



الفصل الأول:

السندات والأحكام القضائية

المنبثقة للملكية العقارية الخاصة

في الأراضي الغير ممسوحة



تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات، إذ يمكن أن تثبت بها جميع الوقائع القانونية سواء كانت الواقعة مادية أو تصرفاً قانونياً فضلاً عن أنّ الكتابة دليل يمكن إعداده مقدّماً أي وقت إنشاء التصرف وقبل أن ينشأ التصرف.

وهذا ما جعل المشرع الجزائري يعمل على تحديد مختلف السندات التي تثبت الملكية العقارية عبر مختلف التشريعات ومن أجل توضيح هذه الوسائل أو الأدوات القانونية التي تعمل على إثبات الملكية العقارية خاصة في الأراضي الغير ممسوحة ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى أربع مباحث وهذا على النحو الآتي:

المبحث الأول: السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

المبحث الثاني: السندات العرفية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

المبحث الثالث: السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

المبحث الرابع: الأحكام القضائية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

المبحث الأول: السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الاراضي الغير ممسوحة.

لا يقوم أي جدال في مدى حجّية الكتابة الرسمية في ميدان إثبات الإلتزام والحقوق لما لها من قوّة في مجال الإثبات لاسيما في ميدان الحقوق العينية العقارية.

ويلجأ الناس في تثبيت حقوقهم إلى العقود التوثيقية⁽¹⁾ والتي تعتبر دليلا قطعي للإثبات لا يطعن فيه إلا بالتزوير، على أساس أنّها يتم تحريرها من طرف ضابط عمومي مفوض من السلطة العامة، الأمر الذي جعل إرادة المشرع الجزائري دون أي شكّ تتجّه نحو إقرار الرسمية كشرط أولي لإثبات الملكية العقارية الخاصة، ولأهمية ذلك تطرّقنا إليه من خلال ثلاث مطالب. تناولنا في المطلب الأول مفهوم السندات التوثيقية بصفة عامة والمطلب الثاني خصّصناه لدراسة أنواع السندات التوثيقية أمّا المطلب الثالث فتمّ التطرّق فيه لإعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: مفهوم السندات التوثيقية.

تقتضي دراسة مفهوم السندات التوثيقية التطرّق إلى تعريف السندات التوثيقية وكذلك خصائصها وأيضاً تمييزها عن غيرها من سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف السندات التوثيقية.

أولاً- تعريف السندات التوثيقية في القانون.

لقد أورد المشرع ضمن نصوص القانون المدني تعريف العقد الرسمي بصفة عامة وذلك في المادة 324 ق م التي تنص على أنّ (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).

(1) . يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقّه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، د.ط، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ص 77-78.

ومن أهم ما يمكن استنتاجه من هذه المادة من شروط وعناصر هي:⁽¹⁾

- 1- الشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية وتعتبر هذه الشروط هي قوام ما شرع القانون من ضمانات وهي مرجع ما يتوفر لتلك الورقة من حجّة بالغة في الإثبات.
- 2- كما اشترط القانون من خلال هذا النص أنّ الورقة الرسمية لا بدّ أن تصدر من موظّف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

ثانياً: تعريف السندات التوثيقية في الفقه.

لقد اختلفت وتعدّدت تعاريف السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة ولعلّ أدقّ تعريف لها هو: (السندات التوثيقية هي تلك السندات المشتملة على التصرفات والعقود الواردة على الملكية العقارية الرامية إلى نقل أو تعديل أو إنقضاء أو التصريح بالملكية العقارية التي يحرّرها الموثقون، وهم المختصون بتحريرها وضبطها أو القناصل الجزائريون بالخارج، والتي لها الطابع الرسمي باعتبارها ركن لقيام التصرفات العقارية).⁽²⁾

إذن فالمحرّر الموثق هو شكل رسمي بصبغة الموثق⁽³⁾ على الأعمال التي تتم أمامه لأنّ التوثيق ليس إلّا شكلاً رسمياً يتم وفق إجراءات قانونية معيّنة.⁽⁴⁾

(1) . طلعت محمد دويدار، التعليق على نصوص قانون الإثبات، الطبعة الرابعة، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1994، ص 194.

(2) . أحمد مبدى، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2005، ص 16.

(3) لفظ ضابط عمومي أطلق على الموثق بموجب القانون رقم 27-88 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتضمن مهنة الموثق بموجب المادة 05 منه.

(4) . أنظر أحمد أبو الوفاء، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، ص 108.

الفرع الثاني: خصائص السندات التوثيقية.

انطلاقاً من تعريف السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة يمكن استخلاص أهم خصائص السندات التوثيقية:

أ. السندات التوثيقية سندات رسمية:

العقد التوثيقي عقد رسمي بل يمثل أحد أبرز مظاهر العقود الرسمية وإن لم يكن أهمها وأكثرها عدداً واستعمالاً، خاصة في ظل إقتصاد السوق حيث يتراجع تدخل الدولة بعقودها الإدارية ليحل محل المعاملات بين أشخاص القانون الخاص.

ومن هنا يتعين على الموثق أن يقدر هذه الميزة - الطابع الرسمي للسند التوثيقي - حق قدرها بحيث يتذكر دائماً أنه بمجرد أن يضع ختمه على عقد يحزره بناء على ما تمّ التصريح به أمامه ويوقعه فقد أصبح هذا العقد منتجاً لآثار العقد الرسمي، إنَّ أيَّ خطأ في التحرير أيّاً كان سببه، لجهل بالإجراءات أو القانون أو التقصير أو الإهمال قد يؤدي إلى الإضرار بمصلحة الطرف الآخر وهي مسؤولية كبيرة، وعليه فقيام الموثق - بصفته ضابطاً عمومياً وشاهداً ممتازاً بتحرير العقد وفقاً للأوضاع المنصوص عليها قانوناً في حدود سلطته واختصاصه الإقليمي والشخصي والموضوعي - يضيف عليه الطابع الرسمي. والجدير بالذكر أنَّ المشرع الجزائري قد أكد ضرورة توفر الشكل الرسمي في كلِّ تصرف قانوني أو عقد يرد على الملكية العقارية عن طريق إثباته في محرر ينجزه غالباً الموثق.⁽¹⁾

(1) . مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص 83.

ب. السندات التوثيقية أعمال قانونية شكلية:

غني عن البيان أنّ السندات التوثيقية هي عقود رضائية احتراماً وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة في التعاقد وهذا يرجع إلى اعتبارات حضارية و إقتصادية و إجتماعية.⁽¹⁾

وهذا تطبيقاً لنص المادة 59 ق م: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبالنظر إلى الأهمية الكبيرة التي تلعبها السندات التوثيقية في إثبات الملكية العقارية فقد أخصّها المشرع إلى جملة من الشكليات التي يتبّعها الموثق أثناء تحرير العقود وتكون في مرحلتين:

أولاً- مرحلة ما قبل التحرير:

هذه المرحلة يتأكد الموثق أنّ الخدمات المطلوبة منه غير مخالفة للقانون ثم يتأكد من شخصية المتعاقدين وله في ذلك أن يطلب كلّ الوثائق التي يستطيع أن يتأكد من خلالها (شهادة ميلاد، بطاقة تعريف وطنية، جواز سفر أو أيّ مستند آخر له قوّة ثبوتية).

وله أيضاً عند التأكد من هويّة الأطراف أن يستعين بشهادة شهود.

ثانياً- مرحلة التحرير:

وهذه المرحلة تتعلق بالبيانات التي يجب أن يحملها السند الرسمي وهي:⁽²⁾

- إسم ولقب الموثق ومقرّ سكناه.
- إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ولادة الأطراف وجنسيّتهم.
- إسم ولقب وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الإقتضاء.
- إسم ولقب المترجم عند الإقتضاء.

(1) . كوثر طراد، السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة تبسة، 2008، ص 18.

(2) . أحمد مبدى، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 16.

كما نصت المادة 26 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق على بعض الشكليات التي تتبع أثناء تحرير العقود التوثيقية وهي:

تكتب وتحرّر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية، ولا تهم وسيلة الكتابة إن كانت اليد أو الآلة الراقمة، أو جهاز الكمبيوتر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالأحرف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، ويصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وعند الإقتضاء الشهود والمترجم.⁽¹⁾

ج- السندات التوثيقية تجسد إرادة الأطراف:

إنّ السندات التوثيقية باعتبارها محرّرات رسمية تتضمن أعمال وتصرفات قانونية سواء تمت بالإرادة المنفردة أو بناء على إتفاق إرادتين في شكل عقد، وهذا هو الغالب عمليا فهي تعكس ما اتّجهت إليه إرادة الأطراف.⁽²⁾

وهذا ما نصت عليه المادة 106 ق م: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلاّ باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرّها القانون).

الفرع الثالث: تمييز السندات التوثيقية عن غيرها من سندات إثبات الملكية العقارية.

إنّ تمييز السندات التوثيقية عن غيرها من السندات المعتمد بها قانونا في إثبات الملكية العقارية يكمن في إبراز أوجه الإختلاف بين السندات التوثيقية والعرفية والسندات الإدارية والأحكام القضائية وهذا سيكون على النحو التالي:

(1) . عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، د.ط، الجزائر، دار هومة، 2004، ص 15.

(2) . كوثر طراد، مرجع سابق، ص 22.

أولاً- تمييز السندات التوثيقية عن المحررات العرفية:

المحررات العرفية هي التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب عمومي من أجل إثبات تصرف قانوني ويتم توقيعها من طرف المتعاقدين بأنفسهم أو الشهود إن وجدوا دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي.⁽¹⁾

وتختلف السندات التوثيقية عن العرفية في النقاط التالية:

1- من ناحية الشكل: يختلف العقد العرفي عن العقد الرسمي من ناحية الشكل على أساس أنّ العقد العرفي لا يتطلب فيه القانون أية شكلية ماعدا الكتابة وتوقيع أصحاب الشأن.

ثانياً- تمييز السندات التوثيقية عن السندات الإدارية:

السندات الإدارية هي تلك العقود التي يبرمها شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ويخول للمتعاقد الإشتراك مع الإدارة في مباشرة تسيير المرفق العام.⁽²⁾

وبالتالي فإنّ السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية تختلف عن السندات التوثيقية في النقاط التالية:

⁽¹⁾ . همام محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الإسكندرية، مصر، الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص 234.

⁽²⁾ . عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الطبعة الأولى، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2002، ج2، ص 194.

1. من حيث الجهة المختصة بتحريرها:

طبقا لقانون التوثيق رقم 06-02 فإنّ السندات التوثيقية تسند صلاحية تحريرها إلى ضابط عمومي يسمى الموثق، يعمل لحسابه الخاص وهو يمارس مهامه في إطار مهنة حرّة.⁽¹⁾ أمّا السندات الإدارية فهي تصدر عن جهة إدارية، إمّا إدارة أملاك الدولة، وتكون ممثلة في أجهزة على المستوى المركزي أو المحلي، أو البلدية.⁽²⁾

2. من حيث النظام القانوني الذي تخضع له:

إنّ شروط إتّباع وسائل القانون العام في العقد ليصير عقدا إداريا يعتبر بحق الشرط الأساسي لإضفاء الصفة الإدارية على عقد ما.

ويعد الضابط والمعيّار القاطع في تحديد العقود الإدارية بطبيعتها وذلك لما يتضمنه القانون العام في قواعده المنظمة والمطبقة على العقود الإدارية من أساليب وشروط استثنائية وغير مألوفة في عقد القانون الخاص.⁽³⁾

3. من حيث الإختصاص القضائي بمنازعاتها:

الجهة القضائية التي يكون لها الفضل في الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها بوصفها صاحبة السيادة تسمى القضاء الإداري إلى جانب جهاز القضاء العادي، وهذا ما يعرف بإزدواجية القضاء.⁽⁴⁾

(1) . أنظر المادة 02 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة الموثق، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2006، عدد 14.

(2) ولتفصيل ذلك أنظر بوشناق جمال، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة سعد، البلدة، 2007، ص 55 - 56

(3) عمار عوابدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 196.

(4) . عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، دون طبعة، مصر، 1996، ص 12.

لأنّ الأمر يتعلّق بسند صادر عن جهة إدارية لتمكين القضاء الإداري من إرساء قواعد القانون الإداري باستثناء العقود الإدارية التي تخضع للقانون الخاص وينظر فيها القاضي العادي⁽¹⁾ وهذا كما نصّت عليه المادة 54 من قانون الأملاك الوطنية المتعلّق بالإستيلاء على التركات.

أمّا بالنسبة للسندات التوثيقية فإنّه لا يتم فحص مشروعية تلك السندات إلّا أمام القضاء العادي حتى لو كان أحد أطراف الدعوى المعني بالإبطال إدارة عمومية وهو الأمر الذي كرّسه القضاء.⁽²⁾

يتّضح من التعريف السالف الذكر أنّ عقد البيع يتميز بجملة من الخصائص أهمها:

1- هو من عقود المعاوضات: لأنّ البائع يأخذ عوضا عن البيع، وهو الثمن، فإن لم يكن هناك ثمن كان عقد هبة.

2- من عقود التراضي: لأنّ القانون لا يشترط لانعقاده إتّباع إجراءات أو أوضاع معيّنة، بل يكفي لتمامه بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين، والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شك في دلالاته على حقيقة المقصود، كذلك يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا.⁽³⁾

3- عقد شكلي: وهذا إذا تعلّق الأمر ببيع عقار معيّن إذ لا يكفي توافر التراضي والمحل والسبب، بل لابدّ من استكمال الإجراءات الشكلية التي أمر بها القانون.

عقد ينقل الملكية: ينقل الملكية من البائع إلى المشتري، مقابل ثمن نقدي، لكن هذه الميزة في عقد البيع منحصرّة في حالة ما يكون عقد البيع منقولاً محدّدا بالذات، أمّا إذا كان محلّ البيع

(1) . عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دون طبعة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، 2003، ص 35.

(2) . كوثر طراد، المرجع السابق، ص 47.

