



جامعة العربي التبسي - تبسة -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص قانون عقاري

بعنوان :

طرق اكتساب الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة

إشراف الأستاذة:

مراحي ريم

إعداد الطالب:

رزقي علاء الدين

جامعة العربي التبسي - تبسة
Universite Larbi Tébessi - Tebessa

أمام لجنة المناقشة المكونة من :

رئيسا	- أستاذ محاضر قسم - ب -	مراد عزاز
مشرفا و مقررا	- أستاذة محاضرة - أ -	مراحي ريم
ممتحنا	- أستاذة محاضرة - ب -	حداد فاطمة

السنة الجامعية : 2023/2022



جامعة العربي التبسي - تبسة -
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص قانون عقاري

بعنوان :

طرق اكتساب الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة

إشراف الأستاذة :

مراحي ريم

إعداد الطالب :

رزقي علاء الدين

جامعة العربي التبسي - تبسة
Universite Larbi Tébessi - Tébessa

أمام لجنة المناقشة المكونة من :

رئيسا	- أستاذ محاضر قسم - ب -	مراد عزاز
مشرفا ومقررا	- أستاذة محاضرة - أ -	مراحي ريم
ممتحنا	- أستاذة محاضرة - ب -	حداد فاطمة

السنة الجامعية : 2023/2022

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية عما

يرد في هذه المذكرة من آراء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أَقْرَأَ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) أَقْرَأَ وَرَبُّكَ
الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5)

صدق الله العظيم

سورة العلق، الآية من 1 إلى 5.

شكر و عرفان

قال رسول الله صل الله عليه وسلم من لا يشكر الناس لا يشكر الله

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذة المشرفة مراحى ريم التى احتضنت هذا البحث بفكرة بسيطة حتى استوى قائما بحثا متواضعا كما نشكر جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية وخاصة أساتذة تخصص القانون العقارى ولا ننسى تقديم خالص الشكر لكل من ألف بإسهاب حول موضوع طرق اكتساب الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة

كما أتقدم بأسمى معانى التقدير و الاحترام إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الأفاضل على تفضلهم بقبول مناقشة هذا العمل المتواضع و إثرائه

إهداء

أهدى ثمرة جهدي إلى من أنزل في حقها الرحمان قوله بعد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا"

إلى من جعل الله تحت أقدامها الجنة، منبع الحب والعطف والرحمة والتضحية

إلى من سقتني دفاء حنانها وعطفها، التي علمتني منح الحب والتسامح

أمي الحبيبة *

إلى أغلى شخص في حياتي، إلى صاحب القلب الطيب ومصدر سعادتي
ونجاحي، رمز العطاء والمحبة أبي العزيز إلى كل من دعمني بالقوة والعزيمة

أصدقائي

إلى كل من يحملهم قلبي ولا تحملهم هذه الورقة

علاء الدين .

قائمة المختصرات

ج = الجزء

د.ط = دون طبعة

ص = صفحة

ط = الطبعة

م = ميلادي

مقدمة

مقدمة

تلعب الملكية العقارية دورا هاما في صنع قواعد التنمية لأية دولة من دول العالم منذ القدم حيث حظيت باهتمام الحضارات الإنسانية قديما وحديثا، وان درجة وقوة وهيمنة الدول كانت تقاس بمدى توسع رقعتها الجغرافية وامتدادها الإقليم ويعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية وذلك تماشيا مع التطور التاريخي، ولم يعد مرتبطا بالشخص الطبيعي، بل أصبح للشخص المعنوي الذي يتمتع بالسلطة العامة أيضا حقوق مالية يعترف له بها، و عليه فان قواعد و تنمية بناء الدول اصبح يحدد بمدى توسع رقعتها الاقليمية وسيطرتها على ممتلكاتها خاصة العقارية منها، ولذلك يعد العقار قطاعا استراتيجيا هاما لأنه غالبا ما يرتبط بالجانب الاجتماعي و الاقتصادي والسياسي، لذا نظمه المشرع بكل عناية الأهمية التعامل فيه، و لكون النظام العقاري مرتبط بالنظام السياسي لأن علاقة السياسة بحق الملكية علاقة تبعية.

فطرق كسب الملكية العقارية للدولة تعبير من أهم وسائل تكوين الأملاك الوطنية الخاصة الشيء الذي يجعل دراسة هذا الموضوع يكتسي أهمية كبيرة نابعة من أهمية الأملاك الوطنية الخاصة، مما بلغ بالمشرع افراد نصوص قانونية وتنظيمية خاصة بها و بالأخص المواد 26 و 39 من القانون 90/30 و كذا الاحكام التنفيذية الواردة في المرسوم التطبيقي له رقم 12/427 المؤرخ في 16/12/2012 الذي يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

أولاً: أهمية الموضوع

ويكتسي موضوع الأملاك الوطنية الخاصة أهمية كبيرة وذلك لكونه يتعلق بالرصيد العقاري للدولة، لذا خصها المشرع بجملة من النصوص القانونية و التنظيمية تنظيم طرق اكتسابها وتسييرها، على أنها تمثل حجما معتبرا في الاملاك الوطنية مقارنة مع حجم الأملاك الوطنية العمومية، وذلك بالنظر لكثرة النوع الذي يميزها، لكونها تضم أصناف مختلفة من الأملاك بحسب طبيعتها ، وبالتالي أصبحت الأملاك الوطنية الخاصة

المجال الخصب لاستقبال مختلف النشاطات الاقتصادية من أجل تحقيق مشاريع النفع العام ، ومن هنا التفت الحاجة إلى اختيار دراسة موضوع طرق اكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة، لكونها تحمل اليوم رصيذا كبيرا وهاما من نشاط الإدارة لانفرادها بامتيازات السلطة العامة في مجال اتخاذ القرارات و إبرام العقود المتعلقة بعملية إدارة وتسيير هذا النوع من الأملاك، كما تبرم الإدارة في بعض الأحيان عقود مع الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص على قدم المساواة مجردة من كل الامتيازات التي تمنحها إياها السلطة العامة.

ثانيا : أسباب اختيار الموضوع

لقد دفعتني لاختيار الموضوع جملة من الأسباب الموضوعية و الذاتية أهمها:

1- الأسباب الموضوعية :

- الأهمية التي تكتسيها الملكية العقارية الخاصة في الحياة العملية
- الاهتمام المتزايد من الدولة مؤخرا بالملكية العقارية و الآليات التي استحدثتها من أجل إثبات الملكية العقارية الخاصة .
- الجمع بين المعلومات المتناثرة و تنظيمها في حلة جديدة و محاولة التقليل من معاناة الباحث و تعبه و كسب الوقت .

2- الأسباب الذاتية :

- اقتناعنا بأهمية الموضوع القانونية و العملية .
- رغبتنا الشخصية في اقتحام هذا المجال الدقيق الذي ظل فترة زمنية طويلة حكرا على أهل الاختصاص سواء كانوا رجال قانون أو موثقين أو الدارسين له .

ثالثا : أهداف الدراسة

فهدف دراستنا لموضوع طرق اكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة هو البحث و التوصل إلى معرفة الطرق والكيفيات و الاجراءات التي تكتسب بها الدولة الأملاك العقارية من اجل تكوين الأملاك الوطنية الخاصة، كما تهدف الدراسة أيضا إلى التوصل إلى تحديد و معرفة النظام القانوني الذي يحكمها في التشريع الجزائري.

رابعا : صعوبات الدراسة

من الصعوبات التي اعترضتنا في البداية و أثناء هذا البحث هي قلة المراجع المتخصصة و الدراسات المعمقة لموضوعنا بصفة خاصة و للقانون العقاري بصفة عامة، وحتى يتسنى لنا إعطاء هذا البحث حقه أو بالأحرى جزء من حقه أن صح التعبير اعتمدنا على المراجع التي وقفنا إلى توفيرها بسعي منا لعرض دراستها وتحليلها من أجل استخلاص ما يهمننا منها لاستجلاء هذا البحث.

خامسا : الدراسات السابقة

فيما يتعلق بالدراسات السابقة حول موضوع طرق اكتساب الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة فلا توجد هناك دراسات بهذا العنوان على وجه الدقة ، أما فيما يخص طرق اكتساب الأملاك العقارية العمومية بوجه عام نجد أن هناك دراسات تناولت هذا الموضوع تتمثل أساسا فيما يلي :

- 1- الدكتوراه : محمد زغداوي ، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية في القانون الجزائري ، المفهوم و الإجراءات ، أطروحة الدكتوراه في القانون العام ، كلية الحقوق ، جامعة قسنطينة 1998 .

2- مذكرة ماجستير للباحث خالدي أحمد بعنوان : " القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة و المقررة للمصلحة العامة – في التشريع الجزائري" حيث تطرق فيها الباحث للقيود الواردة على الملكية العقارية فقط.

3- آسيا حميدوش ، طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة على ضوء قانون الأملاك الوطنية رقم 30/93 ، مذكرة ماجستير في الحقوق ، قسم قانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية ، 2009 ، 2010

- طرق الاقتناء التي تخضع للقانون الخاص: العقد، التبرع، التبادل، التقادم، الحيازة.

سادسا : الإشكالية

بناء على ما سبق فإن الإشكالية التي يمكن طرحها و من ثم معالجتها تتمثل أساسا في :
- ما هي الطرق و الإجراءات التي تكتسب بها الدولة الاملاك العقارية الخاصة التابعة لها؟ ، و ما هي الإجراءات و الكيفيات و الأحكام القانونية المعتمدة في طرق اكتساب هذه الأملاك

و ما هو النظام القانوني الذي يحكمها ؟

سابعا : المنهج المتبع

و لدراسة موضوع البحث اعتمدنا المنهج الوصفي و ذلك من خلال وصف الظواهر و تفسيرها و الوصول إلى أسبابها و العوامل التي تتحكم فيها ، إضافة إلى القراءة التحليلية للنصوص و التنظيمات القانونية المعتمدة في هذا البحث ، إضافة إلى استعمال المنهج الاستقرائي كذلك ، و كذا المنهج المقارن و التاريخي في بعض جوانب البحث و ذلك من خلال المراجع القانونية و الفقهية المعتمدة في هذه المذكرة .

و في سبيل الإحاطة بالموضوع و ذلك بالإجابة عن الإشكالية السابقة اعتمدنا على

الخطة الثنائية المكونة من فصلين تتركز على المحاور التالية :

الفصل الأول : اكتساب الأملاك العقارية بالطرق العادية

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية بالطرق غير العادية

الفصل الأول :

طرق اكتساب الملكية العقارية
بالطرق العادية .

الفصل الأول :

طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية :

قد تلجأ الدولة في اكتسابها للأموال العقارية الخاصة إلى أساليب القانون الرضائية التي تنظمها قواعد القانون المدني بالإضافة إلى بعض النصوص القانونية الخاصة المتعلقة بالشكليات و الإجراءات و التي تستهدف بصورة خاصة تأكيد المصلحة العامة فطبقاً لأحكام المادة 26 من قانون الأملاك الوطنية قد تكتسب الدولة العقار أما عن طريق الشراء أو المبادلة و قد يوصي بالعقار أو يوهب لها من قبل مالكه عن طريق الحيازة و يتميز ضمن وسائل الإكتساب هذه نوعين اثنين يتعلق بعمليات الإكتساب بمقابل مالي و الثاني يتعلق بعمليات الإكتساب بدون مقابل مالي أو مجاني .

المبحث الأول : طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة بمقابل مالي :

المطلب الأول : عقد الشراء :

تخضع عمليات شراء العقارات أو الحقوق العينية العقارية من قبل الدولة و ذلك من حيث الشكليات و الإجراءات و الكيفيات الواجب إتباعها إلى عدد من المبادئ الهامة التي تنص عليها الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال و لا سيما تلك الأحكام التي تضمنها قانون المالية لسنة 1983 و في إطار هذا القانون منحت لمصالح الأملاك الوطنية صلاحيات و إختصاصات واسعة في متابعة عمليات شراء العقارات بإعتبارها المصلحة المؤهلة للقيام بمثل هذا العمل و تتعلق هذه الصلاحيات بوجه عام في الخبرة العقارية بتحديد القيمة التجارية للعقار المراد شراؤه و في إبداء الرأي حول ملائمة العقار و إستعماله وكذا في تحرير العقود المتعلقة بذلك و من خلال هذا المطلب سنتعرض إلى تعريف عقد الشراء.¹

¹ عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرع القانون المدني الجديد البيع ، الطبعة الثالثة دار النهضة العربية القاهرة 2011 ص 21 .

الفرع الأول : تعريف عقد الشراء :

عقد الشراء هو اتفاق على نقل ملكية عقار من يد إلى يد وعرفه الأستاذ السنهوري بأنه عقد ملزم للجانبين اذا هو يلزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكيه شيء أو حق مالي آخر ويلزم المشتري بأن يدفع مقابل ذلك ثمن نقدي ، وعرفه المشرع الجزائري عقد الشراء في مادة 351 من القانون المدني بأن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكيه شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي وطبقا للقواعد العامة فإن لعقد الشراء ثلاثة أركان الرضا والمجال السبب وعقد البيع أو شراء العقاري يقع على عقار أو حق عيني عقاري بحيث لا ينتقل بموجبه الحق أو البيع إلى المشتري ولا الثمن إلى البائع بمجرد انعقاد العقد إلى بعد استفاء الشكل أو الرسمية المنصوص عليها قانونا حيث تنص المادة من القانون المدني على أنه العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف .

الفرع الثاني : إجراءات عمليات الشراء :

نظراً لكون الدولة طرفاً مشترياً فإن ذلك يستوجب إتباع إجراءات وشكليات تستهدف بصوره جوهرية تأكيد المصلحة العامة وسد الثغرات التي قد تقود إلى بعض الانحرافات التي تهدد مصالح الدولة المالية ، هذه الإجراءات والشكليات تنظمها النصوص التشريعية والتنظيمية خاصة القانون 30 /90 المعدل والمتمم والمرسوم التنفيذي 472/12 المؤرخ 2012/12/16 التي تحدد شروط و كفايات إدارة وتسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة حيث نصت المادة 94 من هذا الأخير على أن عملية الشراء تتم وفقاً للأشكال والكفايات المنصوص عليها في المواد 91.91 مكرر 02 من القانون 30/90 المعدل والمتمم .

حيث أكد التعديل الجديد لقانون الأملاك الوطنية في المواد المذكورة أعلاه على الدور الإستشاري والرقابي للإدارة المكلفة بالأملاك الوطنية حيث أصبح التصرف في العقارات والحقوق العقارية والمحلات التجارية من طرف مصالح الدولة والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها لا تتم إلا بعد أخذ رأي إدارة أملاك الدولة فنصت المادة

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

91 مكرر على أنه لا يجوز القيام بالعمليات الآتية إلا بعد أخذ رأي الإدارة المكلفة بالأمالك الوطنية فيما يخص طلبات البائع أو المؤجر ووفق شروط والكيفيات المحددة عن طرق التنظيم .

- شراء العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية محل متابعة من طرف مصالح الدولة أو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها....

إضافة إلى الدور الإستشاري والرقابي نصت المادة 91 مكرر 01 على دور تقدير القيمة التجارية كمحل الشراء بصفقتها خبير الدولة حيث نصت المادة على أنه تختص الإدارة المكلفة بأمالك الدولة بعملية تركيز و مراقبة للعناصر المخصصة لتحديد القيمة التجارية أو القيمة الإيجارية للعقارات المتوقع شراءها أو ايجارها من طرف مصالح الدولة و المؤسسات العمومية المذكورة في المادة السابقة ، و على الإدارات المالية التابعة للدولة أو تبلغ الإدارة المكلفة بأمالك الدولة كل المعلومات و الوثائق التي تحوزها بشأن الخواص لكن تمكنها من تحديد القيمة المذكورة في الفقرة السابقة .

و نصت المادة 151 من قانون المالية لسنة 1983 على أنه يستوجب على جميع الإدارات المالية تقديم المساعدة للحصول على هذه القيمة و أضافت المادة 156 من نفس القانون على أنه لرئيس مصلحة أملاك الدولة كل الصلاحيات في اتخاذ القرار بالشراء و تحديد القيمة الشرائية أو الإيجارية و توضيح ما إذا كانت هناك حالة أو ضرورة تقويم جديد و في حالة التأخير في إتمام العملية خلال شهرين (02) ابتداء من تاريخ تقديم الطلب للشراء و في حالة التأخير يحق للهيئة أن تطلب الترخيص بقرار من وزير المالية بالبدء أو مباشرة العملية مع العلم بأن الجهة الطالبة للشراء في حالة قبولها الثمن الذي يزيد عن القيمة المحددة من طرف إدارة أملاك الدولة يجب عليها طلب ترخيص من طرف الوزارة المعنية¹.

أسيا حميدوش ، طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة على ضوء قانون الأملاك الوطنية رقم 30/93 .¹

المطلب الثاني : عقد المبادلة :

المبادلة عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين أن ينقل للآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود و من الإشكاليات التي أثرت على الصعيد التطبيقي بشأن المبادلة .

الفرع الأول : تطبيق أحكام الرسمية على عقد المبادلة :

الكثير من عقود مبادلة العقارات التي تقدم للمناقشة أمام المحاكم ترد في شكل عرفي خاصة بالنسبة للأراضي الزراعية في المناطق الريفية لكن المحاكم تتصدى لها بالرفض (و هي محقة في ذلك) لعدم إفراغها في قالب توثيقي .

تأسيسا على نص المادة 415 من القانون المدني التي أكدت على أنه تسري أحكام عقد البيع على عقد المبادلة إذا يعتبر كل متقايبض بائعا للشيء الذي كان مملوكا له و قايبض به و مشتريا في نفس الوقت ذاته للشيء الذي كان مملوكا للطرف الآخر و قايبض هو عليه بما أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة الرسمية و بالتالي وجوب إثباته بعقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية عملا بنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري الذي نصت أنه (يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري) .

الفرع الثاني : مبادلة المساكن التابعة لديوان الترقية و التسيير العقاري :

بعد الأفراد المتحصلين بموجب عقود إيجار على سكنات تابعة لديوان الترقية و التسيير العقاري ، يقومون بعملية تبادل بهذه المساكن دون الحصول على إذن صريح من لجنة منح السكن و قد كان موقف المحكمة العليا من هذه التصرفات في القرار رقم 54.853 المؤرخ في 1989/12/04 مجلة قضائية 1991 عدد 02 ص 131 (من المقرر قانونا بالمرسوم رقم 147/76 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن تنظيم علاقات الإيجار بين

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

ديوان الترفيه و التسيير العقاري و المستأجرين أن التبادل أو التخلي عن المساكن المملوكة للدولة يخضع للموافقة الصريحة للهيئة المسيرة.¹

و من ثم فإن النهي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير مؤسس و لما كان من الثابت في قضية الحال أن عملية التبادل للسكنيين المملوكين للدولة تمت بدون الموافقة الصريحة للهيئة المسيرة و أن قضاه الموضوع بقرارهم الراض لهذه العملية أصاب في تطبيق القانون.²

المبحث الثاني : طرق اكتساب الملكية العقارية الخاصة بدون مقابل مالي

المطلب الأول : التبرعات و الحيازة

الفرع الأول : عقد الهبة

تعريف عقد الهبة:

الهبة عبارة عن عقد يبرم بين شخص يسمى الواهب الذي يتبرع بماله إلى شخص آخر يسمى الموهوب له بدون مقابل .

وطبقا للمادة 206 من قانون الأسرة تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات و الإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات .

أركان عقد الهبة و شروطها :

الهبة عقد شأنه شأن العقود الأخرى لكي يبرم صحيحاً لابد أن تتوفر فيه أركانه و شروط صحته .

حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ص 26-27 .¹

مرجع سابق ص 28 حمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة و الوصية و الوقف .²

شروط الانعقاد :

نصت المادة 206 من قانون الأسرة (تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات و إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة .

1/ تطابق الإيجاب و القبول يستفاد من نص المادة 206 من قانون الأسرة المشار إليها أعلاه أنها أكدت بصريح العبارة على حتمية إنعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب و قبول من الموهوب له و هذا عكس الوصية التي يعد الركن الوحيد فيها هو الإيجاب الذي بصوره تنبرم الوصية باعتبارها تصرف صادر من جانب واحد.¹

2/ **الحيازة :** و يقصد بها تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحب الحق و بن يتسنى ذلك إلا بتسليم المال الموهوب إلى الموهوب له

و عليه يستنتج من صياغة المادة 206 من قانون الأسرة (تنعقد الهبة..، و تتم بالحيازة) أن التشريع الجزائري يعتبر الحيازة ركن في الهبة على غرار ما ذهب إليه بعض التشريعات المقارنة مثل قانون الموجبات و العقود اللبناني (المادة 509) و القانون المدني العراقي (المادة 603) حيث أن الهبة في هذين التشريعين لا تتم إلا بالقبض (التسليم) إذا التسليم فيهما ركن في الهبة لا إلترام يقع على عاتق الواهب . و هو ما يستشف من قرار المحكمة العليا الصادر في 09/04/1969 المنشور بالنبشرة السنوية لسنة 1969 ص 285: (يستوجب نقض و إبطال القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم الحيازة فيها و ذلك لأن الهبة شرعاً تلزم بالقول و تتم بالجواز .

و عليه فعل القاضي عند الطعن يبطلان عقد الهبة لإنتقاء ركن الحيازة أن لا يكتفي بالعبارة الدارجة التي ترد في العقود التوثيقية المتمثلة في انتقال الحيازة إلى الموهوب له

1 عقود التبرعات الهبة ، الوصية ، الوقف ، حمدي باشا عمر دار العمومة الجزائر 2004 ، ص8 .
نقل الملكية العقارية حمدي باشا .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

من يوم تحرير العقد بل يجب عليه أن يتحقق من حصول الحيابة الفعلية و هو ما كرّسته المحكمة العليا في القرار الصادر في 1986/02/24 تحت رقم 50 651 «غير منشور» « من المقرر شرعاً في أحكام الشريعة الإسلامية أن حيابة الموهوب له المال تعد شرطاً لصحة عقد الهبة و تأسيساً على ما تقدم يستوجب نقض القرار الذي يقضي بصحة الهبة استناداً على التصريح الوارد بالعقد المتمثل في انتقال الحيابة إلى الموهوب له دون التأكد من وقوع الحيابة الفعلية » .

أما بشأن «مدة الحياة» فقد أكدت المحكمة العليا في القرار رقم 121.664 المؤرخ في 1995/06/07 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1995 العدد 01 ص 111 « حيث أن قانون الأسرة لم يحدد للحيابة مدة معينة و أن قضاة الموضوع كانوا على صواب عندما قضوا بصحة هبة العقار كلياً باعتبار أن الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة و بالتالي فلا مجال لتطبيق المادة 208 من قانون الأسرة

-كيف تتم حيابة المال الموهوب ؟

تتم بوضع المال الموهوب تحت تصرف الموهوب له قصد تمكينه من السيطرة المادية عليه فإذا كان الشيء الموهوب في حيابة الموهوب له قبل الهبة بموجب عقد إيجار أو عاربه أو وديعة أو رهن حيازي أو نحو ذلك ثم تمت الهبة كان الموهوب له حائزاً فعلاً للموهوب وقت تمام الهبة و لا يحتاج إلى استيلاء جديد ليتم التسليم ، و إنما يحتاج إلى إتفاق مع الواهب على أن يبقي الموهوب في حيابته ولكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن بل كمالك له عن طريق الهبة فتتغير نية الموهوب لع في حيابته للموهوب و إن كانت الحيابة المادية تبقى كما كانت ¹.

لكن متى يتم الإستغناء عن الحيابة التي تعد ركن في عقد الهبة ؟

عقود التبرعات الهبة و الوصية و الوقف حمدي باشا عمر مرجع سابق ص 9 .¹

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

أجابت المادة 208 من قانون الأسرة على ذلك بقولها : (إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية « تغني عن الحيابة» و تحليل هذا النص يقتضي منا التمييز بين العقارات و المنقولات .

بالنسبة للعقارات : إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو في حالة ما إذا كان العقار الموهوب مشارع فإن إجراءات توثيق عقد الهبة و ذلك بصبه في قالب رسمي أمام الموثق تغني عن الحيابة .

و هو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 58.700 المؤرخ في 19/02/1990 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1991 عدد 04 ص 113 « من المقرر فقها أن الهبة تلزم بالقول و تتم بالحوز و هبة الزوجين لبعضهما يعمل بها و لو يتم الحوز » .

