بالشفعة في هذه الحالة :

- أن الشفعة لا تكون إلا إذا كان العقار شائعا .
  - أن الشفعة لا تجوز إلا إذا باع الشريك حصته الشائعة .
  - غنا الشفعة يرتهن ثبوتها بوقوع هذا البيع الأجنبي<sup>3</sup> .
- يجب أن يكون الشفيع شريكا على الشيوخ وقت البيع ، فلا تثبت الشفعة بعد تقسيم العين و اختصاص على شريك بجزء مفرز ، أن الشفعة تثبت لشريك على الشيوخ وقت تمام البيع ، أما الشريك المتقاسم فليس له الحق في الشفعة في الحصة المفرزة<sup>4</sup> .

---

1 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 452 .

2 - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 54 .

3 - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 55 .

4 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 207 .

إن اصطلاح العقار المشاع الذي يستخدمه المشرع في الفقرة 02 من المادة 795 من ق.م.ج لإثبات الشفعة لشريك ينبغي تفسيره في ضوء التحديد الذي أورده المشرع للمال العقاري الذي يشمل كل حق عيني على العقار وفقا للمادة 684 من القانون المدني سواء أكان حق الملكية أم حقا عينيا آخر و ذلك فضلا عن توافر الحكمة في شفعة الشريك في الانتفاع ، توافرها في شفعة الشريك في الملك ، و لذلك استقر جمهور شراح القانون في ثبوت الشفعة لشريك في الانتفاع ، بوصفه شريكا في الشيوع ، بالتالي تثبت الشفعة لأي شريك في عقار شائع مع الملاحظة أن الشفعة لا تتحقق لشريك في الانتفاع إذا بيعت حصة شائعة فيه لأجنبي إلا إذا أحجم مالك الرقبة عن طلب أخذها بالشفعة .

إن أخذ المحكمة العليا أخذت بأن الشفعة لا تكون إلا في العقار طبقا لأحكام المادة 794 من ق.م.ج و لا يمكن ممارسته في المحلات التجارية وفقا لما هو محدد في المادة 795.<sup>1</sup>

و تجدر الإشارة إلى أن المقصود بالشركة في الشيوع الشركة ذات العقار المبيع جزء منه ، و لذلك لا تجوز الشفعة لمن كان مجرد شريك في جدار أو فناء أو مجرى سقي مشترك أو في آلة ري مشتركة ، و ليس شريكا في العقار الذي وقع البيع على جزء منه و ينطبق نفس الحكم منه على الدار المقسمة إلى شقق أو طبقات مملوك كل منها مستقلة ، و مع ذلك يرى بعض الفقهاء ثبوت الشفعة لمالك كل شقة أو طبقة من الدار إذا بيعت الشقة أو طبقة أخرى و لو لم تكن متلاصقة على أساس الشيوع في ملكية الأجزاء المشتركة من الدار بما فيها الأرض و أن البيع الوارد على الشقة أو الطبقة يشمل كذلك بيع حصة مالكةا في هذه الأجزاء ، و لكن هذا الرأي يتجاهل مبدأ المسلم به من أن مجرد الإشتراك في ملكية التوابع أو الملحقات لا يخول الشفعة في بيع الشيء الأصلي و يبرز بعض المؤيدين لهذا الرأي ، استبعاد اعمال المبدأ المذكور في هذه الحالة بأن الأرض المقامة عليها الدار هي الأصل التابع.<sup>2</sup>

1 – القرار المؤرخ في 13/03/1995 ملف رقم 284.119.

2 – أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 57 .

و قد ثار خلاف عند بيع أحد الشركاء الجزء المفرز من المال المشاع ، فهل تجوز الشفعة في هذا البيع ؟ . ذهب رأي إلى بطلان البيع لأنه ليس للشريك في الملك حق الشفعة في حالة بيع شريك آخر جزءا معيناً من العقار المشترك ، ذهب رأي آخر إلى عدم بطلان هذا البيع و اعتبره بيعاً موقوفاً على نتيجة القسمة ، لأن للشريك على الشيوع حق الشفعة و لو وقع البيع على التحديد فالشفعة جائزة مادام الشيوع قائماً . أما القانون المدني الجزائري فيذهب بعض شرائحه لإلى أن بيع الشريك المشتاع بحصته مفرزة من المال الشائع ، و لو أنه يقع صحيحاً فيما بين المتعاقدين في حالة ما إذا كان المشتري يعلم أن البائع للجزء المفرز إنما يملك في الشيوع ، إلا أن هذا البيع لا يكون نافذاً في حق باقي الشركاء فلا يصبح المشتري مالكا على الشيوع معهم ، و بناء على ذلك لا يجوز لشريك آخر و لا تجوز للشفعة إلا إذا بيعت حصته شائعة في العقار لا جزء مفرز فيه و هذا ما نصت عليه المادة 714 ق.م.ج.<sup>1</sup>

أما بالنسبة لثبوت الشفعة عند بيع حصة شائعة لأجنبي عن الشركاء فإن الفقرة 02 من المادة 795 ق.م.ج تنص على الأخذ بالشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي . و الجدير بالذكر أن الشرط الأول الذي يجب توفره لكي يأخذ الشريك في الشيوع الحصة المشاعة بالشفعة ، هو أن يكون عقار شائع ، و المقصود بالعقار الشائع في فقرة 02 بالمادة 795 ق.م.ج أنه يفي مايلي :

- العقار السلوك ملكاً تاماً لعدد الشركاء في الشيوع .
- رغبة العقار إذا انفصل عنها حق الانتفاع و كانت الرقبة مملوكة في الشيوع .
- حق الانتفاع لعقار إذا انفصلت عنه الرقبة ، و كان حق الانتفاع مملوكاً لعدد الشركاء في الشيوع .

- و يجب التمييز بين مالك الرقبة باعتبار مالكا للرقبة ن و بين مالك الرقبة باعتباره مالكا للشيوخ ، فمالك الرقبة باعتباره للرقبة لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في حق الانتفاع ، و نص المادة 795 الفقرة 1 و اضح في هذا المعنى .

يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .  
و تجدر الملاحظة أن التعبير بكلمة ( المناسب ) غير دقيق و قد يؤدي إلى الزلل ، لأن المشرع لا يريد القول حق الانتفاع الذي يناسب الرقبة إذا ليس هناك حق انتفاع يناسب الرقبة و آخر لا يناسبها و إنما المشرع أراد أن يقول " حق الشفعة المترتب على العين إلى جانب حق الرقبة ، و إنني أفضل المصاحب لحق الرقبة " . أما مالك الرقبة ، إذا اشفع في حصة شائعة في هذه الرقبة لا في حق الانتفاع ، فإنه يتقدم كشفيع ، باعتباره مالكا في الشيوخ لعقار شائع هو الرقبة لا باعتباره مالكا للرقبة و إذا تقدم شفيع في حصة شائعة في الرقبة باعتباره مالكا في الشيوخ، فإن مرتبته بين الشفعاء تكون هي المرتبة الثانية لا الأولى<sup>1</sup>.

و يجب التمييز كذلك بين صاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق الانتفاع و بين صاحب حق الانتفاع باعتباره مالكا في الشيوخ ، فصاحب حق الانتفاع باعتباره صاحب حق الانتفاع لا يتقدم كشفيع إلا إذا كان يشفع في الرقبة ، و نص المادة 03/795 من القانون المدني الجزائري صريح في هذا المعنى<sup>2</sup>.

### 3 – الشفعة لصاحب حق الانتفاع :

يثبت الحق في الشفعة بمقتضى المادة 01/936 من القانون المدني المصري لصاحب حق الانتفاع ، إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها ، و العلة في ذلك هي نفس العلة من ثبوت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع عقار ،

1 – أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 65-66-67 .

2 – نص المادة 795 ق.م.ج

و تثبت لصاحب حق الانتفاع أيضا إذا بيع حق الاستعمال أو السكني تطبيقا للمادة 998 التي تنص على سريان أحكام الانتفاع على هذين الحقين.<sup>1</sup>

و تثبت الشفعة لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت كل الرقبة الملازمة لهذا الحق أو بعضها و تثبت الشفعة كذلك بنفس الشروط لصاحب حق الاستعمال و حق السكني و لا تثور صعوبة إذا كانت الرقبة لشخص آخر و بيع الرقبة هنا لصاحب الرقبة لشخص و الانتفاع لشخص آخر و بيعة الرقبة هنا يكون لصاحب حق الانتفاع شرائها بالشفعة . و إذا بيعة الرقبة علما و كان حق الانتفاع شائعا بين عدة شركاء هنا يجوز لهم جميعا أن يشفعوا في الرقبة كل منهم بقدر نصيبه . و إذا كانت الرقبة الشائعة بين عدة شركاء و باع احدهم حصة فيها كان لصاحب حق الانتفاع أن يشفع فيها و لكن يفضل عليه الشريك الآخر في الرقبة لأنه في مرتبة سابقة عليه.<sup>2</sup>

#### 4 - شروط الشفيع :

يقوم الشفيع على مجموعة من الشروط نتناولها كالاتي :

- أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به ، من وقت بيع العقار المشفوع فيه إلى وقت ثبوت حقه في

الشفعة :

قد نصت على هذا الشرط المادة 795 من القانون المدني بقولها " يثبت الحق في الشفعة لمالك

الرقبة، و للشريك في الشيوع و لصاحب حق الانتفاع " و بناء على هذا :

- إذا كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع يجب أن يكون مالكا للرقبة أو لحق الانتفاع و إذا

كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع و جب عليه أن يكون ملكا لهذه الحصة الشائعة .

- يجب ألا يكون ملكية الشفيع للعقار المشفوع به سابقة على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة ، فإذا

مصدر ملكية الشفيع عقد بيع ، فيجب أن يكون هذا البيع موجودا و سابقا على البيع الذي يؤخذ في

بالشفعة .

1- مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 459 .

2 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 209 .

كما نصت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام لها بأن الشفعة : " الشفعة لا تجوز إلا إذا كان الشفيع مالكا للعقار الذي يشفع بيه وقت قيام سبب الشفعة ، أي وقت بيع العقار الذي يشفع فيه ، و إن الملكية لا تنتقل إلى المشتري إلا بالتسجيل عقد البيع . و أما العقد الذي لم يسجل فلا ينشئ إلا الالتزامات شخصية بين طرفيه <sup>1</sup> . و إذا كان حق الشفيع ناشئا عن تصرف قانوني وجب أن يكون هذا التصرف مسجلا قبل البيع المشفوع فيه ، و لا يكفي التسجيل اللاحق أو مجرد رفع دعوى صحة التقاعد و تسجيل صحيفتهما ، و يجب أن يكون هذا التصرف حقيقي غير صوري ، صحيح غير باطل ، نافذ غير معلق على شرط واقف ، و إذا كان حق الشفيع ناشئا عن واقعة قانونية ، فينبغي وجود هذه الواقعة قبل انعقاد البيع المشفوع فيه . و على ذلك إذا كان الشفيع قد كسب حق بالميراث وجب أن تكون وفاة المورث سابقة على البيع ن و إذا كان حق الشفيع ناشئا عن التقادم ، وجب أن تكون مدة التقادم قد اكتملت قبل البيع <sup>2</sup> .

#### - أن يكون الشفيع قد توافرت فيه الأهلية الواجبة :

يجب أن تتوفر في الشفيع الأهلية الواجبة بالشفعة التي هي من أعمال التصرف و ليست من أعمال الإدارة فإن الأهلية الواجب توفرها في الشفيع هي أهلية التصرف ، فالبالغ غير المحجوز عليه له الحق في الأخذ بالشفعة بإرادته و بنفسه ، و قد يأخذها عن طريق وكيله ، بشرط أن تكون الوكالة خاصة و ليست عامة ، تطبيقا لأحكام المادة 574 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه ، " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و لإقرار و التحكيم و توجيه اليمين و المرافعة أمام القضاء " . أما إذا كان الشفيع قاصرا و له أب ، لان الأب يكون وليا على أولاده القصر فإنه يجوز للولي أن يأخذ بالشفعة في جميع الأعمال النافعة نفعا محضا عن القاصر ، بشرط أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص تحت إشراف القضاء إذا كان التصرف يتضمن مساسا بالذمة المالية

1- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص73-74-76 .

2- محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 216 .

للقاصر كالبيع أمواله أو إيجارها لمدة معينة و ذلك وفقا للأحكام المادة 88 من قانون الأسرة المحال إليها بموجب المادة 44 من القانون المدني لا سيما و أن الأخذ بالشفعة تصرف في مال القاصر ، إذ يترتب عليه أن يحل القاصر محل المشتري في جميع حقوق و التزامات و أن يودع تمهيدا لذلك كل المبلغ الحقيقي الذي حصل به البيع لدى الموثق طبقا للمادة 2/801 من القانون المدني . أما إذا لم يكن للقاصر ولي فإن وصيه هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه ، كالوصي القيم على المحجور عليه ، فالقيم هو الذي يأخذ بالشفعة نيابة عنه و يجب في جميع ذلك استئذان المحكمة<sup>1</sup> .

- أن يكون الشفيع غير ممنوع من شراء العقار المشفوع فيه :

إذا كان الأخذ بالشفعة بمثابة شراء للعقار المشفوع فيه بحيث أن الشفيع يحل محل المشتري فيصبح هو المشتري للعقار ، لذلك لا تجوز الشفعة إذا كان الشفيع ممنوعا بحكم القانون من شراء هذا العقار . فقد نصت المادة 410 من القانون المدني الجزائري على أنه " لا يجوز لمن ينوب عن غير بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر السلطة المختصة أن يشتري اسمه مباشرة أو باسم مستعار و لو بطريق المزاد العلني ، ما كلف ببيعه بموجب النيابة ، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص قانونية أخرى " .  
و يتضح من هذا النص ما يلي :

إن من كان نائبا عن غيره في بيع مال هذا العير لا يجوز له شراء هذا المال لنفسه لتعارض مصلحته الشخصية باعتباره مشتريا مع مصلحة من ينوب عنه باعتباره بائعا .

---

<sup>1</sup> . أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 81 .

و من هذه الحالات أن المشرع منع بموجب المادة 402 من القانون المدني الجزائري القضاة و المحامين و كتاب الضبط و المحضرين و المدافعين القضائيين و الموثقين أن يشتروا بأنفسهم مباشرة أو بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه ، كما نصت المادة 403 من نفس القانون على أنه " لا يجوز للمحامين و لا المدافعين القضائيين أن يتعاملوا مع موكلهم في الحقوق المتنازع فيها ، سواء كان التعامل بأسمائهم أو بأسماء مستعارة إذا كانوا هم الذين تولوا الدفاع عنها ، و إلا كانت المعاملة باطلة<sup>1</sup> الوقف ، فالشفيع يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا إلا أن الوقف لا يجوز له الأخذ بالشفعة حسب القانون المدني المصري ، و هذا هو حكم الشريعة الإسلامية و على هذا ليس للوقف أن يشتري الحصة المبيعة على أساس الاشتراك في العين أو في حق من حقوقها<sup>2</sup> .

المادة 2/939 من القانون المدني المصري و على خلاف المشرع الجزائري أن القانون المدني الجزائري خلا من أحكام الوقف و تطبيق للمادة 01 ق.م فإننا نحيل موضوع شفعة الوقف إلى الشريعة الإسلامية<sup>3</sup> .

#### 5 - حكم تعدد الشفعاء و تزامهم في القانون المدني الجزائري :

نصت المادة 996 ق.م.ج على أنه : " إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية :

- 1 - إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه .
- 2 - إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى نص المادة 795 ، فإنه يفضل على الشفعاء من طبقة أو من طبقة أدنى و لكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى .

---

1 - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 82-83 .

2 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 218 .

3 - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 84 .



و بالتالي يوجد 03 حالات لتزاحم الشفعاء و هي :

- تعدد الشفعاء و هم من طبقات مختلفة – المادة 796 / 1

- تعدد الشفعاء و هم من طبقات واحدة – المادة 796 / 2

- تعدد الشفعاء مع المشتري و هو شفيع مثلهم – المادة 796 / 3.<sup>1</sup>

كما تنص المادة 937 من القانون المدني المصري على أنه إذا كان تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة وجب التفضيل على أساس الترتيب المذكور في المادة السابقة الذكر ، و على ذلك تثبت حق الشفعة أولا لمالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع ، ثم للشريك في الشيوخ إذا بيعت الحصة الشائعة لأجنبي ، ثم لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة ، ثم لمالك الرقبة إذا بيع الحكر ، و المستحكر إذا بيعت الرقبة و أخيرا الشفعة للجار المالك .

أما إذا تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة ، فيكون استحقاق كل واحد منهم على قدر نصيبه مقتضى المادة 2/397.<sup>2</sup>

إذا كان الشفعاء من طبقات مختلفة و تزاحموا فيما بينهم في طلب الشفعة فيكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 من القانون المدني الجزائري .

إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل واحد منهم بحسب قدر نصيبه ، حسب المادة 796 ق.م.ج و بما أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى شفعة الجار و صاحب حق الحكر ، فإننا نؤكد على المشرع أن يتدارك هذا الأمر و النص عليه لا سيما و أن القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتعلق بالتنازل عن أملاك الدولة لصالح الشاغلين لها بصفة قانونية و القوانين المكملة و المعدلة قد أحدثت أوضاعا جديدة نتج عنها مشاكل عويصة بشأن العمارات و السكنات ذات الطوابق و عليه يجب استدراك ما فات بنصوص قانونية.<sup>3</sup>

### ب) المشفوع فيه :

يتضح من قراءة القانون المدني أن التعريف المنصوص عليه في المادة 794 حيث تنص على أنه " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار .... "

و الخلاصة أن العقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها و منها الأعراس و الأبنية ، أما العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت للعقار المتصلة به ، أما إذا بيعت مستقلة عنه فتعتبر في حكم المنقول و لا شفعة لها .

أما حق الاستيراد فقد عمد المشرع الجزائري على المنقول و العقار الشائع قبل القسمة و ذلك بموجب أحكام المادة 721 من ق.م.ج بقولها " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة "

### ج) المشفوع منه :

يشترط في المشفوع منه أن لا يكون من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم ، و لا تتوافر فيه الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة أعلى طالب الشفعة أو من طبقتة .

يجب أن لا يكون المشتري من الأقارب الذين لا تجوز الشفعة ضدهم ، لقد نصت المادة 798 الفقرة الثانية من القانون المدني على أنه ط لا شفعة .....و إذا وقع البيع بين الأصول و الفرع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .. "

أن لا تتوافر فيه ( المشتري ) الشروط التي تجعله شفيعا من طبقة أعلى من طبقة طالب الشفعة أو من طبقتة ، إذا توافرت هذه الشروط في المشتري فلا يجوز الشفعة لأنه يفضل حينئذ على الشفعاء الذين يزاحمونه طبقا لما تقضي به الفقرة 3 من المادة 796 ق.م.ج .<sup>1</sup>

#### د ( المأخوذ به ( الثمن ) :

إن الفقهاء اتفقوا على أنه يأخذ في البيع بالثمن إن كان حالا و اختلفوا إذا كان البيع إلى الأجل ، فقال المالكية يأخذ بذلك لأجل إذا كان مليئا أو موسرا أو يأتي بضامن مالي ، و قال الشافعية أن الشفيع مخير ، فإن عجل تعجلت الشفعة و إلا تتأخر إلى وقت الأجل .<sup>1</sup>

#### رابعا : شروط الأخذ بالشفعة .

تقوم الشفعة على مجموعة من الشروط حتى تكون منتجة لآثارها سنقوم بدراستها كم يلي :

#### أ ( المال المبيع ( العقار ) :

يشترط أن يكون المبيع المشفوع فيه عقار ، فالشفعة لا تجوز في المنقول ، و على هذا لا تجوز الشفعة عن بيع البناء قصد هدمه ، لأن البناء يعتبر في هذه الحالة منقولا بحسب المال و بالعكس تشمل الشفعة في العقار المنقولات المخصصة لخدمته و استغلاله لأنها عقارات بالتخصيص اللهم إلا إذا كان البيع لا يشملها .<sup>2</sup>

أما في القانون المدني الجزائري فسيخلص من تعريف نص المادة 794 منه حيث نقول " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ... " أم حق الاسترداد فقد عمم المشرع الجزائري على المنقول و العقار الشائع قبل القسمة و ذلك بموجب المادة 721 من ق.م.ج بقولها " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع عن المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة . " والملاحظ أن حق الاسترداد في القانون المدني الجزائري يؤدي في حالة بيع المنقول أو العقار الشائع الوظيفة ذاتها التي تؤديها الشفعة في حالة بيع العقار الشائع وفقا لأحكام المادة 721 منه أما فيما يخص الحقوق العقارية ، فقد أثبت القانون فيها الشفعة إذا ما تحققت الشرط المنصوص عليها فيه ، فلمالك الرقبة أن يطلب حق الأخذ بالشفعة في بيع الانتفاع.<sup>3</sup>

إن المشرع الجزائري يحصر الأخذ بالشفعة في عقد البيع وحده دون سائر التصرفات أو الوقائع القانونية التي تؤدي إلى نقل الحق و المتمثلة فيما يلي :

2- مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 470-471 .

3- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 174-175 .

إن الشفعة لا تجوز في المقايضة و لا تثبت إلا في البيع إذ لا بد من عقد بيع صحيح صادر من مالك العقار المشفوع فيه إلى المشتري المشفوع منه و يترتب على ذلك :

- لا شفعة إذا انتقلت ملكية بسبب من الأسباب لا يعد تصرفاً قانونياً كالميراث و الالتصاق و التقادم .

- لا شفعة إذا انتقلت ملكية عقار بتصرف قانوني صادر من جانب كالوصية .

- لا شفعة إذا كان انتقال الملكية قد تم بمقتضى تصرف من التصرفات المقررة أو الكاشفة :

• لا تجوز الشفعة في عقد القسمة لأنها من التصرفات الكاشفة المقررة للحق .

• لا تجوز الشفعة في عقد الصلح لأنه كاشف من الملك لا ناقل له .

و ذلك طبقاً لنص المادة 463 ق.م.ج بقولها "للصلح أثر كاشف بالنسبة لما اشتمل عليه من الحقوق و

يقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها " .

• و لا تجوز الشفعة في عقد الشركة ، فإذا أقدم الشريك حصته في الشركة عقاراً فإنه لا

تجوز في هذا العقار .

على ذلك أن نص المادة 422 ق.م.ج نصت بقولها على أنه " إذا كانت حصة الشريك حق ملكية أو حق

منفعة أو أي حق عيني آخر فإن أحكام البيع هي التي تسري فيما يخص ضمان الحصة إذا هلكت أو

استحقت أو ظهر فيها عيب أو نقص " فإذا كان النص القانوني المشار إليه قد مدد سريان أحكام عقد البيع

في هذا البيع ، فإنه جعل ذلك قاصراً على ضمان الحصة إذا أصابها الهلاك أو الاستحقاق أو ظهور عيب

أو نقص فيها .<sup>1</sup>

**(ب) في عدم تجزئة الشفعة :**

معنى ذلك أن الشفعة غير قابلة للتجزئة أي أنه لا يجوز لشفيع أن يأخذ بالشفعة بعض المبيع في صفقة

واحدة دون البعض الآخر ، و ذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري و يضار بذلك و يجب لتطبيق هذه

القاعدة عدة شروط :

- إذا كان البيع عقارا واحدا و جب طلب الشفعة في هذا العقار كله ، فلا تجوز لشفيع أن يشفع في جزء و يترك الآخر و إذا كان تعدد الشفعاء ، فإن كلا منهم ينبغي أن يطلب الشفعة في كل العقار حتى لو قسم بعد ذلك بينهم .
- إذا ورد البيع على عدة عقارات بيعت صفقة واحدة أي بعقد واحد و يجب التمييز بين :
  - ❖ إذا كانت هذه العقارات قابلة للتجزئة ، هنا تجوز فيه الشفعة دون غيرها .
  - ❖ إذا كانت هذه العقارات لا تقبل التجزئة و تعتبر صفقة واحدة هنا يتعين على الشفيع أن يأخذ كل الصفقة أو يتركها كلها .
- إذا كان بصدد عقار واحد إلا أنه بيع لعدة أشخاص هنا يجب التمييز بين :
  - إذا بيع العقار لعدة أشخاص على الشيوخ هنا يجوز للشفيع أن يأخذ الشفعة في العقار بأكمله ، أو في حصة أحد المشتريين فقط .
  - إذا بيع العقار لعدة أشخاص و كان منهم حصة مفرزة فيه ، هنا تعدد الصفقات و نكون بصدد عدة بيوع بقدر عدد المشتريين ، و يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة الحصص التي تتوافر فيها شروط الشفعة ، دون أن يكون هناك تجزئة للصفقة .<sup>1</sup>

#### خامسا : موانع و مسقطات الشفعة .

##### أ ) موانع الشفعة :

- نص المشرع الجزائري في المادة 798 على أنه " لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون .
- و إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .
- إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة .

#### 1 - البيع بالمزاد العلني :

- ينتج من قراءة نص المادة 798 ق.م على عدم جواز الشفعة في حالة البيع بالمزاد العلني ، يلاحظ أن المزايدة التي تمنع الشفعة في البيع هي المزايدة العلنية التي تحصل بالنداء

بالأثمان فمثل تلك المزايمة هي التي تمكن الشفيع من الدخول فيها و متابعة الزيادة إن أراد أن يرسو المزاد عليه و ذلك وفق إجراءات أمام القضاء أو أمام الإدارة.<sup>1</sup> أما البيع بالمزاد العلني الذي يجريه الأفراد بمعرفتهم دون أن يتم أمام القضاء أو دون إتباع الإجراءات التي رسمها القانون ، فلا تجوز الشفعة فيه لعدم توفر الضمانات التي يتطلبها القانون لكفالة البيع و إيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر مثال ذلك بطريق المصاريف المغلقة.<sup>1</sup> و الحكمة في المنع في هذه الحالة بحيث تكون فرصة متاحة للشفيع لدخول المزاد و أخذ العقار بالمزايمة دون حاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد ، بموجب هذا المنع المفروض تؤدي المزايمة ثمارها من الحصول على أعلى ثمن بعد أن تحرر المزايدون من خطر التهديد بأخذ العقار من بعد بالشفعة.<sup>3</sup>

## 2 – البيع بين الزوجين أو بين الأقارب أو الأصهار لدرجة معينة :

فرض المشرع الجزائري عدم جواز الأخذ بالشفعة في الفقر 02 من المادة 798 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه " لا شفعة ...إذا وقع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية ".<sup>4</sup>

كما أن المشرع المصري حدد على سبيل الحصر الفئات التي تتمتع الأخذ منها بالشفعة و هي :

- بيع المالك لفروعه مهما نزلوا أو لأصوله مهما علوا .
  - بيع الزوج لزوجته ، و بيع الزوجة لزوجها .
  - بيع المالك لأقاربه النسب الحواشي لغاية الدرجة الرابعة كالأخ و ابن الأخ و العم و الخال و أولاد الخال أو الخالات أو العمات .
  - بيع المالك لأحد من أصهاره لغاية الدرجة الثانية ، كالبيع لوالد الزوجة أو أخيها .
- و في القانون اللبناني لا تستمتع دعوى الشفعة في البيع الحاصل في الزوجين أو الأصول و الفروع أو الإخوة أو الأخوات .

- 1 – أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 248.
- 2 – محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 223.
- 3- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 248.
- 4- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 251.

### 3 – البيع الحاصل على العقار ليكون محل عبادة :

لا يجوز لأخذ بالشفعة إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل العبادة لتوسيعه أو لتسيير الدخول إليه أو لتخزين بعض المفروشات الخاصة به أو لإقامة العاملين فيه .

و ينطبق على ذلك :ل دور العبادة كالمساجد و الكنائس و المعابد ، و لا ينطبق الحكم على الأعمال الخيرية الأخرى كالمستشفيات و الملاجئ و المدارس .<sup>1</sup> و قد نص المشرع الجزائري على هذه الأمثلة في الفقرة 03 من المادة 798 من القانون المدني الجزائري بالإضافة إلى بعض البيوع المستبعدة بنصوص خاصة حسب المشرع المصري .

#### ب ( مسقطات الشفعة :

حدد المشرع الجزائري مسقطات حق الشفعة بالنص في المادة 807 من القانون المدني على أن : " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية :

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع .
  - إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع .
  - في الأحوال التي نص عليها القانون " .
- و المقصود بالأحوال التي نص عليها القانون ما يلي :
- مطابقة أحكام إعلان الرغبة – المادة 779 من القانون المدني .
  - مخالفة أحكام إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق – المادة 801 من القانون المدني.
  - مخالفة أحكام رفع دعوى الشفعة ، المادة 802 ق.م .
  - سقوط الحق في الشفعة عند عدم الإنذار و عدم تسجيل البيع بمضي مدة 15 سنة على البيع ، دون إعلان الرغبة خلالها .<sup>2</sup>

و قد نصت المادة 948 من القانون المدني المصري على سقوط الشفعة أيضا في حال تنازل عنها و قد ثار خلاف حول ما إذا كانت رخصة الشفعة تسقط لا بموت الشفيع قبل تمام الأخذ بها ، فذهب الرأي إلى أن الشفعة لا تورث استنادا إلى أنها تصريح من المادة 935 من القانون

المصري مجرد رخصة أو أن الميراث يقتصر على الحقوق بالمعنى الحقيقي و لا يمتد إلى الرخص التي تكون متصلة بشخص صاحبها يؤدي إلى سقوطها بوفاته .

و على العكس من ذلك ذهب رأي آخر إلى القول أن الشفعة تنتقل بالميراث فإذا توفي الشفيع قبل أن يعلن عن رغبته في الأخذ بالشفعة ، كان لخلفه العام أن يطلب بالشفعة مستندا في ذلك إلى الرخصة التي كانت ثابتة لمورثه و التي انتقلت إليه بالوفاة .<sup>1</sup>

أما المشرع الجزائري فلم يتطرق إلى هذه النقطة ، و لكن بالرجوع إلى المادة 01 التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر للشفعة ، و بالتالي تكون هذه المعالجة في ضوء الشريعة الإسلامية.<sup>2</sup>

**الفرع الثاني : إجراءات الحكم بالشفعة .**

تقوم الشفعة على مجموعة من الإجراءات و ذلك حتى تؤدي إلى الآثار القانونية المترتبة عنها :

**أولا : الإنذار الرسمي.** تنص المادة 940 من القانون المدني المصري على أنه : " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ، و يزداد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك .<sup>3</sup>

- يجب على من يريد استعمال الرخصة المخولة له في الشفعة أن يعلن رغبته في ذلك ، كما يجب بمقتضى المادة 940 أن يكون رسميا وإلا كان باطلا ، و يلاحظ أن الإعلان في الرغبة حسب القانون المدني المصري يكون في ميعاد 15 يوما ( مضافة إليها ميعاد المسافة اللازم ) من الإنذار الرسمي الذي يوجهه إلى البائع أو المشتري يعلن فيه بحصول البيع ، و يدعو إلى أن يبين موقفه من رخصة الشفعة و إلا سقط حقه في الشفعة ، فإذا لم يقم البائع أو المشتري بتوجيه هذا الإنذار إلى الشفيع أو كان الإعلان باطلا لعدم استيفائه البيانات اللازمة أو لعدم اتخاذ الشكل الرسمي فإن للشفيع أن يعلن رغبته في الشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل البيع .<sup>4</sup>



أما المشرع الجزائري ففرض إجراءات الشفعة في المادة 799 من القانون المدني التي تنص على أن :  
" على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها لكل من البائع أو المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإندار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه ، و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك" ، كما تنص المادة 800 من القانون المدني بأنه : "يجب أن يشمل الإندار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية و إلا كان باطلا :

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

1 - بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع و اسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و

موطنه و الأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799.

و عليه فإن إجراءات الشفعة في القانون المدني الجزائري تنفتح بهذا الإندار الرسمي الذي يوجه إلى الشفيع و إذا تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أم من طبقات متعددة و يجب أن يوجه الإندار إلى كل واحد منهم وذلك احتمال أن يترك الشفيع شفيعته فيأخذها الشفيع المتأخر .

و يشتمل الإندار على بيانات محددة تتمثل في تحديده تحديدا كافيا كبيان مساحته و موقعه و حدوده و كل

بيان يرفع الجهالة عن العقار ، بالإضافة إلى ذلك رسوم التوثيق و التسجيل و ما يماثلها من أتعاب

كمصاريف المحامين ، السماسرة ، فليس من الواجب ذكرها حيث يمكن أن تكون محل مطالبة مستقلة ،

بالإضافة إلى بيان شروط بيع العقار المشفوع فيه و يقصد بهذه الشروط تلك الشروط التي استلزم القانون

بيانه في الإندار و هي تلك الشروط الأساسية التي لا بد على الشفيع العلم بها وإذا كان شرط منح المشتري

أجلا للوفاء ببعض الثمن لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقعه من حيث الأخذ بها أو تركها

، ذلك أنه ملزم في جميع الأحوال طبقا لأحكام المادة 02/801 من ق.م بإيداع كل الثمن الحقيقي الذي

حصل البيع به بين يدي الموثق و ذلك خلال 30 يوما من تاريخ الإعلان بالرغبة بالأخذ بالشفعة و قبل رفع

دعوى الشفعة و إلا سقط حقه في الأخذ بها.<sup>1</sup>

كما أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع و ذلك تطبيقا للمادة

804 ق.م.ج بالإضافة إلى بيان اسم المشتري و البائع و لقبه و مهنته و موطنه

و ذلك يتعين تعييننا كافيًا و حتى يتمكن الشفيع من إعلان رغبته ، يجب أن يكون الإنذار رسميًا و ذلك بواسطة المحضر القضائي فلا يغني ذلك عن خطاب مسجل أو موصي عليه مع العلم بالوصول ، و كل إعلان لا يقع بهذا الشكل الرسمي المستقل لا يعد إنذار حتى لو اشتمل على جميع البيانات المطلوبة... كما يجب أن يوجه الإنذار إلى الشفيع في موطنه أي في المكان الذي يقيم فيه عادة لا في المكان الذي يباشر فيه تجارة أو حرفة حيث لا يعد المكان موطنًا له بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه الحرفة أو التجارة ، فإذا لم يشتمل الإنذار على بيان من البيانات المتقدمة ، أو لم يكن رسميًا بالمفهوم السابق أو أمكن للشفيع في غير موطنه ، فإن هذا الإنذار يعد باطلاً و لكن البطلان لا يؤدي إلى سقط حق الأخذ بالشفعة إذا لم يعلن الشفيع عن رغبته فيها خلال المدة القانونية لأن حسب المدة لا يبدأ إلا إذا كانت صحيحة .

كما قضت المحكمة العليا بأن : " المشرع قد حدد الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة في المواد 794 و ما بعدها من القانون المدني ، و حدد في أحكام المادة 799 من نفس القانون أجل شهر من تاريخ الإنذار الذي يوجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة وإذا لم يثبت أن البائع قد وجه الإنذار المنصوص عليه قانونًا لاحتساب أجل شهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله ، فإن فوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري إلى الراغب في الشفعة و المستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة لا غير ، و لما كان ذلك فإن النعي عن القرار المطعون فيه بما هو مثار من الطاعن حول العلم و السكوت في غير محله و يتعين رده لذلك استجوب رفض الطعن .<sup>1</sup>

كما قضت المحكمة العليا بأن النعي ليس في محله ، ذلك أن سريان أجل 30 يوما يبدأ من يوم تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري لمن يريد الأخذ بالشفعة طبقاً لأحكام المادة 799 من القانون المدني . حيث أن البائع أو المشتري لم يوجه أحدهما الإنذار إلى من يريد الأخذ بالشفعة ، و بالتالي فلا يبدأ السريان هذا الميعاد ، و من ثم يحق للشفيع أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في أي وقت ذلك أن

القانون لا يأخذ بالعلم الواقعي ، وإنما يعتمد فقط بالعلم القانوني ، و تبعاً لذلك فلا يسري الأجل في الحق من يريد الأخذ بالشفعة ، مدام لم يعلم بالطريق القانوني .

### ثانياً : التصريح بالإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

إذا وقع بيع العقار الذي تجوز فيه الشفعة و توافرت شروط الأخذ بالشفعة يفتح بذلك لمن قام به سببها خيار الشفعة في هذا العقار بإرادته المنفردة و استعمال هذا الخيار بإعلان الرغبة هو العنصر الأساسي و الجوهرية الذي يحقق الشفعة.

#### أ) شروط إعلان الرغبة :

إن المشرع فقد اشترط شروطاً محددة من حيث الشكل و من حيث الأشخاص الذين يوجه إليهم الإعلان ، و الميعاد الذي يتم الإعلان فيه :

#### 1 - شكل إعلان الرغبة :

اشترط المشرع أن إعلان الرغبة في الشفعة يكون رسمياً و إلا كان باطلاً و ذلك وفقاً لأحكام المادة 801 ق.م التي تنص على أنه " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلاً " . و للتوضيح نورد وقائع قضية عرضت على المحكمة العليا عن طريق الطعن بالنقض لممارسة رقابتها على القرار المطعون فيه و ذلك كما يلي : " إن الطاعنة تملك عقاراً مشاعاً مع مطعون ضدها باعت حصتها إلى أجنبي فمارست تلك الطاعنة حقها في الأخذ بالشفعة و صرحت الرغبة بواسطة المحضر القضائي بتاريخ 1993/06/22 م و أن المحكمة الابتدائية رفضت الدعوى لعدم استيفاء الشروط الشكلية للشفعة و أن المجلس القضائي حكم بتأييد الحكم المستأنف و أن المحكمة العليا حكمت بنقض و إبطال القرار المطعون فيه " <sup>1</sup>.

#### 2 - الأشخاص الذين يوجه إليهم إعلان الرغبة :

اشترط المشرع الجزائري في المادة 799 من القانون المدني " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري " . و معنى ذلك أن إعلان الرغبة يجب أن يوجه

إلى كل من البائع و المشتري فإذا تعدد البائعون أو المشترون إعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني .

و إذا كان بهذا الإعلان ناقصا ، فللشفيع أن يكمل هذا الإعلان يطلب لاحقا و لا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع و المشتري في الميعاد القانوني و إلا سقطت الشفعة ، و ذلك لأن الطلب الذي يقدم في الميعاد القانوني و كان ناقصا فلا يعتد به أيضا .

واجب على الشفيع إعلان رغبته إلى كل من الباعين و المشتريين في موطنه أي في محل إقامته المعتادة وفقا لنص المادة 36 من القانون المدني التي تنص على أن " موطن كل جزائري هو المحل الرئيسي الذي يوجد فيه سكنه الرئيسي ، و عدم وجود سكنى يحل محلها مكان الإقامة العادي " .

### 3 – ميعاد إعلان الرغبة :

من الثابت أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فله أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع و المشتري دون أن يصله إنذار رسمي المشار إليه في المادة 799 من القانون المدني ، لكن يجب لأن يعلن رغبته خلال 30 يوما من هذا الإنذار في حالة ما إذا أُنذر رسميا ، و إذا لم يحصل الإنذار و سجل عقد البيع فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع .

و ذلك وفقا لما نصت عليه المادة 807 الفقرة الثانية بقولها " لا يمارس حق الشفعة ... إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون " . فإذا لم ينذر الشفيع و لم يسجل عقد البيع فلا يسقط الحق في إعلان الرغبة ما لم يسقط حقه بالتقادم . و هي تسقط بمضي التقادم الطويل و هي 15 سنة .

و من بين حالات إعلان الرغبة في حالة ما إذا وقعت في حالة الإنذار بالبيع فيتعين عليه الأخذ بالشفعة خلال 30 يوما من تاريخ الإنذار حسب نص المادة 799 ق.م بقولها " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ

الإذار الذي يوجه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه و يزداد عل ذلك مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك . و في هذه الحالة يجب لصحة إعلان الرغبة و إنتاجه لأثاره:

- حصول إذار صحيح للشفيع من البائع أو المشتري .

- تحقق إعلان الرغبة خلال الميعاد المحدد محسوبا من تاريخ الإذار المذكور .

و بالنسبة لحالة تعدد الشفعاء يجب توجيه الإذار إليهم جميعا على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء و يتم إذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل واحد منهم ، أي في محل إقامته المعتاد .

أما بالنسبة لتحقيق إعلان الرغبة فيجب أن تتم على النحو المذكور في المادة 799 من القانون المدني ، في 30 يوما من تاريخ الإذار ، و عليه فواقعة الإذار هي التي تفتح الميعاد المذكور و ليست أي واقعة أخرى ، فلا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع مثلا حتى و لو أقام الدليل ، لأن الميعاد لا يسري من هذا الوقت ، و إنما من وقت وصول الإذار إليه ، و بحسب ميعاد 30 يوما طبقا لما تقتضي به القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

كما أن اجتهاد المحكمة العليا أنه إذا لم يوجه البائع أو المشتري الإذار المنصوص عليه في المادة 799 ق.م إلى من يريد الأخذ بالشفعة و من حق الشفيع أن يعلن رغبته في أي وقت لأنه يؤخذ بالعلم القانوني ولا يعتد بالعلم الواقعي ، يضاف إلى ذلك ميعاد المسافة إذا اقتضى الأمر ذلك .

و بالنسبة لميعاد الإعلان الرغبة في حال عدم الإذار بوقوع البيع ، أو كان الإذار باطلا ، غير أن المشتري سجل عقد البيع في الشهر العقاري ، فقد منح المشرع الجزائي أجلا آخر للشفيع يبدأ من تاريخ البيع و هو مدة سنة تطبيقا للمادة 807 ، فالمشرع يفترض علم الشفيع علما كافيا بوقوع البيع و هو افتراض لا يقبل العكس ، بحيث لا يجوز للشفيع أن يدعي عدم علمه بهذا البيع لأن وظيفة التسجيل هي الدلالة على وقوع الإشهار<sup>1</sup> .

كما أن ميعاد سنة يبدأ حسابه في اليوم الموالي لعملية التسجيل حتى لا يكون الميعاد ناقصا ، و تحسب مدة السقوط بالتقويم الميلادي طبقا للقواعد العامة الواردة في المادة الثالثة من القانون المدني ، و أن جميع المواعيد تحسب كاملة ، فلا يحسب يوم بدايتها و لا يوم نهايتها ، و إذا

1- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 214-215.

صادف آخر الميعاد يوم العطلة امتد إلى أول يوم عمل يليه ، و يقع عبء إثبات استعمال رخصة الشفعة خلال سنة من يوم تسجيل عقد البيع على عاتق الشفيع ، يتضح مما سبق أن المشرع يرتب البطلان في حالة تخلف الشكل الرسمي لإعلان الرغبة في الشفعة .

أما بالنسبة لحالة عدم إنذار الشفيع كان باطلا ، و ألا يتم تسجيل عقد البيع فله إعلان الرغبة في أي وقت ، إذ لا يوجد في القانون المدني ميعاد لإعلان الرغبة من تاريخ العلم بالبيع ، و عليه لا يتصور سريريا المواعيد السالفة الذكر في حق الشفيع .

لقد نص المشرع في المادة 801 الفقرة الأولى من القانون المدني على أنه " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا و لا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا " يتضح من استقراء نص المادة المذكورة على أن المشرع اشترط أن يكون الإعلان بالرغبة في شكل رسمي بالنسبة للشفيع ، و تحرير عقد من قبل الموثق تطبيقا للمواد 801، 324، 324 مكرر 1 ، بعد أن يثبت له صفته طبقا لما ينص عليه القانون و إلا كان التصريح باطلا<sup>1</sup> ، و قد نص المشرع المصري على هذه الإجراءات السابقة في القانون المدني المصري في المواد 940 إلى 947 مع الاختلاف في بعض الأحكام.<sup>2</sup>

### ثالثا : إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق.

للاستيثاق من جدية الأخذ بالشفعة و لتضييق منها ، فقد أوجب المشرع على من يريد الأخذ بالشفعة أن يودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق ، في الميعاد المحدد و إلا سقط حق الأخذ بالشفعة و هذا ما نصت عليه المادة 02/801 على أنه " يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ، بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة"

1- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص 217-218.

2 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 472-473-474.

إن المشرع ألزم الشفيع ثمن البيع و المصاريف و ذلك قبل رفع الدعوى مما يتعين قوله بأن المشرع قد اشترط لقبول دعوى الشفعة أن يقوم بإيداع كل الثمن و المصاريف لدى الموثق قبل رفع الدعوى و يقصد بمصاريف رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ، رسوم تسجيله و شهره في المحافظة العقارية ، رسوم استخراج الشهادات العقارية و التوثيقية ، رسوم معاينة العقار المشفوع فيه إن وجدت ، كما أنه يمكن أن يتم هذا الإيداع عقب إعلان الشفيع رغبتة في الأخذ بالشفعة أو عند إعلان هذه الرغبة ، فيضمن الشفيع إعلانا بيانيا ، بأنه قد أودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق و يجوز أن يتأخر الإيداع إلى ما بعد ذلك حتى يتمكن الشفيع من تدبير و جمع الثمن ، و لكن لا يجوز أن يتأخر 30 يوما من وقت إعلان طلب الشفعة أي من وقت وصول هذا الإعلان إلى البائع أو المشتري ، هذا و قد ذهبت المحكمة العليا إلى عكس هذا الرأي و قررت بأن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا ، كما لا يحتج به ضد العير إلا إذا كان مسجلا و يجب أن يتم إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة ، و ذلك بشرط أن يكون الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة و إلا سقط حقه فيها .<sup>1</sup>

#### رابعا : آثار الشفعة .

##### أ) انتقال ملكية العقار إلى شفيع آخر :

تنص المادة 803 ق.م.ج على أن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل ، و يؤدي ذلك إلى أن الشفيع يمتلك العقار من وقت تسجيل الحكم بالشفعة ، و تسجيل الاتفاق أي أن الحكم منشأ لحق الشفعة و ليس مقرر له<sup>2</sup> . مع الإشارة إلى أن الشفيع يحتفظ بنفس شروط البيع التي تعاقد عليها بائع العقار مع المشتري و التزاماته .

## ب) حلول الشفيع محل المشتري :

تنص المادة 804 ق.م.ج " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوق و التزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع ، و لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة .

فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة و تم تسليم به ذلك ، هنا تثبت الشفعة بالتراضي وإذا لم يقبل المشتري التسليم لحق الشفيع تم إتباع الإجراءات القانونية و في هذه الحالة لا تثبت الشفعة بالتراضي<sup>1</sup> ، و يترتب على ذلك حلول الشفيع محل المشتري في جميع ماله من حقوق و ما عليه من التزامات و يحل محله في نفس الرابطة العقدية مع البائع و يتم هنا الحلول من تاريخ الحكم بثبوت الشفعة للشفيع .

## خامسا : كيفية رفع دعوى الشفعة و ميعادها .

### أ) إيداع العريضة و التكاليف بالحضور :

لم يضع المشرع الجزائي قواعد خاصة لرفع دعوى الشفعة في القانون المدني مما يتعين معه الرجوع إلى قواعد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث ترفع الدعوة إلى المحكمة إما بإيداع عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة و موقعة لدى كاتب الضبط و إما بحضور المدعي أمام المحكمة ، و في الحالة الأخيرة يتولى كاتب الضبط أو أحد أعوان كتاب الضبط تحرير محضر بتصريح المدعي الذي يوقع عليه . أو يذكر اسمه فيه و أنه لا يمكنه التوقيع طبقا للمادة 14 من ق.إ.م.إ.

و تقيد الدعوى المرفوعة أمام المحكمة في سجل خاص تبعا لترتيب ورودها مع بيان أسماء الأطراف ورقم القضية و تاريخ الجلسة طبقا للمادة 16 من ق.إ.م.إ.

و عليه فإن رفع دعوى الشفعة تكون بقيام الشفيع بإعداد و تحرير عريضة افتتاحية مؤرخة و موقعة من المدعي أو وكيله يضمنها بعد الدباجة و الشكل و الموضوع بحيث يلخص الطلب و مستنداته ، و أن تكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعي عليه و يقدمها إلى كاتب ضبط المحكمة الخاصة ، و أن يكون ذلك أمام القسم العقاري ، يقوم كاتب الضبط بقيد الدعوى في سجل



خاص من نفس اليوم و إعطاء رقم للقضية تبعا لورودها في السجل مع تحديد تاريخ الجلسة و يقوم بالاحتفاظ بنسخة و يسلم إلى المدعي بعد التأشير عليها<sup>1</sup>.

ثم يقوم بإجراءات التكليف بالحضور أمام المحكمة في الجلسة المحددة و لهذا الغرض يقوم بالاتصال بالمحضر القضائي و يسلمه نسخة من العريضة الافتتاحية ليقوم بتبليغ التكاليف إلى المدعي عليه ، طبقا لأحكام المادة 19 من ق.إ.م.إ. و يجب أن يتضمن التكليف للحضور ، البيانات المنصوص عليها في المادة 18 من ق.إ.م.إ. المشار عليها سابقا .

و عندما يسلم المحضر القضائي نسخ العريضة الافتتاحية فإنه يقوم بتحرير محضر التكليف بالحضور طبقا للمادتين 18 و 19 من ق.إ.م.إ. و يجب أن يتضمن :

- اسم و لقب المحضر القضائي و عنوانه المهني و ختمه و توقيعه و تاريخ التبليغ .

- اسم و لقب المدعي و موطنه .

- اسم و لقب الشخص المكلف بالحضور و موطنه .

- تسمية و وظيفة الشخص المعنوي و مقره و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي .

- تاريخ الجلسة و ساعة إنعقادها .

يقوم المحضر القضائي بتبليغه إلى المدعي عليه في أجل 30 يوما المحددة في المادة 802 من ق.المدني

و عليه يكفي للشفيع أن يقوم خلال الثلاثين يوما بقيد الدعوى لدى كتابة الضبط المحكمة المختصة و

بذلك يكون قد قطع سريان هذه المدة ، بعد أن يكون قد أودع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق و أعلن

رغبته في الأخذ بالشفعة إلى البائع و المشتري بعقد رسمي و تسجيله بالشهر العقاري و طبقا لإجراءات

المادة 801 ق.م و بذلك يصبح مطمئنا لما قام به من إجراءات و ذلك بالتصريح بإعلان رغبته في الأخذ

بالشفعة<sup>2</sup>.

و الجدير بالذكر أن عريضة افتتاح دعوى الشفعة لا تخضع لعملية الشهر المنصوص عليها في المادة

85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم

بموجب المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19

1- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، 231.

2- أحمد خالدي ، المرجع السابق ، ص232.

و أن المشرع في مجال المحافظة العقارية و السجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي و من هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعة التأثير على فحوى العقد المشهر في ذاته من حيث البيانات الخاصة للعقار أو الحقوق العينية الواردة عليه كما هو الشأن بالنسبة للدعوى التي خصتها بالذكر المادة 85 من المرسوم أعلاه .

و يجب على المحضر القضائي مراعاة الميعاد المقرر قانونا و هو 10 أيام على الأقل للنظر في الجلسة من يوم تسلم تكليف بالحضور و تمدد المدة إلى شهر واحد إذا كان مقيم في تونس أو المغرب و شهرين إذا كان يقيم في بلاد أخرى .

و يحسب ميعاد الثلاثين يوما الواجب رفع الدعوى و قيدها خلاله من اليوم التالي الذي أعلن فيه كل من البائع و المشتري بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإن أعلن المشتري في يوم و أعلن البائع في يوم آخر فإن الميعاد يكون من اليوم التالي الذي أعلن فيه البائع لا من اليوم الذي وقع التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة.

و ثار خلاف حول ما إذا كان هذا الميعاد يزداد عليه ميعاد إذا اقتضى الأمر و لعل السبب يعود إلى أن المشرع قد ذكر ميعاد المسافة في المادة 799 من ق.م حيث نص على إضافته للمدة المحددة لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة بينما سكت عن ذكره في المادة 802 ق.م بالنسبة إلى المدة المحددة لرفع الدعوى.<sup>1</sup> مع الملاحظة أنه إذا تصادف أن وقع اليوم الأخير من ميعاد الثلاثين يوما من أيام العطلة الرسمية امتد الميعاد إلى أول يوم عمل يلي انتهاء العطلة .

و بعد ميعاد الثلاثين يوما من مواعيد السقوط لا التقادم فلا يقبل الوقف و يسري في حق الغائب و ناقص الأهلية و هو لا يقبل الانقطاع إلا بتقديم عريضة افتتاح الدعوى إلى كتابة ضبط المحكمة ، فإذا لم يراع الشفيع الميعاد المحدد سقط حقه في الأخذ بالشفعة و في إمكان البائع و المشتري التمسك بهذا السقوط في أي حالة تكون عليها الدعوى .

## ب ) الأشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى :

نص المشرع في المادة 802 من ق.م على أنه ط يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 و إلا سقط الحق " .

إن الأخذ بالشفعة يعد عملا من أعمال التصرف و ليس من أعمال الإدارة و لذلك يشترط في الشفيع أهلية التصرف فإذا كان كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من ق.م غير محجوز أن يرفع دعوى الشفعة سواء بنفسه أو بواسطة وكيل ، و يشترط أن تكون الوكالة خاصة طبقا لأحكام المادة 374 من ق.م التي تنص على أنه " لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة و لاسيما في البيع و الرهن و التبرع و الصلح و الإقرار و التحكيم و توجيه اليمين و المراقبة أمام القضاء " <sup>1</sup> .

أما إذا كانت الوكالة عامة لا تصح نيابة الوكيل عن الموكل في رفع دعوى الشفعة ، إلا إذا أجاز الموكل عمل وكيله ، فالإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة .

أما إذا كان الشفيع ناقص الأهلية محجوزا عليه فإن رفع دعوى الشفعة تكون من الوالي أو الوصي أو القيم فإن لم يكن للقاصر ولي أو وصي أو قيم عين له القاضي ( رئيس المحكمة ) مقدما ليأخذ بالشفعة ، و تنقض الشفعة إذا كان بها عين فاحش بالنسبة للقاصر و يتعين على الوالي أن يعين صفته في الأخذ بالشفعة و في إعلان الرغبة و في عريضة الدعوى و إلا سقط حق القاصر في الشفعة ن كما أنه يجب أن يوضح الشفيع بأنه يشفع بصفة و ليا طبيعيا على أولاده و يلاحظ أنه إذا طلب الوالي أو الوصي الشفعة لنفسه أصالة فظهر أن العقار الذي يشفع فيه مملوك القاصر المشمول بولايته أو وصايته فلا يصلح طلبه للشفعة نيابة عن القاصر بل لا بد من طلب جديد باسم القاصر يقدم في الميعاد القانوني لأن القاصر ليس بوسعه رفع دعوى الشفعة إلا عن طريق وليه أو وصيه .

و أما على من ترفع دعوى الشفعة ؟ فهي ترفع على البائع أو البائعين و على المشتري أو المشتريين جميعا فإن رفعت على البعض دون البعض الآخر كانت الدعوى غير مقبولة و تعرض

حق الشفيع للسقوط متى كان الشفيع قد أُنذر بالبيع و تضمن الإنذار أطراف عقد البيع ، أما إن لم ينذر و رفع الدعوى على البائع و المشتري اللذين علم بهما ثم يتبين وجود بائعين و مشتريين آخرين فلا يسقط حقه في الشفعة بل يتعين عليهم إدخالهم في الدعوى أي في الخصام ، و لو بعد انقضاء الثلاثين يوما و متى رفعت الدعوى في موعدها فلا يؤثر ذلك .<sup>1</sup>

و نود أن نشير في هذا المقام إلى حالة قد تحدث عمليا و هي حالة تعدد الشفعاء المنصوص عليها في المادة 796 من ق.م فقد ترفع دعوى الشفعة من قبل الشفيع أدنى مرتبة من صاحب الحق و يحدث ذلك عندما لا ينذر أي من الشفعاء و حينئذ لا يترتب على ذلك سقوط حق الشفيع الأعلى مرتبة إلا في حالة واحدة عندما يصدر حكم نهائي في الدعوى ، و يتم تسجيله و إشهاره و لم ينقضي ميعاد السنة على هذا التسجيل باعتبار أن الحكم هو سند تملك الشفيع ، و بمثابة عقد بيع حقيقي حلت فيه سلطة القضاء محل إرادة البائع .

