

محاضرات السنة الثانية ماستير

تخصص قانون التوثيق

مقياس القانون العقاري

السنة الجامعية : 2022-2023

الأستاذ : لزرق بن عودة

المحاضرة الثانية

المحور الثاني : طرق إكتساب الملكية العقارية

الفصل الأول : طرق إكتساب الملكية العقارية بعد الوفاة

يقتضي الكلام في هذا الصدد ، أن نعرض للوصية أولا بإعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، ثم وفاة مالك العقار كواقعة مادية لإكتساب الملكية العقارية ، و أخيرا الحكم التصريحي القاضي بشغور العقار الذي يتوفى عنه مالكة عن غير وارث .

المبحث الأول : إكتساب الملكية العقارية بطريق الوصية

بإعتبار أن الوصية الواردة على العقار تعتبر طريقة من طرق إكتساب الملكية العقارية بطريق التبرع يثور التساؤل حول معنى الوصية و تكييفها القانوني . كما يثور لامحالة التساؤل حول كيفية إثباتها فهل يستلزم الأمر ضرورة تحريرها في سند توثيقي ، أم أن مجرد اللفظ (القول) يكون كافيا لصحة إنعقاد الوصية الواردة على العقار و إثباتها ؟

للإجابة على هذه التساؤلات يقتضي الأمر تقسيم الكلام في هذا المبحث إلى العناصر الثلاثة الآتية :
فنتكلم أولا في معنى الوصية ، ثم في تكييفها القانوني ، و أخير في مسألة إثباتها .

أولا : معنى الوصية

الوصية هي الإيضاء ، و تطلق لغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر ، حال حياته أو بعد وفاته ، فيقال : أوصيت له أو إليه : أي جعلته وصيا يقوم على من بعده ، و هذا المعنى إشتهر فيه لفظ " الوصاية " ، كما تطلق أيضا على جعل المال للغير ، فيقال : وصيت بكذا أو أوصيت ، أي جعلته له

أمّا في إصطلاح الفقهاء ، فالوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة .

و الوصية كما عرفتها أحكام قانون الأسرة ، و بالضبط المادة 184 منه : " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " .

ثانيا : التكييف القانوني للوصية

ظلّ فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين مجمعين تقريبا ، على أنّ ركن الصيغة في الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون إشتراط قبول الموصى له كركن ، و هو ما يعني أنّه بمجرد وفاة الموصي ينشأ الحق للموصى له دون قبوله ، أي أنّ قبول الموصى له بعد وفاة الموصي لا يعدوا إلاّ مجرد شرط للزوم الوصية ، فإذا قبلها كان الموصى به ملكا له ، و إن ردّها بطلت .

و إذا قلنا أنّ الفقه كان مجمعا تقريبا ، ذلك أنّ بعضا من جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية يرون أنّ قبول الموصى له ركنا في الصيغة كالإيجاب تماما ، و أنّ الوصية حسب رأي هؤلاء لا تتعقد إلاّ بإقتران إيجاب الموصي بقبول الموصى له .

و إذا كانت هذه الأراء هي التي إنتهى إليها فقهاء الشريعة الإسلامية بشأن الصيغة في الوصية فما هو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري ؟

يتبيّن من مراجعتنا للنصوص المنظمة لأحكام الوصية و شروطها ، أنّ المشرع الجزائري قد إستقر على إعتقاد رأي غالبية جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، إذ إعتبر قبول الموصى له شرطا للزوم الوصية لا لإنعقادها ، فنص صراحة في المادة 184 من قانون الأسرة على ما يلي : " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ، كما نص في المادة 197 من نفس القانون على ما يلي : " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الوصي " .

يستفاد من تحليل هذين النصين ، أنّ الركن الوحيد لإنعقاد الوصية هو الإيجاب المعلن من قبل الموصي فقط و دون إشتراط قبول الموصى له كركن ، على إعتبار أنّ الوصية تصرف بالإرادة المنفردة و ليست عقدا ، و من ثم فإنّ نشوء الحق العيني الموصى به يبقى مرهونا بإيجاب الموصي و واقعة وفاته .

ثالثا : إثبات الوصية الواردة على العقار

يتعيّن لدراسة مسألة إثبات الوصية الواردة على العقار ، أن نعرض أولا لإثبات الوصية قبل صدور قانون الأسرة ، ثم بعد صدور قانون التوثيق ، و في ظل قانون الأسرة ، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات و الشكليات اللاحقة على تحرير الوصية .

1- إثبات الوصية قبل صدور قانون الأسرة

لقد شكّل النظام الإسلامي المطبق عقب الفتوحات الإسلامية لبلاد المغرب العربي و منها الجزائر الأساس و المصدر التاريخي للقواعد و الأحكام التي نظّمت الوصية و شكل إثباتها . و عملا بهذه القواعد و الأحكام التي كانت تعتمد على مبدأ الرضائية في التعاقد ، كانت الوصية تتعقد بالقول (اللفظ) أو الإشارة (نية الإيضاء) أو الكتابة مصدقا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم ﴿ ما حق إمري مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلاّ وصيته مكتوبة عنده ﴾ غير أن المقصود بالكتابة المتطلبة هنا حسب فقهاء الشريعة الإسلامية هي للإثبات و ليس لنفاذ الوصية ، و من ثم يمكن إثبات الوصية بشهادة الشهود أو إقرار الورثة أو بيّنة واضحة .

