

موقف الإجتهد القضائي من نقل الملكية العقارية بالوفاة و التقادم المكسب The position of judicial diligence on the transfer of real property by death and limitation

الدكتور نورالدين لمطاعي

الطالبة فايزة رافع دباح

كلية الحقوق جامعة الجزائر 1

كلية الحقوق جامعة الجزائر 1 (الجزائر)

lemtai.nouredine24@gmail.com

rafayassmin @ gmail.com

تاريخ الإرسال: 11/ 02/ 2020 تاريخ القبول: 2020/12/23 تاريخ النشر: مارس 2021

ملخص :

وضع المشرع طرق متعددة لإنقال الملكية العقارية و نظمها في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الثالث من القانون المدني تحت عنوان طرق إكتساب الملكية ، لكن في حقيقة الأمر هذه الطرق لا تؤدي إلى إكتساب الملكية العقارية و إنما عملية إنتقال الملكية متوقفة على شهر التصرفات القانونية فبدونها تبقى عاجزة عن ترتيب أثارها خاصة العينية منها، و بما أن لكل قاعدة إستثناء ، فقد إستثنى المشرع إنتقال الملكية العقارية بالوفاة من هذه القاعدة و جعلها تنتقل بمجرد الوفاة ، كما أخذ كذلك بإنقال الملكية عن طريق التقادم ، و بالرغم من وضوح النصوص القانونية إلا أن الإجتهد القضائي الجزائري لم يستقر على موقف فكان من الضروري التطرق لهذا الموضوع و توضيح موقفه .

الكلمات المفتاحية: الملكية العقارية ، الميراث ، الوصية ، ، الشهادة التوثيقية ، التقادم المكسب .

abstract :

The legislator has developed various ways of moving property and organized it in Chapter 2 of Part one of Book 3 of the Civil Code, entitled methods of acquiring ownership. But in fact, these methods do not lead to the acquisition of real property, but the transfer of ownership depends on the month of legal actions, without which it is unable to arrange its effects, especially in kind, since each rule has an exception. The law excludes the transfer of real property by death from this rule and made it move on as soon as death, and also the transfer of ownership through the statute of limitations, although the legal

provisions are clear, the Algerian judicial struggle did not settle on a position, which was necessary to address this issue and clarify its position.

Keywords : real estate property , the inheritance , the will , , notarization certificate ,earning obsolescence.

*المرسل : رافع دباح فايزة .

مقدمة :

الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفتها البشرية لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال و التصرف فيها ، و الملكية عبر العصور عرفت أنظمة متعاقبة و متنوعة ، فأول نظام لها كان أساسه العرف إذ كانت جماعية ، ثم تطورت إلى ملكية شائعة ، ثم إلى ملكية فردية على رأسها ملكية المنقولات، أما العقارات فأدخلت ضمن الملكية في عصور متأخرة .

عرف القانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجه العقاري في المادة 27 منه الملكية العقارية الخاصة على أنها : « حق التمتع و التصرف في المال العقاري و / أو الحقوق العينية من أجل إستعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها¹ » إذن فالملكية العقارية لا تتعدى أن تكون سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله و يستغله و يتصرف فيه .

و المادة 683 من القانون المدني² عرفت العقار على أنه: « كل شيء مستقر في حيزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول». و بذلك يكون المشرع قد ميز بين المنقولات و العقارات .

¹ - القانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية عدد 49 ، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

² - القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007 .

و لما كان من المعلوم أن المشرع يحدد الإطار القانوني لمسألة ما لكنه لا يتصور عند إصدار القانون النزاعات و المشاكل التي قد تنثور عند تطبيقه ، هنا و جب على الإجتهد القضائي أن يبحث عن الحل المناسب ، خاصة في حالة غموض النصوص فعليه أن يجتهد للتوصل إلى التطبيق السليم و الأنجع للنص القانوني على وقائع الدعوى ، و عليه إرتأيت في مقالتي التطرق لموقف القضاء و معرفة مدى مسابته و تطبيقه للنصوص القانونية بخصوص إنتقال الملكية بالوفاة و بالتقادم، بإعتبار النص القانوني جماد ينتظر القضاء ليمده بالروح و أن يكمل النقص الذي يمكن أن يعرته لأنهما وجهان لعملة واحدة .و للخوض في هذه المسألة إنتهجت المنهج التحليلي الذي يقوم على تحليل الأراء الفقهية و النصوص القانونية ، و التي ستساعدني في بلوغ الهدف المرجو من هذه المقالة ،لأن هذا النهج يعتمد على الشرح و النقد لتوضيح المسائل التي يتطرق لها البحث ، و قسمت الخطة إلى مبحثين ، عالجت في المبحث الأول إنتقال الملكية العقارية بالوفاة عن طريق الميراث و الوصية ، و الوسيلة التي أوجدها المشرع للحفاظ على السلسلة العقارية ، أما في المبحث الثاني فتطرق إنتقال الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب مع توضيح موقف المشرع و القضاء منه ، إضافة إلى تبيان أساس إنتقال للملكية.

المبحث الأول : إنتقال الملكية العقارية بالوفاة

تنتقل الأموال بالوفاة إما عن طريق الميراث أو عن طريق الوصية، فيما يخص الميراث فالملكية فيه تنتقل إلى الوارث بشكل إجباري، لأن نظام الموارث من النظام العام فهو وصية الله لعباده ، فقد قال الفقهاء : « لا شيء يدخل في ملك الإنسان جبرا عنه إلا الميراث »، و الميراث عبارة عن إنتقال للأموال عن طريق الخلافة، كما أنه ينقل الملك بغير عوض بعد وفاة المورث ، ويعرف الميراث بأنه اسم لما يستحقه الوارث من

مورثه من أسباب الإرث سواء كان المتروك عقارا أو منقولاً¹ ، و قد نظمه المشرع في المواد من 126 إلى 183 من قانون الأسرة² .

أما فيما يخص الوصية فتعتبر من أهم التصرفات القانونية المضافة إلى ما بعد الوفاة حيث أنها تدخل ضمن طائفة التبرعات، ، عالج أحكامها قانون الأسرة الصادر في 9 جوان 1984 و وضح شروطها في المواد من 194 إلى 201 ، ويمكن تعريف الوصية بأنها: « تصرف مضاف إلى ما بعد الموت يكون للموصي بمقتضاه أن ينقل كل أو بعض ماله إلى الموصى له أو يخوله حقا يتعلق هذا المال »، هذا التعريف جامع مانع يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وفاته³، أما قانون الأسرة فقد عرفها في المادة 184 «الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » ، و قد أخضع المشرع الوصية كغيرها من التصرفات القانونية لجملة من الشروط التي بدون توفرها لا يمكنها أن تنتج الآثار المرجوة منها، و يمكن إجمالها في أربعة عناصر لا توجد الوصية إلا بها و هي : الصيغة، الموصي، الموصى له و الموصى به⁴، و يجب أن يتوفر في كل عنصر من هذه العناصر الشروط التي أوجبها قانون الأسرة في المواد من 185 إلى 190 .

بالرجوع إلى القانون المدني، نجد أن المشرع اعتبر كل من الميراث و الوصية من أسباب اكتساب الملكية حيث أوردها في الفصل الثاني تحت عنوان: طرق اكتساب الملكية ، و المشرع جعل من عملية الشهر العقاري مصدرا للحق العيني، و السبب الوحيد الناقل للملكية العقارية، فالتصرف القانوني الغير مشهر لا يرتب آثاره العينية سواء بين

¹ عمر حمدي باشا عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف ، دارهة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، طبعة 2004، ص 45.

² الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، يعدل و يتم القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 ، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005 .

³ عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 45 .

⁴ للمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة ، راجع .عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ص 46 إلى 58 .

المتعاقدين، أو في مواجهة الغير، و هذا استنادا إلى نصوص قانونية متفرقة، منها ما ورد في القانون المدني، و منها ما ورد في أوامر و مراسيم .

و سواء بالنسبة للميراث أو الوصية باعتبارهما سببا من أسباب نقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى، نظمتها الشريعة الإسلامية بالتفصيل سواء من حيث انتقال الملكية، أو من حيث تقسيمها و توزيعها على الورثة و الموصى لهم، و لذلك لم يقم المشرع بتنظيمها في القانون المدني¹.

و في هذا الشأن نصت المادة 774 من القانون المدني على ما يلي: « تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة و تحديد أنصبتهم في الميراث و على إنتقال أموال التركة » هذا فيما يخص الميراث، أما فيما يتعلق بالوصية، فقد نصت المادة 775 من القانون المدني على ما يلي: « يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها » .

رغم أن المشرع نظم هذه المسائل في قانون الأسرة و المستوحاة مباشرة من الشريعة الإسلامية، إلا أنه لم ينص على كيفية انتقال الملكية العقارية سواء بالميراث أو بالوصية، ما يستدعي البحث في القواعد القانونية التي تنظم الشهر العقاري و بالتحديد الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 15 منه ما يلي: « غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية» ، و ما يستتج من نص هذه المادة أن المشرع جعل انتقال الملكية العقارية بالوفاة يحدث بصفة تلقائية بمجرد وقوع الوفاة دون تقيد به بإجراءات قانونية و بالأخص قواعد الشهر العقاري مما يثير التساؤل عن كيفية تنظيم السلسلة العقارية في هذه الحالة، و هذا ما سأتناوله بالتفصيل في المطلب الأول و الثاني من هذا المبحث .

¹ عمر صدقي ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، سنة 1984 ، ص 108 .

المطلب الأول : الإنتقال التلقائي للملكية العقارية

كما سبقت الإشارة إليه فالمشرع لم يحدد في قانون الأسرة كيفية انتقال الملكية العقارية بالوفاة سواء كان ذلك عن طريق الميراث أو الوصية، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى القواعد القانونية التي تنظم الشهر العقاري حيث جاء في المادة 2/15 من الأمر 74 /75 المذكور أعلاه أن الملكية تنتقل عن طريق الوفاة بمجرد وفاة أصحاب الحقوق العينية .

بالرغم من وضوح دلالة هذا النص، إلا أن هناك من عارض ذلك و استدل بنصوص قانونية أخرى، و استتبط منها إلزامية إخضاع انتقال الملكية بالوفاة لعملية الشهر العقاري، فأصبح هذا الموضوع محل جدل بين معارض و مؤيد، نظرا لتباين تفسير النصوص القانونية، و بالتالي أرى ضرورة التعرض لموقف المشرع في هذه المسألة و إزالة الغموض عنه في الفرع الأول، و التطرق لموقف القضاء في الفرع الثاني لأن دراسة هذا الموضوع و البحث ككل يتم على ضوء القضاء الجزائري .

الفرع الأول : موقف المشرع

إن الشهر العقاري يعتبر مصدر إنشاء أو تعديل الحقوق العينية العقارية و ليس للتصرف المبرم أي أثر في ذلك ، و لكن المشرع استثنى من هذه القاعدة انتقال الملكية بالوفاة، فهو بالنسبة للوصية أو الميراث لا ينشئ و لا ينقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى بل يقررها و يكشف عنها و عن مالها .

إلا أن هناك من يرى عكس ذلك فيما يخض الوصية، حيث يرى بأنها تخضع لعملية الشهر العقاري، وفقا لنصوص قانونية، حيث أن الوصية تصرف إرادي يقوم به الموصي، يتضمن تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، و بإعتبارها تصرف تمليكي، فإنها تنشئ حقا عينيا عقاريا تزيد في ذمة الموصى له و تفقر ذمة الموصي، لاسيما أن الأمر يتعلق بمل عقاري و بالتالي تعتبر إجراءات الشهر العقاري تنبئها للموصي بما هو مقدم عليه، و في هذا الإطار نصت المادة 16 من الأمر 75/74 المتعلق بإعداد مسح

الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي: « إن العقود الإرادية¹ أو الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية » و تطبيقا لهذه المادة، فإن الوصية كتصرف تبرعي، يرمي إلى إنشاء حق الملكية لفائدة الموصى له، فإنه يقتضي فيه مراعاة ما سبق حتى يكون التصرف قائما و موجودا بالمفهوم القانوني².

غير أنني أرى أن هذه التفسيرات غير صحيحة، خاصة فيما يخص الإستناد إلى ما جاء في نص المادة 16 من الأمر 75/74 ، حيث أن الوصية تخرج عن إطار التصرفات الواردة في نص المادة، لأن الوصية تصرف بالإرادة المنفردة و بالتالي فلا يمكن اعتبارها من العقود الإرادية، لأن العقد³ كما عرفه القانون المدني هو اتفاق أي تلاقي إرادتين، عكس الوصية الخاضعة لإرادة الموصي فقط، رغم أن قانون الأسرة منح الحق للموصى له بردها و لكن هذا بعد قيام التصرف و وفاة الموصي وفقا للمادة 197 من قانون الأسرة⁴، إضافة إلى أن المادة 15 و التي سبقت المادة 16 من الأمر 74/75 جاءت صريحة خاصة في الفقرة الثانية منها كما سبقت الإشارة إليه إلى إعفاء الوصية من عملية الشهر العقاري .

¹ إن هذه العبارة : « العقود الإرادية» عبارة خاطئة ، لأنه لا توجد عقود غير إرادية ، لأن الإرادة عنصر جوهري في تكوين أي عقد .

² مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، طبعة 2008 ، ص 147 .

³ راجع المادة 54 من القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007 .

⁴ المادة 197 من الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، يعدل و يتم القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 ، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005 : « يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي » .

زيادة على ما سبق ، لو أخضعت الوصية للشهر فإن الملكية تنتقل من الموصي إلى الموصى له قبل الوفاة و بالتالي يصبح أمام عقد هبة ، و كذلك تصبح الوصية معلومة للكافة مما قد يعرض حياة الموصي للخطر. كذلك بالنسبة للميراث . فلا يمكن وقف انتقال الملكية إلى الورثة على الشهر، لأن هذا يعني بقاء العقارات دون مالك فترة موت المورث و شهر الوارث حقه¹.

فإذا فرضنا أن المشرع علق انتقال الملكية إلى الوارث بالشهر، و وقع تهدم في البناء في الفترة ما بين موت المورث و شهر الوارث لحقه أي انتقال الملكية إليه، و أحدث هذا التهدم أضرار فمن سيكون المسؤول؟ علماً أن المادة 140 / 2 من القانون المدني حملت مالك البناء المسؤولية بنصها: «مالك البناء مسؤول عما يحدثه إنهدام البناء من ضرر و لو كان إنهداما جزئيا ، ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة، أو قدم في البناء، أو عيب فيه » ، فمن هو المالك المسؤول في هذه الحالة؟ فالمالك الأصلي للبناء قد توفي و ترك أمواله لورثته من بعده، فلا يمكن مساءلته لإستحالة ذلك، و المالكين الجدد لا يمكن مساءلتهم بإعتبار أنهم لم يصبحوا بعد مالكيين من وجهة نظر القانون لعدم قيامهم بشهر حق الإرث، فمن يعرض الضحية في هذه الحالة؟ .

و بالتالي فإن المشرع أحسن صنعا بعدم إخضاع انتقال الملكية عن طريق الميراث للشهر. إلا أن هناك من عارض كل ما سبق قوله و أثار وجود المادة 180 من قانون الأسرة التي جاء فيها مايلي : « يؤخذ من التركة حسب الترتيب الآتي :

1 - مصاريف التجهيز، و الدفن بالقدر المشروع،

2- الديون الثابتة في ذمة المتوفى ،

3- الوصية

¹ سليمان محمدي ، كسب الملكية بسبب الوفاة الميراث و الوصية ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، سنة 1988 ، ص 76 .

فإذا لم يوجد ذوو فروض أو عصابة ألت التركة إلى ذوي الأرحام ، فإن لم يوجدوا ، ألت إلى الخزينة العامة .» فبوجود هذه المادة كيف يمكن التوفيق بين ما جاء فيها و نص المادة 15 من الأمر 75/74 ؟ كيف يمكن التوفيق بين إنتقال الحقوق بمجرد الوفاة و بين تصفية التركة التي لا تتم إلا بعد إقتطاع مصاريف الجنازة و الدفن ، ديون المتوفى و الأموال محل الوصية؟.

و ما تجب الإشارة إليه أن قانون الموارث المستمد من الشريعة الإسلامية تضمن فيما يتعلق بهذا الموضوع بعض الخصوصيات، حيث أن مقتضيات المادة 180 من قانون الأسرة لا تقتطع حسب القانون من الذمة المالية للورثة و التي تكون ذمة المورث قد أدمجت فيها ، فالديون لا تنتقل إلى الورثة ، بل تسدد من تركة الهالك ، فبعد تصفية هذه الديون و مصاريف الجنازة و الوصايا و في حالة وجود فائض ، يتم إقتسامه ، عندها فقط تأخذ صفة الوارث معناها الحقيقي ، و بما أن الأمر يتعلق بنقل ملكية بسبب الوفاة ، فمن المنطقي أن يكون بأثر رجعي من يوم الوفاة و تكون له حجية من هذا التاريخ¹ و بهذا حسب رأي المعارضين يتم الربط بين المادة 15 و المادة 180. إلا أني لا أوافق أصحاب هذا الرأي ، حيث أن المصاريف المذكورة في نص المادة 180 من قانون الأسرة غالبا ما تقتطع في نفس تاريخ الوفاة فمصاريف الدفن و التجهيز تصرف بمجرد الوفاة ، إضافة إلى الديون التي تدفع قبل دفن المتوفى، حيث ثبت عن الرسول عليه الصلاة و السلام أنه كان يسأل عن ديون الميت قبل الصلاة عليه .

