

جامعة امحمد بوقرة بومرداس
كلية الحقوق الأساسية و العلوم السياسية
- ببودواو -



مذكرة ماجستير

مقدمة من طرف:

الطالبة: طوبال راندة نرجس

لنيل شهادة الماجستير في:

شعبة: الحقوق الأساسية و العلوم السياسية

تخصص: عقود و مسؤولية

عنوان المذكرة

السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي

في القانون الجزائري

أعضاء لجنة المناقشة:

د/ جعفر محمد سعيد "أستاذ" بجامعة تيزي وزو رئيسا

د/ أعراب بلقاسم "أستاذ" بجامعة بومرداس مشرفا

د/ حدوم كمال "أستاذ" بجامعة بومرداس ممتحنا

السنة الجامعية : 2014/2013

﴿اللهم انفعني بما علمتني.

وعلمي ما ينفعني.

وزوني علما.

والحمد لله على كل حال.﴾

شكر

الحمد و الشكر لله الذي حقق لي أمنيتي بإخراج هذا البحث إلى النور، و ألهمني الصبر و ساعدني على انجاز هـ، و مدني بالقدرة على اتمامه. فالحمد و الشكر لله أولاً و آخراً فهو خير (الشاكرين).

كما أتقدم بأسمى عبارات الشكر و التقدير إلى كل أساترتي الأفاضل و أخص بالذكر أساترتي بقسم الماجستير لكم مني كل الاحترام و التقدير على عظيم مجهوداتكم و صبركم معنا .

و الشكر موصول إلى كل من خصني بنصيحة أو وعاء أو قلم لي تشجيعاً، زوّوني بمعلومة أو قال لي ببساطة إلى الأمام و الله في عونك.

إلى هؤلاء جميعاً أرفع لهم خالص امتناني.

إهداء

إلى من رفع الله فكرهما و عظم قدرهما، و أقرمه إلى من قرّم الله حقهما و أكثر فضلهما.

إلى الغاليين العزيزين.

إلى الوالدين الكريمين.

إلى من شجعني و ساندني للأتمس طريق العلم.... إلى إخوتي.

و إلى من رفع معنوياتي.... إلى الأستاذ الفاضل الدكتور «حروم كمال».

إلى هؤلاء أهري لهم ثمرة جهدي.

بقلم الباحثة

طوبال راندة نرجس

مقدمة

لا يختلف اثنان في أن للملكية العقارية دور فعال وريادي في صنع قواعد التنمية لأي بلد من بلدان العالم، حيث حظيت منذ الأزل باهتمام الحضارات الانسانية ، فكانت درجة قوة و هيمنة الامبراطوريات تقاس بمدى توسعها الجغرافي و امتدادها الاقليمي؛ و بالتالي فإن الادراك الواعي بأهمية الثروة العقارية، هو الذي حث الدول على البحث عن أنظمة قانونية سليمة من شأنها ضمان تحرك ايجابي لمسيرة التنمية .

و الجزائر بحكم خروجها من فترة استعمارية طويلة، خلفت لها رواسب قانونية ثقيلة، و متضاربة مع الأعراف المحلية و مبادئ الشريعة الاسلامية التي كانت سائدة في ظل الحكم العثماني ، فكان من الطبيعي أن تهتم الحكومة الجزائرية بعد الاستقلال بصياغة انظمة قانونية، تتناسب و خصوصية المشاكل العقارية الوطنية.

غير أن الفوضى التي خلفها المستعمر، لم تنجح الحكومة الجزائرية في احتوائها، و إنما زادت حدتها بعد الاستقلال، نتيجة عدم انتهاج سياسة تشريعية واضحة، حيث لا يزال النظام القانوني للعقار، مشتتا بين عدة نصوص قانونية، متأثرا بالخيارات السياسية و الاقتصادية المتبناة.

فقد عرفت الجزائر خلال سنوات الستينات و السبعينات و الثمانينات تطبيق النظام الاشتراكي ، المطبوع بتدخل الدولة في شتى مجالات الحياة الاقتصادية، فاتسع معه نطاق الملكية العامة ممثلة في ملكية الدولة و الجماعات المحلية، و ضاق معه نطاق الملكية الخاصة ممثلة في ملكية الأشخاص الخواص، فانصرفت الدولة عن الاهتمام بحلّ المشاكل العقارية، و اقتصر اهتمامها بتكوين رصيدها العقاري على حساب ملكية الخواص، رغم تبنيتها لنظام السجل العقاري، بمقتضى الأمر 74/75 المتعلق بإجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري ، الذي لم تسع لتفعيل نصوصه، بالرغم من أنه كان سيؤدي إلى تسوية عقارية شاملة .

و رغم هذا، و مع مطلع الثمانينات، بدأت تظهر بعض ملامح تراجع الدولة عن سياسة التأميم في اطار الثورة الزراعية، فأخذت تبحث عن صيغ قانونية ذو طابع ليبرالي، رغم بقائها متشبثة بالتوجه الاشتراكي، بغية الحدّ من حالة التدهور الذي عرفه قطاع الفلاحة؛ فاستغلت غطاء الاستصلاح لتبرير خصوصية ملكية الدولة، و ذلك من خلال قانون 18/83 المؤرخ في 13/08/1983 الذي يعترف بحق الملكية لكل مواطن يستصلح أرض بور عمومية بوسائله الخاصة؛ كما عملت على تفعيل تقنية التقادم

المكسب المنصوص عليها في القانون المدني كأحد طرق اكتساب الملكية، لتوسيع الملكية الخاصة و توثيقها، من خلال استحداثها لعقد الشهرة بمقتضى المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتعلق بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .

لكن التحولات السياسية و الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في أواخر الثمانينات و مطلع التسعينات، أثرت في دور الدولة ، و أرسيت مبدأ جديدا يقضي بوجود تراجع الدولة عن جملة من القطاعات التي كانت تحتكرها و تسيطر عليها مباشرة، تاركة المجال أمام مدّ أشخاص القانون الخاص ، الأمر الذي استدعى حتما إلى احداث تغيير جذري في السياسة العقارية المنتهجة قبل دستور 1989، و ذلك باعادة النظر في المنظومة التشريعية، من أجل التأقلم مع الأطروحة السياسية الجديدة المبنية على "نظام اقتصاد السوق"، و جعلها تستجيب أكثر لمتطلبات تلك التحولات الاقتصادية، و بالنتيجة اعداد مراحل انتقالية توضع من خلالها ميكانيزمات جديدة حيز التنفيذ، تعمل على تنشيط عجلة الاقتصاد، بتحرير السوق العقارية، و ازالة كامل القيود على حرية المعاملات العقارية.

ففي هذه المرحلة بالذات، ظهرت الحاجة إلى تثمين الملكية الخاصة، و توطيدها على أسس ثابتة تعزز الثقة فيها، و تشجع عمليات التسليف العقاري، و ذلك بتطهيرها من جميع المشاكل العالقة بها منذ عهد الاستعمار و المرتبطة خصوصا، بغياب و غموض سندات الملكية، الأمر الذي تطلب اعادة تفعيل عملية المسح العام للأراضي، المعلن عنها بمقتضى الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، لاستكمال الجرد العام للأموال العقارية و تحديد قوامها المادي و القانوني، و بالنتيجة ضبط و تسليم الدفاتر العقارية التي تشكل السند الوحيد في اثبات الملكية العقارية؛ و تم ذلك فعلا بانشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بمقتضى المرسوم التنفيذي 234/89 المؤرخ في 1989/12/19 المتضمن انشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي، و تحرير المهن المرتبطة بالمسح كمهنة التوثيق بمقتضى قانون 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم التوثيق، و مهنة المهندس الخبير العقاري بمقتضى المرسوم التشريعي 07/94 المؤرخ في 1994/05/18 المتعلق بشروط الانتاج العماري و ممارسة مهنة المهندس المعماري، و اللجوء في سبيل تمويل عملية المسح إلى الاقتراض من البنك العالمي بموجب المرسوم الرئاسي 440/92 المؤرخ في 1992/12/02 المتضمن الموافقة على اتفاق القرض.

و قد أدرك المشرع مسبقاً، صعوبة اتمام هذه العملية في أقرب الآجال، لأن تجسيدها على أرض الواقع يتطلب وقتاً و ميزانية ضخمة، الأمر الذي سيؤدي إلى رهن مشاريع التنمية المتعلقة بقطاع الفلاحة و السكن، و إلى التقليل من فرص استمالة الاستثمارات الوطنية و الأجنبية، و إلى وضع المواطن في وضعيات مسدودة تشله عن الاستفادة بعقاره سواء بالبناء عليه أو التصرف فيه، الشيء الذي أضطره (المشرع) إلى وضع اطار قانوني خاص لتسيير هذه المرحلة الانتقالية، من أجل رفع وتيرة عملية التنظيم العقاري، باستحداثه لشهادة الحيازة في قانون التوجيه العقاري، تخضع في تسليمها لشروط مبسطة، أكثر من تلك المشتركة في اعداد عقد الشهرة.

و في مرحلة لاحقة، و بالنظر إلى السلبات التي خلفها العمل بأحكام عقد الشهرة، و لضيق مجال استعمال شهادة الحيازة التي لا تضمن كل خصائص الملكية، يضاف إليها النتائج الهزيلة التي سجلتها عملية المسح العام للأراضي؛ حيث بقيت مساحات شاسعة من الأراضي محرومة من منافع المسح الاجباري الذي تقوم به الدولة على نفقتها، كل هذه الأسباب دفعت المشرع إلى استحداث آلية جديدة، بسنّه للقانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري، تتلافى عيوب عقد الشهرة، و تساعد في تسريع وتيرة المسح؛ تعتمد هذه الآلية هي الأخرى على تقنية التقادم المكسب، فهي نوع من المسح الاختياري، الذي يتم بناء على طلب المعني و على نفقته، تقوم به المصالح الإدارية المختصة، غير أن سندات الملكية التي تُسلم بمقتضاه، تبقى سندات مؤقتة تشهر في البطاقات الشخصية و يتم تصفيتيها بعد تعميم المسح الاجباري .

كل هذه النصوص التي صدرت عقب الاعلان عن نمط الشهر العيني ، قد استحدثت أصنافاً جديدة من سندات الملكية ، تضاف إلى السندات الموروثة عن العهد الاستعماري، و السندات المجسدة لتصرفات قانونية ، مشكلة أصنافاً متنوعة من سندات الملكية ، أعتمد في اعداد بعضها على تقنية التقادم المكسب، أما البعض الآخر فهي إما سندات كاشفة عن الملكية أو ناقلة لها، أي كان نوعها سواء كانت رسمية أو عرفية، لكن كلّ هذه السندات مشهورة وفقاً لنظام الشهر الشخصي، و تخص أراضي غير مشمولة بالمسح المعلن عنه بمقتضى الأمر 74/75 المشار إليه أعلاه، لأنه بعد الانتهاء من أشغال المسح ، تقيّد العقارات الممسوحة في السجل العقاري، وفقاً لنظام الشهر العيني، فيزول -تبعاً لذلك- كل مفعول لهذه السندات أي كان نوعها، حتى و لو كان المسح قد جرى على أساسها، ليصبح الشخص مالكا للعقار بمفعول هذا القيد، و يسلم له دفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد المثبت لملكيته للأرض.

إن هذا التنوع الذي عرفته سندات الملكية العقارية ، هو الذي أضفى أهمية على الموضوع، هذه الأهمية التي ترتسم خصوصا في الاشكاليات الخطيرة و المتعددة التي أثارها مسألة حماية الملكية و ما تتطلبه من ضرورة اثباتها؛ فكثير من المحتالين الذين يصفون أنفسهم بالملك، اتخذوا من النصوص القانونية التي سنّها المشرع في سبيل توثيق الأراضي غير المشمولة بالمسح ، غطاء للاستيلاء على الأملاك العقارية التابعة للدولة و جماعاتها الاقليمية و حتى أملاك الخواص، و راحوا يدعون ملكيتها دون وجه حق.

فالواقع الاجتماعي يشهد تزايدا -منقطع النظير- في منازعات الملكية، بسبب ذلك الصراع المحموم حول ملكية العقارات، سواء تعلق الأمر بالأراضي الفلاحية، أو أراضي العرش، أو الأراضي التي تدخل في ملكية الأفراد أو الدولة، حيث ضجت ساحات المحاكم بمختلف درجاتها في الآونة الأخيرة بعدد كبير من القضايا لم يسبق له مثيل، تتعلق باعداد عقود شهرة أو شهادات حيازة على أراضي تدخل في أملاك الدولة الخاصة، أو هي ملك لأشخاص آخرين بمقتضى سندات معترف بها في التشريع المعمول به، أو نظرا لأحقيتهم في الحيازة ؛ و حتى الدفاتر العقارية التي من المفترض أن تشكل السند الوحيد و المطلق لإثبات الملكية في الأراضي الممسوحة لم تضع حدا لهذه النزاعات، بل أفرزت هي الأخرى مشاكل عويصة غير متوقعة على مستوى عالي من التعقيد.

و ما ضاعف أكثر من حدة هذه النزاعات، أزمة السكن التي تشهدها البلاد، و التسهيلات التي تقدمها الحكومة في مجال الحصول على قروض بفوائد ميسرة لبناء سكن ريفي، و التي وضع أساسها قانون المالية التكميلي لسنة 2009 و ما تبعه من تعديلات بمقتضى قانون المالية لسنة 2010 ، و قانون المالية التكميلي لسنة 2010 ، و المراسيم التنفيذية الصادرة في هذا الشأن، حيث أصبح المواطنون، بمجرد تناقل وسائل الاعلام لهذه الأخبار، يتهافتون مستعنيين بمطلق السبل للحصول على سندات تثبت ملكيتهم للأراض، من أجل الاستفادة من هذه التسهيلات .

و الأهم من كل هذا، و الذي يصب في صميم اشكالية هذا الموضوع، يتعلق بما هو ملاحظ في ظل الممارسة التطبيقية، سواء على مستوى جداول المحاكم أو مكاتب التوثيق و المصالح الإدارية التي لها علاقة بالعقار، أن الكثير من المواطنين يملكون سندات عقارية و هم يجهلون مدى حجيتها في الاثبات ضائين – و هم في كثير من الأحيان مخطئون في ذلك- أنها سندات ملكية صحيحة منتجة لآثارها القانونية، و عليه فهذا البحث يهتم باجراء دراسة تهتم بتوضيح هذه المسألة، و ذلك بحصر السندات التي تصلح في إثبات الملكية العقارية، و كذا معرفة درجاتها في الاثبات، لأنه حتى لو تعلق الأمر بسندات ملكية صحيحة فإن قوتها في الاثبات تختلف من سند لآخر.

و من هنا نصل إلى تحديد الاشكالية موضوع البحث، هذه الاشكالية التي تطرح من جانبين، الجانب الأول منها يهتم بحصر السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي، و ذلك بطرح التساؤل التالي: ما هي السندات التي تصلح كدليل لإثبات الملكية الخاصة للأراضي؟ ؛ و الجانب الثاني يهتم ببحث القوة الإثباتية لهذه السندات، فقد سبق و أن رأينا أن المشرع قد نظم في سبيل اثبات الملكية العقارية، عدّة أصناف من سندات الملكية، منها المشهورة وفقا لنظام الشهر الشخصي، و هذه الأخيرة معدّة في الأراضي غير المسوحة، و منها المشهورة وفقا لنظام الشهر العيني و يتعلق الأمر هنا بسند وحيد هو الدفتر العقاري المسلم في الأراضي المسوحة؛ فهل أعطى لها المشرع نفس القوة و الحجية في الإثبات؟ و إن لم يكن لها نفس الحجية، فإلى أي مدى تصل قوتها في الإثبات، خاصة إذا افترضنا اجتماع بعضها في نفس النزاع؟

هذه الاشكالية الرئيسية ، يتفرع عنها عدّة تساؤلات أخرى ، تطرح عبر مختلف جزئيات الموضوع، و هي على سبيل المثال:

- متى تكتسب سندات الملكية حجية في الإثبات؟

- و هل لأنظمة الشهر علاقة بالقوة الثبوتية لهذه السندات؟

- و هل يمكن التمسك بالتقادم كطريق لاكتساب الملكية في العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة؟.

- و هل الدفتر العقاري سند حاسم قاطع في اثبات الملكية كما يفترض أن يكون ؟

و غيرها من التساؤلات التي تصدّيت لها بالبحث، و حاولت الوصول إلى اجابات موضوعية حولها، متسلحة بالمبادئ العامة في القانون، مستعينة قدر الامكان و بما تيسّر لي من اجتهادات القضاء في ذلك .

و قد اقتضت طبيعة الموضوع المعالج و الاشكالية المطروحة ، الاعتماد على مجموعة من المناهج؛ بدأ من المنهج التاريخي، الذي اعتبره ضروريا في هذا النوع من الدراسات و البحوث، لشدّة ارتباط المشكلة العقارية بالجانب التاريخي، حيث طبّق في أرض الجزائر العديد من الأنظمة منها الموروثة عن فترة الحكم العثماني، و الأخرى موروثة عن العهد الاستعماري، اضافة إلى تطبيق الأعراف المحليّة و مبادئ الشريعة الاسلامية، دون الكلام عن فترة ما بعد الاستقلال حيث طبقت سياسة تشريعية هجينة نتيجة تغيير سياسة البلاد و نهجها الاقتصادي؛ لهذا عن طريق هذا المنهج سنتطرق إلى الجانب التاريخي كلما دعت الضرورة لتأصيل المشاكل المطروحة .

اعتمدت أيضا على المنهج التحليلي الوصفي، و ذلك عند دراسة سندات الملكية، في محاولة للتعرف على ماهيتها بالتعمق في شروط و كيفية اعدادها، للوصول إلى تحديد طبيعتها القانونية؛ و اعتمدت كذلك الأسلوب التحليلي عند طرح المشكلة، و استعراض موقف الفقه، و الاجتهاد القضائي حولها ، حيث خصصت لموقف القضاء الجزائري مكانا مستفيضا، بالتعرض لقرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة، بالتحليل و النقد .

كما اعتمدت على المنهج الاستدلالي بفرعيه الاستنباطي و الاستقرائي، و هو أهم منهج اعتمدت عليه في هذا البحث، بالنظر إلى طبيعة الدراسة و الاشكالية المطروحة، التي تحتاج إلى تحليل و تأصيل في محاولة لربطها بالمبادئ العامة في القانون و النصوص القانونية، باستعمال خطوات الاستنباط ؛ أو عن طريق جمع ما توفر من معلومات مبعثرة في كتب الفقه، و بعض الدراسات و البحوث للوصول إلى اجابات مقنعة، باستعمال خطوات الاستقراء.

بناء على كل ما سبق، و طبقا لهذه المناهج التي اعتمدها، كي تتم الدراسة على أساسها و تسيير على منوالها، و تقيدا بعنوان المذكرة و الاشكالية موضوع البحث ، ارتأينا معالجة الموضوع في فصلين مستقلين، اعتمدنا في تقسيمه على الشرط الأول من الاشكالية الذي يهتم بحصر السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي؛ أما الشرط الثاني من الاشكالية فتصدينا للبحث عن اجابه عنه في متن الفصول، فبعد التعرف على كل صنف من أصناف سندات الملكية ، نأتي للبحث في قوتها الاثباتية، و عليه:

يتضمن الفصل الأول- السندات المثبتة للملكية الخاصة في الأراضي غير المسووحة

من خلاله نتعرض إلى مختلف سندات الملكية العقارية الخاصة، التي تمّ اعدادها في ظل نظام الشهر الشخصي، محاولين معرفة درجة قوتها و حجيتها في الاثبات على اختلاف أنواعها، لهذا قمت بتجزئة هذا الفصل إلى مبحثين ، تطرقت في كل مبحث إلى صنف معين من هذه السندات .

أما الفصل الثاني فيتضمن- الدفتر العقاري كسند وحيد مثبت للملكية الخاصة في الأراضي المسووحة.

من خلاله سنحاول أن نتعرف على الدفتر العقاري، و قوته الاثباتية، بوصفه السند الوحيد الذي يتم اعداده في ظل نظام الشهر العيني، لهذا خصصنا له فصلا كاملا ، ادراكا منا للأهمية التي أضحت يكتسبها في الآونة الأخيرة ، بقروب الانتهاء من أشغال المسح ، كما أن الكثير من المناطق استكمل فيها المسح و سلمت الدفاتر العقارية لأصحابها، و عرف القضاء بشأنها وابلًا من القضايا المعقدة التي استمالت فضول الباحثين إليها .



الفصل الأول

السنرات المثبتة للملكية الخاصة

في الأراضي غير المسوحة

سنحاول من خلال هذا الفصل، التعرّف على مختلف السندات المعدّة عبر المراحل المختلفة التي مرّت بها الملكية الخاصة للأراضي غير المسوَّحة في بلادنا؛ هذه السندات التي تختلف من حيث شروط و إجراءات اعدادها حسب النصوص القانونية التي كانت سارية المفعول عند تاريخ تحريرها.

فقد عرفت الفترة ما قبل الاعلان عن نظام الشهر العيني كنمط للشهر العقاري، و مباشرة أشغال المسح في الأراضي بمقتضى الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾، تحرير عدة أنواع من سندات الملكية، سواء خلال الاحتلال الفرنسي الذي انتهج سياسة هادفة نحو القضاء على نظام الملكية الجماعي الذي كان منتشرًا ابان الحكم العثماني، أو بعد الاستقلال، تطبيقًا لبعض القوانين المتأثرة بالخيارات الاقتصادية و الاجتماعية المتبناة في المرحلة الاشتراكية، لاسيما قانون الثورة الزراعية و الاحتياطات العقارية .

ورغم كل هذا، بقيت مساحات شاسعة من الأراضي لا يتوفر لدى أصحابها سندات ملكية ، تحقق لهم الاستقرار ، و تضمن لهم الحماية و التصرف في عقارهم بصفة قانونية بالبيع و الرهن، و تساعدهم في الحصول على رخصة بناء، لهذا كان الاعلان عن نظام الشهر العيني، خطوة هامة نحو توثيق شامل للملكية العقارية، بتسليم دفاتر عقارية تعتبر كمرآة عاكسة للوضعية المادية و القانونية لكل عقار.

و لكن نظرا لارتباط التجسيد الميداني لنظام الشهر العيني بالانتهاء من أشغال المسح، و ما سجّلته هذه الأخيرة من تأخر معتبر، دفع الأمر بالمشروع إلى سنّ بعض الآليات الموازية التي تعتبر كحلّ مؤقتة، اعتمد فيها على أحكام التقادم المكسب المنصوص عليها في القانون المدني، بوصفها طريقًا من طرق اكتساب الملكية؛ هذه الآليات تمخض عنها هي الأخرى أنواع أخرى من سندات الملكية .

بناء على ما تقدم، ارتأينا معالجة هذا الفصل في مبحثين، و ذلك وفق التقسيم التالي :

- المبحث الأول- السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي غير المستندة على أحكام التقادم المكسب
المبحث الثاني- السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي المستندة على أحكام التقادم المكسب

(1)- جريدة رسمية عدد 92، صادرة بتاريخ 1975/11/18.

المبحث الأول

السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي غير المستندة على أحكام التقادم المكسب

إن مشكلة انعدام سندات ملكية لأراضي الملكية الخاصة في بلادنا، لا يعني غياب أي توثيق للأموال العقارية في الجزائر، و إنما تتوفر مساحات شاسعة من الأراضي على سندات ملكية⁽¹⁾، هذه السندات حررت، إما إبان الاحتلال الفرنسي كنتيجة لسياسته الاستعمارية في مجال التنظيم العقاري، أو بعد الاستقلال تطبيقاً للقوانين الفرنسية التي مُدِّد العمل بها، أو لبعض القوانين المتبناة في تلك المرحلة من قبل المشرع الجزائري، خاصة قانون التوثيق لسنة 1970 و قانون الثورة الزراعية و القانون المدني.

و قد حاولت الإرادة التشريعية بمقتضى المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة⁽²⁾ في المواد 3، 4 و 5 منه، حصر السندات المعتمدة في اثبات الملكية العقارية الخاصة و ذلك تسهيلاً لتطبيق عمليات الثورة الزراعية و لتمكين الخواص من اثبات ملكيتهم لأرض فلاحية أو معدة للفلاحة .

و مهما يكن من أمر، فإن السندات المحررة بعيداً عن تطبيق أحكام التقادم المكسب، يمكن تصنيفها في فئتين، فهي إما أن تكون سندات رسمية، و هو الأصل الذي تكرسه الإرادة التشريعية، سواء في القانون المدني من خلال المادة 324 مكرر 1، أو قانون التوجيه العقاري من خلال المادة 29 منه؛ و إما أن تكون عرفية و هو مجرد استثناء تحيطه جملة من الشروط .

و للتعرف أكثر على هذه السندات، قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تبعاً للطبيعة القانونية لهذه السندات، على النحو التالي :

المطلب الأول - السندات الرسمية

المطلب الثاني - السندات العرفية .

(1)- راجع- علوي عمار، " الملكية و النظام العقاري في الجزائر(العقار)"، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 68.

(2)- جريدة رسمية عدد 15، مؤرخة في 1973/02/20 .

المطلب الأول- السندات الرسمية

تتشابه السندات الرسمية في كون محررها شخص له صفة رسمية ، لكنها تختلف باختلاف الجهة التي يعمل لديها ذلك الشخص ، و الشكل الذي يتخذه ذلك المحرر و تبعا لذلك تتوزع السندات الرسمية في ثلاثة أنواع ، تطرح اشكالية دورها في اثبات الملكية العقارية ، و هذا ما سنحاول دراسته و الاحاطة به في الفرعين التاليين :

في الفرع الأول- نتعرّف على أنواع السندات الرسمية و في الفرع الثاني- نبحث في القوة الإثباتية للسندات الرسمية

الفرع الأول – أنواع السندات الرسمية

كما سبق الإشارة إليه فإن السندات الرسمية، يصب مفهومها في ثلاثة أنواع، كل نوع و له أحكامه الخاصة و قوانينه التي تنظمه.

أولا: السندات التوثيقية

هي تلك السندات التي يقوم الموثقون بتحريرها ؛ و الموثق طبقا للمادة 03 من القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق⁽¹⁾ ، هو ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و كذا العقود التي يرغب الأشخاص اعطاءها هذه الصبغة ، و يراعي في ذلك الأشكال و البيانات التي يستلزمها قانون التوثيق ، و كذا النصوص الخاصة في حالة وجودها .

1. شروط السند التوثيقي المعد للإثبات :

يشترط في صحة المحرر التوثيقي و رقيه إلى مصاف المحررات الرسمية المثبتة للملكية ، جملة من الشروط، منها العام و منها الخاصة التي تشترط في بعضها دون الأخرى .

أ/ الشروط العامة :

و هي شروط مألوفة يقتضيتها المشرع في جميع الأعمال المتعلقة بالنظام العام و بسكينة المجتمع و مصلحته ، خاصة الأعمال التي تتم باسم الدولة و الأعمال التوثيقية هي جزء منها ، و انطلاقا من هذا يشترط:

1- أن يكون السند محررا من طرف الموثق :

و قد سبق لنا تعريفه و ذكر القانون المنظم لمهنة التوثيق ، و بقي علينا الوقوف على أهم المحطات التاريخية التي مرّت بها مهنة التوثيق ، التي تمخض عنها تنوع في السندات التوثيقية ؛ فقبل صدور قانون التوثيق سنة 1971 ، كان التوثيق مقسما إلى قسمين :

- قسم يسمى "مكاتب التوثيق" ، يشرف عليها الموثق أو موثق مساعد ، و يتلقى العقود المختلفة في ملفات خاصة ، مرتبة حسب تاريخها و ترقيمها و محررة باللغة الفرنسية⁽²⁾، و تسري عليها الإجراءات المنصوص

(1)- جريدة رسمية عدد 14 ، مؤرخة في 2006/03/08.

(2)- ZERROUK kaddour , la fonction notariale selon l'ordonnance n° 70/91 du 15/12/1970 , Mémoire de Magistère en Droit , Université d'Alger , juin 1977 , p.p. 22 , 23 .

عليها في التشريع الفرنسي⁽¹⁾ ، فتشهر بمحافظة الرهون حتى تكون حجة على الغير .

- و قسم آخر يدعى بالمحاكم الشرعية و يشرف عليها قاض أو باش عدل ، و يتلقى العقود باللغة العربية في دفاتر تقيدها فيها كافة العقود، طبقا لأحكام الشريعة الاسلامية، و لم تكن تخضع لنظام الشهر الذي جاء به القانون الفرنسي⁽²⁾ .

و بعد صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/12 المتضمن تنظيم التوثيق⁽³⁾ ، تم بموجبه إلغاء مكاتب التوثيق و المحاكم الشرعية سابقا و انشأت بدلها مكاتب توثيق تابعة لوزارة العدل ، و أصبح الموثق موظفا عموميا ، أسندت له مهام التوثيق و المحافظة على الأرشيف القديم و تسليم النسخ للأطراف المعنية ، كما أن اختصاصه - بخلاف ما هو عليه حاليا - لا يتجاوز الحدود الإقليمية لاختصاص المحكمة التي عين فيها.

و قد تميزت مهنة التوثيق في هذه المرحلة بالركود و الجمود و الانطواء ، بسبب العوامل السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية السائدة آنذاك ، و المطبوعة بتدخل الدولة في جميع الميادين، الأمر الذي أدى بالضرورة إلى تهميش المهنة و تقليص وظيفتها كمرفق عام ، يخدم الصالح العام و يضمن استقرار التعامل؛ و باضمحلال دور الموثق، حلّ العقد العرفي محل العقد التوثيقي الرسمي في أغلب المعاملات بسبب انصراف المتعاقدين إلى التعاقدات العرفية، و انجر عن هذه الوضعية تراكم المنازعات لدى الجهات القضائية و سيادة الفوضى في المعاملات⁽⁴⁾؛

لكن بعد صدور قانون جديد للتوثيق سنة 1988⁽⁵⁾ ، و كذا القانون الحالي لسنة 2006 ، استقلت مهنة التوثيق و أصبحت مكاتب التوثيق التي أخذت طابعا استقلاليا ، هي التي تباشر مهنة التوثيق تحت رقابة وزير العدل حافظ الأختام ، و امتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني .

2- أن يكون محررا في حدود سلطته و اختصاصه :

المقصود بهذا الشرط أن يكون السند محررا من طرف الموثق في حدود ولايته و اختصاصه الموضوعي، الزماني و المكاني .

- بالنسبة لاختصاصه الموضوعي ، فيجب أن يكون الموثق مختصا بنوع العمل الذي يقوم به؛ و الظاهر أن الموثق يحتكر توثيق جميع المعاملات التي تتم بين الخواص ، إما التي اشترط المشرع اعطاءها صبغة رسمية، أو التي يرغب الأشخاص اعطاءها هذه الصبغة، كما أن الموثق يجب أن يكون أهلا لتحرير السند و أن لا تتوفر فيه حالة من حالات المنع المذكورة في المواد من 19 إلى 22 من قانون التوثيق ، أو حالة من حالات التنافي المذكورة في المادة 23 من نفس القانون .

(1)- مرسوم 22/55 مؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بالشهر العقاري في فرنسا

(2)- راجع- بن عبيدة عبد الحفيظ، "إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري"، دار هومه، الجزائر، 2004، ص 68.

(3)- جريدة رسمية عدد 107 ، صادرة بتاريخ 1970/12/25 .

(4)- سباغ محمد ، " التوثيق و العقود الرسمية"، مجلة الموثق، العدد 5 ، سنة 1998، ص 32 .

(5)- قانون رقم 27/88 ، مؤرخ في 1988/07/12 متضمن تنظيم التوثيق ، جريدة رسمية عدد 28 ، صادرة بتاريخ 1988/07/13 .

- بالنسبة لاختصاصه الزمني ، أي أن تكون ولاية الموثق قائمة عند تحرير السند و أن لا يكون في حالة عزل أو توقيف أو نقل ، لأن ولايته تزول تبعا لذلك .

- بالنسبة لاختصاصه المكاني ، بالرجوع إلى نص المادة 2 من قانون التوثيق ، فإن المشرع قد مدد اختصاص الموثق إلى كامل التراب الوطني .

3- مراعاة الأشكال و البيانات المطلوبة في تحرير السند :

بعض هذه البيانات ذكر في قانون التوثيق ، و البعض الآخر في القانون المدني ، و تعتبر هذه الأشكال و البيانات التي اشترطها المشرع عامة تنطبق على جميع السندات التي تحرر عن طريق الموثق ؛ و هذه الأشكال متعددة لا يمكن حصرها لكن يمكن الإشارة إلى بعض منها ؛

فبالنسبة لقانون التوثيق؛ نصّ عليها المشرع في المواد من 26 إلى 32 نذكر منها :

- من حيث الشكل : يجب أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واحد و واضح تسهل قراءته ، و بدون اختصار أو بياض أو نقص ، و تكتب بالمبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام

- من حيث المضمون : يجب أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق مجموعة من البيانات من اسمه و لقبه و مقر مكتبه ، و كذلك ، اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم ، و نفس الشيء بالنسبة للشهود عند وجودهم ، تحديد موضوعه ، المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي ابرم فيه ، و كذا التنويه على تلاوة الموثق للأطراف النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به ، إضافة إلى توقيع الأطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء .

أما بالنسبة للقانون المدني ، فقد تم النصّ على بعض البيانات الإضافية ، ذكرت في المادتين 324 مكرر2، 324 مكرر 4 تتمثل في :

- وجوب الاستعانة بشهود التعريف، و هما شاهدان بالغان يشهدان تحت مسؤوليتها في حالة جهل الموثق بصحة الاسم و الحالة و السكن و الأهلية المدنية للأطراف.

- كما يجب أن يبيّن الموثق في العقد، طبيعة و وضعية و مضمون و حدود العقارات و أسماء المالكين السابقين، و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية .

ب/ الشروط الخاصة

و هي شروط لا يطلبها القانون في جميع سندات الملكية، و إنما يشترطها في بعض السندات التي يحررها الموثق دون البعض الآخر و تتمثل هذه الشروط في:

1- وجوب الاستعانة بشهود العدل :

و هم شهود يساهمون في انشاء العقد و تكوينه ، و يشترطهم المشرع تحت طائلة البطلان في نوع معين من العقود ، هي العقود الإحتفائية ، في نص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني غير أن المشرع لم يحدد هذه العقود لا بتسميتها و لا حتى بوضع معيار تشريعي يسمح بتكييفها، لكن جرى العمل على اعتبار كل من عقد

الهبه(*)، الوصية، الوقف من العقود الاحتقائية⁽¹⁾.

2- وجوب تسجيل و شهر السند لدى المحافظة العقارية :

يتعين الإشارة في بادئ الأمر، أن هذا الشرط ليس من شروط صحة السند الرسمي، لكنه ضروري، حتى يرقى السند كدليل لإثبات الملكية العقارية، و هو أمر في غاية الأهمية، فما قيمة السند إذا لم يصلح كدليل لإثبات ما تضمنه؟، حتى أن المحكمة العليا في أحد قراراتها⁽²⁾ وصل بها الأمر إلى حد اعتبار التسجيل و الشهر من شروط اضافة الرسمية على العقد .

فبالنسبة للتسجيل، اشترطه المشرع بموجب قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بمقتضى الأمر 105/76 "المعدل و المتمم"، و عملية التسجيل تسبق الشهر⁽³⁾، يقوم بها الموثق لدى مصلحة التسجيل و الطابع، خلال مهلة شهر تحت طائلة عقوبات تأديبية و يؤدي التسجيل وظيفتين، أولهما مراقبة الإدارة لجميع المعاملات العقارية، و ثانيهما تحصيل حقوق الدولة عن طريق فرض رسوم عن كل معاملة .

أما بالنسبة للشهر، فهو أيضا يتم بواسطة الموثق، لدى المحافظة العقارية التي يقع في دائرتها العقار، و هو إجراء يتطلبه القانون أساسا بغية اعلام الغير بالوضعية القانونية الجديدة لعقار ما حتى تكون حجة عليه، فضلا على أنه في التشريع الجزائري يرتب أثرا مهما و هو نقل الملكية بين الطرفين المتعاقدين تطبيقا للمادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

و القاعدة أن التسجيل و الشهر يشترطان في جميع العقود التوثيقية الناقلة أو المصرحة للملكية العقارية، غير أن القضاء⁽⁴⁾ قد استثنى الوصية من ذلك، باعتبارها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت .

2. أمثلة عن السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية :

يضطلع الموثق بتحرير أنواع مختلفة من العقود، لا ينطبق على جميعها وصف العقد، لكن جرى الخلط في ميدان التوثيق على وصفها جميعا بالعقود، كما جرى الخلط في لغة القانون بين التصرف القانوني و أداة اثباته، فأطلق العقد على التصرف ثم استعمل اللفظ عينه في أداة اثباته، فقبل عقد رسمي و هو في حقيقته محرر رسمي معد لإثبات التصرف .

فالسندات التي يحررها الموثق، و يعتمد عليها في إثبات الملكية العقارية، يمكن تصنيفها إلى :

(*)- انظر- قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم 389338، مؤرخ في 2007/11/21، جاء فيه:" يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين"؛ مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2008، ص 159 .

(1)- حمدي باشا عمر، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، دار هومه، الجزائر، دون سنة نشر، ص 30 .

(2)- المحكمة العليا، قرار رقم 68467، مؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية، عدد 01، 1992، ص 84 .

-انظر في تعليق عليه إلى : إبراهيم مزعد، "النظام القانوني لملكية الأراضي الفلاحية الخاصة"، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة، السنة الجامعية 2000-2001، ص 92 .

(3)- ولد الشيخ شريعة، "إشكالية المنازعات العقارية: العقار الخاص"، المحاماة، مجلة تصدر عن منظمة المحامين، تيزي وزو، عدد4، جوان 2006، ص 153.

(4)- المحكمة العليا، قرار رقم 211880، مؤرخ في 2001/05/30، نشرة القضاة، عدد57، 2006، ص 229 .

أ/ عقود ناقله للملكية : تتضمن اتفاقات إرادية ، أهمها :

- عقد البيع :

يعتبر عقد البيع من أكثر العقود شيوعا ، يلتزم البائع بمقتضاه نقل ملكية العقار إلى المشتري ، مقابل أن يقوم هذا الأخير بدفع الثمن؛ نظم المشرع أحكامه في القانون المدني ، تحت الباب السابع بعنوان العقود المتعلقة بالملكية في فصله الأول ، من المادة 351 إلى 412 .

- عقد المقايضة :

وفقا للمادة 413 من القانون المدني هو عقد يلتزم فيه كلا المتعاقدان أن ينقل للآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود ، فقد يكون هذا المال محل التبادل عبارة عن عقار ، و قد أحال المشرع في المادة 415 من القانون المدني مسألة تنظيمه إلى أحكام عقد البيع .

ب/ عقود احتفائية : لم يحصرها المشرع ، لكن الفقه و القضاء اعتبرها كذلك ، أهمها :

- عقد الهبة :

يعتبر عقد الهبة من العقود التبرعية الناقلة للملكية، يلتزم بمقتضاه الواهب أن ينقل ملكية عقار إلى شخص آخر يسمى الموهوب له بدون مقابل ، و قد نظم المشرع أحكامه في قانون الأسرة من المادة 202 إلى المادة 212 ، كما نبّه في المادة 206 إلى وجوب احترام أحكام قانون التوثيق عند إبرامه .
- الوصية :

هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، قد يقع فيها التملك على عقار من عقارات الموصي ؛ نظم المشرع أحكامها في قانون الأسرة ، من المادة 184 إلى المادة 201 ، لكن ما يميز الوصية ، أن المشرع لم يشترط فيها الرسمية للانعقاد ، و إنما للإثبات فقط ، فهي لا تثبت وفقا للمادة 191 من قانون الأسرة ، إلا بعقد توثيقي و في حالة وجود مانع قاهر يمكن أن تثبت الوصية بحكم ، كما أن المشرع لم يلزم إخضاعها للتسجيل و الشهر .

ج/ عقود تصريحية : فهي لا تتضمن اتفاقات إرادية ، إنما هي عقود كاشفة عن الملكية أهمها :

- الشهادة التوثيقية :

رغم أن الملكية العقارية تنتقل إلى الورثة بمجرد حدوث الوفاة ، إلا أن المشرع أوجب على الورثة طبقا للمادتين 39 و 91 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ ، شهر حق الإرث و جعل الوسيلة الفنية لذلك هي "الشهادة التوثيقية" ، و هي من العقود التصريحية التي تثبت انتقال الملكية العقارية إلى الورثة ، يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح من قبل أحد الورثة ، و تحرير شهادة بذلك ، يقوم بشهرها بالمحافظة العقارية باسم جميع المالكين سواء كانوا ورثة أو موصى لهم على الشيع بالحصص التي تعود لكل واحد منهم⁽²⁾ .

(1)- جريدة رسمية عدد 30، صادرة بتاريخ 1976/04/13.

(2)- راجع في هذا الصدد: زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ،"المنازعات العقارية " الطبعة العاشرة ، دار هومه ، الجزائر، 2008، ص 209 .

- القسمة :

هي على نوعان ، إما أن تكون اتفاقية أو قضائية ، و ما يهمنا الآن هي القسمة الاتفاقية التي تتم بموجب عقد، أطرافه هم شركاء في العقار المملوك على الشيوع فيما بينهم ، و يترتب عليها افراز حصة كل شريك في العقار فيصبح مالكا لجزء من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه ، و ملكية هذه الحصص المفردة لا تنشأ بالقسمة ، و لكن يصرح بها و يكشف عنها و يصبح الشريك مالكا لهذه الحصة منذ أولولة الملكية الشائعة إليه ، لا من وقت القسمة تطبيقا لنص المادة 730 من القانون المدني ؛ و يشترط في القسمة الودية حتى يمكن الاحتجاج بها في إثبات الملكية العقارية ، أن تراعى فيها الرسمية⁽¹⁾ و الشهر⁽²⁾ ، و إلا اعتبرت قسمة مهياة تخص الانتفاع فقط⁽³⁾ .

ثانيا : السندات الإدارية

ترتبط السندات الإدارية ارتباطا وثيقا بالجانب التاريخي للملكية العقارية في بلادنا؛ انطلاقا من فترة الاحتلال ، أين خضعت الأراضي الجزائرية إلى سلسلة من النصوص القانونية الفرنسية ، كان لها الأثر الكبير في توسيع نطاق الأموال العامة التابعة للإدارة الفرنسية ، كما تمخض عن هذه الفترة توثيق الملكية العقارية عن طريق التحقيقات التي أجرتها سلطات الاحتلال الفرنسي ؛ وصولا إلى فترة ما بعد الاستقلال ، أين تدرجت فيها الملكية العقارية من المفهوم الاشتراكي، الذي عملت فيه الدولة على التضييق من حدود الملكية الخاصة إلى المفهوم الرأسمالي ، المشجع لعملية الخصخصة و ما تتطلبه من تحرير السوق العقارية، تكون فيها الدولة أكبر متعامل بالنظر إلى حجم الرصيد العقاري الذي تملكه .

و قد ترتب عن هذه الفترات صدور عدّة سندات إدارية تحكمها نصوص قانونية متنوعة ، لكن ترتبط فيما بينها من حيث كونها محررة من الإدارة العمومية ، إما في اطار عملية توثيق الملكية العقارية، أو بمناسبة التصرف في محفظتها العقارية ، و من هنا ينشكّل لنا صنفين من السندات الإدارية ؛ سندات إدارية مسلمة من إدارة أملاك الدولة و عقود بيع إدارية، تضاف إليهما شهادة الحياة التي لها حكم و وضع خاص.

1. سندات مسلمة من إدارة أملاك الدولة :

ما يميّز هذا النوع من السندات ، أنها عبارة عن شهادات كاشفة عن الملكية العقارية و تتمثل خصوصا في/

أ- **السندات المسلمة من الإدارة الاستعمارية ، كنتيجة للتحقيقات العقارية التي باشرتها بموجب القوانين التالية:**

- قانون 26 جويلية 1873 المتضمن التحقيقات العامة ، و يطلق عليه قانون "وارنيي" ، و كان هذا القانون وسيلة لإخضاع جميع الممتلكات العقارية للقانون الفرنسي في اطار تدعيم سياسة الاستيطان، و تشجيع استقرار المعمرين في الأراضي الجزائرية، و قد سلمت على اثره سندات ملكية، تتضمن توضيحات حول تسمية العقار و مكانه و طبيعته و مساحته و ترقيمه و الأعباء المثقل بها العقار ، و ترفق هذه السندات بمخططات للقطع الأرضية المحقق فيها .

(1)- المحكمة العليا ، قرار رقم 229161 ، مؤرخ في 2002/04/24 ؛ الاجتهاد القضائي للعرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء 1 ، 2004 ، ص 269 .

(2)- المحكمة العليا ، قرار رقم 231832 ، مؤرخ في 2002/06/18 ، (المرجع نفسه) ، ص 265 .

(3)- المحكمة العليا ، قرار 198689 ، مؤرخ في 2000/05/31 ، (المرجع نفسه) ، ص 283 .

- قانون 16 فيفري 1897 المعدل بموجب قانون 04 أوت 1926 أجريت بموجبه تحقيقات جزئية و كلية على الأراضي من نوع ملك و أراضي العرش ، و عند انتهاء التحقيق ، و عدم تقديم أي اعتراض أو قدم لكنه رفض من طرف العدالة في حالة الأراضي من نوع ملك أو بقرار اداري في حالة أراضي العرش ، يسلم عندئذ سند الملكية من طرف مصالح أملاك الدولة يطلق عليه بعقد الصفاء⁽¹⁾.

ب- السندات المسلمة من الإدارة الجزائرية في شكل شهادة ملكية ، للخواص الذين لا يحوزون على أي سند مكتوب يثبت ملكيتهم للأرض، لتجنيبهم التأميم في اطار تطبيق قانون الثورة الزراعية^(*) ، و قد نظم المرسوم 32/73 المتعلق باثبات حق الملكية الخاصة ، كيفية اعداد هذه الشهادة التي تسلم إلى المالك، بعد تقديم تصريح بالحيازة إلى المجلس البلدي الموسع، و ثبوت حيازته للأرض لأكثر من سبعة عشر سنة قبل صدور قانون الثورة الزراعية .

2. عقود البيع الإدارية :

إن الإدارة في سبيل نقل ملكيتها العقارية للخواص تلجأ إلى إبرام عقود بيع أو تنازل ، عادة ما يحدد لها المشرع نموذجا و يضع لها دفترا للشروط^(*) ، و ذلك في اطار ممارسة نشاطها الإداري تحقيقا لسياستها التنموية في القطاع الفلاحي و الصناعي و حتى الحضري ، و في حدود ما تسمح به التشريعات السارية و المعمول بها آنذاك .

و يمكن أن نصنّف هذه العقود، تبعا لطبيعة العقار محل التصرف، إذا كان عقارا حضريا أو فلاحيا أو صناعيا مع الاستشهاد بأمثلة عن تلك السندات .

أ/ بالنسبة للعقار الحضري:

- عقود التنازل عن قطع أرضية بمقتضى الأمر 26/74 المؤرخ في 1974/02/20 المتضمن انشاء الاحتياطات العقارية لفائدة البلديات⁽²⁾ ، فتطبيقا لهذا القانون منع منعا باتا التعامل في العقارات المهيأة للبناء أو معدة للبناء أو قابلة للبناء على كل شخص طبيعي أو معنوي خاص ، لكون التعامل في العقارات المشار إليها أعلاه ، يكون من صلاحية المجالس الشعبية البلدية^(*) لتلافي كل عمليات المضاربة العقارية ، غير أنه لوحظ أثناء تطبيق هذا القانون أن عملية التنازل لم تكتمل بصفة قانونية في ظل تقاعس الإدارة عن تسليم سندات الملكية مشهرة بالمحافظة العقارية ، و صدر من أجل تسوية هذه الوضعية تعليمتان وزاريتان⁽³⁾ .

(1)- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، دار هومه، الجزائر، 2004 ، ص 66 ، 67 .

(*)- لم يكن الهدف من سياسة التأميم التي اتبعها المشرع القضاء على الملكية الخاصة ، و إنما فقط تحجيمها بما يتناسب و قدرة و احتياج الفلاح و عائلته ، لمعلومات أكثر راجع : "عجة الجبالي ، "أزمة العقار الفلاحي و مقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خصوصية الملك العام" ، دار الخلدونية ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 49 و ما يليها .

(*)- تتميز عقود التنازل التي تحررها الإدارة ، باحتوائها لبعض الشروط الاستثنائية و غير المألوفة في القانون الخاص ، كالتنازل على شرط فاسخ و بواسطة دفتر الشروط مثلا .

(2)- جريدة رسمية عدد 19 ، مؤرخة في 1974/03/05 .

(*)- أصبحت الوكالات العقارية للتنظيم و التسيير العقاري الحضري ، التي أنشأت تطبيقا للمرسوم 405/90 المؤرخ في 1990/12/22 ، هي المكلفة بتسيير الاحتياطات العقارية للبلدية و ليس البلدية طبقا لقانون التوجيه العقاري .

(3)- شامة سماعيلين ، "النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية تحليلية)" ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 ، ص 48-45 .

- عقود البيع المحررة في اطار تسوية البناءات اللاشرعية التي تم تشييدها على الأراضي العمومية دون الحصول على ترخيص أو بدون عقد الملكية ، تطبيقا للمرسوم 212/85 المؤرخ في 13/08/1985⁽¹⁾ المحدد لشروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خاصة كانت محل عقود و/أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها و شروط اقرار حقهم في التملك و السكن ، و قد حاول المشرع من خلاله تجنب عمليات الهدم و مسايرة الواقع الاجتماعي⁽²⁾ .

ب/ بالنسبة للعقار الفلاحي:

- عقود التنازل المحررة بناء على القانون 18/83 المؤرخ في 13/08/1983 المتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية⁽³⁾ ، حيث أجاز المشرع للخواص تملك الأراضي التابعة للأملك الوطنية الواقعة في المناطق الصحراوية و السهبية عند توفر المياه ، و كذلك الأراضي غير المخصصة طبقا لقانون 19/87 المؤرخ في 08/12/1987 و التي يمكن استخدامها بعد الاستصلاح ، و عملية التنازل تكون بموجب قرار صادر عن الوالي مقابل دفع دينار رمزي ، تحرر بمقتضاه مديرية أملاك الدولة عقد بيع مقترن بشرط فاسخ يتحقق في حالة عدم انجاز برنامج الاستصلاح خلال خمسة سنوات⁽⁴⁾ .

- عقود البيع المحررة بناء على المرسوم 289/92 المؤرخ في 06/07/1992 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية و كفيات اكتسابها⁽⁵⁾ ، فعلى خلاف القانون السابق ، الاستصلاح يتعلق فقط بالأراضي الصحراوية المنوه عنها في المادة 18 من قانون التوجيه العقاري ، و يتم البيع بمقابل ، و تساهم الدولة في تكاليف انجاز مشروع الاستصلاح، و قد ضبط المشرع كل الإجراءات و الضمانات في دفتر للشروط ملحق بهذا المرسوم⁽⁶⁾ .

- عقود التنازل عن الأراضي المستصلحة وفقا للمرسوم 483/97 المؤرخ في 15/12/1997 المتضمن كيفية منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية و أعبائه و شروطه⁽⁷⁾ ، و قد ربط المشرع من خلال هذا المرسوم مفهوم الاستصلاح بالاستثمار و استعان بعقد الامتياز الذي يمكن أن يتحول إلى تنازل إذا تمت معاينة انجاز المشروع ؛ و ما يميز هذا المرسوم أيضا أنه عمم امكانية التنازل على كل المناطق⁽⁸⁾ .

و تجدر الإشارة إلى أن الحكومة أعدت في سبيل تنمية و معالجة أزمة العقار الفلاحي، مشروع قانون بيع الأراضي العمومية الفلاحية الذي صادق عليه مجلس الوزراء في 14/12/1997 ، لكن سرعان ما تم تجميده على لسان رئيس الجمهورية في ماي 2000⁽⁹⁾، نظرا للجدل و الصراع الذي أحدثه بين مختلف دوائر

(1)- جريدة رسمية عدد 34 ، مؤرخة في 14/08/1985 .

(2)- لأكثر تفصيل الرجوع إلى : شامة سماعيل ، (المرجع السابق) ، ص 72 و ما يليها .

(3)- جريدة رسمية عدد 34 ، مؤرخة في 16/08/1983 .

(4)- بن رقية بن يوسف ، "شرح قانون المستثمرات الفلاحية"، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر ، 2001 ص 30 و ما يليها .

(5)- جريدة رسمية عدد 55 ، مؤرخة في 19/07/1992 .

(6)- لأكثر تفصيل الرجوع إلى : دليوح مفتاح ، "تملك الأراضي الفلاحية بإحيائها و استصلاحها في الشريعة الاسلامية و القانون الجزائري" ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، أفريل 2007 ، ص 72 و ما يليها .

(7)- جريدة رسمية عدد 83 ، مؤرخة في 17/12/1997 .

(8)- لأكثر تفصيل الرجوع إلى : عجة الجبالي ، (المرجع السابق) ، ص 273 و ما يليها .

(9)- عجة الجبالي ، (المرجع السابق) ، ص 289 .

السلطة ، و قد صدر مؤخرًا قانون يحدد شروط و كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة⁽¹⁾ ، الذي يؤكد تخلي السلطة عن فكرة خوصصة العقار الفلاحي ، حيث تم اعتماد تقنية الامتياز فقط كنمط لاستغلال الأرض الفلاحية التابعة للدومين الخاص ، دون امكانية تحول هذا الامتياز إلى تنازل .

ج/ العقار الصناعي:

يرتبط مفهوم العقار الصناعي بالاستثمار؛ فهو الفضاء المخصص لممارسة الأنشطة الصناعية ، و قد حظي العقار الصناعي باهتمام السلطة عبر مختلف قوانين الاستثمار و قوانين المالية المطبقة لها ، التي نظمت كيفية استغلاله ، عبر عقدي التنازل و الامتياز⁽²⁾ ، لكن ما يهمننا في هذا المقام هي عقود التنازل التي يترتب عليها نقل ملكية الأراضي التابعة لأمالك الدولة الخاصة إلى المستثمرين ، فمن عقود التنازل التي حررت في هذا الشأن:

- عقود التنازل عن المناطق الصناعية التي انشأت بموجب قانون 45/73 المؤرخ في 1973/02/28 المتعلق بإنشاء لجنة استشارية لهيئة المناطق الصناعية⁽³⁾ ، حيث تقوم إدارة أمالك الدولة بتحويل ملكية العقارات التابعة لها لفائدة مؤسسات التهيئة بموجب عقود تنازل ادارية و مشهورة ، لنقوم هذه الأخيرة باعادة التنازل لفائدة المستثمرين .

- عقود التنازل في اطار قانون 11/82 المؤرخ في 1982/04/21 و المتعلق بالاقتصاد الوطني الخاص⁽⁴⁾ ، حيث يمكن للمستثمر الخاص أن يستفيد من عقد تنازل على عقار صناعي في حدود مناطق النشاط المنشأة و المهياة خصيصا لذلك الاستثمار ، و يكون العقد معلقا على شرط فاسخ مرتبطا بانجاز المشروع⁽⁵⁾ .

- عقود التنازل⁽⁶⁾ عن الأمالك العقارية التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الجماعات الإقليمية غير المخصصة أو التي ألغي تخصيصها ، إذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح و المؤسسات العمومية طبقا لقانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأمالك الوطنية و كذا مرسومه التنفيذي 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 .

- عقود التنازل عن الأراضي التابعة للأمالك الوطنية الخاصة لصالح الاستثمارات التي تنجز في المناطق الخاصة في اطار قانون 12/93 المؤرخ في 1993/07/05 المتعلق بترقية الاستثمار ، الذي تدعم تطبيقه بالمرسوم التنفيذي 322/94 المؤرخ في 1994/10/17 ، و عملية التنازل متوقفة على استنفاد شروط منح الامتياز الذي يمكن أن يتحول إلى تنازل فيما بعد عند انجاز المشروع⁽⁷⁾ .

(1)- قانون 03/10 مؤرخ في 2010/08/15 ، يحدد شروط و كفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمالك الخاصة للدولة، جريدة رسمية ، عدد 46 ، صادرة بتاريخ 2010/08/18 .

(2)- راجع- بوحفص جلاب نعاة ، " النظام القانوني للعقار الاقتصادي في الجزائر" ، الفكر البرلماني ، مجلة متخصصة في القضايا و الوثائق البرلمانية ، مجلس الأمة ، الجزائر ، عدد 22 ، مارس 2009 ، ص 90 .

(3)- جريدة رسمية عدد 20 ، صادرة بتاريخ 1973/03/09 .

(4)- جريدة رسمية عدد 34 ، صادرة بتاريخ 1982/08/24 .

(5)- راجع- بوجردة مخلوف ، "العقار الصناعي" ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، ص 62 ، 63 .

(6)- كان المشرع يطلق عليها "عقود البيع" قبل تعديل المادة 89 من قانون الأمالك الوطنية ، بموجب القانون 14/08 المؤرخ في 2008/07/20 ، جريدة رسمية عدد 44 ، مؤرخة في 2008/08/03 .

(7)- راجع- بوجردة مخلوف ، (المرجع السابق) ، ص 82 .

- عقود التنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية التي يحكمها الأمر 11/06 المؤرخ في 20/08/2006⁽¹⁾ ، حدد المشرع من خلاله الأوعية العقارية المعنية بهذا الأمر، و تختلف اجراءات التنازل الذي يمكن أن يسبقه عقد الامتياز الذي يتحول إلى تنازل بعد الانجاز الفعلي للمشروع، و يطلب من صاحب الامتياز إذا تعلق الأمر بمشروع ذو طابع صناعي أو سياحي أو خدماتي ؛ كما قد لا يسبق التنازل منح امتياز إذا تعلق الأمر بقطع أرضية أنجز عليها عمليات ترقية عقارية بعد التجزئة .

و تجدر الإشارة أن المشرع سرعان ما ألغى هذا الأمر بموجب الأمر 04/08 المؤرخ في 01/09/2008⁽²⁾ ، و استغنى عن آلية التنازل كنمط لاستغلال العقار الصناعي ، مبقيا فقط على تقنية الامتياز لتلافي كل أشكال التلاعبات و عمليات المضاربة في المحفظة العقارية للدولة ، و هو نفس التوجه الذي تبناه فيما بعد بالنسبة للعقار الفلاحي و الذي سبق الإشارة إليه .

3. شهادة الحيابة:

تعتبر شهادة الحيابة أحد الآليات التي استحدثها المشرع بمقتضى المادة 39 من قانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري "المعدل و المتمم" ، و نظم المرسوم التنفيذي 254/91 المؤرخ في 27/07/1991⁽³⁾ كيفية اعدادها و تسليمها⁽⁴⁾ ، و استحدثها كان بغرض الاسراع في عملية التنظيم العقاري ضمن آجال تسمح بترقية قطاع الفلاحة و البناء اللذان يعرفان أزمة تتفاقم بمرور الزمن بسبب غياب سندات الملكية⁽⁵⁾، خاصة أن عقد الشهرة لم يكن في مستوى الأهداف المسطرة ، مما دفع المشرع إلى تدعيمه بآلية أخرى تعمل على نفس الأهداف ، الشيء الذي يدفعنا للتساؤل : هل ترقى شهادة الحيابة كعقد الشهرة إلى مصاف السندات المثبتة للملكية العقارية ؟

بالنسبة لموقف المشرع من هذه الشهادة كان واضحا في المادة 39 من قانون التوجيه العقاري عندما وصفها بالسند الحيازي و لم يأت على ذكر الملكية ، كما أن المادة 42 من نفس القانون قد أزلت الشك و رسمت الحدود عندما صرحت بأن شهادة الحيابة تعتبر سندا اسما و غير قابل للتنازل مما يجعلها حقا شخصا مقرا للحائز وحده ، على خلاف حق الملكية الذي يعتبر حقا عينيا ينتقل بالوفاة إلى الورثة ، كما أن فرضية انشاء الملكية خلال سنة واحدة هي فريضة يستحيل تقبلها في منطق القانون .

غير أن الآثار المترتبة عن شهادة الحيابة و الحقوق التي حولها المشرع للحائز تقربه من صفة المالك ؛ فله الحصول على رخصة البناء ، أو ابرام عقد الإيجار أو حتى رهن العقار المحاز من أجل الحصول على قروض، بل و الأكثر من هذا فإن دعوى الاستحقاق التي يرفعها المالك الحقيقي لا ينجز عنها اعادة النظر في الرهن و الايجار و البناء المشيد على الأرضية ، الأمر الذي يجعل من آثارها خطيرة تتجاوز شروط و إجراءات اعدادها التي توصف بالبسيطة .

(1)- جريدة رسمية عدد 53 ، مؤرخة في 2006/08/30 .

(2)- جريدة رسمية عدد 49 ، مؤرخة في 2008/09/03 .

(3)- جريدة رسمية عدد 36 ، مؤرخة في 1991/07/31 .

(4)- في تفصيل شروط و إجراءات اعداد شهادة الحيابة الرجوع إلى : شامة سماعيل ، (المرجع السابق) ، ص 57 و ما يليها؛ زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، "المنازعات العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 75 و ما يليها.

(5)- لحو غنيمة ، "شهادة الحيابة في قانون التوجيه العقاري" ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، عدد خاص ، 2004 ، ص 158 .

و قد عرفت هذه الشهادة تطبيقا واسع النطاق ، خصوصا في السنوات الأخيرة ، فبالإضافة إلى بساطة و سهولة اعدادها في آجال قصيرة ، تبنت السلطة إجراءات تحفيزية لمعالجة ظاهرة النزوح الريفي من خلال تقديم منح تدعيمية لتشجيع البناء الريفي ، و كذا التسهيلات التي تبناها المشرع بموجب قانون المالية لسنة 2010 في مجال القروض العقارية التي أصبحت تمنح بفوائد جدُّ ميسرة عندما يتعلق الأمر ببناء سكن ريفي.

و خلاصة القول ، فإن شهادة الحيازة التي يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدية هي سند حيازي مؤقت، لكنها وسيلة للتملك في المستقبل⁽¹⁾ عند انتهاء عملية المسح العام للأراضي يسلم لأصاحب شهادة الحيازة دفتر عقاري بعد مرور أربعة أشهر من التقييم المؤقت الذي يقلب إلى ترقيم نهائي في حالة عدم حصول أي اعتراض⁽²⁾.

ثالثا: السندات القضائية

لا يقتصر مفهوم السندات القضائية على الأحكام القضائية الصادرة بموجب الفصل في خصومة قضائية ، و إنما يمتد مفهومها في هذه الدراسة إلى الأحكام الولاية ، و كذا العقود القضائية التي تكوّن في مجموعها سندات قضائية لها طابع رسمي و تصلح لإثبات الملكية العقارية ، و حتى تتضح الرؤية أكثر سنتناولها و نحيط بها فيما يلي/

1. العقود القضائية :

يقصد بالعقود القضائية بصفة عامة هي العقود التي تتم أمام الجهات القضائية ؛ أما التي تثبت الملكية العقارية ، فهي العقود التي يحررها القضاة الشرعيون أو الباش عدل المساعدون لهم ، و هم ضباط عموميون، مارسوا وظيفة التوثيق أثناء الاحتلال الفرنسي بين الجزائريين المسلمين دون الفرنسيين ، و على العقارات غير الفرنسية ، أي التي لم يسبق تحرير بشأنها عقود توثيقية و إشهارها⁽³⁾؛ و قد ألغى الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق المحاكم و الدواوين العامة للموثقين.

و مهما يكن ، يعترف لهذه العقود بكونها عقود رسمية تثبت الملكية العقارية و هذا ما أكدته المحكمة العليا بموجب القرار رقم 264528 الصادر بتاريخ 2004/02/25⁽⁴⁾ ، جاء في حيثياته : " ... حيث أنه من المستقر عليه قضاء أن العقود المحررة من طرف قضاة المحاكم الشرعية قبل الاستقلال تعد صحيحة و رسمية " .

2. حكم رسو المزاد/

يعتبر حكم رسو المزاد خاتمة المطاف بالنسبة لإجراءات الحجز التنفيذي على عقار المدين ، و هو في مضمونه لا يعتبر حكما قضائيا ، فهو لا يحسم نزاعا و لا يصدر بمناسبة خصومة قضائية و إنما هو مجرد محضر لبيان ما تم من الإجراءات في جلسة البيع بالمزاد العلني التي تمت في المحكمة التي يقع في دائرتها العقار المحجوز ، و لكنه من حيث الشكل هو حكم لأنه يصدر طبقا لإجراءات اصدار الأحكام و وفقا للشكل

(1)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، ص 52 .

(2)- انظر - التعلية العامة المؤرخة في 6 جويلية 1994 الصادرة عن وزارة المالية و المتعلقة بالمسح.

(3)- بن عبيدة عبد الحفيظ ، (المرجع السابق)، ص 68 ، 69 .

(4)- المجلة القضائية ، عدد 1 ، 2004 ، ص 235 .

المحدد لها ، فهو من الأحكام التي يصدرها القاضي في اطار سلطته الولائية⁽¹⁾ و لا سبيل للطعن فيه .

و طبقا للمادة 762 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يعتبر حكم رسو المزاد سندا لملكية الراسي عليه المزاد ، يتعين على المحضر القضائي قيده بالمحافظة العقارية الواقع في دائرتها العقار محل البيع من أجل إشهاره خلال شهرين من تاريخ صدوره .

3. الحكم بتثبيت الوعد بالبيع العقاري/

الوعد بالبيع هو مرحلة تسبق ابرام عقد البيع ، و سواء كان من جانب واحد أو من جانبيين (وعد بالبيع و الشراء)⁽²⁾، فعندما يعلن الموعود له رغبته في التعاقد أو عند انقضاء المدّة المنفق عليها ، لا بد من اتمام اجراءات البيع النهائي ، و في حالة تملص أحد الطرفين من ابرام عقد البيع بعد أن وعد بذلك و كان الوعد موثقا فإنه في مقدور الموعود له مقاضاة المتملص لمطالبته بتنفيذ الوعد ، و للقاضي أن يحكم بصحة الوعد ، و يقوم الحكم مقام عقد البيع بعد صيرورته نهائيا ، و يأمر القاضي في منطوق حكمه بشهره في مصلحة الشهر العقاري، لتنتقل الملكية إلى المشتري .

4. الحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة/

تعرف الشفعة بأنها رخصة تجيز لشخص يسمى الشفيع الحلول محل المشتري في عقد بيع عقار في حالات محصورة في القانون ، و قد نظم المشرع أحكامها في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني و اعتبرها كسبب من أسباب كسب الملكية .

لكن حتى يستطيع الشفيع الحلول محل المشتري ، يجب عليه اعلان رغبته في استعمال حقه في الحلول محل المشتري خلال 30 يوما من انذاره لدى كل من البائع و المشتري مع قيد التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي لدى أمانة الضبط ، و ايداع الثمن و المصاريف لدى الموثق ، و في حالة عدم الاستجابة ، يجب على الشفيع رفع دعوى قضائية ضد كل من البائع و المشتري في أجل 30 يوما من تاريخ التصريح ، فإذا تأكد للقضاة صحة شروط و إجراءات الشفعة ، اصدروا حكما بتثبيت الشفعة الذي يصير سندا لملكية الشفيع ، بعد أن يصبح نهائيا و يشهر بالمحافظة العقارية عملا بالمادة 803 من القانون المدني .

5. الحكم الصادر بقسمة المال الشائع/

غالبا ما يتم اللجوء إلى القسمة القضائية لتعذر القسمة الودية من أجل الخروج من حالة الشيوخ ؛ فالشيوخ هو حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني ، سواء بسبب الاتفاق أو الميراث، و قد أجازت الارادة التشريعية للمالك على الشيوخ في هذه الحالة رفع دعوى قسمة على جميع الشركاء بدون استثناء تحت طائلة عدم قبول الدعوى لعدم انتظام الإجراءات⁽³⁾ .

(1)- العربي شحط عبد القادر ، " طرق التنفيذ في المواد المدنية و الإدارية (وفق قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008)"، منشورات الألفية الثالثة ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 139 .

(2)- حول هذه المسألة راجع: بن الشيخ آث ملويا لحسين ، " المنتقى في عقد البيع" ، دار هومه ، الجزائر ، 2005 ، ص 182 .

(3)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة " ، (المرجع السابق) ، ص 62 .

و عادة ما يصدر القاضي حكما قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير لإعداد مشروع قسمة على ضوء الفريضة التي يعدها الموثق إذا تعلق الأمر بتركة الهالك ، و بعد استئناف السير في الدعوى و اصداره لحكم بالمصادقة على الخبرة يتم ايداعه لدى المحافظة العقارية من أجل شهره، بعد أن يصبح نهائيا^(*) .

6. الحكم الصادر بتثبيت صحة العقد العرفي/

كانت المعاملات العقارية المتضمنة نقل الملكية ، من بيع أو هبة ... ، قبل صدور القانون المدني الجزائري تخضع لأحكام القانون المدني الفرنسي و أحكام الشهر العقاري المذكورة في المرسوم الصادر في 1955/01/04 و الذي أبقى العمل به .

و تطبيقا لنص المادتين 1582 و 1583 منه ، كان عقد البيع في القانون المدني الفرنسي عقدا رضائيا ، لا يؤدي تخلف الشكل فيه إلى ابطاله⁽¹⁾ ، لكن بعد صدور قانون التوثيق لسنة 1970 أصبحت الرسمية ركن في البيوع العقارية .

هذا ما دفع المشرع إلى الاعتراف بالسندات العرفية كسندات ملكية صحيحة ، بشرط أن تكون ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 تاريخ دخول قانون التوثيق رقم 91/70 حيز التطبيق، ليحرر بشأنها عقد ايداع توثيقي^(*) يشهر بالمحافظة العقارية .

لكن الإشكال يثور بالنسبة للسندات العرفية غير ثابتة التاريخ ، فهنا يتعين على المالك أن يستصدر حكما بتثبيت صحة العقد العرفي حتى يتم شهره عند سيرورته نهائيا و تحرير عقد ايداع بشأنه .

(*)- عقد الإيداع يحرره الموثق ، إما بطلب من أحد المتقاسمين ، و في هذه الحالة عملية الإيداع تكون جزئية ، و يتم اشهار فقط حق الشريك الطالب ، في حدود الحصة التي آلت إليه ، و إما بطلب جميع الأطراف ، و في هذه الحالة عملية الاشهار تطل كل الحصص ؛ انظر- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية " ، (المرجع السابق) ، ص 45 .

(1)- ولد الشيخ شريفة ، (المرجع السابق)، ص 140 ، 141 .

(*)- تحرير عقد ايداع توثيقي ، هو أمر ضروري ، لأن المحافظ العقاري لا يشهر إلا العقود الرسمية طبقا للمادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

الفرع الثاني- القوة الإثباتية للسندات الرسمية

سنحاول أن نتعرف من خلال هذا الفرع على الدور الذي تلعبه السندات الرسمية في العملية الإثباتية ، عندما يتعلق الأمر بالملكية العقارية ، فهل لها حجية قاطعة أم أن حجيتها أقل من ذلك؟.

و حتى تتضح الصورة ، رأينا أنه من الضروري البحث في مسألتين ، الأولى ذات بُعد نظري تتعلق بدراسة حجية السندات الرسمية ؛ أما الثانية فذات بُعد تطبيقي تتعلق بمعرفة مكانة السندات الرسمية في اثبات الملكية العقارية أمام القضاء .

