

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم قانون خاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

الشعبة: الحقوق والعلوم السياسية

تحت إشراف الأستاذ(ة):

من إعداد الطالب(ة):

فرحات حمو

بن نبيري حمو

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....بلبنة محمد.....رئيسا

الأستاذ(ة).....فرحات حمو.....مشرفا مقرا

الأستاذ(ة).....زاوي عبد اللطيف.....مناقشا

السنة الجامعية: 2021/2020

تاريخ المناقشة : 2021/07/08

شكر و عرفان

نتضرع بالشكر والحمد لله على إتمام هذا العمل العلمي
اللهم لك الحمد كما ينبغي لجلال وجهك الكريم عظيم
سلطانك

نتقدم بجزيل الشكر للأستاذ المؤطر الدكتور فرحات حمو
الذي اشرف على هذا العمل المتواضع.
كما نتوجه بجزيل الشكر إلى كل أساتذتنا الكرام الذين
رافقونا في مشوارنا الدراسي وتلقينا على أيديهم قطوف
المعرفة والعلم.
ولا ننسى أن نشكر كل من مد لنا يد العون لبلوغ هذا
اليوم المشهود.

الإهداء

الحمد لله الذي لا إله سواه الموفق لاتمام صالح الأعمال
وزيننا بالحلم واکرمنا بالتقوى واجملنا بالعافية نهدي
عملنا

المتواضع إلى من الجنة تحت أقدامها إلى سر الوجود
ومعنى الحنان والوفاء إلى من كان دعاؤها سر نجاحنا
أمي الغالية أطال الله في عمرها.
إلى الدرع الواقى والكنز الباقي إلى من نحمل إسمه بكل
إفتخار أبي العزيز.
إلى من هو في حاضري ومضي ولا متعة إلا برفقهن
إخوتي الأعزاء

مقدمة :

العقار وجد منذ خلق الله تعالى الإنسان فهو ثروة لا تزول ، غير أن التنافس في طلب ملكيته أدى إلى ظهور العديد من الخلافات نجم عنها في غالب الأحيان نزاعات كثيرة ومعقدة وهذا مادفع بالكثير من الدول إلى الإهتمام به ولا سيما الإهتمام بمسألة الملكية العقارية نظرا لما تكتسيه من أهمية بالغة ، بحيث أن العقارات بمختلف أنواعها سواء أكانت صناعية أو فلاحية أو عمرانية تلعب دورا هاما في مجال التنمية الاقتصادية .

لذلك فإنه كان من الواجب إضفاء حماية صارمة على الملكية العقارية وإحاطتها بجملة من الضمانات الأكيدة سواء كآنت بمابدى دستورية أو قواعد قانونية تحقيقا للوظيفة التي يؤديها .

لذلك تدخل المشرع الجزائري وذلك حماية للملكية العقارية بمبدأ الرسمية منذ السبعينات بموجب قانون التوثيق 91/70 الذي أوجب إفراغ كل التصرفات الواردة على العقار في قالب الرسمي تحت طائلة البطلان مستبعدا بذلك كل العقود العرفية من مجال المعاملات العقارية إلا أن هذا القانون أنتقد فهناك من أيد وهناك من عارض هذا الموقف مما أنعكس ذلك على الجهة المطبقة للقانون ولا سيما المحكمة العليا التي تمثل أعلى جهة قضائية .

ومن ثم يثور التساؤل بخصوص القيمة القانونية لهذه الرسمية المستوجبة في المعاملات العقارية وكذا الدوافع والأسباب التي أدت بالقضاة إلى الخروج عن هذه القاعدة إلى غاية إستقرار المحكمة العليا حول هذه المسألة بعد إجتماع غرفها من جهة ، ومن جهة أخرى يثور أيضا،إذا كانت هذه الرسمية واجبة في المحررات التي تتضمن تصرفات قانونية ناقلة للملكية العقارية أم تتعدها إلى تلك المكرسة لواقعة مادية بإعتبار أن هذه الأخيرة تعد هي أيضا وسيلة لنقل الملكية العقارية زيادة على الأحكام والعقود والقرارات الإدارية ، مادامت قد تؤدي إلى نقل السلطة المباشرة لصاحب العقار من إستغلال واستعمال وتصرف إلى شخص آخر وفقا للقانون وهو مانصت عليه أحكام المادة 674 من القانون المدني المؤرخ في 1975/09/26 والمادتين 27 و 28 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري .

ونظرا لأهمية حق الملكية وسائر الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية كونها من الحقوق التي يحتج بها مواجهة كافة فإنه لكي تكون لها هذه القوة لا بد أن يعلم الغير بماهية هذه الحقوق والتصرفات التي ترد عليها ذلك أن نقل هذه الحقوق بمجرد التعاقد فقط لا يحقق هذا العلم ، بل قد يترتب عليه أضرار جسيمة تصيب المتعامل والغير على حد سواء ، فقد يتم التعامل مع شخص على أنه مالك حقيقي في حين أنه نقل ملكيته إلى غيره ، الأمر الذي يؤدي إلى ضياع الحقوق ويعرقل تداول الأموال ومن ثم يهدد فكرة الإئتمان العقاري.

ومن أجل ذلك فإن المشرع الجزائري لم يكتفي بقاعدة الرسمية فقد تدخل بإصدار العديد من القوانين تهدف إلى تنظيم وتسيير الشهر العقاري بما يتماشى وفكرة حماية الملكية العقارية وضمان استمراريتها، بحيث إعتبر نفس هذه الرسمية من مبادئ الشهر العقاري والذي بدونه لا تنتقل الملكية وهو ماتبناه من خلال الأمر 74/75 المتضمن المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري و مراسيمه التطبيقية لا سيما منها المرسوم 63/76 الذي اشترط الرسمية في كل سند مقدم للإشهار.

ومن خلال الأمر السابق فإن المشرع الجزائري تبني نظام الشهر العيني الذي يعتبر القيد هو وحده ينشئ الحقوق أو يعدلها أو يزيلها ، لكن لم يأخذ بصفة مطلقة لأنه أبقى على نظام الشهر الشخصي إلى حين تمام عمليات المسح العام للأراضي و هو ماخلق عدة إشكالات برزت في الميدان العملي .

فزيادة على الرسمية المستوجبة قانونا ، فقد إعتبر الشهر العقاري شرط ضروري لانتقال الملكية بحيث إذا تمت الرسمية ولم يشهر العقار لا تنتقل الملكية العقارية.

ولعل التساؤل الثاني الذي يمكن إثارته تحت هذا العنوان هو مرتبط بأهمية هذا الشرط في نقل الملكية العقارية وكذا ما أفرزه تطبيقه من إشكالات إختلفت الآراء حولها.

وهنا نطرح الإشكال التالي :

ماهي طرق اكتساب ونقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري؟

ولقد إستخدمنا المنهج التحليلي لتحليل مجمل النصوص القانونية والأراء الفقهية للتوصل إلى نتائج وأهداف البحث.

وللإجابة على الإشكالية المطروحة ، إرتأينا أن نقسم دراستنا إستنادا إلى وجوب التطرق إلى طرق إكتساب ونقل الملكية العقارية من خلال فصلين ، نتناول في الفصل الأول النظام القانوني للملكية العقارية في التشريع الجزائري ، أما الفصل الثاني فسنتطرق فيه إلى القواعد الإجرائية لنقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري.

الفصل الأول : النظام القانوني للملكية العقارية في التشريع الجزائري

سنتناول في هذا الفصل مدخل إلى الملكية العقارية من خلال وضع التعريف والخصائص التي تتميز بها و أنواعها وأصنافها هذا في المبحث الأول أما المبحث الثاني فسنحدث عن طرق إكتساب الملكية العقارية

المبحث الأول : ماهية الملكية العقارية

سنتناول في هذا المبحث تعريف الملكية العقارية وخصائصها وذلك من خلال المطلب الأول أما في المطلب الثاني فسنحدث عن أنواع و أصناف الملكية العقارية

المطلب الأول : تعريف الملكية العقارية و خصائصها

الفرع الأول : تعريف الملكية العقارية

تعتبر الملكية العقارية من أهم المواضيع و أعقدها¹ على الإطلاق ويظهر ذلك من خلال تعدد المراسيم والقوانين والأوامر التي صدرت منذ الإستقلال فقد عرفت المادة 02 من القانون رقم 90/25 في 1990/11/18 بأن الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل من الأرض أو الثروات العقارية غير المبنية ، فالملكية العقارية تحول سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويشغله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها وهذا ما أكدته المادة 674 من القانون المدني الجزائري أن الملكية هي حق التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمال تحريمه القوانين و الأنظمة والمقصود بالملكية يجعلنا نتطرق إلى التعريف بماهية العقار.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد-نظرية الالتزام بوجه عام -أثار الالتزام، دار النشر للجامعة المصرية 1265، الصفحة 36

تعريف العقار

تعريفه لغة : نقف على معنيين لكلمة العقار هما :

* العقار هو كل ملك ثابت له أصل كالأرض والمنزل ومتاع البيت وخيار كل شيء وجمعه عقارات.

* العقار الحر هو ما كأن خالص الملكية يأتي يدخل سنوي دائم ويسمى ريعا .

تعريفه إصطلاحا: العقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه ، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف.

وقد عرفه المشرع الجزائري بأنه:¹ " كل شيء مستقر بحيز ، وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

فالعقار إذا هو الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكان إلى آخر بدون تلف وهذا خلافا للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل والحركة ، لذا نجد أن المشرع الجزائري قد ميز في قانون الإجراءات المدنية بين المنقول والعقار في الباب الخاص بالاختصاص القضائي. فأرجع ولأية النظر في القضايا المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية إلى محكمة موطن العقار أما في المواد المنقولة فالمحكمة التي يؤول إليها الاختصاص هي محكمة موطن المدى عليه لأن المنقول ليس له موقع ثابت بحكم طبيعته التي تسمح بنقله من مكان إلى آخر .

الفرع الثاني: خصائص الملكية العقارية:

لعل من أهم الخصائص التي يتميز بها حق الملكية أنه حق دائم وحق مانع:

أولاً: حق الملكية حق دائم :

يعني أن حق الملكية لاينقضي لعدم استعماله² مهما طالت مدة عدم استعماله فلا يرد عليه مايعرف (بالتقادم المكسب) فالدوام صفة لصيقة بحق الملكية تسير معه أينما وجد فحق الملكية حق دائم في ذمة صاحبه ، و إذا أنتقل إلى شخص آخر إنتقل معه وصف الدوام فالدوام صفة لصيقة بحق الملكية وليست لصيقة بصاحبه وخاصية الدوام هي التي تميز حق

¹، الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة 37

²عبد اسماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومه، طبعة 2002، صفحة 30

الملكية عن غيره من الحقوق الأخرى العينية (الأصلية والتبعية) فكل هذه الحقوق مؤقتة تنتضي بعد مرور مدة معينة دون الحاجة إلى انتقالها إلى شخص آخر.

ثانيا: حق الملكية حق مانع: ويقصد بهذه الخاصية معنيان:

1/ أن حق الملكية يحتج به على الكافة :

فيجب على الجميع إحترام حق الملكية لصاحبه بعدم الإعتداء عليه أو حتى مشاركته في ممارسة سلطاته على محل هذا الحق، وهذا المعنى ليس قاصرا على حق الملكية فحسب فجميع الحقوق تعتبر حقوقا مأنعة وفق هذا المعنى يجب على الجميع إحترامها وعدم الإعتداء عليها أو مشاركة صاحبها في التمتع بما تخوله من مزايا.

2/ أن حق الملكية حق يخول صاحبه جميع السلطات التي يمكن تصورها على شيء مادي:

فسلطات المالك على الشيء الذي يملكه لأحدود لها ، فله وحده حق إستعمال الشيء إستغلاله والتصرف فيه والمنع وفق هذا المعنى قاصر على حق الملكية ، لأيشترك معه حق آخر في هذه الخاصية.

المطلب الثاني: أنواع الملكية العقارية و عناصرها و أصنافها

الفرع الأول : أنواع الملكية العقارية

يمكن تقسيم العقارات إلى ثلاثة أنواع

أولا: عقارات بحسب الطبيعة

هي كل الأشياء المادية التي يكون لها بالنظر إلى كيانها موقع ثابت غير متنقل¹ ، فتشمل بذلك الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني و بنايات وأشجار.

-الأرض:

لا فرق في الأرض أن تكون قد أعدت للزراعة أو للبناء ، وتعتبر من العقارات بطبيعتها الأبنية المشيدة فوق الأرض على سبيل الثبات والإستقرار فالأشياء الثابتة المستقرة على الأرض أو في باطنها تعتبر عقارات دون النظر. إلى مالكة فلا يؤثر في طبيعتها العقارية أن

¹عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة 38

كأن مالكا غير مالك للأرض المقامة عليه كالأبنية التي يقيمها المستأجر بترخيص من المالك على الأرض المؤجرة فهي تعتبر عقارات بطبيعتها مادامت ثابتة ومستقرة في الأرض

-المباني:

هي عقارات بطبيعتها وتشمل جميع أنواع المنشآت المقامة عليه سواء على سطح الأرض أو تحتها كالمساكن و المصانع والجسور والمخابئ والأنفاق والآبار وأعمدة الأتار طالما أنها مثبتة في الأرض ، تتخذ حيزا ثابتا و مستقرا فيها .

ويعتبر البناء ثابتا ولو كان من الخشب ، مادام مستقرا في الأرض.

-النباتات المتأصلة في الأرض:

كل ما ينبت على سطح الأرض يعتبر عقارا بطبيعته ما دام متصلا به سواء بالنسبة للنباتات الصغيرة إلى الأشجار الكبيرة ، فجميع النباتات المتأصلة بالأرض تعتبر عقارا بطبيعتها.

ويشترط في النباتات المعتبرة عقارا أن تمتد جذورها في الأرض بحيث تتصل بالأرض إتصلا يحول دون إمكانية تنقلها فلا تعتبر عقارا النباتات التي تنمو في أصيص ، لعدم إتصالها بالأرض على وجه الثبات¹.

ثانيا: عقارات بحسب الموضوع

عرفها المشرع الجزائري بقوله: " يعتبر مالا عقاريا كل حق عين على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عين على عقار".

فالحقوق العينية الأصلية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحق الإستعمال وحق السكن والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحقوق الإمتيازات تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقارا غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعا منقولا.

¹ عبدالرزاق السنهوري ، المرجع السابق، الصفحة 39

ثالثا: عقارات بحسب التخصيص

العقارات بالتخصيص هي منقولات بطبيعتها رصدت لخدمة أو إستغلال عقار بطبيعته هو أيضا مملوك لنفس الشخص وذلك ما إذا خصص صاحب الأرض الزراعية مواشي والآلات الزراعية يستعين بها على زراعة أرض.

فالعقارات بالتخصيص هي منقولات منحت على سبيل المجاز، صفة العقار لأنها أعدت لخدمة العقار أو إستغلاله أو مخصصة له وهذا ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة 863 من القانون المدني غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في العقار لا يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله ، يعتبر عقار بالتخصيص .

ففكرة العقار بالتخصيص وردت في القانون عن طريق الإفتراض أو الحيلة القانونية توصل إلى شمول أحكام العقارات عن المنقولات التي أعدت لخدمته أو استغلاله ، لتأمين الاستمرار بخدمته أو إستغلاله بما يترتب منعا على بقاء طبيعتها المنقولة من أحكام وفصلها عن العقار المرصدة لخدمته وهذا يعرقل أو يعطل منفعة العقار أو إستغلاله.

• شروط صيرورة المنقول عقار بالتخصيص:

- أن يكون لدينا منقول بطبيعته وعقار بطبيعته
- مالك العقار هو مالك المنقول في الوقت نفسه
- أن تكون هاته المنقولات لخدمة العقار
- توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رغبة رابطة المنقول والعقار

• الفرع الثاني: عناصر الملكية العقارية

أولا: حق الأنتفاع

هو حق عيني في الأنتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الإحتفاظ بذلك الشيء لرده إلى صاحبه عند النهاية حق الأنتفاع الذي يجب أن ينتهي حتما بموت المنتفع ومنه فحق الأنتفاع هو حق عيني يقع على الشيء غير قابل للاستهلاك.¹

¹عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة 40

وتتص المادة 844 ق م .الجزائري أن حق الأنتفاع يكتسب بالتعاقد وبالشفاعة أو بالتقادم أو بمقتضى القانون.

كما يجوز أن يوصى بحق الأنتفاع للأشخاص المتعاقدين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية كما يجوز أن يوصي به لمحل السكن
ثانياً: **حق الإستعمال وحق السكن :**

حق الإستعمال هو حق عيني يتقرر لشخص على مملوك لغيره ويخول صاحب هذا الحق إستعمال الشيء لنفسه ولأسرته هو إذن فرع من فروع حق الأنتفاع ، ومن هنا فحق الأنتفاع يخول لصاحبه حق الإستعمال وحق الإستغلال محدود بحاجاته الشخصية هو وأسرته والمقصود بالأسرة هو نفس المقصود بالأسرة في حق الإستعمال.

كما أن حق الأنتفاع وحق الإستعمال يرد على العقار والمنقول أما حق السكن فلا يرد إلا على العقار ، وبالذات على دار السكن.

كما أنه قد بين المشرع الجزائري حق الإستعمال وحق السكن في المادة 855 بمفهومه أن نطاق الإستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته خاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقرها السند المنشأ للعقد.

ثالثاً _ حق الارتفاق:

نصت المادة 867 من القانون المدني الجزائري على أن الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال أن كأن لا يتعارض من الإستعمال الذي خصص له هذا المال¹.

فحق الارتفاق حق عيني عقاري لفائدة العقار المرتفق الذي يسمى بالعقار المخدم ليجد من منفعة العقار المرتفق به والذي يسمى بالعقار الخادم.

كما أن حق الارتفاق ينشأ عن أسباب محددة نص عليها القانون ويتمثل موقع حق الارتفاق الذي يتنوع حسب العقار المرتفق به.

¹عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، الصفحة 41

كما أن حق الارتفاق يتميز بخصائص تميزه عن باقي الحقوق الأخرى وهي أن حق الارتفاق هو حق تابع للعقار المرتفق هو حق دائم كما أنه غير قابل للتجزئة.

الفرع الثالث: أصناف الملكية العقارية

صنفت المادة 23 من قانون التوجيه العقاري الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ، ضمن الأصناف القانونية التالية:

أولا : الأملاك الوطنية

ويحكمها القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن الأملاك الوطنية والمرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة للدولة وتسييرها ويضبط كميّات ذلك.

وكذا المرسوم رقم 455/91 المؤرخ في 1991/11/23 بتعلق بجرد الأملاك الوطنية¹ تشمل الأملاك الوطنية على ما يلي:

- الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.
- الأملاك العمومية والخاصة التابعة للولاية
- الأملاك العمومية والخاصة التابعة للبلدية.

وتتميز الأملاك الوطنية بما يلي :

1- الأملاك الوطنية العمومية:

وتشمل جميع الأملاك العقارية والمنقولة المخصصة لإستعمال الجمهور إما مباشرة²(الطرق العمومية، شواطئ البحر، مجرى المياه) وكذلك الأملاك المهية خصيصا لأداء خدمة عمومية (البنائات العمومية ،المدارس ،الثأنويات، المحاكم...)، وقد بينت المادة 26 من قانون رقم 30/90 مختلف طرق تكوين الأملاك الوطنية (الاكتساب ، التبادل ، الهبة، نزع الملكية ،

¹ قانون رقم 455/91 المؤرخ في 1991/11/23 بتعلق بجرد الأملاك الوطنية

² القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن الأملاك الوطنية

الشفعة..) أما أحكام المواد 27 إلى 37 فأنها نظمت إجراءات إدخال وآخراج الأملاك العمومية، بالإضافة إلى تلك المتعلقة بتعيين الحدود وتبيان توابع هذه الأملاك.

2-لأملاك الوطنية الخاصة :

تشمل كل الأملاك الوطنية الأخرى الغير مصنفة ضمن الأملاك الوطنية العمومية ، وبما أن هذه الأملاك تؤدي وظيفة ذات طابع تمليكي ومالي فأنها تخضع مبدئيا لأحكام القانون الخاص ، غير أنه لا يستتبع التطبيق الكلي لقواعد القانون الخاص على هذه الممتلكات لكونها تشكل ملكية خاصة لشخصية قانونية عمومية وقد بينت أحكام المواد 38 إلى 58 من قانون رقم 30/90 طرق تكوين الأملاك الوطنية الخاصة والتي نصت على قواعد خاصة مغايرة لقواعد القانون الخاص تنطبق على الهبات والوصايا التي تقدم للدولة والجماعات المحلية الإقليمية (الولاية، البلدية) والمؤسسات العمومية التابعة لها ، وقد كرست هذه المواد مبدأ تملك الدولة للأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها ، والتركات التي لا وارث لها والحطام التي تركها مالكاها ،أو التي يجعل صاحبها والكنوز التي يتم اكتشافها أو العثور عليها في أحد توابع الأملاك الخاصة وعليه يمكن حصر طرق تشكيل الأملاك الوطنية الخاصة إلى ثلاث طرق:

- الوسائل التي تستعملها الدولة أثناء القيام بوظائفها كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.
- الوسائل التي تستعملها الدولة أثناء ممارستها لحق السيادة كالتأميم والأملاك التي تؤول إليها الدولة باعتبارها شاغرة،والأملاك التي ليس لها وارث.
- وسائل القانون الخاص ويتعلق الأمر بالمعاملات التي تقوم بها الدولة كالشراء والبيع والوصية.

ثانيا : الأملاك الخاصة

ويحكمها القانون المدني والقوانين المتفرعة عنه. مثل قانون التوجيه العقاري¹ رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المعدل بموجب الأمر رقم 26/95 والمرسوم التشريعي رقم

¹قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990

03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري¹ وبالرجوع إلى أحكام القانون المدني ، فإن الملكية الخاصة نظمتها أحكام المواد 674 وما يليها وهي تكون إما : ملكية تامة أو ملكية مجزئة أو مشتركة أو مشاعة.

أ/ الملكية التامة:

وهي التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث² وهي حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف، وهذه الحقوق يمارسها المالك على ملكه عقارا كأن أو منقولا ، وقد تكفل المشرع الجزائري بتحديد نطاق حق الملكية التامة في عدة مواد من القانون المدني وما يتضمن قانون التوجيه العقاري مواد 27 و28.

حيث يتضح من هذه النصوص أن حق الملكية العقارية يشمل الشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وملحقات ، أما إذا كان هذا الشيء أرضا شملت ملكيتها ما فوقه وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها ، وذلك عداها يستثنيه القانون أو الإتفاق.

ب/ الملكية المجزأة :

قوام الملكية هو الحقوق الثلاث "الإستعمال" ، "الإستغلال" "التصرف" التي خولها القانون للمالك بالذات ، لكن هذا الأخير قد يتنازل عن بعض هذه الحقوق لفائدة الغير ، فيجزأ ملكيته كأن يتنازل عن حقه في إستعمال الشيء أو إستغلاله لصاحب حق الأنتفاع فيبقى له عندئذ ملكية الرقبة.

ج/ الملكية المشاعة :

إذا تعدد المالكون في الشيء الواحد بدون أن تحدد حصص كل واحد منهم ، يقال للملك أنه شائع ويقال لكل واحد مالك على الشيوع ومشتاع أو شريك في الملك .
وقد خول المشرع الجزائري في المادة 718 من القانون المدني للمالك المشاع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال المشاع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء في

¹ المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري

² قانون رقم 455/91 المؤرخ في 1991/11/23 بتعلق بجرم الأملاك الوطنية

الملكية فهو ما أقره المجلس الأعلى في قرار من قراراته بقوله: "إذا تعلق الأمر بتعدي الغير بدون سبب ، يجوز لكل شخص من الشيوع حماية الملكية الشائعة لوحده والحصول على طرد كل أجنبي من الملكية المشاعة.

وكذا المحكمة العليا في أحد قراراتها حيث نصت على: "من المقرر قانوناً أنه لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من المسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء" كما أن القانون لا يشترط على الشريك في إطار المحافظة على الملك المشاع أن يستظهر أمام المحكمة بوكالة عن جميع الورثة وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرار رقم

116-228 المؤرخ في 1994/11/22¹.

د/ الملكية المشتركة :

وهي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص، تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة ، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العمارات كالأسطح وممرات الدخول والدرج والمصاعد .

وتطبق على هذا النوع من الملكيات أحكام وقواعد الشيوع الإجباري، فلا يجوز المطالبة بقسمتها عملاً بما نص عليه المشرع في إحدى مواد بقوله: " لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم".

ومن ثم لا يجوز للمالكين المشتركين أن يقوموا بقسمة الأجزاء المشتركة التي يملكونها على الشيوع، فيحضر عليهم قسمه البساتين والمداخل، والأروقة والشرفات المشتركة والأسطح وغيرها من العقارات المبنية وغير المبنية المعدة للاستعمال المشترك. لذلك يجب لفت أنتباه الموثقين إلى الإبتعاد عن تحرير مثل هذه العقود وكذا القضاة من الإعتماد على مشاريع

¹المحكمة العليا في قرار رقم 116-228 المؤرخ في 1994/11/22.

القسمة التي يقوم بها الخبراء المنصبة أساسا على هذه الجزاء لأن ذلك يعد خرقا صارخا للقانون.

ثالثا/ الأملاك الوقفية

الوقف " الحبس " كأن قبل سنة 1984 يتم وفقا للأحكام الشرعية الإسلامية وبصدور قانون الأسرة الجزائري بموجب القانون رقم 84/01 المؤرخ في 09/06/1984 نظم الوقف في الفصل الثالث من الكتاب الرابع الخاص بتبرعات المواد 213 إلى 220 من قانون الأسرة وفي سنة 1990 أثناء سن القانون رقم 90/25 المتضمن التوجيه العقاري¹ تم التنصيص على الوقف في المادتين 31 و 32 ومنه تؤكد المادة 32 بنصها على أن الوقف يخضع لتكوين الأملاك الوقفية وسيرها إلى القانون الخاص وبالفعل تدعم التصرف القانوني في سنة 1991 بصدور قانون رقم 09/10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف² ثم تلاه المرسوم التنفيذي رقم 98/381 المؤرخ في 01/02/1998 الذي حدد شروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها. وحمايتها وكيفيات ذلك ، والأملاك الوقفية حسب المادة 06 من قانون الأوقاف نوعان :

- 1-الوقف العام : وهو ما حبس على الجهات الخيرية كوقف الأرض لحساب المستشفى.
- 2-الوقف الخاص: هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والأناث الأشخاص المعنيين ثم يؤول إلى جهة التي يعينها الواقف بعد أنقطاع الموقوف عليهم. ويصبح الوقف الخاص عاما إذا لم يتم قبوله من طرف الموقوف عليه ويتولى ناظرا الوقف إدارة الأملاك الوقفية على العين الموقوفة والمحافظة عليها وتوابعها.

¹القانون رقم 90/25 المتضمن التوجيه العقاري

²قانون رقم 09/10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف

المبحث الثاني: طرق إكتساب الملكية العقارية

سنتناول في هذا المبحث طرق اكتساب الملكية العقارية من خلال المطلبين ، المطلب الأول الطرق الإرادية والمطلب الثاني الطرق غير الإدارية.

المطلب الأول: الطرق الارادية:

الفرع الأول: اكتساب الملكية العقارية عن طريق العقد

من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية نجد عقد البيع وعقد المقايضة وموضوع دراستنا هو العقار وليس المنقول ، وعليه سنتناول في هذا الفرع تعريف عقد البيع وعقد المعاوضة والقواعد التي تحكمهما وإجراءات نقل ملكيتهما.

أولاً: تعريف عقد البيع:

تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على مايلي:

"البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹

يتضح من خلال هذا التعريف أن عقد البيع عقد مبادلة مال نقدي بمال غير نقدي ، وهو عقد ملزم لجانبين

ثانياً: تعريف عقد المقايضة و طبيعتها :

تعريف عقد المقايضة :

تعرف على أنه مبادلة شيء بشيء آخر غير النقود فكل طرف في العقد يتعهد بتملك الطرف الآخر شيئاً أو حقا ماليا على سبيل التبادل وقد عرف المشرع الجزائري عقد المقايضة في المادة 413 من القانون المدني الجزائري بأنها :

"المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود فالمقايضة لا يوجد فيها ثمن ولكن مبيع بمبيع كمبادلة دار أو منزل بسيارة أو بالة أو بمصنع".

¹ احويمينية، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط1 دار بلقيس، الجزائر، 2016، ص10، 09

نستخلص من هذا التعريف أن الذي يميز المقايضة عن البيع هو أن البديلين ليس من النقود فكل مقايض يعتبر بائعا و مشتريا في وقت وأحد فهو بائع للشيء الذي قايض به ومشتريا للشيء الذي قايض به.

طبيعة عقد المقايضة:

أن عقد المقايضة مثل عقد التمليك بمقابل وأهم ما يميز المقايضة عن البيع أنها مبادلة شيء بشيء، لا يكون أيهما مبلغا من النقود لذلك يعتبر كل مقايض بائعا¹ ومشتريا في وقت وأحد، كما أن المقايضة ترد على الملك التام سواء كأن مقررا أو شائعا على أي حق من الحقوق المترفعة عن حق الملكية كما يجوز أن تقترن بمعدل نقدي لتعويض الفرق الحاصل بين البديلين ولأيرتب هذا المعدل بأن يصبح عقد المقايضة بيعا لدخول الثمن في العقد إلا إذا كان المعدل أي الثمن النقدي هو النصر الغالب.

الخصائص المشتركة بين عقد البيع والمقايضة :

سنتناول هنا الخصائص المشتركة بين عقد البيع والمقايضة كما يلي:

1/ من العقود الشكلية: إذا كان محل البيع عقارا فأن عقد بيع العقار يكون شكليا وهذا ما يتضح من خلال المادة 12 من قانون 70-91 المتضمن قانون الموثق التي تنص على مايلي "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فأن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية..... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفن الثمن إلى الموثق".

