

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الإخوة منتوري - قسنطينة-

كلية الحقوق

تخصص  
قانون التهيئة والتعمير

قسم القانون العام  
سنة أولى ماستر

## محاضرات

# طرق اكتساب الملكية العقارية

الجزء الاول

إعداد الأستاذة : بن حبيلس امينة

السنة الجامعية 2023-2024

## طرق اكتساب الملكية العقارية في القانون الخاص

- وردت طرق اكتساب الملكية و الحقوق العينية الأخرى في المواد 773- 843 من (ق.م.ج) تبعاً كمايلي:(الاستيلاء-التركة-الوصية-الالتصاق-عقد الملكية-الشفعة-الحيازة )
- و اذا أردنا تقسيم هذه الأسباب تقسيماً فقهيًا بإرجاعها إلى التصرف القانوني و الواقعة القانونية باعتبارها مصادر للحقوق ، دخل العقد و الوصية في نطاق التصرف القانوني و دخل الإستيلاء (الحيازة) و الميراث (الوفاءة) و الالتصاق (الإتحاد) و الشفعة ( الرخصة) و الحيازة (السيطرة في نطاق الواقعة المادية).يمكن أن يسلك تقسيم أسباب اكتساب الملكية تقسيماً عملياً فتميز بين الأسباب المنشأة لحق الملكية و الأسباب الناقلة له.
- بعض الأسباب تكسب الملكية للشيء ابتداءً أي انها تنشئ ملكية جديدة قائمة بذاتها على العقار (لا وجود فيها لمالك سابق ، و المقصود هنا المالك الذي يثبت ملكيته بموجب سند رسمي مشهر)، و هو ما ينتج خاصة عن الاستيلاء،الالتصاق،الحيازة.
- و بعض الأسباب الأخرى تكسب الملكية تلقياً عن مالك سابق أي إذا إكتسب، إكتساب الملكية يتم بانتقالها من مالك لآخر(الخلافة) وهذا هو شأن الميراث، الوصية، العقد، الشفعة .
- و على هذا الأساس سوف نقسم موضوع دراستنا إلى جزئيين: (الجزء الأول — الأسباب أو الطرق المنشئة للملكية) (الجزء الثاني - الأسباب أو الطرق الناقلة للملكية)

**[الجزء الأول: الأسباب أو الطرق المنشئة لحق الملكية]**

تكتسب الملكية ابتداءً بالإستيلاء (مبحث أول)، الإلتصاق (مبحث ثاني)، الحيازة (مبحث ثالث).

**\*المبحث الأول: الإستيلاء**

تنص المادة 773 من ق.م على أنه تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي لا ملك لها وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تقل تركتهم وعليه ترجع ملكية العقارات الغير مملوكة لأحد إلى الدولة، ويستنتج من ذلك أن الإستيلاء لا يولد آثاره في إكتساب الملكية العقارية للخواص، فالمستولي على عقار لا مالك له لن يصير مالكة لأن ذلك العقار ملك للدولة وهذا ما ينفي نهائياً العقارات من مجال تطبيق لنظرية الاستيلاء التي تقتصر على المنقولات.

**\*المبحث الثاني: الإلتصاق.**

يعتبر الإلتصاق سبباً من أسباب نشوء حق الملكية، نظمه المشرع في المواد من 778—791 من (ق.م)، و يعرف الإلتصاق على أنه إندماج أو إتحاد شيئين متميزين أحدهما عن الآخر و مملوكين للمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الإندماج.

-ويترتب على الإلتصاق أن يصبح مالك أحد الشيئين وفقاً لقواعد معينة مالكا للشيء الذي اندمج فيه و تعذر فصله عنه، فالإلتصاق على بين هذين الشيئين يعتبر واقعة مادية يترتب عليها إكتساب الملكية. و الإلتصاق يمكن أن يكون بين منقولين أو بين عقاريين أو بين عقار ومنقول وهذا الأخير هو الذي يهمننا في موضوع دراستنا.

**المطلب الأول: عناصر الإلتصاق:**

لكي يتحقق الإلتصاق و يرتب أثره القانوني الرئيسي المتمثل في إكتساب ملكية الشيء الفرعي (الملتصق) لمالك الشيء الأصلي الملتصق به يجب توفر 4 عناصر هي:

1) اندماج و إتحاد الشيئين مع تعذر الفصل بينهما دون تلف (المنزل الجاهزة، الأكشاك، الكنز يمكن فصلها دون تلف فلا يمكن اعتبارها ملتصقة بالأرض).

2) تمييز الشيئين عن بعضهما كأرض و بناء مثلاً أو طمي وأرض (الإصلاحات والتحسينات ليست شيئاً مميزاً بل هي من المصروفات وكذلك الثمار).

3) رجوع ملكية الشيئين إلى شخصين مختلفين.

4) عدم وجود إتفاق بين المالكين السابقين على إتمام الإتحاد (حالة الإتفاق مع المقاول على البناء بمواده لا يعتبر إلتصاقاً).

**المطلب الثاني: أصناف أو أحوال الإلتصاق:**

نظم المشرع الجزائري أنواع الإلتصاق في ثلاث حالات:

- الإلتصاق الطبيعي للعقار: المواد من (778-781) من ق.م.ج (إلتصاق المنقول بالأرض بفعل المياه).
- الإلتصاق الصناعي بالعقار: المواد من (782-790) من ق.م.ج (إلتصاق المنشآت بالأرض بفعل إنسان).
- إلتصاق المنقول بالمنقول (المادة 791 من ق.م.ج).

**الفرع الأول - الإلتصاق الطبيعي:**

الإلتصاق الطبيعي بفعل المياه قد يكون:

- بفعل مياه البحر أو بفعل المياه الراكدة في البحيرات و البرك (لا مجال للتملك بالإلتصاق في هذه الحالة).
- بفعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي في هذه الحالة يكون الإلتصاق سببا لإكتساب الملكية.

**أولا: الإلتصاق بفعل مياه البحر أو المياه الراكدة في البحيرات و البرك:**

**1) مياه البحر:** حسب المادة 779 من ق.م.ج فإن البحر إذا إنحصر عن شاطئه و انكشفت الأرض فهذه الأرض تكون ملكا للدولة، و قد نصّ المشرع على حماية أرض البحر التي لا يجوز التعدي عليها بكل الأحوال.

**2) المياه الراكدة في البحيرات و البرك و المستنقعات:** حسب المادة 780 من ق.م.ج فإن ملاك الأراضي المجاورة للمياه الراكدة لا يملكون ما تنكشف عنه هذه المياه من الأراضي لأن هذه الأخيرة هي من الأملاك الوطنية. كذلك إذا غيرت هذه المياه الراكدة الأراضي المجاورة فإن ملاك هذه الأراضي لا يفقدون ملكيتها و يستطيعون إعادة تملكها إذا انحصرت عنها المياه.

- يعتد بالإلتصاق بفعل المياه الراكدة بانكشاف المياه من أرض كانت قد طغت عليها من قبل فترجع للمالكها أما اذا انكشفت عن أرض لم تكن مملوكة لأحد فإن هذه الأرض تكون ملكا للدولة، و يمكن سحب هذا الحكم على مياه البحر في غياب نص قانوني ينص على ذلك.

**3- الإلتصاق بفعل مياه النهر عن طريق تراكم الطمي:**

تنص المادة 778 من ق.م.ج على أن "الأرض التي تتكون من طمي بجانب النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين".

- يشترط في تراكم الطمي بفعل مياه النهر أن يكون التراكم على ضفة النهر و بجانب الأرض المجاورة تدريجيا خلال مدة طويلة و متعاقبة و على وجه غير محسوس ، و إذا حوّل النهر بقوة فيضان غير عادي أرضا من مكانها إلى آخر فإن ذلك لا يعتبر تراكما لأنه تم بصفة مفاجئة.

و تجدر بنا الإشارة إلى أن تراكم الطمي يجب أن يكون غير فجائي لكن ذلك لا يمنع من أن يكون ظهوره فجائي كأن يتراكم الطمي على مدى السنين بطريقة تدريجية غير محسوسة و لكنه يكون مغطى بالماء ثم يزيد تراكم الطمي لتظهر الأرض المتكونة منه فجأة فوق الماء.

-ويجب أن تعلق الأرض المتكونة من الطمي أعلى منسوب للمياه في أشد وقت من أوقات الفيضان العادي للنهر ، وإلا بقية جزء من النهر.

-كما يجب أن تكون الأرض المتكونة من الطمي قد تكونت ملاصقة لضفة النهر(إذا كان بينهما مياه فلا يوجد إلتصاق).

-و تتوفر كل هذه الشروط تصبح الأرض المتكونة من الطمي ملكا لصاحب الأرض المجاورة لها و ذلك بطريق الإلتصاق.

ملاحظة: إن الأراضي التي يحولها النهر من مكانها أو ينكشف عنها و الجزر التي تتكون من مجراه تعتبر ملكا للدولة.

### الفرع الثاني : الإلتصاق الصناعي:

يتمثل الإلتصاق الصناعي بالعقارات في التصاق المنشآت بالأرض بفعل الإنسان. تنص المادة 782 من ق.م: "كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقة ويكون مملوكا له".

-غير أنه يجوز أن تقام البينة على أن أجنبيا أقام المنشآت على نفقته ، كما يجوز أن تقام البينة على أن صاحب الأرض قد حول أجنبيا ملكية المنشآت التي كانت قائمة من قبل أو حوله الحق في إقامة هذه المنشآت و في تملكها.

و بذلك يكون المشرع قد وضع قرينة قانونية بسيطة تقضي بأن مالك الأرض يعتبر مالكا لكل ما يوجد على الأرض فوقها أو تحتها (بناء -غراس- منشآت)، وأنه أنشأها على نفقته، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فقد يثبت الغير أن هناك إتفاق بينه و بين صاحب الأرض على تملكه للمنشآت.

-توجد ثلاث صور لتملك صاحب الأرض المنشآت بالالتصاق:

-صاحب الأرض هو الباني في أرضه بأدوات مملوكة للغير.

-صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره.

-الباني بني في أرض غيره بأدوات غيره.

## ملخص حالات الإلتصاق

### • السورة الأولى: صاحب الأرض الباني في أرضه بمواد مملوكة للغير:

(المادة 783 ق م)، يستوي في هذه الحالة أن يكون الباني (صاحب الأرض) حسن أو سي النية.

يتملك صاحب الأرض المواد من يوم → إذا كان نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضرراً جسيماً.  
إدماجها بالأرض بموجب الإلتصاق ← عدم رفع دعوى الإسترداد (خلال سنة من علم صاحب الأدوات بالإدماج) رغم إمكانية نزع المواد .

عدم إمكانية اكتسابه ملكية المواد ← إذا كان نزع المواد لا يلحق ضرراً بالمنشآت بشرط أن يرفع مالك الأدوات دعوى إستردادها خلال سنة من علمه بإدماجها في المنشآت.