أولاً: الحجية القانونية للسندات الرسمية

لقد نص المشرع على حجية المحرر الرسمي في المواد من 324 مكرر 5 إلى 324 مكرر 7 من القانون المدني ، و جعل له حجية مطلقة على الناس كافة متى توفرت فيه الشروط المطلوبة لاعتباره محرراً رسمياً ؛ و هذه الشروط سبق و أن تعرفنا عليها في السندات التوثيقية و هي نفسها بالنسبة لباقي السندات الرسمية ، فالمحرر حتى يرقى إلى سند رسمي ، ينبغي أن يصدر من موظف أو ضابط عمومي (موثق ، قاضي ، موظف في إدارة أملاك الدولة ...)، و في حدود سلطته و اختصاصه مع وجوب مراعاة الأشكال القانونية في تحريره .

غير أن القاعدة التي وضعها المشرع بشأن حجية السندات الرسمية لا تؤخذ على إطلاقها ، فإذا كانت حجية السند الرسمي في الإثبات هي حجية على الناس كافة ، سواء تعلق الأمر بأطرافه أو الغير ، فإنه يجب التفريق بين الوقائع التي أثبتتها الموظف العام ، مما جرى تحت سمعه و بصره و التي فيها مساس بأمانته، فهذه حجيتها مطلقة و لا يجوز انكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير ، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموظف العام ، و اقتصر نظر هذا الأخير على تسجيلها بناء على تصريحاتهم ، فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية و يمكن اثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات دون حاجة للطعن فيها بالتزوير⁽¹⁾ .

كما أنه عندما يتعلق الأمر بإثبات الملكية العقارية ، فإن وجود سند رسمي لا يكفي لإثبات ما تضمنه، ذلك أن حجيته متوقفة على شهره بالمحافظة العقارية ، و هذا ما أكده المشرع في عدد من النصوص القانونية المتفرقة ، و خاصة المادتان 15 ، 16 من الأمر 74/75 المتضمن إجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري .

و بالرجوع إلى هاتين المادتين ، يتبين أن المشرع ، بعد تبنيه لنظام الشهر العيني ، لم يعد يعترف بغير الشهر للدعاء بالملكية العقارية ، فهو كشرط لوجود الحق العيني و كشرط للاحتجاج به في مواجهة الغير⁽²⁾ ، لكن قبل تبني هذا النظام ، كان نظام الشهر الشخصي هو السائد و العقود التي أبرمت قبل 1971/01/01 لم يكن المشرع يشترط فيها ، لا الرسمية، و لا الشهر لنشوء الحق العيني ، لكن الرسمية و الشهر كانا ضروريين حتى يكون للسند حجية في مواجهة الغير⁽³⁾؛

(1)- المحكمة العليا ، قرار رقم 190514، مؤرخ في 2000/03/29 ، المجلة القضائية ، عدد 01 ، سنة 2000 ، ص 154 .

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 64 ، 68 .

(3)- وفقاً للمرسوم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بالشهر.

فبالنسبة لكونه شرطا لوجود الحق العيني، ذلك لأن الشهر هو وحده الذي ينقل أو يصرح أو ينشئ أو يعدل الحقوق العينية العقارية لما له من أثر منشئ، فإذا تم شهر حق الملكية فإنه يسري في مواجهة كافة من تاريخ الشهر، ما عدا الحقوق الميراثية التي تنتقل فيها الملكية بالوفاة و يعتبر فيها الشهر كاشفا للملكية⁽¹⁾.

أما بالنسبة لكونه شرطا للاحتجاج بالحق العيني، ذلك لأن الشهر هو إجراء يتطلبه القانون أساسا بغية اعلام الغير بحصول التصرف الذي نقل أو عدل أو صرح بالحق العيني، و الحق غير المشهر لا يمكن الاحتجاج به سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، و بالتالي فإن الشهر هو مناط الاحتجاج⁽²⁾.

غير أن هذا الكلام لا ينطبق على السندات التي حررت من طرف القاضي الشرعي⁽³⁾، لأن قانون الشهر الصادر عن الجمهورية الفرنسية يخص الرعايا الفرنسيين، و الأهالي فيما بينهم كانوا يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2006/04/12، تحت رقم 348178، جاء فيه: " العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر 91/70)، الثابتة التاريخ و غير المشهورة، صحيحة و منتجة لأثارها"⁽⁴⁾.

و بناء على ما تقدم، نصل إلى أن السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية لا تصلح كدليل للإثبات، ما لم يكن لها أصل ثابت بمصلحة الحفظ العقاري، و لا يفيد كونها سندات رسمية، بل تجرد من قيمتها طالما لا تصلح في إثبات ما تتضمنه.

و قد ألزم المشرع من خلال المادة 90 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعملوا على اشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للشهر و المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم و ذلك ضمن الآجال المحددة قانونا.

و لا يثير الأمر أي اشكال بالنسبة للعقود التوثيقية التي يقع واجب اشهارها على الموثق، لكن الاشكال يثور بالنسبة للسندات الإدارية، و كذا السندات القضائية؛

فبالنسبة للسندات الإدارية، فقد سجلت عدّة حالات لتقاعس الإدارة عن اتمام شكليات التسجيل و الإشهار، هذه الحالات التي يدفع ثمنها المواطن الذي يجد نفسه في وضعيات مسدودة تشله عن التصرف في عقاره، الشيء الذي دفعنا للتساؤل: هل يدخر القانون حقا للمشتري يمكنه اللجوء إلى القضاء الإداري بغية أمر الإدارة لإتمام هذه الشكليات؟

من المبادئ المستقر عليها قضاء، أن القاضي الإداري لا يسوغ له توجيه أوامر للإدارة طبقا لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يمنع القاضي من القيام بعمل من الأعمال التي تدخل ضمن اختصاص الإدارة؛ غير أن هذا المبدأ ليس على اطلاقه، فلكل قاعدة استثناء، خاصة إذا علمنا أن هذا الحظر لا يجد له مبررا قانونيا،

(1)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر، (المرجع السابق)، ص 68.

(2)- بن الشيخ آث ملويا لحسين، "المنتقى في عقد البيع"، (المرجع السابق)، ص 254.

(3)- انظر إلى رأي مخالف يرى بأن هذه السندات تبقى حبيبتها حبيسة أطرافها و لا تمتد إلى الغير إلا بعد الشهر؛ بن عبيدة عبد الحفيظ، (المرجع السابق)، ص 69.

(4)- مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2006، ص 435.

و بالتالي يستطيع القاضي الإداري التدخل كلما لزم الأمر ، باستحداث استثناءات قضائية ، يقوم بموجبها بتوجيه أوامر للإدارة دون أن يشكل ذلك تدخلا في أعمال الإدارة، كما أن المشرع قد أجاز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة في حالتي التعدي و الاستيلاء⁽¹⁾ .

و في هذا الإطار ، نشير إلى أن هناك من كَيّف رفض الإدارة القيام بشكليات التسجيل و الشهر العقاري بمثابة حالة تعدي⁽²⁾ ، غير أننا نعتقد بأن التعدي هو أخطر من ذلك ؛ تكون فيه الإدارة قد خرجت بشكل فاضح عن صلاحياتها و استحوذت على سلطات سلطة أخرى⁽³⁾ ، و امتناع الإدارة عن شهر العقد لا يصل إلى تلك الخطورة ، و إنما يشكل إخلالا بالتزام تعاقدي ، الأمر الذي يمكن اعتباره من ضمن الاستثناءات⁽⁴⁾ الواردة على مبدأ "عدم جواز توجيه أوامر للإدارة" ، و قد أخذ القضاء الإداري الجزائري بهذا الاستثناء ، حيث هناك قرارات وّجه فيها القاضي الإداري أوامر للإدارة لتنفيذ التزاماتها التعاقدية ، و من تلك القرارات ، قضى مجلس الدولة بتاريخ 2000/01/31 في قضية حدو محمد ضد بلدية موزاية بإلغاء القرار المستأنف فيه و بعد التصدي للدعوى من جديد ، إلزام بلدية موزاية بالقيام بإجراء الشهر للعقد الإداري المحرر في 1988/11/10 و المتضمن ببيع قطعة أرض⁽⁵⁾ .

كما أن المشرع ، و في إطار تفعيله لسلطات القاضي الإداري ، قام بتلئين هذا المبدأ بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد ، لحمل الإدارة على تنفيذ القرارات القضائية ، حيث خصص المشرع الباب السادس من الكتاب الرابع لمسألة تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية ، وسع من خلاله من سلطات الجهات القضائية الإدارية في مواجهة الإدارة ؛ فإذا تطلب تنفيذ أمر أو حكم أو قرار قضائي إلزام الإدارة باتخاذ تدابير تنفيذ معينة ، تأمر الجهة القضائية الإدارية الإدارة بناء على طلب المدعي في نفس الحكم الصادر عنها باتخاذ التدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ ، كما يمكن للقاضي الإداري الحكم بالغرامة التهديدية على الإدارة لحملها على تنفيذ القرار أو التدبير المأمور به ، و في حالة عدم التنفيذ لها أن تفصل في تصفية الغرامة التهديدية التي أمرت بها.

بل و قد وضع المشرع حلا صريحا لمسألة شهر العقود الإدارية، تتأكد من خلاله وجهة نظرنا بأن رفض الشهر لا يدخل ضمن حالات التعدي ، بحيث قام بتوسيع اختصاصات القاضي الإداري الاستعجالي ، لتطال مادة ابرام العقود و الصفقات العمومية ، فمن خلال المادتين 946 ، 947 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، يجوز للمحكمة الإدارية بعد اخطارها بعريضة عن حالة الإخلال بالتزامات الإشهار التي تخضع لها عملية ابرام العقود الإدارية ، أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته ، و تحدد الأجل الذي يجب أن يمثل فيه ، و يمكن لها أيضا أن تحكم بالغرامة التهديدية التي تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد .

(1)- نصّ عليها المشرع في المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم ، و في المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد .

(2)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، ص 50 .

(3)- راجع في هذا الصدد: بن الشيخ آث ملويا لحسن، " دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول- المسؤولية على أساس الخطأ" ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 69 و ما يليها.

(4)- بن الشيخ آث ملويا لحسين ، "دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)" ، الطبعة الأولى ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، ص 480 .

(5)- قرار منشور في كتاب: بن الشيخ آث ملويا لحسين، "المنتقى في قضاء مجلس الدولة"، الجزء2، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 183.

كل هذه الإجراءات التي أتى بها المشرع ، ستؤدي حتما إلى تصحيح عدد من الوضعيات الراكدة ، يطمئن من خلالها المواطن في الحصول على حقه في مواجهة الإدارة .

أما بالنسبة للسندات القضائية ، فقد أثبتت الممارسة الميدانية وجود عدّة أحكام تتعلق بنقل ملكية عقارية أو تعديلها أو التصريح بها ، ترفض المحافظة العقارية اشهارها كونها لا تحتوي على كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار ، فكثيرا ما يصادق القضاء على تقارير خبرة غامضة ، لم يجهد فيها الخبير نفسه بتحديد الأنصبة و المساحة و الحدود و تقدير كل نصيب ، مما يتسبب في تعطيل التسجيل⁽¹⁾ و رفض الشهر .

كما أن هناك اشكال آخر يتعلق بالجهة التي تتولى شهر الأحكام ، فانطلاقا من نص المادة 90 من المرسوم 63/76 المشار إليه أعلاه يظهر أن كتابة الضبط هي التي تتولى هذه المهمة ، لكن الواقع شيء آخر، فباستثناء الأحكام المتعلقة برسو المزاد التي أوكل فيها المشرع المحضر القضائي بشهرها ، فإن باقي الأحكام الأخرى، يفرض المحافظ العقاري فيها على صاحب السند افراغه في عقد توثيقي قبل شهره⁽²⁾، يطلق عليه " عقد ايداع توثيقي لحكم قضائي" .

ثانيا: مكانة السندات الرسمية في اثبات الملكية العقارية أمام القضاء

ذهبت المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2001/07/25 ، تحت رقم 213574⁽³⁾، إلى اعتبار الملكية العقارية واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة وسائل الإثبات؛ حتى أن الممارسة التطبيقية دلت على أن بعض الجهات القضائية تعتبر بعض الوثائق الإدارية كسندات ملكية⁽⁴⁾، مثل: رخصة البناء ، مداولة المجلس الشعبي البلدي ، أو بطاقة التصريح بالإقامة ، أو المراسلات الإدارية ... ، و قد حذت في ذلك حذو القضاء الفرنسي ، الذي استقر على اخضاع الملكية العقارية لمبدأ حرية الإثبات ، و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في العديد من قراراتها من أمثلتها قرارها الصادر بتاريخ 2009/05/20⁽⁵⁾ .

غير أن موقف القضاء الفرنسي إذا كان له ما يبرره باعتبار أن مشرعه لم يحدد طبيعة هذا الدليل أو شكله، و لا يعترف بالدقتر العقاري كدليل رسمي قاطع لإثبات الملكية العقارية ، إلا في منطقة "الألزاس و اللورين"⁽⁶⁾، فإن القضاء الوطني قد أثار الجدل بموقفه ، بما أن المشرع اشترط صراحة السند الرسمي و الشهر لإثبات الملكية العقارية ؛ و تأكيدا على هذا الاتجاه تنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري " يثبت الملكية الخاصة للأمالك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري" ، خاصة إذا علمنا أيضا أن الشكل يعتبر كركن لصحة التصرفات الواردة على العقارات ، الأمر الذي لا يشترطه المشرع الفرنسي .

(1)- ولد الشيخ شريفة ، (المرجع السابق) ، ص 154 .

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 58

(3)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، هامش صفحة 122 .

(4)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 56 .

(5)- cass civ, chambre civile 1 , 20 mai 2009.

محلّ من الرابط الإلكتروني التالي: [www.legifrance.gouv.fr/rechjurijudi.do ?reprise=true&page=1]

(6)- **BUFFET Christophe** , La preuve de la propriété, 26 avril 2010 , [www.village-justice.com/articles/preuve-propriete-immobiliere,7741.html], 09/09/2010 .

كما أن القضاء الفرنسي لا يعترف بوجود دليل لإثبات الملكية العقارية على وجه قاطع و حاسم، فهل ينطبق هذا الأمر أيضا عندنا ؟

لو أعدنا تصنيف السندات الرسمية التي سبق و أن درسناها ، يمكن تصنيفها في قسمين ، قسم يتضمن السندات الناقلة للملكية ، و القسم الآخر يتضمن السندات المصرحة للملكية ، فأما السندات الناقلة للملكية فهي لا تثبت حق الملكية و إنما تثبت مصدره ، و هو التصرف القانوني الذي يكون إما عقدا (البيع ، الهبة ، المقايضة ...) ، أو تصرفا بالإرادة المنفردة (كالوصية) .

فهذه السندات إن كانت تمثل اثباتا لتصرف صحيح ، فإنها لا تثبت الملكية على وجه قاطع و حاسم، و لبيان ذلك ، فلنفرض أن المدعي في دعوى الاستحقاق قدم عقد شراء سندا لملكيته ، فذلك لا يكفي إذ يجب أن يثبت أيضا أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد انتقلت إليه ، فإذا هو قدم سند ملكية البائع له ، و هو أيضا عقد شراء صادر من سلفه ، فذلك لا يكفي إذ يجب أن يثبت أن البائع لباعه كان مالكا وقت أن باع للبائع ، و هكذا تتسلسل سندات التملك إلى ما لا نهاية ، و يكون الدليل الذي يطالب به المدعي أمرا متعذرا ، بل هو كما يقال عنه "دليل شيطاني"⁽¹⁾ .

إلا أن هذه الفرضية يصعب تحقيقها في محيطنا القانوني ، فطبقا لقاعدة الأثر الإضافي للشهر ، لا يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بشهر أية وثيقة ناقلة للملكية العقارية ما لم يكن لها أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية تثبت حق المتصرف الأخير في العقار ، بحيث تنتقل الملكية العقارية بطريقة واضحة لا لبس فيها ، يمكن من خلالها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على الملكية ، و هذا من شأنه الحيلولة دون وقوع تصرفات مزدوجة على ذات العقار⁽²⁾ ؛ و قد كرس المشرع هذا المبدأ في نص المادة 88 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

و رغم هذا، فإن هذه المادة لا تجد لها مكانا للتطبيق قبل سريان المرسوم الذي يتضمنها، و السندات التي أشهرت قبل ذلك التاريخ، طبّق عليها المرسوم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 الصادر عن الجمهورية الفرنسية، حيث كانت تشهر السندات وفق نظام الشهر الشخصي، الذي يصعب فيه التعرف على المالك الأخير، لصعوبة البحث في السجلات الشخصية التي يتطلب البحث فيها، المعرفة الدقيقة لأسماء الملاك الذي تعاقبت ملكيتهم للعقار⁽³⁾ .

أما بالنسبة للسندات المصرحة للملكية ، فنخص بالذكر السندات المسلمة من ادارة أملاك الدولة إثر التحقيقات التي أجريت بموجب التشريعات الفرنسية ، أو قانون الثورة الزراعية ، فهذه السندات لا تنطبق عليها الفرضية السابقة ، و بالتالي يفترض مبدئيا أن لها دلالة قاطعة في الإثبات ، إلا أن هذه السندات في الوقت الحاضر ، لم تعد تعكس الوضعية العينية للعقارات بسبب أعمال التصرف أو القسمة الودية أو التبادل دون تسجيل أو شهر ، لهذا قد يحدث أن تنتقل الملكية واقعا مع بقاء سندات الملكية باسم المالك الأول ، و بالتالي ينبغي أن ترفق هذه السندات دائما بالشهادة السلبية و ذلك للتأكد من الحالة الراهنة للعقارات و الحقوق العينية المتعلقة بها⁽⁴⁾ ، دون استبعاد استعانة القضاء بخبير عقاري يقوم بالتحري إذا كان السند ينطبق فعلا على العقار من حيث المكان ، المساحة و الحدود ؛

(1)- BUFFET Christophe , op.cit.

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 219 .

(3)- حمدان حسين عبد اللطيف، "نظام السجل العقاري"، منشورات الحلبي، لبنان، 2003، ص 23، 24.

(4)- بن عبيدة عبد الحفيظ ، (المرجع السابق) ، ص 12 .

هذا إضافة إلى بعض السياسات العقارية المنتهجة بعد الاستقلال ، فأغلب الأراضي تم ادماجها في الأملاك الوطنية ، سواء في اطار الأملاك الشاغرة بعد 1962 أو في اطار الثورة الزراعية لسنة 1971 أو الاحتياطات العقارية لسنة 1974، و أغلب عقود تلك الأراضي لم تسحب من أصحابها⁽¹⁾ ، لكنها أصبحت في حكم الملغاة و لا أثر لها ، ما لم يثبت مقدم العقد القديم بأن أرضه لم يشملها قانون 102/66 المتضمن أيلولة الأملاك الشاغرة للدولة، و لا اجراءات الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية ؛ غير أن قضاة المحكمة العليا في هذه المسألة، اتخذوا موقفا آخر عندما اعتدوا بعقد رسمي محرر قبل صدور قرار التأميم، و ذلك في قرار لهم⁽²⁾ تحت رقم 481169 ، صادر بتاريخ 2008/10/15 ، جاء فيه: " لا حجية لقرار التأميم أو قرار الاسترجاع في مواجهة العقد الرسمي".

لكن رغم هذا ، تبقى السندات الرسمية أدلة اثبات ظنية غير قطعية في ظل تطبيق أحكام التقادم المكسب، فعندما نكون بصدد نزاع قضائي ، القضاة لا يتقيدون في تكوين اقتناعهم بسندات الملكية المقدمة كدليل في الدعوى حتى و إن كانت مستوفية لجميع الشروط المطلوبة قانونا من الشكل الرسمي و الشهر ، ذلك أن التقادم المكسب يسري حتى على العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة ، بما أن المشرع لم يضع استثناء في هذا الشأن، كما أن قضاة المحكمة العليا ساروا على هذا النهج فاصدروا عدّة قرارات تؤيد هذا الاتجاه من أمثلتها /

- قرار رقم 232683 ، مؤرخ في 2002/05/22 ، جاء فيه : " ... و حيث أن العقود المقدمة إذا أثبتت ملكية مورثة الطاعنين على العقار المذكور ، فإن حيازة المدعى عليه ثابتة ؛ و حيث كما أشير إليه سابقا في الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب لا تثبت بالعقود الرسمية بل تثبت بكل الوسائل"⁽³⁾ .

- قرار رقم 300815 ، مؤرخ في 2005/05/18 : " المبدأ: يقوم اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب على الحيازة و شروطها و مدتها ؛ لا فرق بين العقارات من حيث توفر أو انعدام السند"⁽⁴⁾ .

إن تبني هذا الموقف ، يجعل من التقادم المكسب هو الطريق الوحيد في الإثبات ذو دلالة يقينية قاطعة في ثبوت الملكية عند وجود نزاع قضائي ، فمتى أثبت المدعي أنه حاز العقار مدة خمس عشرة سنة متواليات دون انقطاع ، و أن حيازته هذه استوفت شروطها ، فقد تملك العقار بالتقادم و كان هذا دليلا قاطعا على ملكيته ؛ بل يستطيع المدعي إذا كان حسن النية و معه سند صحيح ، أن يملك العقار بحيازته مدة عشر سنوات ، و يكون التقادم القصير في هذه الحالة دليلا قاطعا على الملكية .

(1)- بن عبيدة عبد اللطيف، (المرجع السابق)، ص 36 .

(2)- مجلة المحكمة العليا، عدد2، 2008، ص 277.

(3)- المجلة القضائية ، عدد 1 ، سنة 2003 ، ص 326 .

(4)- مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، 2010 ، ص 268 .

غير أن التقادم طويلا كان أو قصيرا ، ليس من السهولة اثباته بصفة قاطعة ، فهو يقوم على الحيابة التي هي واقعة مادية يجوز اثباتها بجميع طرق الإثبات ، و أيا كان هذا الطريق ، فإنه يشكل محض قرينة قضائية تشير إلى مجرد احتمال ، و يمكن دحضه بقرينة أقوى ، و من ذلك مثلا تقديم رخصة البناء أو شهادة التصريح بالإقامة أو حكم قضائي ليست له حجبة في الدعوى المطروحة أو عقد بيع باطل أو شهادة حيازة (لو أمكن تحريرها على عقار له سند ملكية) .

كما أن المشرع وضع قرينين قانونيين لإثبات الملكية بواسطة التقادم المكسب ؛ الأولى تعفي الحائز من اثبات الركن المعنوي للحيازة ، فيكفي أن يثبت الركن المادي ، لتقوم قرينة قانونية بسيطة على وجود الحيازة القانونية⁽¹⁾، أما الثانية ، فقد نصّ عليها المشرع في المادة 823 من القانون المدني التي تجعل من الحيازة قرينة على الملكية و من يدعي العكس عليه اثبات ذلك .

و لا يبقى في هذه الحالة أمام المالك الذي يحوز سند ملكية حتى يدحض هذه القرائن ، إلا أن يثبت إلى جانب ملكيته للأرض ، حيازته لها ، و له أيضا أن يستعين في ذلك بجميع طرق الإثبات المتوفرة لديه⁽²⁾ .

ليأتي دور قاضي الموضوع في إجراء الموازنة بين الأدلة المقدمة ، و اقتناعه بها أمر موضوعي متروك لضميره و وجدانه بما له من سلطة تقديرية و سيادة على الوقائع ، و هو لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا التي تقتصر رقابتها على المسائل القانونية ، بما في ذلك مراقبة تسبيب الأحكام⁽³⁾ ؛ فالسلطة التقديرية المتروكة لقاضي الموضوع، لا تعفيه من تسبيب حكمه حتى يقتنع به الخصوم ، و من هذا المنطلق، يتقيد القاضي في حكمه بالأدلة القضائية ، فلا يجوز أن يبني حكمه على أدلة لم تطرح أمامه في الجلسة أو لم يعلم بها الخصوم أو من معلوماته الشخصية ، و منه يجب أن يبين في الحكم مضمون الأدلة التي استند عليها و سبب ترجيحها ، و إلا نقض حكمه على أساس القصور في التسبيب.

و من هنا نشير إلى أن القضاة في هذا النوع من القضايا ، عادة ما يلجؤون إلى تعيين خبير عقاري يتولى الإجابة عن تساؤلاتهم ، بالانتقال إلى عين المكان و إجراء تحقيق و دراسة الوثائق المقدمة من الأطراف ، و سماع الشهود من الجيران و محرر تقريرا بذلك ، يبيّن عليه القضاة اقتناعهم و يصدرون حكمهم ؛ أو يتولون اجراء تحقيق بأنفسهم في المسائل غير الفنية التي لا تستدعي الاستعانة بخبير فيها ، و يحيلون في تسبيب حكمهم إلى نتائج الخبرة ، دون أن يمس ذلك بكفاية تسبيبهم .

إن النتيجة التي نصل إليها في هذا الشأن ، تفيدُ بمحدودية السندات الرسمية في إثبات الملكية العقارية ، في ظل سريان أحكام التقادم المكسب .

(1)- DJOUDI jamel, « POSSESSION » , répertoire droit civil , Dalloz , mai 2002 , N°59, p 10 .

(2)-Ibid, N° 58 , p. 10

(3)- SOHN-BOURGEOIS Anne-Marie , « PRESCRIPTION ACQUISITIVE » , répertoire droit civil , Dalloz , mars 2002 , N° 57 , p. 08 .

المطلب الثاني- السندات العرفية

لقد نتج عن السياسة الهجينة التي اتبعها المشرع في الميدان العقاري ، الاعتراف في مرحلة من المراحل، بالسندات العرفية كمحررات تثبت الملكية العقارية ، و ذلك استثناء على السائد حاليا، حيث أصبحت الرسمية كركن للانعقاد و ليس وسيلة للإثبات فقط .

لكن الأمر ليس بالبساطة التي يظهر عليها ، فرغم وضوح موقف المشرع من العقود العرفية إلا أن اقبال الأفراد على المعاملات العرفية بقي في تزايد ، خصوصا أمام تردد القضاء في تطبيق القانون بكل صرامة .

و حتى تتضح الرؤيا، نرى أنه من الضروري البحث في المسألتين التاليتين:

- نبحث في الفرع الأول عن شروط العقد العرفي المعد للإثبات

- أما الفرع الثاني فسنبحث فيه عن موقف القضاء الوطني من الاحتجاج بالعقد العرفي

الفرع الأول- شروط المحرر العرفي المعد للإثبات

بما أن دراستنا تدور في فلك الملكية العقارية ، فإن شروط المحرر العرفي بعضها مقنن في القواعد العامة، أما بعضها الآخر فمنصوص عليه في التشريع العقاري؛ و مهما يكن، فهذه الشروط إما تتعلق بصحة العقد العرفي و إما تتعلق بحجبيته .

أولا: الشروط المتعلقة بصحة المحرر العرفي

يقصد بالسندات العرفية تمييزا لها عن السندات الرسمية، هي تلك الأوراق المحررة بمعرفة أفراد عاديين دون تدخل أي موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي في تحريرها .

و انطلاقا من المادة 327 من القانون المدني ، يشترط لصحة المحرر العرفي المعد للإثبات شرطان أساسيان/

1. الكتابة/

يجب أن يكون المحرر العرفي مكتوبا مبيّنا الواقعة أو التصرف المراد اثباته ، و لا يشترط فيه شكليات أو بيانات معينة ؛ فلا يشترط في الكتابة شكلا معينا ، فقد تكون بخط اليد أو بالآلة الراقنة ، و قد تكون باللغة العربية أو لغة أخرى ، كما لا يشترط أن يتضمن المحرر بيانات معينة ، إذ يكفي أن يتضمن البيانات الجوهرية التي تحدد طبيعة الواقعة أو التصرف المراد اثباته⁽¹⁾، و من هنا تتجلى اشكالية السندات العرفية ، إذ أن محتواها غالبا لا يحدد العقار تحديدا دقيقا من حيث المساحة و الحدود ، مما يصعب من عملية شهرها في المحافظة العقارية .

(1)- بكوش يحي ، " أدلة الإثبات في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي " ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1988 ، ص 128 ، 129 .

2. التوقيع/

يعتبر التوقيع شرطا جوهريا^(*) ، ينسب على أساسه المحرر إلى الموقع و تصبح له قوة في الاثبات ؛ فالتوقيع يتضمن قبول الموقع بالمكتوب في المحرر .

و التوقيع المطلوب هو توقيع من تعتبر الورقة دليلا ضده ، فإذا كان السند مثبتا لعقد ملزم لجانبين مثل عقد البيع ، فيجب أن يوقع عليه كل من المتعاقدين .

أما عن كيفية التوقيع ، فبعد تعديل المشرع للمادة 327 من القانون المدني سنة 2005 ، أصبح يعتد بصور أخرى للتوقيع تتمثل في بصمة الأصبع أو التوقيع الإلكتروني ، لكن قبل ذلك ، لم يكن يعترف إلا بالإمضاء كصورة للتوقيع .

ثانيا: الشروط المتعلقة بحجية المحرر العرفي

حتى ترقى السندات العرفية إلى سندات مثبتة للملكية العقارية ، لا يكفي أن تتوفر شروط صحتها ، و إنما ينبغي أيضا أن تستوفي شروطا أخرى متعلقة بحجيتها مستنبطة من المنظومة القانونية ، هذه الشروط تختلف بحسب الخصم المحتج بها ضده ، إذا كان من الأطراف أو الغير .

1. شروط المحرر العرفي حتى تكون له حجية فيما بين أطرافه/

إن حجية السند العرفي في هذه الحالة، متوقفة على تاريخ تحريره ، و على عدم انكاره ، و هذا ما سندرسه فيما يلي/

أ. حجيته متوقفة على تاريخ تحريره

يفيد تاريخ تحرير السند العرفي في معرفة التشريع الذي كان مطبقا آنذاك^(*) ، فقبل صدور الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق، كانت المعاملات العقارية من بيع ، هبة ، تبادل تخضع لأحكام القانون المدني الفرنسي و أحكام الشهر العقاري المذكورة في المرسوم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 ، و اللذان أبقى العمل بهما بعد الاستقلال بموجب القانون 157/62 الذي مدد من العمل بالتشريعات الفرنسية إلا ما كان منها ماسا بالسيادة الوطنية⁽¹⁾ .

إن التشريعات الفرنسية التي كانت سارية المفعول بعد الاستقلال ، لم تكن تشترط لصحة المعاملات العقارية الشكل الرسمي ، مكرستا مبدأ الرضائية في ابرام العقود⁽²⁾ ، الشيء الذي ساهم في انتشار المعاملات العرفية ، لقلة تكاليفها و بساطة إجراءاتها ، إضافة إلى اتساع رقعة الأراضي غير الموثقة .

(*)- إن الصياغة الجديدة للمادة 327 من القانون المدني بعد تعديلها سنة 2005 ، تحمل على الضنّ بأن التوقيع لا يعد شرطا جوهريا لنسبة المحرر العرفي إلى من كتبه ، فاستعمال المشرع للأداة "أو" ، تعني أن الكتابة تغني عن التوقيع .

(*) فالمادة 08 من القانون المدني تنص : " تخضع الأدلة المعدة مقدما للنصوص المعمول بها في الوقت الذي أعد فيه الدليل ، أو في الوقت الذي كان ينبغي فيه اعداده" .

(1)- YOUNSI HADDAD .(N.) , " L'Acte sous seing privé et les transaction immobilières", revue IDARA, volume 8 , n°1 , 1998 , p. 76 .

(2)- ولد الشيخ شريفة ، (المرجع السابق) ، ص 141 .

لكن بعد صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان مفعوله في 01/01/1971 ، جاءت المادة 12 منه و أوجبت بصريح النص الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق ، لتجعل من الشكل الرسمي ، ركنا ركينا في التصرفات المتضمنة نقل الملكية العقارية و شرطا جوهريا في اثبات الملكية العقارية .

و انطلاقا مما سبق ، فإن جميع العقود التي حررت قبل 01/01/1971 في الشكل العرفي ، هي عقود صحيحة إذا ما توفرت فيها أركان العقود من تراضي ، محل و سبب ، و لها قوة ملزمة بين أطرافها ، و تعتبر حجة عليهم بما تتضمنه طبقا للمادة 106 من القانون المدني ، و يشهد التاريخ المدون على المحرر على تاريخ تحريره ، و يعتبر حجة على المتعاقدين شأنه في هذا شأن جميع البيانات الأخرى المدونة في المحرر ، فإن نازع أحد المتعاقدين في صحة هذا التاريخ كان عليه أن يدحضه وفقا للقواعد العامة .

و تجدر الإشارة في هذا الصدد ، أن حجية هذه العقود فيما بين أطرافها غير متوقفة على شهرها ، فلها هذه الحجية حتى قبل الشهر ، لأن نظام الشهر الذي كان مطبقا آنذاك هو نظام الشهر الشخصي ، و لا مجال لإعمال نص المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

ب. حجيته متوقفة على عدم انكاره

أفصح المشرع عن هذا الشرط في المادة 327 من القانون المدني ، و جعل القوة الإثباتية للمحرر العرفي فيما بين أطرافه ، متوقفة على عدم انكار ممن ينسب إليه الكتابة أو التوقيع أو بصمة الأصبع ، فإذا هو أنكر ذلك زالت عن المحرر العرفي حجيته مؤقتا ، و حينئذ يتعين على المتمسك به أن يثبت صدوره ممن يحتج به عليه⁽¹⁾ ، و ذلك بأن يطلب من المحكمة أن تأمر بمضاهات الخطوط للتأكد من صحة الخط أو التوقيع على المحرر العرفي، وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (المواد من 164-174) .

و قد اشترطت نفس المادة أن يكون انكار المنكر صراحة ، أما إذا لم يكن كذلك بأن عرض عليه المحرر و سكت أو شكك بأن قال لا أتذكر ، فيعتبر هذا المحرر صادرا منه و يحتج به في مواجهته ، فليس له الانكار بعد ذلك .

و حجية المحرر العرفي تمتد حتى إلى خلفه العام و خلفه الخاص^(*) إن وجدوا ، غير أن هؤلاء لا يطلب منهم الانكار ، و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق .

و يجدر البيان ، أن بعض المحررات العرفية لا يكفي فيها الانكار الصريح حتى تهدر حجيتها ، و إنما لا بد من سلوك طريق الطعن بالتزوير ، و يتعلق الأمر هنا خصوصا ، بالأوراق العرفية المصادق على توقيعاتها

(1)- بكوش يحي ، (المرجع السابق) ، ص 138 .

(*)- لا يعتبر الخلف العام و الخاص للمتعاقد من الغير ، و انصراف آثار العقد إليهما يدخل ضمن تطبيق مبدأ الأثر النسبي للعقد و ليس خروجاً عنه .

من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الموظف المفوض أو من طرف ضابط عمومي^(*) ، و هذه الحالة كثيرة في الحياة العملية ، تتضمن اشهاد من الموظف المذكور على توقيعات الأطراف بعد الاطلاع على أوراقهما الثبوتية ؛ و يتبع في دعوى التزوير الإجراءات المنصوص عليها في المواد من 175-178 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ؛ و هذا لا يعني بأي حال من الأحوال ، سيرورة المحرر العرفي محررا رسميا ، فالتصديق على توقيعات الأفراد لا يضيف طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه ، ذلك لأن الهدف منه لا يتعدى إلى اثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة ، و إنما الهدف منه هو اثبات هوية الموقع فقط⁽¹⁾ .

2. شروط المحرر العرفي حتى تكون له حجية اتجاه الغير/

يشترط في المحرر العرفي حتى تكون له حجية في مواجهة الغير ، أن يكون له تاريخ ثابت ، و أن يكون مشهرا بالمحافظة العقارية .

أ. حجيته متوقفة على ثبوت تاريخه

إن حجية تاريخ المحرر العرفي بالنسبة للغير ، متوقف على ثبوته ، فالتاريخ العادي الذي يدونه أطراف التصرف ليس له أثر على الغير و لا يحتج به عليه نظرا لأنه لم يشترك في تحرير السند ، فيستطيع الأطراف تقديم أو تأخير التاريخ بما يضر مصلحة الغير ، و الهدف من اشتراط ثبوت التاريخ ، هو حماية الغير من غش و تحايل يصعب عليه اثباتهما .

و قد حدد المشرع الحالات التي يكون فيها التاريخ ثابتا في المادة 328 من القانون المدني، و هي أربع حالات:

- من يوم تسجيل المحرر العرفي ، و يكون ذلك بقيد ملخص عنه في سجل خاص معد لهذا الغرض ، كتسجيله في مصلحة التسجيل و الطابع لدى مفتشية الضرائب ، علما أنه بموجب قانون المالية لسنة 1992 ، أصبح مفتشو التسجيل ممنوعين من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية⁽²⁾ .

- من يوم أن يثبت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام ، بشرط أن يتم ذكر مضمون المحرر العرفي بصورة واضحة لا تؤدي إلى أي لبس ، مثلا أن تتم الإشارة إلى المحرر العرفي في حيثيات الحكم الذي يصدره القاضي .

- من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص ، و مثال التأشير ، أن يُقدّم المحرر أمام ضابط الحالة المدنية للمصادقة على امضاءات الأطراف .

(*)- كما هو الحال بالنسبة لعقد الليف ، فعلى الرغم من كونه عقدا محررا من طرف الموثق (ضابط عمومي) ، إلا أنه يعتبر عقدا عرفيا ، لأن الموثق يقتصر دوره فيه على تلقي تصريحات الأطراف و الشهود فقط .

(1)- انظر حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، ص 17 .

(2)- المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992.

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو امضاء ، غير أن هذه الحالة الأخيرة تحتاج للتثبت منها الفصل في مسألة انتساب الخط أو الإمضاء إلى المتوفي ، و هي مسألة من اختصاص القضاء⁽¹⁾.

ب. حجيتة متوقفة على شهره

إن المحرر العرفي الثابت التاريخ لا تمتد حجيتة إلى حق الملكية المدعى به و المتولد عن مضمون السند العرفي، ذلك لأن حجيتة في هذه الحالة متوقفة على شهره في المحافظة العقارية و قد أجاز المشرع شهر السندات العرفية بشرط أن يكون لها تاريخ ثابت قبل 1971/01/01 ، و هذا أمر بديهي ، لأن بعد هذا التاريخ أصبحت الرسمية المكرسة بموجب قانون التوثيق -القانون 91/70- ركنا في المعاملات العقارية.

و قد سبق و أن تعرفنا على الحالات التي يكون فيها للسند العرفي تاريخ ثابت ، و هي حالات محصورة في القانون، رغم هذا فإن السندات العرفية غير ثابتة التاريخ لا تفقد كل قيمة لها ، لأنه يمكن اثبات حجيتها عن طريق القضاء ، و هذا ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1994/03/29 و على القاضي قبل تثبيت صحة المحرر العرفي التأكد من تاريخ تحريره⁽²⁾.

أما عن كيفية شهرها ، فيكون باللجوء إلى الموثق لتحرير عقد ايداع رسمي بشأنها ، لأن الرسمية إن لم تكن ركنا في التصرف ، فهي شرط لشهره بالمحافظة العقارية⁽³⁾ ، طبقا للمادة 04 من المرسوم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بنظام الشهر العقاري؛ لكن الإشكالات التي تطرحها العقود العرفية من حيث عدم دقة محتواها ، تصعب من عملية شهرها ، فأضحى اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض اشهارها أمرا حتميا .

كما أن القاعدة التي تقضي بصحة العقود العرفية المحررة قبل سريان قانون التوثيق ، ليست على اطلاقها، فالمشرع بموجب المرسوم رقم 15/64 المؤرخ في 1964/01/20 وضع قيودا في المعاملات العقارية و أوجب على الأطراف في كل تعامل عقاري استصدار ترخيص من الوالي ، تحت طائلة البطلان، و بالتالي فإن العقود العرفية المبرمة ما بين 1964 و 1970 يجب أن ترفق بالرخصة الإدارية⁽⁴⁾.

بالإضافة إلى ذلك ، فإن ارفاق هذه العقود بأشهاد من البلدية يثبت بأن العقار لم يدخل في صندوق الثورة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية للبلدية أصبح هو الآخر أمرا حتميا ، إذا علمنا أن الكثير من الأشخاص بقوا محتفظين بعقود ملكية تتعلق بأراضي تم تأميمها في اطار الثورة الزراعية أو تم ادماجها في الاحتياطات العقارية للبلدية⁽⁵⁾.

(1)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، هامش ص 19 .

(2)- راجع- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 222 .

(3)- YOUNSI HADDAD .(N.) , op.cit. , p. 77 .

(4)- راجع- بن عبيدة عبد الحفيظ ، (المرجع السابق) ، ص 85 .

(5)- المرجع نفسه ، ص 36 .

لكن المثير للانتباه في هذا السياق، أن بعض الفقهاء لهم رأي آخر في الموضوع ، فهم لا يأخذون المسألة بهذه البساطة ، بل يربطوا حجية المحرر العرفي بالمادة 89 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، و بناء عليه :

- فإن العقود العرفية التي يمكن الاحتجاج بها ، تدرّج مفهومها عبر تدخلين⁽¹⁾ ، تم بموجبهما تعديل المادة 89 المشار إليها أعلاه ؛ فبالنسبة للتدخل الأول ، كان بمقتضى المرسوم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980، اكتسبت بمقتضاه العقود العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيغتها الشرعية؛ أما التدخل الثاني، فكان بمقتضى المرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 ، و بموجبه تم تمديد فترة 1961/03/01 إلى 1971/01/01 ، و اكتسبت هذه الأخيرة صحتّها و حجيتها ؛ بمعنى أدق ، إن حجية و قوة السندات العرفية في اثبات الملكية العقارية تتوقف على التعديلات التي أدخلت على المادة المشار إليها أعلاه و ليس على أحكام القانون المدني الفرنسي و قانون التوثيق كما سبق و أن رأينا .

- بل و الأكثر من هذا ، هناك من استند على المادة 89 المشار إليها أعلاه ، ليحدد نطاق العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية⁽²⁾ ، فضيّق نطاقها و قصره على العقارات من نوع ملك التي يملكها الجزائريون بدون عقود رسمية ، و بالتالي تم اقصاء العقارات المفرنسة التي تم اكتسابها بموجب عقود رسمية ، و كذلك العقارات التي تملكها الأوروبيون في الجزائر حتى و إن انتقلت ملكيتها فيما بعد إلى الجزائريين ، ففي هذا النوع من العقارات ينبغي اتباع الرسمية .

و نحن نعتقد أن هذا الرأي فيه نوع من المبالغة ، فالمادة 89 المشار إليها أعلاه، جاءت لتضع استثناءات على "مبدأ الإشهار المسبق"^(*) المنصوص عليه في المادة 88 من نفس المرسوم و ليس لتصحيح العقود العرفية⁽³⁾ ، لأن صحتها ثابتة بمقتضى التشريع الذي كان معمولا به وقت تحريره، و هو القانون المدني الفرنسي الذي كرس مبدأ الرضائية في إبرام العقود ، كما أن هذا الأخير لم يفرق بين طبيعة العقارات (هل لها سندات رسمية أم لا) ، فلماذا التوسع في تفسير المادة 89 ، التي أعطي لها تفسير أكثر مما تحتمله ؟ .

أما بالنسبة للمعاملات العقارية التي تمت في الشكل العرفي بعد تاريخ 1971/01/01 ، تعتبر بحكم المادة 12 من قانون التوثيق لسنة 1970 باطلة بطلانا مطلقا ، فهل تفقد كل قيمة لها في الإثبات ؟ .

إن العقود العرفية الباطلة إن كانت لا تصلح كدليل لإثبات الملكية العقارية ، إلا أنه يمكن اتخاذها كقرائن لإثبات التقادم المكسب و ذلك باعتماد تاريخها في ثبوت الحيازة ، و اعتباره كنقطة بداية لحساب مدة التقادم ، و هذا ما تبنته المحكمة العليا في العديد من قراراتها نذكر منها:

(1)- حمدي باشا عمر ، " حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، ص 20-22 .

(2)- انظر - بن عبيدة عبد الحفيظ ، (المرجع السابق) ، ص 79 ، 80 .

(*)- إن الاستثناء الذي جاء به المشرع في المادة 89 أعلاه غريب، فهو في اعتقادنا- يحتمل أحد التفسيرين:

- إما أن يكون حيلة اتخذها المشرع في سبيل توثيق الملكية العقارية، بما أن المعاملات العرفية كانت تطل أكثر الأراضي التي ليس لأصحابها سندات ملكية؛

- و إما أن صياغة المادة جاءت خاطئة، حيث أن هذه الحالة لا تعتبر استثناء عن المادة 88، و إنما هي توضيح للحالات التي تنطبق عليها الفقرة الأولى من المادة 89، و التي قد يكون فيها العقد المقدم للشهر عرفيا .

(3)- انظر - حمدي باشا عمر ، " حماية الملكية العقارية الخاصة" ، (المرجع السابق) ، ص 19 .

- قرار⁽¹⁾ رقم 233201 مؤرخ في 2002/06/18 جاء فيه : "... لكن حيث يتضح أن قضاة المجلس أجابوا الطاعن هذا الدفع بقولهم أن حيازة المستأنف عليهما ثابتة على الأقل منذ تحرير العقد العرفي المحتج به المحرر في 1985 و هي ومنذ ذلك التاريخ مستمرة و هادئة إلى غاية نشوب هذا النزاع ، و من هنا يتبين أن قضاة المجلس أخذوا بتاريخ تحرير العقد العرفي لإثبات و اعادة الحيازة و ليس لإثبات الملكية التي تثبت بالعقد الرسمي حسب قانون التوجيه العقاري ، و عليه فالوجه غير سديد و مردود " .

- قرار⁽²⁾ رقم 423832 ، مؤرخ في 2008/07/16 جاء فيه : "... لكن حيث يتضح من القرار المطعون فيه، و خلافا لمزاعم المدعين في الطعن ، أن قضاة الموضوع لم يأخذوا بالعقد العرفي كدليل إثبات مقدم من المدعى عليه في الطعن ، إنما أشاروا إليه عند حساب مدة حيازة المدعى عليه في الطعن للأرض محل النزاع..." .

يبقى هناك استثناءان يتعين التطرق إليهما ، الأول وضعته السلطة التنفيذية بمقتضى المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 ، يتناقض فحواه مع نصّ المادة 12 من قانون التوثيق ، فقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 1974/03/05 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية، و الذي كلف المحاكم بإجراء تحقيقات قضائية بين المتنازعين حول صحة عقد البيع و تاريخه إذا كان مبرما قبل 5 مارس 1974 ؛ غير أن صدور هذا المنشور في شكل تعليمة قلل من أهميته لدى القضاة الملزمين بتطبيق القانون و ليس التعليمات الإدارية ، علاوة على تناقضه مع نصّ المادة 12 من قانون التوثيق التي تشترط الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان المطلق، كما أنه أغفل تحديد المدّة لتصحيح البيوع العرفية ، هذا الاغفال الذي أضحى ثغرة قانونية يتهرب من خلالها بعض الأشخاص من إجراءات التوثيق⁽³⁾ .

أما الثاني فأتى به المشرع في تاريخ لاحق؛ في اطار تسوية وضعية البناءات المشيدة و التي كانت محل صفقات غير مشروعة بموجب الأمر 01/85 المؤرخ في 1985/08/13⁽⁴⁾ و مرسومه التنفيذي 212/85 ، أين صحح بطريقة غير مباشرة العقود العرفية المبرمة بعد صدور قانون الاحتياطات العقارية للبلدية (الأمر 26/74) .

فقد نتج عن السياسة التشريعية المنتهجة في المرحلة الاشتراكية ، جنوح الأفراد إلى المعاملات العرفية، حيث كانت البلدية هي الهيئة الوحيدة المخولة لبيع و شراء الأراضي الداخلة في محيطها العمراني ، و بسبب الفرق الشاسع بين السعر المقدم كتعويض من البلدية و ذلك المقدم في السوق الموازية⁽⁵⁾ ، سارع الكثير من المالكين للتخلص من أراضيهم خفية و بعقود بيع عرفية⁽⁶⁾ .

(1)- نشرة القضاة ، عدد 63 ، سنة 2008 ، ص 349 .

(2)- مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، 2010 ، ص 274 .

(3)- عجة الجبالي ، (المرجع السابق) ، ص 75-77 .

(4)- يحدد انتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها و حمايتها؛ جريدة رسمية عدد 34 ، مؤرخة في 1985/08/14 .

(5)- BENDJABALLAH.(S.) , "Jeux et enjeux autour des terres constructibles", Revue IDARA , volume 9, n°1 , 1999 , p. 59 .

(6)- YOUNSI HADDAD .(N.) , op.cit. , p. 65 .

و طبعا فإن البنائات المشيدة فوق هذه الأراضي هي بنايات غير قانونية لعدم حصول أصحابها على رخصة البناء، أمام صعوبة اثبات ملكيتهم للأرض ، الشيء الذي أدى إلى انتشار البنائات الفوضوية بشكل مخيف ، عجزت من خلاله السلطات العمومية تطبيق القانون بكل صرامة ، و بعبارة أخرى ، فإن تهديم البنائات الفوضوية هي العقوبة التي نصّ عليها المشرع لكنها لم تطبق إلا استثنائيا⁽¹⁾ ، بل تدخل المشرع لوضع حلول أخرى بمقتضى النصوص السالف ذكرها .

فالبيوع العرفية التي تمت خرقا للمادة 168 من الأمر 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية التي نصت على منع نقل ملكية الأراضي الفلاحية أو المعدة للفلاحة بين الأحياء ، و كذا المادة 06 من الأمر 26/74 ، التي نصّت على احتكار البلدية للأراضي الداخلة في محيطها العمراني ، تعتبر بمثابة صفقات غير مشروعة⁽²⁾، تمت تسويتها بمقتضى المادة 14 من الأمر 01/85 :

- حيث تحل البلدية محل المالك السابق و تدمج الأرض التي كانت محل صفقة غير مشروعة ضمن الأملاك الخاصة للبلدية دون دفع تعويضات للحائز ؛

- تتنازل البلدية عن ملكية الأرض للحائز الذي يجب عليه تسديد رسم عن قيمة الأرض يحدد من طرف مصالح أملاك الدولة ، و يكون عليه في هذه الحالة الرجوع على المالك الأصلي للحصول على التعويض ؛

- يقع على عاتق المالك الأصلي كإجراء ردعي ، دفع رسم خاص يقدر ب 50% يحسب على أساس القاعدة الجبائية التي تطلع عليها إدارة التسجيل أو تقدرها في حالة نقص القيمة المصرح بها .

(1)- انظر- لحو غنيمة ، (المرجع السابق) ، ص 146 .

(2)- جرورو آسيا ، " المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري " ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2003/2004 ، ص 74 .

الفرع الثانى- موقف القضاء الوطنى من الاحتجاج بالعقد العرفى

لقد عرف القضاء تذبذبا في أحكامه بسبب تغير طريقة تفسيره للنصوص القانونية ، بين التقيد بحرفيتها و هذه هي وظيفة القضاء - و التفسير المرن لها بتكييفها مع الواقع الاجتماعى ، إلى أن قررت المحكمة العليا وضع حدّ لهذا التناقض بين الأحكام، لنشر الثقة في جهاز القضاء من خلال توحيد الاجتهاد القضائى - و هو الدور المنوطة بها دستوريا- فكللت جهودها بصدور قرار عن كامل غرفها مجمعة بتاريخ 18 فيفري 1997 ، و هو القرار الذى أنهى التباين القائم في موقف القضاء حول العقود العرفية، و الذى عليه سنعتمد في تخطيط منهج دراستنا .

أولا: موقف القضاء قبل سنة 1997

لقد سبق و أن أشرنا إلى أن المعاملات العقارية خضعت لنصوص قانونية هجينة ، ممزوجة بالقوانين الفرنسية التى أبقي العمل بها إلى حين صدور التشريعات الوطنية ، و تبعا لذلك تطور موقف القضاء تماشيا مع هذ التغييرات و مرّ بعدة مراحل /

1. قبل صدور قانون التوثيق 1970/

طبق في هذه المرحلة -كما هو معلوم- القانون المدنى الفرنسى ، الذى كرّس مبدأ الرضائية في العقود، و انتقال الملكية فور ابرام العقد ، دون حاجة إلى شهره ، فالعقد ناقل للملكية و لا يرتب التزاما بنقل الملكية ؛ أما وظيفة الشهر فهي إعلام الغير بوقوع التصرف للاحتجاج به ضده، و عملية الشهر تتطلب الرسمية دون أن يمس ذلك بصحة التصرف .

و القضاء كان يطبق هذه الأحكام ، و اعتبر عقود البيع العرفية المحررة قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1970 صحيحة⁽¹⁾ .

2. بعد صدور قانون التوثيق 1970/

إن صدور الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق ، الذى بدأ سريانه اعتبارا من 1971/01/01، وضع حدا للاجتهاد القضائى القديم ، فالمعاملات العرفية المتضمنة نقل الملكية العقارية تعتبر طبقا للمادة 12 منه ، باطلة بطلانا مطلقا .

و بناء عليه، لم تعد الرسمية شرطا لشهر التصرفات العقارية فقط ، بل هي أيضا ، شرط لانعقادها ، ليسقط التمييز الذى كان موجودا بين التصرف و الشكل الذى يأخذه ، بما أن هذا الأخير أصبح من العناصر المكونة للتصرف ذاته.

و قد طبّقت المحكمة العليا نصّ هذه المادة ، و تقيدت بحرفيتها ، و قضت تبعا لذلك ببطلان العقود العرفية المتضمنة نقل الملكية العقارية⁽²⁾، من ذلك مثلا: قرارها الصادر بتاريخ 1982/07/07⁽³⁾ .

(1)- YOUNSI HADDAD .(N.) , op.cit. , p.p. 76-78 .

(2)- Ibid, p.p. 78-80 .

(3)- قرار غير منشور، اشير إليه-

YOUNSI HADDAD .(N.) , op.cit. , p 79

3. بعد صدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني/

بعد صدور القانون المدني و كذا الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضى العام و تأسيس السجل العقارى ، أعطت المحكمة العليا تفسيراً آخر للمادة 12 من قانون التوثيق ، فقضت -تبعاً لذلك- فى العديد من قراراتها بصحة البيوع العرفية العقارية ، و كعينة لهذه القرارات التى تؤكد هذا التوجّه :

- قرار صادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 61796 مؤرخ فى 19/11/1990 "غير منشور"⁽¹⁾ جاء فيه : " حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني و ليس المادة 12 من الأمر 91/70 الغير قابلة للتطبيق فى قضية الحال ؛ و أن المشرع قد قصد فعلاً تخصيص مكانة للعقد العرفى فى العلاقات القانونية و يعد فى نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين " .

- قرار⁽²⁾ صادر عن الغرفة المدنية تحت رقم 99699 ، بتاريخ 25/07/1993 جاء فيه ، " من المقرر قانوناً و قضاءً أن البيع إذا اكتملت أركانه و شروطه جاز للقاضي أن يوجه الأطراف أمام الموثق لإفراغه فى الشكل الرسمى ؛ و لما كان من الثابت فى قضية الحال أن قضاة الموضوع بإحالتهم لطرفى الدعوى أمام الموثق لإتمام البيع فإنه طبقوا القانون تطبيقاً سليماً لأنه لا يمكن الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 التى جاءت فى صالح الخزينة العامة و الشهر العقارى فقط " .

- قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 05/05/1995 تحت رقم 181108 "غير منشور"⁽³⁾ جاء فيه : "... و أنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائى ، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ، و أنه لا يمكن للمدعى الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ فى 15/12/1970 التى جاءت فى صالح الخزينة العمومية و الشهر العقارى فقط" .

من الواضح، انطلاقاً من هذه القرارات المنشورة أو غير المنشورة فى المجالات القضائية ، أن القضاء الجزائرى كان يعترف بالمعاملات العقارية التى تتم بعقد عرفى ، استناداً إلى القواعد العامة لعقد البيع المنصوص عليها فى القانون المدني ، ضارباً عرض الحائط نص المادة 12 من قانون التوثيق ، بل أعطى لها أيضاً تفسيراً آخر ، مّيز من خلاله بين التصرف و أداة اثباته، فألحق البطلان بالوثيقة دون التصرف⁽⁴⁾ الذى اعتبره صحيحاً تطبيقاً للمادة 106 من القانون المدني ؛

و قد بنيت العديد من الأحكام القضائية على هذه المادة ، التى تتركس مبدأ الرضاينة فى إبرام العقود ، انطلاقاً من كون العقد شريعة المتعاقدين يرتب التزامات على الطرفين ، من بين هذه الالتزامات ، التزام البائع بنقل الملكية طبقاً للمادتين 160 ، 361 من القانون المدني ، فلم يعد العقد ناقلاً للملكية ، كما كان فى القانون الفرنسى ، لأن نقل الملكية أضحى من آثار العقد .

(1)- منقول من مؤلف : حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 128 .

(2)- المجلة القضائية ، عدد 2 ، لسنة 1994 ، ص 212 .

(3)- منقول من مؤلف: حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 128 .

(4)- YOUNSI HADDAD .(N.) , op.cit. , p. 84 .

و تنتقل الملكية في المواد العقارية ، طبقا للمادة 793 من القانون المدني و المادة 16 من الأمر 74/75، عن طريق الشهر ، الذي أصبحت له وظيفتين ، فبالإضافة إلى وظيفة الإعلام ، هو يرتب الأثر العيني المتمثل في انتقال الملكية ؛

و المادة 61 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري تنص : " كل عقد يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " ، و بالتالي فإن الرسمية أضحت ضرورية لشهر العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية ، لهذا يلجأ القضاء إلى تصحيح العقود العرفية بصرف الطرفين لإتمام الإجراءات الشكلية و الكتابة الرسمية أمام الموثق ، أو جعل الحكم هو السند الذي يشهر في حالة رفض البائع اتمام هذه الإجراءات عملا بالمادتين 71 ، 72 من القانون المدني المتعلقتين بالوعد بالتعاقد ، و بالمقابل رفض طلب البائع ببطان العقد العرفي ، بما أن هذا الأخير هو من امتنع عن تنفيذ التزامه بنقل الملكية ، عن طريق ا فراغ العقد في شكل رسمي لشهره في المحافظة العقارية .

لقد اتخذ القضاء من هذه النصوص ذريعة حلّ بواسطتها الكثير من الوضعيات المسدودة و الراكدة⁽¹⁾ ، و ذلك بتجنبه التفسير الجامد ، و اعتماده التفسير المرن، بتكليف القانون بما يتمشى و الواقع الاجتماعي ، هذا الواقع الذي يعرف انتشارا واسعا و متزايدا للمعاملات العرفية لعدة أسباب ، بعض منها راجع إلى انعدام سندات الملكية ، البعض الآخر إلى السياسة التشريعية المنتهجة و المطبوعة بتدخل الدولة في جميع المجالات ، و أسباب أخرى تتعلق بنقل تكاليف الموثق و كذا الرسوم و الشهر ، و قد ساهم المشرع في تعزيز هذا التوجه الذي سلكه القضاء عند دخله، باتخاذ إجراءات لتسوية وضعية البناءات غير الشرعية سنة 1985⁽²⁾ .

و استمر هذا الوضع حتى بعد ادخال تعديلات على القانون المدني بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 ، أين استحدثت مادة جديدة هي المادة 324 مكرر 1 نقلت إليها فحوى المادة 12 من قانون التوثيق ، لكنها أدرجت تحت عنوان "اثبات الالتزام" ، الأمر الذي يدفع للاعتقاد أن الشكلية هي شرط للإثبات فقط و ليس للانعقاد .

ثانيا: موقف القضاء بعد سنة 1997

تبيّن للمحكمة العليا من خلال القضايا المطروحة على غرفها و خاصة الغرفة المدنية و الغرفة التجارية و البحرية أن مسألة بيع العقارات و المحلات التجارية بموجب عقود عرفية تعالج بطرق تختلف من مجلس قضائي لآخر ، بل أن الاختلاف طال حتى اجتهادات غرف المحكمة العليا ؛

حيث بقيت بعض المجالس القضائية تصدر أحكامها مؤسسة إياها على نص المادة 12 من قانون التوثيق، و المادة 79 من القانون التجاري ، و كذا المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، فكانت تقضي ببطان العقود العرفية بطلانا مطلقا لكونها أبرمت خرقا للمواد القانونية المذكورة أعلاه .

(1)- YOUNSI HADDAD .(N.) , op.cit. , p. 86 .

(2)- راجع- بلعربية فاطمة الزهراء ، " انتقال الملكية العقارية ؛ تعليق على القرارين رقمي 491615 و 549408 " ، مجلة المحكمة العليا عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، 2010 ، ص 249 .

أما مجالس قضائية أخرى ، فقد سايرت في قراراتها الاجتهاد القضائي للغرفة المدنية بالمحكمة العليا⁽¹⁾، و كانت تقضي بصحة العقود العرفية و صرف الأطراف المتنازعة أمام الموثق لإتمام إجراءات بيع العقار بعقد رسمي ، تأسيسا على المواد 71 ، 72 ، 106 و 107 من القانون المدني .

إن هذا الاختلاف في تطبيق النصوص القانونية و تفسيرها ، كان لايد من وضع حدّ له ، خصوصا أمام التناقض الذي أصبح يطبع قرارات المحكمة العليا بين الغرفة المدنية و الغرفة التجارية و البحرية ، و كان ذلك في معرض الفصل في طعن بالنقض، في قضية تتلخص وقائعها على النحو التالي/

"بموجب عقد عرفي مؤرخ في 22 غشت 1988 باع المدعو بن عودة أحمد للسيد عريس حميد قاعدة تجارية ، و بعدها نشأ خلاف بين الطرفين بشأن بدل الإيجار و ثمن المبيع ، علما بأن البيع تم بموجب عقد عرفي مكتوب .

و بتاريخ 03 مايو 1994 أصدر مجلس قضاء معسكر قرارا ألغى بموجبه حكم محكمة المحمدية المؤرخ في 10 مايو 1992 ، و قضى بالإشهاد بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين طرفي النزاع بموجب العقد العرفي المؤرخ في 22 غشت 1988 و بصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية ، مع إلزام المشتري المطعون ضده المدعو عريس حميد بأدائه مبلغا يقدر بمائتي و خمسون دينار (250 000 دج) ، يمثل قيمة الثمن المتبقى و كذا مبلغ تسعة آلاف دينار مقابل مؤخر بدل الإيجار.

و بتاريخ 29 أكتوبر 1994 طعن المدعو بن عودة أحمد في القرار أعلاه بالنقض أمام المحكمة العليا⁽²⁾؛ فعرضت القضية التي يحمل ملفها رقم 136156 على الغرف المختلطة للمحكمة العليا للنظر فيها وفقا لأحكام المادة 20 و ما يليها من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها⁽³⁾ ؛

فاجتمعت الغرفة المختلطة المكونة من قضاة الغرفة المدنية و قضاة الغرفة التجارية و البحرية بتاريخ 1996/05/21 و تمت مناقشة الإشكال الذي طرح حول مدى صحة و حجية العقود العرفية ، لكن النقاش لم يسفر إلى أي نتيجة ؛ حيث بقيت الغرفة المدنية متمسكة بموقفها القائل بصحة العقود العرفية ، و نفس الأمر بالنسبة للغرفة التجارية و البحرية التي تمسكت بموقفها الرامي إلى الحكم ببطالان العقود العرفية في البيوع العقارية و بيع المحلات التجارية⁽⁴⁾.

أمام تشبث كل غرفة بموقفها ، أحيل الملف إلى هيئة الغرفة المجتمعة للفصل فيه لكون القرار الذي ستصدره سيؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي لإحدى الغرفتين و ذلك عملا بمقتضيات المادتين 22 و 23 من القانون 22/89 المشار إليه أعلاه ، لينتهي الاجتماع بصدور قرار⁽⁵⁾ بتاريخ 1997/02/18 قضى بنقض و ابطال القرار المطعون فيه .

(1)- بوعروج حسان ، "تعليق على قرار 18 فيفري 1997 " ، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، عدد خاص ، 2001 ص 43 .

(2)- نقلا عن : بن الشيخ آث ملويا لحسين ، "المنتقى في عقد البيع" ، (المرجع السابق) ، ص 239 ، 240 .

(3)- جريدة رسمية عدد 53، صادرة سنة 1989، "معدّل و متمم".

(4)- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 130 .

(5)- الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، عدد خاص ، لسنة 2001 ، ص 46 .

و جاء في تسبيب القرار ما يلي :

" حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه ، أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 غشت 1988 بين طرفي النزاع و المتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن بن عودة أحمد إلى المطعون ضده عريس حميد ، عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع و تحديد الثمن و تترتب عليه التزامات شخصية ، و نتيجة لذلك قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع .

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

- حيث أن الشكل الرسمي في بيع القاعدة التجارية شروط ضروري لصحته ، و أن تحرير عقد البيع في شكل يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد .

- حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع و المشتري ، إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام ، و لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه إلى الموثق للقيام بإجراءات البيع .

و ضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و يأمرهم بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا للمادة 103 من القانون المدني .

و بما أن القرار المنتقد لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض "

يظهر من خلال هذا القرار ، أن الغرف المجتمعة كرست الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية التي تقضي ببطلان العقود العرفية ، حيث طبقت فيه النصوص القانونية تطبيقا حرفيا ، و أنهت التباين القائم في موقف القضاء بشأن التكييف القانوني للشكلية المقررة بالمادتين 12 و 324 مكرر 1 من القانون المدني؛ إلا أنه يؤخذ على هذا القرار عدم الدقة في صياغة مصطلحاته القانونية⁽¹⁾ ، فكان من الصواب لو اعتبرت الرسمية ركنا في العقد، بدل اعتبارها شرطا لصحته ، لأن تخلف شروط الصحة يؤدي إلى البطلان النسبي و ليس المطلق .

إن الحل الذي أعطته المحكمة العليا كان بمناسبة الفصل في قضية بيع محل تجاري ، إلا أن نطاقه يتوسع ليشمل جميع المعاملات الواردة في صلب نص المادة 324 مكرر 1 من القانون بما فيها البيوع العقارية ، و هو الشيء الذي يبرره أساس الخلاف الذي كان قائما بين الغرفة المدنية و الغرفة التجارية و البحرية ، و تؤكد المذكرة الصادرة عن المفتشية العامة لوزارة العدل بتاريخ 1997 تحت رقم 02/97⁽²⁾ .

(1)- راجع- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، هامش ص 129 .

(2)- أشير إليها في: المرجع نفسه ، ص 130 .

منذ صدور هذا القرار أصبح القضاء الجزائري ممثلا في المحكمة العليا ، يشترط الرسمية في جميع المعاملات العقارية متراجعا نهائيا و بصفة موحدة عن القضاء السابق الذي كان يولي حجية للمعاملات العرفية، و من أمثلة القرارات التي صدرت فيما بعد و كرسست إلزامية الرسمية :

- قرار⁽¹⁾ تحت رقم 149156 ، مؤرخ في 1997/05/28 جاء فيه : " يتضح من خلال القرار المطعون فيه أن قضاة مجلس قضاء تيزي وزو عندما استجابوا لطلبات المطعون ضدهم الرامية إلى استرجاع قطعة الأرض التي اشتراها المدعون في الطعن من مورث المطعون ضدهم بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1981/05/23 مقابل إرجاعهم للمشتري ثمن البيع بحجة أن البيع لم يقع بعقد رسمي وفقا للمادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 قد طبقوا القانون تطبيقا سليما".

- قرار⁽²⁾ تحت رقم 196507 ، مؤرخ في 2000/06/28 جاء فيه : " قرار قضاة الموضوع بصحة العقد العرفي استنادا إلى تصريحات أغلبية الورثة المقرين بعملية البيع و استبعاد المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بحجة صدورها بعد عملية البيع متناسين المادة 12 من الأمر 91/70 يعد خرقا مستوجبا للنقض".

- قرار⁽³⁾ تحت رقم 246799 ، مؤرخ في 2003/03/19 جاء فيه : " العقود العرفية المحررة بعد تاريخ سريان قانون التوثيق (الأمر 91/70) تعد باطلة بطلانا مطلقا".

- قرار⁽⁴⁾ تحت رقم 473702 ، مؤرخ في 2008/10/15 جاء فيه : " حيث يلاحظ في القرار موضوع الطعن أنه مبني أساسا ، فيما قضى به ، على اعتبار العقد العرفي الذي احتجت به المطعون ضدها عقدا صحيحا نقل إليها ملكية جزء من الأرض موضوع النزاع ، رغم أنه عقد عرفي مؤرخ في 1987/02/08 ، و هو يخالف المادتين 324 مكرر 1 و 793 من القانون المدني اللتين تفرضان الشكل الرسمي في العقود المتضمنة التصرف في العقار ، و كذا الشهر في المحافظة العقارية ، و هما شرطان غير متوفرين في العقد العرفي المذكور ، خاصة و أن الورثة الآخرين أنكروه"^(*) .

و رغم هذا يبقى هناك تساؤل ينبغي البحث عن اجابة عنه : ما مدى إلزامية القرار الصادر عن الغرف المجتمعة على الجهات القضائية الدنيا ؟

قبل الخوض في الإجابة عن هذا السؤال ، يجب تحديد مركز القضاء من بين مصادر القانون ، فبالرجوع إلى المادة الأولى من القانون المدني ، نلاحظ أن المشرع لم يذكر القضاء من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري ، فهو مجرد مصدر تفسيري يقتصر دوره في تفسير قانون موجود سلفا ، دون أن يتعدى ذلك إلى إنشائه^(*).

(1)- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، 2004 ، ص 271 .

(2)- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، 2004 ، ص 262 .

(3)- المجلة القضائية ، عدد 1 ، سنة 2004 ، ص 209 .

(4)- مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، 2010 ، ص 227 .

(*)- اعتماد القضاة على نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني غير سديد ، بما أن العقد العرفي محرر قبل ادراج هذه المادة في القانون المدني ، فكان من الأصح الاستناد على نص المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق .

(*)- ينتمي القانون الجزائري إلى النظام القانوني ذو النزعة اللاتينية الجرمانية ، و ليس للنظام الأنجلوسكسوني المعروف بشريعة الكومن لو common law ، الذي يؤخذ فيه بالسابقة القضائية، و يلعب فيه القضاء دورا رياديا في خلق القواعد القانونية .

و مهما اتسع دور القاضي في مجال التفسير فإنه لا يرقى إلى دور المشرع ، حيث يبقى الحكم الذي يصدره قاصرا في حجيته على النزاع الذي صدر من أجل الفصل فيه طبقا للمادة 338 من القانون المدني ؛ فلا تتقيد المحكمة بحكم سبق أن أصدرته محكمة أخرى و لو كانت أعلى منها درجة ، بل أن المحكمة ذاتها التي أصدرته لا تلتزم بوجوب تطبيقه على ما قد يعرض عليها مستقبلا من قضايا مماثلة ، في غياب قاعدة تشريعية تلزمها بذلك .

و نفس الحكم ينطبق على قرارات المحكمة العليا التي ليس لها قوة ملزمة للقضاة ، إلا في حالة واحدة، و ذلك عندما تقضي المحكمة العليا بنقض الحكم المطعون فيه و تعيده إلى الجهة القضائية التي أصدرته، للحكم فيه من جديد ، فنقوم جهة الإحالة بالفصل من جديد في القضية من حيث الوقائع و القانون ، متقيدتا بالمسائل القانونية التي فصلت فيها جهة النقض ، و إذا لم تمتثل جهة الإحالة بقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية ، يجوز لهذه الأخيرة و بمناسبة النظر في طعن بالنقض ثاني البث في موضوع النزاع ، بل يجب على المحكمة العليا أن تفصل من حيث الوقائع و القانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض و يكون قرارها هذا قابلا للتنفيذ ، طبقا للمادة 374 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي استحدث فيها المشرع أحكاما جديدة لم تكن موجودة في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم .

لكن رغم هذا دأبت الجهات القضائية الدنيا في العمل على احترام ما سبق للمحكمة العليا أن أقرته من حلول ، دون أن تكون ملزمة قانونا بذلك ، لكن التزامها مصدره أدبي ، يقوم على أساس ما تتمتع به هذه المحكمة في نفوس قضاة المحاكم الدنيا من توقير و مهابة ، و خشية هذه المحاكم من نقض المحكمة العليا لأحكامها إذا ما عرضت عليها ، و لم تكن قد طبقت القانون التطبيق السليم⁽¹⁾.

أما بالنسبة للقرارات الصادر عن الغرف المجتمعة ، فليس هناك نصّ يحدد قوتها الإلزامية ، لكن انطلاقا من الفقرة الثانية للمادة 152 من الدستور التي تنصّ : " تضمن المحكمة العليا و مجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد و يسهران على احترام القانون " ، و كذا المادة 10 من القانون 22/89 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها ، التي تنصّ : " تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها و جميع التعليقات و البحوث القانونية و العلمية لتدعيم و توحيد الاجتهاد القضائي " ، فإن القرارات الصادرة عن الغرف المجتمعة يكون الهدف منها توحيد الاجتهاد القضائي ، لهذا في اعتقادنا، يمكن اعتبارها انطلاقا من هذا الجانب لها قوة توازي قوة التشريع ، على الأقل في أذهاننا لعدم وجود نصّ قانوني يعطيها هذه القوة .

(1)- جعفر محمد سعيد ، "مدخل إلى العلوم القانونية ؛ الوجيز في نظرية القانون" ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 ، ص 212 .

المبحث الثاني

السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي المستندة على أحكام التقادم المكسب

يبدوا أن الإعلان عن خيار نمط الشهر العيني بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ ، لم يكن كافيا لضبط سندات الملكية العقارية طالما أنه مرتبط ميدانيا بتقدم أعمال المسح العام للأراضي التي سجلت تأخرا معتبرا ، لأسباب مادية و بشرية و أمنية .

هذا ما دفع المشرع الجزائري للبحث عن آليات موازية ، تكون كبديل مؤقت تضمن تسليم سندات ملكية من أجل تطهير الوضعية العقارية للأمالك التي لم تتم فيها بعد عملية المسح العام للأراضي ، و على وجه التحديد، الأمالك العقارية التي لا يتوفر لدى أصحابها سندات ملكية مكتوبة، انتقلت فيها ملكية الأراضي جيل إلى جيل عن طريق الحيازة .

إن هذه الآليات يُعتمد فيها على تقنية التقادم المكسب الذي يعتبر كسبب من أسباب كسب الملكية ؛ هذه التقنية كان قد نصّ عليها المشرع في القواعد العامة (القانون المدني)، و نجحت بطريقة غير مباشرة -بواسطة القضاء- في توثيق بعض الأراضي ، لكن نظرا لبطء، و كثرة إجراءات و ثقل مصاريف المطالبة القضائية، عمل المشرع على تفعيل دورها في نصوص قانونية متفرقة، من خلال استحداث عقد الشهرة ثم سندات الملكية المسلمة بعد تحقيق عقاري .

وسنحاول التعرف أكثر على هذه الآليات ، من خلال دراسة السندات التي تتمخض عنها ، وذلك من خلال ثلاثة مطالب وفق التقسيم التالي :

المطلب الأول - نتطرق فيه للأحكام القضائية المكرّسة للتقادم المكسب

المطلب الثاني- نتطرق فيه لعقد الشهرة

المطلب الثالث- نتطرق فيه لسندات الملكية المسلمة بعد تحقيق عقاري

(1)- جريدة رسمية ، عدد 92 ، مؤرخة في 1975/11/18 .

المطلب الأول- الأحكام القضائية المكرّسة للتقادم المكسب

تعتبر الحيازة و التقادم المكسب من المواضيع التي لقيت حظها من الدراسة و البحث في كل تشريعات الدول ؛ فهي من المواضيع التقليدية التي اهتم بها الفقه و غمرها ببحوثه الثرية ، لهذا فإن دراستنا لها لن تنصب كثيرا على هذا الجانب إلا بالقدر الذي يساعدنا للإجابة عن تساؤلاتنا .

فدراستنا ستلقي بضلالها أكثر على الجانب التطبيقي مستعينين بالمنهج الجدلي في طرح مختلف الاشكالات التي يثيرها موضوع التقادم المكسب و التي تصادمت حلولها بفراغ أو غموض قانوني زادت معه أهمية الاجتهادات القضائية التي سنستلهم منها ما يخدم البحث و يثريه .

و بناء عليه ، ارتأينا أن نحصر دراستنا في الفرعين التاليين :

الفرع الأول - نتعرّف فيه على دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب ؛

أما الفرع الثاني - فنتعرف فيه على شروط الاحتجاج بالحكم الناطق بثبوت الملكية عن طريق التقادم المكسب .

الفرع الأول- دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب

سنركز في دراستنا لهذا الفرع على النقطتين التاليين :

أولاً: اثبات التقادم المكسب أمام القضاء

تكتسي قواعد الاثبات أهمية خاصة في جميع الدعاوى المطروحة أمام القضاء ، ذلك لأن الحق يتجرد من قيمته إذا لم يحمى الدليل على المصدر القانوني الذي نشأ عنه، و التقادم المكسب هو الواقعة المادية التي يتعين على الحائز اثباتها لحماية حقه في الملكية ، غير أن هذه الواقعة هي نفسها تتركب من مجموعة من الوقائع يتعين هي الأخرى اثباتها ، هذه الوقائع تمثل شروط و متطلبات التقادم المكسب ، فما هي هذه الشروط و كيف السبيل لاثباتها ؟

يرتكز نظام التقادم المكسب الذي قنن المشرع أحكامه في القانون المدني ، و اعتبره كطريق من طرق اكتساب الملكية على الشرائط التالية :

1. نطاق التقادم : ملكية عقارية خاصة

تبعاً لموضوع البحث ، فإن التقادم المكسب الذي يعيننا هو الذي يرد على حق ملكية عقارية ، إلا أن هذا التحديد لا يغنينا عن معرفة الأملاك العقارية المعنية بنظام التقادم ، ذلك لأن الأملاك العقارية في حد ذاتها هي على ثلاثة أصناف، حسب التقسيم الذي جاء به المشرع في قانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري⁽¹⁾ ، وهذه الأصناف هي :

- الأملاك الوطنية ؛

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة ؛

- الأملاك الوقفية .

فهل التقادم يرد على جميع هذه الأملاك ؟

(1)- جريدة رسمية عدد 49 ، صادرة بتاريخ 1990/11/18 .

لا يتطرق الشك إلى جواز تملك الأملاك العقارية الخاصة بالتقادم ، كما لا يتطرق أيضا إلى عدم جواز تملك الأملاك الوطنية العامة لوضوح نص المادتين 689 من القانون المدني ، و المادة 04 من قانون 30/90 مؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية⁽¹⁾ ، كما أن المحكمة العليا قد دأبت في العديد من قراراتها على تأكيد مبدأ حظر تملك العقار الموقوف بالتقادم المكسب لعدم امكانية التصرف فيه بسبب زوال حق الملكية عليه و انعدام نية التملك الشخصي فيه⁽²⁾، إلا أن الخلاف قد ثار بشأن الأملاك الوطنية الخاصة ، فهل يجوز تملكها بالتقادم ؟

مدى خضوع الأملاك العقارية الوطنية الخاصة للتقادم :

لقد أخذ المشرع بمبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية ، حيث صنف تلك الأملاك الى أملاك وطنية عامة و تعرف باسم الدومين العام ، و أملاك وطنية خاصة و تعرف باسم الدومين الخاص ، و قد سمح غموض بعض النصوص القانونية إلى بروز خلاف فقهي حول جواز تملك عقارات الدومين الخاص بالتقادم .

فيرى جانب من الفقه⁽³⁾ جواز ذلك ، و يحتج بنص المادة 04 من قانون الأملاك الوطنية التي لم تخضع الأملاك الوطنية الخاصة لقاعدة حظر التقادم ، كما أن هذه المادة تعتبر إلغاء لنص المادة 689 من القانون المدني التي صيغت في ظل الاشتراكية .

و الرأي الراجح هو الرأي الذي يرى بعدم جواز تملك أموال الدولة سواء كانت عامة أو خاصة و يؤيده في ذلك الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي استقر على الأخذ بهذا الرأي ، كما أن المشرع تبنى هذا الرأي في تعديله الأخير لقانون الأملاك الوطنية بموجب القانون 14/08 المؤرخ في 2008/07/20⁽⁴⁾ ، حيث عدلت و تمت المادة 04 ، و رفع الغموض عنها بالنص صراحة على أن الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم.

و لا بأس أن نشير في عجالة إلى مسألة مهمة تتعلق بحياسة الخواص لأملاك الدولة ، فإذا كان التقادم محظور ، فإن حياسة هذه الأملاك جائز لكن دون أن تؤدي هذه الحياسة إلى كسب الملكية ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها⁽⁵⁾ .

(1)- جريدة رسمية عدد 52 ، صادرة بتاريخ 1990/12/02 .

(2)- راجع في ذلك- محمودي عبد العزيز ، " آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري " ، منشورات بغدادي، الجزائر ، 2009 ، ص 117 .

(3)- بوصوف موسى ، " دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية " ، مجلة مجلس الدولة ، عدد 02 ، 2002 ، ص 33 .

(4)- جريدة رسمية عدد 44 ، صادرة بتاريخ 2008/08/03 .

(5)- من هذه القرارات :

- قرار رقم 181645 ، صادر بتاريخ 1998/06/24 جاء فيه : " ... و لما قرر قضاة المجلس أن الحياسة لا تجوز في الأملاك التابعة للدولة فإن هذا التأسيس خاطئ لأنه لا يوجد أي نص قانوني يتحدث عن منع الحياسة في الأملاك العقارية التابعة للدولة " ، المجلة القضائية لسنة 1999 ، عدد 01 ، ص 72 .

- قرار رقم 277874 ، صادر بتاريخ 2004/10/13 جاء فيه : "حياسة - أملاك الدولة - نعم - حق الملكية - لا ؛ حكم القاضي المتضمن حماية الحياسة في أملاك الدولة ، لا يكرس أي حق ملكية للحائز" ، مجلة المحكمة العليا لسنة 2004 ، عدد 02 ، ص 299 .

و عليه ، يجب على الحائز الذي يتمسك بالتقادم المكسب أن يقدم ملفا للقاضي الذي ينظر الدعوى، متضمنا شهادة من البلدية تثبت أن العقار لا يدخل ضمن أملاك الدولة أو احتياطاتها العقارية ، و شهادة أيضا من إدارة أملاك الدولة تثبت الطبيعة القانونية للعقار إن كان يدخل ضمن أملاك الدولة أم لا (1) .

2. الحيازة القانونية الخالية من العيوب :

المقصود بالحيازة القانونية ، هي الحيازة القائمة بركنيها المادي و المعنوي ؛ فالحيازة هي رداء الملكية ؛ هي السيطرة الفعلية على شيء من الأشياء سواء كانت هذه السيطرة مستندة إلى حق أو لم تكن مستندة إليه ، مع مباشرة الحائز لهذه السلطة بنية الظهور بمظهر المالك أو بمظهر صاحب الحق العيني عليه (2) .

و على من يدعي الحيازة كسبب لكسب الملكية العقارية أن يثبت خصوصا ركنها المادي ، أي أن يثبت قيامه بالأعمال المادية التي يقوم بها المالك عادة في عقاره ، من بناء و هدم و استغلال للعقار و الانتفاع به و أن تكون هذه الأعمال من الكثرة و الأهمية بحيث لا يشك الغير بأن ممارستها هو صاحب الملكية، و يخضع اثباتها لجميع طرق الإثبات ، أما التصرفات القانونية (كالبيع و الهبة ...)، فلا تكفي وحدها للنهوض بالعنصر المادي و اثباته ، لأنها تعبر عن وجود سلطة قانونية لا فعلية (3) .

أما بالنسبة لركنها المعنوي، فهو أمر نفسي يتمثل في نية التملك، أي انصراف نية الحائز بأن يظهر على العقار بمظهر المالك .

و بما أن الحيازة هي مظهر حق الملكية و الوسيلة الفعالة لممارسته ، فقد أوجب المشرع أن تكون هذه الحيازة على نحو يتفق مع هذا الظاهر ، و إلا كانت الحيازة معيبة ، لا يترتب عليها أي أثر ، و لا تكون أبدا جديرة بكسب الملكية .

و لقد عدّ المشرع العيوب التي من الممكن أن تلحق بالحيازة و تكون سببا في تعطيل آثارها ، و تتمثل حسب نص المادة 808 من القانون المدني في : الإكراه ، الخفاء و اللبس أو الغموض؛ نستخلص منها شروط الحيازة القانونية و المتمثلة في : الهدوء ، العلنية ، الوضوح ، و الاستمرار ، و إن كان المشرع قد أغفل ذكر الشرط الأخير في القانون المدني ، إلا أنه ذكره في نص المادة 524 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و فيما يلي بيان موجز لهذه الشروط :

- الحيازة الهادئة : هي الحيازة التي يتمكن فيها الحائز من استعمال العقار و الانتفاع به دون اعتراض أو منازعة من طرف الغير ، و من دون استعمال القوة أو العنف و إلا اعتبرت مقترنة بعيب الإكراه (4) .

(1)- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 39 .

(2)- الأمين محمد علي ، "التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1993 ، ص 97

(3)- محمدي فريدة (زاوي) ، "الحيازة و التقادم المكسب" ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون سنة نشر ، ص 13.

(4)- الأمين محمد علي ، (المرجع السابق) ، ص 59 .

- الحيازة العينية : و يقصد بها مباشرة الحائز لأعمال حيازته على مشهد و مرأى من الناس أو على الأقل على مشهد من المالك أو من صاحب الحق الذي يستعمله ، و إلا كانت الحيازة مشوبة بعبب الخفاء ، و هذا لا يعنى بأى حال من الأحوال و جوب علم المالك بحيازة الحائز ، بل يكفى أن تكون الحيازة ظاهرة بشكل يستطيع المالك أن يعلم بها⁽¹⁾ .

- الحيازة الواضحة : و يقصد بوضوح الحيازة ألا يوجد أمر يلابس حيازة الحائز للعقار على نحو يفسر حيازته تفسيراً آخر؛ فالحيازة الواضحة هي الحيازة التي لا يشوبها عيب اللبس و الغموض ، هذا العيب الذي يصيب الركن المعنوي للحيازة ، بحيث لا يتضح معه للغير هل أن الحائز يحوز لحساب نفسه أم لحساب غيره، أو أنه يباشر هذه الحيازة باعتبارها عمل من أعمال التسامح⁽²⁾ ؛ و من التطبيقات العملية للحيازة الغامضة ؛ حيازة الوارث ، إذ يقوم الشك أن حيازته لأموال التركة هي حيازة على سبيل التسامح⁽³⁾ ، و يمكن للحائز أن ينفي هذا اللبس الذي يشوب حيازته بالتصرف في العين تصرفاً يدلّ دلالة قاطعة بأنه يحوز لحسابه الخاص .

- الحيازة المستمرة : و يقصد باستمرار الحيازة توالي أعمال السيطرة المادية من قبل الحائز على العقار المحاز و في فترات متقاربة و منتظمة و إلا كانت مشوبة بعبب عدم الاستمرار .
و مهما يكن من أمر فاستمرار الحيازة لا يلزم الحائز استعمال العقار المحاز في كل وقت بغير انقطاع بل يكفي أن يستعمله كما يستعمل المالك ملكه عادة⁽⁴⁾؛ و عدم الاستمرار ليس بعبب يلحق الحيازة ، و إنما يحول دون قيامها كلية ، و هذا ما يفسر اغفال المشرع ذكر شرط الاستمرار عند ذكره لعيوب الحيازة .

و بعد ادراكنا لمفهوم الحيازة القانونية ، نأتى لنتساءل : **ما موقع الحيازة من الإثبات في دعوى الملكية؟ و على من يقع عبء اثباتها؟ و كيف السبيل لإثباتها؟** .

من المبادئ المسلّم به في الإثبات، أن البينة على من ادعى، فمن يدعى حقا أمام القضاء عليه اثبات مصدره ، و الادعاء بالملكية يفرض اثبات مصدرها ، فإذا كان مصدرها الحيازة ، فعلى من يتمسك بها كسبب للملكية أن يثبتها و هي نتيجة منطقية يقتضيها نظام الإثبات .

إلا أن الأمر ليس بالبساطة التي يبدو عليها ، لأن الحيازة و إن كانت واقعة مادية تخضع في اثباتها لجميع طرق الإثبات ، إلا أنها و كما سبق و أن رأينا تقوم على أركان و شروط ، **فهل يقتضي اثباتها ، إثبات جميع أركانها و شروطها؟** .

إن إثبات الحيازة القانونية ، يستوجب من الحائز اثبات الأعمال المادية التي يقوم بها على العقار المحاز ، و التي تشكل الركن المادي للحيازة ، و له أن يستعين في ذلك بجميع طرق الإثبات المعروفة ببنودها العريضة في القانون⁽⁵⁾ (الكتابة ، الشهود ، القرائن ، الإقرار ، الخبرة) .

(1)- محمدي فريدة (زواوي) ، (المرجع السابق) ، ص 33 .

(2)- منصور محمد حسين ، "الحقوق العينية الأصلية (الملكية و الحقوق المنفردة عنها ، أسباب كسبها)" ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، (د.س.ط) ، ص 454 .

(3)- انظر- قرار المحكمة العليا، تحت رقم 349406، مؤرخ في 2006/04/12، جاء فيه: " علاقة القرابة تثير اللبس في الحيازة و ترجّح التسامح و تحول دون التملك بالتقادم المكسب مهما طالّت المدة"؛ مجلة المحكمة العليا، عدد2، 2006، ص 407 .

(4)- الأمين محمد علي ، (المرجع السابق) ، ص 65 .

(5)- DJOUDI jamel, « POSSESSION » , op.cit. , n°57 , p. 10 .

و نظرا لصعوبة اثبات العنصر المعنوي فقد أعفى المشرع الحائز من ذلك ، فيكفي أن يثبت المدعي أمام القاضي أنه يأتي الأعمال المادية الداخلة في مضمون حق الملكية العقارية لتقوم قرينة قانونية بسيطة على قيام الركن المعنوي ، و هذا ما يستشف من نص المادتين 810 ، 822 من القانون المدني ، ليقع عبئ اثبات العكس على الطرف الآخر و له أن يستعين في ذلك بجميع طرق الاثبات .

أما بالنسبة لشروط الحيازة ، فالمشرع ذكرها في شكل عيوب في نص المادة 808 من القانون المدني، مما يدفعنا للقول أنها لا تخضع للإثبات ابتداء ، فالأصل في الحيازة القانونية القائمة على ركنيها المادي و المعنوي أنها حيازة سليمة خالية من العيوب ، و على من يدعي خلاف الأصل الثابت أن يثبت ذلك⁽¹⁾ .

و لعل الإشكال الذي يطرح كثيرا في الحياة العملية ، هو حالة وجود نزاع حول الحائز الحقيقي للعقار ، بأن يدعي كلا الخصمين حيازته للعقار ، فهنا للقاضي العقاري سلطة تقديرية واسعة ، لما له من سيادة الوقائع أن يقدر من له الأفضلية في الحيازة ، و له أن يلجأ في ذلك إلى أي إجراء من الإجراءات التي حولها له القانون و تدخل في حدود سلطته و دوره الإيجابي في الخصومة المدعّم بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد خصوصا في المواد 26 ، 27 ، 28 ، 29 منه، و بناء عليه له أن يأمر :

- بحضور الخصوم في الجلسة شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية ؛

- بإحضار أية وثيقة ؛

- باتخاذ أي إجراء من إجراءات التحقيق و لو من تلقاء نفسه للكشف عن الحقيقة .

كما أن هناك تساؤل آخر بالغ الأهمية : ما هي العلاقة بين اثبات الحيازة و اثبات الصفة في دعوى الملكية ؟

من المعلوم أن الصفة هي أحد شروط قبول الدعوى طبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، يتعين اثباتها أثناء مباشرة الدعوى أمام القضاء و قبل الدخول في المناقشة الموضوعية ، و عدم اثباتها يؤدي إلى عدم قبول الدعوى ، فكيف السبيل لإثباتها ؟ .

في الحقيقة إن مسألة اثبات الصفة في دعوى الملكية يشوبها بعض اللبس ، لأن إثبات الصفة في هذه الحالة يدخل في صميم اثبات الملكية ، و الملكية طبقا للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري، لا تثبت إلا بسند رسمي مشهر ، و بالتالي أضحي تقديم هذا السند ضروريا لإثبات الصفة في الدعوى ، غير أن هذا السند قد لا يتوفر لدى الحائز الذي يقوم بمباشرة إجراءات رفع الدعوى أمام القضاء ، فما هو الحل ؟

(1)- SOHN-BOURGEOIS Anne-Marie , op.cit. , n°55 , p. 7 .

بالرجوع إلى موقف القضاء ، يظهر أنه انقسم إلى اتجاهين :

- الاتجاه الأول/ يرى أنه إذا تعلق الأمر بدعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب في منطقة لم تشملها بعد عملية المسح العقاري ، فعلى القاضي أن يقبلها و لا يفرض على مدعي الحيازة تقديم سند ملكية ، و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في أحد قراراتها ، تحت رقم 150865 ، صادر بتاريخ 1998/02/25⁽¹⁾ جاء فيه : " ... المجلس بتأييده الحكم محل الاستئناف قد رفض من حيث الشكل صفة المدعي كمالك ، في حين أن الصفة مسألة تتعلق بالموضوع ، تتم تسويتها بإجراء تحقيق مناسب طبقا لمقتضيات المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية ، و زيادة على ذلك فإن هذا الإجراء قد طلب ، و إن كثيرا من الملكيات هي بدون سندات نظرا لعدم تعميم مسح الأراضي و لانعدام العقود" .

- الاتجاه الثاني/ يرى بأنه لا يمكن قبول دعوى الملكية من قبل شخص لا يملك سندا قانونيا يبرر به وضع يده على العقار مهما طال أمد وضع يده عليه ، و هو رأي القضاء الإداري و على رأسه مجلس الدولة ، ففي قرار له تحت رقم 12419 ، صادر بتاريخ 2003/12/16⁽²⁾ ، جاء فيه : " ... حيث و لكن عقد الشهرة المقدم من طرفه لإثبات ملكيته للقطعة الأرضية المنزوع ملكيتها و حقه في التعويض محرر في 1998/07/08 و بالتالي فصفته كمالك لم تكن ثابتة وقت نزع الملكية!" .

و هناك جانب من الفقه⁽³⁾ يرجح الرأي الثاني ، فحتى لو تعلق الأمر بدعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب في أراضي لم تشملها بعد عملية المسح ، فإن المشرع قد وجد حلا لهذه الوضعية باستحداثه لكل من عقد الشهرة و شهادة الحيازة ، كما أن المادة 30 من قانون التوجيه العقاري توجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل ؛ فهل هذا يعني أن اثبات الحيازة القانونية مقترنة وجوبا بتقديم شهادة حيازة أو عقد شهرة ؟

للإجابة عن هذا السؤال ، نستشهد بقرارات المحكمة العليا، و في هذا الصدد ، صدر عنها قرار تحت رقم 223939 ، بتاريخ 2002/01/23⁽⁴⁾ ، جاء فيه : " إن الحيازة مسألة موضوعية تخضع في اثباتها للقواعد العامة ، و عليه فإن اعتماد قضاة المجلس لرفضهم الدعوى على انعدام شهادة الحيازة ، يكونون قد أساءوا تطبيق القانون " .

- قرار آخر تحت رقم 180876 ، مؤرخ في 1998/09/30⁽⁵⁾ ، جاء فيه : " حيث أن قضاة الاستئناف جعلهم التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد شهرة و الحال أن القانون لا يشترط ذلك ، فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني" .

كما أن هناك سؤال آخر مهم، نصّه : هل يسري التقادم المكسب على عقارات لها سندات ملكية مشهورة ؟

(1)- المجلة القضائية لسنة 1998 ، عدد 01 ، ص 74 .

(2)- مجلة مجلس الدولة ، عدد 5 ، سنة 2004 ، ص 192 .

(3)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة" ، دار هوميه ، الجزائر ، ص 123 .

(4)- المجلة القضائية لسنة 2003 ، عدد 01 ، ص 322 .

(5)- المجلة القضائية لسنة 1998 ، عدد 02 ، ص 33 .

المشرع عند تنظيمه لأحكام التقادم المكسب في القانون المدني ، لم يأخذ بعين الاعتبار مسألة التمييز بين العقارات التي لها سندات و الأخرى التي ليس لها سندات ملكية ، فنصوص القانون المدني وردت عامة ، كما أن المحكمة العليا لم تفرق بينها (1) .

3. مضي المدة القانونية :

لا يكفي اثبات الحيازة القانونية فقط لاكتساب الملكية ، و إنما يجب أيضا مرور مدة زمنية معقولة و كافية لتفضيل الحائز على المالك الحقيقي الذي تخلف عن استعمال و استثمار ملكه ، و هذه المدة حددها المشرع و بين كيفية حسابها و نظم أسباب وقفها و انقطاعها .

فبالرجوع إلى القانون المدني ، نجد أن المشرع ميّز بين ثلاثة أنواع من التقادم ، كل نوع قرر له مدته على نحو ما يلي/

- التقادم الطويل ، و حدد له المشرع مدّته في المادة 827 من القانون المدني و هي 15 سنة .
- التقادم القصير ، و حدد له المشرع مدّته في المادة 828 من القانون المدني و هي 10 سنوات ، غير أن الحائز الذي يتمسك بالتقادم القصير أن يثبت توفر شرطين اضافيين هما :

❖ **السند الصحيح**(2) ، و هو تصرف قانوني من غير المالك ، و يكون من شأنه نقل الملكية لو كان صادرا من المالك ، و يشترط حتى يكون السند صحيحا :

- أن يكون تصرفا قانونيا صادرا إلى الحائز باعتباره خلفا خاصا .
- أن يكون التصرف ناقلا لحق الملكية .
- أن يكون للتصرف وجود قانوني أي ألا يكون باطلا ، و بما أن الأمر يتعلق بعقار فيجب أن يفرغ هذا التصرف في شكل رسمي .
- أن يكون التصرف صادرا من غير المالك .
- أن يتم شهر التصرف حتى يمكن الاحتجاج به .

❖ **حُسن النية** ، يقصد بها في القانون جهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير ، و يعتقد اعتقادا جازما لا شبيهة فيه و من دون شك، أنه تلقى الحق من صاحبه أي أن من تصرف إليه هو المالك(3) ؛ و حسن النية يفترض لأنه الأصل ، و من يدّعي خلاف الأصل أن يثبت ذلك و له أن يستعين بجميع طرق الإثبات .

(1)- من هذه القرارات :

- قرار رقم 232683 ، صادر بتاريخ 2002/05/22 ، جاء فيه : " في الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب لا تثبت بالعقود الرسمية بل تخضع لجميع وسائل الاثبات و عليه فإن ترجيح قضاة المجلس لحيازة المطعون ضده الثابتة وفقا للقانون على العقود الرسمية المحتج بها من المطعون ضدهم ، هو تطبيق سليم للقانون" ، المجلة القضائية ، عدد 01 ، 2003 ، ص 326 .

- قرار رقم 199710 ، صادر بتاريخ 2000/07/26 ، جاء فيه : " و حيث أن المادة 827 ق.م المطبقة في دعوى الحال لا تشترط جهل المالك الحقيقي للأرض موضوع التقادم المكسب و يكفي أن حيازة الحائز تدوم المدة المذكورة في المادة 827 ق.م و أن المالك الأصلي للأرض لم يقم بأي إجراء من شأنه وقف حيازة الحائز" ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية 2004 ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، ص 202 .

(2)- راجع- محمدي فريدة (زواوي) ، (المرجع السابق) ، ص 106 .

(3)- رواينية عمار ، "التقادم المكسب" ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، 2004 ، ص 102،103

- تقام الحقوق الميراثية ، و حدد المشرع مدة تقامها في المادة 829 من القانون المدني ب 33 سنة .
- و قد نظم المشرع أسباب وقف و انقطاع التقام ، كما وضع حدا للبس الذي صاحب تطبيق المادة 07 من القانون المدني قبل تعديلها و المتعلقة بحساب مدة التقام ، فكان الإشكال يثار بشأن الحيازة التي بدأت في ظل سريان القانون المدني الفرنسي ، الذي كان يأخذ بمدة 30 سنة للتقام الطويل .
- غير أن هذه المادة و بعد تعديلها بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للقانون المدني، أضافت حكمن في حساب مدة التقام :
- إذا كان القانون الجديد يقر مدة للتقام أقصر من القانون القديم ، فالحكم أنه تسري المدة الجديدة المقررة في القانون الأصح من وقت نفاذ القانون الجديد و لو كانت المدة القديمة قد بدأت .
- إذا كان الباقي من مدة التقام في القانون القديم أقصر مما قرره القانون الجديد ، فالحكم أنه يتم حساب مدة التقام باكمال المدة الباقية .
- أما عن كيفية اثبات المدة ، فقد وضع لها المشرع قرينة قانونية ، بحيث يكفي أن يثبت الحائز قيام الحيازة في وقت سابق و قيامها في الوقت الحالي ، لتقوم قرينة قانونية بسيطة على قيام الحيازة في المدة ما بين الزمنين طبقا للمادة 830 من القانون المدني.

ثانيا : تمييز دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقام المكسب عن دعوى الحيازة

- كثيرا ما يحدث الخلط بين دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقام المكسب و دعوى الحيازة(*) ، لهذا رأينا من الأهمية بمكان تمييزهما عن بعضهما ، لكن يتعين علينا قبل كل شيء أن نتعرف على دعوى الحيازة حتى تسهل لنا الدراسة ، فما هي دعوى الحيازة ؟
- نظرا للمكانة المهمة التي تحتلها الحيازة، بوصفها عنوان الملكية الظاهر و الوسيلة الفعالة لممارسة الحق و الانتفاع به ، فقد أصبحت لها حرمة لا غنى عن حمايتها ، لهذا فنن لها المشرع آليات فعالة لحمايتها، سميت بدعوى الحيازة و هي على ثلاثة أنواع :
- دعوى منع التعرض؛
- دعوى استرداد الحيازة؛
- دعوى وقف الأعمال الجديدة.

و قد نظم المشرع أحكامها الموضوعية في القانون المدني (المواد 817-821) ، و نظم قواعدها الإجرائية في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (المواد 524-530) ، فما الذي يميزها عن دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقام المكسب ؟

تصنّفُ دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقام المكسب في خانة دعوى الملكية، لأن موضوعها

(*)- في هذا الإطار نستشهد بقرار من المحكمة العليا ، تحت رقم 205549 ، بتاريخ 2001/02/28 ، جاء فيه : " حيث بالفعل أنه و بالرجوع إلى القرار المطعون فيه ، فإن قضاة الاستئناف عللوا كذلك استبعادهم لدفع الطاعن بالتقام المكسب على كونه لا يسوغ له أن يسلك دعوى الحيازة بعد أن سلك دعوى الملكية ، فيما ادعى أنه امالك الأرض محل النزاع بموجب مقايضة و استدلوا في ذلك بأحكام المادة 418 من ق.إ.م و الحال أن التقام المكسب هو طريقة من طرق اكتساب الملكية و ليس بدعوى حيازة" ، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية لسنة 2004 ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، ص 360 .

هو الحق العيني (حق الملكية) و هي تهدف إلى حمايته، و ما التمسك بالحيازة إلا لكونها سبب من أسباب كسب الملكية ، في حين أن دعوى الحيازة يقتصر موضوعها على حماية الحيازة لذاتها مستقلة عن حماية أصل الحق⁽¹⁾ .

كما أن دعوى الحيازة لا تستدعي من المدعي إلا اثبات حيازته القانونية المستوفية لأركانها و شروطها الخالية من العيوب ، أما دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب فتستلزم من الحائز المدعي علاوة على اثبات حيازته القانونية ، اثبات استمرار الحيازة المدة المطلوبة للتقادم ، و لهذا تعتبر دعوى الحيازة أقل عبء و أقل نفقة و جهدا من نظيرتها .

اضافة إلى اختلافات أخرى جوهرية بين الدعويين ، فدعوى الحيازة مثلا ، رفعها مقيد بشرط الميعاد ، إذ لا بد على الحائز أن يرفعها خلال سنة من الاعتداء تحت طائلة عدم قبولها شكلا طبقا للمادة 524 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فرفع الدعوى بعد مرور هذا الميعاد ، يحمل على الافتراض أن هذا الاعتداء ليس خطير و لا يخل بالأمن العام ، فضلا عن رضا الحائز بذلك الوضع ، أما دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب فهي غير مقيدة بمواعيد معينة .

كما يلاحظ من خلال التطبيقات القضائية أن دعوى الحيازة قد ينعقد الاختصاص في نظرها لقاضي الاستعجال في بعض الأحيان عند توفر ظرف الاستعجال⁽²⁾، في حين دعوى الملكية هي دعوى موضوعية بحتة ، يؤدي رفعها أمام القضاء الاستعجالي إلى رفضها لعدم الاختصاص النوعي .

و قد برزت أيضا الحاجة للتمييز بين دعوى الحيازة و دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب ، لإعمال القاعدة التي وضعها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (المواد 527-530)، مضمونها "عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الملكية" ، و اعتبارا لكون دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب هي دعوى ملكية ، فلا يجوز الجمع بينها و بين دعوى الحيازة ، سواء كان ذلك في دعوى واحدة أو في دعويين مختلفين ، حسب التوضيح التالي :

- لا يجوز الجمع بين دعويي الحيازة و الملكية في نفس الطلب القضائي و لا التحقيق فيهما في نفس الخصومة و لا الفصل فيهما بموجب نفس الحكم .

- كما لا يجوز رفع دعوى الحيازة بعد الفصل النهائي في دعوى الملكية ، لأن حماية أصل الحق يغني عن حماية الحيازة ، إذا كسب الحائز دعوى الحق ، كما لا تتوفر مبررات الحماية المستقلة للحيازة ، إذا خسر الحائز تلك الدعوى⁽³⁾ .

و يترتب على هذه القاعدة التزامات تقع على عاتق المدعي و المدعى عليه في الخصومة ، و حتى القاضي ، كما يترتب عنها آثار .

(1)- DJOUDI Jamel , « ACTION POSSESSOIRE » , répertoire droit civil , Dalloz , février 2001 , n°13, p. 3 .

(2)- راجع- طاهري حسين ، " قضاء الاستعجال فقها و قضاء (مدعما بالإجتهد القضائي المقارن)" ، دار الخلدونية ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 27 .

(3)- بوبشير محند أمقران ، " قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001 ، ص 102 .

بالنسبة للمدعى :

- إذا بادر برفع دعوى حيازة ، ثم تمسك اثناء الخصومة بالتقادم المكسب ، فهذا يعتبر تنازلا منه عن دعوى الحيازة ، و يفصل في الملكية .

- أما إذا بادر في عريضته الافتتاحية بالتطرق إلى الملكية و التقادم المكسب ، ثم طالب بتطبيق أحكام دعوى الحيازة ، فإن دعوى الحيازة لا تقبل منه ، مع بقاء الفصل في الملكية ، و ينطبق نفس الحكم إذا رفع دعوى حيازة منفصلة عن الدعوى الأولى .

بالنسبة للمدعى عليه :

- لا يجوز له في دعوى الحيازة أن يدفع بالتقادم المكسب، لأنه في هذه الحالة لا تقبل دفعه .

- لا يجوز له رفع دعوى يتمسك فيها بالتقادم المكسب على المدعى قبل الفصل في دعوى الحيازة و تنفيذ الحكم الصادر بشأنها ، و إلا رفضت دعواه لسبق أوانها .

بالنسبة للقاضي :

- لا يجوز للقاضي الفاصل في موضوع الحيازة التعرض لها كسبب للملكية .

- على القاضي ألا يبني حكمه في دعوى الحيازة على أسباب مستمدة من موضوع الحق ، كالاستناد على الوثائق المثبتة للملكية ، لأن الأمر يتعلق باثبات الحيازة التي تخضع لمبدأ الحرية في الإثبات ،

لكن هل يجوز له الاستناد على عقد الشهرة باعتباره كشهادة الحيازة من محررات شهر الحيازة ؟

في اعتقادنا أنه يجوز ذلك ، فحتى لو كان عقد الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية ، فهذا لا ينفي حقيقة كونه يثبت الحيازة القانونية مثله مثل شهادة الحيازة ، الشيء الذي يميزه عن باقي سندات الملكية .

- يجب ألا يستند في حكمه عندما يتعلق الأمر بدعوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه .

بعد أن تعرفنا على أهم ما يميز دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب عن دعوى الحيازة ، و وقفنا على أهمية هذا التمييز ، نأتي لنتساءل عن حجية الحكم الصادر في دعوى الحيازة على دعوى الملكية .

الأصل أن الحكم الذي يصدر في دعوى الحيازة ليست له أي حجية أمام المحكمة التي تنظر في الملكية ، و هذا نظرا لاختلاف طبيعة الدعويين ، إلا أنه استثناء، قد يترتب على الحكم الصادر في دعوى الحيازة أثران بالنسبة لدعوى الملكية و هما :

- إذا حصل الخصم في دعوى الحيازة على حكم بثبوت الحيازة له ، فإن هذا الحكم له حجية في اثبات الحيازة في دعوى الملكية و يجعل الحائز في مركز الدفاع .

- إذا فصل قاضي الحيازة في دعوى الملكية و استمر الحكم و لم يطعن فيه إلى أن أصبح نهائيا باتا حائزا لقوة الشيء المقضي فيه بالنسبة لدعوى الملكية⁽¹⁾ .

(1)- محمدي فريدة (زواوي) ، "الحيازة و التقادم المكسب" ، (المرجع السابق) ، ص 76 ، 77 .

الفرع الثاني- حجية الحكم المكرس للملكية بناء على التقادم المكسب

الأصل في الأحكام القضائية أن لها حجية نسبية قاصرة على طرفي الخصومة ، لا يمتد أثرها إلى الغير ، إلا أنه استثناء من القاعدة ، هناك بعض الأحكام يمكن الاحتجاج بها ضد الغير و من بينها الحكم المكرس للملكية بناء على التقادم المكسب ، فهذا النوع من الأحكام يعتبر من الأحكام المصرحة و الكاشفة عن الحقوق ، لأن الملكية فيه انتقلت إلى الحائز بالحيازة القانونية و التقادم ، و الحكم أثبت هذه الواقعة و لم ينقل الملكية .

و بما أن الاحتجاج بالحكم المثبت للملكية عن طريق التقادم المكسب اتجاه الغير هو خروج عن قاعدة الأثر النسبي للأحكام ، فلا بد من شهره حتى تكون له حجية في مواجهة الغير اعمالا للمادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

و إن كانت حجية الحكم اتجاه الغير متوقفة على الشهر ، فإن هذا الأخير متوقف على حيازة الحكم لقوة الشيء المقضي فيه .

و عليه يظهر بأن الدراسة التالية ، سوف تتعلق ببحث المسألتين التاليتين :

أولاً: حيازة الحكم على قوة الشيء المقضي فيه

عادة ما يرتبط الحديث عن قوة الشيء المقضي فيه بمسألة التنفيذ ، فالأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه هي سندات صالحة للتنفيذ الجبري ، غير أن هذه القاعدة لا تستقيم في جميع الحالات ، فهناك أحكام قضائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه غير أنها غير صالحة للتنفيذ الجبري لأنها أحكام مقرررة كاشفة عن الحقوق و ليست بأحكام تلزم الخصم بشيء ينفذه (1) .

و بما أن الأحكام المثبتة للملكية عن طريق التقادم المكسب ، هي أحكام كاشفة عن الحقوق تقرر واقعا موجودا ، فإن دراستنا لقوة الشيء المقضي فيه سنتصب على هذا الجانب فقط و ليس على جانب التنفيذ .

كما أن دراستنا لهذه الأحكام، سنتسع لتتعدى المفهوم القانوني للحكم القضائي ، ذلك لأن مفهومها القانوني يضيق من نطاقها و يقصرها على الأحكام التي تصدر عن الجهات القضائية فصلا في خصومة قائمة أمامها ، و الأحكام القضائية التي تحوز قوة الشيء المقضي فيه بهذا المفهوم هي :

- الأحكام الابتدائية النهائية ؛

- الأحكام الابتدائية التي استنفذت طرق الطعن العادية إما بممارستها أو فوات أجلها فأصبحت أحكاما نهائية؛

- الأحكام المصادقة على محضر الوساطة؛

- القرارات الصادرة عن المجالس القضائية؛

- بعض القرارات الصادرة عن المحكمة العليا.

(1)- العربي شحط عبد القادر ، (المرجع السابق)، ص 73 .

لكن دراستنا ستمتد لدراسة نوع آخر من الأحكام هي أحكام شبه قضائية، لكنها حائزة على قوة الشيء المقضي فيه إذا استوفت شروطها ، و هي :

- محاضر الصلح؛

- أحكام المحكمين المأمور بتنفيذها من قبل رؤساء الجهات القضائية و المودعة لدى أمانة الضبط .

1. الأحكام الابتدائية النهائية :

و هي الأحكام التي تصدرها المحكمة ابتدائيا و نهائيا طبقا للمادة 33 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في القضايا التي لا تتجاوز قيمتها 200 000 دج ، و في الحقيقة إن هذا النوع من الأحكام مستبعد صدوره في دعاوى الملكية العقارية ، لأن قيمة العقار حاليا، يستبعد أن تقل عن هذا المبلغ أو حتى تساويه.

2. الأحكام النهائية بعد استنفاد طرق الطعن العادية :

الأصل في الأحكام التي تصدر عن محاكم الدرجة الأولى أنها ابتدائية قابلة لطرق الطعن العادية من معارضة و استئناف ، غير أنها تصير نهائية بفوات آجال المعارضة (إذا كان الحكم غيابيا) و الاستئناف (غيابي أو حضوري) دون ممارسة أي منها .

و لأكثر توضيح :

- إذا كان الحكم غيابيا ، فلا يصبح نهائيا إلا إذا مرت آجال المعارضة (التي هي شهر) يضاف إليها آجال الاستئناف (إما أن تكون شهر في حالة التبليغ الشخصي أو شهرين في حالة التبليغ إلى الموطن الحقيقي أو المختار) ، و يبدأ سريانها من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم إلى الخصم بواسطة المحضر القضائي .

- أما إذا كان الحكم حضوريا ، فلا يصبح نهائيا إلا إذا مرت آجال الاستئناف التي هي شهر في حالة التبليغ الشخصي ، و شهرين في حالة التبليغ إلى الموطن الحقيقي أو المختار .

أما عن فوات آجال طرق الطعن غير العادية و هي الطعن بالنقض و التماس إعادة النظر ، فهذا يجعل من الحكم باتا غير قابل لأي طريق من طرق الطعن سواء كانت عادية أو غير عادية .

3. القرارات الصادرة عن المجالس القضائية :

تعتبر القرارات الصادرة عن المجالس القضائية قرارات نهائية بمجرد صدورها ، حائزة لقوة الشيء المقضي فيه لاستنفادها طرق الطعن العادية .

4. الأحكام المصادقة على محضر الوساطة :

هي أحكام أفرزها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد الذي استحدثت فيه الوساطة كطريق بديل لفض النزاعات ، نصت عليها المواد من 994 إلى 1005 من ذلك القانون .

و تعتبر الوساطة إجراء وجوبيا على القاضي القيام بها في الجلسة الأولى ، و هي جائزة في جميع المواد باستثناء قضايا شؤون الأسرة و القضايا العمالية ، كما أنها لا تجوز في كل ما من شأنه أن يمس بالنظام العام .

و تقوم الوساطة على تدخل شخص ثالث محايد في المفاوضات بين طرفين متخاصمين يدعى الوسيط، يعينه القاضي بموجب أمر يتضمن موافقة الخصوم و تحديد الآجال الأولى الممنوحة له للقيام بمهمته ، مع تحديد تاريخ رجوع القضية إلى الجلسة .

و يعمل هذا الوسيط على تقريب وجهات النظر بين الطرفين و تسهيل التواصل بينهما و بالتالى مساعدتهما على إيجاد تسوية مناسبة لحكم النزاع خارج أروقة القضاء⁽¹⁾؛ و عندما يتوصل الوسيط إلى اتفاق يرضى الطرفين ، يحرر محضرا بمحتوى ذلك الاتفاق يوقعه مع الخصوم ، و بعد رجوع القضية للجدول يقوم القاضي بالمصادقة على محضر الاتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن ، حائز لقوة الشيء المقضى فيه .

لكن السؤال الذي يتعين طرحه : ألا تعتبر القواعد التي تحكم عملية اثبات الملكية العقارية خاصة من النظام العام ، خاصة و أن الأمر يتعلق بتثبيت الملكية بناء على التقادم المكسب و بالشهر الذي يحصن الملكية، و يمكن أن يؤدي إلى اهدار حقوق الغير ؟

بالفعل ، لو نظرنا إلى الأحكام التي تنظم عملية اثبات الملكية العقارية ، للاحظنا أنها لا تتعلق فقط بحقوق الأطراف المتنازعة التي يجوز لهم التصرف فيها ، و إنما هي أيضا شديدة الصلة بنظام الشهر الذي يهدف إلى استتباب الأمن و استقرار النظام في المجتمع ، كما أن الأحكام التي تصدر بصدده يمكن أن تمس بحقوق الغير، فهل تجوز الوساطة في هذه الحالة ؟

بما أن الوساطة قد تمتد إلى كل النزاع أو إلى جزء منه ، فيمكن أن تقتصر الوساطة فقط على حقوق الأطراف المتنازعة التي يجوز لهم التصرف فيها ، أما المسائل الأخرى المتصلة بحقوق الغير ففي اعتقادنا على القاضي أن يتحرى عنها .

5. محاضر الصلح :

يعتبر الصلح أيضا من البدائل الجديدة التي استحدثها المشرع في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد في المواد من 990 إلى 993 منه ، و هو عكس الوساطة إجراء جوازي يمكن أن يعرض من الخصوم الذين يجوز لهم التصالح تلقائيا ، كما يمكن أن يتم بسعي من القاضي .

و الصلح غير مقيد بمدة معينة ، إذ يمكن اللجوء إليه في أي مرحلة كانت عليها الخصومة ، و يقوم على الحوار المباشر بين الطرفين المتنازعين ، و يثبت الصلح في محضر يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط و يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية ، و يحوز بموجبها على قوة الشيء المقضى فيه ، إذ لا يجيز القانون الرجوع عن الصلح أو الطعن فيه بطرق الطعن المقررة بالنسبة للأحكام القضائية .

و في رأينا، محاضر الصلح لا ترقى إلى مرتبة تثبيت الملكية ، و شهرها بالمحافظة العقارية لأن ذلك يفتح باب الغش و التحايل على القانون و اهدار حقوق الغير .

(1)- بربارة عبد الرحمان ، "شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 09/08 مؤرخ في 23 فيفري 2008)" ، طبعة ثانية ، منشورات بغدادى ، الجزائر ، سنة 2009 ، ص 523 .

6. أحكام المحكمين :

يعتبر التحكيم نوعا من القضاء الخاص ، فهو وسيلة بديلة عن قضاء الدولة يقوم فيه أطراف النزاع بمحض إرادتهم الحرة على اللجوء إلى التحكيم لحل ما قد يثور من خلاف بينهم ، بتفويض أمرهم إلى أشخاص عاديين يطلق عليهم المحكمين .

و قد نظم المشرع التحكيم في قانون الاجراءات المدنية و الإدارية في المواد من 1006 إلى 1038 منه ، يجوز بمقتضاها للأشخاص اللجوء إليه في الحقوق التي لهم مطلق التصرف فيها ، فلا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص و أهليتهم .

و تحوز أحكام التحكيم على حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها ، و لا يجوز إعادة طرح النزاع المقضي فيه على أية جهة قضائية أو هيئة تحكيم أخرى .

لكن رغم ما تتمتع به أحكام التحكيم من حجية إلا أنها لا تكتسب بذاتها القوة التنفيذية ، و إنما تلحقها القوة التنفيذية بصدور أمر خاص من جهات القضاء المختصة (رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها) ، يسمى بأمر التنفيذ و يودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة ، ليحوز بعدها على قوة الشيء المقضي فيه .

و المثير للانتباه في هذا السياق، أن المشرع قد نصّ صراحة في المادة 1038 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه : " لا يحتج بأحكام التحكيم على الغير " ، فهل يعقل أن يصبح الاحتجاج بها جائزا بعد الشهر عندما يتعلق الأمر بثبوت الملكية ؟ .

7. القرارات الصادرة عن المحكمة العليا :

من المعلوم أن الطعن بالنقض لا يشكل امتداد للخصومة الأولى، و المحكمة العليا ليست بدرجة من درجات التقاضي فلا يكون للخصوم تقديم طلبات أو أوجه دفاع جديدة لم يسبق عرضها من قبل على درجات التقاضي ، فالمحكمة العليا هي محكمة قانون يقتصر دورها على مراقبة مدى تطبيق الجهات القضائية الدنيا لأحكام القانون على القضايا المعروضة عليها .

إلا أن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أتى بالجديد فيما يتعلق باختصاصات المحكمة العليا خصوصا في المادة 374 منه ، التي تضمنت اختصاصا استثنائيا بحيث :

- يجوز للمحكمة العليا و بموجب النظر في طعن بالنقض ثاني ، و لم تمتثل فيه جهة الإحالة لقرار المحكمة العليا الفاصل في مسألة قانونية ، البث في موضوع النزاع .

- بل يتوجب عليها الفصل من حيث الوقائع و القانون عند النظر في طعن ثالث بالنقض و يكون قرارها هذا قابلا للتنفيذ، فإذا كان قرارها بثبوت الملكية عن طريق التقادم المكسب ، فإن قرارها هذا يحوز على قوة الشيء المقضي فيه و يكون قابلا للشهر .

ثانياً: شهر الحكم المكسب للملكية بناء على التقادم المكسب

تنصّ المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري " أن كل حق للملكية و كل حق عيني يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ...".

فيفهم من هذه المادة ، أن كل من يدعي ملكيته لأي حق عيني ، سواء كان مصدره واقعة مادية كالتقادم المكسب أو تصرف قانوني كالعقد ، يستوجب عليه اثبات ذلك بسند مشهر لدى المحافظة العقارية ، و سواء تعلق الأمر بسند توثيقي أو قضائي فالأمر سياتي ، و لا بد من الشهر للاحتجاج بالسند في مواجهة الغير .

و عليه، بعد أن يصير الحكم المثبت للملكية عن طريق التقادم المكسب حائزاً لقوة الشيء المقضي فيه ، ينبغي على صاحب المصلحة (المالك) أن يقوم بشهره حتى تكون له حجية نحو الغير، و لا نقول طرفي الخصومة ، لأن الأحكام بصفة عامة تحوز حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدورها بغض النظر عن كونها نهائية أو مشهورة ، فلا يكون لطرفي الخصومة إعادة طرح نفس النزاع بذات الطلبات بهدف الحصول على حكم ثاني معدّل للحكم الأول ، عملاً بالمادة 338 من القانون المدني .

و تتم عملية الشهر لدى المحافظة العقارية ، و هي هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها تحت وصاية وزير المالية، يتولى تسييرها محافظ عقاري معين بقرار من وزير المالية ، لها دائرة اختصاص اقليمي محدد، و على مستواها تتم عملية الإشهار العقاري لجميع العقود و السندات المثبتة للتصرفات العقارية ، نصّ عليها المشرع الجزائري لأول مرة في المادة 20 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي و تأسيس السجل العقاري ، و كان يطلق عليها في ظل نظام الشهر الشخصي بمحافظة الرهون⁽¹⁾ .

و بصدد الشهر ، قد يطرح تساؤل حول الشخص أو الهيئة المكلفة بشهر الأحكام أو القرارات القضائية النهائية المتعلقة بالحقوق العينية العقارية بالمحافظة العقارية ، خاصة أن الأحكام القضائية تصدر دون الإشارة إلى ذلك ؟ .

بالرجوع إلى المادة 90 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، فإن الموثقين و كتاب الضبط هم المكلفين قانوناً بشهر العقود و القرارات القضائية الخاضعة للإشهار ، لكن هذه المادة بصياغتها العامة قد تثير تنازع الاختصاص بين كتاب الضبط و الموثقين ، و إن كان المنطق يقضي بأن شهر الأحكام هو من صميم اختصاص كتاب الضبط بالجهات القضائية و يبقى من اختصاص الموثقين شهر العقود ، إلا أن الواقع غير ذلك ، فقد جرى العمل على أن شهر الأحكام القضائية يتم بموجب عقد ايداع يحرره الموثق ، شأنه في ذلك شأن العقود العرفية التي اكتسبت تاريخاً ثابتاً قبل 01 جانفي 1971 ، و الذي يستمد اختصاصه فيها من المادة 10 من قانون 02/06 المنظم لمهنة التوثيق التي تنصّ :

(1)- رامول خالد ، " المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري " ، قصر الكتاب ، الجزائر ، دون سنة نشر، ص 77.

" يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل و إعلان و نشر و شهر العقود في الآجال المحددة قانونا ...".

فهل يتساوى الحكم القضائي بما له من قوة تنفيذية ، و يصدر عن قضاء الدولة بما له من سلطة و بما لها من سيادة ، مع العقد العرفي الذي ليست له حتى قوة تنفيذية ؟ و إذا كان الجواب : لا ، فلماذا ، و إذا كان الجواب : نعم ، ألا يعتبر هذا في حد ذاته تقليلا من شأن الأحكام القضائية ؟ .

علاوة على ذلك ، فالمحافظ العقاري بعد أن يتفحص الحكم القضائي المودع لديه بواسطة الموثق من أجل شهره ، له أن يرفض قيده ، إذا كان هذا الحكم لا يحتوي على كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار⁽¹⁾.

و إذا قام المحافظ العقاري بشهر الحكم المكرس للملكية عن طريق التقادم المكسب ، فإنه يصبح حجة في مواجهة الكافة من تاريخ الشهر؛ و قد أجاز المشرع اعادة النظر في الحقوق المشهورة بمقتضى المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؛ و بالتالي يمكن للغير الذي مسّت حقوقه، في أي وقت يعلم فيه بالشهر أن يطعن فيه بالإلغاء أمام قضاء القسم العقاري .

(1)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق)، ص 58

المطلب الثاني- عقد الشهرة

يعتبر عقد الشهرة أحد أهم الآليات التي شهد لها تطبيق واسع النطاق على الصعيد الاجتماعي ، و من البوادر الأولى لإعادة الاعتبار للملكية العقارية الخاصة ، في الوقت الذي بقيت فيه السلطة متشبثة بخياراتها الاقتصادية و الاجتماعية المبنية على النظام الاشتراكي .

و لقد نظم المشرع أحكامه بموجب المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983 الذي يسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية⁽¹⁾ ، سعى من ورائه لتحقيق الاستقرار العقاري لدى الحائزين و تزويدهم بسندات تثبت ملكيتهم العقارية .

و قد طرح عقد الشهرة خلال تطبيق أحكامه ، عدّة تساؤلات فقهية و اختلافات في التطبيقات القضائية ، لهذا سنحاول التعرف على مختلف هذه الاشكالات التي طرحها عقد الشهرة و أسالت الكثير من حبر الفقهاء المشتغلين في حقل القانون ، و سنركز أكثر على حجيتّه ، لكن قبل ذلك سنتعرف على شروط و إجراءات اعداده التي لا تخلو هي أيضا من التساؤلات .

الفرع الأول- اعداد عقد الشهرة

إن اعداد عقد الشهرة يتطلب توفر عدّة شروط ، كما يستلزم اتباع عدّة إجراءات ، و هذا ما سنحاول الإحاطة به فيما يلي/

أولا: شروط اعداد عقد الشهرة

بعد استقراء نص المادة الأولى من المرسوم 352/83 المشار إليه أعلاه ، نلاحظ أن المشرع قد نصّ على مجموعة من الشروط ، منها ما هو مألوف في القواعد العامة للتقادم المكسب ، أما الأخرى فهي شروط خاصة ينفرد بها عقد الشهرة .

1. الشروط الخاصة بالعقار محل عقد الشهرة :

هذه الشروط تتلخص فيما يلي/

أ. أن يكون العقار كائن في بلدية غير ممسوحة⁽²⁾ :

و هذا الشرط ورد ذكره بصريح النص في المرسوم المنظم لأحكام عقد الشهرة ، و هو شرط في اعتقادنا منطقي بالنظر إلى المبررات الأساسية لسن هذا المرسوم .

و يقصد بالأراضي غير الممسوحة، هي الأراضي الواقعة في بلديات لم تخضع لإجراءات الأمر 74/75

(1)- جريدة رسمية ، عدد 21 ، مؤرخة في 1983/05/04 .

(2)- هناك من انتقد المشرع في هذا الشرط ، انظر إلى مقال : مسعود كمين ، "عقد الشهرة و نظامه القانوني (دراسة تحليلية)" ، المجلة القضائية ، عدد 2 ، سنة 2003 ، ص 71 .

المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، لأن البلديات التي خضعت لهذا الإجراء ، يحصل الحائز فيها بعد نهاية العملية على سند رسمي هو دفتر العقاري، يغنيه عن اعداد عقد شهرة⁽¹⁾ .

لكن رغم هذا قد يطرح تساؤل حول مدى جواز اعداد عقد شهرة في البلديات التي تم فيها الافتتاح الرسمي لعمليات المسح بموجب قرار ولائي .

و قد أجابت مديرية الأملاك الوطنية عن هذا التساؤل الذي طرحه العديد من الموثقين ، بموجب مذكرة تحت رقم 1373 صادرة بتاريخ 1998/04/05 ، تؤكد حظر اعداد عقد الشهرة متى ثبت نشر قرار الوالي بالجريدة الرسمية و بسجل القرارات الإدارية للولاية أو بلوحة اعلانات البلدية الواقع بدائرة اختصاصها العقار المعني⁽²⁾ .

ب. أن يكون العقار محل عقد الشهرة من نوع ملك :

يقصد بأراضي الملك في مفهوم المرسوم 352/83 ، هي الأراضي الموجودة في حيازة الخواص ، و التصنيف الذي جاء به قانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري⁽³⁾ ، يؤكد هذا المفهوم خاصة في نسخته بالفرنسية ، فأراضي الملكية الخاصة هي نفسها أراضي الملك (les biens melks).

أما بالنسبة للصنفين الآخرين الذين ورد ذكرهما في المادة 23 من نفس القانون ، و يتعلق الأمر بالأملاك الوطنية و الأملاك الوقفية، فمن باب المخالفة للمادة الأولى من المرسوم المنظم لأحكام عقد الشهرة ، فإن هذه الأملاك غير معنية بأحكام هذا المرسوم .

لم يمنع الاستدلال بمفهوم المخالفة لنص هذه المادة ، من أن يتساءل البعض عن امكانية اعداد عقود شهرة على أراضي الأملاك الوطنية الخاصة، خصوصا لما تشهده جداول المحاكم من منازعات حول أراضي العرش التي فصلت الإرادة التشريعية في طبيعتها القانونية و اعتبرتها بنص المادة 85 من قانون 25/90 المتعلقة بالتوجيه العقاري المعدلة بموجب الأمر 26/95 المؤرخ في 1995/09/25⁽⁴⁾ ملك للدولة ، و صنفتها في خانة الأملاك الوطنية الخاصة .

إن هذا التساؤل لقي اختلافا من جانب الفقه في الإجابة عنه بين مؤيد⁽⁵⁾ ، قياسا على جواز التمسك بأحكام التقادم المكسب في الأملاك الوطنية الخاصة ، تطبيقا لنص المادة 04 من قانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية التي لا تجيز التقادم إلا في الأملاك الوطنية العمومية، و للقاعدة التالية : " كل ما هو ليس محظور فهو مباح" ؛ و رافض⁽⁶⁾ للمسألة انطلاقا من نص المادة 68 —————

(1)- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة (عقد الشهرة - شهادة الحيازة)" ، دار هومه ، الجزائر ، 2002 ، ص 22 .

(2)- راجع- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق)، ص 200 .

(3)- جريدة رسمية عدد 49 ، صادرة بتاريخ 1990/11/18 .

(4)- جريدة رسمية عدد 55، صادرة بتاريخ 1995/09/27.

(5)- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة"، (المرجع السابق)، ص 85.

(6)- محمودي عبد العزيز ، (مرجع سابق) ، ص 195-198 .

القانون المدني التي وردت صياغتها عامة ، و إعمالا للمبدأ القائل : "العام يبقى على عمومه ما لم يخصص بنص خاص".

أما بالنسبة لموقف القضاء ، فقد صدر قرار من مجلس الدولة تحت رقم 5763 ، بتاريخ 2002/02/11 ، جاء في حيثياته : " ...حيث يتبين إذن من معطيات الملف أن الأراضي محل النزاع ذات طبيعة عرش و هي ملك للدولة و بالتالي لا تطبق عليها أحكام المرسوم رقم 352/83"⁽¹⁾.

أما في الوقت الحالي فلم يعد هناك سبب للخلاف ، بما أن المشرع عمل على توضيح المسألة عند تعديله لنص المادة 04 من قانون الأملاك الوطنية بموجب قانون 14/08 مؤرخ في 2008/07/20 ، أين نصّ بصريح العبارة في الفقرة الثانية من هذه المادة " الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم و لا للحجز ...".

و مهما يكن من أمر تبقى هذه الأملاك معرضة لمخاطر التملك الخاص نتيجة استغلال بعض الحائزين للشعرات القانونية الموجودة في قانون الأملاك الوطنية، و من أهمها عدم الفهرسة القانونية الدقيقة لهذه الأملاك، كما أن المكلفين بحمايتها لا يعرفون حدودها⁽²⁾.

ج. أن لا يكون العقار محل عقد الشهرة محرر بشأنه سند ملكية مشهر :

يجدر البيان في أول الأمر ، أن هذا الشرط لم يأت ذكره في نص المرسوم 352/83 ، إلا أن التطبيق الميداني لأحكام هذا المرسوم و الاعتراضات اللامتناهية التي وجهت من المالكين بسندات رسمية مشهرة للعقارات المعنية باعداد عقود شهرة هي التي فرضت وجوده ، و طرح في أول الأمر كسؤال ينتظر اجابة عنه ؛ هل يجوز للموثق تحرير عقد شهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهرة ؟ .

في الحقيقة هذا التساؤل ، حاول المنشور الوزاري المشترك رقم 4513 المؤرخ في 1984/06/09 تفادي طرحه عندما أشار إلى أن سن هذا الإجراء يخص اقامة الحجة و اثبات الملكية العقارية بسند رسمي مشهر في مواجهة الكافة ، إلا أن ذلك لم يمنع من انقسام رأي الفقهاء إلى اتجاهين :

- الاتجاه الأول/ يرفض فكرة اعداد عقد شهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهرة و يحتج في ذلك بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر و الذي يعدّ حسب الفقه قرينة قانونية قاطعة على حق الملكية، و قد تبنت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا هذا الاتجاه في قرار لها صادر بتاريخ 1998/03/09، تحت رقم 129947⁽³⁾ .

- الاتجاه الثاني/ يعتقد بحجية التقادم المكسب ضد الغير أيا كان صنفه ، قياسا على القواعد العامة في القانون المدني المنظمة للتقادم المكسب ، خاصة و أن المشرع أحال بشأن شروط الحيازة إلى المادة 827 من القانون المدني و ما يليها التي لا تميز بين العقار المشهر و العقار غير المشهر ، و لم نعثر على اجتهاد قضائي من المحكمة العليا يكرس هذا الاتجاه ، لكن يبدو أن موقف قضاة الغرفة العقارية للمحكمة العليا يميل للأخذ به⁽⁴⁾، خصوصا أنهم أجازوا في قرار لهم صادر بتاريخ 2009/12/10، تحت رقم 565212 اعداد عقد شهرة على عقار سبق و أن أعدّ بشأنه عقد شهرة⁽⁵⁾.

(1)- مجلة مجلس الدولة ، عدد 02 ، سنة 2002 ، ص 198 .

(2)- راجع- معاشو عمار ، "إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري" ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو ، العدد 4 ، جوان 2006 ، ص 80 .

(3)- قرار غير منشور، راجع- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 40 .

(4)- راجع- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة" ، (المرجع السابق) ، ص 82.

(5)- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث، 2010، ص 296.

و في اعتقادنا ، فإن الرأي الأول هو الأولي بالترجيح ، لكن ليس للأسباب التي يتمسك بها أصحاب هذا الرأي ، لأن مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر هو من مبادئ الشهر العيني الذي تبناه المشرع بموجب الأمر 74/75 المتضمن اعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري و المرتبط بعملية المسح ، و عقد الشهرة لا يعدّ في الأراضي المسوحة و بالتالي فإن المقصود بالسندات المشهورة ، هي تلك السندات المشهورة وفقا لنظام الشهر الشخصي الذي ليست له قوة ثبوتية مطلقة ، فترجيحنا للرأي الأول مستقى من حكمة و دوافع المشرع من وراء ابتكار فكرة عقد الشهرة ، هذه الدوافع المرتبطة بتطهير الوضعية العقارية للأمالك التي لم تتم فيها بعد عملية المسح و لا يتوفر لدى حائزيها سندات تثبت ملكيتهم لها.

2. الشروط الخاصة بالحيازة :

و هي نفسها الشروط التي سبق و أن تطرقنا لها في معرض دراستنا لأحكام التقادم المكسب في القانون المدني ، سنعيد ذكرها بايجاز مع التركيز على الاشكالات التي يطرحها أكثر عقد الشهرة على الصعيد التطبيقي.

أ. أن تكون الحيازة قانونية :

الحيازة القانونية التي يشترطها المشرع في التقادم المكسب ، هي الحيازة القائمة بعنصريها المادي و المعنوي ؛ العنصر المادي يمثل مجموعة الأعمال التي يباشرها صاحب الحق على العقار و تظهره بمظهر صاحب الملكية ، و من جملة هذه الأعمال المادية مثلا : زراعة الأرض ، البناء عليها

أما العنصر المعنوي فيتمثل في نيّة التملك ، و هو أن يستعمل الحائر و يستغل و يتصرف في العقار لحساب نفسه قاصدا الظهور بمظهر المالك الحقيقي له ⁽¹⁾ ، و عليه فمن غير المتصور قيام الحيازة بهذا المفهوم على عمل من أعمال التسامح أو الرخصة .

ب. أن تكون الحيازة هادئة ، علنية ، مستمرة و واضحة :

- الحيازة الهادئة تكون باستعمال العقار و الانتفاع به دون اللجوء إلى العنف و القوة و دون وجود أي اعتراض سواء كان ماديا أو قانونيا كوجود نزاع أمام القضاء .

- الحيازة العلنية و هي الحيازة التي تكون ظاهرة للملأ و لا يحوطها الكتمان.

- الحيازة المستمرة و تكون بتوالي أعمال السيطرة المادية من الحائر على العقار في فترات متقاربة غير متقطعة.

- الحيازة الواضحة و هي الحيازة التي لا يحوطها اللبس ، و عيب اللبس هو من العيوب التي تصيب الركن المعنوي للحيازة ، فلا يعرف إذا كان الحائر يحوز لحساب نفسه أو يحوز لحساب غيره، و من الأمثلة الشائعة في هذا الصدد حالة الشريك في الشبوع ⁽²⁾ .

(1)- DJOUDI jamel, « POSSESSION », op.cit. , n°18 , p. 4 .

(2)- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة" ، (المرجع السابق) ، ص 33-35 .

3. مدّة الحيازة اللازمة لإعداد عقد الشهرة :

أحال المشرع في شأنها إلى المادة 827 و ما يليها من القانون المدني ، و بالتالي فإن مدة الحيازة تختلف بحسب ما إذا كانت حيازة مقترنة بحسن نية و مستندة إلى سند صحيح أم لا ، كما أن هناك حالة خاصة تتعلق بالحيازة في الحقوق الميراثية .

- و الأصل استمرار الحيازة مدّة 15 سنة طبقا للمادة 827 من القانون المدني ، حتى إن كان صاحبها سيء النية⁽¹⁾ .

- استثناء ، يتم تقصير المدّة إلى 10 سنوات و يراعى في ذلك اقتران الحيازة بحسن النية و السند الصحيح ، و حسب اعتقادنا فإن التمسك بأحكام التقادم القصير المدّة مستبعد ، لأن توفر السند الصحيح يغني صاحبه عن اعداد عقد شهرة هذا من جهة ، و من جهة أخرى و كما سبق و أن رأينا لا يمكن اعداد عقد شهرة على عقار محرر بشأنه عقد ملكية مشهر ؛ و السند الصحيح هو عبارة عن عقد ملكية رسمي و مشهر .

- و هناك حالة خاصة ، نص عليها المشرع في المادة 829 من القانون المدني و تتعلق بتقادم الحقوق الميراثية، أين يشترط المشرع استمرار الحيازة لمدّة 33 سنة ، و هي أطول مدّة للتقادم على وجه الإطلاق ، و الواقع يؤكد عدم اعتمادها من طرف الموثقين في إعداد عقد الشهرة ؛ كما أن هناك مسألة كثيرا ما تطرح على مستوى القضاء ، تخص اقتران القسمة الودية للتركة مع اعداد عقد الشهرة ، فهل يبحث القضاة في هذه الحالة عن توفر شروط الحيازة وفقا للمادة 829 من القانون المدني ، أم يكفي البحث في ثبوت القسمة الودية من حيث وجودها و صحتها ، و اعداد عقد الشهرة على الجزء العائد للحائز ، بغض النظر عن توفر شروط الحيازة من عدمها ؟ .

بالرجوع إلى اجتهادات المحكمة العليا في ذلك⁽²⁾، لاحظنا أن القضاة يعتمدون الافتراض الثاني ؛ فإذا تأكد لهم وجود قسمة ودية⁽³⁾ أو مهاية⁽⁴⁾ انقلبت إلى قسمة نهائية بمرور 15 سنة طبقا للمادة 2/733 من القانون المدني، فإن ذلك يغنيهم عن البحث في شروط الحيازة ، لأن الورثة الآخرين لم تعد لهم الصفة وفقا لما تشترطه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لرفع دعوى ابطال عقد الشهرة كونه محرر على ملكية مفرزة .

(1)- DJOUDI jamel, op.cit , n°54 , p. 10 .

(2)- قرار رقم 20144 ، صادر بتاريخ 2000/10/25 " لا يجوز الاعتراض على اعداد عقد الشهرة قضائيا إلا لمن يحوز على الصفة ، و لما ثبت من قضية الحال- أن عقد الشهرة تم على أرض مفرزة بعد وقوع قسمة نهائية حاز فيها المطعون ضده ما آل إليه من حقوق مما يجعل صفة الطاعنين في الاعتراض على اعداد عقد الشهرة منعدمة" ، المجلة القضائية لسنة 2002 ، العدد 1 ، ص 284 .

(3)- يقصد بالقسمة الودية هي القسمة التي تتم بموجب عقد ، أطرافه هم شركاء في العقار المملوك على الشيوخ فيما بينهم و يترتب عليها إفراز حصة كل شريك في العقار ، فيصبح مالكا لجزء مفرز من العقار بعد أن كانت حصته شائعة فيه ، انظر- محمد شكري سرور ، " موجز تنظيم الملكية في القانون المدني المصري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ، ص 342 .

(4)- قسمة المهاية هي قسمة منافع لا قسمة ملكية ، يقصد من ورائها تنظيم الانتفاع بالمال الشائع، فهي ليست قسمة بالمعنى الصحيح، إنما هي قسمة وقتية لا تنتهي بها حالة الشيوخ، و الهدف منها تمكين كل شريك في الملك بقدر من منفعه بما يوازي حصته، فهي تعمل على أن يستأثر كل شريك بإدارة ملكيته مفرزة؛

راجع- البكري محمد عزمي، " قسمة المال الشائع و أحكام دعوى الفرز و التجنيب"، الطبعة الثالثة، دار محمود، مصر، 1994، ص 234.