بالنسبة للمنقولات : إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا فإن الإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة فإذا إنصبت الهبة على السيارة مثلاً فإن الإجراءات الإدارية المتمثلة في استخراج البطاقة الرمادية تغني عن الحيابة حتى و لو لم يتم استعمالها من قبل الموهوب له و كذلك الشأن بالنسبة لهبة الأموال النقدية عندما يفتح بشأنها حساب بنكي خاص للموهوب له .

3/ شكل الهبة :

جاء في نص المادة 206 من قانون الأسرة (تتعد بالإيجاب و القبول...، و مراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات و الإجراءات الخاصة بالمنقولات) .

مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات :

و المقصود من هذه الفقرة هو توفر عنصرين أساسيين :

أ/ الرسمية في هبة العقارات : أي وجوب إفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل موثق تحت طائلة البطلان المطلق و على الرغم من أن المادة 206 من قانون الأسرة نصت في فقرتها الأخيرة على ترتيب البطلان بقولها (و إذا إختال أحد القيود السابقة

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

بطلت الهبة) لكنها أحتلتنا فضلا عن ذلك إلى وجوب مراعاة أحكام التوثيق أي أحكام الأمر 70/91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق الذي كان ساري المفعول آنذاك و الذي نص في المادة 12 منه (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم في شركة أو حصص منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي و يجب دفع الثمن لدى الموثق الذي حرر العقد ، و قد حولت هذه المادة إلى الأمر 58.75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني بموجب رقم 14.88 المؤرخ في 03/05/1988 في المادة 324 مكرر .

و عليه إذا حرر عقد الهبة على الشكل العرفي فإن مآله البطلان لا محال و هذا ما يستتشف من قرار المحكمة العليا رقم 45 371 الصادر في 20/04/1987 غير منشور من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف المادة 206 من قانون الأسرة .

ب / إحترام الإجراءات الشكلية : و القصد من الإجراءات الشكلية هو الأحكام العامة التي جاءت بها المادة 234 مكرر 2 و ما بعدها من القانون المدني و المادة 61 و ما بعدها من المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فضلا عن إتباع إجراءات التسجيل قصد تحصيل الخزينة العمومية للجانب الضريبي و شهر العقد في المحافظة العقارية حتى تنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين و إتجاه الغير .

و لا يفوتني في هذا المقام أن أشير إلى مسألة هامة بالنسبة للإجراءات الشكلية الواجب إحترامها أثناء تحرير عقد الهبة و هي « مسألة الشهادة في الهبة إذا لاحظنا من خلال الممارسة القضائية نوع من الإستخفاف بهذه المسألة على الرغم من أهميتها القصوى كما سيأتي بيانه من قبل بعض الموثقين أثناء تحريرهم لعقود الهبة أو من القضاة المكلفين بمراقبة مدى شرعية العقود التوثيقية في حالة الطعن في صحتها فضلاً عن عدم إثارة هذه النقطة القانونية من قبل الأساتذة المحامين .

إذا أن شهود العقود التوثيقية ثلاث أنواع :

1 شهود التعريف (شهود الإثبات أو شهود التأكيد) : Les témoins certificateux

الذي يضمنون هوية المتعاقدين و حضورهما في العقد ليس واجباً إلا إذا كان الموثق يجهل الهوية و الحالة و السكن و الأهلية المدنية للأطراف و يكثر اللجوء إليهم في حالة عدم حيازة طرفي العقد بطاقة الهوية و ما يثبت حالتها المدنية و الجنسية و كان الموثق لا يعرفهما و عليه يجوز للموثق تحرير العقود الرسمية مثل البيع ، الرهن ، الإيجار ... إلخ بدون حضور شهود إثبات .

2 شهود التشريف : Les témoins de honneurs

و حضورهما في العقد يكون على سبيل التشريف ليس إلا بالتالي ليس لهم أية قيمة قانونية كحضور إخوة الزوجة في عقد الزواج و امضائهم مع شاهدي العقد و الأطراف الآخرين فليس لهم دور في التعريف و لا العدل .

3 شهود العقد (شهود العدل) Les témoins instrumentaires

الشهود الذين يساهمون في إنشاء العقد و حضورهما إجباري في العقود الاحتفالية Les actes solennels كالهبة ، الوصية الوقف ، و الزواج أما شاهدي الفريضة مع المطالب بتحريرها فهي أيضا شهادة واجبة لكنها تصريحية مع المتدخل بمعرفة الهالك و وراثته بعد ذلك ، و يجب أن يكون الشهود كاملي الأهلية و لا صالح لها في الهبة ، و لا تربطهما بالموثق أو بالمتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة و أن وقف شهادة الشهود هو وقف وجود ركن العقد الاساسي و هو تبادل الإيجاب و القبول أي سماع صيغة العقد و كلام المتعاقدين لأن الحكمة من الشهادة هو فهم ما يدور في مجلس العقد من كلام و شروط حتى يمكن بعد ذلك أداء الشهادة عند الاختلاف ، لكن الإشكال الذي طرح في الحياة العملية عن مصير " عقد الهبة " الذي يحرر بحضور شاهدين من أقرباء طرفي العقد ، قبل الإجابة على هذا

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

السؤال أود الإشارة إلى أن عقد الهبة يعد من العقود الإحتفالية Les actes solennels مثل الوصية ، الوقف ، و عقد الزواج يخضع لإجراءات خاصة تميز عن العقود التوثيقية الأخرى وهذا بالنظر إلى خطورته ما دام أن الواهب يتجرد فيه من ماله دون مقابل ، وعليه فإن الشهود الذين يحضرون أثناء تحرير عقد الهبة يجب أن لا يكونوا من أقرباء المتعاقدين ، والحكمة من ذلك تتجلى في فرضية احتمال قيام مصلحة لهما في الهبة أو التواطئ لحمل الواهب على التبرع بماله دون عوض ، أما الشهود العزباء عن أطراف العقد (لا تربطهما علاقة قرابة بالمتعاقدين) فيتوافر بوجودهما للواهب أسباب الحرية في عقد يتنازل فيه هذا الأخير عن ماله دون مقابل إذ قد يبصرونه على ما هو مقبل على فعله وما يترتب على ذلك من آثار وفي ذلك تأمين للواهب من شر الإندفاع على الإنفعالات العارضة التي تكون قد دفعت به إلى إبرام هذا التصرف الخطير لكن هل يرتب القانون البطلان عن عقد هبة حرر بحضور شاهدين الأقرباء طرفي في العقد ؟

الإجابة على ذلك تكون بالإيجاب ودليلنا في ذلك :

نصت المادة 02/ 16 من القانون رقم 88 -27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم التوثيق (يستطيع الأقارب وأصهار الأطراف المتعاقدين أو يكونوا شهود إثبات

Les parents et allies des parties contractantes peuvent servir des témoins certificateur

وحيث أنه من القواعد المعمول بها في تفسير النصوص القانونية قاعدة الاستنتاج بمفهوم (المخالفة) وعليه يستخلص بمعنى المخالفة لنص المادة 02 /16 من قانون التوثيق أن أقرباء الطرفين المتعاقدين لا يمكنهم أن يكونوا شهود عقد Des témoins instrumentaires بل شهود إثبات كما أشارت إليه المادة ليس إلا وعليه نجد أن بعض الأساتذة الموثقين عند تحريرهم للعقود الإحتفالية بما فيها عقد الهبة يلجأون إلى تحريرها بحضور أربعة شهود شاهدي إثبات (قد يكونا أقرباء الأطراف المتعاقدين) يضمن هوية الأطراف وشاهدي عدل (من غير أقرباءهم) يساهمون في إنشاء وتكوين العقد .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

تنص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني (يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية) ويقصد بها العقود الإحتفالية حسب النص الفرنسي الذي أورد مصطلح Les actes solennels بحضور شاهدي عقد طبقا للنص الفرنسي

Instrumentaires deux témoins

وعليه فقد تم التخصيص صراحة على بطلان العقود الإحتفالية التي لا تحرر بحضور شاهدي عقد (شاهدي عدل) .

علما أن المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني نصت على أن توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الإقتضاء بمعنى أن الشهود الإثبات في العقود الرسمية

Authenttous lesactes

ليس إلزامياً إلا في الحالة التي يكون فيها الموثق مجهل الإسم والحالة والأهلية المدنية للأطراف (324 مكرر 02 فقرة 03 من القانون المدني) و هذا خلافاً للعقود الإحتفالية

Les actes solennels

التي أوجب المشرع في المادة 324 مكرر 03 تحريرها بحضور شاهدي عقد تحت طائلة البطلان .

حددت المادة 324 مكرر من القانون المدني الشروط الواجب توافرها في العقد لكي تصغي عليه الصبغة الرسمية و من بينها أن يحرر طبقا للأشكال القانونية و يقصد بها احترام إجراءات المواد 324 مكرر 02 و ما بعدها من القانون المدني و الأشكال المنصوص عليها في القوانين الأخرى كالمادة 61 و ما بعدها من المرسوم 63 / 76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والمادة 15 و ما بعدها من القانون 88 - 27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن تنظيم التوثيق .

وبالتالي فتحريير عقد الهبة بدون إحترام إجراءات المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني والمادة 02 /16 من قانون التوثيق ينزع الصبغة الرسمية للعقد وهذا ما أكدته

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

المادة 326 مكرر 02 فقرة من القانون المدني (يعتبر العقد غير رسمي بسبب أو انعدام الشكل "Ou par défaut de forme")

كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف من القواعد المعمول بها في التفسير أيضا (أن النصوص تفسر بعضها البعض عند الغموض) وعليه وبأعمال نص المادة 02/ 16 من قانون التوثيق 234 مكرر 03 من القانون المدني نصل إلى القول بأن عقد الهبة الذي يحرر بحضور شاهدين من أقرباء المتعاقدين كشهود عقد يعد عقدا باطلاً .

الشكل المطلوب في المنقولات :

نصت المادة 206 من قانون الأسرة (تتعقد الهبة بالاجابه والقبول ومراعاة الاجراءات الخاصة بالمنقولات وعليه يكفي أن تصب الهبة في قالب عرفي إذا كان محلها منقول لكي يجب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل ملكية بعض المنقولات فإذا انصبت الهبة على سيارة أو جرار فيجب استخراج البطاقة الرمادية باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية ، وقد ذهب البعض إلى القول بأن طبيعة الأشياء المنقولة توجب تحرير الهبة على شكل رسمي فضلا عن خطورة التصرف ذاته التي تتطلب إخضاع هبة المنقول للشكل الرسمي .

و نرد على أصحاب هذا الرأي :

أنه لا يوجد نص في التشريع الجزائري ينص صراحة على أن هبة المنقولات تقتضي أن تحرر بموجب عقد رسمي .

- القاعدة العامة المقررة بالنسبة لنقل ملكية المنقولات هي مبدأ الرضائية ولا يجوز الخروج عن هذه القاعدة العامة إلا بنص خاص .

أن المحكمة العليا قررت بشأن الإجراءات الخاصة التي تنظمها عملية نقل ملكية بعض المنقولات أنها مجرد إجراءات إدارية لا تنفي صفة الرضائية على العقد وهو ما كرسه

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

القرار رقم 83033 المؤرخ في 12/10/1986 (حيث أن عقد بيع السيارة هو مجرد عقد رضائي أما إجراء نقل البطاقة الرمادية فهو مجرد إجراء إداري)

4 / المحل في عقد الهبة :

يسري على المحل في عقد الهبة ما يسري على محل العقد بوجه عام فيجب أن يكون موجودا معينا أو قابلا للتعيين صالحا للتعامل فيه مملوكا للواهب وبخصوص هذه النقطة الأخيرة (ضرورة ملكية الواهب للشيء الموهوب) سنحاول التعرض بإيجاز إلى بعض المسائل التي أثارته إشكالات على الصعيد التطبيقي وهي :

1- هبة ملكية الرقبة دون حق الإنتفاع .

2- هبة المريض مرض الموت .

هبة ملكية الرقبة دون حق الإنتفاع :

قد يلجأ المواطنون إلى مكاتب التوثيق ملتجئين إبرام عقد عقارات معينة إلا أنهم يشترطون الإحتفاظ بحق الإنتفاع طيلة حياتهم خوفاً مما قد يعود عليهم هذا التصرف من ضرر ويعرض مستقبلهم إلى الخطر بسبب إقدامهم على التخلي عن أملاكهم دون مقابل لفائدة غيرهم وعليه فمن باب الاحتراز يلتزمون الموثق إدراج هذا الشرط .

وعليه فإن السؤال المطروح هل يجوز أن تنصب الهبة على ملكية الرقبة مع تمسك

الواهب بحق الإنتفاع بالشيء الموهوب؟

جاء في المذكرة رقم 689 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 12 فيفري 1995 فإنه طبقاً للمادة 202 من قانون الأسرة التي عرفت الهبة بأنها تمليك بلا عوض فإن عقد الهبة يؤدي في الأصل إلى نقل "حق الملكية" أي ملكية الرقبة وحق التمتع غير أن المشرع استثنى حق الإنتفاع من هذه القاعدة إذا يمكن أن يكون هذا الحق محل لعقد الهبة بمفرده وهذا طبقاً للمادة 205 من قانون الأسرة .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

كما نصت المادة 206 من قانون الأسرة على أركان عقد الهبة التي هي الإيجاب والقبول و "الحياسة" والشكل الرسمي وإذا إختل أحد هذه الأركان بطلت الهبة وهذا بصريح الفقرة الثانية من المادة 206 التي نصت على أنه إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة ولذا فإنه إذا كانت الهبة منصبه على حق الانتفاع أي الواهب يحتفظ بملكية الرقبة فهي صحيحة قانوناً أما الهبة الواردة على ملكية الرقبة فقط دون حق الإنتفاع فهي مستبعدة قانوناً ، وعليه فإن الهبة التي لا تتبعها عملية الحياسة تكون باطلة ومن ثم فإن الشخص الذي يقدم على إبرام عقد هبة عقار ويحتفظ بحق الإنتفاع به طيلة حياته يعتبر تصرفاً باطلاً لأنه من أركان الهبة الحياسة ، وقد نصت المادة 777 من القانون المدني على أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حياسة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته ، وأكدت المحكمة العليا هذا المبدأ في القرار رقم 59 240 المؤرخ في 05 مارس 1990 مجلة قضائية 1992 العدد 03 ص 57 "من المقرر قانوناً أنه يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة حياسة الشيء المتصرف فيه والإنتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك .

ومن المقرر أيضاً وصية لو ارث إلا إذا أجازها الورثة :

ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن قضاة الإستئناف لما قضوا ببطلان عقد الهبة وعدم تنفيذ التصرف باعتباره وصية لو ارث يكونوا بقضائهم كما فعلوا طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً .

والجدير بالملاحظة أن الهبة يمكن أن تنصب على حق الإنتفاع مع إحتفاظ الواهب بملكية الرقبة إعمالاً لنص المادة 205 من قانون الأسرة التي جاء بها على أنه (يجوز الواهب أن يهب كل ممتلكاته وجزء منها عيناً أو منفعة أو ديناً لدى الغير ، كما يمكن للواهب أن يتخلى على أحد الحقوق العينية ، حق الإرتفاق ، حق الإستعمال ، حق السكن ، وحق الإنتفاع .

هبة المريض مرض الموت :

نصت المادة 204 من قانون الأسرة على أن الهبة في مرض الموت والأمراض والحالات المخيفة تعتبر وصية ، ومرض الموت كما عرفه علماء الفقه الإسلامي هو المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعجز معه المريض عن قضاء مصالحه ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة، ويؤخذ مما تقدم أن هناك شروط ثلاث ليكون المرض مرض الموت :

1/ أن يقعد المرض المريض عن قضاء مصالحه .

2/ أن يغلب فيه الموت .

3/ أن ينتهي بالموت فعلاً .

وقد حدد الفقهاء المعيار الزمني لمرض الموت بسنة كاملة فإذا مات بعد سنة كان في حكم الأصحاء ، وبالتالي تكون تصرفاته صحيحة ، ويرجع سبب تقييد التصرف في مرض الموت إلى تعلق حق الورثة بأموال المريض من وقت المرض .

ومن القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن قرار المحكمة العليا رقم 41.111 الصادر في 1986/05/05 " غير منشور " حيث من المقرر فقهاً أنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وإذا صدر تبرعه أثناء مرض الموت تعتبر الهبة وصية ويجب على الورثة أن يثبتوا أن الهبة قد صدرت من مورثهم وهو في مرض موته ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، حيث يستخلص من تلاوة القرار المنتقد أن قضاة مجلس الإحالة بإبطالهم عقد الهبة إكتفوا بالقول أن الواهب كان مريضاً وقت تحرير الهبة بدليل انه استدعي الموثق إلى منزله لتحرير العقد حيث أنه إذا كان شرط مرض الموت في إبطاله الهبة مسألة قانون فان حصول هذا المرض يجب إثباته وبما أن قضاء الموضوع لما حكموا بإبطال الهبة المتنازع عليها دون إجراء تحقيق للتأكد من أن الهبة صدرت من الواهب وهو في مرض موته لم يسببوا قرارهم تسبباً كافياً ولم يؤسسوا تأسيساً شرعياً الأمر الذي يستوجب نقض القرار .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

والقرار رقم 33 719 المؤرخ في 1984/09/07 مجلة قضائية 1989 عدد 03 ص 51
" من المقرر شرعا أن مرض الموت الذي يبطل التصرف والمرض الأخير إذا كان
خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه و تمييزه " .

وعليه إذا مات الواهب قبل مدة سنة يعتبر تصرفه وصية وتطبق عليه أحكامها وفي هذا
الصدد لا بد من التمييز بين حالتين :

الحالة الأولى « إذا لم تزيد قيمة الشيء الموهوب على ثلث التركة » إذا لم تزيد قيمه المال
الموهوب على ثلث التركة وكانت الهبة موجهة لغير الوارث صحت الهبة وبالتالي تصبح
نافذة في حق الورثة .

الحالة الثانية « إذا كانت قيمة الشيء الموهوب تزيد عن ثلث التركة » إذا كانت قيمة
المال الموهوب تزيد عن ثلث التركة صحت الهبة بغير إجازة الورثة في حدود الثلث أما
ما جاوز الثلث فلا تصح الهبة إلا بإجازة الورثة فإن لم يجيزوا وجب على الموهوب له أن
يرد إلى التركة ما جاوز الثلث أي أن يرد إليها ما يفي بتكملة ثلثها .

أما إذا كانت الهبة لأحد الورثة فإنها تعتبر في حكم الوصية ومن ثم فإنها تحتاج إلى
إجازة بقية الورثة تطبيقاً لمقتضيات المادة 198 من قانون الأسرة والتي جاء فيها بأنه لا
وصية لوارث إلا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي .

5 - السبب في عقد الهبة :

نظرية السبب تسري في عقد الهبة كما تسري في غيرها من العقود ويجب أن يفهم
السبب هنا بمعناه الحديث الباعث للدافع للواهب على التبرع بماله بدون مقابل ويجب أن
يكون هذا الباعث مشروعاً وإلا اعتبرت الهبة باطلة كأن يكون الباعث على الهبة هو
إستدامة العلاقة غير الشرعية بين الواهب والموهوب لها . أما إذا كان الباعث هو تعويض
الخليلة عن الضرر الذي يكون قد أصابها بسبب المعاشرة غير الشريفة بعد أن انقطعت
فالباعث يكون مشروعاً و صحت الهبة .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

أما إذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقة و يشترط عليها عدم الزواج فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع (و العبرة في عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة فإن كانت مشروعة في هذا الوقت فالهبة صحيحة و لو أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك) فإن كان هو الباعث الدافع على التبرع ألغي الشرط و بطلت معه و إن لم يكن هو الباعث الدافع إلى التبرع ألغي الشرط لمخالفته للقانون و النظام العام و بقيت الهبة و قبل الانتقال إلى المطلب الثاني أود أن أشير إلى مسألة هامة أثارت الكثير من النقاش على الصعيد التطبيقي ، و هي مسألة مدى جواز إبرام الموثق لعقد الوعد بالهبة ؟

لقد إنقسم الرأي حول هذه النقطة القانونية إلى إتجاهين :

الاتجاه الأول : عقد الهبة من العقود التي تتم بصوره منجزه وفوريه و عليه لا يجوز المتعاقدين اللجوء إلى الموثق لإبرام وعد بالهبة فضلا على انعدام النص الذي يسمح بإبرام الوعد بالهبة .

الاتجاه الثاني : يجوز للمتعاقدين اللجوء إلى الموثق لإبرام وعد بالهبة لعدم وجود نص قانوني يمنع ذلك .

و إنني أرى أن الإتجاه الثاني هو الأولي و بالترجيح و دليل ذلك:

أن تبرير الإتجاه الأول موقفه الرافض لتحرير وعد بالهبة بحجة أنها تتم بصفة فورية يعد غير سديد كون أن هذه الخاصية ذكرها الشارح للقول بأن الهبة يراد بها التملك الفوري و هذا من أجل تمييزها عن الوصية التي يراد بها إضافة التملك إلى ما بعد الموت فضلا على أن العقود الأخرى الناقلة للملكية كالبيع و المبادلة ... إلخ ، هي الأخرى عقود فورية لكن هذه الميزة لا تمنع من إبرام وعود بالتقاعد بشأنها .

إن انعدام نص في قانون الأسرة يشير إلى الوعد بالهبة لا يمنع من تحريرها إذا في مثل هذه الحالات يجب الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وبالضبط إلى أحكام المادتين 71 و 72 منه اللتان تنصان على مبدأ الوعد بالتعاقد .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

بالرجوع إلى القضاء المقارن نجد أن القضاء المصري سبق له وأن أقر صحة الوعد بالهبة قبل صدور نص بشأنها في التقنين المدني الجديد (المادة 490) مستنداً إلى نص الفقرة الثانية من المادة 101 مدني المقابلة لنص المادة 72 القانون المدني الجزائري التي تنص على فكرة الوعد بالتعاقد .

شروط الصحة :

شروط الصحة في الهبة هي ذاتها شروط صحة العقود وهي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب التي تشوب الرضاء .

1/ الأهلية في عقد الهبة:

نصت المادة 203 من قانون الأسرة (يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغ تسعة عشرة سنة « 19» سنة كاملة وغير محجور عليه) يستخلص من خلال تفحص هذا النص أن الشروط الواجب توفرها في الواهب هي :

- أن يكون سليم العقل .

- بالغا تسع عشرة سنة كاملة .

- أن لا يكون محجورا عليه .

فالمطلوب من الموثق قبل تحرير عقد الهبة أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقة الهوية وحتى تقديم شهادة طبية إن اقتضى الحال ذلك .

وما دامت الهبة تتطلب أهلية التبرع في الواهب التي تعد أقوى من أهلية التصرف لأن الواهب يقوم بعمل ضار به ضررا محقا ، فقد اشترط القانون فيه أن يكون سليم العقل بالغاً سن الرشد المدني وهو تسع عشرة سنة و أن لا يكون محجورا عليه .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

وفي هذا الصدد أكدت المحكمة العليا في القرار رقم 31.833 المؤرخ في 1984/10/22 مجلة قضائية 1989 عدد 03 ص 65 « إذا كان من الثابت أن النزاع - في قضية الحال- يتعلق بعقد الهبة و أن الطاعنتان دفعت بأن والدهن -الواهب- كان أثناء تصرفه لا يتمتع بقواه العقلية ولقد كان على قضاة الإستئناف التصدي لهذا الإدعاء والعمل على إثباته أو نفيه فإنهم بالإعتماد على المدة الفاصلة بين يوم الهبة وموت المورث في صحة التصرف وإهمالهم الجواب على البث في هذا الدفع والقضاء بصحة الهبة عرضوا ما قضاوا به للنقض بسبب نقص البيان والتحليل بما فيه الكفاية ¹.

أما بالنسبة للموهوب له فقد خفف المشرع من الأهلية بالنسبة له إذ تكفي فيه أهلية التمييز لأنه يقوم بعمل نافعا محضا بل أجازها حتى للجنين في بطن أمه وهذا ما يستشف من نص المادة 209 من قانون الأسرة (تصح الهبة لكل بشرط أن يولد حياً) .

وعليه يستخلص أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة :

سار على مذهب الإمام مالك الذي يجيز الهبة للحمل المستكن أي الجنين في بطن أمه وعلق ذلك على شرط ولادته حيا فإن ولد ميتا بقي المال على ملك الواهب وإن ولد حيا ثم مات بعد ولادته كان المال للموهوب لورثته .

ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي وهي الأم في حالة ما إذا كانت الهبة من الأب أو هذا الأخير في حالة ما إذا كانت الهبة من أجنبي.

وفي هذه الحالة يتعين على الموثق القيام بما يلي :

أولاً : التأكد من الشروط المنصوص عليها بالمادة 203 من قانون الأسرة المتعلقة بالواهب .