فإن كان الحكم لم يصدر بعد في رفع الدعوى فيجوز للشفيع الأعلى مرتبة أن يتدخل هجوميا في دعوى الشفعة طبقا لأحكام المادة 13 المنصوص عليها في ق.م.إ. طالبا رفضها و أحقيته في أخذ العقار المشفوع فيه بالشفعة و حينئذ يعتبر مدعيا في دعواه ضد البائع و المشتري و الشفيع الأدنى مرتبة ، و من ثم يلتزم به الشفيع الذي لم ينذر الشفيع بالبيع فيجب عليه إعلان عن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع و المشتري ثم إيداع ثمن البيع ، المصاريف لدى الموثق محرر عقد البيع ، و رفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تمام هذا الإعلان ، و لما كانت دعوى الشفيع الأعلى مرتبة ترفع هنا بطرق التدخل الهجومي في الخصام ، و ذلك بإثبات الطلبات كتابية بعريضة تودع في كتابة الضبط بعدد الخصوم مع دفع الرسوم القضائية ، أمكن الاستغناء عن إعلان الرغبة لتحل محله عريضة الدعوى إذ يقوم المتدخل في الخصام بتبليغ التكاليف بالخصوم إلى أطراف الدعوى عن طريق المحضر القضائي ، بناء على أحكام المادة 5 من القانون رقم 31/91 المؤرخ في 1991/01/08 تنفيذا لأحكام المواد 14.15.16.17 و 20 من ق.م.إ. .<sup>2</sup>

### ج) المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة :

وضع المشرع في م 802 من ق.م حكا خاصا يحدد المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة إذ نصت على أنه " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوما ...و إلا سقط الحق " .

و دعوى الشفعة من الدعاوي العينية حيث يطلب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه بسبب من الأسباب كسب الملكي هو الشفعة ، و ذلك فإن محكمة موقع العقار هي المختصة نوعيا بالنظر لهذه الدعوى طبقا للمادة 40 الفقرة الأولى من ق.م .إ. و بعد أن يتم رفع الدعوى خلال مدة 30 يوما المحددة من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و معنى وجوب رفع الدعوى على البائع و المشتري خلال هذه المدة أن يتم تبليغها عليهما بعريضة افتتاح الدعوى بواسطة المحضر القضائي قبل فوات المدة و هي نفس المدة المحددة لإيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق قبل رفع الدعوى تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة طبقا للمادة 02/801 من ق.م . ج .

و لكن ما الحكم في حالة ما إذا رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة ؟

إن رفع دعوى الشفعة أمام محكمة غير مختصة من شأنه قطع ميعاد السقوط المقرر في م 802 من ق.م و يستمر الانقطاع حتى صدور الحكم بعدم الاختصاص ، فيبدأ من تاريخ صدور هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه مجددا أمام المحكمة المختصة ، و ذلك إعمالا لنص م 317 من ق.م التي تنص على أنه " ينقطع التقادم بالمطالب القضائية و لو رفعت أمام محكمة غير مختصة " ، و إذا كان الميعاد المنصوص عليه في م 802 من ق.م هو ميعاد سقوط لا تقادم فإنه يجب أن يقاس على انقطاع مدة التقادم انقطاع مدة السقوط ، و بناء على ذلك تسري مدة الثلاثين يوما الجديدة من وقت صدور الحكم بعدم الاختصاص ، فيبدأ من تاريخ هذا الحكم ميعاد جديد يستطيع الشفيع خلاله أن يرفع دعواه من جديد أمام المحكمة المختصة<sup>1</sup>.

## سادسا : الحكم بالشفعة.

### (أ) طبيعة الحكم بالشفعة :

تقضي المادة 803 ق.م.ج بأنه "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند الملكية للشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

و تنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها فإذا صدر هذا الحكم لصالح الشفيع ، اعتبر هذا الحكم سندا لملكيته دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري.<sup>1</sup>

و لكن يجب توضيح ذلك على النحو التالي :

### - الملك بالشفعة :

لقد سبق بأنه يجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية لفهم أحكام الشفعة الواردة في القانون المدني ، فما لا مرأى فيه أن المشرع الجزائري قد استمد أحكام الشفعة من الشريعة الإسلامية ، حيث تعد هذه الأخيرة هي المصدر المادي أو الموضوعي للقواعد القانونية الخاصة بالشفعة ، هذا فضلا عن وجوب الرجوع إلى الشريعة الإسلامية عند تخلف النص التشريعي طبقا لما أورده المشرع في المادة الأولى من القانون المدني الصادر بالأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم ، و في مجال البحث عن حقيقة التملك بالشفعة في القانون المدني .

سوف نتعرض أولا للشفعة هل هي رخصة أم هي حق ؟ و إذا فرعنا من ذلك تعرضنا إلى طبيعة

الحكم بالشفعة ، فيتبين بأن الشفعة تمر بأوصاف أربعة هي :

### \* للشفيع حرية التملك :

و يكون ذلك قبل بيع الشريك للعقار المشفوع فيه ، فالشفيع قد يتضرر من بيع شريكه لنصيبه في الملك ، و لكن هذا الحق لا يتعلق بعين العقار المملوك للغير ، و ليس له حق المطالبة به قبل البيع ، لأن هذا الحق هو حرية التملك و عدم وجود المانع منه عند إرادة المالك أن يبيع ، كما أن حرية التملك و عدم وجود المانع منه إرادة المالك أن يبيع كما أن حرية التملك في الشفعة لا تثبت للشفيع سلطة على العقار المشفوع فيه و المملوك لشريكه ، و لا يملك بإرادته وحده أن يملكه ،

بل ربما لا تثبت له حق الشفعة مطلقا العدة إرادة الشريك في العقار بيع عقاره أو التصرف فيه بطريق يؤدي إلى ثبوت الشفعة ، فتبقى هذه الحرية حرية فقط و لا تصل إلى درجة الرخصة أو حق التملك ، و بتعبير علماء الشريعة لا تصل إلى درجة الثبوت و الوجوب .

### \* للشفيع رخصة التملك .

حرية التملك الثابتة للشفيع ، تعني كما قلنا ليس له سلطة على العقار المملوك للغير و ليس لإرادته صفة في تملك العقار المشفوع فيه المملوك للغير ، بل ربما لا تتاح له فرصة طوال حياته ، و في أن يملك العقار عن طريق الشفعة لعدم وجود البيع أو التصرف المثبت للشفيع ن و لكن إذا رغب الشريك في بيع عقاره لغير الشفيع و تم البيع ، يثبت حق الشفعة للشفيع ، و ارتقى حقه و لم يبق كما كان حرية في التملك ، وإنما أصبح رخصة في التملك أو حقا ثابتا وواجبا و لكنها رخصة مجردة عن الملك لا تصل إلى حق الملك ، و إنما كان حقه الثابت في الشفعة أول المرحلة الوسطى من حرية التملك و حق الملك ، و بثبوت الرخصة للشفيع أصبح الأمر بإرادته وحده و صار مخيرا بين الأخذ بالشفعة جبرا عن المالك، أو رفض الأخذ بها و سقط حقه في ذلك<sup>1</sup>.

### \* للشفيع حق التملك :

حق التملك قد يتقرر في عين معينة لم تملك بعد، و إن كان لصاحبه نوع ملك غالبا و الشفيع يكون له بعد طلب الشفعة و الإشهاد عليه حق في التملك ، و هذا هو الحق المؤكد بالطلب .

### \* للشفيع حق الملك :

إن حق الملك هو الحق المقرر في عين معينة ، و انتقل ملكها لصاحب الحق ، فالشفيع يكون له حق الملك إذا أخذ العقار المشفوع فيه برضاء المشتري أو جبرا عنه بحكم القضاء، و لذلك فإن المشتري يظل مالكا للعقار المشفوع فيه ، حتى حصول رضاه و تسليمه بالشفعة أو حتى صدور حكم القضاء بذلك ، و إن الشفيع لا يحصل له الملك إلا بعد حصول هذا الرضا أو صدور حكم قضائي.

## ب) طبيعة الحكم بالشفعة في القانون المدني الجزائري :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني على أنه " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية .....". و هذا التعريف صحيح للشفعة يتفق مع ما رأيناه في توضيح الشفعة ، فعند صدور بيع العقار المشفوع فيه من الشريك ، يكون للشفيع رخصة التملك ، فالمشرع قد عرف الشفعة تعريفا منطقيا صحيحا لا غبار فيه. تنص الفقرة 1 من المادة 804 من القانون المدني بأن " يحل الشفيع بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع حقوقه و التزاماته " . و بما أن الشفيع لا يكون له حق التملك إلا بعد حصول رضا المشتري أو صدور حكم القضاء فإن من المنطقي أن يكون حلول الشفيع محل المشتري في الصفقة ابتداء من تاريخ هذا الرضا أو القضاء ، فمنطق حلول هو أخذ وضع المالك ، و بالتالي لا يمكن أن يرجع هذا الحلول إلى تاريخ البيع ، حيث لم يكون للشفيع سوى رخصة التملك ، كما لا يمكن أن يرجع هذه الحلول إلى تاريخ إعلان الرغبة و تسجيلها أو تاريخ رفع الدعوى.

الشفيع لا يتقرر له حق الملك إلا بوقوع التراض أو صدور حكم قضائي فيترتب على ذلك بالضرورة أن يكون حكم القضاء بالشفعة ، هو الناقل لحق الملك منذ لحظة صدوره فقط لا قبل ذلك إن القول بالأثر المقرر للحكم بالشفعة معناه رجوع أثر هذا الحكم إلى تاريخ سابق على صدوره ، فالقول بذلك لا يخرج هذا الأثر أي رجوع ملكية الشفيع إما إلى تاريخ البيع ، أو إلى تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة و تسجيلها أو إلى تاريخ رفع الدعوى و لكننا رأينا أن الشفيع لا يكون له قبل حصول الرضا أو القضاء أي حق ملك و أن هذا الحق لا يكون إلا بعد حصول التراضي أو صدور حكم القضاء ، و لذلك يتعذر منطقيا اعتبار الحكم بالشفعة من الأحكام المفترزة للحقوق و عليه فإن حق الشفيع لا يكون إلا من وقت التراضي أو صدور الحكم القضائي و إن المشتري قبل حصول ذلك يكون مالكا للعقار المشفوع فيه ملكية تامة ، فإذا ما وقع التراضي أو صدر الحكم القضائي بثبوت الشفعة للشفيع ، فإن انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع يكون من المشتري و ليس من البائع ، و بذلك يكون الحكم ناقلا للملكية ، كما أن عقد البيع ينقل الملك من البائع إلى المشتري ، فكذاك الحكم بالشفعة ينقل الملك المشفوع فيه من المشتري إلى الشفيع.<sup>1</sup>

## ج) الحكم بتثبيت حق الشفعة :

لقد عرفنا سابقا بأن الشفعة هي رخصة تجيز لشخص يسمى الشفيع الحلول محل المشتري في عقد بيع عقاري في حالات معينة و يكون هذا الحلول عن طريق إعلان الرغبة في استعمال حقه ، ذلك أن هذا الحلول لا يتم تلقائيا إعلان الشفيع عن رغبته قد لا يلقي في بعض الأحيان إيجابا ، فإذا أظهر المشتري نيته أبرم عقد الحلول و انتقلت الملكية بموجب هذا العقد و يصبح هذا الأخير برفع دعوى قضائية وفق



الإجراءات المنصوص عليها سابقا ضد كل من البائع و المشتري من أجل استصدار حكم قضائي يمكنه الحلول محل المشتري بعد شهره و هذا ما نصت عليه المادة 803 من ق.م " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري ".  
و تنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها فإذا صدر الحكم لصالح الشفيع اعتبر هذا الحكم حينئذ سندا لملكيته دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري.<sup>2</sup>  
و يتضح مما سبق أن الشفعة تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية العقارية وفق أحكام قضائية مثبتة لها وإذا توافرت فيها الشرط و الأركان المنصوص عليها قانونا تؤدي إلى نقل ملكية العقار.

---

1 - أحمد خالدي ، المرجع السابق ، 241.242.243.244.245.

2 - حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 50.

## المطلب الثاني : الميراث

يعتبر الميراث واقعة مادية يترتب عليها القانون انتقال الملكية خاصة إذا كان الشيء المورث منصبا على عقار فيجب توافر شروط معينة و إتباع مجموعة من الإجراءات سوف نتعرض لها بالتفصيل فيما بعد .

### الفرع الأول : مفهوم الميراث و شروطه.

#### أولاً : تعريف علم الميراث و التركة

(أ) **تعريف علم الميراث :** الميراث في اللغة مصدر لفعل "ورث" يرث إرثا و ميراثا و يقال ورث فلان أباه ، و يرث الشيء من أبيه .

فكل من الإرث و الميراث في الأصل مصدر للفعل المذكور ، و معناها واحد و هو البقاء أو انتقال الشيء من شخص لآخر<sup>1</sup> و في هذا جاء قوله تعالى : " و رث سليمان داود"<sup>2</sup> و قوله سبحانه و تعالى "وكنا نحن الوارثون"<sup>3</sup> و قوله عز وجل "ولله ميراث السموات و الأرض"<sup>4</sup> .

و قد يطلق على الميراث على المال الموروث و يراد منه اسم المفعول ، يقال هذا المنزل ميراث لفلان ، أي استحق ملكيته بسبب الميراث و يكون مرادفا للإرث، الأصل و البقية ، و يسمى المال هنا ميراث لأنه لقيه من شخص لمن خلفه.

و أما الميراث في الاصطلاح الفقهي ، فهو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب

الميراث سواء كان المتروك مالا أو عقارا أو حقا من حقوق الشرعية.<sup>5</sup>

و لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للميراث تاركا ذلك للفقهاء و القضاء في حين نص القانون المغربي للأحوال الشخصية في مادته 219 بأن الإرث هو انتقال الحق بموت مالكة بعد تصفية التركة لمن استحقه شرعا بلا تبرع و لا معاوضة.<sup>6</sup>

---

1- بلحاج العربي ، "أحكام التركات و الموارث" ديوان المطبوعات الجامعية ، المطبعة الجهوية لوهران، الطبعة 2007 ص.15

2 - سورة النمل الآية 16.

3 - سورة القصص الآية 58.

4 - سورة آل عمران الآية 180.

5 - بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" الجزء الثاني ،دار المطبوعات الجامعية ، ص.10

6 - بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 11.

## ب) تعريف التركة :

التركة في اللغة : ما يتركه الشخص بعد موته و تركة الميت ما يتركه من الميراث أو تركة المتروك ، و في الاصطلاح الفقهي تطلق كلمة التركة – على الميراث ، على أحد المعنيين ، معنى أعم و معنى خاص .

أما التركة بالمعنى العام : فإنها تطلق على ما تركة الميت من مال كان ملكا له أو حق مالي ، أو شبه مالي كان ثابتا و على ذلك فإنه يدخل في التركة ما يتعلق به حق الدائنين أو موصى لهم أو الوارثون . أما التركة بالمعنى الخاص : هي ما يتركه الميت من مال أو حق مالي خالص بعد سداد ديونه و تنفيذ أوصى به من وصايا و هذا هو ما يتعلق به حتى الورثة و إليه تنسب مهامهم<sup>1</sup> . و لقد اختلف الفقهاء حول تعريفها :

فقد ذهب المشهور عند حذيفة إلى القول ما يتركه الميت من الأموال صافيا عن تعلق حق الغير بعينه و تدخل ضمن ذلك العقارات و المنقولات مثلية و قيمة .

أما جمهور الفقهاء المالكية الشافعية و الحنابلة فعرفوها بتعاريف تختلف في أسلوبها و لكن يلتقي في حقيقتها إلى أن التركة هي ما يتركه الميت من أموال و حقوق و يدخل في ذلك الأعيان و ما يكون في حكم المال و جميع الحقوق كحق النفقة<sup>2</sup> .

### ثانياً : أركان الميراث .

لكي يتحقق الميراث لا بد من وجود ثلاثة أركان :

أ) **المورث :** هو الميت حقيقة بأن فارق الحياة ، أو حكما فإن حكم القاضي لموته مع احتمال حياته أو

تقديره كالجنين الذي ينفصل ميتا بعناية أمه ولم يأخذ القانون الجزائي بالموت التقديري .

ب) **الوارث :** وهو الشخص الذي يستحق حق الإرث أو التركة ، قل هذا النصيب أم كثر و ذلك

بأسباب الإرث كالقربة و الزوجية<sup>3</sup> .

1 – بلحاج العربي " أحكام الموارث و التركات " المرجع السابق ، ص 53.

2- أحمد فراج حسين ، " أحكام التركات و الموارث في الفقه و القانون " دار المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة 1999 ، ص 26-27.

**ج ) الموروث :** و هو الشيء الذي يورث عن الميت و سمي الشيء الموروث أو التركة بعناصرها المختلفة<sup>1</sup> .

فكل هذه الأركان يقوم عليها الميراث فبانعدام أحد الأركان لا يمكن تصور تركة و لا ميراث .

**ثالثاً : أسباب الميراث .**

**أ ) القرابة :** المراد بالقرابة هنا قرابة النسب لأنها القرابة الحقيقية و القرابة صلة تصل الوارث بمورثه و كأنها امتداد لحياته و هي من أقوى الصلاة الإنسانية لأنها من أصل الوجود و غير قابلة للزوال أو الإسقاط<sup>2</sup> .

و هي شمل بذلك أنواع الورثة أصحاب القروض و العصيان و ذوي الأرحام .

و عليه فإنه وطبقا لما جاء في المواد 139 إلى 142 تشمل القرابة السببية جميع أنواع القرابة كالاتي:

1 - الأصول كالأب و إن علا .

2 - الفروع ، كالابن و إن نزلا .

3 - الحواشي كإخوة المتوفى ، أشقاء أو لأب و أبنائهم وإن نزلوا .

4 - ذوو الأرحام كالخال و الخالة<sup>3</sup> .

**ب ) الزوجية :** إن عقد الزواج أمر موجب للتوارث بين الزوجين و لا يتوقف إطلاقا على الدخول فلو هلك أحد الزوجين بعد انعقاد العقد ورث فيه الآخر .

لأن العبرة بالعقد المبرم ( م 126 من قانون الأسرة ) و هذا السبب مستعاد من قوله تعالى : " و لكم

نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن وارث "<sup>4</sup> . و لفظ أزواج مشتق من الزوجية و يتطلب هذا السبب وفقا لقانون الأسرة الجديد شرطين أساسيين .

- أن يكون الزواج صحيحا .

- أن تكون الزوجة قائمة وقت وفاة المورث و لو حكما<sup>5</sup> .

1 - بلحاج العربي " أحكام الموارث و التركات " المرجع السابق ، ص 89 .

2- أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 61 .

3- بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 52 .

**ج ( الولاء :**

الولاء بفتح الواو و المد لغة : النصره و يقال نولي فلانا نصره و أحبه و اتخذه و ليا . و اصطلاحا يطلق على معينين .

احدهما ولاء العتاقة و الثاني ولاء المولاة و قد استبعد قانون المواريث التوارث بسبب ولاء المولاة لأنه و كما جاء بالمذكرة الإيضاحية لا وجود له منذ زمن بعيد فلا حاجة إليه .

و استبقى ولاء العتاقة ، و عبر عنه بالعصوبة السببية متحاشيا لفظ للولاء حتى لا يتنازل ولاء المولاة .

و تتمثل العصوبة السببية في من أعتق عبدا مملوكا له حيث يثبت للمعتق على كلفة ولاء و يسمى ولاء العتاقة أو ولاء النعمة ، فإذا مات المعتق و لا عصبه له من جهة النسب فإن المولى المعتق يكون عصبته ( ص ) " الولاء لحمه كلحمه النسب"<sup>1</sup> .

لذلك جعل الشارع في مقابل ذلك ولاء عليه ليقوم مقام القرابة السببية و يرثه إذا مات<sup>2</sup> .

**د ( موقف المشرع الجزائري :**

إن أسباب الإرث الواردة في قانون الأسرة الجزائري و بالتحديد المادة 126 من قانون الأسرة و هي الزوجية و القرابة و هي أسباب قانونية و شرعية لا يكتسب بتعاهد و لا بوصية و ليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث و لا التنازل عنها للغير .

كما أن المشرع الجزائري لم يذكر السبب الثالث الخاص بالولاء لأنه زال بزوال نظام الرق في

المجتمعات<sup>3</sup> .

## رابعاً : شروط الميراث

### أ) موت المورث :

إذا مات الشخص انعدمت أهليته للتملك فيزول ملكه إلى من يخلفه ، و الموت هو توقف القلب و التنفس في الإنسان و انعدام الحياة في جسمه ، و موت المورث إما يكون حقيقة أو حكماً أو تقديراً<sup>1</sup> .

فالموت الحقيقي هو بمفارقة الحياة ، أي بصعود الروح إلى بارئها ، و يثبت الموت الحقيقي

بالمشاهدة و المعاينة لمن حضر الموت و بالنسبة لمن يدعيه لإثبات دين أو إرث متى اتصل بها القضاء<sup>2</sup> .

فالموت الحقيقي يثبت على زيادة على ذلك في تاريخ معين و مكان معين ، و بناء على ما هو مسجل في

سجلات الحالة المدنية أو شهادة الوفاة ( م 01/26 من ق.م ) أو بالطرق القانونية حسب الإجراءات التي ينص

عليها قانون الحالة المدنية( م 01/26 من ق.م ) أما الموت الحكمي يتمثل في المفقود الذي انقطعت أخباره و لا

يعرف مكانه ، و لا حياته أو موته ، فإن طالت مدة غيابه و رفع الأمر إلى القاضي فإن هذا الأخير يحدد مدة (4

سنوات) بعد البحث و التحري عنه بكافة الوسائل، فإذا انقضت المدة حكم القاضي بموته ( م 109 ق.أ) و

عندئذ تعند زوجته عدة الوفاة<sup>3</sup>.

و من الموت الحكمي أيضا حكم القاضي بموت إنسان مع تيقن حياته و هو المرتد فإنه يعتبر ميتا من يوم

صدور الحكم و من هذا الوقت تقسم تركته ( م 138 من ق.م ) .

أما الموت التقديري فصورته كأن تكون امرأة حاملا و يقع عليها اعتداء بالضرب و ينتج عن الضرب

سقوط الجنين ميت فإنه يحكم بحياته تقديراً حتى تورث عنه غرته ( و هي دية جناية ) ، و قال جمهور الفقهاء

المالكية و الشافعية و الحنابلة أن الجنين لا يرث في هذه الحالة للشك في حياته .

و لقد نص المشرع الجزائري هذا الصدد في المادة 127 ق.أ " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو

باعتباره ميتا بحكم القاضي و لم يعتبر الموت المبني على الحياة التقديرية " <sup>4</sup>.

- 1 - أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 66-67.
- 2 - محمد العمراني ، المرجع السابق ، ص 41.
- 3- بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 53-54.
- 4- محمد العمراني المرجع السابق ، ص 54-55 .

## ب ( تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه .

يقتضي الشرط الثاني من شروط الميراث في قانون الأسرة الجزائري ضرورة وجود الوارث وقت موت مورثه ( م 128 ق.أ ) بأن يكون حيا بموت مورثه و حياة الوارث بدورها إما تكون حقيقة وإما تقديرية .

فالحياة الحقيقية هي الوجود للوارث عند موت مورثه لا قبله و لا معه و هي الثابتة سجلات الحالة المدنية و شهادة الشهود و هي البينة المقبولة شرعا بالمشاهدة و المعاينة التي تثبت تحقق حياة الوارث وقت موت مورثه.

و يترتب على أن المفقود لا يرث غيره أثناء فقده ( م 109،115 من ق.أ ) و ذلك لأن حياته وقت موت مورثه غير محققة ( م 133 ق.أ ) إنما هي مشكوك فيها و الشك مانع من موانع الإرث كما سنرى فيما بعد<sup>1</sup>.

أما الحياة التقديرية مادام في بطن أمه فحياته حياة تقديرية أو حكمية و ليست محققة و هو يستحق الإرث باتفاق الفقهاء و إن لم تتحقق حياته بعد لاحتمال عدم نفخ الروح فيه وقت موت مورثه فيوقف له فرض ما يستحقه على حياته فإن ظهر حيا أخذه و إلا فلا شيء ( م 128 ، 134 ، 173 ، 174 و 187 ق.أ ) . و هذا لا يرث الحمل في القانون الجزائري إلا إذا تحققت حياته وقت وفاة مورثه مع ثبوت سبب الميراث ، و عدم وجود مانع من موانع الميراث ( م 128 ق.أ ) بأن يولد حيا في المدة المقررة شرعا و قانونا ( م 42 ، 43 ، 174 و 187 ق.أ ) فإن أقصى مدة الحمل عشرة أشهر من تاريخ الانفصال . و يعتبر الحمل حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة بصراخ أو عطاس أو حركة أو تنفس ( م 25 ق.م )<sup>2</sup>.

أما إذا لم تثبت حياة الوارث وقت موت مورثه حقيقة أو تقديرا فلا توارث بينهما و على هذا فإذا مات جماعة و بينهم قرابة و لم يعلم ترتيب موتهم يقينا بسبب مصاب عمهم في وقت واحد

1 - بلحاج العربي " أحكام المواريث و التركات " المرجع السابق ، ص 104.

1 - بلحاج العربي " أحكام المواريث و التركات " المرجع السابق ، ص 105.

كما لو غرقوا في سفينة أو ماتوا في حرب أو حادث معا فهؤلاء و أمثالهم لا تورث بينهم لانتقاء تحقق حياة الوارث بعد موت المورث بحسب العلم و الواقع و مال كل واحد منهم لورثته.<sup>1</sup>

### ج ) عدم وجود مانع من موانع الإرث .

الشرط الثالث هو انتقاء الموانع التي تمنع الشخص من الميراث و موانع الإرث هي عبارة عن أوصاف تلحق بمن هو أصلاً أهلاً للإرث من غيره فتمنعه من الإرث في تركته و لو كانت أركان الإرث و شروطه متحققة فالموانع جمع مانع و لغة هو الحائل .

و اصطلاحاً هو ما تفوت به أهلية الإرث مع قيام سببه و سنفصل في هذا.<sup>2</sup>

### خامساً : موانع الميراث .

#### أ ) قتل المورث عمداً أو عدواناً :

اتفق جمهور الفقهاء على أن القتل من موانع الإرث لقوله عليه السلام " لا يرث القاتل " <sup>3</sup> و الحكمة في ذلك أن القاتل بتسببه في إزهاق روح مورثه يكون كأنه يستعجل حصوله على ميراثه و من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه .

وقد اختلف علماء في القتل المانع من الميراث :

- ذهب الحنابلة بأن القتل المانع من الميراث هو القتل الذي يستوجب عقوبة القصاص أو الدية أو الكفارة ، و هو القتل العمد و القتل الخطأ .
- ذهب الحنفية إلى أن القتل الذي يمنع من الميراث هو كل قتل يستوجب القصاص أو الكفارة .
- ذهب الشافعية إلى أن القتل يمنع مطلقاً من الإرث سواء كان عمداً أو خطأ ، مباشر أو غير مباشر بحق أو بغير حق .
- ذهب المالكية إلى أن القتل المانع في الميراث هو القتل عمداً و عدواناً سواء كان أصيلاً أو شريكاً ، شاهداً زوراً شهادة أدت بالحكم على المورث بالإعدام و نفذ الحكم فعلاً .



- 1- بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 56.
- 2 – بلحاج العربي " أحكام المواريث و التركات " المرجع السابق ، ص 110.
- 3 - بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 57-58.

و قد أخذ القانون الجزائري رأي المالكية فنص في المادة 135 من ق الأسرة الجزائري بأنه يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أو صافهم :

- 1 – قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا .
  - 2 – شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام و التنفيذ .
  - 3 – العالم بالقتل و تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية .
- و تنص المادة 136 من نفس القانون بأن الممنوع من الإرث للأسباب المذكورة لا يحجب غيره كما أن المادة 137 من القانون الجزائري يرى القاتل الخطأ من المال دون الدية أو التعويض.<sup>1</sup>
- ( ب ) اللعان :**

اللعان لغة : بمعنى البعد و اصطلاحا : هو ما يحصل من ملاءنة و حلف أما القضاء بين الزوجين بسبب نقي الحمل أو دعوى الرمي بالزنا و هذا وفقا للمادة 41 من قانون الأسرة ( ما لم ينف بالطرق المشروعة ) .

و اللعان هو أربع شهادات مؤكدة بالإيمان يؤديها الزوجان أمام القضاء إذا قذف الزوج زوجته بالزنا أو نفي نسب ولدها .

و نفيه للولد و بالتالي لا يرث منه و إنما يرث من أمه باعترافها أنه ابنها و بإجماع العلماء ، و اللعان بين الزوجين مانع من موانع الإرث في القانون الجزائري<sup>2</sup> ، م 138 ق.أ.ج " يمنع من الإرث اللعان " و لقوله ( ص ) " المتلاعنان لا يجتمعان أبدا " .<sup>3</sup>

### **( ج ) الردة :**

و هي خروج المسلم عن دينه ، و إعلانه الكفر به و بشريعته و حكمه في الإسلام أن يعتبر لا دين له و لو كان قد تحول إلى النصرانية أو اليهودية ، و لقد أجمع العلماء على أن المرتد عن الإسلام يستتاب و يعطى له مهلة للعدول عن رده ، فإن لم يتوب يحكم على الرجل بالقتل

---

1 – بلحاج العربي " أحكام المواريث و التركات " المرجع السابق ، ص 114-115.

2 - بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 60.

3 - رواه أبو داود .

و على المرأة بالسجن كما اتفق علماء على أن المرتد عن الإسلام لا يرث غيره ، مهما كانت ديانة المورث و لو كان مرتدا مثله ، لأن المرتد في حكم الميت .

- و يرى الإمام مالك بأن المرتد لا يرث و لا يورث و تذهب أمواله إلى بيت المال .

- و قد تناولت المادة 138 ق . الأسرة بأنها تمنع من الإرث الردة و المرتد .<sup>1</sup>

#### د ) اختلاف الدين .

من موانع الإرث اختلاف الديانة بين المورث و الوارث بأن يكون لأحدهما دين يخالف الدين الآخر و

هذا الاختلاف إما يكون بين المسلمين و غير المسلمين.

فبالنسبة لاختلاف الديانة بين المسلم و غير المسلم فإن عامة العلماء و الفقهاء و منهم الأئمة الأربعة

ذهبوا إلى أن الاختلاف في الديانة بين المسلم و غير المسلم مانع من التوارث بينهما مطلقا ، أما توريث غير

المسلمين فكان محل خلاف :

**القول الأول :** ذهب إلى أن غير المسلمين يرث بعضهم بعضا و لو كانوا أتباع ملل مختلفة.

**القول الثاني :** غير المسلمين ملل مختلفة لا يرث بعضهم بعضا .

**القول الثالث :** غير المسلمين ملل ثلاث اليهودية و النصرانية و سائر العقائد الأخرى لا يرثون

بعضهم البعض .<sup>2</sup>

إضافة إلى ما سبق ذكره من الموانع هناك مانع الرق لكن لا محل له اليوم في المجتمعات الإسلامية و

غيرها نظرا لعدم وجود الاستعباد.

و نشير في هذا الصدد إلى أن المشرع الجزائري أغفل عن ذكر اختلاف الدين كمانع من موانع الإرث

و سكوت القانون عن هذا المانع لا يعني أن المشرع أسقطه من موانع الإرث فقد جاءت المادة 222 من قانون

الأسرة مقررة الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يرد نص و الشريعة الإسلامية تمنع الإرث في حالة

اختلاف الدين.<sup>3</sup>

1 - بلحاج العربي "الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري" ، المرجع السابق ، ص 60-61.

2 - أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 81-82-83.

والجدير بالذكر أنه في حالة تخلف أسباب الميراث ووجود أحد الموانع المذكورة سالفًا وبالرغم من وجود أركان الميراث (من وارث، مورث و المال المورث عقار) فلا تنتقل الملكية عن طريق الميراث.

**الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية عن طريق الميراث.**

**أولاً : افتتاح التركة.**

هو تاريخ وفاة المورث المطلوب تحديد ورثته و إسناد المنابات له ، قصد توزيع تركة هذا المورث عليهم .

و موضوع افتتاح التركة هام جدا في علم الميراث إذ أنه يشكل المفتاح الأول للدخول في تطبيقات هذا العلم .

فتحديد الورثة و من ثم مناباتهم يتوقف على تحديد تاريخ وفاة المورث لأن الاستحقاق كله مبني على وفاة الإنسان حقيقة أو حكما في تاريخ ثابت بوثائق رسمية و في هذا التاريخ يتم تحديد من يستحق و من لا يستحق من ورثته .

و لا ننسى شيء مهم و هو تنفيذ الحقوق المتعلقة بالتركة قبل كل شيء كما هي معروفة بدءا بمؤن التجهيز و التكفين بالقدر المشروع كما ورد في قانون الأسرة الجزائري ثم تنفيذ الديون بسدادها ثم انتقالا إلى تنفيذ الوصايا إن وجدت ثم ختاماً أو وصولاً إلى حقوق الورثة و تحديداً أنصبتهم<sup>1</sup> .

**ثانياً : وقت انتقال التركة إلى الورثة و حماية حقوق الدائنين .**

من المسلم به في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة أن ضمان دائني المورث لا تمتد إلى أموال الورثة الخاصة و إنما تنحصر في تركة مدينهم من أموال خلافا لما ذهب إليه الشرائع الحديثة المستمدة من القانون الروماني حيث ألزم الوارث في الأصل ديون مورثه<sup>2</sup> في أمواله الخاصة و هذا المبدأ يستند إلى مبدأ امتداد شخص الوارث إلى شخصية مورثه ، أما الشريعة الإسلامية خلافا لما ذهب إليه الشرائع المشار إليها ، و ترغب إلى الحد من النتائج النسبية التي كثيرا ما كانت تؤدي إليها

1 - الموثق صالح ججيك " الميراث في القانون الجزائري " الطبعة الأولى 2002. الديوان الوطني للأشغال التربوية ص.149

2 - مصطفى جمال ، " نظرية الملكية " ، دار الفتح للطباعة و النشر ، ص 386.

المبالغة في الأخذ بفكرة التضامن العائلي أو القبلي من الجاهلية و مسك الشريعة الإسلامية في هذا الصدد ،  
ينتج عنه عدم إمكانية الوارث التصرف في أموال المورث و عدم إمكان دائنيه التنفيذ عليها قبل استيفاء دائني  
المورث لحقوقهم كاملة .

و أما ضمان هؤلاء الآخرين مقصور عليها و لذلك ذهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلى بطلان  
تصرف الوارث في أموال التركة قبل سداد ديونها بصفة عامة ، و يقررون تفضيل دائني المورث على دائني  
الوارث في استفاء حقوقهم من أموال التركة ، غير أن الفقه الإسلامي قد اختلف حول طريقة اعتماد المبدأ  
المذكور اختلافا ترتب عليه إثبات تحديد انتقال التركة إلى الورثة و انقسموا إلى اتجاهين أساسيين .  
**الاتجاه الأول :** يمثله الإمام مالك و يذهب إلى التركة تبقى على حكم ملك المورث حتى سداد ديونها و يترتب  
على ذلك انتقال أموال التركة إلى الوارث بعد سداد الديون .

**الاتجاه الثاني :** يمثله الشافعية و الحنابلة و يذهب إلى أن أموال التركة تنتقل إلى الورثة منذ الوفاة مع تعليق  
ديون المورث بما فيها سداد الديون و المشرع الجزائري أخذ برأي المالكي أي انتقال التركة إلى الورثة بعد  
سداد ديونه .

### **ثالثاً : شهر حق الإرث .**

إن الهدف من شهر حق الإرث مجرد التوصل إلى تسلسل الملكيات العقارية ، و لذلك أوجب  
المشرع شهر حق الإرث باعتباره عملاً أولياً<sup>1</sup> لازماً لشهر كل تصرف يجريه الوارث في العقارات  
المورثة مثل تلك التصرفات الواجبة للشهر ، و من ثم فالوارث لا يكون مجبراً على التسجيل طالما لم يقدم على  
التصرف في عقارات التركة ، و نلاحظ في هذا الشأن أن عدم شهر حق الإرث لا يترتب عليه بطلان تصرف  
الوارث في العقارات المورثة دائماً و إنما مجرد إمكان شهرها ، و لذلك فإن التصرف في عقار من عقارات  
التركة يترتب على عائق الوارث الالتزام بنقل حق المتصرف فيه و من ثم الالتزام بتسجيل حق الإرث<sup>2</sup> ، و  
باعتباره إجراءً لازماً لنقل الحق المذكور و ينصب على حق عيني عقاري من التركة و ذلك ليسجل وفقاً  
للإجراءات المنصوص عليها في قانون الشهر العقاري

1 – مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 386.

2 – عبد الرزاق السنهوري " أسباب كسب الملكية" الجزء 09 ، ص 165.

و إن عدم تسجيل حق الإرث لا يترتب عليه عدم انتقال الملكية كما هو الحال في التصرف القانوني ، و مرد ذلك إلى أن الملكية تخرج من ملك المتوفى بمجرد وفاته ، فلو جعل التسجيل شرطاً لانتقالها إلى الوارث لبقيت عقارات التركة في الفترة ما بين الوفاة و إتمام إجراءات التسجيل بلا مالك .

#### أ ( الحكم الذي يصرح بالشغور وإحاق التركة بأمالك الدولة الخاصة :

أوجب المشرع الجزائري في حالة وجود تركة شاغرة أو ليس لها مالك أو وارث طبقاً للمواد 48-51-52 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية وكذلك المواد 88-89-90-92 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و يضبط كفيات ذلك ، على الدولة ممثلة في شخص الوالي أن ترفع دعوى أمام القضاء العادي للحصول على حكم يصرح بانعدام الوارث ، و يتم ذلك بعد القيام بتحقيق من أجل البحث و التحري عن الملاك المحتملين أو الورثة ، و يترتب على الحكم التصريحي الذي يثبت شغور تركة الأملاك العقارية التي تركها المالك ، تطبيق نظام الحراسة القضائية على هذه الأملاك خلال الآجال المقررة في القانون ، و بعد انقضاء الآجال عقب الحكم الذي يثبت انعدام الورثة ، يصرح القاضي بالشغور و إحاق هذه الأملاك بملكية الدولة ، و تثبت إدارة الأملاك الوطنية تحويل ملكية العقار محل المطالبة القضائية للدولة ، و تدمجه في الأملاك الخاصة بها ، و يرجع سبب رفع الدعوى من قبل الوالي أمام القضاء العادي ، إلا أن هذه الأملاك ذات طبيعة خاصة الحامي الطبيعي لها هو القاضي العادي لا القاضي الإداري.<sup>1</sup>

#### ب ( الشهادة التوثيقية :

في حالة ما إذا توفي شخص و ترك تركة عقارية فإن الورثة في غالب الأحيان يكتفون باللجوء إلى الموثق للمطالبة بتحرير عقد فريضة اعتقاد منهم أنها الوسيلة القانونية لنقل الملكية الموروثة.<sup>2</sup>

1 – حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، طبعة 2003 ، ص 66-67.

2 – بعض الجهات القضائية تعطي الصفة لرافع الدعوى بمجرد تقديم الفريضة ، و يعد هذا خطأ في تطبيق القانون كون أن هذه الأخيرة لا تعد سوى وسيلة فنية لإثبات علاقة المورث بالورثة.

لكن الحقيقة غير ذلك لأن الفريضة هي : "ذلك العقد التصريحي الذي يكون هدفه تأسيس الحالة المدنية و نسب مختلف ذوي الحقوق في تركة المالك لأجل تحديد و تسوية حصص كل واحد منهم ". و يكون أساس الفريضة بيان الوفاة و الشهادة و تنتهي في شكل عقد توثيقي متبوع بحساب تسوية<sup>1</sup> . و إذا كانت الوفاة هي واقعة مادية يترتب على مجرد حدوثها انتقال الملكية العقارية من المورث إلى الورثة بقوة القانون " de plein droit " إعمالا بنص المادة 15 من الأمر رقم 74/75 غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يرسى مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية.

إلا أن المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 18/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في مادتيه 39 و 91 ، استوجب شهر حق الإرث المترتب عن الوفاة ، و جعل الوسيلة الفنية لذلك هي الشهادة التوثيقية .

**1- تعريف الشهادة التوثيقية :**

هي الوسيلة و الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصي لهم .

و هو ما ذهبت إليه الغرفة الأولى لمجلس الدولة في القرار رقم 602/652 المؤرخ في 10/07/2000 "غير منشور" بقوله "حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا عقد توثيقي رسمي لانتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهم المتوفى بينهما كما تشترط أحكام المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 ، و حيث أن هذا الشرط إجراء إجباري مسبق لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين.

حيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني و الإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة باعتراض بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجلها .

---

1 – الحكم الصادر عن محكمة الجزائر في 06/05/1997 ( حيث أن الفريضة هي الطريق العادي لإثبات درجة القرابة للمدعين بالحقوق في تركة ، وإن الفريضة المحررة من طرف القاضي تحوز على ميزات العقد الرسمي ) .

تعد الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية " es actes déclaratives " التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من قبل أحد الورثة و يحزر بشأنه البيانات التالية :

- الإشارة إلى الوارث الذي تقدم إلى الموثق للمطالبة بإعداد الشهادة التوثيقية .

- ذكر الحالة للمتوفى و التصديق عليها عن طريق ذكر الاسم و اللقب و الموطن و أيضا ذكر

أسماء و إثبات موطن و تاريخ ميلاد و مهنة كل وارث استنادا إلى الفريضة المعدة بعد وفاة المورث ، على أن كل هذه البيانات تعرف في التشريع الجزائري باسم الشرط الشخصي ، للأطراف المنصوص عليها بالمادة 65 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 و المتضمن تأسيس السجل العقاري .

- ذكر العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها ، و هذا بالاستناد طبعا إلى العقود

الرسمية التي تقدم للموثق من قبل الطالب في هذا الصدد ، و عليه إذا استكملت التركة على حقوق منقولة فلا يستلزم على الورثة تحرير شهادة توثيقية بذلك .

● **من يطلب بها :** على غرار طلب إعداد الفريضة فإنه يحق لكل وارث أن يلجأ إلى الموثق

يطلب منه إعداد شهادة توثيقية كما يحق لمجموع الورثة أن يوكلوا أحدهم للقيام بذلك مع ضرورة إحضار الموثق ملف يحتوي على الفريضة ، عقود الملكية ، الشهادة العقارية ...

● **متى يطلب بها :** هناك حالات معينة تقتضي استخراج الشهادة التوثيقية نذكر منها :

- عندما يريد أحد الورثة التصرف في نصيبه بالبيع و نحوه ، فإنه عملا بأحكام المادة 39 من

المرسوم رقم 63/76 . يجب عليه استخراج الشهادة التوثيقية و التي بمقتضاها يؤشر في مجموعة

البطاقات العقارية بأسماء جميع المالكين على الشيوخ و بالحصص التي تعود لكل واحد منهم إلا أنه يلاحظ أن

هناك من يذهب إلى القول بعدم وجود موجب لاستخراج الشهادة التوثيقية ، في حالة ما إذا أراد أحد الورثة

التصرف في نصيبه المشاع مادام أنه يعد مالكا بمجرد وفاة الوارث عملا بأحكام المادة 15 من الأمر رقم

1. 74/75

و من ثم يذهب هذا الاتجاه إلى استخلاص أنه لا يمكن أن يمنع القانون للشخص صفة المالك ثم عندما يريد التصرف في ملكيته تقيده بضرورة استخراج الشهادة التوثيقية .

و ما يمكن ملاحظته أن ما ذهب إليه هذا الاتجاه يعد غير سديد ، طبقا لقاعدة الأثر الإضافي للشهر المنصوص عليها بالمادة 88 من المرسوم 63/76 و التي جاء فيها بأنه : " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود لإشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...."

فمن خلال هذه المادة يتضح جليا بأنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار عقد يتضمن التصرف في عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي يعد سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه.

### 3 – الغرض من إعداد الشهادة التوثيقية :

الهدف الذي يتوخاه المشرع من استحداث هذه الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموع البطاقات العقارية هو تطبيق لمبدأ " الإضافي للشهر " هو وسيلة للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية فضلا على أن الأخذ بنظام الشهر العيني المستحث بموجب الأمر رقم 74/75 الذي يتطلب القيام بهذا الإجراء ، لأن هذا النظام معروف عنه أنه يحتاج دائما إلى تحديد المعلومات إذا لا يعقل أن يتوفى المالك سنة 1976 و تبقى الملكية مشهرة باسمه إلى غاية 2005 مثلا .



## المبحث الثاني : انتقال الملكية العقارية عن طريق الالتصاق و الحيازة .

يدخل الالتصاق و الحيازة ضمن الوقائع المادية التي تنتقل بموجبها ملكية العقار ، وقد يكون الالتصاق بفعل الطبيعة و قد يكون بفعل الإنسان ، أما الحيازة فكما نص عليها القانون حتى تكون صالحة لنقل الملكية يجب توافر مجموعة من الشروط و احترام الإجراءات المنصوص عليها في القانون ، وكل هذا سوف نفصل فيه في نقاط متعددة .

### المطلب الأول : الالتصاق أو الالتحاق .

قد تمتد ملكية الشيء إلى ما ينتجه من ثمار ، و لكن قد يلتصق به شيء آخر بصفة تبعية سواء أكان هذا الالتصاق بفعل الطبيعة أو الإنسان .

### الفرع الأول : ماهية الالتصاق .

#### أولاً : تعريف الالتصاق .

مما لاشك فيه أن جميع التشريعات قد أعطت قسطاً وافراً لتعريف الالتصاق في تشريعاتها ، إذ جعله البعض من بين أسباب كسب الملكية .

فالالتصاق هو اندماج أو اتخاذ عقارين متميزين بغير اتفاق بين مالكيهما ، و يتعذر الفصل بينهما بدون تلف فيثبت بمقتضاه لملك الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي.<sup>1</sup>

طبقاً لقاعدة : الفرع يبيع الأصل فإن ملكية الشيء تكون لملك الشيء الذي التصق به على أن يفوض مالك الأصل مالك الفرع ، كلما كان الفرع مملوكاً لملك آخر غير مالك الفرع . أو يمكن وصفه على أنه اندماج أو اتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر و مملوكين لمالكين مختلفين جون اتفاق بينهما علة هذا الاندماج<sup>2</sup> . فالالتحاق أو الالتصاق يتم عند اندماج شيئين أي عقارين مملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج ، وسيؤدي اندماج أحد الشيئين إلى الآخر إلى أن يصبح كلاهما شيئاً واحداً يتعذر الفصل بينهما دون تلف ، و يترتب على ذلك بالضرورة إسناد ملكية الشيء كما بعد الاندماج إلى أحد المالكين<sup>3</sup> .

1 – أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، الحقوق العينية الأصلية و الحقوق المتفرعة عنه ، الإسكندرية، طبع 1997 ، ص.76

2 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص. 243.

3 – محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص.169.

و على هذا فالاندماج كواقعة مادية يكون سبباً لكسب الملكية العقارية و هو سبب يفيد كسب مالك الشيء الأصلي لشيء الذي التصق به و قد اعتبر المشرع الجزائري الالتصاق بالعقار كسب من أسباب كسب الملكية و خصه بالمواد 778 إلى 791 ق.م.ج.

**ثانياً : التكييف القانوني للملكية الناشئة عن الالتصاق .**

لقد اختلف الفقه القانوني حول تكييف الملكية الناشئة عن الالتصاق إلى اتجاهين :

**الاتجاه الأول :** يرى بأن الملكية الناشئة عن الالتصاق هي امتداد للملكية الأصلية وليست ملكية مستقلة.

**الاتجاه الثاني :** يرى بأنها ملكية جديدة و مستقلة عن ملكية الشيء الأصلي .

فبالنسبة لأنصار الاتجاه الأول يتفقون حول أن الالتصاق لا يعد سببا جديدا لكسب الملكية لكنهم

يختلفون حول السبب الذي ترد عليه الملكية فذهب البعض إلى القول بأن السبب الذي ترد عليه الملكية هو امتداد

ملكية الأصل إلى الفرع باعتبار هذا الأخير يدخل في المدى الطبيعي لحق الملكية و الملكية تمتد إلى ما يكون قد

لحق العين من زيادات .

فالالتصاق بهذا المفهوم لا يؤدي إلى إنشاء ملكية جديدة بل يجعلها إلى ما يكون قد لحق العين من

زيادات .

فبالنسبة لأنصار الاتجاه الثاني الالتصاق يعد سببا مستقلا لكسب الملكية ، لكن في هذه الحالة ينبغي

التفرقة من فرضين<sup>1</sup> .

**الفرض الأول : إذا كان الشيء الجديد ناتجا عن الشيء الأصلي .**

كالثمار التي تنتج من الأرض ففي هذا الفرض نجد أن صاحب الأرض يمتلك الثمار لأن ملكية الشيء تشمل

أجزائه و ثماره و ملحقاته .

لذا يمكن القول أن الالتصاق سندا للملكية و ليس سببا للملكية فالالتصاق كسند للملكية يقوم أساسا على مبدأ

الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها .

---

1 – جمال خليل البشار "الالتصاق سبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي و القانون المدني" دار الجامعية الجديدة للنشر ، الطبعة 2001 ،

**الفرض الثاني : أن يكون الشيء الجديد غير ناتج من الشيء الأصلي.**

فإذا كان الشيء الجديد غير ناتج من الشيء الأصلي كالبناء فهو شيء متميز عن الأرض فإذا كان صاحب الأرض هو الذي أقامه فإننا نكون بصدد الالتصاق كسند للملكية.

و بالنسبة للفرض الأول نجد أن أساس تملك الشيء هم امتداد حق الملكية .

أما بالنسبة للفرض الثاني نجد أساس التملك ليس هو الامتداد الطبيعي لحق الملكية و إنما يكون هو الالتصاق كسب جديد لكسب الملكية .

و يتضح من خلال ما سبق أن للالتصاق وظائف و هي :

1- الالتصاق كسند للملكية.

2 – الالتصاق كسبب جديد للملكية<sup>1</sup> .

**ثالثاً : شروط الالتصاق :**

لا بد من توافر عدة شروط لكي يتحقق الالتصاق و يكون سبب من أسباب كسب الملكية و ذلك ما يستشف من التعريفات المختلفة .

أ ) أن يقع اندماج أو اتحاد بين عقارين ، فلا يوجد التصاق حيث يجري على الشيء أو العقار إصلاح أو تحسين ، فالإصلاحات أو التحسينات التي يجريها الحائز في ملك غيره لا يعتبر شيئاً متميزاً عن الشيء الذي يجري فيه الإصلاح أو التحسين و من ثم لا يجري عليه أحكام الالتصاق<sup>2</sup> .

و في هذه الحالة تطبق قواعد المصروفات ، أي رد ما صرف على ملك الغير و تعد من ملحقاته .

ب ) أن يكون الشئان ( العقاران ) مملوكين ، عند التصاقهما لشخصين مختلفين فمالك الأرض يمتلك ما بقيمته عليها من بناء على نفقته و ذلك حسب الأصل دون الاستناد في ذلك إلى الالتصاق<sup>3</sup> . فإذا كان العقارين مملوكين لنفس المالك كمن يقيم بناء في أرضه لماله ، فإن الملكية تكون ملكاً له دون الحاجة إلى الحديث عن الالتصاق .

---

1 – جمال خليل البشار ، المرجع السابق ، ص 74-76-77-78.

2 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1080.

3 – مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 353.

ج) عدم وجود اتفاق بين المالكين على الالتصاق ، أي أن الاندماج بين الشئيين ( العقارين ) يتم دون رضا أحد المالكين ، و إذا وجد اتفاق سابق على الاندماج ، كالمقابلة مثلا طبقت أحكامها دون أحكام الالتصاق . فعدم وجود اتفاق سابق بين المالكين المختلفين هو شرط مهم في الالتصاق ، فالصانع إذا أخذ من رب العمل المادة التي يستخدمها و أدمج فيها مادة من عنده فأصبحت شيئاً واحداً ، ملك رب العمل هذا الشيء نظراً لوجود اتفاق سابق بين المالكين.

د) أن يتحد الشئان ( العقاران ) على النحو الذي يتعذر الفصل بينهما دون تلف ، فلا يتحقق ذلك في حالة الكنز أو المنقولات المخصصة لخدمة عقار ، و هناك من الفقهاء من أضاف شرط أو مقوم آخر و هو : هـ) أن توجد بصدد عقارين أحدهما أكبر أهمية من الآخر ، أي شيء أصلي و شيء تابع ، و يترتب على الاندماج أن يصبح مالك الشيء الأصلي مالكا للشيء و التابع الذي اندمج به ، هذا مع تعويض مالكة التابع عن عقد ملكيته ، و حالة التعويض نصت عليها الفقرة 2 من المادة 783 ق.م.ج بقولها " إذا تملك صاحب الأرض المواد ، كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض عن الضرر الحاصل إذا اقتضى الحال ذلك " .

#### رابعاً : صور الالتصاق .

الالتصاق بالعقار قد يكون طبيعياً بفعل المياه " دون أن يكون للإنسان دخل في ذلك و قد يكون الالتصاق صناعياً ناتجاً عن فعل الإنسان " .

#### أ) الالتصاق الطبيعي بالعقار :

يقصد بالالتصاق الطبيعي بالعقار زيادة رقعة الأرض من جراء جريان المياه أو العوامل الطبيعية

الأخرى<sup>1</sup> .

فالالتصاق الطبيعي يتمثل في ظهور أرض جديدة بسبب فعل المياه ، و يترتب على ذلك ثبوت الملكية للأفراد للأرض التي تكونت عن طريق الطمي أو اكتساب الدولة ملكية الأراضي الجديدة في غير ذلك من الحالات ، و يحدث بفعل الطبيعة و دون تدخل الإنسان ، و يتحقق ذلك في زيادة مساحة

الأرض بسبب التعديلات التي تحدثها المياه بها سواء أكانت مياه البحر أو مياه النهر الراكدة في البحيرات و البرك<sup>1</sup>.

و لقد نص المشرع الجزائري على الالتصاق الطبيعي بالعقار ، و هذا ما يستقرأ من نص المادة 778 من ق.م بقولها : " الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطبيعة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين " ، و تكون الدولة مالكة للأرض التي ينكشف عنها البحر " ( 779 ق.م)<sup>2</sup>.

### 1- شروط الالتصاق الطبيعي بالعقار :

بناء على ما تقدم فيمكن تحديد الشروط الواجب توافره لثبوت الملكية استنادا إلى الالتصاق الطبيعي الذي لم يتدخل الإنسان في إحداثه و هي كالاتي :

#### - تكون الأرض عن طريق تراكم طمي النهر بصورة تدريجية غير محسوسة :

و العبرة في ذلك بطريقة تكون التربة و ليس بظهرها ، فيكفي أن تتكون الأرض من الطمي المتراكم الذي تأتي به مياه النهر خلال المدة اللازمة لذلك حتى و لو كشفت فجأة بعد أن علا منسوب الطمي الذي سمح بظهور الأرض التي تكونت من تراكمه التدريجي.