### • السورة الثانية: صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره:

– الحالة الأولى: الباني سي النية (المادة 784 ق م)

لصاحب الأرض خلال سنة ← طلب إزالة للمنشآت + التعويض (لا مجال لتملك بالإلتصاق)  
من علمه بإقامة المنشآت ← طلب إستبقاء المنشآت + دفع قيمتها/قيمتها في حالة الهدم/قيمة ما زاد في قيمة الأرض"  
لباني سي النية ← طلب نزع المواد بشرط ألا يلحق النزع ضرراً بالأرض، إلا إذا طلب صاحب الأرض إستبقاؤها

– الحالة الثانية: الباني حسن النية (المادة 785 ق م)

صاحب الأرض ← لا يمكنه طلب إزالة للمنشآت.  
يتملك للمنشآت إذا لم يطلب الباني نزعها، مقابل دفع قيمة المواد وأجرة العمل/ما زاد في قيمة العقار  
الباني حسن النية ← طلب الإزالة  
طلب تملك الأرض مقابل تعويض عادل --- في حالة بلوغ المنشآت حداً من الأهمية مما يجعل تسديدها مرهقاً لصاحب الأرض

### • السورة الثالثة: الباني بنى في أرض الغير بمواد مملوكة للغير:

لمادة 790 ق م

مالك المواد ← لا يمكنه طلب إسترداد المواد  
طلب التعويض من الباني

أو طلب قيمة المنشآت من مالك الأرض بما لا يزيد عما بقي في ذمته (يدفع ما لم يدفعه للباني فقط)

**\*الصورة الأولى: صاحب الأرض هو الباني بأدوات غيره:**

تنص المادة 783 من القانون المدني على ما يلي: "يكون ملكا خالصا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره إذا لم يكن ممكنا نزع هذه المواد دون أن تلحق المنشآت ضرر جسيم أو كان ممكنا نزعها و لكن لم ترفع الدعوى بالاسترداد خلال سنة من اليوم الذي علم فيه مالك المواد أنها أدمجت في هذه المنشآت.

إذا تملك صاحب الأرض،المواد كان عليه أن يدفع قيمتها مع التعويض عن الضرر الحاصل إذا اقتضى الحال ذلك،و في حالة استرداد المواد من صاحبها فإنّ نزعها يكون على نفقة مالك الأرض." ان

نميز في هذه الصورة بين حالتين:

– إذا كان نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضررا جسيما.

– إذا كان نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضررا جسيما.

**أولا: نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضررا جسيما:**

إذا كان نزع الأدوات يلحق بالمنشآت ضررا جسيما(كأن تكون هذه الأدوات اسمنت أو حديد أو دهان) يمتلكها صاحب الأرض بمجرد إدماجها في الأرض لتصبح عقار بطبيعته، و سبب كسب الملكية هو الإلتصاق ويكون صاحب الأرض ملزما بدفع قيمة الأدوات لصاحبها(تقدر قيمة الادوات وقت إنتقال ملكيتها أي وقت الادمج) بالإضافة إلى التعويض عمّا يلحق صاحب الأدوات من ضرر بسبب عدم استرداده لأدواته (كضرر زيادة قيمتها).

**ثانيا: نزع الأدوات لا يلحق بالمنشآت ضررا جسيما:**

إذا كان ممكنا نزع الأدوات دون أن يلحق بالمنشآت ضررا جسيما (أبواب – أدوات صحية أو خشبية) تبقى الأدوات ملكا لصاحبها و لا يمتلكها صاحب الارض بمجرد إدماجها في الأرض حيث يمكن لصاحب الأدوات المطالبة بنزعها من الأرض و إستردادها بشرط أن يرفع دعوى الإسترداد خلال سنة من علمه بأنها اندمجت في المنشآت، و يلتزم صاحب الأرض بنفقة نزع الأدوات و التعويض إن كان له المجال.

– أما إذا انقضى أجل السنة من يوم العلم دون أن يرفع صاحب الأدوات دعوى الإسترداد فإنه لا يستطيع استردادها بعد ذلك و يمتلكها صاحب الأرض بالإلتصاق.

ملاحظة: يعتبر علم صاحب الأدوات واقعة مادية يمكن لصاحب الأرض إثباتها بكل الطرق.

**\*الصورة الثانية: صاحب الأدوات هو الباني في أرض غيره:**

تعتبر هذه الحالة الأكثر وقوعا من الناحية العملية، و جاءت النصوص القانونية في هذا الإطار عامة تشمل كل شخص يقيم منشآت في أرض مملوكة لغيره، قد يكون الباني الحائز الذي يبني في أرض غيره فترفع عليه دعوى الإستحقاق من طرف

المالك و يسترد منه الأرض و المنشآت . و يستوي في ذلك أن يكون الباني حائز الأرض بنية التملك أو أن يكون حائزاً عرضياً، كما يستوي أن تكون هناك علاقة تعاقدية بين صاحب الأرض و الباني أو عدم وجود هذه العلاقة.

فيما يخص مآل المنشآت نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: الباني سيئ النية (يعلم أن الأرض ملك لغيره و يقيم المنشآت دون رضاه).

الحالة الثانية: الباني حسن النية (يعتقد أن له الحق في إقامة المنشآت).

### الحالة الأولى : الباني سيئ النية : (المادة 784 قانون مدني)

يعد الباني سيئ النية إذا كان يعلم وقت إقامة المنشآت أنه يقيمها على أرض غيره وأنه لا يملك الحق في إقامة البناء لعدم حصوله على ترخيص من صاحب الأرض (دون رضاه). و العبرة في تقدير حسن أو سوء النية بوقت إقامة المنشآت والأصل أن حسن النية مفترض و بالتالي يقع على عاتق مالك الأرض إثبات سوء نية الباني.

-و يعتبر في حكم سئ النية الحائز (ب) الذي يقوم بالبناء فوق أرض تملكه بملكيتها (أ) ورفع دعوى استحقاق إذا كان البناء بعد رفع الدعوى أو حتى بعد ان شب نزاع بينهما حيث تنزل حسن نية الحائز من وقت علمه ان حيازته اعتداء على حق الغير او من وقت إعلانه من الغير (أ) بعيوب حيازته بعريضة افتتاح الدعوى كما يعد الحائز سئ النية اذا اغتصب حيازة الغير بالاكراه (المادة 825 ق م). كذلك يأخذ حكم سئ النية المشتري من شخص ليس مالكا إذا أهمل مطالبة البائع بسند ملكيته أو أهمل شهر سنده (سوء النية هنا بسبب الجهل الناشئ عن خطأ جسيم)

### 1- موقف صاحب الأرض:

نميز بين حالتين: الأولى: موقفه خلال سنة من علمه بإقامة المنشآت و الثانية: بعد انقضاء السنة.

#### أ) خلال سنة من علمه بإقامة المنشآت:

تبدأ هذه السنة من يوم علم مالك الأرض بإقامة المنشآت ، وعبء إثبات العلم يقع هنا على الباني (بكل وسائل الاثبات)، في هذه الحالة يكون أمام صاحب الأرض خيارين.

**الخيار الأول:** طلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها (الباني): بالإضافة إلى التعويض عما عسى أن تحدثه الإزالة من ضرر في الأرض و ذلك جزاء سوء النية و لا محل هنا لإعمال الإلتصاق كسبب لإكتساب الملكية.

**الخيار الثاني:** أن يعلن مالك الأرض رغبته في استبقاء المنشآت في الأرض و عند ذلك يتملكها بالإلتصاق. و عليه أن يدفع قيمة المباني للباني للباي تتمثل في:

- دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم (أي قيمة الأنقاض) أو قيمة ما زاد في ثمن الأرض بسبب المنشآت (ثمن الأرض بعد إقامة المنشآت ناقص ثمن الأرض خالية من المنشآت)، مع طلب التعويض عن الضرر ان وجد (كالضرر الذي يمس أشجارها أو أصبحت الأرض غير خصبة فهنا يدفع التعويض).



-ويلاحظ في نص المادة (784) تكرار كلمة قيمتها ممّا يثير اللبس حول هذه القيمة ومقارنة النص العربي بالنص الفرنسي نجد بأن المشرّع الجزائري نقلا عن المشرّع الفرنسي يقصد بقيمتها قيمة الأدوات زائد أجره العمل.

-و يرى بعض الفقهاء أنه كان على المشرّع الجزائري إعادة النظر في نص هذه المادّة وإيضاح مضمونها ذلك أن المقصود هنا حسب رأيهم هو أن يختار مالك الأرض بين دفع قيمة الأدوات دون دفع أجره العمل (أن يستبقها كمواضع كما لو كانت أنقاضا) و بين أن يدفع قيمة مازاد في ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت.

### (ب) بعد انقضاء سنة من علم المالك بإقامة المنشآت:

إذا انقضت السنة دون أن يختار صاحب الأرض الإزالة أو الإستبقاء فلا يمكنه بعد ذلك طلب الإزالة (سنة من علمه و ليست من إنشاء المنشآت) و يجبر على استبقائها مقابل دفع أقل القيم.

-و بذلك يتملك مالك الأرض المنشآت بموجب الإلتصاق وجوبا هذا إذا لم يطلب الباني نزعها إذا كان النزع لا يلحق ضرر بالأرض (ملكية صاحب الأرض للمنشآت هنا معلقة على شرط .)

### (2) موقف الباني مالك الأدوات:

لقد تشدد المشرّع في معاملاته مع الباني سيئ النية حيث منحه الحق في طلب نزع المنشآت إذا كان لا يلحق ضررا بالأرض، و لكن قيّد ذلك بشرط عدم إبداء صاحب الأرض رغبته في استبقاء البناء، و لم يحدد المشرّع ميعادا لطلب الباني نزع المنشآت، و على هذا الأساس يجوز للباني طلب النزع في أي وقت حتى بعد مرور السنة.

-وإذا طلب النزع قبل انقضاء السنة من علم صاحب الأرض بإقامة المنشآت يكون صاحب الأرض مخيرا بين قبول النزع أو الاستبقاء.

### الحالة الثانية: الباني حسن النية:

المادة 785 (ق.م) المقصود بحسن نية الباني إعتقاده بأن له الحق في إقامة البناء أي أنه لا يلزم إعتقاده بأنه يملك الأرض (لا ضرورة لسند صحيح يثبت ملكيته). و بناء عليه يعتبر حسن النية في أرض يعتقد بأنه قد ورثها ثم يتبين أنه ليس بوارث، أو يتملكها بموجب وصية ثم تبطل الوصية، و يعتبر حسن النية كذلك من حاز أرضا بنية تملكها و إعتقد أن المدّة القانونية المكسبة للحق قد مضت، أو من له سند معيب لصدوره من غير المالك في هذه الحالة يتملك صاحب الأرض البناء (المنشآت) ما لم يطلب الباني نزع مواده.

### (1) موقف صاحب الأرض:

إذا كان الباني حسن النية فإن صاحب الأرض لا يمكنه طلب الإزالة و إنما يكون له الخيار بين أن يدفع الباني قيمة المواد و أجره العمل أو مبلغ ما زاد في قيمة الأرض و في هذه الحالة يتملك صاحب الأرض البناء بالالتصاق.

**(2) موقف الباني:**

يمكن للباني حسن النية طلب الإزالة ذلك أن تملك صاحب الأرض للبناء مقيد بعدم طلب الباني الإزالة، و قد أضاف المشرّع استثناءً بهذا الحكم في حالة ما إذا بلغت المنشآت حداً من الأهمية مما يجعل تسديدها مرهقاً لصاحب الأرض. في هذه الحالة يمكن لصاحب الأرض طلب تملك الأرض للباني مقابل تعويض عادل.