(3) . أنور سلطان، العقود المسماة - شرح عقدي البيع والمقايضة - دون طبعة، الإسكندرية، الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 26.

شيئاً معيناً بالنوع فقط، فإنّ دور عقد البيع ينحصر ويقتصر على إنشاء الالتزام في ذمّة البائع بنقل الملكية.⁽¹⁾

وباعتبار عقد البيع المنصب على عقار من العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية، والناقلة للملكية للمشتري فإنّ المشرع الجزائري أوجب شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً⁽²⁾، وذلك بعد تسجيله في مفتشية التسجيل والطابع ودفع الرسوم الضرورية ويترتب عن عدم شهره عدم نقل الملكية، أمّا عن الشخص المكلف بالتسجيل وشهر عقد البيع المنصب على العقارات الخاصة فهو الموثق دون غيره أو مساعده المحلّف بصفة قانونية، وبالتالي وجب تسجيل عقد البيع في مفتشية التسجيل والطابع في مدّة زمنية أقصاها شهر من تاريخ انعقاده.⁽³⁾

ثالثاً - عقد المقايضة:

أ. تعريف عقد المقايضة:

لقد نظم المشرع أحكام عقد المقايضة بوجه عام في ثلاثة مواد من 413 إلى 415 من القانون المدني، وقد عرّفه في المادة 413 على أنّه: (عقد يلتزم به كلّ من المتعاقدين بأن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود).

وهذا النص مطابق لما جاءت به المادة 472 من القانون المدني المصري.⁽⁴⁾

(1) . خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، دون طبعة، الجزائر، ديوان المطبوعات الجزائرية، 2001، ج4، ص 12.

(2) . المادة 29 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري بنصها (تثبت الملكية الخاصة للأملك العقارية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري): أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1990، عدد 46.

(3) . أنظر المادة 231 من قانون التسجيل رقم 76-05 المعدلة بموجب المادة 13 من القانون رقم 03-22 المؤرخ في 22/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 83، لسنة 2003.

(4) . مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 107.

كقاعدة عامة فإنَّ أيَّ شيء يمكن بيعه يمكن المقايضة فيه، سواء كان هذا الملك مفرزا أو شائعا، كما يمكن المقايضة على حق آخر من الحقوق المنقرعة عن الملكية.⁽¹⁾

ب. شكل المقايضة:

يعتبر عقد المقايضة من العقود الرضائية التي تتم بتوافق إرادتين، بصدور الإيجاب من طرف والقبول من طرف ينعقد العقد، أي أنه لا يتطلب أي شكل لانعقاده، إلا إذا كان محل العقد عقارا فإنه لا ينعقد العقد إلا بتوافر ركن الشكلية إضافة للتراضي، المحل والسبب، وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر من القانون المدني (بأنَّ العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية يجب تحريرها في الشكل الرسمي).⁽²⁾

المطلب الثاني: أنواع السندات التوثيقية المبنية للملكية العقارية

السندات التوثيقية لم يتم تحديدها ضمن قانون التوثيق ولا في أي قانون آخر فهي كثيرة ومتنوعة وذلك تبعا لتنوع التصرفات القانونية الواردة على عقار، وعموما فإنه على معيد العمل التوثيقي سنقوم بدراسة تقسيمات وأنواع السندات التوثيقية على النحو التالي:

الفرع الأول: السندات التوثيقية التعاقدية.

الفرع الثاني: السندات التوثيقية الاحتفائية.

الفرع الثالث: السندات التوثيقية التصريحية.

⁽¹⁾ . رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 377.

⁽²⁾ . أنظر المادة 324 مكرر 1 المعدلة بالقانون رقم 88-04 المؤرخ في 03 ماي 1988.

الفرع الأول، السندات التوثيقية التعاقدية.

السندات التعاقدية هي التي تتجسد فيها ارادتين متطابقتين وتتضمن التزامات متبادلة إذ ان كل طرف فيها يتعهد بتقديم عوض لما يأخذ من الطرف الاخر.(1)

وتعتبر السندات التعاقدية كثيرة ومتنوعة نذكر منها على سبيل المثال عقد البيع والمقايضة وهذا ما سندرسه على النحو التالي:

أولاً: عقد البيع

أ- تعريف عقد البيع

من خلال نص المادة 351 ق م ج يتبين أن عقد البيع عقد يترتب على عاتق البائع التزام بنقل ملكية احد الأشياء أو الحقوق المالية الأخرى إلى المشتري مقابل التزام هذا الأخير بدفع الثمن(2).

يتضح من التعريف السالف الذكر أن عقد البيع يتميز بجملة من الخصائص أهمها:

- هو من عقود المعاوضات، لان البائع يأخذ عوضا عن المبيع، وهو الثمن، فإن لم يكن هناك ثمن كان عقد هبة.

- من عقود التراضي، إن القانون لا يشترط انعقاده اتباع إجراءات أو أوضاع معينة، بل يلتقي لتمامه بمجرد تبادل التعبير عن ارادتين متطابقتين، والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع ظروف الحال شك في دلالاته على حقيقة المقصود، كذلك يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا.(3)

- عقد شكلي: وهذا إذ تعلق الأمر ببيع عقار معين إذ لا يكفي توافر التراضي، والمحل والسبب، بل لا بد من استعمال الإجراءات الشكلية التي أمر بها القانون.

(1) . حمدي باثنا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة ص 27

(2) . خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري -عقد البيع-، الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2000، ج4، ص 106.

(3) . د أنور سلطان، العقود المسماة -شرح عقدي البيع والمقايضة- د ط، الإسكندرية، الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 26.

- عقد بنقل الملكية: ينقل الملكية من البائع إلى المشتري، مقابل ثمن نقدي، لكن هذه الميزة في البيع منحصرة في حالة ما يكون عقد البيع منقولاً محددًا بالذات، أما إذ كان محل البيع شيئاً معيناً بالنوع فقط، فإن دور عقد البيع ينحصر ويقتصر على إنشاء الالتزام في ذمة البائع بنقل الملكية.⁽¹⁾

وباعتبار عقد البيع المنصب على عقار من العقود المنشئة للحقوق العينية العقارية، والناقلة للملكية للمشتري فإن المشرع الجزائري أوجب شهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً.⁽²⁾ وذلك بعد تسجيله في مفتشية التسجيل والطابع ودفع الرسوم الضرورية ويترتب عن عدم شهره عدم نقل الملكية. أما عن الشخص المكلف بالتسجيل و شهر عقد البيع المنصب على العقارات الخاصة فهو الموثق دون غيره أو مساعد المحلف بصفة قانونية، وبالتالي وجب تسجيل عقد البيع في مفتشية التسجيل والطابع في مدة زمنية أقصاها شهر من تاريخ انعقاده.⁽³⁾

ثانياً: عقد المقايضة:

أ- تعريف عقد المقايضة

لقد نظم المشرع أحكام عقد المقايضة بوجه عام في ثلاثة مواد من 413 إلى 415 من القانون المدني، وقد عرفه في المادة 413 على أنه (عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود)

وهذا النص مطابق بما جاءت به المادة 472 من القانون المدني المصري.⁽⁴⁾

(1) - خليل احمد قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4، المرجع السابق، ص 12.
(2) - المادة 29 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري بنصها (تبين الملكية الخاصة للأموال العقارية بعقد رسمي يخضع لقواعد الاستثمار العقاري) أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1990، عدد 46.
(3) - أنظر المادة 23 من قانون التسجيل رقم 76-05 المعدلة بموجب المادة 13 من قانون رقم 03-22 المؤرخ في 22/2/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، المنشور بالجريدة الرسمية، عدد 83، سنة 2003.
(4) - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 107.

الفرع الثاني: السندات التوثيقية الاحتفائية

السندات الاحتفائية هي التي تتم تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين وهي عقود رسمية أطلق عليها المشرع هذه التسمية في نص المادة 324 مكرر⁽¹⁾ من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005⁽²⁾، والمشرع الفرنسي حدّد نوع الشهود واعتبرهم شهود عدل، والقانون المدني لم يذكر العقود التي لها طابع احتفائي، إلا أنّ القانون التوثيقي أدرج كلّ من عقد الهبة والوصيّة والوقف ضمن هذا النوع من العقود وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

أولاً- عقد الهبة:

أ- تعريف الهبة:

عرّف المشرع الهبة بنص المادة 202 من قانون الأسرة بقوله: (الهبة تملك بلا عوض).

وهو ما يفيد أنّ الهبة وسيلة تملك تنتقل بواسطتها ملكية المال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، وعملية نقل الملكية ينتج عنها عنصران آخران وهما عنصر افتقار في جانب الواهب وعنصر اغتناء في جانب الموهوب له.⁽³⁾

ب- خصائص الهبة:

1. الهبة عقد ما بين الأحياء: تتعدّد الهبة بإيجاب وقبول كلّ من الواهب والموهوب له أي تطابق إرادتهما دون أن يشوبها عيب من عيوب الرضا. ويتم وهب العين الموهوبة في حياة كلّ منهما، ولا يجوز الرجوع في الهبة إلا في الحالة التي حدّدها المشرع وهي خاصة بحق الأبوين

(1) . أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1988، عدد 18.

(2) . أنظر الجريدة الرسمية لسنة 2005، عدد 24.

(3) . عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية لطلبة الكفاءة المهنية للمحاماة، الجزائر، مطبعة دار هومة، 2000، ص 106.

في الرجوع عن الهبة لولدهما وهذا طبقا لنص المادة 211 ق أسرة: (للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما")

2. الهبة تصرف في مال بلا عوض: الهبة عقد من عقود التبرع بوجه عام إذ يتصرف الواهب ماله بنية التبرع وبدون عوض، غير أن الهبة تتميز عن عقود التبرع الأخرى بأنه ينقل الملكية سواء كانت عقارا أو منقولا كما يمكن أن تكون حق انتفاع أو استعمال أو ارتفاق أو غير ذلك.⁽¹⁾

3. الهبة عقد شكلي: هي ركن أساسي في عقد الهبة المنصب على عقار أما في عقد الهبة المنصب على المنقول فهو يخضع لإجراءات خاصة إلى جانب الحيابة والرضا ويشترط فيه الشكلية إذ أن الحيابة هي الركن الأساسي في هبة المنقول.⁽²⁾

ثانيا- الوقف:

أ- تعريف الوقف:

أول تعريف الوقف في القانون الجزائري هو ما تضمنته المادة 213 من القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾ بأنه (حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق)، وورد كذلك تعريفه في نص المادة 31 من القانون رقم 50-25 المؤرخ في 08/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري⁽⁴⁾ (الأملك الوقفية هي الأملك العقارية التي جمعها مالكاها سواء كان التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور، وأما نص المادة 03 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في

(1) . عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 06.

(2) . محمد بن أحمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 37.

(3) . أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1984 عدد 24.

(4) . أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1990 عدد 49.

1991/04/27 المتضمن قانون الأوقاف⁽¹⁾ فقد عرّف الوقف كالاتي: (الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير).

ب- خصائص الوقف:

1. **الوقف عقد شرعي:** الوقف إلزام شرعي صادر بالإرادة المنفردة للواقف ينقل فيه حق الإنتفاع بالعين الموقوفة من الواقف إلى الموقوف عليهم دون مقابل وذلك برًا بهم أو ابتغاء لوجه الله.

2. **الوقف حق عيني:** إذ لا يرد إلا على حق الملكية يكون بموجبه للموقوف عليه الإنتفاع بمحل الوقف شرط احترام إرادة الواقف، وإن كان جانب من الشراح يرد بأنه حق شخصي.⁽²⁾

3. **للوقف أثر في ملكية الواقف للمال الموقوف:** ويقصد به مدى تأثير التصرف القانوني الذي بموجبه يبني الواقف وقفه على ملكية المال الموقوف، وذلك من حيث بقائها على الملك الواقف أو انتقالها بالنسبة للواقف، فإن ما يتبقى من ملكه بعد الوقف يقتصر على حصول الثواب ولا حق له في غير ذلك ما لم يكن قد أدخل نفسه في الانتفاع بغلة الوقف.

4. **للوقف شخصية معنوية ذات طابع مؤسسي تميزه كنظام قائم بذاته:** لقد ثار جدال بين الفقهاء لإثبات الشخصية المعنوية للوقف سواء فقهاء الشريعة الإسلامية أو فقهاء القانون، إذ أنّ فكرة افتراض الشخصية الاعتبارية، وإذا كانت لم تظهر إلا في العصر الحديث لكن

(1) . أنظر الجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 81.

(2) . يحيوي عمر، الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية، الطبعة الرابعة، الجزائر، دار هومة، ص 33-34.

الممارسة العملية لها كانت موجودة في واقع الناس قديما في شخص الدولة وبيت المال والحاكم لأنها أسماء مرتبطة بمؤسسة إعتبارية.⁽¹⁾

ثالثا - الوصية:

أ - تعريف الوصية:

عرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة والتي تنص على ما يلي: (الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرّع) ويقصد بهذه المادة أنّ الموصي يقوم بتملك الموصى له محل الوصية بعد واقعة الوفاة، ويقصد بمصطلح تمليك أنّ الوصية بالأعيان من منقول وعقار، وكذا الوصية بالمنافع من سكن دار أو زراعة أرض وجميع أنواع الوصايا سواء كانت بالمال أو غيره.⁽²⁾

ب - شكل الوصية في العقار:

استنادا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فإنّه كأصل عام العقود المنصبة على الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية يجب لانعقادها أن تحرر في الشكل الرسمي إضافة طبعا إلى عنصر التراضي، أمّا إذا كان محل الوصية منقولا فالأمر هنا لا يطرح أي إشكال.

إلاّ أنّه قد ثار جدال فيما يتعلّق بمسألة الشكل الرسمي للوصية لأنها تعتبر تصرفا بالإرادة المنفردة وليست عقدا وبالتالي فهي لا تدخل في مضمون المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لأنّ هذه المادة نصت على الإجراءات المنصوص عليها بالنسبة للعقود والوصية ليست عقدا.⁽³⁾

⁽¹⁾ . خير الدين مشري، إدارة الوقف في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 15-20.