#### - ارتفاع هذه الأرض من مستوى مياه النهر وقت الفيضان العادي :

لا يعتمد بما قد يترتب عن الفيضان غير العادي من تغطية الأرض بالمياه ، و لا تكفي أن تعلوا الأرض عن مستوى المياه في الأوقات العادية ، إذا كانت تغطيتها مياه الفيضان العادي .

#### - حصول تلاصق تام لهذه الأرض على أرض المالك .

على ذلك إذا وجد حد أو طريق عام أو فاصل بين الأرضيين تمر منه المياه ، فلا يتحقق الالتصاق الطبيعي كسبب لكسب ملكية هذه الأرض.

#### - عدم تدخل الإنسان بفعله في تكوين الأرض الجديدة :

فإذا وضع مالك الأرض بعض المواد كالأحجار أو الأخشاب لكي تساعد جلب الطمي و سرعة تكوينه ، فإن ذلك يعتبر تحديا منه على مجرى النهر<sup>3</sup>.

1. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 171 .

2 . قنوج البشير ، النظام القانوني للملكية العقارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثالثة 2004 ، ص 199

3. مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 355

## 2 - طمي النهر :

الأرض التي تتكون من طمي عليه النهر بطريقة تدرجية غير محسوسة بكون ملكا للملاك

المجاورين . يملك مالك الأرض الملاصقة للنهر الأرض التي تتكون بما يدرسه النهر من طمي.

و تتحقق الملكية هنا نتيجة الالتصاق الذي يحدث بفعل الطبيعة ، حيث يترسب الطمي بطريقة

تدرجية غير محسوسة على جانبي النهر مما سبب زيادة في المساحة الأراضي الواقعة على ضفتيه ، و تمتد ملكية أصحاب هذه الأراضي إلى هذه الزيادة .<sup>1</sup>

و هذا ما تم النص عليه في المادة 778 ق.م المذكور سالفاً و يلاحظ في هذا الشأن أن المقصود

بالطمي الذي يسري عليه الحكم الالتصاق الذي يتكون بطريقة تدرجية و غير محسوسة . و لذلك فالأرض التي

تظهر فجأة و تلتصق بالأرض التي تجاوزها و تعتبر من قبيل ما يكشف عنه النهر أو من قبيل طرح النهر . و

كذلك يلاحظ ان الالتصاق كسبب لا يتحقق إلا إذا كان التحام الأرض المتكونة من التراكم التدريجي للطمي تاماً ، فإذا كان فاصل بين الأرضيين لا يتحقق الالتصاق .

و يترتب على اكتساب ملكية الأرض الجديدة عن طريق الالتصاق على النحو المتقدم أن تخضع ملكية

الأرض الأصلية إلى الحماية ، و ذلك إذا ما أرادت الدولة تطهير مجرى النهر بإزالة الأرض المتكونة فلا تستطيع

المتكونة فلا تستطيع ذلك غلا باتخاذ إجراءات معينة كإجراء نزع الملكية من أجل المنفعة العامة .<sup>2</sup>

## 3- طرح النهر أو أكله :

إن النهر في أوقات فيضانه الشديدة قد يتحول جزءاً من الأرض عن مكانه على مكان آخر ، و في

نفس الضفة أو الضفة المقابلة ، و قد ينكشف النهر عن أرض كانت جزءاً من مجراه ، و يعمر أرضاً أخرى

تتحول إلى مجرى له و قد يكون الطمي في وسط مجراه جزر ترتفع عن أعلى منسوب المياه ، فتظهر أرض في

وسط المياه التي يحفظها من جميع الجهات.

1- مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 354 .

2 . مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 535 .

و قد تتكون هذه الجزر عن طريق تحويل النهر أرضا مكانها و القذف بها في وسط المجرى ، فتعلوا على مستوى المياه و تصبح جزرا في مجرى النهر و هذه العمليات جميعا تؤدي إلى تحويل الأرض من مكانها و الانكشاف عنها و تكون جزر تتضمن ظهور أرض جديدة في مكان لم تكن فيه ، و هذا يسمى بـ **طرح النهر** أو اختفاء الأرض عن المكان الذي كانت فيه من قبل و تسمى بـ **أكل النهر** .

هذا ما نصت عليه المادة 781 ق.م صراحة بقولها " الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها و الجزر التي تتكون من مجراه تكون ملكيتها خاضعة للقوانين الخاصة بها".

و تطبيقا لهذه القوانين فإن هذه الأراضي المسماة بطرح النهر هي من الأملاك الخاصة بالدولة . و في مقابل ذلك فإن ملاك الأراضي التي أكلها النهر يفقدون ملكية هذه الأراضي ، فالدولة تعوضهم عما أكل النهر من أرضهم لأنها هي التي تملك أرض طرح النهر ، و هذا ما نصت عليه المادة 779 ق.م بقولها : " تكون ملكا للدولة الأرض التي ينكشف عنها البحر".

#### - الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو البرك :

تنص المادة 779 ق.م.ج : " تكون ملكا للدولة الأرض التي ينكشف عنها البحر و التي لا يجوز التعدي على أرض البحر و الأرض التي تستخلص بكيفية صناعية من مياه البحر تكون ملكا للدولة . و كذلك ما جاء بصريح العبارة في نص المادة 780 ق.م : إن مالكي الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات و البرك لا يملكون الأراضي التي تنكشف عنها هذه المياه و لا تزول ملكيتهم عن الأراضي التي طغت عليها المياه " .

فإنه يتضح من هذه النصوص أن الأراضي التي تنكشف عنها مياه البحر أو البحيرات أو البرك أو التي تغطي عليها هذه المياه ، لا تخضع لحكم الالتصاق ، و إنما تبقى على ملك صاحبها الأصلي سواء كان الدولة أو الأفراد .

و على هذا فإن الدولة تمتلك الزيادة الخاصة بفعل البحر في الأراضي المجاورة له ، و تنشأ هذه الزيادة بانحصار مياه البحر عن جزء من الأرض ، و إذا طغت مياه البحر على الأراضي المجاورة و غمرتها بالمياه فإن ذلك لا يفقد أصحاب هذه الأراضي ملكيتها بل يستوفون ملكيتهم لها ، و يحق لهم أن يعملوا لإعادة حدود الملك الذي طغى عليه البحر .

فيما عدا ذلك فإنه لا يجوز التعدي على أرض البحر و لا على شواطئه لأنها من الأملاك العامة للدولة ، و نفس الحكم بالنسبة لأراضي البرك و البحيرات حيث ملاك الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات و البرك لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من الأراضي ، و لا تزول عنهم ملكية ما طغى عليه هذه المياه .

و المقصود هنا هو البحيرات و البرك المملوكة للدولة ، و من ثم فإن الالتصاق بفعل المياه الراكدة كالبحيرات و البرك يكون بانكشاف هذه المياه عن أرض كانت طغت عليها من قبل فترجع إلى صاحبها ، أما إذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة<sup>1</sup> .

### ب ) الالتصاق الصناعي بال عقار :

يتحقق الالتصاق الصناعي بفعل الإنسان و تدخله ، حيث يندمج المنقول بالعقار على نحو يتعذر الفصل بينهما دون تلف ، و يبدو ذلك في حالة إقامة البناء أو الغرس أو المنشآت على الأرض بمواد غير مملوكة لصاحب الأرض .

و كما كانت ملكية الأرض تشمل ما فوقها و ما تحتها إلى الحد المفيد بالتمتع بها علوا و عمقا ، فإن الأصل أن ما يقام أو يغرس أو ينشأ فوق الأرض أو تحتها يعتبر ملكا لصاحبها أقامه على نفقته ما لم يثبت العكس .

حيث تنص المادة 782 ق . م : " كل ما على الأرض أو تحتها من غرس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقته و يكون مملوكا له " . غير أنه يجوز أن تقام البيئة على أجنبيا أقام المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن يقام دليلا على أن صاحب الأرض قد خول أجنبيا لملكته منشآت كانت قائمة من قبل أو خوله الحق في إقام هذه المنشآت و في تملكها .

---

1. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 174 .



و يتبين من النص المذكور أعلاه في الفقرة الأولى أن المشرع قد وضع قرينة قانونية تقضي بأن كل ما يوجد على الأرض أو تحتها من بناء أو أغراس أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أنه هو الذي أنشأها على نفقته و من ثم يكون مملوكا له .<sup>1</sup>

و يرتبط بذلك اعتبار أن الأصل هو الأرض أما ما يقام عليها من منشآت فيكون فرعا تابعا لها ، لذلك فإن مالك الأرض تقرر له ملكية المنشآت التي أصبحت على أرضه و لو بأموال غيره ، استنادا إلى الالتصاق حيث تمتد ملكية الأصل الخاصة بأرض إلى المنشآت المقامة باعتبارها الفروع التابعة لهذا الأصل .<sup>2</sup>

**- أحكام الالتصاق الصناعي :**

و قرينة الملكية التي أوردها المشرع في نص المادة المذكورة أعلاه ، هي قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات المدعي إقامة هذه المنشآت أيا كانت نتيجتها بجميع الطرق ، و يدخل فيها البينة و القرائن و إذا كانت الواقعة التي يدعيها سببا لكسب هذه الملكية واقعة مادية لا تصرفا قانونيا ، كما ورد عن أنه هو الذي أقام المنشآت على نفقته .

أما إذا زاد على أن سبب كسب ملكية المنشآت هو تصرف قانوني ، كما إذا ادعى أن هناك اتفاق بينه و بين صاحب الأرض يخوله ملكية المنشآت أو يخوله الحق في إقامة المنشآت و تملكها ، فلا يجوز له أن يثبت هذا التصرف القانوني إلا وفقا للقواعد المذكورة في إثبات التصرفات القانونية ، أي بالكتابة و ما يقوم مقامها . و على هذا النحو السابق فقواعد الالتصاق لا تطبق إلا إذا أقام الدليل على أن البناء أو الغراس أو المنشآت قد أقيمت بمواد غير مملوكة لصاحب الأرض .<sup>3</sup>

---

1 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1187.

2 - أحمد شوقي عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 187.

3 - المواد 783 - 784 - 785 من القانون المدني الجزائري .

الفرع الثاني : إجراءات اكتساب الملكية العقارية عن طريق الالتصاق .

أولاً : حكم الالتصاق الطبيعي

أ ) بفعل طمي النهر

في هذه الحالة لا يتحقق الالتصاق كسب للملكية إلا في حالة التحام الأرض المتكونة من التراكم التدريجي للتمي تاما فإذا وجد فاصل بين الأرضيين لا يتحقق الالتصاق كسبب للملكية ، و يترتب على اكتساب ملكية الأرض الجديدة عن طريق الالتصاق على النحو المتقدم ذكره أنها تخضع ملكية الأرض الجديدة لما تخضع له ملكية الأرض الأصلية من حماية .

و يترتب للأرض الجديدة المتكونة بفعل طمي النهر نفس الحقوق المترتبة للأرض الأصلية من حق الانتفاع أو الارتقاء.<sup>1</sup> و هذا ما نصت عليه المادة 778 ق . م " الأرض التي تتكون بفعل طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين " .<sup>2</sup> أما حكم الالتصاق الذي لا يتوافر على الشروط سالفة الذكر فلا يخضع لأحكامه .

ب ) بفعل طرح النهر

تكون الأراضي المسماة بطرح النهر من الأملاك الخاصة للدولة و تقوم الهيئة العامة للإصلاح الزراعي بالتصرف فيها ، و على ذلك فمالك الأرض التي التصق بها طرح النهر لا يكون مالكا لهذا الطرح ، و إنما تكون الطرح للدولة .<sup>3</sup> و هذا ما نستشفه من استقراء المادة 799 من القانون المدني و نص المادة 781 من نفس القانون .

أما فيما يخص الأراضي التي ينكشف عنها البحر أو البحيرات أو البرك أو التي تغطي عليها المياه فلا تخضع لحكم الالتصاق و إنما تبقى ملكا لصاحبها الأصلي سواء كانت الدولة أو الأفراد .<sup>4</sup>

---

1 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 354 .  
2 - قدوج البشير ، المرجع السابق ، ص 199 .  
3 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 356 .  
4 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 357 .

نص المادة واضح في هذا الشأن م 780 ق . م التي تنص على أنه " إن مالكي الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات و البرك لا يملكون الأراضي التي تنكشف عنها هذه المياه لا تزول ملكيتهم عن الأراضي التي طغت عليها المياه " <sup>1</sup> .  
ثانياً : حكم الالتصاق الصناعي .

أ ) بالنسبة للمنشآت التي يقيمها صاحب الأرض بمواد مملوكة لغيره :

تنص المادة 783 من ق. م على ما يلي : " يكون ملكا خاصا لصاحب الأرض ما يحدث فيه من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكنا نزعها ولكن دون أن يلحق المنشأة ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها ولكن لم ترفع دعوى استرداد خلال سنة من اليوم الذي علم فيه مالك المواد أنها اندمجت في هذه المنشآت .

إذا يملك صاحب الأرض المواد كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض عن الضرر الحاصل إذا اقتضى الحال ذلك ، و في حالة استرداد المواد من صاحبها فإن نزعها يكون على نفقة صاحب الأرض . <sup>2</sup>  
باستقراء نص المادة نجد أن المشرع يفرق بين حالتين : حالة ما إذا ليس من الممكن نزع المواد دون إحداث ضرر جسيم كأن يكون طوبا أو اسمنتا و بين ما إذا كان ذلك ممكنا ، كأن تكون المواد أبوابا أو شبابيك ، ففي الحالة الأولى يملك صاحب الأرض ما يقام عليها استنادا إلى الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، أما في الحالة الثانية يكون لصاحب المواد أن ينزعها على نفقته في خلال مدة سنة من يوم علمه باندماج المواد فيما أقامه الغير على أرضه ، و على هذا النحو لا تطبق أحكام الالتصاق فإذا فاتته المدة يملك صاحب الأرض المواد استنادا إلى الالتصاق . <sup>3</sup>

و تتضح أهمية إسناد اكتساب ملكية المواد إلى الالتصاق في أن صاحب الأرض الذي يملكها يلتزم بتعويض مالكيها الأصلي وفقا لحكم المادة 783 من ق . م سالفه الذكر . و سواء تم نزع المواد أو تملكها مالك الأرض بالالتصاق فإن مالك الأرض يلتزم بتعويض المالك الأصلي لهذه المواد عما يكون قد أصابه من ضرر .

1 - قدوج البشير ، المرجع السابق ، ص 199 .

2 - قدوج البشير ، المرجع السابق ، ص 199 .

3 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 359-360 .

## ب ) بالنسبة للمنشآت التي يقيمها صاحب المواد على أرض غيره

لقد فرق المشرع في هذه الحالة بين حالة الشخص الذي بصدد المباني أو الغراس أو المنشآت التي يقيمها أو يغرسها بمواد من عنده و لكن على أرض غيره في حالة حسن النية ، و بين حالة سيء النية و سيأتي التفصيل في ذلك :

### 1 - صاحب المواد أو الغراس سيء :

طبقا لنص المادة 784 ق .م التي تنص على أنه : " إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاء صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت ، إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها في حال الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود هذه المنشآت .

و يجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا إلا إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها طبقا لأحكام الفقر السابقة " <sup>1</sup>.

### 2 - صاحب المنشآت حسن النية :

تنص المادة 785 من القانون المدني على أنه : " إذا كان من أقام المنشآت المنصوص عليها في المادة 784 يعتقد بحسن النية - أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة و إنما يخير بين أن يدفع قيمة هذه المواد و أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت ، هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها .

غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية و كان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل " <sup>2</sup>.

يتضح من خلال نص المادة أعلاه أن نطاق تطبيق هذه الحالة محدد بحالة ما إذا كان الباني يعتقد وقت البناء أنه صاحب الأرض أو كان يعلم أنه ليس صاحبها و لكن تصور أن له الحق في البناء عليها .

1 - قدوج البشير ، المرجع السابق ، ص 200.

2 - قدوج البشير ، المرجع السابق ، ص 200.

راع المشرع في هذه الحالة حسن النية فحول لصاحب الأرض أن يطلب إزالة البناء أو الغراس و على العكس حول للبانى الحق في طلب نزع المنشآت التي أقامها على نفقته ، و لكن شرط عدم لإصابة الأرض بضرر جسيم من جراء نزع البناء أو المنشآت ، غير أن المشرع اضطر للخروج عن هذه القاعدة بالنسبة لحالة ما إذا كان البناء أو الغراس الذي في أرض الغير قد بلغ حدا من الأهمية أو الجسامه يرهق صاحب الأرض في أن يؤدي ما هو مستح كان له بمقتضى المادة 785 سالفه الذكر أن يطلب تمليك الأرض لمن أقام البناء أو الغراس نظير تعويض عاد ، و على هذا النحو يتخلص صاحب الأرض منحكم الالتصاق الذي يلزمه بالتعويض فاعتبر البناء هو الأصل و الأرض هي الفرع<sup>1</sup>.

قد راع المشرع مجال تطبيق هذا النص الذي ينحصر على النحو السابق في حالة ما إذا كان الباني سيء النية فحول الباني الحق في طلب إزالة البناء أو الغراس أو المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية .

و لكن استلزم المشرع أن يتم طلب الإزالة في خلال سنة من اليوم الذي يعلم فيه مالك الأرض بالبناء أو الغراس أو إقامة المنشآت على أرضه ، حتى لا يظل مصير المنشآت معلقا وقتا طويلا ، و عبء إثبات علم مالك الأرض بإقامة المنشآت على أرضه يقع على صاحب المنشآت .

على أن المشرع أجاز لمالك الأرض طلب استبقاء البناء أو الغراس بدلا من إزالتها فإذا طلب ذلك أو انقضت مدة السنة المحددة لطلب الإزالة دون أن يقوم بذلك فإنه يتملك البناء أو الغراس وفقا لحكم الالتصاق كسبب لكسب الملكية ، و لكن مالك الأرض ملزم في هذه الحالة بتعويض صاحب المواد أو الغراس ، و قد حدد المشرع التعويض بقيمة المواد أو الغراس مستحقة الإزالة أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بلا سبب على حساب صاحب المنشآت<sup>2</sup>.

و هناك حالة ما إذا كان هناك تصريح من قبل صاحب الأرض للبانى بإقامة منشآت يمنعه من طلب إزالتها و يفرض عليه أن يؤدي التعويض عليها ، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك . أو طلب صاحب المنشآت نزعها ، إن الباني في هذه الحالة يكون حسن النية<sup>2</sup> و التعويض الذي يستحقه يكون التعويض المستحق لحسن النية طبقا للمادة 785 ق.م

---

1 - مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 365-366 .  
2- مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 362.-363 .  
3- مصطفى جمال ، المرجع السابق ، ص 367.

ج ) بالنسبة للمنشآت التي يقيمها شخص في أرض غيره بمواد مملوكة لشخص ثالث :

في هذه الحالة هناك ثلاث علاقات قائمة :

- العلاقة بين صاحب الأرض و من أقام البناء أو الغراس : تطبق أحكام الغراس أو البناء بمواد أو

غراس مملوكة للبانى على أرض الغير ، حسب ما إذا كان هذا البانى حسن النية أو سيء النية .

- العلاقة بين صاحب المواد و صاحب الأرض : فليس للأول أن يطلب إزالة المنشآت لاسترداد مواده أو

غرسه ، و لكن إذا أزيل البناء أو الغراس بناء على طلب صاحب الأرض أو بناء على طلب من أقامها يكون له الحق في استردادها بوصفه مالكا لعدم تحقق الالتصاق .

- العلاقة بين صاحب المواد و من أقام المنشآت : فيكون لصاحب المواد أو الغراس الحق في الرجوع

على من بناها أو غرسها و يكون له أيضا دعوى مباشرة على صاحب الأرض في حدود ما يكون باقيا في ذمته من قيمة المنشآت لمن أقامها.<sup>1</sup>

بعد تطرقنا إلى الأحكام المتعلقة بالالتصاق الطبيعي و الصناعي بالعقار ، تخضع نقل الملكية

العقارية عن طريق الالتصاق إلى الإجراءات المتبعة في نقل الملكية عن طريق العقود ، من توثيق و تسجيل و شهر و كل هذا وفقا لما هو منصوص عليه في القانون المدني ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القانون المتعلق بالشهر العقاري.

### المطلب الثاني : الحيابة .

تعتبر الحيابة طريق من طرق كسب الملكية العقارية و هي تدخل ضمن الوقائع المادية ، و تنتقل هذه

الملكية و فق شروط و إجراءات معينة و هذا ما سنتعرض له فيما بعد في نقاط متعددة.

### الفرع الأول : مفهوم الحيابة و شروطها .

لم يستقر رأي الفقهاء على تعريف محدد للحيابة نظرا للاتجاهات المختلفة التي يعتنقها كل فقيه ، لذلك

جاءت تعارفها تارة تستند إلى العنصر المادي و تارة إلى العنصر المعنوي .

كما أن المشرع الجزائري لم يتعرض إلى تعريفها و إنما استعرض أركانها و أحكامها في كل من قانون الإجراءات المدنية في الباب الأول من الكتاب الثاني من المواد 524 إلى 530 و القانون المدني في الفصل الثاني من الباب الأول في الكتاب الثاني من المادة 808 إلى 843 تحت عنوان طرق اكتساب الملكية.

### أولاً : تعريف الحيازة :

تعرف الحيازة على أنها سيطرة الشخص على شيء أو حق عيني متخذا في الواقع وضع المالك أو صاحب الحق العيني عليه<sup>1</sup>، كما تعرف على أنها وضع مادي ينجم عن شخص يسيطر سيطرة فعلية على حق<sup>2</sup>. و التعريف الدقيق هو ما أورده المادة 827 من القانون المدني و التي يتضمن فحواها أنها السيطرة الفعلية لشخص على شيء أو استعماله حق عيني باعتباره مالكا للشيء أو صاحب الحق العيني عليه مع مرور مدة من الزمن تجعل واضح اليد مالكا له و هو ما يصطلح عليه في الشرائع الجزائرية التقادم المكسب على أساسه الحيازة .

### ثانياً : عناصر الحيازة .

يتم كسب الحيازة إذا توفر فيها عنصران ، العنصر الأول و هو الإحراز أو السيطرة المادية ، و العنصر الثاني معنوي و هو القصد و كل هذا هو الحل الذي ينصب عليهما إثبات الحيازة .

### أ) الركن المادي :

رأينا أن الحيازة ما هي إلا حالة واقعية تتكون من سيطرة شخص على شيء مادي ظاهر عليه مظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر و هذه الأعمال المادية ليست لها نوع أو صنف معين بل أنها تختلف باختلاف طبيعة الشيء المحاز ، فإذا كانت أرضنا زراعية زرعتها ، و إذا كانت مسكن سكنها و إذا كانت حق ارتفاع أو حق انتفاع استعمالها<sup>3</sup>.

1 – حسين علام، " القانون القضائي الجزائري " ، ص 124

2 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1072.

3 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 892-893.

و السيطرة المادية تتحقق إما ابتداء ، و قد تتحقق هذه السيطرة انتقالا من الغير و كما تباشر هذه السيطرة إما من الحائز بنفسه أو بواسطة الغير و كما يجوز مباشرتها على الشيوع .

### 1 – السيطرة المادية ابتداء :

هنا تتحقق هذه السيطرة عندما يحوز الحائز الشيء في يده إحرارا ماديا ، و يباشر فيه من الأعمال المادية ، ما يباشره المالك عادة في ملكه ، فإذا كان الشيء دارا دخل فيها و استحوذ عليه و سكنها .  
و إذا كان الحائز يستعمل حق انتفاع أو حق ارتفاق ، فالسيطرة المادية على هذا الحق تكون باستعماله عن طريق الأعمال المادية التي يقضيها استعماله ، فإذا كان ارتفاق مرور فالسيطرة المادية إيجابي يستحوذ الحائز عللا الشيء ، فلا يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ.<sup>1</sup>

### 2 – السيطرة المادية انتقالا من الغير :

هنا الشخص لا يسيطر على الشيء ابتداء كما هو الأمر في العرض السابق ، بل تنتقل إليه السيطرة من شخص آخر كان هو الذي له السيطرة المادية على الشيء ثم نقلها إليه ، كأن يبيع شخص عقارا في حيازته لشخص آخر ، و يسلم الشيء المباع إلى المشتري .  
هنا لا يشترط الاستحواذ الفعلي على الشيء بل يكفي مجرد التمكن من الاستحواذ ، فإذا كان الشيء دارا يكفي لنقل السيطرة المادية على الدار للمشتري أن تسلم له مفاتيحها و سند الملكية.

### 3 – السيطرة المادية بواسطة الغير :

تنص المادة 810 من القانون المدني " و تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز ، و كان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامر فيما يتعلق بهذه الحيازة ... ، و عند الشك يفترض أن مباشر الحيازة إنما يحوز لنفسه ، فإذا كانت الحيازة استمرارا لحيازة سابقة افترض أنها استمرار لحساب البادئ بها " .



يلاحظ أن صاحب الحق قد يباشر عادة الأعمال التي تدخل في مضمون حقه بنفسه أو بواسطة شخص آخر ، و إن الأصل في الحائز أن يباشر الأعمال المادية للحق الذي يريد أن يظهر كصاحبه بنفسه. و لكن يصح أن تباشر هذه الأعمال المادية بالوساطة ، أي عن طريق غيره فيجيز النص الوارد أعلاه إذن أن يباشر الأعمال المادية وسيطاً يكون متصلاً بالحائز اتصالاً التابع بالمتبوع ، و كما يقول النص يأتمر بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة ، هذا مع ملاحظة أن هذا الحكم ينصرف فقط إلى العنصر المادي في الحيابة دون العنصر المعنوي .

فهذا العنصر الأخير يجب أن يتوافر دائماً لدى الحائز و لا ينوب عنه فيه أحد ، أما العنصر المادي فيجوز أن يباشر عن طريق الغير .

و قد تباشر الأعمال المادية عن طريق الوكيل ، فما يحوزه هذا الوكيل الذي يعمل باسم الموكل مؤتمراً بأوامره فيما يتعلق بحيابة الشيء ، يدخل في حيابة الموكل طالما كان الوكيل يعمل في حدود الوكالة ، و إذا كان الشخص غير كامل الأهلية ، فإن مباشرة الأعمال المادية بالوساطة تتم عن طريق نائبه القانوني و يلاحظ أن نص المادة 810 من القانون المدني الجزائري لم يتناول سوى الوسيط الذي يكون تابعاً للحائز ، و لكن ليس ثمة ما يمنع أن يكون الوسيط الذي يحوز لحساب الحائز ممن لا يصدق عليهم وصف التابع كالمستأجر و المستعير ، ففي هذه الأحوال يكون الوسيط حائزاً عرضياً يعمل لحساب الحائز الحقيقي و هو هنا المؤجر و المعير.

فالحيابة بالوساطة تكون بصدد شخصين ، يظهر أحدهما بمظهر الحائز لأنه واضح اليد الفعلي على الشيء و لكنه في واقع الأمر ليس جائزاً، فحيابته عرضية و الثاني هو الحائز الحقيقي . في الواقع غالباً ما نجد أن العقد أو السند الذي يربط بين الحائز الحقيقي و الحائز العرض هو الذي يحدد الشروط التي ينتقل بمقتضاها وضع اليد إلى الحائز الظاهر في انتفاعه بالشيء ، كما هو الحال في المستأجر و المستعير.<sup>1</sup>

---

1 - و قد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2000/04/26 الذي يحمل رقم 196053 أنه تصح الحيابة بواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز و كان متصلاً به اتصالاً يلزمه الامتثال بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيابة و إن القضاة في قضية الحال لما اثبتوا بأن الحيابة المدعي في الطعن كانت على أساس الوساطة باسم المطعون ضده ، لمال قضاوا بطرده و إنهاء هذه الحيابة .

فإنهم طبقوا القانون تطبيقاً سليماً و كما جاء في أحد حيثيات هذا القرار أن على القضاة أن يتأكدوا من توفر شرطين أساسيين لصحة الحيابة بالوساطة.

**الشرط الأول :** أن يباشرها الوسيط باسم الحائز.

**الشرط الثاني :** أن يكون متصلاً به اتصالاً يلزمه الائتمار فيما يتعلق بهذه الحيابة.

أما إذا أثار شك حول وصف الحيابة ، عندئذ يفترض أن الحيابة الظاهر قرينه على الحيابة الحقيقية حتى يثبت العكس ، وبعبارة أخرى فـ"ن السيطرة المادية بواسطة الغير لا تفترض ، فإذا وجدت عند شخص افترض أنه يباشرها لحساب غيره ، و هذا هو الذي يعنيه المشرع بقوله " وعند الشك يفترض أن مباشر الحيابة إنما يحوز لنفسه ، فإن كانت استمرار لحيابة سابقة افترض أن هذا الاستمرار هو لحساب البادئ بها " .

#### 4 – السيطرة المادية على الشيوخ :

الحائز على الشيوخ يكون لديه ركنان المادي و المعنوي ففي الركن المعنوي يكون مشتركاً مع غيره و في الركن المادي يباشر السيطرة المادية بالاشتراك مع غيره.

فيقوم بالأعمال المادية ، شرط ألا يحول قيامه لهذه الأعمال دون أن يقوم الحائزون على الشيوخ معه هم أيضاً بها.

الحيابة على هذا النوع لا تنتج من الآثار إلا فيما يتعلق أو ما يتفق مع هذا الشيوخ فلا تحمي حيابة كل شخص بدعوى الحيابة إلا على أساس أنها حيابة على الشيوخ ، فكما تحمي حيابة أحد الشريكين تحمي أيضاً حيابة أخرى على أساس أن حيابة كل منهما شائعة ، كذلك لا يكتسب أحد الشريكين الحق بالتقادم إلا شائعاً<sup>1</sup>.

الحيابة على الشيوخ كما رأينا ، حيابة يشترك فيها شخصان أو أكثر كل منهم يحوز الحق شائعاً مع سائر شركائه ، و من ثم لا يجوز أن يحوز شخصان شيئاً واحداً إلا على أساس أنهما يحوزانه على الشيوخ أو على أساس أن يحوز كل منهما جزءاً مفرزاً من هذا الشيء أ على أساس أن كلا منهما يحوز حقا على الشيء غير الحق الذي يحوزه الآخر فيحوز أنهما مثلاً حق الانتفاع و الآخر حق الرقابة .

أما أن يحوز كل منهما الشيء كله خالصا لنفسه فهذا لا يحوز لأن حيازة أحدهما للشيء تمنع من حيازة الأخر لنفس الشيء على هذا النحو.<sup>1</sup>

الحائز على الشيوع أن يحوز الشيء المشاع حيازة شخصية خالصة لنفسه إذا ما قام بأعمال من نوع خاص تتعارض مع صفته كشريك ، و في هذه الحالة تتغير وضعيته في الحيازة من الشيوع إلى الإفراد بعمل لا يترك مجالاً للشك بأنه أصبح يحوز الحق خالصا لنفسه دون مشاركة الغير له ، و يمكنه في هذه الحالة أن يكسب الحق بالتقادم.<sup>2</sup>

## ب) الركن المعنوي :

إن الحيازة هي سلطة فعلية يباشرها شخص على الشيء ، و أن هذه السلطة يجب أن تكون قصد مزاولة الحق موضوع الحيازة ، معنى ذلك وجوب توافر إلى جانب العنصر المادي عنصر آخر و هو العنصر المعنوي .

الركن المعنوي للحيازة يقصد به نية التملك و ظهور الحائز أمام الناس بمظهر صاحب الحق محل الحيازة .

### 1- انتقاء القصد في إتيان الرخصة من المباحات و في أعمال التسامح :

جاء في نص المادة 949 من القانون المدني المصري " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه شخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح " و التي تقابلها المادة 808 من القانون المدني الجزائري .

فالتسامح يكون عندما يتوفر شبهة الاعتداء و لكن صاحب الحق المعتدي عليه أن لا يجد في هذا الاعتداء ضررا ينقص من حقه فيبقى عليه على سبيل التسامح مراعاة لعلاقته بالحائز كما لو كان جارا حفاظا على حسن الجوار ، و مثال على ذلك أن يفتح الجار مطلا على أرض فضاء أو بطابق يجاوز ارتفاع ملك الجار بحيث لا يرى من يطل إلا سطح الجار و مثل من يترك جاره يمر من أرضه ، فإن الحيازة و إن كانت متوافرة إلا أنها جاءت على سبيل التسامح فلا تكسب الحائز حقا و يسري ذلك على كل واقعة توارت فيها مظنة التسامح.<sup>3</sup>

1 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 801.

2 – محمدي فريدة " الحيازة و التقادم المكسب " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، طبعة 2000 ، ص 15.

3 – أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 11-12.

و كما سبق و أن ذكرنا لا تقوم الحيازة على عمل من أعمال التسامح ، و يقصد بالعمل الذي يعتبر من أعمال التسامح ، الأعمال التي تتضمن في ذاتها تعديا على ملك الغير و من حق هذا الغير أنه يمنع أن يباشرها و لكنه يتركه مع ذلك تسامحا أو بعبارة أخرى يرخص له إما صراحة أو ضمنا في أن يقوم بها ، فهذا الترخيص غير ملزم ، فيكون لصاحب الملك الذي رخص له أن يرجع في ترخيصه في أي وقت ، فيمنع من يقوم بتلك الأعمال من الاستمرار فيها ، مادامت هذه الأعمال تباشر بمقتضى ترخيص أو تسامح ، فليس لمن يباشرها قصد الظهور بمظهر صاحب حق عيني على الشيء ، فينتقي العنصر المعنوي ، و لا يعتبر حائزا .

## 2- ضرورة توافر عنصر القصد عند الحائز شخصيا :

تنص المادة 809 من القانون المني الجزائري و تقابلها نص المادة 950 من القانون المدني المصري " يجوز لغير المميز أن يكتسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية " و كما سبق و أن رأينا بأن العنصر المادي في الحيازة و هو السيطرة المادية يجوز مباشرته بواسطة الغير ( كالخدم ، التابع ، و الحائز العرضي ) أما العنصر المعنوي فلا يجوز مباشرته بالوساطة بل يجب أن يتوافر لدى الحائز شخصيا ، فالقصد أمر شخصي لا يتصور توافره في غير الحائز .

فإذا كان الحائز ( الصبي المميز من بلغ 13 سنة أو من في حكمه كالمحجور عليه لسلفه أو غفلة )

فيجوز أن يتوافر لديه عنصر القصد ، حيث لا يشترط في توافر هذا العنصر كمال الأهلية لا يكفي التمييز .

أما إذا كان الحائز عديم التمييز ( كالصبي دون 13 سنة أو من في حكمه كالمجنون و المعتوه ) فإن إرادته تكون معدومة فلا يتصور توافر عنصر القصد لديه ، حيث أن مناطق وجود هذا العنصر هو توافر الإرادة و هي متخلفة هنا .

لذلك فإن عنصر القصد يجب أن يتوافر في هذه الحالة عند من ينوب عن عديم التمييز نيابة قانونية من

ولي و وصي أو مقدم ، فيقوم هذا النائب بممارسة عنصري الحيازة معا (المادي والمعنوي) نيابة عن عديم

الأهلية ، و إن الحيازة تنتج آثارها لصالح عديم التمييز لا لصالح واضع اليد الظاهر .

أما إذا انعدم المظهر المحسوس فلا تقوم الحيازة ، و تعد السيطرة المادية في نظر هذه النظرية هي

الحيازة بعينها و تبعا لذلك تعتبر حيازة المستأجر و المودع لديه حيازة صحيحة تكون محلا للحماية القانونية

فتحمي هذه النظرية الحيازة العرضية مثل حيازة المستأجر و المستعير و غيرهم من الحائزين العرضيين بجميع

دعوى الحيازة في حين النظرية الشخصية لا تحمي الحيازة العرضية .

### 3 – موقف المشرع الجزائري من النظريتين :

المشرع الجزائري قد سار على درب المشرع المصري و الفرنسي ، حيث أخذ بالنظرية الشخصية كقاعدة عامة و بالنظرية المادية استثناءا ، و لذلك عندما حمى حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة ، و ذلك عندما نص صراحة في المادة 487 من القانون المدني على حماية حيازة المستأجر بجميع دعاوى الحيازة .  
فحيازة المستأجر حيازة عرضية تحميها النظرية المادية في حين النظرية الشخصية لا تحميها ، و المشرع عندما نص في المادة 487 من القانون المدني الجزائري على حماية الحيازة العرضية ، يعد ذلك خروجاً عن القاعدة العامة .

و تبعا لذلك فإن المشرع عندما أخذ بالحيازة العرضية تطبيقاً للنظرية المادية فهو استثناء يؤكد القاعدة العامة ، و على ضوء ما تقدم فإنه يجب أن يتوافر في الحيازة ركنان المادي و المعنوي ، و حتى يمكن أن تحظى بالحماية القانونية ، فإذا توافر الركن المادي دون الركن المعنوي ، فتعتبر حيازة عرضية فلا يحميها القانون و لن تصلح أن تكون قرينة على الملكية و لا سببا لكسبها بالتقادم مهما طالّت المدة .  
و من أمثلة الحائز العرضي ، الخادم و العامل حيث يعمل كل منهما لحساب الحائز القانوني أو المالك و كذلك النائب القانوني أو الاتفاقي الذي يحوز لحساب الأصيل ، و كذلك صاحب حق الانتفاع أو الاستعمال أو الدائن المرتهن و المستأجر .

و يعتبر عن الحيازة العرضية بأنها حيازة انتفاع أي لمجرد الانتفاع بالشيء طبقاً لما يقرره السبب الذي يعطيه حق الانتفاع فيكون الشيء مملوكاً لشخص و يحوزه شخص آخر بالانتفاع به ، و لما كان الانتفاع مؤقتاً كانت الحيازة مؤقتة به أيضاً .

و ذلك على خلاف الحيازة القانونية التي هي حيازة أو ثبوت ملك فيظهر الثابت على الشيء و يظهر المالك له ، و يتصرف فيه بكل أنواع التصرفات التي تكون للمالك و إن لم يتبين سبب ملكيته الذي يثبت عليه ، أي أن القانون يحمي الحيازة القانونية بعنصريها المادي و المعنوي بغض النظر عن السند القانوني لصاحبها ، و ذلك انطلاقاً من قرينة قانونية مؤداها أن الحائز القانوني الأصل فيه أنه مالك لما يحوزه ، إلى أن يقام الدليل على العكس و يتقدم صاحب الحق في الشيء و يثبت أحقيته له .<sup>2</sup>

#### ثالثاً : أنواع الحيازة .

إن الحيازة هي السيطرة الفعلية للشخص على شيء مادي مما يجوز التعامل فيه و موضع يده عليه منقولاً أو عقاراً ، و الظهور عليه بمظهر المالك أو صاحب حق عيني آخر ، و هي تنقسم إلى قسمين :

## أ – حيازة ملك و حيازة انتفاع :

حيازة ملك يتصرف بها الحائز في الشيء الذي يحوزه بأي نوع من أنواع التصرفات ظاهرا عليه بمظهر المالك ، و إن لم يتبين سبب ملكيته له فتكون يده مهما استمرت حيازة ملك على الشيء .

حيازة انتفاع بإجارة أو نحوها يكون الشيء فيها مملوكا لغير حائزه الذي لا يكون له إلا مجرد الانتفاع بالشيء انتفاعا مؤقتا طبقا لسبب إنشائه .

## ب – الحيازة القانونية و الحيازة العرضية :

في حيازة الملك يكون لدى الحائز كافة السلطات الفعلية على الشيء و الظهور عليه بمظهر الملك أي انه يباشر سلطات المالك على الشيء لحساب نفسه و باسمه ، و تسمى هذه الحيازة " بالحيازة القانونية " حيث يتوافر فيها العنصران المادي و المعنوي أي الحيازة المادية للشيء أو السيطرة الفعلية عليه بالإضافة إلى نية الظهور بمظهر المالك في ممارسة هذه السلطات أي أن الحائز يحوز باسمه و لحساب نفسه .

---

1 – محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 268.-269.

2 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 267.

أما إن فقدت الحيابة العنصر المعنوي تكون حيازة عرضية حيث يحوز الحائز الشيء حيازة

مادية لحساب غيره ، و ليس لديه قصد استعماله لحساب نفسه ، فهو و إن كانت لديه السيطرة المادية على الشيء ( العنصر المادي ) ، إلا أنه لا يظهر بمظهر المالك في مباشرة السلطات عليه ، فيستند حيازة الحائز العرضي يتضمن اعتراف الحائز بأنه يحوز لحساب غيره و أنه يلتزم برد الشيء إلى صاحبه .<sup>1</sup>

#### رابعاً : شروط الحيازة .

إلى جانب استقاء الحيازة لركنيها المادي و المعنوي ، فيجب إلى جانب ذلك توافر على شروط صحتها بحيث يجب أن تكون الحيازة مستمرة ، علنية و غير مشوبة بإكراه أو الغموض أو اللبس و هي الشروط التي تنص عليها المادة 524 من ق . إ . م . إ حيث جاء فيها " يجوز رفع دعاوى الحيازة ، فيما عدا دعوى استرداد الحيازة ، ممن كان حائزاً أو بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري ، و كانت حيازته هادئة و علنية و مستمرة لا يشوبها انقطاع و غير مؤقتة ، دون لبس ، و استمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل . و عند إطلاعنا على المادة 808 من ق . م تبين لنا أنها أغفلت عيب عدم الاستمرار أو الانقطاع في ممارسة الحيازة ، و هو عيب على درجة كبيرة من الأهمية .

و تنص المادة 308 من ق . م " إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس ، فلا يكون لها أثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو ألتبس عليه أمرها ، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب " .

و يجب التمييز بين شروط صحة الحيازة و ركنيها ، فاكتمال الركنين يعني نشأتها و ظهورها لحيز الوجود ، أما الشروط فتعني أنها لا تنتج أثارها القانونية إلا إذا توافرت شروط صحتها .<sup>2</sup> لذلك سوف نتطرق إلى هذه الشروط :

#### أ ) شرط استمرار الحيازة في العقار .

فإذا كانت منقطعة فإنها لا تصلح لاكتساب الحق إلا من الوقت الذي استمرت فيه دون

1 – محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 267 .

2 – حمدي باشا عمر ، " محررات شهر الحيازة " ، دار هومة ، ص 34 .

انقطاع أو كان الانقطاع لفترات متقاربة وفقا لاستعمال المال ففي هذه تعتبر الحيازة مستمرة و لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا العيب و هو عدم الاستمرار .

و لكن كف الحائز عن استعمال حقه على العين بعض الوقت لتوقيع مصلحة الضرائب الحجز و وضع الأختام عليها لدين على الحائز مثلا لا تعتبر أن الحيازة منقطعة و لا يخل بصفة الاستمرار ، و حيازة النائب تعتبر حيازة للأصيل ، فإذا وقع تعدي على الحيازة أدى إلى انقطاعها أو كان من شأنه أن يؤدي إلى ذلك ، و جب على الحائز أن يلجأ إلى دعاوى الحيازة لحماية حيازته من هذا التعدي ، فإن ترتب على الحيازة سلب الحيازة و هو عمل يؤدي إلى رفع اليد من العقار ، و جب على الحائز رفع دعوى استرداد الحيازة ، فإذا قضى له برد الحيازة إليه رجع أثر الحكم إلى تاريخ سلب الحيازة ، و بالتالي يحس الحائز أنه يفقد حيازته للعقار ، و حيازته لم تنقطه رغم سلبها و إنما استمرت منذ البدء فيها و حتى تنفيذ الحكم برد الحيازة ، أما إذا صدر الحكم بعدم قبول الدعوى لاسترداد الحيازة و حاز قوة الأمر المقضي فيه انقطعت حيازة المحكوم عليه و انتفى شرط الاستمرار تبعا لذلك ، فلا يجوز التمسك بالتقادم المكتسب لعدم توافر شرط استمرار الحيازة<sup>1</sup>.

و نعني به أيضا أن تكون الحيازة مستمرة و غير منقطعة لأن الانقطاع يفقد الحائز الحق في ذلك ، كما يشترط حمايتها أن تستمر مدة سنة على الأقل ، فإذا اقتصرت المدة على عدة أسابيع أو أشهر فلا يستطيع الحائز رفع دعوى عملا بالمادة 524 ق . إ . م . إ .<sup>2</sup>

كما أنه يقصد بالاستمرار ممارسة الأعمال اللازمة للركن المادي للحيازة بطريقة منتظمة و بما يتناسب مع طبيعة الحق المحاز و الاستخدام المخصص له الشيء طبقا للعرف و طبيعة الأشياء .  
و ألا تكون هناك فجوة كبيرة في ممارسة هذه الأعمال مما قد يتصور معه تخلي الحائز عن حيازته و توافر شرط الاستمرار مسألة موضوعية أي يترك لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة المحكمة العليا<sup>3</sup>.

1 - أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 22.

2- عبد الحفيظ بن عبيدة ، " إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية " دار هومة للطباعة و النشر ، طبعة 2003 ، ص 97.

3 - رمضان جمال كامل ، الحماية القانوني للحيازة ، دار الألفي لتوزيع الكتب ، الطبعة الأولى 2002 ، ص 154-155-156.



## ب) أن تكون الحيازة ظاهرة :

و هو المقصود بظهور الحيازة فالحيازة الخفية لا تكسب حقا مهما طال الزمن مثال ذلك أن يفتح الجار مطلا بالجزء العلوي من حجرة أو محل بحيث يظهر للجار أنه منور و من ثم تكون الحيازة هنا خفية و لا تكسب لها حق المثل مهما انقضى من وقت و العبرة بالخفاء هو توافره بالنسبة لصاحب الحق المعتدي عليه و تبقى الحيازة مشوبة بالخفاء إلى أن تتطهر بالظهور.<sup>1</sup>

و المقصود بظهور الحيازة أيضا أن تكون علنية بمعنى أن يكون مستخدم العقار قد مارسها علانية بحيث يمكن أن يراه عامة الناس ، و لاسيما المجاورون له و مشاهدته في استغلاله أو استعماله للعقار محل الحيازة فيما هو مخصص له ، و تعتبر الحيازة غير قانونية إذا كان الحائز يستخدم العقار خفية عن المالك و عن عامة الناس لأن الخفية تنفي الحيازة المشروعة و تعد عارضة.

## ج) أن تكون الحيازة واضحة :

بمعنى أن تكون الحيازة بدون لبس أو غموض ، و ذلك بأن يمارس الحائز حيازته للعقار لفائدته وحده ، كأن يكون مالكا له و لا يشاركه فيه أطراف آخرون إلا إذا كانت الحيازة لجماعة معينة ، فلا يكون العقار مشترك بين من يدعي الحيازة و أطرافها أو أشخاص متعددين لا صلة بينهم أو لا يعرف بالضبط من هو الحائز الحقيقي و أن تكون الحيازة منصبة على عقار معروف المساحة و الطبيعة و المكان.<sup>2</sup>

و بقصد بالوضوح أن لا يوجد أمر يلبس حيازة الشيء على نحو يفسر حيازته تفسيراً آخر ، كأن، يكون شريكا في الشيء فتفسر حيازته على أنه شريك ، و قد يكون نائبا على المال أو و ليا أو وصيا أو نحو ذلك ، لذلك فتفسر حيازته على هذا الأساس .

و يصيب عيب اللبس و الغموض الركن المعنوي للحيازة أي عنصر القصد ، حيث يثور الشك حول نية الحائز و عما إذا كان يحوز لحساب نفسه أو لحساب غيره ، و يبدو ذلك جليا في حالة الملكية على الشيوع عندما يحوز أحد الشركاء على العقار الشائع كله ، فلا يعرف ما إذا كانت نيته تتجه إلى حيازة لحساب نفسه أم أنه يديرها لحسابه و لحساب باقي الشركاء.<sup>1</sup>

1 - أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 15.

2- عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 97.

3 - محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 284.

و تفسر حالة الغموض التي تصيب شرط الوضوح بهذا العيب في حالة وجود شك في توافر

عنصري الحيازة مثال ذلك أيضا مثل مظنة وجود التسامح الوارد ذكرها من قبل<sup>1</sup>.

( د ) أن تكون الحيازة هادئة :

و المقصود بالهدوء ، هو تمكن الحائز من استعمال الشيء و الانتفاع به دون اللجوء إلى العنف و

القوة ، حتى لا تتحول الحيازة إلى حيازة مغتصبة<sup>2</sup>.

لا يشترط في الحيازة أن تكون ظاهرة و مستمرة فحسب و إنما يجب حتى تنتج الحيازة آثارها أن

تكون هادئة أيضا.

و يقصد بالهدوء أيضا أن لا يكون قد حصل على الحيازة بالإكراه ، أي باستخدام القوة و التهديد ضد

المالك أو الحائز السابق و التي تستمر حيازتها بواسطة هذا الإكراه .

فإذا استخدم الحائز القوة و التهديد ضد الحائز السابق أو المالك و انتزع منه الشيء بسبب ذلك ، و

ظل يمارس هذا الإكراه فإن الحيازة تكون مشوبة بعيب الإكراه ، و لا تنتج الحيازة آثارها و لا تصلح للتقدم

، و لا يشترط أن يكون الإكراه مصحوبا باعتداء بل يكفي أن تكون قد سلبت قهرا ، أما إذا انقطع الإكراه زال

العيب و استمر الحائز في حيازته ، فإن الحيازة تصبح هادئة و تكون صالحة و تنتج آثارها<sup>3</sup>.

و قد قضت محكمة النقض المصرية بأن الهدوء هو شرط للحيازة المكتسبة للملكية ، ألا تقترن

الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها ، فإذا كان وضع اليد هادئا ، فإن التعدي الذي يقع أثناءها

و يمنع الحائز لا يؤثر عليها و تظل هادئة رغم ذلك ( الطعن رقم 557 ق جلسة 14 / 01 / 1975

).

1 - أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 20.

2- حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 33.

3 - أنور طلبية ، المرجع السابق ، ص 16-17.

و المقصود بها أيضا أن لا يكون العقار محل النزاع ، فحكم الاستيلاء عليه عن طريق الاعتداء أو الإكراه المادي أو المعنوي أو أن يكون قد تم إثر اعتداء أو غش أو تحايل ، و لا يعد حائزا قانونيا من استغل غياب صاحب العقار للاستيلاء عليه أو فتح باب مسكن عن طريق الكسر و السكن فيه .  
فلا يستفيد الحائز في الحالات سألفة الذكر من شيء حتى و لو استمر لوقت طويل .

و ذهب المستشار أنور طلبية في كتابة الحيازة إلى القول بأن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي صفة الهدوء عن الحيازة قانونا اعتبر الحكم أن صفة الهدوء الواجب توافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عن الحيازة لمجرد أن منازع الحائز رفع عليه دعوى استرداد حيازة العين ، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون<sup>1</sup> .

### **خامساً : انتقال الحيازة .**

#### **أ ) المراد بانتقال الحيازة :**

يراد بها انتقال الحيازة من حائز إلى حائز آخر ، فتنتقل الحيازة مستمرة دون انقطاع بين الحيازة اللاحقة و الحيازة السابقة ، و بالتالي لا تعتبر الحيازة اللاحقة مبتدئة .  
و بما أن انتقال الحيازة مستمرة غير منقطع فيجوز ضم مدة الحيازة السابقة إلى مدة الحيازة اللاحقة .

نصت المواد من 811 إلى 814 على انتقال الحيازة في القانون المدني الجزائري .

#### **ب ) انتقال الحيازة إلى الخلف العام :**

يراد بالخلف العام الوارث و الموصي له بجزء معين من التركة و تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بحكم القانون بموت المورث ، تنتقل حيازته إلى الخلف العام دون حاجة تسليم المال للخلف تسليما فعليا ، و هذا ما تقضي به طبيعة الأشياء .

تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها و في ذلك تنص المادة 814 من ق م ج " تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها " .

## ج ) انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

تنص المادة 2/814 من ق.م.ج على ما يلي : " يجوز للخلف الخاص من أن يضم حيازته مدة حيازة سلف ليبلغ التقادم " .

إن الخلف الخاص يجوز أن يضم حيازته إلى حيازة سلفه أو أن يفصل بين الحيازتين و يتمسك بإحدهما دون الأخرى فله الخيار تبعاً لما يراه أنه يحقق له مصلحة .  
و طبقاً لنص المادة 952 من ق.م. المصري " تنتقل الحيازة من الحائز إلى غيره إذا اتفقا على ذلك و كان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحقوق الواردة عليه الحيازة و لو يكن هناك تسلم مادي للشيء موضوع هذا الحق " .

و قد تضمن هذا النص أحكام انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص كالمشتري و الموصي له بشيء معين من التركة و الموهب له و صاحب حق الانتفاع ، فتنقل الحيازة باتفاق بين السلف و الخلف على أن تنتقل الحيازة من الأول إلى الثاني مصحوبة بتمكين الثاني من السيطرة على الشيء ، و بذلك تنتقل الحيازة بركنها المادي و هو السيطرة المادية على الشيء و المعنوي و هو نية اكتساب حق عليه ، و توجد حيازتان منفصلتان ، حيازة السلف و حيازة الخلف و للخلف الخيار في ضم الحيازتين أو الاستقلال بحيازته وفقاً لمصلحته<sup>1</sup> .

## د ) نقل الحيازة بالتسليم الحكمي :

يجوز أن يتم نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده و لكن لحساب نفسه .  
لا يشترط لانتقال الحيازة أن يتم تسليم الشيء تسليمياً مادياً بل يكفي أن يكون التسليم حكماً بأن يتفق على اعتبار الشيء تحت تصرف الخلف ، فتنقل حيازته إليه بهذا السلم الحكمي<sup>2</sup> .  
سادساً : زوال الحيازة .

تكتسب الحيازة بتوافر عنصرين المادي و المعنوي ، و هما عنصران متلازمان يؤدي فقدانهما أو فقدان أحدهما إلى زوال الحيازة .

1 – أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص 33 .

2 – أنور طلبة ، المرجع السابق ، ص 35 .

لقد نص المشرع الجزائري على زوال الحيازة في المادتين 815 و 816 من ق.م .

## أ ) زوال الحيازة بفقدان العنصرين المادي و المعنوي :

تنص م 815 ق.م.ج "تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية على الحق أي إذا فقد هذه

السيطرة بأية طريقة "

فإذا فقد الحائز السيطرة الفعلية على الشيء و فقد نية التصرف في الشيء المحاز كمالك تزول حيازته

بزوال الركنين معا .

و تزول الحيازة لفقدان الركنين في الحالات التالية:

- بالإرادة المنفردة للحائز بالتخلي عن الشيء و ذلك إذا كان قاصدا التخلي عن الشيء المحاز نهائيا .
- بالإرادتين المتطابقتين للحائز و لخلفه الخاص فالحائز يفقد الحيازة إذا باع العين و قد يفقدها حتى و لو بقي فيها كمستأجر ، و بهذا يفقد الحيازة القانونية و يصبح حائزا عرضيا .
- قد يفقد الحائز السيطرة على الشيء رغما عنه في حالة القوة القاهرة كالزوال الذي يؤدي إلى تحطيم العقار.<sup>1</sup>

**ب ) زوال الحيازة بفقدان الركن المادي :**

يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء المحاز إذا اغتصب منه بفعل الغير كالسرقة أو ضاع منه كأن يفلت الشيء من يد الحائز و قد تفقد السيطرة المادية حين لا يكون في مقدور الحائز أن يسيطر على الشيء لا لنفسه ولا بواسطة غيره ، و يفقدان الركن المادي فتفقد و تزول الحيازة.<sup>2</sup>

1 – محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 49-50.