و قد طرح اعتماد نصوص القانون المدني في اعداد عقد الشهرة بعض التساؤلات بخصوص حكم الحيازة التي بدأ سريان مدتها قبل صدور الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني .

الأصل في القانون الجديد أنه يسري من يوم نفاذه فيطبق على ما يقع في ظله و لا ينسحب نفاذه على ما وقع في الماضي تطبيقاً لمبدأ عدم رجعية القوانين ؛ إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة التي يبدو عليها ، إذ من الوقائع و التصرفات القانونية ما يستغرق تكوينه أو ترتيب آثاره فترة طويلة من الزمن ، بحيث يقوم التنازع بين القاعدة القديمة و القاعدة الجديدة على حكم هذه الوقائع أو التصرفات القانونية باعتبار أنها ممتدة في ظلّيهما معاً⁽¹⁾ ؛ فحينئذ يثور التساؤل حول القانون الواجب التطبيق ؟

و نفس التساؤل مطروح في هذا السياق بالنسبة للتقادم، الذي يبدأ سريانه في ظل القانون المدني الفرنسي، و يستمر إلى ما بعد نفاذ القانون المدني الجزائري الذي دخل حيز التطبيق في 5 جويلية 1975 .

إن هذه الإشكالية حاول المنشور الوزاري المشترك رقم 4513 المؤرخ في 09 جوان 1984 ايجاد حلّ لها، فنصّ على أن آجال التقادم المحددة بالأمر 58/75 المتضمن القانون المدني لا تطبق إلا على الوقائع التي حدثت بعد صدور هذا المرسوم⁽²⁾، و هذا ما أكدته أيضاً المادتين 07 و 1002 من القانون المدني الجزائري قبل تعديله سنة 2005.

و يعني ذلك ، أن الحيازة التي بدأت قبل صدور القانون المدني تطبق فيها مدة 30 سنة كمدة للتقادم في القانون المدني الفرنسي الساري المفعول في تلك الفترة⁽³⁾ ؛ غير أن هذا الحكم كرّس الازدواجية في تطبيق النصوص القانونية على المواطنين، الأمر الذي جعل المشرع يتدخل بتعديل نص المادة 07 من القانون المدني بموجب القانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 "المعدّل و المتمم" للقانون المدني ، فعزز أحكام المادة 07 بفقرتين ، نصّ فيهما : " إذا قررت الأحكام الجديدة مدة تقادم أقصر مما قرره النص القديم تسري المدة الجديدة من وقت العمل بالأحكام الجديدة و لو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك ،

أما إذا كان الباقي من المدة التي تقررها الأحكام القديمة أقصر من المدة التي تقررها الأحكام الجديدة فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي" (*).

ثانياً: إجراءات اعداد عقد الشهرة

تتلخص هذه الإجراءات ضمن ثلاثة مراحل ، كل مرحلة لها متطلباتها سنعمل على توضيحها على نحو ما يلي :

(1)- جعفر محمد سعيد ، (المرجع السابق) ، ص 245 .

(2)- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة" ، (المرجع السابق) ، على هامش الصفحة 39 .

(3)- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 211 .

(*)- رغم صراحة النص، بقيت المحكمة العليا وفيّة للحكم الأول ؛ انظر- المحكمة العليا ، قرار رقم 323953 ، مؤرخ في 2006/01/18 ، مجلة المحكمة العليا، عدد 1 ، 2006 ، ص 211 .

1. مرحلة تقديم الملف إلى الموثق :

يستشف من نص المادتين الأولى و الثانية من المرسوم 352/83 المتضمن سن إجراء اثبات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ، أن الملف الذي يقدمه طالب اعداد عقد شهرة ، تراعى فيه مسألتين :

- الأولى تتعلق بالاختصاص الاقليمي للموثق ؛
- الثانية تتعلق بمحتوى الملف .

أ. الاختصاص الاقليمي للموثق :

الأصل في الاختصاص الاقليمي للموثق أنه يتحدد بالقانون المنظم لمهنة التوثيق ، و كان الموثق عقب صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق⁽¹⁾ ، مجرد موظف عام و عادي كسائر الموظفين التابعين للوظيفة العمومي ، يمارس مهنته باسم و لحساب الدولة⁽²⁾، و كان مجال و نطاق اختصاصه لا يتجاوز الحدود الإقليمية لاختصاص المحكمة التي عين فيها طبقا للمادة 06 من ذلك القانون.

أما حاليا، و بعد صدور القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق⁽³⁾، و قبله القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم التوثيق⁽⁴⁾ ، أصبح الاختصاص الاقليمي للموثق يمتد إلى كامل التراب الوطني ، و من هذا المنطلق أضحت الاجابة عن هذا السؤال ضرورية : ما هو نطاق الاختصاص الاقليمي للموثق في اعدادة لعقد الشهرة ؟

لقد حاول بعض الفقهاء⁽⁵⁾ ايجاد اجابة كافية عن هذا التساؤل ، بالاحتجاج بالمنشور الوزاري المشترك رقم 4513 المؤرخ في 09/06/1984 المتعلق بكيفيات تطبيق المرسوم 352/83 ، الذي قيد الاختصاص الاقليمي للموثق بمكان وجود العقار ، انطلاقا من خصوصية الإجراءات التي يتطلبها اعداد هذا العقد من اتصال بالسلطات العمومية الكائن بها العقار، اضافة لاعتراضات المواطنين التي غالبا ما تكون من الأشخاص القاطنين بمكان موقع العقار .

إلا أنه و حسب اعتقادنا ، فإن هذه المسألة لا ينظر إليها من هذه الزاوية ، لأن هذا الحكم إذا كان مبررا في ظل قانون التوثيق القديم الصادر سنة 1970 ، الذي كان ساري المفعول وقت صدور المرسوم 352/83 و المنشور الوزاري المنظم لكيفية تطبيقه ، فإنه لم يعد كذلك باختفاء الانسجام التشريعي المصاحب لإلغاء قانون التوثيق سنة 1988 ، و مؤخرا سنة 2006 ، و لا مجال للتمسك بقاعدة " الخاص يقيد العام" ، لأن هذه القاعدة لا تطبق إلا في حالة وجود تشريعين مختلفين متساويين في القوة .

(1)- جريدة رسمية عدد 107 ، صادرة بتاريخ 25/12/1970 .

(2)- ZERROUK kaddour , op.cit. , p.p. 24 , 25 .

(3)- جريدة رسمية عدد 14 ، صادرة بتاريخ 08/03/2006 .

(4)- جريدة رسمية عدد 28 ، صادرة بتاريخ 13/07/1988 .

(5)- انظر: حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، (المرجع السابق) ، ص 49 ، 50 ؛ محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 213 ، 214 .

كما أنه و عملا بالمبدأ المسلم به فقها و قضاء ،"التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له أو الأدنى منه في القوة" ، و بناء على نص المادة 71 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق التي تنص " تلغى جميع الأحكام المخالفة لهذا القانون ... " ، فإن القول بتحديد نطاق الاختصاص الاقليمي للموثق بموقع العقار هو قول لا يجد له مبررا قانونيا .

ب. محتوى الملف المقدم للموثق :

حسب نصّ المادة 02 من المرسوم 352/83، يتعين على الشخص الذي يريد اعداد عقد الشهرة أن يقدم ملفا من ثلاث نسخ يتضمن الوثائق التالية :

- الأوراق الثبوتية للحالة المدنية للمعني (شهادة الميلاد) ؛
- الشهادات المكتوبة متضمنة افادة الشهود بأن المعني يحوز العقار المدة المطلوبة قانونا⁽¹⁾ ؛
- مخطط الملكية يعده خبير مختص من أجل تحديد القطعة و مساحتها .
- تصريح شرفي للمعني يثبت أنه يمارس حيازة على القطعة محل عقد الشهرة طبقا للمادة 827 و ما بعدها من القانون المدني .
- الشهادات الجبائية عند الاقتضاء مثل سجل الضريبة العقارية .

2. مرحلة التحقيق و التحري :

تتميز إجراءات التحقيق و التحري بأنها اجراءات غير ميدانية للموثق ، يقتصر دوره فيها على الاتصال بمختلف الإدارات المعنية للتزود بمعلومات ضرورية ،بتوقف عليها اعداد عقد الشهرة و وفقا للمواد 03 ، 04 ، 05 و 06 من المرسوم 352/83 ، يقوم الموثق بالخطوات التالية /

أ. طلب رأي رئيس المجلي الشعبي البلدي :

حيث يرسل الموثق نسخة من الملف إلى رئيس البلدية التي يقع في اقليمها العقار، و الذي يعمل على التأكد بواسطة أعوانه على أن العقار لا يدخل ضمن المحفظة العقارية للبلدية ؛ كما يتوجب على رئيس البلدية إبلاغ الموثق بملاحظاته في أجل (04) أشهر من تاريخ تلقي الملف .

ب. طلب رأي مديرية أملاك الدولة :

يقوم الموثق بإرسال نسخة من الملف إلى مدير أملاك الدولة على مستوى الولاية ، لإبداء رأيه حول الطبيعة القانونية للعقار المعني بهذا الإجراء ، و هل يدخل ضمن أملاك الدولة أم لا .

و جرى التحقيق عن طريق مفتشية أملاك الدولة الواقع العقار في دائرة اختصاصها⁽²⁾ ، و بعد الانتهاء منه يرسل التقرير إلى مديرية أملاك الدولة التي تتكفل بإخطار الموثق و ابلاغه برأيها في أجل (04) أشهر من تاريخ تلقي الملف .

(1)- هناك من يرى أن الشهادة المكتوبة ليست مكونا جوهريا في عقد الشهرة ، و لا يعيق غيابها في اعداده ، انظر في هذا الرأي : مسعود كمين ، (المرجع السابق) ، ص 59 .

(2)- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة" ، (المرجع السابق) ، ص 55-57 .

ج. نشر الطلب و تلقي الاعتراضات :

يعمل الموثق على نشر طلب اعداد عقد الشهرة بإصاقه في مقر البلدية و الصحافة الوطنية و الجهوية و على نفقة الأطراف المعنية .

و خلال (04) أشهر من عملية النشر ، يتلقى الموثق الاعتراضات على طلب اعداد عقد الشهرة من المواطنين سواء بحجة الملكية أو لأحقية الحيازة أو للنازعة في الحدود ؛ و هنا ما على الموثق إلا توجيه الأطراف إلى القضاء لفضّ النزاع بينهم .

3. مرحلة تحرير عقد الشهرة و استكمال إجراءات التسجيل و الشهر :

أ. تحرير عقد الشهرة :

بعد انتهاء آجال الاعتراض ، يقوم الموثق بتحرير عقد الشهرة و هو غير مقيد بنموذج معيّن أو بالشكليات التي تتطلبها العقود التوثيقية باعتبار أن عقد الشهرة هو عقد بطرف واحد ، يكتفي فيه الموثق بالإشارة إلى :

- حضور صاحب الطلب الذي التمس إثبات ملكيته عن طريق التقادم المكسب، مع أخذ هويته؛
- تحديد العقار المراد اكتسابه تحديدا نافيا للجهالة فيه من ناحية موقعه، مساحته و معالمه الحدودية وفقا للمخطط المرفق بالملف؛
- الإشارة أن هذه القطعة لم تخضع لإجراءات المسح العقاري؛
- التأكيد على أن صاحب الملف قدم الوثائق المطلوبة قانونا ، و كذا على قيام الموثق بجميع الإجراءات المحددة بالرسوم 352/83 ؛
- إثبات عدم ورود أي اعتراض على اعداد عقد الشهرة لا من السلطات العمومية و لا من الخواص أو ورود اعتراض لكن تم الفصل فيه بموجب حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه يقضي بمواصلة إجراءات اعداد عقد الشهرة⁽¹⁾ .

ب. تسجيل عقد الشهرة :

التسجيل هو إجراء قانوني منظم بموجب أحكام الأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل⁽²⁾، و مفروض على جميع العقود المحررة من طرف الموثق ، و يتم إجراء التسجيل بمفتشية التسجيل و الطابع التابعة لإدارة الضرائب في أجل شهر تحت طائلة غرامة تأخيرية ، الهدف منه هو تحصيل الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية ، و ليس لعدم إجرائه أي أثر قانوني على العقود الرسمية من حيث صحتها و حجيتها، في حين تكتسب العقود العرفية تاريخا ثابتا⁽³⁾ .

(1)- راجع- حمدي باشا عمر ، "محررات شهر الحيازة " ، (المرجع السابق) ، ص 61 ، 62 .

(2)- جريدة رسمية عدد 81 ، صادرة بتاريخ 1976؛ "معدّل و متمم" .

(3)- زيتوني عمر ، " تحديد بعض المفاهيم و القواعد العامة المتعلقة بالمنازعات العقارية " ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو ، العدد 4 ، جوان 2006 ، ص 46 .

ج. شهر عقد الشهرة :

يعتبر عقد الشهرة من مخلفات تطبيق نظام الشهر الشخصي⁽¹⁾ ، و بالتالى فإن شهره لا يكون وفقا لنظام الشهر العيني المرتبط باستكمال عملية مسح الأراضى و تأسيس السجل العقارى .
و يقع على عاتق الموثق اشهار عقد الشهرة لدى المحافظة العقارية ، و هو شكلية مهمة لإعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار ، و كذلك لتسهيل عملية المسح و تعميم نظام الشهر العيني .

الفرع الثانى- القوة الإثباتية لعقد الشهرة

سنعمل من خلال هذا الفرع على تحديد المركز القانونى الذى يحتله عقد الشهرة فى وسائل الإثبات ، و عليه و للتعرف على هذه المسألة يستوجب علينا أولا معرفة الطبيعة القانونية لعقد الشهرة ، ثم نمر ثانيا لدراسة مدى حجيتها فى الإثبات .

أولا: الطبيعة القانونية لعقد الشهرة

من خلال المعطيات التى استقينها مما سلف دراسته حول عقد الشهرة ، علمنا بأنه عقد توثيقى ، فهل ينطبق مفهومه مع مفهوم العقد الرسمى المنظم أحكامه فى القانون المدنى ؟ و ما هى طبيعته ؟ هل هو عقد ناقل للملكية و بالتالى يعتبر كسبب من أسباب كسب الملكية ؟ أم أنه مجرد عقد كاشف عن الملكية ؟؛
تساؤلات تتوقف الإجابة عنها بحث المسألتين التاليتين :

1. عقد الشهرة عقد رسمى :

توضح لدينا من جلّ ما سبق ، أن عقد الشهرة يقوم على مجرد تصريح الحائز من جانب واحد أمام الموثق، بهدف اثبات واقعة الحيازة المكسبة للملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب ، فهو بالتالى عقد توثيقى رسمى .
إن هذا الاستنباط الذى أظهر بأن عقد الشهرة هو عقد رسمى ، ما هو إلا استنباط ظاهرى لا يخلو من التباس، كونه لا ينفى أن عقد الشهرة هو مجرد تصريح من جانب واحد يترجم فى وجود ارادة واحدة تنشؤه ، فى حين و من المعلوم أن العقد ينشأ بتوافق إرادتين فأكثر ، وفقا للمادة 59 من القانون المدنى ، الشىء الذى لا يتحقق فى عقد الشهرة ، مما يجعل مفهومه يبتعد نوعا ما عن المفهوم القانونى للعقد .
إن هذه الفكرة ، سبق و أن انتقدت من جانب الفقه⁽²⁾ ، الذى يرى أن النسخة الفرنسية للمرسوم 352/83 ، جاءت أصح بعبارة "Un acte notoriété" و ليس "Un contrat" كما ورد خطأ فى النسخة العربية .
فى حين يرى بعض الموثقين⁽³⁾ ، أن استعمال مصطلح عقد الشهرة أصبح من العبارات الدارجة التى يستعملها الموثقون ، فحسب رأيهم ، العقود التى يحررونها هى على صنفين :
- تعاقدية : يعمل فيها الموثق على تجسيد توافق ارادتين متبادلتين ، كالبيع و الهبة ... إلخ ؛

(1)- مزعاش اسمهان ، "التجربة الجزائرية فى مجال الشهر العقارى " ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، السنة الجامعية 2006/2005 ، ص 66 .

(2)- حمدي باشا عمر ، محررات شهر الحيازة ، (المرجع السابق) ، هامش ص 17 .

(3)- المرجع نفسه، هامش ص 17.

- تصريحية : يقتصر فيها الموثق على تلقي التصريح و يحرر بشأنه عقد في قالب رسمي مثل القسمة ، و عقد الشهرة ... إلخ .

و في الحقيقة رأبهم هذا مبرر بنص القانون، و نستدل في ذلك بالمادة 03 من القانون 02/06 المنظم لمهنة التوثيق التي جاء فيها " الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية ، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص اعطائها هذه الصبغة" .

إن قراءة هذه المادة توحى لنا بأن مهمة الموثق تنحصر في تحرير العقود ، و بمعنى أدق، جميع الأوراق التي يحررها الموثق هي عقود بغض النظر عن تطابق مفهومها مع مفهوم العقد وفقا للقانون المدني أم لا .

كل هذا، لم يمنعنا من تأكيد تساؤلنا ، هل عقد الشهرة هو عقد رسمي ؟ .

إن الإجابة عن هذا السؤال أصبحت يسيرة ، فعقد الشهرة هو عقد رسمي في وصفه ، لا في مفهومه ، و المشرع نظم أحكام العقد الرسمي في المواد من 324 إلى 326 مكرر 2 من القانون المدني التي لا تنطبق في كثير منها على عقد الشهرة ، علاوة على هذا فالنصوص المنظمة للعقد الرسمي تندرج تحت عنوان "اثبات الالتزام" ، في حين أن عقد الشهرة لا يثبت أي التزام ، و إنما يثبت فقط واقعة الحيابة .

2. عقد الشهرة عقد تصريحي كاشف عن الملكية :

فبالنسبة لكونه عقد تصريحي، ذلك لأن الموثق يقتصر دوره عند تحرير عقد الشهرة على تلقي تصريحات الحائز بشأن واقعة حيازته للعقار المعني بهذا الإجراء، فهو لا يضمن صحة هذه الوقائع و لا ممارسة الأعمال المادية لها، خصوصا في غياب مقتضى قانوني يلزمه بإجراء معاينة ميدانية.

أما بالنسبة لكونه من العقود الكاشفة عن الملكية، ذلك لأن العقود التي يضطلع بتحريرها الموثق و المثبتة للملكية العقارية يمكن تجزئتها إلى قسمين: فإما أن تكون عقودا كاشفة عن الملكية أو ناقلة لها .

و تظهر أهمية هذا التقسيم على صعيد معرفة العقود التي تعتبر كسبب من أسباب كسب الملكية، فالمشرع عدد طرق اكتساب الملكية في الفصل الثاني من الباب الأول للكتاب الثالث ، تحت عنوان طرق اكتساب الملكية و هي سبعة ؛ اثنان يندرجان ضمن طائفة التصرفات القانونية و هما العقد و الوصية، و الأخرى تندرج ضمن طائفة الوقائع المادية و هي: الاستيلاء، الانتصاق، الميراث، الشفعة و الحيابة؛ و بالرجوع إلى المادتين 792 ، 793 من القانون المدني ، يظهر أن العقود التي يعتبرها المشرع كسبب من أسباب كسب الملكية هي العقود الناقلة للملكية دون تلك الكاشفة عن الملكية.

و العقود الناقلة للملكية هي العقود بمفهومها القانوني، أي العقود التي تثبت تصرفا قانونيا، أما بالنسبة لعقد الشهرة فهو لا يثبت تصرفا قانونيا، إنما يثبت واقعة الحيابة؛ فحق الملكية في الحالة الأولى انتقل بإرادة الأطراف، لأن مصدر اكتسابه إرادي ؛ أما حالة عقد الشهرة، فإن حق الملكية انتقل بقوة القانون، لأن مصدر اكتسابه هو نص في القانون، دون اعتبار لرضا المالك الأصلي الذي فقد ملكيته للعقار دون مراعاة لإرادته.

غير أن عقد الشهرة حتى و إن لم يكن عقدا ناقلا للملكية، فهو يثبت واقعة الحيابة التي تعدّ كسبب من أسباب كسب الملكية، و تظهر أهمية هذا التكييف، على صعيد اثبات الملكية في دعوى الاستحقاق، لأنه فـ

ظل غياب الدفتر العقاري(*) ، تبقى مسألة اثبات الملكية بالسندات الناقلة للملكية على وجه حاسم و قاطع أمر متعذر، ذلك لأن المدعي في دعوى الاستحقاق لا يكفي أن يقدم عقد شراء سنداً لمملكته، إذ لا بد أن يثبت أيضاً أنه اشترى من مالك حتى تكون الملكية قد انتقلت إليه⁽¹⁾؛ أما التقادم المكسب فهو يعتبر قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس على أن الحائز هو مالك للعقار.

و بما أن عقد الشهرة يثبت واقعة الحيازة و التقادم، فهل يجعل منه هذا دليل اثبات ذو دلالة يقينية قاطعة على ثبوت الملكية؟

هذا ما سنحاول دراسته أدناه.

ثانياً: حجبية عقد الشهرة

سنعمل على ضبط و تحديد حجبية عقد الشهرة ، ببحث الفكرتين التاليتين :

1. عقد الشهرة وسيلة اثبات مبتكرة :

لم يفرد المشرع لطرق الإثبات في المواد المدنية تقنياً خاصاً ، إنما جاءت النصوص المتعلقة بالقواعد الموضوعية في الإثبات ضمن أحكام القانون المدني ، أما القواعد المتعلقة بالإجراءات الواجب اتباعها لإقامة الدليل فهي تخضع لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية .

و بالعودة إلى هذه النصوص ، يمكننا أن نحصر طرق الإثبات في : الكتابة ، الشهود ، القرائن الإقرار ، اليمين ، المعاينة و الخبرة ؛ و بما أن عقد الشهرة هو محرر رسمي فإن دراسة حجبيته لا تكون بمعزل عن دراسة حجبية السند الرسمي الذي يعدّ دليلاً كتابياً .

و قد نصّ المشرع في المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني : " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني" ؛ كما نصّ في المادة 324 مكرر 6 : " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن " .

يستخلص من هاتين المادتين أن المحرر الرسمي يعتبر حجة على ما دون فيه ، و لا يمكن دحض هذه الحجة إلا بإثبات تزويره ، إلا أن هذه الحجية تثبت لما قام به الموظف العام أو الضابط العمومي (الموثق) بنفسه أو رآه بعينه في نطاق مهمته و اختصاصه ، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموظف العام و اقتصر نظر هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحاتهم ، فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية و يمكن اثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات من غير التقيد بطريقة الادعاء بالتزوير .

و بإسقاط هذه الأحكام على عقد الشهرة الذي سبق و أن تعرفنا على طبيعته ، و قلنا بأنه يعتبر عقداً تصريحياً، يقتصر فيه دور الموثق على تدوين تصريحات الحائز مشفوعة بشهادة شهود كتابية دون أن يعاين مدى صحة تلك التصريحات، و خصوصاً مدى توفر شروط الحيازة القانونية ، فإن التصريحات التي يتضمنها

(1)- السنهوري عبد الرزاق أحمد ، "الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال" ، الجزء الثامن ، دار احياء التراث العربي ، بيروت- لبنان ، دون سنة نشر ، ص 602 ، 603 .

(*)- لأن الأصل -انطلاقاً من مبادئ الشهر العيني - للدفتر العقاري قوة قاطعة في اثبات الملكية ، أما في الجزائر فالدفتر العقاري يتميز ببعض الخصوصية في الأحكام سنتعرف عليها في الفصل الثاني من هذه المذكرة .

عقد الشهرة لا تلحقها صفة الرسمية (*).

إن هذه النتيجة التي توصلنا إليها هي غير كافية لمعرفة مدى حجية عقد الشهرة من بين وسائل الإثبات الأخرى ، كما لا تسمح لنا بتبرير حقيقة كون التقادم المكسب هو كطريق للإثبات ذو دلالة يقينية قاطعة في ثبوت الملكية .

إن الاحتجاج بالتقادم المكسب لإثبات الملكية العقارية ، مرتبط بآثار الحيابة القانونية بعنصرها المادي و المعنوي ، و كذا اثبات مضي المدة القانونية المشترطة للتقادم ، الشيء الذي لا يحققه عقد الشهرة ، فهو لا يثبت وجود الحيابة القانونية بشكل قاطع ، كونه يعتمد في اثباتها على تصريحات الحائز و شهادة شهود كثيرا ما تتحكم المجاملة فيهم ، الأمر الذي يجعل لعقد الشهرة قوة اثبات محدودة و ضيقة ، لا تتعدى حجية الشهادة أو القرائن البسيطة .

و هذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها ، نستشهد بأمثلة عنها ، قرار⁽¹⁾ تحت رقم 190541 صادر بتاريخ 2000/03/29 الذي جاء فيه " إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن الرامية إلى اثبات ملكيته على الأرض المتنازع عليها بحجة أن ملكيتها تعود إلى البلدية و لعدم ثبوت حيازته لها مستبعدا بذلك عقد الشهرة المتمسك به من طرف الطاعن ، فإنه أصاب فيما قضى لأن عقد الشهرة حجيته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكن اثبات عكسها باعتباره عقدا تقريريا " .

و في قرار⁽²⁾ آخر تحت رقم 202764 صادر بتاريخ 2000/09/27 جاء فيه " إن القضاء باعتماد عكس ما تضمنه عقد الشهرة المحتج به فيما يخص التصريحات المدلى بها أمام الموثق لا يعد مخالفة لأحكام المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني ذلك أن التصريحات المدلى بها يمكن دحضها بالدليل العكسي دون حاجة إلى الطعن فيها بالتزوير" .

إن هذه القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، تدفعنا للتساؤل : هل لعقد الشهرة نفس حجية الشهادة أم نفس حجية القرائن أم أن له حجية خاصة ؟ .

للإجابة عن هذا السؤال ، لا بد من معرفة حجية كل من شهادة الشهود و القرائن بوصفهما طريقتين من طرق الإثبات على النحو التالي :

أ. حجية شهادة الشهود في الإثبات :

يمكن تعريف شهادة الشهود، هي التصريح الذي يدلي به الشخص أمام القضاء بواقعة صدرت من غيره و ترتب عليها حق لهذا الغير ، و يجب أن تكون هذه الواقعة المصرح بها وصلت إلى علم الشاهد بسمعه أو بصره⁽³⁾.

(*)- هناك من يرى أن عقد الشهرة له الحجية الكاملة في الإثبات و المطلقة بوصفه سند رسمي ، انظر في هذا الرأي إلى مذكرة : بن بوعيشة شهيناز ، " دور عقد الشهرة في استقرار المعاملات العقارية" ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق ، جامعة البلدية ، السنة الجامعية 2006 ، ص 24 .

(1)- المجلة القضائية لسنة 2000 ، العدد 01 ، ص 151 .

(2)- المجلة القضائية لسنة 2003 ، العدد 01 ، ص 309 .

(3)- نبيل صقر ، "الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 09/08 مؤرخ في فبراير 2008)" ، دار الهدى ، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 209 .

انطلاقا من هذا التعريف ، و بعد قراءة النصوص الإجرائية المنظمة لكيفية سماع الشهود (المواد من 150 إلى 163 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية)، يظهر أن الشهادة حتى تعتبر كطريق من طرق الإثبات لابد أن تحترم فيها العديد من الشكليات كوجوب الادلاء بها أمام القضاء؛ و تخضع للكثير من الإجراءات المتعلقة باستدعاء الشهود و كيفية تلقي الشهادة و تحرير محضر بذلك ، كما أن هناك شروط لابد من توافرها في الشاهد حتى تقبل شهادته ، كل هذا و في الأخير يخضع تقديرها لقاضي الموضوع ، فله اعتمادها و قبولها إذا اطمأن إليها و له تركها جانبا إذا ساوره شك في صحتها⁽¹⁾.

و بما أن الموثق ليس قاضيا ، و في ظل غياب مقتضيات صريحة في المرسوم 352/83 ، فالموثق غير ملزم بالتقيد بهذه الإجراءات و لا يكلف نفسه حتى عناء التأكد من صحة تلك التصريحات التي يتوقف عليها تحديد مصداقية عقد الشهرة ، الشيء الذي يجعل قوته هشة في الإثبات لا ترقى حتى لقوة الشهادة .

ب. حجية القرائن في الإثبات :

القرائن هي ما يستنبطه المشرع أو القاضي من أمر معلوم الدلالة على أمر مجهول ، و هي بهذا التعريف تنقسم إلى قسمين : قرائن قضائية و قرائن قانونية ؛

فالقرائن القضائية هي التي يستنبطها و يستنتجها القاضي من ظروف الدعوى و وقائعها المعروضة عليه؛ أما القرائن القانونية فهي التي يستنبطها المشرع من حالات يغلب وقوعها ، فينص عليها في شكل قاعدة عامة و مجردة .

و بما أن عقد الشهرة لا يثبت الحيازة التملكية على وجه قاطع ، فيمكن اعتباره كدليل للإثبات ذو دلالة ظنية، فهو بمثابة قرينة قضائية تثبت احتمالا راجحا، يترك أمر تقديرها للقاضي ، و يجوز دحضها بقرينة أخرى أقوى منها .

فالإجراءات التي يمر بها اعداد عقد الشهرة، و العلانية التي تصاحبه، و الأجل التي تقيد تحريره كلها تزيد من مصداقيته و ترفعه إلى درجة القرينة القضائية التي تفيد مجرد احتمال أن الحائز تتوفر فيه شروط الحيازة التملكية و على من يدعي العكس الاتيان بقرينة أخرى أقوى منها .

لكن بالرجوع إلى اجتهادات القضاء ، لاحظنا أن القضاة لا يعطون لعقد الشهرة هذه القوة في الإثبات، فمجرد الطعن فيه يلزم قضاة الموضوع بالتطرق لركني الحيازة المادي و المعنوي⁽²⁾، و هم دائما يلجؤون في سبيل التحقق من وجودهما، إلى إجراء تحقيق أو إلى ندب خبير ، و بالتالي فهم بذلك يسقطون عنه كل حجية و قوة في الإثبات لدرجة أن أصبح وجوده من عدمه سواء^(*).

و عليه فإن النتيجة التي نصل إليها في هذا الشأن، أن عقد الشهرة لا يندرج ضمن أي طريق من طرق الإثبات و لا يأخذ حجية أي منها و إنما هو طريق مبتكر للإثبات و منعدم الحجية.

(1)- بن شيخ آث ملويا لحسين، "مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية"، دار هومه ، الجزائر ، 2005 ، ص 182 .

(2)- قرار رقم 323953 ، مؤرخ في 2006/01/18 ؛ مجلة المحكمة العليا ، عدد 1 ، 2006 ، ص 211 .

(*) - و في هذا السياق يقول المستشار بيوت نذير رئيس الغرفة العقارية بالمحكمة العليا ، " ... و من ثم فإن عقد الشهرة و إذا كان لا يعاين وجود أعمال مادية على الشيء ، فإنه يمكن القول بأنه لا يصلح في أي شيء" ، " عقد الشهرة من خلال الاجتهاد القضائي" ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني ، 2004 ، ص 21 .

2. إمكانية المنازعة في صحة عقد الشهرة :

إن فتح باب المنازعة في صحة عقد الشهرة أمام القضاء العقاري زاد في هشاشة عقد الشهرة و قلل من فعاليته في اثبات الملكية العقارية ، فأخذ دوره يتلاشى شيئاً فشيئاً إلى أن قرر المشرع الاستغناء عنه نهائياً سنة 2007 .

و أكثر المنازعات التي تثار بشأن صحة عقد الشهرة ، هي تلك التي يقيمها الخواص لأحد الأسباب التالية :

- قد تكون المنازعة حول أحقيّة الحيازة ، و هنا على المحكمة فتح تحقيق في القضية لمعرفة الحائز الفعلي ، فيقوم القاضي بدعوة الخصوم لإعطاء تفسير و شرح للوقائع المراد استجلاؤها ، كما يقوم بسماع افادات الشهود الذين يقدمهم الأطراف لتحديد من حيازته الأحق بالتفضيل ، هل هي حيازة صاحب عقد الشهرة، أم حيازة الطاعن في صحة عقد الشهرة ؛ و هنا تجدر الإشارة إلى أنه لا يكفي اثبات عدم توفر شروط التقادم المكسب لإعداد عقد الشهرة ، و إنما يجب أيضا أن يكون المعارض هو صاحب الحيازة القانونية التي استمرت المدة المحددة قانونا ، و إلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لعدم الصفة و لانعدام المصلحة أيضا .

- و قد تكون المنازعة في معالم الحدود ، و هنا على المحكمة المطروح عليها النزاع اللجوء إلى الخبرة ، باعتبار أن المسألة تكتسي طابعا فنيا ، فتعين خبيرا تسند له مهمة الانتقال إلى القطع الأرضية المملوكة للأطراف المتنازعة و التأكد مما إذا كان المخطط المرفق بعقد الشهرة يشمل أجزاء من ملكية المعارض أم لا .

- كما قد تكون المنازعة حول الملكية ، فيدعي المعارض أنه هو المالك الحقيقي للقطعة الأرضية، و ادعاء الملكية ليس كادعاء الحيازة ، إذ يجب على المدعي أن يثبت صفته في الدعوى ، و ذلك بآثبات ملكيته للقطعة الأرضية التي لا تثبت إلا بسند رسمي مشهور و إلا قوبل طلبه برفض الدعوى لعدم الصفة ، فالصفة هذه المرة أصبحت مسألة متعلقة بالشكل و ليس بالموضوع ؛

و حتى و في حالة تقديم المعارض لسند رسمي مشهور ، كثيرا ما يلجأ القضاة في هذا النوع من القضايا إلى ندب خبير من أجل مطابقة العقود على القطعة الأرضية محل النزاع .

و في هذا السياق كثيرا ما يطرح التساؤل التالي على الصعيد العملي : هل الاعتراض على اعداد عقد الشهرة في مهلة الأربعة أشهر المنصوص عليها في المادتين 06 و 07 من المرسوم 352/83 يعتبر شرطا ضروريا لقبول الدعوى شكلا؟

يرى الفقه أن مهلة الأربعة أشهر التي نصّ عليها المشرع، هي مهلة انتظار لمنع الموثق من تحرير العقد و ليس ميعاد سقوط الحق في رفع الدعوى⁽¹⁾ ، و يؤيده في ذلك الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا و نستدل في ذلك ببعض قراراته:

(1)- حمدي باشا عمر ، "نقل الملكية العقارية" ، (المرجع السابق) ، ص 44

- قرار⁽¹⁾ رقم 215221 ، صادر بتاريخ 2001/12/29 جاء فيه " يتحقق قاضي الموضوع في حالة المنازعة في عقد الشهرة من توفر عناصر الحيازة ... لا يحول عدم الاعتراض خلال أجل 04 أشهر على تحرير العقد دون الحق في رفع الدعوى " .

قرار⁽²⁾ رقم 258062 ، صادر بتاريخ 2003/12/17 جاء فيه : " تتعلق مدة أربعة أشهر ، المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم 352/83 ، بالفترة التي يقوم الموثق بعد انقضائها ، بإعداد عقد الشهرة ؛ لا يترتب عن فواتها سقوط الحق في رفع دعوى بطلان عقد الشهرة أمام القضاء المختص " .

ليتبادر في ذهننا سؤال آخر : هل لدعوى ابطال^(*) عقد الشهرة مواعيد محددة يتحصن العقد بعد فواتها؟

لم يفرد المشرع لميعاد سقوط دعوى ابطال عقد الشهرة أحكاما خاصة في القوانين التي تحكم عقد الشهرة، و قد أشارت المحكمة العليا في حيثيات قرار لها⁽³⁾ تحت رقم 215227 ، صادر بتاريخ 2001/12/29 ، بأن الدعوى الرامية لإبطال عقد الشهرة تخضع في تقادمها للقواعد المنصوص عليها في القانون المدني، دون ذكر الأساس القانوني لها، لكن يبدو أن قصدهم اتجه صوب المادة 102 من القانون المدني، و في اعتقادنا لا مجال للاستناد على هذه المادة التي تطبق على العقود بمفهوم المادة 54 من القانون المدني، و إنما يمكن الاعتماد على تاريخ اعداد عقد الشهرة، الذي يشكل قرينة قوية لإثبات مدة الحيازة، بما أن الملكية لا تسقط بالتقادم.

لنأتي للتساؤل في هذه الحالة : هل يتحصن العقد بعد مرور هذه المدة ؟

بالرجوع إلى اعتبارات سن المشرع لأحكام التقادم، و هي اعتبارات يقتضيها الصالح العام، و هذا الأخير يقتضي استقرار الحالات الواقعية التي مضت عليها مدة من الزمن و تعامل الناس على أساسها ، و بناء عليه ، فإن عقد الشهرة بمرور 15 سنة ، في رأينا يتحصن حفاظا على استقرار المراكز القانونية و تصبح له حجية قاطعة في اثبات الملكية .

ليبقى لنا تساؤل أخير حول وجوب شهر عريضة دعوى الابطال في المحافظة العقارية ؟

إن هذا السؤال تجيب عنه المادة 85 من الأمر 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽⁴⁾ التي كانت محل خلاف حول إلزاميتها ، إذ هي تنص : " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو ابطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها ، لا يمكن قبولها إلا إذا تم اشهارها مسبقا ... " ؛

(1)- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية لسنة 2004 ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، ص 389 .

(2)- مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، 2010 ، ص 286 .

(*)- هناك خلط بيديه القضاة ، فتارة يستعملون عبارة "ابطال عقد الشهرة" و تارة أخرى "إلغاء عقد الشهرة" ، وفي رأينا ، إن استعمال مصطلح "إبطال" هو الأصح ، لأن "الالغاء" مصطلح ينطبق على القرارات القضائية (Infirmination) و لا ينطبق على المحررات التوثيقية التي ينطبق عليها أكثر مصطلح "الإبطال" (Annulation) .

(3)- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية لسنة 2004 ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، ص 384 .

(4)- جريدة رسمية عدد 30 ، الصادرة بتاريخ 1976/04/13 .

و قد فصل المشرع مؤخرًا بموجب المادة 2/17 و المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁽¹⁾ في الجدول الذي كان قائمًا حول مدى إلزامية شهر العرائض لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار أو بحق عيني عقاري مشهر طبقًا للقانون ، فجعل المشرع من الإجراء شرطًا لقبول الدعوى .

و عليه فإن شهر عريضة افتتاح دعوى ابطال عقد الشهرة هو أمر إلزامي تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلاً، و رغم هذا ينبغي التمييز بين أمرين ، بين طلب ابطال عقد الشهرة الذي يكون بموجب دعوى أصلية ؛ و بين الدفع بعدم صحة ما ورد في عقد الشهرة؛ ففي الحالة الأخيرة لا يعتبر شهر عريضة الدعوى شرطًا لقبولها، و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 2000/02/27 ، تحت رقم 202764 ، جاء في حيثياته: " ... و حيث من جهة أخرى فإن دفع الطاعن بوجوب احترام الإجراء المنصوص عليه في المادة 85 من الأمر 63/76 لطلب ابطال عقد الشهرة هو دفع مردود لأن المطعون ضده لم يُقم دعوى لابطال عقد الشهرة و إنما تمسك بعدم صحة ما ورد في عقد الشهرة من تصريحات عن طريق الدفاع في الدعوى الأصلية المقامة من طرف الطاعن نفسه"⁽²⁾.

(1)- قانون رقم 09/08 ، مؤرخ في 2008/02/25 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جريدة رسمية عدد 21 ، صادرة بتاريخ 2008/04/23 .

(2)- المجلة القضائية لسنة 2003، العدد 1، ص 309.

المطلب الثالث- سندات الملكية المسلمة بعد إجراء تحقيق عقاري

لم تكن الآليات القانونية التي سنّها المشرع في سبيل تطهير الوضعية العقارية في نفس مستوى تطلعاته و أهدافه، و على وجه الخصوص عقد الشهرة ، الذي حصل على دور طموح ، لكن للأسف صاحب هذا الطموح تعقيد و غموض قانوني، من بمصادقته ، و زاد في المنازعات المطروحة بشأنه .

لهذه الأسباب و أخرى كثيرة سنتعرف عليها فيما بعد، دفعت الإرادة التشريعية للتفكير في آلية جديدة تمكن من الحصول على سندات الملكية، لمسايرة المتطلبات الحديثة لمختلف القطاعات و النشاطات خصوصا فيما يتعلق بقطاع البناء، الفلاحة و الاستثمار .

فكللت جهود المشرع ، بصدور قانون رقم 02/07 مؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري⁽¹⁾، ثم المرسوم التنفيذي له رقم 147/08 مؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية⁽²⁾ .

و تتطلب معرفة هذه الآلية المستحدثة، تركيز البحث في ثلاث مسائل التالية التي تشكّل فروع الدراسة:

الفرع الأول - خلفية استحداث التحقيق العقاري كآلية لتسليم سندات الملكية .

الفرع الثاني - نطاق و إجراءات عملية التحقيق العقاري .

الفرع الثالث - آثار عملية التحقيق العقاري .

الفرع الأول- خلفية استحداث التحقيق العقاري كآلية لتسليم سندات الملكية

سنتهم في هذا الفرع بإلقاء نظرة تاريخية على إجراء التحقيق العقاري، بالوقوف على تطبيقاته في الجزائر قبل صدور القانون 02/07 ، ثم نمرّ لمعرفة أسباب و دواعي سنّ المشرع لهذه الآلية في الميدان العقاري .

أولا: تطبيقات التحقيق العقاري في الجزائر قبل صدور القانون 02/07

لا يعتبر التحقيق العقاري من الأساليب المبتكرة في الميدان العقاري ، إنما هو من الأساليب التي وجدت طريقها للتطبيق في الجزائر ، سواء في عهد الاستعمار أو بعد الاستقلال ، و هذا ما سنبحثه فيما يلي/

1. التحقيق العقاري في عهد الاستعمار :

أجرت الإدارة الاستعمارية إبان الاحتلال تحقيقات عقارية ، سلمت بمقتضاها سندات ملكية ، و كان ذلك وفقا للقوانين التالية /

(1)- جريدة رسمية عدد 15 ، صادرة بتاريخ 2007/02/28 .

(2)- جريدة رسمية عدد 26 ، صادرة بتاريخ 2008/05/25 .

- قانون 26 جويلية 1873 المتضمن التحقيقات العامة ؛
- قانون 16 فيفري 1897 المتضمن التحقيقات الجزئية ؛
- قانون 04 أوت 1926 المتضمن التحقيقات الجماعية (1).

أ. بالنسبة لقانون 26 جويلية 1873 المعروف بمشروع ورنبي (Warnier) :

كان يهدف هذا القانون إلى فرنسة كل الأراضي الجزائرية و إخضاعها إلى القانون الفرنسي خدمة لسياسة الاستيطان، دون النظر إلى الأحكام القانونية و الأعراف المحلية السائدة ، فأجريت بمقتضى هذا القانون تحقيقات عقارية أدت إلى تحرير سندات ملكية سلمت للأهالي المنتفعين بهذه الأراضي في شكل مخططات و جداول اشهارية (2) .

ب. بالنسبة لقانون 16 فيفري 1897 :

حيث أنشأ هذا القانون ما يسمى بنظام تصفية التملك عن طريق التحقيقات في أراضي عرشية أو ملكية ، فيقدم المعني طلب إلى عامل العمالة (الوالي) يطلب فيه إجراء التحقيق الجزئي، ليصدر الوالي قرارا اداريا يحدد فيه يوم انتقال المحقق الباحث إلى عين المكان ، و في حالة الانتهاء من عملية التحقيق دون وجود اعتراضات ، أو في حالة رفضها من قبل العدالة فيما يتعلق بأراضي الملك ، أو بقرار إداري فيما يخص أراضي العرش ، تقوم مصلحة أملاك الدولة بتسليم سند الملكية مصادق عليه من طرف الحاكم العام للجزائر (3).

ج. بالنسبة لقانون 04 أوت 1926 :

و هذا القانون جاء ليتمم قانون 16 فيفري 1897 ، تقوم فيه الدولة من تلقاء نفسها بإجراء تحقيقات إجمالية على الأراضي المملوكة للأهالي .

و أيا كان نوع هذه التحقيقات ، فإنها كانت تستهدف أكثر أراضي العرش ، لرغبة المستعمر في تحويلها من طابعها الجماعي إلى أراضي من نوع الملك لتسهيل التعاملات العقارية فيها لصالح المعمرين (4) ، لكن بعد الاستقلال بقيت وضعية الكثير من أراضي العرش على حالها بسبب عدم استكمال إجراءات البحث ، و لم تسلم الإدارة الفرنسية لأصحابها سندات الملكية النهائية و لم يصدر بشأنها قرار الاعتماد من الحاكم العام (5) .

2. التحقيق العقاري بعد الاستقلال :

و يتعلق الأمر هنا بالتحقيقات العقارية التي أجريت تطبيقا لقانون الثورة الزراعية ، الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 (6) ، فحتى لا يتعرض المالك لتدابير التأميم المنصوص عليها في هذا القانون ، عليه أن يثبت ملكيته الخاصة للأرض الفلاحية أو المعدة للفلاحة ، و صدر نتيجة لذلك المرسوم 32/73 المؤرخ في

(1)- راجع- علوي عمار ، (المرجع السابق)، ص 145 .

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 191 .

(3)- عجة الجبالي ، (المرجع السابق) ، ص 24 .

(4)- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 288 .

(5)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 193 .

(6)- جريدة رسمية عدد 97 ، صادرة بتاريخ 1971/11/30 .

1973/01/05 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة⁽¹⁾ ، جاء في مادته الأولى : " يثبت حق الملكية الخاصة على أرض زراعية أو معدة للزراعة أثناء تطبيق عمليات التورة الزراعية في تراب بلدية إما بواسطة سند يحصل عليه طبقا للتشريع الجاري به العمل أو في عدمه بطريق التحقيق المتمم وفقا للمادتين 77 و 78 من الأمر 73/71 . "

بناء على هذا المرسوم ، في حالة عدم حيازة المالك لأي وثيقة تثبت ملكيته للأرض ، يتعين عليه تقديم تصريح بالحيازة إلى المجلس البلدي الموسع، حسب تدابير المادة 12 من هذا المرسوم ، يوضح فيه الصفة التي يستغل بها الأرض و جميع المعلومات المتعلقة بموقع الأرض، و يقوم المجلس فور تسلمه التصريح بإحالاته إلى اللجنة التقنية للدائرة التي تتولى التحقيق في صحته بغرض تحديد المالك الحقيقي للأرض ، فإذا ثبتت ملكية الحائز للأرض منذ أكثر من سبعة عشر سنة قبل صدور الأمر 73/71، يحرر محضر اثبات الملكية و يوجه إلى الوالي الذي يقوم بإصدار قرار إداري و يكلف بمقتضاه مصلحة أملاك الدولة بتحرير شهادات الملكية، مدون فيها جميع البيانات المتصلة بالأرض من نوع و موقع و مساحة و حدود و كذا البيانات المتعلقة بالمالك أو الورثة أو الشركاء في الملك ، و تسليم هذه الشهادة إلى المالك أو الملاك المعترف لهم بهذا الحق .

و ما يمكن ملاحظته في هذا المرسوم، أن مدة التقادم المنصوص عليها فيه لا تتطابق مع القواعد العامة، سواء تلك المنصوص عليها في القانون الفرنسي الساري المفعول وقت صدور المرسوم ، أو تلك المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري الصادر سنة 1975 ، و هو ما طرح اشكالية المدة القانونية الواجب العمل بها، و إن جرى العرف أثناء تطبيق هذا المرسوم هو عدم احترامه لهذه المدة⁽²⁾ .

ثانياً: دواعي سنّ قانون 02/07 المتعلق بمعاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري

إن مجرد التفكير في سنّ قانون خاص باعداد سندات الملكية، بديل عن المرسوم المنظم لأحكام عقد الشهرة، لا بد له من سبب ، فلو بحثنا في عرض أسباب مشروع قانون 02/07 المعد من طرف الحكومة ، لخصرنا تلك الأسباب في النقاط التالية :

1- المساوئ الملاحظة في مجال اعداد عقد الشهرة⁽³⁾ ، فرغم الدور الطموح الذي حظي به عقد الشهرة إلا أن هذا الطموح صاحبه غموض و فراغ قانوني ، تولدت عنه عدة منازعات برهنت الكثير منها على عدم مصداقية عقد الشهرة و عدم رقيه إلى مصاف عقود الملكية التي تتمتع بحماية الدولة بمجرد اشهارها بالمحافظة العقارية .

إن بساطة و سطحية اعداد عقد الشهرة ، دفعت البعض إلى استغلاله بطريقة تعسفية لتسوية عمليات غير شرعية ، تعلق في معظمها بالاستيلاء على أملاك عقارية عمومية و أملاك عقارية و قفية و حتى الحقوق العقارية الميراثية ، طالما أن اعداد هذا العقد لا يتم تحت رقابة و تدخل ممثلي السلطات العمومية في الميدان،

(1)- جريدة رسمية عدد 15 ، صادرة بتاريخ 1973/02/20 .

(2)- عجة الجبالي ، (المرجع السابق) ، ص 74 .

(3)- صويلح بوجمعة ، "دراسة في قانون رقم 02/07 مؤرخ في 27 فيفري 2007 يضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري" ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو ، عدد 06 ، نوفمبر 2007 ، ص 09 .

و الموثق غير ملزم بالوقوف ميدانيا على توفر شروط التقادم المكسب، هذا دون الكلام عن حالات التواطؤ و الطرق الملتوية المنتهجة لشراء سكوت المصالح الإدارية الساهرة على حماية أملاك الدولة⁽¹⁾.

إن إدراك المشرع بسلبيات عقد الشهرة التي طغت بكثير على ايجابياته دفعته للتفكير في آلية بديلة تكون لها أكثر مصداقية و فعالية في تسوية الوضعية العقارية و تكون في مستوى الأهداف المسطرة ، فكان قانون 02/07 هو ثمرة الجهود المبذولة في هذا المضمار .

2- القروض الرهنية المرتبطة بالعملية الاستثمارية التي تقتضي وضعية قانونية للأوعية العقارية ، محددة بصفة واضحة بمخططات و سندات ملكية قانونية⁽²⁾ ، فالعقار يشكل أحد أهم الضمانات المقدمة للمؤسسات المالية، من أجل الحصول قروض موجهة لإنجاز مشاريع استثمارية ، و في ظل تباطؤ عملية المسح العام للأراضي ، كان لابد من التفكير في حلّ سريع يعمل على تضييد الوضعية العقارية و لو مؤقتا للحيلولة دون كبح عجلة التنمية المستدامة لاقتصاد بلدنا .

3- تجديد سندات الملكية المحررة قبل 01 مارس 1961 ، و التي لم تعد تعكس الوضعية الحالية للعقار ، كما أن هذه السندات التي حررت أثناء فترة الاحتلال تميزت بعدم دقتها و غموضها ، أوقعت أصحابها في عدة مشاكل متعلقة بالحدود و حتى الملكية ، فعادة ما يلجأ القضاة نظرا لعدم وضوح هذه السندات إلى الاستعانة بخبير مختص يعمل على مطابقة هذه السندات على العقار محل النزاع .

4- إزالة العوائق التي تتسبب في تعطيل عملية المسح العام للأراضي، و أهم تلك العوائق سببها غياب سندات تثبت الملكية ، كما أن الاعتماد على الحيابة بدون سند يخلق الكثير من المشاكل ، و يعطل عملية الترقيم النهائي، و يعلق تسليم الدفاتر العقارية .

(1)- صويلح بوجمعة ، (المرجع السابق) ، ص 10 ، 11 .

(2)- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 298 .

الفرع الثاني- نطاق و إجراءات عملية التحقيق العقاري

يعتمد في معاينة الملكية العقارية على التحقيق الذي تجريه المصالح المختصة ، و تعاین هذه المصالح أثناء إجراء التحقيق توفر الشروط المطلوبة لإعداد سندات ملكية وفقا لقانون 02/07، هذه الشروط التي تحدد نطاق عملية التحقيق ، كما أن هذه الأخيرة تتم وفقا لمجموعة من الإجراءات .

أولا: نطاق التحقيق العقاري:

انطلاقا من نص المادة الثانية من القانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة الملكية العقارية و تسليم سندات ملكية عن طريق تحقيق عقاري، فإن التحقيق العقاري الذي يباشر وفقا لأحكام هذا القانون ، يتم اجراءه - على خلاف عقد الشهرة- على نوعين من العقارات :

1. عقارات لا يحوز أصحابها على سندات ملكية :

يتمسك فيها طالب فتح تحقيق عقاري بأحكام التقادم المكسب ، ليقوم المحقق العقاري بمعاينة توفر شروط الحيازة المكسبة للملكية عن طريق التقادم وفقا لأحكام القانون المدني التي سبق و أن تطرقنا إليها في المطلبين السابقين ، و لتفادي التكرار نكتفي بالقول أن الحيازة الصحيحة في مفهوم المادة 14 من هذا القانون الجديد ، هي الحيازة التي يراعى فيها توفر الركن المادي و المعنوي ، و أن تكون هذه الحيازة هادئة ، علنية ، واضحة و مستمرة أي خالية من العيوب ، مع استمرار هذه الحيازة المدة المطلوبة قانونا و هي إما :

- 10 سنوات عند توفر حسن النية و السند الصحيح .

- 15 سنة في حالة التقادم الطويل .

- 33 سنة في حالة تقادم الحقوق الميراثية .

و يستعين المحقق عند التحري بالتصريحات و الأقوال و الشهادات و كذا بجميع الوثائق و السندات التي قدمت له ، فهو لا يكتفي بتصريحات الحائز أو الشهود الذين يقدمهم ، كما هو الحال بالنسبة للموثق عند اعداده لعقد الشهرة ، بل يقف شخصا على حقيقة وجود أعمال مادية للحيازة و توفر شروط التقادم المكسب ، عن طريق المعاينة الميدانية .

كما تجدر الإشارة إلى أن مباشرة التحقيق غير متوقف على اثبات واقعة الحيازة ، ما دام أن هذه الأخيرة سيتم التأكد من وجودها خلال التحقيق ، فيكفي إشارة صاحب الطلب إلى صفته كحائز أو مالك .

2. عقارات حررت بشأنها سندات ملكية قبل 01 مارس 1961 :

و هذه الحالة مستحدثة في هذا القانون الجديد ، و هي بمثابة اجابة غير مباشرة عن التساؤل الذي سبق و أن طرحناه عند دراستنا لأحكام عقد الشهرة ، عندما تساءلنا عن حكم اعداد عقد الشهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهورة، فيظهر أن ارادة المشرع اتجهت نحو استبعاد اعداد عقد الشهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهورة ، غير أن ارادته في هذا القانون وضعت حكم جديد هو أشبه بالاستثناء ، حيث أجازت للمالك الذي له سند ملكية محرر قبل 01/03/1961 أن يجدد سنده وفقا لأحكام هذا القانون ، فما المقصود بسندات الملكية المحررة قبل 01/03/1961؟ و ما هو باعث المشرع من هذه الاضافة؟

- سندات الملكية المحررة قبل 1961/03/01 هي سندات حررت في ظل الاستعمار و قبل تطبيق نظام الحفظ العقاري الجديد الذي سنّه المستعمر في محاولة للإصلاح العقاري سنة 1959 بموجب المرسوم 1190/59 المؤرخ في 1959/10/21 المتضمن اصلاح نظام الحفظ العقاري السابق، الذي دخل حيز التنفيذ ابتداء من 1961/03/01، و كرس حرية المعاملات و نظام الشهر الشخصي ، و تضمن على الصعيد التقني ضوابط استهدفت تحيين الوثائق العقارية و تكوين فهرس عقاري دقيق⁽¹⁾ ، و من أمثلة السندات التي حررت قبل ذلك التاريخ :

- سندات الملكية المحررة وفقا لقانون وارانبي 1873/07/26 ؛

- سندات الملكية المحررة وفقا لقانون 1897/02/16 و قانون 1926/08/04 ؛

- عقود القضاة الشرعيين المتضمن معاملات عقارية بين الجزائريين ؛

- سندات متضمنة بيوع و هبات واردة على عقار ، محررة في الشكل الرسمي أمام مكاتب التوثيق ... إلى غير ذلك من السندات .

- و قد أجاز المشرع ، تجديد هذه السندات ، اعتبارا لكونها لم تعد تعكس الوضعية الحالية للعقارات ، كما أن هذه السندات تميزت بعدم دقتها و غموضها سواء في تحديد هوية المالكين أو عند تعيين العقار فالمخططات المسحية المرفقة بها تميزت في معظمها بعدم الوضوح ، كما أن سلسلة نقل الحقوق لا يمكن التأكد منها بسبب اللجوء إلى العمليات العقارية الخفية و المشبوهة ، زيادة على ذلك ، حتى في وجود سندات ملكية سليمة ، معدة في الشكل الرسمي و مشهورة فإن الورثة المتتاليين انسجموا مع وضعيات الشيوخ أو قاموا بقسمات فعلية دون تجسيدها من الناحية القانونية ، الشيء الذي دفع المشرع إلى اعادة النظر من خلال قانون 02/07 في السندات التي حررت قبل الاستقلال⁽²⁾ .

كما أن التحقيق العقاري يضيق من زاوية أخرى وفقا للمادتين 02 ، 03 من القانون المشار إليه أعلاه، و هذه الزاوية تتعلق بطبيعة العقارات التي ينطبق عليها أحكام هذا القانون ، فعلى غرار عقد الشهرة ، يشترط :

1. أن يكون العقار واقع في بلدية غير ممسوحة :

حتى يطبق أحكام القانون الجديد ، يجب ألا يكون العقار واقعا في بلدية خضعت لإجراءات الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، لأن البلديات التي خضعت لهذا الإجراء يحصل الحائزون فيها بعد انتهاء العملية على دفاتر عقارية .

2. أن يكون العقار تابع للأمالك العقارية الخاصة :

فقد استثنى المشرع هذه المرة صراحة وفقا للمادة 03 من هذا القانون الجديد ، الأمالك الوطنية و الأمالك الوقفية ، و أكد على استثناء أراضي العرش بالرغم من أن هذه الأخيرة مصنفة قانونا ضمن الأمالك الوطنية طبقا لقانون التوجيه العقاري ، و بالتالي فإن الاستثناء يحتويها تلقائيا ، إلا أن المشرع أراد التأكيد على هذه النقطة نظرا لحساسيتها و أهميتها بالنسبة للحائزين على أراضي من نوع العروشية ، الذين لهم فقط حق انتفاع عليها ، دون أن ينقلب إلى حق ملكية مهما طال الزمن ، و حتى يريد المشرع غير ذلك .

(1)- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 29 .

(2)- صويلح بوجمعة ، (المرجع السابق) ، ص 08 ، 12 .

ثانياً: إجراءات التحقيق العقاري

من خلال قراءة نصوص القانون المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ، و المرسوم التنفيذي الذي يبين كيفية تطبيقه ، يتبين لنا أن إجراءات التحقيق العقاري، تركز على مرحلتين أساسيتين :

1. طلب فتح تحقيق عقاري :

لقد مكن المشرع كل شخص قانوني سواء كان طبيعي أو معنوي يرغب في الحصول على سند ملكية لعقار يمارس الحياة عليه ، أو يحوز سند ملكية محرر قبل 01 مارس 1961 ، أن يطلب فتح تحقيق عقاري إلى المصالح المختصة لمعاينة حق ملكيته ، فمن هي الجهة المختصة بتلقي الطلب ؟ و ما هي صور التحقيق العقاري ؟ و ما هي الوثائق الواجب ارفاقها بالطلب ؟.

أ . الجهة المختصة بتلقي طلب فتح تحقيق :

حسب نص المادة 04 من القانون 02/07 ، توجه طلبات فتح التحقيق العقاري إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، الذي يقع في دائرة اختصاصه الاقليمي العقار محل اعداد سند ملكية عليه .

ب . صور التحقيق العقاري :

يظهر من قراءة نص المادة 06 من قانون 02/07 ، أن فتح تحقيق عقاري قد يكون في شكل صورتين :

- فتح تحقيق عقاري فردي : و يكون بناء على طلب أي شخص و في أي وقت .
- فتح تحقيق عقاري جماعي^(*) : و يكون بناء على قرار من الوالي بمبادرة منه أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص ، بعد أخذ رأي كل من مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي و حسب الحالة ، مسؤول البناء أو المصالح الفلاحية تطبيقاً للمادة 07 من نفس القانون ، كما قيد المشرع طلب فتح تحقيق عقاري جماعي، أن يكون هذا الأخير في اطار انجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية .

و طبقاً للمادة 06 من المرسوم التنفيذي 147/08 الذي يبين كيفية تطبيق هذا القانون ، فإن قرار الوالي المتضمن فتح تحقيق عقاري جماعي ، ينبغي أن يكون محل نشر واسع عن طريق لصقه لمدة شهر في مقر مديرية الحفظ العقاري ، و ترسل نسخ منه إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني ، و إلى المدير الولائي المكلف بمسح الأراضي و أملاك الدولة و الضرائب والأوقاف و البناء و التعمير و المصالح الفلاحية ، لإصاقها.

(*)- التحقيقات الجماعية لم يتم الانطلاق فيها بسبب عدم اصدار النص التنظيمي المحدد لنموذج القرار الصادر عن والي الولاية، إضافة إلى النقص الحاد لوسائل نقل الأعوان المحققين، تلك الوضعية التي جعلت الملفات تتكدس على مستوى المديرية الولائية للحفظ العقاري .

ج - محتويات الملف المقدم لطلب فتح تحقيق عقاري:

يبيّن المشرع ماهية هذه الوثائق في المرسوم التنفيذي 147/08 في المادة 03 منه ، و بصرف النظر إذا كان فتح تحقيق عقاري فردي أو جماعي فإن الملف المقدم من المعني يجب أن يحتوي على :

- طلب فتح تحقيق عقاري ، مبيّن فيه :

- ❖ الاسم و اللقب و اسم الأب و تاريخ و مكان الولادة و الجنسية و المهنة و عنوان صاحب الطلب .
- ❖ الصفة التي يتصرف بها صاحب الطلب، إما حائزاً، وإما مالكا فردياً أو مالكا في الشروع .
- ❖ كل الأعباء و الارتفاقات الإيجابية أو السلبية التي قد تثقل العقار محل التحقيق حسب صاحب الطلب.

- مخطط طبوغرافي للعقار منجز على ورق شفاف حسب سلم مطابق للمعايير المنصوص عليها في مجال مسح الأراضي العام، تحدد وضعية العقار وفق القسم المسحي ، و تلتحق به بطاقة وصفية يعدها مهندس خبير عقاري، تبيّن الطبيعة المادية للعقار و مساحته و قيمته و كذا أسماء الشاغلين المجاورين .

- كل وثيقة من شأنها أن تسمح لصاحب الطلب بإثبات حقه بها .

و هناك حكم اضافي بالنسبة لطلب فتح تحقيق عقاري جماعي ، إذ لا بد أن يقدم فيه الملف خلال 15 يوما المذكورة في قرار الوالي ، تنطلق بعد انتهاء مدّة شهر من نشره .

2. إجراء التحقيق العقاري :

و تعتبر هذه المرحلة من أهم المراحل التي يتوقف على نتائجها تسليم أو رفض تسليم سند الملكية و استكمالها متوقف أولا على صدور مقرر فتح التحقيق ، و ثانيا على القيام بالتحقيق و التحري ، الذي حدد المشرع موضوعه و محتواه ، كما حدد مهام المحقق العقاري .

أ. صدور مقرر فتح التحقيق العقاري :

حسب نص المادة 07 من المرسوم 147/08 ، يصدر مدير الحفظ العقاري ، في أجل أقصاه شهر من تلقي الطلب ، مقرر فتح تحقيق عقاري يحتوي على :

- اسم و لقب و رتبة المحقق العقاري ، الذي يجب أن يكون من أعوان سلك مفتشي أملاك الدولة ، هذا و قد أجاز المشرع للوزير المكلف بالمالية امكانية تعيين الأعوان التابعين للأسلاك المعادلة للقيام بعملية التحقيق ، و ذلك بغرض تجنب النقص في الامكانيات البشرية الذي قد يواجه مصالح الحفظ العقاري عند الإطلاق في العملية ، المتوقع أن يكون اللجوء إليها من قبل الأفراد بشكل كبير⁽¹⁾ .

(1)- عشي علاء الدين ، " ضبط الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري : دراسة تحليلية للقانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري" ، إدارة ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، المجلد 17 ، عدد 2 ، سنة 2007 ، ص 54 .

- تاريخ التنقل إلى عين المكان (لا يجب أن يتعدى شهر من تاريخ المقرر) .
- اسم و لقب و اسم أب صاحب الطلب .
- تعيين العقار أو العقارات المعنية .

كما أن المشرع و لإضفاء حجة على التحقيق العقاري ، ألزم المشرع نشر مقرر فتح التحقيق في مقر البلدية، لمدة 15 يوما قبل تاريخ تنقل المحقق إلى عين المكان ، و ذلك لتنبه كل من يهمله الأمر بهذه العملية و تاريخ انطلاقها ، سواء للتعاون مع المحقق أو لحماية حقه ، و لم يشر القانون و لا المرسوم المبين لكيفية تطبيقه إلى امكانية تقديم اعتراضات في هذه المرحلة .

ب. موضوع و محتوى التحقيق:

على خلاف عقد الشهرة ، أين يكفي فيه الموثق بتصريحات الحائز لإثبات عناصر الحيابة ، فإن القانون الجديد جعل التحقيق العقاري تحت رقابة و سلطة مدير الحفظ العقاري بالولاية ، يباشره المحقق العقاري المعين ، يتمثل موضوعه انطلاقا من نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي 147/08، في البحث عن كل عناصر المعلومات أو التصريحات أو الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية العقارية و جمعها و دراستها في عين المكان، كما يمكن للمحقق العقاري الانتقال إلى مصالح الحفظ العقاري و مسح الأراضى و أملاك الدولة و الضرائب و عند الحاجة لدى أي مصالح أخرى ، للحصول على جميع المعلومات المفيدة في التحقيق .

و يستعان في التحقيق بالوسائل التالية :

- المعاينة الميدانية ؛
 - تلقي التصريحات و فحص الوثائق ؛
 - إجراء التحريات اللازمة .
- أما بالنسبة لعناصر التحقيق ، فقد حددها المشرع في المادة 05 من القانون 02/07 ، و تصب مهمة المحقق العقاري عليها ، بحيث يقوم ب :

- معاينة حق الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى و الأعباء المثقل بها إن وجدت ، فيبحث المحقق في توفر شروط الحيابة المكسبة للملكية ، بالاستعانة بمختلف طرق الاثبات كسماع الشهود و تصريحات الجيران ، و الاطلاع على الوثائق الموجودة ، أما في الحالة الثانية فيعمل على مطابقة سندات الملكية على العقار موضوع طلب اعداد سند ملكية بشأنه ؛
- تحديد المساحة و وضع معالم الحدود ؛
- تعيين المحتوى المادي للعقار ، مثلا أن يكون العقار عليه بناء ؛
- تمثيل العقار في رسم بياني بواسطة مخطط يعده مهندس خبير عقاري .

ج. تلقي الاعتراضات :

إن عملية الاعتراف بالملكية بناء على نتائج إجراء التحقيق العقاري ، يجب أن تراعى فيها ، حماية حقوق الملاك و الحائزين المجاورين و الدولة و جماعاتها الإقليمية و حقوق الخواص، بما يفيد تلقي و تقبيد كل الاحتجاجات و الاعتراضات التي يبديها ذوي الشأن أثناء العملية .

فبعد 15 يوما على الأكثر ، من انتقال المحقق العقاري إلى عين المكان ، يقوم هذا الأخير بتحرير محضر مؤقت ، يسجل فيه نتائج تحقيقه ، تكون نسخة منه محل نشر عن طريق اللصق في مقر البلدية ، خلال 08 أيام على الأكثر من تحريره ، و تدوم عملية النشر 30 يوما ، لكي يطلع الجمهور عليه .

و كل شخص مضار من نتيجة التحقيق له أن يقدم احتجاجا أو اعتراضا ، خلال 30 يوما بعد 08 أيام من بداية مدة لصق المحضر المؤقت وفقا للمادة 12 من المرسوم التنفيذي 147/08 .

و عملية الفصل في هذه الاعتراضات يراعى فيها الخطوات التالية :

- تقييد الاعتراضات/

بناء على نص المادة 11 من القانون 02/07 ، فإن الاعتراضات المثارة في المدة القانونية المخصصة لها ، تقيّد في سجل خاص مخصص لهذا الغرض ، موجود لدى مصالح الحفظ العقاري الولائي .

- التسوية الإدارية/

طبقا للمادة 12 من القانون المشار إليه آنفا ، يحدد المحقق العقاري جلسة للصلح بين الأطراف خلال 08 أيام على الأكثر من تقديم الاعتراض ؛

- فإذا توصل الأطراف إلى اتفاق ، يحرر المحقق محضرا للصلح ، ويستأنف إجراء التحقيق العقاري ، كما لو لم يقدم أي اعتراض ، لكن مع التقيّد بالاتفاق المحرر في محضر الصلح .

- أما إذا باءت محاولة الصلح بالفشل ، يحرر المحقق محضرا بعدم الصلح ، يسلم للأطراف ، و ينبه فيه المعارض أن له مدة شهرين لرفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة (المادة 16 من المرسوم 147/08) .

- التسوية القضائية/

ما هي الجهة القضائية المختصة ؟

إذا كان أطراف النزاع هم من الخواص ، فإن الاختصاص يعود إلى القضاء العادي ، القسم العقاري وفقا للمادة 512 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار محل النزاع وفقا للمادة 40 من نفس القانون .

أما إذا كان أحد أطرافه من الأشخاص المعنوية العامة وفقا للمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، فإن الاختصاص يعود للمحكمة الإدارية التي يقع فيها موطن المدعى عليه طبقا للمادة 803 من نفس القانون .

ما هي الشروط الخاصة في رفع الدعوى ؟

إضافة إلى الشروط العامة التي يشترطها المشرع في رفع الدعاوى ، قيد المشرع هذا النوع من الدعاوى بشروط إضافية ، تتمثل في :

- أجل رفع الدعوى :

كما أسلفنا القول ، يجب على المعارض أن يرفع دعوى قضائية خلال شهرين (02) ، تحسب ابتداء من تبليغه بمحضر عدم الصلح ، و ذلك تحت طائلة عدم قبول الدعوى لفوات الآجال ، و الحكمة التي توخاها

المشروع في ذلك هي عدم تعليق الإجراء مدة طويلة و اضافة عامل السرعة على عملية التحقيق⁽¹⁾.

- شهر عريضة الدعوى :

على الرغم أن هذا الشرط هو من الشروط العامة المنصوص عليها في المادة 3/17 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، إلا أن الجديد في هذا الشرط ، أنه إلزامي ، حتى و إن كان العقار غير مشهر ، كما أن الشهر يتم باسم الخصم (صاحب الطلب) و ليس المعارض .

و يلاحظ أن المشروع قد أضاف حكماً آخر في المرسوم 147/08 ، يتعلق بمواعيد تقديم العريضة الافتتاحية للشهر ، إذا حددها ب 08 أيام على الأكثر التي تلي انتهاء الشهرين ، و ذلك تحت طائلة اتمام إجراءات التحقيق العقاري طبقاً للمواد 17 ، 18 ، 19 من المرسوم المشار إليه أعلاه .

الفرع الثالث- آثار عملية التحقيق العقاري

إن عملية التحقيق العقاري لا تخرج نتائجها عن فرضيتين ، فإما أن يتأكد للمحقق ثبوت حق الملكية ، أو أن التحقيق لم يأت بنتيجة ، و لكل نتيجة آثارها و هذا ما سنبحثه في هذا الفرع ضمن هاتين الفكرتين.