ثانياً : الإشارة بوضوح إلى الحمل المستكن (الجنين) في بطن أمه مع ذكر الهبة الكاملة لها و الاسترشاد في الحالة بشهادة طبية .

عقود التبرعات الهبة ، الوصية ، الوقف ، حمدي باشا عمر ، ص 26 .¹

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

ثالثاً : إتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة بتحرير عقد الهبة بما في ذلك تسجيل العقد وشهرة بالمحافظة العقارية على غرار سائر العقود التوثيقية الأخرى الناقلة للملكية العقارية .

وينتظر وضع الأم لمولودها فإذا ولد حيا حرر محضر وأرفقه بشهادة الميلاد لإيداعه لدى المحافظة العقارية من أجل إتمام الإجراء الخاص بالموهوب له وإذا ولد ميتا حرر محضرا وأرفقه بشهادة الوفاة وأودعه لدى المحافظة العقارية من أجل إلغاء الإشهار .

أما بشأن مسألة الحيازة بالنسبة للموهوب له القاصر أو المحجور عليه فيتولاها عنه الولي أو الوصي أو القيم إعمالا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 210 من قانون الأسرة. (و إذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانوناً) ، ولا تفوتنا الإشارة إلى أن الهبة تملئها إعتبرات المحبة و الصداقة لذلك تصح الهبة لغير المسلم فلا تدخل في إرادة الواهب .

2/ عيوب الرضا في عقد الهبة :

عيوب الرضاء في عقد الهبة هي عيوبه في أي عقد آخر لذلك سنخرج عليها بصفه سريعة ومختصرة ما دام لا يوجد جديد يقال فيها أكثر مما قيل في النظرية العامة للعقد .

الغلط في عقد الهبة : يشترط في الغلط الذي يعيب إرادة الواهب ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهرياً .

ويقع الواهب في غلط جوهري إما في الشيء و إما في شخص الموهوب له وإما في القيمة أو الباعث

و مثال الغلط في الشيء الموهوب أن يهب شخص لآخر قطعة أرض على أساس أنها معدة للبناء ثم يتبين بعد ذلك أنها أرض فلاحية .

و مثال الغلط الجوهري في شخص الموهوب له أن يهب شخص لآخر معتقدا أنه محمد فإذا هو أحمد كان هناك غلط في شخصية الموهوب له .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

يجعل الهبة قابلة للإبطال لكن قد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط كما إذا وهب له وهو يعتقد أن هناك علاقة قرابة بينهما ثم ظهر أنه لا قرابة بينهما .

و مثال الغلط الجوهرى في قيمة المال الموهوب أن يهب شخصا لآخر أسهما و هو يجهل أن سهما منها قد ربح جائزة كبيرة .

و مثال الغلط الجوهرى في الباعث أن يهب شخص لآخر مالا و هو مريض و يعتقد أنه مرض الموت ثم يشفى من مرضه فيجوز له إبطال الهبة للغلط في الباعث و الغلط في القانون كالغلط في الواقع يجعل الهبة قابلة للإبطال لمصلحة الواهب وفقاً للقواعد المقررة في نظرية العقد .

التدليس فأى طريق من الطرق الإحتيالية التي يكون من شأنها أن تخدع الواهب و تدفعه إلى التبرع بماله يكفي لإفساد رضائه حتى ولو كان هذا الطريق مجرد الكذب أو مجرد الكتمان .

الإكراه : الإكراه عيب ثالث في الإرادة يجعل الواهب بنفوذ أدبى يكون للموهوب له عليه فيؤثر في إرادته ويحمله على التبرع بماله لمصلحته ويقع هذا كثيرا من الزوج على زوجته أو من الرئيس على المرؤوس .

الإستغلال : يعد الإستغلال أبرز عيوب الإرادة في عقد الهبة فكثيرا ما يستغل الموهوب له في الواهب طيشا بينا أو هوى جامحا ، ومثاله أن يقوم الزوج المسن بإبرام هبه لزوجته الثانية الشابة أو لأولادها منه مما يحرم الزوجة الأولى وأبنائها منه ويتم ذلك تحت تأثير الزوجة على زوجها المسن .

ورتب القانون للواهب في هذه الحالة دعويين دعوى الإبطال ودعوى الإنقاص ، فإذا إختار الواهب دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يستجيب لطلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلا لولا هذا الإستغلال .

أما إذا رفع دعوى الإنقاص إذا كان الإستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى حد كبير و أن الواهب كان يهب دون إستغلال بعض المال الموهوب إقتصر الإنقاص لهذا القدر ويجوز

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

للموهوب له أن يعرض من تلقاء نفسه إنقاص الهبة فيتولى بذلك إبطال الهبة كلها وإذا اختار الواهب دعوى الإنقاص منذ البداية فلا يجوز للقاضي بإبطال الهبة و إلا اعتبر قد فصل بأكثر مما طلب منه .

و يجب أن ترفع دعوى الإستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد إعمالاً لنص المادة 90 من القانون المدني ، و مدة سنة مدة سقوط لا تخضع للوقف و لا للإنقطاع .

و في الأخير يجدر بنا أن ننوي بأن دعوى الإبطال غير دعوى الرجوع في الهبة التي سنتكلم عليها لاحقاً في المبحث الثاني فيستطيع الواهب إبطال الهبة إذا شاب رضاه أحد العيوب السالفة الذكر حتى و لو لم يكن بإمكانه الرجوع فيها لأن إبطال الهبة غير الرجوع فيها .

الفرع الثاني : الوصية :

تعريف الوصية :

الوصية هي تملك خاص مضاف إلى ما بعد الموت عن طن طريق التبرع و قد نظم المشرع الميراث و الوصية في قانون الأسرة في المواد من 126 إلى 201 و التي لم يحدد فيها كيفية إنتقال الملكية العقارية ، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى القواعد القانونية التي تنظم الشهر العقاري ، حيث نجد المادة 02/15 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه تنص على ما يلي (غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية .

أما المشرع الجزائري لم يعرفها من القانون المدني و إنما أحالها إلى قانون الأحوال الشخصية حيث نصت المادة 775 على أنه يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها .¹

التصرفات العقارية في التشريع الجزائري جمال بوشناق ص 227،228 .¹

أركان الوصية :

أركان الوصية و هي أربعة ، الموصي و الموصي به كذلك الموصي له ، بالإضافة إلى الصيغة فسوف نذكرهم بالتفصيل من شروط كل ركن من أركان الوصية .

المطلب الأول : الموصي و شروطه :

يتوفر الموصي على عدة شروط لمعرفة يجب أولاً معرفة من هو الموصي ، سنعرض في الفرع الأول من هو الموصي و في الفرع الثاني شروط ، و نعالج في الفرع الثالث أحكام الموصي .

الفرع الأول : الموصي :

هو من أنشأ الوصية فهي نتاج إرادته يصدرها إختياراً في الوصية المعتادة و تصدر عنه إجبار في الوصية و لهذا تتوفر شروط معينة في الموصي نصت عليها المادة 186 و التي تنص على « يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل بالغا من العمر تسع عشر سنة على الأقل »¹.

الفرع الثاني : شروط الموصي :

يجب توفر شروط في الموصي و هي كالاتي :

1/ **الرضا** : يجب أن يتوفر رضا الموصي بالإيضاء فإذا كان مكرهاً أو هازلاً أو مخطئاً فلا تصح الوصية و كذلك لا تصبح وصية السكران لأنه لا قصد له لأنها تضر وراثته إذا القاعدة المقررة في هذا الشأن أنه « لا ضرر و لا إضرار »

2/ **سلامة العقل** : جاء في نص المادة 196 من قانون الأسرة الجزائري بأنه يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، كما أن الفقهاء جميعاً متفقون على أن يشترط في الموصي

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

لتصبح وصيته أن يكون عاقلاً مميزاً فإذا إنعدم العقل و التمييز فلا وصية ، و على هذا لا تصبح وصية المجنون و من في حكمة من المعاتبة¹ .

3/ البلوغ و الرشد : يقصد بالرشد كمال العقل و تمام الإدراك و منه متى كان الشخص رشيداً غير محجور عليه لسفه أو غفلة صحت كل تصرفاته سواء كانت تبرعاً كالوصية أو معارفه ، فأهلية التبرع لا تكتمل إلا بالرشد ، و لقد حدد القانون الجزائري سن الرشد القانوني بتسعة عشر سنة في المادة 40 الفقرة الثانية من القانون المدني .

و البلوغ هو مناط التكليف في الأحكام الشرعية و من ثم لا تصح الوصية من صبي غير مميز لأن الوصية تبرع مالي لا يتم إلا بوجود الإرادة و التمييز ، و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 186 من قانون الأسرة بإشتراطه أن يكون الموصي بالغاً من العمر تسعة عشر سنة على الأقل² .

الفرع الثالث : أحكام الموصي :

نتعرف على أحكام الموصي من خلال وصية الغير مسلم ثم وصية المدين .

أولاً : وصية غير المسلم :

هناك صنفان لغير المسلم ، الأول من ارتد عن الإسلام ، و الثاني من كان أصلاً على غير دين الإسلام .

1/ وصية المرتد : المرتد هو الخارج عن الإسلام سواء إلى دين آخر أو إلى غير دين و سواء في ذلك الدين السماوي و الدين الوضعي ، فالمرتد هو من غير دين الإسلام ، و لم يعرض القانون لوصية المرتد فتحكمها قضاء و إفتاء أرجح الآراء في مذهب أب حنيفة و هي تفرق الردة بين المرأة و الرجل ، فالمرأة المرتدة وصيتها صحيحة نافذة ، و الرجل

حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات : لهبة الوصية – الوقف – دار هومة ، الجزائر 2004 ، ص48 .¹
شيخ نسيمة ، المرجع السابق ص200 .²

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

المرتد ينظر في أمره عند أبي حنيفة ، ووصيته موقوفة إذا رجع إلى الإسلام نفذت وصيته دون حاجة إلى تجديده ، و إذا قتل برذته أو لحق بدار الحرب بطلت وصيته¹.

2/ وصية من كان على غير الإسلام :

فالمواطن غير المسلم في الدولة الإسلامية و هو يحمل جنسيتها تجوز وصيته إذا كانت قرابة في دينه أو قرابة في الإسلام أو فيهما معا ، فإذا لم تكن الوصية قرابة لا في دينه و لا في الإسلام فلا تصح و إذا كان له ورثة أخذت وصيته حكم وصية المسلم من أنها تنفذ في مقدار الثلث و تتوقف فيما زاد عليه على إجازة ورثته مراعاة لحقهم المقرر و ذلك لأن هذه الأحكام من النظام العام فتسري على المسلم و غير المسلم ، بالإضافة إلى كون الأحكام الموضوعية في قانون الوصية تشمل المواطنين جميعاً على إختلاف أديانهم و طوائفهم² و موقف المشرع الجزائري من وصية غير المسلم و من خلال نص المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري لم يشترط الإسلام لصحة الوصية فالوصية من المسلم لغير المسلم أو من غير المسلم للمسلم صحيحة شرعاً و قانوناً إلا أن أجاز المشرع الجزائري في المادة 20 ق الأسرة الجزائري لإنعقاد الوصية مع إختلاف الدين يجب أن تحاط بسياج من الإختيارات خاصة إذا كان الموصي له أجنبياً³.

ثانياً : وصية المدين :

الوصية في أصل إنشائها لا تتنافى مع الدين ، فالمدين إذا أنشأ وصية وقعت صحيحة ما دامت مستوفية لشرائطها و لا يظهر له أثراً إلا عند تنفيذها بعد وفاة الموصي و في هذا الصدد سبقت المادة 180 من قانون الأسرة الديون الثابتة في ذمة المتوفي على الوصية ، و نصت المادة 180 إلى يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع .

- الديون الثابتة في ذمة المتوفي .

محمد كمال الدين إمام ، مرجع سابق ص 54 .¹

محمد كمال الدين إمام ، المرجع السابق ص54-55 .²

بالحاج العربي الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الميراث و الوصية ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .³

- الوصية .

فإذا لم يوجد نوو فروض أو عصابة آلت الشركة إلى ذوي الأرحام فإن لم يوجدوا آلت إلى الخزينة العامة و بالنتيجة فإذا كان الدين مستغرقاً للتركة فإن الوصية لا تنفذ لأن حق الدائنين مقدم عليها .¹

المطلب الثاني : الموصى له و الشروط :

قبل معرفة شروط الموصى له يجب معرفة الموصى له :

الموصى له : هو المستحق للوصية ، سواء استفادة ملكية رقبة أو ملكية منفعة أو هما معاً ، و الموصى له قد يكون موجوداً كالإنسان الحي و قد يكون على الوجود كالوصية و كذلك الموصى له هو من صدرت الوصية لصالحه سواء كانت الوصية إختيارية أو إجبارية ، تمليلية أو عهدية ، سواء كان الموصى له شخصاً طبيعياً أو شخصية معنوية .

شروط الموصى له :

1/ أن يكون الموصى له موجوداً :

أ- موقف الفقهاء :

أي حين الوصية و حين الموت الموصى ، و سواء أكان وجوده حقيقة أو تقديرًا كالحمل ، فإذا كان الموصى له معنياً بالإسم أو بالإشارة فلا خلاف بين فقهاء المذاهب على وجوده وقت الوصية حقيقة أو تقديرًا ، و مثال الموجود حقيقة أن يقول الموصى أوصيت بداري لخالد بن الوليد هذا موجوداً وقت الوصية أو يقول أوصيت بداري هذه لهذا الشخص و كان المشار إليه موجود حال الوصية².

أما إذا كان الموصى له معروفاً بالوصف فقد إشتراط جمهور الفقهاء و منها الشافعية و الحنابلة و الأمامية و الزيدية إن يكون موجوداً حال الوصية و يرى الأحناف أنه يكفي أن

حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ص 49 – 50 .¹

محمد كمال الدين إمام مرجع ص 68 .²

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

يكون موجودا وقت وفاة الموصي لأنه وقت نفوذ الوصية و اعتبارها من حق الموصى له هو وقت الموت فيعتبر وجوده في ذلك الوقت ، أما الملكية فهم لا يشترطون وجوده لا وقت إنشاء الوصية و لا وقت موت الوصية فصحوا الوصية للمعدوم الذي سيوجد في المستقبل ولو بعد وفاة الموصي بزمن و الأرجح عندي هو أي جمهور الفقهاء لأن الإيجاب بالوصية .

و يرجح البعض من رأي المالكية لأن اشتراط وجود الموصى له غير المعين وقت إنشاء الوصية أو حين وفاة الموصي فيه تضيق على الناس في وصياهم و عدم التسيير عليهم و سد لأبواب وجوه البر و الخير لا سيما و الوصية مبنية في أصل تشريعها على التساهل حيث تخالف بقية أسباب التمليك في كثير من الأحكام¹.

ب- موقف المشرع الجزائري :

حتى تنعقد الوصية الصحيحة و النافذة يجب أن يكون الموصى له موجودا وقت صدور الوصية سواء كان وجوده حقيقة أو حكما كالحمل في بطن أمه .

و يعتبر الموصى له في حكم الموجود إذا كان حملا معيناً في بطن أمه وقت إنشاء الموصي الوصية حتى لو لم يكن موجودا حقيقة أثناء صدور الوصية و تعتبر حينئذ الوصية للحمل جائزة صحيحة ، و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري في المادة 187 من قانون الأسرى و التي جاء فيها " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حياً " الأمر الذي إستفاد منه صحة الوصية للحمل و نفاذها بشرط ولادة الجنين الموصى له حياً إذا إستهل صارخاً أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة².

و الملاحظ أن موقف المشرع الجزائري جاء موافقا لما ذهب إليه جمهور الفقهاء بلا خلاف و الذي أجاز بالإجماع الإيماء للحمل شريط أن يكون موجوداً في بطن أمه وقت إبرام الوصية ، و أن يولد حياً و أنه جاء محققاً للانسجام و التوافق التام بين نصوص

1. محمد كمال الدين إمام مرجع سابق ص 70 .

2. شيخ نسبية، مرجع سابق ص 204 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

القانون المدني و نصوص قانون الأسرة المنظمة للميراث و الوصية بنصه على ضرورة ولادة الجنين حيا حتى يكون أهلا للتمتع بكامل حقوقه المدنية و الشخصية .

هذا و لقد سوي المشرع الجزائري فيما يخص استحقاق الوصية للحمل بين الذكر و الأنثى في المادة 187 بنصه على ما يلي : " إذا لم تولد توأم يستحقونها بالتساوي و لو اختلف الجنس " .

2/ أن لا يكون قاتلاً للموصي :

أ – موقف الفقهاء :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن القتل يمنع الوصية و يبطلها كما يمنع الإرث فإذا أوصى إنسان آخر بوصية فقتله الموصي له بطلت الوصية و ذلك أخذاً بالحديث الشريف : " لا وصية لقاتل " و تطبيقاً للقاعدة الفقهية الكلية " من إستعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه " ، و ذهب الشافعي في أظهر قوليه و أحمد في قول إلى أن الوصية للقاتل صحيحة كالهبة له لأنها تمليك إختياري فلا تبطل بالقتل .

و ذهب الحنابلة في قول ابن الخطاب و هو الأرجح في المذهب الحنبلي إلى أنه أن أوصي له بعد ما جرحه فالوصية صحيحة لعدم وجود ما يفسدها و لو كانت قبل الجرح بطلت بالقتل . في حين جاء المالكية بأنه ضربه فأوصي له و هو يعلم أنه ضاربه ثم مات من ذلك فله الوصية و أن أوصي له و لم يعلم أنه ضاربه .¹

فإذا أوصي له قبل ضربه أصلا بطلت الوصية له .²

ب – موقف المشرع :

نصت المادة 188 من قانون الأسرة على أنه " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمداً " ، فالعبرة هنا بالحرمان من الإيضاء بالقتل العمد و بالنتيجة يستبعد القتل الخطأ و الشخص الذي يكون في حالة دفاع شرعي .¹

أحمد الجحي الكردي مرجع سابق ص 169 .¹

نفس المرجع ص 169 .²

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

ومعنى هذه المادة أي المادة 188 من قانون الأسرة الجزائري أن الموصى له لا يستحق الوصية إذا قتل الموصي عمداً سواء كان فاعلاً أصلياً أو شريكاً أو شاهد زوراً أدت شهادته إلى الحكم على الموصي و بالإعدام و تنفيذه أو كان عالماً بالقتل و تدبيره و لم يخبر السلطات المعنية بذلك ، أما إذا قتل الموصى له الموصي خطأ أو كان في حالة دفاع شرعية عن نفسه أو ماله أو عرضه فإن فعل القتل هنا لا يبطل الوصية فتبقى صحيحة و نافذة في حق الموصى له و حتى تبطل وصية الموصى له القاتل يجب أن يكون هذا الأخير عاقلاً و بالغاً أهلاً للمسؤولية الجنائية وفقاً للمواد 47-48-49 من قانون العقوبات الجزائري ، لأنه إذا كان عديم التمييز و الإدراك كان مجنوناً أو معتوهاً أو جنياً أو فاقداً للوعي انتفي عنصر القصد الجنائي عنه فلم يعتبر أن فعله جاء لإستعمال استحقاق الوصية بقتل الموصي و بالتالي انتفت المسؤولية الجنائية فلم تبطل الوصية في جانبه .

3/ أن يكون الموصى له معلوماً :

أ – موقف الفقهاء :

المراد يكون الموصى له معلوماً أن يكون معنياً تعيناً يستطيع معه تنفيذ الوصية و تسليمه الموصى به.²

و العلم بالموصى له قد يكون : يذكر اسمه فلان ابن فلان أو بالإشارة إليه كأوصيت لهذا الشخص المسجد أو لحمل هذه المرأة أو بصفته الدالة عليه المميزة له عن غيره كمستشفى كذا أو ملجأ كذا أو فقراء مدينة أو قرية كذا ففي جميع الأحوال يعتبر الموصى له معلوماً أو متعينا و الوصية له صحيحة . أما هذا كان الموصى له مجهولاً كالوصية لرجل أو لزيد فإن الوصية تكون تمليك عن الموت فلا بد أن يكون الموصى له معلوماً في ذلك الوقت حتى يقع الملك له و من ثم يمكن تسليمه الوصية.³

: حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ص 53 .¹

: أحمد فراح حسين مرجع سابق ص 72 .²

: نفس المرجع السابق ص 72-73 .³

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

و كذلك تكون الوصية باطلة عند الحنفية إذا كانت لمن لا يحصون كثرة كقراء لأنه لا يمكن تصحيحها في حق الكل لعدم إحصائها فتبطل الوصية لتعذر الصرف أما إذا كانت لمن يحصون و كان في لفظ إنشائها ينبني عن حاجة الموصي لهم كأيتام قرية كذا فإنها تصح و يستحقها الغني و الفقير منهم و الذكر و الأنثى لأن الوصية تمليك و أمكن تحقيق معنى التمليك في حقهم و ذهب المالكية إلى أن الوصية بالوصف صحيح و لو لم يقترن لفظ الوصية بما ينبني عن حاجة الموصي لهم لأنها تكون وصية بالصدقة و الصدقة لله تعالى و هو معلوم .

ب- موقف المشرع الجزائري :

لم يحدد المشرع الجزائري فيما يخص أن يكون الموصى له معلوماً بشيء من التفصيل و تركها للقاضي و له سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كان الموصى له معلوماً أولاً ؟ و فيما إذا كانت الجهة الموصى لها مستحقة للإيصاء من عدمه .

4/ ألا يكون الموصى له جهة معصية :

أ – موقف الفقهاء :

الأصل في الوصية أنها قرابة و عبادة و لا قرابة في محرم ، و لا عبادة في معصية لهذا اشترط الفقهاء في الموصى له ألا يكون جهة معصية و لما كانت الوصية تصح من المسلم و غير المسلم ، و المعصية تختلف باختلاف الأديان لذلك المراد بهذا الشروط في ديانته الموصي هذا و لم يجعل الفقهاء من شروط الموصى له أن يكون متحداً مع الموصى في دينه أو من جنسيته فتصبح وصية المسلم لغير المسلم و بالعكس و تصبح الوصية لوطني أو أجنبي فاتحاد الدين أو اختلافه و إتحاد الدار أو اختلافها لا أثر لهما على صحة الوصية و ليس من شروط الموصي به في أحكام الوصية كما شرع الإسلام¹.

ب- موقف المشرع الجزائري :

محمد كمال الدين إمام ، مرجع سابق ص 82-83 .¹

قد تكون الجهة الموصى لها غير محرمة في ذاتها لكن الباعث على الوصية محرم منافي لمقاصد الشريعة الإسلامية و مثال ذلك أن يوصي شخص لعشيقتة بمال حتى تبقى على علاقتها المحرمة به ، ففي هذه الحالة تكون الوصية تملكها لمن هو أهل للتملك و لكن الباعث عليها غير مشروع ، و من ثم لا تصح هذه الوصية و هذا وفقا للمادتين 97 - 98 من القانون المدني الجزائري .

15/ أن يكون وارثاً للموصي :

أ- موقف الفقهاء :

ذهب جماهير الفقهاء إلى عدم نفاذ الوصية للوارث لقوله صلى الله عليه و سلم : (لا وصية لوارث) أخرجه أبو داود و الترمذي و النسائي ، و قالوا هو ناسخ لقوله تعالى : (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خير الوصية للوالدين و الأقربين بالمعروف حقاً على المتقين) ، و ذهب بعض الشيعة و فيهم الأمامية إلى جواز الوصية للوارث محتجين بالآية الكريمة السابقة ما تعين نسخها أو أن النسخ كان للوجوب دون جواز فبقيت الوصية للوارث جائزة في نظرهم و قول الجمهور هو الأقوى دون شك لأن آية الوصية منسوخة بآيات الموارث فضلاً عن نسخها بالحديث الشريف المتقدم الذي رفعه بعض المحدثين إلى مرتبة المتواتر ثم هو الأقوى لأن في إباحة الوصية للوارث إخلالاً بنظام الإرث و عبثاً به هو النظام الذي فصله القرآن الآن تفصيلاً دقيقاً – على خلاف سائر الأحكام الأخرى – و هو يعني مزيد من العناية و الإهتمام به .¹

ب- موقف المشرع الجزائري :

لقد خالف مشرعنا موقف معظم القوانين الوضعية العربية التي عممت الحكم و أجازت الوصية للوارث إذا كانت في حدود الثلث دون إجازة باقي الورثة . تنص المادة 189 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى " ، و هو بذلك يكون قد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء الذي يقضي بإعتبار الوصية

: أحمد الحجي الكردي ، مرجع سابق ص 165 .¹

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

لوارث صحيحة موقوفة على إجازة باقي الورثة مهما كان مقدار الشيء الموصى به و بعض القواعد أن هذا الإتجاه الذي تبناه القانون الجزائري سليم كون يتماشي و بعض القواعد الفقهية المشهورة و من ذلك درء المفسد مقدم على جلب المصالح ، و قاعدة " الحكم يتبع المصلحة " .¹

6/ أن يكون الموصى له أهلاً للتملك :

أ- موقف الفقهاء :

إذا لا تصح الوصية أمن ليس أهلاً للتملك فمن أوصى لحيوان مثلاً بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك و الإستحقاق .²

ب- موقف المشرع الجزائري :

لم يتعرض المشرع الجزائري لهذا الشرط في قانون الأسرة غير أن إغفال ذكره له لا يفهم منه إجازة الوصية لمن ليس أهلاً للتملك و الإستحقاق ، و من ثم لا تصلح الوصية لمن ليس أهلاً للتملك .³

من طرف الموصى به :

الموصى به هو محل الوصية ، يظهر حكمها فيه و تحقق مقاصدها به حيال الموصى له و قد يعبر له و قد يعبر عنه بمتعلق الوصية و الموصى به قد يكون مالا دعماً كالمنافع .⁴

شروط الموصى به :

أولاً : شرط صحة الموصى به :

¹ : شيخ نسيم ، مرجع سابق ص 210-211 .

² حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ص 53 .

³ وهبة الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ط 2 ، دار الفكر سوريا 1993 ، ص 95 .

⁴ محمد كمال الدين إمام ، مرجع سابق ص 55 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

يشترط لصحة الوصية في الموصى به الشروط الثلاثة الآتية :

1- أن يكون الموصى به مالا قابلا للتوارث و التمليك :

لتعقد الوصية الصحيحة يجب أن يكون الموصى به الناقل للملكية كالبيع و الهبة و غيرها حال الحياة الموصى لأن الوصية تمليك و مالا يقبل التمليك لا تنشأ به الوصية و عليه فإن ما لم يجر فيه الإرث و ما لم يصلح للتعاقد عليه قيد الحياة الموصى لا تصح الوصية به بالوظائف العامة أو بالأموال العامة الخاصة بالدولة أو بالأموال المباحة لأحد من الأشخاص بأي عقد من العقود المنظمة في القانون و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحفة .¹

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 190 من قانون الأسرة التي جرى نصها كالآتي : أن يوصى بالأموال التي تدخل في ملكية قبل موته عينا أو منفعة و بقراءة هذه المادة يتضح لنا أن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة محلا للوصية فتصح الوصية بكل ما يدخل في ملك الموصى من أموال و حقوق قابلة للتداول و الانتقال بالطرق المقررة قانوناً مع استثناء الإجراءات اللازمة لنقل ملكيتها سواء كانت هذه الأموال منقولة مثلية أو قيمة أو عقارات يحوزها الموصى حقيقة أو حكماً، أو كانت حقوقاً أدبية كالملكية الفكرية القابلة للمنفعة أو كانت منافع لمدة معينة أو مؤبدة كسكني الدار و زراعة الأرض و الإبراء من الدين و غيرها .²

و الملاحظة في هذا الصدد أن المنافع مما لا يجري فيه الإرث كون العقود الواردة عليها تنتهي بموت أحد المتعاقدين و مع ذلك يجوز أن تكون محلا للوصية و هذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في المادة 196 من قانون الأسرة بنصه على ما يلي بمنفعة لمدة غير محددة تنتهي بوفاة الموصى له و ما هذا النص إلا تطبيق القواعد العامة و هذا بنص المادة 852 من القانون المدني الجزائري و تنص على ما يلي : " ينتهي حق الانتفاع بإنقضاء الأجل المعين فإن لم يعين أجل عدد مقرر لحياة المنتفع على أي حال بموت

¹ نسيمه شيخ ، مرجع سابق ص 213 .

² نسيمه شيخ مرجع سابق ص 2013-2014 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

المنتفع حتى قبل إنقضاء الأجل المعين حيث تقتضي بإنهاء حق الإنتفاع بموت المنتفع حتى قبل إنقضاء أجل الإنتفاع المحدد و بالنتيجة و يترتب على وفاة الموصى له المنتفع عودة الإنتفاع المنتهي بالوفاة إلى الشخص الذي له حق الملكية .¹

2/ أن يكون المال متقوما و قابل للتملك

بأن يكون مضمونا بالإتلاف و يجوز بيعه و هيبته سواء كان عينا أو منفعة أو لا تصح الوصية بمال غير متقوم كالخمر فإنها و إن كانت مالا حتى تورث لكنها غير متقوما في حق المسلم² ، و بناءً على هذا الشرط لا يصح لمسلم أن يوصي بخمر أو لمسيحي أو يهودي ووصيته بها تكون باطلة لأنها لمال غير متقوم و يصح لغير المسلم أن يوصي بالخمر لمثله لأنها مال متقوم في حقه و لا يصح له أن يوصي بها لمسلم إذا لا يجوز أن يتملك الخمر عن القصد

و معنى قابلا للتملك هو أن يكون الموصى به مما يجوز تملكه بعقد من عقود الملكية (البيع ، الهبة) لأن الوصية تملك و ما لا تملك لا تتعد الوصية به لذا فلا تصح الوصية بالوظائف العامة أو بالأموال العامة و غيرها من الحقوق الشخصية و المهنية المحصنة لأنها لا تورث و لا تصح لأن تكون محلا لتعاقد الموصي حال حياته .³

ثانيا : شروط نفاذ الموصى به :

1/ أن لا يزيد الموصى به ثلث التركة :

اتفق الفقهاء جميعاً على أن الوصية بأكثر من ثلث التركة ممنوعة لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه قول رسول الله صلى الله عليه و سلم : (فالثلث و الثلث كثير) ، فذهب الجمهور إلى أنها ليست باطلة و لكنها صحيحة نافذة فيما هو ضمن الثلث و صحيحة موقوفة على إجازة الورثة فيما هو زائد منها عن الثلث فإن أجازها نفذت وإلا بطلت و كذلك قانون الأسرة الجزائري في المادة 185 منه تقول تكون الوصية في حدود

¹ : نفس المرجع ص 2011 .

² : أحمد فراح حسن ص 2012-2013 .

³ : حمدي باشا عمر ، مرجع سابق ص 55 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

ثلث التركة و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة و هناك مجموعة من الشروط بإجازة الورثة و هي العقل ، البلوغ ، الأهلية ، فإذا كان الورثة كلهم أو بعضهم مجنونين أو قاصرين أو محجوز عليهم لسفه أو غفلة كانت إجازتهم باطلة و الجزء الزائد من الثلث من الوصية باطلا أصلا في قدر حصتهم منه أما وقت الإجازة فقد ذهب الجمهور إلى أنه بعد وفاة الموصي لأن به يستحق الورثة التركة لهذا فلا غيره لإجازتهم أو رفضهم في حياة الموصي .

يتعلق حقهم بالمال أصلا و نصب المالكية التي تفصل بين حالتين إحداهما أن تكون الوصي من الموصي في حال صيغته و الثانية أن تكون الوصية عينة و هو مريض مرض الموت فإن كان صحيحاً لم يعتد بإجازة الورثة قبل وفاته و إن كان مريضاً مرض الموت إعتبرت إجازتهم و لم يكن لهم الرجوع فيها بعد ذلك بالنظر لتعلق حقهم في التركة في مرضهم و ما إذا كانت الوصية مستغرقة في الدين فما هي أحكامها .¹

2/ أن لا يكون مستغرق بالدين :

ليس هذا شرط من شروط صفة الوصية و لكنه شرط نفاذ لها فإن كان الوصي مدينا بدين مستغرقا لكن تركته منع الوصية حفظا لحق الدائنين لأن الدين مقدم عن الوصية فإذا اسقط الدائنون دينهم عنه أو أجازوا الوصية نفذت الوصية فإن كان الدين غير مستغرق التركة منع من الوصية في حدود دينهم و أبيع لهم الوصية فيما ردا عن دينهم ، و المعتبر هنا في الدين وقت الوفاة لا وقت الإبعاد فلو أوصي رجل غير مدين بمبلغ من تركته ثم أصبح مدينا عند موته توقفت وصيته على إذن الدائنين و العكس بالعكس .²

أحمد الحجي الكردي ، مرجع سابق ، ص 173 -174 .¹
نفس المرجع ص 174 .²

الرجوع في الوصية :

نصت المادة 192 من قانون الأسرة علة أنه " يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً فالرجوع الصريح يكون بوسائل إثباتها و الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع فيها " .

الرجوع الصريح :

يمكن للموصي أن يلجأ إلى الموثق الذي حرر له عقد الوصية و يلتزم منه تحرير عقد رجوع في الوصية بإرادته المنفردة و من دون تسبب طلبه و يتم ذلك بمحضر شاهدي عدل لأنه و حسب المادة 192 من قانون الأسرة فإن الرجوع الصريح في الوصية يتم بوسائل إثباتها كمي يمكن للموصي أن يلجأ إلى القضاء لإستصدار حكم يثبت الرجوع في الوصية إذا اختار هذا الطريق لأن الحكم القضائي هو من وسائل إثبات الوصية إعمالاً لنص المادة 192 من قانون الأسرة .

الرجوع الضمني :

إذا كان الرجوع الصريح في الوصية يكون بنفس وسائل إثباتها فإن الرجوع الضمني يكون بكل تصرف قانوني يقوم به الموصي بعد إبرام عقد الوصية و يستخلص منه الرجوع فيها كأن يقوم بالتصرف في العين الموصى بها بالبيع ، الهبة ، الوقوف ، المبادلة ، أو كل تصرف آخر يمس موضوع الوصية بما في ذلك أن يوكل غيره لأجل بيع العين الموصى بها¹ ، و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 54-727 المؤرخ في 1990/01/24 مجلة قضائية 1991 عدد 04 ص 85 ، من المقرر قانوناً أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً و من ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون و لما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاء المجلس لما قضوا صحة الوصية و ثبوتها و إستخراج الثلث منها للمستأنف بالرغم من كون الموصي قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع

حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، ص60-61.¹

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

ممتلكاته العقارية يكونون بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون و متى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه و تجدر الملاحظة أنه و طبقاً للمادة 163 من قانون الأسرة فإن رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية لكن عملياً قد يؤدي الرهن إلى الحجز على الموصى به و بيعه بالمزاد العلني ، ففي هذه الحالة يكون مصير الوصية كما لو هلك الشيء الموصى به كلية إذا تبطل في هذه الحالة لفوات محلها الذي كانت متعلقة به أما إذا هلك بعضها و بقي البعض بقيت الوصية صحيحة في حدود الباقي و إذا أوصى الموصي بمال معين ثم أوصى لشخص ثان بنفس المال فلا يعد ذلك تراجعاً ضمناً بل يكون الموصي به مشتركاً بينهما¹.

الفرع الرابع : الحيازة و التقادم

مفهوم الحيازة :

الأصل أن وضع اليد لا اعتبار له قانوناً إلا بالنسبة لمن أراد حيازة المال لنفسه و حازه بنية تملكه و الأصل في الحيازة أنها دخول المال في مكنة الحائز و تصرفه فيه التصرفات المادية القابلة لها² ، و بناء على ذلك سنتعرض في مبحثنا هذا إلى تحديد المقصود بالحيازة من خلال بيان معناها اللغوي و الاصطلاحي ثم نخرج إلى بيان عناصرها و هذا من خلال مطلبين على النحو التالي :

تعريف الحيازة :

سنتناول في هذا المطلب ضبط المعنى اللغوي و الاصطلاحي لمصطلح الحيازة ثم بيان أنواع الحيازة، كما نتعرض إلى طبيعة الحيازة ، و هذا ما سيتم معالجته من خلال ثلاثة فروع كما يلي :

التعريف اللغوي و الاصطلاحي للحيازة :

1- نسيل إبراهيم سعد الحقوق العينية الأصلية الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوق لبنان 2010 ، ص 494 .

لتوضيح المقصود بالحيازة علينا تحديد معناها من الناحية اللغوية ثم من الناحية الإصطلاحية و هذا ما سنعالجه في هذا الفرع من خلال النقطتين التاليتين :

أولاً : تعريف الحيازة لغة :

جاء في لسان العرب الحوز يعني الملك ، و ما حازه الرجل في زوجته أي ملكه و استحق التمتع به دون غيره و الحوز : موضوع يحوزه الرجل يتخذ حواليه مسناه¹ . و حوز موضع أقيم حوله حاجز² ، و يتضح من ذلك أن الحيازة تأخذ معنى الإستحقاق فإذا قام الرجل بحيازة أرض قام بتبيين حدودها يكون بذلك مستحقاً لها دون غيره³ . جاءت كلمت حاز : بمعنى ضمه و ملكه⁴ و يتضح من ذلك أن حيازة تأخذ معنى الضم و الجمع ، و جاءت كلمة الحيازة : مصدره حالة من يكون شيء تحت يديه يتصرف فيه بالإستعمال أو بالتحويل في حيازته أشياء ثمينة " في حيازة عقار " .

طرق إكتساب الملكية :

من الباب الأول حق الملكية من الكتاب الثالث الحقوق العينية الأصلية كما نص عليها في المواد 524 إلى 530 من ق إ م ، إ ، و يجمع الفقه بأنها واقعة مادية تتمثل في السيطرة الفعلية على الشيء وتكسب الحائز مركزاً قانونياً في مواجهة الغير يستطيع به أن

أبي الفضل جمال الدين بن محمد بن منظور لسان العرب الجزء الأول ، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية بيروت 1993 ص 1047¹

: جبران مسعود الرائد معجم لغوي عصري الطبعة الثامنة دار العلم للملايين 2001 ، ص 510² .
رحيم صباح الكبيسي الحماية القانونية للحيازة (دراسة تاريخية تأصيلية تدليلية مقارنة) دار الجامعة الجديدة مصر 2015، ص 18³ .

: جورج هنري عبد المسيح لغة العرب الجزء الأول من الحرف "أ" إلى "ذ" الطبعة الأولى مكتب لبنان 1993 ص 340⁴ .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

يستمر في حيازته و يحميه القانون و لو كان غير مالك¹ . و قد اختلف الفقهاء في التكيف القانوني للحيازة فمنهم من يرى أن الحيازة ليست حق عيني أو حق شخصي بل هي وفقاً لرأيهم ليست حق أصلاً و إنما هي سبب لكسب الحق فهي واقعة مادية بسيطة تحدث آثاراً قانونية و هم يعللون رأيهم بهذا القول إننا إذا سايرنا المذهب الشخصي في الحيازة ، و قلنا أن هناك عنصر معنويًا للحيازة هو القصد ، أي قصد التصرف كالمالك أو قصد استعمال الحق محل الحيازة² ، فليس المراد بالقصد هنا إرادة كسب الحق محل الحيازة بل المراد أن تكون الأعمال المادية و التي يقوم بها الحائز مصحوبة بقصد استعمال حق معين أي أن تكون أمال الحائز أعمالاً قصدية و هذا لا يخرجها عن أن تكون أعمال مادية محضة و هي أعمال إختيارية قصد بها صاحبها أن تحدث آثارها القانونية في حين إذا قلنا مع المذهب المادي في ذاتها فإن هذا يكون أكثر دلالة على أن القصد لا يخرج أعمال الحائز عن أن تكون أعمال مادية محضة و من ثم كون الحيازة في كل من المذهبين واقعة مادية بسيطة من شأنها أن تنتج آثار قانونية³ .

و قد ورد في هذا التعريف في نص المادة 1398 من القانون المدني المصري و، و الحيازة هي سيطرة فعلية على الشيء أو حق فتجوز حيازة الحقوق العينية كحق الإنتفاع و حق الإرتفاق و حقوق الرهن المختلفة ، كما تجوز الحيازة الحقوقية الشخصية ، و قد عرفها القانون المدني العراقي في المادة 1145 منه التي نصت على الحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق .

و يفهم من هذا التعريف أن الحيازة عبارة عن وضع مادي يسيطر به الشخص على الشيء أو حق قابل للتعامل فيه سيطرة فعلية سواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق أو الشيء أو لم يكن و تتحقق السيطرة الفعلية على الحق أو الشيء عن طريق الأعمال

: حمدي باشا عمر محررات شهر الحيازة دار هومة مطبعة الجزائر 2004 ص 31 .¹
2: عبد الرحمان حضر شرح القانون المدني المواد الخاصة بالحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية الطبعة الأولى مطبعة العاني بغداد 1983 ص 29 .
: مصطفى محمد جمال نظام الملكية منشأة المعارف الإسكندرية الطبعة الثانية 2000 ص 256 .³

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

المادية التي يقوم بها الشخص الحائز و التي يقتضيها مضمون هذا الحق¹ . فإذا كان حق الملكية اختلط الحق بالشيء محل الحق حيث يقال حينئذ إن الشخص سيطر سيطرة فعلية على الشيء نفسه محل حق الملكية و ذلك عن طريق الأعمال المادية التي يمارسها المالك في ملكه ، فالشخص يكون حائز لحق الملكية أو الشيء محل هذا الحق حينما يستعمل على هذا الشيء حقوق المالك فإن كان دارا قام بسكنها أو تأجيرها للغير ، و إن كان أرضاً زراعية قام بزراعتها بنفسه أو بواسطة غيره بالإيجار أو المزارعة و غيرها²، أي أنه يجوز الشيء و ينتفع به بحسب ما تقتضيه طبيعة هذا الشيء سواء كان هذا الشخص مالكا للشيء محل الحيازة أم غير مالك لئلا يتصرف الذهن إلى حق الملكية فنحن بصدد الحيازة لا الملكية .

ثالثا : الحيازة في القانون الجزائري :

لم يرد في التقنين المدني الجزائري تعريفا للحيازة و ترك تعريفها إلى إجتهد الفقهاء لكنه إقتصر على النص عليها في المواد 808 إلى 843 من القانون المدني بالتفصيل في :

أ – العنصر المادي :

و نعني بذلك سيطرة الشخص سيطرة مادية على الشيء ابتداء أي لم تنتقل إليه هذه السيطرة من غيره و بالطبع يستوي أن يكون الشيء المملوك لشخص آخر أو غيره مملوك عقارا كان أو منقولاً .

و يعتبر الركن المادي للحيازة بأنه مجموعة من الأعمال المادية التي تحقق العنصر المادي و ذلك لكون هذه التصرفات ، قد تصدر من شخص لا يتمتع بالحيازة و تشتت في الأعمال المادية أن تكون مطابقة للمألوف في استعمال الأشياء و ذلك من بيت التكرار الأهمية السكن في منزل يستدعي التردد عليه و الإقامة فيه كذلك نفس الشيء بالنسبة إلى الأرض الزراعية تقتضي مراعاة طبيعة الأرض و ما قد يطراً على عملية الزراعة و بناء

¹ : حسين محمد كاظم ، المرجع السابق ص140 .

²: صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية الجزء الأول حق الملكية في ذاته طبع التجارة و الطباعة المحدودة بغداد 1981 ص315 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

على ما سبق يكون الركن المادي رابطة فعلية تربط الحائز بالشيء المحوز و يشترط أن تكون هذه الرابطة قاطعة الدلالة على أن للحائز سلطة فعلية على الشيء المحوز و يتطلب لقيامه الشروط التالية :

1/ وجوب حيازة متعدية لا تنطوي على عمل مباح يشترط في الأعمال المادية الخاصة بالحيازة أن تتضمن تعدياً على حقوق الغير و من ذلك فإن الحيازة لا تتحقق عند القيام بالأعمال المباحة التي لا يترتب عليها المساس بحقوق الغير .

هدوء الحيازة يقده : عدم إستعانة الحائز بوسائل الإكراه للحصول على حيازة الشيء و يدخل في ذلك أعمال العنف المادية .

ب- العنصر المعنوي :

أولاً : النظريات الفقهية من العنصر المعنوي :

أثار مفهوم العنصر المعنوي للحيازة نقاشاً حاداً بين الفقيه سافيني و الفقيه إهرنج ، و سأعرض فيما يلي للنظريتين :

أ/ النظرية الشخصية :

ناد بهذه النظرية الفقيه سافيني ، من مؤلفاته *Traité de la possession* سنة 1803 ، و المقصود بالعنصر المعنوي عند سافيني هو أن يستعمل الحائز الشيء المحاز كصاحب حق عليه فإذا كان الذي يدعيه الحائز موثق ملكية مثلاً و جب أن يتوفر لدى الحائز قصد إستعمال الشيء المحاز كما المالك له فيتصرف في الشيء و يستعمله و يستغله و إذا كان الحائز يدعي حقاً آخر كحق الارتفاق مثلاً و جب أن يتوفر لديه قصد إستعمال الشيء كصاحب حق إرتفاق .

و وفقاً لهذه النظرية لا يتوفر لدى الحائز العرض عنصر القصد إذ أنه لا يستعمل الشيء كصاحب حق عليه بل يستعمله دائماً لحساب شخص آخر هو الحائز القانوني فالمستأجر مثلاً ليس لديه سوى نية الإحراز لحساب غيره فالعنصر المعنوي منعدم لديه .

ب/ النظرية المادية :

هذه النظرية نادى بها الفقيه إهرنج سنة 1867 من مؤلفه II FONDEMENT DES INTERDITS POSSESSOIRES ، و تعتبر هذه النظرية رداً على نظرية سافيني . و يرى إهرنج أن نظرية سافيني التي تقتضي ضرورة توافر نية تملك الشيء المحاز عند الحائز إن كان لها مبرر من قانون الروماني ، حيث كان المزارعون و المستأجرون في وضعية إجتماعية منحطة فكان يترك للملاك و أصحاب الأراضي الحق في الدفاع عن ممتلكاتهم الموجودة في يد المزارعين أمام القضاء فليس لهذا النظرية من مبرر في وقتنا الحاضر لتحسن وضعية المستأجرين و المزارعين فلا مانع اليوم من توفير الحيابة القانونية لهم مباشرة دون اللجوء إلى الملاك .

إن الذي يميز بين الحيابة القانونية و مجرد وضع اليد (الحيابة العرضية) ليس هو قصد الحائز في إستعمال الشيء لحساب نفسه فالمهم في الحيابة القانونية هو أن تكون الأعمال المادية التي يسيطر بها الحائز على الشيء أعمالاً إرادية قصدته و لو كانت لحساب غيره .

و الحائز العرضي عند إهرنج هو من يباشر على الشيء أعمالاً غير إرادية ، فالنائم لا يجوز ما يلقي من يده أثناء نومه و كذلك السجين لا يجوز ما يعيده من إستغلال فكل من النائم و السجين يعتبر حائز عرضياً بالنسبة للنظرية المادية .

و أهم نتيجة وصل إليها أصحاب النظرية المادية هي حماية الحائز لحساب الغير بجميع دعاوي الحيابة .

و يلاحظ بصفة عامة أنه لا يلزم لتوافر العنصر المعنوي لدى الحائز أن يعلم على وجه التحديد بمدى الحق الذي يحوزه فمن يملك صندوقاً خاصة بوضع الرسائل فحيابته تمتد إلى جميع الرسائل التي توضع في الصندوق و لو كان وقتها مجهول نوعها و عددها .

ثانياً : موقف المشرع الجزائري من النظريتين :

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الشخصية لأنه لا يمنح الحماية القانونية للحائز العرضي ، و ما أورد بخصوص حماية المستأجر في مادة 487 مدين بجميع دعاوي الحيازة في حالة التعرض الغير مادي الصادر ضده ما هو إلا استثناء عن القاعدة العامة .

إنتقال الحيازة :

كما تكتسب الحيازة إبتداء فإنها أيضا تكتسب إنتقالاً من حائز إلى آخر فهي مثلها مثل بقية الحقوق و التي تتحقق بالإستخلاف و تنقل من شخص إلى آخر ، و يقصد بإنتقال الحيازة من حائز إلى آخر سيرورة الحيازة متصلة غير متقطعة فلا تنفصل الحيازة السابقة عن الحيازة اللاحقة ¹ .

و إنتقال الحيازة يكون إما للخلف العام أو الخلف الخاص ، و هذا ما سنوضحه كالتالي :

الفرع الأول : إنتقال الحيازة إلى الخلف العام :

نتعرض فيه إلى المقصود بإنتقال الحيازة إلى الخلف العام و كيفية إنتقال الحيازة إلى الخلف العام بصفاتهما و عيوبها :

أولاً : المقصود بإنتقال الحيازة إلى الخلف العام :

هو من يخلف السلف سواء في ذمته كاملة كالوارث أو جزء منها كالموصى له ، و قد نصت 814 ق م ج على ما يلي :

تنتقل الحيازة إلى الخلف العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كان السلف سيء النية و اثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته . نستخلص من هذه المادة أن الحيازة تنتقل إلى الخلف العام بحكم القانون فبعد وفاة الحائز أي السلف تنتقل الحيازة إلى خلفه و لما كانت الملكية تنتقل إلى الخلف العام بالوفاة فإن الحيازة تتبعها في هذا الإنتقال ² .

