

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة مولود معمري- تيزي وزو

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون - نظام ل.م.د

إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون عقاري

تحت إشراف:

د/ حمليل نوار

إعداد الطالبتين:

قندوز مريم

شماخ حياة

:

د/ صبايحي ربيعة، أستاذة، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا

د/ حمليل نوار، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا ومقررا

د/ قونان كهينة، أستاذة محاضرة (ب)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنا

تاريخ المناقشة: 2018/06/11

قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتِلْكَ حُجَّتُنَا آتَيْنَاهَا إِبْرَاهِيمَ عَلَى قَوْمِهِ

نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَّن نَّشَاءُ ۗ إِنَّ رَبَّكَ حَكِيمٌ عَلِيمٌ ﴿٨٣﴾ ﴿

الأنعام: ٨٣

شكر وتقدير

شكرا لله تعالى العلي القدير الذي لا يتحرك ساكن إلا بأمره على أن وفقنا في إنهاء هذه المذكرة ونسأله عزّ وجل التوفيق والأجر من عنده.

كما نتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلي أستاذتنا المحترمة "حمليل نواره" التي تكرمت علينا بقبولها الأشرف على مذكرتنا، كما أنها لم تبخل علينا بنصائحها وتوجيهاتها طيلة إعدادنا لها فجازها الله خيرا.

كما نتوجه بجزيل الشكر والعرفان إلي الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، دكتوراه صبايحي ربيعة رئيسا و دكتوراه قونان كهينة ممتحنا على قبولهما مناقشة هذه المذكرة المتواضعة.

الإهداء

إلي من كلفه الله بالوقار، إلي من علمني العطاء بدون انتظار، إلي من أحمل اسمه بكل افتخار إلي أبي أطل الله في عمره.

إلي من أعطتني الحب والحنان إلي رمز الحب والأمان إلي من بها أبصرت دربي إلي أمي الغالية والحببية حفظها الله.

إلي إخوتي: حميد، نور الدين، عبد الله، كريم، سمير.

إلي أخواتي : سميرة، كريمة، آسيا.

إلي كل أعمامي وأخوالي.

إلي كل أصدقائي وصديقاتي نصيرة، كهينة.

إلي من شاركتني في هذا العمل أختي وصديقتي حياة.

إلي كل من ساعدني علي إنجاز هذه المذكرة ولو بكلمة طيبة.

إلي كل عمال المكتبة.

وصلاة وسلام علي سيدنا محمد"صلي الله عليه وسلم".

مريم.

الإهداء

روح جدتي الطاهرة "رحمها الله".

إليوالدي الكريم أطال الله في عمره الذي أنار دربي.

إلي ملاكي في الحياة إلي معني الحب والحنان إلي بسمة الحياة وسر الوجود إلي من كان

دعائها نجاحي إلي أغلي الحبايب أمي الحبيبة.

إلي من تحلو [الإخاء وتميز بالوفاء والعطاء إلي ينابيع الصدق وإلي من تقاسموا حلاوة

ومرها أخواتي الأعزاء.

أعمر، سليم.

حنان، تتهينان.

إلي عمي حسين وعمتي نورة أطال الله في عمرهما.

إلي عائلة الكريمة والي جميع الأصدقاء الأعزاء وإلي كل من ساعدني علي إنجاز هذا

العمل ولو بكلمة طيبة.

إلي صديقة الغالية "نصيرة " وإلي من شاركتني في هذا العمل أختي وصديقتي الطيبة

"مريم".

والصلاة والسلام علي الحبيب محمد "صلي الله عليه وسلم".

حياة

مقدّمة

مقدمة

اتسمت الحضارة البشرية منذ القدم ، بميولها لحب التملك ومن أهمها تملك العقار "الملكية العقارية " وذلك لما لها من دور فعال وأساسي في صنع قواعد التنمية في معظم بلدان العالم حيث كانت تقاس درجة الهيمنة والقوة لكل دولة بمدى توسعها الجغرافي وامتدادها الإقليمي فتعتبر الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفت البشرية على وجه الأرض لمالها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال والتصرف فيها وكذا الاعتبارات أخرى منها أن الإنسان جبل على حب المال والتملك وغريزة الأناية وحب الذات وأصبحت بذلك راسخة في عقول البشر والأفراد والجماعات.

يعتبر العقار من أهم الركائز الاقتصادية ومحور كل سياسة تنموية في المجتمع مهما كان نظامه السياسي والاقتصادي، فهو أساس الاستقرار ومصدر لإيرادات معتبرة للدولة لما يترتب عنه من مداخيل وعائدات للخزينة العمومية بفضل تحصيل الوعاء الضريبي عليها، بالإضافة إلي إسهاماته في التفعيل وجلب الاستثمار الوطني والأجنبي علي الخصوص، ناهيك عن الأهداف الأخرى التي يحققها للبلد، مما جعله مصدرا لصراعات كانت ولا تزال مستمرة بين الشعوب.

عرف المشرع الجزائري العقار في المادة 683 من القانون المدني¹ على أنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

كما يعتبر حق الملكية العقارية من أوسع الحقوق العينية نطاقا، وقد عرفت المادة 674 من قانون المدني الملكية بأنها: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

ف نجد أن المشرع الجزائري تدخل في مجال تنظيم الملكية بعدة نصوص قانونية ترمي إلى ضبطها وحمايتها، ووضع قواعد تحكمها تكون بمثابة عماد تأسيسها وضمانها لتحقيق الأهداف المنتظرة منها، خصوصا أن لا أحد ينكر دورها في تشجيع وتمويل المشاريع الاقتصادية والاستثمارية، منها ناهيك عن إسهاماتها في تطوير ما يعرف بالقرض الرهني، هذا الأخير الذي يتطلب أوعية عقارية من أجل منحها لطالبيها باعتبار أن العقار محور هذه العملية.

غير أن تحقيق هذه الأهداف لا تأتي إلا بوجود أوعية عقارية ثابتة بسندات لها قوة قانونية في إثبات حق الملكية، هذه المسألة التي شكلت عصبه عويصة على السلطات خصوصا ما نتج عن المخالفات السياسية الاستعمارية التي أثرت سلبا على النظام القانوني للملكية العقارية، بعد الاستقلال، فبادر المشرع الجزائري إلى وضع آليات وقواعد محاولة منه تسوية مسألة وإشكاليات إثبات الملكية العقارية وتطهيرها.

كما نجد أن المشرع الجزائري قد أكد على ضمان الملكية العقارية في المادة 52 من الدستور بحيث نصت على: "الملكية الخاصة مضمونة"، كما وضعت أو سنتت عدة قانونين ترمي إلى تحقيق الأهداف المنتظرة منها، ولتحقيق هذه الأخيرة لابد من وجود أوعية عقارية ثابتة بسندات لها قوة قانونية في إثبات حق الملكية.

بالإضافة إلى ذلك يمكن إثبات الملكية العقارية عن طريق العقود المتمثلة في العقود العرفية والعقود الرسمية، فالمشرع الجزائري لم يعرف العقد العرفي بل اكتفى فقط بتعريف العقد الرسمي وبالتالي وبمفهوم المخالفة فإن العقد العرفي هو ذلك العقد المحرر من غير الأشخاص المذكورين في المادة 324 من القانون المدني أو من طرفهم لكن خارج إطار مهامهم القانونية وهذا ما أكدته المادة 326 مكرر 2 من نفس القانون.

أما بالنسبة للعقود الرسمية فنجد أن المشرع الجزائري عرف العقد الرسمي في المادة 324 من قانون المدني الجزائري بأنه هو ذلك العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط

عمومي مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للإشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

تبين المادة 324 مكرر 5، 6، 7، أن السند الرسمي يتمتع بافتراض بغية صحته قانوناً كلما كان مظهره الخارجي يوحي بسلامة المادية، وكذلك قوة بين أطرافه أو في مواجهة الغير. وهذه الحجية لا تقتصر على أصل الورقة الرسمية فقط بل تمتد لتشمل النسخ المأخوذة منها لتكون لها نفس القوة الثبوتية.

كما يمكن إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي، حيث عرفت المنظومة التشريعية في هذا المجال تنوع في طرق إثبات حق الملكية العقارية التي ميزها اختلاف في نظامها القانوني، والشيء الذي جعلنا نختار موضوع إثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي هو انعدام سندات الملكية العقارية، مما يؤدي في غالب الأحيان إلى نشوب نزاعات قضائية يصعب حلها بطريقة عادلة في العديد من الأحيان، كما لا حضا قلة الدراسات القانونية المتخصصة لمعالجة لهذا الموضوع، وتضارب الاجتهاد القضائي وعدم استقراره وثباته علي مبادئ مستقرة في ميدان إثبات الملكية العقارية الخاصة وفي ظل المعطيات السالفة الذكر يمكننا طرح الإشكالية: **مدى حجية الأحكام القضائية في إثبات الملكية العقارية؟**

ولا شك إن الإجابة على هذا الإشكالية ولدراستها تقتضي منا تقسيم البحث إلي فصلين، حيث يتم تخصيص فصل الأول لدراسة الأحكام المنشئة للملكية العقارية، بينما الفصل الثاني نتطرق فيه إلي الأحكام الكاشفة للملكية العقارية.

الفصل الأول

الأحكام المنشئة للملكية العقارية

يحتل البيع بالمزاد العلني مكانة كبيرة في المجتمع، كونه محل المعاملات اليومية للأفراد، ويعتبر من أهم صورة من صور التصرف، من خلاله يتم المبادلة بإعطاء الثمن وأخذه، وفي الوقت الحاضر نجد أن هذه البيوع تعددت صورها بناء على طبيعة المتغيرات، منها البيع بالمزاد العلني وكذا الشفعة بحيث يعتبر عقد البيع أهم العقود التي عرفت البشرية ومن أهم المواضيع التي تم تنظيم إجراءاته من طرف المشرع الجزائري، باعتباره من العقود الشائعة في الماضي والوقت الحاضر بين الناس، لأهميته بالنسبة لهم، والهدف من هذا البيع هو رفع إلي أعلى ثمن حد ممكن لمصلحة البائع، كما يعطي الفرصة لكل من يرغب في المشاركة والمزايدة للحصول على المبيع.

تعتبر الشفعة واقعة مركبة لا يمكن الأخذ بها إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع، ليخول له اكتساب ملكية العقار الذي باعه مالكة إلي مشتري آخر غير هذا الشفيع يطلق عليه العقار المشفوع فيه ويشترط في هذا الأخير أن يكون متصل بعقار آخر بملكية ذلك الشفيع يصطلح عليه بالعقار المشفوع فيه ولدراسة الأحكام المنشئة للملكية العقارية يتطلب منا دراسة أولا الأحكام المتضمنة البيع بالمزاد العلني (مبحث أول) والحكم المتضمن بثبوت الحق الشفعة (مبحث ثاني).

المبحث الأول

الأحكام المتضمنة البيع بالمزاد العلني

يعتبر البيع بالمزاد العلني من أهم المواضيع التي تم تنظيم إجراءاتها من طرف المشرع الجزائري، حيث كان من أولويات العقود التي نظم أحكامها وبين إجراءاتها من العقود الشائعة في الماضي والوقت الحاضر بين الناس ولأهميتها بالنسبة لهم ونجد إن الهدف من هذا البيع هو رفع الثمن إلي أعلى حد ممكن بمصلحة للمحجور عليه كما يعطي الفرصة لكل من يرغب في المشاركة في المزايدة للحصول علي البيع، فالمادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «تنقل إلي الراسي عليه بالمزاد كل حقوق المدين المحجور عليه التي كانت له علي العقارات أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسوا المزاد سند للملكية ويتعين علي المحضر القضائي قيد حكم رسوا المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوه»¹.

حيث يفهم من نص هذه المادة أن حكم رسوا المزاد يعد من الأحكام القضائية التي تصدر من طرف رئيس المحكمة أو القاضي الذي عينه هذا الأخير بماله من سلطة ولايته على أساس أن حكم رسوا المزاد غير قابل لطعن طبقا لنص المادة 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكي نكون أمام سند ملكية صحيح من الناحية الشكلية يجب أن ينفي حكم رسوا المزاد حالات البيع بالمزاد العلني (مطلب أول) وإجراءات البيع بالمزاد العلني (مطلب ثاني).

¹ - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية عدد 21، صادر في 23 أبريل 2008

المطلب الأول

حالات البيع بالمزاد العلني

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للبيع بالمزاد العلني إلا أنه ورد ذكره في المادة 69 من القانون المدني الجزائري¹، فالمزايدة هي عرض موضوع العقد في مزاد عام يهدف إبرامه مع من يتقدم بأكثر عطاء.

ففقهاء القانون المدني منهم "ثروت حبيب" و"مصطفى الجمال" عرفها بأنها : "طرح التعاقد في مزاد عام، لكي يتمكن من الحصول علي أعلى عطاء.

أما بنسبة لبعض فقهاء القانون التجاري منهم علي جمال الدين عوض يعرفه بأنه "البيع بالتنافس بين عدة أشخاص بحيث تعطي الصفقة لمن يقدم أعلى ثمن، ويكون المزاد علنيا إذا كان مفتوحا للجمهور أو علي الأقل لطائفة من الأشخاص دون أن يقتصر علي أشخاص معينين مقصودين بذواتهم مهما كثر عددهم² كما هناك العديد من التعاريف والمصطلحات للبيع بالمزايدة حسب رأي كثير من الفقهاء.

بحيث يعتبر البيع بالمزاد العلني من المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري في مجموعة من النصوص القانونية نظرا لأهميتها، بحيث يرد البيع بالمزاد سواء علي المنقولات أو العقارات للحصول علي أعلى ثمن لمصلحة البائع³، وذلك وفقا لحالات، فندرج الحالة الرضائية (فرع أول) والحالة الجبرية (فرع ثاني).

¹- نصت المادة 69 من القانون المدني : "لا يتم العقد في المزادات إلا بربسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا".

²- زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتاب القانون، مصر، 2009، ص24.

³- بلقاسم محمد أمين، أحكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مذكرة التخرج لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكي محند أولحاج، البويرة، 2013-2014، ص 76.

الفرع الأول

الحالة الرضائية

يتعين على أطراف عقد البيع بالمزايدة أن يعلمتا متى يتم الإيجاب ومتى يتم القبول، لأنه قد يظن أن طرح الصفقة في المزاد هو الإيجاب، والتقدم بالعطاء هو القبول وليس هذا صحيحاً بل إنها مجرد دعوة إلي التعاقد، ولا يغير من طبيعتها أن يتضمن العناصر الأساسية للعقد المعروف، فهذه العناصر هي مجرد بداية للمزايدة، وعلى ذلك فإن، من يلبي الدعوة إلي التعاقد ويتقدم إلي المزاد ويدلي بعطائه فيه يعتبر صاحب الإيجاب¹.

لا يؤثر في ذلك دفع تأمين مع العطاء لان ذلك يعتبر شرطاً للدخول في المزايدة أو للتقدم بالعطاء والذي هو إيجاب ملزم يبقى صاحبه ملتزماً بيه إلي حين صدور إيجاباً أفضل منه، فمدة البقاء علي الإيجاب تمتد إلي حين صدور إيجاب أفضل، يسقط العطاء الأول بمجرد صدور عطاء آخر ولو كان هذا العطاء باطلاً كما لو صدر من شخص لديه مانع قانوني من دخول المزاد، أو قابلاً للإبطال لأي سبب كما لو صدر من قاصر، ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو علي أحد.²

بالنسبة للمزايدات داخل مصاريف يظل العطاء قائماً إلي حين فض المصروفات ويتقرر إرساء المزاد، والقبول هو رسوا المزاد علي صاحب العطاء الأفضل لقبول العطاء من جانب من طرح المزايدة هو القبول الذي ينعقد به العقد، وإرساء المزاد يتم المزاد عن طريق من يملك ذلك قانوناً، والقبول لا يتم بمجرد قفل باب المزايدة بل بإرساء علي أحسن عطاء، وقد تقضي القواعد المعمول بها في الحكومة أو بعض الجهات بوجوب التصديق علي رسوا المزاد، هنا يعد التصديق هو القبول الذي ينعقد بيه العقد.

¹- محمد حسين منصور، مصادر الالتزام العقد والإدارة المنفردة، دار الجامعة، لبنان، 2000، ص- ص 194-195.

²- محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص196.

الأصل هو حرية الداعي للمزايدة في القبول أو رفض المزاد دون من يحمله المسؤولية ما لم يثبت تعسفه في استعمال حقه، فهنا تثور مسؤوليته على أساس العمل غير المشروع، لذلك جرى العمل علي تضمين قوائم المزادات شرطا يخول الشخص الحق في قبول أو رفض أي عطاء دون ذكر الأسباب، ويعتبر هذا الشرط صحيحا بشرط علم المتزايد به أو أن يكون في إمكانه العلم به، هنا لا تثور مسؤولية الداعي للمزاد حتى لو رفض العطاء الأكبر¹ وهذا الذي أخذ بيه القضاء المصري في ظل القانون القديم، فقد كان يعتبر التقدم بالعطاء ايجابا لا قبولا ويترتب على ذلك جواز الرجوع فيه قبل إرساء المزاد، وأكد هذا المبدأ التقنين الجديد بنص صريح، فنصت المادة 99 من قانون المصري كما يلي : " لا يتم العقد في المزادات إلا بربو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا."

كما لو صدر عن شخص لا يجوز له التعاقد أو قابلا للإبطال إذا صدر من قاصر أو محجوز عليه فإذا بطل العطاء في الحالتين لم يبطل أثره وهو إسقاط العطاء الذي سبقه². كما نجد أن هناك الأشخاص الممنوعين من المزايدة فنجد مثلا: القضاة يعين القضاة بموجب مرسوم رئاسي بناء علي اقتراح وزير العدل، وبعد مداولة مجلس القضاء عند تعيينهم الأول وقبل توليهم وظائف اليمين أمام المجلس القضائي الذي عين القاضي في دائرة اختصاصه بالنسبة إلي قضاة النظام القضائي العادي، وأمام المحكمة الإدارية بالنسبة إلي قضاة النظام القضائي الإداري³.

¹-محمد حسن منصور، مصادر الالتزام العقد والإدارة المنفردة، ص 197.

²-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص 242.

³-أنظر المادة 4 و 5 من القانون العضوي رقم 04-11 المتعلق بالقانون الأساسي للقضاء المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق لـ 6 سبتمبر 2004.

أما المحاماة تعتبر مهنة حرة ومستقلة تعمل علي حماية وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة واحترام مبدأ سيادة القانون، ويقوم المحامي بتمثيل الأطراف ومساعدتهم وتولي الدفاع كما يقدم لهم النصائح والاستشارات القانونية¹.

أما الموثقون فهم ضباط عموميين يتولون تسيير مكتب عمومي للتوثيق لحسابه وتحت مسؤوليته ويقوم بتحرير العقود وتسجيلها لحفظ أصولها، لذلك يحظر عليه القيام بأعمال تجارية أو مصرفية أو إدارة شركة حضارية لاكتساب عقارات أو إعادة بيعها أو السماسرة فيها².

الفرع الثاني

الحالة الجبرية للبيع بالمزاد العلني

يتم البيع الجبري بالمزاد العلني بناء على طلب الدائنين المرتهنين أو أصحاب حقوق الامتياز الخاصة للعقارات بسند تنفيذي على عقار مدينهم، بنزع ملكيته لاستيفاء حقوقهم بعد بيعه جبرا عن طريق المزاد العلني طبقا للإجراءات القانونية المعتمدة في ذلك.

تكمن العلة من استثناء أسلوب البيع المشار إليه في تطبيق أحكام الشفعة بسبب أن أسلوبه يسمح للشفيع وغيره أن يدخل في المزاد، يعني أن البيع بالمزاد العلني هذا لا يمنع الشفيع من تلك العقار مطلقا، بل يمنعه من استعمال حق الأولوية والأفضلية في شراء ذلك العقار، أي لا يمكنه استعمال رخصة الشفعة فقط، بينما يستطيع أن ينظم إلي مجموعة المرشحين لتملك ذلك العقار وغيره من العقارات الأخرى التي هي محل بيع بطريق المزاد العلني ويمكن أن يكون ذلك العقار المراد الاستشفاع فيه من نصيبه إذا طلبه ورسا عليه

¹-أنظر، لمادة 2و5 من القانون رقم 13-07 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق ل29 أكتوبر 2013.

²- المادة 5 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق في 20 أوت 2006 الذي ألغى القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988.

المزاد، والسبب الآخر في عدم الأخذ بالشفعة في مثل هذه البيوع العقارية، هو أن هذه الأخيرة قد أحيطت بإجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن وعليه فمنع الشفعة هنا يهيئ هذه الفرصة ويدعمها، ويجعل كل من يرغب في ذلك العقار التقدم للمزايدة.

