



كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

دور القاضي في نقل الملكية العقارية

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه الطور الثالث

تخصص قانون فرع قانون خاص أساسي

تحت إشراف الأستاذ(ة):

أ.د بردان رشيد
والمشرف المساعد
أ.د معوان مصطفى

تقدم وتناقش علنا من طرف الطالب(ة) :

حماد رشيدة

أمام لجنة المناقشة

الصفة	جامعة الإنتماء	الرتبة	الأستاذ(ة)
رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذة محاضرة "أ"	السيدة: بوراس نجية
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: بردان رشيد
مشرفا مساعدا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: معوان مصطفى
عضوا	جامعة تيارت	أستاذ التعليم العالي	السيد: مقني بن عمار
عضوا	جامعة مستغانم	أستاذ التعليم العالي	السيد: حيتالة معمر
عضوا	المركز الجامعي بتيسمسيلت	أستاذ محاضر "أ"	السيد: علاق عبد القادر

السنة الجامعية 2020/2019 م/1440/1441 هـ

قل أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

" و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل "

الآية 58 من سورة النساء

تتشكر

أتوجه بالشكر الجزيل إلى المولى عز وجل على نعمه و رزقه علينا.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل قدم لي يد المساعدة من قريب أو بعيد وعلى رأسهم الاستاذ بردان رشيد الذي قدم لي الدعم والنصح ولم يبخل علي بوقته وعلمه في تقديم الإرشادات والتوجيهات اللازمة لإنجاز هذا العمل المتواضع.

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى السادة الاساتذة اعضاء لجنة المناقشة كل واحد باسمه على قبولهم مناقشة هذا البحث المتواضع و لهم مني فائق التقدير و العرفان و الشكر إلى كل من اعانني و ساعدني من قريب او بعيد لإتمام هذا البحث المتواضع دون أن أنسى جميع إخواني و أصدقائي .

*** فلك هؤلاء جل التقدير والاحترام ***

-حماد رشيدة-



إهداء

" لك الحمد ربي حتى ترضى و لك الحمد إذا رضيت

و لك الحمد بعد الرضى "

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى تاج حياتي...أمي، أمي، فأمي

إلى الأب الذي عمل السنين لكي نعيش سعداء

إلى زوجي و إخواني و كل عائلتي التي أمانتني في الخفاء وإلى أصدقائي

إلى من دفعني للدراسة و سهل أمور حياتي

إلى جميع الأساتذة الذين قاموا بتدريسي

إلى كل طالب علم آمن بفكرة وسعى إلى تجسيدها

إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل



رشيدة



المقدمة

مقدمة :

مع التطور التاريخي أضحي لمرفق القضاء أهمية بالغة في وجوده من أجل حماية الحقوق والحريات وللفضل ما بين المتخاصمين ومنعهم من اقتصاص حقهم بأنفسهم ، فالقضاء يختص دون غيره من سلطات الدولة في ذلك، إذ حدد الدستور الجزائري وظيفة السلطة القضائية في حماية المجتمع والحريات، وضمان للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية و على رأسها حماية حق الملكية الخاصة إذ نص في مادته 60 أن "الملكية الخاصة مضمونة " ، بما فيها ملكية العقار .

ومن أجل ذلك أعطى المشرع الجزائري كامل الاهتمام بالملكية العقارية، وما يرد عليها من تصرفات ومعاملات، وذلك من خلال إصداره للعديد من التشريعات التي تهدف إلى تسيير وتنظيم الحفظ العقاري، بينما يتماشى وفكرة حماية الملكية العقارية وضمان إستمراريتها والحفاظ على استقرارها، و إعطاء ضمانات أكثر للتصرفات المبرمة بين الأشخاص المتضمنة نقل أو انشاء أو تعديل أو انقضاء الحق العيني العقاري، حتى تكون حجة على الكافة بمجرد تسجيلها بإدارة الشهر العقاري و تمكين الدولة من احكام مراقبتها على السوق العقارية بهدف منع المضاربة الغير الشرعية والتي من شأنها تعميم الفوضى في المعاملات، وتسمح بانتقال الحق العيني العقاري من يد الى اخرى دون مراقبة الدولة ، مما يخلق تعدد وتعقد المنازعات العقارية، خاصة وان الكثير من الاشخاص يتجنبون احترام الاجراءات القانونية المقررة للتهرب من الرسوم الجبائية، وهو ما يقلل بشأنه من مداخيل مالية كبيرة لفائدة الخزينة العمومية و لتحقيق ذلك وضعت العديد من الآليات التي تعمل في نفس الاتجاه بما يكرس اكثر الثقة في التعاملات العقارية ويضمن استقرارها ومن بين هذه الآليات تدخل القاضي في نقل الملكية العقارية وذلك فصلا في المنازعات المطروحة عليه.

إن هذه الرسالة تهدف الى ابراز الدور الهام لتدخل القاضي في نقل الملكية و ان كان يعتقد فعلا بأن هذه العملية من صميم إرادة الأطراف ، ولكنها تعزز عمليا نزاعات تقتضي تدخل القاضي للفصل فيها، فسيتغاضى عن هذه الإرادة بحكم أو قرار قضائي.

ثم أن هذه الدراسة جاءت محاولة لتوضيح الأسس والفرضيات التي في ظلها يمارس القاضي هذا الدور الهام. وسواء تعلق الأمر بإصدار الأوامر أو التراخيص أو المصادقة أو الفصل في المزاد العلني وغيرها من المهام المنوطة به، فإن القاضي يمارس دوره من خلال الإيجار أو الرقابة ولكن في إطار القانون.

وقد يبدو لأول وهلة أن هذا الدور غير المألوف لدى البعض، ولكن العمل القضائي يساهم بشكل هام في استقرار المعاملات، و تداول الثروات . و إن كان يبدو انه غير متجانس مع الوظيفة الأساسية للقاضي والتي هي الفصل في النزاعات لكنه و في نهاية الأمر فصل في نزاع .
ثم أن القاضي بتدخله يفسر في هذا المجال، أحد أهم مبادئ القانون وهذا من خلال إعطاء لكل حقه و لكل ملكيته، لذلك فإنه يساهم بشكل فعال في ترتيب الحقوق وإنشاء المراكز القانونية بصورة عادية تماما .

ومن هذا المنطلق ونظرا لما يحتله العقار من أهمية في جميع نواحي الحياة و لقيمه المرتفعة من جهة ولتأخر عملية مسح الأراضي المقررة منذ السبعينات و ما نتج عنه من فوضى في البيوع العقارية سواء في الأراضي العارية أو المبنية خرقا لقوانين العمران من جهة أخرى وأن تفشي ثقافة سرعة الربح بشتى الوسائل مع الضغط في ازدياد عدد السكان و تمركزه في المدن الكبرى وعجز الدولة في حل أزمة السكن كلها كانت أهم الأسباب التي أفرزت نزاعات عقارية متشعبة منها خصوصا تلك المتعلقة بنقل الملكية العقارية والتي أسفرت على طرح بعضها على الإدارة كالبلديات ، و أغلبها طرحت على القضاء ومن النزاعات من تنتظر من يحركها لتجد حلا لها.

وفي هذا الإطار فإن المنازعات العقارية بما فيها تلك الدعاوى المتعلقة بنقل الملكية العقارية المطروحة على الجهات القضائية والتي ترمي إلي الفصل في النزاع بأحكام نهائية كانت جلها قبل سنة 1994 تطرح على القسم المدني للمحاكم باعتبار أن القانون المدني هو الشريعة العامة، فالقاعدة العامة لاختصاص المحاكم العادية نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 32 الفقرة 1 "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام و تتشكل من اقسام "

ونظرا لكثرة و تعقد القضايا العقارية اقتضى توفير قضاة متخصصين للبحث في النزاعات العقارية ، ومن ثمة استحدثت قسم عقاري على مستوى المحاكم بموجب قرار وزير العدل المؤرخ في 01/04/1994 المتمم للقرار المؤرخ في 25/09/1990 الذي يحدد عدد أقسام المحاكم وعلى الرغم من تواجد هذه الأقسام فلم يمنع المتقاضين من طرح المنازعات العقارية على الأقسام الأخرى و لاسيما القسم المدني الذي لا يجوز له الحكم بعدم الاختصاص النوعي في الدعاوى العقارية، و ذلك لانعدام الأساس القانوني ولكون أن الأقسام موضوعة بموجب قرار الوزير للتخصص فقط.

ومع صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008 أبقى على نفس المبدأ وهو الإختصاص النوعي العام للمحكمة مستثيا فيها القسم الاجتماعي نظرا لاختلاف تشكيلته على بقية الأقسام طبقا للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية .

كما أعطى أولوية لبعض الأقسام و منها القسم العقاري ونظرا لأهمية العقار فقد نظم الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني عنوان تحت تسمية القسم العقاري و ذكر اختصاصها العام في المادة 511 مبينا فيها أن القسم العقاري يختص نوعيا بالمنازعات المتعلقة بالأملك العقارية وأورد بعض مواضيع الاختصاص في المادة 512 وخص على سبيل المثال بعض أنواع القضايا التي عرفتھا المحاكم وهي: النزاعات المتعلقة بحق الملكية والحقوق العينية كالرهن الرسمي، دعاوى الحيازة، التقادم، حق الانتفاع، نشاطات الترقية العقارية ويدخل فيه عملية البناء أو تجديد أملك قصد الإيجار أو البيع أو لتلبية حاجات شخصية كالتعاونية العقارية، الملكية المشتركة في العقارات المبنية، الملكية علي الشيوخ، إثبات الملكية العقارية، الشفعة، الهبة والوصية في العقار، التنازل عن الملكية وحق الانتفاع، القسمة وتحديد المعالم، إيجار السكنات والمحلات المهنية - إيجارات فلاحية.

كما أدرجت المواد من 513 إلى 517 اختصاصات القسم العقاري في موضوع النزاعات القائمة بين الفلاحين المستغلين لأراضي الدولة فيما بينهم أو مع الغير، نزاعات تتعلق بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض حقوق تم شهرها ، منازعات الترقيم المؤقت في السجل العقاري القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص، منازعات المتعلقة بمقايضات تابعة لأملك الدولة مع عقارات تابعة لأملك خاصة. والجدير بالذكر أن الاختصاص النوعي للقسم العقاري على مستوى المحاكم اختصاص غير مانع فقد يلجأ بعض الأشخاص لطرح دعوى عقارية على القسم المدني ولا يجوز لهذا الأخير التصريح بعدم الاختصاص النوعي باعتبار أن الجهات القضائية لها الاختصاص العام و هو ما جعل الفقرة الخامسة من المادة 32 تعطي الاختصاص للقسم المدني للمحاكم التي تفتقد للأقسام الأخرى باستثناء القسم الاجتماعي و حتى التجاري الغير مذكور لإختلاف التشكيلة.

ولإرغام المتقاضين علي اختيار القسم المتخصص فقد أجازت الفقرة السادسة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اسلوب الاحالة من طرف القاضي وذلك بعد اخذ الرأي المسبق لرئيس المحكمة. وهذا ما يفسر أن مختلف الأقسام المشكلة للمحكمة تعتبر مجرد تقسيم إداري وليس توزيع لاختصاصات نوعية لمختلف هذه الأقسام، وهذا ما يتأكد أيضا في الفقرة 3 من المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه: "تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية

التجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية وقضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا" وكذلك في الفقرة 5 من المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، غير انه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية، وتضيف الفقرة 6 من نفس المادة أنه في حالة جدولة قضية أمام قسم غير القسم المعني بالنظر فيها، يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط، بعد إخبار رئيس المحكمة المسبق، و نلاحظ في هذه الفقرة أن المشرع لم يرتب البطلان (عدم قبول الدعوى) في حالة عدم تسجيلها في القسم المتخصص للنظر فيها و هذا ما يؤكد لنا أن القاعدة العامة في اختصاص أقسام المحكمة ليس اختصاص نوعي بل هو مجرد تقسيم إداري ، بالإضافة الى الصلاحيات المخولة للمحاكم الإدارية و مجلس الدولة للفصل في المنازعات العقارية كلما توفرت فيها شروط الاختصاص المحددة في المواد 800، 801 و 901 من قانون الإجراءات المدنية.

ومن ثمة فإن الملكية العقارية أصبحت في الوقت الراهن تشكل دعامة من أهم الدعائم الأساسية التي يقوم عليها المجتمع سواء من حيث البناء الاقتصادي أو الاجتماعي نظرا للقيمة التي تحتلها في مجال المعاملات المدنية والتجارية فضلا عن دورها الفعال في التنمية الشاملة وزيادة الدخل القومي وذلك من خلال التحكم في مختلف التوسعات التي يعرفها الجانب الاقتصادي سواء في الميدان الفلاحي أو الصناعي أو العمراني وحتى السياحي، والأکید أن ذلك لا يتحقق إلا من خلال ضبط وتوجيه محكم للاستثمارات العقارية، إذ أصبحت الملكية العقارية تحتل مكانة هامة في حياة الشعوب والأمم نظرا لما تحققه من مصادر للاستثمار والاستقرار والسكن وغيرها، كما أنها تعتبر مصدرا متجددا للثروة ومقوما فعالا للاستثمار والتنمية الاقتصادية والاجتماعية للدول، لذلك اضطلعت معظم التشريعات المقارنة وعبر كل العصور المتعاقبة إلى العمل جاهدا على إنشاء وخلق نظم عقارية متكاملة تخضع للتحنين والتطوير من أجل ضمان استقرارا للملاك والحائزين للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية وذلك بتنظيم عمليات التملك والنقل والاستغلال والتداول لهذه الأموال بما يضمن حقوق المتعاملين بها والدولة والغير على السواء، إلا أن هذه العملية التنظيمية متباينة في تحديد وسائل وإجراءات انتقال وتداول هذه الحقوق العينية العقارية بحسب اختلاف نظم الشهر العقاري و التوثيق وضبط المعاملات العقارية مساحة وحدودا.

فحق الملكية العقارية إذن كان ولا يزال من أهم الحقوق الأساسية التي اهتمت بها مختلف التشريعات منذ القدم وذلك من خلال تنظيمه وضبط نطاقه وكيفية استعماله وحمايته من التعدي وأن هذا الاهتمام المفرط يبرره الارتباط الوثيق بين النظام السياسي والاقتصادي السائد في أي بلد كان وفي أي

وقت ما، إذ أنه من المسلم به أن قضية العقار وطريقة استغلاله تعد من المسائل الحيوية الجوهرية التي تتحكم الى حد بعيد في تطور الشعوب ورفع مستوى دخلها قبل ان تؤثر أساسا على منفعتها الشخصية. وعلى هذا فإن الملكية العقارية تعد إذن من أهم المواضيع وأعقدها على الإطلاق ويظهر ذلك من خلال تعدد المراسيم والقوانين والأوامر التي صدرت منذ الاستقلال فقد عرفتها المادة 02 من القانون رقم 90/ 25 المؤرخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري بأنها في مفهوم هذا القانون هي كل من الأرض أو الثروات العقارية غير المبنية ، فالملكية العقارية تخول سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويشغله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها وهذا ما أكدته المادة 674 من القانون المدني أن الملكية هي حق التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمال تحرمه القوانين و الأنظمة .

وعليه أصبحت للثروة العقارية أهمية كبرى في اقتصاد كل بلد خاصة في اقتصاد البلدان النامية حيث لم تبلغ الثروة الصناعية بعد ما بلغته في البلاد المتقدمة، و لا ترجع هذه الأهمية الى القيمة الذاتية للعقارات فحسب بل أيضا إلى أنها تخول أصحابها اعتمادا يسمح لهم باقتراض الاموال بضمان ما يملكون من حقوق عقارية ثابتة من اجل استثمارها أو استعمال القروض في توظيفات اخرى، إذ أن تملكها هو إغتناء الذمة المالية للفرد ونماؤها والزيادة فيها، الأمر الذي جعل له دور فعال في تنمية الاقتصاد الوطني نظرا لما تجنيه الدولة من فوائد وأثرها على الاستقرار المحلي. كما ان العقار له دور فعال حتى على المستوى العالمي و له علاقات بمختلف القطاعات ، كما أنه يعتبر عاملا جوهريا مؤثرا ومثارا حتى في المجال الاستراتيجي. كل ذلك أصبح يفرض على الدولة الجزائرية على غرار باقي التشريعات وجود تنظيم لقواعد الملكية العقارية يحدد بشكل اكيد مالك الحق العقاري ويبين حدود ملكيته والقيود الواردة عليه و ما قد يتقلها وكيفية نقلها لصالح الغير بحيث يتمكن من يريد التعامل بخصوص عقار معين معرفة مالكة ومركزه القانوني حتى يحقق الاطمئنان في تعامله هذا، لذلك عملت على إيجاد ووضع نظام لتسجيل ومسح العقارات بطريقة تكفل ثبوت الحقوق العقارية وصيانتها مع ما يرد عليها من قيود لصالح الغير بطريقة تبعث الثقة في نفس المالك ذاته وتوفر الطمأنينة لمن يتعامل معه تفاديا للمنازعات الكثيرة والمتعددة التي تطرح منها مسألة نقل الملكية العقارية وإثباتها التي أضحت تشكل عائقا رئيسيا، وإشكالا عويصا تتخبط فيه الجهات المشرفة على تنظيم الملكية العقارية ، وتسوية المنازعات المثارة بشأنها و الفصل فيه بطريقة عادلة، سواء تعلق الأمر بدور القضاة أثناء فصلهم في المنازعات العقارية المعروضة عليهم، أو تعلق الأمر بمهام مصالح مسح الأراضي والشهر العقاري هذا

من جهة، ومن جهة ثانية جعلت المتعامل في ميدان العقار يعاني مشاققة في كسبه ومما لا شك فيه أن سبب هذه الصعوبات والإشكالات يرجع أساسا إلى المراحل التاريخية المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية والنصوص القانونية التي كانت ومازالت تحكمها، والتي لم تعرف استقرارا وتواصلًا، ولا تطبيقًا ميدانيا نظرًا لكثرتها وتشعبها من جهة ولعدم انسجامها وتماشيتها مع التقاليد والعرف السائدين في المجتمع الجزائري من جهة أخرى، بالإضافة إلى استمرار تضارب النصوص بعد الاستقلال وسرعة تجديدها والذي لا يخدم استقرار الملكية العقارية ولا تطويرها، وذلك لدرجة أنه لا يكاد أن ينتهي المشرع من سن إجراءات قانون معين أو مرسوم، حتى يصدر قانون آخر يتضمن إجراءات جديدة و مغايرة¹.

وعليه فإن المراحل التي مرت بها الملكية العقارية جعلت النظام القانوني الذي يحكم العقار في الجزائر يعتبر كمرآة عاكسة لكل مرحلة من المراحل التي مرت بها الدولة، ففي فترة العهد العثماني، تميزت الملكية العقارية بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الأراضي الزراعية²، وكذا الأعراف التي كانت سائدة آنذاك، وما يمكن استخلاصه عن هذه المرحلة هو أن الملكية العقارية رغم أنها عرفت أشكالًا مختلفة، إلا أن الصفة الأساسية فيها هو استقرارها، أما في فترة الاحتلال الفرنسي فإن السياسة العقارية الاستعمارية كانت خلال تلك المرحلة مستمدة من منهج احتلالي يقوم على أساس سلب أراضي الجزائريين بجميع الطرق والوسائل المادية والقانونية ومنحها للمعمرين و ذلك من خلال سن عدد كبير من القوانين والمراسيم³، كان التشريع العقاري الاستعماري يصبو إلى ضمان حرية المعاملات العقارية وإلى توحيد النظام العقاري، وذلك بغرض تسهيل عملية التنازل عليها وتفكيك النظام الاجتماعي والاقتصادي السائد الذي كان يركز أساسًا على العقار في الجزائر.

¹ عبد الرحمان ليندة اثبات الملكية العقارية في المناطق الغير ممسوحة مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء الدفعة 17 سنة 2006-2009.

² ليلي طلبة الملكية العقارية الخاصة وفقا لاحكام التشريع الجزائري دار هومة الطبعة الثانية سنة 2011 صفحة 13.

³ مرسوم 08 سبتمبر 1830 الذي يحدد ملكية الدولة وقرار الحاكم كوزيل الصادر ب 07-12-1930 المتعلق بالسماح للاروبيين بامتلاك الاملاك الوقفية والقرار الصادر في 30-10-1858 الذي اخضع الاملاك الوقفية لاحكام المعاملات الخاصة الملكية ومرسوم سيناتوس كونسيلت الصادر في 12-04-1863 المتضمن تجزئة بعض الاراضي الى وحدات عقارية فردية و القانون المؤرخ في 26-07-1873 المتمم بالقانون 28-04-1987 المتضمن اقامة الاملاك العقارية وصيانتها في الاوطان الجزائرية منصوص عليها في ليلي طلبة الملكية العقارية الخاصة وفقا لاحكام التشريع الجزائري دار هومة الطبعة الثانية سنة 2011 صفحة سنة 16

وبعد استرجاع الجزائر لسيادتها الوطنية، عرفت الجزائر فترتين تاريخيتين: الفترة الأولى تميزت بسياسة اشتراكية للاقتصاد الوطني والتي امتدت إلى غاية صدور دستور 1989. قد كانت التشريعات العقارية خلال هذه الفترة غير مستقرة ومتكاملة، والفترة التي عقيتها التي تميزت بتحويلات هامة ، اذ خرجت الجزائر من النظام الاقتصادي الموجه إلى النظام الاقتصادي الحر وتخلت عن النهج الاشتراكي وتبنت السياسة الليبرالية وتم تكريس الملكية الخاصة من خلال القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري¹، وما يتطلبه من ليونة تشريعية في النظام القانوني العقاري .

وعليه فإن أهم ما غلب على الساحة العقارية الجزائرية بصفة عامة هي وضعية اللأمن القانوني في المعاملات و التصرفات العقارية، مما أدى إلى قلة نسبة الاستثمارات الأجنبية في الجزائر، ودفع بالسلطات العمومية إلى انتهاج سياسة جديدة، بإيجاد آليات أدوات قانونية تثبيت ملكية العقار بسند رسمي مكتوب، وذلك باعتماد عملية مسح واسعة و وضع سجل عقاري للأراضي، بهدف العمل على تشجيع الاستثمارات لتحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية من جهة ، و حصر الثروة العقارية من جهة أخرى وذلك بجعل دفتر العقاري السند الوحيد و المطلق لإثبات هوية و ملكية العقارات على الصعيد الوطني، إلا أن عملية مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، تعتبر آلية بطيئة تعطي مفعولها وأثارها على المدى البعيد وذلك نظرا لقلّة الإمكانيات المادية والبشرية المتطلبة في إنجاز هذه العملية باعتبار انها تحتاج الى قوة مادية وبشرية هائلة، و في انتظار تعميم عمليات المسح العام التي يتم بموجبها توسيع دائرة تطبيق نظام الشهر العيني، فإنه أصبح من الضروري أن الاستمرار بالعمل بنظام الشهر الشخصي في بعض المناطق ولو بصفة مؤقتة باعتباره النظام الموروث عن العهد الفرنسي إلى غاية الانتهاء من عمليات المسح على مجموع التراب الوطني، و لقد نتج عن المراحل المختلفة المبينة أعلاه، تحرير وثائق وسندات معينة لنقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية المختلفة. و هذه الوثائق هي التي يتعين على المالكين القيام بتقديمها لإثبات ملكيتهم، ومن ثمة فهي الوثائق التي يجب أن يعتمد عليها القضاة ومسيري مصالح مسح الأراضي العام، ومصالح أملاك الدولة والشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية وإصدار أحكام أو قرارات بشأنها ، و يمكن تعريف السند بأنه كل وثيقة أو محرر يبين الوضعية القانونية للعقار في وقت معين، ويدل على ملكيته أو على حق عيني عقاري، و يحزر وفقا للإجراءات الشكلية التي حددتها النصوص السارية المفعول عند تاريخ تحرير السند .

¹ قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري المنشور في الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18-11-1990

و على هذا الصعيد فقد استوجب المشرع الجزائري في السندات الناقلة للملكية العقارية الشكل الرسمي مع وجوب إشهار السند المثبت لها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة. لكن وعلى الرغم من صراحة هذه النصوص فإن المحكمة العليا ظلت متجاهلة هذه القوانين ومؤكدة على صحة العقود العرفية مرتبة عليها آثار العقد الرسمي سواء بسواء، ولكن وبعد العمل بهذا الاجتهاد القضائي حقبة زمنية معتبرة تراجعت المحكمة العليا عن موقفها في قرار الغرف المجتمعة الشهير المؤرخ في 20-02-1997¹ ، فوجود السندات الصحيحة التي تقبل في الإثبات له أهمية بالغة في استبعاد السندات الغير صحيحة نظرا لأنها مرت بتطورات حسب تغير القوانين وتطورها، وهو ما دفع بالدول إلى سن تشريعات وقوانين لتحديد الأطر و القواعد القانونية لتملكه وتبيان السندات الرسمية التي تنقل الملكية وثبتها سواء كانت هذه السندات توثيقية أو عرفية أو إدارية أو قضائية وهذا كله من أجل حماية حق الملكية العقارية التي تعتبر من الحقوق المقدسة وتنظيم عملية نقلها وانتقالها من شخص إلى آخر، والمشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات عمل على ضبط الملكية العقارية بنصوص قانونية من جهة واجتهاد القاضي من جهة اخرى فصلا في المنازعات القضائية المطروحة امامه في استنباط الحلول وايجاد مخارج للفصل بين المتنازعين بعدل لاعتبار أن منازعات الملكية العقارية تعتبر أهم المشاكل المطروحة امام جهات القضاء العادي و الاداري في بلادنا بمختلف اسبابها وتنوع مظاهرها .

ومن ثمة فقد سن المشرع العديد من القواعد التي تنظم حق الملكية العقارية والسندات المثبتة لها، من اجل إضفاء حماية قانونية صارمة عليها ومن ضمن ما قرره المشرع ونص عليه بهذا الخصوص ، هو تنظيم مجموعة من السندات العقارية التي تثبت نقل الملكية العقارية حتى تكون دليلا قويا لصاحبها في إثبات ملكيته والاحتجاج بها ومواجهة كل من ينازعه في هذه الملكية، خاصة في المنازعات المعروضة أمام الجهات القضائية، كما أن هذه السندات العقارية تعمل على إنارة القاضي في حكمه الفاصل في المنازعات المتعلقة بالملكية العقارية سواء تعلق الامر بمالكها و كيفية نقلها أو قوتها الثبوتية، غير أنه في بعض المنازعات يكون حكم القاضي في حد ذاته سندا لثبوت الملكية العقارية لصالح من صدر الحكم في المنازعة العقارية له و بالتالي يكون الحكم القضائي الذي اصدره القاضي هو الناقل للملكية ،لكن حيازة هذه السندات القضائية لا يكفي بل لابد من العمل على شهرها على مستوى المحافظة

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرف المجتمعة في 20-02-1997 ملف رقم 136156 المنشور بالمجلة القضائية

العقارية في مجموع البطاقات العقارية، وهذا حتى تكون لها القوة في مواجهة الكافة وكأداة فعالة في نقل واثبات الملكية العقارية

و يترتب على هذا الطرح عدة إشكالات عملية في نقل الملكية ومن هنا تظهر أهمية هذا الموضوع إذ له فائدة عملية ونظرية. فهو من جهة يبين للقاضي كيفية التعامل مع القضايا المعروضة عليه في إطار نقل الملكية العقارية و إثباتها خصوصا في حالة انعدام هذا السند، ومن جهة أخرى إبراز مختلف القواعد العامة في نقل الملكية العقارية حسب كل فترة زمنية، ودوره في حالة عدم وجود السند الناقل للملكية العقارية كما هو الشأن في إثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب، أو في حالة النزاع حوله.

لذلك كان التفكير في هذا الموضوع للبحث فيه و ذلك بعرض هذا النوع من الأحكام القضائية مبرزة الدور الذي يقوم به القاضي لنقل ملكية العقار من شخص إلى آخر ومتى وكيف يكون الحكم القضائي سندا لإثبات نقل الملكية، وذكر نماذج عن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية (أحكام قضائية وقرارات قضائية) التي تحل محل العقد الرسمي مدعمة ذلك باجتهادات المحكمة العليا الصادرة في هذا الصدد، و تبيان القيمة القانونية لهذه الاحكام في نقل الملكية العقارية و اثباتها .

أهمية البحث : يعتبر هذا الموضوع من المواضيع المهمة إذ أنه يعالج مسألة قانونية تعيشها المنظومة القانونية والقضائية بصفة خاصة أمام عدم وجود قانون واحد يحكم هذه المادة بدقة و يضبط كيفية نقل الملكية العقارية و إثباتها بشكل دقيق، ونظرا لتعطل عملية المسح العام للعقارات التي تسير بوتيرة بطيئة وانعدام السندات الناقلة للملكية العقارية في المناطق الغير ممسوحة، مما يؤدي في غالب الاحيان الى وجود نزاعات قضائية يصعب على القضاة حلها . غير أنهم يكونون ملزمون بالفصل فيها معتمدين في ذلك على اجتهادهم الخاص أو القواعد العامة في نقل الملكية العقارية والمبادئ العامة في القانون.

بالإضافة إلى ما يحدث من نزاعات بخصوص الملكية العقارية سواء تعلق الامر ببيعها جبرا أو قسمتها وإثباتها، كل هذا جعل من عمل القاضي السبيل الوحيد لنقل ملكية العقار امام جمود القاعدة القانونية، وقلة الدراسات القانونية المتخصصة لمعالجة هذا الموضوع .و تضارب الاجتهادات القضائية وعدم استقراره في كثير من الأحيان خصوصا إذا ما تعلق الأمر بوسائل نقل الملكية العقارية وإثباتها .

أسباب اختيار البحث : وترجع أسباب اختيار هذا الموضوع الى عدة اسباب تتمثل في ما يلي:

1 - يعتبر موضوع دور القاضي في نقل الملكية العقارية من المواضيع الحديثة والتي ظهرت نتيجة كثرة النزاعات المطروحة على القضاء، سيما أمام عدم كفاية السندات الناقلة والمثبتة للملكية العقارية أمام تعطل عملية المسح في العديد من المناطق ولجوء المتقاضين إلى استعمال طريق اكتساب الملكية

العقارية عن طريق التقادم المكسب، إذ اضحى للعقار اهمية اقتصادية بالغة في الجزائر لاسيما في المدن الكبرى والمدن الاقتصادية والتجارية والسياحية، كما أنه اصبح يشكل في الواقع العملي حلقة من حلقات الاقتصاد ودافع مهم في العجلة الاقتصادية والتجارية في البلاد، إذ بدون العقار لا يمكن إقامة أي مشروع فهو ثروة طائلة ومجالا واسع لجميع مجالات الاستثمار ومن أقدم ما يملكه الأشخاص، إذ بالنظر إلى أهمية العقار فقد أحاط المشرع نقل الملكية العقارية بوسائل وإجراءات خاصة وذلك حفاظا على ضمانات الشخص الذي انتقلت إليه الملكية العقارية واستقرارا للتعامل فيها ووجوب احترام الاوضاع الظاهرة وحماية الغير وأعمال الشهر العقاري بالمحافظة العقارية للأحكام القضائية التي يصدرها القاضي ويكون منطوقها ناقل للملكية العقارية مثله مثل العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية لأن التصرف القانوني يكون غير كافي للقيام بذلك في بعض الحالات سيما في الأراضي الغير مسوحة، الأمر الذي استدعى تدخل القاضي في بعض الاحيان لنقل الملكية العقارية بين الأشخاص وهو بصدد الفصل في المنازعات العقارية.

2- إن دور القضاء في العصر الحديث لم يعد يقتصر على إصدار الأحكام القضائية في الخصومات التي تعرض عليه وإنما اصبح يمتد إلى اعتبار الاحكام القضائية المترتبة على بيع العقارات بالمزاد العلني والأحكام القضائية المثبتة للملكية عن طريق التقادم المكسب والمثبتة لحق الشفعة وللوعود بالبيع سبب من أسباب الملكية العقارية ، وذلك خلافا للأصل العام في نقل الملكية العقارية الذي يقوم على أساس حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة والدور الذي يلعبه القاضي في نقل الملكية ومساهمته في تحقيق الائتمان العقاري وتطهير الملكية العقارية فلم يعد دور القاضي كلاسيكي المتمثل في فض النزاعات وإنما تعداه إلى أن اصبحت أحكامه القضائية سندات ناقلة للملكية العقارية مثلها مثل العقود الرسمية، لذلك كان من الواجب تدراك ذلك ومحاولة دراسة هذا النوع من اليات نقل الملكية العقارية التي تعتبر مخرجا مهما لتفادي وضعيات عقارية صعبة أمام انعدام سندات محكمة وثابتة لنقل الملكية العقارية ومحاولة لرصد أهم الاعتبارات التي يراعيها القاضي ويقوم بتدراكها من خلال إصداره لهذه الأحكام.

والإشكالية التي تطرح نفسها من خلال هذا العرض تتبلور أساسا في ما فيما يلي :

إلى أي مدى يساهم القاضي في نقل الملكية العقارية في ظل قيام النزاعات التي تطرح عليه وعدم كفاية الوسائل القانونية الكفيلة بذلك ؟

المنهج المتبع في البحث : سوف أعتد خلال دراستي لهذه الاشكالية على المنهج الاستنباطي في تحديد بعض المفاهيم القانونية للوقوف على الموضوع بشكل دقيق وذلك بتحديد ماهية الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي وتصلح أن تكون سندا ناقلا للملكية العقارية ، ثم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي وذلك في التطرق إلى النصوص القانونية والتنظيمية المتعلقة بنقل الملكية العقارية على وجه العموم والدور الذي يقوم به القاضي اثناء فصله في المنازعات العقارية المتعلقة بنقل العقار والحق العيني العقاري وكيف يساهم حكمه في حل النزاع المنصب على العقار في ظل وجود السند القانوني الناقل للملكية وعدم وجود السند هذا من جهة و نقله للملكية العقارية وحلول حكمه القضائي محل العقد الرسمي من جهة ثانية ، و ذلك من خلال سرد مجموعة من الأحكام والقرارات القضائية المدعمة لذلك وإبداء ما يمكن ابداءه من ملاحظات وذكر نماذج عن الاحكام القضائية مبرزة دور القاضي العقاري من خلال بسط رقابته منذ رفع الدعوى وشروط قبولها وكذا الاجراءات المتبعة وصولا الى النطق بالحكم ومآله بعد ذلك وتحديد القيمة القانونية المرجوة منه بعد تسجيله وشهره لدى الجهة المختصة و هذا بالاستناد على عدة نصوص قانونية نظمتها بشكل مختلف عن الآخر مثال ذلك اثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب عن طريق عقد الشهرة ثم شهادة الحياة ثم التحقيق العقاري وصولا الى الحكم القضائي المثبت لها الذي هو المخرج الأفضل في كثير من الاحيان.

وكل بحث فقد اعترض طريقي صعوبات أثناء إعدادها أهمها اذكر:

- ندرة المراجع المتخصصة إن لم نقل شبه منعدمة والتي قد تتناول الموضوع من جانب محدد فقط أو بصفة سطحية وعامة ، ومن جهة ثانية تذبذب التشريعات العقارية اذ انها تتغير من فترة الى اخرى حسب كل نظام تبنته الجزائر ،بالإضافة الى صدور ترسانة من القوانين ومراسيم متتالية مثلا إلغاء المرسوم رقم 358-83 المتضمن إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية¹ ثم سن المرسوم التنفيذي رقم 91-254 الذي يحدد كفيات إعداد شهادة الحياة وتسليمها² ثم التحقيق العقاري مما يجعل من دراسات الباحثين غير خاضعة للتحنين وتفقد قيمتها القانونية والعلمية .

¹ المرسوم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983 المتضمن اجراءات التقادم المكتسب و اعداد عقد الشهرة

المتضمن الاعتراف بالملكية الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 04-05-1983

² المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27-07-1991 الذي يحدد كفيات اعداد شهادة الحياة و تسليمها المنشور بالجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 31-01-1991

- قلة الأحكام والاجتهادات القضائية الحديثة في هذا الموضوع لذلك حاولت تناول الموضوع بناء على النصوص القانونية و بعض أحكام القضاء المنشورة والغير منشورة والتي تتناول الموضوع بشكل غير واضح للعيان (حكم تثبيت الشفعة ، حكم تثبيت الوعد بالبيع ... الخ) ، إلا أنه لا أخفي أن هذا الموضوع عرف تطبيقا واسع في الفترة الأخيرة أمام انعدام سندات ثابتة لنقل الملكية العقارية وعدم الانتهاء من عملية المسح الأمر الذي سيؤدي الى صدور عدة قرارات و اجتهادات قضائية فهذا المجال والتي سوف تؤدي إلى إبراز الدور الذي يلعبه القاضي في نقل الملكية العقارية ومساهمته من خلال أحكامه في تحقيق الائتمان العقاري وتطهير الملكية العقارية من خلال تقاضي الوضعيات الصعبة والمأزق الذي وضع فيه العقار الجزائري.

-أما فيما يخص خطة البحث :

فقد قسمت هذا البحث العلمي الى بابين، فالباب الأول خصصته الى تحديد الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية، فتطرق في، في الفصل الأول إلى ماهية الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية و إجراءات إصدارها من خلال تحديد مفهوم الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية في المبحث الأول ثم الى الإجراءات المتبعة في إصدار هذه الأحكام في المبحث الثاني.

أما الفصل الثاني فخصصته لذكر نماذج عن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية فتطرق في المبحث الاول إلى الاحكام القضائية المنشئة لنقل الملكية العقارية و المبحث الثاني عرضت نماذج عن الأحكام القضائية المصرحة لنقل الملكية العقارية .

أما في الباب الثاني فقد تناولت شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وأثر ذلك. فخصصت الفصل الأول الى دراسة الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية، فتطرق في المبحث الأول إلى تحديد ماهية الشهر ونظام الشهر العيني المتبع في الجزائر وفي المبحث الثاني تناولت الاجراءات المتبعة في الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية أما الفصل الثاني فخصصته لتحديد أثر الشهر العقاري لأحكام الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية، فقد تطرق في المبحث الاول إلى أثر شهر الأحكام الناقلة للملكية العقارية وفي المبحث الثاني إلى القيمة القانونية لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية و أنهيت هذه الدراسة بخاتمة لخصت من خلالها الاستنتاجات والتحليلات و الاقتراحات التي توصلت اليها .

الباب الأول :
الاحكام القضائية الناقله للملكية العقارية

يتم نقل الملكية العقارية بعدة وسائل منها التصرف القانوني أو الواقعة المادية، غير أن الحقيقة ان هاتين الوسيلتان لا يقران التغطية الكاملة لحاجة الأفراد في نقل الملكية العقارية ومن أجل ذلك استوجب المشرع في بعض الحالات استصدار حكم قضائي من طرف القاضي المختص لنقل الملكية العقار¹، وعلى عكس ما تقوم عليه القاعدة العامة المتضمنة "العقد شريعة المتعاقدين"² التي تعتبر مصدر لوجود الحق وإثباته ووضع ما شاءت من أحكام لتحقيق غرض العقد وأداء الالتزام³، فإن المشرع منح على سبيل الاستثناء للقاضي باعتباره الممثل لجهة القضاء سلطة اصدار أحكام وقرارات قضائية تكون بدورها مصدر لإثبات هذا الحق حتى في مجال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية ويعتبر تدخل القضاء في هذه الحالة محصورا جدا يستمد حكمه مباشرة من نصوص تشريعية تقرر هذه الصلاحية وإلا تعرض حكمه للإلغاء⁴.

وعليه فإن الاحكام والقرارات القضائية الصادرة عن القاضي والتي يكون موضوعها نقل الملكية العقارية هي مثلها مثل جميع الاحكام تكون صادرة بناء على دعوى يجب أن تراعى فيها جميع الاجراءات الشكلية والموضوعية ابتداء من المدعي رافع الدعوى الى غاية صدور الحكم أو القرار من القاضي المختص (قاضي القسم العقاري) بما فيها شهر العريضة الافتتاحية طبقا للمادة 85 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمادة

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة منقحة ومزيدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الاحكام، دار هومة الطبعة، 2015، صفحة 68.

² المادة 106 من امر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 14-06-2012 ملف رقم 716159 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2012 صفحة 398 (قاعدة العقد شريعة المتعاقدين تطبق في مجال العقد الرسمي و ليس في مجال العقد العرفي اذا كان منصب على عقار) .

⁴ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية، دار هومة، الطبعة الثالثة، سنة 2017، صفحة 161، محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي بلعباس السنة الجامعية 2011-2012 صفحة 127 .

14 من أمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹، كما يشترط أن تكون هذه الاحكام نهائية حائزة لقوة الشيء المقضي فيه بعد أن تستنفذ جميع طرق الطعن العادية ومهرها بالصيغة التنفيذية ولعل أهم هذه السندات القضائية الحكم القاضي برسو المزاد العلني في العقار والحكم القاضي بتثبيت الشفعة وغيرها وهو ما سوف أتطرق له من خلال هذا كما يلي:

الفصل الأول: ماهية الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية و إجراءات إصدارها .

الفصل الثاني : نماذج عن الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية .

¹ مرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و الامر 74-75 المؤرخ في 12-11-1974 المتعلق بإعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، كما اشارت اليه المادة 17 من قانون 09-08 المؤرخ في 25-04-2008 والمتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد.

الفصل الأول:

ماهية الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وإجراءات إصدارها

لقد أثبت الواقع التطبيقي أن الأحكام القضائية تعد من أهم السندات الناقلة للملكية العقارية فهي عبارة عن الأحكام والقرارات الصادرة عن الجهات القضائية (القسم العقاري أو الغرفة العقارية) أثناء نظرها في المنازعات أو الخصومات التي غالبا تكون تتعلق بنقل الملكية العقارية وأحيانا أخرى بإثباتها، إذ أصبحت هذه الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي في حالات معينة عبارة عن سندات رسمية تحل محل عقود الملكية المنصبة على الملكية العقارية ولها نفس حجية العقد الرسمي حسب ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ "يكون للحكم حجية العقد الرسمي مع مراعاة أحكام المادة 283"²، وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار الصادر بتاريخ 16-07-2015 والذي جاء فيه (يأخذ الحكم القضائي الحائز لقوة الأمر المقضي فيه والقاضي بصرف الطرفين إلى تسجيل عقد البيع العرفي أمام الموثق حكم العقد الرسمي، يلزم البائع ومن بعده خلفه العام بنقل ملكية العقار عن طريق شهر العقد بالمحافظة العقارية)³.

انطلاقا من هذا المعنى وجب التطرق الى ماهية الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية كما يلي:

المبحث الاول : ماهية الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

المبحث الثاني : الإجراءات المتبعة في إصدار الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

¹ قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الطبعة الأولى سنة 2008 الديوان الوطني للأشغال التربوية.

² يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها، إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا دار هومة، طبعة 2016، صفحة 56 .

³ قرار رقم 0982892 صادر بتاريخ 16-07-2015 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا المنشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية سنة 2015 العدد رقم 02 صفحة 127.

المبحث الأول: ماهية الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

إن الأعمال الأساسية للقضاة هي تلك الوظائف ذات الطبيعة القضائية البحتة، غير أن أعمال القضاة لا تنحصر في هذا النوع من الأعمال فقط، إنما فضلا عن هذه الأعمال فإن القضاة يمارسون أعمالا أخرى ذات طبيعة ولائية، وهذه الأعمال لا تعتبر أعمالا أساسية للقضاة لأنها لا تدخل في وظيفتهم العادية¹، واستعمال القاضي لوظيفته القضائية مرتين بسبق رفع دعوى قضائية موضوعية أمام المحكمة المختصة ومن خلالها يصدر القاضي حكمه والذي يكون ثمرة عمله لذلك ومن هذا المنطلق سوف أحاول تعريف الحكم القضائي بصفة عامة ثم تعريف بعض الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية باعتبارها النتيجة المنطقية للدور الذي يلعبه أثناء فصله في المنازعات المطروحة عليه المتعلقة بنقل الملكية العقارية في المطلب الأول ثم التطرق إلى أنواع الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف الحكم القضائي الناقل للملكية العقارية

إن دور الذي يلعبه جهاز القضاء بواسطة ممثليه و هم القضاة هو حماية النظام القانوني وذلك بإزالة عوارضه، فهو لا يتدخل إلا إذا طرأ عارض قانوني في أي حالة من حالات عدم فاعلية القانون، وتتمثل صور الحماية القضائي في إضفاء الحماية القضائية الموضوعية على المراكز المتنازع عليها من خلال إصدار حكم موضوعي حاسم للنزاع، أو حماية وقتية لمواجهة الخطر في التأخير حكم مستعجل أو مساعدة الأفراد على ممارسة حقوقهم لمواجهة قصورهم القانوني عن هذه الممارسة بأوامر ولائية وتحقيق الجزاء القانوني وإزالة مخالفة القانون بالتنفيذ القضائي للأحكام²، خصوصا إذا تعلق الأمر بالمنازعات العقارية المتعلقة بنقل واثبات الملكية العقارية وتتم هذه الحماية من طرف القاضي وما يتمتع به من سلطات ممنوحة له بولاية القضاء التي يمارسها، فله السلطة القضائية والتي بناءً عليها يصدر أحكاما قضائية و تلك هي الأعمال الأساسية والأصلية للقضاة³.

¹ محمد السيد التحيوي، أوامر الأداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية /دار الفكر الجامعي طبعة سنة 2003، صفحة 17 .

² أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية، سنة 1999، صفحة 111.

³ إسماعيل نبيل عمر، تسبيب الأحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية دار الجامعة الجديدة للنشر مصر الاسكندرية صفحة 7 .

إن الحكم القضائي يعتبر غاية العمل القضائي، وهو هدف النشاط الإجرائي للخصوم جميعاً، بالرغم من اختلاف أهدافهم، و تعارض مصالحهم إذ يحاول كل خصم العمل على إقناع القاضي بأنه هو الأجدر بالرعاية، والأحق بالحماية القضائية من الخصم الآخر وتمثل مرحلة إصدار الحكم القضائي المرحلة الأساسية في الخصومة القضائية لأن الحكم القضائي هو خاتمة المطاف في العمل القضائي، وهو قصد المدعي من رفع الدعوى القضائية، وهدف المدعى عليه كذلك من وراء طلباته ودفعه المختلفة.¹

الفرع الأول: التعريف اللغوي للحكم القضائي

لم يحظ تعريف الحكم القضائي بإحاطة واهتمام من غالبية الفقهاء بوجه عام كاهتمامهم وتركيزهم على تعريف القضاء نفسه، ويرجع سبب ذلك إلى أنهم اقتصروا على تعريف القضاء للدلالة على الحكم، لأن القضاء في حقيقته، يقصد به في معناه الفصل بين المتخاصمين في النزاع القائم بينهم، إضافة إلى أن اللغويين يطلقون لفظ الحكم على القضاء والقضاء على الحكم.

ويعرف الحكم بالضم وهو العلم والفقهاء والقضاء بالعدل وهو مصدر حكم يحكم وقد حكم عليه بالأمر حكماً وحكومة والحاكم منفذ الحكم.²

الفرع الثاني: التعريف القانوني (الاصطلاحي) للحكم القضائي بصفة عامة

من خلال استقراء أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين أن المشرع الجزائري لم يعرف الحكم القضائي بصفة صريحة ودقيقة، غير أنه ذكر في المادة 08 الفقرة الأخيرة منه أن الحكم في مفهومه يشمل كل من القرار والأمر إذ نص بقوله أنه "يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون الأوامر والأحكام والقرارات القضائية"³.

ويعرف الحكم بأنه العمل المكون لعنصرين المعاينة والقرار ولا يتضمن أي عنصر إداري أو تشريعي.⁴

¹ قانة عبد القادر تسيب، الاحكام المدنية، مذكرة تخرج مدرسة العليا للقضاء السنة الاكاديمية لسنة 2004 -2007 صفحة 06.

² الأنصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2009، صفحة 8.

³ المادة 08 فقرة اخيرة من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية

⁴ عمر زودة، الاجراءات المدنية، دار الحكمة الجزائري، طبعة 2010 ، صفحة 186 .

كما يعرف الحكم القضائي بمفهومه الواسع أنه كل ما يصدر عن القاضي بمناسبة عرض نزاع قضائي عليه مهما كان وصفه تجاه المدعى عليه سواء كان الحكم ابتدائي أو نهائي، غيابيا أو حضوريا أو اعتباريا حضوريا قبل الفصل في الموضوع أو فاصلا في الموضوع¹.

كما يعرف الحكم قانونا بأنه ذلك القرار الصادر عن المحكمة في خصومة بالشكل الذي يتطلبه القانون، فهو إذن كل قرار يصدر من المحكمة ويفصل في مسألة معينة سواء كان ذلك الحكم فصل في مسألة موضوعية أو إجرائية أو مسألة من مسائل الإثبات وسواء حكما قطعيًا أو غير قطعي وسواء حاز حجية الشيء المقضي فيه أو لم يحز منهي للخصومة القضائية أو غير منهي لها²، وفي القانون الفرنسي يطلق اصطلاح JUGEMENT على الأحكام الصادرة من محاكم أول درجة (الجزئية والابتدائية) ويطلق اصطلاح ARRET على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحكمة النقض³.

ويعرف كذلك الحكم القضائي بأنه: القرار الصادر من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ومختصة بإصداره في خصومة قضائية، وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، سواء كان صادرا في موضوع الخصومة القضائية، أو في شق منه أو في مسألة متفرعة عنه⁴.

كما يعرف الحكم القضائي بأنه: القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها أو أثناء سريانها، وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية⁵، وعرف أيضا بأنه القرار الذي تصدره المحكمة في خصومة بالشكل الذي يحدده القانون للأحكام سواء في نهايتها أو أثناء سيرها وسواء كان صادرا في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية⁶، وعرف أيضا بأنه الحل

¹ بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية والإدارية ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1994، صفحة 278.

² الانتصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها المرجع السابق صفحة 9.

³ Vincent / j et Guichard civil 77 ed 1991 dalliez n 1197.

⁴ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، طبعة 15 سنة 1990 منشأة المعارف الاسكندرية مصر الاسكندرية صفحة 34، عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء دون دار النشر و دون طبعة، صفحة 596.

⁵ بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، نظرية الدعوى، نظرية الخصومة الإجراءات الاستثنائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، صفحة 278 وأحمد هندي قانون المرافعات المدنية و التجارية دار الجامعة الجديدة للنشر، المرجع نفسه، صفحة 425.

⁶ أحمد هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية، الخصومة والحكم والطعن، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1995 صفحة 425.

الذي يعلنه القاضي في نطاق خصومة قضائية متبعا في ذلك شكلية معينة وذلك بقصد حسم مركز خلافي ناتج عن تطبيق القانون في الحياة العملية¹.

أما القرار القضائي هو الحكم الذي يصدر عن المجلس القضائي بالشكل الذي يحدده القانون والفرق بينه وبين الحكم (لفظ شكلي) وقد تجاوز المشرع الجزائري ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية².

إن الحكم إذن هو النهاية الطبيعية والغاية النهائية التي تختتم بها الخصومة القضائية³، إذ يمكن ان تنقضي بالشطب الذي يكون هو الآخر بحكم كما يمكن أن يصدر الحكم دون انقضاء الخصومة كالحكم الذي يقضي بعدم الاختصاص أو الحكم الذي يقضي بإجراء تحقيق من إجراءات التحقيق ومن هذا التبيان البسيط لأهمية الأحكام فهي تعتبر نتيج لإجراءات الخصومة ويترتب على ذلك خلق حجية فيما يخص الموضوع المتنازع عليه، فإذا كانت القاعدة العامة هو أن الخصومة القضائية تنتهي بالحكم في موضوع النزاع فإنها يمكن أن تنهي بحكم إجرائي كالحكم بسقوط الخصومة ولا يكون الحكم منهيًا للخصومة في كل الأحوال فيمكن أن يكون إجراء وقتي تحفظيا كتعيين حارس قضائي على العين المتنازع فيها أو إجراء تحقيق مثل تعيين خبير بإعداد مشروع قسمة عقار، ومصطلح الحكم يستعمل في التشريع الجزائري بمفهوم واسع ويعبر عن كل عمل يصدر من أي جهة قضائية بما فيها أحكام التصديق أو أعمال الإدارة القضائية ولكن هذه الأعمال ليست في الحقيقة أحكام بمعنى الكلمة حتى وان كانت تشبهها من الناحية الشكلية وبمعناه الصحيح والدقيق فالحكم هو الذي يصدر عن المحكمة في الخصومة وفقا للقواعد المقررة قانونا في نهايتها وسواء صدر في موضوع الخصومة أو في مسألة إجرائية .

الفرع الثالث : تعريف بعض الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

يصدر القاضي من خلال فصله في المنازعات العقارية المطروحة عليه عدة أحكام قضائية تكون ناقلة للملكية العقارية، غير أن الجدير بالذكر أنه ليست كل الأحكام التي تصدر عن المحاكم أو المجالس القضائية تنقل الملكية العقارية أو تكون وسيلة لإثباتها، فلجوء المتقاضين الذين يستفيدون من أحكام البراءة أثناء متابعتهم بجنحة التعدي على الملكية العقارية المنصوص عليها في المادة 386 من قانون

¹ إسماعيل عمر، أحمد خليل، قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997، صفحة 425.

² المادة 08 فقرة أخيرة من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصادر بتاريخ 25-02-2008.

³ محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار المسيرة للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة الأولى سنة 2009 صفحة 213 .

عقوبات إلى الاستظهار بهذه الأحكام أمام المحاكم المدينة و الاحتجاج بها على أساس أنها سندات ملكية لكن الجهات القضائية ترفضها فهو حكم صائب على أساس أنها ليست سندات مثبتة لحق الملكية العقارية¹ وهو ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 606.95 المؤرخ في 28-02-1993² (من المقرر قانونا إن الملكية وغيرها من الحقوق العينية لا تنقل إلا بالعقد متى كان الشيء مملوك للمتصرف، كما أن القاضي المدني لا يرتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، ومن ثم فإن مزاعم المستأنفين بملكيتهم للأرض لا يوجد بالملف الحالي ما يثبتها وإن القرار الجزائي المحتج به لا يمكن أن يكون سند ملكية لأن عدم توافر عناصر جنحة الاعتداء على الملكية العقارية ليس دليلا على أنهم يملكون العقار وعليه فإن قضاة الأساس قد أصابوا عندما قضوا برفض الدعوى)، ومن ثمة لكي تعتبر الأحكام القضائية سندات ناقلة للملكية العقارية يجب أن تكون صادرة عن السلطة القضائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه أي أنها أصبحت نهائية وثبتت لمن صدرت لصالحه نقل ملكية العقار موضوع النزاع الذي فصلت فيه ومن بين هذه الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية سوف أحاول تعريف بعضها كما يلي:

1 - الحكم القضائي القاضي بالبيع بالمزاد العلني في العقار

يحتل البيع بصفة عامة مكانة كبيرة في المجتمع، كونه يعتبر من أهم المعاملات التي يلجأ إليها الأشخاص في الحياة اليومية لتسيير أمورهم، إذ يعتبر عقد البيع أكثر العقود أهمية وشيوعا في التعامل فهو قوام الحياة التجارية والمدنية إذ كان البيع هو العقد الرئيسي بحيث لا تكاد تذكر العقود المسماة إلا ويكون على رأسها وتزداد أهميته ومكانته كلما انصب على عقار إذ يعتبر أهم ما يمكن امتلاكه الإنسان ويسعى إلى الحصول إليه وخطر ما يمكن التعامل فيه إذ أضحي مصدر للسيادة وثروة لا تزول بزوال الأجيال وأصبح الرصيد العقاري أهم ما يمكن اكتسبه الأشخاص وتحتكره الدولة حتى أصبح سببا لقيام النزاعات³.

¹ عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الاحكام دار هومة الطبعة الثامنة 2012، صفحة 68 و 69.

² القرار رقم 605.95 المؤرخ في 28-02-1993 الصادر عن المحكمة العليا والمنشور بالمجلة القضائية سنة 1994 عدد 1 صفحة 197.

³ جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، طبعة 2014 صفحة 3.

غير أن الواقع المعاش أوجد صور عديدة للبيع منها ما تم تنظيمه في القانون المدني ومنه ما تم تنظيمه في القوانين الخاصة وذلك بحسب طبيعة المتغيرات الخاصة في المجتمع ومن بين هذه الصور نجد البيع بالمزاد العلني، الذي هو عبارة عن عملية بيع وشراء للسلع عن طريق المزايمة في السعر من قبل المشتري للوصول بها إلى أعلى ربح، وهذه الطريقة التي يستلزمها القانون في بعض الأحوال كبيع أموال المدين جبرا وفي حالة استحالة القسمة العينية والبيع الجبرية التي تكون نتيجة لإجراءات تنفيذ جبرية انتهت بالبيع سواء في حالة عدم وجود منقولات للمدين المحجوز عليه أو في حالة ما إذا كان الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على عقار أو صاحب حق التخصيص على عقار بيده سندا تنفيذيا فيحجز مباشرة على العقارات و / أو الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة¹.

أ- يعرف المزاد العلني في اللغة : بأنه المزتد زاد يزيد فهو زائد إذ قال ابن فارس (الزاء والياء والداد أصل يدل على الفضل يقولون زاد الشيء يزيد فهو زائد) وتزايد أهل السوق على السلعة إذا بيعت فمن يزيد و استزده طلبت منه الزيادة وزايد احمد الأخر مزايمة فالمزايمة مفاعلة من زايد غيره إذ أعطى زيادة في سلعة معروضة على الأخر ويقال زايدة نافسه في الزيادة وفي ثمن السلعة ومن المزاد رسا الثمن الذي راسى به المزاد².

إن فقهاء الفقه الإسلامي لم يهتموا به كثيرا ولم يعطوه تعريف محدد لبيع المزتد ولكنهم بينوا صورة البيع بالمزاد في نصوصهم الفقهية، فعند المذهب الحنفي بين الإمام الزيلعي صورة البيع بالمزاد بقوله (أن يزهر من البائع ما يدل على عدم رضا بالبيع فيأتي آخر ويزيد عليه) ويقال الإمام بدر الدين العيني أنه هو (عدم ركون البائع إلى السلام وعدم رضاه بالثمن فيزاد في السلعة حتى تصل إلى ما يزيده البائع)³.

والملاحظ من خلال هذه التعريفات أن في مجملها تهتم بالجانب الشكلي وبالأخص البيع بالذكر ولكن لا يمنع هذا من المزايمة وما المزايمة إلا وسيلة تتناسب مع بعض العقود المشروعة ولعل تعريفات المالكية أكثر وضوحا.

¹ بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة 2015 ، صفحة 5.

² زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الكتاب القانوني، طبعة 2009 صفحة 19 و 24 .

³ زكي زكي حسين، زيدان البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، المرجع السابق صفحة 20 و 21.

ب- تعريف البيع بالمزاد العلني اصطلاحا البيع بالمزاد العلني اصطلاحا هو عبارة عن عقد بمقتضاه يتم مبادلة سلعة معروضة بمال بعد النداء عليها بالبيع وإعلان السعر المقدم وطلب الزيادة من الحاضرين¹. وعليه يمكن القول أن الحكم القضائي القاضي بالبيع بالمزاد العلني هو بيع العقار الذي قامت المحكمة بالحكم ببيعه بالمزاد العلني ويخضع لمجموعة من الإجراءات التي تسبق الجلسة المحددة المكان والتاريخ أمام مشتري أو أكثر واعتماد القاضي في نهاية المدة المحددة للمزايدة لأكبر عطاء بشرط ألا يقل عن الثمن الأساسي الذي حدده الخبير المعين مع المصاريف، كما يمكن القول أن البيع بالمزايدة يعد من بين الآثار المترتبة عن وضع العقار أو الحق العيني العقاري تحت سلطة القضاء بسبب امتناع المدين عن تسديد الدين لمدة معينة بعد تبليغه رسميا بأمر الحجز.

ومن أجل إضفاء الوقوف على الحكم القاضي بالبيع بالمزاد العلني في العقار أعرض حالاته:

ج- حالات البيع بالمزاد العلني (في البيوع الجبرية والقضائية، بيع أموال المفقود وناقصي الأهلية والمفلس، البيوع العقارية المشاعة) لقد وضع المشرع الجزائري قواعد إجرائية ثابتة تحكم البيع بالمزاد العلني وخول للقاضي سلطة إيقاع البيع للراسي عليه المزاد وهذا نظرا لما يقتضيه السير الحسن للعدالة ذلك لأن صاحب الحق لا يستطيع أن يقتضي حقه بنفسه لذلك يتم اللجوء إلى القضاء من أجل اقتضاء حقه².

إذ نص المشرع الجزائري على البيوع الجبرية والقضائية بالمزاد العلني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية³، إذ أن إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني قد تكون نتيجة لإجراءات تنفيذ جبري انتهت بالبيع سواء في حالة عدم وجود منقولات للمدين المحجوز عليه أو في حالة ما إذا كان الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على عقار أو صاحب حق التخصيص على عقار بيده سندا تنفيذيا فيحجز مباشرة على العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة وهو ما يطلق عليه بالبيوع الجبرية للعقار وتتم هذه البيوع من طرف القاضي دون سواه وعلى إثرها يباع العقار⁴ وينقل ملكيته إلى الراسي عليه المزاد العلني كما قد تكون إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني بترخيص من القضاء بالنسبة للعقارات

¹ زكي زكي حسين، زيدان البيع بالمزاد العلني في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي المرجع نفسه صفحة 23 .
² حساين عومورية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الاجرائي، بعنوان: حجز العقارات الغير مشهورة في ظل قانون الاجراءات المدنية والإدارية، جامعة مستغانم، السنة الجامعية 2014-2015 صفحة 277.
³ قانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 25 فبراير 2008 .
⁴ بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ذات الصلة المرجع السابق صفحة 5.

أو الحقوق العينية العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس أو تلك التي تقرر بيعها بموجب حكم أو قرار قضائي لعقار أو حق عيني عقاري لعقار مملوك على الشيوخ لعدم إمكانية القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا وما يطلق عليه بالبيع العقارية القضائية، ومنه يستخلص أن المشرع حدد حالات للبيع بالمزاد العلني في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي :

1- البيع الجبري للعقارات والحقوق العينية العقارية إن الهدف الأساسي من الحجز على العقار المشهر المملوك للمدين أو على، غير المدين كما هو الحال بالنسبة للحائز والكفيل العيني بيعه بالمزاد العلني وتحصيل حق الدائن من ثمنه لذا يكون هذا البيع جبرا عن إرادة المدين وبالتالي فسببه ليس الرضا وإنما هو تلك الإجراءات القانونية التي وضعها المشرع ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية والزام الدائن بتتبعها من أجل وضع عقارات المدين تحت يد القضاء من خلال الحجز عليها بهدف استيفاء حقه من ثمنها بعد بيعها بالمزاد العلني¹، إذ قد خص المشرع الجزائري الحجز على العقار بعدة إجراءات أهم ما يميزها أنها تتسم بنوع من الشكلية تبدأ باستصدار الدائن لأمر الحجز على عقارات مدينه سواء كانت تحت يده أو تحت يد الغير من المحكمة المختصة وتبليغه للمدين وإنذاره بدفع ما في ذمته من دين لتنتهي بقيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية ويتم الحجز نهائيا على العقار ووضعه تحت يد القضاء، ويترتب على وضع العقار تحت يد القضاء عدة آثار قانونية تصبو لحماية الدائن الحاجز وتفيد عناصر ملكية المدين من الاستعمال والاستغلال والتصرف.

إجراءات الحجز على العقار: تبعا لما ينجر عن الحجز من خطورة وما يترتب عنه من آثار قانونية من جهة ومن جهة ثانية حماية للمدين من توقيع حجز على عقاره بدون توفر شروط هذا الحجز من جهة أخرى فإن المشرع الجزائري جعل من هذه الإجراءات تحضر تحت رقابة القاضي، وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة اعتمد منهج دقيق وإيجابي في الحجز على العقار بحيث يتعين أن يتم بإعلان أمر الحجز وقيدته لدى المحافظة العقارية تنبيهها للغير وحمايته له وهذا في حالة أن العقار كان تحت يد المدين المحجوز عليه ذلك لأن الحجز يتميز بأنه يمكن مباشرته في مواجهة المدين الأصلي كما يمكن مباشرته عندما يكون العقار تحت يد الغير ويتم الحجز بموجب استصدار الحجز على العقار من المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار المراد الحجز عليه بناء على طلب بعد استيفاء جميع طرق التنفيذ على

¹ حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الاجرائي جامعة مستغانم السنة الجامعية 2014 -2015 صفحة 180.

المنقولات المملوكة له وعدم تحصيله لدينه من ثمنها سواء كان ذلك بسبب عدم كفايتها أو عدم وجودها أصلاً¹.

وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 149600 الصادر في 10-12-1997²، يكون البيع الجبري نتيجة حجز التنفيذ على العقارات والحقوق العينية العقارية المشهورة والغير مشهورة وذلك بإتباع الإجراءات التالية :

- استصدار أمر الحجز على العقارات أو الحقوق العينية العقارية المشهورة يقوم الدائن حامل السند التنفيذي بالحجز التنفيذي على عقارات مدينه عن طريق بيعها بالمزاد العلني وذلك بغرض استقاء دينه ويمكن أن يشمل هذا الحجز على العقار بطبيعته والعقار بالتخصيص والحقوق العينية العقارية سواء كانت مفرزة أو شائعة³، إذ أجاز المشرع للدائن مباشرة إجراءات الحجز العقاري على عقارات المدين كنتيجة على ذلك من خلال استصدار أمر الحجز و تبليغه له ثم قيده بالمحافظة العقارية⁴.

حيث تنص المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "انه يجوز للدائن الحجز على العقارات والحقوق العينية العقارية لمدينه مفرزة كانت أو مشاعة إذا كان بيده سند تنفيذي واثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجودها، غير أن الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على العقار أو صاحب حق التخصيص على العقار الذي بيده سند تنفيذي يجوز له الحجز على العقارات أو الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة حتى ولو انتقلت ملكيتها إلى الغير"⁵، إذ أن الأصل في التنفيذ أن يكون على الأموال المنقولة طبقاً للمادة 620 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن كانت غير كافية ولا تغطي قيمة الدين والمصاريف انقل التنفيذ مباشرة إلى العقارات وهو ما جاءت به المادة السابقة ذكرها 721 وكذا الأمر الذي أكدته المحكمة العليا من قرارها رقم 149600 الصادر في 10-12-1997

¹ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء احداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا دار طبعة جديدة مزيدة بأحدث القرارات الى غاية 2012 ، صفحة 59 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 149600 الصادر بتاريخ 10-12-1997 مجلة قضائية عدد 2 سنة 1997 صفحة 182.

³ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية دار هومة طبعة 2009 صفحة 280.

⁴ شينور جلول، وضع العقار تحت يد القضاء، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني دورية تصدر قسم الكفاءة المهنية للمحاماة كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد خضير بسكرة العدد 5 مارس 2008، صفحة 26.

