

السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: قانون عقاري

إعداد الطالبة :
مريم حضري

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ. الأزهر لعبيدي	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	رئيسا
أ. مباركة عمامرة	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مشرفا ومقررا
أ. الشريف وكواك	جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي	مناقشا

السنة الجامعية: 2017/2016

﴿وَتَبَارَكَ الَّذِي لَهُ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا بَيْنَهُمَا﴾

الآية 85 سورة الزخرف

أقرباء

الحمد لله والسلام على رسول الله، اللهم إني أسألك خير المسألة و خير الدعاء، و خير النجاح و خير العلم، و خير العمل و خير الثواب، و خير الحياة و خير الممات اللهم ارفع درجتي . يا رب إذا أعطيتني قوة لا تأخذ عقلي، و إذا أعطيتني نجاحا لا تأخذ تواضعي، و إذا أعطيتني تواضعا لا تأخذ اعتزازي بكرامتي أما بعد:

باسم الحب و المعزة أهدي هذا العمل إلى:

وصية الله لنا

﴿ و اخفض لهما جناح الذل من الرحمة و قد ربّ ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾ . . والديا الكريمين

سندي في الحياة زوجي العزيز كمال

روحني و نبضي ابنتي شراز

العالية أختي نعيمة و زوجها ابراهيم

أخوتي مراد، جمال، محمد، و أحمد

من هم إلى القلب أقرب وائل، لؤي، و ماسي

النوامر جدتاي أطال الله في عمرها

شكر و تقدير

الحمد لله الذين هدانا لانجاز هذا العمل، جميل أن يكون الشخص على عتبة التويج و الأجل أن يجد حوله أشخاصا شاركوه بناء معارفه فلا يجد ما يقدمه لهم سوى عبارات شكر، تقدير، واحترام، لذا أتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذة الفاضلة "مباركة عمامرة" على قبولها الاشراف على هذا البحث، ورحابة صدرها و التي لم تبخل عليا بتوجيهاتها و نصائحها القيمة.

ولا يفوتني في هذه الصفحة أن أتقدم أيضا بالشكر الخالص " لأعضاء لجنة المناقشة " المحترمة، التي قبلت تحمّل عبء مراجعة هذا العمل، و تصويب أفكاره و أخطائه، بما تراه مناسب و ملائم، و على قبولهما مناقشة هذا البحث.

أستاذي الكريمين:

الأستاذ الأزهر لعبيدي

و الأستاذ الشريف وكواك

و الشكر لكل من قدم لي المساعدة و دلي على الطريق الصواب، إلى أساتذتي في كلية الحقوق و العلوم السياسية.

مقدمة

إن مسألة الملكية العقارية كانت و لازالت تشكل هاجسا لدى الأفراد في كل العصور فتملك عقار يولد لدى الفرد الشعور بالطمأنينة، فقد شهد العالم عدة صراعات و خاض عدّة حروب من أجل التملك بالقوة أو لاسترجاع ملكية خاصة، و ذلك لأن الملكية العقارية لها دور أساسي في التنمية الشاملة للبلاد، و لذلك ارتبطت الحضارات الإنسانية قديما وحديثا بهذا الموروث وجعلته أساسا في تقدمها ورقبها فبقدر تنظيم وتوجيه العقار يمكن التحكم في الاتساعات الاقتصادية بمختلف أشكالها.

و لأنها من أهم المواضيع و أكثرها تعقيدا كون العقار في وقتنا الحالي أصبح أهم شيء لأنه أساس كل شيء، عمل المشرع على تنظيمها بقوانين تكون بمثابة الحصن المنيع و وسيلة ردع للأفراد لحماية الحقوق و تجنب نشوب أي نزاعات، بمعنى أصح تنظيم الوعاء العقاري و استقرار المعاملات العقارية، لكنها لم تكن كافية لتنظيم العقار حيث أن الملكية العقارية الخاصة أصبحت مطلبا اجتماعيا الكل يسعى وراء كسبها، باعتبار العقار أحد أهم الثروات للدولة لما يحتويه هو الآخر من ثروات سطحية و باطنية، و ذلك لأن جل المعاملات تكون لها علاقة بالعقار و ما لذلك من أهمية على دخل البلاد، فهو أموال عقارية، و هو مصدر الاستثمار الآن.

و بما أن الملكية هي حق الاستعمال و الاستغلال و التصرف، بما يعني أن للفرد الحرية المطلقة في استخدام ملكه، إلا أنه هناك حالات أين يحتاج الفرد إثبات ملكيته العقارية الخاصة لسبب ما ليتمتع بالحقوق المتفرعة عنها، فهي تعطي لصاحب العقار سلطة مباشرة يستطيع بموجبه أن يستعمله، أو يشغله، أو يتصرف فيه.

وجدير بالذكر أن الإثبات بمعناه القانوني هو إقامة الدليل على واقعة قانونية بالطرق التي رسمها و حددها القانون، إذا فإثبات الحق هو إقامة الحجة عليه، و الحق بدون دليل هو و العدم سواء، إذ لا فائدة من الادعاء أمام القضاء إذا كان المدعي لا يملك الحجة التي تجعله يصل إلى مبتغاه من الالتجاء للمحكمة.

هذا ما يجبر الملاك على استظهار ما يملكون من أوراق لتكون حجة و مبرر لهم في مواجهة الغير، حيث كان التعامل بالأوراق العرفية منتج لأثره القانوني قبل صدور قانون

التوثيق 91/70، ثم توالت جملة السندات الأخرى كل حسب درجة قوتها في الإثبات و موقف المشرع الجزائري منها.

فسند الملكية وثيقة هامة تثبت ملكية العقار، سواء كان أرض أو منزل أو محل تجاري أو غير ذلك، حيث يوجد فيه وصف دقيق للعقار و معلومات المالك.

و نظرا لأهمية الموضوع و جهل الكثير لسندات إثبات الملكية العقارية الخاصة، كان لزاما علينا المساهمة و لو بفكرة لإثراء هذا الموضوع و تسليط الضوء عليه أكثر ليصبح ضمن الثقافة العامة و إسقاط الجانب القانوني عنه قليلا، لأن الواقع العملي يفرض على كل فرد معرفة هاته السندات و أن يكون على علم بها.

و سبب اختيارنا لهذا الموضوع، كونه من المواضيع التي تستحق الدراسة و البحث سواء على الصعيد العملي أو العلمي، حيث أنه ينصب على الملكية العقارية كونها مصدر استقرار وطمأنينة في يد من يمتلكه.

و ننتقل من دراستنا لهذا الموضوع من الاشكال التالي:

- فيما تتمثل السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري؟.
 - و تتفرع عن هذه الاشكالية عدة تساؤلات منها:
 - ما نوع السندات التي كان سائر العمل بها قبل صدور قانون التوثيق؟ و هل منتجة لأثرها القانوني؟.
 - و أي السندات المعتمدة حاليا كسند و حيد لإثبات الملكية العقارية الخاصة؟.
- و للإجابة على هاته الاشكالية ارتأينا تقسيم هذا الموضوع إلى فصلين، الفصل الأول نتناول فيه السندات الرسمية، قسم إلى مبحثين المبحث الأول سنتطرق فيه إلى السندات التوثيقية، أما المبحث الثاني سنقوم فيه بعرض السندات الإدارية، و الفصل الثاني سيكون تحت عنوان السندات العرفية و الأحكام القضائية سيقسم بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول للسندات العرفية و المبحث الثاني للأحكام القضائية.

و اعتمدنا في دراسة هذا الموضوع المنهج الوصفي، حسب طبيعة الموضوع التي تقتضي ذلك، وأما منهج تحليل المضمون اعتمدنا عليه من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع.

الفصل الأول

السندات الرسمية

العقود الرسمية أو المحررات الرسمية هي التي يطلق عليها ما يسمى بأدلة الإثبات ذات القوة المطلقة، وهذا النوع من العقود نصت عليه المادة (334) من القانون المدني، حيث يشترط العقد الرسمي ما يلي :

- 1- أن يقوم بتحريره موظف عام أو ضابط عمومي مختص أو شخص مكلف بخدمة عامة .
- 2- أن يكون هذا الموظف أو ضابط العمومي او الشخص المكلف بخدمة عامة، مختص من حيث الموضوع والمكان في تحرير العقد .
- 3- أن يراعى بتحرير العقد ما أوجبه القانون من حيث الشكل والموضوع، بمعنى أن يحرره وفقا للإجراءات الشكلية التي قررها المشرع، فحسب ما تقتضي القوانين المنظمة لموضوع العقد. حيث قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، في كل مبحث سيتم الحديث على نوع من هاته من السندات الرسمية، المبحث الأول يتضمن السندات التوثيقية، أما المبحث الثاني سيضم السندات الإدارية.

المبحث الأول

السندات التوثيقية

هي تلك السندات التي تحرر بمعرفة موثق يجسد فيه اتفاق طرفين بشأن عقار أو حق عيني عقاري، أي أنها محررات تعبر عن تطابق الإيجاب و القبول حول جميع المسائل الجوهرية و الثانوية في العقد، و يشترط فيها توافر أهلية التصرف لدى الطرفين¹.
من هذا المنطلق سنشرع في عرض هذه العقود حسب الترتيب التالي، من خلال تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، المطلب الأول للعقود الصادرة بتوافق إرادتين، المطلب الثاني للعقود الصادرة بإرادة منفردة، أمّا المطلب الثالث للعقود التصريحية.

¹ - مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص. 220.

المطلب الأول

العقود الصادرة بتوافق إرادتين

يعتبر هذا النوع من السندات التوثيقة من أهم المحررات المثبتة لملكية عقارية خاصة، إذ أنه يتم بتطابق إرادتين (الإيجاب و القبول).

حيث أوكل المشرع بموجب القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، للموثق صفة الضابط العمومي، و أولاه مهمة تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية، و كذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة.

و للسند أو العقد التوثيقي الحجة الكاملة في مواجهة الغير ما لم يطعن فيه بالتزوير¹، و سنتناول هذا النوع من العقود في الفروع التالية، الفرع الأول يضم عقد البيع، الفرع الثاني عقد الهبة، الفرع الثالث عقد المبادلة أو المقايضة.

الفرع الأول

عقد البيع

البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي.

و عقد البيع المنصب على العقارات بمختلف أنواعها (المبنية و غير المبنية) هو اليوم أكثر العقود تداولاً بين الناس، و بالتالي يعتبر من أهم مجالات تدخل الموثق كضابط عمومي².

حيث نصت المادة (792) من القانون المدني بقولها: " تنقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشئ مملوكا للمتصرف".

فعقد البيع عقد مسمى، و العقود المسماة كثيرة التداول بين الناس في الحياة العملية. و تداولها هذا بكثرة ساعد على إرساء لها قواعد قانونية و أحكام مستقرة.

خص المشرع هذا النوع من العقود بأحكام تشريعية و تنظيمية محددة تحديدا دقيقا بهدف إحداث استقرار في معاملات المتعاقدين.

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2016، ص. 47.

² عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2015، ص. 31.

فبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون، نجد بأن أغلب تشريعات العالم، أخضعت مختلف العقود إلى إرادة الأطراف المتعاقدة، بحيث يعتبر عقدهما شريعة المتعاقدين. ويجوز لهم أن ينسخوا اتفاقهم في أي قالب تطبيقاً لمبدأ حرية التعاملات و تنفيذاً لإرادتهم المتطابقة بشكل يجعل اتفاقهم يعد المصدر الوحيد الذي يرجع إليه في حالة نشوب أي نزاع بينهم، و أن الحلول التي يضعونها تكون هي موضع عملهم تنازلاً عن إرادة المشرع لفائدة إرادة الأطراف بما يتطابق مع اتجاههم، تيسيراً لهم بتسوية خلافاتهم بالطريقة المبينة في العقد¹.

حيث نظم المشرع الجزائري أحكام عقد البيع من المواد من (361) إلى (396) من التقنين المدني، و تتميز بأنه عقد ناقل لملكية الشيء محل عقد البيع.

إذن، من الخصائص المميزة لعقد البيع أنه ناقل للملكية، أي ينشئ عقد البيع إذا انعقد صحيحاً على عاتق البائع التزام ينقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد إبرام البيع و هو ما تنص عليه صراحة المادة (351) من التقنين المدني و التي ورد فيها: «البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أوحقاً مالياً بمقابل ثمن نقدي»، و تنص المادة (107) من نفس القانون على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية. و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون، و العرف، و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام".

و عليه، إذا أخل البائع بكل ما يتطلبه نقل الملكية من المستلزمات التي يشترطها القانون كإجراءات التوثيق و الشهر لنقل ملكية العقار، يكون عندها البائع مسؤولاً على أساس المسؤولية العقدية، لأنه أخل بالتزاماته العقدية تجاه المشتري².

و أشار المشرع الجزائري في الشرط الثاني من المادة (165) من التقنين المدني نفسه، إلى وجوب مراعاة شكل معين في كل تصرف يتضمن نقل ملكية العقار إلى المشتري و إخضاعه إلى عملية الإشهار العقاري على الوجه التالي:

«... و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري».

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 2،

2011، ص 15.

² - يمينة حوجو، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، ط 1، 2016، ص. 12.

و في هذا المعنى، أكد المشرع كذلك في المادة (793)¹ من نفس القانون الذي يعتبر النص الخاص و المرجعي الوحيد المنظم لكيفية نقل ملكية العقار و الحقوق العينية الأخرى في إطار الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني التي تشير إلى وجوب تسجيل التصرف العقاري بالمحافظة العقارية كي يولد أثارا قانونية بين الأطراف المتعاقدة و بالنسبة للغير .

أهم ما يستفاد من محتوى المادة (793) من التقنين المدني، أنّ انتقال ملكية العقار أو الحق العيني العقاري ليس مصدره التصرف المبرم المتمثل في عقد البيع، و إنما انتقال هذا الحق العقاري مصدره مراعاة إجراءات الإشهار العقاري و ذلك بتسجيل عقد البيع بالمحافظة العقارية².

إنّ تدخل المشرع الجزائري بوجوب مراعاة الشكلية في التصرفات العقارية، يعتبر تدخلا نافعا نفعا محضا لكلا المتعاقدين. يتجلى هذا النفع بتبنيه البائع أو الوهاب أو ... المتصرف في العقار بخطورة التصرف القانوني الذي هو مقدم على إبرامه. و يتجلى أيضا، في حماية المتصرف له المشتري أو الموهوب له... بتأمين حقه العقاري من المخاطر التي قد يسببها البائع نفسه أو الغير بشكل يضر المال العقاري محل التصرف فيه³.

فالورقة الرسمية المسجلة بإدارة الشهر العقاري (المحافظة العقارية)، تجعل صاحبها في مركز قوي، يتسلح بها للدفاع عن حقه المالي في حالة ادعاء أي شخص بل حتى ادعاء المتصرف ذاته بخلاف ما تضمنته هذه الورقة التي تعتبر حجة على ما ورد بها على كلا المتعاقدين ما لم يطعن فيها بالتزوير طبقا للمادة (324 مكرر 05)⁴ من التقنين المدني.

¹ - تنص المادة 793 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني _ المعدل و المتمم_ على أنه: "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 شهر العقار".

² - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 28.

³ - نفس المرجع، ص. 29.