كما تنص المادة 14 من قانون 76-63 المتضمن لإعداد مسح عام وتأسيس السجل العقاري على مايلي :

"تلتزم الاشارة من اجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى مايلي :

* جميع العقود الرسمية المنشأة والمناقلة والمصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية .

¹ انور سلطان، العقود المسماة شرح عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2005، ص 447

*جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كأن موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو الإمتيازات.

*جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كأن موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو المتيازات".

تنص المادة 61 من المرسوم 67-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على مايلي :

" كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية "يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ".

كما تنص المادة 324 مكرر 1 على أنه "زيادة عن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد".

من خلال قرائتنا للنصوص القانونية السالفة الذكر نستنتج أن عقد بيع العقار وكذا المقايضة في التشريع الجزائري عقد رسمي يجب إبرامه أمام الموثق فإذا تخلف ركن الشكل يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.¹

2/من العقود الملزمة لجانبين:يرتب عقد البيع التزامات على عاتق كلا الطرفين فيصبح كل منهما دائئا ومدينا في نفس الوقت ، فيلزم البائع بنقل ملكية المبيع ودائئا بالثمن والمشتري دائئا بتسلم المبيع ومدينا بالثمن وكذلك الأمر بالنسبة للمقايضة.

3/من عقود المعاوضة :

عقد البيع والمقايضة من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع ففيه يحصل كل من المتعاقدين على مقابل لما يعطيه.

¹ارمضان محمد ابو السعود ،شرح احكام القانون المدني العقود المسماة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010 ص401.

4/ عقد البيع والمقايضة من العقود المحددة القيمة :

معناه أن كلا المتعاقدين يعلم وقت العقد بقيمة الالتزام الذي يتعهد به وقيمة الحق الذي يعود عليه من العقد ، وقد يكون البيع عقدا احتماليا إذا اشترط المتعاقدين أحد الإلتزامات الناشئة بحادث غير محدد وقت وقوعه مثل جعل الثمن مرتبا لمدى الحياة ، فمقدار الثمن مرتبط بمدى حياة البائع الأمر الذي لا يمكن تحديده وقت التعاقد.

5/ من العقود الناقلة للملكية:

من أهم الخصائص التي يتميز بها كل من عقد البيع وعقد المقايضة أنهم ناقلاً للملكية فالتقنين الجزائري يعرف عقد البيع بأنه عقد ينشئ الإلتزام بنقل الملكية من البائع إلى المشتري حسب المادة 351 من القانون المدني الجزائري ، ويعد هذا الإلتزام من طبيعة البيع بحيث لا يكون هناك بيع بدونه ، كذلك بالنسبة لعقد المقايضة طبقاً للمادة 413 من القانون المدني الجزائري.

3/ أركان عقد البيع والمقايضة :

تتمثل أركان عقد البيع والمقايضة في الرضا والمحل ،السبب والشكالية وسنحاول شرحها فيما يلي:

أ/الرضا:يقصد به إتجاه الإرادة إلى احداث الأثر القانوني، فيقال أن البائع قد إرتضى البيع والمشتري قد ارتضى الشراء ، و حتى يكون عقد البيع أو المقايضة صحيحا يجب أن يكون ركن الرضا شامل لكل الشروط اللازمة لتكوين العقد و إلا فلا ينعقد العقد لأن الرضا يكون معدوما ، و يتم عقد البيع أو المقايضة بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين أي الأيجاب والقبول.¹

والتعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتدأولة عرفا، كما يكون بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود وكما يكون ضمناً حسب المادة 60 من القانون المدني الجزائري .

¹محمد الصبري الصعدي ،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري بالعقود المسماة عقد البيع والمقايضة،دار الهدى الجزائر 2012، ص30.

ويجب أن يكون البيع صادرا من شخص ذي أهلية ، ويقصد بالأهلية هنا هي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص بأن يباشر التصرفات القانونية لأحداث أثر قانوني ومناطق أهلية الأداء هو التمييز ، فالصبي دون سن الثالثة عشر طبقا للمادة 42 من القانون المدني الجزائري يعتبر عديم التمييز فلا يستطيع مباشرة أي تصرف فالعقد لا ينعقد أصلا لأنعدام الإرادة و يأخذ حكم المجنون ، أما المرحلة التي تكون ما بين 13 سنة إلى ما قبل 19 سنة يكون في هذه الحالة ناقص الأهلية ويأخذ حكمه السفهه والمعتوه الذي بلغ سن الرشد حسب المادة 43 من القانون المدني الجزائري فيعقد العقد قابلا للإبطال ، وقد نصت المادة 83 من قانون الاجراءات الجزائية على أنه:

"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له¹ ، وباطلة إذا كانت ضارة له وتتوقف على إجازة الولي والوصي فيما إذا كانت مترددة بين الدفع والضرر، و في حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء كما أجاز القانون في نص المادة 84 من قانون الإجراءات الجزائية أن يحكم القاضي بترشيد الصبي المميز في جزء من أمواله أو كلها .

تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه ، يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشر سنة كاملة ، فالشخص الراشد تعتبر جميع تصرفاته القانونية صحيحة ومنها البيع مالم يحجز عليه."

كما يجب أن يكون الرضا في البيع سليما من عيوب الرضا المعروفة وهي الغلط والتدليس الإكراه والإستغلال طبق للقواعد العامة وذلك من المواد 81 إلى 88 من القانون المدني الجزائري.

¹ محمد صبري الصعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات (الجزء الاول) دار الهدى، الجزائر، 2004، ص31

ب/المحل:

هو العملية القانونية المراد تحقيقها من البيع أو المقايضة ، فمن خصائص عقد البيع أنه ملزم لجانبين حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع ويلتزم المشتري مقابل ذلك بدفع الثمن فمحل عقد البيع هنا هو المبيع العقاري والثمن ، أما بالنسبة لعقد المقايضة فالحقوق التي تصلح محلا للبيع تصلح محلا للمقايضة فتجوز المقايضة في الحقوق العينية كحق الملكية والأنتفاع والإرتفاق كأن يكون الحق واردا على عقار.

كما يشترط المشرع الجزائري في المادة 397 من القانون المدني على وجوب امتلاك البائع. كما يشترط المشرع الجزائري في المادة 397 من القانون المدني على وجوب امتلاك البائع للمبيع وإلا وقع العقد تحت طائلة البطلان بسبب بيع ملك الغير ،أما شروط المحل فتخضع في ذلك للقواعد العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني الجزائري وهي أن تكون موجودا أو قابلا للوجود ، معينا أو قابلا للتعيين ومشروعا.

أولا/العقار: يجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود مستقبلا وقت إبرام العقد¹ وإلا اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه، فإذا تعاقد الطرفان على اعتبار أن العقار موجود وقت العقد ثم تبين أن المبيع قد هلك قبل إبرام العقد بقوة قاهرة ، فإن العقد باطل بطلان مطلق طبقا للمادة 92 و93 من القانون المدني الجزائري فقد جاء في المادة 93 "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كأن العقد باطلا بطلان مطلق" ونصت المادة 92 من نفس القانون على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا " ومن الأمثلة على بيع الأشياء المستقبلية بيع شخص لمنزل قبل بنائه ، وهذا البيع يطلق عليه في القانون الجزائري تسمية البيع على التساميم ،وسمي عقد البيع على التصاميم لأن مقتضى العقار لا يرى محل عقد البيع إلا على المخططات التي يقوم برسمها المحقق العقاري كما عرفت المادة 28 من القانون 04/11 المتعلق بنشاط الترقية العقارية على أنه عقد يتضمن تحويل حقوق الأرض

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص79.

وملكية البناءات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الاشغال ، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الأنجاز .

ثانيا/الثمن:تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن يكون الثمن في عقد البيع نقديا يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية العقار المبيع إلى المشتري والإتفاق على الثمن يقتضي تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره حسب المادة 356 قانون مدني جزائري ، كما يجب أن يكون الثمن حقيقيا أي جديا وهو الذي يكون مقابلا حقيقيا للمبيع ، فالثمن الصوري هو الثمن الذي يظهر في العقد ولا يلتزم به المشتري فعلا ، أما الثمن التافه هو قليل لدرجة أنه لا يتناسب مع قيمة المبيع الحقيقية ، والثمن البخس هو ثمن لا يتناسب مع قيمة المبيع لكن لا يصل إلى درجة التفاهة .

أما بالنسبة لعقد المقايضة فقد يحدث أن تكون قيمة البدلين غير متساويتين في القيمة فيتفق الطرفان على أن يقدم أحدهما للآخر مبلغا من النقود يكمل به قيمة العقار مثلا الذي يقايض به ، غير أن دخول النقود في العقد لا يؤثر على تكييفه بأنه عقد مقايضة ، مادام المبلغ لا يفوق حدا كبيرا المقابل غير النقدي (العقار) فيجب أن يكون الجزء الأقل منه ¹.

ج/السبب: إختلف الفقهاء بخصوص تعريف السبب فأنقسموا إلى فريقين ، حيث يرى الفريق الأول وهم اصحاب النظرية التقليدية، والذي صاغها الفقيه دوما أن السبب هو الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم كم وراء التزامه ، فسبب إلزام البائع هو إلزام المشتري وذلك في جميع عقود البيع ذو تفرقة معناه أن سبب إلزام المشتري هو تسلم المبيع وسبب إلزام البائع هو الثمن، كما يشترط أنصار هذه النظرية توافر ثلاثة شروط في السبب هي أن يكون موجودا صحيحا ومشروعا .

أما النظرية الثانية وهي النظرية الحديثة فأساسها هو الباعث أو الدافع إلى التعاقد كلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر ، بمعنى أنه كأن عالما به أو على الأقل يستطيع أن يعلم به ، أما المشرع الجزائري فقد أخذ بالنظرية الحديثة في السبب حيث تنص المادة 97 من القانون

¹محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابقص33.34.

المدني " لذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كل العقد باطلا " ، معناه ذلك أنه إذا تخلف السبب أو كأن غير مشروع كأن العقد باطلا بطلاناً مطلقاً فالتقنين الجزائري يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب بمعنى الباعث إلى التعاقد إذ لا يمكن أن يتحمل المتعاقد بدون سبب.

د/الشكلية: يقصد بالشكلية توثيق العقد أي إفراغ التصرف في عقد رسمي من طرف الموثق، بحيث لو تخلف ركن الشكلية في عقد البيع يعتبر العقد باطل بطلاناً مطلقاً وهذا مأنصت عليه المادة 324 من القانون المدني " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقاريةفي شكل رسمي " .

إذ يعد عقد البيع أهم السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية ، بموجبه يقوم البائع بنقل ملكية عقار مبني أو غير مبني إلى المشتري مقابل ثمن نقدي يدفع خمسه 5/1 أمام مرأى الموثق.

كما أوجب القانون 91/70 المتضمن قانون التوثيق ، الرسمية في العقود الواردة على العقارات ولم يعد بذلك المحرر العرفي أية حجية و أوجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقار في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان ، وقد نصت المادة 12 منه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي ، فإن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو.....يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد" نستنتج من هذه المادة أنه لأيكفي توافر الرضا والمحل والسبب بل لا بد من إتباع شكل معين يتمثل في الرسمية التي هي ركن العقد ولصحة العقد وتأكدت هذه القاعدة خاصة بعد صدور الأمر 74/75 المذكور أعلاه لا سيما المرسوم التطبيقي له رقم 63/76 ، إذ نص في المادة 91 منه " بأنه يقدم على الشكل الرسمي كل عقد يكون موضوع إشهار".

وأمام غياب نص قانوني يصرح بإلزامية إبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني مما أدى إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة ، فأدرج المشرع المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر 1 قانون مدني جزائري التي أكدت صراحة على الرسمية كركن لأنعقاد العقد، وتم التأكيد على قاعدة الرسمية من جديد بموجب المادة 25 من قانون رقم 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تنص على مايلي:

يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بنائها أو في طور البناء ، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا لأحكام هذا القانون ."

4/إجراءات نقل الملكية العقارية الخاصة عن طريق البيع والمقايضة:

يعتبر التوثيق والتسجيل من أهم إجراءات نقل الملكية العقارية لذا سنشرح كل إجراء على النحو التالي:¹

أولا/التوثيق : لقد سبق وأن تناولنا سابقا في ركن الشكلية أهمية كتابة عقد البيع وإفراغه في الشكل الرسمي أمام الموثق ، فكتابة عقد بيع العقار في الشكل الرسمي يعتبر دليل إثبات في حالة حدوث نزاع .

أما ملكية العقار لا تنتقل إلى المشتري إلا بعد تسجيل عقد البيع وشهره من طرف الموثق .
ثانيا/التسجيل : قبل إجراء عملية شهر العقار يتم تسجيل العقد ، والهدف من التسجيل هو تحصيل المبلغ الجبائي لفائدة الخزينة العامة ، والتسجيل ضروري لشهر العقد لكنه لا يمس آثار العقد ، وتنص المادة 40 من قانون التوثيق رقم 06/02 على مايلي :

"يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقابضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة ، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع

¹محمد سبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة ،المرجع السابق،ص52

المعمول به وينبغي على الموثق زيادة على ذلك ، فتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحررها".

تجرى إجراءات التسجيل على مستوى مفتشية التسجيل والطابع وبياشرها مفتش التسجيل كما أن التسجيل لا يضفي الصفة الرسمية على العقود العرفية المبرمة بين الأطراف بل يجعل لها تاريخ ثابت بين الأطراف دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

وتنص المادة 75 فقرة 1 من الأمر 105/76 الصادر بموجب قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/19 على أنه : "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة " .

ثالثا/الشهر:

أن الهدف من الشهر العقاري هو إعلام الغير بما يرد على العقارات¹ من حقوق عينية فيتم إعلان التصرفات التي ترد على العقارات وذلك حتى يعرف المشتري أنه يتعامل مع المالك فلا يخدع أحد إذا اشترى عقارا ، فلا تنتقل ملكية العقار إلى المالك الجديد إلا بشهر عقد البيع في المحافظة العقارية وتعد مرحلة الشهر المرحلة الأخيرة بعد إتمام مرحلة التوثيق وتسجيل العقد لتحصيل المبلغ الجنائي .

حيث من خلال عملية الشهر يصبح العقد نافذا فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير وقبل الشهر لا يرتب عقد البيع إلا آثار شخصية بين البائع والمشتري حيث يستطيع المشتري مطالبة البائع بتنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إليه ، ويقوم الموثق نيابة عن البائع بشهر العقار في المحافظة العقارية.

حيث تنص المادة 10 من قانون التوثيق 06/02 على مايلي :

"يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للأيداع على التنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا

¹ احمد سبيري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني عقد البيع والمقايضة ،المرجع السابق،ص53

" كما تنص المادة 90 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الادارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود والقرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحررة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة".

كما تنص المادة 793 من القانون المدني " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى للعقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

كذلك تنص المادة 15 من الأمر 75/74 الصادر في 1975/11/12¹ إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي ورد فيها " كل حق للملكية وكل حق عيني عقاري آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

ويجب على الموثق شهر العقود الناقلة للملكية في أجل لا يتعدى شهر وهو مأنصت عليه المادة 58 و93 من قانون التسجيل ، وإلا كان مسؤولاً عن هذا التأخير.

الفرع الثاني: اكتساب الملكية العقارية عن طريق التصرف بالإرادة المنفردة

أولاً/التقادم المكسب :

لجأ المشرع الجزائري إلى تبني إجراء التقادم المكسب الذي من خلاله يسمح للأفراد المالكين للعقارات الغير ثابتة بسند رسمي بإثبات حقهم عن طريق الحيازة المؤدية للتملك بالتقادم بإعتباره وسيلة تخول لأي شخص التمسك به أمام القضاء بدفع يتضمن المطالبة بتثبيت الملكية وفقاً لأحكام التقادم المكسب.

شروط اكتساب الملكية العقارية بالتقادم

1 / الحيازة مدة 15 سنة:

نص القانون المدني من خلال المادة 827 حيث نصت :

¹الأمر 75/74 الصادر في 1975/11/12 إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

"من حاز منقولاً كأن أو عقارا دون أن يكون مالك له أو خاص به صار له ذلك ملكا ، إذا استمرت حيازته له لمدة خمسة عشر سنة بدون أنقطاع "

تعتبر الحيازة القانونية بكافة شروطها الواردة على عقار قابلة للتعامل فيها وتملكها خلال مدة معينة للتمسك بالملكية أمام القضاء .

يرتبط التقادم المكسب للملكية بالحيازة ارتباطا وثيقا ، بل أن الحيازة هي العنصر الاساسي في التقادم فيجب أن يمتد وضع هذا الحق وفقا للقانون دون منازع.

2/ شرط عدم خضوعه لعملية المسح العام للأراضي

يشترط في الحائز قبل التطرق إلى إجراءات عقد الشهرة ، أن يحوز عقارا لم تمسه إجراءات المسح طبقا لما جاء به الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ ، كما يشترط أن يكون العقار من نوع الملك ، وتكون الحيازة مستمرة وغير منقطعة ، وغير متنازع عليها، علانية غير مشوبة بلبس ، تستمر هذه الحيازة لمدة 15 سنة غير منقطعة.

ثانيا/الحكم القضائي :

أن نقل الملكية العقارية لا يتم دائما بطريق التصرف القانوني والواقعة المادية فهذان الطريقتان لا يقرآن التغطية الكاملة لحاجة الأنسان في نقل ملكية العقار ومن هذه الحالات :

1/الحكم القضائي بقسمة المال المشاع: حيث نص المشرع الجزائري أنه " تجري القسمة بطريق الإقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز، وفي هذا الصدد يجب لفت الأنتباه أنه في حالة إشهار عقد يتضمن إيداع حكم قضائي نهائي قضى بقسمة عقار بين ملاك كأنو مشاعين ، حيث يتقدم أمام المحافظ العقاري رفض عملية الشهر بحجة عدم إمكانية الإشهار الجزئي ويلزم محرر العقد بإشهار كافة الحقوق فقط فيما يخص الحصة التي آلت إليه بموجب عملية القسمة من دون التزامه بدفع

¹الأمر 75/74 الصادر في 1975/11/12 إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

الرسم على قيمة كامل العقار موضوع القسمة وعلى المحافظ العقاري القيام بأحد الإجرائين حسب الحالة:

*إما إنشاء بطاقة عقارية جديدة تتعلق بالوحدة العقارية الناتجة عن القسمة ، يؤشر إسم صاحب الحق عليها ، إذا تعلق الأمر بالإشهار العيني "العقار المسموح" أو تطبيقاً لأحكام المادتين 21 و 27 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.¹

*أو التأشير على البطاقة العقارية المتعلقة بالطالب فقط أن وجدت أو إنشاء بطاقة عقارية بإسمة عند غيابها في حالة تطبيق نظام الشهر العيني .

ثانياً/القرار الإداري :

تلجأ الإدارة أحياناً في سبيل تحقيق المصلحة العامة إلى إصدار قرارات إدارية تنقل بموجبها ملكية الغير إلى رصيدها العقاري ، ومن تطبيقات القرارات الإدارية الناقلة للملكية العقارية :

قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة التي تتخذ في إطار القانون 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية ، إذ جاء في نص المادة 02 منه (يعد نزع الملكية من اجل المنفعة العمومية طريقة إستثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية...).

والمادة 30(يخضع القرار الإداري الخاص بنزع الملكية إلى المنزوع منه وإلى المستفيد ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التحويل العقاري وعندئذ يلزم المعنيون بإخلاء الأماكن).

¹المرسوم 76/63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

*كما أن الأمر 73/71 والمؤرخ في 1971/11/08 المتضمن الثورة الزراعية الملغى بموجب المادة 75 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري كان يخول للدولة حق إتخاذ قرارات إدارية تتضمن تأميم الأراضي لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية.

ثالثا/الهبة

تعتبر الهبة من الترفات الناقلة للملكية والتي يتبرع بمقتضاها الواهب بماله لشخص آخر يسمى الموهوب له دون مقابل ، لهذا سنتأول في هذا الفرع تعريف الهبة واركائها وشروطها وإجراءات نقل الملكية العقار عن طريق الهبة .

3/تعريف الهبة :

الهبة لغة : التبرع والتفضل على الغير ولو بغير مال ، أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مالا أو غير مال وقال الله تعالى (ووهبنا له اسحاق ويعقوب) الأنعام :84 ، قال الله تعالى(يهب لمن يشاء أناثا ويهب لمن يشاء الذكور) الشورى :49 ومعنى الهبة في اصطلاح الفقهاء أنها تملك المال في الحال مجانا ، وقبل تملك المال بلا عوض كال حياة المملك .

2/أركان وشروط عقد الهبة:

تنص المادة 206 من قانون الإجراءات الجزائية " تتعقد الهبة بالأيجاب والقبول ، وتتم بالحيازة ومراعات أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة بالمنقولات ، وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة " .

أركان عقد الهبة: تتمثل أركان عقد الهبة فيما يلي :¹

أ/تطابق الإيجاب والقبول: نستنتج من خلال نص المادة 206 من قانون الأسرة السالف الذكر على ضرورة انعقاد الهبة بالإيجاب من الواهب وقبول من الموهوب له ، فلا تتعقد الهبة بإرادة الواهب المنفردة وهذا مايميز الهبة عن الوصية التي تتم بإرادة منفردة .

ب/الحيازة:يقصد بالحيازة في الهبة تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه ، فإذا كان الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة بموجب عقد إيجار أو عارية أو وديعة أو رهن حيازي ثم تمت الهبة كان الموهوب له حائزا فعلا للموهوب وقت تمام الهبة ، لأیحتاج إلى استیلاء جدید لیتم التسليم بل إلى إتفاق مع الواهب على أن يبقى الموهوب في حيازته لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن بل كمالك له عن طريق الهبة .

وتنص المادة 208 من قانون الأسرة على أنه : " إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كأن الموهوب مشاعا فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة " ويرى الأستاذ حمدي باشا عمر من خلال تحليله لهذه المادة أنه بالنسبة للعقارات إذا كان الواهب ولي الموهوب له ، أو زوجه أو في حالة ما إذا كان العقار الموهوب مشاع ، فإن إجراءات توثيق عقد الهبة وذلك بصبه في قالب رسمي أمام الموثق تغني عن الحيازة.

ج/الشكل في عقد الهبة :¹

هبة العقار لا تتم إلا بورقة رسمية فيقوم الموثق ، بتوثيق عقد الهبة بعد دفع الرسم المستحق ، كما يجب على الموثق التثبت من أهلية المتعاقدين ورضائهما ولا يجوز التوثيق إلا بحضور شاهدين يوقعان عقد الهبة ، وعلى الموثق قبل التوقيع المتعاقدين على الهبة أن يتلو عليهما الصيغة الكاملة للعقد وأن يبين لهما الأثر القانوني المترتب عليه وله رفض التوثيق إذا اتضح له عدم توافر الاهلية أو الرضا لدى المتعاقدين وأن الهبة ظاهرة البطلان.

د/المحل في عقد الهبة :

محل عقد الهبة له نفس الشروط محل العقد بصفة عامة وهي أن يكون موجودا ، معيناً ، أو قابلاً للتعيين صالحاً للتعامل فيه ، وضرورة ملكية الواهب للشيء الموهوب .

¹حمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة الوصية والوقف، دار هومة، الجزائر 2004، ص8

ر/السبب في عقد الهبة :

يفهم السبب هنا بأنه الباعث الدافع للواهب على التبرع بماله بدون مقابل ويجب أن يكون هذا الباعث مشروعاً وإلا اعتبرت الهبة باطلة ، فإذا اقترنت الهبة بشرط غير مشروع كأن يهب شخص مالا لمطلقاته ويشترط عليها عدم الزواج فشرط عدم الزواج عادة شرط غير مشروع ، والعبرة في عدم مشروعية الشرط بوقت صدور الهبة فإن كان مشروعة في هذا الوقت فالهبة صحيحة ولو أصبح الشرط غير مشروع بعد ذلك فإن كان هو الباعث الدافع إلى التبرع ألغى الشرط لمخالفته للقانون والنظام العام وبقيت الهبة.

2/شروط عقد الهبة:

الاهلية في عقد الهبة: تنص المادة 203 من قانون الإجراءات الجزائية "يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل ، بالغ تسعة عشرة سنة كاملة وغير ومحجور عليه) يستخلص من نص المادة أن الشروط الواجب توافرها في الواهب هي أن :¹

أن يكون سليم العقل ، وبالغ تسعة عشر سنة كاملة ، وأن لا يكون محجوراً عليه ، فالمطلوب من الموثق قبل تحرير تحرير عقد الهبة أن يتحقق من أهلية الواهب فيلتمس من الأطراف تقديم شهادات الميلاد وبطاقة الهوية ، وحتى تقيم شهادة طبية أن اقتضى الحال ذلك ومادامت الهبة تتطلب أهلية التبرع في الواهب التي تعد أقوى من اهلية التصرف ، لأن هذا العمل ضار بالواهب ضرراً محضاً فقد اشترط القانون فيه أن يكون سليم العقل بالغاً من الرشد المدني وهو تسعة عشر سنة وأن لا يكون محجوراً عليه.

أما بالنسبة للموهوب له فقد خفف المشرع من الأهلية بالنسبة له إذ تكفي فيه أهلية التمييز لأنه يقوم بعمل نافع نفعاً محضاً بل اتجه حتى للجنين في بطن امه وهذا ما يستشف من نص المادة 209 من قانون الأسرة (تصح الهبة للحمل بشرط أن يولد حياً).

يستخلص أن المشرع الجزائري في قانون الأسرة أنه سار على مذهب الأمام مالك الذي يجيز الهبة للحمل المستكن أي الجنين في بطن أمه ، وعلق ذلك على شرط ولادته حياً ثم

¹حمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، المرجع السابق، ص19.

مات بعد ولادته كأن المال الموهوب لورثته ، ويتولى قبول الهبة عن الجنين وليه الشرعي وهي الأم في حالة ما إذا كانت الهبة من الأب ، أو هذا الأخير إذا كانت الهبة من أجنبي وفي هذه الحالة يتعين على الموثق أن يتأكد من الشروط المنصوص عليها في المادة 203 من قانون الأسرة المتعلقة بالواهب ، والأشارة بوضوح إلى الحمل المستكن (الجنين) في بطن أمه مع ذكر الهوية الكاملة لها والإسترشاد بشهادة طبية ، واتباع الإجراءات الشكلية المتعلقة بتحرير عقد الهبة بما في ذلك تسجيل العقد و شهره بالمحافظة العقارية على غرار سائر العقود التوثيقية الأخرى الناقلة للملكية العقارية.

وينتظر وضع الأم لمولودها ، فإذا ولد حرر محضر و أرفقه بشهادة الميلاد لأيداعه لدى المحافظة العقارية من أجل إتمام الإجراء الخاص بالموهوب له ، وإذا ولد ميتا حرر محضرا وأرفقه بشهادة الوفاة وأودعه لدى المحافظة العقارية من أجل الغاء الإشهار ، أما بشأن مسألة الحيازة بالنسبة للموهوب له القاصر أو المحجوز عليه فيتولاها عنه الولي والوصي أو القيم إعمالا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 210 من قانون الاسرة (وإذا كان قاصرا أو محجوزا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا) كما تجدر الإشارة على أن الهبة تملئها اعتبارات المحبة أو الصداقة ، لذلك تصبح الهبة لغير مسلم فلا تدخل في إرادة الواهب.

عيوب الرضا في عقد الهبة : عيوب الرضا في عقد الهبة هي نفسها الموجودة في أي عقد آخر وهي:¹

أ- الغلط: يجب أن يكون الغلط الذي يعيب إرادة الواهب ويجعل العقد قابلا للإبطال أن يكون جوهريا ويقع الواهب في غلط جوهري أما في الشيء وأما في شخص الموهوب له ، وأما في القيمة أو الباعث ومثال ذلك الغلط في الشيء الموهوب ، أن يهب شخص لآخر قطعة أرض على أساس أنها معدة للبناء ثم تبين بعد ذلك أنها أرض فلاحية ومثال الغلط في شخص الموهوب له أن يهب شخص لآخر معتقدا أنه محمدا فإذا هو أحمد ، كأن هناك غلطة في شخصية الموهوب له يجعل الهبة قابلة للإبطال لكن قد يقع الغلط في صفة الموهوب له فقط

احمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، المرجع السابق، ص26، 27.

، كما إذا وهب له وهو يعتقد أن هناك علاقة قرابة بينهما ثم تبين أنه لا قرابة بينهما ، أما مثال الغلط الجوهري في قيمة المال الموهوب أن يهب شخصاً لآخر أسهما وهو يجهل أن سهمها منها قد ربح جائزة كبيرة ، ومثال الغلط الجوهري في الباعث أن يهب شخص لآخر ما لا وهو مريض ويعتقد أنه مرض الموت ثم يشفى من مرضه ، فيجوز له إبطال الهبة للغلط في الباعث والغلط في القانون كالغلط في الواقع يجهل الهبة القابلة للإبطال لمصلحة الواهب وفقاً للقواعد المقررة في نظرية العقد.

ب/التدليس و الاكراه:

إستعمال الطرق الإحتيالية التي تخدم الواهب وتدفعه إلى التبرع بماله يكفي لإفساد رضائه أما الإكراه فهو جعل الواهب يبرم العقد تحت سلطان الرهبة والخوف ، ويكون بالتأثير في نفسية الواهب بنفوذ أدبي يكون للمهوب له عليه ، فيؤثر في إرادته ويحمله على التبرع بما له لمصلحته.