إلا أنه وبالإضافة إلي ما سبق بيانه يجب التأكيد علي احترام الأسلوب القانوني لهذا البيع وهو العلانية، مع مراعاة الإجراءات القانونية المسطرة في هذا النوع من البيوع، وفقا لما قضت به نصوص قانون الإجراءات القانونية المدنية في هذا المجال، وهذا حتي يمنع الأخذ بالشفعة¹.

المطلب الثاني

إجراءات البيع بالمزاد العلني

يعتبر حكم رسو المزاد العلني سند الملكية للشخص الذي رسا عليه المزاد بحيث له أثر بين الطرفين مالك العقار محل البيع بالمزاد والمزاد عرض أعلي ثمن لشرائه، فمنه يستمد هذا الحكم أثاره القانونية مباشرة من القانون المدني المادة 394².

بموجب المادة أكدت على ذلك، ولا دخل لإدارة الأطراف في إنشاء هذا الحكم الذي ينفي من صلاحيات من جهات لقضاء الفاصلة في هذا الأمر³ وباعتبار حكم رسوا المزاد سند الملكية فإن المشرع الجزائري أخضعها لإجراءات قانونية فنتطرق لدراسة انعقاد وافتتاح جلسة البيع المزاد في (فرع الأول) ورسوا المزاد وحكم رسوه في (فرع ثاني).

¹ - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 148.

² - نصت المادة 394 من القانون المدني علي: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسليم المبيع، وجب علي المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم".

³ - أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 148.

الفرع الأول

انعقاد وافتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني

جلسة البيع بالمزايدة تتعدّد وفقاً للشروط المحددة في المادة 753 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تخضع لأحكام المادتين 754 و755 من القانون المدني أثناء افتتاحها.

أولاً: انعقاد جلسة البيع بالمزاد العلني

يجري البيع بالمزايدة في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعين لهذا الغرض، بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع في تاريخ والساعة المحددين فيها، وعلي رئيس المحكمة أن يتحقق أن من كافة الإجراءات المتعلقة بالبيع، وكذا التحقق من حضور المحضر القضائي وأمين الضبط والدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد.

التأكد من إنذارهم بمدة 8 أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة¹. كما يجب التأكد من حضور عدد من المزايديين لا يقل عن ثلاثة أشخاص وفقاً للمادة 1/753 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية². أما الفقرة الثانية من المادة 753 من نفس القانون أجازت لأطراف الحجز أي كانوا تقديم طلب بتأجيل البيع إذا توفر لذلك أسباب جدية، خاصة ما إذا تعلق الأمر بقلّة المزايديين أو ضعف العروض أو أي سبب آخر مقبول، والفقرة الثالثة قررت أن طالب التأجيل يتحمل تكاليف إعادة النشر والتعليق من جديد³.

¹-أمال حبار، الوجيز في التنفيذ طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 151.

²-الأشخاص المشار إليهم هم ممن يرغب في شراء العقار المطروح للبيع والذي يجب أن تتوفر أهلية الالتزام، وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في المادة 40 من قانون المدني.

³-سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص ص 974-975.

ثانيا: افتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني

يقوم رئيس المحكمة في الجلسة الأولى بالتحقيق من كل الإجراءات المستوجبة قانونا ومن حضور أو غياب أطراف الحجز، وما إذا كانت إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق قد تمت كلها بصفة قانونية، يأمر بعدها بافتتاح الجلسة ويذكر شروط البيع ونوع العقار المعروض للبيع والتمن الأساسي والرسم والمصاريف، وبعدها يحدد المبلغ التدريجي في المزايدة وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة آلاف دينار في كل عطاء.¹

المزايدة ليس إلا دعوى للتعاقد لتقديم العطاءات أو العروض، ويشترط ألا يقل عن الثمن الأساسي الذي افتتح به المزاد، وألا يقترن عرض المزايدة بأي شرط، وتبدأ العروض ويسقط العرض بعرض أعلى منه ولو كان باطلا ولا يتم البيع إلا برسو المزاد، وفي حالة الحجز على ولا يتم البيع إلا برسو المزاد، وفي حالة الحجز على عدة عقارات والتي صدر بشأنها حكم يقض ترتيب بيعها على تعاقب فانه يراعى ذلك عند المزايدة، بحسب ما إذا كان العقار الأول كافي أو غير كافي للوفاء بدين الحاجزين والمصاريف.²

لكن قد تتعرض جلسة المزايدة عوارض تحول دون إتمامها مما يؤدي إلي تأجيلها إلى تاريخ لاحق، يحدده رئيس المحكمة، وهذا ما ورد في المادة 3/754 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ وذلك في حالة عدم توفر النصاب القانوني من المزايديين وهو اقل من ثلاثة أشخاص، أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال خمسة عشرة دقيقة، أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة وقرر تأجيل البيع إلي جلسة لاحقة بذات

¹- عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية والجزائية، منشورات بغدادية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009، ص 252.

²- أمال كرباج، الحجز العقاري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة الرابعة عشرة، السنة الدراسية، 2005-2006، ص 42.

³- المادة 3/754 نصت على "... في جلسة الجديدة، ويغض النظر عن عدد الزائدين، إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف، قرر الرئيس تأجيل البيع وإنقاص الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق وفقا للمادة 750 أعلاه."

التمن الأساسي، ويجب أن يحدد في الأمر الصادر بتأجيل البيع، تاريخ جلسة لاحقة للبيع خلال فترة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تزيد عن 45 يوما من تاريخ التأجيل مع عدم إغفال إعادة النشر والتعليق عن البيع بالكيفيات والإجراءات المنصوص عليها في المادتين 749 و750 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

الجلسة الثانية أو الجديدة التي تم تأجيلها من خلال الجلسة الأولى للمزايدة، فإنها لا تختلف عنها من حيث إجراءات انعقاد الجلسة وافتتاحها، وبغض النظر عن عدد المزايدين إذا كانت العروض أقل من قيمة التمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين وتغطية المصاريف قرر رئيس المحكمة تأجيل جلسة البيع وإنقاص عشر التمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق² أما الجلسة الموالية فان للرئيس القيام ببيع العقار لمن يقدم أعلى عرض ولو كان أقل من التمن الأساسي، إلا إذا قبل الدائن الحائز أو أحد الدائنين المتدخلين في الحجز استثناء الدين عينيا بالعقار وبالتمن الأساسي المحدد له.³

الفرع الثاني

رسوا المزاد وحكم وأثاره

لقد حدد القانون ضوابط رسوا المزاد والجزاء المترتبة على تخلف الراسي عليه المزاد في تنفيذها، وهو إعادة المزايدة على ذمته ويمكن إعادتها لمن يعرض الزيادة على التمن الذي رسا عليه المزاد وذلك مصلحة للمدين والدائنين وهذا وفقا للمواد 747 و760 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كالتالي⁴:

¹-حسين فريحة، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 311.

²-أمال حبار، مرجع سابق، ص 153 والملحق رقم 01.

³-سائح سنقوفة، المرجع سابق ص 976.

⁴- بلقاسم محمد امين، أحكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 69.

أولاً : رسو المزاد

تنتهي المزايمة بتكرار المباشر للتفمذ المزايمة حتى إذا تأكد للمحكمة أنه هناك ثمة من يريد الزيادة، وبمضي 3 دقائق عن آخر عطاء معروض يقرر رئيس المحكمة رسوا المزاد على الذي عرض الثمن الأعلى.

باعتماد القاضي العرض أو العطاء الأخير يلزم الراسي عليه المزاد بدفع حال انعقاد الجلسة خمس الثمن والمصاريف المستحقة على أن يدفع باقي الثمن في أجل أقصاه ثمانية أيام بأمانة ضبط المحكمة وفقاً للمادة 757 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ وإذا لم يودع الراسي عليه المزاد باقي الثمن كاملاً ضمن المدة المحددة، يتم اعذاره بالدفع خلال خمسة أيام وأعيدت المزايمة على ذمته بمقتضى المادة 4/747 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

لم ينص المشرع الجزائري على جزاء تخلف المشتري الذي رسا عليه المزاد عن دفع خمس الثمن أثناء الجلسة، على خلاف المشرع المصري الذي ألزم الراسي عليه المزاد أن يودع حال انعقاد الجلسة كامل الثمن الذي أعتمد، والمصاريف ورسوم التسجيل لتحكم المحكمة بإيقاع البيع عليه، وهو حكم رسو المزاد في التشريع الجزائري، وإذا تخلف عن دفع الثمن كاملاً وجب عليه إيداع خمس الثمن على الأقل، وإلا أعيدت المزايمة على ذمته لجلسة لاحقة³.

¹- نصت المادة 757 على "يرسو المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض وكان آخر مزايده. يعتمد الرئيس العرض الذي لا يزداد عليه بعد النداء به ثلاث مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة. يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع حال انعقاد الجلسة، خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة، ويدفع المبلغ الباقي في أجل أقصاه ثمانية أيام بأمانة ضبط المحكمة".

²- عبد الرحمان بريارة، المرجع السابق، ص 255.

³- بلقاسم محمد أمين، المرجع السابق، ص 70.

بحيث تجدر الملاحظة أنه في حالة ما إذا كان من رسا عليه المزاد دائنا للمحجوز عليه، وكان مبلغ دينه ومرتبته مع باقي الدائنين تبرر إعفائه من دفع الثمن البيع، وفقا لحكم المادة 757 السابق الذكر، يقرر الرئيس اعتبار دينه ثمنا للبيع وهذا وفقا للأحكام المادة 759 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

ثانيا: حكم رسوا المزاد العلني

يعد حكم رسو المزاد صور آخر مرحلة لبيع العقار المحجوز، سنيين في تطبيق القانون والبيانات الخاصة بيه وكيفية الطعن فيه ثم الآثار المترتبة عنه.

01- حكم رسوا المزاد : يصدر قاضي البيوع العقارية في جلسة المزيدة حكم رسوا المزاد الذي بموجبه يتم البيع القضائي على الشخص الذي قدم أكبر عطاء، وهو يعتبر خاتمة لسلسلة من الإجراءات القانونية، وهذا الحكم يعتبر سندا تنفيذيا وفقا للمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² وأهم ما في الحكم هو معرفة طبيعته هل هو حكم قضائي أو ولائي، ففي الجزائر يرى الدكتوراه محمد حسين " بأن رسوا المزاد ليس حكما قضائيا لأنه لا يفصل في خصومة قضائية، وهو محضر يعين فيه الإجراءات التي وقعت بجلسة المزيدة، ويثبت فيه بأن المزاد قد رسا لأحد المزيدين وهذا الحكم يصدر في إطار السلطات الولائية الممنوحة للقاضي البيوع".³

¹-أمال حبار، المرجع السابق، ص 154.

²- نصت المادة 600 على أن "لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذي. والسندات التنفيذية هي: -أحكام المحاكم التي استنفذت طرق الطعن العادية والأحكام المشمولة بالتنفيذ المعجل، الأوامر الإستعجالية، أوامر الأداء، الأوامر علي العرائض، أوامر تحديد المصاريف القضائية، قرارات المجالس القضائية العليا المتضمنة التزاما بالتنفيذ، أحكام المحاكم الإدارية وقرارات مجلس الدولة، محاضر الصلح أو الاتفاق المؤشر عليها من طرف القضاة والمودعة بأمانة الضبط،..... أحكام رسو المزاد علي العقار".

³-بلقاسم محمد امين، المرجع السابق، ص 72.

أما رأي القضاء الجزائري فيوجد قرار صادر في 29 جانفي 2003 تحت رقم 292327 حيث اعتبر حكم رسوا المزاد العلني قرارا ولائيا لا حكما قضائيا، ذلك أن المشرع أراد نزع ملكية العقار تحت إشراف ومراقبة القضاء لرعاية مصالح الأطراف¹ كما أن القانون ليوجب نسبية ويتم تنفيذه جبرا دون حاجة إلي تبليغه للأطراف حسب المادة 764 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، لكن القانون أوجب أن يصدر بديباجة الأحكام حيث تشمل هذه الأحكام فضلا عن البيانات الأحكام المألوفة التي تناولتها المواد 275 و-276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بيانات خاصة تمت الإشارة إليها في المادة 763 من نفس القانون كتالي:³

- تحديد الثمن الأساسي للعقار المباع
- إجراءات البيع بالمزاد العلني
- الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخص طبيعي أو معنوي
- الثمن الراسي عليه المزاد وتاريخ الدفع
- إلزام المحجوز عليه أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأحوال بتسليم العقار لمن رسا عليه المزاد.

المشرع لم ينص على أي جزاء في حالة عدم ذكر البيانات السابقة، لذا يتعين الرجوع للقواعد العامة للبطلان، حيث يكون باطلا إذا كان العيب جوهرية وترتب عليه ضرر، بشرط على صاحب المصلحة التمسك بها⁴

1- قرار المحكمة العليا، رقم 292327، مؤرخ في 29 جانفي 2003، المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص 2006
 2- حميد نموش، بيع العقار المحجوز، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة 2013، ص 113.
 3- عمر حمديباشا، المرجع السابق، ص 65.
 4- أمال كرجاج، مرجع سابق، ص 45.

02- الطعن في حكم رسو المزاد: قرر المشرع الجزائري أنه لا يجوز الطعن في حكم رسو المزاد عن طريق الطعن العادي أو غير العادي، لأن هذه الطعون خصصها المشرع للأحكام القضائية حسب نص المادة 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي تنص على أنه "حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن". بما أن المشرع لم ينص على طريقه خاصة للطعن في حكم رسو المزاد، إلا أنه يبقى خاضع لأحكام القواعد العامة التي تخضع لها الأعمال الولائية، حيث يمكن الطعن فيه قضائياً بدعوى البطلان المبتدئة في المحكمة التي وقع البيع أمامها، والمحكمة العليا أخذت بهذا الرأي في قرار رقم 292327 المؤرخ في 29 جانفي 2003¹.

تعتبر هذه الدعوى منازعة موضوعية في التنفيذ وتبني أسباب البطلان علي العيب في الإجراءات المزيدة أو في شكل الحكم، وهذه الطريقة تمارس من طرف المدين المنفذ عليه أو الحاجز والكفيل العيني والدائنين الذين لم يبلغوا بقائمة شروط البيع أو بجلسة المزيدة.

3- آثار الحكم برسو المزاد: يترتب علي حكم رسو المزاد تمتع الراسي عليه المزاد بجملة من الحقوق والالتزامات، بحيث تنتقل كل الحقوق التي كان يتمتع بها المدين المحجوز عليه الراسي عليه المزاد، وكذا الارتفاقات العالقة به، ويعتبر حكم رسو المزاد سند الملكية للراسي عليه المزاد، ولا يلتزم بالتصرفات التي أجازها مالك العقار بعد تسجيل أمر بالمحافظة العقارية. تنتقل الملكية العقارية إلي المالك مطهرة من كل القيود والأعباء العالقة به، مع وضعه تحت تصرفه وتمكينه من حيازته والانتفاع به، وألزم المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأحوال بتسليم العقار إلى من رسا عليه المزاد المادة 763

¹- قرار المحكمة العليا الصادر في 29 جانفي 2003، مرجع السابق، ص 207.

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ بحيث يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل شهره خلال شهرين من تاريخ صدوره².

أما التزامات المشتري فهي تنحصر بدفع الثمن، حيث يدفع 5/1 أي خمس الثمن في جلسة البيع ويدفع الباقي بعد ثمانية أيام من تاريخ إيقاع البيع ط

كما يترتب على رسو المزاد جملة من القوانين وهي انعدام الضمان حيث نصت المادة 385³ من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وانعدام الشفعة المادة 788 قانون المدني الجزائري وكذا عدم جواز الطعن بالغبن في بيع ثم عن طريق المزاد العلني بمقتضى المادة 360 القانون المدني التي تنص على أنه «لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون».

تنص في الأخير على توزيع حصيلة التنفيذ والتي عالجها المشرع الجزائري بمقتضى المواد 790 إلى 799 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ - المادة 763 على أنه " يتضمن حكم رسو المزاد، فضلا عن البيانات الإحكام المألوفة وأسماء وألقاب الأطراف... إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس، حسب الأحوال بتسليم العقار/ أو الحق العيني لمن رسا عليه المزاد".

² - أمر رقم 58-75، السالف الذكر.

³ - نصت المادة 386 على: «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد»

المبحث الثاني

الحكم المتضمن ثبوت الحق في الشفعة

عرف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 من قانون المدني بأنها: «الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار فمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية» بحيث تعتبر واقعة مركبة يمكن الأخذ بها إذا وجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع، ليخول اكتساب ملكية العقار الذي باعه مالكة إلي مشتري أخرى. غير ويطلق عليه العقار المشفوع فيه ويشترط في هذا الأخير أن يكون متصلا بعقار أخر يملكه ذلك الشفيع يصطلح عليه بالعقار.

أما في الشريعة الإسلامية فعرفها صاحب مجمع الأنهر علي ملتقي الإبحار بأنها "تملك العقار علي مشتريه بما قام عليه جيرا". وجاء عند الشافعية "الشفعة حق تملك قهري يثبت للشريك القديم علي الحادث فيها ملك يعوض بما ملك بيه لدفع الضرر". ومنه يمكن القول بأن حق الأخذ بالشفعة لا يخول لأي كان بالرغبة من أن هناك اتصال بين العقار المشفوع بيه والعقار المشفوع فيه وذلك يجب أن يتوفر علي ثبوت الحق في الشفعة (مطلب أول) وإجراءات وأثار الشفعة (مطلب ثاني).

المطلب الأول

ثبوت الحق في الشفعة

الشفعة من موضوعات كسب الملكية التي تثير العديد من الإشكالات، ويدور حولها جدل كبير في الوسط الفقهي والقانوني، بحيث نظمها المشرع الجزائري وفقا لإجراءات جد دقيقة تبدأ بالإندار الرسمي وتنتهي بحكم قضائي يعد سند رسميا يقوم مقام العقد، ويثبت حق الشفعة لثلاث أشخاص حسب المادة 795 من قانون المدني،¹ ويثبت حق الشفعة وذلك مع

مراعاة الأحكام التي نص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية¹. لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشار إلي أجنبي أخرى لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، كما أضاف المشرع حالات أخرى يتقرر فيها حق الشفعة أوردها في إطار القانون رقم 25-90 والحق في الشفعة كما يشير إليه هذا القانون، ثم تقرره الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والدولة وجماعاتها،² ولثبوت الحق في الشفعة يجب أن تتوفر شروط الشفعة (فرع أول) وحالات الأخذ بالشفعة (فرع ثاني).

الفرع الأول

شروط الشفعة

إن حق الأخذ بالشفعة لا يخول لأي كان بالرغم من أن هناك اتصالا بين العقار المشفوع به والعقار المشفوع فيه، بل لابد من توافر ثلاثة أنواع من الشروط تتعلق بالمال المشفوع فيه، ثانيا التصرفات المترتب للشفعة، ثالثا بشخص الشفيع.

أولا: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه

يترتب عن الشفعة على خلاف الأصل والقياس وهو ما أكده الكثير من الفقهاء في هذا المجال، واعتبروها أمر استثنائيا على الأصل، وهو عدم جواز انتقال الملك من صاحبه

¹ - نصت المادة 795 من قانون المدني علي " يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :

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

- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلي أجنبي.

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

¹ - أمر رقم 71-73، يتضمن قانون الثورة الزراعية

³ - **مجيد خلفوني**، شهر التصرفات العقارية في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.

إلى غيرها إلا برضاه وطيب نفسه وسبب هذا الاستثناء هو أن المنفعة يحضر عليه هذه المشتري الذي يريد ذلك العقار أقل من الضرر الذي سينال غيره وأخذ العقار تملكه وهذا الغير الشخص الشفيع الذي أبيع له تملك العقار باستعمال الشفعة.

ولكن يتوفر مجموعة من الشروط منها تلك التي تتعلق بنوعية الملك محل الشفعة، وهو المال الذي يستطيع من خلالها الشفيع أن يملكه جبرا عن المشتري والبائع معا طبقا لما ورد في التشريع المدني الجزائري، وهذا التشريع الأخير لا يقر بالشفعة إلا في الأملاك العقارية فقط دون المنقولات باعتبارها أن هذا الأخير يرد عليها حق الاسترداد إضافة أيضا إلى ما ورد في الفقرة السابقة يشترط أيضا لجواز الشفعة أن يطلبها الشفيع في العقار المبيع كله أو بعضه وهذا تجنباً لتجزئة الصفقة على المشتري وحتى على البائع أيضا لأن المشتري قد يرفض تعاقد وفي هذه الحالة لعدم تحقق القاعدة المرجوة من تلك الصفقة وبالتالي سوف يلحق البائع والمشتري معا ضرار أعظم من الضرر الذي كان سينال الشفيع لو تملك المشتري ذلك العقار.