و قد سائر القضاء الجزائري هذا الإتجاه غداة الإستقلال ، بحيث جاءت معظم قراراته مكرّسة لمبدأ سلطان الإرادة في الإيضاء و عدم التقيد بشكل معين لإثباته ، و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في عدّة قرارات له ، نذكر منها القرار الصادر عنه بتاريخ 30 أفريل 1969 الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر شرعا أن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص ، كما يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة " .

و أيضا القرار الصادر عنه بتاريخ 30 أفريل 1969 الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر في الشريعة الإسلامية أن الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية و أنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات " .

2- إثبات الوصية بعد صدور قانون التوثيق

كان من المفروض أن يؤدي تطبيق حكم المادة 12 من قانون التوثيق الملغى رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 ، و المنقول لاحقا بالكامل ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني إلى إبطال كل السندات المعاينة لمعاملات عقارية المخالفة لهذه المادة ، و التي لا تستجيب لقاعدة التوثيق الإجباري .

غير أن الوصية و بإعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، فإنها تخرج من مجال تطبيق القاعدة السالفة الذكر ، على إعتبار أن نطاق أعمال قاعدة التوثيق الإجباري محدد من حيث نوع التصرف بالعقود ، و أن الوصية ليست عقدا و إنما تصرف قانوني ينشأ بالإرادة المنفردة للموصي و من ثم فإنّ المادة 12 من الأمر رقم 70-91 لا مجال لها للتطبيق في الوصية الواردة على العقار و تبقى هذه الأخيرة خاضعة في إثباتها لجميع طرق الإثبات بما فيها الكتابة العرفية و البيّنة و القرائن . و هو ما

تم التأكيد عليه من قبل القضاء الذي إستقرت أحكامه على عدم إشتراط الشكل الرسمي لإثبات الوصايا الواردة على العقارات حتى بعد صدور قانون التوثيق .

3- إثبات الوصية في ضوء أحكام قانون الأسرة

حسم المشرع الجزائري موقفه من مسألة إثبات الوصية ، بنصه في المادة 191 من قانون الأسرة على أنه :
" تثبت الوصية :

- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك .
 - و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية " .
- تضمنت هذه المادة القاعدة العامة المقررة لإثبات الوصية ، و الإستثناء الوارد عليها ، فالأصل أن تثبت الوصية بموجب سند توثيقي ، و إستثناء و في حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بموجب حكم قضائي
- #### أ- السند التوثيقي كوسيلة لإثبات الوصية

خوّلت الفقرة الأولى من نص المادة 191 أعلاه ، صلاحية الموثق قي تلقي و تحرير الوصايا الواردة على العقارات ، و طالما أنّ الوصية تعتبر من السندات الناقلة و المثبتة للملكية العقارية ، فإنّ الموثق ملزم بإعدادها وفقا للأشكال و الأوضاع المحددة قانونا ، خاصة ما يتعلق بهوية الأطراف و الشهود و البيانات الخاصة بتعيين العقار الموصى به .

ب- الحكم القضائي كوسيلة لإثبات الوصية

يعتبر إثبات الوصية بحكم قضائي من الحالات النادرة ، لا يتم اللجوء إليه إلاّ بعد وفاة الموصي و قد تكلفت ببيان أحكامه ، الفقرة الثانية من نص المادة 191 من قانون الأسرة بقولها : " و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية " .

يتبين من تحليل هذه الفقرة ، أنّ المشرع قد أجاز إستثناء إثبات الوصية الواردة على عقار بموجب حكم قضائي في حالة وجود حادث إستثنائي حال دون إتمام الموصي للترتيب و الإجراءات التي تتطلبها عملية تحرير الوصية ، كإصابة الموصي بمرض حال دون تنقله إلى مكتب التوثيق بعد إبدائه إيجابه بالإيضاء للموصى له بحضور شاهدي عدل ، أو وفاته قبل الموعد المحدد لتوقيع الوصية .

ففي هذه الحالة أورد المشرع حكم الفقرة الثانية من نص المادة 191 من قانون الأسرة ، الذي يُجيز للموصى له إثبات الوصية التي تقررت له بموجب حكم قضائي .

4- الإجراءات و الشكليات اللاحقة على تحرير الوصية

أ- تسجيل الوصية

حتى تتم عملية تسجيل الوصية على أكمل وجه إشتراط المشرع أن تُقدم في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون تحت طائلة رفض تسجيلها ، و أن تُقدم ضمن الآجال القانونية المحددة .
و بإعتبار أنّ الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فقد يتأخر تسجيلها إلى ما بعد وفاة الموصي حتى يتسنى لهذا الأخير العدول عنها إن شاء حال حياته ، و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك فقضى في المادة 65 من قانون التسجيل على أن تسجل الوصية في خلال سنة تسري إبتداء من يوم الوفاة .
و بخصوص إجراءات تسجيلها فهي تخضع لذات الإجراءات و النسب المعمول بها في إرساء نقل الملكية عن طريق الوفاة .

أما عن مكان التسجيل فيختص به المكتب الذي يتبع له محل سكنى المتوفي ، و في حالة عدم وجود محل سكنى في الجزائر فإنّ التصريح بالتسجيل يتم في المكتب الذي يتبع له مكان الوفاة إذا كانت الوفاة قد وقعت في الجزائر ، أما إذا لم تكن الوفاة قد وقعت في الجزائر فإنّ التصريح يتم لدى المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب .

و فيما يتعلق برسوم التسجيل ، تخضع الوصية لرسم نسبي يُقدر بخمسة بالمائة (05%) من قيمة العقار و تخفض إلى ثلاثة بالمائة (03%) بالنسبة للأصول و الفروع و الأزواج حسب نص المادة 236 من قانون التسجيل .

ب- شهر الوصية

❖ موقف التشريع من شهر الوصية

من مراجعتنا للنصوص المنظمة للوصية لم نجد فيها نصا يعرض فيه المشرع لمسألة شهر الوصية الواردة العقار ، مما يتعين معه تتبع ما إستقرت عليه أحكام القانون المدني بإعتباره الشريعة العامة و التشريعات العقارية ، خاصة ما يتعلق منها بالقوانين التي تدير مصلحة الحفظ العقاري . وذلك وفقا للتفصيل الآتي :

• شهر الوصية وفق أحكام القانون المدني

نصّت المادة 792 من القانون المدني على ما يلي : " تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية " .

و نصّت المادة 165 و ليس المادة 164 من القانون المدني على ما يلي : " الإلتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري " و نصّت المادة 793 من القانون المدني على ما يلي : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون ، و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري " .

أنّ المشرع قد أخضع من خلال النصوص المذكورة أعلاه العقد دون غيره من التصرفات لإجراءات الإشهار العقاري ، في حين أنّ الوصية - كما سبق و قدمنا - تصرف قانوني بالإرادة المنفردة للموصي و ليست عقداً ، و هي ثانية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت لا بين الأحياء بخلاف العقد الذي يبرم بين الأشخاص حال الحياة ، و من ثم فلا مجال لإعمال النصوص السابقة على الوصية على إعتبار أنّ نطاقها محدود من حيث نوع التصرف بالعقود ، و أنّ الوصية ليست بعقد .

• شهر الوصية وفق القوانين التي يدير مصلحة الحفظ العقاري

نصّت المادة 16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي : " إنّ العقود الإرادية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلاّ من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " .

الظاهر من النصّ أعلاه أنّ عملية الشهر في مجموعة البطاقات العقارية لا تسري إلاّ على العقود و الإتفاقات التي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية أو نقله أو التصريح به أو تعديله أو زواله حال حياة الأطراف ، و بهذا المعنى يكون المشرع قد حدد نطاق الشهر من حيث نوع التصرف بالعقود و الإتفاقات .

و من ثم فإنّ الوصية ، و بإعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، فإنها تخرج من نطاق أعمال نص المادة 16 من الأمر رقم 75-74 أعلاه . لأنّ الوصية - كما قدمنا - تصرف و ليست بعقد أو إتفاق .

❖ موقف القضاء من شهر الوصية

يمكن القول إجمالاً ، أن الإجتهد القضائي للمحكمة العليا مستقرّ على تطبيق أحكام المادة 16 أعلاه على الوصية الواردة على العقار ، و ذلك بإشتراط لزوم شهرها بعد وفاة الموصي .

المحاضرة الثالثة

المبحث الثاني : وفاة مالك العقار كواقعة مادية لإكتساب الملكية العقارية

المطلب الأول : الأحكام القانونية العامة للميراث

تنص المادة 774 مدني على ما يلي : "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث ، و على إنتقال أموال التركة" .
يتبين من النص أعلاه ، أنّ المشرع قد إعتبر التركة من مسائل الأحوال الشخصية ، و هذا لإرتباطها بالجانب الروحي و الديني للمجتمع الجزائري ، كما أنه إعتبرها - أي التركة - طريقة من طرق إكتساب الملكية .

الفرع الأول : مفهوم الميراث

يمكن تعريف الميراث بأنه ذلك الحق الذي يكون محله إنتقال مال المورث إلى ورثته الأحياء ، سواء كان ذلك المال عقارا أو منقولا ، أو حقا من الحقوق القابلة للتوريث .

الفرع الثاني : أسباب الميراث

حدد المشرع أسباب الميراث في حالتين ، ورد التنصيص عليهما في المادة 126 من قانون الأسرة و هما :
القربة و الزوجية .

1- القربة

و نعني بها الروابط الأسرية ما بين المورث و الوارث كالأبوة و البنوة و الحواشي (الإخوة و الأخوات و الأعمام) حتى الدرجة الرابعة .
و بالتالي لا يمكن للولد المتبنى أن يرث ، لأنّ التبني في التشريع الجزائري ممنوع شرعا و قانونا و هو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها .

2- الزوجية

و يقصد بها الزواج الصحيح ، القائم وفقا للأسس الشرعية و القانونية المنصوص عليها في قانون الأسرة سواء تمّ الدخول أو لم يتم . و هذا ما أشارت إليه المادة 130 من قانون الأسرة بقولها : "يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ، و لو لم يقع بناء" . لذلك فإنّ الزوج يرث زوجته ، و الزوجة ترث زوجها .

الفرع الثاني : شروط إستحقاق الميراث

أولا : الشروط الخاصة بالمورث

و هو الشخص المتوفي حقيقة أو حكما ، على حدّ تعبير حكم المادة 127 من قانون الأسرة و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتا بحكم القاضي" .