ج/الإستغلال:

أن يستغل الموهوب له في الواهب طيشاً بينا أو هوى جامحاً¹، كأن يقوم زوج مسن بإبرام هبة لزوجته الثانية الشابة أو لأولادها منه ، مما يحرم الزوجة الأولى وأبنائها منه ، ويتم ذلك تحت تأثير الزوجة على الزوج المسن ، ورتب القانون للواهب في هذه دعويين ، دعوى الإبطال ودعوى الأنقاص ، فإذا اختار الواهب دعوى الإبطال جاز للقاضي أن يستجيب لطلبه فيبطل الهبة إذا رأى أن الواهب لم يكن ليهب أصلاً لولا هذا الإستغلال ، أما رفع دعوى الأنقاص إذا كأن الإستغلال لم يفسد إرادة الواهب إلى حد كبير وأن الواهب كأن يهب دون استغلال بعض المال الموهوب اقتصر الأنقاص إلى هذه القدرة ويجوز للموهوب له أن يعرض تلقاء نفسه أنقاص الهبة ، فيتولى بذلك إبطال الهبة كلها وإذا اختار الواهب دعوى الأنقاص منذ البداية فلا يجوز للقاضي أن يقضي بإبطال الهبة و إلا اعتبر قد فصل بأكثر مما طلب

احمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف، المرجع السابق، ص28.

منه ويجب رفع دعوى الاستغلال خلال سنة من يوم إبرام العقد طبقا لنص المادة 90 من القانون المدني ومدة سنة سقوط لا تخضع للوقف ولا للإنقطاع .

3/إجراءات نقل الملكية العقارية عن طريق الهبة :

سنتحدث في هذا الفرع على الرسمية في هبة العقار ، كذلك على ضرورة إحترام الإجراءات الشكلية حتى تنتقل ملكية العقار إلى الموهوب له.¹

الرسمية في هبة العقارات : وذلك بإفراغ عقد الهبة في شكل عقد رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان المطلق ، وعلى الرغم من أن المادة 206 من قانون إجراءات الجزائية نصت في فقرتها الاخيرة على ترتيب البطلان بقولها (وإذا إختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة)، لكنها أحالتنا فضلا عن ذلك إلى وجوب مراعات أحكام التوثيق أي أحكام الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق الذي كأن ساري المفعول آنذاك والذي نص في المادة 12 منه (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم في شركة أو حصص منها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في الشكل الرسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الموثق الذي حرر العقد) وقد أحالتنا هذه المادة إلى المادة 324 من القانون المدني الجزائري ، وعليه إذا حرر عقد الهبة في الشكل العرفي ، فأن مآله البطلان .

المطلب الثاني: الطرق الغير الإرادية

سنتناول في هذا المطلب الطرق الغير الإرادية في اكتساب الملكية العقارية ، والطرق غير الإرادية نوعين النوع الأول يتمثل في اكتساب الملكية العقارية عن طريق القانون هذا ماستنطبق له في الفرع الأول أما النوع الثاني إكتساب الملكية العقارية عن طريق الوقائع المادية وهذا ماستنطبق له في الفرع الثاني.

¹احمدي باشا عمر عقود التبرعات الهبة-الوصية-الوقف،المرجع السابق،ص30..

الفرع الأول :اكتساب الملكية العقارية عن طريق القانون :

من خلال ماستنطرق إليه في هذا المطلب أن طرق اكتساب الملكية بالتصرفات القانونية ترتب أثر وهو اكتساب ملكية جديدة على الملكية الأصلية ، وأننا لا يمكن أن نقول عن شيء مكتسب إلا إذا توفرت الإرادة لدى كل طرفي التصرف ونجد عقد الملكية الذي ينشأ العديد من الأزمات التي تكون سواء بين طرفي العقد ، كالبيع الذي يرد على العقار لا يكون صحيحا إلا إذا استوفى ركن الشكلية وهي الرسمية .

أما المنقول فتنقل ملكيته بمجرد انعقاد العقد ، وتختلف بحسب طبيعة المبيع فإذا كان منقولاً معينا بالذات فنقل ملكيته تنفذ ، أما المنقولات المعين بالنوع فلا بد من توفر شرط الإفراز .

ثم الوصية التي تعد تصرفاً مضافاً لما بعد الموت ، ولقد وضع قانون الأسرة الجزائري أحكام بارزة من حيث إثباتها وتنفيذها ، والميراث الذي يعد سبباً لكسب الملكية بقوة القانون وذلك عن طريق نقل ممتلكات وأموال شخص متوفي إلى ورثته سواء كانت منقولة أو عقاراً كما وضع له شروطاً لاستحقاقه وبين لنا القانون الواجب التطبيق على العيان في حالة نشوب نزاع وذلك بالإستناد لقوانين الدولي الخاص .

ندرس الشفعة التي هي رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في أموال معينة ، ولا نقول أن شخصاً ماشفيع إلا إذا حضرت إجراءاتها ثم أعتبرت بينة وقرينة إثبات وأخيراً الميراث ينقل الملكية بقوة القانون وذلك بنقل ممتلكات شخص متوفي إلى ورثته سواء كان منقولاً أو عقاراً .

الفرع الثاني :اكتساب الملكية العقارية عن طريق الوقائع المادية

أولاً/اكتساب الملكية العقارية عن طريق الوفاة:¹

تتمثل طرق اكتساب الملكية العقارية عن طريق الوفاة في الميراث والوصية اللذان يعدان من أهم أسباب كسب الملكية العقارية التي أوردها المشرع الجزائري في الفصل الثاني من

¹القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 جوان 1984 ، المتضمن قانون الاسرة ، الجريدة الرسمية عدد 24 1984 ، المعدل والمتمم.

القانون المدني بعنوان طرق إكتساب الملكية ، فيعتبر الميراث من ضمن المواضيع التي اهتم بها الشرع الإسلامي ، حيث لا نجد في الشريعة الإسلامية أحكام تعرض القرآن الكريم ببيانها بيانا تفصيليا مثل أحكام المواريث أما القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/06/09 ، المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم فقد تضمن الأحكام العامة في الميراث في المواد من 126 إلى 138 وكذا من المادة 180 إلى 183 .

أما الوصية فقط نظمها قانون الأسرة الجزائري في المواد من 184 إلى 201 من حيث تعريفها وتحديد أركانها وكيفية إثباتها.

1/ الميراث:

يعد الميراث من أهم طرق كسب الملكية العقارية في الوقت الحالي حيث أن معظم التشريعات العربية قد أحاطته بقوانين مستمدة من التشريع الإسلامي منها قانون الأسرة الجزائري وهذا ماسنحاول التطرق إليه كالآتي:

أولا تعريف الارث :¹

-لغة : اشتق اسم الميراث في اللغة من مصدر (ورث) ، يقال ترك لأبنائه إرثا ما يترك الميت من أثاث وعقار لورثته ، اقسمو الإرث بينهم كل ونصيبه ، ومنه قوله تعالى (وورث سليمان داوود).

-إصطلاحا: يقصد به إنتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء سواء كان المتروك مالا عقارا أو منقولا أو حقا من الحقوق الشرعية القابلة للانتقال بطريق الميراث . ولم تتعرض أغلب التشريعات العربية لتعريف الإرث ومنها قانون الأسرة الجزائري.

ثانيا/أركان الإرث:

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على أركان الميراث ، وإنما يتطلبه الموضوع بدهاءة لأن التوارث لا يتم بين الأفراد إلا من خلال هذه الأركان:

ابن شويخ الرشيد، الوصية والميراث في قانون الاسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008 ص74 .

وجود الموروث: والمقصود به التركة أي ما يخلفه الميت ورثته من أموال حقوق قابلة للانتقال بطريق الإرث ، وتنتقل إلى الوارث بالخلافة الإجبارية التي مفادها أن الوارث يخلف مورثه في هذه التركة ، وهذه الخلافة تثبت الوارث بحكم الشرع والقانون وليس بإرادة المورث أو الوارث.

أسباب استحقاق الميراث :¹

نص قانون الأسرة الجزائري على أسباب الإرث في المادة 126 منه وتتمثل هذه الأسباب في عنصرين أساسيين هما القرابة والزوجية.

أ- القرابة: ونعني بالقرابة الحقيقية التي تكون بالنسب كالآباء والأبناء والإخوة والأعمام كما تمتد أيضا لتشمل ذوي الأرحام كبنات البنات والعممة والخالة .

ب- الزوجية : والمقصود بها أن يكون الزوج صحيحا إذ به يثبت التوارث بين الزوجين سواء حصل به دخول أم لم يحصل ، فبمجرد العقد يثبت التوارث بين الزوجين في حالة وفاة أحدهما وقد نص على هذا الحكم في المادة 130 من قانون الأسرة ، كما أن حالة الطلاق الرجعي الذي يكون فيها العدة لا زالت سارية تبقى العلاقة الزوجية قائمة وبالتالي يثبت التوارث إذا توفي أحد الزوجين في العدة ، أما وقع الطلاق واقتضت العدة فلا توارث بينهما والمعتدة في طلاق بائن لا ترث إلا في طلاق الفرار وهو طلاق المريض لزوجته فرارا من ارثها ، فإذا مات وهي في عدتها ورثت منه.

ثالثا/شروط استحقاق الميراث :توجد ثلاثة شروط للإرث وهي :

1/موت المورث حقيقة أو حكما : فالموت الحقيقي يثبت في تاريخ معين ومكان معين وعادة ما يثبت بشهادة الوفاة أو بالطرق القانونية حسب الإجراءات التي تنص عليها قانون الحالة المدنية و المادة 26 من القانون المدني أما الموت الحكمي يتمثل في المفقود الذي لا يعرف مكانه ولا حياته أو موته فعذا رفع الأمر إلى القاضي فغن هذا الأخير يحدد مدة معينة (4سنوات) بعد البحث والتحري عنه لكافة الوسائل الممكنة فإذا أنقضت المدة حكم القاضي

¹بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري(الجزء الثاني)الميراث والوصية،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2005،ص53

بموته المادة 109 من قانون الأسرة وعندئذ تعدد زوجته عدة الوفاة وتقسم أمواله بين ورثته الأحياء وقت صدور الحكم بموته ، كذلك حكم القاضي بموت أنسأن مع تقين حياته وهو المرتد ، فإنه يعتبر ميتا من وقت صدور الحكم بذلك وتقسم تركته بين ورثته تطبيقا لنص المادة 138 من قانون الأسرة .

ب/تحقيق حياة الوارث عند موت المورث:¹ بحيث لو أنتقى وجود الوارث لا نكون أمام علاقة توارث ، ويجب تحقق حياة الوارث حقيقة أو تقديرا وقت وفاة المورث ، فالحياة الحقيقية تثبت بالمشاهدة أو بالبيئة المقبولة شرعا ، أما حياة الوارث تقديرا كالحمل الذي يكون في بطن أمه وقت افتتاح التركة ، ويحفظ له إلى حين الولادة ويستحق هذا الحق بشرط ولادته حيا حسب المادة 25 من القانون المدني .

كما أن هناك أمرا آخر لابد من أخذه بعين الاعتبار للتطور العلمي الحاصل وهو كون الجنين موجودا ولكن خارج الرحم أطفال الأنابيب وهي من المسائل التي صارت معروفة ومعمول بها ، وأن كانت نادرة لكن بشرط أن يتم التأكد من أن التلقيح قد تم بالطرق والضوابط الشرعية في طاق العلاقة الزوجية.

ج/عدم وجود مانع من موانع الإرث :لأنه بوجود هذه الموانع لا يستحق الأنسأن الإرث وهو ما أشارت إليه المادة 128 من قانون الأسرة .

رابعا/إجراءات نقل الملكية العقارية عن طريق الميراث:

سننظر في هذا الأمر الشهادة التوثيقية كإجراء لنقل الملكية العقارية عن طريق الميراث

1/تعريف الشهادة التوثيقية :

تنص المادة 91 من المرسوم رقم 63/ 76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري على مايلي : " كل أنتقال أو إنشاء أو أنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ، يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الأجل المحددة في المادة 99 وينبغي

¹بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري(الجزء الثاني)الميراث والوصية،ط4،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2005،ص54.

على الموثقين أن يحرروا الشهادة ليس فقط عندما يطلب الأطراف منهم ذلك ، ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يتعلق بكل التركة أو جزء منها وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا للموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة ولا يتم إعداد الشهادة التوثيقية إذا كان قد تم إعداد وشهر عقد القسمة لمجموع عقارات التركة ضمن الأجل المنصوص عليه أعلاه ، والمتعلق بشهر الشهادة التوثيقية.

وقد عرفها حمدي باشا عمر على أنها :

" الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق التي تعيد أنتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم" يستنتج من هذا التعريف أن الشهادة التوثيقية هي تلك المحرر الرسمي الذي يقوم بإعداده الموثق بناء على طلب الورثة من أجل إثبات أنتقال الملكية العقارية الخاصة لهم من طرف مورثهم ، ولا سكون ذلك إلا بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا .

2/محتويات وبيانات الشهادة التوثيقية :

تعد الشهادة التوثيقية من العقود التصريحية **les actes declaratifs** التي يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من قبل الورثة ويحرر بشأنها عقد يتضمن البيانات التالية:

- الإشارة إلى الوارث الذي تقدم بطلب إلى الموثق لإعداد الشهادة التوثيقية .
- ذكر الحالة المدنية للمتوفى والتصديق عليها عن طريق ذكر الاسم واللقب والموطن .
- الإشارة إلى أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ميلاد ومهنة كل وارث ، إستنادا إلى الفريضة المعدة بعد وفاة المورث ، علما أن كل هذه البيانات تعرف في التشريع الجزائري بإسم الشرط الشخصي لأطراف المنصوص عليها بالمادة 65 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري
- يذكر العقارات الموروثة المراد إعداد شهادة توثيقية بشأنها ، وهذا بالإستناد إلى العقود الرسمية التي تقدم للموثق من قبل الطالب في هذا الصدد.

3/ إجراءات شهر الشهادة التوثيقية :

رغم أن المشرع جعل من انتقال الملكية العقارية إلى الوارث أو الموصى له بمجرد حصول الوفاة ، فإنه لا يستطيع التصرف فيها مهما كان نوع التصرف إلا بعد شهر الشهادة الرسمية التي تثبت الملكية أو العقود العينية الأخرى إليه فالشهر حسب ماتقدم هو شرط كاشف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير .

وقد اشترطت المادة 95 من المرسوم 63/76¹ على أن طلب الشهادة الموثقة يجب أن يقدم من الورثة في أجل 06 أشهر من الوفاة وإلا اعتبروا مسؤولين مدنيا غذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير .

أما عن أجل شهر الشهادة التوثيقية المعدة من طرف الموثق بناء على طلب الورثة فهي محددة بشهر ابتداء من يوم الذي قدم الإلتماس فيه الموثق ، ويرجع هذا الإجراء إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج ، ويكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الإلتماس إلى الموثق أكثر من 06 أشهر بعد الوفاة وهذا مأنصت عليه المادة 99 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه.

2-1/ الوصية :

نظرا لأهمية الوصية ومدى أنتشارها في الحياة العملية ، إذ تعد من أهم طرق نقل الملكية العقارية عن طريق التبرع وقبل أن نتعرض لموضوع اكتساب الملكية العقارية عن الوصية سنتطرق إلى تعريف الوصية ومدى مشروعيتها وأركانها ، مبطلاتها وأخيرا طرق نقل الملكية العقارية عن طريق الوصية.

1/ تعريف الوصية ومدى مشروعيتها:

تعريف الوصية لغة :مايوصي به ، وجمعها وصايا.

¹ المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري

اصطلاحا : يطلق لفظ الوصية على التملك ، ولفظ الأيضاء على إقامة الشخص غيره وصية على ماله و أولاده بعد موته ، أما فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا في تعريف الوصية ومعنى الوصية في اصطلاحهم أنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت سواء كأن الموصى به منفعة أم عينا .

قانونا : ولم يعرفها القانون المدني الجزائري ، وإنما أحال إلى القانون الأحوال الشخصية حيث نصت المادة 775 على أنه "يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص المتعلقة بها " .

والوصية قد نظمها قانون الأسرة في المواد من 184 إلى 201 حيث عرفت المادة 184 الوصية كما يلي:

- " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبوع "

واضح من خلال هذه التعاريف جميعها بأنها تتضمن معنى وأحدا وأن اختلفت بالصيغ والعبارات بين مضيق وموسع.¹

ب/مشروعية الوصية : الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع :

- من القرآن :بالنسبة للقرآن الكريم قول الله عزوجل في سورة النساء(من بعد وصية يوصي بها أو دين)

- من السنة:ماروي عن الرسول صلى الله عليه وسلم : " أن الله قد تصدق عليكم بثلاث أموالكم في آخر أعماركم فضعوه حيث شئتم " رواه أبو هريرة .

- من الإجماع :فلان الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا من غير أنكار من أحد.

2-2/أركان الوصية :

ذهب جمهور الفقهاء أن أركان الوصية هي :

¹احمدى باشا عمر، المرجع السابق،ص229.

أولا/الصيغة : اختلف الفقهاء حول ركن الصيغة من حيث توافق الإرادتين الإيجاب والقبول وهناك ثلاثة أمور وهي :

يرى الأحناف أن ركن الوصية هو الأيجاب فقط ، فبمجرد موت الموصى مصرا على وصيته أنتقلت ملكية الموصى به إلى الموصى له دون حاجة إلى القبول ، أما الشافعية ذهبوا إلى القول بأن الموصى له حق الرد ، لأنه لا يمكن أن يدخل في ملك الأنسان شيء جبرا عنه إلا الميراث إذ القبول شرط لزوم صحته.¹

وعدا المالكية هي عقد لا يتم إلا بالأيجاب وقبول الموصى له على أن يكون القبول بعد وفاة الموصي ، وقد أشارت المادة 1/191 إلى ضرورة تصريح الموصى ، أما المادة 197 من قانون الإجراءات الجزائية نصت على أنه "يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

أن الرأي الذي أخذ به المذهب الحنفي يجعل ركن الوصية هو الأيجاب فقط وبمجرد موت الموصي تلزم الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له ، وهذا الرأي لا يأخذ بالصفة الشرعية لطبيعة الوصية ، ذلك أنه لاشيء يدخل في ملكية الأنسان جبرا عنه سوى الميراث الذي له صفة الإلزام بمقتضى الشارع الاسلامي.

ثانيا/الموصي : حتى تصح الوصية يجب أن تتوافر بعض الشروط القانونية في الموصي وهي البلوغ ، العقل والرضا وهي كالاتي :

1/ أن يكون الموصي بالغا: يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصي بالغا، فوصية الصبي الغير مميز لا تصح باتفاق الفقهاء ، لأن الوصية تبرع وهو ليس لهالها ، أما وصية الصبي المميز اختلف بشأنها الفقهاء ، فيرى الحنفية أن وصية الصبي المميز لا تجوز ، أما المالكية فيرى أن وصية الصبي المميز صحيحة لأنها قربة إلى الله تعالى وهو محتاج اليها كالكبير وقد نصت المادة 187 "يشترط في الموصي لن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر 19 سنة

احمدي باشا عمر، المرجع السابق، صفحة230.

على الأقل " أن المقصود بكلمة على الأقل توضح بأن وصية الشخص المميز وغير المحجور عليه تعتبر صحيحة إذا كانت في وجوه الخير والتكافل الاجتماعي.

2/ سلامة العقل: لأنشاء الوصية يشترط في الموصي أن يكون عاقلا ، فلا تصح وصية المجنون أو من زال عقله بسبب العته أو السكر بمحرم أو بمباح ، وهناك فرق بين من كأن جنونه مستمرا وبين من كأن جنونه متقطعا ، فإذا كأن الجنون متقطعا يرى الحنفية صحة الوصية حال الإفاقة وقبل الحجر عليه ، أما إذا وقعت الوصية بعد الحجر عليه فأنها تكون باطلة بطلان مطلقا في حال الجنون أو الإفاقة أو المعتوه هنا ياخذ حكم المجنون أما وصية السفهية وذي الغفلة أجازها أكثر العلماء لأن الوصية تصرف مضاف إلى مابعد الموت فأنها لا يظهر إلا في الوقت الذي يستغني فيه كل منهما كل منهما عن المال وليست فيها إضرار بالورثة ، لأنها لا تنفذ إلا في ثلث التركة والراجح عند الحنفية أن وصية المحجور عليه للسفه أو الغفلة لا تجوز إلا بشرط أن تكون في وجه الخير أما إذا كأنت لغرض آخر فلا تنفذ وإذا طرأ الحجر للسفيه أو للغفلة لا يبطل الوصية بعد كتابتها بل تظل قائمة مالم يعدل عنها الوصي في حياته .¹

ولقد نصت المادة 186 من قانون الإجراءات الجزائية " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل...."

ولم يفرق بين الوصية المجنون ولا المعتوه ولا الصفيه ولا الصبي ولا ذي الغفلة ، مما يوجب الرجوع إلى مبادئ الفقه المالكي وأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الإجراءات الجزائية .

3/ الرضا (إرادة الإختيار) لابد أن يتوفر في الوصية عنصر الرضا الإختياري الحقيقي خاصة في التبرعات وإلا كأنت غير صحيحة ، ومن المتفق عليه في الفقه والقضاء والقانون الوضعي بأن وصية المكره والسكران والهازل والمخطيء باطلة لعدم توفر شرط الرضا الإختياري طالما أن الارادة قد شابها عيب من عيوب الرضا المادة 79 ومابعداها من القانون المدني .

اكمل حمدي ،المواريثوالهبة والوصية ،منشأة المعارف،الاسكندرية،1991 ص23.

ثالثا/الموصى له : ويشترط في الموصى له

1/ أن يكون الموصى له موجودا : حتى تكون الوصية صحيحة يجب أن يكون الموصى له عند إنشاء الوصية سواء كأن وجوده حقيقة أو تقديرا كالحمل في بطن أمه ويتم تعيين الموصى له بالإسم أو الإشارة أو نحوها فإذا تعذر ذلك اشترط وجوده وقت وفاة الموصي وذهب إلى أن الوصية للميت جائزة شرط يكون الموصي على علم بموته.

ولم يورد القانون الجزائري نصا بهذا الشأن ، وعليه تطبق احكام المذهب المالكي غير أن تعرض لوصية الحمل المعين ، كما إشرط إثبات وجود الحمل الموصى له وقت إنشاء الوصية ، وأن يولد الجنين ويحيا حياة مسترقة، وأن يوجد على الصفة التي أرادها الموصي وتتص المادة 187 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه " تصح الوصية للحمل بشرط أن يولد حيا ، وإذا ولد توائم يستحقونها بالتساوي ولو اختلف الجنس " كما جاء في المادة 134 من قانون الإجراءات الجزائية " لا يرث الحمل إلا إذا ولد حيا ويعتبر حيا إذا استهل صارخا أو بدت منه علامة ظاهرة بالحياة " ¹

وهذه المعطيات تتفق مع المادة 25 من القانون المدني " على أن الجنين يتمتع بالحقوق المدنية بشرط أن يولد حيا "

2/ أن يكون الموصى له معلوما : ويكون الموصى له معلوما بالإسم و الإشارة وبالوصف أو الجنس فإذا كان الموصى له مجهولا جهالة تامة كأنت الوصية باطلة "

3/ أن يكون الموصى له أهلا للتملك: حسب إتفاق الفقهاء فإنه يشترط لصحة الوصية أن يكون الموصى له من اهل الاستحقاق والتملك ، فمن أوصى لحيوان مثلا بطلت وصيته على أساس أن الموصى له غير قابل للتملك والاستحقاق ، ولم يتعرض القانون الجزائري لهذا الشرط بالاثبات أو النفي ، وأن كان مأنص عليه من إشرط وجود الموصى له المعين عند الوصية المادة 187 من قانون الإجراءات الجزائية تقضي ببطلانها للميت المادة 201 من قانون الإجراءات الجزائية .

¹كمال حمدي المرجع السابق،ص192

4/ أن لا يكون الموصى له جهة معصية : يقصد بجهة معصية هي الجهة المحرمة شرعا وقانونا ، كالوسيلة للخليفة أو الوصية بقراءة القرآن على القبور وهذا ماذهب إليه المشرع الجزائري في المواد 97 و98 من القانون المدني .

5/ أن لا يكون قاتلا للموصي : اختلف الحنفية والحنابلة في نوع القتل المانع من الوصية فذهب الحنفية بالقول أن قتل الذي يقصد به هنا هو الفعل الصادر من البالغ العاقل عدوانا وصية ، ويرى الحنابلة أن القتل المانع من الوصية هو القتل بغير حق سواء كأن عمدا أو خطأ مباشرة أو تسببا ، وذهب الشافعية إلى أن الوصية تصح للقاتل ولو تعديا لأن الوصية تملك بعقد فاشبهت الهبة وخالفت الأثر¹.

يرى المذهب المالكي أن القتل يمنع الإلتحاق في الوصية ، عملا بالحديث الشريف " لأوصية لقاتل".

ويرى عدم بطلان الوصية في حالة القتل الخطأ ، ولقد أخذ القانون الجزائري في هذا الشأن بمبادئ الفقه المالكي ، فاشتراط قتل الموصى له للموصي عمدا مما يترتب عليه وجوب القصاص أو الكفارة ، ولقد نصت المادة 188 من قانون الإجراءات الجزائية "لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا" ، فالعبرة هي بالقتل العمد المباشر وليس بالقتل الخطأ المادة 137 من قانون الإجراءات الجزائية .

6/ أن لا يكون الموصى له وارثا للموصي : وهذا الشرط جاء مصداقا لقول الرسول عليه الصلاة والسلام عام الفتح " أن الله اعطى لكل ذي حق حقه فلا وصية لوارث " رواه الترميذي وروي عن ابن عباس قوله قال الرسول عليه الصلاة والسلام : " لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " ومن هنا ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الوصية للوارث بشرط قبولها من طرف الورثة ، اخذا بالحديث النبوي الذي رواه ابن عباس ، فإذا اجازها الورثة بعد وفاة الموصي كأنت الوصية صحيحة اما إذا اجازها بعض الورثة ورفضها البعض الآخر نفذت في حصص من قبلها .

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص233، 232.

تنص المادة 189 من قانون الإجراءات الجزائية على أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة ، وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة الورثة .

رابعا/الموصى به: يشترط لصحة الموصى به :

1/ أن يكون الموصى به مما يجري فيه الإرث : وهو كل ما يصلح أن يكون تركة ، والتركة في مذهب الاحناف وما جري عليه القانون هي المال ، وبالتالي تشمل التركة الأموال التي تكون في حيازة الموصي بكافة أنواعها كالعقارات والمنقولات .

ولقد نص المشرع الجزائري على ذلك في المادة 190 من قانون الإجراءات الجزائية "للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " والمقصود بالأموال في هذه المادة هي الأموال القابلة للتملك والتي تكون مما يجري فيه الإرث ومحلا للتعاقد وإلا كانت الوصية باطلة ، ولقد أجاز المشرع الجزائري الوصية بالعين أو بالمال أو بالمنفعة لمدة معينة أو غير معينة لكنه في المادة 196 ينص على أنه إذا تعلق الأمر بالوصية لمنفعة أو لمدة غير محددة فأنها تنتهي بوفاة الموصى له .¹

2/ أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية: أن يكون الموصى به موجودا عند الوصية في ملك الموصي ومعينا بالذات ، ولو أوصى بشيء موجود ولكنه مملوك لغيره كأن باطلا حتى ولو ملكه بعد الوصية ثم مات ، وهذا ما أكده القانون الجزائري في المادة 190 الذي ينص على ضرورة الإيصال بالأموال التي يملكها الموصي حين الوصية .

والمقصود هنا هي الأشياء المعينة بالذات لأنه إذا تعلق بجزء شائع في المال كله فيشترط وجوده عند الوفاة .

3/ أن يكون الموصي به مالا متقوما غير قابل للتملك : أن يكون المال الموصى به متقوما من وجهة نظر الشريعة الإسلامية ، فلا تصح الوصية بالأموال المباحة غير المملوكة ولا تصلح للتعاقد عليها ، كذلك وصية المسلم بلحم الخنزير أو الخمر .

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص234

4/ أن لا يكون الموصى به مستغرقاً بالدين : معناه أن لا يكون الموصي مديناً بدين مستغرق لجميع ماله لأن ديون العباد المقدمة على الوصية والإرث لتعلق حق الدائنين بأموال المدين ولا مجال لإعطاء الموصى له شيئاً قبل الوفاة بالدين هذا ما أكدته المادة 180 من قانون الإجراءات الجزائية .

5/ ألا يزيد الموصى به عن الثلث : يجب أن لا تتجاوز الوصية ثلث التركة ، فإذا أوصى الشخص بأكثر من ذلك دون إجازة من الورثة كأنت وصيته باطلة وهذا الحكم مأخوذ من المادة 185 من قانون الإجراءات الجزائية .

2-3/ إجراءات نقل الملكية عن طريق الوصية :¹

تتمثل إجراءات نقل الملكية عن طريق الوصية في إثبات الوصية ، التسجيل والشهر العقاري وسنقوم بشرحها كما يلي :

1/ إثبات الوصية : وفيما يخص الأنواع والإثبات فقد نصت المادة 191 من قانون الأسرة على أنه تثبت الوصية :

- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحريراً عقد بذلك .
- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ، ويؤشر به على هامش أصل الملكية ويفهم من خلال هذا النص أن التصريح أمام الموثق بالوصية من طرف الموصي يتم بالإرادة المنفردة للموصي ، وفي حالة المانع القاهر نعتقد أن هذه الحالة تعني مرض الموت التي من خلاله قد يصرح أمام الشهود بالوصية ، أو يتم إثباتها بحكم قضائي والقاضي لا يثبت الوصية غلا إذا قام دليل وجودها إما بورقة عرفية موقعة من قبل الموصي قبل وفاته ، أو بتصريح الشهود بوجود وصية .

وطبقاً لأحكام المادة 171 من قانون التسجيل فغن للورثة والموصى لهم يلتزمون بتقديم تصريح مفصل عن التركة التي بقيت بعد موت الهالك ، كما أنه يجب تحرير فريضة لدى

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص259، 258.

الموثق يقوم بتحريرها بعد تقديم كل الإثباتات التي تؤكد صفة الورثة بما فيهم الموصى لهم لمعرفة أنصبة الورثة ونصيب الموصى له .