**\* (الصورة الثالثة: الباني بنى في أرض غيره بأدوات غيره):**

نتناول في هذا الإطار علاقة الباني بصاحب الأرض ثم علاقته بصاحب المواد ثم علاقة صاحب المواد بصاحب الأرض. بالنسبة لعلاقة الباني بصاحب الأرض (المادة 784 ق.م)، يكون الباني سيئ النية إذا كان يعلم أن الأرض ملك لغيره و المواد ملك لغيره أيضاً في هذه الحالة يمكن لصاحب الأرض التملك للمنشآت بموجب الإلتصاق مع دفع قيمتها للباني إذا كان لا يعلم أن المواد غير مملوكة له، وفي هذه الحالة تنتقل إلى أحكام الصورة الثانية ، وقد نصت على هذه الحالة المادة 790 من القانون المدني، إذا قام أجنبي بمواد مملوكة لغيره فليس لمالك المواد أن يطلب استردادها و إنما يكون له أن يرجع بالتعويض على هذا الأجنبي (الباني) كما له أن يرجع على مالك الأرض بما لا يزيد على ما هو باق في دتمته من قيمة تلك المنشآت.

**\*المبحث الثالث: الحيابة و التقادم المكسب**

لاكتساب الملكية العقارية بموجب الحيابة يجب توفر عنصرين أساسيين:

العنصر الأول: توفر الحيابة القانونية (بركنيها: المادي+المعنوي)

العنصر الثاني: التقادم المكسب (المدة).

**المطلب الأول: الحيابة القانونية:**

نص المشرّع الجزائري على الحيابة في المواد من 808 إلى 843(ق.م)، و لم يرد تعريف للحيابة في هذه النصوص ، وقد عرّفها الفقه بأنها سلطة فعلية (الحيابة) يمارسها شخص معين على شئ معين يتأثر به و يقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب الحق، فالحيابة وضع ظاهري مادي وليست حقاً بل هي طريق يؤدي الى اكتساب الحق بتوفر شروطه القانونية.

**الفرع الأول: أركان الحيابة:**

الحيابة هي واقعة مادية مفادها السيطرة المادية على العقار أي وضع اليد عليه بنية التملك، و عليه للحيابة ركنين

أساسيين لا تقوم الحيابة دونهما و هما :

الركن المادي للحيابة

الركن المعنوي للحيابة.

أولاً: الركن المادي للحيازة:

يتمثل الركن المادي في السيطرة المادية على العقار (وضع اليد)، أي مجموعة الأعمال المادية التي يباشرها الحائز على العقار في إطار استعماله و استغلاله و الإنتفاع به مما يظهره بصفة المالك، و للسيطرة المادية صورتين: إما أن تكون سيطرة مباشرة أو أن تكون سيطرة مادية غير مباشرة.

1) السيطرة المادية المباشرة:

أي سيطرة الشخص على الشيء بنفسه سواء كانت سيطرة فعلية يمارسها بنفسه دون أن يستمدّها من أحد أو كانت سيطرته انتقالاً من الغير (يستمدّها من الغير كإنتقالها للورثة).

يمكن انتقال الحيازة بانتقال ركنها المادي (يمكن انتقال الحيازة العرضية) اما الى الخلف العام أو الخلف الخاص.

- انتقال الحيازة للخلف العام (م1/814): هي امتداد واستمرار (لا انقطاع) لحيازة السلف (ليست حيازة جديدة) من يوم الوفاة دون حاجة الى التسليم--- يترتب عن ذلك:

\* ضم المدة لحساب التقادم.

\* انتقال الحيازة بصفاتها وعميومتها الا اذا تحولت حيازة الخلف الى حيازة قانونية (حيازة سلفه عارضة)

- انتقال الحيازة الى الخلف الخاص (م2/ 814): يشترط وجود اتفاق بين السلف والخلف+توفر السيطرة المادية للخلف على العقار، كما يشترط ان تكون حيازة السلف حيازة قانونية صالحة لاكتساب الملكية ويترتب عن ذلك ضم المدد في حساب التقادم.

2) السيطرة المادية غير المباشرة:

تتحقق السيطرة المادية غير المباشرة بالوساطة أي قيام الغير بالسيطرة المادية بدلا من الحائز لكن بإسمه ولحسابه (بإسم ولحساب الحائز) حيث تنتج الحيازة بوساطة الغير آثارها القانونية في شخص الحائز القانوني وحده، أما الوسيط فليست لديه سوى السيطرة المادية التي يباشرها باسم الحائز الأصلي ولحسابه،

كما تتحقق السيطرة غير المباشرة في حالة الحيازة على الشيوع، حيث يباشر الحائز على الشيوع أعمال السيطرة المادية لحسابه شائعة مع غيره من الشركاء كأن يسكن المنزل مع شركائه أو يزرع الأرض معهم، فحيازته الشخصية في هذه الحالة لا تتحقق الا بأعمال تتعارض مع استعمال الغير (الشركاء) لحقه في السيطرة المادية، حيث يمكن للحائز على الشيوع حيازة العقار المشاع حيازة شخصية خالصة له اذا ما قام بأعمال من نوع خاص تتعارض مع صفتة كشريك.

ثانيا: الركن المعنوي للحيازة:

يقصد بالركن المعنوي للحيازة توفر نية التملك أي إستعمال الحائز للعقار كصاحب حق عليه، و الركن المعنوي هو الذي يميز الحيازة القانونية عن الحيازة العرضية ذلك أن الحيازة القانونية تستوجب توفر العنصرين المادي و المعنوي معا، على خلاف الحيازة العرضية التي يكفي فيها توفر العنصر المادي فقط، فالحائز العرضي يباشر السلطة الفعلية على الشيء بإذن من المالك فتكون الحيازة لحساب الحائز الاصيل الذي يعتبر حائزا قانوني ، ويكون الحائز العرضي ملزما برد العقار الى الحائز القانوني الاصيل بناء على سنده قانوني ،ومن أمثلة الحائز العرضي (المستأجر، صاحب حق الإنتفاع، الوسيط في الحيازة)،و على هذا الأساس فإن الحائز العرضي لا يستطيع الإدعاء بأنه مالك لأن سند حيازته العرضية هو إقرار بحق الغير(الحائز القانوني).

و في الأخير تجدر بنا الإشارة إلى أن الحيازة القانونية هي التي يحميها القانون و يمكن إكتساب الملكية على أساسها بالتقادم المكسب و ذلك عكس الحيازة العرضية التي لا تكسب الملكية مهما طال مدة التقادم (م831ق م) ولا يحميها القانون،وبذلك يكون المشرع قد أخذ بالنظرية الشخصية في العنصر المعنوي للحيازة التي لا تعند بعنصر القصد (نية التملك) لدى الحائز العرضي بل لدى الحائز القانوني، وذلك لأن القصد أمر شخصي لا يتصور توافره في غير الحائز الاصيل، ويستثنى من ذلك غير المميز الذي يمكنها الحيازة القانونية بواسطة من ينوب عنه(م809ق م).

ونشير في الأخير الى أن الحيازة العرضية يمكن أن تتحول الى حيازة قانونية وفقا لأحكام م 831ق م بشرط:

- تغيير صفة الحيازة العرضية بفعل الغير(كأن يشتري المستأجر العقار المؤجر من شخص يعتقد أنه المالك).
- تغيير الحيازة العرضية بفعل الحائز الذي يعارض به حق الغير (الحائز الاصيلي) مما يثبت أن الحائز العرضي أصبح يجوز لحساب نفسه (كأن يقوم الحائز العرضي "ب" بإخطار الحائز الاصيلي "أ" بأنه مالك العقار

ويبدأ حساب مدة التقادم في هذه الحالة من تاريخ تغيير صفة الحيازة أي من تاريخ حدوث الفعل المعارض، ولا تدخل المدة التي كانت فيها الحيازة عرضية في حساب التقادم ولا في حساب المدة المتطلبة لرفع دعاوى الحيازة.

وجدير بالذكر ان الحيازة العرضية لا تفترض بل يجب اثباتها ، حيث يفترض في الحائز العرضي أنه يجوز لحساب نفسه بمجرد توفر الركن المادي للحيازة وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك (م 810 ق م)، ومن جهة أخرى فإن تغيير صفة الحيازة من عرضية الى قانونية لا يفترض بل يجب اثباته، حيث تبقى الحيازة محتفظة بالصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يقدم الدليل على خلاف ذلك (المادة 826 ق م).

والأصل أنه بمجرد إثبات الحائز توفر الركن المادي للحيازة يفترض أنه يجوز لحساب نفسه وبنية التملك (السيطرة المادية قرينة بسيطة على توفر نية التملك) ، وعلى من يدعي العكس أن يثبت ذلك، فالحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية. (المادة 810 ق م).

الفرع الثاني: شروط الحيازة :

يشترط أن تكون الحيازة هادئة، علانية و مستمرة دون لبس، وادا تخلف أي شرط أصبحت الحيازة معيبة اما بعيب الاكراه او الخفاء أو الانقطاع أو الغموض على التوالي، مما يترتب عنه زوال الركن المادي للحيازة ولا أثر لها الا من وقت زوال هذا العيب (م808ق م)

1) شرط الحيازة الهادئة:

يقصد بالهدوء تمكن الحائز من استعمال الشيء و الانتفاع به دون اللجوء إلى العنف أو القوة حتى لا تتحول الحيازة إلى حيازة مغتصبة. وتكون الحيازة معيبة بعيب الاكراه (غير هادئة) اذا حصل عليها الحائز بالقوة او التهديد ويبقى محتفظا بما دون أن ينقطع عن استعمال القوة او التهديد. كما تعتبر الحيازة غير هادئة اذا تعرض الغير (الذي يدعي حقا على العقار) للحائز ثم يثبت أن هذا الغير مالك للعقار.

2) شرط الحيازة العلنية:

يشترط أن تكون الحيازة علنية ظاهرة للمأ حيث يمارس الحائز أعمال السيطرة المادية على مرأى الجميع لأن الحائز يجب ان يسيطر ماديا على العقار وكأنه صاحب الحق، فلا يجوز له أن يتمسك بحيازة سرّية خفية أو يحوطها الكتمان لأنها تقوم على الشك ويشوبها عيب الخفاء.

3) شرط أن تكون الحيازة دون لبس:

يشترط في الحيازة أن لا يشوبها لبس أي الا يشتبه فيها عنصر القصد (أي نية التملك) ، بحيث لا يشتبه على الغير اذا ماكان الحائز يجوز لنفسه أو لحساب غيره (لا يثار لبس في حيازته لنفسه)، والا كانت الحيازة مشوبة بعيب الغموض ، فالغموض عيب يشوب الركن المعنوي للحيازة. وقد يستدل على الالتباس بالعلاقة التي تربط الحائز بصاحب الحق، مثال: حيازة الوارث لأعيان التركة قبل تصفيتها تكون مشوبة بعيب الغموض (قد تكون لحسابه وقد تكون لحساب الورثة)، او حيازة الشريك على الشيوع تعتبر حيازة غامضة (يقع الشك هل حيازته لحسابه أو لحساب الشركاء).

4) شرط الحيازة مستمرة:

و يقصد بها توالي أعمال السيطرة المادية التي يباشرها الحائز على العقار في فترات متقاربة غير منقطعة، فإذا مضى بين العمل و الآخر فترة طويلة تكون الحيازة مشوبة بعيب عدم الإستمرار بحيث لا يتركها المالك الحريص على انتفاعه بملكه. مثال ذلك تحلي الحائز عن ارض فلا يزرعها ولا يقطف ثمارها مما يجعل حيازته منقطعة غير مستمرة.

\*ونتيجة لذلك لكي تنتج الحيازة آثارها القانونية يجب أن تكون خالية من عيوب الحيازة التي نص عليها المشرّع في المادة 808 فقرة(2) من القانون المدني"إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها إلتباس، فلا يكون لها أثر اتجاه من

وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو إلتبس عليه أمرها، إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، مما يجعل هذه العيوب عيوباً مؤقتة بمجرد زوالها تصبح الحيازة منتجة لآثارها.