و عموماً ، لا تثبت الوفاة ، إلاّ بشهادة الوفاة ، التي يسلمها ضابط الحالة المدنية لأصحاب الشأن بناء على طلبهم ، و بعد تفحص الشهادة الطبية التي عاين من خلالها الطبيب حالة الوفاة .
و هذا بخلاف الموت الحكمي ، حيث تثبت الوفاة بحكم من القضاء ، على أن يتم تسجيل هذا الحكم في سجلات الوفيات بالحالة المدنية .

ثانياً : الشروط الخاصة بالوارث

و هو الشخص الحي ذكراً أو أنثى أو حملاً ، و المستحق لنصيب معين من هذه التركة لسبب من أسباب الميراث . و هو ما أشارت المادة 128 من قانون الأسرة : " يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حياً أو حملاً وقت إفتتاح التركة ، مع ثبوت سبب الإرث ، و عدم وجود مانع من الإرث " .
أمّا إذا تبين أن الوارث قد مات قبل أو مع المورث ، فلا توارث في هذه الحالة ، على أساس عدم معرفة قبل الآخر ، كحالة الغرق ، الزلازل ، البركان ... إلخ
كما يشترط في الوارث ، أن لا يكون ضمن الأشخاص الممنوعين من الميراث ، و الذين حددهم المشرع بمقتضى المادة 135 من قانون الأسرة ، و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم :

- قاتل المورث عمداً و عدواناً ، سواء كان القاتل أصلياً أو شريكاً .
- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام تنفيذه .
- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية " .

❖ أمّا عن الإجراءات المتبعة في إكتساب الملكية عن طريق الإرث :

إذا كان المورث قد خلف أموال منقولة و عقارية ، فلا بدّ من إعداد فريضة محررة من لدن موثق بغية تقسيم التركة بين الورثة حسب الأنصبة .

و لمعرفة هذه الأنصبة ، ينبغي الرجوع إلى أحكام قانون الأسرة المستمدة من سورة النساء آية الموارث (من الآية 11 إلى الآية 14) .

أمّا عن المنقولات ، فتقوم و تقسم على الورثة حسب أنصبتهم وفقاً للفريضة .

و أمّا عن العقارات ، فحتى تنتقل للورثة ، ينبغي إعداد شهادة نقل الملكية التي يحررها الموثق بناء على الفريضة ، و عقد ملكية المتوفي ، على أن يتم تسجيلها بمصلحة التسجيل و الطابع و شهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً ، حتى تنتقل ملكية العقارات من المورث إلى الورثة عن طريق الإرث و يصبح الورثة ملاك في الشيوخ .

المطلب الثاني : الشهادة التوثيقية

الفرع الأول : مفهوم الشهادة التوثيقية

تُعرّف على أنّها إحدى الوسائل القانونية المتاحة للورثة لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر بمعية موثق بما يفيد إنتقال الملكية العقارية من الهالك إلى الورثة أو الموصى لهم ضمن الآجال المحددة قانونا .

الفرع الثاني : دور الشهادة التوثيقية في إثبات صفة المالك في الدعاوى القضائية

مما لا شك فيه أنّ الإجماع واقع لدى غالبية الفقه أنّه في الدعاوى الرامية إلى قسمة العقار المشاع الموروث من طرف المالك الأصلي ، يجب تحت طائلة عدم قبول الدعوى ، إرفاق الشهادة التوثيقية المشهورة بالمحافظة العقارية في ملف الدعوى ، و ذلك لتسهيل مهمة الخبير المكلف بإعداد مشروع القسمة و إمكانية شهر الحكم القضائي على مستوى المحافظة العقارية ، على إعتبار أنّ المحافظ العقاري لا يمكنه شهر أي حكم أو تصرف ، بدون وجود إشهار مسبق طبقا للمادة 88 من المرسوم رقم 63-76 أما إذا تعلق الأمر ، بالدعاوى الرامية إلى حماية المال المشاع ، فيكفي في رفع الدعاوى القضائية أن يقوم رافعها بإرفاق العريضة الإفتتاحية للدعوى ، بفريضة محررة بمعية موثق لكي يُطالب بحماية المال المشاع .

مع الإشارة ، أنّ القانون لا يستوجب في مثل هذه الدعاوى ، أن ترفع من جميع الورثة ، بل يكفي أن يرفعها أحد الورثة الذي يثبت صفته كمالك بموجب فريضة . على حدّ تعبير حكم المادة 718 من القانون المدني .

المحاضرة الرابعة

المبحث الثالث : الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية

أولاً : معنى التركة الشاغرة

ينصرف معنى التركة الشاغرة إلى كل تركة لم يعرف مالكا ، أو أنّ مالكا توفي دون أن يترك وارثا معروفا ، و كذا التركة التي يتخلّى فيها أحد الورثة عن نصيبه .

و في هذا الصدد نصّت المادة 773 من القانون المدني على أنّه : " يعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة الي ليس لها مالك ، و كذا أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم " .

كما نصّت المادة 53 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية على أنّه : " إذا وقع التخلي عن الحقوق العينية في الملكية الموروثة ، بعد فتح التركة ، يحق للدولة أن تطلب من القاضي المختص في الدعاوى المدنية ، بعد التحقيق القضائي ، أن يثبت التخلي الذي يترتب عليه تطبيق الإجراءات الخاصة بالحراسة القضائية و يتم حينئذ تطبيق إجراء تسليم أموال التركة وفق المادة 51 أعلاه .