بعدها تحرر وثيقة رسمية أخرى تسمى الشهادة التوثيقية تحصر فيها ممتلكات المورث (التركة) على الشيوخ وتحدد فيها أنصبة الورثة بما فيهم الموصى لهم ، والتحرير هذه الوثيقة تقدم كل الإثباتات الضرورية لهذه الممتلكات كأصل الملكية للعقارات ووثائق السيارات مثلا أو غيرها من الممتلكات.

2/التسجيل: 1

يعد التسجيل أول مرحلة من مراحل نقل الملكية بعد ثبوت الوصية عن طريق محرر رسمي (وثيقة صادرة عن الموثق أو حكم قضائي) ، حيث نظمه قانون التسجيل العقاري وذلك لنقل الملكية بالطرق المختلفة سواء أكانت عقارات أو منقولات .

والتسجيل هو إجراء يتم من طرف مفتش التسجيل ، حيث يقوم بتسجيل جميع التصرفات التي اخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخا ثابتا بغض النظر عن طبيعتها (عقارات أو منقولات) مع خضوع العملية لدفع رسوم التسجيل .

ويستوفي مفتش التسجيل الحقوق بناء على تصريح الورثة أو محررات الموصى لهم أو بناء على المحررات الرسمية الصادرة عن الموثق لأنها تخضع للتسجيل والإشهار العقاري وجميعها تكون خاضعة للرسم ولو كانت عن طريق الوفاة ، كما تجدر الإشارة إلى أن كل الأموال الموجودة في الجزائر والتي تنتقل بالميراث أو الوصية تخضع لرسوم نقل الملكية بغض النظر عن جنسية الشخص المتوفي أو الورثة أو الموصى لهم ، بعكس الأموال الموجودة في الخارج والتي لا تخضع لرسم نقل الملكية ولو كانت ملكا لجزائري مقيم في الجزائر .

3/الشهر العقاري :

يعد الشهر العقاري هو الإجراء النهائي لكي تكتسب عن طريقه الملكية بصورة نهائية في العقارات على وجه التحديد من خلال حسب ما أشارت المادة 793 من القانون المدني

السلفة الذكر ، ومن خلال المكلف بعملية الإشهار العقاري وهو المحافظ العقاري ، مع خضوع العملية لرسوم الإشهار العقاري .

مع العلم أن هناك نظاماً للشهر العقاري ، وهما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني ، فالأول يتم فيه الشهر بالنظر إلى الأسماء أطراف التصرف ، والثاني بالنظر إلى العقار محل التصرف من خلال إنشاء بطاقة عقارية لتحديد وضعيته .

هنا وتجدر الإشارة إلى أن الشهر يتم بعد وفاة الموصي أولاً وقول الموصى له هذه الوصية لأنه برفضه لها ترد برده المادة 201 من قانون الإجراءات الجزائية .

الفصل الثاني : القواعد الإجرائية لنقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري

سنتناول في هذا الفصل القواعد والشروط التي بها يتم إنتقال الملكية العقارية وذلك من خلال مبحثين ، المبحث الأول إشتراط الملكية في نقل الملكية العقارية ، أما المبحث الثاني ضرورة الشهر في نقل الملكية العقارية

المبحث الأول: إشتراط الرسمية في نقل الملكية العقارية

سنتطرق في المبحث إلى مطلبين المطلب الأول مدلول الرسمية والإستثناءات الواردة عليها أما في المطلب الثاني أنواع السندات الرسمية الناقلة للملكية

المطلب الأول: مدلول الرسمية والإستثناءات الواردة عليها

سنتطرق في هذا المطلب إلى فرعين الفرع الأول شروط الرسمية وحجيتها أما الفرع الثاني موقف القضاء من اشتراط الرسمية

الفرع الأول : شروط الرسمية وحجيتها

1/ تعريف السند الرسمي :

لقد عرف المشروع الجزائري المحرر الرسمي من خلال المادة 324 من القانون المدني قبل تعديلها كما يلي "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيه موظف عام ، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه " ، ولكن بعد التعديل بموجب قانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 إستبدل لفظ الورقة الرسمية بالعقد الرسمي الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن.¹

ومن خلال المادتين السابقتين ،فأن المشرع الجزائري قد أضاف في التعديل شخص الضابط العمومي ،وذلك تماشيا مع التعديلات التي سنها في مجال خوصصة بعض المهن كالتوثيق .

¹محمد زهدور "المجوز في الطرق المدنية في التشريع الجزائري ،طبعة 1991،ص107

2/ : شروط صحة المحرر الرسمي :

يتضح من المادة 324 المعدلة سنة 1988 أنه ينبغي لصحة المحرر الرسمي توفر ثلاثة شروط أساسية:

1. الشرط الأول : صدور المحرر الرسمي من موظف ،ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

ويقصد به المعيار الشخصي ،الموظف هو كل من شخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها في مجال معين ويدخل ضمن هذا المفهوم القضاة عند تحريريهم للأحكام ،و سائر الموظفين الإداريين الذين يباشرون أعمالهم في مختلف الإدارات العمومية ،كمدبر أملاك الدولة والواليعلما أن الموظف العام في القانون الجزائري يخضع لقانون الوظيف العمومي وفقا للأمر 13/66 فكل المحررات التي يصدرها هؤلاء الأشخاص هي محررات رسمية وصحيحة

أما الضابط العمومي فهو الشخص الذي يخول له القانون هذه الصفة بسبب المهنة كالموثق (المادة 05 من قانون التوثيق) و المحضر القضائي وكذا المترجم ،ولعل الدور الكبير في مجال نقل الملكية العقارية يعود للموثق الذي يكرس الشكلية الرسمية المستوجبة قانونا في كل التصرفات الناقلة للملكية العقارية لاسيما بين الأفراد ،إذ هو مكلف بإعطاء الطابع الرسمي للعقود وإتفاقات الأطراف ويكون مسؤولا شخصيا عنها و يمارس هذه المهام بصفة مستقلة وفي إطار مهنة حرة..¹

2. الشرط الثاني : سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه إصدار السند الرسمي :

والمقصود بالسلطة هي ولأية الموظف أو الضابط العمومي وأهليته في تحرير السند الرسمي التي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير السند فلو قام موظف قبل تعيينه أو الضابط العمومي قبل أداء اليمين المقررة قانونا ،أو بعد توقيفهما أو عزلهما عن العمل أو نقلهما بتحرير سند رسمي فإنه يكون باطلا وهو ما أشارت إليه المادة 10 من قانون التوثيق (27/88) *يتضمن تدابير لفائدته .²

¹دكتور محمد زهدور ، المرجع السابق،ص108

²حجية العقد الرسمي /مقال :زيتوني عمر -مجلة الموثق العدد 3 ،سنة 2001 ص36

*أما عن اختصاص الموظف أو المكلف بخدمة عامة أو الضابط العمومي هو أن يكون :

كل منهم مختص من الناحية الموضوعية بإصدار المحرر الذي يعود إليه أمر تحريره فمثلا عقود نقل الملكية العقارية بين الأفراد يتولى تحريرها الموثق حتى تحوز صفة الرسمية فلا يمكن تحريرها من طرف المحضر القضائي أو محافظ البيع للمزايدة رغم تمتعه بصفة الضابط العمومي .

*فلا يتولى تحرير عقود نقل الملكية العقارية التي تكون الدولة طرفا فيها إلا مدير أملاك الدولة باعتباره موثقا لجميع عقودها ،كما أن القاضي هو وحده المختص بإصدار الأحكام التي يمكن أن تكون محررا ناقلا للملكية العقارية ،كما هو الحال بالنسبة للحكم المثبت للشفعة أو التملك عن طريق الحيازة¹.

هذا إلى جانب الاختصاص المكاني أو المحلي وهو ما يطلق عليه غالبا بالاختصاص الإقليمي ويتحدد هذا الأخير بالنسبة لكل موظف عمومي في السلك الإداري في دائرة اختصاص الهيئة الإدارية التابع لها.

أما عن الموثق فإن المشروع وفقا لقانون 27/88 المتعلق بتنظيم التوثيق لم يحدد له اختصاصا محليا وإنما يمتد إلى كامل التراب الوطني لكن هذا لا يعني أن الموثق يباشر نشاطه في أي مكان شاء عبر الوطن ، وثانيا بدائرة اختصاص المحكمة التي يوجد بها مكتب التوثيق الذي يباشر فيه عمله ، وينصرف الاختصاص الوطني للموثق لتلقي العقود المختلفة مهما كان موطن أو محل إقامة الأطراف أو أماكن وجود الأموال سواء كانت منقولة أو عقارية .

الشرط الثالث : أن يراعي في تحرير السند الأوضاع التي قررها القانون :

ويعني هذا أن يراعي في تحرير السندات الرسمية لبعض الشكليات التي نص عليها القانون وهذه الأخيرة هي التي تعكس قرينة الرسمية التي يتمتع بها المحرر ، إذ تضي عليه ظاهرا يدل على صحته ويوحى بالثقة فالقاضي مثلا ملزم باحترام البيانات الواجب توافرها عند تحرير الأحكام ولاسيما تلك التي نصت عليها المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية فمثلا لا بد من

¹دكتور محمد زهدور، المرجع السابق، ص110/109

الإشارة إلى أن الحكم قد صدر في جلسة علنية، مع ذكر أسماء وصفات الأطراف وموجز بأسانيدهم ، بالإضافة إلى تاريخها وتوقيع القاضي وكاتب الضبط .

أما عن البيانات الواجب احترامها من طرف الموثق عند تحريره للعقود الناقلة للملكية العقارية بين الأفراد فقد استوجب المشرع من خلال المادة 18 من القانون رقم 27/88 المتضمن التوثيق ، بعض الشكليات إذ نص "وفي كل الحالات تحرر العقود باللغة العربية في نص وأحد سهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر ،تكتب المبالغ والسنة والشهر واليوم ،التوقيع على العقد بالحرف ،وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ويصادق على الإحالات في الهامش وإلى أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق " وأضافت نفس المادة أن العقد يجب أن يتضمن إسم ولقب الموثق الذي يحرره ومكان ومقر إقامته ،إسم ولقب وصفة ومسكن وتاريخ و محل ولادة الأطراف ،إسم ولقب صفة ومسكن الشهود ،إسم ولقب ومسكن المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك ،المحل والسنة والشهر واليوم الذي أبرمت فيه العقود ووكالات المتعاقدين المصادق عليها من قبل الأطراف المعنية ، وتبقى هذه الوكالات ملحقة بالأصل وقراءة الموثق للنصوص للضرائب والتشريع الخاص المعمول به ،هذا بالإضافة إلى ذكر طبيعة ومضمون وحدود العقار تطبيقاً لأحكام المادة 352 من القانون المدني التي تمنح المشتري الحق في إبطال عقد البيع إذا لم يشتمل على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بيانياً كافياً بحيث يمكن التعرف عليه¹.

كذلك ذكر أسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية إعمالاً بمقتضيات المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني والمادة 19 من قانون التوثيق .وهو نفس الأمر الذي أكدته المرسوم 63/67 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في مواد 61 إلى 71 وتتنطبق هذه القاعدة بصفة عامة على العقود التي يخص بتحريرها كل من مدير أملاك الدولة ورئيس المجلس الشعبي البلدي حيث تصدر جميع العقود التي يختصان بتحريرها في شكل نماذج موحدة بموجب نصوص تنظيمية.

وأخيراً فإذا ما توفر المحرر الرسمي الشروط المستوجبة قانوناً وفق ما سبق ذكره فإنه يعتبر صحيحاً ومنتجاً لكافة آثاره ، وإذا ما وقع إخلال بأحد هذه الشروط فأن المحرر

¹ يحي بكوش -أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي -دراسة نظرية وتطبيقية ،طبعة 2،ص427

يصبح باطلا إلا أنه ينبغي التمييز في هذا المقام فيما إذا كان المشرع يستوجب هذه الرسمية المجرى الإثبات أم يجعلها ركنا في العقد أو التصرف القانوني لاسيما ما يتعلق بالمحركات الرسمية الناقلة للملكية العقارية ، وبناءا على ذلك:

إذا كانت هذه الرسمية هي مجرد وسيلة للإثبات، فإن اختلال أحد الشروط كما في حالة صدور المحرر من ضابط عمومي غير مختص لا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني، الذي يبقى قائما إذ يمكن إثباته بوسائل الإثبات الأخرى حسب ما هو مقرر قانونا، لكن المحرر تنزع عنه صفة الرسمية ويصبح باطلا، غير أن المشروع في هذا السياق نص من خلال المادة 326 مكرر 2 على "يعتبر العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو أنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف" .¹

ولكن إذا كان المشرع يجعل من الرسمية ركنا في التصرف القانوني، كما في العقود الناقلة للملكية العقارية أو أي حق عيني عقاري فإن تخلف أحد الشروط المستوجبة قانونا، في تحرير المحرر الرسمي تجعله في حكم العدم وينصرف هذا الأثر كذلك إلى التصرف في حد ذاته الذي يعتبر كأن لم يكن، فلا يرتب أي أثر بخصوص نقل الحقوق العينية العقارية سواء أكانت أصلية أو تبعية .²

3/حجية المحرر الرسمي .:

حجية المحرر الرسمي بالنسبة لما دون فيه :

تنص المادة 324 مكرر 06 ف01 من القانون المدني "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة ، وورثتهم وذوي الشأن" .وقد نص المشروع في المادة 342 مكرر 5 "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني " .

ويتضح من هاتين المادتين أن المحرر الرسمي يعتبر حجة على صحة مادون فيه ولا ينفي هذه الحجية إلا بإثبات تزويره، غير أن هذه الحجية تثبت ما قام به الموظف أو الضابط العمومي (الموثق) بنفسه، أو مارآه بعينه في نطاق مهمته واختصاصه، أما ما صدر من ذوي

¹ماروك نصرالدين -المرجع السابق

²عبد الحفيظ بن عبيدة،المرجع السابق،ص61

الشأن في غيبة الضابط العمومي واقتصر دور هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحاتهم فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية ويمكن إثبات عكسها بالطرق العادية فهناك إذا نوعان من البيانات .

أ/ البيانات يكون فيها للسند الرسمي حجيته حتى يطعن فيه¹ بالتزوير وتشمل كل البيانات التي دونها الضابط العمومي فيها وقع من ذوي الشأن بمحضره وتحت نظره ، كحضور الأطراف والشهود ، وتأكد من هوية شخصية المتعاقدين إما بوثائق رسمية أو شهادة شاهدين تحت مسؤوليته .

ب . وتتمثل البيانات في تلك التي تكون خارجة عن مهمة الموثق كأن يصرح مثلا أن الشخص المائل أمامه يتمتع بكامل قواه العقلية فإن ذلك لا يعد إلا كشهادة عادية يمكن دحضها بأي دليل باعتبارها واردة على لسان ذوي الشأن فلا تصل حجيتها إلى حد الطعن فيها بالتزوير.

الفرع الثاني: موقف القضاء من اشتراط الرسمية :

لقد عرف الإجتهد القضائي في الجزائر موافق متباينة في تفسير النصوص وتطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة عقود عرفية ، فرغم صراحة النصوص القانونية إلا أن المحكمة العليا في الكثير من الأحيان لم تسايرها بل تجاهلتها وأكدت صحة العقود العرفية ، فأنقسم القضاء بين فريق يرى ضرورة احترام نص المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 1مديني ، وبين فريق من القضاة اعتبروا العقود الرسمية وسيلة للتعبير عن الإرادة وهو ما دعا إلى ضرورة إنعقاد الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا لمقتضيات القانون رقم 89/22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها قصد اتخاذ موقف توحد به الإجتهد القضائي .

1/الموقف السابق للمحكمة العليا:

لقد كانت المحكمة العليا تعطي في ظل الإجتهد القضائي القديم للعقود العرفية حجية كاملة في عملية نقل الملكية ، مؤيدة إتجاه المحاكم التي تقضي بصحة هذه العقود و إلزام

¹عبد الرزاق الصنهوري، المرجع السابق، ص50

البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري وفي حالة امتناع المطلوب قام الحكم مقام العقد ، فالرسمية لم تكن تعتبرها ركنا للإنعقاد بل هي شرط الإثبات :إذا جاء في قرارها الصادر في 1990/02/07 تحت رقم 157930¹ أنه "إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا والمحل والثمن ولم ينكر البائع ذلك ، ولم ينازع في أركانه فإنه يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية أما أن تلغي عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون "

وجاء في قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا تحت رقم 61796 بتاريخ 1990/11/19 غير منشور "حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 وليس المادة 12 من الأمر 70/91 غير القابلة للتطبيق قضية الحال .

وأن المشروع قد قصد فعلا تخصيص مكانة للعقد في العلاقات القانونية ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين "

وقد أكد هذا الإتجاه قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 1995/05/05 تحت رقم 108/108 غير منشور... "وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما وأنه لا يمكن للمدعي الإحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط "

وهناك فريق آخر يختلف عن ما ذهب إليه الفريق السابق وخاصة لما ذهب إليه في القرار الصادر في 1981/10/21 وآخر في 1982/07/17 (غير منشور) جاء فيها أن المحررات العرفية في شكل عقود عرفية وهي وعد بالبيع وعلى هذا الأساس لا تسمح للمستفيد إلا المطالبة بإتمام الإجراءات أمام الموثق أو بالتعويض إذا لم يتحقق الإتفاق ، إذ خلص القرار المؤرخ في 21 أكتوبر 1981" بأن العقد العرفي لا يشكل إلا وعدا بالبيع وبإمكان المشتري المطالبة بتجسيد البيع في شكل عقد توثيقي ، وأن حالة عدم التنفيذ لا تخول الحصول على التعويض المدنية "

¹قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/07 تحت رقم 57930 "تطبيقات قضائية في المادة العقارية"-ص27

وتبين من خلال ما تقدم من اختلاف الإجتهادين من حيث تفسير المادة 12 من قانون التوثيق وقد يرجع ذلك أساسا إلى محاولة القضاة الذين أخذوا بصحة المعاملات العرفية مجابهة التصرفات اليومية للمواطنين قصد تسويتها وعلى عكس ذلك، فإن تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، والمادة 79 من القانون التجاري التي تقضي ببطلان العقد العرفي بطلانا مطلقا لكونه أبرم خرقا للمواد القانونية أعلاه كان مكرسا بموجب قرارات صادرة عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا ، إلا أن بعض المجالس القضائية كانت تقضي بصحة تلك العقود العرفية وبصرف الأطراف المتنازعة أمام الموثق لإتمام إجراءات بيع المحل التجاري أو العقار بسند رسمي إعتمادا على القرارات الصادرة عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا التي تقرر صحة العقد العرفي مبررة ذلك :

. أن البيع ينتج آثار بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتحديد ثمن العين المبيعة .

. أن المادتين 351 و 361 من القانون المدني تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والإمتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل نقل الملكية.

. أن المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني جاءت في صالح الخزينة العمومية .

. أن الإحتكار الذي كان ممنوحا لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية في المجال الحضري بموجب الأمر 24/74 المتعلق بالاحتياطات العقارية للبلدية الملغى بموجب قانون التوجيه العقاري ، الذي كان يستثني الأراضي المعدة للبناء التي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص إلا لصالح البلدية ، مقابل ثمن يتم تقويمه من قبل مصالح أملاك الدولة وهو الذي جعل المواطنين يلتجئون إلى المعاملات العرفية ، و ماجعل المحكمة العليا تتماشى مع هذا الواقع الاجتماعي وتتعاطف مع المتقاضين ، وربما أيضا لعدم اقتناع قضاة المحكمة العليا بالقيود الشديدة التي فرضها هذا القانون .

2/ موقف القضاء الحديث :

أمام تضارب الإجتهاادات القضائية فيما يخص صحة العقود العرفية¹، أصدرت المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة قرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 في قضية بن

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة - المرجع السابق، ص 64

عودة أحمد ضد عريس حميد يؤكد على ضرورة إحترام نص المادة **324** مكرر **1** سيما ركن لصحة العقود ، بل أكثر من ذلك يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة كانوا عليها قبل إبرام العقد العرفي فتم التأكيد على الرسمية من خلال الرد على الوجه الوحيد المثار والمأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه ، بدعوى أن عملية بيع المحل التجاري تخضع لأحكام المادتين **79** من القانون التجاري والمادة **324** مكرر **1** من القانون المدني وأنه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان ، إلا أن القرار المنتقد رفض الدفع الخاص ببطلان العقد العرفي وقضي بصحته وجاء في حيثياته : " حيث أن يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ **1988/08/22** بينالمتضمن بيع قاعدة تجارية عقد صحيح مكتمل الشروط بوصف المبيع وتحديد الثمن وترتيب عليه التزامات شخصية ونتيجة لذلك قضاوا بصرف الطرفين أمام الموثق .¹

وحيث أن قضائهم هذا ، يخرق أحكام المادة **79** من القانون التجاري والمادة **324** مكرر **1** مدني لكونهما يشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسميوإلا كان باطلاً ."

وضمن هذه الظروف فإنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية وأن يأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد..... وبما أن القرار لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض .

ومن خلال القرار المعروض ، نلاحظ بأن المحكمة العليا قد عدلت قرارها واجتهاداتها بخصوص صحة هذه العقود العرفية وبهذا تكون قد طبقت القانون تطبيقا حرفيا والذي يستدعي إفراغ العقد الذي يتضمن بنقل الملكية العقارية أو الحقوق العقارية أو محلات تجارية أو صناعية في الشكل الرسمي .

ولقد تم التأكيد على الرسمية مؤخرا في قرارين صادرين عن مجلس الدولة الأول بتاريخ **2000/02/14** تحت رقم **186443** ، والثاني بتاريخ **2000/04/26** تحت رقم **210419** (غير منشورين) وجاء في القرار الأخير "أن المادة **324** مكرر **1** مدني توجب العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي مع دفع الثمن للموثق ، وأن الرسالة المحتج

¹ دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية ، بقلم السيد بوصوف موسى محافظ الدولة مساعد بمجلس الدولة -محاضرة القيت بمناسبة ايام دراسية بوهرا،مجلة مجلس الدولة 2002 ، عدد2ص29

بها والعقد العرفي لا تعد عقد بيع من جهة ، ومن جهة أخرى لا يمكن الإستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر للإدارة والمتمثلة في إتمام إجراءات البيع والشهر للعقد " وما تجدر الإشارة إليه أن الحل القانوني الذي أعطته الغرف المجتمعة يتعلق بمدى حجبة العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية ، لكن يمكن توسيع نطاق هذا القرار ليشمل أيضا جميع المعاملات الواردة في صلب المادة 324 مكرر 1 مدني خاصة تلك المتعلقة ببيع العقارات الميينة وغير الميينة .

المطلب الثاني : أنواع السندات الرسمية الناقلة للملكية العقارية :

إن السندات الناقلة للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية تختلف باختلاف الجهة المختصة بإصدارها ، فهناك العقود التوثيقية التي يتولى تحريرها الموثق وهناك العقود والقرارات الإدارية وتختلف بدورها باختلاف الجهة التي تصدرها بالإضافة إلى الأحكام والقرارات التي تكرر إتفاقات ترتب نقل الملكية العقارية أو تعديلها أو أي عقد عيني عقاري آخر ، فهذه السندات هي التي ينبغي الإعتماد عليها من طرف القضاة ومسيري مصالح مسح الأراضي ومصالح أملاك الدولة والشهر والعقاري في إثبات الملكية العقارية ، لذلك سنحاول هنا التعرض إلى كل نوع من العقود أو المحررات السالفة ، مع إثارة كل الإشكاليات القانونية التي تتطوي عليها .

الفرع الأول : السندات التوثيقية :

بعد صدور قانون رقم 27/88 المتضمن مهنة التوثيق والذي ألغى الأمر السابق 91/70 إعتد التوثيق كمهنة حرة وفقا لما جاء في المادة 03 الفقرة 01 منه، التي نصت على "يسند مكتب عمومي للتوثيق إلى موثق يتولى تسييره كمهنة حرة ولحسابه الخاص وتحت مسؤولية" وأعطت المادة 05 منه صفة الضابط العمومي للموثق.¹

ولعل أهم المهام المناطة بهذا الأخير هي إضفاء الصبغة الرسمية على كل المحررات المتضمنة لتصرفات قانونية واردة على العقار ، فيمكن تصنيفها في نوعين من العقود وهي العقود الرسمية والعقود التصريحية .

¹مجلة الموثق العدد 05 ديسمبر 1998 عمر بوحلاسة ص21/22

1/ العقود الرسمية :

ويندرج ضمن هذا العنوان جميع العقود الصادرة بإرادتين وكذا التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة.

أولاً: العقود الصادرة بإرادتين :

حتى تكون هذه الأخيرة مصدرا لنقل الملكية العقارية، فإنه يستوجب فيها تطابق الإدارتين من إيجاب وقبول وكذا الشروط المفروضة قانونا من الشكل الرسمي الذي يعتبر ركنا للإنعقاد زيارة لشرط الشهر الذي بدونه لا تنتقل الملكية العقارية ، وقد أشار إليها الدكتور عبد القادر أحمد السنهوري في كتابه . الوسيط في شرح القانون المدني . ولاسيما الجزء الخاص بأسباب كسب الملكية حين تعرض للعقود الناقلة لحق عيني عقاري أصلي وعلى رأس هذه الحقوق العينية الأصلية حق العقار، و على رأس العقود الناقلة للملكية ، عقد بيع العقار.¹

1/ عقد البيع :

يعد عقد البيع من أهم السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية وهو العقد الذي بموجبه يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري ملكية العقار سواء أكان مبني أو غير مبني إلى المشتري مقابل ثمن نقدي يدفع خمسه أمام مرأى الموثق وحتى تصح عقود البيع الواردة على العقار أو الحقوق العقارية، يجب تدخل الموثق حتى يضمن على إرادة كل من البائع والمشتري الصبغة الرسمية وإلا كان العقد باطلا مطلقا وهو مانصت عليه المادة 342 مكرر 1 من القانون المدني والمقصود بالبطلان هنا المطلق لتخلف ركن الشكلية .

هذا ولم يكتف المشرع الجزائري باشتراط الرسمية في العقود الواردة على العقارات كالبيع بل ذهب أبعد من ذلك حيث تدخل في تنظيم شكل العقد بذاته إذ نص على ضرورة إحتواء العقد على عناصر ومعلومات لا بد من ذكرها في صلب العقد التوثيقي ولا يجوز مخالفتها في جميع العقود المنصبة على العقارات، كالبيع والهبة والمبادلة والقسمة ، لاسيما منها المتعلقة بالهوية الكاملة لأطراف العقد والتعيين الدقيق للمحل وإيداع الثمن بين يدي الموثق بالنسبة لعقد البيع .

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني - أسباب كسب الملكية - جزء التاسع ص 347

ومن أهم المنازعات القضائية التي ثارت بشأن هذا النوع من البيوع العقارية :

(أ) - تحرير عقد البيع اثناء تنفيذ العقوبة الجنائية :

إذ أن هذه الأخيرة تضع المحكوم عليه تحت الوصاية القانونية¹ وتمنعه من التصرف في أملاكه طيلة مدة عقوبته وهو ما نصت عليها المادة 78 من القانون المدني "على أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون " ومن تم فالشخص الذي يحد من أهليته للتعاقد بحكم القانون وفقا للمواد 4-6-7 من قانون العقوبات يصبح محجورا عليه بقوة القانون ، ولا يصح له التصرف في ملكيته لا لكونه ناقص الأهلية و إنما لوقوع الحجر عليه بحكم القانون، فإذا قام بإبرام عقد توثيقي يتضمن بيع لأحد ممتلكاته كأن تصرفه باطلا مطلقا ويجوز لكل ذي مصلحة التمسك به وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 43.476 المؤرخ في 1986/06/29 مجلة قضائية عدد 1 لسنة 1993 .

(ب). تحرير عقد البيع دون ذكر أصل الملكية :

لقد اشترط المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني على الموثق ذكر أصل ملكية العقار محل المعاملة وذلك بتبيان أسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة تاريخ التحويلات المتتالية من أجل تجنب الوقوع في تصرف ملك الغير .

لكن الإشكال الذي طرح في الحياة العملية كان بخصوص التكييف القانوني للعقود التوثيقية التي تبرم بمناسبة عملية بيع العقار بدون ذكر أصل الملكية ؟

وفي هذا الصدد ، فإن الموثق يعفى من الإشارة إلى الملكية بمناسبة إعداد العقود التوثيقية التالية:

. عقود الشهر المنشأة بموجب المرسوم رقم 352/83 .

. عقود إيداع العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01 جانفي 1971 .

عقود التنازل المحررة في إطار أحكام القانون رقم 81-01 المؤرخ في 1981/02/07 المعدل والمتمم المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام .

¹ لحددي باشا عمر - حماية الملكية الخاصة - دار الفهرسة ص 30/29 .

2/ عقد المبادلة (المقايضة) :

وهو العقد الذي يلتزم بموجب كل من المتعاقدين أن ينقل للآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود وهو ما ورد في نص المادة 413 من القانون المدني ، فإن كان عقد المقايضة منصب على عقار أو عقارين كتبادل شقة مقابل شقة ، فإن الأحكام المتعلقة بالبيع تسري عليه إذ لا بد من توافر الشكلية الرسمية كركن رابع إلى جانب الرضا والمحل والسبب .

إن الكثير من عقود مبادلة العقارات التي تقدم للمناقشة أمام المحاكم ، ترد في شكل عرفي خاصة بالنسبة للأراضي الزراعية في المناطق الريفية ، لكن أغلبية المحاكم تتصدى لها بالرفض وهي محقة في ذلك لعدم إفراغها في قالب الرسمي وذلك تأسيسا على نص المادة 415 من القانون المدني.