### المطلب الثاني: التقادم المكسب:

اشتراط المشرّع لاكتساب الملكية العقارية توفر الحيازة القانونية و المدة القانونية.

#### الفرع الأول: أنواع التقادم:

هناك نوعان من التقادم تقادم طويل المدى(الأمد)، تقادم قصير المدى.

#### أولاً: التقادم طويل المدى(15 سنة):

نصت عليه المادة 827 (ق.م) بقولها: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به، صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع"، و عليه يشترط في هذا التقادم توفر الحيازة القانونية خلال 15 سنة.

#### ثانياً: التقادم قصير المدى: (10 سنوات)

نصت عليه المادة 828 (ق.م) بقولها: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري، وكانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون 10 سنوات".  
و عليه يشترط في هذا التقادم توفر الحيازة القانونية + حسن النية + السند الصحيح + 10 سنوات.

#### 1) حسن النية:

هو غلط يقع فيه الحائز يدفعه إلى الإعتقاد بأنه تلقن الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق، و غلط الحائز قد يكون غلطاً في الواقع مثال: كتعامل الحائز مع مالك سابق للعقار أبطل سنده و الحائز يجهل ذلك. كما قد يكون غلطاً في القانون حسب بعض الفقهاء مثال: كما في حالة تعامل الحائز مع شخص له سند ملكية عرفي بينما المشرّع يشترط الرسمية لانعقاد بيع العقار.

- يعتبر الحائز سعي النية اذا كان مشتري عقارات مكونة لمجموعة التركة من أحد الورثة قبل القسمة لأنه كان من الواجب عليه إفتراض أن العقار قد لا يقع في نصيب الوارث المتصرف (خطأ جسيم).

- و أضافت المادة 825 فقرة (2): يشترط توفر حسن النية وقت تلقي الحق و حسن النية مفترض دائماً حتى يثبت العكس بكل وسائل الإثبات. و جدير بالإشارة ان علم الحائز بعيوب السند لا ينفي حسن النية و هناك عيب واحد إذا علم به أصبح سعي النية هو علمه بأن السند صادر من غير مالك.

2) السند الصحيح:

يشترط في السند الصحيح: نصت المادة 3/828 ق م على السند الصحيح بقولها: "و السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا لشيء أو صاحب للحق المراد كسبه بالتقادم. و يجب إشهار السند."

- يشترط في السند الصحيح أن يصدر من غير المالك إلى الحائز بموجب تصرف قانوني كان من شأنه أن ينقل الملكية.

- يرى الفقه الفرنسي أن تسمية السند الصحيح هي تسمية في غير محلها لأنها غير دقيقة، ذلك أن المقصود بالسند هنا هو التصرف القانوني عكس ما يرمي إليه المعنى اللغوي حيث لا يراد به الوسيلة المكتوبة بل يقصد به العملية القانونية حيث يرمي التصرف القانوني المسمى بالسند الصحيح إلى نقل الملكية أو نقل حق عيني آخر كتصرف البيع أو الهبة...، و يتم نقل هذه الملكية إلى الحائز بإعتباره خلفا خاصا للمتصرف، لو أنه كان صادرا من المالك.

شروط السند الصحيح:

يشترط في السند الصحيح :

- وجود السند (الميراث لا يعتبر سند صحيح) + صحة السند (كالسند المتضمن تصرفا قانونيا قابلا للإبطال فهو تصرف موجود قانونيا و يقع صحيحا إلى أن يتم بطلانه من غير المالك). مثال : شراء العقار من ناقص اهلية فالحائز هنا اذا كان حسن النية و حاز العقار حيازة قانونية لمدة 10 سنوات فانه يستند عقد البيع باعتباره سندا صحيحا من يتمسك بتقادم قصير المدى في مواجهة المالك الحقيقي بشرط الا يكون لهذا الأخير سند رسمي مشهر لأنه لا اكتساب للملكية بالحيازة مع وجود السند المشهر.

- أن يكون السند ناقلا للملكية في العقود الواردة على الانتفاع او استعمال العقار كالإيجار لا يعتبر ناقل للملكية و بالتالي ليست سندات صحيحة و يجب شهر السند من أجل نقل الملكية، ويقع اثبات السند الصحيح على عاتق الحائز.

الفرع الثاني : احتساب التقادم

تبدأ مدة التقادم في اليوم التالي لليوم الذي بدأت فيه الحيازة و تحسب المدة بالأيام بذلك لا يدخل اليوم الاول في حساب التقادم، و يدخل في حساب المدة ما يعرض اثناءها من المواسم و الاعياد و العطل و يفترض في الحيازة عدم انقطاع مدتها حيث أقام المشرع قرينة لصالح الحائز لينخف عنه عبء الاثبات.

يكفي أن يثبت الحائز أنه حائز في الوقت الحالي و انه حاز في وقت سابق، فيفترض فيه أنه حاز في الفترة ما بين الزميين و على من يدعي العكس إثبات ذلك.

أولاً: وقف مدة التقادم:

يتم وقف مدة التقادم لسبب معين و يؤدي هذا الوقف الى عدم احتساب المدة التي توقف فيها التقادم ، و ان تحسب المدة السابقة للوقف و تضاف اليها المدة اللاحقة له ، يتم وقف التقادم كلما وجد مانع يبرر لدى المالك ويمكن تقسيم اسباب وقف التقادم الى نوعين:

- أسباب راجعة إلى ظروف خارجية مثل ( قيام حرب ، كوارث طبيعية)...
- أسباب راجعة إلى ظروف خاصة بالشخص ذاته ( الغائب، المحكوم عليه ، عدم الاهلية...) بشرط عدم وجود من ينوب عنه لأن العبرة في السيطرة المادية بفعل النائب.
- ويترتب على وقف التقادم اسقاط المدة التي وقف فيها التقادم من حساب مدة التقادم، و ذلك سواء وقع بسبب الوقف في بداية التقادم أو أثناء سريانه او في نهايته.

### ثانيا: انقطاع مدة التقادم:

يعني سقوط مدته نهائيا لسبب قانوني معين ، و يبدأ بعدها تقادم جديد لا تحتسب فيه المدة التي سبقت الانقطاع ، حيث تلغى وتزول الحيازة السابقة(عكس الوقف) ويبدأ سريان تقادم جديد بعد زوال سبب الانقطاع ، ذلك اذا عاد الحائز الى العقار من جديد تكون مدته ( التقادم الجديد) مدة حيازته من مدة حيازته بعد عودته الى حيازة العقار. و الانقطاع نوعين طبيعي و المدني.

### 1-الانقطاع الطبيعي: المادة 834 (ق.م)

الانقطاع الطبيعي هو انقطاع التقادم المكسب في حالة ما اذا تخلى الحائز عن حيازته او فقدها و لو بفعل الغير ، حيث تزول الحيازة اذا تخلى الحائز عن سيطرته المادية الفعلية (م815ق م) ، و يحق للحائز الذي يفقد حيازته رفع دعوى لاستردادها شريطة ان يرفعها خلال سنة من فقدها و اذا استرد الحائز الحيازة فتعتبر مستمرة غير منقطعة.

### 2-الانقطاع المدني : قد يكون صادرا من المالك او الحائز.

#### أ-الانقطاع المدني الصادر من المالك:

حسب المادة (317 ق.م) ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية و بالتنبيه . أما فيما يخص المطالبة القضائية : ينقطع التقادم برفع دعوى في موضوع الحق ، كأن يرفع المالك دعوى استحقاق بشرط ان تنتهي الدعوى بحكم لصالح المدعي (المالك) اما اذا سقطت الدعوى او لم يفصل فيها لصالح المالك فلا ينقطع التقادم و يبقى ساريا. و تجدر الاشارة الى ان التقادم ينقطع حتى و لو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة.

#### فيما يخص التقادم بالتنبيه :

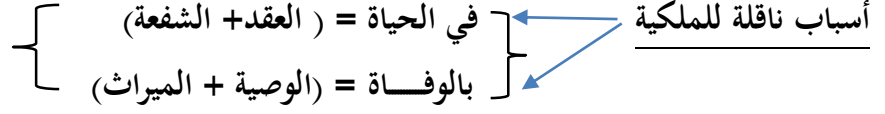
يكون التنبيه في حالة اذا ما كان بيد صاحب الحق سند تنفيذي ( حكم او سند رسمي ) فلا يرجع دعوى على الحائز بل يتم التنفيذ بناء على السند و قد الزمه المشروع بتنبيه الطرف الاخر المنفذ عليه ( الحائز ) ويعتبر التنبيه هنا سبب لانقطاع التقادم.

#### ب-الانقطاع المدني بفعل الحائز : و يتم ذلك باقرار الحائز قطع التقادم بشرط أن يكون كامل الاهلية.



## الجزء الثاني: الاسباب الناقلة للملكية

هناك اسباب ناقلة للملكية اثناء الحياة هي العقد و الشفعة و ناقلة للملكية اثناء الوفاة هي الوصية والميراث.



### المبحث الاول : الاسباب الناقلة للملكية بسبب الوفاة .

تتمثل في : الوصية والميراث.

#### المطلب الاول : الوصية كتصرف قانوني ناقل للملكية بالارادة المنفردة

عرف الشرع الجزائري الوصية في المادة 184 بقوله : "الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع"

جاء هذا التعريف خاليا من ذكر طبيعة الوصية كونها تصرف قانوني بإدارة منفردة ومتجاهلا لأطرافها. ولعل من الأفضل تعريف الوصية بأنها تصرف قانوني بإرادة منفردة عن طريق التبرع مضاف إلى ما بعد الموت، يهدف إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر (المنفعة) إلى الموصى إليه، من أهم خصائص الوصية ما يلي :

- الوصية تصرف قانوني بإرادة منفردة: أي أن إرادة الموصى وحدها كافية لانشاء إلتزام، أما قبول الموصى له فهو يشترط لنهاذها فقط بعد وفاة الموصي.

- الوصية أثرها مضاف إلا ما بعد الموت: وذلك لأنها لا تنفذ و لا تسري آثارها إلا بعد وفاة الموصي.

- الوصية لها مقدار محدد: يجب أن تكون الوصية في حدود الثلث، وما زاد عن ذلك يتوقف على إجازة الورثة (المادة 185 ق.أ).

#### الفرع الاول: أركان الوصية

للوصية الواردة على عقار عدة أركان يمكن تقسيمها إلى

أركان موضوعية (الصيغة- الموصي-الموصى له-الموصى به)

ركن شكلي (الكتابة الرسمية)

#### أولا: الأركان الموضوعية

##### 1- الصيغة

ركن الصيغة بالنسبة للوصية هو إيجاب الموصي. و يتحقق الايجاب في الوصية بكل عبارة أو كتابة أو إشارة دالة عليه، الصادرة من الموصي والدالة على إرادته في الإيضاء بشئ معين لشخص معين. كأن يقول أوصيه لفلان بقطعة أرض معينة.

و يشترط أن يكون التعبير عن إرادة الموصي صراحة و بعبارة واضحة أي الإيجاب الصريح . وذلك ما أكدته المادة 191 من قانون الأسرة ق.أ. بقولها : " تثبت الوصية ...بتصريح الموصي أمام الموثق...".

