

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران 2 محمد بن أحمد



كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم
تخصص القانون المدني
بعنوان

سندات إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري

تحت إشراف :

الأستاذ داودي ابراهيم .

إعداد الطالب :

لزرق بن عودة .

أعضاء لجنة المناقشة

- الأستاذ: زهدور سهلي ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة وهران 2 رئيسا .
الأستاذ : داودي ابراهيم ، أستاذ محاضر (أ) ، جامعة وهران 2 مشرفا مقررًا .
الأستاذ : إيقاش فراس ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة وهران 2 عضوا مناقشا .
الأستاذ : مزيان محمد أمين ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة مستغانم عضوا مناقشا .
الأستاذ : بوسماحة الشيخ ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة تيارت عضوا مناقشا .
الأستاذ : حيتالة معمر ، أستاذ محاضر (أ) ، جامعة مستغانم عضوا مناقشا .

السنة الجامعية : 2018/2017 .

إهداء

إلى والدي الكريمين عرفانا بفضلهما .

إلى إخوتي .

إلى أساتذتي تقديرا لهم .

إلى جميع الفئات الطلابية .

إلى كل من ساعدني على إنجاز هذا البحث .

أهدي هذه الدراسة المتواضعة راجياً من الله أن تنال رضاهم .

كلمة شكر

أوجه شكري إلى أستاذي الفاضل الدكتور : داودي إبراهيم الذي وافق على الإشراف علي و مكنتني من تحضير هذا الموضوع ، و منحني من وقته الثمين ، و لم يبخل عليّ بإرشاداته و توجيهاته القيّمة طيلة مدّة إنجاز هذا البحث .

كما أخص بالشكر الأساتذة الكرام و أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عبء قراءة هذا البحث و قبلوا المشاركة في مناقشته جزاهم الله جميعاً أوفر الجزاء .

قائمة المختصرات

أولاً : باللغة العربية

المحكمة العليا	م ع
مجلس الدولة	م د
المجلس الأعلى	م الأ
النشرة السنوية	ن . س
نشرة القضاة	ن . ق
مجلة المحكمة العليا	م م ع
المجلة القضائية	م ق
الإجتهاد القضائي	الإ ج
عدد	ع
عدد خاص	ع خ
سنة	س
الغرفة العقارية.....	غ ع
الغرفة المدنية	غ م
غرفة الأحوال الشخصية	غ أ ش
الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا	غ إ م ع
الغرفة المجتمعة	غ مج
قانون	ق
القانون المدني	ق . م
قانون الأسرة	ق . أ
قانون التسجيل	ق . ت
قانون العقوبات	ق . ع
قانون الإجراءات المدنية و الإدارية	ق . إ . م . إ
الجريدة الرسمية	ج ر
جزء	ج

ط طبعة

ص صفحة

Abréviations

ثانيا : باللغة الفرنسية

C cour d'appel

Cass cour de cassation

D Dalloz

E.D Encyclopédie Dalloz

J.O.R.Fjournal officiel de la république française

JOjournal officiel

N° Numéro

Op.cit Ouvrage précité

P Page

T Tome

V Voir

مقدمة :

تعتبر الملكية العقارية مصدرا من المصادر المتجددة للثروة ، و مقوما فعالا للإستثمار و التنمية الإقتصادية و الإجتماعية ، لذلك إضطلعت معظم التشريعات المقارنة بإنشاء و خلق نظم عقارية متكاملة إستهدفت في مجملها عملية تنظيم الملكية العقارية و ضبط سندات⁽¹⁾ إثباتها ، قصد ضمان إستقرار المعاملات و إرساء فكرة الإئتمان العقاري عامة ، و ترقية الإستثمار بشكل خاص .

و نظرا لأهمية هذه السندات في توفير الحماية اللآزمة للملاك و أصحاب الحقوق ، و نظرا كذلك لكثرة المنازعات المثارة بشأن إثبات و إنتقال الملكية العقارية ، نتيجة كثرة النصوص القانونية المنظمة للنشاط العقاري من جهة ، و عدم إنسجامها من جهة أخرى . فإننا سنحاول من خلال هذه الدراسة أن نوضح الرؤيا للقارئ ، من حيث تحديد هذه السندات و مدى أهميتها و دورها في إثبات الملكية العقارية ، كي تتضح معالم هذه السندات ، و تبدو أكثر وضوحا في ذهن القارئ .

و عموما تتجسد أهمية السندات المثبتة للملكية العقارية في كونها تؤدي إلى تنظيم عمليات تملك و إستغلال و تداول الأملاك العقارية و الحقوق العينية العقارية المترتبة بها ، بما يضمن حقوق المتعاملين و الدولة و الغير على السواء .

كما أنّ من شأن هذه السندات أن تؤدي لامحالة إلى تسهيل تعامل الملاك و أصحاب الحقوق العينية العقارية مع مختلف المؤسسات المالية و الإدارية في مجال القروض الرهنية و تسليم شهادات البناء و التعمير ، بل و تسهيل دور القضاء في حل الكثير من المنازعات العقارية المعقدة .

إلاّ أنّه و بالرغم من وضوح الوظيفة الأساسية للسندات المثبتة للملكية العقارية ، فإنّ المتتبع لمسار التنظيم العقاري في الجزائر ، سيلحظ حتما مدى التعقيد الذي مسّ التنظيم العقاري و الإشكالية العقارية المرتبطة بتنظيم و ضبط سندات الملكية .

¹- لأدلة الإثبات لفظان ، السند و الورقة ، و يطلق لفظ " الورقة " على جميع الأدلة الكتابية ، سواء أعدت للإثبات أو لم تكن معدة ، كالرسائل و البرقيات و الدفاتر التجارية . أما لفظ " السند " ، فيطلق على الأدلة المكتوبة المعدة أصلا للإثبات أي الدليل المهيأ . و لما كانت جلّ التصرفات الواردة على العقارات لا تثبت إلاّ في ورقة مكتوبة معدة سلفا للإثبات ، و يجب عينا أن نطلق لفظ " السند " على كل المحررات المثبتة للملكية العقارية . و من هنا كانت تسميتها لهذه الرسالة بالسندات المثبتة للملكية العقارية . أنظر أكثر تفصيل حول هذا الموضوع ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات - آثار الإلتزام ، ج 2 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان بند 66 ، ص 104 .

و لعلّ السبب في ذلك يرجع إلى الحقبة الإستعمارية و ما صاحبها من نصوص قانونية و تدابير تنظيمية إنتهت بتوريث الجزائر وضعية عقارية غامضة و مضطربة . و هذا دون إغفال أثر التقاليد و أعراف العروش التي أثبتت تجذرها من خلال تزامنها مع كل الأنظمة التي حكمت الجزائر ، فضلا عمّا خلفته السياسة العقارية المنتهجة في الفترة الممتدة من 1962 إلى غاية 1990 ، و التي ساهمت في جانب هام منها بتعقيد الوضعية العقارية ، بسبب عدم وضوح سياسة دقيقة للتطهير العقاري المرتبط بضبط و تسليم سندات الملكية العقارية .

و الذي يبدو من خلال تتبع السياسة العقارية الإستعمارية و مختلف القوانين السارية في تلك الفترة ، أنّ هذه الإدارة لم تكن تستهدف تنظيم الملكية العقارية و ضبط سندات إثباتها ، بقدر ما كانت تستهدف تدعيم سياسة الإستيطان و الإستيلاء على الأملاك العقارية التابعة للأهالي .

و فعلا فقد عملت الإدارة الفرنسية الإستعمارية إلى البحث عن أنجع الصيغ القانونية لأجل فرنسة الأملاك العقارية للجزائريين ، و القضاء على النظام العقاري المستقر إبان العهد التركي الناتج عن تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية و الأعراف المحلية ، بحيث باشرت السلطة الإستعمارية آنذاك بسياسة عقارية نقيضة إستهدفت تكريس الملكية الفردية و تجزئة الملكيات الجماعية و أراضي العرش من أجل تشجيع المعمرين و خدمة مصالحهم على حساب الأهالي ، إذ إتخذت في ظل هذه الفترة سلسلة من القوانين العقارية الجائرة أبرزها القانون المؤرخ في 22 أبريل 1863 الشهير بإسم سيناتوس كونسيلت-Senatus Consulte- و القانون المؤرخ في 26 جويلية 1873 المعروف بقانون فارني-Warnier- و اللذان كان لهما بالغ الأثر في رسم السياسة العقارية الإستعمارية ، و تعقيد الإشكالية العقارية التي تميّزت في جانب هام منها بغموض و إنعدام سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة ، فضلا عن إنعدام الدقة في المسح و تحديد أصل الملكية .

و لقد كان منتظرا من الإرادة السياسية غداة الإستقلال أن تدرك البعد الإستراتيجي للتنظيم العقاري و تبادر إلى سن قوانين فعالة و نصوص تنظيمية تضع حداً للنتائج السلبية للفترة الإستعمارية ، و تضمن إستقرار في المعاملات العقارية و ضبط سندات الملكية دون الإكتفاء بتمديد التشريعات الفرنسية للمرحلة الإنتقالية على حساب مقتضيات التنظيم العقاري ، إذ أنّه على العكس من ذلك ، لم تسمح تدابير الحماية و تسيير الأملاك العقارية الشاغرة ، أو بنود الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم

التوثيق⁽¹⁾ ، من تغيير الوضعية السيئة لتداول الأملاك العقارية ، و بالتحديد مسألة التعاقد العرفي و ما نجم عنه من غموض و إنعدام في السندات المثبتة للملكية العقارية .

و بالفعل فقد كان لنظام الحفظ العقاري الإختاري الموروث عن القانون المدني الفرنسي ، و القيود المتشددة التي حملها قانوني الثورة الزراعية و الإحتياطات العقارية لصالح البلديات ، أحد أهم العوامل التي أدت إلى شيوع التعامل بالسندات العرفية ، و مخالفة الحظر القانوني الثابت بعموم أحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 أنف الذكر ، مما حرم الدولة من إيرادات مالية هامة لصالح الخزينة العمومية و فتح مجال للمنازعات القضائية و المضاربات العقارية ، بسبب ما نجم عن تلك السندات العرفية من آثار و إنجاز لبناءات فوضوية مخالفة لقواعد التهيئة و التعمير⁽²⁾ .

و هكذا فقد فرضت السياسة العقارية للفترة الإستعمارية و النتائج السلبية التي خلفتها السياسة المنتهجة في ظلّ النظام الإشتراكي في مرحلة ما قبل 1988 ، ضرورة مراجعة الدولة لمنظومتها القانونية المرتبطة بالتنظيم العقاري ، و بشكل أدق إيجاد حل للإشكالية العقارية المرتبطة بتنظيم و ضبط سندات إثبات الملكية العقارية ، بالنظر إلى التوجهات السياسية و الإقتصادية الهادفة إلى التحول نحو إقتصاد السوق و تنشيط الإستثمار الوطني و الأجنبي .

و تجسيدا لهذا المنهج ، فقد بادرت الإرادة التشريعية نهاية الثمانينات بإصدار جملة من القوانين ، كما عمدت إلى إدخال العديد من التعديلات إستهدفت في مجملها حل إشكالية السندات المثبتة للملكية العقارية .

و على العموم فقد نتج عن إنتهاج الجزائر لسياسة إقتصاد السوق ، تغيير جذري في السياسة العقارية المتبعة ، إستهدفت بالدرجة الأولى إعادة الإعتبار للملكية العقارية الخاصة ، و وضع ضمانات قانونية لحمايتها ، و ذلك من خلال تعديل أحكام القانون المدني بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ

¹- منشور في ج ر ، ع 107 ، الصادرة بتاريخ : 25-12-1970 .

²- محمودي عبد العزيز ، آليات تطهير الملكية و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، منشورات بغدادي ، ط 2 ، الجزائر ، 2010 ، ص 06 و 07 .

في 03 ماي 1988⁽¹⁾ بنقل بعض المواد التي تتعلق بالعقد الرسمي من قانون التوثيق القديم إلى القانون المدني ضمن أحكام المواد من 324 مكرر 1 إلى 324 مكرر 7⁽²⁾ .

و في نفس السياق ، و إعتبارا للقيمة القانونية التي تتمتع بها قاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية في تنظيم السوق العقارية و مراقبتها و التقليل من المضاربة غير المشروعة ، و تدعيم الإستثمار و حماية المال العام ، تدخل المشرع بمقتضى القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988⁽³⁾ كثنائي تشريع يصبوا إلى التطبيق الفعلي للنصوص التي قررت هذه الإصلاحات .

إلا أنّ هذا القانون ، و بالرغم من تنظيمه لمهنة التوثيق و جعلها مهنة شبه حرّة تُمارس في إطار مكاتب عمومية يمتدّ إختصاصها عبر كمال التراب الوطني ، و إعادته للمكانة الأصلية لها من خلال نزعه لصفة الموظف عن الموثق ، و إضفاءه لصفة الضبطية العمومية عليه ، و مساهمته إلى جانب الجهات الإدارية المعنية في تسوية الكثير من الحالات العالقة للعقار لاسيما في القطاع الحضري ، و إثراء الخزينة العمومية⁽⁴⁾ .

إلا أنّ هذا القانون أي قانون 88-27 قد ظلّ في مضمونه محتشما يحتاج إلى الكثير من الإثراء و التعديل خاصة من الجانب التنظيمي للمهنة . و ينتحل له البعض أسباب عدم الإنسجام مع سياسة إقتصاد السوق ، أنّ نصوصه كانت قد إستلهمت من النظام الإقتصادي الموجه و صيغت في ظل مرحلة الإنتقال إلى نظام الإقتصاد الحرّ⁽⁵⁾ .

الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إلغائه في مرحلة لاحقة بمقتضى المادة 71 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق⁽⁶⁾ .

1- القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03-05-1988 ، يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 .
منشور في ج ر ، ع 18 ، الصادرة بتاريخ : 04-05-1988 .

2- مويسي عبد الله ، إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول ، يونيو 2013 ، ص 36 .

3- منشور في ج ر ، ع 28 ، الصادرة بتاريخ : 13-07-1988 .

4- دلاندة السعيد ، كيف تتوقون آفاق العمل التوثيقي في ظل النظام الإقتصادي الجديد ؟ ، مجلة الموثق ، العدد 6 ، عدد خاص ، أبريل - ماي 2002 ، ص 26 .

5- عبد القادر دحمان صبايحية ، التجربة الجزائرية في التوثيق في ظل الإصلاحات الإقتصادية ، مجلة الموثق ، العدد 6 عدد خاص ، أبريل - ماي 2002 ، ص 16 .

6- منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 08-03-2006 .

و فعلا فقد صدر هذا القانون ليعطي نفسا جديدا و ضمانات و تسهيلات أوسع للموثق و يستكمل ما تم بناؤه ، لاسيما في مجال تحديد صلاحيات الموثق و سلطاته في تحرير السندات التوثيقية ، و كذا بيان أشكالها و مضمونها، و كل الأمور التنظيمية التي تقتضيها المهنة ، خاصة في علاقة الموثق بالإدارات المحلية لوزارة المالية التي لها علاقة مباشرة بالعقار كالبنوك و مفتشيات التسجيل و الطابع و المحافظات العقارية و مصالح مسح الأراضي ، و هو ما يظهر بوضوح من خلال النصوص التنظيمية المطبقة له .

كما عمدت الإرادة التشريعية في نفس الإتجاه ، إلى تحرير السوق العقارية من خلال رفع إحتكار الدولة للمعاملات العقارية في الوسطين الفلاحي و الحضري بموجب القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري⁽¹⁾، من خلال رفع القيود و التعقيدات التي صاحبت تطبيق قوانين تقييد الملكية العقارية .

و في نفس الإتجاه ، و بإعتبار أنّ الدولة تعتبر أكبر المتعاملين العقاريين و المتصرف الأول في الثروة العقارية ، إستحدثت المشرع نظام قانوني محكم بأحكام تشريعية عامة و خاصة ، خول بمقتضاها للسلطات الإدارية التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الخواص عن طريق سندات إدارية تتولى هي تحريرها و بالتالي تُعدّ هي الأخرى سندات مثبتة للملكية العقارية .

و لتعزيز هذا المكسب تدخل المشرع بمقتضى القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 08-14⁽²⁾، بسن قواعد عامة تتم من خلالها تنظيم عملية بيع العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، فضلا عن عقود التنازل التي تتم بمقتضى القوانين الخاصة و التي تعدّ من قبيل العقود الإدارية المثبتة للملكية العقارية الذي يعدّ صلب البحث .

و في هذا الإطار ، و بغية تلبية الطلبات المتزايدة عن السكن ، تدخل المشرع بموجب أحكام خاصة لتنظيم عمليات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري ، و التي حظيت بإهتمام كبير لحل أزمة السكن ، فضلا عن عقود الإستصلاح ، و عقود التنازل التي تتم

¹- منشور في ج ر ، ع 49 ، الصادرة بتاريخ : 18-11-1990 .

²- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية . منشور في ج ر ، ع 52 الصادرة بتاريخ : 02-12-1990 ، المعدّل و المتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20-07-2008 . منشور في ج ر ، ع 44 ، الصادرة بتاريخ : 03-08-2008 .

في إطار الإمتياز الموجه لإستغلال العقار الفلاحي و الصناعي الصادرة تنفيذا للبرامج و الخطط التنموية المسطرة من قبل الدولة .

كما خول المشرع للهيئات الإدارية و الجماعات المحلية بإعتبارها صاحبة السيادة إكتساب الأملاك العقارية ، عن طريق قرارات إدارية تُعد هي الأخرى سندات مثبتة للملكية العقارية ، على غرار قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة .

و في محاولة أبعد من ذلك ، نحو تنظيم و ضبط السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية ، تدخل المشرع بالقانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري⁽¹⁾، طالما أنّ عملية المسح العام للأراضي المعلن عنها بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و المراسيم المطبقة له لاتزال متأخرة منذ إنطلاقها . و الذي بمقتضاه يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي ، يمارس حيازة على عقار في منطقة غير ممسوحة ، سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، أو يحوز سند ملكية محرر قبل الفاتح من مارس 1961 ، و لم يعد يعكس الوضعية العقارية الحالية ، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته و تسليمه سند ملكية .

و مهما يكن من أمر ، يبقى مؤكدا من دون منازع ، أنّ من شأن إستكمال عملية المسح العام للأراضي المعلن عنها بموجب بنود الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975⁽²⁾ و المرسوم المطبقة له أن تساهم بقدر كبير في عملية التطهير العقاري الشامل و حل الإشكالية العقارية المرتبطة بتنظيم و ضبط السندات المثبتة للملكية العقارية ، كونه ستنتهي حتما بتسليم الملاك و الحائزين و أصحاب الحقوق دفاتر عقارية تعبر المنطلق الوحيد لإثبات الملكية العقارية في المناطق الممسوحة .

و هذا دون إغفال دور القضاء بما له من أهمية إجتماعية ، تظهر بجلاء في عمليات التسوية التي كانت تتم بمناسبة تثبيت صحة السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل الفاتح من يناير 1971 . و في محاولة أبعد من ذلك في بسط الحماية القضائية على كل مالك إذا ما إعتدي على ملكيته ، فضلا عن مراقبته لمدى تطبيق النصوص القانونية في مجال تداول و إثبات الملكية العقارية .

¹- منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 28-02-2007 .

²- منشور في ج ر ، ع 92 ، الصادرة بتاريخ : 18-11-1975 .

فإقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية و الطرق المحددة قانونا على واقعة ثبوت الملكية ، من شأنه أن يجعل الحكم الصادر فيها سندا لإثبات الملكية العقارية ، مما يجعل للإثبات القضائي دور فعال في المساهمة في تنظيم و ضبط سندات إثبات الملكية العقارية ، خاصة بعد أن إعتبرت الحجة وسيلة لإستقرار المعاملات .

و على العموم و بالرغم من النقائص التي تضمنتها التعديلات و الإصلاحات أعلاه ، فقد شكلت في مجملها رصيذا ثريا في إرساء الأسس و القواعد المنظمة للنشاط العقاري ، و إعادة هيكلة الميدان العقاري بما يستجيب لدواعي التنظيم العقاري المرتبط بضبط و تنظيم مسألة السندات المثبتة للملكية العقارية .

و كما جاء في معرض البيان فإنّ كل من السند العرفي و السند التوثيقي ، الحكم القضائي و السند الإداري يشكلون أحد أهم السندات المثبتة للملكية العقارية ، و أبرز موضوعات المادة العقارية بشقيها القانوني و القضائي .

فالأول - السند العرفي - و الذي يعتبر إحدى الصيغ التي تم إعتماها في تداول الملكية العقارية و إثباتها طيلة ربح من الزمن .

ليس هذا فحسب ، بل و عملا على إرساء دعائم التوجه الإشتراكي للدولة الجزائرية ، فقد عمدت الإرادة السياسية فترة السبعينات إلى إصدار عدّة قوانين هدفت من خلالها إلى تقييد الملكية العقارية الخاصة و فرض إحتكار الدولة و الجماعات المحلية لكل المعاملات العقارية الواردة على العقارات الواقعة ضمن المحيط العمراني لها .

الأمر الذي إنعكس سلبا على السوق العقارية ، بحيث ذاع التعامل بالسندات العرفية بسبب الموانع و القيود التي مسّت حرية التصرف ، التي خلفها العمل بقانوني الثورة الزراعية و الإحتياطات العقارية لصالح البلديات .

الأمر الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى التدخل لتحرير المعاملات العقارية بموجب القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، من خلال إلغاء العمل بقوانين تقييد الملكية العقارية .

إلا أنّ هذا القانون لم يصل إلى الهدف المنشود ، و إستكمل القضاء ما لم يحققه القانون المتقدم ، إذ تحتم بعد تعديل القانون المدني ، إنتظار صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18 فبراير 1997 ، الذي كرّس و بشكل أحادي خيار السند التوثيقي كأداة لتداول الملكية العقارية و إثباتها .

و الثاني - السند التوثيقي - و هو أداة ضبط و تأمين و إستقرار للمعاملات العقارية ، و هذه الخاصية التي يتميز بها السند التوثيقي إنما مردها القيمة القانونية يتمتع بها في مجال الإثبات ، و هي خاصيته من حيث الجوهر ، إذ يتمتع السند التوثيقي بقوة قانونية مزدوجة⁽¹⁾ : و هي قوته في الإثبات ، و قوته في التنفيذ ، و هي شبيهة بتلك التي تتمتع بها الأحكام القضائية الحائزة لحجية الشيء المقضي فيه⁽²⁾ .

و إعتبارا لهذه القيمة القانونية التي يتمتع بها السند التوثيقي ، تبرز علة تقرير المشرع لتوثيق التصرفات العقارية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإلزامي كأداة قانونية و فنية يندر مع إحترامها إنشاء تصرفات معيبة على إعتبار أنّ الموثق ملزم بتجسيد توافق ردود الإيجاب و القبول بين أطراف التصرف وفقا للأوضاع و الأشكال التي ينص عليها القانون ، و الكشف عن النية الحقيقية لأطراف التصرف ، و التأكد من هوية الأطراف و الشهود ، و تقصي سلامة الرضا و جدية الإرادة ، و تحديد الطبيعة القانونية للتصرف قبل تثبيته في شكل صيغ و تعابير قانونية ، و تقديم النصائح لأطراف المعاملة و توجيههم حتى تكون إتفاقاتهم نافذة و منسجمة مع القوانين التي تسري عليها ، حماية لمصلحة أطراف التصرف و الغير الذين يمسمهم التصرف ، و تيسير مهمة الدولة في الإحاطة بالرصيد العقاري قصد تحديد الوعاء الضريبي و بالنهاية تنشيط الحياة الإقتصادية و تحقيق نوع من الإستقرار في المعاملات ، و التقليل من المنازعات العقارية ، و إضفاء نوع من المصادقية و الموضوعية على الخدمة العمومية المقدّمة من قبل الموثق و مصادقية المنظومة القانونية للدولة .

و الثالث - الحكم القضائي - و هو سند رسمي مثبت للملكية العقارية ، متى كان فاصلا في دعوى الملكية العقارية ، و بصورة خاصة الحكم الفاصل في أصل الحق العيني المترتب على العقارات .

و في هذا الإطار ، و قصد توفير الحماية اللازمة للملاك و أصحاب الحقوق ، أقرّ القانون في حالة وقوع إعتداء على حق الملكية ، وسائل تحمي هذا الحق ، و تظهر هذه الحماية في صورة دعاوى

¹-Quant à la force exécutoire de l'acte notarié , elle s'explique par sa force probante et donc finalement comme celle-ci . c'est parce que l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de son origine , de son contenu et de sa date , qu'il a force exécutoire : c'est parce que l'obligation qu'il constate est tenue pour certaine que l'on peut passer immédiatement à l'exécution . Michel Grimadi et Bernart Reynis " L'acte authentique électronique" in : Répertoire du notariat Defrénois , 15 septembre 2003 , n° 17 , Doctrine , n° 37798 , p 1023 et 1024 .

²-تنص المادة 284 من ق . إ . م . إ على ما يلي : " يكون للحكم حجبة العقد الرسمي مع مراعاة المادة 283 أعلاه " .

- أنظر لعجال عبد القادر ، إسهامات العقد التوثيقي في الإقتصاد الوطني وفقا للتشريع الجزائري ، مجلة الموثق المجموعة الثانية ، العدد الأول ، يونيو 2013 ، ص 52 .

قضائية تضمن إستقرار الحقوق ، و تدرأ كل عمل من شأنه أن يعيق المالك في الإنتفاع بملكه ، و التمتع بالسلطات التي خولها له القانون .

و قد تم التأكيد على هذه الحماية بوجه عام ، بمقتضى المواد من 674 إلى 698 من القانون المدني و كذا المواد من 27 إلى 29 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، و أخيرا تأكدت هذه الحماية بصدور دستور 1996⁽¹⁾ ، غير أن شرط الحماية القانونية للملكية العقارية كما هو معلوم يبقى مرهونا بإستظهار المالك للسند الرسمي المشهر بمصلحة الشهر العقاري .

إنّ هذه الترسانة من القوانين التي سنّها المشرع لحماية الملكية العقارية ، يجب أن يقابلها ردع القضاء و ذلك ببسط رقابته و حمايته بتطبيق هذه النصوص القانونية بصفة صارمة على أي شخص يعتدي على ملكية الغير بالغصب أو التعرض أو نحوهما .

فالدعوى القضائية إذن هي التي توفر لصاحب حق الملكية وسيلة الدفاع عنه في حالة الإعتداء و ينبنى على ذلك ، أنّ الحق المجرد من وسيلة قانونية - دعوى قضائية - تحميه لا يكون له إلاّ الوجود المادي فقط ، دون الوجود القانوني .

و لما كانت الدعاوى العقارية هي المقررة لحماية حق الملكية و الحقوق العينية العقارية المتصلة به ، فإنّه في كثيرا من الفروض ما يحل الحكم الصادر فيها محل عقد ملكية العقار ، و يصبح سنداً مثبتاً للملكية العقارية ، على غرار الحكم القضائي المتضمن تثبيت الوعد ببيع العقار ، و الحكم القضائي القاضي بتثبيت العقد العرفي ، و الحكم القضائي الصادر في دعاوى الحيازة التي تحمي وضع اليد كمظهر للملكية .

و لا يقتصر الأمر على الأحكام القضائية الصادرة في دعوى إثبات الملكية العقارية - كما سنرى - و إنّما يتعداه إلى كل الأحكام القضائية المعلنة -declaratif- لحق الملكية و المنشئة -constitutif- أو الناقلة له ، كما هو الحال بالنسبة للحكم الفاصل في دعوى القسمة ، و الحكم الصادر في دعوى الشفعة و نحوهما .

و هكذا فإنّ كل هذه الأحكام القضائية متى صارت نهائية ، و مستوفية لجميع القواعد الجارية على الحقوق العينية العقارية لاسيما ما يتعلق منها بالتسجيل الجبائي و الشهر العقاري ، أصبح من السهل الإحتجاج بها لتكون دليلاً قاطع الثبوت في إثبات الملكية العقارية على الكافة .

¹- تنص المادة 52 من الدستور الجزائري ، منشور في ج ر ، ع 76 ، الصادرة بتاريخ : 08-12-1996 . على ما يلي:
" الملكية الخاصة مصونة " . و يقصد بالملكية الخاصة ، الأملاك العقارية المملوكة لأشخاص القانون الخاص .

و الرابع - السند الإداري - و هو شكل مختلف تماما عن باقي السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية فالسند الإداري مهما كانت طبيعته عقد أو قرار ، فهو لا يُبنى إلا إستنادا إلى إرادة المشرع و السلطة التنفيذية ، لذلك فهو غالبا ما يستهل بالإشارة إلى نصوص قانونية و تنظيمية معينة ، على غرار ما يتصدر عقود البيع الإداري و عقود التنازل ، و قرارات التسوية و قرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، و التي غالبا ما تُستهل بالإشارة إلى مقتضيات و صيغ إدارية تُشير إلى قوانين و أوامر و مراسيم .

و أيا ما كان الأمر ، تبقى السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية أحد أهم و أقوى السندات الرسمية في مجال الإثبات العقاري ، فضلا عن تحقيقها للصالح العام . سواء أكانت صادرة في شكل عقود إدارية تبرمها الإدارة مع الغير ، أو في صورة قرارات صادرة عن الجهات الإدارية بإرادتها المنفردة بمناسبة إكتسابها أو تصرفها في ملكيتها العقارية .

و إنطلاقا من الدور الهام و البارز الذي يلعبه السند الإداري في عملية التنظيم العقاري ، و بشكل أدق عملية التطهير العقاري للملكيات الخاصة في المناطق غير المسوَّحة ، تسعى الدولة جاهدة إلى البحث عن بدائل قانونية و تنظيمية ، قصد تمكين الملاك و الحائزين من سندات ملكية (عقود إدارية ، قرارات إدارية) تثبت ملكيتهم للعقار محل الإستغلال ، و تسمح لهم بالحصول على شهادات البناء و التعمير و الإستفادة من القروض الرهنية الموجهة لتمويل المشاريع الفلاحية و الصناعية و التجارية و غيرها من المشاريع الإقتصادية ، طالما أنّ عملية المسح العام للأراضي لا تزال متأخرة منذ بدايتها .

و في هذا المسعى ، و رغبة من المشرع في إستكمال عمليات التطهير العقاري المعلن من خلال المعايينات و المسح الريفي المستحدث أثناء تنفيذ تدابير الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية المطبق في الوسط الريفي ، تدخل المشرع بمقتضى القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، و الذي يتم بالموازاة مع عمليات إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و بصفة مستقلة عنهما ، و الذي ينتهي بتسليم الملاك و الحائزين بدون سند في الأراضي التي لم تشملها عملية المسح العام للأراضي ، سندات ملكية بعد شهرها بمصلحة الشهر العقاري في مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة المسوَّحة وفق نظام الشهر الشخصي .

و مهما يكن من الأمر ، فقد أدى تبني المشرع لنظام الشهر العيني المعلن عنه بعموم أحكام الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المنفذ بمقتضى المرسومين 62-76⁽¹⁾ و 76-63⁽²⁾ المتعلقين تباعا بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، إلى إظهار النواة الأولى للشروع في عملية التطهير العقاري الشاملة ، و التي ستسمح حتما عند إستكمال أعمال المسح و الترقيم في السجل العقاري من تحديد و جرد دقيق لمجموع الملكيات العقارية على إختلاف أصنافها ، و بالنتيجة إعداد و تسليم شهادات ترقيم عقارية و دفاتر عقارية للمالكين - بحسب الحالة - تعكس الحالة القانونية و المادية للعقارات المشهورة ، و تبين تداول الحقوق العينية العقارية .

و بناء على ما تقدم ، فإنّ الموضوع ذو أهمية بالغة ليس من الناحية النظرية و التي تتمثل في تعدد و تنوع السندات المثبتة للملكية العقارية ، بل حتى من الناحية العملية و ذلك من خلال الوقوف على مدى فعالية هذه السندات في إثبات الملكية العقارية ، و مدى نجاعتها في توفير الحماية اللازمة للملاك و أصحاب الحقوق العينية العقارية ، و كذا دورها في ضمان إستقرار المعاملات و بعث الإئتمان العقاري . و لذلك فإنّ التمسك بها يطرح عدّة تساؤلات بشأن الأحكام و القواعد التي تنظم و تحكم هذه السندات من حيث تحديد مفهومها و خصائصها و طبيعتها القانونية ، و أي حجية تُكسبها في إثبات الملكية العقارية ، و ما موقف القضاء منها .

و للإجابة على هذه التساؤلات يقتضي منا الأمر ، تحليل النصوص القانونية التي أوردها المشرع بصدد تنظيم هذه السندات وفق المنهج التأسلي التحليلي ، مع الإستعانة بالمنهج التاريخي الوصفي في بعض الأحيان نظرا لطبيعة الملكية العقارية في الجزائر .

و رغبة منا في الإحاطة بكل جوانب الموضوع وفق أدوات البحث العلمي ، إستعنا بخطة ثنائية من بايين أساسيين ، خصصنا الباب الأول لدراسة السند العرفي و التوثيقي المثبتان للملكية العقارية ، و ذلك في فصلين ، الأول تعرضت فيه إلى بيان إثبات الملكية العقارية عرفياً ، و تطرقت في الفصل الثاني إلى إثبات الملكية العقارية توثيقياً . أمّا الباب الثاني فتعرضت فيه إلى السند القضائي و الإداري المثبتان

¹- المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 25-03-1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 13-04-1976 .

²- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 13-04-1976 .

للملكية العقارية ، و ذلك في فصلين خصصنا الفصل الأول لإثبات الملكية العقارية قضائياً ، في حين عرضنا في الفصل الثاني لإثبات الملكية العقارية إدارياً .
و أنهينا دراستنا لهذا الموضوع بخاتمة ضمنها أهم النتائج التي توصلنا إليها من خلال الإحاطة بجوانب الموضوع ، إضافة إلى جملة من توصيات .

الباب الأول : السند العرفي و السند التوثيقي المثبتان للملكية العقارية الخاصة

لقد أدى تبني المشرع للأمر رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962¹، إلى تمديد العمل بالتشريع الفرنسي ، بإستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية ، و لم تكن القوانين المنظمة للنشاط العقاري بمنأى عن هذا التمديد ، فقد إستمرّ المشرع في العمل بنمط الحفظ العقاري الموروث عن القانون المدني الفرنسي القائم على نظام الشهر الشخصي الإختياري ، و مبدأ التراضي في نقل الحقوق العينية العقارية ، و الذي سمح للأفراد بإبرام تصرفاتهم العقارية وفقا لإرادتهم الحرّة دون التقيّد بأحكام خاصة ، ممّا أسفر عن شيوخ ظاهرة التعاقد العرفي .

فضلا عن إنعكاسات تطبيق قوانين تقييد الملكية العقارية الخاصة التي كانت سارية المفعول قبل صدور دستور 1996 ، و التي كان لها بالغ الأثر في التعجيل باللّجوء المكثف إلى التعامل بالسندات العرفية نتيجة تقييد حرية التعامل في العقار الفلاحي و الحضري في تلك الفترة .

الأمر الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى التدخل لإضفاء نوع من الصرامة على المعاملات العقارية عن طريق فرض الشكلية الرسمية على كل المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان ، بهدف إعطاء دور أكثر فعالية للسند التوثيقي ، و توسيع دائرة تدخله في مجال التنظيم العقاري .

و لقد إهتدى المشرع إلى هذه الفكرة - قاعدة الرسمية - أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإلزامي للتصرفات العقارية ، بموجب المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق، المُدرج مضمونها بالكامل ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدّل و المتمم للقانون المدني .

و تبعا لذلك سناحول في هذا الباب التطرق إلى كل من السند العرفي ، و السند التوثيقي ، كل على حدى متعرضين إلى تعريفهما و شروطهما ، لنصل في الأخير إلى تقييمهما مبرزين قيمة حجيتهما في إثبات الملكية العقارية الخاصة ، و موقف القضاء إزاء كل منهما .

و حتى يتسنى لنا ، دراسة مجمل العناصر التي يتطلبها هذا الباب ، إرتأينا تقسيمه إلى فصلين حيث خصصنا الفصل الأول لدراسة السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، أما الفصل الثاني فقد خصصناه لبحث السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية .

¹ - الأمر رقم 62-157 ، المؤرخ في 31-12-1962 و المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 31-12-1962 منشور في ج ر ، ع 2 ، الصادرة بتاريخ : 11-01-1963 .

الفصل الأول : إثبات الملكية العقارية عرفياً

نتج عن نمط الحفظ العقاري الإختياري للفترة السابقة لصدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، تطبيق أحكام القانون المدني الفرنسي ، التي كانت تجيز تداول الملكية العقارية و إثباتها عن طريق السندات العرفية .

كما لم تسمح سياسة التعديل و الإلغاء المتبعة خلال العشرية الثانية من الإستقلال ، من إرساء آليات و أدوات قانونية تثبت ملكية العقار ، و تؤسس لوعاء عقاري منظمّ بسندات رسمية ، طالما أنّ هذه السياسة كانت متأثرة بالخيارات الإقتصادية و الإجتماعية للبلاد في تلك الفترة ، لاسيما تكوين رصيد عقاري على حساب ملكيات الخواص ، من خلال قانوني الثورة الزراعية و تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات .

فقد عجلت كثرة القيود و التعقيدات التي حملها هذين القانونين بين طياتهما ، بمخالفة الحظر القانوني الثابت بعموم أحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق ، و فتح باب التعامل المكثف بالسندات العرفية .

الأمر الذي دفع بالتشريع و القضاء إلى التدخل على مراحل لإنهاء التضارب الحاصل حول تسوية هذه السندات .

و للإلمام بمختلف جوانب السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث رئيسية ، نتناول في المبحث الأول مفهوم السند العرفي : خصائصه ، أسباب شيوع العمل به و شروط صحته ، و ندرس في المبحث الثاني حجية السند العرفي و نطاقها في الإثبات . و نعرض في المبحث الثالث لصور الطعن في السند العرفي .

المبحث الأول : مفهوم السند العرفي : خصائصه ، أسباب ذبوع العمل به ، شروطه

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض لمفهوم السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، حتى نتضح لنا خصائصه ، و حتى نستطيع بالتالي معرفة أسباب شيوع العمل به ، و تحديد شروط صحته . و للإلمام بمجمل هذه العناصر يقتضينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، نخصص المطلب الأول للكلام في مفهوم السند العرفي المثبت للملكية العقارية و خصائصه . في حين نعرض في المطلب الثاني للأسباب القانونية التي أدت إلى شيوع العمل بالسند العرفي ، و الشروط الواجب توافرها لصحته .

المطلب الأول : مفهوم و خصائص السند العرفي

رغم الأهمية البالغة التي يحتلها السند العرفي في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، و رغم الإشكالات العملية التي سببها بمناسبة القيام بعمليات مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري لاسيما في المناطق الحضرية ، إلا أنه لم يسبق و أن وضع له المشرع تعريفا قانونيا ، مكتفيا بالإحالة فيه إلى الفقه و القضاء .

لهذه الإعتبارات سنقسم الكلام في هذا المطلب على الفرعين الآتيين : فنتكلم أولا في تعريف السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، و نعرض ثانيا لأهم الخصائص التي ينفرد بها .

الفرع الأول : تعريف السند العرفي المثبت للملكية العقارية

من مراجعتنا للنصوص المنظمة للنشاط العقاري ، و كذا أحكام القانون المدني خاصة ما يتعلق منها بالإثبات بالكتابة ، لم نجد فيها نصا يعرض فيه المشرع إلى تحديد المقصود بالسند العرفي¹، و لذلك فلا مناص من تتبع ما إستقرّ عليه الفقه و القضاء .

و إجتهد الفقه و القضاء مجمعين على أنّ السند العرفي هو ذلك السند الصادر عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ، و لا يخضع لشكلية معينة في تحريره² . فقد عرّفه كل من الفقيه ميشال دو جيغلار ، و الفقيه ألان بيير وليامز بأنه : عقد قام طرفاه بتسوية علاقتهما القانونية دون الإستعاضة بضابط عمومي³ .

¹ - أما المشرع اللبناني فقد عرّف السند العرفي بأنه الورقة ذات التوقيع الخاص - Acte sous seing privé -

² - قرار م ع غ م ، ملف رقم 62624 ، الصادر بتاريخ 24-09-1990 ، منشور ب ن ق لسنة 1992 ، ع 2 ص 24 . و الذي جاء فيه ما يلي : "... أما مضمون العقد العرفي فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية " .

³ - أنظر في هذا الصدد ، محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 126 .

كما عرّفه محمد حسنين بأنّه : ذلك السند الذي يقوم بتحريره الأفراد فيما بينهم ، و يحمل توقيعاتهم لإثبات تصرفاتهم القانونية ، و ذلك دون تدخل أحد الموثقين العامين¹ .

كما عرّفه محمد زهدور بأنّه : ذلك السند الذي يصدر بمعرفة أفراد عاديين ، و لا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة ، أو ضابط عمومي (موثق) في تحريره².

كما عرّفه عباس العبودي بأنّه : الكتابة التي يوقعها شخص بشأن تصرف قانوني ، و دون أن يتدخل في تحريره موظف عام ، و لا يستلزم أي شكل معيّن في إعداده .

و قد سمي بالسند العرفي نسبة إلى العادة و العرف التي جرت على جعل العقود أن لا تكون خاضعة في الأصل إلى أصول تُقيّد بها ، و أنّ الأفراد العاديين هم الذين يتولون صياغتها و إعدادها ، و دون تدخل لأي موظف رسمي في ذلك³ .

يتبيّن من هذه التعريفات ، أنّه رغم إختلافها من حيث اللفظ و المبنى ، إلا أنّها تكاد تتفق على معنى واحد هو أنّ السند العرفي : هو ذلك السند الذي يتم تحريره بمعية أفراد عاديين ، دون مراعاة أيّة شكلية معيّنة في إعداده ، ما عدا توقيع ذوي الشأن في تحريره .

و بناء على هذه التعريفات يمكننا تحديد المقصود بالسند العرفي المثبت للملكية العقارية ، بأنّه : ذلك السند الذي تتم صياغته و إعداده من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين ، دون تدخل موثق أو إدارة عمومية مؤهلة قانونا ، و دون أيّة شكلية معيّنة ، مع إمضاء صاحب الشأن في تحريره و الشهود إن وجدوا .

يبرز من هذا التعريف أنّ للسند العرفي المثبت للملكية العقارية ، جملة من الخصائص التي يتميّر بها عن السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية . نرى أن نبحثها وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

¹- محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1985 ، ص 361 .

²- محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، ط 1991 ، ص 33 .

³- يطلق عليه بعض الفقهاء مصطلح السند العادي . أنظر ، عباس العبودي ، شرح أحكام قانون البيّنات دراسة مقارنة معرّزة بأخر التعديلات التشريعية و المبادئ القانونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1433-2012 ، ص 112 .

الفرع الثاني : خصائص السند العرفي المثبت للملكية العقارية

تثير الأهمية العملية لتداول السند العرفي في التشريع العقاري الجزائري ، التساؤل حول أهم خصائص السند العرفي في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، هل هي نفس الخصائص التي تتميز بها السندات الرسمية ، أم أنّ للسند العرفي المثبت و الناقل للملكية العقارية خصائص ينفرد بها ؟ للإجابة عن هذا التساؤل ، يقتضينا عقد موازنة و مقارنة بين السند العرفي و بين السند الرسمي من حيث الإعداد ، و من حيث القوة الثبوتية ، و القوة التنفيذية . و هو ما سنتطرق إليه تباعا وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

أولا : من حيث الإعداد

يتميز السند العرفي عن السند الرسمي بخاصية أساسية تفصله عن السند الرسمي ، و هي إنعدام الرسمية في إنشائه ، على إعتبار أنّه محرر من قبل أشخاص عاديين لا يحوزون على صفة الموظف الرسمي أو الضبطية العمومية .

بخلاف السندات الرسمية التي تكون محررة من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، وفقا للأوضاع و الأشكال المحددة قانونا¹ .

و نقصد بالسندات الرسمية في هذا المقام ، السندات الإدارية التي تحررها الإدارات العمومية بمناسبة إكتسابها للملكية العقارية الخاصة أو التصرف في ذمتها العقارية لفائدة الغير ، و السندات القضائية - الأحكام و القرارات القضائية - الصادرة عن الجهات القضائية أثناء نظرها في المنازعات المتعلقة بإثبات الملكية العقارية ، فهذه الأحكام و القرارات القضائية في حالات معينة تكون سندات رسمية تحل محل عقود الملكية المنصبة على العقارات ، و كذا السندات التوثيقية المعاينة لمعاملات عقارية ، و التي تكون محررة بمعية موثق .

و بما أن النظام القانوني المعمول به في الجزائر يخضع العقارات والحقوق العينية المتصلة بها إلى نظام الشهر العيني ، أصبحت الشكلية الرسمية أو ما يعرف قاعدة التوثيق الإجباري للمعاملات العقارية التي فرضتها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني شرط جدّ ضروري في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، على إعتبار أن نظام الشهر العيني لا يعترف بالتصرفات الواردة على العقارات ، إلاّ بعد

¹- يراجع نص المادة 324 من ق . م

تحريرها من قبل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، و إيداعها للشهر في الأجل المحددة قانونا .

و تبدو أهمية إقرار هذه القاعدة - التوثيق الإجباري - في سعي المشرع الجزائري إلى توفير قاعدة بيانات صحيحة تعكس الوضعية الحقيقية للعقار على أرض الواقع ، و حصر سندات إثباته .

غير أنّ أعمال هذه القاعدة على إطلاقها سيؤدي حتما إلى إهدار حقوق الكثير من الملاك و أصحاب الحقوق الذين إكتسبوا عقارات في ظلّ قوانين لم تكن تفرض الشكلية الرسمية أصلا في المعاملات العقارية ، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى تعطيل أحكام المادة 324 من القانون المدني ، بنصه على الإستثناء الوارد في الفقرة الثانية من نص المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدّل و المتمم¹، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري ، و الذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم .
- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند إكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971 . "

بهذا التعطيل لنص المادة 324 مدني جزائري يكون المشرع قد إستثنى السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل الفاتح من يناير 1971 من شرط الرسمية ، على إعتبار أنّ المبدأ يقتضي ضرورة تقديم السند المطلوب شهره في الشكل الرسمي الذي عرفته المادة 324 من القانون المدني ، و إن كان بعض الشراح لا يعتبرون إشهار السندات العرفية المعاينة لمعاملات عقارية ، و التي يكون لها تاريخ ثابت قبل الفاتح من يناير 1971 إستثناء حقيقي من قاعدة الرسمية ، لأنّه و بحسب رأيهم أنّ ما يقدم للشهر ليس المحرر ذاته ، و إنّما المحرر الذي يعيد الموثق إعدادا بعد إيداع ذوي الشأن سندهم العرفي لدى مكتبه ، و بذلك فإنّ الموثق بتدخله يُضفي على السند العرفي صبغة الرسمية ، و من ثمّ فإنّ تقديمه للشهر يكون بإعتباره سندا رسميا ، و ليس سندا عرفيا².

¹- منشور في ج ر ، ع 30، الصادرة بتاريخ : 13-04-1976 .

²- ويس فتحي ، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، دار هومه ، الجزائر ، 2014 ، ص 333 .

غير أننا لا نتماشى مع هذا الطرح ، الذي لا يعتبر إشهار السند العرفي المعايين لمعاملة عقارية ، و الذي يكون له تاريخ ثابت قبل الفاتح من يناير 1971 إستثناء من قاعدة الرسمية ، و يعزز وجهة نظرنا في ذلك تعبير صدر المادة 89 المذكورة أعلاه و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " تستثنى القاعدة ... " . و هو ما يعني أنّ المشرع قد أبقى من شرط الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العيني السندات العرفية التي إكتسبت تاريخا ثابتا قبل الفاتح من يناير 1971 . و هذا الإعفاء يعتبر في الأصل إستثناء من شرط الرسمية ، على إعتبار أنّ عملية الشهر في حدّ ذاتها تستلزم ضرورة إفراغ التصرف العقاري في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون .

و هو نفس المعنى الذي إنتهت إليه المذكرة رقم 1251 الصادرة عن مديرية أملاك الدولة بتاريخ 29 مارس 1994⁽¹⁾ و التي أشارت في فقرتها الخامسة على أنّ : العقود التوثيقية المتضمنة إيداع عقود عرفية التي إكتسبت تاريخا ثابتا قبل الفاتح من جانفي 1971 ، لا تستوجب أن يذكر فيها بصفة إجبارية أصل الملكية ، على إعتبار أنّ هذه الحالة هي إستثناء من قاعدة الأثر النسبي طبقا للمادة 89 من المرسوم رقم 63-76 المشار إليه أعلاه ، غير أنّه يتعيّن إبراز التعيين الدقيق للعقار المعني ، و كذا كل الأشخاص المذكورين في العقد العرفي بدون إستثناء (المتعاقدين ، الشهود عند الإقتضاء) ، و هذا لتسهيل عملية ضبط البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية .

و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري في عدّة قرارات له ، إكتفى من خلالها ، بأن يقوم أصحاب هذه السندات بإيداعها لدى أحد مكاتب التوثيق لإعادة تحريرها في شكل رسمي ، و من ثم تسجيلها و شهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا .

و من قبيل ذلك ، ما قضى به المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 09 ماي 1982 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " حيث أن البيع أبرم سنة 1968 ، و في عهد القانون القديم كان بيع العقار يتم بالعقد العرفي إذا أثبتته الشهود الذين حضروا جلسة الإتفاق ، و إنّ مجلس بسكرة لما قضى بصحة بيع عقار أبرم بحضور شهود فأثبته يكون قد إلتزم حدود القانون " .

¹ - المذكرة رقم 1251 الصادرة بتاريخ 29-03-1994 ، بمناسبة إشهار عقاري ، صعوبات أثارها الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق ، مجمع النصوص لسنة 1998 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

² - قرار م أ غ م ، ملف رقم 24753 ، الصادر بتاريخ 09-05-1982 ، منشور ب ن ق لسنة 1982 ، ع خ ص 147 .

و أيضا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 31 جانفي 2001 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: "و لما كانت أحكام القانون المدني القديم سيما المادتين 1322 و 1582 الساريتي المفعول وقت التصرف تجيز البيع العرفي ، فإنّ قضاة الموضوع قد أعطوا قرارهم أساسا سليما ، و طبقوا صحيح القانون لما ألزموا الطاعنين بتثبيت هذا البيع بما يسمح بنقل الملكية قانونا مطبقين بذلك أحكام المادة 361 من القانون المدني " .

ثانيا : من حيث القوة الثبوتية

يشارك السند العرفي مع السند الرسمي ، في أنّ لكلاهما حجية على الكافة من حيث صدروهما ممّن وقّعهما ، و يختلفان في أنّ السند الرسمي لا تسقط حجيته إلاّ بطريق الطعن بالتزوير أو الدفع بالبطلان و ذلك بحسب البيانات المدوّنة فيه ، على إعتبار أنّ هناك بيانات لا يجوز إثبات عكسها ، إلاّ بطريق الدفع بالتزوير ، و هي ذات حجية مطلقة .

و هناك بيانات أخرى ، يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية كالبطلان ، و الصورية ، و الفسخ ، و عدم نفاذ التصرف ، و إنعدام الأثر⁽²⁾ .

أمّا السند العرفي فيكفي لإسقاط حجيته مؤقتا ، إنكار الخط أو التوقيع الوارد به ، بخلاف السند الرسمي الذي لا يؤثر فيه إنكار توقيعه .

و هذه الصورة من صور الطعن - أي الطعن بالإنكار - لا تتطلب إجراءات معيّنة ، بل يكفي فيها نفي لفظي من قبل المدعى عليه لواقعة حصول التوقيع على السند العرفي منه و كتابته بخطه ، و من ثم يكفي أن يتخذ المدعى عليه موقفا سلبيا دون أن يكون مطالبا بإثبات عدم صدور التوقيع و الكتابة منه⁽³⁾ كما يعتبر الطعن بالتزوير صورة من صور الطعن في السند العرفي ، نظمه المشرع بموجب أحكام المواد من 175 إلى 178 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أجاز بمقتضاها للخصم الذي يحتج في

¹ - قرار م ع غ ع ، ملف رقم 27116 ، الصادر بتاريخ 31-01-2001 ، منشور ب م م ع لسنة 2002 ، ع 2 ص 86 .

² - يراجع ما سيأتي ذكره في ص 155 و ما يليها من هذه الرسالة .

³ - إبراهيم سيد أحمد ، الطعن بالإنكار و الجهالة فقها و قضاء ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر 2002 ، ص 16 .

مواجهته بسند عرفي أن يطعن فيه بالتزوير ، سواء من خلال دعوى مبتدأة - دعوى تزوير أصلية - أو من خلال دعوى تزوير فرعية⁽¹⁾ .

كما أنّ للسند العرفي حجية بما ورد فيه من بيانات ، و منها تاريخه في مواجهة طرفيه حتى يثبت العكس و له ذات الحجية أيضا في مواجهة الغير ، فيما عدا تاريخه ، فهو لا يكون حجة في مواجهة الغير ، إلا إذا كان ثابتا⁽²⁾ . بخلاف تاريخ السند الرسمي الذي يعتبر حجة فيما بين أطراف التصرف ، و الغير إلى حدّ الطعن فيه بالتزوير .

ثالثا : من حيث التنفيذ

إعتبارا للآثار المترتبة على التنفيذ ، لم يترك المشرع مسألة تحديد السندات التنفيذية لمطلق تقدير القضاء أو القائم بالتنفيذ ، إذ عمد بموجب المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إلى تحديد قائمة السندات التنفيذية التي يتوجب مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري بمقتضاها .

غير أنّ هذا التحديد تعرض فقط للسندات العرفية في المادة التجارية ، و لم يتعرض للسند العرفي المعايين لمعاملات مدنية ، و على ذلك لا يعتبر السند العرفي في المواد المدنية من السندات التنفيذية ، و لا يكتسب أية قوة تنفيذية حتى و لو إعترف به المدين ، و من ثم إذا إمتنع هذا الأخير عن تنفيذ ما إلتزم به في السند العرفي ، فلا يبقى أمام المتمسك به ، إلا رفع أمره إلى القضاء ، و إستصدار حكم بشأنه و الحكم هو الذي ينفذ لا المحرر العرفي⁽³⁾ . بخلاف السندات الرسمية التي تكون قابلة للتنفيذ الجبري بمجرد مهرها بالصيغة التنفيذية ، دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي بشأنها .

المطلب الثاني : الأسباب القانونية لذبوع التعامل بالسند العرفي و شروط صحته

لعلّه من الملائم في هذا السياق ، الإشارة مسبقا ، إلى أنّ حق الملكية لم يعد في العصر الحديث ميزة للمالك فحسب ، بل أنّه أصبح ذو وظيفة إجتماعية . و لقد ترتب على هذا التطور إحاطة هذا الحق بقيود عدّة تقف عند حدود هذه الوظيفة .

فقد تقتضي المصلحة العامة بتدخل المشرع أحيانا في نطاق الملكية العقارية للحدّ من حرية المالك ، إلا أنّ المشرع تجاوز هذا الدور في مرحلة سابقة . فوضع قيودا لحرية التملك ذاتها في العقار الفلاحي

¹- يراجع ما سيأتي ذكره في ص 110 و ما يليها من هذه الرسالة .

²- توفيق حسن فرج و عصام توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية 2003 ، ص 114 .

³- محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص 40 .

و الحضري . وفق شروط و إجراءات تنظيمية حددها الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية⁽¹⁾ ، و الأمر رقم 74-26 المؤرخ 20 فبراير 1974 المتعلق بالإحتياجات العقارية⁽²⁾ ، بمقتضاهما تم تقييد حرية التصرف في الملكيات العقارية الخاصة الريفية و الحضرية . مما أدى إلى ذبوع العمل بالسند العرفي ، نتيجة بساطة شروط إنعقاده . و في ضوء ما تقدم نقسم الكلام في هذا المطلب إلى فرعين ، فنتكلم في الفرع الأول في الأسباب القانونية لذبوع التعامل بالسند العرفي ، و نعرض في الفرع الثاني لشروط صحته .

الفرع الأول : الأسباب القانونية لذبوع التعامل بالسند العرفي

يرجع الإنتشار الكبير في التعامل بالسندات العرفية ، إلى الفترة الإستعمارية و ما صاحبها من نصوص قانونية و تنظيمية ، و التي أظهرت في الجوانب المتعددة لها تدعيم سياسة الإستيطان و الإستلاء على أراضي الجزائريين ، أكثر ما إستهدفت تنظيم الملكية العقارية⁽³⁾ .

هذا فضلا عن هشاشة و عدم فعالية سياسة التنظيم العقاري التي تعاقبت منذ الإستقلال على تنظيم النشاط العقاري ، و التي لم توفق لأسباب موضوعية أهمها : فوضى السوق العقارية ، المضاربات أزمة السكن الحادة ، النزوح الريفي ، و النمو المفرط للتعداد السكاني ، ناهيك عن عدم فعالية الإطار القانوني و التنظيمي الذي طبق في مجال ضبط و تنظيم السندات المثبتة للملكية العقارية . و لن نعرض في هذا العنوان لدراسة كل الأسباب التي أدت إلى شيوخ العمل بالسند العرفي ، بل سنقتصر على أهم القوانين التي كان لها بالغ الأثر في تسارع أعمال المضاربة العقارية ، و تنامي تفضيل الأفراد اللجوء إلى التعامل بالسندات العرفية .

و ذلك من خلال عرض إنعكاسات تطبيق قوانين تقييد الملكية العقارية الخاصة التي كانت سارية المفعول قبل صدور دستور 1996 ، و التي كانت لا تعترف بالملكية العقارية الخاصة إلا في حدود الإحتياجات العائلية و المهنية للفرد . خاصة أثناء إصدار الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية المطبق في الوسط الريفي ، و الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق

¹- منشور ف ج ر ، ع 97 ، لسنة 1971 .

²- منشور في ج ر ، ع 14 ، لسنة 1974 .

³- A-Rahmani , Les Biens Publics en droit algérien , Les édition internationales , 1996 , p 21ets .

بالإحتياجات العقارية المطبق في الوسط الحضري . و اللذان تأخر إغائهما إلى غاية تاريخ 18 نوفمبر 1990 ، و هو تاريخ صدور القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري .

و على العموم فقد أدى العمل بقانوني الثورة الزراعية و الإحتياجات العقارية ، إلى إحتكار الدولة و الجماعات المحلية للمعاملات العقارية في الأوساط الفلاحية و الحضرية ، ممّا أدى إلى تقلص عمل الموثق ، إذ أصبح تدخله مقصورا على معاملات عقارية محدودة بسبب القيود الإدارية التي مسّت حرية التعامل في العقار في هذه الفترة ، ممّا أدى إلى إحلال السند العرفي محل السند التوثيقي ، و ظهور بناءات فوضوية و منشآت مقامة على أوعية عقارية عمومية و خاصة .

و بناء على ما تقدم ، فإنّ كلا من الأمر رقم 71-73 و الأمر رقم 74-26 يشكّلان أحد أهم القوانين التي كان لها بالغ الأثر في تفضيل لجوء الأفراد إلى التعاقد العرفي . و من هنا كانت تسمية هذا الفرع بالأسباب القانونية لذبوع العمل بالسند العرفي ، و الذي قسمناه إلى ثلاث عناصر ، خصصنا العنصر الأول لدراسة الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية المطبق في الوسط الريفي ، فيما خصصنا العنصر الثاني لدراسة الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بالإحتياجات العقارية المطبق في الوسط الحضري ، أمّا العنصر الثالث فخصصناه للكلام في الآليات المتبعة لأجل الحدّ من أثرهما .

أولا : الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية

تضمن الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، تأميم الأراضي الفلاحية الخاصة ، و قد أقرّ لذلك آلية تأميم بمقتضاها تم إدراج أراضي الخواص الفلاحية ضمن صندوق الثورة الزراعية المستحدث لهذا الغرض ، و إلحاقها بالنتيجة ضمن أملاك الدولة .

و بهدف تقدير مدى أثر عملية التأميم على شيوع التعامل بالسندات العرفية ، يتعيّن التطرق إلى مضمون و أسباب صدور الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، ثم بيان أثر تطبيقه على شيوع التعامل بالسندات العرفية في أراضي الملكيات الفلاحية الخاصة .

1- مضمون و أسباب صدور الأمر رقم 71-73

إنّ المتأمل في الوضع الذي كان عليه نظام الملكية الخاصة في الأراضي الفلاحية غداة الإستقلال سيلاحظ حتما مدى المجافاة التي كان عليها هذا النظام لمبدأ التوزيع العادل لهذه الأراضي ، و تتبدى هذه المجافاة حين الموازنة بين عدد السكان آنذاك و الحد الأدنى للمستوى المعيشي ، هذه النزعة الفردية جعلت أكبر نسبة من مساحة الأراضي الفلاحية لأقل فئة ، ثلاثة (03) من المستغلين يملكون وحدهم

خمسة و عشرون بالمائة (25%) من المساحة القابلة للزراعة ، في حين أنّ إثنين و سبعون بالمائة (72%) من المستغلين و عائلاتهم يعيشون بأقل من مستوى الحدّ من المعيشة⁽¹⁾ .

الأمر الذي دفع بالإرادة السياسية آنذاك إلى البحث عن معالجة شاملة لأزمة العقار الفلاحي الموروث عن العهد الفرنسي ، و قد ظهر في البداية أسلوب التسيير الذاتي كطريقة عفوية لإدارة و إستغلال العقارات الفلاحية و تولّى هذه المهمة عمّال المزارع بشكل تلقائي ، و أمام هذا الوضع لم تجد الدولة سوى الإعتراف بهذا النوع من التسيير بمقتضى المرسوم رقم 62-02 المؤرخ في 22 أكتوبر 1962⁽²⁾ .

غير أنّ هذا الحل رغم إكتسابه للشرعية إلّا أنّه لم يرض طموحات السلطة التي كانت تنحو صوب تجميع الملكية العقارية الفلاحية في يد الدولة⁽³⁾ و تضيقها على الملكية الفردية التي لم تكن تتماشى مع الصبغة الإشتراكية التي تبنتها الدولة منذ الإستقلال .

و هكذا و على أنقاض نظام الملكية البائد و التسيير الذاتي ، تم بعث قانون الثورة الزراعية بمقتضى الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 . و الذي جاء واضحا في معانيه ، حاملا في مادته الأولى مبدأ : الأرض لمن يخدمها ، هدفه القضاء على إستغلال الإنسان لأخيه الإنسان ، و وضع حدّ للملكيات المستغلة الكبيرة ، و إعادة توزيع الأراضي و وسائل الإنتاج على الفلاحين⁽⁴⁾ .

و في سبيل تحقيق هذه الأهداف تم إنشاء صندوق الثورة الزراعية لتدمج فيه الأراضي الفلاحية التابعة للأملك الوطنية آليا ، في حين يتم الإعتماد على أداة التأميم لإدماج أجزاء معينة من الملكيات الخاصة و لم يتوقف الأمر عند هذا الحدّ ، بل أنّه زاد على ذلك أن قيّد ملكية و إستغلال العقار الفلاحي ، من خلال فرض مبدأ الإستغلال الشخصي و المباشر للأرض الفلاحية ، كشرط للإحتفاظ بحق الملكية .

¹- مع العلم أنّ جلّ مساحات الأراضي الفلاحية التابعة للخواص كان قد تملكها الأعيان أثناء فترة الإحتلال الفرنسي في كثير من الأحيان ، كمكافأة ، أو بالمصادقة على أملاكهم للأراضي الجماعية و ذلك مقابل الدور الوسيط الذي سخره لهم الإستعمار للقيام به بين إدارته و السكان ، و في حالات محدودة يعود أصل هذه الملكيات إلى عملية شراء الأراضي من المواطنين المغلوبين على أمرهم . يراجع لتفصيل أكثر ، فاضلي إدريس ، نظام الملكية و مدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010 ، ص 189 و 190 .

²- Ordonnance N° 62-20 du 02 aout 1962 concernant la protection et la gestion des biens vacants .

³- عجة جيلالي ، أزمة العقار الفلاحي و مقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام ، دار الخلدونية للنشر و التوزيع ، 2005 ، ص 28 و 29 .

⁴- عجة جيلالي ، المرجع السابق ، ص 44 .

و قد نتج عن ذلك من الناحية القانونية أنّ الحيازة لوحدها لم تعد تكفي للحفاظ على حق الملكية ، بل لابدّ من ممارسة فعلية للإنتفاع تحت طائلة سقوط حق الملكية عند التغيّب أو الإهمال من طرف المالك أو الحائز (1) .

ليس هذا فحسب ، بل أنّ المشرع قد ذهب بموجب هذا القانون إلى حدّ اعتبار كل نقل للملكية بين الأحياء طيلة المدّة الواقعة ما بين نشر الأمر رقم 71-73 و تاريخ القفل الرسمي لعمليات الثورة الزراعية سواء أكان النقل بعوض أو بدون عوض (بالمجان) ، و كل نقل لحقوق عينية يترتب عليه رهن الحيازة و كل قسمة أو مصالحة أو إجارة أو مزرعة تتعلق بأرض خاصة زراعية أو معدّة للزراعة ، باطلا بطلان مطلق (2) .

و إستكمالاً للقواعد المتقدمة ، و تقاديا لما عسى أن يثار من إعتراض على المقاييس المعتمدة في عملية تأميم الفائض عن الملكية ، أوجد الأمر رقم 71-73 ثلاث معايير يتوجب على القائمين بعملية التأميم مراعاتها :

- معيار القدرة على العمل ، بحيث لا تتجاوز المساحة المخصصة للإستغلال الشخصي طاقة المالك و عائلته حسب ما جرى به حكم المادة الثانية من الأمر رقم 71-73 .
 - معيار الدخل الكافي للمالك و عائلته ، و هو معيار مرتبط بالمؤشرات الضريبية .
 - معيار الأرض من حيث الجودة و المردودية .
- و بناء على هذه المعايير تم إدماج آلاف الهكتارات من الأراضي الفلاحية ضمن صندوق الثورة الزراعية لتدرج لاحقا ضمن الأملاك الوطنية الخاصة .

¹- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 35 .

- و يراجع في نفس السياق ، عجة جيلالي ، المرجع السابق ، ص 48 و 49 .

²- يراجع نص المادة 161 من الأمر رقم 71-73 .

2- أثر تطبيق الأمر رقم 71-73 على إنتشار التعاقد العرفي في الملكيات الفلاحية الخاصة

بالرغم من الإيجابيات التي جاء بها الأمر رقم 71-73 في مجال تفعيل و تسريع عملية تطهير الملكية العقارية ، خاصة فيما يتعلق بمتابعة الوضعية القانونية للعقارات التي ليس لها سندات ملكية و إجراء تحقيق عقاري بشأنها⁽¹⁾ .

إلا أنّ هذا القانون لم يوفق في إرساء أسس إصلاحية في القطاع الفلاحي تتماشى و التوجه الإقتصادي الذي إنتهجه الدولة آنذاك . و يتبدى ذلك بوضوح من خلال حجم الطعون الإدارية و القضائية التي صاحبت إجراءات التأميم ، و الإشكالات القانونية و القضائية التي أثّرت بسبب البيوع العرفية و الصورية التي أبرمت أثناء تنفيذ عملية التأميم .

و أيّا ما كان الأمر ، فلم تفلح آلية التأميم المعلن عنها بموجب الأمر رقم 71-73 في تحجيم الوعاء العقاري الخاص ، و معالجة أزمة العقار الفلاحي . بل على العكس من ذلك فقد كان لهذه الآلية - التأميم - السبق في شيوع التعامل بالسندات العرفية ، خاصة ما يتعلق منها بالأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية المتواجدة داخل المحيط العمراني .

و هكذا فلم تُعر التدابير و المعايير التي إعتدها قانون الثورة الزراعية أي إهتمام للقيمة المادية و المعنوية للأرض الفلاحية المؤممة أثناء تنفيذ العملية . فلم تُراع نفسية المالكين و الحائزين ، و لا القيمة الحقيقية للعقار الفلاحي المؤمّم ، و التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتناسب و قيمة الضريبة العقارية الرمزية التي تعتمد كمعيار لتقدير التعويض⁽²⁾ .

و هكذا فقد تم تأميم أجزاء معينة من الملكيات الفلاحية الخاصة ، بالإعتماد على معايير لا تستند الى أيّة شرعية⁽³⁾ ، و ذلك بدمج الأراضي الفائضة عن الإحتياجات العائلية و عن الطاقة المادية (الشخصية) للمالك ، و ذلك مقابل تعويض يحدد على أساس الضريبة العقارية المفروضة على كل هكتار . على حدّ

¹ - يراجع ما سيأتي ذكره في ص 400 و ما يليها من هذه الرسالة .

² - محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 32 .

³ - لقد أثّرت عملية تأميم الملكيات العقارية الفلاحية الخاصة المعلن عنها بموجب الأمر رقم 71-73 مسألة مشروعية إجراء التأميم في حدّ ذاته في ظلّ غياب دستور يرخّص بذلك ، طالما أنّها تمت بإجراءات لم تراخ ضمانات الملكية العقارية الخاصة ، و في هذا الإطار يرى جانب من الفقه بإمكانية إسناد عملية التأميم لأحكام الأمر رقم 65-182 المؤرخ في 10 جويلية 1965 ، و الذي يمكن إعتباره بمثابة دستور مصغّر للسلطة آنذاك ، يخوّل لرئيس مجلس الثورة سلطة التشريع بأوامر . يراجع لتفصيل أكثر ، عجة جيلالي ، المرجع السابق ص 45 .

- و يراجع في نفس السياق أيضا ، محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 31 .

تعبير حكم المادة 98 من الأمر رقم 71-73 و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " أنّ التعويض يحدد عن كل هكتار من الأرض المؤممة بالإستناد إلى الضريبة العقارية ، و إذا لم يوجد تكليف بها فيجري تقديرها بالقياس مع الأراضي التي هي من نفس النوع و الخاضعة لهذه الضريبة " .

و نظراً لقلّة التعويض الممنوح مقابل التأميم ، و الذي لم يكن يتناسب إطلاقاً مع قيمة الأرض المؤممة قام الكثير من الملاك و الحائزين في تلك الفترة ، بالبناء على الأراضي الفلاحية بشكل غير قانوني بغرض تحويلها عن وجهتها الفلاحية لتفادي إجراءات الدمج في صندوق الثورة الزراعية ، كما اضطّر البعض الآخر إلى تهريب أراضيهم ، بالتصرف فيها بسندات عرفية مستحدثة التاريخ بأثر رجعي لتفادي إجراءات التأميم ، و التهرب من أحكام قانون التوثيق .

و من هنا إكتسب عدة أفراد أوعية عقارية فلاحية معاينة بسندات عرفية ، منهم من إستمر في إستغلالها و إستثمارها ، و منهم من حوّلها عن وجهتها الفلاحية ، أو أهملها حتى صارت بورا للتصرف فيها عرفياً كأرض معدّة للبناء . و هكذا فقد شكّل الأمر رقم 71-73 بداية ساهمت في شيوع التعامل بالسندات العرفية في العقار الفلاحي⁽¹⁾.

ثانيا : الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياجات العقارية

تضمن الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياجات العقارية لصالح البلديات و المراسيم المطبقة له ، توسيع الملكية العمومية على حساب الملكية الخاصة في الوسط الحضري ، و أقرّ لذلك آلية إدماج بمقتضاها تُدمج أراضي الخواص الواقعة في المحيط العمراني ضمن الإحتياجات العقارية للبلديات ، و يُمنع نقل ملكيتها بأي كيفية كانت إلاّ لصالح هذه الأخيرة - البلديات-(2)

و بهدف تقدير مدى أثر هذه الآلية - الإدماج - على شيوع التعامل بالسند العرفي ، يقتضي الأمر تبيان مضمون و أسباب صدور الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياجات العقارية لصالح البلديات ، ثم إبراز أثر تطبيقه على شيوع التعامل بالسندات العرفية في القطاع الحضري . و هو ما سيتم شرحه وفقاً للتفصيل الآتي :

¹- لزرق بن عودة ، مداخلة بعنوان : الأسباب القانونية للبناء غير الشرعي و الحلول المقترحة ، فعاليات اليوم الدراسي السادس المنظم يوم 27 ماي 2015 ، حول إشكالية " آليات تسوية البناءات غير الشرعية " ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، مخبر القانون العقاري و البيئة ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم .

²- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 41 .

1- مضمون و أسباب صدور الأمر رقم 74-26

لقد كان منتظرا من الإرادة التشريعية عادة الإستقلال أن تدرك البعد الإستراتيجي للمخزون العقاري الموضوع تحت تصرف البلديات ، و أن تبادر إلى سن قوانين فعّالة و نصوص تنظيمية تُمكن الجماعات المحلية من تنظيم السوق العقارية و تضع حدًا للمضاربة في الأسعار .

إلاّ أنّه على العكس من ذلك ، فلم تسمح أحكام الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتضمن تكوين الإحتياجات العقارية لصالح البلديات ، من تغيير الوضعية السيئة و تطهير الملكية العقارية .

فإذا كانت التدابير القانونية و التنظيمية للأمر رقم 71-73 السالف الذكر ، قد أوقفت كل نقل للملكية بين الأحياء بداية من سريان قانون الثورة الزراعية إلى حين الفقل النهائي لتدابيره . فإنّ الأمر رقم 74-26 قد ألزم ملاك الأراضي المعدّة للبناء و الواقعة في المحيط العمراني بالتنازل عنها لصالح البلديات دون سواها ، و التي تتولى بدورها التنازل عنها لفائدة الغير بعد تهيئتها وفقا لشروط و مقتضيات قوانين التهيئة و التعمير .

و بالإضافة إلى منع المالك من كل المعاملات و التصرفات القانونية على الأراضي المعدّة للبناء ، فقد حدد ذات الأمر إجراءات يتعيّن على البلديات إحترامها و مراعاتها أثناء تنفيذ عملية إدماج أراضي الخواص ضمن رصيدها العقاري ، و التي يمكن حصرها أساسا في مداوات المجلس الشعبي البلدي بشأن العقارات المقرر إدماجها ، و مصادقة الوالي على قرار الدمج بإعتباره الجهة الوصية ، و كذا السعي إلى تسجيل العقارات المدمجة بمصلحة التسجيل و الطابع ، و التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية الخاصة بالعقار محل الدمج ، بالإضافة إلى مبلغ التعويض الذي يدفع للمالك بعد مراعاة الإحتياجات العائلية له .

و قد كان المعوّل عليه في هذا الصدد ، أن تؤدي أحكام هذا الأمر إلى تطهير الملكية العقارية ، أثناء تصفية أصل ملكية العقارات الخاصة المدمجة ، و أن يتم تسوية المستحقات المالية الخاصة بتقويم الأراضي لفائدة الخواص ، و تسليم المستفيدين من الأراضي بعد تجزئتها و تهيئتها عقود إستفادة تراعي قواعد التسجيل و الشهر العقاري .

إلاّ أنّ الملاحظ عمليا ، أنّ البلديات لم تراعى في كثير من الحالات ما أوجبه القانون ، فقامت ببيع أراضي المواطنين - المعدّة للبناء - قبل إدماجها ضمن إحتياجاتها العقارية ، و دون تبليغ و تعويض مالكيها

كما قامت بالتنازل عن قطع أرضية معدة للبناء دون أن تسلم للمستفيدين عقود التنازل ، و دون أن تستكمل بشأنها إجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري (1) .

و هكذا فقد شكّلت النقائص القانونية و التناقضات العملية لآلية الإدماج ، مضاربات عقارية واسعة إنتهت بحلول السند العرفي محل السند التوثيقي ، نتيجة تقييد حرية المعاملات العقارية في الوسط الحضري في هذه المرحلة .

و على العموم فقد أدى التسرع في تأسيس الإحتياطات العقارية و قلّة التجربة إلى فشل العملية ، إذ أنّ قانون الإحتياطات العقارية كان أول سياسة عمرانية تنتهجها السلطات العمومية ، بالإضافة إلى الإفتقار للكوادر المؤهلة للقيام بالعملية ، و المقصود بالمؤهلة : ذات التقنية العالية ، و خاصة في مجال التهيئة العمرانية ، على إعتبار أنّ عملية الدمج ضمن الإحتياطات العقارية تعتبر من المشاريع ذات الصبغة التقنية التي تتطلب نوع خاص من الدراسات ، و عددا معتبرا من الإطارات و التقنيين ذوي الكفاءة على مستوى كل بلدية ، و هو ما لم تكن تتوافر عليه غالبية البلديات ، لذلك كثيرا ما كانت تقع في أخطاء أثناء عملية الدمج لعدم إحترام الإجراءات القانونية . و يتجلى ذلك بوضوح من خلال الإشكالات القانونية و المنازعات القضائية المعقدة التي ظهرت أثناء محاولة التطهير العقاري المعلن عنها بمقتضى المادة 86 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم (2) .

¹- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومه ، 2004 ص 22 .

²- تنص المادة 86 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم على ما يلي : " تسري على النحو الآتي أوضاع الأراضي المدخلة في مساحات التعمير تطبيقا لأحكام المواد 2 و 3 و 4 و 6 من الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المذكور أعلاه ، و لم تدمج نهائيا في الإحتياطات العقارية البلدية : 1- تدمج نهائيا في الإحتياطات العقارية للبلدية المعنية الأراضي المدخلة في مساحات عمليات التعمير في شكل مناطق حضرية جديدة أو مناطق صناعية ، أو مناطق أعمال و برامج سكنية و تجهيزية أخرى إنطلقت قبل إصدار هذا القانون و كانت حسب الحالات موضوع مداوات موافق عليها قانونا أو موضوع رخص للبناء أو رخص تجزئة الأراضي لأجل البناء و / أو أعمال إنسانية .

و تحول هذه البلديات تلك القطع الأرضية إلى الهيئات العمومية الموجودة أو التي ستحدث بغية فتح المجال لمتابعة العمليات طبقا للمخططات المقررة . و الكيفيات الأخرى لتصحيح عمليات شراء القطع الأرضية السالفة الذكر و بيعها هي تلك المنصوص عليها لتطبيق الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المذكور أعلاه . يتحمل مستعمل القطعة مصاريف العمليات مع دفع التعويضات المحتملة .

أضف إلى ذلك ضعف الإمكانيات و القدرات المالية للبلديات ، إذ أنّ عملية الإدماج تتطلب أظرفة مالية كبيرة لتغطية مستحقات التعويض ، و هو ما عجزت غالبية البلديات عن توفيره لأصحاب الأراضي المدمجة . بل أنّه و حتى في حالة دفعها للتعويض ، فإنّ فارق القيمة بين السعر المقدم في السوق الموازية ، و مستحقات التعويض كانت متباعدة جدّا ، فالسعر في السوق الموازية كان أعلى بكثير من مبلغ التعويض المقدم من قبل البلدية ، الأمر الذي شجّع الخواص على اللّجوء إلى التعامل المكثف بالسندات العرفية .

2- أثر تطبيق الأمر رقم 74-26 على إنتشار التعاقد العرفي في القطاع الحضري

أدت سرعة و سطحية إعداد آلية الإدماج أثناء العمل بالأمر رقم 74-26 و المراسيم المطبقة له ، إلى التعجيل بمخالفة الحظر القانوني الثابت بمقتضى أحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق ، و اللّجوء المكثف إلى التعامل بالسندات العرفية في الوسط الحضري .

و هكذا فبالرغم من الجهود التي باشرتها السلطات العمومية لتسيير و إنجاز عملية الإدماج ضمن الإحتياجات العقارية ، إلا أنّ عملية تحويل هذه الأراضي ضمن الإحتياجات العقارية لم تكتمل بصفة قانونية في أكثر من بلدية بسبب الوضعية الصعبة للكثير من البلديات ، ناهيك عن السكوت الكثير من الملاك عن المطالبة بالمقابل المالي عن أراضيهم المدمجة ، و كذا حيازة المستفيدين من القطع الأرضية المقتناة لنسخ من قرارات مثبتة لمداوات المجلس الشعبي البلدي أو لوعود إدارية بالبيع⁽¹⁾ .

ليس هذا فحسب ، بل أنّ هذا القانون كما سنرى قد وقع أيضا في نفس الإشكال الذي وقع فيه الأمر رقم 71-73 من حيث التعويض الممنوح مقابل الإدماج .

فبموجب هذا الأمر أي الأمر رقم 74-26 ، تم تحويل جميع الأراضي الواقعة في المحيط العمراني (الأملاك الوطنية ، أملاك الجماعات المحلية ، الأملاك الوقفية) ضمن الإحتياجات العقارية للبلديات أمّا الملكية العقارية الخاصة ، فلا يعترف بها إلاّ في حدود الإحتياجات العائلية و المهنية ، حيث يتم تحويل المساحة الفائضة (الزائدة) تلقائيا ضمن الإحتياجات العقارية للبلديات . و من ثم فلا يمكن

= 2- تحوّل ملكية القطع الأرضية العادية التي إقتنيت بمقتضى الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 إلى هيئات عمومية محلية مختصة ، تتولى تسييرها حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم .

3- تظل القطع الأخرى غير المبنية تحت تصرف ملاكها و تخضع لأحكام هذا القانون و أحكام التشريع المعمول به " .

¹- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 49 .

لمالكها التصرف فيها إلا لصالح البلدية التي يقع فيها العقار ، بإعتبارها الفاعل الوحيد الذي يحتكر عملية الإكتساب و التنازل و تهيئة الأراضي و تجزئتها ، و ذلك وفق السعر الذي تحدده مصالح أملاك الدولة . فهذا السعر (التعويض) الذي بدى مجحفاً في حق الكثير من الملاك و الحائزين مقارنة بسعر السوق بالإضافة إلى منعهم من التصرف في أراضيهم لغير البلدية ، دفع بالكثير منهم إلى التحايل على أحكام هذا القانون ، بإبرام عقود بيع عرفية لتفادي إجراءات الإدماج ، و قد لقت هذه العملية رواجاً واسعاً كونها كانت تتم بأسعار مرتفعة مقارنة مع السعر المقدم كتعويض مقابل الإدماج⁽¹⁾ .

لذلك يمكن القول أنّ سياسة الإحتياطات العقارية عوض أن تضع حدّاً للتعاقد العرفي في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، فإنّها كانت أحد أهم الأسباب القانونية التي أدت إلى وضع غير قانوني . إنّ تدابير هذا القانون المتعلقة بتكوين الإحتياطات العقارية قد أثقلت كاهل القضاء عند النظر في المنازعات التي تثور بشأن هذه السندات العرفية . كما أضافت عبء أكبر للسلطات العمومية عند معالجة ظاهرة الإنتشار الكبير للبنايات الفوضوية المعاينة بهذه السندات ، و التي لم تقف عند حدّ إستنزاف الأوعية العقارية الخاصة بالبناء في المحيط الحضري ، بل أنّها إمتدت لتشمل باقي الأراضي الفلاحية الخصبة الواقعة ضمن المحيط العمراني للمدن . و التي إنتهت بفرض نفسها - البنايات الفوضوية - كنتيجة حتمية رهنّت فعالية قوانين التهيئة و التعمير في حدّ ذاتها . الأمر الذي دفع بالإرادة السياسية و التشريعية في تلك الفترة إلى الإعتراف بحقوق الشاغلين لهذه البنايات في ميدان التملك و السكن⁽²⁾ .

و هكذا نلاحظ كيف عجلت التدابير و المعايير التي إعتمدها المشرع في صياغة الأمر رقم 74-26 المتضمن تكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات و المراسيم المطبقة له ، اللجوء المكثف إلى التعامل بالسندات العرفية . و كيف فجرت الصعوبات و الإشكالات التي فرضها تنفيذ هذا القانون في مجال تحويل العقار الحضري و الفلاحي التابع للخواص لصالح البلديات ، فوضى العمران في القطاع الحضري في الوقت الذي كان ينتظر منه الكثير في تفعيل عمليات تطهير الملكية العقارية ، و التحكم في الوعاء العقاري قصد إقامة مشاريع تنموية .

¹- يراجع لتفصيل أكثر ، موسى عبد الله ، إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول ، يونيو 2013 ، ص 33 .

²- يراجع ما سيأتي بيانه في ص 86 و ما يليها من هذه الرسالة .

- يراجع أيضا ، لزرقي بن عودة ، الأسباب القانونية للبناء غير الشرعي و الحلول المقترحة ، المرجع السابق .

و هكذا فقد كان للقيود المشددة و التعقيدات التي حملها قانوني الثورة الزراعية و الإحتياجات العقارية لصالح البلديات بين طياتهما ، الأثر البالغ في ذبوع التعامل المكثف بالسندات العرفية و مخالفة الحظر القانوني الثابت بعموم أحكام المادة 12 من قانون التوثيق القديم رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 . و هو ما أدى إلى إستنزاف مساحات واسعة من الأراضي الفلاحية ، و إستهلاك فوضوي و اللّاعقلاني للمخزون العقاري الموضوع تحت تصرف البلديات ، ممّا فتح أبواب أخرى للمنازعات و المضاربات العقارية ، بسبب ما نجم عن تلك السندات العرفية من آثار و إنجاز لبناءات فوضوية مخالفة لقواعد التعمير و التهيئة العمرانية .

ليس هذا فحسب ، فقد أدى العمل بهذين القانونين إلى غموض و إنعدام في السندات المثبتة للملكية العقارية ، نتيجة شيوع التعاقد العرفي . فضلا عن حرمان الدولة من إيرادات مالية هامة و معتبرة لصالح الخزينة العمومية . و لذلك كان من المنطقي كنتيجة لذلك أن تتدخل الإرادة التشريعية لمعالجة السلبات التي خلّفها العمل بهذين القانونيين .

ثالثا : آليات الحدّ من السلبات التي خلّفها العمل بقانوني الثورة الزراعية و الإحتياجات العقارية

لا يمكن الحديث عن الآليات و السياسية التي إعتمدها الجزائر لأجل معالجة السلبات التي خلّفها العمل بقانوني الثورة الزراعية و الإحتياجات العقارية السالفي الذكر ، إلاّ من خلال عرض مختلف النصوص القانونية التي كانت تترجم توجه الإرادة التشريعية نحو تسوية الوضعيات الناتجة عن العامل بهذين القانونيين . و هو ما سنوضحه بإيجاز فيما يلي :

1- الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13 أوت 1985

حدد الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد إنتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها⁽¹⁾ ، و المرسوم المطبق له رقم 85-212 المؤرخ في 13 أوت 1985⁽²⁾

¹ - منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 14-08-1985 . و الملغى بموجب المادة 79 القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة و العمران المعدّل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 52 ، الصادرة بتاريخ : 02-12-1990 .

² - المرسوم رقم 85-212 المؤرخ 13-08-1985 يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشتغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و / أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها و شروط إقرار حقوقهم في التملك و السكن منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 14-08-1985 .

- يراجع في نفس السياق ، بالنسبة للإجراءات المتبعة في عملية التسوية ، التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 13-08-1985 ، المتعلقة بمعالجة البناء غير المشروع . منشورة في ج ر ، ع 34 ، لسنة 1985 .

القواعد و الإجراءات الواجب مراعاتها عند تسوية البناءات غير الشرعية⁽¹⁾ ، و منها تلك المقامة على أوعية عقارية معاينة بسندات عرفية .

و عملا بأحكام الأمر رقم 85-01 أعلاه ، و لاسيما المادتين 13 و 14 منه ، و كذا تدابير المرسوم رقم 85-212 المؤرخ في 13 أوت 1985 ، شرعت الجماعات المحلية في تسوية وضعية البناءات المقامة على أوعية عقارية عمومية أو خاصة ، و التي تكون معاينة بسندات عرفية ، و غير مطابقة للقواعد المعمول بها ، بمطابقة هذه البناءات لقواعد التهيئة و التعمير و مقاييس البناء ، من خلال تزويدها بمختلف الطرق و الشبكات -V.R.D-(²) و إقرار شاغلي هذه البناءات بحقهم في التسوية على أن يتم ذلك بلجوء الطرفين إلى الموثق لتحرير سند توثيقي يتضمن تثبيت ملكية العقار ، و هذا بعد حصول المعني بالأمر على مقرر الموافقة على التسوية ، و رخصة البناء أو الترخيص بالأشغال المسلم من قبل البلدية لغرض التسوية⁽³⁾.

أمّا البناءات التي تكون معاينة بموجب سندات عرفية مخالفة للقوانين المعمول بها ، لاسيما المادة 168 من الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن الثورة الزراعية ، التي نصّت على منع نقل ملكية الأراضي الفلاحية أو المعدّة للفلاحة بين الأحياء ، و المادة 06 من الأمر رقم 74-26 الصادر بتاريخ 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياطات العقارية ، التي نصّت على حق إحتكار البلدية للأراضي الداخلة في محيطها العمراني ، ما عدا نقل الملكية عن طريق الإرث ، فإنّها تُعدّ باطلة .

¹- تقسم البناءات غير الشرعية إلى نوعين :

• البناءات غير الشرعية الفوضوية

يقصد بالبناءات غير الشرعية الفوضوية أو ما يسمى بالأحياء القصديرية -bidon villes- تلك البناءات التي لا تطابق مقاييس البناء ، حيث تتعدم بها أبسط شروط الحياة ، و من شأنها أن تشوه النسيج العمراني و المنظر الجمالي للمدن .

• البناءات غير الشرعية غير الفوضوية

هي تلك البناءات المنجزة خارج أدوات التهيئة و التعمير ، فأغلب هذا النوع من البناءات مشيد دون رخص البناء أو أنها مقامة فوق أوعية عقارية تابعة للأمالك العمومية أو مزارع فلاحية أو أنّ نقل ملكية الأرض كان نتيجة صفقة غير مشروعة . أنظر آسيا جرورو ، المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن عكنون ، السنة الجامعية : 2003-2004 ، ص 74 .

²- Voirie et Reseaux Divers .

³- يراجع لتفصيل أكثر ، عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 37 .

و في هذه الحالة تطبق أحكام المادة 14 من الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13 أوت 1985 ، و التي بموجبها تحل البلدية بقوة القانون محل طرفي السند ، و تدمج القطعة الأرضية التي كانت محل صفقة غير مشروعة ضمن الأملاك الخاصة للبلدية دون دفع تعويضات للحائز (1) .

و بعد عملية الدمج ، تقوم البلدية بالتنازل عن ملكية العقار للحائز ، و الذي يتوجب عليه تسديد رسم عن قيمة الأرض يحدد من طرف مصالح أملاك الدولة ، و ذلك دون الإخلال بحقه في مطالبة المالك الأصلي بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء تسديد قيمة الرسم . مع إلزام المالك الأصلي بدفع رسم خاص يقدر بخمسون بالمائة (50%) من قيمة العقار لفائدة الخزينة العمومية ، و يكون هذا الإجراء بمثابة ردع حتى لا يُقدم الأفراد على مخالفة القواعد القانونية .

و على العموم فلا تتم تسوية وضعية الأراضي ، إلا لفائدة من يحوز الأرض حيازة فعلية وفقا لما نصّت عليه أحكام المادة 14 من ذات الأمر .

و على ذلك ، إذا كان المستفيد من المعاملة لا يتوافر على شرط الحيازة سقط حقه في التسوية ، على أن تقوم البلدية بالتنازل لصالح الحائز عن ملكية الأرض التي أُدمجت ، و هذا بعد دفع مقابل متى كانت المباني التي شُيّدت تتوافر على المعايير و المقاييس التي تتطلبها قواعد التهيئة و التعمير (2) .

2- القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008

لقد خلّف تخلي الدولة عن الأدوات التقليدية الموكلة لها في مجال مراقبة النشاط العقاري طيلة فترة التسعينات ، بسبب الإنشغال بالأزمة الأمنية ، إلى مضاربات عقارية واسعة ، فتحت المجال أكثر أمام الخواص في اللجوء إلى التعامل المكثّف بالسندات العرفية في مجال تداول الملكية العقارية ، نتيجة الحاجة الماسة للتملك و السكن .

و تضاغت المشكلة مع إحتكار المندوبيات التنفيذية للبلديات فترة التسعينات - و هي فترة إلغاء العمل بقانون الإحتياطات العقارية بموجب القانون رقم 90-25 السالف الذكر - في بيع الأراضي للمواطنين

¹- آسيا جرورو ، المرجع السابق ، ص 74 .

-يراجع في نفس السياق أيضا ، موسى عبد الله ، المرجع السابق ، ص 35 .

²- عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 38 .

-يراجع في نفس السياق أيضا ، جرورو آسيا ، المرجع السابق ، ص 75 .

مقابل قرارات إستفادة ، و الأخطر من ذلك أنها إستولت على مساحات شاسعة من الأراضي الفلاحية و قامت بتجزئتها و بيعها للخواص من أجل البناء خارج أدوات التهيئة و التعمير (1) .

الأمر الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى ضرورة البحث أن أطر تشريعية جديدة لوضع حدّ للوضعيات الناتجة عن الإستفادات المقررة بمقتضى قانون الإحتياطات العقارية ، و مواجهة حالات البناءات غير المكتملة ، و البناءات الفوضوية المقامة على أوعية عقارية عمومية و خاصة .

و قد تجلّى ذلك بالمبادرة إلى سن إجراء جديد يعرف بـ " تحقيق مطابقة البناءات " بموجب القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008 المتعلق بقواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها(2) ، لتسوية وضعية البناءات غير القانونية . وضع من خلاله المشرع معايير للبناءات غير المكتملة التي يمكن معالجتها ، و حدد الإجراءات الواجبة الإلتباع بشأنها ، و السلطة المكلفة بالبث في تحقيق المطابقة و الأجل المقررة لذلك .

إلاّ أنّه و بالرغم من الجهود التي باشرتها السلطات العمومية لتسيير و إنجاح عملية التسوية ، إلاّ أنّ مؤشر الوتيرة التي سارت بها عملية معالجة ملفات التسوية ، لم تصل إلى الغاية التي كان ينبغي أن تصل إليها ، بل أنّها لم تحقق أي من الرهانات التي تقرر من أجلها فرض عملية المطابقة . و لعلّ السبب في ذلك يرجع إلى عزوف المواطنين و عدم إكترائهم بمسألة التسوية ، إمّا لجهل هؤلاء أو تخوّفهم من أن تتعرض سكناتهم للهدم ، خاصة بالنسبة لأولئك الذين كانوا قد شيّدوا سكناتهم في أراضي فلاحية أو في أراضي تابعة للأموال الوطنية .

و على العموم فقد إصطدمت السلطات الإدارية بعدّة معوقات و صعوبات حالت دون تسوية الكثير من الوضعيات العقارية العالقة ، سواء تعلق الأمر بالبناءات المشيّد بدون رخص بناء أو تلك المقامة فوق أوعية عقارية عمومية ، بما فيها الأراضي الفلاحية و تلك التي كانت محل صفقة غير مشروعة ، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى التدخل بموجب المادة 79(3) من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 30 ديسمبر

¹- أنظر عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 38 .

- يراجع أيضا ، ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام دار هوم ، الجزائر ، 2014 ، ص 346 .

²- منشور في ج ر ، ع 19 ، الصادرة بتاريخ : 03-08-2008 .

³- بموجب المادة 79 من القانون رقم 08-13 المؤرخ في 30-12-2012 . منشور في ج ر ، ع 68 الصادرة بتاريخ : 31-12-2013 . تم تعديل المادة 94 من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20-07-2008 ، ليصبح

2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 ، قصد تمديد إجراءات المطابقة ، لمدة ثلاث (03) سنوات تسري ابتداء من تاريخ 03 أوت 2013 .

و مع ذلك فإننا نرى مع غالبية الفقه على أنّ تطهير الملكية العقارية و ضبط سندات إثباتها بوجه عام و تسوية الوضعيات التي تسبب فيها إلى حدّ كبير التشريع السابق - قانوني الثورة الزراعية و الإحتياطات العقارية لصالح البلديات - يقتضي ضرورة الإسراع في إتمام عملية المسح العام للأراضي المعلن عنها بموجب الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، و التي ستنتهي حتما بتثبيت الملكية و تسليم الملاك و الحائزين إما دفاتر عقارية أو ترقيعات عقارية مؤقتة بحسب الحالة ، تسمح للمالك أو الحائز من إستعمال الوسائل القانونية التي منحها إياه القانون للحفاظ على ملكيته من كافة أشكال التعدي ، سواء من خلال دعاوي حماية الملكية المنصوص عليها في المادة 674 و ما يليها من القانون المدني أو بطريق الحماية الجزائية المقررة للملكية العقارية⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : شروط صحة السند العرفي

تولى القانون المدني في مادته 327 ، تحديد الشروط الواجب توافرها في السند العرفي المعدّ مقدّما للإثبات بقوله : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه " .

يتبيّن من تحليل هذه المادة ، أنّه لا يشترط في السند العرفي الذي يعدّ لأن يكون دليلا كتابيا ، إلاّ أن يتضمن كتابة مثبتة لواقع قانونية ، و أن يكون موقعا من الشخص المنسوب إليه⁽²⁾ .

و لتفصيل هذين الشرطين ، نرى أن نبحت كل شرط على حدى وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

أولا : الكتابة

الكتابة تُعبّر عن مضمون السند العرفي ، فلولاها ما علمنا نوع التصرف القانوني المقصود . و لمّا كانت الكتابة من الأمور البديهية ، لم يُولِها المشرع أهمية كبرى .

= نصّها كالتالي : " ينتهي مفعول إجراءات تحقيق مطابقة البناءات قصد إتمام إنجازها كما نصّت عليه أحكام المادة 94 (الفقرة الأولى) من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 17 رجب عام 1429 الموافق 20 يوليو سنة 2008 الذي يحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها ، في أجل ثلاث (03) سنوات ابتداء من تاريخ 3 غشت 2013 " .

¹- لزرق بن عودة ، الأسباب القانونية للبناء غير الشرعي و الحلول المقترحة ، المرجع السابق .

²- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، في الإلتزامات ، مصادر الإلتزام و آثاره و أوصافه و إنتقاله و إنقضائه و النظرية العامة في الإثبات ، ج 2 ، المطبعة العالمية ، 16 و 17 ضريح سعد الله القاهرة ، مصر ، 1964 ، بند 965 ص 913 .

لذلك حاول الفقه شرح شرط الكتابة في المحرر العرفي بنوع من الإختصار . إذ يرى بعض الفقهاء أنّه ينبغي أن يتضمن السند العرفي كتابة تدل على الغرض الذي أُعدّ من أجله ، أي أن تكون الكتابة واردة على الواقعة التي أُعدّ هذا المحرر ليكون دليلاً عليها .

كما أنّ المشرع لم يشترط في الكتابة شكل معيّن ، و يفهم من ذلك أنّ الكتابة قد تكون بخط اليد أو الآلة الراقنة ، أو آلة الحاسوب (الكمبيوتر) ، أو بأيّة طريقة أخرى .

و إذا كانت الكتابة باليد ، صح أن تكون بالحبر أو المداد أيّا كان لونه ، أو بقلم أيّا كان نوعه ، كما لا يشترط لغة معيّنّة لتحرير السند العرفي ، فقد يكون باللّغة الوطنية أو باللّغة الأجنبية⁽¹⁾ .

كما لا يعيب السند أن يوجد به تحشيرات ، أو إضافات بين السطور ، أو في الهامش ، أو أن يوجد به كشط ، و لا يلزم التوقيع على الإضافات و التحشيرات ، فيجوز للقاضي أن يأخذ بها إذا كان السند لا يستقيم إلّا بها ، أو إذا كان السند مكتوباً من عدّة نسخ ، و كانت الإضافات و التحشيرات موجودة في جميع النسخ و كانت جميع النسخ متطابقة . غير أنّ السلطة التقديرية تبقى للمحكمة في الأخذ به أو إستبعاده .

هذا و لا يستلزم القانون أن يكون السند العرفي مكتوباً بخط من يتمسك به ، أو بخط الملتزم بمقتضاه بل يجوز كتابته بخط شخص أجنبي حتى و لو كان ناقص الأهلية ، لأنّه ليس سوى أداة للتعبير عن إرادة أصحاب الشأن⁽²⁾ .

فالسند العرفي ، و على خلاف السند الرسمي لا يخضع لأيّة قواعد أو ضوابط شكلية في إعداده . فهو يخضع لمبدأ الحرية في تحريره .

و مؤدى هذا المبدأ ، أنّه لا يؤثر في صحة السند العرفي إدراج المبالغ بالكتابة و الأرقام ، بل يكفي أن تكون بالأرقام أو بالكتابة فقط .

كما لا يلزم قراءتها ممّن وقعها و إثبات ذلك في السند ، كما لا يؤثر في صحته توقيع الشهود الذين حضروا واقعة تحريره ، و إن كان حضور هؤلاء يفيد من وجهين ، الأول : أنّه يعزز الخط أو التوقيع عند

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات - آثار الإلتزام ، ج 2 ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، بند 106 ، ص 178 .

2- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، طبقاً لأحدث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء ، دار الهدى ، الجزائر ، 2011 ، ص 68 .

تحقيق هذا أو ذلك ، و الثاني : أنه إذا مات شاهد له توقيع على السند ، فإنّ هذا السند يكتسب تاريخاً ثابتاً من وقت الوفاة⁽¹⁾ .

كما أنّ القانون لا يُوجب أن تُذكر الكلمات المشطوبة في الهامش أو في أسفل الصفحات ، و الإشارة إلى عددها في السند ، و كذا التوقيع عليها من قبل الأطراف كما هو الأمر في السند التوثيقي ، فهذه الكلمات تعدّ لاغية حيث يفترض أنّ التشطيب قد تم وقت صياغة السند و تحريره ، إلاّ إذا تبين من ظروف القضية أنّ التشطيب قد وقع نتيجة إهمال ، أو عدم حرص ، أو عن غش أو تدليس ، أو أنه وقع إثر حادث عارض لا دخل لإرادة الأطراف فيه⁽²⁾ . و تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تقدير ما يترتب على هذه العيوب المادية .

هذا و يلاحظ أنّ الفقه يكتفي بتوافر شرطي الكتابة و التوقيع ، بينما يرى جانب آخر من الفقه أنّه يستحسن ذكر تاريخ و مكان إنشاء السند العرفي لما في ذلك من فوائد نذكر منها : الإحتجاج بتاريخ إنشاء المحرر العرفي لإثبات أنّ موقّعه كان أهلاً للتصرف آنذاك في حالة ما إذا طرأت عليه إحدى عوارض الأهلية هذا من جهة ، و من جهة أخرى أنّ ذكر مكان إنشاء السند العرفي يساهم في تحديد الإختصاص الإقليمي في حالة النزاع ، و ذلك فيما عدا الحالات التي نصّ القانون فيها على وجوب ذكر التاريخ ، كما في الأوراق التجارية حيث يعتبر التاريخ في هذه الأوراق من البيانات الإلزامية التي يجب أن يتضمنها السند أو الورقة التجارية ، و في ذلك نصّت المادة 390 من القانون التجاري الجزائري على وجوب بيان تاريخ إنشاء السفتجة و مكانه . و في غير هذه الحالات و الحالات التي يجب أن يكون التاريخ فيها ثابتاً ، يجوز إثبات التاريخ بشهادة الشهود لأنّ التاريخ حادث طبيعي و ليس جزءاً من التعاقد أو الإرتباط القانوني .

ثانياً : التوقيع

يُعدّ عنصر التوقيع من الأهمية بمكان ، إذ أنّه شرط أساسي لصحة السند العرفي ، فهو يُعبّر عن إرادة الموقّع ، و يثبت وجوده في مجلس العقد ، و قبوله للتصرف القانوني . فإنّ إنتقياً ، عدّ السند العرفي مجرد بداية ثبوت بالكتابة .

¹- محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2007 ص 221 .

²- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر 1981 ، ص 127 و 128 .

لذلك قيل ، بحق ، أنّ التوقيع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على السند العرفي . على حدّ تعبير حكم محكمة النقض الفرنسية :

La signature de l'acte est la seule formalite essentielle pour la validite des actes sous seing prive⁽¹⁾ .

و تفصيل ذلك ، أنّ التوقيع عنصر لا غنى عنه في التدليل على شخصية (هوية) صاحبه ، بما يفيد حضوره مجلس العقد ، و رضائه بمضمون السند و إقراره له .

و نظرا لقيمة التوقيع في مجال إثبات صحة السندات العرفية المعاينة للمعاملات العقارية ، فقد آثرت من خلال هذا الفرع التطرق إلى شرط التوقيع من حيث تحديد معناه ، و مختلف أشكاله و أساليبه و بيان ما يمكن أن يكون له من حجية في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة .

و لتفصيل شرط التوقيع على نحو دقيق يقتضينا تقسيم الكلام هنا على ثلاث نقاط رئيسية ، فننكلم أولا في معنى التوقيع ، ثم في أشكاله ، و نكلم أخيرا في مختلف الأساليب التي قد يتخذها التوقيع الوارد على السند العرفي .

1- معنى التوقيع

لم يعنا التشريع و القضاء ببيان معنى التوقيع ، الأمر الذي حدا بالفقه إلى بذل الجهد في محاولة لتحديد معناه .

حيث عرّفه البعض بأنّه : التأشير أو وضع علامة على السند ، أو بصمة إبهام ، للتعبير عن القبول بما ورد فيه . أو أنّه كل كتابة ممضاة بخط اليد أو بصمة إصبع أو ختم ، يضعها الشخص على السند للتعبير عن موافقته بما ورد فيه⁽²⁾ .

كما عرّفه البعض الآخر بأنّه : كل وسيلة تقوم بوظيفتي التوقيع و هما : تعيين صاحبه ، و إنصراف

¹- Cass . Civ . 15 juil . 1957 : D . 1975 , somm . 143 .

- يراجع في نفس السياق ، قرار محكمة النقض المصرية ، الصادر بتاريخ : 04-01-1993 ، و الذي جاء فيه ما يلي : " أنّ التوقيع هو المصدر الوحيد لإضفاء الحجية على السند العرفي " . جلسة 04-01-1993 ، مجموعة أحكام النقض : 44-28-137 . مشار إليه في : خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقيات و التشريعات العربية و القانون 15 لسنة 2004 ، دار الجامعة الجديدة الإسندنرية - مصر ، 2007 ، ص 08 .

²- عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 144 .

إرادته إلى الإلتزام بمضمون ما وقّع عليه ، تُعدّ بمثابة توقيع (1) .

في حين عرّفه إتجاه في الفقه الفرنسي بأنه : كل علامة تُوضع على سند تُميّز هوية ، و شخصية الموقع و تكشف عن إرادته بقبول إلتزامه بمضمون هذا المستند و إقراره به (2) .

يتبيّن ممّا سبق أنّ هذه التعريفات ، و إن اختلفت في عباراتها و ألفاظها فهي تتفق في جميعها من حيث المعنى ، إذ هي جميعا تفيد أنّ التوقيع علامة شخصية خاصة و متميّزة ، يضعها الشخص بإسمه أو ببصمته ، أو بأية وسيلة أخرى على مستند لإقراره ، و الإلتزام بمضمونه (3) .

و مؤدى ذلك ، أنّ خلو السند من توقيع من يُنسب إليه لا يجعله دليلا كتابيا كاملا ، و لو كان مكتوبا بخطه ، فهو لا يعدوا أن يكون - كما سبق و قدمنا - مجرد بداية ثبوت بالكتابة ، و هي وسيلة إثبات ناقصة نظّمها القانون المدني الجزائري في نص المادة 335 بقولها : " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة .

و كل كتابة تصدر من الخصم ، و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة " .

و المقصود بالتوقيع في هذا الصدد هو توقيع من يُنسب إليه المحرر قولاً أو إلتزاماً ، فإذا كان العقد ملزماً للجانبين و جب أن يوقعه الطرفان ، أمّا إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد فلا يلزم سوى توقيع الطرف الذي يلتزم أو يقرر (4) ، و مثال ذلك الإعتراف بالدين .

هذا و لم يعن المشرع ببيان مكان التوقيع ، هل يكون في أسفل السند ، أم في أعلاه ، أم في الهامش إلاّ أنّه و نظرا لأنّ التوقيع يُعبّر على تسليم الموقع بما تضمّنه السند ، فقد جرت العادة أن يكون التوقيع في أسفل السند ، ذلك أنّ التوقيع في أعلى السند و هامشه أو في موضع آخر غير نهاية السند ، لا يُعدّ

1- عيسى غسان راضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، ط 2 ، دار الثقافة للتوزيع و النشر ، عمّان - الأردن 2012 م ، 1433 هـ ، ص 30 .

2- خالد مصطفى فهمي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقيات و التشريعات العربية و القانون 15 لسنة 2004 ، دار الجامعة الجديدة الإسندنرية - مصر ، 2007 ، ص 09 .

3- ثروت عبد الحميد ، التوقيع الإلكتروني ، ماهيته - مخاطره - و كيفية مواجهتها - مدى حجّيته في الإثبات ، دار الجامعة الجديدة الإسندنرية - مصر ، 2007 ، ص 20 .

4- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 226 .

كافيا و لا يكون منطقيا ، بيذا أنه لا يوجد مانع قانوني من أن يرد التوقيع في أي موضع من السند⁽¹⁾. و إذا إشتمل السند العرفي على عدّة أوراق ، و جب أن يتم التوقيع في كل ورقة على حدى ، و لا يكفي التوقيع على الورقة الأخيرة وحدها ، إلاّ إذا كان هناك ترابط مادي و فكري بين هذه الأوراق المختلفة و من شأن هذا الترابط أن يجعل منها سندا واحدا ، فحينئذ يمكن للملتزم أن يوقع عليها مرّة واحدة في أسفل الورقة الأخيرة .

أمّا عن شكل و أسلوب التوقيع فهو يتخذ أشكالا و أساليب عدّة ، و سنرى فيما يلي أنّ للتمييز بين هذه الأشكال و الأساليب المختلفة من التوقيع أهمية قصوى تظهر بجلاء عند تحديد القواعد القانونية المنظمة لكل شكل و أسلوب منها ، و عند معرفة مدى تأثيرها في صحة التصرف القانوني الوارد في السند العرفي و سنتكلم تباعا عن هذه الأشكال و الأساليب وفقا للتفصيل التالي :

2- أشكال التوقيع

يتخذ التوقيع أشكالا عدّة ، فقد يكون بالإمضاء الخطي أو ما يعرف بالإمضاء الكتابي ، كما قد يكون ببصمة الإصبع ، كما قد يكون بالختم ، كما قد يكون إلكترونيا . و لكل شكل من هذه الأشكال ما يميّزها و لتوضيح الرؤيا أكثر ، نرى أن نبحث كل شكل على حدى وفقا للتفصيل الآتي :

أ- التوقيع بالإمضاء الخطي أو الكتابي - Signature emargement

يُعدّ التوقيع بالإمضاء الخطي أو الكتابي أحد أشكال التوقيع التقليدي ، و هو الأصل في غالبية التشريعات المقارنة ، و يقصد به حسب التعريف الذي أورده بشأنه محكمة النقض الفرنسية بأنّه : كل علامة مميّزة و شخصية ، و مرسومة بخط اليد ، حيث تسمح بتمييز صاحبها دون شك ، و تكشف عن إرادة من إرتضى بالعقد دون غموض أو لبس⁽²⁾ .

و بشكل أكثر وضوح و أكثر دلالة ، عرّفته محكمة النقض المصرية بأنّه : الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه⁽³⁾ .

¹ - عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 117 .

² - C . A . Paris , 22 mai , D . 1976 , somm . 8 .

³ - نقض مدني مصري ، 31-03-1978 ، مجموعة أحكام النقض ، سنة 29 ، ص 357 . مشار إليه في : عيسى غسان راضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 30 .

فالقاعدة العامة ، في هذا الصدد ، أن يتم الإمضاء ، بخط الملتزم بمضون السند . و مؤدى ذلك ، أن التوقيع بالإمضاء يُعدّ من قبيل المسائل الشخصية التي تتصل بتحديد هوية و ذاتية الموقّع ، و إنصراف إرادته إلى الإلتزام بمضمون السند ، لذلك وجب أن يتم الإمضاء بخط الموقّع ذاته .

أمّا إذا كان الموقّع بالإمضاء وكيلا أو نائبا عن صاحب الشأن . ففي هذه الحالة وجب على الوكيل أو النائب أن يُوقّع بإمضائه هو ، و أن يبرز صفته كوكيل أو كئائب عن صاحب الشأن⁽¹⁾ .

و مع أنّ القانون لم يحدد الشكل الذي يجب أن يرد به التوقيع بالإمضاء ، فإنّ نقاشا أوسع قد إحتدم في الفقه حول مدى ضرورة أن يشتمل التوقيع بالإمضاء على إسم و لقب الموقّع بكامل حروفهما ، أم أنّه يكفي أن يرد في شكل مختصر .

يتجه غالبية الفقه تقريبا⁽²⁾ ، في هذا الصدد ، إلى أنّه لا يلزم لوقوع الإمضاء صحيحا ضرورة التوقيع بالإسم و اللقب الكاملين للموقّع ، بل يكفي أن يقع التوقيع مختصرا .

و إذا قلنا يتجه غالبية الفقه تقريبا ، ذلك أنّ بعضا من الفقه ، يستلزم أن يكون التوقيع بالإسم الكامل (أي الإسم و اللقب) ، و ألاّ يُكتفى في هذا بعلامة الموقّع ، أو رمز لإسمه بالحروف الأولى⁽³⁾ .

و نحن ننضم إلى إتجاه غالبية الفقه في هذا الشأن ، حيث لا نرى لزوما أن يكون التوقيع مشتملا على إسم الموقّع و لقبه بكامل حروفهما ، بل يكفي أن يرد التوقيع في شكل مختصر ، بذكر الأحرف الأولى من الإسم و اللقب الثابتان في البطاقة الشخصية للموقّع ، أو بذكر الإسم الذي إشتهر به ، شريطة أن يكون قد إعتاد التوقيع بذلك الإسم ، و دلّ على أنّه صادر عن الملتزم بالسند شخصا .

و أيا ما كان الأمر ، فإنّه يُفضل أن يكون الإمضاء مقروءا ، و دالا على هوية صاحبه ، و إنّ كان لا يوجد في القانون ما يوجب أن يكون التوقيع مقروءا أو كاشفا عن إسم صاحبه ، إذ أنّ في التوقيع وحده

¹- و هذا ما أكّدته محكمة النقض المصرية في قرار صادر عنها بتاريخ 26-03-1971 و الذي جاء فيه ما يلي : " بأنّه يشترط أن يُوقّع النائب أو الوكيل بإمضائه هو ، بصفته نائبا أو وكيلا عن الأصيل ، فلا يجوز للنائب أو الوكيل أن يُوقّع على الورقة بإمضاء الأصيل ، لأنّ التوقيع عمل شخصي لا يجوز التوكيل فيه " . نقض مدني مصري ، 26-03-1971 مجموعة أحكام النقض ، سنة 25 ، ص 575 . مشار إليه في : عيسى غسان ربيضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، هامش 2 ، ص 34 .

²- يراجع لتفصيل أكثر ، خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 14 و 15 .

- يراجع في نفس السياق أيضا ، ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 35 .

³- جميل الشراوي ، الإثبات في المواد المدنية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1982 ، ص 58 .

- أياً كانت طريقة كتابته - ما يكفي للتعريف به و تحقيق غرض الشارع⁽¹⁾ ، طالما لم ينكر من يشهد عليه السند حصول هذا التوقيع منه شخصياً .

و يقصد بالإمضاء المقروء في هذا المقام ، الإمضاء الذي يمكن قراءته بمجرد الإطلاع على الإسم الشخصي للموقع ، و إن كان هذا معمول به في الدول الأوروبية ، طبقاً لما جرت به العادة عندهم من كتابة الإسم الشخصي مع إسم العائلة بقدر من الإعتناء كجزء من التوقيع ، فإن الأمر يختلف في الدول العربية ، إذ غالباً ما يأتي الإمضاء بصورة مبهمّة تجعل من العسير كشف إسم صاحبه ، دون الإستعانة بخبير .

ب- التوقيع ببصمة الإصبع -Empreinte digitale-

يرى جانب من الفقه أنّ تقرير جواز الإمضاء بالبصمة أمر إقتضاه إنتشار الأمية ، فيجوز لمن لا يعرف القراءة أو الكتابة التوقيع ببصمة إصبعه . إن صحّ هذا القول في زمن قد مضى ، حيث كانت الأمية منتشرة ، فلما إعترفت القوانين الحديثة بالبصمة كشكل من أشكال التوقيع ؟

الإجابة على هذا التساؤل تنطوي على قدر كبير من الأهمية ، فقد أثبتت الدراسات العلمية الحديثة (علم البصمات) عدم تشابه بصمات الأصابع ، إذ أنّ لكل إنسان بصمة إصبع لا يمكن أن تتطابق مع بصمة غيره ، و لو كان أقرب قريب ، و قد كان للقرآن الكريم السابق إلى لفت أنظار البشر إلى هذا الإعجاز العلمي ، قالى الله تعالى ﴿ لا أقسم بيوم القيامة و لا أقسم بالنفس اللوامة ، أبحسب الإنسان ألن نجمع عظامه ، بلى قادرين على أن نسوي بنانه ﴾ صدق الله العظيم⁽²⁾ .

فالبصمة تتكون للإنسان و هو طفل في رحم أمّه في الشهر السادس من الحمل ، و تبقى حتى الموت و إذا أُزيلت هذه القطعة من اللحم إزالة كئيبة نبت لحم جديد على البصمة التي أُزيلت ، و لو أنّ عملية جراحية أُجريت لرجل ، و أُزيلت بصمته كلياً حيث أُزيل هذا الجلد ، و أخذ جلد له من مكان آخر فسوف ترجع له ملامح البصمة مرّة ثانية على هذا اللحم الجديد الذي أُخذ من مكان آخر .

فالبصمة لها شكل خاص مكوّن من خطوط و أقواس و منحنيات و نقوش طويلة و عرضية يندر أن تتشابه لدى إثنين من البشر⁽³⁾ ، فقد يتغيّر حجم البصمة بنمو الجسم ، و لكن شكل خطوطها و رسمها

1- همام محمد محمود زهران ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، 2002 ، ص 241 .

2- الآية 1-4 ، سورة القيامة .

3- ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 22 .

و ما بها من مميّزات يبقى ثابتا ، كما أنّه قد ثبت أنّه لا يوجد بين ملايين البشر شخصان تتماثل بصمات أصابعهما ، و هذه هي الحقيقة التي تُضفي على البصمات أهميتها ، هذه الخطوط البارزة تكون دائما في حالة رطوبة لما تفرزه غدد العرق المنتشرة في سطحها من مواد دهنية تحوي الماء و بعض الأملاح⁽¹⁾ فإذا ما وضع الشخص (الموقّع) إبهامه في الحبر و وضعه على السند ، فإنّ أثره بالخطوط من الحبر يبقى على سطح السند متخذا شكل الخطوط بالتحديد .

و هذا ما يجعل التوقيع بالبصمة أضمن و أوكّد و أقوى توثيق من التوقيع بالإمضاء ، لا تستطيع قوى البشر أن تمحوه و لا بالموت ، لذلك لا زالت نسبة كبيرة من الأشخاص ممّن لا يحسنون القراءة و الكتابة لا يعترفون بالإمضاء الخطي (الكتابي) أو الختم ، بل يصرون على إستخدام بصمة الإبهام في التوقيع و لم تخف هذه الأهمية على واضعي القانون المدني الجزائري ، إذ تدخل المشرع المدني في آخر تعديل له للقانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005⁽²⁾ إلى إدراج التوقيع بالبصمة إلى جانب التوقيع بالإمضاء ، ضمن أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 327 ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، أمّا ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق " .

يستفاد من هذا النص أنّ المشرع الجزائري قد أجاز التوقيع ببصمة الإبهام في السندات العرفية ، إذا كان الشخص جاهلا للكتابة ، و مع ذلك نجد أحيانا أنّ بعض الضباط العموميين كالموثقين و المحضرين القضائيين يفرضون على الموقّع وضع البصمة إلى جانب الإمضاء تقاديا لإتهامهم بالتزوير في المحررات الرسمية .

ج- التوقيع بالختم الشخصي - La griffe -

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى التوقيع بالختم على عكس نظيره المشرع الفرنسي الذي و إنّ لم يعترف بصحة التوقيع بالختم في المواد المدنية ، إلاّ أنّه إعتبر التوقيع بالختم صحيحا في المادة التجارية

¹- أنظر ، عزيز عبد الحق ، البصمات ، مجلة الموثق ، العدد 7 ، جويلية 1999 ، ص 33 .

²- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20-07-2005 ، يعدّل و يتمم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 و المتضمن القانون المدني المعدّل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 44 ، الصادرة بتاريخ : 26-07-2005 .

و خاصة في القانون المصرفي ، إذ أنّ التوقيع بالختم جائز في الأوراق التجارية كالشيك و السفتجة و السند⁽¹⁾.

هذا و لا يشترط أن يكون الإسم المطبوع على الختم هو نفسه الوارد في شهادة ميلاد الشخص الموقّع بل يجوز أن يكون مختصرا ، شريطة أن يكون هو الإسم الذي إعتاد الشخص أن يُوقّع به .
كما يستوي أن يكون التوقيع بالختم خاصا بشخص طبيعي أو معنوي ، على أن يكون في هذه الحالة الأخيرة مقرونا بإمضاء ممثل الشخص المعنوي⁽²⁾ .

و أيا ما كان الأمر ، فإنّه يشترط في التوقيع بالختم المعوّل عليه في الإثبات ، أن يكون واضحا و مقروءا ، و إلاّ إعتبر مجرد علامة مستديرة لا قيمة لها قانونا⁽³⁾.

و على ذلك ، إذا كانت بصمة الختم غير مقروءة أو مطموسة ، فإنّه لا يعوّل عليها في نسبتها لصاحبها و إنّ كان جانب من الفقه يرى أنّه حتى و لو كانت بصمة الختم مطموسة أو غير مقروءة ، فإنّ ذلك لا يمنع من التعويل عليها ، من خلال اللجوء إلى شهادة الشهود لإثبات هوية صاحب الختم⁽⁴⁾ .

د - التوقيع الإلكتروني - Signature électronique -

شكل جديد فرضته التقنيات العلمية الحديثة كالتلكس و الفكس و البريد الإلكتروني -E-mail- و معطيات الحاسوب الإلكتروني ، و شبكة الأنترنت -Internet- و قد عرفته المادة الثانية من قانون اليونسترال الدولي النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001 ، الذي وضعته لجنة القانون التجاري الدولي بصدد تعريف المصطلحات بأنّه : بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقّع بالنسبة إلى رسالة البيانات و بيان موافقة الموقّع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات⁽⁵⁾ .

¹- Art 100 Code de Commerce Français .

²- ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 22 .

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 106 ، هامش 1 ص 178 .

⁴- خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 16 .

⁵- أمّا عن صور التوقيع الإلكتروني ، فهو يتخذ صورا عدّة ، و لعلّ أهم ما توصلت إليه تكنولوجيا المعلومات في هذا الصدد يتمثل في : التوقيع من خلال النقل عبر الماسح الضوئي -Scanner- التوقيع الديناميكي - Signature dynamics - التوقيع من خلال البطاقة الممغنطة ، و التوقيع الرقمي - Signature numerique - . يراجع لتفصيل أكثر حول الموضوع خالد مصطفى فهمي ، المرجع السابق ، ص 65 و ما يليها .

كما عرّفه التشريع الفرنسي بموجب الفقرة الثانية من المادة 1316 المعدّلة بموجب القانون رقم 2000-230 المؤرخ في 13 مارس 2000 بأنه : التوقيع الذي ينتج عن إستخدام أيّة وسيلة مقبولة موثوق بها ، لتحديد هوية الموقع و تكفل إتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط .

و يُعدّ قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي من التشريعات الرائدة في إعتماد السندات الموقّعة بالطريقة الإلكترونية ، حيث عرّفته المادة الثانية منه بأنه : توقيع مكوّن من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني ، و ملحق أو مرتبطاً منطقياً برسالة إلكترونية ، و ممهّور بنية توثيق أو إعتماد تلك الرسالة .

كما عرّفه المشرع المصري بموجب المادة الأولى فقرة أ من القانون رقم 15-2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني ، و إنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات بأنه : ما يوضع على محرر إلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ، و يكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقّع ، و يميّزه عن غيره⁽¹⁾ .

و قد واكب التشريع الجزائري التطور التكنولوجي الحاصل في مجال التعاقد ، فلم يلبث حتى قام المشرع الجزائري بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 المعدّل و المتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدّل و المتمم و ذلك من خلال إضافة المواد : 323 مكرر ، 323 مكرر 1 ، و المادة 327 . فإعترف المشرع صراحة بالتوقيع الإلكتروني في نص الفقرة الثانية من المادة 327 من القانون المدني ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه " . و بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني أعلاه ، نجد أنّ المشرع قد إشتراط للإعتداد بالتوقيع الإلكتروني : إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره ، و أن يكون معدّاً و محفوظاً في ظروف تضمن سلامته .

و تفصيل ذلك ، أنّ المشرع الجزائري يعترف بالأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني ، من حيث إعترافه بوظائفه -La preuve électronique- و لكنه لا يعترف بحجّيته كدليل كامل في الإثبات ، إلاّ بعد

= - و يراجع في نفس السياق ، ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 54 و ما يليها .

- و يراجع أيضا ، عيسى غسان ربيضي ، المرجع السابق ، ص 57 و ما يليها .

¹ - Hariz Asma , Mémoire de Magister , Signature Electronique , Etude de Droit Compare Anneé Universitaire : 2007-2008 .

التأكد من هوية و صحة إرادة الشخص الموقّع إلكترونياً ، و أن تكون الوسائط الإلكترونية آمنة و محمية وفق إجراءات الحماية و التأمين الكافية⁽¹⁾ .

3- أساليب التوقيع

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض التوقيع عن طريق الوكالة ، ثم نتطرق لحكم التوقيع على بياض و نتكلم أخيراً في التوقيع عن طريق التصديق في القوانين المقارنة .

أ- التوقيع عن طريق الوكالة - Signature par procuration -

يلاحظ ، بادئ ذي بدء أنّ القاعدة العامة في هذا الصدد ، هي حظر توقيع الوكيل على السند الذي يكون الموكّل طرفاً فيه . على إعتبار أنّ التوقيع أمر شخصي لا يجوز التوكيل فيه ، و لا يمكن أن يقوم به إلاّ صاحبه .

و يرمي هذا الحظر إلى حماية الموكّل من مخاطر ما ينشأ عن هذا التوقيع من حقوق و إلتزامات في ذمة الموكّل (الأصيل) ، خاصة في مجال تداول و إنتقال الملكية العقارية .

إلاّ أنّه قد يحدث لسبب أو لآخر ، كعدم قدرة الموكّل على قضاء مصالحه بنفسه ، أو عجزه ، أو لقلّة خبرته لإجراء التصرف محل الوكالة ، أن يتولى نائبه (الوكيل) التوقيع بدله ، و في هذه الحالة يكون مضمون السند العرفي الذي وقّع عليه الوكيل حجة على الموكّل .

على أنّ إقرار هذا الحظر - التوقيع عن طريق الوكالة - لم يمنع التشريعات من فرض بعض القيود عليه⁽²⁾ .

فمتى كان سند الوكالة يسمح بذلك ، وجب على الوكيل أن يوقّع بإمضاءه أو بصمته هو ، مع ذكر إسمه و صفته بإعتباره وكيلاً ، إذ أنّ توقيع الوكيل بإسم موكّله مقلداً توقيعيه يجعل هذا التوقيع عديم الأثر .

ب- التوقيع على بياض Blanc - Seign

لما كان المهمّ في كيان السند العرفي ، إنّما هو توقيعيه من الشخص المنسوب إليه ، بقطع النظر عن كتابته بخطه أو بغير خطه ، جاز أن يوقّع الشخص على ورقة على بياض ، و أن يسلمها للطرف الآخر⁽³⁾ تاركاً إليه إستكمال تفصيلاتها على أسس معيّنة ، فيقال عندئذ أنّه وقّع على بياض .

¹- بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، وفق آخر التعديلات ، مدعّم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة ، ج 1 ، ط 1 ، دار هومه ، الجزائر ، 2015-2016 ، ص 336 .

²- يراجع أحكام المواد من 571 إلى 589 من ق . م

³- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 967 ، ص 914 .

فقد تكون بين طرفي السند العرفي ثقة ، فيعتمد المدين إلى التوقيع على بياض تاركا للدائن مطلق الحرية في تدوين البيانات التي إتفق معه على عناصرها الجوهرية .

فهذا الأمر و إن كان جائزا ، إلا أنه في نفس الوقت يعتبر من قبيل التهؤر ، لأن التوقيع يُوحى على قبول المدين لمحتوى السند العرفي ، مما يجعله ملزما بتنفيذه ، على إعتبار أن حجية السند العرفي تُستمد - كما سبق و بيّنا - من التوقيع لا من الكتابة ، و المهم أن من يُوقّع على السند يُوّقع بخطه ، و يقصد من وراء توقيعه أن يرتبط بالبيانات التي سترد في السند⁽¹⁾ .

و قيام المدين بهذا النوع من التوقيع يعني أنه قصد الإرتباط بما تم الإتفاق عليه ، غير أن الدائن قد يقوم بإدراج بيانات لم يتفق عليها الطرفين ، فإذا إستطاع المدين إثبات هذه المخالفة فيكون الدائن الذي إستؤمن على السند مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة . على حدّ تعبير حكم المادة 381 من قانون العقوبات⁽²⁾ غير أن الأمر ليس بالهين ، إذ يجب على المدين أن يثبت خلاف ما جاء في السند العرفي الموقّع على بياض ، و يكون ذلك عن طريق القواعد العامة في الإثبات التي تستلزم عدم جواز إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة ، ما لم يكن هناك غش أو إحتيال ، فحينئذ يجوز الإثبات بكافة الطرق و يحاج رأي في الفقه ، أنه لا نزاع في أن حجية البيانات المكتوبة بعد التوقيع هي ذات الحجية التي تعطي لتلك البيانات لو أنّها كتبت قبله .

غير أن الشخص الذي يوقّع على بياض مهما كانت غفلته ، يستطيع أن يتصل من الإلتزام المضاف على تلك الورقة ، فيثبت أن البيانات الموجودة بها ليست مطابقة لنواياه الحقيقية ، و قد إستقرّ القضاء

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 107 ، ص 180 .
² - تنص المادة 381 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات . منشور في ج ر ع 49 ، الصادرة بتاريخ : 11-07-1966 . المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006 منشور في ج ر ، ع 11 ، الصادرة بتاريخ : 24-12-2006 . على ما يلي : " كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض و خان أمانتها بأن حرر عليها زورا إلتزاما أو إبراء منه ، أو أي تصرف آخر يمكن أن يعرض شخص الموقع أو ذمته المالية للضرر يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر و بغرامة من 1.000 إلى 50.000 دج .

و يجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 و بالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر .

و في الحالة التي لا تكون الورقة الموقعة على بياض قد عهد بها إليه فتتخذ ضده الإجراءات الجزائية بوصفه مزورا و يعاقب بهذا الوصف " .

على أنّ بإمكانه أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات الممكنة⁽¹⁾ .

كذلك إذا حصل و سُرقت الورقة الموقعة على بياض ممن أوّتمن عليها ، و ضمّنها أجنبي كتابة منسوبة إلى صاحب التوقيع ، جاز لهذا الأخير أن يثبت بكافة الطرق المقررة في الإثبات ، واقعة السرقة و حصول الكتابة من الأجنبي ، فإذا أثبت ذلك فقدت الورقة العرفية حجيتها في الإثبات ، و لم يجز حتى للغير الذي إنتقلت إليه بحسن نية أن يحتج بها على موقّعها⁽²⁾ .

ج- التوقيع عن طريق التصديق - Signature legalisée -

هذا الأسلوب من التوقيع معمول به في بعض التشريعات المقارنة ، إذ أنّه ليس خفياً أنّ إحتمال إنكار الموقّع لتوقيعه في المستقبل ، بقصد التهرب من الأحكام التي يرتبها القانون على حصول التصرف القانوني أمر وارد ، لذلك أجازت بعض التشريعات للمستفيد من السند أن يطلب من الطرف الآخر - الموقّع - أن يصدّق على توقيعه من مكتب التوثيق أو الكاتب العدل ، كما هو الحال في التشريع المصري ، و يتم التصديق على التوقيع بمحضر رسمي محرر بمعية موثق ، و هو موظف عام مختص بذلك .

و متى تمّ التصديق على التوقيع بموجب محضر رسمي محرر بمعية موظف عام مختص بذلك ، إكتسب السند العرفي صفة الرسمية ، و يتعيّن على من يحتج به عليه - إذا لم يشأ أن يعترف به - أن يطعن فيه بالتزوير .

و مؤدى ذلك ، أنّ توقيع السند المصدّق عليه ، لا يقبل من الشخص المنسوب إليه السند إنكار توقيعه إياه و يتعيّن عليه إذا ما أراد نفي صحة توقيعه ، أن يطعن فيه بطريق الطعن بالتزوير ، لأنّ التصديق على التوقيع - كما سبق و قدّمنا - يعتبر بمثابة سند رسمي ، غير أنّ صفة الرسمية هنا تظل قاصرة على التوقيع فقط ، و لا تنصرف إلى السند الذي يبقى محتفظاً بصفته و كونه سنداً عرفياً ، و من ثمّ يجوز المنازعة فيه ، و إثبات عكسه وفقاً للقواعد العامة المقررة في الإثبات⁽³⁾ .

و ترتيباً على ما تقدم يلاحظ أنّ الفقه إكتفى بالأساليب المذكورة أعلاه ، و أغفل أسلوب آخر ، و إن كان نادر الإستعمال ، إلاّ أنّه محتمل الوقوع ، ألاّ و هو : التوقيع بالكربون .

¹ - يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 133 .

² - سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 971 ، هامش 1 ، ص 918 .

³ - محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 231 .

و السؤال المطروح في هذا الصدد ، هل تعتبر النسخة الموقعة بالكربون مجرد صورة ، أم تعتبر أصلا قائما بذاته ؟

الجواب على ذلك تصدّت له محكمة النقض المصرية في العديد من أحكامها ، إذ قضت في قرار صادر عنها بتاريخ 22 ماي 1991 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " إذا كان الإمضاء بالكربون من صنع يد من نسبت إليه ، فإنّ مؤدى ذلك أنّ المحرر الموقّع عليه بإمضاء الكربون يكون حقيقة محررا قائما بذاته له حجيته في الإثبات " .

كما قضت في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 27 ديسمبر 1995 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " إذا كان البيّن من الأوراق أنّ الطاعن قد تقدّم إلى محكمة الموضوع بنسخة كربونية من عقد البيع المؤرخ في 27-09-1981 محلّ التداعي يحمل توقيعات منسوبة إلى المطعون ضدّه الأول كبائع و إلى الطاعن كمشتري و إلى المطعون ضدّه الثاني كشاهد ، و كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أنّ الإمضاء بالكربون هو من صنع ذات من نسبت إليه بما يكون معه المحرر الموقّع عليه بالإمضاء بالكربون محررا قائما بذاته له حجيته في الإثبات ، فإنّ الحكم المطعون فيه - إذا لم يعرض لهذا المستند - مع ما له من دلالة لو صحّت لكان له تأثير في مجرى الخصومة يكون قد شابه قصور " .

يتبيّن ممّا سبق أنّ الإجتهد القضائي المصري مستقر على أنّه إذا تم التوقيع بالكربون على أكثر من نسخة ، فإنّ كل النسخ الموقّع عليها بالكربون تعتبر محررات قائمة بذاتها و ليست مجرد صورة طبق الأصل .

و هذا بخلاف ما إنتهى إليه القضاء الفرنسي ، إذ تباينت آراء محاكم الموضوع حول المسألة بين مؤيد و معارض لفكرة إعتبار النسخ الموقعة بالكربون أصلا ، فذهبت محكمة ران -Renne- إلى إعتبار المحرر الموقّع بالكربون أصلا له حجية في الإثبات ، لأنّ التوقيع ناتج عن حركة يد صاحبه ، و هذا كاف .

بينما ذهبت محكمة تولوز -Toulouse- على العكس من ذلك ، إذ إعتبرت أنّ السند الموقّع عليه بالكربون لا يعدوا في حقيقته إلا مجرد صورة منقولة عن الأصل ليست لها حجية في الإثبات ، بإعتبار

¹- نقض مدني مصري ، رقم 2150 ، جلسة 22-05-1991 ، سنة 51 ق ، مجموعة أحكام النقض ، سنة 42 ص 1171 . مشار إليه في : عيسى غسان راضي ، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 36 .

²- نقض مدني مصري ، رقم 981 ، جلسة 27-12-1995 ، سنة 61 ق . مشار إليه في : عيسى غسان راضي القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، هامش 3 ، ص 36 .

أنّ التوقيع بالكربون ليس قاطعا في التعبير عن إرادة الموقّع . و هذا الإتجاه سلكته محكمة النقض الفرنسية حيث رفضت النسخ الموقّعة بالكربون على أنّها أصلا ، و إعتبرت السند الموقّع بالكربون مجرد صورة منقولة عن الأصل⁽¹⁾ .

و بعد الإنتهاء من تحديد مفهوم السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، و معرفة خصائصه ، و بيان الأسباب التي أدت إلى ذبوع العمل به ، و شروط صحته ، لابدّ من معرفة مدى حجية هذا السند في إثبات الملكية العقارية ، و كذا موقف القضاء من ذلك .

المبحث الثاني : حجية السند العرفي و نطاقها في الإثبات

تقدم القول أنّ المشرع الجزائري ، لا يتطلب لصحة السند العرفي المعدّ مقدما للإثبات توافر أي شرط شكلي في تحريره . و الشرط الوحيد أن يكون موقعا من قبل أطراف السند ، بالإضافة إلى الكتابة و هي شرطي بديهي و منطقي على إعتبار أنّ التوقيع لا يرد إلاّ على مضمون السند .

هذا و تكون حجية السند العرفي و قوته الثبوتية متوقفة على عدم إنكار من يُنسب إليه التوقيع و الكتابة فإنّ أنكرهما زالت عن السند العرفي حجيته مؤقتا ، و حينئذ يتوجب على من يتمسك به أن يُثبت صدوره ممّن وقّعه ، بأن يطلب من المحكمة مضاهاته - السند العرفي - وفقا لما هو مذكور في المادة 165 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

على أنّه إذا كان المتمسك عليه بالسند العرفي وارثا أو خلفا ، فلا يُطلب منه الإنكار ، و إنّما يكفي أن يحلف يمينا بأنّه لا يعلم أنّ الخط أو التوقيع الذي يشهد به السند هو خط أو توقيع مورثه أو سلفه . هذا بالنسبة لطرفي التصرف و خلفهما ، أمّا بالنسبة للغير فإنّ الأمر يختلف ، إذ لا يكون للسند العرفي حجية قبل الغير ، إلاّ من وقت إكتسابه تاريخا ثابتا .

و نظرا للآثار القانونية المهمة التي تترتب على هذا التميّز ، إرتأينا تقسيم الكلام في هذا المبحث على ثلاثة مطالب : فنتكلم أولا في حجية السند العرفي فيما بين طرفيه و خلفهما ، ثم في حجية السند العرفي بالنسبة للغير ، و نتكلم أخيرا في القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل و بعد صدور قانون التوثيق .

المطلب الأول : حجية السند العرفي فيما بين الطرفين و خلفهما

تعرض القانون المدني المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 لمسألة حجية السند العرفي بوجه عام بنصّه في المادة 327 على أنّه : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن

¹- ثروت عبد الحميد ، المرجع السابق ، ص 31 .

كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، أمّا ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق ... " .

و الظاهر من هذا النص أنّ تحديد مدى قوة السند العرفي و حجيته في إثبات الملكية العقارية يبقى مرهوناً بإعتراف من ينسب له التوقيع و المضمون ، غير أنّه و لمّا كان لكل من طرفي التصرف و خلفهما مركز قانوني خاص به ، كان لا بدّ أن نفرد لكل منهما فرعاً خاصاً ، فنعرض في الفرع الأول لحجية السند العرفي فيما بين الطرفين ، ثم نخصص الفرع الثاني للكلام في حجية السند العرفي بالنسبة للخلف .

الفرع الأول : حجية السند العرفي فيما بين الطرفين

من المسائل التي تتقل كاهل القضاء ، أن يستند الخصم في دعواه إلى سند عرفي ، يدعي بمقتضاه بصحة التوقيع ، و الوقائع الثابتة به .

حينئذ يثور التساؤل حول حجية هذا السند من حيث صدوره ممّن وقّعه ، و من حيث حقيقة المدوّن به و لتوضيح الرؤيا أكثر سنتكلم أولاً في حجية السند العرفي من حيث صدوره ممّن وقّعه ، ثم في حجيته من حيث صحة الوقائع الثابتة به .

أولاً : من حيث صدوره ممّن وقّع عليه

من المبادئ المسلم بها ، أنّ السند العرفي لا تقوم له حجة على صاحبه إلاّ إذا اعترف به ، أو سكت و لم ينكر صدوره منه ، و هذا الأثر منصوص عليه بعموم أحكام المادة 327 من القانون المدني و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " يعتبر العقد العرفي صادراً ممّن وقّعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ... " .

و مقتضى هذا النص أنّ حجية السند العرفي و قوته في الإثبات ، تبقى متوقفة على عدم إنكار من يُنسب إليه التوقيع ، فإنّ أنكره زالت عن السند العرفي حجيته مؤقتاً ، و لذلك قيل بحق أنّ للسند العرفي حجية مؤقتة في الإثبات .

و إستكمالاً للغرض المقصود من صدر المادة 327 أعلاه - و هو إنكار الخصم المنسوب إليه التوقيع - إشتراط القانون أن يكون إنكار الخصم الذي يُحتج في مواجهته بالسند العرفي إنكاراً صريحاً ، و يعتبر من قبيل الإنكار الصريح ، إتخاذ المنكر حين مواجهته بالسند موقفاً لا يدع أي شك في دلالاته على إنكاره للتوقيع الوارد بالسند ، كأن يُصرّح بعدم توقيعه على السند ، أو أنّه لا يعترف بالتوقيع المنسوب إليه

و حينئذ ينقلب عبء الإثبات على المتمسك بالسند العرفي ، بإثبات أنّ السند صادرا حقا عن صاحب التوقيع ، و ذلك بأن يطلب من المحكمة مضاهاته مع الخطوط و التوقيعات غير المنازعة وفقا للإجراءات المتبعة في تحقيق الخطوط .

و تفصيل ذلك ، أنّه بمجرد إنكار الخصم صراحة توقيع السند المنسوب إليه ، يجعله غير قابل للإحتجاج به عليه ، و يُلقى على عاتق من يتمسك به أن يُقيم هو الدليل على صحة صدوره من خصمه ، بإتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط ، ما لم يكن في وقائع الدعوى و مستنداتها ما يُغني المحكمة عن مطالبته بهذا الإجراء⁽¹⁾ .

و بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتضح أنّه إستقرّ على تطبيق أحكام المادة 327 المذكورة أعلاه فأوجب في حالة إنكار الخصم للتوقيع المنسوب إليه ، ضرورة إتباع الإجراءات الخاصة بتحقيق الخطوط إذا كانت وقائع الدعوى و مستنداتها غير كافية لإقامة الدليل على إثبات صحة السند العرفي الوارد على العقار .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 27 ماي 1992 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا أن يعتبر العقد - صحيحا - و صادرا ممّن وقعّه - ما لم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء .

و لما ثبت - من قضية الحال - أنّ الطاعن منذ بداية الدعوى ينكر هذا العقد العرفي بالبيع ، و يتكلم فقط عن سلف دين ، فإنّ قضاة المجلس بالإلزامهم الطرفين إفراغ البيع في الشكل الرسمي ، فقد تجاهلوا تماما نص المادة المذكورة أعلاه ، و أغفلوا إتباع طرق البحث عن الحقيقة ، ممّا يستوجب نقض قرارهم " و نفس المعنى كرّسته في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 20 ماي 2009 جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " حيث أنّ قضاة الموضوع لما توصلوا إلى إستبعاد العقدين المذكورين إستنادا إلى عدم تسجيلهما ، و لم يصدر حكم بشأنهما ، قد أخطأوا في تطبيق القانون ، ذلك أنّ العقد العرفي هو حجة بين طرفيه ، سواء فيما يتعلق بموضوع العقد أو تاريخه ، و لا يُحتج به على الغير إلاّ إذا كان ثابت التاريخ .

¹- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 969 ، ص 916 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 85535 ، الصادر بتاريخ : 27-05-1992 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 3 ، ص 14 .

³- قرار م ع غ م ، ملف رقم 483177 ، الصادر بتاريخ : 20-05-2009 ، منشور ب م م ع لسنة 2009 ، ع 1 ص 154 .

و حيث أنّ العقد العرفي حجة بين طرفيه ، غير أنّه إذا أنكر من يحتج عليه بالعقد و تمسك الدائن به فكان يجب على قضاة الموضوع أن يأمرؤا مضاهاة الخطوط طبقا لما تنص عليه المادة 76 من القانون الإجراءات المدنية ، و حيث أنّ قضاة الموضوع لمّا إنتهوا إلى تلك النتيجة قد أخطئوا في تطبيق أحكام المواد المذكورة ممّا يعرضه للنقض " .

أمّا إذا لم يكن إنكار المنكر صريحا ، بأن عُرض عليه السند و خاض في موضوع الدعوى دون التمسك بحقه في الإنكار قبل مناقشة موضوع السند ، أو سكت حين مواجهته بالسند ، أو تشكك بأن قال لا أعلم و لا أتذكر هل وقّعت هذا السند أو لا ؟ فيعتبر هذا السند صادرا عنه و يُحتج به في مواجهته⁽¹⁾ .

و علّة ذلك ، كما هو ظاهر أنّ حجية السند العرفي إنّما تُستمد من الموقف الذي يتخذه من يُحتج في مواجهته بالسند .

و على ذلك ، فإذا إترف الخصم الذي يُحتج في مواجهته بالسند العرفي توقيعه إيّاه ، أو ثبت من التحقيق صدوره منه ، سقط حقه في التمسك بالإنكار ، و أصبح لهذا السند ذات الحجية المقررة للسند الرسمي ، و عندئذ لا يبقى له من سبيل لدحض حجيته إلاّ طريق الإدعاء بالتزوير .

و لا يشترط أن يكون إقرار الخصم في هذه الحالة إقرارا صريحا ، بل يكفي أن يكون هذا الإقرار ضمنيا كأن يتخذ موقفا سلبيا ، أو يلتزم الصمت عند مواجهته بالسند ، لأنّ السكوت قد يعتبر بيانا في مثل هذه الحالة⁽²⁾ .

و يتضح ممّا تقدم أنّ الخصمين فيما يتعلق بحجية السند العرفي من حيث التوقيع الوارد به ، قد يتناوبان عبء الإثبات تبعا لما يدعيه كل منهما ، فينتقل من أحدهما إلى الآخر ، و هكذا حتى يثبت صدوره

¹- محمد زهدور ، المرجع السابق ، ص 34 و 35 .

²- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 133 .

- يراجع في نفس السياق ، قرار م ع غ م ، ملف رقم 45658 ، الصادر بتاريخ 07-12-1987 ، منشور ب م ق لسنة 1990 ، ع 4 ، ص 61 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ومن المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، ومن ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في غير محله ، يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت- في قضية الحال- أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته بإقتسامه المنزل الزوجي معها ، و الزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله ، فإن قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون و متى كان ذلك إستوجب رفض الطعن " .

أو عدم صدوره ممّن وقّعه بطريق مضاهاة الخطوط أو الدفع بالتزوير . و سنأتي إلى هذه المسألة في موضعها ببيان أوفى عند الحديث عن صور الطعن في السند العرفي .

ثانيا : من حيث صحة الوقائع الثابتة به

قبل عرض مسألة حجية الوقائع الثابتة في السند العرفي ، يتعيّن أن نشير إلى أنّ الفقه قد دأب على التمييز بين البيانات المدوّنة في صلب السند العرفي فيما يتعلق بواقعة تقريرها ، و بين صحة هذه البيانات فيما يتعلق بمضمونها .

أما النوع الأول و هو الذي سبق دراسته ، فتسقط حجتيه بمجرد الطعن بالإنكار دون حاجة إلى الطعن بالتزوير .

أما النوع الثاني ، فيشمل صحة البيانات المدوّنة في السند العرفي فيما يتعلق بصحة مضمونها - لا فيما يتعلق بواقعة تقريرها - و حكم هذه البيانات يتوقف على مدى جدية أو صورية الوقائع التي يشهد بها السند العرفي .

و تفصيل ذلك ، أنّ ثبوت صحة التوقيع لا يعني أكثر من نسبة التوقيع إلى الموقع ، و لذا فليس هناك ما يمنع من يتمسك عليه بسند عرفي من أن يُكذّب مضمونه .

بمعنى ، أنّ إقرار الخصم الذي يُحتج في مواجهته بالسند العرفي بالخط أو التوقيع المنسوب إليه ، لا يمنعه من الطعن في صحة البيانات الواردة فيه ، و لا يلزم في هذه الحالة أن يسلك سبيل الطعن بالتزوير ، بل يجوز له أن يثبت خلاف ما هو مكتوب بالكتابة أو بغيرها⁽¹⁾ ، فيثبت مثلا أنّ البيانات الواردة في السند العرفي لا تُطابق ما أراده الطرفان بسبب الصورية المتفق عليها بينهما ، كما لو إنفق الطرفان على ستر عقد بيع وارد على عقار في صورة هبة ، ففي هذه الحالة يجوز للطرف الذي يُحتج في مواجهته بالسند أن يطعن عليه بطريق الصورية ، فيثبت مثلا أنّ التصرف في حقيقته هبة ، و أنّ البيع ليست إلا ستارا له ، و أنّ الثمن الوارد في العقد ليس هو الثمن الحقيقي بل ثمن صوري تواطأ الطرفان على ذكره في العقد إظهارا له فقط ، و أنّ ما ذكر بشأن إستلامه ليس حقيقيا ، شريطة تقديم أدلة مقبولة على عدم الوفاء به .

كما يُحسن لفت الإنتباه ، إلى أنّ الطعن بالصورية في السند العرفي لا يقتصر على شكل خاص أو بيانات معيّنة ، بل أنّه يمتدّ إلى كل البيانات التي يشهد بها السند بما في ذلك تاريخه ، على إعتبار

¹- جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص 61 .

أن لجوء العاقدين إلى تقديم أو تأخير تاريخ حصول التصرف القانوني ، بقصد التهرب من الأحكام التي يُرتبها القانون على حصول هذا التصرف في تاريخ معيّن ، أمر وارد ، لذلك كان من الجائز الطعن في صحته حتى بين العاقدين أنفسهم .

كما لو وقّع القاصر أو المحجور عليه سند عرفي متضمن تصرفه ببيع عقار ، و صادق القاصر على السند بتاريخ لاحق لبلوغ سن الرشد القانوني ، أو صادق المحجور عليه على السند بتاريخ سابق على توقيع الحجر ، كان السند حجة عليه بتاريخه المدوّن فيه ، و لكنها حجة قابلة لإثبات العكس .

فإذا أراد القاصر بعد بلوغه سن الرشد ، أو المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه إبطال هذا التصرف جاز لكل منهما المنازعة في صحة التاريخ الوارد بالسند ، و إثبات حقيقة التاريخ الذي تمّ فيه توقيعه توصلا إلى إثبات نقص أهليته وقت التوقيع . و كان يجب ألا يقبل منه إثبات ذلك ، إلاّ بالدليل الكتابي طبقا للقواعد العامة في الإثبات - لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلاّ بالكتابة - و لكن نظرا لأنّ الأمر المراد إثباته من شأنه إثبات الإحتيال على القانون يجوز إثباته بكافة الطرق بما في ذلك البيّنة و القرائن (1) .

الفرع الثاني : حجية السند العرفي بالنسبة للخلف

يجب أن نشير منذ البداية أنّ الخلف هو من يخلف أحد طرفي العقد و الذي يسمى بالسلف ، و قد يكون الخلف عاما أو خاصا ، غير أنّه و إن كان لكل منهما - الخلف العام و الخاف الخاص - أن يتمسك بالسند العرفي و هي نقطة الإشتراك بينهما ، إلاّ أنّ الخلف العام لا يعدّ من الغير .

لهذه الإعتبارات إرتأينا توزيع الكلام في هذا الفرع على العنصرين الآتيين : فنتكلم أولا في تمسك الخلف العام بصحة السند العرفي ، ثم في تمسك الخلف الخاص بصحة السند العرفي .

أولا : تمسك الخلف العام بصحة السند العرفي

يقصد بالخلف العام ذلك الشخص الذي يخلف السلف في ذمته المالية ، و من ذلك الوارث و الموصى له و يطلق على الخلف العام بالّلغة الفرنسية -ayant-cause universel- و لا ينصرف إليه أثر العقد - كقاعدة عامة - إلاّ بموجب نص قانوني . و مع ذلك فهو يعتبر في مركز تعاقدني نسبي لأنّه لا يعتبر متعاقدًا و إنّما في حكم المتعاقد .

¹- أنظر في هذا الصدد ، سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 971 ، ص 919 .

فالقاعدة إذن ، أنّ الخلف العام الذي تنتقل إليه الذمة المالية للسلف ، أو جزء منها لا يعتبر من الغير حيث يتقرر له نفس المركز القانوني لسلفه ، و يتقيد بالتالي بالآثار القانونية المترتبة على التصرف القانوني الصادر من السلف . و له أن يتمسك بصحة السند العرفي ، على أن توجه له يمين العلم في حالة إنكاره للتوقيع أو الخط المنسوب إلى مورثه .

و هذا ما إستقرّ عليه القضاء الجزائري ، إذ إستلزم ضرورة توجيه يمين العلم للورثة في إثبات صحة العقد العرفي الوارد على العقار ، في حالة إنكار هؤلاء للخط أو التوقيع الصادر عن مورثهم . و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 06 فبراير 1985 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " من المقرر قانونا أنّ العقد العرفي يعتبر صادرا ممّن وقّعه ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء ، أمّا ورثته أو خلفه فيكفي أنّ يحفوا يميناً بأنّهم لا يعلمون بأنّ الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق ، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقانون .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ الطاعن قدّم عقدا عرفيا إشتري بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك ، فإنّ قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك دون مراعاة للعقد العرفي و دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنّهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون . و متى كان كذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه " .

و أيضا ما جاء في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 04 جانفي 2006 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " حيث بالإطلاع على القرار المطعون فيه ، و كذا الحكم المستأنف الذي تبناه القرار المطعون فيه تبين أنّ المطعون ضدها إدعت و أنّ المنزل محل النزاع قد إشتريته مناصفة مع زوجها (المورث) ، و هذا بمقتضى عقد عرفي صادر بتاريخ 18 أوت 1967 ، و الطاعن من جهة أخرى ينكر هذا العقد ، و رغم ذلك فقضاة الموضوع إعتبروا أنّ العقد العرفي المحتج به من قبل الطاعنة صحيحا ، دون أن يبينوا كيف توصلوا إلى ذلك كما بذلك المادة 328 من ق . م

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 33054 ، الصادر بتاريخ 06-02-1985 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 4 ، ص 16 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 351676 ، الصادر بتاريخ 04-01-2006 ، منشور ب م م ع لسنة 2006 ، ع 1 ص 463 .

و حيث من جهة أخرى ما دام الطاعن ، و هو أحد الورثة ينكر العقد المذكور من أساسه ، و المطعون ضدها تدعى به ، فكان عليهم توجيه اليمين للطاعن بصفته وارث لا يعلم بهذا العقد ، و ينكر حتى مضمونه وفقا للمادة 327 من ق . م ، و لمّا يفعلوا ذلك يكون قرارهم قد جاء مقصر في أسبابه ، فضلا على أنّهم أخطأوا في تطبيق القانون " .

ثانيا : تمسك الخلف الخاص بصحة السند العرفي

الخلف الخاص في مجال المعاملات العقارية هو كل من يخلف السلف في ملكية عقار أو حق عيني عقاري كالمشتري و الموهوب له و الدائن المرتهن ، كل هؤلاء يعتبرون خلفا خاصا للسلف ، و لا ينفذ في حقهم التصرف الوارد على العقار أو الحق العيني العقاري إلا إذا كان ثابت التاريخ ، ذلك أنّ إمكانية تنازع أكثر من شخص يكونون قد تلقوا حقوقا على نفس العقار أمر وارد ، الأمر الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى محاولة التخفيف من خطورة هذه التصرفات من خلال إدراج قاعدة ثبوت التاريخ بموجب أحكام المادة 328 من القانون المدني لإتقاء إبرام السلف لعدّة تصرفات واردة على نفس العقار ، خاصة إذا علمنا أنّ معظم التصرفات العقارية المعاينة بسندات عرفية كانت تتم في ظل نظام الشهر الشخصي و أنّ عملية الشهر في ظل هذا النظام لا تتم على أساس العنصر الثابت (العقار) ، و إنّما تتم على أساس العنصر المتغير (أسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات العقارية و أسماء الأشخاص الذين يتلقون الحقوق محل التصرف) ، و الذي أثبت قصوره عن توفير الحماية اللازمة للخلف الخاص صاحب الحق المشهر .

الأمر الذي دفع بالمشرع إلى التدخل بموجب أحكام المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم ، لحماية أصحاب الحقوق المشهورة ، و لكن فقط أولئك الذين يتلقون نفس الحق الوارد على نفس العقار عن طريق المفاضلة بين المتنازعين بحيث تكون الأولوية لمن شهر سنده أولا ، و لكن دون المساس بحق الغير المتضرر من التصرف من الطعن فيه⁽¹⁾ .

المطلب الثاني : حجية السند العرفي بالنسبة للغير

تقتضي دراسة حجية السند العرفي بالنسبة للغير ، أن نعرض لتحديد المقصود بالغير ، و بيان الشروط الواجب توافرها فيه ، حتى يتضح لنا معناه ، و حتى نستطيع بالتالي الوقوف على حجية السند العرفي بالنسبة إليه من حيث التوقيع و المضمون و التاريخ .

¹- ويس فتحي ، المرجع السابق ، هامش 03 ، ص 90 .

لهذه الإعتبارات قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، خصصنا الفرع الأول لبيان المقصود بالغير و الشروط الواجب توافرها فيه . بينما خصصنا الفرع الثاني لدراسة نطاق حجية السند العرفي بالنسبة إلى الغير من حيث التوقيع ، المضمون ، و التاريخ .

الفرع الأول : تحديد المقصود بالغير و الشروط الواجب توافرها فيه

أورد المشرع لفظ الغير في مواضع عدّة ، و جعل له في كل منها معنى يختلف عنه في المواضع الأخرى فالغير في ثبوت التاريخ يختلف معناه في إجراءات الشهر . و نرى بهذا الشأن أن نعرض معنى الغير أولاً ثم بيان الشروط الواجب توافرها فيه .

أولاً : معنى الغير

الغير - من منظور العقد - حسب ما إنتهى إليه غالبية الفقهاء هو الشخص الأجنبي عن العلاقة التعاقدية و الذي لم يكن طرفاً فيها ، لذلك لا يمكن أن يصبح الغير دائناً أو مدينا بمقتضى أثر العقد إلا على سبيل الإستثناء .

غير أنّ هذا القول لا يعني أنّ العقد بما يشتمل عليه من حقوق و إلتزامات لا يعدّ حجة على " الغير " كل ما في الأمر أنّ هناك حالات لا ينفذ فيها العقد في حق " الغير " إلا إذا إستوفى شروط و إجراءات معيّنة . كالشروط المتعلقة بثبوت التاريخ و الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري . و إذ كان هذا هو المقصود بالغير بصفة عامة ، فلا بدّ من تفصيل المسألة لمعرفة معنى الغير حسب التاريخ الثابت ، و معناه حسب شهر السند .

1- الغير حسب ثبوت التاريخ

إنّ الهدف من التنصيص على ثبوت تاريخ العقد حتى يكون نافذا في مواجهة الغير هو القضاء على التلاعب بتاريخ العقد كتقديمه أو تأخيره ، و هذا تفادياً للإضرار بمصالح الغير . من هنا تتجلى حكمة المشرع لحماية مصالح الغير .

و يخرج من مفهوم الغير الذي تجب حمايته كل من المتعاقد و الخلف العام ، لذلك يثور التساؤل حول من هو " الغير " الذي لا ينفذ العقد في مواجهته إذا كان خالياً من التاريخ الثابت ؟

حاول جانب من الفقه ، للإجابة على هذا السؤال ، أن يستنبط تعريفاً عاماً لتحديد المقصود بالغير . فعلى وفق رأي البعض هو من لم يكن طرفاً في العقد إلاّ أنّه يتلقى عن أحد أطرافه ، بموجب تصرف قانوني آخر أو القانون ، حقاً خاصاً يؤثر فيه العقد لو كان تاريخه سابقاً على تاريخ هذا الحق . و هذا يعني أنّ

للغير معنا وسعا يشمل على الأشخاص الذين لهم علاقة بأحد أطراف العقد سواء أكان خلفا خاصا أو دائنا عاديا⁽¹⁾ .

و مهما كانت مسألة الغير مسألة خلافية بين الفقهاء ، إلا أنّ الإتفاق واقع بينهم أنّ الغير يشمل : الخلف الخاص و الدائن العادي و الدائن الحاجز . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

أ- الخلف الخاص

سبق و أن ذكرنا أنّ الإتفاق بين الفقهاء واقع على أنّ " الغير " بالنسبة لثبوت تاريخ العقد هو ذلك الشخص الواجب حمايته من التلاعب في تاريخ العقد بالتقديم أو التأخير . و يتجسّد ذلك في حالتين نوردهما في الآتي :

• الحالة الأولى

و هي حماية الخلف الخاص في مواجهة بعض آثار العقد ، و الحكمة من ذلك أنّه لكي ينصرف أثر العقد إلى الخلف الخاص يجب أن يكون العقد نافذا في تاريخ سابق على إنتقال الشيء إليه ، و من ثم يوجد خطر في أن يقدم تاريخه خلفا للحقيقة بغية أن يتحقق هذا الشرط . و بذلك أضيف شرط آخر لحماية الخلف الخاص و هو أنّ العقد لا ينفذ في حقه ما لم يكن له تاريخ ثابت .

• الحالة الثانية

و تثور في حالة ما إذا وقع تنازع بين خلف خاص و آخر مثله ، ففي هذه الحالة فإنّ العبرة تكون بالأولوية لأسبقية التاريخ الثابت ، حتى يحظى بالحماية التي قررها المشرع .

ب- الدائن العادي

أجمع الفقهاء على أنّ الدائن العادي يعدّ من الغير ، لذلك فإذا قام المدين بإبرام تصرفات قانونية خالية من التاريخ الثابت فإنّها لا تكون نافذة في مواجهة الدائن العادي . و تبرز أهمية هذا الوصف بصورة خاصة عندما يمارس هذا الأخير حقّه في إستيفاء دينه ، إذ لا يحتج عليه بهذه التصرفات .

في حين يذهب جانب آخر من الفقه إلى إنكار صفة " الغير " على الدائن العادي ، بحجة أنّ هذا الأخير ليس له إلّا حق الضمان العام ، و أنّ هذا الحق من شأنه أن يحميه من إنتقاص الذمة المالية للمدين بغض النظر عن التاريخ الثابت . غير أنّه يمكن للدائن العادي أن يأخذ وصف " الغير " ، بإتخاذ إجراء

¹- صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد ، دراسة في النظرية العامة للإلتزام ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع - دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 ، ص 204 و 205 .

يُرتب القانون عليه تعلق حقّه بـمال معيّن من أموال المدين و هو المال ذاته موضوع العقد الذي يكون خاليا من التاريخ الثابت ، فحينئذ ينقلب الدائن العادي إلى دائن حاجز (1) .

ج- الدائن الحاجز

تهدف إجراءات الحجز أيّا كان نوعها (تحفظية أو تنفيذية) إلى غل يد المدين عن التصرف في أمواله و ذلك بفرز مال معيّن من هذه الأموال ، و وضعه تحت يد القضاء للتحفظ عليه و جعله بمنأى عن تصرفات المدين التي يحتمل إضرارها بدائنيه .

و يظل هذا المال تحت يد القضاء إلى حين إنتهاء الحجز نهاية طبيعية ببيع المال المحجوز ، أو نهاية غير طبيعية بزوال الحجز دون بيع هذا المال . و القاعدة العامة في هذا الصدد أن تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و التي يترتب على إتخاذها إتزام الدائن الحاجز قبل إلقاء الحجز على عقارات مدينه ، إثبات عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها .

و بقصد تحقيق الغرض من الحجز في المحافظة على الضمان العام المقرر لحقوق الدائن الحاجز بمجرد صدور أمر الحجز و تنفيذه وفقا للأحكام التي يتطلبها القانون ، تعزل العقارات المحجوزة و تصبح خاضعة لنظام قانوني خاص ، و الذي يمكن حصر أهم عناصره في نقطتين أساسيتين هما : عدم نقل حيازة العقار المحجوز ، و عدم نفاذ التصرف فيه بعد الحجز ، و أنّ كل تصرف قانوني يأتيه المدين لا يكون نافذا في حق الدائن الحاجز إلّا إذا كان ثابت التاريخ و سابقا على توقيع الحجز .

فكل تصرف قانوني إذن بعد توقيع الحجز و إعلانه يعدّ عملا غير مشروع و عديم الأثر ، و هو ما أشارت إليه الفقرة الأولى من نص المادة 661 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها : " كل تصرف قانوني من المدين في الأموال المحجوزة ، لا يكون نافذا و يترتب على التصرفات القانونية أو الأعمال المادية المضرة بالحاجز ، تعرضه للعقوبات المتعلقة بجرائم الأموال المحجوزة المنصوص عليها في قانون العقوبات " .

و يتبيّن من هذا النص أنّ القيد الوحيد الذي يرد على سلطات المدين كمالك هو عدم التصرف في المال المحجوز تصرفا من شأنه الإضرار بحقوق الدائن الحاجز ، أمّا التصرفات التي لا تضر بحقوق الدائن الحاجز ، فلا يلحقها المنع أو عدم النفاذ كأعمال الإدارة التي لا تخرج العقار المحجوز من ذمة المدين

¹- صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 207 .

المحجوز عليه ، و هذا بإستثناء تصرفات الإدارة الواردة على عقود الإيجار مهما كانت مدّتها ، فإنّها لا تكون نافذة في حق الدائن الحاجز إلّا بإذن من المحكمة .

و لم يكتف المشرع الجزائري بترتيب مسؤولية مدنية على التصرف في الأموال المحجوزة ، و إنّما أورد نصا جزائيا بعموم أحكام المادة 364⁽¹⁾ من قانون العقوبات ، يدين كل من أتلّف أو بدد أموالا محجوزة .

2- الغير حسب إشهار السند

لئن كان الإشهار في القانون الفرنسي يعدّ وسيلة لإعلام الغير بالتصرفات العينية التي يجريها المالك على العقار ، فإنّ الأمر يختلف في التشريع الجزائري ، إذ لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية العقارية المتصلة بها ، إلّا بتمام إجراءات الشهر العقاري .