1. الشفعة لا ترد إلا على العقارات:

تعتبر الشفعة تملك العقار جبرا وقد عرفت المادة 683 من القانون المدني العقار بأنه «كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، ولا يمكن نقاه من دون تلف فهو عقار وكل ما عد ذلك من شيء فهو منقول»¹. ويعد هذا النوع عقارا بطبيعته، أما العقار بالتخصيص وهو المنقول الذي رصد لخدمة عقار بصفة دائمة طبقا لنص المادة 2/683² والمنقول بحسب المأل والمنقولات فلا شفعة فيها، وعلى ذلك فلا ترد الشفعة في بيع حصة شائعة في السفينة، لأنها

¹ - أمر رقم 75-58، السالف الذكر.

² - نصت المادة 2/683 على: " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، يعتبر عقارا بالتخصيص."

منقول، كما لا ترد الشفعة في المنقول بحسب المال كبيع بناء معد للهدم¹ ورغم أن القانون لا يجيز الشفعة في المنقول، إلا أنه أثبت الحق في الاسترداد والذي يترتب في المنقول الشائع، فهو يقرر في حال وجود مال منقول معين بالذات وأن يرد البيع علي حصة شائعة، أن يصدر إلي أجنبي، وهو ما أقرته المادة 721 من القانون المدني التي تنص على أنه: «لشريك في المنقول الشائع أوفي المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي، وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه، ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلي كل من البائع والمشتري، ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا وعوضه عن كل ما أنفقه».

2. عدم قابلية الشفعة للتجزئة :

يقصد بعدم تجزئة الشفعة أنه لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ببعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر لكي لا تتفرق الصفقة علي المشتري، فتضرر من ذلك وتفريق الصفقة علي المشتري لا يصح بغيره رضاه في غياب سبب شرعي يؤدي إلي سقوط ذلك الحق²، بحيث لا يجوز للشفيع أن يأخذ بالشفعة ببعض المبيع دون البعض، بحيث يلزم عليه بطلب الشفعة في كل العقار، فلو وجود مع شفعاء آخرين كما لا يجوز للشفيع إذا بيع العقار لعدة مشتريين أن يأخذ بالشفعة من بعضهم دون البعض، لأن في القول يغير ذلك إضرار بالمشتري³، فإذا تعددت العقارات المباعة وكانت شروط الأخذ بالشفعة متوفرة فيها جميعا، تعني على الشفيع أن يطلب أخذها كلها بالشفعة وتعتبر لصفقة واحدة، لا سيما إذا كانت العقارات متلاصقة أو منفصلة لكنها مخصص بعمل واحد.

¹ - بابا عمر، الشفعة وأثارها علي الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية، أدرار، 2014-2015، ص 20.

² - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ص 183.

³ - بابا عمر، المرجع السابق، ص 19.

أما إذا لم يتوفر شرط الأخذ بالشفعة في بعض العقارات المبيعة، فيقتصر حق الشفيع على طلب الشفعة في العقارات التي توافرت فيها الشروط.

إذا بيعت العقارات المتعددة لمشتري واحد ولكن في صفقات متعددة، فلا دخل في هذه الحالة لتطبيق مبدأ عدم تجزئة الشفعة.

إذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة أو من طبقات مختلفة تعين أخذ كل منهم أن يطلب الأخذ بالشفعة في العقار المبيع جميعه، ولا يقتصر في طلبه على الأخذ جزء منه يناسب مع نصيبه في العقار المشفوع فيه، وإلا وقع طلبه باطلا بحيث لا يجوز أن يعود إلي طلب الشفعة في العقار كله إلا أثناء المدة المحددة ذلك قانونا وإذا تعدد المشترون لعقار، فإن كان لكل منهم حصة شائعة فيه لا تجوز الشفعة إلا في العقار كله، فيمنع على الشفيع أن يأخذ حصة بعض المشتريين دون البعض الآخر، حتى لا تتفرق الصفقة عليهم، أما إذا كان لكل مشتري جزء من العقار المبيع، يتضمن بيع الصفقات مستقلة ويجوز بالتالي للشفيع أن يأخذ بالشفعة من بعض المشتريين¹.

ثانيا: التصرف المرتب للشفعة:

أكد المشرع الجزائري في المادة 794 من القانون المدني بوضوح أن الشفعة لا تثبت إلا في البيع ومن أحكامها أنها لا تجوز إلا في بيع العقار، كما يجب أن يكون هذا البيع قائم وقت طلب الشفعة، بحيث لا تجوز الشفعة في العقد البديل أو الهبة، وبما أن الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع بعوض، وعقد البيع هو تصرف قانوني صادر من جانبيين وناقل للملكية فأبي سبب آخر من أسباب كسب الملكية كالميراث الالتصاق والتقادم، لا تجوز فيها

¹ - عبد الحميد شواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، مصر،

الشفيع كما لا يجوز في أي تصرف آخر كالوصية المقدمة والصلح والهبة ولو بعوض ومن هنا يمكن دراسة حالات عديدة للأخذ بالشفعة.

1. البيوع الجائز فيها الشفعة :

أ- عقد البيع:

باتفاق الفقهاء الأربعة على أن الشفعة لا تكون إلا في العقارات دون المنقول مع وجود خلاف حول ما يتصل بالعقار ويتضح من خلال المادة 794 من قانون المدني "الشفعة رخصة تجيز حلول محل المشتري في بيع العقار..." بالتالي لكي يجوز الأخذ بالشفعة لا بد أن يكون المشفوع فيه قد حصل علي العقار المشفوع فيه بمقتضي عقد بيع قانوني حقيقي تام انعقد وأصبح ملزم لطرفيه، وأن يظل قائم إلي حين إعلان الشفيع رغبته بالأخذ بالشفعة¹

ب- البيع القابل للإبطال :

يقصد بقابلية البيع الإبطال الجزاء الذي يلحق إذا تخلف شرط من شروط صحته، رغم توفر أركانه فيكون ذلك إذا كان رضا المتعاقد مشوب بعيب من عيوب الرضا أو ناقص الأهلية، فيبطل في هذه الحالة نسبياً فلا يجوز التمسك به إلا لم يقرر لمصلحته، وبالتالي يعتبر العقد صحيح منتجاً لأثره².

ج- عقد مشهر في المحافظة العقارية:

إن شهر التصرفات العقارية هو إجراء قانوني لنقل ملكية العقار إلي المشتري وليس ركن في العقد وهذا يدل علي أن البيع غير المشهر وغير المسجل هو بيع تام وصحيح يرتب أثره ماعدا نقل الملكية وبالتالي يرى بعض الفقهاء أن عقد البيع العقاري غير المسجل لا

¹- قرار رقم 150100، مؤرخ في 19 نوفمبر 1997، مجلة قضائية العدد 2، 1997 ص55.

²- سناء شيرطوة، المرجع السابق، ص52.

يمنع الشفيع من الأخذ بالشفعة لأن الشفيع لا يتلقى الملكية من المشتري بل يحل محل البيع وحسب المادة 15 من الأمر 75-74. تؤكد علي ضرورة ذلك¹.

2. البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة:

بما أن الشفعة ترد فقط في عقد البيع، كعقد المعاوضة مثلا ناقل للملكية، فيجب استبعاد ما يخالفه من تصرفات، ومنه نبين ذلك وفقا للحالتين.

الحالة الأولى: التصرفات لا تجوز الشفعة بطبيعتها:

بحيث يجب علي القاضي تكيف التصرف القانوني المعروض أمامه كعقد بيع طبقا الأحكام للقانون المدني، وكل ما يخالف ذلك لا يعتبر بيعا ولا تجوز الشفعة فيه ومقتضي ذلك أن لا شفعة في عقد المقايضة، حيث أن الشفعة حكم استثنائي لا يجوز التوسع فيه، كما لا يثبت أيضا في التصرفات الناقلة للملكية، كونه لم تثبت لها صفة عقد البيع كالوفاء بمقابل.

كما لا تثبت الشفعة من باب أولى في التصرفات الكاشفة كالقسمة والصلح حتى ولو تم أي من العقدين بمال نقدي، ولا تثبت أيضا في التصرفات التبرعية سواء كانت مضافة كالوصية أو منجزة كالهبة.

الحالة الثانية: البيوع التي لا تجوز فيها الشفعة

عند التحدث عن البيوع العقارية المستثناة من تطبيق نظام الشفعة، فيعني هذا أن المشرع الجزائري حصر موانع الشفعة في نص قانوني تبعا لمجموعة من الاعتبارات المختلفة، فمنها ما يرجع إلي الأسلوب الذي تم به بيع العقار، ويشمل البيع بالمزاد العلني

¹- نصت المادة 15 من الأمر 74-75 على ما يلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني يتعلق بعقار لاوجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسرى مفعوله من يوم أصحاب الحقوق العينية."

نظرا لما تتوفر عليه من الاشتراك في المزداد، ومن الاعتبارات كذلك ما يرجع إلي العلاقة بين البائع والمشتري وكذا ما يتعلق بالغرض الذي أعد له العقار المبيع ليجعل منه محل للعبادة، فكل هذه الاعتبارات استتنت تلك البيوع العقارية من الأخذ بالشفعة رغم صحتها¹ حيث نص المشرع الجزائري علي البيوع العقارية المستثناة من الأخذ بالشفعة من خلال نص المادة 798 من القانون المدني².

ثالثا: الشروط الخاصة بالشفيع:

ينتج عن الشفعة للحلول محل المشتري في بيع عقار معين نتيجة لقيام سبب من أسباب الشفعة في جانبه بحيث أن تتوفر هذا الشفيع شروط معينة تتم تفصيلها كما يلي :

1- أن يتمتع الشفيع بالشخصية القانونية:

يشترط في الشفيع

- أن يكون الشفيع شخص من أشخاص القانون حيث أن الشفعة حق من حقوق المالية فإنه يكون لكل من ثبتت له الشخصية القانونية صلاحية اكتساب هذا الحق، وبناء على ذلك تثبت الشفعة لشخص طبيعي ومعنوي على سواء.
- أن تتوفر الأهلية الكاملة بحيث ينبغي أن تتوفر لدى الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان الشفيع كامل الأهلية جاز له أن يستقبل بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة كونه بلغ سن الرشد وكونه متمتعا بقواه العقلية³.

¹- أحمد دغيش، المرجع السابق ص146.

²- نصت المادة 798 من قانون المدني علي ما يلي: "لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات التي نص عليها القانون -إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب إلي غاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار إلي غاية الدرجة الثانية - إذا كان العقار بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق لمحل عبادة."

³- محمد سعيد جعفرور، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة للنشر الجزائر 2002، ص07.

2- أن لا يكون الشفيع ممنوع من شراء العقار :

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

هذه الشروط تطلبتها الشفعة بحسب مالها، حيث أن الشفيع إذا ما أخذ بالشفعة سواء بالتراضي أو بالتقاضي، فإنه يحل محل المشتري.

فيما له من حقوق وما عليه من التزامات وفي هذا الصدد بيان ماهية الشفعة بالتراضي والتقاضي.

ب- أن يكون الشفيع وقفا: حيث جاء به الفقه الإسلامي لا شفعة للوقف، كما لا على يجوز ذلك أيضا، بيع عقار للعقارات الموقوفة فلا يجوز للوقف أن يشفع فيه. على أساس الجوار، وإذا كان العقار الشائع بعضه ملك وبعض الآخر وقفا وبيع الملك فلا يجوز للوقف، أن يشفع في الملك المبيع على أساس كونه شريكا في الشفيع.

الفرع الثاني

حالات الأخذ بالشفعة

أ- حالة بيع مالك الرقبة:

ثبتت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع، وتؤدي الشفعة في هذا الغرض إلى كسب حق الانتفاع وتحقق بذلك الملكية التامة للشفيع بعد أن كان مالك للرقبة فقط ويترتب هنا ذلك بجميع عناصر الملكية، وتجتمع لمالك سلطاته على الشيء، وتثبت الشفعة في كل حق الانتفاع أو بعضها، أي أن مالك الرقبة له أن يطلب الشفعة إذا كان حق الانتفاع لعدة شركاء وبيع أحدهم حصته الشائعة، ولو كان البيع للأحد الشركاء الآخرين كما ثبتت الشفعة

لمالك الرقبة أيضا إذا بيع حق الاستغلال أو حق السكن وذلك في الأحوال التي يجوز فيها البيع¹.

ذلك ما أكدته المادة 2/795 من قانون المدني بقولها: « **يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي نص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية**». رغم أن قانون الثورة الزراعية ألغى المادة 75 من قانون التوجيه العقاري 90-25 معدل ومتم و رغم صدور تعديلات للقانون المدني أهمها 2005 و 2007 إلا أنه لم يتدارك الأمر بخصوص هذه المادة، أن الشفعة لمالك الرقبة تكون في المرتبة الثانية بعد شفعة الدولة المقرر لمصلحة العامة طبقا لما جاء به قانون التوجيه العقاري 90-25 المعدل والمتم.

ب- حالة بيع الانتفاع:

تنبت صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها²، ذلك ما قرره المادة 3/795 من قانون المدني³، بحيث يأتي هنا صاحب حق الانتفاع في المرتبة الثالثة بعدها مالك الرقبة والشريك في الشيوخ، أما إذا كان يشفع ملك شائع في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشيوخ ويأتي في المرتبة الثانية شأنه شأن جميع الشركاء⁴. وما تجدر الإشارة إلي أن الفقه الإسلامي لم يعترف بشفعة صاحب حق الانتفاع عند بيع الرقبة كلها أو بعضها. وهذا الاعتبار أن فقهاء الشريعة الإسلامية أنفسهم لا يعترفون بحق الانتفاع كحق عيني يرد على العقارات كما القانون المدني لأن هؤلاء الفقهاء يرون بعدم إمكان بيع

¹ - محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية) الحقوق المتفرعة عنها، أليات كسب الملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص 599.

² - حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها) منشأة المعارف للنشر، مصر، 1998، ص 548.

³ - نصت المادة 3/795 من قانون المدني علي ما يلي: «**يثبت حق الشفعة وذلك تجيز الطول محل المشتري في البيع العقاري ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية.**»

⁴ - توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للنشر، مصر، ص 374.

المنافع أصلاً، إذ نجد أن في الشريعة الإسلامية لا يعترف بأحقية الأخذ بالشفعة فقط للشركاء في العقار والشركاء في الحق الخاص، والجيران المتلاصقين¹. وكذلك بشأن المسألة المتعلقة بشفعة أصحاب حقوق الانتفاع المقررة على الرقبة عند بيعها، فقد ظهر في المجال التطبيقي، والعملية الكثير من الجدل ويتمحور حول مسألتين هما: الأولي مدي تمسك المستأجر بحق الشفعة طبقاً لنصوص التشريع الجزائري؟ والثانية تتعلق بمدي جواز التمسك المؤجر جدران المحل المعد للاستعمال التجاري بحق الأخذ بالشفعة عند قيام المستأجر ببيع القاعدة التجارية للغير؟

المطلب الثاني

إجراءات الحكم المتضمن ثبوت الحق في الشفعة

بعد دراسة أحكام الشفيع وأسباب الشفعة وشروط الأخذ بها وحالات الأخذ بها في الطلب السابق سوف نتطرق إلي دراسة ماهي إجراءات الحكم المتضمن ثبوت الحق في الشفعة وذلك من خلال إجراءات قضائية (فرع أول) وإجراءات غير قضائية (فرع ثاني)، وأثار والجهة المختصة بدعوى الشفعة (فرع ثالث).

الفرع الأول

إجراءات غير قضائية

لم يجعل المشرع الجزائري تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه تلقائياً، وإنما علق ذلك على بعض الإجراءات والتصرفات التي يتعين على الشفيع مراعاتها حينما يرد الأخذ بالشفعة، وفي هذا النوع يتم التطرق إلي بيان إجراءات الشفعة من خلال نقطتين بحيث تتمثل الأول في الإنذار الرسمي أما الثانية فتتمثل في إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة.

¹ - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، الجزء الثاني، دار الفكر العربي للنشر،

أولاً: الإنذار الرسمي.

طبقاً لنص المادة 799 من ق م ج : «علي من يرد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلي كل من البائع أو المشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري والا سقط، ويزاد علي ذلك لأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك».

ونلاحظ بأن المشتري لا يشترط الرسمية في الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلي الشفيع، وبالتالي فيمكن أن يتم كتابيا أو شفهيا، لأن عبارة (يوجهه إليه البائع أو المشتري) لا تقتضي بالضرورة أن يكون التوجيه كتابيا هذا ناهيك عن الشكل الرسمي من خلال هذا النص حيث أن المشرع لم يشر بناتا ما يدل علي اشتراط الشكل الرسمي في هذا الإنذار.

الظاهر على المشرع أنه عالج مسألة توجيه الإنذار من حيث الموضوع دون أن يقيد بشكل رسمي معين على خلاف ما قرره القانون المصري في هذا المجال حيث اشترط الطابع الرسمي على هذا الإنذار، وهذا من خلال المادة 940 من القانون المدني المصري والتي تقابل المادة 799 السابقة الذكر¹.

كما نعلم فإن نصوص الشفعة الواردة في ق م ج من مصادر التاريخية نجد قانون المدني المصري، وهذا الأخير اقتبس جل أحكامها من الفقه الإسلامي، إلا أنه من خلال النص العربي المصري نجد بأن هذا الأخير يشترط الرسمية في الإنذار بالرغم من توافق النص الفرنسي الجزائري مع النص الفرنسي المصري.

¹ - المادة 940 من ق م ج مصري بقولها "علي من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلي كل من البائع والمشتري خلال خمسة عشرة يوماً من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجه إليه البائع والمشتري والا سقط حقه، ويزيد علي تلك المدة ميعاد المسافة إذا اقتضى الامر".

إلا أن المشرع الجزائري أكد على عدم اشتراط الرسمية في الإنذار من خلال المادة الموالية: حيث نصت المادة 1/800 من القانون المدني الجزائري¹. ضمن خلال هذه الفقرة نلاحظ جليا بأن المشرع أورد لفظ "الإنذار" دون أن يلحقه بلفظ الرسمية، على خلاف ما فعل مع المصاريف حيث ألحق بها مصطلح الرسمية في الفقرة الثالثة من المادة 800 من القانون المدني الجزائري.

بالرجوع إلي النص الفرنسي للمادتين 799 و800 من القانون المدني الجزائري نجد بأنهما تتشابهان مع النص الفرنسي للمادتين 940 و941 مدني مصري، فنجد في كل من الجزائري والمصري عبارة ويقابلها في النص العربي لفظ "الإنذار" وبالتالي فالنص المدني الجزائري سواء العربي أو الفرنسي في المادتين 799 و800 يتشابه مع النص الفرنسي المصري في المادتين 940 و941 وهذا يدل علي أن المشرع قد تعمد في ذكر الإنذار في النص دون اشتراط الرسمية فيه، ويعتبر هذا تضيقا في أحكام الشفعة، ويقصد منه عدم إرهاب كامل البائع أو المشتري بأشكال قانونية نظرا لطابع الخاص والاستثنائي للشفعة باعتبارها وردت علي خلاف الأصل، وأنها مجرد قيد يرد علي حرية التصرف، لذا ينبغي عدم التوسع في الإجراءات القانونية وخاصة، الملزمة للبائع والمشتري تحقيقا للعدالة وتوافقا مع روح التشريع.

إلا أنها تري بأن عدم اشتراط الرسمية في الإنذار الموجه من طرف البائع أو المشتري للشفيع وإن كان يرمي إلي عدم التوسيع في إجراءات الشفعة أكثر، فإنه يفتح بالكثير من

¹ - المادة 800 من قانون المدني : 'يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 علي البيانات التالية والا كان باطلا

-بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بيانا كافيا .

-بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والاجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 977 .

المنازعات والخصومات التي قد تحدث من إجراءات الشفعة أكثر، فإنه يفتح بابا لكثير من المنازعات والخصومات التي قد تحدث من جراء التبليغ الفوضوي بهذا الإنذار سواء بالكتابة العادية وإرسالها بغير البريد، أو بواسطة البريد ولو برسالة موصي عليها مع ختم الوصول ناهيك عن التبليغ الشفوي الذي يعتبر أكثر فوضوية، فهو لا يثبت للشفعة تحت رهان التلاعب من طرف البائع والمشتري، وبالتالي ضياع حقه المقرر له قانونا، لأن تاريخ علم الشفيع بالبيع وهو تاريخ تبليغه بالإنذار يعتبر قانونا بداية لتحديد رغبته خلال هذه المدة وبه أيضا تفتتح إجراءات الشفعة متى أعلن الشفيع رغبته خلال الأجل القانوني المنصوص عليه في المادة 799 من ق م ج، إن الغرض الأساسي من الإنذار بوقوع البيع هو إثبات علم الشفيع بحصول عملية البيع بطريقة مؤكدة وبقينية، وبالتالي إجبار الشفيع باللجوء لإجراءات الشفعة وترقب خطواته فيها لأنه غفل عن إتباع إجراء معين أو عدم اتخاذه في الأجل المحددة قانونا سقط حقه في الشفعة.