و كل من إستفاد من وصية فبمجرد وفاة الموصي يظهر ليطالب بما أوصي له ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى فحتى إذا لم تقتطع هذه المصاريف في تاريخ الوفاة فإن الورثة غير ملزمين بها ، حيث أنها تبقى عاقلة في ذمة المتوفى فالقانون كان صريح

¹ غنيمية لحو ، إثبات صفة الوارث ، دور الشهادة التوثيقية المحررة بعد الوفاة ، تعليق على قرار رقم 394379 ، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، عدد خاص لسنة 2010 ، ص

بالنسبة لهذه النقطة ، أي أن المقصود بالأموال المنتقلة بسبب الوفاة هي الجزء المتبقي بعد نزع المصاريف و الديون و الوصايا و هو الذي ينتقل إلى الورثة بمجرد حدوث الوفاة و في اللحظة التي تنتقل فيها الروح إلى بارئها .

أما فيما يخص التساؤل الذي يثور حول الوضع الذي تتعاقب فيه عمليات انتقال الملكية، بحيث يصبح من العسير جدا معرفة المالك الحقيقي للحقوق العينية التي انتقلت عن طريق الوفاة، الأمر الذي قد يخل بالثقة الموضوعية في نظام الشهر العيني، فلا داعي لمثل هذا التساؤل ما دام المشرع قد وضع آليات تكفل بقاء الشهر هو الصورة الكاملة لتسلسل الملكية العقارية، و هذا ما سأنتقل إليه في المطلب الثاني .

فبعد أن عرفنا موقف المشرع من انتقال الملكية بالوفاة بشكل تلقائي لابد من التطرق لموقف القضاء في هذه المسألة، لأن هذا هو الهدف الرئيسي من البحث، اللجوء في كل مرة إلى معرفة موقف القضاء .

الفرع الثاني: موقف القضاء

من أجل تبيان موقف القضاة لابد من التطرق لبعض القرارات القضائية، حيث ذهب مجلس الدولة - الغرفة الأولى - في القرار رقم 652-602 المؤرخ في 10 جويلية 2000 إلى ما يلي: « لكن حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفى إليهما كما تشترطه أحكام المادة 91 من المرسوم رقم 76 / 63 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، و حيث أن هذا الشرط هو - إجراء إجباري مسبق - لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين»، و جاء فيه كذلك «..... تعتبر دعوى سابقة لأوانها ما دام أن المستأنفين لم يقوموا بالإجراءات القانونية الأولية لإثبات صفتها كوارثين شرعيين للمرحوم ش.ع و لإثبات نقل ملكية هذا الأخير بصفة رسمية إلى مورثيه كما يستلزمه القانون » .

ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء مخالفا للقانون و خاصة المادة 15 من الأمر 74 /75 و التي جعلت مسألة انتقال الملكية في الوفاة إلى الورثة تتم بمجرد حدوثها¹. أما بخصوص إثبات صفة الوارث ، فهي ثابتة بمجرد الوفاة إستنادا إلى النصين التشريعيين : المادة 15 من الأمر المذكور سالفًا ، و المادة 127 من قانون الأسرة التي جاء فيها مايلي : «يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أوباعتباره ميتا بحكم القاضي» و بالتالي فبمجرد ثبوت الوفاة تنشأ صفة الوارث².

و المحكمة العليا تبنت نفس موقف مجلس الدولة، و اعتبرت الشهادة التوثيقية المشهورة ناقلة للملكية مستندة في ذلك إلى نص المادة 91 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه حيث جاء في القرار رقم 267615 المؤرخ في 22 سبتمبر 2004 ما يلي: « تعد الشهادة التوثيقية، حتى و إن كانت عقدا تصريحيا، متى استوفت إجراءات الشهر، عقد رسميا ناقلا ملكية الأملاك العقارية إلى الورثة، سواء في الشياح أو بالحصص المفترزة³ » .

في حين هناك قرارات أخرى صادرة عن نفس الجهة ، أي المحكمة العليا، حكمت بعكس ذلك حيث جاء في قرارها رقم 477974 المؤرخ في 17 ديسمبر 2008 ما يلي « حيث أنه خلافا لمزاعم الطاعنين فإن الشهادة التوثيقية المنصوص عليها بالمادة 91 من المرسوم المذكور أعلاه، تخص نقل التركة بين الورثة، و لا تعتبر شرطا لرفع الدعوى و إثبات الصفة، لأن انتقال التركة بين المورث الأصلي و ورثته تتم بمجرد الوفاة و هذا طبقا لنص المادة 15 من الأمر 74 /75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و بالتالي فإن مخالفة المادة 91 المذكورة أعلاه في غير محله و منه فإن هذا الفرع غير مؤسس و يستوجب

¹ ليلي زروقي ، عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر ، طبعة 2004 ، ص 212 - 213 .

² غنيمة لحو ، المرجع السابق ، ص 205 .

³ قرار المحكمة العليا رقم 267615 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، لسنة 2007 ، ص 407 .

الرفض¹ . و بالتالي فالمحكمة العليا طبقت المادة 15 من الأمر 74 / 75 و
اعتبرت الورثة مالكين بمجرد حدوث الوفاة دون حاجة لأي إجراء آخر عكس ما اتجه إليه
مجلس الدولة .

غير أنني أرى أن الملكية العقارية تنتقل تلقائيا بمجرد الوفاة إلى الورثة أو الموصى
لهم دون أي إجراء و هذا أمر واضح ووضوح دلالة المادة 15 من الأمر 74 / 75 ، و
دون الحاجة إلى استصدار الشهادة التوثيقية من أجل نقل الملكية العقارية، و إنما هذه
الشهادة تثبت هذا الإنتقال فقط أي أنه تم قبل استصدارها و هذا ما يتضح من خلال
المادة 91 من المرسوم 63 / 76 التي جاء فيها ما يلي : « كل إنتقال أو إنشاء أو
إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الأجل المحددة في المادة 99
، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة » .

و ما يلاحظ على ما سبق أنه و بالرغم من وضوح النصوص القانونية ، إلا أن
الجهات القضائية اختلفت في تفسيرها ، و في مثل هذه المواقف يجب وضع حد لهذا
التعارض عن طريق إصدار قرارات مبدئية .

المطلب الثاني : وسيلة الحفاظ على السلسلة العقارية

إن انتقال الحقوق العينية عن طريق الوفاة يسري بمجرد وقوعها دون حاجة إلى أي
إجراء آخر، و هذا طبقا لما ورد في نص المادة 15 من الأمر 74 / 75 كما سبقت
الإشارة إليه، و لكن هذا الإجراء الذي جاء به المشرع رغم ما حققه من ايجابيات إلا أنه
في المقابل من شأنه أن يضرب بإستقرار الملكية العقارية، غير أنه حفاظا على السلسلة
العقارية و التي تعتبر من أهم مبادئ النظام العيني، جاء المشرع بآلية لذلك، فالوارث أو
الموصى له لا يمكنه التصرف فيما آل إليه إلا بعد شهره للشهادة الرسمية التي تثبت
الملكية أو الحقوق العينية الأخرى، على أن طلب الشهادة الموثقة يجب أن يقدم للموثق

¹ قرار المحكمة العليا رقم 477974، المجلة القضائية ، العدد 02 ، لسنة 2008 ، ص 265 .

من طرف الورثة أو الموصى لهم، في أجل 6 أشهر من الوفاة، و إلا اعتبروا مسؤولين مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير¹.

لمزيد من التفاصيل حول هذه الوسيلة، سأنتقل في الفرع الأول إلى مكانتها في القانون، ثم في الفرع الثاني إلى مكانتها في القضاء ، لأن الغاية من البحث كما أعلنت سابقا هي معرفة مدى مسايرة القضاء للنصوص القانونية .

الفرع الأول : الشهادة التوثيقية قانونا

يخضع حق الإرث لعملية الشهر، إذا اشتملت التركة على حقوق عينية عقارية، أما إذا اشتملت على حقوق منقولة فلا داعي لذلك .

إن هذا الإجراء يعد تطبيقا لقاعدة الشهر المسبق²، و وسيلة للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية، رغم أن المشرع جعل من انتقال الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية، طبقا للمادة 15 من الأمر 74 /75 السابق الذكر ، لكن رغم ذلك لا يجوز للوارث أو الموصى له أن يتصرف في نصيبه من التركة إلا بعد شهر حقه لدى مصلحة الحفظ العقاري، الجدير بالإشارة أن عملية شهر حق الإرث، تتم بإيداع شهادة توثيقية بناء على الفريضة المعدة من طرف الموثق أو الحكم القضائي الذي يحدد أنصبة الورثة³.

و تعرف الشهادة التوثيقية على أنها الوسيلة و الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم⁴. تعد الشهادة التوثيقية من العقود

¹ جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار خلدونية ، الجزائر ، طبعة 2006 ، ص 228-229.

² للمزيد من المعلومات راجع ، خالد رامول ، المحافظة العقارية كألية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، الجزائر ، طبعة 2001 ص 48-54 .