لذلك قيل ، بحق ، أنّه إذا كانت الحيابة في المنقول سند الحائز ، فإنّ الشهر في العقار سند الملكية و تستفاد هذه القاعدة العامة من خلال مجموع النصوص القانونية المنظمة لأثر الشهر عموما و أثره في مواجهة الغير بوجه خاص ، لا سيما المادة 793 من القانون المدني التي تقرّر الأثر المنشئ للشهر الذي تؤكده بشكل أوضح و أكثر دلالة فيما يتعلق بالغير حكم المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلّا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ... " .

كما جرّدت المادة 16 من ذات الأمر العقود الإدارية و الإتفاقات من كل أثر عيني حتى بين الأطراف المتعاقدة ما لم يتم شهرها .

فمن خلال هذه النصوص يمكن التسليم بأنّ المشرع الجزائري قد إعتمد قاعدة الأثر المنشئ للشهر ، فمتى أشهر حق ما أو تصرف أو واقعة معيّنة ، فإنّ ذلك يعطي للسند المشهر حجية مطلقة فيما بين

¹ - تنص المادة 364 من قانون العقوبات على ما يلي : " يعاقب بالحبس لمدة ستة أشهر إلى ثلاث سنوات و بغرامة من 500 دج إلى 5000 دج المحجوز عليه الذي يتلف أو يبدد الأشياء المحجوزة و الموضوعة تحت حراسته أو يشرع في ذلك .

و إذا كانت الأشياء المحجوزة مسلمة إلى الغير لحراستها فتكون العقوبة الحبس من سنتين إلى خمس سنوات و الغرامة من 1000 دج إلى 10.000 دج " .

المتعاقدين و في مواجهة الغير . و هذا من دون شك من شأنه أن يغني عن كل تفرقة تفصيلية بين نطاقي الحجية التي أدخلت المشرع الفرنسي في مآهة حقيقية⁽¹⁾ .

و على العموم يبقى لمفهوم " الغير " بالنسبة لإشهار السند معنا خاصا ، ذلك أن " الغير " هنا ليس الشخص الذي لا يكون طرفا في العقد و لا ممثلا فيه ، و إنما هو الخلف الخاص للمتصرف صاحب الحق الأصلي المتصرف فيه . و يندرج ضمن هذا الصنف بشكل خاص الشخص الذي يتزاحم مع آخرين بمناسبة عقود متعددة واردة على حق عيني واحد ، و بالتالي سيتلقى الحق العيني بصفته من " الغير " من هذا المنطلق يمكن تحديد معنى " الغير " بالنسبة لشهر العقد ، بأنه الخلف الخاص الذي يستفيد من حالة عدم تحقيق شرط حجية العقد - و هو الإشهار - ليخلص إليه هذا الحق العيني ، على الرغم من أن هذا الحق سبق التصرف فيه .

و لتقريب الفهم يصوغ الفقه⁽²⁾ المثال التالي : لو أن (أ) قام ببيع عقاره إلى (ب) و لم يتم شهر البيع لسبب أو لآخر ، كما لو تأخر البائع مثلا في تصحيح إجراء معين ، أو تسليم وثيقة هوية للتصديق عليها من قبل الموثق ، أو كان قد تأخر في طلب المحافظ العقاري القاضي بإستكمال ما نقص من وثائق لتنفيذ إجراء الشهر ، ثم عاد (أ) فباع العقار ثانية إلى (ج) الذي بادر إلى الشهر ، ففي هذه الحالة يمكن إعتبار (ج) من " الغير " .

و أيًا ما كان الأمر ، فإنه و بحسب القاعدة العامة المأخوذة من النصوص السالفة الذكر ، فإنه لا يجوز ل (ب) في المثال المتقدم إنكار حق (ج) في ملكية العقار التي آلت إليه بطريق الشهر أو الإعتراض عليه بحجة أن له حقا متعلقا بالعقار المتصرف فيه ، و لا بحجة أن المتصرف إليه (ج) كان يعلم بوجود ذلك الحق لما أشهر حقه ، طالما أن هذا الحق غير مشهر قبله .

و بعد أن رأينا معنى الغير بوجه عام ، و معناه حسب ثبوت التاريخ و حسب إشهار العقد ، فإننا نرى إستكمالاً للموضوع ضرورة بحث الشروط الواجب توافرها في الغير . و هذا ما سنراه في الفرع الثاني من هذا المطلب .

¹- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 549 و 550 .

²- صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 214 .

- و يراجع في نفس السياق أيضا ، ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 558 و 559 .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الغير

حتى تكتمل حماية الغير بالمفهوم الذي رأيناه لابدّ من إستيفاء بعض الشروط التي إنّ توافرت زال كل إشكال ، و من جملة هذه الشروط ما يلي :

- إكتساب السند العرفي للتاريخ الثابت فهو ركن الزاوية لحماية الغير .
- و يضيف الشراح توافر حسن النية في الغير .

و معنى ذلك عدم علم الغير بوجود العقد ، فإن علم بوجود العقد ، و سكت عن إستعمال حقه في الحماية لا يعدّ حسن النية ، و يكون العقد العرفي نافذا في مواجهته بالرغم من خلوه من التاريخ الثابت . و هذا يصح و إنّ كان العلم ليس من بين المسائل التي حددها القانون و التي يصبح بموجبها العقد ثابت التاريخ فعلم " الغير " وحده كاف لثبوت العقد و من ثم ينفذ في حقه⁽¹⁾ .

إنّ هذا يقودنا بطبيعة الحال إلى النقطة الجوهرية في مسألة توافر حسن النية في الغير ، و بالتحديد مسألة الشهر ، و التساؤل عمّا إذا كان بالإمكان الإعتداد بحسن النية المأخوذة من عدم العلم بالحق السابق ، كقرينة لإبطال الشهر أو التصرف المشهر ؟

لا تثير هذه المسألة أي إشكال ، طالما أنّ التشريع الجزائري يخلو من أي نص يفيد إشتراط حسن أو سوء النية لإبطال الشهر أو التصرف المشهر . و في هذا فإنّ المشرع الجزائري يجاري ما يأخذ به المشرع المصري بعد صدور قانون التسجيل لسنة 1964 ، و يجاري أيضا ما إستقرّ عليه قضاء النقض المصري الذي دأب منذ سنوات على عدم الأخذ بحسن النية كشرط لجواز التمسك بحجية الشهر .

و هذا بخلاف ما إنتهى إليه القضاء و الفقه في المغرب ، إذ يشترط حسن النية للإحتجاج بالشهر ، و قد رأى المشرع المغربي أن ينبه إلى ذلك ففضى في الفقرة الثانية من المادة 66 من ظهير 9 رمضان 1331 هجرية على أنّه : " لا يمكن بأي حال التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير حسن النية " . و بشكل أكثر وضوح و دلالة نص المادة الثانية من ظهير 19 رجب 1333 : " إنّ ما يقع من إبطال أو تغيير لاحق على تسجيل حق الغير لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير المسجل عن حسن نية كما لا يمكن أن يلحق به ضررا " .

¹- يراجع لتفصيل أكثر ، صبري حمد خاطر ، المرجع السابق ، ص 210 و 211 .

- و يراجع في نفس السياق أيضا ، الأستاذ داودي ، محاضرات في طرق الإثبات ، أقيت على طلبة كلية الحقوق ، جامعة وهران ، السنة الرابعة ليسانس كلاسيكي ، السنة الجامعية : 2008-2009 .

و نفس الموقف الذي إنتهى إليه القضاء في المغرب⁽¹⁾ ، عبّر عنه أيضا القضاء في سوريا⁽²⁾ مستندا إلى نص صريح في القانون السوري تضمنته المادة 14 من القرار رقم 188 المتعلق بالشهر العقاري و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " يعتبر التسجيل مغايرا للأصول إذا جرى بدون حق و كل من يتضرر من معاملة التسجيل يمكنه الإدعاء مباشرة بعدم قانونية ذلك التسجيل على الشخص الثالث حسن النية " .

و بالرجوع إلى القانون الجزائري يمكن القول بوجه عام ، أنه في غياب نص قانوني أو أحكام تنظيمية خاصة ، تربط حجية الشهر بوجود إظهار حسن النية ، فإنه يبقى مؤكدا من دون منازع أنّ للشهر حجية في مواجهة الغير بمعناه الخاص بصرف النظر عما إذا كان المستفيد من الشهر حسن أو سيئ النية⁽³⁾ .

الفرع الثاني : نطاق حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث التوقيع ، المضمون ، و التاريخ

قبل الخوض في بيان نطاق حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث التوقيع ، المضمون ، و التاريخ يجدر أولا التذكير أنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنّ العبرة بما إنصرفت إليه الإرادة الحرّة و المشتركة للمتعاقدين إعمالا لمبدأ لمبدأ سلطان الإرادة-Principe de l'autonomie à la volonté- و تطبيقا لنص المادتين 59 و 106 من القانون المدني ، فإن لهذه القاعدة إستثناء ، فهي ليست مطلقة التطبيق بالنسبة للغير في التصرفات العقارية ، ذلك أن لجوء المدين إلى تهريب عقاراته أمر وارد خاصة إذا ساءت حالته المادية ، كأن يتفق المدين مع المتصرف إليه على تقديم تاريخ صدور التصرف حتى يكون سابقا على إعساره تفاديا للطعن فيه بعدم النفاذ من قبل دائنيه⁽⁴⁾ ، أو أن يتفق المريض مرض

¹- للتدليل على ذلك ، يراجع حكم محكمة إستئناف الرباط المؤرخ في 17-02-1951 ، منشور في نشرة المحاكم بالمغرب ، لسنة 1951 ، ص 113 . مشار إليه في : ويس فتحي ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 560 . و الذي جاء فيه ما يلي : " فقط الحقوق العينية المسجلة في السجل العقاري هي التي يمكن أن يحتج بوجودها على الغير ، و أي حق لم يسبق تسجيله لا يحتج به على المشتري حسن النية " .

²- للتدليل على ذلك ، يراجع قرار محكمة النقض السورية المؤرخ في 15 أوت 1954 ، منشور في مجلة القانون ، لسنة 1954 ، ص 733 . مشار إليه في : ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 560 . و الذي جاء فيه ما يلي : " الأفضلية بين شاريين متواليين لعقار واحد تعود لمن سجل عقد شرائه ما لم يثبت أنّ شرائه كان نتيجة التواطؤ لإقصاء المشتري الأول و الإضرار به أو ما لم يثبت أنّ هذا الشراء كان صوريا " .

³- يراجع لتفصيل أكثر ، ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 559 و 560 و 561 .

⁴- لم ينص القانون على أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف المطعون فيه ، و لكن طبيعة الدعوى البولصية تقتضيه كما أن الفقه و القضاء مجمع عليه ، فلا يستطيع الدائن مباشرة دعوى عدم النفاذ ، إلا إذا كان تصرف المدين واردا على عقار إعتد عليه الدائن في إستيفاء حقّه ، و بالتالي فمن المنطقي أن يكون حق الدائن سابقا على التصرف الذي أجراه

الموت مع المتصرف إليه على تقديم تاريخ صدور التصرف حتى يكون سابقا على تاريخ مرضه لتقادي الطعن فيه من قبل الورثة ، أو أن يعمدا طرفي التصرف إلى تأخير التاريخ لتقادي الطعن بنقص أهلية أحدهما ، كما إذا تعاقد المتصرف مع قاصر و إتقفا على تأخير تاريخ السند العرفي إلى ما بعد سن الرشد القانوني لتقادي طلب القاصر إبطال التصرف .

كل هذا جعل الإرادة التشريعية ملزمة بضرورة وضع إطار قانوني يمكن من خلاله تحديد تاريخ إبرام التصرف الذي يشهد به السند العرفي لإعطائه الحجية اللازمة ، و حماية الغير الأجنبي عن السند من حالات تقديم أو تأخير التاريخ .

و من أجل ذلك أدراج المشرع قاعدة ثبوت التاريخ ، و التي مفادها أن السند العرفي لا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت .

و لم يشذ القضاء الجزائري عن هذه القاعدة ، إذ إستلزم للإحتجاج بتاريخ السند على الغير أن يكون هذا التاريخ ثابتا .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 20 ماي 2009 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " أن العقد العرفي حجة بين طرفيه من حيث موضوعه و تاريخه و لا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ " .

و بالنظر إلى ما سبق و بغية الوقوف على نطاق حجية السند العرفي الثابت التاريخ و قوته في إثبات الملكية العقارية بالنسبة للغير ، يقتضي منا الأمر تقسيم الكلام في هذا الفرع إلى العناصر الثلاثة الآتية :
فنتكلم أولا في حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة التوقيع الوارد به ، ثم في حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة الوقائع الثابتة به ، و أخيرا في حجية السند العرفي من حيث صحة تاريخه .

= مدينه ، أما إذا ثبت أن تصرف المدين كان سابقا على نشوء حق الدائن فليس للدائن أن يدفع بعدم نفاذه بحجة أن هذا التصرف قد أنقص من ضمانه و مع ذلك يجوز للدائن أن يدفع بطريق الدعوى البولصية إذا أثبت أن المدين قد قام بإبرام هذا التصرف خصيصا للإضرار بشخص يحتتمل أن يكون دائنه مستقبلا .

¹ - م ع غ ع ، ملف رقم : 483177 ، الصادر بتاريخ 20-05-2009 ، منشور ب م م ع لسنة 2009 ، ع 1 ، ص

أولاً : من حيث صحة التوقيع الوارد به

لابدّ من الإشارة ، مسبقاً ، إلى أنّ حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث صحة التوقيع الوارد به هي ذات الحجية المقررة فيما بين الطرفين و خلفهما و على نحو ما فصلنا فيما تقدم ، فيكون السند العرفي منسوبا إلى من وقّعه ، و يكون حجة عليه و على الغير من خلف خاص و عام ، ما لم يقرّ الموقع لا الغير بإنكار التوقيع دون حاجة إلى أن يطعن فيه بالتزوير .

أمّا إذا اعترف بالسند أو سكت أو إتخذ موقفا سلبيا حين مواجهته به ، حينئذ يصبح السند المحتج به حجة عليه و على الغير معاً ، و إذا أراد هو ، أو أراد الغير ، إنكاره بعد ذلك فلا سبيل أمامهما لذلك إلاّ الطعن فيه بالتزوير⁽¹⁾ و على نحو ما سنفصله فيما سيأتي بصدد الدفع بالتزوير في السند العرفي .

و في حالة وفاة صاحب التوقيع فإنّ الخلف العام ، و نقصد بذلك الورثة لا يطلب منهم - كما سبق و بيّنا - لدحض حجية السند إنكاره إنكاراً صريحاً ، كما هو الشأن بالنسبة لمورثهم ، بل يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو التوقيع هو لمورثهم .

ثانياً : من حيث صحة الوقائع الثابتة به

يقصد بصحة الوقائع الثابتة في السند العرفي ، مضمونه الذي يحتوي على التصرف القانوني ، فإن كانت هذه الوقائع صحيحة كان للسند العرفي حجية من حيث المضمون ، و إن كانت لا تعكس الحقيقة جاز للغير خلفاً عاماً كان أو خاصاً أن يطعن لا في التوقيع ، و إنّما في صورية مضمون السند العرفي كما لو إتفق المتعاقدين على أنّ عقد البيع العقاري هو في حقيقته عقد بيع وفائي ، يحتفظ من خلاله البائع بحقه في إسترداد العقار المبيع إذا هو ردّ الثمن الأصلي و المصروفات للمشتري خلال مدة زمنية معيّنة ، ثم يحرران بعد ذلك عقد بيع صوري يتضمن أنّه عقد بيع بات و منجز .

فهنا يجوز لكل من له مصلحة في كشف حقيقة التصرف أن يثبت صورية العقد الظاهر بكافة الطرق المعدّة للإثبات لوجود تحايل على أحكام المادة 396 من القانون المدني ، لأنّ عقد البيع الوفاي هو عقد باطل بطلاناً مطلقاً لا تلحقه الإجازة ، و لا يرد عليه التقادم ، و لا يُرتب أيّة آثار قانونية لا بالنسبة للمتعاقدين و لا بالنسبة للغير .

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 114 ، ص 197 .
-يراجع في نفس السياق ، محمد حسن قاسم ، ص 243 و 244 .

و أيضا كما لو إتخذ العاقدين عقد بيع وفائي كستار لإخفاء رهن حيازي ، كما لو إتفق المدين الراهن (البائع) مع الدائن المرتهن (المشتري) على رهن عقار ، و إتفقا على حق البائع في إسترداد العقار محل الرهن ، متى ردّ دين الرهن إلى المشتري خلال مدّة زمنية معيّنة ، إلا أنّهما حررا عقد بيع صوري لإخفاء الرهن .

فهذا العقد هو صورة من صور بيع الوفاء الذي حظره المشرع بنص المادة 396 من القانون المدني و على ذلك يجوز للبائع ، و لكل من له مصلحة في ذلك أن يثبت حقيقة العقد بكافة الطرق المقررة في الإثبات ، بما في ذلك شهادة الشهود لوجود تحايل على أحكام القانون ، و دون الإلتفات إلى بنود العقد أو ما أصدره المتعاقدان من إقرارات .

أضف إلى ذلك أنّ عقد البيع الذي يُخفي رهنا يكون باطلا ، سواء بصفته بيعا أو رهنا ، و لا تلتزم المحكمة بعد ذلك ببحث تطبيق قواعد الرهن الحيازي ، لأنّ شرط الإعتداد بالتصرف الحقيقي المستتر أن يكون التصرف الصوري الظاهر غير باطل بحكم القانون ، و قد رأى المشرع أن يُنبه إلى ذلك فقرر في المادة 903 من القانون المدني : " يكون باطلا كل إتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم إستيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيّا كان ، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ، و لو كان هذا الإتفاق قد أبرم بعد الرهن .

غير أنّه يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الإتفاق على أن يتنازل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه " (1) .

كما يمكن للغير أن يستعمل كل الدفع التي كان بإمكان الموّقع أن يتمسك بها . فللغير حق التمسك بالدفع الموضوعية و الشكلية للسند العرفي ، فله حق طلب إبطال السند العرفي لعيب من العيوب المقررة قانونا ، كما له الحق بالتمسك بإنقضاء إلّزام مضمون السند العرفي عن طريق الدفع بالتقادم أو الإبراء أو المقاصة أو التجديد .

و ممّا تقدم نلاحظ أنّ للسند العرفي حجية فيما بين المتعاقدين و قبل الغير فيما يتعلق بالبيانات الواردة بمضمونه إن كانت تعكس الحقيقة . فيما عدا التاريخ فله شأن آخر نعرض له فيما يلي .

¹- لزرق بن عودة ، وسائل حماية الضمان العام ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، السنة الجامعية : 2013-2014 ، ص 215 و ما يليها .

ثالثا : من حيث صحة تاريخه

لقد سبق و بيّنا في بداية هذا الفرع - بشكل عام - أنّ سهولة تقديم أو تأخير التاريخ الذي يحمله السند و جسامته ما يترتب على ذلك من ضرر بالنسبة للغير ، و صعوبة عبء الإثبات الذي تُلقيه عليه القواعد العامة ، كل ذلك يقتضي تنظيم حماية إستثنائية للغير .

و مقتضى هذا الإستثناء ألا يكون تاريخ السند العرفي حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا على وجه قاطع و على هذا جرى حكم المادة 328 من القانون المدني : " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداءا :

- من يوم تسجيله .
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء ... " .

يظهر جليا ممّا تقدم أنّه لا يمكن بأي شكل من الأشكال الدفع بثبوت تاريخ سند عرفي يتضمن تصرف وارد على عقار ، ما لم يكن هذا التصرف مقرونا بإحدى الحالات المذكورة في المادة 328 أعلاه و التي من شأنها أن تجعل تاريخ السند ثابتا قبل وقوعها .

و حتى نتناول هذه المسألة بالبحث ، يقتضينا بيان كل حالة من الحالات المبيّنة أعلاه وفقا للترتيب الذي وردت به في صلب المادة . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

1- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم تسجيله

إضافة إلى الدور الجبائي الذي يلعبه تسجيل العقارات في تحصيل إيرادات للخزينة العمومية فهو يعتبر مرحلة من مراحل إنتقال الملكية ، على إعتبار أنّه مرحلة وسطى ما بين توثيق التصرف و شهره⁽¹⁾ ، كما أنّه إجراء ملزم يتم من خلاله تأدية الرسم المستحق لحساب الخزينة العمومية ، بغض النظر عمّا إذا كان التصرف محل التسجيل الضريبي ثابت بموجب سند عرفي أو رسمي .

و عموما يتم تسجيل التصرف عن طريق تقديم السند في شكل نسخ إلى مفتش التسجيل الذي يقوم بتحليلها أو تكييفها من أجل إستيفاء الحقوق اللّازمة ، مع الإحتفاظ بنسخة من السند في السجل المعدّ

¹ دوة آسيا و رمول خالد ، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، ط 2 ، دار هومه الجزائر 2009 ، ص 31 .

لذلك ، و إعادة باقي النسخ إلى الأطراف المتعاقدة ، بعد أن يسجل عليها تاريخ الإيداع الذي يعتبر بمثابة تاريخ ثابت للسند العرفي .

و قبل أن ننتهي من الكلام في حالة التسجيل الجبائي للسند العرفي لننتقل إلى الكلام عن حالة إثبات تاريخ السند العرفي من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ، يُحسن لفت الإنتباه إلى أنّ هذه الحالة و نقصد بذلك التسجيل الجبائي لا تضي على السندات العرفية المعايينة لمعاملات عقارية طابع الرسمية ، و أنّ أقصى ما تفيده هو التاريخ الثابت .

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 24 سبتمبر 1990 و الذي جاء فيه ما يلي (1) : "... و بما أنّ تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية ، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط ، أمّا مضمون العقد العرفي فيبقى دائما بعيدا عن الرسمية " .

و أيا ما كان الأمر ، فقد ألغى المشرع العمل بهذه الحالة - حالة التسجيل الجبائي - بموجب القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992⁽²⁾ ، إذ قضى في المادة 63 منه على أنه : " يمنع مفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية ، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات الإيجارية التجارية ، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، العقود التأسيسية أو تعديلية للشركات " .

يلاحظ من النص أعلاه أنّ المشرع قد منع مفتشية التسجيل و الطابع من تسجيل السندات العرفية الواردة على معاملات عقارية ، و أوجب فقط تسجيل السندات الرسمية .

و الحقيقة أنّ هذا المنع له ما يبرره من الناحية العملية ، من جهة لتكريس قاعدة التوثيق الإيجاري المعلن عنها بموجب المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق المدرج مضمونها بالكامل ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، و من جهة أخرى

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 62624 ، الصادر بتاريخ 24-09-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 2 ، ص 24 .

- نفس المعنى أكدّه قرار م ع غ م ، ملف رقم 315271 ، الصادر بتاريخ 21-12-2005 ، منشور ب م م ع لسنة 2006 ، ع 2 ، ص 197 . و الذي جاء فيه ما يلي : " يكون تاريخ العقد العرفي ثابتا ، من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل ، التابعى لوزارة المالية " .

²- منشور في ج ر ، ع 65 ، الصادرة بتاريخ : 18-12-1991 .

للإنسجام أكثر مع الطابع الشكلي الذي يصف به الفقه قواعد الشهر العقاري ، و التي تقتضي تقديم السند المطلوب شهره في الشكل الرسمي الذي حددته المادة 324 من القانون المدني . فضلا عن أنّ هذه السندات - السندات العرفية - حتى و لو تم تسجيلها بمصلحة التسجيل و الطابع ، فإنّ هذا التسجيل - كما سبق و بيّنا - لا يكسبها الرسمية و إنّما أقصى ما يمنحها هو إثبات التاريخ .

2- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام

و المقصود هنا أن يرد مضمون سند عرفي في سند رسمي حرره موظف عام مختص ، و يطلق على هذا الإجراء الإيداع -Dépot- و الذي بموجبه يكتسب السند العرفي تاريخا ثابتا ، و يكون هو تاريخ السند الآخر الثابت التاريخ ، شريطة أن يشير السند الرسمي إلى مضمون السند العرفي ، و يكون ذلك بذكر ملخص السند و البيانات اللازمة لتعيينه و تحديده و تمييزه عن غيره ، دون حاجة إلى ذكر مضمونه بالكامل⁽¹⁾ . كما لو تم ذكر مضمون سند عرفي غير ثابت التاريخ في حكم قضائي بمناسبة منازعة قضائية ، على إعتبار أنّ المحكمة ملزمة بذكر موجز للوقائع و الإجراءات و دفع الخصوم في منطوق أحكامها ، ففي هذه الحالة يكتسب السند العرفي تاريخا ثابتا ، و يكون هو تاريخ صدور الحكم القضائي . و الجدير بالتنبيه أنّ إيراد مضمون سند عرفي غير ثابت التاريخ في عقد آخر حرره موظف عام ، و إنّ أكسبه تاريخا ثابتا ، إلّا أنّه لا يمكن أن يقوم مقامه ، و لا يُعفي من تقديم العقد ذاته عند الإستدلال به فهذا الورود إنّما يقطع فحسب بوجود العقد الأول في تاريخ معيّن إلّا أنّه لا يُعفي عن تقديمه⁽²⁾ .

3- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عام مختص

و المقصود بذلك أيّة كتابة موقّعة يضعها على السند العرفي ضابط عام مختص⁽³⁾ أثناء تأدية وظيفته

1- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 130 .

2- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 258 .

3- إنّ مفهوم الضابط العام المختص محدد بموجب النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالوظيفة العامة ، و على العموم يقصد بالضابط العام المختص في هذا المقام :

- **الموظف العام** : و هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معيّن بعد إنتهاء المدّة التجريبية فيسمى موظف عام ، كما هو الحال بالنسبة لمدير أملاك الدولة .

- **الضابط العمومي** : و هو الشخص المفوض من قبل السلطة العامة ، التصديق و إعطاء الصبغة الرسمية للعقود و الإتفاقات و الوثائق ، كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية ، و الموثق وفقا لنص المادة 03 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .

أو بمناسبة قيامه بالخدمة العامة المكلف بها⁽¹⁾ ، فيؤشر عليه واضعا تاريخ تقديمه ، و بذلك يثبت التاريخ بالسند العرفي ، شريطة أن يكون التأشير قد حصل في ظروف لا تدع مجالاً للشك في صحة تاريخه .

و من أمثلة ذلك ، تأشير المحكمة (القاضي أو كاتب الضبط) على سند عرفي غير ثابت التاريخ بما يفيد إطلاعها عليه . و كذا تأشير ضابط الحالة المدنية على السندات العرفية أثناء المصادقة على التوقيع -Légalisation du signature-

و تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من تأكيد المشرع على فحوى الفقرة الثالثة من نص المادة 328 مدني إلا أن القضاء كثيرا ما ينتشد في الأخذ بهذه الحالة و في تكوين إعتقاده منها ، بل أنه لا يكتنف بالتعويل عليها ، فقد استبعد في عدة قرارات له التأشير الواقع على سند عرفي من قبل موظف عام مختص كقرينة لإثبات التاريخ .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 25 جويلية 1993 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : "من المقرر قانونا أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون تاريخ العقد ثابتا في حالات ثلاثة :

- من يوم تسجيله
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء " .

و أيضا ما أكدته في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 21 ديسمبر 2005 و الذي جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " يكون تاريخ العقد العرفي ثابتا ، من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل ، التابعة لوزارة المالية ، و ليس من خلال التصديق عليه من قبل رئيس البلدية " .

= - الأشخاص المكلفين بخدمة عامة : هم الخواص الذين تتولى السلطة العمومية تعيينهم لتسيير بعض المرافق العمومية كالقضاة و كتاب الضبط و المترجمين (الترجمان) و المحافظ المثنى .

¹- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، بند 981 ، ص 929 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 99699 ، الصادر بتاريخ 25-07-1993 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 2 ، ص 212 .

³- قرار م ع غ م ، ملف رقم 315271 ، الصادر بتاريخ 21-12-2005 ، منشور ب م م ع لسنة 2006 ، ع 2 ص 197 .

4- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم وفاة أحد الذين لهم على السند خط أو إمضاء

إذا كان السند العرفي يحمل خط أو توقيع شخص متوفي فإن ذلك قرينة على أن السند كان موجودا على الأقل يوم الوفاة ، و يعتبر تاريخ الوفاة تاريخا ثابتا يعطي للسند العرفي حجية قبل الغير ، سواء كان المتوفي أحد طرفي السند أو شاهدا أو مجرد نائب أو ضامن أو كفيل .

فالمعقول إذن أن وجود توقيع شخص على سند عرفي يقطع بأن توقيعه كان قبل الوفاة ، فيكسبه تاريخا ثابتا من وقت الوفاة إذ تنعدم شبهة توقيعه بعد ذلك الوقت .

بيد أن منطق الواقع العملي كان أقوى من منطق القانون المجرد ، فقد يحدث أن يلجأ كل من له مصلحة في تقديم تاريخ تحرير السند للإستفادة من تاريخ الوفاة ، و في هذه الحالة لا بدّ من اللجوء إلى القضاء للفصل في مسألة إنتساب الخط أو الإمضاء إلى المتوفي . و الذي يتعيّن عليه قبل تثبيت تاريخ السند التأكد من عدم وجود أيّة منازعة حول خط و إمضاء المتوفي .

و هذا ما أكّدت عليه المذكرة رقم 6124 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 17 ديسمبر 1995 ، بمناسبة إستفسار طرحه السيّد المحافظ العقاري لولاية تبسة حول طريقة إثبات تاريخ السندات العرفية⁽¹⁾ . و في هذا الصدد حصرت المذكرة حالات إثبات تاريخ السند العرفي في أربع حالات هي :

- تاريخ تسجيل السند العرفي .
- تاريخ ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام .
- تاريخ التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .
- تاريخ وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء .

و قد أكّدت المذكرة بأنّه فيما يخص الحالات الثلاثة الأولى ، فإنّه بإمكان المحافظ العقاري التأكد منها بمجرد الإطلاع على الوثائق المذكورة ، أمّا الحالة الرابعة فإنّها تقتضي الفصل في مسألة إنتساب الخط أو الإمضاء إلى المتوفي ، و هو ما يخرج عن إختصاص المحافظ العقاري .

يظهر جليا ممّا تقدم ، أنّ المشرع الجزائري قد حرص على حماية الغير في مواجهة السند العرفي ، و قد تأكد هذا الحرص من خلال إستبعاده لتاريخ إنشاء التصرف الذي يشهد به السند العرفي كقرينة للدفع

¹- أنظر المذكرة رقم 6124 الصادرة بتاريخ 17-12-1995 ، بمناسبة إستفسار طرحه السيّد المحافظ العقاري لولاية تبسة حول طريقة إثبات تاريخ السندات العرفية ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

بصحته ، و إدراجه لقاعدة ثبوت التاريخ بعموم أحكام المادة 328 مدني ، و التي حصرت حالات إكتساب السند العرفي للتاريخ الثابت في أربع (04) حالات- كما سبق و قدمنا - و التي بمقتضاها لم يعد للسند العرفي حجة على الغير في تاريخه إلاّ منذ أن يكون له تاريخ ثابت .

و يرى بعض الشراح أنّ هناك حالة أخرى لم ينص عليها القانون المدني ، و هي حالة ما إذا أصبح مستحيلا على أحد المتعاقدين الموقّعين على السند العرفي ، أو الكاتبين له ، أن يكتب ، أو يضع بصمته لعلّة في جسمه حادثة ، كشلل ، أو بتر عضو ، فإنّ هذه الحالة تعطي تاريخا ثابتا ، و علة ذلك أنّ الإستحالة المادية هنا هي بمثابة وفاة⁽¹⁾ .

لذلك كان حري بالمشرع الجزائري أن لا يقف عند الحدّ الذي إنتهى إليه المشرع الفرنسي ، و أن يجاوزه بأنّ يحذوا حذو التشريعات العربية - التشريع المصري و التشريع المغربي - و التي تضيف إلى جانب الحالات الأربع (04) المذكورة في المادة 328 مدني ، كل حادث قاطع في الدلالة على أنّ السند قد حرر قبل حدوثه . على إعتبار أنّ هناك قرائن لا تدع أي شك في دلالتها على ثبوت تاريخ السند ، كما لو كان الشخص في وضعية تقطع بإستحالة توقيعه على السند ، كإصابته بشلل ، أو بتر يده ، فهذه الوضعية تجعل تاريخ السند ثابتا قبل وجودها .

و تعليقا على نص المادة 328 من القانون المدني نبدي الملاحظات التالية :

❖ فيما يتعلق بالتسجيل الجبائي

هذه الحالة ألغيت بموجب المادة 63 من القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 .

❖ فيما يتعلق بالتأشير على السند العرفي من طرف ضابط عام مختص

إنّ صحّ هذا الكلام على كل من القاضي الذي يؤشّر على السند العرفي و المترجم ، و كل ضابط عمومي آخر ، إلاّ أنّ التأشير على السند العرفي من طرف ضابط الحالة المدنية و هو ما يطلق عليه بالمصادقة على الإمضاء كما يسميها بعض الشراح ، فإنّ هذه الحالة لم يعد معمولا بها نظرا لإلغاء المصادقة على الإمضاء بموجب المرسوم التنفيذي رقم 14-363 المؤرخ في 15 ديسمبر 2014 المتعلق

¹- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 144 .

بإلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بالتصديق طبق الأصل على نسخ الوثائق المسلمة من طرف الإدارات العمومية (1) .

و بذلك نكون فقط بصدد حالتان لإكتساب السند العرفي التاريخ الثابت و هما : حالة إفراغه في قالب رسمي ، و حالة وفاة أحد الذين لهم خط أو إمضاء على السند العرفي .
و مع ذلك نجد أنّ القانون المدني لا زال ينص على أربع (04) حالات ، و لم يتدخل المشرع لتعديل نص المادة 328 من القانون المدني .

و أيّما ما كان الأمر ، بعد تحديد حالات إكتساب السند العرفي المثبت للملكية العقارية للتاريخ الثابت يحق لنا أن نتساءل عن القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل و بعد صدور قانون التوثيق ، و موقف التشريع و القضاء منها .

المطلب الثالث : القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل و بعد صدور قانون التوثيق

تعتبر مسألة تحديد القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ عصب بحث حجية السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، خاصة بعد تدخل المشرع ببنود الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، و توحيد الإجتهد القضائي لمواقفه بشأن تسوية السندات العرفية الثابتة التاريخ عقب صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18 فبراير 1997 .

و حتى نعطي لهذه المسألة حقها في البحث ، كان لابدّ من إبراز القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل و بعد صدور قانون التوثيق ، من خلال عرض موقف التشريع و القضاء منها .
لهذه الإعتبارات سنقسم الكلام في هذا المطلب على الفرعين الآتيين : فننكلم أولاً في موقف التشريع و القضاء من قاعدة ثبوت التاريخ قبل صدور قانون التوثيق ، ثم في موقفهما من القاعدة بعد صدور قانون التوثيق .

الفرع الأول : القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل صدور قانون التوثيق

لعلّه من الملائم الإشارة ، مسبقاً ، إلى أنّه بالرغم من أنّ مسألة ثبوت التاريخ قد حُلّت بموجب المادة 328 من القانون ، إلاّ أن معظم السندات العرفية المعايينة للمعاملات العقارية لم تجد طريقها للشهر على مستوى المحافظات العقارية باستثناء تلك المسجلة فقط بمصلحة التسجيل و الطابع .

¹- منشور في ج ر ، ع 72 ، الصادرة بتاريخ : 16-12-2014 .

أضف إلى ذلك أن هذه القاعدة - قاعدة ثبوت التاريخ - ناهيك عن كونها غير كافية لوحدها للتدليل على ثبوت تاريخ السند العرفي المعايين لمعاملات عقارية بسبب عمليات التقديم أو التأخير في التاريخ سواء بتواطأ طرفي السند أو الموظفين ، فهي أيضا ليست مطلقة التطبيق ، على إعتبار أن أعمالها على إطلاقها سيصطدم حتما بقاعدة أخرى لا تقل أهمية عنها ألا و هي قاعدة الأثر النسبي للشهر أو ما يعرف بقاعدة الشهر المسبق المعلن عنها بموجب أحكام المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم .

رغبة من المشرع في تحقيق إستمرارية و تواصل سلسلة الإجراءات الواردة على عقار ما ، و في سبيل إنقاء أي خلل أو عيب قد يشوب التصرفات المتلاحقة على ذات العقار ، و بهدف إعلام الغير بشكل وافي و دقيق عن الوضعية القانونية و المادية للعقار ، أدرج المشرع ما يعرف بقاعدة الأثر النسبي للشهر أو شرط الشهر المسبق⁽¹⁾.

و تعتبر هذه القاعدة بمثابة جزاء يترتب على إغفال الشهر ، و بتعبير أدق هي وسيلة لحمل الأطراف على شهر تصرفاتهم حتى لا يُحرموا فيما بعد من التصرف في حقوقهم . فضلا عن أنّ من شأن أعمالها أن يكمل قاعدة الرسمية ، و يضمن مراقبة حسن تطبيقها .

و قد ورد التنصيص على هذه القاعدة ضمن أحكام المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في

¹- يجدر التنبيه أنّ قاعدة الأثر النسبي أو ما يعرف بشرط الشهر المسبق ليست من القواعد الأصلية في القانون الفرنسي القائم أصلا على نظام الشهر الشخصي ، بل أنّ هذه القاعدة مستمدة من مبادئ نظام الشهر العيني ، و قد إقتبسها واضعوا مرسوم 04 جانفي 1955 في فرنسا من المادة 44 من قانون 01 جوان 1924 المطبق آنذاك في إقليمي الألباس و اللورين .

و على العموم فقد إستثنى المشرع الفرنسي من الخضوع لهذه القاعدة - قاعدة الأثر النسبي - بعض الحالات التي فرضتها الضرورة العملية . و التي تتمثل أساسا فيما يلي :

- الحقوق التي يكون صاحبها قد إكتسبها قبل الأول من يناير 1956 و هو تاريخ سريان مرسوم 04 جانفي 1955 و المرسوم المؤرخ في 14 أكتوبر 1955 المعدل له .

- لا يخضع لشرط الشهر المسبق الحق المتصرف فيه الذي يكون صاحبه قد إكتسبه بدون سند كما في حالة التقادم المكسب ، الإلتصاق ، رجوع حق الإنتفاع إلى مالك الرقبة بعد وفاة المنتفع .

- في حالة ما إذا كان الأمر يتعلق بشهر الدعاوى التي يكون الغرض منها الطعن في حقوق و تصرفات لم يسبق التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية . يراجع لأكثر تفصيل ، ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 126 و ما يليها .

محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة ، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ... " .

يتبين من النص أعلاه أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال للمتصرف أو صاحب الحق الأخير أن يتصرف في حقه للغير ، إلا إذا كان حقه مشهر من قبل في المحافظة العقارية ، و عندئذ فقط يمكن له أن يقوم بتحويل الحق أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه أو إنقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإشهار من أجله . على حدّ تعبير حكم الفقرة الثانية من نص المادة أعلاه .

غير أنّ أعمال هذه القاعدة و إنّ كان يُوفر لصاحب الحق العقاري المشهر الحماية القانونية اللازمة و يدعم و يقوّي الطابع الإلزامي للشهر ، بأن يجعل كل صاحب حق مضطرا إلى إشهار حقه لتفادي منعه من التصرف فيه مستقبلا ، فإنّ من شأنّ تعميم تطبيقها أن يؤدي لامحالة إلى إهدار حقوق الكثير من الملاك و أصحاب الحقوق الذين أبرموا سنداتهم في ظل قوانين لم تكن تفرض عليهم شهر تصرفاتهم .

و عموما فقد أثارت هذه القاعدة صعوبات كبيرة بالنسبة لعملية إيداع و إشهار السندات العرفية الثابتة التاريخ ، الأمر الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى التدرّج في الإجتهد من أجل تكيف هذه القاعدة مع الواقع ، و قد تجلّى هذا الإجتهد في مرسومين كانا لهما الأثر البالغ في تحديد القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ . و يتعلق الأمر هنا بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980⁽¹⁾ و المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 10 ماي 1993⁽²⁾ المعدّان و المتممان للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

أمّا بالنسبة للتطبيق القضائي فقد لاحظنا ، كما سنرى فيما بعد ، أنّ القضاء لم يتردد في توحيد الإجتهد حول تفسير الأحكام التي جاء بها المرسومين أعلاه .

و في ضوء ما تقدم نقسم الكلام في هذا الفرع إلى العنصرين الآتيين : فنتكلم أولا في موقف التشريع من قاعدة ثبوت التاريخ ، ثم في موقف القضاء من القاعدة .

¹- منشور في ج ر ، ع 38 ، الصادرة بتاريخ : 15-09-1980 .

²- منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 23-05-1993 .

أولا : موقف التشريع

سنتطرق من خلال هذا العنوان إلى مرحلتين أساسيتان تميزان ، القيمة القانونية لقاعدة ثبوت تاريخ السند العرفي المعايين لمعاملات عقارية ، تتمثل الأولى في مرحلة ما قبل الفاتح من مارس 1961 ، و هو تاريخ يمثل بداية سريان أحكام نظام الشهر العقاري في الجزائر و الذي تم تطبيقه في فرنسا بمقتضى المرسوم رقم 55-22 المؤرخ في 04 جانفي 1955 .

و تتمثل الثانية في مرحلة ما قبل الفاتح من يناير 1971 ، و هو تاريخ دخول الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، حيزّ التطبيق .

و قد إتمدنا قانون التوثيق كحدّ فاصل على إعتبار أنّه لم يعد للسند العرفي أي مكانة في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، إذ أصبحت قاعدة التوثيق الإجمالي لازمة في جميع المعاملات الواردة على العقارات .

و لتسليط الضوء أكثر على هذين المرحلتين ، نرى أن نبحت كل منهما على حدى : فنتكلم أولا في مرحلة ما قبل الفاتح من مارس 1961 ، ثم في مرحلة ما قبل الفاتح من يناير 1971 .

1- مرحلة ما قبل الفاتح من مارس 1961

نتج عن نظام الحفظ العقاري الإختياري للفترة السابقة للإستقلال ، و هي فترة سريان أحكام المرسوم رقم 55-22 المؤرخ في 04 جانفي 1955 المتعلق بالشهر العقاري في فرنسا و الساري المفعول في الجزائر⁽¹⁾ ، إبرام الخواص للعديد من السندات العرفية المعاينة لمعاملات عقارية .

و بالرغم من أنّ أحكام هذا المرسوم قد إشتزطت ضرورة إفراغ كل السندات المنصبة على حقوق عينية عقارية في الشكل الرسمي قصد شهرها بمكتب الرهون ، إلا أنّ هذا الشرط كان بهدف إعلام الغير فقط دون المساس بصحة الإتفاق الحاصل بين الطرفين بمقتضى السند العرفي⁽²⁾ و هو ما تم التأكيد عليه بموجب المرسوم رقم 59-1190 المؤرخ في 21 أكتوبر 1959 المتضمن التغيّر الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر ، و الذي حُدد تاريخ سريانه إبتداءً من الفاتح من مارس 1961 ، الأمر الذي دفع بالمشروع عقب الإستقلال إلى إتخاذ هذا التاريخ كحد فاصل لسريان حجية السند العرفي الثابت التاريخ في

¹ - Recueil des actes administratifs du 27 janvier 1961 . p 262 .

²- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 133 .

مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، لمواجهة حالات إستحداث التاريخ بأثر رجعي ، و كذا التصرف في ملك الغير .

و بالفعل فبموجب المادة الثالثة من المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 ، تم تعديل أحكام المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري لتصبح صياغتها على النحو التالي : " لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

• عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري و الذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم .

• عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند إكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1961 " .

و بمقتضى هذا التحديد أعفيت السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل الفاتح من مارس 1961⁽¹⁾ من الطابع

¹- يمكن تصنيف السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل الفاتح من مارس 1961 إلى صنفين :

• الصنف الأول : يشتمل على السندات الموروثة عن العهد العثماني ، و التي هي بحوزة بعض الأفراد أو الإدارات أو حتى الأرشيف الوطني .

• الصنف الثاني : يشتمل على السندات المحررة في العهد الإستعماري ، و التي يمكن حصرها فيما يلي :

▪ السندات العرفية المسجلة قبل 11 مارس 1936 .

قبل هذه الفترة كان النظام القانوني المعمول به ، يُجيز شهر السندات العرفية مباشرة من قبل الأطراف بمحافظه الرهون العقارية المعنية ، و بذلك أصبحت هذه السندات مرتبة لكافة آثارها القانونية تجاه الغير .

▪ السندات العرفية المسجلة بعد 11 مارس 1936 .

بعد صدور المرسوم المؤرخ في 11 مارس 1936 و الذي جعل المرسوم المؤرخ في 30 أكتوبر 1935 الساري المفعول في فرنسا واجب التطبيق بالجزائر ، أصبح لزاما على حاملي السندات العرفية في تلك الفترة أن يقوموا بإيداع سنداتهم لدى الموثق خلال ثلاثة (03) أشهر من تاريخ توقيعها .

▪ السندات العرفية الواردة على أملاك عقارية تابعة للأهالي بمنطقة القبائل المحررة بعد 24 أكتوبر 1946 .

لقد خصت الإدارة الفرنسية هذه المنطقة (تيزي وزو ، البويرة ، بجاية ، جيجل) بنمط إشهار عقاري خاص بها ، حدّد إجراءاته المرسوم المؤرخ في 09 فبراير 1947 ، و الذي ألزم حاملي هذه السندات إلى إلزامية شهرها بمصلحة الرهون العقارية ، و من ثم أصبحت هذه السندات حائزة فعلا لحجية و قوة إثبات تقترب من السندات الرسمية . أنظر حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومو ، الجزائر ، 2006 ، هامش 01 ، ص 20 و 21 .

- أنظر أيضا ، عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 85 .

الإجباري لقاعدة الإشهار المسبق ، و أضيفت عليها الصيغة الرسمية بما يتماشى و نمط الحفظ العقاري المبرمة في ظلّه .

و قد قامت المحاكم في تلك الفترة بتثبيت صحة هذه السندات بمجرد تقديم حاملها إشهاد من البلدية يثبت أنّ العقار لا يدخل ضمن صندوق الثروة الزراعية أو في تكوين الإحتياطات العقارية للبلدية⁽¹⁾ .

و الجدير بالإشارة إلى أنّ أغلبية الأحكام القضائية الصادرة في تلك الفترة بشأن تثبيت صحة السندات العرفية الواردة على معاملات عقارية ، و الثابتة التاريخ قبل الفاتح من مارس 1961 لم تلق قبولا من أغلبية المحافظات العقارية ، و عارضها المحافظون العقاريون بقرارات رفض الإيداع أو رد الإجراء لمخالفتها أحكام المادتين 100⁽²⁾ و 101⁽³⁾ من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976

¹- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام ، المرجع السابق ص 245 .

²- تنص المادة 100 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم على أنّه : "يرفض الإيداع في حالة عدم تقديم إلى المحافظ ما يلي :

- إمّا الدفتر العقاري .
 - إمّا مستخرج مسح الأراضي ، و في حالة تغيير حدود الملكية وثائق القياس .
- و يعتبر مماثلا لحالة عدم تقديم مستخرج مسح الأراضي ، السهو على هذا الأخير بذكر واحد من العقارات المذكورة في الوثيقة المودعة ، أو تقديم مستخرج يرجع تاريخه إلى أكثر من ستة أشهر .
- كما يرفض الإيداع على الخصوص :

- عندما يكون التصديق على هوية الأطراف ، و عند الإقتضاء على الشرط الشخصي ، لم يتم و لم يثبت ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد من 62 إلى 65 و المادتين 102 و 103 .
- و بصفة عامة عندما تكون أي وثيقة واجب تسليمها إلى المحافظ لو تقدم له أو لم تعط الإثبات المطلوب .
- عندما يكون تعيين العقارات لا يستجيب لأحكام المادة 66 .
- عندما تكون الجداول التي نص على إيداعها بموجب المواد 93 و 95 و 98 لا تحتوي على أي من البيانات المطلوبة بموجب المواد المذكورة أو عندما تكون هذه الجداول غير محررة على الإستمارات المقدمة من طرف الإدارة .
- عندما تظهر الصور الرسمية أو النسخ المودعة قصد الإجراء بأن العقد الذي قدم إلى الإشهار غير صحيح من حيث الشكل ، أو عندما لا تتوافر في هذه الصور أو النسخ الشروط الشكلية المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل .
- في حالة مخالفة أحكام المواد من 67 إلى 71 " .

³- تنص المادة 101 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم على أنّه : "عندما يقبل المحافظ العقاري الإيداع و يسجل الإجراء في سجل الإيداع ، فإنه يوقف تنفيذ الإجراء و يباشر في عملية التسوية المنصوص عليها في المادة 107 عندما على الخصوص :

المتعلق بتأسيس السجل العقاري، كون هذه الأحكام القضائية كانت تفتقد في مجملها إلى الدقة في تحديد البيانات التفصيلية الخاصة بهوية الأطراف و تعيين العقارات سواء من حيث الموقع أو المساحة أو الحدود .

الأمر الذي دفع بالمديرية العامة للأموال الوطنية إلى التدخل بموجب المذكرة رقم 689 المؤرخة في 30 نوفمبر 1995 لتحديد كفاءات رفع صعوبات إيداع و إشهار هذه الأحكام القضائية ، سواء بالإستناد إلى العناصر الثابتة في الحكم القضائي أو الوثائق المرفقة مثل تقرير المخطط و الخبرة العقارية المنجزة و التي يمكن للموثق الإعتماد عليها أثناء إيداعه لهذه الأحكام القضائية قصد شهرها⁽¹⁾ .

و هذا في حد ذاته لا يعتبر في نظرنا إنقاصا من قيمة الأحكام القضائية التي تبقى كسندات رسمية بحكم القانون ، و إنما لإفتقارها في غالب الأحيان إلى الشروط القانونية التي تتطلبها عملية إيداع و شهر الوثائق الخاضعة للحفظ العقاري .

2- مرحلة ما قبل الفاتح من يناير 1971

لقد ظل المشرع طوال الفترة السابقة لصدور قانون التوثيق يحس بالظلم المسلط على الملاك و أصحاب الحقوق العينية العقارية ، كون هؤلاء كانوا قد أبرموا سنداتهم في ظل قوانين لم تكن تفرض عليهم لا الرسمية و لا الشهر في مجال المعاملات العقارية .

-
- = يكون مرجع الإجراء السابق المطلوب بموجب المادة 1/95 غير صحيح .
- يكون تعيين الأطراف و تعيين العقارات أو الشرط الشخصي كما هو محدد في المادة 65 غير متوافق مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية .
 - تكون صفة المتصرف أو الحائز الأخير للشخص المذكور كما هي موجودة في الوثائق المودعة ، متناقضة مع البيانات الموجودة في البطاقة العقارية .
 - يكون التحقيق المنصوص عليه في المادة 104 يكشف بأن الحق غير قابل للتصرف .
 - يكون العقد الذي قدم للإشهار الذي قدم للإشهار مشوبا بأحد أسباب البطلان المشار إليها في المادة 105 .
 - يظهر وقت التأشير على الإجراء بأن الإيداع كان من الواجب رفضه ، و عندما لا تكشف التحقيقات المتممة عن أي سبب للرفض فإن المحافظ ينهي تنفيذ الإجراء " .

¹ - المذكرة رقم 1251 الصادرة بتاريخ 12-02-1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري المنعقد بالجزائر العاصمة بتاريخ 30-11-1994 ، مجمع المذكرات و التعليمات و المناشير الخاصة بأموال الدولة و الحفظ العقاري لسنة 1990-1995 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

و من ثم كان من البديهي التدخل لتمديد نطاق حجية السند العرفي الثابت التاريخ من الفاتح من مارس 1961 إلى الفاتح من يناير 1971 للإسجام أكثر مع سريان أحكام قانون التوثيق المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 الحامل آنذاك لرقم 91-70 .

و فعلا فبمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل و المتمم للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، تم تمديد فترة الأول من مارس 1961 المعلن عنها بموجب المرسوم رقم 80-210 السالف الذكر إلى الأول من شهر يناير 1971 ، فقضى في المادة 89 منه بما يلي : " تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري و الذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم .
- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند إكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971 " .

و بهذا التمديد يكون المشرع قد أبقى بصريح العبارة حاملي السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل الفاتح من يناير 1971 من الإجراءات الأولية الخاصة بشهر الحقوق العينية العقارية التي تستلزمها قاعدة الشهر المسبق .

و بذلك أصبحت هذه السندات مكتسبة لصيغة الرسمية بمجرد اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها ، يعاين فيه الموثق الشرط الشخصي للأطراف أي ذكر كل البيانات الدالة على هوية أطراف السند و الشهود إن وجدوا ، مع تعيين العقار تعيينا دقيقا من حيث موقعه و حدوده و مساحته و مشتملاته بما يسمح بتكوين فهرس عقاري محكم ، مع إعفائه من ذكر أصل الملكية ، على أن يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا ، بعد دفع رسوم تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع .

و بذلك يكون المشرع الجزائري قد خفف على حاملي هذه السندات عبء طول إجراءات التقاضي و تعقيداتها ، و تفادي مخلفات التصحيح القضائي المعمول به في ظلّ تدابير أحكام المرسوم رقم 80-210 السالف الذكر و ما رتبته من حالات رفض الإيداع أو رد الإجراء .

ثانيا : موقف القضاء

لم يشذ الإجتهد القضائي عما إنتهى إليه التشريع ، إذ جاءت معظم قراراته مكرّسة و مؤيدة للتمديد الجديد المعلن عنه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 السالف الذكر

و من قبيل القضايا التي إعتبر فيها القضاء السندات العرفية الثابتة التاريخ الواردة على العقارات و المبرمة قبل صدور قانون التوثيق صحيحة و منتجة لجميع آثارها القانونية ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 26 أفريل 2000 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " إنّ قضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحريير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 01 جويلية 1963 ، طبقوا صحيح القانون " .

و أيضا ما أكدته في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 12 أفريل 2006 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " أنّ العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر رقم 70-91) الثابتة التاريخ و غير المشهورة صحيحة و منتجة لآثارها " .

و قبل أن ننتهي من الكلام في موقف القضاء من قاعدة ثبوت التاريخ قبل صدور قانون التوثيق لننتقل إلى الكلام عن القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ بعد صدور قانون التوثيق يُحسن لفت النظر إلى أنّه بالنسبة لمسألة السندات العرفية غير الثابتة التاريخ ، فإنّها تبقى من إختصاص القضاء وحده دون سواه فهو الذي ينفرد و يختص بالفصل في مدى حجيتها و القول ما إذا كانت هذه السندات صحيحة و منتجة لكافة آثارها القانونية أو باطلة بطلانا مطلق . و هو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 29 مارس 1994 و التي أشارت في فقرتها السادسة : على أنّه بالنسبة للسندات العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت فإنّه لا يمكن إثبات حجيتها إلاّ عن طريق القضاء . و ننبه هنا إلى أنّ المحكمة ملزمة قبل تثبيت صحة السند العرفي ضرورة البحث و التأكد من تاريخ إبرامه .

و تطبيقا لذلك قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 28 جوان 2000 و الذي جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " حيث فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبيّن أنّ قضاة المجلس قد إستندوا بصحة البيع العرفي بين طرفي الخصومة و إلزام الطاعنين بالقيام بالإجراءات القانونية لنقل الملكية إلى سند بالقول أنّ

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 198674 ، الصادر بتاريخ : 26-04-2000 ، غير منشور ، مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، دار هومه ، الجزائر ، 2010 ، ص 226 .

²- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 348178 ، الصادر بتاريخ 12-04-2006 ، منشور ب م م ع لسنة 2006 ، ع 1 ص 435 .

³- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 197347 ، الصادر بتاريخ 28-06-2000 ، منشور ب الإج ق لسنة 2004 ، ع خ ج 2 ، ص 258 .

الطرفين إعترافا بصحة البيع و أنّ المادة 361 من القانون المدني تلزم البائع بالقيام بما هو لازم لنقل الحق المبيع ، ذلك دون تحديد من قبلهم لتاريخ البيع العرفي ، الذي يُعدّ المدار الذي على ضوءه يعتبر العقد العرفي صحيحا و منتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلانا مطلق ... و حيث بقضائهم هكذا و دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلّب الشكلية الرسمية يكون قضاة المجلس قد تجاهلوا المبادئ القانونية المذكورة و جاءت أسباب قرارهم الواقعية ناقصة و هو ما يتعدّر معه على المحكمة العليا من بسط رقابتها ، ممّا يكون معه الوجه المثار سديد " .

الفرع الثاني : القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ بعد صدور قانون التوثيق

قبل عرض المسألة ، يتعيّن أن نشير إلى أنّ التشريع في الجزائر قد عرف تطورا ملحوظا عقب صدور قانون التوثيق ، و يتجلى ذلك بوضوح من خلال إدراجه لقاعدة التوثيق الإلزامي أو ما يعرف بقاعدة الرسمية في جلّ المعاملات الواردة على العقار .

و كان من المفروض أن تتجه الأحكام القضائية و خاصة تلك القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها جهة قضاء عليا لتطبيق القانون ، و توحيد الإجتهااد القضائي حول تفسير النصوص القانونية المتتالية و الحكم ببطان المعاملات العقارية المعاينة بسندات عرفية .

إلا أنّ مقتضيات الظروف التي سادت غداة الإستقلال ، و تسارع أعمال المضاربة العقارية أمام القيود التي فرضتها قوانين تقييد الملكية العقارية أثناء صدور قانوني الثورة الزراعية و الإحتياطات العقارية لصالح البلديات . إقتضت تدخل القضاء بنوع من المرونة لإضفاء الحماية لحاملي السندات العرفية غير الثابتة التاريخ حتى بعد صدور قانون التوثيق . ممّا أدى إلى التباين في موقف القضاء حول تسوية هذه السندات .

و تبعا لذلك و بغية مسايرة التطور الذي إنتهى إليه التشريع ، و التباين الذي ساد في أوساط القضاء إرتأينا عرض موقفهما من قاعدة ثبوت التاريخ بعد صدور قانون التوثيق .

أولا : موقف التشريع

قدمنا عند الكلام عن شرط الشهر المسبق أنّ منطق الواقع العملي كان أقوى من منطق القانون ، فقد تبيّن للمشرع العقاري فترة إعلانه تأسيس السجل العقاري بمقتضى المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، أنّ ثمة حالات أوجدتها الضرورة العملية ، و أنّ هذه الحالات سابقة في وجودها على شرط الشهر المسبق المعلن عنه بموجب المادة 88 منه . فكان من الطبيعي ، تبعا لذلك ، أن يخلع صفة

الإطلاق على هذا الشرط ، فاستثنى في بداية الأمر السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل الفاتح من مارس 1961 من شرط الشهر المسبق للإعتبرات السابق بيانها .

ثم عمد عقب إصداره للأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، إلى تمديد فترة الفاتح من مارس 1961 إلى الفاتح من يناير 1971 و هو تاريخ نفاذ الأمر رقم 70-91 السالف الذكر . و هذا أمر بديهي و منطقي ، لأنّ بعد هذا التاريخ أصبحت قاعدة التوثيق الإجباري المكرّسة بموجب الأمر رقم 70-91 آنف الذكر ركنا في المعاملات العقارية و ليس مجرد دليل لإثباتها . و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ففضى في المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المذكور أعلاه على أنّه : "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ، فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي ، مع دفع الثمن مسبقا للموثق " .

يبرز من النص أعلاه أنّ المشرع قد كرّس و بشكل أحادي خيار السند التوثيقي كأداة لتداول الملكية العقارية و إثباتها . كما يبرز لامحالة ، و بمعنى أدق ، أنّ المشرع قد حدد النطاق الزمني لسريان قاعدة ثبوت التاريخ بالفاتح من يناير 1971 .

و القول يستتبع أنّ كافة السندات العرفية المبرمة بعد تاريخ الفاتح من يناير 1971 تُعدّ باطلة بطلانا مطلق حتى و لو كانت ثابتة التاريخ ، و من ثم فهي لا تُعدّ سندا لإثبات الملكية العقارية ، و للمحكمة أن تثير بطلانها و لو لم يتمسك بها الأطراف ، على إعتبار أنّ قاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات المعاينة للمعاملات العقارية أصبحت ركنا أساسيا و جوهريا بعد دخول الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق حيّز التطبيق ، بل أنّها أصبحت ركنا للإنعقاد و ليس مجرد وسيلة للإثبات .

إلاّ أنّه و بالرغم من وضوح و صراحة نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 السالف الذكر ، فإنّ القضاء لم يستقر على إتجاه واحد ، إذ ذهب في بعض قراراته - كما سنرى - إلى مسايرة الواقع الإجتماعي و الحكم بصحة السندات العرفية المعاينة للتصرفات العقارية ، في حين وضع في قرارات أخرى حدّا للتعامل بها ، الأمر الذي دفع بالمشرع إلى التدخل ، و كان القانون المدني ، أحد أهم النصوص القانونية التي باشر بمعالجتها .

و بالفعل فيموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني عمد
المشرع إلى نقل بعض المواد التي تتعلق بالسند التوثيقي من الأمر رقم 70-91 المشار إليه أعلاه ضمن
أحكام المواد من 324 مكرر 1 إلى 324 مكرر 7 .

إلا أنه و بالرغم من تأكيد المشرع على الطابع الإلزامي لقاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية ، فإنّ
القضاء ظلّ متباينا في مواقفه بشأن صحة السندات العرفية حتى بعد صدور قانون التوثيق ، بل و أكثر
من ذلك فقد قضى بصحة هذه السندات و رتبّ عليها ذات الآثار التي تترتب على السندات الرسمية حتى
بعد إدراج المشرع لمضمون المادة 12 من الأمر رقم 70-91 بالكامل ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1
من القانون المدني .

و صفوة القول أنّ التقصير في هذه المرحلة لم يكن من مسؤولية المشرع ، بل أنّ التقصير كان من
مسؤولية القضاء - كما سنرى - الذي لم يضع حدّا للتناقض ، إلاّ بعد صدور قرار الغرف المجتمعة
بتاريخ 18 فبراير 1997 . و هو ما سيتم شرحه في العنصر الموالي .

ثانيا : موقف القضاء

لقد أدت سياسة إحتكار الدولة للمعاملات العقارية فترة السبعينات ، المعلن عنها بموجب الأمر
رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، و الأمر رقم 74-26 المؤرخ
في 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات ، إلى التعجيل بمخالفة
الحظر القانوني المنصوص عليه بموجب أحكام الماد 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم
التوثيق و الرجوع إلى التعامل بالسندات العرفية في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها .

الأمر الذي دفع بالإرادة السياسية في تلك الفترة إلى الإعتراف بحقوق حاملي هذه السندات في التملك
و السكن ، و يتعلق الأمر هنا بالمنشور الرئاسي المؤرخ في 30 جوان 1976 المتضمن تصحيح
السندات العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 05 مارس 1974 ، و هو تاريخ سريان الأمر رقم 74-26
المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياطات العقارية لصالح البلديات المطبق في الوسط
الحضري . و بمقتضى هذا المنشور تم تكليف المحاكم بإجراء تحقيقات قضائية بين المتنازعين حول
صحة عقد البيع و تاريخه ، و القول ما إذا كان قد أبرم قبل تاريخ الخامس من مارس 1974 .

غير أنّ صدور هذا المشور في شكل تعليمة قلل من أهميته لدى المحاكم الملزمة كأصل عام بتطبيق
النصوص القانونية لا التعليمات الإدارية . فضلا عن أنّ هذا المنشور جاء متجاهلاً لأحكام الأمر
رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق ، خاصة ما يتعلق منها بالمادة 12 التي تشترط الشكل الرسمي

في التصرفات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق ، يضاف إلى ذلك أن هذا المنشور لم يحدد مدة زمنية لتصحيح البيوع العرفية ، مما فتح الباب أمام الخواص إلى التهرب من الجباية العقارية و إجراءات و أتعاب التوثيق⁽¹⁾ .

و أيًا ما الأمر ، فقد حاول القضاء حثيثا الموازنة بين الحظر القانوني المنصوص عليه بعموم أحكام المادة 12 من قانون التوثيق و الواقع الإجتماعي الذي فرضته قوانين تقيّد الملكية العقارية ، إلا أنّ الأمر ليس بالهين ، فقد نتج عن هذه الوضعية تضارب في الأحكام و القرارات القضائية وصلت إلى حدّ مستوى المحكمة العليا بغرفتيها المدنية و التجارية .

و كان من غير المعقول أن يستمر هذا التضارب بالتوازي مع خيار نمط الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و تحرير مهنة التوثيق بموجب القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، و تكريس المادة 324 مكرر 1 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني ما جاء في المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق ، و كذا صدور القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري و ما تضمنه من إعادة الإعتبار للملكية العقارية الخاصة ، برفع إحتكار الدولة للمعاملات العقارية و إزالة القيود المفروضة على حرية التصرف في الملكيات العقارية الخاصة في الوسطين الفلاحي والحضري و تكريس خيار السند الرسمي كأداة للتنظيم العقاري .

كل هذا كان دافعا وراء تدخل قضاة الغرف مجتمعة بالمحكمة العليا بالقرار المؤرخ في 18 فبراير 1997⁽²⁾ . و الذي وضع حدّا للتضارب الحاصل بشأن تسوية السندات العرفية المعاينة لمعاملات عقارية و الثابتة التاريخ بعد صدور قانون التوثيق .

و لتوضيح الرؤيا أكثر نرى أن نقسم الكلام في هذا الفرع على العنصرين الآتيين : فننكلم أولا في موقف القضاء من تسوية السندات العرفية الثابتة التاريخ قبل صدور قرار الغرف المجتمعة ، ثم في موقف القضاء من تسوية السندات العرفية الثابتة التاريخ بعد صدور قرار الغرف المجتمعة .

¹- عجة الجبالي ، المرجع السابق ، ص 75 و 76 .

²- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 150 و 151 .

1- موقف القضاء قبل صدور قرار الغرف المجتمعة

يقترض بحث موقف القضاء من قاعدة ثبوت التاريخ ، و بمعنى أدق ، تسوية السندات العرفية المعايينة لمعاملات عقارية و الثابتة التاريخ بعد الفاتح من يناير 1971 ، معرفة ما إستقر عليه إجتهد القضاء قبل 18 فبراير 1997 و هو تاريخ صدور قرار الغرف المجتمعة .

و إجتهد القضاء في تلك المرحلة أخذ إتجاهين ، إتجاه ساير الواقع الإجتماعي الذي فرضته قوانين تقييد الملكية العقارية ، و إتجاه ساير الحظر القانوني الذي فرضته قاعدة التوثيق الإلجباري و الشهر العقاري المعلن عنهما بموجب أحكام المادتين 324 مكرر 1 و 793 من القانون المدني و المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري . و هو ما سنتطرق إليه تباعا على النحو التالي :

أ- الإتجاه القضائي المسائر للواقع الإجتماعي

لقد ظل هذا الإتجاه طيلة الفترة الممتدة من صدور القانون المدني إلى غاية تعديله بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، يطبق أحكام نقل الملكية العقارية و الحقوق العينية المتصلة بها بأحكام المادتين 351 و 361 من القانون المدني .

و ينتحل له البعض أسباب هذا التوجه ، أن القضاء لم يجد نصا يستند إليه في القانون المدني الصادر بموجب الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يقضي صراحة بإفراغ كل المعاملات العقارية في الشكل الرسمي ، و القاعدة العامة في هذا الصدد أن العام يظل على عموميته ما لم يخص بنص يفيد ، و أن الرسمية المشترطة بموجب المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق قد جاءت لفائدة الخزينة العمومية لا الغير ، كما أن التوثيق عمل حضاري ، و أن الثقافة القانونية للمواطن الجزائري آنذاك ، لم تكن تسمح له باللجوء إلى الموثق لتوثيق التصرفات العقارية في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون⁽¹⁾ .

أضف إلى ذلك الواقع الذي فرضته تدابير قوانين تقييد الملكية العقارية في تلك الفترة ، و عدم إقتناع القضاة بها ، و التي عجلت بتسارع أعمال المضاربة العقارية و اللجوء المكثف إلى التعامل بالسندات

¹- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، طبعة و منقحة و مزيدة في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام ، دار هومه ، الجزائر ، 2000 ، ص 184 .

العرفية ، خاصة بعد رفع حضر تسجيلها بموجب الفقرة السادسة من نص المادة 178 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983⁽¹⁾.

و عموما فقد كان لهذه المبررات بالغ الأثر في تكريس إتجاه قضائي ظلّ طيلة هذه الفترة ينحو صوب تأييد قرارات أحكام المحاكم التي كانت تقضي آنذاك بصحة و تثبيت تلك السندات العرفية ، في محاولة منه للتصدي للسلبات التي خلفها تطبيق أحكام قانوني الثروة الزراعية و الإحتياطات العقارية لصالح البلديات .

و من قبيل القضايا التي إعتبر فيها هذا الإتجاه السندات العرفية الواردة على العقارات صحيحة و منتجة لآثارها القانونية حتى بعد دخول الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق حيز التنفيذ ، ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 19 نوفمبر 1990 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " حيث أنه كان على قضاة المجلس أن يناقشوا المادتين 351 و 861 من القانون المدني بدل المادة 12 من قانون التوثيق التي لا يمكن تطبيقها على صورة الحال ، خاصة أنّ المحررات العرفية أعطاها المشرع مكانة في المعاملات و تكون في نظر القانون مصدر للإلتزامات بين المتعاقدين خلافا لما ذهب إليه قضاة المجلس ممّا يستوجب معه النقض " .

كما تم التأكيد على هذا الإتجاه في قرار لاحق صادر عنها 30 نوفمبر 1994⁽³⁾ و الذي جاء فيه ما يلي : " أنّ المجلس القضائي أخطأ عندما إعتبر العقد العرفي المؤرخ في 28 جويلية 1990 باطلا لأنه لم يحرر في الشكل التوثيقي ذلك أنّ الشكل التوثيقي ليس شرطا لصحة البيع و لكن المشرع من خلال ذلك يريد نقل الملكية العقارية و الحقوق بضرورة توثيق العقد و الإشهار العقاري لإرساء قواعد تضمن حقوق الأطراف و مصالحهم مع الحفاظ على مصالح الخزينة العمومية و أنّه من السهل أن يتقدم المتقاضى

¹- بموجب الفقرة السادسة من الماد 178 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983 ، تم إلغاء المادة 351 من الأمر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل التي تحظر تسجيل السندات العرفية ، و بذلك إكتسبت السندات العرفية المبرمة في تلك الفترة تاريخا ثابتا .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 61796 ، الصادر بتاريخ 19-11-1990 ، غير منشور . مشار إليه في : جمال سايس الإجتهد القضائي الجزائري في القضاء المدني ، قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة ، ج 2 ، ط 1 منشورات كليك ، الجزائر ، 2013 ، ص 860 و ما يليها .

³- قرار م ع ، ملف رقم 116541 ، الصادر بتاريخ 30-11-1994 ، غير منشور . مشار إليه في : شيخ سيناء الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع و القضاء ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية : 2011-2012 ، ص 205 .

أمام المحكمة يطلب منها إبطال البيع بحجة عدم صياغته في الشكل التوثيقي بينما يكون هو الذي إمتنع عن تطبيق أحكام المادة 361 من القانون المدني و عليه يجب القول أنّ البيع موضوع الخصام صحيح و أركانه متوافرة ، و إنتهت إلى نقض القرار تطبيقاً لأحكام المادتين 351 و 361 من القانون المدني " . و أيضاً ما قضت به في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 25 جويلية 1995 و الذي جاء فيه ما يلي (1) :

" من المقرر قانوناً و قضاءً ، أن البيع إذا إكتملت أركانه و شروطه ، جاز للقاضي أن يوجه الأطراف أمام الموثق لإفراغه في الشكل الرسمي .

و لما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بإحالتهم لطرفي الدعوى أمام الموثق لإتمام البيع فإنهم طبقوا القانون تطبيقاً سليماً . لأنه لا يمكن الإحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 70-91 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية و الشهر العقاري فقط " .

و بناء على هذه القرارات و قرارات قضائية عديدة أخرى مؤيدة لهذا الإتجاه ، تم تكريس إتجاه قضائي من أثبت عدم فعاليته في وضع حدّ للتعامل بالسندات العرفية في مجال المعاملات العقارية رغم مخالفتها للحظر القانوني المعلن عنه بموجب الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق .

بقيت هنا مسألة بالغة الأهمية يتعيّن الإشارة إليها و هي أنّ جلّ الأحكام و القرارات القضائية الصادرة في ظل هذا الإتجاه ، و القاضية بتثبيت و تصحيح السندات العرفية الثابتة التاريخ بعد الفاتح من يناير 1971 لم تلق طريقها إلى التنفيذ بسبب غياب نص قانوني صريح يلزم المتعاقد عرفياً بإتمام الإجراءات الشكلية و الكتابة الرسمية أمام الموثق ، خاصة في حالة ما إذا كان المتعاقد الملزم بإتمام هذه الإجراءات متوفياً .

ب- الإتجاه القضائي المسير للحظر القانوني

لقد كرّس هذا الإتجاه التطبيق الصارم لقاعدة التوثيق الإلزامي و الشهر العقاري ، خاصة بعد إلغاء المادة 12 من الأمر رقم 70-91 و إدراج مضمونها بالكامل في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدل و المتمم للقانون المدني ، أين أكّدت صراحة على الرسمية كركن للإنعقاد في كل ما يرد على المعاملات العقارية ، و هي نفس الرسمية التي إستلزمته قواعد الشهر العقاري المستحدثة بموجب الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 101180 ، الصادر بتاريخ 05-07-1995 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، المرجع السابق ، ص 11 .

إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم المطبقة له ، لاسيما من خلال المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، و بالضبط المادة 61 منه و التي تقضي بأن : " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية ، يجب أن يقدم في الشكل الرسمي " .

و على العموم فقد ظهرت قاعدة الرسمية أو ما يعرف قاعدة التوثيق الإجباري في ظل هذا الإتجاه بشكل أكثر إثارة و جذبا للإهتمام منه في الإتجاه السابق ، فقد قضى بأن كل التصرفات الواردة على العقار إنما تقع باطلة و عديمة الأثر ما لم تحرر في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون .

و فعلا فقد أدى التطبيق الصارم لأحكام المادتين 324 مكرر 1 و 793 من القانون المدني إلى رفض الكثير من الطلبات القضائية الرامية إلى تثبيت صحة السندات العرفية المعايينة لمعاملات عقارية و الثابتة التاريخ بعد صدور قانون التوثيق .

و من قبيل القضايا التي إعتبر فيها هذا الإتجاه السندات العرفية المعايينة للمعاملات العقارية بعد دخول الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق باطلة بطلان مطلق ، ما قضى به المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 07 جويلية 1982 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " حيث أنّ المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 70-91 المؤرخ بتاريخ 15 ديسمبر 1970 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان .

حيث من جهة أخرى أنّ المادة 71 من القانون المدني التي تسري في قضية الحال تنص : " إذا إشتراط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " . حيث أنّ البطلان الذي تنص عليه المادة 12 من قانون 15-12-1970 بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقا للمادة 102 من القانون المدني الجديد .

هذا و لما قضى مجلس تلمسان بصحة بيع عقار لم يستوف الشكل الذي فرضته المواد المذكورة أعلاه فإنه يكون قد خرق القانون ممّا يستوجب النقض بدون حاجة لبحث باقي الأسباب " .

¹- قرار م الأ غ م ، القسم 1 ، ملف رقم 25699 ، الصادر بتاريخ 07-07-1982 ، منشور ب ن ق لسنة 1982 ع خ ، ص 171 .

و من قبيل ذلك أيضا ما قضى به في قرار صادر عنه بتاريخ 03 أبريل 1985 و الذي جاء فيه ما يلي (1) : " و لما كان الثابت أنّ الوعد بالبيع تمّ بعقد عرفي مؤرخ في 03 جانفي 1974 بعد صدور قانون التوثيق معلقا على شرط حصول البائعة على رخصة من الجهات الإدارية للتجزئة ، و قد رفضت السلطات المختصة منح هذه الرخصة برسالة من الوالي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بأنّ بيع 03 جانفي 1974 صحيح و أنّ الحكم يعتبر عقدا رسميا خالفوا القانون و لم يعطوا لقضائهم أساسا شرعيا .

و متى كان ذلك ، إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه تأسيسا على الوجه المثار من الطاعنين بمخالفة أحكام هذا المبدأ " .

و أيضا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 17 أبريل 1996 و الذي جاء فيه ما يلي (2) : " إذا كان القانون يخوّل للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد ، فإنّه يشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع .

و متى ثبت - من قضية الحال - إنعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا . و رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي ، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض ، كأثر قانوني لعدم تنفيذ إلتزام قانوني ، لا تتوفر فيه الشكلية القانونية . و أنّ إستجابة القضاة لمطلبها و إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي ، يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون و فهم إجتهادات المحكمة العليا ممّا يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة " .

و الذي يبدوا أنّ هذا الإلتجاه المسامر للحظر القانوني على حساب الواقع الإجتماعي قد كرّس فعلا لإلتجاه قضائي واضح يقضي ببطلان كل السندات العرفية المعايينة لمعاملات عقارية بعد دخول قانون التوثيق حيّز التطبيق ، طالما أنّ هذه السندات لا تستجيب لقواعد الرسمية و إجراءات الشهر (3) .

¹- قرار م الأ غ م ، ملف رقم 33528 ، الصادر بتاريخ 03-04-1985 ، منشور ب م ق لسنة 1989 ، ع 4 ، ص 48 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 154760 ، الصادر بتاريخ 17-04-1996 ، منشور ب م ق لسنة 1996 ، ع 1 ، ص 99 .

³- و هو ما كرّسه الإجتهد القضائي ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم 68467 ، الصادر بتاريخ 21-01-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 1 ، ص 86 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنّ عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني " .

2- موقف القضاء بعد صدور قرار الغرف المجتمعة

رأينا فيما تقدم أنه رغم تحديد المشرع للنطاق الزمني لسريان قاعدة ثبوت تاريخ السندات العرفية المعاينة للمعاملات العقارية ، إلا أنّ قضاء النقض ظل متباينا في مواقفه بشأن تسويتها ، تارة يعتبرها صحيحة و منتجا لكافة آثارها القانونية حتى بعد صدور قانون التوثيق ، و تارة يعتبرها باطلة بطلانا مطلق ليصل هذا التباين إلى حدّ التناقض و الإختلاف في الإجتهااد القضائي على مستوى المحكمة العليا بمناسبة عرض الملف رقم 136156 لمناقشة مدى صحة سند عرفي محرر بتاريخ 22 أوت 1988 معاين لمعاملة واردة على قاعدة تجارية .

الأمر الذي إستدعى عرض الملف رقم 136156 أعلاه على الغرف المختلطة للنظر فيه وفقا لمقتضيات أحكام المادة 20 و ما يليها من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها⁽¹⁾ .

و فعلا فبتاريخ 21 ماي 1996 إجتمعت الغرف المختلطة ، المكوّنة من قضاة الغرفة المدنية و قضاة الغرفة التجارية و البحرية لدراسة الإشكال القانوني الذي أثاره الملف رقم 136156 . إلا أنّ المسألة لم تحسم بسبب تمسك قضاة الغرفة المدنية بموقفهم القاضي بصحة السند العرفي و تمسك قضاة الغرفة التجارية و البحرية بموقفهم القاضي ببطلانه⁽²⁾ .

¹- القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها . منشور في ج ر ، ع 53 ، الصادرة بتاريخ : 13-12-1989 . ملغى بموجب المادة 35 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26-07-2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و إختصاصها . منشور في ج ر ، ع 42 ، الصادرة بتاريخ : 31-07-2011 .

و في هذا الصدد تنص المادة 16 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 26-07-2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و إختصاصها . على ما يلي : " تكون الإحالة على الغرفة المختلطة عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر . و تتم الإحالة ، بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا يحدد فيه لاسيما الغرفة المعنية و رئيس الغرفة المختلطة " .

²- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 187 .

و أمام هذا التناقض الملحوظ بين قضاة الغرفين ، عمدت الغرفة المختلطة إلى إحالة الملف على الغرف
المجتمعة للفصل فيه عملا بمقتضيات المادتين 22 و 23⁽¹⁾ من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12
ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها .

و التي إنتهت بتاريخ 18 فبراير 1997 إلى إصدار القرار رقم 136156⁽²⁾ ، من خلاله أقرت الغرف
المجتمعة للمحكمة العليا المبدأ التالي :

من المقرر قانونا " أنّ كل بيع إختياري أو وعد بالبيع ، و بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري
و لو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان
باطلا " .

و من المقرر أيضا أنه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت
طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية
أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو ... في شكل رسمي " .

و من المقرر أيضا أنه : " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد
و إبطاله " .

و تتلخص وقائع و إجراءات القضية التي على إثرها تم عرض الملف رقم 136156 على الغرف
المجتمعة التي إنتهت بتاريخ 18 فبراير 1997 إلى إصدار هذا القرار فميا يلي :

¹- يقابل نص المادتين 22 و 23 من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة
العليا و تنظيمها و سيرها . الملغى نص المادتين 17 و 18 من القانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في
26-07-2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و إختصاصها .

- تنص المادة 17 : " تتشكل الغرفة المختلطة من غرفتين (02) على الأقل . تتداول الغرفة المختلطة بحضور خمسة
عشر (15) قاضيا على الأقل . في حالة عدم الإتفاق ، يخطر رئيس الغرفة المختلطة الرئيس الأول للمحكمة العليا الذي
يحيل القضية أمام الغرف مجتمعة " .

- تنص المادة 18 : " زيادة على الحالة المنصوص في الفقرة 03 من المادة 17 أعلاه ، تفصل المحكمة العليا بغرفها
مجتمعة ، عندما يكون من شأن القرار الذي سيصدر عن إحدى غرفها تغيير إجتهاد قضائي .
تتعقد الغرف مجتمعة بأمر من الرئيس الأول للمحكمة العليا ، و ذلك إما بمبادرة منه أو بناء على إقتراح من رئيس إحدى
الغرف " .

²- قرار م ع غ مج ، ملف رقم 136156 ، الصادر بتاريخ 18-02-1997 ، منشور ب م ق لسنة 1997 ، ع 1 ، ص
10 .

أنه بموجب سند عرفي محرر بتاريخ 22 أوت 1988 قام المسمى (ب . أ) ببيع قاعدة تجارية إلى المسمى (ع . ح) ، فرجع المشتري المسمى (ع . ح) دعوى قضائية أمام محكمة المحمدية يُطالب بمقتضاها إلزام البائع (ب . أ) بإتمام إجراءات نقل ملكية المبيع أمام الموثق و تحرير سند توثيقي بشأنها ، فأصدرت محكمة المحمدية بتاريخ 10 ماي 1992 حكما يقضي برفض طلب المدعي المشتري (ع . ح) .

و بناء على إستئناف المدعي لهذا الحكم ، أصدر مجلس قضاء معسكر بتاريخ 03 ماي 1994 قرارا و الذي من جملة ما قضى به :

- إلغاء الحكم المؤرخ في 10 ماي 1992 الصادر عن محكمة المحمدية .
 - الإشهاد بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين المتنازعين بموجب السند العرفي المؤرخ في 22 أوت 1988 ، و بصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية .
 - إلزام المشتري المطعون ضده (ع . ح) بأدائه مبلغ يقدر بمائتي و خمسين ألف (250.000) دج يمثل قيمة الثمن المتبقي ، و كذا تسعة آلاف (9000) دج مقابل مؤخر بدل الإيجار .
- و بناء على هذا القرار قام البائع (ب . أ) بالطعن بطريق النقض مؤسسا نقضه للقرار على وجه وحيد مأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه على إعتبار أنّ عملية بيع المحل التجاري منظمة بأحكام آمرة تم التنصيص عليها ضمن المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 1 من القانون المدني و اللتان تستلزمان - خلافا لما ذهب إليه المجلس - ضرورة إثبات عملية البيع في سند توثيقي محرر بمعية موثق تحت طائلة البطلان .

و عليه قضت الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بقبول الطعن شكلا و موضوعا و بنقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء معسكر في 03 ماي 1994 و بإحالة القضية و الأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون . و قد سببت الغرف المجتمعة للمحكمة العليا قرارها كالتالي :

" حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الإستئناف إعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع و المتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن (ب . أ) إلى المطعون ضده (ع . ح) عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع و تحديد الثمن و تترتب عليه إلتزامات شخصية ، و نتيجة لذلك قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع .

حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 1 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف و كذا حقوق الغير و إلا كان باطلا .

حيث أنّ الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته ، و إنّ تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد .

حيث أنّه إذا كان صحيحا أنّ العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن إلتزامات شخصية على عاتق البائع و الشاري إلاّ أنّه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع .

و ضمن هذه الظروف فإنّه يتعيّن على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ، و يأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني " .

و عليه و من خلال عرض أسباب نقض القرار المذكور أعلاه ، نبدي الملاحظات التالية :

❖ بداية أنّ قضاة الغرف المجتمعة و بتقريرهم ضرورة إفراغ كل بيع يتضمن محلات تجارية في سند رسمي قد كرسوا و بشكل أحادي خيار مبدأ الرسمية كأداة لتداول الملكية العقارية و إثباتها ، سالكين بذلك مسلك الإلتجاه القضائي المسابير للحظر القانوني الثابت بعموم أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 1 من القانون المدني .

خاصة بعد توسيع الغرفة العقارية بالمحكمة العليا نطاق أعمال هذا القرار على جميع المعاملات الواردة في صلب المادة 324 مكرر 1 ، إذ جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 23 ماي 1997⁽¹⁾ ما يلي: " من المقرر قانونا أنّ العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب أن تقع تحت طائلة البطلان .

و من ثم فإنّ القرار المطعون فيه لم يخرق القانون و لم يخالف الإجتهد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136156 المؤرخ في 18 فبراير 1997 و المكرّس بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية .

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 148541 ، الصادر بتاريخ 23-05-1997 ، منشور ب م ق لسنة 1997 ، ع 1 ، ص

و أنّ قضاة المجلس لمّا قضاوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين فإنّهم طبقوا صحيح القانون .

❖ أنّ قرار الغرف المجتمعة مبني على التطبيق السليم للقانون لاسيما المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و المادة 29 من القانون رقم 29-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري ، بحيث تم النطق بضرورة إحترام الشكل الرسمي و مراعاة قواعد الشهر العقاري في كل المعاملات العقارية و بالنتيجة بطلان السندات العرفية المعاينة لمعاملات عقارية و إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وفقا لما أمرت به المادة 103 من القانون المدني⁽¹⁾ .

❖ أنّ الأمر الذي لا يمكن إنكاره هو أنّ قرار الغرف المجتمعة قد جاء بتوضيحات أكثر حول مسألة الاختلاف في البطلان ، أو تصحيح السندات العرفية المعاينة لمعاملات عقارية بعد صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ 15 ديسمبر 1970 ، و التي إستمرت مدّة من الزمن . بل أنّه وضع حدّا للتناقض في الإجتهد القضائي للمحكمة العليا بشأن تأويل نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق و المكرسة بموجب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و اللّتان تستلزمان تحت طائلة البطلان ضرورة توثيق التصرفات العقارية⁽²⁾ .

غير أننا نرى مع غالبية الفقه أنّ هذا القرار أي قرار الغرف المجتمعة و إن كان يعتبر فعلا باكورة القضاء الجزائري في مجال تطبيق مبدأ الرسمية ، و تصويب الإجتهد القضائي نحو التطبيق السليم للقانون ، و وضع حد للتعامل بالسندات العرفية في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، بما يتماشى و التوجهات الإقتصادية التي إنتهجتها الدولة في مجال السكن و الصناعة و الزراعة و الإستثمار التي تتطلب أوعية عقارية معاينة بسندات رسمية .

إلا أنّ هذا القرار يبقى في جميع الأحوال قرارا عاديا لا يرقى إلى مصاف الإجتهد القضائي ، كون ما قضت به الغرف مجتمعة لم يكرس مبادئ قانونية جديدة ، و إنّما جاء مطابقا لما هو منصوص عليه في المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 1 من القانون المدني ، و اللّتين تم تجاهلهما لفترة زمنية لا يستهان بها للإعتبرات السابق ذكرها ، أضف إلى ذلك أنّ القضاء لا يلجأ إلى الإجتهد إلا في حالة غياب نص قانوني صريح ينظم مسألة ما ، أو في حالة وجود غموض ، أو لبس في نص قانوني يحتمل

¹- يراجع حسن بوعروج ، التعليق على قرار 18-02-1997 ، منشور بالإجتهد القضائي للغرفة التجارية و البحرية عدد خاص ، طبعة 1999 ، ص 43 .

²- شيخ سناء ، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع و القضاء ، المرجع السابق ، ص 210 .

تفسيره أكثر من معنى ، و الحال أنّ النصين السالفي الذكر واضح المعاني و قاطعي الدلالة ، و من ثم فإن تطبيقهما لا يعدوا أن يكون مجرد تفعيل لهذين النصين .

و يبدو أن الإتجاه القضائي الحديث قد سائر ما إنتهى إليه قرار الغرف المجتمعة ، إذ و ابتداء من تاريخ 18 فبراير 1997 غير القضاء موقفه من تسوية السندات العرفية الثابتة التاريخ بعد الفاتح من يناير 1971 ، و إعتبر جلّ المعاملات العقارية المعاينة بها باطلة بطلانا مطلق ، و أصبحت الرسمية لازمة في جميع المعاملات الواردة على العقارات .

بعد تحديد مفهوم و خصائص السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، و بيان أسباب ذبوع العمل به و شروط صحته ، و الوقوف على حجيته في إثبات الملكية العقارية فيما بين أطرافه و خلفهما و الغير و حصر حالات إكتساب السند العرفي المثبت للملكية العقارية للتاريخ الثابت ، و عرض موقف التشريع و القضاء من القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل و بعد صدور قانون التوثيق ، و عقب صدور قرار الغرف مجتمعة . نكون قد أتينا على أهم ما يتعلق بالسند العرفي المثبت للملكية العقارية ، فلا يبقى إلا أن نعرض لصور الطعن فيه .

المبحث الثالث : صور الطعن في السند العرفي المثبت للملكية العقارية

إنّ تحديد مدى حجية السند العرفي و قوته في إثبات الملكية العقارية ، يبقى متوقفا على الموقف الذي يتخذه الخصم الذي يُحتج في مواجهته بهذا السند ، و هذا الموقف لا يعدوا أن يخرج عن إحدى الحالتين : الأولى أن يعترف الخصم بصدوره منه ، أو يسكت عند مواجهته بالسند ، و بذلك يثبت للسند العرفي الحجية في الإثبات .

و الثانية أن يطعن في صحته . عينئذ يثور التساؤل حول صور الطعن التي قد يتمسك بها الخصم الذي يحتج في مواجهته بهذا السند . هل هي ذات الصور المقررة للطعن في السندات الرسمية ، أم أنّ للطعن في السند العرفي صور أخرى ينفرد بها ؟

نظرا لما قد تعرفه السندات العرفية من عيوب مادية ، من كشط ، أو محو ، أو تشطيب للكلمات أو تحشير بين السطور ، و من تحريف للمضمون بالتغيير ، أو الإضافة ، أو الحذف ، أو تقديم و تأخير للتاريخ ، فقد حوّل المشرع للمدعى عليه أن ينازع الخصم الذي يواجهه بسند عرفي إنكار مضمونه و التوقيع الوارد به ، بل و حتى الطعن فيه بالتزوير .

و لدراسة صور الطعن في السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين خصصنا المطلب الأول إلى أسلوب الطعن بالإنكار . بينما خصصنا المطلب الثاني إلى الدفع فيه بالتزوير .

المطلب الأول : الطعن بالإنكار في السند العرفي المثبت للملكية العقارية

الإنكار رخصة -Permis- خولها المشرع لمن يُحتج في مواجهته بسند عرفي لإستبعاد حجية هذا السند مؤقتا في الإثبات ، و دون حاجة إلى سلوك سبيل الإدعاء بالتزوير ، و ذلك إلى أن يثبت صدور السند من الشخص المنسوب إليه⁽¹⁾.

و إذا كان القانون قد أعطى لمن يُحتج عليه بسند عرفي هذه الرخصة للذود عن حقّه أو مزاعمه ، فليس له بعد السير في الدعوى و مناقشة موضوعها ، أن يعود بعد ذلك إلى إنكاره إيّاه .

و علّة ذلك ، أنّ الطعن بالإنكار يعتبر من قبيل الدفع الشكالية ، يجب حتى يُسمع ، الإدلاء به قبل مناقشة الموضوع -in limine litis-

و هكذا فإذا أقام المدعي دعواه على الإستدلال بسند عرفي لإثبات ملكيته للعقار ، و توانى المدعى عليه عن التمسك بحقّه في الإنكار ، بأن خاض في موضوع الدعوى دون التمسك بحقّه في إنكار السند المنسوب إليه ، فليس له أن يتدارك هذا التواني لإنكار ما دون في هذا السند من توقيع و بيانات ، و لا يبقى أمامه في هذه الحالة ، إذا ما أراد إسقاط حجية هذا السند ، إلا أن يسلك طريق الإدعاء بالتزوير و هذا أمر بديهي و منطقي ، على إعتبار أنّه بإمكان الخصم الذي يُحتج في مواجهته بسند عرفي أن يقطع في الحال ، و بمجرد الإطلاع عليه نسبته أو عدم نسبته إليه ، فإن لم ينكره فور الإطلاع عليه و خاض في مناقشة موضوعه ، فإنّ ذلك إنّما يفيد تسليمه بنسبته إليه ، فإن عاد بعد ذلك لإنكاره ، إنّما يكون ذلك إستشعارا لضعف مركزه في الدعوى ، و تحايلا على أحكام القانون في نقل عبء الإثبات إلى المتمسك بالسند .

و قد ثار التساؤل في هذا الصدد ، ما إذا كان بالإمكان إعمال هذا القول - سقوط الحق في إنكار السند العرفي بمناقشة موضوعه - على الورثة أو الخلف عند الإحتجاج في مواجهتهم بسند عرفي . فهل يؤدي بدأ هؤلاء بمناقشة موضوع السند إلى سقوط حقّهم في الدفع بعد ذلك بجهالة توقيع الوارث أو السلف ؟

¹ - عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 135 .

قبل الإجابة على ذلك ، يحسن لفت النظر إلى أنّ المشرع الجزائري لم يعرض لهذه المسألة - الدفع بالإنكار أو عدم العلم قبل مناقشة الموضوع - في معرض البحث في إجراءات مضاهاة الخطوط .

أمّا بالنسبة للفقهاء الجزائريين - و بحسب الرأي الراجح - يبدوا أنّ الحل موازي لما إستقر عليه التشريع و القضاء المصريين ، من وجوب الدفع بعدم العلم قبل مناقشة الموضوع .

مثل هذا الرأي وجد رفضاً شديداً من طرف بعض الفقهاء المصريين إذ يرون أنّه إذا ناقش الوارث أو الخلف موضوع سند نُسب إلى المورث أو السلف ، فلا يسقط حقّه بعدئذ في التمسك بإنكاره عملاً بنص الفقرة الثالثة من المادة 14 من قانون الإثبات ، لأنّه و بحسب رأيهم أنّ إطلاع الوارث أو الخلف على المحرر - قبل هذه المناقشة أو أثنائها - قد لا يُمكنه من التحقق من نسبة الخط أو الإمضاء أو البصمة إلى المورث ، بخلاف إطلاع ذات من نُسب إليه صدور المحرر عنه. إذ أنّه من اليسير على هذا الأخير بمجرد هذا الإطلاع التحقق من هذه النسبة.

و يعلل أصحاب هذا الإتجاه على صحة ما أرتأوه بقولهم: أنّ قصد المشرع من الفقرة المستحدثة بمن يسقط حقّه في إنكار المحرر بمناقشة موضوعه ذات الشخص المنسوب إليه المحرر دون غيره⁽¹⁾ .

و مهما يكن من أمر ، فإنّه يتوجب على من يُحتج عليه بسند عرفي أن يُبادر إلى إنكاره قبل مناقشة الموضوع .

أمّا إذا كان الخصم الذي يُحتج في مواجهته بالسند العرفي وارثاً أو خلفاً ، فلا يطلب منه الإنكار ، و إنّما يكفي بأن يدفع بعدم علمه بأنّ التوقيع الظاهر على السند هو توقيع مورثه أو سلفه ، على أن يعزز هذا الدفع بيمين يُؤديها .

و تفصيل ذلك ، أنّه إذا أنكر الخصم صراحة توقيع السند المنسوب إليه ، أو نفى الوارث أو الخلف علمه به على النحو السابق بيانه - قبل مناقشة موضوعه - سقطت حجية السند مؤقتاً ، و وقع على من يتمسك به عبء إثبات صدوره من صاحب التوقيع ، بإتباع إجراءات خاصة رسمها القانون تعرف بتحقيق الخطوط .

و للطعن بالإنكار حدد القانون وسائل و إجراءات ينبغي إتباعها ، نرى أن نفصلها في فرعين متتاليين : نتناول في الأول الوسائل المتبعة في تحقيق الخطوط ، و نعرض في الثاني الإجراءات المتبعة بشأنه .

¹- أحمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1983 ص 106 و 107 .

الفرع الأول : الوسائل المتبعة في مضاهاة الخطوط

يقصد بمضاهاة الخطوط أو ما يعرف بتحقيق الخطوط -La vérification d'écritures- مقارنة الجزء الذي ينصب عليه الإنكار ، بكتابة أو توقيع أو بصمة من يُنسب إليه السند في مستندات أخرى للتأكد من مطابقتها أو إختلافها⁽¹⁾ .

و في صدد التحقيق ، فإنّه بإمكان المحكمة الإستعانة بشهادة الشهود الذين حضروا واقعة كتابة السند أو توقيعها ، أو أن تُسند عملية المقارنة و تنفيذ إجراءاتها إلى خبير فني . على حدّ تعبير حكم الفقرة الثانية من نص المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " ... كما يأمر (القاضي) بإجراء مضاهاة الخطوط ، إعتامادا على المستندات أو على شهادة الشهود ، و عند الإقتضاء ، بواسطة خبير " . يستوي فيما تقدم ، إذن ، أن يجري تحقيق الخطوط أو التوقيع وفقا لما قرره المحكمة ، أي بالمستندات أو سماع الشهود أو عن طريق الخبرة .

و لم يشذ القضاء الجزائري على هذا المبدأ ، إذ ترك للمحكمة مطلق الحرية في إختيار الوسيلة التي تراها مناسبة لإتمام عملية التحقيق .

و من قبيل ذلك ، ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 05 ديسمبر 1971 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا ، أنّ للقاضي السلطة التقديرية المطلقة في إختيار إجراءات تحقيق الخطوط المنصوص عليها في المادة 76 من قانون الإجراءات المدنية " .

و يتبيّن ممّا سبق ، أنّ التشريع و القضاء قد إستقرا ، على أنّ للمحكمة كامل السلطة التقديرية في تحديد الوسيلة التي يتم التحقيق بها .

و حتى يتسنى لنا تفصيل مسألة الوسائل المتبعة في تحقيق الخطوط أو ما يعرف بمضاهاة الخطوط على نحو دقيق ، نرى أن نبحت كل وسيلة على حدى وفقا للترتيب الذي وردت به في الفقرة الثانية من نص المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

أولا : المستندات

و يقصد بالمستندات بحسب تعبير حكم الفقرة الثانية من نص المادة 167 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، المستندات التي يمكن أن تكون محل للمقارنة بالسند العرفي الذي يتضمن الخط أو التوقيع

¹ - جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص 112 .

² - قرار م الأ ، الصادر بتاريخ 05-12-1971 ، منشور ب ن ق لسنة 1971 . مشار إليه في : حمدي باشا عمر مبادئ القضاء في : ظلّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2016 ، ص 135 .

الذي أنكره الخصم . و هذه المستندات مذكورة على سبيل الحصر بعموم أحكام المادة 167 السالفة الذكر . و تتمثل فيما يلي :

- العقود الرسمية ، التي تتضمن توقيع الخصم المنكر للسند العرفي موضوع المضاهاة .
- الخطوط و التوقيعات التي سبق الإقرار بها .
- الجزء من المستند محل المضاهاة الذي لم يتم إنكاره .

هذه المستندات قد تكون موجودة بملف القضية ، و هنا تلتزم المحكمة بالتأشير عليها ، و تأمر بإيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة إلى جانب السند موضوع الإنكار . و إذا كانت هذه الوثائق غير موجودة بالملف ، فإنها تأمر الخصوم بتقديمها بعد التأشير عليها ، و الأمر بإيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة .

أما إذا كانت هذه الوثائق بحوزة شخص خارج عن الخصومة ، فقد أجاز القانون للمحكمة أثناء سير التحقيق أن تلزمه بتقديمها ، و ذلك في الأحوال المنصوص عليها في المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

على أن تتخذ المحكمة التدابير اللازمة التي من شأنها المحافظة على هذه الوثائق ، و الإطلاع عليها أو نسخها أو إرجاعها أو إعادة إدراجها .

ثانيا : شهادة الشهود

و تعني الإخبار أمام القضاء بصدور واقعة تثبت حقا لشخص آخر ، و هو الطريق الثاني للتحقيق الذي يمكن أن تلجأ إليه المحكمة ، في حالة إنكار الخصم للخط أو التوقيع المنسوب إليه ، و سماع الشهود في دعوى مضاهاة الخطوط محدود النطاق بإثبات حصول واقعة كتابة أو توقيع السند . على حدّ تعبير حكم المادة 166 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يمكن للقاضي ... سماع الشهود الذين شاهدوا كتابة ذلك المحرر أو توقيعه " .

و تفصيل ذلك ، أن شهادة الشهود في دعوى مضاهاة الخطوط لا تسمع ، إلا فيما يتعلق بإثبات حصول واقعة الكتابة أو التوقيع على السند العرفي المقتضى مضاهاته ، دون إثبات حقيقة التصرف القانوني الوارد به .

علما أنّ الإجتهد الفرنسي يُجيز الإستماع إلى الشهود الذين لم يحضروا مجلس العقد ، لكن شريطة أن تكون لهم معرفة بتوقيع أو خط الطرف الذي أنكر توقيعه أو خطه على الورقة المطعون في صحتها⁽¹⁾ .

ثالثا : الإستعانة بالخبراء

يعتبر فحص الخط أو التوقيع الذي تم إنكاره ، و مقارنته بالخطوط و التوقيعات التي سبق للمنكر الإعتراف بها ، من المسائل الفنية و التقنية التي تتطلب دراية علمية ، لذلك رأى المشرع الترخيص للقاضي في أن يلجأ إلى أهل الخبرة للإستفادة بأرائهم لما يتوافر لديهم من أهلية خاصة في توضيح ما صعب عليه فهمه ، و إثبات التشابه من عدمه .

و الخبير في هذه الحالة غير مقيد بأية وسيلة لإجراء المقارنة بين الخطوط أو التوقيعات ، فيجوز له أثناء تنفيذ الخبرة أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لإنجاز الخبرة .

ثم إنّ للمحكمة التي تأمر بإجراء تحقيق الخطوط ، في الحالة التي تعتبر فيها أنّ خبيرا واحدا لا يكفي أن تعين لذلك خبيرين أو أكثر حسب ظروف القضية⁽²⁾ ، و في هذه الحالة تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 126 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و متى أنجز الخبير مأموريته ، يُحرر تقريرا موقعا منه بنتيجة أعماله و رأيه و الأوجه التي إستند إليها بإيجاز و دقة .

و بإعتبار أنّ الخبرة مجرد رأي في مسألة فنية ، و ليست دليلا قائما بذاته ، فللمحكمة مطلق التقدير في الأخذ بها أو إستبعادها .

الفرع الثاني : إجراءات دعوى مضاهاة الخطوط

قبل عرض إجراءات دعوى مضاهاة الخطوط ، يتعين أن نشير إلى أنّ المطالبة بهذا الإجراء - مضاهاة الخطوط - إما أن تتم في صورة دفع فرعي بمناسبة نزاع مطروح أمام القضاء ، و إما أن تتم في صورة دعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة .

و تبعا لذلك سنقسم الكلام في هذا الفرع إلى عنصرين : فنتكلم أولا في الدفع الفرعي لمضاهاة السند العرفي و الإجراءات المتبعة بشأنه ، ثم في الدعوى الأصلية لمضاهاة الخطوط .

1- حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السابق ، هامش 1 ص 135 .

2- مأمون الكزيري و إدريس العلوي العبدلاوي ، شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي ، ج 2 ، مطابع دار القلم بيروت ، لبنان ، 1973-1392 ، ص 361 .

أولاً : الدفع الفرعي لمضاهاة الخطوط

من المسائل المتوقعة أن تتضمن دعوى إثبات الملكية العقارية ، سنداً عرفياً يزعم من خلاله المدعي أنه مالك للعقار بمقتضاه ، و يطلب تقرير حقه في مواجهة من ينازعه ، أو يعتدي عليه ، فيطعن الخصم على هذا السند ، من حيث توقيعه إياه ، كما يمكن لورثته أو خلفه التصريح بأنهم لا يعلمون أن الإمضاء أو الخط هو لمن تلقوا منه هذا الحق ، و حينئذ يتحتم على من يحتج بالسند أن يلعب دور المدعي و يُطالب بمضاهاة .

غير أن تقديم هذا الدفع الفرعي يقتضي توافر شروط معينة نردها في الآتي :

1- شروط قبول طلب الدفع الفرعي لمضاهاة الخطوط

إنّ الهدف الأساسي لمضاهاة الخطوط أو ما يعرف بتحقيق الخطوط ، هو تأكيد أو نفي صحة السند العرفي ، و لتحقيق هذا الهدف ، كان من الضروري التأكيد من أنّ إنكار الخصم قد ورد في صورة جازمة تدل على إصراره على تحقيق الخطوط ، و أنّ من شأن تحقيق أو مطابقة الخطوط أن يساهم في تكوين عقيدة لدى المحكمة عند الفصل في النزاع الأصلي .

لهذه الأسباب سن المشرع هذين الشرطين ، و ألزم مراعاتهما في كل عملية تحقيق للخطوط تحت طائلة رفض الطلب .

و حتى نعطي لهذه المسألة حقها في البحث ، نرى أن نبحت كل شرط على حدى وفقاً للتفصيل الآتي :

أ- أن يكون إنكار المدعى عليه صريحاً

سبق و قدمنا أنه لا يشترط أن يكون إقرار الخصم بتوقيعه السند الذي يُحتج عليه به إقراراً صريحاً بل قد يستفاد هذا الإقرار ضمناً من مجرد السكوت عند مواجهته بالسند .

بخلاف الإنكار الذي يتوجب أن يكون صريحاً ، و لم يشترط القانون أسلوباً معيناً يتعيّن على المنكر إتباعه ، إذ يكفي إبداء الدفع بالإنكار صراحة ، و بصورة جازمة تدل على إنصراف إرادة المنكر إلى إسقاط الحجية عن هذا السند . على حدّ تعبير صدر المادة 327 من القانون المدني : " يعتبر العقد العرفي صادراً ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ... " .

و لما كان الغالب من الأمر ، أنّ تلجأ المحكمة عند تكوين عقيدتها بشأن صحة التوقيع الذي ورد عليه الإنكار إلى وقائع الدعوى و مستنداتها ، يرى الشراح أنه من مصلحة المنكر ألا يقتصر إنكاره على مجرد إتخاذ موقف سلبي ، و أن يعتمد إلى تبيان الأسباب التي تؤيد إنكاره ، و إن لم يك ثمة ما يلزم المنكر

بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه . على إعتبار أن عبء إثبات صحة السند قد رتبته القانون على المتمسك به ، إذ بمجرد إنكار من يشهد عليه السند العرفي توقيعه إيّاه ، يقع على المتمسك به عبء إثبات صدوره منه .

على أن يلزم في هذه الحالة ، ألا يكون المنكر قد سلّم بصحة الخط أو التوقيع الظاهر على السند أو أن يكون قد سبق له إنكارهما أمام القضاء ، وثبت صحتها بعد إنكاره إيّاهما ، لأنّه عندئذ لا يبقى أمام المنكر إذا ما أراد إسقاط الحجية عن هذا السند ، إلاّ الطعن عليه بالتزوير (1) .

كما يشترط بداهة ، ألا يكون من يُحتج في مواجهته بهذا السند قد بادر إلى مناقشة موضوعه كما سبق و قدّمنا .

ب- أن يكون السند محل الإنكار منتجا في الدعوى

هذا الشرط عام تقتضيه جميع الوقائع التي تكون محلا للإثبات (2) ، و قد نصّت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بقولها : " إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه ، أو صرّح بعدم الإعتراف بخط أو توقيع الغير ، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أنّ هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع " .

و مؤدى ذلك ، أنّ للمحكمة في أن تحكم بصحة السند العرفي محل الإنكار ، من غير أن تجري أي تحقيق بشأنه ، و ذلك متى ترى لها أنّ وقائع الدعوى و مستنداتها كافية في ذاتها لإقناع المحكمة بصحة السند ، على أنّه يتعيّن عليها في هذه الحالة أن تبيّن في حكمها الأسباب التي إسندت إليها في حكمها . و أيّا ما كان الأمر ، إذا تخلف أحد الشرطين السابقين ، سقط الحق في التمسك برخصة الإنكار و حكمت المحكمة بعدم قبوله ، و في هذه الحالة يبقى للسند حجيتّه في الإثبات إلى أن يُطعن عليه بالتزوير ، أو أن يُكذب مضمونه ، بأن يُثبت خلاف ما هو مكتوب فيه ، بالكتابة أو غيرها ، طبقا للقواعد السابق بيانها .

أمّا بالحالة العكسية ، إذا توافر الشرطين المذكورين أعلاه ، و ظهر للمحكمة أنّ إنكار الخط أو التوقيع دفع جدي لا يُكذبه الظاهر من وقائع الدعوى و مستنداتها ، و أنّ من شأن النظر فيه أن يعّنيها في

1- همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 316 .

2- همام محمد محمود زهران ، المرجع السابق ، ص 316 .

تكوين عقيدتها بشأن صحة السند أو عدم صحته ، فإنّها تتخذ الأمر بالتحقيق فيه وفقا للإجراءات التي رسمها القانون .

2- إجراءات دعوى مضاهاة الخطوط

في حالة توافر الشرطين المنوه إليهما أعلاه ، يؤشر القاضي الناظر في الدعوى الأصلية ، على السند العرفي موضوع الإنكار ، و يأمر بإيداع أصله بأمانة ضبط المحكمة ، ثم يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط إعتقادا على المستندات الموجودة ضمن ملف الدعوى ، أو على شهادة الشهود ، و عند الإقتضاء بواسطة خبير - كما سبق و قدمنا - مع وجوب تبليغ الملف إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها (1) .

و مثلما تؤشر المحكمة على السند محل الإنكار ، تؤشر أيضا على المستندات المعتمدة للمقارنة ، على أن يتم الإحتفاظ بها كعناصر تقدير رفقة السند العرفي محل الإنكار ، أو أن تأمر بإيداعها بقلم كتاب المحكمة ، حتى يتسنى للخبير المنتدب سحبها .

و لا تسير إجراءات مضاهاة الخطوط دائما سيرا عاديا و منتظما ، بل كثيرا ما تطرأ عليها إشكالات تحول دون تنفيذها ، لاسيما تلك المتعلقة بتحديد المستندات المعتمدة في عملية المقارنة ، و في هذه الحالة أجاز القانون للمحكمة أن تفصل في ذلك بمجرد التأشير بها على الملف ، على أن يتم الإشارة إليها لاحقا في الحكم الصادر في الموضوع (2) .

و بالرجوع إلى إستقراء ما جاءت به أحكام المادة 167 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يحمل على الإعتقاد أنه بإمكان المحكمة تحري الحقيقة بنفسها (3) ، بأن تطلب من المنكر بعد فحص الخط

1- يراجع نص المادة 165 من ق . إ . م . إ .

2- يراجع نص المادة 170 من ق . إ . م . إ .

3- للتدليل على ذلك ، يراجع قرار محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ 12-05-1966 ، و الذي جاء فيه ما يلي : " لقاضي الموضوع أن يبني قضاءه بصحة السند على نتيجة المضاهاة التي يقوم بإجرائها بنفسه دون الإستعانة بخبير لأنّ القاضي هو الخبير الأعلى فيما يتعلّق بالوقائع المطروحة عليه ، و لا يجد من هذا أن يكون ثمة قرار سابق يندب خبير لإجراء الخبرة ، لأنّ رأي الخبير إستشاري في جميع الأحوال ، و لا إلزام على المحكمة في الإستعانة بأهل الخبرة بل لها أن تسعى بنفسها لجلاء وجه الحق سواء كان السبيل ميسرا أم عسيرا " . نقض مدني مصري ، 12-05-1966 مجموعة أحكام النقض ، ص 17 ، رقم 149 .

- و يراجع في نفس المعنى ، قرار محكمة النقض المغربية ، الصادر بتاريخ 21-04-1978 ، و الذي جاء فيه ما يلي : " يسوغ للمحكمة أن تقوم بنفسها بمقارنة التوقيعات و الكتابات ضمن الوثائق المدرجة في الملف ، و تستخلص منها النتيجة دون أن تكون ملزمة بالأجواء إلى خبير لتحقيق الخطوط " . نقض مدني مغربي ، 21-04-1978 ، تحت رقم 241 ، مجلة القضاء و القانون المغربية ، س 18 ، العدد 129 ، ص 83 .

أو التوقيع الذي تم إنكاره ، إنجاز مخطوطات تحت إملائها ، و إجراء مقارنة بينها - المخطوطات التي تم التوصل إليها بعد إستكتاب الخصم تحت نظرها- و بين الخط أو التوقيع الوارد في السند محل الإنكار لإثبات التشابه من عدمه .

كما يمكن للمحكمة أن تستعمل كعناصر للمقارنة الخطوط و التوقيعات التي سبق للخصم الإعتراف بها أو الجزء من المستند الذي لم يتم إنكاره .

و في هذه الحالة يتعين على الخصم الذي ينازع في صحة السند أن يحضر بنفسه للإستكتاب في اليوم و الساعة المحددين من قبل المحكمة ، فإن تخلف عن الحضور بغير عذر مقبول ، جاز الحكم بصحة السند (1) .

و في حالة عدم نجاعة هذا التحقيق ، فالمحكمة مطلق التقدير في إنتداب خبير لإجراء عملية المضاهاة بحضورها ، و إن كان البعض يذهب إلى وجوب أن تتم عملية الإستكتاب بحضور خبير ، بإعتباره المختص بمراعاة الأصول الفنية في الإستكتاب الذي سيتخذ منه أساسا للمضاهاة .

و إستكمالاً للقواعد المتقدمة ، و حتى لا يُحرم أحد الخصوم من وثيقة تحت يد شخص خارج عن الخصومة ، أجاز القانون للمحكمة أن تأمر و لو من تلقاء نفسها ، و تحت طائلة الغرامة التهديدية بإحضار الأصل أو نسخة من الوثائق التي بحوزة الغير إذا كانت مقارنتها بالسند محل الإنكار مفيدة (2) .

كما يمكن للمحكمة أن تتخذ أي إجراء تراه مناسباً للوصول إلى الحقيقة ، إنطلاقاً من الأمر بالحضور الشخصي للخصوم ، و سماع من كتب السند المنازع فيه ، و عند الإقتضاء ، سماع الشهود الذين شاهدوا كتابة ذلك السند أو توقيعه .

و إذا تم إجراء التحقيق ، و أثبتت عملية المضاهاة أنّ السند محل الإنكار مكتوب أو موقّع عليه من الخصم الذي أنكره ، حُكم عليه بغرامة مدنية من خمسة آلاف (5000) دج إلى خمسين ألف (50.000) دج ، دون المساس بحق المطالبة بالتعويضات المدنية و المصاريف (3) . أمّا إذا أظهرت عملية المضاهاة عدم نسبة الخط أو التوقيع للخصم المنكر ، إستبعدت المحكمة السند محل الإنكار و إنصرفت إلى الحكم في الموضوع .

1- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 270 .

2- يراجع نص المادة 169 من ق . إ . م . إ .

3- يراجع نص المادة 174 من ق . إ . م . إ .

أما إذا عرضت القضية أمام القاضي الجزائري ، يتم إرجاء الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط ، إلى حين الفصل في الدعوى الجزائرية .

ثانيا : دعوى الأصلية لمضاهاة الخطوط

يأخذ مضاهاة السند العرفي المثبت للملكية العقارية ، في الغالب ، كما هو مبين أعلاه ، صورة الدفع الفرعي ، حيث ينشأ عن دعوى إثبات الملكية التي يستدل عليها بالسند المطعون فيه بالإنكار . كما قد يأخذ مضاهاة السند العرفي صورة دعوى مبتدأة ، على حدّ تعبير حكم الفقرة الثالثة من نص المادة 164 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية " يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية ، أمام الجهة القضائية المختصة " .

و قد جاء الحكم الجديد ، للتماشي أكثر و شرط المصلحة المحتملة ، ليسمح للخصم الذي يحوز سندا عرفيا ، و يخشى من أن ينازعه خصمه حول حجيته مستقبلا ، أن يرفع دعوى أصلية لمضاهاة السند يثبت بمقتضاها أن السند العرفي الذي بحوزته صادرا فعلا عن الشخص الذي وقّعه⁽¹⁾.

و عموما ترفع الدعوى الأصلية لمضاهاة الخطوط بموجب دعوى مستقلة ، وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعاوى القضائية ، بموجب عريضة⁽²⁾ موقعة و مؤرخة ، مع تكليف المدعى عليه بالحضور وفقا للإجراءات المتبعة في التكليف بالحضور .

ثم بعد ذلك يأمر القاضي بإيداع السند موضوع المضاهاة لدى أمانة ضبط المحكمة ، و تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 165 إلى 169 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . و باعتبار أنّ الدعوى الأصلية لمضاهاة الخط من قبيل الدعاوى الإحترازية التي ترفع بقصد إثبات صحة السند ، و إحتياطيا طلب مضاهاته ، فإنّ مهمة القاضي تقتصر فقط على القول بنسبة أو عدم نسبة الخط أو التوقيع للمدعى عليه ، دون التطرق لأصل التصرف القانوني الوارد بالسند .

و بصدد التحقيق في هذه الدعوى - الدعوى الأصلية لمضاهاة الخطوط - فقد وضع المشرع في المادتين 171 و 173 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، قواعد خاصة للحكم فيها في حالة عدم حضور

¹- بربارة عبد الرحمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، طبعة مزيدة و منقحة مع آخر النصوص ذات الصلة و مجموعة قرارات عن المحكمة العليا ، ط 4 ، منشورات البغدادي ، الجزائر ، 2013 ، ص 154 .

²- يجب التنبيه إلى أنه إذا كان السند العرفي قد سبق شهره ، وجب شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا .

المدعى عليه ، ففضى في المادة 171 بأنه : " يعتبر القاضي عدم حضور المدعى عليه المُبلَّغ شخصيا في حالة الإدعاء الأصلي بمضاهاة الخطوط ، إقرار بصحة السند ، ما لم يوجد له عذر مشروع " .
و مؤدى ذلك ، أنّ الحكم بصحة الخط أو التوقيع في غيبة المدعى عليه الذي يُحتج في مواجهته بالسند يُشترط له ، وفقا لهذا النص ، أن يكون المدعى عليه قد بُلِّغ شخصيا بتاريخ الجلسة وفقا لإجراءات التكليف بالحضور و يثبت عدم حضوره بدون عذر مشروع ، و أنّه لم يُقدم تبريرا سائغا لعدم حضوره .
بينما سوى في المادة 173 من ذات القانون ، بين الحالة التي يتغيّب فيها المدعى عليه غير المُبلَّغ شخصيا ، و بين الحالة حضور المدعى عليه و إنكاره لصحة السند أو إدعائه عدم التعرف على الخط أو التوقيع الظاهر على السند . ففي الحالتين يجري تطبيق الخطوط وفقا للإجراءات السابق بيانها المنصوص عليها في المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
أمّا إذا حضر المدعى عليه ، و أقرّ بصحة الخط أو التوقيع الظاهر على السند ، أثبتت المحكمة إقراره و أعطت للمدعي إسهادا بذلك⁽¹⁾ حتى يكون حجة على المقر به .

المطلب الثاني : الدفع بالتزوير في السند العرفي

لا يهمننا في هذا المقام الكلام عن الدعوى العمومية المتعلقة بالتزوير ، لأنّ تحريكها يكون من طرف النيابة العامة ، أو من طرف ضحية التزوير ، و هي تخضع لإجراءات خاصة لا محل لبحثها هنا و إنّما الذي يهمننا هو بحث أثر الدفع بالتزوير في قضية مدنية بحثة من أجل دحض صحة السند العرفي لإسقاط حجيته في الإثبات و هدم الدليل .
و يقصد بالتزوير في مجال الإثبات ، تغيير الحقيقة بقصد الغش في سند أو وثيقة أو أي سند آخر بإحدى الطرق المادية و المعنوية التي بيّنها القانون تغييرا من شأنه أن يسبب ضررا بالمصلحة العامة أو بشخص من الأشخاص⁽²⁾ .

¹- يراجع نص المادة 172 من ق . إ . م . إ .

²- يراجع عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 139 .

- و هو نفس التعريف تقريبا الذي إعتمده القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ ج م ، ملف رقم : 603753 ، الصادر بتاريخ 04-07-2012 ، منشور ب م م ع لسنة 2012 ، ع 2 ، ص 332 .
المبدأ : تزوير محرر ، معناه تغيير حقيقته عمدا ، بإحدى الطرق المنصوص عليها قانونا ، و يترتب على ذلك ضرر حال أو محتمل للغير .

و إذا كان الإدعاء بالتزوير في السندات التوثيقية لا يتسع إلا للبيانات التي ذكرها الموثق بحكم مهامه و واجبات وظيفته ، أنها تمت تحت نظره و شهد على صحتها ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للسندات العرفية المثبتة للملكية العقارية ، فهو يتسع لكل تغيير له أثر مادي على السند بعد تحريره و توقيعه من قبل الأطراف.

و للدفع بالتزوير في السند العرفي صورتان ، فيصح أن يكون الإدعاء بالتزوير على صورة دعوى طارئة أو فرعية تُقدّم أثناء نظر دعوى أصلية قائمة ، كما يصح أن يكون على صورة دعوى أصلية ترفع بالإجراءات المقررة في رفع الدعاوى .

و حتى يتسنى لنا تفصيل هذا النوع من الإدعاء على نحو دقيق ، إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص أولهما لدراسة الإدعاء الفرعي بالتزوير ، و ثانيهما لدعوى التزوير الأصلية .

الفرع الأول : الإدعاء الفرعي بالتزوير

قبل عرض الإدعاء الفرعي بالتزوير ، يتعيّن أن نشير إلى أنه يمكن إثارة هذا الدفع أي الإدعاء الفرعي بالتزوير ، حتى في حالة إجراء مضاهاة الخطوط على السند العرفي ، إذا ما مسّت المنازعة بمحتوى السند ذاته ، كما لو كان موضوع النزاع يتعلق بدعوى إثبات الملكية أو دعوى إستحقاق العقار ، و دفع أحد الخصوم بوجود تغييرات أو إضافات أو حشو أو نقص أو تمزيق لجزء من السند .

و لما كان أسلوب الطعن بالإنكار هو الذي يلجأ إليه ذو المصلحة عادة ، و كانت القواعد و الإجراءات المطبقة في تحقيقه هي التي تُتبع في الإدعاء الفرعي بالتزوير و دعوى التزوير الأصلية ، فقد وجد المشرع الإكتفاء بالبحث في الإدعاء الفرعي بالتزوير و دعوى التزوير الأصلية بالإحالة إلى المادة 165 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . و على العموم يمكننا رد أحكام الإدعاء الفرعي بالتزوير إلى الأحكام التالية :

كل إدعاء فرعي بالتزوير يتعلق بسند عرفي ، يجب أن يُثار بموجب مذكرة تقدم إلى القاضي الناظر في دعوى الموضوع ، على أن تتضمن هذه المذكرة الأوجه التي يستند إليها الخصم لإثبات التزوير ، و ذلك تحت طائلة عدم قبولها . و هنا نكون أمام إحتمالين :

الإحتمال الأول: أن ترد المحكمة طلب إدعاء التزوير

إذا ظهر للمحكمة بدهاة أنّ السند العرفي المدعى بتزويره سند صحيح ، و أنّ إدعاء التزوير ليس إلا وسيلة كيدية للمماطلة⁽¹⁾، أو أنّ السند العرفي محل الإدعاء غير منتج في الدعوى ، أو أنّ النظر في الدعوى لا يتوقف على السند المطعون فيه⁽²⁾ . جاز للمحكمة أن تصرف النظر عن الإدعاء بالتزوير في السند العرفي ، و تقضي في الموضوع .

و إذا قضت المحكمة بصرف النظر عن الإدعاء بالتزوير ، و جب عليها تسبيب حكمها تسببا كافيا و قد أكدّ القضاء الجزائري على هذا المبدأ بموجب قرار صادر المحكمة العليا بتاريخ 12 فبراير 1990 جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " حيث أنّه و إن كانت المادة 76 من ق . إ . م تمكن القضاة من صرف النظر عن الإدعاء ، و إستبعاد السند المدعى بتزويره ، إلاّ أنهم يجب عليهم أن يعللوا ذلك ، كما أنهم لم يكشفوا عن رأيهم ما إذا كان المستند المستبعد غير منتج في الدعوى طبقا للمادة 76 من ق . إ . م من حيث ضرورة تعليل قبوله و إستبعاده ، و أنهم كذلك لم يبينوا و لم يناقشوا ماهية و طبيعة الأدلة التي إستندوا إليها في ترجيح دفع المطعون ضدهم ، و أغفلوا عن إجابة الدفوع المتعلقة بتزوير الوثائق ، لذا فإنّ قرارهم المطعون جاء بعمومية الكلمات المحددة من التأسيس القانوني ناقص التعليل ، و يتعيّن بذلك نقضه و إحالة القضية أمام نفس المجلس مشكلا تشكيلا آخر " .

الإحتمال الأول : أن تقبل المحكمة طلب إدعاء التزوير

إذا تراءى للمحكمة أنّ من شأن النظر في طلب الإدعاء بالتزوير أن يساهم في تكوين عقيدتها عند الفصل في دعوى الموضوع ، فإنّها تتخذ الإجراءات التالي بيانها :

تبعاً لنص المادة 181 فقرة أولى من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يُنذر القاضي الطرف الذي قدّم السند العرفي ، ليصرّح بما إذا كان يريد إستعماله أم لا .

¹- أحمد أبو الوفا ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص 108 .

²- كما لو إنصب الإدعاء بالتزوير الفرعي على إحدى الوثائق المرفقة بالملف و لا علاقة لها بالسند عرفي المعين للملكية العقارية .

³- قرار م ع غ م ، ملف رقم 481225 ، الصادر بتاريخ 12-02-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1991 ، ع 1 ص 24 .

فإذا صرّح الطرف بعد إنذاره أنّه يتخلّى عن إستعمال السند المطعون فيه بالتزوير الفرعي ، أو لم يُصرّح بشيء بعد ثمانية (08) أيام ، نحى القاضي السند من ملف الدعوى⁽¹⁾ .

و عملا بنص المادة 181 فقرة ثالثة من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إذا صرّح الطرف الذي وقع إنذاره أنّه ينوي إستعمال السند محل الإدعاء بالتزوير، أوقف القاضي الفصل في الطلب الأصلي و أمر بإيداع أصل السند داخل ثمانية (08) أيام بكتابة الضبط ، و إلّا إعتبر الطرف الذي أثار زوروية السند قد تخلّى عن إستعماله⁽²⁾ .

و تفريعا على ذلك ، إذا تم إيداع السند بكتابة ضبط المحكمة داخل الآجال المنصوص عليها أعلاه أجرى القاضي التحقيق في الطلب العارض المتعلق بالتزوير الفرعي .

أمّا إذا لم يقم الطرف الذي وقع إنذاره بإيداع أصل السند المدعى فيه بالتزوير ، أمره القاضي بإيداعه في خلال ثمانية (08) بأمانة ضبط المحكمة إذا كان ينوي إستعماله ، و إذا لم يقم بذلك في الآجال المحددة ، إعتبر كما لو أنّه صرّح بأنّه لا ينوي إستعماله .

أمّا إذا كان أصل السند محل الإدعاء بالتزوير محفوظا في مكتب عمومي أصدر القاضي أمر لمسؤول المصلحة بتسليم هذا الأصل إلى كتابة ضبط المحكمة⁽³⁾ .

و أيّا ما كان الأمر ، يلتزم القاضي خلال ثمانية (08) أيام من إيداع السند المطعون فيه بالتزوير أو أصله عند الإقتضاء بكتابة الضبط ، بالتأشير على السند أو الأصل و تحرير محضر يبيّن فيه بدقة حالة السند أو الأصل بحضور الأطراف ، أو بعد إستدعائهم بصفة قانونية لذلك .

كما يمكن للقاضي حسب الحالات أن يأمر أولا بتحرير محضر بحالة نسخة السند دون إنتظار إيداع الأصل الذي يُحرر بحالته محضر مستقل ، على أن يتضمن المحضر بيان وصف الشطب أو الأقسام أو الكتابة بين السطور و ما شابه ذلك ، و يُحرر المحضر بحضور النيابة العامة ، و يُؤشر عليه القاضي و ممثل النيابة العامة و الأطراف الحاضرون أو وكلائهم ، و يُشار في المحضر إلى إمتناع الأطراف أو أحدهم من التوقيع أو إلى أنّهم يجهلونه .

¹- يراجع نص المادة 181 فقرة 02 من ق . إ . م . إ .

²- يراجع نص المادة 181 فقرة 03 من ق . إ . م . إ .

³- يراجع نص المادة 181 فقرة 04 من ق . إ . م . إ .

و تبعا لذلك ، إذا ثبت وجود التزوير و ظهرت عناصر تسمح بمعرفة مرتكبه ، أُحيلت المستندات على النيابة العامة طبقا لمقتضيات قانون العقوبات .

و يوقف تنفيذ الحكم الفاصل في التزوير الفرعي بحذف أو تمزيق السند كلا أو بعضا أو تصحيحه⁽¹⁾ أو إعادته إلى أصله داخل أجل الإستئناف أو إعادة النظر أو النقض .
و لا يجوز تسليم نسخ من السند المطعون فيه بالتزوير ما دامت موضوعة بكتابة الضبط ، إلا بناء على حكم .

و إذا رفعت شكوى مستقلة أمام القسم الجزائي فنكون بصدد الدفع بالتزوير ، و لذلك فإنّ القسم المدني يوقف البت في الدعوى المدنية إلى أن يصدر حكم القاضي الجزائي .

الفرع الثاني : دعوى التزوير الأصلية

لم تكن دعوى التزوير الأصلية معروفة لا في القانون الفرنسي قبل مرسوم 17 ديسمبر 1973 ، و لا في القانون الجزائري قبل سنة 2008 تاريخ صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و تعتبر دعوى التزوير الأصلية سواء في القانون الفرنسي ، أو القانون الجزائري مكسبا جديدا تلقاه القانونين بترحاب ، و أصبحت الجهة المدنية الجهة الوحيدة المختصة بالنظر فيها .

أمّا عن إجراءات دعوى التزوير الأصلية فتتبع بنفس إجراءات رفع الدعوى ، بمعنى أنّ الدعوى تُقيد على مستوى قلم كتابة الضبط من طرف المدعي في دعوى التزوير الأصلية ، و يتم تكليف المدعي عليه بالحضور أمام المحكمة ، و يجب أن تتضمن العريضة الإفتتاحية ملخصا للوقائع المدعى بها ، يبيّن من خلالها المدعي (مدعي التزوير) مواضع التزوير ، و الظروف و الوقائع التي تشهد على حصول تغيير مادي في الصلب السند ، أو تزيف في أحد أجزائه⁽²⁾ .

و بهذه الدعوى الأصلية يتم إرجاء الفصل في الدعوى المدنية إلى حين البت في دعوى التزوير الأصلية و لكن يمكن للقاضي التغاضي عن الدفع الأصلي بالتزوير ، و البت في الدعوى المطروحة سابقا ، إذا رأى بأنّ الدفع غير جدّي ، كما يمكن له أن يتغاضي عن الدفع الأصلي بالتزوير إذا تمّ الصلح بين الطرفين .

¹-يراجع نص المادة 183 من ق . إ . م . إ .

²-يراجع نص المادة 176 من ق . إ . م . إ .

غير أنّ الصلح بين الطرفين لا يمنع النيابة العامة من تحريك الدعوى العمومية و متابعة الجاني ، على حدّ تعبير حكم المادة 311 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد⁽¹⁾ .

L'article 311 du nouveau CPCiv français stipule que : le ministère public , en cas de renonciation ou de transaction , pourra requérir toutes les mesures propres à réserver l'exercice éventuel de poursuites pénales .

و مثل هذا الحكم ، لم يعرض له المشرع الجزائري في معرض البحث في الإدعاء بالتزوير ، غير أننا نرى أن هذا لا ينفى على النيابة العامة تحريك العمومية إذا ما رأت في ذلك ملائمة ، لأنّ الراجح بحسب الأصل أنّ التزوير يمس بالنظام العام .

و أيّا ما كان الأمر ، إذا قضت المحكمة بثبوت التزوير ، فإنّها تأمر إمّا بإزالة أو إتلاف السند أو شطبه كلياً أو جزئياً و إمّا بتعديله . و تسجيل المنطوق على هامش السند المزور⁽²⁾ .

و قبل أن ننتهي من الكلام في الإدعاء الأصلي بالتزوير لننتقل إلى الكلام عن السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية يُحسن لفت الإنتباه إلى عدم الخلط بين الإدعاء الأصلي بالتزوير الذي يتم أمام القسم المدني ، و بين الدعوى العمومية التي تحرك أمام القسم الجزائري .

ففي الحالة الأولى يتم الفصل في التزوير بإجراءات سريعة و بسيطة ، أمّا في الحالة الثانية فالإجراءات تكون معقّدة و طويلة . و ننبه هنا إلى أنّه يجب الإنتظار حتى يصبح الحكم المثبت للتزوير حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه . فيقرر القاضي بمحو أو إتلاف السند ، أو بالشطب جزئياً أو كلياً ، أو الأمر بتصحيح السند أو إعادته إلى أصله الصحيح .

¹- Vincent (jean) , procédure civile , précis Dalloz , Dix – neuvième édition , p 925 . ED Dalloz paris 1978 .

²- يرجع نص المادة 183 من ق . إ . م . إ

الفصل الثاني : إثبات الملكية العقارية توثيقاً

يكتسي العمل التوثيقي أهمية بالغة في مجال المعاملات العقارية نظراً لما يضمنه من إستقرار للمعاملات و بث الثقة في نفوس المتعاقدين و بيان حقوقهم و إلتزاماتهم و صون و حفظ حقوق الدولة .

و قد إزدادت هذه الأهمية غداة شروع البلاد في إنتهاج نظام الإقتصاد الحر و فتح السوق العقارية أمام الترقية العقارية و الإستثمار العقاري في ميدان السكن .

و نظراً للدور المهم و المتميز الذي يلعبه توثيق التصرفات العقارية من حيث الإثبات و الحجية و ضبط الملكية العقارية ، إرتأينا أن نتقدم بعرض نبرز من خلاله مختلف جوانب السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية كي نتضح معالم هذا السند ، و تبدوا أكثر وضوحاً في ذهن القارئ .

لهذه الإعتبارات قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، نتناول في المبحث الأول مفهوم السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية : أهميته و ضوابط صحته ، و نعرض في المبحث الثاني حجية السند التوثيقي و مدى إمكانية طعن فيه ، في حين نخصص المبحث الثالث لدراسة صور السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية .

المبحث الأول : مفهوم السند التوثيقي : أهميته و ضوابط صحته

من المسائل التي تؤدي إلى تقويم الملكية العقارية و إستقرار المعاملات الواردة عليها و إكتسابها إطارا رسميا ، و إضفاء الشرعية على إلتزامات الأطراف المتعاقدة و تحقيق فكرة الإئتمان العقاري ، عملية توثيق التصرفات العقارية .

و من هذا المنظور ، و نظرا للآثار القانونية المهمة التي تترتب عن عملية توثيق التصرفات المعايينة للمعاملات العقارية ، إرتأينا تقسيم الكلام في هذا المبحث إلى مطلبين : فننكلم أولا في مفهوم و أهمية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية ، ثم في ضوابط صحته .

المطلب الأول : مفهوم و أهمية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض مفهوم السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية في فرع أول ، ثم بيان أهميته في فرع ثان .

الفرع الأول : مفهوم السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

يعدّ السند التوثيقي بلا شك التطبيق الفعلي للشكلية في منظومتنا القانونية ، خاصة بعد صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، و كذا تعديل أحكام القانون المدني بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، فبعدها كانت التصرفات العقارية رضائية يكفي لإنعقادها تطابق إرادة أطرافها ، أصبحت بعد صدور قانون التوثيق و تعديل أحكام القانون المدني تصرفات شكلية لا تنتج آثارها إلاّ إذا أُفرغت في القالب الشكلي المتطلب قانونا . حيث أوجب المشرع وفقا لمقتضيات أحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 ، ضرورة ترسيم التصرفات المعايينة لمعاملات عقارية في سند توثيقي يُحرر أمام الموثق . و قد تم التأكيد على هذه القاعدة لاحقا عند تعديل أحكام القانون المدني بموجب القانون رقم 88-14 السالف الذكر في المادة 324 و ما يليها .

فالسند الرسمي كما عرفته المادة 324 من القانون المدني بعد التعديل المشار إليه هو : " عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه " .

و على إعتبار أنّ الموثق هو ضابط عمومي كما عرفته المادة الثالثة من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، فإنّه يمكن إعتبار السند التوثيقي أحد أشكال السندات الرسمية المنصوص عليها في المادة 324 مدني ، القائمة أصلا على إرادة الأطراف المتعاقدة و المقيدة بمراعاة الضوابط و القواعد القانونية المقررة و النظام العام .

و يعزز وجهة نظرنا في هذا الطرح ما إستقرّ عليه الإجتهد القضائي في هذا الصدد ، إذ جاء في قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 28 جوان 2006⁽¹⁾ : " من المستقر عليه قانوناً أنّ الملكية العقارية لا تثبت إلاّ بموجب سندات رسمية تتمثل في العقود الرسمية و هي العقود التوثيقية ... المشهورة بالمحافظة العقارية ... " .

و أيضا ما أورده المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة 326 مكرر 1 من القانون المدني ، و التي نصّت على : " أن يكون فهرس قانوني لدى الموثق ، يبيّن فيه أنّ العقد قد حرر في نفس التاريخ " و التي تزامن تعديلها مع فترة الإصلاحات التي تبنتها الإرادة التشريعية غداة إنتهاج البلاد نظام الإقتصاد الحر⁽²⁾ و تراجع تدخل الدولة و الجماعات المحلية بسندياتها الإدارية في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها و إعادة بعث التعامل بالسند التوثيقي لما له من دور في تفادي النزاعات و حجية في الإثبات . من هذا المنظور و إنطلاقا من هذه الأفكار التمهيدية ، فإنّه يُمكن تحديد مدلول السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية بأنّه : ذلك المحرر الذي يقوم الموثق بصفته ضابط عمومي بتحريره طبقا للأشكال و الضوابط المنصوص عليها قانونا في حدود سلطته و إختصاصه ، و يتم توقيعه من قبل الأطراف المتعاقدة و الشهود ، و مهره بختم و توقيع محرره (الموثق) ، على أن يتم تسجيله و شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا .

الفرع الثاني : أهمية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

نظرا للقيمة القانونية التي يتمتع بها السند التوثيقي في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، فقد تبنى المشرع الجزائري قاعدة الرسمية أو ما يسمى بالشكل الرسمي في جميع التصرفات المعاينة لمعاملات عقارية ، و إعتد من ثم قاعدة التوثيق الإجباري كوسيلة لترقية المعاملات العقارية و ضمانة قوية لإستقرارها حماية للمصلحة الخاصة للمتعاقدين و الغير و المصلحة العامة للدولة .

هذا ما سوف نتناوله في هذا الفرع ، الذي قسمناه إلى عنصرين حيث خصصنا العنصر الأول لدراسة أهمية السند التوثيقي كأداة قانونية في توفير الحماية القانونية لأطراف التصرف و الغير . بينما خصصنا العنصر الثاني لدراسة أهميته كأداة قانونية لحماية المصلحة العامة للدولة .

¹- قرار م د ، ملف رقم 24778 ، الصادر بتاريخ 28-06-2006 ، منشور ب م م د لسنة 2006 ، ع 8 ، ص 229 .

²- زيدان بورويس ، الطرق و الإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي ، مجلة الموثق ، العدد 03 ، سبتمبر - أكتوبر 2001 ، ص 20 .

أولاً : السند التوثيقي أداة قانونية لحماية المصلحة الخاصة لأطراف التصرف و الغير

حرصاً من الإرادة التشريعية على بعث الإئتمان العقاري و تحقيق الإستقرار التعاقدى ، فقد جاءت معظم التشريعات العقارية بقواعد أمره تتعلق في جوهرها بضرورة إفراغ المعاملات العقارية في الشكل المنوه عنه في خطاب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، بغية حماية أطراف التصرف من جهة و حماية الغير الذي يسمه التصرف من جهة أخرى . هو ما سيتم شرحه وفقاً للتفصيل الآتي :

1- حماية أطراف التصرف

تظهر أهمية توثيق التصرفات العقارية بين أطراف التصرف في تنبيه هؤلاء إلى خطورة ما يقدمون عليه من تصرفات و منحهم فرصة للتحقق و التريث قبل ترتيب آثار إتفاقهم ، و كذا بيان حقوقهم و إلتزاماتهم و ضمان نفاذ إرادتهم و ترتيب آثارها و إعطائها أكثر ثقة و إئتمان . على إعتبار أنّ الموثق ملزم بتقديم النصائح للأطراف و السعي إلى موافقة نواياهم و الإرادة التشريعية ، بما يضمن لهم صحة إتفاقاتهم و تصرفاتهم فيما بعد ، و من ثمة تحصين معاملاتهم و إكسابها حجية في المستقبل فيما بين الأطراف و تجاه الغير⁽¹⁾ . و هذا ما نصّت عليه الفقرة الأولى من نص المادة 12 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، و التي جاءت صياغتها أمره : " يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة ، و أن يُقدم نصائحه إلى الأطراف ، قصد إنسجام إتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها ، و تضمن تنفيذها " .

كما تظهر أهمية توثيق التصرفات العقارية بالنسبة لأطراف التصرف في إلتزام الموثق في إطار تلقّي السندات من ذوي الشأن للتحرير ، بالتأكد من صحة و فعالية السندات الموثقة ، و هو إلتزام أصيل يضطلع به الموثق من حيث مراقبة السند المُتلقى لديه قبل و أثناء إنجازه ، من حيث البحث في مدى إختصاصه بالتحري و إضفاء الرسمية⁽²⁾ ، و مدى أهلية و صفة الأطراف المتعاقدة سواء أكانوا أشخاص طبيعيين أو معنويين ، و توجيههم إلى التصرف الملائم ، و إقناعهم بضرورة إتباع الشكل القانوني للتصرف حتى و لو كان مكلفاً مادياً أو يستغرق وقت أطول ، و إطلاعهم على كل المعلومات الخاصة بالعقار أو الحق العيني العقاري موضوع المعاملة من حيث طبيعته و موقعه و مساحته و حدوده و مشتملاته و إسم مالكة و أسباب تملكه و الأعباء و التكاليف التي تنقله ، و مدى قابليته للتعامل فيه

¹- فاتح جلول ، اليمين القانونية للموثق ، رسالة مهنية بين محراب القضاء و المكتب العمومي ، دار الهدى ، الجزائر 2010 ، ص 54 .

²- فاتح جلول ، اليمين القانونية للموثق ، المرجع السابق ، ص 53 .

حتى يكون شكل السند متناسبا مع إرادتهم ، فضلا عن إعلامهم بالتزاماتهم القانونية و المالية تجاه المصالح الجبائية ، و كذا بيان الآثار المترتبة عن تصرفاتهم ، و الإحتياطات و الوسائل التي يتعين عليهم إتخاذها لاحقا لنفاذ إرادتهم و تصرفاتهم .

و هذا ما نصّت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 12 من القانون رقم 06-02 السالف الذكر : " كما يعلم الموثق الأطراف بمدى إلتزامهم و حقوقهم ، و يبيّن لهم الآثار و الإلتزامات التي يخضعون لها و الإحتياطات و الوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم " .

2- حماية الغير

حماية للملكية العقارية و ما يترتب عليها من تصرفات قانونية ، فرض المشرع ضرورة إفراغ كافة التصرفات المعاينة للمعاملات العقارية في الشكل الرسمي الذي عرّفته المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، سواء أكانت هذه التصرفات من قبيل المعاوضات أو من قبيل التبرعات .

و نظرا لخطورة التصرفات الواردة على العقارات و الحقوق العينية المتصلة بها ، فقد أولاهها المشرع الجزائري أهمية بالغة و خصص لها حيزا هاما و معتبرا في التشريع العقاري . ففي الهبة الواردة على العقار مثلا ، و بالرغم من أنّ المادة 206 من قانون الأسرة نصّت في فقرتها الأخيرة على ترتيب البطلان بقولها : " و إذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " ، لكنها أحالتنا فضلا عن ذلك إلى وجوب مراعاة أحكام التوثيق أي أحكام المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق⁽¹⁾ ، و التي تم نقل مضمونها بالكامل بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1 ، على إعتبار أنّ التبرعات الواردة على العقارات تكتسي خطورة ذات شأن عظيم على العلاقات و الروابط الأسرية ، ذلك أنّ المتبرع فيها يتجرّد طواعية و بإرادته الحرّة و الخالصة عن ممتلكاته العقارية إلى الشخص المتصرف إليه على وجه التبرع ، ممّا يؤدي لامحالة إلى تأثير سلبي كبير على ذمته المالية و على أفراد أسرته أو في من هم أقرب مودة إليه . و بالنهاية إفتقار في ذمته المالية و حرمانا لورثته من حقهم في الميراث و لذلك فقد فرض المشرع تحت طائلة البطلان ضرورة إفراغها في الشكل الرسمي الذي حدّدته المادة

¹- مصطفى لعروم ، عقد الهبة ، أحكامه - شروطه - أركانه - خصائصه - الرجوع فيه في قانون الأسرة و على ضوء ما إستقرّ عليه الإجتهد القضائي في الجزائر ، مجلة الموثق ، ع 08 ، نوفمبر 1999 ، ص 20 .

324 مكرر 1 من القانون المدني ، حتى يتسع الوقت للمتبرع في تدبر أمره و التأني و التروي و التفكير مليًا قبل الإقبال على مثل هذه التصرفات و المضي فيها ، حماية للمتصرف و خلفه .

ثانيا : السند التوثيقي أداة قانونية لحماية المصلحة العامة

إنّ تبني الإرادة التشريعية لقاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية له ما يبرره من أهداف ، فبالإضافة إلى الدور الهام و المتميّز الذي يلعبه السند التوثيقي في توفير الحماية القانونية لأطراف التصرف و الغير الذي يمسه التصرف ، فهو يعتبر ضمانا أساسية لتحقيق العدالة و تسهيل مهمة القضاء ، ناهيك عن دوره في حفظ حقوق الدولة ، و كذا دوره كمحفز رئيسي في تحقيق التنمية الإقتصادية و ترقية الإستثمار الذي يتطلب أصلا أوعية عقارية مثبتة بسندات رسمية .

و إذا كان المشرع قد إستلزم قاعدة التوثيق الإجباري في جميع التصرفات العقارية ، فإنّ هذا يعني ضرورة خضوع السند التوثيقي المعايين و المثبت لها لضوابط جوهرية يترتب على عدم مراعاتها عدم صحته و على ذلك ، فما هي ضوابط صحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية ؟

المطلب الثاني : ضوابط صحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

يكون السند التوثيقي المعايين لمعاملة عقارية ضامنا لإثباتها ، متى كان مراعيًا لجميع ضوابطه القانونية منها و الشكلية . و للإلمام بهذه الضوابط جميعها نرى أن نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص أولهما لبيان الضوابط القانونية لصحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية ، و نعقد ثانيهما لدراسة الضوابط الشكلية التي تتطلبها صحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية .

الفرع الأول : الضوابط القانونية لصحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

يتضح من مراجعتنا لنصوص القانون المدني خاصة ما يتعلق منها بالإثبات بالكتابة ، أنّ المشرع الجزائري قد أورد بعموم أحكام المادة 324 ضابطين أساسيين لصحة السند التوثيقي . نرى أن نعرض لهما تباعا وفقا للتفصيل الآتي :

أولا : أن يكون السند التوثيقي صادرا عن موثق

يشترط القانون أن تكون السندات الرسمية صادرة عن أحد الأشخاص الذين عددهم المادة 324 من القانون المدني ، و التي ميّزت بين ثلاثة أشخاص مخولين قانونا لتحرير هذه السندات و هم : الموظف العام ، الضابط العمومي ، و الشخص المكلف بخدمة عامة . و هذا التحديد و الحصر له ما يبرره من الناحية القانونية ، كون أي سند غير صادر عن الأشخاص المذكورين أعلاه لا يعتبر سندًا رسميًا .

و على إعتبار أنّ الموثق هو ضابط عمومي - كما سبق و قدمنّا - فقد خوّل له المشرع كامل الصلاحيات في تحرير جميع المحررات التي يتطلب فيها القانون الرسمية أو التي يرغب أطرافها في إلحاق هذه الصفة بها .

و قد كرس المشرع الجزائري بموجب الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، قاعدة الشكلية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإلجباري في جميع المعاملات العقارية ، و أوجب من ثم ضرورة تحرير التصرفات المعاينة لها من قبل الموثق تحت طائلة البطلان .

و قد تمّ التأكيد على هذه القاعدة بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 المعدّل و المتمم للقانون المدني في المادة 324 مكرر⁽¹⁾ ، و أيضا بموجب القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المغلى و المعوّض لاحقا بموجب القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .

و يعتبر الموثق ضابط عمومي مخوّل قانونا بترسيم السندات و المحررات الرسمية ، و تلقي الإتفاقات و التصريحات التي يود أصحابها إعطائها الصبغة الرسمية . و هذا ما نصّت عليه المادة الثالثة من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق بقولها : " الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة " .

و صفة الضبطية العمومية التي أضفاها القانون رقم 06-02 على الموثق ، هي ذاتها التي أضفاها القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الملغى و مجموع المراسيم المطبقة له ، و لكن دون الإشارة إلى التفويض المخوّل له من طرف السلطة العمومية و هي

¹- لم يشذ الإجتهد القضائي عن تطبيق هذه القاعدة ، إذ إستقرت قراراته عقب صدور قرار الغرف المجتمعّة على وجوب إحترام الشكل الرسمي في جميع التصرفات العقارية . و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم 197347 الصادر بتاريخ 28-06-2006 ، منشور ب م الإيج ق لسنة 2004 ، ع خ ، ج 2 ، ص 258 . و الذي جاء فيه ما يلي : الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات ، إعتادا على المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، و كذلك المادة 16 من الأمر رقم 74-75 " .

العبارة المستحدثة بموجب المادة الثالثة المشار إليها أعلاه ، و تتجلى مظاهر ممارسة السلطة العمومية من طرف الموثق في الصلاحيات و المهام الرئيسية المسندة إليه و المتمثلة أساسا⁽¹⁾ في إضفاء الصبغة الرسمية على السندات و المحررات المتضمنة إتفاقات الأشخاص سواء أكانوا أشخاصا طبيعيين أو اعتباريين ، في حدود صلاحياته و إختصاصه ، و حفظ العقود التي يحررها و التي يتسلمها للإيداع و حفظ الأرشيف التوثيقي ، و كذا القيام بمهمة المراقبة القبلية للتأكد من صحة العقود و الإتفاقات لضمان إنسجامها مع الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل و ضمان تنفيذها ، بالإضافة إلى تحصيل الحقوق و الرسوم الجبائية المستحقة للخزينة العمومية ، و إعطاء الصبغة التنفيذية للعقود التي يحررها أو يتلقاها من أجل ضمان تنفيذها جبرا .

ثانيا : أن يتولى الموثق تحرير السند التوثيقي في حدود إختصاصه و سلطته

إنّ إرتباط مهنة التوثيق التي هي مهنة شبه حرّة تمارس للحساب الخاص في مكاتب عمومية للتوثيق يفرض حتما تقييدها بنوع من قواعد الإختصاص ، شأنها شأن باقي الهيئات العمومية الأخرى . و على ذلك فما هي قواعد الإختصاص التي تحكم سير قاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية ؟

1- الإختصاص الإقليمي أو المحلي للموثق في تحرير التصرفات العقارية

بخلاف قانون التوثيق القديم المنظم بموجب الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، الذي كان يقصر إختصاص الموثق في تلقي و تحرير التصرفات القانونية بدائرة إختصاص المحكمة المعين بها مكتب التوثيق . إستحدثت المشرع بموجب القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، و من بعده القانون رقم 06-02 المؤرخ في 06 فبراير 2006 قاعدة جديدة لم تكن مألوفة من قبل ، إذ جعل الإختصاص الإقليمي للمكاتب العمومية للتوثيق يمتدّ إلى كامل التراب الوطني للإنسجام أكثر مع أحكام المادة 324 مكرر 5 مدني التي تقضي بنفاذ السند الرسمي في كامل التراب الوطني .

إنّ إنسجام قاعدة الإختصاص الإقليمي للموثق في تحرير التصرفات القانونية التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، أو تلك التي يرغب الأشخاص في إعطائها هذه الصبغة ، مع قاعدة نفاذ السند التوثيقي في كامل التراب الوطني المقررة بموجب المادة 324 مكرر 5 السالفة الذكر ، تجعل الموثق

¹ - عمر زيتوني ، النظام القانوني لمهنة التوثيق و المسؤولية التأديبية للموثق ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول ، يونيو 2013 ، ص 20 و 21 .

مختصا إقليميا بتلقي و تحرير التصرفات المعاينة لمعاملات عقارية أينما وجدت العقارات محل التصرف و مهما كان موطن الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم . على حدّ تعبير حكم المادة 02 من القانون رقم 06-02 السالف الذكر : " تتشأ مكاتب عمومية للتوثيق ، تسري عليها أحكام هذا القانون و التشريع المعمول به ، و يمتد إختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني "(1) . و هو نفس النص تقريبا الذي تضمنته أحكام المادة الثانية من قانون التوثيق الملغى المؤرخ في 12 جويلية 1988 و الحامل لرقم 27-88 .

2- الإختصاص النوعي أو الموضوعي للموثق في تحرير التصرفات العقارية

حدد القانون الإختصاص النوعي أو الموضوعي للأشخاص المؤهلين بتحرير السندات العقارية ، فبيّن بموجب النصوص التشريعية و التنظيمية المتتالية المنظمة لمهنة التوثيق ، إختصاص الموثق بتحرير السندات المعاينة للتصرفات الواردة على الملكية العقارية الخاصة ، خاصة بعد إدراج مضمون المادة 12 التي تضمنها قانون التوثيق القديم المنظم بموجب الأمر رقم 70-91 ، ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بمقتضى القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، و كذا حسم المحكمة العليا للجدل الذي كان قائما بشأن التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية قبل صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18 فبراير 1997(2) .

و تشمل قاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية طبقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و تحت طائلة البطلان جميع التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية أصلية كانت أو تبعية . أمّا عن سلطة الموثق في توثيق التصرفات العقارية ، فقد تطلّبت المادة 324 من القانون المدني ، أن يكون الموثق ذا ولاية في تحرير التصرف ، و يقصد بالسلطة أو الولاية هنا ، أن يكون الموثق قائما بعمله قانونا وقت تحرير السند التوثيقي(3) ، و لا تنتفي أهلية الموثق أو سلطته ، إلا في حالات محددة

¹- و لكن لا يجب أن يفهم من نص المادة 02 المشار إليها أعلاه - كما يبدو ظاهرا - أنّ للموثق الحق في الإنتقال إلى مختلف الأماكن لتلقي و تحرير أشكال السندات و المحررات ، بل على العكس فإنّ الموثق ملزم بتلقي و تحرير المعاملات داخل مكتبه ، و لو كان ذلك بدائرة إختصاص المحكمة التي يقع فيها مكتب التوثيق ، إلا في حالة الضرورة المبررة قانونا .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 93 و ما يليها من هذه الرسالة .

³- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ، ص

قانونا ، و منها حالات المنع التي قد تقوم مع ممارسة الموثق لمهنته ، و هي حالات أوردها المشرع على سبيل الحصر في المواد من 19 إلى 22 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق و أيضا حالات التنافي و التي ورد التنصيص عليها ضمن أحكام المواد من 23 إلى 25 من ذات القانون و التي يتوجب على الموثق تلافيتها تحت طائلة المتابعات الجزائية و العزل .

و على ذلك ، فإن إنتفت سلطة الموثق لأحد الأسباب المنصوص عليها في المواد أعلاه ، و تم تبليغه بالقرار الصادر بهذا الشأن ، فإنه يفقد ولايته في تحرير أي سند توثيقي . أما إذا كان قد حرر السند في الفترة التي أعقبت صدور القرار القاضي بعزله أو منعه أو توقيفه و لو مؤقتا عن ممارسة مهنته ، و قبل تبليغه به ، فإنّ السند يبقى صحيحا ، حماية لمبدأ الأوضاع الظاهرة المصحوب بحسن النية⁽¹⁾ .

الفرع الثاني: الضوابط الشكلية لصحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

حتى يتمكن الموثق من تحرير سند توثيقي معين لمعاملة عقارية تحريريا صحيحا شكلا و مضمونا و منتجا لجميع آثاره القانونية ، فإنه يلتزم بإتباع جملة من الضوابط الشكلية . و نرى بهذا الشأن أن نبحت هذه الضوابط من خلال ثلاث مراحل يمرّ بها توثيق التصرفات العقارية و هي : مرحلة ما قبل التحرير ، مرحلة التحرير ، و مرحلة ما بعد التحرير .

أولا : مرحلة ما قبل تحرير السند

لا يكفي أن يتفق الأطراف و يتطابق الإيجاب و القبول ، حتى يتولى الموثق تثبيت ذلك الإتفاق في شكل قانوني و رسمي ، بل لابدّ عليه أن يتأكد من أنّ المعاملة المطلوب ترسيمها لا تخالف القوانين و الأنظمة المعمول بها ، و في هذا الإطار يلتزم الموثق بصفته ضابط عمومي مكلف بتقديم خدمة عمومية ، بتقديم الإرشادات و التوجيهات و إسداء النصائح للأطراف حتى تكون إتفاقاتهم منسجمة مع القوانين التي تسري عليها ، و تضمن تنفيذها ، و إعلامهم بحقوقهم و إلتزاماتهم و إطلاعهم على الإحتياجات و الوسائل التي أوجدها القانون لضمان تنفيذ إرادتهم ، بحسب ما هو منصوص عليه في المادتين 12 و 13 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق .

و بعد التأكد من إرادة الأطراف و تصريحاتهم و مدى أهليتهم القانونية في إبرام التصرف طبقا لما تقتضيه أحكام المواد : 40 ، 44 ، 78 من القانون المدني ، و قابلية العقار محل التصرف للتعامل فيه ، يتولى الموثق تحديد المستندات الواجب تقديمها ، و التي تختلف بإختلاف نوع التصرف الوارد على الملكية

¹- أنظر محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 157 .

العقارية ، كسند ملكية العقار ، و وثائق القياس ، و الدفتر العقاري بالنسبة للعقارات التي تم مسحها بالإضافة إلى الأوراق الثبوتية الخاصة بالأطراف و الشهود .

إنّ عملية تحديد المستندات و فحصها ، ستنتهي حتما إلى إحدى النتيجتين و هما : إمّا أن يقرر الموثق عدم صلاحيتها لإبرام التصرف و من ثم رفض ترسيم المعاملة ، و إمّا أن يقرر صلاحيتها لأن تكون أساساً للتعاقد ، و في هذه الحالة يلتزم بتحرير السند⁽¹⁾ .

ثانيا : مرحلة تحرير السند

يُراعى في تحرير السند التوثيقي و بدقة متناهية جملة من الترتيب ، و هي أن يكون مكتوبا باللغة العربية في نص واحد ، و يُراعى فيه عدم ترك فراغ أو بياض و عدم إحتوائه على الشطب و الكتابة بين السطور . و أن يكون سهل القراءة ، و أن يكتب الثمن أو التقويم لأجل التسجيل ، و السنة و الشهر و يوم التوقيع على السند بالأحرف ، و باقي التواريخ الأخرى بالأرقام ، و المصادقة على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات و الإشارة إلى عددها في السند بالتوقيع بالأحرف الأولى من طرف الموثق و الأطراف و الشهود⁽²⁾ . كما أنّ الموثق ملزم بأن يُبيّن في السند هوية الأطراف و الشهود وفقا لما نصّت عليه أحكام المواد : 62 ، 63 ، 65 ، من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و أخذ بصمات الأطراف و الشهود التي لا تُحسن أو لا تستطيع التوقيع ، مع التأشير على ذلك في السند إعمالا لأحكام المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني مع تلاوة الموثق للفصول المتعلقة بالضرائب و التشريعات الجبائية .

أمّا فيما يتصل بالبيانات المتعلقة بالعقار ، و التي يتوجب توافرها في كل سند توثيقي مثبت لحق ملكية عقارية ، فقد ألزمت المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني ، الموثق بذكر أصل ملكية العقار محل المعاملة ، و ذلك بتبيان أسماء المالكين السابقين و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية من أجل تجنب التصرف في ملك الغير ، خاصة بالنسبة للعقارات التي لم تشملها عملية المسح بعد .

¹- زيدان بورويس ، المرجع السابق ، ص 23 .

²- يراجع نص المادة 26 من القانون رقم 06-02 .

و في هذا السياق قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 21 أكتوبر 1990 جاء فيه ما يلي (1): "من المقرر أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا أمام الموثق ، محتويا على أصل الملكية ، مكرسا لإتفاق الطرفين ، محددا للمحل تحديدا نافيا للجهاالة ...".

و في هذا الإتجاه ، و من أجل تفادي أي رفض لإشهار السند التوثيقي بالمحافظة العقارية ، تدخلت المديرية العامة للأملاك الوطنية بموجب المذكرة رقم 689 المؤرخة في 12 فبراير 1995 (2) لتحديد كفيات تعيين العقار تعيينا دقيقا لا يتناقض و أصل الملكية و مراجع الإشهار . و التي ميّزت في هذا الصدد بين نوعين من البيانات :

1- البيانات المتعلقة بتعيين العقارات غير المسوحة

تختلف البيانات المتعلقة بتعيين العقارات الواقعة في المناطق التي لم تشملها عملية المسح بعد ، بإختلاف ما إذا كان العقار محل المعاملة واقعا في منطقة حضرية أو ريفية ، و ما إذا كان يخضع لنظام الملكية المشتركة أو الشائعة .

أ- بالنسبة للعقار الحضري

إذا إنصب السند التوثيقي على معاملة واردة على ملكية عقار غير ممسوح واقع في قطاع حضري ، يلتزم الموثق بذكر إسم البلدية الواقع فيها العقار ، الشارع ، الرقم ، طبيعة العقار كونه مبني أو غير مبني و مساحته و التي على أساسها يتم تحيين بطاقة خاصة بالعقار (3) .

ب- بالنسبة للعقار الريفي

بالنسبة للسند التوثيقي المتضمن هذا النوع من العقارات ، يلتزم الموثق بذكر نوع العقار ، موقعه محتوياته و أرقام المخطط المحفوظ بها لدى مصالح مسح الأراضي (4) ، و في حالة عدم توفره ، يذكر

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 68467 ، الصادر بتاريخ 21-10-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 1 ، ص 84 .

²- المذكرة رقم 689 الصادرة بتاريخ 12 فبراير 1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .

³- يراجع نص المواد : 21 ، 27 ، 66 من المرسوم رقم 63-76 .

⁴- خضعت بعض المناطق الريفية أثناء الوجود الفرنسي بالجزائر إلى عمليات مسح غير تامة ، إنتهت بإنجاز مخططات تعكس الوضعية القانونية للعقارات التي تم مسحها آنذاك ، هذه المخططات محتفظ بها بصفة نظامية من قبل مصالح مسح الأراضي ، و قد أجاز المشرع للموثق الإستعانة بالبيانات الواردة فيها و إستعمالها كمرجع عند تحريره لتصرفات واردة على عقارات واقعة في الوسط الريفي .

أسماء الملاك المجاورين وفقا لما نصّت عليه أحكام المادة 114 من المرسوم رقم 63-76 المذكور أعلاه .

ج- بالنسبة للسند التوثيقي المتضمن عقار خاضع لنظام الملكية المشتركة

إذا تضمن محل السند التوثيقي عقار خاضع لنظام الملكية المشتركة ، فهنا يتعيّن على الموثق إضافة إلى البيانات العامة المتعلقة بإسم البلدية ، الشارع ، الرقم و المساحة ، أن يذكر البيانات الخاصة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم ، و المتمثلة أساسا في : رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام العمارة ، الدرج ، الطابق ، نوع الحصة و النسبة في الأجزاء المشتركة ، بحسب ما هو منصوص عليه في المادة 67 من المرسوم رقم 63-76 .

د- بالنسبة للسند التوثيقي المتضمن عقار خاضع لنظام الملكية الشائعة

يلتزم الموثق في هذا النوع من السندات بذكر مساحة و حدود العقار المشاع بصفة كاملة ، ثم تحديد نسبة الحقوق العقارية في السند طبقا للنطاق الطبيعي للعقار ، فإذا كانت الوحدة العقارية أرض فضاء مثلا فإنه يمكن تحديدها بالمساحة أو بالكسور (النصف 1/2 ، الربع 1/4 ، الثمن 1/8) . أما في حالة ما إذا كانت الوحدة العقارية مبنية ، فهنا يلتزم الموثق بذكر محتويات العقار و عدد أجزائه و ملحقاته إن وجدت .

2- البيانات المتعلقة بتعيين العقارات المسوَّحة

لقد شكّل بدء العمل بنظام الشهر العيني ، الذي إنطلق مع أول إيداع لوثائق المسح تحولا في العمل التوثيقي ، حيث أصبح الموثق ملزم عند تحريره لتصرف وارد على عقار ممسوح بذكر البيانات المدرجة في دفتر العقاري ، بحيث يلتزم بذكر نوع العقار و البلدية ، القسم و رقم المخطط ، و المكان المذكور حسب دفتر العقاري ، مع الإشارة في أصل الملكية لمراجع و تاريخ الترقيم العقاري المقيد في دفتر العقاري .