⁽²⁾ . حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، الهبة، الوصية، الوقف، المرجع السابق، ص 45.

⁽³⁾ . عمر حمدي باشا، عقود التبرعات، المرجع السابق، ص 69.

كذلك قانون التوثيق رقم 06-02 في المادة 10 منه التي نصت على أنّ اختصاص الموثق في تحرير العقود وتسليمها للإيداع والسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها إلاّ أنّه لا يوجد نص خاص بالنسبة للوصيّة.

إلاّ أنّه خوفا على المساس بمصلحة الموصى له لافتقاده إلى عقد توثيقي رسمي مشهر مما تعيّن معه القول بضرورة تدخل المشرع لإدراج التصرفات الانفرادية ضمن النصوص القانونية السابق ذكرها.⁽¹⁾

الفرع الثالث: السندات التوثيقية التصريحية.

إضافة إلى أنواع السندات السابق ذكرها يوجد نوع ثالث وهو السندات التوثيقية التصريحية وهذا النوع من السندات يقتصر فيه الموثق على استقبال التصريح من الطالب وتحرير بشأنه عقد في قالب رسمي.

ويندرج ضمن هذا النوع من العقود عقد الشهرة، وكذلك الشهادة التوثيقية وهذا ما سنحاول معالجته على النحو التالي:

أولاً- عقد الشهرة:

عقد الشهرة عبارة عن محرّر رسمي من قبل الموثق طبقاً لأشكال والترتيبات القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، ويتضمن إشهار الملكية العقارية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد.⁽²⁾

وقد أستاذت هذا العقد بموجب المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21 مايو 1983 المتضمن سن إجراءات إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الإعتراف بالملكية الذي تلاه المنشور الوزاري المشترك رقم 04513 المؤرخ في 09/06/1984 لتشجيع وحث المواطنين

⁽¹⁾ . كوثر طراد، المذكرة السابقة، ص 75.

⁽²⁾ . عمر حمدي باشا، محرّرات شهر الحياة، د.ط، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ص 18.

الذين يحوزون أراضي لم تشملها عملية المسح العقاري للحصول على سندات ملكية رسمية عن طريق إعداد عقد الشهرة وذلك في إطار السعي إلى تطهير الوصفية العقارية في انتظار إتمام عملية المسح عبر كامل التراب الوطني وتسليم الدفاتر العقارية.⁽¹⁾

ثانيا - الشهادة التوثيقية:

أ. تعريف الشهادة التوثيقية:

تعتبر الشهادة التوثيقية الوسيلة لشهر حق الإرث في مجموع البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية بإسم جميع المالكين سواء كانوا ورثة أو موصى لهم على الشيوخ بالحصّة التي تعود لكل واحد منهم.⁽²⁾

ويتكون هذا السند "الشهادة التوثيقية" من عناصر أساسية هي:⁽³⁾

1. وجود شخص هالك سواء كان طبيعيا أو معنويا ينقضي عن طريق الحلّ أو التصفية.
2. لا بدّ أن تكون محل هذه التركة حقا عينيا عقاريا، وعليه إذا كانت محلّها منقولا فلا تحرّر بشأنه شهادة توثيقية.
3. لا بدّ من وجود ورثة تؤول إليهم الحقوق العينية طبقا لفريضة يستحسن أن تكون حديثة التاريخ كما أنّها تعتبر بدورها عقد تصريح.

يقوم الموثق بتحرير الشهادات التوثيقية ليس فقط عندما يطلب منه ذلك أحد الورثة ولكن أيضا عندما يطلب منه إعداد عقد يهم جزءا من التركة أو كلّها فهي تحرّر بناء على طلب أحد الورثة أو بمناسبة تصرّفهم في العقارات، ونجد الأساس القانون للشهادة التوثيقية في المادة 1/91 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص

⁽¹⁾ . مسعود كمين، عقد الشهرة، المجلة القضائية، لسنة 2002، عدد 02، ص 184.

⁽²⁾ . عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 35.

⁽³⁾ . ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 210.

على أن (كلّ انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحدّدة في المادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة موثّقة).⁽¹⁾

المطلب الثالث: إعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية.

من مظاهر اهتمام المشرع لهذه السندات هو إسناد مهمة إعدادها لجهة معيّنة لضمان الإشراف الجيّد على هذه العملية، وكذلك بمجموعة من الإجراءات وهو ما يسمح له لاحقا بإعطاء الحجية الكاملة لهذه السندات، وهو ما سنتطرّق له في الفروع الآتية:

الفرع الأوّل: الجهة المختصة بإعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

الفرع الثاني: إجراءات إعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

الفرع الثالث: آثار السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

الفرع الأوّل: الجهة المختصة بإعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

إنّ الحديث عن السندات التوثيقية يجعلنا نصرح عن الأشخاص المكلفين بالتوثيق في التشريع الجزائري، وبما أنّ السندات التوثيقية التي تدفع البعض إلى تسميتها بالعقود الرسمية المدنية، فإنّ التعرّض إلى الهيئة المكلفة بإعدادها يفرض استبعاد شخص مدير أملاك الدولة

⁽¹⁾ . مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 89.

بصفته موثق الدولة والجماعات المحلية لأنّ السندات التي يحرّرها ذات طابع إداري والحال نفسه بالنسبة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي.⁽¹⁾

السندات التوثيقية هي التي تصدر عن الموثق بصفته ضابط عمومي هو يتولى مكتب التوثيق لحسابه وتحت مسؤوليته خاصة بعد أن أصبحت هذه المكاتب منفصلة ومستقلة عن المحاكم بموجب قانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وإذا كان الموثق المسؤول عن تسيير مكتب التوثيق هو الشخص المؤهل قانونا لإعداد السندات وصاحب الإختصاص، الأصل في هذا المجال عبر كامل التراب الجزائري إلاّ أنّه وبالمقابل يعترف المشرع الجزائري لبعض الهيئات الدبلوماسية في الخارج بممارسة المهام التوثيقية، فالقنصل أيضا مؤهل لتحضير العقود طبقا للمرسوم الرئاسي 02-405 المؤرخ في 26/11/2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية التي تخوّل رئيس المركز القنصلي، بالإضافة إلى إعداد عقود الحالة المدنية الخاصة بالرعايا الجزائريين، ممارسة المهام التوثيقية.

وقد نصت على ذلك المادة 38 منه والتي جاءت تحت عنوان المهام التوثيقية وعليه فالقنصل حال ممارسة المهام التوثيقية ملزم باحترام شرطين هما:

1- العمل طبقا للتشريع الجزائري أي التصرفات وفقا للقواعد والإجراءات المنظمة لمهنة التوثيق في الجزائر.

2- إحترام قوانين وأنظمة بلد الإقامة بحيث يحضر على القنصل مخالفة التشريع الوطني للدولة المضيفة.⁽²⁾

⁽¹⁾ . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون الجديد، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، ج8، 1998، ص 106.

⁽²⁾ راجع المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 02-405 المؤرخ في 26/11/2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية، الجريدة الرسمية رقم 79 لسنة 2002، ص 21.

في النهاية نصل إلى القول أنّ الجهة الأصلية صاحبة الاختصاص بتحرير السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية هي مكاتب التوثيق المسيرة من قبل الموثق الذي خول له المشرع اختصاصا كاملا وشاملا ومن هذا المنطلق نقوم بتعريف الموثق وشروط التحاقه بالمهنة، وكذا مهامه.

أولاً- تعريف الموثق:

حسب المادة 03 من قانون التوثيق رقم 06-02 يمكن تعريف الموثق بأنه: (ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة).⁽¹⁾

واستقلالية الموثق خلال أدائه للمهام المسندة إليه لا يعني انفصاله كلياً عن الوزارة الوصية - وزارة العدل - إذ يبقى خاضعا لرقابتها.

ثانياً- شروط الالتحاق بمهنة التوثيق:

لقد قسّمت شروط الإلتحاق بمهنة الموثق إلى شروط عامة وشروط خاصة وهذا حسب قانون التوثيق 06-02.

1. الشروط العامة: من البديهي أنّ الإلتحاق بأيّ منصب يفرض توافر مجموعة شروط عامة التي لها طابع موحد إذ تشترك تقريبا فيها جميع القطاعات ولا تخرج مهنة التوثيق عن ذلك حيث تناولت المادة 06 من قانون 06-02 الشروط الواجب توفرها في المترشّح لمسابقة التوثيق ومن بين تلك الشروط:

* التمتع بالجنسية الجزائرية.

* التمتع بالحقوق المدنية والسياسية.

* التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

⁽¹⁾ . أنظر المادة 1/38 من القانون رقم 06-02 متضمن مهنة التوثيق.

2. الشروط الخاصة: إنّ الشروط الخاصة المقررة قانوناً للإلتحاق بمهنة التوثيق والتي يتعين توافرها في كلّ مترشّح تتعلّق بمسألتين لا غنى عنهما وقد ورد ذكرهما في المادة 06 من قانون التوثيق 02-06 وهما:

* السنّ.

* الشهادة الجامعية.

ثالثاً - مهام الموثق:

من مهامه:⁽¹⁾

* تحرير العقود الرسمية طبقاً لما اشترطه القانون.

* يتولى حفظ أصول العقود الرسمية التي يحررها أو يتولاها للإيداع.

* السهر على تنفيذ الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري والتسجيل لدى مفتشية الضرائب، والإعلان والنشر في الصحف الوطنية...إلخ.

* تسليم النسخ التنفيذية للعقود التوثيقية التي يشرف على تحريرها ونسخ عادية والمستخرجات؛

* تقديم استشارات ونصائح للأفراد في حدود سلطته واختصاصه.

وإذا كانت هذه الصلاحيات هي من صميم اختصاص الموثق فهذا لا يمنع من وجود أوضاع قانونية معيّنة لا يمكن للموثق أن يستلم فيها العقد، فرغم أنّ الموثق في الأصل أهل لتوثيق كافة العقود والتصرفات التي يفرض فيها المشرع الشكل الرسمي كتلك الواردة على الملكية العقارية، غير أنّ قانون التوثيق رقم 02-06 ولا اعتبارات معيّنة، أبرزها ضمان حقوق الأطراف وكذا الحفاظ على نزاهة الموثق وحياده ودفع مظنة المحاباة، سلب الموثق اختصاصه في أيّة ورقة رسمية يكون طرفاً فيها أو تتعلّق مصلحته الشخصية بها أو تربطه بأصحاب الشأن فيها علاقة قرابة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، كما لا يجوز للموثق العضو في المجلس المحلي المنتخب أن يتسلّم أو يتلقّى.⁽²⁾

(1) . ميدي أحمد، المرجع السابق، ص 41-43.

(2) . أنظر المواد 19، 20 و 21 من القانون رقم 02-06 المتضمن مهنة التوثيق.

الفرع الثاني: إجراءات إعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

سُطرت للموثق مجموعة من الإجراءات والأوضاع التي يتعين عليه إتباعها والتي تلازم مختلف المراحل التي يمرّ بها السند التوثيقي، لذا سنتناول إجراءات إعداد السندات في ثلاث نقاط:

أولاً- الإجراءات المقررة قبل تحرير السند.

ثانياً- الإجراءات المقررة أثناء تحرير السند.

ثالثاً- الإجراءات المقررة بعد تحرير السند.

أولاً- الإجراءات المقررة قبل تحرير السند.

تسبق تحرير السند التوثيقي مرحلة تحضيرية يطلق عليها أيضا مرحلة التدخل المسبق، وهي تمثل نقطة اللقاء الأولي بين الموثق والأفراد والتي ينتج عنها وجود العقد التوثيقي، ذلك أنّ اتصال الزبائن بالموثق يكون القصد منه في الغالب إبرام العقد أو إتمام تصرف قانوني وصياغته في الشكل الرسمي، لكن قد يحدث أن يكون الهدف من وراء ذلك مجرد الحصول على المعلومات وفي كلا الحالتين للموثق دور هام يؤديه يتمثل خاصة في تزويد الأطراف بالمعلومات والأحكام القانونية التي تمكنهم من اتخاذ القرارات السليمة ومكتب التوثيق من حيث المبدأ هو المكان المخصص لاستقبال الزبائن وتقديم الخدمات إليهم ولا يجوز للموثق الانتقال إلى مكان تواجد المتعاقدين إلا في حالة الضرورة.⁽¹⁾

وإنّ أهم الإجراءات التي يقوم بها الموثق في هذه المرحلة بعد استقبال الزبائن هي تلقي تصريحاتهم والعمل على تكييفها من الناحية القانونية وهو ما يتم ذكره فيما يلي:

⁽¹⁾ . كوثر طراد، المذكرة السابقة، ص 98.

يتلقى الموثق فور استقباله للزبائن تصريحاتهم حول العقود والإتفاقات المراد إبرامها بحيث يعرض الأطراف شفويا موضوع الإتفاق أو التصرف القانوني وحينها يقوم الموثق بالتأكد في هذه المرحلة من أن الخدمات المطلوبة منه لا تخالف القانون والأنظمة المعمول بها وهذا ما يسمى بالإختصاص الموضوعي.⁽¹⁾

2. تكيف العقد:

ويقصد بذلك استخلاص الطبيعة القانونية للإتفاق المراد إبرامه بين الطرفين وبمعنى آخر هو إعطاء الوصف القانوني الصحيح للإتفاق محلّ الطلب.⁽²⁾

3. شرح الآثار المترتبة على العقد:

دائما في إطار المرحلة التحضيرية للعقد أو السند التوثيقي، على الموثق توضيح الآثار القانونية المترتبة على العقد والإلتزامات التي يخضع لها الأطراف والوسائل التي منحها لهم القانون لضمان تنفيذ عقودهم واتفاقاتهم وهو ما أكدته المادة 13 من قانون التوثيق رقم 06-02. والمقصود بآثار العقد هنا هو الإلتزامات القانونية والمالية التي تترتب في ذمة كل متعاقد بمجرد توقيع العقد.⁽³⁾

ثانيا - الإجراءات المقررة أثناء تحرير السند.