بناء على ما سبق بيانه اتفق جميع الفقهاء على ضرورة أن يكون الإنذار رسميا بورقة من أوراق المحضرين القضائيين تحت شكل قانوني معين ويتم التبليغ بواسطة الحضر القضائي أيضا، لاعتبار أن هذا الإنذار وما ينجم عنه من إعلان للرغبة في الشفعة هما فاتحة للإجراءات التي يتعين على الشفيع إن يتخذها من خلال نصوص الشفعة.¹

ثانيا: إعلان الرغبة في الشفعة

نصت المادة 799 من القانون المدني الجزائري أنه: «كل من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع إلى المشتري، وإلا سقط حقه، ويضاف إلى ذلك على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك.»²

¹- أحمد دغيش، المرجع السابق، ص 305-308

²- أمر رقم 75-58، سالف الذكر.

يستفاد من هذا النص أنه على من يريد الأخذ بالشفعة الاسترداد الحصة الشائعة التي تصرف فيها أحد الشركاء بالبيع إلي أجنبي المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي تلقاه من البائع أو المشتري بإنذار من له الحق في الشفعة إذا لم يقم ن من له الحق في الأخذ بالشفعة غير أن الشراح يذهبون إلي الأخذ حتى بالعلم الشخص لمن له الحق في الشفعة إذا لم يقم من له الحق في الأخذ بالشفعة في إعلان رغبته إلى كل من البائع والمشتري خلال 30 يوم ترتب عليها سقوط حقه في ذلك، وباستقراء نص المادة 800 من قانون المدني نجد أن المشرع لم يحدد صيغة والشكل الإنذار باستثناء ضرورة احتوائه البيانات المذكورة في صلب النص وبذلك يمكن أن يكن هذا الإنذار موجها عن طريق محضر قضائي، أو يمكن بموجب رسالة مضمونة الوصل لإثبات بداية حساب المواعيد ويرى بعض الشراح أنه يجب أن يكون الإنذار رسميا على محضر قضائي والإخطار الشفوي بل الإخطار المكتوب ككتاب من البريد حتى وإن كان مسجل بعلم وصل وإذا لم يكن إنذارا على يد محضر لا يكفي لجعل ميعاد 30 يوما لإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة¹. وإذا كان المشرع قد أوجب ذكر بعض البيانات تحتوي الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى من له الحق في الأخذ بالشفعة ودون تحديد الشكل لذلك الإنذار فإنه على العكس من ذلك فيما يخص الإعلام في الرغبة بالأخذ بالشفعة حيث نصت المادة 801 من قانون المدني على ما يلي: «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتاب الضبط وإلا هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إذا كان مسجلا.

يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يد الموثق 30 يوما على الأكثر من تاريخ تصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.»

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية المجلد التاسع، ص 625.

يتضح من هذا النص أنه متى أنذرا الشفيع بوقوع البيع، فإنه يجب عليه إذا كل من البائع والمشتري ويكون هذا الإعلان رسميا أي عن طريق كتابة ضبط المحكمة سابقا، وعن طريق المحضر القضائي حاليا، ويكون التصريح بالرغبة في الشفعة في شكل عقد رسمي يحرر من طرف الموثق وإلا كان باطلا ولا ينتج أثره بنسبة للغير إلا إذا كان مسجلا. وقد يتساءل البعض عن الجدوى من تسجيل التصريح بالرغبة في الشفيع المنصوص بالرغبة بالمادة السابقة الذكر تقول جوابا عن ذلك أن تسجيل عقد التصريح بالرغبة في الشفعة بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا، أي التي تقع بدائرتها العقار محل التصرف ليس إلزاميا وإنما مقرر لمصلحة الشفيع حتى يحص الحصاة الشائعة محل الصرف التي هي أساس الشفعة من خطر قيام المشتري الأجنبي بالتصرف الأول نافذا في حق الشفيع ويجب أن يكون مستمر في المحافظة العقارية حتى يكون حجة على الغير، والشفيع حر في أن يقوم بإجراء أولا يقوم به طالما أنه مقرر لمصلحته ويمكنه القيام به في أي مرحلة حتى ولو بعد رفع الدعوى الشفعة.¹

الفرع الثاني

إجراءات قضائية

حيث يمكن دراسة هذه الحالة وفقا لثلاث نقاط كونها تعتبر من أهم النقاط الأساسية

لذلك:

أولا: رفع دعوى الشفعة:

إذا لم يسلم المشتري للشفيع بالشفعة وجب على الشفيع أن يرفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري أمام المحكمة الكائن في دائرتها العقار المشفوع فيه، وقيدتها خلال

¹ - وهاب عباد،، مذكرة مقدمة شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 2007-2008، ص-ص 33 36.

30 يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة، وذلك حسب ما تقتضي المادة 802 من القانون المدني.¹ والحكمة من ذلك حث الشفيع علي الإسراع في إتمام إجراءات الشفعة حتى لا يظل مصير البيع معلقا دون مبرر، فإذا لم ترفع الميعاد، أو رفضت في الميعاد ولكنها لم تقيد فيه، سقط حق الشفيع في الشفعة² بحيث يعتبر إجراء رفع الدعوى من آخر إجراءات القانونية، والتي يشترط القانون صدورهما من جانب الشفيع، وفيها يقاضي الشفيع كلا من البائع والمشتري باعتبارهما خصمين له من أجل حصوله على العقار المشفوع فيه.

ثانيا: أطرف الدعوى:

بعد قيام بإجراءات السالفة الذكر ألزم القانون الشفيع بعدها برفع دعوى الشفعة علي كل من البائع والمشتري، فلصحة الإجراءات يجب اختصاص هذين الشخصين معا ولا يكفي رفع الدعوى علي أحدهما³ وحتى لا يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة يجب احترام أجل 30 يوم المقررة لإعلان الرغبة حسب المادة 802 من القانون المدني. أما في حالة تعدد البائعين أو المشتريين، فيجب رفع الدعوى عليهم جميعا⁴ عليه يصبح أطراف الدعوى الشفيع والبائع، وأيضا المشتري مع إمكانية تعدد كل منهما.⁵ كما نجد الحكم الذي قرره المحكمة العليا في قرارها: يتمثل في " من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة علي البائع والمشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار، وذلك في أجل 30 يوم من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة ومن المقرر كذلك أي أحكام هذا المبدأ تعد من الأشكال الجوهرية في الإجراءات ومن النظام العام تطبيقا تلقائيا، ومن ثم فإن النص على القرار المطعون فيه

¹- نصت المادة 802 من القانون المدني علي ما يلي، " يجب رفع دعوى الشفعة علي البائع والمشتري أمام المحكمة

الواقع في دائرتها في أجل 30 يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط حق".

²- مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 475.

³- عبد الحميد الشورابي، المرجع السابق، ص 130.

⁴- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 673.

⁵- محمد حسن منصور، الحقوق العينية الأصلية (الملكية والحقوق المتفرعة عنها) (أسباب كسب الملكية) الطبعة الأولى،

دار الجامعة الجديدة، مصر 2007، ص 666.

مباشرة الطاعن بمخالفة أحكام المادة 799 من قانون إجراءات المدنية والإدارية غير مؤسس ويستوجب رده. ولما كان ثانياً أن الطاعنين لم يرفعوا دعواهم علي البائع والمشتري معا اكتفوا برفعها على البائع فقط لذا فإن قضاة الاستئناف بمصادقتهم علي الحكم القاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة التزاما صحيحا قانونا، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن.¹

ثالثا: حكم بثبوت الحق في الشفعة:

نصت المادة 803 من القانون المدني اعتبار الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري من خلال هذا النص يستنتج أن صدور الحكم نهائي بثبوت حق الشفعة فيعتبر هذا الحكم سند ملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه² ومع ذلك أن الحكم النهائي الصادر بأحقية الشفيع في حلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع هو السبب القانوني المنشأ لحق الملكية إذ أن الحكم يعتبر سند ملكية العقار المشفوع فيه³ لذا يجب أن يخضع إلي إجراء الإشهار طبقا لما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار». وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية في ملف رقم 84030 مؤرخ في 07 فيفري 1994، "...من المقرر قانون أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولاسيما التي تدير

¹ - قرار رقم، 34331 مؤرخ في 19 نوفمبر 1984، العدد الثاني، سنة 1990، ص 52، نقلا عن عمر بن سعيد ص 269.

² - بوراية مريم، حق الشفعة الإدارية في ظل القانون المتضمن التوجيه العقاري 90-25، مذكرة شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2011-2012، ص 106.

مصلحة شهر العقار". وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكماً نهائياً بأحقية في الشفعة والحلول محل المشتري في الملكية العقار المشفوع فيه يكون قد حصل على سند للملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا خضع لإجراءات الشهر العقاري.

الفرع الثالث

أثار الحكم في دعوى الشفعة

في هذا الفرع ندرس أثار الحكم وشهره.

أولاً: أثار الحكم :

في هذا الفرع سوف ندري العلاقات الناشئة عن الحكم بالشفعة وشهره.

1- العلاقات الناشئة في دعوى الشفعة

أ. علاقة الشفيع بالبائع: حسب مضمون المادة 804 من القانون المدني استخلاصنا منها أنه متى ثبت للشفيع حق الشفعة رضاء أو قضاء تحول البيع من البائع والمشتري والشفيع بحيث يعتبر الشفيع هو المشتري منذ البداية، ويختفي الشخص المشتري من الصفقة ولا يتوسط بين البائع والشفيع ولا يعتبر أن هناك بيعاً أولاً انعقد بين البائع والمشتري ثم أعقبه بين شأن انعقد بين البائع والشفيع، فتكون الصلة بين البائع والشفيع مباشرة فلا يكون المشتري وسيطاً بينهما وعليه يكون الشفيع هو الدائن بحقوقه المشتري ويكون الشفيع هو المدين مباشرة للبائع بالتزامات المشتري. ولا يستفيد الشفيع من الأجل المفروض للمشتري عن دفع الثمن أو ما يبقي منه إلا برضاء البائع.

حيث يلتزم البائع نحو الشفيع بجميع التزامات البائع كما يلتزم الشفيع نحو البائع بجميع التزامات المشتري¹.

ب. علاقة الشفيع بالمشتري:

حسب المادة 805 من القانون المدني،² يظهر النص خصوصية هامة من خصوصيات علاقة الشفيع بالمشتري، يمكن القول بوجه عام أن المشتري إما أن يتسلم العقار المشفوع فيه من البائع، وعندئذ تنشأ علاقات متعددة بينه وبين الشفيع بسبب انتقال حيازة العقار المشفوع فيه إليه، أولاً بتسلمه وفي الحالة الأخيرة، إذا لم يتسلم الشفيع العقار المشفوع فيه فإن علاقته بالشفيع تكون جد محدودة، فهو قد اختفي من الصفقة وحل الشفيع محله فيها، ولم يتسلم العقار المشفوع فيه حتى ينشأ من التسليم حقوق والتزامات لكل منها قبل الآخر وكل التزام يقع على عاتق طرف معين في نفس الوقت للطرف الآخر³.

ج- علاقة الشفيع بالغير:

نصت المادة 806 من القانون المدني الجزائري على أنه: «لا تكون حجة علي الشفيع، الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة علي أنه يبقى للدائنين المسجلة ديونهم مالهم من حقوق الأفضلية فيها إلي المشتري من ثمن العقار.» يعالج نص المادة حالة ما إذا ترتب حقوق عينية على العقار المشفوع فيه من طرف المشتري ومتى تسرى هذه الحقوق في حق الشفيع، وهنا يجب أن نفرق بين حالتين:

¹- مروان صار، قوداشديهية، الشفعة سبب من أسبا كسب الملكية في القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في

الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص-ص 78-79.

²- نصت المادة 805 على أنه إذا بني المشتري في العقار المشفوع فيه أو غرس فيه أشجار قبل الإعلان بالرغبة في الشفعة كان الشفيع ملزماً تبعاً لما يختاره المشتري أن يدفع له إما المبلغ الذي أنفقه أو مقدراً ما زاد في قيمة العقار سبب البناء أو الغراس.

³- مروان صار، قوداشديهية، المرجع السابق، ص ص 85-86.

- **الحالة الأول:** حالة الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، وهذه الحقوق العينية قد تترتب على العقار المشفوع فيه من جانب البائع، وقد ترتب من جانب المشتري.
- **الحالة الثانية:** الحقوق العينية التي ترتب على العقار المشفوع فيه بعد تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، هذه الحقوق كذلك تترتب من جانب البائع كما قد تترتب من جانب المشتري¹.

ثانيا: شهر حكم الشفعة

بعد رفع دعوى الشفعة يتصور أنها تقبل وينجح الشفيع في الفصل في الحصول على أحقية أخذ العقار بالشفعة وذلك بموجب حكم صادر من القضاء ويكون حينها هذا الحكم بمثابة سند ملكية للشفيع لكن بعد مراعاة القواعد المتعلقة بالإشهار العقاري وهذا ما قضت به المادة 803 من قانون المدني على أنه : «إذا ثبت قيام الحيازة في وقت سابق معين وكانت قائمة في الحال، فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المادة مابين الزمنين، ما لم يقد دليل على خلاف ذلك».

بالتالي لا يعتبر حق الشفيع في ملكه للعقار ولا يترتب آثاره إلا من يوم صدور الحكم وشهره في المحافظة العقارية وهذا الأثر لا يطبق بأثر رجعي إلي من تاريخ البيع الذي حل فيه الشفيع محل المشتري².

كما أن كل التصرفات الناشئة أو الناقلة للملكية أي الحقوق العينية الأصلية لا تكون نافذة في مواجهة الغير ولا تكون لها حجية إلا إذا تم إخضاعها لعملية الشهر لإعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار محل الشفعة، وهذا ما قضى به نص المادة 793 من القانون

¹ - مروان صارة قوداشديهية، المرجع السابق، ص ص 90-91.

² - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص 348.

المدني¹، والملكية تنتقل بمجرد شهر وليس قبله بالنسبة للشفيع أو الغير، وبهذا لا يحتاج للشفيع لإبرام عقد آخر.

الفرع الثالث

المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الشفعة

بالنسبة للاختصاص القضائي وكما رأينا سابقاً فإن كل من خلال تحديد الطبيعة القانونية لكل من الو كالة الو لائبة لتنظيم وتسيير العقارين الحضريين الديوان الوطني للأراضي الفلاحية فإن كليهما يعدان مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري.

وبالتالي فإنها وفي علاقتها مع الغير تعد تاجر تو بما أن كل من الديوان الوطني للأراضي الفلاحية و ك ذا الوكالة الو لائية للتنظيم لتسيير العقارين الحضريين هما الهيئتان المخول لهما قانوناً ممارسة حق الشفعة باسم الدولة، وكذا الجماعات المحلية وهذا وفق المواد 51 و 52 من قانون التوجيه العقاري، فإن القضاء العادي لا قضاء الإداري هو المختص في النظر في النزاعات التي تكون طرفاً فيها² أما عن رفع دعوى الشفعة أما بالنظر في دعوى الشفعة هي المحكمة المتواجدة العقار المشفوع فيه بدائرتها، لأن د عوى الشفعة دعوى عينية يطالب فيها الشفيع بملكية العقار المشفوع فيه لكون الشفعة سبب من أسباب اكتساب الملكية ولقد حسم قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 19 نوفمبر 1984 الذي قضى بأن ترفع دعوى الشفعة في المحكمة الواقعة في دائرتها العقار، وذلك في أجل ثلاثين يوماً.³

¹ نصت المادة 793 على: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في

حق الغير، إلا بإذاعت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار."

² حمدي باشا، نقل الملكية العقارية دار هومة، الجزائر، ص 46

³ بورابة مريم، حق الشفعة الإدارية في ظل القانون المتضمن التوجيه العقاري 90-25، مذكرة شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2011-2012، ص 106.

الفصل الثاني

الأحكام الكاشفة للملكية العقارية

يقصد بالأحكام الكاشفة للملكية العقارية الخاصة أنها تلك الأحكام التي لا تنشأ حقوق ولا وجبات تجاه أطراف الدعوى، وإنما فقط تقوم بكشف ما هو مقرر من قبل كحالة قسمة عقار مملوك ملكية شائعة، أو عن طريق الحيازة أو التقادم المكسب يجب تغيير الأحكام الصادرة في دعوى تثبيت الملكية أحكاما مصرحة وكاشفة للحقوق لأن ملكية الحق العيني العقاري، فيها قد انتقلت إلى مالكا بوضع اليد واكتسابها بالتقادم المكسب الطويل.

يشترط في هذا العقارات أن تكون موضوع تلك الأحكام غير مملوكة للدولة وأن تكون مدة الحيازة عليها لا تقل عن 15 سنة، ولا تكون تلك الحيازة علنية وهادئة وليس فيها وأن لا تكون مبنية على عمل من أعمال التسامح كالوديعة مثلا وأن تتوفر الحائز بالنية التملك وهذا ما أكدته أحكام المواد من 808 إلى 834 من قانون المدني الجزائري.

بالتالي متى توافرت شروط العقار محل الحيازة والمدة الدنيا المقررة لاكتسابه أمكن القاضي المعروض عليه النزاع القضائية بصفة مستقلة أو دفع أثارة الحائز للعقار لمدة 15 سنة شريطة أن يسبق ذلك الحكم وجوب القيام بتحقيق قضائي، وذلك بالاستماع إلى الشهود الذين يمكنهم أن يفيدوا مجرى التحقيق عملا بالمواد 150 إلى 153 من قانون إجراءات المدنية والإدارية، على أن يتم في الآخر ويفيد سيرورة الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية عن طريق التقادم إشهارها عن طريق أمين ضبط المحكمة على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، عملا بأحكام المادة 90 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري (مبحث أول).

عرف المشرع الجزائري الملكية العقارية في المادة 713 مدني جزائري بحيث تعتبر من أهم أنواع الملكية وتتمثل أهميتها في أنها كثيرة الانتشار في مجتمعنا، خاصة وأن الميراث عبارة عن شيوع وعادة ما يبقى لمدة طويلة بدون قسمة، إلا أن يجب الإشارة إلي أن الملكية الشائعة ليست الصورة المثلي للملكية، فاجتماع حقوق الشركاء المتشاركين علي الشيء على خير وجه، وتبعاً لذلك فإن المشرع قد أجاز للمالك في الشيوع الذي يطلب

بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص المادة أو اتفاق وهذا ما أكدته المادة 723 من قانون المدني الجزائري على أنه «يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها . فإن كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون».¹

بحيث يلجأ الشركاء على الشيوع إلى قسمة العقار الشائع قسمة العقار قسمة قضائية في حالة عدم تحقق إجماع الشركاء على قسمة عقار الشائع قسمة اتفاقية وأراد أحد الشركاء الخروج من الشيوع فيلجأ إلى القضاء لطلب القسمة قضائياً (مبحث ثاني).

1- أمر رقم 75-58، يتضمن قانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

المبحث الأول

الحكم المتضمن الاعتراف بالملكية العقارية عن طريق الحيازة والتقدم المكسب

لجأ المشرع الجزائري إلي إجراء التقدم المكسب الذي من خلاله يسمح للأفراد المالكين لعقارات، غير الثابتة بسند رسمي بإثبات حقهم عن طريق الحيازة المؤدية لتملك بالتقدم باعتباره وسيلة تخول لأي شخص التمسك به أمام القضاء بدفع يتضمن المطالبة بتثبيت الملكية العقارية وفق للأحكام الاعتراف بالملكية العقارية عن طريق الحيازة والتقدم المكسب (كمطلب أول) وإجراءات إصدار الحكم بالحيازة والتقدم المكسب (كمطلب ثاني).

المطلب الأول

الاعتراف بالملكية العقارية عن طريق الحيازة والتقدم المكسب

إن إجراء التقدم المكسب الذي اقتضته الضرورة تطهير الملكية العقارية واستقرار المعاملات لا يمكن التمسك بالحيازة، الإدعاء بالملكية إلا إذا توفرت جملة من الشروط والأحكام المنصوص عليه في المواد 827 إلي 834 التي بتحقيقها جاز للحائز المطالبة بتثبيت حقه في الملكية فذلك توافر إلي شروط الحيازة المكسبة للملكية العقارية (كفرع أول) وشروط التقدم المكسب للملكية العقارية (كفرع ثاني).

الفرع الأول

شروط إعمال الحيابة المكسبة

تعتبر الحيابة سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء يتأثر به ويقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب حق ملكية أو حق عيني آخر علي هذا الشيء¹.