⁴ - تنص المادة 324 مكرر 05 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني _ المعدل و المتمم_ على أنه: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

صدر عن قمة الهرم القضائي الجزائري عدة قرارات قضائية تؤكد ما سبق عرضه في مادة عقد البيع كسند من السندات المثبتة للملكية العقارية، تشير جملها إلى أن عدم مراعاة أحكام المادة (793) من التقنين المدني مآله البطلان المطلق للتصرف العقاري. حيث يوجد أنواع أخرى من عقود البيع المثبتة للملكية العقارية الخاصة و هي:

أولاً: عقد بيع العقار على التصاميم

ظهر البيع على التصاميم في القانون الجزائري سنة 1993 بهدف معالجة الأزمة السكنية المستمرة في الجزائر نظرا لعجز الدولة في تلبية احتياجات المواطنين المتزايدة على السكن العائلي و ذلك مع قلة وجود مشاريع لبناء سكنات عائلية للشريحة الواسعة من المواطنين. لم يعرف القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية البيع على التصاميم بشكل دقيق، لكن بالرجوع إلى نص المادة (28) فإنه يعرف البيع على التصاميم كما يلي: «عقد البيع على التصاميم لبنانية أو جزء من بنانية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البناءات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال. و في المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز.

يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم».

يتضح من هذا النص أن القانون لم يعرف عقد البيع بناء على التصاميم لكنه شمل خصائصه، فهو صورة جديدة من البيوع لمعالجة أزمة السكن التي تعاني منها الجزائر كباقي دول العالم، كما يخضع للقواعد الخاصة التي نظمتها في القانون رقم 04/11.

يتميز البيع على التصاميم بالخصائص العامة للعقد فهو عقد مسمى حيث خص له القانون قواعد خاصة تنظمه، و أنه عقد ملزم لجانبيين حيث يرتب التزامات للجانبيين حيث يلتزم المرقي بانجاز السكن في المدة المحددة مقابل قيام المشتري بدفع الثمن على مراحل. و هو أيضا من العقود الشكلية حيث أن الرسمية هي ركن للعقد. و يجب أن يشمل على الأركان الموضوعية و هي التراضي و المحل و السبب إلى جانب الرسمية و النموذجية¹.

¹ - يمينة حوجو، المرجع السابق، ص. 115.

ثانيا: عقد الوعد بالبيع

تناول القانون المدني الوعد بالبيع، في باب الوعد بالتعاقد في المادتين (71) و (72)، حيث نصت المادة (71) على أنه: "الاتفاق الذي يوعد له كل المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها".

يتضح من خلال هذا النص أن الوعد بالبيع قد يكون ملزم لجانب واحد أو ملزم لجانبين و على المتعاقدين تحديد نوع العقد المراد إبرامه مع تعيين المسائل الجوهرية للعقد مع المدة و الثمن¹.

الفرع الثاني

عقد الهبة

الهبة تصرف تبرعي صادر من جانبين أباحته الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية و نظمت أحكامه على نحو يحقق أهدافه التي أبرم من أجلها.

تعتبر الهبة من التصرفات الناقلة للملكية و التي يتبرع بمقتضاها الواهب بماله لشخص آخر يسمى الموهوب له بدون مقابل².

و المراد بها الإيجاب و القبول الدال على التملك بغير عوض، و تكون بكل لفظ كوهبت، أو أي فعل، أو إشارة تدل على الهبة³.

و تنص المادة (206) من قانون الأسرة أن: "تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول و تتم بالحيازة، و مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة.

و يقصد بمراعاة أحكام التوثيق هو وجوب إفراغ الهبة في شكل رسمي متى انصب محلها على عقار، و ذلك تحت طائلة البطلان المطلق، فالهبة الواردة في الشكل العرفي تعد باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية و هو ما جاء في قرار المحكمة العليا (يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي، و إلا وقعت تحت طائلة البطلان...).

¹ - يمينة حوجو، المرجع السابق، ص، ص. 35، 36.

² - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 10، 2014، ص. 31.

³ - عبد القادر بن عزوز و سليمان ولد خسال، أحكام الميراث و الهبة و الوصية و الوقف، قرطبة للنشر و الإشهار، الجزائر، ط 2، 2013، ص. 141.

و على الرغم¹ من أن المادة (206) من قانون الأسرة نصت في فقرتها الأخيرة على ترتيب البطلان بقولها: (و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)، لكنها أحالتنا فضلا عن ذلك إلى وجوب مراعاة أحكام التوثيق أي أحكام الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق الذي كان ساري المفعول آنذاك الذي نص في المادة (12) منه: (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 التنازل عن أسهم في شركة أو حصص منها، أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الموثق الذي حرر العقد).

و قد حولت هذه المادة إلى الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 في المادة (324) مكرر. و عليه²، إذا حرر عقد الهبة على الشكل العرفي، فإن مآله البطلان لا محال و هذا ما يستشف من قرار المحكمة العليا رقم (45.371) الصادر في 1987/04/20 "غير منشور": "من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة (206) من قانون الأسرة". فالهبة من العقود الاحتفائية التي يوجب القانون إبرامها أمام الموثق بحضور شاهدي عدل، ثم يتعين عليه تسجيلها لدى مصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب و أخيرا شهرها بالمحافظة العقارية.

و الهدف من وراء فرض الرسمية على هبة العقار هو كونها تصرف خطير³ يجرده فيه الواهب من ماله دون مقابل على نحو يؤثر في ذمته المالية و يحدث أثرا بالغا في نفوس أهله و أقاربه، و عليه وجب دفعه إلى التدبر و التأمل و تقدير الأمور جيدا قبل الإقدام على إبرام عقد الهبة، و هو الأمر الذي تعين عليه الشكالية لما تستلزمه من اجراءات و تستغرقه من وقت و جهد.

¹ - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة - الوصية - الوقف)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ب.س.ن، ص. 14.

² - نفس المرجع، ص. 15.

³ - نسيم شيخ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط2، 2014، ص. 13.

و جدير بالذكر أن الرسمية و الحيابة قيدان متلازمان لا بد من توافرها معا إذ لا تغني إحداهما عن الأخرى و ألاّ بطلت الهبة -ماعدا الحالات المذكورة في المادة (208)¹ قانون الأسرة.

الفرع الثالث

عقد المقايضة (المبادلة)

تأسيسا على نص المادة (415)² من القانون المدني فإن أحكام البيع تسري على المبادلة، إذ يعتبر كل مقايض بائعا للشيء الذي كان مملوكا له و قايض به، و مشتريا في الوقت ذاته الشيء الذي كان مملوكا للطرف الآخر و قايض هو عليه³. و بما أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة و الرسمية، فبالنتيجة فإن عقد المقايضة يخضع بدوره للشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان.

و عرف المشرع الجزائري عقد المقايضة بموجب نص المادة (413) من القانون المدني على أنه: "عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود".

يعتبر كل من المتقاضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايض عليه، و يأخذ حكم الشئيين المقايض فيهما حكم المحل الذي يرد عليه التزام كل من البائع و المشتري المتمثل في تسليم المبيع لقاء ثمن نقدي⁴.

و من مبدأ أن أحكام عقد البيع تنطبق على عقد المقايضة الذي ينصب على ملكية عقار أو على أي حق عيني عقاري أحكام نص المادة (793) من التقنين المدني، و المادة (16) من قانون الشهر العقاري الصادر تحت رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

¹ - تنص المادة 208 من القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة على أنه: "إذا كان الواهب ولي الموهب له مشاعا فإن التوثيق و الإجراءات الإدارية تغني عن الحيابة".

² - تنص المادة 415 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني _ المعدل و المتمم _ على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، و يعتبر كل من المتقاضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايض عليه".

³ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 30.

⁴ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 108.

تطبيقا لهذين النصين، حتى يتم انتقال ملكية العقار أو الحق العيني العقاري المقيض فيه إلى الشخص الآخر، ينبغي إخضاع هذا التصرف القانوني المتمثل في عقد المقيضة إلى عملية الإشهار العقاري حتى يكون موجودا من الناحية القانونية. لأنه يرمي إلى إنشاء حق عقاري. و في هذا المعنى تقضي المادة (15) من هذا الأمر بأنه كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية.

و عليه، إذا أفرغ عقد المقيضة بمعرفة المكتب العمومي للتوثيق، شأنه في ذلك شأن أي تصرف عقاري كما توجبه المادة (61) من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المعدل و المتمم، المتضمن تأسيس السجل العقاري، و كما تشير إليه المادة (324 مكرر 01) من التقنين المدني، و تم تسجيل هذا العقد بالمحافظة العقارية، يولد عقد المقيضة اثارا قانونية بين المقيضين، و يكون للتصرف القانوني حجة قاطعة بالنسبة للغير، إذ يمكن من بيده العقد الرسمي المشهر بالاحتجاج به في مواجهة الكافة على أساس أن الإشهار العقاري في القانون الجزائري، يعتبر مصدر للحق العيني العقاري أو تعديله أو نقضه أو نقله... كما تشير إليه (16) من الأمر رقم 74/75 : "أن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

و إذا وقع و أن رفع بشأنه¹ دعوى قضائية، فإن مآل دعواه يكون بالرفض في الأساس ذلك أن المشرع الجزائري قرر في شأن أي تصرف قانوني يرد محله على ملكية عقار أو على حق عيني عقاري، أن يتم إثباته بمقتضى سند رسمي خاضع لقواعد الإشهار العقاري طبقا للمادة (29) من قانون التوجيه العقاري: "تثبت الملكية العقارية الخاصة للأمالك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

المطلب الثاني

العقود الصادرة بإرادة منفردة

يعتبر كل من الوصية و الوقف تصرفا قانونيا صادرا من جانب واحد على سبيل التبرع، و كغيرهما من العقود تعدان وسيلة لإثبات ملكية عقارية خاصة، و هذا ما سنذهب إلى تفصيله

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 111.

من خلال الفرعين الآتيين، الفرع الأول نتناول فيه عقد الوصية، أما الفرع الثاني فنصل فيه عقد الوقف.

الفرع الأول

عقد الوصية

تناولها المقتن الجزائري في قانون الأسرة في الفصل الأول من الكتاب الرابع في المواد من (184) إلى (201).

هي عقد احتفالي رسمي، لذا أخضعها¹ المشرع للشكل التوثيقي، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في إحدى قراراتها: (من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر تثبت بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية²).

و من ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون).

حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريق الوصية لا يجب شهرها في البطاقات العقارية حسب القانون الجزائري و ذلك لانعدام النص الخاص، و لعدم إمكان استخلاص عكس المعنى هذا المعنى من النصوص سواء في القانون المدني أو القوانين الخاصة بالشهر العقاري و يبقى السؤال الجوهرى مطروح: هل هذا الوضع مقبول؟ أم أن الحقوق العينية التي تكتسب بالوصية يجب شهرها؟.

الأكد أن الإجابة على هذا السؤال يجب أن تراعي مسألتين:

1. المصلحة.

2. تحقيق استقرار المعاملات.

فمن مصلحة الموصى له أن يتم شهر الوصية، لكي تكون حجة على الكافة.

و تحقيق استقرار المعاملات يستلزم أن يكون الموصى له على بينة من مدى صيرورة الشيء الموصى به خالصا من عدمه، و الشهر يفيد ذلك.

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 31.

² - قرار رقم (160.350) المؤرخ في 23/12/1997، مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة

2001، ص. 295، نقلا عن: عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 32.

و هذا من شأنه أن يقضي على فرضية قيام الورثة (لعدم علمهم بالوصية) بقسمة التركة و توزيعها ثم يظهر بعد ذلك الموصى له و بحوزته الوصية، فيتحقق بذلك استقرار التعامل¹.

لهذا فمن الضروري أن يتدخل المشرع بنص خاص يوجب فيه شهر الوصية، ما دام أن المصلحة و أصول التعامل تتطلبان ذلك.

نصت المادة (191) من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "تثبت الوصية:

- بتصريح الموصى أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.
- و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر على هامش أصل الملكية".

أولاً: إثباتها بموجب عقد توثيقي

الأصل أن الوصية تثبت بموجب عقد تصريحي يحرر من قبل موثق، تراعي فيه جميع الاجراءات و الترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتفالية. فيتم تحرير العقد بحضور مستمر لشاهدي عدل و شاهدي تعريف عند الاقتضاء فضلا عن حضور الموصي².

و يراعي عند تحرير العقد الإشارة بدقة إلى صفة الموصي و الموصى له و الموصى به، و إزالة اللبس عن كل ما يمكن أن يؤدي إلى اشتباه الوصية أو اختلاطها بما يماثلها من العقود.

و إذا حررت الوصية بوكالة أي بحضور وكيل الموصي فيجب الانتباه إلى تلك الوكالة بحيث يشترط أن تتوفر نفس الشروط الواجب توافرها في عقد الوصية.

هذا و تسجل الوصية بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب برسم ثابت مادامت عقدا كسائر العقود تسلم نسخة منها للموصي، و للموصى له إذا كان موجودا³.

¹ - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص. 49.

² - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة- الوصية- الوقف)، المرجع السابق، ص. 73.

³ - نفس المرجع، ص. 74.

و تأسيسا على ما تقدم نخلص إلى أن الوصية في حقيقتها تصرف قانوني من جانب واحد و لكن إثباتها يقتضي إفرانها في عقد رسمي أمام الموثق¹.

ثانيا: إثباتها بموجب حكم قضائي

في حالة عدم تمكن الموصي من إتمام عملية تحرير الوصية بحيث منعه من ذلك مانع قاهر، كأن يلتمس من الموثق مثلا أن يحرر له العقد و بحضور شاهدي عدل، و لما كان الموصي في طريقه إلى مكتب التوثيق لموعده إضاء العقد صدمته سيارة فمات. فهنا بإمكان الموصي له الاستعانة بمشروع العقد الموجود بمكتب التوثيق و بالشهود و بإثبات المانع القاهر، فيرفع دعوى أمام الجهات القضائية يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بحكم².

و بسيرة هذا الحكم نهائيا، يتعين على من تقررت له المصلحة أن يتقدم أمام إدارة الشهر العقاري للتأشير به على هامش أصل ملكية الموصي. أما الحالة³ التي يمكن تطبيق حكم الفقرة الثانية المذكورة في المادة (191) من قانون الأسرة المشار إليها أعلاه، تكون أيضا في التصرفات الصورية التي تستر الوصية، كقيد البائع تصرفه بالبيع بما لا يزيد عن الثلث على أن يتم نقله إلى المشتري بعد وفاته أو احتفاظه بحق الانتفاع مدى حياته. فقاضي الموضوع هنا، بعد تحققه من نية المتعاقدين و تفسيره و تأويله لعبارات العقد و التأكد من أركانه و شروطه مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل المبرم بين الطرفين، أن يحكم بإثبات التصرف على أنه وصية، و في هذا المعنى تنص المادة (777) من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني على أنه: "يعتبر التصرف، وصية و تجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد وراثته و استثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه و الانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك".

¹ - مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2015، ص.28.

² - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة- الوصية- الوقف)، المرجع السابق، نفس الصفحة السابقة.

³ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 145، 146.

الفرع الثاني

عقد الوقف

نص عليه المقنن الجزائري في الكتاب الرابع تحت عنوان التبرعات و هذا من خلال الفصل الثالث الذي تضمن المواد (213) إلى (220) من قانون الأسرة الجزائري.

أيضا ورد النص عليه في عدة نصوص قانونية أخرى منها القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم إذ تنص المادة (31) على أن "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالکها بمحض إرادته ليجعل التمتع دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

القانون المتعلق بالأوقاف رقم 10/91 المعدل و المتمم، نص في المادة الأولى "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة و تسييرها و حفظها و حمايتها و الشروط و الكيفية المتعلقة باستغلالها و استثمارها و تميمتها".

و تنص المادة (213) من قانون الأسرة على أن "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق".

يثبت الوقف فقها بالكتابة و الشهادة¹.

وفي قانون الأسرة الجزائري و حسب المادة (217) منه فإنّ "الوقف يثبت بما يثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون".

فبالنسبة لشكل الوقف كإثبات فإنّ بعض فقهاء الشريعة الإسلامية اشترطوا لصحة الوقف كتابته، إلا أنّ جمهور الفقهاء اعتبروا أنّ الكتابة غير كافية لوحدها دون أن يتلفظ الواقف بها أو يشهد أحدا عليها خوفا من احتمال التزوير لأنّ صك الكتابة لا يصلح حجة ذلك أنّ الخط يشبه الخط².