بعد الإنتهاء من المرحلة التحضيرية بكل ما تتضمنه من إجراءات، يقوم الموثق في خطوة موائية بالبدا في تحرير مشروع العقد التوثيقي الذي يجسد إتفاق الأطراف.

وقد تدخّل المشرع في تنظيم شكل السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية، وأبعد من ذلك اشترط ضرورة احتواء العقد على عناصر وبيانات ضرورية لا بدّ أن يرد ذكرها في صلب السند وهي

⁽¹⁾ . ميدي أحمد، المرجع السابق، ص 31.

⁽²⁾ . مصطفى عبد الجواد، مصادر الإلتزام - المصادر الإدارية للإلتزام - نظرية العقد والإرادة المنفردة، دون طبعة، مصر، دار الكتب القانونية، 2005، ص 456.

⁽³⁾ . ميدي أحمد، المرجع السابق، ص 32.

مقرّرة بموجب قواعد أمرّة لا يجوز بأيّ حال من الأحوال مخالفتها وعلى سبيل المثال لا الحصر ما تضمنه القانون المدني في المادة 324 مكرر 2، 3 و4 منه، وكذا قانون التوثيق رقم 06-02 في المادة 26 وما بعدها، والمرسوم 63-76 المتعلّق بتأسيس السجل العقاري في المادتين 61 و62 وهذا ما سنتناوله في النقاط التالية:

1. تحرير السند:

أ. شكل السند التوثيقي.

ب. البيانات التي يتضمنها السند التوثيقي:

- ذكر مكتب التوثيق.
- عنوان التصرف.
- الهوية الكاملة للأطراف.
- تعيين العقار محل التصرف.
- أصل الملكية.
- ذكر وكالات الأطراف المصادق عليها.⁽¹⁾
- الشروط والتكاليف.
- تلاوة القوانين الجبائية.
- شهادة الموثق على صحة ما ورد في العقد.
- الشهود:
- شهود التعريف.
- شهود العدل.

⁽¹⁾ . كوثر طراد، المذكرة السابقة، ص 102.

2. تلاوة مضمون السند التوثيقي على الأطراف.

3. التوقيع على السند التوثيقي.

ثالثا- الإجراءات المقررة بعد تحرير السند (النهائية).

يعتقد الأغلبية أنّ عملية إعداد السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية تنتهي بمجرد أن يتلقى الموثق الإمضاءات على صفات السند أو المحرّر في حين أنّ هذا الإجراء تختتم به عملية توثيق السند أي تحوّل مشروع العقد إلى عقد نهائي مستوفي كافة أركانه وأسس قيامه بما فيها الشكلية أو التوثيق، بعد ذلك تبدأ مرحلة موائية يفرضها المشرع لضمان حقوق الأطراف أو الخزينة العامة لما تتضمنه من إجراءات قانونية لازمة لنقل الملكية وهذا ما سنذكره فيما يأتي:

1. إجراء التسجيل لدى مفتشية الضرائب:

وهذا الإجراء الذي فرضه ونظمه المشرع بموجب الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم بقوانين المالية يتوسط إجراءات نقل الملكية العقارية فهو يأتي بين التوثيق والشهر.⁽¹⁾

2. شهر السندات التوثيقية:

بعد الإنتهاء من إجراءات تسجيل السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية لدى مفتشية التسجيل والطابع المختصة والتأكد من تحقق هذا الشرط الجوهري، الذي بموجبه تكتسب الوثائق المحررة تاريخا ثابتا، يقوم الموثق بإيداعها على مستوى المحافظة العقارية التي يقع العقار بدائرة اختصاصها قصد شهرها وذلك تطبيقا للمادة 793 من القانون المدني.⁽²⁾

3. حفظ أصول السندات التوثيقية وتسليم نسخ منها:

⁽¹⁾ . كوثر طراد، المرجع السابق، ص 117.

⁽²⁾ . مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 10.

بعد القيام بعملية التسجيل والشهر من قبل الموثق على مستوى المصالح المختصة وفور استرداد الأصل المؤشر عليه يقوم بإجراءات حفظ السند وتسليم نسخ منه للأطراف المعنية، وهذه الإجراءات الختامية، التي تندرج ضمن المرحلة النهائية من مراحل إعداد السند التوثيقي المثبت للملكية العقارية، جدّ مهمة بالنسبة لكل الأطراف سواء في الحاضر أو المستقبل.⁽¹⁾

الفرع الثالث: آثار السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

1. بالنسبة لأطراف العقد:

متى تم تحرير السند التوثيقي وفقا للترتيبات والأشكال المقررة قانونا بمعرفة وتدخل الموثق المختص، فإنّ ذلك يجعل السند حجة بين الأطراف فيما تضمنه وهو ما يستفاد من نص المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني الجزائري، يمكن القول أنّ السند التوثيقي يجعل بيد الأطراف سندا تنفيذي قابل لإجراء التنفيذ الجبري بموجبه عبر كامل التراب الوطني، وهو ما يتضح معه أنّ آثار السندات التوثيقية بالنسبة للأطراف تظهر أساسا في مجال الإثبات وكذلك في مجال التنفيذ.⁽²⁾

2. بالنسبة للغير:

إنّ آثار السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية لا تقتصر على الأطراف وحدهم بل تتعدّاهم لتشمل الغير الذين قد تتعلّق مصلحتهم بهذه السندات، ومعنى ذلك أنّ كلّ شخص يمكن أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يثبت ذلك السند فإنّه يحتج به عليه، ويكون قابلا للتنفيذ بموجبه في مواجهته رغم أنّه ليس طرفا فيه خروجاً على قاعدة الأثر النسبي للعقد

⁽¹⁾ . وردية بن محاد، مهنة التوثيق في ظل القانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص 67.

⁽²⁾ . سمير عبد السيد تتاغو، النظرية العامة في الإثبات، دون طبعة، الإسكندرية، مصر، منشأة المعارف، 1997، ص 104.

إذ الأصل أنّ العقد لا يقيد ولا يلزم غير أطراف العقد، غير أننا نرى أنّ المشرع لم يحدّد صراحة في المادة 324 مكرر 5 ما قصده من عمومية هذا النص، هل يعتبر حجة على أطراف العقد فقط أم يتعدى إلى كافة الناس؟ وانطلاقاً من النص يفهم أنّ ما تضمنه السند التوثيقي يكون حجة على جميع الناس.

إذا فإنّ الحجية التي يضيفها القانون على السند التوثيقي بالنسبة للأطراف المتعاقدة هي نفسها التي تكون له في مواجهة الغير.⁽¹⁾

⁽¹⁾ . كوثر طراد، المذكرة السابقة، ص 135 - 138.

المبحث الثاني: السندات العرفية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

لقد تميّزت فترة ما بعد الإستقلال، باستمرار فوضى المعاملات العقارية، شأنها شأن فترة ما قبل الإستقلال، والتي كان الجزائريون خلالها يلجؤون إلى العقد العرفي المثبت لتصرفاتهم عوضاً عن العقد التوثيقي أو العقود التي يعدها القضاة.⁽¹⁾

ومن أجل معرفة المقصود بالعقد العرفي وتبيان حجّيته القانونية وكذا القيمة القانونية التي ربّتها اتجاه إثبات الملكية العقارية الخاصة، ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب تناولنا بالدراسة في المطلب الأول مفهوم العقد العرفي، ثمّ نتطرق بالدراسة في المطلب الثاني إلى حجّية العقد العرفي، أمّا المطلب الثالث والأخير فسوف نخصّصه لمعالجة القيمة القانونية للعقد العرفي الثابت التاريخ في إثبات الملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: مفهوم العقد العرفي.

تقتضي دراسة مفهوم العقد العرفي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، سنتناول في الفرع الأول تعريف العقد العرفي، أمّا الفرع الثاني سنتطرق إلى تبيان شروط صحة العقد العرفي.

الفرع الأول: تعريف السندات العرفية.

تعريف السندات العرفية يكمن في نقطتين أساسيتين هما التعريف القانوني والتعريف الفقهي، وهذا ما سنتناوله على النحو التالي:

أولاً- التعريف القانوني للسندات العرفية:

بعد الرجوع إلى أحكام القانون المدني يتبيّن لنا أنّ المشرع لم يضع تعريفاً خاصاً للعقد العرفي، بل اكتفى فقط بتعريف العقد الرسمي في نص المادة 324 منه وهذا على النحو التالي:

⁽¹⁾ . عبد الله موسى، إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، مقال منشور في مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد الأول، يونيو 2003، ص 32.

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

بمفهوم المخالفة فإنّ العقد العرفي هو ذلك العقد المحرّر من غير الأشخاص المذكورين في المادة أعلاه، أي تلك المحرّرات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب عمومي من أجل إثبات تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم أو الشهود إن وجدوا بغير تدخل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.⁽¹⁾

وهذا ما نصت عليه المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني بنصها على أنّه: (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرّر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف).

ثانياً - التعريف الفقهي:

تعدّدت التعريفات الفقهية للعقد العرفي، فهناك من عرفه على أنّه: (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).⁽²⁾

وهناك من عرفه على أنّه: (سند معدّ للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف).⁽³⁾

والملاحظ أنّه تمّ الإتفاق بين جميع الفقهاء أنّ العقد العرفي (هو تلك الورقة المكتوبة والتي لا تخضع في تحريرها إلى شكلية معيّنة ما عدا إمضاء صاحب الشأن في تحريرها، فيمكن أن تكتب بخط اليد أو الآلة الراقمة أو آلة الطباعة، ويمكن أن تكون في شكل استمارة معدّة سابقاً

⁽¹⁾ . ولتفصيل ذلك أنظر: على الفيلاي، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثانية، الجزائر، موفم النشر، 2005، ص 238.

وأيضاً همام محمود زهران، المرجع السابق، ص 234.

⁽²⁾ . محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 66.

⁽³⁾ . عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية - نظرية الحق، دون طبعة، الجزائر، بارتي للنشر، 2009، ص 564.

يملاً الأطراف المعلومات الموجودة فيها فقط، كما يمكن أن تكون بقلم الحبر أو قلم الرصاص، كما أنّ لونها لا يهم وهذه المسائل كلّها تظل خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي).⁽¹⁾

الفرع الثاني: شروط صحّة العقد العرفي.

لقد تولى المشرع الجزائري تبيان الشروط اللاّزمة لصحّة العقد العرفي المعدّ للإثبات والمتمثلة أساسا في أن يكون العقد مكتوبا وأيضا موقعا من أطرافه وهذا ما سنحاول شرحه على النحو التالي:

أولا- الكتابة:

نيّة المشرع الجزائري من اشتراطه الكتابة في العقد العرفي هي أن يكون العقد متضمنا على كتابة تدل على الغرض الذي أعدت من أجله، ومنصبّة على واقعة معيّنة يراد إثباتها بالمحرّر.⁽²⁾

ولم يشترط المشرع شخص معيّن يتولى كتابة أو تحرير العقود العرفية، فيمكن أن تحرّر من طرف المتعاقدين بأنفسهم، كما يمكن أن يقوم بها أي شخص كان سواء في هيئة كاتب تابع لهم أولا أو يكون مستخدما متخصصا في ذلك وقد يكون موظفا عاما وفي غير الهيئة الرسمية، ويستوي الأمر أن تكون الكتابة بخط اليد أو عن طريق الآلة الراقمة وباللغة العربية أو بأيّ لغة أخرى.⁽³⁾

كما أنّ الكتابة العرفية يمكن أن تكون على الورق، كما يمكن أن تكون إلكترونية أي عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة أو عبر شبكة الإنترنت، والملاحظ أنّ الشروط المطلوبة في الكتابة

⁽¹⁾ . محمود زواويد، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، الجزائر، 1986، ص 93.

⁽²⁾ . عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 17.

⁽³⁾ . نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دون طبعة، الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص 143.

تتوفر في الكتابة الإلكترونية من حيث كونها مقروءة وقابلة للإثبات بالإستمرارية بحيث يتم معالجتها بطريقة رقمية حيث تخزن المعلومات المكتوبة إلكترونياً عن طريق أقراص CD وهذه الطريقة تضمن المحافظة على الكتابة وضمان إستمراريتها لمدة أطول من الأوراق التقليدية التي قد تتأثر بعدة عوامل تتسبب بضياع هذه الأوراق خاصة عامل الزمن أو الحريق مثلاً أو حتى الرطوبة.⁽¹⁾

ثانياً - التوقيع:

التوقيع هو دلالة خطية وتعبير صريح عن الإرادة بالتراضي على مضمون العقد، لذلك فهو يوضع عادة في آخر الورقة حتى يكون منسجماً على جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها.⁽²⁾

ويتمثل التوقيع على الورقة العرفية أن يضع الشخص بخط يده عليها لقبه أو إسمه أو هما معا لذلك فالتوقيع ينجز بالطابع الشخصي، كما أن التوقيع يكون بالبصمة وهذه الطريقة تتميز بالقوة الثبوتية بحيث تميز كل شخص عن الآخر من خلال بصمته وهذا ما أثبتته علم البصمات وهناك نوع آخر من التوقيع وهو التوقيع بواسطة الختم، إلا أنّ المشرع الجزائري قد حصر التوقيع في الإمضاء والبصمة فقط واستبعد ما يعرف بالتوقيع بالختم وهذا لإمكانية حيازته من الغير بطريقة غير شرعية مثل الضياع أو التقليد أو السرقة.

كما يمكن أن يكون التوقيع على الشكل الإلكتروني والذي يحمل ثلاث صور وهي كالتالي:

1. التوقيع الكودي: عبارة عن كود سرّي يتّخذ شكل أحرف أو أرقام يختارها صاحب التوقيع وبالتالي فهو يعتمد على نظام التشفير ويستعمل مفتاحاً خاصاً بحيث يعتمد على تحديد شخصية صاحبه ولا يكون هذا الكود مفهوماً إلاّ له.

⁽¹⁾ . رامي علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، لسنة 2002، العدد الرابع، ص 62.

⁽²⁾ . عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، المرجع السابق، ص 114.

