



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة العربي التبسي
كلية الحقوق والعلوم سياسية
قسم الحقوق
مذكرة مقدمة من متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون عقاري



العقود الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية

اشراف الدكتورة:

- ريم مراحي

إعداد الطالب:

- بوعلي حازم

أعضاء المناقشة

الإسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
أ/ إلهام بخوش	أستاذ مساعد (أ)	رئيسا
د/ ريم مراحي	أستاذ محاضر (ب)	مشرفا ومقررا
د/ كاملة طواهرية	أستاذ محاضر (ب)	ممتحنا

السنة الجامعية: 2021/2020

الكلية لا تتحمل أي مسؤولية
على ما يرد في هذه المذكرة
من آراء



قَالَ تَعَالَى: ﴿وَتِلْكَ حُجَّتُنَا آتَيْنَاهَا إِبْرَاهِيمَ عَلَىٰ

قَوْمِهِ ۚ نَزَعُ دَرَجَاتٍ مِّنْ نَّشَأٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ حَكِيمٌ

عَلِيمٌ ﴿١٣﴾﴾

الأنعام: ﴿١٣﴾

شكر وعرفان

أحمد الله تعالى حمدا كثيرا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه على أن وفقني
وأعانني على إتمام هذا العمل من غير حول مني ولا قوة فهو الذي له الفضل
أولا وأخيرا

ثم أتقدم بعميق شكري وفائق امتناني واحترامي للدكتورة ريم مراحي على تفضلها
بالإشراف على هذا البحث وعلى كل ما قدمته لي من توصيات قيمة وتوجيهات
سديدة، وعلى كل ما بذلته من جهد.

كما لا يفوتني أن أتوجه بالتحية والشكر إلى الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة
الموقرة الأستاذة إلهام بخوش، الدكتورة كاملة طاهرية

والشكر الجزيل لكل من ساهم في إتمام هذا العمل ولو بكلمة طيبة.

إهداء

إلى من علمني النجاح والصبر... إلى من علمني بدون انتظار... إلى قرّة
عيني أبي العزيز أطال الله في عمره

إلى من علمتني وعانت الصعاب لأصل إلى ما أنا فيه... إلى من كان دعاؤها
سر نجاحي أُمي حفظك الله وأطال في عمرها

إلى جميع أفراد أسرتي العزيزة والكبيرة كل باسمه أينما وجدو..

إلى أصدقائي رفقاء دربي من داخل الجامعة وخارجها.

إلى الأستاذة المشرفة ريم مراحي التي لم تبخل عليا في تقديم التوجيهات
والنصائح.

إليكم أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع.

قائمة المختصرات:

✓ ص: صفحة

✓ ج ر: جريدة رسمية

✓ ج: جزء

✓ م: مادة

✓ ط: طبعة

مقدمة

اتسمت الحضارة البشرية منذ القدم، بميولها لحب التملك ومن أهمها تملك العقارات، وذلك بما لها من دور فعال وأساسي في صنع قواعد التنمية في معظم بلدان العالم حيث كانت تقاس درجة التهيئة والقوة لكل دولة بمدى توسعها الجغرافي وامتداد اقليمها، وتعتبر الملكية من الأنظمة القديمة التي عرفت البشرية على وجه الأرض لما لها من علاقة وطيدة بحياسة الأموال والتصرف فيها وكذا لاعتبارات أخرى منها أن الإنسان ولد على حب التملك وغيرة الأناية وحب الذات وأصبحت بذلك راسخة في عقول البشر والأفراد والجماعات، والتداول في هذه الثروة لا بد له من الأطر الرسمية المحددة في قوانين الدولة وذلك لخلق الطمأنينة المنشودة ويكون ذلك بحل الإشكالات التي تعرقل استقرار المعاملات و قد حدد المشرع الجزائري بعض السندات التي تعتبر آليات متاحة لتسوية تلك الوضعيات.

وتكمن أهمية دراسة هذا الموضوع المتعلق بالعقود الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية في معرفة والكشف عن العقود التي يكون مجالها عقاري، وناقل للملكية العقارية من شخص إلى آخر وكيف واجه المشرع الجزائري هذه العقود خاصتا وأن هناك امتلاك لعقارات يكون بالشراء أو الحيازة أو الإرث أو عن طريق التقادم، خاصتا وأن معظم الحائزين والمالكين لعقارات معينة لا تكون لهم وثائق رسمية مثبتة لمليتهم.

ومن دوافع اختيارنا للموضوع هناك دوافع موضوعية والمتمثلة في البحث والتحري والإلمام بماهية العقود الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية، فكل شخص سواء كان طبيعي أو معنوي حق معين على عقار معين مهما كانت طريقة اكتسابه لذلك الحق، وهناك دوافع ذاتية والمتمثلة في كوننا طلاب حقوق بشكل عام وتخصص قانون عقاري بشكل خاص أي أن الموضوع يدخل في صميم اختصاصنا، وذلك ما يجعلنا نبحث بشكل دقيق على هذا الموضوع.

ولالإلمام بهذا الموضوع والمتعلق بالعقود الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية من كل جوانبه قمنا بطرح الإشكالية التالية:

✓ إلى أي مدى ضبط المشرع الجزائري العقود التي تكشف عن الحقوق العينية العقارية؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الوصفي وذلك لما يحتويه هذا الموضوع من تعريفات وخصائص وأحكام وكذا المنهج التحليلي لتحليل بعض المواد القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري في كل من القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذلك الأوامر الرئاسية والمراسيم التنفيذية الصادرة عن الهيئات المختصة، حيث أن المشرع الجزائري أعطى للهيئة القضائية وكذا الموثق جملة من الاختصاصات بشأن هذا الموضوع.

ومن أهداف دراستنا لهذا الموضوع معرفة كيف واجه المشرع الجزائري الكشف عن العقود العينية خاصتنا منها في المجال العقاري ليتسنى لنا معرفة ملكية عقارات معينة لشخص ما على حساب شخص آخر.

إلا أن هذا الموضوع لا يخلو من الصعوبات التي واجهتنا في البحث والتقصي عليه ولعل أهمها قلة وليس ندرة الدراسات السابقة حول هذا الموضوع من جهة ومن جهة أخرى تفشي فيروس كورونا covid 19 وذلك ما وقف عائقا في وجوهنا من أجل السفر للبحث عن المراجع.

ومن خلال ما تمت الإشارة إليه سابقا قمنا بتقسيم هذا الموضوع إلى فصلين أساسيين:

✓ الفصل الأول: العقود الصادرة عن الموثق.

✓ الفصل الثاني: العقود الصادرة عن الهيئات القضائية.

الفصل الأول

الموثق ضابط عمومي يتولى تسيير مكتب عمومي للتوثيق لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته ويقوم بتحرير العقود وتسجيلها لحفظ أصولها، ويمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني، والتوثيق عرف منذ الحضارة المصرية الفرعونية والحضارة الرومانية ثم الحضارة الإسلامية ثم العصر الحديث.

وفي الجزائر عرفت مهنة الموثق عدة مراحل من حيث التنظيم والتسيير فإن القانون في هذا المجال هو السائد وعليه فإن الموثق يجسد في شكل وصلب العقود والتصريحات التوثيقية تلك النصوص في لفظها أو في فحواها، وللموثق إبرام عدة عقود لعل أهمها عقد الوقف والشهادة التوثيقية حيث أن كلا منهما يعتبر أهم العقود الصادرة عن الموثق وهذا ما ستم دراسته في هذا الفصل حيث قمنا بتقسيمه كما يلي:

✓ المبحث الأول: الشهادة التوثيقية.

✓ المبحث الثاني: عقد الوقف.

المبحث الأول: الشهادة التوثيقية

تعتبر الشهادة التوثيقية هي الأداة القانونية التي يتم بموجبها شهر حق الإرث كلما تعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية عقارية، بمعنى ذلك أن ملكية الأموال المورثة لا تنتقل بشكل قانوني إلى الورثة إلا عن طريق تحريرها من طرف الموثق بطلب من أصحاب الحق، وسنتكلم عن ذلك فيما يلي:

- ✓ المطلب الأول: مفهوم الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري.
- ✓ المطلب الثاني: موقف القضاء من الشهادة التوثيقية.

المطلب الأول: مفهوم الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري

يتطلب الإلمام بمفهوم الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري؛ تعريفها، وبيان طبيعتها، فضلا عن شروط إعدادها ومدى إلزاميتها. وسنوضح ذلك فيما يلي:

- ✓ الفرع الأول: تعريف الشهادة التوثيقية.
- ✓ الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري.
- ✓ الفرع الثالث: شروط إعداد الشهادة التوثيقية ومدى إلزاميتها في التشريع الجزائري.
- ✓ الفرع الرابع: دور الشهادة التوثيقية في إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة

الفرع الأول: تعريف الشهادة التوثيقية

تعرف الشهادة التوثيقية بأنها: الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد انتقال الملكية من المالك إلى الورثة أو الموصي لهم¹. وبالرغم من أن المشرع الجزائري استحدث الشهادة التوثيقية بمقتضى المادة 91 من المرسوم 63-76 جاء فيها " كل انتقال أو انشاء أو انقضاء

¹-المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، مؤرخة في 13 أبريل 1976، المعدل والمتمم.

لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

والذي يظهر أن الحق موضوع الشهر بموجب الشهادة التوثيقية ليس حق الإرث باعتباره حقا أساسه الخلافة يثبت للشخص باعتباره عضوا في أسرة. إنما هو مجموعة الحقوق العينية العقارية المنتقلة بسبب الوفاة، فالشهادة التوثيقية هي السند الرسمي الذي بموجبه يتم شهر الحقوق العينية العقارية المنتقلة عن طريق الوفاة باسم جميع الورثة أو الموصى لهم على الشيوخ كل بحسب الحصة العائدة له¹. إلا أن المشرع أشار إلى الغرض في ثنايا المرسوم 63-76 المشار إليه، جاء في المادة 39 "عندما يتم إشهار شهادة مؤقتة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم..."

وخلاصة التعريف للشهادة التوثيقية هي عقد من العقود الرسمية التصريحية خاضعة للشهر العقاري بالمحافظة العقارية موقع العقار.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري

تعتبر الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من قبل أحد الورثة، ويحرر بشأنه عقد، وهي عقد رسمي، يكون الموثق باعتباره ضابطا عموميا المخول بإعداده لما له من صلاحيات بموجب قانون التوثيق² و باقي نصوص التوثيق. وقد جاء في المادة 324 من القانون المدني³ ما يلي: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا لأشكال القانونية وفي حدود سلطته

¹-وهيبة عثمانة، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة - الجزائر، العدد السابع، سبتمبر 2015، ص 463-464.

²-القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، مؤرخة في 08 مارس 2006.

³-الأمر 58-75 المؤرخ، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.

واختصاصه."، وعليه تعتبر الشهادة التوثيقية من العقود الرسمية التصريحية، لأن الموثق لم يثبت فيها ما تم لديه، بل ما تلقاه من ذوي الشأن، وهم الورثة أو الموصى لهم.

بالإضافة إلى ذلك تعد الشهادة التوثيقية من العقود القابلة للشهر طبقا للمادة 15 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹، والتي نصت على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن انتقال الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية." وعليه فإن الشهادة التوثيقية لا بد لها من الشهر حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير، وإن كان شهرها يسري بأثر رجعي من تاريخ الوفاة، وإجمالا يمكن القول ان الشهادة التوثيقية في طبيعتها القانونية عقد من العقود الرسمية التصريحية القابلة للشهر.

الفرع الثالث: شروط إعداد الشهادة التوثيقية ومدى إلزاميتها في التشريع الجزائري

أولا: شروط إعداد الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري

في حالة ما إذا توفي شخص وترك تركة عقارية، فإن الورثة في غالب الأحيان يكتفون عند اللجوء إلى الموثق بتحرير عقد فريضة، اعتقادا منهم أنها الوسيلة القانونية لنقل الملكية الموروثة، لكن الحقيقة بخلاف ذلك، لأن الفريضة هي: "ذلك العقد التصريحي الذي يكون هدفه تأسيس الحالة المدنية ونسب مختلف ذوي الحقوق في تركة الهالك لأجل تحديد وتسوية حصص كل واحد منهم." ويكون أساس الفريضة بيان الوفاة والشهادة وتنتهي في شكل عقد توثيقي متبوعا بحساب تسوية²، ولا بد في إعداد الشهادة التوثيقية شروط:

¹- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري،

الجريدة الرسمية، العدد 92، مؤرخة في 18 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم.

²- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 36-37.

*مثول الورثة أو الموصى لهم أو أحد منهم كامل الاهلية بالغا 19 سنة فما فوق يوم تحرير العقد أمام الموثق مرفوق ب:

-تصريح لدى مفتشية الضرائب والطابع والمواريث مكان تواجد العقار وفقا لنسخة من عقد الملكية باسم المورث ونسخة من الفريضة وشهادة وفاة المورث وبطاقة تعريف المصرح وجدول الأصول والخصوم.

-نسخة مصادق عليها من الفريضة.

-شهادة وفاة المورث، وشهادة ميلاد كل الورثة.

-عقد الملكية الأصلي أو الدفتر العقاري في حالة ثم مسح العقار.

-بطاقة الهوية للورثة البالغين لتحديد مسكنهم، أما القصر فمسكنهم مع كفيهم.

-شهادة التأمين للعقارات المبنية.

-تحديد الملكيات العقارية موضوع الشهادة التوثيقية تحديدا نافيا للجهالة، كما هو الحال على كل العقود التوثيقية الواردة على عقار أو حق عيني عقاري.¹

*ومن خلال الوثائق السابقة الذكر نستخلص بأن المرحوم (المورث) قد توفي عن ورثة وهم حسب الفريضة التي تلقاها الأستاذ الموثق بتاريخ... تحت رقم ...

*تحديد الورثة من حيث الاسم واللقب وتاريخ الميلاد ورقم شهادة الميلاد والمسكن والمهنة والجنسية².

*ثم تحديد الأنصبة لكل وريث بالإجراء وبناءا على تصريح المتدخل في الفريضة والذي يصرح بأن العقار كان ملكا للمورث ثم أصبح من تركته.

*تعيين العقار: يجب أن يتم تعيينه تعيينا دقيقا كما ورد في عقد الملكية

¹-محمد توفيق قديري، دور الشهادة التوثيقية في نظام الشهر العقاري في الجزائر، مجلة آفاق العلمية، المجلة 12، العدد 03، سنة 2020،

²- عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص40.

1- إذا كان قطعة أرض ذات حدود وبعقد الملكية بشرط منع من التصرف إلى غاية الحصول على شهادة المطابقة ففي حالة الشهادة التوثيقية يتم إعدادها فلا يسري هذا الشرط على الورثة.

2- إذا كان عقارا منسيا في هذه الحالة:

* فرديا في التعيين كما في عقد الملكية.

* اجتماعيا فالتعيين يكون وفقا للجدول الوصفي للتقسيم المشهر بالمحافظة العقارية أي خضوعه للأجزاء المشتركة.

3- إذا تم مسح العقار وأصبح له قسم ومجموعة ملكية ففي هذه الحالة:

أ- إذا لم يتم إيداع عملية المسح لدى المحافظة العقارية في هذه الحالة تحرير الشهادة التوثيقية.

ب- أما إذا تم إيداع عملية المسح لدى المحافظة العقارية ففي هذه الحالة لا تحرر الشهادة التوثيقية.

ثانيا: مدى إلزامية الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري

لا شك في أن الشهادة التوثيقية إلزامية، ودالة على ذلك عبارة "يجب" الواردة في المادة 91 من المرسوم المشار إليه سابقا " كل انتقال أو انشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة...، يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة". كما تتأكد هذه الإلزامية من خلال إقرار المشرع الجزائري للمسؤولية المدنية في حال إخلال أصحاب الحقوق العينية الجدد بأجال إعداد الشهادة التوثيقية¹، حيث نصت المادة 99 من المرسوم 76-63 المشار إليه أعلاه " إن آجال إتمام الإجراء تحدد كما يلي:... يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة...".

¹ -محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 235.