³ خالد رامول ، المرجع السابق ، ص 42-43 .

⁴ ليلي زروقي ، عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 209-210 .

التصريحية التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من قبل أحد الورثة و
يحرر بشأنه عقد يتضمن البيانات التالية :

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

- ذكر الحالة المدنية للمتوفى و التصديق عليها عن طريق ذكر الإسم و اللقب و
الموطن و أيضا ذكر أسماء و ألقاب و موطن و تاريخ ميلاد و مهنة كل وارث، استنادا
إلى الفريضة المعدة بعد وفاة المورث، علما أن كل هذه البيانات تعرف بإسم « الشرط
الشخصي » للأطراف المنصوص عليه في المادة 65 من المرسوم 63/76 المؤرخ في
25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

- ذكر العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها، و هذا طبعا بالإستناد إلى
العقود الرسمية التي تقدم للموثق من قبل الطالب في هذا الصدد.

و عليه إذا اشتملت التركة على حقوق منقولة فلا يستلزم على الورثة تحرير شهادة توثيقية
بذلك . و على غرار طلب إعداد الفريضة ، فإنه يحق لكل وارث أن يلجأ إلى الموثق و
يلتمس منه إعداد شهادة توثيقية ، كما يحق لمجموع من الورثة أن يوكلوا أحدهم للقيام
بذلك مع ضرورة إحضار للموثق ملف يحتوي على الفريضة، عقود الملكية، الشهادة
العقارية .

هناك حالات معينة تقتضي استخراج الشهادة التوثيقية نذكر منها: عندما يريد أحد
الورثة التصرف في نصيبه بالبيع و نحوه ، فإنه عملا بأحكام المادة 39 من المرسوم رقم
63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المذكور سابقا، فيجب عليه استخراج الشهادة
التوثيقية و التي بمقتضاها يؤشر في مجموعة البطاقات العقارية بأسماء جميع المالكين
على الشياخ و بالحصة التي تعود لكل واحد منهم¹.

من خلال ما سبق ، نلاحظ بأن المشرع جعل من الشهادة التوثيقية وسيلة و آلية
للحفاظ على استقرار الملكية العقارية و منع اختلال التسلسل الخاص بالمعاملات الجارية

¹ ليلي زروقي ، عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 209-210 .

على العقار . هذا من الناحية القانونية، أما من الناحية القضائية فيجب تفحص بعض القرارات لتبيان وظيفة الشهادة التوثيقية .

الفرع الثاني : الشهادة التوثيقية قضاء

رغم أن المشرع جعل انتقال الملكية إلى الوارث يحدث بمجرد الوفاة، فإنه لا يستطيع التصرف فيها مهما كان نوع التصرف إلا بعد شهره للشهادة التوثيقية التي تثبت الملكية، على أن طلب الشهادة التوثيقية يجب أن يقدم للموثق من طرف الورثة في أجل 6 أشهر من الوفاة، و إلا اعتبروا مسؤولين مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير، إضافة إلى عدم إمكانية إشهار التصرفات التي يوقعونها تطبيقا للأثر الإضافي للشهر، و لا يمكن الإحتجاج بما يرتبه نظام الشهر العيني من ضمانات لفائدة أصحاب الحقوق المشهورة لنفاد تصرفاتهم في الحقوق الميراثية¹ ، و بالتالي فإن المشرع جعل من الشهر في حالة اكتساب الملكية بالوفاة، غير ناقل للملكة و إنما يقرها و يكشف عنها و عن مالكةا عن طريق إثبات عملية الانتقال بموجب شهادة موثقة كما شرحت سابقا .

إلا أنه بالتطرق إلى الميدان التطبيقي للنصوص القانونية، و هو القضاء ألاحظ رأيا مغايرا لذلك و متذبذب نوعا ما بخصوص هذه المسألة، فتارة يعتبر الشهادة التوثيقية ناقلة للملكية كما جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 267615 المؤرخ في 22 سبتمبر 2004 و الذي تطرقت إليه سابقا، حيث جاء فيه ما يلي : « لكن حيث من جهة فإنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتضح أن المجلس و لإسناد قضائه بتأييد الحكم المعاد ذكر أنه من خلال دراسة الوثائق و خاصة الخبرة المعتمدة التي أنجزت على ضوء عقود الملكية و الشهادة التوثيقية المحررة في 27 نوفمبر 1991 التي تعد سندا ناقلا للعقارات الموروثة أن فريق (م) (الطاعنين) يشغلون الأرض محل النزاع بدون موجب، و من هنا يكون القضاة قد أعطوا لقرارهم أساسا قانونيا، و حيث فضلا عن ذلك فإن الشهادة

¹ جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 229 .

التوثيقية و إن كانت عقدا تقريريا أو تصريحاً إلا أنها تعد عقدا ناقلا لملكية الأملاك العقارية للورثة عند استيفائها لإجراءات الشهر»¹.

يستفاد من القرار السابق أنه جعل الشهادة التوثيقية سندا ناقلا للملكية العقارية و ليس سندا مثبتا لها عكس ما نص عليه القانون، إضافة إلى انتقال الملكية إلى الورثة بمجرد حدوث الواقعة المادية كما أسلفت، أي أن القضاء بهذه الطريقة يكون قد منح للشهادة التوثيقية وظيفة غير تلك التي منحها إياها القانون و هي الحفاظ على السلسلة العقارية.

و من جهة أخرى، اعتبرت بعض القرارات الشهادة التوثيقية غير ناقلة للملكية العقارية، بإعتبارها أن الملكية تنتقل بمجرد الوفاة دون أي إجراء، من بينها القرار رقم 501391 المؤرخ في 11 فيفري 2009 حيث جاء فيه: «الوجه الأول: مأخوذ عن الخطأ في تطبيق القانون: من حيث أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم على المادة 19 من المرسوم 63/76 المنرخ في 25 مارس 1976 (تأسيس السجل العقاري) و هذا بالرغم من أن المادة 722 من القانون المدني لا تشترط هذا الإجراء في حالة قسمة المال و حالة الشياخ و أن التركة انتقلت إلى الورثة في 22 أبريل 1941 تاريخ وفاة مورثهم». و رد قضاة المحكمة العليا على هذا الوجه بما يلي: «عن الوجه الأول: و المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون: و لكن حيث أن المادة 15 من الأمر 74 / 75 تنص على أن التركة تنقل مباشرة إلى الورثة بعد وفاة المورث و أن نقل الملكية بالوفاة يبدأ سريانها من تاريخ وفاة أصحاب الحقوق العينية .

و أنه حسب قانون الأسرة فإن التركة تفتح بمجرد وفاة المورث . حيث أن قضاة الموضوع كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون و أن قرارهم يستوجب النقض²».

¹ قرار المحكمة العليا رقم 267615 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، لسنة 2007 ، ص 407.

² قرار رقم 501391 غير منشور .

و ما يلاحظ على هذا القرار أنه جاء موافقاً للنصوص القانونية، و جعل انتقال الملكية يحدث بمجرد الوفاة

فرغم أن المشرع جعل انتقال الملكية بالوفاة غير خاضع لأي إجراء، و جاء بالشهادة التوثيقية كوسيلة للحفاظ على استقرار الملكية العقارية، دون أن يمنحها وظيفة نقل الملكية، إلا أن القرارات القضائية اختلفت في ذلك بالرغم من وضوح النصوص القانونية .

المبحث الثاني : انتقال الملكية العقارية بالتقادم المكسب

إن لتعدد الحياة الإجتماعية آثار سلبية على مختلف الجوانب، مما أسفر عنه في الجانب القضائي تعدد المنازعات المطروحة بين الناس على جهات الحكم لاسيما تلك المتعلقة بالقضايا العقارية، و ذلك كان السبب الذي دفع بالكثير من الدول إلى سن تشريعات تكفل عملية التنظيم العقاري من أجل حماية الملكية العقارية و ما ترتب عليها من حقوق عينية عقارية بصورة محكمة.¹

من بين هذه التشريعات اعتماد نظام التقادم المكسب، حيث يخول لحائز العقار أو الحق العيني لمدة معينة من المطالبة بإكتسابه .

إلا أن هذا النظام يثير مسألة هامة تتعلق بمدى سقوط الملكية بعدم استعمالها، و الأصل العام أن الزمن، أي مضي المدة، ليس من أسباب زوال الملكية، فقواعد العدالة و نواميس الأخلاق تقضي للمالك بملكه مهما طال الزمن، طالما لم يتصرف فيه بإرادته، يترتب على ذلك أن الأصل أن من يحوز مال غيره بقصد تملكه يكون مغتصباً، طالما كانت حيازته دون سبب مشروع، و يظل كذلك مهما طال الزمن .