2. **التوقيع البيومترى:** يعتمد هذا النظام على اعتماد الصفات والخواص الفيزيائية والطبيعية للإنسان مثل البصمة الشخصية، نبرة الصوت، درجة ضغط الدم، ويتم تخزين هذه الخواص على جهاز الحاسوب وذلك بطريق التشفير.⁽¹⁾

3. **التوقيع بالقلم الإلكتروني:** حيث يقوم الشخص برسم توقيع على الشاشة الخاصة بالحاسوب ثم يقوم بالضغط على مربع مرافق الموجود في لوحة مفاتيح الحاسوب وبعد ذلك يقوم بالتخزين في ذاكرة الحاسوب.⁽²⁾

تجدر الإشارة إلى أنّ التوقيع هو الشكلية الوحيدة في العقود العرفية، بحيث أنّ وجوده يدلّ على التراضي وبالتالي فغيابه دليل على انعدام عنصر التراضي، وبالتالي فإنّ الورقة العرفية الغير موقعة تعتبر باطلة. إلا أنّ غياب الورقة كسند للإثبات لا يدل على إنعدام أو بطلان التصرف القانوني الذي يصبح إثباته بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين حاسمة، فيجوز للقاضي أن يستخلص من سند غير موقع عليه ثبوت الكتابة إذا تأكّد من مضمون الورقة العرفية أو من خط الطرف الذي يحتج عليه بالسند أو من إنشائه أو من صياغته.⁽³⁾

المطلب الثاني: حجية العقد العرفي.

تختلف حجية العقد العرفي باختلاف المركز القانوني للشخص المخاطب، والإجابة على هذا تكون من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: حجية العقد العرفي بالنسبة لطرفية.

الفرع الثاني: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير.

⁽¹⁾ . لتفصيل ذلك أنظر: نعيمة حاجي، المرجع السابق، ص 134. وأيضا عجة الجليلي، المرجع السابق، ص 555-556.

⁽²⁾ . نجوى ابوهية، التوقيع الإلكتروني، دون طبعة، القاهرة، دار النهضة، ص47

⁽³⁾ . يحي بكوش، المرجع السابق، 134.

الفرع الأول: حجية العقد العرفي بالنسبة لطرفيه.

تطرق المشرع لهذه النقطة في نص المادة 327 ق م حيث أنه (إعتبر المحرر العرفي صادر ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق).

من خلال المادة 327 ق م يتضح لنا أن هذا النص يقضي بأن يحتج عليه بورقة عرفية بإعتبار أنها موقعة منه' يجب عليه إن لم يكن ملما بذلك أن يقوم بإنكارها وإذ لم ينكر المنسوب إليه الخط أو التوقيع صراحة في هذه الحالة يصبح المحرر العرفي في مواجهته كالمحرر الرسمي من حيث الحجية ولا يجوز له الإنكار بعد ذلك، ولا يبقى بيده من أجل دحض حجيته إلا الطعن بالتزوير.

وفي حالة ما نكر المنسوب إليه المحرر العرفي فإن ذلك يؤدي إلى زوال حجيته مؤقتاً.⁽¹⁾

وبالتالي يكفي لكي تزول حجية الورقة العرفية مؤقتاً أن ينكرها صراحة من ينسب إليه صدورها أو أن يحلف الوارث أو الخلف أنه لا يعلم الخط أو التوقيع هو لمن تلقى منه الحق إلا أن هناك حالة يتعين فيها على من ينكر إنساب التوقيع له أن يسلك الطعن بالتزوير وهي الحالة التي يكون فيها التوقيع مصدقاً عليه من الموثق المختص في مكاتب التوثيق لأن هذا التصديق يكسب التوقيع صفة رسمية.⁽²⁾

(1) . سليمان مرقس، الرافي في شرح القاتون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، الطبعة الخامسة، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الجزء الأول، ص 125.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 76.

ولقد حدد المشرع إجراءات الفصل في دعوى مضاهاة الخطوط في المواد من 164 إلى 174 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

وعرف دعوى مضاهاة الخطوط على أنها تلك الهادفة إلى إثبات أو نفي صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي.⁽¹⁾

أما إذا تم الحكم بصحة المحرر العرفي وثبت صدوره من الشخص المنسوب إليه سواء باعترافه أو بثبوت ذلك بعد الإنكار، فإنه يصبح حجية من حيث صحة الوقائع الثابتة به، وعلى من يدعى عكس ذلك عبئ إثبات ما يدعيه بطرق الإثبات العادية، ولا يمنع إقرار الشخص بتوقيعه الوارد على المحرر العرفي من الطعن على موضوع المحرر نفسه، فبالنسبة للوقائع، هل هي جدية أم صورية. وإن كان مجرد نكرها بالمحرر قرينة على أنها صحيحة وهذه القرينة يجوز دحضها بإثبات العكس.⁽²⁾

الفرع الثاني: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير.

قد يكون طرفي العقد العرفي متواطئين في تقديم التاريخ أو في تأخيره لتحقيق غرض معين، يتواطآن في تقديم التاريخ حتى يتفادى مثلا الطعن بالدعوى البوليصية من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذي تشهد به الورقة العرفية فيقدمان تاريخ الورقة حتى يكون البيع أسبق من الدائن فلا يستطيع هذا أن يطعن في البيع بالدعوى البوليصية، لهذا فإن المشرع قد أحاط حماية خاصة للغير لمواجهة العقد العرفي أين نص المادة 328 من القانون المدني على ما يلي: (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء من:

(1) . أنظر المادة 164، من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

(2) . محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون طبعة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 2003، ص 24.

- تاريخ تسجيله.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد حرّره موظف عام.

- من يوم التأشير عليه على ضابط عام مختص.

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة). وتفسيرا أو
إيضاحا لهذه المادة نتعرض إليها من خلال الآتي:

أولاً- إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم تسجيله:

لأهميتها علميا وعمليا يتم هذا التسجيل عن طريق تقديم المحرّر في شكل نسخ إلى
مصلحة التسجيل فتحتفظ هذه المصلحة بنسخة منه في السجل المعدّ لذلك، وتعاد الأخرى إلى
الأطراف بعد أن تسجّل عليها تاريخ الإيداع، وهذا مقابل أداء الرسوم وبهذا يكون للمحرّر
العرفي تاريخ ثابت من تاريخ الإيداع.⁽¹⁾

ثانياً- إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم ثبوت مضمونه في عقد حرّره موظف عام:

قد يثبت تاريخ العقد العرفي عن طريق قيام المحضر القضائي بتبليغ نسخة منه إلى
الغير وتسليم محضر تبليغ العقد العرفي للمرسل، كما قد يثبت تاريخ العقد العرفي كذلك إذا
تعلّق الأمر بمنازعة قضائية وقام القاضي مصدر الحكم موضوع تلك المنازعة. بذكر مضمون
العقد العرفي في وثيقة الحكم على أساس أنّ القاضي ملزم بذكر موجز لوقائع القضية وطلبات
وإدعاءات الخصوم ووسائل دفاعهم وهذا ما أكّده المادة 2/277 من قانون الإجراءات المدنية
والإدارية.⁽²⁾

⁽¹⁾ . محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، دون طبعة، الجزائر، منشورات
بغدادية، 2009، ص 148-149.

⁽²⁾ . عماد الدين رحايمية، مرجع سابق، ص 26.

ثالثاً - إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص:

قد يقدم المحرّر العرفي إلى ضابط عمومي مختص أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بأية إشارة أو عبارة تفيد أنّ المحرّر قد عرض عليه ويكتب لذلك تاريخاً، هذا الأخير يعتبر ثابتاً بالنسبة للمحرّر وفقاً لما ورد في المادة 327 الفقرة الثالثة من القانون المدني.

وتجدر الإشارة أنّه للإعتداد بهذا التاريخ وجب أن يكون الضابط العمومي مختصاً.⁽¹⁾

رابعاً - إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم وفاة أحد الموقعين عليه.

يعتبر هذا الشرط منطقياً وصائباً مع الإشارة أنّ المشرع لم يحدّد صفة صاحب التوقيع على العقد العرفي لكي يكون هذا الأخير ثابت التاريخ فقد يكون المعني دائناً أو مديناً أو شاهداً أو ضامناً أو نائباً على أن تكون له في الورقة العرفية الإمضاء، والملاحظة على الفقرة 4 من المادة 328 من القانون المدني أنّها ليست سهلة التطبيق من الناحية العملية إذ من السهل قيام أصحاب المصلحة بدفع عقد عرفي مزور والإدعاء أنّ الممضي على ذلك العقد قد توفي وفي حالة المنازعات في مثل هذه الحالة لا يبقى للقاضي إلّا القيام بإجراء تحقيق ومضاهاة الخطوط.⁽²⁾

⁽¹⁾ . محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 186.

⁽²⁾ . عبد الحميد سعداوي، العقد العرفي الثابت التاريخ، مقال منشور في مجلة الموثق، لسنة 2000، العدد الثامن، ص 21.

المطلب الثالث: القيمة القانونية للعقد العرفي الثابت التاريخ في إثبات الملكية العقارية الخاصة.

سنتطرق في هذا المطلب إلى التمييز بين حقبتين مختلفتين من الزمن أين فرّق المشرع في القيمة القانونية للعقد العرفي الثابت التاريخ في إثبات الملكية العقارية بوجه عام وهذا ما سوف نتناوله على الشكل التالي:

الفرع الأول: العقد العرفي الثابت التاريخ قبل تاريخ الفاتح جانفي 1971.

نتج عن نظام الحفظ العقاري الإختياري للفترة السابقة لسنة 1971 وهو تاريخ سريان قانون التوثيق آنذاك الحامل لرقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 تطبيق القانون المدني الفرنسي الذي يسمح بإبرام عقود عرفية لمعاملات عقارية، وبالتالي فإنّ الفترة السابقة لـ 01 جانفي 1971 كان يسودها مبدأ الرضائية في إبرام العقود المنصبة على العقارات والحقوق العينية الأصلية التابعة لها مع ضرورة توافر الشروط والأركان الواجبة في كلّ عقد من تراضي ومحل وسبب.

ومن أهم الأسباب التي جعلت الأفراد والأشخاص يلجؤون إلى إبرام عقود عرفية دون اللجوء الى الموثق، التهرب من الجباية العقارية وأتعاب الموثق ونقض السندات القانونية المثبتة للملكية العقارية والتي كان أصحاب العقارات لا يملكون إلاّ شهادة الشهود التي تبين أنّهم يحوزونها أبا عن جدّ.

إلاّ أنّه بعد صدور المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري أصبح هناك مشكل عملي وتطبيقي مفاده عدم إمكانية شهر العقود العرفية الثابتة التاريخ في المحافظة العقارية المختصة إقليميا نظرا لكون المادة 88 من ذات المرسوم تنص على ما يلي: "لا يمكن القيام بأيّ إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارنة للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الإنتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق

المتصرف أو صاحب الحق الأخير... " وهو ما يعبر عنه بمبدأ أو قاعدة الأثر الإضافي للشهر بمعنى انه لا يمكن للمحافظ العقاري المختص اقليميا القيام بعملية شهر العقود أو الأحكام والقرارات النهائية المتضمنة نقل ملكية عقارية إلا إذا كان لتلك الملكية أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية يثبت حق المتصرف الأخير في العقار وهذا تفاديا لوقوع تصرفات مزدوجة على عقار واحد.⁽¹⁾

إلا أنّ أعمال قاعدة الإشهار المسبق لا يمكن تطبيقها في جميع الحالات، إذ توجد في بعض الأحيان حالات معيّنة لا يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم فيها بمقارنة الوثائق محل الشهر مع المحررات السابق شهرها، وهذا بسبب أنّها تعتبر كأول إجراء، أو أنّها حالات اقتضتها عملية التحول من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الإستعمارية إلى نظام الشهر العيني المحدث بموجب الأمر رقم 74-15 المؤرخ في 12/11/1974 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل وهي الحالات التي نتناولها على الشكل التالي:

أولاً- تعديل المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بموجب المرسوم رقم 80/201 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980:

لقد قرّر المشرع في نص المادة الثالثة من تعديل المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 وجعلها على النحو التالي: (لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه: - عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري الذي يكون متمما تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم. - عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1961).

⁽¹⁾ . عمر حمدي باشا وليلى زروقي، مرجع سابق، ص 220.

وقد قامت المحاكم في تلك الفترة بتثبيت صحة هذه العقود العرفية بعد تقديم الأطراف إسهادا من البلدية يثبت أنّ العقار لا يدخل ضمن صندوق الثروة الزراعية⁽¹⁾ أو الإحتياطات العقارية⁽²⁾ تمهيدا لشهرها بالمحافظات العقارية.

ثانيا- تعديل المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993:

عملا على استقرار المعاملات العقارية الثابتة بعقود عرفية، قام المشرع مرة ثانية بتعديل المرسوم رقم 76-63 على أساس أنّ قبل هذا التاريخ كانت عملية الشهر والتوثيق إختيارية وبالتالي ليس من العدل حرمان أصحاب العقود العرفية الثابتة التاريخ من إثبات ملكيتهم العقارية وعليه اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01 جانفي 1971 الصبغة الرسمية من دون اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة لإثبات صحتها إذ يكفي اللجوء إلى الموثق من أجل طلب تحرير عقد إيداع يشهر بالمحافظة العقارية على أن يكتب فيه جميع محتويات العقار والأشخاص المذكورين في العقد والشهود وذلك تسهيلا لضبط البطاقة العقارية مع إعفاء الموثق من ذكر أصل الملكية مع الإشارة أنّ للشهر وظيفة إعلامية فقط وأنه ليس بمصدر للحق العيني العقاري على أساس أنّ التصرف موجود من قبل وما الإشهار إلاّ لإعلام الغير بذلك.

وما يبرّر وجوب إيداع العقد العرفي لدى الموثق لصياغته في شكل رسمي ثم تسجيله لدى مصلحة الطابع والتسجيل وشهره في المحافظة العقارية المادة 793 من القانون المدني التي تنص على أنّه: (لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلاّ إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص

⁽¹⁾ . الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثروة الزراعية، الجريدة الرسمية لسنة 1971، عدد 97.