2 – محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 50.

الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الحيازة .

أولاً : الشروط المتعلقة بالحق ( المتعلق بالعقار ) .

أ ) أن يكون الحق قابلاً للتعامل فيه .

يكون الحق غير قابل للتعامل فيه إما طبيعته التي تجعله غير صالح كمحل للتعاقد كالهواء أو الشمس

أو البحر و إما للغرض الذي خصص له كالأموال لأنها مخصصة للمنفعة العامة ، و إما لعدم مشروعيتها سواء كان ذلك بنص قانوني أو لمخالفته النظام العام ، فالحق القابل للتعامل فيه هو ذلك الذي يخضع للتصرفات الناقلة للملكية<sup>1</sup>.

و هنا مجال دراستنا هو العقار و بالتالي هو قابل للتعامل فيه .

ب ) يجب أن يكون العقار من نوع الملك الخاص :

يجب أن تكون الأرض التي يريد الشخص توثيقها بسند حيازي ملك خاص ، و بالتالي يستبعد من مجال حيازة الأملاك العقارية الوقفية و الأملاك الوطنية العامة والخاصة التابعة للأملاك الدولة والولاية و البلدية من منظور القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

ج ) أن يقع العقار بمنطقة غير مسموحة :

يجب أن يقع العقار بإقليم بلدية أو جزء من بلدية لم يتم المسح العقاري فيها بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم التطبيقية له لأن إتمام هذه العملية يؤدي إلى تشخيص الممتلكات العقارية مادام أن المسح يعد أداة تصفية نهائية ، فلا يتصور شهادة حيازة بعده<sup>2</sup>.

د ) أراضي لم تحرر عقودها :

شهادة الحيازة لا تسلم في الأراضي الممسوحة و هذا شيء طبيعي ، و لكنها لا تسلم أيضا في الأراضي التي لم يتم فيها المسح و لكن لها عقود ، أي أنها تسلم في الأراضي التي لا يحوز أصحابها على سند قانوني يثبت ملكيتها<sup>3</sup>.

1 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 88-89.

2- حمدي باشا ، " محررات شهر الحيازة ، ص 117.

3- حمدي باشا ، " محررات شهر الحيازة ، ص 118.

## ثانياً : الشرط المتعلق بالمدة :

### أ ) مدة التقادم :

يشترط التقادم إلى جانب الحيازة الصحيحة كما سبق مدة معينة و محددة قانونا ، و يختلف التقادم القصير عن الطويل ففي الأول إذا حاز شخص عقارا بسبب صحيح و هو حسن النية طبقا للتقادم المكسب القصير يصبح مالكا للعقار بعد مرور عشر سنوات ( المادة 828 ق.م.ج ) .  
أما إذا كان الحائز لا يتوفر على سبب صحيح و كان سيء النية امتدت مدة التقادم إلى 15 سنة ( المادة 827 ق.م.ج ) .

أما الحقوق الميراثية فتكتسب بمرور 33 سنة ( 829 ق.م.ج ) و مدة التقادم ومن النظام العام لأنها تتعلق بوجوده ، فلا يجوز الاتفاق على تعديلها سواء بالزيادة أو بالنقصان و قد نصت المادة 832 " تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة " .  
و نصت المادة 322 من نفس القانون أنه لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه كما الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون وقد وضعت قواعد لحسابها.<sup>1</sup>  
**ب ) بدء سريان مدة التقادم :** وفي هذا الصدد تنص المادة 314 من ق.م " تحسب مدة التقادم بالأيام بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها " طبقا لهذه المادة تبدأ مدة التقادم المكسب في اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة أي منتصف الليل.  
وفقا للتقويم الميلادي , ولا يحسب اليوم الأول لأنه يكون يوما ناقصا أو هو جزء من يوم وعليه يبدأ الحساب في اليوم الموالي لليوم الأول للحيازة وتحسب بالأيام لا بالساعات يوم بيوم حتى يوم إتمام إما 15 سنة وفقا للتقادم الطويل أو 10 سنوات وفقا للتقادم القصير، و 33 سنة بالنسبة للحقوق الميراثية , ويدخل في حساب المدة ما يتخلل هذه الأيام من مراسم وأعياد و إذا صادف آخر يوم للتقادم يوم عيد فإنه يوقف الحساب إلى أول يوم عمل .  
المشرع الجزائري يأخذ بالمواعيد الكاملة وبالتالي باكتمال اليوم الأخير الحائز له أن يرفع دعوى استحقاق.<sup>2</sup>

1 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1010.

2 – عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1010.

و نشير في الصدد أن القاعدة العامة في التقادم هي 33 سنة بالنسبة للحقوق الميراثية و 10 سنوات إسنادا إلى سند صحيح و 15 سنة ، و لكن إذا وضع الحائز يده قبل صدور القانون المدني في 26 ديسمبر من سنة 1975 فإنها تسري عليه أحكام القانون الفرنسي السائد آنذاك و مدته 30 سنة و هذا طبقا للمادة 07 من قانون م و كذا نص المادة 1002 من نفس القانون ولا تطبيق مدة التقادم المحددة في هذا القانون إلا على الوقائع التي ترد بعد نشر هذا الأمر.<sup>1</sup>

### ج ) وقف التقادم :

التقادم أثناء سريانه قد يتعرض إلى مانع مرور شرعا يؤدي إلى وقف مدة التقادم و عدم حساب المدة التي توقف فيها التقادم ، إذ تحسب المدة السابقة و تضاف إلى المدة اللاحقة له و قد يكون الوقف عند بداية التقادم أو أثناء سريانه فيتوقف التقادم طالما وجد المانع ، و يعود التقادم إلى السريان بمجرد انتهاء تلك العلاقة و زوال المانع ، و قد نصت المادة 316 من ق.م على أسباب الوقف و هي تخضع لسلطة و تقدير القاضي ، و قد يكون سببا خارجيا و قد يتعلق بحالة الشخص .

### 1 - موانع راجعة إلى حالة الشخص ذاته :

مثل السبب المتعلق بنقص الأهلية و الحجر فإن التقادم يتوقف سريانه في حق ناقص الأهلية و المحجور عليه و المحكوم عليه بعقوبات جنائية و كذلك بين النائب و الأصل .  
فلا تسري في حق هؤلاء مدة التقادم إلا بعد زوال المانع ، فإذا زال المانع رجع المقتضي و هذا يعتبر مانع قانوني .

و قد يكون المانع أدبيا كعلاقة القرابة و قد صدر قرار من المحكمة العليا تحت رقم 197/117 بتاريخ 2000/05/31 و مما جاء فيه حيث فضلا عن ذلك فإنه يستفاد من نصوص المادتين 832 و 833 مجتمعة أنه تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة و وقف التقادم و المادة 316 ق.م تنص على أنه لا يسري التقادم كلما وجد المانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه لذلك قد يتوقف بسبب مانع مادي أو مانع أدبي يتجلى في العلاقة بين الحائز و المالك من هنا تكون الحيابة مشوية بلبس.



فالمانع المادي يرجع إلى ظروف خارجية متصلة بالشخص صاحب الحق و هي العلاقة الدائمة بينه و بين الحائز كعلاقة القرابة و العلاقة بين الزوجين.<sup>1</sup>  
و القصد الأساسي من وقف التقادم في هذه الحالة هو الحفاظ على العلاقة الزوجية و إبعادها عما يعكر صفوها .

## 2 – موانع راجعة إلى أسباب و ظروف خارجية :

لقد نص المشرع الجزائري عليها عامة و لم يحصرها و بالتالي تطبق عليها القاعدة العامة التي تنص على وقف التقادم كلما وجد عند صاحب الحق مانع لأنه ورد في المادة ، " أي مانع مبرر شرعا " و الموانع ترجع إلى ظروف خارجية قد تكون حربا فيؤدي هذا الظرف إلى عدم تمكن صاحب الحق من المطالبة بحقه أو منع الحاكم من مباشرة أعماله و لقد اعتبر القضاء الجزائري الحرب التحريرية سببا لوقف التقادم ( قرار المجلس الأعلى بتاريخ 1983/04/06 غير منشور ).<sup>2</sup>

## 3 – آثار الوقف :

يترتب على وقف التقادم إسقاط المدة التي توقف خلالها من حساب مدة التقادم ، وذلك سواء وقع سبب الوقوف في بداية التقادم أو أثناء سريانه أو نهايته.

و عندما يزول سبب الوقف صمت المدة السابقة للمدة اللاحقة في اكمال المهلة المطلوبة.<sup>3</sup>

إذا كان الحق الذي ترد عليه الحيازة غير قابل للتجزئة كحق الارتفاق إذ يقف التقادم بصفة مطلقة في حق جميع الشركاء.<sup>4</sup>

د ) انقطاع مدة التقادم :

فيما رأينا سابقا أن المادة 832 ق.م تحيلنا إلى قواعد التقادم المسقط من حيث وقفه و انقطاعه و على هذا ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية ( المادة 317 ق.م.ج ) و بالإقرار الصريح أو الضمني (المادة 318 ق.م.ج ) و يتخلى الحائز عن حيازته أو فقدها و لو يفعل الغير ( المادة 384 ق.م.ج ) .

1 – محمد علي أمين ،التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ،دار المعارف للنشر و التوزيع ،طبعة2007 ، ص 533.

2 – محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 90.

3 – محمد علي أمين ، المرجع السابق ، ص 543.

4 – عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء 3 ، ص 390.

## 1 – أسباب الانقطاع الطبيعية :

هذا السبب ينفرد به التقادم المكسب دون المسقط ، لأن من المفروض أن تزول الحيازة و الحيازة لا تكون إلا في التقادم المكسب و قد نصت المادة 384 ق.م.ج " ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها و لو بفعل الغير ، غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال السنة أو رفع دعوى استردادها في هذا الميعاد "

تبعاً للمادة فإن التقادم ينقطع إذا تخلى الحائز عن حيازته و ما يترتب على زوال الحيازة و الذي يكون إما بزوال العنصر المادي أي عدم مباشرة الحائز للأعمال المادية و هذا سواء بإرادته أو عن طريق الغير ، سواء المالك الحقيقي أو الغير و مهما استبقى الحائز العنصر المعنوي فلا يعتد به ، أو يفقد الحيازة للعنصر كأن يحوز لنفسه مباشرة الأعمال المادية لصالح الغير فهذا أيضاً يفقد حيازته لكن ماذا تنتج عن ذلك ؟

## 2 – آثار الانقطاع :

ينقطع التقادم بمجرد التخلي إذا كان ذلك بإرادة الحائز و يترتب على ذلك إذا استرد الحيازة فإنه تبدأ حيازة جديدة .

أما إذا كان بفعل الغير فإن المشرع أعطى للحائز الذي فقد حيازته أن يرفع دعوى استرداد الحيازة خلال سنة من فقدها ، فإن لم يرفعها في الميعاد المطلوب سقط حقه في رفع الدعوى و انقطع التقادم بالنسبة إليه ، أما إذا استرد الحيازة خلال الميعاد أو رفع الدعوى خلال الميعاد سواء استرداد أو منع تعرض أو دعوى حيازة و حكم له بعد الميعاد أي سنة فإن التقادم يستمر في حقه و تعتبر حيازة مستمرة<sup>1</sup>.

## 3 – أسباب الانقطاع المدنية :

### - بالمطالبة القضائية :

المقصود هنا هو أن يرفع المالك دعوى استحقاق ضد الحائز يطالبه بالخروج أو الطرد من العقار ، فإنه بمجرد أن يرفع دعواه و لو أمام محكمة غير مختصة فإن التقادم ينقطع و لو أفضت

الدعوى إلى عدم قبولها شكلا أو شطبها أو سقوطها غير أنه في القانون الفرنسي إذا تم عدم قبول الدعوى أو سقوطها فإن الدعوى تعتبر كأنها لم تكن ولا ينقطع التقادم.<sup>1</sup>

### - الآثار المترتبة على المطالبة القضائية :

هناك ثلاث احتمالات في حالة الاستجابة للطلب في حالة التصريح بعد الاختصاص و في حالة التصريح برفض الدعوى .

- ففي حالة الاستجابة لطلبات المالك بحكم نهائي ، فالمسألة محسوم فيها إلا إذا رجع الحائز إلى عين المكان بعد التنفيذ عليه فإنه يسري تقادم طويل المدة ، يبدأ منذ بداية الحيازة الجديدة .

- إذا فصلت المحكمة بعدم اختصاصها ( المحلي أو النوعي ) فإنه يسري تقادم جديد من يوم صدور الحكم النهائي .

- إذا صرح القضاء برفض دعوى الاستحقاق، بحكم حيازتها فإن التقادم ينقطع نسبيا أي بالنسبة للمدعي الذي رفضت دعواه ويبقى التقادم ساريا بدون انقطاع منذ البداية في حق كل شخص آخر.

### - الإقرار :

ينقطع التقادم المكسب إذا أقر الحائز بأنها ملك لصاحبها إقرارا صريحا و يعتبر الإقرار الصريح على هذا النحو كأنه تنازل عن مدة الحيازة الماضية لصالح المالك .

و يعتبر الإقرار الضمني مثلا عندما يطلب الحائز من المالك بعد المدة من الحيازة أن يحرر له عقد إيجار الاستغلال ، فبمجرد تحرير العقد و توقيعه ينقطع التقادم.<sup>2</sup>

### - الآثار المترتبة عن انقطاع التقادم بالإقرار :

إذا أقر الحائز حق المالك فإنه لا يعتد بمدة الحيازة التي سبقت هذا الإقرار و تعتبر كأن لم تكن و إذا بقي في العين بقصد ملكها ، يبدأ في حساب مدة تقادم جديد .

أما إذا أقر الحائز بأنه حائز عرضي فلا يسري في حقه لا تقادم طويل و لا تقادم قصير إلا إذا غير صفة الحيازة من عرضية إلى أصلية سواء بفعله أو بفعل يصدر عن الغير.<sup>3</sup>

1 - عمار روانية ،مستشار بالمحكمة العليا، مقال تحت عنوان "التقادم المكسب " منشور في المجلة القضائية الجزء 02 / 2004

2 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 1054.

3 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 104.

### ثالثاً : التمسك بالتقادم المكسب بالالتجاء إلى القضاء :

لا تثبت الملكية المكتسبة عن طريق التقادم تلقائياً ، إذ يجب على صاحب التمسك بها ، سواء أمام القضاء أو عبر تحرير عقد الشهرة .

طبقاً للمرسوم رقم 352/83 في حالة عدم وجود نزاع كما نص القانون رقم 25/90 المتضمن

التوجيه العقاري على شهادة الحيازة و سنتطرق هنا إلى التمسك بالتقادم المكسب عبر القضاء  
أ ( التمسك بالتقادم المكسب عبر دعوى الاستحقاق :

دعوى الاستحقاق هي دعوى عينية تقوم بحماية حق الملكية ينصب النزاع فيها على عقار يطالب بملكيته و يكون هو العقار محل الحيازة .

و تختلف هذه الدعوى عن طريق دعاوى الحيازة في محلها إن تنصب الأولى على حماية الحيازة بذاتها أو منع التعرض لها ، بينما تنصب دعوى الاستحقاق على ملكية العقار ، و الحيازة هنا هي الأساس القانوني الذي يعتمد عليه رافع الدعوى لتبرير ملكيته .

و يجب على رافع الدعوى أن يثبت وجود الشروط الموضوعية في حيازته بتوافر السيطرة المادية على العقار بصفة قانونية أي أن تكون حيازته هادئة ، مستمرة ، علنية ، و أن لا تكون مشوبة بعيب من العيوب سالفة الذكر ، كما عليه أن يثبت توافر المدة القانونية للتقادم بنوعيه ، و متى أثبت ذلك كان له أن يتمسك بملكية العقار حتى في مواجهة المالك الأصلي .

و يجب أن تشمل عريضة المدعي على تحديد دقيق للملكية و ذلك عبر مخطط معد من طرف خبير معتمد ( عقاري أو مهندس معماري ) من أجل أن يثبت أو يتأكد من المساحة بدقة و مدى احترام الملكيات المجاورة و الارتفاقات إن وجدت ، و شهادة من البلدية تثبت بأن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية أو احتياطاتها العقارية و شهادة من إدارة أملاك الدولة تثبت فيها أن الطبيعة القانونية للعقار إذا كان يدخل ضمن أملاك الدولة أو لا<sup>1</sup> .

إضافة إلى شهادة من المحافظة العقارية من أجل التأكد من أن هذا العقار حرر بشأنه عقد ملكية مشهر لفائدة الغير أم لا .

1- حمدي باشا عمر ، " نقل الملكية العقارية " ، المرجع السابق ، ص 38-39.

كما يتعين أن يتضمن الحكم الصادر في هذه الدعوى جميع البيانات المتعلقة بالعقار من مساحة و حدود و اتفاقات إن وجدت حتى يكون هذا الحكم القضائي سندا للملكية و سندا قابلا للشهر و كل محل العقد التوثيقي .

كما سبق أن ذكرنا دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار المنصوص عليها في المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

#### ب ) التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدفع:

المدعي عليه الذي اكتسب الملكية عن طريق وضع اليد يستطيع أن يتمسك باكتسابها عن طريق الدفع ، و ذلك إذا ما رفع عليه المالك دعوى استحقاق دفع هو متمسكا بالتقادم المكسب ، و هذا الدفع كما يعرف هو الأداة الثانية لاستعمال الدعوى يجسد فيها المتقاضي ادعاءه في شكل طلب مقابل ، فهو هنا ليس إنكار فحسب أو موقفا سلبيا من جانب المدعي عليه ، و إنما يتضمن إدعاء تفصل فيه المحكمة و يعتبر هذا الدفع دفعا موضوعيا مقررًا لمصلحة الأطراف يجوز التمسك به في أي مرحلة كانت عليه الدعوى. و التمسك بالتقادم المكسب ليس من النظام العام ، إنما هو مقرر لمصلحة الخصوم فلا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها طبقا للمادة 321 ق.م.ج ، و لقد أجازت نفس المادة للدائن أو لمن له مصلحة أن يتمسك بالتقادم إن لم يتمسك به الحائز عن طريق الدعوى عبر المباشر التي يباشر فيها الدائن حقوق مدينة بناء على نص المادة 189 من ق.م.ج .

#### ج ) التنازل عن الدفع بالتقادم المكسب :

أحال المشرع إلى قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق بالتنازل عن التقادم وفي هذا الصدد نصت المادة 322 ق.م.ج على ما يلي " لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه ، كما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون " .

لا يمكن التنازل عن التقادم المكسب قبل ثبوت الحق فيه لأن ذلك يمس بوجود التقادم ، إذ أن ذلك لا يعد نزولا عن الحق ذاته و إنما هو تنازل عن حق التمسك بالتقادم و هو اعتراف باستمرار صفة المالك ، و لا يتصور أن يكون له ذلك قبل تمام مدة التقادم و ثبوت الحق و طبقا للمادة المذكورة أعلاه إذا اكتملت مدة التقادم سواء القصير أو الطويل ثبت حق الحائز ، و بالتالي

له أن يتمسك به أو يتنازل عنه و لا يشترط في التنازل شكل معين لذلك يستوي أن يكون صريحا أو ضمنيا .

و متى تنازل الحائز عن التمسك بالدفع بالتقادم المكسب لا يمكنه بعد ذلك أن يتمسك به من جديد فتسقط جميع لآثار التقادم الذي تمت مدته من جديد ، و لكن إذا استمر الحائز علة حيازتها بعد أن تنازل عن التمسك بالتقادم فمن وقت هذا التنازل يبدأ حساب تقادم جديد مدته 15 سنة حتى و لو كانت مدة التقادم الأولى 10 سنوات ، ذلك أن التقادم القصير يشترط فيه النية ، و هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إقرار بهم طبقاً للمادة 2/322 من ق.م.ج.<sup>1</sup>

#### رابعاً : التمسك بالتقادم المكسب عبر إعداد عقد الشهرة :

جاء المشرع بهذا الإجراء بمقتضى المرسوم رقم 352/83 لتطهير الملكية العقارية و الوضعيات العالقة ، و كذلك لتبسيط الإجراءات و التشجيع على خدمة الأرض ، و بالنظر إلى التكاليف الباهظة لعملية المسح مما جعل أغلبية العقارات تفتقر إلى سندات ملكية مكتوبة .  
و لم يعرف المشرع عقد الشهرة و ترك الأمر إلى الفقه و القضاء و قد عرّف على أنه محور رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية و في سلطته و اختصاصه ، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد.

#### أ ) شروط إعداد عقد الشهرة :

نص في المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي يبين إجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على مجموعة من الشروط منها ما يتعلق بالعقار المراد اكتساب الحق عليه ، و منها ما يتعلق بوضع اليد و منها ما يتعلق بمدة التقادم .

#### 1 - الشروط الخاصة بالعقار المراد اكتساب الحق عليه .

- أن يكون كائن ببلدية غير ممسوحة .

للاستفادة من أحكام عقد الشهرة ، يجب ألا يكون العقار كائن أو واقع في بلدية خضعت لإجراءات

الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري لأن البلديات

الخاضعة لهذا الإجراء يحصل الحائزون فيها بعد نهاية عملية المسح على سند رسمي و هو الدفتر العقاري<sup>1</sup>.

- أن لا تكون ملكية طلب عقد الشهرة ثابتة بسند رسمي :

بمعنى أن الحائز لعقار بموجب عقد عرفي غير ثابت التاريخ يمكنه اللجوء إلى الموثق للمطالبة بإعداد عقد الشهرة .

و ما يؤكد هذا المعنى ما ذهبت إليه المادة 2 من المنشور الوزاري المشترك رقم 4513 بين وزارة العدل و وزارتي المالية و الداخلية المؤرخ في 09 جوان 1984 تطبيقا للمرسوم رقم 352/83 التي نصت بأن المالك الحقيقي يجد نفسه في وضعية يستحيل معها إقامة الحجة على حقه في الملكية بسند قانوني .

أما الشخص الذي يملك عقار بموجب سند رسمي ( عقد توثيقي، عقد إداري، حكم قضائي) مشهر بالمحافظة العقارية فهو غير معني إطلاقا لهذا المرسوم ، كون أن ملكيته ثابتة بسند ملكية رسمي له الحجية الكاملة في مواجهة الكافة<sup>2</sup>.

**أن يكون العقار موضوع عقد الشهرة من نوع الملك الخاص .**

عقد الشهرة يعد فقط في أراضي الملكية الخاصة و هذا ما يستشف من نص المادة 1 من المرسوم 352/83 التي جاء فيه " كل شخص يحوز في تراب البلديات ....، عقار من نوع الملك " و بالتالي يستبعد من نطاق أحكام هذا المرسوم الملكيات التالية :

\* **الأملك الوطنية :** لا يجوز إعداد عقود الشهرة على عقارات تابعة ملكيتها للدولة أو مجموعاتها الإقليمية ( الولاية ، البلدية ) سواء كانت أملاك وطنية عمومية أو خاصة.

و تنص في هذا الصدد المادة 04 من ق 30 /90<sup>3</sup> . المتعلق بالأملك الوطنية " الأملك العمومية غير القابلة للتصرف و لا التقادم و لا للحجز .. " .

1 – حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 22.

2 – حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 24-25.

3 – قانون 30/90 المتضمن قانون الأملك الوطنية الصادر بتاريخ 1990/12/01.

\* **الأمالك الوقفية** : و هي الأملاك المحبسة عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من الوجوه البر و الإحسان فهذه الأملاك لا يمكن ملكها بالتقادم المكسب بسبب زوال حق الملكية ، و لأن الوقف يتمتع بالشخصية المعنوية.<sup>1</sup>

## 2 – الشروط المتعلقة بالحياسة :

بصفة عامة الشروط الواجب توافرها في الحياسة أن تكون قانونية و بالتالي تستبعد الحياسة العرضية ، و ذلك بتوافر العنصر المادي و المعنوي للحياسة .

و يشترط فيها أيضا أن تكون مستمرة ، علنية ، هادئة و خالية من العيوب مثل عبء الإكراه و الخفاء و عدم الوضوح و عدم الاستمرار.<sup>2</sup>

و هذا ما جاء في نص المادة 01 من المرسوم رقم 352/83 " كل شخص يحوز في تراب البلديات ...حياسة مستمرة ، غير منقطعة و لا متنازع عليها ، و علانية و ليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام الأمر رقم 58 /75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني يمكنه أن يطالب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا إعداد عقد الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية " نجد أن هذه المادة ضببت نوعا من الشروط الواجب توافرها في الحياسة و السالفة الذكر.<sup>3</sup>

## 3 – الشروط المتعلقة بالمدة :

نصت المادة 03 من المرسوم رقم 352/83 على الملف الواجب تقديمه من قبل الحائز للموثق لإعداد عقد الشهرة ، و من بين الوثائق التي تطلبها النص ، تصريح شرفي على ممارسة الحياسة على العقار تطابق أحكام المواد 827 و ما يليها من القانون المدني ، و بالتالي يشترط في الشخص الذي يطالب بإعداد عقد الشهرة أن يكون قد حاز العقار بالمدة التي قررها القانون.

و الجدير بالملاحظة أن الحائز الذي وضع يده على عقار في ظل سريان القانون المدني القديم ، أي أن حيازته كانت تطبيقا للمادة 2262 من القانون المدني الفرنسي ، لا يسوغ للموثق أن يعد له عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية الذي يحوزه على أساس المادة 827 من القانون المدني الجديد

1 – عبد الحميد الشواربي ، أحكام التقادم في القضاء و الفقه ، ص 59-102.

2 – محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 89-90.

3 – حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحياسة ، المرجع السابق ، ص 31.



لأن الحائز الذي وضع يده على عقار في ظل القانون القديم الذي يحدد مدة التقادم المكسب بـ 30 سنة يبقى خاضعا في اكمال المدة إلى القانون المدني الفرنسي ، و هذا ما أكدته المادة السابقة من القانون المدني الجزائري " تطبق النصوص الجديدة المتعلقة بالإجراءات حالا غير أن النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم و وفقه ، و انقطاعه ، فيما يخص المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة " و المادة 1002 من نفس القانون " لا تطبق مدة التقادم المحددة في هذا القانون إلا على الوقائع التي ترد بعد النشر هذا الأمر "

و يفهم مما سبق أن المشروع فرق بين التقادم الذي يبدأ في ظل القانون المدني القديم إذ ينقض طبقا للمادة المحدد فيه ، أما التقادم الذي بدأ بعد سريان القانون الجديد أي بعد 1975/07/05 فإنه يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.<sup>1</sup>

و خلاصة القول أن التقادم الذي بدأ في ظل القانون المدني القديم تبقى مدته مستمرة 30 سنة حتى و لو قلصت هذه المدة في ظل القانون المدني الجديد.

و أدى تطبيق المادتين 07 و 1002 من القانون المدني التي تناقضان عليه ، حيث نجد أن الشخص الذي وضع يده على العقار بعد تنفيذ القانون المدني الجديد ابتداء من 05 1975/07 05 يمتلك عقارا بالتقادم المكسب قبل شخص آخر وضع يده على عقار مما سبق 1978 لأن هذا الأخير لا يستطيع تملك العقار إلا بعد انقضاء مدة 30 سنة في حين الأول يستطيع أن يمتلك العقار بانقضاء مدة 15 سنة من وضع اليد.<sup>2</sup> و كما سبق و أن ذكرنا أن التقادم نوعان قصير و طويل و يكون قصيرا ( 10 سنوات ) إذا توافرت لدى الحائز النية الحسنة و السند الصحيح ، و بالتالي تكون مدته أقصر من التقادم الطويل فهي 10 سنوات في القانون الجزائري .

و يتبين من نص المادة 829 من ق.م.ج هناك نوعا ثالثا من التقادم مدته 33 سنة و هو تقادم حقوق الإرث المذكورة في النص هو تقادم مسقط لا مكسب .

1 – حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 39-40.

2 – حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 41.

و المدة المتطلبة في التقادم هي من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على تعديلها أو إلغائها طبقاً لنص

المادة 322 من ق.م.ج. <sup>1</sup>.

## ب) مراحل و إجراءات إعداد عقد الشهرة :

يبر عقد الشهرة قبل شهره بالمحافظة العقارية ، بمجموعة من المراحل و كل مرحلة من هذه المراحل تتخللها إجراءات معينة تستدعي تدخل كل من مكاتب التوثيق و إدارة أملاك الدولة و الشؤون العقارية في الولاية و كذا تدخل رئيس المجلس الشعبي البلدي.

### 1 - تقديم الملف إلى الموثق .

طبقاً للمادتين الأولى و الثانية من المرسوم رقم 8352/83 فإن الموثق هو الشخص الوحيد المؤهل قانوناً لإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، و يأخذ في هذه الحالة صفة القاضي في قبول الملف أو رفضه ، و في هذه الحالة الأخيرة يتعين عليه تعليل رفضه و تقديم تبرير مكتوب لصاحب المصلحة لكي يتمكن هذا الأخير من استعمال حقه في اللجوء إلى القضاء للمطالبة بإلزامه بتحرير عقد الشهرة إذا كان صاحب حق .

### وجوب اللجوء إلى مكتب التوثيق المختص إقليمياً.

يستشف من نص المادة 01 من المرسوم رقم 352/83 و حتى المنشور الوزاري المشترك المؤرخ في 09 جوان 1984 و الذي جاء تطبيقاً له. إن صاحب ملف عقد الشهرة لا يتقدم إلى أي موثق عبر التراب الوطني ، بل عليه أن يلجأ إلى مكتب التوثيق المختص إقليمياً بمكان وجود العقار المراد اكتساب ملكيته بالتقادم .

و هذا رغم أن قانون التوثيق الجديد الصادر بموجب القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق قد نص صراحة في المادة الثانية منه على أن اختصاص مكتب التوثيق يمتد إلى كامل الترتب الوطني. <sup>2</sup>

- الوثائق الواجب إحضارها للموثق .

بعد أن يتوجه الشخص الذي يريد إعداد عقد الشهرة إلى الموثق المختص إقليمياً ، فإنه يفيد بالمعلومات اللازمة عن طبيعة الملكية و موقعها و مشتملاتها و مساحتها و كذلك الرسوم

1 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 90.

2 - حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 49-50.

و التكاليف المترتبة عليها ، ويجب فضلا عن ذلك أن يقدم إلى الموثق الوثائق التالية.

- الأوراق الثبوتية للحالة المدنية للمعني ( شهادة الميلاد).

- إفادات الشهود مكتوبة ، بأن المعني يحوز العقار في المدة المطلوبة قانونا .

- مخطط الملكية معد من طرف شخص معتمد لا سيما الخبراء العقاريين و الخبراء في القياس و

المهندسين المعماريين و مكاتب الدراسات .

- تصريح شرفي على أن الحائز يمارس على العقار حيازة تطابق أحكام المواد 827 وما يليها من القانون

المدني .

- الشهادات الجبائية عند الاقتضاء مثل سجل الضريبة العقارية.

يفحص الموثق هذه الوثائق و يقدر قيمتها ثم يتأكد من مدة التقادم و الطبيعة القانونية للملكية بعد التأكد من

كل هذا يبدأ الموثق في مباشرة إجراءات المرحلة الثانية المتعلقة بإجراءات التحري و التحقيق.<sup>1</sup>

- شهادة من المحافظة العقارية تحدد الطبيعة و الوضعية القانونية للعقار هل تم تحرير عقد بشأنه أو

لا .<sup>2</sup>

## 2 – التحري و التحقيق :

يقوم الموثق بالاتصال بمختلف الإدارات المعنية التي يمكنها أن تمدّه بالمعلومات اللازمة عن طريق

التحري و التحقيق التي يقوم بها أعوانها .

- **طلب رأي رئيس المجلس الشعبي البلدي :**

يرسل الموثق نسخة من الملف إلى رئيس بلدية مكان تواجد العقار محل الطلب ، و بمجرد تلقي الملف

تقوم المصالح المختصة في هذه البلدية بالتأكد من الطبيعة القانونية للعقار المراد إعداد عقد شهرة عليه إن

كان يدخل ضمن أملاك البلدية أم لا .

و يجب على رئيس البلدية إخطار الموثق وإبلاغه في أجل 4 أشهر من تاريخ تلقي الملف.<sup>3</sup>

1 – حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 51-52.

2- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 39.

3- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 55.

بمعنى شهادة من البلدية تثبت بأن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية.<sup>1</sup>

## - طلب رأي مديرية أملاك الدولة :

يقوم الموثق بإرسال نسخة من الملف إلى نائب مدير الشؤون العقارية و أملاك الدولة في الولاية ملتسما منه تحديد الطبيعة القانونية للعقار إن كان يدخل ضمن أملاك الدولة أم لا .  
و بمجرد تلقيه الملف يقوم هذا الأخير بإجراء تحقيق عن طريق مفتشية أملاك الدولة الواقعة بدائرة اختصاص موطن العقار المراد إعداد عقد الشهرة عليه .

فيقوم العون المكلف بالتحقيق وجوبا بتحريات في مصالح أملاك الدولة ، و خاصة فحص سجل الملكية و الإيجارات و التنازلات ليكتشف احتمال وجود ملكية للدولة للعقار موضوع الطلب.<sup>2</sup>  
ثم يتصل خصوصا بمصالح الحفظ العقاري ومكتب مسح الأراضي و مصلحة السكن في الولاية و البلدية ليطلع على كل المعلومات التي من شأنها أن تدله على الطبيعة القانونية للعقار ، و يستطيع المحقق في حالة الضرورة حتى القيام بإجراء تحقيق مع الملاك المجاورين والشهود المحتملين.  
و بعد الانتهاء من عملية التحقيق ، يحول الملف مرفقا بتقرير مفصل إلى نائب مدير أملاك الدولة و الشؤون العقارية مشفوعا برأيه و ملاحظاته حول القضية ، و على هذا الأخير إخطار الموثق و إبلاغه برأيه في أجل 4 أشهر من تاريخ تلقي الالتماس ، و الإخطار يكون من أجل التأكد إذا كان العقار تابع لها أم لا .

## - نشر الطلب :

يقوم الموثق بنشر طلب إعداد عقد الشهرة عن طريق اللصق في مقر البلدية و الصحافة الوطنية و الجهوية على نفقة الأطراف المعنية .

## - تلقي الاعتراضات :

كما يتلقى الموثق الاعتراضات على طلب إعداد عقد الشهرة سواء من البلدية أو مصالح أملاك الدولة أو من المواطنين ، و هنا ما على الموثق إلا توحيد الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة لحل النزاع إعمالا لنص المادة 8 من المرسوم رقم 352/83.

1 - حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 39.

2- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 56.

## الاعتراضات المقدمة من طرف المواطنين :

يقوم الموثق بتوجيه الأطراف المعنية إلى القضاء المختص لطرح منازعاتهم ، و حلها طبقا للقوانين و الإجراءات السارية المفعول و هذا ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم رقم 352/83 فإما يكون الاعتراض على كون المعارض هو الحائز أو كون الاعتراض منصب على الحدود المقدمة من طرف الخبير العقاري أو أن يتمسك المعارض كونه هو مالك العقار الحقيقي<sup>1</sup>.

## الاعتراضات المقدمة من طرف الإدارة العمومية :

تقدم البلديات أو مديرية أملاك الدولة اعتراضاتها أمام مكتب التوثيق إذا ما اتضح لها من خلال التحريات التي قامت بها عن طريق أعوانها المختصين أن العقار المراد شهر حيازته ملك للدولة و مجموعاتها المحلية شريطة أن تثبت ذلك بسند رسمي<sup>2</sup>.

و لكن السؤال المطروح هل أن عدم الاعتراض على إجراءات عقد الشهرة أمام الموثق خلال الأربعة أشهر المنصوص عليها في المادتين 06 و 07 من المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يمنع صاحب الحق أو المصلحة من اللجوء إلى القضاء للطعن في صحته ؟

نرى أن مهلة الأربعة أشهر المنصوص عليها في المادتين 06 و 07 من مرسوم 352/83 تعد مهلة للاعتراض أو بالأحرى مهلة الانتظار لا مهلة سقوط .

و عليه ففي حالة الطعن القضائي في عقد الشهرة ، دون الاعتراض على إجراءاته خلال مهلة 04 أشهر التي حددها المرسوم المسار إليه أعلاه لا يترتب عليه عدم جواز النظر في موضوع الدعوى كما هو سائد في أذهان البعض .

إذ يجب التوضيح بان هذا الميعاد قد سنه المشرع لمنذ الموثق من تحرير عقد الشهرة ليس إلا . لكن إذا حرر العقد و طعن في صحته أمام القضاء بعد مرور الأربعة أشهر المحددة للاعتراض أمام الموثق ، فإنه يجب على القاضي الرجوع إلى تطبيق القواعد العامة التي تقضي بأن دعوى بطلان العقد تتقادم بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام العقد<sup>3</sup>.

1 – حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 56-57.

2- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 91-92.

3- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 44.

## ج) تحرير العقد و شهره بالمحافظة العقارية :

في حالة عدم الاعتراض على طلب ، إعداد عقد الشهرة خلال الأجل المنصوص عليها قانونا ، و هي أربعة أشهر تسري من تاريخ النشر في الصحافة الوطنية و اللصق في مقر البلدية بالنسبة للمواطنين و من تاريخ تلقي الالتماس بالنسبة لرئيس البلدية و نائب مدير الشؤون العقارية و أملاك الدولة فإن الموثق يقوم بإتباع إجراءات معينة .

### 1 - تحرير العقد :

تحرير عقد الشهرة من قبل الموثق لا يخضع لنفس الإجراءات و الشكليات التي تخضع لها العقود التوثيقية الأخرى المنصبة على العقارات باعتبارها من العقود وحيدة الطرف و يكتفي فيه الموثق بالإشارة إلى :

- حضور صاحب الطلب الذي التمس إثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب و هذا بعد أخذ هويته كاملة.
- تحديد العقار المراد اكتسابه تحديدا نافيا للجهالة من ناحية تسميته ، و موقعه و معالمه الحدودية وفقا للمخطط المعد من طرف الخبير.

الإشارة إلى أن هذه القطعة لم تخضع لإجراءات المسح العقاري.

التأكد من أن صاحب الحق قد قدم الوثائق المطلوبة قانونا وفقا لما جاء في المرسوم رقم 352/83 .  
إثبات عدم ورود أي اعتراض على طلب عقد الشهرة .<sup>2</sup>

### 2 - تسجيل العقد :

اشترط قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 تسجيل مختلف العقود التي تحرر بمعية الموثق لدى مصلحة التسجيل و الطابع لمفتشية الضرائب التابع لها مكتب التوثيق إقليميا ، و ذلك في أجل لا يتجاوز شهر تحت طائلة غرامة تأخيرية.

لذلك على الموثق بعد تحرير عقد الشهرة وفق الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم رقم 352/83 أن يقوم بتسجيله من أجل تحصيل الدولة الجانب الضريبي لصالح الخزينة العامة.

1- حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 61-62.

2- حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 62-63.

### 3 - شهر العقد :

ألزم المسرع الجزائري في قانون الشهر العقاري على الموثقين و الموظفين و كتاب الضبط كل في حدود اختصاصه إشهار العقود و القرارات و الأحكام الواجبة الشهر ضمن الأجل المنصوص عليها في المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

واستنادا لأحكام م 14 من الأمر رقم 74/ 75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري فان شهر عقد الشهرة أمام المحافظة العقارية المختصة يعد إلزاميا باعتباره من العقود المعلنة للملكية العقارية. و لا يمكن لصاحب عقد الشهرة أن يدعي الملكية على أساس التقادم المكسب ما لم يشهر عقده بمصلحة الشهر العقاري إعمالا لنص م 15 الفقرة 01 من الأمر رقم 74/ 75.<sup>1</sup>

إن الحيازة في ظل أحكام التشريع العقاري لا ترتب أثرها المكسب بمجرد انقضاء مدة التقادم المقررة قانونا بل يتعين على الحائز إشهارها بعد أن وضع المشرع الوسيلة الفنية لذلك وهي إما استصدار حكم قضائي يكرس الملكية على أساس التقادم المكسب أو الحصول على عقد شهرة باللجوء إلى مكتب التوثيق . أن الصفة في رفع الدعوى تعني علاقة المدعي بالحق موضوع الطلب القضائي و بالتالي فغن المتقاضى الذي يرفع دعوى الملكية عليه أن يثبت علاقته بالعقار و الذي يدعي التعدي عليه بإحدى الوسائل المخولة قانونا في نقل الملكية العقارية .

أما فيما يخص النوع الثاني من الدعاوى العقارية فهي دعوى الحيازة .

#### د ) دعوى الحيازة :

تتعلق هذه الدعوى بعنصر الحيازة المالية و القانونية لمالك العقار و يكون الهدف منها هو حماية واضع اليد ممن يعتدي عليه بالغصب أو التعرض بغض النظر عن أسباب الحق ومشروعيته.<sup>2</sup>

1 - حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة ، المرجع السابق ، ص 61-62.

2 - السيد عبد الوهاب عرفة، المطول في الملكية العقارية و الدعاوى المدنية و العقارية و الأحكام الناشئة عنها و الصادرة عنها و تسجيلها ، الجزء 3 ، الإثبات ، المواصفات ، التنفيذ، الدعاوى المدنية، العقود و الأحكام الصادرة فيها ، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 2004، ص478.

و قد نص المشرع على هذا النوع من الدعوى في المادة 524 من نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على : " يجوز رفع دعاوى الحيازة ، فيما عدى دعوى استرداد الحيازة ، ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو لحق عيني عقاري ، و كانت حيازته هادئة علنية ، مستمرة ، لا يشوبها انقطاع و غير مؤقتة دون لبس ، و استمرت هذه الحيازة لمدة سنة على الأقل ، و لا تقبل دعاوى الحيازة و من بينها دعاوى استردادها إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض " .

و من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع قد أسس شروطا يلتزم المدعي بإتباعها و تتعلق هذه الشروط بـ :

- يجوز رفع دعوى الحيازة ممن كان حائزا بنفسه أو بواسطة غيره و يشترط في هذا الغير أن تكون له علاقة بالعقار المراد حيازته عن طريق دعوى .

- أن تكون حيازة المالك للعقار حيازة هادئة ، علنية و مستمرة لا يشوبها انقطاع و غير مؤقتة و قد استمرت لمدة سنة على الأقل .

- لا تقبل دعوى الحيازة في حالة مرور سنة من يوم التعرض الذي طرأ على العقار و الذي قد يعرقل من حرية التصرف و الاستغلال في ملكيته.<sup>1</sup>

كما نصت المادة 525 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يجوز رفع دعوى استرداد الحيازة لعقار أو حق عيني عقاري ممن اغتصبت منه الحيازة بالتعدي أو الإكراه ، و كان له ، وقت حصول التعدي أو الإكراه ، الحيازة المادية أو وضع اليد الهادئ العلني " .

فيستخلص من أحكام هذه المادة على أنه يحق للمدعي الذي تعدى على عقاره ، و كان له من هذا التعدي أن يقوم برفع دعوى حيازة يكون الهدف منها حصول صاحبها على حكم يستند إليه لانتقال حيازة العقار في ذمته و ممتلكاته العينية.<sup>2</sup>

1 – عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 39.

2 – حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، طبعة 2003. ص 127.



و يتعين فيما نحن بصدد الإشارة إليه أن الحيابة بوضع اليد لمدة طويلة و المكسبة للملكية

تتكون من عنصرين هما :

**العنصر الأول :** هو عنصر مادي يتمثل في وجود حق قابل للتعامل فيه ، و قابل للحيابة بموجب سند قابل للملكية بأن يكون مشروع و غير مخالف لنص قانوني أو للنظام العام و الآداب العامة و يمارس السيطرة المادية و الفعلية عليه من تحصيل الإيجار مثلا ، و تكون علنية و واضحة ، لا لبس فيها و لا غموض ، و أن لا يوقف التقادم بدعوى ترفع من المالك و لو رفعت أمام المحكمة غير المختصة أو بإقرار الحائز بحق الملكية أو بتخلي الحائز عنها .

كما يجوز التملك بالتقادم الطويل ، بموجب تصرف قانوني صحيح ناقل للملكية ذلك أن الحائزين حيابة عرضية لانعدام العنصر المعنوي فيها.<sup>1</sup> و بالتالي لا تكون الحيابة قانونية بالنسبة إليهم .

**العنصر الثاني :** و يتعلق بالعنصر المعنوي للحيابة و هو نية و قصد التملك و الظهور بمظهر المالك عليه ( العقار ) .

**هـ ) إجراءات دعوى الحيابة :**

ترفع الدعوى أمام المحكمة الواقع بدائرتها العقار المطروح للنزاع طبقا لنص المادة 40 الفقرة 1 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " في المواد العقارية أو الأشغال المتعلقة بالعقار ، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات ، و الدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية ، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار ، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال " . حيث يتم رفع الدعوى من طرف المدعى أما المحكمة التي يقع فيها العقار مع إرفاق بعض الوثائق التي تثبت حق حيازته على ذلك العقار المتنازع في ملكيته ، فإذا كان سند حيابة المدعى عقد شراء يرفق أصل عقد البيع الابتدائي كما يمكن للمدعى أن يرفق مع الدعوى إيصالات المياه و الكهرباء و فواتير المكالمات الهاتفية و إيصالات تحصيل أجرة شقق العقار إذا كان مؤجرا

و كان يدعي أنه قد قام بتأجيرها بصفته مؤجرا وهذه قرينة على مدى ملكيته لها وإيداعها [الوثائق] لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة بالدعوى.

ومن خلال ما تقدم فان هناك إشكالية تطرق إليها قانون الإجراءات المدنية وإدارية والتي تتعلق بحالة ما إذا قام المدعي برفع دعوى الحيازة في الوقت نفسه وجمع بين الدعويين في عريضة افتتاحية واحدة وأمام نفس المحكمة الواقع بدائرتها العقار فما هو الحل ؟

ففي هذه الحالة وطبقا لنص المادة 529 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على أن "لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية " كما نصت المادة 530 من نفس القانون أنه "لا يجوز للمدعي عليه في عوى الحيازة أن يطالب بالملكية إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة. وإذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلا بعد استكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضدها . ومع ذلك إذا كان تأخير التنفيذ راجعا إلى فعل المحكوم له فانه يجوز للقاضي الفاصل في دعوى الملكية أن يحدد أجلا للتنفيذ ويقبل دعوى الملكية بعد انقضاء الأجل" ويتبين من خلال المادتين انه يتوجب على الخصم رفع دعوى الحيازة أولا دون اختصام الطرف الآخر ويكون الهدف من ذلك الحصول على حكم الحيازة وما يتعلق بصفقتها وان يكون الرجوع إلى مستندات الملكية للإثبات على سبيل الاستئناس.

وبعد الحصول على حكم الحيازة النهائي جاز للمدعي إن يقوم برفع دعوى الملكية بعد انقضاء ميعاد التنفيذ تطبيقا لنص الفقرة 02 من نفس المادة ".....ويقبل دعوى الملكية بعد انقضاء الأجل "حتى ولو كان تأخير تنفيذ الحكم إلى المحكوم له نفسه.

## الفصل الثاني: الانتقال الناتج عن وقائع قانونية

إن اتجاه الفرد إلى إحداث نتائج قانونية معينة دون الحاجة إلى فعل مادي آخر يعتبر تصرفاً قانونياً يرمي إلى نقل ملكية العقار ، فمنه ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقهما . و يعتبر الفقه أن التوصل إلى تحديد التصرفات القانونية هو أمر صعب ، ذلك أن هذه الأخيرة هو اتجاه الإرادة المحضة إلى إحداث آثار قانونية معينة بفعل هذه الحركة وحدها دون الحاجة إلى الاقتران بفعل مادي . هذا مع إهمال الدور الذي يلعبه القضاء بما يصدره من أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي فيه و تكون مثبتة لهذه التصرفات القانونية على اعتبار أن القضاء هو الذي يؤدي إلى ترتيب مجموعة من الآثار على هذه التصرفات القانونية بما يصدره من أحكام قضائية ، و من هنا نتساءل ما هي التصرفات القانونية المثبتة من طرف القضاء ؟

و للإجابة على هذا السؤال قسمنا الفصل إلى مبحثين تناولنا في الأول الوعد بالبيع و البيع بالمزاد العلني و الوصية و القسمة كمبحث ثاني .

## المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية عن طريق الوعد بالبيع و البيع بالمزاد العلني .

يعتبر البيع بالمزاد العلني و الوعد بالبيع ، من بين التصرفات القانونية التي تؤدي إلى انتقال الملكية العقارية ، غير أن المشروع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى ، قام بتحديد شروط و إجراءات كل منهما و حتى يكون لكلاهما الأثر المنتج في انتقال الملكية العقارية ، لذلك سوف نتطرق إلى دراسة كل من الوعد بالبيع كمطلب أول ، و المزاد العلني كمطلب ثاني متعرضين إلى شروط و إجراءات كل منهما .

### المطلب الأول : الوعد بالبيع .

يسبق في بعض الحالات إبرام عقد البيع ، مرحلة لا تكون فيها إرادة البائع و المشتري عازمة على إبرام عقد البيع النهائي ، و هي مرحلة تمهيدية قد تؤدي إلى انعقاد عقد البيع و قد لا تسمح بذلك

### الفرع الأول : تعريف و شروط الوعد بالبيع .

#### أولاً : تعريف الوعد بالبيع و تكوينه

#### أ - تعريف الوعد بالبيع :

نص المشرع الجزائري على أحكام الوعد بالعقد بصفة عامة في المادتين 71 و 72 من القانون المدني والتي تقابلان المادتين 101 ، 102 من القانون المدني المصري ، و تنطبق هذه الأحكام بغير اختلاف على عقد البيع ، فلا ينعقد الوعد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للبيع المراد إبرامه بأن يكون الشيء المبيع الموعود ببيعه معيناً أو قابلاً للتعيين ، و أن يحدد الثمن أو يتفق على أساس تحديده ، و أن يتضمن الوعد تحديد المدة التي يراد إبرام البيع فيها و التي يتعين على الموعود له أن يبدي رغبته في خلالها ، و لا ينعقد البيع إلا عند إبداء الموعود له الرغبة في إبرامه و ليس لإظهار أثر رجعي إذ لسنا بصدد بيع معلق على شرط واقف إنما الوعد بالبيع عقد مستقل سابق على البيع ، و قد يكون من جانب واحد كالوعد بالبيع فقط *promesse unilatérale de vente* أو الوعد بالشراء *promesse unilatérale d'achat* فيلتزم به طرف واحد و هنا يكون الوعد عقداً ملزماً لجانب واحد.<sup>1</sup>

و يمكن تعريفه أيضا بأنه يدخل ضمن الوعود بإرادة منفردة و التي يتعهد بمقتضاها طرف واحد بأن يبيع و يشتري مالا معيناً وفقاً لشروط معينة ، في حين يحتفظ الطرف الآخر بخيار إبرام العقد أم لا ، فالذي يتعهد هو الواعد ، و الآخر هو الموعود له أو المستفيد ، و الخيار الممنوح يسمى خياراً ، فمن جهة لا يعتبر الوعد بإرادة منفردة و العقد بإرادة منفردة لكن العقد بآتم معنى الكلمة هو صادر عن اتفاق إرادتين ، و يتميز بذلك عن الوعد البسيط ، فعقد الوعد *contrat de promesse* لا يتكون إلا بالتقاء الوعد بالقبول و ينصب على الوعد بحد ذاته و يحول الغرض إلى العقد.<sup>1</sup>

## ب ( تكوين عقد الوعد بالبيع :

يعتبر الوعد بالبيع الصورة المعاكسة للوعد بالشراء، و يتمثل في الوعد الذي يربط البائع بمفرده ، في حين يستفيد الموعود له من حق الخيار، و هذه العملية كثيرة التداول بالنسبة للعقارات و المحلات التجارية ، و تبدو عند النظرة الأولى لصالح المشتري المحتمل و الذي هو حر في التفكير ، إذ بإمكانه الحصول احتمالياً على فرصة سانحة ، و لكن يجب التخفيف من هذا التفاؤل .

فإذا كان المشتري المحتمل حراً ، فإنه يدفع ثمن تلك الحرية ، فإن تراجع عن العملية فإن من العادة اشتراط تعويض عن تجميد البضاعة *immobilisation* و في العمل يدفع ذلك التعويض عند الإمضاء على الوعد فإن تحقق البيع انقص التعويض من الثمن و إن لم يتحقق بقي التعويض مستحقاً للواعد ، و في ميدان السلع الاستهلاكية تشكل هذه الطريقة غالباً إيجاراً بالبيع في آن واحد *location vent* تتميز بانتقاص مبلغ الإيجار المدفوع من ثمن الشراء ، في حالة استعمال الحق في الخيار ، و يتعلق الأمر آنذاك بتركيب قانوني معقد و الذي يخفي في الحقيقة عملية قرض يخضع بتلك الصفة لنظام **القرض الاستهلاكي** والذي أثار انتباه لجنة الشروط المتعسفة لمجلس المنافسة في فرنسا.<sup>2</sup>

## 1 – الوعد المشروط : يمكن أن يكون الوعد بإرادة منفردة معقداً بواسطة إدماج عدة شروط واقفة

*condition suspensives* مثل إعطاء معلومات معمارية أو الحصول على قرض من طرف

1 – لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقي في عقد البيع ، دراسة فقهية و قانونية و قضائية مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع طبعة

2005 ، ص 183-184.

2 – لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 188-189.

الموعد له ، و يجب أنذاك الدمج بين قواعد الوعد و الشروط ، و تتعلق القواعد الخاصة بالوعد بقرار الموعد له في أن يكون مشتريا أو لا ، في حين تتعلق القواعد الخاصة بالشروط بالعناصر الخارجة عن إرادة الطرفين .

و يمكن تعريفه أيضا أنه المرحلة التمهيديّة التي تسبق إبرام عقد البيع النهائي ، و الوعد بالبيع فإنه أكثر من مجرد إيجاب و مشروع تعاقد ، لأنه يتكون أولا من وعد أحد الطرفين الآخر بأن يبيع له عينا معينة بثمن معلوم إذا قبل الآخر شراء خلال مدة محددة و ثانيا من قبول الطرف الآخر بربط الأول بهذا الوعد ، فالوعد بالبيع إذا تكون من قبول و إيجاب ، و كذلك الوعد بالشراء و لذلك يعتبر عقدا تماما لمجرد إيجاب أو مشروع تعاقد ، و لكنه لا يكون عقد بيع و لكن عقدا متميزا عن البيع ، ولقد نص المشرع الفرنسي على أن الوعد بالبيع يعتبر بيعا إذا كان بين طرفين رضا متبادل و ذلك حسب نص المادة 1589 التي نصت بقولها :

" La promesse de vente vaut lorsqu'il ya consentement réciproque des deux parties sur chose et sur le prix "

و قد اختلف الشراح في تفسير هذا النص فمنهم من ذهب إلى القول إلى أنه يقصد بهذا النص الوعد المتبادل

بالبيع و بالشراء لأنه هو وحده الذي يتضمن رضا متبادلا *consentement réciproque*

و تتوافر فيه جميع أركان البيع بحيث يعتبر بيعا *vaut vente* و تترتب عليه جميع آثار البيع ، من وقت انعقاد ، كانتقال الملكية و تبعة الهلاك في القانون الفرنسي ، و التزم المشتري بالثمن ، و بالعكس من ذلك ذهب فريق

آخر إلى أن هذا النص لم يقصد به الوعد المتبادل بالبيع و الشراء بل الوعد الملزم لجانب واحد ، لأن عبارة الرضا المتبادل التي وردت في النص معناها حصول الاتفاق على الشيء و الثمن ، لا تبادل التعهد بين الطرفين ، كما ذهب فريق ثالث إلى أن المادة 1589 تشمل الوعد المتبادل بالبيع و الشراء و الوعد الملزم لجانب واحد ،

لأن نصها و حكمها يستعان لنوعين ، فعبرة " الرضا المتبادل على الشيء و على الثمن " تنطبق على كلا

النوعين لأنها لا تفيد اشتراط التعهد من الجانبين ، بل مجرد الاتفاق بين الطرفين على الشيء و على الثمن.<sup>1</sup>

---

1 – سليمان المرقص ، الواقي في شرح القانون المدني في العقود المسماة، الجزء الثالث ، المجلد الأول عقد البيع ، دار الكتب القانونية ، شتات مصر ، المنشورات صادرة ببيروت – لبنان ، ص 126-127.