حيث أن الزمن أو التقادم ليس من طرق زوال الملكية، التي تتصف بالدوام و عدم التأقيت، فالنتيجة المنطقية المترتبة على ذلك هي عدم إمكان إكتساب ملكية الغير بمجرد عدم إستعمالها من صاحبها، فالمنطق القانوني، و قواعد العدالة و نواميس الأخلاق تحول دون جعل التقادم سبباً لكسب الملكية أو زوالها، غير أن هذا الأصل، إصطدم ببعض

¹ مجيد خلفوني ، شهادة الحياة و تطبيقاتها ، نشرة المحامي ، سطيف ، العدد 05 ، مارس 2007 ،

الإعتبرات العملية المتعلقة بإستقرار المعاملات أدت بالعديد من الأنظمة القانونية الوضعية إلى التخلي عنه و تقرير مبدأ إمكان كسب الملكية و غيرها من الحقوق العينية بحيازتها لفترة طويلة من الزمن، عن طريق نظام التقادم المكسب.¹

إضافة لذلك فقد منح القانون لصاحب الحق مدة معقولة يحق له فيها المطالبة بحقه و إذا لم يطالب به طيلة هذه المدة ، فيكون في غالب الأحيان مهملا لمصالحه و يفضل عليه الحائز الذي يستغل العين و لو كان سيئ النية أو مغتصبا.²

و المشرع الجزائري ساير معظم التشريعات و جعل من التقادم المكسب سببا مكسبا للملكية العقارية و نص عليه في المواد 827 إلى 834 من القانون المدني .

غير أنه في المواد التي خصصها لهذا النظام لم يتطرق إلى تعريفه، بل اكتفى بإعتبره أثرا للحيازة المكسبة للملكية العقارية بمرور مدة معينة تاركا مهمة ذلك للفقهاء الذي عرف التقادم المكسب على أنه: « وسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز إذا إستمرت حيازته على حق عيني مدة معينة أن يتمسك بكسب هذا الحق³ ». كما تم تعريفه على أنه: « وسيلة يكسب بموجبها الحائز ملكية الشيء أو حقا عينيا آخر بموجب حيازة تدوم مدة معينة⁴ » ، على عكس المشرع الفرنسي الذي عرف التقادم المكسب بموجب المادة 2219 من القانون المدني على أنه: « طريق لكسب الحقوق أو للتخلص منها بمرور زمن معين بالشروط المذكورة في القانون » .

¹ إبراهيم الدسوقي ابو الليل ، الحقوق العينية الأصلية(الجزء الثاني) أسباب كسب الملكية ن دار الكتاب الجامعية ، الكويت ، طبعة 1991 ، ص 290 .

² فريدة محمدي ، الحيازة و التقادم المكسب ، ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة 2000 ، ص 82-83 .

³ عبد العزيز محمودي ، أليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع الروبية ، الجزائر ، طبعة 2009 ، ص 102 .

⁴ عبد العزيز محمودي ، أليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع الروبية ، الجزائر ، طبعة 2009 ، ص 102 .

يستنتج من خلال هذين التعريفين أن التقادم لا يقوم إلا على أساس الحيازة، و الحيازة هي سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء بحيث تكون في مظهرها الخارجي و في قصد الحائز مزاولة للملكية أو حق عيني آخر و للحيازة عنصران : عنصر مادي و هو عبارة عن الأعمال المادية التي تتطوي عليها مزاولة الحق موضوع الحيازة، و عنصر معنوي هو عبارة عن نية الحائز في أن يباشر هذه الأعمال لحسابه أي نيته في أن يكون مالكا أو صاحب حق عيني آخر، فإذا توافر هذان العنصران قامت الحيازة الحقيقية، و إذا تخلف العنصر المعنوي فلا تقوم الحيازة الحقيقية بل تكون الحيازة حيازة عرضية.¹

و يشترط كذلك أن تكون الحيازة خالية من العيوب، و عيوب الحيازة حسب المادة 808 الفقرة الثانية من القانون المدني هي: الإكراه، الخفاء و اللبس . و الحيازة وحدها لا تكفي لأن تكون سببا لكسب الملكية العقارية، بل يجب أن تقتنر بالمدة الكافية لذلك و التي حددها المشرع بخمسة عشرة سنة². إذا توافر لدى الحائز النية الحسنة و السند الصحيح³ تكون المدة أقصر، و حددها المشرع بعشر سنوات.

و رغم أخذ المشرع بنظام التقادم المكسب¹، إلا أن هناك من يشكك في ذلك، بسبب التعارض مع مبادئ النظام العيني الذي يعمل على جعل الملكية العقارية مستقرة، هذا ما

¹ عبد الحميد الشوربي و أسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه ، دار المعارف بالإسكندرية ، مصر ، طبعة 1984 ، ص 82 .

² إن التقادم نوعان : تقادم قصير و تقادم طويل ، و يكون قصيرا إذا توفرت لدى الحائز النية الحسنة و السند الصحيح و بالتالي تكون مدته أقصر من التقادم الطويل فهي عشر سنوات في القانون الجزائري . فريدة محمدي ، المرحة السابق ، ص 90 .

³ نصت المادة 828 / 3 من القانون المدني على ما يلي : « السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم و يجب إشهار السند » . للمزيد من المعلومات في هذا الشأن راجع عمار رواينية ، التقادم المكسب ، مجلة الإجتهد القضائي للفرقة العقارية ، الجزء الثاني ، لسنة 2004 ، ص 101-102.

أدى إلى الإختلاف في تفسير النصوص القانونية والانقسام بين مؤيد و معارض لوجود هذا النظام ، هذا من جهة ، و من جهة أخرى انعكس هذا الإختلاف على موقف القضاء و جعل مواقفه غير مستقرة بخصوص هذه المسألة .

و لتوضيح هذه النقطة ، سأنتقل في المطلب الأول إلى حقيقة الأخذ بهذا النظام، فأزيل الغموض عن موقف المشرع عن طريق تفحص النصوص القانونية في الفرع الأول ، و بعدها اللجوء في الفرع الثاني لمعرفة رأي القضاء في هذه المسألة هل جاء مسايرا للقانون أم لا.

و في المطلب الثاني، سأعالج الأسباب التي جعلت الملكية العقارية المنتقلة بسبب التقادم المكسب، تنتقل بلا قيود، فسأنظر في الأسباب القانونية و في الأسباب القضائية، و ذلك لأوضح سبب التطرق لهذه النقطة (أي التقادم المكسب) في هذه المقالة رغم عدم وجود نص قانوني يوضح انتقال الملكية بصفة آلية مثلما فعل في انتقال الملكية العقارية بسبب الوفاة .

المطلب الأول : حقيقة الأخذ بالتقادم المكسب

اختلف الفقهاء في تفسير النصوص القانونية الخاصة بالتقادم المكسب فإنقسموا إلى فريقين : بين من يؤكد و من يشكك في أخذ المشرع بهذا النظام، و وصل هذا الإختلاف إلى حد القول بأن هناك تضارب في النصوص القانونية، و تذبذب في موقف المشرع بهذا الخصوص، ووصفوا رأيه بالغموض .

¹ إلى جانب التقادم المكسب الذي يكسب حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى المتفرعة عنه ، يوجد نوع آخر و هو التقادم المسقط الذي يؤدي إلى سقوط الحقوق الشخصية و العينية ما عدا حق الملكية ، إذا لم يستعمل صاحب الحق حقه مدة معينة . فريدة زاوي ، الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري مقارنا ، رسالة ما جستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، سنة 1987 ، ص 132

هذا ما جعلني أحلل كافة النصوص القانونية المتعلقة بهذه المسألة، و هذا لأتبين من خلالها الموقف الذى تبناه المشرع، الذى لم يكلف نفسه عناء توضيحه و إزالة الغموض الذى يعتريه ، فاتحا بذلك المجال أمام الفقهاء و الإجتهااد القضاائي ليتنافسوا في تفسير النصوص المتعلقة بالتقاام .

فسأعالج في الفرع الأول مسألة غموض موقف المشرع، و في الفرع الثاني أتطرق لرأي القضاء في هذه النقطة .

الفرع الأول : موقف المشرع من التقاام المكسب

لقد صدر الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتعلق بالقانون المدني المعدل و المتمم خاليا من أي مادة صريحة تمنع التمسك بالتقاام المكسب على ملكيات مشهورة، و هو منطوق مقبول في ظل نظام الشهر الشخصي الموروث عن التشريع الفرنسي، مما دفع بالكثير من الفقه إلى القول أنه لا يوجد ما يمنع تقديم طلب التمسك بالتقاام المكسب حتى على ملكيات عقارية مشهورة ما دام أن المالك قد أهمل ملكيته.¹

إلا أن المشرع نص في المادة الأولى من المرسوم 83 / 332 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقاام المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية على ما يلي: « كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم يخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 75 - 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المذكور أعلاه عقارا من نوع الملك، حيازة مستمرة، غير منقطعة و لا متنازع عليها و علانية و ليست مشوبة بلبس، طبقا لأحكام الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الإعتراف بالملكية .»