ثالثا : مرحلة ما بعد التحرير

إنّ تحرير السندات التوثيقية المعايينة لمعاملات عقارية من طرف الموثق ، قد لا يكون كافيا لوحده لإثبات الملكية العقارية و تحصيلها بصورة كاملة و ترتيب آثارها القانونية في مواجهة الدولة و الغير ، ما لم تُتبع بإجراءات التسجيل بمفتمشية التسجيل و الطابع و تستكمل بإجراءات الشهر بالمحافظة العقارية . و نرى بهذا الشأن أن نعرض عملية التسجيل الجبائي للسند التوثيقي أولا ، ثم بيان عملية إشهاره ثانيا .

1- التسجيل الجبائي و إجراءاته

نتعرض لمفهوم التسجيل الذي يعتبر في حقيقة الأمر أسلوب من أساليب فرض الضريبة على كل تصرف قانوني ، و نوع من المراقبة الجبائية من الدولة ، لنشرح فيما بعد إجراءاته .

أ- مفهوم التسجيل الجبائي

يمكن تعريف التسجيل -Enregistrement- بأنه إجراء جبائي منظم من طرف مصلحة إدارة الضرائب وفق قواعد و ضوابط محددة قانونا ، يتم من خلاله تأدية الرسم المستحق لفائدة الخزينة العمومية⁽¹⁾

و هو يعدّ بمثابة شكلية يفرضها القانون على جميع التصرفات القانونية المفرغة في قالب توثيقي .

و في هذا الصدد أخضع المشرع بموجب الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدّل و المتمم⁽²⁾، جميع التصرفات الواردة على العقارات للتسجيل وجوبا ، بغض النظر

عما إذا كان نقل الملكية العقارية و الحقوق العينية المتصلة بها بين الخواص بعوض أو بدون عوض .

و عموما تظهر علاقة التسجيل بالتوثيق بصفة جلية من خلال نص المادة 40 من القانون رقم 06-02

المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق : " يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق

و الرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ، و يدفع مباشرة

لقابضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة ، و يخضع في ذلك لمراقبة المصالح

المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به . و ينبغي على الموثق زيادة على ذلك ، فتح حساب ودائع

لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحوزها " .

يستفاد من تحليل هذه المادة أنّ المشرع قد ألزم الموثق بتسجيل جميع التصريحات و السندات التي يبرمها

لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا ، لما في ذلك من أهمية على الصعيدين

الجبائي و القانوني .

فمن الناحية الجبائية ، تعدّ الضريبة العقارية من أهم الآليات التي تعتمد عليها الدولة في كل ما يتعلق

ببعث التنمية الاقتصادية و ترقية الإستثمار ، و تعزيز و تنويع مواردها المالية خارج المحروقات .

أمّا عن القيمة القانونية للتسجيل ، فهو يكتسي أهمية بالغة ، كونه يعتبر من أهم الشروط الشكلية التي

تتطلبها عملية شهر التصرفات العقارية ، على إعتبار أنّ المحافظ العقاري مخوّل قانونا برفض إيداع

¹- بلفاضي كريمة ، الكتابة الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير فرع القانون

الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية : 2004-2005 ، ص 83 .

²- منشور في ج ر ، ع 81 ، الصادرة بتاريخ : 18-12-1977 .

أي سند و بالتبعية رد إجراء إشهاره ما لم يتم تسجيله مسبقا بمصلحة التسجيل و الطابع . ناهيك عن دوره القانوني في تثبيت رسمية السندات التوثيقية و ضمان حفظها و إثبات وجودها تجاه الخزينة العمومية و كذا تمكين الدولة من فرض رقابتها على حركة رؤوس الأموال العقارية و إعادة تقويمها بما يسمح بتحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عنها⁽¹⁾ .

و بما أنّ التسجيل الجبائي يتم من أجل تحصيل رسوم محددة سلفا بموجب قانون التسجيل و تبعا للتعديلات الدورية لقوانين المالية السنوية و التكميلية ، فإنّ هذه الأخيرة - رسوم التسجيل - تختلف باختلاف المعاملات و التصرفات الواردة على العقارات ، فقد تكون بنسب مئوية ثابتة⁽²⁾ أو نسبية (تصاعدية)⁽³⁾ وفقا لما نصّت عليه المادة الثانية من الأمر رقم 76-105 المذكور أعلاه .

حيث يلتزم مفتش التسجيل رفقة مساعديه بالقيام بإجراء التسجيل مباشرة بعد عملية الإيداع ، حيث لا يمكن له تأجيل تسجيل العقود و نقل الملكيات التي تم دفع رسومها بأي حال و لو كان الأمر يتعلق بإجراء خبرة ، و له الحق في الإحتفاظ بالعقود طيلة الأربع و العشرين (24) ساعة فقط حتى يتمكن من مراجعتها من حيث الشكل ، كما له الحق في أن يرفض الإيداع و بالتالي رفض إجراء التسجيل في حالة عدم إحترام إجراءاته⁽⁴⁾ . و على ذلك فما هي الإجراءات المتبعة في تسجيل السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية ؟

ب- إجراءات التسجيل

إعمالا لأحكام المادة التاسعة من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل ، يلتزم الموثقون بإيداع مجموعة من الوثائق على مستوى مصلحة التسجيل و الطابع⁽⁵⁾

¹- أنظر مقني بن عمار ، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية ، دراسة في القانون الجزائري دار هومه ، الجزائر ، 2014 ، ص 170 .

²- الرسوم الثابتة : هي تلك الرسوم (الحقوق) التي لا تتغير بالنسبة لجميع العمليات من نفس النوع . و تُسجل برسم ثابت كل العقود التي لم تُحدد تعريفاتها في قانون التسجيل ، و التي لا يُمكن كذلك أن تخضع أو يترتب عنها رسم نسبي أو تصاعدي ، وفقا لما نصّت عليه أحكام المادة 208 من قانون التسجيل . و من بين المعاملات التي تخضع لهذا النوع من الرهون الرسمية ، حق التخصيص ، شهادة نقل الملكية ، شهادة الحياة .

³- الرسوم النسبية أو التصاعدية : هي تلك الرسم المقررة في حال نقل الملكية أو حق الإنتفاع ، و هي تخضع لمبدأ التدرج حسب قيمة العقار ، فكلما زادت قيمة العقار زادت معها نسبة الرسم .

⁴- دوة آسيا و رمول خالد ، المرجع السابق ، ص 79 و 80 .

⁵- يتحدد الإختصاص الإقليمي للتسجيل الجبائي للتصرفات العقارية بموقع مكتب التوثيق ، و ليس بموقع العقار .

في الآجال القانونية المحددة بموجب قانون التسجيل ، تحتوي لزوماً على قاعدة بيانات ، يترتب على عدم إحترامها رفض إجراء تسجيلها ، و تتمثل هذه الوثائق في الآتي : الكشوف الإجمالية⁽¹⁾ ، أصول السندات⁽²⁾ -La minute- و ملخصات الأصول (شهادة طبيعة العقد)⁽³⁾ -Les Extrait de nature-des actes- و بعد تمام عملية الإيداع القانونية للوثائق المذكورة أعلاه بمصلحة التسجيل و الطابع ، وفقاً للآجال المحددة قانوناً ، يقوم مفتش التسجيل رفقة مساعديه بمراجعتها من حيث الشكل ، و فحص المعلومات و البيانات الواردة في أصول السندات ، و مقارنتها بالملخصات و كذا الكشوفات الإجمالية ليقوم بعد ذلك بتحديد الوعاء الضريبي ، و تسليم الموثق كشف الأمر بالدفع يُحدد فيه رسم حقوق التسجيل ، على أن يلتزم الموثق بدفعه عن طريق شيك لدى مصلحة قابضة الضرائب مقابل وصل دفع الرسم . ليقوم بعد ذلك بإيداعه بمصلحة التسجيل و الطابع ، حيث تقوم هذه الأخيرة بختم و توقيع أصول السندات و الملخصات و اضة تاريخ التسجيل و رقم وصل التسجيل و الحجم و الفهرس و الرقم .

أما عن آجال التسجيل⁽⁴⁾ فهي محددة بشهر يسري من تاريخ تحرير العقد ، و هذا بالنسبة للسندات الخاضعة لرسم نسبي ، أما بالنسبة للسندات الخاضعة لرسم ثابت فأجالها تسري من تاريخ الشهر الموالي من تاريخ تحرير العقد ، و ذلك تحت طائلة غرامات جبائية يتحملها الموثق ، و إذا صادف آخر يوم من الأجل يوم عطلة إمتد الأجل تلقائياً إلى أول يوم عمل يليه مباشرة .

و هذا الأجل يسري على جميع العقود ، أيا كان نوعها سواء تضمنت نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية ، و هذا بإستثناء التصريحات التي يجب على الورثة أو الموصى لهم تقديمها عن الأموال

¹- الكشوفات الإجمالية : هي عبارة عن إستمارات معدة مسبقاً من قبل مصلحة إدارة الضرائب تسلّم مجاناً للموثقين ، تدون عليها طبقاً لأحكام المادة 153 من الأمر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل ، البيانات الآتي ذكرها : إسم الموثق تحديد الإدارة أو المصلحة ، رقم الفهرس (رقم العقود) بالترتيب ، تاريخ توقيع السند ، طبيعة السند (بيع ، هبة وصية ...) ، مبلغ أو القيم الخاضعة للرسم ، مبلغ الرسوم الثابتة أو النسبية المستحقة و المتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفة قانونية .

²- أصول السندات - La minute- هي المحررات الأصلية المنجزة من قبل الموثق ، و التي تُوضع عليها تأشيرة التسجيل يُبين من خلالها مفتش التسجيل بالأحرف تاريخ التسجيل و رقم السند و مبلغ الرسوم المدفوعة ، على أن يلتزم الموثق بالإحتفاظ بها ضمن أرشيفه التوثيقي .

³- ملخصات الأصول أو ما يعرف بشهادة طبيعة العقد -Les Extrait de nature des actes- هي عبارة عن ملخصات لأصول السندات المودعة للتسجيل ، تحتوي على البيانات التالية : تعيين الأطراف ، تعيين العقار ، أصل الملكية ، الإستغلال (الملكية و الإنتفاع) ، الثمن أو التقويم .

⁴- يراجع نص المواد من 58 إلى 63 من الأمر رقم 76-105 .

المستحقة لهم أو التي إنتقلت عن طريق الوفاة ، و التي ينبغي أن تُسجل في أجل سنة واحدة ، تسري من تاريخ الوفاة . و هذا تطبيقاً لأحكام المادة 65 من الأمر رقم 76-105 السالف الذكر .

و لا نترك الكلام في إجراءات التسجيل الجبائي للسند التوثيقي المثبت و الناقل للملكية العقارية قبل أن نشير ، أنه زيادة على رسوم التسجيل التي يلتزم الأطراف بدفعها ، فقد ألزم المشرع بعموم أحكام الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع المعدل و المتمم⁽¹⁾، الأطراف بدفع رسوم الطابع الجبائي أو ما يعرف بالدمغة⁽²⁾ .

و رسم الطابع هو نوع من الضريبة المفروضة على المحررات الخاضعة للتسجيل ، حيث يلتزم الموثقون بوضع طابع جبائية على السندات التوثيقية المقدّمة للتسجيل .

و في هذا الصدد نصّت المادة الأولى من الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع على : " أن رسم الطابع هو الضريبة المفروضة على جميع الأوراق المخصصة للعقود المدنية و القضائية و للمحررات التي يمكن أن تقدم للقضاء كدليل و لا توجد إستثناءات أخرى إلاّ الإستثناءات التي ينص عليها القانون " .

و قد بيّنت المادتين 52 و 58 من الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع ، كيفية تحصيل رسم الطابع ، حيث حدّدت المادة 52 منه أحجام الأوراق المقدمة للتسجيل ، بينما حدّدت المادة 58 المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2000⁽³⁾ ، قيمة الطابع الجبائي المخصص لكل حجم من الورق .

¹- منشور في ج ر ، ع 39 ، الصادرة بتاريخ : 15-05-1977 .

²- يجذير التشبيه أنه أثناء الحقبة الإستعمارية و السنوات الأولى للإستقلال كان يتم تدوين مضمون التصرف على ورق مدموغ - papier Timbré - يحمل طابع جبائي غير مرئي ، مطبوع من قبل المطبعة الرسمية يمنح لمصلحة الضرائب مجاناً و التي تقوم ببيعه للخواص .

أما عن القيمة القانونية للورق المدموغ ، فعلى عكس ما كان سائدا لدى البعض بوجود قوة ثبوتية للمعاملات المدونة عليه فليس لهذه التصرفات أية قيمة قانونية ما لم تتم في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون . يراجع لأكثر تفصيل ، علاوة بوتغران ، مرصد الموثق ، سر الورق المدموغ و تجاوزات الكتاب العموميين ، مجلة الموثق ، عدد 02 ، 2001 ، ص 39 و 40 .

³- المادة 58 من الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون الطابع . معدلة بموجب المادة 29 من القانون رقم 99-11 المؤرخ في 23-12-1999 المتضمن قانون المالية لسنة 2000 . منشور في ج ر ، ع 92 الصادرة بتاريخ : 25-12-1999 .

و إذا كانت العلاقة بين العمل التوثيقي و التسجيل الجبائي للتصرفات العقارية وطيّدة ، فإن العلاقة بين العمل التوثيقي و الإشهار العقاري أوطد و أخطر ، على إعتبار أنّ المشرع لا يعترف بحق الملكية للمتصرف إليه مثلا في مواجهة الغير ، إلاّ إذا كان السند الذي بحوزته مشفوعا بصيغة الشهر العقاري .

2- الشهر العقاري و إجراءاته

نعرض فيما يلي إلى عملية الشهر العقاري التي تعدّ إجراء شكليا لا يقل أهمية بالنظر إلى السند المثبت للملكية العقارية ، علما أنّ هذا الإجراء يعدّ شرط أساسي لنقل الملكية و إعلام الغير ، أمّا عن إجراءاته و التي يتكفل بها الموثق فإنّها الذرع الواقي لكل تصرف قانوني يرد على العقار .

أ- مفهوم الشهر العقاري

يتضح من إستقرائنا للنصوص المنظمة للنشاط العقاري ، خاصة ما يتعلق منها بالقوانين التي تدير مصلحة الحفظ العقاري ، أنّ المشرع الجزائري لم يكتف في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، أن يكون السند المعين لها محررا بمعية موثق ، و مؤشرا عليه من قبل مصلحة التسجيل و الطابع ، بل أنه صاغ قاعدة آمرة بعموم أحكام المادة 793 من القانون المدني ، مفادها أن يكون شهر التصرفات العقارية مطلقا و بدون إستثناء ، فلا إنتقال لحق الملكية و لا أي حق عيني آخر للعقارات لا بين المتعاقدين و لا في مواجهة الغير ، إلاّ عبر متابعة التأشير عليها بمجموعة البطاقات العقارية ، و أنّه لا وجود و لا فعالية للأعباء و التكاليف التي تنقل العقارات إلاّ من تاريخ قيدها بالصحيفة العينية للعقار⁽¹⁾.

و هو نفس الإتجاه الذي سلكه المشرع عند تبنيه لنظام الشهر العيني ، و يظهر ذلك بوضوح من خلال صياغته لأحكام الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و بالضبط المادة 15 منه والتي تنص على أنه : " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلاّ من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ... " و تكملة لما سبق و بشكل أكثر وضوح و أكثر دلالة نصّت المادة 16 من ذات الأمر على أن : " العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني ، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلاّ من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية "

و يستخلص ممّا تقدم أنّ المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الشهر المطلق للتصرفات العقارية كوسيلة إجرائية لترتيب الأثر العيني للتصرفات الواردة على المعاملات العقارية ، في محاولة منه لتحقيق الإئتمان العقاري

¹- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 164 .

و ضمان إستقرار المعاملات العقارية ، و بث الثقة في نفوس المتعاقدين و إعلام الغير بالوضعية القانونية و المادية للعقارات .

و لا تتحقق هذه الأهداف وفقا لما هو معمول به في النظام القانوني الجزائري المطبق على العقارات و الحقوق العينة المتصلة بها ، إلا بتعميم تطبيق نظام الشهر العيني ، على إعتبار أنّ الجزائر تأخذ بنظام الشهر الشخصي كمرحلة إنتقالية في إنتظار إتمام عملية مسح الأراضي العام .

و الشهر العقاري في نظامه الشخصي و العيني هو مجموعة القواعد و الإجراءات التي تمكن من تحديد و ضبط كل ما يرد على الحقوق العينية العقارية الأصلية منها و التبعية في حدود إختصاص المحافظة العقارية ، بهدف إعلام الغير بها و إظهار وجودها . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لعملية الشهر وفق نظام الشهر الشخصي أولا ، ثم بيان عملية الشهر في ظلّ نظام الشهر العيني ثانيا .

❖ نظام الشهر الشخصي

في إنتظار تعميم عملية مسح الأراضي العام و تأسيس البطاقات العقارية ، فإن كل السندات المعاينة لتصرفات واردة على أملاك عقارية واقعة في مناطق لم تشملها عملية المسح بعد ، يتم شهرها وفق نظام الشهر الشخصي⁽¹⁾.

و يعتبر هذا النظام - نظام الشهر الشخصي - من أقدم الأنظمة المنظمة لعملية الحفظ العقاري ، حيث إتخذته أغلب الدول أساسا لحفظ و شهر الحقوق بهدف إعلام الغير بالوضعية المادية و القانونية للعقار المراد التعامل فيه .

إنّ نظام الشهر الشخصي في أبسط تعريف له هو ذلك النظام الذي يكون فيه مالك العقار محل إعتبار عند تحيين البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل المعاملة ، و من هذه الخاصية إستمد هذا النظام تسميته ، ففي هذا النظام تتم عملية الشهر طبقا لأسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات العقارية و أسماء الأشخاص الذين يتلقون الحقوق محل التصرف ، إذ تتم العملية في نوعين من السجلات سجلات يتم القيد فيها طبقا للترتيب الزمني لتقديم السندات للشهر ، و سجلات أخرى يتم القيد فيها طبقا للحروف الأبجدية لأسماء الأشخاص⁽²⁾ .

¹-يراجع نص المادة 27 من الأمر رقم 74-75 .

-يراجع أيضا نص المادة 113 من المرسوم رقم 63-76 .

²-ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 68 .

و باعتبار أنّ هذا النظام يعتمد على العنصر المتغير في العلاقة - أسماء الأشخاص القائمين بها - فإنّ احتمال تصرف المالك في عقاره لأكثر من شخص أمر وارد ، خاصة في ظل الأخطاء التي قد ترتكب بسبب تشابه الأسماء و الألقاب ، لذلك فإن الشهر وفق هذا النظام ليس له قوة ثبوتية مطلقة للحق المشهر ، فهو لا يُظهر التصرف من العيوب التي قد تشوبه لسبب من أسباب البطلان كالتزوير و الصورية ، كما أنّه لا يحمي المتصرف إليه من تجريده من الحق الذي آل إليه بطريق الإبطال أو الفسخ و تملك الغير للعقار بالتقادم ، فضلا عمّا قد يتقل العقار محل التصرف من رهون رسمية و حجوز عقارية .

فالشهر في ظل هذا النظام يبقى مجرد وسيلة لإعلام الغير عن المعاملة العقارية المنجزة ، و تحديد صاحب الأولوية الذي يكون أسبق الطرفين في شهر سنده . لذلك ، قيل بحق ، أنّ هذا النظام هو نظام لتسجيل العقود و ليس نظاما لقيّد الحقوق .

لهذه الأسباب و أمام عجز هذا النظام عن تحقيق الأهداف التي شرّع من أجلها ، قامت بعض الأنظمة من خلال تشريعاتها الداخلية بالبحث عن نظام بديل يؤمن حفظ الحقوق بطريقة مُحكمة ، و يحقق الحجية في مواجهة طرفي السند ، و الغير على السواء . و هذا البديل يعرف بنظام الشهر العيني .

❖ نظام الشهر العيني

باعتبار أنّ عملية شهر التصرفات العقارية وفق نظام الشهر العيني تتطلب جمع البيانات اللازمة التي تتطلبها المعرفة الكاملة لهوية العقارات من حيث تحديد موقعها و مساحتها و طبيعتها و مشتملاتها و أسماء مالكيها و أسباب تملكها و الرهون و الحجوز التي تنقلها ، يُعد الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الذي وُضع حيّز التطبيق بموجب المرسومين رقم 62-76 و 63-76 ، النص المرجعي لتبني المشرع لنظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر العقاري في الجزائر⁽¹⁾ ، و يتضح ذلك بوضوح من خلال إعتماده المسح كأساس مادي و السجل العيني كأساس قانوني⁽²⁾ .

¹- و إن كان أول قانون قد أشار لعملية المسح العام للأراضي هو القرار المنشئ لمديرية التنظيم العقاري و المسح المؤرخ في 12 يناير 1962 ، ثم تلاه بعد ذلك الأمر رقم 73-71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية .

²- يراجع نص المادتين 02 و 03 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري المعدّل و المتمم .

- و يراجع أيضا ما سيأتي بيانه في ص 444 و ما يليها من هذه الرسالة .

و بخلاف عملية الشهر في نظام الشهر الشخصي التي تركز على أسماء أطراف التصرف أثناء عملية القيد في السجلات ، فإن قوام عملية الشهر وفق نظام الشهر العيني هو العقارات بمواقعها لا الأشخاص بأسماءها ، بحيث يُخصص لكل عقار صحيفة أو أكثر تثبت فيها الهوية الكاملة للعقار ، من حيث تحديد موقعه و رقمه و مساحته و بيان حدوده و قوامه و هوية مالكه ، وكل ما يرد عليه من تصرفات و ما يتقله من رهون و حوز ، إذ يمكن لكل ذي مصلحة بمجرد الإطلاع عليها معرفة الوضعية القانونية و المادية للعقار .

و يعتبر الشهر العقاري بمقتضى أحكام المادة 14 من الأمر رقم 75-74 المذكور أعلاه ، إجراء إجباري لترتيب الأثر العيني للتصرفات و الحقوق العينية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة أو منشأة أو ناقلة أو معدلة أو منهية لحق عيني أصلي أو تبعي ، و بغض النظر عن نوع السند المعين للتصرف عمّا إذا كان سند توثيقي أو حكم قضائي أو سند إداري ، حيث يلتزم المحافظ العقاري بفحصها من حيث الشكل و المضمون لتنفيذ إجراء إشهارها ، وفقا لقواعد و إجراءات محددة نوجزها في الآتي :

ب- إجراءات الشهر

يخضع السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية لإجراءات الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية الواقع بدائرة إختصاصها العقار محل التصرف ، وفقا لما نصّت عليه المادة 04 من المرسوم رقم 76-63 و ذلك بمقتضى رسم إشهار نسبي يُحدد ب01% من قيمة الثمن أو التقويم المصرح به في السند المقدم للإشهار ، و المتضمن نقل الحقوق العينية العقارية المشاعة أو غير المشاعة ، بعوض أو بدون عوض حيث يلتزم الموثق بعد تسجيل السند التوثيقي بمصلحة التسجيل و الطابع ، بإعداد نسخة مطابقة له مع إضافة مراجع التسجيل عليها . و لقبول الإيداع شكلا يتوجب على الموثق أن يقوم بإيداع صورتين رسميتين أو نسختين من السند المطلوب إشهاره ، و ذلك في آن واحد بعد تحرير مضمون السند على مستخرج أو نموذج خاص يسمى إجراء إشهار عقاري⁽¹⁾ تسلمه الإدارة مجانا لمحرري العقود ، ليقوم بعد ذلك المحافظ العقاري بالتأشير على هاتين النسختين و إرجاع إحدهما إلى الموثق و الإحتفاظ بالثانية التي تحمل تأشيرة التصديق على الهوية و تأشيرة الشرط الشخصي للأطراف لحفظها و ترتيبها

¹- هو عبارة عن مستخرج في شكل جدول معدّ مسبقا من قبل مديرية الحفظ العقاري ، لأجل إتمام عملية الشهر العقاري و يحتوي جدول إشهار عقاري على عدّة خانات تُدرج فيها البيانات التالية : خانة مخصصة للإيداع ، و ثانية لرقم المجلد و تاريخ و رقم الشهر ، و ثالثة للرسم ، أمّا الخانة الرابعة فهي مخصصة لمراجع المسح و ملخص العقد ، إلى جانب الإطار المخصص للمحافظ العقاري .

على مجموعة البطاقات العقارية حسب ترتيب حجمها و رقمها ، و هذا في حالة قبول الإيداع و تنفيذ إجراء الإشهار⁽¹⁾ .

أما عن الوثائق المرفقة فهي تختلف بحسب طبيعة التصرف الوارد على العقار ، و بحسب ما إذا كان العقار واقعا في منطقة ممسوحة أو غير ممسوحة ، و من بين هذه الوثائق نذكر منها : الجدول الوصفي للقياس ، في حالة ماذا إذا كان العقار محل المعاملة خاضعا لنظام الملكية المشتركة ، الدفتر العقاري و مستخرج العقد نموذج (ب ر 4 مكرر) (PR4 BIS) في حالة ما إذا كان العقار محل الإشهار ممسوحاً⁽²⁾ .

¹- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 354 .

²- تستلزم إجراءات شهر التصرفات العقارية في نظام الشهر العيني ، أن يقوم المحافظ العقاري ابتداء من أول كل شهر حتى اليوم العاشر منه بإحالة مجموعة من الوثائق ضمن جدول من نموذج (ب ر 11) (PR11) إلى إدارة المسح قصد إطلاعها على كل تصرف و عملية تغيير تطال العقارات التي تم مسحها ، و تتمثل هذه الوثائق فيما يلي :

- مستخرج من نموذج (ب ر 4 أو ب ر 4 مكرر) (PR4 ou PR4 BIS) مطابقا للوثائق التي تم إشهارها .
- جداول وصفية للتقسيم مرفقة بالمخططات المطابقة .
- نسخة ثنائية من محاضر النموذج (ب ر 14 أو ب ر 15) (PR14 ou PR15) متممة بالمراجع الخاصة بالإشهار العقاري .

و في هذا الصدد ، تقوم إدارة المسح بمراجعة كل ملخص جديد ، و إعادة تحيين (La Mise à jour) و وثائق المسح المودعة لديها طبقا للمعاملات التي تم شهر سنداتنا .

و لهذا يتعين على الموثق قبل تحرير السند المعين لمعاملة عقارية ، الإستفسار لدى إدارة المسح ، عما إذا كان العقار محل المعاملة واقعا في منطقة ممسوحة أو منطقة غير ممسوحة ، فإذا تبين أن العقار محل المعاملة قد شمله المسح العام للأراضي ، يلتزم الموثق بتحرير ملخص العقد على مستخرج العقد نموذج (ب ر 4 مكرر) (PR4 BIS) ، على أن يتم إيداعه رفقة الوثائق المرفقة بالمحافظة العقارية أثناء إتمام عملية الشهر . و في حالة قبول الإيداع و تنفيذ إجراء الإشهار يقوم المحافظ العقاري بإرسال مستخرج العقد نموذج (ب ر 4 مكرر) (PR4 BIS) إلى مصلحة المسح ، حتى يتسنى لهذه الأخيرة ضبط و إعادة تحيين و وثائق المسح المودعة لديها (La Mise à jour) طبقا لمراجع الإشهار المدونة بمستخرج العقد نموذج (ب ر 4 مكرر) (PR4 BIS) بإسم المالك الجديد للعقار .

و من الإشكالات التي يثيرها مستخرج العقد نموذج (ب ر 4 مكرر) (PR4 BIS) من الناحية العملية ، أنه قد يحدث أن يقوم المالك الجديد للعقار بالتصرف فيه مباشرة بعد إستلامه للدفتر العقاري ، و في هذه الحالة يستعصي على الموثق شهر التصرف الجديد في الآجال المحددة قانونا ، إما بسبب عدم إرسال جدول (ب ر 11) (PR11) إلى مصالح المسح في الآجال المحددة ، أو تقاعص مصالح الحفظ العقاري عن تحيينه عند إيداعه ، مما يؤدي إلى تعطيل إجراءات شهر التصرف ، و تعريض الموثق لغرامة التأخير عن الإيداع في الآجال .

وبتقنة نموذج (CC6) لَمَّا يكون العقار محل الإجراء غير مسموح⁽¹⁾، وثيقة القياس لَمَّا يتعلق الأمر بتغيير في حدود الملكية ، و قرار التجزئة في حالة ما إذا تمت عملية تجزئة . بالإضافة إلى الوثائق الثبوتية الخاصة بأطراف التصرف و الشهود كالوكالات و شهادات الميلاد و نسخ من بطاقات التعريف . أما عن آجال إيداع السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية ، فهي تختلف باختلاف طبيعة السند المودع⁽²⁾.

بعد تمام عملية الإيداع القانونية للوثائق المذكورة أعلاه بالمحافظة العقارية المعنية و بالضبط على مستوى قسم الإيداع و عمليات المحاسبة ، وفقا للآجال المحددة قانونا ، يلتزم المحافظ العقاري بتجسيد العملية و ذلك بالتأشير بالسند المقدم للإشهار و الوثائق المودعة على سجل الإيداع تمهيدا لتنفيذ الإجراء ، على أن يقوم بتسليم الموثق وصل إيداع يفيد إستلام السند ، يحمل مراجع الإيداع و تاريخه و مراجع البطاقة العقارية⁽³⁾، كما له بعد ذلك الإطلاع على فقرة الثمن أو التقييم لتحديد رسم الإشهار و الذي يلتزم الموثق بتسديده عن طريق شيك قبل تمام العملية . على أن يقوم المحافظ العقاري رفقة مساعديه بمراجعة السند المقدم للإشهار من حيث الشكل و المضمون للتأكد من سلامته و إكتمال أركانه و شروط إنعقاده .

إنّ عملية مراجعة و فحص المحافظ العقاري للسند المقدم للإشهار ، ستنتهي حتما إلى إحدى النتيجتين و هما ، إما أن يقرر المحافظ العقاري عدم صلاحيته للإشهار و من ثم رفض إيداعه ، و إما أن يقرر قبول إيداعه ، و في هذه الحالة يلتزم بتنفيذ إجراء إشهاره .

¹- إذا تبين للمصالح المحلية لمديرية المسح ، أنّ العقار محل المعاملة لم يشمل المسح العام للأراضي ، تُسلم الموثق وثيقة نموذج (CC6) تبين أنّ العقار المراد التعامل فيه لم يتم مسحه بعد ، على أن يتم إرفاقها بالسند المقدم للإشهار و باقي الوثائق المرفقة بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا ، ليتم شهر التصرف وفق نظام الشهر الشخصي .

²- يراجع نص المادة 353-4 من ق . ت .

- يراجع نص المادة 99 من المرسوم رقم 63-76 .

و يجدر التنويه هنا إلى أنّ هناك تناقض و تعارض بين النصين المذكورين أعلاه ، فيما يتعلق بالآجال الممنوحة لإتمام إجراء الشهر ، ممّا يتعيّن على المشرع التدخل لتوحيد الآجال التي يلتزم فيها الموثق لإتمام الإجراء المتعلق بالشهر بين المادة 99 من المرسوم رقم 63-76 و المادة 353-4 من ق . ت .

³- حميدي محمد لمين ، نظام تورنس Le système Torrenes للشهر العقاري و تطبيقاته في النظام العقاري الجزائري دار هومه ، الجزائر ، 2015 ، ص 212 .

و أيًا ما كان الأمر ، إذا عاين المحافظ العقاري أثناء عملية الفحص الأولية ، أنّ السند المقدم قصد الإجراء يعتريه أحد أسباب رفض الإيداع المشار إليها في المادة 100 من المرسوم رقم 76-63 المشار إليه أعلاه ، فإنه يقوم برفض الإيداع بقرار مسبب ، مع إخطار الموثق بذلك لإستدراك النقص أو تصويب الخطأ .

و باعتبار أنّ عملية الفحص الأولية للسند المقدم للإشهار هي عملية سريعة و سطحية للشروط الشكلية للإشهار ، يمكن للمحافظ العقاري رد تنفيذ إجراء إشهار السند بعد قبول إيداعه ، إذا تبين له أثناء عملية الفحص الدقيق للسند من حيث أركانه و شروط إنعقاده و مدى تطابق مضمونه مع الوثائق المرفقة و البيانات المدرجة في البطاقة العقارية ، أن السند محل الإشهار مشوبا بأحد أسباب رد تنفيذ الإجراء المنصوص عليها في المادة 101 من ذات المرسوم ، ففي هذه الحالة يتعيّن على المحافظ العقاري وقف تنفيذ إجراء الشهر بقرار مسبب ، و تبليغه إلى الموثق في خلال خمسة عشر (15) يوما ، تسري من تاريخ الإيداع ، لتدارك النقص أو العيب أو الخطأ ، بعد إقتطاع تلقائي لمبلغ ألف (1000) دينار جزائري من رسم الإشهار المُسدّد عند الإيداع ، حسب ما نصّت عليه الفقرة 11 من المادة 353 من قانون التسجيل⁽¹⁾ ، على أن يقوم على الفور بالتأشير على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل التصرف بعبارة " إجراء قيد الإنتظار " .

و هنا يمكن للموثق بعد تبليغه بقرار رفض الإيداع أو رد الإجراء ، تدارك النقص أو تصويب العيب أو تصحيح الخطأ عن طريق إيداع عقد تصحيحي أو تعديلي ، و يتم تنفيذ إجراء الشهر بأثر رجعي يسري من تاريخ الإيداع ، شريطة دفع الموثق لمبلغ ألف (1000) دينار جزائري لتغطية الرسم المستحق و في حالة مرور خمسة عشر (15) يوما ، دون تدارك الوضع ، يقوم المحافظ العقاري بالتأشير بالرفض على سجل الإيداع ، و عند الإقتضاء على البطاقة العقارية و الدفتر العقاري ، و تبليغ الموثق بالقرار المتخذ خلال ثمانية (08) أيام التالية لإنقضاء الأجل ، و فقا لما نصّت عليه المادتين 107 و 108

¹- يراجع نص المادة 353 الفقرة 11 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 10 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 . منشور في ج ر ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ : 29-12-2003 .

من المرسوم رقم 63-76 ، مع حفظ حق الأطراف في الطعن في القرار القاضي برفض تنفيذ الإجراء أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً⁽¹⁾.

أما في حالة إكتشاف المحافظ العقاري للخطأ أو النقص أو العيب الذي يعترى السند بعد تنفيذه لإجراء الإشهار ، فهنا يقوم المحافظ العقاري بإستدعاء الموثق لتصحيح الخطأ أو تكملة النقص أو تصويب العيب ، و هنا نكون أمام احتمالين ، إما أن يستجيب الموثق لطلب المحافظ العقاري ، وفي هذه الحالة لا يثور أي إشكال ، حيث يقوم المحافظ العقاري بالتأشير بالأخطاء و التعديلات على البطاقة العقارية و دفتر العقاري طبقاً للعقد التعديلي أو التصحيحي المودع من قبل الموثق ، أما في حالة عدم إستجابة الموثق للطلب ، فهنا يُوقف المحافظ العقاري أي إجراء لاحق للحق المكتسب⁽²⁾ إلى غاية تدارك النقص المعايين حسب ما نصّت عليه المادة 109 من المرسوم رقم 63-76 .

كما قد يحدث أن يقوم المحافظ العقاري بشهر سند توثيقي ينطوي على مخالفة قانونية جسيمة ، يستعصي على الأطراف و الموثق تداركها بعقد تصحيحي أو تعديلي ، و تعدّر على المحافظ العقاري الكشف عنها

¹- أما في حالة ما إذا كان قرار الرفض غير مؤسس قانوناً ، فيمكن للموثق إيداع السند موضوع الرفض من جديد خلال خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ تبليغه بقرار الرفض ، دون دفع المبلغ المقطوع ، حيث يتولى المحافظ العقاري تكملة قيمة الرسم تلقائياً .

و لكن إذا كان الهدف من وراء دفع الموثق للمبلغ المقطوع ، هو تكملة قيمة الرسم المستحقة ، لأجل إتمام عملية الإشهار العقاري . فهل يمكن للموثق إسترجاع مبلغ رسم الإشهار كاملاً ، في حالة عدول أطراف التصرف عن المضي في إتمام إجراءات الشهر ، كما لو كان العقار محل التصرف مثقلاً بإمتياز لصالح إدارة الضرائب مثلاً ، و رفض المشتري إنتقال ملكية العقار المتقل بهذا الإمتياز .

أجابت على ذلك الفقرة الثانية من نص المادة 353 من قانون التسجيل ، على أنه بعد الإقتطاع التلقائي لمبلغ ألف (1000) دينار جزائري يبقى في حوزة المحرر المبلغ المتبقي ، إما كرصيد لتغطية الرسم المستحق عند إستيفاء نفس الإجراء المطلوب في وقت لاحق بعد تصحيح الخطأ أو تصويب العيب ، أو لإستيفاء إجراءات أخرى .

و يستشف من تحليل هذه الفقرة أن المبلغ المتبقي بعد الإقتطاع التلقائي ، لا يكون مستحقاً لفائدة الخزينة العمومية في حالة عدول أطراف التصرف عن المضي في إتمام إجراءات شهر التصرف ، على الرغم من تسديده مسبقاً إلى المحافظ العقاري على إعتبار أن المشرع قد رهن قبض حقوق الإشهار العقاري بالقيام بإجراء الإشهار ، أضف إلى ذلك أن الإبقاء على رسم الإشهار المسدد عند الإيداع ، دون تنفيذ الإجراء لا يكون له عنوان في محاسبة المحافظ العقاري . يراجع لتفصيل أكثر حول الموضوع ، نعوش أحمد ، قراءة في المادة 353-11 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 10 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول يونيو 2013 ، ص 87 و ما يليها .

²- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 374 و 375 .

في حينها . في هذه الحالة ألزمت المذكرة رقم 4318 الصادرة عن مديرية أملاك الدولة بتاريخ 27 أكتوبر 1998⁽¹⁾، جميع المحافظين العقاريين بالإلغاء الفوري لإجراء الإشهار لكل سند إكتشف أنه كان من المفروض رفض إشهاره ، مع ضرورة إبلاغ المدير الولائي للحفظ العقاري بالقرار المتخذ ، الذي يتعين عليه إرسال تقرير مفصل إلى الإدارة المركزية ، و رفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة لإبطال آثار إشهار السند لمخالفته القوانين و التنظيمات المعمول بها في مجال الحفظ العقاري ، إستنادا للصلاحيات الممنوحة له بموجب المادة 10 من المرسوم رقم 91-65 المؤرخ في 02 مارس 1991 مع ضرورة شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى أمام نفس المحافظة العقارية ، حماية لحقوق الغير⁽²⁾.

أما في حالة تأكد المحافظ العقاري من سلامة مضمون التصرف و إكتمال أركان صحته و شروط إنعقاده و عدم وجود أي خلل أو نقص ، و أن كل البيانات و الإجراءات المطلوبة تم إستيفائها ، فإنه يقوم بتنفيذ إجراء الشهر عن طريق التأشير بالتصرف على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار بالحبر الأسود الذي لا يمحي بكيفية واضحة و مقروئة ، مع ضرورة إستعمال المختصرات الجارية في قيد المعلومات و إستعمال الأختام و الأرقام المؤرخة ، و تقادي الكشط و المحو . كما ألزم المشرع ضرورة وضع خط بالحبر الأحمر تحت كل عملية إجراء جديدة بما يفيد فقد عملية التأشير السابقة آثارها القانونية⁽³⁾. و حينئذ يمكن للشخص الذي إنتقلت إليه ملكية الحق العيني محل السند الإحتجاج بحق الملكية في مواجهة الغير و المالك السابق نفسه .

و لا نترك الكلام في إجراءات شهر السند التوثيقي قبل أن نشير إلى أنه بالرغم من أن النظام القانوني المطبق في الجزائر يُخضع التصرفات الواردة على العقارات و الحقوق العينية المتصلة بها إلى نظام الشهر العقاري ، إلا أن إنعقاد و صحة هذه التصرفات يبقى مستقلا عن إجراءات شهرها ، و معنى ذلك أن الشهر العقاري لا يعتبر ركنا لإنعقاد التصرف العقاري ، و تبقى الشكلية الوحيدة التي تعبر ركنا

¹- المذكرة رقم 4318 الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 1998 ، فيما يخص تبديد الأملاك الوطنية (تعليمة رقم 5 مؤرخة في 21-09-1998 صادرة عن السيد رئيس الحكومة) ، مجمع النصوص لسنة 1998 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ووزارة المالية .

²- رمول خالد ، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة ، الجزائر ، 2001 ص 137 .

³- يراجع نص المادتين 33 و 34 من المرسوم رقم 76-63 .

- يراجع أيضا : المذكرة رقم 2650 الصادرة بتاريخ 20 ماي 1998 ، المتعلقة بضبط الوثائق العقارية ، مجمع النصوص لسنة 1998 المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .

في التشريع الجزائري هي قاعدة التوثيق الإجباري أو ما يعرف بالكتابة الرسمية المنصوص عليها بعموم أحكام المادة 324 من القانون المدني ، إذ بمجرد تحرير التصرف المعايين لمعاملة عقارية بمعنية موثق ينعقد التصرف صحيحا و قائما و مرتبا لجميع الإلتزامات الشخصية لطرفيه ، بينما يبقى ترتيب الأثر العيني المتمثل في إنشاء الحق العيني أو نقله أو إنقضاءه ، مرهون بالتأشير بالتصرف بكامله على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل المعاملة .

و هو ما يعني أنّ عدم إستيفاء إجراءات الشهر لا يؤدي إلى بطلان التصرف ، و إنما تعطيل نقل الملكية إلى المتصرف إليه ، و عدم الإحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير .

و هو ما أكدّه الإجتهد القضائي في عدّة قرارات له ، نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 جانفي 1990 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: " حيث أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني " .

و أيضا ما أورده القرار الصادر عنها بتاريخ 28 أكتوبر 1998 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾: " من المقرر قانونا أنّه لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري " .

المبحث الثاني : حجية السند التوثيقي و مدى إمكانية الطعن فيه

يقوم السند التوثيقي في مجال إثبات التصرفات العقارية بإفترض يفيد صحته قانونا ، و الذي كرسه المشرع في أحكام القانون المدني ، و بالضبط المادة 324 مكرر 5 منه ، و التي تنص على أنّه : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " .

يبرز من النص أعلاه أنّ المشرع الجزائري قد اعتبر السند التوثيقي حجة بذاته دون حاجة إلى الإقرار به و يعفي من يتمسك به من إثبات صحته أو إقرار خصمه .

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 68467 ، الصادر بتاريخ 21-01-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 1 ص 86 .

²- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 182360 ، الصادر بتاريخ 28-10-1998 ، منشور ب م ق لسنة 1999 ، ع 1 ص 81 .

- يراجع أيضا قرار م د ، ملف رقم 186443 ، الصادر بتاريخ 14-02-2000 ، غير منشور ، مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 455 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنّ إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام ، و أن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقارية " .

و تفصيل ذلك ، أنه متى توافر في السند التوثيقي الشروط القانونية و الشكلية التي تكسبه صفة الرسمية و كان مظهره الخارجي لا يبعث على الشك من وجود كشط أو محو أو إضافة أو عيوب مادية ، أصبح سندا متوافرا فيه قرينتان من حيث مصدره ، قرينة سلامته المادية و قرينة صدوره ممّن وقّعه⁽¹⁾ .

غير أنّ هاتين القرينتين ليستا بالقرينتان القطعيتان ، و إنّما هما قرينتين بسيطتين يجوز دحضهما بطريق الإدعاء بالتزوير أو البطلان . كما لو كان المظهر الخارجي للسند غير سليم ، أو كان خاليا من توقيع الموثق أو الختم الرسمي للدولة أو من توقيع ذوي الشأن أو كان به عيوب مادية ، كوجود كتابة بحبر مختلف أو كشط أو محو أو إضافة أو تحشير ، و نحو ذلك من العيوب المماثلة .

و بناء على ما سبق ، نقسم الكلام في هذا المبحث إلى مطلبين : نخصص أولهما للكلام في حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية . و ثانيهما لمدى إمكانية الطعن فيه .

المطلب الأول : حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية فيما بين أطراف التصرف و الغير في فرع أول ، ثم في حجية النسخ أو الصور الضوئية الفوتوغرافية المأخوذة عنه في فرع ثان ، و أخيرا حجية بيانات الفرس في فرع ثالث .

الفرع الأول : حجية السند التوثيقي بالنسبة للأطراف و الغير

لحجية السند التوثيقي مجالان ، يتمثل الأول في نطاق الحجية فيما بين الطرفين ، أمّا الثاني يتمثل في نطاق الحجية قبل الغير .

و نعرض فيما يلي حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية فيما بين أطراف التصرف أولا ، ثم حجيته في مواجهة الغير ثانيا .

أولا : حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية فيما بين أطراف التصرف

تنص المادة 324 مكرر6 من القانون المدني على أنّه : " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن . غير أنّه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الإحتجاج بتوجيه الإتهام ، و عند رفع دعوى فرعية بالتزوير ، يمكن للمحاكم حسب الظروف ، إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا " .

¹ - عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 105 .

كما تنص المادة 324 مكرر 7 من نفس القانون على أنه: "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء. ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت".

يتبين من قراءة المادتين أعلاه أنّ للسند التوثيقي المثبت للملكية العقارية حجة على أطراف التصرف بما فيهم الخلف العام و الخلف الخاص، و هذه الحجية مستمدة من قاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية.

و ترتيبا على ذلك، فإنّه متى كان السند التوثيقي محررا بمعية موثق في حدود إختصاصه و سلطته و مستوفيا لجميع الأوضاع و الأشكال و الترتيب التي حددها القانون، قامت قرينة على صحة و سلامة ما ورد فيه إلى أن يثبت تزويره أو ما يخالفه بالطرق المقررة قانونا. فلا يستطيع مشتري العقار المتقل برهن مثلا أن ينكر ما ورد في السند، كأن يحتج بأنّه لم يكن على علم بأنّ العقار قد إنتقل إليه منقل بهذا الرهن، أو أن يطعن في الأجل الممنوح له لتسديد قيمة الرهن، و ذلك بإدعاء أجل للتسديد غير الذي دون في السند، و بالمقابل فإنّ البائع ملزم بالبيانات الواردة في السند، فلا يحق له مثلا الإدعاء بالزيادة في الثمن أو الإحتجاج بأجل أقرب للتسديد من الذي تم تدوينه في السند إذا تم الإتفاق على أن يكون التسديد بالأقساط.

فمثل هذه البيانات تعتبر صحيحة إلى أن يقوم من يُنازعها بإقامة الدليل على ما يخالفها، وفقا لما نصّت عليه المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني السالفة الذكر، إلا أنّ عبارة "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره" الواردة في صلب هذه المادة يكتنفها الكثير من الغموض و الإلتباس على إعتبار أنّ المشرع الجزائري و على غرار نظيره الفرنسي⁽¹⁾ لم يفرق بين البيانات التي تصل فيها الحجية إلى حدّ الطعن بالبطلان، و بين البيانات التي تصل فيها الحجية إلى حدّ الطعن بالتزوير بخلاف المشرع المصري الذي حسم أمره من هذه المسألة، و إنّ كانت صياغته قاصرة على ذكر البيانات التي تصل حجيتها إلى حدّ الطعن بالتزوير، دون الإشارة إلى الطائفة الثانية من البيانات بنصه في المادة 11 من قانون الإثبات المصري: "المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهنته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا".

¹- أنظر المادة 1319 من التقنين المدني الفرنسي.

و نحن من جانبنا نرى أنه كان حري بالمشرع الجزائري أن يأتي بالتفرقة بين هذين النوعين من البيانات لتفادي حالات الغموض و الإلتباس التي قد تطل حجية السندات التوثيقية .
و نظرا لأهمية هذا العنصر في البحث ، كان واجبا علينا التفرقة بين البيانات التي يجوز الطعن فيها بالبطلان ، و بين البيانات التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير ، وفقا لما إستقرّ عليه الفقه و القضاء⁽¹⁾ .

1- البيانات التي تصل حجيتها إلى حدّ الطعن بالبطلان

هي تلك التصريحات أو الإقرارات التي يُدلي بها أطراف التصرف و الشهود أمام الموثق ، دون أن يمس صحتها ، و تكون لها علاقة مباشرة بالسند ، كما لو صرّح البائع أمام الموثق أنه قبض ثمن العقار المبيع أو صرّح المشتري أنه عاين العقار محل المعاملة و وضع يده عليه ، دون أن يكون القبض أو المعاينة و وضع اليد قد حصل أمام الموثق ، أو تصريح الأطراف بأنهم ليسوا في حالة حجر ، أو ذكر الأطراف لثمن لا يعبر عن القيمة الحقيقية للعقار محل المعاملة بغية التهرب من دفع الرسوم المستحقة لفائدة الخزينة العمومية ، أو إتفاق الأطراف على إخفاء وصية في صورة تصرف قانوني آخر للتحايل على أحكام التركات و المواريث . فكل هذه البيانات و ما يماثلها تعتبر صحيحة إلى أن يقوم من يُنازعها بإثبات عكسها بالطرق العادية المعدّة للإثبات ، و العلة من ذلك أنّ الطعن في هذه البيانات لا يتضمن مساسا بأمانة الموثق و صدقه ، و من ثمة يمكن إثبات صورية التصرف المثبت بسند توثيقي دون حاجة إلى إجراءات الطعن بالتزوير .

2- البيانات التي تصل حجيتها إلى حدّ الطعن بالتزوير

هي تلك البيانات التي يدونها الموثق كتحرير مضمون تصريح المتعاقدين أمامه بالإيجاب و القبول و الشروط الخاصة بالسند و العلم بها من قبل الشهود ، و تاريخ تحرير و توقيع السند من قبل الأطراف و الشهود ، و بيان إسم الموثق و لقبه و صفته و محل إقامته المهنية ، و إثبات حضور ذوي الشأن و الشهود و التحقق من تصريحاتهم و هويتهم و بلوغهم سن الرشد القانونية ، و البيانات المتعلقة بإتمام

¹- للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم 202764 ، الصادر بتاريخ 27-09-2000 ، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ، ص 309 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنّ العقد التوثيقي يتضمن نوعين من البيانات :

1- البيانات التي تتعلق بالوقائع التي يباشرها الموثق بنفسه أو الوقائع المادية التي يقوم بها الأطراف أمام الموثق الذي يعاينها و هذه البيانات تكون حجة حتى الطعن فيها بالتزوير .

2- أما البيانات المتعلقة بالتصريحات و الإتفاقات التي يتقاهها الموثق من الأطراف تكون حجة إلى أن يثبت عكسها " .

إجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري . و بصفة عامة كل البيانات التي ذكرها الموثق بحكم مهامه و واجبات وظيفته أنها تمت تحت نظره و شهد على صحتها . فكل هذه البيانات يكون لها حجية مطلقة ، و لا يجوز إثبات عكسها ، إلا بالطعن بالتزوير .

فلو ادعى أحد أطراف التصرف أو دائنيهم مثلا ، عدم صحة التصرف الوارد في السند التوثيقي ، بحجة أن السند لا يحتوي على مراجع التسجيل أو الإشهار ، فليس أمامه إلا طريق الإدعاء بالتزوير في السند فلا يجوز له أن يستجوب الموثق أو الخصم للحصول على إقرار منه يثبت ما يدعيه ، فالسبيل الوحيد لإثبات هذا النقص في البيانات هو الطعن بالتزوير .

ثانيا : حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية في مواجهة الغير

لا تقتصر حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية على أطرافه فقط ، بل تفيد كذلك بالنسبة للغير وفقا لما جرى عليه حكم الفقرة الأولى من نص المادة 324 مكرر6 من القانون المدني : " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن ... " .

و بالرغم من أن صياغة هذه الفقرة جاءت ناقصة و قاصرة على الأشخاص الذين تم ذكرهم -المتعاقدين و خلفهم - إلا أن إنشاء السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية يعتبر في حد ذاته واقعة قانونية لها وجود بالنسبة للجميع ، و يعزز وجهة نظرنا في هذا الطرح ما نصت عليه المادة 324 مكرر5 من القانون المدني و التي جاءت صياغتها أكثر وضوح و أكثر دلالة على أن حجية السند التوثيقي لا تقتصر على المتعاقدين و خلفهم فقط ، و إنما تمت لتشمل كل من يُحتج عليه به : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " (1) .

إنّ إنسجام قاعدة الإختصاص الإقليمي للموثق في تحرير السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية المقررة بموجب المادة الثانية من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم منهة الموثق ، مع قاعدة نفاذ السند التوثيقي في كامل التراب الوطني المنوه عنها في خطاب نص المادة 324 مكرر5 السالفة الذكر تجعل حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية تسري في مواجهة أطراف التصرف و خلفهم و الغير .

¹ - و هو نفس المبدأ الذي أخذ به القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ م ، ملف رقم : 176264 الصادر بتاريخ 18-11-1998 ، منشور ب م ق لسنة 1999 ، ع 1 ، ص 102 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " .

على أنه يتعين لبيان هذه الحجية في مواجهة الغير ، إجراء ذات التفرة التي أجريها بالنسبة لحجية السند التوثيقي بين أطرافه بين نوعي البيانات التي يتضمنها السند التوثيقي⁽¹⁾ .

فبالنسبة لحجية السند التوثيقي بالنسبة للغير فيما يتعلق بطائفة البيانات الأولى ، فيمكن للغير إقامة الدليل على ما يخالفها بإتباع الطرق العادية في الإثبات ، دون حاجة إلى الإدعاء فيها بالتزوير ، كما لو قام مورث بإخفاء وصية واردة على عقار إلى أحد الورثة وراء ستار عقد بيع ، ففي هذه الحالة يجوز للورثة أن يثبتوا بجميع الطرق ، بما فيها البيّنة و القرائن أنّ التصرف المطعون فيه وصية ، و أن يُطالبوا بتطبيق أحكامها .

أما بالنسبة للطائفة الثانية من البيانات ، فلا يجوز للغير إثبات خلاف ما ورد بالسند من بيانات أثبتتها الموثق في حدود إختصاصه و سلطته ، إلا بطريق الإدعاء بالتزوير .

الفرع الثاني : حجية نسخ السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

عرضنا فيما سبق للحجية التي تترتب للسند التوثيقي المثبت للملكية العقارية فيما بين أطراف التصرف و الغير ، و نقصد بالسند هنا النسخة العادية الأصلية -originale- و ليس الأصل -La minute- فقد جرى العمل على إطلاق لفظ أصل السند -La minute- على النسخة العادية الأصلية -originale- الصادرة عن الموثق و مستخرج أو جدول إجراء إشهار عقاري الصادر عن مصالح الحفظ العقاري بمناسبة إتمام عملية الشهر العقاري ، و كذا مستخرج أو ملخص الأصل أو ما يعرف بشهادة طبيعة العقد -L'extract de nature de l'acte- التي تقدم بمناسبة عملية الإيداع القانونية أثناء إتمام عملية التسجيل الجبائي -Enregistrement- بمصلحة التسجيل و الطابع⁽²⁾ .

غير أنّ هذه التسمية معيبة ، لأنّ أصل السند -La minute- لا يسلم لأطراف التصرف ، بل يحتفظ به الموثق ضمن أرشيفه التوثيقي ، و يُلجأ إليه في حالة فقدان النسخة العادية الأصلية -originale- أو في حالة تعارض النسخة العادية الأصلية -originale- مع النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المستنسخة عنها ، كما سنوضح ذلك لاحقا .

و لذلك ينبغي منعا لللبس التمييز بين أصل السند -La minute- و النسخة العادية الأصلية -originale-

¹- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 186 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 129 و ما يليها من هذه الرسالة .

فأصل السند -La minute- هو ذلك المحرر المنجز من قبل الموثق ، و الذي يشتمل على توقيع و بصمة أطراف التصرف و الشهود و من يستعين بهم الموثق عند الإقتضاء كالمترجم ، و كذا توقيع و ختم الموثق ، و تأشيرة مصلحة التسجيل أي توقيع و ختم مفتش التسجيل و الطابع .

في حين أنّ النسخة العادية الأصلية -originale- فهي نسخة منقولة عن الأصل -La minute- تسلم عادة للمتصرف إليه بمناسبة نقل الملكية العقارية ، بعد إتمام إجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري ، و لا تشتمل إلاّ على توقيع و ختم الموثق ، دون توقيع الأطراف و الشهود و تأشيرة التسجيل و إلى جانب النسخة العادية الأصلية ، نجد النسخة العادية الثانية⁽¹⁾ التي تسلم لأطراف التصرف بعد مرور مدّة من الزمن ، و هي أيضا نسخة منقولة عن الأصل ، و تشتمل على نفس البيانات التي تتضمنها النسخة العادية الأصلية .

أمّا بالنسبة لمستخرج أو جدول إجراء إشهار عقاري الصادر عن مصالح الحفظ العقاري ، و مستخرج أو ملخص الأصل أو ما يعرف بشهادة طبيعة العقد -L' extrait de nature de l'acte- الصادر عن مفتشية التسجيل و الطابع ، و التي تسلم عادة لأطراف التصرف بناء على طلبهم ، فهي تُعدّ سندات رسمية لإثبات الملكية العقارية ، كونها تشتمل على البيانات الرئيسية التي يتضمنها أصل السند -La minute- و لكن رسميتها تتمثل في كونها نسخ عادية أصلية - Copie originale - و ليس أصل -La minute- و من ثم فهي تُرتب نفس الحجية التي تُرتبها النسخة العادية الأصلية في الإثبات أمّا ما يستنسخ عن النسخة العادية الأصلية أو الثانية (البسيطة) الصادرة عن الموثق أو مستخرج إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد المشار إليها أعلاه ، فتسمى نسخ أو صور ضوئية فوتوغرافية و لبيان مدى حجيتها في إثبات الملكية العقارية ، يتوجب التفريق بين حالتين ، حالة ما إذا كان أصل السند موجودا ، و ما إذا كان قد فقد . و ترتيبا لذلك سأعرض لهذين الحالتين على النحو التالي :

أولا : حالة وجود أصل السند -La minute-

جرى العمل على الأخذ بحجية النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المأخوذة عن النسخة العادية الأصلية -originale- أو الثانية (البسيطة) الصادرة عن الموثق أو مستخرج إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، بوصفها مطابقة لأصل السند -La minute- و لكن إذا نازع أحد الطرفين

¹- يطلق عليها بعض الفقهاء مصطلح النسخة العادية البسيطة ، يراجع لأكثر تفصيل ، محمد حسن قاسم ، المرجع السابق

في هذه المطابقة ، فإن المحكمة تأمر بمراجعة النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية على أصل السند -La minute-(1). و على هذا جرى حكم المادة 325 من القانون المدني: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا ، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل .

و تعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين ، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل " .

يُبيّن من هذه المادة ، أنه حتى يكون للنسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المأخوذة عن النسخة العادية الأصلية -originale- أو المأخوذة عن جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، حجية في إثبات الملكية العقارية ، لا بدّ من توافر شرطين ، أولهما : أن يكون أصل السند -La minute- موجودا ضمن الأرشيف التوثيقي للموثق حتى يمكن الإطلاع عليه لإجراء المطابقة ، و ثانيهما : أن تكون النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المقدمة كدليل لإثبات الملكية العقارية مأخوذة عن النسخة العادية أصلية كانت أو بسيطة ، أو مأخوذة عن جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، أيّا كان عدد النسخ أو الصور الضوئية الفوتوغرافية التي توسطت بينها و بين النسخة العادية الأصلية(2) أو المستخرجات . فإذا توافر هذين الشرطين ، قامت قرينة على مطابقة النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية للنسخة المأخوذة عنها ، غير أن هذه القرينة القانونية هي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس . و تفصيل ذلك ، أنه يجوز للخصم الذي يحتج عليه بنسخة أو صورة ضوئية فوتوغرافية مأخوذة عن النسخة العادية الأصلية أو الثانية أو مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، أن يطلب مراجعتها على الأصل متى كان مظهرها الخارجي يوحي بوجود شك في مطابقتها له . كما لو ثار نزاع بين أحد الطرفين حول ملكية عقار ، و دفع أحد الخصوم بعدم مطابقة النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المقدمة كدليل لإثبات الملكية العقارية مع النسخة العادية الأصلية -originale- أو الثانية أو مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، ففي هذه الحالة تكون المحكمة ملزمة بمراجعة النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية على أصل السند الذي أخذت منه ، بأن تأمر الموثق محرر السند بإيداع الأصل -La minute- بأمانة ضبط المحكمة لمضاهاته مع النسخة أو الصورة

¹ -عباس العبودي ، المرجع السابق ، ص 109 .

² -عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 98 ، ص 163 .

الضوئية الفوتوغرافية المطروحة للنقاش ، فإذا تبين للمحكمة عدم مطابقتها للأصل ، فإنها تأمر بإستبعادها من ملف الدعوى .

ثانيا : حالة فقدان أصل السند -La minute-

باعتبار أنّ المكتب العمومي للتوثيق كيان قانوني يتصل بعقار معدّ لممارسة المهنة ، فإنّ احتمال أن تتعرض أصول السندات التي يحررها أو تلك التي يتلقاها للإيداع ، للتلف أو الهلاك أو الضياع بسبب الكورث الطبيعية كالزلازل و الفيضانات و الحرائق و السرقة أمر وارد ، مهما كانت درجة تجهيز و صيانة المكتب⁽¹⁾ .

و قد نصّ القانون المدني على هذه الفرضية أي فقدان أصل السند في المادة 326 منه ، و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي : يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل .

و يكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ، و لكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها .
أمّا ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى ، فلا يعتد به إلاّ لمجرد الإستئناس تبعاً للظروف " .

بناء على هذا النص يمكننا تحديد القيمة القانونية للنسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية في إثبات الملكية العقارية في حالة فقدان أصل السند -La minute- طبقاً للفروض التالية :

الفرضية الأولى : النسخة العادية الأصلية أو الثانية (البسيطة)

يكون للنسخة العادية أصلية كانت أو بسيطة و مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري و شهادة طبيعة العقد حجية أصل السند الضائع ، متى كان مظهرها الخارجي لا يُوحى بالشك في شكلها و مضمونها بمطابقتها للأصل ، فتكون لها ذات الحجية المقررة لأصل السند المفقود .

و في جميع الأحوال تبقى السلطة التقديرية للمحكمة في الأخذ بها أو إستبعادها من ملف الدعوى في حالة الدفع بها كدليل لإثبات الملكية العقارية .

¹- أنظر المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 03-08-2008 يحدد شروط و كيفية تسيير الأرشيف التوثيقي و حفظه . منشور في ج ر ، ع 45 ، الصادرة بتاريخ : 06-08-2008 .

أما إذا كان مظهرها الخارجي يبعث على الشك في مطابقتها للأصل ، كأن تشتمل على محو أو كشط أو تشطيب أو تحشير أو ما شابه ذلك ، فإنّ النسخة تفقد حجيتها في إثبات الملكية العقارية .
و تشمل النسخة العادية الأصلية التي يكون لها حجية أصل السند -La minute- كما سبق و قدمنا على ما يلي :

❖ النسخة العادية الأصلية ، و التي تسلم عادة للمتصرف إليه عقب الإنتهاء من عمليتي التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري للسند .

❖ النسخة العادية الثانية ، و التي تسلم لأطراف التصرف عند الطلب ، و لكن بعد مرور مدة من الزمن .

❖ مستخرج أو جدول إجراء إشهار عقاري ، و هو عبارة عن نموذج يتضمن البيانات الرئيسية التي يشتمل عليها أصل السند (ملخص السند) ، و يحرر هذا المستخرج بصفة رئيسية لتقديمه إلى المحافظة العقارية المختصة إقليميا رفقة باقي الوثائق التي تتطلبها شكليات الشهر العقاري . و يمكن تسليمه للأطراف بناء على طلبهم .

❖ شهادة طبيعة العقد -L' extrait de nature de l'acte- تحرر من قبل الموثق ، و تشتمل على البيانات الرئيسية التي يتضمنها أصل السند ، كتاريخ تحرير و توقيع السند ، و إسم و لقب الموثق و مقر مكتبه ، و هوية أطراف التصرف و الشهود ، و تعيين العقار ، و تعيين الثمن أو التقويم .
و يحرر هذا المستخرج بصفة رئيسية لتقديمه رفقة أصل السند و الكشوفات الإجمالية ، لإتمام عملية التسجيل الجبائي بمفتشية التسجيل و الطابع .

الفرضية الثانية : النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية

تتناول هذه الفرضية حالة ما إذا كانت النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المقدمة كدليل لإثبات الملكية العقارية مأخوذة عن النسخة العادية الأصلية أو الثانية (البسيطة) أو مأخوذة عن مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد .

و في هذه الحالة تعتبر النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية مطابقة للنسخة التي أخذت منها و تكون لها حجيتها ، ما لم ينازع في ذلك أحد الأطراف . فإذا نُزِع فيها و يجب مراجعتها على النسخة التي أخذت منها (النسخة العادية الأصلية أو البسيطة ، مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري ، شهادة طبيعة العقد) .

أما إذا كانت النسخة العادية الأصلية أو الثانية أو مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، التي أخذت منها النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية قد فُقدت أو ضاعت لسبب من الأسباب المشار إليها أعلاه ، أمكن إعتبار النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية بمثابة نسخة أصلية من النسخ العادية الأصلية أو الثانية أو المستخرجات ، و إجراء حكم الفقرة الأولى عليها ، فتكون لها حجية هذه النسخة أو المستخرج الأخير متى كان مظهرها الخارجي لا يدع أي شك في مطابقتها له⁽¹⁾ .

الفرضية الثالثة : النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية الثانية

حسب حكم الفقرة الثالثة من نص المادة 326 من القانون المدني المذكورة أعلاه ، أنّ النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية المستنسخة من نسخة أو صورة ضوئية فوتوغرافية غير مستنسخة مباشرة من النسخة العادية الأصلية أو الثانية (البسيطة) أو مستخرج جدول إجراء إشهار عقاري أو شهادة طبيعة العقد ، لا تكون لها حجية هذه الأخيرة ، و لا يعتد بها إلاّ على سبيل الإستئناس فقط . فالفرض أننا أمام صورة ثالثة لأصل السند ، أو هي بالنسبة لأصل صورة صورة الصورة .

الظاهر أن حكم هذه الفقرة ، الذي يُميّز بين النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية الثانية المأخوذة من النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية الأولى ، قد صيغ في مرحلة لم تكن فيها أجهزة التصوير الفوتوغرافي متطورة على ما هي عليه اليوم .

أما و قد بلغ التصوير الفوتوغرافي درجة من الإتقان يصعب معه التمييز بين السند و الصورة الضوئية الفوتوغرافية المأخوذة عنه ، فإنّه بات من الضروري تطويع النصوص التقليدية المنظمة للإثبات في هذا المجال ، بما يتماشى و التطورات التكنولوجية الحاصلة . إذ لم يعد حكم الفقرة الثالثة من نص المادة 326 مدني المذكورة أعلاه يستقيم معه أثر . خاصة بعد إلغاء التصديق على الإمضاء⁽²⁾ ، و شيوع العمل بأجهزة التصوير الإلكتروني-Scanner- و آلات التصوير الملونة الرقمية (النسخ الملونة) .

و لهذا فإننا نرى أنّه كان حري بالمشرع أن يُسوي في الحكم بين النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية الأولى ، و النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية الثانية المأخوذة عنها ، و إخضاعها لحكم الفقرة الثانية من نص المادة 326 من القانون المدني .

¹ - سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 962 ، ص 911 و 912 .

² - لم يعد القانون يتطلب التصديق - Légalisation du signature - على النسخ أو الصور الضوئية الفوتوغرافية المأخوذة عن الأصل .

لهذا فإننا نجتهد و نرى تدخل المشرع ضمن أحكام المادة 326 من القانون المدني ، بحذف الفقرة الثالثة منها ، أو أن يُبقي على هذه الفقرة و يُكسي النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية حجية النسخة المستنسخة عنها ، أيًا كان عدد النسخ أو الصور الضوئية الفوتوغرافية التي تتوسط بينها و بين النسخة المأخوذة عنها حتى يستقيم النص مع عرض الأسباب .

و بإعتبار أنّ العمل التوثيقي يقتضي مسك سجلات تفهرس فيها مختلف السندات التي يتولى الموثق تحريرها أو يتلقاها للإيداع ، سأعرض لبيان حجية البيانات التي تتضمنها هذه الفهارس في إثبات الملكية العقارية في حالة فقدان أصل السند .

الفرع الثالث : حجية بيانات الفهرس

يتعلق الأمر هنا بالبيانات الواردة في الفهارس الرسمية التي يمسكها و يحتفظ بها الموثق ، و الخاصة بقيد السندات التوثيقية التي يحررها أو يتلقاها للإيداع حسب ترتيبها الزمني ، و كذا تفصيل الأتعاب و المصاريف المقابلة لها .

و بالرجوع إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية المنظمة لمهنة التوثيق في الجزائر ، نجدها تُلزم الموثق بمسك فهارس خاصة بالمكتب و المحاسبة .

و إعتبارا للبيانات الدقيقة التي تتضمنها هذه الفهارس حول إنتقال الملكية العقارية و حركة رؤوس الأموال فقد ألزمت المادة 37 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، الموثق بمسك فهرس للعقود التي يحررها ، بما في ذلك تلك التي لا يحتفظ بأصولها ، و فهارس أخرى مرقّمة و مؤشر عليها من قبل رئيس المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها المكتب العمومي للتوثيق .

و إلى جانب مسك فهارس العقود ، ألزمت المادة 39 من ذات القانون ، الموثق بمسك سجلات خاصة بالمحاسبة لتسجيل الإيرادات و المصاريف لضبط الوضعية المالية للمكتب ، و محاسبة خاصة بالزيائن .

و عموماً يلتزم الموثق تحت طائلة الغرامة المالية⁽¹⁾ بمسك ثلاث (03) فهارس رسمية⁽²⁾ ، نصّت عليها المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 08-244 المؤرخ في 03 أوت 2008 المتضمن كفيات مسك محاسبة الموثق و مراجعتها ، و تتمثل هذه الفهارس الرسمية في : فهرس العقود ، الفهرس اليومي للزيون و الفهرس اليومي للمكتب .

و قد رأينا فيما سبق حجية نسخ السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية ، في حالة وجود أصل السند و في حالة فقده ، فما حكم البيانات الواردة في الفهارس الرسمية المشار إليها أعلاه في حالة فقدان أصل السند ؟

نصّت المادة 326 مكرر 1 من القانون المدني على ما يلي : " يعتبر تقييد العقد الوارد في السجلات العمومية إلا كبدائية للإثبات بالكتابة ، و يجب لذلك :

• أن يثبت أنه تم فقد جميع أصول الموثق للسنة التي يبدو أنه تم تحرير العقد خلالها ، أو أن يثبت أن فقدان أصل هذا العقد قد كان نتيجة حادث خاص .

• أن يكون فهرس قانوني لدى الموثق ، يبين فيه أن العقد قد حرر في نفس التاريخ .

و عندما يقبل الإثبات بالبيّنة بإقتران هاتين الحالتين يصبح من الضروري الإستماع لمن كان شاهداً على العقد إن كان على قيد الحياة " .

الظاهر من النص أعلاه ، أنّ المشرع قد اعتبر البيانات الواردة في الفهارس الرسمية التي يمسكها الموثق في حالة فقد أصل السند ، بداية ثبوت بالكتابة ، و لكنه قيّد ذلك بضرورة توافر شرطين نوردهما في الآتي :

¹- تنص الفقرة الأولى من المادة 154 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدلة بموجب المادتين : 21 و 24 من قانون المالية لسنة 2000 على ما يلي : " يمسك الموثقون و المحضرون و محافظو البيع بالمزايدة و كاتب الضبط و أعوان التنفيذ التابعون لكتابات ضبط و كتاب الإدارات فهارس ذات أعمدة يكتبون فيها يوماً بعد يوم من دون ترك بياض و لا فصل بين السطور ، و حسب الأرقام ، ما يلي :

■ بالنسبة للموثقين الذين يعملون لحسابهم الخاص ، جميع الوثائق و العقود التي يتلقونها في شكل نسخ أصلية أو براءات تحت طائلة غرامة مالية تقدر ب 500 دج عن كل إغفال " .

²- إضافة إلى هذه السجلات الرسمية يلتزم الموثق بمسك سجل الإيرادات و الرسوم ، الدفتر الكبير للمكتب ، و الدفتر الكبير للزيائن .

- يراجع المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 08-244 المؤرخ في 03-08-2008 يحدد كفيات مسك محاسبة الموثق و مراجعتها . منشور ف ج ر ، ع 45 ، الصادرة بتاريخ : 06-08-2008 .

- يراجع المادة 157 و ما يليها من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل .

أولهما : إقامة الدليل على أنّ أصل السند و كل الأصول التي يحتفظ بها الموثق . و المحررة في السنة التي حُررَ فيها السند المفقود . قد فُقدت جميعها في نفس اللحظة . أو أن يثبت على الأقل أنّ فقدان أصل السند كان نتيجة حادث إستثنائي .

و ثانيهما : أن يكون لدى الموثق سجل يبيّن أنّ السند قد حرر بنفس التاريخ ، شريطة أن يكون هذا السجل ممسوكا وفقا للتشريعات و التنظيمات المعمول بها في مجال العمل التوثيقي⁽¹⁾ .

فإذا توافر هذين الشرطين أمكن إعتبار البيانات المدرجة في الفهارس الرسمية المشار إليها أعلاه بمثابة بداية ثبوت بالكتابة ، يمكن الإعتماد عليها كدليل لإثبات صحة التصرف العقاري المعايين بالسند التوثيقي المفقود .

و إذا تبين من البيانات المدرجة في الفهارس ، أنّ السند المفقود قد تم تحريره بحضور شهود ، تعيّن إستدعاء هؤلاء الشهود إن كانوا على قيد الحياة ، للإستماع إلى أقوالهم فيما يتعلق بالتصرف القانوني المعايين بهذا السند . و إن كان القضاء كثيرا ما يتشدد في الأخذ بالبيّنة و في تكوين إعتقاده منها ، بل أنّ المتقاضين أنفسهم لا يكتفون بالتعويل على البيّنة كدليل لإثبات الملكية العقارية ، نظرا لما يُخشى من فساد ذمة الشهود أو من إحتمال نسيانهم .

بعد أن أتينا على بيان حجية البيانات التي تتضمنها الفهارس الرسمية التي يلتزم الموثق بمسكها ، نكون قد أتينا على بيان أهم ما يتعلق بحجية السند التوثيقي و قوته في إثبات الملكية العقارية ، فلا يبقى إلا أن نعرض لمدى إمكانية الطعن فيه .

المطلب الثاني : مدى إمكانية الطعن في السند التوثيقي

إنّ الحديث عن مدى إمكانية الطعن في السند التوثيقي يستدعي منّا التطرق إلى الدفع بالبطلان الممارس ضدّ السند التوثيقي المثبت و الناقل للملكية العقارية في فرع أول ، ثم الإدعاء فيه بالتزوير بوجهيه الفرعي و الأصلي في فرع ثان .

¹- نظرا للمسؤولية الملقاة على عاتق الموثق في حفظ و صون الفهارس التي يلتزم بمسكها ، فإننا من جانبنا نرى ضرورة تحديث المكاتب العمومية للتوثيق ، و تجهيزها بفهرس إلكتروني خاص ، لتخزين البيانات التي تتضمنها هذه الفهارس حتى يكمن الرجوع إليها عند الحاجة ، لإثبات طبيعة و نوع التعاقدات التي تمت في فترة زمنية معيّنة ، و كذا تفصيل المصاريف و الأتعاب المقابلة لها ، عن طريق ترجمتها إلى بيانات مرئية أو نسخها على دعامات (أشرطة ، أسطوانات ممغنطة) لمواجهة حالات الضياع أو التلف التي قد تعترى هذه الفهارس .

الفرع الأول: الدفع بالبطلان

يتضح ممّا تقدم أن البيانات الصادرة عن أطراف التصرف و التي يدونها الموثق بناء على إقراراتهم فقط دون أن يكون في إستطاعته أن يتحقق من صحتها ، يمكن الدفع ببطلانها إمّا بموجب دعوى أصلية أو في شكل دفع موضوعي من خلال دعوى قائمة يستند فيها رافعها إلى سند توثيقي معاين لملكية عقارية وفقا لما نصّت عليه المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و لتسيط الضوء أكثر على هذين الوجهين من الإدعاء ، نرى أن نبحت كل واحد منهما على حدى و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

أولا : دعوى البطلان

تعتبر دعوى البطلان الممارسة ضد سند توثيقي مثبت لحق الملكية العقارية من أخطر الدعاوى العقارية كونها تنتهي إلى تعطيل أثر التصرف الوارد على العقار ، و بذلك فهي تمس و بصفة مباشرة بمصلحة المتصرف و المتصرف إليه ، لذلك كان لزاما على المشرع أن يحيط إستعمال هذه الدعوى بشروط مشددة حتى لا تكون في متناول أي شخص .

و عموما تقتضي و تتطلب دعوى بطلان السندات التوثيقية كغيرها من دعاوى البطلان ، توافر شروط شكلية و أخرى موضوعية . و إن كانت هذه الشروط جميعها ترد إلى فكرتين أساسيتين : أولهما ضرورة شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى ، و ثانيهما ضرورة إثارة رافعها الأوجه أو الصور التي تبرز إستعمالها . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

1- الشهر المسبق للعريضة الإفتتاحية للدعوى

إنّ ما يبرر الشهر هو المنازعة في حقوق كانت هي الأخرى محل شهر ، و الحال أنّ المنازعة هنا تنصب على دعوى بطلان سند توثيقي مثبت لأصل حق عيني مشهر ، لذلك وجب شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى . أضف إلى ذلك أنّ الشهر المسبق لعريضة إفتتاح الدعاوى العقارية يعدّ شرط شكليا لقبولها وفقا لمقتضيات الأحكام المنظمة لشهر الدعوى العقارية⁽¹⁾ .

¹-يراجع نص المادتين 17 و 519 من ق . إ . م . إ .

-يراجع أيضا نص المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

2- ضرورة تبيان أوجه دعوى البطلان

لا تنتقر دعوى البطلان بمجرد شهر عريضتها الإفتتاحية ، و إنما تستلزم من رافعها إثارة الأوجه أو الصور التي تبرر إستعمالها .

و نظرا لتعدد صور الطعن بالبطلان في السندات التوثيقية الناقلة و المثبتة للملكية العقارية ، إرتأينا التطرق إلى البعض منها لرفع اللبس و توضيح الرؤيا . و ذلك وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

أ- قصد الغش أو قصد الإضرار

إنّ تحديد معنى الغش أو قصد الإضرار بدقة كان محل جدل بين الفقهاء على مرّ العصور ، ذلك أنّ الغش هو عامل نفسي بحث فهو يتصل برغبة نفسانية يصعب التكهن بها بأمارات خارجية . و يقصد بالغش في هذا المجال أن تتوافر لدى المتصرف في العقار نية الإضرار بالغير ، كأن يقصد من وراء تصرفه في العقار مثلا التخلص من الوفاء بالتزاماته تجاه دائنيه لإنقاص ضمانه العام ، فتصبح أمواله غير كافية لسداد ديونه .

و لذلك نجد أن المشرع الجزائري و أمام هذا الوضع ، قد خوّل للدائنين في مثل هذه الحالة الطعن بعدم نفاذ⁽¹⁾ هذا التصرف في حقهم في مقابل أن يثبتوا غش مدينهم في الإضرار بحقوقهم . و من الطبيعي أنّه إذا إشتراط المشرع لعدم نفاذ مثل هذه التصرفات في حقهم إثبات غش مدينهم أن يثبتوا كذلك غش المتصرف إليه ضمانا لإستقرار المعاملات ، بأن يثبتوا أنّ المدين قد تصرف في العقار و هو عالم بأنّ هذا التصرف سيؤدي حتما إلى إفساره ، و أنّ المتصرف إليه يعلم ذلك أيضا .

¹- يجدر التنبيه هنا أنّ دعوى عدم نفاذ التصرف (الدعوى البولصية) ليست دعوى بطلان ، على إعتبار أن دعوى البطلان ترفع من قبل أحد طرفي التصرف ، يطالب بمقتضاها بطلان التصرف لإنعدام ركن من أركانه ، بخلاف الدعوى البولصية فلا يترتب على مباشرتها بطلان أو إبطال تصرف المدين ، بل أنّ الدائن يطالب بمقتضاها عدم نفاذ التصرف في حقه ، فإذا أوجب عن طلبه لم يسر التصرف في حقه .

و هذا ما إستقر عليه الفقه في مصر و فرنسا و ما سار عليه القضاء الجزائري ، إذ أكدت م ع غ م في القرار رقم 254083 الصادر عنها بتاريخ 06-06-2002 ، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ، ص 183 ، أنّ الدعوى البولصية هي دعوى عدم نفاذ التصرف و ليس دعوى بطلان ، و إن كان قضاة المحكمة العليا قد عدلوا حين تسببهم للحكم عن لفظ " عدم النفاذ " إلى لفظ " إبطال " بقولهم : " أنّ الأمر يتعلق بإبطال تصرف المدين بنقل ملكية العقار و منعه من ذلك بهدف المحافظة على ممتلكاته حتى يتمكن الدائن من التنفيذ عليها بطريق التنفيذ الجبري " .

- و نفس المعنى أكدّه القرار رقم 302161 ، الصادر عن م ع غ م بتاريخ 25-05-2005 ، منشور ب ن ق لسنة 2010 ، ع 65 ، ص 251 و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا و قضاء أنّ قضاة الموضوع ليسوا ملزمين بالتكليف الذي يقترحه عليهم أحد الخصوم ، بل يجب عليهم إعمال التكليف القانوني الصحيح لوقائع النزاع " .

و يستطيع الدائنون إستخلاص هذا العلم من بعض القرائن القضائية ، كأن يتصرف المدين لأحد أبنائه أو زوجته و لم يكن لهذا الإبن أو الزوجة مال ظاهر وقت صدور التصرف لدفع الثمن ، كما يمكن إستخلاص هذه القرائن من السرعة التي يتم بها التصرف و كذا تفاهة الثمن .

أمّا إذا كان التصرف في العقار في المثال المتقدم من قبيل التبرعات فإنّ الأمر يختلف ، كما لو تصرف المالك في عقار مملوك له هبة ، فإنّه يجوز لدائنيه الطعن فيه بعدم النفاذ ، دون حاجة إلى إثبات غش المتصرف و لا المتصرف إليه ، و يكفي الدائنين هنا إثبات أن هذا التبرع قد تسبب في إفسار الواهب أو زاد في إفساره سواء كان الواهب و الموهوب له على علم أو عدم علم بذلك .

و من هنا يمكن القول أنّ الطعن بعدم النفاذ مرهون بالتصرف القانوني للمدين ، فإذا تصرف هذا الأخير في عقار مملوك له بسوء نية و قصد الإضرار بدائنيه ، كان لهذا الأخير أن يرفع أمره إلى القضاء طالبا في الدعوى القضائية عدم نفاذ التصرف في حقه (1) ، حتى و لو كان السند التوثيقي المعايين للتصرف مسجلا و مشهرا بالمحافظة العقارية .

غير أنّ الحياة العملية ، قد أثبتت أنّ الدائن في كثير من الحالات يستعصي عليه إرجاع ما خرج من ذمة مدينه إلى ضمانه العام ، كما لو تصرف المدين في عين مملوكة له بعوض و ثبت حسن نية المتصرف إليه ، و كذلك إذا ما إنتقلت هذه العين بعوض إلى متصرف ثان حسن النية (2) .

و عموما فقد أقر المشرع بتقادم دعوى عدم النفاذ بمرور مدّة ثلاث (03) سنوات تسري من تاريخ علم الدائن بسبب عدم النفاذ . فقد يعلم الدائن بتصرف المدين في أمواله و لا يعلم أن من شأن هذا التصرف أن يسبب إفسار مدينه و ينقص من ضمانه العام ، أو أنّه يجهل إنطوائه على غش المدين و علم المتصرف إليه إذا كان التصرف معاوضة .

و لعلّ الحكمة من تحديد المشرع مدّة التقادم بثلاث (03) سنوات هو المحافظة على إستقرار المعاملات حتى لا يبقى مصير التصرف معلقا لأمد طويل .

¹- و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُرجع القرار م ع غ م ، ملف رقم : 468751 ، الصادر بتاريخ 27-09-2000 ، منشور ب م م ع لسنة 2010 ، ع 1 ، ص 125 . و الذي أقر المبدأ التالي : " لدعوى عدم نفاذ التصرف شرطان :

الأول : أن يكون الدين حال الأداء و خاليا من أي نزاع و سابقا لوجود تصرف المدين الضار .

الثاني : أن يباشر المدين تصرفا قانونيا ، سواء كان بمعاوضة أو تبرعا ، و أن يكون هذا التصرف مقفرا للمدين " .

²- مزيان محمد الأمين و لزررق بن عودة ، دعوى عدم نفاذ التصرف على العقار و موقف القضاء الجزائري ، مجلة الراشدية ، العدد 07 ، نوفمبر 2015 ، الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة معسكر ، ص 81 .

و في جميع الأحوال تسقط دعوى عدم النفاذ بالنسبة لجميع الحالات طبقا لأحكام المادة 197 من القانون المدني⁽¹⁾ بمضي خمسة عشرة (15) سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف ، حتى و لو لم يعلم الدائن بالتصرف أو بسبب عدم نفاذه .

ب- عدم إكتمال الأركان

هذا الوجه يتضمن دراسة إنعدام ركن من أركان السند أو تخلف شرط من شروطه الأساسية ، لذلك ينبغي علينا أن نفرّق بين البطلان و الإبطال . فإذا تخلف ركن من أركان السند ، كإنعدام التراضي أو عدم مشروعية المحل أو السبب نكون بصدد البطلان ، و البطلان هنا بطلان مطلق ، يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به . فيجوز التمسك به من قبل الخلف العام و الخلف الخاص للمتعاقدين ، و حتى المتعاقدين أنفسهم لهم أن يتمسكوا به ، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، و متى حكم بالبطلان إنهارت حجية السند التوثيقي في إثبات الملكية العقارية ، و إعتبر التصرف كأنه لم يكن ، لأنّ العيب الذي أبطل من أجله التصرف هو في ذات السند ، لذا وجب إبطاله و إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التصرف .

كما لو كان السند التوثيقي المعايين للتصرف العقاري صادرا عن موثق غير مختص موضوعيا بتحريره أو خاليا من توقيع و ختم الموثق أو توقيع كل الأطراف أو بعضهم في حالة تعدد أطراف التصرف أو عدم إشماله على إسم و لقب الموثق و مقر مكتبه⁽²⁾ .

¹- تنص المادة 197 من ق . م على ما يلي : " تسقط بالتقادم دعوى عدم نفاذ التصرف بإنقضاء ثلاث (03) سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف و تسقط في جميع الأحوال بإنقضاء خمسة عشرة (15) سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف المطعون فيه " .

²- من مراجعتنا لنصوص القانون المدني و كذا أحكام قانون التوثيق لم نجد فيها نصا يعرض فيه المشرع لحالات بطلان السند التوثيقي المثبت و الناقل للملكية العقارية ، بإستثناء حالتها عدم دفع الثمن بين يدي الموثق ، و تحريره بدون شاهدين و من ثم فلا مناص من تتبع ما إستقر عليه الفقه و القضاء في هذا المجال . و اللذان إستقرا على وجوب التمييز بين الأوضاع و الشكليات التي تعبر جوهرية و يترتب عليها البطلان - كما سبق وقدمنا - و بين الأوضاع و الشكليات التي لا تعدّ جوهرية كعدم كتابة التاريخ و الأرقام بالحروف ، أو الكتابة بين الأسطر أو التشطيب أو التحشير ما لم يكن ماسا بجوهر السند ، و عدم المصادقة على الإحالات من قبل الأطراف و الشهود ، أو عدم ذكر الهوية الكاملة لأطراف التصرف و الشهود ، فمثل هذه البيانات و ما يماثلها لا تشكل مخالفتها إخلالا بصحة السند ، و من ثم لا يترتب عليها البطلان . و عموما يبقى للمحكمة السلطة التقديرية المطلقة ، في تقدير ما إذا كانت البيانات المطعون في صحتها جوهرية أو غير جوهرية في السند . يراجع لتفصيل أكثر ، زيتوني عمر ، حجية العقد الرسمي ، مجلة الموثق ، العدد 03 سبتمبر - أكتوبر 2001 ، ص 41 .

أما إذا تخلف شرط من شروط صحة التراضي كنفص أهلية أحد المتعاقدين بسبب القصر ، أو فساد إرادتهما بأحد العيوب كالغلط أو التدليس أو الإكراه أو الإستغلال نكون بصدد الإبطال . كما لو قام شخص ببيع عقار مملوك له بثمن أقل من أربعة أخماس ثمنه الحقيقي ، فهنا يجوز للمتصرف و خلفه الخاص الطعن في التصرف بالإبطال على أساس الغبن وفقا لما نصّت عليه أحكام المادة 90 من القانون المدني⁽¹⁾. شريطة تقديم الدليل على أنّ الغبن يزيد عن خمس (5/1) قيمة العقار وقت البيع و أنّ التصرف قد صدر عن طيش أو هوى⁽²⁾ لدى المتصرف ، ممّا جعل تقديره للأمر قابلا للإستغلال من قبل المتصرف إليه ، و أنّ هذا الأخير كان على علم بهذه الحالة و إستغلّها لحسابه ، و هي وقائع مادية تُثبت بجميع طرق الإثبات .

و للمحكمة السلطة التقديرية في أن تقضي بإبطال التصرف أو بإنقاص الإلتزام أو بتكملة الثمن إعمالا لأحكام المادة 358 من القانون المدني⁽³⁾، كما قد يكون سبب الوقوع في الغبن هو الغلط في قيمة الشيء⁽⁴⁾، كما لو تم الإتفاق بين الملاك المشتاعين على قسمة عقار مشاع بموجب عقد قسمة ودي

¹- تنص المادة 90 من ق . م على ما يلي : " إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر ، و تبين أنّ المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاّ لأنّ المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص إلتزامات هذا المتعاقد .

و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، و إلاّ كانت غير مقبولة . و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن " .

²- إذا كان قوام العنصر المادي للغبن الإستغلالي هو إختلال أداءات الطرفين ، فإن قوام عنصره المعنوي إمّا الطيش البين - Legèrete notoire - هي حالة نفسية تعتري المتعاقد فتجعله يتخذ قرارات بدون تبصر و لا تفكير كاف ، و يجب أن يكون الطيش بينا لا لابس فيه و لا غموض و واقعا تحت حس و إدراك المستغل (المتصرف إليه) ، و أمّا الهوى الجامح فهو الرغبة الشديدة - passion effrénée - التي تعتري الطرف المغبون فتنتال من سلامة التصرفات التي يتخذها بميول النفس و اشتهاؤها شيئا أو شخصا معينيا يجعل المتعاقد يندفع سعيًا لتحقيق رغباته دون تبصر غير مبال بالأضرار التي قد تلحقه . أنظر علي فيلالي ، الإلتزامات - النظرية العامة للعقد ، ط 2 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2005 ، ص 146 و ما يليها .

³- تنص المادة 358 من ق . م على ما يلي : " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس 5/4 ثمن المثل . و يجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوّم العقار بحسب قيمته وقت البيع " .

⁴- يعرّف الفقه الغلط - L'erreur - بأنّه وهم تلقائي يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته و يدفعه إلى التعاقد ، بحث لولا هذا الغلط لما أبرم المتعاقد العقد ، و يميز الفقه بين الغلط المانع الذي لا يعيب الرضا ، و إنّما يحول

أو رضائي ، و ثبت فيما بعد أنّ أحد المتقاسمين قد لحقه من جراء هذه القسمة غبن يزيد عن خمس (5/1) قيمة العقار . في هذه الحالة يجوز للشريك المتضرر عملا بنص المادة 732 من القانون المدني⁽¹⁾ ، نقض و إبطال القسمة الحاصلة بالتراضي بموجب سند توثيقي ، برفع دعوى أمام المحكمة الواقع بدائرة إختصاصها العقار موضوع القسمة خلال السنة التالية للقسمة ، شريطة تقديم الدليل على أنّ الغبن الذي لحقه جراء عقد القسمة يزيد عن الخمس (5/1)⁽²⁾.

و كذلك من صور الغلط الوارد على صفة الشئ ، أن يُقدم شخص على شراء محل ، و يتبين فيما بعد أنّ التصرف قد وقع على محل تجاري (قاعدة تجارية) ، ففي هذه الحالة يجوز لهذا الشخص أن يطعن بالإبطال على أساس الغلط وفقا لما نصّت عليه المادة 81 من القانون المدني⁽³⁾.

و كذلك حينما يشترط الموثق لتحرير عقد هبة مثلا ، إحضار شهادة طبية تثبت سلامة الواهب و إكمال قواه العقلية ، فإذا ظهر فيما بعد أنّه مختل عقليًا أو فاقد الأهلية ، فإنّ مثل هذا التصريح لا يمس بأمانة الموثق ، أضف إلى ذلك أنّ المختص حول ما إذا كانت الأهلية كاملة أو ناقصة هو القاضي و ليس الموثق . و من ثمة يجوز لورثة المتصرف الطعن في التصرف الذي عقده مورثهم بالإبطال .

= دون قيام العقد أصلا لإنعدام تطابق الإيجاب و القبول ، و الغلط المعيب للتصرف الذي يؤثر على رضا المتعاقد . و لم يعتد المشرع الجزائري بهذه التفرقة ، و نص في المواد من 81 إلى 83 على الغلط الجوهرى ، و يكون الغلط جوهريا إذا كان جسيما و مؤثرا . بحيث لولا الإعتقادات الخاطئة التي تصورها المتعاقد لما أقدم على التعاقد ، و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرية أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته . أنظر نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، مع التطبيقات المعاصرة لمشكلات المسؤولية المدنية ج 1 ، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر ، مصر ، 2005 ، ص 87 و ما يليها .

- و يراجع في نفس السياق ، علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 110 و ما يليها .

¹- تنص المادة 732 من ق . م على ما يلي : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنّه لحقه منها غبن يزيد على الخمس ، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشئ وقت القسمة . و يجب أن ترفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة ، و للمدعي عليه أن يوقف سيرها و يمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته " .

²- و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ ع ، ملف رقم : 196366 ، الصادر بتاريخ 26-07-2000 ، منشور ب م ق لسنة 2004 ، ع خ ، ج 1 ، ص 279 . و الذي جاء فيه ما يلي : " يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضي إذا ثبت فيها غبن يزيد على الخمس ، و يجب رفع الدعوى خلال السنة التالية للقسمة .. "

³- تنص المادة 81 من ق . م على ما يلي : " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد ، أن يطلب إبطاله " .

كما توجد حالات قرر فيها المشرع إبطال التصرف ، كما لو قام شخص بالتصرف في عقار مملوك له و هو في حالة مرض الموت ، ففي هذه الحالة أورد المشرع نص المادة 776 من القانون المدني ، الذي يُجيز للورثة إبطال التصرف الذي عقده مورثهم .

و حتى يستفيد الورثة من أحكام هذه المادة ، فإنّه يتوجب عليهم أن يثبتوا أنّ التصرف المطعون فيه قد وقع في مرض الموت ، و باعتبار أن واقعة الموت هي واقعة طبيعية ، فإنّه يجوز لهم إثباتها بكافة الطرق المعدّة للإثبات بما في ذلك البيّنة و القرائن كالشهادات و التقارير الطبية و غيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض .

و من ثم يستفيد الورثة بما هو مقرر لهم من تقييد حرية الإيضاء ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 24 أبريل 2002 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: " إنّ القضاء بإبطال هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأنّ الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و يستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون "

و تطبق لهذا المبدأ ، يعتبر التصرف في مرض الموت وصية و تسري عليه أحكامها بغض النظر عمّا إذا كان التصرف المطعون فيه من قبيل المعاوضات أو التبرعات . و على ذلك إذا تم التصرف لوarith فإنّه يبقى متوقفا على إجازة باقي الورثة وفقا لما نصّت عليه المادة 189 من قانون الأسرة بقولها: " لا وصية لوarith إلاّ إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي " ، أمّا إذا كان التصرف لغير وارث فإنّه يكون صحيحا و نافذا في حدود الثلث ، و ما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة تطبيقا لأحكام المادة 185 من قانون الأسرة و التي تنص على أنّه : " تكون الوصية في حدود الثلث التركة ، و ما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة " .

ثانيا: إثارة البطلان

تنص المادة 48 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي : " الدفوع الموضوعية هي وسيلة تهدف إلى دحض إدعاءات الخصم ، و يمكن تقديمها في أيّة مرحلة كانت عليها الدعوى " .

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 229397 ، الصادر بتاريخ 24-04-2002 ، منشور ب م ق لسنة 2002 ، ع 2 ص 387 .

الظاهر من هذا النص أن الدفوع الموضوعية⁽¹⁾ هي تلك التي تتعلق بموضوع النزاع و الحق الذي يطالب به المدعي ، و التي يلتزم القاضي بالردّ عليها حين تسببها للحكم أو القرار ، و إلاّ كان حكمه أو قراره معرضا للطعن بالنقض للقصور في التسبيب .

و يجوز تقديم الدفوع الموضوعية عند افتتاح الجلسة أو عند سير الخصومة على مستوى الإستئناف على أن تكون واجبة الإثبات من طرف الشخص المتمسك بها ، و لا يجوز إثارتها أمام المحكمة العليا حتى و لو تمت إثارتها أمام جهات الموضوع .

و يجوز تقديم الدفوع الموضوعية في أي مرحلة من مراحل الدعوى الأصلية ، مادامت هذه الأخيرة لم تنته بحكم حاسم ينهي الخصومة و لو لأول مرّة أمام جهة الإستئناف ، بشرط أن يتم الدفع قبل إقفال باب المرافعة ، كما يجوز تقديم الدفع الموضوعي لأول مرة أمام المحكمة العليا ، شريطة أن يكون الطعن واردا على مستندات قُدمت لأول مرّة أمام المحكمة العليا .

و عموما يعتبر الحكم الصادر في الدفع الموضوعي حكما صادرا في موضوع الدعوى منهيّا للنزاع على أصل الحق ، و لا يجوز تجديد المطالبة به أمام القضاء مرّة أخرى لسبق الفصل فيه .

و حتى نعطي لهذا العنصر حقّه في البحث ، سأعرض لبعض صور الدفوع الموضوعية التي قد تثار بشأن السندات التوثيقية الناقلة و المثبتة للملكية العقارية . و ذلك وفقا للتقسيم التالي :

1- إنتفاء سلطة أو ولاية الموثق في تحرير السندات التوثيقية

لا يكفي لصحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية أن يكون محررا بمعية موثق و مسجل و مشهر لدى مصالح الحفظ العقاري ، بل يجب أن تكون سلطة أو ولاية الموثق قائمة وقت تحريره ، و لا تنتفي سلطة أو أهلية الموثق في تحرير السندات التوثيقية ، إلاّ في حالات محدّدة قانونا ، و منها حالات المنع التي يتوجب على الموثق مراعاتها قبل ممارسة المهنة أو بصدها ، و هي حالات أوردها المشرع على سبيل الحصر في المواد من 19 إلى 22 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق و أيضا حالات التنافي التي ورد التصييص عليها ضمن أحكام المواد من 23 إلى 25 من ذات القانون

¹ - و لا علاقة لهذا الدفع بالأحوال التي يتمسك فيها أحد أطراف الخصومة ببطان إجراءاتها لعدم مطابقتها للأوضاع التي إستلزمها القانون أو لنقص كل أو بعض البيانات الجوهرية الواجب ذكرها في أوراق الإجراءات ، لأن هذا يعتبر دفعا شكليا لا يوجه إلاّ للخصومة القضائية أو بعض إجراءاتها دون التصدي لذات الحق المدعى به بهدف تفادي الحكم في الموضوع بصفة مؤقتة ، وهذا ما قرره نص المادة 49 من ق . إ . م . إ بقولها : " الدفوع الشكلية هي كل وسيلة تهدف إلى التصريح بعدم صحة الإجراءات أو إنقضاءها أو وقفها " .

على نحو ما فصلنا فيما تقدم بصدد الإختصاص النوعي أو الموضوعي للموثق في تحرير التصرفات العقارية⁽¹⁾ .

كما لو قام موثق بتحرير عقد بيع وارد على عقار ، بصفته موثق و وكيل أو متصرف عن أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة .

و كذلك كما لو قام موثق بتحرير سند توثيقي معين لمعاملة عقارية ، خلال فترة عضويته في البرلمان أو أثناء رئاسته لأحد المجالس الشعبية المحلية المنتخبة أو أثناء عزله أو توقيفه عن ممارسة مهامه بسبب إخلاله بالتزاماته المهنية .

في كل هذه الحالات ، تسقط حجية السند التوثيقي كدليل لإثبات حق الملكية العقارية ، فإن حدث و أن تمسك به أحد الخصوم بمناسبة دعوى مرفوعة أمام القضاء ، فإنه يجوز للخصم الآخر الدفع ببطلانه لإنتفاء صفة القائم (الموثق) بتحريره .

2- السهو عن ذكر البيانات الخاصة بتحديد هوية العقار

باعتبار أنّ تحرير السندات التوثيقية المعايينة للتصرفات العقارية عملية صعبة و معقّدة ، تتطلب مراعاة و بدقة متناهية جملة من القواعد و الإجراءات ، فإنّ إحتمال ورود خطأ أو سهو في ذكر أحد البيانات الخاصة بتحديد هوية العقار أمر وارد ، لذلك حوّل المشرع لكل شخص يُحتج عليه بسند توثيقي مثبت للملكية العقارية أن يدفع ببطلانه ، في حالة عدم إستيفائه للبيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة لهوية العقار محل المعاملة . و في هذا الصدد نصّت المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني على أنه : " يبيّن الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية ، طبيعة و حالات و مضمون ، و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين ، و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية " .

يبرز من هذا النص أنّ المشرع قد ألزم الموثق بتعيين الحالة القانونية و المادية للعقار محل التصرف تعينا دقيقا نافيًا للجهالة ، بغية إعطائه حجية مطلقة في إثبات الملكية العقارية ، و إعتماده كأساس قانوني لتكوين فهرس عقاري محكم ، على إعتبار أنّ هذه السندات التوثيقية تنتهي بعملية الشهر بالمحافظة العقارية .

و باعتبار أنّ المشرع قد أخذ بنظام الشهر الشخصي كمرحلة إنتقالية في إنتظار إتمام عملية المسح لتعميم تطبيق نظام الشهر العيني . فإنّ البيانات المتعلقة بتحديد هوية العقارات تختلف بإختلاف ما إذا

¹- يراجع ما سبق ذكره في ص 123 و ما يليها من هذه الرسالة .

كان العقار واقعا في منطقة ممسوحة أو في منطقة غير ممسوحة ، و ما إذا كان حضري أو ريفي ، و ما إذا كان يخضع لنظام الملكية المشتركة أو الشائعة ، على نحو ما فصلنا فيما تقدم بصدد البيانات المتعلقة بتعيين العقارات⁽¹⁾.

و عموما يلتزم الموثق عند تحريره لسند توثيقي معين لمعاملة عقارية ، تحديد طبيعة العقار و البلدية التي يقع فيها ، رقم و قسم المخطط ، مساحة العقار و حدوده و مشتملاته ، إسم الملاك المتتاليين على العقار ، أسباب التملك و الأعباء و التكاليف التي تنقله .

و من ثم فإن كل سهو أو إغفال من قبل الموثق في ذكر أحد البيانات الجوهرية التي تتطلبها المعرفة الكاملة لهوية العقار ، من شأنها أن تجعل السند عرضة للدفع فيه بالبطلان في حالة إثارة دعوى إثبات ملكية العقار .

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 21 أكتوبر 1990 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرر أمام الموثق ، محتوي على أصل الملكية ، مكرس لإتفاق الطرفين ، محددًا للمحل تحديداً نافيا للجهالة " .

3- مخالفة أحكام المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني

يشترط في تحرير السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرع أن تُحرر بحضور شاهدي عدل⁽³⁾ إعمالاً لأحكام المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني ، التي تستلزم أن يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفالية -Les actes solennels- بحضور شاهدي عدل طبقاً للنص باللغة الفرنسية -Deux témoins instrumentaires- و هذا بخلاف باقي السندات التوثيقية التي لا يشترط القانون لتحريرها حضور شاهدي عدل ، و إنما يُكتفى في تحريرها بحضور شاهدين قد يكونا من أقارب أو أصهار الأطراف المتعاقدة ، و قفا لما نصّت عليه الفقرة الثانية من نص المادة 20 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق : " غير أنه يجوز لأقارب

¹- يراجع ما سبق ذكره في ص 126 و ما يليها من هذه الرسالة .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 68467 ، الصادر بتاريخ 21-10-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 1 ، ص 84 .

³- شهود العدل أو العقد - Les témoins instrumentaires - تعتبر شهادتهم إجبارية في العقود الإحتفالية ، و لا تصح إلا بتوقيعهم . أنظر ، حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 157 .

أو أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات⁽¹⁾ ، و لا يعتبر حضور هؤلاء (شهود الإثبات) مجلس العقد ضروريا و لازما ، إلاّ عند الإقتضاء . كما لو كان الموثق يجهل الإسم و الحالة و السكن و الأهلية المدنية للأطراف وفقا لما نصّت عليه المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني : " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الإقتضاء ... " .

و من ثم فإنّ توقيع أحد أقارب المتصرف على عقد هبة أو وصية أو وقف وارد على عقار ، من شأنه أن ينزع عن السند الصبغة الرسمية ، و يعطي الفرصة لكل من يحتج عليه به بمناسبة دعوى قضائية مرفوعة عليه ، بإثارة الدفع ببطلانه . على أساس أن التصرفات الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرع كالهبة و الوصية و الوقف تعتبر من قبيل العقود الإحتقالية التي لا تصح إلاّ بتوقيع شاهدي عدل . نظرا لهذه الإعتبارات جميعا ، و بناء على الملاحظات السالفة الذكر نرى تماشيا مع الإتجاه الفقهي الغالب⁽²⁾ ضرورة تدخل المشرع لتعديل أحكام المادتين 324 مكرر 2 و 324 مكرر 3 حتى يستقيم أثرهما مع التعديل المقترح من جهة ، و من جهة أخرى مع الأوضاع و الشكليات التي تتطلبها عملية تحرير السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية ، و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

❖ تعديل صياغة أحكام المادة 324 مكرر 2 من ناحيتين :

- تعديل صياغة الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر 2 ، بحصر التصرفات التي تصح بتوقيع الشهود على إعتبار أن هذه الفقرة لا تعتبر حضور الشهود في مجلس العقد ضروريا و لازما إلاّ " ... عند الإقتضاء ... " ، كما لو كان الموثق يجهل هوية أطراف التصرف .
- إضافة فقرة رابعة للتصدي لمسألة بيان الشروط الواجب توافرها في الشهود .

¹- شهود الإثبات أو التعريف أو التأكيد - Les témoins Certificateurs - هم الشهود الذين يضمنون هوية أطراف التصرف و لا يعتبر حضورهم في مجلس العقد ضروريا ، إلاّ إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف المتعاقدة . و بالإضافة إلى شهود التعريف هناك نوع آخر من الشهود يطلق عليهم شهود التشريف - Les témoins D'honneurs - شهادة هؤلاء ليس لها أية قيمة قانونية ، و إنّما يكون حضورهم مجلس العقد على سبيل التشريف ليس إلاّ . كحضور إخوة الزوجة في مراسيم إبرام عقد الزواج و توقيعهم إلى جانب شاهدي العدل و الأطراف الأخرى . أنظر ، حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، ص 156 و 157 و 158.

²- علاوة بوتغوار ، المادة 324 مكرر 3 فيما بين نصها العربي و نصها الفرنسي ، مجلة الموثق ، العدد 03 ، سبتمبر أكتوبر ، 2001 ، ص 10 .

- و يراجع في نفس السياق ، بوحلاسة عمر ، شهادة الشهود في العقود التوثيقية ، مجلة الموثق ، العدد 10 ، 2003 ص 24 .

❖ تعديل صياغة أحكام المادة 324 مكرر 3 من ناحيتين :

▪ تعديل صياغة المادة 324 مكرر 3 وفقا لما جاء به نصّها باللّغة الفرنسية بإضافة لفظ " بحضور شاهدي عدل "

▪ إضافة فقرة ثانية لتحديد قائمة العقود الإحتفالية ، سواء بتسميتها على سبيل الحصر أو بإعتماد معيار معيّن لتمييزها عمّا قد يشتهر بها ، لرفع الغموض و اللبس و نقادي الطعن في صحتها .

الفرع الثاني : الإدعاء بالتزوير

يعتبر الإدعاء بالتزوير الوسيلة الوحيدة لهدم القوة الثبوتية للسند التوثيقي المثبت للملكية العقارية على أنّ الطعن بالتزوير هنا -كما سبق و قدمنا - لا ينصب إلاّ على طائفة البيانات التي يثبتها الموثق تطبيقا لواجباته الوظيفية أو تلك التي تصدر عن أطراف التصرف بحضوره و تحت نظره .

و الغالب أن يتم الإدعاء بالتزوير من خلال دعوى قائمة يستند فيها رافعها على سند معيّن ، فيطعن الخصم الآخر على هذا السند بالتزوير ، فيعدّ طعنه في هذه الحالة إدعاء فرعي بالتزوير⁽¹⁾ ، و هذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من نص المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : "... و عند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا " ، كما أجاز المشرع بموجب الفقرة الثانية من المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أن يتم الإدعاء بالتزوير من خلال دعوى أصلية ، و هو ما يعرف بالإدعاء الأصلي بالتزوير .

و لتسيط الضوء أكثر على هذين الوجهين من الإدعاء ، نرى أن نبحت كل واحد منهما على حدى .
و ذلك وفقا للتفصيل الآتي :

أولا : الإدعاء الفرعي بالتزوير

إعتبارا لصفة الضبطية العمومية التي يتمتع بها الموثق في مجال ترسيم المعاملات العقارية ، و التي تؤدي حتما إلى تحقيق فكرة الإئتمان العقاري و حماية الملكية العقارية ، لم يجر المشرع الطعن في السندات المثبتة لها بطريق الإدعاء الفرعي بالتزوير ، إلاّ بتوافر شروط و إجراءات خاصة ، نصّت عليها أحكام المواد : من 180 إلى 185 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، تحت عنوان " الإدعاء الفرعي بالتزوير " .

¹- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 199 .

و الغالب أن يحصل الإدعاء الفرعي بالتزوير في سند توثيقي مثبت للملكية العقارية أثناء سير الخصومة التي يحتج فيها بالسند ، فيطعن أحد الخصوم على هذا السند بالتزوير فيكون إدعائه في هذه الحالة فرعيا و للإلمام بمجمل الشروط و الإجراءات التي يقتضيها الإدعاء الفرعي بالتزوير في السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية ، سنقسم الكلام هنا على عنصرين ، فنتكلم أولا في شروط قبول الإعاء الفرعي بالتزوير ثم في الإجراءات المتبعة بشأنه .

1- شروط قبول الإعاء الفرعي بالتزوير

لا يتقرر الإدعاء الفرعي بالتزوير في السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية لأي خصم ، ما لم يكن طرفا في الدعوى الأصلية ، فإن كان غير ذلك فليس له إلا أن يرفع أمره أمام القاضي الجزائي بطرح شكواه أمام الجهة المختصة ، أو أن يطعن في الحكم المبني على السند المزور بطريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة ، وفقا لمقتضيات المادة 381 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إذا كان الحكم الفاصل في أصل النزاع قد ألحق به ضررا⁽¹⁾.

و عموما يشترط المشرع لقبول الإدعاء الفرعي بالتزوير في السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية ، إلى جانب الشروط العامة المقررة لرفع الدعاوى من صفة و مصلحة و أهلية ، ضرورة توافر مجموعة من الشروط الخاصة ، نوجزها في الآتي :

أ- وجود دعوى أصلية قائمة بجانب الدفع بالتزوير

تم التنصيص على هذا الشرط ضمن أحكام المادة 180 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، كما أن طبيعة الإدعاء تقتضيه ، على إعتبار أن الإدعاء الفرعي بالتزوير من الطلبات العارضة ، فهو يستلزم بداهة وجود دعوى أصلية قائمة ، لم يتم الفصل فيها نهائيا .

و على ذلك فإذا كان السند التوثيقي المدعى بتزويره مقدم كدليل لإثبات الملكية العقارية في قضية مودعة أمام المحكمة الابتدائية ، و جب تقديم الإدعاء الفرعي بالتزوير أمام القاضي الناظر في الدعوى الأصلية أمّا إذا كانت القضية على مستوى الإستئناف ، فإنّ الإدعاء بالتزوير في هذه الحالة يتم إثارته بموجب مذكرة أمام قضاة المجلس .

أمّا في حالة ما إذا تم تقديم سند توثيقي كمستند بمناسبة دعوى مدنية ، و طعن عليه بالتزوير بطريق الإدعاء الفرعي أمام القسم الجزائي ، فإنّه يتعيّن على القاضي المدني أن يوقف الفصل في الدعوى

¹- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 202 .

المدنية إلى حين صدور حكم جزائي في دعوى التزوير إعمالاً لقاعدة الجزائي يقف المدني ، و تقاديا لصدور أحكام متعارضة من جهتي القضاء .

ب- أن يكون الدفع منتجاً في الدعوى الأصلية

لا يتقرر الإدعاء الفرعي بالتزوير ، إلا إذا كان التزوير منتجاً وذا تأثير على موضوع الدعوى الأصلية و تفصيل ذلك ، أنه لا يقبل الإدعاء الفرعي بالتزوير و لا تُبحث أدلته ، إلا بعد أن تقف المحكمة على ما يكون له من أثر في موضوع الدعوى الأصلية ، و للمحكمة السلطة التقديرية للقول ما إذا كان الإدعاء بالتزوير جدّي أو غير جدّي في النزاع الأصلي . بمعنى أنّ هذا الأمر يستقل به قضاء الموضوع بحسب ما يراه ، و لا يخضع في تقديره لرقابة المحكمة العليا .

و على ذلك ، فلا يقبل الإدعاء بتزوير سند توثيقي مقدم كدليل في دعوى قضائية قائمة ، إلا إذا كان من شأن التحقيق فيه ، أن يساهم في تكوين عقيدة لدى المحكمة عند الفصل في النزاع الأصلي كما لو كان موضوع النزاع يتعلق بدعوى إثبات الملكية أو دعوى إستحقاق العقار ، و دفع أحد الخصوم بوجود تزوير في السند التوثيقي المقدم كدليل لإثبات ملكية العقار أو إستحقاقه ، ففي هذه الحالة تلتزم المحكمة بوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين التحقيق في السند التوثيقي و فحص في شواهد تزويره .

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 26 جوان 1985 أهم ما جاء فيه⁽¹⁾ : " من المقرر قانوناً أنّه يجوز الطعن بالتزوير في أية وثيقة مقدمة في الدعوى سواء كانت عرفية أو رسمية و أنه ليس للجهة القضائية أن تصرف النظر عن الطعن بالتزوير ، إلا إذا تراءى لها أنّ الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره ، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون ، و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ المستند المدعى بتزويره يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية ، و قد كان على قضاة الموضوع أن يوقفوا الفصل فيها لحين الفصل في دعوى التزوير ، إلا أنّهم رفضوا وسببوا قرارهم برسومية العقد فإنهم بهذا القضاء خالفوا القانون " .

أمّا إذا كان الإدعاء الفرعي بالتزوير في سند توثيقي غير جدّي ، و كانت وقائع الدعوى الأصلية و مستنداتها كافية للفصل في النزاع الأصلي ، إستبعد السند التوثيقي المدعى بتزويره دون حاجة للتحقيق بصحته أو تزويره ، كما لو كان موضوع النزاع الأصلي ينصب على حيازة عقار ، و دفع أحد الخصوم

¹- قرار م ع ، ملف رقم 34700 ، الصادر بتاريخ 26-06-1985 ، منشور ب م ق لسنة 1989 ، ع 4 ، ص 57 .

بوجود تزوير في السند التوثيقي المقدم كدليل لإثبات الملكية العقارية ، ففي هذه الحالة تكون المحكمة ملزمة ببحث و مراقبة مدى توافر شروط الحيابة على أساس الوقائع و القانون ، ثم القول بأحقية الحائز في حيازة العقار على أساس التقادم المكسب من عدمه ، دون التطرق لدعوى الملكية على إعتبار أن المادة 350 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تمنع في دعوى الحيازة المطالبة بالملكية ، إلا بعد الفصل النهائي في دعوى الحيازة (1) .

ج- وجود تحريف للحقيقة في السند التوثيقي

باعتبار أن الإدعاء بالتزوير في السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية ، لا يرد إلا على طائفة معينة من البيانات على النحو الذي بيّناه ، فإنّ التزوير الذي يطال السند ، إما أن يكون تزويرا ماديا كتمزيق جزء منه ، أو شطب بعض البيانات الواردة فيه ، أو محوها أو إضافة عبارات أو حشو بين السطور أو وضع توقيع مزور ، أو تغيير مضمون السند ، أو إصطناع سند توثيقي بكامله من خلال تقليد جميع الأشكال و البيانات القانونية التي تتطلبها السندات التوثيقية و إسناده إلى غير محرره (الموثق) ، إما أن يكون التزوير معنويا و الذي يتخذ شكلين ، إما بإصطناع واقعة أو إتفاق خيالي كتدوين إتفاقات أو أقوال غير التي صدرت من أطراف التصرف ، أو جعل واقعة يعلم أنّها كاذبة في صورة واقعة صحيحة أو جعل واقعة غير معترف بها في صورة واقعة معترف بها ، أو وقعت في حضوره ، كأن يذكر الموثق حضور أطراف التصرف مجلس العقد ، دون أن يكون هؤلاء على علم أصلا بإنعقاده ، أو تحريف أية

¹- يراجع أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 530 من ق . إ . م . إ ، و التي تنص على ما يلي : " لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية ، إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة . و إذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلا بعد إستكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضدّه "

- و نفس المعنى كرّسه قرار م ع غ م ، ملف رقم 644829 ، الصادر بتاريخ 10-03-2011 ، و المنشور ب م م ع لسنة 2011 ، ع 1 ، ص 145 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه و الحكم المستأنف يتضح أنّ النزاع يتعلق بإسترداد الحيازة على أساس أنّ الطاعن قام بإنشاء كوخ من القصب بعد أن نزع السياج الذي أقامه المطعون ضدّه حول الأرض التي في حيازتهم ، ممّا جعل المحكمة تقوم بإجراء تحقيق ، و تم سماع شاهد أكد أنّ الأرض محلّ النزاع في حيازة المطعون ضدّه ، و أنّ الطاعن نازع هذه الحيازة مدعيا أنّ الأرض ملك له .

و حيث ثبت بموجب تحقيق أنّ الأرض في حيازة المطعون ، و الطاعن يدعي الملكية فإنّ القرار المطعون فيه مسبب بما فيه الكفاية كون قضاة المجلس فصلوا في الحيازة و لم يتطرقوا للملكية المدعى بها من طرف الطاعن عملا بنص المادة 530 من ق إ م إ . التي تمنع المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية ، إلا بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة و منه القول أنّ الوجهين معا مؤسسين و يتعيّن رفضهما و رفض الطعن بالنقض " .

واقعة أخرى بإغفاله أمرا أو إدارته على وجه غير صحيح ، كأن يذكر الموثق تاريخا مخالفا لتاريخ إبرام السند .

إمّا أن يكون بإنتحال شخصية الغير ، و نعني بهذه الحالة إنتحال شخصية الغير و التعامل بها أو بإسمه سواء كانت هذه الشخصية حقيقية أم وهمية ، سواء موجودة في الواقع أو غير موجودة⁽¹⁾ . أمّا عن الإجراءات المتبعة بشأن الدفع بهذه البيانات و ما يُماتلها ، فإنه يمكن تلخيصها في الآتي :

2- إجراءات الإدعاء الفرعي بالتزوير

وضع قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إجراءات خاصة للإدعاء بالتزوير في المواد من 180 إلى 185 ، حيث ألزمت المادة 180 منه و تحت طائلة عدم قبول الإدعاء ، أن يُودع الطاعن (مدعي التزوير) مذكرة أمام القاضي الناظر في الدعوى الأصلية ، على أن تتضمن العريضة الأوجه التي يستند إليها الطاعن في إثبات التزوير ، كأن يبيّن للمحكمة نوع التزوير المنصب على السند التوثيقي ما إذا كان تزويرا ماديا أو تزويرا معنويا . مع تمكين الخصم من المذكرة طبقا للقواعد المقررة قانونا . فإذا تبين للمحكمة أنّ السند التوثيقي المطروح للنقاش غير ذي أثر على موضوع الدعوى الأصلية ، فإنّها تقضي بعدم قبول الإدعاء ، دون التعرض لفحص شواهد التزوير .

أمّا إذا تبين لها أنّ الفصل في النزاع الأصلي يتوقف على التحقيق في السند المطعون فيه ، فإنّها تتبع الإجراءات التالي بيانها⁽²⁾ :

يدعوا القاضي الطاعن الذي قدّم السند التوثيقي محل الإدعاء بالتزوير ، للتصريح عمّا إذا كان يتمسك به فإذا أقرّ صراحة عدم التمسك بالسند أو سكت عن الردّ و لم يبدي أي تصريح . إستبعد السند المطعون فيه من ملف الدعوى⁽³⁾ ، دون حاجة إلى السير في إجراءات التحقيق فيه .

¹- صرادوني رفيقة ، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون الإجراءات الإدارية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، 2013 ، ص129 .

²- يراجع نص المادة 181 من ق . إ . م . إ .

³- يراجع قرار م ع ، ملف رقم 76026 ، الصادر بتاريخ 02-03-1992 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 1 ، ص 21 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّه في حالة الإدعاء بالتزوير يقوم رئيس الجهة القضائية بتحديد الأجل الذي يصرح خلاله من أبرز الوثيقة المدعى بتزويرها ما إذا كان يتمسك بإستعمالها ، فإن قرر أنّه لا ينوي إستعمالها أو سكت عن الردّ ، إستبعد المستند المذكور . أمّا إذا قرر أنّه متمسك بها ، فإنّه يجوز للمجلس إمّا أن يوقف الفصل في الخصومة الأصلية حتى يفصل في دعوى التزوير ، و إمّا أن يصرف النظر عن الطعن بالتزوير إذا تراءى له أنّ الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره " .

أما إذا تمسك الطاعن بإدعائه ، دعاه القاضي إلى إيداع أصل السند التوثيقي محل الإدعاء أو نسخة منه بأمانة ضبط المحكمة ، خلال أجل لا يزيد عن ثمانية (08) أيام ، فإذا تخلف عن إيداعه في الأجل المذكور ، إعتبر كأنه تصريح بإستبعاده ، أما إذا كان أصل السند التوثيقي بحوزة الموثق الذي حرره فإنه يدعوا هذا الأخير لإيداعه بأمانة ضبط المحكمة . و هنا يلتزم القاضي بوقف الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في الإدعاء الفرعي وفقا لما نصت عليه المادة 182 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و إذا قررت المحكمة وقف الفصل في الخصومة الأصلية حتى الفصل في الإدعاء الفرعي ، فإنه يشرع في مضاهاة السند المطعون فيه للتحقق من صحته أو تزويره ، بإتباع الإجراءات الخاصة بمضاهاة الخطوط المنصوص عليها في أحكام المواد من 165 إلى 167 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و يتمتع القاضي القائم بالتحقيق بسلطة تقديرية مطلقة في إختيار وسائل التحقيق ، فيمكنه اللجوء إلى المستندات الضرورية التي يمكن أن تكون محل مقارنة ، كأصل السند -La minute- المودع بأرشفيف الموثق الذي حرر السند لمقارنته بالنسخة المطروحة للنقاش ، أو الإستعانة بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس العقد أثناء تحرير و توقيع السند ، و كذا تحقيق الخبراء خاصة في المسائل الفنية و التقنية لإجراء المقارنة بين الخطوط و التوقيعات .

كما أجاز المشرع للمحكمة أن تأمر و لو من تلقاء نفسها و تحت طائلة الغرامة التهديدية بإحضار الأصل أو نسخة من الوثائق التي بحوزة الغير ، إذا كانت مقارنتها بالسند محل الإدعاء بالتزوير مفيدة حسب ما نصت عليه المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و فور إنتهاء المحكمة من إجراءات التحقيق ، تصدر حكمها الفاصل في الإدعاء الفرعي بالتزوير و بإعتبار الحكم الصادر في دعوى التزوير الفرعية يخضع لجميع طرق الطعن⁽¹⁾ ، فإنه لا يمكن تنفيذه إلا بعد أن يصبح نهائيا و غير قابل للطعن بالنقض أو طعن فيه و رفض بشأنه الطعن بالنقض ، و إذا قضت المحكمة بثبوت التزوير فإنه تأمر بحفظ أصل السند التوثيقي -La minute- بأمانة ضبط المحكمة إذا كان التزوير كليًا ، مع التأشير في هامشه بمنطوق الحكم أو القرار القاضي بالتزوير .

¹- يراجع أحكام الفقرة الأخيرة من نص المادة 183 من ق . إ . م . إ

أما إذا إنصب التزوير على بعض البيانات الواردة فيه ، فإنّها تأمر الموثق بإعادة تصويب السند بموجب عقد تصحيحي أو تعديلي ، مع إرفاقه بأصل السند -La minute- و إيداعه ضمن المحفوظات إذا كان التعديل الجزئي لهذه البيانات من شأنه أن يُبقي على التصرف قائما⁽¹⁾.

أما إذا كان من شأن التعديل الجزئي لهذه البيانات أن يُؤثر على إستمرارية التصرف المثبت بموجبه ، فإنّها تأمر بحفظ أصله -La minute- بأمانة ضبط المحكمة ، مع التأشير عليه في الهامش بمنطوق الحكم أو القرار القاضي بالتزوير .

و باعتبار أن جريمة التزوير في السندات التوثيقية تُعدّ من الجرائم القصدية التي يلزم لقيامها توافر القصد الجنائي لدى المزور ، فإنّه في حالة ثبوت تزوير الموثق للسند ، فإنّه يعاقب بجناية السجن المؤبد⁽²⁾ و التي يمكن تخفيضها ليس أقل من عشر (10) سنوات ، إذا إستفاد الموثق من الظروف المخففة وفقا لما نصّت عليه المادة 53 من قانون العقوبات .

أما إذا إقترن فعل التزوير بإستعماله ، فهنا يكون الموثق أمام جريمتين مستقلتين ، ممّا يؤدي إلى تعدد الجرائم ، و في هذه الحالة تُطبّق عليه عقوبة الجريمة الأشدّ وصفا إعمالا لأحكام المادتين 32 و 33 من قانون العقوبات .

و لم يكتف المشرع الجزائري بترتيب مسؤولية جزائية على التزوير في السندات التوثيقية ، و إنّما أورد نصا تأديبيا في القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، حدّدت المادة 54⁽³⁾ منه العقوبات التي يمكن أن يتعرض لها الموثق عن كل تقصير في إلتزاماته المهنية أو بمناسبة تأديتها .

ثانيا : الإدعاء الأصلي بالتزوير

بخلاف قانون الإجراءات المدنية الملغى الذي لم يكن يُجيز هذا النوع من الإدعاء ، فقد قرر المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و بالضبط المادة 179 منه أن يُقام الإدعاء بالتزوير

¹- إذا كان السند التوثيقي المراد تصحيحه أو تعديله مسجل و مشهر بالمحافظة العقارية ، فإنّه يتوجب على الموثق إيداع نسخة من السند التصحيحي أو التعديلي على مستوى كل من مصلحة التسجيل و الطابع ، و المحافظة العقارية التي تم فيها شهر السند المطعون فيه .

²- يراجع نص المادتين 214 و 215 من ق . ع

³- تنص المادة 54 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق على ما يلي : "العقوبات التأديبية التي يمكن أن يتعرض لها الموثق هي : الإنذار ، التوبيخ ، التوقيف عن ممارسة المهنة لمدة أقصاها ستة (06) أشهر ، العزل " .

بدعوى أصلية ، تُرفع طبقاً للإجراءات المقررة لرفع الدعوى . على أن يُراعى في التحقيق و الحكم فيها القواعد و الإجراءات المتبعة في مضاهاة الخطوط التي حددتها أحكام المواد : 165 ، 167 ، 170 ، 174 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

فإذا إنتهت المحكمة في هذه الدعوى إلى الحكم بتزوير السند التوثيقي المطعون فيه ، ترتب على ذلك إمتناع الإحتجاج به مستقبلاً ، و بذلك تظهر مصلحة المدعي في الإدعاء الأصلي بالتزوير ، إذ بهذا الحكم يتمكن من هدم دليل يُخشى من الإحتجاج به عليه مستقبلاً⁽¹⁾.

المبحث الثالث : صور السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

نعرض في هذا المبحث صور لبعض التصرفات القانونية الواردة على الملكية العقارية ، و السندات المثبتة و الناقلة لها .

و لما كان القصد من إستعراض هذه الصور هو بيان مدى أثر السندات المعاينة لبعض التصرفات القانونية في إثبات الملكية العقارية ، فقد تعرضت لهذا المبحث في ثلاثة مطالب ، خصصنا المطلب الأول لدراسة السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق المعاوضة . في حين خصصنا المطلب الثاني لبحث السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرع . أما المطلب الثالث تركناه للسندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التصريح .

المطلب الأول : السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق المعاوضة

يعتبر كل من عقد البيع العقاري ، و الوعد بالبيع العقاري المقيّد لإلتزامات الأطراف المتعاقدة ، و كذا عقد البيع بناءً على التصاميم المستحدث في ظلّ قانون الترقية العقارية لمواجهة أزمة السكن ، و عقد المقايضة من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية بعوض في التشريع الجزائري ، خاصة بعد تعديل أحكام القانون المدني و إستقرار القضاء على وجوب إخضاع كل التصرفات العقارية إلى قاعدة التوثيق الإلزامي .

و للوقوف على ما تحقّقه هذه الأشكال من التعاقد من ضمان في نقل و إثبات الملكية العقارية ، إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع : فنتكلم أولاً في عقد البيع العقاري ، و ثانياً في الوعد بالبيع العقاري ثم في عقد البيع على التصاميم ، و نتكلم أخيراً في عقد المقايضة .

¹- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 200 .

الفرع الأول : عقد البيع العقاري

إنّ الحديث عن عقد بيع العقار ، يستدعي منّا التطرق إلى تحديد مفهومه ، و بيان خصائصه ، ثم عرض مسألة تكوينه ، و أخيرا بيان الشكل المتطلب لإنعقاده . لذلك سيتم تقسيم الدراسة على هذا الأساس .

أولا : مفهوم عقد البيع العقاري

لم يُعرف المشرع كعادته عقد البيع الوارد على العقار- تاركا الأمر في ذلك للفقهاء - و هذا بإستثناء ما جاء في القانون المدني في المواد من 351 إلى 412 ، إذ وضع من خلالها أحكام خاصة لعقد البيع بصفة عامة ، فقد نصّت المادة 351 من القانون المدني على ما يلي : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " .

و تعليقا على المادة 351 السالفة الذكر نستنتج أنّ القول بأنّ البائع يلتزم بنقل الملكية هو قول لا يستقيم معه أثر ، لأننا إذا دققنا النظر ، لوجدنا أنّ البائع لا يلتزم بنقل الملكية ، و أنّ الملكية تنتقل بمقتضى إجراءات الشهر ، و هذا إذا تعلق الأمر ببيع عقار .

فالبيع بالنسبة لإنتقال الملكية لا يخرج عن أحد الصور الثلاث التالية⁽¹⁾ :

الصورة الأولى : أن يكون محل عقد البيع منقول معيّن بالذات ، في هذه الصورة تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد تمام التراضي -Solo Consensus-

الصورة الثانية : أن يكون محل عقد البيع منقول معيّن بالنوع ، في هذه الصورة تنتقل الملكية بمقتضى العقد نفسه بمجرد إتمام عملية الفرز أو التعيين⁽²⁾ . و هو ما يعني أنّ دور البائع ينحصر و يقتصر على إفراز المبيع عن غيره ، دون أن يتحمل الإلتزام بنقله .

الصورة الثالثة : أن يكون محل عقد البيع عقارا أو أحد الحقوق العينية العقارية ، في هذه الصورة تنتقل الملكية - كما سبق و أشرنا - بمقتضى إجراءات الشهر .

و هو ما يعني أنّ البائع ، مالك العقار لا يلتزم بنقل الملكية ، و إنّما يلتزم بعمل معيّن هو أن يفعل ما يلزم من قبله لتمكين المشتري من حيازة العقار و وضع يده عليه . و يبقى الإلتزام بإتخاذ إجراءات التسجيل الجبائي و الشهر العقاري مُلقى على عاتق الموثق محرر العقد .

¹- Daoudi brahim , Le transfert de propiete et des risques dans la vente , thèse doctorat 3^{eme} cycle , paris 2 , 1984 .

²- زهدي يكن ، عقد البيع ، طبعة الأولى ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا بيروت ، لبنان ، ص 34 .

من هذا المنظور يمكن تعريف عقد بيع العقار : بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخص يدعى البائع بأن يبيع عقاره لشخص آخر يسمى المشتري وفقا للشكليات و الإجراءات التي يتطلبها القانون .
يبرز من هذا التعريف أنّ لعقد البيع العقاري طبيعة خاصة ينفرد بها عن باقي العقود ، نعرض لها فيما يلي :

ثانيا : خصائص عقد البيع العقاري

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني و أحكام قانون التوثيق و القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري يتبين أنّ لعقد بيع العقار طبيعة خاصة تميّزه عن باقي العقود و التصرفات الناقلة للملكية العقارية ، في أنّه عقد ملزم للجانبين ، يرد على عقار ، أنّه من صنف العقود بعوض ، عقد شكلي ، منشئ للإلتزام بنقل ملكية العقار .

1- أنّه عقد ملزم للجانبين -Contrat synallagmatique ou bilatéral- عقد بيع العقار يعتبر من العقود التبادلية طبقا للقواعد العامة لاسيما المادة 55 من القانون المدني ، و معنى ذلك أنّه يُنشئ منذ البداية إلتزامات متبادلة تقع على عاتق المتعاقدين⁽¹⁾ ، أولهما إلتزام البائع بالقيام بما يستلزمه القانون و العرف و العدالة لتمكين المشتري من حيازة العقار ، و وضع يده عليه ، و ثانيهما إلتزام المشتري بدفع الثمن .

2- أنّه عقد يرد على عقار : كون محل هذا العقد دائما عقارا يجعله يميّز عن غيره من العقود الأخرى و عموما فقد أولى المشرع للبيع الذي يكون محلّه عقارا أهمية بالغة ، سواء من حيث الشكل المتطلب لإنعقاده ، أو الإجراءات اللّازمة لنفاذه .

3- أنّه عقد معاوضة -Contrat à titre onéreux- يأخذ فيه كل من العاقدين مقابلا لما إلتزم به ، إذ يأخذ البائع الثمن مقابل إنتقال ملكية العقار إلى المشتري ، و بالمقابل يمتلك المشتري العقار لقاء الثمن الذي دفعه .

4- أنّه عقد رسمي -Contrat authentique- كون محل هذا العقد - كما سبق و أشرنا - عقارا فمن البديهي أن يكون شكليًا ، إذ لا يكفي لإنعقاده إقتران الإيجاب بالقبول ، بل لابدّ فيه للمتعاقدين من الإعراب عن إرادتهما في الشكل الرسمي الذي حدده القانون . و ذلك بنص المادة 324 مكرر¹ من القانون المدني و التي تنص على ما يلي : "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل

¹-يراجع لأكثر تفصيل ، علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق .

رسمي يجب ، تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي ، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد " .

5- أنه يرتب إلتزام بنقل ملكية العقار : إذ بمجرد إبرام العقد تنشأ إلتزامات شخصية في ذمة المتعاقدين إذ يقع على عاتق البائع إلتزام بتمكين المشتري من حيازة العقار و وضع يده عليه ، و بالمقابل يقع على عاتق المشتري إلتزام بدفع الثمن المنفق عليه في العقد ، بينما يبقى ترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري مرهون بإستكمال إجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري للعقد .

ثالثا : تكوين عقد البيع العقاري

لا يختلف عقد بيع العقار - مبدئيا - من حيث تكوينه عن سائر العقود ، في وجوب توفر الرضا و المحل و السبب ، و التي تخضع بدورها في أحكامها للقواعد العامة ، سواء من حيث وجودها شروطها ، و كذا الآثار المترتبة عنها . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل التالي :

1- التراضي في البيع العقاري

يعدّ التراضي أهم ركن لأي تصرف قانوني ، و يقصد به إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معيّن (1) أي وجود إيجاب معيّن و قبول مطابق له . و يستوي أن يصدر الإيجاب من البائع أو من المشتري بالشراء ، كما يستوي أن يتم التعبير عن الإرادة شفويا أو بالكتابة كما هو الشأن في الوكالة أو بالإشارة مثلما هو الشأن بالنسبة لذوي العاهات كالأبكم و الأصمّ .

و في جميع الأحوال يشترط في تكوين عقد البيع العقاري أن يتم الإتفاق بين الطرفين على العقار المبيع و على الثمن ، و طبيعة العقد . و هو ما يعرف في الفقه بموضوعات التراضي . و لتسليط الضوء أكثر على هذا العنصر ، نرى أن نبحت مجال التراضي في عقد البيع العقاري و شروط صحته . و هو ما سيتم شرحه من خلال العناصر التالية :

أ- مجال التراضي في عقد البيع العقاري

لا ينعقد البيع العقاري إلاّ بتمام تحديد العناصر الأساسية أو الجوهرية للبيع و هي طبيعة العقد و المبيع (العقار) و الثمن . أمّا العناصر الثانوية أو المسائل التفصيلية الأخرى ، كالوفاء بالثمن أو تسليم المفاتيح أو تمكين المتصرف إليه (المشتري) من حيازة العقار و وضع يده عليه ، فلا تدخل

¹- أنظر في هذا الصدد ، سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 54 ، ص 47 .

في الإعتبار بصفة جوهرية ، و إنما يكفي في هذا الصدد ألا يحصل خلاف بشأنها ، إذ يفترض في هذه الحالة أنّ الطرفين قد إرتضيا حكم العرف في هذا الصدد .

أما إذا إنصرفت نية المتعاقدين إلى أن يجعلوا من العناصر الثانوية عناصر داخلية في الإتفاق بينهما فإنّ العقد لا يمكن أن يعتبر منعقدا ، إلا إذا تم الإتفاق على كل الشروط و الأوصاف التي رغب أحد الطرفين البيع على أساسها ، أو رغب الآخر الشراء بمقتضاها⁽¹⁾ . و نعرض فيما يلي العناصر الأساسية أو الجوهرية التي يتعين تحديدها .

❖ تحديد طبيعة العقد

يجب أن يتفق الطرفان على طبيعة العقد -La nature de l'acte- أي يجب أن يتم الإتفاق على إنشاء التزام بنقل ملكية العقار مقابل ثمن نقدي معلوم . و على ذلك فإذا إتجهت إرادة أحد الطرفين إلى البيع و إنصرفت إرادة الطرف الآخر إلى عقد آخر كالهبة أو الإيجار مثلا ، فإنّ العقد لا ينعقد لإنعدام التوافق حول طبيعة العقد⁽²⁾ .

❖ تحديد العقار المبيع

باعتبار أنّ عقد البيع العقاري من العقود الملزمة للجانبين ، فهو لا يصح إلا بإتفاق المتصرف (البائع) و المتصرف إليه (المشتري) على العناصر الأساسية للعقد ، خاصة ما يتعلق منها بالعقار محل التصرف ، و على ذلك لا ينعقد العقد بين الطرفين إذا كان أحدهما يقصد أن يبيع حقا عينيا معيناً و يقصد الطرف الآخر شراء حق عيني آخر ، كما لو قصد البائع أن يبيع محل تجاري (قاعدة تجارية) و لكن قصد المشتري إنصرف إلى العقار المكوّن للمحل التجاري . ففي هذه الحالة لا ينعقد البيع ، طالما أنّ العقار المبيع لم يعين تعيينا كافيا ، بحيث تتجه الإرادتين إلى الحق العيني العقاري ذاته .

❖ تحديد الثمن

يتعين لكي يُوصف العقد بأنه بيعا ، أن يكون نقل الملكية في مقابل ثمن معلوم يلتزم المشتري بدفعه للبائع لقاء البيع .

و يعدّ عنصر الثمن من الأهمية بمكان ، إذ أنّه شرط لإضفاء وصف البيع على العقد ، فإن إنتفى عدّ التصرف (العقد) من قبيل المقايضة أو الهبة .

¹- توفيق حسن فرج ، عقد البيع و المقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، ص 62 .

²- توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 61 .

فالثمن إذن هو محل إلتزام المشتري و هو من المسائل الجوهرية التي لا ينعقد البيع بدونها . و يجب أن يكون الثمن في عقد البيع مبلغا من النقود ، و يقصد بالنقود كما ورد في تعريفها الإصطلاحي الثمن الذي إتخذه الناس وسيلة للتبادل ، سواء كان معدنا مضروبا أو أوراقا نقدية .

و قد بيّنت المادة 357 من القانون المدني⁽¹⁾ الأسس التي يتم من خلالها تحديد الثمن في عقد البيع و من بين هذه الأسس ، أن يتم الرجوع إلى السعر المتداول في الأسواق المالية و العقارية كما هو الشأن في بيع العقار ، و لا يثور أي إشكال إذا ما تفاوض الطرفان حول الثمن و تم الإتفاق عليه ، فإنّ العقد يتم بينهما متى تم التنصيص عليه و تعيينه في العقد ، و يقصد بالتعيين هنا أن يقع التعرف عليه بمجرد الإطلاع على العقد .

و بإعتبار أنّ عقد البيع العقاري من العقود الشكلية التي يستلزم القانون تحريرها بمعية موثق ، فقد وضع المشرع شروطا معيّنة فيما يتعلق بالثمن ، وردت ضمن القواعد العامة في المادة 1-256 من قانون التسجيل⁽²⁾ ، و طبقا لما ورد في هذا الصدد ينبغي لكي يبرم هذا العقد صحيحا ، أن يلتزم البائع بدفع خمس (5/1) الثمن المتفق عليه بين يدي الموثق محرر العقد .

و لا شك أنّه إذا إستلزم القانون دفع خمس (5/1) الثمن بمرأى و بين يدي الموثق محرر العقد فإنّه و بحسب الأصل ، يجب أن يكون هذا الثمن حقيقيا و جدّيا ، و أن يكون متناسبا مع قيمة العقار وقت إبرام العقد .

إلّا أنّه قد يحدث أن تنصرف إرادة البائع إلى عدم إقتضائه ، أو أنّه لم يكن متناسبا أو متكافئا مع قيمة العقار وقت إبرام العقد ، أو منحطا إلى درجة فاحشة . فهل يصح البيع بغض النظر عما إذا كان البائع لا يقصد إقتضاء الثمن و لا المشتري دفعه ، و بغض النظر عما إذا كان غير متوافق مع قيمة العقار أو إنحط إلى حدّ العدم ؟

هذا ما يُعرف في الفقه بالثمن الصوري ، و الثمن البخس ، و التافه ، و هو ما إحتدم الجدل و النقاش بشأنه .

¹- تنص المادة 357 من ق . م على ما يلي : " إذا لم يحدد المتعاقدان ثمن البيع ، فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى تبين أنّ المتعاقدين قد نوي الإعتداع على السعر المتداول في التجارة ، أو السعر الذي حرى عليه التعامل بينهما " .

²- تنص المادة 1-256 من ق ت على ما يلي : " يجب أن يدفع لزوما خمس 5/1 ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل كامل الملكية لقاء عوض ... " .

إنّ الإجابة على التساؤل المطروح تقتضي منّا التعرض للثمن الصوري و الثمن البخس و الثمن التافه و بيان حكم البيع في كل من هاته الحالات الثلاث .

• الثمن الصوري-Prix simulé ou fictif-

لكي يكون البيع صحيحا يجب أن يكون الثمن جدّيًا و حقيقيًا و مقدّرًا بالنقود ، و معنى إشتراط أن يكون الثمن جدّي و حقيقي أن تتجه إرادة البائع إلى إقتضائه بالفعل ، أمّا إذا قصد البائع عدم مطالبة المشتري بدفعه إعتبر الثمن غير حقيقي . و هذا القصد قد يكون ظاهرا وقت التعاقد ، كما لو ترك البائع دفع الثمن لمحض إرادة المشتري ، كما قد يُستشف من الظروف الملابسة التي تصاحب المتعاقدين أثناء مرحلة تكوين العقد و إبرامه ، كما لو ثبت وقت البيع أنّ الحالة المالية للمشتري لا تسمح له بدفع الثمن المسمى في العقد ، أو أنّ البائع لم يحمل الأمر على محمل الجدّ ، و لم يقصد مطالبة المشتري بدفعه . فالثمن غير الحقيقي إذن هو ذلك الثمن الذي لا يقصد المشتري دفعه و لا البائع إقتضاؤه ، و هذا ما يُعرف بالثمن الصوري ، و هذا الثمن لا ينعقد به البيع ، و إنّما تم ذكره في العقد إظهارا له فقط⁽¹⁾ .

كأن يتفق الطرفين في عقد البيع على ذكر ثمن أقل من الثمن الحقيقي تهربا من دفع رسوم التسجيل الجبائي كاملة ، أو أن يتفقا على ذكر ثمن أكبر من الثمن الحقيقي للوقوف دون مطالبة الشفيع بحقه في الأخذ بالشفعة .

و أيّا ما كان الأمر ، فإنّه بإمكان الغير أن يتمسك بالعقد الصوري الظاهر أو العقد الحقيقي المستتر وفقا لما تقتضيه مصلحته⁽²⁾ ، كأن يتمسك الشفيع بالثمن الحقيقي لممارسة حقه في الشفعة ، أو أن تلجأ مصالح إدارة الضرائب إلى إعادة تقويم العقار حسب قيمته الحقيقية وقت إبرام العقد ، و إقتضاء فارق القيمة .

كما تجدر الإشارة أنّه لا تلازم بين حالة الإعسار و صورية الثمن ، إذ لا يكفي لإعتبار الثمن صوريًا مجرد إعسار المشتري و علم البائع بهذا الإعسار ، فقد يكون المشتري في حالة مالية تسمح له بدفع الثمن الذي يتناسب مع قيمة العقار ، و مع ذلك يكون الشراء الحاصل منه صوريًا ، أضف إلى ذلك أنّ

¹- عزّ الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي ، الصورية في ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة السادسة ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، مصر ، 2000 ، ص 354 .

²- يراجع لتفصيل أكثر ، لزرق بن عودة ، وسائل حماية الضمان العام ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، السنة الجامعية : 2013-2014 ، ص 173 و ما يليها .

الإعسار ليس بحالة ملازمة و دائمة و مستمرة ، فقد يكون إعسار المشتري مؤقت لا يلبث أن يزول كما لو تلقى ميراثاً أو وصية أو عقد صفقة رابحة أنعشت ذمته المالية .

كما أنّ عدم دفع المشتري للثمن وقت التعاقد لا يعتبر في حدّ ذاته قرينة قاطعة على صورة الثمن ، فقد يلتزم المشتري بدفعه عند مطالبة البائع به ، كما أنّ تنازل البائع عن الثمن بعد البيع لا يُعتبر كافياً لتقرير صورة الثمن ، لأنّ العبرة بحقيقة الثمن وقت إبرام العقد ، أمّا و قد إنعقد البيع و ثبت للبائع الحق في الثمن فليس هناك ما يمنع البائع من إبراء المشتري منه ، شريطة ألاّ يتفقا (البائع و المشتري) على الإبراء وقت البيع أيّ ألاّ يحصل الإبراء في العقد ذاته ، و إلاّ أُعتبر العقد هبة مستترة في صورة عقد بيع .

و في جميع الأحوال يمكن إثبات صورة الثمن طبقاً للقواعد المقررة في الإثبات ، ففيما بين المتعاقدين لا يجوز إثباتها إلاّ بالكتابة متى كان العقد المتضمن ذكر الثمن مكتوباً ، لأنّه ليس هناك ما يمنع المتعاقدين من أن يحتاط لنفسه و يحصل من المتعاقدين الآخر على وثيقة مكتوبة تُبيّن حقيقة و قيمة الثمن المنفق عليه في العقد ، مع مراعاة أحكام المادتين 335 و 336 من القانون المدني . أمّا بالنسبة للغير فيجوز لهم إثبات صورة الثمن بكافة الطرق المقررة في الإثبات بما في ذلك القرائن و شهادة الشهود⁽¹⁾ .

و بالرغم من أنّ المشرع قد ترك للأطراف المتعاقدة مبدئياً حرية تقدير الثمن في عقد البيع ، بإعتبار أنهما خير من يستطيع تحديده ، إلاّ أنّ هذا التحديد يجب ألاّ يكون فيه الثمن أقلّ من قيمة المبيع ، و إلاّ كنّا أمام ما يعرف بالثمن البخس .

• الثمن البخس-Prix vil-

و الثمن البخس هو الثمن الضئيل الذي لا يتناسب مع القيمة الحقيقية للمبيع ، و عموماً فقد أجاز المشرع

في حالة ضآلة الثمن و الوقوع في الغبن طلب إبطال العقد ضمن حالتين إستثنائيتين هما :

▪ حالة الإستغلال إذا بلغ ثمن بيع العقار حدّ الغبن ، فعلى البائع في هذه الحالة رفع دعوى الغبن متى

توافرت الشروط الواردة ضمن أحكام المواد : 90 ، 91 ، 358 ، 359 من القانون المدني .

▪ حالة بيع عقار من قبل عديم الأهلية بنفسه بغبن يزيد عن الخمس دون إذن أو إجازة ، فيكون البيع

في هذه الحالة قابلاً للطعن فيه بطريق الغبن متى توافرت الشروط الواردة بالمادتين 358 و 359 من

القانون المدني .

¹- لزرقي بن عودة ، وسائل حماية الضمان العام ، المرجع السابق ، ص 194 و 195 .

أما في غير هاتين الحالتين ، فلا مجال للحديث عن إختلال التعادل بين ثمن و قيمة المبيع ، سواء أكان الثمن أعلى من قيمة المبيع أو أقلّ منها ، ما لم ينحط الثمن إلى درجة فاحشة تجعله تافها . لأنّ القانون لا يشترط أن يتعادل الثمن مع قيمة المبيع .

• الثمن التافه -Prix dérisoire-

يقصد بالثمن التافه ، الثمن الذي لا يصح مقابلا لإلتزامات البائع ، كما لو بيع عقار في مقابل ثمن منخفض بشكل فاحش ، بحيث لا يمكن أن يتناسب بتاتا مع قيمته الحقيقية ، فعندئذ يستخلص من تافه الثمن المذكور في العقد أنّه ثمن غير حقيقي أي تافه ، و يجوز لكل من كان له مصلحة في ذلك أن يطعن فيه بدعوى الصورية . غير أنّ تافه الثمن ، و إنّ كانت لا تكفي بذاتها لإنعقاد البيع ، فهل يمكن إعتبار العقد هنا هبة مستترة ؟

لا خلاف في الفقه الفرنسي⁽¹⁾ في أنّ البيع بثمن تافه يعتبر هبة مستترة ، متى تبيّن من قصد المتعاقدين أنّ نيتهما قد إنصرفت إلى التبرع . فإذا تبيّن أنّ البائع قد قصد إلى ذلك ، صحّ العقد بإعتباره هبة . و إذا كانت - صحة العقد بإعتباره هبة - هي الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء في فرنسا ، إلّا أنهم إختلفوا حول ما إذا كان يلزم أن ترد الهبة في الشكل الذي يتطلبه القانون ، أم أنّها تكون صحيحة دون إستلزام لهذا الشكل . فذهب جانب منهم إلى الإدعاء بصحة العقد كهبة ، بشرط أن يرد في الشكل الذي يتطلبه القانون ، بينما إعتبره الجانب الآخر هبة مستترة تصح دون أن ترد في الشكل المطلوب . و يبدو أنّ هذا الإتجاه ، و الذي يرى أنّ العقد في حالة الثمن التافه يعتبر هبة دون إستلزام الشكل الذي يتطلبه القانون ، هو ما ينحو نحوه الإجتهد القضائي الحديث في فرنسا⁽²⁾ .

و بالرجوع إلى النظام القانوني الجزائري ، قد نصّ المشرع في المادة 105 من القانون المدني على أنّه : "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر ، فإنّ العقد يكون صحيحا بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه ، إذا تبيّن أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد " .

بمعنى لو أنّ نية الطرفين كانت التبرع -Animos Dinondi- إلّا أنّ أحدهما صرّح (البائع) بثمن بخس فإنّه ممّا لا شك فيه أنّ التصرف يُعدّ هبة ، و لما كانت هذه الأخيرة تُفرغ في قالب شكلي ، فإنّ أركان

¹- توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 152 و ما يليها .

²- أنظر توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 62 .

عقد الهبة تكون متوفرة ، و بالتالي يُعدّ العقد صحيحا من حيث توافر الأركان من تراضي و محل و سبب و شكلية طالما أنّ نية البائع كانت التبرع ، و هذا بالرغم من بطلان البيع لتفاهة الثمن .

ب- صحة التراضي في عقد البيع العقاري

لا يكفي أن يكون التراضي موجودا و قائما ، بل يجب أن يكون صحيحا . و يشترط لصحة التراضي في عقد بيع العقار أن تتوافر الأهلية لدى كل من البائع و المشتري حتى يقع البيع صحيحا ، و هو ما يعني أن يكون كل منهما قد أتم تسعة عشرة (19) سنة كاملة ، فكل من بلغ هذه السن يعتبر كذلك ، ما لم يكن قد حجر عليه لعارض من عوارض الأهلية⁽¹⁾ .

و القصد بالأهلية هنا هي أهلية الأداء -Capacité d'exercice- و هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات التي يُعتدّ بها قانونا . فكل شخص بلغ سن الرشد ، و كان متمتعا بقواه العقلية مؤهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض ينقص⁽²⁾ أهليته أو يعدمها⁽³⁾ .

و يثور في هذا الصدد أهمية بحث حكم البيع الصادر عن القاصر الذي لم يكتمل سن الرشد القانوني و بيع المحكوم عليه جزائيا ، و بيع المريض مرض الموت . و سنتكلم تباعا عن الأحكام الخاصة ببيع عقار القاصر ، ثم نعرض حكم البيع الصادر عن المحكوم عليه جزائيا ، و نتكلم أخيرا في بيع المريض مرض الموت .

❖ الأحكام الخاصة ببيع عقار القاصر

لقد أولى المشرع إهتماما ملحوظا بمسألة بيع عقار القاصر ، من خلال تقريره لأحكام خاصة ورد التنصيص عليها ضمن أحكام قانون الأسرة . حيث ألزم الولي بمقتضى نص الفقرة الأولى من المادة 88 منه ، بأن يستأذن المحكمة في بيع عقار القاصر بقولها : " ... و عليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية : - بيع العقار ... " .

¹ - تنص المادة 40 من ق . م على ما يلي : " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ، و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية . و سن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة " .

² - العوارض المنقصة للأهلية هي : السفه و الغفلة ، و يلحق بهما المصاب بعاهتين إثنين من العاهات الثلاثة الصم و البكم و العمى .

³ - العوارض المعدمة للأهلية هي : الجنون و العته ، فالمصابون بهما أهليتهم معدومة و تصرفاتهم باطلة ، و يلحق بالمجنون و المعتوه الشخص المحكوم عليه بعقوبة جنائية .

و هو ما يعني أنّ المشرع قد جعل بيع عقار القاصر موقوفاً على إستصدار الولي إذن من المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار المملوك للقاصر ، على خلاف المشرع المصري الذي قصر الإذن في بيع عقار القاصر على العقار الذي تزيد قيمته على 300 جنيه⁽¹⁾. و إن كان قد جعله موقوفاً على إذن المحكمة إذا ما كان التصرف للولي أو لزوجته أو لأقاربه حتى الدرجة الرابعة⁽²⁾ .

كما إستلزم المشرع إجراءاً جوهرياً يجب على القاضي مراعاته أثناء منحه لهذا الإذن ، و هو أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني ، على حدّ تعبير حكم المادة 89 من قانون الأسرة بنصّها : " على القاضي أن يراعي في الإذن : حالة الضرورة و المصلحة ، و أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني " . بما معناه أنّ المشرع لم يكتفي في بيع عقار القاصر أن يحصل الولي على إذن من المحكمة ، و إنّما إستلزم إلى جانب ذلك أن يتم بيع العقار بالمزاد العلني .

بعد هذه التوطئة يحق لنا أن نتساءل ، عن مدى توفيق المشرع في تنظيم مسألة بيع عقار القاصر ؟ لقد أحسن المشرع صنعا عندما قيّد سلطات الولي بشأن بيع عقار القاصر بإذن المحكمة ، لما في ذلك من ضمانات و حماية لأموال القاصر ، و درءاً لإستغلال ضعف القاصر و الإضرار بمصالحه .

أمّا قول المادة 89 السابق بيانها أن يُباع عقار القاصر في المزاد العلني ، قول غير صائب ، و هو حكم منتقد من عدّة جوانب ، من جهة أنّنا لم نصادف أي أمر صادر عن رئيس المحكمة بشأن الترخيص ببيع أموال القاصر بالمزاد العلني ، كما أنّ الجانب العملي مختلف تماماً عمّا أوجبه المشرع من بيع عقار القاصر بالمزاد العلني ، ضف إلى ذلك أنّ الموثق يشترط على الولي الذي يرغب في بيع عقار القاصر إحضار ترخيص فقط ، ثم يقوم بتحرير العقد دون إتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني .

و من جهة أخرى أنّ المشرع لم يوضّح لنا ما إذا كان يجب إتباع إجراءات البيع بالمزاد العلني بالنسبة للعقار المفروض الذي يكون مملوكاً للقاصر دون بقية الشركاء ، أم أنّ هذا الإجراء يقتصر على العقار المشاع ، الذي يكون مملوكاً على الشيوع بين القاصر و بقية الورثة .

¹- تنص المادة 07 من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي : " لا يجوز للأب أن يتصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاث مئة جنيه إلا بإذن المحكمة . و لا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن ، إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر ، أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة " .

²- تنص المادة 06 من قانون الولاية على المال المصري على ما يلي : " لا يجوز للولي أن يتصرف في عقار القاصر لنفسه أو لزوجته أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة ، إلا بإذن المحكمة ، و لا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لغيره لنفسه " .

ققد لاحظنا أنّ الموثق يُقدم على إبرام التصرف الخاص ببيع عقار القاصر ، إذا لم يكن هذا العقار مملوكا على الشيوع .

كما أنّ إشتراط المشرع أن يُباع عقار القاصر بالمزاد العلني فيه إرهاب للذمة المالية للقاصر ، لأنّ إجراءات البيع بالمزاد العلني تتطلب مصاريف قضائية باهضة ، ناهيك عن تلاعبات بعض المزيدين الرامية إلى تخفيض ثمن بيع العقار .

لذلك نرى أنّه في حالة ما إذا كان عقار القاصر لا يدخل ضمن نطاق الملكية المشاعة ، فإنّه يمكن بيعه دون حاجة إلى إجراءات المزد العلني .

❖ البيع الصادر عن المحكوم عليه جزائياً

خول المشرع للقاضي الجزائري الناظر في القضايا الجنائية ، حين الحكم بالإدانة ، ضرورة فرض عقوبة تكميلية على من يُحكم عليه بعقوبة جنائية إلى جانب العقوبة الأصلية السالبة للحرية ، و هذه العقوبة التكميلية من شأنها أن تجعل المحكوم عليه في حكم المحجور عليه ، و يطلق على هذا النوع من الحجر الحجر القانوني . على حدّ تعبير صدر المادة 09 مكرر من القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتضمن قانون العقوبات⁽¹⁾ بنصّها : " في حالة الحكم بعقوبة جنائية ، تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني ... " .

و قد عرّفته - أي الحجر القانوني - ذات المادة بأنّه : " حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية ... " . و هو ما يعني أنّه بمجرد النطق بالحكم بالإدانة يتجرّد المحكوم عليه بعقوبة جنائية من أهليته ، و يمنع من التصرف في أمواله طيلة مدّة عقوبته ، حتى و لو كان مستفيدا من نظام البيئة المفتوحة .

و قد أكدّ القضاء الجزائري هذا المبدأ بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 29 جوان 1986 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا أنّ المحكوم عليه بالحجر القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة من مباشرة حقوقه المالية ، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفا للقانون .

¹ القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20-12-2006 . منشور في ج ر ، ع 84 ، الصادرة بتاريخ : 24-12-2006 يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 يتضمن قانون العقوبات . منشور في ج ر ، ع 49 الصادرة بتاريخ : 11-07-1966 .

² قرار م ع غ م ، ملف رقم 43476 ، الصادر بتاريخ 29-06-1986 ، منشور ب م ق لسنة 1993 ، ع 1 ص 14 .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية ، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرامية إلى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذه لعقوبة الجنائية يكونوا قد أخطأوا في تطبيق القانون . و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه " .

بإمعان النظر في هذا القرار يتبيّن لنا أنّ عقد بيع العقار الصادر عن المحكوم عليه بعقوبة الجنائية عقد باطل بطلانا مطلقا ، لإنعدام أهلية المحكوم عليه بقوة القانون .

و باعتبار الحجر القانوني عقوبة تكميلية تمنع المحكوم عليه من التصرف في أمواله طيلة تأديته للعقوبة الأصلية السالبة للحرية ، فقد خوّّل القانون للمحكوم عليه تعيين ولي أو وصي لإدارة أمواله و التصرف فيها ، و هو ما يفهم من قصد الفقرة الثالثة من المادة 09 من ذات القانون بقولها " تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في الحجر القضائي " .

بخلاف المحكوم عليه بعقوبة المخالفة أو الجنحة الذي يظلّ محتفظا بأهليته القانونية ، و له أن يتصرف في ممتلكاته طيلة مدّة عقوبته ، شريطة أن يتم التصرف بمعية موثق ، و بترخيص قضائي ، وفقا لما نصّت عليه أحكام المادة 78 من القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين بقولها⁽¹⁾ : " يحتفظ المحبوس بحق التصرف في أمواله في حدود أهليته القانونية ، و بترخيص من القاضي المختص .

لا يصح أي إجراء أو تصرف من المحبوس إلاّ بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل قانونا و يتم وجوبا داخل المؤسسة العقابية بعد إستصدار رخصة للزيارة ، طبقا لأحكام الفقرتين 1 و 2 من المادة 68 أعلاه " .

❖ بيع المريض مرض الموت

يظهر من خلال المادة 776 من القانون المدني⁽²⁾ ، أنّ المشرع الجزائري قد وضع قرينة قانونية بسيطة بمقتضاها أنّ كل تصرف في مرض الموت يأخذ حكم الوصية .

¹- منشور في ج ر ، عدد 12 ، الصادرة بتاريخ : 13-02-2005 .

²- تنص المادة 776 من ق . م على ما يلي : " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت ، و تسري عليه أحكام الوصية أيّا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف و على ورثة المتصرف أن يثبتوا أنّ التصرف القانوني قد صدر عن مورثهم و هو في مرض الموت و لهم إثبات ذلك بجميع الطرق ، و لا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا " .

و قد جاءت أحكام هذه المادة عامة تسري على جميع التصرفات أيًا كانت التسمية التي تُعطى لهذا التصرف ، فكل تصرف قانوني يصدر عن المريض أثناء مرض الموت بقصد التبرع تطبق عليه أحكام الوصية .

أما الأحكام الخاصة بالبيع الواقع أثناء مرض الموت فنظمتها أحكام المادتين 408 و 409 من القانون المدني . ممّا يتعيّن معه بحث مفهوم مرض الموت ، و الأحكام المقررة في بيع العقار الواقع في أثناءه .

• مفهوم مرض الموت

لم يعن المشرع بوضع تعريف لمرض الموت ، و لذلك فلا مناص من تتبع ما إستقرت عليه أحكام الشريعة الإسلامية و إجتهد القضاء في المسألة .

و بإستقراء آراء الفقه⁽¹⁾ و القضاء⁽²⁾ يمكن تعريف مرض الموت حسب ما هو سائد في الفقه الإسلامي بأنّه المرض الذي يغلب فيه الهلاك و يُعجز الشخص عن القيام بمصالحه و يتصل به الموت فعلا و لو كان المريض قد توفي لسبب آخر كحادث مثلا ما دامت وفاته قد وقعت في أثناء هذا المرض فالعبرة بالحالة النفسية للمريض في مرض يغلب فيه الموت⁽³⁾ .

1- أنظر مصطفى أحمد الزرقاء ، المدخل الفقهي العام ، النظرية الكبرى الأساسية في مباني الأحكام الفقهية تعريفا و تاريخا و أصولا ، ج 2 ، مطبعة طبرين ، دمشق ، 1387 هـ - 1968 ، ص 803 .

- أنّ مرض الموت هو الذي يُعجز الرجل عن ممارسة أعماله المعتادة خارج البيت ، و يُعجز المرأة عن أعمالها المعتادة داخل البيت ، و يتصل به الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال واحدة من غير إزدياد .

2- يراجع قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 33719 ، الصادر بتاريخ 09-07-1984 ، منشور ب م ق لسنة 1989 ، ع 3 ص 51 . و الذي جاء فيه ما يلي : " متى كان من المقرر فقها و قضاء أنّ مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا و يجر إلى الموت و به يفقد المتصرف وعيه و تمييزه " .

غير أنّ ما يُؤخذ على هذا التعريف هو خروجه عن الإطار الذي رسمه فقهاء الشريعة الإسلامية لمرض الموت من كونه لا يؤثر على أهلية المريض . فالمريض مرض الموت غير المريض ناقص الأهلية ، و التصرفات الصادرة عنهما ليست من نفس الطبيعة و لا تترتب عليها نفس النتائج القانونية . فكل منهما نظامه القانوني المتميز . أنظر خليفة الخروبي العقود المسماة ، الوكالة - البيع و المعاوضة - الكراء - الهبة ، طبعة منقحة و مزيدة ، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، 2013 ، ص 164 .

- و نفس المعنى كرسه ، قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 96675 ، الصادر بتاريخ 23-10-1993 ، منشور ب م ق لسنة 2001 ، ع خ ، ص 302 . و الذي جاء فيه ما يلي : " ... و أنّ حالة المحبس " ع م " الذي أقام الحبس موضوع النزاع في أوت 1987 ، كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته في 03-10-1987 ... " .

3- أنظر محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون سنة الطبع ص 216 .

• الأحكام المقررة في بيع العقار أثناء مرض الموت

فرّق القانون المدني في البيع الواقع أثناء مرض الموت بين حالتي البيع لوارث و لغير الوارث ، و حالة البيع للغير حسن النسبة . و سنتكلم تباعا عن هذه الحالات وفقا للتفصيل الآتي :

▪ حالة البيع لوارث

تقضي الفقرة الأولى من نص المادة 408 من القانون المدني على أنه : " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة " .

يتبيّن من قراءة النص أعلاه أنّ البيع الصادر من المورث المريض مرض الموت إلى الوارث ، لا يكون نافذا إلاّ بإقرار باقي الورثة⁽¹⁾ و إقرار حق الورثة في إجازة البيع يعني الإقرار لهم بحق ممارسة دعوى الإبطال ، و هذا الحق قد إنجر لهم على عقار مورثهم لا من وقت وفاته فحسب بل من وقت المرض المتصل بالموت .

و حق الورثة في الإبطال لا ينسحب إلى غيرهم و خاصة دائني المورث الذين لا يجوز لهم الإستناد إلى مرض الموت لإبطال تصرفات الهالك التي أضرت بحقوقهم من جراء التفريط في عقاره ، لأنّه و في كل الحالات يكفي أن يُجيز الورثة البيع حتى يكون نافذا⁽²⁾ .

و أيّا ما كان الأمر ، فإنّه يتعيّن على الورثة لممارسة دعوى إبطال التصرف الذي عقده مورثهم أثناء مرض الموت ، إثبات صفة الوارث و مرض الموت ، و بإعتبار أنّ واقعة المرض مبدئيا واقعة مادية متصلة بمسائل صحية و طبية ، فإنّه لا بدّ من الإستناد إلى ملف طبي لمورثهم ، يحدد بدقة طبيعة المرض و خطورته و علاقته بالموت إستنادا إلى الفحوصات و الشهادات الطبية المدلى بها .

¹- و هذا ما أكدّ عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم 62156 ، الصار بتاريخ 09-07-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1991 ، ع 4 ، ص 68 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر أنّه إذا باع المريض مرض الموت وارث فإنّ البيع لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة ، و من ثمة فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ إساءة في تطبيق القانون .

- و يراجع أيضا ، قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 139123 ، الصار بتاريخ 09-07-1996 ، منشور ب م ق لسنة 1996 ، ع 2 ، ص 80 . و الذي قضى بما يلي : " من المقرر قانونا أنّ عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت ، لفائدة الوارث ، لا يكون ناجزا إلاّ إذا أقرّه باقي الورثة " .

²- و لكن يجوز للدائن الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف الذي أجراه المدين .

- أنظر في هذا الصدد ، خليفة الخروبي ، العقود المسماة ، المرجع السابق ، ص 169 .

■ حالة البيع لغير الوارث

تنص الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني على أنه: "إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال " .

و الذي يبدو من النص أعلاه أنّ المشرع قد جعل البيع لغير وارث في مرض الموت قابلا للإبطال ما لم يكن مصادق عليه . بخلاف النص باللغة الفرنسية الذي يبني أساس قابلية الإبطال على عيب شاب الرضا بقوله: - est présumée avoivre été faite sans consentement valable -

فضلا عن أنّ المشرع لم يحدد المقصود بالبيع ، هل هو البيع الجدّي أم البيع المنجز في صورة تصرف آخر ، نفس الأمر بالنسبة لتحديد الثمن . ناهيك عن أنّ الترجمة الفرنسية لنص المادة 408 تشترط أن يتم البيع في فترة حدّة المرض و إشتداده - dans la période aigue de la maladie -

و عموما يبقى الحكم الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 408 من القانون المدني ، حكم غير صائب على إطلاقه ، و هذا لاختلاف الجانب الموضوعي للفقرة الثانية عمّا هو مكرس بالمادة 185 من قانون الأسرة التي تنص على أن: " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد على الثلث يتوقفت على إجازة الورثة " . إذ تتفق غالبية القوانين الوضعية مؤيدة بإجماع الفقه الإسلامي على أنّ الوصية لغير الوارث تكون نافذة في حدود الثلث دون إجازة الورثة ، و بذلك يكون حكم الفقرة الثانية من نص المادة 408 من القانون المدني متعارضا مع ورد في نص المادة 185 من قانون الأسرة ، و مخالف لإجماع الفقه الإسلامي .

و نظرا لهذه الإعتبارات ، فإننا نرى تدخل المشرع لإعادة صياغة حكم الفقرة الثانية من نص المادة 408 من القانون المدني حتى يستقيم أثرها مع ما هو مقرر في قواعد الإيصاء . و إن كان بعض الفقهاء يرون أنّ أحكام المادة 408 من القانون المدني خاصة بالبيع ، أمّا أحكام المادة 185 من قانون الأسرة خاصة بالوصية ، لذلك يجب عدم الخلط بين النصين .

■ حالة البيع للغير حسن النية

حفاظا على إستقرار المعاملات ، و حماية للغير حسن النية ، إستثنى المشرع من الأحكام المشار إليها أعلاه ، الحالة التي يكون فيها الغير حسن النية قد إكتسب ملكية العقار بعوض . على حدّ تعبير حكم المادة 409 من القانون المدني: " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " .

و هو ما يعني أنّ المشرع لم يجز للورثة إبطال التصرف الصادر إلى المتصرف إليه الذي يكون قد تصرف في العقار إلى شخص آخر بأن رتب له حقا عينيا على العين المبيعة ، فإن كان الغير حسن النية ، و كان التصرف الصادر إليه معاوضة ، فلا تؤثر الأحكام السالفة على الحق العيني العقاري الذي إكتسبه ، و ذلك بشرط أن يكون التصرف (البيع) قد تم شهره ، إذ أنّ ورثة البائع يعتبرون غيرا بالنسبة للتصرفات التي يبرمها المشتري⁽¹⁾ .

2- المحل في البيع العقاري

يشترط لإنعقاد البيع العقاري أن يكون العقار محل البيع موجودا ، و أن يكون معيّنا من حيث معالمه تعيينا نافيا للجهالة ، و قابلا للتعامل فيه حتى يمكن الإتفاق عليه . و سنتكلم تباعا على هذه الشروط وفقا للتفصيل الآتي :

أ- أن يكون العقار موجودا

الواقع أنّ هذا الشرط لا يعتبر إلّا ترديدا للقواعد العامة التي تقتضي أن يكون الشيء محل الإلتزام موجودا أو ممكن الوجود . و ما دام أنّ العقار من الأشياء المادية المعيّنة بذاتها ، فيجب بداهة أن يكون العقار محل الإتفاق موجودا وقت التعاقد ، و مملوكا للبائع ، حتى يستطيع الموثق مباشرة إجراءات نقل ملكيته .

ب- أن يكون العقار معينا

لا يكفي أن يكون العقار محل الإتفاق موجودا ، بل يشترط إلى جانب ذلك أن يكون معينا تعيينا دقيقا يقوم مقام الرؤية و الوصف ، بذكر موقعه و حدوده و مشتملاته و مساحته و رقم القطعة الأرضية و إسمها عند الإقتضاء ، و إسم مالكة و أسباب تملكه ، و كذا تحديد طبيعته إن كان عقارا حضريا أو ريفيا ، بناية أو أرض فضاء ، مفرزا أو مشاعا . و يمكن إستخراج هذه البيانات من سند ملكية العقار و الوثائق المرفقة به⁽²⁾ .

ج- أن يكون العقار قابلا للتعامل فيه

لكي يتم البيع صحيحا ، يجب فضلا عن توافر الشرطين السابقين ، أن يكون من شأن العقار المراد التصرف فيه أن يؤدي وظيفة إمتلاكية ، أي أن يكون قابلا للتداول . و قد حدد القانون قائمة الأملاك

¹- أنظر محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 219 و 220 .

²- يراجع ما سبق ذكره في 124 و ما يليها من هذه الرسالة .

العقارية غير القابلة للتداول ، إمّا لطبيعتها كالعقارات المصنّفة ضمن الأملاك الوطنية العامة⁽¹⁾ ، إمّا بحكم القانون كالعقارات الموقوفة⁽²⁾ ، و السكنات التي تنازلت عليها الدولة و الهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار و السكن الإجتماعي التساهمي و السكن الريفي . كما إستثنى المشرع من قاعدة قابلية العقارات للتداول العقارات المتنازع فيها ، و كذا التعامل في تركة شخص على قيد الحياة و لو كان برضاه⁽³⁾ .

3- السبب في البيع العقاري

يتنازع مفهوم السبب إتجاهين ، إتجاه تقليدي يقف عند السبب القصدي -Cause finale- أي الغرض المباشر القريب الذي يرمي إليه المتعاقدين من وراء إتزامهما ، ففي عقد بيع العقار يكون السبب القصدي لإلتزام البائع هو الحصول على إلتزام المشتري بالثمن⁽⁴⁾ ، و كذلك سبب إلتزام المشتري الحصول على إلتزام البائع بتمكينه من حيازة العقار .

و إتجاه حديث لا يقف عند الغرض المباشر القريب الذي قصده الملتزم من وراء إلتزامه ، بل يتعداه إلى الباعث الدافع إلى التعاقد ، و طبقا لهذا الإتجاه فإنّ السبب في العقد هو عنصر ذاتي يُبحث عنه خارج العقد ، و هو يختلف من بائع إلى آخر ، و من مشتري إلى آخر ، فقد يكون الباعث لبائع العقار في المثال المتقدم الحصول على الثمن لشراء عقار آخر أو تسديد دين ، و قد يكون الباعث لدى مشتري العقار السكنى أو الإستغلال مثلا .

و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري ، إذ إعتبر السبب ركن جوهرى في العقد إلى جانب التراضي و المحل و إشتراط فيه أن يكون مشروعا ، أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة⁽⁵⁾ .

¹- تتمتع الأملاك الوطنية العامة بحماية قانونية خاصة ، فهي غير قابلة للتصرف و لا للتقادم و لا للحجز . يراجع المادة 04 فقرة 01 من القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20-07-2008 ، المعدل و المتمم للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية .

²- يراجع نص المادة 23 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالأوقاف . منشور في ج ر ، ع 21 ، الصادرة بتاريخ : 08-05-1991 .

³- يراجع نص المادة 92 من ق . م

⁴- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 144 ، ص 127 .

⁵- يراجع نص المادتين 97 و 98 من ق . م

رابعاً : الشكل في عقد البيع العقاري

إستقر إجتهد المحكمة العليا ، و بشكل واضح ، منذ صدور القرار المبدئي للغرف المجتمعة الحامل لرقم 136156 ، و المؤرخ في 18 فبراير 1997 ، على أن العقود المنصبة على نقل ملكية العقارات أو الحقوق العقارية ، تحرر وجوبا في الشكل الرسمي ، و إلا كانت باطلة بطلانا مطلقا ، إضافة إلى الشكل الرسمي أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإيجابي ، ضرورة إستيفاء البيع العقاري للتسجيل الجبائي و الشهر العقاري . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

1- التسجيل الجبائي لعقد البيع

يخضع عقد بيع العقار فيما يخص أحكام التسجيل لنفس الإجراءات المتبعة في تسجيل السندات التوثيقية و على نحو ما فصلنا فيما تقدم بصدد الإجراءات المتبعة في التسجيل الجبائي⁽¹⁾ . أما فيما يخص رسم التسجيل فهو يخضع لرسم نسبي يقدر بخمسة بالمائة 05% من قيمة الثمن المصرح به ، يتحملها طرفا البيع بالتضامن . و هذا عكس رسم الإشهار الذي يتحمله المشتري لوحده .

و بإعتبار أن هناك علاقة طردية بين قيمة المعاملة المصرح بها و رسوم تسجيلها ، فإنه في كثير من الفروض ما تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى عدم التصريح بالقيمة الحقيقية للعقار محل المعاملة ، أو إخفاءها بغرض التهرب من دفع الرسوم المستحقة للخزينة العمومية أو دفع رسوم تسجيل زهيدة ، خاصة إذا كانت قيمة المعاملة المصرح بها مرتفعة .

و للتصدي لمثل هذه التصرفات ، منح المشرع لمصالح إدارة الضرائب سلطة مراقبة الثمن أو قيمة المعاملة المصرح بها من قبل الأطراف ، و إعادة تقويم العقار طبقا للثمن الذي يمكن أن يتداول عليه العقار إذا ما تم وضعه في السوق المحلي العقاري⁽²⁾ . و إستدعاء المكلف بالضريبة (المشتري) لدفع فارق الرسوم المستحقة .

و لا يثور أي إشكال في حالة إقتناع المالك الجديد بالتقويم الذي حددته مصالح إدارة الضرائب لقيمة العقار محل المعاملة ، بحيث يلتزم بالإمضاء على تعهد قانوني إعترافا منه بإعادة التقويم ، مقابل تسليمه كشف لتسديد حقوق التسجيل الإضافية ، أما في حالة عدم إقتناعه بإعادة التقويم ، فيمكن له في هذه

¹- يراجع ما سبق ذكره في ص 129 و ما يليها من هذه الرسالة .

²- يراجع نص المادة 38 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجبائية .

الحالة طلب المثل أمام لجنة التوفيق الولائية⁽¹⁾ المتواجدة على مستوى مديرية الضرائب ، لإبداء دفعه بشأن التقويم و الحقوق الواجبة الدفع ، حيث تتولى هذه الأخيرة إخطاره عن طريق رسالة موسى عليها مع الإشعار بالإستلام خلال عشرين (20) يوما على الأقل قبل تاريخ الإجتماع ، للإدلاء بأقواله شفاهة أو إرسال دفعه مكتوبة ، أو الإستعانة بوكيل مؤهل قانونا ينوب عنه⁽²⁾ .

و طبقا للسلطة التقديرية التي تتمتع بها اللجنة ، فإن قراراتها لا تعدوا أن تخرج عن أحد الإحتمالين :
الإحتمال الأول : أن تقوم اللجنة بالفصل كتابيا بإلغاء الحقوق الواجبة الدفع كليا أو جزئيا ، و تبليغ ذلك للمعني⁽³⁾

الإحتمال الثاني : أن ترفض اللجنة طلب المعني الرامي إلى إلغاء أو خفض الفرق على الرسوم المستحقة أو أنّ المعني لم يحضر الإجتماع ، أو لم يرسل دفعه مكتوبة ، في هذه الحالة ترسل اللجنة رأيا يُبلِّغ إلى المعني بالأمر بواسطة رسالة موسى عليها مع الإشعار بالإستلام⁽⁴⁾ .

و بعد تبليغ رأي اللجنة في أجل عشرين (20) يوما ، يحرر تبليغ زيادة تلقائية عن طريق رسالة موسى عليها مع الإشعار بالإستلام⁽⁵⁾ ، وفقا لما نصّت عليه المادة 38 مكرر 2 هـ من قانون الإجراءات الجبائية و تقدر هذه الزيادة من 10% إلى 25% من الحقوق المتملص منها⁽⁶⁾ . و في حالة عدم دفع المكلف بالضريبة الرسوم و الغرامات التي هو مطالب بها في خلال عشرة (10) أيام يحرر في حقه سند تحصيل كما أجازت المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية لإدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة العمومية حق الشفعة على العقار محل البيع ، إذا تراءى لها أنّ الثمن المصرّح به لا يتناسب مع قيمة

1- تنص المادة 38 مكرر 2 أ من قانون الإجراءات الجبائية على ما يلي : " تؤسس لدى مديريات الضرائب على مستوى الولايات ، لجنة توفيق ، تتشكل من : مدير الضرائب على مستوى الولاية ، رئيسا ، مفتش التسجيل ، مفتش الشؤون الخاصة بالأموال الوطنية و العقارية ، قابض الضرائب المختلفة ، مفتش الضرائب المباشرة ، موثق يعينه رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المعنية ، ممثل عن إدارة الولاية " .

2- يراجع نص المادة 38 مكرر 2 ج من قانون الإجراءات الجبائية.

3- حسين بطيمي ، إجراءات الطعن على فرض الضريبة في إعادة التقويم لقيمة العقار ، مجلة الموثق ، العدد 03 سبتمبر - أكتوبر 2001 ، ص 09 .

4- يراجع نص المادة 38 مكرر 2 د من قانون الإجراءات الجبائية .

5- دوة آسيا و رمول خالد ، المرجع السابق ، ص 111 .

6- يراجع نص المادة 38 مكرر 2 و من قانون الإجراءات الجبائية .

العقار ، و ذلك بدفع هذا الثمن مزايدي فيه العشر (10/1) لذوي الحقوق ، و ذلك في أجل سنة تسري من تاريخ تسجيل العقد⁽¹⁾.

و أيًا ما كان الأمر ، فإنّه بإمكان المكّاف بالضريبة اللّجوء إلى القضاء للطعن في القرار القاضي بأداء الفرق على الرسوم المستحقة ، أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا كدرجة أولى ، و مجلس الدولة كدرجة ثانية .

2- الشهر العقاري لعقد البيع

ليس من الجدير الحديث عن الإجراءات الشكلية اللّاحقة على تحرير عقد بيع العقار دون الحديث عن الشهر العقاري ، ذلك الإجراء الأكثر أهمية في هذا العقد ، و الذي على أساسه يتم نقل ملكية العقار المبيع إلى المتصرف إليه .

و لتتمام هذا الإجراء يتطلب الأمر بالضرورة التطرق إلى دور المحافظ العقاري في هذا المجال ، و الذي لا يمكن التغاضي عن دوره و فعاليته في إنجاز العملية . و في هذا الإطار يتولى المحافظ العقاري - كما سبق و قدّمنا بصدده بحث الإجراءات المتبعة في الشهر - التدقيق في العقد و تفحصه و التأكّد من مدى إحترام آجال الإيداع القررة قانونا⁽²⁾ ، و النظر في إستيفاء البيع لجميع الأركان و الشروط التي إستوجبها القانون له ، خاصة ما يتعلق منها بقاعدة الرسمية و مبدأ الأثر الإضافي للشهر .

كما يتولى المحافظ العقاري التأكّد من كافة البيانات الأساسية المتعلقة بهوية الأطراف و العناصر الدالة على تعيين العقار محل البيع ، و مدى مطابقتها لعقد البيع و الوثائق المرفقة به ، و التحقق من إنسجام العقد و البطاقة العقارية المشهورة على مستوى مصلحته حسب ما تنص عليه المادة 101 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، كل ذلك تحت طائلة رفض الإيداع أو رد الإجراء .

كما يتولى المحافظ العقاري في إطار المهام الموكلة إليه التحقق من أنّ عقد البيع المحرر غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة وفقا لمقتضيات المادة 105 من ذات المرسوم .

¹- بالرغم من وضوح النص المادة 38 مكرر3 من قانون الإجراءات الجبائية ، إلاّ أنّه من الناحية العملية فإنّ إدارة الضرائب لا تستعمل هذا الحق .

²- يلتزم الموثق بشهر عقد البيع في خلال ثلاثة (03) أشهر تسري من تاريخ تحريره . طبقا لما نصّت عليه المادة 353-4 من ق . ت ، المعدلة بموجب المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004 .

و على ذلك يمكن القول ، كقاعدة عامة ، أنه متى تبين للمحافظ العقاري بعد الفحص الدقيق و الشامل من أنّ البيع مستوفيا للشروط و الشكليات المتطلبة في التشريع الساري المفعول ، فإنّه يلتزم بتنفيذ الإجراء بالتأشير بالبيع على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل البيع . و عندئذ تنتقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري الذي يمكنه الإحتجاج به في مواجهة الغير و البائع نفسه . أمّا في حالة إنعدام بيان من البيانات أو وثيقة من الوثائق المتطلبة في عملية الشهر ، فإنّ العملية ستنتهي حتما إمّا برفض الإيداع أو رد الإجراء بعد قبول الإيداع ، و في الحالتين يلتزم المحافظ العقاري برفض تنفيذ الإجراء إلى غاية تصويب العيب أو تكملة النقص⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : الوعد ببيع العقار

لئن كان القانون الفرنسي يعتبر الوعد ببيع العقار بيعا⁽²⁾، فإنّ الأمر يختلف في التشريع الجزائري ، ذلك أنّ الوعد بالبيع العقاري في التشريع الجزائري لا يعتبر بيعا ، لأنّه يُؤلّد فقط حقا شخصيا على عاتق الواعد ، يتمثل هذا الحق الشخصي (إلّزام) في إتمام إجراءات البيع . و عموما فإنّ هذا النوع من العقود يستلزم بالإضافة إلى الأركان العامة الواجب توافرها في عقد البيع العقاري ضرورة إفرغه في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون ، مع تحديد ثمن العقار ، و مدّة إنجاز الوعد بالبيع ، بالإضافة إلى التأشير به على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل الوعد . و نعرض فيما يلي للتعريف بالوعد بالبيع العقاري ، ثم نعرض بعد ذلك إلى النقاط المشار إليها أعلاه وفقا للتفصيل الآتي :

أولا : تعريف الوعد ببيع العقار

الوعد ببيع العقار عقد يلتزم بمقتضاه شخص يدعى الواعد (البائع) بأن يبيع عقارا لشخص آخر يسمى الموعد له (المشتري) ، إذا أبدى هذا الأخير رغبته في شرائه خلال مدّة معيّنة⁽³⁾ وفقا للشكليات و الإجراءات التي يتطلبها القانون .

¹- يراجع ما سبق ذكره في ص 135 و ما يليها من هذه الرسالة .

²- La promesse de vente vaut vente .

³- جمال بدري ، الوعد بالبيع العقاري ، على ضوء التشريع و القضاء الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2013 ص 17 .

يبرز من هذا التعريف أنّ الوعد بالبيع العقاري لا ينعقد صحيحا ، إلاّ إذا تم في الشكل الذي يستلزمه القانون ، و إنّفق طرفي الوعد على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه في المستقبل ، خاصة ما يتعلق منها بالثمن ، و المدة التي يجب إبرامه فيها .

و سنتكلم تباعا عن الشكل الذي يستلزمه الوعد بالبيع العقاري ، ثم نعرض مسألة تحديد الثمن و المدة و نتكلم أخيرا عن شهر الوعد بالبيع العقاري .

ثانيا : شكل الوعد بالبيع العقاري

باعتبار أنّ الوعد بالبيع العقاري من التصرفات القانونية التي تتجه فيها الإرادة إلى نقل ملكية العقار مستقبلا ، فهو يقتضي بداءة أن يتوافر فيه الشكل الذي يستلزمه القانون في العقد الأصلي الموعود بإبرامه على حدّ تعبير نص الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني بنصّها : " و إذا اشترط القانون لتتمام العقد إستيفاء شكل معيّن فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد " . و ما دام أنّ العقد الذي يروم العقادان إبرامه في المستقبل عقد بيع منصب على عقار يستلزم أصلا الرسمية لإنعقاده فإنّه يتعيّن أن يتم إثبات هذا الوعد بسند محرر بمعية موثق ، و إلاّ كان باطلا .

و قد أكدّ القضاء الجزائري هذا المبدأ بموجب قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17 أبريل 1996 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " إذا كان القانون يخوّل للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد ، فإنّه يشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع .

و متى ثبت - من قضية الحال - إنعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا ، و رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي ، فليس أمام المطعون ضدها إلاّ المطالبة بالتعويض ، كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني ، لا تتوافر فيه الشكلية القانونية . و أنّه بإستجابة القضاة لطلبها و إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون و فهم إجتهادات المحكمة العليا ، ممّا يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة " .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 154760 ، الصادر بتاريخ 17-04-1996 ، منشور ب م ق لسنة 1996 ، ع 1 ص 99 .

- و يراجع في هذا الصدد أيضا ، قرار م ع غ م ج ، ملف رقم 136156 ، الصادر بتاريخ 18-02-1997 ، منشور ب م ق لسنة 1997 ، ع 1 ، ص 10 .

يتبن من هذا القرار أنّ المحكمة العليا قد أكدت على وجوب إحترام قاعدة التوثيق الإجباري في الوعد بالبيع العقاري و جعلت من تخلفها سببا لبطلان الوعد .

1- تحديد ثمن العقار

لا يكون الوعد ببيع العقار صحيحا ، إلا إذا إتفق العاقدان على الثمن الذي سيتم دفعه نقدا من طرف الموعد له للواعد بين يدي الموثق الذي يحرر عند تحقيق الوعد و إتمام البيع العقد النهائي . فالثمن إذن هو محل إلتزام الموعد له ، و هو من المسائل الجوهرية التي لا ينعقد الوعد بدونها . و يجب أن يكون الثمن حقيقيا و جديا ، و أن يكون معيننا في العقد ، و إلا كان الوعد باطلا . و قد أكدّ القضاء الجزائري على هذا المبدأ في عدّة قرارات صادرة عنه ، من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 26 مارس 1990 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " من المقرر قانونا أنّ الإلتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت فيه جميع الوسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ المجلس الذي صرّح بصحة الوعد بالبيع الذي لم يثبت فيه إلتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه ، يكون بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون " و نفس المبدأ كرّسته المحكمة العليا في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 22 ديسمبر 1993 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا أنّ البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء مقابل ثمن نقدي . و أنّ الإلتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل ، لا يكون له أثر إلا إذا عيّنت جميع الوسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، و المدّة التي يجب إبرامه فيها .

و لما ثبت - من قضية الحال - أنّ الطاعن لم يدفع ثمن البيع ، و هو شرط من شروط العقد الغير متوفر ، فإنّ قضاة المجلس كانوا على صواب عندما صرّحوا ببطلانه ، و إعتبروا شروط الوعد بالبيع غير متوفرة و يتعيّن بذلك رفض الطعن " .

يتبين ممّا تقدم أنّ الإجتهد القضائي مستقرّ على أنّ تحديد ثمن العقار الموعد ببيعه ، شرط جوهرى لصحة الوعد بالبيع الوارد على العقارات .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 56500 ، الصادر بتاريخ 26-03-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 3 ص 112 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 106776 ، الصادر بتاريخ 22-12-1993 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 2 ص 27 .

2- تحديد مدة إنجاز الوعد بالبيع

ألزمت الفقرة الثانية من نص المادة 71 من القانون المدني ، ضرورة تحديد المدة التي يجوز في أثنائها للموعد له تقرير رغبته في إتمام البيع بنصّها : " الإتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل لا يكون له أثر إلاّ إذا عيّنت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها " .

الواضح من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أوجب ذكر المدة التي يتم خلالها تحقيق و إتمام البيع النهائي في صلب عقد الوعد بالبيع ، و إلاّ عدّ الوعد باطلا .

و يتفرع على تحديد مدة إنجاز الوعد بالبيع في صلب العقد إلتزام يقومان على عاتق الواعد ، أولهما الإلتزام بعدم التصرف في العقار محل الوعد أو إجراء تعديل أو تغيير فيه أثناء هذه المدة ، و ثانيهما الإلتزام بإبرام العقد النهائي .

فإن حدث و إمتنع الواعد عن إتمام إجراءات البيع بعد تمام المدة المحددة في الوعد ، جاز للموعد له في هذه الحالة رفع أمره إلى القضاء و إستصدار حكم يقوم مقام العقد⁽¹⁾ ، يمكن إعتماده كسند لإثبات الملكية العقارية بعد صيرورته نهائيا ، و تسجيله ، و التأشير به على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل الوعد .

و بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتضح أنّه إستقرّ على تطبيق أحكام المادة 71 المذكورة أعلاه فأوجب ضرورة تحديد مدة إنجاز الوعد بالبيع ، بإتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين تحت طائلة البطلان .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 23 ماي 2001 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " حيث يرد على هذا الوجه أنّ قضاة الموضوع قد طبقوا المادة 71 من ق م تطبيقا سليما عندما إعتبروا أنّ عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 15-08-1995 قد تم فيه تحديد أجل إبرام عقد البيع عندما ذكر أنّ البيع سيتم إثر تسوية وضعية الأموال العقارية للبائعة و حصولها على عقد قسمة نهائي ذلك أنّه ليس بالضرورة ، لتحديد المدة التي يجب إبرام عقد البيع فيها أن يكون ذلك في تاريخ معيّن كما

¹-يراجع نص المادة 72 من ق . م

-يراجع ما سيأتي بيانه في ص 339 و ما يليها من هذه الرسالة .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 247607 ، الصادر بتاريخ 23-05-2001 ، منشور ب م م ع لسنة 2004 ، ع 2 ص 119 .

يدعي محامي الطاعنة ، بل قد يكون الإتفاق على هذه المدّة إتفاقا ضمّنيا أو حصول أمر معيّن كما هو الشأن في دعوى الحال ، و عليه فالوجه غير مؤسس و يتعيّن رفضه و معه رفض الطعن " .
و أيضا ما جاء في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 24 سبتمبر 2003⁽¹⁾ : " و من شروط أيضا صحة الوعد بالبيع أن تحدد فيه المهلة التي يتعيّن فيها تحرير العقد النهائي " .

ثالثا : شهر الوعد بالبيع العقاري

قبل عرض مسألة شهر الوعد بالبيع الوارد على العقار ، يتعيّن أن نشير إلى أنّ الفقه كان قبل صدور قانون المالية لسنة 2004 منقسما بين مؤيّد و معارض لفكرة شهر الوعد . فقد أنكر بعض من الفقه على الوعد ببيع العقار إجراء التأشير به على مجموعة البطاقات العقارية ، بحجة أنّ الوعد بالبيع العقاري لا يرتب إلاّ حقا شخصيا ، و الحال أنّ الشهر يختصّ بالحقوق العينية . في حين إرتأى البعض الآخر ضرورة إخضاعه للشهر ، على إعتبار أنّه يرد على حق عيني عقاري .
و عموما فإنّه بالرغم من مسابرة الإجتهد القضائي للإتجاه القائل بضرورة شهر عقد الوعد بالبيع الوارد على العقار⁽²⁾ ، إلاّ أنّ التباين و الإختلاف حول مسألة بقي قائما ، إلى غاية صدور القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 271898 ، الصادر بتاريخ 24-09-2003 ، غير منشور ، مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 148 .

- و يراجع في نفس السياق ، قرار م ع غ م ، ملف رقم 106776 ، الصادر بتاريخ 22-12-1989 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 2 ، ص 27 .

²- للتدليل على ذلك ، يراجع قرار م د ، ملف رقم 004983 ، الصادر بتاريخ 28-12-2002 ، منشور ب م د لسنة 2003 ، ع 3 ، مشار إليه في : جمال بدري ، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع و القضاء الجزائري ، المرجع السابق ، ص 167 . جاء فيه ما يلي : " أن الوعد بالبيع المنعقد في 17-10-1970 و لو أنّه صحيح و منتج لآثاره بين الطرفين بالنظر إلى المادة 1582 من القانون المدني القديم ، إلاّ أنّه طبقا للمادة 28 من المرسوم الصادر في 04-01-1955 المعمول به أيضا آنذاك فإنّه لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير إلاّ إذا إتبعته فيه إجراءات الشهر العقاري " .

حيث أخضع المشرع بموجب المادة 10 منه ، عقد الوعد بالبيع الوارد على العقارات لإجراءات الإشهار العقاري⁽¹⁾ ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " تعدل المواد 1-353 إلى 13-353 من قانون التسجيل و تحرر كما يأتي :

المادة 2-353 : يطبق الرسم (رسم الإشهار العقاري) المنصوص عليه في المادة 1-353 أعلاه كالاتي :

1- 1% تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود حتى و لو كانت مثقلة بشرط موقف ، و الأحكام القضائية المتضمنة أو المعاينة بين الأحياء ، نقل أو تأسيس الحقوق العينية العقارية مشاعة أو غير مشاعة من غير الإمتيازات أو الرهون العقارية ، و كذا عقود الوعد بالبيع التي يجب أن يذكر فيها تحت طائلة الرفض ، سعر البيع المتفق عليه و الأجل المحدد من قبل الأطراف لإتمام هذا البيع " .

و بهذا التعديل يكون المشرع الجزائري قد وضع حدًا للتباين في الإختلاف الذي وقع فيه الفقه و القضاء و هما بصدد تفسير أحكام المادة 71 السالفة الذكر ، و وقر للموعود له الحماية القانونية اللازمة من التصرفات التي قد يجريها الواعد على العقار محل الوعد . و هذا تجسيدا لنص المادة 104 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و التي تنص على ما يلي : " يحقق المحافظ بأنّ البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير " .

الفرع الثالث : عقد مقايضة العقار

لا يخرج عقد المقايضة الوارد على العقار في بنائه و مضمونه عن عقد بيع العقار الذي تحكمه قواعد التوثيق الإجباري و أحكام الإشهار العقاري ، إلاّ فيما يتعلق منها بالإلتزام بالثمن الذي يعتبر من الأحكام الخاصة بالبيع ، على حدّ تعبير حكم المادة 413 من القانون المدني: " المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود " .

ففيما عدا المقابل النقدي ، و ما يتعلق به من قواعد الغبن و الإستغلال التي يميّز بها البيع ، فإنّ العقدين متماثلان . و لذلك لم يضع المشرع أحكاما مفصلة مكتفيا بالنص في المادة 415 من القانون

¹- إستثناء من مبدأ الأثر المنشئ للشهر ، الذي يقضي بأنّ الحقوق العينية العقارية لا تنتقل إلاّ بالتأشير عليها على مجموعة البطاقات العقارية ، فإنّ شهر الوعد بالبيع العقاري لا ينقل ملكية العقار محل الوعد ، إذ يبقى الواعد ملكا للعقار محل الوعد بالبيع ، ذلك أنّ الوعد بالبيع يُؤلد فقط حقوقا شخصية .

المدني على أنه: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة ، و يعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايض عليه "(1) .

و إذا راعينا ذلك و ما يترتب عليه ، نجد أنّ عقد المقايضة الوارد على العقار كالبيع العقاري ينقل الملكية العقارية ، و طالما أنه كذلك ، فهو يعتبر من قبيل السندات المثبتة للملكية العقارية ، و التي تقتضي بداءة إفراغها في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان .

و قد أكدّ القضاء الجزائري على هذا المبدأ في عدّة قرارات صادرة عنه ، من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 06 فبراير 2002 جاء فيه ما يلي(2): " يحرر وجوبا عقد مقايضة العقار في الشكل الرسمي عملا بنص المادتين 324 مكرر 1 و 415 من القانون المدني تحت طائلة البطلان " .

يتبن من هذا القرار أنّ المحكمة العليا قد أكّدت على وجوب إحترام قاعدة التوثيق الإجباري في المقايضة التي يكون فيها أحد البدلين عقارا ، و جعلت من تخلفها سببا لبطلان المقايضة .

و من ثم فإذا كان محل المقايضة عقارا أو أحد الحقوق العينية العقارية ، كمبادلة قطعة أرض بقطعة أرض أخرى ، أو مبادلة عقار مبني بعقار مبني آخر ، أو مبادلة عقار بمنقول ، فإنّ الموثق ملزم بإعداده وفقا للأشكال و الأوضاع المحددة قانونا ، مع تسجيله و شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا شأنه في ذلك شأن أي تصرف عقاري كما تقتضيه أحكام المادة 793 من القانون المدني و المادة 16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

و إذا كان المقابل النقدي و ما يتعلق به من قواعد الغبن و الإستغلال هو الذي يُميّز البيع عن المقايضة فإنّه قد يحدث أن ينصب عقد المقايضة على أموال عقارية غير متساوية في القيمة ، و يمنح أحد المتعاقدين للآخر مبلغ من النقود لتحقيق التوازن بين الفرق في القيمة . فهل يحتفظ العقد في هذه الحالة بوصفه مقايضة ؟

أجابت على ذلك المادة 414 من القانون المدني بقولها : " إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود "(3) .

1- أنظر محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 25 .

2- قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 255411 ، الصادر بتاريخ 06-02-2002 ، منشور ب م ق لسنة 2004 ، ع 1 ص 80 .

3- يطلق على تعويض الفرق بمبلغ من النقود في اللّغة الفرنسية إصطلاح - La Soutle -

يستفاد من المادة أعلاه ، أنّ المشرع قد أجاز للمتقايضين في حالة وجود فرق بين الشئان محل التبادل أن يتفقا على منح أحدهما للآخر مبلغ من النقود لتحقيق التوازن بين الفرق في قيمة الشئين المقايض فيهما . شريطة أن يكون الفارق النقدي معقولا ، أي ألاّ يعتبر هو الموضوع الأساسي للإلتزام . فإذا تبين أنّ الفرق هو الموضوع الأساسي للإلتزام أحد المتعاقدين ، فإنّ الإتجاه السائد يرى أنّ العقد لا يعتبر مقايضة⁽¹⁾ .

الفرع الرابع : عقد البيع على التصاميم

أفرد المشرع الجزائري نصوصا خاصة ينبغي مراعاتها حينما يتعلق الأمر بصيغة أو تقنية بيع العقار على التصاميم أو البيع بناءً على التصاميم -La vente sur plans- و باعتبار أنّ عقد بيع العقار على التصاميم يشترك مع عقد البيع العقاري العادي في العديد من الجوانب ، لذلك سنحاول تبيان مفهوم عقد بيع العقار على التصاميم من خلال أهم ما يميّزه ، مع إحالة العناصر التي يشترك فيها مع عقد البيع العقاري إلى ما سبق دراسته في هذا الشأن⁽²⁾ .

فنتكلم في مفهوم عقد البيع بناءً على التصاميم ، ثم نعرض مسألة إثباته ، و لكن قبل ذلك نعرض أولا فكرة البيع على التصاميم .

أولا : فكرة البيع على التصاميم

لقد أولت الجزائر إهتماما ملحوظا لقطاع السكن ، بإعتباره الحاجة الإجتماعية الأكثر حساسية و الأكثر تأثيرا على حياة الفرد ، و أحد المكونات الأساسية للتنمية الإقتصادية و الإجتماعية . إلاّ أنّها في كل مرّة تجد نفسها عاجزة عن تطويقها أو الحدّ منها ، نتيجة النمو المفرط و التزايد المستمر للتعداد السكاني من جهة ، و ظاهرة النزوح الريفي نحو المدن ننتيجة العشرية السوداء التي عرفتها البلاد فترة التسعينات من جهة أخرى .

و أمام عجز القطاع العام عن تلبية حاجات الأفراد بصيغة السكن الإجتماعي ، و إستفحال الأزمة لجأت الدولة إلى البحث عن أساليب و طرق جديدة للتخفيف من حدّتها ، فبدأت بالسماح للقطاع الخاص في أن يساهم في الترقية العقارية ، فأصدر المشرع القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04 مارس 1986 المتضمن

¹- توفيق حسن فرج ، المرجع السابق ، ص 653 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 176 و ما يليها من هذه الرسالة .

الترقية العقارية⁽¹⁾ . إلا أنّ معالجة هذا القانون لفكرة البيع على التصاميم لم تكن دقيقة و مفصلة ، إذ لم يتطرق هذا القانون للأحكام التفصيلية المنظمة للعلاقة التعاقدية بين المرقى العقاري و المقتني ، فضلا عن الطابع الإداري الذي كان يميّز به هذا القانون .

لذلك صارت الحاجة ماسة إلى إيجاد إطار قانوني جديد ينظم الترقية العقارية ، فتدخل المشرع من جديد سنة 1993 ، و أصدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري⁽²⁾ ، و كذا المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناءً على التصاميم . إلا أنّ هذا القانون و إنّ كان قد تدارك الغموض و النقائص التي إكتفتت عقد البيع بناءً على التصاميم في ظل القانون رقم 86-07 سيما المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات المتولدة عنه . إلا أنّ تطبيقه في الميدان أثار الكثير من الإشكالات بين المرقين العقاريين و المقتنين .

و نظرا لما تم تسجيله من نقائص في الميدان العملي ، مست الحاجة إلى ضرورة مراجعة الإطار التشريعي للترقية العقارية قصد تدعيمها و تحسينها . الأمر الذي إستدعى تدخل المشرع لإصدار القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽³⁾ . و هو الذي سنتوقف عنده لمعرفة مدى خصوصية عقد بيع العقار بناءً على التصاميم ، من خلال تحديد مفهومه و كيفية إثباته .

ثانيا : مفهوم بيع العقار بناءً على التصاميم

بالرجوع إلى حكم الفقرة الأولى من نص المادة 28 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية . نجد أنّ المشرع الجزائري ، قد أراد من خلال حكم الفقرة أعلاه ، وضع تعريف لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم ، مخالفا بذلك عرفا سائدا لديه حيث جاء فيها : " عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من البنانية مقرر بناؤها أو في طور البناء هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال ، و في المقابل ، يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلّما تقدم الإنجاز "

¹- منشور في ج ر ، ع 10 ، الصادرة بتاريخ : 05-03-1986 .

²- منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 03-03-1993 .

³- منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 06-03-2011 .

و ما نتبيّنه من خلال هذا التعرف أنّ عقد بيع العقار بناءً على التصاميم هو ذلك العقد الذي يضبط العلاقة التعاقدية بين المرقي العقاري و المقتنين الراغبين في إقتناء عقار في طور الإنجاز ، و يحدد المشرع دفع الثمن فيه عن طريق التسبيق بالموازاة مع تقدم وتيرة الإنجاز ، و يحرر في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون ، كما أنّه يخضع لإجراء التسجيل الجبائي و الإشهار العقار⁽¹⁾ .

أمّا بالنسبة للطبيعة القانونية لهذا العقد - عقد البيع بناءً على التصاميم - فقد نُعت بأنه عملا مختلطا و هو ما يعني أنّه عمل مدني و تجاري في نفس الوقت . عمل تجاري بالنسبة للبائع ، على حد تعبير حكم المادة الرابعة فقرة أولى من القانون رقم 04-11 : "يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين و المسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية " ، و هو ما أكدته المادة 19 من ذات القانون بصيغة صريحة : " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية ... " .

و إذا كان عقد البيع بناءً على التصاميم يُعدّ تجاريا دائما بالنسبة للمرقي العقاري ، فإنّه لا يكون كذلك بالنسبة للمستفيد أو المشتري ، إذ يبقى هذا العقد بالنسبة إليه عملا مدنيا ، إلّا إذا كان قد قام بالشراء لأجل البيع كحرفة يمتنها . و يترتب على تحديد الطبيعة القانونية لعقد البيع بناءً على التصاميم العديد من النتائج خاصة ما يتعلق منها بتحديد القانون الواجب التطبيق ، و الجهة القضائية المختصة بالفصل في المنازعات التي قد تثار بشأنه ، و كذا معرفة مسائل الإثبات⁽²⁾ .

ثالثا : إثبات عقد بيع العقار بناءً على التصاميم

أوجب المشرع إفراغ عقد بيع العقار بناءً على التصاميم في شكل رسمي على يد موثق ، يقوم بتلقي إيجاب البائع (المرقي العقاري) و قبول المشتري بشأن البناية و الثمن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه⁽³⁾ .

بما معناه ، أنّ المرقي العقاري ملزم بدعوة المستفيدين من السكنات لدى أحد المكاتب العمومية للتوثيق من أجل تحرير عقد البيع بناءً على التصاميم في سند توثيقي معدّ وفقا للشكل النموذجي الملحق بالمرسوم

¹- جديدي معراج ، تطور الترقية العقارية في ظل القانون رقم 04-11 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، ع 3 ، سبتمبر 2015 ، ص 161 .

²- بوسنة إيمان ، النظام القانوني للترقية العقارية ، دراسة تحليلية ، دار هومه ، الجزائر ، 2011 ، ص 75 .

³- شيخ سيناء ، المرجع السابق ، ص 226 .

-يراجع في نفس السياق المادتين 28 و 34 من القانون رقم 04-11 .

التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013⁽¹⁾ مع وجوب إحترام قاعدة البيانات الإلزامية و الإجراءات المتعلقة بالتسجيل الجبائي و الشهر العقاري .

و لتسليط الضوء أكثر على مسألة إثبات عقد بيع العقار بناءً على التصاميم ، سنقسم الكلام هنا على العناصر الأربعة الآتية : فنتكلم أولاً في مبدأ الرسمية في عقد البيع بناءً على التصاميم ، ثم في البيانات الإلزامية الواجب مراعاتها حين تحريره ، لنعرض بعد ذلك للتسجيل الجبائي لهذا العقد ، و أخيراً مسألة شهره . و هو ما سيتم شرحه تباعاً وفقاً للتفصيل الآتي :

1- الرسمية في عقد بيع العقار بناءً على التصاميم

لم يكنف المشرع بمبدأ الرسمية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإجباري للتصرفات العقارية المعلن عنها بعموم أحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، بل أنه زاد على ذلك أن خصّ عقد بيع العقار بناءً على التصاميم بنص خاص - أولاً و هو نص المادة 34 من القانون رقم 11-04 - و الذي بموجبه إشتراط في الفقرة الثانية منه ، زيادة على وجوب إعداد و تحرير هذا العقد في الشكل الرسمي و خضوعه للإجراءات الشكلية اللاحقة الخاصة بالتسجيل الجبائي و الإشهار العقاري مشتملاً في نفس الوقت الأرض و البناء المشيّد فوقها ، ضرورة إتمام أو إستكمال هذا العقد بمحضر رسمي يُعدّ حضورياً وجاهياً بمعية الموثق الذي حرر العقد الأصلي . قصد معاينة أو إثبات الحيازة الفعلية من طرف المشتري و تسليم البناية المنجزة من طرف المرقي العقاري طبقاً للإلتزامات التعاقدية⁽²⁾.

أما بالنسبة لعقد حفظ الحق -Contrat de réservation- أو ما يعرف أيضاً بالعقد التمهيدي -Contrat préliminaire- مثل ما سمّاه المشرع الفرنسي ، فهو عقد يلتزم بمقتضاه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه ، مقابل تسبيق يدفعه

¹- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18-12-2013 ، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأمالك العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كيفيات دفعها . منشور في ج ر ، ع 66 ، الصادرة بتاريخ : 25-12-2013 .

²- عز الدين زوية ، مداخلة بعنوان : خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد) ، الملتقى الوطني : إشكالات العقار الحضري و أثرها على التنمية في الجزائر المنعقد يومي 18-17 فيفري 2013 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، ص 52 .

هذا الأخير في حساب مفتوح بإسم صاحب الحق لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة ، على أن لا يتجاوز هذا الإيداع نسبة عشرون بالمائة (20%) من قيمة ثمن العقار⁽¹⁾ .

و على العموم يُعد عقد حفظ الحق من أكثر العقود غموضا و إثارة للجدل من حيث طبيعته القانونية و بالرجوع إلى ما يشته به من عقود كالوعد بالبيع ، العقد الواقف على شرط ، العقد التمهيدي و عقد التسبيق ، يصعب مقارنته أو مقارنته بأحد هذه النماذج في التشريع الجزائري الحالي ، حيث أنّ الوعد بالبيع العقاري في القانون الجزائري يخضع لإجراء الشهر العقاري ، أي أنّه يخضع لنفس الشكل الذي يستلزمه القانون في العقد النهائي⁽²⁾ . بخلاف عقد حفظ الحق ، الذي و إنّ كان واجب التحرير أمام الموثق و لكنه غير واجب الشهر⁽³⁾ .

و لا يمكن كذلك أن نقاربه بعقد بيع عقار واقف على شرط ، حيث أنّ هذا الأخير عقد رسمي نهائي معلق على تحقق الشرط بالشكل الإيجابي أو السلبي . و يكون من الصعب أيضا إعتبره عقدا تمهيديا إذ أنّ المشرع في قانون الترقية العقارية الحالي لم يمنحه هذه الصفة . كما لا يمكن كذلك مقارنته بعقد تسبيق على إقتناء عقار و هو عقد غير مسمى و غير مقنن بالرغم من أنّه يشابه أكثر من غيره عقد حفظ العقار⁽⁴⁾ .

و عليه يمكن القول أنّ عقد حفظ الحق هو عقد من نوع خاص ، أو أنّه وثيقة حجز لبناية أو جزء من بناية في طور الإنجاز ، حاول المشرع من خلاله إحتواء إشكالات التمويل في المشاريع العقارية . كما عمد المشرع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المذكور أعلاه إخضاعه لقاعدة التوثيق الإجباري ، و هو ما يعني أنّ عقد حفظ الحق عقد رسمي ، يكون واجب التحرير أمام الموثق ، دون أن تستكمل بشأنه الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري . و بهذا الشكل فلا يكون عقد حفظ الحق ناقلا للملكية و طالما أنّه كذلك فهو لا يعتبر سندا لإثبات الملكية العقارية .

¹- يراجع نص المادتين 27 و 52 من القانون رقم 11-04 .

- يراجع نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 195 و ما يليها من هذه الرسالة .

³- أنظر الملحق الثاني ، نموذج عقد حفظ الحق ، من المرسوم التنفيذي رقم 13-413 ، ص 19 .

⁴- جديدي معراج ، المرجع السابق ، ص 163 .

2- البيانات الإلزامية لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم

زيادة على التعريف الدقيق بالمرقي العقاري و المكتتب و تصريحاتهما بخصوص التزاماتهما ، حددت المواد 30 ، 37 ، 38 من القانون رقم 04-11 ، و الملحق الأول من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 السالفي الذكر ، البيانات الإلزامية المتعلقة بالوثائق المرجعية الواجب إدراجها لصحة عقد بيع العقار بناءً على التصاميم ، و التي سبق إيداعها في شكل نسخ أصلية لدى الموثق . و هو ما سنعرض لشرحه تباعاً وفقاً للتفصيل التالي :

أ- عقد ملكية الوعاء العقاري معدّ بإسم المرقي العقاري

بخلاف ما كان معمولاً به في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، و الذي كان يكتفي فيه المرقي العقاري بإستظهار مجرد تراخيص إدارية للحصول على القطع الأرضية المراد إقامة البناية عليها . إشتراط المشرع بموجب المادة 30 من القانون رقم 04-11 أعلاه ، ضرورة أن يكون المرقي العقاري مالكا للقطعة الأرضية بموجب سند رسمي مشهر بمصلحة الشهر العقاري ، لتسهيل نقل الملكية للمستفيد ، و تفادي الإشكالات القانونية و المنازعات القضائية التي قد تثار بمناسبة نقل الملكية إلى المستفيدين .

ب- رخصة التجزئة

هي تلك الوثيقة الإدارية التي تُسلم بموجب قرار إداري ، تُرخض الإدارة بمقتضاها لمالك وحدة عقارية - غير مبنية - عملية تقسيمها إلى قطعتين أو عدة قطع أرضية من شأنها أن تستعمل في تشييد بناية⁽¹⁾ .

ج- شهادة التهيئة و الشبكات

لابدّ أن يكون العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء موصولاً بالطرق و مزوداً بمختلف الشبكات - V.R.D - (الطرق ، المياه الصالحة للشرب ، شبكة الكهرباء ، قنوات الصرف الصحي ...)

د- رخصة البناء

تعدّ رخصة البناء أداة ضرورية من الوجهتين القانونية و العملية لإعتبرات تتعلق بالتخطيط العمراني و أخرى تتعلق بحماية البيئة ، و كذا مراعاة التنسيق العام في البناء و المظهر الجمالي للمدينة ، الأمر

¹ - يراجع نص المادة 07 و ما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 ، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير و تسليمها . منشور في ج ر ، ع 07 ، الصادرة بتاريخ : 12-02-2015 .

الذي أدى إلى تدخل المشرع و جعل عملية البناء منوطة بضرورة الحصول المسبق على رخصة البناء⁽¹⁾ و هو ما يعني أنّ البائع ملزم بالحصول على رخصة البناء قبل الشروع في أي عملية تتعلق بمشروع بناء . و على هذا الأساس كان لابدّ من الإشارة في عقد بيع العقار بناءً على التصاميم بما يفيد حصول المرقي العقاري (البائع) على رخصة البناء ، مع ضرورة إرفاقها بالعقد .

هـ- سعر البيع و آجال الدفع و كفيّيات مراجعته

السعر أو الثمن هو السبب الدافع للتعاقد من قبل المرقي العقاري ، و لولاه لما أقدم على التعاقد ، لذلك ألزمت المادة 37 من القانون رقم 04-11 ضرورة تضمين عقد البيع على التصاميم - تحت طائلة البطلان - سعر البيع و آجال الدفع بالنسبة لتقدم الأشغال⁽²⁾ ، كما يجب في حالة تجزئة تسديد المبلغ المتفق عليه ، تحديد كفيّيات ذلك .

و الذي يبدو أنّ المشرع حريصا على مصلحة المقتني ، و ذلك حماية له من تعسف المرقي العقاري خاصة فيما يتعلق بمراجعة السعر و الزيادة فيه ، غير أنّ ذلك لا يعني أنّ الأسعار غير قابلة تماما للمراجعة ، خاصة مع إمكانية تأخير الإنجاز بسبب إرتفاع سعر التكلفة (إرتفاع أسعار مواد البناء ، اليد العاملة ...) و الذي يلزم معه مراجعة السعر لعدم الإضرار بالمرقي العقاري ، و قد قيّد المشرع إمكانية مراجعة السعر بوجوب الإتفاق على قابلية المراجعة خلال العقد ، و في هذه الحالة يجب ذكر كفيّيات المراجعة ، و في كل الأحوال لا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرون بالمائة (20%) كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية ، مع وجوب تبرير تغييرات السعر⁽³⁾ .

و- آجال التسليم و عقوبات التأخير

باعتبار أنّ الإلتزام الناشئ عن عقد بيع العقار بناءً على التصاميم هو الإلتزام بتحقيق نتيجة و ليس الإلتزام ببذل عناية ، كون الغاية من تنفيذه هي مواصلة البناء و إنّهائه في الآجال المقررة في العقد حسب الشروط و المواصفات المتفق عليها . لذلك رأى المشرع ضرورة الإشارة في العقد إلى آجال تسليم المرقي العقاري للبناءة و العقوبات المترتبة عند التأخر في التسليم⁽⁴⁾ .

¹- يراجع نص المادة 41 و ما يليها من المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 ، يحدد كفيّيات تحضير عقود التعمير و تسليمها .

²- يراجع نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 .

³- يراجع نص المادة 38 من القانون رقم 04-11 .

⁴- يراجع نص المادة 43 من القانون رقم 04-11 .

ي- الضمانات القانونية و دعم الإلتزامات القانونية

زيادة على البيانات المشار إليها أعلاه ، إشتراط المشرع ضرورة تضمين عقد بيع العقار بناءً على التصاميم بجملة من الضمانات ، يلتزم بها المرقي العقاري تجاه المستفيد كشهادة الضمان لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة⁽¹⁾ ، و شهادة التأمين على المسؤولية العشرية⁽²⁾ .

فضلا عن ذلك يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم ، البيانات المتعلقة بالجانب التقني للعقار من خلال التعيين الدقيق للموقع ، و العناصر المكونة للأجزاء الخاصة ، و نظام الملكية المشتركة الذي يجب أن يسلم إجباريا لكل مقتن حال توقيع العقد⁽³⁾ .

3- تسجيل عقد بيع العقار بناءً على التصاميم

يجب أن نشير منذ البداية أنّ كل السندات التوثيقية و التصريحات التي يحررها و يتلقاها الموثق في حدود سلطته و إختصاصه تكون واجبة التسجيل في خلال شهر من تاريخ تحريرها ، بمصلحة التسجيل و الطابع التي يقع في دائرتها المكتب العمومي للتوثيق .

و بالرجوع إلى إستقراء ما جاءت به أحكام الفقرة 05 من نص المادة 258 من قانون التسجيل ، يحمل على الإعتقاد على أن عقد بيع العقار بناءً على التصاميم معفى من تحصيل هذا الرسم شأنه شأن باقي عقود بيع العقار المخصصة للإستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية . إلا أنّه و بالرجوع إلى الفقرة 07 من نص المادة 258 أعلاه⁽⁴⁾ ، فإننا نجد أن السكنات التساهمية المتنازل عنها من قبل الدولة و الهيئات العمومية للسكن هي وحدها المعنية بالإعفاء من دفع رسم التسجيل و الطابع .

¹-يراجع نص المواد من 54 إلى 59 من القانون رقم 11-04 .

²-يراجع نص المادة 46 من القانون رقم 11-04 .

³-تراجع الفقرتين 05 و 06 من نص المادة 38 من القانون رقم 11-04 .

-أنظر الملحق الأول ، نموذج عقد البيع على التصاميم ، من المرسوم التنفيذي رقم 13-413 .

⁴-تنص الفقرة السابعة من نص المادة 258 المستحدثة بموجب المادة 20 من القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29-12-2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 ، منشور في ج ر ، ع 85 ، الصادرة بتاريخ : 30-12-2004 على ما يلي : " تعفى من رسم نقل الملكية المنصوص عليه في المادة 252 من قانون التسجيل ، عمليات بيع البناءات ذات الإستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة و الهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار و السكن الإجتماعي و السكن الإجتماعي التساهمي و السكن الريفي " .

لهذه الإعتبارات القانونية يمكن القول أنّ عقد بيع العقار بناءً على التصاميم يخضع لنفس الرسوم المطبقة على عقد البيع العقاري العادي ، إذ يخضع لرسم تسجيل نسبي يقدر بخمسة بالمائة (05%) من ثمن البيع الصافي⁽¹⁾ .

4- شهر عقد بيع العقار بناءً على التصاميم

خلافًا للأحكام العامة لنقل الملكية و التي تتم بمجرد شهر التصرف . فإنّ الأمر يختلف بالنسبة لإنتقال الملكية في عقد بيع العقار بناءً على التصاميم ، و التي لا تتم إلاّ بعد تمام الإنجاز و تحرير محضر الحيازة و تسليم العقار .

و شرح ذلك يتلخص ، في أنّ ملكية القطعة الأرضية لا تنتقل من المرقي العقاري إلى المشتري إلاّ بعد مراعاة الأحكام القانونية المتعلقة بالشهر العقاري ، غير أنّه و نظرًا لكون محل عقد البيع على التصاميم هو بيع عقار في طور البناء ، فإنّه لا يمكن للمقتني أن يكون مالكا للكل : القطعة الأرضية و البناية المنجزة ، إلاّ بعد تمام الإنجاز و دفع كامل الأقساط و إعداد محضر التسليم النهائي و شهره .

المطلب الثاني : السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرّع

تنقسم السندات المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرّع ، إلى سندات صادرة من الجانبين كعقد الهبة ، و سندات صادرة من جانب واحد كالوصية و الوقف . لذلك إرتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع ، حيث خصصنا الفرع الأول لدراسة الهبة الواردة على العقار ، في حين خصصنا الفرع الثاني لبحث الوصية الواردة على العقار ، أمّا الفرع الثالث تركناه للوقف العقاري .

الفرع الأول : الهبة الواردة على العقار

صحيح أنّ الهبة عقد أصبح خاضعا لقاعدة الرسمية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإجباري ، كغيره من التصرفات الأخرى الواردة على العقار . لكن ما يجب التنبيه إليه أنّ الهبة ظلّت طيلة الفترة السابقة لصدور قانون الأسرة⁽²⁾ خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية .

¹- يتم إحتساب رسم تسجيل عقد بيع العقار بناءً على التصاميم وفقا للطريقة التالية : الثمن التقديري + ثمن المراجعة - مستحقات الموثق (مصاريف تحرير العقد) x خمسة بالمائة (05%) .

²- الصادر بموجب القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 . و المنشور في ج ر ، ع 24 ، الصادرة بتاريخ : 12-06-1984 .

و على ذلك فإنّ كلامنا في الهبة الواردة على العقار ، يقتضي تحديد معنى الهبة أولاً ، ثم التطرق إلى مسألة إثباتها قبل صدور قانون الأسرة ، ثم بعد صدوره . و سيتم تقسيم الدراسة على هذا الأساس .

أولاً : معنى الهبة

الهبة لغة تعني التبرع و التفضل و الإحسان . و إصطلاحاً التبرع بشيء ما ينفع الموهوب له ، سواء كان ذلك عقاراً أو منقولاً أو غيرهما من المنافع⁽¹⁾ .

و في الإصطلاح الفقهي فقد عرّفوها بأنّها عقد يفيد تملك العين حالاً بدون عوض ، أي بدون مقابل . أمّا الهبة على معنى المادة 202 من قانون الأسرة فهي : " تملك بلا عوض ... " .

يتبيّن من هذه التعريفات أنّ للهبة مقومات أربعة : أنّها عقد ما بين الأحياء -Contrat entre vivant- بموجبه يتصرف الواهب في ماله -transmission de valeur- بنية التبرع -intention libérale-(2) .

ثانياً : إثبات الهبة الواردة على العقار

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض كيفية إثبات الهبة الواردة على العقار قبل و بعد صدور قانون الأسرة ، و ذلك وفقاً للتقسيم الآتي :

1- إثبات الهبة قبل صدور قانون الأسرة

لقد كان لتعاليم الشريعة الإسلامية الغراء الأثر البارز على تنظيم الهبة قبل صدور قانون الأسرة . و من المتفق عليه لدى فقهاء الشريعة الإسلامية ، أنّ الهبة يمكن أن تنشأ بمجرد تبادل الرضا بين الواهب و الموهوب له دون حاجة إلى إفراغها في سند رسمي سواء أكانت الهبة واردة على عقار أو منقول ، و من ثمّ فإنّ تخلف الشكل الرسمي في عقد الهبة - بحسبهم - لا يترتب عليه البطلان و إن كانوا قد اشتروا القبض لتمامها⁽³⁾ .

¹- خير الدين موسى فنطازي ، دراسات قانونية في الملكية العقارية ، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية ، الوقف ج 1 ، ط 1 ، دار زهران للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2011 ، ص 103 و 104 .

²- عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح ، ج 5 ، المجلد الثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، ص 05 .

³- شيخ نسيم ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة - الوصية - الوقف ، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و الإجتهد القضائي ، دار هومه ، الجزائر ، 2012 ، ص 43 و 44 .

- يراجع أيضاً ، عبد الرزاق أحمد السنهاوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح ، المرجع السابق ، بند 28 ، هامش 1 ، ص 45 و 46 .

و لم يشذ القضاء الجزائري عن هذا المبدأ ، إذ إعتد في عدّة قرارات له كما سنرى ، على مبدأ الرضائية في تمام الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة .

و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 14 مارس 1988 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " حيث إنّ الواهب وهب أملاكه للطاعنين و ذلك سنة 1930 و الهبة تصح شرعا بالقول ، و كتابتها إنّما هي للتوثيق فقط " .

و أيضا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 19 فيفري 1990 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر فقها أنّ الهبة تلزم بالقول ، و لمّا كان من الثابت في قضية الحال أنّ الواهب وهب لزوجته قطعة أرض و أشهد على هبته ، فإنّ القرار المطعون فيه بإعتماده على أقوال الشهود و الوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدّها طبقوا صحيح القانون " .

2- إثبات الهبة بعد صدور قانون الأسرة

نصّت المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي : " تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم بالحيازة و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات ... " .

يتبيّن من النص أعلاه ، أنّه لا تصح الهبة الواردة على العقار سندا لإثبات الملكية العقارية ، إلا إذا تمت في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون ، متضمنة كلا من الإيجاب و القبول في وقت واحد . و نعرض فيما يلي لقاعدة الرسمية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإيجابي للهبة الواردة على العقار ، و ما يمكن أن تفرضه قواعد التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري . و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

أ- قاعدة التوثيق الإيجابي (قاعدة الرسمية)

لمّا كانت الهبة في أصلها هي إفتقار من جانب الواهب و إثراء من جانب الموهوب له ، فقد رأى المشرع ضرورة إخضاعها لقاعدة التوثيق الإيجابي ، حتى يتسع الوقت للواهب ، فيتدبر أمر هذا التصرف ، فهل يمضي فيه أو يئنثني عنه . و يقصد بقاعدة التوثيق الإيجابي أو ما يعرف بالشكلية الرسمية في هذا المقام

¹- القرار م ع غ أ ش ، ملف رقم : 47072 ، الصادر بتاريخ 14-03-1988 ، منشور ب م ق لسنة 1991 ، ع 1 ص 39 .

²- القرار م ع غ أ ش ، ملف رقم : 58700 ، الصادر بتاريخ 19-02-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1991 ، ع 4 ص 113 .

إفراغ عقد الهبة الوارد على العقار في سند توثيقي محرر بمعية موثق - تحت طائلة البطلان -⁽¹⁾. وهو ما يعني أنّ الموثق ملزم بتحرير عقد الهبة طبقا للترتيب و الأشكال المتبعة في تحرير السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية . خاصة ما يتعلق منها بالبيانات المتعلقة بالأطراف المتعاقدة و الشهود ، و العناصر الدالة على هوية العقار الموهوب من حيث طبيعته و تعيينه و مساحته و مشتملاته و حدوده ، و أسماء المالكين السابقين ، و تاريخ التحويلات المتتالية للملكية . لذلك يجب على الموثق قبل إجراء التوثيق أن يتثبت من أهلية المتعاقدين و رضائهما ، و له أن يطلب إثباتا لأهلية المتعاقدين بتقديم ما يؤيد تلك الأهلية من مستندات كشهادة الميلاد أو شهادة طبية أو مستند آخر . و إذا ما تمت الهبة بوكيل ، فعلى الموثق أن يتأكد من أنّ مضمون الهبة لا يتجاوز حدود الوكالة كما لا يجوز له التوثيق إلا بحضور شاهدي عدل⁽²⁾ كاملي الأهلية ، و لا تربطهما بالمتعاقدين أو الموثق صلة قرابة أو مصاهرة⁽³⁾ ، و خاصة من جانب الواهب لإحتمال قيام مصلحة لهم في حمل الواهب على التبرع بأمواله بدون مقابل ، و أن يشهد تحرير عقد الهبة بشهود غرباء . و لعلّ الحكمة من ذلك هي تبصير هؤلاء للواهب و تنبيهه إلى خطورة ما يقدم عليه من تصرف من شأنه أن يتسبب في إفساره و إنقاص من ذمته المالية .

كما يجب على الموثق قبل توقيع المتعاقدين و الشاهدين على العقد أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد و أن يذكرهما بالنصوص الجبائية المعمول بها في هذا المجال .

¹- و هو ما إستقرّ عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم 103656 ، الصادر بتاريخ 09-11-1994 ، منشور ب م ق لسنة 1997 ، ع 51 ، ص 67 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّ العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية ، يجب أن تحرر في شكل رسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان ، و تنص المادة 206 من قانون الأسرة ، أنّ الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات ، لذلك فإنّ الهبة الواردة في الشكل العرفي تعدّ باطلة لعدم إستيفائها الشروط الجوهرية " .

- يراجع في نفس السياق ، قرار م ع ، ملف رقم 45371 ، الصادر بتاريخ 20-04-1987 ، غير منشور مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 307 . جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّ العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة " .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 164 و ما يليها من هذه الرسالة .

³- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل الدائم و الصلح ، ج 5 ، المرجع السابق ، بند 31 ، ص 49 .

بقيت هنا مسألة بالغة الأهمية يحسن لفت النظر إليها ، و هي أنه قد يحدث أن يلجأ البعض إلى الموثق لأجل إبرام عقد هبة محله عقارا و يشترطون الإحتفاظ بحق الإنتفاع طيلة حياتهم خوفا من أن يعود عليهم هذا التصرف بالضرر مستقبلا فيطلبون من الموثق إدراج هذا الشرط - الإحتفاظ بحق الإنتفاع طيلة الحياة - ضمن بنود العقد . أي أنهم يهبون ملكية الرقبة و يحتفظون بحق الإنتفاع .

إلا أنه و بالرجوع إلى أحكام الهبة في العقار يتضح أنّ الحيازة تعتبر ركنا في عقد الهبة ، و من ثم فإنّ الهبة التي لا تتبعها الحيازة تكون باطلة بطلانا مطلق . على حدّ تعبير حكم المادة 206 من قانون الأسرة : " تتعدّد الهبة بالإيجاب و القبول ، و تتم بالحيازة... " . و عليه يمكن القول أنّ الهبة المنصبة على ملكية الرقبة مع إحتفاظ الواهب بحق الإنتفاع ، هي هبة مستبعدة قانونا لإختلال ركن الحيازة ، لأنّ من شأنها أن تُظهر الواهب بمظهر صاحب الحق العيني العقاري ، إذ يبقى إحتفاظه بحق الإنتفاع بالعقار الموهوب دالا على أنه مالكة . و بالمقابل لا يكون للموهوب له أية سيطرة مادية على العقار الموهوب .

أمّا إذا كانت الهبة منصبة على حق الإنتفاع دون ملكية الرقبة فهي صحيحة قانونا ، و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ففضى في المادة 205 من قانون الأسرة بأنه: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة ، أو دينا لدى الغير "(1).

ب- تسجيل عقد الهبة

ألزمت المادة 10 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم منة الموثق الموثق بتسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل و الطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا ، بغرض تمكين إدارة الضرائب من مراقبة و متابعة جميع التحويلات في الملكية الخاصة العقارية و إعادة تقويمها ، لأجل تحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عليها ، سواء أكانت هذه التحويلات أو المعاملات قد تمت بعوض أو بدون عوض . و لما كانت الهبة عقدا حسب النصوص المتقدمة و كان العقد واجب التسجيل من قبل محرره (الموثق) ، كانت الهبة هي الأخرى واجبة التسجيل طبقا للإجراءات المتبعة في تسجيل السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية(2) ، و وفقا للنسب

¹- يراجع لتفصيل أكثر ، حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 36 و 37 .

- يراجع أيضا ، المذكرة رقم 689 الصادرة بتاريخ 12-02-1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 129 و ما يليها من هذه الرسالة .

المحددة قانونا . و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ففضى في المادة 28 من قانون التسجيل على أنه : " فيما يخص تصفية دفع الرسوم على نقل الملكية مجانا بين الأحياء ... فإنّ العقارات مهما كانت طبيعتها تقدر حسب تصريح القيمة التجارية الحقيقية عند تاريخ نقل الملكية بناء على التصريح المفصل و التقديري للأطراف من دون طرح الأعباء ... غير أنه إذا كانت العقارات التي تم نقل ملكيتها خلال السنتين اللّتين سبقتا أو صاحبنا عقد الهبة موضوع مزايده ، إمّا من قبل سلطة العدالة و إمّا طواعية مع قبول الغير ، فإنّ الرسوم المستحقة لا يمكن أن تحسب على مبلغ يقل عن ثمن المزايدة مع إضافة جميع الأعباء النقدية ما لم يثبت بأنّ ما تضمنته العقارات قد طرأت عليه تغييرات خلال فترة ما ، قابلة أن تعدل القيمة " .

يُبين من النص أعلاه ، أنّ المشرع قد نهج إلى إحتساب الرسم على الهبة الواردة على العقار على أساس التصريح الذي يدلي به الأطراف أمام الموثق ، على إعتبار أنّ الأطراف ملزمين بتقويم قيمة العقار من أجل حفظ حقوق الخزينة العمومية .

أمّا بالنسبة للعقار الذي كان محل مزايده ، و تم نقل ملكيته خلال السنتين اللّتين سبقتا أو صاحبنا عقد الهبة ، فهنا يقدر رسم التسجيل تبعا لمبلغ لا يقل عن ثمن المزايدة .

و عموما تخضع الهبة فيما يخص نسب التسجيل إلى رسم نسبي يُقدر بخمسة بالمائة (05%) من قيمة العقار المصرّح بها ، و هذا بإستثناء الهبات بين الأحياء الواقعة بين الأصول من الدرجة الأولى و بين الأزواج التي تُعفى من تحصيل رسم التسجيل⁽¹⁾ .

ج- شهر عقد الهبة

يعتبر الشهر العقاري عمل فني يهدف إلى التأشير بمختلف التصرفات الواردة على العقار بمصلحة الحفظ العقاري ، لإظهار وجودها و إعلام الكافة بها ، و يتم ذلك بإثبات هذه التصرفات القانونية في سجلات يمكن الإطلاع عليها و الأخذ بما جاء فيها من بيانات و قيود ، فضلا عن دوره في نقل الملكية العقارية و بإعتبار أنّ الهبة الواردة على العقار تعبر من قبيل التصرفات العقارية الناقلة للملكية العقارية ، فإنّها لا تكون نافذة فيما بين أطرافها أو في مواجهة الغير ، إلاّ من تاريخ التأشير بها على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل الهبة ، فتكون بذلك حجة على الغير .

¹- يراجع نص المادة 231 من ق . ت

و تنفيذاً لعملية الإشهار يتولى المحافظ العقاري التأكد من إحترام آجال الإيداع المقررة قانوناً⁽¹⁾ ، تحت طائلة دفع غرامة ألف (1000) دج ، كما يتولى فحص السند التوثيقي المعين للهبة ، و مدى إستيفائه لقاعدة الرسمية ، و من أنّ سند الملكية الذي بحوزة الواهب مشهر مسبقاً بالمحافظة العقارية ، تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للشهر ، كما يتولى مراقبة الوثائق المتطلبة لتمام الإجراء ، ليقوم بعدها بجملة من الإجراءات داخل المحافظة العقارية و التي تبرز المعالم الرسمية و النهائية لإجراء الشهر ، و على نحو ما فصلنا فيما تقدم بصدد الإجراءات المتبعة في شهر السندات المثبتة للملكية العقارية .

يتبين مما سبق أنّ الهبة الواردة على العقار عقد شكلي ، لا يكفي لإعتبره سنداً مثبتاً لملكية العقار الموهوب ، مجرد توافق إرادتي الواهب و الموهوب له و إتمام الحياة ، بل لابدّ من إفراغه في قالب رسمي محرر بمعية موثق ، مع ضرورة تسجيله و شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً .

أمّا بالنسبة لمسألة الرجوع في الهبة ، فهي مقررة على وجه الإستثناء للأبوين فقط ، و بالشروط المقررة في المادة 211 من قانون الأسرة . و هذا دون اللجوء إلى القضاء ، إذ يكفي التصريح بالرجوع أمام الموثق و بإرادة منفردة⁽²⁾ .

الفرع الثاني : الوصية الواردة على عقار

باعتبار أنّ الوصية الواردة على العقار تعتبر من السندات المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرع يثور التساؤل حول معنى الوصية و تكييفها القانوني . كما يثور لامحالة التساؤل حول كيفية إثباتها فهل يستلزم الأمر ضرورة تحريرها في سند توثيقي ، أم أنّ مجرد اللفظ (القول) يكون كافياً لصحة إنعقاد الوصية الواردة على العقار و إثباتها ؟

للإجابة على هذه التساؤلات يقتضي الأمر تقسيم الكلام في هذا الفرع إلى العناصر الثلاثة الآتية :

فنتكلم أولاً في معنى الوصية ، ثم في تكييفها القانوني ، و أخيراً في مسألة إثباتها .

¹- أنّ الموثق ملزم بشهر عقد الهبة في خلال ثلاثة (03) أشهر تسري من تاريخ تحريرها . طبقاً لما نصّت عليه المادة 353-4 من ق . ت ، المعدلة بموجب المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004 .

²- قرار م ع غ مج ، ملف رقم 444499 ، الصادر بتاريخ 23-02-2009 ، منشور في م م ع لسنة 2009 ، ع 1 ص 107 إلى 112 .

- يراجع أيضاً ، المذكرة رقم 689 الصادرة بتاريخ 12-02-1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

أولاً : معنى الوصية

الوصية هي الإيضاء ، و تطلق لغة بمعنى العهد إلى الغير في القيام بفعل أمر ، حال حياته أو بعد وفاته ، فيقال : أوصيت له أو إليه : أي جعلته وصياً يقوم على من بعده ، و هذا المعنى إشتهر فيه لفظ " الوصاية " ، كما تطلق أيضا على جعل المال للغير ، فيقال : وصيت بكذا أو أوصيت ، أي جعلته له أما في إصطلاح الفقهاء ، فالوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء أكان الموصى به عينا أم منفعة⁽¹⁾ .

و الوصية كما عرفت أحكام قانون الأسرة ، و بالضبط المادة 184 منه : " تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع " ⁽²⁾.

ثانياً : التكييف القانوني للوصية

ظلّ فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثين مجمعين تقريباً⁽³⁾ ، على أنّ ركن الصيغة في الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن ، و هو ما يعني أنّه بمجرد وفاة الموصي ينشأ الحق للموصى له دون قبوله ، أي أنّ قبول الموصى له بعد وفاة الموصي لا يعدوا إلاّ مجرد شرط للزوم الوصية ، فإذا قبلها كان الموصى به ملكاً له ، و إن ردّها بطلت .

و إذا قلنا أنّ الفقه كان مجمعا تقريباً ، ذلك أنّ بعضاً من جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁴⁾ يرون أنّ قبول الموصى له ركناً في الصيغة كالإيجاب تماماً ، و أنّ الوصية حسب رأي هؤلاء لا تتعقد إلاّ بإقتران إيجاب الموصي بقبول الموصى له .

¹- و هو نفس التعريف تقريباً الذي إعتدده القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم : 116375 ، الصادر بتاريخ 02-05-1995 ، منشور ب م ق لسنة 1996 ، ع 1 ، 108 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانوناً أنّ الوصية هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ... " .

²- أنظر ، وهبة الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق - سوريا ، 1407 هـ - 1987 ، ص 08 .

³- يراجع لتفصيل أكثر ، محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية - دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية - دار الفكر العربي ، القاهرة - مصر ، 1409 هـ - 1988 ، ص 12 .

- أنظر أيضا ، وهبة الزحيلي ، الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 13 .

⁴- يراجع لتفصيل أكثر ، نصر فريد محمد وصل ، فقه المواريث و الوصية في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة المكتبة التوفيقية ، بدون سنة الطبع ، ص 112 و ما يليها .

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

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

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

ثالثا :إثبات الوصية الواردة على العقار

يتعين لدراسة مسألة إثبات الوصية الواردة على العقار ، التفرقة بين ثلاث مراحل بسبب ما فرضه الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، و القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جويلية 1984 المتضمن قانون الأسرة ، من إجراءات و شكليات في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها .

و تبعا لذلك سنعرض أولا لإثبات الوصية قبل صدور قانون الأسرة ، ثم بعد صدور قانون التوثيق ، و في ظل قانون الأسرة ، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات و الشكليات اللاحقة على تحرير الوصية .

1- إثبات الوصية قبل صدور قانون الأسرة

لقد شكّل النظام الإسلامي المطبق عقب الفتوحات الإسلامية لبلاد المغرب العربي و منها الجزائر الأساس و المصدر التاريخي للقواعد و الأحكام التي نظمت الوصية و شكل إثباتها .

و عملا بهذه القواعد و الأحكام التي كانت تعتمد على مبدأ الرضائية في التعاقد ، كانت الوصية تتعقد بالقول (اللَّفْظ) أو الإشارة (نية الإيضاء) أو الكتابة مصدقا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم

= أنظر أيضا ، محمد جعفر شمس الدين ، الوصية و أحكامها في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة على المذاهب السبعة - الطبعة الثالثة ، دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت - لبنان ، 2005 ، ص 40 .
- و في نفس السياق ، محمد كمال الدين إمام ، الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية و تشريعية منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 74 .

﴿ ما حق إمرئ مسلم له شيء يوصي به يبييت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده ﴾⁽¹⁾ غير أن المقصود بالكتابة المتطلبة هنا حسب فقهاء الشريعة الإسلامية هي للإثبات و ليس لنفاذ الوصية ، و من ثم يمكن إثبات الوصية بشهادة الشهود أو إقرار الورثة أو بيّنة واضحة⁽²⁾ .

و قد ساير القضاء الجزائري هذا الإتجاه غداة الإستقلال ، بحيث جاءت معظم قراراته مكرّسة لمبدأ سلطان الإرادة في الإيضاء و عدم التقيد بشكل معين لإثباته ، و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في عدّة قرارات له ، نذكر منها القرار الصادر عنه بتاريخ 30 أبريل 1969 الذي جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " من المقرر شرعا أن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص ، كما يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات ، غير أنّه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة " .

و أيضا القرار الصادر عنه بتاريخ 30 أبريل 1969 الذي جاء فيه ما يلي⁽⁴⁾ : " من المقرر في الشريعة الإسلامية أنّ الوصية لا تخضع لأية صيغة شكلية و أنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات " .

2- إثبات الوصية بعد صدور قانون التوثيق

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

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

¹- رواه خمسة من الصحابة و هم : أبو هريرة ، و أبو الدرداء ، و معاذ ، و أبو بكر الصديق ، و خالد بن عبيد . و حديث أبي هريرة باللفظ المذكور رواه ابن ماجة و البزار . نقلنا عن وهبة الزحيلي ، الوصايا و الأوقاف في الفقه الإسلامي المرجع السابق ، ص 10 .

²- شيخ نسيمة ، المرجع السابق ، ص 221 .

³- قرار م الأ ، الصادر بتاريخ 30-04-1969 ، منشور ب ن س لسنة 1969 ، ص 293 .

⁴- قرار م الأ ، الصادر بتاريخ 30-04-1969 ، منشور ب ن ق لسنة 1970 ، أكتوبر - ديسمبر ، ص 45 .

و هو ما تم التأكيد عليه من قبل القضاء الذي إستقرت أحكامه على عدم إشتراط الشكل الرسمي لإثبات الوصايا الواردة على العقارات حتى بعد صدور قانون التوثيق⁽¹⁾ .

3- إثبات الوصية في ضوء أحكام قانون الأسرة

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

- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك .
 - و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية⁽²⁾ .
- تضمنت هذه المادة القاعدة العامة المقررة لإثبات الوصية ، و الإستثناء الوارد عليها ، فالأصل أن تثبت الوصية بموجب سند توثيقي ، و إستثناء و في حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بموجب حكم قضائي مما يتعين معه بيان القاعدة العامة أولا ، ثم الإستثناء ثانيا .

أ- السند التوثيقي كوسيلة لإثبات الوصية

خوّلت الفقرة الأولى من نص المادة 191 أعلاه ، صلاحية الموثق قي تلقي و تحرير الوصايا الواردة على العقارات ، و طالما أنّ الوصية تعتبر من السندات الناقلة و المثبتة للملكية العقارية ، فإنّ الموثق ملزم بإعدادها وفقا للأشكال و الأوضاع المحددة قانونا ، خاصة ما يتعلق بهوية الأطراف و الشهود⁽³⁾ و البيانات الخاصة بتعيين العقار الموصى به⁽⁴⁾ .

¹-يراجع قرار م ع ، الصادر بتاريخ 15-12-1971 ، منشور ب ن ق لسنة 1972 ، ع 2 ، ص 79 .
²- و هو نفس المبدأ الذي إستقر عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ أش ، ملف رقم : 160350 ، الصادر بتاريخ 23-12-1997 ، منشور ب الإيج ق ل غ أش لسنة 2001 ، ع خ ، ص 295 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك ، و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية " .

³- يتطلب نفاذ الوصية الواردة على العقار ، ضرورة تحريرها بحضور شاهدي عدل حسب ما نصّت عليه المادة 324 مكرر³ من القانون المدني باللغة الفرنسية -Deux témoins instrumentaires- على إعتبار أنّ الوصية تعتبر من قبيل العقود الإحتفائية -Les actes solennels-

- أنظر ما سبق ذكره في ص 164 و ما يليها من هذه الرسالة .

⁴- يراجع ما سبق ذكره في ص 126 و ما يليها من هذه الرسالة .

ب- الحكم القضائي كوسيلة لإثبات الوصية

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

يتبين من تحليل هذه الفقرة ، أنّ المشرع قد أجاز إستثناء إثبات الوصية الواردة على عقار بموجب حكم قضائي في حالة وجود حادث إستثنائي حال دون إتمام الموصي للترتيب و الإجراءات التي تتطلبها عملية تحرير الوصية ، كإصابة الموصي بمرض حال دون تنقله إلى مكتب التوثيق بعد إبدائه إيجابه بالإيصاء للموصى له بحضور شاهدي عدل ، أو وفاته قبل الموعد المحدد لتوقيع الوصية . ففي هذه الحالة أورد المشرع حكم الفقرة الثانية من نص المادة 191 من قانون الأسرة ، الذي يُجيز للموصى له إثبات الوصية التي تقرر له بموجب حكم قضائي .

4- الإجراءات و الشكليات اللاحقة على تحرير الوصية

رأينا فيما سبق أنّ تحرير السندات التوثيقية المعايينة لمعاملات عقارية من طرف الموثق ، قد لا يكون كافيا لوحده لإثبات الملكية العقارية و تحصينها بصورة كاملة و ترتيب آثارها القانونية في مواجهة الدولة و الغير ، ما لم تُتبع بإجراءات التسجيل بمفتمشية التسجيل و الطابع و تستكمل بإجراءات الشهر بالمحافظة العقارية . ممّا يتعيّن معه بيان عمليتي التسجيل الجبائي و الشهر العقارية للوصية .

أ- تسجيل الوصية

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

و بخصوص إجراءات تسجيلها فهي تخضع لذات الإجراءات و النسب المعمول بها في إرساء نقل الملكية عن طريق الوفاة ، و وفقا لما سبق بيانه بصدد الإجراءات المتبعة في التسجيل .

أمّا عن مكان التسجيل فيختص به المكتب الذي يتبع له محل سكنى المتوفي ، و في حالة عدم وجود محل سكنى في الجزائر فإنّ التصريح بالتسجيل يتم في المكتب الذي يتبع له مكان الوفاة إذا كانت الوفاة

قد وقعت في الجزائر ، أمّا إذا لم تكن الوفاة قد وقعت في الجزائر فإنّ التصريح يتم لدى المكاتب التي تعينها إدارة الضرائب⁽¹⁾ .

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

ب- شهر الوصية

إنتهينا فيما سبق أنّ تعطيل نقل الملكية إلى المتصرف إليه ، و عدم الإحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير ، هو الجزاء الطبيعي كأصل عام في حالة عدم إستيفاء إجراءات الشهر .
و تبعا لذلك سنعرض موقف التشريع و القضاء من شهر الوصية ، ثم نتعقب بعد ذلك نظرة الفقه إلى المسألة .

❖ موقف التشريع من شهر الوصية

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

• شهر الوصية وفق أحكام القانون المدني

نصّت المادة 792 من القانون المدني على ما يلي : " تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية " (2) .

و نصّت المادة 165 و ليس المادة 164 من القانون المدني على ما يلي : " الإلتزام بنقل الملكية ، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، إذا كان محل الإلتزام شيئا معيننا بالذات يملكه الملتزم ، و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري " .

¹- يراجع نص المادتين 79 و 80 من ق . ت

²- ورد خطأ في نص المادة 792 من ق . م بذكر " المادة 164 " بدل " المادة 165 " .

و نصّت المادة 793 من القانون المدني على ما يلي : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون ، و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري " .

يستفاد من تحليل المواد المذكورة أعلاه أنّ المشرع قد قيّد إنتقال الملكية العقارية و الحقوق العينية المتصلة بها بالشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً ، و أنّه لا وجود لهذه الحقوق لا بين المتعاقدين و لا في مواجهة الغير إلاّ من تاريخ التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية . و هذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية إعمال هاته النصوص على الوصية .

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

• شهر الوصية وفق القوانين التي يدير مصلحة الحفظ العقاري

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

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

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

يفهم من خلال النصوص المتقدمة أنّ المشرع قد قصر نطاق الشهر على العقد و الإتفاق ، و إستثنى الوصية كتصرف قانوني مضاف إلى ما بعد الموت من الأثر المنشئ للشهر ، الذي يعتبر أهم مبادئ

نظام الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم المطبقة له .

و يقصد بالأثر المنشئ للشهر أو كما يسميه البعض بمبدأ الأثر المنشئ للقيّد ، أنّ الحقوق العينية العقارية أصلية كانت أو تبعية لا يمكن أن تنشأ لصاحبها و لا يُعتد بإنقضائها ، إلا إذا تم التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية ، سواء أكانت هذه الحقوق محلا لتصرفات منشئة أو ناقلة أو مغيّرة أو مزيلة أو كاشفة أو مقررة لتلك الحقوق (1) .

و أخذا بما تقدم فإنّ الوصية التي يكون محلّها حق عيني عقاري ، و التي من شأنها نقل هذا الحق فهي طبعا وفقا لقواعد نظام الشهر العيني خاضعة للشهر ، على إعتبار أنّ الحق العيني العقاري الموصى به لا يكون حجة بين أطراف التصرف (الموصي و الموصى له) و خلفهم و الغير ، إلا بعد شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا (2) .

إلا أنّ المشرع و لحكمة أرادها هو ، إستثنى من دون مبرر الوصية الواردة على العقار من إجراءات الشهر العقاري بالرغم من أنّها تعتبر من التصرفات القانونية الناقلة للحق العيني العقاري ، و يتضح ذلك جليّا من خلال المصطلحات القانونية التي إعتدها المشرع في صلب المادة 793 من القانون المدني بأنّ الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل " ... بين المتعاقدين ... " ، و كذا المادة 16 من الأمر رقم 74-75 " إنّ العقود الإرادية و الإتفاقات ... "

و لهذا فإننا نرى مع غالبية الفقه (3) ضرورة ضبط المصطلحات القانونية و إعطائها مجالا أوسع للتطبيق بإستبدال لفظ " العقود " الوارد في صلب المادة 16 من الأمر رقم 74-75 بإعتبارها المرجع الأساسي فيما يتعلق بالشهر العقاري بلفظ " التصرفات " حتى يصبح نصها عاما و شاملا للتصرفات الملزمة لجانب واحد (الوصية و الوقف) و التصرفات الملزمة للجانبين .

1- يراجع لأكثر تفصيل ، ويس فتحي ، المرجع السابق ص 392 و ما يليها .

- و يراجع في نفس السياق ، جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، الطبعة السادسة ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 ، ص 221 و ما يليها .

2- حميدي محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 354 .

3- أنظر ، حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهيئة - الوصية - الوقف ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 ص 83 و ما يليها .

❖ موقف القضاء من شهر الوصية

ظلّ القضاء متردداً في أحكامه بين مؤيدٍ و معارضٍ لفكرة شهر الوصية الواردة على العقار ، إذ ذهب في بعض قراراته كما سنرى إلى التقيّد بالحصر الذي إنتهى إليه المشرع في صلب المادة 16 أعلاه و التي تستثني من لزوم الشهر نقل الملكية عن طريق الوصية ، في حين ذهب في قرارات أخرى إلى إعتبار الشهر إجراءً لازم لنقل ملكية الحق العيني العقاري الموصى به بعد وفاة الموصي .

و من قبيل القضايا التي لم تستلزم فيها المحكمة العليا شهر الوصية الواردة على العقار ما قضى به القرار الصادر عنها بتاريخ 30 ماي 2001 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: " لكن حيث أنّه و لتعلق الأمر بتصرف ما بعد الموت (وصية) فإنّ القانون لا يشترط شهر العقد " .

و تعليقا على القرار أعلاه نقول : أنّه بالرغم من أنّ هذا القرار قد جاء مؤسسا من الناحية القانونية من حيث تأسيس النقض على إنعدام النص القانوني القاضي بشهر الوصية ، إلاّ أنّه يعتبر قرار غير صائب ، ذلك أنّ القانون و إنّ لم ينص صراحة على شهر الوصية ، إلاّ أنّ طبيعة الوصية تقتضيه بإعتبارها تصرف قانوني معاين لحق عيني عقاري ، لترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل الحق العيني العقاري الموصى به .

و مهما يكن من الأمر ، فإنّ هذا القرار لم يتكرر - على حدّ علمنا - بشكل يمكن معه إعتباره إتجاها قضائيا مستقرا . و يعزز وجهة نظرنا في هذا الطرح ما قضت به المحكمة العليا في قرارات قضائية أخرى ، إذ إعتبرت الشهر إجراءً لازم لنقل ملكية الحق العيني العقاري الموصى به .

و من قبيل ذلك ما قضت به في قرار صادر عنها بتاريخ 09 ديسمبر 2010 جاء فيه ما يلي⁽²⁾: " حيث أنّ الوصية وفقا لأحكام المادة 184 من قانون الأسرة هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع في حدود ثلث التركة ، و أنّ أثرها بذلك لا يترتب في حياة الموصي بل بعد موته ، و بالتالي فإنّ حق الموصى له ينشأ بمجرد وفاة الموصي ، و هو ما يعني أنّ مصدر الحق العيني الموصى به لا يمكن إعتباره في الحقيقة تصرفا قانونيا خالصا بالوصية و إنّما هو مصدر مركب من إرادة الموصي و واقعة وفاته ، و من ثمّ فإنّ قضاة الموضوع بإخراجهم الطاعنة الموصى لها من الخصام بدعوى إنتفاء الصفة

¹- قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم : 211880 ، الصادر بتاريخ 30-05-2001 ، غير منشور ، مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهبة - الوصية - الوقف ، المرجع السابق ، هامش 01 ، ص 85 .

²- قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 581896 ، الصادر بتاريخ 09-12-2010 ، منشور ب م م ع لسنة 2012 ، ع 1 ص 276 .

لديها لعدم إشهار الوصية قد جانبوا الصواب ، لأنّ الإشهار في حالة وجوبه لا يكون إلاّ بعد وفاة الموصي طالما أنّ الوصية لا تحدث أثرها إلاّ بعد الوفاة " .

كما قضت أيضا في قرار صادر عنها بتاريخ 14 جويلية 2011 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: " حيث أنّه إذا كانت المادة 191 من قانون الأسرة قد إكتفت بصحة الوصية بمجرد تحريرها أمام الموثق دون أن تتعرض للإشهار فذلك لأنّها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ، و القول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الوصية و بالتالي فإنّ الشهر يكون واجبا لنقل الملكية بعد الوفاة لا غير و هذا طبقا للمادة 16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري " .

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

❖ نظرة الفقه إلى شهر الوصية

لقد أفاض الفقهاء في هذه المسألة و إتفقت آرائهم على أنّ الشهر العقاري هو المصدر الوحيد ، لترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل الحق العيني العقاري الموصى به إلى الموصى له .

و من ثمّ فإذا كانت الوصية الواردة على العقار محررة في سند توثيقي ، فإنّ الملكية العقارية الموصى بها لا تنتقل إلى الموصى له ، إلاّ بإتمام عملية الشهر ، بالتأشير بالتصرف (الوصية) على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار الموصى به طبقا للقواعد المقررة في هذا الشأن .

و مهما يكن من الأمر ، إذا كان شهر الوصية هو الحد الأدنى المتفق عليه بين الفقهاء ، كوسيلة لإعلام الكافة بما ورد على الملكية العقارية من تصرف ، و ضمان إنتقال الحق العيني العقاري الموصى به إلى الموصى له بعد وفاة الموصي بمقدار الثلث من ملكية الموصي العقارية أو أكثر بعد إجازة الورثة⁽²⁾ إلاّ أنهم اختلفوا حول وقت إشهارها ، فيرى البعض⁽³⁾ أنّه لا مانع من شهر الوصية حال حياة الموصي

¹- قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 665688 ، الصادر بتاريخ 14-07-2011 ، منشور ب م م ع لسنة 2011 ، ع 2 ص 172 .

²- تبقى حرية الموصي في الإيضاء محدودة ، بحيث لا تتفد وصياه في حق الورثة إلاّ في حدود الثلث ، و تنفذ فيما عدا ذلك بإجازتهم . و هذا ما قصده المشرع في نص المادة 185 من قانون الأسرة و التي جرى نصّها كالآتي : " تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، و ما زاد عن الثلث تتوقف على إجازة الورثة " .

³- أ نظر في هذا الصدد :

- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية ، الطبعة الثانية ، دار هومه 2011 ، ص 149 و ما يليها .

أو بعد وفاته ، طالما أنّ النتيجة واحدة ، و هي أيلولة الحق العيني العقاري إلى الموصى له عند هلاك الموصي بالقدر المقرر في الوصية ، في حين يرى البعض⁽¹⁾ الآخر أنّ الوقت المناسب لشهر الوصية هو الوقت الذي تصبح فيه نافذة ، أي بعد وفاة الموصي و قبول الموصى له إيّاها .

و نحن من جانبنا نرى أنّ الرأي الثاني هو الأرجح إلى الصواب و الجدير بالإلتباع⁽²⁾ ، لما نرى في ذلك من تدعيم للإلتمان العقاري و بعثا للإستقرار في المعاملات العقارية ، لأنّ من شأن الشهر العقاري في هذه الحالة ، أي بعد وفاة الموصي ، أن يجعل المتعامل مع الموصى له على بيّنة من نفاذ و إنتقال الحق العيني العقاري الموصى به إليه .

أضف إلى ذلك أنّ مصدر الحق العيني العقاري الموصى به و بإعتباره مصدرا مركبا من إرادة الموصي و واقعة وفاته ، فإنّ من شأن شهره حال حياة الموصي أن يفرغه من طبيعته القانونية ، إذ بمجرد تمام عملية الشهر ينتقل الحق العيني العقاري الموصى به من الموصي إلى الموصى له ، و الحال أن الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت .

الفرع الثالث : الوقف الوارد على العقار

حتى يتسنى لنا تفصيل الوقف المثبت لملكية العقار الموقوف على نحو دقيق ، فإنّه يلزم بداءة الوقف على معنى الوقف ، ثم عرض تكييفه القانوني ، و أخيرا مسألة إثباته . و نعرض فيما يلي لهذه العناصر وفقا للتقسيم الآتي بيانه :

= رمضان أبو السعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها ، دار الجامعة الجديدة ، بيروت ، 2004 ص 149 .

¹- أنظر في هذا الصدد :

- محمود أحمد عبيد ، الوسيط في شرح قانون التوثيق ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة 2011 ، ص 394 .

- معوض عبد التواب ، الشهر العقاري و التوثيق علما و عملا ، توزيع منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1986 ص 543 .

²- و هو ما إستقرّ عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع القرار المشار إليه أعلاه الصادر عن م ع غ أ ش ملف رقم 665688 ، الصادر بتاريخ 14-07-2011 ، منشور ب م م ع لسنة 2011 ، ع 2 ، ص 172 .

أولاً : معنى الوقف

الوقف له معنيان ، معنى في اللّغة ، و معنى في الإصطلاح ، و معناه في اللّغة : الحبس و المنع و جمعه وقوف ، و هو مصدر وقف ، فيقال وقفت الدار أي حبستها(1).

أمّا معناه في الإصطلاح ، فإنّ أصدق تعريف مصور جامع لصور الوقف عن الفقهاء الذين قرروه هو الذي يجري على النحو التالي : الوقف هو منع التصرف في رقبة العين التي يمكن الإنتفاع بها مع بقاء عينها ، و جعل المنفعة لجهة من جهات الخير إبتداء و إنتهاء(2) .

بينما في الإصطلاح القانوني ، فنجد للوقف عدّة تعريفات قانونية . فقد عرّفه المشرع الجزائري بموجب المادة 213 من القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة : " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق " .

كما ورد تعريفه كذلك في نص المادة 31 من القانون رقم 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري بنصّها : " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكاها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور " .

كما عرفته المادة 03 من قانون الأوقاف رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف(3) : " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد و التصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " .

يبرز بعد التأمل في هذه التعريفات جميعها أنّ الفقه و التشريع مجمع على فكرة التأييد في الوقف و طابعه الخيري(4) .

¹- زهدي يكن ، الوقف في الشريعة و القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 1388 هـ ، ص 07 .

²- محمد أبو زهرة ، محاضرات في الوقف ، ألفت على طلبه قسم الدراسات القانونية لسنة 1959 ، مطبعة أحمد علي ص 07 .

- يراجع في نفس السياق ، عبد الجليل عبد الرحمن عشوب ، كتاب الوقف ، ط 1 ، دار الآفاق العربية ، القاهرة ، 2000 ص 09 .

³- منشور في ج ر ، ع 21 ، س 28 ، الصادرة بتاريخ : 08-05-1991 .

⁴- و هي نفس الفكرة التي كرّسها القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع ، ملف رقم 109957 ، الصادر بتاريخ 30-03-1994 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 3 ، ص 39 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّ الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصدق " .

ثانيا : التكييف القانوني للوقف

تشير غالبية الفقه ، إلى أنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة و ليس ذي طبيعة تعاقدية ، و أنّه ناقل للمنفعة و ليس لأصل الحق العيني العقاري الموقوف ، كما أنّه مستقل عن شخصية مستحقه ، و هذا هو الأساس الذي بني عليه الفقه الحديث منح الشخصية المعنوية للوقف . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لهذه العناصر الثلاثة ، كي تتضح معالم هذا التكييف القانوني .

1- الوقف تصرف بإرادة منفردة

لا خلاف في الفقه على أنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة للواقف سواء كان عاما أو خاصا⁽¹⁾ ، إذ ينشأ بمجرد صدور إيجاب من الواقف . و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ففضى في الفقرة الأولى من نص المادة 04 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف على ما يلي : " الوقف عقد إلتزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة " .

يتبين من النص أعلاه أنّ المشرع يعتبر الوقف تصرف بالإرادة المنفردة يكفي لقيامه إيجاب من الواقف فقط ، أمّا القبول فليس ركنا في الوقف و لا شرطا لإستحقاقه . و هو قول صريح لا يدع مجالا للشك في أن يكون غير ذلك . غير أنّ الذي يعاب على هذا النص و صف المشرع للوقف بأنه " عقد " و أنّه في الوقت ذاته " إلتزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة " ، ممّا يوحي بأنّ للوقف طبيعة مزدوجة . فضلا عن أنّ في إستعمال المشرع لكلمة " عقد -Acte- (باللغة الفرنسية) تعني تصرف و ليس عقد إذ أنّ التصرف القانوني عبارة عامة قد يقصد بها " العقد " ، و قد يقصد بها " الإرادة المنفردة " . غير أنّه ما يعاب على النص باللغة الفرنسية أنّه يخلط في التكييف القانوني للوقف ، لأنّه قصد به في نفس الوقت إرادة منفردة بقوله -volonté individuelle- و هذه " إرادة منفردة " ، و قصد به في نفس الوقت " هبة -donation- و هذه " عقد " (2) .

¹- يجدر التنويه إلى أنّه بموجب القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 ، المعدل و المتمم للقانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف . منشور في ج ر ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ : 15-12-2002 تم إلغاء المواد المنظمة للوقف الخاص ، مع إحالة مسألة تنظيمه إلى الأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال ، خاصة ما يتعلق منها بالمواد من 213 إلى 220 من قانون الأسرة .

²- L'article 04 de loi 91-10 du 27 avril 1991 : Le wakf est un acte par lequel une volonté individuelle s'engage à une donation .

و لهذا فإننا نرى مع غالبية الفقه⁽¹⁾ ضرورة تدخل المشرع بحذف كلمة " عقد " الواردة في صلب الفقرة الأولى من نص المادة 04 حتى يستقيم الأثر المنصوص عليه في النص مع الطبيعة القانونية للوقف .

2- الوقف تصرف ناقل للمنفعة

بخلاف باقي التصرفات التبرعية التي تنتقل فيها ملكية العقار من المتبرع (الوهاب ، الموصي) إلى المتبرع إليه (الموهوب له ، الموصى له) ، فإنّ الوقف لا ينقل الملكية⁽²⁾ ، و إنّما يقتصر أثره على نقل منفعة (ريع ، ثمار) العقار من الواقف إلى الموقوف عليهم على وجه التبرع دون مقابل أو عوض .

و يبني على ذلك ، أنّه بمجرد تمام الوقف تنفك ملكية الرقبة عن حق الإنتفاع بصورة دائمة . غير أنّ إنفكاك ملكية الرقبة عن حق الإنتفاع لا يعني بالضرورة إنتقالها - ملكية الرقبة - إلى الموقوف عليه بل أنّ محل التبرع يبقى مقصورا على منفعة العقار دون ملكية الرقبة .

3- الوقف شخصية معنوية قائمة بذاتها

سبق و قدمنا أنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة يعبرّ فيه الواقف عن إرادته الحازمة في إنشائه . و قدمنا أيضا أنّ الوقف ينصب على المنفعة و لا يهدف إلى تمليك العقار الموقوف . و نزيد على ذلك الآن إيضاحا فنقول : أنّه بمجرد تمام الوقف ، تنتقل ملكية العقار الموقوف إلى غير الواقف ، و تدمج في شخصية الوقف . و لذلك نظير في الشرع و هو أنّ الأحكام الشرعية التي تطبق على الوقف توحى

¹- شيخ نسيمية ، المرجع السابق ، ص 255 .

²- القاعدة العامة في هذا الصدد ، أنّه لا يجوز التصرف في الوقف بأي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية العقارية سواء أكان ذلك بالإرث أو الهبة أو البيع . و هذا ما إستقر عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم 636028 ، الصادر بتاريخ 10-03-2011 ، منشور ب م م ع لسنة 2011 ، ع 2 ، ص 165 . و الذي جاء فيه ما يلي : " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي بأيّة صفة من التصرف ، سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها " .

- و يراجع في نفس السياق قرار م ع غ ع ، ملف رقم 157310 ، الصادر بتاريخ 16-07-1997 ، منشور ب م ق لسنة 1997 ، ع 1 ، ص 34 .

إلا أنّ المشرع قد أورد إستثناءا على هذه القاعدة في المادة 24 من قانون الأوقاف ، أجاز بمقتضاها إستبدال الوقف في حالة تعرضه للضياع أو الإندثار أو فقد منفعته أو في حالة الضرورة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام أو إنعدام منفعته ، شريطة تعويضه بعقار آخر يكون مماثلا له أو أفضل منه .

وجود شخصية مستقلة له⁽¹⁾ ، الأمر الذي دفع بالإرادة التشريعية إلى الإقرار صراحة بهذه الشخصية بعموم أحكام المادة 49 من القانون المدني : "الأشخاص الاعتبارية هي : ... الوقف " . و بشكل أكثر وضوح و أكثر دلالة حكم المادة 05 من قانون الأوقاف و التي جرت صياغتها على النحو التالي : "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا للإعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على إحترام إرادة الواقف و تنفيذها " .

يتبين من هاتين المادتين أنّ للوقف شخصية معنوية مستقلة تمام الإستقلال عن الشخص المستحق له له ممثل قانوني يتصرف بإسمه و يمثله أمام القضاء و هو ناظر الشؤون الدينية⁽²⁾ .

و حسناً فعل المشرع الجزائري حينما أقرّ الشخصية المعنوية للوقف ، إذ بذلك يكون قد وضع حدّاً للنقاش الذي كان قد إحتدم في الفقه حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي بصفة قطعية أهي جهة الواقف أم الموقوف عليه أم أنّه يبقى في حكم الله تعالى ؟⁽³⁾ .

ثالثاً : إثبات الوقف الوارد على العقار

تشكل مسألة إثبات الوقف العقاري ، أهم المسائل القانونية التي يجب أن ينتبه إليها القضاء ، و الذي يجب عليه أن يتفحص جيداً تاريخ إبرام العقد حتى لا يصطدم بقاعدة " عدم رجعية القوانين "⁽⁴⁾ . و قد رأينا أن نتقدم بعرض نبين فيه مختلف الأدوار التي مرّ بها إثبات الوقف الوارد على العقار في التشريع الجزائري قبل و بعد صدور قانون الأسرة ، و في ضوء أحكام القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف . ثم نتعقب بعد ذلك عمليتي التسجيل الجبائي و الشهر العقاري للوقف . و هو ما سيتم شرحه وفقاً للتفصيل الآتي :

¹- لقد أقرّ الفقه الإسلامي مبدئياً فكرة الشخص الاعتباري ، و رتب عليها أحكاماً . و تظهر آثار ذلك في بيت المال حيث يفرق الفقه بين المال العام و أموال السلطان الخاصة . كما تظهر آثار هذه الفكرة في نظام الوقف ، حيث يقرر الفقه زوال ملكية الأموال الموقوفة عن الواقف ، دون أن تذهب إلى المستحقين . أنظر ، محمد وحيد الدين سوار ، حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2010 ، ص 55 و ما يليها .

²- رامول خالد ، الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر ، ط 2 ، دار هوميه ، الجزائر ، 2006 ص 50 .

³- رامول خالد ، الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر ، المرجع السابق ، ص 51 .

⁴- حمدي باشا عمر ، عقود التبرعات ، الهبة - الوصية - الوقف ، المرجع السابق ، ص 101 .

1- إثبات الوقف قبل صدور قانون الأسرة

ظلّ الوقف طيلة الفترة السابقة لصدور القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1084 المتضمن قانون الأسرة ، خاضعا للقواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية ، القائمة أصلا على مبدأ الرضائية في العقود . و من ثمة يكفي لصحة الوقف و نفاذه بإعتباره تصرف بالإرادة المنفردة صدور الإيجاب من جانب المتبرع (الواقف) ، و توافر باقي الشروط المتفق عليها ، و هي شرعيته كمال مملوك ملكية مطلقة للواقف ، و الصيغة المنجزة الدالة على إنشائه ، دون حاجة إلى شكلية معينة⁽¹⁾. و كان من المفروض أن يؤدي تطبيق المادة 12 من قانون التوثيق المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 الحامل آنذاك لرقم 70-91 إلى توثيق الوقف العقاري ، إلا أنّ هذا النص و إنّ كان يشترط الكتابة الرسمية في كل التصرفات القانونية المعاينة للمعاملات العقارية ، فهو إنّما يقتصر فقط على تلك التصرفات القانونية الصادرة من جانبين ، و من ثم يخرج من نطاقه الوقف الوارد على العقار بإعتباره تصرف بالإرادة المنفردة ، كما سبق و بيّنا فيما تقدم بصدد الوصية الواردة على العقار⁽²⁾.

و قد ظلّ القضاء الجزائري طيلة هذه الفترة يطبق القواعد الفقهية المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية على الأوقاف المبرمة قبل دخول قانون الأسرة حيّز التطبيق . و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 03 ديسمبر 1984 جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " متى كان من المقرر شرعا أنّ صحة و إبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و تطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها ، و من المقرر أيضا أنّ القانون لا يسري إلاّ على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي ، و لذا فإنّ القضاء بخلاف ذلك يعدّ خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية و لقاعدة تطبيق القانون بأثر رجعي " .

¹- أنظر لتفصيل أكثر ، عبد الرزاق بن عمار بوضياف ، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي و التشريع دار الهدى ، الجزائر ، 2010 ، ص 47 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 218 و ما يليها من هذه الرسالة .

³- قرار م ع غ أش ، ملف رقم : 30954 ، الصادر بتاريخ 03-12-1984 ، منشور ب م ق لسنة 1989 ع 4 ص 82 .

و أيضا ما قررته في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 16 نوفمبر 1999 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " من المستقر عليه أنّ عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنّه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها شرعا . و متى تبيّن - في قضية الحال - أنّ عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 طبقا للمذهب الحنفي ، فإنّ قضاة المجلس لمّا قضوا بإلغاء الحبس المذكور على إعتبار أنّه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنّهم أخطأوا في قضائهم و عرضوا قرارهم لإعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي " .

2- إثبات الوقف بعد صدور قانون الأسرة

إقتضت المادة 217 من قانون الأسرة أن : " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون " . يتبدى من هذه الإحالة ، أنّ الوقف هو الآخر لا يثبت كقاعدة عامة إلاّ بموجب سند توثيقي محرر بمعية موثق ، و إستثناء و في حالة وجود مانع قاهر فإنّه و بحسب ذات المادة يمكن إثباته بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية . و لتوضيح الرؤيا فإننا سنقسم الكلام إلى عنصرين : فنتكلم أولاً في القاعدة العامة في إثبات الوقف العقاري ، ثم في الإستثناء .

أ- السند التوثيقي كوسيلة لإثبات الوقف

الأصل أن يثبت الوقف بموجب سند توثيقي ، تُتبع بشأنه كل الخطوات و المراحل التي تُتبع بشأن تحرير السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية حتى يكون الوقف صحيحا و منتجا لجميع آثاره القانونية . فيجب أن يتضمن السند جميع عناصر الدالة على تعيين العقار محل الوقف ، فضلا عن بيان الهوية الكاملة للواقف و الموقوف عليه و الشهود . علما بأنّ حضور الشاهدين واقعة تحرير الوقف و توقيعهم إلى جانب الواقف و الموقوف عليه و الموثق وجوبي وفقا لمقتضيات المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني⁽²⁾ .

ب- الحكم القضائي كوسيلة لإثبات الوقف

أنّ إثبات الوقف العقاري في هذه الحالة - و هي حالة وجود مانع قاهر حال دون توثيقه - يكون بتدخل الهيئة القضائية التي تصدر حكما بإثباته ، يؤشر به على هامش أصل الملكية و فقا لمقتضيات الفقرة الثانية من نص المادة 191 من قانون الأسرة .

¹ - قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم : 234655 ، الصادر بتاريخ 16-11-1999 ، منشور ب الإيج ق ل غ أ ش لسنة 2001 ، ع خ ، ص 314 .

² - يراجع ما سبق ذكره في ص 164 و ما يليها من هذه الرسالة .

3- إثبات الوقف في ضوء أحكام قانون الأوقاف 10-91

إستوجب المشرع من خلال قانون الأوقاف رقم 10-91 ، الرسمية لإثبات الوقف الوارد على العقار شأنه في ذلك شأن القانون رقم 11-84 المتضمن قانون الأسرة السالف الذكر ، بحيث قرر في المادة 41 منه : " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف " .

يتبين من النص أعلاه أنّ المشرع قد اعتبر قاعدة التوثيق الإجباري قيّدا لإثبات الوقف العقاري⁽¹⁾ و نزيد على ذلك هنا إيضاحا فنقول : أنّه بصدد مناقشة القانون رقم 10-91 ، إقترح عدد من النواب تعديل أحكام المادة 41 أعلاه وفقا للصياغة التالية : " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق معتمد من السلطة المكلفة بالأوقاف ، و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري ... إلخ " .

إلا أنّ هذا الإقتراح ورد عليه تعقيب يتمثل في أنّ من شأن إسناد تحرير الوقف إلى موثقين معتمدين لدى وزارة الشؤون الدينية ، أن يؤدي إلى خلق تنظيم مزدوج للتوثيق ، ممّا يؤدي لامحالة إلى إستحداث تنظيم موازي له على مستوى المحافظات العقارية ، و الذي يتطلب بدوره تعيين موظفين مطلعين على أحكام الشريعة الإسلامية . أضف إلى ذلك أنّ إسناد تحرير الوقف لموثق معتمد لدى وزارة الشؤون الدينية ليس له مبررا إذ يمكن لمديرية الشؤون الدينية أو لناظر الأوقاف أن يختار موثقا معيننا للقيام بهذه المهمة⁽²⁾ .

كما يحسن لفت النظر ، أنّه و تطبيقا لنص المادة 09 من القانون رقم 10-91 السالف الذكر إستحدث المشرع بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 336-2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000⁽³⁾ وثيقة رسمية لإثبات الملك الوقفي تدعى في صلب النص وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي . و بالرجوع إلى شكل و مضمون النموذج المحدد لوثيقة الإشهاد المكتوب يمكن تعريفها : على أنّها وثيقة

¹- أمّا ما نصّت عليه المادة 35 من قانون الأوقاف 10-91 : " يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية و القانونية " .

فلا يسري حكمه إلا على وقف المنقول الذي يصوغ إثباته بكافة الطرق المقررة قانونا .

²- ج ر ، ع 196 ، الصادرة بتاريخ : 13-07-1991 .

³- المرسوم التنفيذي رقم 336-2000 المؤرخ في 26-10-2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها . منشور في ج ر ، ع 64 ، الصادرة بتاريخ 31-10-2000 .

تتضمن إقرار الشاهد بطبيعة الملك الوقفي العام⁽¹⁾ ، يتم تسجيلها في سجل خاص مرقم و مؤشر عليه من قبل السلطات المؤهلة قانونا و يمك من قبل مدير الشؤون الدينية و الأوقاف المختص إقليميا⁽²⁾ . و عند جمع أكثر من ثلاث (03) وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي ، يتم إعداد شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي ، يتولى تحريرها مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية⁽³⁾ طبقا للنموذج الملحق بالقرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001⁽⁴⁾ . على أن يتم تسجيلها بمصلحة التسجيل و الطابع و شهرها بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا .

4- تسجيل الوقف

تظهر أهمية تسجيل الوقف في إضفاء طابع الرسمية على العقار الموقوف ، على إقرار أن التسجيل الجبائي يعتبر - كما سبق و قدمنا - مرحلة أولية من مراحل إنتقال الملكية العقارية ، فضلا عن أنه يُمكن الدولة من بسط رقابتها على الأملاك العقارية الموقوفة .

كما أن من شأن تخلفه - التسجيل الجبائي - أن يؤدي لامحالة إلى رفض إيداعه من طرف المحافظ العقاري وفقا لمقتضيات المادة 100 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

و قبل أن ننهي من الكلام في التسجيل الجبائي لننتقل إلى الكلام عن الإشهار العقاري للوقف يُحسن لفت الإنتباه إلى أنّ المشرع قد أعفى بموجب المادة 44 من قانون الأوقاف ، الوقف العام من رسوم التسجيل . و ننبه هنا إلى أنّ هذا الإعفاء يخص تحصيل رسوم التسجيل و ليس إجراء التسجيل في حدّ ذاته ، على إقرار أنّ كل التصرفات القانونية تكون خاضعة للتسجيل الجبائي كقاعدة عامة أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا .

¹- تحتوي وثيقة الإشهاد المكتوب وجوبا على البيانات المحددة للهوية الكاملة للشاهد ، و توقيع المصادق عليه من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أية سلطة أخرى مؤهلة قانونا .

-يراجع نص المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 .

²- يراجع نص المادة 02 من القرار المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1422 الموافق ل 06 جوان 2001 ، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي . منشور في ج ر ، ع 32 ، الصادرة بتاريخ : 10-06-2001 .

³- يراجع نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 .

-يراجع نص المادة 26 مكرر 11 من القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للقانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 . منشور في ج ر ، ع 29 ، الصادرة بتاريخ : 23-05-2001 .

⁴- منشور في ج ر ، ع 31 ، الصادرة بتاريخ : 06-06-2001 .

5- شهر الوقف

سبق و قدمنا أنّ جميع التصرفات القانونية المعايينة لمعاملات عقارية لا يكون لها وجود لا بين المتعاقدين و لا في مواجهة الغير ، إلا من تاريخ التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية . و بإعتبار أنّ الوقف من التصرفات القانونية المثبتة للملكية العقارية ، فإنّه لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير إلاّ من تاريخ شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا . و على ذلك جرى حكم المادة 41 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف : " يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك ... " (1).

و عموما تظهر أهمية الإشهار العقاري للوقف في حماية المال الوقفي من كافة أشكال التعدي التي يمكن أن تصدر من الغير ، فضلا عن تمكين الدولة من إمكانية إحصاء الممتلكات العقارية الموقوفة . و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ففضى في المادة 41 أعلاه على ضرورة : " إحالة نسخة منه (الوقف المشهر) إلى السلطة المكلفة بالأوقاف " .

و بالموزاة مع ذلك ألزمت المديرية العامة للأملاك الوطنية بموجب المذكرة رقم 287 الصادرة بتاريخ 29 جانفي 2000⁽²⁾ ، مدراء الحفظ العقاري على مستوى كل الولايات بتسليم نسخ الوقف المشهر نهاية كل شهر لناظر الشؤون الدينية عن طريق كشف إرسال معدّ وفقا لنموذج مخصص لهذا الغرض . و في نفس الإطار و عملا على ضبط و تحسين تسيير الأملاك الوقفية ، نظم المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في 04 فبراير 2003⁽³⁾ ، سجل خاص يمسك على مستوى مصالح الحفظ العقاري ، يتم فيه جرد جميع الأملاك الوقفية ، و هو السجل الذي حدد المشرع محتواه و نمودجه بموجب القرار الوزاري المشترك بين الوزير المكلف بالشؤون الدينية و الأوقاف و الوزير المكلف بالمالية .

¹- يلاحظ أنّ المشرع الجزائري قد أخلط بين الشهر و التسجيل ، على الرغم ما بينهما من فارق .

²- المذكرة رقم 287 الصادرة بتاريخ 29-01-2000 ، المتعلقة بتسليم نسخة من العقود المؤسسة للوقف ، المشهورة إلى المصالح المكلفة بالأوقاف ، مجمع النصوص لسنة 2000 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .

³- المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في 04 فبراير 2003 يحدد كليات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 8 الصادرة بتاريخ : 05-02-2003 .

و بناء على ما سبق يمكن القول أنّ المشرع قد أفصح صراحة عن وجهة نظره في مسألة إثبات الوقف الوارد على العقار ، بأن أوجب إثباته في سند توثيقي مسجل و مشهر بالمحافظة العقارية وفقا لمقتضيات المادة 41 من قانون الأوقاف .

المطلب الثالث : السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التصريح

قد يكون التصريح الذي يتلقاه الموثق من المصريح سببا كافيا لتحديد سند توثيقي مثبت و ناقل للملكية العقارية ، و في ذلك يكفي طرف واحد للإدلاء بهذا التصريح ، على غرار عقد الشهرة ، الذي كان يكفي فيه الموثق بتلقي إرادة المصريح في شكل رسمي . كما قد يتخذ هذا التصريح شكل شهادة تحرر بمعية موثق بما يفيد إنتقال الملكية العقارية من الهالك إلى الورثة أو الموصى لهم . الأمر الذي يتوجب معه عرض عقد الشهرة في فرع أول ، ثم بيان مفهوم شهادة نقل الملكية أو ما يعرف بالشهادة التوثيقية و دورها في إثبات الملكية العقارية في فرع ثان .

الفرع الأول : عقد الشهرة

جاءت به أحكام المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية⁽¹⁾ ، و هو عبارة عن سند توثيقي يُعدّ من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و إختصاصه الإقليمي . يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب ، بناء على تصريح شرفي مشفوع بشهادة شاهدين ، و مدّعم بملف تقني معاين للعقار .

يتضح من خلال القراءة الأولية للمرسوم رقم 83-352 سيما المادة الأولى منه⁽²⁾ ، أنّه يتضمن إجراءات سريعة و بسيطة لا تستدعي تدخل أي ممثل عن السلطات العمومية في الميدان . إذ يحرر عقد الشهرة إستنادا إلى مجرّد تصريحات طالبه ، و بعد النشر في الجريدة بطلب من الموثق ، و بعد مرور أربعة

¹- منشور ب ج ر ، عدد 21 ، الصادرة بتاريخ : 04-06-1983 .

²- تنص المادة الأولى من المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على ما يلي : " كل شخص يحوز على تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المذكور أعلاه ، عقارا من نوع الملك حيازة مستمرة ، غير منقطعة و لا متنازع فيها 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 إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية " .

(04) أشهر دون تسجيل أي إعتراض من الغير ، يحرر العقد و يشهر بالمحافظة العقارية ، و يشكل بذلك سند ملكية⁽¹⁾ .

هذه البساطة في الإجراءات و السطحية في التحقيق و التحري سرعان ما أثبتت قصورها في تطهير الملكية العقارية ، فقد عرفت عمليات إعداد و تسليم عقد الشهرة إشكالات قانونية و منازعات معقدة مسّت حجيته في إثبات الملكية العقارية . إذ لوحظ أنه غالبا ما كان يتم اللجوء إلى هذا الإجراء ، بطريقة تعسفية ، إمّا لتسوية معاملات غير شرعية⁽²⁾ و إمّا لإقصاء بعض الورثة من التركة⁽³⁾ .

و في سبيل تدارك النقائص و السلبيات التي خلفها العمل بهذا المرسوم في الأراضي غير الممسوحة عمد المشرع إلى سن إجراء جديد لمعاينة التقادم المكسب و تسليم سند الملكية ، عن طريق إصداره للقانون رقم 02-07⁽⁴⁾ . و هو ما نعرض له في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذه الرسالة .

الفرع الثاني : الشهادة التوثيقية

يحدث في الحياة العملية أن تتضمن مستندات دعوى إثبات الملكية العقارية ، شهادة توثيقية تثبت إنتقال ملكية العقار محل النزاع من الهالك إلى الورثة أو الموصى لهم . عندئذ يثور التساؤل عن المقصود بهذه الشهادة ، و مدى دورها في إثبات الملكية العقارية ؟

و نرى بهذا الشأن أن نعرض مفهوم الشهادة التوثيقية أولا ، ثم بيان دورها في إثبات الملكية ثانيا ، كي تتضح معالم هذه الشهادة ، و تبدو أكثر وضوحا في ذهن القارئ .

¹- بيوت نذير ، معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري : بخصوص القانون 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 . مجلة المحكمة العليا ، الجزء الثالث ، عدد خاص ، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، 2010 ، ص 19 .

²- إستعمال هذا الإجراء في الإستلاء على الأملاك العمومية و الوقفية و الأملاك الخاصة ، و هو ما إنتهى إليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم : 71952 ، الصادر بتاريخ 24-09-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 2 ، ص 35 .

³- و هو ما إنتهى إليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يُراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 206394 ، الصادر بتاريخ 25-04-2001 ، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ، ص 313 .

⁴- بموجب المادة 19 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، تم إلغاء أحكام المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 ، و هذا بإستثناء الملفات التي كانت مودعة لدى مكاتب التوثيق قبل تاريخ 28 فبراير 2007 . و هو تاريخ سريان أحكام القانون رقم 02-07 .

أولاً : مفهوم الشهادة التوثيقية

يفهم معنى شهادة نقل الملكية -Attestation de transfert de propriété- أو ما يعرف بالشهادة التوثيقية -Attestation notariée- في العموم ، على أنها إحدى الوسائل القانونية المتاحة للورثة لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية ، عن طريق شهادة تحرر بمعية موثق بما يفيد إنتقال الملكية العقارية من الهالك إلى الورثة أو الموصى لهم ضمن الآجال المحددة قانوناً⁽¹⁾ .

ثانياً : دور الشهادة التوثيقية في إثبات الملكية العقارية

أوجد المشرع أداة فنية تنتقل بموجبها الملكية العقارية إلى الورثة بمجرد حدوث الوفاة تعرف بالشهادة التوثيقية . و لعلّه من الملائم الإشارة ، مقدماً ، إلى الهدف من تشريع الشهادة التوثيقية ، ثم عرض موقف القضاء من الدور الذي تؤديه هذه الآداة الفنية .

1- الهدف من تشريع الشهادة التوثيقية

يمكن إبراز دور الشهادة التوثيقية في النقاط التالية :

❖ سبق و أشرنا بالنص أنّ المشرع قد أخذ بموجب المادة 39 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، بمبدأ الأثر النسبي للشهر أو ما يعرف بالشهر المسبق و مفاده أنّه لا يمكن إجراء أي عملية شهر من أي شخص لأي سند ما لم يكن سند المتصرف أو المالك السابق قد سبق شهره . و هو ما يعني أنّه لا يمكن للورثة التصرف في نصيبهم إلاّ بعد إعداد الشهادة التوثيقية التي تثبت إنتقال الحق العيني العقاري إليهم و شهرها بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل الشهادة . ضف إلى ذلك أنّ من شأن إعداد الشهادة التوثيقية و شهرها أن يساهم في الحفاظ على سلسلة إنتقال الملكية العقارية ، فضلاً عن أنّ عميلة الشهر في نظام الشهر العيني تستلزم مثل هذا الشهادة لإعادة تحيين -La mise à jour- البطاقات العقارية في حالة وفاة المورث المالك .

❖ تقتضي دعوى قسمة التركة العقارية ، إعداد الورثة لشهادة نقل الملكية تسهيلاً لمهمة الخبير

¹ حددت المادة 353-4 من ق . ت ، المعدلة بموجب المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004 ، آجال إتمام إجراء شهر شهادة نقل الملكية بثلاثة (03) أشهر تسري ابتداء من تاريخ تحرير العقد ، و يمدد هذا الأجل إلى خمسة (05) أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيماً بالخارج .

العقاري عند إعداد الحصص ، و المحافظ العقاري عند تنفيذ إجراء الشهر ، غير أنّ هذا لا يعني أنّها تعتبر قيّدا لقبول الدعوى . إذ بإمكان الحكم القاضي بتعيين الأنصبة أن يفي بالغرض ، على اعتبار أنّ عمل القاضي هنا ينصب على مهمتين في آن واحد ، نقل الملكية للورثة و تقسيمها فيما بينهم⁽¹⁾ .

2- موقف القضاء من دور الشهادة التوثيقية

ممّا لا شك فيه أنّ الإجماع واقع لدى القضاء على أنّ الشهادة التوثيقية هي أداة فنية لإثبات الملكية العقارية . إلا أنّ الاختلاف يكمن في مدى اعتبارها قيّدا على رفع الدعوى . فقد اعتبرها القضاء الإداري⁽²⁾ إجراء إجباري مسبق ، لإثبات إنتقال الملكية بصفة رسمية ، و لإثبات صفة الورثة في الدعوى في حين لم يعتبرها القضاء العادي⁽³⁾ إجراء إلزاميا لرفع الدعوى ، على اعتبار أنّ الملكية تنتقل إلى الورثة بمجرد وفاة المورث المالك عملا بنص الفقرة 02 من المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

¹- المذكرة رقم 689 الصادرة بتاريخ 12 فبراير 1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

²- للتدليل على ذلك يُراجع قرار م د غ الأولى ، ملف رقم : 206652 ، الصادر بتاريخ 10-07-2000 ، غير منشور مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 89 . جاء فيه ما يلي : " لكن حيث أنّ المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي إنتقال 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 أنّ هذا الشرط - إجراء إجباري مسبق - لإثبات إنتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الورثين . و حيث أنّ المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني و الإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالإعتراف بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجلها في إطار تطبيق أحكام المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 .

... تعتبر دعوى سابقة لأوانها مادام المستأنفين لم يقوموا بالإجراءات القانونية الأولية لإثبات صفتهم كوارثين شرعيين للمرحوم - ش ع - و لإثبات نقل ملكية هذا الأخير بصفة رسمية إلى مورثيه كما يستلزمه القانون " .

- يراجع في نفس السياق قرار م د غ الأولى ، ملف رقم : 004851 ، الصادر بتاريخ 24-09-2010 ، منشور ب م م د لسنة 2002 ، ع 2 ، ص 158 .

³- للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 391380 ، الصادر بتاريخ 17-01-2007 ، منشور ب الإج ق ل غ ع لسنة 2010 ، ع خ ، ج 3 . ص 191 . المبدأ : تنتقل الحقوق الميراثية إلى الورثة بمجرد الوفاة ، لا تشكل الشهادة التوثيقية قيّدا على ممارسة الدعوى أمام القضاء .

- نفس المبدأ كرّسه قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 394379 ، الصادر بتاريخ 14-03-2007 ، منشور ب الإج ق ل غ ع لسنة 2010 ، ع خ ، ج 3 . ص 199 .

و مهما يكن من أمر فإننا نرى مع غالبية الفقه أنه لا بدّ من التمييز في كثير من العناية بين الدعاوى القضائية التي تتعلق بالتزام شخصي بين المورث و الغير ، حيث يكون عقد الفريضة لوحده كفيلا بإثبات صفة الوارث في الدعوى دون حاجة إلى إثباتها بشهادة توثيقية . و بين دعاوى الملكية العقارية التي تستلزم إعداد شهادة توثيقية مشهورة بالمحافظة العقارية لإثبات الملكية المدعى بها .

كما يتعيّن التفريق أيضا بين قبول الدعوى المرفوعة من شخص يتمسك بإستحقاقه الإرث ، حيث تكون الفريضة كافية لإثبات صفة الوارث . و بين قبول إدعاءات الشخص نفسه بملكية أموال متنازع عليها في مواجهة الغير ، حيث تكون الشهادة التوثيقية السند الذي يثبت ملكية الأموال المتنازع عليها⁽¹⁾ .

و هو نفس المبدأ الذي إنتهى إليه مجلس الدولة إثر عدوله عن موقفه في قرار صادر عنه بتاريخ 11 أبريل 2007 جاء فيه ما يلي : " حيث أنّ إجتهاد مجلس الدولة إستقر على أنّ الشهادة التوثيقية ليست شرط شكلي لقبول دعوى التعويض عند وجود ما يثبت صلة المدعي بالملك الأصلي ... " ⁽²⁾ .

¹- جبار جميلة ، الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، العدد الثالث ، سبتمبر 2012 ، ص 230 .

²- قرار م د ، ملف رقم : 029423 ، الصادر بتاريخ 11-04-2007 ، غير منشور ، مشار إليه في : ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 237 .

الباب الثاني : السند القضائي و السند الإداري المثبتان للملكية العقارية

تعترف أغلبية الدساتير للأفراد بحق الملكية و تحميه من إعتداءات الغير ، فيحق لكل فرد أن يمارس حق الملكية بكل مظاهره على ما يمتلك ، فله حق التصرف فيه ، و الإنتفاع به وفق ما يسمح به القانون .

و من ضمن ما قرره المشرع الجزائري في هذا الصدد هو التتصيص على مجموعة من السندات العقارية التي تثبت هذه الملكية العقارية ، حتى تكون دليلا قويا لصاحبها في إثبات ملكيته و الإحتجاج بها و مواجهة كل من ينازعه في هذه الملكية .

كما أنّ من شأن هذه السندات العقارية أن تُنير القاضي في حكمه الفاصل في المنازعات المتعلقة بالملكية العقارية ، غير أنّه في بعض المنازعات يكون حكم القاضي في حدّ ذاته سندا للملكية العقارية لمن صدر الحكم لصالحه في المنازعة العقارية .

و الجدير بالإشارة إلى أنّه و بالرغم من أهمية السند القضائي (حكم ، قرار) و مكانته في إثبات الملكية العقارية ، إلا أنّ السلطة الإدارية كثيرا ما تجد نفسها لسبب أو لآخر مضطرة للتدخل في مجال النشاط العقاري سواء بمناسبة إكتسابها للملكية العقارية أو التصرف في ذمتها العقارية ، للعمل بأسلوب السند الإداري ، و الذي لا يقل شأنًا عن السند القضائي ، خاصة إذا علمنا أنّ العقود و القرارات الإدارية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية ، تمثل الأدوات الفاعلة في تنفيذ البرامج و الخطط التنموية المسطرة من قبل الدولة .

و كما جاء في معرض البيان فإنّ كلا من السند القضائي و السند الإداري يشكلان أحد أهم السندات المثبتة للملكية العقارية . و من هنا كانت تسمية هذا الباب بالسندات القضائية و السندات الإدارية و الذي قسمناه إلى فصلين ، خصصنا الفصل الأول لدراسة السند القضائي المثبت للملكية العقارية ، فيما خصصنا الفصل الثاني لدراسة السند الإداري المثبت للملكية العقارية .

و قد عززنا الدراسة بالتطبيقات القضائية و القانونية آخذين بعين الإعتبار كل التعديلات الحاصلة على النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع .

الفصل الأول : إثبات الملكية العقارية قضائياً

إهتمت النظم القانونية بوظيفة القضاء ، لأجل تأكيد سيادة القانون ، و حماية الحقوق و الحريات الأساسية للأشخاص و الحفاظ على الممتلكات .

و تفرعاً على ذلك ، يبقى مؤكداً من دون منازع على أنّ حماية الحق العقاري لا يتقرر إلا بوجود سند يُعَدُّ به في إثبات الملكية العقارية ، و يكون دليلاً قوياً لصاحبه للإحتجاج به في مواجهة كل من ينازعه في هذه الملكية . سواء أكانت هذه المنازعات معروضة أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري .

كما أنّ من شأن هذه السندات العقارية أن تُثير القضاء عند فصله في المنازعات المتعلقة بإثبات الملكية العقارية ، كما قد يصبح الحكم القضائي الفاصل فيها في حدّ ذاته سنداً للملكية العقارية ، خاصة بعد أن اعتبرت الحجية وسيلة لإستقرار المعاملات .

و للإحاطة بمختلف جوانب السند القضائي المثبت للملكية العقارية ، يقتضينا بيان مفهومه و تحديد أجزاءه و أنواعه ، و كذا بحث مدى الحجية التي يربتها في إثبات الملكية العقارية ، مع تحديد بعض الصور الخاصة به .

هذا ما نعرض له ، من خلال هذا الفصل ، الذي قسمناه إلى ثلاثة مباحث ، خصصنا المبحث الأول لبيان مفهوم السند القضائي : خصائصه ، تقسيماته و أجزاءه . في حين خصصنا المبحث الثاني لبحث حجية الحكم القضائي في إثبات الملكية العقارية . بينما خصصنا المبحث الثالث لدراسة بعض صور الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية .

المبحث الأول : مفهوم السند القضائي : خصائصه ، تقسيماته و أجزاءه

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض لمدلول السند القضائي المثبت للملكية العقارية ، حتى نتضح لنا خصائصه و حتى نستطيع بالتالي تحديد مختلف تصنيفاته ، و أجزاءه .

لهذه الإعتبارات قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، خصصنا المطلب الأول لدراسة مفهوم و خصائص السند القضائي المثبت للملكية العقارية . بينما خصصنا المطلب الثاني لمبحث تقسيماته و أجزاءه .

المطلب الأول : مفهوم و خصائص السند القضائي المثبت للملكية العقارية

إنّ الكلام عن مفهوم السند القضائي المثبت للملكية العقارية ، يستدعي التطرق إلى تحديد المعنى أو المقصود به ، ثم تحديد خصائصه . و لأجل ذلك سنقسم الكلام في هذا المطلب إلى فرعين : فتكلم في الفرع الأول في مفهوم السند القضائي المثبت للملكية العقارية ، ثم نعد في الفرع الثاني إلى تحديد أهم خصائصه .

الفرع الأول : مفهوم السند القضائي المثبت للملكية العقارية

درج الفقه في تعريفه للمركب اللفظي على التقديم ببيان مفاهيم أجزائه تمهيدا لتعريفه ، و ذلك ببيان معنى الجزء لغة و إصطلاحا .

و بإعتبار أنّ السند القضائي أو ما يعرف في العموم بالحكم القضائي ، مركب لفظي يتألف من مصطلحين متراكبين " الحكم " - " القضاء " لكل منهما مدلوله في اللغة و الإصطلاح . فقد رأينا معالجته في عنصرين إثنيين ، خصصنا العنصر الأول لتحديد معنى الحكم لغة و إصطلاحا ، و الثاني لتحديد معنى القضاء لغة و إصطلاحا .

أولاً : معنى الحكم لغة و إصطلاحا

الحكم لغة : مصدر من فعل حَكَمَ ، تقول العرب حَكَمَ يَحْكُمُ حُكْمًا ، و الإسم الحُكُومَة و الأحكُومَة و جمعه أحكام ، و حَكَمَهُ يُحَكِّمُهُ تَحْكِيمًا إذا جعل الحُكْمَ إليه⁽¹⁾ .

و يستفاد من ذلك أن للحكم دلالة مركزية هي المنع ، و قد تفرعت عنها وحدات دلالية ، و هو بهذه المثابة من الألفاظ متعددة المعنى ، فأهمها : القضاء و الفصل بين الخصوم ، و العلم و التفقه .

¹- مراد كاملي ، حجية الحكم القضائي ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار الهدى ، الجزائر 2012 ، ص 11 .

أما المعنى الأول ، القضاء و الفصل بين الخصوم ، فيكون الحكم مصدر قولنا : حكم بينهم أي قضى⁽¹⁾ و نقول حاكمته إلى القاضي : رافعته . و تحاكمنا إليه ، و إحتكنا ، و هو يتولى الحكومات و يفصل الخصومات⁽²⁾ .

و إذا أردنا أن نبين أدلة لفظ الحكم بأنه القضاء و الفصل بين الخصوم من القرآن الكريم ، فإننا نجد العديد من الآيات التي يمكن أن نلتبس منها ذلك ، و من هذه الآيات : قوله تعالى ﴿ يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فأحكم بين الناس بالحق و لا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب ﴾ صدق الله العظيم⁽³⁾ .

قال العلامة بن كثير في تفسيره لهذه الآية : هذه وصية من الله عزّ و جلّ لولاة الأمور أن يحكموا بين الناس بالحق المنزل من عنده تبارك و تعالى و لا يعدلوا عنه فيضلوا عن سبيل الله ، و قد توعدّ تبارك و تعالى من ضلّ عن سبيله و تناسى يوم الحساب بالوعيد الأكيد و العذاب الشديد⁽⁴⁾ .

أما المعنى الثاني ، العلم و التفقه ، فيه فسّر قوله تعالى ﴿ يا يحيى خذ الكتاب بقوة و أتيناك حكماً صيباً ﴾ صدق الله العظيم⁽⁵⁾ . أي أتاه الله علماً و فقهاً و فهماً للأحكام ، و بهذا المعنى إشتقت الحكمة من الحكم ، بمعنى العلم و البصيرة⁽⁶⁾ .

أما الحكم إصطلاحاً : فهو يختلف بإختلاف زاوية النظر للحكم ، و بما أنّ دراستنا تنصب على الحكم القضائي ، فقد إكتفينا هنا بالمعنى الإصطلاحي للحكم في القانون ، بأنّه الحسم و البت بين أطراف الخصومة بالشكل المقرر قانوناً .

ثانياً : معنى القضاء لغة و إصطلاحاً

القضاء لغة : جاء في لسان العرب لإبن منظور أنّ القضاء هو الحكم و أصله قضاي لأنه من قضيت إلا أنّ الياء لما جاءت بعد الألف هُمزت ، و جمعه أقضية و قضايا ، و الإسم القضية ، و معانيه كلّها

¹- مراد كاملي ، المرجع السابق ، ص 12 .

²- سعيد أحمد بيومي ، تقديم محمد سليم العوا ، لغة الحكم القضائي ، دراسة تركيبية دلالية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر ، 2009 ، ص 11 .

³- الآية 26 ، سورة ص .

⁴- عمار بوضياف ، السلطة القضائية بين الشريعة و القانون ، دار ربحانة ، الجزائر ، 2001 ، ص 25 .

⁵- الآية 12 ، سورة مريم .

⁶- مراد كاملي ، المرجع السابق ، ص 12 .

دائرة حول إنقطاع الشيء و تمامه ، و كل ما أحكم عمله أو أتم أو خُتم أو أُدي أداء أو أوجب أو أعلم أو أنفذ أو أمضي فقد فُضي (1).

و يستفاد من ذلك أنّ للقضاء معان متعددة في اللّغة ، أهمها : الحكم و الفصل ، و إنهاء الأمر و الفراغ منه ، و الأداء ، و الصنع و التقدير .

و قد ورد لفظ القضاء - بالمعاني المشار إليها أعلاه - في القرآن الكريم في مواضيع عديدة منها قوله تعالى ﴿ و قضى ربك ألاّ تعبدوا إلاّ إياه ﴾ (2) أي حكم و إلزام ، و قوله تعالى ﴿ فلا و ربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجا ممّا قضيت و يسلموا تسليما ﴾ (3) قضى أي حكم ، ، و قوله تعالى ﴿ فلما قضى موسى الأجل و سار بأهله أنس من جانب الطور نارا قال لأهله أمكثوا إني آنست نارا لعلي آتيكم منها بخبر أو جذوة من النار لعلكم تصطلون ﴾ (4) أي أنهى الأجل و بلغ منتهاه ، و قوله تعالى ﴿ فإذا قضيتم مناسككم ﴾ (5) أي أديتم و فرغتم ، و قوله تعالى ﴿ ففاضهنّ سبع سموات في يومين ﴾ (6) أي صنعه و قدره .

أمّا القضاء إصطلاحا : فقد اختلفت التعريفات التي أعطيت في إطار الفقه الإسلامي للقضاء ، فقد عرفه الملكية بأنّه : الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام . و عرفه الحنابلة بأنّه : تبين الحكم الشرعي و الإلزام به و فصل الخصومات ، و عرفه الحنفية بأنّه : الحكم بين الناس بالحق ، و عرفه الشافعية بأنّه : الحكم بين الناس أو الإلزام بحكم شرعي (7) .

يتبيّن من هذه التعريفات ، أنّه رغم إختلافها من حيث اللفظ و المبنى ، إلاّ أنّها تكاد تتفق على معنى واحد هو أنّ القضاء : فصل الخصومات و قطع النزاعات .

1- ابن منظور ، لسان العرب ، ج 15 ، دار صادر ، بيروت ، 1956 ، ص 186 .

2- الآية 23 ، سورة الإسراء .

3- الآية 65 ، سورة النساء .

4- الآية 29 ، سورة القصص .

5- الآية 200 ، سورة البقرة .

6- الآية 12 ، سورة فصلت .

7- عمار بوضياف ، السلطة القضائية بين الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 10 و ما يليها .

- و يراجع في نفس السياق ، مراد كاملي ، المرجع السابق ، ص 16 و ما يليها .

لقد أثّرنا عدم شرح المفردات و المعاني التي وردت بهذه التعريفات ، و عدم ذكر أوجه النقد التي قيلت بشأنها في كتب فقه المذاهب منعا للإطالة .

تلك هي التعريفات التي أوردها فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد القضاء ، فما هو التعريف الذي إنتهى إليه فقهاء القانون ؟

لقد أفاض فقهاء القانون في تعريفهم للقضاء و إتفقت آرائهم على أنّ القضاء : يعني فض المنازعات وفقا لما يقتضيه القانون محافظة على السلم الإجتماعي (1) .

بعد هذه التوطئة ، و إنطلاقا من تعريف الحكم ، و القضاء كل على حدى لغة و إصطلاحا ، يمكن تعريف الحكم القضائي بوجه عام بأنه : القرار الصادر عن المحكمة المشكلة تشكيلا صحيحا في خصومة رفعت إليها وفق قواعد الإجراءات (2) .

أمّا بالمعنى الضيق ، فيقصد به ما تصدره المحاكم الابتدائية وحدها من أحكام ، و يُستبعد من ثم أحكام المجالس القضائية ، و أحكام المحكمة العليا ، و أحكام مجلس الدولة التي يُطلق عليها لفظ " قرار " (3) . كما يخرج عن هذه التسمية أيضا ، ما يصدر عن القضاء بإتخاذ تدابير إستعجالية (وقتية) ، أو معاينة أو تحقيق ، و التي يطلق عليها لفظ " أمر " .

و هكذا نصل إلى أنّ تعبير الحكم القضائي له أكثر من مدلول ، و نحن هنا سوف نستعمله بمعنى الحكم الصادر عن الجهات القضائية أيّا كانت درجاتها - في منازعة قائمة بين الخصوم - حول إثبات الملكية العقارية .

من هذا المنطلق يمكننا وضع تعريف للسند القضائي المثبت للملكية العقارية بأنه : ذلك الحكم الصادر في دعوى الملكية العقارية ، و بصورة خاصة ، الحكم الفاصل في أصل الحق العيني المترتب على العقارات .

يبرز من هذا التعريف أنّ للحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، خصائص ينفرد بها عن باقي الأحكام القضائية ، كما يبرز لا محالة أنّ لهذا الأخير تقسيمات معينة .

الفرع الثاني : خصائص الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

الظاهر ممّا تقدم أنّ للحكم القضائي المثبت للملكية العقارية طبيعة خاصة ينفرد بها عن باقي الأحكام القضائية ، نعرض لها فيما يلي :

¹- أنظر ، عمار بوضياف ، السلطة القضائية بين الشريعة و القانون ، المرجع السابق ، ص 13 و ما يليها .

²- أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1970 ، ص 713 .

³- يحي بكوش ، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية ، إعدادها - تسببها - عيوبها - و الترجيح بين الأدلة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1984 ، ص 09 .

أولاً : أنه يضع حد للنزاع حول ملكية العقار

يكاد الإجماع أن يكون منعقداً في الفقه ، على أن الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية في الأصل مخصص لأن يضع حدًا للنزاع القائم بين الخصوم حول إثبات حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أولاً وهو حق الملكية ، وهو ما يغلب في عبارات الفقهاء ، فقد ورد في تعريفه - كما سبق و أشرنا - فض الخصومات و قطع النزاعات ، حول أصل الحق العيني المترتب على العقارات .

ثانياً : أنه يخضع للإيداع

باعتبار أن الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية سند رسمي ، يُعالج خصومة قضائية حول ملكية عقار منذ إنطلاقها إلى غاية الفصل فيها ، فإنه يستلزم بدهاء أن يرد في وثيقة رسمية مكتوبة متضمنا كل ما يتعلّق بهذه الخصومة من حيث أطرافها ، و ما تضمنته من وقائع و ما تخللها من إجراءات ، و ما قدمه الخصوم من طلبات و دفع و سندات و وثائق تثبت ملكية العقار ، و ما دار أثناء الجلسة من مناقشات و مرافعات . بل أنّ المشرع قد إستلزم ضرورة ، التأشير به - الحكم القضائي - على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل النزاع ، حتى يكون له أثر بين الخصوم و في مواجهة الغير (1) .

و لضمان قبول إجراء إشهاره ، فقد جرت العادة على ضرورة إيداعه - الحكم القضائي - من طرف صاحب المصلحة لدى أحد مكاتب التوثيق من أجل السعي إلى تسجيله بمصلحة الطابع و التسجيل و إشهاره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار ، و هذا بعد إفراغه في شكل نموذجي و مراجعة و تدقيق البيانات المتعلقة بهوية الأطراف ، و تعيين العقار تعييناً دقيقاً . و هذا لا يعتبر إنقاصاً من قيمة الحكم القضائي كسند رسمي يُعتدّ به في إثبات الملكية العقارية ، و إنّما راجع في الغالب لخلوه من البيانات التفصيلية الخاصة بهوية الأطراف و العناصر الدالة على هوية العقار . فضلا عن أنّ عملية الشهر في حدّ ذاتها تستلزم ضرورة إفراغ منطوق الحكم أو القرار القضائي في مستخرج (نموذج) خاص بعملية الشهر (2) .

¹- يراجع نص المادة 14 فقرة 02 و المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

- يراجع نص المواد : 38 ، 62 ، 63 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

²- ويس فتحي ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 332 .

- ويراجع في نفس السياق ما سبق ذكره في ص 135 و ما يليها من هذه الرسالة .

و لرفع هذه الإشكالات - النقص في البيانات - فقد فصلت المذكرة رقم 689 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 12 فبراير 1995 في شأن ذلك ، إذ أكدت أنه بإمكان الموثق أن يستند إلى العناصر الثابتة الواردة في حيثيات الحكم القضائي ، أو الإستعانة بالوثائق المرفقة ، كتقرير الخبرة و مخطط الخبير لإستدراك النقائص عند إيداعه للحكم القضائي⁽¹⁾ . و بذلك يصبح الحكم القضائي سندا مثبتا للملكية العقارية ، و هذا ما يضيف عليه الخاصية الموالية .

ثالثا : أنه يعتبر سندا رسميا للملكية العقارية

و يبني على ذلك ، أنه متى حاز الحكم القضائي الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية حجية الشيء المقضي فيه ، و تم إيداعه في شكل نموذجي محرر بمعية موثق ، و إستكملت بشأنه الإجراءات و الشكليات التي تتطلبها عمليتي التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري ، فإن القانون يعتبر هذا الحكم عنوانا للحقيقة و سندا للملكية العقارية ، ما لم يطعن فيه بالتزوير . و هو ما يفيد إعتباره سندا رسميا يحل محل السند الذي كان محلا للإدعاء في دعوى إثبات الملكية المقامة .

رابعا : أنه يرد في أسلوب خاص

تتكرر في لغة الحكم القضائي - بإعتبارها لغة مكتوبة - بعض السمات الأسلوبية التي يمكن أن تُعدّ من الخواص المميزة لتلك اللغة عن غيرها من لغات القانون ، و هذه السمات لا تحكمها ظواهر تلك اللغة التي تستخدمها فئة خاصة من فئات المجتمع فحسب ، بل يحكمها كذلك ما يمكن أن يطلق عليه محددات المقام⁽²⁾ . بما معناه ، أنه لما كانت الأحكام القضائية المثبتة للملكية العقارية بطبيعتها تستلزم الفصل في مسألة ثبوت أو نفي الملكية العقارية ، كان لا مناص من إستعمال بعض الصيغ التي تستعمل في التندليل مثل : (تثبيت العقد العرفي الوارد على العقار) ، (رسو المزاد العلني) ، (المصادقة على القسمة العقارية) ، و غير ذلك من الصيغ ، فهذه الصيغ مضافة إلى الألفاظ و المصطلحات القضائية العديدة ، جعلت للحكم القضائي المثبت للملكية العقارية أسلوب خاص و متميز .

¹- المذكرة رقم 689 الصادرة بتاريخ 12 فبراير 1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

²- سعيد أحمد بيومي ، لغة الحكم القضائي ، المرجع السابق ، ص 62 .

خامسا : أنه صادرا عن القسم العقاري بموجب سلطته القضائية

بما معناه ، أن يكون الحكم الفاصل في دعوى الملكية العقارية صادرا عن القسم العقاري ، بموجب سلطته القضائية - كما قلت - لا بموجب سلطته الإدارية أو الولاية⁽¹⁾ . على حدّ تعبير حكم المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . و معرفة ما إذا كان الحكم صادرا بموجب السلطة القضائية للمحكمة من مباحث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و لكن يمكن القول بوجه عام ، أنّ الأحكام الصادرة عن هيئة غير قضائية لا تعدّ أحكاما بالمعنى الحقيقي ، و لو وُجد من بين أعضائها من يحمل صفة القاضي ، كما هو الحال بالنسبة للقرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للقضاء بمناسبة تنظيمه - القضاء - للمنهة .

بخلاف أحكام المحكمين ، إذ تعتبر أحكاما بالمعنى الحقيقي ، بالرغم من صدورها عن جهة تحكيم لا جهة قضاء ، على إعتبار أنّ المشرع قد أقرّ بنظام التحكيم كآلية لفض المنازعات بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و رتب آثاره في المواد من 1006 إلى 1061 من ذات القانون ، بل أنّه أجاز للأطراف الإتفاق على التحكيم ، حتى أثناء سير الخصومة أمام الجهة القضائية⁽²⁾ .

في حين لا تُعدّ أحكاما قضائية ، الأوامر التي تُصدرها الجهات القضائية بمختلف درجاتها ، بمناسبة توزيع العمل بين مختلف الأقسام و الغرف ، أو بمناسبة العطل السنوية ، فهي في الواقع لا تخرج في كونها أعمال و لائية حصلت على يد جهة قضائية .

و كذلك تعتبر أوامر و لائية لا تحوز صفة الحكم القضائي ، القرارات التي يكتفى فيها القضاة بمجرد التأشير بها على محاضر الجلسة أو على ملف الدعوى ، كقرار ضم دعويين ، و قرار الفصل بينهما و كذا الحكم بالإشهاد -jugement de donner acte- الذي يطلبه الدفاع أثناء المرافعة ، كونه لا يُقرر أي حق من الحقوق ، و لا يفتح أي باب للإستئناف أو الطعن بالنقض⁽³⁾ .

¹- يقصد بالأمر الولائي ، ما تصدره المحكمة في نزاع ، بناء على طلب شخص لا يكون ملزما بدعوة الطرف الآخر لسماع أقواله ، بل و قد لا يكون الأمر الولائي صادرا ضدّ شخص معيّن . و عموما فقد نصّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على عدّة حالات يمنح فيها القانون للقاضي المكلف بشؤون الأسرة الفصل بموجب أوامر و لائية لحماية القصر ، و هذه الأوامر غير قابلة للطعن ، و لا تنزع الإختصاص من القاضي . يراجع لتفصيل أكثر ، عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ط 3 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2012 ، ص 211 .

²- يراجع نص المادة 1013 من ق . إ . م . إ

³- يحي بكوش ، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية ، المرجع السابق ، ص 11 .

و أيضا الأحكام القضائية بشطب الدعاوى ، تعتبر من قبيل الإجراءات الداخلية ذات الطابع الإداري لا تمس بأصل الحق الذي رفعت به الدعوى ، و من ثم فهي غير قابلة لأي طريق من طرق الطعن⁽¹⁾ إذ تبقى العلاقة بين الخصوم كما كانت قبل رفع الدعوى ، و في هذه الحالة يكون للمدعي الحق بتجديد دعواه ما لم يكن الحق قد سقط بسبب من الأسباب⁽²⁾ .

كما لا تعتبر من قبيل الأحكام القضائية ، القرارات التي تُصدرها هيئة النيابة العامة لدى المحكمة على حدّ تعبير حكم المجلس الأعلى (المحكمة العليا حليا) ، إذ جاء في قرار صادر عنه بتاريخ 08 ديسمبر 1976 ما يلي⁽³⁾: " أنّ قرار المجلس الذي يقضي بقبول إستئناف ضدّ عمل من أعمال النيابة يعتبر قرار باطلا و لا أثر له " .

المطلب الثاني : تقسيمات و أجزاء الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

يمكن تقسيم الأحكام القضائية إلى أقسام عدّة بحسب المعيار الذي ننطلق منه ، غير أنّ هذه التقسيمات و إنّ كانت تختلف باختلاف الأسس و القواعد التي يعتد بها عند تصنيفها ، إلا أنّها تشترك في نفس البنيان من حيث الشكل و البيانات و المحتوى .

و لتسليط الضوء أكثر ، سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الفرع الأول لبحث تقسيمات الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية . بينما نخصص الفرع الثاني لدراسة أجزاءه .

الفرع الأول : تقسيمات الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

باعتبار أنّ التقسيم أو التصنيف أقرب إلى عمل الفقه منه إلى عمل التشريع . لذلك لم يعرض المشرع لتقسيم الأحكام القضائية لا في قانون الإجراءات المدنية الملغى ، و لا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و عموما يمكن تقسيم الأحكام القضائية المثبتة للملكية العقارية إلى عدّة تقسيمات أو تصنيفات إذا نُظر إليها من وجهات مختلفة . فالحكم القضائي من حيث صدوره في مواجهة الخصم إمّا أن يكون حضوريا

¹- قرار م الأ ، الصادر بتاريخ 30-12-1964 ، منشور ب م ج لسنة 1965 ، ص 87 . مشار إليه في : يحي بكوش الأحكام القضائية و ضياغتها الفنية ، المرجع السابق ، ص 10 .

²- فريجة حسين ، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية 2013 ص 90 .

³- قرار م الأ ، ملف رقم 14107 ، الصادر بتاريخ 08-12-1976 ، غير منشور . مشار إليه في : يحي بكوش الأحكام القضائية و ضياغتها الفنية ، المرجع السابق ، ص 10 .

أو غيابيا . و هو من حيث القابلية للطعن إمّا أن يكون إبتدائيا أو نهائيا . و هو من حيث صدوره في موضوع الدعوى أو في مسألة فرعية إمّا أن يكون حكما صادرا في الموضوع أو حكما صادرا قبل الفصل في الموضوع . و هو من حيث الحجية المترتبة عليه إمّا أن يكون حكما قطعيا أو حكما غير قطعي . و نرى بهذا الشأن أن نتكلم عن هذه التقسيمات جميعها بحسب ترتيب أهميتها ، وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

أولاً : تقسيم الأحكام القضائية من حيث صدورها في مواجهة الخصوم أو غيابهم

تنقسم الأحكام القضائية من حيث صدورها في مواجهة المدعى عليه أو غيبته ، إلى أحكام حضورية و أحكام غيابية . و سنتكلم تباعا عن مفهوم الحكم الحضورى ، ثم نعدد فيما بعد لتحديد المقصود بالحكم الغيابي .

1- الحكم الحضورى -jugement contradictoire-

الحكم الحضورى كما عرّفته المادة 288 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، بأنه الحكم الذي يصدر في حضور الخصوم شخصا ، أو ممثلين بواسطة وكلائهم أو محاميهم .

كما يعتبر الحكم حضوريا فيما لو حضر الخصوم ، و قدموا مذكراتهم ، دون أن يقدموا ملاحظات شفوية بشأنها ، طالما أنّ الإجراءات هي في الأساس مكتوبة .

و عملا بنص المادة 289 من ذات القانون ، فإنّه يجوز للمحكمة في حالة عدم حضور المدعى للجلسة بسبب مشروع ، تأجيل النظر في الدعوى للجلسة الموالية لتمكين المدعى المتغيّب من تقديم وسائل دفاعه للذود عن حقوقه و مزاعمه ، على أنّه يبقى للمحكمة مطلق التقدير في قبول الطلب أو رفضه ، بعد التأكد من جدية الأسباب المانعة من الحضور .

أمّا إذا ثبت عدم جدية أسباب غيابه ، أمكن المدعى عليه طلب الفصل في الموضوع ، و في هذه الحالة يأخذ الحكم الفاصل في الدعوى وصف الحكم الحضورى⁽¹⁾ .

و كذلك إذا إمتنع أحد الخصوم الحاضر عن القيام بإجراء من الإجراءات المأمور بها في الأجل المحددة تفصل المحكمة بحكم حضورى بناء على وقائع الدعوى و مستنداتها⁽²⁾ .

¹- يراجع نص المادة 290 من ق . إ . م . إ

²- يراجع نص المادة 291 من ق . إ . م . إ

2- الحكم الغيابي-jugement par défaut-

الغياب من حيث الأصل هو تخلف الخصم عن الحضور في جميع جلسات نظر الدعوى ، و إذا كان حق الدفاع يقتضي ألا يُحاكم الخصم الذي لم يحضر لعدم سماع أقواله ، فإنّ مصلحة العدالة تقتضي في المقابل ألا يكون من شأن هذا التخلف - عدم الحضور - أن يحول دون الفصل في النزاع .
و نظرا لأنّ المدعي هو الذي أخذ بزمام المبادرة و قدم الإستحضار إلى المحكمة ، فمن البديهي أن تُرجح قرينة علمه بتاريخ الجلسة ، لذلك فمن العدل أن يكون الجزاء على تخلفه عن الحضور أشدّ بالمقارنة من الجزاء المترتب على تخلف المدعى عليه عن الحضور ، لإفترض عدم علمه أصلا أنّ هناك دعوى قد أقيمت ضده (1) .

و يبدو أنّ المشرع الجزائري قد أخذ جميع هذه الإعتبارات بالحسبان عند تقريره لنص المادتين 292 و 293 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فقضى في المادة 292 بأنّه : " إذا لم يحضر المدعى عليه أو وكيله أو محاميه ، رغم صحة التكليف بالحضور ، يفصل القاضي غيابيا " .
و بما معناه ، أنّه إذا تغيب المدعى عليه ، رغم صحة تكليفه ، و دون أن يبُلِّغ شخصيا بالحضور و لم يحضر الجلسة لا هو ، و لا وكيله ، أو محاميه ، جاز للمحكمة أن تفصل في الدعوى بالحالة التي هي عليها بموجب حكم غيابي . و عندئذ يمكن للمدعى عليه معارضة هذا الحكم أمام نفس المحكمة .

بينما قضى في المادة 293 من ذات القانون بأنّه : " إذا تخلف المدعى عليه المكلف بالحضور شخصيا أو وكيله أو محاميه عن الحضور ، يفصل بحكم إعتباري حضوري " .
و مؤدى ذلك ، أنّه إذا ثبت للمحكمة أنّ المدعى عليه قد بُلِّغ شخصيا بتاريخ الجلسة وفقا لإجراءات التكليف بالحضور ، و لم يحضر بتاريخ الجلسة لا هو ، و لا وكيله ، أو محاميه ، جاز للمحكمة أن تفصل في موضوع الدعوى بموجب حكم حضوري إعتباري . و عندئذ لا يبقى أمام المدعى عليه من سبيل إذا ما أراد الطعن في هذا الحكم ، إلاّ إستئنافه أمام المجلس القضائي .
و لم يشذ القضاء الجزائري عن هذا المبدأ ، إذ إستوجب ضرورة القضاء غيابيا ، في واجهة المدعى عليه الذي يُبُلِّغ شخصيا بالحضور ، و يثبت تخلفه عن تاريخ الجلسة .

¹- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية 2004 ، ص 411 .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 06 جوان 2006 ، و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " حيث يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه عدم مناقشته لإستئنافه ، و الفصل فيه رغم أنه أمر بضمه إلى الإستئناف التي تقدمت به المطعون ضدها ، و أكثر من ذلك فلقد أشار إلى أنه لم يحضر و لم يقدم أي رد بالرغم من صحة تبليغه قانونا . و من ثم وجب القضاء بالنسبة إليه غيابيا ثم و في منطوقه أقرّ بحضوره مشيرا إلى أنّ القرار حضوري ، حيث أنه يتبين فعلا أنّ الطاعن و المطعون ضدها إستئنفا كل واحد من جهة الحكم الصادر في الدعوى المقامة بينهما ، و هو جعل المجلس القضائي يأمر بضم الإستئنافين لوجود إرتباط بينهما ، غير أنه و عوض أن يفصل في الطلبات المقدّمة من خلال الإستئنافين المذكورين سها عن طلبات الطاعن ، بل ذكر أنه كان متغيّبا رغم صحة تبليغه ، و من ثم يكون القرار غيابيا تجاهه ثم صدر القرار حضوريا في منطوقه ، حيث أنّ هذا القرار ... ، إذ لا ... يعتبر أحد المستأنفين متغيّبا عن الإستئناف طالما أنه تقدم بعرضة لتقديم هذا الطعن و عليه ، فأقلّ ما يقال على هذا القرار أنّه خالف قواعد جوهرية في الإجراءات تمسّ بحقوق الدفاع " .

يتبين ممّا تقدم أن الإجتهد القضائي مستقر على تطبيق أحكام المادتين 292 و 293 المذكورتين أعلاه و نحن من جانبنا نرى ، أنه من باب تعميم الفائدة ضرورة التمييز في كثير من العناية بين الحكم الغيابي و الحكم الحضوري الإعتباري ، لأنه كثيرا ما يقع الخلط بينهما ، و كثيرا ما تستعمل إحدى العبارتين و يكون المقصود بها العبارة الأخرى .

و إذا رجعنا إلى ما قدمناه ، يمكن القول أنهما يشتركان في أنّ كلاهما يصدر في غيبة المدعى عليه سواء إستلم التكليف بالحضور شخصا ، أو إستلمه شخصا آخر بالنيابة عنه .

و يختلفان ، من حيث طريقة تبليغ المدعى عليه ، و إستلامه للتكليف بالحضور ، و من حيث قابلية المعارضة فيهما .

و معنى ذلك ، إذا تخلّف المدعى عليه رغم صحة تبليغه ، و دون أن يُبلّغ شخصا ، تحكم المحكمة في غيبته بحكم غيابي .

أمّا إذا ثبت تخلّف المدعى عليه ، رغم تبليغه لشخصه ، ففي هذه الحالة تتصرف المحكمة إلى الفصل في الدعوى ، و تصدر فيها حكما يعدّ حضوري إعتباري في حقّه .

¹- قرار م ع ، الصادر بتاريخ 06-06-2006 ، مشار إليه في : عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السلبق ، ص 234 و 235 .

و يترتب على ذلك ، أنه في الحكم الغيابي يمكن للمدعى عليه معارضته ، و الإستفادة من فرصة إعادة النظر في الدعوى من جديد . أمّا بالنسبة للحكم المعتبر حضوريا ، فهو غير قابل للمعارضة ، و يفقد المدعى عليه طريقا من طرق الطعن العادية⁽¹⁾ .

ثانيا : تقسيم الأحكام القضائية من حيث القابلية للطعن

لقد دأب الفقه في تقسيم الأحكام القضائية من حيث قابليتها للطعن ، إلى التمييز بين أحكام ابتدائية و أحكام نهائية ، غير أنه يتعين قبل عرض هذا التقسيم أن نشير إلى أنّ المشرع الجزائري لم يتطرق في معرض البحث في تصنيف الأحكام القضائية إلى ذات التقسيم ، اللهم إذا إستثنينا ما أورده بذات اللفظ - أحكام ابتدائية ، أحكام نهائية - المادة التاسعة المعدلة للمادة 21 من القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل ، و ترجمة المادة التاسعة المعدلة للمادة 4-73 من القانون رقم 09-11 ، بل أنّ المشرع أورد تقسيم آخر للأحكام القضائية من حيث قابليتها للطعن ، ورد النص عليه بعموم أحكام المادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و هو أن تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة ، متى كانت قيمة الدعوى لا تزيد عن النصاب المالي المحدد قانونا ، و تفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للإستئناف⁽²⁾ .