⁽²⁾ عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 21.

القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار). والمادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

وقد كان موقف القضاة مطابقاً للنصوص السالفة الذكر بدليل ما جاء في القرار رقم 198674 المؤرخ في 26/04/2000 الصادر عن الغرفة العقارية القسم الأول للمحكمة العليا أين صرح (أنّ قضاة المجلس بقضائهم بالزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحديد عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 01/07/1963 قد طبقوا صحيح القانون).

وفضلاً عن ذلك فإنّ المادة 793 من القانون المدني والمادة 16 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الذي يسري مفعوله ابتداءً من 05 يوليو 1975، تتصان على أنّ العقود المتعلقة بالتصرفات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر ناقل للملكية حتى بين الأطراف إلاّ من تاريخ شهرها.⁽¹⁾

الفرع الثاني: العقد العرفي الثابت التاريخ بعد تاريخ 01 جانفي 1971.

تنص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق السابق على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كلّ عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرّر العقد".⁽²⁾

⁽¹⁾. عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص 30.

⁽²⁾. عماد الدين رحايمية، مرجع سابق، ص 33.

يفهم من النص السالف الذكر أنّ كافة العقود العرفية ولو كانت ثابتة التاريخ بعد الفاتح جانفي 1971 وهو تاريخ سريان قانون التوثيق آنذاك باطلة بطلانا مطلقا، وبالتالي لا يمكن الإحتجاج بها أمام القضاء لأنّها لا تعد سندا للملكية العقارية، وللقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه وفي أيّ مرحلة كانت عليها الدعوى على أساس أنّ الرسمية أصبحت شرطا جوهريا وأساسيا بعد تاريخ 1971، وهي ركن في العقد وليست واردة على أساس الإثبات وهذا ما يعتبر خروجاً عن مبدأ الرضائية، إلاّ أنّه ورغم وضوح وصراحة النصوص القانونية فإنّ القضاء الجزائري تباينت مواقفه، وهنا يجب علينا ذكر مرحلتين مختلفتين لموقف القضاء في هذا المجال وهما قبل عام 1997 وبعد عام 1997 وهو ما سوف نتطرق له على النحو التالي:

أولاً- موقف القضاء قبل تاريخ 18 فيفري 1997:

كانت المعاملات المنصّبة على العقارات قبل سنة 1971 خاضعة لمقتضيات القانون المدني الفرنسي، الذي مدّد العمل به طبقاً للقانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 الذي اعتبر العقد العرفي في مجال العقار صحيحاً وإفراغه في شكل رسمي ما هو إلاّ شرط لإجراء الشهر، وذلك وفقاً لما جاء به المرسوم المؤرخ في 04 جانفي 1955 المتعلق بالشهر العقاري.⁽¹⁾

ونظراً لعدم اقتناع القضاة آنذاك بفكرة الرسمية في المعاملات العقارية أصدر رئيس الجمهورية تعليمة رئاسية بتاريخ 30 جوان 1976 وجهت للقضاة وحثّهم من خلالها على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار المحرّر العرفي المتضمن في العقار، حيث كان هدفها سياسي أكثر منه قانوني، وذلك لأنّها جاءت مخالفة لنص قانون صريح يعلوها مرتبة.⁽²⁾

(1) . محمد كاتي، شروط بيع العقار وشروط انتقال ملكية العقار، مقال منشور في مجلة الموثق، العدد 10، شهر ماي 2000، ص 97.

(2) . نادية يونس حداد، العقد العرفي والمعاملات العقارية على قرار الغرف المجتمعة، صادر في 1997، مجلة قضائية، عدد 1، ص 224.

ثانياً - موقف القضاة بعد تاريخ 18 فيفري 1997:

ظلت المحكمة العليا مدة من الزمن في عدد من قراراتها متضاربة في الأخذ أو عدم الأخذ بالعقد العرفي الثابت التاريخ بعد الفاتح جانفي 1971، إلى غاية تاريخ 18 فيفري 1997، أين اجتمعت جميع غرفها بأمر من الرئيس الأول وقررت بالتاريخ المذكور أعلاه في القرار رقم 136165 ما يلي: (حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الإستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع القاعدة التجارية من الطاعن إلى المطعون ضده عقدا صحيحا مكتملا الشروط الخاصة بوصف المبيع و تحديد الثمن وترتب عليه التزامات شخصية ونتيجة لذلك قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع).

وبناء على ما تقدّم يمكننا القول أن القرار الصادر بتاريخ 18 فيفري 1997 قد جاء في الوقت المناسب من أجل توحيد الإجتهااد القضائي في مسألة قانونية وهامة وللتأكيد على ضرورة تطبيق القانون وتعزيز دور الدولة في ضبط المعاملات العقارية الخاصة من أجل الحفاظ على حقوق المتعاملين في العقار من جهة وحفظ حقوق ورسوم الخزينة من جهة ثانية.⁽¹⁾

⁽¹⁾ . عماد الدين رحايمية، مرجع سابق، ص 34.

المبحث الثالث: السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

تعتبر السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية من أهم السندات أو الآليات في إثبات الملكية العقارية، لاعتبار السندات الإدارية صادرة عن جهة إدارية في الدولة سواء بمناسبة اكتسابها أو تصرفها في ملكيتها العقارية ولاعتبار الدولة أكبر وأهم مالك عقاري موجود ولذا سنتطرق إلى ما يخص هذه السندات في المطالب الآتية:

المطلب الأول: مفهوم السندات الإدارية.

المطلب الثاني: الأشخاص والهيئات.

المطلب الثالث: التصرفات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة.

المطلب الأول: مفهوم السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

باعتبار أنّ السندات الإدارية لها أهمية بالغة في إثبات الملكية العقارية، نتعرض إلى التعريف بها مع بيان أهم خصائصها وأهميتها من خلال الفروع الآتية:

الفرع الأول: تعريف السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية.

عرّفت السندات الإدارية من قبل حمدي باشا عمر على أنّها: (تلك الوثائق التي تحرّرها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير).⁽¹⁾

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أنّ السندات الإدارية هي مجموعة من الوثائق الرسمية الصادرة من طرف الإدارة لأجل اكتساب أملاك عقارية من الغير ودمجها في أملاكها العقارية. وذلك من أجل تحقيق مصلحة عامة.

⁽¹⁾ . عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 41.

وكذلك يمكن القول أنّ السندات الإدارية في المجال العقاري هي عبارة عن قرارات وعقود إدارية تصدرها الإدارة بمناسبة اكتسابها للأموال العقارية، أو بمناسبة تصرفها في الملكية العقارية إلى جانب السندات التوثيقية والقضائية والعرفية.

الفرع الثاني: خصائص السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

تتميز السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية بعدة خصائص تميزها عن غيرها من السندات الأخرى ولعل أهم هذه الخصائص هي:

أولاً- السند الإداري صادر عن جهة إدارية:

تناولنا فيما سبق أنّ السند الإداري هو عبارة عن قرار من جانب الإدارة، إذا فالسند الإداري تصدره جهة إدارية في الدولة،⁽¹⁾ ويقصد بالجهات الإدارية هي تلك التي تخضع للقانون العام سواء في تصرفاتها أو في منازعاتها وأهم هذه الجهات الدولة. وهذه السندات تصدر سواء بإرادة منفردة أو بإرادتين.

ثانياً- السند الإداري يهدف إلى إثبات الملكية العقارية:

يعتبر السند الإداري من أهم الآليات المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري إلى جانب السندات التوثيقية والعرفية والقضائية.⁽²⁾

فهذه السندات تثبت الملكية العقارية بعد إجراء شهرها، فالقرارات الإدارية الصادرة بإرادة منفردة كقرار نزع الملكية للمنفعة العامة،⁽³⁾ التي تهدف الإدارة من خلاله إلى نزع ملكية أحد الأفراد

(1) . عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 41.

(2) . فيصل الوافي، السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تبسة، 2009، ص 15.

(3) . قانون 91-11 مؤرخ في 1991/04/27 يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1991، عدد 21.

لأجل استغلالها استغلالاً عاماً لتحقيق النفع العام، هذا السند بعد شهره يصبح سندا قانونياً لإثبات الملكية العقارية.

إذا فهذه العقود أو القرارات والمتمثلة في السندات الإدارية تعتبر دليل إثبات بعد شهرها وبذلك تعتبر من أهم الآليات المثبتة للملكية العقارية.⁽¹⁾

ثالثاً- السند الإداري يخضع في منازعاته إلى جهات القضاء الإداري:

من المعروف أنّ السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية هي عقود صادرة عن جهة إدارية، وهي عبارة عن جهات إدارية عامة بنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.⁽²⁾ وبالتالي فالسندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية تخضع في منازعتها لجهات القضاء الإداري لأنها صادرة دائماً عن جهات إدارية.

رابعاً- السند الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة:

السندات الإدارية سواء كانت قرارات إدارية صادرة بإرادة الإدارة المنفردة كقرار نزع الملكية أو قرارات الدمج في الإحتياطات العقارية أو سواء كانت عقوداً كعقد البيع العقاري أو عقود الإستصلاح، فهذه القرارات تهدف الإدارة من خلالها إلى تحسين المصلحة العامة والنفع العام سواء لها أو للأفراد.

ومن هنا نقول أنّ الدولة وهيئاتها تسعى من خلال هذه السندات إلى تحقيق النفع العام لأنّ أهم دور لهذه الهيئات من خلال السندات التي تصدرها هو تحقيق المصلحة العامة لجميع الأفراد.

(1) . فيصل الوافي، المرجع السابق، ص 15.

(2) . سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دون طبعة، الجزائر دار هومة للطباعة والنشر، 2004، ص

الفرع الثالث: أهمية السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة.

تعتبر السندات الإدارية، الصادرة عن طريق الإدارة، ذات أهمية كبيرة من حيث الإثبات أو قوة الإثبات مما يجعلها من أهم السندات المثبتة للملكية العقارية لاعتبارها صادرة عن جهة إدارية، خاصة أنّ المعاملات الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها تتسم بطول الإجراءات وتعقدها بالإضافة إلى سعي الإدارة لتسجيل وشهر هذه السندات لاكتسابها الحجية، والمتمثل في نقل الملكية.

وفي الأخير نخلص إلى أنّ السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية، سواء كانت قرارات صادرة بإرادة منفردة أو عبارة عن عقود تبرمها الإدارة مع أطراف أخرى، تحتل أهمية كبيرة في مجال الإثبات العقاري بين مختلف السندات.⁽¹⁾

المطلب الثاني: الأشخاص المؤهلين لتحرير السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية.

السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية هي كما تمّ ذكرها في المباحث السابقة، إذ تعتبر سندات صادرة عن جهة إدارية بمناسبة تصرفها في ملكيتها العقارية أو اكتسابها للملكية العقارية، ومن الأعمال المعروفة في التصرفات الإدارية هي العقود والقرارات الإدارية، والتي يجب أن تكون صادرة عن سلطة مؤهلة قانوناً لذلك، وهو ما سنبرزه كما يلي:

الفرع الأول: السلطات الإدارية.

إذ من أهم الأشخاص المؤهلين لتحرير السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية السلطات الإدارية باعتبارها مؤهلة قانوناً لتحريرها.

⁽¹⁾ . فيصل الوافي، المرجع السابق، ص 18-19.

ويقصد بالسلطات الإدارية، المخوّلة قانوناً لتحريّر السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية والخاضعة للإشهار، الموظفون العموميّون المخوّلون قانوناً للغرض المذكور.

أولاً- مدير أملاك الدولة:

يتم الإشراف على تسيير أملاك الدولة من طرف مدير ولائي، يعيّن بمقتضى مرسوم تنفيذي صادر عن رئيس الحكومة، ويقوم المدير الولائي لأملاك الدولة بالمهام الموكلة إليه وفقاً للقانون رقم 90-30 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالأملاك الوطنية حيث يقوم مدير أملاك الدولة بتحريّر العقود الإدارية بالنسبة للعقارات التابعة للدولة والولاية.

فمدير أملاك الدولة يعتبر موثق الدولة والجماعات المحلية.⁽¹⁾

بخصوص الوثائق المحرّرة من طرف مدير أملاك الدولة، والتي تتناول عقود التنازل الخاصة بالأملاك الوطنية للدولة وكذا عقود الإيجار، نذكر منها:

1- عقود متضمنة استغلال الأراضي التابعة للأملاك الوطنية على أساس المادتين 12 و 46 من القانون 87-19؛

2- عقود منح الإمتياز المتعلقة بتزقية الإستثمار في إطار المرسوم التشريعي 12/93؛

3- العقود المتضمنة التنازل عن أصول المؤسسات المنحلة.⁽²⁾

ثانياً- رئيس المجلس الشعبي البلدي:

يشكل رئيس المجلس الشعبي البلدي الهيئة التنفيذية على مستوى البلدية كما أنّه هو الممثل القانوني لها. ويتولى رئيس المجلس الشعبي البلدي إبرام العقود بإسم البلدية وإبرام

(1) . عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص 46.

(2) . فيصل الوافي، مرجع سابق، ص 31.

المناقصات والمزايدات ورفع الدعاوى، كما يتولى المحافظة على الحقوق العقارية والمنقولة المملوكة للبلدية.⁽¹⁾

وتعتبر البلدية ممثلة في شخص رئيسها مؤهلة لتحديد العقود الإدارية المتضمنة نقل حقوق الملكية فيما يتعلق بالأموال التابعة لها والتي تكون محل تنازل لفائدة الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في إطار الإحتياطات العقارية البلدية.

كما خوّل القانون لرئيس المجلس الشعبي البلدي في دائرة اختصاصه وصلاحياته تحرير العقود وذلك استنادا إلى نص المادة 68 من القانون رقم 08/90 المؤرخ في 07/04/1990 المتعلق بالبلدية.⁽²⁾

ثالثا- مدير الشؤون الدينية والأوقاف بالولاية:

تناولت المادة 26 مكرر 11 من القانون 07/01 المؤرخ في 02/05/2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف سلطة تحرير الشهادة الخاصة بالملك الوقفي للمدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف.