و تدرج الأملاك الموضوعة تحت الحراسة القضائية في الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة بعد إثبات الطابع القطعي لإرادة الورثة في التخلي عن ذلك الإرث " .

ثانيا : إجراءات إستصدار الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية

المرحلة الأولى : البحث و التحري

ألزمت المادة 51 من القانون رقم 90-30 المشار إليه أعلاه إدارة أملاك الدولة المختصة إقليميا بأن تباشر إلى فتح تحقيق من أجل البحث و التحري عن ملاك ، أو ورثة محتملين للهلك .

هذا و لم يحدد النصين السالفي الذكر إجراءات معيّنة للتحقيق ، غير أنّه و بالرجوع إلى المادة 180 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المذكور أعلاه ، فإنّه يمكن لمدير أملاك الدولة أن يباشر إلى فتح تحقيق لدى المحافظات العقارية ، و مصلحة الضرائب .

كما يمكنه بالموازاة مع هذا التحقيق أن يسعى إلى نشر إشعار متعلق بالبحث عن الوراث المحتمل على الأقل في صحيفتين وطنيتين ، و يعلق لمدة أربعة (04) أشهر ، بمقرات البلديات التابعة للولاية .

المرحلة الثانية : إستصدار حكم بإنعدام الوارث و وضع العقار تحت الحراسة

إذا أفضت نتائج التحري و التحقيق إلى عدم وجود وارث محتمل ، أمكن مدير أملاك الدولة أن يبادر إلى رفع دعوى قضائية ، للمطالبة بالتصريح بإنعدام الوارث ، و وضع العقار محل التركة تحت الحراسة القضائية ، مع مراعاة أحكام المواد من 827 إلى 829 و إقامة الدعوى في هذه الحالة يكون بموجب عريضة إفتتاحية موقعة و مؤرخة ، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل التركة ، على أن تكون مرفقة بالوثائق التي تثبت وجود هذا العقار عن طريق إحضار مستنداته و كذا الوثائق التي تثبت قيام مديرية أملاك الدولة بإجراءات البحث و التحري عن الورثة المحتملين للهلك ، مع وجوب شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى في المحافظة العقارية الموجود في نطاق إختصاصها العقار عملاً بأحكام المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

المرحلة الثالثة : إعلان الشغور و تسليم العقار

بعد إنقضاء مدة التسيير المؤقت للعقار الشاغر المقررة لإدارة أملاك الدولة ، المحددة في الحكم القاضي بإنعدام الوارث ، يتعين على مدير أملاك الدولة أن يبادر إلى رفع دعوى قضائية ثانية يذكر فيها المحكمة بالوقائع ، و الحكم المصرح بإنعدام الوارث ، و يلتمس إصدار حكم يقضي بإعلان الشغور و تسليم العقار لإدارة أملاك الدولة .

و لإثبات إنتقال ملكية العقار الشاغر نهائياً للدولة ، يتعين على مديرية أملاك الدولة أن تسعى إلى تسجيل و شهر الحكم القاضي بإعلان الشغور و تسليم العقار ، بمصلحة الشهر العقاري الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل التركة وفقاً لمقتضيات المادة 181 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 السالف الذكر . ليتم إدماجه فيما بعد ضمن الأملاك الوطنية الخاصة و تسييره وفقاً للتنظيم المعمول به .

و إذا كان القانون قد خول للدولة حق تملك العقار الذي يتوفى عنه مالكة عن غير وارث ، فإنه قد خول بالمقابل لهذا الأخير (الوارث) متى ظهر ، إسترجاع العقار الذي أدرج ضمن الملكية العقارية الخاصة للدولة ، بأن يرفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة خلال مدة التقادم المقررة في المادة 829 من القانون المدني وفقاً للشروط و الإجراءات المقررة لرفع الدعاوى العقارية ، يطالب بمقتضاها بإسترداد العقار محل الإدماج .

و في هذه الحالة إذا ترى للمحكمة أن طلب الوارث مؤسس قانوناً ، و مدّعم بالمستندات و الوسائل
الاثبتية ، فإنّها تقضي بحق الوارث في إسترداد العقار متى كان ذلك ممكناً ، أمّا إذا تعذّر أو إستحال
إسترداد العقار عينا ، فإنّها تحكم له بتعويض مساوي لقيمة العقار ، يُحسب من يوم الإعتراف له بصفة
المالك .

و في هذه الحالة إذا تعذّر الحصول على إتفاق بالتراضي حول التعويض أو المقابل المقترح من طرف
الإدارة ، يحدد مبلغ التعويض كما لو تعلق الأمر بنزع الملكية ، مع حفظ حق الوارث في اللّجوء إلى
القضاء بطريق الإستعجال للطعن في قيمة التعويض .

المحاضرة الخامسة

الفصل الثاني : الوقائع المادية كسبب لإكتساب الملكية العقارية

المبحث الأول : الحيابة كواقعة مادية لإكتساب الملكية العقارية

يمكن تعريف الحيابة على أنّها : تلك السيطرة المادية على الشيء ، و التي يكون هدفها ، تملكه بمرور مدةً زمنية معيّنة . و هو ما يصطلح عليه في التشريع الجزائري بالتقادم المكسب على أساس الحيابة .