⁵ بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية اجراءاتها واثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية و القوانين ذات الصلة المرجع السابق صفحة 59.

الذي ينص على انه "لا يجوز نزع ملكية عقارات المدين إلا في حالة عدم كفاية المنقولات المحجوزة للوفاء بالدين"¹، وفي هذه الحالة تكون إجراءات استصدار الأمر بالحجز بناء على طلب الحجز على العقار والحقوق العينية العقارية حسب ما نصت عليه المادة 722 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلا يباشر التنفيذ، إذا لم يكن من المنتظر أن يتحصل من بيع الأشياء المحجوزة ما يزيد عن مقدار مصاريف هذا التنفيذ ويحرر المحضر القضائي محضر عدم الوجود² إذ يقدم الطلب إلى رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصه العقار من طرف الدائن أو ممثله القانوني كالتولي أو الوكيل أو من يمثله قانونا مرفوقا بالوثائق والسندات المتعلقة بالدين وكذا العقار محل الحجز³ ويتضمن الطلب اسم ولقب الدائن وموطنه الحقيقي أو موطنه المختار في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد فيها العقار أو الحق العيني العقاري واسم ولقب المدين وموطنه ووصف العقار أو الحق العيني العقاري المطلوب حجزه مع بيان موقعه وأية بيانات أخرى تفيد في تعيينه طبقا لما هو ثابت في مستخرج سند الملكية ويمكن أن يكون من مشتملات العقارات منقولات تستغل في نشاط العقاري الصناعي أو الفلاحي، كما يجب أن يرفق طلب الحجز بمجموعة من المستندات أهمها نسخة من السند التنفيذي المتضمن مبلغ الدين ونسخة من محضر التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء ومحضر عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها بالنسبة للدائن العادي ومستخرج من عقد الرهن أو أمر التخصيص على عقار أو مستخرج من قيد حق الامتياز بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية ومستخرج من سند ملكية المدين للعقار وشهادة عقارية، إذ لم يرفق طلب الحجز بإحدى هذه الوثائق رفض القاضي طلب الحجز ويمكن تجديده عند استكمال الوثائق وتجب الإشارة أنه يمكن للدائن أن يستصدر أمر على عريضة يسمح للمحضر القضائي بدخوله العقار وذلك من أجل الحصول على البيانات اللازمة لوصف العقار ومشتملاته⁴.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 149600 الصادر في 10-12-1997 مجلة قضائية عدد 2 لسنة 1997، صفحة 64.

² بوقندوزة سليمان، البيوع الجبرية والقضائية إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، المرجع السابق صفحة 60 و 61 و 71.

³ بريارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، الطبعة الأولى منشورات بغدادي الجزائر سنة 2009، صفحة 227-228، حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا لقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المرجع السابق، صفحة 282 و 283 .

⁴ بوقندوزة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة المرجع السابق صفحة 75.

- صدور أمر الحجز: يتم إيقاع الحجز على العقار والحقوق العينية العقارية بموجب أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار أو الحق العيني العقاري في أجل أقصاه 08 أيام من تاريخ إيداع طلب الحجز¹، غير انه إذا كان للمدين عدة عقارات أو حقوق عينية عقارية تقع في دائرة اختصاص مختلفة يجوز له استصدار أمر واحد بالحجز عليها من طرف رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها إحدى هذه العقارات أو الحقوق العينية العقارية²، ويجب أن يتضمن أمر الحجز فضلا عن البيانات المعتادة نوع السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز وتاريخه والجهة التي أصدرته ومبلغ الدين المطلوب الوفاء به وتاريخ تبليغه للسند التنفيذي³ وتاريخ التكليف المدين بالوفاء بقيمة الدين وتعين العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز تعينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه وإذا كان العقار بناية يبين رقمها وأجزاء العقار ومكوناته والقول ما إذا كان العقار عقارا حضريا أو ريفي، صالح للبناء أو فلاحي يحتوي على منشآت أم لا⁴.

- إذا كان أمر الحجز خالي من احد البيانات الثلاثة المذكورة سابقا أعلاه كان قابل للإبطال وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 724 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حالة الحجز بموجب الرهن الرسمي من قبل الدائن المرتهن وهي غالبية الحجز التي تعرض على الجهات القضائية من قبل المؤسسات المالية (البنوك) فإنه يتم ذكر مبلغ الدين المحدد في اتفاقية القرض أي رأس المال والفوائد وفوائد التأخير والحقوق التناسبية للمحضر القضائي كمبلغ إجمالي يمثل الدين والمصاريف وعلى القاضي التقيد في أمر الحجز بمبلغ القرض المدون في اتفاقية القرض بغض النظر عن أن المدين قام بتسديد جزء من الدين طالما أن أمر الحجز يصدر غير وجاهي وعلى المدين أن يثير ذلك أمام قاضي الموضوع ويثبت انه قام بتسديد جزء من الدين وهذا بعد تبليغه أمر الحجز.

¹ العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية وفق قانون 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 منشورات الفية الثالثة الجزائر سنة 2010 صفحة 132، بربارة عبد الرحمن طرق التنفيذ المرجع السابق صفحة 230

² بوقندوزة سليمان، البيوع الجبرية والقضائية إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة المرجع السابق صفحة 74.

³ احمد عبد الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة 2000، صفحة 636.

⁴ رويصات مسعود، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري جامعة الحاج لخضر باتنة سنة 2003 و 2004 صفحة 45.

- التبليغ الرسمي لأمر الحجز العقاري: يتم تبليغ أمر الحجز إلى مجموعة من الأشخاص وهم على التوالي:

- تبليغ المدين رسميا بأمر الحجز وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 52829 الصادر بتاريخ 11-06-1988¹، كما يتم تبليغه إلى الغير وإخطار إدارة الضرائب بالحجز طبقا للمادة 406 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛

- إنذار المدين بالدفع وإيداع أمر الحجز إذ ينذر المدين بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي له بأمر الحجز وإلا فإنه يبيع العقار أو الحق العيني العقاري جبرا عليه بالمزاد العلني² ويودع أمر الحجز على الفور أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار لقيده بأمر الحجز ويعد العقار أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد وهو الأمر الجديد الذي جاء به المشرع الجزائري في المادة 725 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإلزام المحضر القضائي بإيداع أمر الحجز في مصلحة الشهر العقاري لأجل قيد الحجز في نفس يوم تبليغ الحجز أو في اليوم الموالي كأقصى أجل لمنع المدين من تهريب العقار عن طريق التصرف فيه³.

يجب تبليغ الحجز إلى العقار المرهون والكفيل العيني⁴.

- اثر قيد أمر الحجز في المحافظة العقارية: يتعين على المحافظ العقاري ضرورة القيام بقيد أمر الحجز لدى المحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار أو العقارات المراد حجزها وذلك على الفور أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل ويعد العقار أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد، وتسليم شهادة عقارية إلى المحضر القضائي أو إلى الدائن الحاجز خلال أجل أقصاه 8 أيام وإلا كان معرض لتسليط العقوبات التأديبية وتتضمن هذه الشهادة جميع القيود والحقوق المثقلة للعقار أو الحق

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 52829 الصادر بتاريخ 11-06-1988 مجلة قضائية عدد 4 سنة 1990 صفحة 27 .

² العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 133، وحمدي باشا عمر، طرق التنفيذ المرجع السابق، صفحة 285.

³ بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08-09، المرجع السابق، صفحة 231 .

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثامن حق الملكية منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، سنة 2000، صفحة 35 و 593 .

العيني العقاري وكذا أسماء الدائنين وموطن كل منهم، كما يتضمن قيد أمر الحجز تاريخ وساعة الإيداع وبنوه بهامشه وبترتيب ورود كل أمر الحجز تم قيده مع ذكر اسم ولقب وموطن كل الدائنين والجهة القضائية التي أصدرت أمر الحجز¹.

ويترتب على قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية عدة آثار قانونية من بينها إن العقار يبقى مشغولا من قبل المحجوز عليه باعتباره حارس عليه إلى غاية البيع عقود الإيجار المبرمة من قبل المحجوز عليه قبل قيد الحجز تبقى قائمة ونافذة في حق الحاجزين والدائنين وجب إنذار الغير قبل قيد أمر الحجز وتكليفه بدفع مبلغ الدين أو تخليه عن العقار وإلا يبيع العقار جبرا عليه ، أما بالنسبة للتصرفات الواردة على العقار أو الحقوق العينية العقارية بعد قيد الحجز فإن العقار المؤجر وقت قيد أمر الحجز تعتبر الأجرة محجوزة تحت يد المستأجر والخاصة بالعقار المحجوز ويمنع عليه الوفاء بها لمالك العقار، أما بالنسبة لعقود الإيجار التي ليس لها تاريخ ثابت التي أبرمها المدين المحجوز عليه بعد قيد أمر الحجز لا تكون نافذة في حق الدائن الحاجز غير انه يجوز للمحجوز عليه أن يطلب استصدار أمر على عريضة يرخص له إيجارات العقارات أو الحقوق العينية العقارية والحجز دون الإخلال بالأحكام المتعلقة بعقود الإيجار الواجبة الشهر .

أما بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية بعد القيد لا يجوز للمدين المحجوز عليه ولا لحائز العقار ولا للكفيل العيني بعد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية أن ينقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز عليه ويعتبر هذا المنع من أهم الآثار المترتبة على قيد أمر الحجز لدى المحافظة العقارية² ولا يترتب تأميمات عينية عليه وإلا كان تصرفه قابل للإبطال، غير انه يجوز لبائع العقار المحجوز عليه ومفترض ثمنه والشريك المقاسم أن يقيد حق الامتياز على العقار في الآجال والأوضاع المنصوص عليها في القانون المدني وهي الحالات المنصوص عليها في القانون المدني، وكما انه لا ينفذ التصرف في مواجهة الدائنين الحاجزين ولا يحتج به في مواجهتهم لأن التصرف يكون صحيحا ومنتجا لآثاره فيما بين المتعاقدين وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 25408 الصادر بتاريخ 06-02-2002³.

¹ بو قندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية و القضائية وإجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين المتصلة، المرجع السابق صفحة 84.

² حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق، صفحة 224.

³ قرار المحكمة العليا رقم 25408 الصادر بتاريخ 06-02-2002 منشور في القانون المدني منشورات برتي طبعة سنة 2007-2008 صفحة 52 .

أما بالنسبة لنفاذ التصرفات فإذا أودع المدين المحجوز عليه أو حائز العقار أو الكفيل العيني بأمانة ضبط المحكمة أو بين يدي المحضر القضائي قبل جلسة المزيدة مبلغا كافيا للوفاء بأصل الدين والمصاريف المترتبة عليه الدائنين المقيدون في الشهادة العقارية والحاجزين فإن كل التصرفات الواردة على العقار والمتعلقة بنقل الملكية أو بترتيب تأمينات عليه تكون نافذة .

ملاحظة: يجب التنبيه أنه يجوز للدائن استصدار أمر الحجز على العقارات أو الحقوق العينية العقارية الغير مشهورة وفقا لأحكام المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قراراتها منها القرار المؤرخ في 16-10-2014 ملف رقم 0847725 (يجوز قانونا للدائن الحجز على عقار مدينه غير المشهر)¹ وكان بيد الحائز سند تنفيذي وثبات عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها ما عدا الدائن المرتهن وصاحب حق الامتياز الخاص على العقار أو صاحب حق التخصيص على العقار الحجز على عقارات مدينه غير مشهورة إذا كان لها مقرر إداري² أو سند عرفي ثابت التاريخ وفقا للقانون المدني³.

كما تجدر الإشارة أن إجراءات الحجز تتم وفقا للمادتين 722 و 723 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي نفسها السابق ذكره في إجراءات حجز العقارات والحقوق العينية المشهورة ويرفق الطلب بنفس المستندات المذكورة سابقا وكذا يقدم طلب إلى نفس الجهة رئيس المحكمة الموجود بدائرتها العقار أو الحقوق العينية العقارية⁴ وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 16-10-2014 (يجوز قانونا للدائن الحجز على عقار مدينه غير المشهر)⁵.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 16-10-2014 ملف رقم 0847725 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الاول سنة 2015 صفحة 200.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، طبعة سنة 2006 ، صفحة 74.

³ تنص المادة 328 من القانون المدني "لا يكون للعقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء من يوم تسجيله ، من يوم ثبوت مضمونه في عقد اخر حرره موظف عام ، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص ومن يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط وامضاء).

⁴ بو قندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية و القضائية وإجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المتصلة، المرجع السابق، صفحة 84 .

⁵ قرار رقم 0847725 صادر بتاريخ 16-10-2014 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا والمنشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية لسنة 2015 العدد رقم 01 صفحة 200.

2- الحالة الثانية البيوع القضائية والقانونية للعقارات أو الحقوق العينية العقارية :

لقد سماها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالبيوع العقارية الخاصة وقسمها إلى ثلاثة أقسام فالقسم الأول يتعلق بالبيوع العقارية للمفقود وناقصي الأهلية والمفلس والقسم الثاني يتعلق بالبيوع العقارية المملوكة على الشيوع والقسم الثالث يخص بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني. ويطلق عليها البعض تسمية البيوع القضائية لأن القاضي هو الذي يقوم ببيعها أو يأذن ببيعها ما عدا العقارات المثقلة بتأمين عيني فهي مكنة منحها المشرع للمالك إذ يمكن له أن يطلب بيعه من أجل الوفاء بديونه ولا يحتاج في ذلك لإذن من القاضي خلافا للبيوع الجبرية التي تكون في إطار التنفيذ الجبري وفي كل الأحوال فرئيس المحكمة هو من يأذن بالحجز ويتابع إجراءات البيع وسوف أحاول التطرق إلى حالي البيوع العقارية المملوكة على الشيوع باعتبارها تمثل غالبية البيوع العقارية المطروحة على القضاء ثم إلى البيوع العقارية المتعلقة بمفقودي وناقصي الأهلية والمفلس كونها تأتي في المرتبة الثانية للبيوع العقارية، ثم بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني في المرتبة الثالثة باعتبارها مكنة قانونية وليست لا بيعا جبريا ولا قضائيا.

أولا: بيع العقارات المملوكة على الشيوع في حالة استحالة القسمة العينية بين الشركاء: تعتبر الملكية الشائعة إحدى صور الملكية والتي يوجد أكثر من مالك واحد لشيء¹، لذلك قد يتقرر بموجب حكم أو قرار قضائي بيع عقار أو حق عيني عقاري مملوك على الشيوع لعدم إمكانية القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا فبياع العقار في هذه الحالة عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط بيع يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار بناء على طلب من يهيمه التعجيل من المالكين على الشيوع وقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 18-01-2006 (لا يشترط إجماع الشركاء على البيع بالمزاد العلني، في حالة المزايدة بحضور العامة)² فالشيوع هو الوضع القانوني الناتج عن تعدد المالكين للحق العيني دون إن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه³.

¹ عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال الشائع ودعوى الفرز والتجنيد (دعوى القسمة) في ضوء أحكام النقض القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، طبعة سنة 2007 دار الفكر والقانون صفحة 12 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 18-01-2006 ملف رقم 332775 المنشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2006 العدد رقم 01 صفحة 413.

³ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها، إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا المرجع السابق صفحة 64.

إن مفهوم الملكية الشائعة انه إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً وكانت حصة كل واحد منهم غير مفرزة¹ فهم شركاء على الشيوع ويمكن اعتبار حصصهم متساوية إذا لم يقد دليل على ذلك إذ قد تكون الحصص غير متساوية فيما بينهم إذا انتقل المال الشائع للشركاء عن طريق الميراث فهنا يجب إن تراعى في ذلك الأنصبة المحددة لكل واحد منهم حسب أحكام الميراث المنصوص عليها في قانون الأسرة² وذلك بعد إعداد عقد الفريضة المحرر من طرف الموثق بناء على طلب الأطراف وتكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ولكل شريك في الشيوع الحق أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء، إذ لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق فإذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من حالة الشيوع أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين المحكمة أن رأته وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً إذا كان المال لا يقبل القسمة عيناً دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته ويكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية، وإذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء نصيبه عيناً عوضاً بمعدل عما نقص من نصيبه كما يمكن أن تجرى القسمة بطريق الاقتراع من طرف القاضي ويثبت ذلك في محضر ويصدر حكماً بتثبيت ملكية كل شريك حسب نصيبه المفرز مع تبيان مساحته وحصته وحدوده وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 17-07-2002 ملف رقم 233109 (تتم قسمة المال الشائع في حالة اختلاف الشركاء وتعين خبير من طرف المحكمة عن طريق تكوين الحصص وإجراء القرعة)³.

وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 10-01-2013 ملف رقم 782720 (يعد خرق للقانون مصادقة قضاة الموضوع على مشروع قسمة ملكية شائعة أعده الخبير بنفسه حصة كل وارث بدون

¹ المادة 13 من القانون المدني المعدل و المتمم.

² القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية العدد 24 المؤرخة في 12-06-1984 المعدل و المتمم بالأمر رقم 05-02 الصادر في 27-02-2005 المنشور بالجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 27-02-2005 .

³ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية الصادر بتاريخ 17-07-2002 ملف رقم 233109 و المنشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا قسم الوثائق سنة 2004 العدد رقم 02 صفحة 323.

موافقة الشركاء)¹ ويعتبر حكم القاضي في هذه الحالة ناقل للملكية غير أنه ليس حكم منشأ وإنما هو كاشف لحقوق الشركاء فقط

غير أنه في حالة تعذر إجراء قسمة العقار عينا وهو ما نصت عليه المادة 728 من القانون المدني تحصل القسمة القضائية إذا لم يتحقق إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية وأراد أحدهم الخروج من الشيوخ أو إذا تحقق إجماع الشركاء على إجراء قسمة اتفاقية وكان بينهم شريك ناقص الأهلية أو عديما أو شريك غائب وقد رفض القاضي التصديق على القسمة الاتفاقية باعتبار انه يفصل في النزاعات القائمة وليس التصديق تبدأ إجراءات القسمة القضائية بأن يرفع الشريك الذي يرغب في الخروج من الشيوخ دعوى القسمة أمام القاضي العقاري بوجود جميع الشركاء وأصحاب الحقوق العينية على العقار الشائع المسجلة أسماؤهم في العقد الرسمي المثبت للعقار و هذا طبقا لما نصت عليه المادة 722 من القانون المدني² وهو الأمر المكرس من خلال قرار المحكمة العليا المؤرخ في 24-04-2002 (القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في سنة 1993 هو قضاء مخالف للقانون ما دام أن نقل ملكية عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي)³، وفي قرار صادر بتاريخ 31-05-2000 ملف رقم 198689 (من المقرر قانونا أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها تنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهيأة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ وحيث ولما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أساءوا تطبيق المادتين 732 و 733 من القانون المدني)⁴.

إن القاعدة العامة في قسمة المال الشائع هو أن يجري القاضي القسمة عينا بحيث يأخذ كل شريك جزء مفرز منه وهذا ما يسمى "بالقسمة العينية" ويكون ذلك بتعين الحصص في المال الشائع على أساس أصغر نصيب فتكون الحصص عندئذ متساوية وتجرى القسمة على أساسها بطريق الإقتراع ، فإذا كان

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية الصادر بتاريخ 10-01-2013 ملف رقم 782720 و المنشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني سنة 2013 صفحة 320 صفحة 317.

² تنص المادة 722 من القانون المدني على انه " لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص او اتفاق ".

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 24-04-2002 ملف رقم 229161 المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 269.

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 31-05-2000 ملف رقم 198689 المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 283.

هناك ثلاثة شركاء وكانت أنصبتهم هي النصف والثلث والسدس فُسِّمَ المال إلى ستّ حصص متساوية تعادل كلّ منها السدس بحيث تعود لمالك النصيب الأصغر أي السدس حصة واحدة ولمالك الثلث حصتان ولمالك النصف ثلاث حصص، ولكن إذا كان لأحد الشركاء عقار ملاصق للعقار المشترك (محل القسمة) فقد نصّ المشرع على أن لا تتم القسمة بطريقة الاقتراع بل يعطى الشريك نصيبه من القسم الملاصق لعقاره إذا لم يكن من شأن ذلك الإضرار بمصلحة الشركاء الآخرين والجدير بالملاحظة أنه عادة ما يقوم القضاة باللجوء إلى الاعتماد (المصادقة) على خبرات تتعلق بقسمة أراضي دون القيام بطلب "الشهادة السلبية" التي تسلم من قبل المحافظة العقارية والتي تبين الوضعية القانونية الرهنة للعقار وتثبت ما إذا كانت هناك تصرفات قانونية ناقلة للملكية وردت على العقار محل المطالبة القضائية والمالك الأخير، ودون التأكد مما إذا كان العقار المراد قسمته يقع في منطقة شملتها عملية المسح العقاري أم لا، ودون قيام الخبير بمسح العقار موضوع النزاع إذا كانت المنطقة غير ممسوحة، وبالتالي تبقى تلك الأحكام (على الرغم من حيازتها لقوة الشيء المقضي فيه) المصادقة على تلك الخبرات نظرية يستحيل تطبيقها على أرض الواقع، لأنها اعتمدت على مجرد قسمة نظرية، ولتجنب الوقوع في مثل هذه الوضعيات الصعبة، من المستحسن أن يقوم القاضي بضبط وتحديد مهام الخبير بدقة فيكلفه بالقيام بالمهام التالية :

أولاً/ ضرورة قيام الخبير بالاتصال بالمحافظة العقارية وهذا من أجل الحصول على "الشهادة السلبية" للتأكد مما إذا كانت الملكية العقارية لم يتم التصرف فيها بعقد مشهر لفائدة الغير، أو أمر الأطراف بإحضارها لأجل إثبات الوضعية القانونية الرهنة للعقار محل القسمة .

ثانياً/ القيام بإجراء - بحث عقاري - وذلك من خلال مسح القطعة الأرضية محل المطالبة القضائية بعد الاتصال بمصلحة مسح الأراضي من أجل الحصول على مخطط مسح الأراضي للمنطقة الموجود بها العقار وإعداد مخطط بياني للأرض محل النزاع .

ثالثاً/ إمكانية الاتصال بالملك المجاورين والحصول على سندات ملكياتهم وذلك لمعرفة حدود الأرض بدقة .

رابعاً/ الشروع بعد الانتهاء من هذه المهام يشرع الخبير في القيام بعملية إعداد مشروع القسمة وذلك بتكوين مجموع الحصص على أساس أصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية وذلك بعد تقويم المال الشائع وتحديد قيمته الإجمالية ولا يكون ذلك إلا بعد حساب المساحة بدقة و مطابقتها مع سند

الملكية والواقع الطبوغرافي لها لأنه في بعض الأحيان يكتشف الخبير أن المساحة المدونة في العقد تختلف عن المساحة الحقيقية للعقار محل القسمة ميدانيا .

كما تجدر الملاحظة أنه على القاضي قبول دعوى القسمة دون حاجة إلى ضرورة تقديم "الشهادة التوثيقية" التي تفيد انتقال الملكية من المورث إلى الورثة وهذا ما أكدته المذكرة الصادرة عن مديرية الأملاك الوطنية بتاريخ 12/02/1995 تحت رقم 689 والتي جاء فيها: (...أنه في حالة القسمة القضائية دون أن يسبقها شهادة توثيقية، في هذا المجال فإن اتجاه الورثة للقضاء وصدور حكم يعين الأنصبة بناء على الفريضة يغني عن الشهادة التوثيقية، ذلك أن القاضي قام بمهمتين في آن واحد: نقل الملكية للورثة وتقسيمها فيما بينهم)¹ وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا من خلال قراره المؤرخ في 10-09-2008 " لا تشترط الشهادة التوثيقية بين الشركاء في الشيوخ مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم"²، غير أن المادة 91 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 على أن كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو يفعل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الآجال المحددة في المادة 99 وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب الأطراف منهم ذلك ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يتعلق بكل التركة أو بجزء منها وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا للموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة ولا يتم إعداد الشهادة التوثيقية إذا كان تم إعداد وشهر عقد القسمة لمجموع عقارات التركة ضمن الأجل المنصوص عليه أعلاه والمتعلق بشهر الشهادة التوثيقية³ وهو ما تم تأكيده في العديد من القرارات منها القرار الصادر عن مجلس الدولة رقم 673-2001 والذي قضى بموجبه بتأييد القرار موضوع الاستئناف الذي قضى برفض أو بعدم قبول دعوى المستأنفين الرامية إلى إبطال العقد الإداري المشهر المنصب على إنشاء تعاونية الفلاحية على الأرض موضوع النزاع وكان قرار مجلس الدولة مبنيا على اعتبار كل نقل حقوق عينية عقارية بسبب الوفاة يجب أن يثبت بموجب الشهادة التوثيقية المنصوص عليها بالمادة 91 من مرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري كما جاء في حيثيات هذا القرار وهو موقف واضح تمام الوضوح⁴ .

¹ حمدي باشا عمر ويلي زروقي، المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وحدث الأحكام، دار هومة، طبعة جديدة 2013/2012 صفحة 232.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 10-09-2008 ملف رقم 463305 عدد خاص الجزء الثالث.

³ مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثالث قسم الوثائق سنة 2010 صفحة 35 و 36.

⁴ مجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثالث، قسم الوثائق سنة 2010 صفحة 48.

والملاحظ أنه إذا تخلف أو عجز الورثة عن الحصول على الشهادة التوثيقية فكأنما بقي العقار المعني بدون مالك إذ أنه لم يبق ملكاً للمالك منذ وفاته ولم يمتلكه الورثة بعد، فإذا كانت الشهادة التوثيقية سندا من بين السندات الرسمية التي بشهرها تثبت الحقوق التي تتضمنها فما الفائدة من ذلك إذا تم اعتبار صفة المالك متوفرة في غيابها¹.

كما تجدر الإشارة أنه في حال استحالة تكوين الحصص على أساس أصغر نصيب في المال الشائع وذلك بسبب ضآلة هذه الحصص فيمكن هنا الجمع بين الحصص الضئيلة وضمها إلى نصيب واحد أو أكثر ولكن هذا الأمر ليس إلزامياً بالنسبة للشريك الذي لا يريد ضم حصته إلى حصّة أخرى لأنه لا يُجبر أحداً على البقاء في الشيوخ طبقاً للقانون، ويتعين كذلك في القسمة العينية أن يُعطى لكل شريك كامل نصيبه عيناً فإذا تعذر ذلك يُعوّض على الشريك الذي حصل على أقل من نصيبه عيناً ببديل من النقود يدفعه له من حصل من الشركاء على حصّة عينية أكثر من نصيبه، ولا يجوز بأي حال من الأحوال الإقرار بخلاف ذلك أي تكوين حصص إذا كانت الملكية العقارية المشاعة قابلة للقسمة سواء كان العقار أرض أو بناء وحتى العقار بالتخصيص والقسمة العينية هي الأصل .

وقضت المحكمة العليا في قرار رقم 46589 المؤرخ في 27-12-1987² (من المقرر قانوناً أن الحكم ببيع الملكية المشتركة بالمزاد العلني في الوقت الذي يمكن تفادي بيعه بتقسيمه على مالكيه وفي الوقت الذي يطالب فيه بأغلبهم بقسمته يود إضرار بهم وحرمانهم منه دون موجب، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أديا رغبتهما في تقسيم العقارين اللذين ورثتهما مع المطعون ضدها وان الخبير الذي عينته المحكمة جعل للتقسيم حلول وذلك بإجراء عملية تعويض بين الإخوة فإن قضاة المجلس بإلغائهم للحكم المستأنف ومن جديد الأمر ببيع الملكية الشائعة المتنازع عليها بالمزاد العلني يكونون خرقوا القانون ومتى أن ذلك استوجب نقض القرار).

وقضت كذلك في قرار آخر رقم 91439 المؤرخ في 28-10-1992³ (من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع على أساس تكوين الحصص ثم تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل المنازعات لاسيما ما يتعلق منها بفرز كل شريك وتكوين

¹ الطيب محمد الحبيب، مستشار بالغرفة العقارية بالمحكمة العليا مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزء الثالث سنة 2010 صفحة 49.

² قرار رقم 46589 المؤرخ في 27-12-1987 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد رقم 04 لسنة 1990 صفحة 54

³ قرار رقم 91439 المؤرخ في 28-10-1992 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد رقم 03 لسنة 1994 صفحة 8.

الحصص ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص والقسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع فإنهم خالفوا القانون). وفي قرار آخر بتاريخ 21-04-1998 تحت رقم 188189¹ أقرت المحكمة العليا مبدئين مفادهما: انه "من المقرر قانونا أن قسمة التركة تتم وفق للقانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة"، كما انه من المقرر قانونا أن القسمة تجرى بطريق الاقتراع بعد تكوين الحصص وتثبت المحكمة ذلك في محضر تحرره ويصدر حكما بإعطاء لكل شريك نصيبه ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذين المبدئين يعد خطأ في تطبيق القانون ولما كان ثابتا في قضية الحال إن قضاة الموضوع لما اکتفوا بالمصادقة على الخبرة دون التعرض للاقتراع ودون فرز الأنصبة وإعطاء لكل شريك نصيبه المفرز فإنهم اخطئوا في تطبيق القانون)، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 27-09-2000 ملف رقم 201854 (ما دام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون يرتب عنها انخفاض في قيمته فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب)².

أما إذا كان المال الشائع لا يقبل القسمة العينية كأن يكون مسكناً أو متجراً أو معملاً أو إذا كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمته فيلجأ القاضي إلى إجراء القسمة بطريق التصفية أي إلى بيع المال بالمزاد العلني بواسطة دائرة التنفيذ وتقسيم ثمنه بين الشركاء كل بنسبة حصته فيه طبقاً للمادة 728 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 10-09-2015 (لا يجوز للقاضي إنهاء حالة الشيوخ واللجوء إلى قسمة العقار بطريقة تؤدي إلى إحداث نقص كبير في قيمته)³.

فإذا تقرر بيع العقارات المملوكة على الشيوخ بموجب حكم أو قرار قضائي ببيع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوخ بالبيع لعدم إمكانية القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عينا ببيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد بها العقار بناء على طلب من يهيمه التعجيل من المالكين على الشيوخ، فلكل شريك

¹ قرار مؤرخ في 21-04-1998 تحت رقم 188189 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا عدد 1 لسنة 2000 صفحة 174 .

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 27-09-2000 ملف رقم 201854 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 274.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية بتاريخ 10-09-2015 ملف رقم 0959784 المنشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني لسنة 2015 صفحة 139.

في الشيوخ أن يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو اتفاق وإذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من حالة الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين المحكمة خبير أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصص إذا كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته و يكون الخبير خصص على اصغر نصيب حتى ولو كانت القسمة جزئية، وإذا تعذر أن يأخذ احد الشركاء نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه وتجرى القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما كاشف بإعطاء لكل شريك نصيبه المفرز وهو حكم مثبت للقسمة وملكية كل طرف ولا يمكن قبول القسمة الودية التي تجرى بين الشركاء دون أن تكون مشهورة وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 18-06-2002 ملف رقم 231832 (من المقرر أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ومن ثمة فإن استبعاد وثيقة القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء القسمة الودية المحتج بها من الطاعنين لعدم شهرها والأمر بإجراء قسمة التركة يعد تطبيقا سليما للقانون)¹.

فإذا تعذرت القسمة عينا وكان من شأنها إحداث نقص في قيمة العقار المراد قسمته ببيع هذا العقار بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية² سيما المادة 786 منه وكذا المادة 728 من القانون المدني³ وهو ما أقرته المحكمة العليا بتاريخ 10-09-2015 (لا يجوز للقاضي إنهاء حالة الشيوخ واللجوء إلى قسمة العقار بطريقة تؤدي إلى أحداث نقص كبير في قيمته)⁴.

والملاحظ عمليا أن أغلبية القضايا المرفوعة أمام المحاكم للخروج من حالة الشيوخ تنتهي إلى الحكم ببيع العقار بالمزاد العلني وهذا راجع أحيانا إلى استحالة القسمة عينا أو من شأنها إحداث نقص

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 18-06-2002 ملف رقم 231832 المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 265.

² قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المنشور الجريدة الرسمية العدد 21 لسنة 2008.

³ أمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم المنشور في الجريدة الرسمية 78 المؤرخة في 30-09-1975.

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 10-09-2015 ملف رقم 0959784 المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني سنة 2015 صفحة 139.

كبير من قيمة العقار، كما هو الشأن بالنسبة للشقق السكنية الصغيرة أو في أي حالة كان عدد المالكين على الشيوع خاصة الورثة كثيرا تستحيل فيه القسمة عينا، أو كونها عقارات ذات طابع فلاحي ولا تحتوي على المساحة المرجعية للقسمة العينية المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي 97-490 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية¹.

لكن تجدر الملاحظة أن هناك من العقارات ما هو قابل للقسمة العينية ومع ذلك فإن بعض الخبراء يلجئون إلى اقتراح الخروج من الشيوع عن طريق البيع بالمزاد العلني وهذا تفاديا لإعداد مخططات القسمة وتحديد نصيب كل وارث وإجراء القرعة فنقيم العقار نقدا عملية أسهل وان في بعض الأحيان يسايرهم القضاة في ذلك لأنها مسألة فنية وان كان رأي الخبير غير ملزم طبقا لما تنص عليه المادة 144 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعلى القاضي قبل الحكم بالبيع بالمزاد أن يتأكد تاما من عدم قابلية للقسمة والأخذ بدفوع الأطراف في هذا الشأن بجدية لأن من بين المالكين على الشيوع من ليس له من مأوى غير العقار الذي يشغله والذي ورثه أبا عن جد وفي ظل الارتفاع المذهل لقيمة العقار في الجزائر فإنه قد لا يتمكن من شراء عقارا يأويه مما يؤول إليه من نصيبه في ثمن البيع فيتمسك بالقسمة².

وقد قضت المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 25-02-1998³ (من المقرر قانونا أنه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان شأنها حدث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع المال بالمزاد العلني وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع ومن المقرر أيضا انه تعذر ان يأخذ احد الشركاء كامل نصيبه عينا عوض بمقابل عما نقصه من نصيبه ولما ثبت في قضية الحال ان قضاة المجلس رفضوا طلب الطاعن الرامي الى بيع العقار المشترك بالمزاد العلني بحجة ان الحكم المستأنف رأى الاغلبية مع رأي الاشخاص ليس من شأنه تغيير حكم القانون و لاسيما المادة 728 هذا من جهة و من جهة اخرى منحوا اثنين من الشركاء نصيبهم نقدا كليا دون الحصول عينا على نصيب ناقص الاهلية عينا فخالفوا نص المادة 725-2 من القانون المدني مما يعرض قرارهم للنقض).

¹ المرسوم التنفيذي 97-490 المؤرخ في 20-12-1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية المنشور بالجريدة الرسمية العدد رقم 84 المؤرخة في 20-12-1997.

² بوقندوزة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، المرجع السابق صفحة 106.

³ قرار رقم 15130 مؤرخ في 25-02-1998 منشور في المحكمة العليا عدد 2 لسنة 1998 صفحة 28 .

وفي قرار آخر مؤرخ في 14-03-2001، تحت رقم 242694¹، تم تكريس مبدأ مفاده تنفيذ المادة 728 من القانون المدني بأن يلتجأ إلى البيع بالمزاد العلني في حالة ما اذا تعذرت القسمة المشاع عينا ولما قضى قضاة المجلس ببيع العقار بالمزاد العلني دون يبرروا اختيارهم لهذا الحل وبينوا العناصر المعتمدة في ذلك يكونون خرخوا أحكام المادة 728 أعلاه كما أنهم خرخوا أحكام المادة 727 بعدم اتخاذهم إجراءات القرعة في قسمة الأملاك الشائعة المفروضة مما يجعلهم قد أسأؤوا تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض، وبقرار رقم 229161 المؤرخ في 24/04/2002 الموضوع- قسمة - عقد عرفي - المصادق عليها - خرخ للقانون(المبدأ القضاء بالمصادقة على قسمة ودية تمت بعقد عرفي مؤرخ في 1993 وهو قضاء مخالف للقانون مادام أن نقل ملكية أي عقار يجب أن يكون في الشكل الرسمي.

وفي قرار 2000/09/27 (قسمة - عدم استحالة القسمة - المطالبة بالبيع بالمزاد العلني - لا، المبدأ مادام ثابت أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يرتب عنها انخفاض في قيمة فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب².

إن تعين الخبير عقاري مختص لمسألة تقنية من النظام العام، فيقوم هذا الأخير بتقويم المال مع تحديد قيمته و قيمة حصة كل شريك. وهذا ما حكمت به المحكمة العليا بقرارها رقم 213265 المؤرخ في 19/01/2000 (الموضوع : ملكية شائعة إنهاؤها - الاعتماد على الخبرة- عدم تحديد الحصص - قصور في الأسباب، المبدأ: " المستفاد من القرار المطعون فيه أنه صادق وتبنى تقرير خبرة حول مشروع قسمة دون تحديد أنصبة الأطراف المتنازعة ما دام موضوع النزاع يتعلق بإلغاء حالة الشيوخ، وبالتالي فإن المصادقة على حكم لا يمكن تنفيذه وبدون تبرير يجعل القرار المطعون فيه مشوب بالقصور في التسيب وبتعين نقضه).

وعلى الخبير تجزئة المال على أساس أصغر نصيب طبقاً لأحكام المادة 725 فقرة 1، حتى ولو كانت القسمة جزئية، مثال على ذلك إذا كان ثلاث شركاء في مال الشائع وملك الأول 2/1 والثاني 4/1 والثالث 8/1 قسم المال على ثمانية ووزع بينهم بالقرعة، و في هذا الإطار جاء قي قرار صادر عن المحكمة العليا:(من المقرر قانوناً أن قسمة الملكية الشائعة تجري بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها، ولما كان ثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن

¹ قرار اخر مؤرخ في 14-03-2001 تحت رقم 242694، منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد رقم 01 لسنة 2002 صفحة 152 .

² مجلة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، الجزء الأول لسنة 2004 .

جديد القضاء بالمصادقة على تقرير الخبير دون تحرير محضر بوقوع القسمة عن طريق الاقتراع يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون"¹، وقرار اخر رقم 188189 المؤرخ في 21/04/1998 (من المقرر قانونا أن قسمة التركة تتم وفقا للقانون المدني فيما يتعلق بالملكية الشائعة)²، (ومن المقرر أيضا أن "القسمة تجري بطريق الاقتراع بعد تكوين الحصص وتثبيت المحكمة ذلك في محضر تحرره ويصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيب المفرز.

ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان ثابت في - قضية الحال - أن قضاة الموضوع لما اكتفوا بالمصادقة على الخبرة دون التطرق للاقتراع و دون فرز الأنصبة وإعطاء كل شريك نصيبه المفرز فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون)³. وإذا تعذر تجزئة المال على أساس اصغر نصيب في القسمة فيجب لكل شريك شيء من المال الشائع يعادل قيمة نصيبه بالحصصة الشائعة، فلو كان المال متكون من منزل قيمته 400 مليون وأرض قيمتها 200 مليون ومتجر قيمته 100 مليون مثلا فقيمة المال 700 مليون، فيختص من له نصف المنزل ومن له الربع بالأرض ومن له الثمن بالمتجر، هذا ما ورد بالقانون المصري،

أما في القانون الجزائري إذا تعذر على أحد شركاء أن يأخذ كامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها القرار رقم 45689 المؤرخ في 87/12/07⁴ (من المقرر قانونا - أن الحكم ببيع الملكية الشائعة بالمزاد العلني في الوقت الذي يمكن تفادي بيعه بتقسيمه على مالكيهم وفي الوقت الذي يطالب فيه اغلبهم بقسمته يعد إضرارا بهم وحرمانهم منه دون موجب، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون. ولما كان من ثابت - في قضية الحال - أن الطاعنين أبدوا رغبتهم في تقسيم العقارين اللذين ورثاهما مع المطعون ضدها وأن الخبير الذي عينته المحكمة جعل للتقسيم عدة حلول وذلك بإجراء عملية تعويض بين الإخوة، فإن قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف ومن جديد الأمر ببيع الملكية

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 54849 المؤرخ في 25/10/1989 المجلة القضائية المجلة القضائية سنة 1991 عدد 01، صفحة 25 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 188189 مؤرخ في 21/04/1998 المجلة القضائية لسنة 2000 عدد 1، صفحة 174.

³ قرار رقم 91439 المؤرخ في 28/10/1998 لما ثبت في قضية الحال أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم المطعون فيه التطرق إلى تكوين الحصص و إجراء القسمة بين الشركاء بطريق الاقتراع فإنهم بذلك قد خالفوا القانون.

⁴ العربي بلحاج، الوجيز في قانون الأسرة الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر 1994.

الشائعة المتنازع عليها بالمزاد العلني خرقوا القانون، متى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه)، وفي قرار آخر (وفي حالة عدم اتفاق الشركاء على توزيع الحصص تجري القرعة فيحرر القاضي العقاري محضر بحضور جميع الشركاء يسند بناءا عليه لكل شريك حصته المفروزة مراعيًا في ذلك ما تستلزمه مصلحة الشركاء من جمع أنصبة الشريك أو تفريقها ونستدل في هذا الصدد بقرار المحكمة العليا التالي: قرار رقم 32812 المؤرخ في 1984/07/09)¹. (من المقرر قانونًا أن العقار تجرى قسمته بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضر وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفروز، فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقًا للقانون، إذا ما تبين أنه لم يثبت أن الخبير المكلف بمشروع قسمة العقار أو أن قضاة الاستئناف استعمل كل منهما فيما يخصه الإجراءات المأمور بها في هذا الشأن وأن هؤلاء القضاة اكتفوا بالمصادقة على تقرير الخبرة فإنهم بذلك خرقوا أحكام المادة 727 من القانون المدني ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه تأسيسًا على مخالفة أحكام المبدأ المذكور، وفي الأخير تصادق المحكمة على تقرير الخبير ويسجل الحكم كما تستوفي الخزينة العمومية حقوقها، تبعًا لذلك يتحصل الخصوم بعد التسجيل على النسخة التنفيذية)².

ثانيا- حالة البيوع العقارية لمفقود وناقصي الأهلية والمفلس وهو ما نصت عليه المادتين 88، 89 من قانون الأسرة، إذ يتم بيع العقارات و/ أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني للمفقود وناقص الأهلية والمفلس حسب قائمة الشروط البيع التي يعدها المحضر القضائي بناءا على طلب المقدم بالنسبة للمفقود والبالغ ناقص الأهلية أو الولي والوصي بالنسبة لناقص الأهلية القاصر أو البالغ ناقص الأهلية أو يعدها وكيل المتصرف القضائي بالنسبة للمفلس حسب الحالة وتودع بأمانة ضبط المحكمة.

يعرف المفقود ومن في حكمه حسب ما نص عليه في قانون الأسرة³ في مادته 109 بأنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم وأن الغائب يأخذ حكم المفقود إذا منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه مدة سنة وتسبب غيابه

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1989 العدد الثاني .

² ملزي عبد الرحمان، محاضرات في أسباب كسب الملكية، ألقيت على قضاة التكوين المتخصص، الدفعة الثالثة 2003/2002.

³ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 24 المؤرخة في 12-06-1984، المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02، الصادر في 27-02-2005، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 15، الصادرة بتاريخ 27-02-2005 .

في ضرر الغير وهو ما نصت عليه المادة 110 من قانون الأسرة ويجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي 04 سنوات من التحري ويصدر الحكم بالفقدان أو بموت المفقود وبناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة والقاضي يقوم بتعيين مقدم من اقاربه في الحكم وكذا يحصر أمواله¹.

اما ناقص الاهلية حسب ما جاءت به المادة 81 من قانون الاسرة هو من بلغ سن الرشد المحدد ب 19 سنة و لم يحجر عليه يعتبر كامل الاهلية وفقا لأحكام المادة 40 من القانون المدني التي تنص بدورها على ذلك وبمفهوم المخالفة من بلغ سن الرشد وهو ناقص الاهلية من حيث قواه العقلية لعتة أو سفه أو جنون فهو بالغ ناقص الأهلية ولا يتمتع بالأهلية لمباشرة حقوقه المدنية فناقص الاهلية اما يكون قاصر لم يبلغ سن 18 سنة او يكون بالغ ناقص الأهلية، وتجدر الاشارة ان من كان فاقد أهلية أو ناقصها لصغر في السن أو جنون أو عته أو سفه ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم.

ويعتبر اجراء البيع من أهم وأخطر التصرفات التي يقوم بها الولي، لذا أورد المشرع هذا القيد، خاصة فيما يتعلق بعقار القاصر لأن حقوق القصر والقواعد التي تنظمه من النظام العام²، إذ نصت المادة 88 من قانون الاسرة "على الولي ان يتصرف في اموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام وعليه ان يستأذن القاضي في التصرفات التالية: بيع العقار وقسمته ورهنه وإجراء المصالحة وبيع منقولات ذات الاهمية الخاصة واستثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة وإيجار عقار قاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد أكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد".

إن المشرع الجزائري تناول في الفقرة السالفة الذكر إلى البيع والقسمة والرهن لكنه لم يذكر المقايضة المبادلة والتي هي كذلك تعتبر من أعمال التصرف لأنها تبرم بقصد استغلال رأس المال، فهل يتم اللجوء إلى طلب الإذن القضائي قياسا على عقد البيع أو يرفض قياسا على انه لم يذكر في المادة 2/88 من قانون الاسرة التي جاءت على سبيل الحصر. وللجواب على هذا التساؤل يرى بعض الشراح³ أنه يجب

¹ بو قندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية وإجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المتصلة المرجع السابق، صفحة 84 .

² معوض عبد التواب، موسوعة الاحوال الشخصية، الجزء الثالث، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة السابعة، عام 1997، صفحة 1484، 1489 .

³ علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، العدد الثالث، عام 1998، صفحة 13.

إخضاع مقايضة عقار بمال أو عقار آخر للإذن القضائي، نظرا لاتحاد العلة والسبب والحكمة من اشتراطه البيع كون أن المادة 415 من القانون المدني تنص على انه:تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة.

بالإضافة لنص المادة 222 من قانون الأسرة التي تقضي بالرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية، وعلى القاضي ان يراعي في الترخيص ببيع العقارات قسمته حالة الضرورة والمصلحة وأن يتم بيع بالمزاد العلني وهو ما نصت عليه المادة 89 من قانون الأسرة غير أنه ورد في قرار للمحكمة العليا صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 11-06-2015 (لا يشترط القانون الحصول على إذن قضائي مسبق لمباشرة دعوى القسمة التي يكون بين اطرافها قصر)¹ والمستخلص من حيثيات القرار المذكور أن الدعوى لا يشترط فيها الاذن المنصوص عليه في المادة 88 من قانون الاسرة لكون ان الدعوى يباشرها القضاء ومنه ينتفي الشرط في هذه الحالة، بالإضافة إلى ان الدعوى تهدف إلى تعيين خبير من اجل استخراج النصب فقط عكس ما جاء به أسباب القرار المطعون فيه بخصوص رفض الدعوى الاصلية لعدم وجود الاذن ما دام ان الامر يتعلق بدعوى قسمة عقار شائع، فلما كان البقاء في الشيوخ أمر غير مرغوب فيه نظرا لما فيه من مشاققة،وجدت القسمة لوضع حد له ، اذ أن الشيوخ حالة قانونية تنشأ عند تعدد أصحاب الحق العيني الواحد، وتعدد مصادر الشيوخ بتعدد أسباب كسب الملكية، إلا أن أهم مصدر للشيوخ هو الميراث الذي ينشأ الحق فيه بوفاة المورث وتركه ورثة شرعيين، ولا ينتهي الشيوخ عادة إلا بالقسمة وهي نوعان: أما قسمة مهياة أو قسمة نهائية تكون في أصلها اتفاقية أو قضائية وقد ذهبت المحكمة العليا في اجتهادها إلى نفس الاتجاه بإقرارها قيد قسمة عقار القاصر من طرف الولي بالإذن القضائي².

1 -الإجراءات المتبعة في بيع عقار القاصر وهذا ما استحدثه المشرع الجزائري إثر إصداره لقانون الإجراءات المدنية والإدارية بحيث اصبح يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني بالنسبة لكل من المفقود وناقص الأهلية والمفلس حسب قائمة شروط البيع التي تودع بأمانة ضبط المحكمة والتي يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي أو يعدها وكيل التفليسة و ذلك حسب كل حالة .

¹ قرار للمحكمة العليا، صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 11-06-2015 ملف رقم 0921627 المنشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد الثاني، لسنة 2015 صفحة 152.

² قرار تحت رقم 51282 المؤرخ في 19/12/1988، المجلة القضائية، العدد الثاني، عام 1990 صفحة 63 .

2- إجراء القسمة القضائية في حالة وجود قاصر بين الشركاء لقد استوجب المشرع الجزائري في حالة قسمة عقار القاصر من طرف وليه الإذن القضائي، وهذا حرصا منه على توفير أكثر حماية للأموال العقارية للقاصر باعتباره طرف ضعيف وخاصة في حال قسمة العقار، إضافة الى ذلك أوجب القانون بنص المادة 181 من قانون الأسرة أن تكون قسمة العقارات التي يكون فيها قاصر بين الشركاء قضائية وحسب ما ينص عليه القانون المدني في الملكية الشائعة، وعليه فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال القيام بالقسمة الاتفاقية.

ويجب أن تجتمع مجموعة من الشروط حتى يتم اللجوء للقضاء من أجل طلب قسمة المال الشائع وهي كما يلي:

- 1) أن يكون الشركاء في حالة شيوع اختياري.
 - 2) عدم اتفاق الشركاء على مبدأ القسمة أو على طريقته.
 - 3) إذا كان العقار محل دعوى القسمة، أرضا فلاحية فلا يجوز قسمتها إلا في حدود المساحة المرجعية كما تنص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 490/97 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية¹.
 - 4) وجود قاصر من بين الورثة، ذلك أن المادة 723 من القانون المدني تنص على أنه إذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية وجبت مراعاة الإجراءات التي يفرضها القانون.
- لقد اعتبر القانون المدني أن وجود قاصر من بين الورثة يفرض تدخل إجراءات خاصة للقسمة، وهي تلك المنصوص عليه بالمادة 88 من قانون الأسرة الخاصة بالإذن وذلك من خلال لجوء الولي لقاضي شؤون الأسرة و يعرض عليه مشروع القسمة الذي يعده مسبقا خبير مختص، مع إرفاق تكليف للحضور وفريضة مورث الأطراف والشهادة التوثيقية وعقد ملكية العقار محل دعوى القسمة وشهادة سلبية خاصة بالعقار وكذا ما يفيد موافقة بقية الورثة على نتائج الخبرة وعلى أثرها يمنح الإذن للولي بغية قسمة المال الشائع طبقا للخبرة المنجزة².

¹ المرسوم التنفيذي رقم 97-490، المؤرخ في 20-12-1997، المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية، الجريدة الرسمية، العدد 84، المؤرخة في 20-12-1997، المنشور بالجريدة الرسمية، العدد رقم 84، المؤرخة في 20-12-1997.

² نشرة القضاة، العدد الأول، عام 2000، صفحة 50.

ومن قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد جاء (انه من المقرر قانونا وشرعا أن قسمة التركة بين الورثة تكون عن طريق القضاء، وأنه في حالة وجود قاصر بينهم الورثة. فإنه يجب أن يعرض ملف القضية على النائب العام بواسطة كاتب ضبط المحكمة قبل عشرة أيام على الأقل من يوم الجلسة)¹. ولما أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف القضاء لضمان عدم الإجحاف لحق القاصر، ولم يحتم الإجراء الخاص بإطلاع النيابة العامة على القضية فإنه يتعين بذلك نقض القرار المطعون فيه²، كما انه في حالة وجود قاصر بين الورثة لا يبدأ سريان اجل تقادم الحقوق الميراثية إلا ابتداء من تاريخ بلوغهم سن الرشد القانونية، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الطاعنة مولودة في: 1942/04/01 وان المورث قد توفي سنة 1947 وأنها بادرت إلى رفع دعوى بتاريخ: 1992/10/01 ضد المطعون ضده فان قضاة الاستئناف عندما أسسوا قرارهم على التقادم المسقط طبقا للمادة 829 من القانون المدني ومضي مدة ثلاث وثلاثين سنة على وفاة المورث المشترك للطرفين إلى تاريخ رفع الدعوى، فإنهم بقضائهم برفض دعواها لم يأخذوا في الحسبان أن الطاعنة كانت قاصرة ولم تبلغ سن الرشد التي تؤهلها قانونا إلا في سنة 1963 بحيث كان سن الرشد آنذاك واحد وعشرين سنة في القانون المدني القديم، وبذلك يكونون قد أخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض³.

ثالثا- حالة بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني طبقا للمادة 788 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
يعد الحجز العقاري هو آخر المطاف وهو عبارة وسيلة جبرية يلجأ إليها عادة الدائن بغرض استقاء دينه، بعدما تم الغاء الإكراه البدني من مجال التنفيذ والقاعدة العامة أن هذا الحجز استثنائي لا يجوز القيام به إلا في حالة عدم وجود أموال منقولة للمدين باستثناء أصحاب التأمينات العينية والذين لديهم سند تنفيذي على العقار فيمكن لهم أن ينفذوا مباشرة على هذا العقار عملا بأحكام المادة 721 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد تناول المشرع الجزائري إجراءات هذا الحجز في المادة 788 وما يليها من القانون المدني والتي ساير من خلالها المشرع الجزائري أغلب التشريعات الحديثة في اتجاهها نحو تبسيط إجراءات التنفيذ على العقار وتقصير مواعيدها حماية للإتقان العقاري .

¹ احمد خالدي، القسمة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، طبعة سنة 2008 ، صفحة 54 ، 55 .

² قرار تحت رقم: 84551 المؤرخ في: 22/12/1992، المجلة القضائية، عام 1995 ، العدد الاول، صفحة 117 .

³ قرار تحت رقم: 194378 المؤرخ في 28/06/2000، المجلة القضائية، عدد خاص صادر عن الغرفة العقارية، سنة 2004 ، الجزء الثاني، صفحة 206 .

ويصوب هذا الإجراء إلى عملية وضع العقارات المملوكة للمدين تحت يد القضاء سواء كان هذا العقار تحت يد المدين أو تحت يد الغير وذلك بإتباع مجموعة من التدابير والإجراءات بدءا من استصدار أمر الحجز وتبليغه ثم قيده لدى المحافظة العقارية، ومن هذا التاريخ يعتبر العقار محجوزا ويترتب على ذلك عدة آثار أهمها تقييد السلطات التي يستأثرها حق الملكية ويؤدي التنفيذ على عقار المدين عن طريق الحجز إلى بيع هذا العقار بالمزاد العلني لتسديد ديون المدين.

2-الحكم القضائي القاضي بتثبيت الشفعة: لقد اختلف الفقهاء في تعريف الشفعة سواء تعلق الأمر بالفقه الاسلامي باعتباره مصدر تاريخي لها أو في القوانين الوضعية وما أنتت به التشريعات الحديثة في هذا المجال¹.

أ-التعريف اللغوي للشفعة: الشفعة لغة مأخوذة من الشفع بمعنى الضم والزيادة بعد الطلب وشفعت الشيء أي ضممته إليك أي تضيفه إلى ما عندك فينقوى به ويصير زوجا والشفعة في الملك معروفة وهي مشتقة من الزيادة لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا². أو كما عرفها الفقه "تمليك على المشتري بما قام عليه"، أو هي أخذ الشريك حصة شريه جبرا شراء أو هي استحقاق شريك أخذ ما عارض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته الذي باع به بصيغه³. كما أن للشفعة عدة مصادر في اللغة العربية فالشفعة مصدر شفع أي الشفع بفتح الشين وسكون الفاء وهي ضد الوتر فيقال كان وترا فشفعة وتقول العرب شفع الشيء صيره شفعا أي زوجا بأن يضيف إليه مثله⁴.

وعرفت الشفعة عند المالكية بأنها استحقاق شريك اخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه أو قيمته⁵ وفي القرآن الكريم قال الله تعالى "ومن يشفع شفاعا حسنة يكن له نصيب منها ومن يشفع شفاعا سيئة يكن كفل منها"⁶.

¹ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية 2013، صفحة 21.

² ابي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء 8، دار صادر، بيروت صفحة 581.

³ أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة المرجع السابق، صفحة 13 و 14 والمأخوذ على لسان العرب الامام العلامة ابي الفضل جمال الدين بن محمد بن مكرم بن منصور، دار صدر الميراث صفحة 581.

⁴ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق صفحة 21.

⁵ سيد احمد الدردير، الشرح الصغير، الجزء رقم 3، المطبوعات الجميلة، الجزائر 1992، صفحة 254.

⁶ الاية 85 من سورة النساء .

التعريف القانوني (الاصطلاحي): بالرغم من اتفاق كل من الفقه والتشريع على اعتبار أن الشفعة سبب من اكتساب الملكية بمقتضى القانون إلا انهما اختلف كل واحد منه في تحديد معناها .

لقد عرف المشرع الجزائري الشفعة في المادة 794 من القانون المدني بأنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية.....". فالشفعة هي عبارة عن مكنة أو رخصة تجيز للشفيع الحلول محل المشتري في بيع العقار إذا أظهر إرادته في ذلك ويكون في كافة حقوقه والتزاماته الناشئة عن عقد البيع أو المترتبة عليه وبذلك تنتهي الشفعة إلى اكتساب العقار المبيع وتملكه أو اكتساب الحق العيني عليه ولو جبرا على المشتري ودون توقف على رضاه وإنما عن طريق القضاء بموجب دعوى يرفعها الشفيع وفق اجراءات رسمها وحددها القانون المدني.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 13-10-2011 (يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري وليس بطلان عقد البيع)¹، وبذلك تكون الشفعة تملك العقار المبيع كله أو بعضه ولو جبرا على المشتري بما قام عليه من الثمن وهو تعريف يتفق مع ما ورد في الشريعة الإسلامية² .

والجدير بالذكر أن المادة 794 من القانون المدني الجزائري يقابلها في القانون المدني المصري المادة 935 والتي جاءت بنفس التعريف، كما تقابلها المادة 939 من القانون الليبي والمادتين 1128 و1129 من القانون العراقي³.

ويستخلص من هذا التعريف أن للشفعة عناصر تتمثل في ما يلي:

- الشفيع وهو الآخذ بالشفعة؛
- المشفوع منه وهو المشتري الذي أخذ منه العقار محل الشفعة؛
- العقار المشفوع فيه و هو العقار المبيع المأخوذ بالشفعة ؛
- العقار أو الحق المشفوع به وهو عقار الشفيع أو حقه الذي يشفع بموجبه؛
- الثمن المأخوذ به.
- **التكيف القانوني للشفعة (الطبيعية)** يعتبر التكيف القانوني للشفعة من أهم المسائل المهمة نظرا لما له من أثر على الاحكام التي تسري عليها، فقد اختلف فقهاء القانون المدني حول طبيعة الحق

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 13-10-2011 ملف رقم 683702 منشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية لسنة 2012، العدد الأول، صفحة 193.

² أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 20 .

³ احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 21 و 27.

في الشفعة بين من يكيّفه على أنه حق عيني مصدره الحق العيني لملكية العقار المشفوع به وبين من يعتبره حقا شخصيا لصيقا بالشفيع وهو الحق في أن يصير مشتريا بالأفضلية بمعنى لا يورث عنه ولا تجوز حوالتة كما أنه لا تجوز حوالتة¹، وبين من يعتبره حقا شخصيا عينيا شخصي بالنسبة للشفيع عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه والبعض اعتبرها رخصة، كما أن البعض الآخر اعتبرها واقعة مركبة وآخرين اعتبروها تجمع بين جوهر الواقعة القانونية²، وهناك من اعتبرها تدخل ضمن طائفة الحقوق العينية وذلك سعيا لأنها ترتب بعض الآثار من أهمها تحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في دعاوى الشفعة وهي المحكمة الواقع في دائرتها العقار المشفوع³، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري أيضا من خلال نص المادة 802 من القانون المدني بقولها "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار والسبب في ذلك هو أن الشفيع عندما يطالب بحق الشفعة فهو بذلك يطلب حقا عينيا على ذلك العقار وما دام حقا عينيا فهو متولد عن ملكية العقار ذاتها وينتقل بذلك عبر سلسلة المالكين لهذا العقار بانتقال هذا الملك لأخر⁴."

وهناك من يرى أن الشفعة ليست حقا بالمعنى القانوني المراد وإنما هي رخصة تسمح للشخص بأن يعدل من مركزه القانوني وفق لمصلحته التي يرسمها القانون⁵.

ولعل أن السبب في هذا الاختلاف في تحديد الطبيعة القانونية للشفعة يرجع إلى كون أن الشفعة تجمع بين أمرين هما جوهر الواقعة المادية وجوهر التصرف القانوني، إذ إنها تستند من جهة إلى توافر عناصر الملكية أو الشيوخ وإلى واقعة بيع العقار المشفوع فيه ومن جهة أخرى تتطلب اتجاه إرادة الشفيع إلى الأخذ بالشفعة وتستوجب إعلانه ذلك.

والرأي الراجح هو أن الشفعة ليست حقا عينيا ولا حقا شخصيا بل هي سبب من أسباب الملكية فهي ليست حقا بل هي مصدر للحق ولا يمكن تغليب الوقائع القانونية فيها على التصرف القانوني المتمثل في

¹ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 38.

² احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 28.

³ المادة 40 / 2 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجريدة الرسمية الصادرة في 23-04-2008 العدد 21.

⁴ رمضان ابو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان 1985، ص 246.

⁵ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 42.

إعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة¹، فأخذ الشفيع بالشفعة هو سبب حقه العيني على العقار المشفوع فيه و المتمثل في تملكه أي أن الشفعة طريقة اكتساب الملكية وهذا الرأي يتفق مع رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية إذا أن المشرع الجزائري استمد نظام الشفعة من الشريعة الإسلامية، وباعتبارها المصدر التاريخي لأحكام الشفعة فإن تفسير هذه الأحكام والنصوص يكون بالرجوع إلى الفقه الإسلامي كما تنص عليه المادة الأولى من القانون المدني وبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية فإنها تثبت خلافا للأصل لأنها تعتبر قيدياً على حرية التصرف وإنما الأخذ بها يكون دفعا لضرر متوقع للشفيع بسبب اتصال ملكه بالعقار المبيع²، وكذلك جلبا لفوائد تتعلق بجمع ما تفرق من حق الملكية (حق الانتفاع وحق الرقبة) وإنهاء حالة الشفيع.

ولكون هذه الاعتبارات اعتبارات شخصية بحتة³ فإن هذا يترتب عليه:

- لا يسمح لدائني الشفيع أن يقوموا برفع دعوى الشفعة نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة إذ أن الشفعة هي رخصة و ليست حقا؛
 - الشفعة لا يمكن أن تنتقل بطريق الحوالة من الشفيع إلى الغير لأنها تتبع العقار المشفوع به فلا تنفصل عنه بل تنتقل بالتبعية إلى من انتقل العقار إليه؛
 - يمكن للشفيع أن يتنازل عن الشفعة بعد قيام سببها أو حتى قبل قيامه أو ذلك صراحة أو ضمنا؛
 - إذا مات الشفيع قبل أن يستعمل حقه فيها فإن الشفعة لا تنتقل بالميراث إلى ورثته.
- تعتبر الشفعة قيد يرد على حرية التصرف لذلك فإن المشرع ضيق دائرة التعامل بها سواء من ناحية الموضوع أو من ناحية الإجراءات و قرر لها شروطا لا بد من توافرها حتى يثبت الحق فيها ويعتبر الحكم الذي يصدره القاضي مثبتا من خلاله الشفعة في العقار بمثابة سند ملكية العقار بالنسبة للشفيع.
- 3- الحكم القضائي القاضي بتثبيت التقادم المكسب:** إن السبب الذي جعل المشرع الجزائري يسن التقادم المكسب هو الوضعية التي ورثتها الجزائر غداة الاستقلال، والمتمثلة في تطهير الملكية العقارية غير

¹-حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الثالثة، سنة 1994. صفحة 513، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية.

²-خالد أحمد، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 20.

³-أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار مصطفى الفقي، الجزء التاسع، المجلد الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، صفحة 596 .

الممسوحة في الجزائر، وذلك بموجب الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

إن الحيابة لا ترتب اثرها المكسب للملكية العقارية في ظل احكام القانون الجزائري بمجرد انقضاء مدة التقادم المقررة قانونا، بل يتعين على الحائز اشهار ملكيته طبقا للمادة 15 من أمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي أكدت على أنه كل من يدعي ملكية عقار أو حق عيني عقاري يجب عليه إثبات ذلك بالشهر في مجموعة البطاقات العقارية، على الرغم من أن الحيابة واقعة مادية فهذا لا يعني انها تستعصي على الشهر بل المشرع قدم وسيلة فنية مهمة لذلك وهي استصدار حكم قضائي يكرس الملكية عن طريق التقادم المكسب في حالة وجود منازع للحائز.¹

لقد نضم المشرع الجزائري التقادم المكسب بمقتضى الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975² المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم في الكتاب الثالث الحقوق العينية الاصلية الباب الاول حق الملكية الفصل الثاني طرق اكتساب الملكية القسم السادس أثار الحيابة والتقادم المكسب وذلك في المواد من 827 الى غاية المادة 834 من القانون المدني، إذ يعتبر التقادم المكسب من اهم الآثار القانونية المترتبة عن الحيابة والذي يؤدي إلى اكتساب الملكية العقارية، والجدير بالذكر أن هذه المواد لم تعط تعريفا للتقادم المكسب المقترن دائما بالحيابة العقارية وطبيعته القانونية بل اكتفت بتبيان مجاله وشروطه وأثاره وأنواعه ووقفه وانقطاعه وحتى باقي القوانين الاخرى المتعلقة بالعقار منها قانون التوجيه العقاري وقانون الاملاك الوطنية وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وغيرها فقد خلت من تعريف التقادم المكسب باستثناء القانون المدني الفرنسي في المادة 2219 التقادم "وسيلة تملك أو تحرر بواسطة مرحلة زمنية معينة وفق شروط محددة في القانون"³.

¹ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، طلعة جديدة في ضوء اخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الطبعة الثامنة، سنة 2012، صفحة 132 .

² الامر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية، العدد 78 المؤرخة في 30-09-1975.

³ أولاد العيد طاهر، التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، شهادة ماجستير فرع عقود ومسؤولية، السنة الجامعية 2004 و 2005، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، صفحة 22.

وقد عرفها القانون الروماني¹ بأنها سيطرة فعلية يباشرها الحائز على الشيء المادي على اعتبار أنه مالك لهذا الشيء فيحرزه إحراراً مادياً عليه و يباشر سلطة المالك²، في حين عرفها القانون الفرنسي على أنها إحرار شيء أو استعمال حق، والحياسة على هذا النحو هي استعمال حق الملكية أو حق من الحقوق العينية الأخرى على شيء معين استعمالاً فعلياً، وهي واقعة مادية ترتب آثار قانونية، إذ أنها ليست حقا شخصياً أو عينياً وإنما هي سبب من أسباب كسب الملكية، وكانت مدة التقادم في بداية الأمر قصيرة تتراوح بين سنة وستين فكان على صاحب الحق إذا ما استولى الغير على حقه وضع حد لحياسة الغير بسرعة لأن المدة القصيرة كانت كافية لكسب الملكية³.