¹ - عبد القادر بن عزوز و سليمان ولد خسال، المرجع السابق، ص. 153.

² - نسيمه شيخ، المرجع السابق، ص. 291.

هذا و حتى بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق و الذي أوجب في المادة (12) منه -السارية المفعول آنذاك- تحرير العقود المتضمنة نقل العقارات أو حقوق عقارية في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، فإنّ شكل الوقف بقي يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية ذلك أنّ الوقف ليس عقداً و إنّما تصرفاً صادراً من جانب واحد، و بالتالي لا يكون لنص المادة 12 المذكورة سند لإعماله في الوقف¹.

و لكن طالما أن الوقف تصرف مدني فإنّه يتعين إثباته وفقاً لمقتضيات أحكام المادة (333) و ما بعدها من القانون المدني -و التي تستوجب الكتابة متى زادت قيمة المال الموقوف على 100 ألف دينار- بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار و يمين أو بالبينة أو القرائن، و لكن هذا لا يمنع الواقفين من إبرام الوقف في أي شكل رسمي لأنّ الرضائية هي الأصل، و لكن إذا أراد الأفراد كتابة أوقافهم فلهم ذلك سواء كانت الكتابة رسمية أو عرفية.

و لقد استقر القضاء الجزائري على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الوقف المبرم قبل صدور قانون الأسرة.

و من أجل المحافظة على الأملاك الوقفية ضد أي إخفاء أو استغلال بطريقة مستترة أو تدليسية نصت المادة (36) من قانون الأوقاف على أن: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تخيلية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستنداته أو يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات".

و تجدر الإشارة إلى أن جميع النصوص الواردة في قانون العقوبات و المتعلقة بالجرائم الواقعة على عقار، كالمادة (386) المتعلقة بجنحة التعدي على الملكية العقارية أو المادتين (406) و (407) المتعلقة بجنحة التخريب العمدي للعقارات... يصلح تطبيقها على العقارات الموقوفة².

¹ - نسيمه شيخ، المرجع السابق، ص. 292.

² - عمر حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة و الوصية و الوقف)، المرجع السابق، ص، ص. 125، 126.

المطلب الثالث

العقود التصريحية

و هي تلك العقود التي يقتصر فيها دور الموثق على إستقبال التصريح من الطالب، و يحزر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون.

حيث سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى نوعين من العقود التوثيقية التصريحية المتعلقة بإثبات الملكية، و ذلك على النحو التالي، الفرع الأول يتعلق بعقد الشهرة، أما الفرع الثاني فيتعلق بالشهادة التوثيقية.

الفرع الأول

عقد الشهرة

أجازت المادة الأولى¹ من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21، لكل شخص يحوز في اقليم البلديات التي لم تشملها عمليات المسح لأراضي من نوع الملك، حيازة هادئة و مستمرة و علنية و ليست مشوبة بلبس طبقاً لأحكام القانون المدني، أن يطلب من الموثق المختص إقليمياً تحرير عقد شهرة يتضمن الاعتراف له بالملكية على أساس الحيازة و التقادم المكسب².

¹ - تنص المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يسن إجراءات لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أن: "كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المذكور أعلاه، عقارا من نوع الملك، حيازة مستمرة، غير منقطعة و لا متنازع عليها و علنية وليست مشوبة بلبس، طبقاً لأحكام الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليمياً عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية".

² - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، الجزائر، ط 2، 2010، ص. 156.

و هو عبارة عن "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد"¹.

و قد تبني المشرع الجزائري هذا النوع من العقود من أجل تطهير الوضعية العقارية للمناطق التي لم تتم فيها بعد عملية المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري خاصة أن الفترة الاستعمارية ببلادنا خلفت ما يقارب ثلثي 3/2 الملكية العقارية الخاصة تفتقر إلى سندات ملكية مكتوبة و ثلث 3/1 منها له سندات ملكية مشهورة في مكاتب الرهون العقارية (المحافظات العقارية حالياً) أكثر من 90% منها كانت تتعلق بالملاك الأجانب².

و عقد الشهرة قبل إلغاء العمل به³ نص عليه المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983، و المحكمة العليا في قرار لها رقم (197347)⁴ مؤرخ في 28/06/2000 المنشور في مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني لسنة 2004 أقرت مبدأ مفاده "الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات اعتماداً على المادة (12) من الأمر رقم 91/70 المدرج مضمونها في المادة (324 مكرر 01) من القانون المدني و كذلك على المادة (16) من الأمر 74/75.

حيث و بالرغم من الإطار الزمني لتشريع العمل بالمرسوم 352/83، فإنه لم ينل الدراسة الكافية من قبل الفقه إلا بعض المحاولات المحدودة، إذ تم تعريف عقد الشهرة على أنه: "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار الملكي على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد"⁵.

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 33.

² - نفس المرجع، ص. 34.

³ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص. 49.

⁴ - قرار رقم (197347) الصادر في 28/06/2000، الصادر عن المحكمة العليا المنشور في مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني لسنة 2004. نقلاً عن: يوسف دلاندة، نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁵ - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 157.

و عقد الشهرة الذي يحرره الموثق بناء¹ على طلب الحائز يخضع لإجراءات الشهر طبقاً للمادة التاسعة من نفس المرسوم التي تنص على أن "يودع لدى المحافظة العقارية قصد النشر عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الذي أعده الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق مصحوباً بنسخ من الوثائق المذكورة في المادة 02 أعلاه بعد تسجيله".

و في الحقيقة أن عقد الشهرة هذا ليس عقداً بالمفهوم الدقيق للكلمة ذلك أنه ليس ترجمة لاتفاق طرفين، و الأصح أنه محرر أو شهادة رسمية و ليس عقداً.

يشار إلى أنه تم الإستغناء عن طريقة عقد الشهرة هذه حتى في البلديات الغير ممسوحة و ذلك باستبدالها بإجراءات التحقيق الإداري العقاري الذي تباشره مصالح الحفظ العقاري بناء على طلب الحائز عملاً بأحكام القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري².

حيث³ إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير معاً، فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي أثبتتها الموثق مما جرى تحت سمعه و بصره و التي فيها مساس بأمانة الموثق و هذه حجيتها مطلقة و لايجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير، أمّا الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير.

و بما أن عقد الشهرة حرر بناء على تصريحات للشهود المتعلقة بالحيازة عملاً بالمادة (827) من القانون المدني فإن تقدير هذه الشهادة مما يخضع للسلطة التقديرية لقضاة

¹ - فتحي ويس، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014، ص. 324.

² - فتحي ويس، المرجع السابق، ص. 324.

³ - عمر حمدي باشا، القضاء العقاري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، ط 14، 2015، ص، ص. 448،447.

الموضوع و لا رقابة عليهم في ذلك من قبل المحكمة العليا، سيما و أن عقد الشهرة ما هو إلا عقد تقريبي يقتصر على مجرد الإثبات¹.

و كخلاصة أن عقد الشهرة الذي يحرره الموثق بناء على طلب الحائز الذي يثبت حيازته لعقار حيازة هادئة و علانية و مستمرة و لا يشوبها لبس لمدة 15 سنة أو 10 سنوات بسند صحيح، هو عبارة عن محرر رسمي صادر عن مكتب التوثيق يستعمل ليقوم مقام عقد الملكية المكتسبة عن طريق إجراءات الحيازة و التقادم المكسب المنصوص عنه في القانون المدني كسبب من أسباب الملكية. و يشترط للجوء إلى هذه الوسيلة من أجل كسب الملكية العقارية ألا يكون العقار محل الحيازة قد تم مسحه، ذلك أن عملية المسح تفضي إلى تسجيل العقار باسم حائزه و تحويله إلى ملكية خاصة عن طريق إجراءات الترقيم المؤقت أو النهائي التي يقوم بها المحافظ العقاري بعد إيداع و تائق المسح لدى المحافظة العقارية².

إذن، فعقد الشهرة عقد تصريحي، يحرره الموثق اعتمادا على تصريحات المستفيد منه لا غير. يقوم على عناصر الحيازة التي ينبغي أن تكون ظاهرة بوضوح بذات المحرر باستغلال الشخص عقارا ما بصورة هادئة، مستمرة غير متقطعة و علنية لمدة خمس عشرة سنة فما فوق. و هو لا يرد إلا على العقارات³.

الفرع الثاني

الشهادة التوثيقية

تعد الشهادة التوثيقية، حتى و إن كانت عقدا تصريحيًا، متى استوفت إجراءات الشهر، عقدا رسميا ناقلا ملكية الأملاك العقارية إلى الورثة، سواء في الشياح أو بالحصة المفزة⁴.

¹ - قرار رقم (190.541) الصادر في 2000/03/29، الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، المجلة القضائية 2000، عدد 01، ص. 154. نقلا عن: عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 35.

² - فتحي ويس، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، المرجع السابق، ص. 324.

³ - مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص. 262.

⁴ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص. 48.

نصت¹ عليها المادة (39) من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة تثبت الانتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم فإنه يؤشر على بطاقة العقار باسم جميع المالكين على الشياخ و بالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة".

ففي حالة ما إذا توفي شخص و ترك شركة عقارية، فإن الورثة في غالب الأحيان يكتفون باللجوء إلى الموثق للمطالبة بتحرير عقد فريضة، اعتقادا منهم أنها الوسيلة القانونية لنقل الملكية الموروثة².

لكن الحقيقة غير ذلك ، لأنّ الفريضة هي: "ذلك العقد التصريحي الذي يكوم هدفه تأسيس الحالة المدنية و نسب مختلف ذوي الحقوق في شركة الهالك لأجل تحديد و تسوية حصص كل واحد منهم".

و يكون أساس الفريضة بيان الوفاة و الشهادة تنتهي في شكل عقد توثيقي متبوعا بحساب تسوية. و إذا كانت الوفاة هي واقعة مادية يترتب على مجرد حدوثها انتقال الملكية العقارية من المورث إلى الورثة بقوة القانون إعمالا لنص المادة (15 فقر 02)³ من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

إلا أن المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في مادتيه (39) و (91)⁴ إستوجب شهر حق الإرث المترتب عن الوفاة، و جعل الوسيلة الفنية لذلك هي -الشهادة التوثيقية- المعدة من قبل الموثق و المشهورة بالمحافظة العقارية في مجموعة

¹ - يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص. 48.

² - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 36.

³ - تنص المادة 15 فقر 02 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي: "غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

⁴ - تنص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه: "كل انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة، يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الأجل المحددة في المادة (99)، و ينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف، و لكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد كلا أو جزء من تركة، و في هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات و الإثباتات المفيدة".

البطاقات العقارية باسم جميع المالكين¹ سواء كانوا ورثة أو موسى لهم على الشياح بالحصة التي تعود لكل واحد منهم. و هو ما ذهبت إليه الغرفة الأولى لمجلس الدولة في القرار رقم (206.652) المؤرخ في 2000/07/10 "غير منشور"

(لكن حيث أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفى إليهما كما تشترطه أحكام المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25.

و حيث أن هذا الشرط هو -إجراء إجباري مسبق- لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الورثين.

و حيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني و الإلزامي قبل رفع دعواهما المتعلقة بالإعتراف بالملكية على القطعة الأرضية المتنازع من أجلها).

هذا و ينطوي إعداد و إشهار الشهادة التوثيقية على أهمية و أثر بالغين يمكن حصرهما فيما يلي²:

1. لا يمكن إثبات حق الوارث في العقارات و الحقوق العينية العقارية المكونة للتركة

إلا بإعداد شهادة انتقال الأملاك بالوفاة مع وجوب إخضاعها للشهر.

2. لا يمكن للوارث أن يتصرف في ما آل إليه بالميراث من عقارات أو حقوق عينية

عقارية إلا إذا قدم للموثق الذي يعكف على تحرير التصرف شهادة موثقة و مشهورة تثبت

حق الوارث المتصرف و ذلك لتمكين الموثق من مراقبة صحة التصرف و وروده من

المالك فعلا أو على الأقل من الشريك في الشيوخ.

3. إن إشهار الشهادة التوثيقية يحمي صاحب الحق المشهر أي الوارث مما قد يرتبه

أي تصرف آخر أو إجراء آخر يتعلق بحقوقه في التركة من آثار.

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص- ص. 37-38.

² - فتحي ويس، المرجع السابق، ص، ص. 314، 315.

4. عدم إشهار الشهادة التوثيقية في الآجال المحددة ب 6 أشهر من الوفاة يجعل الورثة مسؤولين مدنيا عن أي ضرر يلحق بالغير نتيجة عدم الإعلام.
5. عدم إشهار الشهادة التوثيقية يحرم الورثة من إمكانية الاحتجاج و التمسك بالضمانات التي يوفرها الشهر في نظام الشهر العيني لفائدة أصحاب الحقوق المشهورة لنفاد تصرفاتهم في الحقوق الميراثية، إذ بهذا لا يكونون مثلا في مأمن من خطر الاكتساب بالتقادم و خطر تقادم الحقوق الميراثية، إذا ما توفرت شروط و ظروف الخطرين¹.

¹ - فتحي ويس، المرجع السابق، ص. 315 .

المبحث الثاني

السندات الإدارية

يقصد بالسندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية، السندات التي تكون الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية طرفاً فيها، و بشرط خضوع هذه المحررات للشهر.

من هذا المنطلق نرى أن هذه المحررات تختلف، فهناك العقود الإدارية و هو ما سنتناوله في المطلب الأول، و القرارات الإدارية و هي عنوان للمطلب الثاني.

المطلب الأول

العقود الإدارية

غالبا ما تتصب العقود الإدارية على تلك العقارات التي تملكها الدولة أو إحدى الهيئات التابعة لها كقيام البلدية أو الولايات بالتصرف بالبيع لفائدة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية أو قيام مديريات أملاك الدولة بالبيع أو التنازل¹، أو باصدار بعض القرارات و التي تكون سند للملكية و اثباتها.

و سنعرض أنواع هذه العقود ضمن الفروع الآتية.

الفرع الأول

عقود التنازل و عقود الاستصلاح

للإدارة في سبيل نقل أملاكها العقارية للغير أن تلجأ إلى طريق التعاقد فتبرم عقود إدارية في هذا الصدد، و من جملة هذه العقود نذكر ما يلي:

أولاً: عقود التنازل²

أ- العقود الإدارية المتعلقة بالتنازل عن المساكن و القطع الأرضية طبقاً للأمر رقم 188/67 المؤرخ في 27/09/1967 المتعلق بتنازل الدولة للبلديات على سكنات مراكز التجمعات السكنية و كذلك السكنات المنجزة في إطار عملية إزالة البطالة أو عمليات الكوارث.

ب- عقود التنازل عن قطع أرضية بمقتضى الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20/02/1974 المتضمن انشاء الإحتياطات العقارية لفائدة البلديات: يتعين على المشتري في إطار هذا القانون أن يبدأ في أشغال البناء في مدة ثلاثة سنوات إبتداء من تاريخ التملك، مع العلم أنه في حالة عدم تنفيذ هذا الشرط تحتفظ البلدية بحقها في إسترجاع الأرض بقيمتها الأصلية.

ت- عقود التنازل المحررة طبقاً للقانون رقم 01/81 المؤرخ في 07/02/1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو التجاري

¹ - يوسف دلاندا، المرجع السابق، ص. 53.

² - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص، ص. 48، 49.