فبالنسبة لإلزامية الشهادة التوثيقية لإثبات صفة المالك في التقاضي، ذهب مجلس الدولة إلى أن المستأنفين لم يستطيعوا أن يثبتوا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما كما تشترط أحكام المادة 91 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، وحيث أن هذا الشرط هو إجراء جوهري مسبق لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين، وحيث أن المستأنفين لم يقوموا بهذا الإجراء القانوني والإلزامي قبل رفع دعواهما، تعتبر دعوى سابقة لأوانها لعدم القيام بالإجراءات القانونية الإلزامية لإثبات صفتها كوارثين شرعيين¹.

ويرى بعضهم أن جعل الشهادة التوثيقية قيذا على رفع الدعوى يعد مخالفا للقانون، لأن المادة 15 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري جعلت انتقال الملكية في حالة الوفاة إلى الورثة تتم بمجرد حدوثها وبدون اتخاذ أي إجراء آخر². ولأن المادة 127 من قانون الأسرة³ جعلت الإرث يستحق بموت المورث، ولأن المبدأ الذي انتهى إليه مجلس الدولة يوصلنا لنتيجة غير مستساغة و هي القول بأن الملكية تبقى بدون مالك في الفترة الممتدة بين الوفاة وإعداد الشهادة التوثيقية وشهرها بالمحافظة العقارية. هو الرأي الصحيح، ويؤيده قرار المحكمة العليا⁴ الذي يؤكد على أن الحقوق الميراثية تنتقل بالوفاة وأن الشهادة التوثيقية لا تشكل قيذا على مباشرة الدعوى القضائية.

وبالنسبة لإلزامية الشهادة التوثيقية عند التصرف في الملكية العقارية، فالبعض يرى أن انعدام الشهادة التوثيقية لا تمنع التصرف في نصيبهم المشاع ما دام أنه يعد مالكا بمجرد وفاة المورث طبقا للمادة 15 من الأمر 74-75 المذكور سابقا⁵، بينما يرى اتجاه آخر

¹-قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، 10/07/2000، الملف رقم 206652، غير منشور.

²-عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 38.

³-القانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، مؤرخة في 12 جوان 1984، المعدد والمتمم.

⁴-قرار المحكمة العليا، الغرفة الفلاحية، 14/03/2007، ملف رقم 394379، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء 03، 2010، ص 199.

⁵- محمد توفيق قديري، مرجع سابق، ص 236.

وهو ما نميل إليه أن الشهادة التوثيقية لازمة للتصرف تطبيقا لقاعدة الأثر الإضافي للشهر المنصوص عليها بالمادة 01/88 من المرسوم 76-63 السابق الإشارة إليه¹، فمن خلال هذه المادة يتضح جليا بأنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار عقد يتضمن التصرف في عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه.

انطلاقا مما سبق يمكن القول ان الشهادة التوثيقية إلزامية للوارث أو الموصى له الذي يرغب في التصرف في نصيبه من الأملاك والحقوق العينية العقارية، فهي قيد على التصرف، لكنها ليست بأي حال من الأحوال حائلا أمام حق التقاضي بشأن تلك الحقوق. لأن حق التقاضي يحتاج لصفة المالك وهي صفة ثابتة منذ لحظة الوفاة " وفاة المورث أو الموصي".

الفرع الرابع: دور الشهادة التوثيقية في إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة

نصت المادة 15 من الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية "².

وبناء على نص المادة المذكورة أعلاه فإن المشرع الجزائري يكون قد ربط بين وجود الحق العيني اتجاه الغير وشهره في مجموعة البطاقات العقارية، عندما جعل من شهر هذه الحقوق الشكلية إلزامية يترتب على إغفالها أن يصبح الحق العيني في حكم العدم في مواجهة الغير. إلا أنه أكد أن انتقال الحق في الملكية عن طريق الوفاة يتم بمجرد حدوث الوفاة باعتبارها واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا يجب شهره.

¹- جاء في المادة 01/88 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل التجاري "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...".

²- المادة 15 من الأمر 75-74. مرجع سابق.

وعليه فإن المبدأ هنا هو أنه لا وجود للحق العيني إلا من تاريخ شهره، ويستثنى من هذه القاعدة انتقال الملكية عن طريق الوفاة، ومنه فإن كل مالك لحق عيني يكون مصدره واقعة مادية كالتقادم المكسب أو الالتصاق يجب أن يثبت ملكيته عن طريق الشهر. وهو ما أخذ به المشرع الجزائري عندما سن إجراء عقد الشهرة لإثبات اكتساب الملكية بالتقادم بموجب المرسوم 83-1382¹، ثم بموجب القانون 07-02² المتعلق بسليم سندات ملكية عن طريق

التحقيق العقاري، وكذا إجراء شهر الحقوق المكتسبة عن طريق التقادم المكتسب عن طريق التقادم في إطار عملية مسح الأراضي.

وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم التركة كلها أو جزء منها، وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات.

وبالتالي ليس للشهر بالنسبة لانتقال الملكية عن طريق الوفاة سواء بالميراث أو الوصية أثر منشأ بل يكون له أثر كاشف ليكون الحق نافذا في مواجهة الغير، واستقراء نصوص الأمر 74-75 وقانون الأسرة يمكن أن نستخلص أن الشهادة التوثيقية لا يمكن أن تعد إلا بعد تصفية التركة لأنها في حقيقة الأمر ليست وثيقة مثبتة لواقعة الإرث التي تثبتها الفريضة الشرعية بل هي وثيقة واقعة اكتساب الملكية على الشيوع³.

وهكذا نكون قد خلصنا إلى أن المشرع الجزائري نص على إلزامية إعداد الشهادة التوثيقية المثبتة لانتقال الملكية العقارية.

¹-المرسوم 83-382 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية،

الجمهورية الجزائرية، الجريدة الرسمية، عدد21، سنة 1983.

²-القانون 07-02 المؤرخ في 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات

الملكية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، سنة 2007.

³-وهيبة عثامنة، مرجع سابق، ص467.

المطلب الثاني: موقف القضاء من الشهادة التوثيقية

إن استقرار الاجتهاد القضائي المتعلق بهذه الإشكالية يبين لنا أن الاختلاف في موقف القضاء الجزائري تعلق أساسا بمسألة اعتبار الشهادة التوثيقية شرطا لقبول الدعوى باعتبارها السند المثبت لصفة الأطراف في الدعوى، وسنوضح ذلك فيما يلي:

✓ الفرع الأول: الشهادة التوثيقية شرط لإثبات الصفة.

✓ الفرع الثاني: الشهادة التوثيقية تثير الاختلاف بشأن وجود الحق وإثبات وجوده.

الفرع الأول: الشهادة التوثيقية شرط لإثبات الصفة**أولا: التمييز بين صفة الوارث وصفة المالك على الشيوع بسبب الإرث**

من المقرر قانونا أن الدعوى ترفع من صاحب الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته قضاء ضد من يوجد هذا المركز القانوني أو الحق في مواجهته، وهذا هو الشرط لقبول الدعوى فهي تتعلق مباشرة بعلاقة الأطراف بالحق موضوع المطالبة القضائية.

ومن الأهمية أن نميز بين صفة الوارث وبين صفة المالك على الشيوع بسبب الميراث، هذه الإشكالية كانت السبب في عدم استقرار القضاء الجزائري في حسم موقفه من موضوع دور الشهادة التوثيقية، فالمرشح بتبنيه بنظام الشهر العيني جعل من الشهر سببا في وجود الحق وكرس جملة من المبادئ من بينها مبدأ الشهر المسبق وبالتالي لا يمكن للورثة التصرف في الحقوق العقارية المنتقلة إليهم دون إجراء شهر انتقال الملكية إليهم عن طريق الوفاة ولا يمكن لهم في الدعاوى المتعلقة بحماية حقهم أن يستندوا فقط إلى صفتهم كورثة دون إثبات صفتهم كملاك على الشيوع¹.

ففي الدعوى التي موضوعها قسمة المال الشائع تكون صفة أطراف النزاع صفة مركبة، إذ يتعين أن تكون لهم:

¹-وهيبة عثمانة، مرجع نفسه، ص469.

-صفة الورثة التي تثبت لهم بتقديم الفريضة الشرعية الخاصة بمورثهم.

-صفة الملاك على الشيوع التي تثبت إذا كان موضوع الدعوى تركة عقارية.

بالشهادة التوثيقية التي لا تعد إلا بعد تصفية التركة من العناصر المحددة بموجب المادة 180 من قانون الأسرة.

ففي هذه الحالة يجب التمييز بين صفة الوريث التي تثبت بالفريضة الشرعية وصفة المالك على الشيوع عن طريق الإرث التي يجب إثباتها عن طريق الشهادة التوثيقية، وقد تثبت الصفة الأولى للشخص دون أن تثبت له الثانية متى هلك المورث دون أن يخلف تركة عقارية تذكر. غير أنه لا يمكن أن تثبت الصفة الثانية للشخص قبل أن تكون له صفة الوارث أولاً¹.

وعليه فنحن نرى أنه لقبول هذه الدعوى لأطرافها من تقديم الفريضة الشرعية التي تثبت صفتهم كورثة للهالك وهو المالك الأصلي للعقارات المشاعة، تم تقديم الشهادة التوثيقية المثبتة لانتقال هذه التركة العقارية إليهم وهو ما يجعلهم ملاكاً على الشيوع أهم الصفة في المطالبة بإنهائه قضاءً.

ثانياً: التمييز بين أثر الوفاة وأثر الشهر

الوفاة هي واقعة مادية تعتبر استثناءً على الأصل في نظام الشهر العيني السبب المنشأ أو الموجد للحق العيني المنتقل للورثة أو الموصي لهم. أما الشهادة التوثيقية التي تخضع إلزاماً للشهر طبقاً لهذا النظام فهي السند الكاشف والمثبت لوجود هذا الحق الذي نشأ عن تلك الواقعة.

والنتيجة أن أثر الوفاة هو انتقال الحق للورثة أو الموصى لهم وأثر الشهر هو كشف وجود الحق وعليه متى طرحت أمام القضاء أي دعوى تتعلق بقسمة أو طلب الحماية القضائية لملكية عقارية منتقلة عن طريق الوفاة تعين إثبات الوفاة التي يترتب عليها

¹-محمد توفيق قديري. مرجع سابق، ص 239.

انتقال الحق إلى ذمة الورثة أو الموصى لهم ثم انتقال هذا الحق لهم عن طريق الشهادة التوثيقية¹.

وفي الحالة التي يقدم الورثة أو الموصى لهم الفريضة الشرعية لمورثهم فإن صفتهم كورثة تثبت للمحكمة بموجبها، فإن قدموا الشهادة التوثيقية المثبتة لانتقال التركة العقارية المملوكة لمورثهم إليهم تثبت للمحكمة صفتهم كملاك على الشيوع لهذه الملكية أما في حالة عدم تقديمها ينعقد الدليل المثبت لكونهم يملكون على الشيوع عقارات أو حقوق عقارية آلت إليهم بوفاة مورثهم.

الفرع الثاني: الشهادة التوثيقية تثير الاختلاف بشأن وجود الحق وإثبات وجوده

لم يحسم القضاء الجزائري موقفه بالنسبة لدور الشهادة التوثيقية في دعوى قسمة المال الشائع أو حمايته من التعرض أو استحقاقه بقرار مرجعي كما فعل بالنسبة لحجية العقد العرفي في مادة إثبات انتقال الملكية العقارية التي صدر بشأنها قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 1998/02/08. ومن خلال بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا نرى أن هناك توجهاً لإسقاط دور الشهادة التوثيقية في إثبات الصفة في مثل هذه الدعاوي.

أولاً: التوجه القائل بأن الشهادة التوثيقية سند ناقل للملكية العقارية

جاء في جانب من قضاء المحكمة العليا إلى القول أن الشهادة التوثيقية سند ناقل للملكية العقارية بأثر رجعي وهو ما يمكن استقراءه من قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2004/09/22، ملف رقم 267615 حيث ذهبت الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بالقول أن "الشهادة التوثيقية و إن كانت عقد تصريحياً، متى استوفت إجراءات الشهر فهي تعد عقداً رسمياً ناقلاً لملكية الأملاك العقارية إلى الورثة، سواء في الشيوع أو بالحصّة المفترزة"².

¹ - وهيبة عثمانة، مرجع سابق، ص 470.

² - المجلة القضائية للمحكمة العليا، قسم المستندات والنشر، العدد الأول، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، 2007، ص 264.

ونلاحظ أن قضاة المحكمة العليا في هذا القرار حاولوا إعطاء تعريف يشمل خصائص الشهادة التوثيقية وذلك في حيثيات قرارهم التي جاء فيها أن هذه الشهادة هي عقد رسمي، تصريح، ناقل للملكية.

وقد أسند القضاء في هذا القرار للشهادة التوثيقية دورا أوس من ذلك الذي خصها به المشرع، إذ اعتبروها سندا ناقلا للحق العيني، والصحيح أن الشهادة التوثيقية وهي سند رسمي، تصريح، خاضع للشهر العيني تعتبر سندا مثبتا وليس ناقلا للملكية العقارية بسبب الوفاة. فالشهر هنا شهر كاشف لوجود الحق بأثر رجعي من تاريخ وقوع الوفاة، وليس شهرا منشأ للحق كما هو الأصل في نظام الشهر العيني الذي يتبناه القانون الجزائري.

ثانيا: التوجه القائل بأن الشهادة التوثيقية ليست شرطا لإثبات نقل الملكية العقارية

الاتجاه الثاني في القضاء الجزائري أسقط عن الشهادة التوثيقية دورها المثبت لانتقال الحق بالميراث وهو الاتجاه الغالب في قضاء المحكمة العليا.

وفي هذا الصدد نشير إلى القرار الصادر بتاريخ 2007/01/17 ملف رقم 391380 الذي جاء في حيثياته ما يلي "...حيث ومن المقرر قانونا أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري من وفاة أصحاب الحقوق العينية وهذا طبقا للمادة 15/ 02 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد السجل العقاري ومسح الأراضي، فضلا عن المادة 127 من قانون الأسرة التي نصت على أنه يستحق الإرث بموت المورث حقيقتا أو حكما. حيث أن المادتين المذكورتين لا تشترطان الإعداد السابق للشهادة التوثيقية لممارسة دعوى قسمة التركة...¹"

وفي القرار أسقطت المحكمة العليا عن الشهادة التوثيقية دورها في إثبات انتقال الملكية على الشيوع.

¹- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، المحكمة العليا، قسم الوثائق، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر، 2010، ص191.

وفي نفس الشئ صدر قرار المحكمة العليا في 2008/12/17 ملف رقم 477874 الذي جاء فيه أن "الشهادة التوثيقية لا تعتبر شرطا لرفع الدعوى وإثبات الصفة ما دامت الشركة تنتقل من المورث إلى الورثة بمجرد الوفاة"¹.

وهنا نلاحظ أن قضاة المحكمة العليا لم يميزوا بين أثر الوفاة وأثر الشهر، وبين صفة الورثة وصفة الملاك على الشيوع، مما جعلهم يفرغون الشهادة التوثيقية من الدور الذي خصها به المشرع الجزائري باشتراطها لإثبات ما نتج عن الواقعة المادية المتمثلة في الوفاة من انتقال للحقوق العينية العقارية مشاعة للورثة أو الموصى لهم.

وفي قرارها المؤرخ في 2008/09/10 توجهت المحكمة العليا إلى أن الشهادة التوثيقية لا تشتط بين الشركاء على الشيوع، مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، لأن إثبات انتقال الملكية من الهالك يشترط في مواجهة الغير الأجنبي، والملاحظ أن هذا القرار أسقط عن الشهادة التوثيقية دورها في إثبات انتقال الملكية بين الملاك على الشيوع فقط أو أبقى عليه في مواجهة الغير الأجنبي والأصح أن القاضي يراقب صفة الأطراف كملاك على الشيوع ولو لم يتم الدفع بذلك من قبل الأطراف طالما أن إغفال ذلك قد يترتب عليه أن يتصدى القضاء بالقسمة لأموال ليست شائعة بينهم خاصة في الدعاوى الصورية.

المبحث الثاني: عقد الوقف

¹-المجلة القضائية، المحكمة العليا، قسم المستندات والنشر، العدد الثاني، المؤسسة الوطنية للاتصال، النشر والإشهار، الجزائر 2008، ص 264.