2- الموصي

الموصي هو الشخص الذي يقوم بالإيضاء بعقاره لشخص معين .ولتكون الوصية صحيحة ونافذة اشترط المشرع توافر شروط في الموصي لا تصح الوصية دونها، وهذه الشروط حددتها المادة 186 ق.أ أن يكون كامل الأهلية أي أن يكون راشدا (بالغا سن 19 سنة) وليس لديه عارض من عوارض الأهلية (ليس مجنوناً أو معتوه أو سفيه ولا ذي غفلة)، كما يشترط في الموصي أن يكون مالكا للعقار الموصى به بموجب سند قانوني مثبت للملكية العقارية (سند رسمي مشهر).

3- الموصى له

الموصى له هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تحرر الوصية لفائدته ،حيث تنتقل إليه الملكية بعد وفاة الموصي .

يشترط في الموصى له أن يكون:

- موجودا (وجودا حقيقيا أو حكما كالجنين) واهلا للملك.

- معلوما(معينا ببياناته أو قابلا للتعيين) كجمعية ستنشأ مستقبلا.

- ألا يكون قاتلا للموصي عمدا (إحالة لحالات القتل العمد في احكام الميراث).

- ألا يكون وارثا للموصي.

أ- وجود الموصى له

يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له موجودا عند إنشاء الوصية ، سواء كان وجوده حقيقيا أو حكما تقديريا كالجنين في بطن أمه. وقد جاء في نص المادة 187 من قانون الأسرة "تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس". وعلامة الحياة بالنسبة للجنين هي أن يستهل صارخا أو أن تبدو عليه علامة ظاهرة للحياة كالحركة مثلا.

ب- ألا يكون الموصى له وارثا للموصي:

تنص المادة 189 من قانون الاسرة على أنه " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي ". و بناء عليه نستنتج أن الوصية لوارث معلقة على شرط واقف هو إجازة الورثة، وبناء عليه فان:

الأصل: الوصية لوارث باطلة.

الاستثناء : تصبح الوصية لوارث صحيحة بتحقيق شرط إجازة كل الورثة.

في حالة إجازة بعض الورثة للوصية دون البقية ، فإن الوصية تكون صحيحة في حدود نصيب الورثة الذين أجازوها ، وباطلة في حدود نصيب الورثة الذين إعتضوا عليها. ويجدر بنا التأكيد في هذا الإطار على أن صفة الوارث تحدد بعد وفاة الموصي وليس في حياته ، و ذلك وفقا لأحكام الميراث .

طبقا للمادة 190 ق.أ يمكن للموصي الإيضاء بكل أنواع الأموال التي يملكها، ويشترط في العقار الموصى به أن يكون:

### 1- أن يكون مملوكا للموصي و قابلا للتملك و التملك

طبقا للمادة 190 ق.أ يمكن للموصي ان يوصي بكل أنواع الاموال التي يملكها عينا ( عقار او منقول، مادية او معنوية ) أو حتى حق انتفاع بشرط أن يكون الموصى به ملكا له ، لأنه لا يمكن له التصرف في ملك الغير .

### 2: أن يكون الموصى به في حدود الثلث الا استثناء

يشترط المشرع طبقا لأحكام المادة 189 من قانون الأسرة أن لا يتجاوز مقدار الشئ الموصى به ثلث التركة و ليس أملاك الموصى وقت الإيضاء، و ما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة.

فالأصل: بطلان الوصية فيما زاد عن ثلث التركة.

الاستثناء: صحة الوصية التي تزيد عن ثلث التركة بشرط إجازة جميع الورثة.

و يفهم من ذلك أن الوصية تكون دائما صحيحة في حدود الثلث بقوة القانون دون حاجة إلى إجازة الورثة، أما فيما زاد عن الثلث فإنها تكون صحيحة اذا أجازها كل الورثة ، و تكون باطلة في حدود ما يزيد عن الثلث اذا لم يجزها كل الورثة. أما اذا أجازها بعض الورثة و لم يجزها البعض الآخر، فتكون الوصية صحيحة في حدود نصيب الورثة الذين أجازوها وتكون باطلة في حدود نصيب الورثة الذين لم يجزوها.

### ثانيا: ركن الشكلية

أكد المشرع الجزائري على وجوب توثيق الوصية الواردة على عقار مرتين: مرة بنص المادة 191 ق الاسرة التي اشترطت التوثيق في الوصية مهما كان محلها (عقار أو منقول)، ومرة اخرى بنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي أوجبت الكتابة الرسمية في كل تصرف ناقل للملكية العقارية، حيث يشترط صب الوصية في شكل رسمي باعتبار الكتابة الرسمية ركنا اساسيا في جميع التصرفات الواردة على العقار والناقلة للملكية و يترتب على تخلفها بطلان التصرف بطلانا مطلقا . وبما أن الوصية تعتبر من العقود الاحتفائية فيجب حضور الشهود وإلا كانت باطلة (المادة 324 المكرر 3).

### الفرع الثاني: أحكام الوصية.

#### أولا: موانع الوصية:

تنشأ الوصية صحيحة بإرادة منفردة للموصي لكن مع ذلك يلحقها تصرفات سواء من الموصي أو الموصى له أو الورثة تجعلها غير نافذة (باطلة) وهي ما تمنع تنفيذ هذه الوصية، ويمكن حصرها فيما يلي:

- تبطل الوصية بوفاة الموصى له قبل الموصي أو رد الوصية (عدم قبولها) من الموصى له **بعد** وفاة الموصي. (المادة 201 ق أ)
- قتل الموصي له عمدا من طرف الموصى له (المادة 188 ق.أ) "
- هلاك الموصى له.
- الوصية لو ارث إذا لم يجزها الورثة.

### هالك الموصى العقار الموصى به

نميز بين حالتين للهلاك: الهلاك الكلي والهالك الجزئي. ففي حالة هلاك الموصى له كله تبطل الوصية لتخلف ركن الموصى به. أما في حالة الهلاك الجزئي فتميز حالتين: إذا كان الموصى به معيناً بالوصف أو الاستشارة كأن يوصى له بطابق معين من البناية ثم هلك جزء من البناية بما فيه الطابق المعين ففي هذه الحالة تبطل الوصية. أما إذا العقار الموصى به غير معين كالإيضاء بثلت المنزل دون تعيين الطابق وهلك جزء من العمارة فالوصية تبقى صحيحة وتنفذ على الباقي من المنزل أي ثلث ما تبقى من المنزل.

### ثانياً: أحكام أخرى في الوصية:

يشترط وفاة الموصى وقبول الموصى له للوصية بعد الوفاة ، وتنتظر فيما يلي لجملة من الأحكام المتعلقة بالوصية التي نصت عليها المواد (191-201) ق.أ.

أولاً: يمكن الرجوع في الوصية صراحة أو ضمناً.

- الرجوع الصريح في الوصية يكون بوسائل إثباتها (أي بسند توثيقي أو إستثناء بحكم قضائي).
- الرجوع الضمني يكون بكل تصرف يستخلص منه الرجوع في الوصية. بمعنى كل تصرف يوحي لنا و نفهم منه أن الموصي قد تراجع عن وصيته. مثل بيع العقار الموصى به أو مبادلته بعقار آخر، توكيل شخص لبيع الموصى به...

### ملاحظات:

- رهن الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية، لأن الرهن مجرد تأمين عيني، ويمكن أن يزول الرهن بزوال الدين قبل وفاة الموصي.
- الإيضاء لشخص ثان بنفس العقار الموصى به لا يعد رجوعاً في الوصية ، بل يكون الموصى به مشتركاً بينهما.
- الوصية لشخصين دون تحديد نصيب كل منهما، و توفي أحدهما قبل الموصي يترتب عن ذلك أن تكون الوصية كلها للحي. أما إذا حدد النصيب كل منهما، فإن الموصى له الذي بقي حياً لا يستحق إلا مقدار ما حدد له.

### ثانياً: قبول الوصية

قبول الوصية من طرف الموصى له **بعد** وفاة الموصي يعتبر شرطاً لتمام الوصية ، ويترتب على تخلفه بطلان الوصية بقوة القانون ، ويتم القبول صراحة أو ضمناً ( المواد 197 و 201 ق.أ).

يثار هنا إشكال وفاة الموصى له قبل أن يبدي رأيه بقبول الوصية أي أنه لم يرد يقبلها ولم يرفضها. في هذه الحالة ينتقل حقه في القبول أو الرد الى ورثته. أما إذا ردها الموصى له فالورثة لا يمكنهم القبول. (المادة 198 ق.أ).

### ثالثا: الوصية المشروطة

تعتبر الوصية المشروطة صحيحة قانونا حيث يجوز أن تعلق الوصية على شرط صحيح (أي غير باطل أو مخالف للنظام العام لأن الشرط الباطل تصح معه الوصية ويبطل الشرط). (المادة 199 ق.أ).

رابعاً: تصح الوصية مع اختلاف الدين عكس (الميراث). فلا يهم ان كان الموصى له كافر و الموصي أو العكس.

## المطلب الثاني : انتقال الملكية العقارية بالميراث ( المواد 126 – 183 من قانون الاسرة)

يعد الميراث سببا لكسب الملكية بانتقالها و ذلك استنادا الى واقعة مادية (هي حادثة الوفاة ) و قد نصت المادة 127 من قانون الاسرة على ان الارث يستحق بموت المورث حقيقة او حكما (كالمفقود).  
- و الميراث اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من اسباب الميراث ( الارث ) سواء كانت التركة مالا منقولاً او عقاراً أو حقاً من الحقوق الشرعية.  
- لم يعرف المشروع الجزائري الميراث في حين عرفه القضاء الجزائري بقوله: الارث هو كل ما يخلفه المورث من اموال جمعها و تملكها اثناء حياته.

### الفرع الاول : اركان الميراث:

الميراث ثلاث اركان هي : المورث ، الوارث ، الموروث.

**1- المورث** : هو الشخص المتوفي الذي ترك مالا او حقا سواء كانت الوفاة حقيقية او حكمية.

**2- الوارث** : هو من ينسب الى الميت لعلاقة ( القرابة أو المصاهرة ) أي بسبب من اسباب الارث ( اصحاب الفروض ، العصبية ، ذوي الارحام ) .

و الأصل في الوارث ان يكون شخصا عاديا موجودا وجودا حقيقيا (بشرط الحياة ) كما قد يكون الوارث موجودا وجودا حكما (جنينا في بطن امه وقت افتتاح التركة بشرط ولادته حيا)، و يشترط في الوارث عموما ثبوت سبب للارث و قد حصر المشرع اسباب الميراث في القرابة و الزوجية (المادة 126 ق الاسرة )، وعدم وجود مانع من موانع الارث  
**3- الموروث** : هو كل ما يتركه المتوفي من اموال عقارية او منقولة و حقوق قابلة للتوريث بشرط ان تكون ملكية لها شرعية و قانونية.

### الفرع الثاني : شروط الميراث:

اشترط المشرع ثلاث شروط من اجل انتقال الملكية بالميراث:

-موت المورث حقيقة او حكما.

- حياة الوارث بعد موت المورث حتى و لو كانت هذه الحياة حكمية كالحمل.
- عدم وجود مانع من موانع الارث و التي حصرتها المادة 135 من قانون الاسرة.
- \* المادة 135 : يمنع الميراث الاشخاص الاتية اوصافهم:
- قاتل المورث عمدا و عدوانا سواء كان القاتل فاعلا اصليا او شريكا .
- شاهد الزور التي ادت شهادته الى الحكم بالإعدام و تنفيذه.
- العالم بالقتل او تدييره اذا لم يخبر السلطات المعنية.
- \*وأضافت المادة 138 : "يمنع من الارث اللعان و الردة"

### الفرع الثالث : الحقوق المتعلقة بالميراث:

- تنص " المادة 180 قانون الاسرة" على أنه يأخذ من التركة حسب الترتيب التالي:
- مصاريف التجهيز و الدفن بالقدر المشروع.
  - الديون الثابتة في ذمة المتوفي
  - الوصية
- ثم يوزع ما تبقى من الميراث بين الورثة.