ولقد تأثروا وضعي التقنين المدني الفرنسي القديم بالتقادم الذي كان معروف عند الرومان وكذلك بالتقادم الذي كان موجوداً في القانون الكنسي إذ كان هذا القانون يقوم على مبدأ حسن النية طيلة مدة التقادم وقد كان يسري في فرنسا في أواخر القرن 18 القانون الكنسي بالنسبة للتقادم القصير والذي تتراوح مدته من 10 إلى 20 سنة و كان يشترط حسن النية طيلة فترة التقادم بينما القانون الروماني كان يتطلب حسن النية وقت بدء الحياسة فقط ولا يهم أن تتغير نية الحائز فيما بعد ويصبح سيء النية لكن واضعي قانون نابليون 1804 راجعوا إلى مبادئ القانون الروماني ولم يشترطوا توافر حسن النية عند الحائز طيلة فترة التقادم بل يكفي توافرها عند بدء الحياسة⁴، ونظراً لما ظهر من أهمية للتقادم المكسب فقد عرف في أغلب التشريعات القانونية فلولاها لما استقرت الحقوق ولا توطدت الثقة بين المتعاملين فعن طريق هذا النظام يستطيع المالك الذي فقد سند ملكيته أن يتمسك بالملكية بغير حاجة إلى إقامة الدليل على تلقيه الحق من المالك أو أن سلفه كان مالك منذ فترة طويلة بل يكفي أن يثبت حيازته هو أو سلفه متى توفرت الشروط المؤدية إلى كسب الحق بالتقادم وهو ما يتماشى مع قواعد العدالة⁵ وعلى هذا الأساس سوف أعرفه ثم أحدد طبيعته القانونية من خلال ما يلي:

أ- تعريف التقادم:

¹ محمدي فريدة، الحياسة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجماعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، طبعة 2000، صفحة 84 .

² عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء ENCICLOPEDIA بن عكنون الجزائر، بدون طبعة، صفحة 138.

³ محمدي فريدة، الحياسة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 84 و 90 و 115.

⁴ محمدي فريدة، الحياسة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 84 .

⁵ نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً وتطبيقاً، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، سنة 2011، صفحة 03.

المدلول اللغوي للتقادم: لقد جاء في لسان العرب بان القدم نقيض الحدوث قدم يقدم قدما وتقادم وهو قديم¹، فالتقادم مشتق من تقادم وتقادم على صلة وثيقة بقدم وبالقدوم والقدم في مدلوله التخاطبي يتجاوز في الزمن الفترات الزمنية القصيرة على أن مصطلح "التقادم" في القانون ينقلب مدلوله بين الأجل القصير والمتوسط والطويل مما يرجح في رأي اعتماد تعبير مرور الزمن لأنه أكثر دقة واقرب إلى الصوابية في مدلوله وقد اعتمدت مجلة الأحكام العدلية تعبير "مرور الزمن" والزمن والزمان اسم لقليل من الوقت وكثيره².

- المدلول القانوني للتقادم: يعرف التقادم بأنه طريقة لكسب الملكية أو الحق العيني الذي ترد عليه الحيازة و قد حاول البعض ارجاع التقادم الى اعتبارات فردية على اساس ان المالك الذي يترك ماله في يد الغير مدة معينة من الزمن دون اية مبادرة لاسترجاعه يعد متنازلا عنه³، فالتقادم المكسب هو اكتساب صاحب الحيازة حق الملكية أو حق آخر عيني شيء بفعل حيازة طويلة بعد انتهاء الاجل المعين⁴.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 28-02-2001 (الثابت من اوراق الطعن أن قضاة الاستئناف لما اعتبروا تمسك الطاعن على مستوى الاستئناف بالتقادم المكسب طلب جديدا هو قضاء غير صائب لأن الدفع بالتقادم المكسب في مواجهة دعوى الملكية إنما هو دفاع في الدعوى الاصلية يمكن اثارته امام قضاة الموضوع في أي مرحلة كانت عليه الدعوى، ولما ثبت كذلك من القرار المطعون فيه إن القضاة عللوا قضائهم باستبعاد الدفع بالتقادم المكسب على أساس عدم جواز اتباع طريق الحيازة بعد اتباع طريق الملكية هو كذلك قضاء غير سليم لأن التقادم المكسب هو طريق من طرق اكتساب الملكية وليس بدعوى الحيازة حسب مفهوم المادة 413 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية والمادة 817 من القانون المدني وهو ما ينجر عليه اعتبار القرار المطعون قد أخطأ في تطبيق القانون يؤدي إلى النقض)⁵.

¹ محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات حلي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة 1993، صفحة 221.

² محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 221 و 222، أولاد العيد طاهر، التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 21.

³ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 8.4

⁴ عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر - العقار - دار هومة، الطبعة السادسة، سنة 2011، صفحة 137.

⁵ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا، بتاريخ 28-02-2001، ملف رقم 205549 منشور بالمجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2001، صفحة 263 .

وهناك رأي آخر يرى ان التقادم هو جزء يوقعه القانون على المالك المهمل الذي لم يستعمل ملكه مدة من الزمن وقد يرى البعض الآخر ان هذا الرأي منتقد أيضا ذلك أن المالك لا يكون مهملًا في جميع الاحوال بل قد توجد لديه مبررات معقولة تمنعه من استعمال ممتلكاته، فالتقادم لا يقوم مطلقا على اعتبارات فردية بل هو ضرورة يقتضيها الصالح العام فالتقادم المكسب يؤدي الى استقرار المعاملات ويحمل من يتعامل مع الحائز على الاعتقاد بأنه يتعامل مع شخص باستطاعته اثبات ملكيته بسهولة¹ وقد جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الفرنسي بخصوص التقادم أنه: "من بين القواعد المنصوص عليها في القانون المدني الأكثر ضرورة للنظام الاجتماعي"² بالمصلحة العامة تقتضي استقرار الحالات الواقعية التي مضت عليها مدة من الزمن و تعامل الناس على أساسها، الى جانب هذا فالتقادم أهمية بالغة في اثبات الملكية وهو ما يكون غالبا صعبا و شاقا لأنه يتعذر على المالك في كثير من الاحيان إقامة الدليل على ملكيته وذلك لأنه يصعب اثبات ملكيته كل من تلقى عنهم الحق فأى انقطاع أو عيب أو صفة أحد الملاك السابقين يؤدي الى انهيار الملكيات التي تبعث ملكيته³.

إن القانون المدني الفرنسي عرفه في المادة 2219 بأنه "وسيلة تملك أو تحرر بواسطة مرحلة زمنية وفق شروط محددة في القانون"، فالتقادم المكسب هو الذي يؤدي إلى اكتساب الملكية والحق العيني العقاري بطريق الحيازة ولمدة معينة وهكذا يكون التقادم نظاما قائما على سريان مهلة ما بعدها يصبح الواقع الذي استمر مدة معينة نظاما قانونيا غير قابل للطعن وبذلك يحول التقادم دون امكانية استمرار عرض النزاع على القضاء حول وقائع تقادمت فأصبحت محل شك أو فقدت منها وسائل الاثبات لان تكريس مثل هذا الواقع يضمن الاستقرار لنظام الاشياء والنظام الذي يكون في ظل هذا الواقع دينود وخلال فترة زمنية محدودة⁴.

ويعرف الفقيه دوند التقادم بأنه هو وسيلة للحصول على ملكية الاشياء وذلك بحيازتها تحت صفة الملكية وللتحرر من الحقوق المعنوية ومن الدعاوى والالتزامات عندما يهمل أصحابها استعمالها وممارستها مدة من الزمن في حين يقول الفقيه بودري بأن دوما بدوره قدم تعريف للتقادم مشابهها للمادة 2219 اذ يقول أن التقادم على أنه نمط لاكتساب وخسارة حق الملكية على شيء وكل حقوق اخرى

¹ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 81.

² Ripert et boulangier :op cit, p 968 « l usucapion de toutes les instructions du droit civil ; la pagus nécessaire a l ordre social » .

³ علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي الحقوق العينية الاصلية والتبعية، سنة 1969، صفحة 277 .

⁴ اولاد العيد الطاهر، التقادم المكسب في القانون الجزائري، المرجع السابق، السنة الجامعية 2004-2005 .

بمفعول الزمن ثم يعلق بودري على التعريف ان خطأ دوما يكمن في جعل التقادم نمطا لاكتساب وفقدان كل الحقوق دون استثناء وهو رأي تعوزه الدقة¹ لأن كل الحقوق لا تكسب بالتقادم ولا تزول بعدم الاستعمال وبمفعول الزمن وحاول بودري تعريف التقادم المكسب بقوله هو نمط للحصول على الملكية نتيجة الحيابة الشرعية والممتدة بعض من الزمن².

ويمكن القول أن التقادم المكسب يكون إذا استمرت الحيابة وكانت قانونية لمدة معينة تؤدي إلى كسب الملكية أو الحق العيني وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16-07-2008 تحت رقم 423832 (من الثابت قانونا ان كل ما حاز عقارا أو منقول أو حقا عينيا على منقول أو عقار دون ان يكون مالكا له أو خاص به صار ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع، لا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم)³.

- **الطبيعة القانونية للتقادم المكسب:** لقد نصت المادة 827 من القانون المدني على أنه (من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون ان يكون مالكا له أو خاصا به صار ذلك ملكا اذا استمر حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع)، كما تنص المادة 828 من نفس القانون (اذا وقعت الحيابة على عقار او حق عيني عقار وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه الى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات ولا توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق) والمقصود بالسند الصحيح هو عبارة عن التصرف الذي يصدر عن شخص لا يكون مالك به ويستفيد من قاعدة موضوعية تكسب الحق وليس من قاعدة اثبات تعفيه من اثبات حقه والمادتين 827 و 828 من القانون المدني تتصان على امكانية كسب الملكية أو الحق العيني بالتقادم واضحتان في هذا المعنى، وقد جاء في قرار المحكمة العليا بتاريخ 11-03-2009 (لا تنحصر شروط التقادم المكسب للملكية على اساس الحيابة في التوثيق والشهر وإنما اعمال مقتضيات المادة 827 من القانون المدني)⁴.

¹ محمد علي الأمين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 222-223-224.

² أولاد العيد طاهر، التقادم المكسب للعقار في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 22 و 23.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 16-07-2008 تحت رقم 423832 منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، الصفحة 274.

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 11-03-2009 ملف رقم 508386 منشور بالمحلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد رقم 01، صفحة 240.

ومن الحقوق التي يجوز كسبها بالتقادم المكسب الحقوق العينية الاصلية وكذلك الحقوق العينية التبعية التي تستلزم حيازة الدائن للشيء المحمل بالحق وهي الملكية وحق الانتفاع أو الاستعمال أو السكني أو حقوق الارتفاق وفيما يتعلق بحقوق الارتفاق استثنى المشرع الارتفاقات الغير ظاهرة حيث نصت المادة 869 من القانون المدني على أنه "ينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة أو يكسب بعقد شرعي أو بالميراث إلا أنه تكسب بالتقادم إلا الارتفاقات الظاهرة بما فيها حق المرور .
وقد جاء في قضاء المحكمة العليا "من المقرر قانونا أن إنشاء حق الارتفاق على ملك الغير يشترط أن يكون السكن محصورا أو من ثم النص على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مبرر يستوجب رفضه"¹ ويشترط في كسب حق الارتفاق بالتقادم أن يكون ظاهرا حتى لا يشوب الحيازة عيب الخفاء .

فالتقادم في حقيقته هو عبارة عن سبب لكسب الملكية أو حق عيني آخر فالحائز اذا تمسك به فإنه يستفيد من قاعدة موضوعية تكسب الحق وليس من قاعدة إثبات تعفيه من اثبات حقه ومن خلال المادتين السابقتان الذكر 827 و 828 من القانون المدني فإنه يستخلص امكانية كسب الملكية أو الحق العيني بالتقادم.²

إن الأساس التشريعي للتملك بمضي مدة هو قيام قرينة قانونية قاطعة على توافر سبب مشروع للملك لدى واضع اليد فمتى استوفى واضع اليد الشروط القانونية التي تجعله سببا مشروعاً جاز لصاحبه التملك ولا يحول دون ذلك التزامه بضمان التعرض لأن التقادم سبب قانوني للتملك لاعتبارات ترجع إلى وجوب استقرار التعامل ويستطيع غير المالك ولو كان ملتزما بالضمان إن يملك بهذا السبب لأنه ليس في القانون ما يحرمه من ذلك.³

انواع التقادم المكسب يقسم التقادم المكسب الى نوعين تقادم مكسب طويل الاجل وتقادم مكسب قصير الاجل⁴، فالتقادم الطويل يؤدي الى كسب الحق العيني على العقار أو المنقول اذا استمرت حيازة هذا الحق مدة 15 سنة طبقا للمادة 827 من القانون المدني ويطلق عليه بالتقادم العادي⁵، والتقادم القصير

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا 90/2 ملف 54474 الصادر بتاريخ 15-11-1989.

² الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، طبعة 2015، صفحة 97 .

³ نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 65.

⁴ نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا وتطبيقا، المرجع السابق صفحة 65.

⁵ عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر - العقار - المرجع السابق، صفحة 137.

يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار دون المنقول إذا استمرت حيازة هذا الحق مدة 10 سنوات بشرط ان يكون الحائز مستندا في حيازته على سند صحيح وأن يكون حسن النية طبقا للمادة 828 فقرة 01 من القانون المدني.

فالتقادم المكسب، بالإضافة إلى انه يقوم دليلا على الملكية لديه مهمة اجتماعية اخرى فبفضله يصبح الوضع الفعلي مطابقا للوضع القانوني ويصبح من يحوز العين مدة معينة هو المالك لها ولو لم يكن مالكا من قبل وانتقلت الحيازة إليه وهي مجرد وضع فعلي واقع على ملكية وهي وضع قانوني مشروع وبذلك تستقر الاوضاع الفعلية بعد أن انقلبت إلى أوضاع قانونية¹، بالإضافة إلى التقادم المتعلق بالحقوق الميراثية والمقدر مدته ب 33 سنة من القانون المدني.

4-الحكم القضائي القاضي بتثبيت الوعد البيع العقاري يعرف البيع بصفة عامة بأنه تصرف قانوني تتجه فيه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية معينة إذ يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي يدفع المشتري²، وهو ما نصت عليه المادة 351 من القانون المدني، أما بالنسبة لتعريف البيع العقاري بأنه عقد ناقل للملكية العقارية بالإشهار العقاري³.

والجدير بالذكر أن أهم ما يميز هذا البيع العقاري هو ضرورة افراغ التراضي الواقع بين الطرفين في قالب رسمي لدى الموثق تحت طائلة البطلان المطلق للبيع، بالإضافة إلى الشهر في المحافظة العقارية وذلك حتى ينتج إثارة بين الطرفين .

وما يلفت الانتباه هو أن الواقع العملي للبيوع العقارية أثبت أنه في كثير من الاحيان تكون تصرفات اخرى سابقة تمهيدا للعقد النهائي وهو ما يطلق عليه بالعقود التمهيديّة والتي تستدعيها في غالب الأحيان الضرورة لتعذر على المتعاقدين إبرام العقد النهائي للأسباب المختلفة كعدم توفر المبلغ المتفق عليه كاملا مثلا وغيرها، ولعلّ أهم هذه العقود هي الوعد بالبيع العقاري والذي يكون إما في صورة الوعد بالبيع الملزم لجانب واحد أو عقد الوعد بالبيع المتبادل والذي يتطلب مجموعة من الشروط حتى يتم إبرامه.

نظرا لما يكتسبه العقار من أهمية في الوقت الراهن، وارتباطه بثروة الافراد وممتلكاتهم، فقد خصه المشرع بأحكام و قواعد متميزة عن غيره، جعلت من التصرفات التي ترد عليه تختلف عن تلك التصرفات

¹ الحاج هني جوهر الحيازة فقها و تطبيقا، المرجع السابق، صفحة 94.

² جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، طبعة 2013، صفحة 11.

³ مجيد خلفوني، شهر التصرفات القانونية في القانون الجزائري، دار هومة الجزائر، طبعة 01 ، سنة 2008، صفحة 30.

التي ترد على المنقول، إذ أن الشخص وعلى مر الزمن إذا خسر عقارا معين مهما كان صغير المساحة أو زهيد الثمن أعتبر وكأنه خسر كل ماله وإن بلغت ثروته من المنقولات الشيء الكثير.

لذلك ارتأيت أن تكون دراستي منصبة على التصرف الذي يقع على العقار بوصفه وعدا بالبيع، شارحة خصائص هذا التصرف باعتباره عقدا، وطريقة تنفيذه وحلول الحكم القاضي بنشيت الوعد محل عقد البيع في حالة نكول الواعد عن البيع وتراجعه عن إبرام عقد البيع النهائي واعتبار الحكم الصادر في هذا الشأن سندا قضائيا ينقل من خلاله القاضي الملكية العقارية إلى الموعد له، عارضة بعض القضايا الواقعية التي تم الفصل فيها بأحكام تختلف بعضها عن بعض الجهات القضائية مختلفة.

إن الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانبا واحدا يعتبر الصورة الشائعة للعقود التمهيديّة¹ التي تسبق عادة إبرام عقد البيع في المستقبل وذلك نظرا لما يحققه من فائدة كبيرة في مجال التصرفات العقارية التي تتسم بالخصوصية والتعقيد في بعض الاحيان.

تعريف عقد الوعد بالبيع

1 - التعريف اللغوي للوعد: يعرف الوعد لغة بأنه وعد يعد وعدا وعدة وموعدا ومواعدة وموعودا وموعودة فلانا الأمر بالأمر بمعنى قال له أن يجريه له أو ينيله إياه².

2- التعريف القانوني (الاصطلاحي): إن المشرع الجزائري لم يخص الوعد بالبيع بأحكام خاصة به رغم شيوعه وأهميته في الحياة اليومية سواء في القانون المدني أو القوانين الأخرى وقد اكتفى بالنص على أحكام الوعد ببيع العقار في مادتين فقط وهما: 71 و 72 من القانون المدني³.

وتنص المادة 71 من القانون المدني على أن " الاتفاق الذي يعدله كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها.

¹ خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري عقد البيع الأول، ج 4، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، صفحة 35.

² جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 16.

³ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن التقنين المدني المنشور في الجريدة الرسمية 30-09-1975 العدد 78 .

وتضيف المادة 72 من نفس القانون على أنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

ويستخلص من خلال نص هاتين المادتين بأن الاتفاق الذي يبرمه المتعاقدان والوارد على عقار المتضمن الوعد ببببعه، لا ينعقد إلا إذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وتحديد المدة الزمنية التي يتعين إبرامه فيها، وينبغي أن تتوفر في عقد الوعد بالبيع كل الشروط والأركان التي قررها المشرع والذي يجب توافرها في التصرف المتضمن عقد بيع العقار، والوعد بالبيع في هذه الحالة لا ينشئ الحق العيني العقاري للموعد له، ولا ينقل ولا يعدل ولا يصرح بحق الملكية العقارية لفائده أيضا، وإنما تبقى بيد صاحبها "الواعد"، ويجوز لدائنه التنفيذ عليها عند ثبوت علاقة المديونية وعدم كفاية منقولاته على الوفاء بدينه، وبالمقابل، لا يخول الوعد بالبيع للموعد له أي حق على العقار الذي يرد عليه الوعد. فالوعد بالبيع إذن هو عبارة عن اتفاق يقع بين الطرفين يجب أن يشتمل على جميع المسائل الجوهرية من مبيع وثمان وعلى مدة إظهار الرغبة في الشراء، من آثاره انعقاد البيع بمجرد إعلان الرغبة في الميعاد، أما اختلاف الطرفين حول تنفيذ التزاماتها فلا أثر له كاختلافهما حول ميعاد الوفاء بالثمان. فمتى تم اتفاق الواعد والموعد له على جميع المسائل الجوهرية للعقار الموعد به وعلى المدة التي يجب على الموعد له إظهار رغبته في الشراء ينعقد العقد بمجرد إعلان هذه الرغبة خلال مدة الوعد، ولا يؤثر في صحة انعقاده ونفاذه قيام اختلاف بين الطرفين حول تنفيذ أي منهما لالتزاماته، والمقصود بالمسائل الجوهرية أركان البيع وشروطه الأساسية والتي لا يمكن أن يتم البيع بدونها مثل الثمن ومواصفات العقار وغيرها.

غير أنه لا ينعقد الوعد بالبيع إلا بمطابقة إرادة الواعد مع الموعد له مطابقة تامة في كل المسائل الجوهرية ولا يجوز للمحكمة أن تكمل العقد بتحديد مدة يستعمل في خلالها الموعد له حق في الشراء¹، أما عن التعديل في هذا الوعد فيعتبر إيجابا جديدا لا ينعقد به العقد دون قبول الطرف الآخر، فإذا تبين

¹ قرار رقم 565000 مؤرخ في 26-03-1990، مجلة قضائية، سنة 1992 العدد الثالث، صفحة 112 حيث اكدت المحكمة العليا ذلك كما يلي "من المقرر قانونا ان الاتفاق الذي يعد كل المتعاقدين أو احدهم بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون إثر إلا اذا عينت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه ولما كان ثابت في قضية الحال أن المجلس = الذي صرح بصحة الوعد بالبيع لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه يكون بقضائه هذا اساء تطبيق القانون".

لمحكمة الموضوع أن إرادة طرفي العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن مثلا فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم ينعقد لفقده ركنا جوهريا لا يكون مخالفا للقانون ذلك تفسير نصوص عقد الوعد بالبيع يرجع إلى مقصود عاقيه في ألفاظه وعباراته وما لابسه من ظروف ففي هذا أن العقد يتفق بائع العقار مع راغب الشراء على شروط خاصة تبقى موقوفة لمدة معينة، يفصح المشتري خلالها عن رغبته في قبول الشراء أم لا وكون القبول مؤجل للمدة المتفق عليها فهو إذن: التزام شخص هو الواعد بأن يبيع عقاره إلى شخص آخر هو الموعود له لقاء ثمن معين إذا رغب في شرائه في مدة معينة، فإذا نكل من وعد بإبرام العقد وقاضاه الطرف الآخر طالبا تنفيذ الوعد وتوفرت الشروط اللازمة لتتمام العقد خاصة منها ما يتعلق بالشكل، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد او صرف الواعد الى اتمام اجراءات البيع العقاري وهو ما اقرته المحكمة العليا من خلال عدة قرارات منها القرار الصادر عن الغرفة المدنية بتاريخ 21-11-2007 وذلك من خلال رفض طعن الواعد موضوعا على اساس انه رفض استكمال اجراءات البيع ومن ثمة المطالبة القضائية بمثابة اعدار¹.

وبالرجوع الى الفقرة الثانية من المادة 71 فإنه يتضح أن الوعد بالبيع العقاري يتطلب الشكلية لانعقاده ذلك لان البيع النهائي فيما لو تم يتطلب هذا الاجراء أيضا وبالتالي فإن عقد الوعد بالبيع العقاري هو عقد شكلي بحيث يعتبر افراغ التراضي حوله في ورقة رسمية ركنا رابعا فيه يؤدي الى بطلان العقد²، فعقد الوعد بالبيع هو عقد يقترن فيه قبول الموعود له بإيجاب الواعد اقتربنا كاملا على جميع العناصر الجوهرية في العقد المراد إبرامه ويتم افراغ هذا التراضي في ورقة رسمية لاستيفاء ركن الشكلية وخلال مدة الوعد يكون الحق في الخيار ممنوح للموعود له بأن يبدي رغبته سواء بقبول شراء العقار الموعود به أو برفض ذلك بشرط ان يستعمل هذا الحق خلال المدة المحددة ويلجأ لهذا العقد من فوائد كثيرة فهو من جهة يمنح للموعود مهلة للتفكير أو لتحضير نفسه قبل ابداء رغبته في الشراء ذلك لأن إبرام العقد النهائي منوط به هو اولا وأخيرا³، فرغم أن الواعد قد الزم نفسه ببيع عقاره منذ انعقاد الوعد فإن الموعود له لا يلتزم بشيء خلال فترة الوعد فله ان يبدي رغبته بشراء العقار الموعود به في المدة المحددة فيكون

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 21-11-2007 ملف رقم 390796، العدد الاول لسنة 2008، صفحة 93.

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام العقد والارادة المنفردة ج 1 طبعة الرابعة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2007، صفحة 129-130.

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع و القضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 11.

الطريق مهيناً لانعقاد عقد البيع النهائي وله كذلك ان يبدي رفضه بالشراء خلال المدة المحددة أو أن يترك مدة الوعد تنقض دون ان يبدي تلك الرغبة فلا ينعقد بذلك البيع النهائي ويتحلل الواعد من وعده في هذه الحالة ويمنح الوعد فرصة للموعد له للتأكد من صلاحية المشروع الذي يريد أن يقدم عليه كما يمكنه خلال مدة ان يستعلم على العقار المراد شرائه وصلاحيته للغرض الذي سيخصص له¹ وإذا كانت الصورة الشائعة لهذا العقد تتجلى في عقد الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد إلا الواقع المعاش يشهد وجود صور أخرى لهذا التصرف القانوني.

- صور الوعد بالبيع : يمكن القول أن الوعد بالتعاقد يتجلى في عدة صور بحيث تتميز كل صورة عن الأخرى بميزة معينة تجعل من التصرف يخضع لأحكام قد تختلف عن الأحكام المطبقة على الصورة الأخرى و يمكن تلخيص هذه الصور في ثلاث كما يلي :

1- الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد: ويسميه البعض بالوعد الاحادي الجانب ببيع العقار وفي هذه الصورة من صور الوعد بالبيع العقاري يعد شخص هو الواعد شخصاً هو الموعد له بأن يبيعه عقاراً معيناً اذا رغب هذا الأخير في شرائه خلال مدة معينة وبالتالي يلتزم الواعد بان يبقى على وعده خلال المدة المتفق عليها، أما بالنسبة للموعد له فله الخيار بين ابداء رغبته في شراء ذلك العقار خلال تلك المدة وله كذلك عدم ابداء رغبته فيسقط بذلك الوعد بالبيع العقاري².

ويشهد الواقع العملي انتشار هذا التصرف نظراً لما له من فوائد عملية فقد تعيق الظروف الطبيعية والقانونية من إجراء عقد البيع العقاري في الحال وهو ما يحدث كثيراً فيلجأ المتعاقدان إلى إبرام عقد الوعد بالبيع إلى حين الاستعداد أو تهيأ الظروف للعقد النهائي³، كما يوجد صورة أخرى للوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد وهي الوعد بالتفصيل ويكون ذلك بالطريقة التالية هو أن يعيد شخص آخر وهو الموعد له بأنه في حالة ما اذا قرر بيع العقار فإنه سوف يقوم بعرضه عليه أولاً قبل الآخرين وذلك في مدة محددة و هنا يكون الوعد بالتفضيل⁴

¹ مصطفى العوجي، القانون المدني العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، صفحة 211.

² محمد حسن قاسم، العقود المسماة البيع التأمين الإيجار دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 114، و زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الامل، طبعة الثانية 2000 ، صفحة 34.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط البيع والمقايضة، الجزء 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2000، صفحة 68.

⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري الوسيط البيع و المقايضة المرجع السابق صفحة 68

2 - الوعد بالشراء العقاري: تتحقق هذه الصورة عندما يعد شخص شخصا آخر بان يشتري منه عقارا معيناً اذا قبل بيعه خلال مدة معينة ومثاله أن يستأجر شخص قطعة أرض معينة ويتفق مع المؤجر أن يشتريها منه اذا هو ابدى رغبته في بيعها له خلال مدة معينة¹، ويجب ان تتوفر في الوعد بالشراء العقاري جميع العناصر الجوهرية كما هو الحال في عقد الوعد بالبيع العقاري ومنها الاتفاق على المبيع والتمن ومدة الوعد وكذا افراغه في القالب الرسمي الذي يتطلبه القانون وتعتبر هذه الصورة نادرة في المعاملات العقارية وغالبا ما توجد في المعاملات التي يكون محلها منقول.

3- الوعد بالبيع العقاري المتبادل: ويطلق عليه بالوعد المزدوج² وفي هذه الصورة هناك حالتين هما:

الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانب واحد بمعنى نكون بصدد وعد بالبيع ملزم لجانب واحد ووعد بالشراء ملزم لجانب واحد كذلك ومثال ذلك لو وعد شخص شخصا آخر بأن يشتري جاره دار في مدة معينة لأنه قد ينتقل الى تلك المدينة ليقطن بها فينقذ بينهما وعد بالشراء ملزم لجانب واحد هو الواعد بالشراء ومن جانب آخر يريد مالك الدار أن ينتقل من تلك المدينة الى غيرها وهو بصدد البحث عن دار أخرى في مكان آخر فيعد ذلك الشخص ببيعه الدار اذا رغب في شرائها في مدة محددة³.

- الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانبين يطلق عليه أيضا بالوعد المزدوج⁴ وفي هذه الصورة ينتج التزام بالتعاقد بين الطرفين في عقد الوعد فيكون في هذه الحالة الوعد ملزما لهما معا في نفس الوقت وينقذ العقد ومثال ذلك كأن يعد شخص شخصا آخر بان يبيعه عقارا معيناً اذا رغب بشرائه في مدة معينة وبالمقابل يعد المتعاقد الاخر بأن يشتري منه ذلك العقار اذا رغب في بيعه في نفس المدة فنكون بصدد وعد بالبيع ملزم لجانبين منصب على عقار⁵، كما هذا الوعد هو عبارة عن عقد ابتدائي لأن

¹ مصطفى الجمال رمضان ابو السعود ونبيل ابراهيم سعد، مصادر واحكام الالتزام، دراسة مقارنة، بيروت لبنان 2006، صفحة 86.

² عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في سرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة، الجزء 4، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان سنة 2000، صفحة 77.

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 25.

⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط البيع والمقايضة، المرجع السابق، صفحة 76 و 77.

⁵ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 27.

القانون يستلزم توافر شروط موضوعية وجوهرية للعقد الموعود بإبرامه وتراضي الطرفين على هذه الشروط إلى جانب ا فراغ الوعد في شكل رسمي وهو خاضع للشهر ولا يثير أي اشكال فهو عقد بيع تام¹.

ج- تمييز عقد الوعد بالبيع عن باقي العقود إذا كان الملاحظ منذ الوهلة الأولى أن الوعد بالبيع العقاري يتشابه مع بعض البيوع الأخرى ظاهريا، إلا أنه وبالوقوف على أركانه نجد أن له مميزات وخصوصيات جعلت منه عقدا قائم بذاته، بل مستقلا حتى عن عقد البيع النهائي الذي سيبرم بناءً عليه لاحقا، من البيوع التي تتشابه وعقد الوعد بالبيع أذكر على سبيل المثال:

1- تميز الوعد بالبيع العقاري عن الإيجاب الملزم: قد يحدث وأن يقع لبس بين مفهوم كل من الوعد بالبيع العقاري والإيجاب الملزم المنصب على عقار معين، الأمر الذي يستدعي رفع اللبس بينهما، فالتشابه بينهما يكمن في أن الوعد بالبيع إذا رغب الموعود له في الشراء بتوافر جميع شروط العقد المراد ابرامه حتى ولو رجع الواعد عن وعده خلال مدة الوعد².

وفي الحالة الثانية يترتب انعقاد العقد بتوافر كل شروطه إذا صدر القبول في الموعد المحدد ولا يمنع من ذلك رجوع الموجب عن ايجابه خلال الفترة المحددة،³ أما الاختلاف بينهما يكمن في أن الإيجاب الملزم هو تصرف من جانب واحد مصدره الإرادة المنفردة للموجب مصدر للإرادة المنفردة . أما الوعد بالبيع هو اتفاق بين ارادتين⁴ وان الوعد بالبيع هو عقد تام اقترن فيه الإيجاب بالقبول أما في حالة الإيجاب الملزم لم ينعقد بعد، كما ان في حالة موت الموجب فإنه لا ينعقد العقد في الإيجاب الملزم اما في الوعد بالبيع فالأمر يتعلق بعقد يتضمن ايجاب من الواعد وقبول من الموعود له⁵.

و- في حالة موت الموعود له ينتقل الحق في طلب الابرام لورثته في طلب ابرام عقد البيع وذلك بإبدائهم الرغبة خلال الفترة المحددة في الوعد بالبيع ويكون الواعد ملزما بذلك ما لم يكن هناك اتفاق

¹ زاواي فريدة، ضرورة شهر الوعد ببيع عقار، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، الجزء الثالث، رقم 4، سنة 1995، صفحة 643 .

² جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 33.

³ علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة 2، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2005، صفحة 191.

⁴ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الاول مجلد 1، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان سنة 2000، صفحة 266.

⁵ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 34.

بخلاف ذلك أو كان الحق خاص بشخص الموعود له¹.

2- البيع بالعربون: يعتبر البيع بالعربون من العقود غير المسماة في القانون المدني الجزائري فهو منظم اذن عن طريق القواعد العامة، والعربون هو المبلغ النقدي الذي يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد يكون الغرض منه، إما جعل العقد المبرم بينهما نهائي وإما إعطاء الحق لكل واحد منهما في إمضاء العقد أو نقضه وتحديد هذا الغرض أو ذلك يرجع إلى نية المتعاقدين الصريحة أو الضمنية التي تظهر من ظروف الحال، وفي كل الأحوال إذا تبين من نية المتعاقدين أنهما أرادا العدول عن إبرام العقد النهائي للبيع فإن للمشتري الحق في الرجوع عن العقد لكن في هذه الحالة لا يجوز له استرداد المبلغ الذي دفعه كعربون، أما إذا عدل البائع، يجب عليه رد العربون الذي دفعه له المشتري ومبلغ آخر يساويه جزاءً على عدوله، أما إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت باعتبار العربون كعقد نهائي ويات فلا يجوز لا للبائع ولا للمشتري الرجوع في البيع أو العدول عنه ويعتبر في هذه الحالة كجزء من الثمن ويمكن لكل طرف أن يلزم الطرف الآخر بإبرام البيع النهائي، أما في الوعد بالبيع العقاري فهو عقد حقيقي فلا نجد هذا المبلغ المدفوع بل هو اتفاق بين الطرفين يؤدي النكول عنه إلى إلزام الناكول بإبرام العقد وفي حالة الرفض اعتبار الحكم بمثابة عقد.

3-العقد الابتدائي: هو عقد بيع نهائي يرتب كافة التزامات البيع في ذمة كل من البائع أو المشتري²، فإذا كان محله عقاراً فإن الالتزام الذي ينشأ منه بنقل ملكية العقار يحتاج إلى تحرير عقد نهائي يمر بإجراءات الشهر العقاري والمساحة لاعتماده من ناحية البيانات المساحية من فحص سندات الملكية واستيفاء بعض الأوراق لشهادة الأبلولة والإفراج عن الشركة وغيرها، فالبيع الابتدائي يشبه البيع النهائي، إذ يرتب التزامات البيع في ذمة كل من البائع والمشتري فيلزم البائع بنقل الملكية إلى المشتري وتسليمه المبيع وبضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية كما يلتزم المشتري بدفع الثمن وتسليم المبيع³.

أما الوعد بالبيع فلا يترتب عليه سوى التزامات شخصية في ذمة كل من عاقديه بأن يبرم عقد بيع إذا قبل الطرف الآخر ذلك في المدة المحددة، كما أن البيع الابتدائي ملزم لطرفيه اما الوعد بالبيع العقاري

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الاول والثاني، طبعة 2 ، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت لبنان، سنة 1998، صفحة 266 و 267.

² زاهية سي يوسف، عقد البيع، المرجع السابق، صفحة 32 و 33.

³ زاهية سي يوسف، عقد البيع، المرجع السابق، صفحة 32 و 33 .

ملزم للواعد فقط¹، كما ان عقد البيع الابتدائي هو عقد بيع منذ ابرامه، في حين أن الوعد بالبيع العقاري يتعلق الامر بعقد تام لكنه يختلف عن عقد البيع ذاته لان اقتران الايجاب بالقبول في عقد الوعد لا ينشأ على البيع بل على مجرد الوعد به².

4- البيع على التصاميم: يتم ابرام عقد البيع بناء على التصاميم بين شخص طبيعي أو معنوي مكلف بإنجاز مباني معدة للسكن مخصصة للبيع أو ما يطلق عليه باسم المرقى العقاري وبين شخص آخر هو المشتري المستفيد (المقتني) من الملك العقاري ويطلق المشرع على المكلف بإنجاز المباني "المتعامل في الترقية العقارية" ويكسبه صفة التاجر من أجل انجاز بناية أو جزء من بناية للمشتري مقابل ثمن تقديري يدفعه هذا الاخير بنسب في أجل يتفق عليه الطرفان³.

ونجد أن عقد البيع على التصاميم يخضع إلى أحكام التصرفات القانونية المتضمنة عقد البيع من حيث وجوب استيفاء شروطه القانونية وإخضاعه إلى الإشهار العقاري حتى يولد آثاراً قانونية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير.

ويتم تسديد الثمن على دفعات وذلك بالإتفاق عليه مسبقاً في العقد ومنصوص عليه في بنود العقد في عقد البيع على التصاميم، أما في الوعد بالبيع العقاري فرغم انه يتميز بنفس خصائص البيع على التصاميم إلا أن الأقساط المالية في الوعد بالبيع يتم الاتفاق عليها لكن لا تدفع إلا بعد إبداء الرغبة بالقبول وعند إبرام عقد البيع النهائي يدفع الموعود له ثمن العقار ليصبح مشتري ويختلف الوعد بالبيع العقاري كما سبق بيانه من حيث الأركان، الالتزام والآثار عن الوعد بالشراء وعن الوعد بالبيع وبالشراء على النحو التالي:

الوعد بالشراء: هو عبارة عن عقد يلتزم فيه الواعد بشراء العقار إذا أبدى الموعود له وهو مالك العقار رغبته في بيعه خلال مدة معينة، والوعد في هذه الحالة يعتبر عكس الوعد بالبيع وذلك لأن الواعد في هذه الحالة هو المشتري وليس البائع وبالتالي فإن الالتزام الذي ينشأ من الوعد بالشراء يكون في ذمة المشتري لا في ذمة البائع الذي يملك الحرية الكاملة في إبداء رغبته بالبيع أم لا ولا تختلف شروط انعقاد

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري، على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 36.

² زاهية سي يوسف، عقد البيع، المرجع السابق، صفحة 34.

³ دغيش احمد، مقال بعنوان عقد البيع بناء على التصاميم في اطار الترقية العقارية، منشور بمجلة القانون العقاري العدد الرابع مارس سنة 2017 عدد خاص بالملتقى الدولي حول الترقية العقارية و سياسة السكن رهانات و تحديات في 1 و 2 مارس 2017 صفحة 163 جامعة بليدة 2 - الجزائر .

الوعد بالشراء وشروط صحته عما سبق ذكره في الوعد بالبيع المنصوص عليه في المادة 71 من القانون المدني.

الوعد بالبيع و بالشراء: المشرع الجزائري في نص المادة 71 من القانون المدني اعتبر أن الوعد الصادر من الواعد والموعود له بمرتبة الوعد الصادر من جانب واحد بالنسبة لإرجاء التعاقد النهائي حتى ظهور رغبة الموعود له بالشراء أو رغبة الواعد بالبيع خلال المدة المتفق عليها، و يبرم الوعد بالبيع وفقا لشروط انعقاد وصحة الوعد بالبيع ويتم الوعد بالشراء من الموعود له، وفقا لشروط صحة وانعقاد الوعد بالشراء، فإذا انعقد الوعد بالبيع صحيحا بالنسبة للواعد نشأ في ذمته التزاما بالشراء إذا ما أبدى الواعد رغبته بالبيع خلال المدة المحددة لذلك فينعقد العقد النهائي للبيع، ولكن إذا لم يبد الواعد رغبته بالشراء أو بالبيع فإن العقد النهائي لا ينعقد.

الفرع الرابع : تقسيمات الاحكام القضائية

إن مسألة تقسيم الاحكام القضائية تعود أساسا الى الاحكام المنصوص عليها في القانون فقط، ذلك لان العبرة في تحديد هذه الطبيعة لا يكون بالوصف التي تذكره المحكمة وإنما يكون بأحكام المنصوص عليها في القانون فقط ويمكن تقسيم الأحكام القضائية إلى عدة تقسيمات وذلك باختلاف أسس التقسيم:

أ- فعلى اساس التقسيم الموضوعي

فإنها تقسم إلى احكام مدنية (مثل الحكم بتثبيت الوعد بالبيع، الحكم بتثبيت الشفعة.... الخ) وأحكام جزائية (تتعلق بالإدانة وتشمل العقوبة المتمثلة في الحبس و/ أو الغرامة) كجريمة التعدي على الملكية العقارية وجريمة الإستيلاء على التركة وغيرها .

ب - بالنظر الى وظيفتها

فإنها تقسم إلى احكام موضوعية فاصلة في موضوع النزاع وهي تحسم النزاع في موضوع الدعوى أو في شق منه وأحكام وقتية ذات طابع استعجالي وأحكام ولائية .

ج - و بالنظر الى محلها فإنها تقسم إلى احكام تقريرية وأحكام إلزام وأحكام منشئة:

إن القاعدة العامة هو أن يكون الحكم مقرر للحق محل النزاع ولا يخلق للخصوم حقوق أو مراكز جديدة مثال ذلك تقرير حق المدينوية وحق الملكية ولكن لا يكفي الحكم الذي يصدر بتقرير الحق وإنما أيضا إنشاء بعض المزايا للخصم الذي صدر الحكم لصالحه وأهمها قطع النزاع في الحق المتنازع عليه ومنع المحكوم عليه من تجديده في المستقبل، فنشوء سند رسمي يتمثل في حكم قضائي يحل محل السند الذي كان أساسا للإدعاء ويخول له حق تنفيذه تنفيذا جبريا فور صدوره إذا كان معجل النفاذ وبعد

استنفاد طريقي الطعن العاديين وفوات مياعدهما تصبح المدة المسقطه للحق 30 سنة ولو كان من الحقوق التي تنقضي بمدة التقادم القصير، ويجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في اصل الدعوى أن يلزم المدين بشيء معين على أن يحصل على حق التخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف طبقا للمادة 937 من القانون المدني، اضافة الى ذلك توجد أحكام منشئة لحالة جديدة لم تكن موجودة قبل صدوره مثل الحكم بتثبيت الشفعة والحكم برسو المزداد العلني في العقار وحكم القاضي بالإفلاس إلى الخ .

فالأحكام التقريرية هي تلك الأحكام التي تقضي بوجود الحق أو المركز القانوني أو عدم وجودهما فالحكم هنا يعد مقررًا أو كاشف فهو يؤكد الحالة أما الحق أو المركز القانوني فهو موجود من قبل وبمجرد صدور الحكم تتحقق الحماية القانونية ويزيل الشك أو التجهيل الذي يدور حول الحق أو المركز القانوني فالحكم القاضي بالقسمة القضائية العينية لعقار معين هو حكم كاشف أو مقرر وذلك بإعطاء لكل شريك جزءا مفرزا من العقار الشائع وتثبيت ملكيته وحدوده فحق الشريك موجود مسبقا غير أنه غير مفرز فيصدر القاضي حكم بتثبيت حصته ويعتبر في هذه الحالة حكم القاضي ناقل للملكية، أما إذا كان العقار الشائع غير قابل للقسمة العينية إما لاستحالة قسمته بموجب نص قانوني أو أنه غير قابل للقسمة طبقا للقواعد القانونية فإن القسمة فهذه الحالة تكون قسمة تصفية وذلك بتقييم العقار الشائع نقدا من طرف خبير وبيعه بالمزاد العلني وقسمة الثمن الذي يرسو به المزداد على الشركاء بنسبة حصة كل شريك في المال العقار الشائع والحكم الذي يقضي برسو المزداد في العقار يعتبر حكم منشئ لأنه يقرر مالك العقار الجديد ويعتبر سند ناقل للملكية مثله مثل اي عقد رسمي.

د- من حيث استنفاد المحكمة سلطتها في المسألة التي فصلت فيها

الأحكام القطعية وهي الاحكام الفاصلة في مسألة معينة او بجزء منها بصورة حاسمة تستنفذ سلطة المحكمة بالنسبة لها وهي احكام فاصلة في الموضوع وتحوز الحجية¹ . أما الأحكام الغير قطعية فهي الاحكام المنظمة لسير الخصومة كتلك الاحكام القاضية بتحقيق في مسألة معينة مثلا الحكم بتعين خبير من اجل قسمة المال الشائع وفرز حصص كل وارث أو الحكم القاضي بالتحقيق في حيازة قطعة أرضية معينة في حالة الإدعاء بالملكية عن طريق التقادم المكسب وقد نصت عليها المادة 298 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية (الحكم بارجاء تحقيق أو تدبير مؤقت).

¹ عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية في ضوء اراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 598.

هـ - تقسيم الاحكام القضائية من حيث قابلية للطعن فهي تنقسم بدورها الى :

الحكم النهائي هو الحكم الذي يصدر في أول وأخر درجة فلا يقبل الاستئناف ولا المعارضة وهو ما نصت عليه المادة 33 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية كما يكون باتا بعد فوات مواعيد الطعن الحكم الابتدائي هو الحكم الذي يقبل الطعن فيه بالطرق العادية المعارضة والاستئناف والطرق غير العادية وهناك من الفقه من يطلق عليه بالأحكام الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه¹.

وهناك الحكم البات الذي لا يقبل الطعن فيه بأي طريقة من طريق الطعن واكتساب الحكم لدرجة البتات يؤدي الى منع النظر في الدعوى مجددا أو عرضها مجددا على القضاء بحيث انه يصبح للحكم القضائي حجية السند الرسمي² أو الحكم الذي استنفذ جميع طرق الطعن العادية وغير العادية³.

الحكم الحضورى والحكم الغيابي: فيكون الحكم حضورى بحضور المدعى عليه أو وكيله في اليوم رغم صحة التبليغ⁴ ويستثنى من هذه القاعدة الحالة التي يعتبر فيها الحكم حضوريا اعتباريا في حالة تسليم التكليف بالحضور إلى المدعى عليه بالذات وعدم حضوره .

وتكون العبرة بتقديم العرائض أو مذكرات مكتوبة في الجلسة سواء تضمنت طلبات أو دفع حتى ولو لم يكن الاطراف أو المحامين عنهم قد ابدوا ملاحظات شفوية في جلسة المرافعات وتعد ايضا حضورية الاحكام التي فصلت في الموضوع الدعوى بعد رفض الدفع الشكلي او الدفع بعدم القبول وكان المدعى عليه قد امسك عن الدفاع في موضوع الدعوى واحتياطيا بالرغم من دعوى الرئيس له للقيام بذلك أما في جميع الأحكام الاخرى فيصدر غيابيا طبقا للمواد 288 و 292 و 293 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ويمكن القول أن الاحكام القضائية ما هي إلا نتويع لرفع الدعوى ومجموعة الاجراءات التي صاحبته وتحمل رأي القضاء فيما يخص هذا النزاع بالفصل فيه وفقا للقانون وهي عموما تحمل حجية الشيء المقضي فيه ما دامت فصلت في موضوع الدعوى حيث تصبح عنوان لحقيقة ما فصلت فيه اما إذا استنفذت الاحكام طرق الطعن فتصبح حائزة لقوة الشيء المقضي فيه حيث ترتقي من الحجية الى

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في شرح الاحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار هومة، طبعة 2011، صفحة 205.

² المادة 284 من القانون 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

³ عمر زودة ، الاجراءات المدنية و الادارية في ضوء اراء الفقهاء و احكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 600.

⁴ المادتين 288 و 293 من القانون 09-08، المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

القوة وعليه فإن الحكم القضائي يصدر عن المحاكم ويسمى حكم ابتدائي اي غير نهائي يمكن الاستئناف ضده.

المطلب الثاني: بيانات وأركان الحكم القضائي

لقد أحاط المشرع الحكم القضائي بمجموعة من الضمانات يتعلق بعضها بشكل الحكم القضائي، والأخرى بمضمونه سواء في المرحلة السابقة على إصداره أو في المرحلة التي تلي إصداره، وأنه عند إصداره يجب أن تتوفر فيه بيانات حددها المشرع وهي في الحقيقة تمثل مقومات الحكم القضائي وهو ما اقرته المحكمة العليا من خلال القرار رقم 398156 المؤرخ في 21-06-2006¹ في مبدأ مفاده (لا يمكن دحض البيانات الرسمية الواردة في الأحكام والقرارات القضائية إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير) وهي كما يلي:

الفرع الأول الديباجة

ويتصدرها الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - باسم الشعب الجزائري - وقد نصت عليها المادة 275 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، كما يجب أن تحدد الجهة القضائية التي أصدرت الحكم القضائي ومقرها وتاريخ صدور موضوعها اسم القاضي وكاتب الضبط وممثل النيابة العامة اذا اقتضى الأمر واسم الخصوم وصفاتهم ومحل اقامتهم وأسماء وكلائهم ان وجدوا.

الفرع الثاني : بيان الوقائع

تشمل بيان الوقائع على عرض موجز لوقائع للدعوى والأسس المعتمد عليها فيها وخالصة ما استندوا عليه الاطراف من حجج وأدلة قانونية كما تشمل المسائل المعروضة للفصل (أي الطلبات) وكذا ذكر مختلف الاجراءات المتخذة والمراحل التي مرت بها القضية وخالصة ما وصلت إليه دون أن يبين القاضي موقفه منها.

الفرع الثالث : الحيثيات أي أسباب الحكم ومناقشاته القانونية

ويقصد بتسبيبالحكم القضائي هو بيان الأدلة الواقعية والأسانيد القانونية التي أخذت بها المحكمة²، وتتمثل الحيثيات في الادلة والقرائن القانونية والحجج الواقعية التي يقوم القاضي ببناء عليها حكمه ويظهر في هذا الجزء دور القاضي في مناقشة طلبات ودفع الخصوم وفق للقانون بمعنى يقوم بإسقاط مواد

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 398156 المؤرخ في 21-06-2006 منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 2، لسنة 2006، صفحة 235.

² محمود السيد عمر التحويي، اصدار الحكم القضائي، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، طبعة 2010، صفحة 72.

القانون على الوقائع والطلبات والأدلة المعروضة عليه، فإذا تعلق الأمر بالحيازة يتعين إبراز مدى توافر شروط الحيازة وأركانها في القضية المطروحة أمامه وفي المقابل الاجابة على دفعات الخصم الآخر كالدفع المتعلق بالجمع بين دعوى الحيازة والملكية فيستند مثلا بالمادة 529 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية ويبين إن كان ذلك موجودا في القضية أم لا ويقع التزام على عاتق القاضي التزام تسبب الأحكام التي يصدرها طبقا للمادة 277 من قانون الاجراءات المدنية وإدارية "لا يجوز النطق بالحكم إلا بعد تسببه ويجب أن يسبب الحكم من حيث الوقائع والقانون"¹.

الفرع الرابع: منطوق الحكم (القرار الفاصل في القضية)

ويذكر في هذا الجزء الموقف الصريح للقاضي الفاصل في الدعوى مثلا رفض الدعوى لعدم التأسيس وإلزام المدعي خاسر الدعوى بالمصاريف القضائية طبقا للمادة 419 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية أو الحكم بتثبيت الوعد ببيع العقار الكائن ... والمقدر مساحته..... مع الأمر بشهر الحكم في المحافظة العقارية وتحميل المدعى عليه بالمصاريف القضائية ويجب أن يكون منطوق القاضي واضح ومصاغ بدقة ومحددا تحديدا نافيا للجهالة وذلك لتفادي أي اشكال في تنفيذه وتجنباً لأي دعوى تفسيرية.

وفي هذا الإطار فقد نصت المادة 276 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه يجب أن تضمن الحكم البيانات الآتية :

- الجهة القضائية التي أصدرته؛
- اسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية؛
- تاريخ النطق به؛
- اسم ولقب ممثل النيابة عند الاقتضاء؛
- اسم و لقب امين الضبط الذي حضر في تشكيلة الحكم؛
- اسماء و القاب الخصوم وموطن كل منهم وفي حالة الشخص المعنوي؛
- ذكر طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني؛
- اسماء و ألقاب المحامين او أي شخص قام بتمثيل او مساعدة الخصوم؛
- الاشارة الى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية.

¹ عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية في ضوء اراء الفقهاء واحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 606، قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 07-04-1977 ملف رقم 189397 الغرفة المدنية القسم الأول، غير منشور.

إضافة إلى ذلك يجب على القاضي مصدر الحكم أن يحرر حكمه باللغة العربية تحت طائلة البطلان، كما يجب على القاضي أن لا ينطق به إلا بعد تسببيه من حيث الوقائع والقانون وأن يشار إلى النصوص القانونية وأن يتضمن ما قضى به في شكل منطوق وينطبق ذلك على جميع الاحكام القضائية بما فيها الاحكام العقارية القاضي بنقل الملكية العقارية باعتبار تعدد من اهم الأحكام نظرا لما لها من آثار تتعلق بنقل الحقوق وخلق المراكز القانونية الجديدة التي تتعلق بالعقار وكذا اعتباره كسبب من أسباب الملكية العقارية.

الفرع الخامس: أركان الحكم القضائي

يشترط لصحة الاحكام القضائية ووجودها أركان موضوعية وأخرى شكلية يترتب على إغفالها انعدام الحكم وبطلانه فهي مقتضيات ضرورية لصحته أتناولها كما يلي:

أ - **الاركان الموضوعية:** باعتبار ان الحكم القضائي هو عبارة عن عمل قانوني لديه عناصر أساسية تتمثل في الإرادة والمحل والسبب سوف أعرج عليها:

- **وجود الإرادة:** يتعين على القائم بإصدار الحكم ان تكون له ارادة القيام بالعمل اذ يتعين على القاضي ان تكون له قدرة التمييز بمعنى كامل الاهلية وغير مكره وان تكون ارادته جدية والحقيقة أن شكليات الحكم القضائي التي استوجب القانون توفرها تعد قرينة على وجود الإرادة لدى القاضي مصدر الحكم .

- **وجود المحل:** يتمثل محل الحكم في مضمونه اي القرار التي اصدرته المحكمة اثناء فصلها في الطلب المعروف عليها باعتباره عنصر من عناصر الحكم القضائي، والأصل أن يذكر محل الحكم في منطوقه غير أن هذا لا يمنع من ذكره في اسباب أو حيثيات المحكمة وهذا لارتباطه الوثيق بها، أما قانون المرافعات الفرنسي الجديد نص في المادة 400 فقرة 7 على التزام المحاكم بإصدار القرارات التي تنظمها احكامها في المنطوق كما نصت المادة 480 فقرة 1 على ان الحجية لا ترد إلا على القرارات التي ترد في المنطوق وطبقا لهذه النصوص فإنه لا يجوز الاعتماد على أسباب الحكم لاستكمال عناصر القرار الوارد في المنطوق¹، ويشترط في محل الحكم ان يكون موجودا ومعينا طبقا للقواعد العامة إذ يجب على القاضي أن يبين في منطوقه المحكوم له والمحكوم عليه الى الخ.

- **وجود السبب:** هناك جانب من الفقه لا يعتد بالسبب في الاعمال الإجرائية لأن حسب رأيهم السبب ليس ركن في الاعمال الاجرائية في حين يرى جانب اخر مادام ان الحكم يدخل في نطاق القرارات

¹ الانصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2009، صفحة 23.

القضائية فيجب ان يكون له سبب، أما الجانب الاخر من الفقه فيرى أن القانون استلزم بيان سبب الحكم ويترتب على القصور في أسباب الحكم بطلانه وأي كان سبب الحكم يجب أن يكون موجودا لأن السبب هو تحقيق الواقعة الاساسية ولا يجوز أن يكون غير موجود في الحكم¹.

ب - الأركان الشكلية :

بالإضافة إلى الأركان الموضوعية استوجب أن يشمل الحكم القضائي كذلك على أركان شكلية تتمثل في:
-وجود الخصومة: إذ تعتبر الخصومة الشكل القانوني للعمل القضائي فهي محرك الدعوى وهي عنصر شكلي مهم في العمل القضائي إذ لا يتصور حكم قضائي دون قيام خصومة سابقة والتي هي عبارة عن مجموعة من الاجراءات التي ينظمها قانون الاجراءات المدنية والإدارية لأداء أي عمل قضائي بدءا من الطلب القضائي والأشخاص الذين يقومون باجرات منها تبليغ الخصم لانعقاد الخصومة وشهر العريضة الافتتاحية اذا استجوب القانون ذلك وكذا ايداع الوثائق بالملف إلى غير ذلك.
-تحرير الحكم كتابة: بعد استنفاد الخصوم لحقهم في الدفاع يتم تحرير الحكم في ورقة بها بيانات معينة سبق الاشارة إليها ويتعين الاحتفاظ بها لأنها الدليل على وجوده اي ما يسمى بالأصل وبانعدامه ينعدم الحكم .

ج- الركن الشخصي (اشخاص الخصومة)

لا تكفي الأركان الموضوعية والشكلية وحدها لإصدار الحكم وإنما يجب ايضا أن يتوفر كذلك لصدور الحكم الركن الشخصي أو ما يسمى عند البعض بالعضوي والذي يتمثل أساسا في اشخاص الخصومة القضائية وهم كما يلي:

1-وجود العضو القضائي وهو الهيئة المصدرة للحكم والمتمثلة في المحكمة التي يجب أن تكون مشكلة طبقا للقانون ووفقا للعدد الذي قرره المشرع وهي في الغالب قاضي فرد في المحكمة وثلاث في المجلس القضائي وهذا لإزالة اي تجهيل ويشترط في مصدر الحكم ان يكون اكتسب صفة القاضي ومعين بمرسوم قضى بتعيينه طبقا للقانون الجزائري .

2-وجود الخصوم: لا تكون أي خصومة قضائية دون وجود طرفين بمعني مدعي ومدعى عليه أو أكثر ويشترط أن يكونا على قيد الحياة وموجدان قانونا ويتمتعان بأهلية الاختصاص من اجل تشكيل المركز القانوني لكل واحد منهما باعتبار ان أهلية الوجوب غير كافية لذلك اذ تبدأ شخصية الانسان بولادته حيا

¹ الانصاري حسن النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، المرجع السابق، صفحة 24 و 25.

وتنتهي بمجرد وفاته وبالتالي تنتهي اهلية الاختصاص، كما نلفت الانتباه ان الشخص المعنوي يتمتع هو الآخر بأهلية الاختصاص طالما انه يتمتع بالشخصية القانونية و يملك جميع الحقوق إلا ما كان لصيقا بالانسان الطبيعي فيجوز ان يكون مدعيا أو مدعى عليه إلا اذا زالت عنه الشخصية القانونية بانقضائها. ويمكن القول أنه من اجل صحة الحكم القضائي يشترط صحة الاركان الموضوعية السابق ذكرها الإرادة والمحل والسبب والمحكمة والقاضي وصحة الاركان الشكلية سيما صحة المطالبة القضائية (صحة الخصومة) وباقي اجراءات الخصومة وإجراءات صدور الحكم القضائي من قفل باب المرافعات ومدولة القاضي وتوقيعه و النطق به في جلسة علنية.

المبحث الثاني : الإجراءات المتبعة في إصدار الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

إن الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بنقل أو اثبات أو تعديل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية أو أي تغيير في الملكية العقارية بصفة عامة تعتبر بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري مثلها مثل العقود الرسمية ، لذلك ينبغي على الجهات القضائية ، بدءاً من كاتب الضبط إلى القاضي أو رئيس الغرفة التي تفصل في النزاع أن يراعوا بصفة عامة جميع الإجراءات والشروط الخاصة برفع الدعوى أي القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى ، بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالدعوى العقارية بصفة خاصة و سوف أتطرق الى هذه الشروط في المطلب الاول ثم الى قواعد الفصل في الدعوى العقارية المتضمنة الحكم الناقل للملكية العقارية في المطلب الثاني.

المطلب الاول : شروط رفع الدعوى العقارية

إن الأحكام والقرارات القضائية تعتبر رسمية لأنها تتضمن حيثيات و منطوق يحدد مضمونه غالباً من هو الطرف الذي صرح أو حكم له بملكية العقار أو كونه صاحب الحق العيني، لذلك يتعين رفع الدعوى باعتبارها السبيل المقرر للالتجاء للقضاء بقصد حماية وتأكيد الشخص لحقه أو مركزه القانوني قبل شخص آخر بناء على واقعة أساسية¹ ويكون ذلك في صورة مطالبة قضائية عن طريق عريضة افتتاحية مودعة أمام الجهة القضائية المختصة وتسمى هذه المرحلة بالخصومة القضائية والتي تتكون من مجموعة إجراءات ومن ثمة على رافع الدعوى أن يحترم، إضافة إلى الشروط العامة لرفع الدعوى الشروط والإجراءات الخاصة بالدعوى العقارية التي يكون محلها حكم قضائي ناقل للملكية وعلى القاضي مراقبة ذلك حتى يكون ناقل للملكية وقابل للشهر أمام المحافظة العقارية وتتجلى هذه الشروط في:

الفرع الاول : الشروط العامة لرفع الدعوى العقارية

ينطبق على الدعوى العقارية نفس القواعد العامة التي تسري على الدعاوى إذ يشترط لقبول الدعوى ان يكون رافعها يملك الصفة والمصلحة طبقاً لما نصت عليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى توفر الأهلية لدى الخصوم التي لم تعد في ظل القانون الحالي شرط وانما وضع لها المشرع إطار آخر خاص بها يتعلق بصحة إجراءات التقاضي يترتب على تخلفها البطلان.

1-الصفة : القاعدة العامة في القانون انه لا يجوز للشخص ان يفتضي حق بنفسه ونتيجة لذلك سمح القانون لصاحب المعندين عليه شخصياً أو من ينوب عنه قانوناً سواء كانت نيابة اتفاقية أو قانونية² أن

¹ عمر زودة ، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 41.

² عمر زودة ، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 86.

يرفع دعواه لرد الإعتداء، فالصفة اذن هي حق المطالبة امام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي ويشترط ان تكون الصفة لدى طرفي الخصومة الأصليين (المدعي والمدعى عليه)، كما قد يتدخل طرفا اثناء سير الخصومة لم يرد ذكره في عريضة افتتاح الدعوى سواء بإرادته لأجل تحقيق مصلحة لفائدة المتدخل أو بطلب من احد أو كلا طرفي الخصومة¹.

ويجب التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصيا بسبب عذر أو مانع مشروع فجعل القانون في هذه الحالة لشخص اخر تمثيله في الإجراءات كأن يكون صاحب العقار الموعود له مثلا في دعوى تثبيت الوعد بالبيع في الخارج فيتم تمثيله من طرف شخص اخر فهنا يقع على عاتق القاضي التأكد من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقا في مدى توفر الصفة لدى صاحب الحق و قد تلجأ بعض الجهات القضائية الى فرض شهادة نقل الملكية العقارية لاثبات الصفة لدى الورثة عند وفاة مورثهم مالك الحقوق العينية العقارية المتنازع عليها استنادا الى نص المادتين 91 و 99 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري²، بينما لا تشترط المادة 15 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري³ القيام بأي اجراء شكلي لانتقال الملكية اذ تنص على ان نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة اصحاب الحقوق العينية⁴.

وكمثال عن اثبات الصفة فإن المستقر عليه كذلك في الفقه الاجرائي ان الصفة في رفع الدعوى تعني علاقة رافع الدعوى بالحق موضوع الطلب القضائي وبالتالي فإن المتقاضي الذي يرفع دعوى الملكية عليه ان يثبت علاقته بالعقار الذي يدعي التعدي عليه و ذلك باحدى الوسائل لمخولة قانون فإثبات الملكية العقارية اعمالا لنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري (تثبت الملكية الخاصة للأملك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الاشهار العقاري)، وعليه فإن الغرفة العقارية للمحكمة العليا قد جانبت الصواب عندما فرضت على قضاة الاساس اجراء تحقيق في الملكية مستندة

¹ بريرة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، صفحة 34.

² المرسوم رقم 63-76، المؤرخ في 25-03-1976، المتضمن تاسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، العدد 30 المؤرخة فقي 13-04-1976.

³ أمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريد الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975.

⁴ بريرة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المرجع السابق، صفحة 35.

على المادة 43 من قانون الاجراءات المدنية (وهي تقصد بذلك الخبرة والمنصوص عليها حاليا بنص المادة 125 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية) لإثبات صفة الاطراف كمالكين ام لا كون ان الصفة في رفع الدعوى تعد مسألة قانونية بحتة يجب على رافع الدعوى اثباتها اثناء مباشرة دعواه امام المحكمة اعمالا لنص المادة 459 من قانون الاجراءات المدنية والادارية (المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الحالي)، ولا يمكن للقاضي مطلقا أن يعين خبير للتأكد منها باعتبارها تدخل في صميم وظيفته التي لا يسوغ التنازل عنها للغير¹.

وتجدر الإشارة ان القاضي يثير الصفة من تلقاء نفسه مثلها مثل الإذن وذلك لتعلقها بالنظام العام وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى .

2- المصلحة: ويقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية أو المنفعة المراد جنيها وقت اللجوء الى القضاء، وهذه المنفعة تشكل الدوافع وراء رفع الدعوى وتحريكها²، فلا دعوى من دون المصلحة ويشترط أن تكون مصلحة قائمة أو محتملة يكون الهدف من ورائها منع وقوع ضرر محتمل كحالة الخشية من تصرف المطلوب الحجر عليه وفقا للمادة 101 من قانون الأسرة في عقاراته إضرار بالورثة نتيجة إصابته بالجنون والعتة أو السفه، وأن الهدف من القضاء هو ضمان جدية الالتجاء الى القضاء والجد من استعمال دعاوى ولا يخول للقاضي سلطة إثارة انعدامها من تلقاء نفسه متلما هو مقرر للصفة، إنما ينظر في مدى توفرها حينما يدفع بها الخصم³.

وتجدر الإشارة أن القانون لا يحمي المصلحة الغير مشروعة والمخالفة للنظام العام والآداب العامة، كما يتطلب القانون وجود الاهلية في الخصوم بالرغم انها لم تصبح شرط وإنما هي مقررة لصحة اجراءات رفع الدعوى إذ يجب أن يكون طرفي الدعوى يتمتعان بأهلية الاداء كما هو مبين في المادة 40 من القانون المدني بالنسبة للأشخاص الطبيعية وبالنسبة للأشخاص المعنوية طبقا للمادة 50 من القانون المدني وإلا تعرضت الدعوى لبطلان الاجراءات طبقا للمادة 64 من قانون الاجراءات المدنية والادارية .

¹ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة طلعة جديدة في ضوء اخر التعديلات واحداث الاحكام، المرجع السابق، صفحة 132، 133 .

² بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، قانون رقم 08-09- المورخ في 23 فيفري 2008، المرجع السابق، صفحة 38.

³ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09- المورخ في 23 فيفري 2008 ، المرجع السابق، صفحة 38 .