لقد تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى فكرة خروج المال الموقوف من ذمة الواقف ودخوله في ذمة الموقوف عليهم أو بقاءه بلا مالك¹، إضافة إلى أن الوقف ينصب بشكل أساسي على المال الوقفي أو مجموعة الأموال المشكلة للوقف وهذا ما سنبينه فيما يلي:

✓ **المطلب الأول: مفهوم الوقف.**

✓ **المطلب الثاني: أنواع الوقف وحالات انتهاءه.**

المطلب الأول: مفهوم الوقف

الوقف نظام قديم استمد جذوره من الحضارة الإسلامية ولقد عرفته عدة مجتمعات، كما تطرق له المشرع، ولمعرفة ذلك سننطلق فيما يلي إلى تعريفه وخصائصه وذلك وفقا للخطة الآتية:

✓ **الفرع الأول: تعريف الوقف.**

✓ **الفرع الثاني: خصائص الوقف.**

الفرع الأول: تعريف الوقف

1-التعريف اللغوي للوقف

يعرف الوقف بفتح الواو وسكون القاف، مصدر وقف الشيء وأوقفه بمحني حبسه وأحبسه، وتجمع على أوقاف ووقوف ويسمى وقف لما فيه من حبس المال في سبيل الله على جهة معينة، لذا نفول وقف الأرض على المساكين، أي حبسها وجعلها في باب البر والإحسان²، ويقال أيضا الحبس والمنع فيقال وقفت الدار أو حبستها على مالكها، كما أن

¹-حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص74.

²-تقار عبد الكريم، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، مقال علمي، جامعة محمد بوقرة، بومرداس، ص4.

الوقف قد يدل على الكثير من المعاني منها الحبس والمنع و التسبيل وهي المعاني التي يتفرد بها الوقف دون غيره¹.

وهناك بعض الفقهاء من أضاف كلمة "التسبيل" على أنها تعتبر من الألفاظ الصريحة مثل ذلك، سبلت هذا المنزل للفقراء للانتفاع به، بمعنى جعلت لهم سبيلا، أي طريق الانتفاع بالمنزل².

لكن لا ينعقد الوقف بمجرد هذه الالفاظ أو هذه العبارات ما لم تقترن بقريته تقيد معنى الوقف لأنه لم يثبت لهذه الألفاظ عرف الاستعمال فنجد مثلا لفظ التصدق مشترك بين الوقف والصدقة ولا يدخل في الوقف كلمة التصدق الا إذا كانت مقترنة بالألفاظ التالية³:

كأن يقال: تصدقت به صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو مؤبدة، أو كأن يقال صدقة لا تباع ولا توهب ولا تورث، وبهذا تصير الصدقة وقفا لأنه مع هذه القرائن لا يحتمل غير الوقف.

كذلك أن ينوي المتكلم الوقف، والنية هي ما يوجد بالباطن دون الظاهر لعدم الاطلاع على ما في الضمائر، فإن اعترف صاحبها بما نواه "ألا وهو الوقف" عمل بما نوى به، مثل ذلك أن يقول "وجعلت أرضي للسبيل".

2-التعريف الاصطلاحي للوقف

أ-تعريف الوقف في الاصطلاح الشرعي

يعرف المذهب المالكي للوقف بأنه: "حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف والتبرع اللازم بريعتها على جهة من جهات البر"، ومن خلال هذا التعريف يتضح أن المالكية لا يخرجون العين الموقوفة عن ملك الواقف بل يبقى على

¹-ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد أبو المكارم، لسان العرب، دار المعارف، مصر القاهرة، 1989، ص360.

²-زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1388هـ، ص7.

³-نادية إبراهيمي المولودة أركام، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث ماجيستر، معهد الحقوق، بن عكنون الجزائر، 1996، ص44.

ملكه، لكنهم يمنعون التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية سواء بعوض أو بدون عوض، ويلزمه بالتصدق بمنفعتها ولا يجوز له الرجوع فيه¹.

أما المذهب الحنفي يعرف الوقف بأنه: "حبس العين على الملك الواقف والتصدق بالمنفعة"، يتضح من هذا التعريف أن الوقف عند الحنفية هو حبس العين على ملك الواقف، أي أن العين الموقوفة باقية على ملك الواقف ولم تخرج عنه، ويجوز التصرف في العين بكل التصرفات الناقلة للملكية، وكل ما يترتب على الوقف هو التبرع بالمنفعة فقط².

ويكون لزوم الوقف في ثلاث صور تتمثل في:

- إذا حكم القاضي أو خرج الوقف مخرج الوصية.

- إذا جعل أرضه مسجداً.

- إذا أذن للناس بالصلاة فيه³.

أما المذهب الشافعي والحنبلي فقد عرفا الوقف بأنه: "حبس العين على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء وانتهاء، وأصحاب هذا الرأي يرون بأن الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف، ويمنعه من التصرف فيه⁴.

وبالتالي لا يوجد تعريف جامع مانع للوقف.

¹-رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأحكام الوقفية في الجزائر، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2006، ص 26-27.

²- عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 74.

³-أحمد فراج حسن جابر، عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص 301-302.

⁴-عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، مرجع سابق، ص 75.

ب-تعريف الوقف في التشريع الجزائري:

لم يعرف المشرع الجزائري الوقف في المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964، المتضمن الأملاك الحبسية العامة¹ تاركا ذلك للمادة 213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المتضمن قانون الأسرة التي نصت على أنه: " الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق"²، كما عرف القانون رقم 90-25 المعدل والمتمم المتضمن التوجيه العقاري للوقف في المادة 31 منه التي نصت على أن " الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالکها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة أو مسجد سواء كان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور"³.

يتبين من خلال هذا التعريف أن المشرع الجزائري أخذ برأي جمهور الفقهاء، ويلاحظ أن التعريف الوارد في قانون الأوقاف 91-10 كان أكثر وضوحا من سابق ذلك انه ركز على تبيان أن التصديق يكون المنفعة وليس العين الموقوفة.

وما يلاحظ أن التعاريف السابقة الذكر مأخوذة من أساس الترجيح بين أهم مذاهب الفقه الإسلامي والتي عرفت تباينا في تعريف الوقف وأدت بذلك إلى تباين التعريفات القانونية للوقف في أكثر الدول العربية والإسلامية التي عرفت الوقف⁴.

¹-المرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 17 سبتمبر 1964، جريدة رسمية، رقم 77، سنة 1964.

²-قانون رقم 84-11، يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق.

³- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية، عدد 49، صادر في 1990/11/18، معدل ومتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 1995/09/27.

⁴-محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006، ص11.

الفرع الثاني: خصائص الوقف

جاء ذلك في المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01/12/1998 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك¹، يثبت أن للوقف جملة من الخصائص نبيها فيما يلي:

1-الوقف عقد تبرعي من نوع خاص

أولاً: الوقف حق عيني

باعتباره أنه لا يرد على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الانتفاع بمحل الوقف بشرط احترام إرادة الواقف، وإن كان البعض من فقهاء القانون يرون أن الوقف هو حق شخصي وليس عيني باعتبار أنه ينقل حق الانتفاع فقط لا ملكية الوقف لأن ملكية لوقف لا تنتقل.

ثانياً: الوقف شخص معنوي

وذلك ما جاء في المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 بقولها " يعتبر الوقف مستقل تمام الاستقلال عن الشخص المستحق له، له ممثل قانوني يتصرف باسمه ويمثله أمام القضاء، وهو ناظر الوقف"².

وناظر الوقف هو شخص يتولى إدارة الأملاك الوقفية حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم.

وتمكن شخصيته المعنوية أكثر في قيام الدولة بكل مؤسساتها وما تملكه من سيادة في احترام إرادة الواقف، فإدراج المشرع الجزائري لصفة الشخصية المعنوية على الوقف يعد خياراً سليماً للجدال الفقهي الذي كان مطروحا حول الجهة التي يلجئ إليها المالك الوقفي بصفة قطعية للواقف أو الموقوف عليه.

¹-المرسوم التنفيذي رقم 98-381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، جريدة رسمية، عدد 90، الصادر في 02 ديسمبر 1998.

²- المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381، مرجع سابق.

ثالثاً: الوقف عقد تبرعي

الوقف ينقل حق الانتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل، وذلك ابتغاء لوجه الله عز وجل، تتبعاً لنوع الوقف واشتراطات الواقف، ويفيد التبرع كذلك خروج المالك الوقفي من المتبرع "الواقف" وذلك ما جاء في المادة 17 من قانون رقم 10-91 المتعلق بالأوقاف" إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف"، وزوال سلطات الواقف على الشيء الموقوف لا يعني بالضرورة انتقالها إلى الموقوف عليهم، بل أن محل التبرع هو منفعة الشيء مع حبس رقبة المال وهذا يعتبر تبرعاً من نوع خاص بالمقارنة بعقود التبرع المعروفة في القواعد العامة¹.

وما يستفاد من ذلك أن الوقف التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة وهي إرادة الواقف، تبعاً لنص المادة 04 من القانون رقم 10-91 "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة"

فالإيجاب شرطاً لوجوده، أما القبول بمعنى قبول الموقوف عليهم فهو شرط لنفاذه، إذا كان الوقف خاصاً، وتختلف قبول الموقوف عليهم للوقف لا يؤدي بالضرورة إلا بطلان العقد كما هو معروف في القواعد العامة، وإنما يؤدي إلى تحويله من وقف خاص إلى عام².

هذا ما جاء في المادة 07 من القانون رقم 10-91 من قانون الأوقاف "يصير الوقف الخاص وقفا عاماً إذا لم يقبله الموقوف عليه".

من هنا نستنتج أن الوقف ينعقد بالإيجاب فقط إذا كان عاماً، أما القبول فهو شرط لنفاذ الوقف الخاص.

¹-رمول خالد، مرجع سابق، ص51، 52.

²-المرجع نفسه، ص52.

رابعاً: الوقف تصرف لازم لصاحبه

كما هو متعارف عليه طبقاً للقواعد العامة، الإيجاب يعبر به صاحبه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد¹. وحتى يعتبر

العرض إيجابياً يجب أن يتضمن تحديد طبيعة العقد المراد إبرامه، كأن يقول أريد إبرام عقد وقف، وتبيان كل العناصر الأساسية التي لا بد من توافرها لإبرامه.

وإن كانت مسألة اللزوم هي الأخرى محل خلاف بين العديد من فقهاء الشريعة من مؤيديها ومعارضها فمن بين القائلين بعدم لزوم الوقف أبو حنيفة، فالوقف عندهم بمثابة العارية التي تعتبر جائزة غير لازمة فتصرف المنفعة هي جهة الوقف، وتبقى العين على مالك الوقف².

غير أن الكثير من الفقهاء أقرروا باللزومية الوقف، وهم الشافعية والحنابلة مستندين في ذلك على الحديث الذي أعاده علينا أصحاب كتب الحديث والسنة مصادقاً لقول الرسول صلى الله عليه وسلم، "إن شئت حبست أصلها وتصدقته به، فتصدق بها عمر على أن لا تباع ولا توهب ولا تورث...". "فعبارة لا تباع ولا توهب ولا تورث بمفهوم الحديث دلالة قاطعة على لزوم الوقف ومنع التصرف فيه بكافة التصرفات الناقلة للملكية وهو الرأي الذي أخذ به المشرع الجزائري عند تنظيم الوقف³.

خامساً: الأملاك الوقفية تعفى من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى

انطلاقاً من كون الوقف يعد من أعمال البر والخير، فإنه يعفى من رسوم التسجيل والشهر العقاري، غير أن الإعفاء لا يمتد بطبيعة الحال إلى رسوم التوثيق، باعتبار أن عقد الوقف لا بد أن يفرغ في شكل رسمي أمام الموثق، وذلك ما نصت عليه المادة 44

¹- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة نشر، 108.

²- عمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 76.

³- رمول خالد، مرجع سابق، ص 53.

من القانون 91-10¹ على أن: " تعفى الأملاك الوقفية العامة من رسم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى عملا من أعمال البر والخير".

سادسا: الوقف عقد شكلي

فالشكلية في عقد الوقف تعد ركنا في عقد وشرط لنفاذه وقد ألزم القانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف بتحرير عقد الوقف أمام الموثق استنادا للمادة 41 من قانون الأوقاف "يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق..."².

وأكد ذلك نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 98-381 الذي حدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك، ويستفاد من ذلك أن على الواقف إفراغ وقفه في ورقة رسمية لدى الموثق تطبيقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري³. فالعقد الرسمي كافي لإنشائه غير أنه غير كافي لنفاذه وزيادة على ذلك يجب تسجيله وشهره لدى مصلحة الشهر العقاري.

سابعا: الوقف صدقة جارية

من أبرز خصائص الوقف أيضا أن العين الموقوفة يبقى أثرها منتجا للحسنات لصالح الواقف حتى بعد وفاته، وهذا يقتضي أن يتميز الوقف بالديمومة والاستقرار ولا يتحقق هذا إلا بالمحافظة عليه وصيانته وتنميته

2- الوقف له حماية قانونية

وذلك إتباعا لما قيل على خاصية الوقف أنه عقد تبرعي من نوع خاص، فإنه كذلك يتمتع بحماية قانونية متميزة وهذا حفاظا على حرمة، نخص هذه الحماية فيما يلي:

أولا: الحماية الجزائرية للوقف

¹ - القانون رقم 91-10، مرجع سابق.

² - عمر ياسين، طرق الاستثمار في الوقف العقاري في التشريع الجزائري، ورقة بحثية، جامعة الوادي، ص 12.

³ - أمر رقم 75-85 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، عدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

من أجل المحافظة على الأملاك الوقفية ضد أي إخفاء أو بطريقة مستترة أو تدليسية نصت عليها المادة 36 من قانون الأوقاف على أن: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقفي بطريقة مستترة أو تحايلية أو يخفي عقود وقف وثائقه أو مستنداته أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات"، وتجدر الإشارة إلى أن جميع النصوص الواردة في قانون العقوبات¹ والمتعلقة 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.

وما يلاحظ على هذه الحماية أن المشرع الجزائري وإن كان قد أقر حماية جزائية للأملاك الوقفية وتشدد فيها إلى درجة عقوبة السجن المؤبد إلا أن الغرامة المالية المفروضة على الجاني تبقى قيمتها رمزية بالنظر إلى قيمة الأملاك الوقفية المالية والاجتماعية والتعبدية في نفس الوقت، لذلك المشرع مطالب بوضع أحكام خاصة منفصلة عن الجنايات والجنح المتعلقة بالأموال المبينة في قانون العقوبات.

ثانيا: الأملاك الوقفية لا تقبل كسبها بالتقادم

أحد عناصر التوافق بين المال العام والوقف وهو الهدف الذي يرمي إليه كلاهما، المتمثل في تحقيق النفع العام وتلبية حاجات عامة للمجتمع فالمال العام غير قابل للاكتساب بالتقادم وفقا لنص المادة 04 من القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية العمومية³، غير قابلة للتصرف ولا التقادم ولا الحجز، فإن الأملاك الوقفية أيضا لا يجوز كسبها بالتقادم وإن كان من الناحية العلمية فإن العديد من الأملاك الوقفية خاصة منها الأراضي الوقفية الجرداء اكتسبت عن طريق التقادم المكسب⁴.

¹-أمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، العدد 49، الصادر في 11 يونيو 1966.

²-حمدي باشا عمر، مرجع سابق، صفحة 103.

³-قانون رقم 90-30 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتعلق بالأملاك الوطنية، جريدة رسمية، عدد 52، الصادرة في 02 ديسمبر 1990.

⁴-بن مشرني خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالفايد، تلمسان، الجزائر، 2012، ص 29.

وبصدور القانون 02-07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية الوقفية عن طريق تحقيق عقاري¹، و ألغي المرسوم 352-83، ونص القانون 02-07 في المادة 03 صراحة على عدم جواز تملك الأملاك الوقفية العقارية وتجدر الإشارة إلى أن قاعدة حضر التقادم المكسب تطبق على الوقف العام والخاص، ذلك بأن الأخير، طبقا لنص المادة 05 من قانون الأوقاف تلتزم الدولة بحمايته واحترام إرادة الواقف².