### المبحث الثاني : الاسباب الناقلة للملكية استخلافا من الاحياء:

تتمثل هذه الاسباب في العقد و الشفعة.

### المطلب الأول: العقد كتصرف قانوني ناقل للملكية يارادتين (عقد الهبة)

إحالة الى ماتمت دراسته في النظرية العامة للعقود+ عقد البيع ) نكتفي بدراسة عقد الهبة.

عرف المشرع الجزائري " الهبة تمليك بلا عوض" غير أن هذا التعريف لم يتناول الخصائص و المميزات الأساسية لعقد الهبة خاصة كونها عقد مع وجوب توفر نية التبرع أثناء الحياة و عنصر الحيابة، على أنه قد تدارك بعضها في م206 ق أسرة بقوله " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول وتتم الحيابة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة للمنقولات و اذا إحتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة". و بناء عليه يمكن تعريف الهبة بأنها عقد يتم بين الأحياء يكون فيه التملك دون عوض بنية التبرع و تتم بالحيابة مع احترام أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة للمنقولات.

### من أهم خصائص عقد الهبة مايلي:

- الهبة عقد فوري يرتب أثره حالا بين الأحياء بنقل الملكية للموهوب له.

- الهبة تصرف ناقل للملكية بلا عوض بنية التبرع، فالهبة عقد تنقل بموجبه ملكية العقار الموهوب من المالك الواهب إلى الموهوب له المالك الجديد دون مقابل و بنية التبرع "العنصر المعنوي" غير أنه استثناءا يمكن أن تكون الهبة بعوض.

-الأصل في الهبة أنها عقد ملزم لجانب واحد وذلك على حالة الهبة بلاعوض حيث نشأ العقد التزامات على ذمة الواهب فقط "أهمها الالتزام بنقل الملكية".

و استثناء قد تكون الهبة ملزمة لجانبين وذلك في حالة الهبة بمقابل عندما يشترط الواهب على الموهوب له القيام بالالتزام لاتتم الهبة إلا بانحازه" م222 ق أ و في الهبة الملزمة لجانبين يجب على كل طرف الوفاء بالتزامه.

- الهبة عقد شكلي و عيني : أي أن الرضا وحده لا يكفي في الهبة الواردة على عقار لأنها:

\* عقد شكلي: يجب صب عقد الهبة الواردة على عقار في شكل رسمي و الا كان العقد باطلا

\* عقد عيني: يجب في عقد الهبة (الواردة على عقار أو على منقول) تسليم الشيء الموهوب الى الموهوب له ، وإلا

كان العقد باطلا و هو ما يسمى ركن الحيابة في الهبة.

الفرع الاول: أركان الهبة ←  
الأركان العامة ( الرضا-المحل-السبب)  
الأركان الخاصة (الشكلية-الحيابة)

## أولا: الأركان العامة للهبة

### 1 الرضا

هو تطابق إرادة طرفي العقد أي الإيجاب الصادر من الواهب مع القبول الصادر من الموهوب له و هذا ما أكدته المادة 206 من ق.أ. و تنطبق على ذلك القواعد العامة للعقود في ركن الرضا المنصوص عليها في القانون المدني. تنعقد الهبة بالإيجاب (عرض) يعبر فيه الواهب عن إرادته في إبرام عقد الهبة بأي صيغة تفيد تملك العقار بلا عوض مع احتوائها على خصائص الهبة، بأن يقول وهبتك أو أعطيتك بدون مقابل. و يجب أن يطابقه قبول من موهوب له. و يشترط لصحة عقد الهبة ثبوت أهلية طرفي العقد و أن يكون رضا الطرفين صحيحا خاليا من عيوب الرضا.

### أ : الأهلية في عقد الهبة

- بالنسبة لأهلية الواهب يشترط المشرع الأهلية الكاملة في الواهب أي أن يكون سليم العقل لا يوجد لديه عارض من عوارض الأهلية و بالغا من السن 19 سنة ، و غير محجور عليه. لأن الهبة ضار ضررا محضا له(م 203 ق.أ). بالنسبة للموهوب له يختلف الحال حسب كون الهبة بمقابل أو بدون مقابل: اذا كانت الهبة دون مقابل فإنها تأخذ حكم التصرفات النافعة نفعاً محضاً للموهوب له، و بالتالي تكفي لصحة الرضا أهلية التمييز بالنسبة للموهوب له. أما اذا كانت الهبة بمقابل فإنها تأخذ حكم التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر وبالتالي تتوقف صحتها على إقرار الولي اذا كان الموهوب له ناقص الأهلية ، أو تشترط الأهلية الكاملة في الموهوب له.

ق.أ) ، حيث أعطاه المشرع وجودا حكما. ويتم قبولها كذلك من طرف وليه .  
 أما إذا كان الموهوب له عدم الأهلية فيقبلها عنه وليه. وإستثناء تصح الهبة للجنين بشرط ولادته حيا (م 209

### ب: عيوب الرضا

إذا شاب إرادة أحد طرفي عقد الهبة عيب في الرضا و كان العيب هو الدافع الى التعاقد ، اعتبر التصرف معيبا مما يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحته المتضرر و تطبق في هذا الشأن الأحكام العامة للعقود الواردة في القانون المدني.

#### + الغلط:

الغلط هو وهم في ذهن المتعاقد قد يصور له الأمر على خلاف حقيقته و يدفعه إلى التعاقد. و الغلط الذي يجعل عقد الهبة قابلا للإبطال هو الغلط الجوهرى، مع ملاحظة أن أكثر ما يقع الغلط من جانب الواهب و ليس الموهوب له إلا لو كانت الهبة بعوض. و الغالب أن يقع الواهب في غلط جوهرى إما في الشيء الموهوب أو الشخص الموهوب له أو الدافع الباعث لإبرام الهبة. مثال الغلط في شخص الموهوب له أن يقوم الواهب بهبة لشخص آخر معتقدا أنه من أقربائه ، وكان الدافع لإبرام الهبة هو صلة القرابة ، ثم يتضح أنه لا يقربه . \_ ومثال الغلط في الدافع إلى التعاقد على عقد الهبة أن يهب شخص لآخر عقار لأنه مريض بمرض عضال ثم يتبين عكس ذلك فيجوز للواهب إبطال الهبة بسبب الغلط في الباعث إلى التعاقد لأنه لولا إعتقاده أن الموهوب له مريض لما وهبه العقار أصلا.

#### +التدليس:

هو استعمال الطرق الاحتمالية ( الخيل، الكذب، تزوير الوثائق ... ) بهدف خداع الواهب و دفعه للتبرع بماله . و غالبا ما يكون التدليس من الموهوب له أو نائبه، كأن يكتم عن الواهب معلومات لو علمها لما اندفع للهبة أو الكذب عليه حتى يكره أقاربه و يندفع للهبة، أو تزوير الموهوب له سندات تفيد بأن الأرض التي يملكها الواهب غير صالحة للبناء و لا الزراعة مما يدفعه لأن يهبه إياها...

+الاكراه: الاكراه هو بعث الخوف في نفس المتعاقد الآخر لدفعه للتعاقد وذلك بتهديده بإلحاق الضرر به أو بأحد أقاربه أو بماله. و يتجسد الإكراه على الهبة عن طريق تأثير الموهوب له في نفس الواهب بنفوذ أدبي عليه كتهديده مثلا.

الاستغلال: هو أن يستغل الموهوب له طيشا بينا أو هوى جامع لدى الواهب ليحصل على أمواله بطريقة الهبة، يترتب عنه غبن للواهب . و يعتبر الاستغلال أبرز العيوب التي تفسد الرضا في عقد الهبة و مثال استغلال الموهوب له الهوى الجامح أن تستغل الزوجة صغيرة السن زوجها الكبير في السن لضعفه وهواه فتجعله يبرم هبة لصالحها أو أن يستغل الشخص صديقه الطائش الغني ليحصل على أمواله عن طريق الهبة بشرط أن يكون طيشه واضحا .

### 2: المحل على عقد الهبة

المحل في العقد بصفة عامة هو موضوع العقد " بماذا ألتزم المتعاقدان؟" . و المحل هو العملية القانونية التي يتراضى الطرفان على تحقيقها. و محل عقد الهبة هو محل الالتزامات التي تنشؤها حيث يتعدد محل عقد الهبة بتعدد الالتزامات المفروضة. فالأصل أن محل عقد الهبة هو محل التزام الواهب أي الشيء الموهوب (العقار)، واستثناء إذا كانت الهبة بعوض



فإنها تكون ملزمة لجانبين مما يجعل التزام الموهوب له سواء القيام بعمل أو امتناع عن عمل أو بإعطاء هو محل لعقد الهبة كذلك.

و تسري القواعد العامة للعقود على المحل على عقد الهبة خاصة ما يتعلق منها بشروط المحل:

- يشترط أن يكون محل الهبة موجودا وقت إبرام العقد لأنه الهبة من العقود الفورية كما تعتبر الحيابة ركنها فيها لا يمكن تحقق على حالة عدم وجود العقار وقت الهبة و بناء عليه لا تجوز هبة الأشياء المستقبلية أي القابلة للوجود.
- يشترط أن يكون محل الهبة معينا بالذات أو قابلا للتعين تعيينا ينفي الجهالة .
- يشترط أن يكون محل الهبة مشروعاً أي لا يخالف النظام و الآداب العامة في حالة هبة عقار محجوز أو هبة دار قمار...
- يشترط أن يكون العقار الموهوب ملكاً للواهب و هو ما أكدته المادة 205 ق. أ بقولها: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير".

### 3: السبب في عقد الهبة

السبب هو الغاية أو الدافع الذي يحمل الشخص على إنشاء هذا العقد. و يجب التفرقة بين مفهوم السبب وفق النظريتين التقليدية و الحديثة كما يلي:

\* حسب النظرية التقليدية، السبب هو الدافع المباشر لإنشاء الهبة و هو نية التبرع.

\* حسب النظرية الحديثة السبب هو الدافع الباعث على التبرع "لماذا تبرع الواهب؟". و حجتهم في ذلك أن نية التبرع هي إرادة الإيجاب في عقد الهبة و ليست السبب ، و هذا هو رأي المشرع الجزائري. مثال: هبة قطعة أرض لبناء مدرسة عليها، بناء مدرسة هو سبب عقد الهبة . كذلك هبة الأب منزل لابنه حتى يتزوج فيه، السبب هنا هو مساعدة الابن من أجل الزواج. ويشترط في السبب أن يكون مشروعاً وإلا بطل العقد لعدم مشروعية السبب.

### ثانياً: الأركان الخاصة لعقد الهبة (الشكلية+الحيابة)

#### 1: ركن الشكلية.

الأصل في عقد الهبة أنه عقد رضائي يتم بمجرد تطابق الارادتين. و استثناء يعتبر عقد الهبة الوارد على العقار عقداً شكلياً يجب صبه في شكل رسمي "الكتابة الرسمية" و إلا كان باطلاً، لأن الشكلية ركن في التصرفات الناقلة للملكية الواردة على العقار. و ذلك بموجب نص المادة 324 مكرر 1 ق م .