و بمفهوم المخالفة لهذه المادة فإن الأراضي الممسوحة أي التي يطبق فيها نظام الشهر العيني لا يمكن أن تكون محل اكتساب بالتقاام²، أي أن المشرع بهذه المادة يكون

¹ عبد العزيز محمودي ، المرجع السابق ، ص 120 .

² جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 59 .

قد حظر التقادم المكسب في العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة، و رغم أن القانون المدني أجاز اكتساب ملكية العقارات دون التمييز بين العقارات التي تقع في المناطق الممسوحة من عدمه، غير أنه عملاً بقاعدة الخاص يقيد العام، فإنه بوجود المادة التي جاء بها المرسوم 352/83 المذكور أعلاه، يكون المشرع قد حدد المناطق التي يجوز فيها التمسك بالتقادم المكسب وبالتالي تكون الصورة قد اتضحت، خاصة و أن الأمر 75/58 المتعلق بالقانون المدني مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 أي أنه صدر في ظل نظام الشهر الشخصي، و هذا السبب الذي جعله يحمل مواد موافقة لهذا النظام، و إبقاء المشرع لهذه المواد رغم تبنيه لنظام الشهر العيني لا يعتبر خطأ، لأن الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري نص في المادة 27 منه عما يلي: « إن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية و التي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقاً لكيفيات محددة بموجب مرسوم»، و هذا يعني تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي في تلك البلديات التي لم تخضع بعد لعملية مسح الأراضي، غير أن المرسوم رقم 352 /83 قد ألغي بموجب القانون 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري ، إلا بالنسبة للملفات المودعة لدى الموثقين قبل نشر هذا القانون ، لكن المادة الثانية منه نصت على جواز التمسك بالتقادم المكسب في المناطق التي لم تخضع بعد لعملية مسح الأراضي .

و في رأبي أن هذا الأمر، أي الإزدواجية في نظام الشهر، و التي تعتبر مرحلة انتقالية ما بين التخلي عن النظام السابق و تبني النظام الجديد ، هي السبب في إبقاء المشرع على جواز اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب رغم التعديلات التي طرأت على القانون المدني، لأنه و رغم مرور مدة طويلة من بدء عملية المسح إلا أنها لم تشمل

سوى عدد قليل من البلديات¹، و بالتالي فلماذا يحرم مواطني هذه البلديات من الإستفادة من النظام الذي يكفل لهم تسوية وضعية أملاكهم العقارية.

خلاصة لكل ما سبق ، فإنني لا أرى أي غموض فيما يخص مدى أخذ المشرع بنظام الشهر العيني و مبادئه التي تحظر العمل بالتقدام المكسب، لأن النصوص واضحة بصفة لا تدع الشك في دلالتها، و ربما المرحلة التي سادها تضارب في النصوص القانونية بصفة فعلية هي ما بين صدور الأمر 74 / 75 و المرسوم 352/83 (الملغى) ، حيث أن المشرع جعل التقدام جائز في كل العقارات دون تمييز .

و لكن ورغم وضوح الأمور عند البعض ، إلا أنها ليست كذلك عند الأغلبية، و بالتالي لا بد من تدخل المشرع من أجل وضع حد لهذا التناقض في تفسير النصوص القانونية ، عن طريق وضع مادة في القانون المدني تبين الحالات التي لا يمكن فيها العمل بنظام التقدام المكسب، خاصة و أن هذا النظام يعد دعما لعملية تطهير الملكية العقارية التي تعتبر من أهم النقاط التي يريد المشرع تحقيقها بعملية مسح الأراضي .و نتيجة لتضارب الآراء الفقهية بخصوص هذا النظام، تناقضت القرارات القضائية الصادرة بهذا الخصوص و هذا ما سأعالجه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني : موقف القضاء من التقدام المكسب

وسط اختلاف تفسير النصوص القانونية، و انقسام الفقهاء إلى مؤيد و معارض لمدى أخذ المشرع بنظام التقدام المكسب في البلديات الممسوحة أم لا، ظهر موقف القضاء متذبذبا، فتارة يصدر قرارات يسمح فيها بتملك العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة بالتقدام المكسب، و تارة أخرى يقضي بغير ذلك، فعلى سبيل المثال صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 10 نوفمبر 1993 في ملف يحمل الرقم 104967 جاء فيه ما يلي : « من المقرر قانونا أن من حاز منقول أو عقارا، دون أن يكون مالك له أو

¹ تم مسح 146 ألف هكتار من المناطق الحضرية من مجموع 500 ألف هكتار ، و 8.3 مليون هكتار في المناطق الريفية من بين 11.5 مليون هكتار ، و 167 مليون هكتار من بين 230 هكتار في المناطق السهبية .

خاصا به صار له مالكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع و لما كان ثابتا في قضية الحال - أن القطعة الأرضية محل النزاع من نوع العروشية تقع في حيازة الطاعن منذ 77 سنة و بإعتراف المطعون ضدها نفسها التي بررت ذلك بالإعارة، فالطاعن هو أحق باكتساب هذه الحيازة دون غيره . و متى أيد القرار المطعون فيه الحكم القاضي على الطاعن برفع اليد عن القطعة الترابية المتنازع عليها و دفع التعويض، فإنه جاء مخالفا للقانون¹ .

و هذا يعني أن المحكمة العليا أقرت بجواز تملك العقارات بالتقادم بغض النظر عن وضعية العقار المكتسب إن كان مملوك بسند مشهر أم لا، لكنها لم تستقر على هذا الرأي و سرعان ما تراجع عن موقفها بصدور القرار رقم 129947 المؤرخ في 09 مارس 1998 عن الغرفة الإدارية ملخص وقائعه هو أن المحافظ العقاري رفض إشهار عقد شهرة مما حدى بالمستفيدين من العقد إلى رفع دعوى أمام الغرفة الإدارية انتهت أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا التي اعتبرت رفض المحافظ مبررا بسبب خضوع الأرض لإجراء الشهر و لأن المادة الأولى من المرسوم 38 / 352 تشير إلى الأراضي غير الممسوحة فقط، حيث جاء في القرار ما يلي: « لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي و مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب، العقار الذي ليس له مالك بسند رسمي هو الذي يكون محلا للتقادم المكسب»².

رغم إقرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بحظر التقادم المكسب في العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة، إلا أن المحكمة العليا عادت إلى موقفها السابق و أقرت بجواز التمسك بالتقادم المكسب بغض النظر عن وضعية العقار المكتسب و جسدت ذلك في القرار رقم 300815 الصادر بتاريخ 18 ماي 2005 حيث جاء فيه ما يلي: « و عن الوجه الثاني و الرابع الأخوين من مخالفة القانون و إنعدام الأساس القانوني بدعوى أن التمسك بالحيازة و التقادم المكسب يكون في العقارات التي لها سندات ملكية رسمية

¹ قرار المحكمة العليا رقم 104967 ، المجلة القضائية ، العدد 01 ، لسنة 1994 ، ص 43 .

² قرار رقم 129947 ، غير منشور .

وفقا للمادة 828 ، لكن حيث أن القاعدة العامة في إكتساب الملكية العقارية بالتناام المكسب إنما يقوم أساسا على الحيابة و شروطها و على مدة هذه الحيابة حسب التعيين الأتي : حيث أن القانون المدني (827 ، 828) لا يفرق في التناام المكسب بين الملكية التي لها سندات و التي ليس لها سندات .

و قد تأكد هذا المبدأ أيضا في المرسوم رقم 352/83 الخاص بإجراءات إثبات التناام المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعترااف بالملكية إذ نص على أن كل الأراضي تخضع للتناام المكسب .

و بناء عليه فإن ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي التي لها سندات لا تكون محلا للتناام المكسب لا أساس له¹ .»

ما يعاب على القضاة أنهم أسسوا قرارهم على المرسوم 352/83 المذكور سابقا، في حين أن المادة الأولى منه أكدت على أنه لا يجوز التمسك بإجراء عقد الشهرة إلا في المناطق التي لم تخضع بعد لعملية المسح .

يلاحظ من خلال ما سبق، أن المحكمة العليا لم تستقر على رأي فيما يخص إمكانية تملك العقارات المملوكة بسند رسمي مشهر بالتناام فمرة تجيزه و أخرى تمنعه .

و بدوري أدمع الإتجاه الثاني و أرى أن إرادة المشرع تهدف لذلك، بدليل أن مديرية الأملاك الوطنية و بصدد الإستفسارات التي وجهت لها من الموثقين، حول جواز إعداد عقد الشهرة في البلديات التي تم فيها الإفتتاح الرسمي لعمليات المسح، أجابت في مذكرة لها تحت رقم 1373 صادرة بتاريخ 05 أفريل 1998 تؤكد هذا الحظر متى يثبت نشر قرار الوالي بالجريدة الرسمية و بسجل القرارات الإدارية للولاية، أو بلوحة إعلانات البلدية الواقع بدائرة اختصاصها العقار المعني و الجرائد الوطنية و الجهوية تأسيسا على نص المادة الثانية الفقرة الأولى من المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، و التي تنص على: « أن عمليات مسح الأراضي في كل

¹ قرار المحكمة العليا رقم 300815 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 ، لسنة 2005 ، ص 351 .