ثالثا: الأملاك الوقفية غير قابلة للحجز

القاعدة العامة المتعارف عليها في الحجز، أنها لا تكون إلا على أملاك المدين، غير أن كما سبق التطرق إليه في الآثار القانونية المترتبة عن الوقف أن الأملاك تخرج من ذمة الواقف، وبالتالي يصبح غير مالك لها، كما أن الحجز تتطلب البيع بالمزاد العلني لاستيفاء قيمة الدين منها، وهذا ما أدى إلى نقل ملكية الأملاك المباعة إلى طرق أخرى متقدمة في بيع المزاد.

إن هذه العملية تتناقض مع الأخرى وطبيعة الوقف باعتباره يتمتع بشخصية معنوية قائمة بذاتها، تعني الشخصية القانونية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، وإن كان المشرع الجزائري نص في المادة 21 من قانون الأوقاف وأجاز التنفيذ على حق الموقوف عليهم " يجوز جعل حصة المنتفع ضمانا للدائن في المنفعة فقط وفي الثمن الذي يعود إليه" وذلك في منفعة الموقوف أو ما يعرف بالغلة وهذا يضيع حق الدائن³.

رابعا: حصر سلطات الموقوف عليهم في حق الانتفاع دون التصرف

لقد أكدت المادة 18 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف على عدم إمكانية التصرف في أصل الملك الوقفي من الواقف ليشمل الموقوف عليهم، فحصرت حقهم في

¹ -ين مشرني خير الدين، مرجع سابق، ص 29,30.

² -قانون رقم 02-07 المعدل والمتمم للقانون 91-10.

³ -المادة 21 من القانون رقم 91-10، مرجع سابق.

الانتفاع دون التصرف¹ بنصها على أنه: " ينحصر حق المنتفع بالعين الموقوفة فيها تنتجه وعليه استغلالها استغلال غير متلف للعين وحقه حق انفاع لاحق ملكية"، وفي مقابل ذلك أقر المشرع الجزائري عدم إمكانية التصرف في الملك الوقفي وهذا طبقا لما أشارت إليه صراحة نص المادة 23 من قانون الأوقاف السابق ذكره.

المطلب الثاني: أنواع الوقف وحالات انتهاءه

يعود تقسيم أملاك الوقف إلى عامة وخاصة إلى المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964، المتضمن الأملاك الحبسية العامة²، وذلك بموجب المادة 01 منه التي تنص: "تتقسم الأملاك الحبسية أو الموقوفة إلى قسمين: الأحباس العامة والأحباس الخاصة...". كما نصت المادة 06 من القانون رقم 91-10 المتعلق بالأملاك الوقفية المعدل والمتمم على أنه: "الوقف نوعان عام وخاص". وذلك وفقا لما يلي:

- ✓ الفرع الأول: الوقف العام.
- ✓ الفرع الثاني: الوقف الخاص.
- ✓ الفرع الثالث: حالات انتهاء الوقف.

الفرع الأول: الوقف العام

اختلفت التعريفات الفقهية حول الوقف العام، فهناك من ركز على خاصية التأبيد والأشخاص الذين رصد لهم المال الوقفي، حيث عرفه الدكتور محمد مصطفى شبلي: " ما جعل ابتداء على جهة من جهات البر واو لمدة معينة، يكون بعدها على شخص أو أشخاص معينين"³

¹ -بن مشرئن خير الدين، مرجع سابق، ص 28.

² -مرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 17 سبتمبر 1964، يتضمن الأملاك الحبسية العامة، مرجع سابق.

³ -محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، طبعة 04، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص318.

كما عرفه الدكتور ناصر الدين سعيدوني بأنه: " الوقف الذي يعود أساسا على المصلحة العامة التي حبس من أجلها، وهو يتكون من الأوقاف الأهلية التي انقرض عقب محبسها"¹.

يستفاد منما تقدم أن هذه التعاريف متفقة جميعها على الصورة الخيرية للوقف العام. وقد نصت المادة 2/01 من المرسوم رقم 64-283 المذكور سابقا على أنه: " الأحباس العمومية لا تقبل التقيوت ولا تجري عليها المعاملات التجارية بناء على إرادة المحبس ويخصص مدخولها بصورة قطعية لأعمال الخير أو لصالح اجتماعي". كما نصت المادة 02 من المرسوم رقم 64-283 السابق الذكر على أنه: " تعد أوقافا عمومية:

-الأماكن التي تؤدي فيها شعائر الدين.

-الأماكن التابعة لهذه الأماكن.

-الأماكن المحبسة على الأماكن المذكورة.

-الأوقاف الخاصة المعفية التي لا يعرف من حبست عليهم.

-الأوقاف العمومية التي ضمت إلى أملاك الدولة والتي لا يمكن تقويتها ولا تخصيصها".

كما نصت المادة 30 من المرسوم رقم 64-283 سابق الذكر على: " تعتبر من الأوقاف العمومية الأملاك التي اشتراها أشخاص طبيعيين أو معنويون باسمهم الشخصي أو التي وقفت عليهم بعدما اشترت بأموال جماعة من المسلمين أو وقع الاكتتاب عليها في وسط هذه الجماعة أو خصصت تلك الأموال بالمشاريع الدينية"².

¹-ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، دون طبعة، المؤسسات الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص78.

²-مرسوم رقم 64-283 مؤرخ في 17/09/1964، يتضمن الأملاك الحبسية العامة، مرجع سابق.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 06 من قانون الأوقاف رقم 91-10 سالف الذكر التي عرفت الوقف العام على أنه: "الوقف العام هو حبس على جهات خيرية من وقت إنشاءه، ويخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات"¹. وهو قسمان :

-قسم يحدد فيه مصرف معين لريعه، فلا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.

-قسم لا يعرف فيه وجه الخير الذي أراده الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ويصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبل الخيرات.

ولقد حصرت المادة 08 من قانون الأوقاف رقم 91-10 سالف الذكر على أن: "الأوقاف العامة المصونة هي:

-الأماكن التي تقام فيها الشعائر الدينية.

-العقارات أو المنقولات التابعة لهذه الأماكن سواء كانت متصلة بها أو بعيدة عنها.

-الأموال والعقارات والمنقولات الموقوفة على الجمعيات والمؤسسات والمشاريع الدينية.

-الأماكن العقارية المعلومة وقفا والمسجلة لدى المحاكم.

-الأماكن التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار.

-الأوقاف الثابتة بعقود شرعية وضمت إلى أملاك الدولة أو الأشخاص الطبيعيين والمعنويين.

-الأوقاف الخاصة التي لا تعرف الجهة المحبس عليها.

-كل الأملاك التي آلت إلى الأوقاف العامة ولم يعرف واقفها ولا الموقوف عليها والمتعارف عليها أنها وقف.

¹ -قانون رقم 91-10، مؤرخ في 27/04/1991، يتعلق بالأوقاف، مرجع سابق.

-الأملك والعقارات والمنقولات الموقوفة أو المعلومة وقفا والموجودة خارج الوطن تحدد عند الضرورة كيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم"¹.

وعلى هذا فإن هذا التعداد جاء عاما مطلقا جامعا، وذلك لكثرة الأملك الوقفية العامة خاصة أثناء الفترة الاستعمارية، لأن الوقف في تلك الفترة يشكل حيلة قانونية يستعملوها الأهالي في تلك الفترة خوفا من الاستلاء على أملكهم أو الحجز عليها من طرف الاستعمار"².

الفرع الثاني: الوقف الخاص

يقصد بالوقف الخاص استحقاق ريعه ابتداءا ثم لأولادهم فيما بعد ليعود بعد ذلك إلى جهة بر لا تتقطع حسب إرادة وشرط الواقف، ولقد عرفه الدكتور محمد مصطفى شبلي على أنه: " ما جعل أول الأمر على معين سواء كان واحدا أو أكثر، وسواء كانوا معينين بالذات أو معينين بالوصف سواء كانوا أقارب أم لا، ثم بعد هؤلاء المعينين على جهة بر"³.

فالوقف الخاص أو الأهلي هو الوقف الذي يعود على الأولاد ثم الأحفاد ثم الأقارب ومن بعدهم على الفقراء، يؤول الوقف الخاص في النهاية إلى المؤسسات الخيرية عندما لا يكون هناك مستحقين مباشرين"⁴.

كان الوقف الخاص يستعمل كذريعة لحرمان الإناث من الإرث وهو ما سهل ظاهرة انتشار الأوقاف الخاصة على العقب من الذكور دون الإناث وقد نهى عنه الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: " سووا بين أولادكم في العطية ولو كنت مؤثرا لا أثرت النساء على الرجال".

¹- القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991، يتعلق بالأوقاف، مرجع سابق.

²-رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملك الوقف في الجزائر، مرجع سابق، ص45.

³-محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والوقف، مرجع سابق، ص 318.

⁴-رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لأملك الوقف في الجزائر، مرجع سابق، ص47.

لذلك إخراج البنات من الوقف يكون سببا داعيا لإبطاله، وهذا ما أكدته قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1969/03/26¹.

أما موقف المشرع الجزائري في مسألة الوقف الخاص فيتضح في القانون رقم 91-10 الذي أكد فيه صراحة على ضرورة العمل بالوقف الخاص، فعرفه في المادة 6/2 من القانون

أعلاه أنه: "الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

إلا أن الوقف الخاص لم يحض بنفس الأهمية نفسها التي أولاها المشرع الجزائري للوقف العام وذلك من خلال المواد القليلة التي تعالج الوقف الخاص في القانون رقم 91-10 المعدل بموجب القانون رقم 02-10 الذي ألغى المواد المنظمة للوقف الخاص وأصبح خاضعا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بهما².

طبقا لنص المادة 2/01 من القانون السالف الذكر التي تنص على أنه: "يخضع الوقف الخاص للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها". إلا أن المشرع لم يصدر أحكاما تشريعية وتنظيمية تتضمن الوقف الخاص لحد الآن.

لم يؤول المشرع الجزائري أهمية كبيرة للوقف الخاص كما أولاها للوقف العام، وهذا راجع لتترك إدارته وتنظيمه لإرادة الواقف. ونجد ذلك الوقف الذي يجمع فيه الواقف بين الوقف العام والوقف الخاص وهو ما كان فيه نصيب خيري عام، ونصيب أهلي خاص، وهو ما يسمى بالأوقاف المشتركة.

إذ لم ينص المشرع الجزائري على هذا النوع من الأوقاف، ويتمثل هذا النوع في أوقاف الزوايا التي يعود ريعها على أشخاص معينين كالقراية والأهل والذرية، وعلى أغراض ذات مصلحة عامة في آن واحد¹.

¹- خالد رمول، مرجع سابق، ص 48.

²- صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير فالقانون العقاري، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2009-2010، ص 30.

الفرع الثالث: حالات انتهاء الوقف

يقصد بانتهاء الوقف هو انقضاء وزوال المال الموقوف، وينتهي الوقف وفق ثلاث حالات منها: انتهاء الوقف المؤقت، أو انقراض الجهة الموقوفة عليها، أو انقراض الموقوف

عليهم وانتهاه كذلك كخراجه ولضالة النصيب.

أ- انتهاء الوقف المؤقت:

يعتبر جمهور الفقهاء التأييد هو الأصل في الوقف وهو شرط في الصيغة لاعتباره صحيحاً، ذهب الإمام مالك إلى إجازة الوقف المؤقت حسب هؤلاء فإنه ينتهي الوقف بانتهاء المدة المحددة فمن وقف منزله على جهة تنتفع به لمدة 10 سنوات، أعتبر الوقف صحيحاً وإن كان مؤقتاً، وبالتالي فإن الوقف ينتهي بانتهاء المدة التي حددها الواقف عند إنشاء وقفه².

إلا أن المشرع رفض التوقيت في الوقف طبقاً لنص المادة 28 من القانون رقم 91-10 السابق ذكره على أنه: "يبطل الوقف إذا كان محدد الزمن".

ب- انتهاء الجهة الموقوفة عليها أو انقراض الموقوف عليهم:

ينتهي الوقف عند انتهاء الجهة الموقوفة عليها مثال على ذلك أن يقول الواقف: وقفت منزلي على ملجأ اليتامى الذي يقع في مكان كذا... فإن أغلق الملجأ فإن الوقف ينتهي بانتهاء هذه الجهة³.

¹ - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 82.

² - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 145.

³ - نادية أركام، المركز القانوني للوقف في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 25، 26.

كما قد يشترط الواقف في وقفه أن يتم ذلك على طبقتين، فانتهاء الطبقتين الموقوف عليهم الأهل والذرية يعد الوقف منتهيا ولا ينتقل الوقف إلى الطبقة الموالية¹.

ج- انتهاء الوقف لخرابه ولضالة النصيب:

إذا تخرت أعيان الأوقاف وأصبحت غير قابلة للاستغلال ومن غير الممكن إعمارها واستبدالها مما يكفل للمستحقين نصيبا ضئيلا في الغلة أعتبر الوقف منتهيا بقرار من المحكمة.

ينتهي الوقف لضالة النصيب بسبب الإهمال وقلة الرعاية ولا يكون الانتهاء في هذه الحالة إلا بقرار من المحكمة، حيث ترك تقدير هذه الضالة إلى القاضي و يعتبر النصيب ضئيلا إذا كان ربع الأملاك الموقوفة قليل جدا، أو أن يكون الوقف عامرا لكن كثرت المستحقين فيه يجعل نصيب كل واحد منهم ضئيلا².

¹- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثمارها، مرجع سابق، ص 215.

²-نادية اركام، المرجع نفسه، ص 50.

وفي ملخص هذا الفصل نجد أن الشهادة التوثيقية هي الأداة القانونية التي يتم بموجبها شهر حق الإرث كلما تعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية، يعني ذلك أن ملكية الأموال الموروثة لا تنتقل بشكل قانوني إلى الورثة إلا عن طريق تحريرها من طرف الموثق بطلب من أصحاب الحق، هذا الإجراء القانوني سبب جدلا حول مدى أهمية بالنسبة للورثة وعلاقته بعملية نقل الملكية العقارية ودوره أمام القضاء في حالة أن ثار النزاع بينهم أو مع الغير.

وكذلك يشترط لانعقاد الوقف توافر كل من إرادة الواقف والموقوف عليه، وأن يكون هذا التراضي موجودة حقيقة وقت انعقاد الوقف، وأن ينصب على الوقف ذاته وهو محله، وهذا الأخير يشترط فيه أن يكون صالحا ومشروعا وموجها إلى أشخاص معينين بذاتهم وهم الموقوف عليهم، وحتى تكون إرادة الواقف محددة بغاية مشروعة لا بد من توافر الصيغة لذلك وجب على الموثق مراعاة هذه الأركان أو الشروط، كما أن للوقف شروط لنفاذه حتى يحتج به في مواجهة الغير، لذلك وجب على الموثق القيام بالتسجيل.

الفصل الثاني

يمكن اثبات البيوع الجبرية عن طريق أحكام قضائية، حيث عرفت المنظومة التشريعية في هذا المجال تنوع في طرق إثباتها التي ميزها اختلاف في نضامها القانوني، والشيء الذي جعلنا نقوم بدراسة العقود الصادرة عن الهيئات القضائية في فصلنا هذا هو انعدام سندات الملكية العقارية، مما يؤدي في غالب الأحيان إلى نشوب نزعات قضائية يصعب حل الأحكام القضائية المثبتة للتصرفات القانونية خاصة ما كان منها مرتبطا بالإثبات الملكية العقارية والعقود الناجمة عنها بطريقة عادية في العديد من الأحيان وسنوضح ذلك وفقا للمبشرين التاليين:

- ✓ المبحث الأول: الأحكام القضائية المثبتة للبيوع الجبرية.
- ✓ المبحث الثاني: الأحكام القضائية المثبتة للتصرفات القانونية.

المبحث الأول: الأحكام القضائية المثبتة للبيع الجبرية

تعتبر الأحكام القضائية المثبتة للبيع الجبرية من أهم الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية الجزائرية حيث يتم إثبات الملكية العقارية والبيع التي تتم بين طرفين لنقل ملكية عقار معين من شخص إلى آخر عن الأحكام القضائية.

حيث تعتبر طريقة المزاد وتثبيت الوعد بالبيع وكذلك تثبيت الشفعة من أهم الأحكام التي يصدرها القاضي الجزائري والتي تثبت البيع الجبرية.