أما بالنسبة المشرع الجزائري لم يرد في التقنين المدني تعريف للحيابة وإنما اكتفي فقط بالنص على أحكامها وذلك من خلال جملة من المواد التي ترد ضمن قانون المدني وكذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكما تناول هذا الأخير للحيابة وذلك في المواد 413 إلى 419 من باب الأول المتضمن دعاوى الحيابة من الكتاب السابع الخاص بالإجراءات المتعلقة بالمواد الخاصة وتشمل الحيابة علي عنصرين العنصر المادي والعنصر المعنوي، ولكي تكون الحيابة محل للحماية القانونية يشترط فيها أربعة أوصاف ذكرت في المادة 524 من قانون إجراءات مدنية وإدارية .

1. الهدوء: يجب أن يحوز الحائز العيني بصفة هادئة وبدون إكراه وإلا كانت معيبة بعيب الإكراه. إذا أكره الحائز شخص آخر كان حائز لشيء قبله على ترك الحيابة له، أي أن صاحب الحيابة قد حصل عليها بالقوة أو تهديد، وتظل الحيابة مشوبة بهذا العيب طالما بقي الاحتفاظ بها قائم على العنف.

وتصح الحيابة هادئة وسليمة وتنتج آثاره القانوني منذ اللحظة التي ينقطع فيها الإكراه، فعيب الإكراه مؤقت بزوال بانقطاع بنسبة ونسبي لا يستطيع التمسك به إلا من وقوع عليه الإكراه، فالقانون يشترط الحيابة أن تكون هادئة فهي تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه، فإذا

1- محمدي فريدة زواوي، الحيابة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ص07.

بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدي ابذي يقع أثناء الحيازة يمنعه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تضل هادئة رغم ذلك¹.

2. العلنية: يشترط في الحيازة إن تكون ظاهرة للملأ، أما من يعمد إلى الانتفاع بالشيء المحجوز سرا فلا يجوز له أن يتمسك بصحة حيازته ضد من كان يخفي عنهم هذا السر، لأن الحيازة التي يحوطها الكتمان تقوم على الشك، ولا يجوز التمسك بها في مواجهة الغير².

تعني العلنية تمسك الحائز بحيازته في مواجهة الكافة ومباشرة الأعمال التي من شأنها أن تظهر حيازته للجمهور الناس وخاصة من لهم في العلم بها، وإلا شابها عيب الخفاء³.

كأن تمارس ليلاً أو في الوقت الذي يكون الناس فيه منهمكين ومشغولين بأمر أخرى تجعلهم لا يفطنون للحيازة الممارسة من طرف الحائز وبالتالي متى كانت الحيازة خفية فإنها تكون معيبة بعيب الخفاء ولا تصلح أن تكون سبباً من أسباب كسب الملكية عن طريق التقادم المكسب⁴.

3. الوضوح : يجب أن تكون الحيازة واضحة لا لبس فيها أو غموض وإلا كانت معيبة، ويقصد بالوضوح إلا يوجد أمر يلبس حيازة الحائز لشيء على النحو يفسر حيازته تفسيراً آخر كأن يكون شريك في الشيء فنفسر حيازته له على أنه شريك، وقد يكون نائب عن المالك ولياً أو وصياً أو وكيلاً أو نحو ذلك فنفسر حيازته على هذا الأساس ويصيب عيب اللبس أو الغموض الركن المعنوي للحيازة أي عنصر القصد فيها حيث يثور الشك حول

1- محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة لطباعة والنشر، بيروت، ص 248.

2- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 33

3- بقعة فريد، فعالية آليات التطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة بن خدة بن يوسف الجزائر، 2013-2014، ص 103.

4- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراة في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014

نية الحائز وكما إذا كان يحوز لحساب نفسه أم لحساب غير، ويبدو ذلك في صفة خاصة في حالة الملكية على الشيوع عندما يحوز أحد الشركاء العقار الشائع كله، فلا يعرف ما إذا كانت نية تتجه إلي الحيازة العين لحساب نفسه أم انه يديرها لحسابه ولحساب باقي الشركاء. وكذا الحال بالنسبة للمورث الذي يضع يده على أعيان التركة، فلا يتضح ما إذا كان يستأثر بتلك الأعيان لحساب نفسه أم انه يديرها فقط لحساب كل الورثة،

وعيب اللبس والغموض عيب نسبي لا أثر له إلا قبل من التبس عليه أمر الحيازة فيما يتعلق بعنصر القصد، ففي حالة الغموض مثلاً في حيازة الوارث فان هذه الحيازة الغامضة لا ينتج أثرها بالنسبة إلى باقي الورثة إلا أنه يحتج بها على غيرهم¹.

4. حسن النية: يجب أن يكون حائز المنقول حسن النية أن يعتقد أنه تلقي الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق، فحسن النية غلط يقع فيه الحائز بدفعه إلى الاعتقاد بان المتصرف هو المالك المنقول، ويشترط أن يكون الغلط مغتفر، أي يكون نتيجة خطأ جسيم، والخطأ الجسيم هو ما يرتكبه شخص قليل العناية، ويعتبر الحائز سيئ النية إذا كان قد اغتصب حيازة المنقول بالإكراه وقد نصت على هذا المادتان 824-825 قانون المدني². ينتفي حسن النية إذا علم الحائز بالعيوب التي تشوب سند من تلقي منه الملكية، أما إذا علم الحائز بالعيوب التي تشوب سنده، فنطرق في هذا الصدد يبين العيوب التي تجعل التصرف القانوني غير صالح لان يكون سند صحيحا وبين العيوب التي تجعل التصرف القانوني قابل للأبطال، فبنسبة للعيوب تجعل التصرف القانوني غير صالح لان يكون سند صحيح كتصرف الباطل أو ضمنى، فلا محل للبحث عن حسن النية الحائز، فسواء كان حسن النية أو سيئها فلا يستطيع الإسناد إلي هذا التصرف لانعدام سند الصحيح فيه، أما بالخصوص العيوب التي تجعل التصرف القانوني قابل للأبطال لنقص أهلية أو لعيب في

1- محمد حسني منصور، المرجع السابق، ص284-285

2- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني، معدل ومتمم.

رضا فيفضل الحائز حسن النية ولو علم بها، ذلك لان حسن النية هو جهل الحائز بأن التصرف القانوني صادر من غير المالك ولا ينفي حسن النية الحائز أعماله بباقي العيوب التي تشوب سند¹ لا بد من توافر حسن النية وقت الحيازة فلا يكفي الحائز حسن النية وقت تلقي الحق².

5. الاستمرارية: ويعني توالي أعمال السيطرة المادية من الحائز علي العقار المحاز في فترات غير منقطعة، فإذا لم يتحقق ذلك وحدث تفاوت أو انقطاع، فإن الحيازة هنا تعد منقطعة غير مستمرة، ولا تصلح أساسا لحماية الحائز لا بدعوي الحيازة ولا للتملك بالتقادم المكسب³. ولم ينص المشرع الجزائري صراحة علي هذا الشرط ضمن الأحكام المادة 808 من القانون المدني، إلا انه أورد ضمن أحكام المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتعني الاستمرارية في حيازته توالي الأعمال سيطرة مادية، وعلى ذلك ليس من الضرورة أن يستعمل الحائز العقار الذي يحوزه في كل وقت بغير انقطاع حتى تكون الحيازة مستمرة بل يكفي أن يستعمله كما يستعمل المالك ملكه عادة

الفرع الثاني

شروط التقادم المكسب للملكية العقارية.

جاء القانون المدني الجزائري ويحدد مدة التقادم من خلال المادة 827 من القانون المدني الجزائري⁴، حيث تعتبر الحيازة القانونية بكافة شروطها الواردة على عقار قابلة

1- محمدي فريدة (زاوي)، المرجع السابق، ص- ص 140-141.

2- عليعلي سليمان، المرجع السابق، ص 307.

3- حمدي باشا عمر، أليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص23.

4- نصت المادة 827 على مايلي: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً كان أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ملكا، إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع "

للتعامل فيها وتملكها خلال مدة معينة للتمسك بالملكية أمام القضاء، أين يكون الحكم الصادر بمقتضاه سند للملكية، بعد استفاء هـ للإجراءات المقررة قانوناً من تسجيل وإشهار.¹

لكن لا يكفي أن تكون الحيابة الفعلية لممارسة الأعمال المادية والسيطرة عليها بل يستوجب أن تكون الحيابة ظاهرة للملأ، أما من يعمد إلى الانتفاع بشيء المحوز سرا فلا يجوز له أن يتمسك بصحة حيازته ضد من كان يخفي عنهم هذا السر، لان الحيابة التي يحيطها الكتمان تقوم علي الشك ولا يجوز التمسك بها في مواجهة الغير²

فضلا عما سبق،للحيابة القانونية من أثر في تملك العقار بالتقادم،باستجماع ركنيها المادي والمعنوي فإن المشرع قيد إكمال الحيابة المؤدية للتقادم علي نوع معين العقارات دون سواه مما يجعل التحقيق حول هذا الشرط من طرف قضاة الموضوع³

أولا : أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقادم .

يكون قابلا للتمسك بالتقادم المكسب كل عقار كالأراضي الزراعية، وغير الزراعية، وما عليها من مباني ومنشآت إذا كانت حيازتها صحيحة طيلة هذه المدة، وكذلك كل حقوق الارتفاق الظاهرة كالممرات⁴ فالقاعدة العامة أن كل ما يجوز تملكه يجوز حيازته.

غير أن القاعدة وردت عليها استثناءات في نص صريح تضمنته المادة 682 من القانون المدني الجزائري «كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية .

1-صرادوني رفيقة، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص

2-حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيابة،"عقد الشهر شهادة الحيابة"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 33.

3-عبد الناصر توفيق العطار، شرح أحكام حق الملكية، مؤسسة البستاني للطباعة، القاهرة،

4-رواينية عمار، التقادم المكسب، مجلة الاجتهاد القضائي الغرفة العقارية، جزء الثاني، 2004، ص 98.

والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجية بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية.»

كما أضافت المادة 689 من القانون المدني الجزائري: «لا يجوز التصرف في أملاك الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم...»¹

نجد أملاك الدولة من خلال استقراء هذه المادة غير قابلة للتملك عن طريق التقادم سواء الأملاك الوطنية الخاصة وكذا الأملاك الوقفية وأراضي العرش، تستبعد في هذا الصدد أيضا العقود الرسمية المشهورة، والتي فصلت فيها المديرية العامة للأملاك الوطنية، قصد استبعاد تطبيق أحكام المنصوص على العقارات التي تحوز علي سندات مشهورة مسبقا بالمحافظة العقارية².

حتى تتحقق الحيابة القانونية علي العقار القابل للتقادم المكسب يجب أن تكون مدة الحيابة كاملة وفقا لما هو مقرر قانونا.³

ثانيا: العقارات التي لا يجوز اكتسابها بالتقادم:

اعتبر قانون التوجيه العقاري لأملاك العقارية الوطنية والأملاك العقارية الوقفية صنفان مستقلان من حيث طبيعتها والنظام القانوني لها، مما يدفع وعلى أساس طبيعة وخصوصية هذه الملاك المحاطة بقواعد ومبادئ الحماية القانونية إلي بحث مدي خضوعها لقواعد التقادم المكسب، مبرزين رأي الفقه والقضاء في ذلك:

1- أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

2- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 196069، المؤرخ في 26 أبريل 2000، يتعلق برفع دعوى منع التعرض المتعلق بأرضي العرش، المجلة القضائية، عدد 01، 2000، ص-ص 17-19 .

3- نتوري سعاد، وارث وسام، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة لنبل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013-2014، ص 38.

أ. حظر تملك الأملاك الوطنية بالتقادم:

اعتمد المشرع في قانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية¹ على المعايير التقليدية المعتمدة للتفريق بين الأملاك الوطنية العمومية والأملاك الوطنية الخاصة من حيث الطبيعة والغرض الذي رصدت لتحقيقه² وتنتج عن هذا المعيار ازدواجية النظام القانوني فحسب هذه النظرية، فإن الأملاك العمومية هي تلك الأملاك المخصصة للمرافق العامة، وتلك المذكورة بالمادة 17 من دستور 1989 والتي لا تكون محلا للملكية الخاصة بحكم طبيعتها أو غرضها ولا تقبل التصرف والحجز والتملك بالتقادم، واستقر قضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة في قرارات لهما على هذا المبدأ، بحيث جاء في قرار رقم 258 المؤرخ في 24 أبريل 2000 بمايلي: «...حيث أن القطعة الأرضية التي يلتمس المستأنفون بالاعتراف اكتسابها بالتقادم مهما الزمن»³. إلا غالبية الفقه يري بقبول خضوع الأملاك العقارية الوطنية الخاصة للتقادم المكسب بمفهوم المحالفة للمادة 3 من قانون الأملاك الوطنية وطالما أن الحضر القانوني التصريح يشمل الأملاك العقارية الوطنية العمومية فقط تطبيقا لنص المادة 4 من نفس القانون.

1- قانون رقم 90-30 مؤرخ في 1 ديسمبر 1990 يتضمن قانون الأملاك الوقفية، المعدل والمتمم، الجريد الرسمية، عدد 43.

2- المادة 12 من قانون 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 جويلية، الجريدة الرسمية، العدد 44 / مؤرخ في 03 أوت 2008 ص10 علي أنه "تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفا مطلقا أو أساسيا مع الهدف الخاص بهذا المرفق وكذا الأملاك التي تعتبر من قبيل الملكية العمومية بمفهوم المادة 17 من الدستور . لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تملك خاص أو موضوع حقوق تملكية".

3- القرار المحكمة العليا رقم 198170 المؤرخ في 26 جويلية 2011، الإجتهد القضائي الغرفة العقارية، ص224 .

ب. حظر التملك العقارية الوقفية بالتقادم:

الوقف نمط من أنماط الملكية في الشريعة الإسلامية، يعرف على أنه «منح التصرف في رقبة العين التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وجعل المنفعة لجهة من جهات...وانتهاء» تم تنظيمه في البداية بموجب أحكام قانون الأسرة. رقم 48-11 المؤرخ في 04 جوان 1984 "المعدل والمتمم"، حيث نص بموجب المادة 23⁽¹⁾. منه على منع التصرف في الأصل المالك الوقفي في أنواع التصرف⁽²⁾.

إن هذا المفهوم العام يؤدي إلي عدم جواز تملك المال العقاري الوقفي بالتقادم المكسب، إذا أن القاعدة أنه ما لا يجوز التصرف فيه لا يجوز حجزه ولا تملكه بالتقادم لا يجوز كسبه في انتقال حق الملكية، على أساس أن الوقف يجعل ملك

ثالثا: من حيث المدة

بالرجوع إلي أحكام القانون المدني لاسيما المواد 827-828-829 من القانون المدني الجزائري منه نجد أن المشرع الجزائري قسم التقادم المكسب إلي ثلاثة أنواع :

حسب نص المادة 827 من القانون المدني الجزائري وهذا النوع من التقادم هو تقادم المكسب الطويل.¹

كما نصت المادة 828 من نفس القانون وهذا النوع من التقادم هو تقادم المكسب القصير.²

ونصت المادة 829 من قانون ذاته وهذا النوع من التقادم هو من الحقوق الميراثية.³

1- نصت المادة 827 من القانون المدني على مايلي: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته لمدة 15 سنة بدون انقطاع"
 2- نصت المادة 828 من القانون المدني على ما يلي: "إذا وقعت الحيازة على عقار أو منقول أو حقاً عينياً عقارياً، وكانت مقترنة بحسن النية، ومستنداً في الوقت نفسه إلي سند صحيح، فإن مدة التقادم تكون 10 سنوات."
 3- نصت المادة 829 من القانون المدني على مايلي: "لا تكتسب بتقادم في جميع الأحوال إلا إذا دامت الحيازة 33 سنة".

مما سبق يتضح لنا جليا أن المشرع أخذ بثلاث أنواع التقادم المكسب للملكية وهي التقادم الطويل، التقادم المكسب القصير، التقادم المكسب الحقوق الميراثية¹.

أ- التقادم المكسب الطويل:

حسب مضمون المادة 827 : «من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار ذلك ملكا إذا استمرت حيازته لمدة 15 سنة بدون انقطاع» يتبين من هذه المادة أن تقادم المكسب الطويل يرد على حيازة الحقوق العينية وحدها وعلى لا رأسها حق الملكية ذلك سواء وقعت الحيازة على عقار أو على منقول، إذا أن الحقوق الشخصية لا يشملها التقادم المكسب حتى ولو كانت قابلة للحيازة، وذلك للمستأجر والقانون يشترط استمرار الحيازة لمدة 15 سنة دون انقطاع، وليس الحقوق العينية كلها قابلة للتملك المكسب بل هناك شروط لا بد توافرها.

المقصود بأن يكون الحق جائز التعامل فيه لطبيعته، وذلك كالهواء مثلا أو كرمال البحر...إلخ، وكذلك أن يكون الحق جائز التعامل فيه لغرض الذي حصص له كالأموال الوطنية العامة والخاصة لأنها مخصصة لنفع العام والأموال الغير القابلة للتعامل فيها في القانون الجزائري هي أموال الدومين العام، وأموال الدومين الخاص إذ نصت المادة 689 من قانون المدني على " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم. غير أن القوانين التي تخصص هذه الأموال لا حدي المؤسسات المشار إليها في المادة 688 تحدد شروط إدارتها، وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها "تملكها بالتقادم."⁽¹⁾

هذه المادة تشمل أموال الدومين العامة والخاصة.

1- عمار واينية، "التقادم المكسب، مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية، الجزء الثاني، قسم الوثائق، المحكمة العليا، 2004، ص 97.

وكذلك أيضا المادة 859 من القانون المدني والتي ألغيت بموجب قانون 87-19 والمتعلق بالمستثمرات الفلاحية.

وكذلك تدخل في الأموال غير القابلة للتعامل فيها الأموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة والهيئات العامة والشركات القطاع العام غير التابعة لأيهما والأوقاف الخيرية

لا يكفي أن يكون العقارات قابل لتعامل فيه حتى يكون قابل لتملك عن طريق وضع اليد المكسب للملكية، بل يجب أيضا أن يكون حق قابل للحيازة إذا لتملك التقادم يفترض فيه أن يكون الشيء قد خضع للحيازة مدة طويلة، والأصل أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون أيضا قابل للحيازة ولكن هذا الأصل قد ترد عليه استثناءات فهو استثناءات فهو لا يأتي دائما¹.

ب- التقادم المكسب القصير:

نصت عليه المادة 828 من القانون المدني الجزائري على أنه: «إذا وقعت الحيازة علي عقار أو منقول أو حقا عينيا عقاريا، وكانت مقترنة بحسن النية، ومستندا في الوقت نفسه إلي سند صحيح، فإن مدة التقادم تكون 10 سنوات».

إن التقادم المكسب هو نوع ثاني من أنواع المكسب للملكية التي ذكرها المشرع ضمن نصوص القانون المدني، وما يميزه عن التقادم المكسب الطويل هو قصر المدة من تاريخ وضع اليد إلي تحقق التقادم حيث حددها المشرع الجزائري بعشر سنوات .

1-ثابتي وليد، التقادم المكسب في ظل نظام، شهر العيني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون عقاري،كلية

الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008، 2009، ص-ص 21- 22

خلافا للمشرع الجزائري فإن المشرع المصري قد حدد مدة التقادم المكسب القصير بخمس سنوات فقط واشترط في المادة 1/828 من القانون المدني الجزائري توافر حسن النية لدي الحائز وذلك أن يكون صحيح يدعم به حسن نيته¹.

ج. التقادم الحقوق الميراثية :

حسب مضمون المادة 829 من قانون المدني نجد أن المشرع الجزائري قد أقر بأن لا يكسب التقادم في جميع الأحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت الحيازة 33 سنة حيث أقر المشرع بإمكانه كسب الحقوق الميراثية بتقادم المكسب إذا دامت 33 سنة كاملة، حيث أن المشرع الجزائري وقع في خطأ كون إن الإرث هو عبارة عن مجموعة لا تتصور عليها أن يقع عليه التقادم المكسب، وإذا كان من المعقول تصور أنه ينقطع بتقادم المسقط فلا يمكن بطبيعة الحال تصور شخص غير وارث أن يصبح مالكا يحق الإرث بمرور الزمن.

أما الأموال المورث فهي على خلاف الإرث يجوز كسبها بتقادم، لكن مدته تطول أو تقصر حسب نوع التقادم الذي يرد عليه أي 15 سنة إذا كان التقادم المكسب الطول هو 10 سنوات إذا كان التقادم المكسب قصير وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا الذي صدر في هذا الصدد جاء فيه ما يلي "حيث أنه وإن كانت المادة 829 من قانون المدني مكنت من كسب الحقوق الميراثية بالتقادم إلا أنها اشترطت أن تدوم الحيازة 33 سنة، وبما أنه لم يثبت للقضاء في قرارهم المطعون فيه توافر حيازة الأرض لم يثبت لهم وجود قسمة بين الورثة، لذا على قرارهم ماله النقض والإبطال².