و هنا لابد من التمييز بين وضعين .

❖ الوضع الأول : أن لا يكون بيد الحائز سند

و في هذه الحالة كقاعدة عامة ، حددت مدة التقادم المكسب للملكية بخمسة عشرة سنة (15سنة)

شريطة إستمرار الحيابة طوال هذه المدة ، و دون إنقطاع .

❖ الوضع الثاني : أن يكون بيد الحائز سند

المطلب الأول : الحكم المكرس للملكية على أساس التقادم المكسب

أجاز المشرع للحائز مخاصمة المالك الذي تخلى عن عقاره مدةً زمنية معيّنة ، و الحصول على حكم

يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم المكسب . كمجازاة للمالك المهمل الذي يتخلى عن خدمة

العقار و الإستثمار فيه ، و مكافأة للحائز الحريص الذي يسعى إلى خدمة العقار و إستغلاله و تطويره .

و على ذلك ، فمتى صدر حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم ، عدّ هذا الحكم سنداً لإثبات

ملكية الحائز للعقار ، شريطة أن يكون العقار موضوع ذلك الحكم غير مملوك للدولة و أن تكون مدة

الحيابة لا تقل عن المدة المحددة قانوناً ، و التي حددها المشرع بخمسة عشرة (15) سنة تسري من تاريخ

وضع اليد ، و بعشر (10) سنوات عند توافر حسن النية و السند الصحيح ، و أن تكون تلك الحيابة

علنية و هادئة و لا لبس فيها ، و أن تتوافر في الحائز نية التملك ، و هذا ما أكدته أحكام المواد

من 808 إلى 834 من القانون المدني .

و بالتالي متى توافرت في العقار عناصر الحيابة السالف ذكرها ، و المدة المقررة قانوناً لإكتسابه أمكن

المحكمة المعروض عليها النزاع القضاء بإكتساب العقار المتنازع عليه بالتقادم ، سواء جاء ذلك في

صورة دعوى قضائية مستقلة ، أو في صورة دفع يبيده الحائز ضدّ المالك الذي يُطالب بإسترداد عقاره

عن طريق دعوى الإستحقاق ، شريطة أن يسبق إصدار ذلك الحكم تحقيق قضائي ، و ذلك بالإستماع

إلى الشهود الذين يمكنهم أن يفيدوا مجرى التحقيق عملاً بأحكام المواد من 150 إلى 163 من قانون

الإجراءات المدنية و الإدارية ، على أن يتم في الأخير و بعد صيرورة الحكم المثبت للملكية العقارية عن

طريق التقادم إظهاره على مستوى مصلحة الشهر العقاري عملاً بأحكام المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

إلا أن الملاحظ أن هذا النوع من الأحكام لم يكن محل إجماع غالبية الفقه و القضاء ، بسبب الاختلاف حول تفسير النصوص القانونية المنظمة للتقادم المكسب .

و للإمام بمختلف جوانب هذا الاختلاف ، نرى أن نقسم الكلام في هذا المطلب إلى ثلاثة فروع رئيسية :
فنتكلم أولاً في موقف التشريع من إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب و موقف القضاء ثانياً .

الفرع الأول : موقف التشريع من إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

لعله من الملائم الإشارة ، مقدماً ، إلى أن نظام الشهر العيني لا يعترف بالحيازة و التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية و الحقوق العينية العقارية ، إذ يؤدي ذلك الإعتداد إلى إهدار القوة الثبوتية المطلقة التي يرتبها نظام السجل العيني للحقوق المقيدة في السجلات العينية ، الأمر الذي دفع بالتشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر إلى الأخذ بمبدأ حظر التقادم ، و هو المبدأ الذي يقضي بعدم سريان التقادم المكسب في مواجهة المالك أو صاحب الحق العيني الذي له أصل ملكية مشهر .

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري ، فإنه يتضح من مجموع النصوص المنظمة للتقادم المكسب و النصوص ذات الصلة بموضوع الشهر العقاري ، لاسيما الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا المرسومين المطبقين له 76-62 و 76-63 أنها لا تتضمن أية إشارة لمبدأ حظر التقادم ، بالرغم من أنه يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني المتبنى بموجب الأمر رقم 75-74 المشار إليه أعلاه ، اللهم إذا إستثنينا ما أشار إليه المشرع في المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية ، و بالضبط نص المادة الأولى منه و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المذكور أعلاه عقاراً من نوع الملك حيازة مستمرة ، غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس ، طبقاً لأحكام الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليمياً عقد شهرة يتضمن الإعتراف بالملكية " .

يُبين من قراءة هذه المادة أنّ المشرع قد إستثنى العقارات الممسوحة من مجال أعمال التقادم المكسب للملكية ، و بمعنى آخر أنّ المشرع لم يجرز التمسك بالتقادم المكسب في مواجهة مالك العقار الذي له أصل مشهر وفق نظام الشهر العيني .

الفرع الثاني : موقف القضاء من إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

الملاحظ أن الإجتهاد القضائي للمحكمة العليا لم يستقر على إتجاه واحد ، إذ ذهب في بعض قراراته إلى تطبيق أحكام القانون المدني ، و الأخذ بالتقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر إعمالا لأحكام المواد المنظمة للتقادم المكسب ، بينما حظر في قرارات أخرى التمسك بالتقادم المكسب في العقارات التي لها سندات ملكية مشهرة .