كما اشترط القانون في بعض القضايا الإذن كقيد على رفع الدعوى يثيره القاضي تلقائياً و هو ما نصت عليه المشرع في المادة 13 فقره 03 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية

الفرع الثاني: الشروط الشكلية لقد استوجب القانون ضرورة إشهار الدعاوي الرامية إلى النطق بالفسخ أو ابطال أو الغاء أو تعديل حقوق عينية عقارية ناتجة عن وثائق تم اشهارها وفي حالة عدم اتمام هذا الاجراء من طرف المدعي أو المدعين رافعي الدعوى و عدم تقديم ما يثبت القيام به لدى المحافظة العقارية المختص يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى تطبيقاً للمادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمادة 14 من الامر 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹. اذ تنص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري² على "أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقاً طبقاً للمادة 4/14 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشيرة الإشهار" ، وتنص المادة 12 من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 على أنه "... تخضع عريضة الدعوى المذكورة إلى إجراءات الشهر" ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع أوجب شهر بعض الدعاوى العقارية (شهر العريضة الافتتاحية للدعوى) في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية، وذلك بقيدها في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية، ويتم إثبات هذا الإشهار أمام القضاء بوسيلتين:

1- إما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري الكائن بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه.

2- أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار .

وتجدر الإشارة حسب المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1998/04/21 تحت رقم 02020 أن العريضة الافتتاحية للدعوى تسقط بانقضاء مهلة 3 سنوات من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية في حالة عدم تجديد القيد، أما في حالة التجديد فإن المهلة تمتد إلى ثلاث سنوات

¹ أمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 جريدة رسمية رقم 75-92 الصادرة بتاريخ 18-11-1975.

² المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري جريدة رسمية رقم 30-76 الصادرة بتاريخ 13 ابريل 1976 .

أخرى ويكون ذلك بإيداع طلب من صاحب المصلحة يكون مرفوقاً بشهادة تسلم من كتابة ضبط المحكمة تبين بأن الخصومة مازالت منظورة أمام الجهات القضائية¹.

طبقاً للمادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فإن الدعاوى الخاضعة للشهر تتمثل فيما يلي :

- 1- دعوى الفسخ: وترفع في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، مثل المطالبة بفسخ عقد البيع.
- 2- دعوى الإبطال: وترفع هذه الدعوى في حالة ما إذا اختل شرط من شروط صحة العقد، كإعدام الأهلية أو وجود عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن.
- 3- دعوى الإلغاء: كالدعاوى الرامية إلى إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية أو قرار إداري، ويدخل ضمن هذا النوع من الدعاوى دعوى إلغاء عقود التنازل التي تمت في إطار القانون 01/81 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام².
- 4- دعوى النقض: ومثال ذلك ما نص عليه القانون المدني في المادة 732 وتتعلق بالمطالبة بنقض القسمة الودية³.
- 5- دعوى الاعتراض على إجراءات التحقيق العقاري طبقاً للمادة 12 من القانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 والمادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19. والحقيقة أن أثر هذا القيد هو أنه يعتمد أساساً على المسح العام مما يحول دون امتداد أثر الالتزام إلى السندات المتعلقة بعقارات أو حقوق عقارية بالنسبة للأراضي الغير ممسوحة التي تخضع في بعض المناطق لنظام الشهر الشخصي طبقاً للمادة 27 من أمر 74-75 المتعلق بالمسح العام وتأسيس السجل العقاري والمادة 113 من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، كما أن هذا القيد لا يعني أن التصرفات المدنية المتعلقة بحقوق العقارية لا يرد من ورائها إلغاء السند المشهر أو تعديل حقوق عقارية كما هو عليه الحال بالنسبة لممارسة حق الشفعة وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2000-04-26 (من المقرر قانوناً أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو إبطال أو إلغاء أو بنقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم اشهارها مسبقاً... ولما تبين من القرار المطعون فيه الذي رفض دعوى الطاعنة المتعلقة باثبات حقها في الشفعة شكلاً لأنها لم

¹. ليلي زروقي وحمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة طبعة 2003، صفحة 230.

². ليلي زروقي وحمدي باشا، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 232.

³. ليلي زروقي وحمدي باشا المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 232.

تشهر دعواها طبقاً للمادة 85 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فإن قضاة الموضوع أخطئوا في تطبيق القانون لأن أحكام هذه المادة تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها والحال أن دعوى الطاعنة تتعلق بالأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها وبين اختها وهي تخضع لأحكام القانون المدني مما يعرض القرار المطعون فيه إلى النقض¹.

وعلى هذا فإن إخضاع بعض الدعاوى العقارية إلى الزامية اشهار العرائض وذلك بهدف إعلام الغير بوجود نزاع عقار أو حق عيني عقاري وقد اشترطت التشريعات شهر تلك الدعاوى انطلاقاً من مبدأ اساسي مفادها وجوب اعلام الجمهور بكل نزاع من شأنه ان يؤدي الى تغيير او لمركز القانوني لعقار أو حق عيني عقاري مشهر².

الفرع الثالث: موقف القضاء من شهر الدعوى العقارية :

إن موقف القضاء الجزائري انقسم بخصوص وجوب شهر الدعاوى القضائية العقارية من عدمها إلى اتجاهين :

أ - الاتجاه الأول: وهو الموقف الذي تبناه مجلس الدولة في عدة قرارات منها قرار الغرفة الأولى رقم 203024 المؤرخ في 21/06/2000 غير منشور وقرار الغرفة الرابعة رقم 184931 المؤرخ في 27/03/2000 والقرار رقم 004851 المؤرخ في 24-09-2001³ واعتبر فيه شهر الدعوى التي يكون موضوعها الغاء عقد توثيقي مشهر أو عقد اداري صادر عن مديرية املاك الدولة قيد على رفع الدعوى يترتب على مخالفته عدم قبول الدعوى⁴.

وقد جاء في قرارات أخرى لمجلس الدولة منها القرار الصادر بتاريخ 27-03-2002 أنه "حيث أنه وبالرجوع إلى العريضة الافتتاحية أمام الغرفة الادارية لمجلس قضاء تلمسان يتضح أنه لم اشهارها طبقاً لمادة 85 من المرسوم 76-63 وبما أن القضية تتعلق بإبطال حقوق عينية ثابتة بموجب عقود مشهرة وعليه يتعين عدم قبول دعوى المستأنف شكلاً"⁵.

¹ قرار رقم 437.194 المؤرخ في 26-04-2000 مجلة قضائية عدد 1 لسنة 2000 صفحة 156

² Pied lièvre Stéphane la publicité fonctere et libraire générale de droit et jurisprudence année 2000 page 272

³ قرار رقم 004851 مؤرخ في 24-09-2001 مجلة الدولة العدد 1 لسنة 2002 ، صفحة 135 .

⁴ .ليلي زروقي و حمدي باشا، المنازعات العقارية، المرجع السابق ، صفحة 234.

⁵ قرار صادر عن الغرفة الرابعة لمجلس الدولة تحت رقم 184931 بتاريخ 27-03-2000 و قد اشار اليه الاستاذ حمدي باشا عمر و ليلي زروقي، المنازعات العقارية المرجع السابق صفحة 234 .

وفي قرار اخر لمجلس دولة صادر بتاريخ 18-02-2002 جاء فيه "حيث يستخلص من المادة 85 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 بان دعوى القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو الابطال حيث يستخلص من العريضة الافتتاحية التي أدت الى صدور القرار المستأنف أنها لم تشهر عملا بالمادة المذكورة أعلاه وبالتالي فهي غير مقبولة شكلا"¹ وكذلك في قرار آخر للمحكمة العليا بتاريخ 24-03-2000 (تمسك الطاعن بعدم شهر الدعوى من طرف المدعين الاصلين وعدم مراعاة قضاة الموضوع احكام المادة 85 من المرسوم 63-76 يعرض القرار للنقض)².

ب - الاتجاه الثاني : وهو موقف المحكمة العليا سيما الغرفة المدنية على عكس ما صار عليه موقف مجلس الدولة فإن غرف المحكمة العليا متفقة على عدم الاخذ بالبطلان المطلق رغم تباين المواقف بينها، اذ ترى أن عدم شهر العريضة الافتتاحية بالمحافظة العقارية لا يترتب عليه البطلان لأن المشرع أحال على تطبيق المادتين 13 و14 من الامر 75-74 المتعلق المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ما اكدته من خلال قرارها الصادر عن الغرفة المدنية (غير منشور) بتاريخ 12-07-1995³، وفي قرارها الصادر عن الغرفة العقارية رقم 264463 الصادر بتاريخ 09/10/2002⁴ أكدت أن شهر العريضة مقرر لحماية مصلحة المدعي ولا يتعلق بالنظام العام، وأن شهر العريضة منصوص عليه في المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري وغير منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية، مما يجعل المادة 85 من المرسوم المذكور وهو المؤكد في قرار آخر صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 27-09-2000 (أحكام المادة 85 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 التي تنص على شهر عريضة رفع الدعوى في حالات محددة منها دعوى بطلان العقود المشهورة وردت لحماية مصالح خاصة وبالتالي فإن اثارها تلقائيا من طرف قضاة المجلس يعد تجاوزا للسلطة ويعرض القرار الطعون فيه للنقض)⁵.

¹ قرار صادر عن الغرفة الاولى لمجلس الدولة بتاريخ 18-02-2002 اشار اليه الاستاذ لحسين بن الشيخ اث ملوية في كتابه المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزء الثالث دار هومة سنة 2007 صفحة 221 .

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 24-03-2000 قضية ر أ ضد و ل المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 166.

³ قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 130145 مؤرخ في 12-07-1995 غير منشور.

⁴ . المجلة القضائية ، العدد 2 ، سنة 2002 ، صفحة 232 .

⁵ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 27-09-2000 قضية ل ع ضد فريق ل منشور بمجلة الاجتهاد القضائي الغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 160.

في حين قد اتخذت الغرفة العقارية للمحكمة العليا موقفا وسطيا يعتمد على البطلان النسبي فلا يجوز للقاضي إثارة مسألة شهر العريضة إلا إذا اثارها أمامه الاطراف اذ لهؤلاء وحدهم الصفة لإثارة الدفع بعدم قبول الناجم عن الشهر المسبق المنصوص عليه بهدف حماية مصالح الخواص من خلال قرار الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 25-11-1998 في ملف رقم 184451¹ وعليه فإن الغرفة العقارية قد اعتبرت أن شهر العريضة إجراء مقرر لحماية مصلحة المدعي، وهو ليس من النظام العام من خلال قرارها 196021 المؤرخ في 27/09/2000، ولا يجوز إثارته تلقائيا إلا في حالة تمسك المدعي بإثارة الدفع بعدم شهر العريضة، وعدم مراعاة قضاة الموضوع لأحكام المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 يعرض قرارهم للنقض حسب ما قامت بتأكيديه من خلال القرار الصادر بتاريخ 24-03-2000 ملف رقم 186606².

إلا أن هذا الخلاف لم يدم، إذ تدخل المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25/02/2008³ والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نص صراحة على وجوب شهر الدعاوى وذلك في المادة 519 التي تنص على أنه " ترفع الدعوى أمام القسم العقاري وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها ".

ويتضح من خلال هذا النص أن المشرع أوجب شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو تعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.

حيث وبذلك فإن المشرع يكون قد اخضع كل الدعاوى المتعلقة بعقار أو حق عيني عقاري مشهر لإلزامية الشهر فعمومية النص تدفع بالقول الى وجوب اشهار كل الدعاوى اذا النزاع قائم حول الملكية العقارية او حق عيني عقاري آخر اذا كان مشهر، بمعنى يجب أن يكون النزاع الجوهرى قائم حول ملكية العقار أو الحق العيني وارد على عقار فإذا لم تكن حول ذلك لا تكون واجبة للشهر حتى ولو كان العقار مشهرا فمثال ذلك اذا قام الشخص يملك عقار بسند مشهر وقام بإعارته لشخص آخر وبعد فترة طلب منه ارجاعه لا انه رفض فإذا قام المالك برفض دعوى انتهاء عقد العارية وإخلاء المسكن فهنا هذه

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 184451 المؤرخ في 25-11-1998 غير منشور.

² قرار رقم 186606 المؤرخ في 24/03/2000، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء 1، 2004، صفحة 160 و166.

³ . الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2008/04/23، العدد 21 سنة 2008.

الدعوى لا تكون محلا للشهر لأنها لا تتعلق بالنزاع حول الملكية¹، وبصفة عامة يمكن القول أن الدعوى التي يجب شهرها هي غالبا ما تكون دعوى استحقاق الملكية التي يرفعها المالك على الحائز الظاهر حول ملكية العقار المشهر ودعوى إبطال وفسخ العقود المشهورة المنصبة على عقار (عقد البيع والهبة... الخ) ودعوى قسمة العقارات المشهورة باعتبارها تعدل من وضعية العقار ودعوى بطلان الشهادة التوثيقية... الخ، وما خرج عن نطاق هذه الدعاوى مثل دعوى الحيابة (منع التعرض، وقف الاعمال الجديدة، استرداد الحيابة) ودعاوى الايجار ودعاوى التعويض عن الاستغلال الغير مشروع للعقار المشهر فهذه كلها دعوى لا تستوجب الشهر، فالغاية من شهر العرائض هو اعلام الغير المقبلين على شراء العقارات المشهورة او رهنها انما هي عقارات قائم عليها النزاع ومهددة بالزوال بأثر رجعي كليا أو جزئيا نتيجة النزاع المطروح حتى يكون على يقين في التعامل فيها.

ولكن بالرغم من وضوح نص المادة 17 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وإشارتها إلى عدم قبول الدعوى العقارية المنصبة على عقار/ أو حق عيني عقاري مشهر ما لم يتم شهر عريضة افتتاح الدعوى، فإنه ما يزال التساؤل يثور حول مدى تعلق هذا الشرط بالنظام العام ومدى جواز تمسك الأطراف وإثارة المحكمة له وما هي الاثار الناجمة عن على شهر العريضة الافتتاحية .

مدى تعلق شرط اشهار الدعوى بالنظام العام: من خلال قراءة نص المادة 85 من المرسوم رقم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري فإنها لم تتضمن أي اشارة تدل على طبيعة شرط شهر العريضة الافتتاحية فيما اذا كان يتعلق بالنظام العام أم لا، لذلك اختلفا اراء القضاة حول هذه المسألة وأن تقرير مدى تعلق ذلك بالنظام العام له أثر مهم يترتب عليه نتيجة هامة وهي إمكانية القاضي اثاره ذلك من تلقاء نفسه إذا تخلف الشهر ويقضي بعدم قبول الدعوى الغير مشهورة حتى ولو لم يثر أو يدفع به الخصم اذا اخذ بفكرة أن المادة 85 تتعلق بالنظام العام لذلك اعتبرت المحكمة العليا أن شهر العريضة لا يتعلق بالنظام العام وهو ما اقرت به في عدة مناسبات حتى استقر الوضع على اعتبار أن شهر العريضة هو شرطا لمصلحة المدعى عليه وأنه لا يتعلق بالنظام العام².

وإضافة الى ذلك لقد اصبحت هناك صعوبة كذلك حتى بعد صدور قانون الاجراءات المدنية والإدارية في تحديد طبيعة هذا الشرط خصوصا في غياب الاجتهاد القضائي المستقر عليه وما تضمنته

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة ، دار هومة، الطبعة الثانية، 2015، صفحة 621.

² قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا في ملف رقم 184451 المؤرخ في 25-11-1998 و قد اشار اليه حمدي باشا عمر في المرجع السابق، صفحة 236 .

المادة 17 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية من أي إشارة ضمنية و ليست صريحة توجي بتعلقها بالنظام العام من خلال لفظ "يجب" الذي بدأ به المشرع نص المادة المذكورة وعليه فهناك صعوبات تثور بتطبيق المادة 85 من مرسوم 76-63، والمادة 17 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية أهمها هي تحديد اللحظة التي يجب فيها الشهر فالمادة الأولى خالية من اشارة في حين المادة 17 اشارت إلى انه يجب القيام بالشهر واثبات وقوعه في أول جلسة ينادي فيها على القضية بمعنى على المدعي أن يسعى إلى شهر العريضة بعد تسجيلها والتي تكون قد حررت على النموذج المخصص من ادارة الحفظ العقاري .

الفرع الرابع : اجراءات تسجيل الدعوى العقارية

يجب أن يتم رفع الدعاوى المتضمن موضوع طلبها القضائي نقل الملكية العقارية وفقا للإجراءات المقررة في قانون الاجراءات المدنية والادارية ولاسيما المواد 12 و 13 و 14 و 15 ويكون الفصل فيها طبقا لأحكام نفس القانون ولاسيما المواد 32 وما بعدها الى غاية المادة 163 وكذا وفقا للمواد المتعلقة بالنزاع سيما القانون المدني باعتباره يضم القواعد العامة والقوانين العقارية المختلفة حسب طبيعة النزاع. إذ تعتبر عريضة افتتاح الدعوى العنصر المحرك للخصومة ولذلك يجب أن تحترم قواعد موضوعة مسبقا يتوقف عليها قبولها فمن خلالها يتبين موضوع الطلب القضائي وأطراف الخصومة وكذا الوثائق المؤسسة عليها الطلبات¹، ويجب ان تتضمن عريضة افتتاح الدعوى العقارية جميع البيانات المنصوص عليها في المادتين 14 و 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي تحديد الجهة القضائية وتعين الخصوم وتحديد موضوع الطلب القضائي تحديدا دقيقا نافيا للجهالة والوسائل التي يؤسس عليها الدعوى والإشارة إلى الوثائق والسندات، بالإضافة إلى البيانات المتعلقة بالعقار محل الدعوى، اسم العقار، مكانه، مساحته طبيعته وحدوده ورقمه وغيرها من البيانات الضرورية لحسم النزاع مع إرفاق السند المعتمد عليه ومخطط العقار في ان واحد وفي حالة انعدام هذا المخطط او الرسم البياني للعقار يمكن تدعيم هذا النقص بتعين طوبوغرافي لمسح العقار محل النزاع وتقيد عريضة افتتاح الدعوى في سجل خاص بذلك وهذا بعد دفع الرسوم المحددة قانونا والمقدرة أمام القسم العقاري ب 1500 دج وبعدها تحدد تاريخ أول جلسة ورقم القضية، كما يقوم بعدها رافع الدعوى بتكليف الخصم بالحضور للجلسة ولعل أن الغاية من هذا التحديد الدقيق هو تسهيل القيام بإجراءات شهر الأحكام والقرارات

¹ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23-02-2008، المرجع السابق، 2009، صفحة 47 الى 52.

القضائية لدى المحافظة العقارية وتحرير الجداول الخاصة بذلك وفقا للمواد 66 و 93 وما يليها من المرسوم 63-76 والأمر رقم 74-75 مع الإشارة إلى انعدام هذه البيانات الضرورية في الحكم تجعله غير قابل للشهر ويجوز للمحافظ العقاري أن يرفض إيداعه عملا بالمادة 160 من نفس الأمر وبالتالي لا يمكن تنفيذه ولا انتقال الملكية أو الحق العيني العقاري للمحكوم له باعتبار أن الحكم القضائي يعتبر سند لنقل الملكية العقارية .

أما عن مسألة موضوع الحق المطالب به والمنازع فيه فيطبق القاضي بشأنه النصوص القانونية التي تسري عليه من حيث الشكل والموضوع وحسب ما له من ادلة إثبات أو نفي، وتجدر الإشارة أن للقاضي في ظل قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد دور ايجابي من خلال السلطات الممنوحة له في القيام بأي اجراء من الاجراءات الملائمة حسب طبيعة النزاع (تقادم مكسب، شفعة ...) من أجل التحقيق في النزاع طبقا للمادة 75 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وفي جميع الحالات يسبب أحكامه ويكون المنطوق خلاصة للأسباب، فهو ما توصل اليه القاضي بعد دراسة وتحليل مختلف جوانب القضية ومعطياتها وقيامه بصياغتها في حيثيات تبين الاجراءات المتبعة وموضوع النزاع وطلبات ودفع الخصوم وما قدموه من مستندات وأدلة إثبات أو نفي وتبيان الرأي الذي استقر عليه بناء على مستندات الملف والنصوص القانونية التي طبقها في القضية ويتضمن كل حكم أو قرار لزوما الديباجة والوقائع والحيثيات أو الأسباب والمنطوق الذي يبين الشخص الذي انتقلت إليه الملكية العقارية وطبيعة السند القانوني المثبت للحق العيني العقاري وحدوده ومساحته إلى غير ذلك من بيانات تساهم في تحديده بشكل دقيق سبق ذكرها.

إن الإشكال الذي يمكن ان يثور بشأن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الفاصلة في نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية يرجع عادة لما يصدر حكم ويصبح نهائي ولكنه غير مشهر لسبب ما وفي نفس الوقت يتم إبرام عقد رسمي مشهر يتضمن نفس الحقوق المفصول فيها قضائيا ونكون في هذه الحالة أمام تعارض بين حكم نهائي حائز لحجية الشيء غير مشهر وعقد رسمي مشهر في المحافظة العقارية ففي هذه الحالة فإن الحكم الغير مشهر لا ينقل حق الملكية المفصول فيها وذلك إذا اختل أحد البيانات الضرورية في الحكم القضائي والتي يكون مصادرها عريضة افتتاح الدعوى التي يقدمها المدعي والوثائق المستند عليها لذلك يتعين في هذا النوع من الدعاوي الوقوف بدقة على كل المعلومات الأساسية للعقار محل النزاع والمراد نقل ملكيته.

المطلب الثاني: قواعد الفصل في الدعوى العقارية التي يكون حكمها ناقل للملكية العقارية

إن المتفحص للمواد القانونية الواردة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية فإنه يلاحظ أنه لم يتضمن أي مواد تتعلق بإجراءات خاصة يجب اتباعها عند قيد الدعوى العقارية بل أحال الموضوع في ذلك إلى القواعد العامة التي تسري على جميع الدعاوى ما عدا ما يتعلق بالاختصاص بنوعيه (النوعي والاقليمي)¹.

ومن ثمة فإن الفصل في الدعوى العقارية التي تحمل في محتواها نقل الملكية العقارية يتطلب مجموعة من القواعد المتعلقة بالاختصاص الاقليمي والنوعي وكذا ما يملك القاضي العقاري من سلطات قانونية منصوص عليها في القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والإدارية ومجموع النصوص القانونية المتعلقة بالعقار باعتبار ان الحكم القضائي الصادر في هذا الشأن يعتبر سند رسمي ناقل للملكية ومحدد لمراكز الخصوم وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال قرار يخص دعوى القسمة الصادر بتاريخ 12-11-2009 ملف رقم 554791 (تخضع تصفية التركة من الناحية الاجرائية لقواعد قضاء الاستعجالي، وتخضع دعوى القسمة العينية للمال الشائع لقواعد الاجراءات الخاصة بالدعاوى الموضوعية من حيث الاجال وطرق الطعن العادية وغير العادية)² وعليه سوف أتطرق إلى هذه القواعد كما يلي:

الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي:

إن المبدأ العام في الاختصاص الإقليمي كقاعدة عامة يؤول للجهة القضائية التابع لها موطن المدعي عليه طبقاً للمادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إذ تكاد تجتمع مختلف التشريعات المقارنة على انعقاد الاختصاص الإقليمي لمحكمة موطن المدعي عليه كقاعدة عامة ويرجع سبب ذلك إلى أن الأصل هو براءة الذمة وعلى من يطالب خصمه بشيء ان يسعى إليه³ وأن الاستثناء المذكور في الفقرة الأولى من المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جعل من الدعاوى العقارية

¹ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، (رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، المرجع السابق، صفحة 365.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-11-2009 قضية د م و من معه ضد د ف ملف رقم 554791 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزء الثالث قسم الوثائق سنة 2010 صفحة 321.

³ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية، (رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، المرجع السابق، صفحة 84.

بما فيها دعاوي الأشغال العقارية ودعاوي الإيجار المدني والتجاري و دعاوي الأشغال العمومية يكون الاختصاص فيها إما لمحكمة وجود العقار بالنسبة للدعاوي المرتبطة بالعقار أو محكمة تنفيذ الأشغال بالنسبة للدعاوي الأشغال العمومية وهو ما أكدته المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية عندما تناولت الاختصاص الإقليمي للقسم العقاري الموجود بالمحكمة، إن هذا الاستثناء في الاختصاص الإقليمي في العقار إلزامي وبالتالي تكون المادة 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد استبعدت صراحة في الفقرة الأولى منها تطبيق مبدأ ارتباط الاختصاص الإقليمي للمحكمة بموطن المدعي عليه، وتجدر الإشارة أن المحكمة إذا قبلت الدفع بعدم الاختصاص حكمت به دون أن تتطرق لموضوع الدعوى كما لها الحق في إنذار الخصوم شفاهة لتقديم طلباتهم في الموضوع وتفصل في هذه الحالة بالنظر في الاختصاص فإن رفضته فصلت في الموضوع.

الاختصاص الإقليمي في التركة أو الميراث: إن معظم النزاعات المتعلقة بالتركة أو الميراث تنصب علي العقارات فنثار في بعض الأحيان نزاعات متعلقة بملكية الهالك للعقار أو حتى الطعن بالبطلان في عقد هبة أو وصية الهالك فنجد وقوع قانون الإجراءات في تناقض فجعل الفقرة الثانية من المادة 40 توكل اختصاص مواد الميراث ويدخل ضمنها دعاوي قسمة العقارات الناتجة عن التركة أمام محكمة موطن المتوفى دون سواها من المحاكم وهو ما أكدته المادة 498 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بينما نجد أن قسمة العقارات تخضع لاختصاص المحكمة أين يتواجد العقار بصريح الفقرة التاسعة والمادة 512 والمادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعني ذلك أن الاختصاص الإقليمي في مادة التركة أو الميراث لما يتضمن نزاع عقاري كالقسمة يكون الاختصاص الإقليمي فيه لمحكمة موطن المتوفى أو موطن مكان تواجد العقار ولا يجوز لكلا المحكمتين أن تقبل أي دفع بعدم الاختصاص الإقليمي لوجود نص في كلا الحالتين يجيز الاختصاص وإن حصل تنازع في الاختصاص يتبع في شأن ذلك القواعد المقررة في المادة 398 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والحل المفترض الذي نراه هو إعادة تعديل هذه المواد المتناقضة في الاختصاص الإقليمي وجعل اختصاص البت في موضوع التركة أو الميراث لمحكمة مكان تواجد أحد عقارات الهالك لاعتبار أن نية المشرع هو تكريس مبدأ الاختصاص الإقليمي لمكان تواجد العقار و هو مؤكد لما قرر اختصاص المنازعات التي تتعلق بالهبة والوصية في العقارات لمكان تواجد العقار طبقاً للفقرة السابعة من المادة 512 و المادة 518 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الثاني: الاختصاص النوعي

تكون المحكمة مختصة نوعياً في جميع القضايا وتفصل فيها الأقسام حسب موضوع النزاع بعد جدولة القضية طبقاً للمادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والملاحظ أن هذا القانون نظم في الفصل الثالث من الباب الأول من الكتاب الثاني عنوان تحت تسمية القسم العقاري وذكر اختصاصه العام في المادة 511 مبيناً فيها أن القسم العقاري يختص نوعياً بالمنازعات المتعلقة بالأحكام العقارية وأورد بعض مواضيع الاختصاص في المادة 512 وخص علي سبيل المثال بعض أنواع القضايا التي عرفت المحاكم وهي: نزاعات حق الملكية والحقوق العينية كالرهن الرسمي - دعوى الحيازة - التقادم - حق الانتفاع - نشاطات الترقية العقارية ويدخل فيه عملية البناء أو تجديد أملاك قصد الإيجار أو البيع أو لتلبية حاجات شخصية كالتعاونية العقارية - الملكية المشتركة في العقارات المبنية - الملكية علي الشيوع - إثبات الملكية العقارية - الشفعة - الهبة والوصية في العقار - التنازل عن الملكية وحق الانتفاع - القسمة وتحديد المعالم - إيجار السكنات والمحلات المهنية - إيجارات فلاحية.

كما أدرجت المواد من 513 إلى 517 من القانون المدني اختصاصات القسم العقاري في موضوع النزاعات القائمة بين الفلاحين المستغلين لأراضي الدولة فيما بينهم أو مع الغير - نزاعات تتعلق بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض حقوق تم شؤها - منازعات الترتيم المؤقت في السجل العقاري القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص - منازعات المتعلقة بمقايضات تابعة لأحكام الدولة مع عقارات تابعة لأحكام خاصة .

والملاحظ أن الاختصاص النوعي للقسم العقاري على مستوى المحاكم اختصاص غير مانع فقد يلجأ بعض الأشخاص لطرح دعاوى عقارية على القسم المدني ولا يجوز لهذا الأخير رفضها لعدم الاختصاص النوعي باعتبار أن الجهات القضائية لها الاختصاص العام وهو ما جعل الفقرة الخامسة من المادة 32 تعطي الاختصاص للقسم المدني للمحاكم التي تفتقد للأقسام الأخرى باستثناء القسم الاجتماعي وحتى التجاري الغير مذكور لإختلاف التشكيلة، ولإرغام المتقاضين على اختيار القسم المتخصص فقد أجازت الفقرة السادسة من المادة 32 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإحالة الملف على القسم المعني بعد أخذ رأي رئيس المحكمة، والمؤكد أن الاختصاص النوعي من النظام العام فيجوز للخصوم أن يثيرونه وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى وللقاضي إثارته تلقائياً، خلافاً لقانون الإجراءات السابق، فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالي أعطى لقاضي المنازعات العقارية اختصاص الاستعجال العقاري والاختصاص الولائي العقاري الاستعجال العقاري إذ أجازت المادة 300 من قانون الإجراءات

لقضاة الأقسام الفصل بموجب أمر استعجالي في القضايا التي ينص القانون فيها علي اختصاصهم وهو ما أكدته المادة 521 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية علي جواز لقاضي العقاري اتخاذ تدابير تحفظية بموجب أمر استعجالي ودون المساس بأصل الحق كأن يأمر بوقف أشغال البناء وتكون الأوامر الإستعجالية قابلة للاستئناف.

وكما سبق الإشارة في الاختصاص الإقليمي فإن الاختصاص النوعي في التركة أو الميراث لما يكون موضوعها عقار يؤول الاختصاص النوعي فيها لقاضي شؤون الأسرة بصريح المادة 498 و 499 من قانون الإجراءات المدنية والادارية وله الحق حتى في تعيين الحارس القضائي لإدارة أموال التركة في حالة المنازعة و البديهي أن أموال التركة تشمل العقار أو العقارات بينما الفقرة التاسعة من المادة 512 من نفس القانون تجعل من موضوع القسمة وتحديد المعالم (أن أغلب الدعاوي تتعلق بقسمة التركة العقارية) يدخل ضمن الاختصاص النوعي للقسمة العقاري.

الفرع الثالث : سلطات القاضي العقاري في الفصل في دعاوى نقل الملكية العقارية

لقد أولى المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات إهتماما بالغا بحق الملكية العقارية بما فيها نقلها إذ أحاطه بترسانة قانونية ضخمة راغبا من خلالها وضع نظام قانوني للملكية العقارية يكفل به الاستعمال والاستغلال والتصرف المشروع لهذه الأخيرة¹، ومن بين ما نص عليه المشرع الجزائري سلطات القاضي المدني في الفصل في النزاعات بما فيها النزاعات المتعلقة بالعقار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في الفصل الثاني تحت عنوان اجراءات التحقيق انطلاقا من نص المادة 75 منه وما بعدها وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 10-09-2015 تحت رقم 0937998 (تخضع الملكية لوسائل الاثبات المنصوص عليها في القانون، الذي نشأت في ظله، يعد اشتراط تقديم عقد رسمي مشهر باسم المورث لقبول دعوى القسمة دون التحقق من تاريخ تملكه العقار مخالفة للقانون)²، فنص على حضور الخصوم واستجوابهم والخبرة، الشهادة، مضاهاة الخطوط والانتقال للمعاينة، ودعوى التزوير الفرعية، كما نص على الحالات التي يلجأ فيها إلى إجراء من هذه الإجراءات، والشروط الواجب مراعاتها، وقد اختلفت التشريعات في تحديد هذه الشروط والحالات غير أن ما يهمننا في هذه المذكرة هي السلطة التي يتمتع بها القاضي العقاري في إجراءات التحقيق للفصل للمسائل المتعلقة بنقل

¹ جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية العقارية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 9.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 10-09-2015 تحت رقم 0937998 قضية ط ن ضد ورثة ط ع و من معهم المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني سنة 2015 صفحة 135.

الملكية العقارية منها التقادم المكسب والشفعة والقسمة.... الخ سواء تعلق الأمر بها أو من حيث تقدير الدليل الناتج عنه، إذ سلكت التشريعات في ذلك مذاهب عدة، سواء بتقييد سلطة القاضي كأن تضع له طرق الحصول على الدليل أو التحقيق فيه على سبيل الحصر دون أي سلطة تقديرية له¹.

ومن هذا المنطلق ولمعرفة سلطات القاضي العقاري في إجراءات التحقيق في الدعوى العقارية أهمية عملية وعلمية خاصة إذ أنه تقع على القاضي مهمة البحث عن الحلول لما تطرح عليه المنازعات العقارية سيما منها المتعلقة بنقل الملكية العقارية منها دعوى التقادم المكسب والشفعة والوعد بالبيع.. الخ، فإلى جانب وجوب تقيده بالشروط الواجبة للأمر بإجراء التحقيق عليه أيضا إعطاء الدليل المتحصل عليه من جراء التحقيق القيمة التي منحها له القانون.

إن وقوف القاضي على السلطات الممنوحة له أثناء إجراءات التحقيق في الدعوى تجعله يختار الاجراء الملائم للنزاع المطروح عليه وعلى علم متى وأين يستعملها مما يجعل من دوره في الدعوى ذو طابع إيجابي دون أن يخل بمبدأ حياده و سوف نعرض هذه الاجراءات كما يلي:

لقد نظم المشرع الجزائري التحقيق في المواد من 61 إلى 75 من القانون الإجراءات المدنية والادارية تحت عنوان في التحقيقات ضمن الباب الثالث والذي جاء تحت عنوان في إجراءات التحقيق ضمن الكتاب الثاني في الإجراءات أمام المحاكم، أما في إجراءات التحقيق أمام المجالس فقد نظمها المشرع في القسم الثاني الباب الأول في الإجراءات المتبعة أمام المجالس القضائي الناظر بالاستئناف كتاب الثالث في الإجراءات المتبعة أمام المجالس القضائية في المواد 121 إلى 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

أ- الخبرة:

يمكن الاستعانة بالخبرة في المسائل التي تستلزم الفصل فيها استيعاب نقاط فنية لا يستطيع القاضي الإلمام بها مثل حساب مساحة العقار وحدوده ومطابقتها طبقا للواقع الطبوغرافي، إذ على المحاكم ألا تركز إلى هذا الطريق إلا في المسائل التي يكون اعتماد فيها على معارفها غير ممكن أو غير مجد في الوصول إلى الحقيقة وليس في أوراق الدعوى ما يفنيها عن الاستعانة بأهل الخبرة ونلاحظ انه لا يجوز للمحكمة أن تستعين في استيعاب النقاط القانونية برأي الخبراء لأنها مطالبة، بل مفروض فيها العلم

¹ حمزة خليل و فاتح حمريط، سلطات القاضي المدني في إجراءات التحقيق في الدعوى - دراسة مقارنة - السنة القضائية 2006/2007.

بالقانون، وقد نظم المشرع الجزائري الخبرة في المواد 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويجوز لأي من الخصمين سواء كان مدعيا أم مدعي عليه أن يطلب نذب خبير في الدعوى ليقوم بالعمل الذي يدعو الأمر للاستعانة برأيه فيه، وعلى الطالب أن يبين الأسباب التي تقتضي نذب خبير ونوع العمل المطلوب منه القيام به وتأثيره في اتجاه المنازعة .

ويجوز أن يقدم الطلب في أي حالة كانت عليها الدعوى وأمام أية درجة من درجات التقاضي، وللمحكمة تنتدب الخبير من تلقاء نفسها وبغير طلب من الخصوم بل ورغم معارضتهم إذا تبين لها أن الحاجة تدعو لذلك، وليست المحكمة ملزمة بان تجيب الخصوم إلى طلبهم نذب خبير إذا كانت تستطيع إن تقف على حقيقة من غير الحاجة للرجوع لرأي الخبراء أو إذا كان العمل المطلوب من الخبير أدائه لا تؤثر في سير الخصومة ولا في نتيجة الحكم فيها، أو إذا كان ممكن استخلاص وجه الحكم في الدعوى من أقوال الخصوم أو مستنداتهم، وإذا كان الحكم يندب خبير أو يرفض طلب الخصوم نذب خبير في الدعوى، هو من الأمور التي تدخل في سلطة محكمة الموضوع إلا أن رفض المحكمة لطلب تعيين خبير يجب أن يكون بناء على أسباب سابقة .

وعندما يأمر القاضي بإجراء خبرة يعين خبيرا أو عدة خبراء للقيام بذلك وهذا ما أعدته المحكمة العليا في قرارها رقم 159373 الصادر في 18 / 11 / 1992 ويحدد القاضي للخبير ويوضح له مهمته بدقة والنقاط المطلوب منه التعرض لها ، والمهلة التي يتعين عليه فيها إيداع تقريره ، وباعتبار الحيازة واقعة مادية فانه يمكن اللجوء إلى الخبرة لإثباتها في المسائل الفنية المتعلقة بالحدود والمساحات والمسائل التي يتعذر على القاضي القيام بها بنفسه والتي هي مسائل فنية تحتاج إلى تدخل أهل الخبرة وقد جاءوا في قرار سابق للمحكمة العليا بتاريخ 09-01-1985 رقم 32677 (من المقرر قانونا ان التقادم المكسب هو مؤدى الحيازة الهادئة والمستمر، فإن القضاء به اعتمادا على احدى الخبرتين المتناقضتين دون اللجوء الى خبرة ثالثة و دون تبيان طبيعة التقادم يعد مشوبا بالقصور في التسبيب)¹.

لقد نصت المادة 125 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على ان القاضي يعين خبير أو أكثر إما من تلقاء نفسه أو بناء على بطلب من الخصوم ويتضح من خلال هذه المادة صراحة أن

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 09-01-1985 رقم 32677 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1989 عدد 04 صفحة 16.

للقاضي سلطة في الأمر بإجراء خبرة من تلقاء نفسه أي أن سلطته تقديرية، كما يتضح أنه ملزم بإجراء تحقيق عن طريق الخبرة في حالة اتفاق الخصوم على ذلك¹.

كما نصت عليه المادة 194 من القانون التجاري إذ تنص في فقرتها الثانية على: "غير أنه إذا طالب المستأجر بتعويض الإخلاء، جاز للطرف الذي يهمله التعجيل أن يتم دعواه أمام رئيس المحكمة النازرة في القضايا المستعجلة ليأمر بإجراءات الخبرة اللازمة وذلك قبل إنتهاء الأجل المنصوص عليه في الفقرة السابقة"، فهذه المادة تتعلق بتعويض الإخلاء، إذ ترفع الدعوى أمام القاضي المكلف بالقضايا الاستعجالية الذي عليه التأكد من وجود دعوى سابقة مرفوعة في الموضوع وأن المستأجر يطالب بتعويض الإخلاء².

وما نصت عليه المادة 724 من القانون المدني وهي تتعلق باختلاف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة وتعين هذه الأخيرة لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وإعداد مشروع قسمته إن كان يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير من قيمته و تنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة أعلاه على: " وتعين المحكمة إن رأت وجهاً لذلك خبيراً أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصاً..."، فالملاحظ من خلال استعمال عبارة - إن رأت وجهاً لذلك - أن للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إلى الخبير من عدمه، غير أن الواقع العملي يؤكد أن في مثل هذه الدعاوى يلجأ غالبية القضاة إلى إجراء الخبرة باعتبار أن الأمر يتعلق غالباً بمسألة فنية بحثة تخرج عن اختصاص القاضي.

إن سلطة القاضي مقيدة عند أمره بتعيين خبير طبقاً لمواد قانون الإجراءات المدنية والإدارية سيما المادة 138 وما بعدها بتحديد للخبير بعض الأمور (المهام) التالية:

1- يجب ذكر اسم ولقب الخبير، اختصاصه وعنوانه بدقة، وإذا كان القاضي قد عين عدة خبراء فلا بد من ذكر هوية كل خبير على حدى .

2- يجب على القاضي أن يحدد النقاط الأساسية التي تجري الخبرة فيها منها مثلاً في دعاوى التقادم المكسب وتحديد مساحة القطعة الأرضية وحدوها والحائز الفعلي والملاك المجاورين تحضيراً لإجراء

¹ تعد الخبرة من طرق الإثبات المباشرة كالمعاينة ، وهي من قبيل المعاينة الفنية تتم عن طريق اصحاب الاختصاص وهم افراد تتوافر لديهم الكفاءة في المجالات الفنية التي لا تتوافر لدى القضاة .

² قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 1990/05/06، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1991، العدد الأول، صفحة 65.

تحقيق بخصوص القطعة الارضية وإرفاق المخطط البياني والقول ان كانت القطعة الارضية ممسوحة أو غير ممسوحة وإن كانت لا تتدرج ضمن الاملاك الوطنية أم لا وفي هذه النقطة بالذات يجب عليه أن يحرص على عدم تنازله على أي سلطة من سلطاته إلى الخبير، وفي هذه الشأن وردت عدة قرارات للمحكمة العليا من بينها:

قرار رقم 34653 مؤرخ في 1985/11/20 جاء فيه: "من المقرر قانونا أن المهمة التي يكلف بها خبير تنتدبه جهة قضائية ما تنحصر في جمع المعلومات الفنية التي تساعد القاضي على حسم النزاع وتصور له القضية بصفة أعم و أشمل، وأنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتحول هذه المهمة إلى منح الخبير صلاحيات القاضي مثل سماع الشهود وإجراء تحقيق، ولما كان كذلك فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"¹.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الحامل لرقم 97774 مؤرخ في 1993/07/07، جاء فيه: "من المقرر قانونا وقضاء أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحية القاضي لفائدة الخبير، ولما ثبت من قضية الحال أن القرار المنتقد أمر الخبير بإجراء تحقيق مع سماع الشهود وتم الاعتماد على نتائج تقريره للفصل في موضوع الدعوى فإن ذلك يعد مخالفا للقانون ومستوجب للنقص والإبطال"².

وقد جاء في قرار اخر يحمل رقم 50558 مؤرخ في 1988/10/02، جاء فيه: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقضاة أن يفوضوا سلطتهم للخبير ومن المقرر أيضا أن عمل الخبير يقتصر على جمع المعلومات الفنية يضعها أمام القضاة ليأخذوا بها أو يردوها بأسباب سائغة بما لهم من سلطة تقديرية، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خرقا للقانون وانعدام في التسبب"³.

يجب على القاضي طبقا لنص المادة 128 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية أن يحدد في الحكم القاضي بإجراء الخبرة مهلة للخبير يتعين فيها إيداع تقريره الكتابي أو الإدلاء بتقريره الشفهي، وذلك لتفادي إهمال الخبراء بما يؤدي ذلك إلى تضييع حقوق المتقاضين .

مع الإشارة إلى أن القانون قد حدد أحيانا المهلة التي يجب على الخبير إيداع تقريره فيها مثلما سبقت الإشارة إليه في نص المادتين 03/194 و 03/195 من القانون التجاري وطبقا للمادة 128 من

¹ قرار منشور في المجلة القضائية لسنة 1996 العدد الرابع، صفحة 71.

² قرار منشور في المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني، صفحة 108.

³ قرار منشور في المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الثالث، صفحة 91.

نفس القانون فإن القاضي يعين في الحكم المبلغ الذي يجب إيداعه لدى قلم أمانة الضبط على ذمة المصروفات التي تستلزمها الخبرة والتي تعتبر كتسبيق للخبرة وكذلك الخصم الذي يجب عليه دفع وإيداع ذلك المبلغ ويجب على القاضي أن يختار الخبير المقيد في قائمة جدول الخبراء المعين داخل المجلس وفي حالة تعين خبير خارج اختصاصه يجب ان ينص في حكمه على أن يحلف الخبير غير المقيد بجدول الخبراء اليمين أمام السلطة التي يحددها، ما لم يعف من أدائها باتفاق الخصوم، وقد ورد في هذا الشأن قرار للمحكمة العليا رقم 46255 مؤرخ في 19/07/1989، جاء فيه: "... ومن المقرر أيضا أنه لقبول تقرير الخبير شكلا يجب على الجهة القضائية إن كان مسجلا في قائمة الخبراء وإن لم يكن أن تثبت أنه أدى اليمين القانونية ومن ثمة فالقضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد إساءة في تطبيق القانون"¹.

وعلى هذا يمكن القول ان الخبرة تعد اهم الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في المسائل العقارية نظرا لما تساهم في ائارة القاضي بمسائل قد يستعصي عليه القيام بها منها ما تعلق بقياس المساحة ومعرفة الحدود ومعاينة التطابق الميداني للوثائق والواقع الطبوغرافي وذلك من اجل مساعدة القاضي للقيام بالتحقيق في الحيازة مثلا وكذا في إعداد مشروع القسمة ومدى قابلية العقار للقسمة دون ان يحدث نقص في قيمة العقار أو خرق للقواعد المتعلقة بالتهيئة والتعمير وغيرها من الأمور الفنية التي يبينها الخبير للقاضي من اجل انارته.

مضمون الخبرة :

لقد استقر قضاء المحكمة العليا ومجلس الدولة على اعتبار اخطار الخبير للخصوم بيوم إجراء الخبرة على انه اجراء جوهري الغرض منه تمكين الخصوم من تقديم ملاحظاتهم² بخصوص محل النزاع الذي انتقل اليه الخبير مثلا اذا كان موضوع النزاع قسمة ابداء رأيهم بخصوص مشروع القسمة، اذ يقع على الخبير إلا يباشر عمله إلا بعد دعوة الخصوم للحضور وقت الخبرة وان لا يباشر العمل في الموعد الذي حدده لهم إلا بعد اخطارهم مسبقا إذا باشر عمله دون ان يدعوهم للحضور كان عمله مشويا بالبطلان ويمكن للخصوم ان يتمسكوا بذلك وإثارته امام جهة الموضوع التي تخضع فصلها لرقابة المحكمة العليا ويمكن استثناءا عدم اخطار الخصوم في حالة استحالة حضور الخصوم

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا منشور بالمجلة القضائية لسنة 1990 العدد الرابع ، صفحة 35.

² قرار صادر عن مجلس الدولة الغرفة الرابعة، يحمل رقم 956 مؤرخ في 23-10-2000 غير منشور مقتبس من مؤلف بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، صفحة 139.

بسبب طبيعة الخبرة مثلا مسألة طبية أو مسألة تقنية عالية، ويجوز للخبير أن يطلب من الخصوم تقديم المستندات التي يراها ضرورية لانجاز مهمته دون تأخير ويمكن للقاضي أن يأمر الخصوم تحت طائلة الغرامة التهديدية تقديم المستندات كما يمكن للمحكمة ان تستنتج الاثار القانونية المترتبة على امتناع الخصوم عن تقديم المستندات¹.

ومن بين القضايا التي يستعمل فيها القاضي الخبرة في تحديد السعر الافتتاحي لبيع العقار بالمزاد العلني وفي هذا يتعين على الخبير أن يضمن الخبرة المطلوب انجازها وجوبا ووفق لما أمر به من مهام وأخذ بعين الاعتبار ما احتوته المعلومات المنصوص في المادة 138 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وأهمها النقاط التالية :

-الوصف الدقيق للعقار: مساحة وحدودا وكذا ضرورة ذكر مشتملاته وموقعه والقول أن كان مفرزا أو مشاعا وأن كانت توجد عليه بناية أم لا، كما يجب أن يبين الشارع الواقع به ورقمه وأجزاء العقارات وتجزئة العقار إذ كان به أجزاء لأن ذلك فيه فائدة أثناء عملية البيع، كما يجب أن يقوم الخبير بالاتصال بالمحافظة العقارية للتأكد من الوضعية العقارية الراهنة حسب السجل العقاري للعقار والتأكد من الملاك المتداولين ومدى مطابقتها مع وصف العقار في السجل العقاري لعقد الملكية المقدم في الملف وما هي التغييرات التي طرأت عليها والرخص المستعملة كرخصة التجزئة والتهيئة والتعمير، مع ضرورة الاتصال بإدارة مسح الاراضي للحصول على المخططات في حالة العقارات التي تم مسحها وإن كانت تودع بالمحافظة العقارية وهذا يسهل بالنسبة للعقارات المشهورة، اما بالنسبة للعقارات غير المشهورة فإن القانون نص على حجزها بأمر ويجب الاعتماد في تحديدها على المحرر العرفي الثابت التاريخ أو على المقرر الإداري وإعداد مخطط مسحي لها وتبيان مساحتها وحدودها تحديدا نافيا للجهالة.

القيمة القانونية للخبرة :

لقد نصت المادة 144 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أنه يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة والقاضي غير ملزم برأي الخبير غير انه ينبغي تسبب استبعاد الخبرة ومن ثمة فقد اجاز المشرع الجزائري للقاضي أن يبيّن حكمه على نتائج الخبرة ومن جهة أخرى الزامه في حالة استبعاد نتائج الخبير تسبب ذلك وفي كل الأحوال القاضي غير ملزم بالنتائج التي توصل إليها الخبير ومآل تقدير نتائج الخبرة تخضع للسلطة التقديرية الكاملة للقاضي ما عدا إذا كان الفصل في الدعوى

¹ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية (رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، المرجع السابق، صفحة 139.

يتوقف على نتائج الخبرة كما هو الحال في المسائل الفنية والطبية البحتة التي يستطيع القاضي ابداء رأيه فيها، فرأي الخبير هو عنصر من عناصر الاثبات فالقاضي له ان يأخذ به حسب اقتناعه واستبعاده في حالة العكس وذلك بعد تسبيب ذلك مع الفصل في الدعوى على حالها أو تعين خبير آخر للقيام بنفس المهام المسندة لسابقه، كما انه يمكن لأطراف الدعوى ودفاعهم تقديم الملاحظات أو اوجه التجريح أو تأكيد الخبرة¹.

ب- مضاهاة الخطوط :

وهي عبارة عن مجموعة من الإجراءات التي نص القانون عليها لإثبات صحة المحررات التي يحصل إنكارها وهي تختلف عن الإجراءات المتبعة فيما يخص الرسمية ذلك أن هاته الأخيرة تعتبر حجة بما تضمنته².

ويستشف من خلال نص المادة 146 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية أن القاضي ملزم بالأمر بإجراء مضاهاة الخطوط كلما بدى له أن هذا الاجراء منتج في الدعوى، إذ تنص المادة على أنه إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو ادعى عدم تعرفه على خط أو توقيع الغير فيجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع، وإلا فإنه يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود، وإذا استدعى الأمر فبواسطة خبير وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 99842 المؤرخ في 1992/06/03 جاء فيه: " من المقرر قانونا أنه إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل في النزاع يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود، وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع عند مناقشتهم دفوع الطاعن اكتفوا بسماع البائع واستبعدوا العقد العرفي المحتج به رغم أنه وسيلة منتجة للفصل في النزاع، وكان عليهم الاستماع إلى الشاهدين الذين حضرا تحريره وعليه فإنهم قد خالفوا القانون وقصروا في تسبيب قرارهم مما يتوجب نقضه"³.

¹ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها اثباتها وحمايتها وإدارتها قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، المرجع السابق، صفحة 175 و 176 .

² أوريدة حمادي، اجراءات التحقيق في المواد المدنية، مذكرة نهاية التريص، مجلس قضاء سطيف المعهد الوطني للقضاء 1999 - 2001، صفحة 32 .

³ قرار منشور في المجلة القضائية لسنة 1993 العدد الرابع ، صفحة 41.

ج- دعوى التزوير الفرعية:

يقصد بالادعاء بالتزوير بأنه كل طلب يقدم من أجل الطعن في تزوير وثيقة أو ورقة مقدمة في الدعوى من أجل الإثبات¹، و يتحقق التزوير المادي بإحدى الوسيلتين:

الأولى اصطناع ورقة لا وجود لها وإسنادها إلى موظف عمومي مختص ما يوهم بأنها ورقة صحيحة، أو إسنادها إلى شخص معين للتججج بها عليه، والثانية إحداث تغييرات مادية في الورقة بالمحو أو الإضافة أو الحشو بين سطورها².

وتظهر السلطة المقيدة للقاضي في هذا الصدد من خلال أنه ملزم بالقيام بالإجراءات المحددة قانوناً إذا تبين له أن الفصل في الدعوى يتوقف على المستند المدعى بتزويره.

وقد جاء في هذا الشأن قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 34700 مؤرخ في 1985/06/26، جاء فيه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز الطعن بالتزوير في أي وثيقة مقدمة في الدعوى، سواء كانت وثيقة عرفية أو رسمية، وأنه ليست للجهة القضائية أن تصرف النظر عن الطعن بالتزوير إلا إذا تراءى لها أن الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن المستند المدعى بتزويره يتوقف عليه الفصل في الدعوى الأصلية وقد كان على قضاة الموضوع أن يوقفوا الفصل فيها لحين الفصل في دعوى التزوير، إلا أنهم رفضوا ذلك وسببوا قرارهم برسمية العقد فإنهم بهذا القضاء خالفوا القانون"³.

وعليه فإنه إذا ارتأى للقاضي أن الفصل في الدعوى يتوقف على المستند المدعى بتزويره، فإنه يقوم باستدعاء الخصم الذي قدمه ليؤكد ان كان متمسك باستعمال ذلك المستند ، فإذا صرح هذا الأخير بعدم تمسكه باستعماله أو لم يبد اي تصريحات بشأنه، فإن القاضي ملزم باستبعاد المستند المطعون فيه، أما إذا صرح أنه يتمسك باستعماله فإنه يجب على القاضي أنه يوقف الفصل في الطلب الأصلي ويقوم بالأمر بإجراء المضاهاة المطلوبة .

د - الشهادة :

فقد نظم المشرع موضوع الشهادة في القسم العاشر ضمن الفصل الثاني: في إجراءات التحقيق ضمن الباب الرابع : وسائل الإثبات في المواد من 150 إلى 163

¹ أوريده حمادي، إجراءات التحقيق في المواد المدنية المرجع السابق ، صفحة 27.

² محمد أحمد عابدين، أصول التقاضي في بعض الدعاوى، منشأة المعارف الإسكندرية، صفحة 123.

³ قرار منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1989 العدد الرابع، صفحة 57.

وعلى هذا الأساس فإنه يمكن للقاضي العقاري سماع الشهود حول الوقائع التي تكون قابلة للإثبات بشهادة الشهود ويكون التحقيق فيها جائزا ومفيدا للقضية والتي من بينها التقادم المكسب وهذا ما نصت عليه المادة 61 من قانون الإجراءات المدنية والمادة 150 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ومنه وباعتبار أن الحيازة واقعة مادية والوقائع المادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات ومنها الشهادة، خاصة إن الحائز عندما يحوز على قطعة أرضية أو محل سكني فإن هذا يكون على مرأى ومسمع جمع من الناس، وعليه فإذا طلب أحد الخصوم سماع الجيران باعتبارهم شهود على واقعة الحيازة تاريخ بدئها فإنه لا مجال إلى أن يجيبه القاضي لطلبه لان في ذلك تحقيق على صحة أو عدم صحة الأقوال هذا الخصم لان من يدعي الحيازة عليه إثباتها وإذا استحال سماع الشاهد فإنه يمكن تأجيل موعد آخر أو ينتقل القاضي لتلقي شهادته وهذا ما نصت عليه المادة 1/ 155 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومنه فالشهادة تعتبر طريق مهما لإثبات الحيازة وبها قد يتحقق للحائز مركز قانوني إذا ثبتت صحتها وانعدم دليل آخر لإثبات الحيازة أو نفيها، ولكن قد تكون غير كافية إذ على القاضي أن ينتقل للمعاينة بنفسه، وسماع المجاورين أو تعيين خبير لإثبات الحيازة عن طريق المعاينة.

كما تعتبر الشهادة طريق من طرق الإثبات المحدودة القوة فإنه يمكن استعمالها كطريق لإثبات الحيازة المادية والبيينة هي أقوال شهود عدول معروفين بالصدق و الأمانة يقررون ما عاينوه أو سمعوه من وقائع، ولذلك فهي تعتبر دليلا مباشرا كمعاينة القاضي ، ومعاينة الخبراء ولكنها اقل منها مرتبة وفي القديم لم يكن هناك فرق يذكر بينها وبين معاينة أهل الخبرة لأن القاضي كان يعرف أكثر أفراد المجتمع ومقدار صدق وأمانة كل واحد منهم، إذا كان يعتمد على شهادة من يثق فيهم، غير أن اتساع المجتمعات جعل القاضي لا يعرف أشخاص الشهود ومقدار اتصافهم بالصدق والأمانة واضطر أن يفترض هذه الصفات في كل الشاهد حتى يقوم الدليل على العكس، إذا تزعزعت الثقة في شهادة الشهود حيث كثر احتمال الكذب وشهادة الزور ومع ذلك ظل القضاء لا يستغني عن الالتجاء إلى البيينة ولذلك قد أولها المشرع الكثير من الضمانات فرسم إجراءات التحقيق وفرض عقوبة مشددة لشهادة الزور، والشهادة تنفرع إلى أنواع إذ توجد الشهادة الشفهية والتي يدلي بها بصفة شفاهية أمام القضاء .

وتكون في شكل تصريح يدلي به بذكر الوقائع التي عرفها معرفة شخصية وقد تكون في شكل مكتوب ولكنها قليلة كالرسائل التي ترسل إلى المحكمة تتضمن ذكر الوقائع المتنازع فيها لكنها لا تستجيب لمتطلبات المادة 158 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص يدلي الشاهد بشهادته دون

الاستعانة بأية مذكرة للقاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو احدهم أن يوجه إلى الشاهد جميع الأسئلة اللازمة.

كما توجد الشهادة المباشرة والتي يقدمها الشاهد على أنها تعتبر عما وقع تحت سمعه أو بصره، أما الشهادة غير المباشرة فهي أن يدلي الشخص بما نقل إليه شخص آخر يكون قد عاين أو شاهد موضوع النزاع.

وتوجد الشهادة بالتسامع وهي شهادة بما يتسامعه الناس وتتناقله من أخبار وهي غير قابلة للتحري.

أما الشهادة العامة فهي ليست شهادة بالمعنى الصحيح، فهي ورقة مكتوبة تحرر أمام موظف رسمي تدون فيها وقائع معينة يشهد بها الشهود معينون يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشهرة العامة، ولم يحدد القانون الجزائري أية قيمة خاصة للشهادات المتداولة حالياً إذ أن قيمتها متروكة لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامة¹.

فالشهادة هي عبارة عن واقعة تهدف إلى إخبار الإنسان أمام القضاء بحق على غيره لغيره²، وتظهر السلطة المقيدة للقاضي في مجال الشهادة في أنه لا يمكنه أن يأمر بها إلا في حالات معينة ورد ذكرها في المواد 333 إلى غاية 336 من القانون المدني ويكون هذا النزاع ملائماً في القضايا المتعلقة بتثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب للتأكد من الحائز الفعلي من خلال سماع الملاك المجاورين وكذا في قضايا تثبيت ملكية الشفيع و لكي يأمر القاضي بهذا الإجراء يستمع إلى الشهود يجب أن يراعي ثلاث فئات من الأشخاص :

الفئة الأولى : تتمثل في الأشخاص الذين لا يجوز سماع شهادتهم كأصل عام وهم أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق.

ولا يجوز كذلك قبول شهادة إخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم ومع ذلك فالأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الأبناء يجوز استدعاؤهم للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق .

¹ بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، طبعة 2 سنة 1988، صفحة 189، 191، 192 .

² محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر صفحة 207. لكن يجوز سماع شهادة الأقارب المشتركين للخصمين على سبيل الاستدلال لأنه لا يتوقع منهم الانحياز لأحد الطرفين على حساب الآخر، وهذا ما ورد في قرار المحكمة العليا رقم 62268 المؤرخ في 15/07/1990، منشور بالمجلة القضائية رقم 03 لسنة 1991 .

ويجوز سماع القصر الذين لم يكتموا الخامسة عشرة دون تحليفهم اليمين.

وكل شخص غير من ذكر تقبل شهادته فيما عدا فاقدى الأهلية"، وقد داء في قرار للمحكمة العليا رقم 74739، المؤرخ في 1991/07/10 ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الاستئناف بسماعهم لأشخاص ذوي قرابة بأحد الخصوم يكونوا قد خالفوا القانون"¹، وهو نفس الشيء الذي ورد في قرار آخر للمحكمة العليا رقم 179557 مؤرخ في 1996/03/17².

الفئة الثانية: وهم الأشخاص الذين لا تسمع شهادتهم إلا على سبيل الاستدلال، وهم الذين لم يكملوا الثامنة عشرة سنة، كما يجوز سماع فاقدى الأهلية للشهادة على سبيل الاستدلال دون أن يحلفوا اليمين

الفئة الثالثة: وهم الأشخاص الآخرين الذين تقبل شهادتهم وتطبق بشأنهم الإجراءات المنصوص عليها قانوناً.

- على القاضي أن يحدد في حكمه الوقائع المراد سماع الشهادة فيها، ويوم وساعة الجلسة المحددة لإجرائه.

وعلى الرغم من جوازية الإثبات بالشهادة قانوناً، غير أنه تبقى السلطة التقديرية بعد ذلك للقاضي في السماح بها أو عدم السماح بها، إذ قد يتبين للقاضي أن الشهادة غير مستساغة فلا يسمح بها بالرغم من أن القانون يجيزها في الإثبات ويرى السنهوري أنه لا يكفي أن يجيز القانون الإثبات بالشهادة في بعض الأحوال، بل يجب أيضاً أن يكون الإثبات بها مستساغاً حسب تقدير القاضي، ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض، غير أنه عليه أن يسبب رفضه تسبباً سائغاً وإلا كان حكمه مشوباً بالقصور³.

هـ - الانتقال إلى المعاينة:

قد لا يكتفي القاضي في بعض القضايا بما يقدمه الخصوم من أدلة و تقارير ولذلك منح له المشرع سلطة الانتقال للمعاينة، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم وذلك طبقاً لنص المادة 146

¹ منشور بالمجلة القضائية لسنة 1993 العدد الثاني، صفحة 31.

² قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 179557 مؤرخ في 17/03/1996.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني الإثبات- آثار الالتزام، الطبعة الثالثة منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2000، صفحة 325.

من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، لأنه مهما بلغ المدعي في وصف المدعى به من دقة قد يبقى وصفه مبهما لا تتجلى فيه صورة المدعى به في ذهن القاضي، وقد يخالفه خصمه في الوصف فلا يهتدى إلى حقيقة الحال، ولذلك قد يرى القاضي ضرورة الانتقال إلى عين المكان لمعاينة ومشاهدة محل النزاع واستخلاص الدليل، وقد يكون طلب الانتقال إلى المعاينة مقدما من طرف أحد الخصوم غير أن القاضي غير ملزم بالاستجابة لطلبه باعتباره رخصة تمنحها المحكمة متى شاءت¹، ويكون ذلك مجديا في قضايا تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب وذلك من خلال معاينة القطعة الارضية محل النزاع والحائز الفعلي وسماع الملاك المجاورين للوقوف على مدى توافر أركان الحيابة المؤدية للتقادم المكسب من عدمها.

تعتبر المعاينة وسيلة إثبات مباشرة وتكون عندما يكون القاضي اعتقاده بلامسته للوقائع ذاتها واستخلاص الدليل من مشاهدته لا مما يقدمه له الخصوم من أقوال ومستندات وبيانات إذ أنه في بعض القضايا قد يكون من الضروري معاينة محل النزاع وفحص حالته لتتمكن المحكمة من تكوين اعتقاد صحيح عن حقيقة النزاع وكيفية استخلاص من وجه الحكم فتعهد إلى الانتقال لتباشر هذه المعاينة والفحص بنفسها، إذ أن المحكمة يمكن أن تكتفي بما يقدمه الخصوم من أدلة أو أن تكلف خبير لمعاينة ولكن ذلك لا يؤدي في الكثير من الأحيان إلى نتيجة مقنعة كما يؤدي الانتقال ذاته، إذ أنه في كثير من القضايا التي انتقلت فيها المحكمة لمحل النزاع ثم إظهار الحقيقة في أقرب وقت وبأيسر نفقة وللمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم أن تقرر الانتقال لمعاينة وهذا ما نصت عليه المادة 146 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولكي تكون الإجراءات الانتقال ونتائجه ثابتة تحرر المحكمة محضرا تبين فيه الأعمال المتعلقة بالمعاينة لوقع عليه القاضي وكاتبه ما نصت عليه المادة 149 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويمكن للقاضي الاستعانة بخبير إذا كان موضوع المعاينة يتطلب معلومات فنية وهذا ما نصت عليه المادة 147 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما يمكنها أيضا سماع شهادة أي شاهد يرى لزوما لسماع أقواله أو يطلب الخصوم سماعه، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة بحضور الشهود إن وجد ضرورة بذلك وهذا ما جاء في المادة 150 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الدار الجامعية 1983 ، صفحة 244.

وأثناء المعاينة للقاضي سلطة تقديرية في سماع شهادة أي شخص يرى لزوما لسماع أقواله أو يطلب الخصوم سماع شهادته، وله اتخاذ الإجراءات التي يراها لازمة وذلك بحضور الشهود، وعند نهاية المعاينة يحرر القاضي محضرا يوقع عليه من طرف الكاتب ويودع في محفوظات قلم الكتاب¹، غير أن عدم تحرير هذا المحضر لا يلحق أي بطلان بالحكم.

وقد جاء في قرار للمحكمة العليا رقم 221117 المؤرخ في 19/05/1982 إذ جاء فيه: "من المقرر قانونا أن الانتقال للمعاينة إجراء تحقيقي قد يأمر به القاضي ليطلع شخصا على مواطن النزاع ويبنى تقديره عليها بعين المكان، ولما كان هو الحاكم، يكفي أن يثبت في حكمه ما شاهده وقدره دون وجوب تحرير محضر بالمعاينة لاقتصار المادة 59 من قانون الاجراءات المدنية سابقا للإشارة إليه دون ترتيب الجزاء على عدم تحريره" وهو ما اكدته المحكمة العليا².

و - القرائن :

إذ أن المشرع يصبو إلى وضع تقييد في الإثبات بالنسبة للتصرفات القانونية لا غير، أما بالنسبة للوقائع المادية فإن الآثار التي تترتب عنها هي خارجة عن نطاق أرادة الطرفين وهي محددة من طرف المشرع بنفسه، وعليه فإنه يمكن الإثبات بالبيينة أو القرائن مهما تكن قيمة النزاع، الوقائع المتعلقة بالحيازة المكتسبة للملكية، أو الوقائع الدالة على انقطاع الحيازة، وكذلك يمكن إثبات قطع التقادم إذا تم بواقعة مادية كالعودة إلى استعمال حق الارتفاق بجميع وسائل الإثبات وقد قرر المجلس الأعلى انه يجوز إثبات الحيازة بجميع الوسائل بما فيها ذلك الإقرار واليمين لان الحيازة واقعة مادية³ وعلى هذا الأساس يمكن اعتماد القرائن القضائية كسبيل لإثبات الحيازة والقرائن القضائية بعكس القرائن القانونية تعتبر إحدى طرق الإثبات أما الأخرى فهي تأتي لإسعاف الخصم الذي وضعت لفائدته بتحقيق عبء الإثبات عنه، أو إعفائه منه .