أوالحرفي التابعة للدولة و الجماعات المحلية وو مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية. و الذي ترتب عليه إلحاق أضرار معتبرة بالخرينة العامة لكون أن عملية التنازل تمت بأثمان زهيدة من جهة، كما فقدت الخزينة العمومية مداخيل دائمة من جهة أخرى، و هو ما جعل المشرع يقوم بإلغاء قانون 01/81 يوجب القانون رقم 06/2000 المؤرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001.

ثانيا: عقود الاستصلاح

عقود الاستصلاح التي تبرم في ظل القانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية باستصلاحها و المرسوم التطبيقي له رقم 724/83 المؤرخ في 1983/12/10، حيث يتم تعيين الأراضي المطلوب استصلاحها بمبادرة من الجماعات المحلية أو بمبادرة من المترشحين للقيام بعملية الاستصلاح. واستثنى المشرع من مجال تطبيق هذا القانون الأراضي التابعة لنظام التسيير الذاتي أو الأراضي الفلاحية بطبيعتها و مستغلة و لا تحتاج إلى عمليات استصلاح.

و بعد القيام بإجراءات حيازة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح من طرف المترشح و الجهات الإدارية المختصة وفقا لهذا القانون و المرسوم التطبيقي له رقم 742/83 تقوم المديرية الفرعية للشؤون العقارية و أملاك الدولة بإعداد عقد الملكية على شرط واقف أي شرط بطلان العقد إن لم ينجز المستفيد برنامج الاستصلاح المتعلق بالأرض محل العقد في أجل خمس (5) سنوات من تاريخ تحرير العقد الذي يسجل و يشهر بالمحافظة العقارية، و يؤدي هذا العقد إلى امتلاك الأرض بصفة مؤقتة خلال مهلة خمس (5) سنوات و هي فترة الاستصلاح ثم امتلاكها بصفة نهائية بعد الاستصلاح و تحقق الشرط الواقف و بالتالي إلغاء شرط البطلان بقرار من الوالي يودع بالمحافظة العقارية¹.

أما في حالة عدم تحقق الشرط المتعلق بالاستصلاح دون سبب قاهر، يرفع الوالي دعوى أمام القضاء لإبطال العقد بناء على شرط البطلان و يفصل فيها القضاء على ضوء مستندات القضية و القانون.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 34.

إن هذا القانون جاء لتمليك المواطنين أراضي فلاحية في إطار الاستصلاح تابعة لأمالك الدولة بعكس قانون الثورة الزراعية و النصوص التطبيقية له، و الذي كان يهدف إلى توسيع الملكية العامة للدولة، و منح الفلاحين حقوق الاستغلال و الانتفاع¹.

الفرع الثاني

عقود الامتياز و عقود البيع

أولاً: عقود الامتياز

العقود المحررة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 15/12/1997 المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية و أعبائه و شروطه.

ثانياً: عقد البيع

العقد الإداري المتضمن بيع عقار في إطار تسوية البناءات اللاشعرية تنفيذا للمرسوم رقم 212/85 المؤرخ في 13/08/1985 الذي يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خاصة كانت محل عقود أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها، و شروط إقرار حقوقهم في التملك و السكن، حيث نصت المادة (12) منه: (يعد في إطار هذا المرسوم، عقد الملكية حسب الشكل الإداري و تسلم رخصة البناء أو رخصة تجزئة الأرض للبناء مع عبارة "تسوية الوضعية").

و يقوم بتحرير العقود الإدارية² مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة للدولة أو الولاية بصفته موثق الدولة و الجماعات المحلية، و كذا رئيس المجلس الشعبي بالنسبة للعقارات التابعة للبلدية المدمجة في الإحتياطات العقارية و التي جزئت قبل صدور القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري و هو ما أشار إليه مجلس الدولة في قرار رقم (193.370) المؤرخ في 28/25/2000 "غير منشور": (حيث أنه فيما يتعلق بالوجه الذي أثاره العارض فيما يخص منع ممثلي الجماعات المحلية من التصرف في القطع الأرضية العارية التابعة للغير و ذلك بموجب القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 و أنه في -قضية الحال- باطل بما أن تحرير العقد هو الذي تم لوحدته في 21/11/1990.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 35.

² - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 51، 52.

و أنه عكس ذلك فإنه خلال مداولة البلدية و حتى عن قيام "ب ع" في 1989 بالدفع فإن البلدية كانت مختصة لتحرير مثل هذه العقود.
و أنه بالفعل فإن عقد البيع هو النتيجة الطبيعية للإجراء المتخذ قبل صدور القانون المؤرخ في 18/11/1990).

المطلب الثاني

القرارات الإدارية

يعد القرار الإداري أهم مظهر من مظاهر نشاط وامتيازات السلطة التي تتمتع بها الإدارة وتستمدّها من القانون العام، إذ بواسطته تستطيع الإدارة بإرادتها المنفردة على خلاف القواعد العامة في القانون الخاص إنشاء حقوق أو فرض التزامات و السبب هو تغليب المصلحة العامة عن المصلحة الخاصة.
و من جملة هاته القرارات الآتي:

الفرع الأول

الدفتري العقاري

يعتبر الدفتري العقاري المحرر على أساس البطاقات العقارية المنجزة بناء على وثائق مسحية، السند القانوني المثبت للملكية العقارية¹.
و بالرجوع إلى القوانين و الأوامر و المراسيم المنظمة للدفتري العقاري في التشريع الجزائري لا نجد تعريفا واضحا، صريحا و مباشرا للدفتري العقاري، و هو ما جعل الفقه يتباين في تعريفه لهذه الوثيقة.

أول مرة² استعمل المشرع مصطلح الدفتري العقاري كان في المادة (32) من المرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 05/11/1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، و الذي جاء تنفيذا للأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 و المتضمن الثورة الزراعية حيث جاء في النص القانوني ما يلي:

¹ - ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009، ص.124.

² - عماد الدين رحايمية، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري. أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص، ص.249،248.

"بعد الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي كما هو منصوص عليه في هذه المادة و هي المادة 25 من الأمر رقم 73/71 يسلم للمالكين دفترًا عقاريًا بدلًا من شهادات الملكية". و هو سند إداري يسلم إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بصفة نهائية بعد إتمام عملية المسح العقاري.

حيث يمكن القول أن الدفتر العقاري تصرف إرادي منفرد يصدر عن الهيئات الإدارية بما لها من امتيازات و سلطة عامة و يتم وفقا لشروط شكلية و اجرائية يتطلبها القانون¹. ويعتبر الدفتر العقاري بمثابة بطاقة هوية للعقار حيث يحتوي على كل المعلومات المتعلقة به، و كل التصرفات القانونية المنصبة عليه فهو مرآة تعكس حالة العقار الممسوح المادية و القانونية استنادا إلى أحكام قانون الشهر العقاري.

و بالنسبة للمناطق الممسوحة يصبح الدفتر العقاري إعمالا لنص المادة (19)² من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري هو السند الوحيد المثبت للملكية³.

فالدفتر العقاري عبارة عن سند ملكية قاطع الحجية يحل محل عقود الملكية مباشرة بعد الانتهاء من عمليات المسح العام في إقليم بلدية ما يعده المحافظ العقاري بنقل البيانات المدونة على البطاقة العقارية الخاصة بعقار ما بعد انتهاء عملية المسح و يسلم لكل مالك أو مجموعة ملاك على الشيوخ دفتر يحتوي على البيانات التفصيلية المتعلقة بالحقوق العقارية المختلفة يحتج به في مواجهة الغير كوسيلة إثبات عملا بالمادة (46) من المرسوم 63/76، و يقدم إلى المحافظ العقاري بمناسبة كل إجراء لاحق بحيث أن كل تأشير يدون على البطاقة العقارية بسبب تصرف أو حكم قضائي يجب أن ينقل لزوما على الدفتر العقاري الذي يقدم أثناء تقديم سند التصرف أو الحكم للشهر كما تنص عليه طبقا للمادة (18)⁴ من المرسوم 74/75 المتعلق

¹ - ريم مراحي، المرجع السابق، ص. 134.

² - تنص المادة 19 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري و الدفتر الذي يشكل سند ملكيته".

³ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 58.

⁴ - تنص المادة 18 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي: "يقدم الى مالك العقار بمناسبة الاجراء الاول دفتر عقارى تتسخ فيه البيانات الموجودة فى مجموعة البطاقات العقارية".

بالمسح العام للأراضي و إعداد السجل العقاري و المواد (47) و (48) من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹.

و يجدر الذكر أن بيانات الدفتر العقاري يتم ضبطها و مراجعتها كلما وقع تعديل أو نقل للحقوق المشهورة أو ترتيب حق عيني على العقار ما لم يؤدي ذلك إلى إنشاء بطاقة عقارية جديدة لأنه في هذه الحالة الأخيرة يتم إحداث دفتر عقاري جديد، كما أن كل نقل للحقوق المدونة بالدفتر العقاري يؤدي إلى إيداع الدفتر العقاري لدى المحافظة العقارية و تسليمه بعد ضبطه للمالك الجديد كما تنص المادة (46) من المرسوم 63/76.

إذ تتلخص حجية الدفتر العقاري في إن عملية الشهر العقاري للوثائق الناتجة عن عملية مسح الأراضي، و التي ينتج عنها سجل عقاري يغني بقدر الإمكان عن أية وسيلة أخرى لإثبات الملكية، و جعله قرينة قاطعة على ملكية العقار أو الحق العيني يترتب عليها تطهير التصرفات من كل العيوب، و بالتالي إقرار مبدأ الثقة و الائتمان و هو ما يؤدي لاستقرار الملكية العقارية، و حسنا فعل المشرع الجزائري حين وحد سند إثبات الملكية العقارية، و هو ما نصت عليه المادة (33) من المرسوم التنفيذي رقم 32/73 المتعلق بحق الملكية الخاصة بقولها: "إن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية المنجزة من طرف البلدية و إدارة مسح الأراضي المحدثة حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة تعد المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيئة في شأن الملكية العقارية".

و هكذا قطع المشرع الجزائري بشكل واضح معن و صريح بشأن القيمة القانونية للدفتر كونه الأداة الوحيدة مستقبلا لإثبات الملكية العقارية بما يعني الإستغناء عن العقود الأخرى التي أدت إليه رسمية أو عرفية أو إدارية أو قضائية.

و قد جاء في إحدى قرارات² المحكمة العليا أن «الدفتر العقاري المحرر على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية و مسح الأراضي يشكل المنطلق الوحيد لإقامة البيئة في

¹ - فتحي ويس، المرجع السابق، ص، ص. 261، 262.

² - قرار رقم (197920) الصادر في 28/06/2000، المحكمة العليا، الغرفة العقارية، المجلة القضائية، 2001، عدد 1، ص. 249. نقلا عن: جمال سايس، الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري، منشورات كليك، الجزائر، ط 1، ج 1، 2014، ص. 135.

نشأة الملكية العقارية، و لما لم يعتبر قضاة المجلس في قضية الحال الدفتر العقاري المستظهر به سندا لإثبات الملكية يكونوا قد خالفوا القانون»¹.

الفرع الثاني

نزع الملكية للمنفعة العمومية

حق الملكية يتمثل في حق الشخص في الاستعمال و الاستغلال و التصرف في ملكه في الإطار القانوني الذي يسمح به التشريع و التنظيم كما تشير إليه المادة (674) من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني التي تنص على أن: "الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة". و في هذا المعنى أيا تنص المادة (27) من قانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري على أن: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع و التصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

حق الملكية، حق يحميه القانون في حالة وقوع أي اعتداء عليه كما تشير إليه المادة (28) من نفس القانون: "الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية العقارية، يضمنها الدستور، و تخضع للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المذكور أعلاه.

و يجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون". غير أنه ضمانا لحسن أداء المرافق العامة لمهامها، و من أجل فعاليتها و استمراريتها، أجاز المشرع للسلطة الإدارية أن تسلك طريق استثنائيا بغرض الحصول على ممتلكات عقارية تتمثل في انتزاع ملك عقاري لشخص ما عنوة على أن يمنح له مبلغ مالي على سبيل التعويض كما تشير إليه المادة (677) من الأمر رقم 58/75 المشار إليه أعلاه أنه: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال و الشروط المنصوص عليها في القانون. غير أن للإدارة، الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العمومية مقابل تعويض منصف و عادل.

و إذا وقع خلاف في مبلغ التعويض، و يجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن تحديد مبلغ التعويض، يجب ألا يشكل بأي حال من الأحوال مانعا لحيازة الأملاك المنزوعة".

¹ - جمال سايس، المرجع السابق، ص. 135.

سبق و أن عرف التشريع الجزائري، قانونا خاصا يتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة، صدر بمقتضى الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 1976/04/25 في إطار الدستور المؤرخ في 1976/11/22، و قررت نص مادته الثانية، على أن نزع الملكية للمنفعة العامة يتم لأجل ضمان حاجيات المرافق العامة التابعة للدولة و الجماعات المحلية و الهيئات العمومية والمؤسسات الاشتراكية ذات الطابع الاقتصادي و الاجتماعي و الثقافي، و تم تعديل هذا القانون، بالقانون الصادر تحت رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 من أجل هدف يتمثل في نزع أملاك الخواص العقارية بقصد المنفعة العمومية، لكن ليس من أجل ضمان استمرارية المرافق العمومية و المؤسسات الاشتراكية... و إنما صدر تنفيذا لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية مثل التعمير و التهيئة و العمرانية، و التخطيط و انشاء تجهيزات جماعية و منشآت و أعمال كبرى ذات منفعة عمومية كما يستفاد من محتوى نص مادته الثانية.

و يعتبر سلوك الإدارة في هذا المجال، قرارا إداريا، يستمد وجوده من التشريع، و يتم نزع ملكية الخواص العقارية من أجل المنفعة العمومية لقاء عوض قبلي، عادل و منصف يغطي كل ما لحق الشخص من ضرر و ما فاته من كسب بسبب نزع ملكيته العقارية¹. و هذا التعويض، تعده مديرية أملاك الدولة، و يجوز أن يأخذ شكله، تقديم لفائدة المنزوع منه ملكيته للمنفعة العمومية، عقار مماثل للملكية المنزوعة كما تشير إليه المادة (72) من قانون التوجيه العقاري 25/90.

و لا يصدر قرار الإدارة العامة بنزع الملكية العقارية للمنفعة العمومية، إلا بعد استنفاد إجراءاته المقررة في القانون، و المتمثلة فيما يلي، كم أوردتها المادة (03) من قانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 التي تنص على أنه: "يخضع نزع ملكية عقارات أو حقوق عينية عقارية من أجل المنفعة العمومية لإجراء يشمل مسبقا ما يأتي:

- التصريح بالمنفعة العمومية.
- تحديد كامل للأملاك و الحقوق العقارية المطلوب نزعها، و تعريف هوية المالكين و أصحاب الحقوق الذين تنتزع منهم هذه الملكية.
- تقرير عن تقديم الأملاك و الحقوق المطلوب نزعها".

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 152.

بعد صدور قرار التصريح بالملكية العمومية الهادف إلى نزع الملكية العقارية، يحق لكل من تقرر له المصلحة أن يطعن فيه أمام جهة القضاء الإداري التي لها أن ترفض دعواه أو تقضي بصحة الإجراءات الإدارية المقررة لنزع الملكية كما هو مقرر قانونا. و يجب على المعني بالأمر أن يرفع طعنه في أجل شهر واحد يسري ابتداء من تاريخ تبليغ قرار التصريح بالمنفعة العمومية¹.

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 153.

الفصل الثاني

السندات العرفية

و الأحكام القضائية

تعد السندات العرفية من وسائل إثبات الملكية العقارية الخاصة، كونها تتم بالتقاء إرادة طرفي العقد دون اللجوء الى ضابط عمومي أو موظف عام مختص، و هي وسيلة يلجأ لها

لحماية و إثبات ملكيتهم الخاصة لعقار ما في زمن كان.