فتحقق الشرط يجعل الوعد صحيحا ، و لقد قضت المحكمة العليا في قرارها بتاريخ 1996/10/06 )

ملف رقم 138233 ) بقولها : " و حين أن الشرط المضاف لهذا الوعد بالبيع كان أساسه المرسوم رقم 64/15 ليوم 1964/01/20 و قد تحصل بالفعل الطاعنان على الرخصة من الولاية لإتمام البيع ، مما يجعل الوعد صحيحا و موافقا للقانون المعمول به يومها ، و طلب السقوط كان في غير محله ، و لما خالف قضاة مجلس مدينة ذلك ، يكونون قد وضعوا قرارهم قابلا للبطالان ، و يجب إذن نقضه و معه إحالة القضية على نفس الجهة " <sup>1</sup>.

## 2 - تميز الوعد بالبيع و الإيجاب الملزم بالبيع :

و تتمثل أوجه الاختلاف فيما يلي :

- في الإيجاب ، إذا قبل من وجه إليه الإيجاب الصفقة انعقد العقد فورا بمجرد علم الموجب بالقبول ، حتى و لو كان هذا الموجب قد رجع عن إيجابه طالما كان هذا الإيجاب ملزما ، أما في الوعد بالبيع فإنه أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد ، و كان الواعد قد نكل عن وعده فإن العقد لا ينعقد إلا إذا حصل الموعد له على حكم بذلك من القضاة ، فينعقد العقد من تاريخ صدور الحكم .

- إذا مات الموجب له قبل أن يصدر منه قبول لا ينعقد العقد ، ذلك أنه إذا مات من وجه إليه الإيجاب استحال عليه إصدار القبول ، أم إذا مات من وجه الإيجاب فإنه يستحيل عليه أن يعلم بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب فلا ينعقد العقد في كلتي الحالتين .

أما في الوعد بالبيع فإننا نكون بصدد عقد كامل مرتب للالتزامات المتقابلة في ذمة أطرافه ، فإذا مات الواعد انتقل الالتزام بإبرام العقد إلى ورثته ، فإذا أظهر الموعد له رغبته في إبرام العقد فانعقد العقد مع هؤلاء الورثة الذين يلتزمون بإبرامه ، و كذلك الحال إذا مات الوعد له ، حيث ينتقل الحق في التمسك بإبرام العقد إلى ورثته فيستطيعون إلزام الواعد بإبرامه ، إذا ما رغبوا في ذلك <sup>2</sup>.

1 - لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المرجع السابق ، ص 189-190.

2 - رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص 144.

ثانياً : شروط صحة الوعد بالبيع و لآثاره .

أ ) شروط صحة الوعد بالبيع

1 – التراضي :

يجب أن تتطابق إرادة الواعد و الموعد له على عقد الوعد ، لينشأ التزام الواعد بالبيع ، بحيث إما أن أبدى المشتري رغبته بالشراء التزم البائع بالبيع .<sup>1</sup>

و فيما يتعلق بشرط سلامة الرضا أي خلوه من العيوب ، فإنه يجب توافره في الواعد وقت الوعد و في الموعد له في هذا الوقت و وقت قبوله الشراء أيضا ، لأن البيع يتم من جانب الواعد بموجب إرادته الموجهة للموعد له فحسب و من جانب الموعد له بموجب إرادته هي التي انعقد بها الوعد و الثانية هي التي قبل بها البيع ، فيتعين أن تكون هذه الإيرادات الثلاث خالية من عيوب الرضا.<sup>2</sup>

2 – بالنسبة للموضوع :

\* **المحل :** و هو المبيع ، فيجب أن يعين و يحدد في عقد الوعد و يستوي أن يكون المحل منقولا أم عقارا ، و الوعد بالبيه لا يصح إلا إذا كان الشيء محل الوعد مملوكا للبائع ، و بالتالي لا يعتبر وعدا و لا بيعا للعقد الذي يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين ، على أن يحصل لمصلحة الطرف الأخر على ملكية عقار مملوك لشخص ثالث عن طريق بيعه مقابل مبلغ نقدي ، و يشترط في المحل أن يكون موجودا و معيناً و أن يكون مشروعا و إلا كان الوعد باطلا بطلان مطلق .

\* **الثمن :** يجب لانعقاد الوعد بالبيع أن يكون ثمن الشيء قد حدد و عين بمعرفة الواعد و الموعد له ، أو على الأقل بيان الأسس التي من خلالها سيحدد الثمن ، و إلا كان الوعد باطلا بطلان مطلقا .

\* **المدة :** يعتبر الاتفاق على المدة التي يجب أن يبدي فيها المشتري رغبته بالشراء ركنا من أركان عقد الوعد بالبيع ، و الاتفاق على المدة لا يشترط فيه أن يكون صريحا ، و إنما يجوز أن

1 – خليل أحمد حسن ققادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 4 ، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة

2001 ، ص 37 .

2 – سليمان المرقص ، المرجع السابق ، ص 132 .



يكون ضمناً كما في حالة المستأجر الذي حصل على وعد بيع العين المؤجر له ، فإذا لم تحدد مدة الوعد صراحة ، تكون مدة الإيجار هي المدة المعتمدة لذلك .

### 3 – بالنسبة للشكل :

الوعد بالبيع إذا كان منصبا على عقار أو على حق عيني ، فيجب أن ينصب رضاء الواعد بالشكل الذي يتطلبه القانون لصحة عقد البيع ، إذا كان واردا على عقار أو حق عيني لآخر و يترتب على عدم توافر شكل بطلان الوعد و ذلك لانهيأر ركنا من أركان الوعد ، و بهذا تقرر الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني الجزائري " و إذا اشترط القانون لتأم العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بتعاقد " أي احترام إجراءات الشهر العقاري.<sup>1</sup>

### ب ( آثار الوعد بالبيع :

#### 1 – آثار الوعد بالبيع قبل إبداء الرغبة من المشتري الموعود له :

الوعد بالبيع عقد ملزم لجانب واحد و هو الواعد ، موضوع هذا الوعد ، إذ يقوم الواعد بعمل ما عندما يبدي المشتري رغبته بالشراء ، هذا العمل هو إبرام العقد النهائي بينه و بين المشتري ، و من ثم فإن حق الموعود له لا يعدو أن يكون في هذه المرحلة ، أي قبل إبداء الرغبة بالشراء مجرد حق شخصي لا حق عيني ، و بالتالي لا تنتقل ملكية الشيء الموعود به إلى المشتري في هذه المرحلة و يترتب على ذلك نتيجتين هامتين :

- إن الواعد يضل مالكا لشيء الذي وعد ببيعه و كذلك ثماره و محصوله و من ثمة يجوز له أن يتصرف فيه ، و له أن يؤجره إلى أن يعلن المشتري رغبته في الشراء ، فإذا كان محل الوعد عقارا من العقارات ، ثم قام الواعد ببيعه لشخص آخر فإن البيع ينفذ في حق الموعود له رغبته بالشراء ، وكذلك ينفذ البيع في حق الموعود له حتى و لو بعد إبداء الرغبة إذا تمكن المشتري من الواعد أن يسجل العقار قبل الموعود له ، و بالتالي في كلتا الحالتين لا يكون للموعود له إلا الرجوع على الواعد بالتعويض و ذلك نتيجة للإخلال بالتزامه .

- إن تبعة هلاك الشيء الموعود ببيعه تقع علا عاتق الواعد ، و ذلك باعتباره المالك للشيء ، و على وجه الخصوص إذا هلك بقوة قاهرة و بالتالي يسقط التزام الواعد ، دون أن يلتزم بالتعويض و من لا ينعقد البيع لتخلف المحل.<sup>1</sup>

## 2 - آثار الوعد بالبيع بعد إعلان الرغبة بالشراء :

إعلان الرغبة بالشراء لم يشترط لها القانون لأن ترد في كل معين ، لأنها تعبير عن الإرادة ، و التعبير عن الإرادة كما يصبح صريحا ، يصبح أن يكون بطريقة ضمنية ، يفهم منها أن الموعود له أراد شراء الشيء ، و خاصة أن ذلك قد تم أثناء سريان المدة المحددة لإعلان عن الرغبة ، كأن يقوم الموعود له ببيع الشيء محل الوعد أو أن يؤجره ، و يترتب على إعلان الموعود له رغبته بالشراء انعقاد عقد البيع النهائي ، و ذلك من وقت إظهار الرغبة و ليس من الوعد دون الحاجة إلى رضا جديد يصدر من الواعد ، و اعتبار انعقاد عقد البيع من وقت إبداء الرغبة و ليس من وقت الوعد ، يؤصل على أساس أن الرغبة بالشراء التي أبقاها المشتري تعتبر إيجابا من جانب الموعود له ، و هو إيجاب مقبول من الواعد منذ وقت إبرام عقد الوعد .

## 3 - آثار الوعد بالبيع بعد انقضاء المدة دون أن يعلن المشتري رغبته بالشراء :

إذا انقضت المدة المحددة دون أن يبدي المشتري رغبته في الشراء فإن الواعد ( البائع ) يتحلل من التزامه الناشئ من الوعد ، و بالتالي سقوط الوعد دون حاجة لأن يعذر الواعد الموعود له و يكون للواعد ( البائع ) الحرية الكاملة في التصرف بالشيء محل الوعد و لأي شخص أراده و هذا الحكم ينطبق كذلك في الحالة التي يعلن فيها الموعود له ( المشتري ) عن رغبته بالشراء بعد مضي المدة المحددة للواعد ، لأن الوعد يكون قد سقط بمضي المدة ، و بالتالي سقوط التزام الواعد ( البائع ) و ينطبق هذا الحكم أيضا على الحالة التي يعلن فيها الموعود له عن عدم رغبته بالشراء أثناء مضي المدة.<sup>2</sup>

1 - خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق ، ص 39-40.

2 - خليل أحمد حسن ققادة ، المرجع السابق ، ص 41-42.

الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الوعد بالبيع .

أولاً : في القانون المدني الجزائري .

إن الوعد بالبيع إذا كان منصبا على عقار يجب أن يكون منصبا هو أيضا في ورقة رسمية شأنه في ذلك شأن عقد البيع العقاري ، و إذا تم الوعد في الشكل الرسمي أمام الموثق نشأ في ذمة الواعد التزام بإتمام عقد البيع الرسمي ن فإذا لم يفعل استحصل الموعد له على حكم و يقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد ، إذ تنص المادة 72 من ق.م.الجزائري على أنه " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد و كانت الشروط اللازمة لإتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل المتوافر ، قام الحكم مقام العقد " ، أما عقد الوعد الباطل لخلل في الشكل كأن يتم في ورقة عرفية مثلا ، فإنه لا يكون و عدا صحيحا بالبيع بمعنى أن تحكم المحكمة بناءا عليه بصحة البيع و يكون باطلا كوعد بالبيع العقاري ، و لكنه يتحول إلى تعهد ملزم يمكن بموجبه الحكم بتعويض على الواعد ، و هذا الحكم قياسا على الواعد بالرهن التأميني غير المفرغ في ورقة رسمية ، فمن رأي الفقيه السنهوري أنه يجوز أن يعتبر هذا الوعد عقدا غير معين و يرتب التزاما شخصيا في ذمة الواعد ، و لما كان قد تعذر تنفيذ هذا الالتزام عينيا فلا يبقى إلا التعويض بحكم به على الواعد .<sup>1</sup>

ثانياً : الحكم بالوعد بالبيع .

\* الحكم القضائي الذي يقوم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع :

تطبيقا لنص المادة 72 ق .م سالف الذكر فإنه إذا التزم الواعد ببيع عقار خلال مدة معينة وأبدى الموعد له رغبته في الشراء خلال المدة المقررة ، فإن تمام إجراءات البيع النهائي لا تحتاج إلى رضاء جديد من طرف الواعد ، فإذا ما نكل و تراجع عن وعده جاز للموعد له اللجوء إلى القضاء و استصدر حكم قضائي يقوم مقام العقد و يصير سندا للملكية بعد صيرورته نهائيا .

و نشير إلى أن الواعد بالبيع يسجل لدى مصلحة التسجيل و الطابع لتحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية ، لكنه لا يشهر في المحافظة العقارية ، لأن الالتزام الذي يترتب في الواعد هو التزام بعمل ، و هذا العمل هو أن يبرم عقد بيع نهائي مع الموعد له .

إذا أظهر هذا الأخير رغبته في الشراء خلال المدة المحددة للوعد ، و بالتالي فحق الموعد له في هذه المرحلة ، أي قبل ظهور الرغبة ، حق شخصي لاحق عيني ، لهذا السبب لا يشهر الوعد بالمحافظة العقارية ، لأن هذه الأخيرة لا تقوم إلا بشهر الحقوق العينية الأصلية و التبعية ، و الحق الشخصي الذي فرض المشرع الجزائري شهره في البطاقات العقارية هو الإيجار طويل الأمد ( 12 سنة فما فوق ) إعمالاً لنص المادة 17 من المرسوم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ( إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا تكون لها أثر بين الأطراف و لا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها).<sup>1</sup>

مع الملاحظة أن الموعد له يقوم برفع دعوى ضد الواعد و ذلك بإتباع الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، من تحرير عريضة افتتاح الدعوى طبق للمواد 13-14 و ما يليها و تبليغ التكليف بالحضور و غيرها من الإجراءات المنصوص عليها و إلى غاية صدور الحكم الذي يقوم مقام الواعد في حالة نكوله عن إتمام إجراءات البيع .

#### **المطلب الثاني : البيع بالمزاد العلني .**

ذهبت العديد من التشريعات إلى اعتبار المزاد العلني من الأسباب التي تؤدي إلى نقل ملكية العقار من مالكة إلى شخص آخر ، سواء كان هذا الانتقال بصفة اختيارية أو إجبارية ، و بع توقيع الحجز على العقار نهائياً و وضعه تحت يد القضاء ، تبدأ مرحلة جديدة و هي مرحلة تنفيذ الحجز ، و ذلك ببيع العقار المحجوز عليه بالمزاد العلني ، و هي مرحلة تنطوي علة سلسلة من الإجراءات .

#### **الفرع الأول : تعريف البيع بالمزاد العلني و شروطه .**

##### **أولاً : تعريف المزايمة و أقسامها .**

##### **أ ) تعريف المزايمة :**

عرّفها فقهاء القانون الإداري بأنها طريقة بمقتضاها تلتزم الإدارة باختيار من يتقدمون للتعاقد معها بشروط ، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها ، و عرّفها بعض الفقهاء في القانون المدني " طرح التعاقد في مزاد عام ، لكي يتمكن من الحصول على أعلى عطاء " وعرّفها بعض الفقهاء في القانون التجاري بأنها " البيع بتنافس بين عدة أشخاص بحيث

تغطي الصفقة لمن يقدم أعلى ثمن و يكون المزاد علنيا إذ يكون مفتوحا للجمهور ، أو على الأقل لطائفة من الأشخاص دون أن يقتصر على أشخاص معينين مقصودين بذاتهم ، و مما سبق ، يتبين لنا أن فقهاء القانون الإداري و القانون المدني و التجاري هم الذين تعرضوا للبيع أو التأجير بالمزاد العلني ، لأن القانون الإداري ينظم كيفية بيع أو تأجير أموال الدولة و أفضل وسيلة لذلك هي البيع أو التأجير بالمزاد العلني ، و كذا القانون المدني هو الذي ينظم كذلك كيفية بيع أو تأجير أموال القاصر ، و كذا القانون التجاري فإنه في حالة الحكم بإفلاس التاجر فإن أمواله تباع لسداد ما عليه و وسيلة البيع في هذه الحالة هي البيع بالمزاد العلني ، و يعرفها الدكتور زكي زكي حسين زيدان بأنه عقد بمقتضاه يتم بيع أموال معينة بإجراءات محددة بعد إعلان السعر المحدد و طلب الزيادة فيه ، فإنها عقد ذلك أنه لا بد من إيجاب و قبول سواء تم البيع بين صاحب المال و المشتري و هو ما يعرف بالبيع الاختياري أو تم بين المشتري و النائب عن صاحب المال و هو ما يعرف بالبيع الجبري ، كبيع الحاكم أموال المفلس و بيع الوصي أموال القاصر التي يخشى عليها الهلاك ، و قوله " يتم بمقتضاه بيع أموال معينة " فهذا يشمل جميع الأموال التي تباع بالمزاد العلني برضا صاحبها أم جبرا عنه و قوله " بإجراءات معينة و محددة " لأن البيع بالمزاد العلني يسبقه توافر عدة إجراءات . و قوله " بعد إعلان السعر المحدد و طلب الزيادة " فإن هذا من شأنه أن يميز البيع بالمزاد العلني عن البيع العام ، إذ له أقسام عديدة<sup>1</sup>.

ب ( أقسام البيع بالمزاد العلني : و تنقسم إلى ما يلي :

### 1 – باعتبار اختيار البائع لهذه الطريقة :

**المزايدة الاختيارية :** وهي الطريق التي يلجأ إليها المتعاقدان طوعا منهما و اختياريا كما لو نظم شخص مزاد بحيرة بنفسه أو بواسطة آخر ينوب عنه في إجراءاته ، لبيع منقولاته أو تأجيرها و هذا ما تفعله الجهات الحكومية حين تبيع أو توجر عقاراتها .

**المزايدة الإجبارية :** والتي تقع عن طريق الإدارة و الأشخاص المعنيين ، فيقوم القاضي أو السلطات الإدارية المختصة ببيع مال من ثبت إفلاسه بطريقة المزايدة، وكذا بيع أموال القصر بالمزاد العلني .

---

1 – زكي زكي حسين زيدان ، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الإزاريطة ، الإسكندرية ، طبعة 2004 ،

2- باعتبار الطريقة التي تتم بها المزايدة : قد تتم المزايدة علنية و قد تتم سرية

المزايدة العلنية : هي التي تتم عن طريق الزيادة في ثمن السلعة علنا ، فعندما تطرح الصفقة في مزاد علني و عام ، يحضر الراغبون في الشراء إلى مكان المزايدة ، و يدفعون تأمينا قبل دخولهم هذه المزايدة ، و يعرف كل من يشترك في هذه المزايدة على من تقدم بأعلى سعر.

المزايدة السرية : و هي التي يتم فيها التقدم بعطاء عن طريق ظرف مكتوب و مغلق ، لا يفتح إلا في اليوم المحدد لفتح المظاريف ، فيرسو المزايد على من تقدم بأعلى ثمن ، و لذلك تعرف بطريقة المظاريف ، من المعروف أن هذه الطريقة تلجأ إليها الجهات الحكومية كثيرا عندما تريد بيع الأشياء أو تأجيرها ، و كذلك في المناقصات عندما تريد بناء وحدات سكنية ، ا، إنشاء طرق أو جسور ، أو غير ذلك فهي تلجأ لهذه الطريقة . و يلاحظ أن هذه الطريقة يطلق عليها المزايد من باب المجاز ، و ليس من باب الحقيقة ، لأن من تقدم بعطاء في ظرف مختوم و ليس أمام سعر معلن حتى يزيد عليه ، و إنما يطمح أن يكون سعره الذي قدمه أزيد عرض ليفوز بالصفقة<sup>1</sup>.

ثانياً : شروط المزايد العلني ( الحجز على العقار ) .

أ) شروط الحجز على العقار :

1 – أن يكون بيد الدائن سندا تنفيذيا :

لما كان الحجز على العقار هو طريق من طرق التنفيذ الجبري بنزع الملكية فقد اشترط المشرع الجزائري أن يكون الدائن طالب حجز حاملا لسند تنفيذي و أمهر بصيغة تنفيذية و أن يكون الحق الثابت به مبلغا من النقود معين المقدار و حال الأداء .

## السند التنفيذي :

هو سبب الحق في التنفيذ الجبري ، و هو عمل قانوني يتطلب المشرع في تكوينه شروط مختلفة تضمن التأكد الكامل لوجود الحق الموضوعي أو على الأقل ضمانا كبيرا لوجوده ، فإذا توفرت هذه الشروط كان للدائن الحق في التنفيذ الجبري ، و عندها لا يمكن للقائم بالتنفيذ (الامتناع عن إجراءه) ، على أن يبقى للمدين إن أراد الاعتراض و لكن بإجراءات مستقلة عن إجراءات التنفيذ الجبري ، و يتميز السند التنفيذي كفكرة قانونية بما يلي :

- أنه من مستلزمات التنفيذ : إذ لا يجوز إجراء التنفيذ الجبري بغير سند ، لأنه الوسيلة الوحيدة التي اعتبرها المشرع مؤكدة لوجود حق الدائن عند إجراء التنفيذ ، و علة ذلك هو أن التنفيذ يرتب أثارا خطيرة للمدين ، فإذا لم يكن من المستحسن التأكد من وجود حق الدائن فإنه على الأقل يوجد من الأدلة ما يعطي احتمالا قويا لوجوده ، بل يجب أن تكون من الأعمال التي قدرها المشرع مقدما ، و اعتبرها سندات تنفيذية ، إذ لا يجوز البدء في التنفيذ بغير سند تنفيذي ، فإذا حدث أو جرى التنفيذ بغير سند فإن وجود السند بعد ذلك لا يصح إجراءاته<sup>1</sup>.

- أنه شرط كافي للتنفيذ : فالسند التنفيذي له قوة ذاتية ، إذا توفر فإنه يعطي الحق للدائن في التنفيذ الجبري بصرف النظر عن وجود الحق الموضوعي ، و تبعا لذلك فإن الدائن الذي بيده سند تنفيذي فإنه يتقدم إلى القائم بالتنفيذ لا لإثبات حقه الموضوعي و إنما لطلب التنفيذ و ليس له أن يمتنع عن إجرائه على الرغم أن الدائن ليس له الحق الموضوعي ، و لقد حرص المشرع الجزائري على تحديد الأعمال المدنية و الإدارية حيث نصت بقولها : " لا يجوز التنفيذ إلا بسند تنفيذي و السندات التنفيذية هي :

- 1 - أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية و الأحكام المشمولة بالإنفاذ المعجل .
- 2 - الأوامر الإستعجالية .
- 3 - أوامر الأداء .
- 4 - الأوامر على العرائض .
- 5 - أوامر تحديد المصاريف القضائية .

- 6 - قرارات المجالس القضائية و قرارات المحكمة العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ.
  - 7 - أحكام المحاكم الإدارية و قرارات مجلس الدولة .
  - 8 - محاضر الصلح و الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة و المودعة بأمانة الضبط.
  - 9 - أحكام التحكيم المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية و المودعة بأمانة الضبط.
  - 10 - الشيكات و السفاتيغ بعد التبليغ الرسمي للاحتجاجات إلى المدين، طبقا لأحكام القانون التجاري
  - 11 - العقود التوثيقية ، لا سيما المتعلقة بالإيجارات التجارية و السكنية محددة المدة و عقود القرض و الهبة و الوقف و البيع و الرهن و الوديعة .
  - 12 - محاضر البيع بالمزاد العلني ، بعد إيداعها بأمانة الضبط .
  - 13 - أحكام رسو المزاد العلني على العقار ، و تعتبر أيضا سندات تنفيذية لكل العقود و الأوراق الأخرى التي يعطيها القانون صفة السند التنفيذي<sup>1</sup> .
- إمهار السند التنفيذي بالصيغة التنفيذية :

لإجراء التنفيذ يجب أن يكون بيد طالب الحجز صورة من السند التنفيذي المثبت لحقه الموضوعي ، ذات الطابع الخاص تسمى في قانون الإجراءات نسخة من السند التنفيذي و هذا ما نصت عليه المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها : " لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي بالصيغة التنفيذية الآتية :

- الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

- باسم الشعب الجزائري ، و تنتهي بالصيغة الآتية :

في المواد المدني : و بناءا على ما تقدم ، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، تدعوا و تأمر جميع المحضرين و كذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك تنفيذ هذا الحكم ، القرار ، و على النواب العاميين و وكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الاقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية ... الخ " .

---

1 - قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجريدة الرسمية ، العدد 21 ، المؤرخة في 17 ربيع الثاني 1429 هـ الموافق ل 23 أبريل 2008 ، المطبعة الرسمية ، الجزائر ، ص 50.



و النسخة التنفيذية لا تكفي وحدها للتنفيذ ، بل لا بد من إمرارها بالصيغة التنفيذية كما نصت عليها المادة سابقة الذكر ، و كما نصت عليها المادة 602 ق . إ . م . إ على أنه يحق لكل مستفيد من سند تنفيذي الحق في الحصول على نسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 601 تسمى النسخة التنفيذية ، كما يوقع على نسخة تنفيذية الأشخاص الواردة أسماؤهم في المادة 602 قانون إجراءات المدنية و الإدارية .

#### - محل التزام الثابت بالسند التنفيذي مبلغ من النقود معين المقدار و الأداء :

لا يكفي بأن يكون الدائن حاجزا على نسخة تنفيذية من السند التنفيذي ، بل يشترط أن يكون محل التزام المطلوب تنفيذه بطريقة الحجز على العقار و هو مبلغ من النقود و حال الأداء و قد نصت المادة 620 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية هذا مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد من 621 إلى 626 ق . إ . م . إ .

#### 2 - القيام بأعمال مقدمات التنفيذ :

باعتبار الحجز على العقار حجز تنفيذي لا يمكن مباشرة من طرف الدائن الحاجز إلا إذا كان متحصلا على سند تنفيذي ، فإنه إلى جانب ذلك يشترط القيام بأعمال مقدمات التنفيذ المنصوص عليه قانونا .

- تبليغ السند التنفيذي للمدين و تكليفه بالوفاء خلال 15 يوما<sup>1</sup> ( المادة 612 ق . إ . م . إ ) .

و الغاية من التبليغ هي إعلام المدين بحق الدائن في التنفيذ الجبري ، فإما يعترض على التنفيذ أو يقوم بالوفاء ، بما هو مطلوب منه ، أما غاية التكليف بالوفاء مع الإنذار هي تأكيد امتناع المدين عن الوفاء ، و الذي يفتح الطريق أمام الدائن و يمنحه الحق في التنفيذ الجبري ، و يجب أن يشتمل التكليف بالوفاء تحت القابلية للإبطال ، فضلا عن البيانات المعتادة على ما يأتي : اسم و لقب طالب التنفيذ و صفته ، شخصا أو معنويا ، و موطنه الحقيقي و موطنه المختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ ، اسم و لقب و موطن المنفذ عليه ، تكليف المنفذ عليه بالوفاء .

بما تضمنه السند التنفيذي ، خلال أجل أقصاه 15 يوما و إلا نفذ عليه جبرا . بيان المصاريف التي يلزم بها المنفذ عليه ، بيان مصاريف التنفيذ و الأتعاب المستحقة للمحضرين القائمين .

و كذلك توقيع و ختم المحضر القضائي ، مع الإشارة إلى أنه يمكن طلب إبطال التكليف بالوفاء ، أمام القاضي الإستعجالي ، خلال أجل 15 يوما الموالية لتاريخ التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء ، ليفصل فيه في أجل أقصاه 15 يوما و هذا ما نصت عليه المادة 613 ق. إ.م. إ. مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المادة 614 ق. إ.م. إ.<sup>1</sup>

- طلب التنفيذ لا يتم التنفيذ الجبري سواء كان مباشر أو عن طريق حجز على أموال المدين ومنها عقاراته إلا بناء طلب من له الصفة في التنفيذ وهو المحكوم له. ويمكن القول أن طلب التنفيذ يشمل على بيانات هي اسم طالب التنفيذ ولقبه وموطنه ، و اسم الشخص المطلوب التنفيذ عليه و لقبه و موطنه ، و تحديد الأموال المراد التنفيذ عليها مرفوعة بالنسخة التنفيذية المراد التنفيذ بمقتضاها.<sup>2</sup>

### 3 - عدم وجود منقولات لدى المدين أو عدم كفايتها :

أن القاعدة العامة في القانون المدني أنه لا يتعلق حق الدائن العادي أيا كان مصدره على ما معين للمدين ، بل يتعلق مع بقية الدائنين بالذمة المالية لهذا الأخير إذا تكون أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه المادة 188 ق.م.ج و بالتالي إمكانية الدائن إخضاع أموال المدين لتنفيذ ، و هي إمكانية متاحة لكل دائن مع مراعاة أحكام المادة 636 ق.إ.م.إ. ، فالمال الواحد يمكن أن يكون ضامنا لأكثر من التزام ، و تبعا لذلك فإنه يكون للدائن أن يحجز على أي مال للمدين ، و أي مال لهذا الأخير يمكن أن يكون محلا للحجز ، غير أن المشروع الجزائري أورد قيودا على هذه القاعدة و جعل إمكانية الحجز على العقارات المدين متوقفة على شرط يجب تحققه حتى يجري الحجز على هذا النوع من الأموال و هو عدم كفاية حصيلة ما نتج عن بيع المنقولات للوفاء بالدين ، أو بعدم وجودها ما عدا أصحاب التأمينات العينية ، الذين بيدهم سند تنفيذيا على عقار مثقل برهن أو بتخصيص أو بامتياز ، فهم مستثنون من هذا الشرط فيجوز لهم أن يبدؤوا بتنفيذ على العقار المحمل بتأميناتهم العينية ، بصرف النظر عن كفاية منقولاتهم بينهم أو عدم كفايتها للوفاء بالدين.<sup>3</sup>

1-الجريدة الرسمية ، المرجع السابع ، ص 52.

2- بوشهدان عبد العالي ، إجراءات التنفيذ وفق قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، ص 85 .

3- بوشهدان عبد العالي، المرجع السابع ، ص 85

و يشترط في العقار المراد الحجز عليه أن يكون مملوك للمدين و أساس هذا الشرط ، هو إنما المدين يضمن التزامه بأمواله و ليس بأموال غيره و أن الحجز على أموال الغير يشكل اعتداء على حق هذا الأخير ، بينما يجوز للدائن الحجز على الحصة المملوكة في العقار على الشيوع . إلا أن شرط ملكية العقار المراد الحجز عليه للمدين يرد عليه استثناءات ، كالعقارات المقدمة كضمان لسداد المراد اقتضاؤه جبرا ، فإذا وضع مالك العقار عقاره كضمان لسداد دين المدين و خصصه كتأمين لسداد الدين و انتقلت ملكية لأي سبب من أسباب انتقال الملكية إلى شخص غير مسئول مسؤولية شخصية عن المدين ، فيمكن في مثل هذه الحال أن يقوم الدائن بالتنفيذ على المال حتى و لو أنه كان غير مملوك لغيره ، كالكفيل العيني و الحائز المواد 901-902-911 ق.م.ج. كذلك أموال التي تصرف فيها ملكيتها إلى الغير و صدر الحكم للدائن يقضي بعدم نفاذ التصرف القانون الذي نقل ملكية عقار المدين إلى الغير ، فيكون للدائن الحجز عليه حتى و إن كانت ملكيته لغير المدين ، على أن الحجز الذي قام به الدائن على العقار في هذه الحالة يتم باعتبار أن العقار مملوكا للمدين ، لكون التصرف الناقل للملكية للغير غير نافذ في حق الدائن<sup>1</sup> .

## ب ) إجراءات الحجز على العقار .

### 1- استصدار أمر الحجز

الإجراء الأول الذي يقوم به الحاجز ، وهو الحصول على أمر من رئيس محكمة التي يوجد في الدائرة اختصاصها العقار ، ثم تقديم ملف للمحضر القضائي الكائن مكتبة في الدائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها العقار المراد الحجز عليه ، و هذا ما نصت عليه المادة 722 ق.إ.ج.م.إ بداية بتحريره لمحضر الحجز و بتبليغه للمدين ، و يعتبر محضر الحجز ورقة من أوراق المحضرين<sup>2</sup> بها يكلف الدائن المدين بالوفاء ، و يجب أن يتضمن بيانات خاصة نصت عليه المادة 724 ق.إ.ج.م.إ و المتمثلة في نوع السند التنفيذي الذي بموجبه يقع الحجز و تاريخه و الجهة التي أصدرته و مبلغ الدين المطلوب الوفاء به .

1- بوشهدان عبد العالي، المرجع السابق ، ص 61.

2- السيد عمر التحيوي ، إجراءات الحجز و آثاره العامة في القانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 1999 ، ص 226 .

تاريخ التبليغ الرسمي للسند التنفيذي ، و تاريخ تكليف المدين بالوفاء بقيمة الدين ، تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز تعيينا دقيقا ، لاسيما موقعه ، حدوده ، نوعه ، مشتملاته و مساحته و رقم القطعة الأرضية و اسمها عند الاقتضاء ، مفرزا أو مشاعا ، و غيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه .

و إذا خلا الأمر ضمن البيانات المذكورة يكون قابلا للإبطال ، فمثلا ذكر العقار و لم يحدد التحديد الوارد في المادة 724 ق.إ.م.إ و لم يذكر نوع السند المنفذ به ، و تاريخ تكليف المدين و الوفاء فهنا يترتب البطلان<sup>1</sup> .

مع الإشارة إلى أن طلب الحجز المشار إليه في المادة 722 ق.إ.م.إ يجب أن يرفق بالوثائق التالية :

- نسخة من السند التنفيذي المتضمن مبلغ الدين .
- نسخة من محضر التبليغ الرسمي و التكليف بالوفاء .
- محضر عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها بالنسبة للدائن العادي .
- مستخرج عقد الرهن أو أمر التخصيص على العقار أو مستخرج من قيد حق الامتياز بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية .
- مستخرج من سند ملكية المدين للعقار .
- شهادة عقارية و هذا ما نصت عليه المادة 723 ق.إ.ج.م.إ .

مع الملاحظة أنه إذا لم يرفق الطلب بإحدى هذه الوثائق ، يرفض طلب الحجز و يمكن تجديده عند استكمال الوثائق المطلوبة .

### 3- تبليغ المدين الحجز و إنذاره :

يعد تبليغ أمر الحجز إلى المدين من إجراءات التنفيذ و ليس من مقدماته ، كإعلان السند التنفيذي لأن مقدمات التنفيذ لا تحدد محل التنفيذ بل يمكن بحسب تأصيلها النظري أن تتم دون أن يوجد محل صالح للتنفيذ<sup>2</sup> .

---

1. محمد حسنين ، التنفيذ القضائي و توزيع حصيلته في قانون اجراءات المدنية الجزائري ، مكتبة الفلاح ، الطبعة 2، سنة 1984، ص 184 .  
2. فتحي والي التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1971 ، ص 318 .

و لقد نصت على إجراء تبليغ أمر الحجز إلى المدين المادة 725 ق.إ.م. إ بقولها " يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المدين ، و إذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مثقلا بتأمين عيني للغير ، و جب القيام بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى هذا الأخير مع إخطار إدارة الضرائب بالحجز .  
ينذر المدين بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي ، يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري جبرا عليه .

يودع أمر الحجز على الفور ، أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار ، ل قيد أمر الحجز ، و يعد العقار أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد"<sup>1</sup> .  
و إذا كان الدائن الحاجز دائنا ممتازا ، له تأمين عيني على العقارات المراد حجزها ، يقوم تبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى حائز العقار المرهون و إلى الكفيل العيني أن وجد . لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني الخيار بين الوفاء بالدين أو التخلية أو قبول إجراءات الحجز و البيع ، و هذا ما نصت عليه المادة 726 ق.إ.م.إ. ، أما في حالة تعدد الدائنين فقد نصت المادة 727 ق.إ.م.إ. على أنه " إذا تقدم دائن آخر بيده سند تنفيذي حائز بقوة الشيء المقتضي به ، بعد قيد أمر الحجز ، و جب على المحضر القضائي تسجيله مع الدائنين الحاجزين و استصدار أمر على عريضة يتضمن قيده بالمحافظة العقارية مع بقية الدائنين ، و يصبح منذ تاريخ التأشير به ، طرفا في إجراءات التنفيذ .

و لا يجوز شطب التسجيلات التأشيريات إلا بصدور أمر مخالف "

#### - حالة عقار غير مملوك للمدين :

إن الدائن العادي لا يحق له الحجز على العقار غير مملوك له إطلاقا ، و إنما الدائن الذي له الحق في الحجز على العقار المملوك لغير المدين هو الدائن الذي له الحق عيني تبعي على العقار المراد الحجز عليه ، كالدائن المرتهن في رهن رسمي أو صاحب حق اختصاص أو امتياز.

---

1 . الجريدة الرسمية ، المرجع السابق ، ص 65 .

و غير المالك للعقار قد يكون حائزا و هو من انتقلت إليه ملكية العقار مثقلة بتأمين عيني ، و قد يكون الكفيل العيني و هذا و قد نص المشروع الجزائري في المادة 923 ق.م على أنه " إذا لم يختار أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن العقار ، فلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية وفقا لأحكام الإجراءات المدنية و الإدارية إلا بعد إنذاره بدفع الدين المستحق أو تخليه العقار ، و يكون الإنذار بعد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد " <sup>1</sup> .

### - الحجز على العقار الحائز

صور الحجز على العقارات تحت الحائز هي أن يكون للدائن رهن أو حق تخصيص ، أو امتياز على العقار ثم تصرف المدين في العقار قبل الشروع في الحجز عليه ، فيكون للدائن صاحب الرهن أو الامتياز أن يتبع العقار تحت بيد الحائز الذي انتقلت إليه ملكية العقار و تنفيذ عليه ، و تقتضي رعاية مصلحة الحائز اتخاذ مصلحة الحائز اتخاذ بعض الإجراءات الإضافية فضلا عن الإجراءات العادية التي تتخذ في حالة الحجز على العقار المدين ، كما تقتضي من ناحية أخرى توجيه الإجراءات المؤدية لإعداد العقار إلى هذا الحائز ، و إنه إذا كان العقار المراد الحجز عليه مملوكا للحائز فإن الإنذار يبلغ أولا للمدين ثم إلى الحائز أو يبلغ به المدين و الحائز في آن واحد ، فلا يجوز الإنذار للحائز وحده دون المدين ، و يختلف الإنذار الموجه إلى الحائز عن الإنذار الموجه إلى المدين في أن ذلك الموجه إلى الحائز يكون مطلوب فيه الخيار بين دفع الثمن أو إخلاء العقار أو اتخاذ إجراءات الحجز في مواجهته ، فإذا لم يقم الحائز بإخلاء العقار و لم يدفع مبلغ الدين فإن إجراءات الحجز تتخذ في مواجهته .

## الحجز على العقار الكفيل العيني :

الكفيل العيني هو من يرهن ماله ضمانا للوفاء بدين غيره ، فإذا رهن عقاره رهنا تأمينا ، فهو في حكم الحائز للعقار المطلوب التنفيذ عليه ، على يجوز أن يجوز أن يكون الراهن هو المدين نفسه أو شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين ، و يجب أن يكون الراهن مالك للعقار المرهون و أهلا للتصرف فيه ، هذا و إن تشابه الكفيل العيني مع الحائز في انتفاء مسؤولية الشخصية عن

الدين فإنه يختلف عنه في أن العقار محل الحجز لم يكف للمدين و انتقل إليه هو ملك للكفيل العيني و ضعه كضمان لدين غيره<sup>1</sup> . فإذا لم يف المدين بالدين الذين في ذمته فإن إجراءات الحجز تتم في مواجهة الكفيل العيني بتبليغ أمر الحجز مباشرة و تسجل باسمه في المحافظة العقارية و كل ما يقوم به الدائن الحائز بالنسبة للمدين الأصلي و الذي قدم الكفيل العيني عقاره كضمان لدينه هو اتخاذ مقدمات التنفيذ في مواجهته بتبليغ للمدين الأصلي ، و الذي قدم الكفيل العيني عقاره كضمان لدينه ، هو اتخاذ مقدمات التنفيذ في مواجهته بتبليغ السند التنفيذي و إلزامه بالدفع ، و تتم إجراءات الحجز على العقار الكفيل العيني بموجب عقد الرهن و أن العقار المرهون المملوك له من قبل الرهن فيكفي توجيه التنبيه بنزع الملكية .

### 3- قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية

لقد نصت المادة 728 ق.إ.م.إ على انه " يجب على المحافظ العقاري ، قيد أمر الحجز من تاريخ الإيداع و تسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي ، أو الدائن الحائز ، خلال أجل أقصاه 8 أيام ، و إلا تعرض للعقوبات التأديبية المنصوص عليها في التشريع الساري مفعوله ، تتضمن الشهادة العقارية جميع القيود و الحقوق المثقلة للعقار أو الحق العيني العقاري و كذا أسماء الدائنين و موطن كل منهم " .

كما تنص المادة 729 ق.إ.م.إ على أنه عند قيام المحافظ العقاري بقيد أمر الحجز يجب ذكر تاريخ و ساعة الإيداع مع ذكر أسماء الدائنين كل واحد منهم ، و الجهة القضائية التي أصدرت أمر الحجز و لقد بين الرسوم 63/76 المؤرخ في 1976 /03/25 بقية الإجراءات الواجب إتباعها و الوثائق التي يلزم المحضر القضائي بإيداعها و أهمها السند التنفيذي ، أمر الحجز ، و إن كان المشرع الجزائري لم يرتب أي أثر على عدم احترام هذه الأجال .

لكن السؤال المطروح في حالة الدفع بعدم احترامها ممن يهمله الأمر لإبطال مفعول إجراء معين علما أن المشرع الفرنسي مثلا نص على سقوط أمر الحجز إذا لم يتم إيداعه للقيود خلال 90 يوما من تبليغه للمدين طبقا للمادة 679<sup>1</sup>. إ.م.إ.م. ق.إ.م. 734 نصت المادة 734 ق.إ.م.إ. على أنه " إذا كان العقار و / أو الحق العيني العقاري ، منقلا بتأمين ملكية بعقد رسمي مشهر إلى الغير قبل قيد أمر الحجز ، وجب إنذار الغير الحائز و تكليفه بدفع مبلغ الدين أو تخليه للعقار و إلا بيع العقار جبرا عليه " مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في المواد 732 ، 733 ، 735 ، 736 ق.إ.م.إ. <sup>2</sup>.

أما فيما يخص الحجز على العقارات غير المشهورة فقد نصت المادة 766<sup>3</sup>. إ.م.إ.م. على أنه " يجوز للدائن وفقا لأحكام المادة 721 أعلاه ، الحجز على عقارات مدينة غير المشهورة ، إذا كان لها مقرر إداري أو سند عرفي ثابت التاريخ وفقا لأحكام القانون المدني.

و تتم إجراءات الحجز في هذه الحالة وفقا للمادتين 722 و 723 أعلاه ، و يرفق مع طلب الحجز ما يلي :

- نسخة من السند التنفيذي المتضمن مبلغ الدين .

- محضر عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها .

- مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري " .

كما نصت المادة 767 على أنه يتم التبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المدين و إلى حائز العقار إن وجد طبقا للمادة 688 ق.إ.م.إ. و ما يليها كما يفتح سجل خاص بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرتها العقار لقيد الحجز العقارية و قيد الدائنين الحاجزين و الدائنين الذين لهم سندات تنفيذية في مواجهة المدين المحجوز عليه ، و هذا مع مراعاة أحكام المواد من 768 إلى 711 ق.إ.م.إ. .

1 - ليلي زروقي ، الحجز العقاري ، المجلة القضائية ، 1997 ، عدد 2 ، ص 30.

2 - الجريدة الرسمية ، المرجع السابق ، ص 66-67.



4 - الآثار المترتبة على وضع تحت يد القضاء :

- قيد حق المدين في تأجير العقار المحجوز عليه و استغلاله .

إذا لم يكن العقار المحجوز عليه مؤجرا ، و كان بيد المدين المحجوز عليه استمر هذا الأخير بصفته حارسا قضائيا بحكم القانون ، حتى يتم البيع ما لم يصدر أمر قضائي بخلاف ذلك ، كأن يصدر أمر من قاضي الأمور المستعجلة بناء على طلب الدائن الحاجز بعزله من الحراسة ، حيث تنص المادة 730 ق.إ.م. على أنه " إذا لم يكن العقار المحجوز مؤجرا وقت قيد أمر الحجز ، استمر المدين المحجوز عليه حائزا له بصفته حارسا إلى أن يتم البيع ، ما لم يؤمر بخلاف ذلك ... " غير أنه إذا كان العقار من المساكن ، و كان هو الذي يسكنه فله أن يبقى فيه بغير أجر حتى يباع العقار ، و بهذا جرى العمل في القضاء الفرنسي ، و هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر بقولها " للمدين المحجوز عليه الساكن في العقار لأن يبقى ساكنا فيه بدون أجر إلى أن يتم البيع " . و في حالة ما إذا كان العقار المحجوز عليه مؤجرا للغير قبل قيد أمر الحجز ، و كان تاريخه ثابتا وفقا لأحكام المادة 328 ق.م فإنه يسري في حق الحاجز و يحتج به في مواجهته . غير أن أجرته المستحقة من يوم قيد أمر الحجز تلحق بالعقار المحجوز و تنص المادة 730 على أنه " ...إذا كان العقار مؤجرا وقت قيد أمر الحجز ، اعتبرت الأجرة المستحقة محجوزة تحت يد المستأجر بمجرد تبليغه الرسمي بأمر الحجز ، و يمنع عليه الوفاء بهما لمالك العقار .

إذا سبق للمستأجر أن دفع الأجرة للمدين المحجوز عليه قبل تبليغه الرسمي صح وفاءه و يسأل عنها المدين بصفته حائزا لها <sup>1</sup> .

- إلحاق الثمار لتوزع كما يوزع العقار :

إن كل الثمار التي ينتجها العقار سواء كانت طبيعية أو اصطناعية أو مدنية تدخل في وعاء الحجز و تعتبر ملحقة بأصلها و هو العقار المحجوز ، ليوزع ثمنها كما يوزع ثمنه و ذلك بإيداع ثمنها في خزانة المحكمة عن فترة لاحقة على التسجيل ، على أن الثمار المستحقة للمحجوز عليه على الفترة السابقة لقيد أمر الحجز لا تلحق بالعقار، حتى و لو لم يقبضها المحجوز عليه.

1 - نبيل صقر، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، طبعة 2008 ، ص 136-137.

ممن تجب عليه ، أما إذا كانت ثمارا متصلة بالعقار أو مزروعات قائمة عليه ، فالعبرة بيوم فصلها عنه ، فإذا فصلت قبل قيد أمر الحجز ، فلا تحقق في العقار ، لأنها فقدت صفة العقار و أصبحت منقولا مستقلا أوجب إتباع بشأنها إجراءات الحجز على المنقول ، و تنص المادة 732 ق.إ.م.إ على أنه " تلحق بالعقار و /أو الحق العيني العقاري ، ثماره و إيراداته من تاريخ قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية .  
و للمدين المحجوز عليه أن يبيع ثمار العقار الملحق به متى كان ذلك من أعمال الإدارة الحسنة و يودع الثمن بأمانة ضبط المحكمة .

يجوز للدائن الحاجز أن يطلب من رئيس المحكمة الترخيص له بأمر على عريضة ، بحصاد المحاصيل الزراعية و جني الثمار و الفواكه و بيعها بالزاد العلني أو بيعها عن طريق وسيط أو بأية طريقة أخرى ، و يودع ثمنه بأمانة ضبط المحكمة " و ذلك مع مراعاة العقوبات المنصوص عليها في المادة 733 من نفس القانون في حالة اختلاس أو إتلاف الأموال المذكورة في المادة 732 سالفه الذكر .  
**- عدم نفاذ التصرفات في العقار المحجوز عليه في مواجهة الحاجز الراسي عليه المزداد :**

من أهم لآثار وضع العقار تحت يد القضاء هو منع المدين المحجوز عليه أو الكفيل العيني أو الحائز على العقار بعد إنذاره من التصرف فيه بنقل ملكيته سواء بتعويض أو بغير تعويض أو إنشاء حقوق عينية عليه طبقا لنص المادة 735 ق.إ.م.إ التي نصت بقولها على أنه " لا يجوز للمدين المحجوز عليه ، و لا لحائز العقار ، و لا للكفيل العيني ، بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية ، أن ينقل ملكية العقار و / أو الحق العيني العقاري المحجوز ، و لا أن يرتب تأمينات عينية عليه ، و إلا كان تصرفه قابلا للإبطال .  
غير أنه يجوز لبائع العقار المحجوز عليه و مقرض ثمنه و الشريك المقاسم ، أن يقيد حق الامتياز على العقار في الآجال و الأوضاع المنصوص عليها في القانون المدني " . و يبدأ المنع من التصرف من تاريخ قيد الحجز بالمحافظة العقارية و يفهم من هذا النص أن المحجوز عليه يمنع من القيام بكل التصرفات الناقلة للملكية من بيع ، هبة ، وقف ، سواء كانت ناقلة لكل ملكية لأحد

الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع ، الارتفاق ن و كذلك التصرفات التي ترتب حق عيني تبعي كالرهن مثلا لأن من شأن هذه التصرفات أن تنقص من قيمة العقار.

و تنص المادة 736 ق.إ.م.إ على أنه " إذا أودع المدين المحجوز عليه ، أو حائز العقار ، أو الكفيل العيني بأمانة الضبط ، أو بين يدي المحضر القضائي ، قبل جلسة المزايدة ، مبلغا كافيا للوفاء بأصل الدين و المصاريف المترتبة عليه للدائنين المقيدين في الشهادة العقارية و الحاجزين ، فإن كل التصرفات الواردة على العقار و المتعلقة بنقل الملكية أو بترتيب تأمينات عينية عليه ، تكون نافذة<sup>1</sup> . و خلاصة ما يمكن قوله أن الحجز على العقار يتسم بمجموعة من الشروط يجب على الحاجز إتباعها و ذلك لاعتبارها من النظام العام ، لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها و إن كانت القاعدة العامة أن جميع أموال المدين ضمن للوفاء بديونه تطبيقا لنص المادة 188 ق.م.ج غير أن هناك بعض الأموال تخرج من مجال الحجز تطبيقا لنص المادة 636 ق.إ.م.إ و الأموال المستثناة بنصوص خاصة.

**الفرع الثاني : إجراءات انتقال ملكية العقار بواسطة البيع بالمزاد العلني :**

**أولاً : إعداد العقار للبيع و عوارضه.**

**أ ) إعداد العقار للبيع**

**1 – إعداد قائمة شروط البيع :**

قائمة شروط البيع عبارة عن ورقة تتضمن كافة البيانات التي تؤدي إلى التعرف الكامل و الدقيق على العقار المطلوب بيعه.<sup>2</sup> و تتضمن حسب نص المادة 737 ق.إ.م.إ فضلا على البيانات المعتادة على ما يلي :

- اسم و لقب كل الدائنين المقيدين و الحاجز و المدين المحجوز عليه و موطن كل منهم .
- السند التنفيذي الذي يقع الحجز بمقتضاه و مبلغ الدين.
- أمر الحجز و تاريخ تبليغه الرسمي و قيده ، و تاريخ إنذار الحائز أو الكفيل العيني إن وجد.

1 – الجريدة الرسمية ، المرجع السابق ، ص 67.

2 – نبيل إسماعيل، الوسيط في التنفيذ الجبري للأحكام، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2000 ، ص 386.

- تعيين العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز، تعيينا دقيقا لا سيما موقعه ، حدوده ، و نوعه و مشتملاته و مساحته و رقم القطعة الأرضية و اسمها عند الاقتضاء ، مفرزا أو مشاعا ، و غيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه وإن كان العقار بناية يبين الشارع و رقمه وأجزاء العقارات .
- تحديد شاغل العقار وصفته و سبب الشغل أو أنه شاغر.
  - شروط البيع و الثمن الأساسي و المصاريف.
  - تجزئة العقار إلى أجزاء إن كان في ذلك أفضل مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء ، و توضيح الترتيب الذي سيجري فيه البيع ، عند الاقتضاء ، وإن كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية ، لا يجوز تجزئتها .
  - بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع .
  - يؤشر رئيس المحكمة المختص إقليميا على إيداع قائمة شروط البيع ، ويحدد فيه جلسة للاعتراضات و جلسة لاحقة للبيع و تاريخ و ساعة انعقادها . إذا خلت القائمة شروط البيع من أحد هذه البيانات كانت قابلة للإبطال بناء على طلب كل ذي مصلحة خلال أجل أقصاه جلسة الاعتراضات وإلا سقط حقه ، و في حالة إلغاء قائمة شروط البيع ، يعاد تجديدها على نفقة المحضر القضائي .
  - تجزئة العقار إلى صفقات إن كان لها محل عند الاقتضاء ن وإن كان هناك فائدة أفضل للبيع مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء.<sup>1</sup>
- و يقوم الحاجز بإيداع قائمة شروط البيع في حالة ما إذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال 30 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز.
- التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع :**
- يجب على المحضر القضائي خلال 30 يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة ضبط المحكمة أن يبلغ رسميا الأشخاص الآتية :
- المدين المحجوز عليه .
  - الكفيل العيني و الحائز للعقار و/أو الحق العيني العقاري إن وجد .

- الكفيل العيني و الحائز للعقار و/أو الحق العيني العقاري إن وجد .
- المالكين على الشيوع ، إن كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مشاعا .
- الدائنين المقيدون كل بمفرده .
- بائع العقار أو مقترض ثمنه أو الشريك المقاسم أو المقايض إن وجد ، و في حالة الوفاء يكون التبليغ الرسمي إلى ورثة هؤلاء بصفة جماعية دون تحديد الأسماء و الصفات في موطنهم فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفى و هذا ما نصت عليه المادة 740 ق.إ.م.إ و ذلك خلال 15 يوما الموالية لتاريخ الإيداع .

## 2 – إيداع قائمة شروط البيع :

- تتم عملية إيداع قائمة شروط البيع في صورة محضر وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 737 ق . ا.م.ا وباستقرار نص 738 من نفس القانون, فإنه ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الآتية:
- نسخة من السند التنفيذي الذي يقع الحجز بمقتضاه.
  - نسخة من أمر الحجز
  - نسخة من محضر التبليغ الرسمي للمحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني إن وجد .
  - شهادة عقارية تتضمن القيود التي حصلت إلى غاية تاريخ الحجز.
  - مستخرج جدول الضريبة العقارية.
- والهدف من إيداع هذه المرفقات هو تأكيد واثبات البيانات التي تهم أصحاب الشأن, فالغرض من شهادة بيان الضريبة العقارية هو معرفة مدى مطابقة ثمن العقار الأساسي الذي قدره الحاجز لحقيقة الوقائع , أما الغرض من الشهادة العقارية هو تعيين وتحديد الدائنين الذين يجب إشراكهم في إجراءات البيع وتعيين ديونهم . ويثبت إيداع القائمة ومرفقاتها في محضر يحرر و يقدم إلى أمانة المحكمة ويحدد فيه تاريخ الجلسة للنظر فيها ,يحتمل تقديمه من اعتراضات على قائمة شروط البيع و ساعة انعقادها.وتاريخ جلسة البيع ، في حالة عدم تقديم اعتراضات على القائمة <sup>2</sup>.