1- ثابتي وليد، المرجع السابق، ص 23.

2- قرار المحكمة العليا 20439، الصادر بتاريخ 22 نوفمبر 2000، مجلة الاجتهاد القضائي، الغرفة العقارية المرجع السابق، ص 233.

المطلب الثاني

إجراءات إصدار الحكم بالحيازة والتقادم المكسب

مكن المشرع الجزائري حائز العقار أو الحق العيني العقاري بعد استكمال المدة القانونية للحيازة من له الحق التملك العقار في التقادم المكسب بشرك ضرورة أن يتم التمسك به صراحة عن طريق دعوى أو دفع في دعوى الحيازة، وينتهي بصور حكم قضائي نهائي بحيث يمثل سند ملكية الحائز فيما بعد (فرع أول) مما يتعين تطرق إلي دراسة آثار الحكم بالتقادم المكسب (فرع ثاني).

الفرع الأول

التمسك بالتقادم المكسب أمام القضاء

يمكن للحائز الذي يحوز العقار حيازة قانونية ومستوفية لشروطها القانونية أن يرفع دعوى الاستحقاق ضد الشخص الذي ينازعه في حيازته طبقا لنص المادة 827¹ من قانون المدني، والقاضي الذي يطرح عليه النزاع، يجب عليه أولا أن يتفحص جيدا الملف التقني الذي يدعم به حائز عريضة دعوى

أولا: عن طريق الدعوى

في حالة ما إذا اعتدى شخص علي أجر إذا يفترض تحريك الدعوى القضائية وجود حق أو مركز قانوني متنازع فيه بصفة جدية² يتم فيها تثبيت ملكيته لعقار

1-المادة 827 من قانون مدني نصت على: *إذا وقعت الحيازة علي عقار أو منقول أو حقا عينيا عقاريا، وكانت مقترنة*

بحسن النية، ومستندا في الوقت نفسه إلي سند صحيح، فإن مدة التقادم تكون 10 سنوات "

2- محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،

1999، ص 25 .

عن طريق التقادم المكسب في مواجهة المدعي عليه، فبمجرد رفع الدعوى يصبح العقار المطلوب ثبوت ملكيته للحائز متنازعا فيه فتنشأ بذلك الخصومة القضائية للحائز المعتدى علي هذا الحائز.

والمدعي في هذه الدعوة هو الحائز باعتباره هو الذي يطلب بثبوت ملكيته للعقار المحاز أساس التقادم المكسب في حالة ما إذا خرج من حيازته بعد اكتمال مدة التقادم بفعل الغير.

أما المدعي عليه فهو ألت إليه الحيازة أو من ينازع الحائز فيها سواء كان هو المالك الحقيقي أو الغير¹ ولصحة التمسك بالتقادم المكسب عن طريق الدعوى يجب احترام جميع الإجراءات الواجبة أجراؤها بشأن رفع الدعوى حتى تكون مقبولة شكلا طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية خاصة من 12 إلي 24 منه والمادة 459.

ولا يشترط في التمسك بالتقادم بهذه الطريق شكلا خاصا إذ يصح أن يكون صريحا أو ضمنيا، غير أنه في حالة ما إذا كان ضمنيا، يجب أن يستخلص بوضوح من طلبات الحائز بحيث...القاضي.²

أي شك أو غموض في حصول التمسك بالتقادم المكسب حيث مثلا يتعين على الحائز أن يبين نوع التقادم المكسب لا يعني بالضرورة التمسك بالنوع الأخر.

إذا استوفى التقادم المكسب شروطه تكون الحيازة دليل علي الملكية إلي أن يقوم الدليل عكس فيفترض في الحائز انه هو المالك³.

1- عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية، دار الفكر الجامعي، مصر، ص 42.

2- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1060.

3- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 499.

و إذا حصل التمسك بالتقادم عن طريق الدعوى أمام المحكمة الابتدائية فإن صدر الحكم لصالح الحائز علي أساس التقادم المكسب، يكفي الحائز في حالة الاستئناف طلب تأييد الحكم المستأنف حتى يمكن اعتباره متمسكا بالتقادم غير أنه إذا لم تؤسس المحكمة حكمها على التقادم المكسب فيجب علي الحائز أن يتمسك به من جديد أمام جهة الاستئناف حتى يمكن اعتباره متمسكا بصورة صحيحة¹.

إذا يكفي الحائز لدفع دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض في الحيازة حتى إذا استقرت الحيازة في يده وانتفع بالعقار المالك، فيها بعد خصمه حتى يرفع عليه دعوى الاستحقاق وبالتالي لا يكفي بإثبات ملكيته للعقار المتنازع عليه إذ يقع عبئ الإثبات علي المدعي، دون البحث في سند ملكية المدعي عليه أي الحائز وذلك لأن عدم إثبات ملكية المدعي عليه للحق المتنازع عليه لا يقتصر بالضرورة ثبوتها للمدعي والحائز في هذه الدعوى يوجد في مركز يسمح له أن يدفع الاستحقاق المقامة ضده من طرف المالك الحقيقي عن طريق التمسك بالتقادم المكسب باعتباره أنه حاز العقار المدة القانونية التي يتطلبها المشرع للتملك بالتقادم².

وعلى حائز عريضة الدعوى من حيث:

1. وجود مخطط بياني للملكية معد من طرف خبير معتمد وفقا لأمر 95-08 مؤرخ في

2 جانفي 1999 المتعلق بمهنة المهندس خبير عقاري³.

2. وجود شهادة من البلدية أن العقار لا يحل ضمن الأملاك البلدية أو احتياطاته

العقارية.

1- عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة، المرج السابق، ص 266.

2- رمضان أبو السعود، مرجع سابق، ص-ص 691-692.

3- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 95-08، المتعلق بمهنة المهندس خبير عقاري، الجريدة الرسمية، العدد 20 لسنة 1995.

3. وجود شهادة من إدارة أملاك الدولة يثبت الطبيعة القانونية للعقار أن سبق أن كان محل عقد ملكية¹

ثانيا : عن طريق الدفع

الدفع هي أداة من أدوات استعمال الحق في الدعوي، يجد فيها المتقاضي ادعائه بالملكية عن طريق التقادم طالبا من القضاء للحصول على الحماية القضائية فيجوز للحائز أن يتمسك بالتقادم المكسب في شكل دفع ضد المدعي .
فالتقادم المكسب دفاع في الخصومة قائمة، يحتفظ به صاحبه إلي أن تقام عليه الدعوي، فهو ليس إنكارا فحسب أو موقفا سلبيا من جانب المدعي عليه وإنما يتضمن ادعاء كالطلب تفصل فيه المحكمة.

الدفع هو الإجراء الذي يجيب به الخصم علي طلب خصمه بقصد تقادي الحكم له في الموضوع فهو يوجه إلي أصل الحق المدعي به، حيث يتميز هذا الدفع بالخصائص التالية :
- لا يتعلق بالنظام العام هو مقرر لمصلحة الخصوم، ولكل ذي مصلحة في الدعوي ولا يجوز للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه²

ولما كان هذا الدفع موضوعي مقرر لمصلحة الأطراف فيمكن التمسك به في أية مرحلة كانت عليها الدعوي، فإذا فات الحائز التمسك به أمام محكمة الدرجة الأولى جاز له التمسك به أمام جهة الاستئناف ما لم يقلل باب المرافعات³.

1- د محمودى عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، دار بغدادى للطباعة والنشر والتوزيع، حي بن شوبان، الرويبة، الجزائر، 2009، ص 130.

2- أجازت المادة 1/32 من الأمر 57-58، المتضمن القانون المدني العدل والمتمم، للدائن ومن له مصلحة في حيازة الحائز أن يتمسك بالتقادم إذا لم يتمسك به الحائز ويكون ذلك عن الدعوي غير المباشرة التي يباشر فيها حقوق مدنية طبقا للمادة 189 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم .

3- أبو الوفاء أحمد، مرجع سابق، ص 182 .

هذا ما نصت عليه المادة 321 من الأمر 66-154 المتضمن الإجراءات المدنية إلا أن التمسك به أمام المحكمة العليا غير مقبول، هذا ما قضت به «التمسك بالتقادم الأول مرة أمام المجلس الأعلى سابقا (محكمة العليا حاليا) يعد غير مقبول»¹.

وأخيرا فإن الحكم الصادر في هذا الدفع بقبوله ورفض الدعوي أو رفض الدفع الموضوعي يكون حكما موضوعيا حاسما للنزاع بصفة نهائية، ويجوز حجية الشيء المقضي به بالنسبة لموضوع الدعوي فلا يجوز إقامة دعوي جديدة وهذا حسب الأحكام العامة للدفع الموضوعي².

وإذا كان الحق في الدعوي يستعمل بوسيلتين أساسيتين كقاعدة عامة فإنه قد يتم بها استخدام الدعوي كالتحكيم ونظام الأوامر ومهما كانت الصورة التي يستعين بها الحائز في دعواه الرامية إلي تعزيز مركزه القانوني فإنه يجب أن تمارس أمام الجهات القضائية المختصة، وفيما يلي نتناول في الفقرة الثانية الجهة القضائية المختصة، وسلطة القاضي في دعوي الحيابة.

1- قرار مجلس الأعلى رقم 19259 المؤرخ بتاريخ 31 مارس 1982 (منشور) المجلة القضائية، عدد خاص، سنة، 1982 ص 107.

2- ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيابة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007، 2006، ص-ص 101 103.

المبحث الثاني

الحكم المتضمن التصريح بالقسمة العقار.

يقصد بالأحكام القضائية المصرحة بالملكية العقارية الخاصة أنها لا تنشأ حقوقاً ولا واجبات تجاه أطراف الدعوى وإنما فقط تقوم بكشف ما هو مقرر من قبل كحالة قسمة عقار مملوك ملكية شائعة. وهذا ما سوف نقوم بدراسته في المطلبين بحيث يتضمن المطلب الأول حالات القسمة وإجراءاتها والآثار المترتبة عن القسمة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

حالات القسمة القضائية وإجراءاتها.

مع أن عدم اتفاق الشركاء على القسمة هو من أهم الحالات اللجوء إلى القسمة القضائية إلا إن هناك حالات أخرى تدعو الشركاء إلى القسمة القضائية مع اتفاقهم على القسمة (كفرع أول) وإجراءات القسمة القضائية (كفرع الثاني).

الفرع الأول

حالات القسمة.

تكون القسمة القضائية في حالتين:

أولاً: القسمة العينية.

يقصد بالقسمة العينية توزيع العقار الشائع بين الشركاء من طرف المحكمة المختصة وهذا في حالة إمكانية قسمته عينياً، فيحصل بذلك كل شريك على جزء مفرز بما يعادل حصته الشائعة في العقار الشائع وتتم القسمة العينية على ثلاث مراحل :

المرحلة الأولى: قسمة العقار الشائع إلى حصص.

حسب مضمون المادة 2/724 من القانون المدني الجزائري على أنها: «...و تعين الحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا وأكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إذا كان المال يقبل القسمة عينيا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته»¹. 64.

الأصل في القسمة القضائية هو قسمة العقار الشائع قسمة عينية وذلك بإعطاء كل شريك جزء من العقار الشائع².

يتولى القاضي إجراء عملية القسمة إلا أن من الناحية العملية والفنية يستحيل ذلك فيقوم بتعين خبيرا أو أكثر نظرا لدور الخبرة في مجال تقسيم العقارات بالإضافة إلى دوره في تحقيق المساواة بين المتقاسمين وإرضاء جميع الخصوم، فنقل الخبرة على توضيح واقعة مادية وتقنية محضة للقاضي.

بعد تعين القاضي للخبير يتولى هذا الأخير تقييم العقارات الشائعة وقسمته حصصا ويقوم بتكوينها على أساس اصغر نصيب إذا كان ممكنا، ويمكن أن تكون القسمة الكلية فيقيم كل العقار الشائع، أو قد تكون القسمة جزئية فينقسم جزء من العقار الشائع المعني بالقسمة وترك الجزء الباقي شائعا³.

وقد نتجته إرادة بعض الشركاء إلى إنهاء حالة الشيوع دون البعض الآخر فيتولى الخبير مسح الأراضي وفرز حصة كل شريك على أساس اصغر نصيب⁴، ويمكن له اقتراح مشروع قسمة ويبين فيه أساس اقتراحه.

1- الأمر رقم 75-58 يتضمن قانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

2- محمد حسين، الحقوق العينية الأصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000، ص 101.

3- عشوي سليمة، بلخفة حوى، النظام القانوني للملكية العقارية الشائعة، مذكرة نيل شهادة ماستر في القانون، تخصص قانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2017، ص 69.

4- عبد المجيد رحابي، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة حاج لخضر، باتنة، 2009، ص 76.

بحيث يلتزم القاضي عند تعيينه للخبير تحديد المهام المكلف بها بدقة، وبأمره بتقويم العقار الشائع وقسمته إلى حصص متساوية على أساس اصغر نصيب¹. وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 725 من قانون المدني الجزائري على أنه: «يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية»².

مثال ذلك ثلاثة شركاء على الشيوع لعقار شائع وكانت أنصبتهم النصف، أو الثلث أو السدس فتقسم العقار الشائع أساساً.

يقوم القاضي بعد تكوين الحصص بتوزيعها على المتقاسمين كل يقدر حصته في العقار الشائع.

المرحلة الثانية: الفصل المنازعات.

حسب المادة 726 من التقنين المدني الجزائري على أنه: «تفصل المحكمة في المنازعات وخاصة ما تعلق منها بتكوين الحصص»³.

يبين لنا من نص المادة أن المحكمة تفصل في نوعين من المنازعات التي تنشأ بين الشركاء قبل الفصل في دعوى القسمة منها المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص ومنازعات أخرى لا تتعلق بتكوين الحصص، وهذا دون الجهة القضائية التي تختص بالفصل في هذه المنازعات، وبالتالي يؤول الاختصاص النوعي للفصل في هذه المنازعات إلى المحكمة

1- عمار حيتوس، الملكية الشائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في

العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، ص 286.

2- أمر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

3- أمر 75-38 يتضمن القانون المدني الجزائري، السالف الذكر.

الابتدائية التي تفصل فيها الحكم ابتدائي قابل الاستئناف أمام مجلس القضاة¹، ولهذا على خلاف المشرع المصري الذي حدد المحكمة المختصة بالفصل في المنازعات².

- المنازعات المتعلقة بتكوين الحصص :

هي المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، إنما تتعلق بصحة ملكية الشريك كادعاء بعدم الشركاء تساوي الحصص أو إمكانية إجراء القسمة بدون معدل³.

- المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص:

هي المنازعات التي لا تتعلق بتكوين الحصص، إنما تتعلق بصحة ملكية الشريك كادعاء بعدم ملكية احد الشركاء نصيبه من العقار الشائع واستبعاده عن دعوى القسمة أو النزاعات المتعلقة بمقدار احد الشركاء، فيدعي أن مقدار نصيب أحد الشركاء 1/3 بدلا من النصف أو المطالبة بإخراج أحد الشركاء من دعوى القسمة لتصرفه في حصته لأجنبي، وتفصل المحكمة في المنازعات بموجب حكم قابل الاستئناف ويكون الفصل فيها وجوبي⁴.

المرحلة الثالثة : الحكم بإعطاء كل شريك نصيبه مفرز.

بعد الفصل نهائيا في المنازعات دعوى القسمة، يقوم من يهمله التعجيل بتحريك دعوى القسمة من جديد بعد ما أوقفتها المحكمة للفصل في منازعات دعوى القسمة، ويصدر من

1- عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص 83.

2- تنص المادة 838 من القانون المصري على أنه " تفصل المحكمة الجزئية في المنازعات التي تتعلق بتكوين الحصص، وفي كل المنازعات الأخرى التي تدخل في اختصاصها، فإذا قامت منازعات لا تدخل في اختصاص تلك المحكمة كان عليها أن تحيل الخصوم إلي المحكمة الابتدائية، وان تعين أهم الجلسة التي فيها وتوقف دعوى القسمة إلى أن يفصل نهائيا في تلك المنازعات ".

3- عمار حيتوس، المرجع السابق، ص 287.

4- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المرجع السابق، ص 925 ص 926.

المحكمة حكم يقضي بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز وتنتهي بذلك دعوي القسمة وتتم عملية القسمة وفق لطريقتين¹:

أ. القسمة بطريقة الاقتراع:

تنص المادة 727 من القانون المدني الجزائري «تجري القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز»² يعد قسمة العقار الشائع إلي حصص، يتم توزيعها إلي الشركاء كل بحسب حصته واعتبار أن هذه الحصص التي تؤول إلي الشركاء غير معروفة، فيتم توزيع لهذه الحصص بطريق القرعة بهدف التعيين الحصص، وذلك ضمانا لتحقيق فرص متساوية فتباشر المحكمة القرعة بين الشركاء .

أكدت المحكمة العليا على هذا الإجراء في القرار رقم 233109 مؤرخ في 17 جويلية 2002 في مفادها: «تم قسمة المال الشائع في حالة الشركاء وتعيين خبير من طرف المحكمة، عن طريق تكوين الحصص وإجراء القرعة»³.

ب. القسمة بطريق المعدل

حسب المادة 2/725 من القانون المدني: «... وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينيا، عوض بمعدل كما نقص من نصيبه»⁴.

يتضح من المادة أنه في حالة تعذر قسمة العقار الشائع إلي حصص عينية متساوية يتم اللجوء إلي القسمة بطريق المعدل، وذلك بتعويض التقاسم كما نقص من حصته بمبلغ

1- عشوي سيلية، بلخلفة حوي، المرجع السابق، ص 71.

2- أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، (معدل ومتمم)، السالف الذكر.

3- مجلة المحكمة العليا، العدد 2، 2004، ص 323.

4- أمر رقم 58-75، يتضمن القانون المدني، السالف الذكر.

نقدي يقدمه المتقاسم الذي ألت إليه أكبر حصة حتى تتعادل الحصتان ويسمي هذا المبلغ بالمعدل¹.

ولتطبيق القسمة بطريق المعدل يشترط حصول كل متقاسم على حصة عينية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار رقم 331235 مؤرخ في 18 أكتوبر 2006 في مبدأ مفاده «إذا تعذر علي أحد الشركاء أخذ كامل نصيبه عينيا، عوض بمعدل كما نقص من نصيبه»².

أما بالنسبة لقسمة العقارات الشائعة بين الدولة والخواص قسمة قضائية. ففي حالة عدم الموافقة علي المحضر المصادق عليه الذي يتضمن توزيع الحصص من قبل أحد أو عدة شركاء، أو في حالة رفعهم لدعوي قضائية تلتزم مصالح أملاك الدولة بالمصادقة علي القسمة أو تعيين الشخص الذي تتوفر فيه صلاحية إجرائها أمام الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا.

ثانيا: قسمة التصفية.

تتقرر قسمة التصفية في حالة تعذر قسمة العقار الشائع عينيا³، وذلك ببيع العقار الشائع بالمزاد العلني وقسمة ثمنه بين الشركاء كل حسب حصته حسب المادة 728 من قانون المدني⁴.

1- عمار حيتوس، المرجع السابق، ص ص 288-289 .

2- مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006، ص 407 .

3- عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي علي القانون المدني، الكتاب الثامن، الحقوق العينية الأصلية، دار المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2002، ص 208 .

4- المادة 728 من القانون المدني: "إذا تعذرت القسمة كليا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة علي الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

فتتم القسمة بطريق التصفية إذا كانت القسمة العينية غير ممكنة أو قد تؤدي إلى إحداث نقص في قيمة العقار مثال ذلك قطعة أرضية صغيرة مملوكة لأربعة شركاء علي الشيوع تؤدي قسمتها إلى فقدان قيمتها، فيتم بيعها بالمزاد العلني.

يعود اختصاص النظر في استحالة القسمة إلى المحكمة ويمكن لها أن تستعين بالخبرة، ويتم بيع العقار الشائع بالمزاد العلني، وفقا للإجراءات المدنية والإدارية على أنه تقرر بحكم أو قراراتها بيع العقار أو الحق العيني العقاري المملوك بل الشيوع لعدم إمكان القسمة بغير ضرورة أو لتعذر القسمة عينا بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط بعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهمهم التعجيل من المالكين علي الشيوع التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهمهم التعجيل من المالكين علي الشيوع، تشمل قائمة الشروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 أعلاه، علي جميع المالكين علي الشيوع وموطن كل منهم ويرفق بها فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني.

يستخلص من مفهوم المادة 728 من قانون المدني والمادة 786 من قانون الإجراءات السالفة الذكر أنه يتم إلى قسمة الشائع العقار قسمة تصفية في حالة تعذر القسمة عينيا أو كان من شأنه أن يحدث نقص في قيمة العقار وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها رقم 201854 مؤرخ في 27 سبتمبر 2000 في مبدأ مفاده: «مادام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عنها انخفاض في قيمته فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب»¹.

1- الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزء الأول، 2004، ص 274 .

يتضح من مضمون المادة 786 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر على أنه إذا تم ثبت بيع عقار مملوك علي الشيوخ بموجب حكم أو قرار قضائي استحالة قسمة عينيا أو بالنظر إلي ما قد يرتبه من أضرار فيمكن بيعه بالمزاد العلني وفقا لقائمة شروط البيع التي يقدمها المحضر القضائي التي تودع في أمانة ضبط المحكمة التي يقع في دائرتها العقار التابع وذلك بناء على طلب في احد الشركاء الذي يهمله التعجيل مع العلم أن قائمة شروط البيع تشمل على ذكر جميع المالكين على وموطن كل شريك بالإضافة إلي إرفاق قائمة شروط البيع إلي كل من الدائنين وأصحاب الحقوق العينية وجميع المالكين علي الشيوخ الذين يكون لهم الحق في طلب إلغاء قائمة شروط وذلك بالاعتراض على القائمة إذا دعت الضرورة إلي ذلك وهذا موافق لنص المادة 787 من القانون المدني¹.

أوردت المادة 783 البيانات التي تتضمنها قائمة شروط البيع من الأذن الصادر بالبيع وتعين العقار، موقعه، وحدوده، ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء... وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه وإذا كان العقار بناية يحدد الشارع ورقمه وأجزاء العقارات بالإضافة إلي تجزئة العقار إلي أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك، مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء وبيان سندات الملكية، وترفق هذه القائمة بالإضافة إلي هذه البيانات بمستخرج الضريبة العقارية مستخرجة من عقد الملكية والإذن بالبيع عند الاقتضاء والشهادة العقارية وهذا طبقا لنص المادة 784 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

يجوز لكل شخص الدخول في المزايدة سواء كان شريكا أو شخص آخر هذا في الأصل³ إلا أن المادة 728 من قانون المدني الجزائري سمحت أن تقتصر المزايدة علي

1- تنص المادة 787 علي: "يقوم المحضر بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع إلي الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين علي الشيوخ، ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض علي القائمة، عند الاقتضاء، طبقا لأحكام هذا القانون."

2- أمر رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

3- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، المرجع السابق، ص 918.

الشركاء فقط في حالة الاتفاق بينهم علي أنه «... وتقتصر المزايدة على الشركاء» وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار رقم 151301 مؤرخ في 25 مارس 1998 في مبدأ مفاده من المقرر قانون أنه: «إذا تعذرت القسمة عينيا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد العلني وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إن طلبوا هذا بالإجماع»¹.

مع العلم أن إذا كان من بين الشركاء من هو ناقص الأهلية يتم العقار الشائع بالمزاد العلني حسب قائمة شروط البيع المحددة في المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

بحيث تودع بأمانة ضبط المحكمة بعدها المحضر القضائي على طلب الوصي أو الولي، وهذا في حالة نقص المحكمة تقدم الإذن لمباشرة القسمة الاتفاقية وأكدت المادة 181 من قانون الأسرة الجزائري³.

على وجوب بيع أموال القاصر بالمزاد العلني، ولا يجب أن تقتصر المزايدة علي الشركاء فقط خوفا من تواطئهم على إرساء المزاد على أحد الشركاء بثمن قليل من جهة وسعيا للوصول إلي أعلى ثمن ممكن عن طريق دخول أجنب من جهة أخرى ونصت المادة 89 من قانون الأسرة⁴ على وجود بيع أموال القاصر بالمزاد العلني.

1-المجلة القضائية، العدد 2، 1998، ص 28.

2- تنص المادة 783 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية علي : يُتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة بعدها المحضر القضائي بناء علي طلب المقدم أو الوصي، أو بعدها وكيل التفليسة حسب الحالة ..

3- تنص المادة 89 من قانون الأسرة الجزائري علي أنه : " على القاضي أن يرعي في الإذن: حالة الضرورة والمصلحة، وأن يتم بيع العقار بالمزاد العلني".

4- أمر رقم 84-11، المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمنتم.

الفرع الثاني:

سير الدعوى القسمة القضائية

إن دعوى القسمة ترفع من الشريك أو النائب الشريك الذي يريد فرز نصيبه إما عينياً أو عن طريق التصفية، يمثل في الدعوى كمدع، وهي ترفع على باقي الشركاء ومن خلال هذه الفكرة يمكن دراسة الإجراءات القسمة القضائية من خلال أطراف الدعوى القسمة أولاً ثم سير الدعوى القسمة ثانياً .

أولاً : أطراف دعوى القسمة.

1- المدعي في دعوى القسمة القضائية:

المدعي في دعوى القسمة هو كل شريك في ملكية مال الشائع¹ مهما صغرت حصته، سواء كان شريك أصيل أو خلاف عاماً أو خاصاً انتقلت إليه ملكية العقار الشائع². رفع دعاوى القسمة للمطالبة بإنهاء حالة الشيوع في حالة عدم اتفاقه مع بقية الشركاء على إجراء قسمة ودية، ويمكن أن ترفع هذه الدعوى من عدة شركاء على الشيوع³. إلا أنه يثور الإشكال بالنسبة لبعض الحالات كوضع الأجنبي المشتري لحصة الشائع والأجنبي المشتري لحصة مفرزة والمالك لحصة شائعة تحت شرط واقف أو فاسخ.

الحالة الأولى : الأجنبي المشتري لحصة شائعة .

إذا باع الشريك على الشيوع لحصته الشائعة، فيكون المشتري بعد إتمام إجراءات البيع من تسجيل وشهر مالكا على الشيوع وهذا ما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني

1- محمد منجي، دعوى القسمة، مراحل الدعوى من تحرير الصفيحة إلى الطعن بالاستثناءات الطبعة الأولى، توزيع المنشأة المعارف، الإسكندرية، 1997، ص 78.

2- محمد عقوي، "الحق في قيد القسمة القضائية للعقار الشائع"، مجلة تصدر عن الكلية والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص 382.

3- عمار حيتوس، المرجع السابق، ص 282.

الجزائري¹، ويخرج الشريك البائع من إعداد الشركاء، فتثبت للمشتري حق رفع الدعوى القسمة دون شريك البائع².

الحالة الثانية : الأجنبي المشتري لحصة مفرزة من احد الشركاء المشاعين.

إذا باع الشريك في الشيوخ لحصة مفرزة من العقار الشائع، فلا ينفذ الشراء في حق الشركاء ولا يدخل المشتري كشريك في الشيوخ، ولا يعتبر مالكا للحصة التي اشتراها الا بعد إجراء القسمة ووقوعها في نصيب الشريك البائع، وبالتالي لا يجوز له رفع دعوى القسمة ولا مخاصمته³

الحالة الثالثة: المالك لحصة شائعة تحت شرط فاسخ أو واقف.

يمكن للشريك المالك لحصة في العقار الشائع تحت شرط فاسخ إن يرفع دعوى القسمة كما يمكن اختصامه في الدعوى من شركاء آخرين⁴.

لا يمكن للشريك الذي يملك حصة شائعة تحت شرط واقف رفع دعوى القسمة، أن لا يسمح له إلا باتخاذ إجراءات تحفظية، ولا تدخل القسمة ضمن الإجراءات التحفظية، أما في حالة رفع الدعوى من بقية الشركاء حتى وأن كان الشريك الذي يملك حصته تحت شرط فاسخ فيجب اختصامه في الدعوى⁵

2. المدعى عليه في دعوى:

1- تنص المادة 793 : " لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حة الملكية، المرجع السابق، ص 913.

3- عمار حيتوس، المرجع السابق، ص 282.

4- عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص 65.

5- عمار حيتوس، المرجع السابق، ص 284.

أن يقضي القاضي ببيع المشاع وهذا بعد المصادقة على تقرير الخبرة ويقوم القاضي بتعين محضر قضائي لتنفيذ الحكم طبقاً للإجراءات المفروضة قانوناً، كما يحدد ما إذا كانت الزيادة محصورة على الشركاء فقط أو مفتوحة فالمحضر القضائي المعين من المحكمة له الاختصاص بتنفيذ حكمها أمام محكمة مقر المجلس، وتبدأ إجراءات البيع بالاتصال برئيس المحكمة المختصة بالبيع وهي محكمة مقر المجلس وي طرح عليه القضية، وهذا بعد تشكيله للملف المتكون من الحكم القاضي ويكلف جميع الشركاء بالحضور ومعهم المحضر لإعداد قائمة التوزيع وتحديد شروط البيع، ثم تباشر إجراءات البيع.

هو الحل السليم والبسيط والذي يسهل الإجراءات على المتقاضين. أن يقضي القاضي ببيع المشاع وهذا بعد المصادقة على تقرير الخبرة ويقوم القاضي بتعين محضر قضائي لتنفيذ الحكم طبقاً للإجراءات المفروضة قانوناً، كما يحدد ما إذا كانت الزيادة محصورة على الشركاء فقط أو مفتوحة للأجانب.

فالمحضر القضائي المعين من المحكمة له الاختصاص بتنفيذ حكمها أمام محكمة مقر المجلس، وتبدأ إجراءات البيع بالاتصال برئيس المحكمة المختصة بالبيع وهي محكمة مقر المجلس وي طرح عليه القضية، وهذا بعد تشكيله للملف المتكون من الحكم القاضي بالبيع والفريضة إذا كان المشاع تركة.

يكلف جميع الشركاء بالحضور ومعهم المحضر لإعداد قائمة التوزيع وتحديد شروط البيع، ثم تباشر إجراءات البيع.

هو الحل السليم والبسيط والذي يسهل الإجراءات على المتقاضين. عوى القسمة القضائية المدعى عليه في دعوى القسمة لهم جميع الشركاء الذين ترفع عليهم دعوى القسمة ما عدا طالب دعوى القسمة وذلك باعتبار أن دعوى القسمة لا ترفع إلا شريك، ولا ترفع شريك وهذا ما يبينه المادة 724 في الفقرة الأولى السابق الذكر.

يكون جميع الشركاء على الشيوع مدعى عليهم ما طال القسمة ويستوي أن يكونوا الشركاء مالكين لصحة شائعة فاسخ أو شرط واقف، وفي حالة عدم إدخال أحد الشركاء في الخصومة، فيمكن تدارك ذلك أو طلب إدخال شريك لم توجه إليه دعوى القسمة أو يكون إدخالهم بناء على طلب المدعى عليهم أو بطلب من الشركاء الذين لم توجه لهم الدعوى أو بطلب من الحكمة من تلقاء نفسها.

أما في حالة عدم إدخاله بأي حالة من الحالات فيعتبر الحكم الصادر بدعوى القسمة غير نافذ في حق الشركاء الذين لم يدخلوا في الدعوى¹.

ثانياً: إجراءات الدعوى القسمة القضائية.

تقوم المحكمة بمراقبة صحة التكليف بالحضور بمجرد رفع الدعوى ودراسة طلبات الأطراف وتفحص كل الوثائق ولاسيما تلك المبيّنة للملكية الشائعة خاصة إذا تعلق الأمر بعقار، وتقوم المحكمة بتعيين خبير لتقويم المال الشائع وإعداد مشروع قسمة، إذا كان المشاع قابلاً للقسمة عينا، أما إذا كان المال الشائع غير قابل للقسمة تمت القسمة بطريق التصفية طبقاً للمادة 728 القانون المدني²، غير أنّ الإشكال يثار حول المحكمة المختصة هنا، خاصة إذا تبين استحالة القسمة عينا بعد مباشرة إجراءات دعوى القسمة بطريقة سليمة ومطابقة للقانون، وكمثال عن هذه الحالة، دعوى قسمة عقار لا يقع باختصاص محكمة مقر المجلس، فهنا لا يمكن معرفة مدى استحالة القسمة إلا بموجب تقرير خبرة، فكيف يفصل القاضي في قضية الرجوع بعد الخبرة؟، خاصة إذا بينت الخبرة استحالة القسمة عينا، وبالتالي بيع المشاع، فهنا نكون بصدد تصورين:

1- عبد المجيد رحابي، المرجع السابق، ص 66 .

2- أمر رقم 75-58، يتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

1. أن يقضى القاضي بعدم اختصاصه النوعي ببيع المشاع طبقاً للمادة 8 الأخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية «يقصد بالإحكام القضائية في هذا القانون، الأوامر والأحكام والقرارات القضائية»¹ يستند في ذلك إلى الخبرة الشيء الذي يجعله يصادق عليها قبل الحكم بعدم اختصاصه.

2. إن يقضى القاضي ببيع المشاع وهذا بعد المصادقة على تقرير الخبرة ويقوم القاضي بتعين محضر قضائي لتنفيذ الحكم طبقاً للإجراءات المفروضة قانوناً، كما يحدد ما إذا كانت المزايدة محصورة على الشركاء فقط أو مفتوحة للأجانب.

فالمحضر القضائي المعين من المحكمة له الاختصاص بتنفيذ حكمها أمام محكمة مقر المجلس، وتبدأ إجراءات البيع بالاتصال برئيس المحكمة المختصة بالبيع وهي محكمة مقر المجلس ويطرح عليه القضية، وهذا بعد تشكيله لل ملف المتكون من الحكم القاضي بالبيع والفريضة إذا كان المشاع ترك، ويكلف جميع الشركاء بالحضور ومعهم المحضر لإعداد قائمة التوزيع وتحديد شروط البيع، ثم تباشر إجراءات البيع. وهو الحل السليم والبسيط والذي يسهل الإجراءات على المتقاضين.

المطلب الثاني:

الأثار المترتبة عن القسمة القضائية

يترتب على القسمة أن يختص كل شريك بجزء مفرز من المال الشائع يعادل حصته في هذا المال، وبجانب هذا الأثر الجوهري للقسمة يضمن المتقاسمون لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة. كما يترتب على القسمة أيضاً حق امتياز للمتقاسم، غير أن دراسة امتياز المتقاسمين محلها موضوع التأمينات العينية ولذلك لا تعرض له مكتفين بعرض الأثرين الآخرين للقسمة.

1- أمر رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول

الإفراز

تنص المادة 730 من القانون المدني الجزائري على: «يعتبر المتقاسم مالكا لحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشروع، وأن يكون مالكا على الإطلاق لباقي الحصص الأخرى»¹. تنزب على قسمة الملكية العقارية أثر جوهري وهو إفراز تخصص الشركاء، فيختص كل شريك بجزء مفرز من العقار الشائع وهو الهدف من القسمة، فتحول حصصهم إلي حصص مادية مفرزة بعد ما كانت حصص رمزية مجردة في العقار الشائع، والقسمة تكشف عن نصيب كل متقاسم أي الأثر الكاشف للقسمة كنقطة أولى، وهناك من يقول بالأثر الرجعي للقسمة كنقطة ثانية .

أولاً: الأثر الكاشف للقسمة:

طالما كانت القسمة بطبيعتها تصرف كاشف، فإن هذا الأثر يقوم بالنسبة للمتقاسمين وغيرهم كذلك، فيحتج بالأثر الكاشف علي المتقاسم، فإذا تبين أن العقار المقسوم لم يكن مملوك للشركاء من قبل، فلا يجوز للمتقاسمين التمسك بالقسمة على أنها سند صحيح من أجل الدفع بالتقادم العشري وفقا لنص المادة 828 من قانون المدني².

لأن السند صحيح ينقل الملكية على عكس القسمة فهي لا تنتقل الملكية وإنما هي كاشفة لها³.

رغم ذلك فيجب أن تشهر هذه القسمة كي يحتج بها بين الأطراف على الغير. وكذلك بالنسبة للغير، فإذا حصل هذا الغير على رهن أو بيع أو أي تصرف آخر فلا يجوز لهذا

1- أمر رقم 75-58، يتضمن قانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر .

2- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2008، ص 90 .

3- كحيل حياة، القسمة القضائية للعقار الشائع، ص 80 .

الغير أن يحتج علي شريك آخر وقع في نصيبه المال المتصرف فيه، لأن القسمة كشفت أن هذا الشريك هو المالك لهذا المال المتصرف فيه منذ بداية الشروع وليس الشريك المتصرف الذي لم يملك ما تصرف فيه وإنما يملك الجزء الذي عاد إليه¹ فالمتقاسم يخلص إليه نصيب خاليا من أي حق رتبه غيره من الشركاء، وهذه الحقوق تنتقل إلى الجزء الذي وقع في نصيب الشريك المتصرف بموجب مبدأ الحلول العيني وهذا ما نصت عليه المادتين 714-890 من قانون مدني ونلاحظ أن نطاق الأثر الكاشف للقسمة يتحدد كما يلي:

- **من حيث الأشخاص:** نجد أن القسمة ترتب أثرها الكاشف بالنسبة لجميع الأشخاص أي المتقاسمين والغير.

- **من حيث الأموال:** يشمل الأثر الكاشف للقسمة كل الأموال والعقارات الشائعة التي كانت محلا للقسمة، وبناء علي ذلك إذا أثبتت القسمة حقا لأحد الشركاء علي شيء لم يكن داخلا من قبل في نطاق الشروع فلا ينطبق الأثر الكاشف علي هذا الحق، ومثال ذلك إذا التزم أحد المتقاسمين بأن يقدم عقار ملكا له على سبيل الإفراز كمعدل لتكملة نصيب متقاسم آخر فإن الأثر الكاشف إلا يشمل هذا العقار، لأن القسمة هنا تكون ناقلة للملكية بالنسبة لمعدل القسمة وليست كاشفة له، وعلى ذلك تصلح هنا القسمة كسند صحيح لكسب ملكية معدل القسمة إذا ما تبين أن المتقاسم الذي دفعه ليس مالك له.

- **من حيث التصرفات:** الأثر الكاشف تقتضيه وظيفة القسمة، لذلك يشمل جميع أنواع التصرفات.

1- أبو السعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، المرج السابق، ص 563 .

ثانيا: الأثر الرجعي للقسمة :

إن فكرة الأثر الرجعي تعتبر مجازا أو افتراضا، ذلك أن المال أُل إلي المتقاسم كان مملوك على الشيوع قبل القسمة لسائر الشركاء ولذلك تفسر المادة 730 من قانون المدني المقررة للرجعية تفسرا ضيقا، يقصر الرجعية في حدود الغرض الذي قرر من أجله وهو مجرد حماية كل متقاسم من التصرفات التي أثارها شركائه سابق على النصيب الذي أُل إليه بعد القسمة، فتصبح هذه التصرفات غير نافذة في حقه¹

ثالثا: امتياز المتقاسم.

حول المشرع للشركاء الذين قسموا منقول المادة 988 من قانون الجزائري أو عقارا المادة 1001 من قانون المدني² امتياز على ذلك المنقول أو العقار ويهدف الامتياز إلي ضمان حق كل متقاسم في الرجوع كل المتقاسمين الآخرين، سواء عند المطالبة بالمبالغ المترتبة على ضمان الاستحقاق، أو المطالبة بمعدل القسمة الناتج عن تفاوت قيمة الحصص عند القسمة.

الفرع الثاني**ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة**

إن ضمان المتقاسمين بعضهم لبعض ما ينشأ من تعرض أو استحقاق نصت المادة 731 من قانون المدني على: «إذا ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير

1- زايار نوفل زوينة، حق الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004، ص ص 90-95-96-89 .

2- المادة 988 نصت على: 'ينقضى حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي وحق رهن الحياة، ووفقا لأحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك'.

المادة 1001 نصت على: 'إن للشركاء الذين اقتسموا عقار، حق امتياز عليه تأميننا لما تخوله القسمة من حق في الرجوع كل منهم علي الآخرين، بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة، ويجب أن هذا الامتياز وتكون مرتبة مماثلة لشروط امتياز البائع المشار إليه في المادة 999'.

مقررة، فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يتم دليل على غير ذلك». وأساس الضمان هنا أن القيمة تقتضي المساواة التامة المتقاسمين فإذا وقع لأحدهم تعرض أو استحقاق فقد اختلت ووجب الضمان¹.

وقع تعرض أو استحقاق على جزء مفرز وقع في نصيب أحد المتقاسمين بعد القسمة وجب الضمان تحقيقا للمساواة بين الشركاء المتقاسمين، ونطبق في أحكام الضمان في القسمة الأحكام التي تطبق على عقد البيع ما لم يرد فيه نص، وما لم تتعارض أحكامه مع القسمة، ولقيام الضمان لا بد من توفر الشروط التي تحقق هذا الضمان (نقطة أولى) وفي حالة تحقق هذا الضمان تترتب عليه مجموعة من لأثار (كنقطة الثانية).

أولا : شروط الضمان .

تنص المادة 731 من القانون المدني الجزائري على أنه: « يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق لسبب سابق على القسمة، ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض المتقاسم المتعرض له أو المنتزع حقه، على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

غير أنه لا محل للضمان إذا كان هناك اتفاق صريح يقضي بالإعفاء منه في الحالة الخاصة التي نشأ عنها، ويمتنع الضمان أيضا إذا كان الاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه».