وفي هذا المبحث سنتطرق الا أهم الأحكام الصادرة عن القضاء الجزائري والتي تثبت البيع الجبرية وسيتم ذلك وفقا لما يلي:

- ✓ المطلب الأول: حكم رسو المزاد.
- ✓ المطلب الثاني: حكم تثبيت الوعد بالبيع.
- ✓ المطلب الثالث: حكم تثبيت الشفعة.

المطلب الأول: حكم رسو المزاد

يصدر حكم رسو المزاد نهائيا غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية وطرق الطعن الغير عادية، فهو يصدر مباشرة ممهورا بالصيغة التنفيذية، وبالتالي فهو من السندات التنفيذية التي ورد ذكرها في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ كما يترتب على صدور حكم رسو المزاد مجموعة من الآثار تسري في مواجهة الراسي عليه المزاد وفي مواجهة المنفذ عليه فيما يخص البيع الجبرية أو في مواجهة أصحاب البيع الخاصة مثل المالكين على الشيوع و مالك العقار المثقل بتأمين عيني والولي في حالة بيع مناب ناقص الأهلية.

وفيما يأتي سنتطرق إلى:

¹- القانون 09/08 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة رسمية عدد 21 الصادرة 23 أفريل 2008.

- ✓ الفرع الأول: مفهوم حكم رسو المزاد
- ✓ الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن حكم رسو المزاد

الفرع الأول: مفهوم حكم رسو المزاد

بعد انتهاء عملية المزاد، و إيداع المشتري كامل الثمن خلال المهلة القانونية المقدره بثمانية 08 أيام بأمانة ضبط المحكمة، تتوج إجراءات البيع بصدور حكم يسمى "حكم رسو المزاد" يصدره رئيس المحكمة بصفته قاضي البيوع العقارية، و الذي بموجبه يتم تقرير البيع القضائي لفائدة الشخص الذي رسا عليه المزاد بأكبر عطاء، و يعد خاتمة إجراءات التنفيذ لأنه الغاية التي يصبو إليها الحاجزون وكل من يعد طرفا في الإجراءات وأصحاب المصلحة في شراء العقار، لهذا فأهميته كبيرة بالنسبة لكل هؤلاء فضلا عن المدين و الحائز وكل من تعلقت له مصلحة في التنفيذ¹. فباعتبره سندا للملكية ينقل حكم رسو المزاد الملكية وجميع حقوق المدينة المحجوز عليه على العقارات والحقوق العينية العقارية الى الراسي عليه المزاد وكذا الإرتفاقات العالقة بها². كما أن حكم رسو المزاد له طبيعة قانونية خاصة تميزه عن باقي الأحكام القضائية المعروفة باعتباره ليس فاصلا في خصومة قضائية من جهة و سندا للملكية من جهة ثانية كما يختلف عن باقي الأحكام القضائية من حيث البيانات الواجب ذكرها ومن حيث الخصائص التي يتميز بها عن باقي الأحكام.

أولا: الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد

اعتبر المشرع الجزائري حكم رسو المزاد من السندات التنفيذية التي ورد النص عليها في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهو ليس حكما فاصلا في خصومة قضائية، وإنما هو مجرد محضر لبيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع، وإثبات إيقاعه، وهو قرار يصدر بما للقاضي من سلطة ولائية، وعليه فإن هذا الحكم يكون

¹ - أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية الإسكندرية، ط3، 1986، ص762.

² - عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009، ص382.

قابل للطعن فيه بالبطلان وليس بطرق الطعن في الأحكام¹، فإذا تمت المزايدة مخالفة للإجراءات المنصوص عليها قانونا، جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان حكم رسو المزاد العلني شأنه شأن البيع الاختياري و تزول معه كل الالتزامات التي ترتبت في ذمة الراسي عليه المزاد².

ومن الملاحظة أيضا أن قانون الإجراءات المدنية لم يكن ينص على جواز الطعن في حكم رسو المزاد من عدمه وبهذا فقد اتجهت أغلب الآراء الفقهية أنه باعتبار أن هذا الحكم ليس حكم فاصل في خصومة قضائية وإنما يعتبر عملا ولائيا بما للقاضي من سلطة ولائية إقرار منه برسو المزاد العلني على من تقدم بأكبر عطاء، لينهي بذلك إجراءات البيع فإنه لا يمكن بهذا اللجوء لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية للطعن فيه، وبهذا فيجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية باعتبار أنه يدخل ضمن الأعمال الولائية للقضاة، وهو ما نلاحظه من توجه المشرع المصري، حيث أجاز الطعن في حكم رسو المزاد بدعوى بطلان أصلية باعتبار أنه يدخل ضمن الأعمال الولائية للقضاة، وأجاز الطعن فيه بالاستئناف بصفة استثنائية ممن كان طرفا في إجراءات التنفيذ و صح إعلانه بها طبقا لثلاثة حالات وهي :

- وجود عيب في إجراءات المزايدة؛
- وجود عيب في شكل الحكم؛
- صدوره بعد رفض طلب وقف الإجراءات حيث يكون الوقف واجب قانونا أما فيما عداها فالطعن فيه يكون بدعوى بطلان أصلية.

و غير أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية قد نص في المادة 765 منه على أن حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن بطرق عادية وغير عادية، ولعل مرد ذلك هو أن المشرع أجاز في المادة 643 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، إذا كان أي إجراء من إجراءات الحجز (ومن بينها إجراءات المزايدة) قابلا للإبطال أجاز لكل

¹ - محمد حسين، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مكتبة الفلاح، بيروت، ط2، 1986، ص137.

² - قرار المحكمة العليا بتاريخ 29/01/2003 ملف رقم 292327 المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص206.

من المحجوز عليه أو لكل ذي مصلحة أن يطلب بدعوى استعجالية ضد الحاجز والمحضر القضائي الحكم ببطلان الإجراء وزوال ما ترتب عليه من آثار خلال شهر واحد من تاريخ الإجراء وإلا يسقط الحق في طلب الإبطال و يعد ذلك الإجراء صحيحا، فإذا تقاعس عن ذلك خلال شهر يسقط حقه في طلب الإبطال و بالتالي يصدر الحكم برسو المزاد وتعتبر كل الإجراءات بذلك صحيحة ولا يمكن الطعن في هذا الحكم.

ويتضمن حكم رسو المزاد فضلا عن البيانات المعتادة في الأحكام القضائية لا سيما أسماء وألقاب أطراف البيانات التالية:

1. السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز والإجراءات التي تلتها، لا سيما تاريخ كل من التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء وإعلان البيع؛
2. تعيين العقار أو الحق العيني العقاري المباع ومشمولاته؛
3. تحديد الثمن الأساسي للعقار أو الحق العيني العقاري المباع؛
4. إجراءات البيع بالمزاد العلني؛
5. الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصا طبيعيا أو معنويا؛
6. الثمن الراسي به المزاد وتاريخ الدفع؛
7. إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس، حسب الأحوال بتسليم العقار أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد¹

ثانيا: خصائص حكم رسو المزاد

باعتبار أن حكم رسو المزاد ليس بحكم فاصل في نزاع قضائي، إنما ينهي إجراءات البيع بالمزاد العلني، فهو حينئذ لا يخضع لوجوب تبليغه إلى أطراف الحجز²، وغير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية و الغير عادية³، كما صنفه المشرع

¹-المادة 762 من القانون 09/08، مرجع سابق.

²- بريارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص259.

³- المادة 765 من القانون 09/08، مرجع سابق.

الجزائري سندا تنفيذيا بمفهوم المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وبالتالي يتم مهره بالصيغة التنفيذية و ينفذ جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 762 فقرة 07 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وهم المحجوز عليه و الحائز والكفيل العيني والحارس، ويعتبر سندا للملكية.

1- حكم رسو المزاد سندا للملكية

اعتبر المشرع الجزائري حكم رسو المزاد بمثابة سندا للملكية إذا ما تم شهره بالمحافظة العقارية فهو ينقل إلى الراسي عليه المزاد حق الملكية، وكل الحقوق التي كانت للمدين وجميع الارتفاقات المثقلة بها، وهو ما نصت عليه المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- حكم رسو المزاد غير قابل للطعن

سبق وأن تطرقنا إلى أن حكم رسو المزاد ليس حكما فاصلا في خصومة قضائية. وإنما هو مجرد محضر لبيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع وإثبات إيقاعه، وهو قرار يصدر بما للقاضي من سلطة ولائية وعليه فإن هذا الحكم يكون قابل للطعن فيه بالبطلان و ليس بطرق الطعن في الأحكام¹، وهو ما نصت عليه المادة 765 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها "حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن".

3- حكم رسو المزاد ينفذ جبرا

لقد سبق و أن قلنا أن حكم رسو المزاد يصدر نهائيا غير قابل للطعن وهو سند تنفيذي حسب نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما أن المادة 764 من نفس القانون نصت على أن حكم رسو المزاد لا يبلغ لأطراف الحجز ويتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 763 فقرة 07²، والأشخاص

¹ -محمد حسين، مرجع سابق، ص 137.

² -المادة 764 من القانون 09/08، مرجع سابق، "لا يبلغ حكم رسو المزاد لأطراف الحجز، ويتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 763-7 أعلاه".

المذكورين في المادة 763 / فقرة 07 وهم: المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني والحارس.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن حكم رسو المزاد

يترتب على صدور حكم رسو المزاد مجموعة من الآثار ليست ذاتها آثار البيع الرضائي المعروف وفق أحكام القانون المدني، وهي آثار تسودها الطبيعة القانونية، كما تتمتع بعض آثار الأحكام القضائية.

أولاً: التزام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن والمصاريف والرسوم

1-التزام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن

يلتزم الراسي عليه المزاد بدفع الثمن الذي رسا به المزاد، إضافة إلى المصاريف و الرسوم المستحقة، حيث يدفع حال رسو المزاد (5/1) خمس مبلغ رسو المزاد وعليه دفع المبلغ الباقي في أجل أدنى أقصاه 08 أيام بأمانة الضبط، إذا لم يلتزم الراسي عليه المزاد بذلك خلال الأيام المحددة، يتم إعداره من طرف المحضر القضائي بالدفع خلال مهلة خمسة 05 أيام تحت طائلة إعادة إجراءات البيع بالمزاد العلني على ذمته¹مع تذكيره بأنه في حالة إعادة البيع على حسابه، في هذه الحالة يكون ملزماً بدفع فارق الثمن إذا أعيد بيع العقار بأقل من الثمن الراسي به المزاد، وكعقاب له لا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى.

كما يتضمن منطوق الحكم الصادر برسو المزاد للبيع الثاني، إلزام المزايد المتخلف بدفع فرق الثمن إن وجد².

2-التزام الراسي عليه المزاد بدفع المصاريف والرسوم

أ-تسديد رسم التسجيل والطابع:

¹-المادة 757 فقرة 02 و03 من القانون 09/08 ، مرجع سابق.

²-المادة 758 من القانون 09/08، المرجع السابق.

يلزم الراسي عليه المزاد من خلال إجراءات تسجيل الحكم بمصلحة التسجيل و الطابع التابعة لمديرية الضرائب بتسديد رسم تختلف نسبته حسب صفة الراسي عليه المزاد إن كان من الغير أو مالك على الشيوخ¹، وهو ما ورد تفصيله بالأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل

ب- تسديد رسم إشهار حكم رسو المزاد:

يقع على عاتق الراسي عليه المزاد وذلك بتسديد حقوق إجراءات إشهار الحكم حتى يصبح الحكم سندا ناقلا للملكية حسب نسبة 01 بالمئة من مبلغ رسو المزاد وهو ما تم نصه في قانون التسجيل المعدل والمتمم بقانون المالية التكميلي وذلك في نص المادة 353 مكرر من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل.

3- تسديد أتعاب المحضر القضائي:

يتحمل الراسي عليه المزاد كل من رسم التسجيل ورسم الإشهار وكذلك مصاريف المحضر القضائي التي يتم تحديدها من قبل رئيس المحكمة وادراجها بمنطوق الحكم المنطوق على رسو المزاد وهو ما جاء في نص المادة 757 فقرة 02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها " يجب على الراسي عليه المزاد ان يدفع حال انعقاد الجلسة خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة".

كما أكدت المادة 05 فقرة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 78/09² المحدد لأتعاب المحضر القضائي على تحمل الراسي عليه المزاد نسبة من الأتعاب حسب قيمة مبلغ رسو المزاد.

¹ - بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية و القضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2015، ص 191

² - المرسوم التنفيذي 78/09 المؤرخ في 11 فبراير 2009 المتعلق بأتعاب المحضر القضائي، جريدة رسمية عدد 11 صادرة في 15 فبراير 2009.

ثانيا: نقل ملكية العقار وتطهيره من جميع التأمينات العينية:

1-نقل ملكية العقار الى الراسي عليه المزداد:

بصدور حكم رسو المزداد يحدث تغييرا قانونيا بالنسبة لحق الملكية، فبموجبه يحصل الراسي عليه المزداد سندا للملكية، وهو ما نصت عليه المادة 762 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. فانتقال الملكية يخضع للقواعد العامة الخاصة بالشهر لذلك اكد المشرع الجزائري في نص المادة 762 فقرة 02 على المحضر القضائي خلال أجل شهرين من تاريخ صدور حكم رسو المزداد قيده بالمحافظة العقارية من اجل إشهارها¹.

2-تطهير العقار أو الحق العيني العقاري:

تنص المادة 936 من القانون المدني الجزائري² والتي احالا اليها أحكام المادتين 986 و988 من نفس القانون على التالي:

"إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزداد العلني سواء كان في مواجهة مالك العقار أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزداد أو بدفعه إلى الدائنين المقيدين الذين تسمح رتبتهم بإستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

وبالإسناد إلى هذا النص فإن حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار تنقضي بطريق أصلي، إذا ما بيع العقار جبرا بالمزداد العلني سواء تم هذا البيع في مواجهة المالك أو في مواجهة الحائز أو في مواجهة الحارس.

أ-بيع العقار في مواجهة المالك:

¹-المادة 762 فقرة 02 من قانون 09/08، مرجع سابق.

²- الأمر 85/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجديدة الرسمية عدد 75 سنة 1975 والمتمم بقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 جريدة رسمية رقم 31 الصادرة في 13 ماي 2007.

قد لا ينتقل العقار من يد المدين إلى الغير وفي هذه الحالة يتم التنفيذ عليه في يد المالك ويكون الراسي عليه المزاد بين خيارين أن يودع الثمن لدى خزنة المحكمة أو يوزعه على الدائنين حسب مرتبتهم.

ب- البيع في مواجهة الحائز:

يبقى حق الحائز في تطهير العقار قائما إلى يوم إيداع قائمة شروط البيع و هذا ما نصت عليه المادة 915 من القانون المدني¹.

وطبقا لهذه المادة فإن مهلة التطهير تنتهي بإيداع قائمة شروط البيع، وقد يرفض الحائز قضاء الديون أو التطهير أو تخلية العقار، في هذه الحالة يضطر الدائنون إلى بيع العقار في مواجهته.

ج- البيع في مواجهة الحارس:

إن عرض الحائز إذا كان غير كاف كقيمة للعقار فإنه يكون مخيرا بين دفع القيمة الحقيقية أو التخلية، في حالة اختيار التخلية تعين المحكمة حارس للعقار حتى تتم إجراءات البيع بالمزاد العلني ويكون البيع في هذه الحالة في مواجهة الحارس القضائي.

المطلب الثاني: حكم تثبيت الوعد بالبيع

يعد الوعد بالبيع من العقود الصادرة عن الهيئات القضائية المثبتة للبيوع الجبرية حيث لم يعرفه المشرع الجزائري ولم يخصص له أحكام خاصة بالرغم من أهميته لا في القانون المدني ولا حتى القانون العقاري إلا انه أدرجه ضمن الأحكام العامة للوعد بالتعاقد بصفة عامة. وفيما يأتي سنوضح تعريف الوعد بالبيع وبيان آثاره وسيتم ذلك وفقا لما يلي:

✓ الفرع الأول: تعريف عقد الوعد بالبيع وأنواعه

✓ الفرع الثاني: آثار عقد الوعد بالبيع العقاري:

¹-المادة 915 من الأمر 85/75، مرجع سابق.