1- نبيل صقر ، المرجع السابق ، ص 140.

2- الغوثي بن ملحمة ، الحجز العقاري نبحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية،الجزء 1 ، قسم الوثائق ، المحكمة العليا ، سنة

الإعلان عن البيع أو الشراء هو وسيلة لإعلام الجمهور و دعوة المزايديين للتقدم لعملية البيع بالمزاد العلني ، حتى يتمكن الجمهور من معرفة كل ما يتعلق بهذه المزايدة ، بحيث أوجب القانون على أمين الجلسة بالمحكمة التي تباشر مهامها إجراءات بيع العقار المحجوز ، بنشر مستخرج من قائمة شروط البيع ، موقع عليه من طرفه في إحدى الصحف المقررة للإعلانات القانونية بدائرة المجلس القضائي الواقع به العقار ، كما يقوم بلصق هذا المستخرج على باب الرئيسي للعقار المحجوز على اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة الكائن بدائرتها محل البيع و في حالة تعدد العقار المطلوب بيعها فبكل محكمة أخرى يقع في دائرتها عقار من العقارات المطلوب التنفيذ عليها و يجب أن يتضمن المستخرج المخصص للإعلان عن البيانات التالية:

- أسماء و ألقاب و مواطن الخصوم و مواطنهم المختارة.
- بيان العقارات وفق ما ورد في قائمة شروط البيع.
- يوم و ساعة و مكان المزايدة.
- تعيين المحكمة التي سيجري أمامها المزايدة.

و لقد نص المشرع الجزائري في تحديد الثمن الأساسي في المادة 739 ق.إ.م.إ على أنه " يحدد الثمن الأساسي ، الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني و القيمة التقريبية له في السوق ، للعقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز ، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري ، يعين بأمر على عريضة ، بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط و المحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة ، يجب على الخبير إيداع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده رئيس المحكمة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل 10 أيام من تاريخ تعيينه و إلا استبدل بغيره".<sup>1</sup>

ب ( عوارض البيع بالمزاد العلني :

1 - الاعتراضات و الملاحظات على قائمة شروط البيع :

- النظام الموضوعي للاعتراض :

يتعلق في هذه الحالة على قائمة شروط البيع ، أو ببطان الإجراءات السابقة بطلبات تتعلق بالتنفيذ ، وهذا ما نصت عليه المادة 742 ق.إ.م. بقولها : " تقدم الاعتراضات بعريضة من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 740 أعلاه ، أو من ورثتهم إلى رئيس المحكمة ، قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة ( 03 ) أيام على الأقل ، وإلا سقط حقهم في التمسك بها. تسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها ، و تعقد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعترض و الحاجز و المحضر القضائي. يفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات ، بأمر غير قابل لأي طعن ، في أجل أقصاه ثمانية ( 08 ) أيام .

إذا لم يقدم أي اعتراض بالجلسة ، يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به ، و يشرع المحضر القضائي في إجراءات الإعلان عن البيع بالمزاد العلني".

- إيداع ملاحظات على قائمة شروط البيع :

و تتمثل في إيداع كل ما من شأنه أن يؤدي إلى تعديل شروط البيع كتغيير الثمن الأساسي أو تجزئة العقار إلى صفقات ، و تقدم الملاحظات إلى أمانة الضبط دون رفع دعوى ، و يكون التعديل بالحذف أو الإلغاء أو الإضافة ، أما التغيير فيجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب تغيير شرط أو أكثر من شروط البيع ، دون المساس بجوهره ، مثل طلب زيادة الثمن الأساسي للبيع ، و تطبيقا لنصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ( 08 - 09 ) فإن الملاحظات تقدم من الأشخاص المحجوز عليهم و الدائنين المسجلين في شهادة القيد المسلمة بعد قيد أمر الحجز و الورثة ، إذا كان بين الدائنين بائع عقار أو أحد المقاضين ، فيمكنهم رفع دعوى الفسخ أو مباشرة إعادة البيع بالمزاد العلني<sup>1</sup>.

كما يجب على المحضر القضائي خلال 15 يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط ، أن يبلغ الأشخاص المذكورين في نص المادة 740ق.إ.م.إ. .

**- الاعتراض بالبطلان للإجراءات السابقة :**

يتم ذلك عن طريق التقرير في دفتر معد على مستوى أمانة الضبط و لذلك فهو لا يعلن ولا يتم تكليف الخصوم بالحضور إلى المحكمة يوم الجلسة ، كما أنه لا يحدد جلسة لنظر هذا الاعتراض لأنه سبق تحديدها عند إيداع القائمة .

**- الطلبات المتعلقة بالتنفيذ :**

و هي تتعلق بالقائمة :

**\* طلب وقف التنفيذ على حصة شائعة :**

و ذلك عندما يتم التنفيذ على حصة عقارية شائعة ، فيجوز لكل دائن له الحق مقيد ورد على حصة شائعة تدخل ضمن الحصة المفروزة ، أن يعرض رغبته في التنفيذ على الحصة المفروزة ، و يطلب بطريق الاعتراض على قائمة وقف الإجراءات على هذه الحصة الشائعة و انتقالها إلى الحصة المفروزة<sup>1</sup>.

**\* طلب التنفيذ على بعض العقارات مؤقتا :**

يجوز لكل من المدين ، الحائز ، الكفيل العيني أن يطلب عن طريق الاعتراض على القائمة وفق إجراءات التنفيذ على العقار أو أكثر من العقارات المحددة في التنبيه بشرط أن يثبت أن قيمة العقار الخاضع للإجراءات تكفي للوفاء بحقوق الدائنين الحاجزين ، و جميع الدائنين الذين صاروا طرفا في الإجراءات ، و لكل دائن بعد رسو المزاد النهائي ، أن يمضي في التنفيذ على هذه العقارات إذا لم تكن كافية بحقه أما إذا كان حاصل البيع كافيا للوفاء لجميع الحاجزين ، فإن الحجز يزول بالنسبة للعقار الموقوف ببيعه و هذا ما نصت عليه المادة 743 ق.إ.م.إ. و يتم إتباع هذه الإجراءات بطريق الاستعجال .



## \* تأجيل البيع :

للمدين وحده أن يطلب بطريق الاعتراض على القائمة ، تأجيل إجراءات بيع العقار المنفذ عليه ، ويقع على عاتقه عبء إثبات أن أمواله تكفي للوفاء بحقوق الحاجزين في خلال سنة ومن صار طرفا في الإجراءات حسب المادة 744 ق.إ.م.إ التي تنص بقولها " يجوز للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني ، أن يطلب بطريق الاستعجال ، تأجيل إجراءات بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري ، إذا ثبت أن الإيرادات السنوية لهذا العقار و/أو الحق العيني العقاري لسنة واحدة كافية للوفاء بديون جميع الدائنين. يحدد الأمر الفاصل بتأجيل البيع ، الأجل الذي تستأنف فيه إجراءات البيع إذا لم يتم الوفاء ، مراعيًا في ذلك المهلة اللازمة للمدين المحجوز عليه للوفاء ، على أن لا تتجاوز سنة واحدة (01) .

## \* رفع دعوى الفسخ :

يقدم طلب في شكل اعتراض على قائمة شروط البيع من جانب البائع أو المقايض بالعقار ، فإذا لم يقم المدين بوفاء الثمن الخاص بالعقار كله أو بعضه للبائع أو المقايض أو الشريك المقاسم يقوم هذا الأخير برفع دعوى الفسخ على الراسي عليه المزداد و هذا ما نصت عليه المادة 745 و 746 ق.إ.م.إ .  
- النظام الإجرائي للاعتراض :

يقدم الاعتراض عن طريق التصريح به لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة بالتنفيذ ، وذلك من طرف أشخاص معينين ، و في مواعيد محددة قانونا ، و يتم الاعتراض على القائمة من طرف الأشخاص الذين يوجه لهم الإنذار و هم المدين ، الحائز، الكفيل العيني ، أي الدائنين المسجلين، وأصحاب الحقوق العينية التبعية ، كما يجوز للدائن المباشر للإجراءات أن يعترض على القائمة إذا وجد بها من الشروط ما يراه محققا للمصلحة ، ويقدم اعتراض من يوم إيداع القائمة إلى ما قبل الجلسة المحددة للبيع ، و يجب عرض الاعتراضات والإشكالات على رئيس المحكمة للنظر فيها قبل المزايمة<sup>1</sup>.

## 2 - آثار الاعتراض :

يعتبر الاعتراض على القائمة منازعة تتعلق بصحة الإجراءات أو بطلانها<sup>1</sup> من الناحية الموضوعية ، وهي بذلك تشكل إشكالا موضوعيا في التنفيذ ، لذلك رتب المشرع على مجرد تقديمه وقف إجراءات البيع بقوة القانون ، ولا تستأنف الإجراءات إلا بعد صدور حكم نافذ للاعتراض ، فإذا حكم القاضي بعدم الاختصاص للنظر في الدعوى أو عدم قبول الاعتراض لإقامته خارج الميعاد أو عدم قبول الدعوى لانتقاء الصفة ، فلا يعتد بالجلسة المحددة للبيع لأنها تلغى بمجرد الاعتراض ، أما إذا كان الحكم بالسر في إجراءات التنفيذ بناء على طلب صاحب المصلحة ، فإنه يترتب إزالة الأثر الموقوف للتنفيذ ، الذي ترتب على رفع الاعتراض ، وهذا الحكم لا يؤثر في صحة المنازعة المقدمة في شكل اعتراض ، ولا في استمرار خصومتها على أن يفصل في موضوعها أمام رئيس المحكمة المختصة بالتنفيذ.

## 3 - المنازعات الفرعية في التنفيذ على العقار :

المنازعة الفرعية في التنفيذ هي الدعوى التي يرفعها الغير أثناء إجراءات التنفيذ على العقار و يطلب فيها الحكم ببطلان هذه الإجراءات مع استحقاق العقار الذي يجري التنفيذ عليه استحقاقا كلياً أو جزئياً ، وهذا ما نصت عليه المادة 772 ق.إ.م. بقولها "يجوز لحائز العقار بسند ملكية كما يجوز لغير الحائز لسند ملكية طلب بطلان إجراءات الحجز مع طلب استحقاق العقار المحجوز كله أو بعضه و لو بعد انتهاء الآجال المحددة للاعتراض على قائمة شروط البيع ، وذلك بدعوى استعجاليه ترفع ضد الدائن الحاجز و المدين المحجوز عليه بحضور المحضر القضائي ، ثم يفصل رئيس المحكمة في الدعوى الإستعجالية في أجل أقصاه (30) يوماً من تاريخ تسجيل الدعوى.

إذا حل التاريخ المعين للبيع قبل أن يفصل رئيس المحكمة في دعوى الاستعجال فلرافع الدعوى أن يطلب وقف البيع بعريضة تقدم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل ، بشرط إيداع كفالة يحددها الرئيس بأمر على عريضة تغطي مصاريف إعادة النشر و التعليق عند الاقتضاء" . مع مراعاة أحكام المادتين 773 و 774 ق.إ.م.!

فهي تقابل دعوى استرداد بالنسبة للمنقولات المحجوزة ، لذلك يشترط حتى تكون دعوى استحقاق فرعية ما يلي :

- يجب أن يكون ثمنه منازعة في التنفيذ حتى تعتبر دعوى فرعية في التنفيذ فترفع بعد بدء إجراءات التنفيذ على العقار ، بتسجيل أمر الحجز بمكتب الرهون و قبل صدور حكم إيقاع البيع وإلا كانت دعوى استحقاق عادية.

- إن يتعلق الطلب فيه باستحقاق العقار الذي يجري التنفيذ عليه و إبطال إجراءات التنفيذ عليه ، فإذا رفعت دون طلب إبطال إجراءات الحجز تعتبر دعوى استحقاق أصلية.

- يجب أن يختصم فيها المنفذ عليه و جميع الدائنين المنفذين المثبتون بالشهادة العقارية المسلمة من أمين مكتب الرهن حتى يتسنى الاحتجاج عليهم ببطلان الإجراءات ، و يترتب على عدم اختصاص هؤلاء عدم

اعتبار الدعوى دعوى استحقاق فرعية . ما لم يتدخلوا طبقاً للقواعد العامة ولا يترتب على رفع دعوى

الاستحقاق الفرعية وفق إجراءات البيع ، عكس ما هو عليه في دعوى استرداد المنقولات المحجوزة إذ

يوقف القائم بتنفيذ البيع بعد الحجز إذا ادعى الغير ملكية المنقولات المحجوزة عليها ، و كان طلب

الاسترداد بأدلة كافية ، و إنما يطلب من قاضي التنفيذ وقف الإجراءات إذا اشتملت عريضة الدعوى على

بيان مستندات مؤيدة لها أو على بيان دقيق لأدلة الملكية أو وقائع الحيازة التي تستند إليها و يجب على

القاضي الذي ينظر في الدعوة أن يقضي في الطلب و في أول جلسة لها ، و إذا حل اليوم المحدد للبيع قبل

هذه الجلسة فعليه أن يقضي بالوقف .

## ثانياً : إجراءات المزايمة العلنية و حكم رسو المزاد

### أ ) إجراءات المزايمة العلنية :

#### 1 – تحديد جلسة البيع :

تجري المزايمة حسب ق.إ.م.إ في اليوم و المكان المحددين ، و قد نصت المادة 747 ق.إ.م.إ على أنه في

حالة عدم تحديد تاريخ و مكان جلسة البيع بالمزاد العلني مسبقاً ، يتم تحديدها بموجب أمر على عريضة ، و

بناء على طلب المحضر القضائي أو أي دائن طرف في الحجز ، و يصدر رئيس المحكمة الأمر بعد

التحقيق من الفصل في جميع الاعتراضات التي سجلت ، و يقوم

المحضر القضائي بإخطار جميع الدائنين المقيدون و المدين المحجوز عليه و الحاجز و الكفيل العيني ،

بتاريخ و ساعة و مكان جلسة البيع بالمزاد العلني 08 أيام قبل الجلسة على الأقل<sup>1</sup> . و قام المشرع

الجزائري بتحديد الأسباب التي تؤدي إلى تأجيل المزايمة فيما يلي :

- يجوز للقاضي الحكم بالتأجيل بناء على طلب كل ذي مصلحة إذا قدم سببا قويا في ذلك و اقتنع بوجاهة الأسباب التي يبني عليها الطلب كأن يكون الزمان المحدد للبيع غير مناسب ، و للمحكمة أن ترفض طلب التأجيل إذا لم يشفع بما يبرره.
- على القاضي أن يؤجل البيع إذا اتضح له أحد ممن يوجب القانون إعلانهم بقائمة شروط البيع لم يعلن بها ، و هذا الحالة يثيرها من تلقاء نفسه لأن القانون يوجب عليه التأكد من ذلك قبل المزايمة و يؤجل المزايمة لإنذار من لم يوجه له الإنذار.
- إذا أمر القاضي عند فصله في الإشكال المتعلق بإجراء من الإجراءات التمهيديّة للبيع بإعادته كالأمر بإعادة الإعلان عن البيع .
- إذا لم يتقدم للشراء أي أحد ما قدم من العروض غير كاف فإنه يحكم بتأجيل المزايمة و الحكمة من هذا الإجراء هو حماية أصحاب القيود المقيدة بعد قيد أمر الحجز و الذين لم يدرجوا في الشهادة العقارية الأولى ، رغم أن حقوق هؤلاء لا يحتاج بها في مواجهة الحاجزين ، ذلك أن عدم الاحتجاج أو عدم السريان في هذا المقام يعني عدم المزاحمة ، فالدائن المرتهن الذي قيد حقه قبل أمر الحجز يسبق الحاجز في توزيع الحصيلة ، و لذلك فإن الإطلاع على الشهادة العقارية يكون ضروريا ، كما أن نص المادة 753 ق.إ.م.إ. على أن " الجلسة الخاصة بالبيع بالمزاد العلني تكون برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع .في التاريخ و الساعة المحددين لذلك ، و يكون بحضور المحضر القضائي و أمين الضبط و بحضور الدائنين المقيدين و المدين المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني إن وجد بعد إخبارهم بثمانية أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة ، و حضور عدد من المزايديين لا يقل عن ثلاثة

أشخاص... الخ<sup>1</sup> هذا بالإضافة إلى الإجراءات الأخرى المتمثلة في التحقق من حضور أطراف الحجز وإتمام إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق وهذا بعد افتتاح جلسة المزايمة العلنية هذا ما أورده المادة 754 ق.إ.م.إ. وما يليها وبعد افتتاح المزايمة يتم تقديم العطاءات ، ويجب ألا تقل عن الثمن الأساسي الذي افتتحت به المزايمة ، وفي جميع الأحوال يجب أن لا يقل مبلغ التدرج حسب أهمية العقار أو الحق العيني العقاري عن عشرة آلاف دينار(10.000 دج ) في كل عرض ، وإذا لم يتوفر النصاب من المزايدون أو كان العرض اقل من الثمن الأساسي للمزايمة أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال (15) دقيقة أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة وقرر تأجيل البيع إلي الجلسة لاحقة بذلك الثمن الأساسي وهذا مع تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المادة 754 ق.إ.م.إ. ويرسو المزاوم عقب انطفاء 03 شموع ، توؤد مدة كل منها دقيقة واحدة ، على من يقدم أعلى عرض وكان آخر مزايوم ويصدر بذلك حكم رسو المزاوم الذي يشتمل على نسخة من قائمة شروط البيع ، ومذكر فيه أسباب الحجز والإجراءات التي اتبعت ورسوا المزاوم<sup>2</sup>.

يجب على الراسي عليه المزاوم أن يدفع حال انعقاد الجلسة خمس الثمن (1/5) والمصاريف والرسوم الملتحقة ، ويدفع الباقي في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام بأمانة ضبط إذا لا يودع الراسي عليه المزاوم باقي الثمن كاملا في المدة المحددة في الفقرة أعلاه يتم اعذاره بالدفع خلال خمسة (5) أيام ، وإلا أعيد البيع بالمزاوم العلني على ذاته . وهذا مع مراعاة أحكام المادتين 758 و759 ق.إ.م.إ.

وقد تناول المشرع الجزائري إجراءات المزايمة العلنية في المواد 757 إلى غاية المادة 759 ق.إ.م.إ.

## 2- إعادة البيع بالمزاوم العلني

- إعادة البيع على الراسي عليه المزاوم:

تجرى عملية البيع في حالتين هما:

- إذا لم يقم الراسي عليه المزاوم بتنفيذ شروط مرسى المزاوم وأعيد بيع القمار على ذمته، بعد إذاره بأن يقوم بتنفيذ التزاماته .

- كذلك يعاد البيع على ذمة الراسي عليه المزاوم. إذ لم يقم بتسجيل حكم رسو المزاوم.

وتبدأ إجراءات إعادة البيع، بإجراءات نشر جديدة ، ويكون للراسي عليه المزاوم في حكم مرسى المزاوم السابق الحق في أن يوقف إجراءات البيع الجديد قبل المزايمة الجديدة إذا وفى بالتزاماته والمصاريف التي سببها تقصيره وهذا حسب نص المادة 761 ق.إ.م.إ.

1-نبيل صقر، المرجع السابق، ص 441-145  
2-المادة 757 ق.إ.م.إ.

### - إعادة البيع على ذمة من يعرض زيادة تجاوز السدس :

إذا تقدم أي شخص لأمانة المحكمة سواء بعد رسو المزاد الأول أو الثاني بعرض يجاوز سدس الثمن الأساسي للبيع و المصاريف مع التعهد كتابة بان يكون الراسي عليه المزاد اذا لم يتقدم أحد بعرض آخر أكبر منه ويترتب علي هذا العرض إعادة نشر مزايده جديدة ، وقد نصت المادة 760 ق.إ.م.إ. على هذه الحالة بقولها "... في هذه الحالة ، يتعهد المزاد الجديد بزيادة السدس عن الثمن الراسي به المزاد على الأقل، مع إيداعه الثمن الكامل مع المصاريف القضائية والرسوم المستحقة بأمانة الضبط مقابل وصل ، ويعاد البيع بالمزاد العلني بنفس الكيفيات المنصوص عليها في المواد من 759 إلى 757 أعلاه ، ويتحمل طالب تجديد البيع بالمزاد العلني جميع النفقات .

### 3- حكم رسو المزاد:

#### - صدور حكم المزاد:

إن حكم رسو المزاد ليس حكما فاصلا في الخصومة القضائية ، وإنما هو مجرد محضر لبيان ما تم من الإجراءات في جلسة البيع ، وإثبات إيقاعه وهو قرار يصدر بما للقاضي من سلطة ولائية ، لذلك جعل المشرع الفرنسي الطعن فيه بواسطة التظلم منه بدعوى أصلية ، لا بطريق من طرق الطعن في الأحكام<sup>3</sup> ) و عليه فإن هذا الحكم يكون قابل للطعن بالبطلان، وليس بطريق الطعن في الأحكام القضائية ، ويحتوى حكم رسو المزاد على ديباجة بالإضافة إلى الوقائع ، ويذكر فيه قائمة شروط البيع وأسباب الحجز والإجراءات التي اتبعت من الإنذار إلى تاريخ البيع ، و وقائع جلسة البيع ومنطوق الحكم الذي يتضمن أمر المدين المحجوز عليه بتسليم العقار لمن حكم له بالانتفاع بالبيع ، ويتم إيداع نسخة أصلية من الحكم في ملف التنفيذ. وإذا تمت المزايده مخالفة لإجراءات المنصوص عليها قانونا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان حكم رسو المزاد طبقا للقواعد العامة في دعوى البطلان ، و يترتب على الحكم ببطلانه زوال أثر البيع بالمزاد

العلني، شأنه شأن البيع الاختياري، وتزول كل الالتزامات التي ترتب في ذمة الراسي عليه المزاد. وقد نصت المادة 762 ق.إ.م.إ. على أنه "تنتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات أو الحقوق العينية القارية المباعة بالمزاد العلني كذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سند للملكية. و يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين (2) من تاريخ صدوره

. وقد نصت المادة 763 ق.إ.م.إ على انه "يتضمن حكم رسو المزاد فضلا عن بيانات الأحكام المألوفة وأسماء وألقاب الأطراف ما يأتي: :

1. السند التنفيذي الذي بموجبه يقع الحجز والإجراءات التي تلتها ، لا سيما تاريخ كل من الرسمي والتكليف بالوفاء وإعلان البيع.
2. تعيين القار و/أو الحق العيني العقاري المباع و مشتملاته والارتفاقات العالقة به ان وجدت ، كما هو معين في قائمة شروط البيع.
3. تحديد الثمن الأساسي للعقار و/أو الحق العيني العقاري المباع.
4. إجراءات البيع بالمزاد العلني
5. الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصا طبيعيا أو معنويا.
6. الثمن الراسي به المزاد تاريخ الدفع.
7. إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس ، حسب الأحوال ،بتسليم العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد"

كما نصت المادة 764 ق.إ.ج.م.د. علي أنه " لا يبلغ حكم رسو المزاد لأطراف الحجز ويتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 7/763 أعلاه "المحجوز عليه أو الحاجز أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأحوال بتسليم العقار..." وأخيرا فإن حكم رسو المزاد لا يقل لأي طن حسب نص المادة 765 ق.إ.م.إ!

## ب ( توزيع حصيلة البيع :

### 1- التوزيع دون قائمة قضائية :

يجبر القانون في الحالات معينة توزيع الحصيلة بطريقة مباشرة دون إجراءات التحضير لها فإذا لم تتوفر إحدى هذه الحالات وجب الاتفاق بين ذوي الشأن على التوزيع ،فإذا اعتذر الوصول إلى ذلك اتخذت إجراءات التوزيع بالقائمة .

### - التوزيع المباشر

يتم التوزيع مباشرة لحصيلة البيع العقار بان يقوم من معه هذه الحصيلة بدفع المبالغ المستحقة إلى الدائن أو الدائنين مباشرة ، دون اتخاذ إجراءات مسبقة لتوزيع ، وفي التنفيذ على العقار فان هذه المبالغ تكون مودعة في خزينة المحكمة التي وقف فيها العقار و يكون لتوزيع المباشر إذا تحققت إحدى هاتين الحالتين :

- إذا كان الدائن واحدا ففي هذه الحالة يستوفي حقه مباشرة سواء كان دائنا عاميا أو كان دائنا ممتازا وسواء كانت حصيلة البيع كافية لاستيفاء حقه أو غير كافية .

- إذا تعدد الدائنون الحاجزون الذين اخصوا بحصيلة البيع وكاس الحصيلة كافة لوفاء بجميع حقوقهم، ففي هذه الحالة أيضا يستوفون حقوقهم مباشرة ولا فرق إذا كان جميعهم دائنين عاديين أو كان بينهم دائن صاحب الأفضل لاستيفاء، حقا طالما كانت الحصيلة تكفي لوفاء بجميع الديون ، أما إذا تعدد الدائنون وكانت الحصيلة التنفيذ غير كافية لوفاء بكل الديون فإنه منعا لكل غلط أو تواطؤ ليحصل على أكثر من حقه على حساب غيره من الدائنين لا يجوز التوزيع المباشر، وإنما يكون للدائنين فرصة الاتفاق على التوزيع ، وفي الحالة تعدد المحجوز أمام جهات قضائية مختلفة

فإن الأموال المخصصة من هذه الحجوز تودع جميعا في قلم أمانة المحكمة الكائن بدائرتها موطن المدين<sup>4</sup> .

### التوزيع الاتفاقي:

يجب القانون في حالة تعدد الدائنين وكان مقدار الأموال المتحصلة من الحجز لا يكفي للوفاء بكافة حقوق الدائنين المعلومين أن يتفقوا مع المدين على طريقة للتوزيع بدون قائمة، ويجب حسب هذا أن يتم الاتفاق على التوزيع بين جميع ذوي الشأن وهم المنفذ والمنفذ عليه، فيشترك فيه جميع الدائنين الذين اخصوا بحصيلة البيع سواء كانوا حاجزين واعتبروا طرفا في الإجراءات في الحيز العقاري، ذلك أنهم من أصحاب الحقوق المقيدة على العقار محل التنفيذ، وكذلك الدائنين المعلومين الذين لم يكونوا طرفا في التنفيذ وكان لهم حق التنفيذ الجبري، لأن في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائي مباشرة التنفيذ أو الدخول فيه لا يمنح الدائن حق تخصيص المال لاقتضاء حقا دون بقية الدائنين وإنما الدائنون متساوون في استبقاء حقوقهم من ثمن الأموال المنفذ عليها ما لم يكن لأحدهم حق الأولوية وفقا للقانون ، وعلى ذلك فيترك جميع الدائنين الذين اخصوا أو الذين لم يخصصوا بحصيلة البيع ، كما يشترك فيه المدين لمراقبة الاتفاق الدائنين والتحقق من عدم حصول احدهم على أكثر من حقه ، وبعد الاتفاق بين الدائنين والمدين على طريقة التوزيع وعلى نصيب كل دائن اتفاق ملزم لأطرافه فهو عقد مبرم خارج مجلس القضاء ولذلك يخضع لقواعد العامة في العقود. ولم يتطلب القانون في هذا العقد شكلا معيننا لانعقاده وإثباته ، وبالتالي يكون صحيحا سواء كان كتابة أو بدون كتابة وإذا كان مكتوبا فيجب تحرره في ورقة رسمية ويخضع في إثباته لتواعد العامة في الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني ويقم الاتفاق إلى المحكمة لصرف المبالغ المودعة بناء عليه ، لذلك نرى بأنه عمليا يجب تدوينه بالكتابة<sup>5</sup> .

<sup>4</sup> محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص 203.

<sup>5</sup> محمد حسين ، المرجع السابق ، ص 204-205.



## 2-التوزيع بالقائمة القضائية :

### - إعادة القائمة المؤقتة:

إن القائمة المؤقتة هي مشروع لتوزيع حصيلة التنفيذ بعد اطلاعه على مستندات الدائنين ،قصد عرضه على أطراف التنفيذ لتقليم اعتراضاتهم عليه، وقد اوجب القانون بعد إيداع هذه القائمة إخطار الدائنين المدين المحجوز عليه من طرف أمانة ضبط المحكمة بكتاب موسى عليه بعلم الوصول أو بمجرد إخطار يرسل إليهم للاطلاع على المشروع والاعتراض عليه إذا كان ثمة محل للاعتراض ، وذلك في الميعاد المحدد قانونا يبدأ من تاريخ استلام الكتاب أو الإخطار وكل اعتراض يقدم يسجل بكتابة أمانه المحكمة ، وإذا تخلفوا الدائنون أو المدين المحجوز عليه على الإطلاع على المشروع أو لم يناقض فيه كانت مناقضاتهم بعد مرور المدة القانونية غير مقبولة ، ويشترط لقبول الاعتراض أن يكون من أحد ذوي الشأن الذين يوجب القانون إخطارهم بمشروع قائمه توزيع حصيلة البيع ، وأن يكون له مصلحة فيه فلا يقبل الاعتراض الذي يثيره المدين أو دائن عادي علي مرتبه رهن بالنسبة لغيره ، بالإضافة إلى ذلك أن يقدم خلال المدة المحددة لذلك ، غير أن الاعتراض الذي يقدم في الميعاد فإن لكل ذي مصلحة من ذوي الشأن أن يتمسك بها ولو تنازل عنها من قدمها وذلك عملا بقاعدة عدم قابلية التوزيع للتجزئة .كذلك لكل من قدم اعتراض ضده أن يدافع عن بقاء حقه<sup>6</sup> .

### ب ( إعداد القائمة النهائية :

القائمة النهائية هي قرار يصدره القاضي يثبت فيه ما يستحقه كل دائن من حصيلة البيع وهو قرار لا يقبل الطعن فيه بأي،وجه من أوجه طرق الطعن العادية أو غير العادية ، ولكن هذا لا يمنع من تصحيح الأخطاء المادية التي علقت بها، ويقوم القاضي بإعداد القائمة النهائية على أساس القائمة المؤقتة معدلة وفق الحكم أو الأحكام النهائية الصادرة في الاعتراضات ، وإذا تخلف جميع ذوي الشأن عن تقديم الاعتراضات في المهلة المحددة لهم بعد الإخطار فإن القاضي يعتبر القائمة المؤقتة نهائية . ويقوم القاضي بعد إعداد القائمة النهائية بإصدار أمر بشطب القيود المسجلة على العقار محل التنفيذ ، لأن بيع العقار قضائيا يؤدي إلي تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية

المقيدة عليه ، سواء بالنسبة لدائنين الحاجزين أو الذين اعتبروا طرفا في الإجراءات والتي أدرجت ديونهم في القائمة أولم يدركها التوزيع .

يتضح مما سبق أن البيع بالمزاد العني يعتبر من التصرفات القانونية التي تؤدي إلى نقل ملكية العقار وذلك عن طريق أحكام قضائية مثبتة لهذا التصرف، وتجدر الإشارة إلى أن ملكية العقار تنتقل مطهرة من كل القيود كما أن البيوع القضائية تنتفي فيها الضمانات لاعتبار أن البيع القضائي لا ضمان فيه .

## المبحث الثاني : انتقال الملكية العقارية عن طريق الوصية والقسمة .

إن التصرفات القانونية لا تنحصر في البيع بالمزاد والوعد بالبيع. بل تضاف إليها كل من الوصية والقسمة باعتبارهما من التصرفات القانونية المثبتة من طرف القضاء التي تؤدي إلى انتقال الملكية العقارية.

### المطب الأول : الوصية.

تعد الوصية من المسائل المرتبطة بالميراث وتعتبر صورة من صور اكتساب الملكية العقارية بواسطة التصرفات القانونية وذلك وفق إجراءات وشروط نص عليها القانون .

### الفرع الأول: مفهوم الوصية وشروطها.

#### أولاً: تعريفه الوصية .

#### (أ) في الشريعة الإسلامية :

نص القرآن الكريم على الوصية في كثير من آياته منها قوله تعالى " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين "<sup>7</sup> ولقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية علي أن هذه الآية هي القاعدة القرآنية لوصية ، وإذا كان البعض الآخر يري أن هذه الآية قد نسخت تماماً. وقد عرف العلامة علاء الدين الكاساني "الوصية بأنها اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته " كما عرفها البعض بأنها "تمليك مضاف إلي ما بعد الموت " وهي أيضاً عهد خاص مضاف إلي ما بعد الموت<sup>8</sup> ، كما عرفها ابن العابدین أنها "تمليك مضاف إلي ما بعد ألموت بطرق التبرع " . وهو أوضح التعريفات وأشملها باعتباره تعريفاً جامعاً مانعاً يشتمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته كما يشمل قيام الموصي علي أولاده الصغار ورعايتهم ، كما ان قانون الأسرة الجزائري لم يبتعد عن ذا التعريف في المادة 184 منه حيث نصت على أنه "الوصية تمليك مضاف إلي ما بعد الموت بطريق التبرع" ويستخلص من هذا التعريف :

- إن استعمال مصطلح "تمليك" يجعل هذا التعريف جامعاً وشاملاً لكل أنواع الوصايا.

- أن المقصود بعبارة "مضاف إلي ما بعد الموت " هو أن تنفيذ الوصية لا يكون إلا بعد الموت<sup>9</sup>.

### ب-في القانون الوضعي:

نص المشرع الجزائري علي الوصية باعتبارها سبباً من أسباب كسب الملكية في القانون المدني في المواد 775-777 ولكنه نص في أولى هذه المواد علي أنه "سرى علي الوصية قانون الأحوال الشخصية ،

<sup>7</sup>سورة البقرة الآية 180.

<sup>8</sup>بن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، الطبعة 01 سنة 2008، ص 6

<sup>9</sup>نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت، دار الهدى عين مليلة الجزائر، سنة 2008 ، ص 61

والنصوص القانونية المتعلقة بها<sup>10</sup> ويقصد بذلك المشرع تطبيق أحكام الوصية التي افترض وجودها في قانون الأحوال الشخص وذك كما تجرى عله عادة التشريعات ، فمثلا نص المشرع في المغرب على الوصية في الكتاب الخامس من مدونة الأحوال الشخصية وعلى الوصية الواجبة في الكتاب السادس لدى تناوله للميراث ولكن إذا علم أنه لم يصدر في الجزائر قانون يضبط أحكام الوصية سواء مستقلا أو في نطاق مدونه الأحوال الشخصية لبات من الضروري جلاء بعض أحكام الشريعة الإسلامية على اعتبار الوصية سبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية . وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 184 سالفه الذكر وقد عرف المشرع المصري الوصية في قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1948 حيث نصت المادة الأولى منه علي انه " الوصية تصرف في التركة مضاف إلي ما بعد الموت " وفي مدونة الأحوال الشخصية المغربية ورد في الفصل 173 من الكتاب الخامس " أن الوصية عقد موجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته " وهذا الاتجاه غير صحيح من حيث التكيف لأن الوصية لا تنعقد بتطابق الإيجاب والقبول حتى تسمى عقدا بل تنعقد بإرادة الموصي وحده . والتعريف مأخوذ عن الفقه المالكي الشائع في المغرب<sup>10</sup> .

### ج ( مشروعية الوصية

الوصية مشروعية بالكتاب والسنة ، أما الكتاب فقولته تعالى " وَصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ... " <sup>11</sup>

قال الله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ ... " <sup>12</sup> و دعي الله تعالى إلى الإشهاد حال الوصية فدل على أنها مشروعية .

أما السنة النبوية ما روى عن سعد بن أبي وقاص أنه قال : " عাদني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : أوصي بماله كله ؟ قال : لا ، قلت : فالنصف ، قال : لا ، قلت : فالثلث ، قال : نعم والثلث كثير " وعن ابن

<sup>10</sup> زهور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، الطبعة 1991 ص30-31

<sup>11</sup>سورة النساء، الآية 11 .

<sup>12</sup>سورة المائدة ، الآية 106 .

عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال : " ماحق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"<sup>13</sup>

(د) تمييز الوصية عما يشابهها من مصطلحات :

### 1- الوصية والميراث \_

يشتبه الامتلاك بالوصية ، الامتلاك بالميراث في أن كلاهما يكون بعد الوفاة ، فلا تقع أحكام الميراث وأحكام الوصية إلا على ما يتركه المتوفى بعد وفاته موروثا كان أو موصيا غير أنه توجد مجموعة من الفروق بين الوصية والميراث :

- اختلاف الدين والملة لا يمنع الوصية ، في حين أن اختلف الدين مانع من موانع الإرث .  
- يدخل الميراث في ملك الورثة ، سواء قبل الوارث أم لا ، أما الوصية فلا تدخل في ملك الموصي له بلا قبول .

- الميراث لا يسقط بالإسقاط ، والوصية تبطل الرد .

- الميراث يتعلق بالتركة علي الشيوخ ، وأما الوصية فان كانت بمقدار نسبي كالربع فهي كالميراث ، وان كانت بشيء معين من التركة كدار مثلا أو بنقود مرسله كأوصيت لفلان بشيء مثلا ، فهي مقصورة على ما تعلقت به خلافا للميراث .

### 2- الوصية و الإقرار:

قد تشته الوصية بالإقرار والفرق يعرف بالسياق والقرائن وقد جاء في الفتاوى الهندية روى ابن سماعة عن محمد إذا قال الرجل اشهدوا أنني قد أوصيت لفلان بألف درهم وأوصيت أن لفلان في مالي ألف درهم ، فالألف الأولي وصية وأخرى إقرار وفي الأصل إذا قال في وصية ثلث داري لفلان ، فاني أجز ذلك يكون بوصية ولو قال لفلان سدس في داري فإنه يكون إقرار. وعلى هذا من قال لفلان ألف درهم من مالي كان وصية استحسانا إذا كان ذكر في وصية ولا كان في ذكر وصية ولا قال بعد موتي كانت هبة قياسا واستحسانا وان ذكرها في خلال الوصية ذكر الشيخ أحمد الطواويس في شرح وصايا الأصل أن القياس أن يكون هذا وصية وفي الاستحسان لا يكون وصية كذا في المحيط<sup>14</sup> .

### 3- الوصية والهبة:

تشتبه الوصية الهبة من حيث أنها تمليك بلا عوض ، ولكن يجب التفريق بينهما لاختلافهما في الشروط والأحكام ومن أهم الفروق بينهما أن الهبة تمليك في الحال والوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت .  
ويصح أن يحتفظ الواهب لحق الانتفاع من غير أن ينقب العقد وصية وقد نصت المادة 949 من قانون المدني الفرنسي على ذلك . كما فرقت المادة 205 من قانون الأسرة بين هبة المنافع أو العين أو الدين لدى

<sup>13</sup> أخرجه البخاري في صحيحه كتاب الوصايا، الجزء الثالث ، ص 1005 .

<sup>14</sup> نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت، ص 64-65-66

الغير المادة 205 "يجوز لواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير". وبالتالي يمكن في الهبة أن تكون إما منفعة أو العين أو الدين، لدى الغير كما يمكن أن تكون هبة العين والمنفعة وهذا قرب مما ذكره المشرع الفرنسي.

#### 4- الوصية و البيع:

بين البيع و الوصية فروق كثيرة منها:

- إن المبيع في مقابل الثمن ، في حين أن الوصية تكون بغير مقابل .
- إن البيع ينقل الملكية في الحال أما الوصية فيظل الموصي فيها متمتعاً بحقوق الملكية مدة حياته ولا تنتقل إلى الموصي له إلا بعد وفاته وقبوله .
- إن الوصية يجوز الرجوع م فيها خلافاً للبيع<sup>15</sup> .

#### ثانياً: أركان الوصية وشروطها

##### (أ) الأركان الموضوعية :

##### 1- الموصي:

لانعقاد الوصية من الجانب الموضوعي لابد من توافر شروط موضوعية يتعين تواجدها في الموصي و الموصى له و الموصي به لكي تنتج الوصية أثارها القانونية ، ويجب أن تتوفر في الموصي حتى تصبح وصيته نافذة شروط معينة ، إذا تخلفت أو تخلف احدها لم تصبح وصية و هذه الشروط هي:

##### • الأهلية القانونية :

معني ذلك أن يكون الموصي أهلاً من الناحية القانونية وكما هو معلوم أن الأهلية تنقسم إلى نوعين ، أهلية وجوباً وأهلية أداء، وهذه الأخيرة هي التي تهتمنا في هذه الدراسة ، ومعناها الأهلية لمباشرة التصرفات القانونية التي ترتب له حقا أو ترتب عليه واجبات والأهلية المشترطة في الموصي أهلية التبرع ، ويقصد بها أهلية التصرف دون أن يرجع له من ذلك التصرف أي مقابل ، بمعني تصرف دون مقابل ويطلق عليها بأهلية الافتقار أو أهلية التصرف . والمراد بمن هو أهل لتبرع هو الشخص الذي تكون له ولاية التبرع من أمواله بمقتضى قانون الأسرة والقانون المدني لأنهما القانونان اللذان ينظمان سلطان الولاية على المال والتصرف فيه ، ومنهما يتم إدراك من له أهلية التبرع في أمواله . يكون لشخص ولاية التبرع في ماله إذا كان بالغاً ، عاقلاً، راشداً راضياً،

<sup>15</sup>نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت،، المرجع السابق ، ص 66-67.

ويكون الشخص بالغاً من الناحية القانونية إذا بلغ من العمر 19 سنة تطبيقاً للمادة 186 ق. الأسرة التي تنص بقولها "يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغاً من العمر تسعة عشر (19) على الأقل" فالقانون المدني الجزائري يعتبر الشخص عديم التمييز إذا لم يبلغ سن 16 سنة ، و هذه سن متأخرة وقد انتقدها بحق الأستاذ الدكتور علي سليمان من هذه الناحية خاصة وأنه لا يفصل بين سن التمييز وسن الرشد سوى ثلاث (3) سنوات .

### • أهمية البلوغ :

قد يكون الشخص مميزاً ومع ذلك تبطل وصيته عند البعض لكونه غير بالغ ولكن البعض الآخر وبالأخص المالكية ومعهم الحنابلة في الرأي الراجح لديهم أن البلوغ ليس شرطاً فتصبح وصية المميز إذا كانت متفقة مع الحق أياً كانت كوصايا البالغين استناداً إلى ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز وصية لـ غلام يفاع لم يحتلم لابنة عم له بمال يسمى "بئر جشم" بلغت قيمته 30 ألف درهم. ومع ذلك ، نصت المادة الخامسة من قانون الوصية المصري على أنه يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً على أنه إذا كان محجوراً عليه بصفة أو غفلة وبلغ من العمر 18 سنة شمسية جازت وصيته بإذن من المجلس الحسبي<sup>16</sup>

وقد نصت المادة 188 ق. الأسرة على أنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغاً 19 سنة على الأقل و هو من الرشد المدني بطبيعة الحال وقد نص القانون الإماراتي في المادة 1/258 على أنه "تصح الوصية ممن له أهلية التبرع ولو صدرت في مرض الموت" أما القانون التونسي فقد استلزم في الموصي أن يكون بالغاً 18 سنة إذا أمضاها الحاكم ، وهو ما يفهم بأنه لا بد من موافقة الجهات المختصة على الوصية . والقانون المغربي نص في المادة 279 على أنه يشترط أن يكون راشداً. والقانون الكويتي نص في المادة 1/217 على أنه يشترط في الموصي أن يكون أهلاً للتبرع قانوناً.

أما وصية ناقص الأهلية (من 13 و 19 سنة ) ومن في حكمه كالسفيه و كذا المغفل والمحجور عليه ؟ فان القانون الجزائري سكت في الموضوع وبالتالي أمكن تطبيق المادة 83 من قانون

الأسرة التي تنص على تصرفات المميز ، حيث نصت على أنه من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة 43 قانون مدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له ، وباطلة إذا كانت ضارة به ، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء. وباعتبار الوصية تصرف في المال بلا عوض فهذا التصرف يصنف على أنه من

التصرفات الضارة ، وبالتالي فالحكم هو بطلان الوصية ، حتى وإن كانت الوصية مضافة إلى ما بعد الموت . غير أن المادة 85 من قانون الأسرة قد أخلطت الأمور حين نصت على أنه "تعتبر تصرفات المجنون ، والمعنوه ، والسفيه ، غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون ، أو العته ، أو السفه " والحقيقة أن المجنون و معنوه لهما حكم واحد وهو انعدام الأهلية أما السفيه والمغفل فلهما حكم واحد وهما ناقصا الأهلية إذا تجاوز سنهما 13 سنة . كذلك النص لم يذكر ما إذا تم الحجز عليهم أم لا ؟ لأن المحجوز عليه تعتبر تصرفاته باطلة وفقا لأحكام المادة 107 من قانون الأسرة الجزائري بل أنها تعتبر باطلة أيضا حتى قبل الحجز إذا كانت أسباب الحجز ظاهرة وفاشية وقت صدورهما. أما تصرفات المميز المأذون له بالتصرف جزئيا أو كليا وفقا لأحكام المادة 94 من قانون الأسرة فنعتقد أنه يجوز له أن يوصي بجزء من ماله مادام القضاء قد رخص له بالتصرف ولم يحدد طبيعة التصرف ، فقد يكون من بين التصرفات الهبة و الوصية ، ولهذا فإن هذا النص يحمل جملة من المخاطر على الصغير المميز ولم ينص قانون الأسرة على أهلية التقاضي فيما هو مأذون به من طرف القضاء. وكان من المفروض أن ينص على ذلك لأنها حالة خاصة تعالج معالجة خاصة أيضا<sup>17</sup> . كما أنه يجب أن يتوافر رضا الموصي بالإيصاء فإذا كان مكرها أو هازلا فلا تصح الوصية ، وكذلك لا تصح وصية السكران لأنها تضر ورثته تطبيقا للقاعدة الفقهية "لا ضرر ولا ضرار في الشريعة الإسلامية"<sup>18</sup>.

#### - وصية المريض مرض الموت :

أما وصية المريض مرض الموت فهي جائزة ، بالرغم من أن قانون الأسرة الجزائري لم ينص عليها في أحكام الوصية ، وإنما نص عليها في القانون المدني من خلال المادة 776 كما يلي:

"كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حالة مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطي إلى هذا التصرف وهذا الحكم نجد له تطبيقا في أحكام الهبة في قانون الأسرة في المادة 204 حيث نصت على أن "الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعبر وصية " ومعني ذلك أنه أخضعها لأحكام الوصية ، ولا تنطبق عليها أحكام الهبة . فلو كان المقدار الموهوب يفوق الثلث فمن حق الورثة الاعتراض على القسط الزائد عن الثلث ، ويقع على الورثة عبئ إثبات أن التصرف وقع في مرض الموت باعتبار مرض الموت واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات . والغريب أن القانون لم ينص على وصية المريض مرض الموت ضمن أحكام الوصية وهو المرض الذي يكون الشخص فيه غير قادر عن القيام بشؤونه ويتصل به

<sup>17</sup>ابن شويخ الرشيد، الوصية والميراث ، المرجع السابق ، ص 16-17-18-19.

<sup>18</sup>زهدور محمد، الوصية ، المرجع السابق ، ص 71.



الموت فعلا. أما المادة 248 من نفس القانون تنص على أنه "تصح الوصية ممن له أهلية التبرع ولو صدرت في مرض الموت" مما يعني بأن الوصية في مرض الموت جائزة وتكون صحيحة. وقد نص القانون الموريتاني في المادة 221 على إجازة الوصية لو ارث أثناء مرض موت الموصي أو بعد وفاته من طرف الورثة أو إذنه في ذلك يعتبر ملزما لمن كان منهم كامل الأهلية.<sup>19</sup>

### - وصية الولي أو الوصي أو الكفيل العيني:

لم ينص القانون الأسرة الجزائري على إعفاء الولي أو الوصي حق الوصية من مال الصغير فبالنظر إلى أحكام الولاية والوصاية لا نجد أي صفة من صفات التبرع بمال المسير لا في باب الهبة ولا في باب الوصية. أما القانون المصري فنص صراحة في المادة 5 من قانون الولاية علي المال لسنة 1951 على أنه "لا يجوز لولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني أو عائلي أو بإذن المحكمة" وهذا الحكم وجيه، لأن المقتضات تتطلب استثمار المال أو المحافظة عليه حتى لا يضر الصغير، والتبرع من ماله فيه ضرر من الناحية المالية، فلا يكون إلا لضرورة وهي محددة بمقتضى النص. ولا يوجد لهذا النص نظير في القانون الجزائري. غير أن قانون الأسرة الجزائري نص في أحكام الكفالة على جواز الوصية من الكفيل إلى المكفول الموصي له. وذلك طبقا لمادة 123 من قانون الأسرة.

### 2- الموصي له:

يجب أن تتوفر في الموصي له عدة شروط تتمثل في ما يلي:

#### - أن يكون الموصي له موجودا:

معني ذلك أن الموصي له حيا وقت الوصية ولو تقديرا كالجنين في بطن أمه إذ لا يمكن تصور أن يصبح المعدوم مالكا<sup>20</sup>، لان الوصية هي تملك والتملك لا يجوز للمعدوم، لذلك وجب أن يكون هذا الأخير موجودا.

#### - يجب أن يكون الموصي له معلوما:

فان كان مجهولا جهالة لا يمكن رفعها فان الوصية لا تصح، إنما تصح الوصية لمن لا يحصون كمن يوصي بشيء ما للطلبة المحتاجين في معهد علمي معين وقد أقر القانون المصري مبدأ جواز الوصية للمعدوم وهو مذهب المالكية<sup>21</sup>.

أما في التشريع الجزائري لم ينص المشرع على شرط الوجود بالنسبة للموصي له لكن يستفاد ضمنا من نص المادة 187 التي نصت على انه "تصح الوصية لمحل بشرط أن يولد حيا وإذا ولد توائم

<sup>19</sup> ابن شويخ الرشيد، الوصية والميراث، المرجع السابق، ص 22-23~24.

<sup>20</sup> تنص المادة 06 من قانون الوصية المصري على أنه يشترط في الموصي له أن يكون موجودا عند الوصية... الخ.

<sup>21</sup> زهدور محمد، المرجع السابق، ص 73.

يستحقونه بالتساوي ولو اختلف الجنس " والنص لم يوضح ما إذا كان الجنين موجودا أثناء الوصية أم لا يشترط ذلك وإنما يشترط ولادته حيا. والمادة 20 تتحدث عن القبول في الوصية وعن اشخص القابل في حالة كون الموصى له جنينا أو صغير السن ، وما يلحظ على نص المادة 06 أنه حدد الموصى له واشترط أن يكون معلوما كما أجاز أن تكون الوصية لجهة غير معينة ، ولم يستلزم وجود الموصى له وقت الوصية أو وقت وفاة الموصي. وتحقق هذه الحالة في الجنين الذي لم يوجد بعد ولكنه قابل لوجود. كما تتحقق أيضا في جهات البر المتعددة التي تستوجب مستقبلا حيث نصت المادة 8 على أنه تصح الوصية لجهة معينة من جهات البر.

ستوجد مستقبلا فإن تعذر وجودها بطلت الوصية " كما نصت المادة 7 على صحة الوصية لأماكن العبادة والمؤسسات الخيرية والعلمية ولأعمال البر بدون تعيين جهة وتصرف في وجوه الخير<sup>22</sup>.

- أن لا يكون الموصي له قاتلا للموصى:

فقد يقل الموصي له الموصي بعد الوصية أو قبلها. والقتل بعد الايضاء مفهوم ، وأما أمثال القتل قبل الايضاء فمثاله أن يجرح الموصى له الموصي جرحا يعقبه أن يقوم الموصي لأي سبب الايضاء للموصى له (الذي قام بجرحه) ، ثم يقضي الجرح بعد ذلك إلى موت الموصي.<sup>23</sup>

- إذا كان الموصى له وارثا:

فإنه تجب إجازة الوصية من الورثة فمذهب جمهور من الأحناف والمالكية وظاهر مذهب أحمد بن حنبل والشافعية أن الوصية لو ارثت صحيحة ولكنها تتوقف على إجازة الورثة .

هناك جملة من الشروط التي يجب توافرها في الموصي به نص عليها المشرع الجزائري في المادة 190 من قانون الأسرة على النحو التالي " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " واضح من خلال هذا النص أن موضوع الوصية ينصب على ما يدخل في ملك الموصي من أموال وحقوق قابلة لتداول والانتقال بالطرق القانونية.

مع استيفاء الإجراءات اللازمة الناقلة للملكية ، سواء كانت أموالا منقولة أو عقارات أو حقوق أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة وكل الإيجارات وغيرها من الحقوق التي هي خالصة للموصي. كما أجاز

<sup>22</sup> زين شويخ الرشيد، الوصية والميراث ، المرجع السابق ، ص 25، 26.

<sup>23</sup> زهدور محمد المرجع السابق ، ص 73.

القانون أن تكون الوصية مقرونة بشرط ، وبالتالي لا يستحقها الموصي له إلا بانجاز أو تحقق الشرط . وإذا اقترنت الوصية بشرط غير صحيح بطل الشرط وصحت الوصية وهو ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 199 من قانون الأسرة.

وقد نص قانون الأسرة المصري في المادة 10 على أنه يشترط في الموصي به أن يكون مما يجرى في الإرث أو يصح أن يكون محلا لتعاقد حال حياة الموصي أن يكون متقوما عند

الموصي إن كان مالا أن يكون موجودا عند الوصية في ملك الموصي إن كان معيناً بالذات . وأما المادة 11 فنصت على صحة الوصية بالحقوق التي تنتقل بالإرث ومنها حق المنفعة بالعين المستأجرة بعد وفاة المستأجر<sup>24</sup> .

### ب-الشروط الشكلية:

تكيف الوصية على أنها تصرف من جانب واحد وهي بهذا المعنى ليست عقدا ، لان انعقادها لا يتوقف على قبول الموصى له باعتبارها شرطا لزوما لها، فالوصية تصرف رضائي أما شكل الإثبات فلم يرد بشأنه نص قانوني خاص قبل صدور قانون الأسرة ، فالشريعة الإسلامية لا تحدد شكلا خاصا بالوصية ، وإنما تقرر حرية الإثبات فيها بما في ذلك البينة والقرائن ، ومع ذلك دفعا لأي إشكال عملي موجب لتطبيق نص قانوني علي نزاع قضائي وجب أن تراعى الفترات التاريخية لصدور القوانين الجزائرية في هذا المجال<sup>25</sup> ويقرر الأستاذ الدكتور علي علي سلمان أن القانون الجزائري كالقوانين العربية الأخرى قد أدخل ( الوصية ضمن الأحوال الشخصية) و فرق فيما يتعلق بها وبالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بين الشروط الموضوعية ، والشروط الشكلية ، فأخضع الأولي لقانون جنسه الموصي وقت وفاته ، وأخضع الثانية لقانون جنسيه الموصي وقت الإيضاء أو لقانون المحل الذي تتم فيه الوصية ، هذا ويثور التساؤل حول ما يعد شرطا شكليا وما يعتبر شرطا موضوعيا ويقول الفقه أن هذه المسألة "مسألة تكييف تخضع لقانون القاضي طبقا للقاعدة العامة " ففي هولندا يعتبر عدم إبرام الوصية غير الشكل الرسمي ولو خارج البلاد "شرطا موضوعيا يتعلق بأهلية الموصي بينما هو شرط شكلي عندنا" وخلصه القول أن الوصية في الجزائر "تتم في أي شكل بالعبارة أو بالكتابة سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية ، بل ويجوز أن تتم الوصية بالإشارة المفهومة إذا كان الموصي عاجزا عن التعبير عن إرادته وعن الكتابة . غير أنه إذا تعلق الوصية بعقارات وجب مراعاة قواعد والإشهار العقاري وهذا ما أشارت إليه المادة 793 ق.م.ج .