أولاً: التحقيق انتهى إلى ثبوت حق الملكية

إذا انتهى المحقق العقاري عند تحليله للتصريحات و الأقوال و الشهادات و كذا الوثائق المقدمة و التحريات التي قام بها ، إلى ثبوت حق الملكية لصاحب الطلب ، فإنه يباشر في الإجراءات اللازمة لإعداد و تسليم سند الملكية، مع فتح مجال المنازعة القضائية فيه .

1. اعداد و تسليم سند الملكية :

في حالة ما إذا أسفر التحقيق إلى نتائج ايجابية ، مع انعدام الاعتراض أصلاً ، أو رفض الاعتراض و مواصلة التحقيق العقاري ، الذي يدخل في مرحلته الثانية المرتبطة بآثاره ، فتباشر إجراءات اعداد سند الملكية التي تكون وفق الخطوات التالية :

- يحرر المحقق العقاري محضراً نهائياً ، يسجل فيه نتائج التحقيق العقاري الذي قام به (المادة 13 من المرسوم 147/08) .

- الترقيم العقاري ، حيث يصدر مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي ، بناء على المحضر النهائي المعد من طرف المحقق العقاري ، مقرر يتعلق بالترقيم العقاري باسم المالك المعني للعقار محل التحقيق العقاري ، و يرسل المقرر إلى المحافظ العقاري المختص إقليمياً من أجل تنفيذه (المادة 15 من القانون 02/07) .

- إجراء الشهر العقاري ، حيث يقوم المحافظ العقاري بتنفيذاً للمقرر المشار إليه أعلاه، بالترقيم العقاري ، و ذلك بشهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري ، و شهر المقرر يكون بالتأشير على مجموعة البطاقات العقارية

(1)- عشي علاء الدين ، (المرجع السابق) ، ص 58 .

المؤقتة طبقا للمادة 20 من المرسوم 147/08 ، و المقصود بالبطاقات العقارية المؤقتة ، هي بطاقات تفهرس فيها الحقوق بصفة انتقالية إلى حين إجراء عملية المسح وفقا للأمر 74/75 المتعلق بتأسيس المسح العام للأراضى و إنشاء السجل العقارى ، فتستبدل تلك البطاقات المرتبطة بنظام الشهر الشخصى، ببطاقات عينية ، تشكل في مجموعها السجل العقارى⁽¹⁾ .

- تحرير سند الملكية، بعد عملية الشهر يقوم المحافظ العقارى بتحرير سند الملكية ، وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي 147/08 .

أما بالنسبة لتسليم سند الملكية ، فطبقا للمادة 2/16 من القانون 02/07 ، يقوم المحافظ العقارى بعد تحريره لسند الملكية ، بإرساله إلى مسؤول مصالح الحفظ العقارى الولائى من أجل تسليمه إلى المعنى ، و هذا تفعيلاً لدور الرقابة و الإشراف الممنوح لمدير الحفظ العقارى على مستوى الولاية ، و في حالة الشيوخ، يسلم سند الملكية إلى أحد المالكين في الشيوخ ، إما على أساس تصريح كتابى يقوم به المالكون في الشيوخ أمامه ، و إما على أساس وكالة موثقة .

2. المنازعة القضائية فى مقرر الترقيم العقارى :

لقد مكنّ المشرع ، من خلال المادة 18 من القانون 02/07 ، مسؤول مصالح الحفظ العقارى الولائى ، في حالة اكتشاف ترقيم تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة ، برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الترقيم العقارى ، مع تقديم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية .

فبالنسبة للدعوى المرفوعة لإلغاء مقرر الترقيم العقارى ، فهي دعوى إلغاء ترفع أمام القضاء الادارى، و يعود الاختصاص فيها إلى المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه ، و هو في هذه الحالة مديرية الحفظ العقارى على مستوى الولاية ، بما أن المقرر محل الإلغاء صدر عن مسؤولها .

و المثير للانتباه في هذا السياق، هو التناقض الذي يطبع هذه الدعوى، فكيف يعقل أن يرفع مسؤول مصالح الحفظ العقارى الولائى دعوى لإلغاء مقرر الترقيم العقارى ، الذي أصدره بنفسه؟ فهل يلعب دور المدعى و المدعى عليه في نفس الوقت؟ ، و ما دام الأمر كذلك ، فلماذا لا يقوم بسحبه^(*) مباشرة بما أنه غير مشروع دون اللجوء إلى طرق باب القضاء؟ .

كما يلاحظ أن المشرع لم يقيد الدعوى المرفوعة لإلغاء مقرر الترقيم العقارى بمواعيد محددة ، فهل هذا يعني أن المشرع قد أحال إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، التي حددت مواعيد رفع دعوى الإلغاء ب 04 أشهر من تاريخ تبليغ المقرر طبقا للمادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؟ و لو افترضنا جدلا ذلك ، فهل سيتحصن المقرر بعد فوات هذا الميعاد القصير؟ .

(1)- علوي عمار ، (المرجع السابق) ، ص 58 .

(*)- لتفصيل أكثر الرجوع إلى : بن شيخ آث ملويا لحسين ، "المنتقى في قضاء مجلس الدولة " ، الجزء الثالث ، دار هومه، الجزائر ، دون سنة نشر ، ص 287 .

كما أن المشرع لم يتكلم عن امكانية رفع الأشخاص الذين مسّت حقوقهم لدعوى إلغاء مقرر الترقيم العقاري ، فهل هذا يعني أن مقرر الترقيم الذي على أساسه تم الشهر و تحرير سند الملكية، له أثر مطهر، لا يبقى فيه للمتضرر سوى أن يسلك طريق دعوى التعويض ؟ أم أن أحكامه في هذا الجانب ، لا تخرج عن أحكام عقد الشهرة ، الذي يجوز طلب ابطاله عن طريق القضاء فتطبق المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تجيز الطعن في الحقوق المشهورة ؟ .

الظاهر أن مهمة القضاة ستكون صعبة ، في حال طرحت منازعات من هذا النوع ، و لعل مشروع القانون المقترح لتعديل و تنميط القانون رقم 02/07 ، الذي درسه مكتب المجلس الشعبي الوطني يوم 2009/01/04 ، و تم قبوله شكلا و إحالته على الحكومة⁽¹⁾ ، يتضمن أحكاما تسد هذه الفراغات و تقدم توضيحات .

أما بالنسبة للشكوى المقدمة أمام وكيل الجمهورية ، فستؤدي إلى تحريك دعوى عمومية ضد كل شخص قدم تصريحات كاذبة أو وثائق مزورة ، و متابعتهم تتم وفقا لقانون العقوبات ، لعدم وجود أحكام خاصة في هذا الجانب ، و في اعتقادنا ، إن القاضي الإداري سيوقف الفصل في دعوى الإلغاء إلى حين الفصل في الدعوى العمومية ، فبناء على الوقائع التي سيثبتها القاضي الجزائري ، سيبطل مقرر الترقيم العقاري .

ثانياً: التحقيق لم يفض إلى نتيجة

بمفهوم المخالفة للمادة 14 من القانون 02/07 ، إذا نتج عن تحليل التصريحات و الأقوال و الشهادات و كذا الوثائق المقدمة و التحريات التي قام بها المحقق العقاري ، أن صاحب الطلب لا يمارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا لأحكام القانون المدني ، فلن يعترف له بأحقيته على العقار محل التحقيق العقاري ، و بالنتيجة ، لن يتم اعداد له سند ملكية ، لكن اعطاء المشرع الحق في رفع دعوى للمنازعة في مقرر رفض الترقيم العقاري .

1. رفض اعداد سند الملكية :

إذا كانت نتائج التحقيق سلبية ، فإن مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي سيصدر بناء عليه موقرا مسببا ، يتضمن رفض الترقيم العقاري ، و على أساسه لن يحرر للمعني سند ملكية على العقار الذي يدعي حيازته أو ملكيته ، يحتفظ بنسخة منه لدى مديرية الحفظ العقاري .

يبلغ مقرر رفض الترقيم العقاري إلى المعني ، في حالة التحقيق الفردي ، أو إلى الوالي ، في حالة التحقيق الجماعي ، في أجل أقصاه 06 أشهر ابتداء من تاريخ ايداع طلب فتح تحقيق عقاري طبقا للمادة 17 من القانون 02/07 .

(1)- انظر : إلى الموقع الإلكتروني للمجلس الشعبي الوطني ، على الرابط التالي :

2. المنازعة القضائية في مقرر رفض تسليم سند الملكية :

أعطى المشرع للمعني الحق في رفع دعوى قضائية ، أمام القضاء الإداري ، لإبطال مقرر رفض الترقيم العقاري ، و يعود الاختصاص في هذه الدعوى إلى المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليها ، و هي مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية .


أما بالنسبة لمواعيد رفع هذه الدعوى ، لم يحددها المشرع في هذا القانون ، و أحال في المادة 17 منه إلى الآجال المقررة قانونا ، دون أي توضيح آخر ، و بانعدام أحكام خاصة في هذا الشأن

يتم الرجوع إلى القواعد العامة⁽¹⁾ التي تحكم دعاوى ابطال القرارات الإدارية ، المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، بحيث :

- تحدد المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، آجال الطعن أمام المحكمة الإدارية ب أربعة (04) أشهر ، من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الإداري .

- كما يمكن وفقا للمادة 830 من نفس القانون -فهو أمر اختياري- تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار و هي في هذه الحالة مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية ، من أجل مراجعة القرار الذي أصدرته في نفس آجال أربعة أشهر المشار إليها أعلاه ، و تتحدد آجال رفع دعوى الابطال في هذه الحالة بشهرين (02) من تاريخ الرد ، أو من تاريخ انتهاء أجل شهرين من تاريخ التظلم في حالة عدم الرد .

(1): انظر- إلى رأي مخالف ، يرى بتطبيق المادة 16 من المرسوم 147/08 ، التي تحدد آجال رفع الدعوى ب شهرين (02) ، في حين أن المشرع لو كان فعلا يقصد ذلك ، لأحال تطبيق المادة 17 من القانون 02/07 إلى التنظيم ، كما فعل مع المادة 12 من نفس القانون ، محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 337 .



الفصل الثاني
الدفتر العقاري كسند وحيد مثبت للملكية الخاصة
في الأراضي المسوحة

أدركت الحكومة أن الفوضى التي تعرفها الساحة العقارية و المرتبطة في جانب كبير منها بغموض و انعدام سندات الملكية، لا يمكن تطهيرها بمسكنات سرعان ما يزول مفعولها و تظهر نقائصها و عيوبها التي تعمل على تجسيم المشاكل العقارية، الأمر الذي دفع بسلطات الدولة للاهتمام بأشغال المسح التي تعطل سيرها بسبب العراقيل التقنية و الأمنية ، و التي سيؤدي الانتهاء منها إلى التوثيق العام للملكية العقارية .

فبادرت الحكومة مع مطلع التسعينات باتخاذ مجموعة من التدابير الهادفة إلى تفعيل عملية المسح العام للأراضي، ابتداء من انشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي⁽¹⁾ ، و المصادقة بموجب المرسوم الرئاسي 440/92 المؤرخ في 1992/12/02⁽²⁾ على القرض الممنوح من قبل البنك العالمي بقيمة 33 مليون دولار ، بهدف تذليل العقبات التي تطرحها أشغال المسح على الصعيد التقني و البشري ؛ و مؤخرا صَحَّرت الدولة وسائل اضافية حديثة تتمثل في استعمال صور القمر الصناعي ذات الدقة العالية و التي يتم استعمالها على مستوى البلديات النموذجية خاصة المعنية بالمسح الحضري ، اضافة إلى الاهتمام بالموارد البشرية و التكوين الجيد للقائمين بالعملية .

و قد أعلن وزير المالية في اجتماع للمجلس الشعبي الوطني بتاريخ 2010/09/16 أن أشغال المسح سيتم الانتهاء منها قبل سنة 2014⁽³⁾ بالنظر إلى التقنيات الحديثة المستعملة ؛ و بالانتهاء منها ، سيتزود جميع المالكون بدفتر عقاري ، لتصبح جميع السندات الموروثة عن نظام الشهر الشخصي في حكم الملغاة ، و ليصبح الدفتر العقاري هو السند الوحيد المثبت للملكية العقارية ، و هذا ما يستتف من قراءة المادة 33 من المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة التي تنص : " إن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية و مسح الأراضي المحدث ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيئة في شأن الملكية العقارية" .

و توخيا للقصد و تبسيطا للعرض، سنعالج موضوع الدفتر العقاري كسند ملكية ، دون نسيان الإشكالية المطروحة ، في المبحثين التاليين:

- في المبحث الأول - نتطرق لأسس اعداد الدفتر العقاري

- أما في المبحث الثاني- سندرس القوة الإثباتية للدفتر العقاري

(1)- بموجب مرسوم تنفيذي رقم 234/89 مؤرخ في 1989/12/19 المتضمن انشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي ، جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخة في 1989/12/20 .

(2)- جريدة رسمية عدد 78 ، مؤرخة في 1992 .

(3)- جريدة المساء ، يومية جزائرية ، عدد 4130 ، صادرة بتاريخ 17 سبتمبر 2010 ، ص 4 .

المبحث الأول

أسس اعداد الدفتر العقاري

يرتبط التنظيم القانوني للدفتر العقاري من حيث كيفية اعداده بالأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و المراسيم التطبيقية له ، فعلى أساسه شرع في أشغال المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري الذي يحدد الوضعية القانونية للعقارات و يظهر تداول الحقوق العينية، و يمكّن من معرفة نطاقها الطبيعي وبقا لما يتطلبه نظام الشهر العقاري الجديد .

فالدفتر العقاري هو من آثار انتهاج نظام الشهر العيني الذي يعتبر فيه السجل العقاري من ضرورات تجسيده ، يدوّن فيه نفس المعلومات الموجودة في البطاقة العقارية المكوّنة للسجل العقاري، فهو عبارة عن سند ملكية اداري ، يسلم إلى أصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بعد الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي و انشاء البطاقة العقارية التي تحدد القوام التقني و القانوني للحقوق العينية العقارية .

انطلاقا مما سبق ، يتضح أن الدفتر العقاري يرتبط اعداده بأساسين مهمّين ، يشكلان جوهر وجوده، سنهتم بالبحث فيهما من خلال المطلبين التاليين :

المطلب الأول - انتهاج نظام الشهر العيني

المطلب الثاني - تأسيس السجل العقاري .

المطلب الأول- انتهاج نظام الشهر العيني

يعود الفضل في وجود الدفتر العقاري ، كسند يحدد فيه القوام التقني و القانوني للملكية العقارية إلى الأخذ بنمط الشهر العيني كآلية للحفاظ العقاري، فهل هو النظام الوحيد الذي اعتمد في الجزائر لشهر الحقوق العينية العقارية ؟ و ما هي متطلبات الأخذ به ؟

هذه التساؤلات سنعمل على الإجابة عنها ، في فرعين ندرس فيهما:

- ازدواجية نظام الشهر العقاري في الجزائر

- متطلبات الشهر العقاري.

الفرع الأول- ازدواجية نظام الشهر العقاري في الجزائر

إن الوقوف على نظام الشهر الذي أخذ به المشرع الجزائري ، يتطلب منا دراسة أنظمة الشهر السائدة في العالم ، للتعرف على أهم مقوماتها و خصائصها ، لنأتي على ضوء هذه الدراسة ، لنتبين موقف المشرع الجزائري من كلا النظامين .

أولاً: أنظمة الشهر العقاري

تمتد جذور الشهر العقاري إلى المجتمعات البدائية ، و ذلك لارتباطه بفكرة الملكية التي عرفت منذ أقدم العصور ، و اختلفت طرق و شكليات اكتسابها و كيفية انتقالها بما يتوافق و التغييرات التي عرفت المجتمعات، لكن لا يمكن القول بوجود نظام حقيقي للشهر العقاري في ذلك العصر ، كنظام له قواعد و أحكام محددة كما هو عليه الحال في العصر الحديث⁽¹⁾ .

فضرورات التعامل في الحقل العقاري ، دفعت إلى ايجاد نظام مستقر و محكم تشهر بموجبه الحقوق العينية العقارية، لإحاطة الجميع علماً بالوضع القانوني للعقارات و الحقوق العينية الواردة عليه ، حتى ما إذا أقدم شخص على التعامل في هذا العقار، بشرائه أو بقبول اكتساب أي حق من الحقوق العينية عليه ، كان على بينة من أمره ، الشيء الذي يسهل تداول الحقوق العقارية و يضمن استقرار المعاملات و يؤقّر الائتمان العقاري⁽²⁾ .

فقد عرّف الشهر⁽³⁾ بأنه "عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري ، لإعلام الكافة بها ، اظهاراً بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها " .

(1)- راجع في هذا الصدد- ادوار عيد ، "الأنظمة العقارية ؛ التحديد، التحرير، السجل العقاري"، الطبعة الثانية ، مطبعة المتنبي، لبنان ، 1996 ، ص 14 و ما يليها .

(2)- معوض عبد التواب ،"السجل العيني علماً و عملاً" ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1988 ، ص 07 .

(3)- خلفوني مجيد ، "نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري" ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003 ، 13 .

و إن كانت معظم الدول المتحضرة قد أخذت بنظام الشهر العقاري ، إلا أنها لم تسلك فيه مسلكا واحدا ، فالعالم اليوم يعرف نظامين للشهر العقاري ؛ نظام الشهر الشخصي و هو الأسبق في الظهور، و نظام الشهر العيني الذي ظهر على اثر الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الأول .

1. نظام الشهر الشخصي/

يكون المتصرف في هذا النظام محل اعتبار ، إذ يعتمد في اعلان التصرفات على أسماء من صدرت عنهم و يتم ذلك حسب سجل يمكّن تبعا للترتيب الأبجدي لأسماء المتصرفين ، و سجل آخر يمكّن على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها .

و تبعا لذلك، إذا أراد شخص أن يعرف ما إذا كان مالك معين قد تصرف في عقار مملوك له ببيع أو رهن أو هبة ... إلخ ، فإنه يطلب من المحافظ شهادة بذلك ، في سجلات السنوات المطلوبة ، فإن لم يجده كان ذلك دليلا على عدم صدور تصرفات منه في المدة المذكورة ، و تعيّن عليه إعطاء الطالب شهادة سلبية ، و في الحالة المعاكسة يعطي الطالب شهادة ببيان تلك التصرفات (1) .

و من أهم خصائص هذا النظام أن الشهر فيه ليس إلا طريقا للعناية فحسب ، و ليس سببا لانتقال حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى ، لأن الانتقال الصحيح لا بد أن يستند على عقد صحيح ، فإن استند على عقد باطل فلا يكسب المتصرف إليه حقا ، لأن الشهر ليس من شأنه أن يطهر عيوب العقد، و بالتالي فإن الحق ينتقل بعيوبه (2) .

و ليس هناك مقتضى قانوني يلزم من مباشر إجراءات الشهر ، أن يراقب صحة التصرفات التي يشهرها، و يسوغ لكل شخص له الصفة و المصلحة أن يطلب ابطال التصرف رغم شهره ، و هذا ما يبقي مكسب الحق مهددا إذا كان الشخص الذي تنازل له تصرفه معيب .

إن هذه الخصيصة التي يتميز بها نظام الشهر الشخصي ، هي منبع عيوبه ؛ فمن الواضح أن هذا النظام عاجز عن تحقيق الغرض الذي من أجله تأسس الشهر العقاري ، طالما أن وظيفته انحصرت في الاعلام فقط ، فلا يطمئن المالك الجديد ، من خطر التعرض القانوني له ، إذا ظهر أن المتصرف هو غير المالك ، و هذا ما يزعزع استقرار الملكية العقارية ، و يضعف الائتمان العقاري، لتجتم تبعا لذلك- المؤسسات المالية على اقراض أصحاب العقارات لاحتمال ضياع أموالها ، الشيء الذي يؤثر سلبا على الاقتصاد الوطني و يكبح عجلة التنمية (3) .

و لم يتوقف الانتقاد الموجه لنظام الشهر الشخصي على هذا الجانب فقط ، بل وجهت له عدّة انتقادات أخرى؛ فهذا النظام لا يضمن تلافي خطر احتمال تعارض عدّة سندات لملكية عقار واحد ، نتيجة صعوبة البحث، و عدم جدوى معرفة المالك الحقيقي للعقار ، فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلات هذا النظام إلا الشخص الذي تصرف في العقار ، فهذه المعرفة لا تفيد حتما معرفة كل ما وقع على العقار من تصرفات، فقد يتصرف

(1)- بن الشيخ آث ملويا لحسين ، "المنتقى في عقد البيع" ، (المرجع السابق) ، ص 249 .

(2)- إدوار عيد ، (المرجع السابق) ، ص 08 .

(3)- بوشنافة جمال ، "شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري" ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 ، ص 18 ، 19 .

المالك غير الحقيقي في العقار، فيسجل التصرف تحت اسمه ، ثم يتصرف المالك الحقيقي في العقار، فيسجل التصرف باسمه كذلك، و يكون التصرفان متفرقان في موضعين متباعدين تحت اسمين مختلفين⁽¹⁾ ؛

كما أن هذا النظام يؤدي حتما إلى صعوبة التعرف على المالك الحقيقي للعقار أو الوضعية القانونية له، نتيجة كثرة التصرفات الواقعة عليه ، فإذا أراد شخص الاستعلام على عقار تم شهره ، وجب عليه أن يكون ملما بأسماء الملاك الذين تعاقبت ملكيتهم للعقار على وجه الدقة ، إذ لا يكفي أن يعثر على اسم البائع في السجلات حتى يتملك العقار بالشراء ، فقد يكون هذا البائع قد اشترى العقار من غير مالكة الحقيقي ، و بالتالي يظل من حق هذا المالك استرداد هذا العقار من يد البائع أو المشتري⁽²⁾ ؛

كل هذا يضاف إليه، امكانية ضياع الملكية بالتقادم ، طالما أن الشهر وفقا لهذا النمط ليست له قوة ثبوتية ، و إنما وظيفته هي اعلانية فقط ، فلا يدل دلالة قاطعة على الملكية .

و مهما يكن من أمر ، فإن نظام الشهر الشخصي كنمط للحفاظ العقاري يبقى نظاما قائما بذاته ، يحقق العلانية في التصرفات ، و يكون الشهر فيه قرينة بسيطة على الملكية تقبل اثبات العكس ، إلى جانب أنه وسيلة إعلام السلطات العامة قصد تمكينها من فرض الضريبة العقارية على المعاملات ، بل و الأهم من هذا ، لا يتطلب تجسيد هذا النظام إجراء عملية مسح الأراضي التي تحتاج إلى ميزانية ضخمة لا يمكن لكل الدول توفيرها⁽³⁾ .

2. نظام الشهر العيني/

ظهر هذا النظام أول ما ظهر في استراليا خلال منتصف القرن التاسع عشر ، بفضل جهود السيد "روبير رشارد تورنس" ، الذي وضع أسسه و قواعده ، ثم أخذت به الكثير من الدول و من بينها سويسرا و ألمانيا⁽⁴⁾ .

و عملية الشهر وفقا لهذا النظام ، لا تتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات، بل على أساس العقارات المتصرف فيها ، فلكل عقار في هذا النظام بطاقة خاصة ضمن السجل العقاري يسجل فيه كل ما يقع على هذا العقار من تصرفات ، كما تحوي كذلك على الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته و موقعه و حدوده⁽⁵⁾ ، فمسك السجل العقاري يكون بالتمشي مع مصلحة مسح الأراضي .

و لكل من له مصلحة في التعرف على الحالة القانونية لعقار معين ، أن يرجع للسجل العقاري للوقوف على حقيقة وضعه التقني و القانوني و على مالكة ، و بالتالي يطمئن للتعامل فيه ، طالما أن الوثائق تخضع قبل شهرها إلى مراقبة مدى صحتها تحت طائلة رفض الشهر .

(1)- بوشنافة جمال ، (المرجع السابق) ، ص 20 .

(2)- المرجع نفسه ، ص 19 ، 20 .

(3)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 42 ، 43 .

(4)- بن الشيخ آث ملويا لحسين ، "المنتقى في عقد البيع" ، (المرجع السابق) ، ص 252 .

(5)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 43 .

و يقوم هذا النظام على عدّة مبادئ أساسية ، تتمثل في :

مبدأ التخصيص/

و المقصود منه ، أن تخصص لكل وحدة عقارية صفحة أو بطاقة عقارية في السجل العقاري ، تفيد فيها كل التصرفات الواردة على العقار ، كما يحدد وصفه من الناحية المادية فهذا المبدأ يقوم على التشخيص الذاتي للعقار ، دون أي اعتبار لشخص المتصرف إليه (1) .

مبدأ قوة الثبوت المطلقة/

مقتضى هذا المبدأ ، أن كل ما هو مقيد في السجل العقاري ، هو عنوان الحقيقة و قرينة قانونية قاطعة لا تقبل اثبات العكس ، و عليه فإن كل حق عيني تم شهره في ظل هذا النظام يعتبر حجة في مواجهة الكافة ، و هذا ما يعزز الثقة في بيانات السجل العقاري ، و يبعث الاطمئنان في نفوس المتعاملين في الحقل العقاري و يشجع القروض المرتبطة بالرهن (2) .

مبدأ الشرعية/

هذا المبدأ هو من متطلبات المبدأ السالف ذكره ؛ مفاده أن يتحقق المكافء بالشهر من صحة السندات التي يجري عليها عملية الشهر في السجل العقاري ، كأن يتحقق من توافر أركان التصرف القانوني و شروط صحته ، فلا تشهر إلا التصرفات المشروعة فعلا ، و إن حدث و أن تم خطأ شهر تصرفات معيبة فإن الشهر يطهرها ، مما يؤدي إلى تضرر أصحاب الحقوق ، فلا يكون لهم إلا الحق في طلب التعويض (3) .

مبدأ القيد المطلق/

مفاده أن القيد هو منشأ الحق ، فلا تكتسب الملكية و لا سائر الحقوق العينية العقارية إلا بالشهر ، سواء كانت هذه الحقوق أصلية أو تبعية و أيا كان سبب اكتسابها ، فبدون القيد لا تنشأ هذه الحقوق و لا تنتقل و لا تعدل و لا تزول ، لا بين ذوي الشأن و لا بالنسبة لغيرهم (4) .

مبدأ عدم اكتساب الحقوق المشهرة بالتقادم/

على خلاف نظام الشهر الشخصي ، لا يعترف نظام الشهر العيني بمالك خلاف المالك المقيد حقه في السجل العقاري ، بل لا يجوز لأي شخص أن يدعي حقوق عينية ليست مقيدة في السجل العيني مهما طال حيازته لها ، و لا مجال لإعمال أحكام التقادم كسبب من أسباب كسب الملكية في الحقوق المشهورة ، لأن هذا من شأنه

(1)- بوشنافة جمال ، (المرجع السابق) ، ص 30 .

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 43 ، 44 .

(3)- بوشنافة جمال ، (المرجع السابق) ، ص 31 .

(4)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 44 .

أن يشكل تعارضا صارخا مع باقي المبادئ الأخرى التي يقوم عليها نظام الشهر العيني⁽¹⁾.

انطلاقا مما سبق ، يظهر بأن نظام الشهر العيني يوفر الحماية للمتعاملين ، لأن الحقوق المقيدة في السجل العيني ، تعبر عن حقيقة لا يتطرق إليها الشك ، أن صاحب الحق هو المالك الحقيقي ؛ كما أن هذا النظام يسهل من عملية التعرف على الوضعية القانونية للعقار و كل الأعباء التي تثقله ، و صاحب الملكية بمجرد الاطلاع على البطاقة العقارية المخصصة له ، مما يجنب المتعاملين فيه، خطر تعارض سندات الملكية أو تشابه أسماء المالكين ، كما يجعل المالك في مأمن من اكتساب الغير لحقه بالتقادم⁽²⁾.

فمن الواضح أن واضعوا نظام الشهر العيني ، عملوا على تلافي عيوب نظام الشهر الشخصي الذي أثبت عدم فاعليته و قصوره في تحقيق أهداف الشهر العقاري ، المتمثلة في تحقيق استقرار الملكية العقارية و تدعيم الائتمان العقاري و تشجيع البنوك على منح قروض رهنية لدعم المشاريع الاستثمارية ، و تشجيع البناء الذاتي لامتصاص أزمة السكن .

لكن رغم هذا، يبقى لكل نظام عيوب ، فهو أولا نظام مكلف للغاية و يتطلب تجسيده نفقات باهظة ، تصرف على عملية المسح الشامل لكل أراضي الدولة و هو أمر يتطلب أموالا ضخمة و طاقم بشري مختص و مكوّن، ليس في وسع جميع الدول توفيرهما ، كما يعاب عليه أيضا أنه يتسبب في إهدار الحقوق العينية و يمكن أن يكون وسيلة اغتصاب للملكية الخاصة في القيد الأول بعد المسح بالنسبة للأراضي التي لم تكن لها عقود، و هناك من يعيب عليه أيضا أنه يؤدي إلى تفتيت الملكية⁽³⁾.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

بعد الاطلاع على الإطار القانوني المنظم للعقار في سنوات السبعينات ، يظهر أن الإرادة التشريعية قد اتجهت نحو الأخذ بنظام الشهر العيني كنمط للحفاظ العقاري في توجه نحو إصلاح عقاري شامل .

فبدأت تظهر ملاح هذا الاتجاه ، من خلال تدابير قانون الثورة الزراعية أين سعى المشرع إلى وضع قواعد تقنية و قانونية من أجل التحكم في القطاع الفلاحي ، و خلق آليات لتطويره ، بحيث أسست المادتين 24، 25 من الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/07 المتضمن الثورة الزراعية⁽⁴⁾ لعملية المسح الريفي ، بهدف معرفة الطبيعة القانونية و المادية للأماكن المعنية بهذا القانون ؛

حيث نصت المادة 24 أعلاه ، على ما يلي: "تؤسس في نطاق دائرة كل بلدية خزانة للبطاقات العقارية ، تتضمن احصاء المزارع الناتجة عن العمليات الخاصة بالثورة الزراعية ، ... ؛"

(1)- معوض عبد التواب ، (المرجع السابق) ، ص 85 .

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 45 .

(3)- المرجع نفسه ، ص 45 .

(4)- ألغي هذا القانون بمقتضى المادة 75 من قانون التوجيه العقاري "معدّل و متمم" .

أما المادة 25 ، فجاء فيها ما يلي: " عند الانتهاء من العمليات المشروع فيها برسم الثورة الزراعية في بلدية ما ، يباشر في وضع الوثائق المساحية لهذه البلدية ، بالاستناد لمجموع البطاقات العقارية ؛ و يوضع السجل المساحي العام للبلاد وفقا للشروط و الكيفيات التي ستحدد فيما بعد" .

رغم أن المشرع لم يتكلم عن الشهر العقاري ، إلا أنه يفهم من وراء هاتين المادتين اتجاهه نحو الأخذ بنظام الشهر العيني ، لأن البطاقات العقارية و المسح العقاري و السجل المساحي تعتبر من مقومات و ضرورات تجسيد هذا النمط من الشهر .

ليؤكد المرسوم 32/73 المتعلق بإثبات حق الملكية العقارية الخاصة على هذا الخيار ، من خلال المادتين 32 ، 33 منه ، فبعد الانتهاء من عملية المسح و تأسيس البطاقات العقارية تسلم الدفاتر العقارية للمالكين.

لكن الاعلان الحقيقي عن خيار نمط الشهر العيني ، كان بمقتضى الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري ، الأمر الذي يتجلى بوضوح من معاينة نصوصه القانونية .

فنظام الشهر العيني ، كما سبق و أن تعرّفنا عليه ، هو نظام يرتكز في شهر التصرفات العقارية على العين نفسها ، أي العقار محل التصرف ، فيتم الشهر في سجل خاص لدى مصلحة الشهر ، تخصص كل صفحة فيه لعقار ، تدون فيها كل التصرفات التي ترد عليه ، و كذا نطاقه الطبيعي ، و يطلق على هذه الصفحة باسم البطاقة العقارية ، فالسجل العقاري هو عبارة عن مجموعة من البطاقات العقارية⁽¹⁾ ، و في الحقيقة فإن مصطلح سجل في بلادنا هو مصطلح مجازي لأنه لا وجود إلا على بطاقات على مستوى المحافظة العقارية.

و هذا ما كرسه المشرع من خلال الأمر المشار إليه أعلاه ، حيث تنص المادة 02 منه : " إن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري " ؛

وكذلك المادة 12 من نفس الأمر التي تنص : " إن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 3 أعلاه ، يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية " ؛

كما أن المادة 15 من نفس الأمر تنص : " كل حق ملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة ، يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" .

لكن المشرع و عيا منه بصعوبة تجسيد نظام الشهر العيني على أرض الواقع ، لارتباطه ميدانيا بتقدم أعمال المسح العام للأراضي التي تتطلب ميزانية ضخمة ، تُصرف على المعدات و الأجهزة المسحية و على رسكلة الأعوان القائمين بالعملية⁽²⁾ ، أبقى مؤقتا على نظام الشهر الشخصي الذي يعمل به في الأراضي

(1)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 43 .

(2)- راجع- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 63 ، 64 .

غير المسوحة إلى حين الانتهاء من أشغال المسح ، و هذا ما تؤكدته المادة 27 من الأمر المشار إليه أعلاه ، التي تنص : " إن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية و التي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي ، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم" .

و قد سبق و أن تعرفنا أيضا على نظام الشهر الشخصي ، و قلنا أن الشخص فيه محل اعتبار، إذ يعتمد في اشهار التصرفات العقارية على أسماء القائمين بها ؛ و هو النظام المطبق في فرنسا و امتد تطبيقه أثناء الاحتلال إلى الأراضي الجزائرية بفعل امتداد تطبيق القوانين الفرنسية إلى الجزائر بمقتضى قانون 1834⁽¹⁾، فالمستعمر كان يسعى منذ أن وطئت أقدامه أرض الجزائر إلى جعلها فرنسية .

و قد عرف نظام الشهر العقاري في فرنسا تطورا مرحليا ، فبعد الاحتلال ، كان القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804 هو الذي يحكم التصرفات العقارية ، و لم يكن هناك نظام عام و واضح للشهر العقاري كما هو عليه حاليا ، لكن عرفت التأمينات العينية العقارية (الرهون) تطبيق الشهر عليها ، أما التصرفات القانونية فكان الإشهار يمس فقط الهبات التي تنصب على أموال قابلة لرهونها رسميا ، فلم تكن تخضع التصرفات العقارية ذات طابع المعاوضة للإشهار⁽²⁾ ؛

و بالنتيجة ، عرف نظام الشهر تطبيقا ضيقا في التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية ، فلم يعد المشتري واثقا ، هل هو مقدم على شراء عقار أو شراء نزاع، الشيء الذي أحدث أزمة ثقة ، لم تخدم من بعيد أو قريب أهداف الحكومة نحو تأسيس سوق عقارية يطبعها الاستقرار و الائتمان الضروريات في أي معاملة عقارية ، هذا السبب كان هو الأساس في تقنين نظام للشهر العقاري في فرنسا .

فصدر قانون 23 مارس 1855 المتعلق بالتسجيل^(*) ، أنشأ إلزامية تسجيل التصرفات المنشئة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية القائمة بين الأحياء، و لها طابع المعاوضة حتى و إن كانت غير قابلة للرهن ، كما تدخل المشرع بمقتضى مرسوم 30 أكتوبر 1935 الذي وسّع من نطاق التسجيل ، ليمتد إلى انتقال الملكية بسبب الوفاة، و كذا التصرفات العقارية المصرحة للملكية كالقسم و الصلح⁽³⁾ .

(1)- راجع- بوشنافة جمال ، (المرجع السابق) ، ص 40 .

(2)- FOURNIER Alain et BRACH- THIEL Delphine ، « PUBLICITE FONCIERE » ; répertoire droit civil , Dalloz , mars 2004, n°30 .32 , p. 6 .

(*)- لم يكن المشرع الفرنسي يصطلح عليه في هذا القانون "بالشهر"، الأمر الذي خلق ازدواجية في نظام الشهر العقاري المطبق في فرنسا ؛ شهر بمقتضى القانون المدني الفرنسي (1804) ، و تسجيل بمقتضى قانون 1855 .

(3)- Ibid , n°34 .36 , p 7 .

أما عن طبيعة نظام الشهر في قانون 1855 ، فهو نظام شهر شخصي بحت ، بجميع عيوبه التي سبق و أن تكلمنا عنها ، الشيء الذي دفع المشرع الفرنسي لإدخال إصلاح على نظام الشهر الذي انتهجه من خلال إيجاد نظام مختلط يهيمن عليه الطابع الشخصي مع الأخذ بمزايا نظام الشهر العيني لتلافي عيوب النظام الأول⁽¹⁾.

فأسفر هذا الإصلاح عن صدور مرسومين :

- المرسوم الأول رقم 22/55 ، مؤرخ في 04/01/1955 ؛

- المرسوم الثاني رقم 1350 /55 ، مؤرخ في 14/10/1955 ؛

دخلا حيز التنفيذ في 01/01/1956 ، و ألغي بمقتضاهما قانون 1855 المتعلق بالتسجيل .

و قد احتفظ المشرع الفرنسي بنظام الشهر الشخصي كنمط للشهر العقاري ، لكن مع ادخال مجموعة من الإصلاحات؛ و رافق هذا الإصلاح اعتماد قاعدة الشهر المسبق التي يستحيل بمقتضاها شهر التصرفات العقارية ، طالما أن صاحب التصرف نفسه لم يشهر سند ملكيته⁽²⁾.

كما اعتبر الشهر ضروريا للاحتجاج بالتصرف على الغير⁽³⁾ ، هذا بالإضافة إلى اشتراط افراغ التصرف في شكل رسمي مع تبيان كامل هوية الأطراف في العقد ، و كذا العقار محل التصرف⁽⁴⁾.

و صدر في الجزائر مرسوم 1190/59 مؤرخ في 21/10/1959 المتضمن التغيير الجذري لنظام الشهر العقاري في الجزائر ، يتطابق متنه مع المرسوم 22/55 المشار إليه أعلاه ، و قد حدد تاريخ تطبيقه ابتداء من 01/03/1961 و ذلك عبر كامل التراب الوطني باستثناء ولايتي "الواحات" و "الساورة" ، حيث شملها ذلك الإصلاح ابتداء من 01/12/1963 بمقتضى المرسوم 272/63 المؤرخ في 25/07/1963⁽⁵⁾.

و يجدر البيان أن القوانين الفرنسية اقتصر تطبيقها على الأراضي المفرنسة التي تملكها الأوروبيون في الجزائر ، أو التي يحوز أصحابها على سندات ملكية سلمت لهم من الإدارة الفرنسية، أما باقي الأراضي الأخرى التي لم يضر بها المستعمر ، و شكلت -على الأغلب- الأراضي الواقعة في المناطق الريفية التي يملكها الجزائريون بدون عقود رسمية ، فكانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية التي وضعت أسسا عامة للتصرفات العقدية ، فحنت على توثيقها بالكتابة و الاشهاد⁽⁶⁾؛ فشكلت الكتابة وسيلة لحفظ المحررات و اسندت إلى كاتب بالعدل ، أما الإشهاد فهو لتأكيد ما هو مدون في المحرر حتى تكون له حجية في الإثبات ؛

(1)- Fournier Alain et Brach- Thiel Delphine , op.cit., n°39 , p. 7.

(2)- Noelle Marie et Bachelier Jobard , « Droit Civil , Suretes, Publicite Fonciere » ; 12^{ème} édition , Dalloz , Paris, 1997 , P.P. 141 , 142 .

(3)- Fournier Alain et Brach- Thiel Delphine , op.cit., n°43 , p. 7 .

(4)- Ibid , n°46 , p. 7 .

(5)- راجع- بوشنافة جمال ، (المرجع السابق) ، ص 44 .

(6)- سورة البقرة ، الآية 282.

و فعلا كانت التصرفات العقارية التي تخص هذه الأراضي ، تحرر عقودها لدى القاضي الشرعي أو باش عدل ، يتلقى العقود باللغة العربية في دفاتر تقييد فيها كافة العقود ، و تقدم إلى مصالح التسجيل و الطابع للتأشير عليها قصد قبض حقوق التسجيل المترتبة على العقود ، ثم تسلم نسخ منها للأطراف⁽¹⁾ ، و لم تكن تخضع للشهر كونها محررة باللغة العربية .

و بعد الاستقلال، اضطرت الحكومة الجزائرية في أول الأمر تمديد العمل بالقوانين الفرنسية مع استبعاد تلك التي تتعارض مع السيادة الوطنية أو لها طابع عنصري، بمقتضى الأمر 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 .

و هكذا بقي نظام الشهر الشخصي المطبق في فرنسا ، معمولا به في الأراضي الجزائرية إلى غاية صدور الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الذي غيّر من نظام الشهر المطبق ، آخذا- من حيث المبدأ- بنظام الشهر العيني ، و في الفترة الانتقالية أبقى على نظام الشهر الشخصي إلى حين استكمال مسح جميع الأراضي الجزائرية، دون أن يبيّن القانون الواجب التطبيق عليه، هل هو نفسه الأمر المشار إليه أعلاه أم يجب الرجوع إلى القانون الفرنسي في هذا الصدد .

لكن إن كان المشرع قد أخذ بنظام الشهر العيني من حيث الجوهر – إذ أن عملية شهر التصرفات تتم في البطاقة العقارية المخصصة للعقار محل التصرف- لكنه بقي متأثرا بنظام الشهر الشخصي و هذا ما تعكسه النصوص القانونية الصادرة في هذا الشأن ، التي لا تتسجم بعضها مع مبادئ الشهر العيني .

و دون التوسع في هذه الفكرة التي سنؤجل دراستها في المبحث الثاني من هذا الفصل عند بحثنا في القوة الثبوتية للدفتر العقاري ، يمكن أن نختم حديثنا في هذا المجال ، بالقول أن المشرع الجزائري أخذ بنظام شهر مختلط يهيمن عليه الطابع العيني ، ممزوج ببعض خصائص الشهر الشخصي ؛ فكل دولة بما لها من سيادة في سن تشريعاتها الداخلية، هي حرّة في تحديد نظام الشهر الذي تنتهجه وفقا لما يناسبها ، و لها أن تغيّر بعض خصائصه و مبادئه ، لتجعله أكثر تكيفا مع واقعها الاجتماعي و محيطها القانوني ، فلها أن تجمع بين محاسن النظامين (الشخصي و العيني) ، لتلافي عيوبهما ، دون المساس بأهداف الشهر التي تصبّ في تحقيق الاستقرار و الائتمان العقاري، بشكل يشجع الاقتراض و الاستثمار .

(1)- بوشنافة جمال (المرجع السابق) ، ص 47 .

الفرع الثاني-متطلبات الشهر العقاري

تتطلب عملية الشهر اتخاذ مجموعة من الميكانيزمات، لتيسيرها و انجاحها في سبيل تنظيم محكم لعملية الشهر العقاري ، الأمر الذي دفع بالمشروع إلى انشاء جهاز يتكفل بالعملية ، و اعتمد قاعدتان ضروريتان لنجاحها.

أولاً: انشاء محافظة عقارية

تعتبر المحافظة العقارية من الأدوات القانونية الضرورية لتجسيد نظام الشهر العيني ، تستمد أساسها القانوني من نصّ المادة 20 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، جاء فيها : " تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري و اتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري و ذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس موجب هذا الأمر" .

و لا يعني هذا أن المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري ، لم تكن موجودة قبل صدور هذا الأمر ، لكنها حملت اسماً آخر أطلقه عليها المستعمر ، فأخذت اسم "مكتب الرهون أو محافظة الرهون" ، لكون شهر الرهون كان الهدف الأول من وراء انشاء هذه المصلحة ، و ظلت هذه التسمية مستعملة في فرنسا حتى الوقت الحالي رغم أنها لم تعد تتفق مع الدور الحالي للشهر العقاري⁽¹⁾ .

و قد مرّ تنظيم المحافظة العقارية منذ نشأتها بعدة مراحل ، ففي مرحلة أولى كانت في شكل مكتب تابع للمديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية تحت وصاية وزارة المالية ، كما نصّت عليه المادة الأولى من الرسم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

ثم في مرحلة لاحقة ، أعيد تنظيمها بمقتضى المرسوم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري⁽²⁾ ، فمن خلاله أصبحت المحافظة العقارية مصلحة عمومية تابعة لمديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية ، و ذلك بعد استحداث مديرية الحفظ العقاري و فصلها عن مديرية أملاك الدولة ، فأوكلت للأولى مهمة مراقبة أعمال المحافظات العقارية و تحديد دوائر اختصاصها ، التي أصبح عددها 186 محافظة على المستوى الوطني⁽³⁾ .

و قد أسندت المادة 20 من الأمر 74/75 المشار إليه أعلاه ، مهمة مسك السجل العقاري و اتمام إجراءات الإشهار العقاري للمحافظين العقاريين ؛ و المحافظ العقاري هو موظف معين بقرار من وزير المالية ، يتولى إدارة المحافظة العقارية و تنفيذ سياسة الدولة في مجال الحفظ العقاري و في حدود الصلاحيات المخولة له

(1)-V. FOURNIER Alain et BRACH- THIEL Delphine , op.cit. , p. 26 .

(2)- جريدة رسمية عدد 10 ، مؤرخة في 1991/03/06 .

(3)- قرار مؤرخ في 2001/06/27 ، يتضمن تعيين المحافظات العقارية و تحديد دوائر اختصاصها ، جريدة رسمية عدد 76 ، صادرة بتاريخ 2001/12/12 .

قانونا ؛ و نظرا لأهمية و حساسية دور المحافظ العقاري فإن بعض الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني كلفت قاضيا للقيام بهذه المهام⁽¹⁾، مثل لبنان⁽²⁾ .

أما عن الهيكل التنظيمي للمحافظة العقارية⁽³⁾ فهو يتكون وفقا للمرسوم التنفيذي 65/91 المشار إليه أعلاه من :

- مكتب للمحافظ العقاري ، يباشر فيه مهامه .

- مجموعة من الأقسام هي /

- قسم الإيداع وعمليات المحاسبة ، على مستواها يتم ايداع جميع الوثائق المطلوب شهرها ، و يتولى هذا القسم أيضا تحصيل الحقوق و الرسوم المترتبة عن عملية الإشهار العقاري .

- قسم السجل العقاري و تسليم المعلومات ، على مستواه يمكسك السجل العقاري ، و يتم شهر كل التصرفات و التغييرات التي تمس الملكية العقارية ؛ كما يتولى تقديم المعلومات لطالبيها في صورة شهادة عقارية .

- قسم ترقيم العقارات المسوحة، على مستوى هذا القسم يتم ترقيم العقارات المسوحة ، إما ترقيما مؤقتا أو نهائيا حسب الحالة .

و للمحافظة العقارية عدّة مهام ، و أهمّ هذه المهام؛ الإشهار العقاري الذي يعتبر دورها الرئيسي الذي أنشئت من أجله، و أوكله لها المشرع من خلال الأمر 74/75 المشار إليه أعلاه ؛ حيث يتم على مستوى المحافظة العقارية شهر جميع المحررات الخاضعة للشهر، خصوصا تلك التي تتعلق بإنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حقوق عينية عقارية أصلية أو تبعية ، إضافة إلى اشهار بعض السندات الأخرى التي ذكرها المشرع في نصوص قانونية متفرقة ، كشهر الإيجارات طويلة المدّة ، و شهر رخصة التجزئة و رخصة التقسيم و بعض الدعاوى العقارية

إضافة إلى المهام التي ذكرها المشرع في المراسيم التطبيقية للأمر 74/75 ، خصوصا المرسوم التنفيذي 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، أين أكد في المادة 02 منه على الدور الرئيسي للمحافظة العقارية بنصه: " إن الدور الرئيسي للمحافظات العقارية المشار إليها في المادة الأولى أعلاه ، هو التحديد و العمل على معرفة حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى الموجودة على العقارات ، عن طريق الإشهار العقاري"؛ كما توسع في بيان دور المحافظة العقارية من خلال مهام المحافظ العقاري بوصفه مسيرها ، فعدد في المادة 03 مهام المحافظ العقاري التي تتمثل في :

- اعداد و مسك و تحيين مجموعة البطاقات العقارية ؛

- اعطاء الإجراءات اللازمة لطلبات شهر عقود الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى؛

- فحص العقود ؛

(1)- راجع- تموح منى ، " النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري" ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2003-2004 ، ص 19 .

(2)- حمدان حسين عبد اللطيف، "نظام السجل العقاري"، منشورات الحلبي، لبنان، 2003، ص 67.

(3)- انظر -رامول خالد ، (المرجع السابق) ، ص 88 و ما يليها .

- كتابة البيانات على السجلات العقارية الخاصة بالحقوق العينية و التكاليف العقارية المؤسسة على العقارات الخاضعة للشهر و جميع الشكليات اللاحقة لعملية الشهر ؛
- حفظ العقود و المخططات و جميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للشهر ؛
- تزويد الجمهور بالمعلومات الموجودة في المحفوظات و المتعلقة بالعقارات المذكورة ؛
- مراقبة و التنسيق بين مختلف مكاتب المحافظة المقامة في كل بلدية تقع في دائرة اختصاصه .

و قد بيّن المشرع في نصوص قانونية متفرقة من هذا المرسوم كيفية تنفيذ هذه المهام، خصوصا تلك المتعلقة بالقيّد الأول ؛ من ناحية ترقيم العقارات ، و مسك مجموعة البطاقات العقارية و تسليم الدفتر العقاري للمالكين .

ثانيا: احترام الشكل الرسمي في المحررات المودعة للشهر

انطلاقا من المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تنص : " كل عقد يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " ، تعتبر الرسمية شرطا ضروريا في كل محرر يودع في المحافظة العقارية من أجل شهره ، بصرف النظر عن مصدر الحق محل الشهر ، هل هو واقعة مادية أو تصرف قانوني .

و قاعدة الرسمية ليست بالقاعدة المستحدثة في نظام الشهر العيني، و إنما كان لها وجود أيضا في ظل القانون الفرنسي، فلم تكن تشهر إلا العقود الرسمية المحررة باللغة الفرنسية عملا بالمادة 04 من المرسوم 22/55 المتعلق بنظام الشهر العقاري في فرنسا⁽¹⁾ ، و الذي طبق في الجزائر إلى غاية صدور الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري .

أما المقصود بالمحررات الرسمية ، فقد سبق و أن تعرفنا عليها في الفصل الأول من هذه المذكرة عند دراستنا للسندات الرسمية ، و رأينا أنها تختلف باختلاف الجهة القائمة بإصدارها ، و تبعا لذلك ، فهي تتنوع بين محررات توثيقية ، يتولى الموثق تحريرها وفقا للأشكال المحددة قانونا، و محررات إدارية يحررها مدير أملاك الدولة ، و تكون فيها الدولة أو أحد هيئاتها الإقليمية طرفا في العقد ، و أخيرا محررات قضائية ، و تتمثل في الأحكام القضائية التي يحررها أمناء أقسام الضبط ، مراعين الأشكال المنصوص عليها في المواد 275 ، 276 ، 277 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لها أصل ثابت في أرشيف الجهة القضائية ، موقع عليها من طرف الرئيس و أمين الضبط و القاضي المقرر عند الاقتضاء عملا بالمادة 278 من نفس القانون .

و بالنسبة للجهة القائمة بتحرير العقود و الوثائق الرسمية ، فقد حدد المشرع الأشخاص المؤهلين لذلك من خلال نص المادة 324 من القانون المدني التي تنص : " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في

(1)- Aux terme de l'article 4 du décret du 4 janvier 1955,

« tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèque doit être dressé en la forme authentique » .

V.FOURNIER Alain et BRACH- THIEL Delphine , op.cit. ,n°271 , p. 31 .

حدود سلطته و اختصاصه " ؛ و من أمثلتهم الموثقون و كتاب الضبط و الموظفون الذين عرفتهم المادة 04 من الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽¹⁾ التي تنص: " يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلك الإداري"؛ و الأشخاص المكلفين بخدمة عامة ، كالعاملين في الوظائف العليا للدولة مثل مدير أملاك الدولة و القناصل ... إلى غير ذلك؛ و تحريرهم لهذه الأوراق الرسمية سواء كانت عقود أو شهادات ملكية ...، يجب أن يدخل في صميم اختصاصهم الإقليمي، الموضوعي، الزماني و المكاني .

و حتى بالنسبة للعقود و السندات الرسمية الأجنبية، يمكن شهرها في المحافظة العقارية ، لكن بعد الحصول على الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية، احتراماً لسيادتها ، متى استوفت الشروط التالية المذكورة في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية :

- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه ؛
- توفره على صفة السند التنفيذي و قابليته للتنفيذ وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه ؛
- خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية و النظام العام و الآداب العامة في الجزائر .

و يتعيّن عدم الخلط بين الرسمية كشرط ضروري لشهر المحرر ، و الرسمية كركن في التصرف الذي يتضمنه ، فحتى و إن لم يكن الشكل كركن في التصرف ، فهو مطلوب لشهر أداة اثباته ، الشيء الذي يبرر تدخل المشرع لتسوية العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01 ، و يأمر بإفراجها في محرر رسمي لدى الموثق من أجل إيداعها للشهر في المحافظة العقارية .

و ما يؤكد تمسك المشرع بقاعدة الرسمية في الشهر ، هو اشتراطها لها عند التسجيل الذي يسبق عملية الشهر ، بموجب المادة 63 من القانون 25/91 المؤرخ في 1991/12/16 المتضمن قانون المالية لسنة 1992⁽²⁾، التي تنص: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراءات تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية ، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات ، الإيجارات التجارية ، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية ، العقود التأسيسية أو تعديلية الشركات" .

إن اشتراط المشرع للرسمية في الشهر أكيد له ما يبرره ؛ فلا يخفى على أحد ما يوفره الشكل الرسمي من طمأنينة و ثقة في المعاملات ، و يقلل من أسباب البطلان ، و يجنب مخاطر الفوضى في عمليات الشهر بما يعطل تحقيق سياسة الدولة في مجال التنظيم العقاري .

ثالثاً: احترام قاعدة الأثر الإضافي للشهر

تعتبر قاعدة الشهر المسبق مطلباً ملحا دعت إليه ضرورة تحقيق الأهداف المتوخاة من عملية الشهر العقاري ، و تزداد أهميتها في ظل نظام الشهر العيني ، لأن تجسيد مبادئه متوقف على أعمال هذه القاعدة ، بل حتى القانون الفرنسي الذي يأخذ بنظام الشهر الشخصي تبنى هذه القاعدة عند اصلاح نظام الشهر العقاري سنة 1955⁽³⁾ .

(1)- جريدة رسمية عدد 46 ، مؤرخة في 2006/07/16 .

(2)- جريدة رسمية عدد 65 ، مؤرخة في 1991/12/18 .

(3)- V. FOURNIER Alain et BRACH- THIEL Delphine , op.cit. ,n°41 , p. 8 .

و يقصد بقاعدة الشهر المسبق ، أنه لا يمكن شهر حق في حالة ما إذا كان ناقله لم يقم هو الآخر بشهر سنده⁽¹⁾، تطبيقاً لنص المادة 88 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري ، التي جاء فيها : " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود اشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة ، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير و ذلك مع مراعاة المادة 89 أدناه ... " .

و ترمي هذه القاعدة إلى دوام علاقة الشهر في مجموعة البطاقات العقارية و تسلسل الملكية العقارية عن طريق معرفة جميع المتصرفين السابقين الذين تداولوا على ملكية العقار ، بحيث تنتقل الملكية بطريقة واضحة لا لبس فيها ، بشكل يتم التصدي لظاهرة التصرفات المزدوجة التي كثيراً ما تحدث في الحياة العملية و التي من شأنها إحداث التباس في انتقال الملكية⁽²⁾ .

و يظهر حرص المشرع على تحقيق قاعدة الشهر المسبق لضمان فكرة الائتمان العقاري و حماية حقوق المالك الجديد ، من خلال اعطاء الطابع الإلزامي لشهر كل التصرفات المتضمنة انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني عقاري ، فيقوم محرر العقد بإجراءات الشهر و لو بدون رضا الأطراف ، حيث تنص المادة 90 من المرسوم 63/76 : " ينبغي على الموثقين و كتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعملوا على اشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار و المحررة من قبلهم أو بمساعدتهم و ذلك ضمن الأجل المحددة في المادة 99 و بكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف " .

كما أن المشرع قد زوّد المحافظ العقاري بأدوات الرقابة القانونية اللازمة⁽³⁾ لتفعيل هذه القاعدة في الميدان، فيكون للمحافظ العقاري سلطة مراقبة كل وثيقة تكون محل ايداع لغرض الشهر، من أجل التحقق من احتوائها على مراجع الإجراء السابق ، و في حالة غيابها يرفض المحافظ العقاري هذا الإيداع الذي يبلغ إلى المعني في أجل 15 يوماً من تاريخ الإيداع ، عملاً بالمادة 107 من المرسوم 63/76 .

إن قاعدة الشهر المسبق لا يعمل بها في جميع الأحوال ، فلكل قاعدة استثناء ، و المشرع قد وضع استثناءات على هذه القاعدة ، إما بهدف تسوية بعض الحالات التي استلزمها عملية التحول من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني ، و إما لكون العقار غير موثق من قبل ، و ليس له أصل ثابت لدى مصلحة الشهر العقاري ، و ما أكثر هذه الحالات التي أفرزتها السياسة العقارية الفرنسية ، حيث أصبحت 75% من الأراضي بلا مسح و مخططات واضحة و غياب سندات لأكثر من ثلث (3/1) الملكية العقارية الخاصة⁽⁴⁾ .

هذه الاستثناءات منها ما ورد في المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و منها ما ورد في نصوص قانونية متفرقة ، سنحاول التعرف عليها بإيجاز .

(1)- العتروس بشير ، "الشهر العقاري في القانون الجزائري" ، ترجمة أمقران عبد العزيز ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، 2004 ، ص 25 .

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 219 .

(3)- المرجع نفسه ، ص 219 .

(4)- علوي عمار ، (المرجع السابق) ، ص 68 .

بالنسبة لاستثناءات المرسوم 63/76 :

نصّ عليها المشرع في المادة 89 من هذا المرسوم ، و قد عدّلت و تمّمت مرتين :

- بمقتضى مرسوم رقم 210/80 مؤرخ في 13/09/1980⁽¹⁾؛

- بمقتضى مرسوم تنفيذي رقم 123/93 مؤرخ في 19/05/1993⁽²⁾؛

و أصبحت صياغتها على النحو التالي :

" لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه :

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري و الذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم؛

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971".

الاستثناء الأول متعلق بالإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري ؛ و هو استثناء

منطقي بالنظر إلى الواقع الاجتماعي ، الذي يشهد بغياب سندات ملكية لجزء كبير من الأراضي ، هي ملك لأشخاص انتقلت إليهم الملكية عبر عدة أجيال عن طريق الحيازة، و تماشيا مع هذا الوضع ، سمح المشرع بترقيم هذه العقارات باسم الحائز دون اشتراط الشهر المسبق ، لأن هذه العقارات ليس لها أصل ثابت بالمحافظة العقارية⁽³⁾.

كما أن هناك حالات، يضطرّ فيها المحافظ العقاري على شهر الحقوق على أساس البيانات الموجودة في وثائق المسح المودعة لدى المحافظة العقارية ، عندما يهمل المالكون إيداع جدول وصفي للعقارات⁽⁴⁾ وفق ما تشترطه المادة 10 من المرسوم 63/76 .

الاستثناء الثاني متعلق بالسندات التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01؛ هذا الاستثناء مستحدث

بموجب المرسوم 210/80 المشار إليه أعلاه ، و بمقتضاه تمت تسوية العديد من السندات العرفية التي لها تاريخ ثابت قبل 1961/03/01، تاريخ دخول نظام الشهر العقاري الجديد حيز التنفيذ^(*)، و التي تعذر شهرها نتيجة لتطبيق قاعدة الشهر المسبق ، في حين أن هذه السندات تمسّ أكثر العقارات غير موثقة بسندات رسمية ، و بالتالي ليس لها أصل ثابت في مصلحة الشهر العقاري .

و بمقتضى المرسوم التنفيذي 123/93 المشار إليه أعلاه ، تم تمديد فترة 1961/03/01 إلى تاريخ 1971/01/01 ، و أصبحت السندات العرفية التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01 تاريخ سريان قانون 91/70 المتعلق بتنظيم التوثيق ، معفية من تطبيق قاعدة الشهر المسبق عليها عند ايداعها للشهر، لأن المعاملات العقارية التي تمت قبل ذلك التاريخ كانت تحكمها مبدأ الرضائية في ابرام العقود ، الذي تبناه المشرع الفرنسي

(1)- جريدة رسمية عدد 38 ، مؤرخة في 16/09/1980 .

(2)- جريدة رسمية عدد 34 ، مؤرخة في 23/05/1993 .

(3)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق) ، ص 222 .

(4)- بوشنافة جمال ، (المرجع السابق) ، ص 153 .

(*)- و هو تاريخ سريان المرسوم 1190/59 المؤرخ في 21/10/1959 المتضمن اصلاح نظام الحفظ العقاري ؛ انظر- محمودي عبد العزيز ، (المرجع السابق) ، ص 152 .

في القانون المدني ، الذي طبّق في الجزائر إلى غاية 1975 ، تاريخ صدور القانون المدني الجزائري، كما أن المعاملات العرفية كما سبق و أن أشرنا كانت تمسّ أكثر العقارات غير الموثقة.

استثناءات أخرى منصوص عليها في قوانين متفرقة/

يتعيّن الإشارة أولاً ، أن هذه الاستثناءات تخص الأراضي غير المسوحة ، و التي يتم شهر الحقوق العينية المتعلقة بها وفقاً لنظام الشهر الشخصي في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي ، تطبيقاً لنص المادة 27 من الأمر 74/75 ، يعفي فيها القانون من ذكر مراجع أصل الملكية ، و من هذه الاستثناءات :

- اشهار عقد الشهرة المستحدث بمقتضى المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 الذي يسنّ إجراءات إثبات التقادم المكسب عن طريق عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية⁽¹⁾ .

- اشهار الأحكام المكرسة للملكية بناء على التقادم المكسب⁽²⁾ .

- اشهار عقود الاستصلاح التي نصّ عليها المشرع في ثلاث قوانين على النحو التالي :

- قانون 18/83 المؤرخ في 1983/08/18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية؛
- مرسوم تنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/06 المحدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية؛
- مرسوم تنفيذي رقم 483/97 المؤرخ في 1997/12/15 المحدد لكيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية و أعبائه و شروطه .

- اشهار شهادة الحيازة⁽³⁾ ، التي استحدثها المشرع في قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري المعدّل و المنمّم ، في المادة 39 و ما يليها ، و حدّد المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 كيفية اعدادها و تسليمها .

- اشهار سند الملكية المعدّ تطبيقاً للقانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري⁽⁴⁾ .

(1)- انظر - المطلب الثاني من المبحث الثاني من الفصل الأول للمذكرة .

(2)- انظر - المطلب الأول من المبحث الثاني من الفصل الأول للمذكرة .

(3)- سبق أن تكلمنا عنها في المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الأول للمذكرة، في معرض الكلام عن السندات الرسمية الإدارية .

(4)- انظر - المطلب الثالث من المبحث الثاني من الفصل الأول للمذكرة.

المطلب الثاني- تأسيس السجل العقاري

إذا كان السجل العقاري من أهم مقومات نظام الشهر العيني ، فتأسيسه هي مسألة جوهرية لإعداد الدفتر العقاري، ذلك أن هذا الأخير ما هو إلا نسخة عن البطاقة العقارية التي يتكون من مجموعها السجل العقاري ، فهو السند الذي يوضع بين يدي المالك لإثبات ملكيته للعقار ؛ أما السجل العقاري فيمسك على مستوى المحافظة العقارية، يتطلب اعداده هو الآخر إجراء المسح العام للأراضي ، و القيام بمجموعة من الأعمال القانونية لإنشاء البطاقات العقارية المكونة له .

و بناء عليه، يتطلب تأسيس السجل العقاري، القيام بمجموعة من الأعمال المادية التي تترجم في عملية المسح، و هذا ما سنبحثه في الفرع الأول؛ أما الفرع الثاني فسنبخسه لبحث و دراسة الأعمال القانونية المؤسسة للسجل العقاري.

الفرع الأول- المسح كأساس ما دي للسجل العقاري

الواضح من خلال المادة 2 من الأمر 74/75 التي تنص : " إن مسح الأراضي العام يحدد و يعرف النطاق الطبيعي للعقارات و يكون أساسا ماديا للسجل العقاري " ؛ و المادة 2/12 منه التي تنص : " و يتم اعداده (السجل العقاري) أولا بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية ما " ، أنه لا غنى عن المسح لتأسيس السجل العقاري ، فهو عبارة عن عملية فنية و قانونية تهدف إلى تحديد جميع البيانات التي تتطلبها المعرفة الكاملة و الواضحة لهوية العقار و المتعلقة بموقعه و حدوده و قوامه و اسم مالكة و أسباب تملكه⁽¹⁾ .

و الوقوف على تفاصيل هذه العملية يتطلب منا معرفة مراحلها ، التي يمكن تصنيفها إلى ثلاث مراحل على نحو ما يلي/

أولا: افتتاح عملية المسح والهئية المكلفة بها

انطلاقا من المادة 02 من المرسوم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق باعداد مسح الأراضي العام⁽²⁾ ، فإن افتتاح عملية المسح على مستوى البلدية متوقف على قرار يصدر من الوالي في حدود اختصاصه الإقليمي ، والذي يتخذه باقتراح من مدير الفرع المحلي لمسح الأراضي⁽³⁾ ، تعين فيه البلدية التي ستطلق بها العملية ، و كذا تاريخ افتتاح العملية التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار .

و قد أحاط المشرع عملية المسح بإجراءات نشر واسعة تكفل وصولها إلى علم الجمهور ، فالقرار ينشر في:
- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ؛
- مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية ؛
- الجرائد اليومية الوطنية ؛

(1)- حمدان حسين عبد اللطيف ، " أحكام الشهر العقاري " ، الدار الجامعية ، بيروت-لبنان ، 1991 ، ص 39 .

(2)- جريدة رسمية عدد 30 ، مؤرخة في 1976/04/13 .

(3)- انظر- بسكري أنيسة ، "تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري" ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، 2001/2000 ، ص 14 .

كما يبلغ هذا القرار إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني بعمليات المسح ، الذي يتكفل بإعلام الجمهور عن طريق لصق الإعلانات في مقر الدائرة و البلدية المعنية⁽¹⁾، و كذا في البلديات المجاورة و ذلك في أجل خمسة عشر يوماً قبل افتتاح هذه العملية ، لكي يكون أصحاب الحقوق العينية العقارية حاضرين أثناء المسح للإدلاء بتصريحاتهم بما يحفظ حقوقهم و يسهل من سير عملية المسح ؛ إضافة إلى اعلام المصالح العمومية المعنية و تذكيرها بضرورة ضبط حدود العقارات التي هي مخصصة لها ، و تعيين ممثل عنها، مؤهل، ليحضر عمليات المسح العام للأراضي⁽²⁾ .

أما فيما يخص الهيئة المكلفة بعملية المسح ، فكانت في وقت مضى من اختصاص الدولة مباشرة ، عن طريق الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية⁽³⁾ المتواجدة على مستوى وزارة المالية ، التي كانت مكلفة بتسيير و تأطير العملية ، غير أن سلسلة الإصلاحات السياسية و الاقتصادية المعتمدة بعد دستور 1989 أجبرت السلطات العمومية على إعادة تحديد دور أجهزتها المركزية⁽⁴⁾ ، فتم التنازل على عملية مسح الأراضي لصالح الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بموجب المرسوم التنفيذي 234/89 المؤرخ في 1989/12/19 ، و هي هيئة مستقلة عن الإدارة المركزية^(*) و لها فروعها على المستويين الجهوي و المحلي (الولائي)⁽⁵⁾ .

و قد حدد المشرع المهام الرئيسية لهذه الوكالة من خلال المادة 3 من نفس المرسوم التي تتلخص فيما يلي/

- تنفيذ أعمال التحقيق العقاري المتعلقة برسم الحدود و الطبوغرافية بأساليب أرضية أو بالتصوير المسامي الضوئي ؛
- ترقيم العقارات المسوحة في السجل العقاري ؛
- تحضير و تحرير الوثائق و الملفات المرتبطة بأشغال لجان مسح الأراضي و رسم الحدود؛
- تحرير مخططات المسح العام للأراضي و الوثائق الملحقة بها و ضبطها باستمرار حفاظاً على قيمتها العملية؛
- السهر على تطابق عمليات مسح الأراضي و السجل العقاري و هذا عن طريق تبادل المعلومات، بينها و بين إدارة المحافظات العقارية؛
- تنظيم الأرشيف و نشر و تسليم الوثائق المتعلقة بمسح الأراضي ؛
- مراقبة الأشغال المنجزة من قبل المساحين و مكاتب الدراسات الطبوغرافية الخواص لفائدة الإدارات العمومية؛
- هذا و يمكن أن تكلف الوكالة الغير من ذوي الخبرات عن طريق الصفقات العمومية⁽⁶⁾ للقيام بعملية المسح لحسابها .

(1)- بسكري أنيسة، (المرجع السابق) ، ص 14 ، 15 .

(2)- المرجع نفسه ، ص 15 .

(3)- المادة 5 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري .

(4)- راجع- شامة سماعيل ، (المرجع السابق) ، ص 108 و ما يليها .

(*)- وزارة المالية لكن تبقى تحت وصايتها.

(5)- قرار مؤرخ في 2002/05/12، يحدد المقر و الاختصاص الاقليمي للمديريات الجهوية لمسح الأراضي و كذا تصنيف المديريات الولائية لمسح الأراضي؛ جريدة رسمية عدد 42، مؤرخة في 2002/06/18 .

(6)- شامة سماعيل ، (المرجع السابق) ، ص 113 .

و يتطلب التجسيد الميداني للأعمال المسحية، تنصيب لجنة تتكفل بأعمال المسح و وضع معالم الحدود ؛ حدد المشرع أعضاءها بمقتضى المادة 07 من المرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدلة و المتممة مرتين⁽¹⁾ ، فأصبحت تتكون حاليا من :

❖ أعضاء دائمين ، و هم عشرة أعضاء يترتبون على التوالي/

- قاض من المحكمة التي توجد البلدية المعنية بعملية المسح في دائرة اختصاصها رئيسا ، يعين من قبل رئيس المجلس القضائي .

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو من يمثله كنائب له ؛

- ممثل للمصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة؛

- ممثل للمصالح المحلية للأموال الوطنية؛

- ممثل لوزارة الدفاع الوطني؛

- ممثل لمصلحة التعمير في الولاية؛

- موثق تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية؛

- مهندس خبير عقاري تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية؛

- المحافظ العقاري المختص اقليميا أو ممثله؛

- المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله^(*).