المحاضرة السادسة

المطلب الثاني : شهادة الحيازة

مكّن المشرع الجزائري بموجب المادة 39 من قانون التوجيه العقاري الأشخاص الذين يحوزون أراضي لمدة سنة على الأقل ، في مناطق لم تحرر بشأنها عقود ، و لم تشملها عملية المسح من الحصول على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة" ، تخول لهم بعض السلطات التي لا تمنح إلاّ لمالك العقار و ذلك وفقا لشروط و إجراءات نوجزها في الآتي :

الفرع الأول : شروط الحصول على شهادة الحيازة

أولا : الشروط التي ترد على العقار

1- أن يكون العقار من نوع ملك خاص

لا تسلم شهادة الحيازة ، إلاّ بالنسبة للعقارات الواقعة ضمن أراضي الملكية الخاصة . و هو ما يعني أنّ المشرع قد إستبعد الأملاك العقارية الوطنية ، و الأملاك العقارية الوقفية من أن تكون محلا لشهادة الحيازة .

2- أن يكون العقار واقعا في منطقة لم يشملها المسح العام

إستلزم المشرع ضرورة أن يكون العقار محل شهادة الحيازة ، واقعا في منطقة لم تشملها عملية المسح بعد و هو شرط صائب على إعتبار أنّ عملية المسح ستنتهي حتما بتسليم الملاك و أصحاب الحقوق في المناطق الممسوحة ، دفاتر عقارية أو ترقييمات عقارية مؤقتة بحسب الحالة .

3- أن لا يكون للعقار سند مثبت للملكية

لا يكفي أن يكون العقار محل شهادة الحيازة واقعا ضمن أراضي الملكية الخاصة غير الممسوحة بل يشترط إلى جانب ذلك أن لا يكون لهذا العقار سند ملكية يعتد به قانونا . و على ذلك جرى حكم الفقرة الثانية من المادة الثانية من المرسوم السالف الذكر : " ... إلاّ إذا كانت الحيازة ممارسة ... بأراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها و تقع في بلدية ... لم يتم مسح الأراضي فيها " .

ثانيا : الشروط المتعلقة بوضع اليد

1- يجب أن تكون حيازة العقار وفقا للشروط المتطلبية قانونا

و معنى ذلك أن يتوافر في الحيازة العنصرين المكونين لها : السيطرة المادية على العقار ، و نية التملك و هو قصد الحائز في أن يظهر بمظهر المالك للعقار . على أن تكون علنية و هادئة و واضحة و مستمرة ، و خالية من عيوب الإكراه و اللبس و الخفاء .

(2)- الشرط المدّة

خروجاً عن القواعد العامة المقررة في القانون المدني ، و التي حددت مدّة التقادم المكسب كأصل عام بخمسة عشرة سنة (15) أو عشر سنوات (10) حسب الحالة ، أجاز المشرع بمقتضى المادة 02 من المرسوم أعلاه ، للحائز متى ساوت مدّة حيازته للعقار سنة واحدة على الأقل ، تقديم طلب الحصول على شهادة الحيازة ، و هي مدّة قصيرة جداً مقارنة بالآثار القانونية التي ترتبها شهادة الحيازة على إعتبار أنّ هذه الشهادة و إن كانت لا ترقى إلى مرتبة السند المثبت للملكية العقارية ، إلاّ أنّها يمكن أن تكون سنداً قوياً لإكتساب الملكية بالتقادم المكسب .

الفرع الثاني : إجراءات إعداد و تسليم شهادة الحيازة

أولاً : تكوين ملف شهادة الحيازة

يعتبر رئيس المجلس الشعبي البلدي الوحيد المؤهل قانوناً ، لتلقي الملفات المتعلقة بطلبات إعداد و تسليم شهادة الحيازة ، حيث يقدم الحائز الذي يحوز عقاراً مدّة سنة على الأقل ، حيازة مستمرة و غير منقطعة و غير متنازع عليها و علنية ، بتقديم طلب في شكل عريضة الى المصلحة المعنية بالبلدية على أن تكون هذه العريضة مرفقة بالوثائق التالية :

- تصريح شرفي يكون وفقاً للنموذج المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 91-254 يتضمن تعيين العقار ، و هوية الحائز (أو الحائزين) و توقيعه ، و تصريح شاهدين يثبتان أنّ الحائز يمارس الحيازة وفقاً للمدّة المحددة قانوناً و بحسن النية .
- الوثائق الثبوتية للحالة المدنية للحائز (أو الحائزين)
- مخطط يبين حدود القطع المعنية و وضعيتها
- أي وثيقة أو سند يريد الحائز (أو الحائزين) الإدلاء بهما ، حسب ما نصّت عليه المادة 06 من ذات المرسوم أعلاه .

و بعد التأكيد من تمام أوراق الملف ، يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي ، تسجيل العريضة المودعة بسجل خاص بشهادات الحيازة ، و هو سجل مرقم و موقّع عليه من قبل رئيس المحكمة التي تقع في دائرة اختصاص البلدية المعنية .

و في الصدد ألزمت المادة 07 من ذات المرسوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بأن يُسَلَّم المعني وصلًا بما يُفيد إيداع الملف ، و أن يشير فيه إلى بيانات المرجع الذي سُجلت فيه العريضة .