و على العموم تظهر أهمية التفرقة بين الحكم الابتدائي و الحكم النهائي من عدّة نواحي ، و للوقوف على هذا التقسيم ، نرى أن نبحت الحكم الابتدائي أولا ، ثم نعرض الحكم النهائي ثانيا .

¹- بريرة عبد الرحمن ، المرجع السابق ، ص 221 .

²- عبد العزيز سعد ، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول ، أساس إنعقاد الخصومة ، مراحل و إجراءات التبليغ ، شروط قبول الدعوى ، عوارض المحاكمة ، دراسة الطلبات و الدفع ، دور النيابة العامة ، دار هومه الجزائر ، 2013 ، ص 156 .

-يراجع في نفس السياق ، نص المادة 33 من ق . إ . م . إ ، و التي تنص على ما يلي : " تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة في الدعاوى التي لا تتجاوز قيمتها مائتي ألف دينار (200.000 دج) .

إذا كانت قيمة الطلبات المقدمة من المدعي لا تتجاوز مائتي ألف دينار (200.000 دج) ، تفصل المحكمة بحكم في أول و آخر درجة ، حتى و لو كانت قيمة الطلبات المقابلة أو المقاصة القضائية تتجاوز هذه القيمة . و تفصل في جميع الدعاوى الأخرى بأحكام قابلة للإستئناف " .

1- الحكم الابتدائي - jugement en premier ressort

يقصد بالحكم الابتدائي ، الحكم الذي يصدر من محكمة الدرجة الأولى ، و يقبل فيه الطعن بالإستئناف متى كانت قيمة الدعوى - في واقع الأمر و طبقا للضوابط التي وضعها المشرع - تزيد عن النصاب الإنتهائي للمحكمة⁽¹⁾ .

2- الحكم النهائي - jugement en dernier ressort

يقصد بالحكم النهائي ، الحكم الذي لا يقبل الطعن فيه بالإستئناف ، و يرجع عدم القابلية للطعن فيه بالإستئناف إلى أكثر من سبب ، فقد يكون مرد ذلك ، إلى أنّ الحكم صادرا عن المحكمة الابتدائية في حدود نصابها الإنتهائي أو ما يسمى بالقيمة المالية الزهيدة ، أو أنّه من غير الجائز إستئنافه أصلا⁽²⁾ كما هو الحال بالنسبة لأحكام البيع بالمزاد العلني .

و يحسن لفت النظر قبل نهي الكلام عن الحكم الابتدائي و الحكم النهائي ، أن نشير إلى أنّ جميع الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الابتدائية في حدود سلطتها القضائية ، يمكن وصفها بأنها أحكام ابتدائية ، و أنّ جميع القرارات القضائية الصادرة عن المجالس القضائية في حدود سلطتها القضائية يمكن وصفها بأنها قرارات نهائية ، ما لم يرد بشأنها نص يقضي بخلاف ذلك .

كما ننبه هنا أيضا ، إلى أنّ بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية ، و إن كانت تُوصف بأنها أحكاما ابتدائية ، إلا أنّ المشرع إعتبرها بمثابة أحكام ابتدائية نهائية ، مستبعدا بذلك قابلية الطعن فيها إمّا لضالة المصالح فيها ، و إمّا لطبيعة موضوعها ، كما هو الشأن بالنسبة لأحكام رسو المزاد على العقار .

ثالثا : تقسيم الأحكام القضائية من حيث صدورها في الموضوع أو قبل الفصل في الموضوع

قد تنتهي دعوى الملكية بنقير ملكية العقار المتنازع فيه لواحد من الخصمين ، و في هذه الحالة يعتبر الحكم الصادر في الموضوع - إثبات ملكية العقار - النهاية الطبيعية للدعوى ، و قد لا يُنهي الحكم

¹ محمد المنجي ، دعوى ثبوت الملكية ، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض ، ط 1 ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1990 ، ص 317 .

-يراجع في نفس السياق ، نص المادة 33 من ق . إ . م . إ .

² محمد أحمد عابدين ، الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية و الإستئنافية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1994 ، ص 652 .

النزاع ، و إنما يأمر بإتخاذ تدبير أو إجراء من إجراءات التحقيق . كالحكم بتعيين خبير - موثق - للقيام بإجراء حصر مخلفات الهالك و إعداد فريضة .

و لتفصيل هذا النوع من التقسيم ، سنتكلم عن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، ثم نعرض الحكم الصادر في الموضوع .

1- الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع

و هو كما يدلّ عليه إسمه ، حكم ينطق به القاضي أثناء نظر الدعوى ، و قبل الفصل في موضوعها و يكون الحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية بهذه الصفة حكم وقتي ، يتعلق إمّا بتحقيق الدعوى ، أو بإتخاذ إجراء وقتي أو إحتياطي . على حدّ تعبير حكم الفقرة الأولى من نص المادة 298 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الآمر بإجراء تحقيق أو بتدبير مؤقت " .

يتبيّن من النصّ أعلاه أنّ الحكم الصادر قبل الفصل في دعوى إثبات الملكية العقارية هو حكم وقتي قائم على طلبات مؤقتة و متغيرة في طبيعتها⁽¹⁾ ، و من شأنه أن يُحسن من فهم القاضي للنزاع ، و يُسيّر الدعوى نحو الحل السليم دون المساس بأصل الحق ، أو مصالح الأطراف المتنازع عليها .

و هكذا و وفقا لهذا التحليل ، فإنّه يمكن القول أنّه بإمكان المحكمة التي أصدرته العدول عنه و إبطاله قبل الحكم في الموضوع متى دعت الظروف لذلك . كما لو تنازع الورثة على عقار مرفوعة بشأنه دعوى قسمة ، فحكمت المحكمة بوضعه تحت حراسة أحدهم ، ثم ظهر أنّ هذا الحارس (الوارث) ليس محلا للثقة ، أو وُجد من هو أفضل منه لضمان حقوق باقي الورثة ، ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة العدول عن حكم الحراسة و إبطاله و القضاء بتعيين حارس أجنبي على العقار . إذ لا يخفى أنّ حكم الحراسة لا يخرج عن كونه إجراء تحفظيا لا يؤثر على موضوع الدعوى في شيء .

و بناء على ما سبق فإنّ كلامنا عن الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، سوف يشمل الحكم التحضيري و الحكم التمهيدي الذي يصدر أثناء سير دعوى إثبات الملكية العقارية ، و موقف المشرع الجزائري منهما . و هو ما سيتم شرحه تباعا وفقا للتفصيل الآتي :

¹- فريجة حسين ، المرجع السابق ، ص 113 .

أ- الحكم التحضيري الصادر قبل الفصل في دعوى الملكية العقارية

هو ذلك الحكم الذي يصدر أثناء سير دعوى إثبات الملكية العقارية من أجل القيام بإجراء معين ، دون أن يشف عن إتجاه رأي المحكمة في الموضوع . كالحكم بندب خبير للقول هل أنّ المدعى عليه إستولى أو إعتدى على جزء من المساحة الأرضية التابعة للمدعي ، و الحكم بتعيين خبير لرسم الحدود الفاصلة ما بين الملكيات المتجاورة . و الحكم بإجراء خبرة في دعوى الغبن في بيع عقار متنازع فيه⁽¹⁾ . فمثل هذه الأحكام تعدّ من قبيل الأحكام التحضيرية ، كونها تهدف إلى بيان أو توضيح جانب من جوانب النزاع ليس إلّا ، دون أن تشف عن إتجاه رأي المحكمة الناظرة في دعوى الملكية ، و لا حتى الموقف الذي سوف تتخذه حين الفصل فيها⁽²⁾ .

ب- الحكم التمهيدي الصادر قبل الفصل في دعوى الملكية العقارية

هو ذلك الحكم الذي يصدر أيضا أثناء سير دعوى الملكية بغرض توضيح مسألة فنية ، و لكنه يمكن أن يشف عن إتجاه رأي المحكمة في الموضوع . كالحكم القاضي بندب خبير لتحديد مقدار الضرر الذي لحق المدعي ، عن المساحة الأرضية المعتدى عليها من قبل المدعى عليه ، حتى يتسنى للقاضي الحكم بالتعويض .

ج- موقف المشرع الجزائري من الحكمين

كانت هذه التفرقة بين الحكم التحضيري و الحكم التمهيدي تحظى بعناية كبيرة من جانب التشريع الفرنسي و كانت تظهر أهمية هذه التفرقة في شأن حجية هذه الأحكام و بصدد الطعن فيها . و قد جاره في هذا التشريع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية الملغى .

¹- و هو ما إستقرّ عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم 34834 ، الصادر بتاريخ 06-03-1985 ، منشور ب م ق لسنة 1990 ، ع 1 ، ص 36 . و الذي جاء فيه ما يلي : " و لما كان الثابت أنّ القرار المطعون فيه ... أمر بإجراء خبرة في دعوى الغبن في بيع عقار متنازع فيه ، فإنّ هذا القرار يُعدّ تحضيريا ... "

²- حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، عقد الإيجار - ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية ، نظرات حول عدم إستقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا ، ط 6 ، دار هومو ، الجزائر ، سنة 2013 ، ص 228 .

ففيما يتعلق بالحجية فقد إستقر رأي الفقه⁽¹⁾ و القضاء⁽²⁾ بأنّ الحكم التمهيدي دون التحضيري يحوز حجية ناقصة ، بمعنى أن المحكمة التي تصدره تلتزم بتنفيذه .

أمّا من ناحية الطعن ، فلم يكن القانون الملغى يجيز الطعن إلاّ في الحكم التمهيدي ، كما لم يكن يُجيز إستئناف الحكم التحضيري إلاّ مع الحكم الفاصل في موضوع النزاع فصلا باتا⁽³⁾ .

و لقد ألغى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية كل تفرقة بين الحكمين من حيث الحجية و الطعن فيهما فمن ناحية الحجية ، فقد تخلى المشرع عن تحديد طبيعة الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع - الحكم التمهيدي ، الحكم التحضيري- و لم يعد يولي أي تمييز بين الحكمين من حيث حجيتهما إذُ إعتبر الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع من قبيل الأحكام الإعدادية ، التي لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه . و قد وجد المشرع أن يُنبه إلى ذلك فقرر في المادة 298 من ذات القانون : " الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع هو الحكم الأمر بإجرا تحقيق أو تدبير مؤقت . و لا يحوز هذا الحكم حجية الشيء المقضي فيه . لا يترتب عليه أن يتخلى القاضي عن النزاع " .

أمّا من ناحية الطعن ، فقد عالجت المادتين 334 و 351 المستحدثتين المسألة . فلم تُجزأ كقاعدة عامة الطعن بالإستئناف أو النقض في الأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع ، إلاّ مع الحكم الصادر في الموضوع (الحكم القطعي) .

و بناء على ما تم حتى الآن ، فإنّ أي حكم يصدر أثناء نظر دعوى إثبات الملكية العقارية ، و قبل صدور الحكم المنهي للخصومة كلّها (حق الملكية) ، لا يقبل الطعن منفردا إلاّ مع الحكم الفاصل في الموضوع (إثبات ملكية العقار) .

¹- أحمد أبو الوفا ، أصول المحاكمات المدنية ، ط 2 ، مكتبة مكاوي ، بيروت ، 1979 ، هامش 1 ، ص 643 .

- و يراجع نفس السياق ، حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص 233 .

²- و هو ما إستقرّ عليه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 35351 ، الصادر بتاريخ 13-12-1984 ، منشور ب م ق لسنة 1989 ، ع 4 ، ص 95 . و الذي جاء فيه ما يلي : " و لما كان الثابت - في قضية الحال - أنّ الحكم الصادر في الدعوى كان قد قضى بتعيين موثق كخبير للقيام بإجراء حصر مخلف الهالك و إعداد فريضة و تحرير مشروع قسمة ، فإنّ هذا الحكم يعدّ حكما تحضريا ، و هو بذلك لا يحوز حجية الشيء المقضي به ... " .

³- أنظر المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية الملغى .

2- الحكم الصادر في الموضوع

الحكم الصادر في الموضوع كما عرّفته المادة 296 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، بأنّه الحكم الفاصل كلياً أو جزئياً في موضوع النزاع .

يبرز من هذا التعريف ، أنّ للحكم الفاصل في الموضوع معنى عام ، فهو يشمل إلى جانب موضوع الدعوى ، كل الإجراءات التي قد يُفصل فيها بصفة نهائية .

و باعتبار أنّ دراستنا تنصب على الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، فإننا نود أن نبرز أنّ الحكم الصادر في الموضوع ، في صدد دعوى الملكية العقارية ، ينحصر أساساً في الحكم الفاصل في أصل الحق العيني المترتب على العقار محل النزاع . أي الحكم الذي يضع حدّاً للنزاع القائم بين الخصوم حول إثبات ملكية عقار ، سواء أكان الحكم معلناً و منشئاً لأصل الحق العيني العقاري . كالحكم الذي يصدر في دعوى الإستحقاق التي يرفعها مالك العقار لتقرير ملكيته و إسترداد العقار عند الإقتضاء من حائزه و الحكم الصادر في دعوى تثبيت حق الشفعة التي يرفعها الشفيع على البائع و المشتري للمطالبة بملكية العقار المشفوع فيه ، و الحكم برسو المزاد في بيع العقار-Licitation- بناء على حجز أو بناء على قسمة ، و الحكم القضائي الذي يقوم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع بعد تمام المدّة المحددة في الوعد بالبيع ، و الحكم الصادر في دعوى القسمة التي يرفعها الملاك على الشيوع بغرض قسمة العقار المشاع ، حتى يستعويض كل منهم عن حصته الشائعة في الملكية أو في الحق العيني بملكية مستقلة أو بحق عيني مستقل .

فكل حكم يفصل في أصل الحق العيني - حق الملكية - المترتب على العقار ، يعتبر من قبيل الأحكام الصادرة في الموضوع بالنسبة لدعوى إثبات الملكية العقارية .

كما يتعيّن التنبيه هنا ، إلى أنّه يجب عدم الخلط بين حالة تخلي المحكمة عن النزاع الذي فصلت فيه بمجرد النطق بالحكم ، و بين الحالة التي يجوز فيها للمحكمة الرجوع عن حكمها .

ففي الحالة الأولى ، يعتبر تخلي المحكمة عن النزاع الذي فصلت فيه بمجرد النطق بالحكم ، تعبير عن خروج النزاع عن سلطتها القضائية . على حدّ تعبير حكم الفقرة الأولى من نص المادة 297 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يتخلى القاضي عن النزاع الذي فصل فيه بمجرد النطق بالحكم " .

و هو نفس المبدأ الذي كرسه المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 23 ماي 1973 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " من المقرر قانونا ، أنه إذا تمت عملية النطق بالحكم أصبح الخصوم هم المالكون له ، و يخرج من سلطة القضاء بصفة نهائية " .

أما الحالة الثانية ، فهي تعلق بطرق الطعن التي خولها القانون للخصوم و الغير لمراجعة الأحكام القضائية الصادرة في حقهم ، كحالة الطعن بالمعارضة ، أو إعتراض الغير الخارج عن الخصومة أو إلتماس إعادة النظر ، و كذا حالة تفسير المحكمة للحكم الصادر عنها بغية توضيح مدلوله أو تحديد مضمونه ، و حالة تصحيحها للخطأ المادي أو الإغفال الذي قد يشوبه⁽²⁾ .

رابعا : تقسيم الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عنها

لا شك أن في تقسيم الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عنها ، أهمية قصوى تظهر بجلاء عند تحديد الأحكام التي تحوز هذه الحجية . و لتفصيل هذا التقسيم على نحو دقيق ، نرى أن نعرض الحكم غير القطعي أولا ، ثم نبحت الحكم القطعي ثانيا .

1- الحكم غير القطعي - judgement avant dire droit

يقصد بالحكم القضائي غير القطعي ، كل حكم لا يحسم النزاع ، و لا يقطع برأي في المسألة التي صدر فيها ، بحيث يجوز للمحكمة التي أصدرته أن تعدل فيه .

2- الحكم القطعي - judgement définitif

يقصد بالحكم القطعي - و على ما جرى به القضاء - الحكم الذي يضع حداً للنزاع في جملته أو في جزء منه ، أو في مسألة متفرعة عنه ، بفصل حاسم لا رجوع فيه من جانب المحكمة التي أصدرته⁽³⁾ . و يرجع سبب نعتة بالحكم القطعي ، كونه يحسم على نحو قاطع المسألة التي فصل فيها ، بدون تحفظ أو إشتراط .

و على ذلك ، فإنّ الحكم القضائي القطعي قد يكون واردا على موضوع الدعوى (أصل الحق) ، كما لو كانت الدعوى مرفوعة للمطالبة بحق الملكية ، فيصدر الحكم بالإستجابة لهذا الطلب بحيث لم يعد بعده شيء للفصل فيه .

¹- قرار م الأ ، ملف رقم 9531 ، الصادر بتاريخ 23-05-1973 ، غير منشور . مشار إليه في : بربارة عبد الرحمن

شرح قانون الإجراءات و الإدارية ، المرجع السابق ، ص 222 .

²- يراجع نص الفقرة الثانية من المادة 297 من ق . إ . م . إ

³- محمد أحمد عابدين ، المرجع السابق ، ص 659 .

كما قد يرد على مسألة متفرعة عنه ، و يقصد بالمسألة المتفرعة في هذا المقام ، المسألة السابقة على الفصل في الموضوع ، كما لو كانت الدعوى مرفوعة للمطالبة بحق الملكية ، و التعويض عن حق الإنتفاع به لبعض الوقت ، فيصدر حكم بتقرير حق الملكية ، و تُؤجل المحاكمة للفصل في طلب التعويض⁽¹⁾ ، أو أن يصدر حكم تمهيدي بنذب خبير لتقدير قيمة التعويض عن مدة الإنتفاع . كما يستوي في إعتبرها مسألة فرعية كون الحكم منهيًا للخصومة أو غير منهي لها ، ما دام يقصد من إصداره التصدي لمسألة معينة للفصل في الدعوى .

ففي الدعاوى المدنية عموما ، و الدعاوى العقارية خصوصا يُعدّ الحكم بعدم إختصاص المحكمة للنظر في الدعوى ، أو عدم قبولها ، أو سبق الفصل فيها ، أو لسبق الصلح بصددها ، أو لإنقضاء الخصومة بالتقادم ، كل ذلك يعدّ حكما قطعيا في مسألة فرعية منهيّة للخصومة ، من شأنه أن تتعلّق به حجية الشيء المحكوم به ، لأنّ الخصم لا يمكن له أن يطلب مرّة أخرى ما سبق أن رُفض له . بخلاف ما إذا كان الرفض مؤقتا -débouté en l'état- لعدم توافر الأدلة أو لعدم إستكمال البحث فإنّ الحكم في هذه الحالة لا يكون قطعيا ، و لا يكتسي الحجية .

و في هذا المعنى يقول الفقيه جارسونيه -Garconnet- : إنّ حجية الأمر المقضيّ تفترض أنّ الحكم قد قطع في النقطة المتنازع عليها ، فما لم يحكم فيه تنتفي عنه الحجية⁽²⁾ .

L'autorité de la chose jugée suppose , encore , la solution définitive d'un point litigieux , sinon , rien de jugé , donc pas d'autorité de chose jugée .

و يترتب على هذه القاعدة - حجية الشيء المحكوم به - أنّه يمتنع على الخصوم أن يُعاودوا الإلتجاء إلى القضاء في شأن نزاع سبق الفصل فيه .

أمّا إذا وقعت المعارضة أو الإستئناف بشأنه ، فإنّ ذلك يُوقف حجية الشيء المحكوم به بالنسبة للحكم الغيابي ، إلّا إذا صدر حكم يقضي برفض المعارضة ، كما يُوقف الإستئناف كل أثر لهذه الحجية ، إلّا إذا إنصب الإستئناف على جزء من الحكم ، فإنّ الحجية تثبت للجزء الذي لم يُستأنف فيه .

أمّا بالنسبة لطرق الطعن غير العادية ، فإنّ الحجية تبقى متعلّقة بالحكم المطعون فيه ، طالما لم يصدر قرار بالنقض ، أو بالإلغاء بعد المعارضة أو الإلتماس ، و بما معناه أنّ الحجية في هذه الحالات لا تزول

¹- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 473 .

²- مراد كاملي ، المرجع السابق ، ص 260 .

إلا بزوال الحكم نفسه⁽¹⁾.

و هكذا نصل إلى أنّ تقسيمات الحكم القضائي له أكثر من تصنيف ، غير أننا سنقتصر في دراستنا هذه على الحكم أو القرار القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه في منازعة قائمة بين الخصوم حول إثبات الملكية العقارية ، بما فيها الأحكام المعلنة و المنشئة لحق الملكية ، و نستبعد بذلك باقي الأحكام التي لا تحوز على الحجية .

و لا يمكن الحديث عن حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية إلا بالتسليم إبتداء بصحة أجزاءه و لأجل ما تقدم يبدوا من الضروري الوقوف على البيانات الإلزامية و الجوهرية التي يجب أن يحتويها الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية . و هو ما نعرض له في الفرع الثاني من هذا المطلب .

الفرع الثاني : أجزاء الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

يشتمل الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، شأنه شأن باقي الأحكام القضائية المدنية على أربعة أجزاء ، إذا ما صيغت بما يناسبها من معطيات و بيانات ، كان الحكم أقرب ما يكون إلى الكمال و تتمثل هذه الأجزاء الأربع في : الديباجة ، الوقائع ، ثم التسبيب و المنطوق . و لتفصيل هذه الأجزاء جميعها ، نرى أن نبحث كل جزء على حدى وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

أولا : الديباجة - Chapeau ou Preamble

الديباجة في الإصطلاح : ما يُصدّر به الحكم ، و هو الصفحة الأولى منه . و هي تتضمن جملة من البيانات يمكن حصرها في الآتي :

1- بيانات الديباجة الشكلية الإلزامية

باعتبار أنّ الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية من قبيل الأحكام القضائية المدنية ، فهو يتطلب بداية أن تُراعى في تحريره ذات الأوضاع الشكلية المقررة في تحرير هذه الأحكام ، و أن يشتمل على ذات البيانات التي أوجب القانون ذكرها فيها .

و قد تضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في هذا الصدد ، البيانات الإلزامية التي يتوجب أن تشتمل عليها ديباجة الحكم . و وفقا لذات القانون ، يجب أن تشتمل الديباجة على البيانات التالية :

¹- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 391 .

أ- التصدير بعارة: " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - بإسم الشعب الجزائري "

ألزمت المادتين 275 و 552 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، أن تتصدّر الديباجة تحت طائلة البطلان العبارة الآتي بيانها : " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - بإسم الشعب الجزائري ". و ينسحب هذا التصدير على كافة الأحكام و القرارات القضائية ، أيّا كانت الجهة القضائية المصدرة لها ، و أيّا كانت المادة التي صدر فيها الحكم أو القرار .

و عليه ، و بالنظر إلى الحدود المسطرة أعلاه ، فإنّ أي إغفال في ذكر العبارة على النحو الذي تمت الإشارة إليه أعلاه ، من شأنه أن يجعل الحكم عرضة للطعن و المراجعة .

و مؤدى ذلك ، أنّ تصدير ديباجة الحكم - و هي جزؤه الذي يأتي في مقدمته - بصيغة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " - " بإسم الشعب الجزائري " ، من شأنه أن يُضفي على الحكم القضائي صفة الرسمية من حيث أنّه صادرا عن الدولة الجزائرية ، و صفة الشرعية من حيث أنّه صادر " بإسم الشعب الجزائري " . و من ثم فإنّ خلو الحكم القضائي من هذا التصدير ، من شأنه أن يمس بذاتية الحكم و شرعيته⁽¹⁾.

كما يُحسن لفت النظر ، إلى أنّ المشرع الجزائري قد فصل في المادتين 275 و 552 المذكورتين أعلاه بين عبارتي " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " و " بإسم الشعب الجزائري " ، بحيث جعل العبارة الأولى فوق العبارة الثانية ، للتدليل على تقديم سيادة الدولة على شرعية السند . خلافا لما كان معمولا به في ظل القانون الملغى ، الذي كان يُسوي في المادة 38 منه بين العبارتين في سطر واحد⁽²⁾ .

و إذا كان القانون قد أوجب تحت طائلة البطلان تصدير الأحكام و القرارات القضائية بعارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " - " بإسم الشعب الجزائري " ، إلّا أنّ الملاحظ أنّ الإجتهد القضائي للمحكمة العليا لم يستقر على هذا المبدأ ، إذ ذهب في بعض قراراته - كما سنرى - إلى التفرقة

¹- بخلاف بعض التشريعات المقارنة التي و إنّ أوجبت تصدير الأحكام بعارة بإسم الأمة أو الشعب ، إلّا أنّها لم تعتبرها بيانا إلزاميا ، و لم تُرتب البطلان على تخلفها ، كما هو الحال في التشريع المصري و اللبناي، و يفسر الفقه ذلك أنّ صدور الأحكام بإسم الأمة أو الشعب مكرسا بمقتضى دساتير هذه الدول ، و هو ما يعني أنّ صدور الحكم يفترض حتما أنّه صادر كذلك .

²- نصّت المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية الملغى على ما يلي : " تصدر الأحكام القضائية في جلسة علنية و تتضمن التصدير التالي : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - بإسم الشعب الجزائري " .

بين النسخ التنفيذية و النسخ العادية ، معتبرا أنّ صيغة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في تصدير الأحكام واجبة في النسخ التنفيذية دون النسخ العادية .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 04 جانفي 1984 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " لا تأثير على خلو النسخ العادية للأحكام و القرارات من التصدير " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " الذي يجب أن تتضمنه النسخ التنفيذية دون غيرها " .

كما قضت تطبيقا لذلك ، أنّ الخطأ في صيغة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " هو خطأ مادي قابل للتصحيح ، إذ جاء في قرار صادر عنها بتاريخ 03 أكتوبر 2007 ما يلي⁽²⁾ : " أنّ القرار المطعون فيه يتضمن في ديباجته خطأ عبارة " الجمهورية الجزائرية الشعبية الديمقراطية " عوض " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية " .

و لكن حيث أنّ الخطأ المذكور هو من قبيل الخطأ المادي الذي يمكن تداركه من طرف الجهة التي أصدرت القرار بطلب من يهمله الأمر ، و عليه فالفرع المثار غير مؤسس " .

ب- بيان الجهة القضائية المُصدرة للحكم

أوجب المشرع أن تشتمل ديباجة الحكم ، فضلا عن باقي البيانات ، على بيان خاص بإسم الجهة القضائية التي أصدرت الحكم ، و قد أفرد له نص المادتين 276 و 553 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فقضتا في فقرتهما الأولى بأنّه : " يجب أن يتضمن الحكم (القرار) ... الجهة القضائية التي أصدرته " .

و مؤدى المادتين ، أنّه يتوجب أن تتضمن ديباجة الحكم إسم الجهة القضائية التي أصدرت الحكم ، دون بيان مكانها ، على إعتبار أنّ بيان مكان الجهة القضائية المُصدرة للحكم ليس له أهمية جوهرية في الحكم بعد بيان إسمها⁽³⁾ .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 31416 ، الصادر بتاريخ 04-01-1984 ، منشور ب م ق لسنة 1989، ع 1 ص 48 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 398919 ، الصادر بتاريخ 03-10-2007 ، مشار إليه في : عبد السلام ذيب ، قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السابق ، ص 217 .

³- محمد أحمد عابدين ، المرجع السابق ، ص 702 .

و يقصد بالجهة القضائية في هذا المقام ، المحكمة و المجلس القضائي ، دون ذكر وزارة العدل مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطة القضائية و السلطة التنفيذية⁽¹⁾.

و من المعلوم أنّ القسم العقاري هو المختص كأصل عام في النظر في دعاوى إثبات الملكية العقارية حسب حكم الفقرة الخامسة من نص المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

ج- بيان أسماء و ألقاب و صفة القضاة الذين تداولوا في القضية

نصّت الفقرة الثانية من المادتين 276 و 553 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، صراحة على هذا البيان بقولها : " يجب أن يتضمن الحكم (القرار) ... أسماء و ألقاب و صفات القضاة الذين تداولوا في القضية " .

و يُفهم من هذا النص صراحة أنّ هذا البيان يعتبر جوهريا في ديباجة الحكم ، و إنّ كانت بعض الجهات القضائية تميل إلى ذكر تشكيلة القضاة الذين إشتراكوا في إصدار الحكم في ذيل القرار بعد المنطوق ، إلاّ أنّ ذلك لا ينفي عن كونه جزءا من الديباجة و ليس تابعا للمنطوق .

و عموما تظهر الحكمة من التنصيص على هذا البيان ، في الوقوف على ما إذا كان قد ثبت في حقّ أحد القضاة سبب من أسباب الرد أو التنحي أو أي مانع آخر .

و بالرغم من أنّ ظاهر النص أعلاه يُوحي بضرورة أن تتضمن ديباجة الحكم بيان أسماء و ألقاب و صفة القضاة الذين إشتراكوا في إصداره ، بغية الوصول إلى أحكام قضائية صائبة ، و الإبتعاد بالقاضي عن مظنة الميل و الشكوك . إلاّ أنّ المشرع لم يعتبره من البيانات الإلزامية التي يؤدي إغفالها إلى بطلان الحكم .

و يُفسّر الفقه هذا الموقف ، بأنّ المشرع قد يكون قد فعل ذلك لإعتقاده بإمكانية الإستدلال على هذه الاسماء و الألقاب و الصفات من توقيع القضاة على الحكم ، أو من خلال أوراق المحاكمة الأخرى كمحضر المحاكمة⁽²⁾ .

و الجدير بالإشارة إلى أنّه إذا كان المشرع قد رأى عدم ترتيب البطلان على إغفال هذا البيان ، فإنّ القضاء لم يتردد في إعتباره من البيانات الجوهرية التي يترتب على تخلفها بطلان الحكم .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 28 جوان 2000 و الذي جاء

¹- حمدي باشا عمر ، مبادئ القضاء في ظلّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر 2016 ، هامش 01 ، ص 290 .

²- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 478 .

فيه ما يلي⁽¹⁾ : " ذلك أنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين منه أنه لم يتضمن إسم المستشار المقرر لا في صلبه و لا في آخره عندما أشار إلى تشكيلة المجلس ، الأمر الذي يجعله مخالفا لقواعد إجرائية جوهريّة طبقا للمادتين 112 و 140 من ق . إ . م و بالتالي يُعرضه للنقض و الإبطال " .

د- بيان تاريخ النطق بالحكم

يُعدّ تاريخ النطق بالحكم من الأهمية بمكان ، إذ أنه بيان أساسي لصحة الحكم ، فهو يفيد في معرفة الوقت الذي تترتب إبتداء منه آثار الحكم و أهمها حجية القضية المحكوم بها ، كما أنّ من شأنه أن يفيد في بيان التاريخ الذي يبدأ منه إحتساب ميعاد الطعن ، في الحالات التي يبدأ فيها إحتساب هذا الإجراء من تاريخ صدور الحكم⁽²⁾ .

و رغم هذه الأهمية البالغة لهذا البيان ، إلا أنّ المشرع لم يُرتب البطلان على إغفاله ، بل أنه إكتفى بمجرد الإشارة إليه دون ترتيب أي جزاء على تخلفه . على حدّ تعبير حكم الفقرة الثالثة من نص المادة 276 ، و حكم الفقرة الرابعة من نص المادة 553 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " يجب أن يتضمن الحكم (القرار) ... تاريخ النطق به " .

و يُعلّل الفقه إتجاه موقف المشرع ، بأنّ هذا الأخير يكون قد فعل ذلك لإعتقاده بأنّ إستظهار تاريخ الحكم يكون دائما ممكنا عن طريق أوراق المحاكمة الأخرى⁽³⁾ .

و مهما يكن من أمر ، فإنّه بالرغم من أنّ المشرع لم يُرتب البطلان على تخلف أو إغفال هذا البيان ، إلاّ العمل القضائي مستقر كأصل عام على تضمين الحكم ببيان تاريخ إصداره بالأرقام و الأحرف تفاديا للأخطاء .

ه- بيان هوية الأطراف و وكلائهم

ورد النص على هذا البيان صراحة في الفقرة السادسة من نص المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و كذا الفقرة السابعة من نص المادة 553 من ذات القانون ، و اللتان جاءت صياغتهما على النحو التالي : " : يجب أن يتضمن الحكم (القرار) ... أسماء و ألقاب الخصوم و موطن كل منهم

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 197347 ، الصادر بتاريخ 28-06-2000 ، منشور ب الإيج ق لسنة 2004 ، ع خ ج 2 ، ص 258 .

²- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 478 .

³- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 479 .

و في حالة الشخص المعنوي تُذكر تسميته و طبيعته و مقرّه الإجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي " .

إنّ ما أَرادَه المشرع من هذا البيان هو التعريف بأشخاص و صفات من تتردد بينهم الخصومة في الدعوى تعريفاً نافياً للجهالة أو اللبس .

و حتى لا يكتف الغموض هوية أطراف الخصومة في دعوى إثبات الملكية ، فإنّه يتوجب ذكر أسماءهم و ألقابهم و صفاتهم (مدعى ، مدعى عليه ...) ، إلى جانب موطنهم أو محلّ إقامتهم ، مع الإشارة إلى حضورهم أو غيابهم لما في ذلك من ترتيب أحياناً لقابلية الحكم للطعن فيه بطريق الإعتراض في حالة تخلف أحد الخصوم عن الحضور ، مع ذكر أيضاً أسماء وكلائهم من المحامين و الإشارة إلى عناوينهم المهنية على غرار قرارات المحكمة العليا⁽¹⁾ .

أمّا إذا تعلق الأمر بشخص معنوي ، فإنّه يتعيّن ذكر بشكل أوضح و أكثر دلالة تسميته و طبيعته و مقرّه الإجتماعي ، و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي .

2- بيانات الدباجة غير الإلزامية

يحسن لفت الإنتباه بعد أن أنهينا الكلام عن البيانات الإلزامية الخاصة بالدباجة ، أن نشير إلى أنّ العمل القضائي مستقرّ كأصل عام ، على ذكر بعض البيانات غير الإلزامية - غير منصوص عليها قانوناً - في هامش الأحكام و القرارات القضائية ، و من بين هذه البيانات نذكر منها : رقم الجدول أو ما يعرف برقم القضية ، رقم الفهرس ، تاريخ صدور الحكم بالأرقام ، مبلغ الرسم المستحق لفائدة الخزينة العمومية و أسماء و ألقاب الخصوم .

بيّن من كل ما تقدم أنّ بيانات الدباجة ، حسب نصي المادتين 276 و 553 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لا تعتبر من البيانات الجوهرية ، و إنّما هي لا تعدوا أن تكون مجرد بيانات نصّ المشرع على وجوب تصدير الحكم بها دون ترتيب أي جزاء على تخلفها ، بل أنّه نصّ في المادة 283 من ذات القانون على أنّ إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الحكم لا يترتب عليه بطلانه إذا ثبت من وثائق ملف القضية أو من سجلّ الجلسات أنّه تمّ فعلاً مراعاة القواعد القانونية .

¹- تراجع الفقرة 07 من المادة 276 من ق . إ . م . إ .

- و تراجع في نفس السياق الفقرة 08 من المادة 533 من ق . إ . م . إ .

و الحقيقة أنّ هذا التعليل غير صائب ، إذ ينبغي أن يكون مفهوما ، أنّ إغفال أو عدم صحة أحد البيانات المقررة لصحة الدّيباجة من شأنه أن يشكل تعطّيلا لنفاذ الحكم ، و يؤلّد خصومات قضائية فرعية تتعلّق بالتفسير و بإشكالات التنفيذ ، ممّا يُرهق كاهل القضاء ، و يبعث روح اليأس لدى المتقاضين . كما ننبه هنا أيضا إلى أنّه غالبا ما يترك القضاة أمر تحرير الدّيباجة لأمناء الضبط ممّا يسفر عن وقوع أخطاء من شأنها أن تؤدّي لا محالة إلى عرقلة السير الحسن لمرفق العدالة ، و إرهاب كاهل المتقاضين في اللّجوء إلى دعاوى تصحيحية . و المعوّل عليه في تطلب القاضي إستدراك هذه الأخطاء و تصويبها قبل إمضاء الحكم .

ثانيا : الوقائع - Les Faits -

يقصد بالوقائع في مفهوم قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ذلك الجزء من الحكم أو القرار الذي تُدرج فيه وقائع القضية -Les moyens ou exposés des demandes et des faits- باختصار ، مع بيان طلبات الأطراف و ما قدّمه من وسائل إثبات أو دفاع .

فبالنسبة للقضايا العقارية عموما يكون من المنطقي أن تكون بداية ذكر الوقائع : بذكر تاريخ إيداع العريضة الإفتاتحية للدعوى ، و إسم المدعي (المدعين) و لقبه ، مع الإشارة إلى إسم محاميه و لقبه كما يُراعى عند ذكر الوقائع ضرورة بيان العناصر الدالة على هوية العقار ، و على الأخص بيان طبيعته القانونية ، ما إذا كان العقار واقعا في منطقة حضرية أو ريفية ، و ما إذا كان مفرزا ، أو يخضع لنظام الملكية المشتركة أو الشائعة ، مع تحديد موقعه و مساحته و حدوده و مشتملاته ، فإن كان عقارا فلاحيا و جب ذكر إسم البلدية ، رقم القطعة ، و مخططات التحقيق إن وُجدت ، و إن كان عقارا حضريا و جب تحديد طبيعته من حيث كونه مبني أو غير مبني ، مع ذكر إسم البلدية الواقع فيها العقار ، القسم الشارع و الرقم إن وجد . كما يُراعى عند بيان هوية العقار أيضا ، ضرورة تحديد نوع السند الذي يتمسك به المدعي لإثبات ملكيته ، أو حيازته للعقار ، و مراجع إشهاره إذا كان مشهرا .

كما يُراعى عند ذكر الوقائع أيضا ، ضرورة تلخيص أقوال المدعي (المدعين) ، مع ذكر طلباته كما هي دون تصرف و لو بأخطائها .

ليأتي فيما بعد ذكر ما جاء في المذكرة الجوابية للمدعى عليه (المدعين عليهم) من مناقشة و دفع و طلبات بالتفصيل و دون تصرف أيضا .

و عموما تظهر أهمية ذكر وقائع الدعوى في الحكم المثبت للملكية العقارية ، فضلا عن تحديد المراكز القانونية لأطراف الخصومة ، في أنّها تُظهر مختلف مراحل الخصومة التي تسبق الحكم ، و معرفة ما إذا

كانت الإجراءات الأساسية قد إتبعت و أنّ جميع حقوق الدّفاع قد وقع إحترامها ، كما أنّ من شأنها - الوقائع - أن تسمح لجهات النقض - المحكمة العليا ، مجلس الدولة - من بسط رقابتها على الأحكام و القرارات التي تُعرض عليها من خلال مراقبة ما إذا كان القضاة قد إحترموا حدود النّزاع و لم يُجاوزوه و أنّهم تقيّدوا بطلبات الخصوم و دفعهم ، و إتخذوا جانب الحياد في توجيه الإجراءات و إحترم قواعد الإثبات⁽¹⁾ .

بيّن بوضوح ممّا تقدم أنّ بيان الوقائع في الأحكام و القرارات القضائية المثبتة للملكية العقارية أمر أكثر من ضروري ، لذلك أوجب المشرع أن يشتمل هذا الجزء من الحكم على عرض لموضوع النّزاع و طلبات الخصوم ، و بيان إجراءات الدعوى إبتداءً من إعلان عريضة إفتتاح الدعوى إلى تاريخ النطق بالحكم⁽²⁾ .

و قد جاء في هذا المعنى حكم المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بشكل أوضح و أكثر دلالة ، إذ إستلزم أن يستعرض الحكم بإيجاز وقائع الدعوى و طلبات و إدعاءات الخصوم و وسائل دفاعهم . و قد تم التأكيد على ذلك بعموم أحكام المادة 553 من ذات القانون بالنسبة لقرارات المحكمة العليا .

و لم يشذ القضاء الجزائري عن هذا المبدأ ، إذ أكّد في عدّة قرارات له كما سنرى ، على ضرورة أن يشتمل الحكم على عرض مختصر لموضوع النّزاع ، و موجز لما قدّمه الخصوم من طلبات و دفع دون أي تحوير أو تعديل .

و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 20 جانفي 1973 جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " من المقرر قانونا أنّه ليس من حق القاضي أن يقوم من تلقاء نفسه بتعديل موضوع النّزاع أو أسبابه أو وقائعه ، و أنّه يجب عليه أن يعرض مقالات الخصوم على حقيقتها "

¹- يحي بكوش ، الأحكام القضائية و صياغتها الفنية ، المرجع السابق ، ص 35 ، 36 .

²- إدريس العلوي العبدلاوي ، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي ، القواعد العامة لوسائل الإثبات ، الكتابة - الشهادة - القرائن - الإقرار - اليمين ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 1402-1981 ، ص 149 .

³- قرار م الأ ، ملف رقم 6655 ، الصادر بتاريخ 20-01-1973 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر مبادئ القضاء في ظلّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السابق ، ص 290 .

و أيضا ما قضى به في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 30 جانفي 1974 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: " من المقرر قانونا ، أنه يجب على القضاة أن يذكروا الوقائع التي يفصلون فيها قبل أن يطبقوا عليها المبادئ المناسبة لها " .

و أيضا ما قضى به في قرار آخر صادر عنه بتاريخ 25 جوان 1975 جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا ، أنّ إدراج مختصر وجيز من الوقائع هو واجب ، و يترتب على الإخلال بهذا المبدأ بطلان الحكم " .

يتبين من هذه القرارات أنّ الإجتهد القضائي مستقر على وجوب تضمين الأحكام و القرارات القضائية عرض موجز لوقائع الدعوى ، و أسانيد الخصوم دون تعديل أو تحريف .

ثالثا : التسبيب - La motivation -

معنى تسبيب الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، بيان ما أقنع القاضي بما قضى به في ثبوت الملكية ، و من ثم فهو يشتمل على الأدلة و الأسانيد أو الحجج الواقعية و القانونية التي بنى عليها الحكم .

و يكاد يجمع الفقه على أنّ في تسبيب الأحكام ضمان لعدم تحيّر القضاة في قضائهم ، و مظهر لقيامهم بما عليهم من واجب تدقيق النظر في أسانيد الخصوم و إدعاءاتهم ، ناهيك عن تمكين جهات النقض من بسط رقابتها على صحة تطبيق القانون على الوقائع ، على إعتبار أنّ هذه الرقابة لا تحقق إلاّ إذا كانت الأحكام مسببة تسبيبا واضحا و كافيا .

و عموما فقد أوجب المشرع تسبيب الأحكام قبل النطق بها ، في نص المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " لا يجوز النطق بالحكم إلاّ بعد تسببيه و يجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع و القانون ، و أن يشار إلى النصوص القانونية المطبقة ... و يجب أن يرد على كل الطلبات و الأوجه المثارة "⁽³⁾.

¹- قرار م الأ ، ملف رقم 10690 ، الصادر بتاريخ 30-01-1974 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر مبادئ القضاء في ظلّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السابق ، ص 290 .

²- قرار م الأ ، ملف رقم 11985 ، الصادر بتاريخ 25-06-1975 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر مبادئ القضاء في ظلّ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، المرجع السابق ، ص 290 .

³- يراجع في نفس السياق ، نص المادة 11 من ق . إ . م . إ

- و يراجع أيضا ، نص المادة 554 من ق . إ . م . إ

و شرح ذلك يتلخص ، في أنّ المحكمة ملزمة بتضمين الحكم المثبت للملكية العقارية ، الأدلة المادية و القانونية التي إستندت إليها في تكوين عقيدتها عند الفصل في أصل الحق العيني العقاري ، و لا يتحقق ذلك إلاّ بالفحص الدقيق للسندات المقدمة كدليل لإثبات الملكية ، و التكيف الصحيح للوقائع و الإشارة إلى النصوص القانونية المطبقة على النزاع ، و الردّ على الإدعاءات المثارة .

لذلك فإنّه يتوجب على المحكمة أن تُبيّن في حكمها القاضي بإثبات الملكية العقارية ، طلبات الخصوم و سند كل منهم ، و أن تذكر ما إستخلص ثبوته من الوقائع ، و طريق هذا الثبوت ، و ما الذي طبّقه من نصوص قانونية ، فإنّ قصر أو إنعدام ذلك عدّ الحكم باطلا و تعيّن نقضه .

و هذا ما أكّدته المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 06 مارس 1985 جاء فيه ما يلي (1) : " أنّ الذي أعابه بالقصور في التسبيب و إنعدام الأساس القانوني لكون القرار المنتقد لم يجب عن الدفع المثار من الطاعنين حول ملكيتهم للعقار موضوع النزاع بموجب حكم 1941-02-21 .

حيث يتضح فعلا من القرار المنتقد أنّه لم يناقش إطلاقا الوثيقتين المحتج بهما من الطاعنين و المؤرختين بتاريخ 1941-02-21 و 1973-04-11 و لم يبرز أبعادهما مع أنّ لهما أهميتهما في الموضوع و تكون بذلك جهة الإستئناف و دون حاجة لمناقشة سائر الأوجه قد أشابت قرارها بالقصور في التسبيب و عرضته للنقض " .

فينبغي أن يكون مفهوما إذن ، أنّ المحكمة ملزمة في دعاوى إثبات الملكية العقارية بفحص السندات و الوثائق التي تُقدّم لها ، و الردّ على أدلة الخصوم الجوهرية و طاباتهم الأساسية ، و بيان و إيضاح الحجج و الأدلة التي بنت عليها حكمها .

و هو ما يعني أنّه في حالة عدم كشف المحكمة عن السبب أو الأسباب التي أبدت أثناء نظر الدعوى فإنّ الحكم يكون معيبا بإنعدام التسبيب ، و صورته أن يكون هناك تناقض بين أسبابه ، كأن تؤكّد المحكمة في أسباب حكمها في نزاع حول إثبات ملكية عقار أنّه مملوك للمدعي ، ثم تذكر في موطن آخر من الأسباب أنّه من الأملاك العقارية العامة أو من قبيل العقارات الموقوفة . و إذا تضمنت أسباب الحكم هذا التناقض فإنّه يفسد الحكم ، بل و تتماهى به الأسباب بحيث لا يبقى بعدها ما يمكن حمل الحكم عليه .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 35357 ، الصادر بتاريخ 06-03-1985 ، منشور ب م ق لسنة 1990، ع 1 ص 28 .

أما إذا تناقضت أسباب الحكم مع منطوقه تناقضا تاما ، كأن تقضي المحكمة بتقرير الحيابة ، و يجيء في أسباب حكمها عدم توافر عناصر الحيابة ، فإنّ الحكم يعتبر خاليا من الأسباب .
أما إذا وقع في أسبابه خطأ في القانون ، فإنّ ذلك لا يبطل الحكم طالما أنّ هذا الخطأ لم يؤثر في النتيجة التي إنتهى إليها⁽¹⁾ .

رابعا : المنطوق

يقصد بمنطوق الحكم المثبت للملكية العقارية نص ما قضت به المحكمة في دعوى الملكية و في الطلبات المطروحة عليها بشأن إثبات ملكية أو حيابة العقار المتنازع فيه . كالقول بأنّ العقار محل النزاع مملوك للمدعي ، أو بإلزام المدعى عليه برد العين محل النزاع إلى المدعي ، أو بإسترداد المالك لعقاره من الحائز ، أو القول بأنّ الحيابة المدعى بها هي حيابة هادئة و مستمرة و لا يشوبها أي غموض أو لبس .

و لأنّ هذا الجزء من الحكم هو الذي تتمثل فيه الحقيقة القضائية ، و قرار القاضي بمنح الحماية القضائية ، فيجب أن يرد بصيغة الحكم و الفصل نتيجة لبحث و موازنة ، بمعنى أن تكون المرافعة قد تناولته ، و أن تكون المحكمة قد حققتة ، و أن يكون هذا المنطوق مستندا إلى أسباب كافية لحمله⁽²⁾ .
و بإعتبار أنّ الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية سينتهي حتما بإيداعه لدى الموثق لإفراغه في شكل نموذجي ، قصد شهره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل النزاع ، فإنّ المعول عليه في هذا الصدد هو تطلب القاضي تحديد العناصر و المعلومات الخاصة بهوية العقار تحديدا دقيقا لتسهيل عملية إشهاره ، إذ الملاحظ - كما سبق و أشرنا - أنّ أغلب منطوقات هذه الأحكام لا تحتوي على البيانات التي يتطلبها التنظيم المعمول به في مجال الشهر العقاري .

¹- محمد أحمد عابدين ، المرجع السابق ، ص 672 .

- و يراجع في نفس السياق ، طاهري حسين ، تسبب الأحكام القضائية مدعما بإجتهد القضاء المقارن ، دار هومه الجزائر ، 2014 .

²- عصمت عبد المجيد بكر ، أصول الإثبات ، دراسة في ضوء أحكام قانون الإثبات العراقي و التشريعات المقارنة و التطبيقات القضائية و دور التقنيات العلمية في الإثبات ، ط 1 ، إثراء للنشر و التوزيع ، مكتبة الجامعة ، الأردن 2012 ، ص 368 و 369 .

المبحث الثاني : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

حتى يتسنى لنا تفصيل مسألة حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية على نحو دقيق ، فإنّه يلزم بداءة الوقوف على معنى الحجية في دعوى الملكية العقارية ، و الشروط الواجب توافرها للدفع بها ، ثم بيان مدى نطاق هذه الحجية في دعوى إثبات الملكية .

و للإلمام بمجمل العناصر التي يتطلبها هذا المبحث ، إرتأينا تقسيمه إلى مطلبين حيث خصصنا المطلب الأول لدراسة المقصود بالحجية في دعوى الملكية العقارية و بيان شروط التمسك بها ، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لبحث نطاق حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية .

المطلب الأول : المقصود بالحجية في دعوى الملكية و شروط التمسك بها

إنّ الحديث عن المقصود بالحجية في دعوى الملكية العقارية ، و كيفية التمسك بها ، يستدعي تحديد معنى الحجية في دعوى الملكية العقارية في فرع أول ، ثم بيان شروط التمسك بها في فرع ثان .

الفرع الأول : معنى الحجية في دعوى الملكية العقارية

إنّ تعبير حجية الشيء المقضي فيه أو قوة الأمر المقضي به كما يسميها القانون الجزائري ، أو حجية القضية كما يسميها بعض الفقه⁽¹⁾ ، يدل في لغة القانون على أمر تم الفصل فيه بموجب حكم قضائي⁽²⁾ فالحجية في دعوى الملكية العقارية تعني أنّ ملكية العقار التي فصل فيها الحكم لم تعد متنازعا عليها و ينبنى على ذلك ، أنّه لا يجوز لمن كان طرفا في دعوى الملكية العقارية أن يعود إلى المنازعة فيها مرّة أخرى ، فإن حدث ذلك ، فعلى المحكمة أن تقضي بعدم قبول الدعوى لسبق الفصل فيها دون أي بحث في موضوعها مرّة أخرى ، مهما قُدّم لها من مستندات و أدلة . على حدّ تعبير صدر المادة 338 من القانون المدني : " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به⁽³⁾ تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ... " .

¹- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 484 .

²- إدريس العلوي العبدلاوي ، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي ، المرجع السابق ، ص 138 .

³- لم يوفق المشرع الجزائري عند صياغته لصدر الفقرة الأولى من نص المادة 338 من ق . م : " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به " و هو يقصد بذلك " حجية الشيء المقضي فيه " ، و يرجع سبب عدم التوفيق إلى إختلاف مدلول لفظ " الحكم القطعي " و " الحكم النهائي " باللّغة الفرنسية عن مدلوله باللّغة العربية .

فالحكم القطعي - définitif - تثبت له الحجية - autorité - ، و " الحكم النهائي " - définitif - تثبت له القوة - force - فوق الخلط في إستعمال لفظ - définitif - بمعنى " القطعي " و " النهائي " في وقت واحد ، بينما يسهل التمييز في اللّغة العربية بين " الحكم القطعي " و الذي يحوز الحجية دون القوة ، و " الحكم النهائي " الذي إستنفذ طرق الطعن العادية

يبرز من النص أعلاه أنّ حجية الشيء المقضي فيه أو قوة الأمر المقضي به ، قاعدة موضوعية مؤداها اعتبار الحكم قرينة على مطابقة الثابت به للحقيقة الواقعة ، لا يجوز دحضها إلا بإحدى الطرق المقررة للطعن في الأحكام .

من هذا المنطلق يمكن تحديد معنى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، بأنه إذا صدر حكم في دعوى إثبات الملكية ، فإنّ القانون يعتبر هذا الحكم سنداً للملكية⁽¹⁾ ، حتى ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع . أمّا إذا ما أُريد ترتيب آثار على ما قضى به هذا الحكم ، فلا يسع القضاء سوى التسليم به دون بحث مجدد في مسألة إثبات الملكية .

و يُوضح الفقه ذلك بالمثال التالي : إذا صدر حكم بتقرير الملكية ل (أ) و إلزام (ب) بردّ العين المغتصبة إلى المالك ، فلا يجوز بعد صدور هذا الحكم أن يرفع (ب) دعوى على (أ) مدعياً أنّه هو المالك . فإنّ رفع مثل هذه الدعوى ، فإنّها تكون غير مقبولة . و من ناحية أخرى ، إذا رفع (أ) دعوى على (ب) يُطالبه بالتعويض عن الضرر الذي أحدثه في العين ، فليس للمحكمة أن تبحث فيما إذا كان (أ) مالكا للعين أم لا ، بل عليها أن تسلّم بالتقرير الذي تضمنه الحكم الأول في هذا الخصوص⁽²⁾ .

و عموماً يترتب على ثبوت حجية الشيء المقضي فيه أو قوة الأمر المقضي به للحكم أو القرار القضائي المثبت للملكية العقارية نتائج عدّة ، أهمها صلاحيته للتنفيذ و صلاحيته لنقل الملكية العقارية .

الفرع الثاني : شروط التمسك بالحجبة في دعوى الملكية العقارية

لا يمكن الحديث عن حجبة الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، إلاّ بالتسليم ابتداءً بتوافر وحدة ثلاثية للأطراف و الموضوع و السبب . على حدّ تعبير حكم الفقرة الأولى من نص المادة 338 من قانون المدني : " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق و لا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ، و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم (أي وحدة الخصوم) ، دون أن تتغيّر صفاتهم و تتعلّق بحقوق لها نفس المحل (أي وحدة الموضوع) و السبب (أي وحدة الأساس القانوني) " .

= و تثبت له " الحجية " و " القوة " معا . يراجع لأكثر تفصيل ، عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 342 هامش 2 ، ص 632 و 639 .

¹ - و هذا بعد إفراغه في شكل نموذجي محرر بمعينة موثق ، و تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع و شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً من أجل قيد الحق - حق الملكية - الذي يتناوله .

² - نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 485 .

الظاهر من النص أعلاه ، أنه لا يمكن بحال من الأحوال التمسك بالحجية في دعوى الملكية العقارية إلا بتوافر شروط ثلاث هي : وحدة الخصوم ، وحدة المحل أو الموضوع و وحدة السبب . فإن تخلف أحدها ، أمكن إعتبار الدعوى المبتدأة (الجديدة) مغايرة لدعوى الملكية التي سبق نظرها ، و كان دفعها بحجية الشيء المحكوم فيه غير جائز . أمّا إذا إجتمعت الشروط الثلاثة أعلاه جميعها ، ثبتت وحدة النزاع ، و جاز عندئذ دفع دعوى الملكية المبتدأة بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها .

و لأجل ما تقدم يبدو من الضروري الوقوف على معنى كل من هذه الشروط حسب الترتيب الذي وردت به في صلب المادة المذكورة أعلاه .

أولا : وحدة الخصوم في دعوى الملكية العقارية

لمّا كانت الحجية في دعوى الملكية العقارية هي حجية نسبية ، لا تعدو الخصوم فيها إلى غيرهم ، أي لا تسري إلاّ على الخصوم في دعوى الملكية التي صدر فيها الحكم ، رأى المشرع أنّه للتمسك بحجية هذا الحكم في دعوى جديدة متعلقة بذات موضوع الدعوى الأولى - إثبات الملكية العقارية - أن يكون الخصوم في الدعوى الجديدة هم أنفسهم الذين كانوا في دعوى الملكية السابقة .

و المراد بإتحد الخصوم في هذا المقام هو إتحداهم قانونا لا طبيعة⁽¹⁾ ، أي أن يتحد الخصوم بصفاتهم لا بأنفسهم . على حدّ تعبير صدر الفقرة الأولى من نص المادة 338 من القانون المدني : " ... لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغيّر صفاتهم ... " .

و تفرّعا على ذلك ، فإنّه لا يشترط أن يكون الخصوم في دعوى إثبات الملكية العقارية ، هم بأنفسهم الذين حضروا في الدعوى ، بل يكفي أن تتحد صفاتهم القانونية التي حضروا بها ، كما لو كان المالك ممثلا بمحام مثلا في دعوى إسترداد ملكيته لعقار و رفضت دعواه ، فلا يصح له أن يُجدها و الحضور بنفسه أمام المحكمة بحجة أنّه شخص آخر غير المحامي ، وكذلك العكس إذا حضر في الدعوى بنفسه لا يصح له أن يجدها بتوكيل محام يحضر بالنيابة عنه⁽²⁾ .

و كذلك إذا رفضت دعوى الملكية المرفوعة من قبل ولي القاصر أو المحجور عليه ، لم يجز بعد ذلك للقاصر بعد بلوغ سن الرشد أو المحجور عليه بعد رفع الحجر عنه أن يرفع دعوى جديدة تتحد مع الأولى موضوعا و سببا إعتادا منه على إختلاف الأشخاص في الدعويين ، و ذلك لأنّ الحكم الذي يصدر

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 364 ، ص 676 .

² - أحمد نشأت ، رسالة الإثبات ، الإقرار - اليمين - القرائن بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به - المعاينة ، ج 2 ، بدون دار النشر ، 2008 ، ص 310 .

في مواجهة النائب (الولي) يلزم الأصيل (القاصر أو المحجور عليه) لا النائب (الولي) ، إذ أنّ الأصيل (القاصر أو المحجور عليه) هو الذي يعتبر الطرف الحقيقي في النزاع⁽¹⁾ .

أمّا بالنسبة للخلف العام و هم ورثة الخصوم ، فإنّهم لا يعتبرون من الغير ، و يسري في حقهم حكم الخصوم أنفسهم من حيث سريان حجية الشيء المقضي فيه ، على إعتبار أنّهم ممثلين في الدعوى الأولى في شخص سلفهم (مورثهم)⁽²⁾ .

و كما تسري حجية الحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية في مواجهة طرفي الخصومة و خلفهم العام ، تسري أيضا في مواجهة دائني الخصوم ، و هم الدائنون العاديون الذين ليس لهم سوى الضمان العام المقرر لحقوقهم على ذمة مدينهم المالية ، فيعتبرون في حكم الخلف العام و يكون الحكم الصادر ضدّ مدينهم حجة عليهم ، إذا لم يكن قد صدر من المدين ما يعتبر تواطؤا على الإضرار بحقوقهم ، و إلاّ فيعتبرون من الغير ، و لا يكون ذلك الحكم حجة عليهم⁽³⁾ .

و قصارى القول بالنسبة لشرط وحدة الخصوم في دعوى الملكية العقارية ، أنّ الخصوم و خلفهم - الخلف العام أو الخاص - وحدهم ، لا الغير ، هم الذين يتمتع عليهم مبدئيا ، و مع الإحتفاظ بسلوك طرق الطعن ، المنازعة من جديد فيما قضى فيه الحكم الفاصل في إثبات الملكية العقارية .

و على ذلك ، إذا فصل في دعوى الملكية ، بحكم لمصلحة واحد من الخصمين ، فلا يصح للخصوم و خلفهم - الخلف العام أو الخاص - بإعتبارهم ممثلين في الدعوى الأولى في شخص مورثهم (سلفهم) تجديد المنازعة للمطالبة بملكية العقار التي سبق الفصل فيها ، فإن حدث ذلك ، أمكن الخصم الذي تقررت ملكيته للعقار الدفع برفض الدعوى لسبق الفصل فيها ، غير أنّ ذلك لا يحول دون مطالبة شخص غيرهما - الخصوم و خلفهم - بملكية العقار الذي رفعت الدعوى الأولى بشأنه ، و في هذه الحالة لا يمكن للخصم الذي تقررت ملكيته للعقار في الدعوى الأولى دفع الدعوى المبتدأة (الجديدة) بحجية الشيء المقضي فيه ، لأنّ رافعها لم يكن خصما في الدعوى الأولى ، إذ من الوارد أن يستطيع هذا شخص أن يثبت أنّه المالك الحقيقي للعقار ، و من ثمّ فلا يصح أن يسري في حقّه الحكم السابق و لا أن يحتج به عليه .

¹ - سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 1074 ، ص 1008 .

² - جميل الشرقاوي ، المرجع السابق ، ص 159 .

³ - سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 1074 ، ص 1009 .

ثانيا : وحدة الموضوع في دعوى الملكية العقارية

موضوع الدعوى في الملكية العقارية هو إثبات ملكية العقار محل النزاع ، و على ذلك فلا يكون للحكم حجبية الشيء المقضي فيه ، إلا بالنسبة لذات الحق - حق الملكية - الذي سبق و أن طلبه الخصم . فإذا رفعت دعوى جديدة على أساس إثبات ملكية العقار ذاته ، أمكن دفعها بحجبية الشيء المقضي فيه لسبق الفصل فيها ، كما لو فصلت المحكمة في دعوى إستحقاق الملكية ، بتقرير ملكية العقار للمالك و قام الخصم الذي رفضت دعواه الأولى (دعوى الملكية) بتجديد دعواه لإسترداد ملكية هذا العقار مستندا فيها إلى ذات الأسباب الأولى ، ففي هذه الحالة يجوز للمالك الذي تقررت ملكيته للعقار دفع الدعوى الجديدة بحجبية الشيء المقضي فيه لسبق الفصل فيها .

و بمعنى آخر، فإنه يشترط للدفع بسبق الفصل لإتحاد الموضوع في الدعويين ، أن يكون موضوع الدعوى الجديدة - و هو إثبات ملكية العقار - هو ذاته الذي فصل فيه الحكم السابق ، أي أن يكون الحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية ، قد فصل بصفة قطعية في مسألة ملكية العقار لأحد الخصمين بعد أن تناقشا فيها ، و إستقرت حقيقتهما إستقرارا يمنع من إعادة طرحها و مناقشتها و البت فيها بحكم ثان . أما إذا اختلفت الطلبات في الدعويين فلا تحقق وحدة الموضوع ، و لو كانت الدعويان متعلقين بذات العقار ، كما لو رفعت دعوى ملكية قطعة أرضية فرفضت ، فإنّ هذا لا يمنع من تجديد الدعوى من نفس المدعي للمطالبة بحق إرتفاق أو حق إنتفاع على ذات القطعة الأرضية ، لأنّ ما طلبه المدعي ليس واحد في الدعويين . بخلاف ما لو عاد ، بعد أن رفضت دعواه الأولى (دعوى الملكية) ، و طلب من جديد الحكم له بالملكية ، و مستندا إلى نفس الأسباب الأولى ، فإنّ للخصم الذي تقررت ملكيته للقطعة الأرضية أن يدفع في هذه الحالة - كما سبق و قدمنا - بحجبية الشيء المقضي فيه مستندا إلى الحكم الأول القاضي بتقرير ملكيته للقطعة الأرضية .

كما يُحسن لفت النظر هنا ، إلى أنّ المشرع قد منع بموجب المادة 527 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجمع بين دعوى الملكية و دعوى الحيازة بقولها : " لا يجوز للمحكمة المطروحة عليها دعوى الحيازة أن تفصل في الملكية " .

و مؤدى هذا النص ، أنّه لا يجوز للمحكمة المعروضة عليها دعوى الحيازة أن تفصل في دعوى الملكية على إعتبار أنّ الأولى تهدف إلى حماية الحائز أي حماية الحيازة بحدّ ذاتها و بالإستقلال عن أصل حق الملكية أو أصل الحق العيني الذي هو موضوع الحيازة ، و الثانية تهدف إلى حماية أصل حق الملكية العقارية ، و بصورة أعم أصل الحق العيني المترتب على العقار .

و نحن من جانبنا نرى ، أنّه من باب تعميم الفائدة ضرورة تبيان النتائج المترتبة على قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الملكية و دعوى الحيازة ، بالنسبة للمحكمة المطروحة أمامها الدعوى ، و بالنسبة للمدعي و المدعى عليه . لأنّه كثيرا ما يقع الخلط بين الدعويين ، أثناء نظر المحكمة في الدعوى . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

1- بالنسبة للمحكمة النازرة في الدعوى

لا يجوز للمحكمة المطروحة أمامها دعوى الحيازة أن تفصل في دعوى الملكية ، و هو ما يعني أنّه إذا رفع حائز العقار دعوى حيازة يُطالب بمقتضاها بمنع الغير من التعرض له ، فلا يحق للمحكمة أن تبحث أصل الحق العيني العقاري ، و إنّما يتوجب عليها الإكتفاء بمناقشة مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون للقول بالحيازة دون الخوض في مسألة الملكية ، فإن توافرت شروطها وجب القضاء بمنع التعدي . كما لا يحق للمحكمة تعليل الحكم الذي تصدره في دعوى الحيازة بحيثيات تتعلّق بأصل الملكية كما لو قررت مثلا تقرير الحيازة للمدعي معلة حكمها بأنّ المدعي أثبت ملكيته للعقار ، أو قررت ردّ دعوى المدعي بحجة أنّ التعرض الذي أقدم عليه المدعى عليه ليس إلا ممارسة لحق ملكيته ، فمثل هذا التعليل يُعدّ ضربا من ضروب الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الملكية ، يتعيّن على المحكمة تفاديه و إلاّ كان حكمها مخالفا للقانون و عرضة للطعن بالنقض⁽¹⁾ .

2- بالنسبة للمدعي

إذا أقام المدعي دعوى حيازة ، فلا يجوز له الجمع بينها و بين المطالبة بملكيته للعقار محل الحيازة و إلاّ إعتبر متنازلا عن دعوى الحيازة ، فيسقط حقّه في ممارستها ، و قد وجد المشرع أن يُنبه إلى ذلك فقرر في المادة 529 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا تقبل دعوى الحيازة ممّن سلك طريق دعوى الملكية " .

و عدم قبول دعوى الحيازة يبقى قائما حتى و لو في قضايا مختلفة . على حدّ تعبير قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 25 مارس 1992 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المقرر قانونا أنّ دعوى المطالبة بحيازة لا تقبل ممّن يسلك طريق المطالبة بالملكية و لو في قضايا مختلفة ، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يُعدّ مخالفا للقانون .

¹- مأمون الكزبري و إدريس العلوي العبدلاوي ، المرجع السابق ، ص 188 .

²- قرار م ع غ م ، ملف رقم 87672 ، الصادر بتاريخ 25-03-1992 ، منشور ب م ق لسنة 1993، ع 4 ص 33 .

و لما كان من الثابت في قضية الحال ، أنّ قضاة الموضوع إقتصروا في تفسير المادة 418 من ق . إ . م على أساس عدم جواز الجمع بين دعوى المطالبة بحق الملكية و حق الحيازة في نفس القضية ، مع السماح بغير ذلك ، فإنّهم يكونون بقضائهم أخطأوا في تطبيق القانون " .

3- بالنسبة للمدعى عليه

يتوجب على من إدعى عليه في دعوى الحيازة ألاّ يردّ إلاّ في نطاق هذه الدعوى ، كأن ينفي مثلا فعل التعدي المنسوب إليه ، أو أن يدعي هو بدوره لحيازته للعقار محل النزاع .

و بعبارة أخرى ، لا يسوغ للمدعى عليه دفع دعوى الحيازة بدفوع أو طلبات مقابلة يستمدّها من جوهر الحق (حق الملكية) ، لأنّ من شأن ذلك أن يُخرج دعوى الحيازة عن إطارها الأصلي الذي يجب يبقى محصورا بالحيازة ليس إلاّ . و تطبيقا لذلك إذا تقدم المدعى عليه بمثل هذه الدفوع أو الطلبات⁽¹⁾ ، سقط إدعاؤه بالحيازة ، إذ لا تقبل دعوى الحيازة - كما سبقا و قدمنا - ممّن سلك طريق دعوى الملكية .

و عموما للمالك ، أن يصرف النظر عن دعوى الحيازة ، و يتقدّم توّا بدعوى الملكية ، كما له أن يتقدم فيما بعد أن يصير الحكم نهائيا في دعوى الحيازة ، بدعوى الملكية للنظر في جوهر الحق العيني العقاري أو حق الملكية . على حدّ تعبير حكم الفقرة الأولى من نص المادة 530 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية : " لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية ، إلاّ بعد الفصل نهائيا في دعوى الحيازة . و إذا خسرها فلا يجوز له أن يطالب بالملكية إلاّ بعد إستكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضدّه " .

أمّا إذا رأت المحكمة أنّ التأخير في تنفيذ الحكم المقرر للحيازة راجعا إلى فعل المحكوم له ، جاز لها تحديد أجل لتنفيذ الحكم ، و قبول دعوى الملكية بعد إنقضاء هذا الأجل ، و قد رأى المشرع أن يُنبه إلى ذلك ، فقرر في الفقرة الثانية من المادة 530 من ذات القانون: " و مع ذلك إذا كان تأخير التنفيذ راجعا إلى فعل المحكوم له ، فإنّه يجوز للقاضي الفاصل في دعوى الملكية أن يحدد أجلا للتنفيذ و يقبل دعوى الملكية بعد إنقضاء هذا الأجل " .

¹- مأمون الكزبري و إدريس العلوي العبدلاوي ، المرجع السابق ، ص 187 .

ثالثا : وحدة السبب في دعوى الملكية العقارية

لا يكفي لقبول الدفع بحجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، إتحاد الخصوم ، و إتحاد الدعيين في موضوعهما ، و إنما يشترط فوق ذلك أن تتحدا في سببهما أيضا . أي أن تكون الدعوى المبتدأة (الجديدة) مستندة إلى نفس الأساس القانوني الذي رفعت بمقتضاه الدعوى السابقة⁽¹⁾ .

فالسبب يعني ، في صدد الدفع بالحجية في دعوى إثبات الملكية العقارية ، الأساس القانوني -Le fondement juridique- للطلب القضائي -La demande juridique- الذي يعتبر محلا للدعوى ، و إتحاد هذا الأساس القانوني أو السبب ، بالإضافة إلى إتحاد كل من الخصوم و الموضوع (المحل) ، أمر لازم لإمكان دفع المنازعة الجديدة بحجية الحكم الفاصل في الدعوى الملكية السابقة . على أنه يجب التمييز هنا بين الأساس القانوني أو السبب ، و بين دليل الإثبات ، فإختلاف السبب لا مجرد إختلاف دليل الإثبات ، هو الذي يُعتدّ به أثناء تجديد دعوى الملكية⁽²⁾ .

و على ذلك ، إذا إدعى شخص ملكيته لعقار بسبب الشراء مستندا إلى سند عرفي غير ثابت التاريخ أو مبرم بعد الفاتح من يناير 1971 مثلا ، لإثبات عقد البيع له ، فرفضت دعواه ، لم يجز له تجديد دعواه لإثبات صحة البيع بسند آخر أو بالبيّنة ، ذلك بأن سبب الملكية - و هو عقد البيع - لم يختلف بل الإختلاف هو في أدلة الإثبات ، و هذا لا يجيز تجديد المنازعة بشأنه لتعارضه مع حجية الشيء المقضي فيه .

و لكن إذا كان السبب الذي يستند إليه المدعي في دعوى الملكية العقارية سببا فرعيا يندرج تحت سبب رئيسي يتفرّع إلى عدّة أسباب ، فهل يكون للحكم الصادر في أي سبب من هذه الأسباب الفرعية حجة على الباقي ؟

للإجابة على ذلك نورد المثال التالي :

إذا رفع شخص دعوى يطالب فيها بملكية عقار و جعل سبب الملكية العقد مثلا و رُفضت دعواه ، فهل يجوز له تجديد دعواه و طلب الملكية ثانية على أساس الميراث أو الوصية أو الشفعة مثلا ؟ مع أنّ العقد و الميراث و الوصية و الشفعة كلّها أسباب فرعية تهدف إلى سبب واحد و هو إكتساب الملكية العقارية . هذا ما يعرف في الفقه بتعدد السبب و هذا ما ثار الجدل بشأنه بين الفقهاء .

¹- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 360 .

²- جميل الشراوي ، المرجع السابق ، ص 161 .

يرى الجانب الأكبر من الفقه⁽¹⁾ أنّ القضاء في سبب من أسباب الملكية لا يعتبر قضاء في جميع أسبابها ، و على ذلك إذا رفع شخص دعوى الملكية ، و جعل سبب الملكية هو العقد أو الوصية أو الشفعة أو التقادم أو غير ذلك من أسباب كسب الملكية . فإذا تمسك بالعقد ، و رُفُضت دعواه جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالوصية . و إذا تمسك بالتقادم ، جاز له أن يتمسك بعد ذلك بالشفعة . و من الطبيعي إذا كان تعدد السبب يمنع من التمسك بحجية الشيء المقضي فيه ، فمن باب أولى أن يكون تعدد كل من السبب و المحل مانعا من التمسك بهذه الحجية .

و يترتب على ذلك أنّ الحكم الصادر في دعوى من دعاوى الحيازة -إسترداد الحيازة ، منع التعرض وقف الأعمال الجديدة - لا يكون حجة في دعوى الملكية ، ففي الدعوى الأولى المحل هو الحيازة و السبب هو وضع اليد ، و في الدعوى الثانية المحل هو الملكية و السبب سبب آخر غير وضع اليد⁽²⁾ .

يبين مما تقدم أنّه إذا إتحد الخصوم مع الموضوع و السبب في دعوى إثبات الملكية العقارية ، جاز التمسك بحجية الحكم الصادر فيها ، حتى و لو تعددت أدلة الإثبات على السبب الواحد . و لا نترك الكلام في الحجية في دعوى إثبات الملكية العقارية قبل أن نشير إلى أنّ الحجية في المواد المدنية لا تتعلّق بالنظام العام ، و طالما أنّها كذلك فهي لا تتعلّق بالنظام العام بالنسبة لدعوى الملكية العقارية .

و ترتيبا على ذلك ، فإنّه يصح للخصوم التنازل صراحة أو ضمنا عن التمسك بهذه الحجية ، و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بها من تلقاء نفسها ، إلّا إذا تمسك بها الخصوم . كما لا يجوز التمسك بها لأول مرّة أمام المحكمة العليا ، و إن كان يجوز التمسك بها أمام جهة الموضوع . و هذا الحل متفق عليه

¹- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 376 ، ص 705 و 706 .

-يراجع في نفس السياق ، نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل ، المرجع السابق ، ص 490 .
-يراجع في نفس السياق أيضا ، توفيق حسن فرج و عصام توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية المرجع السابق ، ص 256 .

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 374 ، ص 698 و 699 .

في القضاء الجزائري⁽¹⁾ ، و قد أخذ به المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من نص المادة 338 من القانون المدني : " و لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا " .

و تعليقا على المادة 338 السابق بيانها نستنتج أنّ القول بأنّه لا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا من تلقاء نفسها ، هو قول لا يستقيم معه أثر ، لأننا إذا أمعنا النظر ، لوجدنا أنّ هناك تناقض حول قيمة هذه القرينة - حجية الشيء المقضي فيه - لأنّ المشرع من جهة يعتبرها قاعدة موضوعية لا تقبل إثبات العكس ، و من جهة أخرى يمنع المحكمة من أن تأخذ بها من تلقاء نفسها⁽²⁾ . و هذا من شأنه أن يساهم في تجدد المنازعات ، و يفتح المجال أمام تعارض الأحكام الصادرة من نفس الدرجة و في ذات المسألة .

أضف إلى ذلك ، أنّ التمسك بحجية الشيء المقضي فيه ، هي أساس الدفع بعدم قبول أي منازعة تم الفصل فيها قبل ذلك بمقتضى حكم قضائي ، و مثل هذا الدفع يدخل ضمن مباحث قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لا القانون المدني .

المطلب الثاني : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

باعتبار أنّ الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، سند رسمي يحرره القاضي في حدود سلطته و إختصاصه ، و يُدوّن فيه ما ثبت لديه قانونا أثناء نظره في دعوى إثبات الملكية . و يجب أن تكون له حجية أقوى من سائر السندات المثبتة للملكية العقارية فيما يتعلق بالروابط القانونية التي تربط طرفي السند أو طرفي الخصومة . بل أنّ المنطق يقتضي بأن يكون للحكم القضائي المثبت للملكية العقارية حجية قبل الغير الذي لم يكن خصما في الدعوى ، على إعتبار أنّه محرر من قبل قاض محايد تتوافر فيه صفات عالية من العلم و النزاهة ، و يتمتع بسلطات واسعة في التحري و التحقيق ، و لا يُدوّن فيه إلاّ ما يثبت لديه شخصيا عن حقيقة الملكية المتنازع فيها ، بعد سماع أقوال الخصوم و مناقشتها و فحص ما يقدمه كل منهم من سندات أو وثائق تثبت ملكيته للعقار محل النزاع .

¹- للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ م ، ملف رقم : 34931 ، الصادر بتاريخ 30-10-1985 ، منشور ب م ق لسنة 1989 ، ع 4 ، ص 68 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّه لا يجوز للقضاة أن يأخذوا بقرينة حجية الشيء المقضي فيه تلقائيا ، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون ، و لما كان الثابت أنّه لا يوجد أي دفع من أحد الأطراف بحجية الشيء المقضي فيه فإنّ قضاة الإستئناف بأخذهم تلقائيا بهذه القرينة فإنهم بقضائهم هذا أخطأوا في تطبيق القانون ، و متى كان ذلك إستوجب نقض و إبطال القرار المطعون فيه " .

²- مراد كاملي ، حجية الحكم القضائي ، المرجع السابق ، ص 280 .

و فضلا عن ذلك ، فقد إعتبر المشرع ما يثبت في الحكم عن حقيقة الوقائع المتنازع فيها حجة بمطابقته للواقع ، و هو ما يعني أنّ المشرع قد أنشأ قرينة قانونية على مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية (1).

و في ضوء هذه الحقيقة كان لا بدّ أن نتحرى مدى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم و خلفهما في دعوى إثبات الملكية في فرع أول ، ثم نعرض لمدى نطاق هذه الحجية بالنسبة للغير الذي لم يكن خصما في الدعوى في فرع ثان .

الفرع الأول : مدى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم و خلفهما

إنّ مناط التفرقة بين حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم و خلفهما ، أنّ أولهما تُوجّه ضدّ الخصوم الحقيقيين في دعوى الملكية العقارية ، بينما ثانيهما تكون موجهة لمن قد يكون خلفا لأحد الخصوم .

و لتوضيح الرؤيا أكثر سنتكلم أولا في حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم ثم نبحث حجيته بالنسبة للخلف ثانيا .

أولا : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم

من المسلم به أنّ الحكم القضائي لا يحوز حجية الشيء المقضي فيه إلاّ بالنسبة للخصوم الحقيقيين و من في حكمهم في الدعوى ، الذين كان النزاع قائما بينهم و فصلت به المحكمة لمصلحة أيّهم . و من ثم فلا يصح لخصم أن يتمسك بهذه الحجية ما لم يكن خصما أو ممثلا في ذات الدعوى التي صدر فيها الحكم ، لا خصما أو ممثلا في دعوى أخرى ، مهما كانت العلاقة بين الدعويين (2) .

و ينبنى على ذلك ، أنّ الحكم المثبت للملكية العقارية لا يكون حجة إلاّ على الخصوم و خلفهم في دعوى الملكية . و على ذلك فمتى فصلت المحكمة في دعوى الملكية العقارية لواحد من الخصمين ، بعد أن تناقشا فيها الطرفان و إستقرت حقيقتها بينهما إستقرارا يمنع من إعادة طرحها و مناقشتها ، أصبح لهذا الحكم حجية قاطعة على الطرفين قبل الآخر ، لا يجوز دحضها إلاّ بإحدى الطرق المقررة للطعن في الأحكام في المواعيد ، و وفقا للشروط القانونية .

¹- سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص بند 1062 ، ص 988 .

²- أحمد نشأت ، المرجع السابق ، ص 325 .

يُبين من ذلك ، أنّ حجية الأحكام المثبتة للملكية العقارية فيما بين الخصوم تثبت لكل حكم قطعي شأنها شأن باقي الأحكام القضائية ، و لا يجوز دحضها إلاّ بإحدى الطرق المقررة للطعن في الأحكام و أنّ هذه الأخيرة تتفاوت في قابليتها للطعن فيما تتفاوت أيضا تبعا لذلك في قوة حجيتها في الإثبات .
فالأحكام الابتدائية تتعطل حجيتها بالإستئناف ، لأنّ هذا الطريق من طرق الطعن يسمح للدرجة الثانية بدراسة النزاع من جديد⁽¹⁾ .

و هو ما يعني أنّ حجية الحكم الابتدائي مؤقتة ، تقف بمجرد رفع الإستئناف عنه ، و تظلّ موقوفة إلى أن يُقضى في الإستئناف ، فإذا تأيد الحكم عادت إليه حجيته و أُضيفت لها قوة الأمر المقضي به و إذا أُلغي زالت عنه هذه الحجية ، و من ثمّ فإذا كان الحكم المطعون فيه قد قضى بإلغاء الحكم الابتدائي ، فإنّ أسبابه تزول بزواله ، و يسقط ما كان من حجية مؤقتة⁽²⁾ .

أمّا الأحكام الابتدائية التي مضت مواعيد إستئنافها ، و الأحكام التي تصدر بصفة إنتهائية⁽³⁾ فتكون حجيتها أقوى .

من كل هذا يتجلى لنا أنّه لا يجوز دحض هذه الأحكام إلاّ بإحدى طرق الطعن غير العادية سواء بالتماس إعادة النظر ، إعتراض الغير خارج عن الخصومة ، و الطعن بالنقض . و لا يُوقف تنفيذ الحكم أو القرار المطعون فيه بمجرد الطعن بإحدى طرق الطعن غير العادية ، بل أنّ حجيته تبقى قائمة .

ثانيا : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية بالنسبة للخلف

قبل التقرير مسبقا بمدى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية بالنسبة للخلف ، لا بدّ من التمييز بشيء من العناية بين الخلف العام و الخلف الخاص للخصوم في دعوى الملكية العقارية التي صدر فيها الحكم ، لكي لا تكون هذه الحجية ذريعة يتمسك بها كل من تقررت ملكيته للعقار بطريق القضاء و لنرى ذلك بشيء من التفصيل .

¹- يراجع نص المادة 332 من ق . إ . م . إ .

²- محمد أحمد عابدين ، المرجع السابق ، ص 756 .

³- نذكر من بين الأحكام الإنتهائية حكم رسو المزاد .

1- الخلف العام

لا تقتصر حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية على الخصوم أنفسهم ، بل أنّ ذات الحكم تكون له نفس الحجية بالنسبة لمن قد يكون خلفا عاما لأحدهم .

و علّة ذلك ، أنّ الخلف العام يشكلون مع سلفهم وحدة في الخصومة ، على إعتبار أنّهم يخلفون السلف في ذمته المالية ، و هكذا فلا تقتصر الحجية في دعوى الملكية العقارية على الخصوم بذواتهم ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة من طريق الميراث (الورثة) أو الوصية (الموصى لهم) ، فيحلون محل أسلافهم في مراكزهم القانونية ، سواء أكان الحكم الصادر في دعوى الملكية حجة لهم أو عليهم .

و ينبني على ذلك ، أنّه متى فصلت المحكمة في نزاع بين الخصوم حول الملكية العقارية بعد بحث جدّي و مرافعة بين الخصوم ، إمتنع على الخلف العام تجديد دعوى الملكية التي إختصم فيها سلفه و حُكم فيها ضده ، و إذا خالف ذلك ، جاز للخصم الذي تقررت ملكية العقار لصالحه أن يدفع بحجية الشيء المقضي فيه أو لسبق الفصل في الدعوى . كما أنّ للخلف العام للسلف الذي حُكم لصالحه التمسك بهذه الحجية إذا ما كانت الدعوى موجهة ضدهم . كما لو رفع المشتري دعوى إستحقاق عقار على البائع و حكم للمدعي (المشتري) بإستحقاق العقار ، فإنّ هذا الحكم يكون حجة على المدعى عليه (البائع) و خلفه العام (ورثته) ، فلا يصح للخلف العام تجديد المنازعة للمطالبة بملكية العقار ثانية بحجة أنّه طرف آخر غير المدعى عليه الأصلي (الخصم) و إذا خالف ذلك ، فعلى المدعي (المشتري) أو خلفه العام أن يدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، مهما قدّم الخلف العام (للمدعى عليه) للمحكمة من مستندات و أدلة .

و لم يشذ القضاء الجزائري على هذا المبدأ ، إذ إستقرت أحكامه على إعتبار الخلف العام في دعوى الملكية العقارية إمتداد لسلفهم يشكلون معهم وحدة خصوم .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 جويلية 1996 جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " و حيث أنّ الحجية لا تقوم إلاّ إذا قام نزاع بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغيّر صفاتهم و تتعلق بحقوق لها نفس المحل و السبب و نفس الحكم تكون له قوة تنفيذية و تسري هذه القوة على الخلف العام ... " .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 146497 ، الصادر بتاريخ 17-07-1996 ، منشور ب م ق لسنة 1997، ع 1 ص 28 .

أما إذا تغيّرت صفة الخلف العام - الورثة - في الدعوى الجديدة ، كما لو إستعملوا حقا خاصا بهم كورثة لا حقا تلقونه عن مورثهم ، فإنّ الدفع بحجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى التي إختصم فيها مورثهم لا يصح لإنتفاء وحدة الخصوم⁽¹⁾ .

و يُوضح الفقه ذلك بالمثال التالي : إذا نازع شخص المورث خلال حياته في ملكية عقار مثلا بناء على عقد بيع فحكم له ، فلا يمكن له أن يدفع بحجية هذا الحكم ، دعوى ورثة خصمه الذين يستندون في دعواهم على حكم المادة 776⁽²⁾ ، الذي يُجيز للورثة طلب إبطال التصرف الذي عقده مورثهم و هو في حالة مرض الموت .

و حتى يستفيد الورثة من أحكام هذه المادة ، فإنّه يتوجب عليهم أن يثبتوا أنّ التصرف المطعون فيه قد وقع أثناء مرض الموت ، و لهم إثبات ذلك بكافة الطرق المعدّة للإثبات ، و على نحو ما فصلنا فيما تقدم بصدد بيع العقار الواقع أثناء مرض الموت⁽³⁾ .

فإذا نجحوا في إثبات بأن البيع قد وقع أثناء مرض الموت ، إمتنع على المتصرف إليه دفع دعواهم بحجية الحكم الصادر ضدّ مورثهم ، كونهم لا يمثلون إمتداد لمورثهم ، و لا يشكلون معه وحدة خصوم . أما إذا فشلوا في إثبات ذلك ، أو أنّه سبق لهم و أن أكدوا صحة هذا البيع و سلامة صحة مورثهم . جاز للخصم دفع دعواهم بحجية الحكم القضائي الصادر في الدعوى التي إختصم فيها مورثهم .

و هذا ما أكدته المحكمة العليا في ذات القرار أعلاه⁽⁴⁾: "من المقرر قانونا أنّه : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره .

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 366 ، ص 679 .

2- مراد كاملي ، المرجع السابق ، ص 315 .

3- يراجع ما سبق ذكره في ص 186 و ما يليها من هذه الرسالة .

4- قرار م ع غ م ، ملف رقم 146497 ، الصادر بتاريخ 17-07-1996 ، منشور ب م ق لسنة 1997 ، ع 1 ص 28 .

- و يراجع في نفس السياق ، قرار م ع غ م ، ملف رقم 174416 ، الصادر بتاريخ 03-02-1999 ، منشور ب م ق لسنة 1999 ، ع 1 ، ص 97 . و الذي جاء فيه ما يلي : " الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه . و لكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلاّ في نزاع قائم بين الخصوم أنفسهم ، دون أن تتغيّر صفاتهم و تتعلّق بحقوق لها نفس المحل و السبب .

و من الثابت - في قضية الحال - أنّ المطعون ضدّه هو إبن المدعي الأصلي في الدعوى التي إنتهت بصور القرار المطعون فيه ، أي يُعدّ خلفا عاما و بالتالي فهو يحلّ محلّ سلفه و بذلك فإنّ حجية تلك الأحكام تمتد إليه و القول

و من المقرر أيضا : أنّ الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجة بما فصلت فيه... إلخ و لما كان ثابتا - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس لما قضاوا بإبطال عقد البيع الرسمي على أساس أنّ البائع - مورث المطعون ضدهم - كان مصاب بمرض عقلي وقت إبرام العقد دون إثبات هذا المرض بخبرة عقلية يأمر بها القضاة ، مع أنّ نفس المجلس سبق له أن قرر بموجب قرار صادر في 16 مارس 1994 ، بأنّ المطعون ضدهم لم يثبتوا بأنّ مورثهم كان فاقدا لقواه العقلية زمن إبرام العقد ، كما أثبتوا بصورة قاطعة عدم وجود حالة المرض العقلي وقت إبرام البيع ، و أكدوا سلامة هذا البيع و توافره على أركانه الشرعية ، و ترتيب كل آثاره القانونية .

و لما تراجع نفس المجلس عن القرار السابق الذي أصبح نهائيا ، فلا يمكنهم عندئذ لنفس الأسباب و الأطراف و الموضوع النظر فيه من جديد لسبق الفصل في النزاع بصورة نهائية .
و لما خالفوا ذلك يكونوا قد خرّقوا مبدأ حجية الشيء المقضي فيه و أساءوا تطبيق القانون و عرضوا قرارهم للنقض بدون إحالة " .

2- الخلف الخاص

لا يثار مركز الخلف الخاص في مفهوم الدفع بالحجية في دعوى إثبات الملكية العقارية ، إلا إذا كان لأحد الخصوم فيها خلفا خاصا . و حينئذ يثور التساؤل حول مدى حجية الحكم الصادر فيها - دعوى الملكية - في مواجهة الخلف الخاص للخصوم ، و من في حكمهم من الدائنين المرتهنين و العاديين ؟ إنّ الإجابة على هذا التساؤل تتطوي على قدر كبير من الأهمية ، إذ سبق لنا أن لاحظنا أنّ المشرع قد استلزم ضرورة شهر بعض العرائض الإفتتاحية للدعاوى القضائية ، متى كانت متعلقة بحق عيني عقاري أو تتضمن المطالبة بتغيير في الوضعية القانونية لعقار ما عن طريق نقض أو إبطال أو فسخ أو تعديل حقوق سبق التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية .

و يظهر ذلك بوضوح من خلال صياغته لأحكام المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و بالضبط المادة 85 منه : " إنّ دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14-4 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل12 نوفمبر 1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و إذا تم إثبات هذا الإشهار

= بأنّ المطعون ضده هو شخص آخر يختلف عن المدعي الأصلي ، فإنّ ذلك يشكل خطأ في تطبيق أحكام المادة أعلاه ممّا يعرض القرار محل الطعن للنقض " .

بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار " . و بشكل أوضح و أكثر دلالة نص الفقرة الثالثة من المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و / أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون ، و تقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية ، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً ، ما لم يثبت إيداعها للإشهار " .

و هو ما ينطبق على دعوى إثبات الملكية العقارية ، و التي تعتبر بصورة خاصة من قبيل الدعاوى العقارية التي تسلم من رافعها ضرورة شهر عريضتها الإفتتاحية تحت طائلة عدم القبول شكلاً ، كون المطالبة فيها تتضمن إثبات حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية ألا و هو حق الملكية ، لذلك كان لزاماً تنبيهه و إعلام الغير بأنّ العقار المقبلين على التعامل فيه محل نزاع .

و تطبيقاً لهذا الوضع ، فإنّ مشتري العقار يعتبر ممثلاً في دعوى الإستحقاق المرفوعة على البائع إذا كان تاريخ شهر عقد شرائه تالياً لشهر عريضة إفتتاح دعوى الإستحقاق ، بل حتى و لو كان عقد الشراء سابقاً على شهر الحكم الصادر في دعوى الإستحقاق . على إعتبار أنّه يعتبر ممثلاً في شخص المتصرف له (البائع) في الدعوى المقامة ضدّه و أنّه خلفه الخاص (1) .

أمّا إذا كان شهر عقد الشراء سابقاً على تاريخ شهر عريضة إفتتاح دعوى إستحقاق العقار التي صدر فيها الحكم ، فإنّ الحكم الصادر ضدّ البائع لا يكون حجة على المشتري (الخلف الخاص) و لا يُكوّن مع السلف (البائع) وحدة خصوم في مفهوم الدفع بحجية الحكم القضائي (2) .

و كذلك الأمر بالنسبة للدائنين المرتهنين ، فلا يحتج عليهم بالحكم الذي يصدر في مواجهة مدينهم الراهن إذا ثبت أنّ رهنهم قد قُيد قبل شهر عريضة إفتتاح دعوى الملكية التي إختصم فيها مدينهم .

أمّا الدائنون العاديون ، فيما لهم من ضمان عام على أموال مدينهم ، فإنّهم يستفيدون أو يضارون ممّا يصدر من أحكام في مواجهة مدينهم ، سواء أكانت هذه الأحكام حجة له (لصالحه) أو حجة عليه (ضدّه) ، لذلك يمكن القول بوجه عام أنّه يمكن الإحتجاج على دائني المدين العاديين بالحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية ضدّ مدينهم ، سواء أكان هذا الحكم سابقاً أو لاحقاً على حقوق هؤلاء

1- نقض مدني مصري ، رقم 33 ، سنة 45 ، جلسة 18-03-1975 ، س 26 ، ص 627 . مشار إليه في : محمد أحمد عابدين الدعوى المدنية ، المرجع السابق ، ص 757 و 758 .

2- مراد كامل ، المرجع السابق ، ص 316 .

إلا إذا كان هذا الحكم قد صدر نتيجة لتواطؤ المدين مع خصمه لإضرار بحقوق دائنيه ، فعندئذ لا يكون حجة على هؤلاء⁽¹⁾ .

الفرع الثاني : مدى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية بالنسبة للغير

الأصل في حجية الأحكام أنها نسبية ، لا يُضار بها و لا يُفيد منها إلا من كان خصما في الدعوى التي صدر فيها الحكم . و إنصرف حجية الحكم إلى الخصوم و من في حكمهم ، دون أن تجاوزهم إلى الغير الذي لم يكن طرفا في الخصومة . أمر بديهي يتفق و قوام الحكم القضائي ، فالأصل ألا يكون الحكم حجة إلا على الخصوم الحقيقيين في الدعوى ، و إن كان يجوز الاستدلال به في دعوى أخرى لم يكن الخصم طرفا فيها لا باعتباره حكما له حجية قبله ، و إنما كقرينة تخضع لتقدير محكمة الموضوع التي لها أن تستخلص منها ما تقتنع به متى كان إستخلاصها سائغا⁽²⁾ .

و ينبنى على ذلك ، أنّ الحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية لا تكون له الحجية - من حيث المبدأ - إلا بين الخصوم أنفسهم ، و لا يحوز الحجية بالنسبة للغير الذي لم يكن ممثلا في الدعوى طالما لم تتح له فرصة مناقشة الدليل الذي إنبنى عليه الحكم .

و يقصد بالغير في هذا السياق ، كل شخص أجنبي لم يكن خصما أو ممثلا في دعوى الملكية و لا خلفا عاما أو خاصا لأحد من الخصوم . و من ثم فلا يمكن الإحتجاج به عليه ، و لا أن يؤثر على الحقوقه .

و أجنبية الغير تفرضها نسبية الأحكام القضائية ، فالحكم كالعقد لا يسري أثره إلا في حق من كان طرفا فيه ، و على من يخلفه في ذلك الحق⁽³⁾ . و على ذلك ، فمتى وصف الشخص أنه "غير" أجنبي فإنه يحتل مركزا معينا يخضع لأحكام ذات المبدأ . فلا يكون الحكم حجة عليه ، إذ لا يختلف مفهوم الغير بالنسبة للأحكام القضائية - كما سبق و قدمنا - في جوهره عن الغير بالنسبة لآثار العقد .

¹ - سليمان مرقس ، شرح القانون المدني ، ج 2 ، المرجع السابق ، بند 1074 ، ص 1009 .

- أنظر في نفس السياق ، محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 359 .

- يراجع أيضا ، توفيق حسن فرج و عصام توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المرجع السابق ص 251 .

² - سليمان مرقس ، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية ج 2 ، ط 4 ، 1986 ، بند 296 ، ص 144 .

³ - عبد الحميد الشواربي ، حجية الأحكام المدنية و الجنائية في ضوء القضاء و الفقه ، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها ، ط 4 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص 152 .

و من هذا المنطلق يجوز لكل شخص يُحتج عليه بحكم صادر في دعوى الملكية العقارية ، لم يكن ممثلاً فيها ، و لم تُتَّح له أصلاً فرصة للدود عن حقوقه ، أن يُنازع في صحة الوقائع الثابتة بهذا الحكم و أن يُقيم الدليل على عدم صحتها . سواء أكان ذلك في شكل دفاع يُدّيه في دعوى مرفوعة عليه إستناداً إلى ذات الحكم ، أو في شكل دعوى مبتدأة يرفعها هو على من تقررت ملكيته للعقار توقيماً للإحتجاج عليه بهذا الحكم مستقبلاً . و مع ذلك يستفيد من تقرر إستحقاقه للعقار من التمسك بذات الحكم إعمالاً لمبدأ الأثر الإيجابي لحجية الأحكام ، و عندئذ يقع عبء إثبات عكس ما قضى به الحكم على من يُنازع في صحة الوقائع الثابتة به⁽¹⁾ .

و من أمثلة ذلك الحكم الذي يتحصل عليه أحد الأطراف بشأن تثبيت عقد عرفي وارد على عقار فإنّه يكون حجة على الكافة ، فيحتج به المدعي على سائر الأشخاص ، و لكن هذه الحجية قابلة لإثبات العكس ، فيجوز لأي شخص آخر يدعي تواطؤ المدعي و المدعى عليه ، أن يُنازع في صحة الوقائع الثابتة بالحكم القاضي بتثبيت العقد العرفي ، و يقع عليه حينئذ عبء إثبات صوريته أو عدم صحته و يجوز له إثبات ذلك بالطرق العادية . و ليس في إجازة ذلك إنكار لحجية الحكم بالنسبة إلى الكافة بل تأييد لها ، لأنّ المحكوم له يُفيد من الحكم إعفاءه من إثبات صحة الوقائع الواردة في الحكم قبل الكافة إلى أن يتمكن الغير من نفي هذا التصرف .

و إذا كنّا قد إنتهينا إلى أنّ الحكم القضائي لا يكون حجة على الغير الذي لم يكن خصماً أو ممثلاً في الدعوى ، فإننا نرى أنّه متى أفرغ الحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية في شكل نموذجي لدى الموثق ، و تم تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع ، و شهره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل النزاع ، أصبح من السهل الإحتجاج به - أي الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية - ليكون دليلاً قاطع الثبوت في إثبات الملكية العقارية على الكافة .

و لا نترك الكلام في حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية قبل أن نشير إلى أنّ كل ما قيل بشأن هذه الحجية إنّما يتعلّق بمدى حجية المحكوم به بالنسبة للخصوم و خلفهم و الغير .

أمّا بالنسبة للقوة الثبوتية للحكم القضائي كسند رسمي مثبت للملكية العقارية بوجه عام ، فهو يعتبر حجة على الكافة متى كان مظهره الخارجي يدل على سلامته المادية ، إذ لا يخفى أنّ إحتمال أن يرد به تزوير يسقط من قيمته في الإثبات أمر وارد ، لذلك فهو يعتبر حجة على الكافة ما لم يثبت تزويره .

¹ - سليمان مرقس ، أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، المرجع السابق ، بند 296

و مما يؤيد ذلك ، و يؤكد سريان الحكم على الكافة إلا في هذه الحالة - حالة التزوير - سياق النصوص المنظمة لحجية السندات الرسمية ، و بالضبط نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني : " يعتبر ما ورد في العقد (السند) الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني ". و هو ما يعني أنّ المشرع قد إعتبر البيانات الواردة في السند الرسمي ، و التي يكون الموظف قد دونها بحكم مهامه و واجبات وظيفته و شهد على صحتها ، من قبيل البيانات التي لا يمكن دحضها إلا بطريق الإدعاء بالتزوير .

و بإعتبار أنّ الأحكام القضائية تصدر عن جهة رسمية ، فمن البديهي أن تلحق بالبيانات الواردة بها صفة الرسمية ، و تكون لها ذات القوة المقررة للبيانات الواردة بالسندات الرسمية ، و التي تصل حجيتها إلى حدّ الطعن بالتزوير .

و هو نفس المبدأ الذي إنتهى إليه الإجتهد القضائي ، إذ إعتبر البيانات الواردة بالأحكام القضائية من قبيل البيانات ذات الحجية المطلقة ، لا يجوز إثبات عكسها إلا بطريق الإدعاء بالتزوير . و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 21 جوان 2006 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾: " حيث أنّ الطعن بالبطلان إستنادا إلى أنّ القرار المطعون فيه صدر من أحد أعضاء التشكيلة الذي لم يحضر الجلسة التي صدر فيها القرار ، فإنّ هذا النعي لا يمكن قبوله ، لأنّ كل ما جاء من البيانات التي يتضمنها القرار المطعون فيه تعبر صحيحة و لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير ، على إعتبار أنّ الأحكام و القرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية ، تعدّ من الأوراق الرسمية ، و بالتالي تحوز تلك البيانات قوة إثبات المحررات الرسمية فهي صحيحة و لا يمكن تكذيبها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير " .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 398156 ، الصادر بتاريخ 21-06-2006 ، منشور ب م م ع لسنة 2006 ، ع 2 ص 235 .

المبحث الثالث : صور الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية

الأصل أنّ الأحكام الصادرة في دعوى الملكية العقارية أنّها معلنة -declaratif- لحق الملكية و ليست منشئة -constitutif- أو ناقلة له ، على إعتبار أنّ المحكمة ملزمة أثناء نظرها في دعوى إثبات الملكية العقارية بتقريرها لواحد من الخصمين ، لا خلق حق ملكية جديد . إلاّ أنّه قد يحدث أن تنشئ لأحد الخصوم حق ملكية على عقار لم يكن موجودا قبل صدور الحكم .

و للتفرقة بين الأحكام المعلنة لحق الملكية العقارية و الأحكام المنشئة أو الناقلة له ، أهمية قصوى تظهر بجلاء عند تحديد القواعد و الإجراءات المنظمة لكل منهما .

لهذه الإعتبارات نقسم الكلام في هذا المبحث إلى المطالبين الآتيين : فنتكلم في المطلب الأول في الأحكام المعلنة لحق الملكية العقارية . بينما نخصص المطلب الثاني للكلام في الأحكام القضائية المنشئة للملكية العقارية .

المطلب الأول : الأحكام القضائية المعلنة للملكية العقارية

خوّل المشرع ، للقضاء ، إصدار أحكام معلنة لحق الملكية ، تكون بمثابة مصدر لإثبات الملكية العقارية و من جملة هذا النوع من الأحكام نذكر ثلاث صور : الحكم القاضي بقسمة العقار ، الحكم المكرّس للملكية على أساس التقادم المكسب ، و الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

الفرع الأول : الحكم القاضي بقسمة العقار

لئن كان نظام الشهر العقاري يحمي حقوق كل شريك على الشيوع في العقار المشهر ، و يجعل حقّه ثابتا لا خوف عليه من التفتيت ، إلاّ أنّ خطر عدم الإنتفاع بالحق و عدم التصرف فيه ، نتيجة إستئثار بعض الشركاء بمنافع هذا العقار دون البعض الآخر ، يبقى خطر قائم رغم وجود الشهر . و لهذا كان لابدّ لتفاديه من الركون إلى إجراءات القسمة .

و المقصود بالقسمة هنا هي القسمة القضائية التي تجريها المحكمة بموجب حكم يصدر عنها ، رغم معارضة باقي المتقاسمين في إجرائها ، بناء على دعوى ترفع من قبل أحد الشركاء في العقار المشاع تسمى دعوى القسمة .

و للإحاطة بمجمل جوانب الحكم القضائي القاضي بقسمة العقار ، إرتأينا تقسيم هذا الفرع إلى ثلاث عناصر رئيسية : خصصنا العنصر الأول لتحديد مفهوم دعوى القسمة القضائية و أطرافها ، في حين

خصصنا العنصر الثاني لدراسة الإجراءات المتبعة بشأنها ، و أما العنصر الثالث فتركناه لبيان أثر الحكم الصادر فيها .

أولا : مفهوم دعوى القسمة القضائية و أطرافها

نعرض فيما يلي لتحديد مفهوم دعوى القسمة القضائية الواردة على العقار و أطرفها ، حتى يسهل علينا تبعا لذلك الوقوف على الإجراءات الواجب إتباعها بشأنها ، و أثر الحكم الصادر فيها . و ترتيبا على ذلك سنتكلم تباعا عن مفهوم دعوى القسمة القضائية أولا ، ثم نعد لبيان الخصوم فيها ثانيا .

1- مفهوم دعوى القسمة القضائية

يفهم معنى دعوى القسمة القضائية الواردة على العقار في العموم ، على أنها إحدى الوسائل القانونية المتاحة للملاك على الشروع للخروج من حالة الشيع .

و تتناول هذه الدعوى أصل الملكية أو أصل الحق العيني العقاري المشاع ، فنقضي نهائيا على الشروع بين المتقاسمين ، بحيث يستعيز كل منهم عن حصته الشائعة في الملكية أو في الحق العيني بملكية مستقلة أو بحق عيني مستقل .

بخلاف الدعوى المتعلقة بقسمة المهايأة زمانية كانت أو مكانية⁽¹⁾ ، فهي تعتبر دعوى شخصية لأنها تنصب على منافع الشيء المشترك دون جوهر حق الملكية أو الحق العيني الذي يبقى شائعا

¹- قسمة المهايأة هي قسمة المال الشائع قسمة منفعة لا قسمة ملكية ، و يقصد من ورائها تنظيم مسألة الإنتفاع بالمال المشاع بين الشركاء ، لذلك فهي لا تنهي حالة السيع ، و هي نوعين :

▪ المهايأة المكانية

بمقتضاها يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازي حصته في المال الشائع ، متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الإنتفاع بباقي الأجزاء .

و لا يصح هذا الإتفاق لمدة تزيد عن خمس (05) سنوات ، إنما يجوز بعد إنقضاء الخمس (05) سنوات أن يتفق على مدة أخرى مماثلة . فإذا لم تشرط مدة ، أو إنتهت المدة المنفق عليها و لم يحصل إتفاق جديد ، كانت المدة سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل إنتهاء السنة الجارية بثلاث (03) أشهر أنه يرغب في التجديد .

▪ المهايأة الزمانية

بمقتضاها يتفق الشركاء على أن يتناوبوا الإنتفاع بجميع المال المشترك ، كل منهم لمدة تتناسب مع حصته . و لا يوجد تحديد للمدة التي يصح الإتفاق بالنسبة لها ، كما هو الحال بالنسبة للمهايأة المكانية ، و لذلك يجوز الإتفاق على تناوب الإنتفاع بجميع المال المشترك لمدة تزيد على خمس (05) سنوات ، و المهم هو مراعاة التناسب بين مدة الإنتفاع و بين حصة كل شريك .

فيها بينهم . و ما دامت دعوى قسمة المهايأة هي دعوى شخصية ، فإنّها تخرج من نطاق الدعاوى العقارية⁽¹⁾ . و من ثمة فهي تخرج من مجال دراستنا .

كما يخرج عن مجال هذه الدراسة لامحالة القسمة الودية ، التي يتفق عليها الشركاء بالإجماع بالطريقة التي يرونها مناسبة ، فيقومون بتحرير عقد بها ، يتم تسجيله و شهره لدى مصلحة الشهر العقاري التي يقع في دائرة إختصاصها العقار محل القسمة .

فالقسمة القضائية إذن ، هي تلك التي يتحتم إجرائها بواسطة القضاء ، نظرا لإختلاف الشركاء في إقتسام العقار الشائع ، أو لأنّ أحدهم غائب ، أو غير كامل الأهلية .

و على هذا جرى حكم الفقرة الأولى من المادة 724 من القانون المدني : " إذا إختلف الشركاء في إقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة " .

كما نظّمت المادة 88 من قانون الأسرة أحكام قسمة العقار إن كان أحد الشركاء قاصرا⁽²⁾ ، و نظّمت المواد من 109 إلى 115 من نفس القانون أحكام الغائب .

يتبيّن من الأحكام المشار إليها أعلاه أنّ هناك فرضين قد يتحتم فيهما اللّجوء إلى القضاء لفض حالة الشيوخ . و يتمثل هذين الفرضين فيما يلي :

❖ الفرض الأول

أن يثور نزاع بين الشركاء على الشيوخ نتيجة عدم إتفاقهم على القسمة الإتفاقية ، و يتقدم أحدهم بطلب لإجراء القسمة .

❖ الفرض الثاني

أن ينعقد إجماع المتقاسمين على إجراء قسمة إتفاقية ، و يكون من بينهم من هو مفقود أو وارث غير كامل الأهلية بسبب القصر أو نقص في الأهلية . و ترفض المحكمة طلب الولي أو الوصي أو القيم - بحسب الحالة - الرامي إلى التصريح بإجراء قسمة العقار المشاع إتفاقا . ففي هذا الفرض لا يكون أمام الشركاء من سبيل إذا ما أرادوا قسمة العقار و إنهاء حالة الشيوخ ، إلاّ اللّجوء إلى القضاء .

¹- إدريس العلوي العبدلاوي ، القانون القضائي الخاص ، التنظيم القضائي - الإختصاص - نظرية الدعوى ، ج 1 ، بدون دار النشر ، 1405 هـ - 1984 ، ص 307 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 182 و ما يليها من هذه الرسالة .

و مهما يكن من أمر ، إذا لم يكن الشركاء مجبرين على البقاء في الشروع بمقتضى نص القانون أو باتفاق بينهم ، جاز لهم و في أي وقت إنهاء الشروع ، و المطالبة بالقسمة لأنّ حق طلب القسمة لا يسقط بالتقادم مهما طالّت مدّة عدم إستعماله ، فهذا الحق مرتبط بوجود حالة الشروع و إستمرارها⁽¹⁾ .

2- الخصوم في دعوى القسمة

من المعلوم أنّ دعوى القسمة الواردة على العقار ، يباشرها خصوم مدعي أو أكثر أو مدعي عليهم أو أكثر ، نعرض لهما فيما يلي :

أ- المدعي

هو من يريد من الشركاء الخروج من الشروع ، سواء كان واحدا أو أكثر ، كما يجوز لدائني الشرك أن يرفعوا دعوى القسمة بطريق الدعوى غير المباشرة - بإسم مدينهم - متى توافرت شروطها⁽²⁾ .

ب- المدعي عليه

هم باقي الشركاء ، فإذا لم يعلن أحد الشركاء ، كان له أن يتدخل فيها ، كما يصح إدخاله بناء على طلب المدعي أو أحد المدعي عليهم ، كما يصح أن تأمر المحكمة بإدخاله من تلقاء نفسها . فإذا لم يعلن أحد الشركاء و لم يتدخل أو يطلب إدخاله ، فإنّه يترتب على ذلك أن حكم القسمة الصادر منها في الدعوى لا يكون حجة عليه⁽³⁾ .

ثانيا : إجراءات دعوى القسمة

لشريك الراغب في الإفراز حق رفع دعوى على باقي الشركاء ، وفقا للإجراءات المقررة في رفع الدعاوى بموجب عريضة موقعة و مؤرخة ، تودع بأمانة ضبط المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل القسمة ، مع تكليف باقي الشركاء بالحضور أمام المحكمة المختصة .

¹- أنظر في نفس السياق ، عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، الملكية العقارية ، ج 2 ، ط 2 ، منشورات زين الحقوقية ، 2011 ، ص 80 .

²- نبيل إبراهيم سعد ، الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 2001 ، ص 164 .

³- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 164 .

- أنظر أيضا ، عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، الملكية العقارية ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 73 و ما يليها .

مع ضرورة شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى عملاً بأحكام المادتين 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

و من الأهمية بما كان التذكير بأنه على القاضي قبول دعوى القسمة دون حاجة إلى إلزام الورثة بتقديم الشهادة التوثيقية التي تفيد إنتقال الملكية من المورث إلى هؤلاء . و هذا ما أكدته المذكرة رقم 689 الصادرة عن مديرية أملاك الدولة بتاريخ 12 فبراير 1995 في فقرتها العاشرة : " ... أنه في حالة القسمة القضائية دون أن يسبقها شهادة توثيقية ، في هذا المجال فإنّ إتجاه الورثة للقضاء و صدور حكم يعيّن الأنصبة بناء على الفريضة يغني عن الشهادة التوثيقية ، ذلك أنّ القاضي قام بمهمتين في آن واحد : نقل الملكية للورثة و تقسيمها فيما بينهم " .

و على العموم يتعيّن على المحكمة أن تنتدب خبيراً أو أكثر إن رأت وجهاً لذلك ، لإفراز الحصص إذا كان العقار المشاع يقبل القسمة عينا ، دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته . على حدّ تعبير حكم الفقرة الثانية من نص المادة 724 من القانون المدني .

يبرز ممّا تقدم أن لعملية القسمة إجراءات خاصة يتعيّن على المحكمة مراعاتها ، فهي تستلزم بداءة تعيين خبير لتقويم العقار و إفراز الحصص ، مع ملاحظة أن هذا الإجراء - تعيين خبير - يقتضي بدوره إجراء آخر مكملّ له يتمثل في إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة ، قصد المصاواة عليها و بالنتيجة قسمة العقار .

و تبعاً لذلك سنقسم الكلام هنا على إجرائين : فنتكلم أولاً في تعيين خبير لتقويم العقار و إفراز الحصص ثم في إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة .

1- تعيين خبير لتقويم العقار و إفراز الحصص

بعد الإنتهاء من دراسة ملف الدعوى ، و فحص الوثائق و المستندات المرفقة ، تصدر المحكمة حكماً قبل الفصل في الموضوع ، بتعيين خبير لتقويم العقار و إعداد مشروع قسمة بشأنه⁽¹⁾ ، إذا كان العقار المشاع قابلاً للقسمة عينا . أمّا إذا تعدّر قسمة العقار عينا ، أو كان من شأن القسمة إحداث نقص كبير

¹ - يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم 233109 ، الصادر بتاريخ 17-07-2002 ، منشور ب م م ع لسنة 2004 ع 2 ، ص 323 . و الذي جاء فيه ما يلي : " تتم قسمة المال الشائع ، في حالة إختلاف الشركاء و تعيين خبير من طرف المحكمة ، عن طريق تكوين الحصص و إجراء القرعة .

في قيمته ، عمدت المحكمة إلى تحدد السعر الإفتتاحي تمهيدا لبيعه في المزاد العلني ، كي يقسم ثمنه بين الشركاء . وفقا لمقتضيات المادة 728 من القانون المدني . و هذه هي قسمة التصفية⁽¹⁾ .

و أيًا ما كان الأمر ، و وفقا لما سبق بيانه أعلاه ، يتعين على المحكمة بعد عرض الوساطة القضائية و رفضها من قبل الأطراف⁽²⁾ ، أن تعين خبيرا عقاريا بموجب حكم علني للقيام بالمهام التالية :

❖ إستدعاء الأطراف إستدعاء قانونيا ، و تلقي أقوالهم و ملاحظاتهم ، و سماع شهودهم بغير يمين .
❖ الإطلاع على الوثائق و المستندات المتعلقة بالعقار المطلوب قسمته بما في ذلك التصميم التقني و الهندسي لموقع العقار و بناءه .

❖ الإنتقال إلى العقار موضوع القسمة بحضور الأطراف قصد المعاينة الميدانية و إبداء رأيه فيما إذا كانت القسمة العينية ممكنة دون يلحق العقار الشائع نقص كبير في قيمته ، أو أنها غير ممكنة و في هذا الصدد يتعين على الخبير أن يذكر في خبرته ، وصف العقار وصفا دقيقا ، مع تحديد موقعه و مساحته ، و طبيعته القانونية من خلال الإطلاع على المخطط التوجيهي للتهيئة و التعمير ، و مخطط شغل الأراضي ، و القول ما إذا كان العقار محل القسمة عقار مبني أو غير مبني ، أو قابلا للتعمير حضري أو فلاحي⁽³⁾ .

❖ الإتصال بكل هيئة عامة أو خاصة بإمكانها مساعدته على القيام بالمهام المسندة إليه . و هذا الصدد يتوجب على الخبير الإتصال بالمحافظة العقارية للتأكد من ملكية الورثة للعقار ، و عدم تصرفهم في أنصبتهم من خلال كشف المعاملات العقارية الصادر عن المحافظة العقارية .

¹- و هو نفس المبدأ الذي كرسه قرار م ع غ م ، ملف رقم 267192 ، الصادر بتاريخ 11-12-2002 ، غير منشور مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 123 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنه و كما هو ثابت من وقائع القضية أنّ الطرفين يملكان مسكنا و قطعة أرض على الشيوع .
و حيث أنّ الطرفين لم يتفقا على طريقة تقسيم هذين العقارين ، و في هذه الحالة لا يوجد أمام قضاة الموضوع إلّا حلين : الأول منصوص عليه بالمادة 724 من القانون المدني ، إذا كان المال يقبل القسمة عينا ، عيّنت المحكمة خبيراً و كلفته بمهمة تكوين الحصص ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع .

أما إذا تعدّرت القسمة عينا ، طبق الحل المنصوص عليه بالمادة 728 من ق . م . ، و ذلك ببيع هذا المال بالمزاد العلني و حيث أنّه في غياب إتفاق الفرقاء على قسمة المال الذي يملكه على الشيوع ، فإنّه لا يمكن الخروج من حالة الشيوع دون إتباع الحلين المنوه إليهما أعلاه " .

²- يراجع نص المادة 994 من ق . إ . م . إ .

³- أما إذا كان العقار محل القسمة فلاحيا ، و يجب مراعاة أحكام المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 ديسمبر 1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية ، منشور في ج ر ، ع 84 ، الصادرة بتاريخ : 21-12-1997 .

❖ إعداد مشروع قسمة عينية للعقار على أساس أصغر نصيب بموجب مخطط بياني مفصل ، و في حالة تعذر القسمة عينا أو من شأنها أن تحدث نقصا كبيرا في قيمة العقار ، يتم تقييمه نقدا و على ضوء ذلك تحديد حصة أطراف الدعوى نقدا على ضوء نصيب كل واحد(1) .

❖ إعداد جدول يبين من خلاله نتائج الخبرة المتوصل إليها سواء كانت القسمة عينا أو نقدا ، و إعداد تقرير مفصل بذلك و إرفاقه بالوثائق المستند عليها ، و إيداعه بأمانة ضبط المحكمة بمصلحة الخبرات القضائية في الآجال المحددة في الحكم .

و في هذا الصدد ، يتعيّن على المدعي إيداع مبلغ مالي كتسبيق لمصاريف الخبرة ضمن الآجال المحددة في الحكم ، و إلاّ اعتبر هذا الحكم لاغيا(2) .

2- إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة

بعد إيداع الخبير لتقرير الخبرة المنجزة بأمانة ضبط المحكمة ضمن الآجال المحددة في الحكم ، يمكن لكل من له مصلحة في قسمة العقار أن يعمد إلى رفع دعوى أمام نفس المحكمة ، تتضمن إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة . يبدي من خلالها الأطراف طالباتهم و دفعوهم بخصوص الخبرة و نتائجها و تقريرا على ذلك ، إذا تراءى للمحكمة أنّ مشروع القسمة الذي وضعه الخبير المنتدب صحيحا و غير منازع فيه لاسيما فيما يتعلق بتكوين الحصص ، فإنّها تصادق على الخبرة المنجزة ، و تتصرف تبعا لذلك إلى فرز الحصص و إجراء القسمة بين الشركاء بطريق الإقتراع (القسمة) ، مع إثبات ذلك بموجب محضر(3) .

¹ قرار م ع غ ع ، ملف رقم 151301 ، الصادر بتاريخ 25-03-1998 ، منشور ب م ق لسنة 1998 ، ع 2 ص 28 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّه إذا تعذّرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته ، بيع هذا المال بالمزاد العلني و تقتصر المزايدة على الشركاء و حدهم إن طلبوا هذا الإجماع . و من المقرر أيضا أنّه إذا تعذّر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا ، عوض بمقابل عمّا نقص من نصيبه . و لما ثبت - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس رفضوا طلب الطاعن الرامي إلى بيع العقار المشترك بالمزاد العلني بحجة أنّ الحكم المستأنف راعى رأي الأغلبية ، مع أنّ رأي الأشخاص ليس من شأنه تغيير حكم القانون سيما المادة 728 من ق . م ، هذا من جهة و من جهة أخرى منحوا إثنتين من الشركاء نصيبهم نقدا كلية دون الحصول عينا على نصيب ناقص عينا فخالفوا نص المادة 2/725 من ق . م ، ممّا يعرض قرارهم للنقض . و متى كان ذلك إستوجب نقض القرار " .

² يراجع نص المادتين 129 و 130 من ق . م . إ . م . إ

³ يراجع نص المادة 727 من ق . م

ثم تصدر حكماً قضائياً قابلاً للإستئناف ، تبين فيه معالم الحصة التي آلت إلى كل شريك و قيمتها حتى يتسنى تسجيلها و شهرها ، ليصبح لكل واحد من المتقاسمين حصة مفرزة (1).

ثالثاً : أثر الحكم الصادر في دعوى القسمة

لعلّه من الملائم ، الإشارة ، مقدماً ، إلى أنّ القسمة سواء كانت قضائية أو ودية ، فهي معلنة و كاشفة للحق العيني و ليست منشئة أو ناقلة له ، و يترتب عليها إفراز حصة لكل شريك في العقار الشائع فيصبح الشريك مالكا لجزء مفرز من العقار ، بعد أن كانت حصته شائعة فيها(2) و يعتبر الشريك مالكا لهذه الحصة منذ أيلولة الملكية الشائعة إليه و ليس من وقت القسمة . و على ذلك جرى حكم المادة 730 من القانون المدني : " يعتبر المتقاسم مالك للحصة التي آلت إليه منذ أن أصبح مالكا في الشيوع ... " .

= يراجع في نفس السياق ، قرار م ع غ م ، ملف رقم 54849 ، الصادر بتاريخ 25-10-1989 ، منشور ب م ق لسنة 1991 ، ع 1 ، ص 25 و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانوناً أنّ قسمة الملكية الشائعة تجري بطريق الإقتراع و تثبت المحكمة ذلك في محضرها .

و لما كان الثابت - في قضية الحال - أنّ قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الإقتراع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون " .

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 47071 ، الصادر بتاريخ 26-09-1988 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 1 ، ص 33 . و الذي جاء فيه ما يلي : " كل حكم أو قرار يحكم بالقسمة دون بيان مزايا كل نصيب من الأنصبة الموزعة على الأفراد يُعدّ تقصيراً يمنع معرفة مدى عدالة المحكمة " .

-يراجع في نفس السياق قرار م ع غ م ، ملف رقم 91439 ، الصادر بتاريخ 28-10-1992 ، منشور ب م ق لسنة 1994 ، ع 3 ، ص 18 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص ، ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع ، و تختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك و الفصل في كل المنازعات ، لاسيما ما يتعلق منها بفرز نصيب كل شريك و بتكوين الحصص .

و لما ثبت - من قضية الحال - أنّ قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص و إجراء القسمة بين الشركاء بطريق الإقتراع فإنّهم بذلك خالفوا القانون " .

-يراجع أيضاً قرار م ع غ م ، ملف رقم 188189 ، الصادر بتاريخ 21-04-1998 ، منشور ب م ق لسنة 2000 ، ع 1 ، ص 174 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانوناً أنّ القسمة تجري بطريق الإقتراع بعد تكوين الحصص و تثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره و يصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز . و من ثم فإنّ القضاء بخلاف هذا المبدأ يعدّ خطأ في تطبيق القانون .

و لما كان ثابتاً - في قضية الحال - أنّ قضاة الموضوع لما إكتفوا بالمصادقة على الخيرة دون التطرق للإقتراع و دون فرز الأنصبة و إعطاء كل شريك نصيبه المفرز فإنّهم أخطوا في تطبيق القانون " .

²- مدحت محمد الحسيني ، إجراءات الشهر العقاري ، وفقاً للتعدّلات الأخيرة ، دار المطبوعات الجامعية ، كلية الحقوق الإسكندرية ، مصر ، بدون سنة الطبع ، ص 120 .

إنّ الحكم الصادر في دعوى القسمة يعدّ مثبتاً للملكية العقارية بعد إيداعه لدى الموثق الذي يلتزم بإفراغه في الشكل المحدد قانوناً . على أن يتولى تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع⁽¹⁾ و إشهاره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل القسمة ، حتى يتمكن كل متقاسم من الحصول على سند الملكية الذي يثبت نصيبه وفقاً لما قضى به الحكم القضائي .

الفرع الثاني : الحكم المكرس للملكية على أساس التقادم المكسب

الأصل أنّ مالك العقار حرّ في أن يستغلّ عقاره على النحو الذي يشاء ، و هو أيضاً حرّ في أن يستغل ملكه ، أو لا يستغله ، من حيث المبدأ ، و أن لا يترتب على عدم إستغلاله أو إهماله سقوط حقّه⁽²⁾ على أنّ المشرع قد خرج على هذا الأصل بموجب نصوص صريحة ، و أجاز للحائز مخاصمة المالك الذي تخلى عن عقاره مدّة زمنية معيّنة ، و الحصول على حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم المكسب . كمجازاة للمالك المهمل الذي يتخلى عن خدمة العقار و الإستثمار فيه ، و مكافأة للحائز الحريص الذي يسعى إلى خدمة العقار و إستغلاله و تطويره .

1- أخضع التشريع المالي بموجب أحكام المادة 244 من قانون التسجيل الأحكام و القرارات القضائية المعلنة للقسمة لرسم تسجيل يُقدر ب 1.5% من قيمة العقار ، يتحملها المالكين في الشياخ بالتضامن .

2- إذا كان عنصر الإستغلال حق للمالك في ظل القانون المدني ، إذ له الحق في إستغلال عقاره كما له الحق في عدم إستغلاله . فإنّ الأمر يختلف بالنسبة للعقار الفلاحي ، إذ يتعيّن على كل مالك لأرض فلاحية أن يستغلها فعلياً ، بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، و إلّا إعتبر متعسفاً في إستعمال حقّه . على حدّ تعبير حكم الفقرة الأولى من المادة 48 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري . و التي جرى نصّها على النحو التالي : " يشكل عدم إستثمار الأراضي الفلاحية فعلاً تعسفياً في إستعمال الحق ، نظراً إلى الأهمية الإقتصادية و الوظيفة الإجتماعية المنوطة بهذه الأراضي " .

و تفرعاً على ذلك ، إذا ثبت عدم إستغلال المالك للأرض الفلاحية ، بناء على التحقيقات المتخذة من قبل لجنة عدم إستغلال الأرض ، أُنذرت اللّجنة المالك بإستئناف إستغلالها . و في حالة عدم الإستجابة ، تعذر اللّجنة مرّة ثانية عن طريق المحضر القضائي لوضع الأرض قيد الإستغلال ، خلال سنة واحدة تطبيقاً لأحكام المادة 51 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري .

فإذا بقيت الأرض الفلاحية غير مستغلة ، وفقاً للغرض الذي خصص لها ، بعد إنتهاء المدّة المقررة قانوناً ، و دون تبيان المالك للأسباب الجديّة التي حالت دون إستغلاله للأرض ، أمكن الديوان الوطني للأراضي الفلاحية أن يتخذ ضده الإجراءات التالية : إمّا وضع الأرض حيّز الإستغلال لحساب المالك و على نفقته أو عرضها للتأجير أو بيعها .

- يراجع لتفصيل أكثر ، بن رقية بن يوسف ، النظام القانوني لملكية الأراضي الفلاحية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، عدد 02 ، جوان 2015 .

و على ذلك ، فمتى صدر حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم ، عُدَّ هذا الحكم سنداً لإثبات ملكية الحائز للعقار ، شريطة أن يكون العقار موضوع ذلك الحكم غير مملوك للدولة ، و أن تكون مدّة الحيازة لا تقل عن المدّة المحددة قانوناً ، و التي حددها المشرع بخمسة عشرة (15) سنة تسري من تاريخ وضع اليد ، و بعشر (10) سنوات عند توافر حسن النية و السند الصحيح⁽¹⁾ ، و أن تكون تلك الحيازة علنية و هادئة و لا لبس فيها ، و أن تتوافر في الحائز نية التملك ، و هذا ما أكدته أحكام المواد من 808 إلى 834 من القانون المدني .

و بالتالي متى توافرت في العقار عناصر الحيازة السالف ذكرها ، و المدّة المقررة قانوناً لإكتسابه ، أمكن المحكمة المعروض عليها النزاع القضاء بإكتساب العقار المتنازع عليه بالتقادم ، سواء جاء ذلك في صورة دعوى قضائية مستقلة ، أو في صورة دفع يُدّيه الحائز ضدّ المالك الذي يُطالب بإسترداد عقاره عن طريق دعوى الإستحقاق ، شريطة أن يسبق إصدار ذلك الحكم تحقيق قضائي ، و ذلك بالإستماع إلى الشهود الذين يمكنهم أن يفيدوا مجرى التحقيق عملاً بأحكام المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، على أن يتم في الأخير ، و بعد صيرورة الحكم المثبت للملكية العقارية عن طريق التقادم إظهاره من قبل أمين الضبط على مستوى مصلحة الشهر العقاري عملاً بأحكام المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

إلاّ أنّ الملاحظ أنّ هذا النوع من الأحكام لم يكن محل إجماع غالبية الفقه و القضاء ، بسبب الإختلاف حول تفسير النصوص القانونية المنظمة للتقادم المكسب ، و التي جاءت عامة فيما يتعلق بالأخذ بالتقادم المكسب . فضلاً عن تعارض فكرة التقادم المكسب في حدّ ذاتها مع مبادئ نظام الشهر العيني ، حيث البطاقة العقارية و مراجع الإشهار التي من شأنها أن تجعل الملكية العقارية مستقرة . و قد كان لهذا الإختلاف الأثر البالغ على موقف القضاء و جعل أحكامه غير مستقرّة بخصوص هذه المسألة .

و للإمام بمختلف جوانب هذا الإختلاف ، نرى أن نقسم الكلام في هذا الفرع إلى أربعة عناصر رئيسية :
فنتكلم أولاً في معنى التقادم المكسب ، ثم في موقف التشريع من إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب ثانياً ، و موقف القضاء ثالثاً ، و نتكلم أخيراً في نظرة الفقه إلى المسألة .

¹- إذا توافر لدى الحائز النية الحسنة و السند الصحيح ، تكون مدّة التقادم المكسب أقصر حدّها المشرع بعشر (10) سنوات . و مثاله الشخص الذي يكون بحوزته شهادة حيازة ، إذا ساوت مدّة حيازته للعقار عشر (10) سنوات ، إكتسبه بالتقادم المكسب .

أولاً : معنى التقادم المكسب

يفهم من خلال مراجعتنا للنصوص القانونية التي عدت التقادم سببا من أسباب كسب الملكية أنّ المقصود بالتقادم المكسب : أنه وسيلة يستطيع بمقتضاها الحائز إذا إستمرت حيازته لحق عيني مدّة زمنية معيّنة أن يتمسك بهذا الحق . بمعنى أنه وسيلة لإكتساب ملكية شيء ، و ذلك بالحيازة المستمرة لهذا الشيء⁽¹⁾ .

و هذا بخلاف التعريف الذي إنتهى إليه فقهاء الشريعة الإسلامية ، و الذي إتخذ منحى آخر ، إذ أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتقبلوا فكرة التقادم المكسب على أساس أنه مكسب للملكية ، بل على أساس أنه مانع لسماع الدعوى . حيث أنّ الفقه الإسلامي يُجيز للحائز الذي إكتملت مدّة حيازته أن يقدم دفعا في مواجهة المالك الذي يرفع دعوى الإستحقاق لعدم جواز سماع دعواه⁽²⁾ .

يُبين ممّا تقدم أنّ التقادم المكسب يُعدّ وسيلة من الوسائل التي تؤدي إلى كسب الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية المتصلة بها . كما يُبين لامحالة أنه أثر ناتج عن الحيازة المستوفية لعنصرها المادي و المعنوي -CORPUS-ANNUMUS- ، و المتوفرة على شروطها القانونية المتمثلة أساسا في : العلنية و الهدوء و الإستمرار ، فإذا ما خلت من العيوب ، و إستوفت المدّة المحددة قانونا ، عدّ الحائز مالكا .

ثانيا : موقف التشريع من إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

لعلّه من الملائم الإشارة ، مقدما ، إلى أنّ نظام الشهر العيني لا يعترف بالحيازة و التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية و الحقوق العينية العقارية ، إذ يؤدي ذلك الإعتداد إلى إهدار القوة الثبوتية المطلقة التي يرتبها نظام السجل العيني للحقوق المقيدة في السجلات العينية ، الأمر الذي دفع بالتشريعات التي تأخذ بنظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر إلى الأخذ بمبدأ حظر التقادم ، و هو المبدأ الذي يقضي بعدم سريان التقادم المكسب في مواجهة المالك أو صاحب الحق العيني الذي له أصل ملكية مشهر⁽³⁾ .

¹ - Pierre Voirin , Grilles Goubeaux : droit civil , tom 1 , 27^{eme} édition , L .G.D.J , P 276 .

² - يراجع لتفصيل أكثر حول الموضوع ، أحمد خالدي ، التقادم ، و آثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهااد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، دار هومو ، الجزائر ، 2016 ، ص 26 و ما يليها .

³ - يجدر التنبيه إلى أن بعض الأنظمة القانونية التي تأخذ بنظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر ، قد أخذت بمبدأ التقادم ، و لكن في حالات محدودة و إستثنائية . و من بين هذه الأنظمة نذكر منها :

فقد فرّق المشرع اللبناني بين الحقوق المسجلة في السجل العقاري و تلك التي لم يتم تسجيلها بعد ففضى في المادة 19 من القرار رقم 177 و في المادة 255 من قانون الملكية ، على عدم سريان مرور الزمن على الحقوق المقيّدة في السجل العقاري⁽¹⁾ . و المقصود بمرور الزمن في المادة هو التقادم .

و في المغرب ينص الفصل 63 من الظهير المؤرخ في 09 رمضان 1331 هجرية على أنّ : " التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل إسمه ، و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم الملك "⁽²⁾ .

كما نصّت المادة 305 من مجلة الحقوق العينية التونسية لعام 1965 على أنّه : " لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم " ، و أضافت المادة 307 بأنّه : " ليس لأي كان أن يتمسك بالحوز مهما طالّت مدّته "⁽³⁾ .

كذلك فقد نصّت المادة 923 من القانون المدني السوري على أنّه : " لا يسري التقادم على الحقوق المقيّدة في السجل العقاري ... " ، كما نصّت المادة 19 من القرار رقم 188 على : " أنّ مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري "⁽⁴⁾ .

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري ، فإنّه يتضح من تقصينا لمجموع النصوص المنظمة للتقادم المكسب و النصوص ذات الصلة بموضوع الشهر العقاري ، لاسيما الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح

= القانون الألماني حيث نصّت المادة 927 منه على أنّه إذا كان بقي العقار بين يدي شخص من الغير مدّة 30 سنة يمكن تقرير سقوط حق المالك عنه عن طريق رفع دعوى ، و إذا كان المالك مقيّدا في السجل فإنّ الدعوى لا تقبل إذا كان قد توفي أو كان غائبا ، و لم يجري أي قيد بموافقه في السجل منذ ثلاثين سنة .

▪ التشريع المصري الذي أخذ بمبدأ مرور الزمن على الحقوق المقيّدة في السجل العقاري ، و ذلك بصورة إستثنائية إقتضتها الفترة الإنتقالية المحددة لتطبيق القانون رقم 142 لسنة 1964 و إحلاله محل القانون السابق الذي كان يأخذ بنظام الشهر الشخصي ، و هكذا فقد نصّت المادة 38 من هذا القانون على أنّه : " إستثناء من أحكام المادة السابقة يقبل قيد الحقوق إستنادا إلى وضع اليد المكسب للملكية إذا رفعت الدعوى أو صدر الحكم فيها خلال خمس سنوات من إنقضاء المدّة المنصوص عليها في القرار الوزاري المشار إليه في المادة الثانية من قانون الإصدار " . يراجع لتفصيل أكثر عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، الملكية العقارية ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 564 و 565 .

¹- عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، الملكية العقارية ، ج 2 ، المرجع السابق ، ص 566 و 567 .

²- أنظر مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط 4 ، دار هومه ، الجزائر ، 2014 ، ص 50 .

³- أنظر عفيف شمس الدين ، الوسيط في القانون العقاري ، الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 565 .

⁴- أنظر ثابتي وليد ، التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، السنة الجامعية : 2008-2009 ، ص 137 .

الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذا المرسومين المطبقين له 62-76 و 63-76
أنها لا تتضمن أية إشارة لمبدأ حظر التقادم ، بالرغم من أنه يعتبر من أهم المبادئ التي يقوم عليها نظام
الشهر العيني المتبنى بموجب الأمر رقم 74-75 المشار إليه أعلاه ، اللهم إذا إستثنينا ما أشار
إليه المشرع في المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم
المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية ، و بالضبط نص المادة الأولى منه و التي
جاءت صياغتها على النحو التالي : " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن
للإجراء المحدث بالأمر 74-75 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 المتضمن القانون المدني ، يمكنه أن يطلب من الموثق
المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الإعتراف بالملكية " .

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

و إذا فهمنا النص على هذا النحو ، فإنّه بمفهوم المخالفة يمكن الإستناد إلى الحيازة و التقادم المكسب
لكسب الحقوق العينية العقارية التي تم شهرها وفق نظام الشهر الشخصي ، أو تلك التي لم يتم شهرها
أصلا .

غير أننا لا نتماشى مع هذا الطرح الذي يجيز تملك الحقوق العينية العقارية المشهورة في إطار نظام
الشهر الشخصي عن طريق التقادم المكسب ، تماشيا مع روح النصوص المتعلقة بالشهر و أثره في نقل
الحقوق و ترتيب الأثر المنشئ لها .

أمّا القول أنّه بالإمكان الإستناد إلى الحيازة و التقادم المكسب لكسب الحقوق العينية التي ليس لها أصلا
أصل مشهر بمصلحة الشهر العقاري . فهذا في إعتقادنا قول منتقد من ناحيتين :

فمن ناحية ، أنّ من شأن عملية مسح الأراضي العام أن تؤدي إلى تسجيل العقار الذي ليس له أصل
مشهر بإسم الحائز حتى و لو لم يستوف مدة الحيازة المقررة قانونا المتمثلة في إحدى المديتين ، خمسة
عشرة (15) سنة ، أو عشر (10) سنوات إذا ما إقترنت هذه الحيازة بسند صحيح .

و من ثم فيإمكان عملية المسح وفقا لهذا التحليل أن تؤدي لامحالة إلى ترقيم العقار محل الحياة ترقيما مؤقتا يتحوّل فيما بعد إلى ترقيم نهائي ، و بالنتيجة تسليم الحائز دفتر عقاري يقوم مقام عقد الملكية النهائي ، في حالة عدم وجود إعتراضات أو عدم جدوى تلك الإعتراضات .
و من ناحية ثانية ، أنّ المشرع قد أجاز للحائز في المناطق غير الممسوحة أن يلجأ إلى طلب فتح تحقيق عقاري ، لإثبات حيازته و الحصول سند ملكية وفقا لما هو مقرر في أحكام القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 ، المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري (1) .

و عليه فمن خلال ما سبق تبيانه ، تبقى - في نظرنا - عملية مسح الأراضي العام المعلن عنها بموجب الأمر رقم 74-75 ، و إجراء معاينة حق الملكية المستحدث في المناطق غير الممسوحة بموجب القانون رقم 02-07 ، هما الآليتين الأكثر فعالية في تملك العقار الذي ليس له أصل مشهر بطريق التقادم المكسب .

و يبقى اللجوء إلى القضاء هو الطريق الإستثنائي ، الذي يمكن من خلاله لحائز العقار الذي ليس له أصل ملكية مشهر ، الحصول على حكم يقضي بتكريس الملكية على أساس التقادم المكسب . و إن كان هذا الحكم - في نظرنا - يبقى غير محصن طالما أنّه حكم مرهون ببقاء الظروف دون تغيير و عدم رفع المالك لدعوى الملكية .

ثالثا : موقف القضاء من إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

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

و من قبيل القضايا التي أقرت فيها المحكمة العليا بجواز تملك العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة ما قضت به في قرار صادر عنها بتاريخ 16 جويلية 2008 و الذي جاء فيه ما يلي (2) : " و الذي يعيب

¹-يراجع ما سيأتي ذكره في ص 414 و ما يليها من هذه الرسالة .

²- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 423832 ، الصادر بتاريخ 16-07-2008 ، منشور ب الإيج ق لسنة 2010 ، ع خ ج 3 ، ص 274 .

فيه الطاعنون على القرار المطعون فيه ، أنّه منح العقد العرفي الخاص بالمدعى عليه في الطعن المؤرخ في 02 جانفي 1987 ، الحجية في مواجهة المدعين في الطعن ، و جعله بداية لحيازة المدعى عليه في الطعن التي إعتبرها أساسا للتقادم المكسب ، مخالفا بذلك المادة 12 من قانون التوثيق و المادة 324 مكرر 1 و المادة 29 من القانون 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري .

لكن حيث يتضح من القرار المطعون فيه ، و خلافا لمزاعم المدعين في الطعن ، أنّ قضاة الموضوع لم يأخذوا بالعقد العرفي كدليل إثبات مقدم من المدعى عليه في الطعن ، إنّما أشاروا إليه عند حساب مدّة حيازة المدعى عليه في الطعن للأرض محل النزاع ، و ذكروا لتأسيس قضائهم ، أنّ الثابت من الحكم المستأنف أنّ المحكمة رفضت الدعوى الرامية لإسترجاع الملكية لتقادمها ، و لتوافر التقادم في مواجهة المدعين في الطعن ، ما دامت الحيازة ثابتة و بحسن نية و لمدّة تجاوزت 15 سنة من تاريخ رفع الدعوى الذي هو 01 ديسمبر 2006 ، في حين أنّ الحيازة بدأت من تاريخ 02 جانفي 1987 ، حسب شهادة البيع المقدّمة من طرف المدعى عليه في الطعن .

= يراجع في نفس السياق أيضا ، قرار م ع غ ع ، ملف رقم 300815 ، الصادر بتاريخ 18-05-2005 ، منشور ب م م ع لسنة 2005 ، ع 2 ، ص 351 . و الذي جاء فيه ما يلي : " بدعوى أنّ التمسك بالحيازة و التقادم المكسب يكون في العقارات التي ليس لها سندات ملكية رسمية للمادة 828 من ق . م لكن حيث أنّ القاعدة العامة في إكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب إنّما يقوم أساسا على الحيازة و شروطها و على مدّة هذه الحيازة حسب التعيين الآتي :

حيث أنّ المادة 827 من ق . م تنص من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا إستمرّت حيازته له منذ خمسة عشرة سنة بدون إنقطاع و حيث أنّ المادة 828 من ق . م التي تنص : " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح ، فإنّ مدّة التقادم المكسب تكون عشر سنوات . و لا يشترط توافر حسن النية إلاّ وقت تلقي الحق . و السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم و يجب إشهار السند " . و عليه فإنّ القانون المدني لا يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات و التي ليس لها سندات .

و قد تأكّد هذا المبدأ أيضا في المرسوم رقم 83-352 الخاص بإجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن للإعتراف بالملكية إذ نصّ على أنّ كل الأراضي تخضع للتقادم المكسب .

و بناء عليه فإنّ ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي التي لها سندات لا تكون محلا للتقادم المكسب لا أساس له . و حيث أنّ ما يذكره الطاعنون من جهة أخرى أنّ المطعون ضدهم لم يقدموا السند الصحيح لإكتسابهم بالتقادم وفقا للمادة 828 من ق . م . لكن حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإنّ قضاة الإستئناف ذكروا في قرارهم أنّ المطعون ضده حاز القطعة المتنازع عليها منذ حوالي أربعين سنة خلت حيازة فعلية و دون معارضة . و عليه أخذوا بالتقادم المكسب المنصوص عليه في المادة 827 من ق . م التي لا تشترط السند الصحيح ، و بالتالي فما يثيره الطاعنون في الوجه لا أساس له " .

و لم يثبت طوال هذه المدة أي منازعة للمدعى عليه في الطعن ، حيث أنجز مسكنه من طابقين ، حسب دفعه الذي لم ينكره المدعين في الطعن . و بالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بأن حق الملكية المستند إلى دفتر عقاري مشهر لا يسقط ، غير مؤسس لأن المادة 827 من ق . م تخول للمدعى عليه في الطعن الدفع بالتقادم المكسب . هذا من جهة و من جهة أخرى فإنه لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من ق . م ، و عليه تكون المواد القانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالا للتطبيق في قضية الحال .

و من هنا يكون القضاة قد طبقوا صحيح القانون و طبقوا المادة 827 ق . م تطبيقا صحيحا . و بالتالي فالوجه غير مؤسس و يرفض " .

و أيضا ما قضت به في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 15 سبتمبر 2008 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " حيث من الثابت ما نصت عليه المادة 827 من ق . م أنّ من حاز عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاص به إذا إستمرت حيازته مدة 15 سنة بدون إنقطاع أي أن الحيازة هي سبب من أسباب كسب الملكية العقارية حتى في مواجهة من له سند صحيح ، لأنّ هذا النص لم يستثني العقارات التي لها عقود مشهورة .

و منه فإنّ قضاة الموضوع قد أخطأوا في تطبيق المادة 827 ق . م ، ممّا يتعيّن نقض و إبطال القرار المطعون فيه " .

و إذا كان موقف المحكمة العليا في هذه القرارات هو الإعراف للحائز بملكية العقارات المشهورة ، فيلاحظ أنّها سلكت مسلكا مغايرا في قرارات قضائية أخرى ، إذ لم تعترف للحائز بكسب ملكية العقارات التي لها سندات مشهورة بالتقادم المكسب .

و من قبيل ذلك ما قضت به الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (مجلس الدولة حاليا) في قرار صادر عنها بتاريخ 09 مارس 1988 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " لكن حيث و كما دفع المستأنف عليه

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 479371 ، الصادر بتاريخ 15-10-2008 ، منشور ب م م ع لسنة 2008 ، ع 2 ص 273 .

²- قرار غ إ م ع ، ملف رقم 129947 ، الصادر بتاريخ 09-03-1998 ، غير منشور ، مشار إليه في : زودة عمر تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1998 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية ، مجلة الموثق عدد 6 ، أبريل 1999 ، ص 15 و ما يليها .

فإنّ الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم المشار إليه أعلاه ، يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي و مشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 30 جوان 1998 .
و حيث أنّ طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند ، و قد تنازلت الدولة عنها آنذاك أي في سنة 1998 لفائدة الشاعلين لها .

و عليه فإنّ رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية ، كان مؤسسا ، لأنّ المرسوم رقم 83-352 السالف الذكر يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأملك التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و عليه فإنّ القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى " .
و أيضا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 10 ديسمبر 2009 و الذي جاء فيه ما يلي (1) : " إذا كان المشرع قد أجاز لكل شخص أن يكتسب عن طريق التقادم المكسب ، إلاّ أنّه أوجب أن يكون العقار في منطقة لم تشملها عملية المسح ، و أن لا يكون قد حرر بشأنه عقد رسمي ، عملا بالمادة 39 من قانون التوجيه العقاري .

و بما أنّ عقد الشهرة موضوع دعوى الحال جاء لاحقا لسند المستأنفين ، فإنّه جاء مخالفا للأحكام التشريعية المذكورة ممّا يتعيّن إبطاله " .
يتبيّن ممّا سبق أنّ الإجتهد القضائي للمحكمة العليا لم يستقر على إتجاه موّحد ، إذ لا يزال مترددا في الأخذ بالتقادم المكسب كسبب لكسب العقارات المملوكة بسند رسمي مشهر .

رابعا : نظرة الفقه إلى إكتساب الملكية على أساس التقادم المكسب

إذا كان النقاش قد ثار حول تفسير النصوص القانونية المنظمة للتقادم المكسب - كما سبق و قدمنا - فإنّ نقاشا أوسع قد إحتدم في الفقه حول إعتقاد هذه الآلية في حدّ ذاتها كسبب لكسب ملكية العقارات التي لها سندات مشهورة . و بمعنى أدق ، هل يخضع العقار المملوك بسند رسمي مشهر بمصلحة الشهر العقاري إلى التقادم المكسب ؟ أم أنّ إعمال هذه الآلية - التقادم المكسب - يقتصر فقط على العقارات غير المثبتة بسند رسمي مشهر ؟

إنقسم الفقه إلى فريقين ، و هو بصدد الإجابة على هذا التساؤل ، فريق يحاول عبثا إيجاد أساس قانوني لتملك العقارات المثبتة بسند مشهر . و يرون أنّه متى إستوفت الحيابة أركانها و أصبحت خالية من عيوبها

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 565212 ، الصادر بتاريخ 10-12-2009 ، منشور ب الإجماع لسنة 2010 ، ع خ ج 3 ، ص 296 .

رتب عليها القانون أثرين ، يتمثل أولهما في حمايتها لذاتها ، فيحمي حيازة الحائز ، بغض النظر عما إذا كان الحائز مالكا أو غير مالك .

و ثانيهما يتمثل في إكتساب الحائز لملكية العقار محل الحيازة ، متى إستغرقت الحيازة المدّة المقررة في القانون ، بصرف النظر عما إذا كان العقار محل الحيازة مملوك بسند رسمي أو عرفي ، مشهر أو غير مشهر⁽¹⁾ .

و عليه - و بحسب أنصار هذا الإتجاه - فإنّ التقادم المكسب هو طريق لكسب الملكية العقارية ، بل أنّه دليلا قاطعا على ملكيته ، و هو حجة على الكافة بما فيهم المالك الأصلي ، و لو كان يملك هذا العقار بموجب سند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية .

في حين ينظر إليه - التقادم المكسب - فريق آخر نظرة مضيقة ، و يقصره على العقارات التي ليس لها سندات ملكية مشهورة . و هم يرون أنّه لا يمكن لواضع اليد على عقار مملوك بسند رسمي مشهر أن يكتسبه بالتقادم مهما طال أمد وضع يده عليه ، و سندهم في ذلك أنّ من شأن التسليم بهكذا وضع - الإعتراف للحائز بالملكية على أساس التقادم المكسب في العقارات المشهورة - أن يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر - *La force probante absolue* -

و عليه - و بحسب أنصار هذا الرأي - فإنّه لا يمكن الإعتراف بالتقادم المكسب على عقارات لها سندات ملكية مشهورة ، على إعتبار أنّ الحيازة قرينة على الملكية ، و أنّ الملكية هنا ثابتة بالشهر ، و من ثمّ فإنّ من شأن كسب الملكية و الحالة هذه أن يفقد الشهر قوته الثبوتية⁽²⁾ .

و نحن من جانبنا ، نرى أنّ مع ذهب إليه الفقه و القضاء المذكوران أعلاه - المؤيبدان للأخذ بالتقادم في العقارات المشهورة - يعتبر في إعتقادنا موقفا سليما من الناحية القانونية ، على إعتبار أنّ نصوص القانون المدني هي نصوص عامة و صريحة ، و أنّه ليس هناك مسوغ قانوني يسمح بإستثناء العقارات المملوكة بسندات رسمية و مشهورة بالمحافظة العقارية من إكتسابها بالتقادم المكسب .

¹- زودة عمر ، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1998 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية مجلة الموثق ، عدد 6 ، أبريل 1999 ، ص 15 و ما يليها .

²- حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص 150 .

-يراجع في نفس السياق ، ثابتي وليد ، المرجع السابق ، ص 135 و ما يليها .

-يراجع أيضا ، ميسون زهوين ، إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية : 2006-2007 ، ص 163 و ما يليها .

إلا أننا نرى بهذا الشأن ضرورة تحديد نطاق التمسك بالتقادم المكسب ، و قصره على العقارات التي ليس لمالكها سندات ملكية مشهورة ، دون أن يتعداها إلى العقارات المشهورة ، تماشياً مع روح النصوص المنظمة للشهر العقاري ، خاصة بعد تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني كأساس لنظام الشهر العقاري . إذ ليس بخاف ، أنّ من شأن الإعتداد بالتقادم المكسب كسبب لكسب الملكية و الحقوق العينية العقارية أن يتعارض مع ما يعطيه نظام الشهر العيني للحقوق المقيدة من قوة و ثبات ، يجعلها في مأن من التعرض للضياع أو الترامي من طرف الغير بسبب الإهمال أو عدم الإستغلال .

لهذه الإعتبارات و بناء على الملاحظات السالفة الذكر ، فإننا نجتهد و نلح على تدخل المشرع لإعادة النظر في مسألة التقادم المكسب ، بإضافة مادة ضمن أحكام القانون المدني أو ضمن أحكام المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، تستثني من مجال الخضوع للتقادم المكسب الوارد في القانون المدني ، العقارات المملوكة بسندات رسمية مشهورة بمصلحة الشهر العقاري . و هو الرأي الذي نعتقد به إلى جانب غالبية الفقه الذي يؤيد هذا الإتجاه .

الفرع الثالث : الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية

الأصل أن تنتقل الحقوق العينية الأصلية بما فيها حق الملكية بعد وفاة صاحبها إلى الوارث ، و هذا ما يميّز التشريعات العربية بوجه عام أنّ جُلّها تتفق حول مبدأ التوريث الإجباري للخلف العام ، و لعلّ ما يبرر ذلك إستيقاء تلك التشريعات نصوصها من القرآن الكريم الذي أعطى الحق للورثة في إستخلاف مورثهم في التمتع بكل ما تركه بعد تصفية التركة وفقاً لتسلسل معيّن (1) .

إلا أنّه قد يحدث و يتوفى شخص و يترك عقاراً و لكن بدون أن يترك وارثاً يتملكه . ففي هذه الحالة تنتهي شخصيته القانونية ، و تنتهي بالطبع ملكيته لهذا العقار ، و هذا ما يؤدي وفقاً لأحكام القانون إلى صيرورة الخزينة العمومية مالكة لهذه العقار .

إلا أن التساؤل الذي يطرح بهذا الصدد : ما هي الجهة القضائية المختصة بإعلان شغور هذه التركة ؟ و ما هي الإجراءات المتبعة من قبل الجهات الإدارية المختصة لصيرورة العقار الشاغر ملكاً للدولة ؟ إنّ الإجابة على التساؤل المطروح تقتضي منا التطرق إلى تحديد معنى التركة الشاغرة أولاً ، ثم بيان

¹ - رحايمية عماد الدين ، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص : قانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، السنة الجامعية : 2014-2015 ، ص 251 و ما يليها .

الجهة القضائية المختصة بإعلان شغور العقار محل التركة ثانيا ، و الإجراءات الواجب إتباعها بهذا الشأن ثالثا . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

أولا : معنى التركة الشاغرة

ينصرف معنى التركة الشاغرة إلى كل تركة لم يعرف مالکها ، أو أنّ مالکها توفي دون أن يترك وارثا معروفا ، و كذا التركة التي يتخلّى فيها أحد الورثة عن نصيبه .
و في هذا الصدد نصّت المادة 773 من القانون المدني على أنّه : " يعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة الي ليس لها مالك ، و كذا أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم " .

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

و تدرج الأملاك الموضوعة تحت الحراسة القضائية في الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة بعد إثبات الطابع القطعي لإرادة الورثة في التخلي عن ذلك الإرث " .
و الملاحظ أنّ موقف المشرع الجزائري غير بعيد عن المعنى الذي أورده أعلاه ، إذ يعتبر التركات التي لا وارث لها ، و المهملة ، و المتخلّى عنها ، جميعها تركات شاغرة . سواء أكانت تلك التركات مملوكة للوطنيين أو الأجانب⁽¹⁾ .

أمّا في القانون الفرنسي ، فللتركة الشاغرة معنيان ، التركة الشاغرة -*succession vacante*- و تعني التركة غير المطالب بها من قبل أحد و لا حتى من طرف الدولة .
و التركة بلا وارث -*succession en déchéance*- و هي تلك التي تقبلها الدولة في ظل غياب الورثة الأكثر قربا .

¹- و هذا ما إستقرّ عليه الإجتهد القضائي ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م د الغرفة الثالثة ، ملف رقم 167619 الصادر بتاريخ 31-05-1999 ، غير منشور . مشار إليه في : ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 268 . و الذي بموجبه تم التصريح بشغور تركة المدعو " بارا ديبون بول " الفرنسي الجنسية المتمثلة في عقار يأوي مصنع للورق كائن بالبلدية .

غير أننا سنقتصر في دراستنا هذه على الحكم التصريحي القاضي بشغور العقار الذي يتوفى عنه مالكة عن غير وارث .

ثانيا : الجهة القضائية المختصة بإعلان شغور التركة العقارية

يلاحظ بادئ ذي بدء ، أن المشرع لم ينص بشكل صريح و مباشر في معرض البحث في إجراءات رفع دعوى الشغور ، عن الجهة القضائية المختصة بالنظر في هذه الدعوى ، بالرغم من أنّ مسألة الإختصاص النوعي تُعدّ من النظام العام ، مكتفيا بالنص على أن ترفع هذه الدعوى أمام الجهات القضائية المختصة .

و هو ما يستشف من صدر المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية : " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثا يحق للدولة المطالبة ، بواسطة الأجهزة المعترف بها قانونا ، أمام الهيئات القضائية المختصة ... " . و أيضا ما قضت به المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 المحدد لشروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة⁽¹⁾ ، في فقرتها الأولى و التي جاءت صياغتها مشابهة إلى حدّ بعيد لنص المادة 51 من القانون رقم 90-30 المشار إليها أعلاه ، بل أنّها أحالتنا إلى تطبيق الإجراءات المنصوص عليها في ذات المادة : " إذا هلك مالك عقار و لم يكن له وارث أو لا يعرف له وارث ، يحق للدولة المطالبة بالعقار حسب القواعد و الإجراءات المنصوص عليها في المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 ، المعدّل و المتمم و المذكور أعلاه " .

و قد رأى بعض الشراح ، في هذا الصدد ، أنّ جهة القضاء العادي هي المختصة نوعيا بنظر دعوى الشغور ، على إعتبار أنّ القاضي العادي هو الحامي الطبيعي للملكية العقارية الخاصة ، و أنّ ترفع هذه الدعوى من قبل الوالي على أساس أنّ الوالي هو الممثل القانوني للدولة في النزاعات التي تكون الدولة طرفا فيها⁽²⁾ .

¹- منشور ج ر ، ع 69 ، الصادرة بتاريخ : 19-12-2012 .

²- أنظر في هذا الصدد :

- حمدي باشا عمر ، دراسات قانونية مختلفة ، المرجع السابق ، ص 205 و 206 .

- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 269 إلى 271 .

و عليه - و بحسب هذا الرأي - فإنّ القسم العقاري هو المختص نوعياً بالفصل في دعوى شغور التركة العقارية ، و أنّ الوالي دون سواه ، و ليس مدير أملاك الدولة هو المخوّل برفع هذه الدعوى .
غير أننا لا نوافق هذا الطرح ، و يعزز وجهة نظرنا في ذلك أنّه سبق - كما رأينا - و أن نظر القضاء الإداري بتاريخ 31 ماي 1999 في دعوى الشغور المستأنفة من قبل " بارا دييون بول " ضدّ مديرية أملاك الدولة لولاية البليلة ، بمناسبة عرض الملف رقم 167619 المشار إليه أعلاه .
و ترتيباً على ذلك ، فإننا نرى أنّ جهة القضاء الإداري هي المختصة بنظر دعوى الشغور ، تطبيقاً للمعيار العضوي المكرّس بعموم أحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، طالما أنّ الدولة هنا طرفاً أصلياً في النزاع .

أمّا بالنسبة لمسألة التمثيل القضائي للدولة ، فإنّه و بحسب نص المادة 181 من المرسوم التنفيذي رقم 427-12 المشار إليه أعلاه ، فإنّ مديرية أملاك الدولة على المستوى الولائي هي الممثل القانوني للدولة في دعوى الشغور بالنظر إلى واقع الأمور ، و طالما أنّ هذه المسألة - التمثيل القضائي - تعتبر من المهام المنوطة بالمديرية الولائية لأملاك الدولة في مثل هذه الدعاوى .

و عليه فمن خلال ما سبق تبيانه ، فإننا نرى ضرورة تدخل المشرع لإعادة النظر في صياغة المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية من ناحيتين :
❖ توضيح عبارة " الهيئات القضائية المختصة " ، و ذلك من خلال تبيان بوضوح و بصفة نهائية الجهة القضائية المختصة بالنظر في دعوى الشغور ، هل جهة القضاء الإداري أم القضاء العادي .

❖ تحديد المدعى عليه في دعوى الشغور ، إذ ليس بخاف أنّ لكل دعوى قضائية خصوم : مدعي و مدعى عليه .

و بإعتبار أنّ دعوى الشغور تستلزم أصلاً أن لا يكون للعقار الشاغر وارث معروف ، فقد ثار التساؤل بشأن المدعى عليه الذي تُوجه ضده الدعوى .
و عليه فإنّه في غياب نص قانوني صريح يبيّن المدعى عليه الذي تُوجه ضده الدعوى ، فإنّه لا يمكن وضع أي إفتراض هنا لأنّ الأمر يتعلق بمسألة قانونية دقيقة تقتضي تدخل المشرع و تحديده بدقة للمدعى عليه في الدعوى .

ثالثاً : إجراءات إستصدار الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية

تنص المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية على ما يلي : " إذا لم يكن للعقار مالك معروف أو توفي مالكة دون أن يترك وارثاً يحق للدولة المطالبة ، بواسطة الأجهزة المعترف بها قانوناً ، أمام الهيئات القضائية المختصة ، بحكم يصرح بإنعدام

الوارث يصدر حسب الشروط و الأشكال السارية على الدعاوى العقارية و يتم ذلك بعد القيام بالتحقيق من أجل التحري و البحث عن الملاك المحتملين أو الورثة . و يترتب على الحكم ، بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة القضائية ، مع مراعاة أحكام المواد 827 إلى 829 من القانون المدني .

و بعد إنقضاء الأجل المقررة قانونا حسب الحكم الذي يصرح بإنعدام الوارث ، يمكن للقاضي أن يعلن الشغور حسب الشروط و الأشكال المقررة في القانون و التصريح بتسليم أموال التركة كلها " .

كما تنص المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 المحدد لشروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة على ما يلي : " إذا هلك مالك عقار ، و لم يكن له وارث أو لا يعرف له وراث ، يحق للدولة المطالبة بالعقار حسب القواعد و الإجراءات المنصوص عليها في المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 ، المعدل و المتمم و المذكور أعلاه .

و يترتب على الحكم التصريحي ، الذي أصبح نهائيا ، المثبت لشغور تركة الأملاك العقارية التي تركها الهالك ، تطبيق الحراسة القضائية على هذه الأملاك خلال الأجل المقررة في القانون .

و بعد إنقضاء الأجل المقررة قانونا عقب الحكم الذي يثبت إنعدام الورثة ، يمكن للقاضي أن يصرح بالشغور و إلحاق هذه الأملاك بملكية الدولة .

و تثبت إدارة أملاك الدولة تحويل ملكية العقار المعني للدولة ، و تدمجه في الأملاك العقارية الخاصة للدولة " .

و يتبين من قراءة هاتين المادتين ، أنّ ثمة إجراءات يتعيّن على الجهات الإدارية المختصة مراعاتها للحصول على الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية . و لتبيان الإجراءات العملية و التطبيقية للحصول على هذا الحكم ، فإننا سنقسم هذه الإجراءات على ثلاث مراحل . و ذلك وفقا للشكل التالي :

المرحلة الأولى : البحث و التحري

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

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

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

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

إذا أفضت نتائج التحري و التحقيق إلى عدم وجود وراث محتمل ، أمكن مدير أملاك الدولة أن يبادر إلى رفع دعوى قضائية ، بإسم وزير المالية ، للمطالبة بالتصريح بإنعدام الوراثة ، و وضع العقار محل التركة تحت الحراسة القضائية ، مع مراعاة أحكام المواد من 827 إلى 829 .

و إقامة الدعوى في هذه الحالة يكون بموجب عريضة إفتتاحية موقعة و مؤرخة ، تودع لدى أمانة ضبط المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل التركة ، على أن تكون مرفقة بالوثائق التي تثبت وجود هذا العقار عن طريق إحضار مستنداته ، و كذا الوثائق التي تثبت قيام مديرية أملاك الدولة بإجراءات البحث و التحري عن الورثة المحتملين للهالك⁽¹⁾ ، مع وجوب شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى في المحافظة العقارية الموجود في نطاق إختصاصها العقار عملا بأحكام المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽²⁾ .

المرحلة الثالثة : إعلان الشغور و تسليم العقار

بعد إنقضاء مدة التسيير المؤقت للعقار الشاغر المقررة لإدارة أملاك الدولة ، المحددة في الحكم القاضي بإنعدام الوراثة ، يتعين على مدير أملاك الدولة أن يبادر إلى رفع دعوى قضائية ثانية ، يذكر فيها المحكمة بالوقائع ، و الحكم المصرح بإنعدام الوراثة ، و يلتمس إصدار حكم يقضي بإعلان الشغور و تسليم العقار لإدارة أملاك الدولة ، التي تتولى تسييره إلى غاية إنقضاء الآجال المقررة لتقادم الحقوق الميراثية⁽³⁾ .

¹- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 270 .

²- أنظر أحكام المادتين 180 و 181 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 ، فيما يتعلق بإجراءات التركة العقارية للمالك المجهول .

³- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المرجع السابق ، ص 272 .

- و يراجع أيضا ، آسيا حميدوش ، طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة على ضوء قانون الأملاك الوطنية رقم: 90-30 ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق جامعة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية 2009-2010 ، ص 100 .

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

يتبيّن ممّا تقدم أنّ سبب إكتساب الدولة للعقار الشاغر الذي لا وارث له هو السند القضائي المتمثل في الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية ، و الذي يعدّ وسيلة من وسائل كسب الملكية العقارية الخاصة للدولة ، و ليس وضع اليد و الحيابة ، و عليه فإنّ موقف المشرع الجزائري في المادة 51 من القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية ، بخصوص أعمال المادة 829 من القانون المدني المتعلقة بتقادم الحقوق الميراثية بمرور ثلاثا و ثلاثين سنة غير سند .