❖ أعضاء غير دائمين ، هم ممثلين لمصالح مختلفة ، يحرصون على حماية العقارات التابعة لهم ،

و يعملون على تقديم التوضيحات اللازمة لوضع الحدود ، و من أمثلتهم/

- ممثل عن مديرية الثقافة بالولاية عندما يتعلق الأمر بمناطق محمية على مستوى البلدية موضوع المسح ، كالمناطق السياحية و الآثار و المتاحف .. إلخ ؛

- ممثل عن المصالح المحلية للفلاحة ، عندما يتعلق الأمر بأراضي فلاحية خارج المناطق الحضرية، مثل المزارع و المستثمرات الفلاحية التابعة للدولة

- ممثل عن مصالح الري ، إذا تعلق الأمر بتعريف حدود المجاري المائية و السدود

و تعمل اللجنة على السير الحسن لعمليات المسح العام للأراضي و تتولى انطلاقا من المادة 09 من المرسوم

62/76 المشار إليه أعلاه القيام بـ:

- جمع كل الوثائق و البيانات من أجل تسهيل اعداد الوثائق المسحية؛

- التثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، و في حالة عدم وجود اتفاق ، التوفيق فيما بينهم إذا أمكن ذلك؛

- البث في النزاعات التي لم تُحل بالطريق الودي ، حول الحدود أو الملكية بالاستناد على الوثائق العقارية المتوفرة .

(1)- أولا: مرسوم 400/84 مؤرخ في 1984/12/26 ، جريدة رسمية عدد 71 ، مؤرخة في 1984/12/30 ؛
ثانيا : مرسوم 134/92 مؤرخ في 1992/04/07 ، جريدة رسمية عدد 26 ، مؤرخة في 1992/04/08 .

(*)- هناك من يرى أن اللجنة تتشكل من أعضاء يصعب اجتماعهم كلهم أو حتى أغلبهم في وقت واحد ، نظرا لانشغالات كل مسؤول بمهام أخرى مكلف بها ، كما أن الترتيب الذي وضعه المشرع لهؤلاء الأعضاء غير منطقي ، فرغم أن الوكالة الوطنية لمسح الأراضي صاحبة الاختصاص الأصيل في إجراء المسح ، إلا أن ممثلها مدرج في آخر الترتيب ؛ انظر- خلفوني مجيد ، (المرجع السابق) ، ص 109 ، 110 .

ثانياً: التجسيد الميداني لأعمال المسح

عملية المسح هي عملية يغلب عليها الطابع الفني و التقني ، لا يستطيع التشريع أن يستوعب كل تفاصيلها خاصة لما يتسم به من جمود و طول اجراءات سنّه، ، لهذا يترك أمر تنظيمها للإدارة عن طريق القرارات و التعليمات و المذكرات ، التي تعمل على تذليل كل الصعوبات التي تواجه العملية، و مواكبة كل مستجد مفيد يسهّل من اتمام العملية في أقرب الآجال .

و أهم التعليمات التي اهتمت بسير عمليات مسح الأراضي و الترقيم العقاري ، هي التعليمية رقم 16 مؤرخة في 1998/05/24 الصادرة عن مدير الأملاك الوطنية ، التي استحدثت التحقيق العقاري كعملية حاسمة للاعتراف بالحقوق العينية العقارية .

و عملية التحقيق العقاري تتم بالموازاة مع عملية تثبيت الحدود ، لهذا فإن بحثنا في هذا القسم سينصب عليهما معا ، لكن تجدر الإشارة أولاً ، أن العمل الميداني يسبقه مجموعة من الأعمال التحضيرية تتعلق خصوصاً بجمع الوثائق الضرورية للسير الحسن لعملية مسح الأراضي⁽¹⁾ .

1. عملية تعيين الحدود/

استكمالاً للأعمال التحضيرية الضرورية للتحضير الجيد للعملية ، فإن عملية تعيين الحدود تسبقها مجموعة من الإجراءات الأولية تتمثل في :

- تحضير المخطط البياني للحدود

و هي الخطوة الأولى التي يتعين القيام بها ، عن طريق الاستعانة بالوثائق المتوفرة في الأرشيف، و المتعلقة بالبلدية، و بأصحاب الحقوق المشهورة و التزود بالتصاوير الجوية و الاسترجاعات الفوتوغرافية .

و يلحق هذا المخطط بالوثائق الخاصة بتعيين حدود إقليم البلدية ، و هي وثائق معدة مسبقاً تطبيقاً للقانون 09/84 المؤرخ في 1984/02/04 المتضمن التنظيم الإقليمي للبلاد⁽²⁾ ؛ لكن في حالة اعادة التنظيم الإقليمي الذي يترتب عنه تقسيم بلدية موجودة أو دمج جزئين أو عدّة أجزاء من البلديات ، يتولى التقني المكلف بعمليات المسح بالتنسيق مع رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني و كذا رؤساء البلديات المجاورة بتحديد المحيط الإقليمي للبلدية⁽³⁾ و تحرير محضر بذلك؛ يوقع من طرف كل من الأشخاص المؤهلين لذلك و الحاضرين لعمليات وضع الحدود ثم يقدم هذا المحضر إلى الوالي قصد الموافقة عليه ، وإلى وزير الداخلية في حالة ما إذا كانت هذه الحدود مجاورة لحدود ولاية أخرى أو دولة أخرى⁽⁴⁾ ، و طبقاً للمادة 5 من المرسوم 62/76 فإن الصعوبات الخاصة بوضع الحدود تدرس و يبيث فيها نهائياً من طرف السيد وزير الداخلية .

(1)- انظر- الفقرة 1-1-1 من التعليمية رقم 16 المؤرخة في 1998/05/24 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و الترقيم العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية ، وزارة المالية .

(2)- جريدة رسمية عدد 06 ، مؤرخة في 1984/02/07 .

(3)- المادة 05 من المرسوم 62/76 المتعلق باعداد مسح الأراضي العام .

(4)- انظر - الفقرة 1-2-1 من التعليمية رقم 16 .

- تجزئة البلدية إلى أقسام

ضمانا لدقة عملية المسح، يتم تقسيم البلدية إلى عدّة أقسام مساحية، و القسم المساحي⁽¹⁾ هو عبارة عن رقعة جغرافية لها حدود تتسم بالثبات مثل الطرق و المعابر و المجاري المائية الراكدة و الجدران ... ، و يتم ترقيم الأقسام انطلاقا من وحدة تصاعديّة بصفة مستمرة ، فيعطى الرقم واحد (01) للقسم الواقع في شمال غرب البلدية على أن يستمر الترقيم أفقيا في اتجاه الشرق و إلى غاية حدود البلدية ، ثم نحو الغرب في شكل تعرجي ، مع اعطاء رقمين متسلسلين لقسمين متجاورين ، ثم تنقل حدود الأقسام بعد ترقيمها على المخطط البياني للحدود ؛ و إذا وجدت أماكن معلومة على مستوى القسم يتم تحديدها؛ و المكان المعلوم⁽²⁾ هو تجمّع من أجزاء الملكية داخل نفس القسم بحيث يطلق السكان على هذا التجمّع تسمية معينة⁽³⁾ .

- حصر مناطق الصعوبة

يتم حصر المناطق التي تعرقل سير أشغال المسح ، لتستبعد مؤقتا من العملية بعد موافقة المصلحة الجهوية لمسح الأراضي ، ليتم مسحها في وقت لاحق و بالطريقة المناسبة⁽⁴⁾ .

- ترتيب الأقسام حسب درجة الصعوبات الممكن مواجهتها

إن الغرض من هذا الترتيب هو البدء في مسح الأقسام السهلة ثم الانتقال تدريجيا إلى الأقسام الصعبة ؛ و تتمثل صعوبات أشغال المسح في : الملكيات الصغيرة ، كثافة الغطاء النباتي ، الحدود غير الظاهرة ، صعوبة المسلك(التنقل) و عورة الأرضية و التغيّب⁽⁵⁾ .

بعد استكمال الأعمال التحضيرية، ينطلق في عملية تعيين الحدود التي تتم بالموازاة مع التحقيق العقاري، و تتضمن هذه العملية أشغال تتصف بطابع تقني محض ، و تتم بمساعدة المالكين و الحائزين للحقوق العينية الأخرى ، و هذا ما نصّت عليه المادة 9 من الأمر 74/75 ، و المادتان 2/6 و 10 من المرسوم 62/76 .

و تبعا لهذا الغرض ، يجب على التقني المكلف بعمليات اعداد المسح أن يشير كل أسبوع على بطاقة تجميع معلقة بمقر البلدية تقدم الأشغال قصد إعلام المصالح و الملاك المعنيين بسير الأشغال التي يقوم بها في الميدان⁽⁶⁾ .

و قد تناولت التعليمية رقم 16 بالتفصيل خطوات تعيين الحدود التي تتضمن/

أ/ وضع حدود مجموعات الملكية

و مجموعة الملكية حسب نص المادة 4/15 من المرسوم 62/76 ، هي مجموعة القطع المجاورة الخاضعة لنفس الحقوق و الأعباء ، تابعة لنفس المالك أو إلى ملكية في الشياخ في نفس المكان المسمّى و تشكل وحدة عقارية مستقلة حسب طبيعة الملكية ؛ و عملية وضع الحدود تكون بالتعرف على الحدود الميدانية (الواقعية)

(1)- المادة 2/15 من المرسوم 62/76 المتعلق باعداد المسح العام للأراضي .

(2)- المادة 3/15 من نفس المرسوم .

(3)- انظر - الفقرة 1-2-2 من التعليمية رقم 16 .

(4)- الفقرة 1-1-5 ،(المرجع السابق) .

(5)- الفقرة 1-1-6 ،(المرجع السابق) .

(6)- الفقرة 1-2-3-2 ،(المرجع السابق) .

التي قد تختلف عن الحدود القانونية ، و لتكريس هذا التطابق لابد من موافقة المالكين المعنيين ، لهذا فإن استدعاءهم ضروري في الميدان لضمان قانونية الإجراء ، و لاستطلاع رأيهم في التعريف بحدود العقار⁽¹⁾؛ و في حالة عدم اتفاق الملاك المجاورين على وضعية الحدود التي تفصلهم، و في غياب العناصر التقديرية في الوثائق العقارية يخطر مثبت الحدود لجنة المسح التي تتكفل بمصالحة الأطراف، و في حالة عدم المصالحة توضع الحدود المؤقتة المطابقة مع الحدود الفعلية في انتظار فصل القضاء في النزاع خلال ثلاثة أشهر⁽²⁾ .

ب/ تثبيت القطع المسوحة و بيان الارتفاقات

و القطعة المساحية هي جزء من مجموعة الملكية لقطعة واحدة تمثل نفس طبيعة الأشغال أو تخصيص الأرض ، حسب نص المادة 15/ الفقرة الأخيرة من المرسوم 62/76 ؛ أما بالنسبة للإرتفاقات فتبين على المخطط البياني للتحديد بعلامات متفق عليها⁽³⁾ .

ج/ نقل الحدود على المخطط البياني للتحديد

بعد وضع الحدود ، تنقل هذه الأخيرة إلى المخطط البياني للحدود⁽⁴⁾ ، الذي يعدّ الوثيقة المرجعية التي توضع بحوزة الحاسب لرسم مخطط المسح انطلاقا من النسخ الأصلية للتصاوير الجوية .

2. التحقيق العقاري/⁽⁵⁾

تفعيلا لدور أعوان المسح ، و لإعطاء مصداقية أكثر للوثائق المسحية ، أسندت لهم إلى جانب مهمة تعيين الحدود ، إجراء تحقيق عقاري بهدف الوصول إلى مطابقة الحقيقة الميدانية مع الحقيقة القانونية ، للحيلولة دون التأخير في عملية التقييم العقاري .

و الظاهر مما سبق، أن التعليم رقم 16 قد أعفت المحافظ العقاري من مهمة دراسة السندات و العقود و فحص مدى صحتها عند الإجراء الأول بالسجل العقاري⁽⁶⁾؛ المهمة التي أسندت له بمقتضى المادة 12 من المرسوم 62/76 .

أ/ القائمين على عملية التحقيق العقاري

أسندت مهمة التحقيق العقاري إلى عونين محققين، ينتمي أحدهما إلى مصلحة الحفظ العقاري، و الآخر إلى مصلحة أملاك الدولة ، كما يشارك في التحقيق عون من البلدية بصفته ممثل هذه المجموعة فيما يخص الأملاك العقارية التابعة للبلدية .

و ينبغي على الأعوان المحققون و هم يجرون التحقيق، أن يدركوا أن نتائج تحقيقاتهم لها أهمية بالغة

(1)- الفقرة 1-2-3-2 من التعليم رقم 16 .

(2)- الفقرة 1-2-5 ،(المرجع السابق) .

(3)- الفقرة 1-2-7 ،(المرجع السابق).

(4)- في كيفية رسم المخطط البياني و رسم الحدود ، انظر- الفقرة 1-2-8 من التعليم رقم 16 .

(5)- الفقرة 1-3 ،(المرجع السابق).

(6)- الفقرة 1-3-1 منها .

في عملية التقييم العقاري التي تكون على أساس البيانات الموجودة بوثائق مسح الأراضي، و من ثم عليهم أن يتوخوا الدقة في سير الأعمال الموكلة لهم⁽¹⁾.

و يؤدي المحققون مهامهم تحت قيادة رئيس فرقة المسح و هم مكلفون-بالنظر إلى أهداف التحقيق- ب/

- فحص السندات و الوثائق المقدمة لهم؛
- جمع أقوال و تصريحات الأشخاص المعنيين؛
- إثارة و جلب كل الآراء و الملاحظات التي قد تنير التحقيق؛
- تقدير وقائع الحيازة المثارة؛
- الكشف عن الحقوق المحتملة للدولة على العقارات موضوع التحقيق؛
- مقارنة المعلومات المستقاة ميدانيا بتلك الموجودة بأرشيف المحافظة العقارية أو الموجودة على مستوى إدارة أملاك الدولة و الوثائق الأخرى المجمعّة أثناء الأشغال التحضيرية؛
- إعداد بطاقة التحقيق العقارية⁽²⁾.

ب/مضمون عملية التحقيق العقاري

يرتبط نجاح عملية التحقيق العقاري بمساهمة الملاك و الشاغلين للعقارات ، من خلال تقديم السندات التي تثبت حقوقهم ، و الإدلاء بالمعلومات التي بحوزتهم ، لتتوير التحقيق ليس بالوضعية القانونية لأملاكهم فقط ، و لكن أيضا بأملاك الجيران .

و معاينة حق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و الأعباء التي تنقل العقار خلال التحقيق ، تتم إما بواسطة سند ، أو - في حالة غيابه - عن طريق التحري و البحث عن عناصر الحيازة ، دون تجاهل حقوق الدولة التي يسهر على حفظها العون المحقق التابع لمصلحة أملاك الدولة⁽³⁾.

- معاينة حق الملكية/

تتم معاينة حق الملكية العقارية ، إما بواسطة سند ، و في حالة غياب السند ، عن طريق التحري.

❖ المعاينة بواسطة سند ملكية

و السندات المثبتة للملكية على نوعين ، إما أن تكون رسمية أو عرفية ، و قد سبق و أن تعرفنا عليها في الفصل الأول من هذه المذكرة ، لذلك نحيل في هذا الشأن إلى ما قلناه سابقا⁽⁴⁾؛ و مهما كانت طبيعة هذه السندات، ينبغي على أعوان التحقيق فحص هذه السندات فحصا دقيقا للتأكد من :

- قانونية هذه الوثيقة و صلاحيتها في الإثبات بالنظر إلى التشريع المعمول به؛
- التأكد من حداثة المعلومات التي تحتويها، لأن السندات القديمة عادة لا تعكس الوضعية الحقيقية للعقارات.

(1)- الفقرة 1-3-1 من التعليم رقم 16 .

(2)- الفقرة 2-3-1، (المرجع السابق).

(3)- انظر- المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1999/07/17 المتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في إطار مسح الأراضي العام .

(4)- انظر أيضا- الفقرة 1-3-3-1 من التعليم رقم 16 .

و يؤدي فحص هذه السندات بحضور المالك و الجيران و مطابقتها ميدانيا على العقار إلى معاينة عدّة حالات :

حالة ملكية بعقد دقيق:

في هذه الحالة يقوم المحقق بالاعتماد على محتوى العقد لتحريير بطاقة الملكية.

حالة ملكية بعقد غير دقيق ومتناقض- و لهذه الحالة وضعين :

الوضع الأول: العقد المقدم لا يظهر بوضوح أن الملكية المحددة هي نفسها الموصوفة في العقد ؛ في هذه الحالة يقوم المحقق العقاري بالتحري على نوعية الحيازة ، و أقدمية العقد تبيّن مدّة الحيازة .

الوضع الثاني: المساحة المذكورة في العقد مختلفة عن المساحة المحددة ؛

فإذا كانت المساحة المحسوبة أقل من الموجودة في العقد :

- إذا لم يكن هناك نزاع تأخذ المساحة المحسوبة بعين الاعتبار؛

- و في حالة وجود نزاع يجب وضع تقرير و إبلاغ لجنة المسح بذلك .

أما إذا كانت المساحة المحسوبة أكبر من المساحة الموجودة في العقد:

- إذا كانت الزيادة مبررة ، تأخذ المساحة المحسوبة؛

- و إذا كانت الزيادة غير مبررة، يجب وضع تقرير و إبلاغ لجنة المسح⁽¹⁾ .

حالة ملكية لها عقد في نزاع- و لهذه الحالة وضعين:

الوضع الأول- النزاع حول الحدود:

- في حالة الاتفاق على حد مشترك ، يؤخذ بعين الاعتبار؛

- و في حالة عدم الاتفاق ، تؤخذ الحدود بصفة مؤقتة و يتم إحالة الأمر إلى لجنة المسح .

الوضع الثاني- النزاع حول جزء من العقار:

تحدد المساحة المطالب بها و يعطى لها رقم و تسجل باسم حائزها، و يتم إبلاغ لجنة المسح بذلك.

حالة ملكية لها عقد في شياخ- لهذه الحالة وضعين:

الوضع الأول- وجود فريضة:

تملأ بطاقات المسح باسم أحد المالكين، و يسجلون كلهم في الخانات المخصصة لذلك مع تحديد نصيب كل واحد منهم ، حسب الفريضة .

الوضع الثاني- غياب الفريضة:

يسجل العقار باسم الشياخ ، و يعد المحقق بطاقة الملكية الشائعة.

حالة القسمة:

قد تكون القسمة رضائية لا تأخذ بعين الاعتبار الأنصبة المحددة في الفريضة، فهنا يجب على المحقق أن يسأل المالكين عن موافقتهم بهذه القسمة ، قبل أن يحرر لكل واحد بطاقة عقارية⁽²⁾ .

(1)- بسكري أنيسة، (المرجع السابق)، ص 23.

(2)- المرجع نفسه ، ص 24، 25 .

حالة إجراءات نزع الملكية- لهذه الحالة وضعين:

الوضع الأول- وجود عقد إداري لنزع الملكية:

تسجل قطعة الأرض كملكية عمومية

الوضع الثاني- غياب قرار نزع الملكية:

- المشروع تام: تحدد قطعة الأرضية المنزوعة و تمسح باسم المالك الحقيقي، ثم تسجل في

حساب الدولة عند تسوية الوضعية .

- المشروع في طريق الانجاز: إذا لم يوجد مخطط المشروع تحدد كل الملكية باسم المالك⁽¹⁾.

حالة عقود تمت خرقاً للقانون و انتهاكاً لممتلكات الدولة⁽²⁾

هنا يظهر دور المحقق التابع لمصلحة أملاك الدولة في الدفاع عن مصالحها و ممتلكاتها ، و حتى يقوم بدوره على أكمل وجه، يجب عليه الإحاطة بالنصوص التشريعية و التنظيمية التي صدرت غداة الاستقلال و أدت إلى أيلولة بعض الأملاك العقارية إلى الدولة ، مثل :

- مرسوم 03/62 مؤرخ في 1962/10/23 المتضمن تنظيم الصفقات و البيوع و الإيجارات و كذا تأجير الأملاك العقارية و المنقولة⁽³⁾؛

- مرسوم 388/63 مؤرخ في 1963/10/01 المتضمن الإعلان بأن الاستغلال الفلاحية العائدة لبعض الأشخاص الطبيعيين هي أملاك الدولة⁽⁴⁾؛

- الأملاك المدمجة في صندوق الثورة الزراعية والتي لا يمكن ارجاعها لأصحابها، إما لكونها فقدت طابعها الفلاحي ، أو منحت في اطار قانون 18/83 المتضمن استصلاح الأراضي الفلاحية .

❖ المعاينة في غياب سند الملكية

في هذه الحالة ، تثبت الحقوق عن طريق التحريات التي ترمي إلى جمع كل العناصر الضرورية لتقدير وقائع الحيازة المثارة طبقاً للقانون المدني ، يتم الاستعانة بأقوال و شهادات الملاك المجاورين و كل من له دراية بالموضوع ، كما ينبغي على الحائز أن يقدم وثائق تثبت حالته المدنية و كل الوثائق الأخرى التي من شأنها تنوير التحقيق، مثل: الشهادات المكتوبة و الشهادات الجبائية و كل الوثائق الأخرى التي يحوزها المعني.

كما يمكن للمحقق القيام بأبحاث على مستوى أرسيف المحافظة العقارية للتأكد فيما إذا كان هناك اشهار للحق المعني لفائدة شخص آخر و الذي من شأنه أن يعارض وقائع الحيازة المثارة⁽⁵⁾ ؛ و في حالة عدم الحصول على أي معلومة على مستوى المحافظة العقارية يتعين البحث على مستوى المصالح الجبائية و محاولة الكشف على مستوى محفوظات هذه المصالح عن احتمال وجود مالك لم يتم إشهار حقوقه على مستوى المحافظة العقارية⁽⁶⁾ .

- (1)- بسكري أنيسة، (المرجع السابق) ، ص 27 .
- (2)- انظر- المذكرة المؤرخة في 1999/07/17 المتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في اطار مسح الأراضي العام .
- (3)- جريدة رسمية عدد 01، مؤرخة في 1962/10/26 .
- (4)- جريدة رسمية عدد 73، مؤرخة في 1963/10/04 .
- (5)- الفقرة 1-3-3-3 من التعليم رقم 16 .
- (6)- الفقرة 2-2-6 من المذكرة السابقة .

- معاينة الحقوق العينية الأخرى /

هذه الحقوق إما أن تكون :

- حقوق عينية متجزئة عن حق الملكية و تتمثل في: حق الانتفاع ، حق الاستعمال ، حق السكنى ، حق الاستغلال⁽¹⁾؛
- حقوق عينية تبعية و هي الأعباء التي تنقل الملكية ، و تتمثل في: الرهن الرسمي و الحيازي ، و حق الامتياز ؛
- هذه الحقوق و الأعباء تثبت بعقد مشهر ، و في حالة عدم وجوده، يقوم المحقق بالتحريات كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية .

- التحقق من أصحاب الحقوق /

- المالك أو المالك المفترض أو الحائز على الحقوق العينية الأخرى قد يكون إما:
- شخص أو عدة أشخاص طبيعية إذا كان العقار في حالة شياع أو ملكية مشتركة؛
- أو شخص معنوي.

و المعلومات التي تخص التعريف بالمالك ، إذا كان شخص طبيعي، تشمل:

- اسمه و لقبه و نسبه (اسم الأب و الجد ، لقب و اسم الأم)؛
- تاريخ و مكان الازدياد (البلدية، الولاية، البلد) متبوعين بالجنسية؛
- وضعيته العائلية؛
- مهنته؛
- عدد الأشخاص المتكفل بهم؛
- مكان اقامته .

و إذا كان العقار في حالة شياع ناتجة عن إرث كان محل فريضة فإن التعريف بأحد الشركاء كاف؛ و إذا لم يتم اعداد الفريضة بعد ، الشخص المطلوب تعريفه هو المالك في الشياح الذي يقوم بإدارة العقار و تعريفه يكون متبوعاً بإشارة "وفريق"⁽²⁾ .

أما إذا كان شخص معنوي، فعناصر التعريف تتمثل في:

- التسمية و مقر المصلحة أو المستغل بالنسبة للأملاك التابعة للدولة؛
- التسمية و المقر الاجتماعي بالنسبة للأملاك التابعة لهيئات أو مؤسسات عمومية، أو جمعيات⁽³⁾ .

(1)- يقصد بالاستغلال في مفهوم التعلية 16 ، هو حق يسمح لصاحبه الاستغلال المؤبد دون المساس بحق الملكية الذي تحتفظ به الدولة .

(2)- الفقرة 1-3-5 من التعلية رقم 16 .

(3)- نفس الفقرة من نفس التعلية السابقة .

ج/ نتائج التحقيق العقاري

بعد إجراء التحقيق على النحو السالف بيانه ، يتم اعداد البطاقات العقارية التي تدون فيها كل البيانات القانونية المتعلقة بالملكية مثل: الطبيعة القانونية للملكية، أصل الملكية، كيفية التملك (شراء، تبادل، إرث، هبة)، الحقوق و الأعباء التي تخص الملكية ، و كذا المعلومات المتعلقة بتعريف هوية ذوي الحقوق ؛ و هذه البطاقات لها نماذج محددة سلفا، و عليه ينبغي عند تدوين المعلومات احترام المساحات المخصصة لذلك ، و ترقيم هذه البطاقات ، و تؤرخ و تمضى من طرف المحقق و كذا المالك (أو وكيله) و رئيس المجلس البلدي (أو ممثله).

و تتنوع هذه البطاقات في عدة نماذج حسب طبيعة تخصيصها، فهناك:

- بطاقة الأشخاص الطبيعية أو المعنوية (نموذج CNE1-2/T5) للمالكين الذين خضعوا للتحقيق.
- بطاقة مجموعة الملكية (نموذج CNE3/T4) لمجموعات الملكية المثبتة حدودها.
- البطاقات الوصفية للعقارات المبنية(نموذج CNE4/T8) بالنسبة للعقارات الخاضعة لنظام الملكية المشتركة.
- بطاقة حصص الملكية المشتركة (نموذج CNE5/T9)⁽¹⁾ .
- بطاقة التحقيق العقاري الخاصة بالمناطق الريفية نموذج (T7)⁽²⁾ .

ثالثا: اختتام عملية المسح

تختتم عملية المسح، بإيداع وثائق المسح بمقر البلدية و دراسة جميع الاحتجاجات المثارة ، و استكمال مدة شهر من الأيداع ، لكن قبل التطرق إلى هذه الخطوات يجب التعرف على الوثائق المساحية محل الأيداع .

1. وثائق المسح

- اثر عمليات التحقيق العقاري و تثبيت الحدود ، يتم اعداد الوثائق المساحية، التي تتكون بناء على نصّ المادة 08 من الأمر 74/75 من:
- مخطط المسح، مقسم إلى أقسام و إلى أماكن معلومة، يعطي تمثيلا على الرسم البياني لإقليم البلدية في جميع تفصيلات تجزئته إلى أجزاء للملكية و إلى قطع أرضية؛
 - دفتر مسح الأراضي (سجل المساحة)، و هو السجل الذي تنقل عليه الأملاك التابعة لنفس المالك مفرسة تحت حساب المسح؛
 - جداول الأقسام ترتب عليها العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي ، أي تبعا لتسلسل الأقسام و أرقام مجموعات الملكية ، أين تعين كل مجموعة ملكية ، رقم حساب كل مالك⁽³⁾؛

(1)- الفقرة 1-3-5-2 من التعليم رقم 16 .

(2)- الفقرة 1-3-7 ، (المرجع السابق) .

(3)- انظر أيضا-الفقرة 1-6-1 ، (المرجع السابق).

و قد اتسعت قائمة الوثائق المساحية بعد استحداث التحقيق العقاري في عملية المسح، بمقتضى التعليم رقم 16 ، ليتم ادراج البطاقات العقارية التي هي عبارة عن وثائق ملخصة تحتوي على معلومات ضرورية للترقيم العقاري⁽¹⁾ ضمن تلك القائمة.

2. ايداع وثائق المسح بمقر البلدية

تطبيقا لنص المادة 11 من المرسوم 62/76 ، تودع وثائق المسح عند الانتهاء من أشغال المسح طيلة شهر على الأقل بمقر البلدية، لتمكين الجمهور من الاطلاع عليها ، و تسلم الوثائق من طرف رئيس مكتب المسح إلى رئيس المجلس الشعبي البلدية ، الذي يسلم بدوره شهادة ايداع .

و يبلغ الإيداع عن طريق نشر اشعار ممضي من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي في الأماكن المعتادة للصلق المناشير في البلدية المعنية و البلديات المجاورة ، و كذلك بالوسائل و الإعلانات الكتابية أو الشفوية ، لإعلام الجمهور بقروب اختتام عملية المسح لمن يريد الاطلاع على نتائجها، ليضمن على سلامة حقوقه⁽²⁾ .

و خلال مدة شهر من الايداع في مقر البلدية، يمكن لأي شخص الاطلاع على وثائق المسح، و في حالة المساس بحقوقه ، في خلال هذه المدة، له أن يقدم احتجاجا يوضح فيه أسباب تدخله و موضوع الطلب :

- إما كتابيا إلى رئيس المجلس الشعبي الوطني؛

- أو شفويا إلى رئيس الفرقة، الذي يداوم بمقر البلدية كل يوم شغل من الساعة الثامنة صباحا إلى غاية منتصف النهار ، و يسجل الأقوال على سجل معد لذلك .

و بعد فوات مهلة الشهر ، يقفل سجل الاحتجاجات و يمضى عليه من طرف رئيس الفرقة ، و يسلم إلى جانب رسائل الاحتجاجات إلى لجنة المسح⁽³⁾ .

3. دراسة الاحتجاجات أمام لجنة المسح

تجتمع لجنة المسح بدعوة من رئيسها و بطلب من مسؤول الولاية لمسح الأراضي ، حسب مقتضيات المادة 08 من المرسوم 62/76 ، لتتولى دراسة الشكاوى و الاحتجاجات المثارة بشأن نتائج المسح ، فتقوم بفحصها استنادا على المعطيات المتوفرة لإعطاء رأيها و اقتراح الحلول الممكنة، التي من شأنها تقريب وجهات النظر بين المعنيين، لتسهيل التواصل بينهما و بالتالي مساعدتهما على ايجاد تسوية مناسبة .

(1)- الفقرة 1-6-1 ، من التعليم رقم 16 .

(2)- الفقرة 1-6-2 ، (المرجع السابق) .

(3)- الفقرة 1-6-3 ، (المرجع السابق).

- و في حالة عدم الوصول إلى تسوية ودية بين الأطراف، و عملا بالمادتين 12، 14 من المرسوم 62/76 :
- يحرر محضر⁽¹⁾ بعدم الاتفاق بعد تحديد الحدود المؤقتة للعقارات، كما يجب أن تكون عليه في المخطط مع الأخذ بعين الاعتبار الحيازة؛
- يعطى للأطراف أجل ثلاثة (03) أشهر ، لاتخاذ أحد المسلكين :
- ❖ إما الاتفاق على الحدود أو الأجزاء المتنازع فيها و إبلاغ لجنة المسح بذلك خلال المهلة؛
- ❖ أو رفع دعوى أمام الجهات القضائية المختصة لحلّ الخلاف.
- و بانقضاء هذه المهلة، دون أن يحرك الأطراف ساكنا في اتجاه أحد المسلكين، فإن الحدود المؤقتة تصبح نهائية.
- و بعد اختتام عملية المسح، تصبح وثائق المسح التي أعدت خلال هذه العملية، مطابقة للوضع الحالية للملكية العقارية، و أما التعديلات الخاصة بالأطراف المتنازعة، الأخطاء المادية المكتشفة، و حقوق المالك الحقيقي إذا صرح بها، تنجز عند حفظ وثائق المسح بالمحافظة العقارية.
- كما تعدّ ثلاث نسخ من وثائق المسح :
- ترسل الأولى إلى مقر البلدية المعنية حتى تكون في متناول الجمهور للمعاينة، تحت مسؤولية رئيس المجلس الشعبي البلدي؛
- تودع الثانية بالمحافظة العقارية لتأسيس السجل العقاري؛
- الثالثة تحفظ بمصلحة المسح، للمعاينة، لتكون في متناول أعوان المسح و الهيئات العمومية و الخواص⁽²⁾ .

(1)- حاجي نعيمة، "المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر"، دار الهدى، الجزائر ، 2009 ، ص 84 .

(2)- الفقرة 1-6-5 من التعلية رقم 16 .

الفرع الثاني- الأعمال القانونية لتأسيس السجل العقاري

لا يتوقف تأسيس السجل العقاري على العمليات التي يقوم بها أعوان المسح و التي يغلب عليها الطابع التقني، بل يجب أيضا تكريس نتائج المسح و ترجمتها إلى مجموعة بطاقات عقارية بغية اعطائها الصيغة القانونية، التي يتميز بها السجل العقاري .

إن البطاقات العقارية بوصفها المكوّن الأساسي للسجل العقاري، يتطلب اعدادها القيام بمجموعة من الأعمال القانونية ، تنتهي بمسك البطاقات العقارية و استكمال تأسيس السجل العقاري الذي على أساسه يتم اعداد و تسليم الدفتر العقاري إلى المالك .

و تتدرج هذه الأعمال القانونية في ثلاثة مراحل، تختتم بتسليم الدفتر العقاري، و هذا ما سنقوم بدراسته فيما يلي:

أولا: ايداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية

عند الانتهاء من عمليات مسح الأراضي لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية⁽¹⁾ ، تودع الوثائق المساحية لدى المحافظة العقارية من أجل تحديد حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و شهرها في السجل العقاري، عملا بالمادة 08 من المرسوم 62/76، و يستتبع هذا الإجراء باعداد محضر التسليم و ايداع الجدول الخاص بالإجراء الأول .

1. اعداد محضر التسليم/

عندما يطلع المحافظ العقاري على وثائق المسح المودعة لديه، فإذا قبل الإيداع، يحرر محضر تسليم يثبت هذا الإيداع، و يكون محلّ اشهار واسع ، خلال ثمانية(08) أيام كحد أقصى من تاريخ استلام وثائق المسح و لمدة أربعة (04) أشهر، بكل وسيلة أو دعامة مناسبة⁽²⁾، قصد اعلام المالكين و أصحاب الحقوق العينية العقارية الأخرى، للحضور إلى المحافظة العقارية حتى يتسلموا، حسب الحالة، الدفتر العقاري أو شهادة الترقيم المؤقتة، أو لإثارة الاحتجاجات من طرف أشخاص لهم الصفة و المصلحة في ذلك⁽³⁾ .

كما له أن يرفض الإيداع ، إذا ثبت للمحافظ العقاري بعد فحص وثائق المسح المودعة لديه ، أن عملية المسح لم تشمل كل أجزاء القسم ، إذا تم الإيداع بالقسم ، أو لم تشمل كل أقسام البلدية المعنية، إذا كانت مدة العملية لا تفوق السنة؛ كما إذا أحصى المحافظ العقاري من خلال الوثائق المساحية أن 60% من الملكيات الموجودة على مستوى البلدية هي ملكيات مجهولة ، يرفض الإيداع على أساس أن عملية المسح لم تؤدي الغرض منها و هو تشخيص مجموع الملكيات⁽⁴⁾ .

و يكتسي محضر التسليم أهمية بالغة ، بما أن الترقيمات العقارية تصبح نافذة من تاريخ تحريره .

(1)- عندما تفوق مدة عمليات مسح الأراضي في بلدية ما أكثر من سنة؛ انظر- المادة 11 من المرسوم 62/76 المعدلة و المتممة ، بمقتضى المرسوم 134/92.

(2)- عن طريق اعلان في الجرائد اليومية الوطنية، أو باللصق في مقر المحافظة العقارية و المجلس الشعبي البلدي و في الأماكن السكنية التي توجد فيها العقارات ؛ انظر- بوشنافة جمال، (المرجع السابق)، 134 .

(3)- المادة 09 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

(4)- بسكري أنيسة، (المرجع السابق) ، ص 40 .

2. ايداع الجدول الخاص بالإجراء الأول/

حتى يتسلم المعنيون الوثائق التي تثبت ملكيتهم (دفتر عقاري أو شهادة ترقيم مؤقتة)، عليهم أن يودعوا لدى المحافظة العقارية جدولاً، بعد ملئه بالبيانات اللازمة، معدّ في نماذج تسلمه المحافظة العقارية أو أعوان المسح⁽¹⁾، و يمكن أن يعدّ هذا الجدول بمساعدة مصالح المحافظة العقارية عند تقرب المالك المعني لطلب الوثائق المتعلقة بحقوقه في العقارات التي يطالب بملكيتها⁽²⁾، و تؤشر هذه الجداول من طرف المحرر، ليتم ايداعها لدى المحافظة العقارية مصحوبة بالوثائق و السندات و العقود التي تثبت أصل الملكية، عملاً بالمادة 13 من الأمر 74/75؛

و يحتوي هذا الجدول، حسب نص المادة 10 من المرسوم 63/76 على :

- وصف العقارات التي يحوزها على مستوى القسم أو كل الأقسام التي كانت موضوع عمليات مسح الأراضي، مع ذكر موقعها و محتواها و أرقام مخطط مسح الأراضي؛
- لقب و اسم المالك أو الحائز الحالي و تاريخ ميلاده و مهنته و موطنه؛
- الامتيازات و الرهون العقارية و الحقوق العينية و القيود المترتبة على كل عقار، مع ذكر ذوي الحقوق و العقود و الأعمال المؤسسة لهذه الحقوق .

و قد تدنّت أهمية هذه الجداول، بعدما أعفي المحافظ العقاري من فحص السندات و العقود المرفقة بها⁽³⁾، فلم يعد ملزماً في ظل النظام الجديد للإجراءات، انتظار تسليمه الجدول للبدء في عملية الترخيم التي أصبحت مبنية على قاعدة العناصر الموجودة في وثائق المسح⁽⁴⁾، خصوصاً بعدما تدعّمت أعمال المسح، بعملية التحقيق العقاري .

ثانياً: الترخيم العقاري⁽⁵⁾

يشرع المحافظ العقاري في عملية الترخيم، بمجرد استلامه وثائق المسح ، لأن التحويلات العقارية من المحتمل حدوثها قبل الشروع في الترخيم العقاري، لهذا فرضت الترخيمات الفورية التي تستدعي من المحافظ العقاري ، اتخاذ مجموعة من الإجراءات لتهيئة الأجواء من أجل استقبال جيّد للعملية^(*) .

(1)- حاجي نعيمة، (المرجع السابق)، ص 79.

(2)- الفقرة 2-1-2 من التعليم رقم 16 .

(3)- انظر - المادة 12 من المرسوم 63/76 قبل تعديلها .

(4)- انظر المادة 11 من المرسوم 63/76 بعد تعديلها بمقتضى المرسوم التنفيذي 123/93 .

(5)- عملية الترخيم العقاري مستحدثة بمقتضى المرسوم التنفيذي 123/93 ، المعدّل و المتمم للمرسوم 63/76 .

(*)- يجب أن يسهر المحافظ العقاري لاسيما على :

- أن يكون فرع الترخيمات عملي أثناء البدء في عملية المسح؛
- أن تكون البطاقات العقارية المكونة للسجل العقاري موجودة بكمية كافية؛
- أن يكون الأعوان المكلفون بالعملية مطلعون على الأحكام التنظيمية قبل استلام وثائق المسح؛

انظر - الفقرة 2-2 من التعليم رقم 16 .

1. كيفية التقييم/

يتم التقييم العقاري على أساس معلومات مدرجة في البطاقة العقارية نموذج T10⁽¹⁾، هذه الوثيقة تتضمن كل المعلومات الضرورية لتحديد الطبيعة القانونية للعقار المعني، و المطلوبة في عملية التسجيل العقاري .
و تكشف هذه الوثيقة عن أربع احتمالات هي :

- عقار له سند ملكية قانوني؛
- عقار ليس له سند ملكية لكنه مكتسب بالحيازة و التقادم؛
- عقار ليس له سند ملكية و لا توجد عناصر يقينية تسمح بتثبيت حقوق عينية لصالح المالك الظاهر؛
- عقار ليس محل مطالبة من أي شخص .

تبعاً لهذه الحالات ، تختلف طريقة التقييم على النحو التالي/

أ/ التقييم النهائي

يخصّ هذا النوع من التقييم الحالة الأولى، حيث يتوفر لدى المالك سند قانوني صحيح حسب التشريع المعمول به وقت اعداده⁽²⁾، لا يدع مجالاً للشك في أن صاحبه هو المالك الحقيقي للعقار محل التقييم، حتى وإن لم يكن السند المقدم موضوع اشهار من قبل، طالما لا يتعارض مضمونه مع معلومات يحتمل وجودها بالمحافظة العقارية في حالة وجود شهر مسبق، الذي يشكل الأصل لحق الملكية؛

لكن السؤال الذي تبادر في ذهننا: هل تطبق نفس الأحكام على المالك بعقد شهرة ؟ .

لاحظنا و نحن بصدد البحث عن اجابة لهذا التساؤل، غياب مقتضيات صريحة في التعليمات رقم 16 التي لم تتطرق إلى هذه الحالة، رغم أنها عدت أنواع السندات المعتمدة في اثبات الملكية العقارية⁽³⁾ ، و في اعتقادنا يستفيد المالك بعقد الشهرة من التقييم النهائي لأن عقد الشهرة -بغض النظر عن حجيته- يشكل سنداً رسمياً يعترف لصاحبه بحق الملكية و يخول له التمتع بجميع سلطات المالك ، كما أنه سند مشهر ، و السندات المشهرة لا يمكن الطعن فيها إلا قضائياً .

و يسلم عند التقييم النهائي دفتر عقاري لصاحب حق الملكية سواء كان هذا الشخص طبيعياً أو شخصاً معنوياً عاماً ، و في حالة الشيوخ يعدّ دفتر واحد يسلم إلى من ينوب اتفاقاً على الشركاء في الشيوخ ، فإذا غاب الاتفاق يحتفظ بالدفتر العقاري في المحافظة العقارية عملاً بالمادة 47 من المرسوم 63/76 .

كما ينقل المحافظ العقاري بمناسبة هذا التقييم اجبارياً، قيود الامتيازات ، الرهون و حقوق التخصيص غير المشطب عليها و التي لم تنقض مدة صلاحيتها في السجل العقاري .

(1)- الفقرة 2-2-1 من التعليمات رقم 16 .

(2)- المادة 12 من المرسوم 63/76 .

(3)- انظر - الفقرة 1-3-1 ، (المرجع السابق) .

ب/ الترقيم المؤقت لمدة أربعة (04) أشهر

و هذا النوع من الترقيم ينطبق على الاحتمال الثاني، عندما لا يتوفر للمالك الظاهر أي سند قانوني يثبت به ملكيته للعين، لكن التحقيقات التي أجراها أعوان المسح تؤكد أنه يمارس حيازة قانونية ، و استمرارها المدة اللازمة لاكتساب العقار بالتقادم المكسب وفقا لمقتضيات القانون المدني؛ أو قد يتوفر للمالك على سند عقاري لكنه غير كاف، كما هو الحال بالنسبة للعقد العرفي الباطل، فيمكن الأخذ بعناصر المعلومات المحتواة فيه لحساب مدة الحيازة .

و يلاحظ أن الأشخاص الذين استفادوا من شهادة الحيازة المسلمة من طرف رؤساء البلديات طبقا لقانون التوجيه العقاري، يمكنهم هم أيضا الاستفادة من الترقيم المؤقت⁽¹⁾.

كما أن هذا الاحتمال ينطبق أيضا على الحالة التي يكون فيها للمالك الظاهر سند قانوني لكنه غير دقيق، و هي الحالة التي تكون فيها المساحة المحسوبة أكبر من المساحة الموجودة في العقد، و كانت الزيادة غير مبررة لكن غير متنازع فيها⁽²⁾.

و يسلم المحافظ العقاري بذلك للمعني شهادة ترقيم مؤقتة تمكن صاحبها من كل عناصر الملكية باستثناء حق التصرف، و هي صالحة، لاستصدار رخصة بناء و تأسيس رهن عقاري من الدرجة الأولى على العقار محل الترقيم لفائدة مؤسسات القرض، طبقا للمادة 10 من قانون المالية لسنة 2004⁽³⁾.

و يبدأ سريان مدة أربعة (04) أشهر من يوم الترقيم ، الذي يصادف عملا بالمادة 2/11 من المرسوم 63/76 ، تاريخ الامضاء على محضر تسلّم وثائق مسح الأراضي، و يصبح الترقيم نهائيا بعد انقضاء المدة إذا لم يسجل أي اعتراض خلال المدة يتعلق بحق الملكية ، أو فيما إذا سحبت أو رفضت الاعتراضات التي تكون قد حدثت ، طبقا للمادة 13 من المرسوم 63/76 .

ج/ الترقيم المؤقت لمدة سنتين

يخصّ الاحتمال الثالث ، حيث لا يتوفر للمالك الظاهر سند كافي لإثبات ملكيته، و لم يتبين من التحقيق أن الحيازة الممارسة هي حيازة تتوفر فيها شروط تملك العقار بالتقادم المكسب ، بما يسمح للمحافظ العقاري من تحديد حقوق الملكية للمالك الظاهر ، ففي هذه الحالة يكون العقار موضوع ترقيم مؤقت لمدة سنتين لفائدة هذا الأخير^(*) ، و بعد فوات هذه المدة يصبح الترقيم نهائيا ، إلا إذا ظهرت خلالها وقائع قانونية جديدة تزيح الشك عن حقيقة ملكية الشخص المعني للعقار، ليتم الترقيم النهائي دون انتظار، و تسليم الدفتري العقاري للمالك المعترف به طبقا للمادة 14 من المرسوم 63/76 .

(1)- حمدي باشا عمر ، "حماية الملكية العقارية الخاصة"، (المرجع السابق)، ص 52 .

(2)- بسكري أنيسة ، (المرجع السابق)، ص 45 .

(3)- المعدلة للمادة 352-2 من قانون التسجيل، حيث أصبحت تنص في فقرتها السابعة : " ... تحمل شهادة الترقيم المؤقت نفس الآثار القانونية المنصوص عليها بموجب أحكام المواد 42 إلى 46 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 و المتضمن التوجيه العقاري"؛ جريدة رسمية عدد 83، صادرة بتاريخ 2003/12/29.

(*)- في لبنان لا يقيد الحق باسم المالك الظاهر، إلا إذا دفع للخبزينة العمومية بدل المثل الذي يقدره القاضي العقاري، أو يقيد العقار ملكا للدولة؛ راجع- حمدان عبد اللطيف حسين، "نظام السجل العقاري"، (المرجع السابق)، ص 169.

د/ الترقيم المؤقت لمدة سنتين باسم الدولة

قد يصادف أعوان المسح على أرض الميدان ، أملاك عقارية لم يظهر مالكوها و لم يدع أي شخص حيازتها ، فهي أملاك مجهولة المالك(*) ؛ في هذه الحالة يقوم المحافظ العقاري بترقيم العقار مؤقتا و لمدة سنتين باسم الدولة، و بعد فوات هذه المدة دون أن يقدم بشأنها أي اعتراض ترقم نهائيا لفائدة الدولة ، لتصبح تابعة لأملاكها .

و هذا النوع من الترقيم هو موضوع مؤاخذات لافتقاده إلى أساس قانوني صريح يبرره، خاصة أن المشرع في المادة 51 من قانون 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، معدّل و متمم، و كذا المادتين 180 و 181 من المرسوم التنفيذي 427/12 المؤرخ في 2012/12/16 المحدد لشروط و كيفيات ادارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة⁽¹⁾، أطر كيفية ادماج هذه العقارات ضمن الأملاك الخاصة للدولة الذي لا يتأتى إلا بعد فتح تحقيق للبحث عن المالك المحتمل و نشر اشعار بالبحث على الأقل في صحيفتين وطنيتين و تعليقه لمدة (04) أشهر بمقرات البلديات التابعة للولاية، و بعد مرور سنة استصدار مدير أملاك الدولة من الجهة القضائية المختصة أمر على عريضة بوضع نظام الحراسة القضائية حيز التنفيذ و منح تسيير العقار لإدارة أملاك الدولة لمدة التقادم المكسب المنصوص عليها في القانون المدني، و بعد انتهاء مدة التقادم، يمكن للقاضي بعد رفع دعوى أن يعلن الشغور و التصريح بتسليم أموال الشركة كلها و يشهر هذا الحكم في المحافظة العقارية.

2. تلقي الشكاوى و الاعتراضات/

عملا بالمادة 15 من المرسوم 63/76 ، يحق لكل شخص يرى أن له حقا اعتدي عليه و أن الترقيم يمس بحقوقه ، أن يوجه احتجاجا للمحافظ العقاري و إلى الطرف الخصم عن طريق رسالة موصى عليها ، أو عن طريق قيد هذا الاحتجاج في سجل يفتح لهذا الغرض لدى المحافظة العقارية المعنية .

و هذا النوع من الاحتجاجات يقتصر على حالات الترقيم المؤقت دون النهائي ، لأن الاعتراض على الترقيم النهائي لا يكون إلا قضائيا ، و من هنا تظهر أهمية الآجال ، إذ ينبغي على المعارض أن يقيد احتجاجه في الآجال – أربعة أشهر أو سنتين حسب الحالة- لأن بعد فواتها يصبح الترقيم نهائيا ، لا يبقى أمام المعارضين إلا التوجه إلى الجهات القضائية المختصة .

و في حالة ما إذا قيدت هذه الاحتجاجات في الآجال، تكون للمحافظ العقاري سلطة مصالحة الأطراف، يلعب فيها دور الوسيط، و ذلك بتقريب وجهات النظر بين الطرفين، من أجل الوصول إلى تسوية ودية و يحتمل أن تسفر جلسة المصالحة إلى نتائج ايجابية أو سلبية .

أ/ حالة المصالحة الناجحة

إذا توصل الأطراف إلى حلّ ينهي الخلاف ، يقوم المحافظ العقاري بتحرير محضر صلح يتضمن العناصر المتفق عليها، و يكون للاتفاق قوة ملزمة ، و تشهر العناصر التي يتضمنها في السجل العقاري ، فإذا أدت نتائج

(*)- تعتبر الأراضي مجهولة المالك من أهم المشاكل التي واجهت أعوان المسح و عطّلت تأسيس السجل العقاري.

(1)- جريدة رسمية عدد 69، مؤرخة في 2012/12/19.

المصالحة إلى تغيير في وثائق المسح ، يبلغ المحافظ العقاري نسخة من محضر المصالحة إلى مصلحة مسح الأراضي⁽¹⁾ .

و لا تؤثر نتائج الصلح الايجابية ، على طبيعة الترقيم ، الذي يبقى مؤقتا طالما لم تنته مدته، إذ يحتمل أن تقدم احتجاجات من أشخاص آخرين تكون لهم حقوق على العقار موضوع الترقيم⁽²⁾ .

ب/ حالة المصالحة الفاشلة

في حالة ما إذا كانت محاولات المصالحة بين الأطراف عديمة الجدوى، يحرر المحافظ العقاري محضر عدم المصالحة و يبلغه للأطراف ، و يكون للطرف المدعي في هذه الحالة مهلة ستة (06) أشهر ، ابتداء من تاريخ التبليغ الذي يتلقاه من المحافظ العقاري ، لرفع دعوى قضائية لتسوية الخلاف ، و تبلغ هذه الدعوى إلى المحافظ العقاري في نفس المهلة، ليعلق عملية الترقيم في السجل العقاري إلى غاية صدور حكم أو قرار قضائي نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه تطبيقا لنص المادة 2/16 من المرسوم 63/76 .

و ينطبق نفس الحكم ، على حالة تغيب الأطراف على جلسة المصالحة، رغم استدعائهم ثلاث مرات ، حيث يحرر في هذه الحالة المحافظ العقاري محضر عدم الصلح ، ليباشر المدعي الاجراءات اللازمة⁽³⁾ .

و ما يجدر البيان إليه في هذا السياق، أن الاعتراضات على الترقيم المؤقت لصالح الدولة ، تقرر لها أحكام خاصة مغايرة بمقتضى المذكرة رقم 004618 المؤرخة في 2004/09/04 ، الصادرة عن المدير العام للأموال الوطنية ، فعلى المعارض أن يؤسس اعتراضه على وثائق قانونية حسب التشريع المعمول به وقت اعدادها ، تثبت ملكيته للعقار محل الترقيم ، فإذا لم يتوفر لدى المعارض سند كاف ، بأن كان بين يديه سندات تفتقد للحجية القانونية ، أو في حالة الغياب الكلي لسند الملكية ، كان المحافظ العقاري في السابق يوجه المعارض إلى القضاء، الذي له ستة أشهر لرفع دعواه و إلا رفضت⁽⁴⁾ ؛

لكن نظرا لارتفاع نسبة الأراضي مجهولة المالك ، أصدر المدير العام للأموال الوطنية المذكرة المشار إليها أعلاه، ألزم بمقتضاه الإدارة المعنية في حالة عدم وجود سند بإجراء تحقيق عقاري معمق للتأكد من توافر عنصر الحيازة على الأقل من يوم شروع فرقة المسح في تحديد مجموعة الملكية المعنية ، فإذا ثبت من خلال التحقيق أن الحيازة تعود إلى فترة ما قبل عمليات المسح ، يمكن أن يمنح الترقيم المؤقت شريطة أن تكون أقوال و تصريحات الحائز مدعمة بشهادة شخصين مصرح بها لدى الموثق⁽⁵⁾ .

ثالث: انشاء البطاقات العقارية

يعتبر انشاء البطاقات العقارية، آخر مراحل تأسيس السجل العقاري ، ذلك أن هذا الأخير ما هو إلا مجموعة بطاقات عقارية جمعت و مسكت في كل بلدية، طبقا للمادة 1/12 من الأمر 74/75 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري.

(1)- الفقرة 2-3-1 من التعليم رقم 16 .

(2)- حاجي نعيمة، (المرجع السابق)، ص 100 .

(3)- حاجي نعيمة، (المرجع السابق)، ص 100 ، 101 .

(4)- المرجع نفسه ، ص 138 .

(5)- انظر- المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية تحت رقم 004618 بتاريخ 2004/09/04 المتعلقة بتسوية الأراضي مجهولة المالك .

1. مدلول البطاقات العقارية

البطاقة العقارية هي وثيقة مطابقة لنماذج محددة بمقتضى قرار من وزير المالية، و هي على عدّة أنواع، تتضمن التعريف بوحدة عقارية من الناحية المادية و القانونية؛

فالبطاقة العقارية تُظهر و تكشف النطاق الطبيعي للعقار، حيث يمكن لأي كان بمجرد الاطلاع على البطاقة العقارية معرفة موقع العقار و حدوده و أسماء الملاك المجاورين له ، الانشاءات المقامة عليه، تاريخ اقامتها، كذلك رقم العقار ، تاريخ انشائه و وصفه التفصيلي و رقم مخطط مسح الأراضي المتعلق به؛

كما تكشف عن الوضعية القانونية للعقار، فتحثوي على تاريخ ملكية العقار، اسم المالك عند تأسيس السجل العقاري، اسماء الملاك الذين تعاقبوا عليه منذ تأسيسه، مجمل التصرفات التي صدرت من كل واحد منهم و من المالك الأخير ، و الأعباء التي تنقل هذا العقار⁽¹⁾ .

لهذا يجب دائماً تحيين المعلومات الواردة في هذه البطاقات حتى تؤدي دورها، فمسك البطاقات العقارية يتطلب- تطبيقاً لنص المادة 14 من الأمر 74/75- الإشارة إلى:

- جميع العقود الرسمية، المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية؛

- جميع العقود و القرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، و الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل و كذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات؛

- المحاضر المعدّة من قبل مصلحة مسح الأراضي و المثبته للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية؛

- و بصفة عامة، كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد و مسجل في مجموعة البطاقات العقارية.

2. أنواع البطاقات العقارية

إن البطاقات العقارية على النحو الذي سبق بيانه، ليست على نوع واحد، بل هناك بطاقات متنوعة، و هذا ما يستشف من المرسوم 63/76، و هي على النحو التالي/

أ/ بطاقات قطع الأراضي PR1

حسب نص المادة 23 من المرسوم 63/76 ، تحدث بالنسبة للأراضي التي تم مسحها فعلاً، بطاقة قطع أراضي للملكية بالنسبة لكل وحدة عقارية واقعة في إقليم بلدية؛

و الوحدة العقارية هي مجموعة قطع متجاورة تشكل ملكية واحدة (مملوكة لشخص واحد) ، أو ملكية على الشيوخ مثقلة بنفس الحقوق و الأعباء .

(1)- بسكري أنيسة، (المرجع السابق) ، ص 48 .

و قد حدّد المشرع في المادة 24 من نفس المرسوم، محتوى هذه البطاقات ، أما في المادة 26 فقد حدد كيفية ترتيبها ، فتوضع في المحافظة العقارية ضمن مجموعة متميزة حسب كل بلدية ، و بالنسبة لكل بلدية حسب الترتيب الأبجدي للأقسام و بالنسبة للأقسام حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي .

ب/ بطاقات العقارات الحضرية

هي تلك البطاقات التي تخصص للعقارات الحضرية، أو لجزء من العقارات الحضرية؛ و يعتبر عقارا حضريا كل عقار مبني أو غير مبني موجود على الطرقات المرقمة بصفة نظامية، للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة .

و حسب نص المادة 27 من المرسوم 63/76 ، تعدّ مثل هذه البطاقات حتى في حالة عدم وجود مسح للأراضي ، و في هذه الحالة يعيّن العقار بالاستناد إلى البلدية و اسم الشارع و الرقم، أما باقي العقارات الأخرى فتعتبر عقارات ريفية .

و انطلاقا من نصّ المادة 28 من نفس المرسوم، البطاقات الحضرية التي تخص العقارات المبنية⁽¹⁾ على نوعين :

- البطاقة العامة للعقار PR2

تعدّ هذه البطاقة بالنسبة للعقار المبنى، يشمل أو لا يشمل على أجزاء مشتركة، و مخصصة للاستعمال الجماعي ، و يدوّن في هذه البطاقة جميع الشكليات التي تهّم مجموع العقار، أما محتواها فمحدد في المادة 29 من نفس المرسوم .

- البطاقة الخاصة بالملكية المشتركة PR3

إذا كانت البطاقات العامة للعقار تخصص للعقار المبنى ككل، فإن البطاقات الخاصة، تحدث عند وجود نظام خاص بالملكية المشتركة ، فتخصص هذه البطاقة لكل قطعة أو جزء من الملكية المشتركة، تدون فيها البيانات الخاصة به، و قد حدّد محتواها في المادة 30 من نفس المرسوم.

ج/ البطاقات الأبجدية PR10⁽²⁾

تنشأ هذه البطاقات لكل شخص مالك لعقار أو عدّة عقارات تقع في نفس الاختصاص الاقليمي للمحافظة العقارية، تمسك حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق المشهورة ، و تبين مجمل العقارات التي يمتلكها ، و هي لا تدخل من ضمن مكونات السجل العقاري⁽³⁾ .

(1)- انظر- بسكري أنيسة، (المرجع السابق)، ص 53 .

(2)- نصّ عليها المشرع في المادة 44 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

(3)- البطاقات المشكل للسجل العقاري هي بطاقات قطع الأراضي و البطاقات الحضرية، حسب نص المادة 20 من المرسوم 63/76 المشار إليه أعلاه .

و قد أخذ المشرع بالبطاقات الأبجدية لتنظيم العمل داخل المحافظة العقارية، نظرا لتأثره بنظام الشهر الشخصي ، و اعتبارها وثيقة تسهل الانتقال من النظام السابق إلى النظام الجديد⁽¹⁾، كما أنها تسهل أيضا من عملية البحث عن كل العقارات التي يمتلكها شخص واحد ، خاصة و أن معظم الأشخاص يستعلمون عن طريق الأسماء⁽²⁾ ، كما أن هذه البطاقات تيسر من بعض الاجراءات القانونية المتعلقة مثلا بحصر التركة ، و الحجر العقاري

3. إلغاء البطاقات الشخصية PR9

ارتبط وجود البطاقات الشخصية أو البطاقات العقارية المؤقتة⁽³⁾، بنظام الشهر الشخصي الذي يتم فيه شهر التصرفات اعتماد على أسماء المتصرفين؛ و حتى بعد تبني نظام الشهر العيني ، أبقى العمل بها في البلديات التي لم يتم فيها بعد اعداد مسح عام للأراضي، خصوصا في المناطق الريفية.

لكن عند اتمام عملية المسح، و تعميم تطبيق نظام الشهر الجديد، تلغى هذه البطاقات لتحل محلها البطاقات العينية المكوّنة للسجل العقاري ، و هذا ما أكدّه المشرع في المادة 115 من المرسوم 63/76 التي تنص: " إن السجل العقاري المعد طبقا لأحكام هذا المرسوم يحل محل مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة المشار إليها في المادة 113 بمجرد اعداد مسح الأراضي" .

مراجعا: تسليم الدفتر العقاري

باستكمال تأسيس السجل العقاري، يسلم الدفتر العقاري إلى المالك الذي حقه قائم بمناسبة انشاء بطاقة عقارية مطابقة، تنسخ فيه جميع البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية ، و يكون مطابقا للنموذج المحدد بموجب قرار من وزير المالية⁽⁴⁾ ، و يحرر بطريقة واضحة و مقروءة بالحبر الأسود طبقا للمادة 45 من المرسوم 63/76 .

و باعتبار الدفتر العقاري هو السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية في الأراضي المسوحة، ينبغي عند كل اجراء للإشهار ، أن ترفق الوثائق المودعة بالدفتر العقاري ، بل يرفض المحافظ العقاري الإيداع في حالة عدم تقديم الدفتر العقاري⁽⁵⁾، و كل تأشير يدون في البطاقة العقارية ينقل إلى الدفتر العقاري ، و عندما يعدّ المحافظ العقاري دفترًا جديدًا فإنه يعمل على اتلاف الدفتر السابق، تطبيقًا لمبدأ "وحدانية الدفتر العقاري" .

(1)- مزعاش اسمهان ، (المرجع السابق) ، ص 19 .

(2)- حاجي نعيمة ، (المرجع السابق) ، ص 103 .

(3)- و هي التسمية التي أطلقها عليها المشرع الجزائري ؛ انظر- المادة 27 من الأمر 74/75 ؛ المادة 113 من المرسوم 63/76.

(4)- قرار وزاري مؤرخ في 1976/05/27 يتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري ؛ جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 1977/03/09 .

(5)- انظر- المادتين 50 و 100 من المرسوم 63/76 .

المبحث الثاني

القوة الإثباتية للدفتر العقاري

الأصل في ظل نظام الشهر المنتهج (نظام الشهر العيني)، أن الدفتر العقاري يعتبر سندا حاسما و دليل اثبات قاطع ، تثبت به الملكية العقارية على وجه يقيني، و لا يضاھيه في هذه القوة أي سند آخر، بل ينعدم السبيل لإثبات الملكية العقارية في غيابه عند تعميم تطبيق نظام الشهر العيني، و تزويد جميع أصحاب العقارات بدفاتر عقارية .

غير أن الأمر-في منظومتنا القانونية- تتخلله بعض الفواصل، لأن المشرع إن أخذ بنظام الشهر العيني كنمط للشهر العقاري، فإنه لم يعمل على تجسيد جميع مبادئه، فأضحى نظاما ذو طابع مختلط، في أصله هو نظام شهر عيني، مطبوع ببعض خصائص نظام الشهر الشخصي، لهذا لا عجب أن يطرح الدفتر العقاري اشكالا في قوته الثبوتية ؛ فإن لم تكن له قوة ثبوتية مطلقة، فإلى أي مدى تصل قوته في اثبات الحقوق العينية المقيدة فيه؟ .

إن الاحاطة بهذا الموضوع، و الاجابة عن هذا الاشكال، تكون بدراسة الأسباب التي تؤثر و تنقص من القوة الثبوتية للدفتر العقاري، لهذا ارتأينا أنه من الضروري تركيز البحث في الفكرتين التاليتين:

في المطلب الأول - نبحث في مدى تجسيد الأثر التطهيري للشهر
أما المطلب الثاني - فنبحث في مدى الأخذ بالتقادم المكسب

المطلب الأول- مدى تجسيد الأثر التطهيري للشهر

من أجل تقدير مدى تجسيد الارادة التشريعية للأثر التطهيري المصاحب-مبدئيا- لنظام الشهر العيني، سنحاول التعرف أولا على مفهومه و التطرق لأمارات تجسيده في منظومتنا التشريعية، ثم نأتي في النقطة الموالية للتعرف على الاستثناءات التي أدخلها المشرع عليه.

الفرع الأول- تكريس الأثر التطهيري للشهر

سنقسم دراسة هذا الفرع في نقطتين؛ نحاول من خلالهما التعرف على المقصود بالأثر التطهيري للشهر من خلال ربط مفهومه مع مبادئ الشهر العيني ، ثم نأتي لنتبين ملامح تجسيد المشرع للأثر التطهيري للشهر من خلال البحث في النصوص القانونية المنظمة للشهر.

أولا: مفهوم الأثر التطهيري للشهر

يعتبر الأثر التطهيري للشهر جوهر نظام الشهر العيني و أحد أهم آثاره المجسدة لأبعاده الائتمانية؛ فهو الأصل الذي يجب أن يتمتع به السجل العقاري، و أحد أوجهه الايجابية التي تبتث الثقة و الاطمئنان في نفوس المتعاملين في الحقل العقاري، و توفر الحماية اللازمة لهم .

و يقصد به، أن الحقوق المشهورة تعتبر صحيحة قائمة حتى و إن كانت التصرفات التي أثبتتها باطلة⁽¹⁾، و بتعبير أكثر دقة، ينقل الشهر الحق العيني العقاري الثابت في المحرر محلّ الشهر من المتصرف إلى المتصرف إليه، خاليا من جميع الدفوع و الاحتجاجات التي يمكن أن يثيرها المتصرف أو الغير الذي مسّت حقوقه(كظهور المالك الحقيقي) ، فصاحب الحق المشهر محميّ في حالة بطلان أو إلغاء أو فسخ سند السلف ، لأن حقه مشهر بالسجل العقاري الذي يعتبر دليل مشروعيته ، و لا يبقى أمام المتضرر من ذلك إلا رفع دعوى تعويض لاستحالة استرداد حقه .

و يستمد مبدأ الأثر التطهيري للشهر وجوده من جملة المبادئ التي يقوم عليها نظام السجل العيني، هذه المبادئ التي تشكل كلا متكامل متداخلا فيما بينها، كلها تعمل على اضافة قوة ثبوتية مطلقة للسجل العقاري، حتى تكون له ذاتية في الاثبات، يغني وجوده عن أي وسيلة أخرى يمكن أن يستعان بها في إثبات الملكية العقارية.

فكل مبدأ من المبادئ التي سبق و أن تعرفنا عليها و هي: مبدأ الشرعية، مبدأ القيد المطلق، و مبدأ حظر التقدّم، تساهم في اضافة قوة ثبوتية للسجل العقاري، و أي انتقاص في مفهومها يضعف من قوة الشهر، لتندنى تبعا لذلك قوة الدفتر العقاري في حقل الاثبات .

(1)- بوشنافة جمال، (المرجع السابق)، هامش ص 219 .

و بالرجوع إلى هذه المبادئ، يتجلى بوضوح وجه الصلة بين الأثر المطهر للشهر، و كل من مبدأ القيد المطلق و مبدأ الشرعية اللذان يدعمانه؛

فصاحب الحق المشهر محميّ أولاً بقاعدة القيد المطلق ، حيث لا تكتسب الملكية و سائر الحقوق العينية الواردة على العقارات إلا بالشهر؛ فالشهر له أثر منشئ، و كل شخص يدعي أنه مالك لأي حق عيني عقاري - أياً كان مصدره- عليه اثبات ذلك بالشهر.

و بناء على هذا المبدأ، يتداخل دور الشهر مع مصدر الحق، فالأصل في القواعد العامة أن مصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق وفقاً لقواعد كسب الملكية ، التي تنحصر أسبابه في: العقد، الميراث، الوصية، الشفعة، الحيازة، التقادم المكسب و الالتصاق .

لكن عندما يتعلق الأمر بالحقوق العينية العقارية و خاصة حق الملكية، فلا يكفي السبب القانوني لكسب الحق، و إنما يلزم شهر هذا الحق في السجل العقاري، حتى يعتبر أنه قد كسب⁽¹⁾، و عليه في حالة تزامم عدة مشترين لعقار واحد ، فإن الملكية تنتقل إلى من أشهر سنده أولاً، لأن الشهر هو الذي يرتب الأثر العيني المتمثل في انتقال الملكية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير .

فينتج عن مبدأ القيد المطلق، فكاً للعلاقة بين الحق و مصدره، ليقصر منشأه على الشهر فقط دون التصرف، و بناء عليه، فإن الحق العيني الذي نشأ بهذه الطريقة، لا يتأثر بالعيوب التي تكون قد شابته التصرف من بطلان أو عدم نفاذ ، ليصبح الشهر مطهراً للتصرف مما يكون قد علق به من عيوب⁽²⁾ ، فيصبح المتصرف إليه في مأمّن من كل دعوى ترفع عليه بشأن التصرف الذي قام به.

و قد أخذت بعض التشريعات المتقدمة في مجال تطبيق نظام السجل العيني، و من بينها قانون تورنس المطبق في استراليا بهذا المفهوم⁽³⁾، الذي يشكل دعماً حقيقياً لفكرة الأثر التطهيري للشهر، و يجعل من السجل العقاري عنواناً للحقيقة و قرينة لا تقبل اثبات العكس، في أن صاحب الحق المشهر هو المالك القانوني، فيكون للدفتر العقاري تبعاً لذلك ذاتية في الإثبات و قوة ثبوتية مطلقة لا يضاهيه فيها أي سند آخر .

كما يتطلب تجسيد مبدأ القيد المطلق الأخذ بمبدأ الشرعية ، كمبدأ آخر يدعم فكرة الأثر التطهيري للشهر، مفاده إلزام المحافظ العقاري في حدود الصلاحيات الممنوحة له، القيام بدراسة قانونية دقيقة لفحص و تقدير كل التصرفات العقارية المراد شهرها و هذا للتأكد من خلوها من العيوب، دون أن تتعدى سلطته تعديل السند أو إلغائه، بل تقتصر مهامه في رفض شهر السند في حالة كونه مخالف للنظام العام أو وجد نقص في إحدى البيانات المطلوبة قانوناً، بعد الاطلاع على كافة الوثائق المتعلقة بتحديد هوية الأشخاص و أهليتهم، و التأكد من خلو ارادتهم من العيوب، و التثبت من حقيقة ملكية المتصرف للحق المتصرف فيه حتى لا تشهر إلا الحقوق المشروعة فعلاً⁽⁴⁾ .

(1)- معوض عبد التواب، (المرجع السابق) ، ص 128 .

(2)- أمين بركات سعود، "آثار القيد في السجلات العينية (حجية القيد)"، المجلة القضائية ، عدد2 ، 1995 ، ص 42 .

(3)- المرجع نفسه ، ص 42 .

(4)- بوشنافة جمال، (المرجع السابق) ، ص 31 .

لهذا عملت الدول التي أخذت بمبدأ الأثر المطهر للشهر على سنّ مجموعة من الضمانات، لتلافي العيوب التي قد تصاحب التصرف ، ففرضت تمحيصا سابقا و دقيقا لمستندات المالك عند إجراء القيد الأول ، و عند كل إجراء للشهر، كي لا يتم الشهر باسم غير المالك، و لتلافي قدر المستطاع- شهر التصرفات الباطلة، حتى أنها كلفت قاضيا للقيام بإجراءات الشهر، و إذا حدث فرضا و أن تضرر أحد من أعمال هذا المبدأ ، فإن القانون يمنح المتضرر حق مطالبة المتسبب في الضرر بالتعويض؛ بل حتى أن بعض الدول أنشأت لتيسير اجراءات المطالبة بالتعويض، صندوقا للتأمين يتكفل بتعويض المتضررين، و بهذا تصان اعتبارات العدالة دون الإخلال باستقرار المعاملات⁽¹⁾.

إن الرقابة السابقة التي يفرضها نظام السجل العيني على هذا النحو، تدعم بشكل حقيقي الأثر التطهيري للشهر وتجعل من السجل العقاري الوسيلة الوحيدة للاحتجاج بالحق في مواجهة الكافة، على الرغم مما قد يشوب التصرف من عيوب، فالقرينة القاطعة التي يتمتع بها في مجال اثبات الملكية، تقوي من مركز صاحب الحق المشهر، و هذا ما يمنح للغير ضمانا و اطمئنانا في التعامل.