الفرع الأول: تعريف عقد الوعد بالبيع وأنواعه

أولاً: تعريفه

لم يعرف المشرع الجزائري عقد الوعد بالبيع العقاري، ولم يخصص له أحكاماً خاصة به، بالرغم من أهميته، ولقد اكتفى المشرع الجزائري بالنص في المادة 71 و 72 من القانون المدني¹ على الوعد بالتعاقد بصفة عامة، وتبين المادتين أن الوعد بالتعاقد، وفقاً للقواعد العامة هو عقد بمعنى الكلمة، ينعقد مثله مثل العقد النهائي تماماً، ينشئ حقوقاً وواجبات على المتعاقدين إلا أنه يتميز عن العقد النهائي من حيث محله، المتمثل في التزام أحد المتعاقدين أو كليهما بإبرام عقد نهائي في المستقبل، وبالتالي فإن عقد الوعد بالبيع العقاري هو عقد شكلي، وهو عقد يقترن فيه قبول الموعد له بإيجاب الواعد.

ثانياً: أنواع الوعد بالبيع العقاري

للوعد بالبيع العقاري صوراً معينة، منها:

1- الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد: و يطلق عليه الوعد الأحادي الجانب ببيع العقار²، إذ يلتزم الواعد بالإبقاء على وعده المتمثل في بيع العقار فترة محددة من الزمن، أما الموعد له لا يلتزم بشيء، ويبقى له حق الاختيار في تأكيد إبرام العقد من عدمه، في حين يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعد به، عندما يبدي الموعد له رغبته في إبرام العقد³.

¹- الأمر رقم 58-75، المرجع نفسه.

²- جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، طبعة 2016، الجزائر، ص 17.

³- بلحاج العربي، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة 2015-2016، ص 295.

2- الوعد بالشراء العقاري الملزم لجانب واحد: هو صورة عكسية فالوعد (المشتري) يعد البائع مالك العقار، بأن يشتري منه عقارا معينا، بثمن محدد إذا رغب في بيعه خلال فترة محددة¹. ويعتبر الوعد بالشراء، عقد ملزم لجانب واحد هو الوعد بالشراء، وهنا يشترط في المشتري أهلية أداء كاملة عند إبرام العقد.

3- الوعد بالبيع العقاري المتبادل بالبيع و الشراء أو الوعد الملزم لجانبين: يكون الوعد بالبيع و الشراء في وقت واحد، فيعد أحد المتعاقدين الآخر أن يبيعه عقار محدد إذا أبدى الرغبة في ذلك، ويعد المتعاقد الآخر، بأن يشتري منه هذا العقار، إذا ما أبدى مثل هذه الرغبة، فيلتزم الوعد بالبيع، اذا ما أبدى الموعد له رغبة في الشراء، و يلتزم الموعد له بالشراء إذا ما أبدى الوعد رغبته بالبيع و يبقى الوعد بالبيع الملزم لجانبين، ما هو إلا عقد ابتدائي، لأن القانون يستلزم توفر شروط موضوعية جوهرية للعقد الموعد بإبرامه، وتراضي الطرفين على هذه الشروط².

الفرع الثاني: آثار عقد الوعد بالبيع العقاري:

أولاً: آثار عقد الوعد بالبيع العقاري قبل إبداء الموعد له الرغبة بالتعاقد:

1- الواعد ملزم بإبرام العقد: يترتب عقد الوعد بالبيع العقاري، خلال هذه المرحلة التزاما شخصيا على الواعد، سواء أكان هذا الوعد ملزما لجانب واحد أو ملزما لجانبين، و يتمثل هذا الالتزام الشخصي، في إلزام الواعد بالبقاء على التزامه بإبرام العقد محل الوعد تجاه الموعد له وهو التزام بالقيام بعمل³. فعقد الوعد بالبيع العقاري، يترتب على عاتق الواعد التزام، يتمثل في إبرام البيع النهائي، إذا أبدى الموعد له رغبة في الشراء في المدة المحددة، ففي هذه المرحلة يترتب على الواعد حق شخصي لا عيني، و بالتالي لا تنتقل ملكية العقار إلى المشتري و يترتب على ذلك أن الواعد

¹-منتديات الشؤون القانونية، صور الوعد بالبيع انظر الموقع www.startimes.com.

²-بن خضرة زهيرة، الوعد بالبيع العقاري كعقد تمهيدي لكسب الملكية العقارية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، ص209.

³-علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر 2013، ص156.

يظل مالكا للعقار وثماره وحاصلاته، ويجوز له التصرف فيه وله أن يأجره، إلى أن يعلن المشتري رغبته في الشراء¹.

2- حق الموعود له في الخيار: إذا استعمل الموعود له حق في الميعاد، بإبداء الرغبة في إبرام البيع، كان ذلك منه قبولا للإيجاب الذي تضمنه عقد الوعد، يتم به البيع دون حاجة إلى صدور قبول من الواعد، ودون حاجة إلى أي إجراء آخر². ويعتبر العقد الموعود به قد تم وأنتج أثره من وقت قبول الموعود له، أما إذا أبدى الموعود له رفضه في إبرام البيع كان ذلك إبراء منه للواعد من وعده.

ثانيا: آثار عقد الوعد بالبيع العقاري بعد إيداع الموعود له رغبة في شراء العقار:

1- رغبة الموعود له في إبرام العقد النهائي (تثبيت العقد): للموعود له الحق في إيداع رغبته في شراء العقار، في أي وقت من المدة المحددة المتفق عليها في عقد الوعد بالبيع العقاري، و بالتالي فإذا أبدى المدعو له رغبته في شراء العقار خلال المدة المتفق عليها يترتب على ذلك انعقاد العقد النهائي، وفي هذا التاريخ و ليس من تاريخ الوعد³.

أما إذا انقضت المدة، دون أن يبدي الموعود له الرغبة في الشراء، فإن الواعد يتحلل من التزامه وينقضي بذلك العقد.

وبالتالي، فإن لحظة تكوين العقد النهائي ليست فقط بإبداء الموعود له رغبته في الشراء خلال المدة المحددة، بل هي اللحظة التي يمضي فيها الأطراف على الورقة الرسمية لدى الموثق المختص، واستيفاء العقد جميع أركانه التي يقتضيها القانون. فلا بد أن يكون الموعود له كامل الأهلية عند إبداء رغبته في إبرام العقد النهائي كما يلتزم الواعد بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، على النحو الذي يمكنه من الانتفاع به، ووفقا

¹-جمال بدري، المرجع السابق، ص99.

²-بن خضرة زهيرة، مرجع سابق، ص 216.

³-زكرياء سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، ط2، دار هومة، 2014، ص66.

للغرض الذي أعد له، كما يجب أن يكون المبيع مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد¹.

وعلى العموم فإن الواعد يلتزم بضمان انتفاع الموعود له بالمبيع انتفاعا كاملا وهذا تطبيقا لنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

2-جزاء نكول الواعد عن وعده: إذا تم الوعد بالبيع صحيحا بأن تراضى الواعد و الموعود له على الوعد، و تضمن الوعد جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و توافرت الأهلية المطلوبة لدى الواعد و كانت ارادته خالية من العيوب، و حددت المدة التي يبقى فيها الواعد ملتزما بوعده وأفرغ هذا الوعد في شكل رسمي، ويعتبر العقد قد تم من تاريخ إبداء الموعود له رغبته و اتصالها بعلم الواعد، فإذا نكل الواعد عن وعده، بأن يمتنع عن إتمام الإجراءات، وإبرام العقد النهائي، فللموعود له مقاضاته². ويقوم الحكم مقام العقد ويعتبر الحكم تقريرا إذ يعتبر العقد قد تم، من يوم علم الواعد رغبة الموعود له في الشراء وهو ما أشار له المشرع الجزائري في المادة 72 من القانون المدني الجزائري "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

وعلى العموم فإن القواعد العامة لا يمكن أن تحقق للموعود له الحماية القانونية الكافية، و يصير الوعد بالبيع مجرد من أي قيمة ، إذا مكنه من الحصول على التعويض من الواعد الذي نكل عن وعده مباشرة على أساس المسؤولية العقدية، و إخلاله بالتزامه بينما المفروض و الغاية التي يصبو إليها الموعود له هي كيفية الحصول على العين الموعود بها³.

¹ جمال بدري، مرجع سابق، ص 105.

² -زاوي فريدة، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3 جزء 33 سنة 1995، ص 644.

³ -زاوي فريدة، مرجع سابق، ص 639.

ونلاحظ أن العقد النهائي إذا تم فهو يفسخ العقد التمهيدي الذي تم في المرحلة السابقة على التعاقد و يحل محله قانوناً¹.

المطلب الثالث: حكم تثبيت الشفعة

تعرف الشفعة على انها حق تملك العقار المبيع جبرا عن المشتري، بما قام عليه، من ثمن وتكاليف أي النفقات التي أنفقها لدفع ضرر الشريك الدخيل وهي من الحقوق القديمة التي تكفل للشريك أو الجار عدم تسبب الضرر من شريكه أو جاره بإحدى النواحي فيما يأتي سنوضح ذلك وفقا ل:

✓ الفرع الأول: تعريف الشفعة

✓ الفرع الثاني: مشروعية الشفعة

الفرع الأول: تعريف الشفعة

أولاً: التعريف اللغوي

للشفعة معاني متعددة تتناسب في معظمها مع المعنى الاصطلاحي نذكر منها ما يلي:

فقد جاءت بمعنى الزوج فشفع خلاف الوتر، وهو الزوج تقول كان وترا فشفعة شفا وشفع الوتر من العدد شفا صيره زوجا وقوله أنشده ابن الأعرابي لسويد بن كراع وإنما هو لجرير

وما بات قوم ضامين لنا دما فيشفينا إلا دماء شوافع

أي لم نكن نطلب بدم قتيل منا قوما فنستشفي إلا بقتل جماعة وذلك لعزتنا وقوتنا على إدراك الثأر، والشفيع من الأعداد ما كان زوجا تقول كان وترا فشفعته بأخر¹.

¹-بلحاج العربي، مرجع سابق، ص306.

وجاء أيضا بمعنى الضم و الزيادة و صاحب الشفعة بالضم و هي أن تشفع فيها تطلب فتضم إلى ما عندك فتشفعه أي تزيده².

ثانيا: التعريف الشرعي

أطلق المالكية عدة إطلاقات على الشفعة، فمنهم من يقول انها أخذ، ومنهم من يقول انها استحقاق وسأذكر تعريفات المالكية للشفعة:

1- الشفعة أخذ شريك ولو ذميا باع المسلم لذمي: كذميين تحاكموا إلينا أو محبسا ليحبس كسلطان لا محبس عليه أو جار وإن ملك تطرقا، وقد ذكر الخطاب في شرحه لمختصر خليل أن تمام الرسم قوله ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة عقارا بمثل الثمن أو قيمته أو قيمة الشقص، وهو قريب من قول ابن الحاجب.

وهذا التعريف اعترضه ابن عرفة بقوله بأنه رسم الاخذ لا ماهية الشفعة.

2- عرفها ابن عرفة بأنها: استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه، وقد اعترض عليه الخطاب بقوله انه غير جامع لخروج ما تكون فيه الشفعة بقيمة الشقص³.

3- الشفعة استحقاق شريك أخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته بصيغة فله شريك أو كيله الأخذ جبرا ولو ذميا⁴.

¹- لسان العرب/ جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، حققه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، منشورات محمد علي بيضون، لنشر كتب السنة والجماعة، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، مج8، ص 217.

²- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزي أبادي الشيرازي الشافعي، منشورات محمد علي بيوض، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، ج3، ص59.

³- خليل أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالخطاب الرعيني وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق /مواهب الجليل شرح مختصر، ضبط وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج7، ص 366-367.

⁴- أحمد الدريبر، على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الشرح الصغير، نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية، مؤسسة العصر، منشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج3، ص 254.

ثالثاً: التعريف القانوني

ورد تعريف الشفعة في المادة 794 من القانون المدني الجزائري والتي عرفت بها بما يلي: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية".¹

فمن خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري عرف الشفعة على أنها رخصة وليست حق بخلاف ما جاء في بعض التقنيات الأخرى.

ومن المؤكد أن هناك فرق بين الحق والرخصة، فالحق هو مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة فمثلا حرية ملك رخصة أما الملكية فحق.

الفرع الثاني: مشروعية الشفعة**أولاً: حكم الشفعة:**

العمل بالشفعة واجب بالنص والإجماع وقد شد عن هذا القول الأصم وابن عليه فقد أبطلها ردا للإجماع ومنعا من خبر الواحد متمسكين بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه"² وهذا خطأ لأن ما روي في الشفعة وإن لم يكن متواتر فالعمل به مستفيض يصير به الخبر كالمتواتر والإجماع عليه منعقد.

وجاء في القانون الجزائري العمل بالشفعة، حيث نضمها المشرع في القانون المدني ونصوص خاصة أخرى.

¹ - القانون المدني، أمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، مرجع سابق، ص 195.

² - قول رسول الله صلى الله عليه وسلم، أخرجه الدار قطني، كتاب البيوع رقم 87، والبيهقي في السنن الكبرى.

وردت في القانون المدني ضمن القسم الخامس من الفصل الثاني (طرق اكتساب الملكية) من الباب الأول (حق الملكية) من الكتاب الثالث (الحقوق العينية الأصلية) ضمن المواد التالية من 794 إلى 807

كما وردت في بعض النصوص الخاصة نذكر منها

1- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 والمتضمن استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وإيجاباتهم فهذا القانون يمنح الحق في ممارسة الشفعة للدولة في مجال المستثمرات الفلاحية.

2- قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/10/18 وقد نص هذا القانون على استكمال حق الشفعة من خلال المادة 52 والمتعلقة بالمعاملات المنصبة على العقارات الفلاحية، والمادة 71 المتعلقة بالمعاملات المنصبة على العقارات المخصصة للبناء

3- الأمر 76/105 المؤرخ في 1976/12/09 و المتعلق بقانون التسجيل، و قد تضمن القسم الرابع من هذا الأمر حق الشفعة في نص المادة 118 حيث نصت على أنه تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الخزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار و الاستفادة من وعد الإيجار على العقار كله أو جزء منه و الذي ترى فيه بأن ثمن البيع غير كافي مع دفع مبلغ الثمن ما زاد فيه العشر لذوي الحقوق و ذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمامة اللجنة المنصوص عليها في المواد من 102 إلى 106 من نفس الأمر.

ثانيا: حكم بثبوت الحق في الشفعة

نصت المادة 803 من القانون المدني اعتبار الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع و ذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري من خلال هذا النص يستنتج أن صدور الحكم نهائي بثبوت حق الشفعة و يعتبر هذا الحكم

سندا لملكية الشفيع للعقار المشفوع فيه¹، ومع ذلك أن الحكم النهائي الصادر بأحقية الشفيع في حلول محل المشتري في تملك العقار المشفوع هو السبب القانوني المنشأ لحق الملكية إذ أن الحكم يعتبر سندا لملكية العقار المشفوع فيه لذا يجب أن يخضع إلى إجراء الإشهار طبقا لما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواها كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار". وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها السابق عن الغرفة التجارية والبحرية في ملف رقم 84030 المؤرخ في 1994/02/07، "... من المقرر قانون أن الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواها كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولا سيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

وعليه فالشفيع الذي يستصدر حكما نهائيا بأحقية في الشفعة والحلول محل المشتري في ملكية العقار المشفوع فيه يكون قد حصل على سند للملكية، إلا أن هذا السند لا يكون حجة على الغير إلا خضع لإجراءات الشهر العقاري.

¹ - بوراية مريم، حق الشفعة الإدارية في ظل القانون المتضمن التوجيه العقاري 25/90، مذكرة شهادة الماجستير في الحقوق فرع الدولة والمؤسسات العمومية جامعة الجزائر يوسف بن خدة، كلية الحقوق، 2012/2011، ص 106.

المبحث الثاني: الأحكام القضائية المثبتة للتصرفات القانونية

إن الأحكام الصادرة عن القضاء تعد من أهم الأمور التي تثبت التصرفات القانونية للأشخاص حيث تكون لهذه الأخيرة حجية قانونية في مواجهة الغير خاصة إذا ما نشب نزاع بين طرفين على عقار معين سواء كان منشأً أو أرض.