و كذلك الأمر بالنسبة للأحكام القضائية، التي تختلف باختلاف الحالة التي يكون عليها العقار، فإما أن تكون منشئة أو كاشفة لحق ملكية فرد أو أفراد معينين.

و من هنا نتطرق في هذا الفصل إلى السندات العرفية في مبحث أول، أمّا المبحث الثاني سنتطرق فيه إلى الأحكام القضائية.

المبحث الأول

السندات العرفية

انتشرت الكتابة العرفية بين الأفراد منذ العصور القديمة حيث مرت بعدة مراحل من اعتبارها رسمية إلى بطلانها.

حيث ان الأصل في السند العرفي اعتباره حجة يعتد بها أمام القضاء عند انكار أحد طرفي العقد لما جاء فيه.

و هذا ما أدى بالمشرع الجزائري الى تنظيمها و ترتيب العمل بها، فأوجد لها كغيرها من الأوراق عدة ضوابط لإضفاء الرسمية عليها نوعا ما كونها مثبتة لملكية عقارية خاصة.

من هذا المنطلق نتطرق في هذا المبحث الى مفهوم السندات العرفية في مطلب أول، ثم أنواع السندات العرفية و حجيتها في مطلب ثان.

المطلب الأول

مفهوم السندات العرفية

إن العقود أو الأوراق العرفية هي التي لا تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام، وأن المشرع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في تحريرها¹.

لهذا سندخل في تعريف السندات العرفية في فرع أول ثم الذهاب الى تبيان شروط صحتها في فرع ثاني.

الفرع الأول

تعريف السندات العرفية

شاعت هذه الكتابة بين الأفراد في مختلف المجتمعات، مما استوجب تنظيمها و تسويتها و السند العرفي على نوعين:

- أوراق معدة للإثبات، كسندات إثبات التصرفات القانونية من بيع و إيجار و نحو ذلك و تسمى أيضا بالمحررات و هي تعتبر أدلة كاملة لأنها موقعة من أطرافها.

- أوراق غير معدة للإثبات، كدفاتر التجارة و الأوراق المنزلية و الرسائل و البرقيات و الغالب فيها أن تكن غير موقعة و لكنها تحتوي على عناصر من الإثبات تتفاوت قوة و ضعفا، و الشرط الوحيد لصحة الورقة العرفية هو أن يوقعها المدين هذا إذا كانت معدة للإثبات، أما إذا لم تكن معدة للإثبات فلا ضرورة لهذا الشرط و الورقة العرفية حجية على الكافة من حيث صدرها من طرف من وقعها و تسقط حجيتها بإنكار الخط أو التوقيع.

و تعرف المحررات العرفية على أنها سندات صادرة عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 77.

موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة و لا تخضع لشكالية معينة أثناء تحريرها¹.
وقد عرفها الأستاذان "ميشال دو جيغلار و ألان ببيير وليامز" بأنه: "عقد قام طرفاه بتسوية
علاقتها القانونية دون الاستعانة بضابط عمومي".

و المشرع الجزائري اكتفى بالإشارة إليها في نص المادة (326) من القانون المدني "يعتبر
العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي
إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

بصفة عامة تعتبر السندات العرفية محررات يقوم بإعدادها أطراف العقد بأنفسهم بحضور شهود
دون تدخل ضابط عمومي مختص. و لا يعد التصديق على توقيعات الأطراف من قبل ضابط
الحالة المدنية إضفاء لرسمية هذا المحرر تطبيقا للمادة الأولى و الثانية من المرسوم رقم
77/41 المؤرخ في 19/02/1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات بل أقصى ما يفيد
التصديق هو إعطاء العقد تاريخ ثابت فقط.

الفرع الثاني

شروط صحة السندات العرفية

من أجل اعتماد العقد العرفي وسيلة لإثبات ملكية عقارية خاصة و يجب توافر عدة شروط
سنذكرها كالآتي:

أولا: الكتابة

تعد الكتابة الشرط الأول لصحة المحرر العرفي لبيان الواقعة محل الإثبات، والتي أعد من
أجلها هذا المحرر، بحيث لا تخضع لأي شكل في إعدادها بالنسبة للغة المستعملة، و لا
الشخص القائم بتحريرها².

¹ عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص.
126.

² نفس المرجع، ص. 127.

ويترتب عن مبدأ الحرية في تحرير العقد العرفي أنه لا يؤثر في صحته وجود شطب للكلمات أو تحشير أو إضافة بين السطور، إذ يترك الأمر في تقدير ما يترتب عن هاته العيوب المادية إلى المحكمة التي يعود إليها سلطة تقدير ذلك، حسب نص المادة (323 مكرر 1) من القانون المدني الجزائري بقولها: ((يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها)).

و لا ضرورة لذكر مكان تحرير المحرر رغم ما قد يكون له من أهمية بالنسبة لتنازع القوانين طبقا للمادة (18 فقرة 03)¹ من القانون المدني، أو ذكر تاريخ العقد للاحتجاج به على الغير.

ثانيا: التوقيع

التوقيع في العقد العرفي هو عبارة عن علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته، أو على تصرف يعينه و يتم عادة بالإمضاء أو بكتابة إسم الموقع و لقبه، أو أي كتابة تدل على هوية الموقع أو بالبصمة، و يمكن أن يكون في شكل توقيع إلكتروني².

و الملاحظ أنّ المشرع الجزائري قد حصر التوقيع في الإمضاء و البصمة فقط دون طريقة الختم الذي استبعده المشرع لإمكانية حيازته من الغير لسبب من الأسباب كحالة ضياع أو حالة السرقة أو حالة التقليد³.

و التوقيع بالمفهوم السابق يتضمن عنصرين مادي و معنوي، فأما العنصر المادي فيتمثل في التوقيع ذاته باعتباره عملا ماديا ظاهرا، أما المعنوي فيفسر على أنه رضا إرادة الموقع بمضمون العقد، بحيث اعتبر بعض الفقه أن التوقيع هو روح المحرر العرفي.

¹ - تنص المادة 18 فقرة 03 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني على ما يلي: "... و في حالة إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

² - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 127.

³ - عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص. 19.

و نظرا لما قد تعرفه هذه المحررات من تقديم أو تأخير تاريخ العقد و حالات لنكران مضمون العقد، و حتى التوقيع فقد أحال المشرع في ذلك إلى أحكام المواد (76 إلى 80) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للقيام بإجراءات تحقيق مدني و مضاهاة الخطوط.

ثالثا: أن يكون لها تاريخ ثابت

نصت على هذا الشرط المادة (828) من القانون المدني بقولها: ((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.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

تطرح مسألة إثبات التاريخ¹ تحرير العقد العرفي أهمية عملية تقتضي التمييز بين كل حالة من الحالات المبينة في هذه المادة، و ذلك تبعا للحالات التالية:

الحالة الأولى: إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم تسجيله بمصلحة التسجيل المختصة

يتم هذا التسجيل عن طريق تقديم المحرر في شكل نسخ إلى مصلحة التسجيل²، فتحفظ هذه المصلحة بنسخة عنه في التسجيل المعد لذلك، و تعيد الأخرى إلى الأطراف بعد أن تسجل عليها تاريخ الإيداع، و هذا مقابل أداء الرسوم، و بهذا يكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت من تاريخ الإيداع.

¹ عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 129.

² المادة 75 من قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر 105/76 تنص على مايلي: " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الإقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم".

و قد تأكد هذا المبدأ في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/09/24 تحت رقم (624.62): (و بما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط. أما مضمون العقد العرفي فيبقى دائما بعيدا عن الرسمية)¹.

الحالة الثانية: إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم ثبوت مضمونه في محرر آخر حرره موظف عام

قد يحدث في بعض الأحيان أن يذكر مضمون محرر عرفي في محرر رسمي آخر حرره موظف عام، في هذه الحالة يكسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا، و يكون هو تاريخ المحرر الآخر الثابت التاريخ بشرط أن يشير العقد الرسمي إلى مضمون المحرر الأول و يكون ذلك بذكر ملخص المحرر العرفي و البيانات اللازمة لتعيينه و تحديده و تمييزه عن غيره، دون حاجة إلى ذكر نصه بالكامل، و يراعى أن ورود مضمون العقد العرفي في عقد حرره موظف عام، و إن أكسبه تاريخا ثابتا إلا أنه لا يقوم مقامه.

الحالة الثالثة: إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص

قد يقدم محرر عرفي إلى ضابط عمومي مختص أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بأية إشارة أو عبارة تفيد أن المحرر قد عرض عليه، و يكتب لذلك تاريخا، هذا الأخير يعتبر ثابتا بالنسبة للمحرر وفقا لما ورد في المادة (03/327) من القانون المدني، و مثال ذلك أن يقدم محرر عرفي في قضية فيؤشر عليه القاضي أو كاتب الضبط بما يفيد تقديمه، و يجدر الإشارة أنه للاعتداد بهذا التاريخ و يجب أن يكون الضابط العام مختصا.

الحالة الرابعة: إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم وفاة أحد الموقعين عليه

يعتبر توقيع شخص متوفي في محرر عرفي دليلا قاطعا على صدور المحرر من حيث تاريخه قبل الوفاة، و لذلك يعتبر تاريخ الوفاة ثابتا للمحرر، و لا يشترط توقيع الشخص على المحرر باعتباره طرفا في التصرف المثبت به، بل يكفي توقيعه عليه باعتباره شاهدا أو ضامنا لأحد طرفيه.

¹ - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، 2015، ص. 169.

و يبدو أن العقود العرفية الصحيحة المحررة قبل تاريخ 1971/01/01 و المذكورة بالفقرات الأولى و الثانية و الثالثة المتضمنة معاملات عقارية، لا مجال للشك فيها بأنها من العقود الرسمية، على أن تبقى الفقرة الرابعة من المادة (328) قانون مدني، و الخاصة بإثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم وفاة أحد أطرافه الموقعة تثير الجدل لسهولة ذوي الشأن من تقديم تاريخ المحرر العرفي للاستفادة من هذه الأحكام و التي عادة ما يفضل إحالتهم للمحكمة لمعاينة حجية العقد العرفي المقدم للإثبات وفقا لهذه الحالة¹.

وقضت المحكمة العليا في قرار لها رقم (315271) مؤرخ في 2005/12/21 منشور في المجلة القضائية عدد 2 صفحة 197 أنه "من المقرر أن يكون العقد العرفي ثابتا من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل التابعة لوزارة المالية".

كما تجدر الإشارة إلى أن قاعدة ثبوت التاريخ العرفي لا تتعلق بالنظام العام، فإذا لم يتمسك الغير بعدم ثبوت التاريخ المحرر، فإن تاريخه العرفي يكون حجة عليه، على الرغم من عدم وجود التاريخ الثابت، و ذلك أخذا بأنه قد نزل عن حقه فيه.

و رغم أن قاعدة ثبوت التاريخ منصوص عليها صراحة في نص المادة (328) من القانون المدني، إلا أن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل العقد العرفي لاعتبار أن له تاريخا ثابتا، لأن التطبيق العملي قد دلّ على أن كثيرا من المحررات الثابتة التاريخ المحررة قبل 1971/01/01 مزورة ومصطنعة، لذا جرى العمل في أغلبية مصالح الحفظ العقاري على قصر عملية الإشهار بطريق الإيداع على المحررات التي تثبت تواريخها رسميا عن طريق التسجيل.

رغم أن المديرية العامة للأموال الوطنية أوضحت بموجب المذكرة رقم (6124) المؤرخة في 1995/12/17 للسيد المحافظ العقاري لولاية تبسة على استفسار وجهه لها هذا الأخير حول طريفة إثبات العقود العرفية. بأن طرق إثباتها تنحصر في أربع و هي:

1- من يوم تسجيله.

2- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

¹ عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 131.

- 3- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- 4- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.
- و أكدت المذكرة بأنه فيما يخص الحالات الثلاثة الأولى، فإن المحافظ العقاري يمكن له التأكد منها بمجرد الإطلاع على الوثائق المذكورة.
- أما الحالة الرابعة فإنها تقتضي الفصل في مسألة انتساب الخط أو الإمضاء إلى المتوفي، فهذا الأمر ليس من اختصاص المحافظ العقاري بل من اختصاص القضاء¹.
- و خلاصة هذا أن المحررات العرفية ليس بالضرورة ضبطها في قالب شكلي معين بل الشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد، و أن يكون لها تاريخ ثابت للاحتجاج بها.

المطلب الثاني

أنواع السندات العرفية و حجيتها

نظرا لكثرة المعاملات العقارية الخاصة فرض الواقع العملي على المشرع الجزائري إثبات حجية و صحة العقود العرفية، فكان لزاما عليه ضبط قواعد خاصة بها لاعتمادها كسندات إثبات ملكية، حيث أنه هناك عديد الأنواع من هذه المحررات، و هذا ما سنتناول عرضه من خلال الفرعين التاليين، الفرع الأول خصص لأنواع السندات العرفية، في حين خصص الفرع الثاني لحجية السندات العرفية.

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 17.

الفرع الأول

أنواع السندات العرفية

من أجل دراسة أنواع المحررات العرفية المعتمدة في المعاملات العقارية الخاصة وجب علينا في سياق هذا التطرق كذلك إلى موضوع العقارات التي تقبل الإثبات بهذا النوع من المحررات، و كذلك العقارات التي لا تقبل الإثبات بالسندات العرفية، و هو ما سنحاول تبيانه من خلال الآتي:

أولاً: أنواع السندات العرفية

للسندات العرفية كغيرها من الأوراق الأخرى عدة أنواع لكل قوتها الثبوتية، و تكون بذلك منتجة لآثارها في حالة بطلانها، فالسندات العرفية تتنوع كالتالي:

أ- العقود العرفية المشهورة وفقاً لمرسوم 1963/03/11، فهذا المرسوم كان يقضي بتطبيق مقتضيات المرسوم الصادر في 1935/10/30 بالجزائر، و المتعلق بتعديل نظام تسجيل الرهون العقارية، و كان هذا المرسوم يسمح للأشخاص بشهر عقودهم العرفية لدى المحافظة العقارية أو ما يسمى بمحافظه الرهون العقارية، و إجراء هذه الشكلية يعطي العقود العرفية المشهورة حجية في مواجهة الغير، و تنص المادة (2) من مرسوم 1935/10/30 بأن يتم شهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال 03 أشهر من تاريخ توقيعها.

هناك أيضاً العقود العرفية المنصبة حول¹ العقارات غير المفرنسة في بعض الجهات من الجزائر و لا سيما في منطقة القبائل و التي أخضعها مرسوم 1947/02/09 إلى إلزامية شهرها في مصلحة الرهون العقارية، و بالتالي يكون لهذه العقود العرفية حجية و قوة إثبات تقترب من العقود الرسمية، نظراً لإشهارها.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 85.

ب- العقود العرفية المحررة و الثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق في 15/12/1970: هذه العقود العرفية صحيحة و ناقلة للحقوق العينية العقارية فيما يتعلق بنوع الملك، و هي أيضا جائزة بالنسبة للحقوق العينية التبعية مثل حق الإنتفاع.

لكن بالنسبة للتصرفات الواقعة بين 1964 و 1970 يجب على أطراف العقد العرفي تقديم الرخصة الإدارية المسلمة لهم من طرف الوالي عملا بالمرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 20/01/1964 المتعلق بحرية المعاملات.

أما العقود المحررة قبل 1964 فلا يطلب من الأطراف هذه الرخصة و يكفي العقد¹.

ت- العقود العرفية المحررة بعد 15/12/1970: ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية و لا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها، و بالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطبقا فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية و يجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها، كما يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا، تطبيقا للمادة (324 مكرر 1) من القانون المدني و نصوص أخرى في قوانين مختلفة تقضي بالبطلان المطلق.