ثانيا: دلالات تجسيد المشرع الجزائري للأثر التطهيري للشهر

بعد تبني المشرع لخير نمط الشهر العيني بمقتضى الأمر 74/75 المتضمن اعداد المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، عمل على اضافة قوة ثبوتية مطلقة للسجل العقاري من خلال تكريسه للأثر المطهر للشهر، الذي تظهر معالمه عند تجسيده لمبادئ الشهر العيني، خصوصا لمبدأ الشرعية و مبدأ القيد المطلق .

بالنسبة لمبدأ الشرعية، تظهر معالم تجسيده، من خلال المادة 22 من الأمر 74/75 التي تنص: " **يحقق المحافظ في هوية و أهلية الأطراف الموجودين على وسائل الاثبات و كذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الاشهار؛ و سيحدد مرسوم كفاءات تطبيق هذه المادة**"؛ فقد أوكل المشرع من خلال هذه المادة المحافظ العقاري مهمة التحقق من شكل العقود و هوية الأطراف و مراقبة القواعد الخاصة بالعقارات، حتى لا تشهر إلا الحقوق المشروعة فعلا .

1- مراقبة شكل العقود و الوثائق المودعة للشهر

كلف المشرع المحافظ العقاري القيام بإجراءات تستهدف فحص شكل و محتوى العقد، للتأكد من مدى احترام أحد القواعد الجوهرية في سير عملية الشهر العقاري، و هي قاعدة الرسمية ، فالمشرع اشترط انطلاقا من المادة 61 من المرسوم 63/76 في جميع العقود و الوثائق المودعة للشهر أن يتم تحريرها في الشكل الرسمي ، و ما على المحافظ العقاري إلا التأكد من حقيقة رسميتها من خلال البحث عن مدى توفر شروط صحتها ؛ أي التأكد أن السند:

(1)- بوشنافة جمال، (المرجع السابق)، ص 34 .

- محرر من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة؛
 - محرر في حدود سلطته و اختصاصه؛
 - مراعاة الأشكال و البيانات المطلوبة قانونا في تحريره؛ خصوصا التأكد من أن الوثيقة محررة باللغة العربية⁽¹⁾.
- اضافة لقاعدة الرسمية، ينبغي على المحافظ العقاري التأكد من أن الوثيقة محل الشهر لها أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية، تثبت حق المتصرف الأخير في العقار للحيلولة دون وقوع تصرفات مزدوجة على ذات العقار .

2- التحقق من هوية الأطراف

أكد المشرع في المرسوم 63/76 من خلال المواد من 62 إلى 65 على ضرورة تعيين هوية الأطراف تعيينا دقيقا في العقد و في جميع الوثائق المودعة للشهر، مع ضرورة التصديق عليها من طرف الأشخاص المؤهلين لذلك ؛

و تختلف البيانات المتعلقة بتعيين هوية الأطراف بحسب ما إذا كان الأطراف، أشخاص طبيعيين أو معنويين؛ فبالنسبة للأشخاص الطبيعيين يجب أن تحتوي الوثائق المودعة للشهر لزوما على: ألقاب و أسماء الأطراف، تاريخ و مكان ولادتهم، الجنسية، الموطن، المهنة، وعند الاقتضاء أسماء زوجاتهم، و كذا جميع البيانات التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف أي أهليتهم المدنية، و فيما يخص الشهادات التوثيقية المعدّة بعد الوفاة، يجب الإشارة إلى الحالة المدنية و التصديق عليها بالنسبة للمتوفي و بالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم؛

أما بالنسبة للأشخاص المعنويين، فتختلف هذه البيانات حسب الشكل و الطبيعة القانونية للشخص المعنوي، و هي كالتالي:

- بالنسبة للشركات المدنية: تسميتها، شكلها القانوني و مقرها.
- بالنسبة للشركات التجارية: تسميتها، شكلها القانوني، مقرها و رقم تسجيلها في السجل التجاري.
- بالنسبة للجمعيات: تسميتها، مقرها، تاريخ و مكان تصريحها.
- بالنسبة لل نقابات: تسميتها، مقرها، تاريخ و مكان ايداع قوانينها الأساسية.

و فيما يتعلق بالتصديق على هوية الأطراف، فهو بمثابة ضمان على صحة كل عنصر من عناصر هوية الأطراف أصحاب الحقوق لتلافي كل العيوب المحتملة في هذا الجانب⁽²⁾، و نظرا لأهمية التصديق، فإن المشرع قد وّكل أشخاصا محددين للقيام بهذه المهمة و هم: الموثقون، كتاب الضبط، قضاة النيابة العامة، الوزراء و الولاة رؤساء المجالس الشعبية البلدية بالنسبة للعقود التي يتسلمونها من أجل التسجيلات التي يطلبونها و جميع العقود المتعلقة بها، مدير الوكالة القضائية للخرينة، موظفو مديريات الولايات للمصالح المالية الذين لهم درجة مفتش رئيسي، و أخيرا محاسبو الخزينة و جميع المحاسبين العموميين.

(1)- راجع في هذا الصدد- المبحث الأول من الفصل الأول لهذه المذكرة .

(2)- بوشناق جمال، (المرجع السابق)، ص 166 .

و يتم التصديق على هوية الأطراف بمجرد تقديم مستخرج من شهادة الميلاد، قائمة الصلاحية، و كل وثيقة رسمية تثبت الجنسية حسب نص المادة 3/62 من المرسوم 63/76، أما في حالة ما إذا كان الأطراف أشخاص معنويين، فإن التصديق يتم بتقديم ما يلي/

- إذا كان الشخص الاعتباري مقره في الجزائر، تقدم صورة رسمية أو نسخة مراجعة لكل عقد يثبت التسمية و الشكل القانوني و المقر الحالي للشخص المعنوي؛

- أما إذا كان الشخص الاعتباري مقره في الخارج، فتقدم نفس الوثائق مرفقة بترجمة إلى اللغة العربية، و مصادق عليها إذا كانت محررة بلغة أجنبية.

و يحقق المحافظ العقاري في هوية الأطراف بمجرد الاطلاع على البطاقة التي بموجبها تم التصديق عليها، و تقدم هذه البطاقة في آن واحد مع الوثيقة التي يجب اشهارها طبقا للمادة 102 من المرسوم 63/76، أما إذا تعلق الأمر بالتصديق على الشرط الشخصي، فيحقق فيه المحافظ العقاري بمجرد الاطلاع على الوثائق المبيّنة في المادة 103 من نفس المرسوم .

3- مراقبة القواعد الخاصة بالعقارات

يعتمد نظام الشهر العيني على العقار أساسا لشهر التصرفات العقارية، لهذا بات من الضروري تبني طرق صارمة و واضحة في تعيين العقارات ، و قد نص المشرع في المرسوم 63/76 من خلال المواد من 66 إلى 71 على جميع البيانات و المعلومات التي يجب ذكرها في الوثائق المودعة للشهر و التي تسمح بتعيين العقار تعيينا دقيقا نافيا للجهالة فيه يسهل من عملية الاشهار في البطاقات العقارية.

فمن خلال المادة 66 من المرسوم 63/76، وضع المشرع عناصر أساسية لتعيين العقار تسمح بتمييزه عن غيره من العقارات، و تتمثل هذه العناصر في: تحديد نوع العقار (عارية، مبنية، فلاحية...)، البلدية التي يقع فيها، قسم مخطط المسح، رقم مخطط مسح الأراضي، المكان المذكور(المكان الذي يطلق عليه السكان عادة تسمية خاصة)، سعة المسح.

و قد أورد المشرع أحكاما انتقالية، بيّن فيها كيفية تعيين العقارات غير المسوحة في الوثائق المودعة للشهر، فطبقا للمادة 114 من نفس المرسوم، عندما يتعلق الأمر بعقار ريفي فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب أن يبيّن فيه: نوع العقار، موقعه، محتوياته ، أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي و المحافظة العقارية و في حالة عدم وجوده، أسماء المالكين المجاورين ، أما العقار الحضري فينصب التعيين في: تحديد اسم البلدية، الشارع ، الرقم، طبيعة العقار و مساحته .

و بالنسبة للعقارات المبنية على سبيل الملكية المشتركة، فإن تعيينها يكون بذكر المعلومات العامة المتعلقة باسم البلدية، الشارع، الرقم، المساحة، تضاف إليها المعلومات الخاصة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم المتضمن في المحرر الرسمي نفسه، أو الملحق به، و الذي يحتوي على الأعمدة التالية: رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام، العمارة، الدرج، الطابق، نوع قطعة الأرض، الحصة في ملكية الأرض.

و في الأخير، بعد أن يتفحص المحافظ العقاري الوثائق المودعة للشهر، و يدقق في بياناتها، فإذا تبين له عدم مراعاة الشروط القانونية المتعلقة بقاعدتي الرسمية و الشهر المسبق أو تعيين العقارات و الأطراف، فله أن

يرفض الايداع أو الإجراء، و أعطاه المشرع في ذلك سلطة واسعة، و هذا ما تؤكدته المادتان 100 و 101 من المرسوم 63/76 .

و في المقابل مكن المشرع كل شخص تضرر من قرارات و أخطاء المحافظ العقاري، الحق في طلب ابطالها عن طريق القضاء^(*) طبقا للمادة 24 من الأمر 74/75، اضافة إلى كونه رتب مسؤولية الدولة عن الأخطاء التي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه طبقا للمادة 23 من الأمر 74/75، فيكون للمضرور الحق في الحصول على التعويض، عما لحقه من ضرر بسبب ضياع حقوقه بالشهر، بما أن لهذا الأخير أثرا تطهيريا .

أما بالنسبة لمبدأ القيد المطلق، فيظهر تبني المشرع له من خلال الأمر 74/75، و على وجه التخصيص في المادتين 15 و 16 منه، حيث تنص المادة 15: " كل حق ملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"؛

أما المادة 16 فتتص: " إن العقود الارادية و الاتفاقات التي ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" .

يتجلى من استقراء مضمون هاتين المادتين، أن المشرع لم يعترف إلا بالشهر وحده كسبب ناقل أو منشئ أو معدّل للملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى، فلا يكفي اثبات التصرف مهما كان صحيحا للدعاء بالملكية، دون أن يعني هذا بأن الشهر هو ركن في العقد، لأن التصرف يبقى صحيحا ، قائما و منتجا لأثاره فيما بين المتعاقدين ما عدا الأثر العيني و لو لم يحصل شهره .

إن الأثر المنشئ للشهر تؤكد أيضا عدد من نصوص القانون المدني، فبالرجوع إلى أحكامه، نلاحظ أن المشرع قد أيد الأخذ بالأثر المنشئ للشهر أيا كان السبب القانوني لكسب الملكية؛

- فإذا كان عقدا، فإن هذا الأخير لا يرتب الأثر العيني المتمثل في انتقال الملكية إلا بعد شهره في السجل العقاري، الأمر الذي تؤكدته المادتين 165 و 793 من القانون المدني؛

- أما إذا كان شفعة، فإن الحكم القضائي النهائي المثبت للشفعة لا يكون له أثر و لا تنتقل الملكية إلى الشفيع إلا بعد الشهر طبقا للمادة 803 من القانون المدني؛

لكن عندما يتعلق الأمر بالميراث و الوصية، فإن الشهر لا يلعب دوره المنشئ ، لأن الملكية تنتقل بحكم القانون بمجرد الوفاة، و ما تحرير الشهادة التوثيقية إلا لإثبات واقعة انتقال الملكية إلى الورثة، فهي ضرورية حتى يتمكن الوارث من التصرف في الحق العيني العقاري للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية .

(*)- تبني مجلس الدولة موقفا مخالفا للمادة 24 من الأمر 74/75، عندما صرح بعدم امكانية المنازعة في اجراءات شهر عقد توثيقي، بحجة أن هذا الأخير مازال قائما، و لم يطعن في صحته؛ قرار رقم 8207 ، مؤرخ في 2002/12/17 ، مجلة مجلس الدولة، عدد 3، 2003، ص 105 .

الفرع الثاني- استثناءات الأثر التطهيري للشهر

لم يأخذ المشرع الجزائري بمبدأ الأثر التطهيري للشهر على إطلاقه، وإنما جعل لــــه استثناءات على غرار كثير من التشريعات حتى تلك الرائدة في الأخذ بنظام السجل العيني، هذه الاستثناءات منها ما يمس الإجراء الأول للإشهار الذي ينشأ به السجل العقاري، ومنها ما يخص الإشهارات اللاحقة لتأسيس السجل العقاري.

أولاً: الاستثناءات المصاحبة للإجراء الأول للإشهار في السجل العقاري

يتم الإجراء الأول للإشهار بعد استكمال جميع المراحل التي يمرّ بها تأسيس السجل العقاري، انطلاقاً من أشغال المسح المتمثلة في وضع الحدود و إجراء التحقيق الميداني ، انتهاء بإنشاء البطاقات العقارية و إجراء الترقيم النهائي للحقوق المتعلقة بالعقارات ؛ و يجري المحافظ العقاري عملية الترقيم النهائي ، إما مباشرة بعد تسلمه لوثائق المسح عندما تكون ملكية العقار ثابتة بسند قانوني لا يدع أي مجال للشك فيه، أو بعد فوات آجال الترقيم المؤقت – أربعة أشهر أو سنتين حسب الحالة- عند غياب السند القانوني المثبت للملكية .

و بالتالي فإن الإجراء الأول للإشهار، يرتبط ارتباطاً وثيقاً باتمام عملية الترقيم النهائي في السجل العقاري، و يوازيه تسليم الدفتر العقاري إلى من له حق ملكية على العقار محل الترقيم ، تنسخ فيه البيانات الموجودة في البطاقة العقارية.

و قد كان المشرع قبل تعديل المرسوم 63/76 يأخذ بالأثر المطهر للإجراء الأول للإشهار⁽¹⁾ الذي نشأ بمقتضاه السجل العقاري و سلّم لأول مرّة الدفتر العقاري، حيث أعطى مهلة أربعة (04) أشهر من نشر محضر تسلم وثائق المسح الذي يعده المحافظ العقاري من أجل تقديم الاعتراضات ، و بعد انقضاء هذه المهلة، و الفصل في جميع الاحتجاجات المحتملة سواء ودياً -بوساطة المحافظ العقاري- أو قضائياً، فإن التسجيل الأول يصبح مطهراً لجميع العيوب المحتملة التي قد تلحق التصرف الذي بني عليه، فلم ينصّ المشرع على امكانية المنازعة في الإجراء الأول، ليكتسب بذلك السجل العقاري قوة ثبوتية مطلقة.

لكن بعد تعديل المرسوم 63/76 بمقتضى المرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في 19/05/1993 ، تراجع المشرع عن منحاه عندما أقرّ في المادة 16 من هذا المرسوم امكانية المنازعة في الترقيم النهائي أمام القضاء، دون أن يحدد أجلاً لذلك، حيث نصّت المادة 1/16 : " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12 و 13 و 14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء" .

إن هذه المادة التي استحدثها المشرع بمقتضى هذا التعديل، جاءت باستثناء عن قاعدة الأثر المطهر للشهر، و جعلت القوة الثبوتية للدفتر العقاري نسبية عندما أجازت إعادة النظر في الحقوق المقيدة فيه من طرف المالك الغائب الذي لم يحضر عمليات المسح، و لم يقمّ اعتراضه في المواعيد المحددة لذلك، و الذي قد يظهر بعد مرور مدة طويلة قبل انقضاء آجال التقادم المكسب للمنازعة في القيد.

(1)- أمين بركات سعود، (المرجع السابق)، ص 58 .

و القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تكرر مضمون المادة 16 المشار إليها أعلاه عديدة، نذكر كمثال عنها: القرار الصادر بتاريخ 2005/05/23 ، تحت رقم 282811 ، جاء فيه: " لا يجوز إعادة النظر و المنازعة في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات المجرسد في الدفتر العقاري الإقضائيا"⁽¹⁾.

و قد تعرض هذا الموقف الذي اتخذه المشرع الجزائري للنقد، بما أن الحدّ من الأثر التطهيري للشهر سيؤدي إلى الاخلال بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر الذي يميّز نظام الشهر العيني⁽²⁾، و يجعل للدفتر العقاري قوة ثبوتية نسبية، بما لا يحقق الأهداف المرجوة من الأخذ بنظام السجل العيني و المتمثلة أساسا في دعم الائتمان العقاري و تسهيل تداول العقارات و بث الثقة و فرض الاستقرار في المعاملات ؛ كما أن فتح باب المنازعة في الترقيم النهائي سيؤدي حتما إلى تراكم المنازعات لدى الجهات القضائية التي ستعرف و ابلا من القضايا الشائكة، الأمر الذي ينبئ عن ظهور فوضى موازية للفوضى التي تعرفها الساحة العقارية ، لتذهب جهود الدولة و المصاريف الباهضة⁽³⁾ التي صرفتها في مهبّ الريح .

إن هذه الأفكار التي قد تخطر في ذهننا لأول وهلة تزول إذا علمنا أن المشرع عندما أجاز المنازعة في الترقيم النهائي للعقارات، لم يقض كليا على الوظيفة التطهيرية للشهر ، لأن الأعمال الحقيقي و الجوهري للأثر المطهر للشهر يكون عند قيام صاحب الحق المشهر بالتصرف في العقار إلى الغير و شهر هذا التصرف في السجل العقاري، فعندئذ لا يكون باستطاعة أي شخص المطالبة باستحقاق العقار و إعادة ترقيمه باسمه حتى و لو ثبت فعلا أنه هو المالك الحقيقي ، ليصبح الترقيم النهائي غير قابل للمنازعة فيه، و لا يبقى أمام المالك الذي أهدرت حقوقه إلا المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه، سواء من الحائز سيء النية أو من المحافظ العقاري إن كان هو المسؤول عن اهدار حقه، و له الاستناد على نص المادة 23 من الأمر 74/75 التي تنص على مسؤولية الدولة في التعويض عن الأضرار الناتجة عن أخطاء المحافظ العقاري التي يرتكبها أثناء ممارسته مهامه ، على أن ترفع هذه الدعوى في أجل عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر و إلا سقطت ، و في جميع الأحوال تتقادم الدعوى بمرور 15 سنة من ارتكاب الخطأ .

كما أن المشرع الجزائري لم يعلّق تطبيق مبدأ الأثر التطهيري للشهر على حسن نية الغير ، على خلاف كثير من التشريعات التي أخذت بنظام السجل العيني كالتشريع الألماني و السويسري و اللبناني و التونسي و المغربي⁽⁴⁾، و التي تشترط للأخذ بمبدأ مشروعية الشهر في السجل العقاري أن يكون الغير المتصرف إليه حسن النية، أي غير عالم بسبب بطلان التصرف الذي أجراه السلف و الذي تحصل على الدفتر العقاري عن غير وجه حق .

(1)- مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2005، ص 233 .

(2)- بوشنافة جمال، (المرجع السابق) ، ص 138 .

(3)- خلفوني مجيد، "الدفتر العقاري"، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر ، الجزء الثامن، 2003 ، ص 16 .

(4)- أمين بركات سعود ، (المرجع السابق)، ص 44، 45 .

و يعرف التطبيق القضائي لنص المادة 16 سيلا من التساؤلات ، خاصة أن النزاع الذي يرفع بشأن الترقيم النهائي للعقارات، حديث و جديد على القضاء الجزائري مع قروب انتهاء أشغال المسح العام للأراضي و تسلّم العديد من الملاك لدفاتر عقارية؛ و الظاهر أن مهمة القضاء ستكون صعبة ، خاصة أن الأمر يتعلق بتطبيق نصوص قانونية قديمة، يطبعها العموم و يكتنفها الغموض، كما أن صياغتها في كثير من الأحيان ركيكة ، و هو ما يتطلب ضرورة عقد أيام دراسية للقضاة من أجل تكوين قراءة موحدة لهذه النصوص، و تجنب ما قد يصدر من الجهات القضائية من أحكام متناقضة، تززع ثقة المواطنين بجهاز العدالة، و تزيد في تعقيد الوضعية العقارية و تأزمها .

و أكثر هذه التساؤلات التي تطرح بشأن المنازعة في الترقيم النهائي تدور حول: طبيعة النزاع- هل هو اداري أم عادي- و الجهة القضائية المختصة للفصل فيه والشروط و المواعيد التي تميّز رفع هذا النوع من الدعاوى، و أسئلة أخرى كثيرة لم يتيسّر لنا الوصول إلى اجابات يقينية حولها، لكن هذا لم يمنعنا من محاولة الاجابة عنها، بما يتوفر لدينا من دراية بسيطة ببعض تطبيقات الجهات القضائية .

و أول ما لاحظناه على صعيد التطبيق القضائي، الخلط الشائع بين دعوى ابطال الترقيم النهائي التي تستند على المادة 16 من الأمر 74/75 و دعوى إلغاء الدفتر العقاري التي ليس لها نصّ خاص يجيزها؛ و الحقيقة أن هذا الخلط له ما يبرره، إذ أن سببه راجع للعلاقة الموجودة بين الترقيم النهائي و الدفتر العقاري، ذلك لأن كل ترقيم نهائي يتبعه تسليم للدفتر العقاري إلى المالك، فيتهيأ للمدعي بأحقّيته للعقار محل الترقيم، أن الدعوى التي يجب أن يرفعها في سبيل استرجاع حقه هي دعوى إلغاء الدفتر العقاري .

لكن في اعتقادنا، المنازعة في الترقيم النهائي لا تستوجب رفع دعوى لإلغاء الدفتر العقاري، لأن هذا الأخير ما هو إلا نسخة عن البطاقة العقارية الموافقة له، التي أجرى المحافظ العقاري ترقيمه النهائي للعقار فيها، و أي تحيين لها يتبعه اعادة ضبط للدفتر العقاري ، و إن استلزم الأمر اتلافه^(*) و اعداد دفتر عقاري جديد، في حالة انشاء بطاقة عقارية جديدة، فلا حاجة للمطالبة بإلغاء الدفتر العقاري، لأن دعاوى الإلغاء تخص القرارات الإدارية، و نحن نؤيد الرأي⁽¹⁾ الذي يقول بأن الدفتر العقاري ليس بقرار اداري بل هو مجرد شهادة ادارية تنسخ فيها البيانات المدونة في البطاقة العقارية ، فلا تنطبق عليه عناصر القرار الإداري، فهو لا يرتب أثرا قانونيا لأنه دوره كاشف للمراكز القانونية و ليس منشئ ، بما أن المراكز القانونية قد تحددت بمجرد الترقيم النهائي .

و حتى عند وقوع أخطاء في تعيين الحدود بدقة أو في كتابة الأسماء، فهذا لا يستلزم رفع دعوى لإلغاء الدفتر العقاري، بما أن المشرع قد وضع حولا لهذه المسألة في المادة 33 من المرسوم 63/76، فيمكن تصحيح هذه الأخطاء إما بمبادرة المحافظ العقاري أو بطلب من حائز الدفتر العقاري، و لا يقوم المحافظ

(*)- لو كان الدفتر العقاري قرارا اداريا لما أمكن الكلام عن اتلافه و إنما عن سحبه أو إلغائه؛ انظر- المادة 49 من المرسوم 63/76.

(1)- كناية محمد، "النظام القانوني للدفتر العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة المحاماة، الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين، باتنة، العدد الثالث، 2007، ص 56 .

العقاري بهذا التصحيح إلا بعد ايداع الدفتر العقاري عنده، أما إذا رفض القيام بالتصحيح ، يبلّغ قراره إلى المالك بموجب رسالة موسى عليها مع طلب اشعار بالاستلام في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ ايداع الطلب طبقا للمادة 51 من نفس المرسوم ، و في هذه الحالة لا يكون أمام المالك إلا رفع دعوى لإلغاء قرار المحافظ العقاري، ويمكنه الاستعانة بالمواد 978-986 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لإلزامه بالتصحيح تحت غرامة تهديدية في حالة رفض التنفيذ .

لكن رغم هذا يبقى الاشكال مطروح بالنسبة لطبيعة النزاع، فعندما نكون بصدد المنازعة في الترقيم النهائي، هل نرفع الدعوى أمام جهات القضاء العادي أم الإداري ؟ و ما هي الجهة القضائية المختصة؟ و هل هذه الدعوى مقيدة بمواعيد معينة؟ .

من المعلوم، أن طبيعة النزاع تتحدد بالمعيار العضوي الذي تبناه المشرع في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، فيكون النزاع اداريا عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو أحد المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيه؛

و عليه، إذا اعتبرنا أن الترقيم النهائي هو مقرر إداري^(*) صادر عن المحافظ العقاري، فإن النزاع في هذه الحالة هو نزاع اداري، بما أن المحافظ العقاري يمثل سلطة الوالي على مستوى الولاية⁽¹⁾ ، و يعتبر القرار الصادر عنه قرارا ولائيا، و ترفع الدعوى في هذه الحالة ضد مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية ممثلة في مديرها⁽²⁾ ، أمام المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه طبقا للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي أحالت إليها المادة 803 من نفس القانون^(*) .

و بما أن الأمر يتعلق بدعوى إلغاء مقرر إداري، فينبغي التقيد بمواعيد رفع هذه الدعوى المنصوص عليها في المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و هي أربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي، و طالما أن مقرر الترقيم لا يبلّغ إلا للمعني به، فإن مواعيد رفع هذه الدعوى تبقى مفتوحة بالنسبة للغير .

(*)- كما هو عليه الحال بالنسبة لمقرر الترقيم الذي يصدره مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي تطبيقا للمادة 15 من القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس اجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري؛ (المرجع السابق) .

(1)- انظر- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر، (المرجع السابق) ، ص 52 .

(2)- و ليس ضد المحافظة العقارية لأن هذه الأخيرة ليس لها حق التقاضي، الذي أعطي لمديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية، و هذا ما يؤكد:

- المرسوم التنفيذي 65/91 المؤرخ في 02/03/1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لإدارة أملاك الدولة و الحفظ العقاري، في مادته 3/10 .

- القرار المؤرخ في 20/02/1999 الذي يؤهل أعوان ادارة أملاك الدولة و الحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة .

(*)- ألغى المشرع بمقتضى هذا القانون الاختصاص الجهوي للغرف الإدارية المختصة بالفصل في دعاوى الإلغاء المرفوعة ضد القرارات الولائية، و بالتالي لم يعد هناك من داع للخلاف .

أما إذا اعتبرنا المنازعة في الترتيم النهائي مماثل لحالة المنازعة في الترتيم المؤقت، إذ ترفع الدعوى ضد المالك(*) الذي رُقّم العقار باسمه، فإن النزاع يعود لاختصاص القضاء العادي، طبقاً للمادة 516 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و ترفع الدعوى أمام القسم العقاري للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها العقار محل النزاع تطبيقاً للمادتين 40 و 518 من نفس القانون.

و لم ينص المشرع على أجل مسقط لرفع الدعوى، ليبقى الأجل مفتوحاً أمام كل شخص انتهك حقه نتيجة الترتيم النهائي، للمطالبة قضائياً بإعادة النظر في البيانات التي تحدد الوضعية القانونية أو المادية للعقار، و يبقى حقه في ذلك قائماً مدة اكتساب المالك -المقيد اسمه في السجل العقاري- للعقار محل الترتيم بالتقادم المكسب أي 15 سنة، على خلاف ما هو عليه الحال بالنسبة للترتيم المؤقت، حيث أعطى المشرع للمعترض أجل سنة (06) أشهر من تبليغه بمحضر عدم المصالحة، لرفع دعوى قضائية أمام الجهة القضائية المختصة طبقاً للمادة 15 من المرسوم 63/76.

و يظهر في أول وهلة، وجود تعارض بين المادتين 15 و 16 من المرسوم 63/76، لكن هذه النظرة تزول، إذا علمنا أن وضعية العقار في حالة الترتيم المؤقت-خلافاً للترتيم النهائي- تبقى مغلقة، فالاعتراض يحول دون إجراء الترتيم النهائي، الأمر الذي يلحق ضرراً بالمالك و يقيدده عن التصرف في عقاره، لهذا كان لابد من حماية هذا الأخير من احتمال تعسف المعترض بفرض جدية المعارضة⁽¹⁾ عن طريق وضع آجال محددة لرفع الدعوى تحت طائلة سقوطها .

و نفصل -من وجهة نظرنا- أن يرفع النزاع عند الترتيم النهائي ضد المحافظ العقاري (مديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية)، و الوكالة المحلية لمسح الأراضي، حتى يصدر الحكم مخاطباً لهما، الأمر الذي يضمن تنفيذه خصوصاً بعد تفعيل المشرع لدور القاضي الإداري من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، في الباب السادس من الكتاب الرابع المعنون " في تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية" ، و بمقتضاه أضحى يسوغ للقاضي الإداري إصدار أوامر للإدارة عندما يستلزم الحكم اتخاذ تدابير تنفيذ معينة، بل و الأكثر من هذا يمكن تسليط غرامة تهديدية عليها، بعدما كان سائداً لفترة طويلة من الزمن بعدم جواز تسليطها على الإدارة .

هذا و قد اشترط المرسوم 63/76 في مادته 85، شهر العريضة الافتتاحية للدعوى في البطاقة العقارية المخصصة للعقار المتنازع فيه، للحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور حكم لصالحه، حتى لا تضيق حقوقه في حالة تصرف المدعي عليه في العقار محل النزاع إلى الغير الذي يكون قد اعتمد على بيانات السجل العقاري عند إقدامه على التعامل؛ لهذا بقيدته للدعوى يكون قد حصّن نفسه من تطبيق المادة 86 من نفس المرسوم عليه، لأن الغير في هذه الحالة على أتم العلم بوضعية العقار.

(*)- إذا كان من الخواص، و أمام القضاء الإداري إذا كان من الأشخاص المعنوية العامة تكريساً للمعيار العضوي.

(1)- محمدي فريدة، "التقادم المكسب و نظام السجل العيني"، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004، ص 121.

و قد عرف القضاء اختلافا في تطبيق المادة 85 أعلاه، فهناك قرارات اعتبرت شهر عريضة الدعوى العقارية كشرط لقبول الدعوى ، و قرارات أخرى لم تعتبرها كذلك⁽¹⁾، و نتيجة هذا الخلاف تطرق قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إلى هذه النقطة في المادة 3/17 منه، إذ جعل من اشهر عريضة الدعوى لدى المحافظة العقارية عندما تتعلق بعقار أو بحق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون كشرط لقبول الدعوى شكلا.

و يفصل القضاة في النزاع تبعا لموضوعه ، فالنزاع إما أن ينصب على البيانات القانونية، و في هذه الحالة يطالب المدعي بملكيته للعقار محل الترقيم، أو أنه شريك مع المدعى عليه في الشيوع، و هو ما يتطلب إعادة ضبط بطاقة التحقيق المشمولة مع وثائق المسح، و كذا إعادة ضبط البطاقة العقارية و الدفتر العقاري ؛ و إما أن ينصب على البيانات التي تحدد الوضعية المادية للعقار، كالمنازعة في الحدود ، و هو ما يتطلب إعادة ضبط المخططات المسحية ؛

و في جميع الأحوال، يقوم قضاة الموضوع بإجراء تحقيق أو تعيين خبير إذا تعلق الأمر بمسألة فنية من أجل دراسة الوثائق المقدمة من المدعي ، و كذا الوثائق المقدمة من المدعى عليه و المعتمدة في ضبط الحدود المادية للعقار، و ترقيمه باسمه ليفصلوا في القوة الثبوتية لهذه السندات و عند الاقتضاء البحث عن الحيازة الأحق بالترتيب .

ثانيا: الاستثناءات المصاحبة للإشهارات اللاحقة على تأسيس السجل العقاري

الأصل في الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني برمته، أنها تجعل للشهر أثرا مطهرا للعيوب التي قد تنال من التصرف الذي بني عليه، و في ذلك من دون شك تدعيم للقوة الثبوتية المطلقة المعطاة للشهر ، الأمر الذي يجعل من الدفتر العقاري قرينة قاطعة في اثبات الملكية لا تقبل اثبات عكسها، و لا يسوغ لأي كان أن يدعي خلاف الثابت فيه .

غير أن كثيرا من الدول حتى تلك الرائدة في الأخذ بنظام السجل العيني، تذهب إلى عدم الاعتداد بالقوة الثبوتية المطلقة للشهر عن طريق الحد من الأثر التطهيري للشهر و جعله نسبيا، سعيا وراء تحقيق العدالة بالبحث عن مصلحة المتصرف - كأن يكون رضاه معيبا و هو يقدم على التصرف في عقاره- فالأخذ بالأثر المطهر للشهر يهدر حق هذا الأخير و يقعه عن استرداد عقاره، بل أن بعض الدول تصل حتى إلى اشتراط حسن النية في الغير لتطبيق مبدأ الأثر المطهر للشهر⁽²⁾ .

و قد سار المشرع الجزائري في نفس الدرب الذي سلكته تلك الدول ، فأجاز في المادة 85 من المرسوم 63/76 الطعن في الحقوق المشهورة، حيث تنص هذه المادة: " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو ابطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم اشهارها مسبقا طبقا للمادة 4-14 من الأمر 74/75 ... " .

(1)- انظر - زروقي ليلي و حمدي باشا عمر ، (المرجع السابق)، ص 234 و ما يليها .

(2)- أمين بركات سعود، (المرجع السابق)، ص 44 .

و قد صدر عن المحكمة العليا و مجلس الدولة العديد من القرارات التي تكرر مضمون هذه المادة ، من هذه القرارات:

- قرار رقم 108200 ، مؤرخ في 16/03/1994 جاء فيه: " اشهار الحقوق بعد الحصول على الدفتر العقاري؛ لا يجوز فسخ تلك الحقوق أو ابطالها إلا عن طريق المعارضة بدعوى قضائية مقبولة ، و من المقرر أن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو ابطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم اشهارها"⁽¹⁾.

- قرار رقم 6426 ، مؤرخ في 08/04/2002 جاء فيه: " ... و لكن من المسلمات القانونية ، أن شهر العقد لا يحول دون فسخه إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها، و من ثم فإن التذرع بأن العقد مشهور و هو بهذه الصفة محصن و لا يمكن الطعن فيه فهو قول مخالف للقانون مادام البائع باع مالا ليس مالكا له"⁽²⁾.

و بناء على ما سبق، نخلص إلى أن الاشهارات اللاحقة لتأسيس السجل العقاري لا تطهر التصرفات التي بنيت عليها، فتظل هذه التصرفات معيبة إذا كانت كذلك قبل شهرها ، و يمكن المنازعة في صحتها من أجل ابطالها و الحصول على حكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، يتم شهره في السجل العقاري لإبطال الشهر السابق.

و في هذا السياق، هناك من انتقد الاستثناء الذي تبناه المشرع في المادة 85 المشار إليها أعلاه، و يرى بضرورة إلغاء هذه المادة، لتعارضها الصارخ مع المادة 23 من الأمر 74/75، التي تفقد مبرر وجودها في حالة عدم الأخذ بالأثر المطهر للشهر⁽³⁾ ، طالما أن هذه المادة تكرر مبدأ المشروعية الذي بموجبه يتحرى المحافظ العقاري جيدا في التصرف قبل أن يقدم على شهره، مما يقلل من امكانية وقوعه في الخطأ ، و حتى و إن أخطأ، يبقى للمضروور الحق في المطالبة بالتعويض من الدولة التي تتحمل مسؤولية أخطاء المحافظ العقاري.

لكننا نرى بأن مبرر وجود المادة 23 من الأمر 74/75 يبقى قائما، طالما أن المشرع احتفظ في المادة 86 من المرسوم 63/76 بالأثر التطهيري للشهر، حيث تنص الفقرة الأولى من هذه المادة: " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو ابطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيلا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم اشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض ، بحكم القانون، تطبيقا للقانون" .

يستشف من هذه المادة، أن الأثر التطهيري للشهر يتم اعماله ، إذا قام من آل إليه التصرف المعيب بنقل ملكية العقار إلى الغير، فلا يمكن الاحتجاج على هذا الأخير ببطلان سند السلف، و لو كان عالما بالعيب الذي ينال منه و يجعله باطلا (سيء النية)، و مشروعية الشهر تبقى مفترضة افتراضا لا يقبل اثبات العكس، فكل من يكتسب حقا عينيا عقاريا مستندا على بيانات السجل العقاري، يبقى له هذا الحق المكتسب حتى و لو أبطل سند السلف .

(1)- المجلة القضائية، عدد 2، 1995 ، ص 80 .

(2)- مجلة مجلس الدولة ، عدد 2، 2002 ، ص 202 .

(3)- بوشنافة جمال، (المرجع السابق)، ص 55.

إن هذا الحكم الذي أتى به المشرع، هو حكم منطقي بالنظر لأهداف نظام الشهر العيني المتمثلة في دعم الائتمان العقاري و تحقيق الاستقرار في المعاملات، و الأثر المطهر للشهر هو من ضرورات تجسيد هذه الأهداف ، التي لا تعرف لها مبررا للوجود ، ما لم يتم التصرف في الحق المشهر للغير؛ و بالتالي فلا حاجة لتطبيق مبدأ الأثر التطهيري للشهر في علاقة صاحب الحق المشهر مع المتصرف، لأن أعماله في هذه الحالة يؤدي إلى التضحية بالحقوق الأصلية و الانحراف عن قواعد العدالة⁽¹⁾ التي تقضي بإرجاع الحقوق لأصحابها.

نخلص في الأخير، إلى أن المشرع عندما قام بالحد من الأثر التطهيري للشهر، سواء عند الإجراء الأول للإشهار الذي أنشأ به السجل العقاري و سلم الدفتري العقاري لأول مرة أو عند الإشهارات اللاحقة لتأسيس السجل العقاري، فإنه لم ينقص من القوة الثبوتية المطلقة للدفتري العقاري بوصفه سنداً للملكية، لأن مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر تقررت لحماية الغير⁽²⁾ الذي اعتمد على بيانات السجل العقاري، و بنى عليها اطمئنانه عندما أقدم على التعامل، و ليس صاحب الحق الظاهر الذي اغتصب حقوق المالك الحقيقي عندما ادعى ملكيته للأرض عن غير وجه حق، عند إجراء المسح و تأسيس السجل العقاري، أو المتصرف الذي أبرم عقداً معيباً مع صاحب الحق الأصلي.

و بالتالي إذا قام نزاع حول ملكية أرض مسوحة ، فإن الشخص الذي يحوز على الدفتري العقاري يعتبر هو المالك الحقيقي للأرض، لأن الشهر يعطي للدفتري العقاري ذاتية و حجية مطلقة في الإثبات في مواجهة الكافة، و يظل محتفظاً بهذه القوة إلى أن يرد اشهار جديد بتصرف جديد، و في هذه الحالة يعاد ضبط الدفتري العقاري ليسلم إلى المالك الأخير، أو برفع دعوى ضد التصرف المشهر لاستصدار حكم ببطلانه أو فسخه طبقاً للمادة 85 من المرسوم 76/63 و في هذه الحالة يدور النزاع حول مصدر الحق الذي هو العقد و ليس الحق ذاته، فلا حاجة لأن يكون للشهر حجية مطلقة، لأن النزاع لا يدور حول اثبات ملكية الأرض .

كما أن المشرع أكد على اعتبار الدفتري العقاري، السند الوحيد لإثبات الملكية في الأراضي المسوحة من خلال المادة 33 من المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، التي تنص: " إن الدفاتر العقارية الموضوعة على أساسا مجموعة البطاقات العقارية البلدية و مسح الأراضي المحدث ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد و الوحيد لإقامة البيئة في شأن الملكية العقارية" .

كما تنص المادة 19 من الأمر 74/75 : " تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري، في الدفتري الذي يشكل سند ملكية" .

و قد صدرت عدّة قرارات عن المحكمة العليا تؤكد فحوى هذه المواد و تؤكد القوة الثبوتية المطلقة للدفتري العقاري نذكر منها :

(1)- انظر - محمدي فريدة، " التقادم المكسب و نظام السجل العيني"، (المرجع السابق)، ص 125.

(2)- المرجع نفسه، ص 123.

- قرار رقم 197920 ، مؤرخ في 28/06/2000 جاء فيه: " الدفتر العقاري المحرر على أساس مجموعة البطاقات العقارية للبلدية و مسح الأراضي يشكّل المنطلق الوحيد لإقامة البينة في نشأة الملكية العقارية، و لما لم يعتبر قضاة المجلس في قضية الحال الدفتر العقاري المستظهر به سندا لإثبات الملكية يكونون قد خالفوا القانون" (1).

- قرار رقم 259635، 21/04/2004 جاء فيه:" و حيث أن ما ينهه الطاعن أيضا عن القرار موضوع الطعن، أن القضاة أخطئوا عندما اعتبروا الدفتر العقاري سندا للملكية، لكونه حرر بناء على تصريحات المطعون ضده و ليس على أساس عقد الملكية؛ لكن حيث أنه من الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك ، فبالرجوع إلى المرسوم 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن اعداد و مسح الأراضي العام، فإن المطعون ضده تحصل على الدفتر العقاري للقطعة الأرضية محل النزاع بعد التحقيق و بعد استكماله للإجراءات و الشكليات و الآجال المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر، مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية" (2).

- قرار رقم 282811، مؤرخ في 23/05/2005 جاء فيه: " ... حيث أنه بهذه الدعوى لتحديد المعالم المستندة إلى أسانيد قديمة للملكية و بالخصوص مخطط دوار برج منايل لـ 1896 التي تشير بصفة غير مباشرة إلى تعديل الحقوق العينية المكرسة في السجل العقاري، فإن قضاة الموضوع رفضوا عن صواب طلبه مادام أن وضعية شغل الأماكن كرسست بمنح كل واحد من المالكين في النزاع الحالي سجلا عقاريا الذي يشكل سند ملكية طبقا للمقتضيات السالفة الذكر ، و يكون عانقا لدعوى المدعي في الطعن، الذي كان عليه أن يرفع دعوى بهدف الاعتراض على حقوق ناتجة عن التسجيل النهائي المؤدي إلى تأسيس الدفتر العقاري و الذي يشكل إلى غاية تقديم الدلائل المعاكس السند الوحيد للملكية و الذي يجب أخذه بعين الاعتبار" (3).

- قرار رقم 367715، مؤرخ في 15/11/2006 جاء فيه: " ... حيث أن شهادة الترفيم المؤقت التي هي بحوزة الطاعن قدمها أثناء النزاع تعطي له صفة المالك الظاهر عملا بالمادتين 13 و 16 من المرسوم المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بالشهر و الدفتر العقاري، لكونها ستؤدي إلى الحصول على الدفتر العقاري الذي هو على رأس المستندات الرسمية في اثبات الملكية العقارية إذا لم يقع الطعن فيه" (4).

(1)- الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الأول، 2004، ص 171.

(2)- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010، ص 257 .

(3)- مجلة المحكمة العليا، عدد 1، 2005، ص 233 .

(4)- مجلة المحكمة العليا، عدد 2، 2006، ص 413.

المطلب الثاني- مدى الأخذ بالتقادم المكسب

إن الصورة المعطاة للدفتر العقاري بوصفه سنداً قاطعاً حاسماً في اثبات الملكية العقارية - اعتباراً لما للشهر من قوة ثبوتية مطلقة- ستتلاشى في حالة اعتبار التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية .

لهذا رأينا أنه من الأهمية بمكان، إيلاء عناية خاصة بهذا الجزء من البحث ، نظراً لكونه سينيرنا في تحديد قوة و مكانة الدفتر العقاري في اثبات الملكية العقارية.

الفرع الأول- جواز اعمال أحكام التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر

و هو الاتجاه الذي نستدل عليه بموقف كل من التشريع و القضاء الجزائري.

أولاً: غموض موقف المشرع الجزائري

يبدو من خلال تفحص المنظومة التشريعية العقارية، أن الإرادة التشريعية لم تتبن أي موقف حاسم في موضوع التملك بالتقادم المكسب على خلاف الثابت في السجل العقاري؛

ذلك لأن القانون المدني الصادر بمقتضى الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 "المعدل و المتمم"، الذي تشكل نصوصه القواعد العامة ، قد اعتبر التقادم المكسب من ضمن أسباب كسب الملكية في العقارات، و لم يفرق من خلال مواده بين العقارات من حيث توفرها أو عدم توفرها على سندات مشهورة، بل لم يفرق حتى بين العقارات المسوحة و غير المسوحة⁽¹⁾، فجاءت نصوصه عامة، مطلقة، من غير تخصيص .

و بعد صدور الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، كان من المفترض أن يحدد المشرع موقفه الصريح من هذه المسألة حتى يقطع الشك باليقين، غير أن المشرع تعاضى عن حلّ هذه المسألة ، الأمر الذي فتح باباً واسعاً لاجتهاد القضاء .

و طبقاً لقاعدة "العام يبقى على عمومته ما لم يرد نصّ خاص يقيد"، و في ظل انعدام مقتضى قانوني صريح يقيد من اعمال أحكام التقادم المكسب ، فلا مناص من تطبيق القواعد العامة التي لا تفرق بين العقارات المسوحة و غير المسوحة .

و ما يؤكد هذا الاتجاه، أن تشريعات الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني حظرت صراحة في قوانينها الداخلية تملك العقار بالتقادم، و من هذه التشريعات⁽²⁾ لدينا:

(1)- انظر - حمدي باشا عمر، "محررات شهر الحيازة"، (المرجع السابق)، ص 85.

(2)- انظر - بوشنافة جمال، (المرجع السابق)، هامش ص 57، 58 .

- التشريع التونسي من خلال المادة 307 من مجلة الحقوق العينية، التي تنص: " لا يسري مرور الزمن على الحق المرسم"؛

- التشريع المغربي من خلال الفصل 63 من الظهير الصادر في 12/08/1913 بشأن التحفيظ العقاري، التي تنص: " إن التقادم لا يكسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك المسجل اسمه و لا يزيل أي حق من الحقوق العينية المسجلة برسم المالك"؛

- التشريع الليبي من خلال من خلال المادة 73 من قانون التسجيل العقاري، التي تنص: " لا يجوز الاستناد إلى الحيازة و وضع اليد في الادعاء بملكية العقارات التي اتخذت بشأنها إجراءات الملكية و صدرت عنها سندات مؤقتة أو قطعية ... "؛

- و التشريع السوري من خلال 925 من القانون المدني، التي تنص: " لا يسري التقادم على الحقوق المقيدة في السجل العقاري...".

و غيرها من التشريعات كالتشريع العراقي و اللبناني و المصري في وقت من الأوقات ؛ فلو كان المشرع يقصد فعلا استبعاد تطبيق أحكام التقادم المكسب على العقارات المسوحة، لوضع نصا صريحا كما فعلت باقي التشريعات المقارنة؛ بل و ما يؤكد هذا الموقف، هو عدم تداركه للأمر رغم مرور أكثر من 35 سنة من تبني نظام الشهر العيني، خصوصا أنه تبني موقفا صريحا بشأن الأملاك الوطنية، حيث تنص المادة 04 من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن الأملاك الوطنية، على حظر التقادم في الأملاك الوطنية العامة، بل قام أيضا بعد تعديله لهذه المادة بمقتضى القانون 14/08 المؤرخ في 20/07/2008 ، بتمديد نطاق الحظر إلى الأملاك الوطنية الخاصة، فما الذي كان يمنعه إذن من تبني نفس الموقف في العقارات المسوحة؟.

كما أخذ المشرع في القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري "المعدّل و المتمم"⁽¹⁾، بالتقادم المكسب، رغم دخول قانون الشهر العقاري حيز النفاذ في 1976 بصدور المراسيم التطبيقية له، حيث مازال يعتبر التقادم المكسب كطريق لاكتساب الملكية لصالح المستفيدين من الأراضي الفلاحية، أثناء تطبيق قانون الثورة الزراعية، في مواجهة الملاك الشرعيين الذي يحوزون سندات ملكية مشهورة، بل ورغم أن هذه العقارات شملتها عملية المسح العقاري لفائدة الدولة بعد تأميمها⁽²⁾؛

حيث تنص المادة 5/76 من القانون المشار إليه أعلاه على: " تسترجع حقوق الملكية للأشخاص الطبيعيين ذوي الجنسية الجزائرية، و الذين أممت أراضيهم أو تبرعوا بها في اطار لأمر 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 ، اعتبارا من تاريخ إصدار القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 شريطة ما يأتي:

... أن لا تقع الأراضي المعنية تحت التقادم المكسب، الذي نصت عليه المادة 827 من الأمر 58/75 المؤرخ

(1)- بمقتضى أمر رقم 26/95 مؤرخ في 25/09/1995؛ جريدة رسمية عدد 55، صادرة بتاريخ 27/09/1995.

(2)- حمدي باشا عمر، "محررات شهر الحيازة"، (المرجع السابق)، ص 86.

في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني، لصالح المستفيدين شرعياً".

و أيضا المادة 85 مكرر 1/ فقرة 6 من نفس القانون، التي تنص: " ترجع نهائيا كل الأراضي الموضوعة تحت حماية الدولة لملاكها الأصليين شريطة ما يأتي:

... أن لا تقع الأراضي المعنية تحت التقادم المكسب لصالح المستفيدين شرعاً، الذي نصت عليه المادة 827 من الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المذكورة أعلاه".

و قد ذهب بعض الفقه المؤيد لتطبيق أحكام التقادم المكسب إلى تفضيل هذا التفسير الذي أعطي لموقف المشرع الجزائري، داعماً موقفه بمجموعة من الحجج، من جملتها:

- الأخذ بالتقادم المكسب لا يخلّ بخاصية القيد المطلق، و القوة الثبوتية المطلقة للشهر المعترف بها لنظام الشهر العيني، كما يتهياً للبعث، فالنظرة المعمّقة تكشف بأن الحيازة لا تؤدي إلى اكتساب صاحبها ملكية العقار بمجرد انقضاء المدّة⁽¹⁾، بل لا بد من شهرها حتى ترتب أثرها المكسب للملكية، مثلها مثل باقي أسباب كسب الملكية كال عقود المتضمنة نقل الملكية مثلاً ؛ لهذا يتعين على الحائز اشهار ملكيته، حتى يتسنى له الادعاء بها، اعمالاً للمادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن إجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، و لن يكون في وسعه ذلك، إلا بعد استصدار حكم قضائي، يلعب فيه القاضي دور الموثق، يعترف باكتسابه ملكية العقار عن طريق التقادم المكسب و صيرورته نهائياً بفوات آجال الطعن أو استنفاذها .

- كما أن السجل العقاري لا يسقط الحكمة التي من أجلها شرّح التقادم المكسب، و اعتبر كسب من أسباب كسب الملكية، كونه نظام قانوني يقوم على اعتبارات اجتماعية و اقتصادية عادلة و هادفة لخدمة الاقتصاد الوطني، فهو يعمل على تشجيع خدمة العقار و الحرص على استغلاله و الاستثمار فيه و تطويره، كما أنه يعمل على اقرار النظام و الأمن في المجتمع، بما يحقق المصلحة العامة التي تقتضي احترام الأوضاع الواقعية و الظاهرة التي استقرت لفترة من الزمن، لتجنب كل مظاهر الفوضى في النظام الاجتماعي .

- إن الدول التي كانت رائدة في تبني نظام الشهر العيني، لم تأخذ بمبدأ حظر التقادم على اطلاقه، و أدخلت عليه استثناءات ، مثلاً بالنسبة لألمانيا فقد أجازت في قانونها المدني ، من باب الاستثناء، اكتساب الملكية بالتقادم في حالتين، الأولى تقتضي حماية الوظيفة الاقتصادية للعقار، و الثانية الغرض منها تدعيم الحق المشهر⁽²⁾؛

فبالنسبة للحالة الأولى، فقد أجاز التشريع الألماني في سبيل الحفاظ على الوظيفة الاقتصادية للعقار، حتى لا تبقى بدون استغلال، اكتساب الملكية بالتقادم، إذا كان المالك الذي قيد العقار باسمه في السجل العيني قد توفي أو اعتبر مفقوداً و تمكن الغير من وضع يده على العقار مدّة ثلاثين سنة بنية التملك، و لم يكن قد تم خلال هذه المدّة أي قيد في السجل العيني.

(1)- حمدي باشا عمر، "محررات شهر الحيازة"، (المرجع السابق)، ص 90.

(2)- محمدي فريدة، "التقادم المكسب و نظام السجل العيني"، (المرجع السابق)، ص 126.

أما الحالة الثانية، فهي التي يتمكن فيها الغير من قيد العقار باسمه في السجل العيني دون أن يكون مالكا له، ليصير كذلك بمرور ثلاثين سنة كمدة للتقادم، دون حصول أي اعتراض من ذوي الشأن⁽¹⁾، و يلاحظ أن هذا الحكم ينطبق على الحالة التي لا يرتب فيها الشهر أثره التطهيري، و هي الحالة التي تتعلق بالقيد الأول في السجل العيني، أو بعلاقة المتصرف بالمتصرف إليه الذي انتقلت إليه الملكية بمقتضى الشهر؛ هذا الحل الذي أتى به التشريع الألماني يمكن الأخذ به في الجزائر، بما أن القانون الجزائري أخذ هو الآخر بنسبية الأثر التطهيري للشهر عندما أجاز المنازعة في الترقيم النهائي، و المنازعة في التصرفات المشهورة من أجل ابطالها أو فسخها أو إلغائها .

- كما أن بعض الدول مثل مصر، أخذت تتراجع عن مبدأ حظر التقادم؛ فالمشرع المصري قبل تبنيه لنظام السجل العيني، لم يكن يفرق في قانونه المدني، بين العقارات التي لها أو ليس لها أصل مشهر في السجل العيني، عند اعماله لأحكام التقادم المكسب، إلا أنه بصور قانون السجل العيني رقم 142 سنة 1964، نصّ في مادته 2/37 على: " لا يجوز التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل العيني"، وبقي هذا الوضع معمولا به إلى غاية صدور قرار عن المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 1998/06/06 يقضي بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني، و بناء عليه، أصبح التقادم المكسب، كسبب من أسباب كسب الملكية، بغض النظر، إذا كان العقار محل الحيازة، مقيد بالسجل العيني أم لا⁽²⁾.

ثانيا: تذبذب موقف القضاء الجزائري

إن سكوت المشرع من خلال قوانين الشهر العقاري عن اتخاذ موقف حاسم بشأن التقادم المكسب و مدى احتفاظه بمكانته كطريق من طرق اكتساب الملكية، يضع القضاة أمام أحد الحالتين؛

فإما هم أمام حالة فراغ قانوني، و في هذه الحالة يتطلب الأمر -في ظل تقاعس المشرع عن ملئ هذا الفراغ- صدور قرار عن الغرف المجتمعة، تجنبا لاختلاف القراءات حول الموضوع، ولتبني حلّ موحد، تسترشد به جميع الجهات القضائية؛

و إما هم أمام حالة انعدام نصّ خاص، و هنا يستوجب على قاضي الموضوع تطبيق القانون المدني بوصفه الشريعة العامة، الذي لم يميز في مواده بين العقارات التي لها أو ليس لها أصل مشهر في المحافظة العقارية، و طبقا للمقولة التالية: " كل ما هو ليس محظور فهو مباح"، فإن العقارات الممسوحة مشمولة هي الأخرى بنصوص القانون المدني .

و يبدو أن الحالة الثانية هي الأقرب إلى الصواب، إلا أن التيارات الفقهيّة التي تدعو إلى حظر التقادم، قد أخلطت الأوراق على بعض الجهات القضائية، التي تأثرت بقوة أسانيدهم و حججهم، فراحت تصدر أحكاما تحظر من خلالها اعمال التقادم على العقارات الممسوحة أو التي تتوفر على سند ملكية مشهر.

(1)- حمدي باشا عمر، "محررات شهر الحيازة"، (المرجع السابق)، ص 89.

(2)- عصام أنور سليم، "التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني"، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002، ص 56.

أمام هذه الحالة التي آل إليها الوضع، لم يبق أمام قاضي الموضوع إلا الاستئارة بالمصادر التفسيرية، وخاصة اجتهادات المحكمة العليا و مجلس الدولة بوصفهما أعلى هيئتين في هرم القضاء العادي و الإداري.

و بعد رجوعنا إلى قرارات المحكمة العليا في هذا الشأن، لاحظنا أنه منذ دخول نظام الشهر الجديد المتبني بمقتضى الأمر 74/75 المتعلق بإجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري و المرسوم التنفيذي له حيز التطبيق، عرفت قرارات الغرفة المدنية و بعدها الغرفة العقارية^(*) للمحكمة العليا، استقرارا في تطبيق نصوص التقادم المكسب دون تمييز بين العقارات المشهورة أو غير المشهورة سنداتها، و من هذه القرارات:

- قرار رقم 232683، صادر بتاريخ 2002/05/22، جاء في حيثياته: " ...وحيث أن العقود المقدمة إذا أثبتت ملكية مورثة الطاعنين على العقار المذكور فإن حيازة المدعى عليه ثابتة؛ وحيث كما أشير إليه سابقا في الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب لا تثبت بالعقود الرسمية بل تثبت بكل الوسائل"⁽¹⁾.

- قرار رقم 300815 ، صادر بتاريخ 2005/05/18 ، جاء فيه: " ...و عليه فإن القانون المدني لا يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات و التي ليس لها سندات؛ و قد تأكد هذا المبدأ أيضا في المرسوم رقم 253/83 الخاص بإجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، إذ نص على أن كل الأراضي تخضع للتقادم المكسب، و بناء عليه فإن ما يذكره الطاعنون في الوجه من كون الأراضي التي لها سندات لا تكون محلا للتقادم المكسب لا أساس له"⁽²⁾.

- قرار رقم 479371، صادر بتاريخ 2008/10/15، جاء فيه: " لا يستثني القانون المدني العقارات المشهورة عقودها من اكتسابها بالتقادم المكسب"⁽³⁾.

يلاحظ من خلال هذه القرارات أن قضاة الغرفة العقارية بالمحكمة العليا قد اتخذوا موقفا صريحا بشأن التقادم المكسب، فارتكزوا في اصدار قراراتهم على نصوص القانون المدني ، التي لا تميز بين العقارات التي لها أو ليس لها أصل مشهر في المحافظة العقارية ، فبنوا قراراتهم على هذا الأساس.

غير أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، في قرار لها تحت رقم 129947 ، صادر بتاريخ 1998/03/09 قد تبنت رأيا مغايرا تماما للرأي الأول، عندما أقرت بعدم امكانية تملك العقارات المشهورة سنداتها بالتقادم المكسب ، حيث جاء في حيثيات قرارها:

(*)- تم استحداثها بعد تعديل المادة 17 من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و بتنظيمها و سيرها، بمقتضى الأمر 25/96 المؤرخ في 1996/08/12 .

(1)- المجلة القضائية، عدد1، 2003، ص 326 .

(2)- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010، ص 268.

(3)- مجلة المحكمة العليا، عدد2، 2008، ص 273.

" ... لكن حيث و كما دفع و كما دفع المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم 352/83، يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي مشهور للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 1898/06/03 بحيث أن طبيعة الأرض كانت ملكا بدون سند ، و قد تنازلت الدولة عليها آنذاك أي في سنة 1898 لفائدة الشاغلين لها؛

و عليه فإن رفض اشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسسا ، لأن المرسوم 352/83 يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأملاك التي لم تتم فيها بعد عمليات المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، و عليه فإن القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى به"⁽¹⁾.

هذا القرار الذي زعزع موقف المحكمة العليا بعد استقراره، تعرض للنقد⁽²⁾، لأنه أتى باستثناء لم ينص عليه القانون صراحة، الأمر الذي يشكل مخالفة مباشرة لأحكام المادة 827 من القانون المدني التي وردت عامة.

إلا أن القراءة المتأنية لحثيات هذا القرار، تفصح عن أمور أخرى لأن القرار يعالج اشكالا مغايرا يخص تحرير عقود شهرة على عقارات لها سندات ملكية مشهورة.

و في اعتقادنا فإن هذا الاشكال و الاشكال الذي نحن بصدد معالجته هما اشكالان غير مترادفان، و لا يمكن اتخاذ قرار الغرفة الادارية كمنعرج لرؤية جديدة مستقلة عن رؤية الغرفة العقارية للمحكمة العليا، لأن عقد الشهرة و مهما يكن سنّ لتحقيق أهداف معينة تتعلق بتوفير طرق مختصرة لتوثيق الأراضي غير متوفرة على سندات ملكية و ليس لتفعيل تقنية التقادم المكسب المنصوص عليها في القانون المدني ؛ فعقد الشهرة – و من دون خلاف- هو آلية مؤقتة و سريعة تطبق بالموازاة مع عمليات المسح العام للأراضي و اعداد الدفتر العقاري و تهدف إلى النتيجة نفسها و هي تسليم سندات ملكية.

و رغم كل هذا فإن الاشكال الحقيقي لا يدور على هذا المستوى، لأن الحقوق المشهورة وفق نظام الشهر الشخصي لا يوجد ما يمنع تملكها بالتقادم المكسب، مثل ما هو عليه الحال في التشريع الفرنسي الذي لا يعترف بوجود سند قاطع تثبت به الملكية العقارية، و يعتبر فيه التقادم المكسب الطريق الوحيد الحاسم في ثبوت الملكية⁽³⁾؛

و عليه، فإن القرارات التي خلصت إليها المحكمة العليا، و أجازت بمقتضاها التمسك بالتقادم المكسب، تعتبر عن نتيجة منطقية في ظل عدم تعميم نظام الشهر العيني، و الاستمرار انتقاليا في العمل بأحكام الشهر الشخصي، الذي لا تكتسب السندات المشهورة في ظلّه للقوة الثبوتية المطلقة .

(1)- قرار غير منشور، مأخوذ من: حمدي باشا عمر، "القضاء العقاري"، دار هوم، الجزائر، 2003، ص 278.

(2)- انظر- زودة عمر، "تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/09 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية"، مجلة الموثق، عدد 06، أبريل 1999، ص 15 .

(3)- COMBY Joseph , « Sécuriser la propriété sans cadastre », mai 2007, (26/04/2010) ; (www.ade.org/RESSOURCES/propriete_sans_cadastre.pdf),(12/10/2010), 207ko, p.20.

لكن الاشكال الحقيقي يطرح حول العقارات المسوحة التي يتوفر أصحابها على دفتر عقاري، يشكل كما سبق و أن رأينا، السند الوحيد و المطلق في اثبات الملكية العقارية، فهل يبقى لنصوص التقادم المكسب مكان لإعمالها على هذا النطاق؟

لم يتيسر لنا عند البحث عن موقف القضاء في هذه النقطة، إلا الحصول على قرارين متناقضين^(*)، يتجلى من خلالهما تردد موقف قضاة المحكمة العليا في الاجابة عن هذه الاشكالية؛

القرار الأول صادر بتاريخ 2007/01/17، تحت رقم 384565 ، أشار في معرض حيثياته إلى حظر التقادم في العقارات المسوحة، حيث جاء فيه: " ... و حيث في الأخير ينبغي التذكير أن التقادم يسري في مواجهة جميع العقود باستثناء تلك التي انجزت في اطار عملية المسح عملا بالأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي و اعداد السجل العقاري، و أنه لا يطلب ممن يتمسك بالتقادم الطويل سوى اثبات حيازته المدّة القانونية لا غير" (1).

القرار الثاني صادر بتاريخ 2008/07/16 ، تحت رقم 423832، أجاز بطريقة حاسمة و مباشرة التمسك بالتقادم المكسب في العقارات المسوحة، حيث جاء فيه: " ... و بالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بأن حق الملكية المستند إلى دفتر عقاري مشهر لا يسقط، غير مؤسس لأن المادة 827 من القانون المدني تحول للمدعى عليه في الطعن الدفع بالتقادم المكسب، هذا من جهة، و من جهة أخرى فإنه لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من القانون المدني، و عليه تكون المواد القانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالا للتطبيق في قضية الحال ، و من هنا يكون القضاة قد طبقوا صحيح القانون و طبقوا المادة 827 من القانون المدني تطبيقا صحيحا و بالتالي فالوجه غير مؤسس و يرفض"⁽²⁾.

إن هذا الموقف الذي تبنته المحكمة العليا في قرارها الأخير، يشكّل خطوة حاسمة في تحديد موقف القضاء من اشكالية الأخذ بالتقادم المكسب، حيث لم يكتف بتطبيق أحكام التقادم المكسب على العقارات التي لها سندات مشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي، بل تجاوزه إلى العقارات المسوحة، التي يتوفر لدى أصحابها دفتر عقاري و الذي من المفترض أن يشكل وفقا للقانون، المنطلق الوحيد و المطلق في اثبات الملكية العقارية.

و رغم أن هذا القرار ليس باجتهاد قضائي كونه يعبر عن رأي قسم من أقسام الغرفة العقارية للمحكمة العليا، إلا أنه بحق- خطوة جريئة في اجابة صريحة عن اشكال لطالما اتجهت فيه الآراء نحو حظر الأخذ بالتقادم المكسب في العقارات المسوحة، لأنه و مهما يكن من أمر يبقى التصور الأولي حول القوة الثبوتية المطلقة للدفتر العقاري مترسخ بعمق في ذهن العديد من القضاة.

(*)- إن تذبذب قرارات المحكمة العليا و عدم قيامها بالدور المنوط بها دستوريا من شأنه أن ينقص من جدية قراراتها لدى الجهات القضائية الدنيا ، الأمر الذي سيفضي إلى فشلها في توحيد الاجتهاد القضائي؛ راجع في هذا الصدد: بوبشير محند أمقران، " تحول الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق"، المحاماة، مجلة تصدر عن منظمة المحامين، تيزي وزو، العدد 2، 2004 ، ص 66 .

(1)- مجلة المحكمة العليا، عدد1، 2007، ص 401.

(2)- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القاضي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010، ص 274.

و بتبني هذا الاتجاه، يتعين الإشارة باهتمام ، أن التقادم المكسب سيصبح في ظل نظامي الشهر الشخصي والعيني، هو الطريق الوحيد في الاثبات ذو دلالة يقينية قاطعة في ثبوت الملكية عند وجود نزاع قضائي، فمتى أثبت المدعي أنه حاز العقار مدة 15 سنة متواليات دون انقطاع، و أن حيازته هذه مستوفية لشروطها، فقد تملك العقار بالتقادم و كان هذا دليلا قاطعا على ملكيته، بل يستطيع المدعي إذا كان حسن النية و معه سند صحيح أن يملك العقار بحيازته مدة عشرة سنوات، و يكون التقادم القصير في هذه الحالة دليلا قاطعا على الملكية، حتى و إن كان بحوزة المدعي عليه دفتر عقاري ، و هذا ما يشكل استثناء حقيقا على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للدفتر العقاري، و ينقص - من دون شك - من حججه في وجود نزاع قضائي؛ يدفع خصمه فيه بالتقادم المكسب .

و بالنتيجة، لا يكون أمام المالك الذي يحوز دفترا عقاريا من أجل دحض أدلة خصمه و دفع ادعاءاته بالحيازة و مرور مدة التقادم، إلا أن يثبت، إلى جانب ملكيته للأرض حيازته لها، و إلا فقد ملكيته لها .

الفرع الثاني- حظر اعمال أحكام التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر

إن الموقف الذي اتخذته القضاء بشأن التقادم المكسب، هو موقف منطقي بالنظر إلى وظيفته المتمثلة في تطبيق القانون، أما بالنسبة للفقهاء فيبقى المجال مفتوحاً أمامه للبحث عن حقيقة نية المشرع الجزائري؛ هل قصد فعلاً اجازة العمل بالتقادم المكسب في العقارات المسوحة؟ أم أنه سهى فقط عن حظر التقادم و تماطل في استدراك غلظه؟ .

أولاً: حظر التقادم من المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني

مما لا شك فيه أن مبدأ حظر التقادم من المبادئ الرئيسية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني، بدليل أن معظم التشريعات العالمية التي تأخذ بهذا النظام، تحرص على النص صراحة في قوانينها الداخلية على حظر التقادم في العقارات التي لها أصل ثابت في السجل العيني، وذلك تحقيقاً لأحد أهم الخصائص التي تميّز نظام الشهر العيني عن نظام الشهر الشخصي، وهي خاصية القوة الثبوتية المطلقة للشهر، التي تعطي للدفتر العقاري قوة مطلقة في الإثبات لا يضاهيه فيها أي سند آخر.

لهذا فإن غالبية الفقهاء⁽¹⁾، يرى بضرورة الإبقاء عليه، بحجة أن الأخذ بالتقادم المكسب كطريق لكسب الملكية إلى جانب اعمال نظام الشهر العيني يجعل هذا الأخير غير ذي قيمة، و يزعزع قوة الائتمان العقاري و يعرقل حركة التعامل في العقارات خشية أن يكون هناك من اكتسب حقوقاً عينية على عقار خلافاً لما هو ثابت بالسجل العقاري⁽²⁾.

فمن المعلوم أن السجل العقاري يخلق ظاهراً يحمي من خلاله الغير الذي اعتمد على بياناته عند اقدمه على التعامل، و التقادم المكسب يؤدي إلى كسب الملكية بطريق خفي على الغير أو على الأقل يصعب التحقق منه - بما أن الحيازة وحدها لا تكفي لكسب الملكية- مما يؤدي إلى الإخلال بالثقة المطلوبة في بيانات السجل العقاري، و يجعلها مخالفة للحقيقة الواقعية التي تجعل من الحائز مالكا، حتى و إن لم يشهر حق ملكيته بعد، فمركزه -في حالة وجود دعوى- أقوى من مركز المالك الذي حقه ثابت في السجل العقاري، إذا ما أثبت أن حيازته قانونية و استمرت المدة المطلوبة لاكتساب الملكية بالتقادم .

لهذا فإن تشجيع الأخذ بالتقادم المكسب بعد اقامة السجل العقاري، يؤدي إلى اهدار الاستقرار الذي يعدّ من أهم أهداف التقادم المكسب نفسه، فيصبح صاحب الحق المشهر في غير مأمن من ضياع حقه ، و هذا ما يؤدي إلى عدم تحقيق نظام الشهر العيني للهدف الذي وجد من أجله.

(1)- انظر - بوشنافة جمال، (المرجع السابق)، ص 61؛ محمودي عبد العزيز، (المرجع السابق)، ص 121 و ما يليها.

(2)- محمد سعد خليفة، "الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 78.

و رغم هذا إن كان حظر التقادم هو الأصل المعمول به في الدول التي تأخذ بنظام السجل العيني، فإنه يبقى لكل أصل استثناء ، هذا الاستثناء الذي لا يخل بأهداف الشهر العيني، و إنما يدعمها أكثر، لهذا نجد بعض الدول حتى تلك الرائدة في الأخذ بنظام السجل العيني ما زالت تطبق النصوص الخاصة بالتقادم في حالات محددة على سبيل الحصر، مثل ألمانيا التي تأخذ بالتقادم المكسب في حالة الوفاة أو حالة قيام الشهر على تصرف معيب قصد حماية الوظيفة الاقتصادية للعقار أو تدعيماً للحق المشهر ، فيكون التقادم المكسب في هذه الحالة متماشياً و موافقاً لنظام الشهر⁽¹⁾.

و كان من المنتظر أن يساير المشرع الجزائري باقي التشريعات المقارنة، عند اعلانه عن خيار نمط الشهر العيني بمقتضى الأمر 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، فيتضمن هذا الأمر مادة صريحة تمنع اكتساب العقار المشمول بعملية المسح بالتقادم، خاصة أنه لا يمكن الجزم بصفة قاطعة أن المشرع قد قصد فعلاً ، تعميم الأخذ بالتقادم المكسب على جميع العقارات دون استثناء، و ذلك للأسباب التالية :

- القانون المدني الجزائري استمد معظم نصوصه من القانون المدني المصري الذي أصبحت تطبق أحكامه المتعلقة بالتقادم، فقط على الأراضي غير المسوحة التي تحكمها قواعد نظام الشهر الشخصي، لأنه فيما بعد تبني المشرع المصري نظام الشهر العيني ، بمقتضى قانون رقم 1964/142 المتعلق بالسجل العيني ، حيث نصّ بصريح المادة 37 منه على حظر التملك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت في السجل العيني، و بالتالي يكون المشرع الجزائري قد استمد أحكامه فقط من القواعد التي تحكم العقارات غير المسوحة⁽²⁾.