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

و في هذه الحالة إذا تراءى للمحكمة أن طلب الوارث مؤسس قانونا ، و مدّعم بالمستندات و الوسائل الثبوتية ، فإنّها تقضي بحق الوارث في إسترداد العقار متى كان ذلك ممكنا ، أمّا إذا تعدّر أو إستحال إسترداد العقار عينا ، فإنّها تحكم له بتعويض مساوي لقيمة العقار ، يُحسب من يوم الإعتراف له بصفة المالك⁽¹⁾ .

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

¹- تراجع الفقرة 01 من نص المادة 54 من القانون رقم 90-30 .

-تراجع الفقرة 01 من نص المادة 182 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

و أيا ما كان من أمر ، فإنه يتوجب على الوارث في كلتا الحالتين - إسترداد العقار أو التعويض - دفع مبلغ فوائد القيمة العينية التي يحتمل أن تكون الدولة قد حققتها⁽¹⁾ .

المطلب الثاني : الأحكام القضائية المنشئة للملكية العقارية

قرر المشرع ، لجهة القضاء ، إصدار أحكام و قرارات قضائية تكون بدورها مصدرا لإثبات الحق المدعى به ، حتى في مجال الملكية العقارية و الحقوق العينية المتصلة بها . و يعتبر تدخل القاضي في الدعوى في هذه الحالة ، محصورا جدا ، يستمد حكمه مباشرة من نصوص تشريعية تقرر له هذه الصلاحية و إلا تعرض حكمه للإلغاء .

و يمكننا ، في هذا الصدد أن نشير إلى ثلاث صور من الأحكام القضائية التي يُستدل منها تقرير المشرع لجهة القضاء سلطة إصدار أحكام قضائية مثبتة و منشئة للملكية العقارية . أمّا الصورة الأولى تتجلى في إجراءات البيع بالمزاد العلني ، و أمّا الثانية فهي خاصة بإجراءات الأخذ بالشفعة . أمّا الثالثة فهي خاصة بإجراءات تثبيت الوعد بالبيع العقاري . و هو ما سنتطرق إليه تباعا وفقا للتفصيل الآتي :

الفرع الأول : حكم رسو المزاد في بيع العقار

قد يلجأ المدين في سبيل تحصيل حقه إلى ضرب حجز تنفيذي على عقار مملوك لمدينه ، و في هذه الحالة سيتم حتما برمجة ملف العقار المحجوز للمملوك للمنفذ ضده تمهيدا لبيعه في المزاد العلني ، كما قد يحدث أن يتعدّر قسمة عقار مملوك على الشيوخ عينا ، و عندئذ يطرح في المزاد العلني لبيعه و إقتسام ثمنه .

ففي الحالتين فإنّ الحكم القاضي برسو المزاد في بيع العقار يعتبر سندا لإثبات الملكية العقارية و للإلمام بمختلف جوانب هذا الحكم ، فإنه يحسن بنا بدأة ، تحديد طبيعته القانونية ، و الإجراءات المتبعة بشأنه ، لنصل فيما بعد إلى تحديد أثره . لذلك سيتم تقسيم هذا الفرع على هذا الأساس .

أولا : الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد

تعدّ دراسة و تحليل الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد مجالا خصبا للدراسات القانونية ، لذلك فقد برزت على الساحة العديد من الآراء الفقهية و القضائية بصدد الإجابة على التساؤل المتعلق بطبيعته القانونية و عمّا إذا كان يعتبر حكما قضائيا أم لا ؟

¹- تراجع الفقرة 02 من نص المادة 54 من القانون رقم 90-30 .

-تراجع الفقرة 02 من نص المادة 182 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

و نرى بهذا الشأن أن نعرض موقف التشريع أولاً ، ثم موقف القضاء ثانياً ، و أخيراً نظرة الفقه ، كي نتضح معالم هذه الطبيعة القانونية .

1- موقف التشريع

مع أنّ الجانب الأكبر من الفقه و القضاء في فرنسا قد حدد - كما سنرى - طبيعة الحكم القاضي برسو المزاد ، إلاّ أن المشرع الفرنسي لم ينص في المواد من 712 إلى 716 من القانون المؤرخ في 17 جوان 1938 على هذه الطبيعة (1) .

بخلاف التشريع الجزائري ، فقد جاء في مضمون المادة 69 من القانون المدني ما يلي : " لا يتم العقد في المزادات إلاّ برسو المزاد ، و يسقط المزاد بمزاد أعلى و لو كان باطلاً " .

و الملاحظ أنّ هذه المادة وردت في الفصل الثاني المعنون بالعقد في القسم الثاني المتضمن شروط العقد و قد جاء هذا النص عاماً ، شاملاً لجميع المزادات سواء كانت البيوع إختيارية أو قضائية . علماً بأنّ هذا النص ينسجم تماماً مع ما جاء في نص المادتين 360(2) و 385(3) من القانون المدني .

و هكذا فإنّ هذه النصوص تبين لنا أن حكم رسو المزاد بيع عادي ينعقد تحت إشراف القضاء ، و هو بيع لا يختلف عن البيع الإختياري إلاّ في أنّه لا يتم بإيجاب البائع ، و إنّما ينطق به القاضي بإيقاع البيع جبراً عنه .

2- موقف القضاء

يسير القضاء في فرنسا على إعتبار حكم رسو المزاد مجرد عقد بيع شأنه في ذلك شأن عقد البيع الإتفاقي غير أنّه يختلف عنه في كونه عقد بيع قضائي ، أي أنّه يتم على مستوى القضاء ، و يتم بصفة جبرية - Licitacion giudiciare - دون حاجة إلى موافقة و رضا مالك العقار المحجوز محل البيع (4) .

¹- حسيان رضا ، الحجز التنفيذي على العقار و الحقوق العينية العقارية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، السنة الجامعية : 2012-2013 ، ص 145 .

²- تنص المادة 360 من ق . م على ما يلي : " لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون " .

³- تنص المادة 385 من ق . م على ما يلي : " لا ضمان للعبء في البيوع القضائية ، و لا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد " .

⁴-Jean Vincent et Jaques Prévalut , Voies d'exécution et procédure de distribution 19^{ème} édition , Dalloz , 1970 , P 281

أما عن موقف القضاء الجزائري ، فقد أنكر عنه صفة الحكم القضائي ، و وصفه بأنه مجرد قرار ولائي يصدر في شكل حكم قضائي . على حدّ تعبير قرار المحكمة العليا الصادر عنها بتاريخ 29 جانفي 2003 - و الذي يعتبر على حدّ علمنا القرار الوحيد - و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " لا يُعدّ حكم رسو المزاد العلني حكما قضائيا بل قرارا ولائيا صادر في شكل حكم قضائي ، و تبعا لذلك يجوز لصاحب المصلحة أن يتظلم من هذا القرار بدعوى البطلان المبتدأة أمام المحكمة التي وقع فيها البيع بالمزاد العلني و من ثم فلا يجوز أن يطعن فيه بالنقض مباشرة لأنّ الطعن بالنقض لا يكون إلاّ في الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعة و الصادرة نهائيا و هي الشروط التي لا تتوافر في الحكم المطعون فيه " . يتبيّن من القرار أعلاه ، بالرغم من أنّه لم يتكرر بشكل يمكن معه إعتباره إتجاها قضائيا مستقرا ، أنّ المحكمة العليا قد كيّفت حكم رسو البيع بالمزاد العلني على أنّه عمل ولائي صادر في شكل حكم قضائي لا حكم قضائي بالمعنى الفني . و إن كان الذي يبدوا أنّ حكم رسو المزاد ذو طبيعة خاصة يغلب عليه الطابع الإجرائي .

3- نظرة الفقه

يرى الفقه الفرنسي أنّ حكم رسو المزاد لا يتمتع بطبيعة الحكم القضائي ، لأنّه لا يفصل في نزاع قضائي و هو بذلك يُعدّ مجرد عقد بيع قضائي - Vente judiciaire -⁽²⁾

أما بالنسبة للفقه في الجزائر فتكاد تتوحد آراءه ، في هذا الصدد ، إذ نتجه غالبية الفقه إلى إعتبار حكم رسو المزاد مجرد محضر يُبيّن مختلف الإجراءات التي وقعت بجلسة المزايمة ، و يثبت رسو البيع على أحد المشاركين في المزاد الذي يتقدم بأعلى ثمن و آخر عرض ، و هو بذلك لا يعتبر حكما قضائيا و إنّما يصدر في إطار السلطات الولائية الممنوحة لقاضي البيوع .

و لعلّ من أبرز المحاولات في هذا المعنى القول : أنّ حكم القاضي المتضمن بيع الأملاك العقارية أو الحقوق العينية العقارية ، بالمزاد العلني ، لا ينبغي أن يُفهم منه ، الحكم القضائي الفاصل في الخصومة القضائية . بل أنّه عبارة عن إقرار القاضي المكلف بعملية البيع بالمزاد العلني ، برسو

¹- قرار م ع غ م ، ملف رقم 292327 ، الصادر بتاريخ 29-01-2003 ، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ص 206 .

²- Gérard couchez , Voies d'exécution , Armand colin , Paris , 7^{ème} édition 2003 , p 226 .

المزاد على أعلى مقدار نقدي عرضه أحد المزايدين للحصول على العقار ، و هو بذلك ، يعتبر حكما غير فاصل في خصومة قضائية⁽¹⁾ .

بعد عرض كل من موقف التشريع و القضاء ، و نظرة الفقه من الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد بقي لنا إستكمالا للبحث عرض الإجراءات المتبعة بشأنه .

ثانيا : إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني

تتم إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني في بداية الأمر ، بجلسة تسمى جلسة الاعتراضات ، و فيها تتأكد المحكمة من صحة تبليغ كافة الأطراف ، و من إجراءات النشر ، و التعليق و الإعلان عن جلسة الاعتراضات ، لتحدد فيما بعد جلسة لبيع العقار بالمزاد العلني ، بحضور الأطراف و القائم بالتنفيذ . و لا تسير إجراءات البيع بالمزاد العلني دائما سيرا عاديا و منتظما ، بل كثيرا ما تطرأ عليها إشكالات تحول دون المضي فيها ، فقد يحدث أن يتغيّب القائم بالتنفيذ عن الجلسة ، و في هذه الحالة تُؤجل القضية تلقائيا .

و إستكمالا للإجراءات المتقدمة ، تلتزم المحكمة بالتحقق من توافر النصاب القانوني من المزايدين و كذا تحديد مبلغ التدرج في المزايدة⁽²⁾ ، و الذي يكون بحسب قيمة و أهمية العقار ، و في جميع الأحوال ينبغي فيه أن لا يقل عن عشرة آلاف دينار جزائري (10.000 دج) في كل عرض وفقا لما جرى عليه حكم الفقرة الثانية من نص المادة 754 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و بعد التأكد من إستكمال الإجراءات و صحتها ، تأمر المحكمة بإفتتاح جلسة البيع بالمزاد العلني مع التنويه بنوع العقار محل البيع و حدوده و مشتملاته ، و السعر الإفتتاحي الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني و المقدر سلفا ، و جميع الرسوم و المصاريف القضائية .

و عليه يتم الشروع في بيع العقار من خلال تقديم العروض من المزايدين في الحدود التي عيّنها القانون و يقصد بالعروض في هذا المقام المبلغ الذي يعرضه كل مزاد أثناء بدأ عملية المزايدة ، و الذي ينبغي ألا يقل عن مبلغ التدرج .

¹- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 167 .

²- مبلغ التدرج هو قيمة الفرق في ثمن العقار الذي يقوم بعرضه أي مزاد على من سلفه .

و هكذا تبدأ عملية تقديم العروض من المشاركين في المزايمة مباشرة بعد إفتتاح المزاد ، و يسقط كل عرض بعرض آخر أعلى منه⁽¹⁾ ، و بعد توقف العروض و إنتهاء المزايمة ، فإن المحكمة تعتمد العرض الأخير و الذي يعتبر أعلى عرض ، و بعد النداء به ثلاث مرات (03) متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة ، تفصح المحكمة عن المزايمة المذكورة⁽²⁾ .

على أن تقوم المحكمة بتتبيه الراسي عليه المزاد بأن يدفع حال إنعقاد الجلسة خمس (5/1) الثمن و المصاريف و الرسوم المستحقة ، على أن يتم الباقي خلال ثمانية (08) أيام⁽³⁾ ، و إذا ما تخلف عن دفع الثمن كاملا في المدّة المذكورة ، يتم إعداره بالدفع خلال خمسة (05) أيام ، و إلا أعيد البيع على نتمته⁽⁴⁾ ، و إذا بيع العقار بثمن أقل من الثمن الراسي به المزاد سيتم تحميله الفرق في ثمن البيع و فقا لما جرى عليه حكم المادة 758 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . و بعد إستيفاء الإجراءات السابقة توضع القضية في النظر للنطق بحكم رسو المزاد بجلسة علانية .

ثالثا : أثر الحكم الصادر في بيع العقار بالمزاد العلني

إن معرفة أثر الحكم الصادر في بيع العقار بالمزاد العلني تقتضي الرجوع إلى الأحكام التي تراعي تنظيم هذا الإجراء . و في هذا الصدد قضت المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بما يلي : " تنقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و / أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني ، و كذلك كل الإرتفاقات العالقة بها ، و يعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية .

يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهارة خلال أجل شهرين (02) من تاريخ صدوره " .

يبرز من النص أعلاه ، أنه بمجرد إيقاع البيع بالمزاد العلني تنتقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري بالمزاد ، فيصبح له الحق في إستلام العقار و الإستئثار بثماره .

كما يبرز لامحالة أنّ الحكم الصادر في بيع العقار بالمزاد العلني يعتبر من السندات القضائية المثبتة للملكية العقارية ، و طالما أنه كذلك و جب أن يأخذ الشكل العادي للأحكام القضائية و يصدر بديابقتها .

¹- حسيان رضا ، المرجع السابق ، ص 136 .

²- تراجع الفقرة 01 و 02 من المادة 757 من ق . إ . م . إ .

³- تراجع الفقرة 03 من المادة 757 من ق . إ . م . إ .

⁴- تراجع الفقرة 04 من المادة 757 من ق . إ . م . إ .

و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ، ففضى في المادة 763 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ضرورة أن : " يتضمن حكم رسو المزاد ، فضلا عن بيانات الأحكام المألوفة و أسماء و ألقاب الأطراف ما يأتي :

- السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز و الإجراءات التي تلتها ، لاسيما تاريخ كل من التبليغ الرسمي و التكليف بالوفاء و إعلان البيع .
 - تعيين العقار و / أو الحق العيني العقاري المباع و مشتملاته و الإرتفاقات العالقة به إن وجدت ، كما هو معيّن في قائمة شروط البيع .
 - تحديد الثمن الأساسي للعقار و / أو الحق العيني العقاري المباع .
 - إجراءات البيع بالمزاد العلني .
 - الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصا طبيعيا أو معنويا .
 - الثمن الراسي به المزاد و تاريخ الدفع .
 - إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس ، حسب الأحوال ، بتسليم العقار و / أو الحق العيني العقاري لمن رسي عليه المزاد " .
- و ترتيبا على ذلك ، فإنّه متى إستوفى الحكم القاضي ببيع العقار بالمزاد العلني البيانات المشار إليها أعلاه ، و جب على القائم بالتنفيذ بعد تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع⁽¹⁾ ، أن يسعى إلى شهره بالمحافظة العقارية ، من أجل ترتيب الأثر العيني المتمثل في إنتقال ملكية العقار المبيع إلى المشتري الراسي عليه المزاد .

بقيت هنا مسألة بالغة الأهمية يتوجب الإشارة إليها و هي أنّ الحكم القاضي ببيع العقار بالمزاد العلني غير قابل لأي طعن مهما كان نوعه ، و يتجلى ذلك بوضوح من خلال ما أورده المشرع بعموم

¹- أخضع المشرع حكم رسو المزاد في بيع العقار لرسم تسجيل يقدر ب بثلاثة بالمائة (03%) إذا تمّت العملية لحساب أشخاص الغير مشتركين في الشبوع .

و تخفض النسبة إلى (1.5%) في حالة ما إذا تمّت عملية الإقتناء من قبل أحد الشركاء في الشبوع ، و هذا إعمالا لأحكام المادة 230 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 20 من قانون المالية لسنة 2000 .

نص المادة 765 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و التي جرت صياغتها على النحو التالي
: "حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن"⁽¹⁾.

و تعليقا على المادة 765 أعلاه نرى : أنّ قول المشرع بأنّ الحكم القاضي برسو المزاد غير قابل
لأي طعن هو قول غير صائب ، لأننا إذا أمعنا النظر ، لوجدنا أنّ في ذلك إجحاف بحقوق المتقاضين
ذلك أنّ البيع بالمزاد العلني يعتمد أساسا على إجراءات معقّدة و دقيقة .

فقد يلتبس الأمر على القاضي و يرتكب خطأ في الإجراءات ، كأن يخرق قواعد الأهلية بالنسبة للأطراف
أو أن يخرق الأحكام و القواعد المتعلقة بالعين موضوع البيع بالمزاد العلني ، كما لو كان العقار محل
المزايدة غير قابل للحجز أو غير قابل للتصرف فيه . فهذان إحتملان لا يسلم منهما أي حكم قضائي
مهما كانت براعة القاضي الذي قضى به .

كما قد يخطئ أحد المتقاضين في الإجراءات و لم ينتبه له لا القاضي و لا المتقاضي الآخر ، ثم بعد
رسو المزاد ينكشف الخطأ أو العيب الذي شاب الإجراء ، فلا يمكن حينئذ تصحيحه أو تصويبه
عن طريق الإستئناف .

إنّ غلق مثل هذه الطريق - الإستئناف - في الطعن في الأحكام يُعدّ بحق إجحاف في حق المتقاضين
و خرق لأهم مبدأ من مبادئ التقاضي ألاّ و هو مبدأ التقاضي على درجتين . فضلا عما قد يُثار
من شبهة بشأن المزايدة التي قد تُتهم بها المحكمة و أعوان القضاء الذين لهم علاقة مباشرة بموضوع
البيع بالمزاد العلني .

إنّ المتتبع لإجراءات البيع بالمزاد العلني يعلم أنّ تفويت فرصة الطعن بالإستئناف و تصحيح الأحكام
من شأنه أن يُرتب أضرارا بالغة بالنسبة للمتقاضين من جهة و العدالة من جهة أخرى . فمن هو قاضي

¹- و إن كان بالإمكان التظلم من هذا الحكم أمام المحكمة التي تمت أمامها إجراءات البيع بالمزاد العلني ، إستنادا
إلى المبدأ الذي يقضي بأنّ كل الأعمال الولائية تخضع للطعن فيها أمام القضاء بدعوى بطلان مبتدأة ، إذ لا يوجد عمل
قانوني محصن لا يقبل الطعن فيه أمام القضاء ، إلاّ في الأحوال التي ينص فيها القانون على ذلك ، و تبعا لذلك يحق
لصاحب المصلحة أن يتظلم من الحكم القاضي برسو المزاد أمام المحكمة التي وقع البيع بالمزاد أمامها ، و يختص قاضي
الموضوع بنظرها ، و له في هذا الصدد أن يؤسس دعواه - دعوى البطلان - على أحد أسباب البطلان التي قد تشوب
هذا الحكم ، كوجود عيب في إجراءات المزايدة أو عيب في شكل الحكم .

و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري في القرار الصادر بتاريخ 19 جانفي 2003 ، ملف رقم 292327 ، و المشار إليه سابقا
منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ، ص 206 . أنظر ، بوقندورة سليمان ، البيوع العقارية الجبرية و القضائية ، إجراءاتها
و أثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين ذات الصلة ، دار هومه ، الجزائر
2015 ، ص 188 و ما يليها .

البيع بالمزاد العلني حتى يصبح حكمه في منأى من كل إنتقاد - نعني إستئناف الحكم و بيان العيوب التي شابته - كل هذه الأمور تكون في الحقيقة محل طعن بالإستئناف و تعرض مرة أخرى على المجلس لإعادة النظر فيها من جديد . و هذا هو الإتجاه الصحيح في بعض القوانين كالقانون الفرنسي .

الفرع الثاني : الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة

لم يجعل المشرع الجزائري تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه تلقائيا ، و إنما علّق ذلك على إجراءات و قواعد ، يتعيّن على الشفيع مراعاتها حينما يريد الحصول على الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة و لتسليط الضوء أكثر على هذا النوع من الأحكام ، يقتضينا بيان مفهوم الشفعة و تكييفها القانوني أولا و إجراءات الأخذ بها ثانيا ، و أثر الحكم الصادر فيها ثالثا . و سنتكلم تباعا عن هذه العناصر جميعها وفقا للتفصيل التالي :

أولا : معنى الشفعة و تكييفها

للشفعة العديد من السمات و الخصائص المميّزة لها ، و تأتي في مقدمة هذه السمات و الخصائص ممّا يدل عليه واقع الحال في تسميتها ، أنّها تعتبر سبب من أسباب كسب الملكية .
ثم أنّ المبادئ و الأحكام التي تتصف بها الشفعة ، و التي يعود الفضل فيها للشريعة الإسلامية ، كثيرا ما آثارت الجدل في أوساط الفقه حول طبيعتها القانونية . و لإيضاح ذلك أكثر نرى أن نعرض معنى الشفعة أولا ، ثم نبحث تكييفها القانوني ثانيا .

1- معنى الشفعة

يفهم معنى الشفعة في العموم ، على أنّها قدرة أو سلطة أو مكنة إختيارية تتقرر في حالة بيع عقار لشفيع عيّن القانون أحواله ، إذا ما أظهر رغبته في الحلول محل المشتري ، و هذا الحلول هو حلول في كافة حقوق المشتري و إلتزماته الناشئة عن عقد البيع ، أو المترتبة عليه ، و بذلك تنتهي الشفعة إلى إكتساب ملكية العقار المبيع أو إكتساب الحق العيني عليه⁽¹⁾ .

و هو نفس المعنى الذي إنتهى إليه المشرع الجزائري بعموم أحكام المادة 794 من القانون المدني من أنّ الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار في أحوال معيّنة ، إذا توافرت الشروط التي ينص عليها القانون .

¹- يراجع في هذا الصدد ، أحمد خالدي ، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 ، ص 19 .

و يتفق هذين المعنيين مع ما أورده فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد تحديد معنى الشفعة من أنها حق تملك العقار المبيع كله أو بعضه ، و لو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن و المؤن ، أو أنها أخذ الشريك حصة شريكه جبرا شراء (1) .

2- التكييف القانوني للشفعة

لقد إحتار الفقه في تكييف الطبيعة القانونية للشفعة ، و أساس هذه الحيرة يكمن أصلا في الإجابة على التساؤل التالي : هل أنّ الشفعة تُعدّ من قبيل الحقوق العينية ، أم أنّها تعتبر حقا شخصيا لصيقا بالشفيع ؟

لقد إنقسم الفقه و هو بصدد الإجابة على هذا التساؤل . فذهب فريق إلى القول بأنّ الشفعة حق عيني حقيقي ، مصدره الحق العيني لملكية العقار المشفوع فيه .

و إعتبرها فريق ثان بأنها من قبيل الحقوق الشخصية اللصيقة بشخص الشفيع ، كونه لا يمنح للشفيع إلا بناء على إعتبرات شخصية .

و ذهب فريق ثالث إلى إعتبرها حقا ذو طبيعة مختلطة ، شخصي بالنسبة للشفيع ، و عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه (2) .

في حين ذهب فريق آخر إلى القول أنّ الشفعة ليست بحق عيني و لا بحق شخصي ، و إنّما هي طريقة من طرق إكتساب الملكية و الحقوق العينية ، و لا يتصور أنّ السبب المكسب للحق العيني يسمى ذاته حقا عينيا .

فالشفعة وفق هذا الإتجاه حق من الحقوق الترخيضية أو المنشئة -Droit formateur- و الحق الترخيضي أو المنشئ ، هو الحق الذي يتوقف نشوؤه على إعلان إرادة من جانب من تقرر له . و يجد هذا الحق الترخيضي أو المنشئ مصدره في المركز القانوني الذي يتواجد فيه صاحبه ، لذلك فهو لا يتقرر لأي شخص ، لأنّه لولا وجود هذا المركز القانوني ما كان لإعلان إرادة من تقرر له أي أثر قانوني (3) .

¹- أحمد خالدي ، الشفعة ، المرجع السابق ، ص 20 .

²- بابا عمر ، الشفعة و أثرها على الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية ، أدرار ، السنة الجامعية : 2014-2015 ، ص 21 .

³- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 331 .

و أيًا ما كان الأمر ، سواء أكانت الشفعة حقا عينيا أو شخصيا أو أنّ الأمر مختلط أو حقا ترخيصيا (منشأ) ، فقد نفى المشرع المصري على الشفعة صفة الحق كليًا ، و إعتبرها بمثابة رخصة تنقرر للشفيع في حالة بيع عقار ، إلا أنّها رخصة شخصية . و هو الرأي الذي إنتهى إليه المشرع الجزائري⁽¹⁾ . و بإعتبار أنّ الشفعة قيد على حرية التعاقد ، فقد ضيق المشرع من مجال إعمالها ، فقضى في المادة 795 من القانون المدني : " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية :

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة .
 - للشريك في الشبوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي .
 - لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " (2) .
- كما نصّت المادة 798 من القانون المدني على الحالات التي يُمنع فيها الأخذ بالشفعة بقولها : " لا شفعة
- إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون .
 - و إذا وقع البيع بين الأصول و الفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة ، و بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية .
 - إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليقول بمحل العبادة " .

ثانيا : إجراءات الأخذ بحق الشفعة

وضع القانون تنظيمًا خاصًا لإجراءات الأخذ بالشفعة نصّ عليها في المواد من 799 إلى 802 من القانون المدني ، و جعل إجراءات هذا التنظيم مرتبطة إرتباطًا وثيق الصلة بذات الحق ، و أوجب على الشفيع إتباعها و إلا سقط حقّه في الأخذ بالشفعة . و تتمثل هذه الإجراءات فيما يلي :

¹- بابا عمر ، المرجع السابق ، ص 21 .

- يراجع أيضا نص المادة 794 من ق . م

²- كما قررت بعض القوانين الخاصة حق الأخذ بالشفعة نذكر منها : القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، المعدّل و المتمم . حيث نصّت المادة 57 منه على ما يلي : " يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين ، في إطار أحكام المادة 55 أعلاه و بغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة " .

كما أجازت المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية ، لإدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة العمومية حق الشفعة على العقار محل البيع ، إذا تراءى لها أنّ الثمن المصرّح به لا يتناسب مع قيمة العقار ، و ذلك بدفع هذا الثمن مزايد فيه العشر (1/10) لذوي الحقوق ، و ذلك في أجل سنة تسري من تاريخ تسجيل العقد .

1- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة

أوجب المشرع في المادة 799 من القانون المدني على من يريد التمسك بالشفعة أن يسعى إلى إعلان رغبته فيها إلى كل من البائع و المشتري داخل أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الموجه من أيهما إليه ، و إلاّ إعتبر متخليًا عن حقه في الأخذ بالشفعة ، على إعتبار أنّ هذا الإنذار هو الذي يتحقق به علم الشفيع بوقوع البيع .

و لمزيد من التفصيل نقول ، بأنّه يجب أن يشتمل الإنذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية و إلاّ كان باطلا :

- بيان العقار الجائر أخذه بالشفعة بياننا كافيا .
 - بيان الثمن و المصاريف الرسمية و شروط البيع و إسم كل من البائع و المشتري و لقبه و مهنته و موطنه ، و الأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799⁽¹⁾ .
- و على ذلك ، فإذا لم يقم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بحصول البيع ، أو إذا وقع هذا الإنذار باطلا كما لو لم يشتمل على بيان من البيانات المتقدمة ، أو لم يكن رسميا ، أو أعلن للشفيع في غير موطنه فإنّ المشرع قد هيا للمشتري سبيلا ميسرا ليطمئن معه إلى سقوط الحق في الأخذ بالشفعة ، فنص في الفقرة الثانية من المادة 807 من القانون المدني على أنه : " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية : إذا مرّت سنة من يوم تسجيل (شهر) عقد البيع "⁽²⁾ .

و علّة هذه القاعدة ، أنّ المشرع إفترض إفتراضا لا يقبل إثبات العكس بأنّ الشفيع على علم بوقوع البيع من تاريخ التأشير به على مجموعة البطاقات العقارية ، و لكن لما كان علم الشفيع بحصول البيع في هذه الحالة ليس إلاّ علما إفتراضيا فقد أطال المدّة التي يتعيّن خلالها طلب الحق في الأخذ بالشفعة فجعلها

¹- يراجع نص المادة 800 من ق . م

²- و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم 44804 ، الصادر بتاريخ 23-02-1987 ، منشور ب م ق لسنة 1990 ، ع 4 ، ص 49 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا بالمادة 807 من القانون المدني أنّ الحق في الشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع .

و لما كان الثابت - في قضية الحال - أنّ النزاع بين الطرفين يتمحور حول ثبوت حق الشفعة و أنّ الأملاك المتنازع عليها بيعت بعقود رسمية و مسجلة في سنوات 1944 ، 1946 ، 1947 ، و أنّ الطاعنتين طلبتا ممارسة حقهما في الشفعة بثلاثة عقود محررة في 21-05-1951 ، فإنّ قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد إبطال الدعوى طبقوا صحيح القانون " .

سنة تسري من تاريخ شهر عقد البيع لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، فإذا أعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع و المشتري قبل إنقضائها فقد حفظ حقّه من السقوط⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تتضمن إجراءات الشفعة ، و بالأخص إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، فإنّه حتى يتمكن الشفيع من ممارسة حقّه في الأخذ بالشفعة على النحو الذي يتطلبه القانون فإنّه يتوجب عليه إعلان رغبته في عقد رسمي مسجل بمصلحة التسجيل⁽²⁾.

و على ذلك جرى حكم الفقرة الأولى من نص المادة 801 من القانون المدني : " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط ، و إلاّ كان هذا التصريح باطلا و لا يحتج بالتصريح ضدّ الغير إلاّ إذا كان مسجلا"⁽³⁾.

¹- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 397 و 398 .

²- إلاّ أنّ القضاء له نظرة مغايرة إذ يرى ضرورة شهر عقد إعلان التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، و للتدليل على ذلك ، يراجع قرار م ع ، ملف رقم 76678 ، الصادر بتاريخ 24-12-1991 ، منشور ب م ق لسنة 1993 ع 1 ، ص 69 . مشار إليه في : مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ص 178 و ما يليها . و الذي جاء فيه ما يلي : " إذا كان مؤدى المادة 801 من القانون المدني أنّها تشترط إجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة و إشهاره ، و من ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير سليم يستوجب رفضه .

و لما كان من الثابت ، في قضية الحال ، أنّ قضاة الموضوع يرفضهم دعوى الشفعة المقامة من الطاعنين لعدم إحترام إجراءات الشفعة ، طبقوا صحيح القانون " .

- يراجع أيضا قرار م ع غ ع ، ملف رقم 698546 ، الصادر بتاريخ 09-02-2012 ، منشور ب م م ع لسنة 2012 ع 2 ، ص 381 . و الذي أقرّ المبدأ التالي : " إستقرّ الإجتهد القضائي للمحكمة العليا ، في مجال الشفعة ، على أنّ مصطلح التسجيل ، مستعمل كذلك في بعض مواد القانون المدني ، بمعنى مصطلح الشهر .

لا حجية لتصريح بالرغبة في الشفعة غير مسجل و مشهر " .

إلاّ أننا لا نوفق ما إنتهى إليه القضاء الجزائري في هذا المجال من وجوب شهر عقد إعلان التصريح في الأخذ بالشفعة لأنّ الحياة العملية أثبتت خلاف ذلك ، حيث أنّ المحافظ العقاري يرفض شهر العقد ، و يقبل شهر عريضة إفتتاح الدعوى المتعلقة بالشفعة .

³- يجدر التنبيه أنّه بموجب القانون رقم 91-03 المؤرخ في 08-01-1991 المتضمن تنظيم مهنة المحضر ، منشور في ج ر ، ع 2 ، الصادرة بتاريخ : 09-01-1991 . الملغى بموجب القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 08-03-2006 . أصبحت إجراءات التبليغ و التنفيذ من إختصاص المحضر القضائي .

مما يتعيّن معه إعادة صياغة الفقرة الأولى من نص المادة 801 بإستبدال عبارة " كتابة الضبط " الواردة في صلب المادة 801 من القانون المدني بعبارة " المضر القضائي " للإسجام أكثر مع التطور التشريعي الحاصل .

إنّ ما تصرّح به الفقرة الأولى من المادة 801 أعلاه ، هو أنّ المشرع إشتراط لصحة إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أن يكون محررا من قبل موثق ، يؤكد في صلبه رغبة الشفيع في الحلول محل المشتري في إكتساب ملكية العقار طبقا للبيانات الواردة في ذات الإنذار الموجه له ، و المنصوص عليه أعلاه في المادة 799 من القانون المدني ، على أن يتولى إعلان هذا العقد الرسمي الذي يتضمن الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع و المشتري عن طريق المحضر القضائي⁽¹⁾ . مع ضرورة تسجيله لتأكيد علم الغير بإعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة . و على ذلك فإذا لم يحترم الشفيع هذه الإجراءات سقط حقّه في الأخذ بالشفعة و إعتبر التصريح باطلا .

أمّا عن البيانات الواجب توافرها في إعلان الرغبة ، فالملاحظ أنّ المشرع لم يتطرق إلى ذكرها كما فعل بالنسبة للإنذار ، و لكن يمكن أن يبرر ذلك بأنّ إعلان الرغبة الذي يعقب الإنذار سوف يستمدّ البيانات اللآزمة لهذا الإعلان من الإنذار نفسه . فإنّ لم يكن هناك إنذار سابق لإعلان الرغبة ، فإنّ الشفيع يستطيع أن يستمدّ المعلومات و البيانات اللآزمة من مراجع الشهر عندما يكون عقد البيع مشهرا⁽²⁾ .

2- إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق

إستكمالاً للشروط و الإجراءات المتقدمة ، يلتزم الشفيع بالمضي في باقي الإجراءات و خلال المواعيد المحددة ، و إلاّ سقط حقّه في الأخذ بالشفعة . و على ذلك يجب أن يعقب ذلك بإيداع الثمن الذي إنعقد به البيع و المصاريف المستحقة لدى الموثق خلال أجل ثلاثين (30) يوما تسري من تاريخ إعلان الرغبة

¹- و هذا ما أكده القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم 194391 ، الصادر بتاريخ 31-05-2000 ، منشور ب الإيج لسنة 2004 ، ع خ ، ج 1 ، ص 233 . و الذي جاء فيه ما يلي : " لكن حيث أنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه و بقطع النظر عن الأسباب التي جاءت من باب الزيادة فإنّ قضاة الموضوع بنوا قرارهم أساسا و على وجه الأسبقية على عدم تبليغ الطاعنين رغبتهم في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من ق . م تحت طائلة البطالان و لما كان طلب الشفعة يجب أن يرفع تحت طائلة سقوط الحق في أجل ثلاثين (30) يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من ق . م المشار إليه أعلاه ، فإنّه و لما ثبت لقضاة الموضوع من الإجراءات المتبعة في الدعوى أنّ الطاعنين لم يقوموا بتبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة مكتفين بوضع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق بموجب عقد 16-09-1989 علما أنّ الدعوى رفعت في 07-04-1991 فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا طبقوا صحيح القانون و بالتالي يكفي لما توصلوا إليه قولهم أنّ التصريح بالرغبة في الشفعة لم يتمّ تبليغه من قبل الطاعنين للقول بسلامة القرار المنتقد و هذا بقطع النظر عن باقي الأسباب التي وردت من باب الزيادة و من هنا كان الوجهان غير مؤسسين يتعيّن رفضهما . و حيث يتعيّن بالنظر لما سبق التصريح بأنّ الطعن غير مؤسس و معه رفضه " .

²- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 404 .

في الأخذ بالشفعة ، و بشرط أن يتم هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة حتى لا تسقط الشفعة في حقّه . و على ذلك جرى حكم الفقرة الثانية من نص المادة 801 من القانون المدني : " يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة . فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة " .

إنّ ما أراده المشرع من النص أعلاه ، أن يودع الشفيع كامل الثمن الذي حصل به البيع و المصاريف الرسمية في الآجال القانونية المحددة ، لضمان الجدّية في طلب الشفعة ، و يعتبر الثمن المذكور في عقد البيع محل الشفعة هو الثمن الحقيقي حتى يتمكن الشفيع من إثبات صورته⁽¹⁾ .

و على ذلك إذا قدر الشفيع أن الثمن المذكور في العقد ثمن صوري ، و أنّ الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه أقل من الثمن المذكور ، و جب عليه في هذه الحالة أن يودع الثمن المذكور في العقد كاملاً حفاظاً على حقّه في الأخذ بالشفعة ، و له بعد ذلك أن يثبت صورية الثمن أثناء نظر الدعوى⁽²⁾ .

3- رفع دعوى الشفعة

يعتبر إجراء رفع الدعوى خامتة لسلسلة من الإجراءات و المواعيد المترتبة ببعضها البعض إرتباطاً وثيق الصلة بذات الحق ، إذ ينص القانون على وجوب رفعها من قبل الشفيع ، و فيها يقاضي كلاً من البائع و المشتري بإعتبارهما خصمين له من أجل إكتساب ملكية العقار المشفوع فيه .

و حتى لا يسقط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة و جب على الشفيع إحترام الميعاد الذي يجب أن ترفع فيه الدعوى ، و المحدد بثلاثين (30) يوماً تسري من تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة و المحكمة المختصة بنظرها ، و المحددة بمحكمة موقع العقار وفقاً لما تقضي به المادة 802 من القانون المدني .

¹- و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري ، و للتدليل على ذلك قرار م ع غ ع ، ملف رقم 617998 ، الصادر بتاريخ 16-09-2010 ، منشور ب م م ع لسنة 2010 ، ع 2 ، ص 236 . و الذي جاء فيه ما يلي : " لا يحتج على الشفيع بإعتباره من الغير إلّا بالثمن الوارد في عقد البيع محل الشفعة حتى و لو كان ثمننا صورياً ، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية " .

²- بابا عمر ، المرجع السابق ، ص 88 .

و في حالة تعدد الباعين أو المشترين ، فيجب رفع الدعوى عليهم جميعاً⁽¹⁾ ، و عليه يصبح أطراف الدعوى الشفيع و البائع ، و أيضا المشتري مع إمكانية تعدد كل طرف منهما⁽²⁾ . و على ذلك إذا رفعت دعوى الشفعة على البعض دون البعض الآخر ، كانت الدعوى غير مقبولة . و لم يشذ الإجتهد القضائي ، في مجال رفع دعوى الشفعة ، عن هذه القاعدة ، إذ إستلزم لقبول الدعوى ضرورة رفعها على البائع و المشتري معا .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 19 نوفمبر 1984 و الذي جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري معا أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ، و ذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة في الشفعة و من المقرر كذلك أن أحكام هذا المبدأ تُعدّ من الأشكال الجوهرية في الإجراءات و من النظام العام تطبق تلقائيا ، و من ثم فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمباشرة الطاعن بمخالفة أحكام المادة 799 من القانون المدني غير مؤسس ، و يستوجب ردّه .

و لما كان ثابتا أنّ الطاعنين لم يعلنوا رغبتهم في الشفعة خلال الأجل المحدد قانونا رغم علمهم بالبيع الواقع ، و كان ثابتا أنّهم لم يرفعوا دعواهم على البائع و المشتري معا و إكتفوا برفعها على البائع فقط لذا فإنّ قضاة الإستئناف بمصادقتهم على الحكم القاضي برفض طلب حقوق الطاعنين بوجه الشفعة إلتزموا صحيح القانون ، و متى كان ذلك إستوجب رفض الطعن " .

و أيضا ما قضت به في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 27 أكتوبر 1999 و الذي جاء فيه ما يلي⁽⁴⁾ : " من المقرر قانونا أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوم من تاريخ الإعلان و إلاّ سقط الحق " .

¹- أحمد خالدي ، الشفعة ، المرجع السابق ، ص 236 .

²- نبيل إبراهيم سعد ، المرجع السابق ، ص 440 .

³- قرار م ع غ أ ش ، ملف رقم 34331 ، الصادر بتاريخ 19-11-1984 ، منشور ب م ق لسنة 1990 ، ع 2 ص 52 . مشار إليه في : لعروم مصطفى ، الشفعة في القانون المدني ، مجلة الموثق ، ع 7 ، جويلية 1999 ص 37 .

⁴- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 190693 ، الصادر بتاريخ 27-10-1999 ، منشور ب م ق لسنة 2001 ، ع 2 ص 249 .

و لا نترك الكلام في دعوى الشفعة قبل أن نشير ، إلى أنّ المشرع الجزائري لم يعرض في القانون المدني لمسألة كيفية رفع دعوى الشفعة في معرض البحث في إجراءات الشفعة . و إنّما إكتفى فقط بتحديد آجال رفعها و المحكمة المختصة بنظرها .

و على ذلك ، وجب الرجوع في كيفية رفع دعوى الشفعة إلى النصوص القانونية المنظمة لرفع الدعاوى القضائية ، و بالضبط المادة 14 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية . و بالرجوع إلى ذات النصوص علينا أن نسجل ابتداءً ضرورة رفع دعوى الشفعة وفقا للإجراءات المقررة لرفع الدعاوى القضائية ، أمام المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار المشفوع فيه ، بموجب عريضة مؤقّعة و مؤرخة ، مع تكليف المدعى عليهما (البائع و المشتري) بالحضور وفقا للإجراءات المتبعة في التكليف بالحضور ، مع وجوب شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى عملا بالأحكام المنظمة لشهر الدعاوى العقارية⁽¹⁾ .

ثالثا : أثر الحكم الصادر في دعوى تثبيت حق الشفعة

أجابت على ذلك المادة 803 من القانون المدني بقولها : " يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع ، و ذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري " . و مؤدى هذا النص أنّه متى حاز الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة لقوة الشيء المقضي به ، فإنّه يعتبر سندا مثبتا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه . إذا كان الحكم قد سجل و أشهر بمصلحة الشهر العقاري و هو ما يعني أنّ الحكم النهائي القاضي بأحقية الشفيع في الحلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه هو السبب القانوني المنشئ لحق الملكية . و حتى يستكمل الحق في الشفعة كامل آثاره القانونية ، بما فيها نقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع ، وجب على الشفيع أن يسعى إلى إيداعه لدى موثق ، و الذي يلتزم بتسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع و شهره بمصلحة الشهر العقاري ، حتى يكون حجة على الكافة بما حصل على الملكية العقارية محل الشفعة من تصرف عيني أصلي . و بذلك يكون للحكم الصادر في دعوى تثبيت حق الشفعة أثر قانوني بين أطراف الدعوى - البائع ، المشتري و الشفيع - و الغير .

¹-يراجع نص المادتين 17 و 519 من ق . إ . م . إ .

-يراجع أيضا نص المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

و قبل أن ننتهي من الكلام في أثر الحكم الصادر في دعوى تثبيت حق الشفعة ، لا بدّ من الإشارة إلى الجدل القائم في أوساط الفقه حول التاريخ الذي تنتقل فيه ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع . هل هو تاريخ إنعقاد البيع ، أم تاريخ شهر إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، أم تاريخ شهر الحكم أو القرار القضائي النهائي المثبت لحق الشفيع في الشفعة ؟

إنقسم الفقه إلى ثلاثة اتجاهات ، و هو بصدد الإجابة على هذا التساؤل ، فذهب إتجاه إلى القول بأنّ إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع تكون لحظة إنعقاد البيع ، على إعتبار أنّ الأحكام القضائية مقررة للحقوق ، و أنّ الشفيع يحل محل المشتري في شراء العقار ، و بالتالي فإنّ هذا الحلول يقتضي إعتبار الشفيع مالكا للعقار المشفوع فيه من تاريخ حصول البيع .

و ذهب إتجاه ثان إلى القول بأنّ ملكية الشفيع للعقار محل الشفعة ترجع إلى تاريخ إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة ، و حجتهم في ذلك أنّ نص المادة 806 من القانون المدني قد جعل من إشهار الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة ، إجراءا جوهريا ، و أنّ عبارة " التسجيل " الواردة في صلب المادة 801 من القانون المدني قد جاءت على معنى يفيد " الشهر " ، و شرطا ضروريا للإحتجاج بهذا الإعلان في مواجهة الغير ، و من ثم فإنّ كل تصرف يجريه المشتري على العقار ، و كل حق يترتب على العقار محل الشفعة ، بعد شهر إعلان الرغبة ، لا يكون نافذا في مواجهة الشفيع .

و عليه فإنّه ، حسب أنصار هذا الرأي فإنّ إنتقال الملكية للشفيع تكون من تاريخ شهر الحكم النهائي القاضي بتثبيت حق الشفعة ، و لكن بأثر رجعي يسري من يوم إشهار الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة⁽¹⁾ .

في حين يرى إتجاه ثالث أنّ الشفيع يصبح مالكا للعقار موضوع الشفعة من تاريخ شهر الحكم أو القرار القضائي النهائي المثبت لحق الشفيع في الشفعة . و سندهم في ذلك أنّ قواعد الشهر المقررة بموجب القانون المدني ، و أحكام الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم المطبقة له ، و كذا ما قررته المادة 803 من القانون المدني ، كلّها توحى بإنتقال الملكية إلى الشفيع من تاريخ شهر الحكم النهائي المكرّس لحق الشفيع في الأخذ بالشفعة . على إعتبار

¹- أنظر في هذا الصدد ، ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 419 .

- يراجع في نفس السياق أيضا ، مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ص 181 و ما يليها .

أنّ الحكم المثبت للشفعة و كما جاء في المادة 803 من القانون المدني هو سند ملكية الشفيع ، و حتى يتم نقل الملكية يجب مراعاة إجراءات الشهر .

فضلا عن أنّ في إستعمال المشرع لمصطلح " السند " الوارد في المادة 803 أعلاه ، قد جاء على معنى يفيد السبب القانوني المنشئ لحق الملكية و ليس كدليل على الملكية ، و عليه - و بحسب رأي هؤلاء - فإنّ المسبب لا يوجد قبل السبب ، و أنّ الأحكام المنشئة للحقوق لا يكون لها أثر رجعي و لا تتسحب إلى الماضي (1) .

و نحن من جانبنا ، نرى بهذا الشأن ، أن لحظة إنتقال ملكية العقار موضوع الشفعة إلى الشفيع هي لحظة التأشير بالحكم النهائي القاضي بتثبيت حق الشفعة على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار المشفوع فيه ، إذ ليس بخاف - كما سبق و قدمنا - أنّ كل إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنهاء أي حق عيني عقاري لا يكون له أثر لا بين الأطراف و لا في مواجهة الغير إلاّ من تاريخ تمام شهره بمصلحة الشهر العقاري ، و هو ما تؤكده النصوص القانونية التي تحكم التصرفات العقارية ، و تدير مصلحة الحفظ العقاري . بصرف النظر عمّا إذا كان المصدر المحدث لهذه الأوضاع تصرف قانوني أو حكم قضائي .

غير أنّه لا بدّ من التنبيه هنا ، أن الحافظ العقاري لا يقبل شهر إعلان التصريح بالرغبة في الأخذ بالشفعة و إنّما يقبل فقط شهر العريضة الإفتتاحية لدعوى الشفعة .

الفرع الثالث : الحكم القاضي بتثبيت الوعد ببيع العقار

كثيرا ما يمرّ المتعاقدان بمرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى البيع النهائي . و هذه المرحلة التمهيدية نفسها متدرجة ، فقد تكون مجرد وعد بالبيع (2) ، و قد تصل إلى أبعد من ذلك فتكون عقد بيع نهائي .

و الحقيقة أنّ الوعد بالبيع في القانون الجزائري هو عقد تمهيدي أو تحضييري -avant contrat- تتلاقى فيه إرادة الموجب - الواعد - بإرادة الموجب له - الموعود له ، و بهذا المعنى فهو مجرد تمهيد للعقد النهائي ما دام أنّ الموعود له لم يُعبّر عن رضائه (3) .

1- أنظر في هذا الصدد ، حميدي محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 357 و ما يليها .

2- خليفة الخروبي ، المرجع السابق ، ص 107 .

3- بما أنّ الوعد بالبيع عقد ، فلا بدّ له من إيجاب و قبول من الواعد و الموعود له حول جميع المسائل الجوهرية للبيع الموعود به ، و ذلك حتى يكون السبيل مهينا لإبرام البيع النهائي بمجرد ظهور رغبة الموعود له في الشراء . و لما كان

و ليس معنى ذلك أنّ الواعد حرّ بأن يأتي ما يشاء من التصرفات خلال فترة الوعد ، بل أنّه يمتنع عليه في الأصل المساس بحق الموعد له طوال هذه الفترة ، و إلاّ عدّ مخلا بالتزاماته ، سواء أكان الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين .

و تقرّبا على ذلك ، إذا نكل الواعد و قاضاه الموعد له طالبا تنفيذ الوعد بالتعاقد ، و كانت الشروط القانونية اللازمة متوافرة - خاصة ما يتعلق منها بالشكل - قام الحكم القاضي بتثبيت الوعد بالبيع ، متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد المذكور .

و حتى يتسنى لنا بحث الحكم القاضي بتثبيت الوعد ببيع العقار على نحو دقيق ، فإنّه يلزم بداءة الوقوف على صور الوعد ببيع العقار ، حتى نتضح لنا مسألة نكول الواعد ، و حتى نستطيع بالتالي الوقوف على الجزاء الذي رتبته المشرع في حالة مقاضاته من قبل الموعد له .

و للإمام بمجمل هذه العناصر نرى تقسيم هذا الفرع إلى ثلاث عناصر : فنتكلم أولا في صور الوعد ببيع العقار ، ثم في مسألة نكول الواعد ، و نتكلم أخيرا في مقاضاة الواعد للموعد له .

أولا : صور الوعد ببيع العقار

للوعد ببيع العقار صورتان ، شأنه شأن الوعد بالتعاقد . و هما : الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد و الوعد بالبيع الملزم للجانبين . و سنتكلم تباعا عن هاتين الصورتين وفقا للتفصيل الآتي :

1- الوعد ببيع العقار الملزم لجانب واحد

في هذه الصورة يعد مالك العقار المتعاقد الآخر - الموعد له - بأن يبيعه عقارا معينا ، إذا رغب في شرائه . فيكون مالك العقار هو الملزم وحده بالبيع إذا أظهر الموعد له رغبته في الشراء خلال مدّة زمنية معيّنة . و هذه هي الصورة الشائعة في الحياة العملية .

= وعد البيع هو خطوة نحو البيع النهائي ، فإنّ شروط البيع تكون مطلوبة في الوعد بالبيع . فتعتبر الأهلية و عيوب الرضاء بالنسبة إلى الواعد وقت الوعد لأنّه لا يصدر عنه رضاء بعد ذلك ، إذ أنّ البيع النهائي يتم بمجرد ظهور رغبة الموعد له ، و بالنسبة إلى الموعد له فمن جهة تشترط فيه الأهلية وقت البيع النهائي ، أمّا عيوب الرضاء فتتحدد وقت الوعد بالبيع و وقت البيع النهائي ، إذ أنّه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين ، فيجب أن يكون رضاه في كل منهما صحيحا . أنظر خليفة الخروبي ، المرجع السابق ، ص 109 .

و في هذه الحالة يلتزم الواعد بالبقاء على وعده طيلة المدّة المتفق عليها في الوعد ، و لا يكون المستفيد من الوعد - الموعود له - ملزما بالشراء ، بل هو حرّ إن شاء أظهر رغبته ، فيتم البيع النهائي ، و إن شاء إمتنع عن إظهار هذه الرغبة ، فلا يتم البيع بل و يسقط الوعد⁽¹⁾ .

و لكن هذا لا يعني أنّ الوعد بالبيع مجرد وعد من الواعد فحسب ، بل هو عقد يستلزم القانون لإنعقاده بالإضافة إلى الأركان العامة الواجب توافرها في عقد البيع من تراض و محل و سبب ، ضرورة إفراغه في الشكل الرسمي الذي يتطلبه القانون ، مع تحديد ثمن العقار ، و مدّة إنجاز الوعد بالبيع ، بالإضافة إلى تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع ، و شهره بمصلحة الشهر العقاري⁽²⁾ .

و يمكننا ، في هذا الصدد ، أن نشير إلى صورة خاصة للوعد ببيع العقار التي يمكن أن يستشف منها إنصرف نية الواعد إلى نقل ملكية العقار إلى الواعد مستقبلا و هي الوعد بالتفضيل أو ما يسمى بإشتراط الأفضلية -pacte de préférence- على حدّ تعبير الفقه الفرنسي ، و هو إتفاق بمقتضاه يتعهد الواعد بتفضيل الموعود له على غيره ، إذا ما قرر عرض العقار محل الوعد للبيع خلال مدّة معيّنة .

و لتقريب الفهم يورد الفقه المثال التالي : كأن يرغب شخص (الموعود له) في شراء فيلا معيّنة ، و لكن مالكاها لا يريد بيعها ، فيبرم مع هذا المالك عقدا أو إتفاقا ، يعد فيه هذا الأخير (الواعد) أن يفضله على غيره إذا ما قرر بيع هذه الفيلا مستقبلا بذات الشروط التي قد يتفق فيها مع الغير⁽³⁾ .

و من أمثلته أيضا ، أن يحصل المستأجر من المؤجر على وعد بتفضيله إذا ما أراد بيع العين المؤجرة⁽⁴⁾ .

و يُكيّف الفقه هذه الصورة - الوعد بالتفضيل - على أنّها وعد معلق على شرط واقف ، و هو أن يعرض الواعد العقار للبيع . و أنّ تقرير عرض العقار للبيع لا يتوقف على محض إرادة الواعد ، و إنّما يرتبط بظروف خارجية قد تُقيّد إرادته .

1- خليفة الخروبي ، المرجع السابق ، ص 108 .

2- يراجع ما سبق ذكره في ص 198 و ما يليها من هذه الرسالة .

3- بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 310 .

4- جمال بدري ، المرجع السابق ، ص 22 .

و تقرّيعا على ذلك ، لا يعتبر الواعد مخلا بالتزامه تجاه الموعود له ، إلا إذا باع العقار لشخص آخر فيكون له أن يبرم مع الغير ما يشاء من التصرفات فيما عدا البيع ، إذ أنّ الوعد بالتفضيل يقتصر على إلزام الواعد بتفضيل الموعود له بالبيع فحسب⁽¹⁾ .

و قصارى القول بالنسبة لهذا النوع من الوعد ، أنّ المشرع لم يخصه بأي نص في القانون المدني ، ممّا يتعيّن إستدراك هذا الفراغ التشريعي ، و وضع إطار قانوني خاص بالوعد بالتفضيل ، يُبيّن من خلاله أحكام هذا الوعد ، و الآثار القانونية التي تترتب على الإخلال به ، حتى يتسنى تمييزه عن الوعد بالتعاقد و تقادي الخلط و الإلتباس الذي قد يقع فيه المتعاقد .

2- الوعد ببيع العقار الملزم للجانبين

قد يحدث أن يكون الوعد بالبيع ملزما للجانبين ، و في هذه الصورة يكون الوعد متضمنا بجانب الوعد بالبيع وعدا بالشراء ، كأن يعد شخص شخصا آخر بأن يبيعه عقارا معينا ، إذا رغب بشرائه في مدّة معيّنة ، و بالمقابل يعد المشتري (الموعود له) البائع (الواعد) بأن يشتري منه ذلك العقار ، إذا ما رغب في بيعه في ذات المدّة المتفق عليها .

و يوضح ذلك الفقه بالمثل : أن يرغب شخصان في إبرام عقد ينصب على عقار معيّن ، دون أن يكون في إستطاعتهم إتمام إجراءات البيع في حينها ، و يكون هذا الفرض عادة في حالة عدم تحصيل الواعد على سند الملكية بسبب إجراءات إدارية ، أو أن يكون العقار الموعود ببيعه محل قسمة قضائية أو يكون العقار منقول برهن ، يجعل من العسير دفعه للدائن المرتهن و تطهير العقار في الحال .

و في هذا الصدد ، يتوجب على المتبايعان إفراغ هذا الإتفاق في قالب رسمي محرر بمعية موثق و الذي يلتزم فيه بذكر جميع العناصر الجوهرية للعقد الموعود به ، خاصة ما يتعلق منها بتحديد العقار المبيع و الثمن الذي سيتم به البيع ، و المدّة التي يجب أن يبدي فيها الطرفان رغبتهم في إبرام العقد النهائي . على أن يتم تسجيله و شهره بذات الطرق و الإجراءات الخاصة بتسجيل و شهر السندات التوثيقية . و على نحو ما فصلنا فيما سبق .

و بالطبع فإنّه مع إستراط المشرع ضرورة إخضاع الوعد ببيع العقار إلى إجراء الشهر ، أصبح من الممكن الحديث عن حماية الموعود له من التصرفات التي قد يجريها الواعد على العقار الموعود به

¹- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 34 و 35 .

فضلا عن أنّ من شأن هذا الإجراء - الشهر - أن يعلم الغير المقبل على التعامل في العقار محل الوعد .

أمّا في حالة عدم إظهار أي من المتعاقدين كلاهما أو أحدهما رغبته في إتمام العقد النهائي ، خلال المدّة المحددة في الوعد ، زال كل أثر للإتفاق التمهيدي .

يُبيّن ممّا تقدم أن الوعد ببيع العقار ، سواء أكان في صورة وعد ملزم لجانب واحد ، أو في صورة وعد ملزم للجانبين ، فهو لا يمثل في الحقيقة بيعا ، وإنّما مرحلة تمهيدية لعقد البيع ، و يعزز وجهة نظرنا في ذلك أنّ المشرع لم يكرس في نص المادة 71 من القانون المدني ما يخالف هذا الإستنتاج ، كما فعل المشرع الفرنسي بعموم أحكام المادة 1589 من القانون المدني الفرنسي عندما سوى بين عقد الوعد بالبيع و عقد البيع ، معتبرا أنّ الوعد بالبيع عقدا نهائيا⁽¹⁾ .

ثانيا : النكول عن الوعد ببيع العقار

الأصل أن يركن الواعد إلى إتمام إجراءات البيع النهائي طواعية ، متى أبدى الموعود له قبوله في شراء العقار خلال المدّة المحددة في الوعد . فيلجآن إلى موثق لتحقيق الوعد ، بإبرام عقد بيع نهائي و بالشروط المتفق عليها في الوعد .

إلّا أنّه قد يحدث أن يصبح عقد الوعد بالبيع إطارا سائعا لبعض التصرفات التي تتعارض و مبدأ حسن النية في المعاملات⁽²⁾ ، إذ قد يجنح الواعد في التفويت في نقل ملكية العقار الموعود به إلى الواعد ، بأن ينكل و يعدل عن إتمام إجراءات البيع النهائي لسبب أو لآخر ، كالبحت عن ثمن أعلى بقصد الإستفادة من فرق الثمن .

و عموما يمكن رد سبب نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع النهائي إلى أحد الفرضين : أولهما أن ينكل الواعد عن تنفيذ العقد تعنتا و بدون وجه حق ، و ثانيهما أن يخل بوعدده بسبب تصرفه

¹- إكتفى المشرع الفرنسي بمادة وحيدة في موضوع الوعد بالبيع و هي المادة 1589 و قد جرى نصّها كالآتي : " أنّ الوعد بالبيع كالبيع حينما يقع الرضا المتبادل بين الفريقين على الشيء و على الثمن " .

و بالرغم من أنّ هذه المادة لم تعرف الوعد بالبيع ، إلّا أنّ الإتفاق واقع بين القضاء و الفقه الفرنسيين على أنّ الوعد بالبيع يعتبر بيعا بآتم معنى الكلمة ، حينما يتضمن جميع الصفات و العناصر الأساسية للبيع .

فالوعد بالبيع في القانون الفرنسي إذن ، شبيه بالبيع متى إتفق البائع و المشتري على بيع و شراء الأشياء بالصورة التي يتم الإتفاق فيها في كل عقد بيع تام . أنظر زهدي يكن ، عقد البيع ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 264 .

- أنظر أيضا ، خليفة الخروبي ، المرجع السابق ، ص 113 .

²- تنص المادة 107 / 01 من ق . م على ما يلي : " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه و بحسن نية " .

في العقار لشخص آخر . و لتسيط الضوء أكثر على هذين الفرضين ، نرى أن نحث كل فرض على حدى وفقا للتفصيل الآتي :

1- حالة النكول عن الوعد بدون وجه حق

سبق و قدمنا أنّ الوعد بالبيع لا يعتبر بيعا في التشريع الجزائري ، و قدمنا أيضا أنّه مجرد تمهيد للعقد النهائي ما دام أنّ الموعد له لم يُعبّر عن رضائه . و نزيد على ذلك الآن فنقول أنّ من شأن الوعد ببيع العقار أن ينشئ في ذمة الواعد إلتراما شخصيا بإتمام إجراءات البيع النهائي ، متى طلب الموعد له ذلك في المدة المتفق عليها .

و تقريرا على ذلك ، إذا نكل الواعد عن تنفيذ الوعد ، كان للموعد له أن يرفع أمره إلى القضاء ، لإجباره على تنفيذ ما إلترم به ، و ذلك بإستصدار حكم يقوم مقام العقد النهائي وفقا لما سيأتي بيانه لاحقا .

2- حالة النكول عن الوعد بسبب التصرف في العقار

يفتضي هذا الفرض التمييز بكثير من العناية بين حالتين ، حالة ما إذا كان الواعد قد تصرف في العقار محل الوعد بعد فوات المدة المتفق عليها في الوعد ، و التي يبدي من خلالها الموعد له عن قبوله في شراء العقار ، و حالة ما إذا كان الواعد قد تصرف في العقار خلال هذه المدة . فأما الحالة الأولى ، أنّ للموعد له أن يستعمل حقّه في قبول الشراء في أي وقت ضمن المدة المتفق عليها . و على ذلك إذا رفض الموعد له الشراء أو ترك المدة تنقضي دون أن يقبل الشراء ، كان ذلك إبراء منه للواعد من وعده⁽¹⁾ .

أما الحالة الثانية ، فإنّ من شأن إجراءات الشهر أن تكفل حق الموعد له ، و تمنع الواعد من بيع العقار أو من ترتيب حق عيني عليه ، خلال المدة المعطاة للموعد له لتقرير إختياره . فإنّ حدث و تصرف الواعد في العقار ، و تم التأشير بهذا التصرف على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار محل الوعد - و هو أمر مستبعد - جاز للموعد له طلب إبطال التصرف ، و مقاضاة المحافظ العقاري .

ثالثا : مقاضاة الواعد للموعد له

في هذا الصدد تنص المادة 72 من القانون المدني على أنّه : " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد ، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم مقام العقد " .

¹- زهدي يكن ، عقد البيع ، المرجع السابق ، 271 .

يتضح من هذا النص أنّ الواعد ملزم بإتمام إجراءات البيع النهائي على النحو المتفق عليه في صلب الوعد . فإنّ رفض في أثناء المدّة المعطاة للموعد له لتقرير إختياره ، تلبية الطلب بأن يعقد و يرسم عقد البيع النهائي ، و جب على الموعد له ، متى كان عقد الوعد بالبيع مستوفيا لجميع الشروط الشكلية و الموضوعية ، أن يقوم بما يلي :

رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل الوعد ، بموجب عريضة موقعة و مؤرخة ، يطالب بمقتضاها بتقرير رغبته في إختياره ، و الحكم بنشيت الوعد بالبيع ، مع تكليف الواعد الذي يكون في الحكم مدعى عليه بالحضور وفقا للإجراءات المتبعة قانونا ، مع وجوب شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى عملا بأحكام المواد المنظمة لشهر الدعاوى العقارية .

و في هذه الحالة يتعيّن على المحكمة الناظرة في النزاع التأكّد من ثبوت ملكية الواعد للعقار الذي يرد عليه الوعد ، حتى لا يصطدم حكمها بإشكال في التنفيذ ، إذ لا يتصور أن يحل الحكم القضائي مقام عقد بيع العقار في وقت ، تفنقر يد الواعد لسند ملكية طبقا للقانون .

و تفرّعا على ذلك ، إذا ثبت للمحكمة المرفوع أمامها النزاع ، خلو ملف الدعوى من أي دليل يثبت ملكية الواعد للعقار الموعد به بالمفهوم القانوني الذي قرره حكم المادة 29 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، و كان إلتماس الموعد له يرد أساسا على الإشهاد بصحة الوعد بالبيع ، و بالتبعية جعل الحكم القضائي يقوم مقام عقد البيع ، و جب عليها في هذه أن تقضي برفض الدعوى لعدم التأسيس ، لإستحالة التنفيذ العيني للعقد⁽¹⁾ .

و بناء عليه متى تبين للمحكمة الناظرة في دعوى نشيت الوعد ببيع العقار ، صحة الوعد بالبيع شكلا و مضمونا ، و ثبوت ملكية الواعد للعقار الذي يرد عليه عقد الوعد بالبيع وفقا لما هو مقرر قانونا ، فإنّها تحكم بوقوع البيع و صحة التعاقد ، و تتصرف تبعا لذلك إلى إصدار حكم يقوم مقام عقد البيع النهائي . و بصيرورة هذا الحكم نهائيا ، حائزا لقوة الأمر المقضي به ، يتعيّن على الواعد أن يتقدّم أمام أحد المكاتب العمومية للتوثيق ، قصد إيداعه في الشكل النموذجي ، و في هذا الصدد يلتزم الموثق بتسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع و إشهاره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل الوعد حتى يُرتب حقا عينيا لفائدة الموعد له ، و يكون حجة على الطرفين المتعاقدين و على كافة المتعاملين في العقارات .

¹- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 191 .

و يعتبر الحكم القضائي في هذه الحالة مثبتا و مرتبا للحق العيني العقاري ، و يستمدّ تدخل قاضي الموضوع في الدعوى أساسا ، من نص القانون ، و ليس من سلطته التقديرية⁽¹⁾ .

¹- مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 192 .

الفصل الثاني : إثبات الملكية العقارية إدارياً

لقد عرفت الجزائر السندات الإدارية الواردة على العقارات خلال الفترة الإستعمارية ، و قد إستمرّ العمل بها حتى بعد الإستقلال ، فقد خوّل المشرع للهيئات الإدارية و الجماعات المحلية بإعتبارها صاحبة السيادة إكتساب الأملاك العقارية ، كما خوّل لها بإعتبارها تمتلك رصيذا عقاريا - شأنها شأن الأفراد - التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الخواص عن طريق سندات إدارية تتولى تحريرها ، و بالتالي تُعدّ هي الأخرى سندات مثبتة للملكية العقارية .

و لكي نعرض ، للسند الإداري يجب أن نبرز العديد من العناصر الهامة التي توضح أهميته في مجال إثبات الملكية العقارية .

و للإلمام بمختلف هذه العناصر ، إرتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث ، خصصنا المبحث الأول لبيان مفهوم السند الإداري : خصائصه ، أهميته . أمّا المبحث الثاني فقد خصصناه لمبحث حجية السند الإداري في إثبات الملكية العقارية . في حين خصصنا المبحث الثالث لدراسة صور السند الإداري المثبت للملكية العقارية .

المبحث الأول : مفهوم السند الإداري : خصائصه ، أهميته

يقتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض لمفهوم السند الإداري المثبت للملكية العقارية ، حتى نتضح لنا خصائصه ، و حتى نستطيع بالتالي الوقوف على أهميته في مجال إثبات الملكية العقارية .
لذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، خصصنا المطلب الأول لتحديد مفهوم السند الإداري ، بينما خصصنا المطلب الثاني لدراسة خصائصه و أهميته .

المطلب الأول : مفهوم السند الإداري المثبت للملكية العقارية

لم يحظ تعريف السند الإداري المثبت للملكية العقارية بإهتمام غالبية التشريعات الوطنية أو المقارنة - بوجه عام - كإهتمامها بتعريف الإدارة نفسها ، إذ إقتصرت تعريفاتها على الإدارة المصدرة له - بوصفها سلطة عامة في مجال الرابطة التعاقدية - للدلالة على السند تاركة مهمة تحديد مفهومه و بيانه للإجتهادات القضائية و الفقهية .
حيث عرّفه البعض بأنه تلك الوثيقة التي تحررها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير⁽¹⁾ .

كما عرّفه البعض الآخر بأنه ذلك السند الرسمي الذي يتضمن نقل الملكية العقارية لفائدة الخواص و الذي يتولى تحريره مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة و الجماعات المحلية ، و هذا بالنسبة للعقود المتعلقة بالعقارات التابعة للدولة و الولاية ، أمّا بالنسبة للعقارات التابعة للبلدية فإنّ الوكالات العقارية المحلية هي المختصة بتسييرها و غالبا ما تختار هذه الأخيرة اللجوء إلى الموثق⁽²⁾ .

يتبين من هذه التعريفات ، أنّها و إن اختلفت في ألفاظها و مبناها ، إلا أنّها تكاد تكون متقاربة في معانيها على حقيقة السند الإداري المثبت للملكية العقارية بأنه : ذلك السند الذي يتم تحريره بمعية ممثل إدارة عمومية بوصفه موثق الدولة ، بمناسبة إكتسابها أو تصرفها في ملكيتها العقارية .
و بناء على هذا التعريفات يمكننا تحديد المقصود بالسند الإداري المثبت للملكية العقارية : بأنه تلك الوثيقة الإدارية التي يتم صياغتها و إعدادها من قبل ممثل إدارة عمومية مؤهلة قانونا ، بمناسبة إكتسابها للأموال العقارية ، أو تصرفها في ملكيتها العقارية لأحد الخواص .

¹ - حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 41 .

² - ليلي طلبة ، الملكية العقارية الخاصة ، وفقا لأحكام التشريع الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2010 ، ص 79 .

أما بالنسبة للقضاء فإننا نلاحظ ، كما سنرى أنّ فيما بعد ، أنّ القضاء لم يشغل نفسه بالجدل الفقهي الخاص بتعريف السند الإداري و ضبط ملامحه ، و إنّما إعتبره سند رسمي له حجية في إثبات الملكية العقارية .

بعد عرضنا للتطور الذي أحاط محاولات الفقه و القضاء بصدد تعريف و تحديد فكرة السند الإداري المثبت للملكية العقارية ، يمكننا إستخلاص بعض خصائص السند الإداري و أهميته في إثبات الملكية العقارية ، كما يمكننا تمييزه عن باقي السندات المثبتة للملكية العقارية .

المطلب الثاني : خصائص و أهمية السند الإداري المثبت للملكية العقارية

لابدّ من الإشارة مقدما ، أنّه مهما كانت طبيعة السند الإداري المثبت للملكية العقارية ، عقدا أو قرارا ، فإنّه ينبغي أن نعرج على مدى أهميته في إثبات الملكية العقارية ، و قبل هذا معرفة الخصائص المميزة له بإعتباره سند مختلفا ليس كباقي السندات الأخرى تكوينا و تقنيًا . و لذلك فقد آثرنا أن نتطرق من خلال هذا المطلب إلى فرعين ، فرع نبرز فيه أهم الخصائص التي يميّز بها السند الإداري المثبت للملكية العقارية عن غيره من السندات الرسمية التي سبق دراستها ، و فرع ثان نحاول أن نلتمس من خلاله الأهمية التي يميّز بها السند الإداري في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها .

الفرع الأول : خصائص السند الإداري المثبت للملكية العقارية

لقد خصّ المشرع السند الإداري المثبت للملكية العقارية بخصائص متعددة ، جعلت منه نظاما متميّا عن باقي السندات الرسمية ، بل و جعلت من السند الإداري سند من نوع خاص ، و هو الأمر الذي جعل المشرع يصنّفه كنوع من السندات المثبتة للملكية العقارية ، من خلال القوانين المنظمة للنشاط العقاري . و إنّ من الخصائص المميزة للسند الإداري المثبت للملكية العقارية :

أولا : أنّه سند رسمي

و معنى هذه الخاصية أنّ السند الإداري يختص بذات الخصائص التي يمتاز بها السند التوثيقي و السند القضائي المثبتان للملكية العقارية و فقا لمقتضيات المادة 324 من القانون المدني الجزائري التي سبقت الإشارة إليها حين الكلام عن ضوابط صحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية⁽¹⁾ . و هو ما يعني

¹- يراجع ما سبق ذكره في ص 120 و ما يليها من هذه الرسالة .

أنّ السند الإداري المثبت للملكية العقارية يُعدّ سندا رسميا ، كونه صادر عن موظف عام في حدود سلطته و إختصاصه .

ثانيا : أنه صادر عن هيئة إدارية

يتولى تحرير السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية عددا من الهيئات الإدارية شكّلها النظام القانوني الجزائري بموجب أحكام خاصة .

و يقصد بالهيئات الإدارية في هذا المقام ، الموظفون العموميون المخولين قانونا بتحرير تلك السندات على أنه يجب التنبية إلى عدم الخلط بين السلطات الإدارية المخوّلة قانونا للغرض المذكور - تحرير السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية - و تلك التي تبدو ذات طابع إداري ، و لكن في حقيقة الأمر هي ذات طابع تجاري ، كما هو الحال بالنسبة للوكالات العقارية ، فمثل هذه الوكالات حتى لو حررت سندات فإنّها تكون تجارية و ليست إدارية . كما أنّ مرفق القضاء يبدو لبعض الأشخاص أنّه ذو طابع إداري ، و لكن في حقيقة الأمر أنّه يصدر سندات (أحكام ، قرارات) ذات طابع قضائي و لذلك فإنّ سندات تسمى بالسندات القضائية ، و لقد سبق و أن أشارنا إلى هذا النوع من السندات المثبتة للملكية العقارية .

و بناء على ذلك ، نورد تباعا الهيئات الإدارية التي خول لها القانون سلطة تحرير السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية . و التي يمكن حصرها في الآتي :

1- البلدية

لا يهمننا في هذا المقام الكلام عن شتى الصلاحيات و الإختصاصات التي يضطلع بها رئيس المجلس الشعبي البلدي أثناء تسييره لشؤون البلدية التي يرأسها ، لأنّ هذه الإختصاصات محددة بصفة عامة بموجب قانون البلدية ، و إنّما الذي يهمننا هو بحث إختصاصاته بإعتباره ممثلا للدولة في مجال إدارة الأملاك العقارية الخاصة التابعة لإقليم البلدية التي يشرف على تسييرها .

و صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال الأملاك العقارية الوطنية الخاصة التابعة للبلدية ينحصر أساسا في إدارة هذه الأملاك العقارية و المحافظة عليها ، و تتميتها من خلال إعداد عقود الإقتناء ، و كذا توسيع الممتلكات العقارية للبلدية .

فرئيس المجلس الشعبي البلدي ، و بإعتباره ممثلا للدولة هو الذي يختص تحرير عقود التصرف في المحفظة العقارية للبلدية التي يرأسها . غير أنّ هذا الحق - التصرف في الملكية العقارية للبلدية - ليس مطلقا ، و إنّما مقصورا على تحرير السندات الإدارية المعايينة لنقل حقوق الملكية العقارية التابعة

للبلدية لفائدة أشخاص القانون العام فقط . و على هذا جرى حكم الفقرة الثانية من نص المادة 73 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري بقولها : " كل تصرف تباشره الجماعة المحلية مباشرة و لا يكون لفائدة شخصية عمومية يعد باطلا و عديم الأثر " (1) .

يتبين بمفهوم المخالفة لحكم الفقرة الثانية من نص المادة 73 أعلاه ، أنّ المشرع قد نزع عن البلدية إتمام عملية التصرف في ملكية العقارات التابعة لها ، لفائدة أشخاص القانون الخاص كالأشخاص الطبيعية و المعنوية ، المدنية منها و التجارية (2) .

و لم يشذ القضاء الجزائري على هذا المبدأ ، إذ إستقر على تطبيق أحكام الفقرة الثانية من نص المادة 73 أعلاه ، بحيث إعتبر كل تصرف يبشره رئيس المجلس الشعبي البلدي في عقار تابع للمحافظة العقارية للبلدية ، لفائدة أشخاص القانون الخاص باطلانا بطلانا مطلقا .

و من قبيل ذلك ما قضى به مجلس الدولة في قرار صادر عنه بتاريخ 11 مارس 2002 و الذي جاء فيه ما يلي (3) : " من المقرر قانونا ، وفقا لأحكام القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري ، فإنّ كل تصرف تقوم به الجماعة المحلية فيما يخص العقارات ، و لا يكون لفائدة شخصية عمومية يعدّ باطلا و دون آثار ، و أنّ تسيير و تنظيم العقارات المخصصة للتعمير و التابعة للجماعة المحلية ، توكل إلى الوكالة المحلية للتسيير و التنظيم العقاري بموجب المرسوم رقم 90-405 .

و الثابت في قضية الحال أنّ المندوبية التنفيذية قد تصرفت بمنح إستفادة للمستأنف عليه و هو من الخواص بعد صدور قانون التوجيه العقاري و هذا مخالف للقانون " .

يتبين ممّا تقدم أنّ المحررات الإدارية (عقود تنازل ، مقررات إستفادة) المتضمنة نقل حقوق الملكية العقارية المحررة من قبل رؤساء المجالس الشعبية البلدية بعد صدور القانون رقم 90-25 المتضمن

¹- ممّا يجدر الإشارة بشأنه هو إستمرار رؤساء المجالس الشعبية البلدية في التصرف في الأوعية العقارية التابعة للبلديات لفائدة أشخاص القانون الخاص ، بالرغم من الحظر القانوني الثابت بعموم أحكام الفقرة الثانية من المادة 73 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدّل و المتمم .

²- يراجع في هذا الصدد ، إسماعين شامة ، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، دراسة وصفية و تحليلية ، دار هومه ، الجزائر ، 2002 ، ص 88 و 89 .

³- قرار م د ، ملف رقم : 6110 ، الصادر بتاريخ 11-03-2002 ، منشور ب ن ق لسنة 2006 ، ع 58 ص 275 .

التوجيه العقاري ، و التي تكون محل تنازل لفائدة أشخاص القانون الخاص ، لا تعبر من قبيل السندات الإدارية التي يعتدّ بها في إثبات الملكية العقارية .

هذا ، و الجدير بالذكر أنّ المشرع ظل طيلة الفترة السابقة لسنة 1990 يجيز لرؤساء المجالس الشعبية البلدية - في إطار تكوين الإحتياجات العقارية للبلدية- تحرير العقود الإدارية و مقررات الإستفادة المتضمنة نقل حق الملكية العقارية فيما يتعلق بالأمالك التابعة لها و التي تكون محل تنازل لفائدة الأشخاص الطبيعيين و المعنويين تطبيقا لأحكام الأمر رقم 74-26 المتضمن تكوين الإحتياجات العقارية لصالح البلديات⁽¹⁾ .

إلّا أنّه و ابتداء من تاريخ 18 نوفمبر 1990 و هو تاريخ صدور القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري ، نزع المشرع عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية إتمام عملية التصرف في ملكية العقارات التابعة لها ، لفائدة أشخاص القانون الخاص - كما سبق و أشرنا - . و هو ما يعني أنّ المشرع لم ينزع عن الجماعة المحلية (البلدية) صفة المالك ، كل ما في الأمر أنّه قيّد عملية تنفيذ القرار القاضي بالتصرف في الوعاء العقاري ، لفائدة أشخاص القانون الخاص ، بضرورة المرور على الوكالة المحلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين⁽²⁾ .

¹- يراجع في هذا الصدد ، فيصل الوافي ، السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري ، ط 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2010 ، ص 34 و 35 .

²- كان من نتائج تحرير المعاملات العقارية وفقا لقانون التوجيه العقاري ضرورة إعادة النظر في قواعد تسيير المحفظة العقارية للجماعات المحلية ، بما يتماشى و التوجهات الإقتصادية الحاصلة التي تتطلب إطار قانوني و إستراتيجيات جديدة في مجال المعاملات و التنظيم العقاري . و فعلا فقد عمد المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 . منشور في ج ر ، ع 56 ، الصادرة بتاريخ : 26-12-1990 . المعدّل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 03-408 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003 . منشور في ج ر ، ع 68 ، الصادرة بتاريخ : 09-11-2003 . إلى إستحداث وكالة التسيير و التنظيم العقاريين الحضريين ، و التي تدعى في صلب النص الوكالة ، كأداة لتنظيم السوق العقارية الحضرية ، أعطيت لها صلاحية تسيير الحافطة العقارية للجماعات المحلية .

و في هذا الصدد نصّت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 المعدل و المتمم بصريح العبارة : " تتمثل المهمة العامة للوكالة في حيازة جميع العقارات و الحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعة المحلية ، و تقوم بنقل ملكية هذه العقارات أو الحقوق العقارية ، و تنفذ علاوة على ذلك العمليات المتعلقة بالتنظيم الجاري به العمل "

إنّ ما أراده المشرع من خلال هذا النص ، أن تتولى الوكالة التصرف في المحفظة العقارية للجماعات المحلية ، و إبرام جميع العقود و الإتفاقات التي تتم لفائدة أشخاص القانون الخاص .

2- إدارة أملاك الدولة

تعنى إدارة أملاك الدولة المستحدثة بموجب مجموعة من المراسيم في إطار تسيير و إدارة الأملاك الوطنية ، بالتصرف في الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة .
و نرى من المهم في هذا المقام أن نعرض ، نشأة مديرية أملاك الدولة ، و تنظيمها ، و المهام الموكلة لها كهيئة أصيلة مكلفة بالتوثيق . و هو ما سنعرض له تباعا وفقا للتفصيل التالي :

= و بهذه الصفة فهي تُعدّ في حكم الوكيل القانوني لإتمام عملية تسيير السندات العقارية الحضرية التابعة للجماعات المحلية على حدّ تعبير صدر المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-408 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003 : " يتعيّن على المجالس الشعبية إنشاء مؤسسة تكلف بتسيير السندات العقارية الحضرية للجماعات المحلية ... " .
و هو نفس المبدأ الذي إستقر عليه القضاء الجزائري ، للتدليل على ذلك يراجع قرار م د ، ملف رقم : 10979 ، الصادر بتاريخ 06-04-2004 ، منشور ب م م د لسنة 2004 ، ع 5 ، ص 217 . و الذي جاء فيه ما يلي : " التصرفات التي تقوم بها الوكالة العقارية لا تخص الجوانب التقنية و المالية فقط ، و إنّما كل الأعمال التي تخص بيع أو شراء عقارات أو حقوق عقارية ، و خاصة تحرير العقود المثبتة لنقل ملكية هذه الحقوق العقارية " .
أما الجديد الذي أتى به المرسوم التنفيذي رقم 03-408 السالف الذكر ، هو تدخل الجهات المركزية في عملية تسيير الحافظة العقارية التابعة للوكالة ، إذ نصّت المادة 26 منه على تشكيل لجنة إستشارية يرأسها وزير الداخلية و الجماعات المحلية أو ممثله ، تدلي برأيها المسبق في عمليات التنازل التي تمسّ قائمة الأراضي المحددة في نص الفقرة الثانية من المادة 26 من المرسوم المشار إليه أعلاه .
و في هذا الصدد ألزمت المادة 27 من ذات المرسوم ، الوالي بتمكين اللّجنة الإستشارية من كل المعلومات الخاصة بالقطعة الأرضية محل التنازل ، خاصة ما يتعلق منها : بموقع القطعة الأرضية ، مساحتها ، قيمتها التجارية ، المعلومات الإقتصادية و المالية للمشروع المقرر ، مع التعريف بصاحب الطلب . على أن تدلي اللّجنة الإستشارية برأيها حول التنازل في خلال أجل لا يتجاوز شهرين (02) تسري من تاريخ إستلام الملف . ليصدر وزير الداخلية و الجماعات المحلية أمرا للوالي أو الولاية المعنيين بخصوص الإجراءات الواجب إتباعها .
و الذي يبدو أنّ المشرع الجزائري قد أحسن صنعا حين قيّد تصرف الوكالة في العقارات ذات القيمة العمرانية العالية بضرورة أخذ رأي اللّجنة الإستشارية المركزية لمنع التلاعب بالمال العام ، و تجنب كل ما من شأنه أن يمسّ بهيبة الدولة . بقيت هنا مسألة مهمة ينبغي الإشارة إليها ، و هي أنّ كل عملية بيع لأرض تابعة للوكالات المحلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين في ظلّ المرسوم التنفيذي رقم 03-408 ، تكون موضوع إشهار مسبق . مع ضرورة تعليق قائمة المشترين لمدة شهر (01) في الأماكن العمومية ، لاسيما في مقر المجلس الشعبي البلدي و الدائرة و الولاية المعنية .
كما ننبه هنا ، إلى أنّ جل المنازعات التي قد تثار بشأن العقود التي تبرمها الوكالة أثناء التصرف في المحفظة العقارية للجماعات المحلية ، تكون من إختصاص القسم العقاري ، على إعتبار أنّ هذه الوكالة تعبر مؤسسة ذات طابع إقتصادي و تجاري . على حدّ تعبير قرار م د ، ملف رقم : 004841 ، الصادر بتاريخ 15-04-2003 ، منشور ب م م د لسنة 2003 ، ع 4 ، ص 77 . و الذي جاء فيه ما يلي : " الوكالات المحلية للتسيير و التنظيم العقاري الحضري هي مؤسسات ذات طابع إقتصادي و تجاري ، و بالتالي لا تكون نزاعاتها القائمة مع المتقاضين خاضعين للقانون الخاص من إختصاص الجهة القضائية الإدارية " .

أ- نشأة مديرية أملاك الدولة

يجب التنكير في هذا المقام أنّ نشأة مصالح أملاك الدولة في الجزائر مرتبط بالنصوص القانونية و المراسيم التي نظّمت الإدارة المركزية في وزارة المالية ، باعتبارها مصلحة تابعة لها . و أنّ أهم نص صدر في تاريخ الجزائر يحدد التنظيم الإداري لوزارة المالية هو المرسوم التنفيذي رقم 90-190 المؤرخ في 23 جوان 1990 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الإقتصاد⁽¹⁾ الذي صدر عقب صدور القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية .

إنّ أول قراءة يمكن إستنتاجها من هذا المرسوم ، أنّه غيّر إسم الوزارة من وزارة المالية إلى وزارة الإقتصاد و كأهم قراءة لهذا المرسوم هي بداية إهتمام المشرع بالملكية الوطنية ، و أفراد الأملاك الوطنية بمديرية مستقلة تعمل على إدارتها و تسييرها . و نتيجة لذلك صدرت عدّة مراسيم نظّمت المديرية العامة للأملاك الوطنية أهمها : المرسوم التنفيذي رقم 95-55 المؤرخ في 15 فبراير 1995 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية⁽²⁾ ، بمقتضاه خص المشرع المديرية العامة للأملاك الوطنية بمديرتين هما : مديرية عمليات الأملاك الوطنية و الفرعية ، و مديرية إدارة الوسائل⁽³⁾ .

ثم تلاه بعد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 07-364 المؤرخ في 28 نوفمبر 2007 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية⁽⁴⁾ ، و ما نلاحظه هنا هو رفع المشرع عدد المديريات الفرعية المكوّنة للمديرية العامة للأملاك الوطنية من مديرتين فرعيتين إلى أربع مديريات فرعية هي : مديرية أملاك الدولة مديرية تميم الأملاك التابعة للدولة ، مديرية المحافظة العقارية و مسح الأراضي ، و مديرية إدارة الوسائل و المالية⁽⁵⁾ .

¹- منشور في ج ر ، ع 26 ، الصادرة بتاريخ : 27-06-1990 .

²- منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 19-03-1995 .

³- يراجع نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 95-55 .

⁴- منشور في ج ر ، ع 75 ، الصادرة بتاريخ : 02-12-2007 .

⁵- يراجع نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 07-364 .

ب- تنظيم مديرية أملاك الدولة

بما أنّ مديرية أملاك الدولة هي عبارة عن إدارة عامة تخضع من الناحية الإدارية للقانون الإداري فمن البديهي أن تُبنى على أجهزة و إدارات مركزية على مستوى القاعدة ، و أخرى لامركزية على المستوى المحلي .

فعلى المستوى المركزي تتمثل مصالح أملاك الدولة في المديرية العامة للأملاك الوطنية ، و التي تعمل تحت السلطة السلمية لوزير المالية⁽¹⁾ ، و هي تشرف على كل العمليات التي تخص الأملاك الوطنية و يوجد مقرها بالجزائر العاصمة . و تتمثل مهامها فيما يلي⁽²⁾ :

- إعداد و إقتراح مشاريع النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالأملاك الوطنية ، و مسح الأراضي و الإشهار العقاري ، و السهر على حسن تطبيقها .
- إتخاذ أي إجراء يهدف إلى تثمين الممتلكات العمومية و المحافظة عليها و مراقبة ظروف إستعمالها .
- القيام بأعمال إعداد مسح الأراضي العام و إنشاء السجل العقاري و حفظه .
- توجيه نشاطات المصالح غير الممركزة و تنشيطها و تنسيقها .

أمّا على المستوى المحلي - و هو ما يهمننا في دراستنا - فلمديرية أملاك الدولة مصالح محلية تسمى المصالح الخارجية للأملاك الدولة ، نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02 مارس 1991⁽³⁾ ، و تتمثل هذه المصالح الخارجية فيما يلي :

❖ المفتشية الجهوية للأملاك الدولة و الحفظ العقاري

و هي موزعة على المستوى الوطني في تسعة (09) مفتشيات ، تضم ثمانية و أربعين (48) ولاية يديرها مفتش جهوي للأملاك الدولة و الحفظ العقاري ، و تتولى هذه المفتشيات الربط و التنسيق بين الإدارة المركزية و الإدارة الإقليمية في مختلف الولايات⁽⁴⁾ .

¹- يراجع نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 07-364 .

²- يراجع نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 07-364 .

³- المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02-03-1991 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية للأملاك الدولة و الحفظ العقاري . منشور في ج ر ، ع 10 ، الصادرة بتاريخ : 06-03-1991 . المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 94-117 المؤرخ في 01-06-1994 . منشور في ج ر ، ع 36 ، الصادرة بتاريخ : 08-06-1994 .

⁴- يراجع أحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-144 المؤرخ في 14-05-2008 ، يحدد تنظيم مفتشية مصالح أملاك الدولة و الحفظ العقاري و صلاحياتها . منشور في ج ر ، ع 25 ، الصادرة بتاريخ : 18-05-2008 .

❖ المديرية الولائية لأملاك الدولة

تلي المفتشية الجهوية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري في المرتبة ، يديرها مدير ولائي يُعيّن بموجب مرسوم تنفيذي بناء على إقتراح من الوزير المكلف بالمالية ، و تنتهي مهامه بذات الطريقة المتبعة في تعيينه .

و على العموم تنقسم المديرية الولائية لأملاك الدولة من مصلحتين إلى أربعة (04) مصالح ، و تضم كل مصلحة حسب أهمية المهام التي تؤديها من مكاتب إلى أربعة (04) مكاتب ، و منه قسمت المديريات الولائية لأملاك الدولة إلى ثلاث (03) مصالح في بعض الولايات ، و في أخرى إلى مصلحتين⁽¹⁾ . و تتمثل مهام المديرية الولائية لأملاك الدولة وفقا لمقتضيات المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-65 السالف الذكر ، فيما يلي :

- تنظيم تنفيذ العمليات المتعلقة بجرد الممتلكات التابعة لأملاك الدولة و حمايتها و تسييرها .
- تقوم بتحرير العقود المتعلقة بالعمليات العقارية التابعة لأملاك الدولة ، و حفظ النسخ الأصلية ذات الصلة بها .
- تقوم بتسيير الممتلكات و التركات الشاغرة أو عديمة الوارث و عملية الحجز القضائي .
- تنظيم و تنفيذ عمليات تقييم العقارات و المنقولات ، و المتاجر المتضمنة أملاك الدولة ، أو التي تتبع الإدارات العمومية التابعة للدولة ، عمليات إقتنائها و إستئجارها .
- تقوم بدراسة عمليات بيع العقارات و المتاجر على المستوى المحلي ، و تتابع تطورها ، و تحرر تقارير و تحاليل تقنية بذلك .
- تدرس الطلبات المتعلقة بعمليات أملاك الدولة ، و تتابع القضايا المتنازع فيها ، المرفوعة إلى المجالس القضائية و المحاكم .
- تسهر على السير المنتظم لمفتشيات أملاك الدولة في ولايتها .
- تحلل دوريا نشاط هذه المصالح ، و تُعدّ تلاخيص بذلك ، و تبلغها للسلطات السلمية .
- تتولى تسيير الإعتمادات المفوضة إليها و موظفين المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري الممارسين في ولايتها .

¹ - سلطاني عبد العظيم ، تسيير و إدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2010 ص 52 و 53 .

ج- مهام مديرية أملاك الدولة كهيئة توثيق

يبدو من خلال التنظيم المبين أعلاه ، أنّ لمديرية أملاك الدولة عدّة مهام تختلف من مديرية إلى أخرى و لعلّ من أهم هذه المهام ، تلك التي تضطلع بها المديرية الولائية لأملاك الدولة كهيئة توثيق . و على ذلك جرى نص الفقرة 02 من المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري : " تتولى مديرية أملاك الدولة في الولاية ما يلي :

▪ تقوم بتحرير العقود المتعلقة بالعمليات العقارية التابعة لأملاك الدولة ، و حفظ النسخ الأصلية ذات الصلة بها " .

كما نصّت المادة الأولى من القرار المؤرخ في 20 يناير 1992⁽¹⁾ على ما يلي : " يمنح تفويض لمديري أملاك الدولة لإعداد و إمضاء العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة و لإعطائها الطابع الرسمي و السهر على حفظها ، و ذلك وفقا لأحكام المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 و المذكور أعلاه " .

يتبيّن من المادتين أعلاه ، أنّ صلاحية تحرير و إمضاء السندات الإدارية المعايينة للمعاملات الواردة على الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة ، أو تلك التي تكون الدولة طرفا فيها تقتصر على وجه الإنفراد على شخص المدير الولائي لأملاك الدولة .

و بهذه الصفة فهو يُعدّ في حكم موثق الدولة ، لإتمام عمليات ترسيم التصرفات العقارية التي تنصب على الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة و الولاية⁽²⁾ .

¹- قرار وزاري مؤرخ في 20-01-1992 يتضمن منح تفويض لمديري أملاك الدولة في الولاية لإعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة . منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 23-04-1992 . و قد جاء هذا التفويض تطبيقا لنص المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23-11-1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و يضبط كفيات ذلك . منشور في ج ر ، ع 60 الصادرة بتاريخ : 24-11-1991 . و التي كرّستها المادة 183 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 ، المحدد لشروط و كفيات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة . منشور في ج ر ، ع 69 ، الصادرة بتاريخ : 19-12-2012 .

²- و هذا بإستثناء الأملاك العقارية المخصصة لوزارة الدفاع الوطني التي تخضع لنظام قانوني خاص ، و الأملاك العقارية المخصصة للبعثات الدبلوماسية و المكاتب القنصلية المعتمدة في الخارج التي تخضع للإتفاقيات الدولية و الأعراف الدبلوماسية و قانون مكان موقعها .

و قد تم تكريس هذه القاعدة الإجرائية ، بموجب المذكرة رقم 11396 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 19 نوفمبر 2012⁽¹⁾ ، بمناسبة قيام رئيس مصلحة الشؤون العامة و الوسائل لمديرية أملاك الدولة لولاية عين تموشنت ، المكلف بالنيابة ، في غياب مدير أملاك الدولة لذات الولاية ، بإعداد و إمضاء عقود إدارية في إطار البرامج السكنية الترقية المدّعمة ، و كذا تحويل حق الإنتفاع الدائم إلى حق إمتياز على الأراضي الفلاحية ، و التي كانت موضوع رد إجراء نهائي من المحافظين العقاريين على مستوى الولاية .

بقي أن نشير هنا إلى مسألة جوهرية نبّهت إليها ذات المذكرة المشار إليها أعلاه ، و هي أنّه في غياب نص قانوني أو أحكام تنظيمية خاصة ، يمنع على مدراء أملاك الدولة ، تفويض أحد المستخدمين على مستوى مصالحهم ، سلطة إعداد و إمضاء السندات الإدارية التي تنصب على الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الدولة الخاصة ، أو تلك التي تكون الدولة طرفا فيها .

3- مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف

تعزيزا للإجراءات اللّازمة لحماية الأملاك الوقفية ، إستحدثت المشرع بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 ، وثيقة رسمية لإثبات الملك الوقفي تدعى في صلب النص وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي .

و بالرجوع إلى أحكام ذات المرسوم ، و كذا النموذج الملحق بالقرار المؤرخ في 26 ماي 2001 المحدد لشكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي⁽²⁾ ، يتضح أنّ هذه الشهادة هي عبارة عن سند إداري يثبت ملكية العقار الموقوف محل الشهادة ، يتولى تحريره مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية بصفته أعلى سلطة مكلفة بالأملاك الوقفية على المستوى المحلي . و على هذا جرى حكم المادة 26 مكرر 11 من القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدّل و المتمم للقانون رقم 91-10

= يراجع في هذا الصدد ، أحكام المادتين 117 و 119 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية ، المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 08-14 المؤرخ 20-07-2008 . منشور في ج ر ، ع 44 الصادرة بتاريخ : 03-08-2008 .

¹- المذكرة رقم 11396 الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 2012 ، المتعلقة بصلاحيّة إعداد و إمضاء العقود الإدارية ، مجمع النصوص القانونية لسنة 2012 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .

²- منشور في ج ر ، ع 31 ، الصادرة بتاريخ : 06-06-2001 .

المتضمن قانون الأوقاف⁽¹⁾ : " للسلطات المكلفة بالأوقاف حق إبرام عقود في إطار أحكام المادة 08 أعلاه ... " .

و مقتضى هذا النص ، أن يتولى مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية ، المعين لهذا المنصب بموجب مرسوم ، تحرير الشهادة الرسمية الخاصة بإثبات الملك الوقفي محل الشهادة ، وفقا للنموذج الملحق بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 ماي 2001 . على أن تتضمن وجوبا البيانات التالية :

- عنوان الشهادة .
 - المراجع القانونية المعتمدة .
 - رقم و تاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا .
 - تحديد مساحة الملك الوقفي و موقعه .
- و باعتبار أنّ الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي تعدّ بمثابة سند إداري مثبت لملكية العقار الموقوف فإنّه يتعيّن على السلطات الإدارية المعنية (مدير الشؤون الدينية و الأوقاف للولاية) تسجيلها و شهرها بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار الموقوف وفقا لمقتضيات أحكام التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري⁽²⁾ .

4- المحافظة العقارية

هي عبارة عن هيئة عمومية ذات طبيعة إدارية ، تتولى تنفيذ السياسة العامة للدولة في ميدان تنظيم الملكية العقارية ، خاصة فيما يتعلق بعملية الشهر العقاري .

يتولى إدارتها و تسييرها المحافظ العقاري ، و هو موظف عام يباشر مهامه تحت وصاية وزير المالية يخضع لقانون الوظيف العمومي ، و تربطه بالدولة علاقة لائحية تنظيمية تبعية⁽³⁾ .

و نود الإشارة هنا ، إلى أنّه و بسبب الطبيعة الخاصة لعمل المحافظ العقاري في التشريع الجزائري و الذي يجمع بين النظامين الشخصي و العيني ، فإنّ سلطات المحافظ العقاري تبدو أوسع من تلك التي يتمتع بها محافظ الرهون في القانون الفرنسي ، بالنظر إلى النطاق الواسع الذي تمتدّ إليه رقابة

¹- منشور في ج ر ، ع 29 ، الصادرة بتاريخ : 2001-05-23 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 129 و ما يليها من هذه الرسالة .

³- أنظر مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ص 59 .

المحافظ العقاري في التشريع الجزائري ، و الذي يُمكنه بموجب نصوص صريحة النظر في شرعية التصرفات سواء بالنسبة للأشخاص أو بالنسبة للعقارات ، و التأكد من مدى إكتمال أركانها و شروط إنعقادها ، فضلا عن رقابته و فحصه للجوانب الشكلية للعقود و الوثائق المقدمة للشهر⁽¹⁾ .

و يمارس المحافظ العقاري في القانون الجزائري ، كما في القانون الفرنسي عدّة مهام ، عددها المادة 03 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و التي تتمثل على وجه الخصوص فيما يلي :

- إعداد و مسك مجموعة البطاقات العقارية كاملة .
 - إعطاء الإجراءات اللاّزمة لطلبات الإشهار للعقود المتضمنة الملكيات العقارية ، و الحقوق العينية الأخرى .
 - فحص العقود المقدمة للشهر .
 - كتابة البيانات على السجلات العقارية الخاصة بالحقوق العينية و التكاليف العقارية المؤسسة على العقارات الخاضعة للإشهار و جميع الشكليات اللاّحقة لهذا الإشهار .
 - المحافظة على العقود و المخططات و جميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للإشهار .
 - إعطاء المعلومات الموجودة في وثائقهم و المتعلقة بالعقارات المذكورة ، إلى الجمهور .
- و بالإضافة إلى المهام المذكورة أعلاه ، عهد المشرع للمحافظ العقاري بإصدار قرارات تُعدّ بمثابة سندات مثبتة للملكية العقارية ، إذ يتولى بناء على مقرر صادر من المدير الولائي للحفظ العقاري ، إعداد و تحرير سندات الملكية لفائدة المستفيدين من عملية التحقيق العقاري وفقا لما تقضي به أحكام القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري⁽²⁾ .

كما يتولى المحافظ العقاري في إطار أحكام المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، فور إستلامه لوثائق المسح ، ترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري ، و بالنتيجة إعداد الدفاتر العقارية ، و التي تكون مطابقة للنموذج المحدد بموجب القرار المؤرخ

¹- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 367 .

²- يراجع ما سيأتي بيانه في ص 437 و ما يليها من هذه الرسالة .

في 27 ماي 1976 الصادر عن السيد وزير المالية المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري⁽¹⁾ ، و منه تسليمها للملاك و أصحاب الحقوق المكرسة حقوقهم بصفة نهائية .

ثالثا : أنه يهدف إلى تحقيق الصالح العام

يمكن القول بشكل مجمل أنّ الهدف من وراء تشريع السند الإداري هو ضبط و تنظيم السندات المثبتة للملكية العقارية بما يضمن تأمين سير المصلحة العامة . بل قد يحدث أن يشكل السند الإداري بحد ذاته شكلا من أشكال الصالح العام ، و لعلّ أبرزها يتمثل في قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ، و هذا الإجراء لا يقوم به المتعاقد مع الإدارة ، بل تقوم به الإدارة ذاتها ، بناء على قرار صادر من الجهات الإدارية المختصة و هي غالبا الدولة أو الولاية .

و تظهر أهمية نزع الملكية في أنه أسلوب قانوني يُمكن الإدارة بصفة إستثنائية ، و في وقت مستعجل من الحصول على أصل ملكية الحق ، حتى لا تتعطل غايتها الأساسية في ضمان سير المرافق العامة و إستمراريتها ، و تحقيق المنفعة العامة ، شريطة تقديم تعويضات مسبقة و عادلة و منصفة لأصحاب الحقوق المنزوعة ملكيتهم .

و على العموم فقد خوّل المشرع للقاضي الإداري ، الوقوف على مدى إحترام الإدارة النازعة للملكية للضمانات المقررة لحماية الشخص المطلوب نزع ملكيته ، و تذليل العقبات المادية التي تحول دون حياة الإدارة للممتلكات .

كما تظهر أهمية السند الإداري المثبت للملكية العقارية في تحقيق الصالح العام ، من خلال النصوص التشريعية و التنظيمية التي رسمت الإطار العام لعقود التنازل و عمليات التسوية التي تباشرها الإدارة لفائدة الأشخاص الطبيعية و المعنوية ، في محاولة منها للقضاء على أزمة السكن ، و تلبية الإحتياجات المتزايدة للأفراد في مجال إقتناء العقار ، و التحكم أكثر في مسار النمو العمراني ، و ترقية الإستثمارات الوطنية و الأجنبية المقررة للتنمية الوطنية .

و من هنا يتضح لنا مدى إرتباط السند الإداري بالصالح العام ، و دوره في ضبط و تنظيم السندات المثبتة للملكية العقارية ، و تنظيم السوق العقارية ، و توسيع دائرة المعاملات العقارية ، و تلبية الإحتياجات العامة للأفراد مجال التملك و السكن .

¹- القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 27-05-1976 المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري . منشور في ج ر ، ع 20 ، الصادرة بتاريخ : 09-03-1977 .

رابعاً : أنه يخضع في منازعاته لجهة القضاء الإداري

يعنى القضاء الإداري - كقاعدة عامة - بالنظر في الدعاوى العقارية التي يكون أحد أطرافها على الدوام - مدعياً كان أو مدعى عليه - هيئة إدارية بمفهوم المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إذ في هذه الحالة يعود الإختصاص للقضاء الإداري تكريسا للمعيار العضوي المعتمد كأساس لتوزيع الإختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري .

و إذا علمنا أنّ سلطة تحرير السند الإداري المثبت للملكية العقارية ، هو حق ثابت للهيئات الإدارية - المشار إليها أعلاه - التي تُعدّه في حدود سلطتها و إختصاصها ، فإنّه يسهل علينا ، تبعاً لذلك إستنتاج فكرة أنّ جهة القضاء التي تحكم المنازعات المترتبة عنه ، تدخل بطبيعتها في إختصاص القضاء الإداري .

و هذا ما تؤكدّه النصوص القانونية الصادرة بشأن تنظيم الإختصاص النوعي ، و التي تقضي بإختصاص المحاكم الإدارية⁽¹⁾ بالببت في الدعاوى و الطلبات و الطعون التي تكون موجهة ضدّ العقود و القرارات الإدارية المثبتة للملكية العقارية ، بحكم قابل للإستئناف أمام مجلس الدولة⁽²⁾ .

و قد أكدّ القضاء الجزائري على هذا المبدأ في عدّة قرارات ، نذكر منها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 جويلية 2011 و الذي جاء فيه ما يلي⁽³⁾ : " و حيث أنّ المادة 800 من القانون المذكور تنص على أنّ الدعاوى التي تكون فيها الدولة أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية هي من إختصاص القضاء الإداري .

و حيث أنّ عدم الإختصاص النوعي هو من النظام العام ، و يجوز إثباته في أية مرحلة تكون عليها الدعوى عملاً بالمادة 36 من ق.إ.م.إ

حيث و الحالة هذه فإنّه كان على قضاة الموضوع القضاء بعدم إختصاصهم نوعياً و بما أنّهم لم يفعلوا فهم بذلك قد خالفوا الأحكام التشريعية المذكورة و عرضوا قرارهم للنقض و الإبطال " .

¹-يراجع نص المادتين 800 و 801 من ق.إ.م.إ

²-يراجع نص المادتين 902 و 903 من ق.إ.م.إ

³-قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 749672 ، الصادر بتاريخ 14-07-2011 ، منشور ب م م ع لسنة 2011 ، ع 2 ص 182 .

و أيضا ما أكدته في القرار الصادر عنها بتاريخ 14 جويلية 2011⁽¹⁾ ، و الذي جاء فيه ما يلي :

" لا يمكن إلغاء الدفاتر العقارية أو مناقشة مضمونها ، إلا أمام القضاء الإداري " .

يتبين مما سبق أنّ التشريع و القضاء قد إستقرا ، على أنّ القضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بتكوين و صحة و تنفيذ السند الإداري المثبت للملكية العقارية .

كما يتبين لامحالة أنّ قواعد الإختصاص هذه تعتبر من النظام العام . و يستتبع كونها من النظام العام أنّ للقضاء التمسك بها ، بل أنّه يملك إثارته من تلقاء نفسه و لو لم يتمسك بها الخصوم ، أو يطلبوا تطبيقها .

الفرع الثاني : أهمية السند الإداري المثبت للملكية العقارية

بعد أن عرضنا للأحكام العامة للسند الإداري من حيث تحديد مفهومه ، و الأشخاص و الهيئات الإدارية القائمة على تحريره ، نعرض في هذا الفرع لأهميته في إثبات الملكية العقارية . و التي يمكن تلخيصها في الآتي :

يعدّ السند الإداري المثبت للملكية العقارية أحد الدعائم التي تركز عليها الدولة في تطهير الملكية العقارية و تقليص آجال مسح الأراضي العام في المرحلة القادمة ، و يظهر ذلك بوضوح من خلال عملية التطهير العقاري المعتمدة من قبل الدولة في الأراضي الخاصة غير المسوحة ، و لعلّ أبرزها يتمثل في إجراء معاينة التقادم المكسب و تسليم سند الملكية عن طريق التحقيق العقاري المعلن عنه بمقتضى القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري . و الذي يعتبر واحد من الآليات الأكثر سرعة و فعالية في المناطق غير المسوحة ، بمقتضاه يمكن للحائزين بدون سند ، و الملاك الذين لهم سندات ملكية فقدت حداتها أي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية للعقار ، من الحصول على سند ملكية يهيئ لهم فرصة للحصول على رخص بناء بصفة إنتظامية توافق قواعد التهيئة و التعمير ، فضلا عمّا يحققه من إستقرار عقاري يضمن لهم الحرية في التصرف في أملاكهم العقارية مستقبلا بصفة قانونية و ترتيب رهون لفائدة المؤسسات المالية بما يفيد تجسيد مختلف المشاريع الإستثمارية .

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 666056 ، الصادر بتاريخ 14-07-2011 ، منشور ب م م ع لسنة 2012 ، ع 1 ص 184 .

كما يعتبر - السند الإداري - في الوقت ذاته أحد أقوى السندات التي يُعتدّ بها في إثبات الملكية العقارية و لعلّ من أهمها كونه صادر عن هيئة إدارية مختصة في الدولة . فلا تصدره الإدارة إلاّ بعد تضمينه كافة البيانات و الشكليات التي يتطلبها القانون ، و هذا ما يضيف عليه الصبغة الرسمية و يُبرز قيمته القانونية و حجيته في الإثبات ، ممّا يسمح لحامله بالإحتجاج به في مواجهة الكافة .

المبحث الثاني : حجية السند الإداري المثبت للملكية العقارية

من المفيد الإشارة مقدما ، إلى أنّ كل ما قيل بصدد حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية يصدق في نواح كثيرة على حجية السند الإداري المثبت للملكية العقارية .

غير أنّ هذا القول لا يغني عن التفصيل ، و لذلك سنعرض هنا لحجية السند الإداري فيما بين أطراف التصرف و خلفهم ، ثم نتعقب بعد ذلك حجيته بالنسبة للغير . مع عدم إهمال ما تم الإشارة إليه بشأن حجية السند التوثيقي في هذا الصدد .

و لتفصيل هذه الحجية على نحو دقيق يستلزم الأمر تقسيم الكلام في هذا المبحث على مطلبين ، فننكلم في المطلب الأول في حجية السند الإداري فيما بين أطراف التصرف و خلفهم ، و نعرض في المطلب الثاني حجية السند الإداري بالنسبة للغير .

المطلب الأول : حجية السند الإداري فيما بين أطراف التصرف و خلفهم

يتضح من مراجعتنا لنصوص القانون المدني في مواد المنظمة للإثبات ، و بالضبط نص المادتين 324 مكرر 6 و 324 مكرر 7 ، أنّ السند الإداري المثبت للملكية العقارية ، و بإعتباره سند رسمي معدّ من قبل إدارة عمومية مؤهلة قانونا في هذا المجال ، و محرر وفقا للأشكال القانونية . فإنّه يعتبر حجة على أطراف التصرف و خلفهم (الخلف العام و الخلف الخاص) ، و أنّ هذه الحجية مستمدة من قرينة الرسمية التي توحى بالثقة و الإئتمان العقاريين .

و تفرّيعا على ذلك ، فإنّه متى كان السند الإداري صادرا عن موظف عام مختص ، و مؤهل قانونا لتحريره وفقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما ، و كان مظهره الخارجي - السند الإداري - يوحى بصحته و سلامته المادية ، فإنّه يكون حجة على الكافة ، إلى أن يثبت تزويره أو يثبت ما يخالفه .

على أنّ هذه الحجية لا تكتمل و لا تكون لها قوة في الإثبات ، إلاّ بإتباع الإجراءات الشكلية اللاحقة على تحرير السند الإداري ، و نقصد بذلك عمليتي التسجيل الجبائي و الشهر العقاري للسند .

و معنى ذلك ، أنه لا يكون للسند الإداري حجية فيما بين أطراف التصرف و خلفهم ، إلا إذا كان السند مسجل بمصلحة التسجيل و الطابع ، و مؤشر عليه بالبطاقة العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا .

غير أنه ما ينبغي التنبه إليه في هذا الصدد ، أنّ البيانات الواردة في السند الإداري ليست على قدر واحد من الأهمية⁽¹⁾ ، إذ تختلف من حيث الحجية و القابلية للطعن بالتزوير ، إلى بيانات ذات حجية مطلقة و بيانات ذات حجية نسبية . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

الفرع الأول : البيانات ذات الحجية المطلقة

تشمل كل البيانات التي يدونها الضابط العمومي بحكم وظيفته و مهامه ، أو ما وقع من ذوي الشأن بحضوره و تحت سمعه و بصره ، كصدور السند من الموظف العام ببيان إسمه و لقبه و صفته و حضور الأطراف و التأكد من هويتهم و أهليتهم ببلوغ سن الرشد القانوني و سلامة إرادتهم ، و تاريخ السند و توقيعه من قبل الأطراف و الموظف العام . فكل هذه البيانات و ما يماثلها ، تعتبر بيانات رسمية يتمتع السند الإداري على إثرها بحجية مطلقة ، بحيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير . و علّة ذلك أنّ المشرع قد اعتبر الموظف العام الذي يتولى تحرير السند الإداري بمثابة شاهد ممتاز ، تتميز شهادته بقيمة إستثنائية فيما قام بصياغته في السند .

الفرع الثاني : البيانات ذات الحجية النسبية

تشمل كل التصريحات التي تصدر من ذوي الشأن ، و تكون لها علاقة مباشرة بالسند ، و يدونها الموظف العام بناء على مسؤوليتهم .

و على ذلك ، فإذا كان الموظف العام مختص بجمع الإستدلالات أو الجرد فحسب ، دون إجراء التحقيق فإنّ ما يتخذه من إجراءات ، و ما يدونه بشأنها ، يكون قابلا لإثبات العكس دون حاجة إلى الطعن بالتزوير ، ذلك أنّ محاضر جمع الإستدلالات و محاضر الجرد ذاتها و بحكم طبيعتها ، و كونها معدّة لمجرد جمع الإستدلالات و الجرد تمهيدا لتمحيصها بواسطة السلطة المختصة ، فإنّها لا تكتسي الحجية

¹- يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم 202764 ، الصادر بتاريخ 27-09-2000، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ص 309 . المشار إليه أعلاه ، و ما يلاحظ أن وصف الموثق ينطبق على الموظف العام المختص .

المطلقة ، و إنما تكون خاضعة للمناقشة و التمحيص، و قابلة لإثبات ما يخالفها بالوسائل القانونية المقررة⁽¹⁾ .

يخلص ممّا تقدم أنّ فيصل التفرقة بين نوعي البيانات السالفة الذكر ، يكمن في إعتبار أنّ كل ما يتعلق بالمساس بأمانة و صدق الموظف العام المكلف بإعداد و تحرير السند الإداري حسب ما جرى عليه حكم المادة 324 من القانون المدني ، لا يمكن الطعن فيه إلاّ بطريق الإدعاء بالتزوير ، أمّا ما زاد عن ذلك من بيانات فيكفي إثبات عسكها بالطرق القانونية المقررة في الإثبات .

المطلب الثاني : حجية السند الإداري بالنسبة للغير

إنّ حجية السند الإداري في مواجهة الغير هي نفسها ذات الحجية المقررة بالنسبة لأطرافه و خلفهم حيث يسري التصرف القانوني المدوّن به في حق كل شخص ، سواء أكان هذا التدوين للإثبات أو للإنعقاد .

و ممّا يؤيد ذلك ، و يؤكد سريان حجية السند الإداري على الغير ، إلاّ في هذه الحالة - حالة التزوير - سياق النصوص المنظمة لحجية السندات الرسمية ، و بالضبط نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " .

و هو ما يعني أنّ حجية السند الإداري لا تقتصر على أطراف التصرف و خلفهم ، و إنّما تمتد إلى الكافة على أنّه يتعيّن لبيان هذه الحجية في مواجهة الغير ، إجراء ذات التفرقة التي أجريناها أعلاه بين نوعي البيانات التي يتضمنها السند الإداري .

ففيما يتعلق بالبيانات التي أثبتها الموظف العام بمعرفته و في حدود سلطته و إختصاصه ، فلا يمكن الطعن فيها إلاّ بطريق الإدعاء بالتزوير .

أمّا باقي البيانات الأخرى التي يحررها الموظف العام إستنادا إلى تصريحات ذوي الشأن ، فإنّه بإمكان الغير إثبات ما يخلفها بإتباع القواعد العامة المقررة في الإثبات .

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، ج 2 ، المرجع السابق هامش 2 ، ص 148 و 149 .

- يراجع في نفس السياق أيضا ، زناي أمينة ، السندات الإدارية لإثبات الملكية العقارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكون ، السنة الجامعية : 2013-2014 ، ص 78 .

وأيًا ما كان الأمر ، إذا كانت حجية السند الإداري بإعتباره سند رسمي ، هي حجية على الكافة بما فيهم أطراف التصرف و خلفهم و الغير ، فإنّ هذه الصفة - الرسمية - لا تكفي لإثبات ما تضمنه ، ذلك أنّ حجيته تبقى متوقفة على تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع و شهره بمصلحة الشهر العقاري . و بالرجوع إلى أحكام القضاء يتبيّن أنّه إستقر على ذات المبدأ ، إذ إستلزم لكي يكتسي السند الإداري الحجية و يكون محل إحتجاج فيما بين المتعاقدين و في مواجهة الغير ، ضرورة أن يكون مشهرا في مجموعة البطاقات العقارية .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 27 جانفي 1999 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : " حيث أنّه من المقرر قانونا أنّه لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلّا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر .

و حيث أنّه من الثابت قضاء كذلك أنّ تقدير الأدلة و الترجيح بينها هو من المسائل الموضوعية التي تخضع لرقابة قضاة الموضوع و لا معقب عليهم في ذلك من قبل المحكمة العليا طالما أقاموا قضائهم على أسباب سليمة تكفي لحمل ما قضى به .

و حيث أنّه لما كان ذلك ، و كان البيّن من القرار المنتقد أنّه قد عوّل فيما ذهب إليه على أنّ الوثائق المقدمة من قبل المستأنف عليه (الطاعن) فهي وثائق إدارية غير مؤهلة لمناقسة الوثائق الرسمية و يعني بذلك قرار الإستفادة المؤرخ في 10-02-1982 و العقد الإداري المؤرخ في 22-08-1994 المقدمين من قبل المستأنف عليه غير مشهرين ، و هو ما توكده مراسلة المحافظ العقاري المؤرخة في 10-10-1995 التي يستشف منها أنّ العقد الإداري المحتج به من قبل المستأنف عليه رفض إشهاره بسبب أنّ نفس القطعة الأرضية تم بيعها للمستأنف (المطعون ضده) بموجب عقد إداري تم إشهاره رسميا و هو ما لا يتوفر في عقد المستأنف . و هذا الرد كاف لسلامة ما قضى به المجلس خصوصا و أنّ له أصله الثابت بأوراق و مستندات الدعوى ، و يفيد بوضوح مناقشة و دراسة جميع الوثائق المقدمة من الطاعن ممّا يضحى معه هذا الفرع غير مؤسس " .

¹ قرار م ع غ ع ، ملف رقم 185004 ، الصادر بتاريخ 27-01-1999 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 230 و 231 .

و أيضا ما قضت به في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 28 فبراير 2001 و الذي جاء فيه ما يلي (1) : " علاوة على أنّ القرار المطعون فيه لم يكرس الإعتداء أو الإستلاء على ملك الدولة ، ذلك أنّ قضاة المجلس لاحظوا أنّ ملكية القطعة المتنازع عليها لم تنتقل إلى الطاعن لعدم شهر العقد الإداري الذي يحتج به ، و تبعا لذلك قضوا برفض دعواه الرامية إلى طرد المطعون ضدّهما من القطعة الأرضية المتنازع عليها " .

و هو نفس المبدأ الذي كرسته في قرار آخر صادر عنها بتاريخ 28 فبراير 2001 و الذي جاء فيه ما يلي (2) : " و لكن حيث أنّ المجلس إعتد على حق على العقد الإداري المشهر بالمحافظة العقارية الذي يحتج به المطعون ضدّه ، ذلك أنّه ينقل قانونا ملكية العقار ، و لم يعتمد على الشهادات المسلمة للطاعنة أو محضر إجتماع مجلس إدارة الوكالة العقارية التي لا تعتبر عقد بيع و لا تنقل ملكية القطعة الأرضية محل النزاع " .

المبحث الثالث : صور السند الإداري المثبت للملكية العقارية

للسند الإداري المثبت للملكية العقارية صورتان ، فقد يكون عقد و قد يكون قرار ، إلّا أنّه و بالرغم من الإختلاف القائم بينهما ، فهما يشتركان في كونهما يردان على أصل الحق العيني العقاري ألا و هو حق الملكية ، فضلا على أنّهما يعتبران سندا رسميا يعتدّ به في إثبات الملكية العقارية . و للإحاطة بمختلف الضوابط الشكلية و الإجرائية الخاصة بكل منهما ، إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، خصصنا أولهما لبحث العقد الإداري المثبت للملكية العقارية . بينما خصصنا ثانيهما لدراسة القرار الإداري المثبت للملكية العقارية .

المطلب الأول : العقد الإداري المثبت للملكية العقارية

قد تلجأ الإدارة أثناء تصرفها في ملكيتها العقارية للغير إلى أسلوب العقد الإداري ، و هو بصفة عامة توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معيّن ، سواء كان هذا الأثر إنشاء إلتزام كعقد البيع أو نقل أو تعديل الإلتزام .

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 206555 ، الصادر بتاريخ 28-02-2001 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 231 و 232 .

²- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 206617 ، الصادر بتاريخ 28-02-2001 ، غير منشور . مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 232 .

و العقد الإداري شأنه شأن العقود عموماً ، ينبغي أن تتوفر فيه شروط و أركان العقد التي يحددها القانون المدني ، فهو عبارة عن إتفاق يقوم بإبرامه أحد أشخاص القانون العام ، و تظهر فيه نية جهة الإدارة إلى الأخذ بأسلوب القانون العام .

و قد عرّفه الفقيه الفرنسي أندري دي لوبدار-André Delaubader- بأنه توافق إرادتين على إنشاء التزام و ليس كل توافق يعتبر عقداً فهو ينكر الصفة العقدية على التصرفات الفردية ذات المظهر التعاقدية التي تجريها الإدارة .

في حين عرّفه الفقيه دوقى-Duguit- بأنه عقد شأنه شأن العقود الأخرى له ذات الخصائص و الآثار القانونية ، و إذا كان الإختصاص المتعلق به للمحاكم الإدارية فإنّ ذلك مرده إلى غاية العقد ذاته⁽¹⁾ كعقود التنازل على سبيل المثال .

أمّا عن العناصر التي يجمع الفقه على توافرها ، ليقال أننا إزاء عقد إداري ، فهي عناصر عامة حددها الفقه الإداري لكل العقود الإدارية كقاعدة عامة ، و لكننا نتحدث هنا بالتخصيص عن عقد من العقود الإدارية و هو في صحيح إسمه العقد الإداري المثبت للملكية العقارية .

و من هنا لا بدّ من القول بأنّ كافة العقود الإدارية المثبتة للملكية العقارية ، إنّما هي تصرفات قانونية ناقلة للملكية العقارية ، تلجأ إليها الإدارة لتحقيق النفع العام و خدمة المصلحة العامة ، و إلاّ إنتفت الغاية من وجودها . وفقاً لما سبق بيانه في المبحث الأول من هذا الفصل .

و لتفصيل العقد الإداري المثبت للملكية العقارية على نحو دقيق ، يقتضي الأمر تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع رئيسية ، نخصص الفرع الأول لبيان قواعد تنظيم عقد البيع الإداري الوارد على الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة ، و نعرض في الفرع الثاني لعملية التبادل كتصرف قانوني ناقل للملكية العقارية ، و نتكلم في الفرع الثالث في عمليات التنازل في بعض القوانين الخاصة .

الفرع الأول : عقد البيع الإداري

حدد المشرع بمقتضى القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المعدّل و المتمم بموجب القانون رقم 08-14 ، قواعد معيّنة تتم من خلالها تنظيم عملية بيع العقارات التابعة للأموال الخاصة

¹- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلّمانى ، العقود الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر

للدولة ، و ذلك حرصا منه على حماية المال العام ، و من جهة أخرى تحقيق إستقرار المراكز القانونية للجهات و الأفراد المستفيدين من عملية البيع .

و عموما يتم بيع العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة كقاعدة عامة عن طريق المزاد العلني و إستثناء يمكن اللجوء إلى البيع بالتراضي . مما يتعيّن معه بيان القاعدة العامة في بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة أولا ، ثم الإستثناء الوارد على هذه القاعدة ثانيا .

غير أنّه يحسن بنا قبل ذلك ، أن نشير إلى أنّه لا يمكن بأي حال من الأحوال بيع الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة ، إلاّ بعد إلغاء تخصيصها إذا أصبحت غير صالحة للإستعمال أو في حالة عدم قابليتها لتأدية وظيفتها⁽¹⁾ هذا أولا ، و ثانيا لابّد من تقويم الأملاك العقارية المراد بيعها و في هذا الصدد لابّد من الإشارة إلى أنّ طريقة التقويم تقتضي مقاييس لابّد من إحترامها ، و هذه المقاييس تختلف بإختلاف الصيغة المتبعة في عملية البيع ، ففيما يتعلق بالبيع بالمزاد العلني تُحدد إدارة أملاك الدولة السعر الإفتتاحي الأدنى للمزايدة و الذي على أساسه يُحدد الثمن ، أمّا وفق صيغة البيع بالتراضي فيتم الإستناد على القيمة التجارية الحقيقية وفق السوق العقارية الحرّة ، و التي تُحدد كذلك من قبل إدارة أملاك الدولة ، أمّا في حالة البيع عن طريق التنازل وفق قوانين خاصة فيتم وفق تقويم معدّ سلفا من طرف المشرع ، و هو تقويم رمزي لا يمثل القيمة الحقيقية للعقار المراد بيعه بل يمثل تقويما إداريا وفق سوق عقارية موجهة إداريا⁽²⁾ . و نتناول فيما يلي القاعدة و الإستثناء في بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة ، و ذلك على النحو التالي :

أولا : البيع بالمزاد العلني كطريقة لبيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة

تباع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة أساسا بالمزاد العلني ، ذلك أنّ إجراء المزاد علنا يُتيح الفرصة لكل راغب في الشراء للتقدّم للمزاد ، و تؤدي المنافسة بين المتزايدين إلى رفع ثمن البيع إلى أقصى حدّ ممكن ، و فضلا عن هذا الإعتبار الإقتصادي ، فإنّ المزايدة العلنية تؤدي إلى تمكين ذوي الشأن من مراقبة صحة إجراءات البيع ، و أخيرا فإنّ فتح باب المزايدة للجميع يؤدي لامحالة

¹- يراجع نص المواد : 87 إلى 89 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 الذي يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة .

²- عمرو خليل حرز الله كريم ، تقييم و بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، عدد 1 ، مارس 2015 ، ص 230 .

إلى عدم تفضيل أشخاص معينين بقصر المزادات عليهم ، و إضفاء نوع من الشرعية و المصادقية على البيع موضوع المزادة .

و عموما تقوم عملية البيع بالمزاد العلني على جملة من الإجراءات يمكن تلخيصها في الآتي :

بعد التأكد من إلغاء التخصيص للعقار المراد بيعه عن طريق المزادة ، يقوم الوالي المختص إقليميا بإتخاذ قرار الترخيص ببيع العقار عن طريق المزاد العلني ، بناء على رأي المدير الولائي لأملاك الدولة على أن يكون هذا القرار محل إشهار واسع بواسطة المصقات و الإعلان في الصحف مدة عشرين (20) يوما قبل تاريخ إجراء البيع بالمزاد ، قصد إعلام الجمهور . مع وضع دفتر معدّ من قبل مصالح أملاك الدولة يتضمن كافة الشروط القانونية لعملية البيع ، لاسيما ما يتعلق منها بتعيين العقار ، و السعر الأدنى للبدء في عملية البيع ، و الذي يكون على أساس القيمة التجارية⁽¹⁾ .

و تبدأ المزادة بأن ينادي الشخص المكلف بعرض الثمن الأدنى المشار إليه في دفتر الشروط ، ثم يتقدم كل راغب ليزيد على هذا الثمن ، و يعتبر كل عطاء مقدم من متزايد مسقطا للعطاء الذي سبقه ما دام قد زاد عليه ، و يوقع البيع لمن تقدم بأكبر عطاء⁽²⁾ .

و بعد رسو المزاد و تسديد مصاريف البيع من طرف الراسي عليه المزاد ، يتولى المدير الولائي لأملاك الدولة تحرير العقد الإداري المتضمن إيقاع البيع على الراسي عليه المزاد ، يدرج فيه على الخصوص البيانات التالية : تعيين العقار ، أصل الملكية ، و الثمن الأدنى المعروض ، و مراجع محضر البيع و مراجع المسح . فضلا عن تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع ، و شهره بالمحافظة العقارية ، لترتيب أثره العيني المتمثل في نقل الملكية إلى الراسي عليه المزاد⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

²- يمكن تقديم العروض بواسطة التعهدات المختومة ، و هي عبارة عن إستمارة معلومات يحدد فيها العقار المراد شراؤه و يوضع عليها طابع مع إثبات دفع الكفالة ، و الكل يوضع داخل ظرف يودع مباشرة لدى مديرية أملاك الدولة في أجل أقصاه آخر يوم يسبق يوم المزادة . أنظر سلطاني عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص 180.

³- يوسف حفصي ، بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، قسم القانون الخاص ، تخصص القانون العقاري و الزراعي ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة ، السنة الجامعية : 2005-2006 ، ص 88 .

ثانيا: البيع بالتراضي كطريقة لبيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة

البيع بالمزاد العلني كما سبق الإشارة هو القاعدة العامة في بيع العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة إلا أنّ المشرع أورد إستثناء على هذه القاعدة ، بحيث أجاز بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة وفقا لأحكام عامة و أحكام خاصة ، و نرى بهذا الشأن أن نعرض البيع بالتراضي وفقا للأحكام العامة أولا ، ثم بيان عملية البيع بالتراضي وفقا للأحكام الخاصة ثانيا .

1- البيع بالتراضي وفقا للأحكام العامة

نصّ المشرع على هذا النوع من البيوع في المادة 91 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 المحدد لشروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة و التي جاء فيها ما يلي : " يمكن أن تباع العقارات التابعة للأملاك الدولة المذكورة في المادة 90 أعلاه ، بالتراضي إستنادا لرخصة من الوزير المكلف بالمالية ، بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية و ذلك لفائدة :

- الولايات و البلديات و الهيئات العمومية و المؤسسات العمومية الإقتصادية و الجمعيات .
 - للخواص في حالة : الشيوخ ، الأراضي المحصورة ، الشفعة القانونية ، الجوار عندما تكون مساحة قطعة الأرض المحاذية موضوع البيع لا تشكل وحدة عقارية قابلة للبناء ، أو إذا كان لا يمكن إستعمال هذه الأخيرة بصفة عادية بمفهوم قواعد التعمير و البناء ، ضرورة إعادة إسكان الملاك المنزوعة ملكيتهم أو في حالة ما إذا لم يتأت بيع العقار بعد عمليتين للبيع بالمزاد .
 - الهيئات الدولية ، التي تكون الجزائر عضوا فيها ، و للبعثات الدبلوماسية و القنصلية المعتمدة بالجزائر ، بشرط مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل .
- تتصل الهيئة أو البعثة الدبلوماسية أو القنصلية المعنية بوزير الشؤون الخارجية الذي يقوم بإجراء البيع لحساب الهيئة أو البعثة الدبلوماسية أو القنصلية " .

يبرز من قراءة النص أعلاه أنّ المشرع قد حدد الأشخاص القانونية المعنية بعملية البيع ، و تتمثل هذه الأشخاص القانونية حسب الترتيب الذي وردت به في صلب المادة 91 أعلاه فيما يلي :

أ- البيع المقرر لفائدة الولايات و البلديات و الهيئات و المؤسسات العمومية الإقتصادية و الجمعيات يُبين من قراءة البند الأول من الفقرة الأولى من المادة 91 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 أنّف الذكر ، أنّ جميع الهيئات المذكورة أعلاه ، إنّما تشترك في مجملها عبر مختلف نشاطاتها في إشباع

الحاجيات العامة للجمهور ، و من ثمة فإنّ من شأن البيع بالتراضي أن يساعدها في أداء مهامها و تحقيق أهدافها المرتبطة أساسا بتحقيق الصالح العام .

و الملاحظ أنّ كل من الولاية و البلدية تم التنصيص عليهما في صدر البند الأول من الفقرة الأولى من نص المادة 91 أعلاه ، و هو إقرار صريح بحق الأولوية أو الأسبقية في إقتناء العقارات التابعة للدولة قبل أي هيئة أو طرف آخر (1) .

ب- البيع المقرر لفائد الخواص

حدد المشرع بمقتضى البند الثاني من الفقرة الأولى من المادة 91 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 السالف الذكر ، الحالات التي يتقرر فيها بيع العقارات التابعة للدولة بالتراضي لفائدة الخواص و من بين هذه الحالات نذكر منها :

❖ حالة الشيوخ

من المعلوم أنّه في حالة إشتراك الخواص مع الدولة في أملاك عقارية ، فإنّه لا بدّ من مباشرة إجراءات القسمة حتى يباع الجزء التابع للدولة في المزاد العلني ، أمّا إذا تعدّد ذلك فإنّ البيع سيكون لامحالة لفائدة الشخص المالك في الشيوخ ، بثمن لا يقل عن القيمة التجارية الحقيقية للعقار ، بعد إجراء تحقيق ميداني و دقيق عن إستحالة إجراء تقسيم للأجزاء المشتركة (2) .

❖ حالة الأراضي المحصورة

تتعلق هذه الحالة بالأراضي التي ليس لها ممرات مباشرة بسبب إنحصارها بين الملكيات الخاصة و في هذه الحالة يمكن التنازل عنها لفائدة الملاك المجارين مباشرة لها ، و ذلك وفق السعر الذي تحدده مصالح أملاك الدولة (3) .

❖ حالة الشفعة القانونية

حدد المشرع بمقتضى القانون المدني من خلال المواد المنظمة للشفعة ، الأشخاص الذين يسمح لهم بممارسة حق الشفعة ، غير أنّ هناك حالة خاصة ورد التنصيص عليها ضمن أحكام المادة 23

¹- يوسف حفصي ، المرجع السابق ، ص 91 .

²- أنظر المذكرة رقم 3654 الصادرة بتاريخ 19-07-1999 ، المتعلقة بتقسيم العقارات المشاعة بين الدولة و الخواص مجمع النصوص القانونية لسنة 1999 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

³- أنظر المذكرة رقم 5977 الصادرة بتاريخ 07-08-2006 ، المتعلقة المتعلقة بعمليات التقييم ، مجمع النصوص القانونية لسنة 2006 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ بمقتضاها كان يجيز للمستأجر بممارسة حق الشفعة على الجزء من البناية موضوع البيع ، متى كان الملك المؤجر المراد بيعه مملوكا لشخص معنوي .

❖ حالة الجوار

تتحقق هذه الحالة عندما تكون مساحة القطعة الأرضية المحاذية موضوع البيع لا تشكل وحدة عقارية قابلة للبناء ، أو إذا كان لا يمكن إستعمال هذه الأخيرة بصفة عادية بمفهوم قواعد التعمير و البناء .

❖ حالة إعادة إسكان الملاك المنزوعة ملكيتهم

في هذه الحالة لا نكون بصدد عملية بيع منجز ، و إنما بصدد تعويض عيني عن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة ، أين يسمح للإدارة النازعة بإقتراح تعويض عيني لفائدة الملاك المنزوعة ملكيتهم بدل التعويض النقدي⁽²⁾ ، و ذلك من خلال ترحيل هؤلاء و إعادة إسكانهم في سكنات لائقة مقابل نزع ملكيتهم .

❖ حالة عدم بيع العقار بعد عرضه بالمزاد مرتين متتاليتين

قد يحدث أن تلجأ الإدارة إلى عرض العقار بالمزاد العلني على مرتين متتاليتين ، و يتعدّر لسبب أو لآخر أن يصادفه قبول بإرساء المزاد ، و في هذه الحالة أجاز المشرع بيعه بالتراضي لفائدة الخواص .

ج- البيع المقرر لفائدة الهيئات الدولية ، و البعثات الدبلوماسية أو القنصلية المعتمدة بالجزائر

هذا النوع من البيوع تقتضيه العلاقات الدولية ، فمن غير المعقول دخول هيئة أو منظمة دولية مزايده لإقتناء عقار معين⁽³⁾ ، و لعلّ هذا هو الذي حدا بالمشرع إلى إعتماد البيع بالتراضي كطريقة لتمكين الهيئات الدولية و البعثات الدبلوماسية و القنصلية من إقتناء العقارات المخصصة لممارسة نشاطاتها و تتم عملية البيع بموجب رخصة من وزير المالية ، مع مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل .

2- البيع بالتراضي وفقا للأحكام الخاصة

تنص المادة 92 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 على ما يلي : " خلافا لأحكام المادة 90 أعلاه يمكن أن تكون العقارات المبنية و غير المبنية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، موضوع شكل من أشكال

¹- ملغى بموجب المادة 80 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17-02-2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، المعدل و المتمم ، بإستثناء المادة 27 منه .

²- يراجع ما سيأتي ذكره في ص 411 من هذه الرسالة .

³- أنظر سلطاني عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص 187 .

التصرف لفائدة متعاملين عموميين و خواص على أساس دفتر شروط ، طبقا للأحكام التشريعية و التنظيمية التي تحكم الترقية العقارية و كذا الإستثمار ... " من هذه المادة يمكن القول أنه أمام عجز الدولة عن الإستجابة لطلبات السكن ، و الذي إحتكرته منذ الإستقلال عن طريق المؤسسات العمومية ، جعل المشرع يُتيح للمتعاملين العقاريين سواء أكانوا عموميين أو خواص كالمرقين العقاريين و التعاونيات العقارية ، الإستثمار في مجال الترقية العقارية ، من خلال تمكين هؤلاء من الإستفادة من عمليات البيع للأوعية العقارية التابعة للملكية الخاصة للدولة ، قصد إنجاز و تشييد أملاك عقارية تكون محلا للبيع أو الإيجار (1) .

الفرع الثاني : عقد التبادل

تعتبر عملية التبادل من التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية ، مما يتعيّن معه بيان مفهوم التبادل و الإجراءات المتبعة بشأنه ، و تحديد أشكال عقد التبادل .

أولا : مفهوم التبادل

التبادل أو ما يعرف بالمقايضة عقد يلتزم بمقتضاه كلا العاقدين أن ينقل إلى الآخر ملكية مال غير النقود (2) ، و يعرفه الفقيه أندري دي لوبدار-André Delaubader- التبادل على أنه : عندما ترى هيئة عامة أنّ ملك عام لم يعد مفيد للمصلحة تستطيع و بدون أي صعوبة قانونية التغيير في تخصيصه (3) . و قد تم التنصيص على عملية التبادل كتصرف قانوني ناقل للملكية العقارية ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 المحدد لشروط و كيفيات إدارة و تسيير الأملاك العمومية في المواد من 115 إلى 123 .

هذا و قد حصر القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدّل و المتمم ، عملية التبادل بين الأشخاص العامة و الخواص في العقارات فقط ، فقد نصّت المادة 92 منه في فقرتها الثانية على أنه : " كما يتم تبادل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة التي تملكها الدولة مقابل أملاك عقارية يملكها الخواص ، و يكون هذا التبادل طبقا للقواعد المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل ، لاسيما القانون المدني " .

¹- يراجع لتفصيل أكثر ، يوسف حفصي ، المرجع السابق ، ص 95 و ما يليها .

²- يراجع نص المادة 413 من ق . م

³- أنظر سلطاني عبد العظيم ، المرجع السابق ، ص 189 .

كما نصت المادة 95 من ذات القانون في فقرتها الأولى على أنه: " يكون تبادل الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة التي تملكها الجماعات الإقليمية موضوع قرار تتخذه السلطة المختصة بعد مداوات المجلس الشعبي المعني وفق الأشكال القانونية " .

ثانيا : إجراءات التبادل

إنّ الحديث عن إجراءات تبادل الأملاك العقارية يستدعي منا التمييز بين إجراءات التبادل التي تتم فيما بين الأشخاص العامة ، و تلك التي تتم بين الدولة و الخواص . و هو ما نعرض له تباعا وفقا للتفصيل الآتي :

1- إجراءات التبادل فيما بين الأشخاص العامة

تعتبر عملية تبادل الأملاك العقارية فيما بين الأشخاص العامة مجرد تغيير في التخصيص ، على حدّ تعبير حكم المادة 115 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 السالف الذكر : " يعدّ تبادل المصالح العمومية للأملاك العقارية التابعة للأملاك الدولة ، في مفهوم الفقرة الأولى من المادة 92 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 ، المعدل و المتمم و المذكور أعلاه ، تغييرا مزدوجا في التخصيص ، و يجب أن يتم حسب الأشكال و الشروط المحددة في المادة 88 أعلاه " .

و يتم تغيير التخصيص وفقا لما تقضي به المادة 88 من ذات المرسوم ، إمّا بقرار يتخذه الوزير المكلف بالمالية ، أو الوالي حسب الحالة ، بعد إستشارة المصالح المختصة المكلفة بالأملاك الوطنية .
أمّا إذا تعلق الأمر بعملية تبادل مع الهيئات المحلية ، فإنّ قرار التبادل يكون بقرار من رئيس المجلس الشعبي البلدي⁽¹⁾ ، على أن تستكمل العملية بإعداد عقد إداري من السلطة التي إتخذت القرار مع وجوب إخضاع العقد إلى إجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري⁽²⁾ .

و في الأخير يُدرج العقار محل التبادل ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، لإعطائه التخصيص النهائي المحدد له⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادة 95 فقرة 01 من القانون رقم 90-30 .

²- أنظر آسيا حميدوش ، المرجع السابق ، ص 79 .

³- يراجع نص المادة 94 فقرة 01 من القانون رقم 90-30 .

2- إجراءات التبادل فيما بين الدولة و الخواص

تخضع عملية تبادل الأملاك العقارية فيما بين الدولة و الخواص لإجراءات خاصة ، تم التنصيص عليها ضمن أحكام المواد من 117 إلى 120 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

تبدأ إجراءات التبادل إمّا بمبادرة من المصلحة العمومية المعنية ، أو من مالك العقار المتبادل معه . فإذا كانت المبادرة بطلب من مصلحة عمومية ، فإنّ الجهاز المختص هو الذي يقدّم طلب التبادل حسب الكيفيات المعمول بها إلى السلطة الوصية ، مصحوبا بالأوراق الثبوتية المتعلقة به . و بعد أن يكون قد تم التدقيق في الطلب و الموافقة عليه ، تقوم هذه الأخيرة - السلطة الوصية - بإرسال الملف إلى وزير المالية مرفقا بمذكرة توضيحية تبيّر عملية التبادل⁽¹⁾ .

أمّا إذا كانت المبادرة بطلب من مالك من الخواص ، فإنّه يتوجب عليه أن يرسل ملفا إلى وزير المالية يحتوي لزوما على الوثائق التالية⁽²⁾ :

- طلب المبادلة .
 - سند الملكية .
 - المخطط الخاص بالعقار محل المبادلة .
 - المقترحات الخاصة بالعقار محل المبادلة .
 - كل وثيقة من شأنها أن تثبت الموافقة المبدئية للمصلحة العمومية المعنية .
- و بعد مراعاة كل ما سبق - في الحالتين - و بعد أن يكون قد تم تدقيق الملف و الوثائق المرفقة و التأكد من صحة الإجراءات المتبعة ، يأمر الوزير المكلف بالمالية إدارة أملاك الدولة المختصة إقليميا بدراسة الملف قصد التحقق من وضعية الملك الخاص ، و تقويم العقار محل المبادلة لأجل تحديد قيمته و معدّل فارق القيمة اللاّحق عند الإقتضاء⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادة 117 فقرة 02 و 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

²- يراجع نص المادة 117 فقرة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

³- يراجع نص المادة 117 فقرة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

و أخيرا ، فإنه لا بدّ أن يتضمن قرار المبادلة الصادر بهذا الخصوص عن الوزير المكلف بالمالية على البيانات التالية(1):

- وصف الأملاك العقارية ، موضوع المبادلة ، و قيمة كل منهما .
- معدّل فارق القيمة ، الذي يترتب على أحد الطرفين المتبادلين للطرف الآخر .
- الأجل الذي يمكن تحقيق عملية التبادل من خلاله .
- الأجل لتصفية الرهون المحتملة ، التي قد تثقل العقار الخاص .

و في هذه الحالة يتعيّن على المالك أن يثبت شطب جميع الرهون ، إذا ما كان العقار محل المبادلة مثقلا برهن ، خلال الأشهر الثلاثة (03) الموالية للإشعار الذي تبليّغه إياه مصالح أملاك الدولة ، و في جميع الحالات يجب أن يتم هذا الإشعار قبل تحرير عقد التبادل (2) .

ثالثا : شكل عقد التبادل

يمكن أن يأخذ عقد التبادل ، الذي يصدر بناء على المقرر الصادر عن الوزير المكلف بالمالية ، شكل عقد إداري أو شكل عقد توثيقي(3) . و نتناول فيما يلي تفصيل شكل عقد التبادل .

1- تحرير عقد التبادل في شكل عقد إداري

إذا تم تحرير عقد التبادل في شكل عقد إداري ، فإنّ إدارة أملاك الدولة المختصة إقليميا ، هي المؤهلة قانونا لتحريره وفقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما ، على أن يتم التوقيع على هذا العقد من قبل والي الولاية الموجود فيها الملك العقاري الخاص(4) .

2- تحرير عقد التبادل في شكل عقد توثيقي

إذا تم تحرير عقد التبادل في شكل عقد توثيقي ، فإنّ الموثق ملزم بتحريره طبقا للترتيب و الأشكال المتبعة في تحرير السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية . خاصة ما يتعلق منها بالبيانات المتعلقة بالأطراف المتعاقدة ، و العناصر الدالة على هوية العقار محل المبادلة من حيث طبيعته و تعيينه و مساحته و مشتملاته و حدوده ، و أسماء المالكين السابقين ، و تاريخ التحويلات المتتالية للملكية .

1- يراجع نص المادة 117 فقرة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

2- يراجع نص المادة 118 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

3- يراجع نص المادة 119 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

4- يراجع نص المادة 119 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

و يمثل الوزير المكلف بالمالية عند تحرير العقد ، مسؤول إدارة أملاك الدولة المختص إقليميا المعين لهذا الغرض ، على أن يتحمل الطرف المتبادل مع الدولة مصاريف التوثيق⁽¹⁾ .

و بعد الإنتهاء من الإجراءات السالف بيانها ، سواء بتحرير عقد التبادل في شكل عقد إداري أو في شكل عقد توثيقي ، فإنّ عقد التبادل في الحالتين يكون خاضعا لإجراءات التسجيل الجبائي و الشهر العقاري ، لترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية العقارية .

و يكون عقد التبادل خاضع لعملية التسجيل و الشهر في مجموعة البطاقات العقارية ، عملا بأحكام المواد المعمول بها في هذا المجال ، و كذا حكم المادة 120 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " يثبت عقد التبادل ، الذي يسجل و يشهر في المحافظة العقارية ، تحويل الملكية فعلا ، و تنجر عنه الآثار القانونية المرتبطة به ، و يمنح الملك الذي تحصل عليه الدولة عن طريق التبادل ، صفة الأملاك الخاصة للدولة " .

الفرع الثالث : عمليات التنازل في بعض القوانين الخاصة

كثيرا ما تلجأ الإدارة في سبيل تنفيذ البرامج و الخطط التنموية المسطرة من قبل الدولة ، إلى التنازل عن ملكيتها العقارية لفائدة الخواص بهدف تحقيق أبعاد و أهداف إجتماعية و إقتصادية أكثر منها سياسية ، من خلال إبرام عقود تنازل عن ذمتها العقارية ، عادة ما يحدد لها المشرع سلفا نموذجا و دفترا للشروط .

و من أجل دراسة عقود التنازل التي حددها المشرع بمقتضى قوانين خاصة ، و التي تعدّ من قبيل السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الذي يعدّ صلب البحث .

إرتأينا دراسة الموضوع بحسب أهمية بعض القوانين التي نظمّ المشرع بمقتضاها عقود التنازل في الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة . و تبعا لذلك فقد قسمنا الكلام في هذا الفرع على ثلاث قوانين حسب تسلسلها الزمني : فننكلم أولا في عقود التنازل التي صدرت في إطار القانون رقم 81-01 ، ثم في عقود التنازل في إطار الإستصلاح ، و ننكلم أخيرا في عقود التنازل في إطار الإمتياز الموجه لإستغلال العقار الصناعي .

¹- يراجع نص المادة 119 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 .

أولاً : عقود التنازل في إطار القانون رقم 81-01

لقد أدى تزايد حركة البناء و التشييد التي باشرتها الدولة فترة الثمانينات ضمن إطار تلبية الطلبات المتزايدة عن السكن ، إلى تزايد ممتلكات الدولة العقارية - البنايات - مما خلق صعوبة في تسيير و صيانة تلك البنايات ، نظرا لما تتطلبه من أموال و نفقات باهضة ، على الرغم من إستحداث شركات و هيئات أوكلت لها مهمة تسيير و صيانة تلك البنايات . فضلا عن الرصيد العقاري المتنوع الذي آلت ملكيته إلى الدولة بموجب النصوص القانونية المنظمة للشغور نتيجة الهجرة الجماعية للمعمرين الفرنسيين غداة الإستقلال ، و الذي تم إدماجه في مرحلة لاحقة ضمن أملاك الدولة⁽¹⁾ .

كل هذه العوامل و أخرى ، دفعت بالإرادة التشريعية إلى التدخل بمقتضى القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07 فبراير 1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية⁽²⁾ .

و قد حدد المشرع بمقتضى القانون رقم 81-01 المعدل و المتمم ، و المراسيم المطبقة له ، الأملاك العقارية القابلة للتنازل عنها ، و الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المستفيدين من عملية التنازل . و هو ما سنوضحه تباعا وفقا للتفصيل التالي :

1- تحديد الأملاك العقارية القابلة للتنازل

حددت المادة 06 من القانون رقم 81-01 العقارات القابلة للتنازل مع أجزائها المشتركة ، كالتالي :

- المحلات السكنية من البنايات الجماعية و المساكن الفردية التي آلت إلى الدولة بموجب الأمر رقم 66-102 المؤرخ في 06 ماي 1966 ، و كذلك البنايات التي أعيد دمجها في أملاك الدولة بمقتضى الأمر رقم 70-11 المؤرخ في 22 يناير 1970 المتعلق بممتلكات مؤسسات الدولة .
- المحلات السكنية و البنايات الجماعية و المساكن الفردية لقطاع الكراء التابعة لمكاتب الترقية و التسيير العقاري ، أو المدمجة في ثروتها .
- المحلات السكنية من البنايات الجماعية و المساكن الفردية التي تسييرها إدارة أملاك الدولة و الشؤون

¹- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 303 .

²- القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07-02-1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية . منشور في ج ر ، ع 6 ، الصادرة بتاريخ : 10-02-1981 .

العقارية .

▪ المحلات السكنية من البنايات الجماعية و المساكن الفردية التابعة للجماعات المحلية و للقطاعات البلدية ، و المحلات السياحية ذات الإستعمال السكني المنصوص عليها في المادة 88 من القانون رقم 80-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 المتضمن قانون المالية لسنة 1981⁽¹⁾ .

▪ المحلات السكنية من البنايات الجماعية و المساكن الفردية التابعة للمؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية بمختلف أنواعها .

▪ المحلات المهنية أو التجارية أو الحرفية التي تماثل صفتها القانونية صفة الأملاك المشار إليها في الفقرات 1 ، 2 ، 3 ، 4 من المادة 02 من القانون رقم 81-01 ، و كذا الحقوق التجارية المرتبطة بها .

و لكن طالما أنّ الحديث هو عن الأملاك العقارية القابلة للتنازل ، فلا بدّ من تبيان العقارات غير القابلة للتنازل ، و التي حددتها أحكام المادة 03 من ذات القانون في الآتي :

▪ البنايات الجماعية المهددة بالإنتهيار التي يستوجب قدمها المثبت قانونا من المصالح المختصة هدمها .

▪ البنايات و المحلات المعنية بإجراء المرافعة أو بعمليات للتجديد تتم تنفيذا للمخططات العمرانية الرئيسية السارية في تاريخ التعبير عن إرادة الإكتساب .

▪ المساكن و المحلات التابعة لمكاتب الترقية و التسيير العقاري المخصصة لحاجيات الدولة و الجماعات المحلية .

▪ البنايات و المحلات التجارية ذات الطابع السياحي المشار إليها في المادة 88 من القانون رقم 80-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 المتضمن قانون المالية لسنة 1981 ، التي هي جزء من مجموعة سياحية ، أو لها أهمية خاصة في النشاط السياحي و التي تحدد قائمتها بموجب مرسوم .

▪ مساكن الخدمة التي هي جزء لا يتجزأ من البنايات التي تستعملها الدولة ، و الحزب ، و الجماعات المحلية ، و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية ، و كذا المساكن الضرورية لممارسة الوظائف و المساكن المرتبطة مباشرة بإستغلال الوحدات الصناعية و المنجمية .

▪ المحلات المخصصة لنشاط المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية .

¹- منشور في ج ر ، ع 11 ، الصادرة بتاريخ : 31-12-1980 .

- البنايات الفردية من النوع الرفيع .
- المحلات المهنية أو التجارية أو الحرفية الواسعة المساحة .
- المحلات و العقارات المرتبة كأثار تاريخية .
- الأملاك العقارية المبنية المرتبطة بمزارع القطاع الفلاحي .

2- الشروط الواجب توافرها في الأشخاص المستفيدين من عقود التنازل

أعطى مضمون القانون رقم 01-81 الأولية لطائفة معينة ، إمكانية الإستفادة من عملية التنازل شريطة توافر جملة من الشروط ، نوردتها في الآتي :

أ- بالنسبة للمحلات السكنية

تبنياً لسياسة فتح المجال لكل جزائري ليصبح مالكا لمسكنه على حساب الإيجار ، يمكن أن يترشح لإكتساب العقارات السكنية القابلة للتنازل ، الأشخاص الطبيعيون ذوي الجنسية الجزائرية المتمتعون بصفة المستأجر الشرعي⁽¹⁾ ، و المستوفون لإلتزاماتهم الإيجارية عند تاريخ التنازل الذين يشغلون الأماكن بصفة دائمة⁽²⁾ .

ب- بالنسبة للمحلات ذات الإستعمال التجاري أو الحرفي أو المهني

يمكن أن يترشح لإكتساب المحلات ذات الإستعمال التجاري أو الحرفي أو المهني ، الأشخاص الطبيعيون ذوي الجنسية الجزائرية ، الذين يثبتون أنهم المستأجرون الشرعيون⁽³⁾ ، و أنهم مستوفون

¹- يندرج ضمن مفهوم المستأجر الشرعي ، المتنازل له عن الإيجار ، و هو ما يتجلى من قرار م ع غ إ ، ملف رقم : 43457 ، الصادر بتاريخ 02-06-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 2 ، ص 148 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المستقر عليه في القضاء الإداري أنّ الحائز على حق إيجار يستطيع عن طريق التخلي عن حقوقه الإيجارية لفائدة الغير ، و هي الحقوق التي تسمح لهذا الأخير التمسك بأحكام القانون رقم 01-81 المؤرخ في 07-02-1981 . و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ المطعون ضده أصبح شاغلا قانونيا للسكن المتنازل عليه بعد تنازل المستأجر الأصلي له ، و من ثم فإنّ تمسك الطاعن بشغل المسكن المتنازل عليه غير قانوني بإعتباره شاغل مؤقت " .

²- يراجع المادة 05 من القانون رقم 01-81 .

³- لا يجوز للمسير الحرّ أن يترشح لشراء الأمكنة في إطار القانون رقم 01-81 . و هو ما يتضح من قرار م ع غ إ ملف رقم : 62093 ، الصادر بتاريخ 16-06-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 2 ، ص 153 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّه لا يمكن أن يترشح لإكتساب المحلات ذات الإستعمال المهني أو التجاري أو الحرفي كما هي مقررة في المادة 2 من القانون رقم 01-81 المؤرخ في 27-02-1981 الأشخاص الطبيعيون ذوي الجنسية الجزائرية الذين يثبتون أنهم المستأجرون الشرعيون و أنهم مستوفون لإلتزاماتهم التجارية و يمارسون نشاطاتهم في هذه الأماكن ، و بالتالي فإنّ المسير بموجب عقد توثيقي للمحل التجاري لم يستوف الشروط المنصوص عليها أعلاه ، و من ثم

لإلتزاماتهم الإيجارية ، و يمارسون نشاطهم في هذه الأماكن (1) .

و في جميع الأحوال ، يجب أن لا تتعدى الإستفادة من التنازل في إطار هذا القانون ، محل واحد عبر كامل التراب الوطني ، سواء تعلق الأمر بالتنازل المخصص للإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي (2) .

و من أجل ضمان تنفيذ عملية التنازل عن الأملاك العقارية كما هي مقررة ضمن مضمون القانون رقم 01-81 ، إستحدث المشرع ثلاث (03) لجان للتنفيذ و المراقبة على المستويات الثلاثة التالية :

❖ لجنة ما بين البلديات

كانت هذه اللجنة تسمى بلجنة الدائرة ، ثم إستبدلت تسميتها بلجنة ما بين البلديات بموجب المادة 09 من القانون رقم 86-03 المؤرخ في 04 فبراير 1986 (3) ، تتولى فحص طلبات التنازل ، و كذا إبداء رأيها .

❖ اللجنة الولائية

تتولى النظر في الطعون المرفوعة من قبل المترشحين للإستفادة من عملية التنازل ، و الموجهة ضدّ القرارات المتخذة من قبل لجنة ما بين البلديات ، و تقديم عرض دوري للجنة الوطنية عن نتائج العملية (4) .

❖ اللجنة الوطنية

تتولى السهر على تطبيق التنظيم المعتمد في مجال عملية التنازل ، و تتبع عمل اللجان و تقديم عرض للحكومة حول سير العملية (5) .

= فإنّ القرار الإداري المتضمن التنازل عن المحل التجاري الحر يعدّ مشوبا بعيب مخالفة القانون ، و متى كان كذلك إستوجب إبطال القرار المطعون فيه " .

¹- يراجع المادة 06 من القانون رقم 01-81 .

²- يراجع المادة 08 من القانون رقم 01-81 .

³- القانون رقم 86-03 المؤرخ في 04-02-1986 ، المعدّل و المتمم للقانون رقم 81-01 المؤرخ في 07-02-1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية . منشور في ج ر ، ع 5 الصادرة بتاريخ : 05-02-1986 .

⁴- يراجع نص المادة 14 من القانون رقم 01-81 .

⁵- يراجع نص المادة 15 من القانون رقم 01-81 .

و أيًا ما كان الأمر ، فإن حدث و قُوبل طعن المترشح للإستفادة من عملية التنازل المقدم إلى اللّجنة الولائية ، بالرفض أو عدم تلقي الرد في الأجال القانونية المحددة ، فإنّه يمكن له أن يرفع أمره إلى الجهات القضائية الإدارية المختصة بإعتبارها صاحبة الولاية العامة في نظر مسألة العقود و القرارات الإدارية المتعلقة بعملية التنازل عن الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة وفقا لمقتضيات المادة 35 من القانون رقم 01-81(1) .

أمّا عن كيفية التنازل و تحرير العقد الإداري ، فيمكن أن يكون التنازل إمّا بدفع الثمن فوراً ، أو بالتقسيم (خمسة و عشرون (25) سنة بالنسبة للمحلات ذات الإستعمال السكني ، و ثلاث (03) سنوات بالنسبة للمحلات ذات الإستعمال المهني أو التجاري أو الحرفي) (2) ، و تتولى مديرية أملاك الدولة بصفتها موثقا للدولة ، بتحرير العقد الإداري بناء على مقرر التنازل الذي تعدّه المصالح المختصة بالدائرة على أن يتم تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع ، و شهره بمصلحة الشهر العقاري طبقا للتنظيم المعمول به(3) .

و لا نترك الكلام في عقود التنازل في إطار القانون رقم 01-81 قبل أن نشير إلى أنّه و بموجب المادة 40 من القانون رقم 06-2000 المؤرخ 23 ديسمبر 2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001(4)

¹- يجدر التنبيه أن شرط النظم الإداري المسبق أمام اللّجنة الولائية ، يعدّ شرط جوهرى لقبول الدعوى شكلا . و هو المبدأ الذي إنتهى إليه القضاء الإداري ، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م د ، ملف رقم 209380 ، الصادر بتاريخ 27-03-2000 ، غير منشور ، مشار إليه في : حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، المرجع السابق ، ص 73 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث تنص المادة 33 من القانون رقم 01-81 المؤرخ في 07-02-1981 المتضمن التنازل على الأملاك العقارية للدولة أنّه يجوز لكل مترشح للإكتساب يرى أنّه مغبون ، أن يرفع طعنا إلى اللّجنة الولائية في ظرف الشهرين التاليين لتاريخ تبليغ القرار المتخذ ضده .

حيث أنّه تطبيقا لهذه المادة يتضح أن مثل هذه القرارات غير قابلة للطعن فيها مباشرة أمام الغرفة الإدارية ، بل أمام اللّجنة الولائية و التي يمكن بعد ذلك الطعن فيها قضائيا . حيث أنّه على هذا الأساس يتعيّن عدم قبول الدعوى شكلا " .

²- يراجع نص المادة 22 من القانون رقم 01-81 .

³- يراجع قرار م ع غ إ ، ملف رقم : 76077 ، الصادر بتاريخ 28-07-1990 ، منشور ب م ق لسنة 1992 ، ع 3 ص 163 . و الذي جاء فيه ما يلي : " من المقرر قانونا أنّ كل تنازل عن أملاك الدولة لصالح أشخاص يخضع إلى قواعد الإشهار ، حرصا على تساوي حظوظ المترشحين ، و من ثم فإنّ القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعدّ مشوبا بعيب خرق القانون " .

⁴- منشور في ج ر ، ع 80 ، الصادرة بتاريخ : 24-12-2000 .

تم إلغاء القانون رقم 81-01 المعدل و المتمم و جميع النصوص القانونية المتخذة لتطبيقه ، تنفيذاً للإرادة السياسية التي إرأت بأنّ هذا القانون يشكل وسيلة من وسائل نهب ممتلكات الدولة⁽¹⁾ .

إلاّ أنّه و تطبيقاً لأحكام المادة 41 من القانون رقم 2000-06 المؤرخ 23 ديسمبر 2000 السالف الذكر و كذا أحكام المادة 209 من القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002⁽²⁾ ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ 07 أوت 2003⁽³⁾ ، الذي يحدد شروط و كفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو⁽⁴⁾ الموضوعة حيّز الإستغلال قبل أول يناير 2004⁽⁵⁾ ، المعدل و المتمم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 06-296 المؤرخ في 02 سبتمبر 2006⁽⁶⁾ ، و المرسوم التنفيذي رقم 13-153 المؤرخ في 15 أبريل 2013⁽⁷⁾ ، و المرسوم التنفيذي رقم 14-119 المؤرخ في 24 مارس 2014⁽⁸⁾ . و قد كان الهدف من إصدار هذا المرسوم هو محاولة إحداث تطور في السوق العقارية و التوفيق بين العرض و الطلب⁽⁹⁾ .

-
- 1- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 304 .
 - 2- منشور في ج ر ، ع 79 ، الصادرة بتاريخ : 23-12-2001 .
 - 3- منشور في ج ر ، ع 48 ، الصادرة بتاريخ : 13-08-2003 .
 - بموجب المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 07-08-2003 ، تم تحديد تاريخ 31 ديسمبر 2007 كآخر أجل لإيداع الملفات الخاصة بعملية التنازل عن الأملاك العقارية المذكورة أعلاه .
 - 4- إستدراك في ج ر ، ع 19 ، الصادرة بتاريخ : 28-03-2004 ، ص 15 .
 - 5- يراجع نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المعدل و المتمم .
 - 6- منشور في ج ر ، ع 54 ، الصادرة بتاريخ : 03-09-2006 .
 - بموجب المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 06-296 ، تم تعديل أحكام المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 ، و ذلك من خلال تحديد تاريخ 31 ديسمبر 2010 كآخر أجل لإيداع الملفات الخاصة بعملية التنازل عن الأملاك العقارية المذكورة أعلاه .
 - 7- منشور في ج ر ، ع 22 ، الصادرة بتاريخ : 25-04-2013 .
 - بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-153 ، تم تعديل أحكام المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 و ذلك من خلال تحديد تاريخ 31 ديسمبر 2015 كآخر أجل لإيداع الملفات الخاصة بعملية التنازل عن الأملاك العقارية المذكورة أعلاه .
 - 8- منشور في ج ر ، ع 16 ، الصادرة بتاريخ : 02-04-2014 .
 - 9- ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 304 .

و عموماً فقد ضبط المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المعدّل و المتمم السالف الذكر ، طبيعة الأملاك العقارية القابلة للتنازل ، و شروط الترشح لإكتسابها ، و كذا الإجراءات و الهيئة المكلفة بإقرار التنازل . إذ حدد المشرع بمقتضى الفقرة الأولى من المادة الأولى من ذات المرسوم الأملاك العقارية القابلة للتنازل عنها بأجزائها المشتركة ، و هي الأملاك العقارية التابعة للدولة و الأملاك العقارية التابعة لدواوين الترقية و التسيير العقاري ، و بالمقابل نصت الفقرة الموالية من نفس المادة على الأملاك العقارية المستثناة من عملية التنازل ، و المتمثلة في الأملاك العقارية التابعة للجماعات المحلية ، و الأملاك العقارية المنجزة لغرض سير المصالح و الهيئات العمومية للدولة و الجماعات الإقليمية المنصوص عليها في المادة 162 من قانون المالية لسنة 1992 ، و كذا الأملاك العقارية المصنفة أو في طور التصنيف ضمن التراث الثقافي (1) .

أمّا عن شروط الترشح لإكتساب ملكية العقارات المذكورة أعلاه ، و كذا الإجراءات و الهيئة المكلفة بإقرار التنازل ، فهي تقريبا نفس الشروط و الإجراءات التي تضمنها القانون رقم 81-01 آنف الذكر . إذ يمكن لكل شخص جزائري الجنسية طبيعياً كان أو مغربياً ، و يكون مستأجر شرعي أي له سند و حائز للأمكنة أن يترشح لإكتساب ملكية العقار المستأجر (2) .