وتعتبر القرائن القضائية من طرق الإثبات غير المباشر، لأن الدلائل التي يعتمد عليها القاضي لا تثبت بنفسها وجود الواقعة موضوع النزاع ولكنها متصلة اتصالا مختلفا، ترجع إلى القاضي مهمة الكشف عنها وتحديد درجة علاقتها بها باستعمال تفكيره وطرق استنباط ومن ثم فإن القرائن لا تقدم التأكيد المطلق

¹ فاطمة الزهراء تبوب، السلطة التقديرية للقاضي في مادة الإثبات المدني، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود والمسؤولية مقدم بمعهد الحقوق بين عنكون ، جامعة الجزائر، سنة 1996-1997 ، صفحة 42، 43.

² قرار منشور بالمجلة القضائية، العدد الأول لسنة 1989، صفحة 29.

³ عبد الوهاب العشماوي، إجراءات الإثبات في المواد المدنية والتجارية، طبعة 1 عام 1985، صفحة 243.

على ثبوت الحق المدعي به، وقد وضعها المشرع في منزلة الدليل بالبينة، والمجالات التي يستمد منها القاضي مختلف الأدلة لاستخلاص القرينة القضائية هي مجالات متنوعة وغير محدودة والقاضي حر في استخراج أدلته من أي عنصر من عناصر الدعوى ولقد استقر هذا المبدأ، فيستطيع القضاة إسناد قناعتهم على الإمارات التي سيكتشفونها من رجال الدرك أو الشرطة أو في محاضر معاينات المنفذين، أو خبرة باطلة لعيب شكلي.

وبإمكان القاضي أن يعتمد على الأدلة التي يستخلصها من الحكم سابق بين الخصوم والأصل أن القاضي يرجع إلى ملف الدعوى لاستخلاص العناصر التي يراها مناسبة لتكون قرائن قضائية يؤسس عليها حكمه، ولكنه قد يشهدا من وثائق خارجة عن نطاق الخصومة على شرط أن يطلع عليها جميع الخصوم، وأن يكون ورودها إليه بطريق قانوني.

ويمكنه أيضا أن يستمد عناصر القرائن من تصرفات الخصوم وموافقهم أثناء الخصام لإيجاد ما يستند إليه لتوجيه يمين متممة إلى الخصم الذي تفيده تلك التصرفات.

فبعد أن يختار القاضي الواقعة التي يراها أكثر ملائمة للدليل وأيسر في استنباط القرينة المعلومة دليلا على ثبوت الواقعة المجهولة.

وبخصوص المسائل العقارية فإن القرائن العادية في هذه المسائل لا يتكون منها سوى بداية بينة تتطلب الإتمام بوسائل قانونية كإجراء تحقيق على يد القضاة وبكيفية مطابقة لها، وتعتبر أيضا من وسائل الإثبات الوقائع المادية اليمين شخصية منسوبة إلى الخصم أما اليمين المتممة فيمكن توجيهها على الوقائع ليست شخصية له، وإنما يكفي أن يكون قد أحيط بها علما بصفة شخصية ويملك القاضي وحده السلطة توجيه اليمين المتممة ولكن لا يحول دون حق الخصم في تقديم طلبات باقتراح إلى القاضي بتوجيه تلك في نقطة معينة من النزاع، وفي هذه الحالة يحتفظ القاضي بسلطته في قبول أو رفض توجيهها وقد وضع القانون شرطين لتوجيهها وهما:

ألا يكون في الدعوى دليلا كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل.

ومنه فهما ليستا إلا وسيلة تخفيفية الفرض منهما العقوبة قناعة القاضي، وقليل ما يلجأ إليهما القاضي في إثبات الحيابة.

كما يمكن الإشارة إلى أن القاضي يظهر دوره الايجابي في سير الخصومة من خلال انه يمكن له أن يأمر بحضور الخصوم أو احدهم تلقائيا أو بطلب من احد الخصوم وقد يكون هذا الحضور أما شخصيا أمامه ولو كان له محامي كما يمكن أن يكون عن طريق ممثله القانوني فقط، كما يمكن طلب

حضور فاقد الاهلية رفقة ممثله القانوني وكذا الممثل القانوني للشخص المعنوي سواء كان تابع للقطاع العام أو القطاع الخاص، ويفصل القاضي بأمر غير قابل لأي طعن في طلب أحد الخصوم، يكون هذا الحضور في جلسة علنية كما يمكن ان يكون في غرفة مشورة طبقا للقواعد العامة التي تحكم سير الخصومة وإذا ما رفض احد الخصوم الحضور لجلسة التحقيق المحددة من طرف القاضي يمكن له أن يستخلص النتائج من خلال رفض الامتثال¹ وهو ما أشارت إليه المواد 98 ، 99 ، 107 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية .

انطلاقا من هذه السلطات والصلاحيات الممنوحة للقاضي العقاري والمذكورة أعلاه فإن القاضي يعمل في إطارها على فض النزاعات المعروضة عليه والمتعلقة بنقل الملكية العقارية ومن ثمة يخلص إلى إصدار أحكام قضائية تحل محل العقود الرسمية وتنقل الملكية العقارية بين الأفراد على غرار العقود الرسمية التي يصدرها الموثق باعتبارها هي الأصل وهذا ما سوف اتعرض له بذكر نماذج عن هذه الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية في الفصل الموالي :

¹ بريرة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008)، المرجع السابق، صفحة 117 و 118 .

الفصل الثاني :

نماذج عن الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

من البديهي أن القانون ليس مجرد شكل يصاغ وإنما هو في الحقيقة تعبير عن الواقع الاجتماعي والإنساني، الأمر الذي يجعل من هذا الواقع أن يكون مضمون القاعدة القانونية وما يميزها، والتي يعمل القاضي في إطارها على محاولة التوفيق بين الواقع وهذه القاعدة، إذ أن دور القاضي أصبح دور ايجابي في الخصومة المدنية من خلال تركيزها والبت في النزاع وإعطاء لكل ذي حق حقه والفصل في زمن قياسي¹. فالقاضي وإن كان ليس مشرعا إلا أن له من سلطان التقدير بما يسير له أن يجعل أحكام القانون متماشية مع مقتضيات الظروف، خصوصا اذا تعلق الامر بعقار فتكون أحكام القانون بذلك أداة في يد القاضي تطور بها القانون تطورا مستمرا ويواجه بها ما يتغير من ملبسات وأحوال، فمن جهة فهو يفصل في المنازعات بما يتفق وصحيح القانون دون أن تصل هذه الحرية إلى حد وضع نصوص القوانين لأن هذا من صميم اختصاص المشرع وحده دون غيره، ومن جهة أخرى فالقاضي حينما يصدر أحكامه فإنها تصدر منه وفقا لسلطته القضائية فهو يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة وتحقيق غاية العمل القضائي وهي المصلحة العامة وإزالة التجهيل الذي أحاط بالقاعدة القانونية وما تنظمه من مراكز قانونية.

فالسطة التقديرية للقاضي لصيقة ومرتبطة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة، وهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاض إلى آخر فحسب، بل أنها قد تختلف لدى نفس القاضي باختلاف الظروف والأزمنة وكل ما يمكن استخلاصه أن السلطة التقديرية هي مكنة خلقت لمواجهة ظروف تطبيق القانون، وفي هذا الإطار فإنني ارتأيت تخصيص دراستي لسلطة القاضي العقاري في نقل الملكية العقارية ودوره في ذلك من خلال إصداره لأحكام قضائية تحل محل العقود الرسمية وتنقل الملكية العقارية بين الأفراد على غرار العقود الرسمية التي يصدرها الموثق باعتبارها هي الأصل وهذا من خلال عرض نماذج عن هذه الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية كما يلي :

المبحث الأول: الأحكام القضائية المنشئة لنقل الملكية العقارية

المبحث الثاني: الأحكام القضائية المصرحة لنقل الملكية العقارية

¹ محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير إجراءات الخصومة المدنية دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 57 و 58.

المبحث الأول: الأحكام القضائية المنشئة لنقل الملكية العقارية

إن جميع أسباب نقل الملكية تقررت بحكم القانون، فلا تكفي إرادة الافراد منفردة لنقل ملكية عقار ما، إنما يجب ان يتم ذلك في إطار الاسباب التي نص عليها المشرع¹، وعلى هذا فإن التشريع وضع مجموعة من الطرق قد تتحقق إما بإرادة الأطراف أو بقوة القانون أو بتدخل القاضي في إطار فض النزاعات العقارية المعروضة عليه والتي يثار النزاع عليها أي بواسطة الأحكام القضائية المنشئة أو الكاشفة لنقل الملكية العقارية، والحقيقة أنه لا توجد احكام قضائية منشئة أو معدلة أو منهية لحق عيني أصلي لأن الأحكام هي في الأصل مقررة أو مصرحة للحقوق أو ناقلة لا منشأة أو معدلة ومنهية، غير أنه ومع ذلك توجد أحكام قضائية ناقلة للملكية والحقوق العينية، تنشئ في الحقيقة مراكز قانونية جديدة تنقل ملكية العقار أو الحق العيني منها حكم رسو المزاد في بيع العقار²، وهو ما سوف أتطرق له في المطلب الأول والحكم الصادر في تثبيت الشفعة اعرضه في المطلب الثاني كما يلي:

المطلب الأول: الحكم القاضي برسو المزاد العلني في العقار

هناك طائفة من الأحكام القضائية تصدرها الجهات القضائية تخرج عن طبيعتها المألوفة المتعلقة بالفصل في المنازعات المعروضة عليها وإنما تتعدى الى قيام القاضي بنقل الملكية العقارية وهي تختلف وتتنوع بحسب موضوع الطلب القضائي ومن بين هذه الاحكام حكم رسو المزاد العلني في العقار الذي هو عبارة عن بيع لعقار أو حق عيني عقاري يقوم به القاضي العقاري في غالب الاحيان أو أي قاضي آخر يعينه رئيس المحكمة وبعد استيفاء جميع إجراءات رسو المزاد يكتسب الملكية بموجبه ويعتبر هو المشتري لهذا العقار، وهو ما سوف أتطرق له في المطلب الأول وهذا بعرض إجراءات البيع بالمزاد العلني وشروط صدوره بعد أن تم تحديد معناه بدقة من خلال الفصل الأول كما سبق الذكر .

الفرع الأول: أحكام البيع بالمزاد العلني في العقار

أ- إجراءات جلسة البيع بالمزاد العلني في العقار قبل تحديد جلسة البيع بالمزاد العلني يتعين القيام بالإجراءات التمهيدية لبيع العقار والمتمثلة أساسا في إعداد قائمة الشروط والاعتراض عليها وصولا إلى الاجراءات النهائية لبيع العقار في جلسة البيوع العقارية من طرف القاضي المختص والتي تنتهي بحكم

¹ محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية والحقوق المشتقة من حق الملكية ودراسة موازية بالمدونات العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 1994، صفحة 9.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 85 .

رسو المزداد العلني باعتباره سند تنفيذي ينقل الملكية العقارية إلى الراسي عليه المزداد العلني ومثبت للملكية العقارية .

1 - الإجراءات التمهيديّة لبيع العقار بالمزداد العلني :

يعتبر إعداد قائمة شروط البيع أول إجراء يشرع فيه تمهيدا لبيع العقار وعليه فهي عبارة عن ورقة يقوم بتحريها المحضر القضائي بعد انقضاء الآجال المحددة للمدين للوفاء بما عليه من التزامات تجاه الدائن في حالة عدم استجابته لذلك بكل الطرق الودية حيث يودعها بعد ذلك أمانة ضبط المحكمة المختصة¹، وقد قام المشرع في قانون الاجراءات المدنية والإدارية بتحديد كيفية إيداع قائمة شروط البيع إذ يقوم المحضر القضائي بإيداعها لدى امانة ضبط المحكمة المختصة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المحجوز بعد ان يسدد الرسم القضائي المستحق لذلك² المنصوص عليه في القانون 06-2000 المؤرخ في 23-12-2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001 وبعد ذلك يقوم امين الضبط بالمحكمة بتحرير محضر ايداع قائمة شروط البيع الذي يؤشر عليه من قبل رئيس المحكمة المختص إقليميا ثم تسجل في سجل ايداع العقود المختلفة بعد ذلك يمنحها امين الضبط تاريخ الايداع ورقم خاص بها³ لم يتم تحديد ميعاد ناقصا من أجل ايداع قائمة شروط البيع لدى امانة ضبط المحكمة المختصة كما كان عليه الحال بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية القديم الذي كان يحددها بمهلة شهر الموالي لتاريخ تسجيل أمر الحجز إذا لم يقم المدين بالوفاء خلال المدة الممنوحة له للقيام بذلك، إذ يترتب على انقضاء الاجل سقوط الحجز⁴.

ويجب أن تشمل قائمة شروط البيع مجموعة من العناصر تتعلق أساسا بوصف العقار المعروض للبيع ومشتملاته وحدوده وتحديد الثمن الأساسي ولا يكون ذلك إلا بموجب خبرة يعدها خبير مختص حسب نوع العقار أو الحق العيني المعروض للبيع (عقار فلاحى، عمرانى، حضرى، مبنى، أو غير مبنى....)،

¹ حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق، صفحة 256.

² حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 294.

³ المادة 12/737 من القانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، القانون 06-2000 المؤرخ في 30-12-2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2000 جريدة رسمية عدد 80 لسنة 2000 .

⁴ محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر سنة 1986، صفحة 133، حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا لقانون 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، صفحة 293 .

ومن هذا المنطلق سوف أتطرق إلى كيفية تحديد الثمن الاساسي ثم اعداد قائمة الشروط البيع وتبليغها الرسمي والاعتراض عليها .

تحديد الثمن الأساسي للعقار أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع: إن القيام بتحديد الثمن الاساسي الذي ينطلق به بالمزاد العلني يتوقف على اللجوء الى أهل الخبرة والاختصاص في العقارات لتحديد الثمن الحقيقي و الفعلي للعقار المراد بيعه في المزاد العلني حسب السعر المعمول به في السوق لعقار مماثل مع تحديد مختلف الأسس المعتمد عليها في ذلك سيما الواجهة والمساحة والموقع وغيرها ... الخ، وهنا قد يثار التساؤل عن الجهة القضائية المختصة في تعيين الخبير وما تحتوي هذه الخبرة ؟

إن تعيين الخبير يختلف حسب كل حالة فإذا كان العقار محجوزا فإن الخبير يعين من طرف رئيس المحكمة، أما اذا كان مأذونا في بيعه قضائيا من قبل قاضي شؤون الأسرة بالنسبة للبيوع الخاصة بالمفقود وناقص الاهلية أو القاضي المنتدب في حالة الافلاس، أما اذا كان العقار مأمورا ببيعه قضائيا في انهاء حالة الشيوخ فإن الحكم القاضي ببيع العقار بالمزاد العلني الصادر من عند القاضي العقاري للمحكمة الموجود بدائرة اختصاصها موقع العقار (قاضي القسم العقاري) ويكون قد استند على خبرة سابقة يأخذ فيها برأي الخبير إما بالقسمة العينية أو في حالة استحالتها تحديد الثمن الأساسي (الافتتاحي) لبيع بالمزاد العلني .

- تعيين الخبير من طرف رئيس المحكمة بالنسبة للعقار أو الحق العيني العقاري المحجوز: بالنسبة للعقار أو الحق العيني العقاري المحجوز فإن الأصل أن يحدد الثمن الاساسي الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق للعقار والحق العيني العقار المحجوز جملة أو أجزاء من طرف الخبير عقاري ويتم تعيينه بموجب أمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز بعد اثبات إيداع اتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة ويجب على الخبير ايداع تقرير تقييم العقار أو الحق العيني العقاري بأمانة الضبط خلال الاجل الذي يحدده رئيس المحكمة على أن لا يتجاوز هذا الاجل عشرة أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره، ويجب التنكير أنه اذا كان العقار المحجوز قابلا للتجزئة فإن رئيس المحكمة يكلف الخبير بتقييم العقار حسب الاجزاء حتى يحفظ الحق المحجوز عليه في رفع الحجز على باقي العقارات اذا تم تحصيل مبلغ الدين والمصاريف من بيع

أحدها وهذا أفضل من تقييمها وحدة واحدة إلا إذا كانت بطبيعتها لا تقبل التجزئة أو كانت وحدة اقتصادية أو أرضا فلاحية¹.

- بالنسبة للعقار أو الحق العيني العقاري المأذون ببيعه قضائيا: الملاحظ أن المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية عند تحديده للبيوع العقارية الخاصة والتي اصطلح عليها بالبيوع القضائية تكلم عن قائمة شروط البيع ومرفقاتها بالتفصيل، كما أحال في المادة 789 منه الى تطبيق إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة على البيوع العقارية الخاصة ولم يشر إلى من يعود الاختصاص في تعيين الخبير لتقييم العقار وإنما أشار إلى مدلوله عرضه في المادة 783 التي تنص فيها على قائمة شروط البيع ومضمونها تحت رقم 3 أي تتضمن شروط البيع والتمن الاساسي، وعليه لتحديد الثمن الاساسي لا بد من الرجوع الى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 739 أي يعينه رئيس المحكمة بأمر على عريضة وضمن نفس الشروط والآجال المحددة في المادة ولا بد من إستدراك هذه الفراغات عند إعادة النظر في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالإحالة كذلك على باقي النصوص التي تحكم اجراءات البيع بالمزاد العلني وتعميمها على البيوع العقارية الخاصة².

- في حالة البيوع العقارية المملوكة على الشيوخ فإن تعيين الخبير يكون من خلال رفع دعوى قضائية يفصل فيها قاضي الموضوع قبل إنهاء حالة الشيوخ يستعين بأهل الخبرة إذا كان العقار قابلا للقسمة وإن كانت تنقص من قيمته أو تستحيل القسمة العينية فإنه يقترح ببيعه بالمزاد العلني ويحدد الثمن الاساسي الذي اقترحه الخبير ويتخذ مرجعا لافتتاح المزاد العلني.

-**تحديد الثمن الاساسي:** يقوم الخبير بتحديد الثمن الاساسي الذي يبدأ به بيع العقار أو الحقوق العينية العقارية بالمزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق جملة أو على الاجزاء كما لو كان العقار يشمل بناية (مسكن) وأرض شاغرة سواء كانت مستغلة حديقة أو أنها غير مستغلة فيحدد الثمن الاساسي للبنائة وحدها والقطعة الارضية وحدها اذا كانت غير قابلة للتجزئة وان كان في بيعهما معا يحقق أكبر نفع فليكن كذلك والإشكال المطروح عمليا هو لما يكون العقار يتضمن محلا تجاريا به قاعدة تجارية لها شهرة

¹ بو قندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية وإجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والإدارية والقوانين المتصلة، المرجع السابق، صفحة 84 .

² بو قندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية وإجراءاتها وأثرها الناقل للملكية، على ضوء قانون الاجراءات المدنية و الادارية و القوانين المتصلة، المرجع السابق، صفحة 84.

كبيرة تزيد في قيمته فما هو مأل صاحب القاعدة التجارية بعد بيع العقار بالمزاد العلني وهل يحق له البقاء أم يستحق تعويضا استحقاقيا عنها أم يخلي العقار بدون تعويض .

ب- إعداد قائمة شروط البيع تختلف قائمة شروط البيع والوثائق المرفقة بها باختلاف موضوع البيع إذا كان جبريا او قضائيا حسب الحالة:

1- في حالة البيوع الجبرية: إذا لم يتم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال المدة المحددة له ب 30 يوم من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز يقوم المحضر القضائي بتحرير قائمة شروط البيع ويودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المحجوز وفي حالة تعدد العقارات الحقوق العينية العقارية المحجوزة تودع قائمة شروط البيع في أمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها أحد العقارات -مضمون قائمة شروط البيع: يجب أن تتضمن قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المعتادة البيانات المادة 737 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية كما يلي :

- ذكر اسم ولقب كل من الدائنين المقيدين والحاجز المدين والمحجوز عليه وموطن كل منهم وذكر السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه ومبلغ الدين وذكر أمر الحجز وتاريخ تبليغه الرسمي وقيدته وتاريخ انذار الحائز أو الكفيل العيني أن وجد وذكر تعيين العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد تعيينه ولما كان العقار بناية يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات وتحديد شاغل العقار وصفته وسبب الشغل أو أنه شاغر وتبيان شروط البيع والتمن الاساسي والمصاريف وذكر تجزئة العقار إلى اجزاء ان كان في ذلك فائدة افضل عن البيع مع تحديد الثمن الاساسي لكل جزء وتوضيح ترتيب الثمن الاساسي لكل جزء وتوضيح الترتيب الذي سيجرى فيه البيع عند الاقتضاء وأن كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية لا يجوز تجزئتها وبيان المحكمة التي سيتم امامها البيع اذ يؤشر رئيس المحكمة المختص اقليميا على محضر ايداع قائمة شروط البيع ويحدد فيه جلسة الاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع وتاريخ وساعة انعقادهما.

وتجدر الإشارة أنه في حالة ما إذا اعترى البيانات المذكورة نقص أو خطأ فلا يحكم بالإبطال إلا إذا كان ذلك من شأنه أن يؤدي الى التشكيك في حقيقة البيانات الواردة بها ومن الجائز تكملتها ببيانات أخر¹، أما إذا خلت قائمة شروط البيع من احد البيانات كانت قابلة للإبطال بناء على طلب كل ذي

¹ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، صفحة 296 ، احمد ابو الوفا، اجراءات التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 688 و689.

مصلحة خلال أجل اقصاه جلسة الاعتراضات وإلا سقط حقه ويعتبر هذا البطلان بطلان نسبي وليس مطلق كما كان سابقا في قانون الإجراءات المدنية القديم سيما المادة 386 منه ولا يترتب على هذا البطلان بطلان الإجراءات المتخذة في الحجز¹، وقد نصت المادة 737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على البيانات السابقة، غير أن الواقع العملي يبين أنه يجب أن يوضح شاغل العقار والتأشير على محضر ايداع قائمة شروط البيع حسب الترتيب المذكور في المادة وهذه الملاحظات تأخذ في الحقيقة بعين الاعتبار من قبل رؤساء المحاكم بصفتهم هم من يقوموا بمراقبة قائمة شروط البيع وما إذا كانت تتضمن البيانات الجوهرية قبل أن تقدم دفع ذوي المصلحة لأنها تتعلق بالنظام العام، بالإضافة إلى الحاق مرفقات قائمة الشروط البيع والمتمثلة أساسا في نسخة من السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه ونسخة من أمر الحجز ونسخة من محضر التبليغ الرسمي للمحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني إن وجد وشهادة عقارية تتضمن القيود التي حصلت وتاريخ الحجز ومستخرج جدول الضريبة العقارية .

2- في حالة البيوع الخاصة بالمفقود وناقصي الأهلية والمفلس: يجرى بيع العقارات أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني للمفقود وناقص الأهلية والمفلس حسب قائمة شروط البيع تودع بأمانة ضبط المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها العقار يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم بالنسبة للمفقود والبالغ ناقص الأهلية أو الوصي أو الولي بالنسبة لناقص الأهلية القاصر أو البالغ المحجوز عليه أو بعدها وكيل التفليسة بالنسبة للمفلس حسب الحالة :

- مضمون قائمة شروط البيع يتعين أن تتضمن هذه القائمة البيانات الآتية:

الإذن الصادر بالبيع سواء قاضي شؤون الأسرة بالنسبة للولي والوصي والمقدم والقاضي المنتدب بالنسبة لوكيل التفليسة وتعين العقار أو الحق العيني العقاري تعينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الارضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد تعينه وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات، شرط البيع والثلث الاساسي وتجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك مع تحديد الثلث الاساسي لكل جزء كما في حالة بيع منابات قاصر أو مفقود أو مفلس في عقار مشاع فهي تعتبر جزء من الكل وبيان سندات الملكية .

وما يلاحظ أن المادة 783 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية نصت على البيانات التي تذكر في قائمة شروط البيع بالنسبة للبيوع الخاصة بالمفقود وناقص الأهلية والمفلس غير أنها لم تذكر بعض

¹ حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، صفحة 271 و272.

البيانات التي سبق واشترطها في حالة البيع الجبري ومنها تحديد الشاغل العقار وصفته أو أنه شاغر وكذلك المصاريف وبيان المحكمة التي سيتم أمام البيع، والتي من الضروري ذكرها سيما ما يتعلق بتحديد شاغل العقار وصفته وسبب الشغل لأنه تترتب عليه آثار عند الأمر بإخلاء العقار وتسليمه للرسي عليه المزاد، كما يجب ان ترفق قائمة شروط البيع فهي مستخرج جدول الضريبة العقارية ومستخرج من عقد الملكية والإذن بالبيع عند الاقتضاء والشهادة العقارية.

3- في حالة بيع العقارات المملوكة على الشيوع: لقد نصت المادة 786 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه يجب أن تشمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 اعلاه على ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم ويرفق فضلا عن الوثائق المذكورة في المادة 784 اعلاه ونسخة من الحكم أو القرار الصادر بالبيع.

-مضمون قائمة شروط البيع: تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية:

الاذن الصادر بالبيع المذكور في المادة 784 يستبدل بالسند التنفيذي القاضي بالبيع (الحكم أو القرار) وضرورة تعيين العقار أو الحق العيني العقاري تعينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقم الاجزاء العقارات وشروط البيع والثلث الاساسي وتجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك مع تحديد الثمن الاساسي لكل جزء وبيان سند الملكية ومرفقات قائمة الشروط ترفق مع قائمة الشروط البيع بمستخرج جدول الضريبة العقارية، مستخرج من عقد الملكية، الشهادة العقارية، نسخة من الحكم أو القرار الصادر بالبيع.

ج- التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع والاعتراض عليها: لما كانت قائمة شروط البيع هي الأساس التي يبنى عليه البيع بالمزاد العلني وهي التي تتضمن كافة البيانات المتطلبية قانونا التي سبق تفصيلها كما أوجب المشرع ضرورة تبليغها رسميا الى اطراف محددة وذلك خلال اجل 15 يوم الموالية لايداها طبقا للمادة 740 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ونشر مستخرج من قائمة شروط البيع لتمكينهم من تقديم الاعتراضات المحتملة وهو ما سوف أتطرق له كما يلي :

أ- التبليغ الرسمي ونشر مستخرج عن قائمة شروط البيع: إن التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع يختلف باختلاف محل البيع بالمزاد العلني أي ما اذا كان العقار محجوزا أو مأدونا ببيعه قضائيا أو مرخصا ببيعه قانونا بالنسبة للأشخاص الواجب تبليغهم ويتفق من حيث أجال التبليغ ونشر مستخرج قائمة شروط البيع والاعلان عنها، فنبين أولا مختلف أنواع التبليغ الرسمي حسب محل البيع ثم أجال التبليغ الرسمي حسب

محل البيع ثم آجال التبليغ الرسمي مع ضرورة اتباع أحكام التبليغ الرسمي المنصوص عليها في المواد 406 الى 416 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

-الأشخاص الواجب تبليغهم رسميا:

في حالة البيوع الجبرية: يجب على المحضر القضائي أن يبلغ رسميا الاشخاص الآتية اسمائهم: المدين المحجوز عليه والكفيل والحائز للعقار أو الحق العيني العقاري إن وجد والمالكين على الشيوخ إن كان العقار أو الحق العيني العقاري مشاعا والدائنين المقيدون كل بمفرده وبائع العقار أو مقترض ثمنه أو الشريك المقاسم والمقايض به إن وجد¹ وفي حالة الوفاء يكون التبليغ الرسمي إلى الورثة هؤلاء بصفة جماعية دون تحديد الاسماء والصفات في موطنهم فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفى² وهو ما أكدته المادة 740 فقرة اخيرة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

في حالة البيوع الخاصة بالمفقود وناقص الأهلية والمفلس: يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن ايداع قائمة البيع إلى الدائنين وأصحاب التأمينات العينية والنيابة العامة وإخطار النيابة العامة الذي هو في الحقيقة مستمد من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة لأنها تخطر بقضايا حالة الاشخاص التي فيها حماية لناقصي الأهلية والإفلاس والتسوية القضائية وكذا إخطار المالكين على الشيوخ إن كان محل البيع مناب في عقار أو عقار مملوك على الشيوخ .

في حالة العقارات المشاعة: يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن ايداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين اصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوخ وكان من المفروض إضافة إلى تبليغ الدائنين العادين الذي سبق الإشارة ان لهم الحق في الاعتراض على قسمة العقار الشائع وعلى بيعه في المزاد العلني ويبلغون اعتراضهم إلى كل شريك في الشيوخ .

آجال التبليغ الرسمي ونشر تعليق مستخرج من قائمة شروط البيع: حتى يحقق التبليغ الرسمي غايته المتمثل في تمكين الأشخاص المبلغين بقائمة شروط البيع من تقديم اعتراضاتهم المحتملة فقد حدد القانون اجلا للتبليغ الرسمي، كما حدد اجلا لنشر مستخرج عن قائمة شروط البيع .

-من خلال استقراء النصوص المتعلقة بقائمة شروط البيع يتبين ان اجل التبليغ الرسمي يكون خلال 15 يوم الموالية لإيداع قائمة شروط البيع أي أن آجل التبليغ الرسمي يكون خلال 15 يوم الموالية لايداع قائمة

¹ حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري، المرجع السابق، صفحة 273.

² حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 298.

شروط البيع لأشخاص المفصلين سابقا حسب نوع كل بيع وهذا الأجل نصت عليه المادة 740 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التابعة للبيوع الجبرية، أما البيوع العقارية الخاصة للمفقود وناقص الأهلية والمفلس والبيوع العقارية المملوكة على الشيوخ وبيع العقارات المثقلة بتأمين عيني بطلب من مالكيها فإن نصوص المواد 785 و787 والمادة 788 فقرة 2 من نفس القانون لم تحدد أجل لكن نصت على أن يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع للأشخاص المبيينين سابقا ولهم الحق في طلب الغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة عند الاقتضاء طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونستشف من ذلك أن أجل التبليغ هو 15 يوم الموالية لإيداع قائمة شروط البيع .

- **اجل نشر وتعليق مستخرج من قائمة شروط البيع:** طبقا للمادة 748 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يقوم المحضر القضائي بعد ايداع قائمة شروط البيع بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الاعلانات بالمحكمة خلال 8 أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة وترفق صورة من الإعلان في الجريدة ونسخة من محضر التعليق مع التنفيذ ويجوز لكل شخص الإطلاع على قائمة شروط البيع في مكتب المحضر القضائي أو في أمانة ضبط المحكمة، وبما أن الغرض من التبليغ والنشر والتعليق بالنسبة لمستخرج قائمة شروط البيع عن طريق الاعتراض عليها ولما كانت هذه المكنة صريحة عندما نص القانون في التبليغ الرسمي لاستعمال الحق الاعتراض فإنه لم ينص صراحة في نشر وتعليق مستخرج قائمة شروط البيع بأنها تتمكن من حق الاعتراض لأنها جاءت في القسم التاسع في اجراءات البيع بالمزاد العلني وليست في القسم السابع والثامن .

- **يوجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 737 منه على المحضر القضائي تسجيل أمر الحجز خلال الشهر الموالي إذا لم يقم المدين بالوفاء، كما يقوم بتحرير قائمة شروط البيع ويودعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة إقليميا بالبيع .**

وتجدر الإشارة أن المصلحة من قائمة الشروط هي فتح المجال لكل الناس للدخول إلى المزايدة من جهة ومن جهة بيع العقار بأعلى ثمن، وبهذا يجب أن لا تتضمن شروط مخالفة للنظام العام والآداب العامة، ومثال ذلك منع أحد المزايدين من الدخول في المزايدة بدون مبرر، الإذن لشخص يمنعه القانون من الدخول في المزايدة، إدراج شروط تخل بالمساواة بين الدائنين.

- **وقد نصت المادة 737 في الفقرة ما قبل الأخيرة عن الجزاء المترتب في حالة تخلف أحد بيانات هذه القائمة بأن تكون قابلة للإبطال بناء على طلب كل ذي مصلحة، وذلك خلال أجل أقصاه جلسة الاعتراضات، وإلا سقط حقه في طلب الإبطال عكس قانون الإجراءات المدنية فلم يكن يترتب أي جزاء،**

والملاحظ أن بطلان قائمة شروط البيع لا يعني بطلان إجراءات الحجز السابقة لها بل يقتصر عليها، لأنه لا يوجد نص يقرر ذلك، وأيضاً لأن المصلحة ليست تقرير البطلان، وما يعزز ذلك نص المادة 737 في فقرتها الأخيرة، والتي يتبين منها أنه إذا ما تم التمسك بإبطال القائمة وتم فعلاً إلغائها، فإنه يعاد تجديدها على نفقة المحضر القضائي لأنه هو المتسبب بخطئه في إغفال هذه البيانات، وبهذا فهي تقصر البطلان على هذه القائمة دون أن يتجاوزها لغيرها من الإجراءات.

د - إيداع القائمة و الإعلان بهذا الإيداع بعد ان يقوم المحضر القضائي من الانتهاء من تحرير قائمة شروط البيع، يقوم بإيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة فإذا تعددت العقارات محل الحجز، فإن الإيداع يتم بأي أمانة ضبط يوجد فيها أحد هذه العقارات. والملاحظ أن المشرع في المادة 737 لم ينص على أي جزاء على عدم احترام المحضر القائم بالتنفيذ للميعاد المحدد لإيداع قائمة شروط البيع ولا يرتب أي أثر قانوني عن تجاوزه سواء بالبطلان أو غيره كما في بعض القوانين كالمشرع المصري الذي يوجب في المادة 414 من قانون المرافعات إيداع هذه القائمة خلال 90 يوماً من تاريخ تسجيل التتبيه بنزع الملكية، تحت طائلة سقوط التسجيل بقوة القانون واعتباره كأن لم يكن¹ وقد حددت هذه المدة في التشريع اللبناني بـ 8 أيام من تاريخ تسجيل محضر وصف العقار دون تحديد الجزاء المترتب على عدم احترام هذا الميعاد، ولذا ذهب البعض أن مخالفة هذا الميعاد ترتب بطلاناً نسبياً في حين ذهب البعض لاعتبار هذه المدة هي مهلة تنظيمية فقط، وأن من يقوم بإعداد دفتر الشروط إنما يمارس واجباته الوظيفية باتخاذ أعمال إجرائية ضرب لها المشرع ميعاداً تنظيمياً للربط بينها وبين الإجراءات الأخرى لصالح الخصوم فلا يجب أن يضاروا بذلك بالقول بأعمال جزاء السقوط أو البطلان، وبهذا فلا يعدو أن يكون الميعاد تنظيمياً قد ينتهي إلى توقيع جزاء مالي أو إداري على المخالف².

- ويقع على المحضر القضائي التزام آخر عند إيداع قائمة شروط البيع تقديم عدد من المرفقات، تعتبر مكملة للقائمة وذلك بغرض تمكين ذوي الشأن من التأكد عند الإطلاع على هذه القائمة من صحة البيانات الواردة فيها، وإذا كان المشرع الجزائري لم ينص على الوثائق أو المستندات التي يتوجب إرفاقها بالقائمة في ظل قانون الإجراءات المدنية القديم فإنه تدارك ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 738 وهي:

¹ أحمد مليجي، التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بأراء الفقه وأحكام النقض، المرجع السابق، صفحة 765.

² أحمد خليل، اصول التنفيذ الجبري، دار الجامعية الإسكندرية، سنة 2000، صفحة 428.

- نسخة من السند التنفيذي التي تم بمقتضاه الحجز والعلة من ذلك هي التأكد من صحة إجراءات التنفيذ كما وأنه من خلال الإطلاع عليه يمكن تقديم الملاحظات والاعتراضات ونسخة من أمر الحجز ويجب أن يرفق بالقائمة محضر التبليغ الرسمي للمحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني إن وجد وذلك لتمكين كل من له مصلحة من مراقبة هذه الأوراق والبيانات التي تتضمنها ومقارنتها بتلك التي في القائمة أو لأجل الاعتراض عليها و شهادة عقارية تتضمن جميع القيود الموجودة على العقار والتي حصلت إلى تاريخ الحجز وبهذا تتم معرفة الدائنين المرتهنيين والذين يجب تبليغهم بقائمة الشروط إن وجدوا، ويتم تحديد وتعيين الدائنين الذين يجب إشراكهم في إجراءات البيع وتحديد ديونهم¹ وبهذا يجب تبليغهم ومستخرج جدول الضريبية العقارية وذلك للتحقق من صحة تقدير الثمن الأساسي لبيع العقارات أي مدى مطابقة الثمن الأساسي الذي تم تقديره مع حقيقة الواقع.

ويثبت إيداع قائمة شروط البيع ومرفقاتها بمحضر يحرر لدى أمانة ضبط محكمة التنفيذ وهي التي حصل فيها الإيداع، وطبقاً للمادة 737 يقوم رئيس المحكمة بالتأشير على هذا المحضر ويحدد فيه جلسة للاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع و تاريخ و ساعة انعقادهما.

وبعد تحرير وإيداع قائمة شروط البيع أوجب القانون إخبار بعض الأشخاص وذلك بتوجيه إنذار بالإطلاع عليها، خلال 15 يوم التالية لإيداع قائمة شروط البيع وهذا ليتمكنوا من إبداء ملاحظاتهم واعتراضاتهم، وهؤلاء الأشخاص حددتهم المادة 740 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما سبق ذكرهم أعلاه.

والملاحظ أنه إذا وجد بين الدائنين بائع العقار أو أحد المقايضين به أو الشريك المقاسم، فإن التبليغ الموجه له يتضمن إنذار بسقوط حقهم في فسخ البيع أو إعادة البيع بالمزاد العلني إذا لم يرفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن أولم يقدم الطلب بإعادة البيع بالمزاد العلني، ولم يدون ذلك في ذيل قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل²، ويترتب على هذا الإنذار أن يصبح جميع الدائنين الذين سبق توجيه الإنذار لهم أطرافاً في الإجراءات، فإذا لم يتم توجيه الإنذار بالإطلاع على قائمة الشروط لذوي الشأن أو ورثتهم فلا يجوز الاحتجاج بالتنفيذ عليهم.

¹ أحمد خليل، اصول التنفيذ الجبري، المرجع السابق، صفحة 429-430.

² المادة 745 من القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية.

ولم يكتف المشرع بالإعلان الخاص بالأشخاص المذكورين في المادة 737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإنما أوجب الى جانب ذلك إعلان عام للجميع يتم عن طريق النشر والتعليق وذلك خلال 8 أيام التالية لآخر إخبار بإيداع القائمة¹، ويكون لكل شخص الإطلاع على قائمة شروط البيع سواء بأمانة ضبط المحكمة أو لدى المحضر القضائي، وذلك طبقاً لأحكام المادة 748 من نفس القانون وبهذا يظهر الغرض من الإعلام العام هو كفالة حق الاعتراض على القائمة لكل شخص غير من يوجب القانون إخبارهم، فلكل شخص الإطلاع على القائمة ولا يتطلب صفة معينة لهذا الإطلاع ولا يتطلب إثبات مصلحة معينة، وله إبداء ما أوجه الاعتراض ولكن بالرجوع للقسم الثامن من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المتعلق بالاعتراضات ووقف بيع العقار فإن المادة 742 حددت أن الاعتراضات تقدم من طرف الأشخاص المشار لهم في المادة 740 أو ورثتهم قبل جلسة الاعتراضات ب3 أيام على الأقل، دون الإشارة للاعتراض الذي قد يثار من غير هؤلاء الأشخاص، مما يدعو للقول بأن الاعتراض المقدم من الأشخاص المشار لهم في المادة 740 أو ورثتهم مربوط بأجل معين، إذا لم يقدم الاعتراض خلاله، سقط الحق في التمسك به.

هـ - **الاعتراض على قائمة شروط البيع** لقد استوجب القانون عند إيداع قائمة شروط البيع القيام بتوجيه إنذار بالإطلاع عليها، للأشخاص المشار إليهم في المادة 742 أو ورثتهم، والغرض من ذلك هو تمكينهم من فرصة إبداء اعتراضاتهم وملاحظاتهم حول ما احتواه دفتر الشروط، وهذا عند إيداع قائمة شروط البيع يقوم رئيس المحكمة بالتأشير في محضر إيداع هذه القائمة، كما ان الغرض من ذلك هو تطهير الاجراءات من كل العيوب إلي قد تشوبها وذلك بتصفيتها من كل نزاع قد يشار قبل الوصول الى جلسة البيع بالمزاد العلني لأن هذه الاخير لا يكون إلا بعد صدور احكام نهائية في هذه المسائل² ويتم تحديد في محضر الإيداع جلسة للاعتراضات بتحديد ساعة وتاريخ انعقادها، كما يحدد جلسة لاحقة للبيع يضمه أيضاً تاريخ وساعة انعقادها، وباعتبار أن لكل طريق من طرق التنفيذ عوارضه التي تحول دون تحقيق لآثاره القانونية سواء بشكل مؤقت أو نهائي، ويرى البعض أن الاعتراض على قائمة شروط البيع كاصطلاح قانوني له معينان :

¹ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 300.

² حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 300 و 301، احمد مليجي، التنفيذ وفقاً لنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها بأراء الفقه وأحكام النقض، المرجع السابق، صفحة 835 و 836 ، حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري ، المرجع السابق، صفحة 277.

أولهما: شكلي وهو الوسيلة القانونية التي تستعمل في إيداء المنازعات، أو الإجراء الذي تقدم به الملاحظات ووجوه الاعتراض التي يبدي بها صاحب المحصلة عدم رضاه عن شروط القائمة أو إجراءات التنفيذ. وثانيهما: موضوعي يقصد به ذات المنازعة في إجراءات التنفيذ أو فيما تضمنته القائمة من شروط¹. ولا ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التمسك ببطلان إجراءات التنفيذ على العقار عن طريق إيداء الاعتراض على قائمة شروط البيع ولعل غرض المشرع الجزائري في المادة 643 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد أجاز للمدين المحجوز عليه أو لكل ذي مصلحة رفع دعوى أصلية ببطلان إجراءات التنفيذ أو الحجز، وبالتالي زوال ما ترتب على ذلك من آثار إذا كان هذا الإجراء قابلاً للإبطال، وذلك عن طريق دعوى استعجالية ضد الحاجز والمحضر القضائي خلال أجل شهر واحد من تاريخ الإجراء، تحت طائلة سقوط حقهم في طلب الإبطال وبالتالي يعتبر هذا الإجراء صحيحاً.

- وبهذا فالاعتراض هو منازعة في التنفيذ حدد لها المشرع قواعد استثنائية لرفعها، ولها معيار خاص ويتولد عن هذه المنازعة خصومة ذات شكل خاص، تؤدي لو صحت لتعديل شروط البيع، ولا ينص قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما إذا كان لهذا الاعتراض أثر موقف على إجراءات البيع، كما أن المادة 743 في معرض سردها لوقف البيع، لم تذكر الاعتراض على دفتر الشروط كسبب لوقف إجراءات البيع، وفي القانون المصري فإن هذه الخصومة من شأنها أن تؤدي إلى وقف إجراءات البيع حتى يفصل فيها بحكم نهائي إذ لو صحت لأدت لبطلان التنفيذ أو تعديل شروط البيع².

- وقد حدد المشرع في المادة 742 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طريقاً خاصاً للاعتراضات وحدد قواعد خاصة لترحها.

الفرع الثاني: بيع العقار بالمزاد العلني بالجلسة

بعد منح أصحاب الحق امكانية إيداء ملاحظاتهم واعتراضاتهم على قائمة شروط البيع وبعد الفصل فيها قام المشرع بتنظيم إجراءات بيع العقار بالمزايدة فيوجب الإعلان عنه وتنظيم إجراءات المزايدة، الى غاية صدور الحكم القاضي بإيقاع هذا البيع وقيده والملكية التي تنقل للمشتري بمقتضى هذا التسجيل.

أ- جلسة البيع و إجراءات المزايدة بعد الانتهاء من القيام بتمهيد العقار للبيع يتم تحديد جلسة المزايدة لبيع العقار ويتم ذلك عن طريق الإعلان عنها ضمن قائمة شروط البيع وتجري المزايدة بجلسة المحكمة

¹ أحمد مليجي ، اختصاص الغير، دار الكتاب الحديث القاهرة، الطبعة الثانية، دون سنة النشر، صفحة 835-836.

² أحمد خليل، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر ببيروت، سنة 1994 صفحة 438.

التي تمت فيها اجراءات البيع (التنفيذ) وهي محكمة وجود موقع العقار في التاريخ والمكان المحددين لها لتبدأ إجراءات المزايدة العلنية التي تقدم فيها العروض وتنتهي برسو المزداد على من يقدم أعلى عطاء.

1- جلسة البيع: يتم بيع العقار المحجوز بإتباع إجراءات المزايدة ضمن جلسة علنية يتم تحديد تاريخ ومكان انعقادها من طرف رئيس المحكمة في محضر إيداع قائمة شروط البيع وذلك طبقاً للمادة 737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بيد أنه في حالة عدم تحديد هذه الجلسة يكون عن طريق قيام المحضر القضائي أو أي طرف في الحجز بالتقدم بطلب إلى رئيس المحكمة المختص والذي يصدر أمراً على عريضة بتحديد تاريخ و مكان جلسة البيع بالمزاد العلني، غير أن هذا الأمر لا يصدر إلا بعد أن يقوم رئيس المحكمة بالتأكد من أنه قد تم الفصل في جميع ما عرضه من اعتراضات وهذا طبقاً للمادة 747 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك أن الاعتراض على قائمة شروط البيع يعتبر منازعة في صحة الإجراءات وينجر على تقديمه وقف إجراءات البيع الى غاية البت فيه وبالفصل في هذه الاعتراضات يصبح العقار مهياً للبيع بالمزاد العلني، والأصل أن البيع يجري بمقر المحكمة، إلا أنه قد يكون من المصلحة إجراء البيع في مكان آخر وبهذا يجب أن يتضمن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة هذا المكان وذلك بناء على طلب يتقدم به الدائن الحاجز أو المدين أو حتى من كل ذي مصلحة¹.

وعلى هذا يجري بيع العقار في الجلسة المحددة لذلك غير أنه عدم تقديم طلب سابق للبيع فليس للقاضي أن يقوم بالبيع في اليوم المحدد له من تلقاء نفسه وإلا وقع هذا البيع باطلاً، وذلك لأن المشرع يفترض أن عدم طلب البيع يجعل فرضية اتفاق أصحاب الشأن على ترك الإجراءات بسبب الوفاء أو تأجيلها لمزيد من التفاوض على التسوية أو لانتظار وقت أكثر ملائمة للبيع، فما دام أن جميع أصحاب الشأن يملكون طلب البيع ولم يتقدم أحدهم بذلك فمن الأفضل ألا يتم البيع وإن حل يومه، وحتى تتعقد جلسة البيع لا بد أن يسبقها إعلان عن البيع يقوم به المحضر القضائي لأطراف التنفيذ وكذا للجمهور الراغبين في الشراء.

أولاً: إخبار أطراف جلسة البيع: تنص المادة 747 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المحضر القضائي إخطار جميع الدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد بتاريخ وساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني في مهلة 8 أيام قبل انعقاد جلسة المزايدة على الأقل²، غير أنه لم

¹ أحمد هندي، أحمد خليل قانون التنفيذ الجبري - دار المطبوعات الجامعية، 1999، صفحة 505 .

² حمدي باشا عمر ، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 306.

تشر المادة الى الجزاء المترتب في حالة عدم إخبارهم بهذا الموعد. والأصل أن هؤلاء الأشخاص ليسوا بحاجة إلى معرفة تاريخ البيع أو حتى شروطه ذلك أن التبليغ الموجه إلى أطراف التنفيذ أو الأشخاص الذين حددتهم المادة 740 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يغني عن إعلامهم لاحقا بجلسة البيع لأن البيع يتضمن تاريخ وساعة البيع بالمزاد العلني.

ثانياً: الإعلان العام للجمهور عن البيع بالمزاد العلني للعقار بعد أن يتم إخبار ذوي الشأن باليوم المحدد للبيع ومكانه يجب أن يتم إعلان الجمهور لكي يزيد عدد المشتركين في المزايمة ويقع التنافس للحصول على أعلى سعر للبيع¹ فقد أوجب قانون الاجراءات المدنية والإدارية في المادة 748 المحضر القضائي بعد إيداع قائمة شروط البيع القيام بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة وذلك خلال 8 أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة وترفق صورة من الإعلان في هذه الجريدة ونسخة من محضر التعليق في ملف التنفيذ وبهذا يجب على المحضر القضائي ان يقوم في اجل 30 يوم قبل جلسة المزايمة على الأكثر و20 يوم على الأقل بتحرير مستخرج عن البيع من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع ويكون موقعا من طرفه ويقوم بنشر الإعلان عن البيع على نفقة طالب التنفيذ ويتضمن هذا المستخرج المراد إعلانه فضلا عن البيانات المعتادة ما حددته المادة 749 من بيانات، وبهذا فإن الإعلان عن البيع بالمزاد العلني للحضور يتم عن طريق التعليق والنشر ويثبت ذلك بتقديم صورة من الجريدة أو تأشيرة الموظف المؤهل لذلك طبقا المادة 750 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الأمكنة التي يتم التعليق والنشر بها.

ثانياً: إجراءات المزايمة: يقصد بالمزايمة تلك العملية التي يعرض فيها المزاد بالزيادة في الثمن وتفتح المزايمة بالجلسة ويجري البيع بالمزاد العلني طبقا لما نصت عليه أحكام المادة 753 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض وغالبا ما يكون في جميع المحاكم تقريبا قاضي القسم العقاري وتكون بحضور المحضر القضائي وأمين الضبط وحضور الدائنين المقيدون والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد أو بعد إخبارهم بثمانية أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة وحضور عدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة أشخاص أي الاشخاص الذين يرغبون

¹ نبيل عمر، أحمد هندي، التنفيذ الجبري قواعد وإجراءاته، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2003، صفحة 658.

في شراء العقار محل البيع بالمزاد العلني¹، وتتعدد الجلسة بمقر المحكمة التي أودعت فيها شروط البيع في التاريخ والساعة المحددين لذلك وبهذا فان مسألة الخلاف حول الاختصاص النوعي للمحكمة التي تباشر فيها إجراءات البيع أصبحت لا تثار ومرد هذا الخلاف سابقا هو غموض النصوص القانونية الواردة في من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتناقضها مع نص المادة الثامنة إذ تنص على اختصاص المحاكم المنعقدة بمقر المجالس القضائية فيما يتعلق بالحجز العقاري دون التطرق لبيعه قضائيا²، ويفهم من ذلك أن اختصاصها ينحصر في الحجز دون البيع.

إذن وفي التاريخ المحدد تفتح جلسة البيع وتتم إجراءات البيع بالمزاد تحت إشراف القاضي حيث يتأكد قبل الأمر بافتتاح المزاد العلني من حضور أو غياب أطراف الحجز ومدى إتمام إجراءات التبليغ الرسمي للأشخاص الذين يوجب القانون إنذارهم وإعلان البيع بالتأكد من إتمام إجراءات النشر والتعليق، كما يفصل في طلبات إغائها إذا ما سبق تقديمها كما يفصل في طلبات التأجيل المقدمة من أطراف الحجز، كما يتأكد من مدى توافر النصاب من المزايدين ويقوم بتحديد مصاريف إجراءات التنفيذ بما فيها أتعاب المحضر والتي تقدم بعريضة تفصيلية من طرف المحضر القضائي أو من طرف أحد الدائنين ويعلن تقديره لها قبل افتتاح المزايدة حتى يكون المزايدون على بينة من المصاريف التي يتحملونها³، وهو ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 336634 الصادر 2006-07-19⁴، بالإضافة إلى الثمن وهذا طبقا للمادة 754 وبعد التأكد من أن كل الإجراءات صحيحة يأمر الرئيس بافتتاح المزاد وينوه بشروط البيع ونوع العقار أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع والثمن الأساسي للبيع والرسوم والمصاريف ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار وفي كل الأحوال يجب ألا يقل هذا المبلغ عن 10 آلاف دج في كل عرض يقدم عن العرض الذي قبله ويحرر رئيس المحكمة محضرا يضمنه كل البنود⁵، ومعنى ذلك فإن الرئيس يحضر تقرير يتضمن البنود المذكورة وتبدأ جلسة المزايدة بالمناداة في الجلسة ولكل شخص أن يتقدم لشراء

¹ ذيب عبد السلام، قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، طبعة ثانية منقحة ومزودة، تقديم وزير العدل حافظ الاختام طيب بلعيز موفم للنشر الجزائر سنة 2011، صفحة 405، العربي شحط عبد القادر طرق التنفيذ المرجع السابق، صفحة 137، حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 309.

² ليلي زروقي، اجراءات الحجز العقاري الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر سنة 2001، صفحة 31 .

³ ذيب عبد السلام، قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد، المرجع السابق، صفحة 405، بريارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 254، العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 137.

⁴ قرار المحكمة العليا رقم 336634 الصادر في 2006-07-19 مجلة قضائية عدد 1 سنة 2007 صفحة 223.

⁵ بريارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 252 .

العقار بنفسه أو بوكيل عنه شريطة أن تكون وكالته خاصة¹، كما يشترط في المزايدين المتقدمين للشراء أن تتوفر فيهم أهلية الاشتراك في المزايدة أي توافر شروط صحة الرضا وهي أن تكون الأهلية كاملة والإرادة خالية من العيوب ويمكن أن يتقدم لشراء العقار بنفسه أو بواسطة وكيل عنه لكن بشرط تقديم وكالة خاصة وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 15-11-1994²، وألا يكون ممنوعاً من الشراء بحكم وضعه أو مهنته الموكلة له في عملية المزايدة وقد حددتهم المادة 645 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهم: القضاة الذين نظروا القضية والمحضرون القضائيين ومحافظو البيع المعنيون بالتنفيذ وأمناء الضبط الذين شاركوا في الإجراءات والمحامون الممثلون للأطراف والوكلاء الذين باشروا الإجراءات باسم المدين أو بواسطة غيرهم، كما لا يمكن للمدين المحجوز عليه طبقاً لنفس المادة المشاركة والدخول في المزاد لأنه لا يمكن أن يكون بائعاً ومشترياً في آن واحد زيادة على أنه يستطيع أن يتفادى التنفيذ على العقار ونزع ملكيته وذلك عن طريق تسديد قيمة الدين الذي يجري التنفيذ اقتضاء له عن طريق الإيداع والتخصيص فإذا دخل أحد هؤلاء الأشخاص المزاد كان البيع قابلاً للإبطال وذلك إذا طلبه من له مصلحة في ذلك كما تجب نفس المادة للدائن الاشتراك في المزاد فإذا دخل المزاد دائن ورسا عليه المزاد وكان مبلغ دينه ومرتبته مع بقية الدائنين تبرران إعفائه من دفع الثمن المبيع وفقاً لنص المادة 757 من قانون الإجراءات المدنية يقرر الرئيس اعتبار دينه ثمناً للبيع طبقاً للمادة 759 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما حائز العقار المحجوز فيجوز له دخول المزايدة شريطة ألا يعرض ثمن أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه (925 قانون المدني) فإذا رسا المزاد على الحائز نفسه ولو كان ذلك بعد اتخاذ إجراءات التطهير أو التخلية أعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الأصلي ويتطهر العقار من كل حق مقيد إذا دفع الحائز الثمن الذي رسا به المزاد أو أودعه³، أما بالنسبة للكفيل العيني فإنه فيرى البعض بعدم امكانية دخوله المزاد فهو مثل المدين لأن العقار المنفذ عليه يدخل ضمن ملكه المثقل بالحق الذي يجري التنفيذ اقتضاء له وإن كان هناك طائفة أخرى ترى رأي يرى جواز دخول الكفيل العيني للمزايدة بحجة انه يسأل مسؤولية محددة بقيمة العقار فان هو اشترى العقار ودفع الثمن لم يبق للدائن من حق عليه⁴ وتبدأ العروض

¹ أحمد أبو الوفاء، اجراءات التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 520 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 15-11-1994 رقم 110096 المنشور بالمجلة القضائية عدد 3 سنة 1994 صفحة 79.

³ المادة 926 من القانون المدني .

⁴ أحمد أبو الوفاء، اجراءات التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 522 .

ويسقط العرض بعرض أعلى منه ولو كان العرض اللاحق باطلاً أي أن كل عرض يكون مستقلاً تماماً عن غيره من العطاءات الأخرى ولا يعتبر أي عرض مبني على العرض السابق عليه وإنما يعد كل عرض في ذاته إيجاباً غير مقترن بأي شرط ومتى حكم ببطان العرض الأخير وجب إعادة المزاد من جديد مع عدم الاعتداء بأي عرض سابق، و مع ذلك فإذا كان العرض الأخير صحيحاً في ذاته فلا يجوز للراسي عليه المزاد أن يتمسك ببطان العرض السابق ليصل من ذلك إلى بطلان عرضه على أساس بنائه على العرض السابق¹ وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 606876 المؤرخ في 21-10-2010² بانتهاء المزايدة يكرر الرئيس المناذاة حتى إذا تأكدت المحكمة انه لم يعد ثمة من يريد الزيادة عن آخر عطاء معروض يقرر الرئيس رسو المزاد إلى الزائد الأخير الذي عرض الثمن الأعلى بعد النداء به 3 مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة وهو ما نصت عليه المادة 757 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وأكدته المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 66014 المؤرخ في 10-03-1991³.

وتجدر الإشارة أنه إذا توفر سبب جدي في عدم إمكان عقد جلسة المزايدة في التاريخ المحدد لها يمكن تأجيل المزايدة لتاريخ آخر يحدده الرئيس بعد التحقق من السبب ويؤجل البيع، إما بناء على طلب كل ذي مصلحة من أطراف الحجز يلتزم من القاضي تأجيل البيع إذا كان له أسباب قوية تبرره ومثال ذلك ما أورده المادة 753 قانون الإجراءات المدنية والإدارية كقلة المزايديين وضعف العروض .

إذا قرر القاضي ذلك: من تلقاء نفسه لأحد الأسباب الواردة بالمادة 754 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي إذا لم يتوافر النصاب من المزايديين أي أقل من 3 أشخاص أو إذا كان العرض المقدم أقل من الثمن الأساسي للمزايدة أو إذا لم يتقدم أحد بأي عرض خلال 15 دقيقة⁴ يقوم الرئيس بإثبات ذلك في سجل الجلسة إذا توافرت إحدى الحالات المذكورة اعلاه ويقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي، ويتعين أن يكون هذا التأجيل بأمر مكتوب يتضمن تجديد جلسة لاحقة للبيع خلال فترة لا تقل عن 30 يوماً ولا تزيد عن 45 يوماً من تاريخ التأجيل وذلك طبقاً للمادة 755 قانون الإجراءات المدنية

¹ نبيل إسماعيل عمر، اشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية دراسة عملية طبقاً لاحكام التوجيه والقضاء، الدار الجامعية الجديدة الإسكندرية، صفحة 1000 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية ملف رقم 606876 المؤرخ في 21-10-2010 المجلة القضائية عدد 1 سنة 2012 صفحة 118 مقتبس من مذكرة دكتوراه حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة، المرجع السابق، صفحة 343.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 66014 المؤرخ في 10-03-1991 نشرة القضاة عدد 51 سنة 1997 صفحة 141

⁴ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 310، بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 253.

والإدارية ويترتب على هذا التأجيل إعادة النشر والتعليق عن البيع بذات الطريقة المنصوص عليها في المادتين 749 و 750 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والسابق الإشارة إليها.

الفرع الثالث: في الجلسة الجديدة الثانية للبيع بالمزاد العلني: بعد البدء في افتتاح الجلسة وقيام الرئيس بالتأكد من صحة الإجراءات ينوه بشروط البيع ونوع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع والتمن الأساسي والرسوم والمصاريف ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار وفي جميع الأحوال لا يقل عن 10 آلاف دج في كل عرض فإذا تبين أن العروض أقل من قيمة التمن الأساسي، وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف قرر تأجيل البيع وإنقاص عشر التمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق¹ ويكون التأجيل بأمر مكتوب خلال 30 يوماً على الأقل و 45 يوماً على الأكثر من تاريخ التأجيل، والملاحظ أن المشرع لم يورد احتمال عدم تقدم أي أحد بأي عرض خلال 15 دقيقة كما في الفرض الأول وبهذا فان القاضي في هذه الحالة لا يمكنه إنقاص عشر التمن الأساسي ويتحتم عليه تأجيل الجلسة لتاريخ لاحق، غير أن هذا قد يؤدي ذلك للإضرار بمصالح الأطراف سواء الدائنين الحاجزين لأنه يؤخر الوفاء بمستحقاتهم، وكذا بالنسبة للمدين المحجوز عليه لأنه يمكن التصور أنه ولعدة جلسات قد لا يتقدم أي مزاد لإبداء أي عرض وهذا ما يجعل التمن الأساسي ثابتاً، في حين أن قيمة العقار تزداد بمرور الوقت خاصة إذا تبين أن الملفات لا يفصل فيها وتبقى لمدة طويلة وبهذا كان الافضل إضافة فرضية عدم تقديم أي عرض حتى يتمكن الرئيس من إنقاص عشر التمن الأساسي وتأجيل البيع لجلسة ثانية .

الفرع الرابع: في الجلسة الموالية (الثالثة) للبيع بالمزاد العلني :

يقوم الرئيس في هذه الجلسة ببيع العقار أو الحق العيني العقاري الى كل من يتقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من السعر الأساسي اللهم إذا قبل الدائن الحاجز أو أحد الدائنين المتدخلين في الحجز استثناء الدين عينا بالعقار أو الحق العيني العقاري محل البيع بالتتمن الأساسي المحدد له، كما يمكن له تأجيل البيع بموجب امر كتابي كما سبق الذكر وخلال اجل لا يقل عن 30 يوم ولا يزيد عن 45 يوم مع اعادة النشر والتعليق لهذا البيع في كل مرة².

الفرع الخامس : الحكم القاضي برسو المزاد

¹ 754 فقرة 4 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² الفقرة الاخيرة من المادتين 754 و 755 من قانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

في نهاية إجراءات المزايدة العلنية يصدر رئيس جلسة البيع بالمزاد العلني للعقار المباع حكما برسو المزاد العلني العقاري ويكون الحكم برسو المزاد على من تقدم من المزايدين المشاركين في المزاد العلني بأعلى عرض وكان آخر مزايد حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 757 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية¹، ومن هذا المنطلق فإن قاضي البيوع العقارية في الحقيقة لا يفصل عند مباشرته لإجراءات البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز في جلسة المزايدة العلنية في خصومة بالمعنى الحقيقي لها وإنما يتولى مراقبة الإجراءات التمهيدية السابق ذكرها وإرساء المزاد على من تقدم بأعلى عرض من بين المزايدين المشاركين في المزاد العلني والراغبين في شراء العقار المعروض وكان آخر مزايد²، وأن المشرع أرد أن تتم اجراءات البيع بالمزاد العلني عند ملكية العقار المحجوز جبرا عن صاحبه تحت إشراف القضاء ورقابته وذلك من أجل المحافظة على الثروة العقارية للمدين المحجوز عليه من جهة ورعاية مصالح أصحاب الشأن من جهة أخرى، بالإضافة إلى ضمان خلو الإجراءات المتخذة من كل ما يؤدي إلى بطلانها وانهيائها لذلك فإن حكم رسو المزاد لا يعتبر حكما فاصلا في خصومة قضائية لذا لا يلزم تسببيه من طرف القاضي وإنما مجرد محضر لبيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز وإثبات إرساءه على من تقدم بأعلى عرض وبالتالي فهو عبارة عن قرار يصدره القاضي بما له من سلطة ولائية³، وما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 292327 الصادر في 29-01-2003⁴ فهو عمل ولائي لا يحتوي على أي منازعة أو مواجهة⁵ وعليه فحكم رسو المزاد العلني هو ليس حكما فاصلا في الخصومة القضائية وإنما مجرد بيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع بالمزاد العلني للعقار المباع، إذ بمجرد الانتهاء من إجراءات المزايدة يصدر القاضي القائم بالبيع حكم يقضي برسو المزاد فلا يعد اعتماد القاضي على العطاء على من تقدم بأكبر عرض حكما برسو المزاد وإنما هو إجراء من إجراءات المزايدة يقرر به القاضي العطاء الأكبر وإنهاء المزايدة ولا يعد المزايد الذي اعتمده عطاؤه مشتريا للعقار إلا بعد دفعه الثمن الراسي به المزاد

¹ حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري المرجع السابق صفحة 346

² حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، صفحة 55 .

³ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 314 .

⁴ قرار المحكمة العليا رقم 2923327 الصادر بتاريخ 29-01-2003 المجلة القضائية العدد الاول سنة 2003 صفحة 203.

⁵ جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني قرارات المحكمة العليا الجزء الثالث، الطبعة الأولى، صفحة 1209 .

والمصاريف لكتابة ضبط المحكمة ويترتب على هذا الحكم عدة آثار قانونية بالنسبة الراسي عليه المزاد وكذا بالنسبة للدائنين .

إن الحكم برسو المزاد العلني في العقار يعتبر بمثابة سند منشأ لحق ملكية الراسي عليه المزاد للعقار أو الحق العيني العقاري المبيع وفق اجراءات قانونية تتم بجلسة المحكمة المنعقدة داخل دائرة اختصاص موقع العقار وتنتقل الى الراسي المزاد بمقتضى هذا الحكم، كل الحقوق العينية العقارية المبيعة الراسي عليها المزاد ويكون له كذلك كل الارتفاقات العالقة بها ويعتبر سند للملكية كما تشير إليه المادة 761 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ وذلك بعد أن يتم شهره بالمحافظة العقارية كما سيأتي بيانه لاحقا في الباب الثاني.

المطلب الثاني: الحكم القاضي بتثبيت الشفعة في العقار

إن الشفعة تعد من اهم الوقائع المادية التي ترتب أثرا قانونيا متمثلا في اكتساب الملكية العقارية وذلك بموجب شروط وإجراءات محددة بنصوص القانون²، ولقد نظم المشرع الجزائري الشفعة في المواد 794 إلى غاية 807 من القانون المدني³ في الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الاصلية ضمن الباب الأول المعنون بحق الملكية القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان "طرق اكتساب الملكية"، إذ اعتبرها أحد الأسباب المكسبة للملكية العقارية المبنية منها والغير مبنية وهي تختلف عن غيرها باعتبار أن القائم بتثبيتها هو القاضي وتنفيذ دون إرادة مالكة ومشتريه وفق شروط معينة، ومتى ثبت الحق في تملك الشفيع العقار المبيع، ولو جبرا على المشتري، بموجب حكم نهائي من القضاء، يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة، ومن ثم يخضع هذا الحكم للشهر حتى تنتقل الملكية من البائع مباشرة إلى الشفيع وقبل التطرق الى هذا الحكم الذي يصدره القاضي ويعتبر سند ناقل لملكية المشفوع له يتعين الوقوف على تحديد شروطها وإجراءاتها بعد أن تم تحديد مفهومها كما سبق الذكر في الفصل الأول.