- القانون المدني الجزائري الصادر بمقتضى الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 بدأ سريان مفعوله قبل الاعلان عن تبني نظام الشهر العيني بمقتضى الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، فمن البديهي أن يعتبر التقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية، دون تمييز بين العقارات المسوحة و غير المسوحة، كما أن الإبقاء على تطبيق أحكام التقادم المكسب بعد تبني نظام الشهر العيني، هو ضرورة حتمية ، يقتضيها الواقع الذي تشهده الساحة العقارية، و يوازيه التأخر الذي سجّله أشغال المسح ، فيكون التمسك بالتقادم المكسب أمراً حتمياً لإثبات الملكية في ظل غياب سندات مثبتة للملكية العقارية .

- إن المشرع كان يهدف من وراء خياره لنمط الشهر العيني و تأسيس السجل العقاري، الوصول إلى تسوية شاملة للوضع المزري التي تعرفها الملكية العقارية و التحديد الدقيق للوعاء العقاري، سواء من الجانب المادي أو القانوني، و تزويد جميع أصحاب العقارات بدفاتر عقارية تغنيهم عن أي وسيلة لإثبات ملكيتهم، بما يوفر الائتمان و الاستقرار العقاري، و يسهّل من حركة تداول العقارات، و يمكّن الدولة من تحصيل الضريبة العقارية ؛ و بالتالي فإن الأخذ بالتقادم المكسب و الحال هكذا، سيفل من أهمية العملية، التي رصدت لها الدولة من أجل انجاحها امكانيات مادية ضخمة، احتاجت في سبيل توفيرها، الحصول على قرض من البنك العالمي

(1)- محمدي فريدة، " التقادم المكسب و نظام السجل العيني"، (المرجع السابق)، ص 126.

(2)- زروقي ليلي و حمدي باشا عمر، (المرجع السابق)، ص 41.

بقيمة 33 مليون دولار، و الاستعانة بالخبرات الأجنبية ، نظرا لكون العملية تتطلب توفر خبراء مختصين و فنيين مكونين في استعمال الأجهزة و المعدات المساحية .

لهذه الأسباب، و للأسباب الأخرى التي سنأتي على ذكرها فيما بعد، يحتمل أن تكون نيّة المشرع الجزائري قد اتجهت نحو حظر التقادم في العقارات المسوحة، إلا أنه و عن غير وعي منه، و ربما لشدة تأثره بنظام الشهر الشخصي الموروث عن المستعمر، سهى عن التصريح بحظر التقادم في القوانين المنظمة للشهر، حتى أن هناك جانب من الفقه⁽¹⁾ يرى بعدم وجود تناقض بين نظام الشهر المتبنى و نصوص القانون المدني، فحسب رأيه ، لا مانع من تطبيق قواعد القانون المدني في الحالات التي لا يوجد فيها تعارض مع نظام الشهر العيني، كالحالات التي أخذ بها التشريع الألماني و استثنائها من مبدأ حظر التقادم، و هي حالات يمكن الأخذ بها في التشريع الجزائري ، خاصة أن الإرادة التشريعية في المادة 16 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، قد اجازت المنازعة في الترقيم النهائي دون أن تحدد أجلا مسقطا لذلك، فيمكن لصاحب الحق المشهر أن يكتسب الملكية بالتقادم، و في ذلك تدعيم للشهر و تحقيق لأثره المطهر⁽¹⁾.

(1)-انظر - محمدي فريدة، "التقادم المكسب و نظام السجل العيني"، (المرجع السابق)، ص 117.

(2)- المرجع نفسه، ص 128.

ثانياً: النطاق التشريعي لحظر التقادم في العقارات المسوحة

إن كان المشرع الجزائري في القوانين المنظمة للشهر، لم يتخذ موقفاً عاماً بشأن حظر التقادم في العقارات المسوحة، فإن موقفه كان صريحاً في بعض النصوص الخاصة و المتفرقة التي صدرت في أوقات زمنية متباعدة، شدد من خلالها حظر التقادم في العقارات المسوحة، فكان موقفه هذا قرينة على اتجاه نيته نحو استبعاد التقادم كطريق من طرق كسب الملكية؛ و فيما يلي سنتعرض لهذه النصوص بالتفصيل .

1. حظر اعداد عقد الشهرة في الأراضي المسوحة/

تبنى المشرع موقفاً صريحاً عند سنه للمرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن سن اجراء لاثبات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المضمن الاعتراف بالملكية، إذ نصّ في مادته الأولى: " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدث بالأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر سنة 1975 المذكور أعلاه...".

فالمشرع قد اتجه بصريح النص نحو حظر التقادم في العقارات المسوحة، رغم أن الهدف من هذا المرسوم، هو تمكين الحائز الذي يمارس حيازة قانونية مطابقة لأحكام المواد 827 و ما يليها من القانون المدني، من الحصول على سند يثبت التقادم المكسب الذي يعدّ كسبب من أسباب كسب الملكية في القانون المدني، ليعترف له بعد اشهاره في المحافظة العقارية بملكيته للعقار محل الحيازة، حتى يتمكن من التصرف فيه تصرف المالك .

و يلاحظ أن هذا الإجراء الذي استحدثه المشرع بمقتضى هذا المرسوم، شبيهه بالإجراء المعتمد في فرنسا، أين لا يعترف بوجود سند مثبت للملكية على وجه قاطع و حاسم، فمسألة تحديد و تنظيم الملكية تترك للخواص⁽¹⁾، و ما تدخل الدولة في اعتماد المسح إلا لفرض الضريبة⁽²⁾، و اعتماد الشهر إلا لغرض الاعلام و دعم الائتمان، فلا يكون بوسع المالك الحصول على قرض إلا إذا كان له سند مشهر بمحافظة الرهن⁽³⁾؛

و تبعاً لذلك، لا يكون بوسع الحائز الذي استوفى شروط حيازته و المدة المطلوبة التي هي 30 سنة في القانون الفرنسي، إلا طلب اعداد عقد شهرة من الموثق، بعد استحضار الشهود و أي أدلة أخرى تثبت حيازته مثل وصل دفع الضريبة⁽⁴⁾.

(1)- COMBY Joseph ,op.cit. , p. 2.

(2)- Ibid, p. 9.

(3)- Ibid, p. 17.

(4)- Ibid , p. 16.

و نفس الحكم، يمكن تصوره في الجزائر، ذلك لأن الحائز الذي استوفى شروط الحيابة القانونية و المدّة المطلوبة لاكتساب العقار بالتقادم ، ليس أمامه بهدف تكريس ملكيته، إلا طريقين⁽¹⁾:

- عن طريق التقاضي، الذي يتطلب وجود خصومة قضائية؛ أي وجود شخص ينازع الحائز في ملكيته، سواء كان هذا الشخص مالكا بسند، أو حائزا فقط، و في هذه الحالة ، يقوم القاضي إذا تأكد له توفر شروط الحيابة و المدّة، بتثبيت الملكية بناء على التقادم المكسب، و يصير الحكم بعد اكتسابه لقوة الشيء المقضي فيه هو سند ملكية الحائز، له بعد شهره أن يحتج به في مواجهة الكافة، كما له أن يتصرف في العقار تصرف المالك .

- و الطريق الثاني هو باللجوء إلى الموثق لإعداد عقد الشهرة، و ذلك في حالة عدم وجود منازع للحائز، كأن يكون المالك الحقيقي قد توفي و لم يطالب ورثته بالعقار، ففي هذه الحالة لا يكون أمام الحائز من أجل تثبيت ملكيته إلا اعداد عقد الشهرة، و إلا فلا معنى للتقادم المكسب كطريق لكسب الملكية إذا لم يكرّس الحائز كمالك، و لم يمكّنه التصرف في عقاره تصرف المالك.

فإذا كان المشرع يقصد فعلا اجازة التقادم في العقارات المسوحة، فما الذي كان يمنعه من تمديد تطبيق نصوص المرسوم 352/83 إلى العقارات المسوحة؟.

2. حظر اعداد شهادة الحيابة في الأراضي المسوحة/

في السياق ذاته نحو تطهير الوضعية العقارية، استحدث المشرع في وقت لاحق، بمقتضى المادة 39 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، شهادة الحيابة ، و هي سند حيازي اسمي يسلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي الكائن بدائرة اختصاصه العقار محل طلب اعداد شهادة حيابة بشأنه إلى الحائز، لأرض من نوع ملك، لم تحرر عقودها بعد و لم تشملها عمليات المسح .

و على خلاف عقد الشهرة، لا يشترط في اعداد هذه الشهادة إلا استمرار الحيابة لمدة سنة واحدة، فلا تعتمد هذه الآلية التي استحدثها المشرع على تقنية التقادم المكسب المنصوص عليه في القانون المدني، و رغم هذا تعطي لصاحبها مجموعة من المكناات، لا تعطى إلا للمالك، توخى المشرع من وراء استحداثها، ترقية قطاع الفلاحة و قطاع السكن اللذان يعارفاً أزمة تنفّاق مع مرور الوقت.

و الاشكال لا يطرح في جانب شهادة الحيابة على وجه الخصوص ، و إنما يطرح حول تطبيق المادة 30 من قانون التوجيه العقاري، التي تنص: " يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل اياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيابة أو هذا الشغل؛"

(1)- حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية"، (المرجع السابق)، ص 38-40.

فالمعادلة التي تجتمع فيها شروط اعداد شهادة الحيازة مع نص المادة 30 المشار إليها أعلاه تفضي إلى حظر التقادم في العقارات الممسوحة، و هذا ما سنحاول استجلاءه أدناه.

ما يمكن استخلاصه من القراءة المتأنية للمادة 30 ، أن المشرع و على غرار ما فعل في المادة 29 من نفس القانون^(*)، فرض اثبات الحيازة بسند، و الراجح أن يكون السند المطالب به في هذه الحالة هو شهادة الحيازة، تبعا للتفسير الذي أعطاه قضاة المحكمة العليا للمادة 30 بمناسبة الفصل في العديد من الطعون المرفوعة أمامها .

إن تزكية التفسير الذي توصلت إليه المحكمة العليا، يؤدي بصورة منطقية إلى عدم قبول أي دعوى حيازة أو دعوى ملكية يتمسك فيها المدعي بحيازته للعقار موضوع النزاع؛ فالأمر يتعلق بتطبيق مادتين قانونيتين أمرتين:

- المادة 30 المشار إليها أعلاه ، التي استعمل فيها صيغة الوجوب، مما يجعل تقديم السند المتمثل في شهادة الحيازة من طرف كل شخص يدعي الحيازة، أمر إلزامي، لا يمكن التغاضي عنه، هذا من جهة؛

- المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، التي تشترط في رافع الدعوى توفر الصفة فيه، و المقصود بالصفة هي العلاقة التي تربط رافع الدعوى بالحق موضوع الطلب، و بالتالي، فمن يرفع دعوى ملكية و يدعي بالملكية عليه أن يثبت ملكيته طبقا للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري، و من يرفع دعوى الملكية و يدعي بالحيازة و التقادم المكسب عليه أن يثبت حيازته وفقا للمادة 30 من نفس القانون⁽¹⁾، هذا من جهة أخرى.

و بناء على ما سبق، لا يكون بمقدور أي شخص الادعاء بالحيازة و التقادم المكسب، لتثبيت ملكيته، إلا إذا قدم شهادة الحيازة، و هذه الأخيرة كما سبق و أن رأينا، يحظر اعدادها في الأراضي الممسوحة، لنصل إلى نتيجة مفادها، حظر التقادم المكسب في العقارات الممسوحة.

إن هذه النتيجة التي وصلنا إليها، و إن كانت تبدو منطقية انطلاقا من المعطيات القانونية المتوفرة، إلا أن المحكمة العليا ترفض هضم هذه المسألة و اجتيازها، رغم اعترافها بالتفسير المعطى للمادة 30 أعلاه؛ و من قراراتها التي صدرت في هذا الشأن:

- قرار صادر عن الغرفة العقارية تحت رقم 386808 ، بتاريخ 2007/02/14 ، جاء فـي حيثياته: " ... و حيث من جهة أخرى، و بخصوص نعي الطاعنين على القرار المنتقد عدم مراعاة أحكام المواد 39 إلى 42 من القانون رقم 25/90 التضمن التوجيه العقاري و المادة 46 منه، فإنه مردود عليه لأن المشرع، و إن كان قد نصّ في المادة 30 من هذا القانون على أنه "...، قاصدا بذلك شهادة الحيازة التي نصّت عليها المواد 39 و ما بعدها من نفس القانون،

(*)- اشترط في اثبات الملكية الخاصة السند الرسمي .

(1)- حول اثبات الصفة في دعوى الملكية؛ انظر- حمدي باشا عمر، "نقل الملكية العقارية"، (المرجع السابق)، ص 121 و ما يليها.

و هي الوثيقة التي حدد المرسوم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 كيفية اعدادها و تسليمها و ذلك بغية تسوية الحائز أو الشاغل لوضعيته القانونية إزاء العقار الذي يحوزه أو يشغله، في سياق ما نصت عليه المادة 47 من القانون المذكور ، إلا أنه (المشرع) لم يجعل من هذه الشهادة شرطا لممارسة دعاوى الحيازة التي تخضع لأحكام المواد 817 و ما بعدها من القانون المدني و المواد 413 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية⁽¹⁾.

و الملاحظ أن التبرير المعطى من طرف قضاة المحكمة العليا، ما هو إلا حيلة لتجنب اتخاذ موقف حاسم اتجاه المادة 30 من قانون التوجيه العقاري، التي سيؤدي التقيد بحرفيتها، من دون شك، إلى نتائج مصيرية تتعلق بإعادة النظر في النظام القانوني للحيازة .

و نشير في هذا السياق أن جانبا من الفقه⁽²⁾، في تعليقه على القرار المشار إليه أعلاه، حاول تبرير موقف المحكمة العليا بتقديم حجج أخرى أكثر قوة من التي قدمتها هذه الأخيرة، و ذلك بالتطرق إلى الصياغة الفرنسية لنص المادة 30 ؛

فالنص باللغة العربية يلزم الحائز "Possesseur" أو الشاغل "L'occupant" بتبرير هذه الحيازة أو الشغل بسند؛ أما النص باللغة الفرنسية فلا يلزم "الحائز" و إنما "واضع اليد" Détenteur ، و المصطلحين ليسا مترادفين ؛

فوضع اليد ، "هو أن يباشر شخص هيمنة مادية على شيء يملكه الغير دون أن يبرر ذلك بأي سند، خلافا للحيازة التي هدفها في نية الحائز مباشرة حق عيني"⁽³⁾؛ و بناء عليه فإن المادة 30 لا تلزم الحائز و إنما واضع اليد.

إن هذا التفسير المعطى، و إن كان يحمل الكثير من مظاهر الإقناع، إلا أننا نعتقد ما يلي/

- المشرع لو كان فعلا يقصد واضع اليد و ليس الحائز، لما كرر استعمال لفظ "Détenteur" في المادة 44 من نفس القانون، المتعلقة بشهادة الحيازة .

- ان واضع اليد على خلاف الحائز لم يحض باهتمام المشرع، فلم يخصص له نظاما قانونيا؛ و طبقا للمادة الأولى من القانون المدني التي تنص على أنه في حالة عدم وجود نص قانوني يلجأ إلى مبادئ الشريعة الاسلامية، و بالرجوع إلى هذه الأخيرة، لوحظ أن فقهاء الشريعة الاسلامية لم يستعملوا لفظ الحيازة، و إنما استعملوا لفظ "وضع اليد" للدلالة على الاستيلاء على مال الغير مطلقا، سواء كان هذا الاستيلاء بنية التملك أم لا، و سواء كان بحق أم لا، و سواء كان بإذن من الشارع أو القانون أم لا، فاليد عندهم تعني الحيازة و واضع اليد على الشيء هو الحائز الذي يدعي ملكيته؛ و لم يُذكر لفظ الحيازة في الفقه الاسلامي إلا عند بعض المالكية و الإباضية، لهذا نجد

(1)- مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010، ص 137.

(2)- انظر- لحو غنيمية، " مفهوم و فحوى المادة 30 من القانون 25/90 ؛ تعليق على القرار رقم 386808"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010، ص 142 .

(3)- GARRAM Ibtissem , « Terminologie juridique dans la législation algérienne », Palais de livre , blida, p. 97.

أن هؤلاء يفرقون بين لفظ الحيازة و وضع اليد، حيث أن وضع اليد عندهم يقصد به وضع اليد على ملك الغير بصفة دائمة أو مؤقتة على سبيل الأمانة أو التعدي، بإذن المالك أو بغير اذنه و بنية التملك أو لا ، أما الحيازة فهي أخص من وضع اليد بحيث تعني وضع اليد على مال الغير بقصد تملكه⁽¹⁾، و بالتالي فإن الأخذ بالمفهوم الذي أتى به الفقه الإسلامي ، يترتب عنه اعتبار الحائز واضعا لليد ، بما أن وضع اليد أوسع مفهوما من الحيازة، ليصبح التمييز بينهما غير ذي أهمية في تفسير المادة 30 من قانون التوجيه العقاري .

3. حظر اعداد سندات الملكية المسلمة بعد تحقيق عقاري في الأراضي المسوحة/

إن المساوي التي عرفها تطبيق المرسوم 352/83 المتعلق بسنّ إجراء لاثبات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، و الاشكالات التي طرحها و الغموض الذي كان يطبع بعض نصوصه، دفعت المشرع إلى إلغائه و تعويضه بالقانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، الذي تبعه صدور المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 المبين لكيفية تطبيقه.

و قد صدر هذا القانون في السياق ذاته الذي صدر من أجله المرسوم الملغى، فأكدّ من خلاله على حظر التقادم في العقارات المسوحة، بتضييق نطاق تطبيقه في المادة 2 الفقرة الأولى التي جاء فيها: " يطبق إجراء معاينة حق الملكية العقارية على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر رقم 74/75 ...".

كما يلاحظ أن هذا القانون الذي تدخل المشرع بسنّه مؤخرا، قد ذهب أبعد من ذلك، عندما فصل في الخلاف الذي كان مطروحا بشأن اعداد عقد الشهرة في أراضي لها سندات ملكية مشهورة، بمقتضى المادة الثانية الفقرة الثانية منه التي تنص: " يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يجوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 و التي لم تعد تعكس الوضعية الحالية".

و الظاهر أن المشرع لم يكتف باستبعاد العقارات المسوحة من دائرة تطبيق هذا القانون، و انما تعدّاه إلى العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة إلا التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس سنة 1961 الذي يبقى مجرد استثناء ، و هذا ما يعيدنا للتفكير في الأسباب الحقيقية التي دفعت المشرع لتبني نظام الشهر العيني، رغم ما يتطلبه من أموال ضخمة عجزت حتى الدولة على توفيرها.

(1)- عدلي أمير خالد، " اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي"، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2003، ص 16-19.

إن هذه الأسباب تدور بصفة رئيسية في تطهير الوضعية العقارية التي تعرف فوضى حقيقية على مستوى سندات الملكية؛ حيث أحصي بعد الاستقلال وجود ما يقارب 3/2 الملكية العقارية الخاصة ليست لها سندات ملكية⁽¹⁾، الأمر الذي سيؤثر سلباً على مسار التنمية الوطنية، في مختلف القطاعات ، سواء تعلق الأمر بقطاع الفلاحة أو السكن أو الصناعة؛ فغياب سندات الملكية يشكل عائقاً حقيقياً أمام انجاح أي برنامج تنموي.

لهذه الأسباب، عمل المشرع بغية التعجيل في توثيق الملكية العقارية إلى إصدار نصوص خاصة داعمة ، تضمن تسليم سندات ملكية مؤقتة، تُختصر بمقتضاها كثير من الإجراءات التي تعطل في سير أشغال المسح، كان لا بد أن تتفق في محتواها مع الأمر 74/75 المتضمن إجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، الأمر الذي يفسر تضيق مجال تطبيقها في الأراضي غير المسوحة.

إن هذه الأسباب التي دفعت المشرع نحو سنّ الأمر 74/75 ستفقد وجودها في حال الاعتراف بالتقادم المكسب كسبب من أسباب كسب الملكية في العقارات التي خضعت لعملية المسح ، و سيفقد أيضاً نظام الشهر العيني المتبنى مفهومه الذي اعطاه له واضعوه، فيذوب في مفهوم نظام الشهر الشخصي ليصبح من الصعب التمييز بينهما .

4. حظر الأخذ بالتقادم عند الإجراء الأول للإشهار في السجل العقاري في وجود سند مشهر/

لاحظنا من خلال التعلّية رقم 16 المؤرخة في 24/05/1998 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و التزقيم العقاري، أن الأعوان المحققين يعتمدون بدرجة أولى في تحديد صاحب الملكية على السندات، سواء كانت رسمية أو عرفية، بشرط استيفائها للشروط القانونية، و في حالة غيابها فقط يلجؤون للبحث و التحري و جمع العناصر الضرورية لتقدير وقائع الحيازة⁽²⁾ ، و هذا ما يدفعنا للقول، بأنه لا مجال للبحث عن توفر شروط الحيازة و التقادم المكسب في العقارات التي يحوز أصحابها سندات ملكية ، و هو نفس التوجه الذي تبناه المشرع فيما بعد، في القانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

و ما يؤكد هذه الفكرة، هو المذكرة المؤرخة في 17/07/1999 المتعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات التحقيقات العقارية المندرجة في إطار مسح الأراضي العام، جاء فيها : " ... جاء في الفقرة 1-3-3 من التعلّية رقم 16 المؤرخة في 24 ماي 1998 أنه في غياب سندات تتم معاينة حقوق الملكية عن طريق التحريات . يرمي التحقيق في هذه الحالة إلى محاولة معرفة فيما إذا كان شغل ملك معين هو نتيجة حيازة مطابقة لأحكام القانون المدني أو مجرد شغل غير شرعي، في هذا الصدد يجدر التذكير بأن للحيازة مفهوم قانوني ذو آثار ترمي إلى تسوية وضعية الملاك الذين يفتقدون لسندات تثبت حقوقهم و هذا رغم شرعية هؤلاء الملاك. فمن خلال هذا المفهوم لا يتعلق الأمر إذن بتسوية حالات ناتجة عن مجرد شغل غير شرعي للأملاك" .

(1)- حمدي باشا عمر، " محررات شهر الحيازة"، (المرجع السابق)، ص 18.

(2)- انظر- الفقرة 1-3-3 من التعلّية رقم 16 .

فيلاحظ مما سبق، أن الحيابة المعتمدة لتثبيت الملكية أثناء مرور أعوان التحقيق، هي حيابة الشاغل الشرعي الذي يترجم في المالك الذي يفتقد إلى سند يثبت به حقه، و ليس حيابة الشاغل غير الشرعي الذي يترجم في الحائر الذي يشغل عقارا مملوكا بسند، هذا رغم أن المشرع لم يشترط في القانون المدني حسن النية و انعدام السند في الحيابة القانونية .

إن التسليم بهذا الحكم، يجعل التقادم غير معمول به في العقارات التي تتوفر على سندات ملكية مشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي، أثناء الإجراء الأولي للإشهار في السجل العقاري، فمن باب أولى، ألا يعمل به في العقارات المسوحة و هي التي يطبق فيها نظام الشهر العيني.

و رغم أن الأمر يتعلق بتعلية و مذكرة صادرة عن الإدارة لا ترقى إلى قوة التشريع، و غير ملزمة للقضاة، إلا أن هذا لا ينفي أثرها في اعداد الدفاتر العقارية؛ كما أن المشرع بمقتضى القانون 02/07 المشار إليه أعلاه، تبنى الكثير من أحكام التعلية رقم 16 .

خاتمة

بعد التطواف مع فصول هذا البحث و مباحثه، و عقب التسليط على مواضع الاشكال، أجد نفسي قد وصلت إلى نهايته، لذا من الواجب عليّ تسجيل أهم النتائج التي انتهت إليها من خلال هذا البحث .

هذا و لا أدعي الاحاطة، و إنما أقول أنني بذلت جهدا في جمع شمل نواحي هذا الموضوع ، و أنني حاولت قدر استطاعتي، بما توفر لدي من علم، و بما تيسر لي من مراجع؛ حلّ الكثير من الاشكالات و الاجابة على العديد من التساؤلات، و أنا متيقنة من أنني مهما بحثت في هذا الموضوع فلن أوافيه حقه، نظرا لكثرة تعقيده و فيض اشكالاته .

و أهم النتائج التي خلصت إليها من خلال هذا البحث :

أولاً: أن هناك صنفين من السندات التي يمكن الاعتماد عليها في اثبات الملكية الخاصة للأراضي، سندات محررة في الأراضي التي لم تشملها بعد أشغال المسح و هي سندات مشهرة وفقا لنظام الشهر الشخصي الموروث عن المستعمر الفرنسي، و سندات معدة في الأراضي المشمولة بالمسح و يتعلق الأمر بالدفتن العقاري كسند وحيد مشهر وفقا لنظام الشهر العيني المتبني بمقتضى الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، هذه السندات حتى ترقى إلى سندات ملكية صحيحة يجب أن تفرغ كأصل عام في الشكل الرسمي.

ثانياً: لا يكفي في السندات المعتمدة في اثبات الملكية العقارية الخاصة أن تكون رسمية حتى تصلح كدليل لإثبات ما تتضمنه، لأن حجبتها متوقفة على شهرها في المحافظة العقارية، و ينطبق نفس الحكم، حتى بالنسبة للسندات المحررة في ظل تطبيق النصوص القانونية الفرنسية، لأن الرسمية إن لم تكن كركن في المعاملات العقارية فهي شرط ضروري لشهره؛ و الشهر، حتى و إن كان له طابع اختياري في هذه المرحلة، فهو مناط الاحتجاج بالحق اتجاه الغير .

ثالثاً: استثناء عن النتيجة السابقة؛ بعض السندات يعترف لها القضاء بحجية في اثبات الملكية العقارية، حتى و إن لم تخضع لعملية الشهر، و يتعلق الأمر بالسندات المحررة من طرف القاضي الشرعي، وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية التي لا تشترط إلا الكتابة و الاشهاد أمام كاتب بالعدل؛ أما الاشهار، فهو نظام غير معروف في الشريعة الاسلامية، سنّه المستعمر ضمن نصوصه القانونية ، و يطبق على الرعايا الفرنسيين .

كذلك هو الحال بالنسبة للوصية، التي لا يشترط فيها الرسمية للانعقاد، و لا الشهر لانتقال الملكية ، لأنها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت، تنتقل فيها الملكية إلى الموصى له بمجرد الوفاة و ليس بالشهر .

رابعاً: استثناء من الأصل، السندات العرفية التي لها تاريخ ثابت قبل 1971/01/01 ، توازي قوتها الإثباتية، قوة السندات الرسمية، لأن الرسمية قبل ذلك التاريخ لم تكن كركن في المعاملات العقارية؛ غير أن حجيتها اتجاه الغير تبقى متوقفة على الشهر، لأن الشهر في تلك الفترة كان ضروريا للاحتجاج بالتصرف اتجاه الغير .

خامساً: لا تتوقف صحة و حجية السندات العرفية في الإثبات على ما جاء به المشرع في المادة 89 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، لأن صحتها و حجيتها ثابتة بمقتضى التشريع الذي كان معمولا به وقت تحريرها، و هو القانون المدني الفرنسي الذي كرّس مبدأ الرضائية، و قانون الشهر العقاري؛ و المادة 89 المشار إليها أعلاه، جاءت لوضع استثناءات على مبدأ الشهر المسبق المنصوص عليه في المادة 88 من نفس المرسوم، لا غير .

سادساً: فصلت المحكمة العليا بعد اجتماع كل غرفها بتاريخ 1997/02/18 ، في الجدل الذي كان مطروحا بشأن صحة السندات العرفية المحررة بعد تاريخ 1971/01/01، و اعتبرتها باطلة تكريسا لنص المادة 12 من الأمر 91/70 المتعلق بتنظيم التوثيق، و بعدها المادة 324 مكرر 1 التي تمّم بها القانون المدني في التعديل الذي أدخل عليه سنة 1988 .

سابعاً: إن السندات العرفية المبرمة بعد 1971/01/01 ؛ و إن اعتبرت باطلة بنص المادة 12 من الأمر 91/70 ، فإنها لا تفقد كل قيمة لها في الإثبات، كونها تصلح في أن تشكل قرينة قوية، لإثبات الحيازة و التقادم المكسب اعتمادا على التاريخ الثابت فيها و إن لم تصلح كدليل لإثبات الملكية .

ثامناً: حتى ترقى الأحكام قضائية إلى مصاف السندات المثبتة للملكية العقارية، لابد من شهرها، و يتطلب شهرها، اكتسابها لقوة الشيء المقضي فيه، و ا فراغ محتواها في عقد ايداع توثيقي، ليتكفل الموثق بايداعه لدى المحافظة العقارية لاستكمال عملية الشهر.

تاسعاً: يتعيّن التمييز بين حجية الشيء المقضي فيه، التي يكتسبها الحكم بمجرد صدوره، و حجية في اثبات الملكية العقارية؛ ذلك إن لم يكن بالاستطاعة الاحتجاج بالحكم عند الادعاء بالحق، فهذا لا ينقص من حجيته في شيء لأن حجيته تقتضي عدم طرح النزاع مرّة ثانية أمام القضاء بنفس الأطراف، الموضوع و السبب .

عاشرا: يتعين التمييز بين دعوى تكريس الملكية عن طريق التقادم المكسب و دعوى الحيازة، لأن الأولى هي دعوى ملكية تهدف إلى حماية الملكية و تثبيتها، أما الثانية، فهي تهدف إلى حماية الحيازة فقط، دون البحث في الملكية.

إحدى عشر: لا يمكن الجزم أن اختلاف القوة الإثباتية للسندات العقارية راجع للنظام الذي أشهرت في ظلّه، لأنه إذا أصبح من المعلوم أن سندات الملكية المشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي ليس لها دور في الإثبات، باعتبار الشهر فيها ليس إلا طريقا للعلائية، و بناء عليه، تخضع الملكية في اثباتها لجميع طرق الإثبات، كما هو الحال في فرنسا؛ فإن المشرع الجزائري قد أخط هذه المفاهيم قبل تبنيه لنظام الشهر العيني، و ذلك بمقتضى القانون المدني -الذي تطبق نصوصه على جميع أنواع العقارات من غير تخصيص- الذي جعل للشهر طابعا إلزاميا، و دورا منشأ للحقوق، فلا تنتقل الملكية إلا بالشهر؛ و قبل ذلك- في قانون التوثيق لسنة 1970- اعتبر المشرع الرسمية كركن في المعاملات العقارية، ليقيد فيما بعد من حرية اثبات الملكية العقارية بمقتضى قانون التوجيه العقاري، فلم يعد يعترف بغير السندات الرسمية كدليل لإثبات الملكية العقارية، و بالتالي لا يمكن القول بعدم صلاحيتها في الإثبات، حتى و إن كانت مشهورة في ظل النظام الموروث عن المستعمر الفرنسي .

اثني عشر: لقد زاد الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، في تعميق الاشكال المثار بصدد القوة الإثباتية لسندات الملكية العقارية، حيث مدد هذا الأمر العمل بنظام الشهر الشخصي دون أن يبيّن القانون الواجب التطبيق عليه، هل هو نفسه الأمر المشار إليه أعلاه أم يجب الرجوع إلى القانون الفرنسي في هذا الصدد، و في غياب نصّ صريح، طبقت أحكام الشهر العيني على سندات مشهورة وفق نظام الشهر الشخصي .

ثلاثة عشر: تختلف القوة الإثباتية للسندات العقارية باختلاف الطريقة التي أعدت بها، و بناء عليه:

- عقد الشهرة على الرغم من كونه عقدا رسميا توثيقيا، إلا أن حجيته تختلف عن حجية العقد الرسمي، و لا ترقى حجيته حتى لحجية الشهادة أو القرائن، لأن الموثق يقتصر دوره فيه على تدوين تصريحات الحائز من جانب واحد مشفوعة بشهادة شهود كتابية، دون أن يعاين مدى صحة تلك التصريحات، و خصوصا مدى توفر شروط الحيازة القانونية و المدّة، التي تعتبر وقائع مادية تخضع في اثباتها لجميع طرق الإثبات و لا تلحقها صفة الرسمية؛ و تبعا لذلك -في حالة وجود نزاع قضائي- القضاة سيضطرون للبحث عن المالك، بالتحقق من شروط الحيازة و التقادم، و ليس للمالك بعقد الشهرة أي امتياز على خصمه لأن الحكم سيصدر بناء على نتائج التحقيق .

- الطريقة التي يعدّ بها عقد الشهرة جعلت منه دليلا مصطنعا، مما أثر على حجيته، الشيء الذي دفع بالمشرع إلى استبداله بألية أخرى، تتلافى العيوب التي تصاحب عملية اعداد عقد الشهرة، يعتمد فيها على إجراء التحقيق

العقاري، بتكفل من ممثلي السلطات العمومية، للتحقق من توفر شروط الحيازة القانونية و المدة المشروطة للتقادم قبل تسليم سندات الملكية .

- لم يتكلم المشرع عن امكانية المنازعة في مقرر الترقيم من طرف الأشخاص الذين مسّت حقوقهم؛ حيث لم يعط هذه الصلاحية إلا لمسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي عند اكتشافه حالة ترقيم تمت على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة، مما يحملنا على الاعتقاد بأن سندات الملكية المسلمة بعد تحقيق عقاري لها حجية مطلقة في اثبات الملكية، لا يمكن للغير المنازعة في صحتها عن طريق الادعاء بأفضليته في الحيازة .

أربعة عشر: إن الأمر 74/75 المتعلق بإجراء المسح العام للأراضي و تأسيس السجل العقاري، له طابع حاسم على مستوى سندات الملكية العقارية؛ فإذا كانت الأراضي غير الممسوحة التي يسري عليها نظام الشهر الشخصي تتميز بتعدد و تنوع سنداتنا ، فإن الأراضي المشمولة بالمسح يسلم لأصحابها دفاتر عقارية ، تشكل السند الوحيد لإثبات الملكية، الأمر الذي يقتضي اعتبار كل السندات التي اعدت قبله في حكم الملغاة، فلا تبقى لها أي حجية في اثبات حق الملكية بوجود الدفتر العقاري.

خمس عشر: إن الحدّ من الأثر التطهيري للشهر، سواء عند اجازة المنازعة في الترقيم النهائي، أو عند اجازة الطعن في الحقوق المشهورة ، لا ينقص من القوة الثبوتية للدفتر العقاري، طالما أن حقوق الغير تبقى محفوظة؛ لأن مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر، تقررر لحماية الغير، الذي اعتمد على بيانات السجل العقاري و بنى عليه اطمئنانه عندما أقدم على التعامل و ليس لحماية الغاصبين .

ستة عشر: لم تتبنّ الارادة التشريعية موقفا محددًا بشأن الأخذ بالتقادم المكسب على خلاف الثابت بالسجل العقاري، أما القضاء فهو مستقر في هذا الشأن نحو الأخذ بالتقادم المكسب في العقارات المشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي؛ غير أنه في العقارات الممسوحة لم يتبين لنا بعد استقرار موقفه، لكن يظهر أن موقفه متجه نحو اجازة التمسك بالتقادم المكسب في العقارات الممسوحة، و هذا ما ذهبت إليه الغرفة العقارية بالمحكمة العليا في آخر القرارات الصادرة عنها، استنادا على القانون المدني الذي وردت نصوصه عامة من غير تخصيص .

سبعة عشر: يشكل الأخذ بالتقادم المكسب، كسبب من أسباب كسب الملكية في العقارات الممسوحة ، انتقاصا حقيقيا من مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر، ليصبح صاحب الحق المشهر الحائز على الدفتر العقاري في غير مأمن من ضياع حقه، الشيء الذي يسفرُ إلى عدم تحقيق نظام الشهر العيني للهدف الذي وجد من أجله ، لتتلاشى تبعًا لذلك- أهمية التمييز بين نظام الشهر الشخصي و نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري .

ثمانية عشر: لا يعترف القانون بوجود سند يثبت الملكية العقارية على وجه حاسم و قاطع عند وجود نزاع قضائي، لأن التقادم المكسب أضحى هو الطريق الوحيد ذو دلالة يقينية، قاطعة في ثبوت الملكية في كلا النظامين (الشخصي و العيني)؛ فلا يكون للمالك الذي يحوز دفترًا عقاريًا من أجل دحض أدلة خصمه و دفع ادعاءاته بالحيازة و مرور مدة التقادم، إلا أن يثبت، إلى جانب ملكيته للأرض، حيازته لها ، و إلا فقد ملكيته لها.

تسعة عشر: نعتقد باتجاه نيّة المشرع نحو حظر التقادم في العقارات الممسوحة للأسباب التالية:

- لأنه سبق و أن حظر اعداد عقد الشهرة، الذي يقوم على آلية التقادم المكسب، في الأراضي الممسوحة.
- لأنه سبق و أن حظر اعداد شهادة الحيازة في الأراضي الممسوحة؛ و في المقابل فرض اثبات الحيازة عن طريق سند في المادة 30 من قانون التوجيه العقاري، ليصبح اثبات الحيازة في الأراضي الممسوحة غير متيسر ، لانعدام امكانية اعداد شهادة الحيازة في هذا النطاق .
- لأنه سبق و أن حظر اعداد سندات الملكية المسلمة بعد تحقيق عقاري في الأراضي الممسوحة، و هي التي يعتمد في اعدادها على تقنية التقادم المكسب .

تربّعون الله وفضله

قائمة المراجع

أولاً-المراجع باللغة العربية

(1)- المؤلفات :

أ- المؤلفات العامة/

1. الأمين علي (محمد) ، "التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني" ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1993.
2. بربارة (عبد الرحمان) ، "شرح قانون الاجراءات المدنية و الإدارية" ، الطبعة الثانية ، منشورات بغدادي، الجزائر ، 2009 .
3. البكري عزمي (محمد)، " قسمة المال الشائع و أحكام دعوى الفرز و التجنيب" ، الطبعة الثالثة، دار محمود، مصر، 1994.
4. بكوش (يحي) ، " أدلة الإثبات في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي" ، الطبعة الثانية ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1988 .
5. بن الشيخ آث ملويا (لحسين) ، " المنتقى في عقد البيع" ، دار هومه ، الجزائر ، 2005
6. بن شيخ آث ملويا (لحسين)، "مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية" ، دار هومه ، الجزائر 2005 .
7. بن الشيخ آث ملويا (لحسين)، " المنتقى في قضاء مجلس الدولة" ، الجزء الثاني، دار هومه، الجزائر، 2005.
8. بن الشيخ آث ملويا (لحسين) ، "دروس في المنازعات الإدارية (وسائل المشروعية)" ، الطبعة الأولى ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 .
9. بن شيخ آث ملويا (لحسين) ، "المنتقى في قضاء مجلس الدولة" ، الجزء الثالث ، دار هومه ، الجزائر، 2007.
10. بن الشيخ آث ملويا لحسن، " دروس في المسؤولية الإدارية، الكتاب الأول- المسؤولية على أساس الخطأ" ، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.
11. بوبشير (محمّد أمقران) ، " قانون الإجراءات المدنية؛ نظرية الدعوى-نظرية الخصومة-الإجراءات الاستثنائية " ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2001.

12. جعفرور (محمد سعيد) ، "مدخل إلى العلوم القانونية ؛ الوجيز في نظرية القانون" ، دار هومه، الجزائر ، 2004.

13. السنهوري أحمد (عبد الرزاق) ، "الوسيط في شرح القانون المدني ، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال" ، الجزء الثامن ، دار احياء التراث العربي ، بيروت- لبنان ، دون سنة نشر.

14. طاهري (حسين) ، " قضاء الاستعجال فقها و قضاء (مدعما بالاجتهاد القضائي المقارن)" ، دار الخلدونية ، الجزائر ، دون سنة نشر.

15. العربي شحط (عبد القادر) ، "طرق التنفيذ في المواد المدنية و الإدارية (وفق قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008)" ، منشورات الألفية الثالثة ، الجزائر ، دون سنة نشر.

16. عدلي خالد (أمير) ، " اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي" ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، 2003.

17. محمد شكري سرور ، " موجز تنظيم الملكية في القانون المدني المصري" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004.

18. محمدي (فريدة) ، "الحيازة و التقادم المكسب" ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2000 .

19. منصور حسين (محمد) ، "الحقوق العينية الأصلية (الملكية و الحقوق المنفرعة عنها ، أسباب كسبها)" ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، (د.س.ط).

20. نبيل (صقر) ، "الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية (قانون رقم 09/08 مؤرخ في فبراير 2008)" ، دار الهدى ، الجزائر ، دون سنة نشر.

ب- المؤلفات المتخصصة/

21. إدوار (عيد) ، "الأنظمة العقارية ، التحديد ، التحرير ، السجل العقاري" ، الطبعة الثانية ، مطبعة المتنبي ، لبنان ، 1996 .

22. بن عبيدة (عبد الحفيظ) ، "إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري" ، دار هومه الجزائر ، 2004 .

23. بن يوسف (بن رقية) ، "شرح قانون المستثمرات الفلاحية" ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، 2004 .

24. بوجردة (مخلف) ، "العقار الصناعي" ، الطبعة الثانية ، دار هومه ، الجزائر ، 2006

25. بوشنافة (جمال) ، "شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري" ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006
26. حاجي (نعيمة) ، "المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر" ، دار الهدى ، الجزائر ، دون سنة نشر .
27. حمدان عبد اللطيف (حسين) ، " أحكام الشهر العقاري " ، الدار الجامعية ، بيروت- لبنان ، 1991.
28. حمدان عبد اللطيف (حسين) ، " نظام السجل العقاري "، دار الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003.
29. حمدي باشا (عمر) ، " حماية الملكية العقارية الخاصة" ، دار هومه ، الجزائر ، 2003 .
30. حمدي باشا (عمر) ، " القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا" ، دار هومه، الجزائر، 2003.
31. حمدي باشا (عمر) ، " محررات شهر الحيازة (عقد الشهرة ، شهادة الحيازة)" ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 .
32. حمدي باشا (عمر) ، "نقل الملكية العقارية" ، دار هومه، الجزائر، 2004.
33. خلفوني (مجيد) ، "نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري" ، الطبعة الأولى ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003
34. رامول (خالد) ، "المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري" ، قصر الكتاب ، الجزائر ، دون سنة نشر .
35. زروقي (ليلي) و حمدي باشا (عمر) ، "المنازعات العقارية" ، الطبعة العاشرة ، دار هومه، الجزائر ، 2008 .
36. شامة (سماعين) ، "النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري (دراسة وصفية و تحليلية)" ، دار هومه ، الجزائر ، 2003 .
37. عجة (الجيلالي) ، "أزمة العقار الفلاحي و مقترحات تسويتها من تأميم الملك الخاص إلى خصوصية الملك العام" ، دار الخلدونية ، الجزائر ، دون سنة نشر
38. عصام سليم (أنور) ، "التملك بالتقادم على خلاف الثابت بالسجل العيني" ، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002
39. علوي (عمار) ، "الملكية و النظام العقاري في الجزائر(العقار) " ، دار هومه ، الجزائر ، 2004
40. محمد خليفة (سعد) ، "الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية المادة 37 من قانون السجل العيني" ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004

41. محمودي (عبد العزيز) ، "آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري" ، منشورات بغدادي ، الجزائر ، 2009 .

42. معوض (عبد التواب) ، "السجل العيني علما و عملا" ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1988 .

(2)- المقالات :

1. أمين بركات (سعود) ، "آثار القيد في السجلات العينية (حجية القيد)" ، المجلة القضائية ، العدد الثاني ، 1995 .

2. بلعربية (فاطمة الزهراء) ، " انتقال الملكية العقارية ؛ تعليق على القرارين رقمي 491615 و 549408" ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، 2010 .

3. بوبشير محند أمقران ، " تحول الاجتهاد القضائي بين النص و التطبيق" ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين ، تيزي وزو ، العدد 2 ، 2004 .

4. بوحفص جلاب (نعناعة) ، " النظام القانوني للعقار الاقتصادي في الجزائر" ، مجلة الفكر البرلماني ، مجلس الأمة ، الجزائر ، عدد 22 ، مارس 2009 .

5. بوعروج (حسان) ، "تعليق على قرار 18 فيفري 1997" ، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية ، عدد خاص ، 2001 .

6. بوصوف (موسى) ، "دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية" ، مجلة مجلس الدولة ، العدد الثاني ، 2002 .

7. بيوت (نذير) ، " عقد الشهرة من خلال الاجتهاد القضائي" ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، 2004 .

8. خلفوني (مجيد) ، "الدفتر العقاري" ، مجلة الموثق ، الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، الجزء الثامن ، 2003 .

9. رواينية (عمار) ، "التقادم المكسب" ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثاني ، 2004 .

10. زودة (عمر) ، "تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1998/03/09 رقم 129947 عن الغرفة الإدارية" ، مجلة الموثق ، الغرفة الوطنية للموثقين ، الجزائر ، عدد 06 ، أفريل 1999 .

11. زيتوني (عمر) ، " تحديد بعض المفاهيم و القواعد العامة المتعلقة بالمنازعات العقارية " ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو ، عدد 4 ، جوان 2006 .

12. سباع (محمد)، " التوثيق و العقود الرسمية"، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 5، 1998.
13. صويلح (بوجمعة) ، "دراسة في قانون رقم 02/07 مؤرخ في 27 فيفري 2007 يضمن تأسيس إجراء لمعaine حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري"، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو، عدد 06، نوفمبر 2007 .
14. العتروس (بشير) ، "الشهر العقاري في القانون الجزائري"، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الأول، 2004 .
15. عشي (علاء الدين) ، " ضبط الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري : دراسة تحليلية للقانون رقم 02/07 المتضمن تأسيس إجراء معaine حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري"، إدارة، المجلد 17 ، عدد 2، 2007 .
16. كناية (محمد)، "النظام القانوني للدقتر العقاري في التشريع الجزائري"، مجلة المحاماة، الاتحاد الوطني لمنظمة المحامين، باتنة، العدد الثالث، 2007 .
17. لحو (غنيمة) ، "شهادة الحيازة في قانون التوجيه العقاري" ، الاجتهد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثاني، عدد خاص، 2004 .
18. لحو (غنيمة)، " مفهوم و فحوى المادة 30 من القانون 25/90 ؛ تعليق على القرار رقم 386808"، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الاجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، 2010 .
19. محمدي (فريدة)، " التقدّم المكسب و نظام السجل العيني" ، الاجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004 .
20. كمين (مسعود) ، "عقد الشهرة و نظامه القانوني (دراسة تحليلية)" ، المجلة القضائية ، العدد الثاني، 2003 .
21. معاشو (عمار) ، "إشكالات التقاضي في النزاع العقاري أمام القضاء الإداري" ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين منطقة تيزي وزو ، العدد 4 ، جوان 2006 .
22. ولد الشيخ (شريفة) ، "إشكالية المنازعات العقارية: العقار الخاص" ، المحاماة ، مجلة تصدر عن منظمة المحامين ، منطقة تيزي وزو، عدد 4 ، جوان 2006 .

(3)- المذكرات الجامعية :

1. إبراهيم (مزعد) ، "النظام القانوني لملكية الأراضي الفلاحية الخاصة" ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، 2001-2000 .
2. بسكري (أنيسة) ، "تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري" ، مذكرة ماجستير، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، 2001/2000.
3. بن بو عيشة (شهيناز) ، "دور عقد الشهرة في استقرار المعاملات العقارية" ، مذكرة ماجستير، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق ، جامعة البليدة ، 2006 .
4. تموح (منى) ، "النظام القانوني للمحافظة العقارية في التشريع الجزائري" ، مذكرة ماجستير، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2004-2003 .
5. جرورو (آسيا) ، "المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري" ، مذكرة ماجستير ، فرع عقود و مسؤولية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2004-2003 .
6. مزعاش (اسمهان) ، "التجربة الجزائرية في مجال الشهر العقاري" ، مذكرة ماجستير ، فرع إدارة و مالية، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2006-2005 .
7. مفتاح (دليوح) ، "تملك الأراضي الفلاحية بإحيائها و استصلاحها في الشريعة الإسلامية و القانون الجزائري" ، مذكرة ماجستير ، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة البليدة ، 2007.

(4)- الاجتهاد القضائي :

- مجلات خاصة باجتهادات المحكمة العليا الجزائرية، صادرة عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا.
- مجلات خاصة باجتهادات مجلس الدولة الجزائري.
- نشرات القضاة، صادرة عن مديرية الدراسات القانونية و الوثائق، الجزائر.

1) OUVRAGE :

- **NOELLE (Marie) et BACHELLIER (Jobard)** , « DROIT CIVIL , Sureté, Publicité Foncière » ; 12^{ème} édition ,Dalloz , Paris, 1997

2) ARTICLES :

1. BENDJABALLAH.(S.) , "Jeux et enjeux autour des terres constructibles", Revue IDARA , volume 9, n°1 , 1999

2. BUFFET (Christophe) , La preuve de la propriété ,26 avril 2010 ,
[www.village-justice.com/articles/preuve-propriete-immobiliere,7741.html],
09/09/2010.

3. COMBY (Joseph) , "Sécuriser la propriété sans cadastre " , mai 2007,
(26/04/2010) ;[www.adeef.org/RESSOURCES/propriete_sans_cadastre.pdf],
(12/10/2010), 207ko.

4. DJOUDI (Jamel) , "Action possessoire " , répertoire droit civil , Dalloz , février 2001.

5. DJOUDI (jamel) , "Possession " , répertoire droit civil , Dalloz , mai 2002 .

6. FOURNIER (Alain) et BRACH- THIEL (Delphine) , "Publicité Foncière " ;
répertoire droit civil , Dalloz , mars 2004.

7. SOHN-BOURGEOIS (Anne-Marie) , "Prescription acquisitive " répertoire droit civil , Dalloz , mars 2002 .

8. **YOUNSI HADDAD .(N.)** , " L' Acte sous seing privé et les transaction immobilières", Revue IDARA, volume 8 , n°1 , 1998.

3) THÈSE :

- **ZERROUK (kaddour)** , "la fonction notariale selon l'ordonnance n° 70/91 du 15/12/1970" , Mémoire de Magistère en Droit , Université d'Alger , juin 1977.

4) DICTIONNAIRE :

- **GARRAM (Ibtissem)**, " Terminologie juridique dans la législation algérienne ", Palais du livre, blida.

ثالثاً-النصوص التشريعية

أولاً: القوانين

1. قانون رقم 11/82 مؤرخ في 1982/08/21 يتعلق بالاستثمار الاقتصادي الخاص الوطني؛
(جريدة رسمية عدد 34، صادرة بتاريخ 1982/08/24).
2. قانون رقم 18/83 مؤرخ في 1983/08/13 يتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية؛
(جريدة رسمية عدد 34، صادرة بتاريخ في 1983/08/16).
3. قانون رقم 09/84 مؤرخ في 1984/02/04 متضمن التنظيم الإقليمي للبلاد؛
(جريدة رسمية عدد 06 ، صادرة بتاريخ في 1984/02/07).
4. قانون 19/87 مؤرخ في 1987/12/08 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي التابعة للأمالك الوطنية و يحدد حقوق المنتجين و واجباتهم؛
(جريدة رسمية عدد 50، مؤرخة في 1987/12/09).
5. قانون رقم 27/88 مؤرخ في 1988/07/12 متضمن تنظيم التوثيق؛
(جريدة رسمية عدد 28 ، صادرة بتاريخ 1988/07/13).
6. قانون رقم 22/89 مؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و بتنظيمها و سيرها،
معدّل و متمم؛ (جريدة رسمية عدد 53، صادرة بتاريخ 1989).
7. قانون رقم 25/90 مؤرخ في 1990/11/18 متضمن التوجيه العقاري، معدّل و متمم؛
(جريدة رسمية عدد 49، صادرة بتاريخ 1990/11/18).
8. قانون رقم 30/90 مؤرخ في 1990/12/01 متضمن قانون الأملاك الوطنية، معدّل و متمم؛
(جريدة رسمية عدد 52، صادرة بتاريخ 1990/12/02).
9. قانون رقم 25/91 مؤرخ في 1991/12/16 متضمن قانون المالية لسنة 1992؛
(جريدة رسمية عدد 65 ، صادرة بتاريخ 1991/12/18).
10. قانون رقم 12/93 مؤرخ في 1993/10/05 يتعلق بترقية الاستثمار؛
(جريدة رسمية عدد 64، صادرة بتاريخ 1993/10/10).
11. قانون رقم 22/03 مؤرخ في 2003/12/28 يتضمن قانون المالية لسنة 2004؛
(جريدة رسمية عدد 83، صادرة بتاريخ 2003/12/29).

12. قانون رقم 02/06 مؤرخ في 2006/02/20 متضمن تنظيم مهنة التوثيق؛
(جريدة رسمية عدد 14 ، صادرة بتاريخ 2006/03/08) .
13. قانون رقم 02/07 مؤرخ في 2007/02/27 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم
سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري؛ (جريدة رسمية عدد 15 ، صادرة بتاريخ 2007/02/28).
14. قانون رقم 09/08 ، مؤرخ في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية؛
(جريدة رسمية عدد 21 ، صادرة بتاريخ 2008/04/23).
15. قانون رقم 03/10 مؤرخ في 2010/08/15 ، يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة
للأمالك الخاصة للدولة؛ (جريدة رسمية عدد 46 ، صادرة بتاريخ 2010/08/18).

ثانيا: الأوامر

16. أمر رقم 91/70 مؤرخ في 1970/12/12 متضمن تنظيم التوثيق؛
(جريدة رسمية عدد 107 ، صادرة بتاريخ 1970/12/25).
17. أمر رقم 73/71 مؤرخ في 1971/12/08 متضمن قانون الثورة الزراعية؛
(جريدة رسمية عدد 97 ، صادرة بتاريخ 1971/11/30) .
18. أمر رقم 26/74 مؤرخ في 1974/02/20 متضمن تكوين الاحتياطات العقارية لصالح البلديات؛
(جريدة رسمية عدد 19 ، صادرة بتاريخ 1974/03/05).
19. أمر رقم 58/75 مؤرخ في 1975/09/26 متضمن القانون المدني، معدّل و متمّم .
20. أمر رقم 74/75 مؤرخ في 1975/11/12 متضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري؛
(جريدة رسمية عدد 92 ، صادرة بتاريخ 1975/11/18) .
21. أمر رقم 105/76 مؤرخ في 1976/12/09 متضمن قانون التسجيل ، "معدّل و متمّم"؛
(جريدة رسمية عدد 81 ، صادرة بتاريخ 1976).
22. أمر رقم 01/85 مؤرخ في 1985/08/13 يحدد انتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها
و حمايتها؛ (جريدة رسمية عدد 34 ، مؤرخة في 1985/08/14).
23. أمر رقم 03/06 مؤرخ في 2006/07/15 متضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية؛
(جريدة رسمية عدد 46 ، صادرة بتاريخ 2006/07/16) .
24. أمر رقم 11/06 مؤرخ في 2006/08/20 يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز و التنازل عن الأراضي
التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية؛

(جريدة رسمية عدد 53، صادرة بتاريخ 2006/08/30).

25. أمر رقم 04/08 مؤرخ في 2008/09/01 يحدد شروط و كفاءات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأمالك الخاصة للدولة و الموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية؛
(جريدة رسمية عدد 49 ، صادرة بتاريخ 2008/09/03).

ثالثا: المراسيم

26. مرسوم رئاسي 440/92 المؤرخ في 1992/12/02 يتضمن الموافقة على اتفاق القرض رقم 3488 آل الموقع في 5 غشت سنة 1992 بواشنطن (د.س) بين الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و البنك الدولي للإنشاء و التعمير لتمويل مشروع الوثائق العقارية العامة؛
(جريدة رسمية عدد 78 ، صادرة بتاريخ 1992/12/09).

27. مرسوم رقم 03/62 مؤرخ في 1962/10/23 يتعلق بتنظيم الصفقات و البيوع و الإيجارات و كذا تأجير الأملاك العقارية و المنقولة؛
(جريدة رسمية عدد 01، صادرة بتاريخ 1962/10/26).

28. مرسوم 388/63 مؤرخ في 1963/10/01 متضمن الإعلان بأن الاستغلالات الفلاحية العائدة لبعض الأشخاص الطبيعيين هي أملاك الدولة؛
(جريدة رسمية عدد 73، مؤرخة في 1963/10/04).

29. مرسوم رقم 15/64 مؤرخ في 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات العقارية، معدّل و متمم .

30. مرسوم رقم 32/73 مؤرخ في 1973/01/05 متعلق بإثبات حق الملكية الخاصة؛
(جريدة رسمية عدد 15، صادرة بتاريخ 1973/02/20).

31. مرسوم رقم 45/73 مؤرخ في 1973/02/28 يتضمن احداث لجنة استشارية لتهيئة المناطق الصناعية؛
(جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 1973/03/09).

32. مرسوم رقم 62/76 مؤرخ في 1976/03/25 متعلق بإعداد مسح الأراضي العام "معدّل و متمم"؛
(جريدة رسمية عدد 30، صادر بتاريخ 1976/04/13).

33. مرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 25/03/1976 متعلق بتأسيس السجل العقاري "معدّل و متمم" ؛
(جريدة رسمية عدد 30، صادرة بتاريخ 1976/04/13).

34. مرسوم رقم 352/83 مؤرخ في 1983/05/21 بسن إجراء لإثبات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية؛

(جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 1983/05/24).

35. مرسوم رقم 212/85 مؤرخ في 1985/08/12 يحدد شرط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود و/أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها ، و شروط إقرار حقوقهم في التملك و السكن ؛

(جريدة رسمية عدد 34 ، صادرة بتاريخ 1985/08/14) .

36. مرسوم تنفيذي رقم 234/89 مؤرخ في 1989/12/19 متضمن انشاء وكالة وطنية لمسح الأراضي؛

(جريدة رسمية عدد 54 ، مؤرخة في 1989/12/20).

37. مرسوم تنفيذي رقم 65/91 مؤرخ في 1991/03/02 متضمن تنظيم المصالح الخارجية لأمالك الدولة و الحفظ العقاري؛ (جريدة رسمية عدد 10 ، مؤرخة في 1991/03/06).

38. مرسوم تنفيذي رقم 254/91 مؤرخ في 27/07/1991 يحدد كفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها المحدثة بموجب المادة 39 من القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 و المتضمن التوجيه العقاري ؛

(جريدة رسمية عدد 36، صادرة بتاريخ 1991/07/31).

39. مرسوم تنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/06 محدد لشروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية و كفيات اكتسابها؛

(جريدة رسمية عدد 55، صادرة بتاريخ 1992/07/19).

40. مرسوم تنفيذي رقم 322/94 مؤرخ في 1994/10/17 يتعلق بمنح امتياز أراضي الأملاك الوطنية الواقعة في مناطق خاصة في إطار ترقية الاستثمار؛

(جريدة رسمية عدد 67، صادرة بتاريخ 1994/10/19).

41. مرسوم تنفيذي رقم 483/97 مؤرخ في 1997/12/15 متضمن كيفية منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية و أعبائه و شروطه؛

(جريدة رسمية عدد 83، صادرة بتاريخ 1997/12/17).

42. مرسوم تنفيذي رقم 147/08 مؤرخ في 2008/05/19 متعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية؛ (جريدة رسمية عدد 26، صادرة بتاريخ 2008/05/25).

43. مرسوم تنفيذي رقم 427/12 مؤرخ في 2012/12/16 المحدد لشروط و كفيات ادارة و تسيير الأملاك العمومية و الخاصة التابعة للدولة؛ (جريدة رسمية عدد 69، مؤرخة في 2012/12/19).

رابعاً: القرارات الصادرة عن وزارة المالية

44. قرار وزاري مؤرخ في 1976/05/27 يتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري ؛
(جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 1977/03/09).

45. قرار مؤرخ في 1999/02/20 الذي يؤهل أعوان ادارة أملاك الدولة و الحفظ العقاري لتمثيل الوزير
المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة؛
(جريدة رسمية عدد 20، صادرة بتاريخ 1999/03/24).

46. قرار مؤرخ في 2001/06/27 ، يتضمن تعيين المحافظات العقارية و تحديد دوائر اختصاصها ؛
(جريدة رسمية عدد 76 ، صادرة بتاريخ 2001/12/12).

47. قرار مؤرخ في 2002/05/12، يحدد المقر و الاختصاص الاقليمي للمديريات الجهوية لمسح الأراضي
و كذا تصنيف المديريات الولائية لمسح الأراضي؛
(جريدة رسمية عدد 42، مؤرخة في 2002/06/18).

خامساً: المناشير

48. منشور وزاري مشترك بين وزير العدل و وزير المالية و وزير الداخلية و المجموعات المحلية تحت رقم
4513 مؤرخ في 1984/06/09 يتعلق بإجراءات إثبات التقادم المكسب و إعداد عقد شهرة يتضمن اعترافاً
بملكية .

سادساً: التعليمات و المذكرات الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية

49. تعليمة رقم 16 مؤرخة في 24 ماي 1998 متعلقة بسير عمليات مسح الأراضي و الترقيم العقاري.

50. مذكرة مؤرخة في 17 جويلية 1999 متعلقة بدور المحققين التابعين لمصلحة أملاك الدولة في عمليات
التحقيقات العقارية المندرجة في اطار إعداد مسح الأراضي العام.

51. مذكرة مؤرخة في 04 سبتمبر 2004 متعلقة بتسوية وضعية الأراضي مجهولة المالك .

10-5	مقدمة
12	الفصل الأول- السندات المثبتة للملكية الخاصة في الأراضي غير المسوحة
13	المبحث الأول- السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي غير المستندة على أحكام التقادم المكسب
14	المطلب الأول- السندات الرسمية
14	الفرع الأول- أنواع السندات الرسمية
14	أولاً: السندات التوثيقية
19	ثانياً: السندات الإدارية
24	ثالثاً: السندات القضائية
27	الفرع الثاني- القوة الإثباتية للسندات الرسمية
27	أولاً: الحجية القانونية للسندات الرسمية
30	ثانياً: مكانة السندات الرسمية في اثبات الملكية العقارية أمام القضاء
34	المطلب الثاني- السندات العرفية
34	الفرع الأول- شروط المحرر العرفي المعد للإثبات
34	أولاً: الشروط المتعلقة بصحة المحرر العرفي
35	ثانياً: الشروط المتعلقة بحجية المحرر العرفي
42	الفرع الثاني- موقف القضاء الوطني من الاحتجاج بالعقد العرفي
42	أولاً: موقف القضاء قبل سنة 1997
44	ثانياً: موقف القضاء بعد سنة 1997
49	المبحث الثاني- السندات المثبتة للملكية الخاصة للأراضي المستندة على أحكام التقادم المكسب
50	المطلب الأول- الأحكام القضائية المكرسة للملكية بناء على التقادم المكسب
50	الفرع الأول- دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب
50	أولاً: اثبات التقادم المكسب أمام القضاء
57	ثانياً: تمييز دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب عن دعوى الحيازة

60	الفرع الثاني- حجية الحكم المكرس للملكية عن طريق التقادم المكسب
60	أولاً: حيازة الحكم على قوة الشيء المقضي فيه
64	ثانياً: شهر الحكم المكرس للملكية بناء على التقادم المكسب
66	المطلب الثاني- عقد الشهرة
66	الفرع الأول- اعداد عقد الشهرة
66	أولاً: شروط اعداد عقد الشهرة
71	ثانياً: إجراءات اعداد عقد الشهرة
75	الفرع الثاني- القوة الإثباتية لعقد الشهرة
75	أولاً: الطبيعة القانونية لعقد الشهرة
77	ثانياً: حجية عقد الشهرة
83	المطلب الثالث- سندات الملكية المسلمة بعد اجراء تحقيق عقاري
83	الفرع الأول- خلفية استحداث التحقيق العقاري كآلية لتسليم سندات الملكية
83	أولاً: تطبيقات التحقيق العقاري في الجزائر قبل صدور القانون 02/07
85	ثانياً: دواعي سنّ قانون 02/07 المتعلق بمعاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري
86	الفرع الثاني- نطاق و إجراءات عملية التحقيق العقاري
86	أولاً: نطاق التحقيق العقاري
88	ثانياً: إجراءات التحقيق العقاري
93	الفرع الثالث- آثار عملية التحقيق العقاري
93	أولاً: التحقيق انتهى إلى ثبوت حق الملكية
95	ثانياً: التحقيق لم يفض إلى نتيجة
98	الفصل الثاني- الدفتر العقاري كسند وحيد مثبت للملكية الخاصة في الأراضي الممسوحة
99	المبحث الأول- أسس اعداد الدفتر العقاري
100	المطلب الأول- انتهاء نظام الشهر العيني
100	الفرع الأول- ازدواجية نظام الشهر العقاري في الجزائر
100	أولاً: أنظمة الشهر العقاري
104	ثانياً: موقف المشرع الجزائري
109	الفرع الثاني- متطلبات الشهر العقاري

109	أولاً: انشاء محافظة عقارية
111	ثانياً: احترام الشكل الرسمي في المحررات المودعة للشهر
112	ثالثاً: احترام قاعدة الأثر الاضافي للشهر
116	المطلب الثاني- تأسيس السجل العقاري
116	الفرع الأول- المسح كأساس مادي للسجل العقاري
116	أولاً: افتتاح عملية المسح و الهيئة المكلفة بها
119	ثانياً: التجسيد الميداني لأعمال المسح
126	ثالثاً: اختتام عملية المسح
129	الفرع الثاني- الأعمال القانونية لتأسيس السجل العقاري
129	أولاً: ايداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية
130	ثانياً: الترقيم العقاري
134	ثالثاً: انشاء البطاقات العقارية
137	رابعاً: تسليم الدفتر العقاري
138	المبحث الثاني- القوة الإثباتية للدفتر العقاري
139	المطلب الأول- مدى تجسيد الأثر التطهيري للشهر
139	الفرع الأول- تكريس الأثر التطهيري للشهر
139	أولاً: مفهوم الأثر التطهيري للشهر
141	ثانياً: دلالات تجسيد المشرع الجزائري للأثر التطهيري للشهر
145	الفرع الثاني- استثناءات الأثر التطهيري للشهر
145	أولاً: الاستثناءات المصاحبة للإجراء الأول للإشهار في السجل العقاري
150	ثانياً: الاستثناءات المصاحبة للإشهارات اللاحقة في السجل العقاري
154	المطلب الثاني- مدى الأخذ بالتقادم المكسب
154	الفرع الأول- جواز اعمال أحكام التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر
154	أولاً: غموض موقف المشرع الجزائري
157	ثانياً: تنبذ موقف القضاء الجزائري
162	الفرع الثاني- حظر اعمال أحكام التقادم المكسب في مواجهة صاحب الحق المشهر
162	أولاً: حظر التقادم من المبادئ الجوهرية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني

165	ثانيا: النطاق التشريعي لحظر التقادم في العقارات الممسوحة
176-172	خاتمة
177	قائمة المراجع
190	الفهرس

ملخص :

مرّ النظام القانوني للعقار في الجزائر بمراحل متباينة تمخض عنها تحرير أصناف متنوعة من سندات الملكية ، لكن رغم هذا بقي شطر مهمّ من المشاكل المطروحة مرتبط بغيابها، و كان الاعلان عن نظام الشهر العيني بمقتضى الأمر 74/75 خطوة مهمة نحو توثيق شامل للملكية العقارية، بتسليم دفاتر عقارية، إلا أنه و نظرا لارتباط التجسيد الميداني لنظام الشهر الجديد بالانتهاء من أشغال المسح و ما سجّله هذه الأخيرة من تأخر معتبر ، انطلق المشرع في سنّ بعض الآليات الموازية من أجل توثيق مؤقت للملكية العقارية.

هذا التنوع الذي عرفته سندات الملكية أوقع العديد من المواطنين في مشاكل معقدة، فقد تبين أن العديد منهم يملكون سندات عقارية و هم يجهلون مدى حجيتها و قوتها في الاثبات ضائنين – و هم في كثير من الأحيان مخطئون في ذلك- أنها سندات ملكية صحيحة منتجة لآثارها القانونية، و عليه فهذا البحث يهتم باجراء دراسة تهتم بتوضيح هذه المسألة، و ذلك بحصر السندات التي تصلح في إثبات الملكية العقارية، و كذا معرفة درجتها في الاثبات، لأنه حتى لو تعلق الأمر بسندات ملكية صحيحة فإن قوتها في الاثبات تختلف من سند لآخر.

الكلمات الدالة/

اثبات الملكية العقارية، سندات الملكية العقارية، التقادم المكسب، أنظمة الشهر العقاري، مسح الأراضي، الدفتر العقاري، حجية السندات العقارية.

Résumé:

le système juridique foncier en Algérie a traversé une multitude d'étapes qui ont donné naissance à différentes catégories de titres de propriété or la majorité des problèmes relatifs au foncier était liée à l'absence de titres de propriété. Par conséquent, l'avènement du système de publicité réelle en vertu de l'ordonnance 75/74 du 12.11.1975 portant établissement du cadastre général et institution du livre foncier, constituait une étape importante vers une formalisation globale de la propriété foncière qui aboutit à l'octroi de livrets fonciers. Attendu que la concrétisation du système de publicité réelle était tributaire de la fin des travaux cadastraux ainsi que le retard considérable qu'ils avaient enregistré, le législateur s'est trouvé contraint de mettre en place certains mécanismes parallèles pour l'établissement provisoire de titre de propriété immobilière.

La diversité qu'a connue le titre de propriété a entraîné nombre de citoyens dans des problèmes épineux. Ceci, il s'est avéré que plusieurs d'entre-eux détiennent des titres

immobiliers et ignorent leur validité et leur qualité de constatation, considérant qu'il s'agit de titres de propriété valables jouissant de tous leurs effets réglementaires mais souvent ils se tromper dessus.

Cet exposé vise, par conséquent, à étudier et à éclaircir cette question en définissant les titres valides pour l'établissement de la propriété foncière et préciser, par là-même, leur utilité dans la constatation de propriété sachant qu'en dépit d'être des titres de propriété authentiques, leur valeur de constatation diffère d'un titre à l'autre.

Les mots clés :

La preuve de la propriété immobilière, les titres de la propriété foncière, la prescription acquisitive, les systèmes de la publicité foncière, le cadastre, livret foncier, l'énonciation des titres fonciers.

Summary :

the land legal system in Algeria has gone through a multitude of steps that gave rise to different categories of property titles, However the majority of real estate-related problems related to the absence of property titles, Therefore, the announcement of the system of real advertising under order 75/74 of the 12.11.1975 on the establishment of the general cadastre and the land register institution, was an important step towards a comprehensive formalization of ownership sanctioned by the granting of land books, whereas the realization of the actual advertising system was dependent on the end of the cadastral work in addition to the fact that they had registered, the legislature found itself forced to implement some parallel mechanisms for provisional documentation of real estate property.

The diversity known title has led many citizens in knotty problems, This, it is found that many of them hold real estate assets and ignore their validity and value of finding whereas it's valid title with all the legal effects and there are often many to mistake it.

This presentation seeks, therefore, to study and clarify this issue by defining valid titles for the establishment of land ownership and specify their usefulness in finding knowing that despite being title authentic, finding value differs from one title to another.

The keywords :

proof of real property, Titles Landed Property, acquisitive prescription, land registration systems, the land registry, the Land booklet.