: محمد على الأمين التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني ، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان 1993 ص 79 . ¹
:المرجع نفسه ص 80 . ²

ثانياً : إنتقال الحيازة إلى الخلف العام بصفاتهما و عيوبها :

و الحيازة في هذا الصدد تنتقل إلى الخلف العام بجميع صفاتها سواء كانت عرضية أو أهلية أو مشوبة بعيب من العيوب أو غير مشوبة أو كانت بحسن أو سوء النية و هذا ما أقره القضاء في العديد من القرارات و منه إذا كانت حيازة المورث عرضية فتنقل بهذه الصفة إلى الوارث فيصبح حائزاً عرضياً يحوز لحساب غيره¹ ، و أيضاً إذا كانت حيازة السلف معيبة بخفاء أو كانت مشوبة بإكراه أو غموض أو لبس فإنها تظل كذلك عند إنتقالها إلى الخلف فلا تكون سليمة إلا إذا أصبحت يده ظاهرة أو انقطع الإكراه أو زال اللبس هذا مع مراعاة أن حيازة الخلف لن تعود قانونية إلا من تاريخ زوال العيب الذي شاب الحيازة ، و إذا كان السلف حسن النية في حيازته فتنقل إلى خلفه مقترنة بحسن النية و نفس الأمر بالنسبة لسوء النية فهذا الوصف الأخير ينتقل إلى الخلف العام إلى حين إثبات حسن النية و الإستثناء من القاعدة السابقة يظهر من خلال المادة 814 من ق.م.ج و التي جاء فيما يلي :

غير أنه إذا كان السلف سيئ النية و اثبت الخلف أنه كان في حيازته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته .

و يعتبر جواز تمسك الخلف العام بحسن نيته مظهر لنوع من استقلال حيازته عن حيازة سلفه إذا يستطيع أن يثبت الخلف حسن نيته ، أو أنه لا يعلم بأن حيازة سلفه كانت بسوء نية أو منطوية على إعتداء على حق الغير² .

و لما كانت حيازة الخلف العام استمرار لحيازة السلف فإن الأصل أن مدة حيازة المورث تضاعف إلى مدة حيازة الوارث فلو كانت مدة حيازة المورث أقل من سنة و انتقلت إلى الوارث فيكفي أن تستكمل حيازته مدة سنة حتى تستطيع أن تحمي حيازته بدعاوي الحيازة.

: محمدي فريدة الحيازة و التقادم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر¹
: محمد علي ، المرجع السابق ص 81 .²

إنتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

نتطرق إلى المقصود بإنتقال الحيازة إلى الخلف الخاص و أهم صورة التسليم كما يلي :

أولاً : المقصود بإنتقال الحيازة إلى الخلف الخاص :

الحائز الذي قامت بينه و بين الحائز السابق علاقة قانونية أدت إلى إنتقال الحيازة مثل علاقة البائع بالمشتري ، فالحيازة في مثل هذه الحالة تنتقل بالعقد أو بالإتفاق و لكن بشرط أن تتوفر لدى الخلف الخاص قدرة السيطرة على الشيء ، و هذا ما جاء في المادة 811 من ق.م.ج التي تنص على أنه تنتقل الحيازة إلى غيره إذا اتفقا على ذلك و كان في استطاعة من انتقلت إليه الحيازة أن يسيطر على الحق و لو دون تسليم مادي للشيء موضوع هذا الحق . يستخلص من خلال هذا النص أن إنتقال الحيازة للخلف الخاص يكون بناء على اتفاق بينه و بين سلفه ، فيشترط لهذا الإنتقال أن يتوفر لدى الخلف السيطرة على العين موضوع الحيازة أي أن يكون في استطاعته مباشرة الأعمال المادية التي تكون العنصر المادي للحائز دون أي عائق¹.

ثانياً : صور تسليم الحيازة للخلف الخاص :

و إذا كان الأصل أن تتحقق هذه السيطرة المادية على الحق بتسلم العين ماديا إلا أنه يجوز أن تتحقق السيطرة دون حدوث تسليم مادي فالنص هذا يجوز أن تنتقل الحيازة دون إشتراط التسليم الفعلي مما يفهم أنه يجوز أن تنتقل الحيازة عن طريق التسليم الحكمي أو التسليم الرمزي و هما صورتان للتسليم الغير فعلي للشيء².

¹ : محمدي فريدة ، المرجع السابق ص80 .

² : قادري نادية ، المرجع السابق ص 115 .

1/ إنتقال الحيازة العقارية بالتسليم الحكمي :

تنس المادة 812 ق.م.ج على ما يلي : يجوز نقل الحيازة دون تسليم مادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة أو استمر الخلف واضعاً يده و لكن لحساب نفسه .

إذا يجوز التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع لدى المشتري قبل البيع لسبب من الأسباب فتنقل حيازته بالتسليم الحكمي إلى المشتري .

و التسليم الحكمي يتحقق في أمرين¹ :

1- يبيع الحائز العقار الذي في ملكه ثم يتفق مع المشتري على أن يظل العقار المباع في حيازته بصفته مستأجراً أو مستعيراً ، و تعتبر حيازته عرضية لأنه يجوز لحساب المالك الجديد و يعبر عن هذا الإنتقال بالإنتقال المعنوي .

2- في هذه الحالة يستمر الخلف حائز لحساب نفسه و مثالها أن يكون الشيء في حيازة الحائز بصفته عرضية كالمستأجر ، فيقوم هذا الأخير بشراء العين من المستأجر فيستمر واضعاً يده عليها بصفته مالكا له حيازة أصلية بعد أن كان مستأجراً ذو حيازة عرضية .

2/ إنتقال الحيازة العقارية بالتسليم الرمزي :

هو الذي يتم عن طريق تسليم الخلف ما يرمز إلى الشيء محل الحيازة و يمكنه من السيطرة على حيازته مادياً ، و يتم هذا التسليم بحسب طبيعة الشيء المراد نقل حيازته . التسليم الرمزي لا يماثل التسليم الفعلي في قوته بل هو أدنى منه ، و إذا تعارض التسليم الفعلي مع التسليم الرمزي كان الأول هو المعتبر .

: محمد علي أمين ، المرجع السابق ص 77 .¹

3/ ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف الخاص :

تعتبر حيازة الخلف الخاص حيازة جديدة مستقلة عن حيازة السلف ، و تتميز بصفاتها الخاصة التي تختلف عن الصفات التي كانت عليها لكن بالرجوع إلى المادة 814 من ق.م.ج نجدها تنص على ما يلي : " يجوز للخلف الخاص أن يضم حيازته حيازة سلفه ليلبغ التقاعد، نفهم من هذا النص أنه يمكن للخلف الخاص الإنتفاع بمزايا حيازة سلفه فيستطيع ضم مدة حيازة سلفه إلى مدة حيازته لكسب الملكية بالتقادم و لإستكمال المدة المطلوبة في رفع دعوى الحيازة .

- و على العموم فإنه يشترط ليتمكن الحائز من ضم مدة حيازة سلفه إلى حيازته ما يلي¹:
- أن تكون حيازة السلف صالحة لكسب الملكية بالتقادم فإذا كانت حيازة السلف عرضية أو معيبة و حيازة الخلف قانونية فلا يمكن ضم مدة حيازة سلفه لمدة حياته .
 - يجب أن تكون حيازة الخلف منصبة على ذات الحق الذي حازه السلف من قبله أو على حق أدنى منه لذلك لا يستطيع الخلف الخاص ضم مدة حيازته إذا كان هذا الأخير حائز قبله للعين كصاحب حق انتفاع و ليس كصاحب حق ملكية ، ولكن العكس جائز إذا كان السلف الخاص يتمسك بالتقادم القصير و لا يستطيع ضم حيازة سلفه إلى حيازته إلا إذا كانت حيازة السلف مستندة إلى سند صحيح مع توفر حسن النية .

المطلب الثالث :

زوال الحيازة :

تكتسب الحيازة بتوافر العنصرين المادي و المعنوي و هما عنصران متلازمان يؤدي فقدانهما إلى فقدان أحدهما إلى زوال الحيازة فإذا زالت السيطرة الفعلية للحائز على الحق زالت حياته كما تزول بزوال عنصرها المعنوي² .

¹ : فريدة محمدي ، المرجع السابق ص 87 .

² : المرجع نفسه ص 88.

الفرع الأول : زوال الحيازة بفقدان ركنيها :

تزول الحيازة بدهاءة إذا فقد الحائز عنصرين المادي و المعنوي معاً فقد عنصر السيطرة المادية و عنصر قصد استعمال الحق لحساب نفسه ، و يتحقق ذلك في الحالات التالية :

أولاً : بالإرادة المنفردة للحائز :

يتخلى الحائز عن حيازته للشيء بإرادته المنفردة إذا يتخلى عن سيطرته المادية على الشيء و كذا عن قصد استعماله لحساب نفسه أي تزول عن العنصرين المادي و المعنوي فإذا كان الشيء عقاراً زالت الحيازة و الملكية معاً متى كان قصد الحائز من التخلي عن الحيازة هو التخلي عن الملكية¹ دون أن ينقل الحيازة إلى غيره من الناس سواء كان الشيء محاز عقاراً أو منقولاً ، و تعرف هذه الحالة بالترك أو ما التخلي النهائي و للتخلي عن حيازة المنقول أثر فوري فلا يستطيع أن يسترد حيازته مادام قد تخلى عنها مادياً و قصد بذلك تركها نهائياً ، و هنا تزول الحيازة و الملكية معاً حيث يأخذ المنقول حكم المال المباح الذي لا مالك له و بالتالي يحاز مرة أخرى و يتملك بالإستيلاء ، أما في العقار فنادر ما يتخلى الحائز عن العقار أو يقصد النزول عن ملكيته غير أنه يتخلى الحائز عن العقار باختياره إذا فقد السيطرة المادية على العقار و القصد لمباشرتها لحساب النفس لكنه في هذه الحالة تزول الحيازة ولا تزول الملكية .

ثانياً : فقد الحيازة بالتصرف القانوني :

يتحقق زوال الحيازة بالتصرف القانوني من قبل الحائز في الشيء المحاز سواء بالبيع أو بالهبة أو غيرها من أنواع التصرف ، و هنا يحدث الزوال بإرادتين متطابقتين لكل من الحائز و خلفه الخاص ، حيث يفقد الحائز الحيازة بفقدان السيطرة المادية على الشيء و نية إستعمال الحق لحساب النفس ، و يقوم بتسليم الشيء محل الحيازة لخلفه الخاص الذي

:محمد علي أمين ، المرجع السابق ص 81 .¹

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

يبدأ حيازة جديدة مستقلة عن الحيازة الأولى بمجرد تسلم الشيء المحاز و بدء السيطرة عليه¹.

ثالثاً : فقد الحيازة رغماً عن الحائز :

فقد يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء محل الحيازة رغماً عنه و ذلك في حالة القوة القاهرة و الظروف الطارئة و مثال ذلك أن يؤدي زلزال إلى تحطيم و تهديم العقار محل الحيازة و بفقدان السيطرة المادية على محل الحيازة يفقد الحائز العنصر المعنوي تبعاً لذلك².

زوال الحيازة بفقدان ركنها المادي وحده :

يفقد الحائز السيطرة المادية على الشيء المحاز إذا اغتصب منه بفعل الغير كالسرقة أو ضاع منه كأن يفلت الشيء من يدي الحائز كان يكون حيواناً يهرب أو منقولاً يضيع ، و يفقد الحائز العنصر المادي حين يصبح غير متمكن من السيطرة المادية على الشيء لا بنفسه و لا بواسطة غيره إذا نحن نعلم أنه تجوز الحيازة بواسطة الغير ، فالعنصر المادي في هذه الحالة لم يفقد فعندما يعهد الحائز بالعين إلى غيره كالمستأجر مثلاً فإن هذا الأخير يحوز حيازة عرضية فقط و يبقى الحائز يحوز قانونياً بواسطة غيره³ ، و بفقدان العنصر المادي تزول الحيازة و لكن إذا كان بإستطاعة الحائز السيطرة المادية على المحاز من جديد كأن يكون المانع الذي حال دون ذلك مانعاً وقتياً فيجوز أن تستمر الحيازة بواسطة العنصر المعنوي وحده إلى حين استرجاع الحائز قدرته على السيطرة على الشيء .

أولاً : فقد الحائز لحيازة المنقول :

تزول حيازة المنقول بمجرد فقد الحائز السيطرة الفعلية عليه سواء بنفسه أو بواسطة غيره و ذلك حتى لو استبقى العنصر المعنوي لديه غير أنه لا يفقد الشخص حيازة المنقول

1 : عبد الرحيم بسمة ، المرجع السابق ص 27 .

2 : محمد علي أمين ، المرجع السابق ص 80 .

3 : عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ص 902 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

بمجرد سرقة أو ضياع الشيء المحاز إذ يجيز القانون للحائز استرداد المنقول المسروق أو الضائع خلال ثلاث سنوات .

ثانياً : فقد الحائز لحيازة العقار :

يبقى الحائز رغم فقدته للعنصر المادي حائزاً للعقار و ذلك باحتفاظه بالعنصر المعنوي وحده و يشترط لهذا أن يبقى العقار تحت تصرف الحائز و أن تحول دون ممارسة السيطرة المادية عليه ظروف طبيعية كالفيضانات مثلاً ، و أن تكون طبيعة العقار لا تتطرق أعمالاً مادية مستمرة عليه و ذلك كله شريطة ألا يستولي الغير على هذا العقار¹ إذا أصبح الحائز الجديد بعد مرور السنة حائزاً قانونياً للعقار ، و يستطيع بالتالي حماية حيازته بجميع دعاوي الحيازة ، فطبقاً للمادة 816 ق.م.ج يحتفظ الحائز السابق بالعقار بشرط أن يسترده خلال السنة التالية لفقدته و إلا فقد حيازته على العقار بعد مرور سنة من حيازة الغير له حيازة قانونية خالية من العيوب كما قد تفقد الحيازة إذا فقد الحائز عنصر القصد في أن يحوز الشيء لحساب نفسه فيفقد بذلك العنصر المعنوي للحيازة مع استبقائه للسيطرة المادية على الشيء و إذا كان يستبقيه نيابة عن منتقل إليه الشيء فيتحول بذلك الحائز الأصلي إلى حائز عرضي أو على سبيل الرخصة أو التنازل و مثاله : إقرار الحائز بحق المالك و تحوله إلى مستعير².

آليات حماية الحيازة في القانون المدني :

لقد أسبغ القانون على الحيازة بحد ذاتها حماية خاصة ، سواء كان الحائز حسن النية أو سيئها ، فالحيازة هي سلطة فعلية يباشرها الحائز على شيء ما و هذه السلطة الفعلية قد تكون مسندة إلى حق يعترف به القانون للحائز حين يكون الحائز مالكا للشيء أو صاحب حق عيني آخر .

¹ : المادة 836 ق.م.ج .

² : محمد علي أمين ، المرجع السابق ص 87 .

الفصل الأول : طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية

كما إعتبرت حماية الحيازة في حد ذاتها و يصرف النظر عن الحق الذي قد تستند إليه هي الأسلوب الطبيعي الذي تتحقق من خلاله ضمانات سير العدالة و إستقرار المراكز القانونية عن طريق دعاوي خاصة و هي دعاوي الحيازة الثلاث :

فالقانون يحمي الحيازة كما يحمي الملكية و ترجع مبررات الحماية إلى :

إقرار النظام و الأمن في المجتمع لأنه لا يجوز للغير التعدي على هذه الحيازة كما لا يسمح له القيام بانتزاع الحيازة بالقوة¹ .

-القانون يحمي الحيازة لما لها من فائدة في تحقيق مصلحة الحائز و يظهر ذلك في أنها :

- فريضة على الحق المادة 831 من ق.م.ج² .

- الحيازة ممارسة فعلية للحق .

- الحيازة وسيلة لإكتساب الحق³ .

و هذا ما سنحاول توضيحه في مبحثين :

المبحث الأول : الأحكام العامة لحماية الحيازة .

المبحث الثاني : دعاوي الحيازة .

: سيف النصر سليمان محمد مرجع القاضي و المتقاضي في الحيازة دار محمد للنشر و التوزيع القاهرة مصر 1995 ص 8¹ .

: المادة 831 ق.م.ج الحائز للحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق في تبين خلاف ذلك² .

: بوبشير محند أمقران ، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزء الأول دار الهادي الجزائر 2006 ص 53³ .

خلاصة الفصل :

يتضح من مجمل ما تم تناوله في الفصل الأول أن طرق اكتساب الملكية العقارية بالطرق العادية يكون إما بمقابل مادي عن طريق عقود الشراء أو التبادل أو بدون مقابل مادي عن طريق التبرعات و الحيازة و الوصية .

لتحقيق هذه الغاية أقر المشرع الجزائري مجموعة من الإجراءات و ألزم مؤسسة الدولة التشريعية و القضائية و التنفيذية بتطبيقها ما توفرت شروطها و أركانها ، كما أقر هذا الأخير مجموعة من الجزاءات و القوانين التي تكفل ضمان حماية هذه الغاية .

الفصل الثاني :

اكتساب الأملاك العقارية الخاصة
بالطرق الغير العادية

المبحث الأول : نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية

المطلب الأول : مفهوم نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

نزع الملكية للمنفعة العامة :

الفرع الأول : تعريف نزع الملكية للمنفعة العامة :

تعرف نزع الملكية للمنفعة العامة بأنها أجزاء من شأنه حرمان شخص من ملكه العقاري جبراً عنه لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل و منصف حيث أن نزع الملكية للمنفعة العامة أجزاء استثنائياً لا يجوز اللجوء إليه إلا وفقاً لنصوص قانونية تحيزه صراحة و في الحدود التي تعينها هذه النصوص فإذا استولت الإدارة على أملاك الأفراد جبراً عنهم بدون إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون اعتبر تصرفها غصباً مجرد قراراتها من صفتها العامة و يهبط بها إلى مستوى الأعمال المادية التي يختص بها القضاء العادي و يرتب عليها المسؤولية عما تحدثه من أضرار بل إن صاحب القرار يضل حسبما قرر القضاء محتفظاً بملكه رغم هذا ، و عرفها الأستاذ محمد أنيس قاسم بأنها إجراء من شأنه حرمان مالك عقار معين من ملكه جبراً لتخصيصه للمنفعة العامة مقابل تعويض عادل¹ ، و قد عرفت المادة الثانية من القانون رقم 91/11 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة بأنها طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك أو حقوق عقارية تجتمع كل التعاريف لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة على أن عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة هي إجراء تلجأ إليه الإدارة للحصول على عقار يخصص للمنفعة العامة و مقابل تعويض عادل و كامل و يستفيد منه صاحب العقار المنزوع ملكيته انطلاقاً من ذلك يشترط في عملية النزع أن تكون من أجل المنفعة العامة و مقابل تعويض عادل تدفعه الجهة الإدارية قبل اللجوء إلى نزع الملكية للمنفعة العامة .

تميز نزع الملكية عن غيره من المفاهيم المتشابهة :

1 :محمد أنيس – قاسم جعفر – النظرية العامة لأملاك الإدارة و الأشغال العمومية –الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية – الجزائر 1983 .

أولاً : نزع الملكية لأجل المنفعة العمومية و التأميم :

التأميم هو وليد السياسة الإشتراكية للدولة و التي انتهجت النظام الإقتصادي الموجه و أن أخذت به بعض الدول الرأسمالية من أجل تنفيذ خطط الدولة الإقتصادية باعتبار أنه من وسائل كسب الإدارة لملكية عناصر مالية لأخذ أموال أشخاص القانون و تحويلها إلى ذمتها المالية من أجل إدراتها لحساب و صالح الأمة ، و يمكن أن تفرق بينهما من عدة جوانب :

أ- من حيث الجانب التاريخي :

نزع الملكية مفهوم مرتبط بصفة عامة بمفهوم الملكية الخاصة الذي يعتبر من وسائل تقييد حق الملكية و تعود أصوله إلى حقبة تاريخية بعيدة ، بينما التأميم يعتبر مفهوم جديد فهو وليد السياسة الإيديولوجية و الإشتراكية¹.

ب- من حيث الأثر :

يتفق كلاهما في أثرهما الناقل للملكية إلا أنهما يختلفان من حيث أن التأميم يؤدي إلى نقل ملكية النشاط الإقتصادي من القطاع الخاص إلى القطاع العام ، و لا تدخل المشاريع المؤممة الإقتصادية ضمن ملكية الدومين العام بينما ندخل الأملاك العقارية منزوعة الملكية من الأفراد إلى ملكية الدومين الخاص بعض تخصيصها للمنفعة العمومية ، كما أن التأميم طريق لإنكار الملكية الخاصة في جوهره على عكس نزع الملكية التي يعترف بها و إذا كانت وسيلة لتنفيذها².

ج- من حيث الموضوع :

ينصب التأميم على جميع أموال المشاريع و الأنشطة الإقتصادية بينما نزع الملكية لا يرد إلا على العقارات و الحقوق العينية العقارية³.

د- من حيث دفع التعويض :

1: محمد فاروق عبد الحميد ، المرجع السابق ص 396 – 397 .
2 : وناس عقيلة النظام القانوني لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة من التشريع الجزائري مذكرة ماجستير كلية الحقوق جامعة باتنة 2006 ص 05 ص 62 .
3 : منذر عبد الحسين الفصل الوظيفة الإجتماعية للملكية الخاصة في التشريع الإسلامي و القانون الوضعي الطبعة الثانية ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1988 ص 7-168 .

كلاهما مقابل تعويض عادل إلا أنهما يختلفان في أن نزع الملكية يتم التعويض قبلها و يكون قابلاً لرقابة القضاء بينما التعويض في التأميم يتم بعد إتمام و انتهاء عملية التأميم و لا يخضع لرقابة القضاء .

هـ- من حيث الإجراءات :

تختلف الإجراءات إختلافاً جوهرياً فالتأميم عمل قانوني يتم بناءً على نص قانوني طبقاً لأحكام المادة 678 من القانون المدني و عليه يعتبر من أعمال السيادة بينما نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية يتم عن طريق قرار إداري تصدره الجهة المختصة¹.

ثانياً : نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية و المصادرة :

إذا كان مقرر أن الإدارة يسوغ لها اللجوء إلى نزع الملكية كلما تطلبت المصلحة العامة ذلك فإن المصادرة تنتج عن خطأ يرتكبه الشخص فقد تكون بحكم قضائي بسبب جريمة جنائية أو بقرار إداري إذا نص القانون على مثل هذا الإجراء و يتفق الإجراءات في كونها ينقلان الملكية إلى الإدارة لكنهما يختلفان من حيث المركز القانوني و المخاطبين بهما ، فالمخاطب بنزع الملكية يحميه القانون و يخوله الحصول على التعويض العيني أو النقدي ، بينما المخاطب بالمصادرة شخص يخضع للعقاب كما إنهما يختلفان من حيث المحل فنزع الملكية برد على العقارات و الحقوق العينية العقارية أما المصادر فتتصب على كل مال له علاقة بالجريمة المقترفة .²

ثالثاً : نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية و الإستيلاء :

أ- نزع الملكية ذو طابع نهائي أي تنتقل فيه الملكية إلى الجهة المستفيدة بينما الإستيلاء ذو طابع مؤقت .

ب- موضوع نزع الملكية عقار أو حقوق عينية عقارية بينما موضوع الإستيلاء منقولات و عقارات أو خدمات .

ج- التعويض في نزع الملكية يكون مسبقاً و في الإستيلاء يكون بعد الإنتهاء .

1:أعمر يحيياوي الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية ، المرجع السابق ص 79-80 .

2:محمد يوسف المعداوي ، المرجع السابق ص 50 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

د- الإجراءات في نزع الملكية تكون طويلة و معقدة مقارنة بالإستيلاء التي تتسم بالبساطة.¹

الفرع الأول : إجراءات إثبات المنفعة العمومية :

تتطلب عملية نزع الملكية للمنفعة العمومية اتخاذ بعض الإجراءات المحددة قانوناً التي نظمها قانون رقم 91- 11 المتعلق بزاع الملكية للمنفعة العمومية و المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المحدد لكيفيات تطبيق القانون 91-11 و لبدأ هذه الإجراءات بتقرير المنفعة العامة كإجراء أساسي يستهدف تحديد الغاية من العملية التي تريد الإدارة القيام بها من جهة و من جهة أخرى أتاحت الفرصة للأفراد المعنيين لإبداء آرائهم حول المشروع و لا يكون التصريح بالمنفعة العمومية ممكناً إلا إذا مر ببعض الإجراءات الجوهرية المسبقة للوصول إلى صدور قرار التصريح بالمنفعة العمومية .