ثانيا : نشر ملخص العريضة

إستكمالاً للإجراءات ، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال 15 يوماً الموالية لإيداع الملف ، بنشر ملخص العريضة المودعة عن طريق إعلان ، بلصقة بلوحة الإعلانات الخاصة بالبلدية و الساحات العمومية لمدة شهرين ، مع نشرة في جريدة يومية على نفقة المعني طالب الشهادة حتى يتأكد من أن العقار ليس ملكاً خاصاً .

مع حفظ حق كل مقترض في إبداء إعتراضاته ، إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال شهرين من تاريخ الإلصاق أو النشر .

ثالثا : طلب رأي مدير أملاك الدولة و الشؤون العقارية

موازاة مع عملية نشر ملخص العريضة ، يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال نفس المدة أي مدة 15 يوماً الموالية لإيداع الملف ، بإخطار مصلحة الأملاك الوطنية بالولاية لتوضيح الوضعية القانونية للعقار موضوع طلب شهادة الحيابة ، على أن تلتزم هذه الأخيرة خلال شهرين من تاريخ إلتماسها بإطلاع رئيس المجلس الشعبي البلدي بالوضعية القانونية للعقار .

رابعا : تلقي الاعتراضات

إذا إحتج (إعترض) الغير (شخص طبيعي أو معنوي أو مصلحة الاملاك الوطنية) خلال المدة القانونية المقررة (شهرين من تاريخ الاعلان) يتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي ، إحالة الأطراف المتنازعة أمام المحكمة المختصة ، و هنا يمنع على رئيس المجلس الشعبي البلدي إعداد و تسليم شهادة الحيابة إلى حين الفصل في النزاع .

خامسا : إعداد و تسليم شهادة الحيابة

في حالة عدم تقديم أي إعتراض ، يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بتحرير محضر عدم الاعتراض خلال ثمانية(08) أيام التي تلي تاريخ إنتهاء أجل الاعتراض ، على أن يقوم بإعداد شهادة وفقاً للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 91-254 ، تسلم نسخة منها للمستفيد بعد تسجيلها و شهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً .

الفرع الثالث : الآثار القانونية التي ترتبها شهادة الحيازة

يترتب على تسجيل و شهر شهادة الحيازة ، مجموعة من الآثار القانونية يمكن إجمالها في الآتي :

أولاً : الطابع الشخصي لشهادة الحيازة

تعتبر شهادة الحيازة شهادة إسمية تنتهي بوفاة المستفيد ، و في هذه الحالة لا يكون أمام الورثة إذا ما أرادوا الاستفادة من الحقوق التي إكتسبها مورثهم ، إلاّ تقديم طلب شهادة حيازة جديدة بإسمهم في خلال سنة من تاريخ الوفاة ، و إلاّ ألغيت شهادة الحيازة القديمة الممنوحة للمتوفي . و هو ما أشارت إليه المادة 42 من القانون رقم 90-25 .

ثانياً : التمسك بالملكية على اساس تقادم المكسب

تعتبر شهادة الحيازة سند قانوني يبرر حيازة العقار ، و في هذه الحالة يمكن للحائز إثارة مدّة الحيازة للإحتجاج بالتقادم المكسب طبقاً لأحكام المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254 . أثناء تصفية الوضعية القانونية للعقارات المعنية بشهادة الحيازة في إطار عملية المسح العام للأراضي المنصوص عليه بموجب الأمر رقم 75-74 إعمالاً لأحكام المادة 47 من قانون 90-25 .

ثالثاً : شهادة الحيازة لا تغير الوضعية القانونية للعقار

بإستثناء التحويل المجاني أو بمقابل ، خولّ المشرع للمستفيد من شهادة الحيازة بعض السلطات التي لا تخول إلاّ لمالك العقار . و التي نذكر منها :

❖ أجازت المادة 44 من قانون 90-25 للمستفيد من شهادة الحيازة الحصول على قرض من إحدى المؤسسات المالية (دون الدائنين الخواص) في مقابل رهن العقار محل شهادة الحيازة ، بالرغم من أنّ المادة 884 مدني تستلزم أن يكون العقار المرهون ملكاً للراهن (مدين أو كفيل عيني) .

❖ كما أكدت المادة 45 من قانون 90-25 على أنّ دعوى المطالبة (الإستحقاق ، الإسترداد) التي يرفعها المالك الحقيقي الذي قد يظهر لا يترتب عليها نقض رهن العقار ، و لا إعادة النظر في التصرفات الأخرى التي قام بها الحائز القانوني في حدود الصلاحيات المخولة له بموجب شهادة الحيازة .

❖ بالرغم من أنّ قانون التهيئة و التعمير قد ربط في مادته 50 حق البناء بملكية العقار ، أي أنّ رخصة البناء لا تمنح إلاّ للمالك أو بترخيص منه ، إلاّ أنّه و بالرجوع إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المحدد لكيفيات تحضير عقود التعمير و تسليمها ، و بالضبط نص المادة 42 منه

يمكن للحائز الحصول على رخصة بناء تمكنه من إقامة بناية في العقار محل شهادة الحيازة
: " ... يجب أن يقدم صاحب الطلب ، إما نسخة من عقد الملكية أو نسخة من شهادة الحيازة ... " .