الفرع الأول: شروط الأخذ بحق الشفعة: انطلاقا من أن الشفعة ذات طبيعة خاصة تختلف عن باقي العقود وتقيد من حرية التعاقد فإنه لا يمكن الأخذ بها إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني معين وهو صفة الشفيع من أجل أن يخوله اكتساب صفة ملكية العقار الذي باعه مالكة الى مشتري لأخر، وقد أحاطها

¹ المادة 394 من قانون الاجراءات المدنية قبل التعديل.

² محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، (الباب الاول) صفحة 88.

³ الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية الصادرة في 30-09-1975 العدد 78 .

المشروع بجملة من الشروط والإجراءات القانونية أستخلصها من النصوص القانونية المنظمة لممارسة الحق في الشفعة طبقا للمادة 794 من القانون المدني وما يليها ومن نصوص أخرى تضمنت أحكاما خاصة بالشفعة، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي :

أ- الشروط المتعلقة بالمال المشفوع :

1- أن ترد الشفعة على عقار: أن حق الشفعة يتم الأخذ به عند بيع العقارات فقط دون المنقولات لأن هذه الأخيرة يرد عليه حق الاسترداد بيد أنه لقواعد الاسترداد أحكام تختلف عن الشفعة باعتباره مستمد من القانون الفرنسي في حين قواعد الشفعة مستمدة من الفقه الاسلامي إلا أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة الأخذ بالشفعة لذلك فإن الفقه الحديث يرى بأن الشفعة ما هي إلا حق الاسترداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط معينة¹.

لقد نصت المادة 794 من القانون المدني بصيغة: "الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار..." ومنه نستنتج أن أحكام الشفعة تقتصر على العقار فقط دون المنقول وتنص المادة 683 من القانون المدني أن العقار هو: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول." فلا شفعة في بيع المنقول وإنما يمكن ممارسة حق الاسترداد وفقا للمادة 721 من القانون المدني التي تنص: "للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي". كما يجب التنبيه أن العقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها كالأراضي والمباني أما العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت تبعا للعقار المتصلة به، أما إذا بيعت مستقلة عنه فتعتبر في حكم المنقول ولا شفعة فيها وكذلك الأمر بالنسبة للمنقولات بحسب المال فلا شفعة في بيع بناء الهدم أو غراس القلع.

2- أن تقع الشفعة على عقد بيع لقد حصرت المادة 794 المذكورة أعلاه جواز حق الشفعة في عقد البيع فقط دون غيره من باقي العقود، كما أن المواد 800 و 801 و 804 و 806 من القانون المدني جاءت فيها أحكام متعلقة بالثمن والثلث لا يوجد إلا في البيع وعقد البيع تصرف قانوني صادر من جانبيين وناقل للملكية

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، الجزء 2، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان 1086، صفحة 481 و 182.

بعوض باعتبار أن المشرع الجزائري قد اشترط في البيوع العقارية التي تتضمن نقل الملكية العقار والحقوق العينية العقارية القالب الرسمي¹، إذ يجب اخضاعها للشكل الرسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق الذي هو من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها، ومن ثمة فقد اعتبرت الشكلية في العقارات ركن خاص، بالإضافة الى الأركان الأخرى الرضا والمحل والسبب وهو ما تنص عليه المادة 324 مكرر وما يليها من القانون المدني، بالإضافة إلى شهرها في المحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري وذلك من أجل إعلام الغير بهذا التصرف ويتوافر الأركان السابقة يصبح عقد البيع قد تم وفق الشكل القانوني المطلوب الذي يخول بمقتضاه للشفيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة حتى قبل شهره بالمحافظة العقارية²، وفي هذا السياق فإن تحديد الطبيعة القانونية للتصرف الحاصل له دور مهم من حيث جواز الاخذ بالشفعة أو عدمها وعقد البيع هو العقد الوحيد الذي يكون محلا للشفعة، وقد أكد قضاء المحكمة العليا اقتصار حق ممارسة الشفعة على عقد البيع دون سواه في القرار رقم 130337 مؤرخ في 1995/01/10³ الذي استبعد الشفعة في عقد الوعد في البيع وما يمكن القول أن هناك من يرى أن الوعد المقصود هنا الوعد البيع من جانب واحد لأن الوعد بالبيع الملزم لجانبين والمستوفي لجميع أركانه يعتبر بيعا ابتدائيا تجوز فيه الشفعة⁴، إذ لا تثبت الشفعة في التصرفات الكاشفة كالقسمة والتصرفات التبرعية سواء كانت مضافة الى ما بعد الموت كالوصية أو كانت منجزة كالهبة⁵، ويترتب على هذا الشرط استبعاد الشفعة في المقايضة، كما أنه لا يمكن أن تكون الشفعة في الهبة ولا بقيمة العقار الموهوب لأن الواهب إنما وهب لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوفر في الشفيع ذلك أن تملك الشيء الموهوب من طرف الموهوب له يكون دون مقابل، كما أن الشفعة تستبعد كذلك إذا كان انتقال الملكية بمقتضى تصرف من التصرفات المقررة أو الكاشفة مثل عقد القسمة وعقد الصلح الذي نصت المادة 463 من القانون المدني

¹ المادة 324 مكرر من القانون المدني المعدل و المتمم تنص على ان "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للاشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته".

² احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 117.

³ قرار المحكمة الحكة العليا رقم 130-337 المؤرخ فغي 10-01-1995 المجلة القضائية الصادرة في 1995 العدد الاول صفحة 196 .

⁴ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 136 .

⁵ جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص، طبعة ثانية، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، سنة 2010، صفحة 70.

على أثره الكاشف ولو تم ببدل نقدي لأنه لا يعتبر ثمنا للعقار كما لا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح، كما أنه لا تجوز الشفعة في عقد الشركة، كما تستبعد الشفعة إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية أو بسبب من الأسباب لا يعد تصرفاً قانونياً كالميراث أو الالتصاق أو التقادم، ولا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل إذا أعطى المدين للدائن عقاراً في مقابل الدين. كما أنه لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ولا عقد البيع الصوري لأنه عقد لا وجود له كالعقد الباطل، ومن هذا المنطلق كان لازماً على قاضي الموضوع المختص (العقاري) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالشفعة أن يقوم قبل كل شيء بتكييف التصرف القانوني المعرض عليه أمامه طبقاً لما نصت عليه المادة 29 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية¹ ليتحقق من أنه عقد بيع طبقاً لنصوص القانون المدني سيما المادة 350 وما بعدها التي تحدد البيع وطبيعته القانونية، بالإضافة إلى وروده على عقار وأن تراعى في الاعتبارات الشخصية والخاصة المتعلقة بالقرابة² وأن لا يكون حصل البيع بالمزاد العلني أو الحق المبيع مكان للعبادة (مسجد).

3- أن يكون الشفيع مالكا للعقار أو الحق المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة: حتى يتحقق ثبوت الحق في الشفعة يجب أن يكون الشفيع مالكا للعقار أو الحق المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة أي وقت البيع، فإذا كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع وقت البيع وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع يجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة إذ نصت المادة 795 من القانون المدني بقولها "يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة وللشريك في الشيوع ولصاحب حق الانتفاع" وهو ما تم تأكيده من خلال قضاء الملكية العليا في قرارها المؤرخ في 09-05-2007 في الملف رقم 638-402³ (أنه من المقرر قانوناً أن حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي فإن الشركاء في الشيوع الذين توصلوا إلى قسمة قضائية بموجب أحكام قضائية نهائية بلغت للأطراف وتم وضع حد الشيوع وأن كل طرف تحصل على حصته وله حرية التصرف فيها وعليه فإن

¹ تنص المادة 29 من قانون الاجراءات المدنية والادارية "يكيف القاضي الوقائع و التصرفات محل النزاع التكيف القانوني الصحيح دون التقيد بتكيف الخصوم ،يفصل في النزاع وفقا للقواعد القانونية المطبقة عليه ."

² قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 1966675 الصادر بتاريخ 29-03-2000، مقتبس من مرجع سعيد مقدم جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، كليك للنشر بالمحمدية الجزائر، الطبعة الاولى سبتمبر 2009، صفحة 377 الى 379.

³ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-05-2007، في الملف رقم 638-402 المجلة القضائية 2008، العدد الأول، صفحة 1993.

الشروط الواردة في المادة 796 من القانون المدني غير مستوفاة ويتعين رفض الطعن واشتراط الملكية يعني استبعاد المستأجر والمستعير لانتفاء صفة الملكية فيهما وكذلك لا تثبت الشفعة لمن جعل عقاره مسجداً لأنه لا يعود مالكا له)، كما يستبعد مالك القاعدة التجارية من الشفعة في بيع المحل لأنه لا يعد منتفعا ويشترط في ملكية الشفيع للعقار المشفوع به أن تكون سابقة على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة وهو ما اكدته المحكمة العليا في عدة قراراتها منها القرار المؤرخ في 09-02-1999 تحت رقم 181-039 والقرار المؤرخ في 18-11-1997 رقم 155-181¹، وقد يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به ناشئاً عن تصرف قانوني أو عن واقعة قانونية، فإذا كان هذا الحق ناشئاً عن تصرف قانوني مثل عقد بيع صادر إليه مثلاً وجب أن يكون هذا التصرف مشهراً وقت البيع المشفوع فيه حتى يثبت لصاحبه حق الشفعة ولا يكفي أن يكون هذا التصرف ثابت التاريخ قبل البيع، لأن التصرف القانوني لا ينقل أو ينشئ الحقوق العينية العقارية الأصلية إلا بالتسجيل في الشهر العقاري وبدون أثر رجعي². كما يمكن أن يكون حق الشفيع ناشئاً عن واقعة قانونية فتكون العبرة بوجود الواقعة القانونية المنشأة لحق الشفعة قبل البيع المشفوع فيه.

فالمستأجر ليس له الحق في الشفعة لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا في العقار المشاع المملوك لكن حق الاولوية في أن يعرض عليه الشراء قبل غيره وهو ما اكدته المحكمة العليا في احدى قراراتها المؤرخة 11-12-1989 ملفات رقم 56751 و 56751 و 56752 و 56753³، كما أن التاجر المستأجر لا يملك حق الانتفاع⁴ وإنما يملك حق شخصي وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلال قرارين الأول (من المقرر قانوناً أن حق الشفعة يكون لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بمخالفته الإجراءات والخطأ في تطبيق القانون يعد غير وجيه، ولما كان الثابت في قضية الحال ان قضاة المجلس لما رأوا أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاث المنصوص عليها في

¹ قرار المحكمة العليا رقم 181-039 المؤرخ في 09-02-1999 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1999، العدد رقم 01 صفحة 159، والقرار رقم 155-181 المؤرخ في 18-11-1997، منشور بنشرة القضاة الصادرة في سنة 1999، العدد 54، صفحة 78.

² أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، المرجع السابق، صفحة 76.

³ قرارات صادرة عن المحكمة العليا غرفة الاحوال الشخصية المؤرخة 11-12-1989 ملفات رقم 56751 و 56751 و 56752 و 56753 غير منشورة.

⁴ قرار محكمة العليا المؤرخ في 25-03-1998 ملف رقم 179132 المنشور بالمجلة القضائية الصادرة سنة 1998 العدد 01.

المادة 795 من القانون المدني باعتبار ان حق الايجار هو حق شخصي في حين حق الانتفاع هو حق عيني ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما¹ أما القرار الثاني ف جاء بالقول أن (من المقرر قانونا انه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة وبالتقدم أو بمقتضى القانون ومن المقرر أيضا انه يثبت حق الشفعة: لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة وللشريك في الشئوع إذا بيع جزء من العقار المشاع للأجنبي ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ولما ثبت في قضية الحال بأن قضاة المجلس قرروا بأن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة ولا يمكن اعتبارهم كذلك كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني فإنهم سببوا قرارهم تسببيا كافيا وبالتالي إن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الاسباب ليس في محله)²، كما لا تجوز الشفعة في نزع الملكية في العقارات من اجل المنفعة العمومية باعتبارها طريقة استثنائية لكسب الحقوق العقارية³.

4- أن يكون الشفيع حائزا على الأهلية الواجبة: يجب أن يكون الشفيع حائز على الأهلية الواجبة وهي أهلية التصرف إذ أن الأخذ بالشفعة يعد في حكم شراء العقار المشفوع فيه فالشفعة من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة فالبالغ غير المحجوز عليه له الحق في الأخذ بالشفعة بإرادته وبنفسه أو عن طريق وكيله وكالة خاصة وليست عامة وفقا للمادة 574 من القانون المدني، فإذا كان الشفيع قاصرا وله أب جاز للأب بصفته وليا أن يأخذ بالشفعة وكذلك الأمر بالنسبة للوصي والقيم ويجب في جميع الأحوال الحصول على الترخيص من القاضي المختص واستئذان المحكمة في ذلك، كما يجب أن يكون هذا الشفيع غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه كالقضاة والمحامين الممنوعين من شراء الحقوق المتنازع عليها طبقا للمادة 402 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وكذا السماسرة والخبراء لا يجوز لهم شراء الأموال المعهودة اليهم ببيعها أو تقدير قيمتها طبقا للمادتين 410 و411 من نفس القانون.

5- عدم جواز تجزئة الشفعة: على الشخص الذي يرغب في الأخذ بالشفعة أن يطلب الشفعة في العقار المبيع برمته أي (عدم تجزئة الشفعة) بمعنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة ذلك أنه لا يمكن للشفيع أن يأخذ

¹ قرار المحكمة العليا رقم 388-54 المؤرخ في 25-12-1988 المجلة القضائية الصادرة في سنة 1992 العدد 3 صفحة 884 .

² قرار المحكمة العليا رقم 100-150، المؤرخ في 19-11-1997 المجلة القضائية الصادرة في سنة 1997، العدد رقم 02 صفحة 55.

³ القانون رقم 91-11، المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالأوقاف المنشور بالجريدة الرسمية، لسنة 1991، رقم 21،

بالشفعة في بعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر ذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك¹. وفي هذا الإطار لم يتضمن القانون المدني الجزائري نصا يضبط مبدأ عدم تجزئة الشفعة مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة الأولى من القانون المدني لأنها المصدر المادي والتاريخي لأحكام الشفعة، فإذا تم بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع فإن الشفعة لا تجزأ إلا في العقار بأكمله حتى لا تتفرق الصفقة، أما إذا تم بيع العقار لعدة مشتريين واشترى كل منهم جزءا مفرزا منه، فإنه في هذه الحالة يمكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين فقط ولا يكون في ذلك تفريق الصفقة لأنها حصلت متفرقة وأن تضمنها عقد واحد وإذا وجد بين المشتريين على الشيوع من لا يجوز الأخذ منه بالشفعة (مثل أصول البائع) سقطت الشفعة بالنسبة إلى سائر المشتريين و في حالة ما إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد فتميز بين ثلاث حالات:²

- إذا توفرت شروط الشفعة في جميع العقارات يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات إذا كانت متصلة ببعضها لتفادي تفريق الصفقة وكذلك الحال إذا كانت العقارات منفصلة ولكن مخصصة لعمل واحد.

- إذا وجدت في بعض العقارات شروط الشفعة دون العقارات الأخرى لا يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة إلا في العقارات التي تتوافر فيها شروط الشفعة ويتم تقدير قيمتها بواسطة خبير ولكن إذا كان في ذلك إضرار بحق المشتري بحيث لا تقبل الصفقة التجزئة لطبيعة العقارات أو للغرض المقصود منها فإن الشفعة لا تجوز فيها إطلاقا، وإذا كانت العقارات منفصلة ولم تكن مخصصة لعمل واحد فإن الشفيع هنا لا يشفع إلا في العقارات التي توفرت في شأنها شروط الأخذ بالشفعة ويمكن ذلك دون الإخلال بمبدأ عدم تجزئة الشفعة نظرا لتعدد الصفقات .

ب- الأشخاص الذين لهم الحق في ثبوت الشفعة إذا تحققت صفة الشفيع في الشخص فإنه يصبح بهذه الصفة صاحب حق في الأخذ بالشفعة أي يكسب مركز قانوني يخوله الحق في التمسك بالشفعة من أجل تملك العقار وهذا بحلوله محل المشتري في ذلك العقار أو بحلوله محل المشتري حق الانتفاع المصاحب للرقبة وهذه الحالات التي تثبت فيها الشفعة تسمى في الحقيقة بأسباب الشفعة³.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ج9، صفحة 635 .

² أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، المرجع السابق، صفحة 181، 182.

³ نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة، بيروت لبنان 1995، صفحة 12.

إن الشفعة باعتبارها قيد على حرية التعاقد فإن المشرع ضيق من مجالها ولذلك فإن القانون يحدد من يثبت له حق الشفعة على سبيل الحصر وذلك في المادة 795 من القانون المدني والقانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري¹ ونصوص أخرى، إذ حدد القانون الجزائري من هو الشفيع بموجب نص المادة 795 من القانون المدني كما يلي: لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة- للشريك في الشروع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

كما أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كرس ذلك في العديد من القرارات بحيث استقر على أن الأشخاص الذين لهم الحق في الشفعة هو ثلاثة: لمالك الرقبة والشريك في الشروع وصاحب حق الانتفاع² وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 193704 الصادر بتاريخ 26-04-2000 (المستفيدون من حق الشفعة محددون في المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر ومن بينهم مالك حق الانتفاع أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا وخطوا بين الانتفاع على وجه الايجار وبين حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية)³.

-لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة: يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة إذا كان حق الانتفاع المناسب لها مملوكا لشخص آخر وقام هذا الأخير ببيعه، وإذا كان حق الانتفاع مشاعا بين عدة أشخاص وباع أحدهم نصيبه كان لمالك الرقبة أن يشفع فيه دون باقي المشتافعين في حق الانتفاع وينجم على الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وهو ما يحقق إعادة تجميع عناصر الملكية لتعود متكاملة للمالك وهذا هو الغرض الذي رخصت من أجله الشفعة لمالك الرقبة باعتباره أولى من مشتري حق الانتفاع وتعتبر هذه الحالة من الناحية العملية نادرة التحقق، ولا يتطلب حسب القانون للأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلا أن يكون حق الانتفاع المبيع مناسباً للرقبة ويستوي أن يكون المبيع كل

¹ القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18-11-1990 العدد 40 .

² قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية، الصادر المؤرخ في 09-11-1997 ملف رقم 1007150، المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني صفحة 55 .

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 193704 الصادر بتاريخ 26-04-2000 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004، صفحة 255.

حق الانتفاع أو بعضه، وأن يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع واحداً أو متعدداً، فإذا كان مالك الرقبة واحداً، والمنتفع واحداً، وباع المنتفع كل حقه أو بعضه فلمالك الرقبة الأخذ بالشفعة في هذا البيع¹. أما إذا كان للرقبة ملاك متعددون على الشيوع رتبوا حق الانتفاع لشخص واحد، ثم باع المنتفع كل حقه أو بعضه، فللشركاء المشاعين معا أخذ الانتفاع المبيع بالشفعة، وإذا لم يأخذ بالشفعة إلا بعض الشركاء في الرقبة دون بعض، فيجب التمييز بين فرضيين: فهي ما إذا كان المبيع بعض حق الانتفاع، وكان موازياً لحصصهم في الرقبة أو أقل، فلهم معا الأخذ بالشفعة، وأما إذا كان المبيع كل حق الانتفاع، أو كان بعضه ولكن مجاوزاً لحصصهم في الرقبة، فالأصل أنه ليس للشركاء المطالبين إلا الأخذ بالشفعة في حدود حصصهم الشائعة في الرقبة لأن الانتفاع لا يناسب رقتهم إلا بقدر هذه الحصص، ولا يخولهم المشرع الشفعة فيما يجاوزها، وإذا كان كل من الرقبة والانتفاع على الشيوع، وباع الشركاء في الانتفاع أو أحدهم حصة فيه فلكل الشركاء في الرقبة معا أخذ كل الحصة المبيعة بالشفعة، أما إذا لم يطالب بالشفعة إلا بعض الشركاء دون البعض الآخر، فيحق لهم أخذها بالشفعة إذا كانت الحصة المبيعة توازي أو تقل عن حصصهم في الرقبة أما إذا زادت على تلك الحصص، فليس لهم الأخذ بالشفعة إلا فيما يوازي حصصهم دون ما يجاوزها².

- **للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي:** يتم تحقق صفة الشفيع للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي ويتحقق الشيوع بأن يكون العقار مملوكاً ملكية تامة لعدد من الشركاء أو أن يكون حق الانتفاع مملوكاً على الشيوع أو تكون الرقبة مملوكة على الشيوع، فإذا قسم الشركاء العقار إلى أجزاء مفرزة فلا تثبت الشفعة سبب الشركة في الشيوع، غير أن قسمة المهايأة لا تنهي حالة الشيوع وقد نظم القانون المدني أحكام الملكية الشائعة في المواد 713 إلى 742 من القانون المدني³ غير أنه لا تكون الشفعة بالنسبة للملكية المشتركة وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلالها قرارها المؤرخ في 21-06-2006 (لا شفعة في الملكية المشتركة)⁴.

¹ احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 200 و 201 و 202.

² احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 208 و 209 و 210.

³ احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، المرجع السابق، صفحة 88 و 89 و 90 .

⁴ قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 21-06-2006 ملف رقم 337852 المنشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق لسنة 2006، العدد 02، صفحة 205 .

إن تحقق حالة الشيوخ في عقار يفترض هذا السبب قيام وضع من الشيوخ في عقار بما يعني أن أصحاب الحق في العقار الشائع متعددون دون أن يكون لأي منهم جزءا مفرزا ومحددا فإذا باع أحد الشركاء في الشيوخ حصته إلى أجنبي ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا البيع، أما إذا انتهى وضع الشيوخ بالقسمة التي تختص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز من العقار المشاع الأصلي، فقد أصبح المتقاسم مالكا ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له ولذلك لا يحق له الأخذ بالشفعة بسبب الشركة في الشيوخ إذا باع متقاسم آخر نصيبه و قد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-05-2007 (لا شفعة بعد القسمة النهائية)¹. ويلزم لثبوت الشفعة للشريك في الشيوخ أن يكون مالكا للحصة التي يشفع بمقتضاها وقت التصرف في الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة، أي أنه يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع الذي حصل ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع، فلا تجوز الشفعة فيها لمن اشترى حصة أخرى فيه من شريك آخر إذا كان عقده غير مشهر وقت بيع الحصة المشفوع فيها وهو الامر المؤكد من خلال القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 31-05-2000 (لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيوخ وعليه لا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه بقسمة رضائية ثابتة)²، ولا يعد شريكا في الشيوخ من اشترى من أحد الشركاء جزءا مفرزا من العقار الشائع، فلا تجوز له الشفعة إذا باع أحد الشركاء من بعد حصته الشائعة في العقار.

وتجدر الإشارة أنه الناحية العملية، لا تتحقق شفعة الشريك في الانتفاع إذا بيعت حصة شائعة منه لأجنبي إلا إذا أحجم مالك الرقبة عن طلب أخذها بالشفعة وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 31/05/2000 ملف رقم 194838 بما يلي (حيث إنه وبالرجوع إلى القرار محل الطعن يتضح أن قضية الموضوع قد صرحوا بأن حق الشفعة لا يكون إلا للشريك على الشيوخ وأن المدعين في الطعن يقرون أن ما اشتراه المدعى عليه في الطعن الأول مفرز بدليل عقد القسمة الرضائي المبرم بين والدهم المتوفى وعمهم

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 09-05-2007 ملف رقم 402638 المنشور بمجلة المحكمة العليا سنة 2008 العدد الاول صفحة 193.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 31-05-2000 ملف رقم 194838 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 240.

المدعى عليه في الطعن الثاني وعلى هذا الأساس رفضوا طلب الشفعة المقدم من طرفهم ويقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون)¹.

-**لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها:** تتحقق صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها أما إذا كان البيع يتعلق بحصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشريك في الشيوخ وحق الانتفاع يختلف عن حق الإيجار، فحق المنتفع حق عيني، أما حق المستأجر فهو حق الشخصي، وحق المنتفع ينقضي حتما بموته أما حق المستأجر فيورث عنه وحق المنتفع يكون بعوض أو بغير عوض، أما حق المستأجر فهو دائما بعوض وحق المنتفع يكون مصدره أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية أما حق المستأجر فمصدره هو العقد. ولا بد من هذا التمييز إذ أن حق الشفعة يثبت لصاحب الانتفاع ولا يثبت للمستأجر وهو ما سبق تأكيده من خلال قرارات المحكمة العليا السالف ذكرها اعلاه وكذا في القرار الصادر بتاريخ 26-04-2000 ("من المقرر قانونا أن يثبت حق الشفعة ... لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " وأنه من الثابت قانونا كذلك أن حق الانتفاع يسمح لصاحبه باستعمال الشيء والانتفاع بثماره مثله مثل المالك وهو يختلف عن حق الإيجار في مداه وحدوده ومدته، ولما اعتبر قضاة المجلس أن حق الإيجار هو حق انتفاع واقرروا للمستأجر بثبوت حق الشفعة فإنهم اخطأوا في تطبيق المادة 795 من القانون المدني)². ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وبالتالي إلى تجميع كل عناصر الملكية بيد من كان له حق الانتفاع بما يحقق الغرض من إعطاء الشفعة³، ويستوجب في شفعة المنتفع في بيع الرقبة أن تكون الرقبة المبيعة مناسبة لحق الانتفاع ويستوي أن يكون المبيع هو كل الرقبة أو بعضها وأن يكون صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقبة واحدا أو متعددا⁴.

وجاء في قضاء المحكمة العليا في هذا الصدد ما ورد في القرار المؤرخ في 26/04/2000 ملف رقم 193704 الذي جاء فيه: (المستفيدون من حق الشفعة محددون في المادة 795 من القانون المدني

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 31/05/2000 ملف رقم 194838 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2000.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26-04-2000 ملف رقم 198458 قضية ع أ ضد ش ع المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق، صفحة 246.

³ احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهادات المحكمة العليا ومجلس الدولة، المرجع السابق، صفحة 93 و 94 و 95.

⁴ موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 28 و 29.

على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الانتفاع، وقد أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا وخلطوا بين الانتفاع على وجه الإيجار وبين حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية)¹.

الفرع الثاني : ترتيب الشفعاء عند تعددهم:

لقد نصت المادة 795 من القانون المدني على الشفعاء بالترتيب الذي يتفاضلون به عند تزامهم وذلك لتوفر سبب الشفعة لأكثر من شخص واحد وطلبوها كلهم أو بعضهم (شريك في الشبوع، جار،...) وذلك بنص المادة 796 التي جاء فيها: "إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

فيكون مالك الرقبة في الطبقة الأولى إذا بيع حق الانتفاع والشريك في الشبوع في الطبقة التي تليه وصاحب حق الانتفاع في الطبقة الأدنى إذا بيعت الرقبة، مثال ذلك عقار يملك عدة أشخاص رقبته في الشبوع ويملك أشخاص آخرون حق الانتفاع المناسب على الشبوع.

- فإذا باع أحد مالكي الرقبة نصيبه على الشبوع تثبت الشفعة لأصحاب حق الانتفاع بموجب الفقرة الثالثة من المادة 795 من القانون المدني كما تثبت الشفعة لباقي مالكي الرقبة - كل بقدر نصيبه- بصفتهم شركاء في الشبوع ولذلك يفضلون على أصحاب حق الانتفاع لأن طبقة الشركاء في الشبوع أعلى من طبقة أصحاب حق الانتفاع في بيع الرقبة شرط ألا يكون المشتري أحد الشركاء لأنه عند ذلك يفضل على الجميع.

- أما إذا باع أحد أصحاب حق الانتفاع نصيبه على الشبوع فتثبت الشفعة لأصحاب حق الانتفاع بموجب الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني بصفتهم شركاء في الشبوع في حق الانتفاع الذي تم بيعه إلا إذا كان المشتري هو أحدهم فعندئذ فإنه يفضل عليهم لأنهم من نفس طبقته وتثبت الشفعة أيضا لمالكي الرقبة- كل في حدود نصيبه- ويفضلون على الشركاء على الشبوع لأن طبقة مالكي الرقبة عند بيع حق الانتفاع أعلى من طبقة الشركاء في الشبوع وحتى لو كان المشتري أحد أصحاب حق

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 2000/04/26 ملف رقم 193704 منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2000 .

الانتفاع يفضل عليه مالكو الرقبة، أما إذا كان المشتري أحد ملاك الرقبة في الشيوخ فإنه يفضل على الجميع وفقا لأحكام المادة 796 من القانون المدني الفقرة الأخيرة¹.

- أما إذا كان العقار مملوكا ملكية تامة في الشيوخ فلا يكون هناك مجال لترتيب الشفعاء إذ أنهم كلهم من نفس الطبقة ولكن يشترط أن يكون المشتري أجنبيا أما إذا كان المشتري شريكا فإنه يفضل على باقي الشركاء ولا شفعة في هذه الحالة.

الفرع الثالث : الإجراءات القانونية الواجبة للأخذ بحق الشفعة :

إن الشفعة قد تتم بالتراضي بين الأطراف وفي هذه الحالة لا تحتاج إلى إجراءات قضائية إذا وافق المشتري على طلب الشفيع الأخذ بالشفعة، وإما أن تكون بالتقاضي وهي الحالة الشائعة والتي تستوجب على الشفيع إتباع إجراءات وضعها القانون وحددها بدقة وبين مواعيدها ورتب نتائج على تخلفها وذلك لكون أن الشفعة تعتبر قيذا على حرية التصرف ومراعاة لمبدأ وجوب استقرار المعاملات .

وتمر هذه الإجراءات بمرحلة قبل رفع الدعوى، ومرحلة ثانية تتعلق برفع دعوى الشفعة وصدور الحكم المتضمن تثبيت الشفعة ونقل ملكية العقار أو رفض الدعوى في حالة عدم ثبوت أحقيتها لعدم توفر الشروط أو القيام بالإجراءات اللازمة لها وقد تضمنت المواد 799 إلى 803 من القانون المدني دعوى الشفعة وصدور الحكم كما أن القانون الإداري خص الدولة والجماعات المحلية ببعض الأحكام الخاصة عند الأخذ بالشفعة .

أ- مرحلة ما قبل الدعوى:

لقد نص المشرع الجزائري على الاجراءات الواجب مراعاتها قبل رفع الدعوى في المواد 799 و800 و801 من القانون المدني وتتمثل في الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى من له حق الأخذ بالشفعة والتصريح بالرغبة في الشفعة وإيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق.

1- الإنذار الرسمي: هو عبارة عن وسيلة منحها القانون لكل من البائع والمشتري من أجل تحفيز الشفيع ودفعه إلى أن يحدد موقفه من البيع الذي حصل بأن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في ميعاد محدد وإلا سقط حقه ويهدف هذا الإجراء إلى ضمان استقرار المعاملات وقد جاء النص عليه في المادة 799 من القانون المدني "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك أجل مدة المسافة

¹ موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 36 و 37.

إن اقتضى الأمر ذلك". وقد نصت المادة 800 من القانون المدني على ضرورة ذكر بيانات معينة يجب أن يشتمل عليها الإنذار بوقوع البيع المنصوص عليه في المادة 799 تحت طائلة البطلان، وتجدر الإشارة إلى أنه يكفي أن يوجه هذا الإنذار إلى الشفيع أما البائع أو المشتري فواحد منهما يعفي الآخر¹، و لكن إذا تعدد الشفعاء من طبقة واحدة أو من طبقات متعددة وجب أن يوجه الإنذار إلى كل واحد منهم وذلك لاحتمال أن يترك الشفيع شفيعته فيأخذها الشفيع المتأخر².

ويجب أن يكون الإنذار رسميا على يد محضر فالإخطار الشفوي أو المكتوب (مثل كتاب في البريد مسجل بعلم الوصول)، إذا لم يكن إنذارا رسميا على يد محضر، لا يكفي لجعل ميعاد إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة يسري³، كما أن إجراء الإنذار الرسمي الذي يوجهه المشتري أو البائع لمن له الحق في الشفعة يعتبر عادة أول إجراءات الشفعة، ولكن ذلك لا يمنع من أن يعلن الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة قبل أن يصله الإنذار الرسمي إذا علم بالبائع و أراد الأخذ بالشفعة.

2- التصريح بالرغبة في الشفعة: يعتبر العنصر المهم والأساسي الذي يحقق فعلا معنى الشفعة، فهو الوسيلة التي أتاحتها القانون للشفيع لمباشرة حقه في الأخذ بالشفعة وفق نص المادة 799 من القانون المدني: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك"، والمادة 801 فقرة 01 "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا". وعلى ضوء هذه المواد يتضح ما يلي:

- ان المشرع اشترط في الفقرة الأولى من المادة 801 من القانون المدني أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي، أي لابد من إفراغ الإرادة المنفردة لمن يريد الأخذ بالشفعة في شكل رسمي عند الموثق، وذلك تحت طائلة البطلان.

¹ أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 300.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية المرجع السابق، ج 9، صفحة 821.

³ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، صفحة 822.

- كما اشترط كذلك أن يتم إعلان التصريح بالرغبة في الشفعة للبائع والمشتري عن طريق كتابة الضبط، إلا أن القانون المدني صدر في سنة 1975، وبعده صدر القانون المنظم لمهنة المحضر القضائي¹ سنة 1991 وجعل من المحضر القضائي ضابطا عموميا يعمل لحسابه الخاص وألغيت مصلحة التبليغ والتنفيذ من التنظيم القضائي الجزائري وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 22-03-2006 (جواز تبليغ التصريح بالرغبة في الشفعة الى وكيل البائع المكلف بالبيع بناء على وكالة خاصة)²، لذلك فإن إعلان الرغبة في الشفعة يكون عبر المحضر القضائي ومن ثمة لا يعتد بالإعلان بطريقة غير رسمية مثل الخطاب المسجل بعلم الوصول، وفي هذا الإطار لابد من التمييز بين تاريخ التصريح المحرر من طرف الموثق وتاريخ إعلانه للبائع و المشتري لأن ذلك له أثر فيما يتعلق بمواعيد رفع الدعوى، كما يجب أن يوجه إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري، وفي حالة التعدد وجب إعلانهم جميعا في الميعاد القانوني، فإذا وجه الإعلان إلى أحدهم بعد فواته كان باطلا وأدى إلى سقوط حق الشفيع في الشفعة.

- إن الأصل أنه إذا علم الشفيع بوقوع البيع ليس مجبرا على انتظار الإنذار الرسمي المنصوص عليه في المادة 799 لإعلان رغبته في الشفعة دون ان ينتظر وصول الإنذار إليه إذ ليس في القانون ما يمنعه من ذلك³، ولكن في حالة تلقيه الإنذار، فإنه يكون ملزما بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة خلال ثلاثين (30) يوما من هذا الإنذار، وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 27-10-1999 (تسقط دعوى الشفعة في أجل 30 يوم من تاريخ الإعلان ولما ثبت في قضية الحال أن الطاعنة صرحت برغبتها في الشفعة بعقد رسمي ثم أعلمته عن طريق المحضر في 16 ديسمبر 1995 ثم رفعت دعوى الشفعة في 25-12-1995 وعليه فإن حق الشفعة لم يسقط ولما اقر قضاة الموضوع عكس ذلك أخطأوا في تطبيق القانون)⁴.

¹ القانون 03/91 المؤرخ في 08/01/1991 المنظم لمهنة المحضر القضائي ملغى ، بعده القانون 06-03 المنضم لمهنة المحضر القضائي المعدل والمتمم الصادر بتاريخ 20-02-2006 الجريدة الرسمية العدد 14 لسنة 2006.

² قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا، المؤرخ في 22-03-2006 ملف رقم 326507 منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2006 العدد رقم 01 صفحة 223 .

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، المرجع السابق، صفحة 633.

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 27-10-1999 ملف رقم 199693 منشور بالمجلة القضائية العدد الثاني لسنة 2001 صفحة 249.

- إذا لم يتلق صاحب حق الشفعة إنذارا من طرفي عقد البيع وتم تسجيل هذا العقد، فإن الشفيع عليه إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة خلال سنة من تاريخ التسجيل¹، وإلا سقط حقه، أما إذا لم يسجل العقد فإن الحق في الشفعة يتقادم بمرور 15 سنة من تاريخ البيع، ولا يأخذ القانون بالعلم الواقعي بدل الإنذار لبدائية حساب الميعاد.

- يعد أجل الثلاثين يوما المنصوص عليه في المادة 799 ميعاد سقوط وليس مدة تقادم، لذلك لا يرد عليه وقف أو انقطاع، ولكن يزداد على هذه المدة مدة المسافة أن اقتضى الأمر ذلك، أي إذا كان موطن البائع أو المشتري بعيدا، وطبقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية، لا يحسب اليوم الذي يتسلم فيه الشفيع الإنذار الرسمي ولو كان الميعاد ناقصا، وإذا صادف آخر الميعاد يوم عطلة، امتد إلى يوم عمل يليه.² وهذا ما نصت عليه المادة 405 من هذا القانون.³

إن تسجيل التصريح لا يعتبر إلزاميا لصحته، ولكن في الحقيقة لا يحتج به على الغير إلا إذا كان مسجلا وهذا ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 30-04-1990⁴، وعليه فإنه يمكن للشفيع بعد اعلان الرغبة في الشفعة ألا يشهر هذا الإعلان ويمضي في إجراءات الشفعة المتبقية من ايداع الثمن والمصاريف إلى غير ذلك⁵، غير أن القضاء الجزائري يعتبر أن شهر الاعلان يعتبر شرطا لصحة إجراءات الشفعة ويترتب على القيام به سقوط حق الشفيع في مواصلة باقي إجراءات الشفعة وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 24-12-1991⁶، (إذا كان مؤدى نص المادة 801 من القانون المدني أنها تشترط لصحة الإجراءات طلب الشفعة وجوب تسجيل عقد طلب الشفعة وإشهاره، وأنه في حالة تخلف هذا الشرط فلا يحتج به تجاه الغير بما فيهم المدعى عليهم في الطعن)، وتتم عملية التسجيل على

¹ من المقرر قانونا أن الحق بالشفعة يسقط إذا مرت سنة من يوم تسجيل البيع ومن ثمة فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون في غير محله مما يستوجب رفضه" قرار مؤرخ في 23/02/1987، ملف 44804، المجلة القضائية 1990، العدد 4، صفحة 47.

² موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، الصفحة 45.

³ المادة 405 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية " تحسب كل الآجال المنصوص عليها في هذا القانون كاملة ولا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي ويوم انقضاء الاجل، يعتد بأيام العطل الداخلة ضمن هذه الاجال عند حسابها، تعتبر أيام عطلة بمفهوم هذا القانون الاعياد الرسمية وأيام الراحة الاسبوعية طبقا للنصوص الجاري بها العمل، اذا كان اليوم الاخير من الاجل ليس يوم عمل كليا او جزئيا يمدد الاجل الى أو يوم عمل موالى".

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا في 30-04-1990 المجلة القضائية الصادرة سنة 1991 العدد الثاني صفحة 28

⁵ أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 323.

⁶ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-12-1991 المجلة القضائية الصادرة في سنة 1993 العدد الأول، صفحة 69.

يد الموثق الذي يحرر أصل التصريح على مستوى مكتب الشهر العقاري لموقع العقار وهذا الإجراء مقرر لمصلحة الشفيع يحميه من خطر قيام المشتري بالتصرف في العقار فيصبح هذا التصرف ساريا في حق الشفيع الذي لم يسجل إعلان الرغبة.

كما جاء في اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 25-05-2000 تحت رقم 94391 أقرت مبدأ مفاده (القضاء برفض دعوى ممارسة الشفعة لعدم تبليغ الطاعنين في الشفعة كما تشترط المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة عدم قبول واكتفائهم بوضع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق يعد تطبيقا سليما للقانون)¹، وجاء في قرار آخر للغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 09-02-2012 في 698546 (استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في مجال الشفعة على أن مصطلح التسجيل مستعمل كذلك في بعض مواد القانون المدني بمعنى مصطلح الشهر، لا حجية لتصريح بالرغبة في الشفعة غير مسجل ومشهر)².

وفي قرار آخر للمحكمة العليا المؤرخ في 10-07-2014 ملف رقم 9859091 (التصريح بالرغبة في الشفعة غير المشهر المحرر من طرف الموثق مخالفة للقانون)³.

3-إيداع ثمن البيع و المصاريف لدى الموثق: لقد نص القانون المدني في المادة 801 الفقرة الثانية على هذا الإجراء بالقول: "يجب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة"، و ألزم المشرع الجزائري القيام بهذا الإجراء للتأكد من جدية الأخذ بالشفعة، وأيضا للتضييق منها لأنها تعتبر قيذا على حرية التصرف، ورتب على تخلفه سقوط الحق في الشفعة، إن المفروض أن الثمن الواجب ايداعه هو الثمن المسمى في عقد البيع، فإذا كان الثمن الحقيقي أقل من الثمن المسمى في العقد فعلى الشفيع أن يودع الثمن المسمى ثم يثبت صورته ويسترد الزيادة عن الثمن الحقيقي الذي له أن يثبته بكافة طرق الإثبات، أما إذا كان الثمن الحقيقي أكبر

¹ قرار المحكمة العليا بتاريخ 25-05-2000 تحت رقم 94391 منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول لسنة 2004 .

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 09-02-2012 في 698546 منشور في مجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2012، صفحة 381.

³ قرار صادر عن محكمة العليا المؤرخ في 10-07-2014 ملف رقم 0859091 المنشور عن المحكمة العليا العدد 2 من سنة 2014 ، صفحة 323 ،

من الثمن المسمى فعلى البائع أو المشتري بين الإثبات، إذ أن الأصل هو أن الثمن المذكور في العقد هو الثمن الحقيقي.¹

- ويعتبر من قبيل المصاريف رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه، ورسوم تسجيله وشهره في المحافظة العقارية، ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية ويتم الإيداع لدى الموثق الذي قام بتحرير التصريح بالرغبة في الشفعة، كما يجب أن يتم هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة تحت طائلة سقوط الحق في الشفعة، وتجب الإشارة أنه يمكن أن يكون الإيداع متزامنا مع التصريح بالرغبة في الشفعة، ويجوز أن يتأخر الإيداع في حدود اجل أقصاه 30 يوما من الوقت التصريح بالرغبة في الشفعة وإلا سقط الحق في الشفعة، ويجب على الشفيع أن يقوم بإيداع كامل الثمن الذي حصل به البيع والمصاريف، سواء دفع المشتري للبائع جزء منه فقط، أم لم يدفع له شيئا من ذلك بعد، وإذا كان الشفيع لم ينذر بالبيع من البائع أو المشتري، فيصبح عليه إيداع الثمن الذي يعلم أن البيع قد تم به، على أن يكمل هذا الثمن إلى الثمن المسمى في العقد، وفي حالة الزيادة يسترد الزائد من الثمن، كما تنص المادة 804 من القانون المدني على أن الشفيع لا يستفيد من الأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضاء البائع، ورضا البائع لا يغني عن الإيداع المسبق لكامل الثمن لدى الموثق قبل رفع الدعوى، إنما يسمح للشفيع باسترداد جزء من المبلغ بعد إيداعه.

- إذا تصرف المشتري في العقار قبل إعلان الشفيع الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة تطبق المادة 797 من القانون المدني التي تنص: "إذا اشترى شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ في الشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي اشترى بها"، أي أن هذا البيع يكون نافذا في حق الشفيع، فلا يعتد بالبيع الأول وعلى الشفيع أن يوجه إعلان رغبة في البيع الثاني وبشروط أي يوجه إلى المشتري الأول بصفته بائعا في البيع الثاني وإلى المشتري الثاني. وإذا وجد في البيع الثاني مانع من موانع الشفعة فلا يجوز للشفيع الأخذ بالشفعة لا في البيع الثاني لقيام المانع ولا في البيع الأول الذي لم يعد يعتد به في مواجهة الشفيع.²

الفرع الرابع: دعوى الشفعة: يعد إجراء رفع الدعوى آخر الاجراءات القانونية والتي يشترط القانون قيام الشفيع بها اذ يقاضي الشفيع كل من البائع والمشتري باعتبارهما خصمين من أجل حصوله على العقار

¹ موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، الصفحة 46 و 47.

² أحمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، المرجع السابق، صفحة 224.

المشفوع فيه¹، اذ تنص المادة 802 من القانون المدني على أنه: "يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق" وهو ما اكدته المحكمة العليا في احد قراراتها الصادرة بتاريخ 27-10-1999 ملف رقم 190693(من المقرر قانوناً أنه يجب ان ترفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل ثلاثين يوم من تاريخ الاعلان وإلا سقط الحق)²، وجاء في قرار آخر صادر بتاريخ 11-07-2013 ملف رقم 07831413(لا تدخل دعوى الشفعة في الدعاوى المعدة في المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)³، وهو المؤكد في قرار اخر صادر بتاريخ 27-10-1999(من المقرر قانوناً أنه يجب أن ترفع دعوى الشفعة على البائع و المشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في أجل 30 يوم من تاريخ الاعلان وإلا سقط الحق)⁴.

- **الخصوم في دعوى الشفعة** : المدعي في دعوى الشفعة و هو الشفيع، وإذا تعدد الشفعاء قبلت الدعوى المرفوعة منهم جميعاً بصفة واحدة، ويعتبر الأخذ بالشفعة من قبيل أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة لذلك يشترط ان يتوفر في الشفيع أهلية التصرف، فإذا كان كامل الأهلية جاز له وحده رفع دعوى الشفعة، كما يجوز له أن يوكل غيره بوكالة خاصة، أما إذا كان الشفيع عديم الأهلية أو ناقصها فلا يجوز للولي، والوصي أو القيم أن يقوم برفع دعوى الشفعة إلا بعد الحصول على إذن من المحكمة، كما أنه يجب توافر الصفة طبقاً للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعليه يعتبر أطراف دعوى الشفعة ثلاثة أطراف وهم الشفيع والبائع والمشتري غير أن الجدير بالذكر أنه يمكن تعدد كل طرف سواء الشفيع أو البائع أو المشتري.

- **قواعد رفع دعوى الشفعة**: وترفع دعوى الشفعة مثلها مثل باقي الدعاوى طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 14 منه بموجب عريضة افتتاحية للدعوى مؤرخة وموقعة من المدعي أو وكيله أو محاميه، يضمنها الطلب ومستنداته، بعدد من النسخ بقدر عدد المدعي

¹ أحمد دغيش، حق الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 338.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 27-10-1999 ملف رقم 190693 .

³ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 11-07-2013 ملف رقم 07831413 المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2014، صفحة 346 .

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 27-10-1999 ملف رقم 190693 منشور بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004، صفحة 227.

عليهم وتخضع لكافة إجراءات رفع الدعوى والتكليف بالحضور المنصوص عليها قانونا، كما أنها ترفع على كل من البائع والمشتري، فإذا رفعت على أحدهما دون الآخر كانت غير مقبولة وتعرض حق الشفيع للسقوط، وينعقد الاختصاص في النظر في دعوى الشفعة إلى المحكمة التي يقع العقار في دائرتها لأن دعوى الشفعة دعوى عينية يطلب فيها الشفيع بملكية العقار بسبب من أسباب الملكية وهو الشفعة¹، كما يجب أن ترفع الدعوى في الميعاد القانوني المنصوص عليه في المادة 802 بثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801، وهو نفس الميعاد المقرر لإيداع الثمن لدى الموثق، ويكفي قيد الدعوى لقطع سريان هذه المدة.

- لا تخضع عريضة افتتاح دعوى الشفعة كما سبق الذكر آنفا للشهر المنصوص عليه في المادة 85 من المرسوم 63/26 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل التجاري لأنها تذكر على سبيل الحصر دعاوى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتج عن وثائق ثم شهرها وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 26-04-2000²، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 26-04-2000 (لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم 63-76 وما دام القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فإنه أخطأ في مقتضيات المادة المذكورة)³، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 11-07-2013 ملف رقم 0783143 (لا يستوجب القانون شهر عريضة دعوى الشفعة، لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى المعدة في المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية)⁴.

- إذا وجد شفيع أعلى مرتبة من رافع الدعوى، جاز له قبل صدور الحكم في الدعوى أن يقوم بالتدخل طالبا رفضها وأحقية في أخذ العقار المشفوع فيه، فيكون مدعيا ضد البائع والمشتري والشفيع الأدنى مرتبة، ويكون ملزما بالإجراءات الملزمة للشفيع الذي لم ينذر بالبيع إعلان الرتبة في الشفعة إلى البائع والمشتري، وإيداع الثمن لدى الموثق وتحل العريضة محل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وفي هذا الصدد فقد صدر

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار مصطفى الفقي، المرجع السابق، صفحة 886.

² قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 194437 بتاريخ 26-04-2000 المنشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الاول لسنة 2000، صفحة 156.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 26-04-2000 ملف رقم 194437 المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية العدد الثاني قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 146.

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 11-07-2013 ملف رقم 0783143 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الاول لسنة 2014 صفحة 346 .

قرار عن المحكمة العليا في اجتهادها القضائي بتاريخ 28-07-2009 ملف 543584 (لا يؤثر سبب الشيوخ على ترتيب الشفعاء، يستوي الشريك في الشيوخ عن طريق الإرث مع الشريك في الشيوخ عن طريق الشراء، لا أفضلية لأحدهما على الآخر في التمسك بحق الشفعة)¹.

الفرع الخامس: صدور الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة في العقار للشفيع: بعد قبول القاضي دعوى الشفعة المرفوعة أمامه وتأكده من شروطها وإجراءاتها يصدر حكمه القضائي بثبوت الشفعة ويعتبر سندا لملكية الشفيع وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 803 من القانون المدني على أنه "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري"، وعليه فإن الحكم الصادر بأحقية الشفيع في الحل محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه ويعتبر سببا قانونيا منشئا لحق الشفيع في التملك ومن ثمة تترتب آثار قانونية من هذا الحق تسري من تاريخ شهر هذا الحكم القضائي في المحافظة العقارية ولا ترجع هذه الآثار إلى تاريخ البيع الذي حصل فيه الشفيع محل المشتري ومن هذا المنطلق فإن الحكم يعتبر دليلا على الملكية التي قضى بها² ومن أهم الآثار التي تترتب على ثبوت حق الشفعة وفق القواعد العامة انتقال ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع³، إذ أن القاضي المختص (القاضي العقاري) بعد التأكد من اجراءات الشفعة صحيحة بمقتضى القانون بقبول الدعوى شكلا وهذا بعد فحصه لشروط رفع الدعوى العامة والخاصة وصحة إجراءات ممارسة الشفعة وفصله في الموضوع بإصدار حكم يقضي بقبول الدعوى شكلا وفي الموضوع الحكم بحلول الشفيع محل المشتري في العقار وعلى القاضي في هذه الحالة تحديد العقار تحديدا كافيا نافيا للجهالة وذكر مواصفاته (الكائن بكذا...رقم...) وكذا إلزام الشفيع بان يضع المبلغ المحدد في مدة معينة في العقد المتفق عليه ويقوم الشفيع بشهر الحكم القاضي بحلول الشفيع محل المشتري، وبهذا فإن الملكية تصبح ثابتة بموجب الحكم القضائي حيث تستمد قوتها من القانون وليس من إرادة الأطراف وبالتالي يعتبر

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية بتاريخ 08-07-2009 ملف رقم 543584 منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية الجزء الثالث صفحة 334.

² أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 342.

³ جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص للاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث سنة 2010، صفحة 86.

حكما ناقلا للحق العيني العقاري لفائدة الشفيع ويبقى إخضاع هذا الحكم القضائي إلى أوجبه القانون من إجراءات لاحقة فيما يتعلق بالتسجيل والشهر¹ وهو ما سوف نتطرق له في الفصل الأول من الباب الثاني.

المبحث الثاني الاحكام القضائية الكاشفة (المصرحة) لنقل الملكية العقارية

¹ محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 130 و 131.

إذا كان الأصل هو أن القاضي يصدر الاحكام القضائية فصلا في الخصومات التي تكون قائمة بين الأشخاص وذلك بعد عرضها على الجهات القضائية المختصة قصد انصافهم وحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية إلا أن دوره في بعض الأحيان يتعدى ذلك، إذ يصدر أحكام وهو بصدد نظره في النزاعات لكن يكون لها أثر اخر يتمثل في حماية الملكية العقارية مصرحا من خلال حكمه بنقل ملكية عقار من شخص إلى الأخر وفق لشروط وإجراءات معينة يشترطها القانون وبالتالي يكشف عن مركز قانوني كان قائم يتعلق بالعقار أو حق عيني عقاري ومن بين هذه الأحكام الحكم القاضي بتثبيت ملكية العقار عن طريق التقادم المكسب وهو ما سوف أتناوله في المطلب الأول والحكم الصادر عن القاضي والذي يقوم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن اتمام إجراءات البيع في العقار وهو ما سوف أعرضه في المطلب الثاني كما يلي:

المطلب الأول : الحكم القاضي بتكريس الملكية على اساس التقادم المكسب في العقار

لقد شرعت الجزائر منذ تبيينها نظام الشهر العيني بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ والمراسيم التطبيقية له² في مسح مجموعة كبيرة من البلديات على مستوى التراب الوطني لكن هذه العملية لم تتقدم كثيرا ولا تزال مساحات شاسعة من الأراضي لم تمسها بعد عمليات المسح وسبب ذلك أن هذه عملية مكلفة للغاية، إذ تتطلب نفقات باهظة لكي يتم مسح كامل للتراب الوطني وعدم تزويد الفرق العاملة في الميدان بالمخططات الجوية اللازمة من طرف المصالح الجهوية لمسح الاراضي وغيرها من العراقيل³، كل هذه المعطيات وأخرى جعلت من المشرع الجزائري يتدخل في سنة 1983 بالمرسوم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983 الذي يسن اجراء اثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لتحفيز وتشجيع المواطنين الذين يحزون على أراضي لم تشملها بعد عملية المسح تسوية وثائقها، ومن جهة اخرى ونظرا لاتساع رقعة مسح الأراضي التي لم تشملها عملية المسح العقارية لجأ المشرع الجزائري كذلك عن طريق القانون رقم 90-25

¹ أمر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975.

² المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمرسوم التنفيذي رقم 89-234 المؤرخ في 19-12-1989 المتضمن انشاء الوكالة الوطنية لمسح الاراضي والمرسوم التنفيذي رقم 2000-115 المؤرخ في 24-05-2000 الذي يحدد قواعد مسح الاراضي الغيبية الوطنية.

³ حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة عقد الشهرة شهادة الحيازة، دار هومة، طبعة سنة 2004، صفحة 13.

المتضمن التوجيه العقاري¹ إلى دفع المواطنين الذين يحزون بالمناطق التي لم يشملها بعد عملية المسح العقاري الى الحصول على سند حيازي يسمى شهادة الحيازة ، غير ان الجدير بالذكر أن هاتين الآليتان التي سنهما المشرع الجزائري غير كافيتان لتحقيق هذه الغاية خصوصا أمام كثرة المنازعات المتعلقة بالعقارات وانعدام ما يثبتها لذلك غالبا ما يتم اللجوء الى القضاء باعتباره حامي حقوق المواطنين بهدف حماية حقوقهم العينية وعقاراتهم، ومن ثمة يقوم القاضي بتكريس ملكية الحائز عن طريق التقادم المكسب إذا ما توافرت الشروط القانونية اللازمة فيه الحيازة وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 300815 المؤرخ في 18-05-2005 (يقوم اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب على الحيازة وشروطها ومدتها ولا فرق بين العقارات من حيث توفر أو انعدام السند)²، وهذا لا يتسنى إلا بعد رفع دعوى يفصل فيها القاضي المختص (العقاري) بموجب طلب قضائي يضمه رافع الدعوى- حائز العقار - على منازعه ليصبح الحكم المثبت للحيازة عن طريق التقادم المكسب محل العقد الرسمي وهو ما اكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار المؤرخ في 12-10-2005 ملف رقم 321463 (إذا كان لا يمكن التمسك بالحيازة في دعوى الملكية فإن التمسك بالتقادم المكسب يعد دفعا بالملكية على اعتبار أن الحيازة في هذه الحالة، سبب من اسباب الملكية لاقترانها بالمدة الطويلة المقررة)³ وعليه سوف أتطرق إلى شروط وإجراءات الحكم القاضي بتثبيت التقادم المكسب لصالح حائز العقار أو الحق العيني العقاري كما يلي :

الفرع الاول: شروط التقادم المكسب في العقار: إن الحديث عن التقادم المكسب في العقار يؤدي بنا إلى التطرق إلى الحيازة إذا توافرت شروطها وكانت خالية من كل العيوب باعتبارها هي المنطلق الأول لبداية التقادم المكسب وتؤدي في نهاية المطاف الى كسب الملكية العقارية وهو ما اقرته المحكمة العليا في قراراتها منها القرار الصادر عن غرفة الاحوال الشخصية والمواريث بتاريخ 23-06-2004 ملف رقم 271312 (لا يعد حائز مساحة زائدة على ما هو ثابت في عقد الملكية حائزا عرضيا، يجب في حالة التمسك بالتقادم المكسب البحث في مدى توفر الحيازة على شرطيهما المادي والمعنوي واستمرارها المحددة

¹ قانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 49 سنة 1990 المعدل و المتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 26-09-1995 الجريدة الرسمية العدد 55.

² قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية رقم 300815 المؤرخ في 18-05-2005 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الخاص للغرفة العقارية الجزء الثالث، صفحة 268.

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-10-2005 ملف رقم 321463 منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية الجزء الثالث، صفحة رقم 177.

قانوناً¹ فالحيازة هي عنوان للملكية الظاهرة والوسيلة الفعالة للانتفاع وقد اهتم المشرع بالحيازة لأنها تدل في أغلب الاحيان على ظاهر ينبغي احترامه اذ يظهر الحائز بمظهر صاحب حق على الشيء المحاز وحتى ولو تبين فيما بعد أن الحائز ليس بصاحب حق فإن ضرورة الحفاظ على الأمن في المجتمع تفرض حماية هذا الحائز اذ ليس لأحد اقتضاء حقه بنفسه وإلا سادت الفوضى في المجتمع².

وقد تطلب المشرع الجزائري لصحة ثبوت التقادم المكسب توفر شروط معينة يمكن تقسيمها إلى طائفتين تشمل الطائفة الأولى الشروط العامة والتي تصدق على التقادم بنوعيه وتشمل الثانية الشروط الخاصة التي تستوجب في التقادم القصير.

فالشروط العامة للتقادم المكسب بنوعيه: تتمثل في :

أ / **شرط الحيازة:** لا بد أن يحاز العقار المراد كسبه بالتقادم المكسب حيازة قانونية بتوافر فيها العنصر المادي والمعنوي أي أن تكون للحائز نية الظهور بمظهر صاحب الحق الذي يحوزه ويكسب الحائز بالتقادم ما حازه³، إذ أن التقادم لا يقوم إلا على أساس الحيازة والتي يقصد بها سلطة فعلية أو واقعية يباشرها الحائز على الشيء، بحيث تكون في مظهرها وفي قصد الحائز لمزاولة الملكية أو حق عيني آخر فالحائز يباشر سلطته على الشيء بنية الظهور كالمالك أو صاحب عيني والحيازة بهذا النوع يطلق عليها بالحيازة القانونية بعكس الحيازة العرضية أو المادية فهي حيازة الشيء لصاحب الحق عليه ولا تكسب حقا وهذا التمييز بين الحيازة القانونية والحيازة العرضية قائم على أساس النية والقصد وهو تمييز تقليدي ولا يمكن للحائز العرضي أن يكسب العقار بالتقادم المكسب إلا اذا تغيرت صفة حيازته الى حيازة اصلية وذلك إما بفعل الغير أو بفعل يعرضه حق المالك⁴، وللحيازة عنصران هما :

-**العنصر مادي:** وهو عبارة عن الأعمال المادية التي تنطوي عليها مزاوله الحق موضوع الحيازة وهي وضع اليد على الشيء على الحق عن طريق السيطرة الفعلية استعماله والتصرف وعليه فعقد الشهرة الذي يتحصل عليه الشخص دون توافر هذا العنصر يعد باطلا⁵، وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرار

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-06-2004 ملف رقم 271312 المنشور في عدد خاص مجلة المحكمة العليا الغرفة العقارية الجزء الثالث سنة 2004، صفحة 262.

² محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 01.

³ محمدي فريدة، الحيازة و التقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 80.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، المرجع السابق، صفحة 1011.

⁵ حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة عقد الشهرة و شهادة الحيازة، المرجع السابق، صفحة 32.

بتاريخ 08-12-2011 تؤكد من خلاله أن الحيازة العرضية لا يمكنها أن تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم المكسب (لا يشكل عقد الرهن سندا للملكية ولا يمكن الاعتماد عليه لاكتساب الملكية عن الحيازة والتقادم، يعتبر الدائن المرتهن مجرد حائز عرضي)¹.

العنصر المعنوي: هو عبارة عن نية الحائز في أن يباشر هذه الاعمال لحساب نفسه أي نيته في أن يكون مالكا أو صاحب حق عيني آخر فإذا توافرا العنصران قامت الحيازة القانونية، وإذا تخلف العنصر المعنوي فلا تقوم الحيازة الحقيقية بل تكون حيازة عرضية، كما أنه لا يمكن أن تقوم الحيازة على عمل الرخص المباحة كما لا تقوم الحيازة على عمل من أعمال التسامح أو الإباحة²، إذ نصت المادة 808 فقرة 01 من القانون المدني " لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الغير على أنه مجرد رخصة أو عمل يتحملة على سبيل التسامح " وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 349406 المؤرخ في 12-04-2006 (علاقة القرابة تثير اللبس في الحيازة وترجح التسامح وتحويل دون التملك بالتقادم المكسب مهما طاللت المدة، فإنه يشترط لقبول الدفع بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من القانون المدني الا تقوم الحيازة على التسامح طبقا للمادة 1/808 من القانون المدني وإن وجود علاقة القرابة (الأخوة) بين طرفي النزاع تثير اللبس في الحيازة وترجح التسامح حول التملك بالتقادم المكسب مهما طاللت المدة فالأوجه ليست سديدة وحيث أن استبعاد التحقيق مسألة تقديرية تخضع لسلطة قضاة الموضوع ويجوز فيه أن يكون ضمنيا ولا يوجد ما يلزم القاضي بالإفصاح عنه ولا يشكل ذلك أي خرق للقواعد الجوهرية في الإجراءات)³، وجاء في قرار صادر بتاريخ 08-12-2011 ملف 691740 (لا يشكل عقد رهن سند ملكية ولا يمكن الاعتماد عليه لاكتساب الملكية عن طريق الحيازة والتقادم، يعتبر الدائن المرتهن حيز حائز عرضي)⁴.

كما نصت المادة 808 /2 من القانون المدني على أنه "إذا اقترنت الحيازة بالإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التباس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب"، كما يجب ان تكون الحيازة هادئة فإذا اقترنت بإكراه كانت معيبة

¹قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 08-12-2011 ملف رقم 691740 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2012، صفحة 368 ، قسم الوثائق والدراسات القانونية و القضائية.

² محمد فريدة، الحيازة و التقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 90.

³ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها و تطبيقا، المرجع السابق، صفحة 132.

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 08-12-2011 ملف رقم 691746 المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد 2 لسنة 2012 صفحة 368 .

والإكراه الذي يعيب الحيابة هو ذلك الذي يصدر من الحائز عند بدء الحيابة بمعنى أن يحصل الحائز على الحيابة بالإكراه أما إذا بدأ الحائز حيابته حيابة هادئة فلا يعيب حيابته بعد ذلك أن يضطر إلى استعمال القوة للاحتفاظ بحيابته ضد من يريد انتزاعها، ويجب أن تكون الحيابة كذلك غير مشوبة بعيب الخفاء فإذا كانت الأعمال التي يباشرها الحائز على الشيء الذي ليس من شأنها أن تظهر الحيابة للجمهور فهنا لا تقوم، فالحائز يجب أن يظهر بمظهر المالك وهذا لا يخفي ما يقوم به ويجب أن تكون الحيابة واضحة فإذا شابها لبس أو غموض كانت حيابة معيبة وتكون الحيابة مشوبة بعيب اللبس والغموض إذا أحاطت بها ظروف تثير الشك في أن الحائز يباشر سلطته على الشيء لحساب نفسه¹.

كما أن الفقه يضيف شرطا رابعا وهو استمرار الحيابة بمعنى أن يباشر الحائز على الشيء الأعمال اللازمة لمزاولة الحق الذي يدعيه في أوقات متقاربة فلا تتخلل هذه الأعمال فترات انقطاع غير عادية بحيث تشعر بأن الحائز ليس صاحب الحق الذي يدعيه²، وعليه يشترط في التقادم المكسب العنصران المادي والمعنوي اللذان تقوم عليهما الحيابة بأن يباشر فيها الحائز الأعمال المادية لحساب نفسه وأن تقترن بنية التملك، فالحيابة المادية وحدها لا يمكن أن تؤدي إلى اكتساب الملكية بالتقادم.

كما يشترط أيضا أن تكون الحيابة خالية من العيوب والحيابة بشروطها هي من الوقائع المادية التي يجوز إقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات وهو ما سوف اتطرق له لاحقا في الفرع الموالي، إذ قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 198951 المؤرخ في 27-09-2000 (متى ثبت للقضاء عدم اثبات اركان الحيابة المجتمعة في المادة 827 من القانون المدني فإن رفض طلب رفع الاعتراض على عقد الشهرة الذي يثبت الاعتراف بالملكية عن طريق التقادم المكسب يعد قضاءا سليما)³.

كما قضت كذلك في قرار اخر لها رقم 40187 المؤرخ في 01-07-1987 (من المقرر قانونا إن كسب الحقوق العينية المنقولة وغير منقولة بالتقادم وفق أجله الطويل أو القصير تتم إذا كانت الحيابة هادئة ومستمرة بعنصريها المادي والمعنوي وغير الغامض وخالية من العيوب مستندة إلى سند صحيح ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد تطبيقا خاطئا للقانون لما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - ايدوا الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى التقادم المكسب دون ان يتأكدوا من شروطه

¹ نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا وتطبيقا دار الهدى عين مليلة الجزائر سنة 2011 صفحة 80.

² نبيل صقر التقادم، في التشريع الجزائري نصا، شرحا وتطبيقا المرجع السابق، صفحة 80.

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الاول سنة 2003 ملف رقم 198951 المؤرخ في 27-09-2000.