<sup>24</sup> زين شويخ الرشيد، الوصية والميراث ، المرجع السابق ، ص 29-30.

<sup>25</sup> محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري قصر الكتاب ، البليلة ، طبعة 2008، ص 19.

## 1- الشكل بالنسبة إلى الأجانب في الجزائر:

يقم في الجزائر كثير من الأجانب وتثار بالنسبة إليهم مسألة الشكل الذين يحررون فيه وصاياهم ، والصحيح أن لهم أن يحرروا وصاياهم في الشكل المعمول به في الجزائر وهو الشكل العرفي السابق الذكر كما أن لهم أن يحررها في الشكل الذي يقضي به قانون جنسيتهم وإذا كان هذا القانون يقضي بوجوب تحريرها في الشكل الرسمي فان لهم أن يحرروها أمام مكاتب التوثيق في الجزائر.

## 2- الشكل بالنسبة إلى الجزائريين في الخارج :

ان من حق رعايا الجزائر في الدولة الأجنبية "أن يقوم بعمل وصاياهم سواء طبقا لشكل المحل الذي تتم فيه الوصية أو الشكل العرفي الذي يسري عليه العمل في الجزائر أو في شكل رسمي إذا شأوا "

## 3- شكل الوصية فر القانون المدني الفرنسي :

تنقسم الوصايا في هذا القانون إلى ثلاثة أقسام ولكل منها شروط خاصة بالشكل وذلك على النحو التالي:

- لوصية المحرر: بخط الموصي.

- يجب أن تكون الوصية من مؤرخة .

- يجب أن تكون الوصية موقعة من قبل الموصي وهذا شرط شكلي ثالث بغيره تصبح الوصية مجردة عن كل قيمتها فلا يمكن للموصي له أن يحتج بها.

## 4- الوصايا الرسمية -

وهي التي تبرم إما اثنين من مسجلي العقود، وبحضور شاهدين ، أو أمام مسجل عقود واحد بشرط أن يحضرها أربعة شهود طوال تحررها. وشروط الشكل تتلخص في ما يلي:<sup>26</sup>

- القدرة على إتمام الوصية .

- كتابة الوصية حسب ما أمليت .

- قراء الوصية من واقع كتابتها.

- يجب كتابة ما أملاه صاحب الشأن في ختام وصيته.

- توقيع الوصية وذلك من قبل الموصي ومن الشهود دون مسجل العقود.

## 5- الوصية السرية :

وهي الوصية التي يحررها الموصي أو يقوم بإملائها إلى شخص آخر غير مسجل العقود دون حضور أي موظف عام وهي التي تسلم مطوية مختومة مربوطة إلى مسجل العقود لحفظها.

<sup>26</sup> زهدور محمد، المرجع السابق، ص 79-80:81.

وشروط الشكل في الوصية السرية شرطان :

- أن يبرم الموصي الوصية بنفسه ولا تجوز وصية الأعمى السرية .
- أن تسلم الوصية إلى مسجل العقود مقفلة ومربوطة .

وعلى أية حال فإنه يجب في كافة الوصايا وجود مكتوب يفيدها وأن تفتح الوصية بواسطة رئيسي المحكمة التي تفتح في التركة<sup>27</sup> .

فيما يتعلق بالأمر رقم 70-91 الصادر في 15 ديسمبر 1970 بشأن تنظيم التوثيق فإن المادة 12 منه تنص على أنه "زيادة العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي. فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن سهم من شركه وجزء منها أو عقود إيجار زراعيه أو نجاريه أو عقود تشييد المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق " والسؤال الذي يطرح نفسه تعلق بالعلاقة بين تكيف الوصية والنص السابق. وفي هذا الصدد فان الوصية قد سبق تكيفها بأنها تصرف من جانب واحد هي بهذا المعنى ليست عقدا بالمعنى الحقيقي لهذا الاصطلاح ، ومقتضي ذلك التكيف أن الوصية

لا تدخل في مفهوم النص القانوني السابق حيث نوع التصرف بالعقود، و الوصية ليست عقدا<sup>28</sup> .

## 6- الصيغة :

لمعرفة الآثار القانونية التي تحدثها الإرادة المنفردة لابد من التعبير الصريح عن هذه الإرادة إذ لا يمكن معرفة هذه الآثار إلا ببروزها إلي الوجود في شكل معين لأن الإرادة هي أمر كامن في النفس لا يمكن أن يحدث أثرا في مجال القانون إلا إذا أفصح عنها صاحبها. وعليه فان الإرادة هي عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه وبالتالي لا يعتد بها القانون إلا بإخراجها إلى أرض الواقع وذلك بالتعبير عنها<sup>29</sup> . وبرجوعنا إلي القانون المدني باعتباره الشريعة العامة يمكن القول أن المشرع الجزائري أجاز انعقاد الوصية بطرق ثلاثة : العبارة ، الكتابة ، الإشارة لأنه نص على الأخذ بمبدأ عدم الإشارة المتداولة إلا في حالة عدم استطاعة الموصي التعبير عن هذه الإرادة سواء بواسطة الكتابة أو العبارة ، استنادا إلى نص المادة 60 من القانون المدني حيث نصت على أنه التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون

<sup>27</sup> زهدور محمد، المرجع السابق، ص 83

<sup>28</sup> زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 77.

<sup>29</sup> محمد تقية ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ص 78.

باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته علي مقصود صاحبه<sup>30</sup> ويستتبط مما سبق أن هناك أسلوبين لتعبير عن الإرادة أسلوب ضمني، وآخر صريح ، إلا أنه في بعض الحالات التعبير الضمني لا تكون له نفس القيمة التي للتعبير الصريح نظرا لخطورة وأهمية بعض العقود مثل عقد الوصية على أساس :

- إن عقد الوصية هو عقد من جانب واحد.
- إنه عقد نبرع .
- انه عقد بعمل على إنقاص حق الورثة في التركة العائلية .

زيادة على ذلك في الغالب أن التعبير الضمني يستعمل في أن يكون قبول لإيجاب معروض<sup>31</sup>

### ثالثا: الوصية الواجبة.

#### (أ) تعريفها :

باعتبارها سببا من أسباب كسب الملكية فإن تعريفها أمر ضروري وتعرف بوصية القانون إضافة إلى وصية الله ، وبذلك فالوصية الواجبة هي الوصية التي تعطي بعض الأحماد حق واجبا في حدود الثلث . وتعتبر هذه الوصية هي الطريق الصحيح إلى العدالة الاجتماعية في الأسرة وفي الأمة ، إذ تبيح توزيع الثروة على أكبر عدد ممكن في العائلة ، وتحد من تكلا الثروات وتوجب على الغني أن يعطي كل محتاج من أقاربه ، وأن يمد لهم يد المساعدة ، والقانون الجزائري قد سماها تنزيل بحسب المادة 169. والمقصود بالتنزيل هنا هو تنزيل الأبناء منزلة أصلهم الذي توفي قبل جدهم كما لو كان حيا<sup>32</sup>. وقد نظم المشرع الجزائري أحكام التنزيل ضمن أحكام الميراث في المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة حيث نصت المادة 189 منه على ما يلي "من توفي وله أحماد وقد مات مورثهم قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة بالشروط التالية :

**المادة 670:** "أسهم الأحماد تكون بمقدار حصة أصلهم لو بقي حيا على أن لا يتجاوز ذلك ثلث التركة.

**المادة 171:** "لا يستحق هؤلاء الأحماد التنزيل إن كانوا وارثين الأصل جدا كان أو جدة ، أو كان قد أوصى لهم ، أو أعطاهم في حياته بك عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية ، فإن أوصى لهم لأحدهم بأقل من ذلك وحب التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبهم . أو نصيب أحدهم من التركة"

**المادة 172:** أن لا يكون الأحماد قد ورثوا من أبيهم أو أمهم ما لا يقل عن مناب مورثهم من أبيه أو أمه . ويكون هذا التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين ."

<sup>30</sup> هي ذات الطرق المحددة قانونا "تتعقد الوصية بالعبرة أو بالكتابة فإذا كان الموصي عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة  
<sup>31</sup> بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقاه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب ، ص 77.

<sup>32</sup> استعمل مصطلح التنزيل فقط في التشريعات المغاربية ، كالتشريع الجزائري والمغربي والموريتاني والتونسي.

ويبدو أن القانون السوري والأردني هما اللذان خصا أبناء وبنات الابن وإن نزل دون غيرهم . وهو ما كنا نريده في القانون الجزائري. أما القانون الجزائري فعدل عن تسمية الوصية الواجبة والتي لم تعتبر ميراثا بحسب القوانين العربية إلى تسمية أخرى وهي التنزيل . وهذا

المصطلح في علم الميراث<sup>33</sup>، حيث ينزل الفرع منزله أصله لو بقي حيا. وهو ما يفهم على أنه ميراثا وليس وصية واجبه بحكم القانون كذلك فإن القانون الجزائري وعلي ما يبدو قد سوى بين أبناء الابن وأبناء وبنات البنات (بإطلاقه لفظ الأحفاد دون تحده) خلافا للقواعد العامة في الميراث التي تقضي بأن أبناء وبنات الابن وإن نزل يستحقون الميراث إذا لم وجد من هو أولى منهم . أما أبناء وبنات البنات فهم في مرتبه متأخرة عما ذكر، لأنهم من نوى الأرحام ولسوا من نوى الفروض والعصبات . وبالتالي كان على المشرع أن نظم الموضوع ضمن أحكام الوصية وسمه وصية بحكم القانون أو وصية واجبه أسوة بالتشريعات العربية التي نظمتها ضمن أحكام الوصية .

كما يتوجب على المشرع أيضا أن محدد المقصود بلفظ الأحفاد على أنهم أبناء وبنات الأولاد من الذكور على عمود النسب ولا يشمل الحكم أبناء وبنات البنات لأنهم من نوى الأرحام يأتون في مرتبه أبعد من الصنف الأول<sup>34</sup>.

### **(ب) الضوابط القانونية:**

نص قانون الأسرة على أحكام التنزيل كما أسلفنا في المواد من 169 إلى 172 ومن خلال هذه النصوص مجتمعة يمكن استخلاص الضوابط القانونية التالية:

1- وفاة المورث وهو الجد أو الجدة الحقيقية أو حكما لم كما هو الشأن في حالة المفقود ) وهو أحد الشروط الأساسية للميراث وكذلك التنزيل .

2- تحقق حياة المنزل له (الحفيد) عند موت المورث، فإن مات معه ولم يعلم من توفي قبل الآخر فلا ميراث ولا تنزيل أيضا.

3- يشترط للتنزيل ألا يكون هؤلاء الأحفاد وارثين أصلا من المتوفى مهما كان نصيبهم في الميراث قبيلا أو كثيرا.

4- ألا يكون المتوفى قد وهب حال حياته ، أو أوصي للحفيد بمثل ما يستحقه بالتنزيل ، فإن كان أقل من ذلك وجب له التنزيل بمقدار ما يتم به نصيبه من التركة .

<sup>33</sup>بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص 55-56-57

<sup>34</sup>الملاحظ أن التعبير عن الأحفاد باللغة الفرنسية كان أكثر دقة بحيث أشار إلى أولاد وبنات الأبناء .

5- يشترط أيضا ألا يكون الحفيد قد ورث من أبيه أو أمه ما لا يقل عن نصيب مورثه من تركة أبيه أو أمه .  
هذه هي أهم الضوابط المستخلصة من المواد 169 إلى 172 من قانون الأسرة الجزائري<sup>35</sup>.

### ج ) موقف القضاء الجزائري

أما عن المستوى التطبيقي فإننا نجد قرار صادرا عن المحكمة العليا بتاريخ 2002/12/25 ملف رقم 290934. اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أبناء الأولاد ويشمل أيضا أولاد البنات وهو ما قضت به محكمة الدرجة الأولى بتلمسان ، والذي اعتبرت فيه أن التنزيل يشمل أولاد الأبناء و أولاد البنات بينما جهة الاستئناف ألغت هذا الحكم وفسرت لفظ الحفدة على أنه مقتصر على أولاد الأبناء دون البنات . أما المحكمة العليا فإنها اعتبرت التنزيل يشمل الاثنيين معا<sup>36</sup> وبالتالي نقضت القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان وبدون إحالة مما يعني أن المحكمة العليا أيدت محكمة الدرجة الأولى فيما ذهبت إليه .  
والحقيقة أنه لا بد من تحديد ما إذا كان المقصود بالتنزيل هو إعطاء حق الوارث الذي توفي قبل أصله .  
وهنا سوف نصطدم بأحد الشروط الأساسية في استحقاق الإرث ، حيث نجد من الشروط الأساسية في استحقاق الإرث ، هو تحقق حياة الوارث عند موت المورث . وهنا الوارث قد توفي قبل مورثه ، وبالتالي لا شيء له . كما أن أولاده قد لا يرثون سبب وجود من هو أولي منهم في استحقاق الإرث وليسوا ممنوعين من الميراث أما إذا كان الهدف من التنزيل هو عدم حرمان بعض الأقارب من أخذ شيء من التركة ، لأنهم قد يكونون ضعفاء أو أطفالا صغارا. وبالتالي نعطيهم نصيب مورثهم لو كان حياء حتى لا يحرمون من التركة التي قد يكون مورثهم قد ساهم مساهمة كبيرة في إنماء المال ولكن أدركه الموت قبل أصله وحال دون حصوله على الميراث وبهذا فان أولاده سوف يتأثرون حتما بهذا الحرمان<sup>37</sup>.

### د) كيفية استخراج الوصية الواجبة

لم يتعرض القانون لكيفية التي يتخرج بها التنزيل (الوصية الواجبة ) وإنما اكتفي بذكر الضوابط لهذا الموضوع. ولكي يتم استخراج نصيب المنزل يبغى افتراض أصله الذي توفي كأنه على قيد الحياة. ثم نورثه على ذا الأساس لمعرفة مقدار ما سيرثه مع بقية الورثة، ثم نعطيه إلى فرعه شريطة ألا يتجاوز

<sup>35</sup>بن شويخ الرشيد المرجع السابق ، ص 57-58.

<sup>36</sup>بالرغم أن المحكمة العليا في القرار السابق قد أشارت إلي أن المقصود من التنزيل هو ابن الابن الذي توفي أبوه قبل الجد، ملف رقم 95385 قرار بتاريخ 1994/03 /22.

<sup>37</sup>ابن شويخ الرشيد المرجع السابق ، ص 61.



الثالث. فإن تجاوز الثلث أعطي نصيب الثلث وما زاد يقسم على بقية الورثة بنسبة حصصهم ثم نفسه باقي التركة وكأنها بدون التنزيل بين بقية الورثة.

هنا وتجدر الإشارة إلى أن التنزيل يطبق من الناحية القانونية دون النظر إلى تاريخ وفاه أب المنزل ، لأن العبرة بتاريخ وفاه الجد بعد صدور قانون الأسرة بتاريخ 9 يونيو 1984م أما قبل صدور قانون الأسرة ، فلم يكن يعم بالتنزيل ، بتالي فهو يعبر من المسائل المستحدثة في قانون الأسرة ، وأمثلة على التنزيل ما لم توفي الشخص عن ابنين وابن ابن توفي أبوه قبل جده . فهنا نفرض أن الابن المتوفى لا زال على قيد الحياة ونورثه على هذا الأساس مع بقيه الأبناء الآخرين لمعرفة نصيبه ، ثم نعطي هذا النصيب لابنه الحي. ففي المثال السابق تقسم التركة على ثلاثة لأنهم كلهم ذكورا يرثون بالتساوي عصبه. فيأخذ الابن الأول مقدار الثلث، والثاني أيضا نفس المقدار، والثلث الباقي أعطي لابن الابن تنزيلا (وصيه واجبه) كذلك لو توفي عن ابنتين وبنتي ابن (حالة التنزيل) فان التركة تقسم على ثلاثة:

يأخذ الابن الأول مقدار الثلث ، وكذلك الابن الثاني ومقدار الثلث المتبقي يقسم بين بنتي الابن مناقصة بينهما (تنزيلا) فتحصل كل واحدة على مقدار السدس (لان الثلث نصفه هو السدس) وإذا تبين من المعطيات بان الابن المتوفى قد أوصى له الجد المتوفى ما قيمته السدس مثلا فان هذا المقدار يؤخذ بعين الاعتبار عند القسمة والتنزيل<sup>38</sup>

## رابعاً: مبطلا الوصية

### (أ) بطلان الوصية من جهة الموصى

#### 1- رجوع الموصى عن الوصية :

تقضي المادة 192 قانون الأسرة على أنه "يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً، فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها والضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه إلى جوع فيها"<sup>39</sup> وعليه يمكن الجزم أنه في حالة وقوع رجوع من الموصي عن وصيته تكون هذه الوصية باطلة ولا ترتب أي أثر قانوني سواء كان هذا الرجوع صريحا أو ضمنيا. ومن هنا يمكن لموصي الرجوع عن وصيته مادام على قيد الحياة و ذلك لأن الوصية هي عقد تبرع من جانب واحد ومن جهة أخرى هو عقد أضيف تطبيقه إلى ما بعد الموت بحيث لا يمكن للموصي له أن يكتسب الموصي به إلا بعد تحقق الوفاة ، ذك أن الوصية الاختيارية هي غير لازمة يجوز الرجوع عنها في أي وقت شاء<sup>40</sup>. ومادام أن الوصية لا تنفذ إلا بعد الوفاة

<sup>38</sup> بن شويخ الرشيد المرجع السابق ، ص 65-66.

<sup>39</sup> ذلك ما نص عليه أيضا التشريع المصري بنص المادة 18 بقولها "يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها أو دلالة ...

<sup>40</sup> أحمد أبو زهرة ، أحكام التركات والمواريث ، دار الفكر العربي، القاهرة 1960، ص 200.

فلا يترتب عليها أي حق قبلها وإذا لم يكن لأحد حق في حال الحياة فهو حر في كلامه له أن يرجع عنه في أي وقت يبدو له الرجوع .

ويكون هذا الأخير صريحا وذلك بالوسائل التي قررها القانون لإثباتها والمنصوص عليها في المادة 191ق. أ والمتمثلة أساس في عقد توثيقي أو حكم قضائي. وقد يكون ضمنيا وذلك بكل فعل يفيد رجوع الموصي عن وصيته ، كبيع الموصي للموصى به أو هبته ، وتقوم القرينة أو العرف فيه على أنه أراد بذلك الفعل نقض والرجوع عن وصيته ، أو يكون الفعل دال دلالة قاطعة على نقض وصيته ، وذلك إذا كان حيوانا وأقدم على ذبحه ، أو كان ثوبا فاتخذه قماشاً. فهذه كلها أفعالا تدل صراحة أو دلالة على رجوع الموصي عن وصيته .

## 2- ردة الموصي:

تكون الوصية باطلة في حالة ردة الموصي وذلك بخروج الموصي عن الديانة الإسلامية ويلاحظ أن المشرع لم تعرض إلى هذه النقطة في باب الوصية أي لحكم ردة الموصي وأثرها في وصيته، غير أنه يمكن استخلاص الحكم القانوني بخصوص هذه المسألة بالتنسيق بين الأحكام القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة قاصدين بذلك المادة 138 منه "يمنع من الإرث اللعان والردة". غير أن السؤال الذي يطرح نفسه، ما الحكم في حالة عودة المرتد إلى الإسلام. نجد أن الفقه الإسلامي انقسم بهذا الشأن إلى اتجاهين .

**الاتجاه الأول :** يري أنه في حالة ردة الموصي فان وصيته باطلة وتظل سواء مات على رده أم عاد إلى الإسلام ، وهو قول الإمام الشافعي والحنبلي.

**الاتجاه الثاني:** يري أن الوصية بالنسبة للمرتد موقوفة فان مات على رده ظلت الوصية باطلة ، أما في حالة عودة الموصي إلى أحضان الإسلام فإن الوصية تعتبر صحيحة، ذلك ما انتهجه الإمامان مالك وأبي حنيفة .

## 3- انعدام أهلية الموصي:

استنادا إلى قانون الأسرة نخلص أن المشرع اشترط في الموصي الأهلية القانونية التي تمكنه من القيام بالتصرفات القانونية وما يؤكد أن المشرع الجزائري قد اشترط أن يكون الموصي أهلا لإنشائها عند انعقاد الوصية ، أما ما يعترضها بعد ذلك فلا يؤثر في صحة الوصية إذ تنص المادة 85ق. الأسرة بقولها "تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه". وبمفهوم

المخالفة أن هذه الحالات (الجنون والعتة والسفه ) لا تؤثر في صحة عقد الوصية ، ذلك أن الموصي حين أوصى كان سليم العقل صحيح التقدير فلا مبرر في ذلك لإبطالها بسبب طارئ بعد ذلك<sup>41</sup> .

**ب ) بطلان الوصية من جهة الموصي له:**

### **1- قتل الموصي له للموصي:**

إذا جني الموصي له على الموصي جناية كانت سببا في موته كان ذلك قبل انعقاد الوصية أو بعدها وذلك بأن يجرح الموصي له الموصي ويضربه ضربة تقضي به إلى الموت فإنه بهذا الفعل يكون قد منع نفسه من استحقاق الوصية ، وذا ما قضت به 188 فانون الأسرة بقولها  
'' لا يستحق الوصية من قل الموصي عمدا'' فإذا القتل المانع من الوصية هو القتل العمدي الذي يكون بدون حق ولا عذر شرعي، أما فيما يخص القتل الخطأ لا يعتبر مانعا من موانع الميراث .

### **2- رد الموصي له للوصية :**

قضت المادة 201ق. الأسرة الجزائري بقولها '' تبطل الوصية بموت الموصي له قبل الموصي أو بردها'' وعليه إذا رد الموصي له الوصية بعد وفاة الموصي فإن هذا الرد الصادر من الموصي له يكون سببا مبطلا للوصية على أساس أنه لا يمكن إلزام الموصي له بشيء غير راض به على خلف نظام الميراث حيث تنتقل التركة من المورث إلى الوارث جبرا عنه دون حاجة إلى صدور القبول منه مع العلم أن الرد الذي يعتد به أي الذي يكون سببا مبطل للوصية هو الرد الصادر بعد وفاة الموصي أما الرد الذي يكون أثناء حياة الموصي فإنه لا يعتد به من الناحية القانونية ذلك أن الوصية لا تصبح قابلة للتنفيذ إلا بعد وفاة الموصي ومغادرته دار الحياة ، زيادة على ذلك إذا توفي الموصي له قبل صدور القبول منه أو الرد فإن هذا الحق (الرد) يتقل بقوة القانون إلى ورثته ، فإذا كان صادرا منهم كان في حكم إذا ردها الموصي له لقيامهم مقامه في القبول والرد<sup>42</sup> .

### **3-موت الموصي له قبل الموصي -**

عموما أنه في حالة وفاة الموصي له حال حياة الموصي فإن الوصية في هذه الحالة لا ترتب أي أثر من الناحية القانونية لأن الهدف من إنشائها هو جعل الموصي له مالكا لموصي به بعد وفاة الموصي. وعليه

<sup>41</sup>المادة 85 و 107 من قانون الأسرة

<sup>42</sup>نصت المادة 98 قانون الأسرة الجزائري علي أنه '' إذا مات الموصي له قبل قبول الموصي فلورثته الحق في القبول والرد

فإن وفاة الموصى له يكون عائقا في تحويل ملكية الموصى به من يد الموصي إلى الموصى له باعتبار أن الوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ذلك ما قضت به المادة 201 من ق. الأسرة بقولها "تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها".

### ج) بطلان الوصية من جهة الموصى به

#### - استغراق تركة الموصى بالدين :

إن الوصية هي تبرع مضاف إلى ما بعد الموت فلا تنفذ إلا بعد وفاة الموصي هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنها لا تنفذ إلا في ثلث ما قد يبقى من تركته بعد سداد الديون المترتبة في ذمة المتوفى وذلك بتقديم الدين على الوصية وهذا حسب نص المادة 180 قانون الأسرة . وعلى ذلك فإن وصية الموصي تكون في ثلث التركة لا في ثلث المال فإن كانت التركة مستغرقة بالدين عن كاملها فإنها تدفع سداد الدين تطبيقا لقاعدة الشرعية "لا تركة إلا بعد سداد الديون" في هذه الحالة لجا الوصية لانعدام محلها وهو الموصي به إلا في حالة سقوط الدين بسبب من الأسباب المسقطة كالإبراء والمقاصة . وعليه إذا كانت التركة مستغرقة بالدين عن آخرها فانه يوقفا تنفيذها لعدم إمكانية تسليم الموصى به إلى الموصى له حماية لحق الدائن ، أما إذا كانت غير مستغرقة بالدين أو مستغرقة في بعض منها فإنها تنفذ في كثر ما بقي من التركة بعد خصم الحقوق المترتبة في الموصي.

#### 2- هلاك الموصى به

يجب التفرقة بين حالتين :

#### الحالة الأولى: هلاك الموصى به قبل صدور القبول:

يمكن القول أن قبل صدور القبول من طرف الموصى له فان الموصى له ما زال على حكم الموصي فما يصيبه قبل القبول من هلاك أو تغير يكون قد أصابه وهو علة حكم ملكية الموصي فإذا هلك في هذه الحالة فإن محل الوصية ينعدم بذلك كلية سواء كان الهط كلياً أو جزئياً. ويترتب على ذلك بطلان الوصية لانعدام محلها.

#### الحالة الثانية : هلاك الموصى به بعد صدور القبول

أما إذا كانت قد تمت وترتب عليها أثر قانوني فتنبت ملكية الموصى به للموصي له ثم أصابه الهلاك أو تغير فإن الوصية لا تبطل لأن الموصى به في هذه الحالة هو مال من أموال الموصى له يدخل في ملكه وضمائه . كما تبطل الوصية إذا تمت بمال مملوك للغير<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> ذلك قياسا على قواعد بيع ملك الغير المنصوص عليها في القانون المدني من المادة 397 إلى 399 ق.م.

(د) الأثر القانوني المترتب على البطلان:

إن عقد الوصية أساسه الإيجاب الصادر من الموصي المضاف إلى ما بعد الموت من جهة وقبوله بعد تحقق وفاة الموصي من قبل الموصي له من جهة أخرى.

وعليه لكي كون عقد الوصية صحيحا لابد أن تكون شروطه جميعا متوافرة وسلمت من الخلل الذي قد يصيبها كعدم مراعاة بعض الشروط القانونية التي أوجبها المشرع عند القيام الايضاء لأن القانون رتب الجزاء عند عدم احترام هذه الشروط المتمثل في البطلان ، هذا يعني انعدام الأثر القانوني لعقد الوصية الذي لم تحترم فيه القواعد التشريعية ومن ثم زوال كل الآثار التي ترتب عن الوصية . على أنه لا يتقرر بطلان الوصية إلا بعد صدور حكم من القضاء باعتبارها السلطة المختصة بتقرير البطلان من عدمه .

**الفرع الثاني : إجراءات اكتساب الملكية العقارية عن طرين الوصية .**

إن الوصية حتى تكون منتجة لجميع أثارها القانونية لابد من أن تمر بمجموعة من الإجراءات نص عليها القانون ولكن يكون الحكم بها حائز لحجية الشيء المقضي به .

**أولا: إثبات الوصية .**

**(أ) إثبات الوصية قبل صدور الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق :**

لقد صدر الأمر 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 ومدد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يخالفا ويمس السيادة الوطنية، ثم بقي القانون المدني الفرنسي مطبقا في العلاقات المالية بين الأفراد وان هذا القانون في حد ذاته يوكل أمر الأحوال الشخصية لشريعة الإسلامية السارية بن الجزائريين حتى قبل 1962، وبما أن الوصية كتالي من موضوعات الأحوال الشخصية سرى على حكم إثباتها ما جاءت به الشريعة ، وقد أمد القضاء الجزائري ذلك ، إذ جاء في قرار المحكمة العليا التي: "من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأي صيغة شكلية وأنه مكن إثباتها بجميع طرق الإثبات"<sup>44</sup>.

**ب-إثبات الوصية بعد صدور أمر 91/70 المتعلق بالتوثيق والقوانين الموالية له :**

إن الأمر 96/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بالتوثيق جاء بحكم خاص نصت عليه المادة 12 مفاده أن جمع التصرفات الواردة على عقار تخضع للشكل الرسمي وهي تقابل نص المادة 234 مكرر، المستحدثة بموجب تعديل 14/98 للقانون المدني<sup>45</sup> والتي تنص "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تضمن نقل عقار أو حقوق عقاريه أو محلات تجاريه أو

<sup>44</sup>قرار المحكمة العليا الغرفة المنية مؤرخ في 1969/04/30، مجموعة الأحكام ، الجزء الأول ، نشرة القضاة ، ص 211.

<sup>45</sup>الأمر 58 /75 المؤرخ في 1975/11/26 ، المتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 ، سنة 1975.

صناعية أو كل عنصر من عناصر أو التخلي عن سهم من الشركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية ، تجاربه أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق ."

وجاءت المادة 775 قانون المدني تنص على أنه "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والقوانين المتعلقة بها" ولعل مسألة الإثبات ومالها من أهمية نظرية وعملية الأمر يقضي التطرق والتمييز بين الوصية التي محلها منقول أو عقار، بالنسبة لوصية التي ينعقد محلها على منقول فإنها تثبت بالكتابة ، ويبقى الإشكال القانوني يطرح على الوصية التي تنصب على العقار باعتبار أن الثابت قانونا و قضاء من أن التصرفات الواردة على العقار تخضع شكل الرسمي تحت طائلة البطلان . يرى البعض من الفقه أن الوصية تخرج من نطاق تطبيقا نص المادة 325 مكرر1 من القانون المدني التي احتوت مضمون المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق الملغى على أساس أن تكييف الوصية تخرج من نطاق المادة 324 مكرر1 باعتبارها خاصة بالعقود وأن الوصية ليست بعقد زيادة إلى أن المادة 16 من الأمر 79/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري<sup>46</sup> تنص على أنه "ان العقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء نقل تصحيح أو تعديل حق عيني لا يكون لها، أش بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"

وهناك من يرى بأن الوصية المنصبة على عقار يجب أن تتم في الشكل الرسمي لأن انتقال الملكية للموصي تتوقف على عملية الشهر وأنه لا شهر إلا على المحررات الرسمية فقط إذ تنص المادة 61 من المرسوم 63/75 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على مايلي "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " وفي كل الأحوال فإن المادة 15 من الأمر 74/75 جاءت باستثناء ونصت على أن نقل الملكية عن طريق الوفاة ينقل الحقوق للورثة والموصى لهم بدون حاجة إلى إجراء شكلي وأن القيد لا يؤدي دوره المنشئ للحقوق أو الناقل لها، وكن المشرع اشترط على كل وارث أو موصى له قيد كلما أراد التصرف فيه وذلك من خلال استصدار شهادة رسمية طبقا للمادتين 62/39 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>47</sup> .

### ج ) إثبات الوصية في قانون الأسرة الجزائري :

فيما يخص الإثبات نصت المادة 191 من قانون الأسرة علي أنه "تثبت الوصية :

<sup>46</sup>الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري المؤرخ في 18/11/1975، جريدة رسمية العدد 12 لسنة 1975.

<sup>47</sup>محمودي عبد العزيز، المرجع السابق ، ص 19، 20، 21.

- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد لذلك .

- في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ، ويؤشر به على هامش أصل الملكية"

ويفهم من خلال النص أن التصريح أمام الموثق بالوصية من طرف الموصي يتم بالإرادة المنفردة للموصي. وفي حالة المانع القاصر نعتقد أن هذه الحالة تعني مرض الموت الذي من خلاله قد يصرح أمام الشهود بالوصية ويتم إثباتها بحكم قضائي.

من خلال النص يتضح أن إثبات الوصية يكون بالورقة الرسمية الصادرة عن الموثق المكلف بإفراغ الوصية في قالب رسمي.

وفي حالة عدم إفراغها في شكل رسمي ممكن استصدار حكم قضائي بثبوتها عن طريق وسائل أخرى. والقاضي لا يثبت الوصية إلا إذا قام دليل علي وجودها إما بورقة عرفية موقعة من قبل الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود وصية.

وطبقا لأحكام المادة 171 من قانون التسجيل فإن الورثة والموصى لهم يلتزمون بتقديم تصريح مفصل عن التركة التي بقيت بعد موت الهالك . كما أنه يجب تحرير فريضة لدى الموثق يقوم بتحريرها بعد تقديم كل الإثباتات التي تؤكد صفة الورثة بما فيهم الموصى لهم ، لمعرفة أنصبة الورثة ونصيب الموصى لهم . بعدها تحرر وثيقة رسمية أخرى تسمى الشهادة التوثيقية تحصر فيها ممتلكات المورث (التركة ) على الشيوخ وتحدد فيها أنصبة الورثة بما فيهم الموصى لهم . وبتحرير هذه الوثيقة يقدم كل الإثباتات الضرورية لهذه الممتلكات كأصل الملكية لعقارات ووثائق السيارات مثلا أو غيرها من الممتلكات<sup>48</sup> وبناءا على نص المادة 191 قانون الأسرة فان إثبات الوصية بين الأطراف تتطلب شكلية معينة للانعقاد كما هو ثابت في البيوع العقارية أو الهبات ، ولا تثبت صحيحة وبالورقة العرفية وأنه للاحتجاج بها على الغير يجب أن ترفع دعوى لإثباتها بعد وفاة الموصي لا سيما إذا ما تمت على عقار على أساس أنها من العادة أن تأتي تسترا.

وأن الفقرة 02 من هذه المادة تعطي إثبات الوصية بحكم قضائي بوجود المانع القاهر ورفض ورثة الموصي المثلول لإرادته وهو الغالب في العمل وبهذا يلجأ الموصي إلى القضاء مطلبا لإثبات وصيته ، وعادة ما يتم إجراء تحقيق وسماع الشهود لتثبيتها.<sup>49</sup>

<sup>48</sup>بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 70، 71.

<sup>49</sup>محمودي عبد العزيز، المرجع السابق ، ص 22.

## ثانيا: التسجيل

يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي (وثيقة صادرة عن الموثق أو حكم قضائي) حيث نظمه قانون التسجيل الجزائري<sup>50</sup> وذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء كانت عقارات أو منقولات . والتسجيل هو إجراء يتم من طرف

مفتش التسجيل حيث يقوم بتسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها (عقارات أو منقولات ) مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل . ويستوفي مفتش التسجيل الحقوق بناء على تصريحات الورثة أو الموصى لهم أو بناء على المحررات الرسمية الصادرة عن الموثق لأنها تخضع لتسجيل والإشهار العقاري. وجميعها تكون خاضعة للرسم ولو كانت عن طريق الوفاة . كما تجدر الإشارة إلى أن كل الأموال الموجودة في الجزائر والتي تنتقل بالميراث أو الوصية تخضع لرسوم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص المتوفى أو الورثة أو الموصي لهم . بعكس الأموال الموجودة في الخارج والتي لا تخرج لرسم نقل الملكية ولو كانت ملكا لجزائري مقيم في الجزائر<sup>51</sup>.

## ثالثا : الشهر

### أ) علاقة الشهر بالوصايا في التشريع الجزائري:

تنص المادة 793ق .م الجزائري على أنه "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار ، سواء كانت ذك بين المتعاقدون أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري" وهذا النص يفيد بعض الأمور التي يمكن إظهارها فيما يلي:

### 1-من حيث الحكم الذي يأتي به النص وسببه :

من الجلي أن النص المتقدم قد قنن قاعدة عامة أو بالأحرى حكما معيناً متنوعاً بسببه ، ومفاده عدم انتقال الملكية إذا لم تتخذ الإجراءات القانونية المنصوص عليها وخاصة الشهر العقاري. وبمفهوم المخالفة يفيد أن الملكية تنتقل إذا اتخذت إجراءات الشهر.

<sup>50</sup> الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 / 2 / 1976 المتضمن قانون التسجيل ، الجريدة الرسمية ، عدد 81 المؤرخة في 18 / 12 / 1976

<sup>51</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص 71، 72.



## 2- من حيث نطاق تطبيق النص :

يتحدد نطاق تطبيق النص المتقدم ، مذ حيث الموضوع ومن حيث الأشخاص ، ومن حيث التصرفات محل الشهر.

### - فمن حيث الموضوع :

يسري على الحكم بالنسبة :

- حق الملكية والحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع والارتفاق وغيرها . . . الخ

### من حيث الأشخاص :

فيما يعلق بالحقوق العينية الأصلية يسري حكم النص المتقدم بالنسبة للمتقدمين و بالنسبة للغير و خلاصة القول أنه ما لم تتخذ إجراءات الشهر وكافة الإجراءات القانونية الأخرى، فإن الملكية أو الحقوق العينية الأصلية الأخرى لا تنتقل لا سيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير. ومن حيث محل الشهر فإن النص يسري على حق الملكية أو على الحق العيني الناشئ عن العقد دون الوصية<sup>52</sup> ويعد الشهر هو الإجراء النهائي لكي تكتسب الملكية بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال المحافظة العقارية حسب ما أشارت إليه المادة 793 قانون المدني سألغة الذكر ومن خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري وهو المحافظ العقاري مع خضوع العملية لرسم الإشهار العقاري. وهنا تجدر الإشارة إلى أن الشهر يتم بعد وفاة الموصي أو لا وقبل الموصى له ، في الوصية لأنه برفضها ترد برده المادة 201 من قانون الأسرة<sup>53</sup> ومن بين أهم الآثار التي تترتب عن الإشهار هو إعلام الغير بما يرد على العقار من تصرفات لذلك نص المشرع الجزائري في المادة 85 من الأمر رقم 63/76 على أنه "ان الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق ثم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها سبقاً" طبقاً للمادة 04/14 من الأمر المؤرخ في 08 ذي القعدة 1395 الموافق \_ 12 نوفمبر سنة 1975م والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وإذا تم

إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار"<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> زهدور محمد، المرجع السابق ، ص 147، 148، 149.

<sup>53</sup> بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ، ص 72.

<sup>54</sup> وناس علي، النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر الطبعة 1997، ص

## ب ) - الشهر بالوصايا في القانون المقارن

### 1- في القانون المصري:

كان الوصية غير خاضعة لتسجيل بمقتضى قانون تنظيم الشهر العقاري الصادر بمصر 1923 حيث كان القانون خاضعا بشهر التصرفات التي تبرم بين الأحياء دون تلك التي تضاف إلى ما بعد الموت ، ولقد صدر في مصر قانون منظم الشهر العقاري رقم 114 سنة 1946، وأخضع الوصية بالعقار من جهة وحق الإرث من جهة أخرى لإجراءات الشهر المقررة ولكن سريان ذلك مقصور على الفترة اللاحقة لأول يناير سنة 1947م وقبل ذلك كانت تنقل الملكية إلى الموصي له دون اشتراط السجل . ولقد بسر المادة 9من القانون المذكور كيفية إتمام شهر الوصية فقالت "جميع التصرفات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله ، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة لشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل ، ويدخل في هذه الأحوال تصرفات الوقف والوصية ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنقل ولا تزول بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم. ولا يكون لتصرفات غير المسجلة من الأثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن " . وهذا النص قد خص الوصية بالذكر حتى يؤكد ضرورة شهرها.

### 2- في القانون الكويتي :

اتبع القانون الكويتي نظام الشهر الشخصي ومن ذك فإنه يسري بالنسبة إليه ما سبق قولاً بالنسبة إلى القانون المصري خاصة وأن المادة السابعة من القانون الكويتي رقم 5 سنة 1946 قد جاءت مطابقة لنص المادة التاسعة من القانون المصري رقم 119 سنة 1946 الخاص بالشهر الشخصي.

## رابعاً : تنفيذ الوصايا وتزاحمها

### (أ) تنفيذ الوصايا :

لقد وضع تعريف وحيد لتنفيذ الوصية وتبل ذلك لابد من إبداء بعض الملاحظات التي يليها التعريف:

- أن تنفيذ الوصايا ينظر إليه من حيث القائم عليه ، ولاشك أنه لا الموصي والموصى له لهما دخل في إجراء هذا التنفيذ فلا دخل لموصي لأنه قد يكون توفى ولا دخل للموصى له لأنه صاحب حق فقط ، وليس للإنسان أن يقضي حقه بنفسه.

- أن تنفيذ الوصايا لا يجب أن ينظر إليه من حيث القائم عليه فحسب بل أيضا من حيث السبب في ذلك ، فتقد يجيز الورثة الوصية أيا كانت وهذا يحول دون أي نزاع حول التنفيذ وقد يحدث العكس فيصبح هذا وضع خاص.

- أن تنفيذ الوصايا ليس مسألة مطلقة بل هو إجراء مقيد بإقرار المشرع له ، والمظهر الأول هو البدء بأنواع محددة له الأولوية ، فالوصية الواجبة مقدمة على غيرها. وإذن فالتعريف يجب أن يتضح فيه تقيد التنفيذ بإقرار الشارع له .

- إن اثر التنفيذ ليس جزءا من ماهية التعريف ، لفلك ليس ثمة ضرورة لتضمينه إياه .

ومن جميع الاعتبارات الماضية يمكن القول أن تنفيذ الوصايا يعني قيام صاحب الشأن عند عدم اتفاق الورثة بإعطاء كل ذي حق حقه الموصى به حسب إقرار الشارع له ، وتجدر الملاحظة إلى ان هناك حالات تنفيذ الوصايا وهي الوصية بالثلث ، الوصية بمثل نصيب الوارث معين ، الوصية بمثل نصيب وارث غير معين... الخ<sup>55</sup>

### (ب) تزاحم الوصايا:

#### 1- ماهية تزاحم الوصايا:

قد تعدد وصايا الموصي فيضيق الثلث أو كل المال الموصي عن الوفاء بها، فهنا نصبح أمام ما يعرف بالتزاحم .

فيعرف بعض الفقه أن تزاحم الوصايا هو عند تعدد الوصايا وضيق المال المخصص لتنفيذها من الوفاء بها.

ويكون التعريف واضحا بالصيغة التالية: تزاحم الوصايا هو حالة فعلية وقانونية تقوم عند تعدد الوصايا مع عدم كفاية المال المخصص لوفاء بها جميعا. لذلك يلزم لوجود التزاحم شروط :

أولاً: تعدد الوصايا: كأن يوصي لشخص بربع تركته ولشخص آخر بثلثها مثلا فهنا نجد أكثر من **ثانياً**: أن يضيف ثلث المال عن الوفاء بالوصايا، أو أن يضيف كل المال عن تنفيذ الوصايا، كما في المثال الآتي

يوصي ولا مانع لديه بربع ماله لجهة بر وبنصفه لجهة أخرى وبنثلثة لجهة ثالثة وربعه لجهة رابع فهنا يضيق كل المال بافتراض جواز ذلك ولا عائق عن الوفاء للموصى لهم جميعا، ومن ثم نكون بصدد التزامم . وهكذا يتضح معنى التزامم الوصايا .

## 2- حكم التزامم الوصايا

يختلف حكم التزامم بحسب ما إذا كانت هناك وصية واجبة .

### التزامم مع وجود وصية واجبة :

إذا كانت الوصايا المتزاممة تشتمل على وصية واجبة فإن هذه الأخيرة تنفذ أولا ويكون في هذه الحالة فرضين :

**الفرض الأول :** أن تتفرق الوصية الواجبة كل الثلث وهنا يكون حكم الوصايا المتزاممة الاختيارية هو البطلان .

**الفرض الثاني:** ألا تستغرق الوصية كل الثلث وإنما يبقي منه أي شيء فإن الوصايا الاختيارية تتزامم بشأن هذا الشيء المتبقي عن الوصية الواجبة<sup>56</sup> .

### التزامم مع عدم وجود وصية واجبة :

انقسم الفقه إلى قسمين :

**الفريق الأول :** ويقول به المالكية والحنابلة والشافعية أنه يجب تقسيم الثلث بنسبة نصيبهم بالاختلاف الموصي له (الأشخاص – الهيئات- الجماعات)

**الفريق الثاني:** يقول بأنه لو كانت الوصية كلها للعباد كان التقسيم بالمحاصة بنسبة سهام الوصايا سواء في حدود الثلث أو أكثر منه . أما إذا كانت الوصية كلها للقربات فإن الوصايا كلها تقسم بينهم بالمحاصة عند تقدير المقادير<sup>57</sup> .

يتضح مما سبق أن الوصية تعتبر من التصرفات القانونية التي تؤدي إلى كسب ملكية العقار عن طريق القضاء في حالة وجود قوة قاهرة وفي جميع الحالات المذكورة سالفًا.

### المطلب الثاني : القسمة .

إن القسمة لا تعتبر الصورة المثلى لنقل الملكية العقارية ، لكنها تلعب دورا كبيرا في اكتساب الملكية على العقار وذلك بواسطة القضاء عن فريق مجموعة من الأحكام المتعلقة بها و هذا ما سيأتي بيانه.

<sup>56</sup> زهور محمد، المرجع السابق، ص 69 .

<sup>57</sup> زهور محمد، المرجع السابق، ص 170.

## الفرع الأول : مفهوم القسمة وشروطها.

### أولاً: تعريف القسمة .

لم يضع المشرع الجزائري في القانون المدني تعريفاً للقسمة ، وإنما ترك ذلك للشراح والفقهاء مثل بقية المشرعين ، حيث إنه بالرجوع إلى أحكام المادة الأولى من القانون المدني نجد أن المشرع قد نص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، وبالرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه نجد أن الفقهاء قد وضعوا القسمة عدة تعريفاً نذكر منها تعريفيين على سبيل المثال ، أحدهما حنفي والثاني مالكي.

ففي المذهب الحنفي تنص المادة 1114 من مجلة الأحكام العدلية على أن القسمة هي تعيين الحصة الشائعة ، يعني إفراد الحصص بعضها من بعض بمقياس ما، كالذراع و الوزن و الكيل ، وفي المذهب المالكي حيث يرى الإمام ابن عرفة رحمه الله أن القسمة هي تصيير من مملوك مالكين فأكثر معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو تراص ، بحيث يشمل هذا التعريف جميع أنواع القسمة .

وذهب بعض شراح القانون المدني إلى القول بأن القسمة هي سبيل إزالة الشيوع، وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع .

فالمقصود بالقسمة هي تلك التي ترد على الملكية فتزيل عنها وصف الشيوع وتعطيها وصف الاستثناء والإفراز، وبذلك تفرق على قسمة المهياة التي تستبقي الشيوع في الملكية ، و لكن مع تنظيم الانتفاع بالشيء الشائع بين الشركاء على نحو مفرز، وبهذا وتسمى القسمة النهائية .

وإذا أطلق اصطلاح القسمة قصد به الدلالة على القسمة العينية التي تحول الحصص الرمزية لشركاء إلى أنصبة مادية تجزي الشيء الشائع أجزاء مادية مفرزة ، وتعطي لكل شريك الجزء المفرز المقابل والمعادل لحصته الرمزية ، ليكون محلاً لملكيته الخالصة الاستثنائية دون مزاحمة من الباقين<sup>58</sup> .

ولكن موجد صورة أخرى للقسمة هي قسمة التصفية ، وهي لا تجري إلا إذا استحالت القسمة العينية أو تعذرت ، فيطرح الشيء الشائع حينئذ في المزاد العلني لبيعه فإذا رسا المزاد على أحد الشركاء اعتبر ذلك قسمة تصفية لا بيعاً، إذ مكون حينئذ كاشفاً لحق الشريك المتقاسم لا ناقلاً إياه إليه ، وذلك بخلاف ما إذا رسا المزاد على أجنبي عن الشركاء حيث يظل رسو المزاد على أصله من اعتباره بيعاً ناقلاً، ملكية الشيء إليه<sup>59</sup> .

<sup>58</sup> أحمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، طبعة 2008،

<sup>59</sup> حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها ومصادرها، ط 3، سنة 1994، منشأة المعارف ،ص

والملاحظ أنه إذا كانت القسمة من شأنها فض الشيوخ وإنهاؤه ، فإنها في حالات أخرى قد تكون سمة جزئية ، لا تتناول إلا بعض الأموال الشائعة فتقسمها بين الشركاء ومفرز نصب كل واحد منهم فيها أما ما بقي من الأموال فيبقى شائعا على حاله ، وقد تكون القسمة الجزئية بإفراز نصيب أحد الشركاء في جميع الأموال الشائعة وإبقاء سائر الشركاء على الشيوخ في جميع الأموال التي تبقى بعد استبعاد النصيب المفرز.<sup>60</sup>

## ثانيا: حق طب القسمة وتقيدها.

### (أ) حق طلب القسمة :

إن الملكية الشائعة ليست صورة مثلى لملكية ، فاجتماع حقوق الشركاء المشاعين على الشيء الشائع يؤدي إلى مشاكل من شأنها أن تعوق الانتفاع بهذا الشيء على خير وجه ، وأن تقلل من الفرص التي تتاح للشريك حين يريد التصرف في حقه ، وإذا كان المشرع قد نظم الملكية الشائعة فإن هذا التنظيم ليس من شأنه أن يقضي على جميع مساوئ الشيوخ ، ولهذا فالأصل أن لشريك الحق في طلب القسمة حتى يتخلص من الشيوخ ، ولذلك تنص المادة 722 من القانون المدني الجزائري على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق .

ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنح القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنوات ، فإذا لم تجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق في حق الشريك وفي حق من يخلفه ، وفي هذا الشأن فقد قضت المحكمة العليا بأنه من المقرر قانونا أن لكل شريك في عقار أن يطالب بقسمة المال المشاع ها لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق ، كما أنه من المقرر كذلك إذا ما تعذرت القسمة أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، وجب بع هذا المال بالمزاد العلني وفقا لإجراءات القانونية .

والملاحظ أن المشرع الجزائري استعمل في النص فعل ( تمنح ) وذلك خطأ فعكس المعنى الذي قصده . فقد أراد المشرع أن ( يمنع ) لا أن ( يمنح ) الاتفاق على عدم إجراء القسمة لمدة متجاوز خمس سنين ، وذلك لأن البقاء على الشيوخ غير مستحب ، وقد أجاز المشرع لكل شريك مشاع أن يطلب القسمة في أي وقت حتى ينتهي الشيوخ ، ولكن أجاز لشركاء المشاعين أن يتفقوا على البقاء في الشيوخ بشرط ألا تزيد المدة على خمس سنين وعلى ذلك فنبغي إبدال فعل ( يمنح ) الوارد في النص إلى فعل ( يمنع ) .

## تقييد الحل في طلب القسمة:

### 1- القيد القانوني

قد يجبر الشريك على إبقاء في الشيوخ بمقتضى نص في القانون كما هو الحال في الشيوخ الإجباري حيث يقتضى الغرض الذي أعد له الشيء الشائع بقاءه على الشيوخ إذ لا يصلح للاستعمال المعد له إذا قسم وذلك وفقا لما تنص عليها المادة 737 من القانون المدني الجزائري حيث تقول "ليس للشركاء في مال شائع أن يطلبوا قسمته إذا تبين من الغرض الذي أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوخ"، ونجد تطبيقا لهذه الأحكام في الأجزاء المشتركة في ملكية الطبقات كالأرض المقام عليها العمارة وأجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع، فإنها لا تقبل القسمة، وليس لشريك أن يتصرف في نصيبه فيها مستقلا عن الجزء الذي يملكه مفوزا في الدار، وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 747 من القانون المدني الجزائري بقولها: "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم أو بيعا بالمزاد بمعزل عن الأجزاء الخاصة، ذلك ما أكده الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا عندما أيدت القرار القاضي بالمصادقة على تقرر الخبير والتصريح بان الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية، ولا يجوز تقسيمها، باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف معتبرة ذلك تطبيقا سليما للقانون .

وقد يكون هناك اتفاق بين الشركاء ويلزمهم بالبقاء في الشيوخ مدة معينة يمتنع عليهم خطها طلب القسمة، فالقانون يجيز اتفاق الشركاء على إبقاء في الشيوخ خروجاً على الأصل الذي بمقتضاه أن من حق كل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع في أي وقت يشاء ولكن تجيز مثل هذه الاتفاقات يجب أن يتقيد بقيود معينة من المدة التي تلزم الشركاء بالبقاء في الشيوخ خلالها .

ويكون ذا الاتفاق نافذاً في حق من يخلف الشريك المشاع، سواء أكان الخلف عاماً أم خاصاً ويلاحظ هنا أن الخلف الخاص يتقيد باتفاق سلفه من البقاء في الشيوخ إلى نهاية المدة المتفق عليها في حدود الأجل القانوني ولو لم يكن عالماً به، وذلك خلفاً لما تقتضي به القواعد العامة المقررة المادة 109 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الالتزامات و الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

ولذلك قدر المشرع مدة خمس سنوات كأجل أقصى يجوز الاتفاق على البقاء في الشيوخ والامتناع عن طلب القسمة خلاله وفقاً للفقرة الثانية من 722 من القانون المدني الجزائري.

ثالثاً : أنواع القسمة.

(أ) القسمة الاتفاقية :

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الصورة من صور القسمة في المادة 723 من القانون المدني حيث تنص " يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم ، أن يقسموا المال المشاع بالطريقة التي يرونها، فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات الخاصة التي يفرضها القانون ."

فالقسمة الاتفاقية هي اتفاق يبرمه الشركاء فيما بينهم لإنهاء حالة الشيوخ .

- الطبيعة القانونية للقسمة الاتفاقية .

ما يستنتج من المادة 723 ق م ج أن القسمة الاتفاقية هي عقد أطرافه هم الشركاء المشاعون ، ومحلّه هو المال الشائع وسببه هو إنهاء حالة الشيوخ .

- القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود.

لما كانت القسمة الاتفاقية ، اتفاق تعاقدي يبرمه الشركاء بهدف إنهاء حالة الشيوخ القائمة بينهم فإن هذا الاتفاق يخضع في انعقاده لما تخضع له سائر العقود، فلا بد من تراضي الشركاء جميعاً، ولا بد من توافر أهلية التصرف فيهم ، وبالإضافة إلى ذلك وجب أن تكون إرادتهم سليمة خالية من العيوب التي تشوبها.<sup>61</sup>

ومحل هذا العقد هو المال الشائع الذي تعود ملكيته إلى جميع الشركاء وبالتالي فإن حق الاستغلال وحق الاستعمال وحق التصرف يعود لهم جميعاً.

كذلك فالقسمة الاتفاقية قد تكون قسمة صريحة أو قسمة فعلية أجمع طيها الشركاء إجماعاً ضمناً وليس صراحة ، فيتصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع بما يعادل حصته ، وكذلك يتصرف باقي الشركاء كل في جزء مفرز يعادل حصتهم كذلك ، فيستخلص من ذلك ضمناً أنهم ارتضوا قسمة المال الشائع بينهم ، والاتفاق الضمني يستخلص من ظروف الحال ، وهو يختلف عن المهياة المكانية التي تنقلب إلى قسمة نهائية بمضي خمسة عشرة سنة ، كون هذه الأخيرة وقعت بقوة القانون وليس بالاتفاق<sup>62</sup> .

وإذا اتفق بعض الشركاء على القسمة يبقى اتفاقهم قائماً، فإذا أقرها باقي الشركاء نفذت في حقهم، فهي بالنسبة لهم تعتبر إيجاباً موجهاً لهم، ويبقى هذا الإيجاب قائماً طيلة المدة المتفق عليها وإذا لم تحدد مدة لذلك فإنه يبقى قائماً لمدة معقولة تستنتج حسب ظروف الحال وطبيعة المعاملة ، عملاً بنص المادة 63 من ق م .