الآثار التي يترتبها العقد

إن العقود الباطلة، ترتب آثارا و التزامات شخصية، مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد، و إرجاع ثمن المبيع مقابل إخلاء العقار محل البيع، إذا كان ممكنا، و ذلك لأن هناك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع، بسبب تأميم العقار أو نزع ملكيته من أجل المنفعة العامة أو حلول البلدية محل أطراف العقد في حق الملكية العقارية، و ادماجها في ممتلكات البلدية، قصد إعادة بيعها لمن أقاموا عليها بناءات في إطار التسوية الإدارية طبقا للأمر رقم 01/85 المؤرخ في 13/08/1985، حيث تنص المادة (13) منه على أن كل نقل ملكية عقارية مخالف لأحكام المادتين (8) و (9) أعلاه، و أي نقل ملكية يتم بما يخالف القوانين المعمول بها، ينجر عنه بقوة القانون حلول البلدية محل أطراف صفقة النقل غير القانونية في حق الملكية، دون رد الثمن المدفوع، ومن غير دفع المصاريف و التعويضات كما تنص المادة (2) من نفس الأمر على أن تدمج قانونا في الملك الخاص

¹ - عبد الحفيظ بن عبيده، المرجع السابق، ص. 86.

بالبلدية، و تحول إليها دون مصاريف و لا تعويضات أراضي البناء انتقلت ملكيتها قبل تاريخ نشر هذا الأمر بين أناس أحياء خارقين بذلك الأحكام التشريعية الجاري بها العمل، و ذلك بقطع النظر عن الادعاءات التي يمكن أن يثيرها الغير ضد المالك الذي انتزع منه حق الملكية بالطرق و الوسائل القانونية.

و تجدر الإشارة إلى أن للعقود الباطلة، آثار أخرى تتعلق بالحياة و التقادم المكسب، إذا استمرت الحياة بعد البيع أكثر من 10 سنوات، لأن المشتري في هذه الحالة يعد حائزاً بحسن نية، و بسند عرفي، و من ثمة يمكنه التمسك بالتقادم المكسب قصير المدى، سواء بطلب تحرير عقد الشهرة أو أن يدفع به أمام الجهات القضائية، التي يجوز لها اعتبار العقد العرفي باطلاً، و في نفس الوقت التصريح بامتلاك الشاري للعقار محل العقد العرفي بالتقادم المكسب أو بناء على الدفع بالتقادم المكسب رفض دعوى طالب الإخلاء و استرداد العقار.

أما في حالة رفع دعاوى صحة البيع العرفي الواقع بعد سنة 1970 لعقارات، و إلزام البائعين بإتمام إجراءات الكتابة الرسمية أمام الموثق، فيتعين في رأينا رفض هذه الدعاوى لبطلان العقد العرفي بطلاناً مطلقاً، و في حالة طلب إبطال العقد العرفي، ممن لهم صفة و مصلحة في إبطاله، فيمكن الحكم بإبطاله مع مراعاة الآثار و الحقوق الشخصية المترتبة عنه¹.

ثانياً: العقارات التي تقبل الإثبات بالسندات العرفية

لبيان ما هي العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية ينبغي تقسيمها إلى نوعين من العقارات أو الحقوق العينية العقارية.

أ- نوع العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية، و هي العقارات التي يملكها الأشخاص أي الخواص بصفة فردية أو جماعية، من نوع الملك أو ما كان يسمى بالعقارات الإسلامية أثناء الإحتلال الفرنسي، أي العقارات التي يملكها الجزائريون بدون عقود رسمية، و لم يملكها المعمرون الأوروبيون من قبل، و التي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و القواعد العرفية.

ب- نوع العقارات التي لا تقبل الإثبات إلا بالعقود الرسمية و هي:

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 90.

1- العقارات المفرنسة التي تم اكتسابها بموجب عقود رسمية، سواء كانت إدارية أو توثيقية، أو بموجب أحكام و قرارات قضائية مشهورة، و كذلك العقارات التي تملكها الأوروبيون في الجزائر، حتى و لو انتقلت ملكيتها فيما بعد إلى الجزائريين لأن التصرف فيها يتم حتما بعقود رسمية أو بقرارات قضائية.

كما أن المعمرين الفرنسيين و الأوروبيين بصفة عامة، استولوا على الأرض بموجب قرارات إدارية أو عقود رسمية مشهورة في مصلحة الرهون العقارية، حيث تنص المادة الأولى من قانون التوثيق 1844/11/23 على أن المسلمين المقيمين بالجزائر يخضعون لقوانينهم و اعرفهم فيما يتعلق بالأحوال الشخصية و المواريث و الأملاك العقارية التي لم تحدد فيها الملكية حسب القوانين الفرنسي الخاصة بالنظام العقاري، أو بموجب سند إداري فرنسي أو توثيقي أو قضائي.

و عليه ينبغي اتباع الرسمية في التصرفات الخاصة بمثل هذه العقارات، سواء كانت أراض فلاحية، أو بنايات، مع الملاحظة أن أغلب هذا النوع من العقارات انتقلت ملكيتها للدولة بعد رحيل المعمرين في 1962، و الدولة لا تتصرف في العقارات إلا بقرارات و عقود رسمية¹.

2- العقارات التي تم مسحها: فهذه العقارات الممسوحة لا يمكن أن تنتقل فيها الحقوق العينية العقارية، إلا بموجب عقود رسمية أو قرارات قضائية مشهورة، و ذلك عملا بالمادتين (15) و (16) من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، حيث تنص المادة (16) منه على " إن العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع في هذه المادة أغفل ذكر كلمة "عقاري" و هو المقصود فيها، لأن الحقوق العينية غير العقارية أي المنقولة لا تخضع للمسح و لا للمنع في التصرف فيها عرفيا، و من ثم تعين القول: حق عيني عقاري تفاديا لكل لبس، و هذا لا يجوز التصرف في الحقوق العينية العقارية الممسوحة إلا بعقود رسمية مشهورة في مجموعة البطاقات العقارية.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيده، المرجع السابق، ص، ص. 79، 80.

3- العقارات التي لا يمكن التصرف فيها أصلاً، لا يعقود رسمية و لا عرفية، و هي العقارات التابعة للأموال الوطنية العمومية، حيث تنص المادة (2/12) من القانون المتضمن للأموال الوطنية بأنه " لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تملك خاص أو موضوع حقوق تملكية ". و إن هذه الأملاك العمومية تضمنتها المادة (17)¹ من الدستور و كذلك المادة (4)² من نفس القانون.

الفرع الثاني

حجية السندات العرفية

لدراسة حجية الورقة العرفية و يجب علينا أولاً، معرفة مدى قوتها الثبوتية بالنسبة لأطراف العقد، و حجيتها بالنسبة للغير، و ذلك قبل صدور قانون التوثيق 1971/01/01، و بعد صدوره و بدئ العمل به، كما لا ننسى موقف المشرع الجزائري من هذه المحررات العرفية.

أولاً: حجية السندات العرفية بين أطرافها

بالنسبة لأطراف العقد يعتبر العقد صحيحاً و يكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة أي ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط و إمضاء، و أنّ مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد أو الورقة العرفية، غير أنّ الإقرار الصريح أو الضمني للعقد العرفي، لا يؤثر، بأي حال، في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالورقة العرفية أن يتمسك بها، مثل بطلان العقد لعدم اتباع الرسمية أو الشكلية التي تعد ركناً رابعاً من أركان العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية العقارية، في العديد من التشريعات الدولية.

¹- تنص المادة 17 من دستور الجزائر 1996 على أنّ: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية. وتشمل باطن الأرض، و المناجم، و المقالع، و الموارد الطبيعية للطاقة، و الثروات المعدنية الطبيعية و الحية، في مختلف مناطق الأملاك الوطنية البحرية، و المياه و الغابات.

كما تشمل النقل بالسكك الحديدية، و النقل البحري و الجوي، و البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية و أملاكاً أخرى محددة في القانون".

²- تنص المادة 4 من قانون رقم 30/90 مؤرخ في أول ديسمبر سنة 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية -المعدل و المتمم- "لأموال الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها لا للتقادم و لا للحجز و يخضع تسييرها لأحكام هذا القانون مع مراعاة الأحكام الواردة في النصوص التشريعية الخاصة".

و هو ما نصت عليه المادة (327)¹ من القانون المدني التي تعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء.

غير أنّ هذه المادة استثنت ورثة و خلف موقّع العقد من الإنكار الصريح، و اكتفت بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق².

إذن فالورقة العرفية حجة على من صدرت منه و هو الشخص الذي وقع عليها و تكون لها قوة الورقة الرسمية إذا اعترف بها أو سكت و لم ينكر صراحة صدورها منه، أمّا إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه على الورقة و أنكر صدورها منه زالت حجيتها مؤقتاً و تعين على من يتمسك بها أن يثبت صدورها ممن ينسب إليه التوقيع و ذلك أن يطلب من المحكمة أن تأمر بتحقيق الخطوط و إذا ثبت من التحقيق صدور الورقة ممن وقعها اعتبرت حجة بصدورها منه³.

ثانياً: حجية السندات العرفية بالنسبة للغير

لا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخاً ثابتاً، و هو ما نصت عليه المادة (328) من القانون المدني التي تقضي بأنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً من يوم تسجيله، أو ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء أو إمضاء.

و الأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة، فيما عدا التاريخ، فلا تكون له حجية بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتاً، و قد قصد من هذا الإستثناء إلى حماية الغير من خطر تقديم

¹ - تنص المادة 327 (المعدلة بالقانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 44، ص. 24) من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني -المعدل و المتمم- "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصم إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. و يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

² - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 77.

³ - عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص. 23.

التاريخ في العقود العرفية، و يترتب على ذلك، أنّ المادة (328) من القانون المدني لا تطبق في هذه الحالات:

- إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة، كالنصوص المتعلقة بالتسجيل و الشهر.

- إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمناً، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته مع الواقع.

تطبق أيضا على من يكون بشخصه أو بنائبه طرفا في العقد العرفي، لأنه لا يعتبر من الغير، و لا يطبق على من يخلفه عن طريق الميراث أو الوصية، و لا على الدائنين عند مباشرتهم لدعوى مدينهم، الدعوى غير المباشرة، إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين.

و تجدر الإشارة إلى أن تاريخ العقد العرفي أو الورقة العرفية يعتبر حجة¹ فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا العقد من بيانات، و يتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي، في هذه الحالة، أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك، و مؤدى هذا وجوب تقديم الدليل الكتابي، إذ لا يجوز نقض أو إبطال الثابت كتابة إلا بالكتابة. ففي العقارات بصفة خاصة، ينبغي التمييز أولاً بين الأفراد و الجماعات، و ثانياً التمييز بين بعض أنواع العقود العرفية في الجزائر، و تاريخ تحريرها، للقول بعد ذلك فيما إذا كانت صحيحة و ناقله للحقوق العينية العقارية أم هي باطلة، و لا تصلح إلا كأساس للإلتزامات الشخصية، و بدون هذا التمييز يصعب تطبيق القانون تطبيقاً سليماً على مثل هذه العقود، و المنازعات المتعلقة بها، و ذلك بالنظر إلى تغير القوانين المنظمة للعقارات في كل مرحلة، و لكل نوع من أنواع العقارات، و قوة الإثبات التي خصت بها العقود العرفية، و عليه فإنّ القاضي مثلما هو مطالب بتكييف الوقائع قبل أن يطبق عليها القانون، فهو مطالب أيضا بتكييف و ترتيب العقود العرفية وفقاً للقوة الثبوتية المعطاة لها من طرف المشرع، حسب نوع العقار، أو الحق العيني الذي تتضمنه هذه العقود، و حسب تاريخها الثابت.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيده، المرجع السابق، ص، ص. 78، 79.

و للخوض أكثر في موضوع حجية المحررات العرفية كان لزاماً التطرق لحجية هاته السندات قبل و بعد صدور قانون التوثيق 91/70، الذي بوشر العمل به في 1971/01/01، و هذا من خلال التقسيم التالي:

أ- حجية السندات العرفية قبل تاريخ 1971/01/01

إنّ عملية نقل الملكية العقارية و إثباتها في تلك الفترة لم يكن يشترط في صحتها الشكل الرسمي و يكفي فيها الشكل العرفي تكريسا لمبدأ الرضائية، الذي كان يسود و يطبع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية، مع ضرورة توافر أركان العقد من تراضي، محل و ثمن... و هو ما أشارت إليه الغرفة المدنية للمجلس الأعلى (المحكمة العليا حالياً) في أحد قراراتها:

(... لكن حيث أنّ المادة 333 من القانون المدني الجديد لا تنطبق في القضية باعتبار أن البيع أبرم سنة 1968 و في عهد كان بيع العقار يتم بالعقد العرفي إذا أثبتته الشهود الذين حضروا جلسة الإتفاق).

لكن انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الإستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و النصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه و الذي أساسه و ركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية التدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ¹:

1- بمقتضى المرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 الذي عدل المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، إذ بموجب المادة 03 منه أصبحت المادة 89 من المرسوم 63/76 محررة على النحو التالي:

(تعدل المادة 89 من المرسوم 63/6 المؤرخ في 1976/03/25 المذكورة أعلاه، و تتم و يستبدل بها ما يلي: " المادة 89: لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه:

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص، ص. 16، 17.

- عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري و الذي يكون متمما تطبيقا للمواد من (8) إلى (18) من هذا المرسوم.

- عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1961).

و عليه¹ فحسب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيغتها الشرعية، و على ضوء ذلك أعفيت من -مبدأ الأثر الإضافي للشهر- أو ما يعرف ب" الإشهار المسبق "المفروض بحكم نص المادة 88 من نفس المرسوم: (لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارنة للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...).

و قد قامت المحاكم في تلك الفترة بتثبيت صحة هذه العقود العرفية بعد تقديم الأطراف إسهادا من البلدية يثبت أن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثروة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية تمهيدا لشهرها بالمحافظات العقارية.

و تم بناء على هذا تكريس أحكام قضائية تثبت صحة البيع العرفي دون التحديد الدقيق للعقار أو الحق العيني العقاري محل المعاملة، أين تم تسجيل حالات لكثير من الأحكام لا تراعي التعيين الدقيق للحقوق العينية العقارية، و شكلت بحق صعوبات عملية أثناء الشروع في عملية شهرها بالمحافظة العقارية المختصة، كانت محل رفض للإيداع من قبل المحافظ العقاري لمخالفتها أحكام المواد (100) و (101) من المرسوم رقم 63-76 و دفعت إلى المرور من جديد للتقاضي بتوجيه دعوى إدارية ضد هذا القرار الإداري القاضي برفض الإيداع، و ما يتبع ذلك من طول الإجراءات القضائية و إرهاق حاملي هذه العقود ماديا و معنويا².

1- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 المعدل و المتمم

للمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 18.

² - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير و تسوية الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 134.

خفف هذا المرسوم من عبئ اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة بغرض تصحيحها، و
اكتفى بتوجيه الأطراف إلى الموثق لتحرير عقد إيداع يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة¹.

و عليه اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل أول جانفي 1971 صيغتها
الرسمية، دون حاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقا، و على
ضوء ذلك اعفيت من الإشهار المسبق الذي كان مفروض بحكم نص المادة 88 من المرسوم
63/76 سابقة الذكر أعلاه².

2- المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30:

حيث جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 1974/03/05
تاريخ العمل بقانون الإحتياطات العقارية، و سن هذا المنشور إجراءات خاصة، فكلف المحاكم
بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع و مدى توافر أركانه.