و كذلك الحال بالنسبة للهيئة المكلفة بإقرار التنازل ، فتقع صلاحيات دراسة و فحص الملف و الفصل فيه ضمن صلاحيات لجنة ما بين البلديات التي يرأسها رئيس الدائرة (3) ، و التي تكون قراراتها قابلة

1- يراجع نص المادة 02 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 .

2- يراجع نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 .

- يجدر التنبيه أنّه بموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 14-119 المؤرخ في 24-03-2014 ، تم تعديل المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 ، كما يلي : " يستثنى من الإستفادة من الأحكام المنصوص عليها أعلاه ، فيما يخص خصم مبالغ الإيجار المدفوعة و التخفيضات من سعر التنازل ، الراغبون في شراء مسكن في إطار هذا المرسوم الذين سبق لهم شراء ملك عقاري من الدولة أو إستفادوا من إعانة مالية قصد بناء أو ترميم أو شراء مسكن " .

- كما إستنتت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 ، المشترون للأملاك العقارية بموجب أحكام هذا المرسوم من الحصول السكن الإجتماعي أو على أي شكل آخر من الإعانة التي تمنحها الدولة في هذا المجال .

3- تنص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 على ما يلي : " يتعيّن على لجنة الدائرة الفصل في كل طلب شراء شراء في أجل ثلاث أشهر إبتداء من تاريخ إيداع الطلب .

يجب أن تبلغ المقبل على الشراء برسالة مضمونة مع إشعار بالإستلام بقرارها و بثمن التنازل و بوثيقة الإلتزام بالشراء تعد طبقاً للنموذج المحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالسكن . و في هذه الحالة يتعيّن على المقبل على الشراء تأكيد طلبه لدى اللّجنة في أجل شهر واحد إبتداء من تاريخ إستلام التبليغ . يجب أن يكون كل رفض لطلب الشراء معللاً " .

للطعن أمام اللجنة الولائية⁽¹⁾ في خلال أجل شهر واحد (01) من تاريخ إستلام التبليغ ، و في هذه الحالة تُكَلَّف اللجنة الولائية بالنظر في الطعون المرفوعة أمامها من قبل المقبلين على الشراء ، و الفصل فيها في خلال أجل شهر واحد (01) إبتداء من تاريخ إخطارها⁽²⁾ .

و أما عن إجراءات التنازل و كفيات إعداد العقد الإداري ، فهي تبدأ بإيداع المترشح ملف الشراء على مستوى مقر الدائرة مشتملا على الوثائق التالية : السند الشرعي لشغل الملك العقاري ، وثيقة تثبت دفع كل مستحقات الإيجار تصدرها السلطة المسيرة ، شهادة ميلاد المشتري ، نسخة من بطاقة هوية المشتري⁽³⁾ .

و في هذا الصدد تشرع لجنة الدائرة في فحص و دراسة الملف ، و منه مراسلة مصالح أملاك الدولة قصد تحديد قيمة العقار المراد شراؤه ، حيث تتولى هذه الأخيرة معاينة العقار محل الشراء ميدانيا من خلال أخذ المقاسات ، و تحرير بطاقة تقويم يحدد فيها سعر العقار ، و بعد ختم المعاينة و إنجاز بطاقة التقويم ، تقوم إدارة أملاك الدولة بإخطار لجنة الدائرة و تبليغها ببطاقة التقويم⁽⁴⁾ .

و في هذه الحالة تقوم لجنة الدائرة بعقد إجتماع بحضور أعضائها⁽⁵⁾ ، قصد تحرير مقرر بيع العقار و منه تبليغ إدارة أملاك الدولة بصفتها موثق الدولة بمقرر بيع العقار ، قصد تجسيده في عقد بيع إداري يوضح فيه على الخصوص ثمن التنازل و المدّة بالنسبة للبيع بالتقسيط ، و كذا حقوق الطرفين

¹- تتكون اللجنة الولائية وفقا لما نصّت عليه المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 ، من الأعضاء التالية أسمائهم : الولي رئيسا ، المدير الولائي لأملاك الدولة ، المدير الولائي المكلف بالسكن ، المدير العام لديوان الترقية و التسيير العقاري المعني .

²- يراجع نص المادتين 15 و 16 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 .

³- يراجع نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 .

⁴- أنظر عمرو خليل حرز الله كريم ، المرجع السابق ، ص 244 .

⁵- تتكون لجنة الدائرة وفقا لما نصّت عليه المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 ، من الأعضاء التالية أسمائهم : رئيس الدائرة رئيسا ، ممثل المدير الولائي لأملاك الدولة ، ممثل المدير الولائي المكلف بالسكن ، ممثل عن ديوان الترقية و التسيير العقاري المعني ، على أن تُوسَّع اللجنة إلى ممثل مدير الثقافة عندما يتضمن جدول الأعمال أملاك عقارية تقع داخل القطاعات المحمية .

و واجباتهم طبقا للنظام الداخلي للملكية المشتركة الملحق بعقد البيع⁽¹⁾ ، على أن يكون هذا العقد خاضعا للتسجيل و الشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا⁽²⁾ .

ثانيا : عقود التنازل في إطار الإستصلاح

قرر المشرع الجزائري بمقتضى القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية⁽³⁾ ، و المنفذ بموجب المرسوم رقم 83-724 المؤرخ في 10 ديسمبر 1983⁽⁴⁾ إمكانية تملك الأراضي التابعة للملكية العامة و المناطق الصحراوية ، أو التي لها نفس الميزات و من الممكن إستخدامها في الفلاحة بعد إستصلاحها . و نرى بهذا الشأن أن نعرض مفهوم الإستصلاح أولا ، ثم بيان الشروط الواجب توافرها لإكتساب الملكية العقارية طبقا للقانون رقم 83-18 ثانيا ، و إجراءات إكتساب ملكية الأراضي المستصلحة ثالثا .

1- مفهوم الإستصلاح

الإستصلاح كما عرّفته المادة 08 فقرة أولى من القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية بأنه : كل عمل من شأنه جعل أرض قابلة للفلاحة صالحة للإستغلال .

يبرز من التعريف أعلاه أنّ المشرع قد فتح المجال لكل أعمال الفلاحة ، و أعطى في الفقرة الموالية نماذج عنها بقوله : " و يمكن أن تنصب هذه الأعمال على أشغال تعبئة المياه و التهيئة و تنقية الأراضي و التجهيز و السقي و التخفيض و الغرسة و المحافظة على التربة قصد إخصابها و زرعها " . و الظاهر من صياغة هذه الفقرة ، أن المشرع قد حاول الإحتياط في تعداد الأعمال التي تشكل ركن الإستصلاح المادي ، فقيدها بلفظة " يمكن " لتكون هذه الأعمال على سبيل التمثيل لا الحصر⁽⁵⁾ .

¹- يراجع نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 03-269 .

²- أنظر عمرو خليل حرز الله كريم ، المرجع السابق ، ص 245 .

³- منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 16-08-1983 .

⁴- منشور في ج ر ، ع 51 ، الصادرة بتاريخ : 13-12-1983 .

⁵- مفتاح دليوح ، تملك الأراضي الفلاحية بإحيائها و إستصلاحها في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، قسم القانون الخاص ، تخصص القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة السنة الجامعية : 2007-2008 ، ص 42 .

و من المعلوم أنّ قواعد الشريعة الإسلامية منذ خمسة عشر (15) قرناً تنص على خدمة الأرض و عمارتها ، فليس بدعا أن تجعل جزاء من يقوم بإحياء الأرض الميتة تملكه إياها بالشروط التي ساقاها فقهاء الشريعة الإسلامية .

و في القرآن الكريم دعوات كثيرة لتعمير الأرض و الإرتزاق منها ، قالى الله تعالى ﴿ هو أنشأكم من الأرض و إستعمركم فيها ﴾ صدق الله العظيم⁽¹⁾ . أي طالبكم بعمارتها . و أيضا قوله تعالى ﴿ هو الذي جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا في مناكبها و كلوا من رزقه ﴾ صدق الله العظيم⁽²⁾ .

كما إستند فقهاء الشريعة الإسلامية في إعتبار إحياء الأرض الميتة سببا في تملكها إلى ما جاء من أحاديث في هذا الباب ، و من ذلك ما روي عن سعيد بن زيد قال ، قال رسول الله صلى الله عليه و سلم ﴿ من أحيا أرضا ميتة فهي له ، و ليس لعرق ظالم حق ﴾⁽³⁾ . و قال مالك : العرق الظالم كل من إحتقر أو أخذ أو غرس بغير حق⁽⁴⁾ .

و الذي يبدو أنّ مفهوم الإستصلاح بالمعنى الذي أورده المشرع الجزائري في المادة 08 من القانون رقم 83-18 ، يعتبر تطبيقا لما جاء في الشريعة الإسلامية في إحياء الأرض الموات ، و إن كان يقصر عما قدمه الفقه الإسلامي على الأقل في إحياء الأرض للسكنى⁽⁵⁾ .

2- شروط إكتساب الملكية طبقا للقانون رقم 83-18

تضمن القانون رقم 83-18 عموما ، عدّة شروط ، جوهرية لإكتساب ملكية الأراضي المستصلحة و هي أن يكون المستصلح من جنسية جزائرية ، سواء أكان شخصا طبيعيا أو مغنويا ، على أن يتم نقل الملكية⁽⁶⁾ و أن يكون ذلك مقابل الدينار الرمزي⁽⁷⁾ .

¹- الآية 60 ، سورة هود .

²- الآية 15 ، سورة الملك .

³- رواه أحمد و أبو داود و الترميذي . مشار إليه في : مفتاح دليوح ، المرجع السابق ، ص 41 . نقلا عن الشوكاني محمد بن علي بن محمد ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، ج 5 ، دار الجيل بيروت ص 302 .

⁴- مفتاح دليوح ، المرجع السابق ، ص 41 ، نقلا عن مالك بن أنس ، الموطأ (برواية يحيى بن يحيى الليثي) ، الجزائر دار الكتب ، 1987 ، ص 423 .

⁵- مفتاح دليوح ، المرجع السابق ، ص 39 و ما يليها .

⁶- يراجع نص المادة 03 من القانون رقم 83-18 .

⁷- يراجع نص المادة 06 من القانون رقم 83-18 .

كما إشتراط المشرع ضرورة إعداد برنامج إستصلاح ينجز خلال خمس (05) سنوات ، و يمكن أن يمدد الأجل في حالة ما إذا إعترض مشروع الإستصلاح قوة قاهرة حالت دون إتمام العملية⁽¹⁾ .

هذا و إستبعدت المادة 02 من القانون رقم 83-18 الأراضي التي تم إدماجها ضمن صندوق الثروة الزراعية قبل إلغاء النصوص التي تحكمه . و هو ما يعني أنّ الأراضي الزراعية و الأراضي الرعوية و الحلقائية و أراضي العرش و أراضي البلديات و الأراضي الوقفية ، هي أراضي مستبعدة من مجال تطبيق أحكام القانون رقم 83-18 . أي أنّها غير قابلة للإكتساب عن طريق الإستصلاح⁽²⁾ .

3- إجراءات إكتساب الملكية طبقا للقانون رقم 83-18

تبدأ إجراءات إكتساب ملكية الأراضي المستصلحة في إطار القانون رقم 83-18 ، من خلال إعداد ملف كامل بإسم المترشح ، يُقدم إلى رئيس الدائرة التي يقع ضمن محيطها قطعة الأرض المراد إستصلاحها على أن يشتمل على الوثائق التالية : طلب خطي ، تحديد موقع القطعة أو القطع الأرضية محل الإستصلاح و مساحتها التقريبية ، برنامج عملية الإستصلاح المزمع القيام به ، و مبلغ الإستثمار المخصص لها⁽³⁾ .

تتولى اللّجنة التقنية التابعة للدائرة دراسة الملف ، و إبداء رأيها حول مدى إمكانية نجاعة المشروع الإستصلاحي ، على أن يتم تحويل الملف مرفقا برأي اللّجنة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي للمداولة

¹- يراجع نص المادة 11 من القانون رقم 83-18 .

- و يراجع في نفس السياق ، قرار م ع غ إ ، ملف رقم : 85529 ، الصادر بتاريخ 06-10-1991 ، منشور ب م ق لسنة 1993 ، ع 1 ، ص 157 . و الذي جاء فيه ما يلي " : من المقرر قانونا أنّه تمنح للمالك مهلة خمس (05) سنوات بإستثناء حالة القوة القاهرة لإنجاز برنامج إستصلاح أراضيّه ، و من ثم فإنّ القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ يعدّ مخالفا للقانون .

و لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنّ الطاعن منح له قطعة أرض فلاحية في إطار قانوني ، و شرع في إستغلال هذه الأرض ، و من ثم فإنّ القرار الإداري الملغي لقرار الإستفادة قبل مرور خمس (05) سنوات يعدّ مشوبا بعيب مخالفة القانون ، و متى كان ذلك إستوجب إبطال القرار المطعون فيه " .

²- أنظر ليلي زروقي و عمر حمدي باشا ، المنازعات العقارية ، المرجع السابق ، ص 148 .

³- يراجع نص المادة 09 من المرسوم رقم 83-724 المؤرخ في 10-12-1983 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13-08-1983 و المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية .

بشأنه ، و منه يتم إرسال المداولة إلى الوالي المختص ، قصد إتخاذ قراره بالموافقة أو الرفض حسب الأشكال و الآجال القانونية⁽¹⁾ .

و عملا بأحكام المادة 15 من المرسوم رقم 724-83 ، يتم إرسال قرار الوالي مصحوبا بمداولات المجلس الشعبي البلدي ، و مخطط القطعة الأرضية إن إقتضى الأمر ذلك ، إلى مصالح أملاك الدولة قصد إعداد العقد الإداري المتضمن نقل الملكية العقارية ، و المعلق على شرط فاسخ ، و هو إنجاز المشروع خلال الآجال المحددة قانونا . على أن يتم تسجيل العقد الإداري بمصلحة التسجيل و الطابع و شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا طبقا للتنظيم المعمول به في هذا المجال .

و في جميع الأحوال ، تتولى اللّجة المحدد أعضائها في المادة 21 من ذات المرسوم ، بتقدير مدى إنجاز المشروع الإستصلاحي ، و بالتبعية تحرير محضر معاينة تُوجه نسخة منه إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي ، و المالك المعني .

و في هذه الحالة ، إذا كان التقرير المعدّ من قبل اللّجنة التقنية المختصة إيجابيا ، يُبادر رئيس المجلس الشعبي البلدي بطلب إلى الوالي قصد رفع الشرط الفاسخ ، حيث يتولى هذا الأخير - الوالي - إصدار قرار رفع الشرط الفاسخ في خلال الخمسة عشر (15) يوما الموالية على الأكثر لتاريخ تسلّم القرار على أن يتم تبليغه إلى كل من رئيس المجلس الشعبي البلدي و المالك المعني⁽²⁾ .

هذا و قد ألزم المشرع ضرورة إيداع قرار الوالي القاضي برفع الشرط الفاسخ بالمحافظة العقارية ، قصد التأشير به على البطاقة العقارية الخاصة بالقطعة الأرضية محل الإستصلاح⁽³⁾ ، بإلغاء الشرط الفاسخ و إلحاقه بالعقد الإداري .

أمّا إذا كان التقرير المعدّ من قبل اللّجنة سلبيا ، أمكن الوالي المختص إقليميا بناء على طلب رئيس المجلس الشعبي البلدي ، رفع دعوى أمام القضاء الإداري قصد فسخ العقد ، و ذلك لعدم إتزام المستصلح بتنفيذ المشروع الإستصلاحي ، أو إخلاله بالبنود المحددة في العقد⁽⁴⁾ .

¹- يراجع أحكام المواد : من 10 إلى 14 من المرسوم رقم 724-83 .

²- يراجع نص المادة 23 من المرسوم رقم 724-83 .

³- يراجع نص المادة 24 من المرسوم رقم 724-83 .

⁴- يراجع نص المادة 25 من المرسوم رقم 724-83 .

هذا و في نفس الإطار ، صدر المرسوم التنفيذي رقم 92-289 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الإستصلاحية و كفاءات إكتسابها⁽¹⁾ ، و قد جاء هذا المرسوم تطبيقا لأحكام المادتين 18 و 19 من قانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري ، قصد تحويل الأراضي الصحراوية إلى أراضي فلاحية ، و إنشاء مستثمرات كبرى معدة لإستقبال الزراعات الإستراتيجية⁽²⁾.

و عموما فقد تضمن المرسوم التنفيذي رقم 92-289 ، شروطا جديدة للتنازل عن الأراضي الصحراوية في إطار الإستصلاح ، و لعلّ أهم هذه الشروط أن عملية البيع تتم بمقابل⁽³⁾ و ليس بالدينار الرمزي كما جاء في القانون رقم 83-18 آنف الذكر ، و ذلك لفائدة كل شخص طبيعي جزائري الجنسية أو كل شخص معنوي يكون المساهمين فيه جزائري الجنسية⁽⁴⁾.

كما أشارت المادة 03 من ذات المرسوم إلى تدخل و مساهمة الدولة في تكاليف إنجاز مشروع الإستصلاح ، و لعلّ من أهم التكاليف التي تقع على عاتق الدولة ، هي إقامة منشآت تجنيد المياه و سبل الوصول إلى المساحات المستصلحة و التركيبات الخاصة بإيصال الطاقة .

و تتم إجراءات إكتساب ملكية الأراضي الصحراوية المستصلحة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 92-289 ، بتقديم المترشح طلب إلى محافظة تنمية المناطق الصحراوية التي تشرف على هذه العملية كما هو مقرر في المنشور الصادر عن وزارة الفلاحة بتاريخ 14 ديسمبر 1992 ، على أن يكون هذا الطلب مشتملا على ملف تقني و إقتصادي كما هو مبين المادة 07 من ذات المرسوم⁽⁵⁾ .

¹- منشور في ج ر ، ع 55 ، الصادرة بتاريخ : 19-06-1992 .

²- يراجع نص المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 .

³- يراجع نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 .

⁴- يراجع نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 .

⁵- تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 على ما يلي : " يجب على المترشح لإكتساب الأراضي أن يكون ملف ، يضم ما يأتي :

- طلبا يبين فيه موقع الأراضي و مساحتها .
- صيغة دفتر الشروط المطلع عليها كما يجب .
- ملفا تقنيا و إقتصاديا ، يشمل على ما يأتي :
- تفاصيل برنامج الإستصلاح .
- الكشف الوصفي و التقديري لأشغال الإستصلاح .

و عملا بنص المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 أعلاه ، يتلقى كل مترشح في غضون شهرين (02) على الأكثر ، ابتداء من تاريخ قفل إيداع الملفات ، ردا يبيّن حسب الحالة ، أنّ طلب الإكتساب :

❖ مقبول ، حسب الشروط المنصوص عليها في أحكام دفتر الشروط .

❖ مقبول مع تحفظات ، و للمترشح في هذه الحالة مهلة شهرين (02) على الأكثر لرفع هذه التحفظات
❖ غير مقبول .

و أيّا ما كان الأمر ، فإنّه في حالة قبول الطلب ، و إستيفاء المترشح للشروط المحددة في دفتر الشروط يعدّ الهيكل المختص في إستصلاح الأراضي الصحراوية ، مقرر يأذن بمقتضاه ببيع القطعة الأرضية محل الإستصلاح ، و منه يرسل المقرر مصحوبا بالملف المتعمد إلى مصالح أملاك الدولة على المستوى الولائي ، قصد إعداد عقد البيع الإداري الملحق بدفتر الشروط موقعا من الطرفين⁽¹⁾ و الذي يكون خاضعا لزوما لإجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري⁽²⁾ .

و عملا بأحكام المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 ، يمنع على المشتري (المستصلح) إجراء أي تصرف قانوني على القطعة الأرضية محل الإستصلاح ، قبل إستكمال المشروع الإستصلاحي لإحتمال فسخ العقد و إسترجاع القطعة الأرضية من قبل مصالح أملاك الدولة ، عن طريق القضاء بعد تنبيه المستثمر مرتين (02) من قبل الهيكل المختص في الإستصلاح وفقا لما تقضي به أحكام المادة 20 من دفتر الشروط النموذجي الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 92-289 أعلاه .

و نظرا لحجم التحدي المنتظر من القطاع الفلاحي ، و في إتجاه تشجيع الإستصلاح قصد إنجاز مشاريع إستثمارية عبر كامل التراب الوطني ، تدخل المشرع في مرحلة لاحقة بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 المحدد لكيفيات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك

= مخطط أشغال الإستصلاح .

• خطة التمويل التي تبرز على الخصوص مبلغ الإسهام الشخصي للمترشح و مبلغ القروض المالية الذي يمكنه الحصول عليه .

• نسخة مصدقة طبق الأصل من القانون الأساسي بالنسبة إلى الأشخاص المعنويين و إلا فمشروع القانون الأساسي للشركة المزمع إنشاؤها .

• شهادة الجنسية " .

¹- يراجع نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 92-289 .

²- أنظر حميدي محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 379 .

الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الإستصلاحية ، و أعبائه و شروطه⁽¹⁾ . و قد عرّفت المادة الثانية منه المقصود بالإستصلاح : بأنّه كل عمليات الإستثمار الرامية إلى جعل طاقات الأملاك العقارية منتجة و إلى تثمينها .

يتبيّن من النص أعلاه ، أنّ المشرع قد ربط مفهوم الإستصلاح بالإستثمار ، و إستعان بعقد الإمتياز الذي يمكن أن يتحوّل إلى تنازل إذا ما تمت عملية الإنجاز الفعلي و الكامل للمشروع الإستثماري . و بخصوص تقنية الإمتياز فقد عرّفها المشرع في دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 483-97 المعدّل و المتمم ، بأنّها : تصرف تمنح الدولة بموجبه و لمدة معيّنة ، حق الإنتفاع بأرض متوفرة تابعة لأملكها الوطنية الخاصة ، لكل شخص طبيعي أو معنوي ، في إطار الإستصلاح في المناطق الصحراوية و الجبلية و السهبية⁽²⁾ .

و تبعا لذلك ، يمكن لكل شخص طبيعي يتمتع بالجنسية الجزائرية أو معنوي يكون أعضاؤه المساهمين جزائري الجنسية ، الحصول على إمتياز القطع الأرضية الواقعة في مناطق الإستصلاح المشار إليها أعلاه ، بتقديم طلب مرفقا بملف تقني يشتمل على مجموعة من الوثائق حددتها المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 483-97 آنف الذكر⁽³⁾ .

¹- المرسوم التنفيذي رقم 483-97 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 يحدد كليات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الإستصلاحية ، و أعبائه و شروطه . منشور في ج ر ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ : 17-12-1997 . المعدّل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 372-98 المؤرخ في 23-11-1998 . منشور في ج ر ، ع 88 ، الصادرة بتاريخ : 25-11-1998 .

²- يراجع نص المادة 02 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة واقعة داخل المساحات الإستصلاحية ، و إحتمال تحويله إلى تنازل .

³- تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 483-97 على ما يلي : " يجب على كل مترشح للحصول على إمتياز الأراضي في إطار هذا المرسوم أن يُعدّ و يُقدّم للهيئة المؤهلة ملفا يحتوي على ما يأتي :

- طلب يحدد موقع الأراضي و مساحتها .
- إستمارة دفتر الشروط المستكمل المعلومات حسب المطلوب قانونا .
- ملف تقني و إقتصادي يتكون من :
 - تفاصيل برنامج الإستصلاح .
 - كشف وصفي و تقديري لأشغال الإستصلاح .
 - خطة إنجاز أشغال الإستصلاح .
 - المخطط التمويل الذي يبرز على الخصوص حصة مساهمة المترشح الشخصية (أموال خاصة) و كذلك مبلغ القروض المالية التي يحتمل أن يحصل عليها .

و بعد قبول الطلب من قبل اللّجنة التي يحدد تشكيلها و عملها بقرار وزاري مشترك بين الوزراء المكلفين بالفلاحة و الري و المالية⁽¹⁾ ، تتولى مصالح أملاك الدولة على المستوى المركزي ، تحرير مقرر يتضمن الترخيص بالإمتياز ، و منه يتم إرسال الملف إلى مديرية أملاك الدولة المختصة إقليميا قصد تحرير عقد الإمتياز الذي يُلحق به دفتر الشروط الممضي من الطرفين و بطاقة تعريف المشروع⁽²⁾ . و منه تسجيل و شهر العقد⁽³⁾ .

و عملا بأحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المعدّل و المتمم المشار إليه أعلاه يمكن للدولة أن تساهم في عمليات الإستصلاح بالتكفل الكلي أو الجزئي بالنفقات المرتبطة بالعمليات الآتي بيانها : جلب المياه ، التزويد بالطاقة الكهربائية ، شق طرق العبور إلى المساحات ، و إنجاز مجموع الأعمال الضرورية لإستعمال الأملاك العقارية المعنية بعملية الإستصلاح إستعمالا عقليا و أمثل . فضلا عن الإمتيازات المالية و الجبائية التي قد يستفيد منها صاحب حق الإمتياز . و في هذا الإطار ، يلتزم المستصلح بإنجاز المشروع الإستثماري طبقا للشروط و الأجل المحددة في دفتر الشروط ، مقابل أتاوة سنوية تحدد حسب موقع القطعة الأرضية⁽⁴⁾ .

و إذا ما تم إنجاز المشروع و معاينته ، فإنّه يمكن لصاحب حق الإمتياز أن يطلب ، إمّا تجديد عقد الإمتياز ، بناء على طلب مكتوب يُقدّمه إلى الهيئة المعنية المذكورة في المادة 07 أعلاه ، في أجل سنة (01) واحدة على الأقل قبل إنتهاء مدّته ، و إمّا أن يطلب تحويله إلى عقد تنازل ، و يتم هذا التحويل وفقا للشروط المنصوص عليها في التشريع و التنظيم الساريين على الأملاك الوطنية الخاصة ، و يترتب عليه تحرير عقد إداري بالتنازل ، و الذي يجب أن يتضمن فقط المساحة المستصلحة فعلا و المستعملة فعليا كتوابع و منافذ⁽⁵⁾ .

= و في حالة عدم تكوين الملف التقني و الإقتصادي المذكور أعلاه ، يجب على المترشحين ، للحصول على إمتياز الأراضي ، أن يكتتبوا إلتزاما يتعهدون فيه بقبولهم برنامج الإستصلاح المعدّ مسبقا من قبل مدير المشروع " .

¹- يراجع نص المادة 07 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 97-483 .

²- يراجع نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 97-483 .

³- أنظر حميدي محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 380 .

⁴- يراجع نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 97-483 .

⁵- يراجع نص المادتين 12 و 13 من المرسوم التنفيذي رقم 97-483 .

أما في حالة فشل صاحب حق الإمتياز في إنجاز المشروع الإستصلاحي ، أو عدم إحترامه للشروط المُدرجة ضمن دفتر الشروط ، و على الخصوص تلك المتعلقة بعملية التأجير من الباطن للقطعة الأرضية محل الإستصلاح ، و التنازل عن حق الإمتياز ، فإنه يمكن لمديرية أملاك الدولة المختصة إقليميا و بعد إشعارين دون نتيجة ، اللجوء إلى القضاء قصد فسخ عقد الإمتياز. و في هذه الحالة يكون لصاحب حق الإمتياز الحق في تعويض يُعادل مبلغ الأشغال المنجزة ، مع طرح نسبة عشرة بالمائة (10%) كتعويض عن الضرر الذي لحق بالدولة مانحة الإمتياز .

و في جميع الأحوال ، يمكن الإتفاق على فسخ عقد الإمتياز في أي وقت ، بمبادرة من صاحب حق الإمتياز ، شريطة توجيه إشعار مسبق إلى الإدارة المؤهلة في مهلة ستة (06) أشهر قبل تقرير الفسخ⁽¹⁾ .

و الجدير بالإشارة ، أنّ هذا المرسوم لم ينل رضا باقي الشركاء الفلاحين و منظمات الأسرة الثورية التي إرتأت فيه مساسا بقدسية الأرض ، و أنّ هذه القدسية تمنع خوصصة العقار الفلاحي ، الأمر الذي دفع بالإرادة السياسية إلى تجميد العمل بهذا المرسوم ، و قد جاء هذا التجميد علانياً على لسان رئيس الجمهورية في خطابه أمام الولاية المنعقد في شهر ماي 2000 ، عندما صرّح على أنّ الأرض الفلاحية ملك للدولة⁽²⁾ .

و تجسيدا لذلك صدر القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15 أوت 2010 ، الذي يحدد شروط و كيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة⁽³⁾ . الذي يؤكد تخلي الدولة عن فكرة خوصصة العقار الفلاحي ، و إعتقاد تقنية الإمتياز كنمط لإستغلال العقار الفلاحي التابع للملكية العقارية الخاصة للدولة ، دون إمكانية تحول هذا الإمتياز إلى عقد تنازل .

¹- يراجع نص المادة 18 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة واقعة داخل المساحات الإستصلاحية ، و إحتمال تحويله إلى تنازل .

²- نظر عجة جيلالي ، المرجع السابق ، ص 289 .

³- منشور في ج ر ، ع 46 ، الصادرة بتاريخ : 18-08-2010 .

ثالثا : عقود التنازل في إطار الإمتياز الموجه لإستغلال العقار الصناعي

إنّ الحديث عن عقود التنازل في إطار الإمتياز الواقع على الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة الموجه للإستغلال الصناعي ، يستدعي منّا بيان مفهوم الإمتياز في مجال العقار الصناعي ، ثم دراسة إمكانية تحول الإمتياز كآلية لإستغلال العقار الموجه للإستثمار الصناعي إلى عقد تنازل لفائدة صاحب الإمتياز . لذلك سيتم تقسيم الدراسة على هذا الأساس .

1- مفهوم الإمتياز في مجال العقار الصناعي

الإمتياز بحسب ما ورد في نموذج دفتر الشروط الذي صدر تنفيذا لأحكام المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 المحدد لشروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية⁽¹⁾ ، بأنّه : ذلك الإتفاق الذي تخوّل من خلاله الدولة لمدة معيّنة من الإنتفاع من أرضية متوفرة تابعة لإملاكها الخاصة لفائدة شخص طبيعي أو معنوي خاضع للقانون الخاص ، قصد إنجاز مشروع إستثماري .

و هو نفس التعريف تقريبا الذي أورده المشرع ضمن دفتر الشروط الصادر في إطار المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أبريل 2007 المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006⁽²⁾ ، و الملغى لاحقا بموجب الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية⁽³⁾.

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ، أنّ المشرع قد وسّع من نطاق تطبيق الإمتياز في مجال العقار الصناعي ، لاسيما بموجب الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، إذ أنّه شمل الأملاك الوطنية الخاصة التي تستجيب للشروط التي نصّ عليها المشرع ضمن أحكام المادتين 06 و 07 من المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 السالف الذكر ، و كذا العقارات الموجودة في مناطق النشاطات التي تم إنشاؤها بموجب القانون رقم 82-11

¹- منشور في ج ر ، ع 27 ، الصادرة بتاريخ : 06-05-2009 .

²- منشور في ج ر ، ع 27 ، الصادرة بتاريخ : 25-04-2007 .

³- منشور في ج ر ، ع 49 ، الصادرة بتاريخ : 03-09-2008 .

المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالإستثمار الإقتصادي الخاص الوطني⁽¹⁾ ، و التي أوكلت مهمة تسييرها إلى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري⁽²⁾ .

و هو ما يعني أنّ مناطق النشاط التي تم إلغاء التنازل عنها في إطار القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالإستثمار الإقتصادي الخاص الوطني ، بسبب عدم إتمام المشروع الإستثماري أو التي تم تهيئتها بموجب ذات القانون ، و لم يتم إستغلالها تخضع للإمتياز المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط و كيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية⁽³⁾ .

2- الإمتياز القابل للتنازل في العقار الموجه للإستثمار الصناعي

يفتضي الكلام في هذا الصدد أن نعرض لإمكانية تحول عقد الإمتياز الموجه للإستثمار في العقار الصناعي إلى عقد تنازل ، في إطار قانون ترقية الإستثمار ، ثم في قوانين المالية للسنوات المتعاقبة منذ 1994 ، ثم في إطار قانون تطوير الإستثمار ، و أخيرا في ظلّ القانون رقم 06-11 . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

أ- الإمتياز القابل للتنازل في إطار قانون ترقية الإستثمار

تزامنا مع الإصلاحات الإقتصادية الحاصلة ، و على أنقاز المؤسسات العمومية الإقتصادية التي كانت تعاني عدّة إختلالات هيكلية ، تم بعث المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار⁽⁴⁾ ، و الذي يعدّ إطارا سائغا للإستثمارات الأجنبية ، كما تناول لأول مرة نظام المناطق الخاصة و الحرّة و نظام العقود ، و تطرق إلى الإستثمار في الجنوب الكبير ، كما جاء بنظام

¹- منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 24-08-1982 .

²- تتولى الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري مهمة التسيير و الترقية و الوساطة و الضبط العقاري للأملك الخاصة للدولة ، الموجودة في المناطق الصناعية و مناطق النشاطات ، كما تتولى مهمة تسيير حافظتها العقارية و ترقيتها بهدف تميمها في إطار ترقية الإستثمار ، و كذا مهمة الوساطة العقارية لحساب المالكين . يراجع لتفصيل أكثر ، أحكام المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ 23-04-2007 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و يحدد قانونها الأساسي . منشور في ج ر ، ع 27 ، الصادرة بتاريخ : 25-04-2007 ، المعدّل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 12-126 المؤرخ في 19-03-2012 . منشور في ج ر ، ع 17 ، الصادرة بتاريخ : 25-03-2012 .

³- يراجع لتفصيل أكثر حول موضوع تعريف الإمتياز ، جبوري أحمد ، الطبيعة القانونية للإمتياز في مجال الأملك الوطنية الخاصة للدولة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، عدد 02 ، جوان 2015 .

⁴- منشور في ج ر ، ع 64 ، الصادرة بتاريخ : 10-10-1993 .

خاص بالإستثمار في ميدان العقار الصناعي ، و بشكل أوسع من الناحية القانونية و من حيث الأهداف الإقتصادية⁽¹⁾ ، و قد حدد المرسومين الصادرين تحت رقم 94-321⁽²⁾ و 94-322⁽³⁾ بتاريخ 17 أكتوبر 1994 تطبيقا للمرسوم التشريعي رقم 93-12 السالف الذكر ، شروط منح الإمتياز في المناطق الخاصة و التي هي على الخصوص المناطق الواقعة في جنوب البلاد .

و في هذا الإطار نصت المادة 23 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 على إمكانية تحويل عقد الإمتياز إلى تنازل- بيع - لفائدة صاحب الإمتياز ، و قد حدد ذلك المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المتضمن منح الإمتياز في المناطق الخاصة من خلال المادة 06 منه التي نصّت على أنّه : " يحق صاحب الإمتياز الحصول على ما يأتي طبقا للتشريع و التنظيم المعمول بهما شريطة أن ينجز فعلا مشروع الإستثمار حسب الشروط و الآجال المقررة :

▪ إمّا تجديد الإمتياز عند إنقضائه .

▪ إمّا التنازل بمقابل مالي بمجرد إنتهاء المشروع الذي تعينه قانونا السلطة المؤهلة " .

ليتجلى من خلال هذا المرسوم التشريعي التأكيد على النية التي تبناها المشرع و تجسيده الفعلي لإمكانية تحويل عقد الإمتياز إلى عقد تنازل عن ملكية البنايات المنجزة بعد إتمام المشروع الإستثماري لفائدة صاحب حق الإمتياز . و قد تعزز هذا المبدأ أكثر من خلال قوانين المالية السنوية المتعاقبة منذ سنة 1994 كما سنرى .

ب- الإمتياز القابل للتنازل في إطار قوانين المالية

نتناول فيما يلي الإمتياز القابل للتنازل في إطار الإستغلال الموجه للإستثمار في مجال العقار الصناعي في إطار قوانين المالية السنوية المتعاقبة منذ سنة 1994 ، و ذلك وفقا للتفصيل الآتي بيانه :

¹- أنظر شايب باشا كريمة ، دور قوانين الإستثمار في تنظيم العقار الصناعي في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، عدد خاص ، 2013 ، ص 128 .

²- المرسوم التنفيذي رقم 94-321 المؤرخ في 17-10-1994 يتضمن تطبيق أحكام المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية الإستثمار و يحدد شروط تعيين المناطق الخاصة و ضبط حدودها . منشور في ج ر ، ع 67 ، الصادرة بتاريخ : 19-10-1994 .

³- المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المؤرخ في 17-10-1994 يتعلق بمنح إمتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الإستثمار . منشور في ج ر ، ع 67 ، الصادرة بتاريخ : 19-10-1994 .

❖ في ظلّ قانون المالية لسنة 1994

قرر المشرع بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994⁽¹⁾ ، إستبدال طريقة التنازل بالتراضي عن الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة ، بطريقة جديدة تقوم على أساس عقد الإمتياز مع إمكانية تحويله إلى تنازل لفائدة صاحب الإمتياز إذ نصّ في المادة 117 من المرسوم التشريعي أعلاه : " يمكن أن تمنح هيئات عمومية أو معترف بمنفعتها العمومية ، و جمعيات ليس لها طابع و مؤسسات عمومية ذات طابع إقتصادي ، و أشخاص طبيعيين أو معنويون خاضعون للقانون الخاص ، أرض تابعة للأملك الخاصة بالدولة من أجل سدّ حاجيات تكتسي على الخصوص طابع المنفعة العمومية و لاسيما إنجاز مشاريع التجهيز أو الإستثمار المقررة في إطار سياسة التنمية الوطنية .

يخوّل المنح المذكور في الفقرة السابقة ، المستفيد منه ، الحق في الحصول على رخصة للبناء طبقا للتشريع المعمول به .

و ستحدد عن طريق التنظيم ، إجراءات المنح ، و كيفياته و أعباؤه و شروطه و كذا إحتمال تحويل المنح إلى تنازل " (2) .

يبرز من النص أعلاه ، أنّ المشرع قد خوّل لصاحب عقد الإمتياز الحق في الحصول على رخصة البناء وفقا للتشريع المعمول به ، مع إمكانية تحوله - عقد الإمتياز - إلى عقد تنازل يحدد عن طريق التنظيم و عليه يمكن القول أنّ العقد الإداري المتضمن منح الإمتياز على الأملاك العقارية الوطنية الخاصة و الخاضع للإشهار بالمحافظة العقارية ، لا يخوّل لصاحبه سوى حق الإنتفاع فقط ، و يمنعه من إبرام كل تصرف ناقل للملكية العقارية⁽³⁾ .

¹- منشور في ج ر ، ع 88 ، الصادرة بتاريخ : 30-12-1993 .

²- المادة 117 من المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 ملغاة بموجب المادة 13 من الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30-08-2006 المحدد لشروط و كيفيات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة و الموجه لإنجاز مشاريع إستثمارية . منشور في ج ر ، ع 53 الصادرة بتاريخ : 30-08-2006 .

³- شايب باشا كريمة ، عقد الإمتياز و دوره كآلية لإستغلال العقار الموجه للإستثمار الصناعي في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، ع 2 ، جوان 2012 ، ص 212 .

❖ في ظلّ قانون المالية لسنة 1996

يبدو أنّ مقتضيات تشجيع و ترقية الإستثمار المقرر للتنمية الوطنية ، جعلت المشرع يُتيح لصاحب الإمتياز ، زيادة على الحق في الحصول على رخصة البناء ، و ترتيب رهن عقاري لفائدة المؤسسات المقرضة على القطعة الأرضية محل الإمتياز ضمانا للقروض الممنوحة ، إمكانية تحوّل عقد الإمتياز إلى عقد تنازل وفقا لمقتضيات المادة 184 من الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30 ديسمبر 1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996⁽¹⁾ .

❖ في ظلّ قانون المالية لسنة 1998

إنّ أول ما ينبغي ملاحظته في هذا الشأن ، هو أنّ المشرع قد حدد بمقتضى المادة 51 من القانون رقم 97-02 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998⁽²⁾ ، طريقتين لإبرام عقد الإمتياز الواقع على الأراضي التابعة للأملك الوطنية الخاصة ، و الموجه لإنجاز مشاريع إستثمارية و الذي يتم كقاعدة عامة عن طريق المزاد العلني ، و إستثناء عن طريق التراضي ، و ذلك لفائدة الهيئات العمومية أو المعترف بمنفعتها العمومية ، أو إلى الجمعيات التي لا تتسم بالطابع السياسي و المؤسسات ذات الطابع الإقتصادي ، أو الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص .

أمّا عن جانب التنازل و هو مقصدنا ، فإنّه يمكن أن يتحوّل عقد الإمتياز إلى عقد تنازل عن القطعة الأرضية محل الإمتياز ، و ذلك بناء على طلب من صاحب حق الإمتياز فور الإنتهاء من إنجاز المشروع الإستثماري .

كما يمكن لصاحب حق الإمتياز وفقا لما تقضي به أحكام الفقرة 06 من المادة 51 من ذات الأمر طلب تحويل حق الإمتياز إلى تنازل في أجل أقصاه سنتين (02) بعد الآجال المنصوص عليها في عقد الإمتياز للإنتهاء من المشروع الإستثماري أي بعد الإنجاز الجزئي فقط للمشروع⁽³⁾ .

¹- منشور في ج ر ، ع 82 ، الصادرة بتاريخ : 31-12-1995 .

²- منشور في ج ر ، ع 89 ، الصادرة بتاريخ : 31-12-1997 .

³- شايب باشا كريمة ، عقد الإمتياز و دوره كآلية لإستغلال العقار الموجه للإستثمار الصناعي في الجزائر المرجع السابق ، ص 213 .

ج- الإمتياز القابل للتنازل في إطار قانون تطوير الإستثمار

نظرا لكثرة التكاليف المالية التي يتطلبها المشروع الإستثماري ، عمد المشرع بمقتضى الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار⁽¹⁾ ، إلى توسيع دائرة الأطراف المتدخلة في العملية ، لتشمل مساهمة الدولة في تهيئة بعض المناطق .

و من أجل تحقيق هذه الأهداف على أرض الواقع ، تدخل المشرع بمقتضى الأمر رقم 08-06 المؤرخ 15 جويلية 2006⁽²⁾ ، الذي يعدل و يتم الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار .

أمّا عن نمط الإستغلال ، فقد تبني المشرع نفس النمط لإنجاز المشاريع الإستثمارية ، و هو منح حق الإمتياز الذي يتم إبرامه عن طريق عقد إداري ، و الرخصة التي تتم عن طريق قرار إداري . و حسب أحكام هذا الأمر ، فإنّ هذين التصرفين يمكنهما أن يتحوّلا إلى تنازل ، فإذا تعلق الأمر بالأموال الوطنية الخاصة ، يبرم بشأنها عقد المنح بالإمتياز الذي يعتبر من حيث الطبيعة القانونية عقد إيجار من نوع خاص ، أمّا إذا تعلق الأمر بالأموال الوطنية العامة ، فتبرم الإدارة ترخيص بإستغلال هذه العقارات عن طريق الرخصة أو عقد شغل مؤقت لهذه العقارات ، على إعتبار أنّ الأملاك الوطنية العامة غير قابلة للاكتساب بالتقادم أو التنازل بحكم طبيعتها⁽³⁾ .

د- الإمتياز القابل للتنازل في إطار الأمر رقم 11-06

صدر الأمر رقم 11-06 المؤرخ في 30 أوت 2006 ليحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، الذي ألغى أحكام المادة 117 المعدلة و المتممة من المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 السالفة الذكر .

و قد حددت أحكام الأمر رقم 11-06 المشار إليه أعلاه ، العقارات التي لا يمكن أن تكون محل إمتياز أو تنازل و هي : الأراضي الفلاحة ، القطع الأرضية المتواجدة داخل مناطق التوسع و المواقع السياحية

¹- بموجب القانون رقم 16-01 المؤرخ في 21-10-2001 ، تم المصادقة على الأمر رقم 03-01 المؤرخ في 20-08-2001 و المتعلق بتطوير الإستثمار . منشور في ج ر ، ع 62 ، الصادرة بتاريخ : 24-10-2001 .

²- منشور في ج ر ، ع 47 ، الصادرة بتاريخ : 19-07-2006 .

³- شايب باشا كريمة ، عقد الإمتياز و دوره كآلية لإستغلال العقار الموجه للإستثمار الصناعي في الجزائر المرجع السابق ، ص 215 .

و المنجمية ، و تلك المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات و إستغلالها ، و كذا القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية⁽¹⁾ .

و بالمقابل حصر المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أبريل 2007 المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 آنف الذكر ، الأوعية العقارية المعنية بعملية منح الإمتياز و التنازل في : الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة ، العقارات غير المخصصة و ليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها ، و العقارات الواقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة و التعمير⁽²⁾ .

أما عن كيفية منح الإمتياز و التنازل عن الأوعية العقارية المشار إليها أعلاه ، و الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية ، فتتم عن طريق المزاد العلني ، أو بالتراضي الذي يُرخص بموجب قرار من الوالي أو لائحة من المجلس الوطني الإستثماري⁽³⁾ ، على أن يتم تكريس هذا التعاقد بين الدولة و المستثمر بموجب عقد إداري تعدّه إدارة أملاك الدولة⁽⁴⁾ .

و في حالة إنجاز صاحب الإمتياز لمشروعه الإستثماري في الأجل المحددة في عقد منح الإمتياز و طلب تحويله ، بعد بدء النشاط إلى تنازل في أجل السنتين (02) اللّتين تليان أجل إنجاز المشروع يتم نقل الملكية على أساس القيمة التجارية للقطعة الأرضية⁽⁵⁾ ، و يجسّد ذلك بموجب عقد تنازل تحرره مصالح أملاك الدولة ، و يكون خاضعا للشهر⁽⁶⁾ .

و يحسن لفت النظر هنا إلى أنّه و نظرا للسلبيات التي لوحظت عمليا من جراء تملك الأراضي التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة الموجهة للإستثمار في العقار الصناعي ، ألغى المشرع بمقتضى الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01 سبتمبر 2008 المحدد لشروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي

¹-يراجع نص المادة 02 من الأمر رقم 06-11 .

²-يراجع نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 07-121 .

³-يراجع نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 07-121 .

⁴-يراجع نص المادة 07 من الأمر رقم 06-11 .

⁵-يراجع نص المادة 10 من الأمر رقم 06-11 .

-يراجع نص المادة 06 فقرة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 07-121 .

⁶-أنظر المادة 06 من الملحق الثالث ، و المتضمن دفتر الشروط الذي يحدد البنود و الشروط المطبقة على التنازل بالتراضي عن الأراضي التابعة للأمولاك الخاصة للدولة ، و الموجهة لإنجاز مشروع ترقية عقارية الذي يشكل جزءا من مشروع مندمج .

التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، آلية التنازل كنمط لإستغلال العقار الصناعي ، مبقيا فقط على تقنية الإمتياز لتلافي كل أشكال التلاعبات و عمليات المضاربة في المحفظة العقارية للدولة . و إن كان قد رخص بموجب هذا الأمر الأخير ، و كذا المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 المحدد لشروط و كفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأموال الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية ، إمكانية التنازل على البنايات المنجزة من طرف صاحب حق الإمتياز و الحق العيني العقاري وفق شروط حددتها أحكام المواد من 17 إلى 19 من ذات المرسوم .

المطلب الثاني : القرار الإداري المثبت للملكية العقارية

نتناول فيما يلي ، الصورة العادية ، و المسلمة ، للسند الإداري المثبت للملكية العقارية و هي القرار الإداري .

و القرار الإداري كما هو معلوم تصرف إرادي إفرادي يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة قصد إحداث آثار قانونية معينة ، بإنشاء وضع قانوني جديد أو بتعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم (1) . غير أن درستنا هنا سنتقصر على القرارات الإدارية الصادرة عن الهيئات الإدارية المشرفة على تسيير و تنظيم النشاط العقاري ، و التي حوّل لها القانون سلطة إصدار قرارات إدارية ، تُعدّ بمثابة سندات لإثبات الملكية العقارية .

و يمكننا ، في هذا الصدد ، أن نشير إلى أربع صور من القرارات الإدارية التي يستدل منها إنصراف نيّة الإدارة إلى إصدار قرارات مثبتة و ناقلة للملكية العقارية .

أمّا الصورة الأولى تتجلى في شهادة الملكية المسلمة في إطار المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 يناير 1973 المتضمن إثبات حق الملكية الخاصة ، و أمّا الثانية فهي خاصة بقرار نزع الملكية للمنفعة العامة .

و أمّا الصورة الثالثة فهي تتعلق بإجراء معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري المعلن عنه بمقتضى القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 ، و أمّا الرابعة فهي تتضمن الدفتر العقاري .

¹ بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دراسة تشريعية ، فقهية و قضائية ، دار الهدى ، الجزائر 2011 ، ص 11 .

و لدراسة هذه الصور جميعها إرتأينا أن نقسم الكلام في هذا المطلب إلى الفروع الأربعة الآتية : فنتكلم أولاً شهادة الملكية ، و ثانياً في قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ، ثم في سند الملكية المعدّ طبقاً للقانون رقم 02-07 ، و نتكلم أخيراً في الدفتر العقاري .

الفرع الأول : شهادة الملكية

قرر المشرع بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 32-73 المؤرخ في 05 يناير 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة⁽¹⁾ الصادر تنفيذاً للأمر رقم 73-71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، إمكانية إثبات حق الملكية الخاصة على أرض زراعية أو معدّة للزراعة ، و ذلك عن طريق إجراءات تحقيق ميدانية تباشرها لجان مختصة ، تنتهي بتسليم الملاك و الحائزين ، شهادات ملكية مرفقة بمخطط ، تثبت ملكيتهم للقطعة الأرضية محل المعاينة . ممّا يتعيّن معه بيان شروط و إجراءات إعداد شهادة الملكية أولاً ، ثم الوقوف على مدى أثرها في إثبات الملكية العقارية الفلاحية الخاصة ثانياً . و هو ما سيتم بيانه وفقاً للتفصيل الآتي :

أولاً : شروط و إجراءات إعداد شهادة الملكية

في خطوة تعدّ كبدائية إنطلاق لتطهير الملكية العقارية الفلاحية ، و ضبط سندات إثباتها ، إستحدث المشرع بموجب الأمر رقم 73-71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، لجان تقنية على مستوى المجالس الشعبية البلدية الموسّعة -CCE- ، تضطلع بمهمة التحقيق العقاري في كفاءات إستغلال الأراضي الفلاحية ، من خلال التدقيق في السندات و التصريحات الصادرة عن الملاك و الحائزين المستغلين لهذه الأراضي ، و بالنتيجة تسليم هؤلاء شهادات ملكية مشفوعة بمخطط ، تثبت ملكيتهم للقطعة الأرضية محل المعاينة .

و في هذا الإطار ألزم المشرع كل مستغل لأرض خاصة زراعية أو معدّة للزراعة ، و غير مؤطرة أو مثبتة الملكية بالوثائق المبيّنة في المواد : 02 ، 03 ، 04⁽²⁾ من المرسوم التنفيذي رقم 32-73

¹- منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 20-02-1973 .

²- حددت المواد : 02 ، 03 ، 04 ، 05 من المرسوم رقم 32-73 ، السندات الصحيحة التي تصلح لإثبات الملكية العقارية الفلاحية الخاصة كما يلي :

- وثائق الملكية المحررة تنفيذاً للقوانين المتعلقة بالتشريع العقاري و المسلمة من طرف إدارة أملاك الدولة .
- العقود الإدارية التي تتضمن إنشاء أو نقل أو إثبات أو تعديل ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية و المحررة من طرف الموظفين العموميين .

المؤرخ في 05 يناير 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة ، أن يقدّم إلى المجلس الشعبي البلدي الموسع خلال عمليات الإحصاء ، تصريحاً يوضح فيه بالخصوص الصفة التي يستغل بها الأرض محل المعاينة⁽¹⁾ ، على أن يكون هذا التصريح مشفوعاً بالوثائق التالية :

❖ أن يكون التصريح مشتملاً على جميع المعلومات المتعلقة بالموقع الحقيقي للأرض و نوعها و مساحتها و ما تشتمل عليه .

❖ الأوراق الثبوتية للحالة المدنية للمعني .

❖ الشهادات المكتوبة و الشهادات الجبائية و جميع المستندات التي ينوي المصريح الاحتجاج بها⁽²⁾ .

بعد تقديم الطلب و التأكد من تمام الملف ، تشرع اللجنة التقنية المستحدثة لهذا الغرض ، بإجراء تحقيق ميداني ، من خلال الإنتقال إلى الأرض الفلاحية محل طلب الإثبات ، لجمع المعلومات من المالك المجاورين ، و من كل شخص يدعي أنّ له معلومات تفيد تحديد المالك الحقيقي للأرض محل المعاينة⁽³⁾ .

كما تتولى اللجنة التقنية في هذا الصدد ، التأكد من أنّ الأرض محل المعاينة لا تدخل ضمن أراضي العرش و أراضي الوقف أو الأراضي العمومية الفلاحية ، أو أراضي الملك المثبتة بسند رسمي في مفهوم المواد : 03 ، 04 ، 05 من المرسوم رقم 32-73⁽⁴⁾ .

و تبعا لنص المادة 17 من المرسوم رقم 32-73 ، تلتزم اللّجة إثر الإنتهاء من التحقيق بتحرير محضرا مؤقتا ، يتضمن ما قامت به من إجراءات و ما توصلت إليه من نتائج ، يُودع بمقر المجلس الشعبي

= الأحكام القضائية التي تقر إنشاء أو نقل أو إثبات أو تعديل ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية و الصادرة من طرف قضاة و الحائزة لقوة الأمر المقضي به .

▪ العقود المتعلقة بإنشاء أو نقل أو إثبات أو تعديل ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية و المحررة من طرف موظفين قضائيين و الخاضعة لإجراء الإشهار الخاص بالرهن العقاري .

▪ العقود غير الرسمية المسجلة و المنشورة طبقا للنظام الجاري به العمل .

▪ العقود المحررة من قبل القضاة الشرعيين ، و السارية المفعول في ظل القانون المدني القديم .

1- يراجع نص المادتين 12 من المرسوم رقم 32-73 .

2- يراجع نص المادتين 13 و 14 من المرسوم رقم 32-73 .

3- يراجع نص المادتين 15 من المرسوم رقم 32-73 .

4- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 39 .

البلدي طيلة خمسة عشر (15) يوما ، قصد الإعلان و الإطلاع من قبل الجمهور ، لإبداء الاعتراضات و الإحتجاجات بشأنه⁽¹⁾ .

بعد إنقضاء أجل خمسة عشرة (15) يوم دون تقديم إعتراض ، تشرع اللّجنة التقنية في خلال الثمانية (08) أيام الموالية ، بتحرير محضر نهائي بالطلب المقدم ، مع إبداء آرائها المعللة حول إعتراضات و إحتجاجات الغير إن وجدت ، و كذا الإشارة إلى الحقوق التي يمكن أن تكون لجماعات عمومية على الأرض محل المعاينة إن كشفتها عملية التحقيق⁽²⁾ .

يودع المحضر النهائي بمقر المجلس الشعبي البلدي ، لإحالته إلى الوالي قصد التصديق عليه بواسطة قرار ، و في هذه الحالة يمكن لكل شخص له مصلحة أن ينازع في قرار المصادقة في خلال ثلاثين (30) يوما من تاريخ نشر القرار ، بأن يطعن فيه أمام اللّجنة الولائية للطعون عملا بنص المادة 268 من الأمر رقم 71-73 المتضمن الثورة الزراعية⁽³⁾ .

و ترتيبا على ذلك ، في حالة عدم تسجيل أي طعن ضدّ قرار المصادقة ، أو تم الطعن فيه و رفض بشأنه هذا الطعن . تتولى إدارة أملاك الدولة تحرير شهادة الملكية طبقا للنموذج الملحق بأصل المرسوم رقم 73-32 ، كسند رسمي مثبت للملكية ، يُسلم للملاك و الحائزين المستغلين للأراضي الزراعية أو القابلة للزراعة ، يُبيّن فيه و بدقة البيانات التفصيلية الخاصة بنوع و موقع و مساحة و حدود القطعة الأرضية ، و التكاليف و الإرتفاقات المثقلة لها التي تكون قد ظهرت أثناء عملية إثبات حق الملكية مع ذكر أسماء سائر الورثة و الشركاء في القطعة الأرضية ، و الحصص التي تؤول لكل منهم في حالة الشيوخ⁽⁴⁾ .

و عملا بنص المادة 30 من ذات المرسوم ، يتم تسجيل شهادة الملكية بمصلحة الطابع و التسجيل مجانا و تستعمل بعد إتمام إجراءات التسجيل في تكوين مجموعة البطاقات العقارية للبلدية (السجل العقاري) المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 24 من الأمر رقم 71-73 المتضمن الثورة الزراعية ، على أن يتم

¹- يراجع نص المادتين 18 و 19 من المرسوم رقم 73-32 .

²- يراجع نص المادة 20 من المرسوم رقم 73-32 .

³- يراجع نص المادة 21 و 22 من المرسوم رقم 73-32 .

⁴- يراجع نص المواد من 27 إلى 29 من المرسوم رقم 73-32 .

إستبدالها لاحقا بالدفاتر العقارية بعد إستحداث المسح العام للأراضي المنصوص عليه في المادة 25 من الأمر آنف الذكر⁽¹⁾ .

ثانيا: أثر شهادة الملكية في إثبات الملكية العقارية الفلاحية

نصّت المادة 32 من المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 يناير 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة على ما يلي : " تستبدل شهادات الملكية بدفاتر عقارية بمجرد إحداث المسح العام لأراضي البلاد المنصوص عليه في المادة 25 من الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 20 رمضان عام 1391 الموافق 08 نوفمبر سنة 1971 و المشار إليه أعلاه " .

و نصّت المادة 33 من ذات المرسوم على ما يلي : " أنّ الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية⁽²⁾ و مسح الأراضي المحدث ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيّنة في شأن الملكية العقارية " .

يبرز بوضوح من خلال قراءة النصين المذكورين أعلاه ، أنّ المشرع قد إعتبر شهادة الملكية من قبيل السندات الرسمية المعتبرّ بها في إثبات حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة ، كما يبرز لامحالة أنّ هذه الشهادة ستستعمل في تكوين مجموعة البطاقات العقارية (السجل العقاري) ، و أنّها ستستبدل بدفاتر عقارية عند إستحداث المسح العام للأراضي ، على حدّ تعبير حكم المادة 32 من المرسوم رقم 73-32 أعلاه .

و في سياق النصين أعلاه ، جاء الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و المرسومين رقم 76-62 و 76-63 المطبقين له بأحكام تقضي بتسليم الملاك و أصحاب الحقوق في الأراضي الممسوحة دفاتر عقارية تكون مطابقة للنموذج المحدد بموجب القرار المؤرخ في 27 ماي 1976 الصادر عن السيد وزير المالية المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادتين 31 و 32 من المرسوم رقم 73-32 .

²- يقصد بعبارة " مجموعة البطاقات العقارية للبلدية " الواردة في صلب المادة 32 أعلاه " مجموعة البطاقات العقارية التي تُكوّن ما يعرف بالسجل العقاري " .

³- يراجع في نفس السياق أيضا ، مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، المرجع السابق ص 109 .

و هو ما يعني أنّ شهادة الملكية المسلمة للملاك و الحائزين في ظلّ الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 ، و المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 يناير 1973 المشار إليهما أعلاه ستسبدل لاحقا عند إتمام عمليات مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري المستحدث بموجب الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، بالدفتر العقاري و الذي يشكل السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية ، على إعتبار أنّها سند رسمي معدّ لإثبات حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة .

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ، أنّه بالرغم من تسليم عدد معتبر من شهادات الملكية للمستفيدين من عملية التحقيق العقاري المعلن عنه بموجب الأمر رقم 71-73 و المرسوم رقم 73-32 المنفذ له ، إلا أنّ عمليات التحقيق العقاري المعلن عنها بمقتضى هذا الأمر لم تكن تستهدف في حقيقة الأمر عمليات المسح العام للأراضي ، و تسليم الملك و الحائزين شهادات تثبت ملكيتهم للأراضي الفلاحية محل الإستغلال ، بقدر ما كانت تهدف أساسا إلى إصدار قرارات التأميم و الدمج للأراضي الفلاحية غير المستغلة ، أو لتجميع المساحات الزائدة عن الحدود المسموح بها للتملك ، قصد إدراجها ضمن صندوق الثورة الزراعية⁽¹⁾ و إلحقا بالنتيجة ضمن الأملاك الوطنية الخاصة .

و عموما فقد شكلت شهادات الملكية المسلمة للمستفيدين مجرد شهادات مؤقتة سلّمت على أساس مخططات مسحية غير منتظمة ، ممّا يجعل من العسير الإعتماد عليها في تأسيس السجل العقاري المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، القائم أصلا وفق مخططات منتظمة⁽²⁾ .

الفرع الثاني : قرار نزع الملكية للمنفعة العامة

يمكن القول بوجه عام أنّ المصلحة الفردية التي هي الغاية من الحق -Le but de droit- قد أحاطت بها قيود من أجل مصلحة الجماعة حتى ليمكن أن نقول أنّ الحق أضحي وظيفة ، و لا ينطبق هذا القول على الحقوق غير المالية فقط ، و لكن أيضا على الحقوق المالية بما فيها حق الملكية و الحقوق العينية العقارية الأخرى .

و المقصود أنّ حق الملكية و الحقوق العينية العقارية أصبحت ذات وظيفة إجتماعية هو أنّها أصبحت محدودة بالغرض الإجتماعي المرجو من وراء إستغلالها ، أي بالمصلحة العامة ، بحيث يكون

¹- أنظر عجة الجبالي ، المرجع السابق ، ص 39 و ما يليها .

²- أنظر بقّة فريد ، فعالية آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية : 2013-2014 ، ص 17 .

من الطبيعي نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، و بذلك تبدو فكرة تجريد المالك من ملكيته مرتبطة أساسا بغاية هذا التجريد ، و تكون فكرة نزع الملكية على هذا النحو سببا لكسب الدولة لأملاك و حقوق عقارية .

و الملاحظ أنّ قرار نزع الملكية كقرار ناقل للملكية العقارية ، هو قرار إستثنائي ينطوي على جملة من الإجراءات المركبة و الدقيقة . و هذا يقودنا إلى توزيع الكلام في قرار نزع الملكية على عنصرين نراهما أساسيين : فتتكلم أولا في مفهوم قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، ثم في الإجراءات المتبعة بشأنه .

أولا : مفهوم قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة

لم يثر مفهوم قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة جدلا كبيرا في أوساط الفقه ، و ذلك راجع إلى كونه إجراء تقني ، لا تلجأ إليه الإدارة إلاّ إستثناءا لإستيفاء حاجات ذات منفعة عامة ، و إن كان الجدل قد ثار حول إثبات فكرة المنفعة العامة ذاتها .

و على ذلك ، يمكن تعريفه بأنّه : ذلك القرار الإداري الذي يعلن فيه عن إمكانية نقل الملكية العقارية و الحقوق العينية المرتبطة بها من ذمة المالك الأصلي و هو المنزوع ملكيته إلى الجهة نازعة الملكية . يبرز من هذا التعريف أنّ لقرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، إجراءات خاصة ينفرد بها عمّا قد يشته به من نظم أخرى مماثلة⁽¹⁾ .

ثانيا : إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة

تمرّ عملية نزع الملكية من أجل المنفعة العامة إذا كانت عادية بعدّة إجراءات قانونية ، و تتمثل هذه الإجراءات في جملة من القرارات ، تبدأ بقرار التصريح بالمنفعة العامة ، فقرار القابلية للتنازل عن الأملاك

¹-وقف القانون المدني عند صورتين ، كثيرا ما يقع الخلط بينهما و بين نزع الملكية من أجل المنفعة العامة ، أمّا الصورة الأولى تتجلى في الإستلاء المؤقت ، و الذي لا يرد إلاّ على حق الإنتفاع فقط ، و أمّا الصورة الثانية فتتمثل في المصادرة و هي سحب الدولة المال (منقول أو عقار) دون تعويض جزاء على إنتهاك القانون ، و بذلك فهي لا تقرّر إلاّ بناء على حكم يصدر من المحكمة .

و بالإضافة إلى هذين الصورتين يوجد صورة ثالثة ألاّ و هي إجراء التأميم ، و كثيرا ما يتجه تفكير البعض إلى اعتبارها صورة من صور نزع الملكية ، إلاّ أنّ هناك إختلاف جوهري بينهما ، فالتأميم كقاعدة عامة لا يخضع لرقابة القضاء بإعتباره من أعمال السيادة ، بخلاف نزع الملكية الذي يبقى مهددا بالإلغاء في أي مرحلة من مراحلها إنّ لم تحترم فيه الإجراءات المقررة قانونا .

وصولاً إلى قرار نزع الملكية العقارية . و أخيراً نقل الملكية . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لهذه الإجراءات بشيء من الإيجاز وفقاً للتفصيل الآتي :

1- قرار التصريح بالمنفعة العامة

يعتبر التصريح بالمنفعة العامة إفصاحاً من جانب الإدارة عن تقديرها بأن العملية المراد إنجازها تصبوا إلى تحقيق الصالح العام ، و في هذا الصدد حددت المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المعدل و المتمم⁽¹⁾ ، الجهات الإدارية المختصة بإصدار التصريح بالمنفعة العامة ، و ذلك حسب الموقع الجغرافي للأماكن العقارية المراد نزع ملكيتها :

- إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولايتين أو عدة ولايات يتم التصريح بالمنفعة العامة بقرار مشترك بين الوزير المعني و وزير الداخلية و الجماعات المحلية و وزير المالية .
- إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المذكورة واقعة في تراب ولاية واحدة ، يتم إقرار المنفعة العامة بقرار من الوالي .
- إذا تعلق الأمر بإنجاز البنى التحتية و المنشآت الأساسية ذات المنفعة العامة و البعد الوطني و الإستراتيجي ، فيتم إقرار منفعتها العامة بمقتضى مرسوم تنفيذي . و في هذه الحالة يتعين على الوالي المختص إقليمياً ، بمجرد نشر المرسوم التنفيذي المتضمن التصريح بالمنفعة العامة في الجريدة الرسمية إصدار قرار نزع ملكية الأملاك و الحقوق العينية العقارية المنزوعة ، يتضمن نقل الملكية لفائدة الدولة مباشرة بعد الدخول في الحيازة⁽²⁾ .

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 ، المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية . منشور في ج ر ، ع 51 ، الصادرة بتاريخ : 01-08-1993 . المعدل و المتمم أولاً بالمرسوم التنفيذي رقم 05-248 المؤرخ في 10-07-2005 ، منشور في ج ر ، ع 48 ، الصادرة بتاريخ : 10-07-2005 ، ثم بالمرسوم التنفيذي رقم 08-202 المؤرخ في 07-07-2008 ، منشور في ج ر ، ع 39 الصادرة بتاريخ : 13-07-2008 . الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية . منشور في ج ر ، ع 21 ، الصادرة بتاريخ : 08-05-1991 .

² - يراجع نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 08-202 المؤرخ في 07-07-2008 ، المنتمة لأحكام المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 المؤرخ في 27-07-1993 الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل و المتمم .

أما عن كيفية إثبات المنفعة العامة التي من أجلها تتم عملية نزع الملكية ، فقد إستلزم المشرع ضرورة فتح تحقيق إداري مسبق للوقوف على مدى فعالية عملية نزع الملكية و إرتباطها بالمنفعة العمومية و على ذلك جرى حكم 04 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية : " يكون إجراء التصريح بالمنفعة العمومية مسبقا بتحقيق يرمي إلى إقرار ثبوت هذه المنفعة " .

هذا و لا يتم فتح تحقيق ، إلاّ بعد أن تقوم الهيئة المستفيدة بتكوين ملف يتضمن تقريرا تثبت فيه فشل مساعيها في إقتناء الأملاك العقارية المراد نزع ملكيتها بالتراضي ، زيادة على تصريح تُبَيّن فيه و بدقة الهدف من عملية نزع الملكية ، بالإضافة إلى مخطط يحدد طبيعة الأشغال و مدى أهميتها و موقعها فضلا عن إنجاز تقرير بياني للعملية و إطار التمويل المخصص لها⁽¹⁾ .

و بعد أن تقوم الهيئة المستفيدة بإعداد و تكوين الملف وفقا للوثائق المبينة أعلاه ، ترسل الملف إلى الوالي المختص إقليميا بقصد فحصه و دراسته ، و في هذا الصدد يمكن للوالي أن يطلب إستكمال بعض المعلومات و الوثائق التي يراها مناسبة .

ليشرع فيما بعد بإعداد قرار في غاية الأهمية ألاّ و هو قرار فتح التحقيق المسبق ، و الذي بمقتضاه يتم تعيين لجنة تحقيق ، يقع على عاتقها التحقيق في مدى فعالية المنفعة العمومية⁽²⁾ .

= يراجع أيضا المادة 10 مكرر المستحدثة بموجب المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 05-248 المؤرخ في 10-07-2005 ، المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 الذي يحدد كيفية القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل و المتمم .

- يراجع أيضا المادتين 12 مكرر و 12 مكرر1 من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل و المتمم . المستحدثتين بموجب المادة 65 من القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29-12-2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 ، منشور في ج ر ، ع 85 ، الصادرة بتاريخ : 30-12-2004 .

¹- يراجع نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 .

²- يراجع نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 المعدل و المتمم .

الملاحظ من خلال المواد : 12 مكرر1 و 29 مكرر من القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدل و المتمم . و المادتين 40 و 44 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 المعدل و المتمم ، أنه يمكن الإعلان عن المنفعة العامة دون اللجوء إلى التحقيق المسبق ، إذا تعلق الأمر بإنجاز البنى التحتية و المنشآت الأساسية ذات المنفعة العامة و البعد الوطني و الإستراتيجي .

و في هذا الصدد ألزمت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المذكور أعلاه ، ضرورة أن يتضمن قرار فتح التحقيق المسبق البيانات التالي ذكرها :

- الهدف من التحقيق .
- تاريخ بدء التحقيق و إنتهائه .
- تشكيلة اللّجنة (أسماء الأعضاء و ألقابهم و صفاتهم)⁽¹⁾.
- كيفية عمل اللّجنة (أوقات إستقبال الجمهور و أماكنه ، و دفاتر تسجيل الشكاوى و طرق إستشارة ملف التحقيق) .
- الهدف المبين من العملية .
- مخطط الوضعية لتحديد طبيعة الأشغال المزمع إنجازها و موقعها .

و من أجل حماية حقوق الأفراد المنزوعة ملكيتهم ، و ضمان الدقة في العملية ألزمت المادة 06 أعلاه ضرورة أن يكون قرار فتح التحقيق محل إشهار واسع قبل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ فتح التحقيق بمركز البلدية المعنية ، فضلا عن نشره في يوميتين وطنيتين ، و في مجموع القرارات الإدارية للولاية . و بعد إنتهاء اللّجنة من التحقيق تختم السجلات و توّقع من طرف الوالي المختص إقليميا ، و تسلّم رفقة ملف التحقيق و كذا محاضر الإجتماعات إلى اللّجنة . هذه الأخيرة تقدّم تقريرا ظرفيا في مدّة خمسة عشر (15) يوم من التاريخ المقرر لإنهاء عملية التحقيق ، تستعرض فيه النتائج المتوصل إليها ، حول طابع المنفعة العمومية و مدى فعاليتها ، و فيما إذا كان للعملية (المشروع) المزمع القيام بها علاقة بالمنفعة العامة⁽²⁾ .

¹- يتم إختيار أعضاء لجنة التحقيق من الأشخاص المذكورين في القائمة الوطنية التي يضبها كل سنة وزير الداخلية و الجماعات المحلية إستنادا إلى القائمة التي تُعدّها كل ولاية .

لمزيد من التفصيل ، يراجع نص المواد : 03 ، 04 ، 05 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27-07-1993 الذي يحدد كفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المعدّل و المتمم .

²- يراجع نص المادة 09 من القانون رقم 91-11 .

ليأتي فيما بعد عمل الوالي ، و الذي يتولى بعد توصله بنتائج التحقيق ، إعداد القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العامة⁽¹⁾. يدرج فيه تحت طائلة البطلان ما يلي :

- أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه .
 - مساحات العقارات و موقعها و مواصفاتها .
 - تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية ، مع ذكر المدّة الأقصى المقررة لإنجاز نزع الملكية و التي لا يمكن أن تتجاوز أربع (04) سنوات ، قابلة للتجديد مرّة واحدة⁽²⁾.
- و نظرا لكون هذا القرار يمس بالصالح العام ، إستلزم المشرع ضرورة أن يكون محل نشر واسع حسب الحالة بالجريدة الرسمية أو في مدوّنة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية ، فضلا عن تبليغه لكل واحد من المعنيين ، و تعليقه على لوحة الإعلانات بمقر البلدية التي تتبعها العقارات المطلوب نزع ملكيتها طيلة شهر كامل قصد إعلام الجمهور .

و أيّا ما كان الأمر ، فقد خوّل القانون لأصحاب الممتلكات الذين مسّهم قرار التصريح بالمنفعة العامة الطعن في القرار أمام الجهات القضائية الإدارية وفقا للأشكال المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره⁽³⁾.

و بعد الإنتهاء من الإجراءات السالف بيانها ، يقوم الوالي بإرسال الملف إلى مصالح الأملاك الوطنية من أجل تقييم الأملاك و الحقوق العقارية المراد نزع ملكيتها ، و بالتبعية إصدار قرار القابلية للتنازل عنها .

2- قرار القابلية للتنازل

يهدف قرار القابلية للتنازل إلى تحديد الأملاك و الحقوق العقارية المزمع نزع ملكيتها ، لغرض تحديد هوية المالكين و أصحاب الحقوق المعنيين بالتعويض .

¹- يكون التصريح بالمنفعة العامة ، بقرار مشترك أو قرارات مشتركة بين الوزير المعني و وزير الداخلية و الجماعات المحلية و وزير المالية ، إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولايتين أو عدّة ولايات وفقا لمقتضيات المادة 10 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 .

²- يراجع نص المادة 10 من القانون رقم 91-11 .

- يراجع نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 .

³- يراجع نص المادة 13 من القانون رقم 91-11 .

غير أنه و قبل إصدار قرار القابلية للتنازل ، يكون هذا الأخير و على غرار قرار التصريح بالمنفعة العامة مسبقا بتحقيق يسمى التحقيق الجزئي⁽¹⁾ ، أسند المشرع مهمة إنجازهِ إلى محافظ محقق ، يُعيّن من بين المسّاحين و الخبراء المعتمدين لدى المحاكم .

و يتم تعيين المحافظ المحقق ، بموجب قرار يصدره الوالي خلال خمسة عشر (15) يوم التي تلي نشر القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العامة ، يُبين فيه ما يأتي :

- إسم المحافظ المحقق و لقبه و صفته .
- المقر و الأماكن و الأيام و الأوقات التي يمكن أن يتلقى فيها التصريحات ، و المعلومات و المنازعات المتعلقة بالحقوق ذات الصلة بالعقارات المراد نزع ملكيتها⁽²⁾ .

و في هذا الصدد يلتزم المحافظ المحقق بالانتقال إلى الأمكنة لمباشرة عمليات التحقيق و التحري الميدانية أين يتم تلقي التصريحات و فحص كل الوثائق و السندات المقدمة لإثبات حق الملكية ، و تحديد محتوى الممتلكات العقارية تحديدا دقيقا و حضوريا ، بما يفيد توضيح هوية المالكين و أصحاب الحقوق المراد نزع ملكيتهم .

و عملا بنص المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المذكور أعلاه ، يلتزم المحافظ المحقق بتحرير محضر مؤقت بنتائج التحقيق ، يذكر فيه التصريحات و الأقوال التي جمعها ، و المعلومات التي حصل عليها ، و يضعه بمقر البلدية و الولاية المعنيين لمدة خمسة عشر (15) يوم قصد الإطلاع . على أن ينتقل ، عند الإقتضاء ، إلى الميدان من جديد قصد دراسة الاعتراضات أو الإحتجاجات التي قد تثور من قبل الملاك و أصحاب الحقوق .

و بإنقضاء الأجل المذكور أعلاه ، و في حالة عدم وجود إعتراضات أو إحتجاجات ، يشرع المحافظ المحقق في تحرير المحضر النهائي ، يدرج فيه إستنتاجاته النهائية التي تعدّ على أساسها قائمة العقارات المحقق فيها المعنية بالإستناد إلى المخطط الجزئي .

و كآخر خطوة يقوم المحافظ المحقق بإرسال ملف التحقيق الجزئي المتضمن : المخطط الجزئي و المحضر النهائي ، و كذا الوثائق المستلمة أو المعدّة أثناء التحقيق ، و قائمة العقارات و هوية مالكيها

¹- أنظر المادة 16 من القانون رقم 91-11 .

²- أنظر نص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 .

إلى الوالي المختص إقليمياً . على أن يقوم هذا الأخير بإرسال الملف و الوثائق المرفقة إلى مصالح إدارة الأملاك الوطنية قصد تحديد تعويضات نزع الملكية⁽¹⁾ .

و بناء على تقرير التعويض الذي تعدّه مصالح إدارة الأملاك الوطنية ، يقوم الوالي بإصدار قرار القابلية للتنازل عن الأملاك و الحقوق العقارية ، يذكر فيه⁽²⁾ :

- قائمة العقارات المعنية بالإستناد إلى المخطط الجزئي و الحقوق العينية الأخرى المطلوب نزع ملكيتها
- قائمة المالكين و أصحاب الحقوق العينية .
- مبلغ التعويض .
- طريقة حسابه .

هذا و يجب أن يُبلّغ القرار القاضي بالقابلية للتنازل إلى كل المعنيين به ، من ملاك و ذوي حقوق عينية أو منتفعين ، مع إمكانية إرفاقه بإقتراح تعويض عيني يحلّ محلّ التعويض النقدي ، و هذا ما أكدّه نص المادة 34 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المذكور آنفاً : " تحدد التعويضات نقداً و بالعملة الوطنية غير أنّه يمكن أن يقترح تعويض عيني بدلاً من التعويض نقداً ، و في هذا الإطار ، يمكن للسلطة نازعة الملكية أن تعدل عن دفع التعويض ، و تقوم بإعادة إسكان مستأجري المحلات السكنية ذات الإستعمال المهني المنزوعة ملكيتها أو شاغليها و تعرض على التجار و الحرفيين و الصناعيين المطرودين محلات معادلة . و يمكن أن يخصص للمستأجر تعويض عن حرمانه من الإنتفاع زيادة عن تعويض الرحيل " .

و باعتبار أن هذا القرار أي قرار القابلية للتنازل ، يمس بصفة مباشرة بحقوق الأفراد ، فإنّه يمكن أن يكون محلاً للطعن أمام القضاء .

و قبل أن ننتهي من الكلام في قرار القابلية للتنازل لننتقل إلى الكلام عن قرار نزع الملكية ، يُحسن لفت الإنتباه إلى أنّ قرار القابلية للتنازل عن الأملاك و الحقوق العقارية ، لا يعتبر قراراً ناقلاً للملكية ، بل أنّه

¹- لمزيد من التفصيل حول عملية التحقيق الجزئي ، يراجع أحكام المواد من 13 إلى 30 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 .

²- يراجع نص المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 .

بخلاف بعض التشريعات المقارنة ، أين يقتصر القرار القاضي بالقابلية للتنازل على التحديد الدقيق للأجزاء المزمع نزع ملكيتها و قائمة الملاك ، دون ذكر مبلغ التعويض الذي تبقى مسألة تحديده من إختصاص القضاء كما هو الحال في القانون الفرنسي . أنظر آسيا حميدوش ، المرجع السابق ، ص 157 .

يبقى مجرد قرار يسمح للإدارة بشراء الحقوق و الأملاك المزعم نزع ملكيتها . على حدّ تعبير حكم المادة 36 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المذكور أعلاه : " يحدد الوالي بقرار ، جواز بيع الممتلكات و الحقوق المطلوب نزع ملكيتها إستنادا إلى تقرير التعويض الذي تعدّه مصالح إدارة الأملاك الوطنية " .

3- قرار نزع الملكية

قرار نزع الملكية هو التصرف القانوني الذي يختم الإجراءات الطويلة و المعقّدة لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة . و نظرا لخطورة هذا الإجراء سنعرض هنا للجهة المصدرة له ، ثم للإجراءات المتبعة بشأن نقل الملكية .

أ- الجهة المصدرة لقرار نزع الملكية

يمكن القول ، أنّ المشرع الجزائري لم يقدّم بتوزيع سلطة إتخاذ إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة بل أنّ الدولة احتفظت لنفسها في هذا المجال بسلطة إتخاذها ، و التي تمارسها عن طريق سلطة إدارية وحيدة و هي الوالي ، و الذي يتصرف في هذا المجال بصفته ممثلا للدولة .

و سبق و رأينا أنّ المشرع لم يجعل من إختصاص الوزارات ، إتخاذ إجراءات نزع الملكية ، فهذه الأخيرة تختص فقط في إصدار التصريح بالمنفعة العمومية ، و الذي يتم بموجب قرار وزاري مشترك إذا كانت الممتلكات أو الحقوق العينية العقارية المراد نزع ملكيتها واقعة في تراب ولايتين أو عدّة ولايات و بمقتضى مرسوم تنفيذي إذا تعلق الأمر بإنجاز البنى التحتية و المنشآت الأساسية ذات المنفعة العامة و البعد الوطني و الإستراتيجي .

فكل القرارات الأخرى يتخذها الوالي ، سواء تعلقت بفتح تحقيق إداري مسبق حول المنفعة العامة أو تعيين لجنة التحقيق أو المحافظ المحقق لإنجاز التحقيق الجزئي ، و كذا إصدار قرار القابلية للتنازل و قرار نزع الملكية للمنفعة العامة .

غير أنّ ما تجدر الإشارة إليه و التساؤل بشأنه هو نطاق تطبيق هذا الأثر، بمعنى هل يمكن إعتبار الوالي هو المسؤول عن تنفيذ جميع العمليات المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة بما فيها دفع التعويض المستحق ؟

إستقرّ قضاء مجلس الدولة و قبله الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا على أنّ دفع التعويض يقع على الجهة المستفيدة من نزع الملكية ، إذ جاء في قرار صادر عنه بتاريخ 06 نوفمبر 2001 ما يلي⁽¹⁾: " حيث أنّه و طبقا لما إستقرّت عليه المحكمة العليا و مجلس الدولة أنّ المسؤول عن التعويض في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة هو المستفيد المباشر من هذه العملية " .

يتبيّن من القرار أعلاه أنّ الجهة المسؤولة عن دفع التعويض المستحق للملاك المنزوع ملكيتهم هي الجهة المستفيدة التي آلت إليها ملكية العقار محل النزاع .

و تعليقا على القرار أعلاه ، يرى جانب من الشراح بأنّ موقف مجلس الدولة المعبر عنه في القرار المشار إليه أنفاً من شأنه أن يؤدي إلى نتائج وخيمة ، لاسيما في حالة عدم تحديد الجهة النازعة إذ يجد الملاك المنزوع ملكيتهم أنفسهم مجبرين عن البحث عن الجهة المستفيدة من نزع ملكيتهم من أجل مقاضاتها ، و تنفيذ القرار القضائي الذي يكرّس حقّهم في التعويض . فإذا لم تكن الجهة المستفيدة من النزاع سلطة إدارية ، فيتعيّن عليهم إتباع القواعد العامة فيما يخص تنفيذ القرار القضائي التي تعد طريقة طويلة و نتائجها غير مؤكدة .

و يفضل هذا الجانب من الشراح ضرورة تمكين الملاك من تعويض يمنح لهم من حساب الخزينة الخاص الموجود تحت عنوان " تنفيذ أحكام القضاء المقضي بها لصالح الأفراد و المتضمنة إيداعات مالية للدولة و بعض الهيئات " ، و يمكن للدولة فيما بعد و بإستعمال صلاحياتها كسلطة عامة أن تجبر الجهة المستفيدة من عملية النزاع على أن تدفع المبالغ المستحقة عليها لصالح الخزينة العمومية .

ب- إجراءات نقل الملكية

تنص المادة 40 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 على ما يلي : " إذا لم ترفع الدعوى أمام القاضي عند إنقضاء أجل الطعن المحدد في المادة السابقة ، أو حصل إتفاق بالتراضي أو في حالة صدور قرار قضائي نهائي و موافق على نزع الملكية ، فإنّ الوالي يصدر قرار نزع الملكية"⁽²⁾ .

يتبيّن من الحدود المسطرة في المادة أعلاه ، أنّه متى حصل إتفاق بين الملاك المنزوع ملكيتهم و الجهة النازعة ، أو عدم ممارسة هؤلاء لطعن قضائي في خلال شهر من تاريخ تبليغه ، أو صدر قرار قضائي نهائي لفائدة الجهة النازعة . في كل هذه الحالات يلتزم الوالي بتحرير قرار نزع الملكية في الشكل المقرر

¹- قرار م د ، ملف رقم : 199301 ، الصادر بتاريخ 06-11-2001 ، منشور ب م م د لسنة 2002 ، ع 2 ص 230 .

²- يراجع نص المادة 29 من القانون رقم 90-11 .

قانونا ، من خلال تبيان إجراءات نزع الملكية و مراحلها ، و الجهة المستفيدة من العملية ، و المالك المنزوع ملكيته ، مع تحديد أصل الملكية ، و التقويم الخاص بالعقار ، و التعويض المستحق حتى يكون قابلا للشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا .

و معنى ذلك ، أنه لا يمكن ترتيب الأثر العيني ، المتمثل في نقل الملكية العقارية من مالكيها الأصلي إلى الجهة النازعة ، إلا بعد التأشير بالقرار القاضي بنزع الملكية على مجموعة البطاقات العقارية .

و يكون قرار نزع الملكية خاضع لعملية الشهر في مجموعة البطاقات العقارية طبقا لأحكام المواد المنظمة للشهر العقاري ، و كذا المادة 41 من المرسوم التنفيذي رقم 93-186 ، و التي جاءت صياغتها على النحو التالي : " يبلغ الوالي قرار نزع الملكية للشخص المنزوع ملكيته و للمستفيد من نزع الملكية و ينشر خلال شهر من تبليغه في الحفظ العقاري الذي تخضع الممتلكات و الحقوق المنزوعة ملكيتها له ، كما ينشر في مجموع القرارات الإدارية التابعة للولاية " (1) .

و على هذا ، فإنه لا أثر لقرار نزع الملكية في مواجهة المالك الأصلي و الجهة النازعة ، إلا بعد شهر القرار بمصلحة الشهر العقاري كقاعدة عامة ، و إن كان المشرع قد خرج عن هذا الأصل في المادتين 10 مكرر و 44 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 05-248 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 93-186 ، ففرضي بأنه فيما يخص نزع الملكية المنفذة في إطار عمليات إنجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة و ذات البعد الوطني الإستراتيجي ، فإنه بمجرد نشر المرسوم التنفيذي المتضمن التصريح بالمنفعة العامة في الجريدة الرسمية ، يقوم الولاة المعنيون بإعداد قرار الحيابة الفورية .

غير أنه و بموجب المادة 29 مكرر المستحدثة بموجب المادة 59 من القانون رقم 07-12 المؤرخ في 30 ديسمبر 2007 المتضمن قانون المالية لسنة 2008⁽²⁾ ، تراجع نوعا ما عن موقفه ، أين إستلزم ضرورة إخضاع القرار الإداري القاضي بنزع الملكية ، بخصوص عمليات إنجاز البنى التحتية ذات المنفعة العامة و ذات البعد الوطني الإستراتيجي لإجراءات الشهر العقاري .

الفرع الثالث : سند الملكية طبقا للقانون رقم 07-02

في سبيل البحث عن فعالية أكثر في تحقيق عملية التطهير العقاري ، كان على الإرادة التشريعية وضع آليات قانونية من شأنها أن تسمح بمعرفة الوضعية القانونية و المادية للأوعية العقارية

¹- يراجع نص المادة 30 من القانون رقم 90-11 .

²- منشور في ج ر ، ع 82 ، الصادرة بتاريخ : 31-12-2007 .

غير المسوَّحة ، و منه تسليم سندات ملكية قصد مسايرة التسارع الملاحظ في وتيرة التعمير و الإستثمار .

و بالفعل ، فقد شكّل تأخر عملية المسح العام للأراضي ، و الحاجة الملَّحة لسندات الملكية ، أحد الدوافع إلى المبادرة بالنص التنظيمي الخاص بالمرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية .

و كان من المفروض أن يستجيب هذا المرسوم إلى أهداف التطهير العقاري في المناطق التي لم تشملها عملية المسح بعد ، إلاّ أنّ هذا المرسوم خلّف في المقابل حالات واسعة من الإستيلاء على الأملاك العقارية التابعة للدولة و هيئاتها الإقليمية و العمومية ، و الأملاك الوقفية ، بل و حتى أملاك الخواص⁽¹⁾ .

الأمر الذي دفع بالمشرع في مرحلة لاحقة إلى التدخل لتأسيس إجراء لمعينة الملكية العقارية من أجل إعداد و تسليم سند ملكية . و هكذا و على أنقاض النقائص القانونية و التناقضات العملية لعقد الشهرة تم بعث القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء معينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري⁽²⁾ ، يطبق بالتوازي مع سير عملية مسح الأراضي العام ، و يسمح إختياريا و في آجال قصيرة للملاك و الحائزين من معينة حقوق الملكية العقارية الخاصة عن طريق التحقيق العقاري ، و تسليم سندات ملكية ، بإشراف و تنفيذ من الإدارة الولائية المكلفة بالحفظ العقاري .

و لتحديد كفاءات سير الإجراءات العملية و الميدانية لهذا الإجراء ، تم التدخل بالمرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 19 ماي 2009 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية⁽³⁾ .

و للإلمام بجمل جوانب عملية التحقيق العقاري وفقا لما تضمنه القانون رقم 07-02 المنفذ بمقتضى المرسوم رقم 08-147 . يتعيّن تقسيم الكلام إلى ثلاث عناصر : فنتكلم أولا في فكرة التحقيق العقاري

¹- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 155 .

-يراجع أيضا ما سبق ذكره في ص 237 من هذه الرسالة .

²- منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 28-02-2007 .

³- منشور في ج ر ، ع 26 ، الصادرة بتاريخ : 28-05-2008 .

ثم في شروط تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري ، و نتكلم أخيرا في إجراءات تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري .

أولا : فكرة التحقيق العقاري

لقد أولى المشرع إهتماما ملحوظا بمسألة تطهير الملكية العقارية في الأراضي غير الممسوحة ، و يتبدى هذا الإهتمام بوضوح من خلال تفعيل قواعد الحياة العقارية المعلن عنها بمقتضى المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية ، إلا أنّ هذه الآلية سرعان ما أثبتت فشلها في عملية التطهير في المناطق غير الممسوحة .

الأمر الذي إستدعى التفكير في آليات أكثر سرعة و فعالية تضمن تسليم الملاك و الحائزين بلا سند في الأراضي غير الممسوحة سندات ملكية توفر لهم الحماية و التصرف في الأملاك العقارية بصفة قانونية ، فضلا عن تمويل أنشطتهم و إستثماراتهم (الفلاحية ، الصناعية ...) بالإعتماد على القروض الرهنية⁽¹⁾ .

و قد إهتدى المشرع في هذا الصدد ، إلى فكرة التحقيق العقاري المعلن عنها بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .

و عموما تقوم فكرة التحقيق على أساس بحث منهجي منظم يقوم أساسا على الأسئلة المطروحة و الشهادات المستقاة من الميدان ، و إجراء فحوص و تحريات دقيقة ، و عرض كافة الوقائع و الأقوال التي تُمكن من الفصل في الشيء أو الحق محل هذا التحقيق .

و في مجال الملكية العقارية ، فإنّ التحقيق العقاري هو آلية من آليات تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة ، حيث يسمح بدعم حق شخص على عقار معيّن ، عندما يمارس عليه حيازة من غير أن يكون

¹- جاء في عرض أسباب السيد وزير المالية لمبررات هذا القانون " أنّ عملية المسح العام و منذ إنطلاقها سنة 1975 قصد دعم الملكية بسندات و مخططات قانونية لم تنتهي و تتطلب وقت أطول سواء تعلق الأمر بعقارات مبنية أو شاغرة أو فلاحية ، لذا كان من الضروري سن قانون لتلبية المتطلبات المستعجلة لتمكين المواطن من الحصول على رخصة بناء لإنجاز سكن أو توسيعه و الإستفادة من قرض عقاري لتمويل نشاط فلاحى أو صناعى ، و تسوية الوضعية القانونية للعقارات لاسيما التركة من خلال تقسيمها و تمكين الملاك الورثة من التصرف و كذا لتمكين الغير من بيع عقاره " . ج ر للمداولات ، ع 217 ، الصادرة بتاريخ : 25-12-2006 . مشار إليها في : حميدي محمد أمين ، نظام تورنس المرجع السابق ، هامش 248 ، ص 233 .

قادرا على إثباتها بوثيقة لها قوة ثبوتية قاطعة ، فيجوز للإدارة أن تسلّمه سند يثبت ملكيته لهذا العقار و ذلك على إثر إنجاز تحقيق يستند إلى أقوال شهود و تحريات مثبتة في وثيقة خاصة تخضع لتقدير السلطة الإدارية المعنية .

إنّ عملية التحقيق العقاري المعلنة في إطار القانون رقم 02-07 و المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المطبق له ، تتم بصفة مستقلة عن عملية مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، على اعتبار أنّ هذه الأخيرة تقوم بصفة آلية و إلزامية بتغطية كل إقليم البلدية ، في حين أنّ عملية التحقيق العقاري تتم بصفة إختيارية لفائدة من يتقدم بطلب .

و وفقا لهذا التحليل فإنّ من شأن عملية التحقيق العقاري أن تمهّد لعملية المسح ، على اعتبار أنّها تقوم على ذات المعايير التقنية التي تستلزمها عملية مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، لاسيما فيما يتعلق بقواعد تحديد الملكية و وضع المعالم ، فضلا عن رفع وتيرة أشغال المسح العام للأراضي للوصول سريعا إلى تطهير الوضعية العقارية عبر كامل التراب الوطني⁽¹⁾ .

و الجدير بالملاحظة أنّ فكرة التحقيق العقاري المعلن عنها بموجب القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 ليست بالفكرة الجديدة أو المبتدعة ، بل أنّها فكرة قديمة قدم الملكية العقارية فقد عرفها القانون الفرنسي إبان فترة الإحتلال للجزائر .

فقد تميّزت الحقبة الإستعمارية بكثافة النصوص القانونية و السياسات العقارية المختلفة ، و التي كانت تهدف في مجملها إلى إدماج أكبر مساحة ممكنة من الأراضي ضمن أملاك الدولة الفرنسية ، من خلال تجريد الأهالي من أراضيهم⁽²⁾ بإغرائهم عبر إستخراج سندات ملكية لحملهم على بيعها للمعمرين . و من جملة النصوص التي صدرت في هذا الصدد قانون فارني -Warnier- المؤرخ في 26 جويلية 1873 ، و قد صدر هذا القانون في مرحلة تميّزت بتغيير السياسة العقارية الفرنسية بعد 1870

¹- جاء في الكلمة التي ألقاها رئيس الجمهورية بمناسبة إنعقاد مجلس الوزراء بتاريخ 17 جويلية 2005 أثناء عرض مشروع القانون التمهيدي للقانون رقم 02-07 : " ... أنّه من الضروري وضع حد للأمن القانوني الذي يميّز الملكية العقارية و تحديث التنظيم و التسيير العقاري في البلاد وفق قانون يسمح بتحرير أملاك عقارية هامة مازالت غير منتجة و المساهمة في رفع القيود المفروضة في الحصول على العقار التي تشكل عاملا معيقا للإستثمار ، إنّ هذا النص الذي سيصدر يجب أن يستكمل عاجلا بنصوص تنظيمية تعزز قدرات تدخل الإدارة للتكفل برفع الأعباء التي ستنتج عن تطبيق هذا القانون ... " . أنظر حمدي باشا عمر ، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، ط 2 ، دار هومه الجزائر ، 2014 ، هامش 1 ، ص 131 .

²- أنظر محمد بوركي ، التوثيق و الإشهار العقاري ، الجزء الأول ، مجلة الموثق ، عدد 5 ، 1998 ، ص 31 .

إذ توجهت هذه السياسة نحو فرنسة -franisation- كل الأراضي الجزائرية ، و ذلك من خلال إخضاعها و إخضاع التعامل فيها إلى القانون الفرنسي بما في ذلك الأراضي الموقوفة التي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية . إذ نصّت المادة الأولى من هذا القانون على أنّ : " تأسيس الملكية العقارية بالجزائر و الإنتقال التعاقدى للملكيات و الحقوق العقارية مهما كان أصحابها تخضع للقانون الفرنسي " (1) .

و من أهم الإجراءات التي أقرها قانون فارني المتمم في 28 أبريل 1887 ، تطهير الأراضي الفلاحية من جميع الأعباء السابقة و إعداد سندات ملكية نهائية ، و ذلك بإجراء تحقيق عام يشمل جميع الأراضي يُتوّج بمنح سند ملكية فردي نهائي (2) .

و من الناحية العملية تتم عملية التحقيق بتعيين مستشار محقق ، يلتزم بالتنقل إلى الميدان مرّة أولى و معاينة الأرض و الإستماع إلى الأطراف ذوي الحقوق و شهودهم ، و الإطلاع على وثائقهم و طلباتهم و إعتراضاتهم إن وجدت ، و يضبط النتائج المحصّل عليها في محضر يُلخص فيه العملية و يحدد إسم المالك ، و في حالة الشيوخ تُوضع أسماء كل الشركاء و النصيب العائد لكل منهم ثم يقوم بإيداع نسخة من محضره لدى القاضي -Le juge de paix- و نسخة مترجمة من المحضر تودع لدى رئيس الجماعة (3) "القايد" -Le Caid- و يمنح للأطراف أجل ثلاثة (03) أشهر لإبداء إعتراضاتهم على عملية التحقيق ، و بناء على ذلك يلتزم المحقق بالإنتقال ثانية لمحاولة الإصلاح أو إجراء الصلح بين الأطراف ، و يقترح نتائجها النهائية ، و التي بناء عليها تقوم إدارة المالية بإعداد سند الملكية المؤقت لمدة ثلاثة (03) أشهر ، يجوز خلالها لكل ذي مصلحة أن يسجل إعتراضه أمام المحكمة الفرنسية ، و بناء على الحكم الصادر يتم إعداد سند الملكية النهائي و تسجيله (4) .

¹- أنظر عيسى يزير ، السياسة الفرنسية تجاه الملكية العقارية في الجزائر 1830-1914 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في التاريخ المعاصر ، تخصص ضفتي البحر المتوسط ، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية ، قسم التاريخ ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية : 2008-2009 ، ص 74 .

²- ويس فتحي ، المرجع السابق ص 207 .

-يراجع أيضا ، عمار علوي ، الملكية و النظام العقاري في الجزائر ، العقار ، ط 7 ، دار هومو ، الجزائر ، 2013 ، ص 58 و ما يليها .

³- أنظر عيسى يزير ، المرجع السابق ، ص 77 .

⁴- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 207 .

إلا أنّ عملية التحقيق في ظل قانون فارني المتمم في 28 أبريل 1887 ، لم تحقق النتائج المرجوة من وراء تشريعها بسبب الصعوبات و التعقيدات التي رافقت تطبيق هذا القانون ، إذ لاحظ البعض وقوع أخطاء جسيمة من قبل المحققين ، عقدت من الوضعية و خلقت تعارض بين السندات المسلمة و الواقع مما أدى بالكثير من الأهالي للعودة إلى الإستغلال القديم و ترك السندات المسلمة و عدم الإعتداد بمحتواها . الأمر الذي أدى بالإدارة الفرنسية آنذاك إلى البحث عن أنجع الصيغ القانونية في التحقيق في الملكية الفردية ، و التخفيف من الإجراءات السابقة .

و في هذا الإتجاه صدر قانون 16 فيفري 1897 ، بموجبه تم إلغاء دور المحقق و إخضاع المنازعات المتعلقة بأراضي العرش للقضاء الإداري ، أمّا المنازعات المتعلقة بالأراضي التي تم تطهيرها و منح مالكةها سند فردي فتخضع للقضاء العادي ، و كل سند يمنح بناء على قانون 16 فيفري 1897 يكون هو السند النهائي ، و يحوز حجية مطلقة في مواجهة الكافة ، بما فيها حاملي السندات التوثيقية المفروسة و السندات الإدارية الصادرة قبل صدور قانون 1897 ، على إعتبار أنّ الإجراءات المقررة بقانون 1897 تكون قد طهرت العقار من الحقوق السابقة⁽¹⁾ .

و أخيرا جاء قانون 04 أوت 1926 الذي أوجد فكرة التطهير الجزئي للعقارات ، من خلال إلغاء العمل بالتحقيقات الكلية أو الجزئية التي جاءت بها قوانين 1873 و 1887 ، و منه تطهير أراضي العرش و الملك و تسليم العقود .

أمّا بالنسبة لأراضي الجنوب ، فقد صدر بشأنها المرسوم المؤرخ في 19 جوان 1928 ، و الذي أوجد إجراءات تحقيق تخص الأراضي الصحراوية التي لم تخضع للإجراءات المقررة بقانون 1863 المعروف بقانون سيناتوس كونسيلت -Senatus Consulte-⁽²⁾ .

و الذي يبدو أنّ المشرع قد إستلهم فكرة التحقيق العقاري من القوانين السالفة الذكر أعلاه ، عند صياغته لأحكام القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية

¹-ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 208 و 209 .

²-يعتبر المرسوم المؤرخ في 22-04-1863 الشهير بإسم سيناتوس كونسيلت - senatus consulte - من أهم القوانين التي كان لها الأثر البارز في رسم السياسة العقارية الإستعمارية ، إذ بموجبه تم تقسيم أراضي العرش بين سكان القبائل لتصبح ملكا للأفراد ، و منه إجبار المالك على بيع ملكيته بمختلف الأساليب غير الشرعية و الإستعمارية . و من أجل تنفيذ هذا القانون صدر المرسوم المؤرخ في 23-05-1863 ، و تبعا للمادة الثانية من هذا المرسوم تم تأسيس لجان تحديد القبائل و توزيع العقارات على الدواوير بقرار من الحاكم العام ، و التي شرعت في دراسة هيكلة و تكوين القبائل و منه تحرير تقارير عن تاريخ نشأة و تكوين العرش أو القبيلة المعنية بالتحقيق .

العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، مع بعض التعديلات الشكلية⁽¹⁾ . و هو ما سنلحظه عند عرض شروط و إجراءات تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري .

ثانيا : شروط تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري

أجابت على ذلك المادة 02 من القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري بقولها : " يطبق إجراء معاينة حق الملكية العقارية على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق 12 نوفمبر سنة 1975 و المذكور أعلاه ، مهما كانت طبيعته القانونية .

يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 و التي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية " .

كما أضافت المادة 04 من ذات القانون على أنه : " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على عقار سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، أو يحوز سند ملكية كما هو مبين في المادة 02 أعلاه ، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته و تسليمه سند ملكية ... " .

يتبين من قراءة النصين أعلاه أنّ ثمة شروط يتوجب توافرها للإستفادة من هذا الإجراء ، و أنّ هذه الشروط جميعها ترد إلى فكرتين أساسيتين ، أولهما تخص العقار محل المعاينة و التحقيق العقاري و ثانيهما تتعلق بالحيازة و وضع اليد المكسب للملكية . و نرى أنّه من الأفضل لتحديد مضمون هذين الشرطين أن نبحث كل منهما على حدى ، و ذلك وفقا للتفصيل الآتي :

1- الشروط الخاصة بالعقار

حدد المشرع ضمن المادتين الثانية و الثالثة من القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري الشروط الواجب توافرها في العقار المعني و الطبيعة القانونية له ، بما يفيد أنّ هذا الإجراء لا يطبق إلاّ على العقارات الواقعة في المناطق غير الممسوحة ، و أن لا يكون لمالكها سند ملكية أصلا ، أو لهم

¹ - محمودي عبد العزيز ، إجراءات تفعيل الحيازة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، ط 1 منشورات بغداددي ، الجزائر ، 2011-2012 ، ص 126 .

سندات ملكية محررة قبل الفاتح من مارس 1961 ، و أن تكون من صنف الملكية الخاصة .
و هي الشروط التي سيتم بيانها فيما يلي :

أ- أن يكون العقار واقع في منطقة غير ممسوحة

باعتبار أن إجراء معاينة حق الملكية العقارية الخاصة المنصوص عليه في القانون رقم 02-07 قد جاء تمهيدا و تسهيلا لعملية المسح المعلن عنها بموجب الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، فمن البديهي أن لا يطبق إلا على العقارات التي لم يتم مسحها بعد ، على اعتبار أن العقارات التي تم مسحها سنتتهي حتما بتسليم أصحابها بعد نهاية العملية دفتر عقاري أو شهادة ترقيم مؤقت حسب الحالة .

و بالتالي فإنّ هذا الإجراء لا يخص إلا العقارات التي يكون لها وعاء عقاري ثابت في المناطق غير الممسوحة ، سواء أكانت هذه العقارات مبنية أو غير مبنية ، ريفية أو حضرية .

ب- أن يكون العقار بلا سند ، أو له سند ملكية محرر قبل الفاتح من مارس 1961

نصّت المادة 02 من القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري في فقرتها الثانية على أنه : " يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يجوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 و التي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية " .

تستدعي هذه الفقرة ملاحظتين : من جهة أنّها تضمنت تأسيس سند الملكية على العقارات التابعة للملكية الخاصة التي ليس لها سندات ملكية ، و هذا أمر منطقي و صائب طالما أنّ حائزي هذه العقارات ليس لهم سندات رسمية مشهورة يُحتج بها في إثبات ملكيتهم لهذه العقارات . مما يعني أنّ العقارات التابعة للملكية الخاصة بدون سند هي المعنية بهذا الإجراء .

و من جهة ثانية ، أنّها أشارت إلى إمكانية إستفادة حاملي السندات المحررة قبل الفاتح من مارس 1961 من أحكام هذا الإجراء .

إنّ المنطق الذي إعتمده المشرع في إشارته للسندات المحررة قبل الفاتح من مارس 1961 ، يندرج ضمن المسعى الذي إنتهجه المشرع منذ الإستقلال في مجال إثبات الملكية العقارية ، في سبيل تطهير الوضعية العقارية الموروثة عن الحقبة الإستعمارية ، و ضمان أكبر قدر ممكن من الإستقرار لحاملي هذه السندات .

و قد سبق الإشارة إلى مرحلة ما قبل الفاتح من مارس 1961 في الفصل الأول من هذه الرسالة عند الكلام عن القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل صدور قانون التوثيق ، و قدمنا أنّ الوضعية العقارية للفترة السابقة عن هذا التاريخ ، و هي فترة سريان أحكام المرسوم رقم 55-22 المؤرخ في 04 جانفي 1955 المتعلق بالشهر العقاري في فرنسا و الساري المفعول في الجزائر ، قد تميّزت بالتعامل المكثف بالسندات العرفية ، أين سمح للخواص بإبرام العديد من السندات العرفية المتضمنة نقل أو تعديل أو إنهاء لحقوق عينية عقارية لم تراعى فيها إجراءات الشهر ، تبعا لأحكام القانون المدني و قانون الشهر العقاري الساري المفعول قبل دخول المرسوم رقم 59-1190 المؤرخ في 21 أكتوبر 1959 المتعلق بالشهر العقاري و توسيع مكاتب حفظ الرهون العقارية حيّز التطبيق .

و حتى نعطي لهذا العنصر حقه في البحث ، نرى أن نذكر بعض من السندات التي يمكن أن تندرج ضمن مضمون الفقرة 02 من المادة 02 من القانون رقم 07-02 المشار إليها أعلاه . و التي يمكن حصرها في الآتي :

- ❖ السندات المحررة و المسلمة إثر التحقيقات الكلية التي تمت وفقا لقانون 26 جويلية 1873⁽¹⁾ .
- ❖ السندات المحررة و المسلمة وفقا للتحقيقات الجزئية و الكلية التي تمت وفقا لقانون 16 فيفري 1897 و قانون 04 أوت 1926⁽²⁾ .
- ❖ السندات المحررة إثر مزادات علنية أو البيوع و الهبات الواردة على عقار أو حق عيني عقاري المحررة لدى مكاتب التوثيق في تلك الفترة ، و التي خضع البعض منها إلى عملية الشهر بمكاتب الرهون

¹- هذا النوع من السندات يتضمن البيانات المتعلقة بالعقار من حيث طبيعته ، مساحته ، تسميته ، و حصص المستفيدين منه ، و عند الإقتضاء الحقوق و الأعباء التي تنقله . مع الإشارة إلى أن هذا النوع من السندات موجود بكثرة على مستوى مناطق الوطن في الوسط ، الشرق و الغرب .

و قد وصل عدد السندات المسلمة إثر إنتهاء عمليات التحقيقات التي تمت وفقا لقانون 26 جويلية 1873 ، إلى تسليم 535.279 سند . أنظر عيسى يزير ، المرجع السابق ، ص 77.

-يراجع أيضا ، عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 11 .

²- أشارت المادة 02 من قانون 16 فيفري 1897 إلى حجية هذه السندات في إثبات الملكية العقارية ، و تم الإحتفاظ بأصول و وثائق التحقيق و مخططات القطع الأرضية بمكاتب الرهون العقارية . أنظر عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 11 .

للإحتجاج بها على الغير⁽¹⁾ .

❖ السندات القضائية (الأحكام و القرارات) المثبتة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية و الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه ، و هي سندات ملكية لم تعد تعكس الوضعية الحقيقية لهذه العقارات بل أنّ عملية إشهارها حتى بعد الإستقلال شكّلت سببا لمطالبة المحافظين العقاريين بالزامية إيداعها لدى الموثق قبل إخضاعها لإجراءات الشهر⁽²⁾ .

❖ عقود القضاة الشرعيين المتضمنة معاملات عقارية بين الجزائريين ، و عادة ما كانت تنصب على القطع الأراضية و البناءات المتواجدة في الوسط الريفي . إذ ليس بخاف أنّ الجزائر قد عرفت نمط تعاقدية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و قواعدها ، إستمرّ لأكثر من ثلاثة (03) قرون ، من القرن السادس عشر الميلادي إلى غاية القرن إلى التاسع عشر (1515-1830)⁽³⁾ ، يتولاها المحاكم الشرعية التي كان يشرف عليها قضاة شرعيون ، يساعدهم كتبة عدل أو باشا عدل ، و قد كانت صلاحيات هذه المحاكم واسعة و متنوعة . فبالإضافة إلى الدور التقليدي الذي يندرج ضمن المهنة التوثيقية كما هي معروفة حاليا ، كان لهذه المحاكم صلاحيات قضائية تفرد بها في مسائل الأحوال الشخصية و التركات و الموارث⁽⁴⁾ .

و عقب إحتلال فرنسا للجزائر سنة 1830 ، شرعت الإدارة الفرنسية في تكريس و فرض التنظيمات المشابهة لتلك المطبقة في فرنسا ، و في مجال الملكية العقارية و لإضفاء صبغتها الإستطانية أخضعت

¹- محمودي عبد العزيز ، آليات تطهير الملكية و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المرجع السابق ، ص 257 .

²- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 258 .

³- تميّزت هذه الحقبة من تاريخ التوثيق في الجزائر بالثراء و التنوع من حيث المرجعية المذهبية . و يقول العلامة ابن خلدون معلقا على هذه الفترة ، أنّ السلطان عبد الحميد الأكبر كان يُقيم وزنا و يُعطي شأنًا كبير للكتاب (الموثقين حاليا) و يصفهم بأنهم أشرف الجهات ، و أهل الأدب و المروءات و العلم و الرزانة ، بنصائحهم يصلح الله للخلق سلطانهم ، و تعمر بلدانهم لا يستغني الملك عنهم . أنظر بورويس زيدان ، المسار التاريخي للتوثيق في الجزائر دورة تكوينية ماي 2014 ، الغرفة الوطنية للموثقين لناحية الشرق ، ص 11 .

⁴- بموجب المرسوم رقم 63-261 المؤرخ في 22-07-1963 ، تم الإبقاء على المحاكم الشرعية كجهات توثيق ، و نقل إختصاصها كجهات حكم إلى المحاكم العادية .

بموجب الأمر المؤرخ في 30 ديسمبر 1942 ، المعاملات العقارية إلى نظام جديد ينظم مهنة التوثيق حسب قانون فاننوز⁽¹⁾ الذي كان معمولاً به فرنسا .

و فعلا لم يبق للقاضي الشرعي ، إلا إختصاص الأحوال الشخصية (الزواج و الطلاق) و التركات و المواريث و الأوقاف و الوصايا و الأملاك المنقولة بين الأهالي الجزائريين ، و أصبحت المعاملات المعاينة للتصرفات العقارية خاضعة لنظام مكاتب التوثيق العمومية التي يُديرها موثقون فرنسيون بإستثناء البيوع الواقعة على الأملاك العقارية الواقعة في الوسط الريفي ، و التي بقيت خاضعة في تحريرها للقضاة الشرعيين ، و قد كانت هذه العقود تحرر باللّغة العربية شريطة تقييدها في دفاتر على أن يتم تسجيلها بمصلحة التسجيل و الطابع ، دون أن تستكمل بشأنها إجراءات الإشهار العقاري .

أمّا عن القيمة القانونية لسندات القضاة الشرعيين في إثبات الملكية العقارية ، فهي تكتسي ذات الحجية المقررة للسندات الرسمية ، و قد أكدّ القضاء الجزائري على هذا المبدأ في عدّة قرارات صادرة عنه من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 03 جوان 1989 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " من المستقر عليه فقها و قضاء أنّ العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية التي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين .

و تُعدّ عنوانا على صحة ما يُفرغ فيها من إتفاقات و ما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير و معاكس لفحواها .

و لمّا ثبت - في قضية الحال - أنّ القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة و معترف بها و من ثم فإنّ قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا صحيحا " .

¹ - قانون فاننوز -Loi Du 25 Ventose An XI- صدر هذا القانون بتاريخ 16-05-1803 ، و أصل كلمة Ventose هي كلمة ذات منشأ لاتيني ، و هي مشتقة من كلمة Vâtoz ، و هو إسم مذكر مشتق من كلمة Ventosus و معناها الشهر السادس من السنة الجمهورية المقابل للفترة الممتدة من 19-21 فبراير إلى 20-21 مارس حسب تعاقب السنوات . أنظر المنجد الفرنسي 600000 كلمة ، ص 2652 .

² - قرار م ع غ م ، ملف رقم : 40097 ، الصادر بتاريخ 03-06-1989 ، منشور ب م ق ل لسنة 1992 ، ع 1 ص 119 .

و نفس المبدأ كرّسته المحكمة العليا في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 25 فبراير 2004 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ : "حيث أنّ عقد الملكية المؤرخ في 24 فبراير 1942 حرره قاضي محكمة خراطة و هو موثق رسمي في ذلك الوقت .

حيث من المستقر عليه قضاء العقود المحررة من طرف قضاة المحاكم الشرعية قبل الإستقلال تعد صحيحة و رسمية ، و عليه فدفغ الطاعنين في غير محله ممّا يجعل الوجه أيضا غير مؤسس يتعيّن رفض الطعن الحالي " .

و لا نترك الكلام في السندات المحررة قبل الفاتح من مارس 1961 ، قبل أن نشير إلى أنّ معظم السندات المشار إليها أعلاه ، و إنّ كانت تعتبر سندات رسمية و ذات قيمة قانونية ، إلاّ أنّ هذه السندات لم تعد تعكس الحالة القانونية و المادية الدقيقة للعقار على أرض الواقع ، بسبب ما ورد عليه من تصرفات عرفية ، فضلا عن عملية الشيوخ و القسمة المخفية . الأمر الذي دفع بالمشرع إلى السماح لحاملي هذه السندات ، باللّجوء إلى طلب إجراء تحقيق عقاري بشأنها من أجل إعادة تحيينها في قالب رسمي جديد ، يعكس الوضعية القانونية و المادية الحالية للعقار ، و يتماشى مع أحكام نظام الشهر العيني المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

ج- أن يكون العقار من صنف الملكية الخاصة

لا يتقرر إجراء التحقيق العقاري لأي صنف من العقارات ، و إنّما يشترط في العقار محل المعاينة أن يكون مملوكا ملكية خاصة . و قد رأى المشرع أن ينبه إلى ذلك ففضى في المادة 03 من القانون

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 264528 ، الصادر بتاريخ 25-02-2004 ، منشور ب م ق ل لسنة 2004 ، ع 1 ص 235 .

- و يراجع في نفس السياق أيضا قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 487496 ، الصادر بتاريخ 17-12-2008 ، منشور ب م م ع ل لسنة 2008 ، ع 2 ، ص 285 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث يتضح أنّ القضاة قد إطلعوا جيّدا على مضمون العقد المؤرخ في 16 أبريل 1943 المسمى بعقد التقاف أو عقد الحجز و تأكّدوا من خلاله بأنّه محرر من طرف القاضي الشرعي الذي يضيف عليه الصفة الرسمية وقت تحريره و أنّ الأرض قد تم تسليمها للمدعي عليه في الطعن الذي حاز منذ ذلك التاريخ لحصول المزايد عليه حسبما هو مدوّن في العقد المذكور ، و أنّه حازها لحين حصول الإعتداء . و حيث ثبت للقضاة بأنّ المدعى عليه في الطعن له أن يحمي ملكيته التي آلت إليه بموجب العقد السالف ذكره بعدما ثبت التعدي عليها من خلال الخبرة القضائية المعتمدة من طرفهم .

و حيث أنّ القضاة لم يخالفوا توجيهات المحكمة العليا التي وجهتهم إلى دراسة عقد التقاف إعطائه الطبيعة القانونية " .

رقم 07-02 السالف الذكر بما يلي : " لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش و الأملاك الوقفية " .

و هو ما يعني أنّ المشرع قد إستبعد من مجال تطبيق إجراء التحقيق العقاري الملكيات العقارية التالية : الأملاك العقارية الوطنية ، أراضي العرش ، و الأملاك العقارية الوقفية . ممّا يتعيّن معه بحث كل صنف من هذه الأصناف و بيان خصوصيته ، و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

❖ إستبعاد الأملاك العقارية الوطنية

و هي العقارات المنصوص عليها ضمن أحكام القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن الأملاك الوطنية ، بما لها من تصنيفات سواء أكانت من الأملاك الوطنية العامة أو الأملاك الوطنية الخاصة .

إنّ قراءة المادة 03 أعلاه أثناء الإشارة إلى إستبعاد الأملاك العقارية الوطنية من مجال تطبيق إجراء التحقيق المعلن عنه بمقتضى القانون رقم 07-02 ، له ما يبرره من الناحية القانونية ، على إعتبار أنّ الأملاك الوطنية العمومية لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها أمّا الأملاك الوطنية الخاصة ، و إنّ كانت تؤدي وظيفة إمتلاكية و مالية حسب التعريف الوارد في المادة 03⁽¹⁾ من القانون رقم 90-30 المذكور أعلاه ، فهي غير قابلة للإكتساب بالتقادم و لا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية و الإقتصادية⁽²⁾ .

¹- تنص المادة 03 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية على ما يلي : " تطبيقا للمادة 12 من هذا القانون ، تمثل الأملاك الوطنية العمومية الأملاك المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه و التي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها .
أمّا الأملاك الوطنية الأخرى غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية و التي تؤدي وظيفة إمتلاكية و مالية فتتمثل في الأملاك الوطنية الخاصة " .

²- تنص المادة 04 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن الأملاك الوطنية على ما يلي : " الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف و لا للتقادم و لا للحجز ، و يخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الخاصة .
الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم و لا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية الإقتصادية و تخضع إدارة الأملاك و الحقوق المنقولة و العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة و التصرف فيها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الأخرى " .

❖ إستبعاد أراضي العرش

إستنتت المادة 03 أعلاه من مجال تطبيق القانون رقم 07-02 ، أراضي العرش أو ما يعرف " بأراضي السابقة " أو " السابقة " . و الملاحظ أنّ هذا النوع من الأراضي يتخذ طبيعة قانونية متميزة فهي من جهة ، تستغل كأصل عام وفق حق الإنتفاع الدائم التقليدي المستمد أساسا من الأعراف المحلية و من جهة ثانية ، أنّها تعدّ ملكا من الأملاك الوطنية الخاصة . إذ سبق و أن أدرجها المشرع ضمنا ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، و هو ما يستشف من نص المادة 83 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري و التي وردت صياغتها على النحو التالي : " بعد إنتهاء من تسوية العمليات المنصوص عليها في المواد من 75 إلى 82 المذكورة أعلاه ، تظل الأراضي التي بقيت ملكا للدولة خاضعة لقانون الأملاك الوطنية و القوانين الخاصة بطريقة إستغلالها و حقوق من تخصص لهم و إلتزاماتهم " .

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا السياق ، أنّ المواد من 75 إلى 82 نصّت على شروط و إجراءات إسترجاع الأراضي الفلاحية التي أدمجت ضمن صندوق الثورة الزراعية بموجب الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية ، و في هذا الصدد تم الإعتراف للملاك السابقين بالحق في إسترجاع أراضيهم ، في حين لم يتم التتصيص على إسترجاع أراضي العرش ، بما يفيد أنّ المشرع قد أبقاها ضمن الأملاك الوطنية ، و هو ما يؤكد ضمنا أنّ ملكية الرقبة في أراضي العرش تعود للدولة ، و لا يستأثر شاغلوها سوى بحق الإنتفاع الدائم .

إلا أنّ عدم صراحة على إدراجها ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، أدى إلى التسبب في الكثير من المنازعات القضائية ، بسبب تمسك مستغلي هذه الأراضي بحقهم في إسترجاعها ، الأمر الذي أدى بالمشرع أثناء تعديله للقانون رقم 90-25 بموجب الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995⁽¹⁾ إلى التأكيد على تصنيفها ضمن الأملاك الوطنية الخاصة ، إذ نصت المادة 13 منه على أنّه : " تبقى ملكا للدولة أراضي العرش ... " (2) .

¹ - منشور في ج ر ، ع 55 ، لسنة 1995 .

² - تم إدراج مضمون المادة 13 من الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25-09-1995 ضمن المادة 85 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري .

و يجدر التنبيه هنا إلى أنّه بالرغم من أنّ المشرع قد حدد الطبيعة القانونية لأراضي العرش ، من خلال إدراجها ضمن الملكية الوطنية الخاصة ، إلا أنّه لم يبيّن طريقة إستغلالها ، إذ لا يزال هذا النوع من الأراضي يستغل بأسلوب حق الإنتفاع

و ما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد ، أنه على الرغم من تأكيد المشرع على صيرورة أراضي العرش ملكية وطنية خاصة ، إلا أنه و في المادة الثالثة من القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري قد ذكر هذا النوع من الأراضي و على وجه التخصيص بنصه : " لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش... " .

إنّ هذا المنطق الذي إعتمده المشرع في ذكره لأراضي العرش على وجه التخصيص ، نجد له مبرر عند معاينة المنازعات القضائية التي أثّرت بمناسبة إعداد عقود الشهرة ، و كذا تمسك مستغلي أراضي العرش بالتقادم المكسب⁽¹⁾ .

❖ إستبعاد الأملاك العقارات الموقوفة

حسناً فعل المشرع حينما إستثنى العقارات الموقوفة من مجال تطبيق إجراء التحقيق العقاري ، على إعتبار أنّ الوقف كما ورد في المادة 05 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف ، ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين و لا للإعتباريين ، و يتمتع بالشخصية المعنوية . إذ بذلك يكون قد إستبعد إمكانية تملك هذه العقارات بالتقادم المكسب المعلن عنه بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .

2- الشروط الخاصة بالحيازة

لا يكفي للإعتراف بالملكية للحائز في مفهوم القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري مجرد أن يكون العقار محل التحقيق واقعا في منطقة غير ممسوحة ، و مملوكا ملكية خاصة بلا سند أو له سند محرر قبل الفاتح من مارس 1961 ، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن يكون طالب التحقيق حائزا للعقار حيازة صحيحة مؤدية إلى إكتساب العقار بالتقادم المكسب . و على ذلك جرى حكم

= الدائم التقليدي ، مما يتعيّن على المشرع التدخل لضبط حقوق المستغلين لهذه الأراضي ، و كذا تبيان حدود الدولة بإعتبارها مالكة لحق الرقبة .

- لمزيد من التفصيل حول موضوع أراضي العرش ، يراجع نعيمة حاجي ، أراضي العرش في القانون الجزائري ، دار هومه الجزائر ، 2010 .

¹- أنظر محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 259 .

- يراجع أيضا ، حمدي باشا عمر ، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 137 .

المادة 04 فقرة أولى من القانون رقم 07-02 السالف الذكر : " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على عقار ، سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر ، أو يحوز سند ملكية كما هو مبين في المادة 02 أعلاه أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته و تسليمه سند ملكية " .

و بما معناه ، أنه إذا نتج عن عملية التحقيق أنّ صاحب الطلب يمارس على العقار حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب ، طبقاً لأحكام القانون المدني ، فإنّه يعترف له بأحقّيته على العقار محل التحقيق العقاري⁽¹⁾ .

و المقصود بالحيازة هنا هي السلطة الفعلية أو الواقعية التي يباشرها الحائز على العقار محل التحقيق و التي يجب أن تمارس وفقاً لأحكام القانون المدني ، لاسيما المواد من 808 إلى 834 منه و التي يجب أن تكون هادئة و علنية و مستمرة خالية من عيوب الإكراه و الخفاء و اللبس ، و أن تقتصر بالمدة القانونية المقررة لإكتساب العقار بالتقادم المكسب ، و التي حددها المشرع بخمسة عشرة (15) سنة بدون إنقطاع ، و بعشر (10) سنوات متى توافر لدى الحائز النية الحسنة و السند الصحيح .

ثالثاً : إجراءات تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري

خلافاً لعملية مسح الأراضي العام ، التي تعتبر عملية حتمية و إلزامية ، فإنّ عملية التحقيق العقاري في إطار القانون رقم 07-02 تعتبر مسألة إختيارية ، إذ يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي ، حائز لعقار وفقاً للشروط المبينة أعلاه ، أن يبادر بطلب فتح تحقيق عقاري ، يُوجه إلى مدير الحفظ العقاري الولائي المختص إقليمياً ، قصد المعاينة القانونية و المادية لملكيته العقارية و تسليمه سند الملكية .

إنّ هذه المعاينة القانونية و المادية للملكية العقارية ، لا تتم إلاّ وفق إجراءات رسمها القانون و أنّ هذه الإجراءات تختلف بحسب ما إذا كنا بصدد تحقيق فردي أو جماعي .

لذلك سنعرض أولاً لتقديم طلب فتح تحقيق عقاري ، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات في مراحلها المتوالية فندرس سير عمليتي التحقيق الفردي و الجماعي ، و نتكلم أخيراً في الإجراءات الختامية لعملية التحقيق العقاري .

¹- يراجع نص المادة 14 من القانون رقم 07-02 .

1- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري

تنص المادة 06 من القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات ملكية عن طريق تحقيق عقاري على ما يلي : " يتم فتح تحقيق عقاري بصفة فردية في أي وقت .

غير أنه يمكن فتح تحقيق عقاري بصفة جماعية في إطار إنجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ، ريفية أو حضرية " .

يتبين من قراءة النص أعلاه ، أنّ هناك صورتين لإجراء معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري . أمّا الصورة الأولى فتتجلى في الإجراء الفردي ، و أمّا الثانية فهي خاصة بالإجراء الجماعي . و لتبيان كيفية تقديم طلب فتح تحقيق عقاري في الصورتين ، لابدّ أن نعرض لكل صورة على حدى . و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

أ- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري عند الإجراء الفردي

نصّت المادة 06 فقرة أولى من القانون رقم 07-02 المشار إليه أعلاه على ما يلي : " يتم فتح تحقيق عقاري بصفة فردية في أي وقت " .

كما حددت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 19 ماي 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية ، محتوى الطلب و الوثائق المرفقة به . و هنا لابدّ من التمييز بين حاتين وفقا لما تقضي به المادة 02 من القانون رقم 07-02 . أمّا الحالة الأولى تخص الحائز بلا سند ، و أمّا الثانية فهي خاصة بالمالك الذي يحوز سند ملكية محرر قبل الفاتح من مارس 1961 . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لكل حالة على حدى ، و ذلك وفقا للتفصيل الآتي :

الحالة الأولى : تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من الحائز بلا سند

في هذه الحالة يلتزم الحائز بتقديم طلب فتح تحقيق عقاري إلى مدير الحفظ العقاري المختص إقليميا وفقا لإستمارة نموذجية معدّة مسبقا ، يذكر فيه هويته أو هوية الحائزين إن كانوا على الشيوخ ، و البيانات المتعلقة بالعقار محل التحقيق من حيث موقعه و طبيعته و حدوده و محتواه المادي ، مع الإشارة إلى صفته كحائز . هذا و يجب أن يرفق هذا الطلب بالوثائق التالية :

▪ تصريح شرفي على أنّ الحائز يمارس على العقار حياة تطابق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني .

▪ الأوراق الثبوتية للحالة المدنية للمعني .

- مخطط طبوغرافي للعقار معدّ من طرف مهندس خبير عقاري على نفقة صاحب الطلب ، على ورق شفاف على سلم مطابق للمعايير المعمول بها في مجال مسح الأراضي .
 - كشف وصفي معدّ من قبل الخبير العقاري ، يذكر فيه القوام المادي للعقار محل التحقيق و حدوده و كذا أسماء الملاك أو الشاغلين المجاورين ، مع الإشارة إلى الأعباء و الإرتفاقات الإيجابية و السلبية المترتبة العقار محل التحقيق .
 - الشهادات الجبائية و الإدارية التي يمكن أن تكون بحوزة الحائز (1) .
- إنّ صاحب الطلب ملزم بإيداع الملف المرفق بالمصلحة المختصة ، مقابل إستلام وصل إيداع الملف يُبين فيه بدقة الرقم التسلسلي و تاريخ الإيداع (2) .
- و في هذا الصدد ، يلتزم مدير الحفظ العقاري الولائي فور إستلامه الطلب ، بدراسة و فحص الملف و التأكد ممّا إذا كان صاحب الطلب هو صاحب الحق على العقار المطالب بملكيته ، أو مجرد وكيل و أنّ العقار محل التحقيق لم يتم مسحه بعد ، كما له أن يتأكد من أنّ الطلب مرفقا بالوثائق المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 19 ماي 2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية (3) .
- و بعد التأكد من تمام الملف ، و إثر قبوله يتخذ مدير الحفظ العقاري مقرر فتح تحقيق في أجل شهر من تاريخ إستلام الطلب ، و يُضمنه البيانات التالية (4) :
- إسم و لقب و رتبة المحقق العقاري .
 - موضوع مهمة المحقق العقاري .
 - تاريخ التنقل إلى الأماكن ، و الذي لا يتعدى شهرا إبتداء من تاريخ صدور مقرر فتح التحقيق العقاري .
 - هوية طالب الإجراء .

¹- يراجع نص المادتين 03 و 04 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .
 - يراجع أيضا ، التعليمية رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية ووزارة المالية . المتعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري و معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية ، ص 04 .

²- التعليمية رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، المرجع السابق ، ص 04 .

³- التعليمية رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، المرجع السابق ، ص 04 و 05 .

⁴- التعليمية رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، المرجع السابق ، ص 05 .

▪ تعيين العقار محل التحقيق .

و باعتبار أنّ مقرر فتح التحقيق العقاري الذي يصدره مدير الحفظ العقاري غير كاف لإعلام الطرف أو الأطراف المعنية ، ألزم المشرع المدير الولائي للحفظ العقاري ، بأن يُرسل مقرر فتح التحقيق إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي ، قصد إصاّقه بمقر البلدية لمدة خمسة عشر (15) يوما قبل تنقل المحقق العقاري إلى عين المكان (1) .

أمّا في حالة ما إذا تقرر عدم قبول الطلب ، فإنّه يتم تبليغ المعني بمذكرة مسببة تتضمن رفض الطلب .

الحالة الثانية : تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من الحائز بسند محرر قبل الفاتح من مارس 1961

في هذه الحالة يتم تقديم طلب فتح تحقيق عقاري من كل شخص يحوز سند ملكية محرر قبل الفاتح من مارس 1961 ، الذي فقد حادثته أو طابعه الحيني و لم يعد يعكس الوضعية الحقيقية الحالية للعقار . و على ذلك ، يجب أن يتضمن الطلب الكتابي ، الموجه إلى المدير الولائي للحفظ العقاري ، الإشارة إلى نوع السند ، و تاريخه ، و حجمه إن كان مشهر بمكتب الرهون العقارية (المحافظة العقارية حاليا) و القوام و المساحة ، و الأعباء التي يمكن أن تكون قد حدثت على العقار لفائدة الغير ، مع تحديد المستفيدين من ذلك . كما يلتزم إلى جانب ذلك ، بتضمين الملف التقني صورة أصلية أو نسخة واضحة من السند محل التحقيق (2) .

و بعد إيداع الطلب و تسجيله ، يقوم مدير الحفظ العقاري الولائي بفحص الطلب و دراسته ، وفقا للخطوات السابق بيانها . و في حالة قبول الطلب يتم تعيين محقق عقاري ، ضمن أعوان سلك مفتشي أملاك الدولة في أجل شهرين (02) من تاريخ إستلام الطلب ، للانتقال إلى الأمكنة و معاينة العقار محل التحقيق .

ب- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري عند الإجراء الجماعي

يبدو أنّ مقتضيات التطهير العقاري و إنعاش عمليات التحديث الريفي و الحضري ، جعلت المشرع يُتيح للجماعات المحلية (الولاية ، البلدية) في إطار تنفيذ المشاريع و برامج البناء أو التهيئة العقارية تقديم طلب فتح تحقيق عقاري . و قد تضمن القانون رقم 07-02 و المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المطبق له ، إجراءات تقديم الطلب .

¹- يراجع نص المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

²- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 226 .

و الذي يتم بمقتضى قرار يصدر من الوالي ، يتضمن الشروع في الإجراءات الجماعية للتحقيق العقاري يتم بمبادرة منه أو بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي . على حدّ تعبير حكم المادة 07 من القانون رقم 02-07 : " في حالة التحقيق الجماعي يتخذ الوالي قرار بمبادرة منه أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص ، يتضمن فتح تحقيق عقاري جماعي ، بعد أخذ رأي كل من مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي ، و حسب كل حالة ، مسؤول البناء أو المصالح الفلاحية " .

إنّ طلب فتح تحقيق عقاري جماعي يتطلب من الوالي أن يحدد و بدقة في القرار المتخذ ، المنطقة أو المناطق المعنية بالعملية ، مع الإشارة في صلب القرار إلى مهلة خمسة عشر (15) يوم ، المخصصة لتمكين المعنيين الذين يشملهم القرار من إيداع طلبات فتح تحقيق عقاري على مستوى المديرية الولائية للحفظ العقاري⁽¹⁾ .

و بإعتبار أنّ القرار المتخذ بشأن فتح تحقيق عقاري جماعي يكتسي طابع المنفعة العامة ، ألزم المشرع أن يكون هذا القرار محل إشهار واسع ، بداية من نشره في مصنف القرارات الإدارية ، إلى إعلانه للجمهور عن طريق التعليق لمدة شهر قبل بداية فترة إستلام الملفات .

و في هذا الصدد ، يلتزم المدير الولائي للحفظ العقاري بإرسال نسخ من القرار إلى كل من : رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنيين ، المديرين الولائيين المكلفين بمسح الأراضي ، المديرية الولائية لأملاك الدولة ، مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف ، مصالح البناء و التعمير ، و المصالح الفلاحية .

قصد إعلانه للجمهور عن طريق التعليق على لوحة الإعلانات المخصصة لهذا الغرض لضمان أوسع إشهار له⁽²⁾ .

و في هذا السياق ، يمكن للمعنيين الذين يشملهم القرار المتضمن فتح تحقيق عقاري جماعي ، تقديم الطلبات الفردية إلى المدير الولائي للحفظ العقاري ، وفقا للأشكال المذكورة بخصوص التحقيقات العقارية الفردية .

¹- يراجع نص المادة 05 فقرة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

²- يراجع أيضا نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

و بعد دراسة الطلبات و فحص الملفات و الوثائق المرفقة بها ، يُصدر المدير الولائي للحفظ العقاري مقرر يتضمن تعيين المحقق العقاري ، و يبيّن فيه إضافة إلى مراجع الوالي ، كل العناصر و المعلومات المدوّنة في مقرر فتح تحقيق عقاري الملتمس بصفة فردية⁽¹⁾ .

2- سير عمليتي التحقيق الفردي و الجماعي

يتوقف سير عملية التحقيق العقاري المعلن عنها بموجب القانون رقم 07-02 و المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المطبق له على إجراءات ، أولهما جمع المخططات و الوثائق اللازمة للتعرف على العقار محل التحقيق ، و ثانيهما المعاينة و التحقيق . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لهذين الإجراءين وفقا للتفصيل الآتي :

أ- جمع كافة المخططات و الوثائق اللازمة للتعرف على العقار محل التحقيق

يتولى المحقق العقاري كخطوى أولى ، جمع المخططات و الوثائق المتوفرة و المتعلقة بالعقار المعني بالتحقيق و المتمثلة أساسا في⁽²⁾ :

- مخطط البلدية و محضر وضع المعالم المعدّان في إطار القانون رقم 84-09 المؤرخ في 04 فبراير 1984 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد ، المتواجد على مستوى المجلس الشعبي البلدي و مصالح مسح الأراضي .
- مخططات مجلس الشيوخ -plans senatus consulte- ، مخططات قانون 1873 ، مخططات الإقليم ، مخططات التحقيقات الجزئية المصاق عليها أو غير مصادق عليها ، المخططات القديمة لمسح الأراضي الجبائي .
- المخططات الخاصة المعدّة من طرف مسح الأراضي .
- الوثائق المتعلقة بمجمل عمليات نزع الملكية التي تمّت على مستوى البلدية أو الولاية .
- مخططات الطرق أو الأزقة ، و كذا الوثائق المرفقة بها و التي يمكن أن يتحصل على نسخة منها لدى مديرية الأشغال العمومية .
- مخططات المجموعات الغابية⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

²- أنظر التعلية رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، المرجع السابق ، ص 07 .

³- تعتبر الغابات من أهم الثروات الطبيعية ، و كونها تندرج ضمن الأملاك الوطنية و يجب المحافظة عليها و حمايتها من كافة أشكال التعدي .

- مخططات وضع المعالم في إطار الثورة الزراعية المتواجدة على مستوى مصالح مسح الأراضي و المصالح الفلاحية أو البلدية .
- مخططات و محاضر الأراضي التي كانت موضوع إدماج في الصندوق الوطني للثورة الزراعية و كذا مجموعات أملاك الدولة و البلدية و الأراضي المسماة " عرش " .
- مخططات المستثمرات الفلاحية الجماعية و الفردية التي جاءت إثر تطبيق القانون رقم 87-19 المؤرخ في 08 ديسمبر 1987 .

ب- المعاينة و التحقيق

تعتبر عملية الانتقال إلى الأماكن من أجل المعاينة ، من أهم المراحل التي تقتضيها عملية التحقيق العقاري ، و من الناحية العملية فإنّ عمل المحقق العقاري ينبغي أن ينصب في المقام الأول على تحديد معالم العقار و ضبط حدوده ، و ذلك كإجراء تمهيدي يسبق إثبات الوضعية الفعلية و القانونية للعقار محل التحقيق . و هذا ما سنقوم بشرحه تباعا على النحو التالي :

❖ تحديد معالم العقار و ضبط حدوده

بعد التأكد من هوية طالب التحقيق عن طريق فحص وثائق هويته ، و التعرف على العقار بالإعتماد على المخطط المرفق بطلب إجراء تحقيق عقاري ، يشرع المحقق في معاينة العقار من أجل تحديد معالمه و ضبط حدوده بحضور مالكة أو مالكة الظاهر (الحائز) ، و ذلك من خلال مقارنة المخطط المرفق بالملف ، بالحالة الواقعية للعقار محل المعاينة .

و من أجل ضمان حقوق الأطراف و توفير الدقة في العملية ، يقوم المحقق بالتأكد من طبيعة العقار و حدوده و محتواه المادي ، و ذلك من خلال مقارنة الجدول الوصفي المعدّ من قبل الخبير العقاري بالوضعية الحقيقية للعقار . كما له في هذا الصدد ، أن يتلقى تصريحات المعني و الشاغلين المجاورين للتأكد من عدم وجود تعدي على الملكيات المجاورة⁽¹⁾ .

و فور إنتهاء العون المحقق من ضبط حدود العقار و تحديد معالمه ، يعمد بناء على نتائج هذا الإجراء إلى تحرير بطاقة تحقيق للعقار المعني ، ليشرع بعد ذلك في الإجراء الموالي .

¹- أنظر التعليم رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، المرجع السابق ، ص 08 .

❖ إثبات الوضعية الفعلية و القانونية للعقار

يقتضي إثبات الوضعية الفعلية و القانونية للعقار محل التحقيق ، التميز بشيء من العناية بين حالتين حالة ما إذا لم يكن بيد الحائز سند ملكية أصلا ، و حالة ما إذا كان بحوزته سند ملكية محرر قبل الفاتح من مارس 1961 . و هو ما سيتم بيانه فيما يلي :

الحالة الأولى : أن لا يكون بيد الحائز سند ملكية

في هذه الحالة يتم التحقيق العقاري عن طريق البحث و التحري ، و ذلك بجمع كل المعلومات المتعلقة بالحيازة المثارة من قبل المعني بالأمر ، و في هذا الصدد ، يلتزم العون المحقق من التأكد من ممارسة الحيازة وفقا للقانون المدني . و هو ما يعني أن تكون الحيازة مستمرة و هادئة و علنية وفقا للمدة المقررة قانونا .

و ترتيبا على ذلك ، يتعين على الحائز زيادة على التصريحات التي يدلي بها أمام العون المحقق و تحت مسؤوليته الشخصية ، أن يلتزم بتقديم الوثائق التي تفيد ثبوت واقعة الحيازة ، و من بين هذه الوثائق نذكر منها : الشهادات المكتوبة ، الشهادات الجبائية ، و كذا الوثائق الأخرى التي يمكن أن يحوزها طالب التحقيق ، و التي من شأنها إثبات الحيازة المؤدية إلى إكتساب العقار محل التحقيق بالتقادم المكسب . و بهدف حماية حقوق الغير ، ألزمت المادة 10 من القانون رقم 07-02 المذكور أعلاه في فقرتها الثانية المحقق العقاري بتلقي تصريحات الملاك المجاورين ، أو أي شخص آخر يدعي حيازة هذا العقار أو له وثائق أو سند يتعلق بالعقار محل التحقيق .

كما ألزمت التعليمات رقم 03 المؤرخة في 27 سبتمبر 2008 المتعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري و معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية ، المحقق العقاري بالتحري على مستوى المحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار ، و مصالح أملاك الدولة ، و البلدية الكائن بها العقار ، للتأكد من أن العقار محل التحقيق غير تابع للدولة أو البلدية أو الأملاك العقارية الوقفية .

الحالة الثانية : أن يكون بيد الحائز سند محرر قبل الفاتح من مارس 1961

قدمنا عند الكلام على السندات التي حررت في ظلّ التشريع الفرنسي ، أنّ غالبية محتوى هذا النوع من السندات لم يعد يعكس الوضعية العقارية للأملاك المثبتة بها ، بسبب حالة الشيوع و القسمة المخفية سواء تعلق الأمر بالسندات المسلمة وفقا للتحقيقات الكلية أو الجزئية ، أو تلك التي حررت طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية و الأعراف المحلية .

وأيًا ما كان الأمر ، فإنّ عملية التحقيق هنا تقتضي من المحقق العقاري مراعاة و إثبات رسمية و صحة هذه السندات ، من خلال الفحص الدقيق لها للتحقق من مدى قانونيتها و إستجابتها لكل الشروط و الأشكال المعمول بها في ظلّ التشريع السابق⁽¹⁾ .

كما له أن يتأكد من مدى حداثة محتواها ، و مدى مطابقتها للوضعية الحقيقية للعقار المعني بإجراء التحقيق من حيث الموقع و الحدود و المساحة ، فضلا عن التحري على مستوى المحافظة العقارية للتأكد من عدم وجود إشهار سابق للحقوق التي تتضمنها هذه السندات لفائدة الغير ، و من أنّ هذه السندات لا ترد على أوعية عقارية تابعة للدولة أو البلدية أو جهات و قفية .

3- الإجراءات الختامية لعملية التحقيق العقاري

بعد إنتهاء المحقق العقاري من تحديد معالم العقار و ضبط حدوده ، و إثبات الوضعية الفعلية و القانونية للعقار محل التحقيق ، يبقى أمامه إجراء في غاية الأهمية ، و هو تحليل عناصر المعلومات المتحصل عليها من خلال عمليتي البحث و التحري ، و إدراجها ضمن محضر مؤقت يذكر فيه بدقة سير عملية التحقيق و النتائج المتوصل إليها ، و ذلك خلال خمسة عشر (15) يوم التي تلي تنقله إلى الأمكنة . و في هذا الصدد ، ألزمت المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 السالف الذكر ، ضرورة أن يكون المحضر المؤقت محل إشهار واسع لمدة ثلاثون (30) يوما عن طريق التعليق بلوحة الإعلانات بمقر بلدية موقع العقار ، قصد إطلاع الجمهور عليه و إبداء إحتجاجاتهم و إعتراضاتهم إذا كان محل ذلك .

و بإنتهاء الآجال المحددة أعلاه ، و في حالة عدم تقديم أي إحتجاجات أو إعتراضات على المحضر المؤقت المعدّ من قبل المحقق العقاري ، يقوم هذا الأخير بتحرير محضر نهائي ، يُدرج فيه النتائج النهائية للتحقيق⁽²⁾ .

ليبدأ فيما بعد عمل المدير الولائي للحفظ العقاري ، و ذلك بتحرير مقرر يكون أساسا لعملية الترقيم العقاري بإسم المالك معدّ للشهر ، لينتهي الأمر في آخر المطاف بتسليم سند الملكية بعد إعداده من قبل المحافظ العقاري .

¹- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 270 .

²- يراجع نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

أما في حالة المنازعة أو الإعتراض المدوّن في السجل الذي يفتح خصيصا لهذا الغرض ، ينتقل المحقق العقاري ، مرّة ثانية إلى الأماكن و يحدد جلسة للصلح .

و لمعالجة الإجراءات الختامية لعملية التحقيق ، و ما قد يثار من إعتراضات أثناء تنفيذ العملية إرتأينا تقسيم المسألة إلى عنصرين ، فنتكلم أولا في إعداد و تسليم سند الملكية ، ثم في الفصل في الإعتراضات التي قد تثار من قبل الملاك و الحائزين المجاورين.

أ- إعداد و تسليم سند الملكية

بعد إنتهاء عملية التحقيق العقاري ، يتولى المدير الولائي للحفظ العقاري في إطار صلاحياته دراسة نتائج التحقيق المتوصل إليها ، و ذلك من خلال الإطلاع على المحضر المؤقت و المحضر النهائي و باقي الوثائق المرفقة ، و التأكّد من مدى إحترام النصوص التنظيمية المعمول بها في مجال إجراءات التحقيق . فإذا أفضت نتائج الدراسة إلى إستحقاق المعني لملكية العقار ، يُصدر المدير الولائي للحفظ العقاري مقرر ترقية عقاري بإسم المعني ، و يرسله إلى المحافظ العقاري بقصد التأشير به على هامش البطاقات العقارية المؤقتة ، و إعداد سند الملكية⁽¹⁾ . و يؤدي الخبير العقاري الدور الأساسي في وضع معالم الحدود و رقم الوحدة العقارية ، و الذي يجب أن يتم بحضور المحقق و على نفقة طالب التحقيق .

و في هذا الصدد ، يتولى المحافظ العقاري شهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري وفقا لنظام الشهر الشخصي⁽²⁾ ، و تحرير سند الملكية وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ

في 19 ماي 2008 ، و يرسله إلى المدير الولائي للحفظ العقاري قصد تسليمه للمعني⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادة 15 من القانون رقم 02-07 .

- يراجع نص المادتين 20 و 21 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

²- يجدر التنبيه هنا أنّه إذا كان للعقار محل التحقيق سند محرر قبل القاتح من مارس 1961 ، و لكن فقد حادثته و جب على المحافظ العقاري شطب الإجراء السابق .

أما إذا كان السند مشهر بمحافظة عقارية أخرى غير تلك المختصة إقليميا ، و جب على المحافظ العقاري الإتصال بمدير الحفظ العقاري ، ليقوم هذا الأخير بما يلي :

▪ إذا كان السند الذي فقد حادثته قد أشهر بمحافظة عقارية تنتمي إلى نفس الولاية ، يُوجه مدير الحفظ العقاري تعليمات للمحافظ العقاري المعني قصد شطب الإجراء السابق .

▪ إذا كان السند قد أشهر بمحافظة عقارية تابعة لولاية أخرى ، يعلم المدير الولائي للحفظ العقاري ، المدير الولائي المختص لتوجيه تعليمات للمحافظ العقاري المعني . أنظر التعليمات رقم 03 المؤرخة في : 27-09-2008 ، المرجع السابق ، ص 12 .

³- يراجع نص المادة 16 من القانون رقم 02-07 .

أما إذا كانت نتائج التحقيق سلبية ، يُصدر المدير الولائي للحفظ العقاري ، قرارا مسببا يتضمن رفض الترقيم العقاري ، و يُبلّغ للطالب في أجل ستة (06) أشهر من تاريخ تقديم الطلب . على أن يكون هذا القرار قابلا للطعن فيه أمام جهة القضاء الإداري ضمن الآجال المقررة قانونا⁽¹⁾ ، و المحددة بأربعة (04) أشهر تسري من تاريخ تبليغ القرار .

ب- الفصل في الاعتراضات

قد يحدث أن تُثار أثناء تنفيذ إجراءات التحقيق ، إعتراضات من قبل الملاك و الحائزين المجاورين بشأن إدعاءات و تصريحات صاحب الطلب الرامية إلى إثبات حقوق الملكية العقارية للمعني . و في هذه الحالة كفل القانون للمعترضين حق الركون إلى إجراءات الصلح أو اللجوء إلى الطعن القضائي . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لهذين الإجرائين .

❖ إجراءات الصلح

قبل عقد جلسة الصلح يلتزم القائم بالتحقيق بالانتقال مرّة أخرى⁽²⁾ ، إلى العقار موضوع الإعتراضات أو الإحتجاجات ، لدراستها ميدنيًا و التحقق من جدّيتها ، و إستيفاء كل معلومة أو وثيقة من المالك أو الحائز المجاور أو الغير المثير لهذه الإعتراضات . و تصديًا لهذه الإعتراضات و فصلا فيها ، يقع على عاتق القائم بالتحقيق ، بذل الجهد أثناء القيام بمساعي الصلح بين المتنازعين . و هنا نكون أمام إحتمايين :

الإحتمال الأول : نجاح محاولة الصلح

إذا ما تمّ الصلح ، يحرر القائم بالتحقيق محضرا بما تضمنه من عناصر ، لاسيما تنازل أحد الأطراف على أجزاء من المساحة ، أو على الحدود ، أو إقرار أحقية طرف على الآخر ، أو إتفاق على التنازل فيما بينهما ، و منه تواصل عملية التحقيق العقاري ، مع الأخذ بعين الإعتبار نتائج الصلح المتوصل

= عند الإجراء الجماعي يرسل المدير الولائي للحفظ العقاري سند الملكية إلى الوالي ، و الذي يسلمه بدوره إلى المعني .

¹- يراجع نص المادة 17 من القانون رقم 07-02 .

يُبلّغ مقرر الرفض إلى الوالي في حالة إذا كان التحقيق العقاري في إطار إجراء جماعي .

²- تنص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 على ما يلي : " و إذا قدمت الإحتجاجات أو الإعتراضات أثناء المدّة المفتوحة لهذا الغرض و المنصوص عليه في المادة 12 أعلاه ، يحدد المحقق العقاري جلسة للصلح ، ثمانية (08) أيام على الأكثر ، بعد تاريخ تقديم الإحتجاجات أو الإعتراضات . يقوم المحقق العقاري ، عند الإقتضاء ، بتنقل جديد إلى عين المكان " .

إليها⁽¹⁾ وفقا لمقتضيات المادة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 19 ماي 2008
المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية .

الإحتمال الثاني : فشل محاولة الصلح

إذا لم يحصل إتفاق ودي بين المتنازعين ، حرر القائم بالتحقيق محضرا بعدم الصلح ، يضمه موقف كل طرف و سبب النزاع ، سواء أكان النزاع متعلقا بالجانب القانوني أو المادي للعقار محل التحقيق و للطرف المعترض أجل شهرين (02) من تاريخ إستلامه للمحضر (محضر عدم الصلح) ، لرفع دعوى قضائية أمام الجهات القضائية المختصة⁽²⁾ .

❖ إجراءات التقاضي

مادام أنّ المشرع قد إستبعد الأملاك العقارية الوطنية بصنفيها العامة و الخاصة من مجال تطبيق إجراء التحقيق العقاري المعلن عنه بمقتضى القانون رقم 07-02 ، فإنّ القسم العقاري للمحكمة الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل التحقيق العقاري هي المختصة بالنظر في الإعتراضات المثارة بمناسبة هذا الإجراء⁽³⁾ . و يترتب على رفع هذه الدعوى وقف إجراءات التحقيق مؤقتا إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي بذلك⁽⁴⁾ .

و على ذلك ، يتعيّن على المعترض عند رفعه للدعوى ، ضرورة شهر عريضتها الإفتتاحية خلال ثمانية (08) أيام الموالية على الأكثر ، التي تلي مدة الشهرين المحددة لرفع الدعوى .

و في هذا الصدد ، يلتزم المحافظ العقاري بشهر العريضة الإفتتاحية للدعوى ، عن طريق التأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة وفقا لمقتضيات المادة 113 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، و ذلك من خلال فتح بطاقة شخصية

1- حميدي محمد لمين ، المرجع السابق ، ص 224 .

2- يراجع نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

3- و هذا بإستثناء حالات معينة ، ينعقد فيها الإختصاص للقاضي الإداري (المحكمة الإدارية) للنظر في دعوى الحائز المستفيد ، أو الوالي عند الإجراء الجماعي ، أو المالك الحقيقي عند تمام إجراء الشهر . فضلا عن الدعاوى الإدارية التي قد توجه ضد المدير الولائي للحفظ العقاري بسبب رفض التقييم العقاري ، و المحافظ العقاري بإعتباره المعني بعمليات إعداد و شهر هذا السند .

4- يراجع نص المادة 12 فقرة 04 من القانون رقم 07-02 .

باسم صاحب الطلب أو المعني يذكر فيها الإطار القانوني الذي رفعت فيه الدعوى ، زيادة على تعيين العقار (1) .

و في هذه الحالة يُعلم المدير الولائي للحفظ العقاري ، المعارض بتعليق و وقف إجراءات التحقيق إلى غاية البت في النزاع المثار بحكم قضائي نهائي ، كما يعلم الوالي و رئيس المجلس الشعبي البلدي في حالة ما إذا كان التحقيق العقاري يدخل ضمن إطار الإجراء الجماعي (2) .

أما في حالة تغاضي المعارض عن شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى ضمن الأجال القانونية المقررة يستمر التحقيق دون الإلتفات إلى الإعتراض المرفوع وفقا لمقتضيات المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

هذا و يحسن لفت النظر هنا ، أنه في حالة إكتشاف أنّ المستفيد من عملية التقييم العقاري ، قد إستعمل طرقا إحتيالية أو مناورات تدليسية ، سواء بتقديم سندات أو وثائق مزورة ، أو الإدلاء بتصريحات مغلوطة أو غير صحيحة ، فإنّه و طبقا للمادة 18 من القانون رقم 07-02 ، يمكن لمدير الحفظ العقاري رفع دعوى إدارية ، يُطالب بمقتضاها إلغاء التقييم العقاري الحاصل لفائدة مستعمل الوثيقة أو السند المزور أو مُقدم التصريحات غير الصحيحة ، و هذا بعد شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى عملا بأحكام المواد المنظمة لشهر الدعاوى العقارية . كما له بالموازاة مع ذلك تقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية بقصد تحريك الدعوى العمومية (3) .

و الذي يبدو أنّ إعداد و تسليم سند الملكية في إطار إجراءات التحقيق العقاري المتضمن معاينة الملكية العقارية للحائزين و الإعتراف لهم بالتملك على أساس التقادم المكسب ، المعلن عنه بمقتضى القانون رقم 07-02 و المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المطبق له ، يقتضي تدخل مدير الحفظ العقاري و المحافظ العقاري ، كل في حدود إختصاصه للقيام بعملية التقييم العقاري و الشهر و إعداد و تسليم السند ، الذي يخضع وجوبيا إلى إجراءات التسجيل الجبائي و الإشهار العقاري ، بإعتباره أساسا للتقييم

¹- يراجع نص المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

²- يراجع نص المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 08-147 .

³- كان حري بالمشروع إدراج مضمون المادة 18 من القانون رقم 07-02 ضمن أحكام الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، للتصدي لمثل هذه الحالات - التصريحات غير الصحيحة أو تقديم وثائق مزورة - التي قد تُثار أثناء القيام بعمليات المسح العام .

الأول بالسجل العقاري⁽¹⁾ . مما يجعله يكتسي ذات القيمة القانونية و الحجية المقررة للسندات الرسمية في إثبات الملكية العقارية الخاصة .

الفرع الرابع : الدفتر العقاري

ترجع جذور الدفتر العقاري -Le livret foncier- إلى القانون الألماني المؤرخ عام 1891 ، و قد إرتبط هذا المفهوم بنظام الشهر العيني القائم أصلا على أساس عملية مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري . و مع إكتساح هذا النظام معظم تشريعات الدول ، فقد تبنى المشرع الجزائري هذا النظام بمقتضى الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 ، المنفذ بالمرسومين 62-76 و 63-76 المتعلقين تباعا بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

فالدفتر العقاري يمثل و بحق تجسيدا فعليًا لنظام الشهر العيني ، و هو سند إداري يُسلم إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بعد الإنتهاء من عمليتي المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري⁽²⁾ . و للوقوف على هذه الحقيقة ، يتحتم تقسيم الكلام في الدفتر العقاري على العناصر الثلاثة الآتية : فنتكلم أولاً في مفهوم الدفتر العقاري ، و ثانياً في الوسائل المتدخلة في إعداد و تحرير الدفتر العقاري و نتكلم أخيراً في حجية الدفتر العقاري و مدى إمكانية الطعن فيه .

أولاً : مفهوم الدفتر العقاري

لعلّه من المفيد التذكير بداية ، أنّه في ظلّ الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 18 نوفمبر 1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية ، و المرسوم التنفيذي رقم 73-32 المؤرخ في 05 يناير 1973 المطبق له ، كانت إدارة أملاك الدولة و التنظيم العقاري تسلم للمالك شهادة ملكية بموجب المادة 25 من المرسوم التنفيذي رقم 73-32 ، غير أنّ المادة 32 من ذات المرسوم أشارت إلى أنّ هذه الشهادات تستبدل بدفاتر عقارية بعد إحداث عملية المسح⁽³⁾ ، كما أكّدت المادة 33 من المرسوم التنفيذي رقم 73-32 على : " أنّ الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية و مسح الأراضي المحدث ستشكل

¹- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 227 .

²- أحمد ضيف ، الدفتر العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات الصادرة عن جامعة غرداية ، عدد 6 ، 2009 ، ص 223 .

³- مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 109 .

- يراجع ما سبق ذكره في ص 403 و ما يليها من هذه الرسالة .

حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيّنة في شأن الملكية العقارية " .

و تطبيقا للنصين أعلاه صدر الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، و نص في المادة 18 منه : " يقدم إلى مالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تتسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية ... و يشير العون المكلف بمسك السجل العقاري في الدفتر العقاري إلى العقود المذكورة و يضبطه بجميع البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية " .

كما قضى ذات الأمر في المادة 19 منه على أنه : " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري ، في الدفتر الذي يشكل سند ملكية " .
يتبيّن من قراءة النصوص أعلاه ، أن الدفتر العقاري يُعدّ سندا لإثبات الملكية العقارية ، و لا يسلم إلاّ بعد الإنتهاء من عمليتي المسح العام و تأسيس السجل العقاري .

و بناء عليه يمكننا إعطاء تعريف للدفتر العقاري : بأنّه ذلك السند الإداري الذي يعدّ بمعية موظف عام مختص المتمثل في شخص المحافظ العقاري ، بناء على البيانات المدوّنة في البطاقات العقارية ، و يُسلم لكل مالك أو مجموعة من الملاك على الشبوع ، للإحتجاج به في مواجهة الغير .

أمّا عن الطبيعة القانونية للدفتر العقاري⁽¹⁾ ، فطالما أنّ الدفتر العقاري صادر عن موظف عام يعمل تحت إشراف مديرية الحفظ العقاري بالولاية و التي تمارس مهامها تحت وصاية وزارة المالية ، الخاضعة أصلا من الناحية الإدارية البحتة إلى القانون الإداري⁽²⁾ ، فهو يعتبر سند إداري . و لكن الإشكال يبقى هو نفسه بخصوص مدى إعتباره قرارا أو عقدا إداريا .

و من نافلة القول ، أن نشير هنا أنّ الدفتر العقاري يعتبر قرار إداري محض ، طالما أنّه صادر بالإرادة المنفردة للإدارة المصدرة له المتمثلة في المحافظة العقارية ، و ما يدعم صحة هذا القول عدم وجود إمضاء و بصمة المالك المستفيد من الدفتر العقاري .

¹- يراجع لتفصيل أكثر ، رحايمية عماد الدين ، المرجع السابق ، ص 251 و ما يليها .

²- André Delaubadere , traite de droit administratif , tome 02 , 7eme , édition , paris , LGDJ 1980 , p 143 .

ثانيا : الوسائل المتدخلة في إعداد و تحرير الدفتر العقاري

ينبغي بادئ ذي بدء تحديد الوسائل المادية و القانونية المتدخلة في عملية إعداد و تحرير الدفتر العقاري و هي أولا عملية مسح الأراضي العام ، و ثانيا تأسيس السجل العقاري . و هو ما سنقوم بشرحه تباعا وفقا للتفصيل التالي :

1- مسح الأراضي العام أداة فنية لإعداد الدفتر العقاري

تنص المادة 02 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي : " إن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري " .

يتبين من النص أعلاه ، أنّ عملية مسح الأراضي العام هي عملية فنية تهدف إلى تعيين جميع البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة و الواضحة لهوية العقار ، من حيث موقعه و حدوده و مشتملاته و نوعه القانوني و الطبيعي ، و إسم مالكة و أسباب تملكه ، و الحقوق العينية المترتبة له أو عليه ، بما يؤدي إلى تثبيت الملكية العقارية و الحقوق العينية المتعلقة بها على نحو نهائي و ثابت ، و على أن تعطي لكل عقار رقم يعرف به و يسجل به في السجل العقاري⁽¹⁾ .

إنّ عملية مسح الأراضي العام -cadastre- أو ما يطلق عليها المساحة أو التحديد ، تتطلب عدّة إجراءات متداخلة ، تضمنتها عدّة نصوص قانونية ، لعلّ أهمها المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدّل و المتمم⁽²⁾ . و الذي يمكن من خلاله إستبيان مختلف المراحل التي تقتضيها عملية مسح الأراضي العام ، و التي تتمثل أساسا في : الإعلان عن إفتتاح عملية المسح ، إنشاء لجنة المسح للبلدية ، و عملية إيداع وثائق المسح على مستوى مقر البلدية المعنية و المحافظة العقارية المختصة إقليميا . و هو ما سنفصله تباعا وفقا للتفصيل التالي :

¹- وبيس فتحي ، المرجع السابق ، ص 217 .

²- المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام . منشور في ج ر ، ع 30 الصادرة بتاريخ : 13-04-1976 . المعدّل و المتمم أولا بالمرسوم رقم 84-400 المؤرخ في 24-12-1984 ثم بالمرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 07-04-1992 . منشور في ج ر ، ع 26 ، الصادرة بتاريخ : 23-05-1992 .

أ- الإعلان عن إفتتاح عملية المسح

يعلن عن إفتتاح عملية المسح في كل بلدية ، بقرار من والي الولاية التابعة لها البلدية المعنية ، يتضمن على الخصوص تاريخ إفتتاح عملية المسح ، و التي تأتي بعد شهر من تاريخ نشر هذا القرار بالجريدة الرسمية و مصنفات القرارات الإدارية الخاصة بالولاية ، و الجرائد اليومية ، فضلا عن تبليغه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المعنية⁽¹⁾ .

و بقصد إعلام الجمهور بالعملية ، ألزمت المادة 03 من المرسوم رقم 62-76 المشار إليه آنفا ، ضرورة أن يكون القرار المتضمن إفتتاح عملية المسح محل إشهار واسع ، من خلال لصق الإعلانات بمقر الدائرة و البلدية المعنية و البلديات المجاورة ، و ذلك في خلال خمسة عشر (15) يوما على الأقل قبل إفتتاح العملية .

ب- إنشاء لجنة المسح للبلدية

بمجرد إفتتاح عملية المسح ، يتم إنشاء لجنة تسمى لجنة المسح للبلدية ، بمقتضى قرار من الوالي بناء على إقتراح من المدير الولائي للمسح ، تُسند إليها عمليات وضع الحدود في كل بلدية⁽²⁾ ، و الفصل في المنازعات . و تتكون هذه اللّجنة حسب المادة 07 من المرسوم⁽³⁾ المنشئ لها من الأعضاء التالية أسمائهم :

- قاضي من المحكمة التي توجد البلدية ضمن دائرة إختصاصها رئيسا ، و يعين هذا القاضي رئيس المجلس القضائي .
- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله ، نائبا للرئيس .
- ممثل المصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة .
- ممثل للمصالح المحلية للأموال الوطنية .
- ممثل لوزارة الدفاع الوطني .
- ممثل لمصلحة التعمير في الولاية .

¹- يراجع نص المادة 02 من المرسوم رقم 62-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي .

²- يراجع نص المادة 07 من المرسوم رقم 62-76 .

-يراجع نص المادة 09 من الأمر رقم 74-75 .

³- المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 07-04-1976 المعدّل و المتمم للمرسوم رقم 62-76 . منشور في ج ر ، ع 26 ، الصادرة بتاريخ : 23-05-1992 .