كذلك فإنه يجوز تعليق القسمة الاتفاقية على شرط واقف ، كأن يتفق الشركاء على تعليقها على ثبوت ملكية عين لهم ، أو تعليقها على ش انفساخ ، كأن يتفق الشركاء على انفساخ القسمة إذا لم يقر بها باقي الشركاء.

<sup>61</sup> وذلك ما نصت عليه قواعد القانون المدني.

<sup>62</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن، حق الملكية، منشورات الحلبي الحقوقية، ص 894.



وعقد القسمة من العقود التبادلية التي تتقابل فيها الحقوق والالتزامات ، وهي كذلك من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر لذلك لا تكفي الوكالة العامة في إبرامها نيابة عن الأصل ، وإنما يجب توافر وكالة خاصة<sup>63</sup> .

وتخضع القسمة الاتفاقية إلى القواعد العامة في الإثبات ، فإذا زادت قسمة المال الشائع محل القسمة على مائة ألف ( د ج ) ، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها وإذا قلت عن ذلك فيجوز إثباتها بالبينة والقرائن طبقا لمادة 333 م ج .

كما سبق التطرق إليه فإن القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه القواعد العامة التي تحكم العقود، وهذا ما يجعل لشركاء الحرية في اختيار طريقة القسمة ، غير أن هذا الاختيار مرتبط بإتباع بعض الإجراءات وهذا متى كان المال المشاع المراد قسمته عقارا .

## ب ) القسمة القضائية .

### 1-تعريف القسمة القضائية :

القسمة القضائية هي التي تجري بواسطة القضاء نظرا لاختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع أو لأن أحدهم غائب أو غير كامل الأهلية ، وقد نصت المادة 725 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين المحكمة ان رأته وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا ان كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته " .

كما نصت المادة 88 من قانون الأسرة على أنه " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ... وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية :

- بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصلحة ...

ويتبين من استقراء نص المادة 89 من ذات القانون أنه إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة طبقا لأحكام المادة 89 من قانون الأسرة ، وقد سبق أن قلنا أن الرقابة القضائية على التصرف في أموال القاصر هي رقابة سابقة ولاحقة حفاظا على حقوقه<sup>64</sup> .

هذا وقد راعى المشرع الجزائري بعض الحالات عند قسمة التركة ، فنص في المادة 181

<sup>63</sup> محمد عزمى البكري، قسمة المال الشائع، أحكام دعوى الفرز والتجنيد، دار الفكر اعربي، ط الثالثة، 1994، ص 48.

<sup>64</sup> المادة 89 من قانون الأسرة .

من قانون الأسرة على أن "يراعى في قسمة التركة أحكام المادتين 109 و 173 من هذا القانون وما ورد في القانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة ، وفي حالة وجود قاصر بين الورثة يجب أن تكون القسمة عن طريق القضاء `` ومن تك الحالات :

- **حالة المفقود:** وهو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته ، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم وفقا لأحكام المادة 109 من القانون السالف الذكر.
  - **حالة الحمل :** إذا كان من بين الورثة حمل فيتوقف من التركة للحمل أكثر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة وذلك إلى غاية أن تضع الحامل حملها لأنه من المقرر قانونا أن شخصية الإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا، وعلى هذا الأساس كان تمتع الجنين بحقوقه المدنية واكتسابه بذلك أهلية الوجوب خاضعا هو الآخر لشرط الولادة حيا، كل ذلك تطبيقا لأحكام المادة 173 من قانون الأسرة .
- 2- اجتهادات المحكمة العليا :**

والجدير بالذكر انه قد يثور الإشكال حين القسمة حول الدفع بالصلح والتقادم المكسب والمسقط ، أو بوقوع قسمة ودية مرت عليها فترة زمنية طويلة ، أو وجود قاصر من بين الورثة المتقاسمين ، أو المتقاسمين بالحيازة لمدة زمنية معينة .<sup>65</sup>

#### - فيما يتعلق بقسمة التركة والدفع بالتقادم

إن حق الملكية حق دائم ، لا يتقادم بعدم الاستعمال أو بعدم المطالبة به ، ولا يمكن القضاء بسقوط الحقوق لمجرد عدم المطالبة بها لمدة ثلاث وثلاثين (33) عاما وإن قضاة بمجلس أكدوا أن المورث المشترك قد توفي سنة 1949 وأن المدعيتين رفعتا دعواهما بتاريخ 1996/10/23 أي بعد مضي أكثر من ثلاث وثلاثين سنة ، وذلك تأسيسا لقضائهم برفض الدعوى.

وأنه طبقا للمادة 829 من القانون المدني فإن الحقوق الميراثية للمستأنف عليهما قد تقادمت ، لكن المادة 829 المشار إليها لا تنطبق على دعوى المدعيتين اللتين تطلبان فيها بحقوقهما الميراثية ، ذلك أن حق الملكية لا يتقادم بعدم الاستعمال أو عدم المطالبة به ، غير أنه يسرع للمدعى طيه في دعوى المطالبة بالملكية ، أن يكتب حق الملكية المطالب به عن طريق الحيازة لمدة ثلاثة وثلاثين عاما تطبيقا للمادة 829 من القانون المدني التي تتعلق بالتقادم المكسب لمن يحوز الحقوق الميراثية لمدة ثلاثة وثلاثين سنة ، ولا تنص هذه المادة إطلاقا على سقوط الحقوق الميراثية من مالكة لعدم مطالبته بها مدة ثلاثة وثلاثين عاما.

<sup>65</sup>أحمد خالدي، المرجع السابق ، ص 65.

ومن ثم يتضح أن قضاة المجلس الذين طبقوا المادة 829 من القانون المدني برفض دعوى المدعيتين المتعلقة بالمطالبة بحقوقهما الميراثية بدعوى أنهما طالبان مرور مدة تجاوزت مدة ثلاثة وثلاثين سنة ، ودون أن يثبت المدعى عليهم في قضية الحال الحيازة القانونية للعقارات

المطالب بها واكتسابها بالتقادم ، يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال

66 .

وفي هذا الصدد نشير إلى أن طاعنة توفى والدها خلال سنة 1945 وترك وارثين وهما:

الطاعنة وأخوها والد المطعون ضدهم الذي توفي خلال سنة 1992 ، وأنها لم تطلب قسمة تركه أبيها حتى وفاة أخيها، فرفض أبناؤه أن يعطوها حقها تحت ذريعة التقادم ، وعندما رفعت الدعوى للمطالبة بقسمة المال الشائع ، حكمت لها المحكمة بتعيين خبير للقيام بحصر التركة وإعداد مشروع قسمة على ضوء فريضة المرحوم ... مع منح كل وارث نصيبه ، وفي الاستئناف ألغى المجلس القضائي الحكم المستأنف لديه ، ومن جديد قضى برفع الدعوى على أساس تقادم الحقوق الميراثية ، وهو القرار الذي وقع فيه الطعن بالنقض وأن غرفه الأحوال الشخصية والمواريث لدى المحكمة العليا قررت بأن طلب الطاعنة الخروج من الشيوع طبقا لمادة 724 من القانون المدني أي تقسيم المال الشائع لا تقسيم التركة ، بعد أن أشارت إلى أنها أشاعت مع أخيها في الشيوع إلى أن وافته المنية سنة 1992 ، وهذا الطلب قانوني وموضوعي سواء كان يتعلق بأخذ نصيبها من مخلفات شقيقها الذي كان يستغل هذه المخلفات.

إن سكوت الطاعنة وعدم مطالبتها أثناء حياة أخيها بنصيبها من ميراث والدها طوال الفترة الماضية لا يعد تنازلا كما لا يعد تهاونا، بل هو سامح مع شقيقها، واحترام لأواصر القرابة وصله الرحم التي كانت مربوطهما، وعليه وفي كل الأحوال فالطاعنة لها الحق في المطالبة بحقوقها المراثية المنجزة لها من والدها بعد وفاه أبيها ولا يحق لورثه هذا الأخير حرمانها من ذلك تحت أي ظرف أو سبب ، إن حكم أول درجة الصادر بتاريخ 1997/11/22 كان موضوعيا ويتماشي

مع نص وروح قانون الأسرة المنتقد من الشريعة الإسلامية خلافا لما قضى به القرار المنتقد، الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وبدون إحالة<sup>67</sup>.

<sup>66</sup>القرار المؤرخ في 2000/11/22، ملف رقم 204.939 م. ق. ، سنة 2004، ج2، ص 233.

<sup>67</sup>القرار المؤرخ في 2001/07/13، ملف رقم 257.099، م. ق. ، سنة 2004، ج 2، ص 331.

## - فيما يتعلق بقسمة التركة والفرق بين التقادم لمكسب والتقادم المسقط

إن التقادم المنصوص عليه في المادة 829 من القانون المدني يتعلق بالتقادم المكسب للحقوق الميراثية وليس التقادم المسقط ، ويجب على حائز الحقوق الميراثية أن يثبت دوام حيازته القانونية لها مدة ثلثا وثلثين سنة

إن قضاة المجلس لما عرض عليهم النزاع المتعلق بدعوى الخروج من حالة الشيوخ وتعيين خبير لإعداد مشروع أقسمة ، وقضوا برفض دعوى الطاعة على أساس أن المورث الأصلي للأطراف ، توفي بتاريخ 1923/12/12 وأنه مضى على ذلك أكثر من ثلاثا وسبعين عاما وهي المدة التي تفوق ثلاثا وثلثين عاما المحددة لقادم طبقا للمادة 1002 من القانون المدني والمادة 2262 من القانون المدني القديم على أنها تتضمن مدة ثلثا وثلثين سنة ، وانتهوا إلى القول أن دفع المستأنفين مؤسس إذ أن دعوى المستأنفة الطاعة قد تقادمت.

ولما كان الأمر هنا يعلق بالتقادم المكسب وليس بالتقادم المسقط أو المحرر فإن قضاة الموضوع ناهيك عن إشارتهم إلى المادة 2262 من القانون المدني القديم على أنها تتضمن ثلاثا وثلثين سنة ، وانتهوا إلى القول : أن دفع المستأنفين مؤسس إذ أن دعوى المستأنفة الطاعة - قد تقادمت دون التأكد من أن المطعون ضدهم يحوزون فعلا الأرض محل دعوى القسمة حيازة هادئة علنية مستمرة وبدون لبس طيلة المدة المقررة قانونا يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم لنقض والإبطال<sup>68</sup>.

## - فيما يتعلق بقسمة التركة ووجود قاصر بين الورثة

إن المقرر قانونا وشرعا أن قسمة التركة بين الورثة تكون عن طريق القضاء وإنه في حالة وجود قاصر بينهم - الورثة - فإنه يجب أن يعرض ملفا القضية على النائب العام بواسطة أمانة الضبط قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة .

ولما ثبت أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف القضاء لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر ولم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية فإنه يتعين بذلك نقض القرار المطعون فيه<sup>69</sup>.

كما أنه لا يبدأ سريان أجل تقادم الحقوق الميراثية في حالة وجود قاصر بين الورثة إلا من تاريخ بلوغهم سن الرشد القانونية ، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة مولودة في 1942/04/01 وان المورث قد توفي سنة 1947 وأنها بادرت إلى رفع دعوى بتاريخ 1992/10/01 ضد المطعون ضده فإن قضاة الاستئناف عندما أسسوا قرارهم على التقادم المسقط طبقا للمادة 929 من القانون المدني ومضى مدة

<sup>68</sup> أحمد خالدي، المرجع السابق ، ص 67-68.

ثلاثا وثلاثين سنة على وفاة المورث المشترك للطرفين إلى تاريخ رفع الدعوى فإنهم بقضائهم برفض دعاها لم يأخذوا في الحسبان أن الطاعنة كانت قاصرة ولم تبلغ سن الرشد التي تؤهلها قانونا إلا في سنة 1963 بحيث كان سن الرشد آنذاك واحد وعشرين (21) سنة في ظل القانون المدني القديم ، وبذلك يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قراره لنقض<sup>70</sup>.

#### - فيما يتعلق بقسمة التركة والدفع بالحيازة

إنه من المقرر قانونا أن الحقوق الميراثية لا تكتسب بالتقادم مهما كان الحال ، إلا إذا دامت الحيازة ثلاثا وثلاثين عاما وإنه من المقرر أيضا إنه لا يمكن لقضاة الموضوع إثارة التقادم المنصوص عليه في المادة 829 من القانون المدني تلقائيا ولما كان ثابتا في قضيه الحال أن قضاة المجلس رفضوا دعوى الطاعنة الرامية إلى تقسيم العار الذي خلفه مورث الطرفين المشترك عملا بالمادة 829 من القانون المدني دون أن يدفع المدعى عليهم بالحيازة القانونية التي تمكنهم من اكتساب العقار محل النزاع بالتقادم ، ودون أن يتحقق قضاة المجلس من هذه الحيازة ، ومن اكتساب المدعى عليهم لعقار عن طريق التقادم فغنهم قد أخطأوا في تطبيق المادة 829 مدني وعرضوا قرارهم لنقض .

#### - فيما يتعلق بقسمة التركة أثناء الحياة معقد رسمي أو بعقد عرفي

إنه من المقرر شرعا وقانونا أن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاه المورث ، لتحديد نصيب كل وارث فيها ، و أن اكتفاء قضاة الموضوع بمناقشة شكلية العقد وأغفلوا مضمون العقد المطلوب إبطاله شكلا ومضمونا، يعد أمرا مخالفا للقانون .

إن تصرف مورث الأطراف أمام الموثق بتحرر العقد المؤرخ في 1971/01/23 الذي أعطاه الموثق اسم اعتراف بقسمة مؤبدة بين أبنائه ، فإنه عمل لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني لأن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاه المورث ، كما أن القسمة ذاتها لا تتم إلا بين الشركاء، والورثة لسوا شركاء مع مورثهم ، فتصرف المورث كما ذكر لم يعتمد على أساس ، شرعي أو قانوني، لأن نصيب كل وارث لا يحدد إلا بعد وفاة المورث ، وبذلك فإن رفض الطلب الطاعنين باعتماد قضاة الموضوع على العقد التوثيقي لا يقوم كحجة في رفض الدعوى، الأمر الذي جعل القرار المطعون فيه عرضة للنقض .

إن قسمة التركة أثناء الحياة لا تجوز شرعا وقانونا وإن المورث عندما منح أحد أبنائه جملة من العقارات مفصلة بعقد توثيقي أثناء حياته ، فإن ما قام به يعتبر عمك غير مشروع ، ومتى تبين من قضية الحال أن مورث الأطراف قسم أملاكه على أولاده أثناء حياته ، رغم أن التركة لا تفتتح إلا بعد موت المورث ، فإن القسمة لا تكون بين الأبناء، لأن القسمة المزعومة في قضية الحال كان يغلب عليها طابع المحاباة وتفضيل

<sup>70</sup>القرار المؤرخ في 2000/06/28، ملف 194.378، م. ق. ع. خ. غ. ع. سنة 2004، ج 2، ص 206.

أحد الأبناء على الآخرين ، ولذلك فإنها ممنوعة شرعا، وان القضاة بقضائهم كما فعلوا خالفوا الشريعة الإسلامية والقانون المدني . عرضوا قرارهم للقصور في التسبيب، مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه .

كما أن تصرف مورث الأطراف بقسمة أملاكه على أولاده ، بعقد عرفي أثناء حياته ، لا أساس له في الشريعة الإسلامية أو في القانون المدني لأنه من المقرر شرعا وقانونا أن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي<sup>71</sup> .

وبما أن قضاة الموضوع قد وافقوا على التسمية التي أقامها مورث الأطراف ، مع أن التركة لا تفتتح إلا بعد وفاة المورث طبقا للمادة 127 من قانون الأسرة ، ولذلك فإن رفض طلب الطاعنين باعتماد قضاة الموضوع على العقد العرفي لا يقوم كحجة في رفض الدعوى الأمر الذي استوجب نقض القرار المطعون فيه .

### فيما يتعلق بقسمة التركة والدفع بالصلح

إن المقرر شرعا وقانونا أن الصلح ينهي النزاع ، وإن الحكم الذي صادق على صلح تضمن مشروع قسمة ودية عن طريق خبير عقاري في 1969/07/22 بعد أن حاز كل واحد من الأطراف القطعة الأرضية الممنوحة له ، لا يعتبر من الأحكام القابلة للاستئناف ، لأنه لم يفصل في النزاع ، بل صدر حسب رغبة وإرادة الأطراف الذين وضعوا حدا للنزاع القائم بينهم ، بشأن تركة والدهم ، مفضلين الصلح الذي رغبت فيه الشريعة الإسلامية خاصة بين الأقارب ، ولذلك فإنه لا يجوز لأي واحد منهم التراجع عنه<sup>72</sup> .

**الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق القسمة .**

**أولاً : القسمة الاتفاقية .**

**(أ) للشركاء اختيار طريقة إجراء القسمة :**

يختار الشركاء الطريقة التي تتم بها قسمة المال الشائع ، إما عينا فيفرزون نصيب كل منهم عينا في المال الشائع ، و قد تكون لهذه القسمة العينية بمعدل أو بغير معدل ، كما لهم الاختيار .

أن تكون القسمة عينة كليه شامله لجميع المال الشائع . أو أن تكون جزئية فيببقون بعض المال في الشيوع و مفرزون نصيب كل منهم في المال الباقي . أو يتفقون على تجنيب جزء مفرز من المال الشائع نصيبا لأحدهم و يستمر الباقي في الشيوع فما بقي من المال بعد التجنيب .

<sup>71</sup> أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 69-70-71.

<sup>72</sup> أحمد خالدي، المرجع السابق، ص 71.

وقد يتفق الشركاء على أن تتم القسمة بطريقة الصفاء خاصة إذا تعذر قسمه المال الشائع عينا، فيبيعون كل المال أو بعضه بالممارسة إذا أجمعوا على ذلك أو في المزاد إذا اختلفوا، ويقسمون ثمن البيع كل حسب نصيبه المقابل لحصته .

وإذا اتفق الشركاء على البيع بالمزاد العلني جاز لهم حصر المزايدة فيهم فقط إذا أجمعوا على ذلك، وإذا لم يتفقوا جاز للأجانب عنهم أن يشاركوا في المزايدة، و في جميع الأحوال إذا رسا المزاد على شريك اعتبر قسمة بطريق التصفية أما إذا رسا المزاد على أجنبي اعتبر رسو المزاد بيعا لا قسمة<sup>73</sup>.  
**ب) الإجراءات القانونية في القسمة الاتفاقية للعقار.**

لما كانت القسمة عقد تسري عليا الأحكام العامة المطبقة في العقود فإن الاتفاق الوارد على قسمة عقار يجب أن يخضع لشكلية المطلوبة طبقا لمادة 324 مكرر 1 م ج . فعقد القسمة في هذه الحالة يحرره موثق، و هو من يقوم بإجرائها في غالب الأحيان . فنتم هذه القسمة بإعداد مخطط لموقع الأمكنة و هذا بالرجوع إلى مخطط مسح الأراضي لمنطقة الموجود بها العقار.

وبعد الإطلاع على وثائق الملكية الشائعة و شهادة السلبية، يقوم خبير عقاري بإعداد مشروع القسمة الذي اتفق عليه الشركاء على خمس نسخ .

فاشترط رخصة التجزئة لكل تقيم إلى قطعتين أو أكثر في ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها على أن يكون محل التجزئة هو أرض عارية و الهدف منها هو تشييد بنايه عليها.

أما شهادة التقسيم فهي وثيقة تبين إمكانية تقسيم ملكية عقارية مبنية إلى قسمين أو أكثر، وإذا كانت عمارة مجزئة فالمطلوب هنا هو إعداد جدول وصفي لتقسيم Etat descriptif دون الحاجة إلى شهادة التقسيم<sup>74</sup>.

والرخصة المسبقة سواء كانت رخصة تجزئة أو شهادة التقسيم يجب إشهارها بالمحافظة العقارية، لأن لهذا الشهر أثر قانوني وهو اختفاء وحدة عقارية وإنشاء وحدتين أو عدة وحدات عقارية جديدة، وهو ما نصت عليه المادة 28 من المرسوم التنفيذي 176/91 المتعلق بكيفية تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم .

<sup>73</sup> حسن كيرة ، الحقوق العينة الأصلية ، أحكامها ومصادرها، دار الفكر العربي، ص 194 .

<sup>74</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 91.

أما إذا كان المال المشاع عقارا فلاحيا فإن المشرع وضع قيودا على القسمة، فنصت المادة 55 من قانون التوجيه العقاري " ... لا تلحق لهذه المعاملات المختلفة، ضررا بقابلية الأرض لاستثمار ولا تؤدي إلى تغير وجهتها الفلاحية، ولا تسبب في تكوين الأراضي قد يتعارض حجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه ... " فالمشرع ويهدف حماية الوجهة الفلاحية لعقار تدخل وحد من سلطة الملاك في قسمة الأراضي الفلاحية، فنتكون هذه القسمة باطلة، وهذا متى أدت إلى إنشاء وحدات عقارية تتعارض مساحتها مع مقاييس التوجيه العقاري.

وتطبيقا لهذا المبدأ صدر المرسوم التنفيذي 97-490 والذي حدد شروط عملية تجزئة العقار الفلاحي و هي:

- أن لا يقل الجزء المفروز لأصغر نصيب عن المساحة المرجعية المحددة بالمادة 3 من المرسوم 97-490 .
- يجب أن يحصل المتقاسمين على رخصة تقيم الأراضي الفلاحية وهي رخصة تثبت قابلية الأرض الفلاحية للقسمة العينية، وتقدم هذه الرخصة من قبل مصالح مديرية الفلاحة على مستوى الولاية .
- بناء على مخطط الأمكنة ومخطط القسمة الودية وترخيص الإدارة المختصة كما سبق بيانه.
- يقوم الموثق بعد التأكد من هوية الشركاء وأهليتهم بتحرير عقد القسمة ثم يسجله ويشهره بالمحافظة العقارية للإشارة فإن شهر عقد القسمة مختلف عن شهر رخصة التجزئة أو شهادة التقسيم، فشهر عقد القسمة يهدف إلى شهر الحقوق العينية الأصلية الواردة على كل جزء مفروز مع ذكر هوية مالكة الجديد خلافا لرخصة التجزئة أو شهادة التقسيم التي يكون الهدف منها هو إنشاء بطاقة عقارية للأجزاء الجديدة لكن الملكية يبقى على الشيوخ .

### ج ) حالة وجود ناقص الأهلية غائب بين الشركاء.

حتى تكون القسمة سليمة، فإن المادة 723 ق م ج تلزم مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون، متى كان أحد الشركاء ناقص الأهلية<sup>75</sup>.

غير أن هذه المادة أغفلت الغائب، مع أن قانون الأسر يعتبره في حكم ناقص الأهلية أثناء تمثيله قانونا، كما أنها أوجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون دون ذكر هذه الإجراءات ودون ذكر القانون المقصود.

فصياغة هذه المادة تمت بأسلوب عام . الأمر الذي جعل فهمها صعب فهي منقولة من القانون المصري والقانون المطبق في مصر في مثل هذه الحالات هو قانون الولاية العامة<sup>76</sup>. فبينت الإجراءات المتبعة حماية للقصير ومن في حكمهم .

<sup>75</sup> المادة 723 قانون مدني الجزائري

<sup>76</sup> توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، المكتبة القانونية، ص 224 .



على خلاف هذا فإن قانون الأسرة الجزائري جاء خاليا من هذه الإجراءات ، ونص على الإجراءات التي فرضها القانون على الولي أو الوصي أو المتقدم و هو الحصول على الإذن المسبق من القاضي في كل تصرف يتعلق ببيع العقار أو قسمته ، طبقا للمادة 89 قانون الأسرة بالنسبة للولي، والمادتين 95 و 100 فيما يتعلق بالمقدم مقام الوصي، غير أن هذا القانون لم يحدد القاضي المختص بمنح الإذن في مثل هذه الحالات ، فهل هو قاضي شؤون الأسرة ، أم رئيس وإذا حاولنا إعطاء تفسير لنص المادة 88 من قانون الأسرة ، وإسقاطه على حالة القسمة الاتفاقية ، سنخلص إلى أن هذه القسمة تخضع إلى رقابة رئيسي المحكمة ، إذ أنه المخول بمنح الإذن ، باعتبار ذلك يدخل ضمن اختصاصاته الولائية التي تهدف إلى مراعاة مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب .

فإذا حصل اتفاق مبدئي على القسمة بين الشركاء والسر القانوني ناقص الأهلية أو الغائب ، فإن على هذا الأخير أن يتصل برئيس المحكمة ويعرض عليه الأمر فإذا كانت القسمة غير ضارة بمصلحة ناقص الأهلية أو الغائب ، يأذن رئيس المحكمة مبدئيا للممثل القانوني بأن يباشر مع الشركاء إعداد مشروع قسمة بواسطة خبير عقاري معتمد .

وبعد إنجاز مشروع القسمة يعيده إلى رئيس المحكمة فيصادق على التقرير إذا رأى أنه يراعي مصلحة ناقص الأهلية أو الغائب ، ويمنح الإذن لهذا المصل القانوني حتى يتم أفرغ تقرير القسمة في عقد رسمي أمام الموثق طبقا لقانون .

ومن المستحسن أن يقوم رئيس المحكمة بالاطلاع على العقد النهائي للقسمة لمراقبة مدى تطابقه مع التقرير التقني الذي صادق عليه ، وهي رقابة لاحقة .

غير أن المشرع نص صراحة في المادة 181 من قانون الأسرة على وجوب أن تكون القسمة قضائية في التركات ، متى وجد قاصر بين الورثة .

هذا النص لم يحسم مسألة القسمة الواجبة الإلتباع بصفة كلية ، حتى وإن كان أحد الشركاء ناقص الأهلية أو من في حكمه ، مما يجعل الممثل القانوني يتبع الإجراءات المذكورة أعلاه ، وهذا على اعتبار أنه ليس كل مشاع مصدره شركة .

أو يفهم من باب أولى وجوب إجراء القسمة عن طريق القضاء حتى وإن كان المال الشائع ليس شركة ، على اعتبار أن كل شركة هي شيوخ .

هذا ما جعل المحاكم تختلف في تطبيقاتها لمثل هذه الحالات .

## د) الطعن في القسمة الاتفاقية .

لأن القسمة الاتفاقية عقد تسري عليه أحكام سائر العقود فإن أوجه الطعن فيها هي نفس أوجه الطعن المطبقة على سامر العقود. فيطعن فيها بالبطلان المطلق ، كما إذا اتفق الورثة على قسمة تركة مستقبلية أي قبل وفاة مورثهم ، هنا يجوز لكل ذي مصلحة أن يطعن فيها بالبطلان.

وقد يطعن في القسمة الاتفاقية إذا كان المال المراد قسمته مخالفا للنظام العام طبقا للمادة 96 ق م ج كأن يكون هذا المال بضاعة محظورة حضرا مفلتا في النظام القانوني.

وقد يطعن فيها بالإبطال لنقص الأهلية ، كأن يكون أحد الشركاء ناقص الأهلية أو غائب ولم تراعى الإجراءات التي سبق ذكرها.

كذلك يمكن الطعن في القسمة الاتفاقية بالإبطال لعيب من عيوب الإرادة ، فإذا شاب إرادة أحد الشركاء أو جمع منهم عيب من عيوب الإرادة كالغلط ، كان لذوي الشأن أن يطلبوا إبطال القسمة للغلط ، كما لو وقع الشركاء مثلا في غلط جوهري في قيمة عين من أعيان الأموال الشائعة ، بأن قدرت قيمتها بأقل من القيمة الحقيقية أو بأكثر منها إلى حد أثناء القسمة بأكثر من قيمتها طب

إبطال القسمة الاتفاقية للغلط ، كما يجوز لشركاء الآخرين إذا قدرت قيمة هذه العين بأقل من قيمتها. طلب إبطال القسمة للغلط كذلك<sup>77</sup>.

ويجوز طلب إبطال القسمة الاتفاقية لتدليس أو إكراه أو لغبن ، غير أن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع المصري خصص للغبن أحكاما خاصة في حاله فسمه المال الشائع بالتراضي خلافا للغبن المنصوص عليه في القواعد العامة ، كما أفرد أحكاما خاصة تحكم سير الدعوى ورتب آثارا خاصة لهذا النوع من الغبن .

## ثانياً : القسمة القضائية .

### أ)- الخصوم في دعوى القسمة .

تنص المادة 724 من ق م ج<sup>77</sup> إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة .

فإذا لم يجمع الشركاء في الشيوخ على القسمة الاتفاقية ، جاز لأي منهم أن يرفع دعوى القسمة على باقي الشركاء وفي هذا الصدد صدر القرار رقم 47222 بتاريخ 1988/12/07 عن المجلس الأعلى سابقا، وأهو ما جاء في حيثياته<sup>77</sup> إن اختلاف الشركاء في قسمة المال يلزم من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، ولما صادق قضاة الاستئناف على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون

<sup>77</sup>المواد 92 إلى المادة 104 قانون مدني جزائري.

الآخرين ، دون أن يدخلوا في خصام جميع ذوي الحقوق ، فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا المادة 724 ق م يستوجب نقض القرار<sup>78</sup>.

الظاهر من هذه المادة أن دعوى القسمة لا ترفع إلا من شريك على باقي الشركاء غير أنه يوجد أشخاص آخرين يمكنهم رفع دعوى القسمة متى كانت ليهم مصلحة قانونية .

## 1- الشركاء في الشيووع .

كل شريك يريد الخروج من حالة الشيووع يجوز له رفع دعوى القسمة ويكون المدعى عليهم في هذه الحالة باقي الشركاء فجميع الشركاء خصوم في دعاوى القسمة ، وفي حالة ما إذا رفعت الدعوى على بعض الشركاء دون البعض جاز لمدعي إدخالهم في الخصومة ، كما يجوز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة .

وإذا أغيا اختصاص بعض الشركاء في الشيووع فإن الحكم الصادر لن يكون حجة عليهم وما على هؤلاء الشركاء إلا أن يعترضوا بطريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقاً للمادة 191 وما يليها من ق إ م ، كما أنه ليس للخصوم أن يدفعوا بعدم نفاذ الحكم بحجة أنا يوجد من الشركاء من لم يختصم في هذه الدعوى فالشركاء المتخلفين عن الخصومة هم وحدهم الذين يتمسكون بعدم نفاذ الحكم في حقهم<sup>79</sup> .

و إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة لأجنبي، فإن صفة الشريك في الشيووع تكون لهذا المشتري ما دام قد انتقلت إليه ملكية الحصة الشائعة قبل تمام القسمة ، وبالتالي يكون لهذا المشتري صفة المدعي أو المدعى عليه في دعوى القسمة ، أما إذا كان المال الشائع عقاراً فإن المشتري لحصة شائعة لا يصبر شريكاً، حتى يشهر عقد البيع فتنتقل إليه الملكية طبقاً للمادة 793 ق م ج .

أما إذا اشترى أجنبي جزءاً مفرزاً من المال الشائع . فإن هذا الشراء لا ينفذ في حق سائر الشركاء وهو لا يعتبر شريكاً في الشيووع و بالتالي فلا يكسب الصفة لرفع دعوى القسمة ، ولا يصح اختصاصه فيها غير أنه يمكنه رفع دعوى القسمة طبقاً لقواعد الدعوى غير المباشرة وهذا باعتباره داننا لشريك، وهو ما يأتي بيانه

## 2- دائني الشركاء.

تنص المادة 729 ق م "لدائني كل شريك أن يعارضوا في أن تتم القسمة عينا أو أن يبيع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم وتوجه المعارضة إلى كل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا من عارض من

<sup>78</sup>المجلة القضائية، سنة 1990، العدد الثاني، ص 26.

<sup>79</sup>عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 8، المرجع السابق ، ص 913.

الدائنين في جميع الإجراءات ، وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم .يجب على كل حال إدخال الدائنين السيدة حقوقهم قبل رفع دعوى القسمة .

أما إذا تمت القسمة فليس للدائنين الذين لم يدخلوا فيها أن يطعنوا فيها إلا في حالة الغش .<sup>80</sup> و تنص المادة 189ق م ج "لكل دان ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين إلا ما كان منها خاصا بشخصه أو غير قابل لحجز ولا يكون استعمال الدائن لحقوق

مدينه مقبولا إلا إذا اثبت أن المدين امسك عن استعمال هذه الحقوق ، وأن هذا الإمساك مذ شأنه أن يسب عسره أو زيد فيه ولا يجب على الدائن أن يكافأ مدينها بمطالبة حقها غير أنه لا بد أن يدخله في الخصام ". طبقا لهذه المواد فإن لدائني الشريك استعمال ما يبيحه القانون في سبيل

حماية حقوقهم ، فالمشرع قدر أن للدائنين مصلحة جدية في أن يتدخلوا في إجراءات القسمة لحماية أنفسهم من تواطؤ يتحمل وقوعه بين الشركاء. والدائنون هنا هم دائني الشركاء أو كل شريك سواء كان الدائن ذا حق شخصي أو حق مقيد و يستوي أن يكون الحق واقعا على المال

الشائع المراد قسمته أو واقعا على غيره من أموال الشريك ، فالدائن على هذا النحو يعنيه أن تتم القسمة دون الإضرار بمصالحه كأن يتفق الشركاء على أن يختص الشريك المدين بحصة عينية تقل عن نصيبه الحقيقي ثم يكمل نصيبه نقدا فيسهل للمدين تهريبها و يصعب على الدائنين الوصول إليها أو كأن يباع المال الشائع بالمزاد واقتصاره على الشركاء فقط الشيء الذي قد يجعل المزاد ضئيل و غيرها...

فإذا علم الدائن أن لمدين حصة في المال الشائع و كان الشيوخ على وجه الانقضاء بالاتفاق على القسمة ، جاز لهذا الدائن طلب التدخل في إجراء القسمة كمرقب فقط ، وإذا لاحظ وجود إضرار بمصالحه جاز له اللجوء إلى القضاء لطب القسمة القضائية و ذلك باستعماله طريق الدعوى الغير مباشرة .

كذلك يجوز له التدخل سواء أثناء مباشرة إجراءات القسمة القضائية ، او حتى بعد صدور الحكم فيها وهذا عن طريق اعتراض الغير الخارج عن الخصومة طبقا للمواد 380، 381و ما يليها من ق إ م .<sup>80</sup>

أما الدائنين المقيدة حقوقهم فعلى الشركاء إدخالهم في دعوى القسمة دون حاجة إلى أن يوجهوا معارضة مسبقا وهذا فتى كانت حقوقهم مقيدة قبل رفع هذه الدعوى وإلا كانت القسمة غير نافذة في حقهم إذا اثبتوا الضرر الذي لحقهم من هذه القسمة .

ولدائنين حق الرجوع على الشركاء متضامين تعويضا لضرر الذي لحقهم من جراء هذه القسمة على أساس الخطأ الذي ارتكبهه والمتمثل في عدم إدخالهم في الخصام ، كما يجوز لشركاء أن

<sup>80</sup> نبيل صقر، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، المرجع السابق ، ص 66.

يمنحوا للدائن حقه ، فلا تصبح له مصلحة في الطعن في القسمة . ثم يرجع هؤلاء الشركاء على الشريك  
المدين<sup>81</sup> .

## ب لم المحكمة المختصة بنظر دعاوي القسمة .

تنص المادة 1/724 من ق.م.ج على أنه "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع ، فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة ، وتعين المحكمة إن أرادت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته " .

### 1- الاختصاص في دعاوي القسمة .

طبقاً للمواد 37 و38 من ق.إ.م.إ فإن الاختصاص بنظر دعاوي القسمة يؤول إلى محكمة موطن أحد الشركاء وفي حالة تعددهم فمحكمة موطن أحدهم ، وهذا متى كانت الأموال الشائعة المراد قسمتها منقولة . هذا مع مراعاة أحكام المادة 39 من نفس القانون .

وإذا كانت الأموال الشائعة عقارات فإن الاختصاص بنظر دعوى القسمة يؤول إلى محكمة موقع العقار طبقاً للمادة 1/40 من ق.إ.م.إ وفي مواد الميراث باعتباره حالة شيوخ فإن الاختصاص يؤول إلى محكمة موطن المتوفى تطبيقاً للفقرة 2 من نفس المادة .

### 2- الإجراءات المتبعة أثناء سير الدعوى.

بالرجوع إلى أحكام المواد من 14 إلى 24 من ق.إ.م.إ يتضح أنه على المتقاضى رفع عريضة افتتاح الدعوى مستوفية الشروط المنصوص عليها قانوناً، كما تبليغ المدعى عليه بالتكليف بالحضور مع مراعاة الشكليات التي يتطلبها التكليف بالحضور .

بمجرد رفع الدعوى تقوم المحكمة بمراقبة صحة التكليف بالحضور ون دراسة طلبات الأطراف وأن تفحص كل الوثائق ولاسيما تلك المبينة للملكية الشائعة خاصة إذا تعلق الأمر بعقار ون تقوم المحكمة بتعين خبير لتقويم المال الشائع وإعداد مشروع قسمة ، إذا كان المشاع قابلاً لقسمة عينا أما إذا كان المال الشائع غير قابل لقسمة تمت القسمة بطريق التصفية طبقاً

غير أن الإشكال مثار حول المحكمة بعد مباشرة إجراءات دعوى القسمة بطريقة سليمة ومطابقة للقانون ، وكمثال عن هذه الحالة ، دعوى قسمة عقار لا يقع باختصاص محكمة مقر المجلس ، فهنا لا يمكن معرفة

<sup>81</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 8، المرجع السابق ، ص 943

مدى استحالة القسمة إلا بموجب تقرير خبرة ، فكيف يفصل القاضي في قضية الرجوع بعد الخبرة ؟

خاصة إذا بينت الخبرة استحالة القسمة عينا وبالتالي بيع المشاع ء فهنا نكون بصدد تصور من :

- أن يقضي القاضي بعدم اختصاصه النوعي ببيع المشاع طبقا لمادة 32 من ق .إ.م .إ. ويتند في ذلك إلى الخبرة الشيء الذي يجعله يصادق عليها قبل الحكم بعدم اختصاصه .

- أن يقضي القاضي ببيع المشاع وهذا بعد المصادقة على تقرير الخبرة ويقوم القاضي بتعين محضر قضائي لتنفيذ الحكم طبقا لإجراءات المفروضة قانونا كما يحدد ما إذا كانت المزايدة محصورة على الشركاء فقط أو مفتوحة للأجانب .

فالمحضر القضائي المعين من المحكمة له الاختصاص بتنفيذ حكمها أمام محكمة مقر المجلس ، وتبدأ بإجراءات البيع بالاتصال برئيس المحكمة المختصة بالبيع وهي محكمة مقر المجلس وي طرح عليه القضية ، وهذا بعد تشكيله لملف المتكون من الحكم القاضي بالبيع والفريضة إذا كان المشاع تركة .

ويكلف جميع الشركاء بالحضور ومعهم المحضر لإعداد قائمة التوزيع وتحديد شروط البيع ، ثم تباشر إجراءات البيع . وهو الحل السليم والبسيط والذي يسهل الإجراءات على المتقاضين .

### 3- الحكم القاضي بقسمة المال المشاع :

الشيوع هو حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني<sup>82</sup> ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية العقارية ، لكن أهمها وأكثرها عرضة على جداول المحاكم هي الميراث<sup>83</sup> ، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين تنتقل إليهم أمواله التي خلفها حال

حياته . ولخروج من حالة الشياح بطريقة القسمة القضائية<sup>84</sup> يوجب القانون على الشريك المشاع أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء بدون استثناء، فيدخلون خصوما في الدعوى تحت طائلة عدم قبولها لعدم انتظام الإجراءات . لأن القضاة في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية

ويترتب عليه حقوق ، وعليه يعد غير سديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفة الخصوم فيها وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض ، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة من تلقاء أنفسهم .

<sup>82</sup>المادة 713 من قانون مدني.

<sup>83</sup>حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 61.

<sup>84</sup> لأن القسمة قد تكون بطريقة رضائية وتسمى بالقسمة الودية .

والأصل في القسمة أن تكون عينا حيث يعطى لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع ، ولكن إذا كان هذا المال لا يقبل القسمة عينا ابتداء مكر جرار أو سيارة ، فإن القسمة تتم بطلب أحد الشركاء بيع المشاع وذلك أمام محكمة مقر المجلس القضائي إعمالا لنص المادة 1 فترة 3 . من قانون الإجراءات المدنية .

أما إذا كان المال الشائع عقارا لا يعرف ابتداء ما إذا كان غير قابل للقسمة أو قابلا لها إلا إذا بعد معاينة من طرف المحكمة أو الخبير، فإن الأمر يحتاج إلى البدء بالقسمة العينية ثم القسمة عن طريق التصفية (البيع بالمزاد العلني) في حالة استحالة قسمة العقار عينا.

وتثور مشكلة المحكمة المختصة في الأمر ببيع العقار المشاع بالمزاد العلني في حالة استحالة قسمته عينا إذ أن الكثير من محاكم الجمهورية تقضي بعد إعادة السير في النازلة (الدعوى) بعد الخبرة التي تبين استحالة القسمة العينية بعد الاختصاص النوعي تأسيسا على أن المحكمة المختصة ببيع المشاع في محكمة مقر المجلس القضائي وليست محكمة موطن العقار.

غير أن هذا القضاء لا يستند على أساس قانوني قوي ذلك أن المشرع حينما أسند بيع المال المشاع إلى محكمة مقر المجلس القضائي لم يقصد أن تكون هذه الأخيرة مختصة في قسمة المال المشاع ، وإنما قصد بيع المشاع الذي لا يتقبل قسمته ابتداء مثل السيارة ، السفينة ، الطائرة وما إلى ذلك .

# خاتمة

في نهاية دراستنا لهذا لهذا الموضوع نستنتج بعض النتائج يمكن إجمالها في ما يلي :

- 1 - إن القضاء يلعب دورا هاما في نقل الملكية العقارية بما يصدره من أحكام قضائية.
- 2 - إن أقسام الملكية في التشريع الجزائري تنقسم إلى ثلاثة أنواع ( الأملاك الوطنية ، الأملاك الخاصة و الأملاك الوقفية ) و كل منها يخضع إلى قواعد قانونية خاصة سواء من حيث الأساس القانوني الذي تقوم عليه أو من حيث الجهة القضائية المختصة بالنظر في المنازعات التي تطرحها
- 3 - هناك عدة طرق لنقل الملكية العقارية و ذلك بتوافر مجموعة من الشروط و الإجراءات المنصوص عليها قانونا و هذه الطرق هي التصرفات القانونية و الوقائع المادية للأحكام و القرارات القضائية و التقادم مع الإشارة إلى ملاحظة هامة جدا و هي التأكيد على تواريخ القوانين و تواريخ سريانها و نفاذها و تاريخ نشوء التصرف القانوني أو الواقعة المادية لأنها المرجع الأساسي لكل تصرف يتعلق بنقل ملكية العقار .
- 4 - إضافة إلى ما تم ذكره فإن الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه يعتبر سند للملكية .
- 5 - إن جميع التصرفات الواردة على العقار تخضع للشكل الذي نص عليه المشرع قانونا .

و نختم موضوعنا بمجموعة من الاقتراحات التي قد تكون ضرورية للمساهمة في حل مشكلة الملكية

العقارية في بلادنا:

- إنشاء محاكم عقارية متخصصة تتمثل مهمتها في الفصل في المنازعات المتعلقة بالقضايا العقارية .
- تعديل نصوص المواد المذكورة في الدراسة المطروحة على النحو المبين سابقا خاصة في ما يتعلق بقواعد القانون المدني ( الشفعة ) و قواعد قانون الأسرة ( الوصية ) .
- تكوين أقطاب متخصصة في المواد العقارية لأن التخصص أصبح في الوقت الراهن ضرورة حتمية و وسيلة لتكوين القضاة .



# قائمة المراجع

## المصادر :

- القرآن الكريم
- السنة النبوية الشريفة

## القوانين:

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/11/26 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 .
- القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 2008/02/25
- الجريدة الرسمية العدد رقم 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/22 .

## الأوامر:

- الأمر رقم 91/70 الصادر في 1970/12/25 المتضمن قانون التوثيق ، الجريدة الرسمية ، العدد 11 المؤرخة في 1970/12/25 .
- الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 12 ، المؤرخة في 1975/11/18 .
- الأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل ، الجريدة الرسمية ، العدد 81 ، المؤرخة في 1976/12/18 .

## المراسيم :

- المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 1976/02/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 30 ، المؤرخة سنة 1976 .

## المؤلفات:

- أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات الجديد ، الجزء 1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية .
- أحمد أبو زهرة ، أحكام التركات و المواريث ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1960 .
- أحمد خالدي ، الشفعة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2008 .
- أحمد خالدي ، القسمة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، طبعة 2008 .
- أحمد شوقي محمد عبد الرحمان ، الحقوق العينية الأصلية و الحقوق المرفعة عنه ، طبعة 1997 ، الإسكندرية .

- أحمد فراج حسين " أحكام التركات و المواريث في الفقه و القانون " دار المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة 1999 .
- أنور طلبة ، الشفعة و التحايل لإسقاطها ، المكتبة القانونية ، الطبعة 2004.
- بن شويخ الرشيد ، الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، الطبعة 1 ، سنة 2008 .
- بكوش يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، المؤسسة الوطنية للكتاب .
- بلحاج العربي " أحكام التركات و المواريث " ديوان المطبوعات الجامعية ، المطبعة الجهوية لوهران ، الطبعة 2007.
- بلحاج العربي " الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري " الجزء 2 دار المطبوعات الجامعية .
- بوشهدان عبد العالي ، إجراءات التنفيذ ، وفق قانون الإجراءات المدنية الجزائري .
- توفيق حسن فرج ، الحقوق العينية الأصلية ، المكتبة القانونية .
- جمال الخليل البشار " الالتصاق سبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي و القانون المدني " دار الجامعة الجديدة للنشر ، الطبعة 2001.
- حسن كيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها ، الطبعة 3 ، سنة 1994 ، منشأة المعارف .
- حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها ، دار الفكر العربي .
- حسن علام ، " موجز القانون القضائي الجزائري " .
- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، طبعة 2003 .
- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، طبعة 2004 .
- حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ( عقد الشهرة – شهادة الحيازة ) ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، طبعة 2004 .
- خليل أحمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 4 ، عقد البيع ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2001 .
- رمضان أبو السعود ، شرح العقود المسماة في عقدي البيع و المقايضة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية .
- رمضان جمال كامل ، الحماية القانونية للحيازة ، دار الألفي لتوزيع الكتب ، الطبعة 1 سنة 2002 .

- زكي زكي حسين زيدان ، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الإزاريطة ، الإسكندرية . طبعة 2004.
- زهور محمد ، الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، الطبعة 1991.
- السيد عبد الوهاب عرفة ، المطول في الملكية العقارية و الدعاوى المدنية و العقارية و الأحكام الناشئة عنها و الصادرة عنها و تسجيلها ، الجزء 3 ، الإثبات ، المواصفات ، التنفيذ ، الدعاوى المدنية ، العقود و الأحكام الصادرة فيها، دار المطبوعات الجامعية ، طبعة 2004.
- سليمان المرقص ن الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة ، الجزء 3 المجلد 1 ، عقد البيع ، دار الكتب القانونية ، شتات مصر ، المنشورات صادرة ببيروت ، لبنان.
- السيد عمر التحيوي ، إجراءات الحجز و آثاره العامة في قانون المرافعات المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، طبعة 1999.
- صالح جبجيك ن الميراث في القانون الجزائري ، الطبعة الأولى 2002 ، الديوان الوطني للأشغال التربوية.
- طلعت محمد دويدار ، طرق التنفيذ القضائي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.
- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية ، دار هومة للطباعة و النشر ن طبعة 2003.
- عبد الحميد الشواربي ، أحكام التقادم في القضاء و الفقه .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 3 .
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 8 ، حق الملكية ، منشورات الحلبي الحقوقية .
- عبد الرزاق السنهوري ، أسباب كسب الملكية ، الجزء 09 .
- فتحي والي ، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة 1971.
- فتحي والي ، التنفيذ الجبري ، مطبعة جامعة القاهرة ، طبعة 1991.
- قدوش البشير ، النظام القانوني للملكية العقارية ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الطبعة الثالثة 2004.
- لحسن بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دراسة فقهية و قانونية و قضائية مقارنة ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، طبعة 2005.
- محمد العمراني ، الميراث في الفقه الإسلامي وفقا لقانون الأسرة الجزائري ، المؤسسة الوطنية للنشر.
- محمد حسين التنفيذ القضائي و توزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية الجزائري ، مكتبة الفلاح ، الطبعة 2 ، سنة 1984.

- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، منشأة الكتب الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 2000.
- محمد حسين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ، سنة 2006.
- محمد عزمي البكري ، قسمة المال الشائع ، أحكام دعوى الفرز و التجنيب ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثالثة ، سنة 1994.
- محمد علي أمين ، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ، دار المعارف للنشر و التوزيع ، طبعة 2007.
- محمدي فريدة ، الحيازة و التقادم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، طبعة 2009.
- محمودي عبد العزيز ، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري ، فصر الكتاب ، البليدة ، الطبعة 2008.
- محمد تقيّة ، الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، المؤسسة الوطنية للكتاب .
- مصطفى جمال ، نظام الملكية ، دار الفتح للطباعة و النشر.
- نبيل صقر ، تصرفات المريض مرض الموت ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر ، سنة 2008.
- وناس علي ن النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالشهر العقاري ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، الطبعة 2007.
- نبيل صقر ، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى عين مليلة ، الجزائر، سنة 2008.
- نبيل إسماعيل ، الوسيط في التنفيذ الجبري لأحكام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2000.

## المجلات القضائية:

- المجلة القضائية سنة 2009 ، العدد الثاني .

## البحوث و المقالات:

- عمار روانية ، مستشار بالمحكمة العليا ، مقال تحت عنوان " التقادم المكسب " منشور في المجلة القضائية ، الجزء الثاني .
- الغوثي بن ملحة ، الحجز العقاري ، بحث منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، قسم الوثائق ، المحكمة العليا ، سنة 2004.
- ليلي زروقي ، الحجز العقاري ، المجلة القضائية ، سنة 1997 ، العدد الثاني .

## قائمة المختصرات

- ق . م . ج : القانون المدني الجزائري .
- ق . أ . ج : القانون الأسرة الجزائري .
- ق . إ . م . إ : قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
- م : المادة .

## الفهرس

01	مقدمة :
	<b>الفصل الأول : الانتقال الناتج عن وقائع مادية</b>
04	المبحث الأول : انتقال الملكية العقارية عن طريق الشفعة و الميراث
04	المطلب الأول : الشفعة
04	الفرع الأول : تعريف الشفعة و شروطها
04	أولاً : تعريف الشفعة في القانون المدني الجزائري
	ثانياً : التكيف القانوني للشفعة
06	05 ثالثاً : أركان الشفعة
18	رابعاً : شروط الأخذ بالشفعة
20	خامساً : موانع و مسقطات الشفعة
23	الفرع الثاني : إجراءات الحكم بالشفعة
	أولاً : الإنذار الرسمي
26	23 ثانياً : التصريح بالإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة
29	ثالثاً : إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق
30	رابعاً : آثار الشفعة
31	خامساً : كيفية رفع دعوي الشفعة و ميعادها
37	سادساً : الحكم بالشفعة
41	المطلب الثاني : الميراث
41	الفرع الأول : مفهوم الميراث و شروطه
41	أولاً : تعريف علم الميراث و التركة
42	ثانياً : أركان الميراث
43	ثالثاً : أسباب الميراث
45	رابعاً : شروط الميراث
47	خامساً : موانع الميراث
50	الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية عن طريق الميراث
50	أولاً : افتتاح التركة
50	ثانياً : وقت انتقال التركة إلى الورثة و حماية حقوق الدائنين
51	ثالثاً : شهر حق الإرث
56	المبحث الثاني : انتقال الملكية العقارية عن طريق الالتصاق و الحيابة
56	المطلب الأول : الالتصاق أو الالتحاق
56	الفرع الأول : ماهية الالتصاق
56	أولاً : تعريف الالتصاق
57	ثانياً : التكيف القانوني للملكية الناشئة عن الالتصاق
58	ثالثاً : شروط الالتصاق
59	رابعاً : صور الالتصاق

65	الفرع الثاني : إجراءات اكتساب الملكية العقارية عن طريق الالتصاق
65	أولاً : حكم الالتصاق الطبيعي
66	ثانياً : حكم الالتصاق الصناعي
69	المطلب الثاني : الحيازة
69	الفرع الأول : مفهوم الحيازة و شروطها
70	أولاً : تعريف الحيازة
70	ثانياً : عناصر الحيازة
77	ثالثاً : أنواع الحيازة
78	رابعاً : شروط الحيازة
82	خامساً : انتقال الحيازة
83	سادساً : زوال الحيازة
85	الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الحيازة
85	أولاً : الشروط المتعلقة بالحق ( المتعلق بالعقار )
86	ثانياً : الشرط المتعلق بالمدة
91	ثالثاً : التمسك بالتقادم المكسب بالالتجاء إلى القضاء
93	رابعاً : التمسك بالتقادم المكسب عبر إعداد عقد الشهرة

## الفصل الثاني : الانتقال الناتج عن وقائع قانونية

107	المبحث الأول: انتقال الملكية العقارية عن طريق الوعد بالبيع و البيع بالمزاد العلني
107	المطلب الأول : الوعد بالبيع
107	الفرع الأول : تعريف و شروط الوعد بالبيع
107	أولاً : تعريف الوعد بالبيع و تكوينه
111	ثانياً : شروط صحة الوعد بالبيع و لآثاره
114	الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق الوعد بالبيع
114	أولاً : في القانون المدني الجزائري
114	ثانياً : الحكم بالوعد بالبيع
115	المطلب الثاني : البيع بالمزاد العلني
115	الفرع الأول : تعريف البيع بالمزاد العلني و شروطه
115	أولاً : تعريف المزايمة و أقسامها

117	ثانياً : شروط المزاد العلني ( الحجز على العقار )
130	<b>الفرع الثاني : إجراءات انتقال ملكية العقار بواسطة البيع بالمزاد العلني</b>
130	أولاً : إعداد العقار للبيع و عوارضه
138	ثانياً : إجراءات المزايدة العلنية و حكم رسو المزاد
147	<b>المبحث الثاني : انتقال الملكية العقارية عن طريق الوصية والقسمة</b>
147	<b>المطلب الأول : الوصية</b>
147	<b>الفرع الأول: مفهوم الوصية وشروطها</b>
147	أولاً: تعريفه الوصية
151	ثانياً: أركان الوصية وشروطها
161	ثالثاً: الوصية الواجبة
165	رابعاً: مبطلا الوصية
169	<b>الفرع الثاني : إجراءات اكتساب الملكية العقارية عن طريق الوصية</b>
169	أولاً: إثبات الوصية
172	ثانياً: التسجيل
173	ثالثاً : الشهر
176	رابعاً : تنفيذ الوصايا وتزاحمها
178	<b>المطلب الثاني : القسمة</b>
178	<b>الفرع الأول : مفهوم القسمة وشروطها</b>
178	أولاً: تعريف القسمة
180	ثانياً: حق طب القسمة وتقييدها
182	ثالثاً : أنواع القسمة
190	<b>الفرع الثاني : إجراءات انتقال الملكية العقارية عن طريق القسمة</b>
190	أولاً : القسمة الاتفاقية
195	ثانياً : القسمة القضائية
201	خاتمة :
202	قائمة المختصرات :
203	قائمة المراجع :