و هو ما أكدته المادة 206 ق أ التي اشترطت مراعاة أحكام قانون التوثيق في حالة الهبة على العقارات وإلا بطلت الهبة. و تجدر بنا الإشارة على هذا الإطار أن تحرير عقد الهبة يجب أن يتم بحضور شاهدين وإلا كان العقد باطلاً لأن الهبة في العقود الاحتفائية (م 324 ق م مكرر).

#### 2: ركن الحيابة

تحقق الحيابة ←  
الاستثناءات الواردة على الحيابة ←

أ/ تحقق الحيازة:

الحيازة هي تمكين الموهوب له من السيطرة المادية بوضع يده على العقار محل الهبة . و تعتبر الحيازة المادية عنوان السلطة القانونية التي يباشرها الموهوب له على العقار محل الهبة. و الحيازة إما إن تتم من طرف الموهوب له أو من طرف وكيله أو ما ينوب عنه قانونا . تتحقق الحيازة عموما بتسليم العقار الموهوب وتمكين الموهوب له من استعماله واستغلاله. و تجدر بنا الإشارة إلى أن الحيازة تتم و تتحقق اذا كان الشئ الموهوب بيد الموهوب له قبل إبرام عقد الهبة ، كأن يكون مستأجرا للعقار أو مستعيرا ، حيث يعتبر ذلك حيازة ولا يحتاج إلى تسليم العقار الموهوب لأنه أصلا تحت يده (تسلمه مسبقا)، بل يحتاج إلى اتفاق ل يبقى العقار الموهوب في حيازته كمالك بموجب عقد الهبة. فتتغير في هذه الحالة نية الموهوب له في حيازته للعقار الموهوب وتبقى الحيازة المادية كما كانت و ذلك لتتحقق سيطرته المادية على العقار.

ب/ استثناءات ركن الحيازة:

استثناء تعرض المشرع لحالتين يستثنى فيهما ركن الحيازة على عقد الهبة حيث يغني عن الحيازة إخبار الموهوب له بالحيازة أو التوثيق.

—الحالة الأولى: اذا كان الشئ الموهوب بيد الغير (م 207 ق.أ):

اذا كان العقار الموهوب بيد الغير فانه يجب إخبار الموهوب له بالحيازة ليعتبر حائزا . مما يعني أن إخباره يتحقق به ركن الحيازة حيث يحل الإخبار محل الحيازة . وذلك الى حين تمكين الموهوب له من السيطرة المادية على العقار أي حيازته. مثال ذلك: أن يؤجر "أ" منزله لـ "ب" فيكون بذلك (ب) هو من يحوز المنزل بموجب عقد الإيجار، ثم يقوم "أ" بهبة نفس المنزل لـ "ج" . يتعذر بذلك على "ج" حيازة المنزل لأن "ب" يحوزه حيازة عرضية بموجب عقد الإيجار الذي يسري في حق "ب" كمالك جديد. في هذه الحالة استثناء يتحقق ركن الحيازة بمجرد أن يقوم "أ" بقيام "أ" بإخبار "ج" بأن المنزل في حيازة الغير "ب" وأنه سيمكنه من الحيازة بعد انتهاء الإيجار .

—الحالة الثانية: الاستغناء عن الحيازة بتوفر التوثيق (م 208 ق.أ).

يمكن الاستغناء عن الحيازة و يحل محلها أو يغني عنها توثيق عقد الهبة، مما يجعل التوثيق استثناء كاف لتتحقق ركن الحيازة على الهبة و يكون ذلك في الحالات التالية:

— حالة إذا كان الوهاب ولي الموهوب له أو زوجه. (إعتبار الرابطة الأسرية)

—حالة اذا كان العقار الموهوب مشاعا . (إعتبار طبيعة الملكية الشائعة)

الفرع الثاني: آثار عقد الهبة

اذا انعقدت الهبة الصحيحة سليمة مستوفية جميع أركانها فإنها ترتب حقوق و التزامات على ذمة طرفيها، تتمثل خاصة فيما يلي:

أولاً: التزامات الواهب

1/ الالتزام بنقل ملكية العقار الموهوب إلى الموهوب له، وبما أن محل الهبة عقار يلتزم الواهب بشهر عقد الهبة في المحافظة العقارية حتى ترتب الهبة أثرها العيني و هو نقل الملكية حيث لا تنتقل الملكية الى الموهوب له إلا من تاريخ شهر عقد الهبة لأن الشهر هو أساس وجود الحق العيني .

2/ الالتزام بضمان التعرض الصادر منه أو من الغير:

- يلتزم الواهب بضمان عدم التعرض الشخصي الصادر منه في حق الموهوب له سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً.

التعرض المادي: هو أن يقوم الواهب بأفعال مادية تحول بين الموهوب له و انتفاع بالعقار إنتفاعاً تاماً و هادئاً.

مثال ذلك : أن ينزع الواهب أبواب المنزل الموهوب أو يمنع من الدخول إليه بعد التسليم.

التعرض القانوني: يقصد به قيام الواهب بتصرفات قانونية مع الغير على نفس العقار الموهوب بعد إبرام عقد الهبة كالقيام

ببيع العقار الموهوب أو رهنه للغير. و يكون الواهب ملزماً بضمان عدم تعرضه القانوني للموهوب له.

-ضمان الواهب التعرض الصادر في الغير: يضمن الواهب التعرض القانوني فقط الصادر من الغير ولا يضمن التعرض

المادي. مثال: كادعاء الغير بوجود حق على العقار كحق ملكية أو ارتفاق..... الخ عندها يلتزم الواهب بضمان هذا

التعرض بحق الموهوب له بأن يقدم كل الدلائل لرد هذا التعرض و منعه.

ثانياً/ التزامات الموهوب له

الأصل في الهبة أنها ملزمة لجانب واحد هو "الواهب" ، مما يستلزم ان الهبة في الأصل لا ترتب التزامات في ذمة الموهوب له .

غير أنه استثناء قد تكون الهبة ملزمة للجانبين، وذلك في حالة الهبة بعوض أي الهبة المشروطة . وفي هذه الحالة يقع على عاتق

الموهوب له تنفيذ الالتزام بأداء العوض المتفق عليه في عقد الهبة وذلك حسب إرادة الأطراف .

+ في حالة اخلال الموهوب له بتنفيذ هذا الالتزام يمكن للواهب طلب فسخ الهبة ان توفرت شروطه .

- تجدر بنا الاشارة الى أنه في الغالب يقع على الموهوب له الالتزام بأداء نفقات الهبة، ما لم يتفق الاطراف على

خلاف ذلك.

الفرع الثالث: أحكام خاصة في الهبة

← الرجوع في الهبة

← تحول الهبة الى وصية

أولاً: الرجوع في الهبة.

الأصل في الهبة انها عقد لازم لا رجوع فيه.

الاستثناء يمكن او يجوز الرجوع في الهبة في حالة خاصة من طرف الوالدين فقط في حق أولادهم مهما كان

سنهم. أي أن الرجوع غير محدد بمدة و ذلك حماية للوالدين .

غير أن المشرع في نص المادة 211 ق.أ. قيد حق الوالدين في الرجوع بثلاث استثناءات، حيث لا يمكن للوالدين

الرجوع في حالة تحقق أحد هذه الاستثناءات وهي:

- اذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له . (استقراره واكمال نصف دينه).

- اذا كانت الهبة لقضاء دين او قرض للموهوب له . (تحسين أوضاعه المالية).

- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب، سواء كان التصرف ناقلاً للملكية (بيع، هبة، مبادلة...) أو تصرفاً مادياً بأن يدخل على العقار ما يغير من طبيعته المادية (بناء منزل على الأرض الموهوبة يغير طبيعة العقار من عقار غير مبني إلى عقار مبني).

تجدر بنا الإشارة إلى أن المشرع لم ينص على إجراءات الرجوع في الهبة، غير أنه يمكن الاستنتاج بأن الرجوع في أغلب الحالات يتم بالتقاضي لأن الرجوع يعتبر حالة قانونية استثنائية تستوجب أن ينظر القاضي في شروط توفرها من عدمه طبقاً للمادة 211 ق.أ. إذا حكم القاضي بالرجوع تعتبر الهبة كأنها لم تكن. ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها حيث يلتزم الموهوب له برد العقار للواهب، كما يلتزم بارجاع الثمار للواهب من يوم شهر العريضة الافتتاحية لدعوى الرجوع في الهبة (قبل رفع دعوى الرجوع كان الموهوب له حسن النية).

### ثانياً: تحول الهبة إلى وصية

تصبح الهبة وصية بقوة القانون في حالتين:

#### 1- الحالة الأولى: مرض الموت و الحالات المخيفة

أكدت المادة 204 ق.أ ان الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية بقوة القانون وتطبق عليها جميع أحكام الوصية، بالنسبة لضبط مفهوم مرض الموت، لم يعرف المشرع مرض الموت مما يجعل القاضي يستند الى تعريف الفقهاء في حكمه وحسب رأي أغلبية الفقهاء يعتبر مرض الموت الذي تتوفر فيه الشروط التالية:  
- هو المرض الذي يقعد صاحبه عن قضاء مصالحه + يغلب فيه الموت "السرطان، الايدز"  
- ينتهي بالموت فعلاً، والمعيار الزمني لمرض الموت سنة كاملة، اما المشرع فلم يحدد له مدة  
أما الحالات المخيفة فمثالها هبة العقار قبل السفر من اجل الجهاد حيث تؤثر حالة الخوف على الواهب.

#### 2- الحالة الثانية: حكم المادة 777 ق مدني

نصت عليها المادة 777 ق مدني التي نصت بأن أي تصرف في ملكية الرقبة للورثة مع احتفاظ المالك بحق الانتفاع لنفسه مدى الحياة في هذه الحالة يعتبر التصرف القانوني وصية مهما كان نوعه،  
- اذا وهب المالك ملكية الرقبة الى ورثته بشرط ان يحتفظ لنفسه بالانتفاع بالعقار طيلة حياته، في هذه الحالة يكون قد وهب ملكية الرقبة واحتفظ بالانتفاع مما يجعل عقد الهبة باطلا ويتحول بقوة القانون الى وصية تسري عليه احكامها.

**المطلب الثاني: الشفعة: المواد 749 – 804 من القانون المدني:**

الشفعة هي رخصة تجيز لشخص يسمى الشفيع الحلول محل المشتري ( المشفوع منه) في بيع عقار و ذلك في الاحوال و الشروط المنصوص عليها قانونيا ، فالشفعة رخصة اذا استعملها الشفيع وفق الشروط القانونية اكتسب ملكية عقار باعه صاحبه لغيره , حيث يحل الشفيع محل المشتري في هذا البيع .

ان ممارسة حق الشفعة يترتب عنه عدة عناصر:

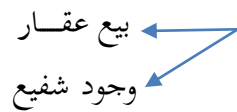
-الشفيع هو الشخص الذي يكتسب ملكية العقار بالشفعة.

-المشفوع منه هو المشتري الذي يحل الشفيع محله.

-عقار مشفوع فيه هو العقار الذي يصبح للشفيع اي الذي باعه صاحبه الى المشتري الأصلي ويرخص للشفيع اكتساب ملكيته بالشفعة.

-عقار مشفوع به هو العقار المملوك للشفيع .

**الفرع الاول : شروط الاخذ بالشفعة:**

يشترط لاكتساب الملكية عن طريق الشفعة توفر شرطين أساسيين: 

**أولا: بيع عقار**

يشترط في الشفعة ان تكون واردة على عقار و ان يرد على هذا العقار عقد بيع.