لذلك فإن الأحكام القضائية تعد وسيلة إثبات لملكية عقارية معينة خاصة إذا كانت الملكية انتقلت عن طريق عقد عرفي (أي دون إشهارها فالشهر العقاري) أو عن طريق اكتسابها عن طريق القسمة للخروج من وضعية الشيوخ عن طريق فرز حصص كل شريك بمفرده، وسنوضح ذلك وفقاً لما يأتي:

- ✓ المطلب الأول: حكم صحة العقد العرفي.
- ✓ المطلب الثاني: حكم قسمة المال الشائع.

المطلب الأول: حكم صحة العقد العرفي

لعل الحديث عن العقود طما الحديث عن الأوراق العرفية يكتسب أهمية كبيرة في الحياة اليومية لكل شخص نقصد بها الحياة القانونية أي مدى قدرة هذه الأوراق في عملية الإثبات وهي بالطبع لا ترقى إلى مستوى الأوراق الرسمية والعقود الرسمية، وسنبين ذلك وفقاً لما يأتي:

- ✓ الفرع الأول: تعريف العقد العرفي.
- ✓ الفرع الثاني: شروط صحة العقد العرفي.

الفرع الأول: تعريف العقد العرفي

أول ملاحظة يمكن استخلاصها عند استقراء أحكام القانون المدني، أن المشرع لم يعط تعريفاً خاصاً للعقد العرفي، بل اكتفى فقط بتعريف العقد الرسمي وذلك على النحو التالي:

"العقد الرسمي، عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

وبالتالي وبمفهوم المخالفة فإن العقد العرفي هو ذلك العقد المحرر من غير الأشخاص المذكورين في المادة أعلاه أو من طرفهم لكن خارج إطار مهامهم القانونية، وهذا ما نصت عليه وأكدته المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني بنصها على أنه: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

هذا وقد تعددت التعريفات الفقهية للعهد العرفي، فهناك من عرفه على أنه: "ذلك العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه".¹

وهناك من عرفه على أنه: " ذلك السند الصادر من الأفراد دون أن يتدخل في تحريره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ولا يخضع لشكلية معينة أثناء تحريره".²

وهناك من عرفه على أنه: "تلك الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن ويثبت فيها واقعة قانونية وموقعة من طرف الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة إصبعه".³

وهناك من عرفه على أنه: " كل ورقة مكتوبة يحررها أطراف عاديين دون تدخل أطراف رسمية".⁴

يستخلص من التعاريف السابقة أنه لا يوجد تعريف موحد للعقد العرفي، كمعظم التعاريف في مجال العلوم الإنسانية، إلا أن الجميع يتفق على أن العقد العرفي هو تلك

¹ - على فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، مرجع سابق، ص238.

² - حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة سنة 2003، ص153.

³ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقاً لأحدث التعديلات ومزودة بأحكام القضاء، دار الهدى، الجزائر، طبعة سنة 2009، ص66.

⁴ - عجة الجليلي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، بارتي للنشر، الجزائر، ط سنة 2009، ص564.

الورقة المكتوبة والتي لا تخضع في تحريرها إلى شكلية معينة ما عدا إمضاء صاحب الشأن في تحريرها.

ولا يشترط استعمال طريقة معينة لتحرير العقد العرفي، فيجوز أن يكتب بخط اليد أو الألة الراقنة أو آلة طباعة، كما يمكن أن يكون في شكل استمارة معدة مسبقا يكتفي الأطراف المتعاقدون فقط بملء الفراغات الموجودة فيه.¹

كما لا يهيم بأي لغة كتب العقد العرفي، فقد يكون باللغة العربية أو بلغة أجنبية، إلا أنه إذا كتب بلغة غير اللغة العربية وقدم أمام القضاء فإنه يتطلب ترجمته رسميا للغة العربية تحت طائلة عدم قبوله كسند إثبات في موضوع الدعوى، فإذا كان يمثل مصدر الالتزام ولم تتم ترجمته إلى اللغة العربية وجب استبعاده من النقاش والقضاء كنتيجة حتمية برفض الدعوى لعدم التأسيس، وهو الحكم المنصوص عليه في أحكام المادة 8 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على النحو التالي: "يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول."²

كما أن المادة 130 من قانون التسجيل³ تنص صراحة على أنه: "إذا كان العقد العرفي الواجب تسجيله محررا بلغة غير اللغة الوطنية، فيجب أن يكون مصحوبا بترجمة كاملة تتم على نفقة الملتزم و مصادقة من طرف مترجم معتمد...الخ".

الفرع الثاني: شروط صحة العقد العرفي

لكي يكون العقد العرفي دليلا للإثبات، يشترط القانون الجزائري أن يكون مكتوبا، وأن يكون موقعا من أطرافه وهذا ما سوف نقوم بشرحه على النحو التالي:

¹-رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الدكتوراه، سنة 2014، ص15.

²-القانون الصادر بتاريخ 2008/02/25 الساري المفعول بعد سنة من تاريخ نشرة بالجريدة الرسمية طبقا للمادة 1062 منه.

³-القانون الصادر بموجب الامر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المعدل والمتمم.

أولاً: الكتابة: تعتبر 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، ولا الشخص القائم بتحريرها¹.

ويترتب عن مبدأ الحرية في تحرير العقد العرفي أنه لا يؤثر في صحته ووجود شطب للكلمات أو تحشير أو إضافة بين السطور، إذ يترك الأمر في تقديم ما يترتب عن هذه العيوب المادية إلى المحكمة التي يعود إليها سلطة تقدير ذلك².

كما لا يهم شكل الورقة العرفية التي حرر فيها محتوى العقد بقدر ما يهم ما تم تحريره واثباته بالكتابة.

مع الإشارة إلى أن الكتابة العرفية قد تكون على ورق، كما قد تكون إلكترونية أي عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة أو عبر شبكة الأنترنت. وتأسيساً على ذلك أدمج المشرع الجزائري الكتابة الإلكترونية ضمن المفهوم الواسع للكتابة والملاحظ أن الشروط المطلوبة في الكتابة الإلكترونية من حيث كونها مقروءة وقابلة للثبات بالاستمرارية وهنا فالكتابة الإلكترونية تتم معالجتها بطريقة رقمية حيث تخزن البيانات المكتوبة الكترونياً عن طريق أقراص CD و يمكن لأصحاب الشأن استعمال هذه الأقراص عن طريق جهاز الكمبيوتر وقراءة الكتابة الإلكترونية بشكل واضح حيث تظهر على شاشة الحاسوب في صورة مقروءة واضحة، كما أن عملية تخزين الكتابة على الأقراص أو الأنشطة الممغنطة يضمن حفظها واستمرار وجودها لمدة أطول قد تفوق مدة حفظ الأوراق التقليدية التي قد تتأثر بعوامل الزمن أو الحريق أو الرطوبة³.

والمشرع وبغية منه في تعايش القوانين مع أحدث التكنولوجيات قام باستحداث المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني ناصاً من خلالها أن الإثبات بالكتابة في الشكل

¹-مصطفى مجدي هرجة، التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيازة، دار الفكر العربي، مصر 1993، ص77.

²-محمود عبد العزيز، اليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بنغازي، الجزائر، طبعة سنة 2009، ص145.

³-رامي علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، سنة 2002، ص62.

الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها¹.

ثانياً: التوقيع: يعتبر التوقيع شرطاً أساسياً وجوهرياً من أجل اعتبار العقد العرفي دليلاً للإثبات.

أما عن شكل التوقيع فقد يكون في صورة إمضاء وهو عبارة عن إشارة أو علامة أو مخطوط اعتاد الشخص تحريره للتعبير عن موافقته في مجال التصرفات القانونية.

كما قد يكون التوقيع في شكل بصمة والتي تتم عبر وضع أصبع الإبهام في الحبر ووضعه من جديد على المحرر العرفي وهذه الطريقة لها قوة ثبوتية مطلقة لتمييز كل شخص ببصمة خاصة به، كما أثبتته علم البصمات، وأخيراً قد يكون التوقيع عن طريق الختم والذي هو عبارة عن طابع مادي مصنوع من خشب أو مطاط أو أية مادة أخرى منقوشة عليه هوية صاحبه². والملاحظ أن المشرع الجزائري قد حصر التوقيع في الإمضاء والبصمة فقط دون طريقة الختم الذي استبعدها المشرع لإمكانية حيازته من الغير لسبب من الأسباب الضياع أو حالة السرقة أو حالة التقليد³.

كما يمكن أن يكون التوقيع على شكل الكتروني⁴ شريطة أن يكون محمياً بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره، وهذا كله للوصول إلى حماية واستقرار المعاملات التعاقدية المبرمة في الشكل الإلكتروني. كما يجوز أن التوقيع على بياض أي دون كتابة تاركا للدائن إذا كان محلاً للثقة أن يملأ البياض في الورقة فوق توقيعهم، فتصبح للورقة هذه قيمة الورقة التي وقع عليها المدين بعد أن تمكن كتابتها شريطة أن يتم تدوين الورقة العرفية بما تم الاتفاق عليه مسبقاً، وإذا كان من تسلم الورقة الموقعة على بياض قد تعامل مع الغير بناء على ما دون في هذه الورقة وكان هذا الغير حسن النية فإن إثبات

¹ -أضيفت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

² -رحايمية عماد الدين، مرجع سابق، ص19.

³ -عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 565.

⁴ -أنظر المادة 327 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

عدم مطابقتها للاتفاق لا يبرئ المدين من التزاماته قبل هذا الغير وليس للمدين إلا أن يرجع على من خانته بكتابة بيانات مخالفة للاتفاق¹.

وما تجدر الإشارة إليه أن التشريعات المقارنة ميزت أساساً بين ثلاثة صور للتوقيع الإلكتروني وهي كالتالي:

1- التوقيع الكودي: وهو عبارة عن كود سري يتخذ شكل أحرف أو أرقام يختارها صاحب التوقيع ويتم تركيبها في شكل كودي معين يتم بتحديد شخصية صاحب التوقيع بحيث لا يكون هذا الكود معلوماً إلا له فقط.

2- التوقيع البيومترى: يقوم هذا النظام على اعتماد الصفات والخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان، والتي تتميز أنها تختلف من شخص لآخر كالبصمة الشخصية ومسح العين، أو ما يعرف بالبصمة القرنية ونبرة الصوت والشفاه ودرجة ضغط الدم، ويتم تخزين هذه الخواص على جهاز الحاسوب وذلك عن طريق التشفير².

3- التوقيع بالقلم الإلكتروني: حيث يقوم الشخص برسم توقيع على الشاشة الخاصة بالحاسوب ثم يقوم بالضغط على مربع موافق الموجود في لوحة مفاتيح الحاسوب وبعد ذلك يخزن التوقيع في ذاكرة الحاسوب³.

المطلب الثاني: حكم قسمة المال الشائع:

إن الكلام عن المال الشائع وأحكام التصرف به يدفعنا إلى أن نحزر مفهومها في غاية من الأهمية ألا وهو تعريف قسمة المال الشائع، وكذلك بيان الحكم الذي يقضي بتقسيمه وستتم هذه الدراسة وفقاً لما يأتي:

✓ الفرع الأول: تعريف قسمة المال الشائع.

✓ الفرع الثاني: الحكم القاضي بقسمة المال الشائع.

¹ - محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 71.

² - عجة جيلالي، مرجع سابق، ص 566.

³ - رحابية عماد الدين، مرجع سابق، ص 20.

الفرع الأول: تعريف قسمة المال الشائع

أولاً: التعريف اللغوي للقسمة:

جاء في لسان العرب لابن منظور على أن قسم: القسم: مصدر قسم الشيء يقسمه قسماً فانقسم، والموضوع مقسم، مثال مجلس، أو قسمه جزاه، وهي القسمة، والقسم بالكسر النصيب أو الحظ، والجمع أقسام¹.

وجاء في القاموس المحيط قسمه، يقسمه وقسمه جزأة وهي القسمة بالكسر، وقسم القوم الدهر، فرقههم كقسمهم، والقسم بالكسر وكمنبر ومقعد: النصيب كالأقسومة جمع أقسام، كالقسيم، جمع أقسام... وهذا ينقسم قسمين بالفتح إذا أريد المصدر، وبالكسر إذا أريد النصيب أو جزء من الشيء المقسوم، وقاسمه الشيء: أخذ كل القسمة... والمال اقتسماه بينهم².

ثانياً: التعريف الفقهي للقسمة:

القسمة هي العملية التي تهدف إلى إنهاء حالة الشيوخ واختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع يعادل حصته الشائعة قبل القسمة³.

كذلك القسمة هي سبيل إزالة الشيوخ وبمقتضاها يختص كل شريك بجزء يتناسب مع حصته في المال الشائع.

أما اصطلاحاً في الشريعة الإسلامية فقد وردت عدة تعريفات للقسمة وفقاً للمذاهب الفقهية المختلفة.

أورد الدكتور نعيم سماره المصري تعريفات الفقهاء للقسمة على النحو الآتي:

¹ - أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، طبعة 01، دار صادر بيروت، المجلد الثاني عشر، ص 478.

² - مجد محمد بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، ط 2008، ص 1554-1555.

³ - غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة 2009، ص 194

عند الحنفية القسمة هي: جمع نصيب شائع في مكان معين أو مخصوص.

وعند المالكية: القسمة هي تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو كان التعيين باختصاص تصرف فيما عين له مع بقاء الشركة في الذات.

وعرفها الشافعية والحنابلة بقولهم: القسمة تمييز بعض الأشياء عن بعض وإفرازها عنها بتجزئة الأشياء بالكيل أو غيره¹.

كذلك القسمة هي ذلك الطريق الأساسي شرعا وقانونا لإزالة الشيوع من المال المشترك واستراك كل شريك بقسم متميز².

والقسمة مشروعة أيضا بنص الكتاب والسنة المطهرة، ففي القرآن الكريم نجد العديد من الآيات التي تدل على مشروعيتها ومنها قوله عز وجل " لِلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا"³.

ثالثا: التعريف القانوني للقسمة

لم يعرف القانون المدني الجزائري القسمة أسوة بأغلب القوانين المدنية العربية الأخرى إلا أن القانون المدني الأردني عرف القسمة في المادة 1038 على أنها إفراز وتعيين الحصة الشائعة و قد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي⁴.

وهذا التعريف مقتضب يتعلق فقط بالقسمة العينية ولم يشتمل على قسمة التصفية والتي يراد منها بيع الملك المشاع وتوزيع ثمنه بين الشركاء كل حسب حصته أي أن هذا التعريف استبعد قسمة التصفية.

¹-نعيم سمارة المصري، قسمة المهيأة في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، يناير 2011.

²-مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، 1998، ص345.

³-سورة النساء، الآية 07.

⁴-القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

كذلك الشأن بالنسبة لقانون المعاملات المدنية الإماراتي الذي سار على خطى القانون الأردني حيث نص في المادة 1160 على أن القسمة "إفراز وتعيين الحصة الشائعة وقد تتم بالتراضي أو بحكم القاضي¹."

تلخص إلى أن القسمة هي تلك العملية القانونية التي بمقتضاها يزول الشيوع وذلك بإخراج المالك من مالك ملك شائع إلى مالك مفرز أي مقسم ومحدد تحديدا ماديا واضح المعالم يستأثر به لوحده دون مزاحمة أحد الشركاء.

الفرع الثاني: الحكم القاضي بقسمة المال الشائع

الشيوع هو حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية العقارية.

حيث نصت المادة 727 من القانون المدني: "تجري القسمة بطرق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

إذن وللخروج من حالة الشياح بطريقة القسمة القضائية يوجب القانون على الشريك المشاع أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء أي كلهم بدون استثناء، فيدخلون خصوما في الدعوى تحت طائلة عدم قبولها لعدم انتظام الإجراءات.

لأن القضاء في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوق، وعليه يعد غير سديد القول بأن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفة الخصوم فيها، وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة من تلقاء أنفسهم².

¹ - قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية رقم 5، لسنة 85، معدل بالقانون الاتحادي رقم 01 لسنة 87.

² - عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة العاشرة،

الجزائر، 2014، ص76.

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.

وعلى المحافظ العقاري القيام بأحد الاجرائين، حسب الحالة:

-إما إنشاء بطاقة عقارية جديدة تتعلق بالوحدة 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 العقاري¹.