نستخلص من نص المادة انه لقيام الضمان لا بد من توفر مجموع من الشروط² تتمثل

فيما يلي:

1- عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المرجع السابق، ص 880 .

2- عشوى سييلية، المرجع السابق، ص 86.

- أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة أي أن سبب الضمان موجود قبل القسمة، أما إذا كان سبب الضمان تقادما مكسبا لم تكتمل مدته لصالح الغير إلا بعد القسمة يوقت كاف في إمكان المتقاسم أن يقوم يقطع التقادم فلا ضمان هنا لان المتقاسم المتعرض له بالتزاماته ويعتبر مقصرا¹.

يجب أن لا يكون ضمان التعرض والاستحقاق راجعا إلى خطأ المتقاسم نفسه، كما لو أهمل المتقاسم في أن يطلب من شركائه التدخل في دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى، أو قصر في أن يدفع الدعوى يدفع كان يؤدي إلى رفضها².

- عدم وجود اتفاق يقضي بالإعفاء من الضمان، ويشترط القانون أن يكون هذا الاتفاق صريح، والإعفاء من الضمان يسرى في الحالة الخاصة التي تنشأ عنها فقط أن يذكر في الاتفاق الرامي إلى الإعطاء من الضمان سبب الاستحقاق المراد الإعطاء من ضمانه وذلك تحقيقا للمساواة بين المتقاسمين، وعلى ذلك فأحكام الضمان ليست من النظام العام فيجوز الاتفاق على تعديلها بالزيادة أو النقص أو لإسقاط³.

ثانيا: الأحكام المترتبة على تحقيق الضمان.

إذا توافرت شروط الضمان المذكورة سابقا، رفعت دعوى الاستحقاق المتقاسم فأخطر المتقاسمين الآخرين بما رفعه الغير من دعوى، وجب عليهم عندئذ التدخل فيها إلى جانب المتقاسم المدعي عليه ليشتركوا معه في الدفاع ورد دعوى المدعي⁴.

فإذا احكم للغير بالاستحقاق سواء كان كلي أو جزئي استحقاق جزء فقط من حصة المتقاسم، التزام المتقاسمون الآخرون، كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم الذي تعرض

1- خالدي أحمد، القسمة، المرجع السابق، ص 207 .

2- كحيل حياة، القسمة القضائية للعقار الشائع، المرجع السابق، ص 85 .

3- أبو السعود رمضان، المرجع السابق، ص 565 .

4- عبد الرزاق السنهوري، حق الملكية، المرجع السابق، ص 887 .

لدعوى الاستحقاق، ويتحمل المتقاسم مستحق الضمان نفس جزء من هذا التعويض، إذا أن نصيب كل واحد من الآخرين قد نقص بسبب الاستحقاق، فيجب أيضا أن ينقص كذلك نصيب مستحق الضمان، وبذلك تتحقق المساواة بينهم¹.

وإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر اللازم علي هذا المعسر على مستحق الضمان وجمع المتقاسمين معسرين وفقا لنص المادة 1/731 من القانون المدني التي تنص على أنه: «... فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا، وزع القدر الذي يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.» والعبرة في تقدير الشيء الذي استحق هو بقيمته وقت القسمة لا وقت الاستحقاق، وجاء في المادة 1/731 «... على أن تكون العبرة في تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة.»

ذلك أن الأساس في القسمة هو ضرورة تحقق المساواة بين المتقاسمين يتحمل كل منهم جزء من الخسارة عن الاستحقاق قيمة الثمار التي ألزم المتقاسم بردها للمستحق والمصاريف التي أنفقها على الشيء إذا لم يكن المستحق ملزما بها، ومصاريف دعوى الضمان ودعوى

1-دفاس فوزي، تنظيم الملك المشاع في القانون، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2011، ص 107 .

الاستحقاق، وذلك قياساً على الضمان في البيع طبقاً لأحكام المادة 375 من القانون المدني¹.

أما فيما يخص قسمة الأراضي الفلاحية الشائعة فهي خاضعة لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 سبتمبر 1997، الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية الشائعة والمادة 2 منه تنص على أنه يجب مراعاة المساحة المرجعية في القسمة الأراضي، فإن لم تحترم هذه المساحة كأن قسم العقار الفلاحي إلى قطع صغيرة أقل من المساحة المرجعية، فإن مصير القيمة هو عدم نفاذ هذه القسمة، وبالتالي تبقى الأراضي الفلاحية على الشيوخ، وهذا وفقاً لما جاءت به المادة 55 من قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 المؤرخ في 18 سبتمبر 1990 المعدل والمتمم بالأمر 90-26 وبالتالي لا تشهر هذه القسمة المخالفة للمساحة المرجعية للأراضي الفلاحية وفقاً لنص المادة 07 من قانون التوجيه العقاري².

1- تنص المادة 375 من القانون المدني على أنه: «في حالة نزع اليد الكلي عن البيع فالمشتري أن يطلب من البائع - قيمة المبيع وقت نزع اليد قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الملاك الذي نزع يد المشتري عن البيع - . المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية . - جميع مصاريف دعوي الاستحقاق باستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوي الأخيرة طبقاً للمادة 373 .- ويوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع .- كل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه علي طلب فسخ البيع أو إبطاله .»

2-دفاص فوزي، المرجع السابق، ص 108 .

خاتمة

يعتبر فإثبات الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي من الدراسات المتجددة الهامة والمتميزة، لأنها تجمع بين الضرورة العلمية والقانونية ويرتبط ارتباطا وثيقا لما تلميه المقننات الاجتماعية والاقتصادية وغيرها من الضرورات التي لا يتسع المجال لحصرها. حيث يتبين من خلال النصوص القانونية الصادرة والمنظمة للملكية العقارية في بلادنا، اتجاه الإدارة التشريعية إلى تنظيم مجال إثبات الملكية العقارية ومحاولة تسوية الوضعية المعقدة.

كما يتضح من مجموع ما تقدم في بحثنا هذا أن الملكية العقارية إجراء اقتضته الضرورة لتمكين الأفراد الحائزين أو المالكين الذين يفتقدون لسندات الملكية من إثبات حقهم عن طرق الأحكام القضائية.

ف نجد الدولة الجزائرية لقد سعت منذ استرجاع سيادتها الوطنية إلى العمل على ضبط آليات إثبات الملكية العقارية باختلاف أنواعها وأصنافها وذلك بإصدار عدة نصوص تشريعية وتنظيمية يختلف مضمونها وتوجهاتها باختلاف الحقبة الزمنية التي أصدرت فيها.

بناء على ذلك يشترط لاكتساب الملكية العقارية عن طريق الأحكام القضائية أن تتضمن على أحكام الكاشفة للملكية العقارية المتمثلة في الأحكام المتضمنة البيع بالمزاد العلني والأحكام المتضمن ثبوت الحق في الشفعة، فتكون الأحكام الناقلة للملكية العقارية في حالة الحكم بروسو المزاد العلني كأن يتم بيع العقار الذي استحالت قسمته عينا أو المحجوز بموجب إجراءات التنفيذ الجبري من أجل استيفاء حقوق الدائن، كما يمكن أن نكون أمام حكما ناقلا للملكية العقارية الخاصة عندما يتعلق الأمر بحكم القضائي يثبت حق الشفعة ولاياتي ذلك الإبراف الشفيع دعوى قضائية ضد كل من البائع والمشتري وفقا لأحكام الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني.

كما يشترط أيضا لإكساب الملكية العقارية نجد أيضا الأحكام الكاشفة للملكية العقارية التي تشمل على الحكم المتضمن الاعتراف بالملكية العقارية عن طريق الحيازة والتقدم المكسب وكذا الحكم المتضمن التصريح بالقسمة العقار.

أما عن الحكم القضائي الكاشفة للملكية العقارية متى فصل في النزاع يهدف إلي إفرار الحقوق الشائعة بين الملك ، أين يصبح كل واحد منهم يتمتع بملكية عقارية مفرزة شائعة أن يكون الحكم القضائي نهائيا وأن يتم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، كما نكون أمام حكما قضائيا مصرحا للملكية العقارية متى تعلق الأمر بحكم قضائي يفصل في أحقية أحد الخصوم اكتساب العقار موضوع النزاع عن طريق الحيازة على أن يتم إتباع إجراءات تسجيل والشهر.

وما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد، أنه في جميع الحالات المتعلقة بإثبات الملكية العقارية عن طريق الأحكام القضائية، وجب علينا أن نفرق بين حالتين حالة ما إذا كانت الأحكام مستوفية لجميع شروطها الشكلية والموضوعية فإنه بمجرد أن تصبح نهائية تمهر بالصيغة التنفيذية من طرف رئيس أمناء ضبط وذلك من أجل تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية المختصة، في حين إذا كانت تلك الأحكام القضائية غير مستوفية للشروط كانهدام خانة أصل الملكية أو خانة تقويم العقار أو عدم التجديد الكافي لهوية المستفيد بغية عدم الوقوع في رفض الإشهار من طرف المحافظ العقاري.

من خلال بحثنا توصلنا إلي نتائج واقتراحات وإن لم تكون تعطي حلول جذرية فستساهم ولو في حلول مبدئية منها:

- إن مسائل إثبات الملكية العقارية الخاصة تنظمها قواعد قانونية عامة في القانون المدني باعتبارها قواعد موضوعية، أما القواعد الشكلية فينظمها قانون الإجراءات

المدنية والإدارية والتشريعات العقارية بالإضافة إلي بعض القوانين كقانون التسجيل والقوانين المالية.

- كثرة المنازعات العقارية .
- تساهم سندات الإثبات في تطهير الملكية العقارية وبالتالي تحفز على الاستثمار والذي يعود فعلا بالإيجاب على الاقتصاد الوطني بالازدهار ويساعد على بناء وخلق سوق عقارية تراعي التعيين الدقيق للعقار.
- الحكم القضائي سند لإثبات الملكية العقارية لكن طوال أمد النزاع يفرغه من فحواه .
- ومن بين الاقتراحات التي يمكن ذكرها لعلّى تكون مبدئيا حلول لبعض النزاعات نذكر

منها:

- أن النص علي قواعد سندات إثبات الملكية العقارية في قواعد قانونية ثابتة وموحدة تكون أكثر فعالية من النص عليها في التشريعات المتفرقة لذا أملا أن يأخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار توحيد هذه القواعد بقانون خاص للإثبات.
- ينبغي على المشرع إعطاء العناية والمكانة للخبرة القضائية خاصة أمام تزايد الحاجة إليها في الوقت الراهن، لتطور النزاعات العقارية المعروضة على القضاء، وبالتالي فتطويرها أمر حتمي ومنطقي، ومن الضروري إجراء دورات تكوينية للخبراء العقاريين.
- صياغة مادة قانونية تحدد الجهة القضائية المختصة بنظر في دعوى الإلغاء لأن الاختصاص يتراوح بين القضاء العادي القضاء الإداري.
- وضع المحافظة العقارية تحت وصاية وزارة العدل كما هو عليه الشأن في بعض البلدان حتى تكفل للأشخاص الحماية التامة لحقوقهم ومعاينة كل من يريد المساس بأموال العقارية مع ضمان احترام إجراءات الحفظ العقاري.

قائمة المرجع

1. الكتب:

1. أبو سعود رمضان، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.
2. أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011 .
3. أمال حبار، الوجيز في التنفيذ طبقا للأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العرب هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2011 .
4. أمال حبار، الوجيز في التنفيذ طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار العرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
5. توفيق حسن فرج، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة للنشر والتوزيع ، مصر .
6. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني (الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها) منشأة المعارف للنشر، مصر، 1998.
7. حسين فريحة، المبادئ الأساسية في القانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
8. خالد أحمد، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر، 2006.
9. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، أحكام الحقوق العينية الأصلية ومصادرها، ، جامعة الإسكندرية، 1998 .

10. زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتاب القانون، مصر، 2009 .
11. سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الثاني، دار الهدى، الجزائر، 2011.
12. شمس الدين بن شهاب الرملي، نهاية المحتاج شرح المناهج، الطبعة الأخيرة، الجزء الخامس، دار الفقه، بيروت، لبنان، .
13. عبد الحميد الشواربي، التعليق الموضوعي علي القانون المدني، الكتاب الثامن، الحقوق العينية الأصلية، دار المعارف للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2002، .
14. _____، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، مصر، 1995.
15. عبد الرحمان بربارة، طرق التنفيذ من الناحية المدنية والجزائية، منشورات بغدادية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2009
16. عبد الرزاق السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
17. _____، الوسط في القانون المدني، أسباب كسب الملكية.
18. _____، المدني الجديد، المجلد الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
19. علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، الجزء الثاني، دار الفكر العربي للنشر، مصر، 1996.

20. **فيصل الوافي**، عبد العظيم سلطاني، طرق التنفيذ وفق لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الخلدونية، للنشر والتوزيع ، الجزائر، 2012 .
21. **مجيد خلفوني**، شهر التصرفات العقارية، في القانون الخاص، طبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر ، 2011 .
22. **محمد أبو زهرة**، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي
23. **محمد الجندي**، الشفعة في القانون المدني والإداري، مشروع المعاملات المدنية للإمارات العربية المتحدة،
24. **محمد حسن منصور**، الحقوق العينية الأصلية (الملكية) الحقوق المتفرعة عنها، آليات كسب اكسب الملكية، الطبعة الأولى، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2007 .
25. **محمد حسن منصور**، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، 2000.
26. **محمد حسن منصوري**، الحقوق العينية الأصلية (الملكية) والحقوق المتفرعة عنها (أسباب كسب الملكية) الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، مصر 2007.
27. **محمد حسين منصور**، مصادر الإلتزام العقد والإدارة المنفردة، دار الجامعة، لبنان، 2000.
28. **محمد سعيد جعفرور**، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دار هومة للنشر، الجزائر، 2002 .

29. محمود عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادية، ، الجزائر، 2009 .

30. مصطفى الجمال، نظام الملكية، دار الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر 2000.

31. نصر الدين مروك، طرق التنفيذ في المواد المدنية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2008 .

II. الأطروحات الجامعية:

أ- أطروحة الدكتوراه:

1. رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

أ. المذكرات الماجستير:

بقة فريد، فعاليات آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013-2014.

1. دفاس فوزي، تنظيم الملك المشاع في قانون المدني، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في حقوق فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011-2012 .

2. زيار نوفل، حق الامتياز في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2004 .

3. **سناء بن شريطوة**، كسب الملكية العقارية عن طريق الشفعة ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2008-2009.
 4. **عبد المجيد رحابي**، أحكام قسمة الملكية الشائعة في النظام الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009 .
 5. **عمار حيتوس**، الملكية شائعة في الشريعة الإسلامية والقانون المدني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 1.
 6. **ميسون زهوين**، اكتساب الملكية العقارية عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2006،2007.
 7. **وهاب عياد**، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008 .
- ب. مذكرات الماستر:**
1. **بلقاسم محمد أمين**، أحكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2013-2014 .
 2. **حميد نموش**، بيع العقار المحجوز، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، 2013 .

3. عشوي سلية، بلخلفة حوي، النظام القانوني للملكية العقارية الشائعة، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2017 .
4. كحيل حياة، القسمة القضائية للعقارات الشائعة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق، جامعة البليدة 2005.
5. مروان صار، قوداشديهية، الشفعة سبب من أسبا كسب الملكية في القانون الخاص، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري، تيزبوزو ،2013.

المجلات:

1. مصطفى ركان، "مهام محافظ البيع كمهنة فنية وإجراءات البيع بالمراد العلني"، مجلة الموثق، العدد 2001، 4.
2. محمد عقوي، "الحق في طلب القسمة القضائية في العقار الشائع"، مجلة المفكر، العدد السادس.
3. عمار رواينية، "التقادم المكسب"، مجلة المحكمة العليا ، الجزء الثاني، 2004.

III. قرارات قضائية:

1. المجلة القضائية، العدد الثاني، 1998.
2. مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق ،العدد 2، 2004 .
3. الاجتهاد القضائي، عدد خاص، الجزء الأول، 2004.
4. مجلة المحكمة العليا ،العدد الأول ، 2006 .

IV. النصوص القانونية:

أ. أوامر:

1. أمر رقم 37-71، يتضمن قانون الثورة الزراعية، ألغي بموجب المادة 75 من قانون رقم 25-90، المؤرخ في 18 نوفمبر 1990،
2. أمر رقم 58-75، مؤرخ في 30 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، عدد 78، (معدل ومتمم).
3. أمر رقم 09-08، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21، 2008 .

ب. القوانين:

1. قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري.
2. قانون عضوي رقم 11-04، التعلق بالقانون الأساسي للقضاء المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 06 سبتمبر 2004 .
3. قانون رقم 06-02، المتعلق بتنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 20 سبتمبر 2006 الذي ألغي قانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988.
4. قانون رقم 13-07، المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، المؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1434 الموافق لـ 29 أكتوبر 2013.

الفهرس

1.....مقدّمة

الفصل الأول

الأحكام المنشئة للملكية العقارية

7.....المبحث الأول: الأحكام المتضمنة البيع بالمزاد العلني

8.....المطلب الأول: حالات البيع بالمزاد العلني

9.....الفرع الأول: الحالة الرضائية

11.....الفرع الثاني: الحالة الجبرية للبيع بالمزاد العلني

12.....المطلب الثاني: إجراءات البيع بالمزاد العلني

13.....الفرع الأول: انعقاد وافتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني

13.....أولا: انعقاد جلسة البيع بالمزاد العلني

14.....ثانيا: افتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني

15.....الفرع الثاني: رسوا المزاد وحكم وأثاره

16.....أولا : رسوا المزاد

17.....ثانيا: حكم رسوا المزاد العلني

21.....المبحث الثاني: الحكم المتضمن ثبوت الحق في الشفعة

21.....المطلب الأول: ثبوت الحق في الشفعة

22.....الفرع الأول: شروط الشفعة

22.....أولا: شروط تتعلق بالمال المشفوع فيه

25.....ثانيا :التصرف المرتب للشفعة:

28.....ثالثا: الشروط الخاصة بالشفيع:

29.....الفرع الثاني: حالات الأخذ بالشفعة

31.....المطلب الثاني: إجراءات الحكم المتضمن ثبوت الحق في الشفعة

31	الفرع الأول: إجراءات غير قضائية.....
32	أولاً: الإنذار الرسمي.....
34	ثانياً: إعلان الرغبة في الشفعة.....
36	الفرع الثاني: إجراءات قضائية.....
36	أولاً: رفع دعوى الشفعة.....
37	ثانياً: أطراف الدعوى.....
38	ثالثاً: حكم بثبوت الحق في الشفعة.....
39	الفرع الثالث: آثار الحكم في دعوى الشفعة.....
39	أولاً: آثار الحكم.....
41	ثانياً: شهر حكم الشفعة.....
42	الفرع الثالث: المحكمة المختصة بالنظر في الشفعة.....

الفصل الثاني

الأحكام الكاشفة للملكية العقارية

	المبحث الأول: الحكم المتضمن الاعتراف بالملكية العقارية عن طريق الحيابة والتقدم
46	المكسب.....
46	المطلب الأول: الاعتراف بالملكية العقارية عن طريق الحيابة والتقدم المكسب.....
47	الفرع الأول: شروط أعمال الحيابة المكسبة.....
50	الفرع الثاني: شروط التقدم المكسب للملكية العقارية.....
51	أولاً : أن يكون العقار مما يجوز تملكه بالتقدم .
52	ثانياً: العقارات التي لا يجوز اكتسابها بالتقدم.....
54	ثالثاً: من حيث المدة.....
58	المطلب الثاني: إجراءات إصدار الحكم بالحيابة والتقدم المكسب.....

58	الفرع الأول: التمسك بالتقادم المكسب أمام القضاء.....
58	أولا: عن طريق الدعوى.....
61	ثانيا : عن طريق الدفع
63	المبحث الثاني: الحكم المتضمن التصريح بالقسمة العقار.....
63	المطلب الأول: حالات القسمة القضائية وإجراءاتها.
63	الفرع الأول: حالات القسمة.....
63	أولا: القسمة العينية.....
68	ثانيا: قسمة التصفية.....
72	الفرع الثاني: سير الدعوى القسمة القضائية.....
72	أولا : أطراف دعوي القسمة.....
75	ثانيا: إجراءات الدعوى القسمة القضائية.....
76	المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن القسمة القضائية.....
77	الفرع الأول: الإفراز
77	أولا: الأثر الكاشف للقسمة.....
79	ثانيا: الأثر الرجعي للقسمة.....
79	ثالثا: امتياز المتقاسم.....
79	الفرع الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في القسمة.....
80	أولا : شروط الضمان
81	ثانيا: الأحكام المترتبة على تحقيق الضمان.....
84	خاتمة.....
88	قائمة المرجع.....
96	الفهرس.....