- موثق تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية .
 - مهندس خبير عقاري تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية .
 - المحافظ العقاري المختص إقليمياً أو ممثله .
 - المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله .
- تستكمل هذه اللجنة ، حسب الحالة ، بالأعضاء الآتي بيانهم :
- بالنسبة للعمليات التي تنجز في مناطق تشمل مساحات و مواقع محمية : ممثل عن مديرية الثقافة في الولاية .
 - بالنسبة للعمليات التي تنجز في خارج المناطق الحضرية : ممثل عن المصالح المحلية للفلاحة و ممثل عن المصالح المحلية للرّي .
- و تنظم هذه اللجنة إجتماعتها بدعوة من رئيسها ، و تتخذ قراراتها إمّا بالإجماع ، أو بثلاث أعضائها الحضور ، و في حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس ، و لا تنفذ قراراتها إلاّ بموجب مقرر من الوالي المختص إقليمياً .
- أمّا عن المهام و الدور الذي تُنَاط به هذه اللجنة ، فقد حددته المادة 09 من المرسوم رقم 62-76 المذكور أعلاه فيما يلي :
- جمع كل الوثائق و البيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية .
 - التثبت عند الإقتضاء من إتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم ، و في حالة عدم وجود إتفاق ، التوفيق فيما بينهم إذا أمكن .
 - البت في المنازعات المثارة أثناء عمليات المعاينة و التحقيق .
- و من الناحية العملية ، فإنّ عمل الأعوان التقنيين لمصالح المسح ينصب بالدرجة الأولى على تحديد إقليم البلدية المعنية بعملية المسح ، كإجراء تمهيدي يسبق القيام بمسح تفصيلي للعقارات المتواجدة داخل هذا الإقليم .
- و في هذا الإتجاه ، يشرع أعوان المسح في تحديد إقليم البلدية المعنية ، من خلال وضع علامات مجسمة و ظاهرة بحضور رئيسها و رؤساء المجالس الشعبية للبلديات المجاورة ، على أن يتم تحرير

محضر بذلك ، يُوقع عليه كل الأطراف الحضور بما فيهم والي الولاية ، و إن إقتضى الأمر السيد وزير الداخلية فيما يتعلق بالبلديات الحدودية(1) .

و بعد الإنتهاء من عمليتي تحديد الإقليم و الحدود ، تشرع المصالح التقنية في عملية تحديد و جرد العقارات الموجودة على الإقليم الذي يتم تقسيمه إلى أقسام مساحية ثابتة الحدود ، و هنا لا بدّ من تدخل الملاك و الحائزين ، للإدلاء بملاحظاتهم و إظهار وثائقهم و سنداتهم .

و في هذا الصدد ، ألزمت التعليمات رقم 16 الصادرة عن مديرية أملاك الدولة بتاريخ 24 ماي 1998 المتعلقة بسير العمليات الخاصة بمسح الأراضي و الترقيم المؤقت ، الأعوان القائمين بالعملية على حث الأشخاص على تقديم مساعدتهم و شرحهم لهم موضوع التحقيق و هدف المسح الذي يركز على تمثين قانون الأملاك العقارية ، على قواعد سليمة ، و تسليم الملاك المعروفين سندات ملكية شرعية و المتمثلة في الدفاتر العقارية(2) .

و عموما تتم معاينة كل عقار بحضور مالكة أو مالكة الظاهر ، ليتحدد في الأخير المالك حسب رأي مصالح المسح ، و الذي يرقم العقار بإسمه مع حفظ حق كل ذي مصلحة في الإعتراض(3) .

و بعد إنتهاء الأعوان التقنيين المكلفين بالإشراف على عملية المسح من أعمال التحقيق العقاري كما هي مقررة قانونا ، يشرعون في إنجاز مجموعة من الوثائق تسمى جملة بوثائق المسح ، و التي تعتبر من الناحية القانونية الركيزة الأساسية للسجل العقاري ، كونها تتضمن الرسم التخطيطي و الجرد العقاري للأراضي الموجودة ضمن حدود كل بلدية مع التفاصيل لكل تجزئاتها(4) . و تتمثل هذه الوثائق حسب

نص المادة الأولى من المرسوم رقم 76-62 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، فيما يلي :

- جدول للأقسام و سجل لقطع الأرض ترتب فيهما مختلف العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي .
- سجل مسح الأراضي أو ما يسمى بمصفوفة المسح -matrice cadastrale- تسجل فيه العقارات

1- يراجع نص المواد : 04 ، 05 ، 06 من المرسوم رقم 76-62 .

2- أنظر الفقرة 1/3/1 من التعليمات رقم 16 المذكورة أعلاه .

3- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 230 .

4- بوزيتون عبد الغني ، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق - قسم القانون الخاص - فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة السنة الجامعية : 2009-2010 ، ص 104 .

المتجمعة⁽¹⁾ من قبل المالكين أو المستغلين ، وذلك حسب الترتيب الأبجدي لهؤلاء .

▪ مخططات المسح -plans cadastraux-

ج- إيداع وثائق المسح

بعد الإنتهاء من تحيين وثائق المسح المذكورة أعلاه ، يتم إيداع نسخ منها على مستوى مقر البلدية المعنية بعملية المسح ، و المحافظة العقارية المختصة إقليميا . و قبل التطرق إلى جوهر الإيداع يحسن بنا أن نعرض لعملية الإيداع في كل مصلحة على حدى .

❖ إيداع وثائق المسح على مستوى مقر البلدية

بعد إتمام عملية الإيداع بمقر البلدية وفقا لما هو مقرر قانونا ، تبقى وثائق المسح مودعة طيلة شهر قصد إطلاع الجمهور ، و تقديم إعتراضات بشأن محتواها ، و يتم تقديم هذه الإعتراضات ، إما كتابة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أو شافهة إلى ممثل عن الإدارة . على حدّ تعبير حكم المادة 11 من المرسوم رقم 62-76 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام المعدّل و المتمم .

و عملا بأحكام المادة 09 فقرة 02 و المادة 11 من ذات المرسوم ، تلتزم لجنة المسح للبلدية التي يتأسسها قاض ، بالفصل في الإعتراضات المثارة ، و محاولة الصلح بين الأطراف المتنازعة و في حالة عدم التوفيق بين المتنازعين كما هي أغلب الحالات ، فإنّ اللّجنة تحدد الحدود بصفة مؤقتة كما هي ، طبقا لما هو ثابت في مخطط المسح ، مع حفظ حق كل معترض في اللّجوء إلى القضاء في خلال أجل لا يتعدى ثلاثة (03) أشهر .

و في حالة إنقضاء هذا الأجل دون التّوصل إلى الإتفاق ، أو عدم ممارسة دعوى قضائية ، فإنّ رسم الحدود المؤقت يصير نهائيا .

و يجدر التنبيه هنا ، أنّه و إستثناء من شرط الأجل المذكور أعلاه ، فإنّ المالك الحقيقي الذي يكون بحوزته سند رسمي يُعتدّ به في إثبات الملكية العقارية ، و الذي لم يكن ظاهرا أثناء تنفيذ عمليات المسح فإنّه لا يكون مقيدا بأجل ، و يمكنه في أي وقت إستدراك حقوقه ، شريطة ألاّ يكون لإدعائه تأثير

¹- يقصد بالعقارات المتجمعة ، العقارات المتجاورة و التي لا يفصل بينها ملكيات أخرى ، و التي تكون مملوكة لشخص واحد . ففي هذه الحالة تسجل بإسم مالكيها ، مع إعطاء كل عقار رقم يعرف به .

على حقوق الغير ، عدا الملاك أو الحائزين المجاورين مباشرة له ، أما الملاك و أصحاب الحقوق الذين ليست لهم حدود معه فلا تتأثر حقوقهم بإدعائه⁽¹⁾ .

❖ إيداع وثائق المسح على مستوى المحافظة العقارية

بعد إنتهاء الأعوان التقنيين من إتمام عمليات المسح على مستوى إقليم كل بلدية ، تُودع نسخة من وثائق المسح لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، قصد تأسيس السجل العقاري عملا بنص المادة 08 من المرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم⁽²⁾ : " تودع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظة العقارية و ذلك من أجل تحديد حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و شهرها في السجل العقاري ... " .

هذا و قد ألزم المشرع المحافظ العقاري فور إستلامه لوثائق المسح ، ضرورة تحرير محضر إستلام⁽³⁾ بشأنها ، يكون محل إشهار واسع لمدة أربعة (04) أشهر ، قصد تمكين الملاك و أصحاب الحقوق العينية العقارية من تسلّم شهادات ترقيم مؤقتة أو دفاتر عقارية - بحسب الحالة - تثبت حقوقهم على العقارات الممسوحة⁽⁴⁾ .

2- السجل العقاري أداة قانونية لتحرير الدفتر العقاري

ينطلق تأسيس السجل العقاري بمجرد إستلام وثائق المسح عند الإجراء الأول ، أين يتم على أساسها ضبط مكونات هذا السجل ، المعتمد أساسا على البطاقات العقارية و الدفاتر العقارية كحالة مدنية للوحدات العقارية⁽⁵⁾ .

¹- يراجع نص المادة 14 من المرسوم رقم 62-76 .

- يراجع في نفس السياق ، ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 234 .

²- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري . منشور في ج ر ، ع 30 الصادرة بتاريخ : 13-04-1976 . المعدل و المتمم أولا بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13-09-1980 . منشور في ج ر ، ع 38 ، الصادرة بتاريخ : 15-09-1980 . ثم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19-05-1993 . منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 23-05-1993 .

³- لمحضر الإستلام قيمة قانونية بالغة الأهمية ، على أساسه يتم إحتساب آجال الترقيم العقاري المؤقت .

⁴- يراجع نص المادة 09 من المرسوم رقم 63-76 .

⁵- زرياني محمد مصطفى ، السجل العقاري كآلية لتطهير الملكية العقارية ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع : قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكنون ، السنة الجامعية : 2010-2011 ، ص 74 .

إنّ عملية تأسيس السجل العقاري بناء على وثائق المسح ، يعني إستحداث بطاقة عقارية لكل مجموعة ملكية أو وحدة عقارية موجودة في الخريطة المساحية ، و تحيينها وفقا للبيانات المدوّنة في وثائق المسح⁽¹⁾ .

و قد جاءت أحكام المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري موضحاً للإجراءات التي يقوم بها المحافظ العقاري أثناء إعداد البطاقات العقارية و حفظ المعلومات بها . و التي تقضي في مجملها بضرورة تضمين البطاقة العقارية كل البيانات القانونية و التقنية و التي من شأنها أن تعطي للعقار وصفا دقيقا من حيث بيان موقعه و حدوده و مساحته و الأعباء و التكاليف التي تنقله و الحقوق الواردة له أو عليه ، و كذا إسم المالك أو الملاك أو أصحاب الحقوق على هذا العقار ، على أن يدوّن كل بيان في الخانة أو الجدول الخاص به حسب نموذج البطاقة المعتمد⁽²⁾ .

و حتى يتمكن المحافظ العقاري من تأسيس السجل العقاري و ضبطه على نحو صحيح ، فإنّه يلتزم بداءة بترقيم العقارات المسوّحة و تسجيلها في السجل العقاري ، و الذي ما هو في الحقيقة إلا مجموعة البطاقات العقارية التي تعدّ و تمسك خصيصا لكل وحدة عقارية .

و عموما فإنّه متى أصبحت الحقوق العقارية محل الترتيم نهائية و ثابتة ، أصبح بإمكان المالك و أصحاب الحقوق طلب مستخرج من السجل العقاري يثبت حقوقهم ، و هذا المستخرج هو ما يطلق عليه إصطلاحا الدفتر العقاري .

هذه هي مجمل الإجراءات الواجبة الإلتباع من قبل المحافظ العقاري لتأسيس السجل العقاري . غير أنّ هذا الإجمال لا يُغني عن التفصيل ، و لذلك سنعرض هنا لعملية ترقيم العقارات و تحديد الحقوق ، ثم نتعقب بعد ذلك الإجراءات المتبعة في ضبط و تسليم الدفتر العقاري .

أ- ترقيم العقارات و تحديد الحقوق

ألزم المشرع المحافظ العقاري أن يُبادر فور إستلامه لوثائق المسح إلى ترقيم العقارات و تسجيلها في السجل العقاري⁽³⁾ ، و الترتيم الذي يقوم به المحافظ العقاري للعقارات يعني قيدها في السجل العقاري

¹- يراجع نص المادة 23 من المرسوم رقم 76-63 .

²- يراجع نص المواد : من 24 إلى 32 من المرسوم رقم 76-63 .

³- تنص المادة 11 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، المعدلة بموجب المادة 65 من القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30-12-2014 المتضمن قانون المالية

و إعطائها رقما تعرف به ، كبيان لهوية العقار و هو هدف نظام الشهر العيني⁽¹⁾ . و هذا الترقيم قد يكون ترقيميا مؤقتا ، و قد يكون ترقيميا نهائيا . و نرى بهذا الشأن أن نعرض لكل ترقيم على حدى و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

❖ الترقيم المؤقت -Immatriculation provisoire-

ميّز القانون بين حالتين للترقيم المؤقت ، الترقيم المؤقت لمدة أربعة (04) أشهر ، و الترقيم المؤقت لمدة سنتين . و هو ما سنقوم بشرحه تباعا على النحو التالي :

▪ الترقيم المؤقت لمدة أربعة (04) أشهر

تناول المشرع هذه الحالة في المادة 13 من المرسوم رقم 63-76 ، و هي الحالة التي لا يملك فيها صاحب العقار أو مالكة الضاهر سند يُعتدّ به في إثبات الملكية العقارية ، كأن يكون بحوزته سند عرفي ثابت التاريخ بعد الفاتح من يناير 1971 ، أو وثائق إدارية تثبت الحيابة وفقا للقواعد المقررة في القانون المدني . على حدّ تعبير حكم المادة 13 آنفة الذكر : " و الذين يمارسون حسب المعلومات الناتجة عن وثائق مسح الأراضي ، حيابة تسمح لهم بإكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في هذا المجال ... " .

و معنى ذلك ، أنه متى ثبت من وثائق المسح أنّ صاحب العقار أو مالكة الظاهر يُمارس حيابة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا لأحكام القانون المدني ، فإنّه يعترف له بترقيم مؤقت لمدة أربعة (04) أشهر .

و يصبح هذا الترقيم نهائيا عند إنقضاء أجل أربعة (04) أشهر ، إذا لم يُبلّغ المحافظ العقاري بأيّ اعتراض على حق الملكية ، أو إذا تم سحب أو رفض الاعتراضات المقدمة .

▪ الترقيم المؤقت لمدة سنتين

يُرقم المحافظ العقاري ترقيميا مؤقتا لمدة سنتين يجري سريانه إبتداء من يوم الترقيم ، العقارات التي لا يملك مالكوها الظاهرين أي سند ، و هي وضعية من الحيابة و الإستغلال المشكوك فيهما ، أو كما تعبّر عنه المادة 14 من المرسوم رقم 63-76 : " عندما لا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية " .

= لسنة 2015 . منشور في ج ر ، ع 78 ، الصادرة بتاريخ : 2014-12-31 . على ما يلي : " يقوم العون المكلف بمسك السجل العقاري بترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري على أساس وثائق المسح " .

¹- ويس فتحي ، المرجع السابق ، ص 236 .

و بإنقضاء مدّة السنتين يصبح الترقيم نهائياً ، ما لم يصل إلى علم المحافظ العقاري من خلال وقائع قانونية أو تقديم إعتراض من شخص ذي مصلحة ، أنّ الحقوق العقارية محل الترقيم المطلوب شهرها محل نزاع ، و ذلك في غضون المدّة المحددة بسنتين .

و تصدياً للإحتجاجات⁽¹⁾ التي قد تُثار بشأن الترقيم المؤقت ، فقد مكّن القانون المحافظ العقاري من القيام بمساعي الصلح بين المتنازعين ، فإذا ما توصل مع الأطراف إلى إتفاق فإنّه يحرر محضراً بذلك و يصبح مضمون الصلح ملزماً للأطراف ، و يكون مرجعاً للمحافظ العقاري عند مباشرة الترقيم النهائي . أمّا إذا تعذّر على المحافظ العقاري الوصول بالأطراف المتنازعة إلى إتفاق ، فإنّه يحرر محضر بعدم الصلح ، و يبيلّغه للمعنيين ، و عندئذ يكون من حق كل طرف أن يقوم برفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة ، و ذلك في خلال ستة (06) أشهر من تاريخ تبليغه بمحضر نتائج الصلح من المحافظ العقاري ، و ذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً⁽²⁾ .

¹- يتم تبليغ الإحتجاج المتعلق بالترقيم المؤقت بموجب رسالة إلى المحافظ العقاري ، مع تبليغ الطرف الخصم بنص الإحتجاج ، كما يمكن الإستعاضة عن الرسالة الموجهة إلى المحافظ العقاري ، و ذلك بتسجيل الإحتجاج في سجل يفتح خصيصاً لهذا الغرض بالمحافظة العقارية .

- يراجع نص المادة 15 فقرة 01 من المرسوم رقم 63-76 .

²- يراجع نص المادة 15 فقرة 02 و 03 و 04 من المرسوم رقم 63-76 .

- يجدر التنبيه هنا أنّ القانون لا يشترط لقبول الدعوى أمام الجهة القضائية ، وجوب الإعتراض المسبق على الترقيم المؤقت أمام لجنة المسح للبلدية . و هو المبدأ الذي كرّسه الإجتهد القضائي ، و للتدليل على ذلك يُراجع القرار م ع غ ع ملف رقم : 704846 ، الصادر بتاريخ 12-04-2012 ، منشور ب م م ع لسنة 2012 ، ع 2 ، ص 390 و ما يليها و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنّه بالفعل و بالرجوع إلى القرار المطعون فيه نجد بأنّ الطاعن أقام دعوى ضدّ المدعى عليهم في الطعن من أجل تعديل الترقيم المؤقت ، و ذلك بإضافة إسمه بإعتباره أحد الورثة المالكين للقطعة الأرضية المتنازع عليها و المسماة " ل " و المسجلة تحت رقم 116 قسم 8 ، بعدما تم شطبه بدون وجه حق .

حيث إنّ قضاة الموضوع قضوا بعدم قبول دعواه شكلاً لكونه لم يحترم الإجراءات المنصوص عليها بالمرسوم رقم 63-76 المتضمن إعداد السجل العقاري ، و ذلك كونه لم يقم بالإعتراض أمام اللّجنة التي يرأسها القاضي .

حيث إنّّه بالرجوع إلى المرسوم رقم 63-76 المذكور أعلاه و خاصة المواد من 12 إلى 16 منه و التي تنظم الترقيم المؤقت و كيفية الإعتراض عليه أمام الجهات القضائية لا تلزم المدعي بالإعتراض المسبق أمام اللّجنة التي يرأسها القاضي و بالتالي فإنّ قضاة المجلس بعدم قبولهم لدعوى الطاعن بحجة أنّه لم يقم بالإعتراض المسبق أمام اللّجنة يكون قضاؤهم منعدم الأساس القانوني ممّا يجعل الوجه المثار مؤسس و يستوجب معه نقض و إبطال القرار المطعون فيه " .

و عند رفع الدعوى القضائية يلتزم الطرف المدعي بشهر عريضتها الإفتتاحية عملا بأحكام المواد المنظمة للشهر العقاري ، مع وجوب تبليغ المحافظ العقاري بذات العريضة خلال نفس المدّة حتى يكون على علم بالنزاع المثار⁽¹⁾.

و عملا بأحكام المادة 16 من المرسوم رقم 63-76 ، فإنّه متى رفعت الدعوى أمام القضاء ، يلتزم المحافظ العقاري بالإحتفاظ بالترقيم المؤقت إلى حين صدور حكم قضائي نهائي واجب التنفيذ . غير أنّه ما يستحق الإشارة إليه في هذا المقام ، و التساؤل بشأنه هو مدى قيمة شهادة الترقيم العقاري المؤقت في إثبات الملكية العقارية ، بمعنى هل يجوز لحامل شهادة الترقيم العقاري المؤقت التصرف في العقار محل الشهادة تصرفا مطلقا عينا ، و منفعة ، و إستغلالا ، أم أنّ الأمر يقتصر على بعض التصرفات دون الأخرى ؟

أجابت على ذلك المادة 353-2 فقرة 07 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 بقولها : " تحمل شهادة الترقيم العقاري المؤقت نفس الآثار القانونية المنصوص عليها في مجال شهادة الحيابة المنشأة بموجب أحكام المواد من 42 إلى 46 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990 و المتضمن التوجيه العقاري " . إنّ قراءة المادة أعلاه أثناء الإشارة إلى أنّ شهادة الترقيم العقاري المؤقت ترتب نفس الآثار القانونية التي ترتبها شهادة الحيابة ، يستدعي منا التطرق إلى الآثار التي ترتبها شهادة الحيابة قبل الإجابة على التساؤل المطروح .

الثابت أنّ شهادة الحيابة سند إسمي لا يرقى إلى مرتبة سند الملكية ، و مع ذلك نجد أنّ المشرع قد خوّل للحائز صاحب شهادة الحيابة بإستثناء التحويل المجاني أو بمقابل للعقار ، بعض الصلاحيات التي لا تُخوّل إلاّ لمالك العقار ، كالحصول على شهادات التعمير⁽²⁾ ، و ترتيب رهون عقارية لفائدة المؤسسات المالية المقرضة .

و تبعا لذلك ، يمكن القول أنّ شهادة الترقيم العقاري المؤقت لا تعتبر سندا لإثبات الملكية العقارية ، و أنّ أقصى ما تُقيده هو إضفاء صفة المالك الظاهر على صاحب العقار⁽³⁾ .

¹- يراجع نص المادة 15 فقرة 05 من المرسوم رقم 63-76 .

²- محمودي عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص 210 و ما يليها .

³- و هذا ما إستقر عليه القضاء ، و للتدليل على ذلك يُراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم : 367715 ، الصادر بتاريخ 15-11-2006 ، منشور ب م م ع لسنة 2006 ، ع 2 ، ص 413 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث أنّ شهادة

غير أنه و بالنظر إلى الآثار التي رتبها القانون على شهادة الحيازة أعلاه ، فإنه قياسا على ذلك يمكن للمستفيد من شهادة التقييم العقاري المؤقت ، أن يُبادر إلى رهن العقار ، كما يمكنه لامحالة الحصول رخصة بناء . بيذا أنّ فرضيتي ظهور المالك الجديد ، و تقاعص المستفيد من شهادة التقييم العقاري المؤقت عن تسديد قيمة الرهن ، يجعل من الضروري التساؤل عن مصير البناية المشيئة و حقوق الدائن المرتهن (المؤسسة المالية) أمام تصور مباشرتها لإجراءات التنفيذ على العقار المرهون عند حلول الأجل ، و الحال أنّ ملكية العقار المرهون منفكة عن ملكية الرقبة . فهل ينتقل إلى الراسي عليه المزاد شهادة التقييم العقاري المؤقت أم ملكية العقار محل التقييم ؟

❖ التقييم النهائي -Immatriculation définitive-

التقييم النهائي هو تقييم يُباشره المحافظ العقاري بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها أو أصحاب الحقوق عليها ، سندات يُعتد بها قانونا في إثبات الملكية العقارية⁽¹⁾ .

كما يعتبر التقييم نهائيا أيضا ، بالنسبة للعقارات التي لم تكن محل مطالبة من أي شخص ، سواء أكان شخص طبيعى أو معنوي ، و هي حالة تخصّ العقارات مجهولة المالك ، ممّا يعني أنّ هذه العقارات ليس لها أي مالك ظاهر .

و في هذه الحالة يتولى المحافظ العقاري تقييمها بصفة نهائية بإسم الدولة عملا بحكم الفقرة الأولى من نص المادة 23 مكرر⁽²⁾ من الأمر رقم 74-75 آنف الذكر ، و التي جرت صياغتها على النحو التالي : " يرقم كل عقار لم يطالب به خلال عمليات مسح الأراضي ، ترقيميا نهائيا بإسم الدولة " .

= التقييم التي هي بحوزة الطاعن التي قدّمها أثناء النزاع تعطي له صفة المالك الظاهر عملا بالمادتين 13 و 16 من المرسوم المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بالشهر و الدفتر العقاري ، و لكنها ستؤدي إلى الحصول على الدفتر العقاري الذي هو على رأس المستندات الرسمية في إثبات الملكية العقارية إذا لم يقع الطعن فيه . و حيث أنّ القضاة لم يراعوا هذه النصوص المطبقة في قواعد الشهر ، و أغفلوا الإطلاع عليها ممّا يجعل القرار قد جاء فاقدا للأساس القانوني و مخالف للقانون الساري المفعول و هو الأمر الذي يجعله عرضة للنقض و الإبطال . حيث أنّه متى كان ذلك يتعين إحالة الدعوى و أطرافها على نفس المجلس مشكل من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد طبقا للقانون " .

¹- يراجع نص المادة 12 من المرسوم رقم 63-76 .

²- المادة 23 مكرر مستحدثة بموجب المادة 67 من القانون رقم 10-14 المؤرخ في 30-12-2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 .

إلا أنه قد يحدث أن يظهر المالك الحقيقي للعقار الذي تم تسجيله بإسم الدولة ، و في هذه الحالة خول القانون لهذا الأخير (المالك الحقيقي) متى ظهر طلب إسترجاع عقاره ، بأن يتقدم بطلب على مستوى المحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار ، على أن يكون هذا الطلب مدعما بملف يتكون من المستندات التالية : الوثائق الثبوتية للحالة المدنية للمعني ، مخطط العقار ، السند الرسمي المثبت لملكية العقار .

و في هذا الصدد ، يتولى المحافظ العقاري دراسة و فحص الملف ، و التأكد من عدم وجود أي نزاع حول العقار ، و من أن الحق المطالب به لم يمضي عليه الأجل المقرر لسقوط الحقوق ، و المحدد بخمسة عشر (15) سنة تسري من تاريخ الترخيم العقاري .

و الجدير بالتنبيه ، إلى أنه بالرغم من وجود وثائق مشهورة في هذه الحالة ، إلا أن المادة 23 مكرر المشار إليها أعلاه ، إستلزمت لترقيم العقار بإسم مالكة ، ضرورة أن يقوم المحافظ العقاري بإشعار مصالح أملاك الدولة بالملف ، قصد فتح تحقيق من أجل التحري و التدقيق في المسألة ، على إعتبار أن العقار مرقم بإسم الدولة ، مع أخذ رأي لجنة تتكون من : ممثلين عن مصالح المديرية بالولاية للحفظ العقاري و المحافظة العقارية ، و أملاك الدولة ، و مصالح مسح الأراضي ، و المصالح الفلاحة و مصالح الشؤون الدينية و الأوقاف ، و البلدية⁽¹⁾ .

و عموما فإنه بالتزقيم النهائي الناتج عن وثائق المسح المدونة على مجموعة البطاقات العقارية التي يعدها و يمسكها المحافظ العقاري ، تصبح للحقوق العقارية المدونة في السجل العقاري حجية أقوى في الإثبات ، و عندئذ يمكن للملاك و أصحاب الحقوق طلب إستخراج الدفاتر العقارية التي تعتبر المنطلق الوحيد لإقامة البيّنة في العقارات المسوحة ، و التي لا يمكن نقضها إلا عن طريق القضاء⁽²⁾ .

¹- تراجع الفقرة 02 من المادة 23 مكرر مستحدثة بموجب المادة 67 من القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 .

²- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 282811 ، الصادر بتاريخ 23-02-2005 ، منشور ب م م ع لسنة 2005 ، ع 1 ص 233 . و الذي جاء فيه ما يلي : " حيث بالفعل ، فإنه و تطبيقا لمقتضيات المادة 19 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن تأسيس السجل العقاري و تأسيس الدفتر العقاري تنص على أنه : " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري و الدفتر الذي يشكل سند الملكية " . و أنه تطبيقا للمادة 16 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري : " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن التزقيم النهائي إلا عن طريق القضاء .

ب- إجراءات ضبط و تسليم الدفتر العقاري

بعد إتمام القيد الأول على إثر الإنتهاء من عملية المسح العام للأراضي ، يُسَلَّم للملاك المكرّسة حقوقهم بصفة نهائية دفاتر عقارية ، تحتوي على كل البيانات التفصيلية المتعلقة بالحقوق العقارية المختلفة .

و لكي يؤدي الدفتر العقاري الغرض الذي أنشأ من أجله ، و المتمثل أساسا في إثبات الملكية العقارية كان لزاما على المشرع أن يفرض إجراءات تصبو إلى ضبطه و تحيينه بصفة دقيقة ، ضمانا لصحته و إستكمالا لحجيته .

و في هذا الصدد ، ألزم المشرع المحافظ العقاري ضرورة ضبط و مراجعة بيانات الدفتر العقاري ، كلما وقع تعديل أو نقل للحقوق المشهورة أو ترتيب حق عيني على العقار ، ما لم يؤدي ذلك إلى إستحداث بطاقة عقارية جديدة ، لأنّه في هذه الحالة الأخيرة يتم إعداد دفتر عقاري جديد ، كما أنّ كل نقل للحقوق المدوّنة بالدفتر العقاري يؤدي إلى إيداع الدفتر العقاري لدى المحافظة العقارية و تسليمه بعد ضبطه للمالك الجديد⁽¹⁾ .

أما عن شكل و بيانات الدفتر العقاري ، فيجب أن تكون حسب المادة 45 من المرسوم رقم 63-76 مطابقة للنموذج المحدد بموجب القرار الصادر عن وزير المالية بتاريخ 27 ماي 1976 . هذا و قد تشدد المشرع إلى أبعد الحدود فيما يتعلق بطريقة التأشير على الدفتر العقاري ، إذ إستلزم ضرورة مراعاة المحافظ العقاري لجملة من الضوابط أثناء قيامه بعملية التأشير . و في هذا الصدد ألزمت المادة 45 من المرسوم رقم 63-76 ، أن يكون التأشير على الدفتر العقاري بكيفية واضحة و مقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحي ، مع عدم ترك أي بياض على صفحات الدفتر العقاري ، و ذلك بشطب البياض و ملأه بخط أسود ، مع ضرورة ترقيم و توقيع الجداول ، و أن تكتب الأسماء العائلية للأطراف بالأحرف الكبيرة ، و الأسماء الشخصية بأحرف صغيرة .

= حيث أنّه بهذه الدعوى لتحديد المعالم المسندة إلى أسانيد قديمة للملكية و بالخصوص مخطط دوار برج منايل ل 1896 التي تشير بصفة غير مباشرة إلى تعديل الحقوق العينية المكرسة في السجل العقاري ، فإنّ قضاة الموضوع رفضوا عن صواب طلبه ما دام أنّ وضعية شغل الأماكن كرسست بمنح كل واحد من المالكين في النزاع الحالي سجلا عقاريا الذي يشكل سند ملكية طبقا للمقتضيات السالفة الذكر و يكون عائقا لدعوى المدعي في الطعن الذي كان عليه أن يرفع دعوى بهدف الإعتراض على حقوق ناتجة عن التسجيل النهائي المؤدي إلى تأسيس الدفتر العقاري و الذي يشكل إلى غاية تقديم الدليل المعاكس السند الوحيد للملكية و الذي يجب أخذه بعين الإعتبار " .

¹- يراجع نص المادة 46 من المرسوم رقم 63-76 .

كما منع المشرع كل تحشير أو كشط ، و أن كل خطأ مادي أو سهو لا يمحي أو يكشط ، و إنّما يشار إلى الخطأ و تصحيحه عن طريق الإحالة . مع ضرورة الفصل بين كل إجراء و إجراء تال له بخط مرسوم بالحبر ، و أن يضع تاريخ التسليم بعد كل عملية تأشير و النص الذي بمقتضاه تمّ التسليم .

أمّا عن كيفية تسليم الدفتر العقاري ، فإنّ الأمر يختلف باختلاف عدد الأشخاص أصحاب الحقوق المشهورة و المؤشر بها على الدفتر العقاري ، فإن كان شخصا واحدا فإنّ عملية التسليم تتم له شخصيا أمّا إذا تعلق الأمر بأمالك عقارية مشاعة بين شخصين أو أكثر ، فإنّه لا يعدّ لإلّا دفتر عقاري واحد يأخذ عنه الملاك نسخا مصورة ، إلّا إذا إتفق الشركاء المشاعين على تعيين وكيل من بينهم يسلم له الدفتر العقاري ، و في كل الأحوال يُشار على بطاقة العقار المطابقة للدفتر العقاري إلى الجهة التي سلم لها الدفتر العقاري⁽¹⁾ .

و بإعتبار أن شهر التصرفات و السندات المختلفة لا تتم في القانون إلّا بعد تسديد رسوم الإشهار ، فقد أقرّ المشرع رسوم إشهار ثابتة عند المطالبة بالدفتر العقاري في الفقرة السادسة من المادة 2-353 من قانون التسجيل⁽²⁾ ، بعنوان ترقيم نهائي للعقارات الممسوحة في السجل العقاري الذي يتم مباشرة لصاحب عقد الملكية الموجود سلفا ، و المشهر قانونا ، و هذه الرسوم محددة كالآتي :

- بالنسبة للحصص المبنية التابعة لعقار مشترك الملكية
 - إذا كانت الحصة تقل عن 100 متر مربع ، يدفع طالب الدفتر العقاري رسم يقدر ب 500 دج .
 - إذا كانت الحصة تقل عن 200 متر مربع و تزيد عن 100 متر مربع ، يدفع طالب الدفتر العقاري رسم يقدر ب 1000 دج .
 - إذا كانت الحصة تفوق 200 متر مربع ، يدفع طالب الدفتر العقاري رسم يقدر ب 1500 دج .
- بالنسبة للأراضي غير مبنية أو مبنية
 - إذا كانت المساحة تقل عن 1000 متر مربع ، فإنّ الرسم المستحق يقدر ب 500 دج إذا كان العقار غير مبني ، و ب 1000 دج إذا كان العقار مبني .

¹- يراجع نص المادتين 46 و 47 من المرسوم رقم 63-76 .

- يراجع أيضا ، ويس فتحي ، المرجع السابق ، هامش 1 ، ص 262 .

²- المادة 2-353 من قانون التسجيل ، معدلة بموجب المادة 23 من القانون رقم 10-14 المؤرخ في 30-12-2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 .

- إذا كانت المساحة تقل عن 3000 متر مربع و تزيد عن 1000 متر مربع ، فإنّ الرسم المستحق يقدر ب 1000 دج إذا كان العقار غير مبني ، و ب 1500 دج إذا كان العقار مبني .
- إذا كانت المساحة تزيد عن 3000 متر مربع ، فإنّ الرسم المستحق يقدر ب 1500 دج إذا كان العقار غير مبني ، و ب 2000 دج إذا كان العقار مبني .

• بالنسبة للأراضي الفلاحية

- إذا كانت المساحة تقل من 5 هكتارات ، يسدد رسم إشهار ثابت يقدر ب 500 دج .
- إذا كانت المساحة تقل عن 10 هكتارات و تزيد عن 5 هكتارات ، يسدد رسم إشهار يقدر ب 1000 دج .

- إذا كانت المساحة تزيد عن 10 هكتارات ، يسدد رسم إشهار يقدر ب 1500 دج .

و يحسن لفت النظر هنا ، إلى أن جميع الرسوم المشار إليها أعلاه ، لا تطبق إلاّ بالنسبة لحالات التقييم العقاري النهائي الذي يتم مباشرة للملاك و أصحاب الحقوق الذين يحوزون سندات ملكية مشهورة بالمحافظة العقارية ، أمّا فيما يتعلق برسوم الإشهار الخاصة بحالات التقييم العقاري النهائي التابع للتقييم المؤقت ، فهي محددة بموجب الفقرة 05 من المادة 353-2 المشار إليها أعلاه .

ثالثاً: حجية الدفتر العقاري و مدى إمكانية الطعن فيه

نتناول ، بادئ ذي بدء ، حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية ، ثم نعرض لمدى إمكانية الطعن فيه . لذلك سيتم تقسيم الدراسة على هذا الأساس .

1- حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية

مما ينبغي التأكيد عليه في هذا المقام ، أنّ العملية التقنية و القانونية التي تمخض عنها الدفتر العقاري ليست بالعملية البسيطة و الهينة ، بل أنّها عملية معقّدة و صارمة و لها أهداف محددة و مسطرة مسبقاً و هي الوصول إلى تطهير الملكية العقارية ، من خلال تأسيس نظام الشهر العيني ، و بالنتيجة تسليم الملاك و أصحاب الحقوق الدفتر العقاري الذي يعدّ المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيّنة في شأن الملكية العقارية .

و تبعاً لذلك يمكن القول ، أنّ الدفتر العقاري يعتبر أحد أقوى السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية على إعتبار أنّه لا يُسَلّم لصاحب العقار ، إلاّ بعد إجراء تحقيق ميداني تقوم به لجان المسح العام للأراضي ، و التي تتولى مهمة التحري و الإستقصاء حول صحة البيانات المتعلقة بالعقارات محل المسح و تحديدها بكيفية نافية للجهالة تحت رقابة أحد قضاة المحاكم .

و نظرا للطابع التطهيري لنظام الشهر العيني ، فإنه لا يمكن لأي كان أن يدعي خلاف ما يتضمنه الدفتر العقاري من بيانات ، أو يدعي أي حق عيني عقاري عليه ، ما لم يكن حقه مقيدا بالبطاقة العقارية المنشأة عن كل عقار بعد إحداث عمليتي المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ .

و كان من المفروض أن يستجيب المشرع لمبادئ نظام الشهر العيني المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، لاسيما مبدأ القوة الثبوتية للشهر ، و إعداد دفتر عقاري له حجية قاطعة في إثبات الملكية العقارية ، إلا أنّ هذا الهدف النظري سرعان ما تلقاه المشرع بفتور ، إذ أجاز بموجب المادة 16 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي عن طريق القضاء ، ممّا جعل مبدأ القوة الثبوتية - La force probante - للدفتر العقاري نسبية قابلة للطعن في أي وقت .

و الملاحظ أنّ الإجتهد القضائي للمحكمة العليا لم يخرج عمّا إنتهى إليه المشرع ، حيث أكدّ في عدّة قرارات له على إكتساب الدفتر العقاري القوة الثبوتية .

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 28 جوان 2000 و الذي جاء فيه ما يلي⁽²⁾ : " حيث يتضح من خلال مراجعة القرار محل الطعن أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم على إنعدام وجود دليل الإثبات في الدعوى و ذهبوا إلى القول أنّ الدفتر العقاري المستظهر به من طرف المدعي الأصلي لا يقوم مقام سند الملكية .

لكن حيث من الثابت أنّ القانون ينص على خلاف ذلك ، و يعتبر الدفتر العقاري بأنه سيكون الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية عملا بالمادة 19 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 الذي يتضمن مسح الأراضي ، و كذا المادتين 32 و 33 من المرسوم رقم 73-32 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة .

و من ثم فإنّ القضاة لمّا توصلوا إلى عدم وجود الدليل على إثبات الملكية العقارية رغم الإستظهار بالدفتر العقاري يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون و لم يضمنوا قرارهم الأساس القانوني السليم ممّا يعرضه ذلك للنقض و الإبطال " .

¹- مجيد خلفوني ، الدفتر العقاري ، مجلة الموثق ، العدد 8 ، 2002 ، ص 15 .

²- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 197920 ، الصادر بتاريخ 28-06-2000 ، منشور ب م ق لسنة 2001 ، ع 1 ص 249 .

و أيضا ما قضت به في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 21 أبريل 2004 و الذي جاء فيه ما يلي⁽¹⁾ :
" يؤسس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية طبقا للمرسومين 74-75 و 62-76 بعد إستكماله
للإجراءات و الشكليات و الأجال ممّا يجعله يكتسب القوة الثبوتية ، فالنعي بإعتماد القضاة
على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى " .

و إذا كان موقف المحكمة العليا في هذين القرارين و قرارات أخرى هو الإعتراف للدفتر العقاري
بالقوة الثبوتية في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، فيلاحظ أنّها سلكت مسلكا مغايرا في قرارات
قضائية أخرى ، بل أنّها قد ذهبت إلى أبعد ممّا قرّرت في مسلكها هذا ، و لعلّه من الملائم الإشارة
إلى أنّ أحكام حديثة للمحكمة العليا ، كانت قضت بجواز تملك العقارات التي يحوز مالكوها دفاتر عقارية
عن طريق التقادم المكسب⁽²⁾ .

2- مدى إمكانية الطعن في الدفتر العقاري

سبق و ميّزنا بين الإحتجاجات التي قد تُثار أثناء القيام بعمليات المسح أمام لجنة المسح للبلدية بعد إيداع
وثائق المسح بالبلدية ، و المنصوص عليها ضمن أحكام المواد : من 11 إلى 14 من المرسوم
رقم 62-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدّل و المتمم ، و بين
الإعتراضات التي تُقدّم بعد الترقيم المؤقت لدى المحافظ العقاري المنصوص عليها ضمن أحكام المواد :
من 13 إلى 15 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري
المعدّل و المتمم .

و قدّمنا أنّ الإحتجاجات التي تُقدّم أمام لجنة المسح للبلدية ، إنّما هي مجرد إعتراضات على الحدود
و مهلتها ثلاثة (03) أشهر ، و أنّ الفصل فيها إنّما ينصب على الحدود فقط . كما قدّمنا أيضا
أنّ الإعتراضات التي تُقدّم أمام المحافظة العقارية ، و التي تُقدّر مهلتها بستة (06) أشهر ، إنّما
هي إعتراضات تمسّ الحقوق نفسها ، لذلك فمن شأن الفصل فيها أن يؤدي لامحالة إلى الفصل
في موضوع الحق من حيث وجوده أو عدم وجوده ، و من حيث تحديد صاحب الحق .

أمّا الطعن في الحقوق الناتجة عن الترقيم العقاري النهائي - و نقصد بذلك الدفتر العقاري - أمام القضاء
فلم يُقيّد المشرع فيه بأي مدّة ، سوى إحترام القواعد العامة المتعلقة بسقوط و تقادم دعاوى المطالبة

¹- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 259635 ، الصادر بتاريخ 21-04-2004 ، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1
ص 334 .

²- يراجع ما سبق ذكره في ص 305 و ما يليها من هذه الرسالة .

بالحقوق المنصوص عليها ضمن أحكام القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .
مما يتعين معه بيان أسباب قبول الطعن بإلغاء الدفتر العقاري ، و الشروط و الإجراءات المتطلبية لإقامة
دعوى إلغاء الدفتر العقاري ، و أثر الحكم الصادر فيها . و هو ما سيتم شرحه وفقا للتفصيل الآتي :

أ- أسباب قبول الطعن بإلغاء الدفتر العقاري

مكّن المشرع كل من له مصلحة الطعن في قرارات المحافظ العقاري أمام القضاء ، و التي تقضي بمنح
المالك الظاهر ترقيم نهائي للعقار محل الشهر . و على ذلك جرى حكم المادة 16 فقرة أولى من المرسوم
رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدّل و المتمم : " لا يمكن
إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12 و 13 و 14
من هذا الفصل إلاّ عن طريق القضاء " .

إنّ قراءة المادة أعلاه أثناء الإشارة إلى إمكانية إعادة النظر في الترقيم النهائي ، يستدعي ملاحظتين :
من جهة ، أنّ من شأن إعادة النظر في الترقيم النهائي ، أن يؤدي إلى هدر القوة الثبوتية للحقوق المقيدة
في السجل العقاري ، و التي تعتبر من أهم قواعد نظام الشهر العيني . و إنّ كان البعض يرى
أنّ في الإلتجاء إلى القضاء الذي هو مبدأ مكرّس لا يمكن التنازل عنه ، لأجل الطعن في قرار تسليم
الدفتر العقاري أو أحد البيانات أو الأخطاء⁽¹⁾ الواردة فيه ، لا يعتبر خروجاً عن القواعد العامة المقررة
في نظام الشهر العيني ، على اعتبار أنّ الطاعن ملزم بتقديم كل ما من شأنه أن يثبت ملكيته للعقار
موضوع الدفتر العقاري ، دون إهدار للحقوق الثابتة فيه ، أو منع الحائز التصرف بمقتضاه⁽²⁾ .

و من جهة أخرى ، أنّ المشرع لم يحدد آجال للطعن في الترقيم النهائي ، بل أنّه ترك المسألة لتقادم
الحقوق و المحددة بخمسة عشر (15) سنة ، مما يجعل صاحب الدفتر العقاري مهددا برفع الدعاوى
القضائية في أي وقت ، و هذا ما يؤدي لامحالة إلى زعزعة إستقرار المعاملات العقارية ، و الإخلال
بالثقة و الإلتئام العقاريين ، و التقليل من أهمية نظام الشهر العيني ، و الأثر المطّهر للشهر .

¹- قد يرتكب المحافظ العقاري أخطاء أثناء تأدية وظيفته أو بمناسبةها ، فتعدّ تلك الأخطاء شخصية إذا تجرّدت من أي
رابطة كانت بالمرفق . على حدّ تعبير مجلس الدولة الفرنسي : Elle n'est pas dépourvue de tout lien avec le
service . و من قبيل الأخطاء الأكثر جسامة التي يرتكبها المحافظ العقاري بمناسبة أداء وظيفته ، خارج نطاق السلوك
العادي للموظف ، و تكون مفعمة بالبواعث النفسية ، تزوير الدفتر العقاري سواء تم ذلك بفعل أو عمل منه أو بمساعدة
شخص آخر ، و في هذه الحالة مكّن المشرع الطرف المضرور من اللجوء إلى القسم الجزائي على مستوى المحكمة
المختصة ، من أجل مخاصمة المحافظ العقاري .

²- أحمد ضيف ، المرجع السابق ، ص 320 .

إلا أنه غالباً ما تصاحب العمليات التي تسبق إصدار و تسليم الدفتر العقاري بعض الأخطاء و العيوب ممّا يجعل القضاء ضامناً للحقوق التي قد تهدر .

إلا أنّ لجوء صاحب الشأن لإلغاء الدفتر العقاري قضائياً ، لا يجوز إلاّ إذا توافر في الدفتر العقاري أحد أوجه الطعن بالإلغاء أو ما يمكن تسميته بأسباب الطعن بالإلغاء .

و عموماً تتمثل الأسباب التي يجوز اللجوء فيها للقضاء طلباً لإلغاء الدفتر العقاري المشوب بأي منها في العيوب التي تشوب القرار الإداري بوجه عام ، و التي تنحصر فيما يلي :

❖ عيب عدم الإختصاص

يكون الدفتر العقاري مشوباً بعيب عدم الإختصاص إذا صدر عمّن لا ولاية له في إصداره ، كأن يكون الختم الموجود على الدفتر العقاري خاص برئيس مصلحة بالمحافظة العقارية⁽¹⁾ .

كما يكون الدفتر العقاري مشوباً بعيب عدم الإختصاص ، إذا صدر عمّن يملك الإختصاص بإصداره و لكنّه أصدره خارج حدود ولايته الزمانية ، كما لو قام المحافظ العقاري بإعداد و تسليم الدفتر العقاري قبل عملية تعيين البطاقات العقارية و تأسيس السجل العقاري .

و عيب عدم الإختصاص يتعلق بالنظام العام ، بحيث تملك المحكمة التي تنظر في دعوى الإلغاء إثارته من تلقاء نفسها و لو لم يدفع به الخصم أمامها⁽²⁾ .

❖ عيب مخالفة الشكل و الإجراءات

إنّه لا يكفي أن يلتزم المحافظ العقاري بإعداد و تسليم الدفتر العقاري في حدود إختصاصه ، كي يصبح الدفتر العقاري سليماً و منتجاً لكافة آثاره ، بل لا بدّ أن يصدر الدفتر العقاري وفقاً للإجراءات التي حددها القانون ، و في الأشكال المرسومة له .

و لعلّ من أبرز تلك الشكليات طريقة التأشير على الدفتر العقاري ، و سبق و قدمنا أنّ المشرع قد تشدد إلى أبعد الحدود فيما يتعلق بطريقة التأشير على الدفتر العقاري ، و من ثمّ فإذا لم يراع المحافظ العقاري أثناء إعداد الدفتر العقاري الضوابط المتعلقة بعملية التأشير ، فإنّ الدفتر العقاري يكون عرضة للطعن بالإلغاء لمخالفته قاعدة الشكل .

¹ - رحابية عماد الدين ، المرجع السابق ، ص 294 .

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، أنواعه - أركانه - شروط صحته - سحبه و إلغائه ، ط 1 ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، 2008 ، ص 335 .

أما عن الإجراءات فهي جملة الخطوات التي يتطلبها القانون صراحة ، و التي يلتزم المحافظ العقاري بإحترامها قبل و أثناء و بعد إصدار الدفتر العقاري ، و إلاَّ عُدَّ الدفتر العقاري المفقود لها معيبا بعبء مخالفة الإجراءات . كمخالفة إجراءات تسليمه ، بمنحه للمالك فور المطالبة به ، دون أن يقوم هذا الأخير بتسديد الرسوم المستحقة .

❖ عيب السبب

لقد إستقر الفقه و القضاء على أنّ سبب القرار الإداري هو مبرر إصداره المتمثل في توافر حالة واقعية أو قانونية تستدعي تدخل الإدارة لمواجهتها بإصدار قرار إداري ، و من هنا يقوم عيب السبب المؤدي إلى إبطال القرار الإداري ، إذا لم تستند الإدارة في إصدارها له إلى حالة قانونية أو واقعية تبرر هذا الإصدار (1) .

و تقريرا على ذلك ، لا يمكن إصدار دفتر عقاري مبني على وقائع مادية أو تصرفات قانونية غير تلك المحددة بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المنفذ بالمرسومين 76-62 و 76-63 المتعلقين تباعا بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري (2) . و هي في هذه الحالة - و نقصد بذلك الحالة القانونية أو الواقعية - أعمال المسح التي كشفت عن أصحاب الحقوق العينية العقارية ، و شكّلت بسبب ذلك أساسا لعملية التقييم النهائي (3) .

❖ عيب مخالفة القانون

ينطوي تحت عيب مخالفة القانون كافة أشكال و أنواع عيوب القرار الإداري ، و في هذا الصدد يتوجب على طالب الإلغاء تحديد النص القانوني الذي يدعي خروج المحافظ العقاري على أحكامه أو مخالفته لمقتضاه ، حتى يُقضى له بإلغاء الدفتر العقاري محل الطعن .

❖ عيب الإنحراف بالسلطة

إنّ ما يمكن الإشارة إليه في هذا الصدد ، أنّ عيب الإنحراف بالسلطة يتصل بالغاية أو الهدف من إصدار القرار الإداري . حيث يكون الدفتر العقاري مشوبا به ، متى إستهدف المحافظ العقاري بإصداره له تحقيق غاية منبئة الصلة بالصالح العام ، كما لو قصد بإصدار الدفتر العقاري تحقيق

1- عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المرجع السابق ، ص 338 .

2- رحايمية عماد الدين ، المرجع السابق ، ص 295 .

3- قرار م ع غ ع ، ملف رقم 259635 ، الصادر بتاريخ 21-04-2004 ، منشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 1 ص 334 . المشار إليه أعلاه .

مصالحته الشخصية أو محاباة الغير ممن تربطهم أو لا تربطهم به صلة . ذلك لأنّ تحقيق المصلحة العامة هو هدف عام لكافة القرارات الإدارية المثبتة للملكية العقارية ، الأمر الذي يبطل كل دفتر عقاري يحيد عن تحقيقها .

ب- دعوى الإلغاء و أثر الحكم الصادر فيها

كون إلغاء الدفتر العقاري يكون هنا بحكم قضائي ، من خلال دعوى تُقام أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً ، فلا يكفي لهذا الإلغاء توافر أسبابه المتمثلة في عيوب الإلغاء آنفة الذكر ، و إنّما يتعيّن توافر شروط و إجراءات خاصة لقبول دعوى الإلغاء ، حيث لا يتجه القاضي لفحص الدفتر العقاري محل الطعن بالإلغاء ، إلاّ بعد تأكده من توافر شروط و إجراءات إقامة الدعوى ، و تخلف أي منها سيؤدي حتماً إلى عدم قبول الدعوى شكلاً دون التطرق إلى بحث موضوعها .

و كقاعدة عامة في دعوى إلغاء الدفتر العقاري ، يؤول إختصاص النظر فيها إلى المحكمة الإدارية المختصة إقليمياً ، و يتم ذلك بموجب عريضة موقعة و مؤرخة ، يحدد فيها جميع أطراف الخصومة القضائية من مدعي و مدعى عليه و مدخل في الخصام إذا اقتضى الأمر ذلك ، مع عرض و جيز للوقائع و الطلبات و الوسائل التي تؤسس عليها الدعوى .

كما يشترط القانون فضلاً عن الصفة و المصلحة ، و شرط التمثيل القضائي بواسطة محامي وفقاً لما قرره المادتين 13 و 826 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، و زيادة أيضاً على وجوب تمتع المدعي بالأهلية القانونية التي تخول له الحق في المطالبة القضائية⁽¹⁾ ، ضرورة تأسيس دعوى إلغاء الدفتر العقاري على أحد أسباب الإلغاء المبينة أعلاه . مع ضرورة شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى وفقاً لمقتضيات أحكام المواد المنظمة للشهر العقاري .

كما إستلزم القانون ضرورة أن تُوجه الدعوى ضدّ وزير المالية ممثلاً بمدير الحفظ العقاري على مستوى المحكمة الإدارية ، و ضدّ المدير العام للأموال الوطنية في حالة الإستئناف المرفوع أمام مجلس الدولة طبقاً للقرار الوزاري المؤرخ في 20 فبراير 1999⁽²⁾ .

¹- رتب المشرع عن إنعدام الأهلية أو التفويض لممثل الشخص الطبيعي أو المعنوي ، بطلان العقود غير القضائية و الإجراءات من حيث موضوعها ، مع وجوب إثارة الجهة القضائية البطلان تلقائياً .

-يراجع في هذا الصدد أحكام المادتين 64 و 65 من ق . إ . م . إ .

²- القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 20-02-1999 ، يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة لتمثيل الوزير المكفّف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة . منشور في ج ر ، ع 40 ، الصادرة بتاريخ : 24-03-1999 .

و عموما إذا أفلح المدعي في الحصول على حكم قضائي يقضي بإلغاء الدفتر العقاري ، فقد المدعى عليه صفة المالك ، و في هذه الحالة يمكن إعتبار الدفتر العقاري كأن لم يكن فيما بين طرفيه و الغير شريطة إتباع إجراءات شهره وفقا لمقتضيات المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .
و كأثر للحكم المشهر القاضي بإلغاء الدفتر العقاري ، يلتزم المحافظ العقاري في هذا الصدد بإتلاف الدفتر العقاري محل الإلغاء ، و إعداد دفتر عقاري يُسَلَّم للمالك الجديد .

- يراجع في نفس السياق ، المذكرة رقم 6508 الصادرة بتاريخ 21-08-2007 ، المتعلقة بالمنازعات - التمثيل القضائي مجمع النصوص القانونية لسنة 2007 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

الخاتمة:

في ختام هذه الدراسة ، يستشف أنّ المشرع قد أولى إهتماما ملحوظا بمسألة ضبط و تنظيم سندات إثبات الملكية العقارية، و يتبدى هذا الإهتمام بوضوح من خلال النصوص التشريعية و التنظيمية الصادرة عن المؤسسة التشريعية و المؤسسة التنفيذية ، و ذلك عبر مرحلتين يمكن تلخيصهما في الآتي :

فكانت المرحلة الأولى غداة إسترجاع السيادة الوطنية مباشرة ، و إمتدت إلى غاية 1988 ، كان فيها التعامل بالسند العرفي هو الساري المفعول في عمليات إثبات و تداول الملكية العقارية ، و ذلك نظرا لعدّة إعتبرات ، منها نظام الحفظ العقاري الإختياري الموروث عن القانون المدني الفرنسي للفترة السابقة لسنة 1970 ، الذي كان يجيز التعامل بالسندات العرفية .

و لم تؤد النصوص القانونية الصادرة بعد الإستقلال إلى حل هذه الإشكالية ، طالما أن هذه القوانين كانت متأثرة بالخيارات الإقتصادية و الإجتماعية بتلك المرحلة، لاسيما تدابير و آليات تكوين رصيد عقاري للدولة على حساب ملكيات الخواص ، بالإضافة إلى الموانع و القيود التي مسّت حرية التصرف في الملكية العقارية الخاصة في الوسطين الحضري و الريفي ، من خلال قانوني الثورة الزراعية و الإحتياجات العقارية لصالح البلديات ، ممّا دفع بالخواص باللجوء إلى التعامل المكثّف بالسندات العرفية حتى بعد دخول أحكام الأمر رقم 71-90 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق ، حيز التطبيق .

الأمر الذي دفع بالقضاء إلى التدخل على مراحل في محاولة منه للموازنة بين الواقع الإجتماعي الذي فرضته قوانين تقييد الملكية العقارية ، و الحظر القانوني الثابت بعموم أحكام المادة 12 من الأمر رقم 71-90 السالف الذكر ، قصد إنهاء التضارب الحاصل حول تسوية هذه السندات .

و في المرحلة الثانية ، و على إثر التحولات و الأوضاع التي شهدتها الجزائر منذ 1989 - سنة بداية تطبيق الإصلاحات الإقتصادية - أصبحت ترقية التنظيم العقاري ، و بشكل أدق مسألة غموض و إنعدام السندات المثبتة للملكية العقارية تشكل محورا هاما لسياسة الإنفتاح المعتمدة من قبل السلطات العمومية و في هذا الإتجاه ، عمدت الإرادة التشريعية إلى مراجعة النصوص القانونية المنظمة للنشاط العقاري و عصرنتها بما يتماشى و نظام الإقتصاد الحرّ الذي إتخذته الجزائر منهاجا لها ، قصد تفعيل العملية الإستثمارية التي تتطلب أساسا أوعية عقارية مثبتة بسندات رسمية ، تمنح الأسواق العقارية و المالية قرينة الثقة و الإئتمان و اليقين ، و توفّر للمستثمر ما يحتاج إليه من أموال و قروض بنكية و سيوله لتجسيد مشروعه على أرض الواقع .

و فعلا فقد باشرت الجزائر نهاية الثمانينات ، بإصلاحات واسعة مسّت الجوانب الحيوية للتنظيم العقاري و التي تضمنت في مجملها تكريس قاعدة التوثيق الإلجباري كأداة وحيدة في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها .

و تجسيدا لهذا القاعدة ، فقد بادرت الإرادة التشريعية إلى التدخل بتحرير مهنة التوثيق بموجب القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، و إعادة تنظيمها بمقتضى القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، في محاولة منها نحو ترقية العمل التوثيقي و التأسيس لقواعد توثيق عصري و فعّال ، قصد إعطاء دور أكثر فعالية للسند التوثيقي في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، و توسيع دائرة تدخله في مجال الإستثمار و التكوين التدريجي لسوق عقارية حرة ، تبعا لما يضمنه السند التوثيقي من إستقرار في التعامل العقاري .

فوجود شخص ثالث حامل لختم الدولة و مفوض من قبل السلطة العمومية ، مع أطراف التصرف يُعدّ ضمانا قوية على تحديد مضمون التصرف القانوني بدقة ، فضلا عن الكشف عن النوايا الحقيقية للمتعاملين ، و العمل على ترجمتها بصورة أدق و أفضل ، تجعل من السير على القضاء تحديد إلتزامات و حقوق أطراف التصرف ، و لا يأتي دور القاضي في حالة نشوب نزاع بين أطراف التصرف إلا بشكل ثانوي في تكوين إعتقاده للفصل في الدعوى ، إذ يعتبر السند التوثيقي حجة بذاته دون حاجة إلى الإقرار به ، فهو بذاته ينقل عب الإثبات .

و يظهر من خلال الدراسة أنّ المشرع قد سعى بمقتضى القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، إلى رفع إحتكار الدولة للمعاملات العقارية في الوسطين الفلاحي و الحضري ، من خلال إلغاء العمل بقانون الثورة الزراعية و الإحتياطات العقارية لصالح البلديات إذ من غير المعقول أن يستمرّ العمل بتدابير المنع و التقييد على حرية الأشخاص في التملك و التعامل العقاري ، بالتوازي مع خيار نظام الشهر العيني ، و تحرير مهنة التوثيق ، و باقي المهن ذات الصلة بالنشاط العقاري .

و بالفعل فقد أدى تحرير مهنة التوثيق و رفع الموانع و القيود التي مسّت حرية التصرف في الملكية العقارية فترة السبعينات ، إلى التخلّي التدريجي عن التعامل بالسند العرفي ، و بداية إستعادة السند التوثيقي لمكانته كأداة وحيدة في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، حيث تنامي تفضيل الخواص التعامل بالسند التوثيقي ، تبعا لما يقدمه هذا الأخير من حجية و قوة في الإثبات ، و ما يضمنه

من إنسجام بين المعاملات و الأحكام التشريعية و التنظيمية المستحدثة ، خاصة بعد توحيد الإجتهااد القضائي لقراراته بشأن تسوية السندات العرفية الثابتة التاريخ .

و تبين لنا مما تقدم أنّ الدولة بصفتها صاحبة السيادة و السلطان و تمتلك أكبر رصيد عقاري ، كان دافعا وراء تدخّل المشرع بالعديد من القواعد و الأحكام التي تحكم و تنظم السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية ، على غرار عقد البيع الإداري و عقد التبادل الواردين على العقارات التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، و عقود الننازل عن الأملاك العقارية في القطاع العمومي الإيجاري ذو الطابع الإجتماعي و كذا قرارات نزع الملكية و التي عادة ما تلجأ إليها الإدارة لتحقيق النفع العام و خدمة المصلحة العامة فضلا عن عقود الإستصلاح في الأراضي الفلاحية ، و عقود الإمتياز القابلة للننازل في إطار الإستثمار الموجه لإستغلال العقار الصناعي .

و الملاحظ أنّه بالرغم من إعتمااد المشرع على نظام الشهر العيني ، القائم أصلا على عملية المسح العام و تأسيس السجل العقاري ، المعلن عنه بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و الذي سينتهي حتما بتسليم الملاك و الحائزين لدفاتر عقارية ، تعبير المنطلق الوحيد في إثبات الملكية العقارية في المناطق الممسوحة ، إلا أنّ السلطات العمومية ظلّت تُدرك صعوبة العملية في تحقيق نتائج معتبرة في أعمال المسح ، و بات التفكير في آليات أخرى موازية للعملية تضمن تسليم سندات الملكية في المناطق غير الممسوحة .

و بالفعل فقد شكّلت النسبة الضئيلة لإعمال المسح العام ، و شعور الملاك و الحائزين بعدم الإستقرار العقاري على أملاكهم ، و تقييدهم في البناء و الحماية القضائية ، دافعا إلى المبادرة بالقانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 ، في خطوة مغايرة للأساليب السابقة المعتمدة في معالجة مسألة ضبط و تسليم سندات الملكية في المناطق غير الممسوحة .

و كل ذلك دفعنا إلى عرض بعض الآراء حول مختلف السندات المثبتة للملكية العقارية التي سبق دراستها و ذلك وفقا للتفصيل الآتي بينانه :

أولا : بالنسبة للسند العرفي المثبت للملكية العقارية

لقد أدى تبني المشرع للأمر رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 إلى تمديد العمل بالتشريع الفرنسي ، بإستثناء ما يتعارض مع السيادة الوطنية ، و لم تكن القوانين المنظمة للملكية العقارية بمنأى عن هذا التمديد ، فقد إستمرّ المشرع في العمل بأحكام القانون المدني الفرنسي ، التي كانت تجيز تداول الملكية العقارية و إثباتها عن طريق السندات العرفية .

و حتى يتسنى للمشرع القضاء على المعاملات العرفية و جعلها تحت رقابة الدولة ، تدخل بمقتضى الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1971 المتضمن تنظيم التوثيق ، حيث أخضع بموجب المادة 12 منه ، التصرفات و المعاملات العقارية إلى الشكلية الرسمية أو ما يعرف بقاعدة التوثيق الإلزامي تحت طائلة البطلان .

إلا أنّ الطبيعة الهشة للتنظيم العقاري القائم على نظام الشهر الشخصي الإختياري ، و مبدأ التراضي في نقل الحقوق العينية العقارية ، و الذي كان يُجيز للأفراد إبرام تصرفاتهم العقارية وفقا لإرادتهم الحرّة دون التقيّد بأحكام خاصة ، عجلّ في اللّجوء إلى التعاقد العرفي ، ممّا أدى إلى إحلال السند العرفي محل السند التوثيقي ، و ظهور بناءات فوضوية مخالفة لقواعد التهيئة و التعمير .

فضلا عن مقتضيات الظروف التي سادت بعد الإستقلال مباشرة ، لاسيما الغلق الفجائي لأغلب مكاتب التوثيق ، و المضاربات العقارية التي صاحبت القيود الإدارية التي مسّت حرية التعامل في العقار في تلك الفترة ، خاصة أثناء إصدار الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية المطبق في الوسط الريفي ، و الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بالإحتياطات العقارية المطبق في الوسط الحضري . و اللذان كان لهما بالغ الأثر في التعجيل باللّجوء المكثّف إلى التعامل بالسندات العرفية .

الأمر الذي دفع بالمشرع و من بعده القضاء ، إلى التدخل على مراحل لإنهاء التضارب الحاصل حول تسوية هذه السندات ، بدءا بتعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، و إنتهاءا بقانون المالية لسنة 1993 الذي حظر تسجيل السندات العرفية المعايينة لمعاملات عقارية ، و أخيرا القرار رقم 136156 المؤرخ في 18 فبراير 1997 ، الذي كان دافعا وراء تدخل قضاة الغرف مجتمعة بالمحكمة العليا ، لوضع حدّا للتضارب الحاصل بشأن تسوية السندات العرفية المعايينة لمعاملات عقارية و الثابتة التاريخ بعد صدور قانون التوثيق .

و بذلك لم تعد الرسمية شرط للإثبات فقط ، بل أصبحت شرط لإنعقاد التصرفات العقارية و ركنا فيها و أنّ من شأن تخلفها أن يُعرّض التصرف للبطلان المطلق . و هو ما يعني ، أنّ السندات العرفية المحررة بعد الفاتح من يناير 1971 ، لا تُعدّ من قبيل السندات المثبتة للملكية العقارية ، و ليس لها أي أثر بالنسبة لإثبات أو نقل الحقوق العينية العقارية ، و لا يترتب عليها إلاّ حقوق شخصية لأطرافها و بالتالي فهي تُعدّ باطلة بطلانا مطلقا ، و يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها ، كما يجوز للمحكمة إثارة بطلانها تلقائيا تطبيقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني .

و إستثناء من الأصل ، فإنّ السندات العرفية التي لها تاريخ ثابت قبل الفاتح من يناير 1971 ، توازي قوتها الثبوتية ، قوة السندات الرسمية (السندات التوثيقية ، السندات الإدارية ، الأحكام القضائية) على إعتبار أنّ الرسمية قبل هذا التاريخ لم تكن كركن في المعاملات العقارية ، غير أنّ حجيتها قبل الغير ، تبقى مرهونة بالتأشير بها على مجموعة البطاقات العقارية ، لأنّ الشهر في تلك الفترة كان ضروريا للإحتجاج بالتصرف قبل الغير .

أمّا عن صور الطعن التي قد يتمسك بها الخصم الذي يُحتج في مواجهته بهذا السند ، فهي محددة بصورتين ، أمّا الأولى فتتمثل في أسلوب الإنكار و هو رخصة -Permis- خوّلها المشرع لمن يُحتج في مواجهته بسند عرفي لإستبعاد حجيته مؤقتا ، بإنكار توقيعه للسند الذي يُحتج عليه به . أمّا الثانية فتتجلى في الدفع بالتزوير ، و الذي قد يتخذ صورتين ، فقد يكون في صورة دعوى طارئة أو فرعية تُقدّم أثناء نظر دعوى أصلية قائمة ، كما قد يتخذ صورة دعوى أصلية تُرفع بالإجراءات المقررة في رفع الدعاوى .

ثانيا : بالنسبة للسند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

إنّ الشكلية تُظهر كل التصرفات المبرمة أمام الموثق من كل العيوب ، أو على الأقل الحدّ من أشكال الضغط و التدليس و الغش و الصورية التي يعرفها مبدأ الرضائية ، على إعتبار أنّ الموثق هو ضابط عمومي مخوّل من قبل السلطة العامة لا يقوم بترسيم إتفاقات الأطراف في قالب شكلي ، إلّا بعد تعزيزها بالكثير من الضمانات القانونية و التأكد من مدى سلامتها ، و هذا في حدّ ذاته يُعدّ تسهيلا لمهمة القضاء و تجنيبه لأعباء و متاعب الإثبات ، و ضمانا قويا لسلامة النظر في النزاع و سلامة الحكم كل هذا ما جعل السند التوثيقي يلعب دورا متميزا من حيث الإثبات و الحجية ، و ضبط و تقويم الملكية العقارية من أجل إستقرار المعاملات و إعطائها إطارا رسميا .

كما خالصنا أنّ السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية ، تختلف بإختلاف نوع التصرف المراد بإبرامه ، ففيما يتعلق بالسندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق المعاوضة كعقد البيع العقاري ، و الوعد ببيع العقار ، و عقد مقايضة العقار ، و عقد بيع العقار بناء على التصاميم ، فهي تقتضي بداءة إفراغها في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان ، فضلا عن تسجيلها و شهرها بالمصلحة الشهر العقاري لترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية العقارية .

أمّا فيما يتعلق بالسندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرع ، فلا بدّ من التميّز بين ما إذا كان السند التوثيقي وارد على هبة أو وصية أو وقف .

فإذا كنا بصدد هبة وراثة على عقار ، فلا يمكن إثبات إنتقال الحق العيني للموهوب له ، إلا عن طريق سند توثيقي محرر بمعية موثق وفقا للأشكال و الترتيب المعمول بها في تحرير السندات التوثيقية المثبتة و الناقله للملكية العقارية ، مع وجوب تسجيلها و شهرها بمصلحة الشهر العقاري .

أما إذا تعلق الأمر بالوصية الواردة على العقار ، فإنها و إن كانت تخضع للرسمية و تخرج عن دائرة العقود بمفهوم القانون المدني ، فإن الرسمية تبقى إختيارية بشأنها ، و هي غير واجبة إلا لإثبات التصرف و ليس لإنعقاده ، و لكن بالمقابل لا يمكن إنتقال الملكية إلى الموصى إليه ، إلا بعد تمام عملية الشهر في المحافظة العقارية المختصة إقليميا .

أما عن الوقف ، فقد إستخلصنا من خلال دراسة أحكامه ، أنه قبل صدور القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم ، كان يطبق بشأن تحريره قاعدة الرضائية المنصوص عليها في الشريعة الإسلامية الغراء ، إلا أنه و بمجرد سريان القانون السالف ذكره ، أصبحت الكتابة الرسمية شرطا للإنعقاد و ذلك تحت طائلة البطلان المطلق ، مع وجوب أن يتم تسجيله و شهره في المحافظة العقارية المختصة إقليميا ، لكي ينتقل حق الإنتفاع إلى الموقوف له .

و بخصوص السندات التوثيقية المثبتة و الناقله للملكية العقارية بطريق التصريح ، كما هو الشأن بالنسبة لشهادة نقل الملكية أو ما يعرف بالشهادة التوثيقية ، فهي تعتبر من قبيل السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية ، إلا أن الإختلاف يكمن في مدى إعتبارها قيда على رفع الدعوى ، و هنا لابد من التمييز في كثير من العناية بين دعاوى القضاية التي تتعلق بالالتزام شخصي بين المورث و الغير حيث يكون عقد الفريضة لوحده كفيلا بإثبات صفة الوارث في الدعوى دون حاجة إلى إثباتها بشهادة توثيقية ، و بين دعاوى الملكية العقارية التي تستلزم إعداد شهادة توثيقية مشهورة بالمحافظة العقارية لإثبات الملكية المدعى بها .

أما فيما يتعلق بصور الطعن في السند التوثيقي المثبت و الناقل للملكية العقارية ، فهي تختلف بإختلاف البيانات الواردة فيه . فإذا كنا بصدد البيانات المتعلقة بالتصريحات و الإتفاقات التي يتلقاها الموثق من الأطراف ، فإن مثل هذه البيانات و ما يماثلها تعتبر صحيحة إلى أن يقوم من يُنازعها بإثبات عكسها بالطرق العادية المعدة للإثبات ، و من ثمة يمكن إثبات ما يخالفها دون حاجة إلى إجراءات الطعن بالتزوير .

أما البيانات التي تتعلق بالوقائع التي يُباشرها الموثق بنفسه ، أو الوقائع المادية التي يقوم بها الأطراف أمام الموثق الذي يعاينها ، فإنّ مثل هذه البيانات يكون لها حجية مطلقة ، و لا يجوز إثبات عكسها إلاّ بطريق الطعن بالتزوير .

ثالثا : بالنسبة للسند القضائي المثبت للملكية العقارية

تلعب الأحكام القضائية دورا هاما في إثبات الملكية العقارية ، بل أنّها في كثير من الحالات ما تحل محل عقود الملكية .

و لما كان القانون يعتبر هذه الأحكام سندا لإثبات الملكية العقارية ، فقد إرتأينا أن نتعرض لهذه الأحكام مع الأخذ بعين الإعتبار قدر الإمكان البساطة في العرض ، و الإسهاب في الأمثلة ، و البعد عن النظريات الفقهية .

و نشير في هذا الصدد ، إلى أنّ الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية شأنه شأن باقي الأحكام القضائية يصدر بديباجة هذه الأحكام و تصديرها .

و تبين لنا أيضا ، أنّه متى ثبت للحكم أو القرار القضائي المثبت للملكية العقارية حجية الشيء المقضي فيه أو قوة الأمر المقضي به ، فإنّه يُرتب نتائج عدّة أهمها : صلاحيته للتنفيذ ، و صلاحيته لنقل الملكية العقارية .

و إنتهينا إلى أنّ حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية ، تثبت لكل حكم قطعي شأنها شأن باقي الأحكام القضائية ، و لا يجوز دحضها إلاّ بإحدى الطرق المقررة للطعن في الأحكام ، و أنّ هذه الأخيرة تتفاوت قابليتها للطعن فيما تتفاوت أيضا تبعا لذلك في قوة حجيتها في الإثبات .

و بيّنا أنّ الحجية في دعوى الملكية العقارية إنّما هي حجية نسبية ، لا تسري إلاّ على الخصوم في دعوى الملكية التي صدر فيها الحكم ، و أنّه لا يمكن التسليم إبتداءا بهذه الحجية ، إلاّ بتوافر وحدة ثلاثية للموضوع و السبب و الأطراف .

و خلصنا إلى أنّه متى أفرغ الحكم الصادر في دعوى إثبات الملكية العقارية في شكل نموذجي لدى الموثق ، و تم تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع ، و شهره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محلّ النزاع ، أصبح بالإمكان الإحتجاج به ، ليكون دليلا قاطع الثبوت في إثبات الملكية العقارية على الكافة .

أما بالنسبة للقوة الثبوتية للحكم القضائي كسند رسمي مثبت للملكية العقارية بوجه عام ، فهو يعتبر حجة على الكافة متى كان مظهره الخارجي يدل على سلامته المادية ، إذ لا يخفى أن احتمال أن يرد به تزوير يسقط من قيمته في الإثبات أمر وارد ، لذلك فهو يعتبر حجة على الكافة ما لم يثبت تزويره .

كما خلصنا ، أنه و في مجال المنازعات القضائية التي قد تطرح أمام القضاء عاديا كان أو إداريا يمكن أن يكون الحكم القضائي سندا لإثبات الملكية العقارية الخاصة ، سواء أكان معلنا أو منشأ لحق الملكية العقارية .

ففيما يتعلق بالحكم القضائي المعلن للملكية العقارية ، فإنه متى فصلت المحكمة في دعوى القسمة بين الملاك على الشيوخ ، بحيث يستعيز كل منهم عن حصته الشائعة في الملكية أو في الحق العيني بملكية مستقلة أو بحق عيني مستقل . فإنّ هذا الحكم يصبح سندا للملكية العقارية ، شريطة أن يتم تسجيله و شهره في المحافظة العقارية المختصة إقليميا .

كما نكون أمام حكما قضائيا معلنا للملكية العقارية ، متى تعلق الأمر بحكم قضائي يفصل في أحقية أحد الخصوم لإكتساب العقار موضوع النزاع عن طريق الحيازة ، على أن يتم إتباع ذات الإجراءات المنصوص عليها أعلاه ، و المتعلقة بالتسجيل الجبائي و الشهر العقاري .

و نفس الأمر ، فيما يخص الحكم التصريحي المثبت للشغور ، فقد يحدث و يتوفى شخص و يترك عقارا و لكن بدون أن يترك وارث يملكه . ففي هذه الحالة تنتهي شخصيته القانونية ، و تنتهي بالطبع ملكيته لهذا العقار ، و هذا ما يؤدي وفقا لأحكام القانون إلى صيرورة الخزينة العمومية مالكة لهذا العقار .

و لإثبات إنتقال ملكية العقار الشاغر نهائيا للدولة ، يتعين على مديرية أملاك الدولة أن تسعى إلى تسجيل و شهر الحكم القاضي بإعلان الشغور و تسليم العقار ، بمصلحة الشهر العقاري الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل التركة .

أما فيما يتعلق بالأحكام المنشئة للملكية العقارية ، فتكون في حالة الحكم برسو المزاد ، كأن يلجأ المدين في سبيل تحصيل حقه إلى ضرب حجز تنفيذي على عقار مملوك لمدينه ، و في هذه الحالة سيتم حتما برمجة ملف العقار المحجوز تمهيدا لبيعه في المزاد العلني ، كما قد يحدث أن يتعدّر قسمة عقار مملوك على الشيوخ عينا ، و عندئذ يطرح في المزاد العلني لبيعه و إقتسام ثمنه . ففي الحالتين فإنّ الحكم القاضي برسو المزاد في بيع العقار يعتبر سندا لإثبات الملكية العقارية ، شريطة أن يتم تسجيله و شهره بمصلحة الشهر العقاري المختصة إقليميا وفقا لما هو معمول به في شهر الأحكام القضائية .

كما يمكن أن نكون أمام حكماً منشأً للملكية العقارية ، عندما يتعلق الأمر بالحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة ، و لا يتأتى ذلك إلا برفع الشفيع دعوى قضائية ضدّ كل من البائع و المشتري وفقاً لأحكام الشفعة المنصوص عليها في القانون المدني .

و تبعاً لذلك ، فإنّه متى حاز الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة لقوة الشيء المقضي به ، فإنّه يعتبر سنداً مثبتاً لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه . إذا كان الحكم قد سجل و أشهر بمصلحة الشهر العقاري .

كما يمكن أيضاً ، أن نكون أمام حكماً منشأً للملكية العقارية ، عندما يتعلق الأمر بالحكم القاضي بتثبيت الوعد بالبيع ، إذ قد يحدث أن يرفض الواعد في أثناء المدّة المعطاة للموعود له لتقرير إختياره ، تلبية طلبه في إتمام إجراءات البيع النهائي ، و في هذه الحالة و جب على الموعود له ، متى كان عقد الوعد بالبيع مستوفياً لجميع الشروط الشكلية و الموضوعية ، أن يرفع دعوى قضائية يُطالب بمقتضاها بتقرير رغبته في إختياره ، و الحكم بتثبيت الوعد بالبيع . و بالنتيجة إستصدار حكم يقوم مقام العقد .

و بصيرورة هذا الحكم نهائياً ، حائزاً لقوة الأمر المقضي به ، يتعيّن على الواعد أن يتقدّم أمام أحد المكاتب العمومية للتوثيق ، قصد إيداعه في الشكل القانوني ، و في هذا الصدد يلتزم الموثق بتسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع و إشهاره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل الوعد حتى يُرتب حقاً عينياً لفائدة الموعود له ، و يكون حجة على الطرفين المتعاقدين ، و على كافة المتعاملين في العقارات .

رابعاً : بالنسبة للسند الإداري المثبت للملكية العقارية

فقد كان محور بحث فصل كامل ، شدّد فيه البحث على أهمية السندات الإدارية في مجال تداول الملكية العقارية و إثباتها ، و قدّمنا أنّ هذه السندات قد تصدر في شكل عقد إداري ، كما قد تأخذ صورة قرار إداري .

و خلصنا إلى أنّ السند الإداري بوجه عام ، يعتبر أحد أقوى السندات التي يُعتدّ بها في إثبات الملكية العقارية ، و لعلّ من أهمها كونه صادر عن هيئة إدارية مختصة في الدولة . وفقاً للشكليات و الترتيب التي يتطلبها القانون في هذا المجال ، و هذا ما يُضفي عليه الصبغة الرسمية ، و يُبرز قيمته القانونية و حجّيته في الإثبات ، ممّا يسمح لحامله بالإحتجاج به في مواجهة الكافة .

غير أنّ هذه الحجية لا تكتمل و لا تكون لها قوة في الإثبات ، إلاّ بإتباع الإجراءات الشكلية اللاحقة على تحريره ، و نقصد بذلك عمليتي التسجيل الجبائي و الشهر العقاري للسند .

و هو ما يعني ، أنه لا يكون للسند الإداري حجية فيما بين أطراف التصرف و الغير ، إلا إذا كان السند مسجل بمصلحة التسجيل و الطابع ، و مشهرا بمصلحة الشهر العقاري وفقا للأحكام المعمول بها في هذا المجال .

و باعتبار أنّ سلطة تحرير السند الإداري المثبت للملكية العقارية ، هو حق ثابت للهيئات الإدارية المختصة - كما سبق و بيّنا - التي تُعدّه في حدود سلطتها و إختصاصها ، فمن البديهي أن يكون لجهة القضاء الإداري ولاية النظر في المنازعات التي قد تثار بشأنه ، عملا بالمعيار العضوي المعتمد كأساس لتوزيع الإختصاص بين القضاء العادي و القضاء الإداري .

و إنتهينا إلى أنّ عنصر المصلحة العامة هو المعيار الذي تحتكم إليه الإدارة أثناء إكتسابها للملكية العقارية أو التصرف في ذمتها العقارية الخاصة .

و ما يؤيد ذلك ، أنّ عملية التنازل عن الذمة العقارية الإيجارية التابعة للقطاع العام ، كانت ذات أبعاد و أهداف إجتماعية أكثر منها إقتصادية ، على إعتبار أنّ الدولة لم تكن تهدف بأي حال من الأحوال إلى تحقيق الربح من وراء هذه العملية ، بقدر ما كانت تهدف تمكين كل مواطن من إمتلاك سكن يليق به .

و حتى بالنسبة لعقد الإمتياز الذي يمكن أن يتحول إلى تنازل ، و إن كان يبدو للبعض أنّه ذا أبعاد إقتصادية أكثر منها إجتماعية ، إلا أننا نرى خلاف ذلك ، فمن شأن آلية الإمتياز المعتمدة في العقار الفلاحي و الصناعي أن تساهم في ترقية الإستثمار ، و إعادة بعث التنمية الوطنية .

و الجدير بالإشارة ، إلى أنّه و بالرغم أهمية العقد الإداري و مكانته في إثبات الملكية العقارية ، إلا أنّ السلطة الإدارية كثيرا ما تجد نفسها لسبب أو لآخر مضطرة للعمل بأسلوب القرار الإداري ، و الذي لا يقل شأنًا عن سابقه - العقد الإداري - ، خاصة إذا علمنا أنّ القرارات الإدارية تمثل أحد الدعائم التي ترتكز عليها الدولة في تطهير الملكية العقارية ، و تقليص آجال مسح الأراضي العام في المرحلة القادمة ، و يظهر ذلك بوضوح من خلال عملية التطهير العقاري المعتمدة من قبل الدولة في الأراضي الخاصة غير الممسوحة ، و لعلّ أبرزها يتمثل في إجراء معاينة التقادم المكسب و تسليم سند الملكية عن طريق التحقيق العقاري المعلن عنه بمقتضى القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري فضلا عن عملية التطهير العقاري الشامل الملغى بمقتضى بنود الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 و المراسيم المطبقة له ، و التي ستسمح عند إستكمال أعمال المسح العام للأراضي العام

و تأسيس السجل العقاري ، بتسليم الملاك و الحائزين و أصحاب الحقوق دفاتر عقارية ، و التي تعتبر بمثابة قرارات إدارية مثبتة للملكية العقارية في المناطق الممسوحة .

و في النهاية إرتأينا إبداء بعض التوصيات التي نهيب بالمشرع التدخل لتداركها ، و التي يمكن إجمالها في الآتي :

أولا : فيما يتعلق بالسند العرفي المثبت للملكية العقارية

❖ ضرورة تدخل المشرع لتعديل نص المادة 328 من القانون المدني ، بالإبقاء على حالتين لإكتساب السند العرفي التاريخ الثابت و هما :

• حالة إفراغ مضمون السند العرفي في قالب رسمي .

• حالة وفاة أحد الذين لهم خط أو إمضاء على السند العرفي .

مع حذف باقي الحالتين ، و نقصد بذلك حالي التسجيل الجبائي للسند ، و التأشير عليه على يد ضابط عام مختص .

ثانيا : فيما يتعلق بالسند التوثيقي المثبت للملكية العقارية

❖ ضرورة تدخل المشرع لتوحيد الأجال التي يلتزم فيها الموثق بإتمام الإجراء المتعلق بالشهر بين المادة 99 من المرسوم رقم 76-63 و المادة 353-4 من قانون التسجيل .

❖ ضرورة تدخل المشرع ضمن أحكام المادة 326 من القانون المدني ، بحذف الفقرة الثالثة منها ، أو أن يُبقي على هذه الفقرة و يُكسى النسخة أو الصورة الضوئية الفوتوغرافية ، حجية النسخة المستنسخة عنها ، أيًا كان عدد النسخ أو الصور الضوئية الفوتوغرافية التي تتوسط بينها و بين النسخة المأخوذة عنها ، خاصة بعد إلغاء التصديق على الإمضاء ، و كذا صعوبة التمييز بين السند و الصورة الضوئية الفوتوغرافية المأخوذة ، نتيجة تطور أجهزة التصوير الإلكتروني و آلات التصوير الملونة الرقمية (النسخ الملونة) .

❖ نظرا لأهمية الفهارس الرسمية التي يلتزم الموثق بمسكها ، فإننا نرى ضرورة تحديث المكاتب العمومية للتوثيق ، و تجهيزها بفهرس إلكتروني خاص ، لمواجهة حالات الضياع أو التلف التي قد تعترى هذه الفهارس . و ذلك من خلال تخزين البيانات التي تتضمنها هذه الفهارس ضمن دعائم (أشرطة ، أسطوانات ممغنطة) حتى يكمن الرجوع إليها عند الحاجة ، لإثبات صحة التصرف العقاري المعايين بالسند التوثيقي المفقود .

❖ ضرورة تدخل المشرع لتعديل أحكام المادتين 324 مكرر 2 و 324 مكرر 3 من القانون المدني

و ذلك وفقا للتفصيل التالي :

▪ **تعديل صياغة أحكام المادة 324 مكرر 2 من ناحيتين :**

- تعديل صياغة الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر 2 ، بحصر التصرفات التي تصح بتوقيع الشهود على إعتبار أن هذه الفقرة لا تعتبر حضور الشهود في مجلس العقد ضروريا و لازما إلا " ... عند الإقتضاء ... " ، كما لو كان الموثق يجهل هوية أطراف التصرف .
- إضافة فقرة رابعة للتصدي لمسألة الشروط الواجب توافرها في الشهود .

▪ **تعديل صياغة أحكام المادة 324 مكرر 3 من ناحيتين :**

- تعديل صياغة المادة 324 مكرر 3 وفقا لما جاء به نصّها باللّغة الفرنسية بإضافة لفظ " بحضور شاهدي عدل "
- إضافة فقرة ثانية لتحديد قائمة العقود الإحتفالية ، سواء بتسميتها على سبيل الحصر أو بإعتماد معيار معيّن ، لرفع الغموض و اللبس و تفادي الطعن في صحتها .

❖ ضرورة ضبط المصطلحات القانونية و إعطاها مجالا أوسع للتطبيق بإستبدال لفظ " عقود " الوارد في صلب المادة 16 من الأمر رقم 74-75 بإعتبارها المرجع الأساسي فيما يتعلق بالشهر العقاري بلفظ " التصرفات " حتى يصبح نصها عاما و شاملا للتصرفات المزمة لجانب واحد (الوصية و الوقف) و التصرفات الملزمة للجانبين .

❖ ضرورة تدخل المشرع بحذف كلمة " عقد " الواردة في صلب الفقرة الأولى من نص المادة 04 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف ، حتى يستقيم الأثر المنصوص عليه في النص مع الطبيعة القانونية للوقف .

ثالثا : فيما يتعلق بالسند القضائي المثبت للملكية العقارية

❖ ضرورة تدخل المشرع لإعادة النظر في مسألة التقادم المكسب ، بإضافة مادة ضمن أحكام القانون المدني أو ضمن أحكام المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، تستثني من مجال الخضوع للتقادم المكسب الوارد في القانون المدني العقارات المملوكة بسندات رسمية مشهرة بمصلحة الشهر العقاري .

❖ ضرورة تدخل المشرع لإعادة النظر في صياغة المادة 51 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية من ناحيتين :

▪ توضيح عبارة " الهيئات القضائية المختصة " ، و ذلك من خلال تبيان بوضوح و بصفة نهائية الجهة

القضائية المختصة بالنظر في دعوى الشغور ، هل جهة القضاء الإداري أم القضاء العادي .

■ تحديد المدعى عليه في دعوى الشغور ، إذ ليس بخاف أن لكل دعوى قضائية خصوم : مدعي و مدعى عليه .

و باعتبار أن دعوى الشغور تعتبر من قبيل الدعاوى التي تستلزم أصلاً أن لا يكون للعقار شاغر وارث معروف ، فقد ثار التساؤل بشأن المدعى عليه الذي توجه ضده الدعوى .

و عليه فإنه في غياب نص قانوني صريح يبين المدعى عليه الذي توجه ضده الدعوى ، فإنه لا يمكن وضع أي إفتراض هنا لأن الأمر يتعلق بمسألة قانونية دقيقة تقتضي تدخل المشرع و تحديده بدقة للمدعى عليه في الدعوى .

❖ باعتبار أن الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية غالباً ما ينتهي بإيداعه لدى الموثق لإفراغه في قالب رسمي ، قصد شهره بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها العقار محل النزاع ، فإنّ المعول عليه في هذا الصدد هو تطلب القاضي تحديد العناصر و المعلومات الخاصة بهوية العقار تحديداً دقيقاً لتسهيل عملية إشهاره ، إذ الملاحظ أن أغلب منطوقات هذه الأحكام لا تحتوي على البيانات التي يتطلبها التنظيم المعمول به في مجال الإشهار العقاري .

❖ ضرورة تكوين قضاة متخصصين في المادة و العقارية ، و ذوي كفاءة و دراية بالمنازعات العقارية من أجل ضمان عدم ضياع حقوق المتقاضين ، و الوصول إلى أحكام قضائية صائبة .

رابعاً : فيما يتعلق بالسند الإداري المثبت للملكية العقارية

❖ بالرغم من سنّ المشرع للعديد من النصوص القانونية و التشريعية المنظمة للسندات الإدارية قصد حلّ الإشكالية المرتبطة بضبط و تنظيم السندات المثبتة للملكية العقارية ، إلا أنّ الآمال تبقى معلقة على التعامل بالقانون رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء لمعابنة حق الملكية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، في إنتظار إنتهاء عملية المسح العام للأراضي و تجسيد مشروع التوثيق العام ، و التأسيس لنظام شهر عقاري واضح المعالم مبنياً على مبادئ الثقة و الإئتمان العقاريين .

و لهذا فإننا نرى ضرورة تفعيل عملية مسح الأراضي العام و دفع وتيرتها أكثر ، و التي سنتتهي حتماً بتسليم الملاك و أصحاب الحقوق الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد في إثبات الملكية العقارية .

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللّغة العربية

1- المراجع العامة

▪ **إبن منظور**

لسان العرب ، ج 15 ، دار صادر ، بيروت ، 1956 .

▪ **أحمد أبو الوفا**

❖ الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1983 .

❖ المرافعات المدنية و التجارية ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1970 .

❖ أصول المحاكمات المدنية ، ط 2 ، مكتبة مكاوي ، بيروت ، 1979 .

❖ الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، الدار الجامعية للطباعة و النشر ، بيروت ، لبنان ، 1983 .

▪ **أحمد نشأت**

رسالة الإثبات ، الإقرار - اليمين - القرائن بما في ذلك قوة الشيء المحكوم به - المعاينة ، ج 2 ، بدون

دار النشر ، 2008 .

▪ **إدريس العلوي العبدلاوي**

❖ القانون القضائي الخاص ، التنظيم القضائي - الإختصاص - نظرية الدعوى ، ج 1 ، بدون دار

النشر ، 1405 هـ - 1984 .

❖ وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي ، القواعد العامة لوسائل الإثبات ، الكتابة - الشهادة

- القرائن - الإقرار - اليمين ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، 1402-1981 .

▪ **بلحاج العربي**

مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، وفق آخر التعديلات ، و مدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة

العليا ، المصادر الإرادية ، العقد و الإرادة المنفردة ، ج 1 ، ط 1 دار هومه ، الجزائر

. 2016-2015 .

▪ **بوعمران عادل**

النظرية العامة للقرارات و العقود الإدارية ، دراسة تشريعية ، فقهية و قضائية ، دار الهدى ، الجزائر

. 2011 .

▪ **بربارة عبد الرحمان**

شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، طبعة مزيدة و منقحة مع آخر النصوص ذات الصلة

و مجموعة قرارات عن المحكمة العليا ، ط 4 ، منشورات البغدادي ، الجزائر ، 2013 .

- **جميل الشرقاوي**
الإثبات في المواد المدنية ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1982 .
- **جمال سايس**
الإجتهد القضائي الجزائري في القضاء المدني ، قرارات المحكمة العليا مسرد ألفبائي للكلمات الدالة ج 1 ، ج 2 ، ج 3 ، ج 4 ، ط 1 ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2013 .
- **همام محمد محمود زهران**
أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية - مصر 2002 .
- **حمدي باشا عمر**
مبادئ القضاء في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر 2016 .
- ❖ **حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 .**
- ❖ **القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع ، دار هومه ، الجزائر ، 2010 .**
- ❖ **دراسات قانونية مختلفة ، عقد الإيجار - ملاحظات تطبيقية حول العقود التوثيقية ، نظرات حول عدم إستقرار المحكمة العليا بخصوص بعض القضايا ، ط 6 ، دار هومه ، الجزائر ، سنة 2013 .**
- ❖ **آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2014 .**
- **يحي بكوش**
أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي ، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع ، الجزائر 1981 .
- **ليلى زروقي و عمر حمدي باشا**
المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام ، دار هومه ، الجزائر ، 2014 .
- **مأمون الكزيري و إدريس العلوي العبدلاوي**
شرح المسطرة المدنية في ضوء القانون المغربي ، ج 2 ، مطابع دار القلم ، بيروت ، لبنان 1973-1392 .
- **محمد حسنين**
❖ **الوجيز في نظرية الحق بوجه عام ، الأشخاص و الأموال و الإثبات في القانون المدني الجزائري المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1985 .**

- ❖ عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون سنة الطبع .
- محمد زهدور
- الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، بدون دار النشر ط 1991 .
- مفتاح خليفة عبد الحميد و حمد محمد حمد الشلماني
- العقود الإدارية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2008 .
- محمد صبري السعدي
- الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، طبقا لأحدث التعديلات و مزيدة بأحكام القضاء ، دار الهدى ، الجزائر ، 2011 .
- محمد حسن قاسم
- قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت - لبنان ، 2007 .
- مصطفى أحمد الزرقاء
- المدخل الفقهي العام ، النظرية الكبرى الأساسية في مباني الأحكام الفقهية تعريفا و تاريخا و أصولا ج 2 ، مطبعة طبرين ، دمشق ، 1387 هـ - 1968 .
- مدحت محمد الحسيني
- إجراءات الشهر العقاري ، وفقا للتعديلات الأخيرة ، دار المطبوعات الجامعية ، كلية الحقوق ، الإسكندرية مصر ، بدون سنة الطبع .
- نبيل إبراهيم سعد
- الحقوق العينية الأصلية ، أحكامها و مصادرها ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2001 .
- نعيمة حاجي
- أراضي العرش في القانون الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2010 .
- نزيه محمد الصادق المهدي
- النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، مع التطبيقات المعاصرة لمشكلات المسؤولية المدنية ، ج 1 المؤسسة الفنية للطباعة و النشر ، مصر ، 2005 .
- نبيل إسماعيل عمر و أحمد خليل
- قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ، ط 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 .

▪ **سليمان مرقس**

❖ شرح القانون المدني ، في الإلتزامات ، مصادر الإلتزام و آثاره و أوصافه و إنتقاله و إنقضائه و النظرية العامة في الإثبات ، ج 2 ، المطبعة العالمية ، 16 و 17 ضريح سعد الله القاهرة ، مصر . 1964 .

❖ أصول الإثبات و إجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري ، مقارنا بتقنيات سائر البلاد العربية ج 2 ، ط 4 ، بدون دار النشر ، 1986 .

▪ **سلطاني عبد العظيم**

تسيير و إدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2010 .

▪ **عبد العزيز سعد**

أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية الجديد حول ، أساس إنعقاد الخصومة ، مراحل و إجراءات التبليغ ، شروط قبول الدعوى ، عوارض المحاكمة ، دراسة الطلبات و الدفع ، دور النيابة العامة ، دار هومه ، الجزائر ، 2013 .

▪ **عمار بوضياف**

السلطة القضائية بين الشريعة و القانون ، دار ريحانة ، الجزائر ، 2001 .

▪ **محمد أحمد عابدين**

الدعوى المدنية في مرحلتها الابتدائية و الإستئنافية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1994 .

▪ **عصمت عبد المجيد بكر**

أصول الإثبات ، دراسة في ضوء أحكام قانون الإثبات العراقي و التشريعات المقارنة و التطبيقات القضائية و دور التقنيات العلمية في الإثبات ، ط 1 ، إثراء للنشر و التوزيع ، مكتبة الجامعة ، الأردن . 2012 .

▪ **عيسى يزير**

السياسة الفرنسية تجاه الملكية العقارية في الجزائر 1830-1914 ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في التاريخ المعاصر ، تخصص ضفتي البحر المتوسط ، كلية العلوم الإنسانية و الإجتماعية ، قسم التاريخ جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2008-2009 .

▪ **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**

القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، أنواعه - أركانه - شروط صحته - سحبه و إلغاءه ، ط 1
المركز القومي للإصدارات القانونية ، مصر ، 2008 .

▪ **عبد الحميد الشواربي**

حجية الأحكام المدنية و الجنائية في ضوء القضاء و الفقه ، الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل
فيها ، ط 4 ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1996 .

▪ **عفيف شمس الدين**

الوسيط في القانون العقاري ، الملكية العقارية ، ج 2 ، ط 2 ، منشورات زين الحقوقية ، 2011
ص 80 .

▪ **عبد الرزاق أحمد السنهوري**

❖ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات - آثار الإلتزام ، ج 2
دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون سنة طبع .

❖ الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية الهبة و الشركة و القرض و الدخل
الدائم و الصلح ، ج 5 ، المجلد الثاني ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت - لبنان ، بدون سنة
الطبع .

▪ **عبد السلام ذيب**

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، ط 3 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2012 .

▪ **علي فيلالي**

الإلتزامات - النظرية العامة للعقد ، ط 2 ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2005 .

▪ **عز الدين الدناصوري و عبد الحميد الشواربي**

الصورية في ضوء الفقه و القضاء ، الطبعة السادسة ، منشأة المعارف بالأسكندرية ، مصر ، 2000 .

▪ **عباس العبودي**

شرح أحكام قانون البيّنات دراسة مقارنة معرّزة بآخّر التعديلات التشريعية و المبادئ القانونية ، دار الثقافة
للنشر و التوزيع ، 1433-2012 .

▪ **عيسى غسان ربضي**

القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ، ط 2 ، دار الثقافة للتوزيع و النشر ، عمّان - الأردن 2012 م
1433 هـ .

▪ **فاضلي إدريس**

نظام الملكية و مدى وظيفتها الإجتماعية في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2010 .

▪ **فريجة حسين**

المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ط 2 ، ديوان المطبوعات الجامعية
2013 .

▪ **صبري حمد خاطر**

الغير عن العقد ، دراسة في النظرية العامة للإلتزام ، الدار العلمية الدولية للنشر و التوزيع - دار الثقافة
للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2001 .

▪ **رمضان أبو السعود**

الوجيز في الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها ، دار الجامعة الجديدة ، بيروت ، 2004 .

▪ **توفيق حسن فرج و عصام توفيق حسن فرج**

قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان 2003 .

▪ **ثروت عبد الحميد**

التوقيع الإلكتروني ، ماهيته - مخاطره - و كيفية مواجهتها - مدى حجيته في الإثبات ، دار الجامعة
الجديدة الإسندنرية - مصر ، 2007 .

▪ **خليفة الخروبي**

العقود المسماة ، الوكالة - البيع و المعاوضة - الكراء - الهبة ، طبعة منقحة و مزيدة ، منشورات مجمع
الأطرش للكتاب المختص ، تونس ، 2013 .

▪ **خالد مصطفى فهمي**

النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء الإتفاقيات و التشريعات العربية و القانون 15 لسنة 2004
دار الجامعة الجديدة الإسندنرية - مصر ، 2007 .

▪ **زهدي يكن**

عقد البيع ، طبعة الأولى ، منشورات المكتبة العصرية ، صيدا بيروت ، لبنان ، بدون سنة الطبع .

2- المراجع الخاصة

▪ **أحمد خالدي**

❖ **التقادم ، و آثاره في القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهاد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، دار
هومه ، الجزائر ، 2016 .**

❖ الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري على ضوء إجتهد المحكمة العليا و مجلس الدولة ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 .

▪ الأستاذ داودي

محاضرات في طرق الإثبات ، أقيت على طلبة كلية الحقوق ، جامعة وهران ، السنة الرابعة ليسانس كلاسيكي ، السنة الجامعية 2008-2009 .

▪ إبراهيم سيد أحمد

الطعن بالإنكار و الجهالة فقها و قضاء ، ط 1 ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، 2002 .

▪ إسماعين شامة

النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، دراسة وصفية و تحليلية ، دار هومه ، الجزائر ، 2002 .

▪ بوستة إيمان

النظام القانوني للترقية العقارية ، دراسة تحليلية ، دار هومه ، الجزائر ، 2011 .

▪ بوقندورة سليمان

البيع العقارية الجبرية و القضائية ، إجراءاتها و أثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و القوانين ذات الصلة ، دار هومه ، الجزائر ، 2015 .

▪ جمال بوشنافة

شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، الطبعة السادسة ، دار الخدونية ، الجزائر ، 2006 .

▪ جمال سايس

❖ الملكية العقارية في الإجتهد القضائي الجزائري ، قرارات المحكمة العليا ، قرارات مجلس الدولة مسرد ألفبائي للكلمات الدالة ، ج 1 ، ج 2 ، ط 1 ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2014 .

❖ قضايا المواريث في الإجتهد القضائي الجزائري ، قرارات المحكمة العليا ، مسرد ألفبائي للكلمات الدالة ، ط 1 ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2014 .

❖ الإجتهد القضائي الجزائري في القضاء الإداري ، قرارات المحكمة العليا ، قرارات مجلس الدولة مسرد ألفبائي للكلمات الدالة ، ج 1 ، ج 2 ، ج 3 ، ط 1 ، منشورات كليك ، الجزائر ، 2013 .

▪ جمال بدري

الوعد بالبيع العقاري ، على ضوء التشريع و القضاء الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2013 .

❖ دوة آسيا و رمول خالد

❖ الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر . 2009

- **ويس فتحي**
الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة ، دار هومه ، 2014 .
- **وهبة الزحيلي**
الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، دمشق - سوريا
1407 هـ - 1987 .
- **حمدي باشا عمر**
❖ نقل الملكية العقارية ، طبعة و منقحة و مزيدة في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام ، دار هومه ، الجزائر ، 2000 .
- ❖ عقود التبرعات ، الهبة - الوصية - الوقف ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 .
- **حميدي محمد لمين**
نظام تورنس Le système Torrenes للشهر العقاري و تطبيقاته في النظام العقاري الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2015 .
- **طاهري حسين**
تسبب الأحكام القضائية مدعما بإجتهد القضاء المقارن ، دار هومه ، الجزائر ، 2014 .
- **يحي بكوش**
الأحكام القضائية و صياغتها الفنية ، إعدادها - تسبيبها - عيوبها - و الترجيح بين الأدلة ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1984 .
- **ليلى طلبة**
الملكية العقارية الخاصة ، وفقا لأحكام التشريع الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2010 .
- **مجيد خلفوني**
❖ شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية ، الطبعة الثانية ، دار هومه
2011 .
- ❖ نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط 4 ، دار هومه ، الجزائر ، 2014 .
- **محمود أحمد عبيد**
الوسيط في شرح قانون التوثيق ، الطبعة الأولى ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2011
- **معوض عبد التواب**
الشهر العقاري و التوثيق علمًا و عملاً ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 1986 .

- **محمد وحيد الدين سوار**
حق الملكية في ذاته في القانون المدني ، دار الثقافة للنسر و التوزيع ، الأردن ، 2010 .
- **مراد كاملي**
حجية الحكم القضائي ، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، دار الهدى ، الجزائر
2012 .
- **محمد المنجي**
دعوى ثبوت الملكية ، مراحل الدعوى من تحرير الصحيفة إلى الطعن بالنقض ، ط 1 ، منشأة المعارف
الأسكندرية ، 1990 .
- **مقتي بن عمار**
الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية ، دراسة في القانون الجزائري ، دار هومه
الجزائر ، 2014 .
- **محمد أبو زهرة**
❖ شرح قانون الوصية - دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية - دار الفكر العربي ، القاهرة
مصر ، 1409هـ - 1988 .
- ❖ محاضرات في الوقف ، ألفت على طلبة قسم الدراسات القانونية لسنة 1959 ، مطبعة أحمد علي .
- **محمد جعفر شمس الدين**
الوصية و أحكامها في الفقه الإسلامي - دراسة فقهية مقارنة على على المذاهب السبعة - الطبعة الثالثة
دار الهادي للطباعة و النشر و التوزيع ، بيروت - لبنان ، 2005 .
- **محمد كمال الدين إمام**
الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية - دراسة فقهية و تشريعية منشأة المعارف ، الإسكندرية
2002 .
- **محمودي عبد العزيز**
❖ آليات تطهير و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، منشورات بغدادية
ط 02 ، سنة 2010 .
- ❖ إجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ، ط 1
منشورات بغدادية ، الجزائر ، 2011-2012 .

- **نصر فريد محمد وصل**
فقه المواريث و الوصية في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، المكتبة التوفيقية ، بدون سنة الطبع .
- **سعيد أحمد بيومي ، تقديم محمد سليم العوا**
لغة الحكم القضائي ، دراسة تركيبية دلالية ، دار الكتب القانونية ، دار شتات للنشر و البرمجيات
مصر ، 2009 .
- **عبد الرزاق بن عمار بوضياف**
مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي و التشريع ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010 .
- **عبد الجليل عبد الرحمن عشوب**
كتاب الوقف ، ط 1 ، دار الآفاق العربية ، القاهرة ، ، 2000 .
- **عجة جيلالي**
أزمة العقار الفلاحي و مقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام ، دار
الخلدونية للنشر و التوزيع ، 2005 .
- **عبد الحفيظ بن عبيدة**
إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومه ، 2004 ص 22 .
- **عمار علوي**
الملكية و النظام العقاري في الجزائر ، العقار ، ط 7 ، دار هومه ، الجزائر ، 2013 .
- **فيصل الوافي**
السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري ، ط 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2010
- **فاتح جلول**
اليمن القانونية للموثق ، رسالة مهنية بين محراب القضاء و المكتب العمومي ، دار الهدى ، الجزائر
2010 .
- **رمول خالد**
المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة ، الجزائر ، 2001
- **رامول خالد**
الإطار القانوني و التنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر ، ط 2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 .

▪ **شيخ نسيمة**

أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، الهبة - الوصية - الوقف ، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و الإجتهد القضائي ، دار هومه ، الجزائر ، 2012 .

▪ **توفيق حسن فرج**

عقد البيع و المقايضة ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بدون سنة الطبع .

▪ **خير الدين موسى فنطازي**

دراسات قانونية في الملكية العقارية ، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية ، الوقف ، ج 1 ، ط 1 دار زهران للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2011 .

▪ **زهدي يكن**

❖ الوقف في الشريعة و القانون ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، 1388 هـ .

3- المقالات و المداخلات

▪ **أحمد ضيف**

الدفتري العقاري كسند لإثبات الملكية العقارية ، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات الصادرة عن جامعة غرداية ، عدد 6 ، 2009

▪ **بوحلاسة عمر**

شهادة الشهود في العقود التوثيقية ، مجلة الموثق ، العدد 10 ، 2003 .

▪ **بيوت نذير**

معابنة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري : بخصوص القانون 02-07 المؤرخ في 27-02-2007 . مجلة المحكمة العليا ، الجزء الثالث ، عدد خاص ، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية ، 2010 .

▪ **بن رقية بن يوسف**

▪ النظام القانوني لملكية الأراضي الفلاحية ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية عدد 02 ، جوان 2015 . **جبوري أحمد**

الطبيعة القانونية للإمتياز في مجال الأملاك الوطنية الخاصة للدولة ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، عدد 02 ، جوان 2015 .

▪ **جديدي معراج**

تطور الترقية العقارية في ظل القانون رقم 11-04 ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، ع 3 ، سبتمبر 2015 .

▪ **جبار جميلة**

الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري ، المجلة القضائية الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية العدد الثالث ، سبتمبر 2012 .

▪ **دلاندة السعيد**

كيف تتوقون آفاق العمل التوثيقي في ظل النظام الإقتصادي الجديد ؟ ، مجلة الموثق ، العدد 6 ، عدد خاص ، أفريل - ماي 2002 .

▪ **حسين بطيمي**

إجراءات الطعن على فرض الضريبة في إعادة التقويم لقيمة العقار ، مجلة الموثق ، العدد 03 سبتمبر - أكتوبر 2001 .

▪ **حسان بوعروج**

التعليق على قرار 18-02-1997 ، منشور بالإجتهد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، عدد خاص طبعة 1999 .

▪ **لزرق بن عودة**

مداخلة بعنوان : الأسباب القانونية للبناء غير الشرعي و الحلول المقترحة فعاليات اليوم الدراسي السادس المنظم يوم 27 ماي 2015 ، حول إشكالية " آليات تسوية البناءات غير الشرعية " ، كلية الحقوق و العلوم السياسية مخبر القانون العقاري و البيئة ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم .

▪ **لعجال عبد القادر**

إسهامات العقد التوثيقي في الإقتصاد الوطني وفقا للتشريع الجزائري ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية العدد الأول ، يونيو 2013 .

▪ **محمد بوركي**

التوثيق و الإشهار العقاري ، الجزء الأول ، مجلة الموثق ، عدد 5 ، 1998 .

▪ **مجيد خلفوني**

الدفتن العقاري ، مجلة الموثق ، العدد 8 ، 2002 .

▪ **مزيان محمد الأمين و لزرقي بن عودة**

دعوى عدم نفاذ التصرف على العقار و موقف القضاء الجزائري ، مجلة الراشدية ، العدد 07 ، نوفمبر 2015 ، الصادرة عن كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة معسكر .

▪ **مصطفى لعروم**

❖ عقد الهبة ، أحكامه - شروطه - أركانه - خصائصه - الرجوع فيه في قانون الأسرة و على ضوء ما إستقرّ عليه الإجتهد القضائي في الجزائر ، مجلة الموثق ، ع 08 ، نوفمبر 1999 .

❖ الشفعة في القانون المدني ، مجلة الموثق ، ع 7 ، جويلية 1999 .

▪ **موسي عبد الله**

إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول ، يونيو 2013 .

▪ **نغوش أحمد**

قراءة في المادة 353-11 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 10 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول يونيو 2013 .

▪ **عمر زيتوني**

❖ النظام القانوني لمهنة التوثيق و المسؤولية التأديبية للموثق ، مجلة الموثق ، المجموعة الثانية ، العدد الأول ، يونيو 2013 .

❖ حجية العقد الرسمي ، مجلة الموثق ، العدد 03 ، سبتمبر - أكتوبر 2001 .

▪ **علاوة بوتغرار**

❖ مرصد الموثق ، سر الورق المدموغ و تجاوزات الكتاب العموميين ، مجلة الموثق ، عدد 02 . 2001

❖ المادة 324 مكرر3 فيما بين نصها العربي و نصها الفرنسي ، مجلة الموثق ، العدد 03 سبتمبر - أكتوبر ، 2001 .

▪ **عمرو خليل حرز الله كريم**

تقييم و بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة في التشريع الجزائري ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، عدد 1 ، مارس 2015 .

▪ عبد القادر دحمان صبايحية

التجربة الجزائرية في التوثيق في ظل الإصلاحات الإقتصادية مجلة الموثق ، العدد 6 ، عدد خاص
أفريل - ماي 2002 .

▪ عز الدين زوية

مداخلة بعنوان : خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود
وقت التعاقد) ، الملتقى الوطني : إشكالات العقار الحضري و أثرها على التنمية في الجزائر المنعقد
يومي 17-18 فيفري 2013 ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة .

▪ عزيز عبد الحق

البصمات ، مجلة الموثق ، دورية داخلية متخصصة العدد 7 ، جويلية 1999 .

▪ شايب باشا كريمة

❖ عقد الإمتياز و دوره كآلية لإستغلال العقار الموجه للإستثمار الصناعي في الجزائر ، المجلة
الجزائرية للعلوم القانونية الإقتصادية و السياسية ، ع 2 ، جوان 2012 .
❖ دور قوانين الإستثمار في تنظيم العقار الصناعي في الجزائر ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية
الإقتصادية و السياسية ، عدد خاص ، 2013 .

▪ زيدان بورويس

❖ الطرق و الإجراءات العملية لتحضير عقد توثيقي ، مجلة الموثق ، العدد 03 ، سبتمبر - أكتوبر
2001 .

❖ المسار التاريخي للتوثيق في الجزائر ، دورة تكوينية ماي 2014 ، الغرفة الوطنية للموثقين لناحية
الشرق .

▪ زودة عمر

تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-03-1998 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية
مجلة الموثق ، عدد 6 ، أفريل 1999 .

4- المذكرات و الرسائل

▪ آسيا جرورو

المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق
فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر بن عكنون ، السنة الجامعية : 2003-2004 .

■ آسيا حميدوش

طرق إكتساب الملكية العقارية الخاصة للدولة على ضوء قانون الأملاك الوطنية رقم : 90-30 مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية : 2009-2010 .

■ بلقاضي كريمة

الكتابة الرسمية و التسجيل و الشهر في نقل الملكية العقارية ، مذكرة لنيل درجة الماجستير فرع القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية : 2004-2005 .

■ بوزيتون عبد الغني

المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق - قسم القانون الخاص - فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة الجامعية : 2009-2010 .

■ بابا عمر

الشفعة و أثرها على الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص الأساسي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، الجامعة الإفريقية العقيد أحمد دراية أدرار ، السنة الجامعية : 2014-2015 .

■ بقة فريد

فعالية آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، السنة الجامعية : 2013-2014 .

■ زناي أمينة

السندات الإدارية لإثبات الملكية العقارية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكنون ، السنة الجامعية : 2013-2014 .

■ زرباني محمد مصطفى

السجل العقاري كآلية لتطهير الملكية العقارية ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع : قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 ، بن عكنون ، السنة الجامعية : 2010-2011 .

▪ **حسيان رضا**

الحجز التنفيذي على العقار و الحقوق العينية العقارية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة وهران
السنة الجامعية : 2012-2013 .

▪ **يوسف حفصي**

بيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة في ظل التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، قسم القانون
الخاص ، تخصص القانون العقاري و الزراعي ، كلية الحقوق ، جامعة سعد دحلب البليدة ، السنة
الجامعية : 2005-2006 .

▪ **لزرقي بن عودة**

وسائل حماية الضمان العام ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق
و العلوم السياسية ، جامعة وهران ، السنة الجامعية : 2013-2014 .

▪ **مفتاح دليوح**

تملك الأراضي الفلاحية بإحيائها و إستصلاحها في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري ، مذكرة مقدمة
لنيل شهادة الماجستير ، قسم القانون الخاص ، تخصص القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة سعد
دحلب البليدة ، السنة الجامعية : 2007-2008 .

▪ **ميسون زهوين**

إكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحياة ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق
قسم القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، السنة
الجامعية : 2006-2007 .

▪ **صرادوني رفيقة**

ضمانات الملكية العقارية الخاصة في الجزائر ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع قانون
الإجراءات الإدارية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2013 .

▪ **ثابتي وليد**

التقادم المكسب للملكية في ظل نظام الشهر العيني ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون
العقاري ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، السنة الجامعية :
2008-2009 .

▪ رحامية عماد الدين

الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص : قانون ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، السنة الجامعية : 2014-2015 .

▪ شيخ سيناء

الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع و القضاء ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية : 2011-2012 .

5- النصوص القانونية

أ- القوانين

- القانون رقم 80-12 المؤرخ في 31 ديسمبر 1980 المتضمن قانون المالية لسنة 1981 . منشور في ج ر ، ع 54 ، الصادرة بتاريخ : 1980-12-31 .

- القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07 فبراير 1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية . منشور في ج ر ، ع 6 ، الصادرة بتاريخ : 1981-02-10 . ملغى بموجب المادة 40 من القانون رقم 2000-06 المؤرخ 23 ديسمبر 2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001 .

- القانون رقم 82-11 المؤرخ في 21 أوت 1982 المتعلق بالإستثمار الإقتصادي الخاص الوطني . منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 1982-08-24 .

- القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية . منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 1983-08-16 .

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة . منشور في ج ر ، ع 24 الصادرة بتاريخ : 1984-06-12 .

- القانون رقم 85-08 المؤرخ في 13 أوت 1985 المتضمن المصادقة على الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد إنتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها . منشور في ج ر ، ع 47 ، الصادرة بتاريخ : 1985-11-12 .

- القانون رقم 86-03 المؤرخ في 04 فبراير 1986 ، يعدل و يتم القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07 فبراير 1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية . منشور في ج ر ، ع 5 ، الصادرة بتاريخ : 1986-02-05 .
- القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 المتضمن الترقية العقارية. منشور في ج ر ، ع 10 الصادرة بتاريخ : 1986-03-05 .
- القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 ، يعدل و يتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 . منشور في ج ر ، ع 18 ، الصادرة بتاريخ : 1988-05-04 .
- القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن مهنة الموثق . منشور في ج ر ع 28 ، الصادرة بتاريخ : 1988-07-13 .
- القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها . منشور في ج ر ، ع 53 ، الصادرة بتاريخ : 1989-12-13 .
- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري ، المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 49 ، الصادرة بتاريخ : 1990-11-18 .
- القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة و العمران ، المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 52 ، الصادرة بتاريخ : 1990-12-02 .
- القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية . منشور في ج ر ، ع 52 ، الصادرة بتاريخ : 1990-12-02 .
- القانون رقم 91-03 المؤرخ في 08-01-1991 المتضمن تنظيم مهنة المحضر ، منشور في ج ر ع 2 ، الصادرة بتاريخ : 1991-01-09 . (الملغى)
- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف . منشور في ج ر ، ع 21 الصادرة بتاريخ : 1991-05-08 .
- القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية . منشور في ج ر ، ع 21 ، الصادرة بتاريخ : 1991-05-08 .
- القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992 . منشور في ج ر ، ع 65 ، الصادرة بتاريخ : 1991-12-18 .

- القانون رقم 97-02 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 المتضمن قانون المالية لسنة 1998 .
منشور في ج ر ، ع 89 ، الصادرة بتاريخ : 1997-12-31 .
- القانون رقم 99-11 المؤرخ في 23-12-1999 المتضمن قانون المالية لسنة 2000 .
منشور في ج ر ، ع 92 ، الصادرة بتاريخ : 1999-12-25 .
- القانون رقم 2000-06 المؤرخ 23 ديسمبر 2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001 .
منشور في ج ر ، ع 80 ، الصادرة بتاريخ : 2000-12-24 .
- القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 يعدّل و يتمّ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف . منشور في ج ر ، ع 29 ، الصادرة بتاريخ : 2001-05-23 .
- القانون رقم 01-16 المؤرخ في 21 أكتوبر 2001 ، يتضمن الموافقة على الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار . منشور في ج ر ، ع 62 ، الصادرة بتاريخ : 2001-10-24 .
- القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 .
منشور في ج ر ، ع 79 ، الصادرة بتاريخ : 2001-12-23 .
- القانون رقم 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 ، يعدّل و يتمّ القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف . منشور في ج ر ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ : 2002-12-15 .
- القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28 ديسمبر 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 .
منشور في ج ر ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ : 2003-12-29 .
- القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005 .
منشور في ج ر ، ع 85 ، الصادرة بتاريخ : 2004-12-30 .
- القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06 فبراير 2005 يتضمن قانون تنظيم السجون و إعادة الإدماج الإجتماعي للمحبوسين . منشور في ج ر ، ع 12 ، الصادرة بتاريخ : 2005-02-13 .
- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 ، يعدّل و يتمّ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 و المتضمن القانون المدني المعدّل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 44 الصادرة بتاريخ : 2005-07-26 .
- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق . منشور في ج ر ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 2006-03-08 .

- القانون رقم 03-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي ، منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 2006-03-08 .
- القانون رقم 23-06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 ، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات . منشور في ج ر ، ع 84 ، الصادرة بتاريخ : 2006-12-24 .
- القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري . منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 2007-02-28 .
- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 30 ديسمبر 2007 المتضمن قانون المالية لسنة 2008 . منشور في ج ر ، ع 82 ، الصادرة بتاريخ : 2007-12-31 .
- القانون رقم 14-08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 . يعدل و يتم القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية . منشور في ج ر ، ع 44 ، الصادرة بتاريخ : 2008-08-03 .
- القانون رقم 15-08 المؤرخ في 20 جويلية 2008 يحدد قواعد مطابقة البناءات و إتمام إنجازها . منشور في ج ر ، ع 19 ، الصادرة بتاريخ : 2008-08-30 .
- القانون رقم 03-10 المؤرخ في 15 أوت 2010 يحدد شروط و كفاءات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة . منشور في ج ر ، ع 46 ، الصادرة بتاريخ : 2010-08-18 .
- القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 يحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية . منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 2011-03-06 .
- القانون العضوي رقم 12-11 المؤرخ في 26-07-2011 يحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و إختصاصها . منشور في ج ر ، ع 42 ، الصادرة بتاريخ : 2011-07-31 .
- القانون رقم 08-13 المؤرخ في 30 ديسمبر 2013 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 . منشور في ج ر ، ع 68 ، الصادرة بتاريخ : 2013-12-31 .
- القانون رقم 10-14 المؤرخ في 30 ديسمبر 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015 . منشور في ج ر ، ع 78 ، الصادرة بتاريخ : 2014-12-31 .

ب- الأوامر

- الأمر رقم 62-157 ، المؤرخ في 31-12-1962 و المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 31-12-1962 . منشور في ج ر ، ع 2 ، الصادرة بتاريخ : 11-01-1963 .
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08-07-1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 49 ، الصادرة بتاريخ : 11-07-1966 .
- الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق. منشور في ج ر ع 107 ، الصادرة بتاريخ : 25-12-1970 .
- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 القانون المدني المعدل و المتمم . منشور في ج ر ع 78 ، الصادرة بتاريخ : 30-09-1975 .
- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 92 ، الصادرة بتاريخ : 18-11-1975 .
- الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع العدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 39 ، الصادرة بتاريخ : 15-05-1977 .
- الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 81 ، الصادرة بتاريخ : 18-12-1977 .
- الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13 أوت 1985 الذي يحدد إنتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها . منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 14-08-1985 .
- الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 ، يعدل و يتمم القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 و المتضمن التوجيه العقاري . منشور في ج ر ، ع 55 ، الصادرة بتاريخ : 27-09-1995 .
- الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30-12-1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996 . منشور في ج ر ، ع 82 ، الصادرة بتاريخ : 31-12-1995 .
- الأمر رقم 06-08 المؤرخ 15 جويلية 2006 يعدل و يتمم الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار . منشور في ج ر ، ع 47 ، الصادرة بتاريخ : 19-07-2006 .

- الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة و الموجه لإنجاز مشاريع إستثمارية . منشور في ج ر ع 53 ، الصادرة بتاريخ : 2006-08-30 .

- الأمر رقم 08-04 المؤرخ في في 01 سبتمبر 2008 يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية . منشور في ج ر ع 49 ، الصادرة بتاريخ : 2008-09-03 .

ج- المراسيم

- المرسوم التنفيذي رقم 73-32 المؤرخ في 05 يناير 1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة . منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 1973-02-20 .

- المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25-03-1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام المعدل و المتمم منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 1976-04-13 .

- المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 1976-04-13 .

- المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 يعدل و يتم المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري . منشور في ج ر ، ع 38 ، الصادرة بتاريخ : 1980-09-16 .

- المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن إجراء إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية . منشور ب ج ر ، عدد 21 ، الصادرة بتاريخ : 1983-06-04 .

- المرسوم رقم 83-724 المؤرخ في 10 ديسمبر 1983 يحدد كفاءات تطبيق القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13 أوت 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية . منشور في ج ر ، ع 51 الصادرة بتاريخ : 1983-12-13 .

- المرسوم رقم 85-212 المؤرخ 13 أوت 1985 يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشتغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و / أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها و شروط إقرار حقوقهم في التملك و السكن . منشور في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 1985-08-14 .

- المرسوم التنفيذي رقم 90-190 المؤرخ في 23 جوان 1990 يتعلق بتنظيم الإدارة المركزية لوزارة الإقتصاد . منشور في ج ر ، ع 26 ، الصادرة بتاريخ : 1990-06-27 .
- المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 يحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين و تنظيم ذلك ، المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 56 الصادرة بتاريخ : 1990-12-26 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02 مارس 1991 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملك الدولة و الحفظ العقاري ، المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 10 ، الصادرة بتاريخ : 1991-03-06 .
- المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها و يضبط كفيات ذلك . منشور في ج ر ، ع 60 ، الصادرة بتاريخ : 1991-11-24 . ملغى بموجب المادة 197 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 الذي يحدد شروط و كفيات إدارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة .
- المرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 07-04-1976 ، يعدل و يتم المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام . منشور في ج ر ، ع 26 الصادرة بتاريخ : 1992-05-23 .
- المرسوم التنفيذي رقم 92-289 المؤرخ في 06 جويلية 1992 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الإستصلاحية و كفيات إكتسابها. منشور في ج ر ، ع 55 الصادرة بتاريخ : 1992-06-19 .
- المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري . منشور في ج ر ، ع 14 ، الصادرة بتاريخ : 1993-03-03 . ملغى بموجب المادة 80 من القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17-02-2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، المعدل و المتمم بإستثناء المادة 27 منه .
- المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار . منشور في ج ر ، ع 64 ، الصادرة بتاريخ : 1993-10-10 .

- المرسوم التشريعي رقم 93-18 المؤرخ في 29 ديسمبر 1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994 .
منشور في ج ر ، ع 88 ، الصادرة بتاريخ : 30-12-1993 .
- المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 10 ماي 1993، يعدّل و يتم المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري . منشور في ج ر ، ع 34 الصادرة بتاريخ : 23-05-1993 .
- المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 جويلية 1993 ، المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية منشور في ج ر ، ع 51 ، الصادرة بتاريخ : 01-08-1993 .
- المرسوم التنفيذي رقم 94-117 المؤرخ في 01 جوان 1994 المتضمن المصالح الخارجية للأموال الوطنية و الحفظ العقاري ، ع 36 ، الصادرة بتاريخ : 08-06-1994 .
- المرسوم التنفيذي رقم 94-321 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 يتضمن تطبيق أحكام المادة 24 من المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 05 أكتوبر 1993 المتعلق بترقية الإستثمار و يحدد شروط تعيين المناطق الخاصة و ضبط حدودها . منشور في ج ر ، ع 67 ، الصادرة بتاريخ : 19-10-1994 .
- المرسوم التنفيذي رقم 94-322 المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 يتعلق بمنح إمتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الإستثمار . منشور في ج ر ، ع 67 الصادرة بتاريخ : 19-10-1994 .
- المرسوم التنفيذي رقم 95-55 المؤرخ في 15 فبراير 1995 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية . منشور في ج ر ، ع 15 ، الصادرة بتاريخ : 19-03-1995 .
- المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 يحدد كيفيات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الإستصلاحية ، و أعبائه و شروطه . منشور في ج ر ، ع 83 ، الصادرة بتاريخ : 17-12-1997 .
- المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20 ديسمبر 1997 يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية منشور في ج ر ، ع 84 ، الصادرة بتاريخ : 21-12-1997 .

- المرسوم التنفيذي رقم 98-372 المؤرخ في 23-11-1998 ، يعدّل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 97-483 المؤرخ في 15 ديسمبر 1997 يحدد كفاءات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الإستصلاحية ، و أعبائه و شروطه . منشور في ج ر ع 88 ، الصادرة بتاريخ : 25-11-1998 .
- المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 يتضمن إحداث وثيقة الإسهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها . منشور في ج ر ، ع 64 الصادرة بتاريخ 31-10-2000 .
- المرسوم التنفيذي رقم 03-51 المؤرخ في 04 فبراير 2003 يحدد كفاءات تطبيق أحكام المادة 08 مكرر من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 8 ، الصادرة بتاريخ : 05-02-2003 .
- المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ 07 أوت 2003 يحدد شروط و كفاءات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيّز الإستغلال قبل أول يناير 2004 ، المعدّل و المتمم . منشور في ج ر ، ع 48 ، الصادرة بتاريخ : 13-08-2003 .
- المرسوم التنفيذي رقم 03-408 المؤرخ في 05 نوفمبر 2003 . يعدّل و يتم أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22 ديسمبر 1990 الذي يحدّد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير و التنظيم العقاريين الحضريين و تنظيم ذلك . منشور في ج ر ، ع 68 ، الصادرة بتاريخ : 09-11-2003 .
- المرسوم التنفيذي رقم 05-248 المؤرخ في 10 جويلية 2005 ، يعدّل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 جويلية 1993 ، المحدد لكفاءات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية . منشور في ج ر ع 48 ، الصادرة بتاريخ : 10-07-2005 .
- المرسوم التنفيذي رقم 06-296 المؤرخ في 02 سبتمبر 2006 ، يعدّل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ 07 أوت 2003 يحدد شروط و كفاءات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيّز الإستغلال قبل أول يناير 2004 . منشور في ج ر ، ع 54 ، الصادرة بتاريخ : 03-09-2006 .

- المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ 23 أبريل 2007 يتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و يحدد قانونها الأساسي . منشور في ج ر ، ع 27 ، الصادرة بتاريخ : 2007-04-25 .
- المرسوم التنفيذي رقم 07-121 المؤرخ في 23 أبريل 2007 المتضمن تطبيق أحكام الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30 أوت 2006 الذي يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز و التنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية . منشور في ج ر ع 27 ، الصادرة بتاريخ : 2007-04-25 .
- المرسوم التنفيذي رقم 07-364 المؤرخ في 28 نوفمبر 2007 يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية . منشور في ج ر ، ع 75 ، الصادرة بتاريخ : 2007-12-02 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-144 المؤرخ في 14 ماي 2008 ، يحدد تنظيم مفتشية مصالح أملاك الدولة و الحفظ العقاري و صلاحياتها . منشور في ج ر ، ع 25 ، الصادرة بتاريخ : 2008-05-18 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-147 المؤرخ في 19 ماي 2009 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية . منشور في ج ر ، ع 26 ، الصادرة بتاريخ : 2008-05-28 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-202 المؤرخ في 07 جويلية 2008 ، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 93-186 المؤرخ في 27 جويلية 1993 ، المحدد لكفاءات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية . منشور في ج ر ع 39 الصادرة بتاريخ : 2008-07-13 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المؤرخ في 03-08-2008 يحدد شروط الإلتحاق بمهنة الموثق و ممارستها و نظامها التأديبي و قواعد تنظيمها . منشور ف ج ر ، ع 45 ، الصادرة بتاريخ : 2008-08-06 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-243 المؤرخ في 03-08-2008 يحدد أتعاب الموثق . منشور ف ج ر ع 45 ، الصادرة بتاريخ : 2008-08-06 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-244 المؤرخ في 03-08-2008 يحدد كفاءات مسك محاسبة الموثق و مراجعتها . منشور ف ج ر ، ع 45 ، الصادرة بتاريخ : 2008-08-06 .
- المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 03-08-2008 يحدد شروط و كفاءات تسيير الأرشيف التوثيقي و حفظه . منشور في ج ر ، ع 45 ، الصادرة بتاريخ : 2008-08-06 .

- المرسوم التنفيذي رقم 09-152 المؤرخ في 02 ماي 2009 يحدد شروط و كفاءات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية . منشور في ج ر ع 27 ، الصادرة بتاريخ : 06-05-2009 .
- المرسوم التنفيذي رقم 12-126 المؤرخ في 19 مارس 2012 ، يعدّل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 07-119 المؤرخ 23 أفريل 2007 و المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري و تحديد قانونها الأساسي . منشور في ج ر ، ع 17 ، الصادرة بتاريخ : 25-03-2012 .
- المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 يحدد شروط و كفاءات إدارة و تسيير الأملك العمومية و الخاصة التابعة للدولة . منشور في ج ر ، ع 69 ، الصادرة بتاريخ : 19-12-2012 .
- المرسوم التنفيذي رقم 13-153 المؤرخ في 15 أفريل 2013 ، يعدّل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ 07 أوت 2003 يحدد شروط و كفاءات التنازل عن الأملك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيّز الإستغلال قبل أول يناير 2004 . منشور في ج ر ، ع 22 ، الصادرة بتاريخ : 25-04-2013 .
- المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18-12-2013 ، يحدد نموذجي عقد حفظ الحق و عقد البيع على التصاميم للأملك العقارية و كذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم و مبلغ عقوبة التأخير و آجالها و كفاءات دفعها . منشور في ج ر ، ع 66 الصادرة بتاريخ : 25-12-2013 .
- المرسوم التنفيذي رقم 14-119 المؤرخ في 24 مارس 2014 ، يعدّل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ 07 أوت 2003 يحدد شروط و كفاءات التنازل عن الأملك العقارية التابعة للدولة و لدواوين الترقية و التسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيّز الإستغلال قبل أول يناير 2004 . منشور في ج ر ، ع 16 ، الصادرة بتاريخ : 02-04-2014 .
- المرسوم التنفيذي رقم 14-363 المؤرخ في 15 ديسمبر 2014 المتعلق بإلغاء الأحكام التنظيمية المتعلقة بالتصديق طبق الأصل على نسخ الوثائق المسلمة من طرف الإدارات العمومية . منشور في ج ر ، ع 72 ، الصادرة بتاريخ : 16-12-2014 .
- المرسوم التنفيذي رقم 15-19 المؤرخ في 25 يناير 2015 ، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير و تسليمها . منشور في ج ر ، ع 07 ، الصادرة بتاريخ : 12-02-2015 .

د- القرارات

- القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 27 ماي 1976 المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري منشور في ج ر ، ع 20 ، الصادرة بتاريخ : 09-03-1977 .
- القرار الوزاري المؤرخ في 20 يناير 1992 يتضمن منح تفويض لمديري أملاك الدولة في الولاية لإعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة لأملاك الدولة الخاصة . منشور في ج ر ، ع 30 ، الصادرة بتاريخ : 23-04-1992 .
- القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية بتاريخ 20 فبراير 1999 ، يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعوى المرفوعة أمام العدالة . منشور في ج ر ، ع 40 ، الصادرة بتاريخ : 24-03-1999 .
- القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 ، يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي . منشور في ج ر ، ع 31 ، الصادرة بتاريخ : 06-06-2001 .
- القرار المؤرخ في 06 جوان 2001 ، يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي . منشور في ج ر ع 32 ، الصادرة بتاريخ : 10-06-2001

هـ- التعليمات

- التعليمات الوزارية المشتركة المؤرخة في 13 أوت 1985 المتعلقة بمعالجة البناء غير المشروع . منشورة في ج ر ، ع 34 ، الصادرة بتاريخ : 14-08-1985 .

و- المذكرات

- المذكرة رقم 1251 الصادرة بتاريخ 29 مارس 1994 ، بمناسبة إشهار عقاري ، صعوبات أثارها الغرفة الجهوية للموثقين لناحية الشرق ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .
- المذكرة رقم 689 الصادرة بتاريخ 12 فبراير 1995 ، بمناسبة يوم دراسي حول الإشهار العقاري مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .
- المذكرة رقم 6124 الصادرة بتاريخ 17 ديسمبر 1995 ، بمناسبة إستفسار طرحه السيد المحافظ العقاري لولاية تبسة حول طريقة إثبات تاريخ السندات العرفية ، مجمع النصوص من سنة 1990 إلى سنة 1995 ، المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .

- المذكرة رقم 2650 الصادرة بتاريخ 20 ماي 1998 ، المتعلقة بضبط الوثائق العقارية ، مجمع النصوص لسنة 1998 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .
- التعليم رقم 16 المؤرخة في: 24 ماي 1998 ، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية . المتعلقة بسير الأعمال المسحية و الرقيم العقاري .
- المذكرة رقم 4318 الصادرة بتاريخ 27 أكتوبر 1998 ، فيما يخص تبديد الأملاك الوطنية (تعليم رقم 5 مؤرخة في 21-09-1998 صادرة عن السيد رئيس الحكومة) ، مجمع النصوص لسنة 1998 المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .
- المذكرة رقم 3654 الصادرة بتاريخ 19 جويلية 1999 ، المتعلقة بتقسيم العقارات المشاعة بين الدولة و الخواص مجمع النصوص القانونية لسنة 1999 ، المديرية العامة للأموال الوطنية وزارة المالية .
- المذكرة رقم 287 الصادرة بتاريخ 29 جانفي 2000 ، المتعلقة بتسليم نسخة من العقود المؤسسة للوقف ، المشهرة ، إلى المصالح المكلفة بالأوقاف ، مجمع النصوص لسنة 2000 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .
- المذكرة رقم 5977 الصادرة بتاريخ 07 أوت 2006 ، المتعلقة المتعلقة بعمليات التقييم ، مجمع النصوص القانونية لسنة 2006 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .
- المذكرة رقم 6508 الصادرة بتاريخ 21 أوت 2007 ، المتعلقة بالمنازعات - التمثيل القضائي ، مجمع النصوص القانونية لسنة 2007 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .
- التعليم رقم 03 المؤرخة في: 27 سبتمبر 2008 ، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية وزارة المالية . المتعلقة بسير عمليات التحقيق العقاري و معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية .
- المذكرة رقم 11396 الصادرة بتاريخ 19 نوفمبر 2012 ، المتعلقة بصلاحيات إعداد و إمضاء العقود الإدارية ، مجمع النصوص القانونية لسنة 2012 ، المديرية العامة للأموال الوطنية ، وزارة المالية .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

- André delaubadere , traite de driot administratif , tome 02 , 7^{eme} , édition , paris LGDJ 1980 .

- A-Rahmani , Les Biens Publics en droit algérien , Les édition internationales .

- Daoudi brahim , Le transfert de propiete et des risques dans la vente , thèse doctorat 3^{eme} cycle , paris 2 , 1984 .
- Gérard couchez , Voies d'exécution , Armand colin , Paris , 7^{eme} édition 2003 .
- Hariz Asma , Mémoire de Magister , Signature Electronique , Etude de Droit Compare Anneé Universitaire : 2007-2008 .
- Jean Vincent et Jaques Prévalut , Voies d'exécution et procédure de distribution 19^{eme} édition , Dalloz , 1970 .
- Michel Grimadi et Bernart Reynis " L'acte authentique életronique " in : Répertoire du notariat Defrénois , 15 septembre 2003 , n° 17 , Doctrine , n° 3779
- Pierre Voirin , Grilles Goubeaux : droit civil , tom 1 , 27^{eme} édition , L .G.D.J .
- Vincent (jean) , procédure civile , précis Dalloz , Dix – neuvième édition , p 925 . ED Dalloz paris 1978 .

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	1
الباب الأول : السند العرفي و السند التوثيقي المثبتان للملكية العقارية الخاصة	13
الفصل الأول : إثبات الملكية العقارية عرفياً	14
المبحث الأول : مفهوم السند العرفي : خصائصه ، أسباب ذبوع العمل به ، شروطه	15
المطلب الأول : مفهوم و خصائص السند العرفي	15
الفرع الأول : تعريف السند العرفي المثبت للملكية العقارية	15
الفرع الثاني : خصائص السند العرفي المثبت للملكية العقارية	17
أولاً : من حيث الإعداد	17
ثانياً : من حيث القوة الثبوتية	20
ثالثاً : من حيث التنفيذ	21
المطلب الثاني : الأسباب القانونية لذبوع التعامل بالسند العرفي و شروط صحته	21
الفرع الأول : الأسباب القانونية لذبوع التعامل بالسند العرفي	22
أولاً : الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتعلق بالثورة الزراعية	23
1- مضمون و أسباب صدور الأمر رقم 71-73	23
2- أثر تطبيق الأمر رقم 71-73 على إنتشار التعاقد العرفي في الملكيات الفلاحية الخاصة	26
ثانياً : الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فبراير 1974 المتعلق بتكوين الإحتياجات العقارية	27
1- مضمون و أسباب صدور الأمر رقم 74-26	28
2- أثر تطبيق الأمر رقم 74-26 على إنتشار التعاقد العرفي في القطاع الحضري	30
ثالثاً : آليات الحدّ من السلبيات التي خلفها العمل بقانوني الثورة الزراعية و الإحتياجات العقارية	32
1- الأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13 أوت 1985	32
2- القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 جويلية 2008	34
الفرع الثاني : شروط صحة السند العرفي	36
أولاً : الكتابة	36
ثانياً : التوقيع	38

39	1- معنى التوقيع
41	2- أشكال التوقيع
41	أ- التوقيع بالإمضاء الخطي أو الكتابي
43	ب- التوقيع ببصمة الإصبع
44	ج- التوقيع بالختم الشخصي
45	د- التوقيع الإلكتروني
47	3- أساليب التوقيع
47	أ- التوقيع عن طريق الوكالة
47	ب- التوقيع على بياض
49	ج- التوقيع عن طريق التصديق
51	المبحث الثاني : حجية السند العرفي و نطاقها في الإثبات
51	المطلب الأول : حجية السند العرفي فيما بين الطرفين و خلفهما
52	الفرع الأول : حجية السند العرفي فيما بين الطرفين
52	أولا : من حيث صدوره ممن وقع عليه
55	ثانيا : من حيث صحة الوقائع الثابتة به
56	الفرع الثاني : حجية السند العرفي بالنسبة للخلف
56	أولا : تمسك الخلف العام بصحة السند العرفي
58	ثانيا : تمسك الخلف الخاص بصحة السند العرفي
58	المطلب الثاني : حجية السند العرفي بالنسبة للغير
59	الفرع الأول : تحديد المقصود بالغير و الشروط الواجب توافرها فيه
59	أولا : معنى الغير
59	1- الغير حسب ثبوت التاريخ
60	أ- الخلف الخاص
60	ب- الدائن العادي
61	ج- الدائن الحاجز
62	2- الغير حسب إشهار السند
64	ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الغير
65	الفرع الثاني : نطاق حجية السند العرفي بالنسبة للغير من حيث التوقيع ، المضمون و التاريخ ..
67	أولا : من حيث صحة التوقيع الوارد به

- ثانيا : من حيث صحة الوقائع الثابتة به 67
- ثالثا : من حيث صحة تاريخه 69
- 1- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم تسجيله 69
- 2- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام 71
- 3- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عام مختص 71
- 4- إثبات تاريخ السند العرفي من يوم وفاة أحد الذين لهم على السند خط أو إمضاء 73
- المطلب الثالث : القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل و بعد صدور قانون التوثيق 75
- الفرع الأول : القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ قبل صدور قانون التوثيق 75
- أولا : موقف التشريع 78
- 1- مرحلة ما قبل الفاتح من مارس 1961 78
- 2- مرحلة ما قبل الفاتح من يناير 1971 81
- ثانيا : موقف القضاء 82
- الفرع الثاني : القيمة القانونية لقاعدة ثبوت التاريخ بعد صدور قانون التوثيق 84
- أولا : موقف التشريع 84
- ثانيا : موقف القضاء 86
- 1- موقف القضاء قبل صدور قرار الغرف المجتمعة 88
- أ- الإتجاه القضائي المسائر للواقع الإجتماعي 88
- ب- الإتجاه القضائي المسائر للحظر القانوني 90
- 2- موقف القضاء بعد صدور قرار الغرف المجتمعة 93
- المبحث الثالث : صور الطعن في السند العرفي المثبت للملكية العقارية 98
- المطلب الأول : الطعن بالإنكار في السند العرفي المثبت للملكية العقارية 99
- الفرع الأول : الوسائل المتبعة في مضاهاة الخطوط 101
- أولا : المستندات 101
- ثانيا : شهادة الشهود 102
- ثالثا : الإستعانة بالخبراء 103
- الفرع الثاني : إجراءات دعوى مضاهاة الخطوط 103
- أولا : الدفع الفرعي لمضاهاة الخطوط 104
- 1- شروط قبول طلب الدفع الفرعي لمضاهاة الخطوط 104
- 2- إجراءات دعوى مضاهاة الخطوط 106

108	ثانيا : دعوى الأصلية لمضاهاة الخطوط
109	المطلب الثاني : الدفع بالتزوير في السند العرفي
110	الفرع الأول : الإدعاء الفرعي بالتزوير
113	الفرع الثاني : دعوى التزوير الأصلية
115	الفصل الثاني : إثبات الملكية العقارية توثيقاً
116	المبحث الأول : مفهوم السند التوثيقي : أهميته و ضوابط صحته
116	المطلب الأول : مفهوم و أهمية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
116	الفرع الأول : مفهوم السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
117	الفرع الثاني : أهمية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
118	أولا : السند التوثيقي أداة قانونية لحماية المصلحة الخاصة لأطراف التصرف و الغير
118	1- حماية أطراف التصرف
119	2- حماية الغير
120	ثانيا : السند التوثيقي أداة قانونية لحماية المصلحة العامة
120	المطلب الثاني : ضوابط صحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
120	الفرع الأول : الضوابط القانونية لصحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
120	أولا : أن يكون السند التوثيقي صادرا عن موثق
122	ثانيا : أن يتولى الموثق تحرير السند التوثيقي في حدود إختصاصه و سلطته
122	1- الإختصاص الإقليمي أو المحلي للموثق في تحرير التصرفات العقارية
123	2- الإختصاص النوعي أو الموضوعي للموثق في تحرير التصرفات العقارية
124	الفرع الثاني : الضوابط الشكلية لصحة السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
124	أولا : مرحلة ما قبل تحرير السند
125	ثانيا : مرحلة تحرير السند
126	1- البيانات المتعلقة بتعيين العقارات غير الممسوحة
126	أ- بالنسبة للعقار الحضري
126	ب- بالنسبة للعقار الريفي
127	ج- بالنسبة للسند التوثيقي المتضمن عقار خاضع لنظام الملكية المشتركة
127	د- بالنسبة للسند التوثيقي المتضمن عقار خاضع لنظام الملكية الشائعة
127	2- البيانات المتعلقة بتعيين العقارات الممسوحة
127	ثالثا : مرحلة ما بعد التحرير

128	1- التسجيل الجبائي و إجراءاته
128	أ- مفهوم التسجيل الجبائي
129	ب- إجراءات التسجيل
132	2- الشهر العقاري و إجراءاته
132	أ- مفهوم الشهر العقاري
135	ب- إجراءات الشهر
141	المبحث الثاني : حجية السند التوثيقي و مدى إمكانية الطعن فيه
142	المطلب الأول : حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
142	الفرع الأول : حجية السند التوثيقي بالنسبة للأطراف و الغير
142	أولا : حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية فيما بين أطراف التصرف
144	1- البيانات التي تصل حجيتها إلى حدّ الطعن بالبطلان
144	2- البيانات التي تصل حجيتها إلى حدّ الطعن بالتزوير
145	ثانيا : حجية السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية في مواجهة الغير
146	الفرع الثاني : حجية نسخ السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
147	أولا : حالة وجود أصل السند -La minute-
149	ثانيا : حالة فقدان أصل السند -La minute-
152	الفرع الثالث : حجية بيانات الفهرس
154	المطلب الثاني : مدى إمكانية الطعن في السند التوثيقي
155	الفرع الأول : الدفع بالبطلان
155	أولا : دعوى البطلان
161	ثانيا : إثارة البطلان
166	الفرع الثاني : الإدعاء بالتزوير
166	أولا : الإدعاء الفرعي بالتزوير
172	ثانيا : الإدعاء الأصلي بالتزوير
173	المبحث الثالث : صور السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية
173	المطلب الأول : السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق المعاوضة
174	الفرع الأول : عقد البيع العقاري
174	أولا : مفهوم عقد البيع العقاري
175	ثانيا : خصائص عقد البيع العقاري

176	ثالثا : تكوين عقد البيع العقاري
176	1- التراضي في البيع العقاري
189	2- المحل في البيع العقاري
190	3- السبب في البيع العقاري
191	رابعا : الشكل في البيع العقاري
191	1- التسجيل الجبائي لعقد البيع
193	2- الشهر العقاري لعقد البيع
194	الفرع الثاني : الوعد ببيع العقار
194	أولا : تعريف الوعد ببيع العقار
195	ثانيا : شكل الوعد بالبيع العقاري
196	1- تحديد ثمن العقار
197	2- تحديد مدة إنجاز الوعد بالبيع
198	ثالثا : شهر الوعد بالبيع العقاري
199	الفرع الثالث : عقد مقايضة العقار
201	الفرع الرابع : عقد البيع على التصاميم
201	أولا : فكرة البيع على التصاميم
202	ثانيا : مفهوم بيع العقار بناءً على التصاميم
203	ثالثا : إثبات عقد بيع العقار بناءً على التصاميم
204	1- الرسمية في عقد بيع العقار بناءً على التصاميم
205	2- البيانات الإلزامية لعقد بيع العقار بناءً على التصاميم
208	3- تسجيل عقد بيع العقار بناءً على التصاميم
209	4- شهر عقد بيع العقار بناءً على التصاميم
209	المطلب الثاني : السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التبرع
209	الفرع الأول : الهبة الواردة على العقار
209	أولا : معنى الهبة
210	ثانيا : إثبات الهبة الواردة على العقار
210	1- إثبات الهبة قبل صدور قانون الأسرة
211	2- إثبات الهبة بعد صدور قانون الأسرة
211	أ- قاعدة التوثيق الإجباري (قاعدة الرسمية)

213	ب- تسجيل عقد الهبة
214	ج- شهر عقد الهبة
215	الفرع الثاني : الوصية الواردة على عقار
215	أولا : معنى الوصية
216	ثانيا : التكييف القانوني للوصية
217	ثالثا : إثبات الوصية الواردة على العقار
217	1- إثبات الوصية قبل صدور قانون الأسرة
218	2- إثبات الوصية بعد صدور قانون التوثيق
218	3- إثبات الوصية في ضوء أحكام قانون الأسرة
219	أ- السند التوثيقي كوسيلة لإثبات الوصية
219	ب- الحكم القضائي كوسيلة لإثبات الوصية
220	4- الإجراءات و الشكليات اللاحقة على تحرير الوصية
220	أ- تسجيل الوصية
221	ب- شهر الوصية
226	الفرع الثالث : الوقف الوارد على العقار
226	أولا : معنى الوقف
227	ثانيا : التكييف القانوني للوقف
228	1- الوقف تصرف بإرادة منفردة
229	2- الوقف تصرف ناقل للمنفعة
229	3- الوقف شخصية معنوية قائمة بذاتها
230	ثالثا : إثبات الوقف الوارد على العقار
231	1- إثبات الوقف قبل صدور قانون الأسرة
232	2- إثبات الوقف بعد صدور قانون الأسرة
232	أ- السند التوثيقي كوسيلة لإثبات الوقف
232	ب- الحكم القضائي كوسيلة لإثبات الوقف
233	3- إثبات الوقف في ضوء أحكام قانون الأوقاف 10-91
234	4- تسجيل الوقف
235	5- شهر الوقف
236	المطلب الثالث : السندات التوثيقية المثبتة و الناقلة للملكية العقارية بطريق التصريح

236	الفرع الأول : عقد الشهرة
237	الفرع الثاني : شهادة التوثيقية
238	أولاً : مفهوم الشهادة التوثيقية
238	ثانياً : دور الشهادة التوثيقية في إثبات الملكية العقارية
238	1- الهدف من تشريع الشهادة التوثيقية
239	2- موقف القضاء من دور الشهادة التوثيقية
241	الباب الثاني : السند القضائي و السند الإداري المثبتان للملكية العقارية
242	الفصل الأول : إثبات الملكية العقارية قضائياً
243	المبحث الأول : مفهوم السند القضائي : خصائصه ، تقسيماته و أجزاءه
243	المطلب الأول : مفهوم و خصائص السند القضائي المثبت للملكية العقارية
243	الفرع الأول : مفهوم السند القضائي المثبت للملكية العقارية
243	أولاً : معنى الحكم لغة و إصطلاحاً
244	ثانياً : معنى القضاء لغة و إصطلاحاً
246	الفرع الثاني : خصائص الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
247	أولاً : أنه يضع حداً للنزاع حول ملكية عقار
247	ثانياً : أنه يخضع للإيداع
248	ثالثاً : أنه يعتبر سنداً رسمياً للملكية العقارية
248	رابعاً : أنه يرد في أسلوب خاص
249	خامساً : أنه صادراً عن القسم العقاري بموجب سلطته القضائية
250	المطلب الثاني : تقسيمات و أجزاء الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
250	الفرع الأول : تقسيمات الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
251	أولاً : تقسيم الأحكام القضائية من حيث صدورها في مواجهة الخصوم أو غيابهم
251	1- الحكم الحضورى - jugement contradictoire -
252	2- الحكم الغيابى - jugement par défaut -
254	ثانياً : تقسيم الأحكام القضائية من حيث القابلية للطعن
255	1- الحكم الابتدائى - jugement en premier ressort -
255	2- الحكم النهائى - jugement en dernier ressort -
255	ثالثاً : تقسيم الأحكام القضائية من حيث صدورها في الموضوع أو قبل الفصل في الموضوع
256	1- الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع

257	أ- الحكم التحضيري الصادر قبل الفصل في دعوى الملكية العقارية
257	ب- الحكم التمهيدي الصادر قبل الفصل في دعوى الملكية العقارية
259	2- الحكم الصادر في الموضوع
260	رابعا : تقسيم الأحكام القضائية من حيث الحجية المترتبة عنها
260	1- الحكم غير القطعي - jugement avant dire droit -
260	2- الحكم القطعي - jugement définitif -
262	الفرع الثاني : أجزاء الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
262	أولا : الديباجة - Chapeau ou Préambule -
262	1- بيانات الديباجة الشكلية الإلزامية
267	2- بيانات الديباجة غير الإلزامية
268	ثانيا : الوقائع - Les Faits -
270	ثالثا : التسيب - La motivation -
272	ثالثا : المنطوق
273	المبحث الثاني : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
273	المطلب الأول : المقصود بالحجية في دعوى الملكية و شروط التمسك بها
273	الفرع الأول : معنى الحجية في دعوى الملكية العقارية
274	الفرع الثاني : شروط التمسك بالحجية في دعوى الملكية العقارية
275	أولا : وحدة الخصوم في دعوى الملكية العقارية
277	ثانيا : وحدة الموضوع في دعوى الملكية العقارية
278	1- بالنسبة للمحكمة النازرة في الدعوى
278	2- بالنسبة للمدعي
279	3- بالنسبة للمدعى عليه
280	ثالثا : وحدة السبب في دعوى الملكية العقارية
282	المطلب الثاني : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
283	الفرع الأول : مدى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم و خلفهما
283	أولا : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية فيما بين الخصوم
284	ثانيا : حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية بالنسبة للخلف
285	1- الخلف العام
287	2- الخلف الخاص

289	الفرع الثاني : مدى حجية الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية بالنسبة للغير
292	المبحث الثالث : صور الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية
292	المطلب الأول : الأحكام القضائية المعناة بالملكية العقارية
292	الفرع الأول : الحكم القاضي بقسمة العقار
293	أولا : مفهوم دعوى القسمة القضائية و أطرافها
293	1- مفهوم دعوى القسمة القضائية
295	2- الخصوم في دعوى القسمة
295	ثانيا : إجراءات دعوى القسمة
296	1- تعيين خبير لتقويم العقار و إفراز الحصص
298	2- إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة
299	ثالثا : أثر الحكم الصادر في دعوى القسمة
300	الفرع الثاني : الحكم المكرس للملكية على أساس التقادم المكسب
302	أولا : معنى التقادم المكسب
302	ثانيا : موقف التشريع من إكتساب الملكية على أساس التقادم الكسب
305	ثالثا : موقف القضاء من إكتساب الملكية على أساس التقادم الكسب
308	رابعا : نظرة الفقه إلى إكتساب الملكية على أساس التقادم الكسب
310	الفرع الثالث : الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية
311	أولا : معنى التركة الشاغرة
312	ثانيا : الجهة القضائية المختصة بإعلان شغور التركة العقارية
313	ثالثا : إجراءات إستصدار الحكم التصريحي المثبت لشغور التركة العقارية
317	المطلب الثاني : الأحكام القضائية المنشئة للملكية العقارية
317	الفرع الأول : حكم رسو المزاد في بيع العقار
317	أولا : الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد
318	1- موقف التشريع
318	2- موقف القضاء
319	3- نظرة الفقه
320	ثانيا : إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني
321	ثالثا : أثر الحكم الصادر في بيع العقار بالمزاد العلني
324	الفرع الثاني : الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة

324	أولاً : معنى الشفعة و تكييفها
324	1 - معنى الشفعة
325	2- التكييف القانوني للشفعة
326	ثانيا : إجراءات الأخذ بحق الشفعة
327	1- إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة
329	2- إيداع الثمن و المصاريف لدى الموثق
330	3- رفع دعوى الشفعة
332	ثالثا : أثر الحكم الصادر في دعوى تثبيت حق الشفعة
334	الفرع الثالث : الحكم القاضي بتثبيت الوعد بالبيع العقار
335	أولاً : صور الوعد بالبيع العقاري
335	1- الوعد ببيع العقار الملزم لجانب واحد
337	2- الوعد ببيع العقار الملزم للجانبين
338	ثانيا : النكول عن الوعد ببيع العقار
339	1- حالة النكول عن الوعد بدون وجه حق
339	2- حالة النكول عن الوعد بسبب التصرف في العقار
339	ثالثا : مقاضاة الواعد للموعد له
342	الفصل الثاني : إثبات الملكية العقارية إدارياً
343	المبحث الأول : مفهوم السند الإداري : خصائصه ، أهميته
343	المطلب الأول : مفهوم السند الإداري المثبت للملكية العقارية
344	المطلب الثاني : خصائص و أهمية السند الإداري المثبت للملكية العقارية
344	الفرع الأول : خصائص السند الإداري المثبت للملكية العقارية
344	أولاً : أنه سند رسمي
345	ثانيا : أنه صادر عن هيئة إدارية
345	1- البلدية
348	2- إدارة أملاك الدولة
353	3- مديرية الشؤون الدينية و الأوقاف
354	4- المحافظة العقارية
356	ثالثا : أنه يهدف إلى تحقيق الصالح العام
357	رابعا : أنه يخضع في منازعاته لجهة القضاء الإداري

358	الفرع الثاني : أهمية السند الإداري المثبت للملكية العقارية
359	المبحث الثاني : حجية السند الإداري المثبت للملكية العقارية
359	المطلب الأول : حجية السند الإداري فيما بين أطراف التصرف و خلفهم
360	الفرع الأول : البيانات ذات الحجية المطلقة
360	الفرع الثاني : البيانات ذات الحجية النسبية
361	المطلب الثاني : حجية السند الإداري بالنسبة للغير
363	المبحث الثاني : صور السند الإداري المثبت للملكية العقارية
363	المطلب الأول : العقد الإداري المثبت للملكية العقارية
364	الفرع الأول : عقد البيع الإداري
365	أولا : البيع بالمزاد العلني كطريقة لبيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة
367	ثانيا : البيع بالتراضي كطريقة لبيع الأملاك العقارية الخاصة التابعة للدولة
367	1- البيع بالتراضي وفقا للأحكام العامة
369	2- البيع بالتراضي وفقا للأحكام الخاصة
370	الفرع الثاني : عقد التبادل
370	أولا : مفهوم التبادل
371	ثانيا : إجراءات التبادل
371	1- إجراءات التبادل بين فيما بين الأشخاص العامة
372	2- إجراءات التبادل بين فيما بين الدولة و الخواص
373	ثالثا : شكل عقد التبادل
373	1- تحرير عقد التبادل في شكل عقد إداري
373	2- تحرير عقد التبادل في شكل عقد توثيقي
374	الفرع الثالث : عمليات التنازل في بعض القوانين الخاصة
375	أولا : عقود التنازل في إطار القانون رقم 81-01
383	ثانيا : عقود التنازل في إطار الإستصلاح
383	1- مفهوم الإستصلاح
384	2- الشروط إكتساب الملكية طبقا للقانون رقم 83-18
385	3- إجراءات إكتساب ملكية الأراضي طبقا للقانون رقم 83-18
392	ثالثا : عقود التنازل في إطار الإمتياز الموجه لإستغلال العقار الصناعي
392	1- مفهوم الإمتياز في مجال العقار الصناعي

- 393 2- الإمتياز القابل للتنازل في العقار الموجه للإستثمار الصناعي
- 393 أ- الإمتياز القابل للتنازل في إطار قانون ترقية الإستثمار
- 394 ب- الإمتياز القابل للتنازل في إطار قوانين المالية
- 397 ج- الإمتياز القابل للتنازل في إطار قانون تطوير الإستثمار
- 397 د- الإمتياز القابل للتنازل في إطار الأمر رقم 06-11
- 399 المطلب الثاني : القرار الإداري المثبت للملكية العقارية
- 400 الفرع الأول : شهادة الملكية
- 400 أولا : شروط و إجراءات إعداد شهادة الملكية
- 403 ثانيا : أثر شهادة الملكية في إثبات الملكية العقارية الفلاحية
- 404 الفرع الثاني : قرار نزع الملكية للمنفعة العامة
- 405 أولا : مفهوم قرار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة
- 405 ثانيا : إجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة
- 406 1- قرار التصريح بالمنفعة العامة
- 409 2- قرار القابلية للتنازل
- 412 3- قرار نزع الملكية
- 412 أ- الجهة المصدرة لقرار نزع الملكية
- 413 ب- إجراءات نقل الملكية
- 414 الفرع الثالث : سند الملكية طبقا للقانون رقم 07-02
- 416 أولا : فكرة التحقيق العقاري
- 420 ثانيا : شروط تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري
- 420 1- الشروط الخاصة بالعقار
- 428 2- الشروط الخاصة بالحيازة
- 429 ثالثا : إجراءات تطبيق معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري
- 430 1- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري
- 430 أ- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري عند الإجراء الفردي
- 432 ب- تقديم طلب فتح تحقيق عقاري عند الإجراء الجماعي
- 434 2- سير عمليتي التحقيق الفردي و الجماعي
- 434 أ- جمع كافة المخططات و الوثائق اللازمة للتعرف على العقار محل التحقيق
- 435 ب- المعاينة و التحقيق

437	3- الإجراءات الختامية لعملية التحقيق العقاري
438	أ- إعداد و تسليم سند الملكية
439	ب- الفصل في الاعتراضات
442	الفرع الرابع : الدفتر العقاري
442	أولا : مفهوم الدفتر العقاري
444	ثانيا : الوسائل المتدخلة في إعداد و تحرير الدفتر العقاري
444	1- عملية مسح الأراضي العام أداة فنية لإعداد الدفتر العقاري
445	أ- الإعلان عن إفتتاح عملية المسح
445	ب- إنشاء لجنة المسح للبلدية
448	ج- إيداع وثائق المسح
449	2- السجل العقاري أداة قانونية لتحرير الدفتر العقاري
450	أ- ترقيم العقارات و تحديد الحقوق
456	ب- إجراءات ضبط و تسليم الدفتر العقاري
458	ثالثا : حجية الدفتر العقاري و مدى إمكانية الطعن فيه
458	1- حجية الدفتر العقاري في إثبات الملكية العقارية
460	2- مدى إمكانية الطعن في الدفتر العقاري
461	أ- أسباب قبول الطعن بإلغاء الدفتر العقاري
464	ب- دعوى الإلغاء و أثر الحكم الصادر فيها
466	الخاتمة
478	قائمة المراجع
509	الفهرس

ملخص

من ضمن سندات إثبات الملكية العقارية ، أكثر فعالية ، فإنّ السند الرسمي أو الورقة الرسمية تحتل الصادرة بشتى أنواعها سواء أكانت سندا توثيقياً أم سندا إدارياً أو حتى حكماً قضائياً معلناً أو منشئاً للملكية العقارية . و قبل هذه السندات ذات القوة الثبوتية المطلقة ، إعترف المشرع بالسند العرفي كوسيلة إثبات الملكية العقارية ، و ذلك حتى مطلع سنة 1971 ، و هو تاريخ تطبيق الأمر رقم 71-91 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1970 و المتضمن تنظيم مهنة التوثيق . فقد كان القضاء منقسماً حينها ، حول القوة الثبوتية للسند العرفي ، و لكن هذا الإختلاف القضائي تم حسمه بصدور قرارات قضائية تعتبر اليوم قرارات مبدئية .

و بجانب هذه السندات توجد سندات أخرى لإثبات الملكية العقارية نذكر منها ، الدفتر العقاري و الذي يعدّ اليوم أنجع وسيلة لإثبات الملكية العقارية من حيث القوة الثبوتية .

Resumé

Parmi les titres de preuve de la propriété immobilière , l'acte le plus usuel est l'acte authentique . il faut entendre , l'acte notarié , l'acte administratif mais aussi les decisions judiciaires : declatives et constitutives des driots reels immobiliers . neamions avant de connaitre ces moyens de preuve , le legislateur algerien avait admis autrefois , la preuve par acte sous seing privé (ASSP) portant sur la propriété immobilière et ce jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 decembre 1970 portant organisation de la fonction notariale .

Certe la jurisprudence était divisée à l'epoque mais la controverse a été tranchée par de nombreuses decisions qui reconnaissaient la force probante à l'acte authentique seulement .

A cote de ces actes , il existe d'autres moyens de preuves de la propriete immobilière , on cite notamment , le livret foncier considere aujourd'hui comme l'instrumentum le plus efficace du point de vue force probante .