3/ عقد الهبة :

الهبة هي عقد يبرم بين شخص يسمى الواهب الذي يتبرع بماله لشخص آخر يسمى الموهوب له بدون مقابل وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 206 من القانون الأسرة بنصها "تتعقد الهبة بالأيجاب والقبول ، وتتم الحيابة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق بالنسبة للعقارات والإجراءات الإدارية الخاصة ببعض المنقولات "ومن ثم فإن عقد الهبة المنصب على عقار يجب أن يخضع للشكلية الرسمية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 1 مدني والشهر المفروض قانونا لنقل الملكية العقارية ، كما أن المادة 206 أكدت على أن الحيابة ركنا عقد الهبة ، وهو ما يجعلها نعرج على بعض الإشكاليات التي يطرحها هذا العقد في الحياة العملية .

كذلك من بين الإشكاليات التي تطرح ، تتعلق بما مدى جواز تحرير عقد الوعد بالهبة فهناك من يرى بأنه يجوز ذلك ، وخاصة أمام أعدام نص قانوني يمنع ذلك وهو رأي يجانب الصواب كون أن العقد المتضمن الوعد بالهبة لا يتوفر فيه ركن الحيابة المادية المتطلبه قانونا ، ومن ثم فإنه لا يجوز إبرام مثل هذا العقد .

ثانيا/التصرفات القانونية الصادرة بالإرادة المنفردة : وهي تشمل :

1) الوصية :

عالج المشرع موضوع الوصية في الفصل الأول من الكتاب الرابع من قانون الأسرة بنصه على أن الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع وتكون في حدود ثلث التركة إلا إذا أجاز الورثة ما زاد عن ذلك ، ونصت كذلك المادة 92 ف02 مدني على "غير أن التعامل في تركة أنسان على قيد الحياة باطل و لو كان برضاه ،إلا في الأحوال النصوص عليها في القانون " فهذه المادة تضمنت مبدأ عاما وهو عدم جواز التعامل في تركة أنسان على قيد الحياة ، غير أن هذا المبدأ يرد عليه استثناء وهو التصرف القانوني المتضمن الوصية إذ هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت ،يصدر من جانب واحد وهو الموصى فإذا وقعت على العقار نقلت ملكية هذا الأخير من الموصى إليه بعد الموت .¹

كما أن للموصى حق الرجوع في الوصية قبل وفاته ، وللموصى له أن يقبل الوصية بعد وفاة الموصى أو يرفضها فإذا قبلها بعد وفاة هذا الأخير أمكن أن يكسب الحق الموصى به أما إذا رفضها عاد الموصى به إلى التركة و وزع على الورثة .

و الوصية المتضمنة نقل ملكية عقار عيني آخر وباعتبارها من العقود الاحتمالية كعقدة الزواج والوقف يشترط فيها شهود العدل لينعقد العقد ويسمون بشهود الإنعقاد بخلاف شهود الإثبات الذين يجوز أن يكونوا من أقارب وأصهار طرفي العقد ، كما يتوجب تحريرها تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 160350 المؤرخ في 1997/12/23 مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية عدد خاص سنة 2001

ومن بين الإشكالات القانونية التي تثار بشأن الوصية :

أ. تحرير عقد بدون حضور شاهدي عدل :

الوصية هي من العقود الاحتمالية التي أخضعها المشرع لإجراءات خاصة ميزها عن باقي العقود التوثيقية الأخرى .

¹أحمدي باشا عمر ، المرجع السابق .ص137

المادة 16 ف2 من قانون 27/88 المتضمن مهنة التوثيق " يستطيع أقارب وأصهار الأطراف المتعاقدين أن يكونوا شهود إثبات "فبمفهوم المخالفة فإنه لا يمكن لهم أن يكونوا شهود عقد (شهود عدل) ، بل شهود لثبات (تعريف) كما أشارت إليه المادة ، لهذا نجد بعض الموثقين يلجئون إلى تحرير الوصية بحضور أربعة شهود شاهدي إثبات قد يكونون من أقارب الأطراف المتعاقدة ، وشاهدي عدل من غير أقربائهم .

السبب الثاني ورد في المادة 324 مكرر3 من القانون المدني التي نصت على أنه "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية ، ويقصد بها العقود الاحتقالية حسب النص الفرنسي (LES actes Solennels) بحضور شاهدي عقد ، وبالتالي فتحريم الوصية من دون احترام الشكليات المقرر في المادة 324 مكرر3 مدني والمادة 02/16 من قانون التوثيق تنزع الرسمية من العقد .

2/ الوقف :

عرفته المادة 213 من قانون الأسرة بنصها "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق " وقد عرفه القانون 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف في المادة 03 منه "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء ، أو على وجه من وجوه البر و الخير "ويستمد الوقف مشروعيته من حادثة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، إذ كانت له أرض بخيبر فقال لرسول صلى الله عليه وسلم أنني أصبت أرضا بخيبر ليس لدي أحب منها ، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم بحس أصلها وتصديق بثمرها لا يباع ولا يورث ولا يوهب ، فتصدق بها عمر رضي الله عنه على الفقراء والمساكين .

أن المشرع الجزائري في مسألة الوقف أخذ من عدة مذاهب فقهية ، فطبقا للمادة 03 من قانون الأوقاف يكون الوقف مؤبد ، وكذلك المادة 28 من نفس القانون تنص على أن الوقف المحدد بمدة باطل وهو تأكيد للتأييد خلافا للمذهب المالكي الذي يقول بجوار الوقف مؤقتا .

ويعتبر الوقف عقد تبرع صادر عن إرادة منفردة ويشترط فيه الشكلية أمام الموثق طبقا للمادتين 4. 41 من قانون الأوقاف إذ نصت المادة 41 على أنه " يجب على الواقف أن يقيد الوقف لدى الموثق وأن يشهره لدى المصالح المكلفة بالتسجيل العقاري ، الملزمة بتقديم إثبات

له بذلك وإحالة نسخة منه على السلطة المكلفة بالأوقاف " إذا فالوقف هو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يصدر بالإيجاب فقط وفقا للمادة 13 من نفس القانون التي تشير على أن الوقف الخاص يتحول إلى عام إذا لم يقبله الموقوف عليه فلا يشترط إذا القبول بالنسبة للوقف العام كما أنه لا يجوز التصرف فيه لا بالبيع ولا بالهبة ولا ينتقل بالميراث ، وهو ما أكدته المحكمة العليا أيضا في قرارها الأول تحت رقم 109957 المؤرخ في 1994/03/30 والثاني المؤرخ في 1997/07/16 تحت رقم 157310 .

إلا أنه استثناءا يجوز التصرف فيه طبقا للمادة 21 من القانون التي تجيز استبداله بغيره في حالة تعرض العين الموقوفة للضياع أو الإندثار، أو فقدان منفعتها عن طريق المقايضة أو بيع الشيء الموقوف وشراء آخر محله أي تعويضه بعقار يكون مماثلا له أو أفضل منه .

2/العقود التصريحية :

ويقصد فيها تلك العقود التي يقتصر فيها دور الموثق¹ على استقبال تصريح من قبل الطالب ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي رقم 83/352 المؤرخ في 1983/05/21 من أجل إثبات حق الملكية العقارية ، المكتسب عن طريق التقادم وفقا للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 827 مدني ، شريطة أن تكون ملكية خاصة ، إذ لا يجوز الإحتجاج بالتقادم المكتسب ضد الأملاك الوطنية ، وأن تقع بلدية لم يتم فيها إتمام عملية المسح وفقا للأمر 74/75 .

فعقد الشهرة هو عقد مكرس ومثبت للملكية العقارية ولا يندرج ضمن السندات الناقلة لها العقارية ، لذلك إرتأينا الإشارة إليه فقط ، باعتباره من السندات الرسمية الخاضعة للإشهار العقاري. فبموجب المرسوم السابق ولا سيما المادة 01 منه فأنها تسمح للحائز بأن يحصل وبعد تقديم ما يتبنت حيازته على عقد الشهرة يتضمن الإعتراف له بالملكية العقارية ، لكن هذه الأخيرة لا تنتقل إليه إلا بعد إتمام إجراءات الشهر العقاري وهو ما نصت عليه المادة 07 من المرسوم 83/352 ، فالموثق بعد أن يتأكد من صحة المعلومات والوثائق المقدمة له .

ونسف الأمر بالنسبة للشهادة التوثيقية التي نصت عليها المادة 15 ف02 من الأمر 75/74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمادة 39 و91 من المرسوم التطبيقي 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الذي رتببت على الوفاة باعتبارها

¹بوحلاسة عمر مقال بعنوان الوقف في قانون الجزائري "مجلة الموثق عدد9،جانفي 2000،ص40/39

واقعة مادية ، إنتقال الملكية العقارية إلى الورثة بقوة القانون ، واستحدثت الشهادة التوثيقية المحررة من طرف الموثق كوسيلة فنية لإثبات أنتقال هذه الملكية بعد إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية .

الفرع الثاني : السندات الإدارية :

ويقصد بالسندات الإدارية تلك المحررات التي تنتولى تحريرها الإرادة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير، والمحررات الإدارية الناقلة للملكية العقارية هي نوعان . عقود إدارية و قرارات إدارية .

أولاً : العقود الإدارية:

وهي تأتي التصرف في الملكية العقارية الملحقة بالأملك الوطنية على شكل إتفاقية أو إتفاق يبرم بين مدير مصالح أملاك الدولة المختص إقليمياً و المستفيد من العقار المراد اكتسابه وقد عرفت الجزائر هذا النوع من السندات خلال فترة الإحتلال الفرنسي واستمر العمل بها بعد الاستقلال لاسيما بعد صدور قانون 81/01 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني والمهني والتجاري أو الحرفي التابعة للدولة أو الجماعات المحلية الذي تلتته بعد ذلك سلسلة هائلة من النصوص القانونية والتنظيمية هذه العقود ، وهذا لاعتبار أن الدولة هي أكبر مالك عقاري ، وأن عرض الملكية الخاصة لا يلبي حاجيات السوق¹ وأهم هذه العقود :

1. عقود التنازل عن القطع الأرضية بمقتضى الأمر 74/26 المؤرخ في 1974/02/20 المتضمن إنشاء احتياطات عقارية للبلديات .

2. عقود التنازل المحررة طبقاً لقانون 81/01 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الإستعمال السكني أو المهني أو الحرفي ، التجاري التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية التسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية.

وقد حدد هذا القانون أنواع العقارات القابلة للتنازل عليها ، وشروط التنازل للمستفيدين بها وكيفيات تقويم قيمة الأملاك والإجراءات الواجب إتباعها في دراسة طلبات الشاغلين للعقارات

¹ حمدي باشا عمر - حماية الملكية الفكرية الخاصة ص43

من طرف لجان أنشأت لهذا الغرض على مستوى الدائرة والولاية وعلى مستوى الوطني وتحرير عقود للمستفيدين .

فالتنازل يتم بموجب "عقد إداري" تحرره مصلحة أملاك الدولة والشؤون العقارية للولاية وهو معفى من كل الرسوم والحقوق.¹

إن قانون 81/01 قد تناول تحديد الأملاك العقارية القابلة للتنازل بموجب نص المادة 02 منه بحسب طبيعتها وخاصيتها ومصدرها بمعنى جميع الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام المشغلة قبل الفتح جأني 1981 وكذا شروط التنازل عليها ، ثم استتنت المادة 03 منه العقارات التي لا يجوز التنازل عنها و هي 10 أصناف والصنف أكثر طعن في شرعية التنازل عنه لصالح الغير هو الصنف الخامس المتعلق بالمساكن الوظيفية وتلك هي ممنوحة لصالح الخدمة إلى جانب الصنف التاسع المتعلق بالمباني المرتبطة بمزارع القطاع الإشتراكي الفلاحي.

ملك الرقبة إذا بيع كل أو بعض من حق الإنتفاع للرقبة.

- الشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى الأجنبي.

- صاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

فالشفعة ليست حق وإنما هي سبب لكسب الحق، ولا ترد إلا في بيع العقار وتثبت لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع زيادة عن الأشخاص المذكورين في المادة فيستبعد بذلك التصرفات الرامية إلى هبة العقار أو تحرير وصية بشأنها، كذلك لا شفعة إذا إنتقلت ملكية العقار عن طريق الميراث أو الإلتصاق أو التقادم المكسب.

نصت المادة 798 من القانون المدني على أنه لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني، أو إذا وقع بين الاصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وبين الأصهار حتى الدرجة الثانية، كذلك لا شفعة إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة"....، لكن السؤال المطروح هل يختصر هذا الحق على الأشخاص المذكورين بالمادة 795 فقط؟ فبالرجوع إلى بعض النصوص القانونية الخاصة نجد أن هناك أشخاص آخرين لهم الحق في الأخذ بالشفعة إلى جانب ما هو مذكور بالمادة أعلاه، من بين هذه النصوص:

احمدي باشا عمر /المنازعات العقارية ص89

- ماورد في قانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في 1/11/1990 فيمواده 52،55،57،62، إذ تمارس الدولة حق الشفعة في ما يخص الأراضي الفلاحية (العقار الفلاحي) عن طريق -"الديوان الوطني للأراضي الفلاحية"- المنشأ بالمرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 1996/02/24.

- أما فيما يخص العقار الحضري فنصت المادة 71 من القانون 25/90 أنه للدولة والجماعات المحلية ممارسه حق الشفعة عن طريق وكالة التسيير والتنظيم العقاريين الحضريين غير أن النص التنظيمي 405/90 الصادر في 1990/12/22 خص الجماعات المحلية دون الدولة بإنشاء الوكالات المكلفة بالتنظيم العقاري الحضري في حين أن الدولة تبقى صاحب حق الشفعة تمارس مباشرة عن طريق مديرية الأملاك بوزارة المالية ودوائرها الخارجية، وعليه نكون أمام حقين للشفعة حق الدولة وحق الجماعات الإقليمية .

و ينبغي الإشارة في هذا الصدد أن الدولة تمارس حق الشفعة في مرتبة أسبق عن الترتيب الوارد في المادة 795 من القانون المدني و هذا بدافع المصلحة العامة.

أما فيما يتعلق بالعقار السياحي فإنه تم إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية بموجب المرسوم التنفيذي 70/98 وخوّل لها قانونا ممارسة حق الشفعة على كل عقار قد يكون موضوع تصرف إداري بعوض أو بدون عوض ولا سيما في مناطق التوسع السياحي.

إلى جانب ذلك فإن المادة 118 من الأمر 76/105 المتضمن قانون التشغيل تخول للخزينة العمومية للدولة ممارسة حق الشفعة على كل عقار مباع وكانت قيمته المصرح بها بعقد البيع أقل بكثير من قيمته الحقيقية. ونخلص إلى القول بأنه و لما كانت الشفعة رخصة فإنه يجوز للشفيع استعمالها أو عدم استعمالها. فإذا تمسك بالشفعة وأعلن عن الأخذ بها، ولم يمثل المشتري المشفوع منه، فإنه يمكن له اللجوء إلى القضاء باتباع إجراءات المنصوص عليها في المواد 799،800،801،802 من القانون المدني وهي إجراءات تتعلق بإعلان الرغبة، إذ يوجب القانون على البائع والمشتري أن يوجه أذار إلى الشفيع، وعلى هذا الأخير أن يعلن رغبته فيها إليهما وذلك في أجل 30 يوم من تاريخ الأذار الموجه إليه وإلا سقط حقه وفي حالة غياب الإذار تبقى الأحوال مفتوحة للشفيع.

وما يلاحظ في هذا الشأن أن المشرع يخلط في استعمال المصطلحات بين مصطلح التسجيل ومصطلح الشهر بين النص العربي والنص الفرنسي، في جل النصوص المتعلقة بالشفعة

والأقرب إلى الصواب في نظرنا أن المشرع يقصد بالشهر كون أن النص الفرنسي يستعمل (Transcription) و ليس (Enregistrement) وإن كان النص العربي هو الأولى بالتطبيق.

كما أنه يجب أن ترفع دعوة الشفعة في أجل 30 يوم من تاريخ إعلان الرغبة أمام المحكمة الواقع بدائرتها العقار وإلا لا تكون مقبولة، ويجب رفعها على البائع والمشتري طبقا للمادة 802 ق.م، وتعتبر المادة 803 ق.م الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سند لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري فالحكم بثبوت الشفعة هو حكم منشئ ولكن الملكية لا تنتقل إلى الشفيع إلا بعد إتمام إجراءات الشهر.

الفرع الثالث: السندات القضائية

أولا: الحكم القائم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع:

لقد نصت المادة 72 ق.م " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام الوعد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".¹

ويعاب على المشرع الجزائري في نص المادة 72 أعلاه حينما نص " قام الحكم مقام العقد" أنه أغفل عبارة من حاز الشيء المقضي فيه ومن ثم نرى من الواجب تعديل هذه المادة في شرطها الأخير على النحو الآتي: " قام الحكم من حاز قوه الشيء المقضي به مقام العقد".

وحتى يكون الوعد بالبيع صحيحا لابد من توفر جميع عناصره الجوهرية من مدة وثمان ومحل إلى جانب الرسمية وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 145760 المؤرخ في 17/04/1996 المجلة القضائية عدد 1 سنة 1996 ص 99. "إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد، في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع".

متى ثبت من قضيه الحال إنعدام وجود وعد رسمي بيعه فيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني

احمدي باشا عمر -نقل الملكية العقارية الخاصة-ص48

لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوفر فيه الشكلية، وأنه باستجابة القضاة لمطلبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكونوا قد أسأؤو التطبيق القانوني في فهم إجهادات المحكمة العليا مما يتوجب نقض قرارهم دون إحالة".

وإذا ما استغرقت المادة المنعقدة عليها في عقد الوعد بالبيع العقاري من غير أن يقوم الموعود له بإعلان رغبته خلالها فإنه لا يمكنه المطالبة بعدها بالتنفيذ العيني ويحرم من مقتضيات المادة 72 من القانون المدني وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 52 38 22 المؤرخ في 2000/05/24 ونشير في الأخير أنه الوعد بالبيع يسجل لدى مصلحة التسجيل والطابع ولكنه حسب ما ذهب إليه البعض وخاصة رأي الأستاذ حمدي باشا عمر أنه لا يشهر بالمحافظة العقارية لأنه لا يرتب إلا التزاماته شخصية في ذمة الواعد كما هناك إتجاه ثاني يرى ضرورة شهر الوعد بالبيع المنصب على عقار وهو ما سنحاول دراسته في الفصل الثاني لاسيما بخصوص الإشكالات التي يتضمنها نظام الشهر العيني.

ثانيا: حكم يثبت صحة العقد العرفي:

كما سبق وأن ذكرنا فقد كانت العقود العرفية تشكل سندات ملكية صحيحة¹ قبل صدور الأمر 91/70 المتضمن مهنة التوثيق ويمكن الإحتجاج بها أمام الجهات القضائية، تطبيقا لأحكام القانون المدني القديم (الفرنسي) وهو الأمر الذي أيدته المحكمة العليا في عدة قراراتها كالقرار رقم 200454 والمؤرخ في 2000/01/31 غير منشور (ولما كانت أحكام القانون المدني القديم لاسيما المادتين 1322 و1582 الساريتين المفعول وقت التصرفات تجيز البيع العرفي للعقارات فإن قضاة الموضوع قد أعطوا قرارهم أساسا سليما وطبقوا صحيح القانون لما ألزموا الطاعن بتثبيت هذا البيع بما يسمح بنقل الملكية قانونا مطبقين بذلك أحكام المادة 361 من القانون المدني.

ولكن بعد تبني المشرع نظام الإشهار العيني بموجب الأمر 74/75، أصبح لزاما على أصحاب هذه العقود العرفية وخاصة غير ثابتة التاريخ اللجوء إلى المحاكم قصد تثبيت صحتها حتى يتسنى لهم إشهارها بمصالح الحفاظ العقاري.

إذ وبعد طرح الدعوى على القاضي، لا بد عليه التأكد والتحقق من:

¹عبد الرزاق احمد السنهوري-المردع السابق -ص80

-الشرط الشخصي للأطراف العقد، أي من هوية محرري العقد العرفي.

-أنه يكون العقار المبرم شأنه العقد العرفي واقعا ببلدية لم يمسه بعد عملية المسح العقاري لأنه بتمام هذه الأخيرة يصبح الدفتر العقاري السند الوحيد المثبت للملكية العقارية.

- التحقق من تاريخ إبرام العقد العرفي الذي يجب أن يكون مبرم ما قبل 1971/01/01 تاريخ دخول قانون التوثيق حيزا لتنفيذ.

وهو ما أكده القرار الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، غير منشور بتاريخ 2000/06/28 تحت رقم 197347 من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل قاضي، تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي على ضوئه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لآثاره أو باطلا بطلان مطلقا".

-ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاء المجلس قضا بصحة البيع العرفي إستنادا إلى أن الطرفين إعترا بصحته دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي فإنهم بقضائهم قد تجاهلوا أحكام القانون وجاءت أسباب قراراتهم الواقعية ناقصة وهو ما يتعذر معه على المحكمة العليا من بسط رقابتها وبالتالي يتعين نقضه".

- سماع شهود العقد وتحريير محضر بذلك.¹

-التأكد من أصل الملكية وذلك بطلب سند ملكية البائع الأصلي للتأكد ما إذا كان التصرف وارد من المالك الحقيقي والشهادة السلبية للتعبير عن الحالة الراهنة للعقار.

-وإذا استوفى ملف الطالب كل هذه الشروط يقوم القاضي بتثبيت صحة العقد العرفي وبعد صيرورة الحكم النهائي يقوم صاحب المصلحة بتسجيله لدى مصلحة التسجيل وشهره لدى المحافظة العقارية المختصة.

ثالثا: الحكم القضائي بقسمة المال المشاع

لما كان البقاء في الشيوع أمر شاق وغير مرغوب فيه فإنه وحدت القسمة لوضع حدا له والشيوع يعد حالة قانونية تنشأ عن تعدد أصحاب الحق العيني فقد يمتلك شخصان أو أكثر

احمدي باشا عمر -حماية الملكية العقارية الخاصة-ص59

المال معين فيكونون شركاء في ذلك وبالتساوي بينهم وهو ما نصت عليه المادة 713 من القانون المدني "على أنه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً و كأنت حصة كل واحد منهم غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع و تعتبر الحصص متساوية إذا لم يكن الدليل على غير ذلك".

و نصت المادة 714 من نفس القانون على أن "كل شريك في الشيوع يملك حصة ملكا تاما وله أن يتصرف فيه وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضررا بحقوق سائر الشركاء".¹

وتتعدد مصادر الشيوع بتعدد أسباب الملكية، في مصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية العقارية لكن أهمها وأكثر عرضة على جداول المحاكم هي الميراث، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين تنتقل إليهم أمواله في شكل أموال شائعة، فلا ينتهي الشيوع عادة إلا بالقسمة وهي نوعان قسمة مهياة وقسمة نهائية تكون في أصلها إتفاقيه أو قضائية وسوف نتعرض في دراستنا على القسمة القضائية كون أنها تدخل ضمن اختصاص القضاء.

إن المشرع الجزائري وضع أصلا عاما هو إمكانية إجراء قسمة إتفاقيه بين الشركاء² أو المالكين على الشيوع واشترط لذلك إجماعهم وفي حالة اختلافهم فإنه يستوجب حكم قضائي بذلك ويشترط في القسمة القضائية:

- يجب أن يكون الشركاء في حالة شيوع إختياري لأن الشيوع الإجباري لا يمكن الخروج منه لا إتفاقا ولا قضاء كما في حالة الأجزاء المشتركة بالعمارات، أما الشيوع الإختياري فهو الذي يكون الخروج منه أو البقاء فيه متوقفا على إرادة المالكين، وبالتالي لا يجرأ أحد على البقاء في الشيوع وهو ما نصت عليه المادة 724 من القانون المدني.

- عدم إتفاق الشركاء على مبدأ القسمة أو على طريقتها، وذلك قد لا يرغب واحد من بين شركاء البقاء في لشيوع أو قد لا يتفق الشركاء الراغبين في الخروج من الشيوع على طريقه معينه للقسمة فيلجؤون إلى القضاء.

احدي باشا عمر مرجع سابق -ص140
قرار 51109 مؤرخ في 19/04/1989 -المجلة القضائية العدد 01 لسنة 1991 ص177

وترفع دعوى القسمة على سائر الشركاء بدون استثناء فيدخلون خصوما في الدعوى تحت طائلة عدم قبول الدعوى لعدم إنتظام الإجراءات، من ثم يجب على القاضي التأكد بدوره من أسماء الشركاء الأحياء في الشيوخ على مال الفريضة ويتأكد من صحه تكليفهم بالحضور من قبل رافع الدعوى طبقا للمواد 22 إلى 26 من ق.إ.م.أ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 51109 المؤرخ في 19/04/1989 "من المقرر قانونا أنه إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، على من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على باقي الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون"

و عن الإجراءات المتبعة بخصوص دعوى القسمة فقد نصت المادة 727 ق.م "بشأن القسمة تكون عن طريق الإقتراع و تثبت المحكمة ذلك في محضرها. و تصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز"، فمن الناحية العملية فإنه يتم إستصدار حكم تمهيدي بتعيين خبير من أجل إعداد مشروع قسمة و تكون الحصص متساوية على أساس أصغر نصيب إعتقاد على الفريضة المقدمة من طرف الأطراف ، إضافة إلى ذلك فإنه يجب أن يطلب من الخبير تقويم العقار و ذلك لاستيفاء الخزينة حقوقها عند تسجيل الحكم القضائي بالمصادقة على القسمة بعد ذلك يقوم الطرف المستعجل بإعادة السير في الدعوى بعد الخبرة أمام نفس المحكمة فإذا رأت هذه الأخيرة صحة النتائج التي توصل إليها الخبير قامت بإجراء قرعة بين الأطراف على أساس الحصص التي كونها الخبير و تخلط الأوراق و تسحب لكل شريك ورقة أو أكثر بحسب حصة شرعية المحددة بالفريضة، وذلك بحضور القاضي وال كاتب ويحرر محضرا بذلك يوقعها هؤلاء جميعا وهو من نصت عليه المادة 727 من القانون المدني وأكدته المحكمة العليا في قرارها 914339 المؤرخ في 28/10/1992.¹

وبعد ذلك يصدر القاضي حكمه القطعي يذكر فيه على متن أسبابه كل مراحل وإجراءات الدعوى ونتائج الخبرة وما تمخضت عنه عملية القرعة وسرد نتائجها وبعد صيرورته نهائيا يصبح هذا الحكم الصادر بالقسمة مثبتا للملكية العقارية بعد شهره في مصلحة الحفظ العقاري.

وفي الأخير ينبغي التنويه بأنه من الضروري أنه يتضمن الحكم الصادر بالقسمة تحديد أنصبة الأطراف، و أن يحدد القاضي أيضا "هوية العقار وحدوده وموقعه" وسند ملكيته وإن كان

1قرار المحكمة العليا رقم 91439 مؤرخ في 28/10/1992 منشور بالمجلة القضائية العدد 01 لسنة 1991 ص25

ممسوح أم لا، مع تحديد الحصص وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز مع تحديد مساحته وحدوده، فإن كل هذه المعطيات تعتبر بمثابة البيانات الجوهرية التي يجب أن يشملها الحكم وهذا حتى يعامل معاملة العقد الرسمي من طرف المحافظ العقاري عند عملية إشهاره، وبالتالي يكون منتجا لكافة اثاره أما في الحالة العكسية فإنه يعامل معاملة العقد العرفي الصحيح الصادر قبل جانفي 1971.¹

رابعا: الحكم الذي يكرس الملكية على أساس التقادم المكسب

ويعتبر التقادم من أهم الآثار المترتبة عن الحيازة لكونه يؤدي إلى إكتساب الملكية العقارية إذ يحقق لكل من حاز عقار ولمدة معينة دون انقطاع وكأنت حيازته قانونية ومستمرة، أن يكتسب ملكيته، وقد حدد المشرع الجزائري 03 أنواع من التقادم المكسب، التقادم الطويل ومدته 15 سنة طبقا للمادة 827 من القانون المدني والتقادم القصير ومدته 10 سنوات ويشترط في الحيازة القانونية والمستمرة مع حسن النية وجود سند صحيح حسب المادة 828 من القانون المدني إلى جانب التقادم المتعلق بالحقوق الميراثية ومدته 33 سنة وفقا للمادة 829 من نفس القانون.

ومن خلال هذه النصوص يتضح بأن التقادم المكسب يعد وسيلة لإكتساب الملكية ومناطه الحيازة القانونية المستمرة بعنصرها المادي والمعنوي وهو ما أقرته المادة 827 من القانون المدني، إذ يجوز لكل شخص حاز عقار المدة المقدره قانونا بالمادة وهي 15 سنة أن يلجأ إلى القضاء ويستصدر حكما ضد الشخص الذي ينازعه في الحيازة يكرس ملكيته للعقار محل المطالبة القضائية.

وفي حالة توفر الشروط المذكورة يتقدم المعني بدعواه أمام المحكمة يتمسك فيها بالتقادم المكسب هنا يجب على القاضي المطروحة أمامه الدعوى أن يعاين الملف التقني الذي يلزم رافع الدعوى بإحضاره شأنه في ذلك، شأن الموثق عند إعداد له عقد الشهرة ويتمثل في:

اليلي زروقي /محاضرة العنوان نظام التشهير واجراءات في القانون الجزائري القيت بمقر مجلس الدولة "مجلة مجلس الدولة العدد02 لسنة 2002 ص77

-مخطط أو الرسم البياني للعقار المعد من طرف الخبير العقاري أو مهندس معماري أو خبير في المقياس وهذا من أجل التأكد من المساحة المراد اكتسابها وحدودها ومساحتها وكذا الملكيات المجاورة وغيرها من البيانات.

- شهادة من بلديه تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاكها أو الإحتياجات العقارية.

- شهادة من إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية تثبت بأن الأمر يتعلق بملكية خاصة أي لا تدخل ضمن أملاك الدولة أو الولاية.