الفقرة الأولى : الإجراءات الأولية الملزمة بالمستفيد :

يخضع نزع الملكية إلى إجراءات أولية مسبقة تقوم بها الجهة المستفيدة من عملية نزع الملكية و تتمثل هذه الإجراءات في الإقتراح الذي تقدمه الهيئة المستفيدة و مرحلة محاولة الإقتناء بالتراضي ، و أخيراً مرحلة تكوين نزع الملكية .

1/ اقتراح الهيئة المستفيدة :

إن فكرة المنفعة العامة و التي تتضمنها عملية نزع الملكية تثيرها الهيئة المستفيدة و ذلك من خلال المشروع الذي تقترحه بحسب احتياجاتها اللازمة لخدمة المجتمع و إشباع حاجات المرفقة العام ، وعليه فإن نزع الملكية يكون على أساس اقتراح الهيئة المستفيدة و في كل الحالات يجب أن يكون المشروع مع إنجازه من طرف الهيئة المستفيدة يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 02 من القانون 91-11 أن المشروع نص عليه

¹:أمر يحيايوي الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات المحلية ، المرجع السابق ص 77-78 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

قانون خاص و يجب أن يكون من أجل تحقيق منفعة عامة لدخل في إطار إنشاء و استغلال الأملاك الوطنية العامة أو تسييرها .^{2 1}

2/ مرحلة الإقتناء بالتراضي :

يتوجب على الهيئة المستفيدة أنها قد حاولت اقتناء الأملاك أو الحقوق العقارية بالطرق الرضائية إلا أنها أدت إلى نتائج سلبية و نظراً للطابع الجبري لعملية نزع الملكية في اقتناء الأملاك العقارية .^{5 4 3}

يجب على الإدارة قبل اللجوء إلى إجراء نزع الملكية محاولة الحصول على العقار بالطرق الرضائية ، و ذلك إما بشراء هذه الأملاك أو التبادل بأملك أخرى ، و لذلك يتعين على الهيئة المستفيدة من اقتناء الأملاك بعملية الشراء أن تتعل بأصحاب الأملاك العقارية المراد نزع ملكيتها و تعرض عليهم المشروع المزمع انجازه و مقدار التعويض ، ففي حالة قبول أصحاب الأملاك العقارية للعملية بتحرير محضر قبول ذلك و تقدم العقود الإدارية الخاصة بالأملاك المزمع نزع ملكيتها ، و يتم التنازل مباشرة و يعوض المتضررين بناء على محضر صلح ودي ، و هي نفس الإجراءات التي تتبعها في التبادل بالتراضي لكن التعويض لا يكون بمبلغ مالي و إنها بأملك أو حقوق عقارية و ذلك إذا كانت الهيئة المستفيدة تتوفر على احتياطات عقارية ، أما في حالة رفض الملاك لعملية الشراء أو التبادل بالتراضي بتحرير محضر بذلك يثبت فيه المستفيد من نزع الملكية النتائج السلبية التي تمخضت عن المحاولات الودية و الإقتناء بالتراضي و تحدر الملاحظة أن هذا الشرط من النظام العام يثيره القاضي من تلقاء نفسه .

: بوشريط محمد عمدون آكلي إجراءات¹ نزع الملكية للمنفعة العمومية مرجع سابق ص 12 .

: بوشريط محمد عمدون آكلي إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية مرجع سابق ص 13 .²

: د/ أحمد رحمانى نزع الملكية للمنفعة العامة مجلة إدارة العدد 2 ، 1999 ص 20 .³

: بوشريط محمد عمرون آكلي مرجع سابق ص 14 .⁴

: د/ أحمد رحمانى نزع الملكية للمنفعة العامة مجلة إدارة العدد 2 ، 1999 ص 20 .⁵

3/ تكوين ملف نزع الملكية :

إذا لم يؤدي الطرق الودية للحصول على الأملاك و الحقوق العقارية إلى نتائج إيجابية يحزر محضر عدم الصلح و على أساسه تكون الهيئة المستفيدة ملف تثبت فيه أن المشروع المزعم إنجازهُ ذو منفعة عامة و إنها سعت للحصول على الأملاك بالطرق الودية و يتكون هذا الملف من تقرير يبرر ضرورة اللجوء إلى إجراء نزع الملكية و يبين النتائج السلبية التي آلت إليها محاولة الإقتناء بالتراضي ، و هذا شرط أساسي يعد من النظام العام ، فالقاضي يبحث على جدية المحاولة التي قام بها المستفيد بتصريح يوضح الهدف من العملية و الذي ينبغي أن يكون تنفيذ أدوات الهيئة و التعمير أو التخطيط المرتبط بذلك .¹

مخطط للوضعية يحدد طبيعة الأشغال و مدى أهميتها و موقعها :

تقرير بياني للعملية و إطار التمويل المخصص لها حيث لا يمكن اللجوء إلى نزع الملكية عندما تكون الإعتمادات المالية غير كافية لتمويل العملية و يتبين هذا النقص عند إيداع مبلغ التعويض المسبق الذي لدى الخزينة العمومية لأن هذا التعويض يكون دائماً مسبقاً و بعدما يرسل الملف إلى الوالي المختص للدراسة الذي يمكن أن يطلب جميع المعلومات أو الوثائق التكميلية التي يراها مناسبة لدراسة الملف .²

الفقرة الثانية : التحقيق الإداري المسبق : إن مرحلة التحقيق الإداري المسبق يقوم بها الوالي المختص إقليمياً بعد تلقيه ملف المستفيد و الذي يصدر على أساسه قرار فتح التحقيق و تعيين اللجنة المكلفة به ة تحديد الغرض من هذه العملية و التي تبدأ بفتح تحقيق و تعيين له لجنة تحقيق التي تولى لها مجموعة من المهام .³

1- هدف التحقيق المسبق :

: المادة 02 من القانون 91-11 مرجع سابق .¹

: المادة 02 من المرسوم التنفيذي 93-186 مرجع سابق .²

:بوشريط محمد عمرون أكلي إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية مرجع سابق ص16 .³

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

من خلاله تهدف الإدارة إلى إثبات مدى فاعلية المنفعة العامة خاصة أن الإدارة تتمتع بالسلطة التقديرية فيما يتعلق بتحديد العقارات و الحقوق العينية العقارية و المساحات اللازمة لتحقيق الهدف من نزع الملكية و كذلك يمكن المواطنين من معرفة طبيعة و محتوى المشروع المزمع القيام به .

2- إجراءات التحقيق المسبق :

تصدر السلطة المختصة قرار يسمى بقرار التحقيق الذي من خلاله يتم فتح التحقيق و يكون بقرار وزاري مشترك و يحتوي على ما يلي :

- تعيين لجنة التحقيق .
- ضبط كفاءات التحقيق المسبق .

و عند صدور القرار يفتح التحقيق المسبق يعين بموجبه لجنة التحقيق تتكون من 03 أشخاص و يكون أحدهم رئيساً لها و يعينون من بين الموجودين في قائمة وطنية يضبطها كل سنة وزير الداخلية و الجماعات المحلية استناداً إلى القوائم التي تعدها كل ولاية تضم من 06 إلى 12 شخصاً و تتكون هذه القوائم من قداماء القضاة الموظفين أو قداماء الموظفين المصنفين على الأقل في الصنف 13 من القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية¹، و يشترط في هؤلاء المحققين صفة الحياد بمعنى ألا يكونوا منتمين إلى الجهة الإدارية نازعة الملكية و أن لا تكون لهم علاقة تنطوي تحت مصلحة المنزوع ملكيتهم². و يشترط في فت التحقيق المسبق مجموعة من الشروط حتى يكون صحيحاً و هي :

- تحديد الهدف من العملية .

- تاريخ بداية التحقيق و نهايته .

- تحديد تشكيله لجنة التحقيق بأسماء أعضائها و ألقابهم و صفاتهم .

: المادتين 03 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 93 - 186 مرجع سابق .¹

: المادة 05 من القانون رقم 91 - 11 مرجع سابق .²

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

- مخطط الوضعية لتحديد طبيعة الأشغال المزمع إنجازها و موقعها .
- كفيات عمل اللجنة من حيث الأوقات و الإستقبال و مكانه و دفتر تسجيل شكاوي المقدمة من قبل الجمهور و كذا طرق استشارة ملف التحقيق .
- الهدف من التحقيق .
- تحديد مكان إجراء التحقيق .

و يجب أن يصدر هذا القرار قبل 15 يوماً من تاريخ فتح التحقيق و يشهر بمركز البلدية التي يوجد بها المشروع و ينشر في يوميتين وطنيتين و كذلك ينشر في مجموع القرارات الإدارية للولاية¹.

3-مهام لجنة التحقيق :

إذا استوفى قرار فتح التحقيق جميع الشروط تبدأ لجنة التحقيق في مباشرة مهامها حيث تكلف بالتحقيق في مدى أهمية المشروع و فعالية المنفعة العمومية و كذلك يمكن لها الانتقال إلى الأماكن لإجراء المعاينات الميدانية على مواقع المشروع ، كما لها أن تستدعي صاحب المشروع أو ممثليه أو أي إدارة معنية و يجوز لها أن تقدم الوثائق المرفقة بملف التحقيق إلى الجمهور للإطلاع عليها و تنظيم اجتماعات معهم بغرض تبادل المعلومات بحضور صاحب المشروع ، و في الأخير تقوم اللجنة بتحرير محضر تسجل فيه جميع الملاحظات .

الفرع الثاني :

قرار التصريح بالمنفعة العمومية :

تصدر السلطة المختصة بنزع الملكية قرار التصريح بالمنفعة العمومية و هذا بعد إجراء التحقيق المسبق و يجب أن تتوفر شروط في هذا القرار و هي :

¹ : المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 ، مرجع سابق .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

- 1- يجب أن يصدر عن السلطة المختصة .
 - 2- يجب أن يحترم قرار القواعد الشكلية .
 - 3- يجب أن يكون محتوى القرار مطابقاً للنصوص القانونية و التنظيمية .¹
- سنحاول تفصيل هذه العناصر الثلاثة كل على حدى :
- الفقرة الأولى : السلطة المختصة في إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية:**

- نصت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 على أن السلطة المختصة في إصدار التصريح بالمنفعة العمومية يكون حسب حالتين و هما :
- إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها تقع على إقليم ولايتين أو عدة ولايات فإن قرار التصريح بالمنفعة العمومية يصدر في شكل قرار وزاري مشترك بين الوزير المعني ووزير الداخلية و الجماعات المحلية ووزير المالية .
 - إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها تقع على إقليم واحد فإن التصريح بالمنفعة العمومية يصدر بقرار عن الوالي ، و نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 05-284 التي تتم المادة 10 من المرسوم التنفيذي 93-186 على أن بالنسبة لعمليات انجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة و البعد الوطني الإستراتيجي يتم التصريح بالمنفعة العمومية لها بموجب مرسوم تنفيذي².

الفقرة الثانية : محتوى القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العمومية :

يجب أن يبين هذا القرار إلزامياً و تحت طائلة البطلان ما يلي :

- ✓ مساحة العقارات ، موقعها و مواصفاتها .
- ✓ محتوى الأشغال المزمع القيام بها .
- ✓ تقدير النفقات التي تغطي عملية نزع الملكية .

بوشريط محمد عمرون اكلي إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية ، مرجع سابق ص20 .¹
: المادة 09 من القانون رقم 91-11 مرجع سابق .²

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

✓ الأجل الأقصى المحدد لإنجاز نزع الملكية و المقدر بأربعة سنوات قابلة للتحديد مرة واحدة إذا تعلق الأمر بالعمليات الكبرى ذات المنفعة الوطنية¹ ، و عليه فإن قرار التصريح بالمنفعة العمومية يتعلق بمشروع محدد و بالتالي لا يمكن إنجاز مشروع آخر بدله و إلا اعتبر قرار التصريح بالمنفعة العمومية يمكن لدى كل مصلحة إذا رأى أن الإدارة لم تحترم أحد الإجراءات التي يفرضها القانون أن يقوم برفع دعوى الإلغاء² ضد قرار التصريح بالمنفعة العمومية أمام الجهة القضائية المختصة حسب الأشكال المحددة قانونياً و أن رفع دعوى الإلغاء يؤدي إلى وقف الإجراءات الإدارية لنزع الملكية و هذا إلى غاية الفصل في النزاع من طرف الجهة القضائية المختصة فإذا تم إلغاء القرار يصبح نقل الملكية غير ممكن أما إذا تم تأييده فإن نزع الملكية يصبح ممكناً و لكن ليس ملزماً للإدارة إذا بإمكانه العدول عن المشروع.³

الفقرة الثالثة : القواعد الشكلية واجبة الإلتباع عند أخذ القرار :

حتى يكون قرار التصريح بالمنفعة العمومية سليماً لا بد أ، تتوفر فيه بعض الشروط الشكلية و التي تتمثل في :

- 1- يجب أن يكون قرار التصريح بالمنفعة العمومية منشوراً حسب الحالة في الجريدة الرسمية إذا كان قرار ولائي .
- 2- يجب أن يبلغ إلى كل واحد من الأشخاص المعنيين .
- 3- يجب أن يشهر في مقر البلدية التي يقع فيها العقار المطلوب نزع ملكيته⁴ لمدة أقصاها شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره إلا أن الشرط الأخير المتمثل في اشهر القرار في مركز البلدية لا نجده في العمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني ، هذا الاستثناء أورده المادة 12 من القانون 91-11.

: المادة 10 من القانون رقم 91-11 مرجع سابق و المادة 02 من المرسوم التنفيذي 05-248.¹
2: دعوى الإلغاء : هي الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية و لكي يحصل المعارض على إبطال قرار التصريح بالمنفعة العمومية يجب عليه أن يبين عدم مشروعية القرار و ذلك من خلال تبيان العيب الذي يشوبه سواء كان العيب عدم الإختصاص أو عيب الشكل أو مخالفة القانون أو الإنحراف بالسلطة .
: راجع سلمان القيود الواردة على الملكية العقارية الخاصة في ظل قانون التوجيه العقاري الجزائري ، مرجع سابق ص 81 .³

: المادة 11 من القانون رقم 91-11 مرجع سابق و المادة 11 من المرسوم التنفيذي 93-186 .⁴

المبحث الثاني : حق الشفعة

المطلب الأول : مفهوم الشفعة

الفرع الأول : تعريف الشفعة

تعرف الشفعة بأنها رخصة تجيز لشخص يسمى الشفيع الحلول محل المشتري في عقد بيع عقار في حالات معينة في القانون و قد نظمها المشرع في المواد 794 إلى 807 من القانون و لكي يمكن للشفيع الحلول محل المشتري فإنه يجب عليه إعلان رغبته في إستعمال حقه من الحلول محل المشتري ذلك أن هذا الحلول لا يتم تلقائياً ، كما أن إعلان الشفيع لرغبته في الحلول لا تلقى دائماً إستجابة إيجابية من طرف المشتري للحلول محله إتجاه البائع و عليه فإذا إستجاب المشتري لرغبة الشفيع في الحلول محله و لم يكن العقد بين البائع و المشتري قد تم شهره فإنه يجب إبرام عقد الحلول بين كل من البائع و المشتري و الشفيع و شهره و تنتقل حينئذ ملكية العقار إلى الشفيع بموجب هذا العقد المشهر أما إذا كان عقد البيع بين البائع و المشتري قد تم شهره فهي هذه الحالة يجب أن يبرم عقد جديد بين المشتري بإعتباره مالك للعقار و الشفيع على أن يشهر هذا العقد الجديد و يصبح المصدر الوحيد لنقل ملكية العقار من المشتري إلى الشفيع هذا و قد يحدث أن يرفض المشتري أن يحل محله الشفيع في شراء العقار وفي هذه الحالة يتخذ الشفيع إجراءات قضائية ضد المشتري و البائع و ذلك برفع دعوى قضائية عليهما من أجل استصدار حكم قضائي يمكنه من الحلول محل المشتري بعد أن يشهر هذا الحكم النهائي من السجل العقاري و هذا ما أكدته المادة 803 من القانون المدني و ذلك بنصها على ما يلي : " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً ثبوت الشفعة سنداً للملكية الشفيع و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري .¹

المطلب الثاني : خصائص الشفعة :

¹: شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، جمال بوشناق ص 226 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

إن من أهم خصائص الشفعة و مميزاتها أنها غير قابلة للتجزئة و أنها متصلة بشخص الشفيع و أنها لا ترد إلا على العقارات و نتطرق لهذه الخصائص تباعاً كالتالي :

الفرع الأول : عدم قابلية الشفعة للتجزئة :

استقر الفقه الإسلامي على مبدأ هام هو مبدأ عدم التجزئة في استعمال الشفعة و المقصود به أنه إذا توافر سبب الأخذ بالشفعة ، فينبغي استعمال بما لا يلحق الضرر بالمشتري بتفريق الصفقة عليه ، بحيث تجب الشفعة في البيع بأكمله طالما كان يمثل صفقة واحدة و كان سبب الشفعة متوافقاً في شأنه كله .¹

و في تطبيق مبدأ عدم التجزئة في الشفعة يستوجب الإعتداد بجملة من الإعتبارات أهمها² :

- يرتهن مبدأ عدم التجزئة بوجود صفقة واحدة متكاملة و غير متفرقة يخشى من أن يؤدي الأخذ بالشفعة فيها إلى تفريقها على المشتري و بذلك يستبعد من نطاق هذا المبدأ وجود صفقات متفرقة و لو جمعها عقد واحد إذ مع تفرقها الأصلي لا حرج من الشفعة في بعضها دون البعض .
- ينبغي ألا يؤدي إعمال مبدأ عدم التجزئة إلى إجبار الشفيع على أخذ ما لا شفعة له فيه فهذا المبدأ يفترض الإلتزام في الشفعة بالحدود التي قررها المشرع لها و لكن مع مراعاة عدم تفريق الصفقة على المشتري .
- ليس من شأن إعمال مبدأ عدم التجزئة حرمان الشفيع في الأصل من الشفعة طالما التزم في شفيعته بحدودها المقررة و مع ذلك ينبغي ألا ينجم عن استعمال الشفعة إلحاق ضرر فاحش أو جسيم بالمشتري .
- أن مبدأ عدم تجزئة الشفعة مقرر لمصلحة المشتري و الأمر متروك له في تقرير مصلحته بحيث يكون له التمسك به إذا شاء و إذا لم يتمسك به فيؤدي الأخذ بالشفعة بالتالي إلى التجزئة و تفريق الصفقة على المشتري .

: رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 155 .¹

:حسن كيرة ، المرجع السابق ص 597 .²

- إذا كان من شأن الأخذ بالشفعة تجزئة المبيع و خاصة إذا شفع الشفيع في بعض العقارات المباعة دون البعض الآخر الذي لا شفعة له فيه فليس ثمة ما يمنع من التراضي بين الشفيع والمشتري على أخذ الشفيع كل العقارات المباعة و هي هذه الحالة يكون أخذ العقارات الأولى منها بالشفعة و أخذ العقارات الأخرى بالتراضي.

و في ضوء الإعتبارات السابقة نورد أهم التطبيقات التي يثور فيها إعمال مبدأ عدم التجزئة في الشفعة فيما يلي¹ :

1- إذا بيع عقار واحد لمشتري واحد فليس لمن قام به سبب الشفعة أخذ بعض العقار دون بعض إذ أن تفريق الصفقة على المشتري واضح و لا مبرر له فلا يكون له إلا الشفعة في العقار بتمامه .

و كذلك إذا بيع عقار لمشتريين متعددين لكل منهم جزء مفرز مستقل فالشفيع الأخذ بالشفعة و في جزء أو أكثر من الأجزاء المفززة طالما يتوافر له فيها سبب الشفعة دون الأجزاء الأخرى التي لا يتوافر فيها هذا السبب إذا يتعلق الأمر بصفقات متعددة و متفرقة منذ البداية .

أما إذا بيع العقار لمشتريين متعددين لكل منهم حصة شائعة فيه فيتعين في هذه الحالة الأخذ بما كان يراه الفقه الإسلامي من جواز الشفعة في حصة أحد المشتريين و كذلك الشأن إذا كان المبيع حصة شائعة في عقار لعدة مشتريين فيجوز الأخذ بالشفعة في نصيب أحد المشتريين دون أنصبة الآخرين .

2- إذا بيعت عقارات متعددة لمشتري واحد و كانت متصلة أو منفصلة و لا تجمعها وحدة متكاملة فيتعلق الأمر في حقيقته بصفقات متعددة ، بحيث يجوز الأخذ بالشفعة في بعض هذه العقارات دون البعض الآخر طالما يتوافر سبب الشفعة فيما يؤخذ منها و لكن قد تكون العقارات المباعة متصلة أو منفصلة ، و تمثل في الحالتين وحدة متكاملة ، ففي هذه الحالة يتعلق الأمر بصفقة واحدة متكاملة بحيث لا يجوز الشفعة فيها إلا بتمامها دون تجزئة إذا كان سبب الشفعة متوافر فيها جميعاً أما إذا توافر سبب الشفعة

1 : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص 156 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

في بعضها دون البعض فالأصل هو الأخذ بالشفعة في العقارات التي يتحقق فيها سبب الشفعة دون العقارات التي يتخلف فيها السبب مما يعني تجزئة العقارات المبيعة و المشتري إذا رأى في هذه التجزئة إلحاق ضرر جسيم به أن يتمسك بوجود أخذ الشفيع لكل العقارات ما توافر في شأنها شروط الأخذ بالشفعة و ما لا يتوافر منها و ذلك حتى لا تتجزأ الصفقة على المشتري ، و للشفيع عندئذ الخيار بين أن يأخذ الكل أو يترك الكل .

3- و في حالة تعدد الشفعاء فالثابت في الشريعة الإسلامية أنه إذا تعدد الشفعاء سواء كانوا من طبقة واحدة أم من مراتب مختلفة و سواء صدر الطلب من شفيع واحد أم أكثر فيجب أن يطلب كل منهم أخذ العقار كله بالشفعة و السبب في ذلك عدم جواز تفرق الصفقة على المشتري فيلحقه أبلغ الضرر .

و على ذلك إذا باع شريك حصته في عقار شائع و طلب أحد شركائه فيه أن يأخذ من الحصة المبيعة ما يتناسب مع حصته فيه فقط و لم يطلب بقيته اعتماداً على أنها مطلوبة لغيره من الشركاء فلا اعتبار لهذا الطلب و يسقط به حقه في الشفعة حقه فيه دليل رضاه بمشاركة المشتري و بالتالي يسقط حقه في الشفعة لأنها ما شرعت إلا لدفع الضرر من الشركة و قد رضي بها .

و يجب على كل شفيع في حالة التعدد أن يطلب العقار المبيع كله بالشفعة و إلا سقط حقه فيها ، فإذا حدث التعدد و طلب كل الشفعاء العقار المبيع بكامله فإنهم يأخذون العقار بالنسب التي ينص عليها القانون فلا تتفرق الصفقة على المشتري على أنه لا يجوز للمشتري إجبار الشفيع على أن يقتصر طلبه على مقدار نصيبه وذلك بدعوى أن عدم التجزئة مقررة لمصلحة المشتري فالواقع أن هذا المبدأ يراعي كذلك مصلحة الشفيع من إخراج المشتري نهائياً من الصفقة .¹

: رمضان أبو السعود المرجع السابق ص161 .¹

الفرع الثاني : ورود الشفعة على العقارات :

لا شفعة إلا في العقار و ذلك بصريح نص المشرع في تعريف الشفعة في نص المادة 794 ق.م وفي مختلف نصوصها الأخرى بحيث تختلف الشفعة من هذا الوجه عن الإستيراد الذي يكون في المنقول و في المجموع من المال .

و يتحدد العقار وفقاً لمعناه في القانون المدني بأنه كل شيء مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف و هذا هو العقار بالطبيعة فتجوز الشفعة في بيعه إذا توافر سببها سواء أكان هذا العقار أرضاً أم أرضاً عليها بناء بيع مفرده دون الأرض و لما كانت المنقولات التي يضعها صاحبها في عقار يملكه رسداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله تعتبر عقارات بالتخصيص و تعتبر من ملحقات العقارات الذي تخدمه فإن التصرف في هذا العقار يشملها في الأصل و لذلك إذا بيع عقار توافر سبب الأخذ بالشفعة فيه ، فتشمل الشفعة هذا العقار و العقارات بالتخصيص المرصودة على خدمته أو استغلاله ما لم تكن قد استبعدت من البيع و لكن إذا فصلت عن العقار الذي تخدمه و بيعت على استقلال فلا تجوز الشفعة فيها إذ أنها بذلك تكون قد عادت لها صفقتها المنقولة و لا شفعة في منقول ، و لا تجوز كذلك في بيع المنقولات بالمال ، و هي العقارات بالطبيعة المعدة للفصل عن أصل ثباتها و إستقرارها إذا تعامل لذلك معاملة المنقول و لا شفعة في منقول و لذلك لا تجوز الشفعة في بيع بناء معد للهدم إذا يرد البيع في الحقيقة على أنقاضه المتخلفة عن الهدم و هي منقولات ¹.