إذا فإنّ نظارة الأملاك الوقفية العامة في الجزائر عهد بها إلى وزارة الشؤون الدينية والأوقاف والتي أسّست بدورها لجنة مركزية للأوقاف لهذا الغرض. أمّا على المستوى المحلي فيمثل الوقف العام المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف.⁽³⁾

وتسهر نظارة الشؤون الدينية والأوقاف في الولاية على تسيير الأملاك الوقفية وحمايتها والبحث عنها، وجردها وتوثيقها إداريا طبقا للتنظيم المعمول به.

(1) . عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 1999، ص 43.

(2) . أنظر المادة 26 من القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991، المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم بموجب القانون 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 2001، عدد 29.

(3) . محمد كنانة، النظام القانوني للوقف العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، المركز الجامعي الشيخ العربي التبسي، 2004/2005، ص 29.

رابعاً - المحافظ العقاري:

المحافظ العقاري موظف عام يخضع لقانون الوظيف العمومي وتابع لوزارة المالية تربطه بالدولة علاقة لائحية تنظيمية تبعية مكلفة بتسيير هيئة عمومية ذات طبيعة إدارية⁽¹⁾ وهي المحافظة العقارية. ويصدر قرارات إدارية سواء تعلق الأمر بقبول إجراء الشهر أو برفضه.

وقد خوّل له القانون سلطة إعداد وتحضير الدفتر العقاري وتسليمه لمالك العقار بمناسبة الإجراء الأول عقب الترقيم النهائي للعقارات الممسوحة، طبقاً للمادة 18 من الأمر 74-75 المؤرخ في 1975/11/12، كما خوّل له القانون إعداد وتسليم شهادة الترقيم المؤقت بناء على طلب المعنيين استناداً لأحكام المواد 13 و 14 من المرسوم رقم 63-76.

فالدور الرئيسي للمحافظ العقاري يتمثل في التحديد والعمل على معرفة طرق اكتساب الملكية

والحقوق العينية الأخرى المنصبة على عقارات معينة عن طريق الإشهار العقاري.⁽²⁾

الفرع الثاني: الهيئات المكلفة بالتسيير.

شهدت الساحة العقارية إنشاء هيئات تتكفل بالتسيير العقاري بداية من تقليص دور السلطات العمومية في التسيير المباشر للعقار وانطلاقاً من مبدأ تحرير السوق العقارية، وأهمها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين وهو ما سنوضحه في النقاط الآتية:

أولاً - الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

كانت الفكرة في بدايتها هي إنشاء وكالات عقارية فلاحية على نمط الوكالات المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين على أن توضع تحت وصاية وزارة الفلاحة، غير أنه تمّ

(1) . مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 56.

(2) . أنظر المادة 18 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1975، عدد 92.

التخلى عنها لصالح إنشاء ديوان وطني مكلف بتسيير المحافظة العقارية الفلاحية والذي جاء تنظيمه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/87 المؤرخ في 24 فيفري 1996 وأخذ تسمية الديوان الوطني للأراضي الفلاحية.

ويتشكل هذا الديوان من مجلس إدارة ومديرية عامة ومن مهامه وضع الأراضي المصرّح بها، الغير مستغلة، قيد الإستغلال أو الإيجار أو البيع.⁽¹⁾

ثانيا- الوكالة المحلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين:

استحدث المشرع الجزائري الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين. نص عليها قبل ذلك في المادة 73 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري على أن: (الوكالة العقارية هي المختصة لوحدها بتسيير المحفظة العقارية البلدية وغالبا ما تلجأ إلى إبرام عقودها عن طريق التوثيق).⁽²⁾

وتتشكل الوكالة من التنظيم الداخلي للوكالة ومديرية تعمل على تنفيذ قرارات مجلس إدارة الوكالة وكذلك التمثيل القانوني للوكالة.

ومن مهام الوكالة المحلية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين:

- مساعدة أجهزة الجماعات المحلية في تحضير وسائل التعمير والتهيئة وإعدادها وتنفيذها.
- ترقية الأراضي المفروزة والمناطق ذات الأنشطة المختلفة تطبيقا لوسائل التعمير والتهيئة المقررة أو تكليف من يقوم بتلك الترقية.⁽³⁾

⁽¹⁾ . القانون رقم 90-25 المؤرخ في 17/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، المعدل بموجب الأمر رقم 95-26، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1995، عدد 55.

⁽²⁾ . عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 46-47.

⁽³⁾ . فيصل الوافي، المرجع السابق، ص 42.

المطلب الثالث: التصرفات الإدارية المثبتة للملكية العقارية.

قد سبق الذكر أنّ السندات الإدارية تعتبر من أهم السندات المثبتة للملكية العقارية كونها صادرة من جهة إدارية.

وكون الدولة أكبر وأهم عقاري موجود فهي تصدر قرارات أو تبرم عقودا إدارية للتصرف أو لاكتساب الملكية العقارية.

والتصرف القانوني هو إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وبذلك فالإدارة قد تصدر قرارات إدارية بإرادتها المنفردة كما في حالة القرارات الإدارية أو تقوم بإبرام عقد بينها وبين الطرف الآخر وهذا ما سنوضحه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: القرارات الإدارية المثبتة للملكية العقارية.

عرفه الدكتور عمار عوابدي على أنه: (عمل قانوني إنفرادي يصدر بإرادة أحد السلطات الإدارية في الدولة ويحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قائم).⁽¹⁾

وما يختص به القرار الإداري هو أنه تصرف قانوني وهو ذا طابع تنفيذي أي من شأنه أن يترتب أثر وأذى بذاته وذلك إمّا:

1- بإحداث مركز قانوني جديد مثل قرار تعيين شخص في وظيفة عامة وتمتعه بمجموعة من الحقوق.

2- إلغاء مركز قانوني قائم مثل قرار فصل موظف عام ممّا يترتب عنه حرمانه وعدم تمتّعه بحقوقه.

⁽¹⁾ . عمار عوابدي، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 92.

كذلك نرى أنّها صادرة عن مرفق عام، أي أنّ مصدر القرارات الإدارية هو بصورة عامة مرافق عامة سواء كانت أجهزة أو هياكل السلطة الإدارية أو المؤسسات العامة أي الأجهزة والتنظيمات القائمة في إطار السلطة التنفيذية.

كذلك نرى أنّه لها خاصية أنّها تكون صادرة بالإرادة المنفردة للإدارة إذ يجب أن يصدر القرار بالإرادة المنفردة للإدارة حينما تمارس صلاحياتها القانونية.⁽¹⁾

ومن أمثلة القرارات الإدارية نذكر:

1. قرار نزع الملكية للمنفعة العامة: الذي يتخذ في إطار القانون 91-11 المؤرخ في 1991/04/27 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، إذ تنص المادة 02 منه على ما يلي: (يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك وحقوق عقارية...) لذا يعتبر النزع هو تجريد المالك من ملكيته من أجل المنفعة العامة.

2. شهادة الملكية: هي سند رسمي يثبت حق الملكية الخاصة الزراعية في حالة عدم وجود وثيقة لدى الحائز تثبت هذه الملكية رغم أنّه صاحب الأرض دون منازع، وقد استعملها المشرع الجزائري بموجب المرسوم 73-32 المؤرخ في 1973/01/05⁽²⁾، وقد نصت المادة 32 منه على استبدال شهادات الملكية بدفاتر عقارية بمجرد إحداث المسح العام للأراضي.⁽³⁾

3. الدفتر العقاري: هو عبارة عن إقرار إداري صادر عن الإدارة ممثلة في شخص مدير الحفظ العقاري يخضع إلى المفاهيم الإدارية الخاصة بإصدار القرارات الإدارية وتنفيذها وكيفية الطعن فيها.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ . محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دون طبعة، الجزائر، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص 14 - 15.

⁽²⁾ . المرسوم 73-32 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة.

⁽³⁾ . كوثر طراد، مرجع سابق، ص 40.

⁽⁴⁾ . مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص 115 وما يليها.

وقد أستخدم مصطلح الدفتر العقاري بموجب المادة 32 من المرسوم 32-73 المتعلق بإثبات حق الملكية الذي صدر تنفيذا للأمر 71-73 المتضمن قانون الثورة الزراعية.⁽¹⁾ كذلك قرارات الدمج في الإحتياطات العقارية وأيضاً قرارات استرجاع الأراضي المؤممة في إطار الثورة الزراعية.

الفرع الثاني: العقود الإدارية المثبتة للملكية العقارية.

عرّف الدكتور محمد الصغير بعلي العقد الإداري على أنه: (الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام قصد تسيير مرفق عام وفقاً لأساليب القانون العام بتضمنه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص).⁽²⁾

ومما سوف نتناوله في العقود الإدارية المثبتة للملكية العقارية نذكر:

1. عقود التنازل عن قطع أرضية بموجب الأمر 26-74 المؤرخ في 1974/02/20 المتضمن إنشاء الإحتياطات العقارية لفائدة البلديات.⁽³⁾
2. عقود التنازل بموجب القانون 01-81 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني والمهني الحرفي أو التجاري التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري، المؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية.
3. العقود الإدارية المعدة من طرف مديرية أملاك الدولة المتعلقة باستصلاح الأراضي التي تبرم في ظل القانون رقم 83-83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية، لذا اعتبر الاستصلاح سبباً آخر من أسباب اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري.

⁽¹⁾ . كوثر طراد، مرجع سابق، ص 41.

⁽²⁾ . محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 10.

⁽³⁾ . كوثر طراد، مرجع سابق، ص 41.

4. عقد البيع الإداري المحرر طبقاً للقانون 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية والمرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 23/11/1991 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك.⁽¹⁾

⁽¹⁾ . للتفصيل أنظر: عمر حمدي باشا، مرجع سابق، ص 51 - 54.

المبحث الرابع: الحكم القضائي المثبت للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير مسوحة.

قد يكون الحكم القضائي الصادر عن جهة قضائية مختصة إقليميا ونوعيا سببا في إثبات الملكية العقارية الخاصة، نظرا لطرح النزاع على المحكمة والتي بعد فحص أوراق الملف تبين لها أحقية المدعي في امتلاكه العقار موضوع النزاع، على أن يتم بعد صدور ذلك الحكم استكمال الإجراءات المنصوص عليها في القوانين ذات الصلة بالشهر العقاري.⁽¹⁾

ولمعالجة هذا الموضوع قمنا بتقسيمه إلى ثلاث مطالب، خصصنا الأول لدراسة مفهوم الحكم القضائي بوجه عام، أمّا المطلب الثاني فتطرقنا فيه إلى دراسة الأحكام القضائية المصرحة للملكية العقارية الخاصة، أمّا المطلب الثالث والأخير فخصصناه لموضوع الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الخاصة. وهذا ما سنتطرق له على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الحكم القضائي بوجه عام.

قسّمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع سنتناول في الفرع الأول تعريف الحكم القضائي وبيان شكله، أمّا الفرع الثاني فسندرس فيه أهم قواعد إصدار الحكم القضائي وكمرحلة أخيرة سنتطرق إلى الآثار الناجمة عن النطق بالحكم القضائي. وهذا على النحو الآتي:

الفرع الأول: تعريف الحكم القضائي.

لم يدرج المشرع نصا قانونيا صريحا يعرّف السندات القضائية، وترك أمر تعريفها إلى الفقه حيث اختلفت تعاريف السندات القضائية ولكن أهم تعريف لها هو (السندات القضائية هي تلك الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية التي تكرر إتفاقات أو واقعة مادية ترتب عنها نقل

⁽¹⁾ . عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص 88.

الملكية العقارية أو تعديلها أو أي حق عيني آخر، وللإحتجاج بها يجب شهرها لدى المحافظة العقارية).⁽¹⁾

بالنسبة إلى شكل الحكم القضائي أو البيانات التي يجب أن يتوفر عليها هي حسب نص المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

1- الجهة القضائية التي أصدرته، 2- أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية، 3- تاريخ النطق به، 4- إسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الإقتضاء، 5- إسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم، 6- أسماء وألقاب الخصوم ومواطن كلّ منهم، وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته وتسميته ومقرّه الإجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي، 7- أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم، 8- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.⁽²⁾

كما أنّ حكم القضائي لا بد أن يكون باللغة العربية ولا بدّ أن يشمل عبارة (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) وهذا تحت طائلة البطلان.⁽³⁾

أمّا الإستثناء الثاني فيتعلّق بحالة الطعن بالتماس إعادة النظر والذي لا يكون إلاّ في حالتين: الأولى تتعلّق ببناء الحكم أو القرار أو الأمر على شهادة الشهود، أو على وثائق أعترف بتزويرها أو ثبت قضائيا تزويرها بعد صدور ذلك الحكم أو القرار أو الأمر وحيازته قوة الشيء المقضي فيه. والثانية تتعلّق بحالة إكتشاف، بعد صدور الحكم أو القرار أو الأمر الحائز لقوة

⁽¹⁾ . ليلي زروقي، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري المنشور بمجلة مجلس الدولة، الصادرة عن مجلس الدولة، الجزائر، 2001، ص 75.

⁽²⁾ . المادة 276 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، لسنة 2008، عدد 21.

⁽³⁾ . عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 70.

الشيء المقضي فيه، أوراق حاسمة في الدعوى كانت محتجزة عمدا لدى أحد الخصوم وهذا ما نصت عليه وأكّده المادة 392.

ثانيا - حجّية الشيء المقضي فيه:

هي قرينة قانونية على أنّ ما قضى به هو الحقيقة وفق ما نصت عليه المادة 358 ق م (الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي فيه تكون حجّية بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أيّ دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجّية إلاّ في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب ولا يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة تلقائيا...).