-شهادة من المحافظة العقارية تحدد وضعية العقار القانونية وهل سبق وأن حرر بشأن عقد ملكية مشهر لفائدة الغير أم لا.¹

وعلى هذا الأساس يقوم القاضي المطروح عليه القضية بإجراءات التحقيق الضرورية للتأكد من مزاعم المدعي والذي من المفروض أن يتم في عين المكان و بتعيين سماع الملاك المأجورين لأنهم أدرى بالحيازة وليس أي شهود يحضرهم المدعي.

و في حالة ما إذا ثبت للمحكمة توافر كل شروط السابقة فإن القاضي يصدر حكمه الذي لا بد أن يحتوي على كل بيانات الجوهرية المتعلقة بالعقار وهويته من مساحة- موقع- حدود...ويتعين على صاحب الحكم شهره حتى يحل مقام السند الرسمي الناقل للملكية العقارية علما أن هذا الحكم يكون مقررا للملكية لأنه يكرس نقل الملكية بأثر رجعي من وقت وضع اليد بنية التملك.

وهناك بعض الأشكال طرحتها الجهات القضائية بخصوص مسألة التقادم المكسب إذ أن هناك بعض المحاكم ترفض مثل هذه الدعاوي بحجة أن التقادم المكسب يجب أن يعاين لتقديم عقد الشهرة وهو ما تصدت له المحكمة العليا في القرار رقم 180876 المؤرخ في 1998/09/30 إذ جاء فيه...." حيث فعلا أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد، فإنه ردا على دفع الطاعن وتمسكه بالتقادم المكسب إستنادا إلى نص المادة 827 من القانون المدني بالقول في الصفحة الثالثة السطر 22 و ما بعده " حيث أنه و فيما يتعلق بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من القانون المدني فهو مردود عليه بأن ذلك يحتاج إلى إثبات وإجراءات نص عليها

احمدي باشا عمر -حماية الملكية العقارية الخاصة-ص65

المرسوم 83/352 المؤرخ في 21/05/1983 وأن المستأنف عليه لم يرق بتلك الإجراءات لإثبات حيازته عن طريق عقد الشهرة في هذا الشأن واكتفى بمجرد تصريح بذلك.

خامسا: الحكم الذي يصرح بشغور التركة وإحاقها بملكية الدولة الخاصة:

وهو يعد طريق لكسب الملكية، وغالبا ما يكون عن طريق الإستيلاء على الأملاك التي لا مالك لها، فقد جاء في نص المادة 733 من القانون المدني بنصها "تعتبر ملك من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليست لها مالك، كذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث أو الذين تهمل تركتهم"، فمن خلال هذا النص فإن الأموال الشاغرة التي لا مالك لها، وكذا التركات التي لا وارث لها والتركات المهملة فإن ملكية جميع هذه الأموال تؤول للدولة، وهو ما يعبر عنه بالاستيلاء المبني على فكرة الشغور.

لقد أوجب المشرع الجزائري في قانون الأملاك الوطنية رقم 30/90 في مواد 48، 51، 52، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 23/11/1991 المحدد لشروط إدارة أملاك الدولة الخاصة والعامة التابعة للدولة في المواد 88، 89، 90، 92، منه جملة من الإجراءات التي يجب أن تتخذها الإدارة وذلك لإحاق التركة الشاغرة إلى ملكية الدولة الخاصة.¹

إذ يتعين على الوالي باعتباره ممثلا للدولة أن يرفع دعوى أمام المحكمة المختصة والاختصاص هنا يعود إلى القضاء العادي أي المحكمة المتواجدة بدائرة اختصاصها العقار الشاغل للحصول على حكم يصرح بانعدام الوارث أو المالك بعد القيام بإثبات حالة الشغور عن طريق إجراء التحقيق بالبحث والتحري عن الأملاك أو الورثة المحتملين كما على القاضي عند نظره في الدعوى أن يتأكد من احترام هذه الإجراءات ويحقق من جهته أيضا لإثبات حاله الشغور، وبعدها يصدر حكمه بأنعدام الوارث أو المالك.

ويترتب على هذا الحكم بعد أن يصبح نهائيا تطبيق نظام الحراسة على تلك الأملاك طبقا للأجال المقررة قانونا وهذا وفقا ما نصت عليه المادة 51 من القانون رقم 30/90 والمادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 454/91 السابق الذكر التي نصت على "ويترتب على الحكم التصريحي الذي يثبت شغور تركه الأملاك العقارية التي تركها المالك، تطبيق نظام الحراسة على هذه الأملاك خلال الآجال المقررة في القانون".

¹احمدى باشا-مرجع سابق-ص66

و لعل السبب الرئيسي لإسناد مثل هذه الدعاوي إلى القضاء العادي هو كون أن هذه الأملاك هي ذات طبيعة خاصة والحامي الطبيعي لا القاضي الإداري، كما يتعين رفعها من قبل الوالي بإسم الدولة.

لكن رغم صراحة هذه النصوص إلا أن مجلس الدولة في القرار رقم 167619 المؤرخ في 1999/5/31 النظر في الدعوى المستأنفة من طرف (ب ع) ضد مديرية أملاك الدولة لولاية البليلة متجاهلا هذه الأحكام رغم أن مسألة الاختصاص النوعي تعد من النظام العام.

المهم أنه يترتب على الحكم التصريحي بانعدام الوارث تطبيق نظام الحراسة القضائية مع مراعاة الآجال المقررة في الحكم القضائي، وبعد انقضاء هذه الآجل يتوجب على الوالي أن يرفع دعوى جديدة يذكر فيها المحكمة بالوقائع وحكم القاضي بانعدام الوارث و يلتزم إصدار حكم بإعلان الشغور وتسليم التركة للإدارة أملاك الدولة التي تكلف بتسييرها إلى غاية انقضاء الآجال المقررة لتقادم الحقوق الوراثية، وبعدها تدمج نهائيا في أملاك الدولة الخاصة.

وفي هذا الصدد ينبغي الإشارة إلى أن موقف المشرع الجزائري في المادة 51 من القانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية بخصوص تطبيق المادة 829 من القانون المدني المتعلق بتقادم الحقوق الميراثية على التركات الشاغرة غير سديد، كون أن الدولة لا تمتلك هذه الأموال عن طريق الحياة ووضع اليد بل عن طريق سند رسمي ألا وهو الحكم القضائي الذي يعد وسيلة من وسائل كسب الملكية في التشجيع الجزائري.

سادسا: الحكم المصرح بكسب الملكية عن طريق الإلتصاق:

و الإلتصاق يعرف بأنه أندماج بين شيئين مملوكين لمالكين مختلفين دون إتفاق بينهما على هذا الإندماج، ويتحقق ذلك إذا كان أحد الشيين الأصلي والثاني نوعي أصبح شيئا واحدا بحيث يتعذر فصلهما دون تلف فقدر التشريع أن مالك الأصل يمتلك الشيء الفرعي الذي التصق به على أن يعوض مالك الشيء الفرعي.¹

إن الإلتصاق كوسيلة لنقل الملكية يثبت إذا أقيم على الأرض بناء أو غراس بمواد مملوكة لأجنبي عن ملكية الأرض، فمالك الأرض في هذه الحالة يتمسك بحكم الإلتصاق كل ما يقام

احمدي باشا - مرجع سابق - ص 67

عليها بمواد مملوكة للغير على أساس أن الأرض هي الأصل وكل ما يقام عليها فرعا تابعا لها، وقد عالج المشرع حالات الإلتصاق بالمواد 782 إلى 790 من القانون المدني التي ينبغي الرجوع إليها للتأكد من حالة حسن النية وسوء النية وخيارات الإزالة أو التعويض في النزاعات المطروحة أمام القاضي، وأغلب هذه النزاعات تدور حول التعويض سواء بالنسبة للمنشأة أو الأرض حسب كل حالة.

فالحالة الأولى وردت في المادة 785 من قانون المدني "غير أنه إذا كانت المنشأة قد بلغت حدا من الأهمية وكتسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تملك الأرض من أقام المنشآت نظير تعويض عادل.

أما الحالة الثانية فنصت عليها المادة 788 من القانون المدني "غير أنه إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء بها قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محل لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل".

والحالة الأخيرة نصت عليها المادة 789 م "المنشآت الصغيرة كالأكشاك والحوانيت والمأوى التي تقام على أرض الغير من دون أن يكون مقصودا بقاؤها على الدوام تكون ملكا لمن أقامها"

سابعا: الحكم بالمصادقة على الصلح

تنص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية على أنه¹ "يجوز للقاضي مصالحة الأطراف أثناء نظر الدعوى في أي مادة كانت ونصت المادة 459 من القانون المدني "على أن الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاع قائما أو يتوقيان به نزاع محتملا وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه".

فالصلح حسب المادة 459 من القانون المدني هو عقد يتم بين طرفين لانهاء نزاع قائم بينهما أو يتوقيان به نزاع محتملا، ويتم ذلك كتابة سواء في الشكل الرسمي أو في الشكل العرفي وهو ما يطلق عليه بالصلح الغير القضائي، وقد يتم أمام القضاء بموجب محضر رسمي يحرره القاضي ويوقعه المتصالحان ويكون له قوه السند التنفيذي فيطلق عليه الصلح القضائي، وفي

اليلى زروقي -المحاضرة الملفقة بمجلس الدولة -المرجع السابق-ص76

كلتا الحالتين إذا أنصب عقد الصلح على حقوق معينه فإنه يخضع لإجراءات الشهر حتى يمكن الإحتجاج به إتجاه الغير.

الصلح هو عقد كاشف للملكية، فإن تصالح خصمان حول عقد عيني عقاري أصلي وجب شهر هذا العقد، وأن وقع الصلح بين الخصوم في دعوى مرفوعة بينهم أمام القضاء فإن حكم القاضي بالتصديق على محضر الصلح لا يعتبر حكماً إلا من الناحية الشكلية، كون أنه لا يخرج عن كونه عقد تم بين الخصوم في ورقة رسمية وهي محضر الصلح وثقها القاضي في حدود سلطته الولائية والحكم الصادر بهذا الشأن لا يجوز للأطراف التراجع عنه ولا الطعن فيه.

الفصل الثاني : ضرورة الشهر في نقل الملكية العقارية

سنتطرق في هذا الفصل إلى نظام الشهر وضروريته في نقل الملكية بحيث سنتحدث عن أنظمته وقواعده وشروطه وذلك من خلال المبحث الأول أما في المبحث الثاني فسننتحدث عن آثار الشهر العقاري والإشكاليات التي يطرحها

المبحث الأول : أنظمة الشهر العقاري وقواعده وشروطه

سندرس في هذا المبحث أنظمة الشهر العقاري وذلك من خلال المطلب الأول أما المطلب الثاني فهو عن قواعد وإجراءات الشهر العقاري.

المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني

سنتطرق في هذا المطلب إلى أنظمة الشهر العقاري وذلك من خلال فرعين الفرع الأول نظام الشهر الشخصي والفرع الثاني نظام الشهر العيني.

الفرع الأول : نظام الشهر شخصي:

ظهر هذا النظام بالدول اللاتينية كفرنسا و إيطاليا و من أسسه أن ينشأ سجل أو سجلات على مستوى المحافظة العقارية يرصد بها كل تصرف منشئ لحق عيني¹، فيكون القيد وفقا لأسماء الأشخاص و يكون التسجيل في نوعين من السجلات ، سجل أبجدي يضم أسماء الأشخاص و يخصص عدد الصفحات لكل حرف من أحرف الهجائية ، أما السجل الثاني فيتم فيه قيد التصرفات طبقا للترتيب الزمني لتقديم المحررات للشهر.²

إن الشهر العقاري وفقا لهذا النظام ليست له أية قوة ثبوتية فهو مجرد إجراء يهدف إلى العلانية إذ أن التصرفات التي تشتهر في ظله لا يتحرى عادة مساحتها بل تشتهر كما هي فإذا كانت معيبة تبقى كذلك و دور المحافظ العقاري سلبي إذ تقتصر وظيفته على شهر التصرف كما هو، الذي يعتبر قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس فيمكن لكل ذي مصلحة على التصرف و طلب إبطاله رغم شهره ، كما يعاب أيضا صعوبة التعرف على المالك إذا ما كثرت التصرفات على العقار زيادة إلى خطر ضياع الملكية بالتقادم.

¹ابوحلاسة عمر /مقال بعنوان تقنيات مراقبة العقدة الخاضعة للاشهار -مجلة الموثق-عدد10ص33

²راجع السجل العيني في التشريع المصري للدكتور ابراهيم ابو النجا ص49،48

و عليه نظرا لأن الشهر الشخصي لا يصح عقد باطلا ولا يبطل عقد صحيحا ونظرا لعجزه عن تحقيق الغرض الذي أنشأ من أجله ذلك لصعوبة معرفة المالك الحقيقي و خطر ضياع الملكية بالتقادم، زيادة إلى قابلية التصرفات المسجلة للطعن، فقد وصفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه نظام متأخر، مبرره في ذلك أنه نظام الشهر السيد¹ يجب أن يكون محكما في ترتيبه و حجيته فأما في ترتيبه فينبغي أن ييسر لذوي الشأن معرفة ما تهمهم من تصرفات، أما في الحجية فينبغي أن يكون للشهر حجية قاطعة بحيث لا يشهر التصرف إلا بعد التحري عن مدى صحته و من منطلق هذه العيوب و النقائص، كان لابد من ايجاد نظام آخر فظهر نظام جديد عرف بنظام طور نسبة لمبتكره.

الفرع الثاني : نظام الشهر العيني :

ظهر لأول مرة في أستراليا و عرف بإسم مبتكره السيد "روبار طورأنس" و فيه يرتكز شهر التصرفات العقارية على العين نفسها ، أي العقار محل التصرف، فيكون لكل عقار بطاقة خاصة به تسجل فيها كافة مايرد عليه من تصرفات و من الحقوق العينية مع تحديد موقعه، مساحته ، رقمه ، معالم حدوده، ويسمى العقار المعني بالوحدة العقارية و تعتبر البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة تعريفه.

أهم مزايا هذا النظام أنه يوفر حماية للمتعاملين معه فمن أراد الاطلاع على حالة العقار و معرفة الحقوق و الإلتزامات و الإرتفاقات التي تثقله بإمكانه أن يطلب هذه المعلومات من مصلحة الشهر ، و من المبادئ الأساسية التي تحكم هذا النظام :

(1) أن له قوة ثبوتية مطلقة : إذ يعد بمثابة قرينة قاطعة على الملكية بالنسبة للعقار أو الحق العيني موضوع الشهر، فالتصرفات التي تقيد في ظل نظام الشهر العيني يصبح قيدها قرينة على ملكية الحق العيني أو العقار المتصرف فيه ، و أن هذا التصرف يصبح سليما خاليا من العيوب ، مما توفر الإلتئمان في المعاملات و الثقة بها .

(2) التخصيص: ومعناه اتخاذ من العقار أو الوحدة العقارية أساسا و محورا لقيد كل التصرفات الواردة على العقار، تخصص لها صفحة أو عدة صفحات من السجل العقاري تتضمن و بدقة الحدود و المساحة

¹السجل العيني علما وعملا - معوض عبدالنواب-دار الفكر العربي القاهرة-طبعة 1989 ص17،16،15.

(3) الشرعية : ومفادها أن يتحقق الموظف المكلف بالقيود السجل العيني من كل التصرفات المراد قيدها و تسجيلها بكل دقة و إمعان شديد، حتى لا تهدر حقوق الأشخاص خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار مبدأ قوة الثبوتية المطلقة للشهر و عليه وجب التأكد من أهلية المتصرف و خلو إرادته من العيوب و العوارض ، كما يتحقق أيضا من سند ملكية المتصرف للمحل المراد التصرف فيه و مدى مشروعية و جواز التعامل فيه.

- ويتميز هذا النظام بمبدأ القيد المطلق و يقصد به أن القيد هو مصدر كل الحقوق العينية العقارية فهو الذي ينشأ هذه الحقوق و يغيرها و يعدلها و يزيلها فكل حق غير مقيد لا وجود له لا بالنسبة للأطراف و لا بالنسبة للغير و إذا تم القيد فإن يسري بالنسبة للكافة و لا يمكن لأي كان ينازع فيه ، أو يحتج بملكية حق عيني لم يشهر مسبقا¹.

(4) مبدأ عدم اكتساب الحقوق المقيدة بالتقادم : فإن كل تصرف مقيد ضمن مجموعة البطاقات العقارية وفقا لنظام الشهر العيني يكسبه حجة في مواجهة الغير و بالتالي يصبح في مأمن عن أي تعدي صادر من هذا الأخير ، فإن كان التقادم سببا من أسباب كسب الملكية في نظام الشهر الشخصي فإنه مستبعد في نظام الشهر العيني إذ لا يمكن لوضاع اليد على العقار مهما طال اكتسابه بالتقادم أن يطالب بتملكه إذا كان سند الملكية فيه مشهرا لأن ذلك يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة و لإن الحياة هي قرينة على الملكية و الملكية شابتة بالقيود في هذا النظام.

ومن مزايا هذا النظام حماية للمتعاقدين في تصرفاتهم المنصبة على العقارات لأن كل حق مقيد يتمتع بحصانة تامة و كل تصرف قبل قيده يخضع لرقابة المكلف بالشهر ، لذلك في ظل النظام يسهل التعرف على الحالة القانونية للعقار و أصل الملكية فيه و كل الأعباء التي تثقله و لا يمكن بذلك إخفائها زيادة إلى تجنب خطر الإكتساب بالتقادم أو تعارض سندات الملكية أو تشابه أسماء المالكين مما يرفع في قيمة العقار و يسهل التعامل في و توقيع الرهن عليه للحصول على قروض .

اليللى زروقي /محاضرة لعنوان نظام الشهر و اجراءاته في القانون الجزائري القيت بمقر المجلس الدولة مارس 2002 -مجلة مجلس الدولة العدد 2/لسنة 2002 ص64

المطلب الثاني: قواعد وإجراءات الشهر العقاري

سننظر في هذا المطلب إلى قواعد وإجراءات الشهر العقاري وذلك من خلال فرعين الفرع الأول قواعد الشهر العقاري والفرع الثاني إجراءات الشهر العقاري.

الفرع الأول: قواعد الشهر العقاري

من المسائل التي تؤدي إلى تدعيم وحماية الملكية العقارية وتحقيق فكرة الإئتمان العقار يجب الأخذ بتنظيم محكم ومستقر لحفظ الوثائق وشهرها حتى يتمكن من يريد التعامل بشأن عقار معين أن يعلم ما يثقل هذا العقار من أعباء مما يسهل عملية التداول والتعامل في الأموال العقارية وتحقيقا لهذه الغاية فإن المشرع الجزائري أوجب قاعدتين أساسيتين لتنظيم الشهر في جميع المحررات والوثائق الخاضعة لهذا الاجراء، حتى يتسنى مراقبتها سواء من الناحية الشكلية أو الموضوعية لها وتتمثل هاتان القاعدتان في :

1) قاعدة الرسمية

2) قاعدة الشهر المسبق أو الأثر النسبي

1) القاعدة الرسمية: سبق وأن تم شرحها بالتفصيل لكن وكأكد لما سبق فإن المشرع الجزائري ومن خلال المادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 أكد على أن :

"كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على شكل الرسمي" فلشهر التصرفات فإنه ينبغي أن تكون هذه الأخيرة محررة في قالب رسمي وفقا لما يقرره القانون.

2) قاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق

أ) مفهوم الشهر المسبق

إن المشرع الجزائري حرص في عملية الشهر¹ أو ما يعرف بالحفظ العقاري على ضرورة توافر قاعدة الشهر المسبق لضمان فكرة الإئتمان العقاري والإستمرارية في سلسلة نقل الحقوق العقارية، حيث نصت المادة 88 من المرسوم 63/76 على " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار

¹عبد الرزاق احمد السنهوري-مرجع سابق-ص389.388

في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفات يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الخير".....

ويظهر جليا من نص المادة أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه.

ب/الإستثناءات الواردة على قاعدة الأثر النسبي -الشهر المسبق

هناك حالات يتلقى فيها المحافظ العقاري بعض الوثائق التي يستعصي عليه مراقبة قاعدة الشهر المسبق وذلك باعتبارها أول إجراء أو أنها حالات تتطلبها¹ عمليات التحول من نظام الشهر الشخصي إلى العيني ، و قصد إيجاد حل لهذه الحالات فإن المشرع الجزائري أورد جملة من الإستثناءات عن هذه القاعدة ، و منها ما ورد النص عليها في المرسوم 63/76 متعلق بتأسيس السجل العقاري ومنها ما ورد في المرسوم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 المعدل بموجب مرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 1993/05/19 يمكن سردها على النحو التالي :

-**العقود العرفية التي اكتسبت تاريخ قبل 1971/01/01** و تم التنصيص على الإستثناء بموجب المادة 03 من المرسوم 80-210 المؤرخ في 1980/09/13 المعدل المرسوم 63/76 إذ نصت المادة 89 من المرسوم 63/76 " لا تطبق أحكام المادة 88 على العقود الخاضعة للإشهار العقاري عند الإجراء الأول و عدلت هذه المادة كما سبق ذكره و أصبحت على النحو التالي :

- " عند الاجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري و الذي يتم تطبيقا للمواد 08 إلى 18 من هذا المرسوم ... عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا من سند اكتسب تاريخ ثابت قبل أول مارس 1961 " ...

لكن وبموجب المرسوم 93-123 المؤرخ في 1993/05/19 المعدل و المتمم للمرسوم 63/76 تم تمديد فترة 1991/03/01 إلى الأول من شهر يناير 1971 و من بين المبررات

تطبيق هذا الإستثناء أنه قبل تاريخ 1971/01/01 كآنت عملية شهر مختلف العقود أمرا اختياريا . أما بالنسبة للعقود العرفية التي ليس لها تاريخ ثابت فإنه لا يمكن إثبات حجبتها إلا عن طريق القضاء .¹

الجزء الأول في السجل العقاري : عند عمليات مسح الأراضي المحدثه بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 اتضح أن هناك عدد هام من الوحدات العقارية مشغولة من قبل الأطراف بدون أن يكون لأصحابها وثائق رسمية مما جعلها مجهولة المالك ، لذلك فإن المشرع الجزائري سمح في قانون الشهر العقاري للمحافظين العقاريين بتقييم هذه العقارات بإسم الشخص الحائز دون اشتراط توافر قاعدة الشهر المسبق كون أن هذه العقارات ليس لها أصل ثابت بالمحافظة العقارية و يتجلى ذلك من نص المادة 89 من المرسوم 63/76 بنصها " تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

عند الاجراء الأولي الخاص شهر الحقوق العقارية في السجل و الذي يتم تطبيقا للمواد 08 إلى 18 من هذا المرسوم ..

إشهار اكتساب الملكية بالتقادم :

وذلك سواءا كان مكرسا في عقد الشهرة طبقا للمرسوم 352/83 الذي سن إجراءات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الإعراف بالملكية ، أو حالة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يكرس إكتساب الملكية بالتقادم ، و في كلتا الحالتين فإن عملية الشهر لا تتطلب من الموثق و القاضي من ذكر مراجع أصل الملكية ، لأن اكتساب الملكية في هذه الحالة يعد كإجراء أول بالنسبة للعقار المراد اكتسابه تم إعفائه² من مبدأ الأثر الإضافي للشهر .

عقود الاستصلاح:

و هي تتعلق بإشهار عقود الملكية للأرضية المتنازل عليها في إطار عملية استصلاح الأراضي طبقا للقانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية وكذا المرسوم التنفيذي 289/92 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الإستصلاحية ، و أخيرا المرسوم التنفيذي 483/97 المؤرخ في 1997/12/15

¹حمدي باشا عمر -المنازعات العقارية -الصفحة 222/221

²حمدي باشا عمر -المرجع السابق-الصفحة 224

المحدد لكيفيات منح حق إمتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الإستصلاحية ، في كل هذه الحالات يتم شهره بالمحافظة العقارية من دون الحاجة إلى توافر عملية الإشهار المسبق لأنها تشكل إجراء أولى معفي من قاعدة الأثر الإضافي للشهر

شهادة الحيازة :

و نص عليها المشرع الجزائري في المادة 39 و40 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري و المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 الذي يحدد كيفية إعدادها و تسليمها ، هذه الشهادة هي مستحدثة من أجل تطهير وضعية العقار في الجزائر و تكريس الملكية و هذا السماح لكل شخص حاز بصفة هادئة و علنية و مستمرة لا يشوبها أنقطاع لمدة سنة كاملة في المناطق التي لم يمسه المسح بعد و لم تحرر عقودها ، أن يحصل على سند حيازي يسمى بشهادة الحيازة تخضع للتسجيل و الشهار العقاري.

الشروط الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة للشهر العقاري :

كما سبق ذكر فإن الشهر العقاري هو إعلان التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية سواء كانت عينية أصلية أو تبعية أو حتى الشخصية التي سوف نشير إليها فيما بعد و ذلك حتى تلقى الحجة المطلقة و الحماية التامة من قبل السلطات العمومية للدولة في حالة وجود نزاع شأنها ، و في سبيل تحقيق هذا الهدف لا بد من التأكد من أن المعلومات التي تتضمنها المحررات الناقلة للملكية العقارية و الخاضعة لإجراءات الشهر ، وهي معلومات سليمة و لا يشوبها أي عيب من العيوب ، و لا يكون ذلك في حالة إحترام الشروط القانونية التي ألزم المشرع مراعاتها عند تحرير أي سند رسمي ناقل للملكية

1) الشروط الخاصة بتعين الأطراف :

حتى يكون المحرر الرسمي سليما و مقبولا لدى المحافظة العقارية لا بد أن تتوفر فيه مجموعة من البيانات التي تتعلق بهوية الأطراف و التي ينبغي على محرري العقود التحقق من صحتها و التصديق عليها بما يضمن قانونية العقد و سلامته ، وهو ما أكدت عليه المواد

62 إلى 65 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 23/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.¹

فيجب على محرري السندات الرسمية المودعة للشهر تعيين الأطراف تعيينا دقيقا لكون ذلك يعد شرطا أساسيا لقبول إيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية تجدر الإشارة في هذه الحالة أنه ينبغي التمييز بين البيانات الواجبة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين إذ نصت المادة 62 من المرسوم 63/76 السابقة الذكر على: " أن كل عقد أو قرار قضائي قبل أن يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية لا بد أن يشتمل على عناصر التعيين التالية :

-أسماء و ألقاب و مواطن و مكان ولادة و مهنة أصحاب الحق أسماء زوجاتهم و يجب أن يصادق على ذلك الموثق أو كاتب الضبط أو السلطة الإدارية في الأسفل و قد عدلت المادة 62 السابقة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 123/93² المؤرخ في 19/05/1993 المعدل و المتمم للمرسوم 63/76 الذي أضاف عنصر جنسية الأطراف و استغنى عن ذكر أسماء زوجاتهم

أما بالنسبة للشهادات التوثيقية التي تعد بعد الوفاة يجب الإشارة فيها إلى الحالة المدنية للمتوفي و التصديق عليها ، مع ذكر كل أسماء و ألقاب و مواطن و تاريخ و مكان الزيادة و مهنة كل وارث ، وهذه البيانات تعرف في التشريع الجزائري بما يسمى الشرط الشخصي للأطراف و هو ما نصت عليه المادة 65 من المرسوم 63/76 بنصها "أن العقود و القرارات و الجداول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن تتضمن جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف.

أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فتحدد و تعيين الأشخاص المعنوية يختلف باختلاف شكلها و طبيعتها القانونية و قد نصت على ذلك المادة 63 من المرسوم 63/76 بأن "كل عقد أو قرار قضائي يمون أطرافه أشخاص معنوية و يكون محل إشهار بالمحافظة العقارية لا بد أن يشتمل على عناصر التعيين التالية .

¹احمدي باشا عمر -المرجع السابق-الصفحة225

²راجع في ذلك المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 يعدل ويتمم المرسوم 63/76 المؤرخ في 23/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ج.و المؤرخة في 23/05/1993.

- بالنسبة للشركات المدنية و التجارية ، يجب تحديد تسميتها شكلها القانوني مقرها و كذا رقم التسجيل في السجل التجاري .

- بالنسبة للجمعيات ، تسميتها ، شكلها القانوني ، مقرها ، تاريخ و مكان تصريحها ¹.

- بالنسبة للجماعات المحلية ، تسميتها/ تسمية البلدية أو الولاية .

- بالنسبة لأملاك الدولة لا بد من تثبيت اسم الدولة.

و عند التأكد من كل العناصر التعيين المطلوبة فإنه يتم الشهر وفقا لهذا التعيين و كل التغيير يطرأ فيما بعد كتغيير أسماء و ألقاب طرفي العقد يجب أن يكون موضوع إشهار الجديد.

إلى جانب كل ما تقدم أن المشرع الجزائري قد أكد على ضرورة التصديق على هذه الهوية فمن أجل تنفيذ إجراء الشهر بالمحافظة العقارية لمختلف المحررات و العقود لا بد أن تكون جداول المستخرجات و الصورة الأصلية أو أي نسخ مصادق عليها أو على هوية أطراف ضمن الشروط المنصوص عليها في المادة 63 و 64 من المرسوم 63/76 التي أشارت إلى الأشخاص المؤهلين للتصديق على هوية الأطراف (موثق، كاتب الضبط، قضاة، النيابة العامة)

الشروط الخاصة بتعيين العقارات :

لقد اشترط المشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 السلف الذكر تعيينا دقيقا منافيا للجهالة و ذلك بتعيين نوعه و مساحته و حدوده و تبيان مراجع المسح و هو ما تضمنته المادة - من المرسوم 63/76 غير أن العناصر تعيين العقارات تختلف باختلاف موقع العقار المعين و نوعه ، و ينبغي التمييز ما بين العقار الواقع في بلدية مسها المسح أم لم يمساها:

أ- القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في منطقة ممسوحة :

نصت على ذلك المادة 66 من المرسوم 63/76 على "أن كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع و البلدية التي يقع

ارامول خالد-المرجع السابق-صفحة 59-60.