بلدية تكون موضوع قرار من الوالي يبين فيه على الخصوص تاريخ إفتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار¹.

و أرى بأن أفضل طريقة لتسوية الأوضاع و وضع حد لهذا التناقض هو المسارعة إلى إنهاء عملية المسح، و هذا ما تهدف إليه الدولة حيث أنها ضاعفت الجهود و صخرت إمكانيات ضخمة من أجل ذلك، إذ تم تكوين 400 محقق عقاري، و تم توظيف 250 مفتش رئيسي خلال سنة 2009، إضافة إلى تنصيب خلايا لمتابعة العملية على المستوى الولائي .

المطلب الثاني : أساس إنتقال الملكية العقارية بالتقادم

جاء في المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ما يلي: « كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية». كذلك نصت المادة 16 من نفس الأمر على ما يلي : « إن العقود الإرادية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية» . و بالتالي فإن الشهر هو السبب الوحيد أو الوسيلة الوحيدة لنقل أو تغيير أو إنهاء ملكية العقار أو أي حق عيني آخر، و هذه المواد لم تستثني من هذه القاعدة سوى انتقال الملكية عن طريق الوفاة أي الميراث و الوصية.

و لكن و بالرجوع إلى القواعد القانونية و إلى المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني و الذي يتجه المشرع إلى تعميم العمل به، نرى بأنها لا تتفق مع اكتساب الملكية بالتقادم، الذي يعد سببا مباشرا لكسب الملكية العقارية في المناطق غير المسوحة، و بالتالي فهو معفي حسب رأبي من قاعدة أن الشهر هو المصدر الوحيد لنقل الملكية .

¹ عبد العزيز ، محمودي ، المرجع السابق ، ص 200 .

و لتدعيم هذا الموقف سأتطرق في الفرع الأول إلى الأساس القانوني الذي يبرر الإنتقال الفوري للملكية المكتسبة عن طريق التقادم دون الحاجة إلى الشهر، و في الفرع الثاني سأتناول الأساس القضائي الذي يؤكد هذا الرأي .

الفرع الأول: الأساس القانوني

يقوم نظام الشهر العيني على عدة مبادئ من بينها مبدأ حظر التقادم، مفاد هذا المبدأ أنه ما دام الشهر هو مصدر كل الحقوق العينية، فإن الطرق الأخرى لإكتساب هذه الحقوق مستبعدة و منها التقادم، ذلك أن مبدأ الشهر يقضي بأن من ثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار أو صاحب حق عليه يصبح في مأمن من أن يفاجأ بإدعاء أي مغتصب يزعم أنه تملك العقار بالتقادم و إن توفرت جميع شروطه¹ .

و بمفهوم المخالفة، فإن التقادم المكسب يعد سبب من أسباب اكتساب الملكية في نظام الشهر الشخصي، حيث يكون التسجيل في هذا النظام وفقا لأسماء الأشخاص دون العقار، كما أن الشهر فيه يتم للتصرف و ليس للحق العيني أية حجة قاطعة .²

و بالنسبة إلى للقانون 02/07 المذكور أعلاه، فمجال تطبيقه هو المناطق التي لم يتم فيها مسح الأراضي ، و هذا يعني أن عقد الشهرة ذاته يتم شهره وفقا لنظام الشهر الشخصي، ما دام لم يؤسس سجل عيني في المناطق التي لم يتم فيها مسح الأراضي العام، إذ نصت المادة 27 من الأمر 74/75 المذكور أعلاه : « إن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية و التي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي ، تفهرس بصفة إنتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب

¹ جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 57 ، عن محمد لبيب شنب ، إكتساب الملكية بالتقادم في

ظل نظام الشهر العيني ، مجلة المحاماة ، العددان 5 ، 6 (مايو يونيو) 1972 ، ص 605 .

² جمعة محمود الزريقي ، نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع نظام السجل

العيني ، دار الأفاق الجديدة بيروت ، طبعة 1988 .

مرسوم¹ « ما يفهم من خلال هذه المادة أنه ما دام لا يسمح بإكتساب الملكية العقارية بالتقادم إلا في مناطق لم تشملها عملية المسح، أي أنها ما زالت تخضع لنظام الشهر الشخصي و منه فإن الشهر لا يعتبر مصدرا لإنتقال الملكية و إنما مقررا لها فقط ، ذلك لأن الطريق الذي أدى إلى اكتساب هذه الملكية هو التقادم وحده حيث يعد سببا فوريا و مباشرة لإكتسابها، و هذا عكس ما يقوله البعض بأن الشهر وحده الذي ينقل الملكية و ليس العقد التوثيقي المثبت للاعتراف بملكية العقار الذي يحوزه، و أنه بدون الشهر لا يمكن لهذا العقد أن ينتج أي أثر.

و رغم كون عقد الشهرة من العقود التصريحية ، إلا أنه حسب رأيي يخرج من نطاق المادة 16 التي جاء فيها « إن العقود الإرادية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح» ، لأنه و بالمنطق الذي جاء به القانون فإنه لا يعقل أن يمنع اكتساب الملكية بالتقادم في ظل النظام العيني من جهة، و من جهة أخرى يعتبرون أن الشهر هو الذي ينقل الملكية و ليس التقادم، رغم أنه متواجد في ظل نظام الشهر الشخصي ، إضافة إلى المادة 113 من المرسوم 63/76 التي جاء فيها مايلي « خلافا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم و إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية ، فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية ، مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة و كلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت إسم كل مالك .و تتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحد د بموجب قرار من وزير المالية » .و بالتالي و حسب ما جاء في هذه المادة فإن المناطق التي لم تتم فيها عملية المسح، فإن الوثائق تشهر فيها وفقا للنظام الشخصي² .زيادة على ذلك أكد القضاء من

¹ فريدة محمدي ، التقادم المكسب و نظام السجل العيني ، مجلة الإجتهد الفضائي للغرفة العقارية ،

الجزء الثاني ، عدد خاص لسنة 2004 ، ص 118-119 .

² بشير العتروس ، ترجمة عبد العزيز أمقران ، الشهر العقاري في القانون الجزائري ، مجلة الإجتهد

القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، عدد خاص لسنة 2004 ، ص 25 .

خلال القرارات الصادرة في هذا الموضوع على هذا الموقف، و هذا ما سأعالجه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني : الأساس القضائي

قال الأستاذ السنهاوري : « التقادم المكسب ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز مالك للعين بل هو سبب مباشر لكسب الملكية¹ » .

و هذا المبدأ تم تجسيده في القضاء من خلال عدة قرارات صادرة حول هذا الموضوع ، من بينها قرار رقم 205549 الصادر بتاريخ 28 فيفري 2001 « ... فإن قضاة الإستئناف عللوا استبعادهم دفع الطاعن بالتقادم المكسب على كونه لا يسوغ له أن يسلك دعوى الحيازة بعد أن سلك دعوى الملكية فيما ادعى أنه امتلك الأرض محل النزاع بموجب مقايضة و استدلوا في ذلك بأحكام المادة 418 من قانون الإجراءات المدنية و الحال أن التقادم المكسب هو طريقة من طرق اكتساب الملكية²...» .

و بالتالي فمن خلال هذا القرار اعترف قضاة المحكمة العليا بأن التقادم المكسب هو طريقة لإكتساب الملكية إضافة إلى هذا القرار، صدر عن نفس الجهة أي (المحكمة العليا) قرار رقم 72055 بتاريخ 18 جوان 1991 جاء فيه ما يلي : « و يبدو أن مجلس قضاء الجلفة أغفل أن التقادم المكسب يكفي في حد ذاته لإكتساب حق الملكية تجاه أيا كان³...» .

و تدعيما لما سبق، جاء في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 30 سبتمبر 1998 تحت رقم 180876 ما يلي : « حيث أن قضاة الإستئناف بهذا التعليل يكونون قد جعلوا التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة و الحال أن القانون لا يشترط

¹ باية سكاكني ، الطبيعة القانونية لعقد الشهرة ، مجلة المحاماة ، تيزي وزو ، العدد 02 ، ديسمبر

2004 ، ص 11 .

² قرار المحكمة العليا رقم 205549، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، عدد خاص

لسنة 2004 ، ص 11 .

³ قرار المحكمة العليا رقم 72055 ، المجلة القضائية ، العدد 03 لسنة 1993 ، ص 76 .