الفرع الثالث : اتصال الشفعة بشخص الشفيع :

إن الحكمة من الشفعة هي تضرر الشفيع من شريك جديد ، و هذا الضرر يترك تقديره للشفيع فإن رأى تحققه طالب بالشفعة ، و إن رأى تخلفه أحجم عن هذا الطلب و لذلك اعتبرت الشفعة قائمة على اعتبارات شخصية تتعلق بالشفيع ، و يترتب على كون الشفعة رخصة تتصل بشخص الشفيع النتائج التالية ² :

¹ : حسن كبيرة المرجع السابق ص 596 .

² : رمضان أبو السعود المرجع السابق ص 163 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

- عدم إمكان دائني الشفيع استعمال هذه الرخصة نيابة عنه حتى و لو أدى عدم استعمالها ضياع فرصة أو صفقة رابحة فتطاق الدعوى غير المباشرة ينحصر في استعمال الحقوق دون الرخص ، كما أنه لا يجوز للدائنين استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين خاصة عن طريق الدعوى غير المباشرة .
- أن الشفعة لا تنتقل بالحوالة فلا يجوز للشفيع عندما تثبت له الشفعة أن يحيل حقه في الأخذ بها إلى الغير و ذلك لأن الشفعة و طالما قد اتصلت بشخص الشفيع فلا يجوز النزول عنها و بالتالي لا يجوز حوالتها كما أن الشفعة قد تثبت للشفيع بسبب معين كالشركة مثلا و لذلك لا يجوز منطوقاً حوالتها منفصلة عن العقار الذي كان سببا لها فهي تتبع العقار و لا تنفصل عنه و تنتقل إلى من اتصلت إليه ملكية العقار المشفوع به .
- يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة و ذلك ما نص عليه المشرع صراحة في نص المادة 1/807 ق.م و التنازل قد يكون صريحا أو ضمنيا ، فالتنازل الصريح قد يكون بالكتابة الرسمية أو العرفية كما يجوز أن يتم شفاهة و لكن على من يتمسك بحصول هذا التنازل إثباته طبقاً للقواعد العامة للإثبات أما التنازل الضمني فيتحقق إذا صدر من الشفيع أي عمل يفيد نزوله عن حقه كاستئجار الشفيع للعقار المبيع من المشتري و دفعة للأجرة إن كان العقار مؤجراً من البائع قبل البيع أو أن يتصرف المشتري في العقار بالبيع إلى الغير في حضور الشفيع و مع شهادته في البيع و الفرق بين التنازل الصريح و التنازل الضمني هو أن التنازل الصريح يتحقق و يحدث أثره سواء علم الشفيع بالبيع أو لم يعلم بعد أن كان بعد البيع ، أما التنازل الضمني فإنه لا يسقط حق الشفيع في الشفعة إلا إذا علم به ، و يصح التنازل صراحة أو ضمناً عن الحق في الأخذ بالشفعة حتى يوم صدور الحكم بثبوت الشفعة كما يجوز للشفيع بعد أن يطلب الأخذ بالشفعة أن يتنازل عنها و لا تتحقق في جانبه مسؤولية إتجاه المشفوع منه كما يجوز للشفيع بعد أن يتنازل عن حقه في الأخذ بالشفعة أن يعيد طلب الشفعة عند حدوث بيع جديد للعقار المشفوع فيه ¹ .
- هذا و قد يتحقق التنازل قبل ثبوت الحق في الشفعة حيث نصت المادة 1/807 ق.م على أنه لا يمارس حق الشفعة إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع و ذلك حتى

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

يستطيع المشتري أن يؤمن جانب الشفيع قبل أن يقدم عن الشراء ، و يصح في هذا التنازل أن يكون صريحاً كتابةً أم شفاهة كما يصح أن يكون ضمنياً بأن يسلك الشفيع مسلكاً يفيد حتماً هذا التنازل كأن يتوسط بين البائع و المشتري في الصفقة .

انتقال حق الأخذ بالشفعة إلى ورثة الشفيع ¹ :

اختلف الفقه الإسلامي حول هذه المسألة فيذهب أبي حنيفة إلى أنه إذا مات الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع بالتراضي أو بقضاء القاضي تبطل الشفعة بموته سواء مات قبل الطلب أو بعده فلا ينتقل حقه فيها إلى ورثته فحق الشفعة ليس بمال إنما هو إرادة و مشيئة و لأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ قد بطل بموته و شرط الأخذ بقاء سبب الشفعة من حيث البيع إلى زمن الأخذ بالتراضي أو حكم القاضي و ملك الورثة جاء بعد البيع فلم يوجد سبب وقت حصول البيع و لهذا لا يجوز للشفيع أخذ عوض عنه فلو باع حقه في الشفعة بطل حقه لوجود الإعراض و لزم رد العوض أما الشافعية و المالكية فيذهبون إلى عكس ما تقدم لأن حق الشفعة معتبر شرعاً كحق الرد بخيار العيب .

و يفرق الحنابلة بين فرضين فإن مات الشفيع قبل الطلب بها فنسقط و لا تنتقل إلى الورثة أما إذا طالب الشفيع بالشفعة ثم مات فإن حق الشفعة ينتقل إلى الورثة لأنه حق يتقرر بالطلب و لذلك لا يسقط تأخير الأخذ بعد و قبله يسقط ² .

و في غياب النص القانوني الصريح الذي يفصل في هذه المسألة فإن الراجح من الفقه يذهب إلى أن الشفعة لا تورث قبل المطالبة بها أما إذا تمت هذه المطالبة و توفي الشفيع فإن حقه في الأخذ بالشفعة ينتقل إلى ورثته ³ للأسباب الآتية :

- أن المشرع عرف الشفعة بأنها رخصة ، و الرخصة هي أكثر من الحرية ودون الحق فهي مجرد رغبة و مشيئة و بالتالي فلا يجوز القول بتوارث الرخص إذا ما ظلت في مرحلة الاختيار و هي في هذه المرحلة ليست بحق أو بمال و لذلك فإن التركة المنتقلة من الشفيع إلى ورثته لا تشملها و لكن متى تجاوزت الرخصة حد الإختيار و الإرادة و انتقلت

¹ : السنهوري ، المرجع السابق ص 488 .

² : الإمام أبو زهرة ، المرجع السابق ص 163 .

³ : السنهوري ، المرجع السابق ص 458 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

إلى مرحلة الحسم فعندئذ تتأكد و تنقلب إلى حق و هي لن تصل إلى هذه المرحلة الحاسمة إلا إذا طالب الشفيع بالشفعة و متى تحقق ذلك اعتبر صاحب حق و يمكن بالتالي :

أن ينتقل هذا الحق إلى ورثته :

-ان من شروط الشفعة هو أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع المشفوع فيه و أن تستمر ملكيته إلى حين الحكم له بالشفعة و وارث الشفيع إذا لم يكن الأخير قد طالب بالشفعة قبل وفاته لم يكن مالكا للعقار وقت البيع كما أنه لا يعد خلفا للمورث في حق لم يثبت لهذا الأخير بعد ، أما إذا مات الشفيع بعد المطالبة بالشفعة فإن وارثه و أن لم يكن مالكا للعقار المشفوع به وقت البيع إلا أنه يعد خلفا للشفيع في حقه في الشفعة الذي تأكد بالمطالبة القانونية .

المبحث الثاني : شروط الشفعة :

تعرف المادة 794 من القانون المدني الجزائري الشفعة بأنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية " و من هذا النص يتبين أن الأخذ بالشفعة يتحقق بوجود أمرين أو لاهما يتعلق بالتصرف الذي يجيز الشفعة و بالشيء المشفوع فيه، و ثانيها يتعلق بوجود شفيع .

شروط الشفعة و إجراءاتها :

أولا : شروطها :

تقسم إلى شروط متعلقة بالشفيع و أخرى تتعلق ببيع العقار :

أ-الشروط المتعلقة بالشفيع :

ذكرت المادة 795 من القانون المدني الأشخاص الذي يثبت لهم حق الشفعة على سبيل

الحصر و هي :

✓ مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة .

✓ الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي

✓ صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها .

✓ و في حال تزامم الشفعاء يستعمل حق الشفعة حسب الترتيب التالي :

• إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه

• و إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفعياً بمقتضى

المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقة أو طبقة أدنى و لكن يتقدمه

الذي هم من طبقة أعلى¹.

ب-الشروط المتعلقة ببيع العقار :

الشفعة لا تجوز إلا في عقد بيع محله عقار و عليه يخرج من نطاق الشفعة الواقعة

المادية و كل تصرف قانوني غير عقد البيع بالإضافة إلى الحالات التي نصت عليها المادة

798 من القانون المدني لا شفعة :

✓ إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفق إجراءات رسمها القانون .

✓ إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة

الرابعة و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .

ثانياً : إجراءات الشفعة :

و تكون حسب الترتيب التالي :

أ- الإعلان بالإرادة أو الرغبة في الشفعة و يتم بموجب سند توثيقي و يبلغ عن طريق

محضر قضائي في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغ البائع أو المشتري بالعملية التي

سوف تقع أو خلال السنة التي تأتي بعد تسجيل عقد البيع في مصالح التسجيل وإلا سقط

الحق في الشفعة .

ب- إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوماً على الأكثر من

تاريخ التصريح أو الإعلان بالرغبة في الشفعة .

1 :سواء شرطوبة كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة مذكرة ماجستير في القانون الخاص تخصص عقاري كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة السنة الجامعية 2008-2009 ص 23- 20 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

ج- رفع دعوى الشفعة : ترفع على البائع في ظرف 30 يوماً من تاريخ الإعلان بالرغبة في الشفعة أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار .

د- صدور حكم بثبوت حق المدعي في الشفعة مع القضاء باعتبار هذا الحكم عقد بيع و يسجل بمصالح التسجيل¹ .

الفرع الأول : الإنذار الموجه إلى الشفيع .

لم تهتم الشريعة الإسلامية بهذا الإنذار و لم تعرفه أما القانون فقد أتاح لكل من البائع و المشتري أن يتخذ إجراء يحفز به الشفيع على إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد معين و إلا سقط حقه ، وهذا الإجراء عبارة عن إنذار يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع يعلن فيه بحصول البيع و يدعوه إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إذا كان يريد ذلك فهذا الإنذار يعتبر فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع أن يتخذها ، حيث تقضي المادة 799 ق.م بأنه " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري ، و إلا سقط حقه و دون اشتراط الرسمية² و وضع المشرع الجزائي شروطاً معينة في الإنذار و هي :

■ أن يوجه الإنذار إلى الشفيع :

و يقوم المشتري أو البائع بتوجيه هذا الإنذار إلى الشفيع فإذا وجهه أحدهما أغني ذلك على أن يوجهه الآخر كما يجوز أن يوجه هذا الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مفوضاً في تمثيل موكله أمام المحاكم و في أن يتسلم عنه الأوراق و الأحكام .

و في حالة تعدد الشفعاء يجب توجيه الإنذار إليهم جميعاً على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء دون الإكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى و ذلك لاحتمال ألا يرغب شفعاء هذه الطبقة في الأخذ بالشفعة مما يفتح باب الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة و إغفال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلاً و لا ينتج أثره فلا يبدأ منه الميعاد

¹ : ليلي طلبية ، المرجع السابق ص 58-59 .

² : و ذلك على خلاف المشرع المصري الذي كان دقيقاً في صياغة المادة 940 من التقدين المدني المصري حيث اشترط الرسمية في الإنذار أي وقوعه بورقة رسمية من أوراق المحضرين ، يقوم المحضر بإعلانها بنفسه للشفيع فإذا اتخذت وسيلة أخرى في هذا الإجراء غير الإنذار الرسمي فإنه يقع باطلاً .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

المحدد للشفيع لإعلان الرغبة و ينبغي أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل منهم أي محل إقامته المعتادة .

■ أن يشتمل الإنذار على بيانات محددة :

أوجب المشرع أن يشتمل الإنذار الموجه إلى الشفيع على بيانات محددة مرتبا البطلان على تخلفها و ذلك ما جاءت به المادة 800 ق.م وهذه البيانات هي البيانات الأساسية المتعلقة بالبيع الجائر الشفعة فيه و لكن يجوز للشفيع توجيه أية بيانات أخرى إضافية يراها مفيدة و البيانات الأساسية المحددة التي أوجب المشرع اشتمال الإنذار عليها هي الآتية :

-بيان الثمن و المصاريف الرسمية كمصاريف الشهر العقاري و شروط البيع و اسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و موطنه و الأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ق.م و ذلك ما نصت عليه المادة 2/800 ق.م .

الفرع الثاني :إعلان الرغبة في الشفعة و ميعاده :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفعة حق ضعيف فلا يمكن التمسك بها مالم يبادر الشفيع بإعلان رغبته فيها و إلا ترتب عليه السقوط¹ .

و قد اختلف فقهاؤها في تحديد الوقت الواجب إعلان الرغبة فيه إذا نجد أن جمهور الفقهاء المشكل من الأئمة : الشافعي أبو حنيفة ابن حنبل قد اشترطوا فورية المطالبة بالشفعة معتمدين على الحديث الشريف لرسول الله صلى الله عليه و سلم " الشفعة كحل العقال و لذلك فقد أقرروا بأن طلب الشفعة يكون على الفور و هذا بمجرد علم الشفيع بالبيع لأنها حق ثبت لدفع الضرر ، و أضافوا أنه في حال مرض الشفيع أو غيبته عن بلد المشتري أو خوفه من عدو فوجب عليه أن يوكل وكيلاً عنه فإن لم يستطع فليشهد شاهدين عدلين أو رجل و امرأتان ثم له بعد ذلك أن يخاصم المشتري و لو بعد أيام أو شهور أو سنين و مناط كل ما سبق هو أن ثبوت الشفعة على التراضي ربما يضر بالمشتري لعدم استقرار ملكه .

1 :عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء التاسع أسباب كسب الملكية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ط3 2000 ص 430 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

أما رأي الإمام مالك فهو مخالف للجمهور في اشتراط الفورية في طلب الشفعة فلو سكت الشفيع بلا مانع سنة كاملة بعد عقد البيع فما دونها أو غاب و عاد في أثناء السنة ثم طلب الشفعة أخذها لأن السكوت عند الإمام مالك لا يبطل حق امرئ مسلم ما لم يظهر من قرائن الأحوال ما يدل على إسقاطه و خلاصة رأي الإمام مالك ان طلب الشفيع للشفيع أو إعلان رغبته في أخذها يكون على التراخي لمدة سنة .

بخلاف القانون المدني حيث تقضي المادة 799 ق.م على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه و يزداد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك ¹ .

كما نصت المادة 801 ق.م على أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلاً ² .

فبالنسبة لكيفية إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فحسب المادة 799 ق.م فإن إعلان الرغبة يجب أن يوجه إلى كل من البائع و المشتري فإذا تعدد البائعون أو المشترون وجب إعلانهم جميعاً بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني فإذا وجه الإعلان إلى أحدهما فقط أو وجه الإعلان إلى أحدهما في الميعاد و الآخر بعد فواته كان إعلان الرغبة باطلاً و جاز لمن وصله الإعلان متأخراً أن يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة و لما كان هذا الحق لا يتجزأ فإن السقوط بالنسبة لواحد يسقط الشفعة بالنسبة للآخرين حتى ولو أعلنوا إعلاناً صحيحاً ³ .

و إذا حدث و كان الإعلان ناقصاً ، فللشفيع أن يكمل هذا الإعلان بطلب لاحق و لا بد من إعلان هذا الطلب اللاحق إلى البائع و المشتري في الميعاد القانوني و إلا سقطت

¹ : رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2002 ص 253 .
² : و قد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/06/26 تحت رقم 07 347 حيث أن المادة 799 من القانون المدني توجب على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع أو المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري و إلا سقط حقه .
³ : و حيث إن إعلان المشتري (أ.س) لم يقع صحيحاً إذا أعلن لدي (ب.م) أحد البائعين و هو ليس من بين الأشخاص المنصوص عليهم في المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 03 قسم الوثائق بالمحكمة العليا ص 62 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

الشفعة و ذلك لأن الطلب الذي قدم في الميعاد القانوني ناقص فلا يعتد به و لأن الطلب اللاحق الذي يكمل الطلب السابق أعلن بعد الميعاد القانوني فلا يعتد به وقت قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1985/10/02 تحت رقم 33030¹ بما يلي :

حيث إن المشرع حدد الإجراءات الواجب إتباعها للأخذ بالشفعة في المواد 794 ق.م و ما بعدها من ق.م و قد حدد في المادة 799 أجل شهر من تاريخ الإنذار الذي يوجهه البائع و المشتري للراغب في الشفعة و لم يثبت أن الطاعن أو البائعة قد وجه الإنذار المنصوص عليه في المادة أعلاه لاحتساب أجل الشهر الواجب إعلان الرغبة في الشفعة خلاله ففوات الأجل بعد الإنذار الموجه من البائع أو المشتري للراغب في الشفعة و المستكمل للشروط هو المسقط للحق في الشفعة و ليس مجرد العلم و السكوت كما قضت أيضا المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2000/04/26 تحت رقم 193704² ما يلي :

إن قضاة الموضوع قد أخطوا بين التصريح و الإعلان عن الرغبة في الشفعة و الذي يوجهه الشفيع المحتمل إلى كل من المشتري و البائع و المنصوص عليه بالمادة 799 من ق.م و بين الإنذار الذي يوجهه المشتري و البائع للشفيع المحتمل و المنصوص عليه بالمادة 800 التي تحيل على المادة 799 و نتيجة لهذا السبب الذي وقع لهم أخطاء في تطبيق المادتين المذكورتين .

و يشترط المشرع أن يكون إعلان الرغبة رسمياً إلا كان باطلاً (م 801 / ق.م) و يقتضي ذلك وجوب إعلان الرغبة إعلاناً رسمياً على يد محضور بحيث يقع باطلاً الإعلان بطريقة غير رسمية كالإعلان برسالة موصي عليها و مضمونة الوصول³ و ذلك في موطن كل من المشتري و البائع .

1 : المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 04 قسم الوثائق بالمحكمة العليا ص 66-67 .

2 : الإجتهد القضائي للغرفة العقارية قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزء الأول 2004 ص 257 .

3 : حسن كبيرة ، الموجز في أحكام القانون المدني دار الفكر العربي القاهرة ، الطبعة 3 ، 1994 ص 606 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

و قد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 02/10/1985 تحت رقم 3030¹ بما يلي :

من المقرر قانوناً أنه يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا و لما كان كذلك فإن النعي على القرار المطعون فيه تأسيساً على ما هو مثار بخرق أحكام المادة 801 ق.م بدعوى أ، القانون يشترط تحرير رسم توثيقي بطلب من القائم بالشفعة إعلاننا عن قصده هذا و إعلان ذلك عن طريق كتابة الضبط فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم على الحكم المستأنف الذي قضي بصحة التصريح بالشفعة التزموا بتطبيق القانون .

و يلاحظ أن إعلان الرغبة ليس واجباً إذا رفعت دعوى الشفعة في الميعاد القانوني المقرر للإعلان و هو خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار بوقوع البيع حتى يمكن اعتبار عريضة الدعوى متضمنة لمعنى إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و لكن يشترط في هذه الحالة إيداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق قبل رفع الدعوى حتى يكون رفعها صحيحاً ، و هذا ما ورد في الفقرة 2 من المادة 801 حيث جاء فيها أنه يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً 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 .

و على ذلك يمكن القول أن إعلان عريضة الدعوى قد حل محل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيستطيع الشفيع بعد ذلك أن يمضي في الإجراءات² .

و قد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 31/05/2000 تحت رقم 194391³ بما يلي :

1: المجلة القضائية لسنة 1989 العدد 4 قسم الوثائق بالمحكمة العليا ص 64 .
2: رمضان أبو السعود الوجيز في الحقوق العينية الأصلية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت 2002 ص 254 .
3: الإجتهد القضائي للغرفة العقارية قسم الوثائق بالمحكمة العليا الجزء الأول 2004 ص 236 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

إن قضاة الموضوع بنوا قرارهم أساساً و على وجه الأسبقية على عدم تبليغ الطاعنين رغبتهم في الشفعة كما تشترط المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان و لما كان طلب الشفعة يجب أن يرفع تحت طائلة سقوط الحق في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 ق.م.فإنه و لما ثبت لقضاة الموضوع من الإجراءات المتبعة في الدعوى أن الطاعنين لم يقوموا بتبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة مكتفين بوضع ثمن المبيع و المصاريف لدى الموثق بموجب عقد 1989/09/16 (علماً أ، الدعوى رفعت في 1991/04/07) فإن قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون و بالتالي يكفي لما توصلوا إليه قولهم أن التصريح بالرغبة في الشفعة لم يتم تبليغه من قبل الطاعنين للقول بسلامة القرار المنتقد .

أما عن مواعيد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فقد أشرنا من قبل إلى أن الشفيع إذا علم بوقوع البيع فإنه يستطيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة لكل من البائع و المشتري دون انتظار أن يصله الإنذار المشار إليه في المادة 799 ق.م.بل و يستطيع الشفيع حتى و لو قبل إنذاره أن يرفع دعوى الشفعة و يودع الثمن و المصاريف بين الموثق و يقوم إعلان عريضة الدعوى مقام إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة .

إلا أن حرية الشفيع في إعلان رغبته تنتقيد من حيث الميعاد إذا ما انذر حيث يجب عليه أن يعلن رغبته في خلال ثلاثين يوماً من هذا الإنذار و إذا لم يحصل هذا الإنذار و أشهر البيع فهو لا يستطيع إعلان رغبته إلا في خلال سنة من وقت إشهار البيع (و هو المقصود بالتسجيل) و إذا لم ينذر و لم يسجل البيع فله الحق في إعلان الرغبة طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم أي بمضي 15 سنة من إتمام عقد البيع و نتعرض لهذه الحالات كالاتي :

• حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع :

إنطلاقاً من نص المادة 799 ق.م.فإن يجب على الشفيع إذا انذره البائع أو المشتري بوقوع البيع و أراد أن يشفع فعليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وصول الإنذار إليه بوقوع البيع . لا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع بل حتى إذا قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع في وقت معين فإن الميعاد مع ذلك لا يسري من هذا

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

الوقت و إنما من وقت وصول الإنذار إليه و تجدر الإشارة إلى أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 ق.م يعد من مواعيد السقوط و ليس من مواعيد التقادم و من ثمة تسري على الغائبين و على من لم تكن لديه أهلية التصرف و هي مدة لا تقبل الوقف أو الإنقطاع .

● حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع و إشهاره :

إذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلاً غير أن المشتري أشهر عقد البيع فينفتح للشفيع في هذه الحالة ميعاد آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع و هذا ما يفهم من نص المادة 807 / ق.م و التي جاء فيها أنه لا يمارس حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم التسجيل (و يراد به الشهر) عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون ن فإذا لم يعلم الشفيع بوجود البيع و ذلك لعدم إنذاره أو لكون إنذاره عد باطلاً و لكن سجل هذا البيع فإن يعني أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد شهره فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في خلال هذا الميعاد و إلا سقط حقه في الشفعة¹ هذا و أن ميعاد السنة في تاريخ الشهر يعد مدة سقوط لا مدة تقادم و بالتالي لا ينقطع و لا يقف و يسري في حق الغائبين و غير كاملي الأهلية .

● حالة عدم إنذار الشفيع و عدم شهر عقد البيع :

قد يحدث ألا ينذر البائع أو المشتري الشفيع بوقوع البيع و قد لا يقوم المشتري بشهر العقد عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيع و لذلك يظل حق الشفيع في طلب الشفعة قائماً طالما لم يسقط و هو لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه .

أما بالنسبة لشهر إعلان الرغبة في الشفعة فإذا كان الشفيع يحل محل المشتري في حقوقه منذ إعلان الرغبة و كان من نتائج ذلك كف يد المشتري عن القيام بأعمال مادية تضر بهذا الحلول باعتبار إعلان الرغبة حجة على المشتري فكان لا بد من مواجهة التصرفات القانونية التي قد يقوم بها المشتري و يرتب بها حقوقاً للغير على العقار المشفوع أو متعلقة به و كان طبيعياً عدم الإكتفاء بإعلان الرغبة لمنع نفاذ هذه التصرفات

1 : رمضان أبو السعود ، المرجع السابق ص 254 .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

في حق الشفيع إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعلم الغير بهذا الإعلان و لذلك نص المشرع على أن " إعلان الرغبة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً " تطبيقاً لنص المادة 801 / 1 ق.م .