**فالأصل** أن الشفعة لا تكون الا في العقارات فلا شفعة في المنقول ( الاسترداد )، و لا شفعة في العقارات بالتخصيص، كما لا تكون الشفعة الا في حالة بيع هذا العقار ، فالبيع هو التصرف الوحيد الذي يسمح بالأخذ بالشفعة و اي عقد آخر أو تصرف بالارادة المنفردة حتى و لو كان ناقلا للملكية لا تجوز فيه الشفعة كالهبة أو مقايضة عقار بعقار أو الوصية التي لا تجوز الشفعة فيها ( ناقلة للملكية و لكن ليست بيع).

**استثناءيا:** يستثنى المشرع بعض البيوع من نطاق الشفعة ، وذلك بنص مادة 798 ق.م والتي تتمثل في:

-البيع بالمزاد العلني .

- البيع بين الاصول و الفروع او بين الزوجين او بين الاقارب لغاية الدرجة الرابعة و بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية .

-اذا خصص العقار كمحل للعبادة او ملحقاته اي وجوب الشخص الذي يأخذ بالشفعة .

**ثانيا: وجود شفيع:****1-تحديد الشفعاء:**

الشفيع هو الشخص الذي يرخص له المشرع الاخذ بالشفعة لاكتساب ملكية العقار المشفوع فيه، وقد حددت المادة

795(ق.م) الشفعاء على سبيل الحصر كما يلي:

1- مالك الرقبة اذا بيع الكل او البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

2- الشريك على الشيوع اذا بيع جزء من العقار المشاع الى اجنبي.

3- لصاحب حق الانتفاع ، اذا بيعت الرقبة كلها او بعضها.

و يلاحظ في هذا الاطار أن اكتساب الملكية بالشفعة يكون في الحالتين الاخيرتين لأن شفعة مالك الرقبة يكمل بها عناصر ملكيته فقط .

## 2- تعدد الشفعاء (المادة 796 ق م):

في هذا الاطار يطرح الاشكال تعدد الشفعاء على عقار واحد فأيهم احق بممارسة الشفعة ؟

### الحالة الاولى : تراحم الشفعاء بين الطبقات:

القاعدة العامة في هذه الحالة هي استعمال حق الشفعة حسب ترتيب المادة 795 (ق.م) و تكون الاولوية لمالك الرقبة ثم الشريك في الشيوع و اخيرا صاحب حق الانتفاع.

### الحالة الثانية : تراحم الشفعاء من طبقة واحدة:

كمطالبة عدة شركاء في الشيوع بالشفعة، في هذه الحالة يستحق كل واحد منهم الشفعة بقدر نصيبه في العقار المشاع.

### الحالة الثالثة : في حالة ما اذا توفرت في المشتري شروط الشفيع:

في هذه الحالة تكون للمشتري الشفيع الافضلية و الاولوية على الشفعاء من طبقتهم او من طبقة ادنى من طبقتهم ، و يتقدم على المشتري الشفعاء الذين هم اعلى منه طبقة.

### الفرع الثاني : كيفية و اجراءات الاخذ بالشفعة:

لا يكفي لاستعمال حق الشفعة وجود الشفيع و توفر بيع عقار ، بل يجب ان تتم المطالبة بالشفعة وفقا للإجراءات القانونية و في الآجال المحددة قانونيا والا سقط حق الشفيع في الاخذ بالشفعة.  
و تتمثل هذه الإجراءات في: ← اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة.  
← ايداع الثمن و رفع دعوى الشفعة.

### أولا: اعلان الشفيع رغبته في الاخذ بالشفعة:

يشترط المشرع من اجل الاخذ بالشفعة ضرورة اعلان الشفيع رغبته فيها الى كل من البائع و المشتري والا سقط حقه فيها، وذلك في الآجال و وفقا للشكليات القانونية.

### 1- فيما يخص الشكليات:

ان تصريح الشفيع برغبته في الأخذ بالشفعة يجب ان يكون بموجب سند رسمي يتم اعلانه عن طريق كتابة الضبط(سابقا) أو المحضر القضائي (حاليا) و الا كان التصريح باطلا ، و لا يحتج بالتصريح ضد الغير الا اذا كان مسجلا.( المادة 801 ق م).

## 2- فيما يخص اجل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة:

نميز عدة حالات:

**-الحالة الاولى :** اذا وجه البائع او المشتري انذار للشفيع من اجل معرفة رأيه ان كان يريد الشفعة بالعقار ام لا، وتكون الانذارات بعدد الشفعاء ، في هذه الحالة يجب على الشفيع اعلان رغبته الى البائع و المشتري في اجل 30 يوم من تاريخ الانذار ، و يضاف الى ذلك بعد المسافة ان اقتضى الأمر ذلك (المادة 799 ق م)

وقد حددت المادة 800 على البيانات الاجبارية التي يجب أن يشملها الانذار الذي يوجهه الشفيع الى البائع والمشتري والا كان الانذار باطلا، وتمثل في البيانات الكافية لتعيين العقار الجائز اكتساب ملكيته بالشفعة و كذا بيان الثمن والمصاريف وشروط البيع وبيانات كل من البائع والمشتري مع ضرورة بيان الاجل الذي قدره 30 يوما للإعلان عن الرغبة.

**-الحالة الثانية :** اذا لم يوجه البائع او المشتري انذارا للشفيع ، في هذه الحالة يكون للشفيع الحق في الاعلان عن رغبته في ممارسة الشفعة خلال سنة من تاريخ تسجيل عقد البيع وليس شهره ، اما اذا لم يتم انذار الشفيع و لم يشهر البيع فللشفيع اجل 15 سنة من تاريخ اتمام البيع لإعلان رغبته. والا سقط حقه في الأخذ بالشفعة وفقا للحالات المنصوص عليها قانونا بالتقادم المسقط (المادة 807 ق م).

## ثانيا: ايداع الثمن و المصاريف بين يدي الموثق و رفع دعوى الشفعة:

يجب على الشفيع بعد اعلان رغبته في الأخذ بالشفعة :  
 إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق  
 رفع دعوى الشفعة.

## 1- إيداع الثمن والمصاريف بين يدي الموثق

يكون الشفيع ملزما بدفع ثمن البيع و المصاريف في بين يدي الموثق خلال 30 يوم من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة (وليس من تاريخ الإعلان عن الرغبة) بشرط ان يتم إيداع الثمن قبل رفع دعوى الشفعة ، وادا لم يتم الإيداع على الوجه المتقدم (أي اذا تم الإيداع بعد أجل 30 يوم أو بعد رفع الدعوى) سقط حقه في الشفعة. ( المادة 2/801 ق م).

## 2-رفع دعوى الشفعة:

تم الشفعة بالتقاضي عن طريق صدور حكم نهائي بتثبيت حق الشفعة ، حيث يرفع الشفيع دعوى الشفعة على كل من البائع و المشتري امام محكمة العقار أجل 30 يوما من تاريخ الإعلان عن الرغبة (وليس من تاريخ التصريح) والا سقط الحق في الشفعة، و يعتبر الحكم النهائي للقاضي بثبوت الشفعة سند ملكية الشفيع مع وجوب شهره حتى ينشأ الحق العيني(المادة 802-803 ق م).

\*اذا اخل الشفيع باي اجراء من هذه الاجراءات او قام بهذه الاجراءات خارج الآجال القانونية سقط حقه في الشفعة، كما يسقط الحق في الشفعة حسب المادة 807 اذا تنازل عنه الشفيع ولو قبل البيع.

## الفرع الثالث : آثار الشفعة. (المواد 804-806 ق م)

يترتب عن الحكم بالشفعة مايلي:

1- انتقال ملكية العقار المشفوع فيه الى الشفيع بموجب الحكم المشهر الذي يعتبر سند ملكية الشفيع، فتزول ملكية المشتري لنقض عقد البيع بالشفعة ويخرج المشتري من العلاقة التعاقدية بعد ان يسترد مادفعه من ثمن ومصاريف.

2- حلول الشفيع محل المشتري في علاقته بالبائع في جميع الحقوق والالتزامات، مما يترتب عنه نشوء علاقة قانونية بين البائع والشفيع تطبق عليها أحكام عقد البيع فيما يخص حقوق والتزامات الطرفين.

حيث يلتزم الشفيع بدفع الثمن المتفق عليه في العقد وذلك قبل رفع دعوى الشفعة كضمان على جديته ولا يستفيد الشفيع من الأجل المتفق عليه لدفع الثمن بين البائع والمشتري في حالة ما اذا كان دفع الثمن مؤجلا الا اذا قبل البائع ذلك، كما يلتزم الشفيع بدفع جميع المصاريف والنفقات التي دفعها المشتري. كما يلتزم البائع بنقل ملكية العقار للشفيع وتسليمه إياه وكذا ضمان العيوب الخفية، غير أنه لا يمكن للشفيع الرجوع على البائع اذا استرد الغير العقار بعد الشفعة.

3 - حكم التصرفات المادية التي قام بها المشتري: اذا تصرف المشتري تصرفا ماديا في العقار بأن قام بالبناء أو الغرس في العقار المشفوع فإنه يجب التمييز بين حالتين:

- اذا كان البناء او الغراس قبل اعلان الرغبة في الشفعة : يلتزم الشفيع تبعا لما يختاره المشتري اما دفع المبلغ الذي انفقه المشتري أو مقدار مازاد في قيمة العقار بسبب البناء او الغراس.

- اذا كان البناء او الغراس بعد اعلان الرغبة في الشفعة : يحق للشفيع طلب الازالة أو الاستبقاء وفي هذه الحالة يلتزم المشتري بدفع قيمة أدوات العمل وأجرة العمل أو نفقات الغراس فقط.

4- حكم التصرفات القانونية التي قام بها المشتري: اذا تصرف المشتري تصرفا قانونيا في العقار (بيع، رهن..). بأن أنشأ عليه حقا عينيا أصليا أو تبعا ، فإن تصرفاته القانونية لا تكون حجة على الشفيع اذا كانت قد تمت بعد تاريخ شهر الإعلان عن الرغبة في الاخذ بالشفعة.

## خاتمة

ان تعدد طرق اكتساب الملكية العقارية المنصوص عليها في القانون المدني يستوجب توفر اركان التصرفات القانونية وكذا الشروط المستوجبة قانونا لصحة الوقائع من اجل صحة مصدر الحق العيني ، على اعتبار طريق الاكتساب هو مصدر الحق العيني ، غير ان نشوء الحق العيني يبقى مرهونا بالشهر العقاري.



- 1- أحمد خالدي ، الحيازة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة ومجلس الدولة، دار هومة ، الجزائر 2000.
- 2- بلحاج العربي الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء احداث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دار هومه ، الجزائر، 2016.
- 3- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2004
- 4- توفيق حسن فرج، قواعد الإثبات، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003.
- 5- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ،حق الملكية ، الجزء 8، نهضة مصر، مصر، 2011
- 6- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، أسباب كسب الملكية، الجزء 9، المجلد 2، نهضة مصر، مصر، 2011.
- 7- فريدة محمدي زاوي، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، 2000.
- 8- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة 2007.
- 9- محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010.
- 10- عبد الناصر توفيق العطار ، شرح أحكام حق الملكية، دار البستاني، مصر، الطبعة الأولى، 2003.
- 11- ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة، وفق أحكام التشريع الجزائري، ط2، دار هومة ، الجزائر، 2011.
- 12- منصور مصطفى منصور، حق الملكية في القانون المدني المصري، مصر، دون دار نشر.
- 13- رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها)، دار الجامعة الجديدة، 2004، مصر