ذلك ، فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون ، فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني، مما يعرضه للنقض¹ ، ما يستتبط من هذا القرار أن التقادم المكسب غير مرهون بإجراء عقد الشهرة و إنما يعتبر كافيا دونه لإكتساب الملكية العقارية، أي بمفهوم آخر أن التقادم هو سبب مباشر لإكتساب الملكية، و ما يعزز هذا الرأي القرار الصادر دائما عن نفس الجهة بتاريخ 29 مارس 2000 رقم 190541 الذي جاء فيه ما يلي: «...سيما و أن عقد الشهرة ما هو إلا عقد تقريبي يقتصر على مجرد الإثبات و من هنا يكون الوجه المثار في غير محله و يرفض² » ، و المقصود هنا أن عقد الشهرة لا ينقل الملكية و إنما يقرها و يكشف عنها فقط، لأن التقادم المكسب هو الذي نقل ملكية العقار للحائز و ما على عقد الشهرة سوى إثبات هذا الإنتقال، شأنه في ذلك شأن الشهادة التوثيقية في حالة انتقال الملكية عن طريق الوفاة سواء كان ذلك بالميراث أو بالوصية .

هكذا يكون المشرع قد اعترف بالنص و التطبيق أن التقادم المكسب طريق من طرق انتقال الملكية العقارية دون قيد حتى و إن كان ذلك في حالات معينة فقط .
وما يمكن قوله في الأخير أنه و رغم جعل المشرع الشهر مصدر كل الحقوق العينية العقارية، إلا أنه خرج عن هذه القاعدة و قرر جعل الملكية العقارية تنتقل بصفة آلية بمجرد تحقق الواقعة المادية أي حالي الوفاة و التقادم المكسب و هذا لأن الضرورة إقتضت ذلك .

خاتمة :

جعل المشرع الشهر العقاري مصدر كل الحقوق العينية ، و لكن لا توجد قاعدة دون إستثناء ، فقد أدت الضرورة بالمشرع إلى إدخال بعض الإستثناءات عليها ، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة 15 من الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و

¹ قرار المحكمة العليا رقم 180876 ، المجلة القضائية ، العدد 02 لسنة 1998 ، ص 35 .

² قرار المحكمة العليا رقم 190541 ، المجلة القضائية ، العدد 01 لسنة 2000 ، ص 154 .

تأسيس السجل العقاري على أن إنتقال الملكية عن طريق الوفاة لا يحتاج للشهر و إنما تنتقل بصفة تلقائية بمجرد الوفاة .

و يقصد بإنقال الملكية بالوفاة الميراث و الوصية ، ووضع هذا الإستثناء كان بهدف تفادي بقاء العقار بدون مالك فترة ما بين الوفاة و إنتقال الملكية للورثة .

و في مقابل وضع المشرع لهذا الإستثناء للظروف السابقة الذكر ، جاء المشرع بقيد و هذا من أجل الحفاظ على السلسلة العقارية و عدم تعرضها للقطع ، فقد أوجب على الورثة إستخراج شهادة تسمى الشهادة التوثيقية و أخضعها للشهر ، و قد أثبت دور هذه الوثيقة بالنصوص القانونية و بالقرارات القضائية .

أخذ المشرع كذلك بالتقادم المكسب و جعله سببا لإنقال الملكية العقارية ، غير أنه مسموح به في إطار نظام الشهر الشخصي فقط و الذي لا يعتبر الشهر مصدر الحقوق ، و ذلك لأن نظام الشهر العيني يقوم على مبدأ حظر التقادم المكسب أي أنه في ظله لا يمكن إكتساب ملكية عقارات بالتقادم ، و ذلك راجع للمبادئ التي يقوم عليها هذا النظام و التي تجعل من الشهر المصدر الوحيد لجميع الحقوق العينية العقارية ، و قد بينت فيما سبق بالنص و بالتطبيق كيفية إنتقال للملكية العقارية بالتقادم .

و نظرا لكون الدراسة جاءت لتبيان موقف القضاء فثبت إنحرافه عن النصوص القانونية في كثير من الأحيان و عدم ثبات مواقفه ، فهو متذبذب ، كما أن التنسيق بين غرف الجهة الواحدة غائب تماما ، حيث تصدر قرارات متناقضة من غرف مختلفة في هيئة واحدة و في موضوع واحد ، فهناك فجوة بين القانون و التطبيقات القضائية في الوقت الذي يجب أن يكونا وجهان لعملة واحدة ، و هذا من شأنه التأثير سلبا على مصلحة المواطنين ، و لوضع حد لذلك يجب إصدار قرارات مبدئية إذا كثر التناقض في مسألة معينة ، إضافة إلى حرص المشرع على توضيح مواقفه و نصوصه حتى لا يفتح المجال أمام التفسيرات المختلفة ، أو على الأقل يضع أعمالا تحضيرية عند سن القوانين يطلع عليها القاضي ليستشف منها نية المشرع في نقطة معينة .

قائمة المصادر و المراجع :

أولا / قائمة المصادر :

النصوص القانونية :

- 1- القانون 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 ، المتضمن التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية عدد 49 ، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1990 .
- 2- القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 ، المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري ، الجريدة الرسمية العدد 15 ، الصادرة بتاريخ 28 فيفري 2007 .
- 3- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية العدد 31، الصادرة بتاريخ 13 ماي 2007 .
- 4- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية العدد 92 ، الصادرة بتاريخ 18 نوفمبر 1975 .
- 5- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فيفري 2005 ، يعدل و يتم القانون رقم 84- 11 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية عدد 15 ، الصادرة بتاريخ 27 فيفري 2005 .
- 6- المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ، الجريدة الرسمية العدد 30 ، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1976 .
- 7- المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، المتضمن تأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية العدد 30 ، الصادرة بتاريخ 13 أبريل 1976 .
- 8- المرسوم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 ، المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية ، الجريدة الرسمية العدد 21 ، الصادرة بتاريخ 24 ماي 1983 .

ثانيا / قائمة المراجع :

أ- الكتب :

- 1- جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، طبعة 2006 دار الخلدونية ، الجزائر.

- 2- خالد رامول ، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، طبعة 2001 ، قصر الكتاب ، الجزائر .
- 3- ليلي زروقي ، حمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، طبعة 2004 ، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر .
- 4- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الثاني ، الميراث و الوصية ، طبعة 1999 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر .
- 5- عمر حمدي باشا عقود التبرعات الهبة - الوصية - الوقف ، طبعة 2004 ، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر .
- 6- عبد العزيز محمودي ، اليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، طبعة 2009 ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع الروبية ، الجزائر .
- 7- عبد الحميد الشواربي و أسامة عثمان ، أحكام التقادم في ضوء القضاء و الفقه ، طبعة 1984 ، دار المعارف ، الإسكندرية ، مصر .
- 8- جمعة محمود الزريقي ، نظام الشهر العقاري في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع نظام السجل العيني ، طبعة 1988 ، دار الأفاق الجديدة بيروت ، لبنان .

ب - الرسائل :

- 1- عمر صدافي ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد العلوم القانونية و الإدارية ، الجزائر ، سنة 1984 .
- 2- سليمان محمدي ، كسب الملكية بسبب الوفاة الميراث و الوصية ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، الجزائر ، سنة 1988 .
- 3- فريدة محمدي ، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني الجزائري مقارنا ، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية ، جامعة الجزائر ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية ، الجزائر ، سنة 1987 .

ج - الإجتهد القضائي :

- 1- قرار رقم 267615 الصادر عن المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا العدد 01 لسنة 2007 .
- 2- قرار رقم 501391 الصادر عن المحكمة العليا ، غير منشور .
- 3- قرار رقم 104967 الصادر عن المحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد 01 لسنة 1994 .

4- قرار رقم 129947 الصادر عن المحكمة العليا ، غير منشور .

5- قرار رقم 300815 الصادر عن المحكمة العليا ، مجلة المحكمة العليا ، العدد 02 لسنة 2005 .

6- قرار رقم 205549 الصادر عن المحكمة العليا ، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، عدد خاص لسنة 2004 .

7- قرار رقم 72055 الصادر عن المحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد 03 لسنة 1993 .

8- قرار رقم 180876 الصادر عن المحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد 02 لسنة 1998 .

9- قرار رقم 190541 الصادر عن المحكمة العليا ، المجلة القضائية ، العدد 01 لسنة 2000 .

د- المقالات في المجلات :

1- غنيمية لحو ، إثبات صفة الوارث ، دور الشهادة التوثيقية المحررة بعد الوفاة ، تعليق على قرار رقم 394379 ، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، الجزء الثالث ، عدد خاص لسنة 2010 .

2- فريدة محمدي ، التقادم المكسب و نظام السجل العيني ، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، الثاني الجزء ، عدد خاص لسنة 2004 .

3- بشير العتروس ، ترجمة مقران عبد العزيز ، الشهر العقاري في القانون الجزائري ، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، المحكمة العليا ، الجزائر ، الجزء الأول ، عدد خاص ، سنة 2004 .

4- باية سكاكي ، الطبيعة القانونية لعقد الشهرة ، مجلة المحاماة ، تيزي وزو ، الجزائر ، العدد 02 ، ديسمبر 2004 .