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

وهذا ما أكدته المادة 10 من القانون رقم 22/03 المؤرخ في 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004.²

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

-سواء كانت القسمة عينية، إذا نصت المادة 727 من القانون المدني: "تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكماً بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

-أو تتم 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 والإدارية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا الإجماع"، وبالتالي يعد حكم رسو المزاد والحالة هذه هو السند المثبت للملكية العقارية.

¹-المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، رقم 30، سنة 1976، المعدل والمتمم.

²-قانون رقم 03-22، مؤرخ في 28 ديسمبر 2003، يتضمن قانون المالية لسنة 2004، جريدة رسمية، العدد 83، سنة 2003.

وباختصار يمكن اثبات البيوع الجبرية عن طريق أحكام قضائية، يتم اللجوء إلى القضاء في حالة عدم وجود حلول لإثبات البيوع الجبرية، حيث عرفت المنظومة التشريعية في هذا المجال تنوع في طرق إثباتها التي ميزها اختلاف في نظامها القانوني، وذلك ما بيناه في الأحكام القضائية المثبتة للتصرفات القانونية وهي من الأمور المثبتة للتصرفات القانونية للأشخاص حيث تكون لهذه الأخيرة حجية قانونية في مواجهة الغير، لذلك فإن الأحكام القضائية تعد وسيلة إثبات لملكية عقارية معينة خاصتا إذا كانت هنا مشاكل في العقد أي عقود غير مشهورة.

وكذلك الأحكام القضائية المثبتة للأحكام القضائية والتي تعتبر من أهم الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية حيث يتم إثبات الملكية العقارية والبيوع التي تتم بين طرفين لنقل ملكية عقار معين من شخص إلى آخر عن طريق حكم قضائي، وذلك ما تمت دراسته فيما سبق على أن المزاد وتثبيت الوعد بالبيع وكذلك تثبيت الشفعة من أهم الأحكام التي تصدر عن القضاء الجزائري وتكون مثبتة للبيوع الجبرية.

الخاتمة

يعتبر إثبات الملكية العقارية عن طريق العقود الكاشفة عن الحقوق العينية في المجال العقاري من الدراسات المتجددة الهامة والتميزة أنها تجمع بين الضرورة العلمية والقانونية. يتضح من مجمل الدراسات السابقة، والنصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية وكذا السلطة التنفيذية والمدعمة باجتهادات السلطة القضائية المنظمة للملكية العقارية يتبين اتجاه الإرادة التشريعية إلى تنظيم مجال إثبات وكشف الملكية العقارية من خلال تسوية الوضعية المعقدة لها.

كما يتضح من مجموع ما تقدم في بحثنا هذا أن العقود الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية إجراء اقتضته الضرورة لتمكين الأفراد الحائزين أو المالكين الذين يفتقدون لسندات الملكية من اثبات حقهم عن طريق العقود الصادرة عن الهيئات القضائية وكذا العقود الصادرة عن الموثق، فنجد أن الدولة الجزائرية قد سعت منذ استرجاع سيادتها الوطنية إلى العمل على ضبط آليات إثبات الملكية العقارية باختلاف أنواعها وأصنافها خاصة ما كان منه في مجال العقود وذلك بإصدار عدة نصوص قانونية ومراسيم تنفيذية يختلف مضمونها وتوجهها باختلاف الفترات الزمنية.

ومما سبق توصلنا إلى جملة من النتائج والاقتراحات وإن لم تعطي حلول جذرية للكشف عن الحقوق العينية العقارية عن طريق العقود إلا أنها ستساهم في وضع حلول مبدئية.

أولاً: النتائج

في الحالات المتعلقة بالعقود الكاشفة عن الحقوق العينية العقارية سواء كان ذلك عن طريق الهيئات القضائية أو عن طريق الموثق وجب التفرقة بين حالتين تتمثلان فيما يلي:

✓ الحالة الأولى: ما إذا كانت الأحكام مستوفية لجميع الشروط الموضوعية والشكلية فإنه بمجرد أن تصبح نهائية تكتسي الصيغة التنفيذية من طرف رئيس أمناء الضبط وذلك من أجل تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية المختصة.

✓ الحالة الثانية: إذا كانت تلك الأحكام غير مستوفية للشروط كإعدام خاتمة أصل الملكية أو خاتمة تقويم العقار أو عدم التجديد الكافي لهوية المستفيد بغية عدم الوقوع في رفض الإشهار من طرف المحافظ العقاري.

ثانيا: الاقتراحات

- ✓ إن كثرة المنازعات العقارية وكذا المدة الطويلة للفصل فيها يقتضي كثرة المحاكم المتخصصة في المجال العقاري وكذا تكوين خاص ومعمق للطلبة القضاة في المجال العقاري.
- ✓ كان لزاما على المشرع أن يقوم بجمع أحكام المزاد العلني في قانون واحد وأن يجعل له سعر مرجعي يتناسب والسوق العالمية.
- ✓ الرفع في رسم التسجيل فالمزاد العلني حتى يكون حق الدولة في مثل هذه المزادات نوعا ما، هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى لا يكون المزاد لعبة لكل شخص أراد الدخول إليه.
- ✓ إقرار قانون خاص بالعقود العقارية وذلك لعدم تماشيها مع العقود المدنية.
- ✓ وضع المحافظة العقارية تحت وصاية وزارة العدل كما هو عليه في بعض البلدان حتى تكفل للأشخاص الحماية التامة لحقوقهم ومعاينة كل من يريد المساس بالأموال العقارية مع ضمان احترام إجراءات الحفظ العقاري.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

-القرآن الكريم

-السنة النبوية

أولاً: المصادر القانونية الرسمية

أ-الأوامر والقوانين:

1-الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة رسمية، العدد 49، الصادر في 11 يونيو 1966.

2-الأمر رقم 75-85، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، العدد 78، الصادر في 30 سبتمبر 1975.

3-الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، العدد 92، مؤرخة في 18 نوفمبر 1975، المعدل والمتمم.

4-الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم بالأمر 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية العدد 44، بتاريخ 26 يونيو 2005.

5- القانون الصادر بموجب الأمر 76-105، مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق ل 09 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل.

6-القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

7-القانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، العدد 24، مؤرخ في 12 جوان 1984، معدل ومتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فيفري 2005، جريدة رسمية، عدد 15، الصادرة في 27 فيفري 2005.

- 8- قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية رقم 05، لسنة 85، معدل بالقانون الاتحادي رقم 01 لسنة 1987.
- 9- القانون 90-30، المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، المتعلق بالأموال الوطنية، جريدة رسمية، عدد 52، الصادرة في 02 ديسمبر 1990.
- 10- القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية، عدد 49، صادر في 18 نوفمبر 1990، معدل ومتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995، جريدة رسمية عدد 55، صادر في 27 سبتمبر 1995.
- 11- القانون رقم 91-10، المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية، عدد 21، صادر في 08 ماي 1991، معدل ومتمم بالقانون 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001، والقانون 02-10 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002.
- 12- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، العدد 14، مؤرخ في 08 مارس 2006.
- 13- القانون 07-02 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية، الجريدة الرسمية، العدد 15، سنة 2007.
- 14- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، العدد 21 الصادرة في 23 أبريل 2008.
- 15- القانون رقم 05-10، المؤرخ في 05 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003، والمتعلق بالمنافسة، جريدة رسمية، العدد 46.

***المراسيم**

1-المرسوم التنفيذي 64-283 المؤرخ في 17 سبتمبر 1964، المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، الجريدة الرسمية، رقم 35، دون ذكر العدد، لسنة 1964، الجزائر، معدل ومتمم.

2-المرسوم التنفيذي 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل التجاري، الجريدة الرسمية، العدد 30، مؤرخ في 14 أبريل 1976، المعدل والمتمم.

3-المرسوم التنفيذي 83-382 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الجريدة الرسمية، عدد 21، سنة 1983.

4-المرسوم التنفيذي 98-381 المؤرخ في 01 ديسمبر 1998، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفيات ذلك، جريدة رسمية، العدد 90، الصادر في 02 ديسمبر 1998.

5-المرسوم التنفيذي 09-78 المؤرخ في 11 فبراير 2009، المتعلق بأتعاب المحضر القضائي، جريدة رسمية، عدد 11، صادر في 15 فبراير 2009.

***القرارات**

1-قرار مجلس الدولة، الغرفة الأولى، بتاريخ 10 جويلية 2000، ملف رقم 206652، غير منشور.

قائمة المراجع

أ-الكتب

1- أبو الفضل جمال الدين محمد ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، طبعة 01، دار صادر بيروت، المجلد الثاني عشر.

- 2- أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية الإسكندرية، ط3، 1986.
- 3- أحمد الدردير، على مختصره المسمى أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الشرح الصغير، نقلا عن طبعة الإدارة المركزية للمعاهد الأزهرية، مؤسسة العصر، منشورات الإسلامية، وزارة الشؤون الدينية، الجزائر، ج3.
- 4- أحمد فراج حسن جابر، عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالميراث والوصية والوقف في الفقه والقانون والقضاء، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005.
- 5- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد أبو المكارم، لسان العرب، دار المعارف، مصر القاهرة، 1989.
- 6- بلحاج العربي، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الثانية، دار هومة 2015-2016.
- 7- بريارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 8- بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2015.
- 9- جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم بن منظور الأنصاري الإفريقي المصري، حقه ووضع حواشيه عامر أحمد حيدر، راجعه عبد المنعم خليل إبراهيم، منشورات محمد علي بيضون، نشر كتب السنة والجماعة، لسان العرب، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، مج8.
- 10- جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، طبعة 2016، الجزائر.

- 11- حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة سنة 2003.
- 12- خليل أبي عبد الله محمد بن عبد الرحمان المغربي المعروف بالحطاب الرعيني وبأسفله التاج والإكليل لمختصر خليل لأبي عبد الله محمد بن يوسف المواق /مواهب الجليل شرح مختصر، ضبط وخرج آياته وأحاديثه زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، ج7.
- 13- رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقفية في الجزائر، دار هومة للنشر والطباعة، الجزائر، 2006.
- 14- زكرياء سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة مع الإشارة إلى موقف الفقه الإسلامي من بعض المسائل، ط2، دار هومة، 2014.
- 15- زهدي يكن، الوقف في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت لبنان، 1388هـ.
- 16- عبد الرزاق بوضياف، إدارة أملاك الوقف وسبل استثمارها (في الفقه الإسلامي والقانون) بدون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 17- عبد السلام ذيب، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، موفم للنشر، الجزائر، 2009.
- 18- عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، بارتي للنشر، الجزائر، ط سنة 2009.
- 19- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر 2013.
- 20- عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة العاشرة، الجزائر، 2014.

- 21- عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 22- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات الهبة الوصية الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 23- غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية، الطبعة الثالثة، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة 2009.
- 24- محمد حسين، التنفيذ القضائي وتوزيع حصيلته في قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مكتبة الفلاح، بيروت، ط2، 1986.
- 25- مجد محمد بن يعقوب الفيروزبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، ط2008.
- 26- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزودة بأحكام القضاء، دار الهدى، الجزائر، طبعة سنة 2009.
- 27- محمد كنازة، الوقف العام في التشريع الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006.
- 28- محمد مصطفى شبلي، أحكام الوصايا والأوقاف، طبعة 04، دار الجامعة للطباعة والنشر، بيروت، 1982.
- 29- مصطفى مجدي هرجة، التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحياة، دار الفكر العربي، مصر 1993.
- 30- محمود عبد العزيز، اليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بنغازي، الجزائر، طبعة سنة 2009.
- 31- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، 1998.

32- ناصر الدين سعيدوني، دراسات في الملكية العقارية، دون طبعة، المؤسسات الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

ب- رسائل الماجستير والدكتوراه

1- نادية إبراهيمي المولودة أركام، الوقف وعلاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث ماجستير، معهد الحقوق، بن عكنون الجزائر، 1996.

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

3- بن مشرّن خير الدين، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المالية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بالقائد، تلمسان، الجزائر، 2012.

4- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الدكتوراه، سنة 2014.

5- نادية أركام، المركز القانوني للوقف في القانون الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.

6- صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني للأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماجستير فالقانون العقاري، قسم العلوم القانونية، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر.

7- عمر ياسين، طرق الاستثمار في الوقف العقاري في التشريع الجزائري، ورقة بحثية، جامعة الوادي.

ج-المجلات والمقالات

- 1-زواوي فريدة، ضرورة شهر الوعد بالبيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، عدد 3، جزء 33، سنة 1995.
- 2-قرار المحكمة العليا بتاريخ 29 جانفي 2003، ملف رقم 292327 المجلة القضائية، العدد الأول، 2003، ص206.
- 3-قرار المحكمة العليا، الغرفة الفلاحية، 14 مارس 2007، ملف رقم 394379، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء 03، 2010، ص 199.
- 4-نعيم سمارة المصري، قسمة المهيأة في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، سلسلة الدراسات الإسلامية، المجلد التاسع عشر، العدد الأول، يناير 2011.
- 5-وهيبة عثمانة، الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائري، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة- الجزائر، العدد السابع، سبتمبر 2015.
- 6-محمد توفيق قديري، دور الشهادة التوثيقية في نظام الشهر العقاري في الجزائر، مجلة آفاق العلمية، المجلة 12، العدد 03، سنة 2020.
- 7-تقار عبد الكريم، تسيير الأملاك الوقفية في الجزائر وطرق تنميتها، مقال علمي، جامعة محمد بوقرة، بومرداس.

www.startimes.com

د - المواقع الإلكترونية

الفهرس

رقم الصفحة	المحتوى
2-1	مقدمة
3	الفصل الأول: العقود الصادرة عن الموثق
5	المبحث الأول: الشهادة التوثيقية
5	المطلب الأول: مفهوم الشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري
6-5	الفرع الأول: تعريف الشهادة التوثيقية
7-6	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للشهادة التوثيقية في التشريع الجزائري
11-7	الفرع الثالث: شروط إعداد الشهادة التوثيقية ومدى إلزاميتها في التشريع الجزائري
12-11	الفرع الرابع: دور الشهادة التوثيقية في إثبات انتقال الحقوق العينية العقارية بالوفاة
13	المطلب الثاني: موقف القضاء من الشهادة التوثيقية
15-13	الفرع الأول: الشهادة التوثيقية شرط لإثبات الصفة
17-15	الفرع الثاني: الشهادة التوثيقية تثير الاختلاف بشأن وجود الحق وإثبات وجوده
18	المبحث الثاني: عقد الوقف
18	المطلب الأول: مفهوم الوقف
21-18	الفرع الأول: تعريف الوقف
28-22	الفرع الثاني: خصائص الوقف
28	المطلب الثاني: أنواع الوقف وحالات انتهاءه
31-28	الفرع الأول: الوقف العام

32-31	الفرع الثاني: الوقف الخاص
35-33	الفرع الثالث: حالات انتهاء الوقف
37	الفصل الثاني: العقود الصادرة عن الهيئات القضائية
38	المبحث الأول: الأحكام القضائية المثبتة للبيوع الجبرية
39-38	المطلب الأول: حكم رسو المزاد
43-39	الفصل الأول: مفهوم حكم رسو المزاد
46-43	الفصل الثاني: الآثار المترتبة عن حكم رسو المزاد
46	المطلب الثاني: حكم تثبيت الوعد بالبيع
48-47	الفرع الأول: تعريف عقد الوعد بالبيع وأنواعه
51-48	الفرع الثاني: آثار عقد الوعد بالبيع العقاري
51	المطلب الثالث: حكم تثبيت الشفعة
53-51	الفرع الأول: تعريف الشفعة
55-53	الفرع الثاني: مشروعية الشفعة
56	المبحث الثاني: الأحكام القضائية المثبتة للتصرفات القانونية
56	المطلب الأول: حكم صحة العقد العرفي
58-56	الفرع الأول: تعريف العقد العرفي
61-58	الفرع الثاني: شروط صحة العقد العرفي
61	المطلب الثاني: حكم قسمة المال الشائع
64-62	الفرع الأول: تعريف قسمة المال الشائع
65-64	الفرع الثاني: الحكم القضائي بقسمة المال الشائع
70-69	الخاتمة