أو يحددوا مدته الطويلة أو القصيرة واغفلوا بيان الفعل الحقيقي للحيازة بالإضافة إلى عدم وصفهم للتقادم الذي اعتمدهم يكونوا بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون¹.

وقضت في قرار آخر رقم 232683 المؤرخ في 22-05-2002 (الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب لا تثبت إلا بالعقود الرسمية بل تخضع لجميع وسائل الاثبات وعليه فإن ترجيح المجلس لحيازة المطعون ضده الثابتة وفقا للقانون على العقود الرسمية المحتج بها من المطعون ضدهم هو تطبيق سليم)²، كما قضت في قرار لها رقم 67227 المؤرخ في 13-03-1991 (ولما كان من الثابت - في قضية الحال- ان قضاة الموضوع بقضائهم الاشهاد بإقرار المدعى عليه الطاعن بصحة الرهن الحيازي للعقار المتنازع عليه فإن تمسك الطاعن بالحيازة أمام المحكمة العليا تمسك غير سديد)³، كما قضت في القرار رقم 40187 المؤرخ في 01-07-1987 (لما كان قضاة الاستئناف - في قضية الحال - أيديا الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى التقادم المكسب دون أن يتأكدوا من شروطه أو يحددوا مدته الطويلة أو القصيرة اغفلوا بيان الفعل الحقيقي للحيازة بالإضافة الى عدم وصفهم للتقادم الذي اعتمدهم يكونوا بقضائهم كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون الذي اعتمدهم يكونوا كما فعلوا اخطئوا في تطبيق القانون)⁴.

وبناء على هذا التكريس القضائي والواقع العقاري المعاش فإن الحيازة تكتسي في الجزائر أهمية خاصة ترجع إلى نظام الملكية إذ تقسم ملكية العقارات إلى عقارات يملك أصحابها سندات رسمية ومشهرة وعقارات أخرى يحوزها أصحابها عن طريق الحيازة فقط، وقد نص المشرع الجزائري على الحيازة في القانون المدني⁵ وقانون الإجراءات المدنية والإدارية⁶، إذ تناولها في المواد من 808 إلى 843.

فتمت أن ثبت شخص أنه حائز لعقار مدة 15 سنة متتالية دون انقطاع، وأن حيازته استوفت جميع شروطها، فيصبح مالكا لهذا العقار بالتقادم المكسب ويعتبر هذا دليلا على ملكيته، كما تكون حجة له إذ

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1990 العدد رقم 04 ملف رقم 40187 المؤرخ في 01-07-1987.

² المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2003 العدد رقم 01 ملف رقم 232683 المؤرخ في 22-05-2002.

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1992 العدد رقم 4 ملف رقم 67227 المؤرخ في 13-03-1991.

⁴ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1990 العدد رقم 4 ملف رقم 40187 المؤرخ في 01-07-1987.

⁵ أمر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975 المعدل والمتمم والمنشور في الجريدة الرسمية الصادرة في 30-09-1975 العدد 78.

⁶ القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25-02-2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23-04-2008 العدد 21.

مرت 10 سنوات وهي المدة المطلوبة في التقادم القصير إنما يشترط لذلك أن تكون الحياة مقترنة بحسن النية ومستتدة في الوقت ذاته إلى سند صحيح، ولا يرد هذا النوع من التقادم إلا على العقار، أما الحقوق الميراثية فإن مدة اكتسابها بالتقادم هي 33 سنة، فالتقادم المكسب هو وسيلة يكتسب بها الحائز ملكية شيء أو حقا عينيا بمقتضى حياة تظل مدة معينة، وما تجدر ملاحظته بالنسبة للمادة 827 من القانون المدني هو أن المشرع لم يشترط في حائز العقار حسن النية، بل اقتصر فقط على مدة الحياة وهي 15 سنة، ذلك أنه لم يفرق بين العقارات المشهورة سندات ملكيتها والعقارات غير المشهورة سندات ملكيتها بالمحافظة العقارية علما أن المرسوم رقم 352/83 المتضمن اجراء التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية¹ جاء تطبيقا لأحكام المادة 827 من القانون المدني، التي وردت مطلقة دون أن تفرق بين الملكيات موضوع التقادم، إذ أن الغاية من تشريع التقادم المكتسب هو عقاب (مجازاة) المالك الذي يهمل عقاره مدة معينة دون أن يسعى إلى استرداده والحيلولة دون فقده وبالتالي فلا مجال للتفريق بين العقارات التي أشهرت سندات والعقارات التي لم تشهر سند ملكيتها فضلا على أن التقادم المكسب يعد في التشريع الجزائري سببا من أسباب كسب الملكية العقارية وفي المادة 828 من القانون المدني اشترط المشرط الجزائري حسن النية والسند الصحيح المشهر لاكتساب العقار بالتقادم في مدة عشر (10) سنوات، وتهدف فكرة الحياة الى تحقيق هدفين أولهما حماية الملكية لأن الحياة قرينة على الملكية هذا من جهة وحماية الأمن والنظام العام في المجتمع لأنها تضمن لمن وضع يده على العقار الحماية القانونية من أي اعتداء حتى ولو وقع من المالك نفسه، إذ يحظر عليه يقوم بسلب الحياة من الحائز طبقا لفكرة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بيده².

ب/ شروط الحق العيني الذي يكسب بالتقادم

1- أن يكون الحق العيني قابلا للتعامل فيه: يعتبر هذا الشرط من الأمور المعروفة في جميع المعاملات لأنه من المسلم به أنه ما لا يقبل التعامل فيه لا يمكن أن تنقل ملكيته ومن ثم لا يمكن كسبه بالتقادم فالبحر والشمس والهواء لا يصلح منهم أن يكون محلا للتقادم المكسب لأنها جميعا غير قابلة للتعامل فيها بطبيعتها، كما ان الشيء قد يكون غير قابل للتعامل لأنه من اموال الدولة مثل العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أو لإدارة أو لمؤسسة عمومية أو لهيئة ذات طابع

¹ المرسوم رقم 352-83 المؤرخ في 21-05-1983 المتعلق بإجراء التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، جريدة رسمية رقم 21-81 صادرة بتاريخ 24 ماي 1983.

² عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 140.

إداري أو لمؤسسة اشتراكية أو لوحدة مسيرة ذاتيا أو لتعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية¹ طبقا لنص المادة 688 من القانون المدني²، وقد قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 100370 الصادر بتاريخ 27-01-1993 بأنه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم أنه لا يمكن الاعتراض على تصرف قامت به البلدية والذي يتعلق بأموال ادخلت في ذمتها المالية عن طريق الاحتياطات العقارية، ومن ثم فإن قضاة المجلس برفضهم طلب الطاعنين الرامي إلى إلغاء عقد البيع الذي تنازلت بموجبه البلدية للمستأنف عليه عن القطعة الأرضية - التي ادخلت ضمن احتياطاتها العقارية - بحجة ملكيتها بالتقادم فإنهم طبقوا صحيح القانون ويتعين تأييد قرارهم³، كما جاء في قرار آخر للمحكمة العليا رقم 73271 الصادرة بتاريخ 21-10-1990 إن: (حيازة أرض ملك للدولة - لا يجوز تملكها - رفض، من المقرر قانونا أنه لا يجوز التصرف في أموال الدولة وحجزها وتملكها بالتقادم ومن ثمة لا يمكن الحصول على ملكية مملوكة للدولة من طرف الطاعنين عن طريق الحيازة)⁴، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 26-07-2000 (لا يجوز تملك أموال الدولة بالتقادم المكسب، ولما ثبت من قضية الحال أن الارض محل النزاع تم تأميمها وإدماجها ضمن الصندوق الوطني للثروة الزراعية فهي تعد ملكا عاما تخضع للتقادم المكسب، إن بقاء المطعون ضده في جزء من القطعة الأرضية مدة من الزمن لا يعدو أن يكون مجرد رخصة لا تقوم معها الحيازة عملا بأحكام المادة 808 من القانون المدني)⁵، كما لا يجوز تملك الاموال الخاصة المملوكة للدولة الدومين الخاص بالتقادم وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 25-02-1998 رقم 150719 (لا يمكن اكتساب الاملاك الوطنية الخاصة بالتقادم وليس لأي كان حق الاولوية فيها)⁶.

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 98.

² المادة 689 من القانون المدني " لا يجوز التصرف في اموال الدولة او حجزها او تملكها بالتقادم غير ان القوانين التي تخصص هذه الاموال لإحدى المؤسسات المشار اليها في المادة 688 تحدد شروط ادارتها وعند الاقتضاء شروط عدم التصرف فيها.

³ المجلة القضائية، العدد رقم 01 سنة 1995 ملف رقم 100370 الصادرة بتاريخ 27-01-1993.

⁴ المجلة القضائية، العدد رقم 01 سنة 1992 ملف رقم 73271 الصادرة بتاريخ 21-10-1990.

⁵ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26-07-2000 تحت رقم 198170 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الاول سنة 2002 صفحة 275.

⁶ قرار صادر عن المحكمة العليا في 25-02-1998 رقم 150719 المنشور بمجلة المحكمة العليا الغرفة العقارية الجزء الثاني قسم الوثائق 2004 صفحة 245.

كما يشترط لجواز كسب الحق بالتقادم ان يكون قابلا للتملك الخاص ومن ثمة فإن الاموال العامة لا يجوز كسبها بالتقادم والأموال الخاصة للدولة أو الاشخاص الاعتبارية العامة وكذلك اموال الأوقاف لا يجوز تملكها أو كسب أي حق عيني آخر عليها بالتقادم، كما يشترط أن يكون الحق الذي يجوز كسبه بالتقادم المكسب عقارا مفرزا أو شائعا والتقادم المكسب يسري لمصلحة اي شخص وضده سواء كان شخصا طبيعيا واعتباريا¹ وهو ما اكدته المحكمة العليا في عدة قرارات منها قرار رقم 851984 المؤرخ في 12-06-2004(اراضي المستثمرات الفلاحية املاك وطنية غير قابلة للاكتساب)².

2 - ان يكون الحق العيني قابلا للحيازة: اذا كانت القاعدة العامة أن الشيء القابل للتعامل فيه يكون في نفس الوقت ايضا قابلا للتعامل فيه إلا أنه في بعض الاحيان قد يكون الشيء قابل للتعامل غير أنه لا يقبل للحيازة كالتركة³ التي لا تخضع للحيازة باعتبارها مجموعا من المال ومن ثم لا يمكن تملكها بالتقادم ولا يشترط في الحائز أهلية معينة لأن الأهلية شرط لمباشرة التصرفات القانونية دون سواها والحيازة ليست تصرفا قانونيا لذلك يمكن أن تكون الحيازة لغير المميز وذلك بواسطة من يمثله قانونا طبقا لما نصت عليه المادة 809 من القانون المدني⁴ كما تكون حيازة الشخص المعنوي صحيحة وذلك بواسطة من يمثله⁵، ويستفيد بالتقادم الدولة أيضا والأشخاص العامة الأخرى كالمبليات والمؤسسات العامة وتكون مباشرة الحيازة في هذه الحالة بواسطة من يمثله⁶ وهذا النص بما تضمنه من حق الارث يكتسب بالتقادم إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة يخالف القواعد الاساسية في الحيازة إذ الواجب أن يقول أن حق الأرض يسقط بالتقادم المسقط إلا أن يقال أن حق الإرث يكسب بالتقادم المكسب⁷ وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 27-09-2000 (لا يمكن إثارة التقادم المنصوص عليه في

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها و تطبيقا، المرجع السابق، صفحة 99.

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-06-2004 ملف رقم 08151984 والمنشور بالمحكمة العليا، العدد 1 لسنة 2004 صفحة 367 .

³ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 88.

تنص المادة 809 من القانون المدني "يجوز لغير المميز ان يكسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه نيابة قانونية"⁴

⁵ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 89.

⁶ تنص المادة 773 من القانون المدني "تعتبر ملكا من املاك الدولة جميع الاموال الشاغرة التي ليس لها مالك و كذلك اموال الاشخاص الذين يموتون عن غير وارث او الذين تهمل تركتهم.

⁷ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا ، المرجع السابق، صفحة 100.

المادة 829 من القانون المدني تلقائيا ولا تسري المادة المذكورة على المدعي المطالب بقسمة حقوق ميراثية في حالة عدم الدفع بالحيازة القانونية للأمكنة مدة 33 سنة من طرف المدعى عليه¹.

3- مجال التقادم المكسب:- الحقوق الجائز كسبها بالتقادم: إن الحقوق العينية هي وحدها الجائز كسبها بالتقادم، دون الحقوق الشخصية التي لا تقبل الحيازة (وذلك عدا السندات لحاملها)، والحقوق العينية الأصلية جميعاً يجوز كسبها بالتقادم، سواء كانت ملكية أو حقوقاً متفرعة عن الملكية كالانتفاع والارتفاق وحق الاستعمال وحق السكن، على أنه يلاحظ أن التشريعات التي يؤخذ فيها بنظام الشهر العيني أو كما يسمى السجل العيني (العقاري) لا يجوز أن يمتلك بالتقادم على خلاف ما هو ثابت بالسجل على عكس ما تم اغفاله من طرف المشرع الجزائري في الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا القانون المدني إذ لا توجد أي مادة تقضي بعدم كسب الحقوق المشهورة في السجل العقاري بالتقادم².

إن التقادم الخمسي عشر هو تقادم خاص بالعقارات وحدها، ويخرج عن دائرة التقادم المكسب الأموال العامة، وتحظر قوانين بعض الدول تملك أموال الدولة الخاصة بالتقادم وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهادها من خلال القرار الصادر بتاريخ 22-11-2000 ملف رقم 200495 (لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب إلا باستمرار الحيازة لمدة 15 سنة وأنه كذلك لا يجوز تملك الاموال العمومية بالتقادم المكسب...)³ وهو القرار الذي بموجبه تراجعت المحكمة العليا عن موقفها الذي كرسته من خلال الصادر بتاريخ 24-06-1998 (...ولما قرر قضاة المجلس بأن الحيازة لا تجوز في الاملاك التابعة للدولة فإن هذا التأسيس خاطئ لأنه لا يوجد أي نص قانوني يتحدث على منع الحيازة في الاملاك العقارية التابعة للدولة التي تمنح للأشخاص بموجب شهادة إدارية من اجل استغلالها والانتفاع بها مما يستوجب نقض القرار المطعون فيه)⁴.

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 27-09-2000 تحت رقم 202755 منشور بمجلة المحكمة العليا الغرفة العقارية الجزء الثاني قسم الوثائق سنة 2004، صفحة 239.

² محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 88.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 22-11-2000 ملف رقم 200495 المنشور بمجلة المحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني قسم الوثائق سنة 2004 صفحة 216 .

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 24-06-1998 ملف 1816445 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الاول لسنة 1999 صفحة 72.

4- ان يخضع الحق لحيازة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي وخالية من العيوب إن العنصر المادي للحيازة هو السيطرة المادية والفعلية للعقار والظهور بمظهر المالك من خلال القيام بتصرفات تليق بذلك وذلك بحسب طبيعة العقار فإذا كانت أرضا فلاحية تكون حيازتها بزراعتها وجني ثمارها وإذا كان العقار مبنيا بالحصول على مفاتيحه والسكن فيه أو ممارسة نشاطه المهني أو حرفي فيه¹، أما العنصر المعنوي فيقصد به أن الحائز يسيطر على العقار لحسابه على أساس انه مالك لا لحساب غيره، وأن لا تكون الحيازة لغرض مؤقت برخصة من المالك² وهو ما يطلق عليه بالحيازة العارضة التي لا تكفي لتملك الشيء عقارا أو منقولا بالتقادم كحيازة الدائن المرتهن للعين المرهونة فهي حيازة عارضة لا تنتقل بها الملكية مهما طال الزمن، فمن يشتري عقار بعقد عرفي ويتسلم العقار ويمارس عليه السيطرة المادية لمدة 15 سنة فهنا تتوفر لدى هذا الشخص نية التملك لأنه وضع يده على العقار بنية التملك، فإذا رفع عليه دعوى استرداد الملكية استنادا إلى عقد بيع عقار الباطل بطلان مطلق لتخلف فيه ركن الشكلية فيستطيع الحائز في هذه الحالة أن يتمسك بملكيته لهذا العقار استنادا إلى الحيازة التي تتوفر فيها الركنان وهما السيطرة المادية ونية التملك كما ورد في قرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 13-03-2014 تحت رقم 844881³، بالإضافة إلى هذا فإن القانون يستلزم ان تكون الحيازة خالية من العيوب وهي عدم الاستمرار أو التقطع والخفاء والغموض أو اللبس وعدم الهدوء أو الإكراه⁴ وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 17-12-2003 (استغلال الأرض المتنازع عليها مدة طويلة نتيجة عقد الايجار لا يعد حيازة ولا يترتب عليه بالتالي التملك عن طريق التقادم المكسب)⁵ فوضع اليد لا يعد بمفرده سندا للتملك ولا يصلح أساسا للتقادم المكسب إلا اذا كان مقرونا بنية التملك ومستمرًا وهادئًا وظاهرا غير غامض وأن القاضي أثناء فصله في الدعوى المتعلقة بالتقادم المكسب عليه أن يقوم بالتحقيق القضائي وهو ما أقرته المحكمة العليا في اجتهادها بتاريخ 12-09-2007 تحت رقم 401319 (بتعين قانونا على قضاة الموضوع في حالة انكار

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثامنة 2013، صفحة 96.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع نفسه، صفحة 96.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية، القسم الخامس بتاريخ 13-03-2014 تحت رقم 844881 غير منشور مستمد من كتاب عمر زودة الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 142.

⁴ عمر زودة، الإجراءات المدنية والدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 146 و 147 و 148.

⁵ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17-12-2003 ملف 257706 منشور بالمجلة القضائية العدد 2 لسنة 2003 صفحة 257.

الحياسة اجراء تحقيق قضائي، لا يمكن الاعتماد على تحقيق الخبير إلا على سبيل الاستئناس¹، وأن يحرص القاضي على مراعاة ان كان الحائز وضح وبين في دعواه اركان وضع اليد الذي اقام عليها حكمه المثبت للملك بالتقادم المكسب إذ عليه أن يتناول كل ركن من هذه الأركان يبحث مستقل طبقاً للقانون إذ أن المرور في أرض لا يكفي وحده لتملكها بوضع اليد مهما طال أمده لأنه ليس إلا مجرد انتفاع ببعض منافع العقار الذي لا يحول دون انتفاع الغير به بالمرور أو بفتح المطلات أو بغير ذلك ولا يعبر عن نية التملك بصورة واضحة لا غموض فيها ثم أن قام الحائز بالكف عن استعمال حقه في بعض الأوقات لسند قهري لا يفيد أن الحياسة منقطعة ويخل بصفة الاستمرار وأن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي قانوناً صفة الهدوء عن الحياسة فالحياسة تعتبر غير هادئة إذا بدأت بالإكراه من جانب الحائز فإذا بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن التعدي الذي يقع أثناء الحياسة ويمنعه الحائز لا يشوب تلك الحياسة رغم ذلك ولا يؤدي بالتالي الى قطع التقادم².

ج - شرط استمرار الحياسة مدة معينة: فالتقادم المكسب على نوعين تقادم طويل يؤدي الى كسب الحق على العقار إذا استمرت الحياسة مدة 15 سنة وتقادم قصير يؤدي إلى كسب الحق العيني على العقار دون المنقول إذا استمرت هذه الحياسة مدة 10 سنوات بشرط أن يكون الحائز مستتداً في حيازته الى سند صحيح وأن يكون حسن النية ولقد قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30-09-1998 (من المقرر أنه من حاز منقولاً أو عقاراً أو حق عينياً منقولاً كان أو عقار دون ان يكون مالكا أو خاصاً به صار له بذلك ملكاً ان استمرت حيازته له مدة خمسة عشرة سنة بدون انقطاع، ومن الثابت في قضية الحال - أن قضاء المجلس جعلوا التقادم المكسب مرهون بإجراء عقد الشهرة والقانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار)³، كما قضت المحكمة العليا في قرار صادر بتاريخ 03-10-2001 (إن القضاء برفض دعوى الحياسة على أساس أن المعارضة على سند الاعتراف بالملكية استناداً

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-09-2007 تحت رقم 401319 منشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية الجزء الثالث صفحة 124 (المبدأ: يتعين قانوناً على قضاة الموضوع في حالة انكار الحياسة اجراء تحقيق قضائي، لا يمكن الاعتماد على تحقيق الخبير الا على سبيل الاستئناس).

² الحاج هني جوهر، الحياسة فقها وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 101 .

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1998 العدد رقم 02 ملف رقم 180876 مؤرخ في 30-09-1998.

إلى حيازة جاءت ضمن الاجال القانونية دون التطرق إلى مناقشة احكام الحيازة للتأكد من حيازة الطاعن للعقار المتنازع عليه حيازة بنية التملك لمدة 15 سنة يعد خطأ في تطبيق القانون¹.

1-التقادم المكسب في الحالة الخاصة: هناك نوع ثالث من التقادم وهو مدة الثلاث والثلاثين سنة وهو التقادم الذي كان خاصا بالحقوق الميراثية أيا كان لم يكن الحائز كسبها ولا كسب أي حق عيني عليها إلا بمضي 33 سنة حتى ولو استند إلى سند صحيح أو حسن النية طبقا للمادة 829 من القانون المدني وبذلك قضت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 12-12-2013 ملف رقم 9798374 (يسري التقادم المكسب في مواجهة جميع الحقوق ومنها الحقوق الميراثية، يتعين على قضاة الموضوع للتأكد من توفر شروط الحيازة وخاصة المدة الزمنية 33 سنة)²، وفي قرار آخر رقم 110173 قرار مؤرخ في 15-11-1994 (من المقرر قانونا أن جميع الأحوال لا تكسب التقادم الحقوق الميراثية، إلا اذا دامت الحيازة ثلاثة ثلاثين وإلا تكون مقرونة بالإكراه أو حصلت خفية أو كان فيه التباس وإلا أصبحت بدون أثر تجاه من وقعت عليه العيوب - إلا من تاريخ نزولها ولما ثبت - من قبل مورثي المطعون ضده لم يكن إلا سبيل التسامح ومراعاة للعلاقات العائلية - من قبل الطاعنين- لذا فإن هذه الحيازة تعتبر منذ البداية مقترنة بالتابس خاصة وأن التحقيق اثبت عدم وجود القسمة المزعومة)³.

وتجدر الإشارة أنه في حالة وجود قصر يحسب التقادم منذ بلوغهم سن الرشد وتمتعهم بالأهلية وهو ما جاء به اجتهاد المحكمة العليا في القرار رقم 174703 المؤرخ في 17-03-1998(من المقرر شرعا أن الحقوق الميراثية لا تتقادم بالحيازة فيما يخص الورثة القصر ومتى تبين- في قضية الحال -أن العقارات المتنازع عليها لا زالت في الشيوخ وأن الطاعنات كانت قصر لا يبلغن سن الرشد وبالتالي فإن التركة لا علاقة لها بالحيازة والطاعنات الحق في طلب نصيبهن من التركة المقرر لهن شرعا)⁴، كما قضت في القرار المؤرخ في 31-07-2000(المستفاد من القرار المطعون فيه أن الطاعنة التمسست الحكم بإثبات حقوقها في التركة على أساس الطاعن حاز العقارات بصفة عاصب لها في تركة والدها إلا أن قضاة المجلس اغفلوا الرد على هذا الدفع الجوهري مبررين قضائهم بأن المطعون ضده يستفيد من التقادم المكسب

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 2001 ملف رقم 255349 قرار مؤرخ في 30-09-1998.

² قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 12-12-2013 ملف رقم 9798374 المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الثاني، سنة 2013، صفحة 333.

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1994 ملف رقم 110173 قرار مؤرخ في 15-11-1994.

⁴ المجلة القضائية للمحكمة العليا لسنة 1998 ملف رقم 174703 قرار مؤرخ في 17-03-1998 .

وهو قضاء يستفيد من التقادم المكسب وهو قضاء لا يستقيم و مقتضات المادة 316 من القانون المدني التي تقرر بأنه لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبرر شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه وعلى هذا الأساس فإن المانع المادي مانعا ادبيا يتجلى في العلاقة بين الحائز والمالك ومن هذا يكون إلى جانب المانع المادي مانعا ادبيا يتجلى في العلاقة بين الحائز والمالك ومن هذا تكون الحيابة مشوبة بعيب اللبس فيما تترتب آثارها¹.

2- الشروط الخاصة بالتقادم القصير: التقادم المكسب القصير هدفه ايثار الحائز الذي يتوفر لديه السند الصحيح وحسن النية² فهو ذلك التقادم الذي يتحقق بحيابة عقار لمدة عشر سنوات وهو تقادم مقصور التطبيق على كسب الحقوق على العقارات والحقوق العينية العقارية، بالإضافة إلى توافر الحيابة القانونية يجب أن يتوافر شرطان هما السند الصحيح الذي تسند اليه الحيابة وحسن نية الحائز أي اعتقاده أنه لا يعتدي على حق الغير³ وقد نصت المادة 1/828 من القانون المدني على هذين الشرطين "إذا وقعت الحيابة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستتدة في الوقت نفسه إلى سند صحيح سند يصدر من شخص لا يكون مالك للشيء أو صاحب للحق الذي يراد كسبه بالتقادم .

أولاً: حسن النية: إن المقصود بحسن النية هو الشخص الذي يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً عن خطأ جسيم وحسن النية افتراضاً تمليه الأصول العامة التي يتحدد في ضوءها عبء الاثبات ذلك أن الاصل هو توافر حسن وعلى من يدعي غير ذلك أن يقيم الدليل على حسن نيته اي اعتقاده وقت تلقي الحق أن يتعامل مع المالك الحقيقي حيث يقوم هذا الافتراض لصالحه وإذا ادعى الخصم ان الحائز كان سيء النية وقع عليه عبء إثبات هذا الإدعاء⁴ فحسن النية هو إذن غلط يقع في الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق وعرفته المادة 824 فقرة 1 من القانون المدني بأنه "يفرض حسن النية لمن يحوز"⁵، وإثبات سوء النية يكون مرهون بإثبات احدي الحالات الأربعة طبقاً للمادة 825 من القانون المدني وهي:

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا رقم 197177 قرار مؤرخ في 31-07-2000 .

² محمدي فريدة، الحيابة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 105.

³ الحاج هني الجوهر، الحيابة فقها وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 107.

⁴ الحاج هني الجوهر، الحيابة فقها و تطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 107.

⁵ محمدي فريدة، الحيابة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 111.

أما إن كان الحائز يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير أي كان يعلم بالعيب الذي لحق سند الناقل، وأما بإثبات أن جهل الحائز كان مبينا على خطأ جسيم أو أن الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره أو بأنه اعلنه بعيوب حيازته في عريضة الدعوى، ويتحدد الأساس في حسن النية طبقا لنص المادة 825 من القانون المدني إذ يعتبر الحائز في التقادم العشري حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير أي على أساس اعتقاد الحائز أن يتعامل مع مالك العقار أو صاحب حق عيني على العقار ويلاحظ أن تقدير توافر حسن النية أو عدم توافر مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فإذا كان الحكم اذن في حسن النية عن المشتري قد اتخذ من اهماله تحري ملكية بائعه قرينة أضافها إلى القرائن الأخرى التي أوردتها واستخلص من مجموعها أنه لم يكن حسن النية كما لو كان شخصا معنويا فإن العبرة تكون بنية من يمثله قانونا وقد نصت على ذلك صراحة المادة 824 / 2 من القانون المدني التي تنص على أنه " إذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله"¹.

-الوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية: إن المبدأ العام هو أن الحيازة تبقى على حالها محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك فمتى بدأت بحسن النية افترض انها استمرت دائما بحسن نية وكذلك إذا بدأت بسوء نية استمرت كذلك ما لم يثبت الحائز ما طرأ من أسباب جعله حسن النية كأن يثبت أنه في أثناء حيازته اشترى العقار من شخص يعتقد انه المالك الحقيقي له، فإذا كان المورث سيء النية ولكن الوارث كان حسن النية وأراد أن يتمسك بالتقادم العشري فإنه يجب على الوارث في هذه الحالة أن يثبت حسن نية وفق لما نصت عليه المادة 814 من القانون المدني² إذ أن حيازة الخلف العام تعتبر مقترنة بسوء نية كذلك فإذا ادعى الخلف أنه حسن النية وقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء وحسن النية يزول حتما من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في عريضة الدعوى (المادة 825 من القانون المدني) من اليوم الذي يرفع فيه المالك الحقيقي دعوى استرداد على الحائز وتعلن اليه فريضتها فإن هذا يصبح سيء النية³، ويكفي توفر حسن النية وقت تلقي الحق ولا يهم أن يصبح الحائز فيما بعد سيء النية وما أن الحق في القانون الجزائري ينتقل بالشهر يكفي توافر حسن النية عند الشهر

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 108 و 109.

² نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نسا، شرحا وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 93.

³ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 109.

فقط¹، فوقت اظهر حسن النية قررته المادة 2/828 من القانون المدني بأن حسن النية اللازم توافره لاكتساب الملكية بالتقادم العشري لا يشترط توافره إلا في وقت تلقي الحق.

إن الرأي الغالب يقضي أنه لا يكفي توافر حسن النية وقت ابرام التصرف بل يجب أن يتوافر وقت تسجيل هذا التصرف لأن الحقوق العينية الأصلية على العقارات لا تنشأ ولا تنتقل بين العاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل فيكون وقت التسجيل هو وقت تلقي الحق الذي يلزم توافر حسن النية عنده.

ثانيا: السند الصحيح: يقصد بالسند الصحيح ذلك تصرف الذي يصدر من غير المالك وأن عدم ملكية المتصرف إليه كانت السبب في عدم انتقال الملكية² وعرف المشرع السند الصحيح في المادة 828 من القانون المدني بأنه "سند يصدر من شخص لا يكون مالك للشيء أو صاحباً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم ويجب اشهار السند "

إذ حدد الفقه شروط السند الصحيح على أساس ان موضوع هذا التصرف يتمثل بنقل الملكية إلى الحائز³ كما يلي :

أولاً : أن يكون عملاً قانونياً : كالبيع والهبة الاحكام الناقلة للحق كالحكم رسو المزاد⁴.

ثانياً : يجب ان يكون السند الصحيح ناقلاً: أي عملاً قانونياً من طبيعته نقل الملكية أو الحق العيني كالبيع الأحكام الناقلة للحق فحكم رسو المزاد الذي يؤدي الى نزع الملكية للمدين بناء على طلب دائنيه يعتبر سنداً صحيحاً إذ هو ينقل الحق الى الشفيع حيث يحل محل المشتري في البيع المشفوع فيه⁵ ومن ثمة يكون بمثابة بيع وعلى هذا لا يعتبر اسباباً صحيحة التصرفات التالية:

أ- التصرف الكاشف عن الحق او المقرر له: مثل القسمة⁶

ب- التصرف الغير مسجل نصت المادة 2/828 من القانون المدني على أن "السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب للحق المراد كسبه بالتقادم⁷.

¹ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 113.

² نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً تطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 95.

³ نبيل صقر، المرجع نفسه، صفحة 95.

⁴ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 106 و 107.

⁵ الحاج هني جوهر، الحيازة فقهاً وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 111 و 112.

⁶ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 107، نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 98.

⁷ نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 99.

ج- التصرف الباطل أو القابل للإبطال: ليس للتصرف الباطل أي وجود قانوني لهذا لا تنتقل الملكية أو الحق العيني بموجبه ولو كان مسجلا ومن ثمة فإنه لا يصلح سندا صحيحا ويجوز للمالك أن يتمسك ببطلانه¹ إذ أن البطلان المطلق لا يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به المادة 102 من القانون المدني ، أما التصرف القابل للإبطال فإنه يقع صحيحا ومنتجا لآثاره ويظل كذلك إلى أن يحكم بإبطاله² ولا يجوز للمالك أن يتمسك بهذا الإبطال لأن الحق في طلب الإبطال لا يثبت إلا للعائد الذي شرع الإبطال لمصلحته وتصح أن تكون سندا صحيحا يكسب الملكية بالتقادم القصير قبل الحكم بإبطالها³.

د- التصرف الصوري: إذا كان العقد الذي يستند اليه الحائز عقدا صوريا أي عقد غير موجود في الحقيقة وتثبت صورية العقد بجميع الطرق⁴.

هـ- التصرف الظني: هو ذلك التصرف الذي يعتقد الحائز بوجوده ولكنه في الحقيقة ليس له وجود أو لم يعد له وجود لذلك لا يصلح سندا صحيحا ومثال ذلك الوصية التي رجع فيها الموصي قبل وفاته دون علم الموصي له⁵.

و- التصرف المعلق على شرط: لا يعتبر سندا صحيحا التصرف المعلق على شرط واقف فلا يكون نافذ إلا من وقت تحقق الشرط فلا يصلح كسند صحيح إلا من وقت تحقق الشرط⁶.

ثالثا: أن يكون صادرا من غير مالك

رابعا: يجب ان يكون السند الصحيح مشهرا طبقا للمادة 828 فقرة 3 من القانون المدني فالعقد الغير مشهر لا ينقل الملكية فهو لا يصلح ان يكون سندا صحيحا لان المراد بالسند الصحيح هو الذي يؤدي الى نقل الملكية والذي كان ينقلها فعلا لو أن ناقل الملكية كان فعلا مالك للشئ⁷.

¹ الحاج هني، جوهر الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 112، نبيل صقر التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا و تطبيقا المرجع السابق صفحة 99.

² تنص المادة 102 من القانون المدني "اذا كان العقد باطل بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها ولا يجوز البطلان بالايجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت ابرام العقد".

³ محمدي فريدة، الحيازة و التقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 108.

⁴ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها و تطبيقا، المرجع السابق، صفحة 113 .

⁵ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها و تطبيقا، المرجع نفسه، صفحة 113.

⁶ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 108.

⁷ محمدي فريدة، الحيازة و التقادم المكسب، المرجع نفسه، صفحة 109.

إثبات السند الصحيح: إن السند الصحيح في التملك بالتقادم العشري هو شرط مستقل عن حسن النية ولذلك فهو لا يفترض توافره كما يفترض توافر حسن النية ولذلك كان على الحائز أن يثبت السند الصحيح حتى يستطيع التمسك بالتقادم العشري لأنه لا يفترض والأصل أن إثبات السند الصحيح يقع على عاتق الحائز وهو يخضع للقواعد العامة في إثبات التصرفات القانونية حيث تجب الكتابة أو ما يقوم مقامها في الإثبات إذا زادت قيمة العقار على مائة الف دينار¹ وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا في القرار رقم 199710 المؤرخ في 26-07-2000 (من المقرر قانوناً أنه في التقادم الطويل حسن النية غير مطلوب، وفي التقادم الصغير بعشر سنوات حسن النية والسند الصحيح ضروريان)².

3- كيفية حساب مدة التقادم المكسب: إن المادة 832 من القانون المدني تنص على أنه يسري على التقادم المكسب قواعد التقادم المسقط فيما يتعلق بحساب المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالتقادم ومدة التقادم المكسب الطويل خمسة عشرة سنة كاملة ولا يجوز الاتفاق على إطالتها أو تقصيرها لأنها من النظام العام دون أن يخل ذلك بأحوال وقف التقادم وانقطاعه³، وفيما يتعلق بحساب مدة التقادم وتحديد بدء سريانها فيجب الرجوع إلى ما سبق أن ذكرناه في القواعد العامة للتقادم وما أورده المواد 314 الى 319 من القانون المدني، إذ أن المادة 314 من القانون تنص على أنه "تُحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها" كما نصت المادة 315 من القانون المدني على أنه "لا يبدأ سريان التقادم فيما لم يرد فيه نص خاص إلا من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء" وخصوصاً لا يسري التقادم بالنسبة الى دين معلق على الشرط واقف إلا من اليوم الذي يتحقق فيه الشرط وبالنسبة لضمان إلى الاستحقاق إلا من الوقت الذي يثبت فيه الاستحقاق وبالنسبة الى الدين المؤجل إلا من الوقت الذي ينقضي فيه الأجل⁴ وإذا كان تحديد ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن يسري التقادم من الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته فالأصل أن تبدأ مدة التقادم من اليوم التالي الذي بدأت فيه الحيازة إلا أن يتحقق ذلك بسبب

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 114. ونبييل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 101.

² قرار صادر عن المحكمة العليا في القرار رقم 199710 المؤرخ في 26-07-2000 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للعقارية الجزء الثاني سنة 2004 صفحة 202 و 295 .

³ نبييل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 111.

⁴ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 91، ونبييل صقر التقادم في التشريع الجزائري نصاً، شرحاً وتطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 111 .

وقف التقادم فلا تبدأ المدة إلا من الوقت الذي يزول فيه هذا السبب افتراض استمرار الحياة بين زمنين ويشترط أن تستمر الحياة طوال مدة التقادم وإثبات استمرار الحياة طول هذه المدة لا يقع على عاتق الحائز بل يكفيه أن يثبت التاريخ الذي بدأت فيه الحياة وأنه حائز فعلا فيفترض أن الحياة كانت له باستمرار وبدون انقطاع طوال المدة الوسطى وهو ما تؤكد المادة 830 من القانون المدني التي تقرر أنه "إذا ثبت قيام الحياة في وقت سابق معين وكانت قائمة في الحال فإن ذلك يكون قرينة على قيامها في المدة ما بين الزمنين ما لم يقدّم دليل على خلاف ذلك" فإذا ادعى خصم الحائز ان الحياة لم تكن للحائز في هذه المدة بأن انتزعت منه أو تخلى عنها أو عقبه من العقبات قد اعترضها فعليه إثبات ما يدعيه ولقيام قرينة استمرار الحياة المتوسطة بين الزمنين يجب أن يثبت الحائز أمرين¹:

- الأول أنه حائز للعين حالا حياة مستوفية لأركانها والثاني أنه قبل مدة التقادم اي 15 سنة أو 10 سنوات كان هو أو سلفه الذي تلقى الحياة عنه قد حاز العين حياة قانونية مستوفية لشروطها² ضم المدد في حالة تعاقب الحائزين: تنتقل الحياة من السلف إلى الخلف بأحد السببين الأول يتمثل في الواقعة المادية وهي الوفاة فتنتقل جوار ذلك الحياة من المورث إلى الورثة وهذا ما يعرف بانتقال الحياة إلى الخلف العام والثاني يتمثل في التصرف القانوني حيث تنتقل الحياة من البائع إلى المشتري وهذا ما يعرف بانتقال الحياة إلى الخلف الخاص³.

إن الحياة قد تنتقل إلى الخلف العام كالوارث أو الموصي له بحصة من التركة وقد تنتقل إلى الخلف الخاص كالمشتري والموصي له بعين لمدة معينة من التركة وفي الحالتين يستطيع الخلف أن يتمسك بالتقادم ومدة حياة سلفه إلى حياته لاستكمال مدة التقادم⁴، وقد نصت المادة 814 من القانون المدني على أنه "تنتقل الحياة إلى الخلف العام بجميع صفاتها غير أنه إذا كان السلف سيء النية وأثبت الخلف أنه كان في حياته حسن النية جاز له أن يتمسك بحسن نيته ويجوز للخلف الخاص أن يضم حياة سلفه ليبلغ للخصم".

¹ نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 112.

² الحاج هني جوهر، الحياة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 115.

³ عمر زودة، الإجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء و احكام القضاء، المرجع السابق، صفحة 150.

⁴ محمدي فريدة، الحياة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 92، والحاج هني جوهر، الحياة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 116.

أ - انتقال الحيازة الى الخلف العام: يكون انتقال الحيازة الى الخلف العام كالوارث والموصي له بحصة من التركة بصفتها فهي ليست حيازة جديدة إنما هي عبارة عن استمرار لحيازة سلفه وعلى هذا يستمر الخلف في هذه الحيازة حتى تتم المدة التي بدأها السلف مع أعمال القاعدة المنصوص عليها في المادة 314 من القانون المدني والتي تضي بأن "تبقى الحيازة محتقظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يتم الدليل عكس ذلك" فإذا كانت حيازة المورث بدأت مقترنة بسوء النية فتعتبر حيازة الوارث هي الأخرى مقترنة بسوء النية من جانبه فإذا ادعى الوارث أنه حسن النية كان عليه أن يثبت ما يدعيه¹.

ب- انتقال الحيازة إلى الخلف الخاص: يعرف الخلف الخاص بأنه كل حائز قامت بينه وبين الحائز السابق علاقة قانونية أدت إلى انتقال الحيازة كعلاقة المشتري بالبائع والموهوب إليه بالواهب والموصي له بعين معينة وحيازة الخلف حيازة مستقلة عن حيازة السلف قد تماثلها في صفاتها وقد تختلف عنها ولهذا يجب فيما يتعلق بشروط الحيازة النظر إلى شروط حيازة السلف²، والخلف الخاص يستمد حقه من سنده الذي صدر إليه من سلفه بينما الخلف العام يستمد حقه من سند سلفه ولذلك كان هناك اختلاف في مركز كل منهما فحيازة الخلف العام تعتبر استمرار لحيازة سلفه والأمر يتعلق بالاستمرار لا بالضم وما يترتب على ذلك من نتائج على النحو السابق بيانه، أما حيازة الخلف الخاص فهي حيازة مستقلة عن حيازة السلف قد تماثلها في صفاتها وقد تختلف عنها ولذلك يكون هناك حيازتين مستقلتين يجوز ضمهما بالمعنى الصحيح ولذلك فإن الخلف الخاص لا يتقيد بحيازة سلفه فهو يضمها إلى حيازته إذا كانت له مصلحة في ذلك فإن لم تكن له مصلحة في طرحها ويكتفي بحيازته هو ولكن يشترط لمكان الضم أن تكون حيازة السلف حيازة قانونية صالحة للتقادم المكسب الذي يتمسك به الخلف³.

الفرع الثاني وقف و انقطاع مدة التقادم :

1-وقف مدة التقادم: يقصد بوقف التقادم هو أن يتعرض التقادم إلى عقبة⁴، ويتعطل سريان التقادم لسبب معين ويؤدي هذا الوقف إلى عدم حساب المدة التي توفف فيها التقادم إذ تحسب المدة السابقة للوقف وتضاف إليها المدة اللاحقة له، وقد أحال المشرع بصدد التقادم المكسب إلى أحكام التقادم المسقط فيما يتعلق بالوقف بالقدر الذي تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، والمانع قد يكون

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 116.

² نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 113 و 114.

³ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 117 .

⁴ محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 93.

ماديا كالحروب والزلازل والفيضانات وقد يكون المانع قانونيا أو أدبيا كعلاقة الابن بأبيه والزوج بزوجته أثناء قيام العلاقة الزوجية وأن المانع الادبي لا يحول بصفة مطلقة من اكتساب الحق بالتقادم المكسب ولكن ويقف التقادم في حق من لا تتوفر فيه الأهلية أو في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية بشرط ألا يوجد من يمثل أيا منهم قانونا ويقف التقادم المكسب للأسباب أي كانت مدته ¹.

2 - انقطاع مدة التقادم: هو العقبة الثانية التي تعترض التقادم ويعني سقوط مدته نهائيا بسبب معين مذكور في القانون وبعدها يبدأ تقادم جديد تحسب فيه المدة التي سبقت الانقطاع وهذا ما يميزه عن وقف التقادم التي تحسب فيه المدة التي سبقت الوقف² والانقطاع نوعين هما:

أ-الانقطاع الطبيعي: نصت عليه المادة 834 من القانون المدني هو فقد الحيازة خلال مدة التقادم بتخلي الحائز عنها أو بفقدها ولو فعل الغير وقد سبق بيان الأحوال التي تزول فيها الحيازة فتزول بتخلي الحائز عنها بعنصرها أو إذا فقد احدهما وهو العنصر المادي على ان التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد وإذا ثبت الانقطاع الطبيعي ترتب عليه أثره بالنسبة لجميع الاشخاص لأنه يستند إلى واقعة مادية.

ب-الانقطاع المدني أو الحكمي فيقصد به الانقطاع الذي يتحقق مع استمرار الحيازة ولم يورد القانون المدني نصوصا خاصة بالانقطاع المدني في باب التقادم المكسب إذ أنه اكتفى بالإحالة على القواعد المقررة بشأن التقادم المسقط وبالرجوع إلى هذه القواعد المقررة بشأن التقادم المكسب إذ أنه اكتفى بالإحالة إلى قواعد التقادم المسقط³ وبالرجوع إلى هذه القواعد نجد أن التقادم ينقطع إما بالمطالبة القضائية وما يعتبرها في حكمها والإقرار طبقا للمادة 318 من القانون المدني .

الفرع الثالث: رفع دعوى التقادم المكسب يقوم حائز عقار الذي تتوفر حيازته على الأركان المادية والمعنوية للحيازة السابقة الذكر وكذا الشروط العامة المقررة لرفع الدعوى والمنصوص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية سيما المادة 13 منه برفع دعوى قضائية طبقا للمادة 827 من القانون المدني أمام القسم العقاري لدائرة اختصاص المحكمة الواقع بها العقار وذلك وفق للقواعد العامة المعروفة في رفع

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2015، صفحة 119.

² محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، المرجع السابق، صفحة 96.

³ المادة 832 من امر 75-58 مؤرخ 26 سبتمبر 1975 يضمن القانون المعدل والمتمم منشور بالجريدة الرسمية رقم 78 المؤرخة في 30-09-1975، الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، طبعة 2015، صفحة 121.

الدعوى بموجب عريضة افتتاحية للدعوى تحتوي على جميع البيانات المنصوص عليها في المادتين 14 و15 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وذلك كما سبق تناوله في الفصل الأول من الباب الأول ويكون ذلك في حالة وجود شخص ينازع المدعي في حيازته للعقار الذي تملكه بمرور المدة الواجبة لسريان التقادم المكسب ويطلق على هذه الدعوى كذلك بأنها دعوى ثبوت ملكية العقار بالحيازة¹، وبعد تقييد الدعوى على القاضي المعروف عليه النزاع أن يحرص على مراقبة الملف التقني الذي يلزم المدعي بإحضاره اذ يأمره بذلك إذا أغفل ذلك في إطار الدور الايجابي الذي يقوم به طبقاً لقواعد قانون الاجراءات المدنية والإدارية وتتمثل الوثائق اللازمة في :

- المخطط البياني للعقار محل النزاع معد من طرف خبير معتمد سواء كان خبير عقاري أو مهندس عقاري أو خبير في نفس القياس أو حتى مكتب الدراسات وهذا من أجل الوقوف على المساحة الحقيقية للعقار محل دعوى التقادم المكسب بدقة ومدى احترام الملكيات المجاورة والارتفاقات إن وجدت والبنائيات التي يحتويها.

- شهادة مسلمة من البلدية تثبت بأن العقار محل النزاع لا يندرج ضمن املاك البلدية أو احتياطاتها العقارية.

-شهادة مسلمة من إدارة أملاك الدولة يثبت من خلالها الحائز الطبيعة القانونية للعقار مع ضرورة الاشارة فيها أن كان يدخل ضمن املاك الدولة أم لا .

-شهادة مسلمة من المحافظة العقارية تحدد الوضعية القانونية الراهنة للعقار والقول إن سبق أن حرر بشأنه عقد ملكية مشهر لفائدة الغير أم لا.

ومن الأفضل أن يقوم القاضي بالانتقال ميدانياً إلى العقار محل النزاع للاستماع إلى تصريحات الملاك المجاورين بخصوص العقار محل النزاع لأنهم أدري بالحائز الفعلي وهم من بين الشهود الذين قد يحضرهم المدعي لإثبات وضعه لان الحيازة عبارة عن واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق بما في ذلك العقود العرفية وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا من خلال اجتهادها في قرارها رقم 448006 الصادر في 14-05-2008 من خلال تكريس مبدأ مفاده (لا يحول دون التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع عقار دون استئناس قضاة الموضوع به لإثبات تاريخ بداية الحيازة باعتبارها واقعة مادية يجوز اثباتها

¹ عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق الإسكندرية، سنة 2007، صفحة 10.

بكافة الطرق)¹، وتجدر الملاحظة من الناحية العملية أن بعض المحاكم ترفض الدعاوي التي ترفع من قبل المتقاضين الذين يطالبون بتثبيت الملكية على أساس التقادم المكسب بحجة أن التقادم مرهون بإجراء عقد الشهرة وهذا رأي غير سليم² وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 180876 المؤرخ في 30-09-1998³ الذي جاء فيه ما يلي "حيث أن قضاة الاستئناف يجعلهم التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة والحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني"، كما أنه بالرجوع إلى المادة 827 من القانون المدني فإنها لا تميز بين العقارات المشهورة وسندات ملكيتها والعقارات غير المشهورة سندات ملكيتها بالمحافظة العقارية بل اكتفت المادة بالنص على أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع)، كما أن المرسوم رقم 83-352 الملغي جاء في الحقيقة تطبيقاً لهذه المادة⁴ وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي للغرفة العقارية في القرار رقم 423832 المؤرخ في 16-07-2008 (من الثابت قانوناً أن كل من حاز عقاراً أو منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع ولا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم)⁵، والحكمة من تشريع التقادم المكسب هو مجازاة المالك الذي يهمل عقار مدة معينة دون أن يسعى إلى استرداده والحيلولة دون فقده وبالتالي فلا مجال للتفريق بين العقارات التي اشتهرت سنداتهما والعقارات التي لم تشهر سنداتهما، إن التقادم المكسب يعد في التشريع الجزائري سبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية وما ذهب إليه الاستاذ السنهوري إلى القول أن التقادم المكسب ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز مالك للعين بل هو سبب مباشر لكسب الملكية⁶.

¹ اجتهاد المحكمة العليا الغرفة العقارية رقم 448006 الصادر في 14-05-2008 منشور في عدد خاص الجزء الثالث، الصفحة 107.

² حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، الطبعة 2009، دار هومة، صفحة 38 ، 39.

³ قرار رقم 180.876 المؤرخ في 30-09-1998 مجلة قضائية، سنة 1998 عدد 02، صفحة 33.

⁴ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، طبعة 2009، صفحة 42.

⁵ القرار رقم 423832 المؤرخ في 16-07-2008 الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، المنشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، صفحة 274 .

⁶ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، طبعة 2009، صفحة 42.

لكن تجدر الاشارة أنه مادام لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري يستثني العقارات المشهورة سنداتنا من - مبدأ التقادم المكسب - فلا مجال للخروج عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 827 وفي هذا السياق نصت المادة 45 من قانون التوجيه العقاري¹ على أنه في حالة ظهور المالك الحقيقي فإنه يستطيع أن يرفع دعوى المطالبة بالعقار ويقصد بها دعوى الاستحقاق (دعوى تثبيت الملكية) للمطالبة بإلغاء شهادة الحيابة واسترداد العقار الذي تحصل بموجبه الحائز على هذه الشهادة²، وقد اصدرت الغرفة المدنية للمحكمة العليا عدة قرارات اعترفت من خلالها بمبدأ التقادم المكسب دون تمييز بين العقار المملوك بسند رسمي أو ليس سند رسمي بموجب القرار المؤرخ في 14-04-1982³، وقرار آخر مؤرخ في 10-11-1993⁴، وكذا القرار رقم 479371 المؤرخ في 15-10-2008 والذي أكدت من خلاله المحكمة العليا مبدأ مفاده "لا يستثني القانون المدني العقارات المشهورة عقودها من اكتسابها بالتقادم"⁵، وفي قرار اخر رقم 423832 مؤرخ في 16-07-2008⁶ أقرت المحكمة العليا بمبدأ مفاده (لا يمنع توفر العقار على الدفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم المكسب)، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 22-05-2002 رقم 232-683 (تقوم الملكية على أساس التقادم المكسب عند توفر شروط الحيابة بغض النظر عما اذا كان العقار المحاز له بسند ملكية أو ليس له سند، وحيث ان القانون المدني لا يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات والتي ليس لها سندات)⁷.

يجوز لصاحب شهادة الحيابة إثارة مدة التقادم المكسب أثناء تصفية الوضعية القانونية للعقارات المعنية بشهادة الحيابة في اطار عملية المسح العقاري المادة 14-02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254

¹ قانون 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18-11-1990 العدد 49.

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة منقحة ومزينة في ضوء اخر التعديلات واحداث الاحكام، المرجع السابق، صفحة 67.

³ قرارا صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 14-04-1982 ملف رقم 23.782 مجلة قضائية لسنة 1990 عدد 01 صفحة 12.

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10-11-1993 رقم 104.967 مجلة قضائية لسنة 1994 عدد 01 صفحة 43.

⁵ قرار المحكمة العليا رقم 479371 المؤرخ في 15-10-2008، المنشور في مجلة المحكمة العليا عدد 2 لسنة 2008 صفحة 273.

⁶ قرار صادر عن المحكمة العليا عدد خاص بالغرفة العقارية الجزء الثاني رقم 423832 مؤرخ في 16-07-2008.

⁷ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا صادر بتاريخ 22-05-2002 رقم 232-683 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2003 عدد رقم 01 صفحة 326.

المحدد لكيفيات اعداد شهادة الحيازة وتسليمها¹ يجوز للحائز أو الحائزين عند انقضاء الأجل القانوني المحدد في هذا المجال إثارة مدة الحيازة المشار إليها في الشهادة للاحتجاج بالتقادم المكسب)، ويسلم له بعد ذلك الدفتر العقاري وفي هذا السياق صدرت تعليمة عامة عن وزارة المالية بتاريخ 06-07-1994 تتعلق بعملية المسح صفحة رقم 44 و 4 أكدت على أن الحائز على شهادة الحيازة لا يتم التحقيق في مدة حيازته بل يعتبر حائز حسن النية بسند ويعامل معاملة الحائز الذي اتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بالتقادم المكسب علما أن المرسوم التنفيذي رقم 91-254 يشترط مهلة سنة واحدة فقط لتسليم شهادة الحيازة وتعتبر هذه المدة قصيرة جدا بالمقارنة مع المدة المشترطة في القانون المدني للتمسك بالتقادم المكسب للملكية والتي تحدد بمهلة 15 سنة في المادة 827²، وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا في قرارها رقم 201978 المؤرخ في 26-07-2000 (استعمال التقادم المكسب وسيلة لإثبات الحق في الملكية مع تقديم شهادة حيازة مستخرجة طبقا للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري لا حقا لا يعد رفعا لدعوى الحيازة و بالتالي لا وجود لخرق المادة 418 من قانون الاجراءات المدنية)³.

الفرع الرابع: اثبات أركان الحيازة لثبوت التقادم المكسب إن مسألة الحيازة تثير إشكالات عديدة لاعتبار أن الأصل في المسائل المدنية تقييد الإثبات، وعلى هذا فان إثبات الحيازة يقتضي إثبات ركنيها بجمع طرق الإثبات حسب اجتهاد المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 22-11-2000 (الحيازة واقعة مادية يتم اثباتها بجميع الطرق القانونية)⁴، إذ أن الحيازة لها عنصرين، عنصر مادي متمثل في السيطرة المادية على الشيء وعنصر معنوي وهو نية التملك أي الظهور بمظهر المالك والأصل أن الحيازة تثبت بتوافر عنصرها، لكن بالرجوع إلى المادة 822 من القانون المدني الجزائري والتي تنص "إذا تنازع أشخاص متعددون في حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من كانت له الحيازة المادية إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التأسيس" نجد المشرع نص على توافر العنصر المادي فقط لأن الأصل في الحائز انه يحوز لحساب نفسه، لكن هذه القرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها، بأن يثبت الطرف الآخر عدم توافر العنصر

¹ المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27 جويلية 1991 الذي يحدد كيفيات اعداد شهادة الحيازة وتسليمها المنشور بالجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 31-01-1991.

² حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الطبعة الثالثة 2015، صفحة 98.

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 201978 المؤرخ في 26-07-2000 والمنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني سنة 2004 صفحة 331 .

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 22-11-2000 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني قسم الوثائق 2004 ، صفحة 283 .

المعنوي، كما يشترط في الحيابة أن تكون صحيحة خالية من كل العيوب وعلى اعتبار الحيابة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البنية والقرائن وما يستخلصه القاضي، وبما إنها تثير إشكالات مختلفة من حيث مسألة الإثبات ووسائله، وكذلك سلطة القاضي في تقدير مسألة الإثبات ووسائله من خلال التطرق لركن الحيابة (المادي والمعنوي) ويقع على المدعي عبء إثباتها وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 23-06-2004 (لا يعد حائز مساحة زائدة على ما هو ثابت في عقد ملكية حائز عرضياً، يجب في حالة تمسك بالتقادم المكسب بالبحث في مدى توفر الحيابة على شرطها المادي والمعنوي واستمرارها المدة المحددة قانوناً)¹، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 26-07-2000 (الحيابة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب التي تثبت بالعقود الرسمية، بل تخضع لجميع وسائل الإثبات وعليه فإن ترجيح قضاة المجلس لحيابة المطعون ضده الثابتة وفقاً للقانون على العقود المحتج بها من المطعون ضدهم فهو تطبيق سليم للقانون)².

أولاً : إثبات الركن المادي للحيابة قد يأخذ الركن المادي للحيابة إحدى الصور الأربعة، فقد تكون حيابة فعلية أو على الشيوخ، أو حيابة بالوساطة أو الوكالة³ أو بالاستخلاف وتثبت الحيابة الفعلية عن طريق إثبات الأعمال المادية التي يباشرها الحائز، بنفسه على العين، وتختلف هذه الأعمال باختلاف الحقوق العينية التي يدعيها الحائز فإذا كان الحق المدعي به حق الملكية فإن هذه الأعمال يجب أن تكون بما يباشرها المالك على ملكه عادة، ويجعل له السيطرة المادية عليه كاستعمال والتصرف المادي فيه كالحائز الذي يدعي حيابته الفعلية لأرض زراعية أن يثبت مثلاً حرثها، بذرها وزرعها، تسميدها وحصد المحصول أو جنيه بعد نضجه، وإذا كانت تتعلق بعين منزلاً، فإن الحيابة الفعلية تثبت لمن يدعي ذلك بالسكن فيه أو قيامه بأعمال الترميم أو الهدم فيه أو البناء عليه، والأصل أن حيابة الشيء تفترض حيابة توابعه ما لم يثبت العكس، وإذا كان الشيء محل الحيابة غير قابل للانقسام فإن حيابة جزء تكون بمثابة حيابة كل الشيء، ولا تثبت الحيابة الفعلية إلا بثبوت مباشرة أعمال السيطرة المادية بالفعل، ذلك أن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلاً فلا يكفي أن يثبت تمكن الشخص من القيام بهذه الأعمال دون مباشرتها

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 23-06-2004 ملف 271312 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية ، الجزء الثالث سنة 2010، صفحة 262 .

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26-07-2000 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني سنة 2004، صفحة 347.

³ الحاج هني جوهر، الحيابة فقهاً و تطبيقاً، المرجع السابق، صفحة 16.

بالفعل¹، ولا يكفي لإثبات الحيازة الفعلية تقديم سند الملكية المصحوب بتسليم العقار دون وجود أفعال مادية للحيازة كما أن وجود مفتاح الشقة شخص دون تمكنه من السيطرة المادية عليها لا تعتبر معه حائزاً فعلياً الشقة وتثبت الحيازة بجميع الطرق وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 448006 المؤرخ في 14-05-2008 (لا يحول التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع عقار دون استئناس قضاة الموضوع به لإثبات تاريخ بداية الحيازة باعتبارها واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق)²، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 22-02-2002(الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقادم المكسب لا تثبت بالعقود الرسمية بل تخضع لجميع وسائل الإثبات وعليه فإن ترجيح المجلس لحيازة المطعون ضده الثابتة وفقاً للقانون على العقود الرسمية المحتج بها من المطعون ضدهم هو تطبيقاً سليم للقانون)³، وحتى تقوم الحيازة الفعلية يجب أن يثبت للقاضي من خلال الملف وما يجريه من تحقيق ووثائق أنها مستمرة ويقصد بالاستمرار أن تباشر أعمال السيطرة المادية على العين بصفة منتظمة أو في فترات متقاربة، وفقاً لما يباشره صاحب الحق وبحسب طبيعة العين، أن تكون هذه الأعمال من الأهمية والتكرار بحيث تدل على السيطرة المادية على العين، ولكن لا يلزم ثبوت الاستمرار أن تباشر أعمال السيطرة المادية في كل الأوقات، إذ يكفي أن يباشرها عادة صاحب الحق فزراعة الأرض لا تكون إلا في الوقت زراعة المحصول ومباشرة الرعي لا تكون إلا في الفصل الذي تصلح له، وتكون الحيازة بالوساطة إذ لا يلزم أن يباشر الحائز الحيازة المادية بنفسه، بل يجوز أن يباشرها عن طريق وسيط فقد نصت المادة 810 فقرة 1 من القانون المدني على أنه "تصح الحيازة بالوساطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلاً به اتصالاً يلزمه الإلتزام بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة.."، وتثبت الحيازة بالوساطة بثبوت قيام الوسيط بأعمال السيطرة المادية وبثبوت العلاقة التي أدت إلى هذه الوساطة، ومتى ثبتت الحيازة بالوساطة فإنها تحسب لصالح الحائز الأصيل حتى لو لم يكن يعلم بها، فحيازة التابع أو الوكيل مثلاً تحتسب لصالح المتبوع أو الموكل حتى قبل أن يعلم بهذه الحيازة الوقتية، والحيازة الوصي أو الوالي أو القيم تحتسب لصالح عديم الأهلية أو ناقصها سواء علم بهذه الحيازة

¹ عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة و بالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، توزيع دار الفكر العربي، طبعة 1978، صفحة 189 ، 190.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 448006 المؤرخ في 14-05-2008 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، رقم 107.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22-05-2002 ملق رقم 232683، منشور بالمجلة القضائية، العدد الاول سنة 2003 .

أو لم يعلم¹. وتثبت الحيازة بالاستخلاف بإثبات الرابطة القانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف ففي ضم حيازة السلف إلى خلف عام كالوارث أو الموصي له بنسبة من التركة، ويقتضي الضم ثبوت الوراثة أو الوصية وإثبات استطاعة الخلف العام الاستحواذ على العين.

وفي ضم حيازة السلف إلى خلف خاص، كالمشتري من البائع والموصي بعين معينة يقتضي الضم بثبوت السند الذي انتقلت به الحيازة، الحيازة إلى جانب إثبات استطاعة الخلف الخاص السيطرة على الحق الواردة عليه الحيازة ولو لم يكن هناك استلام مادي للشيء موضوع هذا الحق، ومنه لضم حيازة الخلف عام أو خاص يتطلب إثبات الرابطة أو العلاقة القانونية² بين الحيازتين وإثبات استطاعة الخلف السيطرة على العين، والسيطرة هي قدرة الخلف على مباشرة السيطرة المادية على العين دون أي اشكال سواء بإشرها بالفعل أو لم يباشرها، فيتحقق انتقال الحيازة بمجرد القدرة على هذه السيطرة.

كما تثبت الحيازة على الشيوع بكافة طرق الإثبات، ذلك انه كما تكون الملكية شائعة، تكون الحيازة كذلك شائعة، ويباشر الحائز على الشيوع اعمال السيطرة المادية لحسابه شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه، حتى لا يحول دون قيام شركائه، أو يزرع الأرض معهم بل وله أن يستأثر بنصيب مفرز من العين إلى أن تتم القسمة بين الشركاء³.

ثانيا: الركن المعنوي عند ثبوت الحيازة المادية نص المشرع الجزائري في المادة 822 من القانون المدني "إذا تنازع أشخاص متعددون في الحيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة فإن الحائز هو من كانت له الحيازة المادية إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التندليس"، كما أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 823 من القانون المدني أن "الحائز لحق يفرض انه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك"، ويلاحظ من خلال استقراء هذين النصين أن المشرع افترض الركن المعنوي للحيازة بمجرد توافر الركن المادي لها فمتى أثبت الحائز أن له السيطرة على الشيء حتى يفترض أنه يحوزه لحساب نفسه واعتبرت بالتالي حيازته حيازة قانونية تجمع بين الركنين المادي والمعنوي إلى أن يثبت العكس، فلا يكلف من له السيطرة المادية على الشيء عبء إثبات أنه يحوز نفسه وإنما يقع على من ينازعه عبء إثبات أنه حائز عرضي مثلا

¹ عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 202، 203.

² نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا، شرحا تطبيقا، المرجع السابق، صفحة 113.

³ عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 206.

يحوز لحساب غيره لا لحسابه التقادم المكسب نفسه، كما يمكن للأشخاص الاعتبارية أن تكسب الحيازة عن طريق نوابها فهي تأخذ على قياس الصبي المميز فله إرادة وبالتالي يجوز أن تتوافر لديه النية، إذ لا يشترط لتوافرها كمال الأهلية بل يكفي التمييز لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفاً قانونياً حتى يشترط فيها كمال الأهلية، وإذا استند الحائز إلى حيازته في التملك بالتقادم المكسب، فلا يلزم أن يعتقد أن يده على ملك نفسه أو على ملك غيره، طالما أنه يحوز لحساب نفسه وقد جاء في قرار الغرفة الإدارية 129947 المؤرخ في 09-03-1998 غير منشور (المادة 827 من القانون المدني لا تشترط جهل المالك الحقيقي للأرض موضوع التقادم المكسب، ويكفي حيازة الحائز تدوم المدة المذكورة في المادة 827 وأن المالك الأصلي للأرض لم يقم بأي إجراء من شأنه وقف حيازة الحائز)¹.

والأصل في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه، أي افتراض العنصر المعنوي عند ثبوت الحيازة المادية، ومن يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه، ومن هنا يظهر أنه يكفي الحائز إثبات الحيازة المادية حتى يفترض أنه يقوم بها لحساب نفسه، ومن الأمثلة التي تضرب لتخلف الركن المادي مع توافر الركن المعنوي، حالة البائع الذي يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري بعد انتقال ملكية له منتويا حيازته لحساب نفسه، ويثبت تخلف الركن المعنوي بإثبات علاقة الوساطة، أو أن وضع اليد قائم على التسامح².

ثالثاً: إثبات خلو الحيازة من عيوبها الحيازة تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ويكفي في إثباتها مبدئياً إثبات عنصر الحيازة المادية وعلى مدعي الحيازة أن يثبت أيضاً خلوها من العيوب، ويرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه يجب على من يدعي الحيازة أن يثبت خلوها من العيوب وأنها مستمرة علنية هادئة غير غامضة³، وقد جعل المشرع الجزائري من الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية في نص المادة 823 من القانون المدني فمن أثبت أن له الحيازة المادية بشروطها افترض أنه الحائز القانوني، وباعتبار أن الحيازة لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت جميع شروطها، فإنه يجب على من يدعي الحيازة أن يثبت أنها خالية من العيوب والتمثلة في عدم الاستمرار (التقطع) والخفاء (عدم العلانية) والإكراه (عدم الهدوء) والغموض (اللبس) وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13-04-2014 ملف

¹ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، طبعة جديدة مزينة بأحدث القرارات الى غاية 201، المرجع السابق، صفحة 295.

² عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، نفس المرجع السابق، صفحة 216. 217. 218 .

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، صفحة 952 .