فيها و تعيين (القسم رقم المخطط و المكان المذكور) وما يحتوي عليه من مسح الأراضي
"العناصر التي ينبغي توافرها للتعيين العقارات الواقعة في مناطق ممسوحة تشمل :

-تحديد طبيعة العقار بالنوع أي إذا ما كان ، أرض عارية فلاحية أو غابية.

-تحديد البلدية الواقع بها ، رقم مخطط مسح الأراضي الذي يعكس التمثيل البياني لإقليم
البلدية و كل التفاصيل الأخرى المتعلقة بالمكان المعني أن وجد القسم ، القطعة و الوحدة
العقارية و يتم ترقيم مخطط مسح الأراضي بوضع رقم خاص به حتى يسهل بعد ذلك عملية
مطابقة الوثائق مع المخطط فيعطي بموجب هذا الترقيم لكل وحدة عقارية رقما خاصا بها قسم
مخطط المسح وهو يشكل جزء من إقليم البلدية المحدد بطريقة ما يتم نقله من مخطط مسح
الأراضي.

-تحديد المكان المسمي ، ويسمى أيضا بالمكان المعلوم كما ورد في المادة 15/ف2 من
الرسوم يمكن أن يطلق على تجمعات على مجموعة من القطع الأرضية داخل إقليم البلدية¹.

و إذا كانت هذه القطع تقع في منطقة حضرية يمكن استبدالهم إسم المسمى بإسم الحي و
الشارع محتوى وثائق المسح هي من العناصر الأساسية المعتمد عليها في تعيين العقارات لأنه
بواسطته يتم ضبط كل البيانات المتعلقة بالبطاقة العقارية و لهذا الغرض ألزم المشرع محرري
العقود و الوثائق الخاضعة للشهر بضرورة إرفاق مستخرج بالمحرر المودع لدى المحافظة
العقارية.

(ب) - القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في المنطق الغير المسموحة :

في انتظار إتمام عمليات المسح المحدث بموجب الأمر 74/75 في كامل التراب الوطني
فإن المشرع الجزائري قد وضع أحكاما إنتقالية تحدد بموجبها معالم تعيين العقارات الواقعة في
المناطق التي لم تمسها عملية المسح بعد و ذلك في الوثائق و العقود التي تكون واجبة الشهر
بالمحافظة العقارية و هذه قواعد تختلف ما كان الأمر يتعلق :

¹المادة 15 من المرسوم 63/76 بخصوص تحديد المكان المسمى ،بقابلها في التشريع المصري الحارة والازقة "راجع في ذلك
المستشار انور طلبية" ،الشهر المفاضلة بين التصرفات ،دار النشر الثقافة-لبنان طبعة 1989 ص26

بعقارات ريفية في حالة عدم وجود مخطط مسح أراضي فإن المشرع إشتراط أن يكون كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار فلاحى -نوع العقار - موقعه - محتوياته .

أما بالنسبة للعقارات الحضرية غير الممسوحة و يقصد بها حسب المادة 21 من المرسوم 63/76 كل العقارات المبنية و غير المبنية و التي غالبا ما تكون مرقمة بصفة نظامية و الواقعة في المناطق السكنية التابعة للبلديات فالمحرر الذي يتعين إشهاره بصددتها يجب أن تحدد فيه إسم البلدية ، الشارع ، الواقع فيه ، طبيعة العقار ، مساحته و بناءا على هذه المعلومات يتم إعداد بطاقة عقارية حضرية للعقار المعين .

الفرع الثاني : إجراءات الشهر العقاري :

بعدما تعرضنا لأهم القواعد التي يركز عليها الشهر العيني بالجزائر فإننا سنتناول في هذا المطلب إجراء الشهر العقاري الذي يتولاه مصلحة عمومية يطلق عليها إسم المحافظة العقارية¹ و وظيفتها الأصلية تتمثل في حفظ العقود و مختلف المحررات الخاضعة للشهر المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى سواء ماكانت أصلية أو تبعية و ذلك بعد شهرها و قيدها بالمحافظة العقارية في مجموع بطاقات عقارية .

و لقد نصت على ذلك المادة الأولى من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري " تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون الأملاك الدولة والشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري " و تم النص على مهمة هذا الأخير في المواد 10 و 13 من الأمر 47/75 والتي تتمثل في مسك السجل العقاري و مجموعة البطاقات العقارية لا سيما و أنه سبق وأن أشار المشرع الجزائري في المادة أن القانون المدني على أن كل حق ملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما لدى المصلحة المكلفة بذلك.

¹ بموجب المرسوم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 المضمن تنظيم المصالح الخارجية لاملاك الدولة والحفظ العقاري ج.ر المؤرخة في 1991/03/06 أصبحت المحافظة العقارية مصلحة عمومية تابعة لمديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية تحت الوصاية المديرية العامة لاملاك الوطنية على مستوى الوزارة.

و قد ركز المشرع في هذا الأمر إلى المهمة الأساسية للمحافظ العقاري و المتعلقة بمسك السجل العقاري و أكد على أن القيد في هذا السجل هو الذي أنشأ الحق العيني فلا يكفي وجود مصدر الحق فقط بل لا بد من القيد حتى يكتسب و يمارس المحافظ العقاري السلطات المخولة له و ذلك من خلال مراقبته لعملية سير إجراءات الشهر العقاري باعتبارها الأداة القانونية لنقل الملكية و لدراسة هذه الإجراءات ارتأينا تقسيمها إلى ثلاثة محاور أساسية نتعرض في المحور الأول إلى عملية الأيداع القانوني و مدى تنفيذ إجراءات الشهر بالمحافظة و ثانيا إلى ايداع غير قانوني و سلطة المحافظ العقاري في رفضه ، ثم أخيرا إلى طعن في قرارات المحافظ العقاري.¹

أولا : الإيداع القانوني ومدى تنفيذ إجراءات الشهر بالمحافظة العقارية

1/ ايداع الوثائق بالمحافظة العقارية

أ/ مفهوم الأيداع و آجاله ، محله :

يعتبر إيداع المحررات بالمحافظة العقارية عمل قانوني أولي لازم في كل سند يستوجب إخضاعه إلى عملية الإشهار العقاري فيجب على محرري العقود و الوثائق قبل إيداعها لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا تسجيلها في مصلحة التسجيل و الطابع وفقا لما يقتضيه الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل و الطابع المعدل و المتمم ، و الإيداع هو كل إجراء قانوني أولي لازم في كل عملية شهر له محل و أجال قانونية يجب احترامها و التقيد بها لسلامته و من تم سلامة بقية إجراءات الشهر العقاري و قد أعطته بعض التشريعات نفس القوة القانونية لعملية الشهر مثلما هو الحال في التشريع المصري بحيث يعبر عنها بعملية إجراء الشهر عن طريق الإيداع² وتتم هذه العملية على مستوى كل المحافظة عقارية و بالضبط في قسم الإيداع و ذلك مع احترام الآجال المحددة قانونيا ، فنصت المادة 90 من المرسوم 63/76 "ينبغي على الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعمل على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار العقاري المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم و ذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 99 و بكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف " و هذه المواعيد تختلف

احمدي باشا عمر-المرجع السابق-ص226

²المستشار معوض عبد التواب(السجل العيني علما وعملا)مرجع سابق،ص26

باختلاف طبيعة العقد و موضوعه بالنسبة لأمر نزع الملكية 08 أيام من تاريخها بالنسبة للقرارات القضائية شهرين من اليوم الذي أصبحت في النهائية ، بالنسبة للعقود الأخرى من يوم تاريخها.

غير أن الآجال قد تم تعديلها بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999 فأصبحت على النحو الآتي :

-بالنسبة للشهادات بعد الوفاة لابد من إيداعها خلال 3 أشهر إبتداء من التاريخ المحرر و يمتد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما بالخارج .

-بالنسبة للأحكام القضائية يكون في خلال 3 أشهر إبتداء من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية.

-بالنسبة للعقود الأخرى و الوثائق لا بد أن تكون خلال شهرين من تاريخ إيداعها وهذه الآجال هي من النظام العام و عدم احترامها يعرض مودعي العقود إلى دفع غرامة مالية حددتها المادة 31 لقانون المالية 1999 يقدر ب 1000دج.

و عملية الإيداع حسب المادة 92 من المرسوم خ 63/76 تتطلب لزوما إيداع صورتين رسميتين أو نسخ للعقود أو القرارات موضوع عملية الإشهار بحيث ترجع واحدة من هذه الصور أو النسخ إلى القائم بالإيداع بعد أن يشر عليها المحافظ العقاري مثبتا بذلك أنقضاء الإجراء أما النسخة الثانية أو الصورة الأخرى يحتفظ بها المحافظ و ترتب ضمن الوثائق.

ب/ التأشير على سجل الإيداع :

إن المحافظ العقاري ملزم بأن يمسك سجل إيداع يقيد فيه يوميا لتسليمات العقود و القرارات القضائية و كل الوثائق المودعة قصد تنفيذ الإجراء و تسليم¹ المودع سند الاستيلاء يشار فيه إلى كل مراجع الإيداع و تاريخه و الهدف من هذا القيد هو التحقق من الأسبقية في عملية الإيداع و خاصة و أنه يمكن أن يكون أكثر من تصرف قانوني واحد ، كأن يوجد إيداع عقد بيع عقار كائن ببلدية ما ، وإيداع عقد هبة بذات اليوم على ذات العقار فلتقادي كل النزاعات التي قد تثار بهذا الشأن فقد وضعت قواعد إجرائية تحدد عملية مسكه و من بين هذه الإجراءات ضرورة التأشير عليه فور إيداعه.

احمدى باشا عمر -المرجع السابق-الصفحة 227

و حتى يقبل المحافظ العقاري الإيداع لابد أن يتأكد من أن الوثيقة المودعة تتضمن مراجع أصل الملكية السابقة بالإضافة إلى مراجع التسجيل المنصوص عليها في قانون التسجيل و الطابع .

2/ تنفيذ الاجراء الشهر العقاري

بعد أن يتأكد المحافظ من الإيداع القانوني للوثائق العقارية الخاضعة للإشهار خلال مدة 15 يوم التالية لتاريخ إيداعها و يكون للشهر العقاري أثر فوري فيه ينشئ الحق العيني بحيث لا وجود لحق الملكية العقارية أو لحق عيني آخر حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة إلا من تاريخ إشهارهما بالمحافظة العقارية طبقا للمادة 15 و 16 كم الأمر 47/75 و ينتج عن إجراء الشهر إنشاء البطاقة العقارية و كذا الحصول على الدفتر العقاري.

أ/ إنشاء مجموع البطاقات العقارية : هناك عدة صور للبطاقات العقارية¹

البطاقات العقارية الأبجدية : وهو ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 74/75 " أن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية والتي تخص عقارات وحقوق عينية ريفية موجودة ببلدية لم يعد فيها مسح الأراضي تفهرس بصفة أنتقالية في مجموع بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم " تشمل كل بطاقة على الخصوص أصحاب الحقوق المذكورين و يجب أن يبين فيها حسب المادة 114 من المرسوم 63/76 بالنسبة لكل عقار غير مسموح نوع العقار موقعه و محتوياته و يشكل مجموع هذه البطاقات العقارية فهرس أبجدي فردي ، يعتمد فيه على ترتيب البطاقات في شكل منظم حيث يتم ترتيب بطاقات الخاصة بالأشخاص الطبيعية ضمن مجموعة معينة و حسب الترتيب الأبجدي لألقاب أصحاب الحقوق و تواريخ الشهر أما بالنسبة للبطاقات الخاصة بالأشخاص العانة فهي ترتب ضمن مجموعة أخرى متميزة .

البطاقات للعقارية العينية (غير الأبجدية):

يمسك المحافظ العقاري في أراضي البلديات الممسوحة بطاقات عقارية عينية يدون فيها الحالة القانونية و الوصفية للعقار التي تنشئ بعد إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية

احمدى باشا عمر - المرجع السابق - الصفحة 228.

فكل تصرف يرد على العقار يؤشر المحافظ العقاري به على بطاقات المنشئة وعلى الدفتر العقاري على سواء ، فبالرجوع إلى المادة 20 من المرسوم 63/76 نجد بأن البطاقات العقارية تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية بطاقات قطع الأراضي و بطاقات العقارات الحضرية بالنسبة للملكية الخاصة ففيما يتعلق ببطاقات العقارات الحضرية فإنه تعد بالنسبة لكل عقار حضري بطاقة عقارية تنقسم إلى نوعين بطاقات عقارية عامة تحدث عندما يكون العقار مبني يشمل أولا أجزاء مشتركة و مخصصة لاستعمال الجماعي تدرج فيه بيانات تهم مجموع العقار من الإجراءات و تصرفات.¹

وهناك بطاقات عقارية خاصة بالملكية المشتركة تحدث لكل عقار تم تقسيمه و تجزئته من العقار الجماعي الكلي و ترتب هذه البطاقات الخاصة تبعا للبطاقة العامة و حسب الترتيب العددي للقطع .

ب/ التأشير على البطاقات العقارية

أن كل وثيقة تشهر بالمحافظة العقارية عملية التأشير و القيد على مجموعة بطاقات العقارية لكن إذا خص الإجراء المتعلق بالشهر العقاري عقارا ممسوحا فإنه في هذه الحالة لا بد أن يودع الدفتر العقاري في نفس اليوم الذي تودع فيه الوثيقة المتطلبية لأجل إشهارها ، فينبغي على المحافظ في هذه الحالة القيام بالتأشير على الدفتر العقاري و ضبطه قبل رده للمودع ، و فيما يتعلق بكيفيات التأشير و ضبط البطاقات العقارية فقد حددتها المادة 33،34 من المرسوم 63/76 حيث اشترطت ضرورة أن تشمل كل عملية تأشير خاصة بالإجراءات البيانات التالية:

-تاريخ العقود و الوثائق و القرارات القضائية التي تم شهرها

- اسم الموثق أو السلطة الادارية أو القضائية الصادرة منها الوثيقة ، بالاضافة إلى ذلك لا بد أن يظهر في كل عملية تأشير تاريخ الإشهار و مراجعه ...

و كخلاصة لما تقدم فإن مجموع البطاقات العينية و المؤقتة الممسوكة في الشكل الفردي هي التي تشكل ما يعرف بالسجل العقاري فحسب المادة 20 من المرسوم 63/76 فإن

¹مجيد خلفوني-المرجع السابق-ص125.

البطاقات العقارية لكل بلدية التابعة لإختصاص المحافظة العقارية تتضمن بطاقات قطع الأراضي و بطاقات عقارية حضرية.

ج/ التأشير على الدفتر العقاري

يعتبر سندا قانونيا قويا فلا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل التعقاري من دونه ، و كل تأشير في البطاقة العقارية العينية ينبغي أن ينقل على الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية للعقار ، و هذا في المناطق الممسوحة فعندما يتصرف المالك صاحب الدفتر العقاري تصرفا ناقلا للملكية العقارية يظبط دفتره و يشر عليه بهذا التصرف و يتم تسليمه للمالك الجديد و إذا أعد المحافظ العقاري دفترا جديدا فإنه يعمل على اتلاف الدفتر السابق.

و فيما يتعلق بكيفيات التأشير فقد حددتها المادة 45 من المرسوم 63/76 التي أوجبت أن تكون عملية التأشير بكيفيات واضحة و مقروءة ، و حتى تكون كل البيانات المؤشرة على الدفتر العقاري صحيحة و مطابقة لعمليات التصرف الواردة على العقارات لابد من نقل كل التأشيريات التي تمت على البطاقة العقارية و ذلك على الدفتر المقدم أو الدفتر الجديد.¹

ونظرا لأهمية هذا الدفتر وما يتضمنه من معلومات ألزم المشرع تقديمه في كل عملية إيداع تحت طائلة رفض الاجراء كلا بنص المادة 50 من المرسوم 63/76 وأورد استثناءات على ذلك بنفس المادة .

ثانيا : الإيداع غير القانوني و سلطة المحافظة الععقاري في رفضه :

متى كأن المحرر المراد شهره مستوفيا لكافة الشروط و القواعد السابق ذكرها قام المحافظ العقاري بإجراء الشهر مراعيًا في ذلك مرحلة الإيداع التي سبق شرحها إذا كأن المحرر المقدم غير المستوفي لشيء من ذلك فأن المحافظ العقاري يرفض إيداعه بعد أن يتفحص كل الوثائق الخاضعة للشهر و مرفقتها ، و لكن قد يقوم المحافظ العقاري برفض الإجراء بعد قبوله للإيداع فيتعين عليه في هذه الحالة إجراء الفحص دقيق للمحرر و كشف عن أوجه الاختلاف في الوثائق المشهورة .

¹احمدى باشا عمر-المرجع السابق-ص229

1/ رفض الأيداع :

يقرر المحافظ العقاري رفض الإيداع إذا تبين له خلل في الشرط الشخصي للأطراف أو في البيانات الوصفية للعقار أو عند النقص الوثائق ، إذ المادة 100 من المرسوم 63/76 تمنح له هذه الصلاحية في الحالات التالية:¹

- عدم تقديم الدفتر العقاري أو مستخرج مسح الأراضي إذ تعلق الأمر بعقارات ممسوحة .
 - عندما يكون التصديق على هوية الأطراف و على الشخص مخالفا للشروط و كيفيات السابقة الذكر (من المواد 62 إلى 65 من المرسوم 63/76).
 - عندما يكون تعين العقارات لا يستجيب لأحكام المادة 66 من المرسوم .
- و بالإضافة إلى هذه الحالات المذكورة في المادة 100 ، هناك حالات أخرى ورد النص عليها في المادة 353 من قانون التسجيل و الطابع يمكن إجمالها في حالة غياب التصرح القيمي للعقار موضوع التصرف كعدم تحديد القيمة التجارية للمعاملة.
- و يتم الرفض بصفة فورية بعد فحص الوثائق بصفة شاملة و يبلغ المحافظ العقاري قراره في آجال 15 يوم تسري لإبتداءا من تاريخ الرض الأيداع و للمعني بالأمر مهلة شهرين للطعن القضائي في قرار ارفض أمام الغرفة الادارية .

1) رفض الإجراء :

فهو على كس رفض الأيداع الذي يتطلب فحصا شاملا و سريعا للوثيقة المودعة فإذا رفض الإجراء يتطلب مراقبة دقيقة و فحصا معمقا للوثيقة التي تم قبول إيداعهم مع ضرورة مقارنتها بالبيانات المقيدة على مجموعة البطاقات العقارية فإذا اتضح وجود خلل أو نقص في الوثيقة المودعة يمكن للمحافظ العقاري إصدار قرار برفض الإجراء الذي يؤسس على الأسباب المحصورة في المادة 101 من المرسوم السابق -كما في حالة كون الوثائق المودعة و الوثائق المرفقة بها غير متطابقة - عندما تكون مراجع الإجراء السابق و الخاصة بالوثائق غير المتطابقة مع الوثائق المودعة قصد الشهر .

احمدي باشا عمر -المرجع السابق-ص231،230.

عندما يكون تعيين الأطراف و العقارات أو الشرط الشخصي كما هو مبين في المادة 65 من المرسوم 63/76 غير المتطابق مع البيانات المقيدة على البطاقات العقارية .

عندما يظهر وقت التأشير على الاجراء أن الإيداع من الواجب رفضه ، و عندما يكون موضوع العقد أو المحرر مراد شهره غير مشروع و مخالف للنظام العام.

ولكن ما ينبغي التأكيد عليه في هذا العنوان أنه إذا تبين وجود سبب دافع لرفض الإجراء فعلى المحافظ العقاري توقيف الإجراءات و مباشر إجراء التسوية المنصوص عليه في المادة 107 من المرسوم 63/76 فيقوم بتبليغ المعني بالأمر خلال 15 يوم من تاريخ الإيداع بالعيب الموجود و يؤشر على بطاقة العقارية ب"إجراء قيد الأنتظار" وتمنح مدة إلى الموقع على التصديق محددة ب 15 يوم من تاريخ تبليغ قرار الرفض من أجل التصحيح فإذا أتم الوثائق الناقصة أو قام بتصحيحها يؤشر المحافظ العقاري على البطاقة العقارية التي تحمل "الإجراء القيد الأنتظار " بالإجراء النهائي يكون له له أثر رجعي إلى تاريخ الإيداع و ذلك من أجل الترتيب في سجل الإيداع و إذا لم يقم المعني بالأمر خلال يوم من تاريخ التبليغ لإصلاح العيب أو إيداع الوثائق التعديلية فإن المحافظ العقاري يرفض إجراء الشهر العقاري و يكتب عبارة الرفض في العمود الخصاص للملاحظات في سجل الإيداع ، كما يكون ملزماً أيضاً بتبليغ قرار رفض الاجراء النهائي للموقع على التصديق خلال 8 أيام الموالية لمهلة 15 يوم الممنوحة للتسوية و في كل الأحوال مهما كانت قرارات المحافظ العقاري القاضية برفض الإيداع أو الإجراء فأنها تكون قابلة للطعن فيها أمام الجهات القضائية المختصة ، فما هي هذه الجهات؟

ثالثاً : الطعن في قرارات المحافظ العقاري¹

إن مسألة الطعن في قرارات المحافظ العقاري نصت عليها المادة 24 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري بأن " تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً " ويفهم من هذا النص أن الغرفة الإدارية هي المختصة ، ولكن أي غرفة هل الغرفة المحلية ام الجهوية ؟

مبدئياً الغرفة الجهوية لأن المحافظ العقاري هو سلطة ولائية وهو ما أكده مجلس الدولة في العديد من إجتهاداته .

احمدي باشا عمر - المرجع السابق-ص232.

-أما فيما يتعلق بميعاد رفع الدعوى فحسب المادة 110 من المرسوم 63/76 فإن آجال الطعن في قرارات المحافظ العقاري سواء تعلقت برفض الإيداع أو رفض الإجراء يكون في خلال مدة شهرين تسري إبتداءا من تاريخ التبليغ وبخصوص صفة التمثيل العقاري ففي بداية الأمر منحت للوالي المختص إقليميا يساعده في ذلك رئيس المصلحة بالوللية المكلف بأمالك الدولة والشؤون العقارية وهو ما أكدته المادة 111 من المرسوم 63/76.

المبحث الثاني : آثار الشهر العقاري والإشكاليات التي يطرحها

سنتناول في هذا المبحث دور الشهر العقاري في وجود التصرفات وإثباتها وحجيته في مواجهة الغير وذلك من خلال المطلب الأول اما المطلب الثاني الإشكاليات التي يطرحها الشهر العقاري وتسوية المنازعات .

المطلب الأول : دور الشهر العقاري في وجود التصرفات وإثباتها وحجيته في مواجهة الغير

سنقسم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول سيتناول دور الشهر العقاري في وجود التصرفات وإثباتها ، أما الفرع الثاني حجية الشهر العقاري في مواجهة الغير .

الفرع الأول : دور الشهر العقاري في وجود التصرفات وإثباتها:

ال قيد كشرط لوجود التصرفات والحقوق :¹

نصت المادة 793 من القانون المدني " أن الملكية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري " وهو ما أكدت عليه أيضا المادة 16 من الأمر 75 / 74 والمؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح العام للاراضي وتاسيس السجل العقاري .

التصرفات الواجبة الشهر للاعتراف بوجود الحق:

¹مجيد خلفوني-المرجع السابق-الصفحة 63.

بمقتضى المادة 14 من الأمر 75 / 74 السابق الذكر فإنه تخضع إلزاميا للإشهار كافة العقود الرسمية المنشأة والناقلة أو المعلنة أو المعدلة الواردة على الملكية العقارية بعد تأسيس مجموعة من البطاقات العقارية .

جميع العقود والقرارات اللاحقة للإجراء الأول الذي كأن محل تأسيس لمجموعة من البطاقات العقارية و الخاضعة للإشهار العقاري الجاري به العمل وكذا تسجيل الرهون والإمتيازات .
المحاضر المعدة من قبل مصلحة الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية .

ويلحق بهذه التصرفات أو المحررات التي تكون خاضعة للحفظ العقاري ، الأحكام النهائية والدعاوى القضائية الرامية إلى فسخ إبطال حق من الحقوق..."

الشهر يرتب الأثر العيني في نقل الملكية العقارية وليس شرطاً للأنعقاد ، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 1990/10/21 تحت رقم 68467 .¹

"أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقاً لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني" ، كما أن الملكية لا تنتقل إلا من وقت الشهر الذي يعطي للعقد القوة على نقلها سواء أكان ذلك بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير .

وبالنسبة للتصرفات الإرادية كالوقف والوصية فإنه يتعين الشهر فيها حتى تنتقل الملكية العقارية وهنا ينبغي الوقوف على مسألة كانت محل جدال تتعلق بالوصية ، فان حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريقها مبدئياً لا يجب شهرها في البطاقات العقارية وفقاً للقانون الجزائري ، وذلك لأنعدام نص خاص في القانون المدني أو القوانين الخاصة .

غير أنه ينبغي الإشارة أنه إذا أراد الموصي له التصرف في العقار الذي إنتقلت ملكيته إليه عن طريق الوصية فإنه يجب عليه إجراء القيد ويستصدر الموصى له في هذه الحالة شهادة رسمية تسمى الشهادة التوثيقية تثبت انتقال هذا الحق تم قيده في مجموعة البطاقات العقارية

1قرار المحكمة العليا رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21 مجلة القضائية 1992 عدد01 ص86

ويتعين عليه استخراجها في اجل 06 أشهر من الوفاة وإلا اعتبر مسؤولا مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير.¹

-أما بالنسبة للوقف فإنه فضلا عن الرسمية المستوجبة في العقد ، فالمادة 41 من القانون 10/91 المتعلق بالأوقاف قد اشترطت صراحة شهر الوقف لترتيب أثره العيني في نقل الملكية العقارية .

- اشترط المشرع الجزائري إشهار جميع العقود والقرارات الإدارية المنصبة على نفس الحقوق لنقل الملكية وأكد على ذلك في قوانين رسمية ، كالقانون المتعلق بالتنازل عن املاك الدولة في المادتين 29 و 30 منه ، وكذلك مانص عليه القانون 19/87 والمؤرخ في 1987/12/08 بوجود شهر العقد الإداري للمستثمرة الفلاحية في المادة 12 منه² ، وكذا في ظل قانون 30/90 المتعلق بالأموال الوطنية والمرسوم المؤرخ في 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوطنية والعامّة للدولة وتسييرها وضبط كفيّات ذلك إذ نصت المادة 35 " يثبت عقد التبادل الذي يسجل ويظهر في المحافظة العقارية تحويل الملكية.."

-أما بالنسبة للقرارات والأحكام القضائية النهائية التي تكرس الحقوق العينية العقارية أو تغير أو تعدل هذه الحقوق أو تكشف عنها فإنه يتعين شهرها وذلك لكونها إما سندات للملكية بحكم القانون كحكم رسو المزاد (02/394 قانون إجراءات مدنية) وحكم بثبوت الشفعة طبقا للمادة 803 من القانون المدني الذي تعتبره سندا للملكية الشفيع .

وفيما يتعلق بأحكام القسمة والصلح والحكم المصريح باكتساب الملكية بالتقادم فإنه يتعين شهر هذه الاحكام وذلك وفقا لاحكام المادة 14 من الأمر 74/75 فالعقود المتضمنة قسمة رضائية وكذلك الأحكام القاضية بالقسمة يتعين شهرها إذ لا يكون للعقد ولا يكون للحكم حجة على الغير إلا من يوم الشهر ، كما أنه يصبح كل شريك منهم بالقدر الذي آل إليه بموجب القسمة.

¹ الطالب صدّاق عمر - بحث لنيل شهادة الماجستير بعنوان شهر التصرفات القانونية في الجزائر 1984 ص 102
² بالنسبة لشهر العقود الدارية - اكدت المحكمة العليا بغرفتها العقارية في قرارها صادر 2001/02/28 في حيثياته "ان قضاة الموضوع غير ملزمون بالرجوع الى الخبرة طالما عاينوا العقد...الذي لم يتم شهره"

-الآثار المترتبة عن قيد التصرفات الواجبة الشهر: 1

ولعل اهم هذه الآثار هو مايعرف بالآثر الأنشائي للقيد ، ومعناها أن الحقوق المشار إليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ القيد : " وفي غياب هذا الأخير فإن التصرف لا يرتب إلا التزام شخصي بين أطراف العقد ، فالقيد في ظل نظام الشهر العيني يؤدي إلى إلغاء مبدأ سلطان الإرادة إذ أن الأطراف الحاملين للمحررات الناقلة للملكية العقارية ملزمين قانوناً بشهرها حتى تحدث أثرها العيني ولا يخضع الأمر لارادتهم فالقيد هو المنشىء للحقوق وهو الذي يزيلها ويعدلها .

ومن النتائج المترتبة عن هذا المبدأ :

-بالنسبة لاستيفاء الريع:

فإذا لم يقيد العقار باسم المشتري فإن هذا الأخير لا يعتبر مالكا ولا يكتسب أي حق من الحقوق المتفرعة عن الملكية ، فلا يجوز له التصرف في العقار ولا استثماره بقبض فوائده.
-في حالة هلاك العقار قبل قيد البيع فإن تبعية الهلاك تكون على البائع ويبقى ملتزماً بمنح التعويض وضمان العيوب الخفية مادام لم يسجل ولم يشهد العقد .

-القول أن القيد هو الذي ينقل الملكية معناه أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد فالعبرة بالقيد وليس بتاريخ انعقاد العقد ومن تم فإنه تبقى الحقوق العينية على ذمة المتصرف فيها (البائع) من فترة التعاقد إلى غاية القيد والمشتري لا يعتبر مالك إلا من تاريخ العقد ، كما أن الإلتزامات التي تقع على البائع من تسليم العقار وضمان منع التعرض والإستحقاق والعيوب الخفية تبدأ من تاريخ إبرام العقد.