و يقصد بالتسجيل المشار إليه في هذه المادة الشهر العقاري و بذلك يصبح من مصلحة الشفيع المبادرة إلى شهر إعلان الرغبة ليضمن عدم نفاذ التصرفات الواقعة بعد هذا الشهر في حقه هي و ما ترتبه من حقوق أما ما تم منها قبل إجراء الشهر فيظل نافذاً في حق الشفيع هذا و تجدر الإشارة إلى حالة مهمة من الناحية العملية تتمثل في توالي البيوع و مدى الاحتجاج به على الشفيع إذ يمكن القول في هذا الصدد أنه قد يحدث أن يقوم المشتري بإعادة بيع العقار المشفوع فيه كما قد يحدث أن يقوم المشتري الثاني بإعادة بيع العقار إلى مشتري ثالث مما يثير التساؤل عن مدى الاحتجاج على الشفيع بالبيع أو البيوع المتتالية و ينبغي التفريق في هذا الصدد بين الصورتين الآتيتين :

- إعادة البيع بعد شهر الإعلان :

إذا باع المشتري العقار المشفوع فيه بعد شهر إعلان الرغبة إلى مشتري ثاني فيصرح المشرع بعدم سريان البيع الثاني في حق الشفيع و ذلك بمقتضى نص المادة 806 ق.م ، و معنى ذلك أن إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة في البيع الأول يظل صحيحاً دون اعتداد بالبيع الثاني لحصوله بعد إشهار الإعلان و يستمر الشفيع في مواصلة باقي خطوات الشفعة في البيع الأول و يسري نفس الحكم لو تعلق الأمر ببيع ثالث بعد شهر الإعلان .

- إعادة البيع قبل شهر الإعلان :

إذا باع المشتري ثان فيكون البيع الثاني نافذاً في حق الشفيع و يترتب على ذلك تطبيقاً لنص المادة 797 ق.م أنه " لا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني و بالشروط التي اشترى بها " ¹.

و معنى ذلك أنه لا يعتد بالبيع الأول و لا بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة فيه ، و على الشفيع توجيه إعلان رغبة ثان في البيع الثاني و بشروطه على أن يتم توجيه

: حسن كبيرة ، المرجع السابق ص 617 .¹

الإعلان إلى المشتري الأول بوصفه بائعاً في البيع الثاني و إلى المشتري الثاني بوصفه مشترياً منه و لا لزوم لتوجيهه إلى البائع في البيع الأول .
غير أنه يشترط للأخذ بالشفعة في البيع الثاني أن يكون جائزاً الشفعة فيه بحيث إذا قام مانع قانوني من الأخذ بالشفعة فيه بأن كان المشتري الثاني مثلاً زوجاً للمشتري الأول البائع له أو قريباً له بالنسبة لغاية الدرجة الرابعة فلا تجوز للشفيع الأخذ بالشفعة إلا في البيع الثاني لقيام المانع و لا في البيع الأول الذي لم يعد يعتد به في مواجهة الشفيع و لكن يشترط لذلك ألا يكون البيع الثاني سوريا و للشفيع في هذه الحالة أو في حالة البيع الثاني الجائز الشفعة فيه إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات فإذا أفلح في ذلك ظل البيع الأول وحده هو القائم بحيث تصح الشفعة فيه ¹ .

الفرع الثالث : إيداع الثمن و المصاريف :

اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الشفيع يأخذ المبيع بالثمن أو العوض الذي ملك به أو يمثل الثمن الذي تملك به المشتري لا يمثل المبيع الذي يملكه المشتري لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما يملك به قدرأ و جنساً ² .
لحديث جابر " فهو أحق به بالثمن " كما يلزم الشفيع بما أنفقه المشتري كأجرة سمسار و كاتب و رسوم غير أن الفقهاء اختلفوا في الإجابة عن السؤال الذي يتمحور حول مدى توقف القضاء بالشفعة على دفع الشفيع للثمن ؟ .

فذهب كل من الإمام الشافعي و ابن حنبل و مالك و أبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أنه لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم و لا إحضار الثمن و لا حضور المشتري و لا يتوقف صدور الحكم القضائي بالشفعة على إحضار الثمن إلى مجلس القضاء لأن حقه ثبت بمجرد البيع لأجنبي دفعاً لضرر عنه فصار كما لو صدر الشراء له من البائع من أول الأمر أو لأن الشفيع يصير متملكاً المشفوع فيه بمقتضى القضاء بالشفعة فكأنه اشتراه من البائع و التملك بالشراء لا يتوقف على إحضار الثمن كالشراء أو البيع المبتدأ بجامع أنه تملك بعوض غير أن فقهاء المذهب المالكي قالوا إن قال

: حسن كبيرة ، المرجع السابق ص 620 . ¹

: عبد المنعم الصدة الملكية في قوانين البلاد العربية دار الفكر العربي القاهرة دون سنة نشر ص 166 . ²

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

الشفيع أنا أخذ بالشفعة منح له ثلاثة أيام لإحضار الثمن فإن أتى به فيها و إلا سقطت شفعته .

و قال محمد بن الحسن لا يقضي القاضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع الثمن دفعا للضرر عن المشتري لأن الشفيع قد يكون مفلساً فيتوقف القضاء على إحضار الثمن و يؤجله القاضي ليومين أو ثلاثة تمكيناً له من نقد الثمن إذا لا يصح دفع الضرر عن الشفيع بإضرار غيره لكن ما يخشاه محمد بن الحسن من هذا المحذور يمكن دفعه كما يقول أبو حنيفة و أبو يوسف بأن المشتري حبس العين في يده حتى يدفع الشفيع الثمن لذا فرأى بعض الفقهاء بوجوب إيداع الشفيع للثمن لدى القضاء قبل الحكم له بالشفعة ما هو إلا احتياط لأجل دفع الضرر عن المشتري .

أما المادة 801/ 02 من القانون المدني فقد ألزمت الشفيع أن يقوم بإيداع ثمن البيع و المصاريف بيد الموثق قبل رفع دعوى الشفعة بقولها " يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً 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 يسقط الحق في الشفعة .

و سنتطرق في هذا الصدد لإيداع الثمن و المصاريف كإجراء من إجراءات الشفعة مع التطرق أيضاً لمسألة الثمن الصوري .

فبالنسبة لإيداع الثمن و المصاريف فقد ألزم المشرع الجزائري الشفيع بمقتضى نص المادة 2/801 ق.م بإيداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق و يقصد به الثمن المذكور في عقد البيع أما الثمن الحقيقي الذي أخفاه البائع و المشتري تهرباً من دفع حقوق التسجيل فلا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الشفيع لأن ما ذكر في الورقة الرسمية يعد حجة على أطرافه وورثتهم و نوي الشأن (المادة 324 مكرر مكرر 6 فقرة 1 ق.م) .

و قد أوجب المشرع أن يتم إيداع الثمن و المصاريف " خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة .

الفصل الثاني : اكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير العادية

و يتضح من ذلك أن ميعاد الإيداع ثلاثون يوماً من تاريخ إعلان الرغبة و يتم حساب هذا الميعاد من اليوم الثاني لتسليم إعلان الرغبة للبائع و المشتري أو التسليم الأخير لأي منهما إن لم يتعاصر الإعلانات و ينتهي الميعاد بنهاية اليوم الثلاثين على أن يزداد عليه ميعاد المسافة عند الإقتضاء و إذا وقعت عطلة رسمية في اليوم الأخير من الميعاد و لو كان متصلاً بميعاد المسافة امتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها .

و مدة ميعاد الإيداع كباقي مدة مواعيد الشفعة هي مدة سقوط لا مدة تقادم بحيث لا يرد عليها الوقف و لا الإنقطاع ، و لا يكتفي المشرع بميعاد الثلاثين يوماً فقط بل يقيد ذلك بأن يتم الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة ¹.

و فيما يتعلق بمكان الإيداع فقد نصت المادة 801 / 2 ق.م على أن يتم الإيداع بين يدي الموثق و يلاحظ أن المشرع لم يفصح عن نيته في تحديد الموثق الذي يتم لديه إيداع الثمن و المصاريف فهل يشترط أن يتم الإيداع لدى الموثق الذي حرر عقد البيع؟ أم يكفي أن يتم ذلك لدى أي موثق ؟ .

و تثار هذه المسألة لكون الموثق ليس مفيداً باختصاص محلي فقد يكون العقار محل الشفعة كائناً بدائرة اختصاص محكمة الجزائر بينما عقد البيع حرره موثق يقع مكتبه بمدينة وهران فإن قلنا بوجود إيداع الثمن لدى الموثق الذي حرر عقد البيع نكون قد ألزمنا الشفيع للذهاب إلى مدينة وهران لإيداع الثمن و لا يخفي ما في ذلك من مشقة على الشفيع و لما كان المشرع غامضاً في هذه المسألة وجب تفسير هذا الغموض

لصالح الشفيع حتى لا يتحمل مشقة لم يتسبب فيها ².

هذا و تجدر الإشارة إلى الجزاء المترتب على مخالفة أحكام الإيداع حيث كان المشرع صارماً في هذا الصدد فلم يكتف ببطلان الإجراء المخالف بحيث يمكن إعادته من جديد على المحو الصحيح بل جاوز ذلك إلى ترتيب سقوط حق الشفعة على المخالفة إذا نص صراحة على أنه " فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة " (المادة 2/801 ق.م) .

¹ : حسن كبيرة المرجع السابق ص 625 .

² : عبد الرحمان ملزي دروس في القانون المدني ملقاة على قضاة الدفعة الرابعة من التكوين المتخصص في العقاري المعهد الوطني للقضاء جوان 2004 ص 158 .

و بناء على ذلك يسقط حق الأخذ بالشفعة إذا لم يودع الثمن و المصاريف أصلا أو تم الإيداع في الميعاد و لكن ليس الثمن ، ويعتبر ترتيب جزاء السقوط هذا متعلقا بالنظام العام بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية حالة كانت عليها الدعوى بل و تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يحصل التمسك به أو حتى و لو نزل عن التمسك به صاحب الحق فيه ¹.

هذا و إذا ادعى البائع أو المشتري أن الثمن المذكور في العقد أكبر أو أقل من الثمن الحقيقي فتثور حينئذ مسألة صورية الثمن و مدى إمكان الإحتجاج على الشفيع بالثمن الحقيقي و عليه إذا كان الثمن المذكور في العقد أكبر من الثمن الحقيقي جاز للشفيع أن يثبت الثمن الحقيقي فإذا نجح في هذا الإثبات فلا يلتزم إلا بالثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه و في هذه الحالة يستطيع الشفيع أن يقتصر على إيداع ما يعتقد أنه الثمن الحقيقي و يكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل أثناء نظر الدعوى على صحة اعتقاده فإذا عجز عن ذلك سقط حقه في الأخذ بالشفعة و لا يحول دون هذا السقوط أن يقوم بتكملة الثمن أثناء نظر الدعوى إذا يعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى إذا تعتبر أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى و لذلك و من باب الاحتياط أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد ثم يثبت الصورية أثناء نظر الدعوى و هذا إذا كان يريد الأخذ بالشفعة حتى لو كان ذلك بالثمن المذكور في العقد في حالة عجزه عن إثبات الصورية. و إذا كان الثمن المذكور في العقد أقل من الثمن الحقيقي جاز لأي من المتعاقدين أن يثبت الثمن الحقيقي فإذا نجح في هذا الإثبات وجب على الشفيع أن يدفع الثمن الحقيقي الذي قام الدليل عليه ، و في هذه الحالة يكفي أن يودع الشفيع الثمن المذكور في العقد حتى إذا ثبت الثمن الحقيقي أثناء نظر الدعوى وجب عليه أن يكمل الثمن و لا يعتبر حينئذ أنه قد تخلف عن القيام بما يفرضه القانون من إيداع كل الثمن الحقيقي قبل رفع الدعوى لأنه لم يكن يعلم بهذا الثمن و له عذره في ذلك ².

حسن كيرة ، المرجع السابق ص 626 .¹

: عبد المنعم ، المرجع السابق ص 172 .²

خلاصة الفصل :

نستنتج مما سبق أن الطرق غير العادية لاكتساب للملكية العقارية الخاصة للدولة تعرف بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، والشفعة و قد اعتبرهما المشرع الجزائري وسيلتين استثنائيتين من وسائل القانون العام و عن طريقهما يمكن للدولة أن تكتسب الأملاك العقارية الخاصة، لكن لا يمكن أن يتم ذلك إلا بشروط وإجراءات قانونية صارمة تتبعها السلطة المخول لها ممارسة هذين الحقين أما الشفعة تعتبر الوسيلة الاستثنائية الثانية إلى جانب نزع الملكية، التي تمتاز بها السلطة العامة (الدولة) دون سواها من أشخاص القانون العام وتتحلى صورها في حق الدولة في ممارسة الشفعة بإعمال قانون التسجيل، وذلك بتسديد حقوق التسجيل المفروضة على الوعاء أو الثمن المعبر عنه في العقد، وكذا يجوز للدولة ممارسة حق الشفعة على الأراضي الفلاحية التابعة لها وهذا عن طريق ما يسمى بعقد الامتياز الذي توقعه الهيئة العمومية والمتمثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحية باسم الدولة ولحسابها مع المستثمرين الذين يرغبون في استغلال واستثمار الأراضي الفلاحية مقابل إتاوة تدفع سنويا.

خاتمة

خاتمة

أهم النتائج التي خلصنا إليها من خلال دراستنا لموضوع اكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة في إطار قانون الأملاك الوطنية إلا أنه بالرغم من الإيجابيات التي جاء بها هذا الأخير إلا أنه اغفل عن صياغة نصوص تنظيمية وإجرائية وشكلية لبعض طرق كسب الملكية العقارية وهو ما يؤكد الواقع العملي خاصة من طرف موظفو وإطارات إدارة الأملاك الوطنية، بصفتها الإدارة الموكله إليها إتباع وتطبيق إجراءات وسائل كسب الملكية العقارية الخاصة لفائدة الدولة، وهذا راجع في نظرنا لعدم وجود سعة دقيقة وشاملة للنصوص القانونية، وعدم الإثراء البليغ للقواعد القانونية بصفتها المصدر الأساسي لكل العمليات . وفي هذا المنوال، وحسب دراستنا لموضوع بحثنا هذا أخلصنا إلى تقديم بعض الاقتراحات التي تثري أو تسهم في إعداد نصوص تنظيمية وإجرائية خدمة لهذا الموضوع و الموضوعات أخرى مشابهة :

- ضرورة إعداد نصوص تنظيمية إجرائية لكيفيات اكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة عن طريق الحيازة والتقدم، حيث رأينا أن المادة 26 اكتفت بالإشارة إلى أن الحيازة والتقدم كسب من أسباب كسب الملكية للأشخاص المعنوية العامة فقط، حتى تنفادى الرجوع إلى القواعد العامة التي شرعت من أجل الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص.

وفي الأخير خلصنا إلى أنها تخضع لأحكام المادة 773 من القانون المدني و المواد 52 53 48،51 من القانون 90/30 و المواد 173 وما يليها من المرسوم 12/427 حيث أوجب المشرع إتباع إجراءات خاصة منصوص عليها ضمن القوانين والتنظيمات المذكورة أعلاه، وبعد إتمامها تلحق العقارات بملكية الدولة الخاصة بعد استيفاء إجراءات التسجيل والإشهار العقاري للأحكام الفضائية النهائية : بعد تعديل المرسوم 91/454 المؤرخ في 23/11/1991 بالمرسوم 12/427 المؤرخ في 16/12/2012 الذي يحدد شروط و كيفية إدارة وتسير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة أصبح الوزير

المكلف بالمالية هو ممثل الدولة بدلا من الوالي و عليه فان مديرية الأملاك الوطنية هي المعنية بالإجراءات للأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها والتركات التي لا وارث لها، وتعمير طرف أصليا سواء بالنسبة للإجراءات الإدارية أو الإجراءات القضائية.

أما طرق الاكتساب التي تخضع للقانون العام فنصت المادة 26 من القانون 90/30 على نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية والشفعة الإدارية تعتبران طريقتان استثنائيتان تخضع للقانون العام و تعتبر أيضا من القيود التي ترد على الملكية الخاصة، ونصت المادة 39 من نفس القانون على أن الأملاك الشاغرة و التي لا صاحب لها والتركات التي لا وارث لها، تؤول ملكيتها للدولة .

فقد رأينا أن نزع الملكية هو إجراء تقوم به الدولة بصفقتها صاحبة السلطة العامة من أجل تحقيق المنفعة العامة وذلك ينتزع أملاك عقارية أو حلوق عينية عقارية وفقا لإجراءات وشكليات محددة قانونا وتلزم الإدارة باتباعها تحت طائلة بطلانها في حالة مخالفتها، إضافة إلى التعويض العادل والمنصف والقبلي الذي تلزم الجهة المستفيدة بتقديمه للأشخاص المنزوعة ملكيتهم والذي يمثل أهم الضمانات هؤلاء الأشخاص.

الأوامر و القوانين و المراسيم التشريعية :

-دستور الجزائر ، 2020

-القوانين:

- 1 - الأمر رقم 62-66 يمضي في 26 مارس 1966 يتعلق بالمناطق والأماكن السياحية الجريدة الرسمية عدد 28 مؤرخة في 08 أبريل 1966، الصفحة 326
- 2 - الأمر رقم 75-8 ممضي في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني الجريدة الرسمية عدد 78 مؤرخة في 30 سبتمبر 1975
- 3 - الأمر رقم 76-48 ممضي في 25 مايو 1976 يتعلق بقواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية الجريدة الرسمية عدد 44 مؤرخة في 01 يونيو 1976، الصفحة 698
- الأمر رقم 06-07- ممضي في 15 يوليو 2006 يعدل ويتم القانون رقم 4-85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1405 الموافق 16 فبراير سنة 1985 والمتعلق بحماية الصحة وترقيتها الجريدة الرسمية عدد 47 مؤرخة في 19 يوليو 2006 الصفحة 15
- 5 - القانون رقم 82-14 مضي في 30 ديسمبر 1982 يتضمن قانون المالية لسنة 1983 الجريدة الرسمية عدد 57 مؤرخة في 30 ديسمبر 1982، الصفحة 3658

3- المراسيم :

1-الجريدة الرسمية عدد 30 مؤرخة في 13 أبريل 1976، الصفحة 498

- المادة 02 من المرسوم التنفيذي 93-186

- المادة 03 و 04 من المرسوم التنفيذي 93-196 مرجع سابق

- المادة 836 ق . م . ج

2 - المرسوم رقم 83-344 ممضي في 21 مايو 1983 يعدل بعض أحكام

المرسوم رقم 6-1 المؤرخ في 20 يناير سنة 1964 والمتعلق بحرية

المعاملات الجريدة الرسمية عدد 21 مؤرخة في 24 مايو 1983 الصفحة

1463

3- المرسوم رقم 83 – 352 ممضي في 21 مايو 1983 يسن إجراء لإثبات

التقادم المكتسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الجريدة

الرسمية عدد 21 المؤرخة في 24 مايو 1983 ، ص 1473

4- المرسوم تنفيذي رقم 90-405 ممضي في 22 ديسمبر 1990 بمدد

قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين وتنظيم

الجريدة الرسمية عدد 56 مؤرخة في 26 ديسمبر 1990 الصفحة 1803.

5- المرسوم تنفيذي رقم 93-186 ممضي في 27 يوليو 1993 يحدد كفيات

تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 ابريل سنة 1991، الذي يحدد

القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة

6 - المرسوم تنفيذي رقم 12-427 ممضي في 16 ديسمبر 2012 يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة الجريدة الرسمية عدد 69 مؤرخة في 19 ديسمبر 2012

4- الكتب :

1 - احمد محيو: المنازعات الإدارية ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1983

2 - بن شويخ الراشد ، الوصية والميراث في قانون الأسرة الجزائري ، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر، 2008

3- دوة أسيا و رمول خالد ، الإطار القانون والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2009

4 - زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، الطبعة الثالثة، دار الأمل ، الجزائر ، 2000.

5 - زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، للمؤسسة الوطنية لكتاب الجزائر ، 1991

6 - حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف ، دار هومه ، الجزائر، 2004

7- حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، عقد الشهرة ، شهادة الحيازة ، دار هومه، الجزائر ، 2001.

8- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2000

9 - حمدي باشا عمر ، ليلي زروقي المنازعات العقارية ، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الطبعة الحادية عشر ، دار هومه ، الجزائر ، 2009.

10- ليلي طلحة ، للملكية العقارية الخاصة وفقاً لأحكام التشريع الجزائري، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر 2011.

11 - محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان للمطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة ، الجزائر، 2006 .

12- محمد فاروق عبد الحميد التطور المعاصر للنظرية الأموال العامة في نطاق القانون الجزائري ، دراسة مقارنة في ظل قانون الأملاك الوطنية، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1988 .

13- محمودي عبد العزيز ، آليات تطهير وتسوية سندات للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري الطبعة الثانية ، منشورات بغدادية ، الجزائر ، 2010 .

14 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري الجديد ، أسباب كسب الملكية ، ج 98 ، ط3، بيروت، لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2000

15- عمر يحيى ، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة و الجماعات

المحلية، دار هومة ،الجزائر، 2001. 22 - عبد الحفظ بن عبيدة ، اثبات

للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الطبعة

السادسة ، دار هومة ، الجزائر ، 2009 الرسائل والبحوث الجامعية

16 - عمار بوضياف الوجيز في القانون الإداري. دار الريحانة بدون سنة

نشر بدون طبعة الجزائر .

- محمد زغداوي ، نزع الملكية من اجل للمنفعة العمومية في القانون

الجزائري، المفهوم و الاجراءات ، أطروحة دكتوراه في القانون العام ، كلية

الحقوق، جامعة قسنطينة ، 1998

الفهرس

شكر و عرفان

مقدمة أ- ز

الفصل الأول : إكتساب الأملاك العقارية بالطرق العادية

13.....

المبحث الأول : طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة بمقابل مالي

14.....

المطلب الأول : عقد الشراء 14.....

الفرع الأول : تعريف عقد الشراء . 14.

الفرع الثاني : إجراءات عمليات الشراء 15

المطلب الثاني : عقد المبادلة 17.....

الفرع الأول : تعريف التبادل 17.....

الفرع الثاني : إجراءات التبادل 17.....

المبحث الثاني : طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة بدون مقابل مالي

18.....

المطلب الأول : التبرعات و الحيازة

18.....

الفرع الأول : الهبة 18

أولاً : تعريفها 18

ثانياً : أركان و شروط الهبة 18

- شروط الإنعقاد 19

- شروط الصحة 32

المطلب الثاني : الوصية 36

الفرع الأول : تعريف الوصية 36

أولاً : أركان الوصية 37

ثانيا : الرجوع عن الوصية 49

الفرع الثاني : إجراءات التبرعات لفائدة الدولة

..... 50

الفرع الثالث : الحيابة و التقادم

..... 50

- مفهوم الحيابة 50

- تعريف الحيابة 50

- عناصر الحيابة 52

- العنصر المادي 52

- العنصر المعنوي 53

- نطاق الحيابة (انتقال الحيابة و زوالها) 56

62 خلاصة الفصل :

الفصل الثاني : إكتساب الأملاك العقارية الخاصة بالطرق الغير عادية

63.....

المبحث الأول : نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

64.....

المطلب الأول : مفهوم نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

65.....

الفرع الأول : تميز نزع الملكية من غيره من المفاهيم المشابهة لها

65.....

المطلب الثاني : إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية65

الفرع الأول : إجراءات إثبات المنفعة العمومية66

الفرع الثاني : قرار التصريح بالمنفعة العمومية70

المبحث الثاني : حق الشفعة71

المطلب الأول : مفهوم الشفعة71

الفرع الأول : تعريف الشفعة71

الفرع الثاني : خصائص الشفعة72

- أولاً : الشفعة لا ترد إلا على العقارات72

- ثانياً : عدم تجزئة الشفعة73

- ثالثاً : مدى إتصال الشفعة بشخص الشفع75

77.....	الفرع الثالث : شروط الشفعة
77.....	- الشروط المتعلقة بالشفيع
78.....	- الشروط المتعلقة بالعقار
78.....	المطلب الثاني : إجراءات الشفعة
78.....	الفرع الأول : الإنذار الموجه إلى الشفيع
79.....	الفرع الثاني : إعلان الرغبة في الشفع
85.....	الفرع الثالث : إيداع الثمن و المصاريف
89.....	خلاصة الفصل :
91.....	الخاتمة :
93	قائمة المصادر و المراجع