لكن هذا المنشور الرئاسي لم يلق صدق أمام المحاكم باعتباره لا يقيد القاضي كونه يحمل
وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 1974/02/20 المتعلق
بالإحتياطات العقارية، فضلا على أنه تجاهل تماما الأمر رقم 91/70 المؤرخ في
1970/12/15 المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملات العقارية إفراغها في قالب
رسمي و دفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان³.

أمّا بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ، فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء
و هو ما أكدته المذكرة رقم (1251) الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ
1994/03/29 و كذا القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198674
المؤرخ في 2000/04/26 " غير منشور ".

(إن قضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن
البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1963/07/01 طبقوا صحيح القانون).

¹ - عبد العزيز محمودي، المرجع السابق، ص. 135.

² - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 20.

³ - نفس المرجع، ص. 21.

ب- حجية السندات العرفية بعد تاريخ 1971/01/01

بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريانه في 01 يناير 1971 جاءت المادة (12)¹ منه و التي أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان.

و هو ما أكدته الغرف المجتمعة للمحكمة العليا بعد تردد كبير في القرار رقم (136156)² المؤرخ في 18/02/1997، م ق 1997، عدد 01، ص 10: (من المقرر قانوناً أنّ كل بيع إختياري أو وعد بالبيع، و بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقاً على شرط أو صادراً بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلاً.

من المقرر أيضاً 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 يجب أن يحرر على الشكل الرسمي.

و من المقرر أيضاً أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله).

ثم الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم (148541)³ المؤرخ في 23/05/1997، م ق 1997، عدد 01، ص 183: (من المقرر أنّ العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان.

¹- تنص المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق على أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن 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 إلى الموثق".

²- قرار رقم (136156) الصادر في 18/02/1997، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 10، نقلاً عن: عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 23.

³- قرار رقم (148541) الصادر في 23/05/1997، الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، المجلة القضائية 1997، عدد 01، ص 183. نقلاً عن: عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 23.

و من ثم فإنّ القرار المطعون فيه لم يخرق القانون و لم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا التي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم (136156) المؤرخ في 18/02/1997، المكرس بموجب المادة (324 مكرر 01) من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية.

و أنّ قضاة المجلس لما قضاوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين، فإنهم طبقوا صحيح القانون).

و عليه فإن العقود العرفية المتعلقة بالعقارات المبرمة بعد 01/01/1971 تعتبر في حكم القانون باطلة بطلانا مطلقا حتى و لو تم تسجيلها بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب¹.

ثالثاً: موقف المشرع الجزائري من السندات العرفية

اشتراط المشرع الجزائري في السندات المثبتة للملكية العقارية الشكل و الرسمية مع إشهار العقد المثبت لها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة. لكن و على الرغم من صراحة النصوص ظلت المحكمة العليا متجاهلة هذه القوانين و مؤكدة على صحة العقود العرفية مرتبة عليها آثار العقد الرسمي سواء بسواء².

و مع تطور النصوص القانونية التي نظمت المعاملات العقارية، و محاولة حسم ذلك الإختلاف بين إجتهد الغرفتين المدنية و التجارية على مستوى المحكمة العليا بوصفها هيئة إجتهد و قانون، أدت إلى إصدار قرار الغرف المجتمعمة المؤرخ في 18/02/1997 تحت رقم (136.156) و القاضي بوضع حد نهائي لمسألة الاختلاف في بطلان، أو تصحيح العقود العرفية المعايينة لمعاملات عقارية بعد تاريخ 01/01/1971، و إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

و بالفعل، أثناء معايينة اختلاف الأحكام و القرارات الصادرة عن المحاكم و المجالس القضائية، و استمرار ذلك حتى على مستوى المحكمة العليا بغرفتيها المدنية و التجارية حول قبول أو رفض تصحيح العقود العرفية المعايينة لمعاملات عقارية بعد صدور الأمر 91/70 المؤرخ في

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 24، 25.

² - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص. 183.

1970/12/15 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، و المواد (15)¹ و (16) من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري لفترة معتبرة من الزمن، و تطبيقا لتدابير القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، تم اجتماع الغرف المختلطة مكونة من قضاة الغرفتين المدنية و التجارية البحرية بتاريخ 1996/05/21 لمناقشة مدى حجية العقود العرفية المخالفة لنص المادة (12) من قانون التوثيق القديم، بشأن معاملة حول قاعدة تجارية، و بطريق القياس في مجال التعامل العقاري لم يتم حسم المسألة ليحال هذا الإشكال القانوني أمام الغرف المجتمعة وفقا لأحكام المادتين (22) و (23) من القانون 1989/12/12، انتهى بإصدار القرار المؤرخ في 1997/02/18 مبني على التطبيق السليم للقانون لاسيما المواد (324 مكرر 1) من القانون المدني و المادة (29)² من قانون التوجيه العقاري، بحيث تم النطق بضرورة احترام الشكل الرسمي و مراعاة قواعد الشهر العقاري في كل المعاملات العقارية، و القضاء بالنتيجة بإبطال العقود العرفية المتضمنة حق عيني عقاري، و إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.³

¹ - تنص المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه: "كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إقرارهما في مجموعة البطاقات العقارية...".

² - تنص المادة 29 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري على أنه: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

³ - عبد العزيز محمودي، آليات تطهير وتسوية الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 150.

المبحث الثاني

السندات القضائية كوسيلة لإثبات ملكية عقارية خاصة

قد يكون الحكم القضائي الصادر عن جهة قضائية مختصة اقليمياً و نوعياً سبباً في إثبات الملكية العقارية الخاصة، نظراً لطرح النزاع على المحكمة و التي بعد تفحص اوراق الملف يتبين لها أحقية المدعي في امتلاكه العقار موضوع النزاع، على أن يتم بعد صدور ذلك الحكم استكمال الاجراءات القانونية المنصوص عليها في القوانين ذات الصلة بالشهر العقاري¹.

إذ أنّ الملكية العقارية الخاصة ليس بالضرورة إثباتها عن طريق وقائع مادية أو تصرفات قانونية، حيث أنّ المشرع في بعض الأحيان يستوجب استصدار أحكام قضائية لإثبات هذا الحق، و هذا ما سنحاول طرحه من خلال المطلبين التاليين، الأول خصص للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الخاصة، فيما خصص المطلب الثاني للأحكام القضائية المعدلة للملكية العقارية الخاصة.

¹ - عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص. 88.

المطلب الأول

الأحكام القضائية المصرحة للملكية العقارية الخاصة

و هي تلك الأحكام التي تصرح بوجود الحق الموجود سلفا و تعلن بوجوده من أجل إنهاء نزاع كان قائما بشأنه، و لا تؤدي هذه الأحكام إلى إنشاء الحق لأن مصدر الحق في سند آخر قبل صدور الحكم. ففي فرنسا ثار في البداية جدل حول جدوى شهر هذه الأحكام، قبل أن يستقر الأمر و يتقرر شرط الإشهار بنص المادة (28 فقرة 4) من مرسوم 4 جانفي 1955، و من المبررات التي أعطيت في سبيل تقرير شهر هذه الأحكام الرغبة في تدوين كل المعطيات حول تاريخ الوضعية القانونية للعقار في السجل العقاري و إعلام الجمهور بها¹.

و قد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول الحكم القاضي بقسمة المال الشائع، و الفرع الثاني الحكم القاضي بإثبات الملكية عن طريق الحيازة أو التقادم المكسب.

الفرع الأول

الحكم القاضي بقسمة المال الشائع

الشيوع هو حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، و مصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية العقارية، لكن أهمها و أكثرها عرضة على جداول المحاكم هي الميراث، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث و تركه ورثة متعددين تنتقل إليهم أمواله التي خلفها حال حياته.

حيث نصت المادة (727) من القانون المدني: "تجري القسمة بطرق الاقتراع و تثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

إذن و للخروج من حالة الشياح بطريقة القسمة القضائية يوجب القانون على الشريك المشتاع أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء بدون إستثناء، فيدخلون خصوما في الدعوى تحت طائلة عدم قبولها لعدم انتظام الإجراءات.

¹- فتحي ويس، المرجع السابق، ص، ص. 297، 298.

لأن القضاء في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية و تترتب عليه حقوق، و عليه يعد غير سديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى اجراءات لا تأثير لصفة الخصوم فيها. و إذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، و جاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة من تلقاء أنفسهم¹.

إذ يمكن شهر حق الشريك الطالب فقط فيما يخص الحصة التي آلت إليه بموجب عملية القسمة من دون إلزامه بدفع الرسم على قيمة كامل العقار موضوع القسمة.

و على المحافظ العقاري القيام بأحد الإجرائين، حسب الحالة:

- إما إنشاء بطاقة عقارية جديدة تتعلق بالوحدة العقارية الناتجة عن القسمة يؤشر اسم صاحب الحق عليها، إذا تعلق الأمر بالإشهار العيني "العقار الممسوح"، أو تطبيقاً لأحكام المادتين (21) و (27) من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

- أو التأشير على البطاقة العقارية المتعلقة بالطالب فقط إن وجدت أو إنشاء بطاقة عقارية باسمه عند غيابها في حالة تطبيق نظام الشهر الشخصي.

و هذا ما أكدته المادة (10) من القانون رقم (22/03) المؤرخ في 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004:

(و في حالة القسمة القضائية، لا يكون المتقاسم الذي يطلب إشهار حصته فقط مطالباً إلا بالرسم المتعلق بهذه الحصة)².

و خلاصة القول، أن الحكم الصادر بالقسمة يعد مثبتاً للملكية العقارية بعد شهره بمصلحة الحفظ العقاري في الحالتين:

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص.76.

² - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص.70.

- سواء كانت القسمة عينية، إذ نصت المادة (727) من القانون المدني: (تجري القسمة بطريق الإقتراع و تثبت المحكمة ذلك في محضرها و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز)

- أو تمت بطريقة التصفية إذ نصت المادة (728) من القانون المدني: (إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، و تقتصر المزايدة على الشركاء و حدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع)، و بالتالي يعد حكم رسو المزاد و الحالة هذه هو السند المثبت للملكية العقارية.

الفرع الثاني

الحكم القاضي بإثبات الملكية عن طريق الحيازة أو التقادم المكسب

يجوز لكل شخص حاز عقار للمدة المقررة قانونا بالمادة (827)¹ قانون مدني أن يلجأ إلى القضاء و يستصدر حكما ضد الشخص الذي ينازعه في حيازته يكرس ملكيته للعقار محل المطالبة القضائية².

و هنا يجب على القاضي المنظورة أمامه الدعوى، أن يعاين الملف³ التقني الذي يلزم رافع الدعوى بإحضاره، و المتمثل في:

- مخطط الملكية معد من طرف خبير معتمد، سواء أكان خبير عقاري أو مهندس معماري أو خبير في القياس أو حتى مكتب دراسات، و هذا من أجل التأكد من المساحة المراد إكتسابها بدقة و مدى إحترام الملكيات المجاورة و الإرتفاقات إن وجدت و البناءات و المنشآت التي يحتويها.

- شهادة من البلدية تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية أو إحتياطاتها العقارية.

¹- تنص المادة 827 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتمن القانون المدني -المعدل و المتمم- على أنه: "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة (15) سنة بدون انقطاع".

²- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص. 76.

³- نفس المرجع، ص، ص. 77، 78.

- شهادة من إدارة أملاك الدولة و الشؤون العقارية تثبت الطبيعة القانونية للعقار إن كان يدخل ضمن أملاك الدولة أو الولاية أم لا.

- شهادة من المحافظة العقارية تحدد الوضعية القانونية للعقار و هل سبق أن حرر بشأنه عقد ملكية مشهر لفائدة الغير أم لا.

و يستحسن أن ينتقل القاضي إلى عين المكان للاستماع إلى إفادات الملاك المجاورين لأنهم أدري بالحيازة من الشهود الذين يحضرهم المدعي لإثبات وضعيتهم.

المطلب الثاني

الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الخاصة

إن الأحكام و القرارات القضائية المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، أو تعديل لهذه الحقوق، أو فسخها أو إبطالها أو أي تغيير في الملكية العقارية، بصفة عامة. و بما أن هذه الأحكام و القرارات القضائية الناقلة أو المعدلة للملكية العقارية، هي بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل و الشهر العقاري¹.

نصت المادة (284) من القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية "يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283 أعلاه".

فمن الصعب تصور وجود أحكام قضائية منشة أو معدلة أو منهيية لحق عيني عقاري أصلي، لكن نقل هذه الحقوق أو تقريرها بتقرير التصرف المنشئ لها أو المعدل لها أو المنهي لها فهو أمر شائع.

و من أبرز هذه الأحكام ضمن الفروع التالية، الفرع الأول الحكم القاضي برسو المزاد في بيع العقار، الفرع الثاني الحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 69.

الفرع الأول

الحكم القاضي برسو المزاد في بيع العقار

بعد إتباع إجراءات حجز العقاري المنصوص عليها بالمواد من (721) الى (774) من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية يلتزم الراسي عليه المزاد أن يدفع الثمن الذي رسي عليه المزاد العلني و المصاريف القضائية أمام قلم أمانة الرئاسة الحكومة في خلال ثمانية أيام من تاريخ جلسة المزايدة¹. و يعتبر حكم رسو المزاد سندا لملكية الراسي عليه المزاد بعد القيام بإجراءات إشهاره لدى المحافظة العقارية، حيث نصت المادة (762) من قانون الإجراءات المدنية: (تنتقل 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 إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره).

إذا فالشخص الراسي عليه المزاد يصبح مالكا جديدا للعقار المحجوز و يصير حائزا لصفة المالك العقار التي تزول عن صاحب العقار المحجوز².

و يعد حكم رسو المزاد من الأحكام القضائية التي تصدر من القاضي بما له من سلطة ولائية لأنه لا يعد حكما فاصلا في خصومة قضائية، و لكنه مجرد محضر لبيان ما تم من الإجراءات في جلسة البيوع بالمزاد العلني التي تعقد بدائرة اختصاص محكمة موطن العقار محل الحجز و إثبات إيقاع المزاد لمن رسي عليه، و بالتالي فهو حكم يصدر من قاضي البيوع بالمزاد بما له من سلطة ولائية³.

و هو عبارة عن إقرار القاضي المكلف بعملية البيع بالمزاد العلني، برسو المزاد على أعلى مقدار نقدي عرضه أحد المزايديين للحصول على العقار. و هو بذلك، غير قابل للطعن فيه لا بالطرق القضائية العادية و لا بالطرق القضائية غير العادية.

¹ - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص، ص. 69، 70.

² - نفس المرجع، ص. 70.

³ - عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص. 74.

لذلك لا سبيل للطعن فيه بالاستئناف على غرار الأوامر الولائية، لأن الطعن بالاستئناف لا يكون إلا في الأحكام القضائية التي تفصل في منازعة قضائية و ليس الأمر كذلك بالنسبة لأحكام رسو المزاد.

و حكم القاضي المتضمن بيع الأملاك العقارية أو الحقوق العينية العقارية، بالمزاد العلني، لا ينبغي أن يفهم منه، الحكم القضائي الفاصل في الخصومة القضائية. لأن هذا الأخير، يصدر بناء على دعوى قضائية رفعها أحد الخصوم ضد الآخر، طالبا من جهة القضاء الحكم لصالحه بعد عرض وقائعها مع تمكين المتخاصم الآخر من تقديم دفوعه و طلباته المقابلة بشأنها، و إنما الحكم برسو المزادة عبارة عن محضر لإجراءات سابقة على البيع و إيقاع البيع بعده على من رسي عليه المزاد¹.

الفرع الثاني

الحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة

عرف المشرع الجزائري حق الشفعة بمقتضى المادة (794) من القانون المدني على أنه: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال و الشروط المنصوص عليها في المواد التالية".