الفرع الثاني : حجية الشهر العقاري في مواجهة الغير

أولاً/القيد كشرط لوجود الحق العيني في مواجهة الغير :

إن المشرع الجزائري لم يعرف بغير القيد للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية ومن يدعي بأنه مالك لحق عيني مصدره واقعة مادية مثلاً كالتقادم ، يجب عليه أن يثبت ذلك بالقيد وهو

ماكروسه المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتعلق بإعداد عقد الشهرة المتضمن إقراراً بالملكية ، وكذا مأنصت عليه المادة 39 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 15 من الأمر 74/75 السابق الذكر " أن كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهره في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ."

فمن تم فإنه لا يمكن الإدعاء والإحتجاج بالملكية عن طريق الحيابة إلا إذا تم شهر العقد أو الحكم المثبت لها ويشترط أنه لا يتعلق الأمر بأراضي تم إعداد المسح فيها وإلا فقد القيد قوته الثبوتية .

-أما فيما يتعلق بالإلتساق باعتباره سببا من أسباب كسب الملكية سواء أكان ناتجا بفعل الإنسان أو الطبيعة فيشترط فيه مايشترط في حيازة من شهر العقد الحكم المثبت لها زيادة على وروده في أراضي لم يمسه المسح بعد ، لأنه في هذه الحالة يصبح الدفتر العقاري المنطلق الوحيد لإثبات الملكية العقارية .¹

-وبالنسبة لنقل الملكية عن طريق الوفاة باعتبار أن هذه الأخيرة تعد سببا من أسباب كسب الملكية في القانون المدني (واقعة مادية) فإن المادة 15 فقرة 02 نصت "غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من وفاة أصحاب الحقوق العينية ... " فحسب هذه المادة فإن القيد ليس له أثر منشئ كون أن الملكية تنتقل بالوفاة وهو مايعد إستثناء خطير جدا في نظام الشهر العيني ، الذي لا تنتقل الملكية فيه ولا الحقوق العينية الأخرى إلا بالقيد ، فإذا كان المراد من الأخذ بهذا النظام هو ضبط عملية إنتقال الملكية بشكل دقيق حتى يسهل معرفة الملاك الحقيقيين فإن ترك الملكية تنتقل بالوفاة فقط يؤدي لا محالة إلى فقد قيمة نظام الشهر العيني .

اليلى زروقي-المنازعات العقارية-ص72.

لكن المشرع الجزائري قد قلل من هذه الخطورة باشتراطه إذا ما أراد الوارث أو الموصى له أن يتصرف في الحق الذي آل إليه عن طريق الميراث إستصدار شهادة رسمية موثقة تثبت أنتقال هذا الحق تم قيده في مجموعة البطاقات العقارية¹ وهو مانصت عليه المادة 91 من المرسوم 63/76 فالقيده في الوفاة هو شرط كاشف ليكون التصرف نافذا في مواجهة الغير .

ثانيا/التصرفات والإجراءات الواجبة الشهر لتكون نافذة في مواجهة الغير:

إن المشرع الجزائري قد نص في معظم قوانينه ولا سيما القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية وحتى في قانون الشهر العقاري على ضرورة إشهار كل إجراء أو تصرف يتعلق بحق تم قيده وذلك حتى يكون نافذا في مواجهة الغير ، فمن هذا نصت المادة 801 من القانون المدني بأن التصريح بالرغبة في الشفعة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا وهذا لإعلام الغير بأن العقار مشفوع ، إذ يمكن إبطال أي بيع لغير الشفيع ، كذلك بالنسبة لأمر الحجز العقاري فإنه يتعين شهره حتى يرتب آثاره لا سيما منها منع التصرف وتقييد سلطة المالك أو الحاجز في استغلاله فلا يكون التصرف نافذا في مواجهة الراسي عليه المزاد سواء تعلق الأمر بالإيجار أو البيع أو قبض الأجر ففي كل هذه الحالات فإن التصرف لا تسري آثاره في حق الغير إذا كان هذا الأخير حقه محمي بالقيده .

-زيادة على ذلك إشتراط المشرع أيضا من خلال المادة 85 من المرسوم 63/76 إشهار أي إجراء أو دعوى من شأنها تهديد المراكز القانونية لأصحاب الحقوق المشهرة وهذا بشهر الدعاوي الرامية إلى النطق بالفسخ وإبطال أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها حتى تكون مقبولة وقد حددت المادتين 86.87 منه الآثار المترتبة عن عدم إشعار هذه الدعوى وكذلك الشرط الذي حصل بمقتضاها الفسخ أو الإبطال أو إلغاء الحقوق التي سبق شهرها بعدم سريان لا الشرط ولا الحكم الذي يقرره في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر .

-كما اشتهر أيضا شهر بعض المحررات المنشئة لحق شخصي كالإيجارات التي تزيد مدتها عن اثني عشر سنة حتى يكون لها أثر بين المتعاقدين ويحتج بها إتجاه الغير وهو مانصت

اليلى زروقي -المنازعات العقارية- ص73.

عليه المادة 17 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري وهو مأخذ به المشرع المصري بالنسبة لعقود الإيجار التي تزيد مدتها عن تسع سنوات أوجب أيضا شهر المخالصات والحوالات التي تكون اجرتها اكثر من 03 سنوات مقدما .

المطلب الثاني : الإشكاليات التي يطرحها الشهر العقاري وتسوية المنازعات:

سنتطرق في هذا المطلب إلى الإشكاليات التي يطرحها هذا النظام وتسوية المنازعات وذلك من خلال فرعين الفرع الأول الإشكاليات التي يطرحها هذا النظام والفرع الثاني يتعلق بتسوية المنازعات

الفرع الأول: الإشكاليات التي يطرحها الشهر العقاري

أولا/الإشكاليات المرتبطة بالشهر المسبق للدعوى:

وهو مانصت عليه المادة 85 من المرسوم 63/76 التي اشترطت الشهر المسبق¹ للدعوى الرامية النطق بفسخ أو ابطال أو الغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها بنصها "أن دعاوي القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها ، بنصها " أن دعاوي القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا وفقا للمادة 04/14 من الأمر 74/75 "...ويلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع خص بعض أنواع الدعاوي العقارية و أوجب شهرها وهذا بشهر العريضة الإفتتاحية في مجموعة البطاقات العقارية مع تقديم إثبات لذلك ، إما بشهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري الكائن بدائرة العقار المتنازع عليه أو بالتأشير في أسفل العريضة على الإشهار ."

ويفهم من هذه المادة أيضا أن هذا الشهر هو قيد إجرائي فرضه المرسوم 63/76 تطبيقا لأحكام ومقتضيات نظام الشهر العيني المعلن عنه بموجب الأمر 74/75 ألا أن ذلك لم يلقى قبولا تاما واختلف الرأي في ذلك بين :

¹اليلى زروقي ،المنازعات العقارية ،ص75

1/الإتجاه الأول : يرى بأن الشهر الدعاوي في المحافظة العقارية لا يعد قيذا على رفع الدعوى
وذهبت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا لتبرير ذلك إلى :

-أن قانون الإجراءات المدنية حدد الإطار العام والشروط الواجب التقيد بها عند رفع الدعوى
أمام القضاء وأن المادة 85 من المرسوم السابق جاءت تتعارض مع هذه المبادئ ولا سيما
المادة 459 قانون إجراءات مدنية فضلا على أنه شهر الدعوى شرع لمصلحة أو لحماية
رافعها كي يعلم الغير بأن العقار محل نزاع دون أن تكون مفروضة عليه ومن هذا المنطلق فإن
عدم إشهار العريضة الإفتتاحية لا يصح أن يعود عليه بضرر ولا ينفع للمدعي عليه.¹
-إن عدم إشهار العريضة الإفتتاحية طبقا للمادة 85 من المرسوم أعلاه لا يترتب عليه عدم
قبول الدعوى شكلا ، ما دامت قد احترمت قواعد قانون الإجراءات المدنية طبقا لمبدأ تدرج
القوانين لا سيما أن المادة السابقة قد وردت ضمن مرسوم تطبيقي وأن قانون الإجراءات المدنية
لم ينص على هذا القيد .

2/الإتجاه الثاني :

يرى بأن الشهر العريضة الافتتاحية يعد قيد على رفع الدعوى مادامت المادة 85 السابقة قد
نصت صراحة على ذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى(لا يمكن قبولها)

وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16/03/1994 تحت رقم 108200²
"من المقرر قانونا أن دعاوي القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة
عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها" ... وما أكده مجلس الدولة في الغرفة
الأولى بقرار المؤرخ في 12/06/2000 تحت رقم 203024 "... في الدعوى العقارية
والإدارية المتعلقة بالعقار الرامية إلى إبطال عقود مشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85
من المرسوم 63/76 لقبول الدعوى شهر العريضة الإفتتاحية مسبقا ...وهو شرط لقبول
الدعوى" .

¹احمدى باشاعمر ،نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الاحكام ص124
²قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/03/94 تحت رقم 108200 منشور بالمجلة القضائية لسنة 95/عدد2

-زيادة على ذلك فإن كل من القانون التجاري وقانون الأحوال الشخصية وكذا القوانين الإجتماعية فرضت قواعد تخرج عن ماهو مألوف وفقا لما جاء به قانون الإجراءات المدنية ومع ذلك فإن تطبيق هذه القواعد لم ينتقد ، فمثلا في الدعاوي الإجتماعية الخاصة بمنازعات العمل الفردية لا تقبل شكلا إلا إذا أرفقت العريضة الإفتتاحية بمحضر عدم المصالحة طبقا للمادة 19 من القانون 04/90 المتعلقة بالنزاعات الفردية للعمل .

-كما أن لشهر العريضة أهمية كبيرة تعود على رافع الدعوى في حالة صدور حكم لصالحه إذ لا يمكن أن يحتج المدعي بالحكم الصادر لصالحه ضد الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع النزاع وتم شهره قبل شهر الدعوى وهو مانصت عليه المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل التجاري ، فحسب هذا الرأي فإن شهر الدعاوي المحددة في المادة 85 من المرسوم 63/76 هو قيد إجرائي على رفع الدعوى ويترتب على تخلفه عدم قبول الدعوى شكلا لعدم استيفاء القيد ، وهذا الاجراء واجب التطبيق سواءا تعلق الأمر بعقار كائن بمناطق ممسوحة ام لا ، فالعبرة بالشهر لا بالمسح ، وقد أكدت المحكمة العليا على هذا الإجراء أيضا في عدة قراراتها الصادرة عن الغرفة العقارية لا سيما في القرار 196021 المؤرخ في 2000/09/27 والقرار رقم 186606 الصادر بتاريخ 2000/03/24 وقد اعتبرت المحكمة العليا في قراراتها هذه أن إشهار العريضة الافتتاحية قسد على رفع الدعوى يؤدي عدم استيفائه إلى عدم قبول الدعوى شكلا خاصة في هذه المسألة ولكن لم تجعل هذا الإجراء من النظام العام واشترطت التمسك أو الدفع به.¹

ثانيا/الإشكالية المرتبطة بحضر أو عدم حذر التقادم المكسب :

وانقسم الرأي حول هذه المسألة أيضا إلى إتجاهين:

الإتجاه الأول:يعتبر أنه عند القيد النهائي تصبح الحقوق مكرسة في السجل العقاري ويسلم أثره الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية يدون عليه كل مايرد على العقار من أعباء وقيود وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها تحت رقم 197220 المؤرخ في

¹قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 196021 بيتاريخ 2000/09/27 منشور بمجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية

2000/06/28 المجلة القضائية 2000 عدد 01 جاء فيه "أن قضاة المجلس اخطؤو عندما

توصلوا في حكمهم أنه لا يوجد دليل لإثبات الملكية العقارية رغم إستظهار الدفتر العقاري¹ "...إعتبرت المحكمة العليا بذلك أن هذا الدفتر هو الدليل الوحيد والقاطع في شأن إثبات الملكية العقارية يحتج به على الكافة بما قي ذلك الحائز كون أن القيد له قوة ثبوتية مطلقة ومن تم فإنه لا يمكن الحصول على عقد شهرة أو شهادة الحيازة في مناطق مسها المسح العام للأراضي وتحصل أصحابها على دفاتر عقارية ، ولا مجال لتطبيق أحكام المادة 827 من القانون المدني في هذه المناطق ، وهو ما أقرته المادة 39 من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري التي نصت على أنه يمكن للحائز المتوفر فيه الشروط أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة حيازة وذلك في المناطق التي لم يتم فيها المسح العام وإعداد سجل عقاري ، فاعتمادا على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر فإنه لا يمكن اكتساب الملكية بالتقادم في المناطق الممسوحة أو تم فيها قيد الحقوق بعد المسح ولكن ممكن قبل أو عند القيد الأول شرط أن يفرغ في تصرف قانوني كعقد شهرة أو حكم يثبت اكتساب الملكية بالتقادم أو شهادة الحيازة.

2/الإتجاه الثاني : فإنه يرى جواز التقادم مكسب متى كانت الحيازة قانونية ومتوفرة على شروطها ومقتزنة بالمدة المطلوبة كما يرى أن المشرع لم يحسم في هذه المسألة ولم يفرق بين المناطق الممسوحة أو الغير الممسوحة، سواء كان لأصحابها عقود مشهرة أو لهم سند رسمي فقط أو عرفي ، وبالتالي فإنه يجوز الأعمال بالتقادم المكسب لعدة مبررات:

-إن الهدف من الحيازة هو حماية الأوضاع الظاهرة ، فالحيازة هي كمجازاة عن إهمال المالك لخدمة العقار وظهور الحائز باستغلاله كمالك حقيقي.

-إكتساب الحائز ملكية العقار محل الحيازة بغض النظر ما إذا كان الحائز مالكا أم لا فالحيازة متى استغرقت المدة المقررة رتبت آثارها بصرف النظر عن ما إذا كان العقار محرر بشأنه سند رسمي أو عرفي مشهر أو غير مشهر .

احمدي باشا عمر -المنازعات العقارية ص230 الى231 .

-باعتبار التقادم المكسب هو طريق إستثنائي لكسب الملكية فإنه لا مانع أن ترد عقود شهرت على سندات لها عقود مشهورة معتمدين في ذلك على المادة 824 وما يليها من القانون المدني لم تستثني العقار المملوك بسند رسمي مشهر بالمحافظة العقارية واستثناء الوحيد الذي أورده المشرع بنفس القانون هو العقارات التي تملكها الدولة وذلك بموجب المادة 689 من القانون المدني.¹

-كما أن المادة 02 من المرسوم 352/83 المتعلق بإعداد عقد الشهرة المتضمن الإقرار بالملكية إشتطت لإعداد هذا العقد ممارسة الحياة طبقا لأحكام المادة 827 من القانون المدني ولم تبدي أي تحفظ في تطبيق هذه المادة ، ولم تفرق بين العقارات الممسوحة ، ومن ثم فلا يمكن الأعمال بقاعدة الخاص يقيد العام كون أن المرسوم ادنى درجة من القانون .

-إن اغلب الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني ومنعت التقادم المكسب أفردت نصوص خاصة وفي هذا المجال ، فالقانون المدني الألماني في المادتين 900 و 927 في الباب الخاص بالأموال وضع إستثناء يتمثل في قيد غير مالك للعقار وحازه لمدة 30 سنة دون ظهور اعتراض فإنه يصبح مالك بالحياة أو العقار غير المسجل ، لكن المشرع الجزائري لم يضع نصا يستثني به العقارات المشهورة سندات من مبدأ التقادم المكسب ومن ثم فلا مجال للخروج عن القاعدة العامة الواردة في المادة 827 من القانون المدني وهو ما كرسته المحكمة العليا في غرفتها المدنية في القرار رقم 23782 المؤرخ في 14/04/1982 مجلة القضائية 1990 والقرار الصادر في 10/01/1993 تحت رقم 104967 مجلة القضائية الصادرة سنة 1994 في رأينا أنه أمام غياب نصوص تحظر التقادم المكسب من جهة ونظرا لأهمية القيد في نظام الشهر العيني لما له من قوة ثبوتية تستدعي إزاحة كل ما من شأنه التشكيك فيها²

من جهة أخرى فإننا نرى أن كلا الموقفين سليمين من حيث الأسباب المعتمدة وأن المسألة الحال تستدعي بالضرورة تدخل المشرع في ذلك ، إما بالإبقاء على التقادم أو حضره.

الفرع الثاني : تسوية منازعات الشهر العقاري

اليلى زروقي-المنازعات العقارية-ص71

2اليلى زروقي-المنازعات العقارية-ص72

الهدف من دراسة موضوع منازعات الشهر العقاري لنرى الأسباب التي أدت إلى نشوب هذه المنازعات وكيفية الفصل فيها ، وبعد الإنتهاء من دراسة هذا الموضوع نستخلص النتائج التالية:

منازعة الشهر العقاري تعني الخلاف الناشئ بين طرفين أو أكثر بسبب إجراء من إجراءات الشهر العقاري سواء كان النزاع متعلق بمحركات شهادة الحياة أو متعلق بإجراءات التحقيق العقاري وتسليم سند الملكية لعقار أو بسبب تسليم الدفاتر العقارية وهذه المنازعات لا تعرض على القضاء للفصل فيها مباشرة بل تمر بعدة مراحل ففي المنازعات المتعلقة بالدفتر العقاري يتم طرح النزاع على لجنة المسح ، ثم على المحافظ العقاري بعد إيداع الوثائق المتعلقة بالمسح ثم يأتي بعدها محاولة التوفيق بين الأطراف المتنازعة ثم يأتي بعدها الجهات المختصة للفصل في منازعات المسح العام ، ولقد درست موضوع في محورين ، المحور الأول فيه نوعين من المنازعات المتعلقة بالشهر في المناطق غير المسوحة وفي المناطق المسوحة ففي النزاع المتعلق بالشهر في المناطق غير المسوحة وضع المشرع آليات للحد من المنازعات المتعلقة بالشهر وهذه الآليات تتعلق بعقد الشهرة وشهادة الحياة أدت إلى نشوب منازعات أثرت سلبا على المعاملات العقارية ، مما أدى المشرع إلى الإستغناء¹ عنها الذي يرمي إلى تسليم سندات الملكية بعد 02/07 جاء بالتحقيق العقاري المنصوص عليه بموجب القانون متابعة حق الملكية من طرف المحقق العقاري ويقدم الطلب بصفة فردية أو جماعية للمحافظ العقاري من أجل الإستفادة من أحكام هذا القانون ، ولقد حدد هذا القانون إجراء تسليم سند الملكية وتسوية النزاعات التي تثار بشأنه حيث حدد إجراءات رفع الدعوى وأوجب شهرها ، وأوجب هذا القانون شهر الدعوى المتعلقة بتسليم سند الملكية وفي حالة عدم الشهر تستمر إجراءات وعدم شهر عريضة الدعوى لا يترتب عليه توقيف إجراءات الشهر وإنما التصرف يكون غير نافذ في مواجهة المدعي وهذا القانون المتعلق بتسليم السندات الملكية هو حل مؤقت لتسليم سندات الملكية حتى تتم اعمال المسح العام².

¹إيلي زروقي-المنازعات العقارية ص81.

²إيلي زروقي-المنازعات العقارية ص82

وثانيا فتطرق إلى المنازعات المتعلقة بالشهر في المناطق الممسوحة والذي تناولنا فيه المنازعة المتعلقة بالدفتري العقاري وخصصنا فيه المنازعة المتعلقة بأعمال المسح العام والمنازعة المتعلقة بتأسيس السجل العقاري بحيث يكون أولا إلى طرح النزاع أمام لجنة المسح وإسناده إلى القضاء العادي ، أي القسم العقاري بعد فشل محاولة الصلح التي تقوم لجنة المسح العام التي تحاول التوفيق بين الأطراف المتنازعة وفي حالة الفشل تحيل الأطراف المتنازعة إلى القضاء وعدم تخصيص جهة قضائية معينة للفصل في منازعات المسح العام وإسنادها إلى القضاء العادي بسبب تراكم المنازعات والظروف والملابسات التي تعترض فرق المسح لثناء قيامهم بأعمال المسح الذي يرتب عليه إصدار أحكام قابلة للطعن فيها بالإستئناف ، وهذا يأخذ وقتا طويلا لوضع حد لهذه المنازعات .

ولقد المواد المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي على اقضائه بأن تصبح الحدود المؤقتة 14 شهرا الذي رتب المادة 03 خاصة تلك المتعلقة بأجل الحقوق محل النزاع وألا يعاد النظر فيها إلا في حالة غلط.

أما المحور الثاني منازعات الحقوق المشهورة حسب المرسوم التنفيذي وتناولنا أولا الحقوق والمحرمات الواجب شهرها في أحكام الأمر أن الحقوق العينية الأصلية تشهر بالمحافظة العقارية بالتسجيل على البطاقة العقارية.

الخاتمة :

ختاما لهذا البحث فإننا نرى بأن المشرع الجزائري قد اهتم بموضوع الملكية العقارية إهتماما كبيرا خصوصا فيما يتعلق بطرق اكتسابها وطرق نقلها وقد خص الجزء الكبير لنقل الملكية العقارية وخص لها آليتين أو شرطين يجب توافرها لتصح الا وهما الرسمية والشهر . بحيث أن تسوية وضعية العقار في الجزائر لا يكون إلا بتطهير الملكية العقارية في إطار مايعرف بمشروع التوثيق العام تماشيا مع إرادة الدولة في التحكم في الفضاء العقاري ، والسوق العقارية في الجزائر لا تتداول ولا توثق بدون وضوح مسألة السندات العقارية وهذا ما أجبر المشرع الجزائري معالجته عبر كل القوانين التي تكون صارمة تفرض الرسمية في كل التصرفات الواردة على العقار كركن للإنعقاد وبدونها ينعدم العقد ولم يكتفي المشرع الجزائري بذلك بل إشتراط الشهر كعنصر أساسي لإنتقال الملكية العقارية وأعطى للقيّد في نظام الشهر العيني الذي تبناه الأثر المشي لكل الحقوق العينية .

غير أن المشرع الجزائري لم يفصل في بعض المسائل التي تقل وتشكك في القوة الثبوتية للقيّد باعتبار أن هذا الأخير هو المنشئ والمزيل والمعدل لكل الحقوق العينية.

لذلك فإننا نرى من الضروري إدخال بعض التعديلات بخصوص بعض النصوص التشريعية والتنظيمية حتى لا يتنافى تطبيقها مع قانون الشهر العقاري ومن بينها:

-إلغاء المادة 16 من المرسوم 63/67 السابق بهدف إعطاء القوة الثبوتية المطلقة للبيانات المدونة في السجل العقاري كون أن هذه المادة تسمح بإعادة النظر في الحقوق المقيدة بهذا السجل عن طريق القضاء حتى بعد مضي أجل طويل من تسلّم أصحاب العقارات الممسوحة دفاتر عقارية ، مما ينجم عنه بدون شك عدم إستقرار في المعاملات العقارية وضعف الإئتمان العقاري.

-ضرورة تعديل المادة 11 من الأمر 74/75 والمادة 105 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، فهذه الأخيرة تمنح صلاحيات واسعة للمحافظ العقاري لا يتمتع بها

قانونا إلا القاضي في فحص مشروعية السندات العقارية وهي مسألة يناط بها قاضي الموضوع أصلا .

-إضافة نصوص قانونية تتم وتفيد صراحة حضر التقادم المكسب في الأراضي التي مسها المسح العام وذلك لتعارضه مع مبادئ نظام الشهر العيني .

-ضرورة الإسراع في عمليات المسح بإيجاد حلول ملائمة حتى يستقر النظام العقاري في كامل التراب الوطني .

قائمة المراجع

القوانين والمراسيم التشريعية:

- قانون رقم 455/91 المؤرخ في 23/11/1991 بتعلق بجرد الأملاك الوطنية
- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن الأملاك الوطنية
- قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990
- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري
- قانون رقم 455/91 المؤرخ في 23/11/1991 بتعلق بجرد الأملاك الوطنية
- قانون رقم 09/10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف

القرارات القضائية:

- قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 196021 يتاريخ 27/09/2000 منشور بمجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقاري
- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 16/03/94 تحت رقم 108200 منشور بالمجلة القضائية لسنة 95/عدد2

المؤلفات:

- ابراهيم ابو النجا -السجل العقاري في التشريع المصري، ط1987
- اسماعيل شامة ،النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري ، دراسة وصفية وتحليلية ، دار هومه طبعة 2002
- حمدي باشا عمر :

نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الاحكام ، طبعة 2002

حماية الملكية العقارية الخاصة ، درا همومة ، طبعة 2002

دراسات قانونية مختلفة ،دار همومة ، طبعة 2002

حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2002 ،
ص 9-10-11.

-حمد حسنين، نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري 1985 ، ص
206

-عبد الرزاق السنهوري :

.الوسيط في القانون المدني الجديد -نظرية الالتزام بوجه عام -آثار الالتزام ،دار النشر للجامعة
المصرية 1265

.الوسيط في شرح القانون المدني الجديد -الجزء الخامس

-ليلى زروقي ،التقنيات العقارية ، الطبعة الأولى ،الجزء الأول،العقار الفلاحي،الديوان الوطني
للاشغال العمومية،سنة 2000

-حمد حسنين، نظرية الحق بوجه عام ، المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائري 1985 ، ص
206.

حمدي باشا عمر نقل الملكية العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2002 ،
ص 9-10-11.

المقالات:

-بوحلاسة عمر:

*التوقيع والمحيط المهني ،مجلة المؤلف،عدد5 سنة 1990

*مراقبة العقود الخاضعة للإشهار،مجلة الموثق،العدد10،سنة2000

-حمدي باشا عمر :شهر الدعاوى العقارية ، مجلة الموثق ، العدد9 ،جانفي 2000

-رامول خالد،قاعدة الأثر النسبي ، مجلة الموثق ،عدد 5 لسنة 2002

المحاضرات:

-بوصوف موسى :دور القاضي الاداري في المنازعات العقارية ، محاضرة القيت بمناسبة ايام دراسية بوهران

مجلة مجلس الدولة 2002 ، العدد 02

-زروقي ليلي:محاضرة نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري ،مجلة مجلس الدولة العدد 02 لسنة 2002.

-طرفأني محمد:محاضرات في وقف،ملقات على قضاة التكوين المتخصص العقاري(2001/2000)(غير منشور)

مذكرات ورسائل:

-الطالب صداقي عمر ،شهر الترسفات القانونية في الجزائر ،بحث لنيل شهادة الماجستير 1984

المجلات القضائية:

*المجلة القضائية لسنة 1991 العدد 01

*المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 01

*المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 02

*المجلة القضائية لسنة 1992 العدد 03

*المجلة القضائية لسنة 1993 العدد 01 و 03

*المجلة القضائية لسنة 1994 العدد 03

*المجلة القضائية لسنة 1995 العدد 02

*المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 03

*المجلة القضائية لسنة 1998 العدد 02

*المجلة القضائية لسنة 2001 العدد 01

*مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية - عدد خاص لسنة 2003.-

مقدمة.....	ص1
الفصل الأول: النظام القانوني للملكية العقارية في التشريع الجزائري.....	ص4
المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية.....	ص4
المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية وخصائصها.....	ص4
الفرع الأول : التعريف.....	ص5
الفرع الثاني : الخصائص.....	ص5
المطلب الثاني : أنواع الملكية العقارية وعناصرها.....	ص6
الفرع الأول : أنواع الملكية العقارية.....	ص6
الفرع الثاني : عناصر الملكية العقارية.....	ص8
المبحث الثاني : طرق اكتساب الملكية العقارية.....	ص15
المطلب الأول : الطرق الإرادية.....	ص15
الفرع الأول : اكتساب الملكية العقارية عن طريق العقد.....	ص15
الفرع الثاني : اكتساب الملكية العقارية عن طريق التصرف بالإرادة المنفردة.....	ص25
المطلب الثاني: الطرق غير الإرادية.....	ص33
الفرع الأول : اكتساب الملكية العقارية عن طريق القانون.....	ص34
الفرع الثاني : اكتساب الملكية العقارية عن طريق الوقائع المادية.....	ص34
الفصل الثاني: القواعد الإجرائية لنقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري.....	ص49

المبحث الأول : اشتراط الرسمية في نقل الملكية العقارية.....	ص 49
المطلب الأول : مدلول الرسمية و الاستثناءات الواردة عليها.....	ص 49
الفرع الأول : شروط الرسمية و حجيتها.....	ص 49
الفرع الثاني: موقف القضاء من اشتراط الرسمية.....	ص 54
المطلب الثاني: أنواع السندات الرسمية الناقلة للملكية العقارية.....	ص 58
الفرع الأول: السندات التوثيقية.....	ص 58
الفرع الثاني : السندات الإدارية.....	ص 65
الفرع الثالث: السندات القضائية.....	ص 68
الفصل الثاني : ضرورة الشهر في نقل الملكية العقارية.....	ص 79
المبحث الأول: أنظمة الشهر العقاري وقواعده وشروطه.....	ص 79
المطلب الأول : نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني.....	ص 79
الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي.....	ص 79
الفرع الثاني : نظام الشهر العيني.....	ص 80
المطلب الثاني: قواعد و إجراءات الشهر العقاري.....	ص 82
الفرع الأول : قواعد تنظيم الشهر العقاري.....	ص 82
الفرع الثاني : إجراءات الشهر العقاري.....	ص 89
المبحث الثاني : آثار الشهر العقاري والإشكاليات التي يطرحها.....	ص 97

المطلب الأول: دور الشهر العقاري في وجود التصرفات و إثباتها وحجيته في مواجهة الغير	ص97.....
الفرع الأول : دور الشهر العقاري في وجود التصرفات و إثباتها.....	ص97
الفرع الثاني : حجية الشهر العقاري في مواجهة الغير.....	ص100
المطلب الثاني : الإشكاليات التي يطرحها الشهر العقاري وتسوية المنازعات.....	ص103
الفرع الأول : الإشكاليات التي يطرحها الشهر العقاري.....	ص103
الفرع الثاني : تسوية منازعات الشهر العقاري.....	ص107
خاتمة.....	ص110
قائمة المراجع.....	ص112
الفهرس.....	ص116