وحسب تحليل هذا النص يتبين أنّ الحكم لا يحوز لحجّية الشيء المقضي فيه إلاّ إذا كانت حجّية هذا الشيء المقضي فيه لا تتعدّى أطراف الدعوى فيعتبر طرفا في الدعوى كلّ من شارك في الخصومة باعتباره مدّعيًا أو مدّعى عليه أو متدخّلا.⁽¹⁾

ب. وحدة المحل: وهو ما ترمي إليه الدعوى ويشترط لكي يتحدّ محل الدعوى أن تتحد العناصر الثلاثة التالية:⁽²⁾

1. نوع القرار الذي يطلب من القاضي؛

2. نوع الحق أو المركز القانوني المطلوب حمايته؛

3. ذاتية الشيء محل الحق المطلوب حمايته.

ج. وحدة السبب: يتمثل السبب في الأساس الواقعي والقانوني الذي تتأسس عليه الدعوى، وفي هذه الحالة لا بدّ من التفريق بين سبب الدعوى وأدلّتها.

⁽¹⁾ . عبد السلام ذيب، المرجع السابق، ص 186.

⁽²⁾ . عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص 92.

المطلب الثاني: الأحكام القضائية المصرّحة بالملكية العقارية الخاصة.

يقصد بالأحكام القضائية المصرّحة بالملكية العقارية الخاصة أنّها لا تنشأ حقوقاً ولا واجبات تجاه أطراف الدعوى وإنّما فقط تقوم بكشف ما هو مقرر من قبل الأطراف وسنقوم بدراسة هذا المطلب في فرعين، نتناول بالدراسة في الفرع الأول حالة قسمة عقار مملوك ملكية شائعة، أمّا الفرع الثاني سنخصصه إلى إثبات ملكية عن طريق التقادم المكسب، على أساس أنّهما نوعين أو مثالين عن الأحكام القضائية المصرّحة بالملكية العقارية الخاصة وهذا ما سيكون على النحو التالي:

الفرع الأول: الحكم القضائي بقسمة العقار المملوك ملكية شائعة.

تقتضي دراسة هذا الفرع التعريف بالقسمة الشائعة أولاً، ثمّ التطرق إلى الحكم القضائي الذي يقضي بقسمة العقار المملوك ملكية شائعة وهذا ما سندرسه على النحو التالي:

أولاً- تعريف الملكية الشائعة:

لقد عرّف المشرع الملكية الشائعة في نص المادة 713 ق م بما يلي: (إذا ملك إثنان أو أكثر شيئاً، وكانت حصة كلّ منهما غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على غير ذلك).⁽¹⁾

يتبين من هذا النص أنّ الملكية الشائعة تقع على مال معين بالذات يملكه أكثر من شخص واحد، وتتناول هذه الملكية المال الشائع كلّّه غير منقسم، أمّا حق كلّ شريك فيقع على حصة شائعة في هذا المال، ومن ثم يكون محل حق الشريك هو الحصة الشائعة، فحق الملكية على المال الشائع هو الذي ينقسم حصصاً دون أن ينقسم المال ذاته.

(1) . المادة 713 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المنشور بالجريدة الرسمية لسنة 1975، عدد 78.

ولما كان ملاك المال الشائع متعددين فلا بدّ من تعيين حصة كل منهم في هذا المال، النصف أو الربع أو الخمس أو غير ذلك.⁽¹⁾

والقسمة الخاصة بالملكية الشائعة نوعان:

النوع الأول قسمة رضائية: نصت عليها المادة 723 من القانون المدني بقولها (يستطيع الشركاء، إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها فإذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون).

يتضح من هذا النص أنّ الأصل في قسمة المال الشائع تكون عن طريق التراضي بين الشركاء وذلك عن طريق إتباع مختلف الإجراءات التي نص عليها القانون، ولكن إذا كان أحد الملاك قاصرا فلا يمكن القيام بالقسمة عن طريق التراضي، فيلجأ للقضاء للقيام بذلك، وهذا محافظة على حقوق القاصر.

النوع الثاني قسمة قضائية: تنص المادة 724 من القانون المدني على ما يلي: (إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشروع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين المحكمة إذا رأت وجها لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته).

ويستنتج من هذا النص أنّ عملية القسمة القضائية تمرّ وجوباً بمرحلتين، مرحلة تعيين خبير عقاري لتقييم العقار وقسمته عينا، ومرحلة قسمة العقار المملوك ملكية شائعة.⁽²⁾

وهذه الحالة طبعاً يتم اللجوء إليها إذا لم يجمع الشركاء في الشروع على القسمة الإتفاقية، ويجوز لأيّ منهم أن يرفع دعوى القسمة على باقي الشركاء وفي هذا الصدد صدر القرار رقم

⁽¹⁾ . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج8، المرجع السابق، ص 12.

⁽²⁾ . المادة 724 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني.

47222 بتاريخ 1988/12/07 عن المجلس الأعلى سابقا، وأهم ما جاء في حيثياته: (إنّ إختلاف الشركاء في قسمة المال يلزم من يريد الخروج من الشروع أن يرفع دعوى على جميع الشركاء، ولما صادق قضاة المجلس على حكم المحكمة التي منحت منابا لأحد الشركاء دون الآخرين، دون أن يدخلوا في الخصام جميع ذوي الحقوق فإنّهم بقضائهم كما فعلوا قد حرقوا المادة 724 ق م ويستوجب نقض القرار).⁽¹⁾

ثم يقوم القاضي بقسمة المال الشائع حيث يقوم بتعيين خبير لذلك وهذا نظرا للأهمية الكبيرة التي تلعبها الخبرة، وعلى هذا الأخير أن يقيم المال الشائع بصفة كلية وهذا متى كانت القسمة العينية ممكنة، أي أنّ القسمة لا تنقص من قيمة العقار المملوك على الشروع.⁽²⁾

وبالتالي متى توفرت شروط اكتساب العقار محل الحياة والمدة الدنيا المقررة لإكتسابه أمكن للقاضي المعروض عليه النزاع القضاء بإكتساب العقار المتنازع عليه بالتقادم سواء جاء ذلك في صورة دعوى قضائية مستقلة أو دفع آثاره الحائز للعقار لمدة لا تقل عن 15 سنة شريطة أن يسبق الحكم القضائي تحقيق قضائي، وبعد صيرورة الحكم المثبت للملكية العقارية عن طريق التقادم إشهاره من طرف أمين ضبط المحكمة على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا.

المطلب الثالث: الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الخاصة.

الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الخاصة تنشئ حقوقا عينية أصلية نتيجة حصول حجز عقاري أو نتيجة التمسك بحق الشفعة⁽³⁾ ولدراسة هذا الموضوع ارتأينا تقسيمه إلى فرعين، خصصنا الفرع الأوّل لدراسة حكم رسو المزاد في بيع العقار، أما الفرع الثاني فدرسنا فيه الحكم القضائي بتثبيت حق الشفعة وذلك على النحو التالي:

(1) . أنظر المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثاني، ص 26.

(2) . أنظر المجلة القضائية، عدد خاص بالغرفة العقارية، ص 274.

(3) . عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص 98 – 99.

الفرع الأول: حكم رسو المزاد في بيع العقار.

تنص المادة 762 ق إ م وإد على ما يلي: (نقل إلى الرّاسي عليه المزاد كلّ حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات، أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الإرتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية ويتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهارة خلال شهرين من تاريخ صدوره).⁽¹⁾

ويفهم من نص المادة 763 أعلاه أنّ حكم رسو المزاد لا بد أن يتضمن البيانات التالية، لكي يكون سند ملكية صحيح من الناحية الشكلية:

- 1- السند التنفيذي الذي بموجبه يتم الحجز والإجراءات التي تليه لاسيما تاريخ كل من التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء وإعلان البيع.
- 2- تعيين العقار، أو الحق العيني العقاري المباع ومشمولاته والإرتفاقات العالقة به إن وجدت كما هو مبين في قائمة شروط البيع.
- 3- تحديد الثمن الأساسي للعقار أو الحق العيني العقاري المباع.
- 4- إجراءات البيع بالمزاد العلني.
- 5- الهوية الكاملة للرّاسي عليه المزاد شخصا طبيعيا أو معنويا.
- 6- الثمن الرّاسي به المزاد وتاريخ الدفع.
- 7- إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأموال، تسليم العقار أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد.⁽²⁾

⁽¹⁾ . المادة 672 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁽²⁾ . أنظر المادة 763 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبعد أن يكون حكم رسو المزاد متضمنا كافة البيانات وبعد إتباع إجراءات الحجز العقاري المنصوص عليها بالمواد 721 إلى 799 من ق إ م وإذ يلتزم الراسي عليه المزاد بأن يدفع حال انعقاد الجلسة خمس (5/1) الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة ويدفع باقي المبلغ في أجل أقصاه ثمانية أيام والمصاريف أمام أمانة ضبط المحكمة، ويعتبر حكم رسو المزاد بعد إتمام إجراءات شهره لدى المحافظة العقارية من طرف رئيس أمانة ضبط المحكمة سند ملكية بالنسبة للراسي عليه المزاد.⁽¹⁾

الفرع الثاني: الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة.

لقد نظم المشرع الجزائري حق الشفعة في قرابة 13 مادة من المادة 794 إلى المادة 807 من القانون المدني، حيث عرّفها في المادة 794 بقوله (الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها...).⁽²⁾

وتثبت الشفعة لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة أو للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي أو لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها، وتجدر بنا الإشارة إلى أنه لا يمكن تطبيق الشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني أو إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية، وإذا بيع العقار ليكون محل عبادة أو يلحق به وهذا ما نصت عليه المادة 798 ق م.⁽³⁾

وبالتالي متى أراد الشفيع التمسك بالشفعة أو أعلن عن الأخذ بها ولم يقبل المشتري المشفوع منه، أمكنه اللجوء إلى القضاء المختص إقليميا وفي هذه الحالة وبعد تأكد القاضي من توافر كافة الشروط القانونية المتعلقة بالأخذ بالشفعة يصدر حكما قضائيا بثبوت الشفعة لصالح

⁽¹⁾ . أنظر المادة 90 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

⁽²⁾ . أنظر المادة 749 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني.

⁽³⁾ . رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص 101.

الشفيع ويعتبر الحكم بثبوتها سندا للملكية وذلك من تاريخ شهره حسبما نصت عليه المادة 803 من القانون المدني.⁽¹⁾

ويصبح الحكم القضائي بقسمة العقار المشاع نهائيا قابلا للتنفيذ، ويتم شهره مصحوبا بالصيغة التنفيذية وذلك على مستوى المحافظة العقارية.

وبالتالي يحصل كل مالك على سند ملكية.⁽²⁾

الفرع الثالث: الحكم المثبت للملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب.

لقد نص المشرع الجزائري على التقادم المكسب في مواده من 827 إلى غاية 834 من القانون المدني، غير أنه لم يتناوله بالتعريف تاركا ذلك الأمر للفقهاء الذي حاول استخلاص تعريف له على الرغم من بعض الفروق متقاربة الدلالة وبعض هذه التعريفات (أنّ التقادم المكسب للملكية العقارية هو وسيلة يكسب بها الحائز ملكية الشيء أو حقا عينيا آخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة معينة).

أيضا بأنه (اكتساب صاحب الحيازة حق الملكية أو أي حق آخر عيني على شيء بفعل الحيازة الطويلة بعد انتهاء الأجل المعين).⁽³⁾

تعتبر الأحكام الصادرة في دعوى الحيازة تثبت الملكية أحكاما مصرحة وكاشفة للحقوق، لأنّ ملكية الحق العيني العقاري فيها قد انتقلت إلى مالكيها بوضع اليد واكتسابها بالتقادم المكسب الطويل، شريطة أن تكون العقارات موضوع تلك الأحكام غير مملوكة للدولة وأن تكون مدة الحيازة عليها لا تقل عن 15 سنة وأن تكون تلك الحيازة علنية وهادئة ومستمرة ولا لبس فيها وأن تتوفر في المالك نية التملك وهذا ما أكدته المواد 808 إلى 843 من القانون المدني.

(1) . عماد الدين رحايمية، المرجع السابق، ص 102.

(2) . عماد الدين رحايمية، المرجع نفسه، ص 98.

(3) . خيرة مويبي، التقادم المكسب للملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة تبسة، 2010، ص 06.

خاتمة الفصل الأول

ومن أهم ما تم التوصل له في هذا الفصل هو:

- السندات التوثيقية تقدم ضمانات قانونية للأفراد وللإدارة على حد سوى خاصة في حماية الملكية العقارية وضمان استقرارها.
- تعتبر السندات التوثيقية الغطاء الشرعي للملكية العقارية مما يضمن فعالية ونفاذ التصرفات العقارية التي تهدف إلى نقل أو تعديل أو تصريح بملكية عقارية.
- تحتل السندات التوثيقية مكانة هامة بين أدلة إثبات الملكية العقارية، ولذلك كان من الضروري إسناده إلى جهة مختصة تتولى الإشراف على هذه العملية.
- يتم إثبات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة عن طريق السندات العرفية بشرط أن يشمل السند العرفي على توقيع وتاريخ ثابت.
- على الرغم من العيوب والانتقادات الموجهة إلى السندات العرفية إلا أنها تبقى الوسيلة التي يلجأ إليها الأفراد في إثبات حقوقهم وذلك لسهولة إجراءاتها وقلة تكاليفها.
- تلعب السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير الممسوحة دورا كبيرا من حيث قوة الإثبات وذلك باعتبارها صادرة عن جهة إدارية في الدولة وهذه الأخيرة تعتبر أكبر مالك عقاري.
- السندات الإدارية المثبتة للملكية العقارية يتخذها القاضي كدليل للفصل في المنازعات العقارية المتعلقة بها.
- تعتبر الأحكام القضائية وسيلة لإثبات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة وتكون عبارة عن دعاوى قضائية بخصوص منازعات عقارية ترفع أمام القضاء للفصل فيها وتعتبر أحكام القضائية النهائية بخصوص قسمة عقار شائع أو رسو مزاد أو حكم بتثبيت حق الشفعة بمثابة سند ملكية يمكن احتجاج به أمام الكافة.