و يثبت حق الشفعة لثلاثة أشخاص حسب نص المادة (795) من نفس القانون: "يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:

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

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشار إلى أجنبي.

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها".

و لقد صدر عن قمة الهرم القضائي، عدة قرارات قضائية في إطار نص هذه المادة، و إن المشرع الجزائري، أضاف حالات أخرى يتقرر فيها حق الشفعة، أوردها في إطار القانون الصادر تحت رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

¹- مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 167.

و الحق في الشفعة كما يشير إليه هذا القانون، تم تقريره للديوان الوطني للأراضي الفلاحية و للدولة و جماعاتها المحلية¹.

إن استعمال الحق في الشفعة، يجعل الشفيح يحل محل المشتري للعقار. و بما أن الأمر يتعلق بتصرف عقاري، فإن إعلان الشفيح عن رغبته في الشفعة إلى كل من البائع و المشتري، ينبغي أن يتم بمقتضى عقد رسمي، يعلن بواسطة كتابة الضبط، و إلا كان التصريح بالرغبة في الشفعة باطلا بحكم المادة (801) من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني، و يتعين معه أيضا، تسجيل إرادة الشفيح في الشفعة بإدارة الشهر العقاري حتى يكون حجة على الكافة و يضع كل من البائع و المشتري للعقار على بينة من أمر الملكية العقارية محل البيع و التي تم الإعلان بالرغبة في نقلها لفائدة الشفيح طبقا للأحكام القانونية المقررة في هذا المجال².

و تجدر الإشارة³ إلى أن الشهر في ممارسة الشفعة لا يقتصر على الحكم الصادر بتثبيت الشفعة و إنما يخضع للشهر العقاري أيضا المحرر الذي يتضمن إعلان الرغبة في الشفعة عملا بنص المادة (801)⁴ و المادة (806)⁵ من القانون المدني.

نصت المادة (803) من القانون المدني: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت حق الشفعة سندا لملكية الشفيح و ذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

¹ - مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ص. 175.

² - نفس المرجع، ص. 177.

³ - فتحي ويس، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة، المرجع السابق، ص. 296.

⁴ - تنص المادة 801 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني _ المعدل و المتمم_ على أنه: "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق تابة الضبط و إلا كان هذا التصريح باطلا ضد الغير إلا إذا كان مسجلا".

⁵ - تنص المادة 806 من نفس الأمر على أنه: "لا تكون حجة على الشفيح الرهون و الاختصاصات المأخوذة ضد المشتري و كذلك كل بيع صدر منه و كل حق عيني رتبته المشرع أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

خاتمة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع خلصنا إلى أن الاشكالات القائمة بين الأفراد أنفسهم أو بينهم و الدولة حول الملكية العقارية الخاصة أوجبت على كل الاطراف السعي وراء اثبات هذا الحق إذ يعد حق مقدس و تحميه جميع الأعراف و القوانين، هذا ما أدى بالأفراد إلى وجود طرق لضمان و حماية و إثبات ملكيتهم لعقار ما، كما سن المشرع الجزائري بدوره عدة مراسيم و قوانين تكفل إثبات الملكية العقارية الخاصة و تقف ضد كل معادي عليها.

حيث استنتجنا أن السندات التي تصلح أن تكون محررات معدة للإثبات بالدرجة الأولى هي السندات الرسمية، انطلاقا من قوتها الثبوتية، فوجدنا أنها تختلف عن الأوراق العرفية من حيث طريقة تحريرها، و كشرط لإضفاء الرسمية عليها يجب أن:

(1) تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام مختص،

(2) و أن تحرر وفق الإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون من حيث الشكل و الموضوع.

فبالنسبة للعقود (السندات) التوثيقية يكلف بتحريرها موثق، و هي تتنوع و تختلف باختلاف طبيعة العقد، أي أن تكون مثلا بتطابق إرادتين و نقصد هنا بتوافر الإيجاب و القبول في العقد، كعقد البيع، و عقد الهبة، نفس الشيء فيما يخص عقد المقايضة أو المبادلة، و قد تكون هذه العقود بموجب إرادة منفردة كعقد الوصية و عقد الوقف، و هناك نوع آخر من هذه العقود و تدرج تحت مسمى العقود التصريحية، و تتمثل في عقد الشهرة و الشهادة التوثيقية.

كما بينا أنه من ضمن السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة، السندات الإدارية و التي تصدر عن الدولة أو إحدى هيئاتها العمومية، و تتمثل في عقود و قرارات إدارية، كعقود التنازل و عقود الاستصلاح بالإضافة إلى عقود الإمتياز، أما عن جملة القرارات الصادرة عن هذه الجهات، الدفتر العقاري و قرار نزع الملكية للمنفعة العمومية.

و قد انجر عن اخراج هاته السندات تنظيم الوعاء العقاري، كما ساهمت عملية المسح العقاري في تقرير حق الملكية الخاصة.

ثم تأتي السندات العرفية، حيث كان لزاما على الفرد أو المواطن الجزائري إبرام عقود عرفية تضمن و تثبت له حقه في ملكية عقار ما، حيث يلجأ الأطراف فيما بينهم إلى إبرام عقود

عرفية دون اللجوء إلى ضابط عمومي، فكان يشترط لصحتها الكتابة و التوقيع بالإضافة إلى أن يكون لها تاريخ ثابت.

و قد ظهرت إشكالات فيما بعد أي قبل و بعد صدور قانون التوثيق 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 و الذي بوشر العمل به في 1971/01/01 حول حجية هذه المحررات، حيث وجدنا أنه:

1) اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ الصادرة قبل 1971/01/01 صفتها الرسمية دون الحاجة إلى اللجوء للجهات القضائية لغرض إشهارها أي أنها أعفيت من الإشهار المسبق الذي كان مفروض بموجب نص المادة (88) من المرسوم 63/76، عكس العقود العرفية غير ثابتة التاريخ التي لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء.

2) أما فيما يتعلق بالعقود العرفية المتعلقة بالعقارات خصوصا و المبرمة بعد صدور قانون التوثيق تعد في نظر القانون باطلة حتى و إن تم تسجيلها، و إرجاع أطراف العقد للحالة التي كانا عليها قبل إبرامه.

و بالتعمق أكثر في موضوعنا هذا وجدنا أنه ليس بالضرورة إثبات الملكية العقارية عن طريق التصرفات القانونية فقط بل هناك وسيلة أخرى و هي السندات أو الأحكام القضائية، حيث صرح المشرع باستصدار أحكام قضائية تكون حجة في مواجهة الغير لما لها من قوة ثبوتية كونها صادرة عن جهات قضائية مختصة.

و من جملة هاته الأحكام القضائية هناك نوعين يعتبران كسندات مثبتة للملكية العقارية الخاصو وهي:

1) الأحكام القضائية المصرحة للملكية العقارية الخاصة، التي تعد كاشفة لحق موجود مسبقا، كالحكم القاضي المثبت للمال الشائع، و الحكم القضائي القاضي بإثبات الملكية عن طريق الحيازة أو التقادم المكسب، كذلك الحكم المثبت للصالح القضائي.

2) الأحكام القضائية الناقله للملكية العقارية الخاصة، و هي تلك الأحكام المعدلة و الناقله لحق عيني عقاري و هي نهائية، كالحكم القاضي برسو المزاد، إذ تعتبر من العقود الرسمية، و معنى هذا أنها خاضعة لقواعد الشهر و التسجيل.
هذا و قد لاحظنا أن الدفتر العقاري هو السند الرسمي و الوحيد لإثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري.

و كاقترح مقدم في هذا الشأن، تعميم عملية مسح الأراضي، لتنظيم الوعاء العقاري.

قائمة المصادر

و المراجع

المصادر

أولاً: النصوص التشريعية

1) دستور الجزائر، 1996، الجريدة الرسمية رقم 76، المؤرخة في 8 ديسمبر 1996.

أ- القوانين

2) القانون رقم 18/83 المؤرخ في 13/08/1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية

باستصلاح الأراضي، الجريدة الرسمية، العدد 34، الصادرة بتاريخ 16/08/1983.

3) القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة، الجريدة

الرسمية، العدد 24، الصادرة في 12/06/1984.

4) القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03/05/1988 - المعدل و المتمم - للأمر رقم 75/58

المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني.

5) القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية،

العدد 28، المؤرخة في 13/07/1988.

6) القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة

الرسمية، العدد 49، المؤرخة في 18/11/1990.

7) القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية،

الجريدة الرسمية، العدد 52، المؤرخة في 02/12/1990.

8) القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم،

الجريدة الرسمية، العدد 21، 1991.

9) القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 08/05/1991.

10) القانون رقم 22/03 المؤرخ في 28 ديسمبر سنة 2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، الجريدة الرسمية، عدد 83.

11) القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 08 مارس 2006.

12) القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27/02/2007، يتضمن تأسيس إجراء لمعaine حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الجريدة الرسمية، العدد 15، الصادرة في 28/02/2007.

13) القانون رقم 08/09 المؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 و المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21، الصادرة في 23/04/2008.

14) القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 06/03/2011.

ب- الأوامر

15) الأمر رقم 188/67 المؤرخ في 27/09/1967 المتعلق بتنازل الدولة للبلديات على سكنات مراكز التجمعات السكنية و كذلك السكنات المنجزة في إطار عملية إزالة البطالة أو عمليات الكوارث.

16) الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 10، سنة 1970.

- (17) الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني -المعدل و المتمم-، الجريدة الرسمية، العدد 78، سنة 1975.
- (18) الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، سنة 1975.
- (19) الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25/04/1976 المتضمن تحديد قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 30، سنة 1976.
- (20) الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل -المعدل و المتمم-، الجريدة الرسمية، العدد 81، سنة 1976.

رابعاً: النصوص التنظيمية

- (21) المرسوم رقم 22/55 المؤرخ في 04/01/1955 المتضمن نظام الشهر العقاري في فرنسا.
- (22) المرسوم رقم 290/56 المؤرخ في 26/03/1959 المتضمن إصلاح الشهر العقاري و إعداد عمليات مسح الأراضي في الجزائر.
- (23) المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 20/01/1964 المتعلق بحرية المعاملات العقارية - المعدل و المتمم-، الجريدة الرسمية، 1964.
- (24) المرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 05/01/1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، الجريدة الرسمية، العدد 08، سنة 1973.
- (25) المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30، المؤرخة في 13/04/1976.

26) المرسوم 41/77 المؤرخ في 19/02/1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات.

27) المرسوم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980 المعدل و المتمم للمواد 15، 18، 89 من المرسوم رقم 76/63، الجريدة الرسمية، العدد 38، المؤرخة في 15/05/1980.

28) المرسوم رقم 352/83 مؤرخ في 21/05/1983 يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجريدة الرسمية، العدد 21، المؤرخة في 04/05/1983.

29) المرسوم رقم 212/85 مؤرخ في 13 غشت سنة 1985 يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و /أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها، و شروط إقرار حقوقهم في التملك و السكن، الجريدة الرسمية، العدد 34، 1985.

خامسا: المجالات القضائية

30) المجلة القضائية، قرار رقم (136156) الصادر في 18/02/1997، عن المحكمة العليا عدد 01، 1997.

31) المجلة القضائية، قرار رقم (148541) الصادر في 23/02/1997، عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 1997.

32) مجلة الاجتهاد القضائي، القرار رقم (160350) الصادر في 23/12/1997، عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، سنة 2001.

33) المجلة القضائية، القرار رقم (190541) الصادر في 29/03/2000، عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 2000.

- 34) مجلة الاجتهاد القضائي، القرار رقم (197347) الصادر في 28/06/2000، عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية الجزء الثاني لسنة 2004.
- 35) المجلة القضائية، القرار رقم (197920) الصادر في 28/06/2000، عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد 01، 2001.
- 36) المجلة القضائية، القرار رقم (315271) الصادر في 21/12/2005، عن المحكمة العليا، عدد 2، 2005.

المراجع

أولاً: الكتب

- 37) جمال سايس، الملكية العقارية في الاجتهاد القضائي الجزائري. منشورات كليك، الطبعة الأولى، الجزء الأول، الجزائر، 2014.
- 38) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري (في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا و محكمة التنازع)، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الرابعة عشر، الجزائر، 2015.
- 39) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة العاشرة، الجزائر، 2014.
- 40) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات (الهبة- الوصية- الوقف). دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، بدون سنة نشر.
- 41) حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2015.

- 42) حوحو يمينة، عقد البيع في القانون الجزائري، دار بلقيس، الطبعة الأولى، الجزائر، 2016.
- 43) ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري. منشورات بغداددي، الجزائر، 2009.
- 44) شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية- الوقف). دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2014.
- 45) عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثامنة، الجزائر، 2013.
- 46) عبد القادر بن عزوز و سليمان ولد خسال، أحكام الميراث و الهبة و الوصية و الوقف. قرطبة للنشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2013.
- 47) مايا دقايشية، أحكام الرجوع في عقود التبرعات. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2015.
- 48) مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري. دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.
- 49) مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2011.
- 50) محمودي عبد العزيز، آليات تطهير و تسوية الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغداددي، الطبعة الثانية، الجزائر، 2010.

51) مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية. دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، 2014.

52) ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري و القوانين المقارنة. دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2014.

53) يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة (اكتسابها- إثباتها- حمايتها- إدارتها- قسمتها). دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2016.

ثانيا: الرسائل الجامعية

54) رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري. أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015.

الفهرس

إهداء	
شكر و تقدير	
01	مقدمة
05	الفصل الأول: السندات الرسمية.....
07	المبحث الأول: السندات التوثيقية.....
08	المطلب الأول: العقود الصادرة بتوافق إرادتين.....
08	الفرع الأول: عقد البيع.....
12	الفرع الثاني: عقد الهبة.....
14	الفرع الثالث: عقد المقايضة (المبادلة).....
15	المطلب الثاني: العقود الصادرة بإرادة منفردة.....
16	الفرع الأول: عقد الوصية.....
19	الفرع الثاني: عقد الوقف.....
21	المطلب الثالث: العقود التصريحية.....
21	الفرع الأول: عقد الشهرة.....
24	الفرع الثاني: الشهادة التوثيقية.....
28	المبحث الثاني: السندات الإدارية.....
29	المطلب الأول: العقود الإدارية.....
29	الفرع الأول: عقود التنازل و عقود الاستصلاح.....
31	الفرع الثاني: عقود الامتياز و عقود البيع.....
32	المطلب الثاني: القرارات الإدارية.....
32	الفرع الأول: الدفتر العقاري.....
35	الفرع الثاني: نزع الملكية للمنفعة العمومية.....
38	الفصل الثاني: السندات العرفية و الأحكام القضائية.....
40	المبحث الأول: السندات العرفية.....
41	المطلب الأول: مفهوم السندات العرفية و شروط صحتها.....

41	الفرع الأول: تعريف السندات العرفية.....
42	الفرع الثاني: شروط صحة السندات العرفية.....
47	المطلب الثاني: أنواع السندات العرفية و حجيتها.....
48	الفرع الأول: أنواع السندات العرفية.....
52	الفرع الثاني: حجية السندات العرفية.....
61	المبحث الثاني: الأحكام القضائية.....
62	المطلب الأول: الأحكام القضائية المصرحة للملكية العقارية الخاصة.....
62	الفرع الأول: الحكم القاضي بقسمة المال الشائع.....
64	الفرع الثاني: الحكم القاضي بإثبات الملكية عن طريق الحيازة أو التقادم المكسب...
65	المطلب الثاني: الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الخاصة.....
66	الفرع الأول: الحكم القاضي بفسو المزاد في بيع العقار.....
67	الفرع الثاني: الحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة.....
69	خاتمة.....
73	قائمة المراجع.....
83	الفهرس.....