رقم 0844873 (لا يحمى القانون الحيابة العرضية لافتقادها الركن المعنوي، يحمى القانون استثناء الحيابة العرضية للمستأجر)¹. وقد نص المشرع الجزائري في المادة 808 / 2 من القانون المدني: "إذا اقترنت الحيابة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيابة أو التبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب." ومنه على الحائز إثبات خلو حيازته من العيوب وذلك بأن يثبت:

1. أن تكون حيازة المدعي هادئة أي لا يشوبها عيب الإكراه (عدم الهدوء): يكون إثبات عيب الإكراه في الحيابة عن طريق إثبات وسائل العنف والقوة أو التهديد وتقدير ما إذا كانت وسيلة الحصول على الحيابة من وسائل الإكراه مما يترك لقاضي الموضوع، إذ أن القضاء لا يعتبر التعرض القانوني للحائز مما تنتفي به صفة الهدوء كتوجيه إنذار للحائز، أو رفع دعوى قضائية عليه، أو حصول تصرف قانوني على العين محل الحيابة، وتحتسب مدة التملك بالتقادم المكسب من وقت بدء هدوئها، وعليه يقع على الحائز إثبات أن حيازته بدأت في هدوء لكنه اضطر إلى استعمال القوة لدفع الاعتداء على حيازته واستقرت في هدوء ويكون الإثبات هنا بكافة طرق الإثبات.

2. أن تكون حيازة المدعي ظاهرة أي لا يشوبها عيب الخفاء (عدم العلانية): فعلى الحائز أن يقوم بالظهور أمام العيان بحيث تكون أعمال السيطرة المادية ظاهرة وعلنية ويستطيع أن يراها ويعلمها من يحتج عليه بالحيابة فيعترض عليها إذا شاء² ويكون الإثبات بكافة طرق الإثبات طالما أنها وقائع مادية، وتجدر الإشارة أن التحقق ما إذا كانت الحيابة علنية أو خفية هي مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الموضوع من الدعوى وملابساتها³.

3- أن تكون حيازته واضحة أي لا يشوبها عيب الغموض (اللبس): قد يشوب الركن المعنوي الغموض أي ألا يشتبه لدى الغير قصد الحائز بحيث لا يظهر ما إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أم لحساب الغير أي يقع هناك التباس في ذهن الغير لذلك يستدل بالصلة التي تربط الحائز بصاحب الحق كالشريك أو التابع، ويستدل عليه بالظروف التي تحيط بالحيابة وكثيرا ما يطعن في عيب الغموض في حيازة الشريك

¹ قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13-04-2014، ملف رقم 0844873 منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2014.

² الحاج هني جوهر، الحيابة فقها و تطبيقا، المرجع السابق، صفحة 55.

³ عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيابة و بالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 259، 260، 261.

لعين مملوكة على الشيوع إذ يلتبس على الغير ما إذا كان يحوز هذه العين لحساب نفسه أم لحساب غيره من الشركاء كذلك¹

4- أن تكون حيازته مستمرة أي لا يشوبها عيب عدم الاستمرار (التقطع): إن الحيازة المستمرة هي تلك التي تتحقق عن طريق توالي أعمال السيطرة المادية التي يباشرها الحائز على الشيء المحاز في فترات متقاربة ومنتظمة بشرط أن تكون هذه الأوقات عادية، إذ أنه لا يشترط الاستمرار الدائم في استعمال الشيء المحاز بل يكفي أن تكون فترات التقطع معقولة، وباعتبار أن هذه الأخيرة وقائع مادية فإنه يمكن إثباتها بمختلف طرق الإثبات.

إن إثبات الحيازة لا يقتضي تقديم سند كتابي أو صحيح من الحائز لأن اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب إنما يقوم أساسا على الحيازة وشرطها ومدة هذه الحيازة، ومنه فالأراضي التي لها سندات تكون محلا للتقادم المكسب فمن أهمل أرضه أو عقار سكني سنين طويلة واكتسابها شخص آخر وحازها لمدة 15 سنة أو تفوق فإنه هنا يعتبر قد اكتسبها بالتقادم وأصبح مالكا لها يتمتع بحقوق المالك وهو ما أكدته المحكمة العليا في الغرفة العقارية (إذا كان لا يمكن قانونا التمسك بالحيازة في دعوى الملكية فإن التمسك بالتقادم المكسب يعد دفعا بالملكية على اعتبار أن الحيازة في هذه الحالة سبب من أسباب الملكية لاقترافها بالمدة الطويلة المقررة قانونا)²، إذ أن القانون المدني لم يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات والتي ليس لها سندات وكذا المرسوم رقم 83/ 352 والذي نص على أن كل الأراضي تخضع للتقادم المكسب، وهذا المبدأ أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 15 3008 الصادر بتاريخ 18/05/2005 والذي جاء فيه: تقوم الملكية على أساس التقادم المكسب، عند توفر شروط الحيازة ولا يشترط فيها توفر السند الصحيح ومنه فإن إثبات الحيازة بالكتابة الرسمية أي عن طريق محرر رسمي غير ممكنة، أما بالنسبة للعقد العرفي يمكن للشخص الذي يحتج عليه أن يثبت أن محتواه مخالف للحقيقة القانونية المتنازع فيها، كما أن التاريخ الموجود على الورقة العرفية لا يحتج به إلا إذا كان ثابتا طبقا للمادة 328 من القانون المدني، وعلى هذا الأساس فإن من له محرر عرفي وثبتت حيازته القانونية بركنيها المادي والمعنوي، وكانت مقترنة بحسن نية، وتوفرت فيها شروط صحتها بأن كانت حيازة علنية، ظاهرة، مستمرة، هادئة لمدة 10

¹ عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة و بالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، المرجع السابق، صفحة 264، 265، 266.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 12-10-2005 ملف رقم 321463 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، صفحة 177.

سنوات وهو التقادم القصير المدى، فانه يصبح هنا حائزا وقد اكتسب العقار بالتقادم المكسب القصير المدى وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 233201 الصادر بتاريخ 18 / 06 / 2002 بأن "القضاء بثبوت الحيازة اعتمادا على تاريخ العقد العرفي بصورة مستمرة وهادئة يعد قضاءا سليما"، إذ نجد أن قضاة المجلس اعتبروا أن حيازة المستأنف عليهما ثابتة على الأقل مند تحرير العقد العرفي ومنه فان العقد العرفي الثابت التاريخ تثبت به الحيازة، إذا ثبت ركنيها وشروط صحتها¹. وعلى هذا الأساس فإنه وباعتبار الحيازة واقعة مادية تؤدي الى اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب فإنه يجوز إثباتها بكافة الطرق الاثبات كالمعاينة والشهادة والخبرة وكذا اعتماد تاريخ المحرر العرفي كبداية لتاريخ الحيازة، واللجوء في بعض الأحيان النادرة إلى اليمين ومتى ثبت للقاضي شروطها وركنيها المادي والمعنوي وفقا لما سبق ذكره اصدر القاضي حكمه.

الفرع الخامس : صدور الحكم المثبت للملكية عن طريق التقادم المكسب

بعد ان يقوم القاضي بدراسة الملف من الناحية الشكلية والموضوعية وبعد قبول الدعوى شكلا ينظر في موضوع التقادم المكسب وذلك من خلال التأكد من شروطه وأركان الحيازة والمدة اللازمة قانونا ويجري تحقيق بجميع طرق الاثبات طبقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بسماع الشهود وتعين خبير لمعاينة القطعة الأرضية وحتى الاعتماد على العقود العرفية وإذا ثبت للمحكمة توافر كل الشروط السابقة اللازمة للحياة وأن التحقيق المنجز من طرف القاضي إيجابي يصدر هذا الاخير حكم يثبت الملكية عن طريق التقادم المكسب محددًا بذلك هوية الحائز وموقع العقار بدقة ومساحته وحدوده وجميع البيانات الخاصة بالعقار (وصفه القول أن كان عقار مبني أو غير مبني ومحتوياته" ..)

والجدير بالذكر أن الاحكام الصادرة في دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب احكام مصرحة وكاشفة للحقوق لأنها ملكية الحق العيني العقاري للشخص الحائز كانت ثابتة من قبل وانتقلت إلى مالكا بوضع اليد واكتسابها بالتقادم المكسب الطويل المدة² وقد نصت المادة 827 من القانون المدني على أنه (من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع) وعليه يستنتج أنه يشترط لكي يمتلك واضع اليد العقار بالتقادم المكسب تستمر حيازته له مدة 15 سنة على أن تتوفر في الحيازة كافة الشروط

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 233201 الصادر بتاريخ 18 / 06 / 2002 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية بالمحكمة العليا، سنة 2002.

² عباس عبد الحميد، حجر شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر 1989، صفحة 37

السابق ذكرها كما أنه يجب أن يكون العقار موضوع الحيازة غير واقع في البلديات التي تمت بها عملية المسح، ولما كانت الحقوق العينية العقارية التي تكتسب بالتقادم لا يمكن شهرها لعدم وجود محرر يثبتها حتى يمكن شهره فإن على من اكتسبها أن يرفع على المالك السابق أو على من يعتدي على هذا الحق دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب مصرحا بحقه العقاري هذا الحكم يجب شهره لكي ينتج شهره في نقل ملكية للحائز وإمكانية الاحتجاج به على الغير¹ وهو ما سوف أتطرق له في الباب الثاني من خلال عرض إجراءات وكيفية شهره وأثره في نقل الملكية العقارية وقيمه القانونية.

المطلب الثاني: الحكم القاضي بتثبيت عقد الوعد بالبيع في العقار

هناك نوع آخر من الأحكام القضائية يصدرها القاضي مصرحا بنقل الملكية العقارية، وتعتبر هي الأخرى بمثابة سندات تثبت الملكية العقارية وتنقلها من شخص إلى آخر ويتعلق الأمر بحكم القاضي بتثبيت الوعد بالبيع في العقار بعد نكول الواعد عن بيع العقار، إذ قد يتم انتقال الملكية العقارية بواسطة التصرف القانوني كالبيع وهو الغالب في الحياة العملية والأداة المثلى في التعاملات العقارية، غير أنه أحيانا يمر البيع بعقود تمهيدية² مثل الوعد بالبيع العقاري الذي هو في الواقع بيع حقيقي ناقل للملكية في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية إذا ما استوفت جميع أركانه الموضوعية والشكلية التي يشترطها القانون ويعتبر الحكم الذي يصدر بتثبيت الوعد بالبيع العقاري سند قانوني رسمي وهو ما سوف أتطرق له من خلال هذا المطلب كما يلي:

الفرع الاول: الشروط اللازمة لإبرام الوعد بالبيع العقاري

إن الوعد بالبيع يتكون من الإيجاب والقبول وكذلك الوعد بالشراء، ولذا يعتبر عقدا تاما لا مجرد إيجاب أو مشروع تعاقد ولكنه لا يكون عقد بيع بل عقدا متميزا عن عقد البيع يدخل في طائفة العقود غير المسماة، ذلك أن البيع ينشئ في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية وينشئ في ذمة المشتري التزاما بدفع الثمن ويشمل نقل الملكية في العقار تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية، أما الوعد بالبيع فلا ينشئ شيئا من هذا بل يقتصر على إلزام الواعد بأن يعقد عقد البيع إذا طلب الطرف الآخر منه ذلك في مدة معينة.

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 88، 89.

² جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، طبعة 2013، صفحة 11 و 12.

فمن هذا المنطلق فإن الوعد بالبيع العقاري يتطلب لانعقاده توافر شروط أساسية ومسائل جوهرية على غرار باقي العقود وأن تخلف أي منها يؤدي إلى بطلانه ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط موضوعية والشروط شكلية .

أ- **الشروط الموضوعية:** لكي ينعقد الوعد البيع ويتم صحيحا يجب توفر الشروط الموضوعية لصحته والتي يراقبها القاضي في حالة النكول وكذا الموثق في حالة إبرام العقد وتنقسم هذه الشروط إلى:

1-الشروط المتعلقة بالمتعاقدين وتنتمثل في رضا الطرفين وسلامته من العيوب وأهليتهما:

- رضا المتعاقدين: يعتبر هذا الشرط للانعقاد كسائر العقود بحيث يجب أن يكون هناك إيجاب وقبول وأن يتطابق تطابق تام في جميع النواحي¹، فالإيجاب هو ذلك العرض الذي يصدر من شخص إلى شخص آخر أو عدة أشخاص بغرض المبادرة في إبرام عقد الوعد بالبيع للعقار مقابل ثمن معين وذلك في مدة معينة ويجب أن يتوفر هذا الإيجاب على جميع العناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد ويشترط كذلك أن يكون هذا الإيجاب يقبله قبول متطابق من الموعود له وذلك دون زيادة أو نقصان أو تغيير أو تعديل²، أما القبول هو ذلك التعبير الصادر من عند الطرف الثاني الذي وجه له الإيجاب يقبل من خلاله العرض المقدم له بمعنى آخر الموافقة على تكوين الوعد بالبيع في العقار ويشترط أن تكون مطابقة الإيجاب والقبول أي الانطباق في جميع النواحي كي ينعقد عقد الوعد بالبيع³ وفي هذا الصدد نصت المادة 66 من القانون المدني (لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا) فإذا وعد أحد المتعاقدين الطرف الآخر بأن يبيع عقار معين وبثمن ومدة معينة ولكن المتعاقد الثاني قبل على أساس أن الثمن مختلف أو المدة مختلفة فهنا لا يطابق القبول مع الإيجاب الصادر وبالتالي لا ينعقد العقد⁴ وهو ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها المؤرخ في 11-11-1987 الحامل لرقم 51440 الذي جاء فيه (من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون، ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن التعهد بالبيع تم دون رضا وموافقة الطاعن وأثناء غيابه فإن قضاة المجلس لما قضاوا بإلزام الطاعن بإتمام إجراءات البيع

¹ محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي مصر، طبعة 1977، صفحة 182 .

² علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، طبعة 2 موفم للنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2005، صفحة 97.

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 40.

⁴ زهية سي يوسف، عقد البيع عقد البيع، دار امل، طبعة ثانية تيزي وزو الجزائر سنة 2000 ، صفحة 36.

خالقوا القانون)¹ ويشترط في تراضي المتعاقدين في عقد في الوعد بالبيع العقاري أن يكون مطابقة الايجاب للقبول وأن يكون الاتفاق على طبيعة العقد والذي هو وعد ببيع عقار والاتفاق على المبيع المتمثل في العقار وبالاتفاق على الثمن والاتفاق على المدة الواجبة من أجل تحرير العقد ويعتبر هذا الشرط ضروري وفي حالة تخلف الاتفاق على تحديد المدة يؤدي إلى بطلان عقد الوعد بالبيع .

- **أهلية المتعاقدين** الأصل أن كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون وهذا ما نصت عليه المادة 78 من القانون المدني بقولها (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون) وتعتبر الأهلية من النظام العام لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها ويعتبر كل اتفاق باطل بطلان مطلق²، فأهلية الواعد في الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد يلتزم الواعد بالبيع منذ إبدائه للوعد ويجب أن تتوفر له اهلية البيع النهائي منذ ذلك الوقت إذ على الواعد ان يتمتع بأهلية كاملة ويكون ذلك ببلوغه 19 سنة كاملة طبقا للمادة 40 من القانون المدني، أما أهلية الموعود له، فإنه لا يشترط أن تكون له أهلية كاملة لانعقاد الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد ولكن يجب أن تتوفر عند إبدائه الرغبة في إبرام العقد الموعود به³.

- **سلامة الرضا من العيوب**: إذ يجب أن يكون رضا المتعاقدين في عقد الوعد بالبيع العقاري خالية من عيوب الرضا المنصوص عليها في القانون المدني في المواد من 81 الى 91 وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال والغبن إذ أن يجب أن تكون ارادتهما سليمة منذ إبرام الوعد بالنسبة للواعد لأنه يعتبر ملتزما منذ ذلك الوقت بإبرام العقد النهائي، أما بالنسبة للموعود له فإذا أبدى موافقته في الشراء يعتبر رضا الواعد منذ هذه اللحظة نهائيا، فلا يحتاج الى رضا جديد بعد ذلك⁴، أما بالنسبة للموعود له فيشترط أن يكون

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ في 11-11-1987 الحامل لرقم 51440 منشور بالمجلة القضائية، عدد رقم 01 سنة 1992، صفحة 07.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، طبعة 7 سنة 2006 .

³ العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2001، صفحة 88 .

⁴ عبد الرزاق احمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول، مجلد 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2000، صفحة 272.

رضاءه سليما عند انعقاد الوعد وعند إبرامه العقد الموعود به أي يصدر رضا عنه في الوقتين أي وقت الوعد بالبيع ووقت العقد النهائي¹.

ب- **الشروط المتعلقة بالعقد:** حتى يتحقق انعقاد عقد الوعد بالبيع في العقار يجب أن تتوفر جملة من الشروط الموضوعية، بالإضافة إلى الشروط المتعلقة بالعقد وتتمثل هذه الشروط الموضوعية في المحل السبب والمدة نتطرق لها فيما يلي:

- **محل الوعد بالبيع العقاري:** إن المحل في عقد الوعد بالبيع يتمثل في العقار الموعود به والثمن المقابل فهو مزدوج مثله مثل المحل في عقد البيع، فالمبيع المتمثل في العقار (سواء مبني أو غير مبني، مسكن..) الموعود به يتمثل في حق الملكية على العقار الموعود به والذي يلتزم من خلاله الواعد في إبداء رغبته في بيعه ومن جهة ثانية قبول الموعود له لشرائه وذلك في مدة معينة يحددها الطرفين² يشترط في محل الوعد أن يكون موجودا وقت الوعد أو قابل للوجود في المستقبل وأن يكون معينا أو قابل للتعين بمعنى تحديد موقع ومساحته وحدوده وجميع البيانات التي تعرف بالعقار الموعود به وأن يكون مشروعاً مما يجوز التعامل فيه أي غير مملوك للغير أو ليس من الأموال الموقوفة أو الأملاك العمومية وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وتجدر الملاحظة أنه لا يشترط أن يكون الواعد مالكا للعقار محل الوعد عند إبرام العقد كأن مملوك لشخص آخر في ذلك الوقت وإنما يشترط أن الواعد مالكا للعقار الموعود به عندما يبدي رغبته في إبرام العقد النهائي³ وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال احد قراراتها في 06-04-1998 الحامل لرقم 108763 (من المقرر قانونا بالمادة 398 من القانون المدني انه يعتبر صحيحا في حق المشتري اذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع و لما كان الثابت - في قضية الحال- إن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال العقد المتضمن الوعد بالبيع وجميع الإجراءات التي تمت أمام الموثق بين الطاعن ومورث المطعون ضدهم فإنهم بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون)⁴.

¹ سي يوسف زهية، عقد البيع، المرجع السابق، صفحة 36.

² جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 50.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة، المجلد الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان 2000، صفحة 273 .

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا في 06-04-1998 الحامل لرقم 108763 منشور في المجلة القضائية عدد 1 سنة 1998، صفحة 103 .

أما عن المحل الثاني وهو الثمن في الوعد ببيع العقاري فيجب أن يكون مبلغ من النقود يتفق عليه الطرفين باعتبار أن عقد الوعد بالبيع من العقود الناقلة للملكية ويشترط ان يكون محددًا أو قابل للتحديد بمعنى وضع أسس معينة مثل سعر السوق المتداول فيمكن من خلالها تحديد الثمن ضمناً، ويعتبر تحديد الثمن من المسائل الجوهرية في عقد الوعد العقاري وينتج عن تخلفه بطلان الوعد وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 26-03-1990 رقم 56500 (ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن المجلس الذي يصرح بصحة الوعد بالبيع الذي لم يثبت فيه اتفاق الطرفين على سعر معين لبيع العقار المتنازع عليه يكون بقضائه كما فعل أساء تطبيق القانون)¹ وفي قرار آخر مؤرخ في 22-12-1993 جاء فيه (أنه من المقرر قانوناً أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي وأن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما في إبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، ولما ثبت - من قضية الحال- أن الطاعن لم يدفع ثمن البيع وهو شرط من شروط العقد - غير متوفر- فإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما صرحوا ببطلانه واعتبروا شروط الوعد بالبيع غير متوفرة ويتعين بذلك رفض الطعن)².

كما يشترط في الثمن أن يكون حقيقياً وجدياً وليس صورياً وفي هذا الإطار نلفت الانتباه أنه إذا كان الثمن المتفق عليه في عقد الوعد بالبيع زهيداً بمعنى يحقق الغبن بالنسبة للواعد فهنا ليس له يرفع دعوى تكملة الثمن مثل عقد البيع العقاري لأنه يمكن للواعد الذي سوف يصبح بائع في المستقبل أن يطالب بتكملة الثمن عند إبرام عقد البيع النهائي لأن العبرة بحسب قيمة العقار أثناء تحقيق البيع وليس وقت الوعد به³ وهو ما نصت عليه المادة 358 من القانون المدني، كما أن الثمن لا يدفع كاملاً وإنما جزء منه فقط وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 15-05-2014 ملف رقم 0855216 (... ان عقد

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 26-03-1990، يحمل رقم 56500، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1992، العدد رقم 3، صفحة 112.

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 22-12-1993 تحت رقم 106776، منشور في المجلة القضائية، العدد 2 لسنة 1994، صفحة 27.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد البيع والمقايضة، ج 4، المرجع السابق، صفحة 298.

الوعد بالبيع لا يلزم الموعود له - أن يدفع ثمن المبيع المتفق عليه مسبقا، وإن فعل ذلك - تحول الوعد بالبيع إلى بيع نهائي (...)¹.

-السبب في عقد بالوعد العقاري: هو شرط آخر للانقضاء ينجر عنه بطلان العقد إذا تخلف والسبب لم يعرفه المشرع الجزائري، غير أنه اشترط أن يكون موجود ومشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة والمقصود منه هو الباعث أو الدفاع بمعنى الهدف المرجى من إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري يجب أن تكون من الامور المشروعة² وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 12-04-1987 (من المقرر قانونا اذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب غير مشروع أو لسبب آخر مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون. ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن عقد الإيجار المنزل المتنازع معد لاستغلاله في الدعارة فإن قضاة المجلس لمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات، بالرغم من بطلانه مطلقا خالفوا القانون و كان ذلك استجوب نقض القرار المطعون فيه)³.

- المدة في الوعد بالبيع العقاري: يجب أن يتفق المتعاقدين عند إبرامهما لعقد الوعد بالبيع العقاري على المدة التي يجب أن يبدي فيها الرغبة في شراء العقار الموعود به وهذه المسألة جوهرية لا ينعقد العقد بدونها وهذا ما أكدته بالمادة 71 فقرة من القانون المدني، وقد يكون تحديد المدة في عقد الوعد بصفة صريحة كما قد يكون ضمنيا⁴ وهذا لا يؤثر على إبرام عقد الوعد معين في المستقبل مادام يمكن استنتاج المدة من ظروف الحال وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار المؤرخ في (أن قضاة الموضوع قد طبقوا المادة 71 من القانون المدني الجزائري تطبيقا سليما عندما اعتبروا أن عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 15-08-1995، قد تم فيه تحديد أجل إبرام عقد البيع عندما ذكر أن البيع سيتم إثر تسوية وضعية الأموال العقارية للبائعة وحصولها على قسمة نهائي ذلك لأنه ليس بالضرورة لتحديد المدة يجب إبرام عقد البيع فيها ان يكون ذلك في تاريخ معين كما يدعي محامي الطاعنة بل قد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقا ضمنيا أو

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية القسم الخامس غير منشور بتاريخ 15-05-2014 ملف رقم 0855216، مقتبس من مؤلف حمدي باشا عمر، القضاء العقاري المرجع السابق، صحة 166.

² جمال بدرى، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 59، علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، صفحة 202.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 12-04-1987 تحت رقم 43098، المنشور بالجريدة الرسمية 12-04-1987 المجلة القضائية 1990، عدد 04 صفحة 85.

⁴ زاهية سي يوسف، عقد البيع، المرجع السابق، سنة 2001.

حصول أمر معين كما هو الشأن في دعوى الحال وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ومعه رفض الطعن¹ وهو مؤكد في قرار صادر بتاريخ 24-05-2000 (المستفاد من القرار المطعون فيه ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن من خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء، مما جعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهو تصرف سليم من الناحية القانونية)².

وتجدر الإشارة أنه يترتب على تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع ان يبقى الواعد ملزماً خلال هذه المدة بإبرام العقد النهائي إذا أبدى الموعود شراء العقار وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 24-05-2000 (ان المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت المشتري الطاعن مهلة ليعلن من خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء مما يجعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهو تصرف سليم من الناحية القانونية)³.

وجاء في قرار للمحكمة العليا بتاريخ 23-05-2001 ملف 247607 (المدة الواجب تحديدها في الوعد بالبيع بخصوص إبرام البيع تحدد إما بتاريخ وإما باتفاق ضمني وإما بحصول أمر معين، ولما كان الثابت - في قضية الحال- أن عقد البيع المحرر في 15-08-1995 قد تم فيه تحديد أجل إبرام عقد البيع عندما ذكر أن البيع سيتم بمجرد تسوية وضعية الاملاك العقارية وتسليم عقد القسمة النهائي ذلك أنه ليس بالضرورة لتحديد المدة التي يجب إبرام فيها العقد البيع أن يكون ذلك في تاريخ معين بل قد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمناً أو حصول أمر معين كما هو الشأن في دعوى الحال وعليه فإن قضاة الأساس طبقوا القانون تطبيقاً سليماً)⁴، وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ بتاريخ 16-04-2015 ملف رقم 0910499 (لا يكون للاتفاق الذي يعيد به كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل اثر إلا اذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، مؤرخ في 23-05-2001 تحت رقم 247607، منشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة 2204، ص 119 .

² قرار صادر بتاريخ 24-09-2003 عن المحكمة العليا ملف رقم 223852 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2001 عدد رقم 01، صفحة 138 .

³ قرار صادر عن المحكمة العليا، صادر بتاريخ 24-05-2000 الحامل لرقم 223852 المنشور في المجلة القضائية لسنة 2001 العدد 1، صفحة 138 .

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-05-2001 ملف 247607 منشور بمجلة المحكمة العليا، سنة 2004 العدد 02، صفحة 119 و ما بعدها.

فيها، يجب تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع بأجل معقول لا يتجاوز مدة التقادم الطويل 15 سنة)¹ وتحديد هذه المدة يرجع الى إرادة واتفاق الأطراف.

ج - الشروط الشكلية: لقد تبني المشرع الجزائري مبدأ الرضائية في تكوين وقيام جميع العقود كقاعدة عامة غير أنه اشترط في بعض الحالات على وجه الاستثناء شكلا معيناً للانعقاد إذ تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ..."، وعملاً بأحكام المادة 71 من القانون المدني يجب افراغ عقد الوعد بالبيع العقاري المتعلق بأحد العقود المذكورة في المادة 324 مكرر 1 في الشكل الرسمي وإلا كان الوعد باطل²، ولما كان عقد الوعد بالبيع العقاري عقداً شكلياً فإنه يخضع لنفس الاجراءات التي تخضع للعقود المتعلقة ببيع العقار مع ضرورة تسجيله لدى مصلحة التسجيل غير أنه وقع الجدل حول ضرورة شهر الوعد بالبيع العقاري من عدمه إذ جاء قرار المحكمة العليا (من المقرر قانوناً أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرر من الموثق محتوي على أصل الملكية مكرس لاتفاق الطرفين محدد للمحل تحديداً نافياً للجهالة، معاًين لتسديد المبلغ أمام الموثق مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري)³، فإن ذلك لتكوين الوعد بالبيع في العقار يجب افراغها في عقد رسمي محرر عند الموثق المختص وعدم إجراء ذلك يؤدي إلى بطلان العقد بطلان مطلق فالرسمية ركن للانعقاد وهو ما أكدته المحكمة العليا بقولها في القرار المؤرخ في 18-02-1997 (من المقرر قانوناً أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً).

كما لا يصح تحرير عقد وعد بالبيع في العقار بطريقة عرفية، وإذا حصل كان باطل بطلان مطلق وقد جاء في هذا الصدد قرار المحكمة العليا للمحكمة العليا مؤرخ في 17-04-1996 (إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، ومتى ثبت في قضية الحال

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، المؤرخ بتاريخ 16-04-2015 ملف رقم 0910499 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول، لسنة 2015، صفحة 222.

² علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، صفحة 137.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18-02-1997، الحامل لرقم 136156 منشور في المجلة القضائية لسنة 1997 العدد رقم 01 صفحة 10.

انعدام وجود وعد رسمي لبيع فيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي فليس أمام المطعون ضدها، إلا بالمطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ النظام قانوني لا تتوفر فيه الشكلية القانونية وإن استجابة القضاة لمطالبتها إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكونوا قد أساءوا تطبيق القانون وفهم اجتهادات المحكمة العليا مما يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة¹، ولعل أن الغرض من اشتراط الرسمية في عقد الوعد بالبيع العقاري هو لأجل الحفاظ على حقوق الأطراف المتعاقدين ومحاولة الحد من التهرب والتلاعب المتعاقدين، كما أن الشكلية تحقق نوع من الائتمان والاطمئنان وجدية العقد والحفاظ على حقوق الموعود له إذ يترتب على تخلفها البطلان وهو ما أكده قرار المحكمة العليا المؤرخ في 23-05-1997 (من المقرر قانون ان العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب ان تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان ومن ثمة فإن القرار المطعون لم يخرق القانون ولم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136156 المؤرخ في 18-02-1997 المكرس بموجب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية وأن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الارضية المشاعة بين الورثة المالكين فإنهم طبقوا صحيح القانون)².

فإذن لا ينعقد الوعد بالبيع العقاري إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقار المراد الوعد به كما يجب أن يتضمن هذا الوعد تحديدا للمدة التي يراد البيع فيها والتي يتعين على الموعود له أن يبدي رغبته من خلالها، إذن فالوعد بالبيع عقد مستقل سابق على البيع، ولما كان كذلك يجب أن تتوفر فيه أركان معينة حتى يتم صحيحا خاصة وأنه يتعلق بعقار، وكما نعلم أن المشرع الجزائري خص التصرفات الواردة على العقارات بشكليات معينة لا يمكن أن يكون التصرف صحيحا إلا بتوافرها، وتتمثل هذه أركان الشكلية في ما يلي:

1- ا فراغ الوعد بالبيع العقاري في ورقة رسمية (الرسمية) عقد الوعد بالبيع العقاري يجب أن يكون في ورقة رسمية مثله مثل عقد البيع العقاري، وإذا تم الوعد في الشكل الرسمي أمام الموثق نشأ في ذمة الواعد التزام بإتمام عقد البيع الرسمي وإذا لم يتم بذلك حق للموعود له استصدار على حكم بذلك، ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09-02-

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 17-04-1996 حامل لرقم 154760، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1996 عدد رقم 01 صفحة 99.

² قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 148541 المؤرخ في 23-05-1997 منشور في المجلة القضائية لسنة 1997 عدد 01، صفحة 183،

2012 ملف رقم 698894 (لا يمكن اخضاع الوثائق الرسمية المحررة لدى الموثق (ضابط عمومي) للتحقيق (شهادة الشهود لمتعتها بالحجية حتى يثبت تزويرها، لا يمكن اخضاع الوعد بالبيع باعتباره عقد رسميا محررا من طرف الموثق لسماع الشهود بخصوص الامضاءات الواردة فيه)¹.
ويأخذ هذا الحكم حكم الوعد بالرهن الرسمي قياسا، غير المفرغ في ورقة رسمية قياسا على ذلك ويستخلص مما سبق أن التصرفات التي ترد على عقار يلزم توثيقها وإلا كانت باطلة، ونفس الشيء بالنسبة للوعد بالبيع باعتباره تصرف يرد على عقار، فيجب أن يحرر بمعرفة موثق وإلا كان باطلا، والبطلان هنا مطلق لتعلقه بركن من أركان العقد وهو الشكل لأن المشرع استلزم الشكلية واعتبرها ركن في هذه التصرفات، غير أن العقد الذي لا يحرره موثق مختص يتحول إلى عقد غير مسمى يحتوي على تعهد ملزم وإن كان لا يمكن تنفيذه عينا فقد ينفذ بطريق التعويض، وبالتالي فيمكن القول أن للتوثيق وظيفة هي تكوين العقد²، ويعتبر العقد الباطل معدوما ولا يحتاج الى حكم قضائي لتقرير ذلك، كما يزول كل أثر بعد ابطاله ويرجع المتعاقدين إلى ما كان عليه قبل التعاقد³.

والملاحظ أن الرسمية بالشكل السابق بيانه من حيث اعتبارها ركن من أركان العقد لا يكون صحيحا إلا بتوافرها، لم يتأكد إلا بعد صدور قانون التوثيق رقم 91/70 المؤرخ 1970/12/15 في المادة 12 منه، فإذا عرض على القضاء وعد بالبيع العقاري في شكل عرفي حرر قبل هذا التاريخ فلا يعتبر العقد باطلا لانعدام الرسمية، ذلك أن الرسمية قبل هذا التاريخ لم تكن ركنا من أركان العقد يرتب عدم توفرها البطلان، اذ من المقرر قانونا أن الوعد بالبيع يخضع للقانون الذي أبرم في ظله وليس للقانون الساري المفعول⁴، فإذا طرح نزاع حول عقد وعد بالبيع عرفي محرر بعد صدور قانون التوثيق وقضي بشأن هذا النزاع أن الوعد بالبيع المبرم صحيح وأن الحكم يعتبر عقد رسمي فإن هذا الحكم مخالفة صارخة للقانون ويجب نقضه⁵، باعتبار أنه لا يمكن إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، وفي ذلك إساءة لتطبيق القانون وعدم فهم لاجتهادات المحكمة العليا لأنه إذا خول القانون للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم العقد

¹ قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية الصادر بتاريخ 09-02-2012 ملف رقم 698894 منشور بالمحكمة العليا العدد الثاني لسنة 2014، صفحة 287.

² محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 103.

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 73.

⁴ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، صفحة 155.

⁵ قرار صادر عن المحكمة العليا رقم 56500 المؤرخ في 26/03/1999 المجلة القضائية 1992 عدد 03 صفحة 112.

في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط مع ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، وانعدام الرسمية في عقد الوعد البيع المتعلق بالعقار يجعله باطلا ولا يمكن بناءا عليه استصدار حكم يقوم مقام العقد الرسمي ولا يبقى أمام المدعي إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوفر فيه الشكلية القانونية¹، ويحدث العكس في حالة وجود عقد وعد بالبيع متوفر الأركان خاصة منها الشكلية كالرسمية ويحكم القاضي ببطلانه وإبطال جميع الإجراءات التي تمت أمام الموثق بين الطرفين فإنه بقضائه هذا يكون قد خرق القانون.²

ثانيا: تسجيل الوعد بالبيع العقاري في مصلحة التسجيل والطابع: طبقا لقانون التوثيق رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق سيما المادة 40 منه من الأطراف الملزمين بتسديدها في إطار العقود إلي يحررونه لديه³ (الأحكام والقرارات القضائية وعقود الموثقين والعقود الناقلة للملكية والوصية وعقود الشركات وكذلك بعض العقود العرفية وذلك لدى قباضات الضرائب⁴، فعقد الوعد بالبيع العقاري يسجل لدى مصلحة التسجيل والطابع وذلك من أجل استيفاء الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية وهي الغاية من فرض هذا الإجراء على هذا التصرف⁵ ويتم التسجيل بوضع علامة على العقد وذلك بإتباع الاجراءات الخاصة وملا استمارات بيانات العقار وتحديد الضريبة اللازمة⁶ وبعد عملية التسجيل تأتي مرحلة أخرى .

ثالثا: الشهر إن الشهر لا يعد ركن رابع في الانعقاد وإنما هو إجراء شكلي⁷ يسمح للغير بأن يكون على علم بجميع التصرفات المشهورة بالمحافظة العقارية وبالتالي فهو أداة لأعلمهم وحمايتهم من المعاملات جراء التعاملات التي تقع على هذه الحقوق⁸، إن الغرض الأساسي من الشهر العقاري هو إعلام الغير بما يرد على العقارات من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية لأن به يتم إعلان التصرفات التي ترد

¹ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري - المرجع السابق، صفحة 158، قرار رقم 154.760 مؤرخ في 17-04-1996 مجلة قضائية سنة 1996 عدد رقم 01، صفحة 09 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا، رقم 108.763 مؤرخ في 06-04-1998 مجلة قضائية سنة 1998 عدد 01، صفحة 103 مشار اليه في مؤلف حمدي باشا عمر، القضاء العقاري نفس المرجع صفحة 158.

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 73.

⁴ علي فيلاي، الإلزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، صفحة 316 .

⁵ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر طبعة 2004، صفحة 47.

⁶ بومعزة رشيد، شهادة ماجستير بعنوان: الشكلية الرسمية في العقود المدنية، تخصص قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة باتنة لسنة 2004-2005 .

⁷ علي فيلاي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، صفحة 244.

⁸ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، صفحة 122.

على العقارات فلا يخدم أحد إذا اشترى عقارا أو اقرض نقودا بضمان رهن تأميني فيتعامل مع غير المالك ويتعرض لضياح الثمن الذي دفعه أو المال الذي اقرضه عند رجوعه على البائع أو المدين الراهن الذي يكون في الغالب شخصا معسرا ولذا كان هذا النظام من أهم النظم التي يعنى بها المشرع، وتجدر الإشارة أن الشهر من النظام العام وهو ما أكدته مجلس الدولة من خلال قراره المؤرخ في 14-02-2000¹ (حيث ان اجراءات الاشهار العقاري تعتبر اجراءات من النظام العام وأنه تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم اشهارها في المحافظة العقارية)، إذ لقد نصت المادة 61 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أن كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ولما اعتبر المشرع الجزائري عقد الوعد بالبيع العقاري من العقود الشكلية يتطلب الرسمية وقد ثار التساؤل حول شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية من عدمه بعد الخلاف حوله سنة 2003 حول ضرورة شهر الوعد إذ انقسمت الاراء بين رأي مؤيد ومعارض لشهر الوعد² على أساس أن الشهر لا يكون إلا للحقوق العينية وحق الموعود له قبل إبداء رغبته فيه الشراء يرتب التزام شخصي فقط والذي ينتج عن التزام الواعد في أن يبزم عقد البيع النهائي مع الموعود له أما الرأي الثاني يرى ضرورة شهر عقد الوعد بالبيع العقاري بالمحافظة العقارية لعدة اعتبارات منها أن شهر التصرف، وبالإضافة إلى أنه يرتب التزاما شخصيا فإنه يتعداه إلى امكانية التنفيذ العيني المباشر على العقار محل الوعد وذلك باللجوء إلى القضاء والحصول على حكم قضائي يقوم مقام العقد عند توفر كافة الشروط اللازمة وهذا ما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني³، وهو ما فرض على المشرع الجزائري حتمية التدخل وحسم النزاع حول شهر الوعد بالبيع العقاري وفي حالة عدم شهر الوعد العقاري وقام الواعد بالتصرف بالعقار الموعود به بالبيع وسارع المشتري إلى شهره حقه بالمحافظة العقارية لتنتقل إليه ملكية العقار بعد شهره فإن الموعود له في هذه الحالة لا يمكنه المطالبة بالتنفيذ العيني وأكبر ما يمكن الحصول عليه هو التعويض على أساس اخلال الواعد بالتزام شخصي⁴، وهذا الاتجاه تبناه مجلس الدولة في قراره المؤرخ في 15-07-2002 بقوله (الوعد بالبيع المنعقد في 17-10-1970 ولو أنه صحيح ومنتج آثاره بين الطرفين بالنظر إلى المادة 182 من القانون المدني القديم

¹ قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 14-02-2000، تحت رقم 186443، غير منشور.

² جمال بدري/ الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع العقاري والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 85.

³ فريدة محمدي زواوي، ضرورة شهر الوعد بالبيع العقاري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق بن عكنون، الجزء 33 رقم 04، صفحة 637 .

⁴ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 88 و 89 .

إلا أنه طبقا للمادة 28 من المرسوم الصادر في 04-01-1995 المعمول به أيضا فإنه لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا اتبعت فيه اجراءات الشهر العقاري¹، وفي قرار آخر للمحكمة العليا صادر بتاريخ 21-02-2007 ملف رقم 354333 (تصرف الواعد بعقد بيع مشهر في العقار محل الوعد بالبيع ينشئ الموعود له حق في التعويض)².

لقد حسم قانون المالية لسنة 2004³ في التعديل الذي أدخل على قانون التسجيل الجدل الذي كان حول إمكانية إشهار الوعد بالبيع بنصه صراحة على شهر الوعد بالبيع وتحديد قيمة الرسم العقاري لهذا الشهر وهذا لحماية الحق العيني للموعود له بالبيع حتى يمكنه التمسك بحقه في مواجهة الغير⁴، فقانون المالية لسنة 2004 جعل هذا النوع من العقود يشهر بالمحافظة العقارية تحت طائلة البطلان مع تحديد سعر البيع المتفق عليه والأجر المحدد من قبل الأطراف لإتمام البيع النهائي كما أشارت إليه المادة 71 من القانون المدني⁵، إذ نصت المادة 10 من قانون المالية تعدل المواد 1-353 إلى 1-353 من قانون التسجيل وتحرر كما يلي: المادة 2-353 يطبق الرسم المنصوص عليه في المادة 1-353 كالأتي 1 بالمائة على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود حتى ولو كانت مثقلة بشرط موقف والأحكام القضائية المتضمنة المعاينة بين الأحياء نقل وتأسيس الحقوق العينية العقارية المشاعة أو غير مشاعة من غير الامتيازات أو الرهون العقارية وكذا عقود الوعد بالبيع التي يجب أن يذكر فيها تحت طائلة الرفض سعر البيع المتفق عليه والأجل المحدد من قبل الأطراف هذا البيع .

ويستخلص من خلال هذه التعديل أن عقد الوعد بالبيع العقاري يكون موضوع شهر في المحافظة العقارية ويشترط أن يذكر في هذا العقد سعر البيع المتفق عليه والأجل المحدد من قبل الأطراف لإتمام

¹ قرار صادر عن مجلس الدولة مؤرخ في 15-07-2002 الحامل لرقم 004983، المنشور بمجلة مجلس الدولة لسنة 2003 وعدد رقم 03، صفحة 155.

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21-02-2007، ملف رقم 354333 منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 01 سنة 2007، صفحة 249.

³ قانون رقم 03-22 المؤرخ في 28-12-2003 المتضمن قانون المالية المنشور في الجريدة الرسمية رقم 03/83 صفحة 6.

⁴ تبنى مجلس الدولة نفس الموقف في القرار رقم 004983 مؤرخ في 15/07/2002 منشور في مجلة مجلس الدولة، العدد 03 لسنة 2003 صفحة 155.

⁵ محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 23.

البيع وذلك تحت طائلة رفض الشهر¹، وعليه فمتى كان عقد الوعد بالبيع العقاري عقدا مشهرا وكان المالك العقار أي الواعد لم يتصرف في عقاره بالبيع وجب على القاضي الحكم بإتمام إجراءات البيع لأن تمنع الواعد في إتمام البيع لا مبرر له ويعتبر تعسفا في حق الموعد له مادام أن العقار الموعد ببيعه لم يرد عليه أي تصرف من قبل الواعد وأن الواقع العملي دليل على أن الشهر ركن من أركان عقد الوعد بالبيع العقاري بدونه لا يكون صحيحا ومع ذلك فقد صدر عن المحكمة العليا قرارات تقضي بخلاف ذلك منها القرار المؤرخ في 13-02-2014 (لا يترتب البطلان على عدم شهر الوعد بالبيع)² وفي قرار آخر صادر بتاريخ 10-11-2010 (سكن اجتماعي وعد بالبيع - جائز - لا ضرورة لشهر الوعد بالبيع)³، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 24-01-2007 (حيث أن إبرام وعد بالبيع يترتب عليه أثر قانوني وهو انشاء التزام شخصي في ذمة الواعد بأن يقوم بتحرير العقد النهائي في المدة المحددة وإذا أخل الواعد بالتزاماته جاز للموعد له أن يلزمه قضاء بتنفيذ التزامه بإتمام إجراءات البيع النهائي ولا يلتزم الموعد له بدفع الثمن إلا عند تحرير تاريخ تحرير العقد النهائي، وتبعا لذلك لا يترتب أي بطلان على عدم شهر الوعد بالبيع ذلك أن شهر العقد هو إجراء تال لتحرير العقد ينفذ في أي وقت والأثر الوحيد الذي يترتب عن عدم الشهر الوعد هو أنه في حالة تصرف الواعد في العين الموعد بها فيعيد المتصرف إليه في هذه الحالة حسن النية إلا أن يثبت الموعد له سوء نية الغير المتصرف إليه)⁴، وفي قرار اخر بتاريخ 24-09-2003 صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا غير منشور (.. لكن ما تعييه الطاعنة على القرار المطعون فيه مردود ذلك أن الوعد بالبيع لا يتطلب القانون اشهاره بالمحافظة العقارية لأنه يتضمن فقط التزاما شخصيا يقع على عاتق الواعد مالكا للعقار الموعد به للغير ملتزما بتحرير العقد النهائي، إن الحقوق الشخصية - كأصل

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 91.

² قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية، القسم الثاني غير منشور بتاريخ 13-02-2014، ملف 0826230 مقتبس من كتاب حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، نفس المرجع، صفحة 165.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية، القسم الثالث غير منشور بتاريخ 10-11-2014، ملف 613095 مقتبس من كتاب حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، نفس المرجع، صفحة 165.

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 24-01-2007 ملف رقم 352943، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2007، صفحة 141.

عام - لا تخضع لعملية الشهر وإنما الحقوق العينية العقارية هي التي تخضع إلى الشهر طبقا لما تقضي به المادة 793 من قانون المدني ..¹.

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري (مصير الوعد) إن الغرض المرجو من إبرام عقد وعد بالبيع العقاري، هو التمهيد لإبرام عقد بيع نهائي لهذا العقار فيما بعد وذلك نظرا لظروف معينة تجعل من المتعاقدين لا يبرمانه في الحال كأن يكون الواعد ليس مالكا للعقار ملكية تامة أو أن الثمن المقترح من الموعد له زهيد وغيرها من الظروف التي تجعل الطرفين يقومان بإبرام عقد وعد بالبيع وليس عقد بيع تام، ومن ثمة فإن مصير إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري يتميز بحق الخيار وهو حق مميز للموعد له² إما يكون بتنفيذه بعد المدة المتفق عليها بإبرام عقد البيع النهائي، إما أن يقع مانع يحول دون إبرامه ويجعل الواعد يتراجع عن إبرام عقد البيع النهائي وللموعد له في هذه الحالة أن يلجأ للقضاء لمطالبة الواعد بإتمام إجراءات البيع فإن استحالة ذلك طالبه بالتعويض عن هذا النكول، وهناك حالة أخرى أين يعفى فيها الواعد من التعويض رغم عدم إمكانية إتمام إجراءات البيع وهي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة، وسوف أتناول هذه الحالات كما يلي:

1-تنفيذ الوعد بالبيع العقاري: تتوقف الآثار القانونية لعقد الوعد بالبيع بحسب المرحلة التي يكون فيها ذلك إذ أنه توجد مرحلتين قبل ابداء الرغبة من طرف الموعد له في شراء العقار الموعد به فانه يبقى مخير بين القبول أو الرفض طيلة هذه المدة فهو حق مميز لأن الموعد له، له حق الخيار في اتمام البيع من عدمه، بعكس الواعد يبقى ملتزما بوعده اتجاه الموعد له خلال تلك المدة المحددة في عقد الوعد بالبيع العقاري وأن يمتنع عن القيام بأي تصرف يحول دون إبرام العقد النهائي إذ يبق مالكا للعقار الموعد به والمحافظة عليه وان يمتنع عن التصرف فيه عن طريق البيع او وعد آخر لصالح الغير، فطبيعة الالتزام خلال هذه المرحلة هو التزام شخصي يمتثل في قيام الواعد بعمل او الامتناع عن عمل³، أما حق الموعد له قبل ابداء رغبته في الشراء فهو الآخر عبارة عن حق شخصي⁴ ذلك لأنه لا يكسب حق عيني على العقار وإنما حق شخصي يخوله مواجهة الواعد ومطالبته بإبرام عقد البيع النهائي إذا رغب في شراء العقار

¹ قرار صادر بتاريخ 24-09-2003 عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا غير منشور ملف رقم 271898، مقتبس من كتاب حمدي باشا عمر القضاء العقاري، نفس المرجع، صفحة 161، 162.

² جمال بدري الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 98 و 99 .

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري، على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 103 و 104.

⁴ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، طبعة 2004، صفحة 47.

خلال هذه الفترة و يبقى طيلة هذه الفترة يملك حق الخيار اما الشراء او يمتنع عن ذلك وتعتبر هذه الخاصية اهم خصائص الوعد بالبيع¹.

وعليه يجوز للموعد له أن يتصرف في حقه الشخصي وذلك عن طريق حوالة الحق المتمثلة أساسا في قبول الواعد لها وإعلانه بها وذلك ما لم يتبين أن الشخص الموعد له هو محل اعتبار في عقد الوعد، كما يمكن للموعد له أن يحصل على تأمينات شخصية أو عينية لضمان حقه خلال هذه الفترة كما أنه ينتقل عن طريق الميراث إلى الورثة ما لم يتفق على خلاف ذلك أو لم يتبين من ظروف الحال ان الحق الخاص بالشخص الموعد له، فبالتالي لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الموعد له في هذه الحالة ويحمل فيه الواعد تبعة الهلاك الكلي للعقار الموعد به بفعل القوة القاهرة قبل ابداء الموعد له رغبته في الشراء في المدة المحددة، كما أنه لا يستطيع الموعد له أن يطالب المالك بنقل الملكية خلال هذه المدة، بالإضافة إلى أنه في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة يكون ثمن نزع الملكية لصالح الواعد لأنه المالك²، كما تجدر الإشارة أنه بعد انتهاء المتفق عليها ولم يقم الموعد له بإبداء أي رغبة في إبرام العقد فإنه ينقضي عقد الوعد بالبيع وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 25-05-2000 (ان المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري مهلة ليعلن رغبته في الشراء وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء مما يجعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر هو تصرف سليم من الناحية القانونية)³، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 23-05-2001⁴ ويترتب عن عدم شهر الواعد لعقد الوعد بالبيع العقاري بالمحافظة العقارية بعد انعقاده أثرتين هما:

- حالة عدم تصرف الواعد في العقار محل الوعد: يمكن للموعد له من أجل القيام بالحفاظ على العقار الموعد له خلال هذه الفترة المطالبة بمنع الواعد من هدم العقار الموعد به أو باستعمال حقوق الواعد عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقا للمادة 189 من القانون المدني، كما يجوز للموعد له باعتباره دائنا

¹ جمال بدرى، الوعد بالبيع العقاري، على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 105.

² المرجع نفسه، صفحة 108 و 109.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-05-2000 ملف رقم 223852 المجلة القضائية العدد الاول سنة 2001، صفحة 138.

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-05-2001 مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق عدد 02 سنة 2004، صفحة 119.

أن يحصل على تأمينات عينية أو شخصية لضمان حقه في طلب التعويض إذا كان لا يهمله التنفيذ العيني أي الحصول على العقار الموعود به¹ ويكون من مصلحته الاسراع في إبداء الرغبة في شراء العقار الموعود إذا اكتشف الموعود له أن الواعد يقوم بتصرفات تضر به وله أن يطلب التنفيذ إما وديا طبقا للمادة 164 من القانون المدني أو عن طريق اللجوء إلى القضاء².

- في حالة ما إذا تصرف الواعد في العقار محل الوعد وقام ببيع العقار الموعود به وانتقلت الملكية إلى مشتري آخر بفعل الشهر يصبح الوعد بالبيع العقاري بدون أي أهمية لعدم إمكانية الموعود بالاحتجاج به في مواجهة الغير وهو نفس الشيء إذا قام الواعد برهن العقار ولا يبقى أمام الموعود له إلا أن يباشر دعوى عدم نفاذ التصرف من أجل استرجاع العقار فيه الواعد اضرار به ويكون طلبه القضائي عدم نفاذ التصرف³ وهو نفس الحل في حالة ما إذا قام الواعد بالتصرف الذي ينقص من قيمة العقار الموعود به كرهنه ونفاذ هذا الرهن في حالة مواجهة الموعود له ويجب أن تتوفر في هذه الدعوى شروط أساسية يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى شكلا وهي ان يكون حق الموعود له مستحق الاداء أي عند ابداء رغبته في الشراء واتصالها بعلم الواعد وأن يكون من شأن ذلك اعسار الواعد وكان ذلك بناء على غش منه⁴.

وتجدر الاشارة أنه من الصعب حماية حق الموعود له بالاستناد على الدعوى البولصية فيجوز للموعود له أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف على أساس الغش الذي يفسد كل شيء والذي عادة ما يصطدم بصعوبة تطبيق الغش على التصرفات التي تم شهرها⁵.

- تنفيذ الوعد بالبيع العقاري: وذلك بعد قيام الموعود له إبداء رغبته في إبرام العقد النهائي وشراء العقار الموعود به اذ تعتبر اللحظة التي يبدي رغبته في المدة المحددة قبولا⁶ الذي يجعل من عقد البيع النهائي مهينا للانعقاد إذا رعيت جميع الشروط القانونية السابق ذكرها في هذا الشأن وأهم تلك الشروط افرغ

¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة 2000 ، صفحة 119-120.

² جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 112.

³ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 4، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 1996، صفحة 40.

⁴ زواوي فريدة، ضرورة شهر الوعد ببيع العقار، المرجع السابق، صفحة 640 و 641 و 642 .

⁵ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 115 و 116، زواوي فريدة، ضرورة شهر الوعد بالبيع العقار، نفس المرجع السابق، صفحة 640.

⁶ زاهية سي يوسف، عقد البيع، المرجع السابق، صفحة 39 .

التراضي الخاص في ورثة رسمية لدى الموثق المختص ويشترط أن يكون القبول متطابقا تماما مع الايجاب فلا يجوز أن يغير أو يعدل في أي شرط من الشروط التي تم الاتفاق عليها مسبقا فإذا وجدت شروط جديدة لا ينعقد العقد النهائي إلا إذا قبل الواعد ذلك¹، كما يتم في هذه الحالة إبرام عقد البيع النهائي بناء على عقد الوعد بالبيع ذلك أن عقد الوعد بالبيع العقاري ينشئ التزاما شخصيا في ذمة الواعد، يتمثل في التنفيذ العيني لما اتفقا عليه المتعاقدان، وذلك بإتمام عملية البيع النهائي خلال المدة المحددة والمتفق عليها لإعلان الرغبة في التعاقد، ولا يشترط في الموعد له أن يعلن عن رغبته في الشراء شكلا معين إلا ان يكون خلال المدة المتفق عليها حتى يتمكن من التنفيذ العيني لهذا العقد، والأصل أن يتم هذا التنفيذ طواعية بمحض إرادة من الواعد بمجرد إعلان رغبة الموعد له في الشراء وضمن الأجل المحدد لذلك، فيلجأ إلى إتمام إجراءات البيع بإبرام عقد بيع نهائي قائما بذاته ومتوافر على كافة شروطه الشكلية منها والموضوعية ويجب أن تتوفر في البائع أهلية البيع إن كان قد وعد بالبيع أو أهلية الشراء إن كان قد وعد بالشراء، وذلك وقت انعقاد الوعد، فإن أبدى الموعد له رغبته انعقد البيع دون حاجة إلى تعبير جديد عن الإرادة من جانب الواعد².

لقد اثبت الواقع العملي المعاش وجود مرحلة في تنفيذ الوعد بالبيع العقاري تلي الوعد بالبيع وتسبق إبرام عقد البيع النهائي وهي البيع الابتدائي وتعرف هذه المرحلة على أنها المرحلة التمهيدية التي تسبق عادة إبرام العقد النهائي للبيع، كتحضير مستندات الملكية التي التزم بتقديمها في هذا العقد الابتدائي ومن أجل ذلك يكون له مصلحة هو أيضا في تأخير إبرام العقد النهائي للبيع، فالبيع الابتدائي اتفاق على البيع ومن ثمة يجب توافر شروط انعقاد وشروط صحة عقد البيع لينشأ صحيحا، وفي هذا العقد يبقى تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه موقوفة إلى حين إتمام إجراءات العقد النهائي للبيع في الوقت المحدد لذلك، وهذا الالتزام من شأنه أن يعطي الحق لأحد الأطراف في إجبار الطرف الآخر باتخاذ إجراءات العقد النهائي للبيع إذا هو أهمل أو قصر في ذلك، عن طريق استصدار حكم قضائي بوقوع البيع أو بصحة التعاقد³، ويقوم هذا الحكم مقام العقد النهائي، وتنتقل ملكية العقار منذ تسجيله وشهره، وبعد الانتهاء من هذه المرحلة نكون بصدد المرحلة النهائية لتنفيذ الوعد بالبيع وهي إبرام عقد البيع النهائي، هذا الأخير الذي ينسخ عقد البيع الابتدائي ويحل محله فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن و ينتج عن ذلك النتائج التالية:

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق صفحة 121 و 122.

² محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، صفحة 33 .

³ محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع نفسه، صفحة 48 .

- أن يكون تاريخ البيع هو تاريخ عقد البيع النهائي، إذ لا تنتقل ملكية العقار بمجرد انعقاد العقد النهائي وإنما تمتد الى غاية شهر عقد البيع في المحافظة العقارية لإنتاج الأثر الناقل للملكية .

- جواز تعديل شروط البيع الابتدائي من طرف البائع أو المشتري وقت تحرير عقد البيع النهائي ويكون ذلك باتفاقهما، لا يشترط في الموعد له أن يكون كامل الأهلية عند إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري غير أنه بمجرد ابداء الرغبة في إبرام العقد يجب أن تتوفر فيه الأهلية كاملة¹، ولا يمكن الحديث عن الغبن العقاري عند انعقاد عقد الوعد فإنه يمكن ذلك بعد انعقاد البيع النهائي العقاري النهائي وذلك بعد توافر شروط الغبن وفقا لما تنص عليه المادة 35 من القانون المدني²، وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 20-06-2001³ وفي قرار اخر صادر بتاريخ 12-09-2000⁴.

- **جزاء التراجع عن الوعد بالبيع العقاري** بعد أن يتم انعقاد عقد الوعد بالبيع العقاري صحيحا قد يبدي الموعد له رغبته ونيته في إبرام عقد البيع النهائي في المدة المحددة، كما قد يمتنع الواعد عن إتمام الإجراءات اللازمة لانعقاد البيع بينه وبين الموعد له، كأن يرفض التوجه الى الموثق الى تحرير ورقة رسمية بشأن هذا العقد وهذا من شأنه أن يكون سببا لعدم انعقاد العقد بينهما بفعل اخلال الواعد بالتزامه، فالأصل انه إذا كان البائع قد وعد بالبيع وكان هذا الوعد يستوفي جميع الشروط القانونية السابق بيانها بما فيها الأركان الشكلية والموضوعية، فإنه يكون ملزم بتنفيذه فإذا أبدى عدم رغبته في التنفيذ نكون في حالة إخلال الواعد بوعده⁵، ويترتب على حالة إخلال الواعد بوعده فرضيتين، أولهما أن ينكل الواعد عن تنفيذ العقد بفعل الواعد وبدون أي وجه حق، وثانيهما أن يخل بوعده بسبب قيام الواعد بتصرفه في العقار لشخص آخر، ولكل حالة آثارها كما يلي:

أولا: استحالة التنفيذ العيني (استحالة إبرام العقد النهائي): ويكون ذلك إذا قام الواعد بالتصرف في العقار محل الوعد أثناء مدة الوعد المتفق عليها أو بعد رغبة الموعد له في الشراء وانتقلت ملكية هذا العقار الى الغير بعد القيام بجميع الاجراءات القانونية سيما الشهر فيمتنع الواعد في هذه الحالة عن تنفيذ وعد وإبرام

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري المرجع السابق، صفحة 125.

² المرجع نفسه، صفحة 136.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية رقم 24969، صادر بتاريخ 20-06-2001 المنشور بالمجلة القضائية، سنة 2002 العدد 01 صفحة 157.

⁴ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-09-2000 رقم 245195 المنشور بالمجلة القضائية سنة 2001 العدد الاول صفحة 137.

⁵ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 127.

العقد النهائي لصالح الموعود له، إذ يصبح تنفيذ الواعد لإلزامه مستحيلاً¹ ويكون اللجوء إلى القضاء لأجل حكم يكون مقام العقد في هذه الحالة بدون جدوى ولا يبقى للموعود له في هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض على أساس الإخلال بإلزام شخص وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 2002-01-30 (إذا تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقلت ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استناداً إلى أحكام المادة 176 من القانون المدني الجزائري)²، كما يجوز للموعود له أيضاً أن يقوم يرفع دعوى ضد الدولة ومطالبته بالتعويض على أساس قيام مسؤولية المحافظ العقاري الذي أهدر حقه المشهر مسبقاً في المحافظة العقارية³.

ثانياً: امكانية التنفيذ العيني: وإذا قام الواعد بالإخلال بالتزامه لكن يكون بإمكانه التنفيذ كأن يبرم عقد بيع عرفي على العقار الموعود به فهذا عقد البيع باطل بطلان مطلق ويجوز للموعود له أن يطلب من الواعد إتمام إجراءات البيع النهائي في حالة قبل ذلك ينقذ العقد في قالب رسمي و يشهر بالمحافظة العقارية وتنتقل الملكية إلى الموعود له ويكون قد نفذ التزامه عينا في حالة رفض الواعد إتمام إجراءات البيع النهائي بينه وبين الموعود له جاز للموعود له أن يلجأ للقضاء المختص وأن يرفع دعوى ضد الواعد من أجل استصدار حكم يقوم مقام العقد طبقاً لأحكام المادة 72 من القانون المدني⁴، وباعتبار أن عقد الوعد بالبيع العقاري منشئ التزاماً شخصياً في ذمة الواعد، يتمثل في التنفيذ العيني لاتفاق المتعاقدين وذلك بإتمام عملية البيع النهائي خلال المدة المحددة لإعلان الرغبة في التعاقد، فإذا أمتنع الواعد عن تنفيذ ما اتفق عليه دون وجه حق، يكون أمام الموعود له طريق آخر هو اللجوء للقضاء من أجل إجبار الواعد على تنفيذ العقد وذلك باستصدار حكم قضائي من الجهة المختصة (القسم العقاري بالمحكمة) بإلزام الواعد الذي يكون في الحكم مدعى عليه بإتمام عملية البيع النهائي متى تبين للقاضي صحة الوعد بالبيع وثبوت ملكية العقار الموعود به لمالكه أي الواعد ويقوم هذا الحكم مقام العقد طبقاً للمادة 72 من القانون المدني⁵ والمادة 171

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 127 و 128.

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002-01-30 تحت رقم 258113، المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد رقم 02 سنة 2002، صفحة 120.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 2007، صفحة 133 و 134 وما بعدها.

⁴ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 130.

⁵ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 181.

من القانون المدني التي تنص على أنه (في الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند التنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة مقتضيات القانونية والتنظيمية)، وعندما يكون هذا الحكم نهائياً، حائزاً لقوة الأمر المقضي به، تعين على الموعود له - وهو الذي تكون له مصلحة - أن يتقدم أمام المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار محل التصرف، للتأشير بهذا الحكم بمجموعة البطاقات العقارية حتى يولد حقا عينيا عقاريا لفائدته، ويكون حجة على الطرفين وعلى كافة المتعاملين في العقارات وذلك بإخراج ملكية هذا العقار من الواعد ونقلها للموعود له بالشهر، ويولد الحق العيني العقاري بصدور هذا الحكم القضائي وصدورته نهائياً وهنا يقتضي الأمر ما يلي :

الفرع الثالث: رفع دعوى صحة التعاقد: ويطلق على هذه الدعوى بدعوى صحة ونفاذ عقد البيع والتي يستعملها عادة المشتري للحصول على حكم بثبوت البيع العقاري يقوم مقام العقد وبصدوره وشهره في المحافظة العقارية تنتقل ملكية العقار إليه دون تدخل البائع، وقد نصت المادة 72 من القانون المدني على أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق بالشكلية متوافرة قام العقد مقام العقد، فعندما يبدي الموعود له رغبته في الشراء العقار الموعود به في المدة المحددة ويرفض الواعد إتمام اجراءات البيع رغم امكانية التنفيذ العيني يصبح من حق الموعود له في هذه الحالة اللجوء الى القضاء من أجل استصدار حكم يقوم مقام العقد¹ ويتطلب اللجوء إلى القضاء من استصدار حكم يقوم مقام العقد رفع دعوى امام الجهة القضائية المختصة وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا كما سبق ذكرها وبعدها تسير الخصومة إلى غاية صدور حكم في الموضوع وقد يتطلب صدور ذلك الحكم مرور زمن قد يقوم الواعد خلاله إلى إهدار حق الموعود له بطريقة ما كان يتصرف فيه بالبيع أو بغيره من التصرفات الاخرى المنقصة لقيمته وهو ما يستدعي التساؤل حول حماية حق الموعود خلال هذه الفترة وعليه فإن الحاجة تدعو إلى حماية هذا الحق منذ رفع الموعود له للدعوى إلى غاية صدور حكم في الموضوع ولن يكون ذلك إلا بشهره لتلك الدعوى في المحافظة العقارية كما يلي:

ضرورة شهر الدعاوى العقارية الخاصة بصحة التعاقد: إن الواقع التطبيقي المعاش قضائيا يدعو الى ضرورة شهر دعوى الموعود له لأجل اضافة الحماية القانونية لحقه فإنه من الناحية القانونية قد يرفض المحافظ العقاري شهر تلك الدعوى نزولا عند مقتضيات المادة 85 من المرسوم 76-63 السالف الذكر

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 132.

ولكن القبول بهذا الوضع قد ينتج عنه ضياع حق الموعود له من تاريخ رفع دعوى صحة التعاقد إلى غاية صدور الحكم الذي يقوم مقام العقد وهو ما يستدعي تدخل المشرع لحماية مثل هذه الحقوق، فالحاجة الملحة إذن ينص المشرع الجزائري على شهر هذه الدعوى لأنه من تاريخ ذلك الشهر فقط يكتسب حق الموعود له حماية خاصة وذلك إلى غاية صدور الحكم الذي يقوم مقام العقد كما أنه من ذلك التاريخ لا يحتج على الموعود له بالتصرفات التي قد يجريها الواعد على العقار الموعود به إذا تم شهرها بعد شهر دعوى صحة التعاقد فتصرفات الوعد خلال الفترة التي تسبق صدور الحكم النهائي والتي يتم شهرها في المحافظة العقارية بعد شهر الدعوى لا يكون نافذة تجاه الموعود له أي من تاريخ التأشير على دعواه¹، وقد صارت المحكمة العليا في اتجاه معاكس وفصلت في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 12-12-2013 ملف 0809194 (لا يتطلب القانون شهر عريضة افتتاح دعوى إتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع)²، إن حماية حق الموعود له قبل صدور الحكم النهائي يجعل من شهر الدعوى صحة التعاقد أمرا ملحا فمن تاريخ ذلك الشهر يكون الغير على علم بأن العقار محل الوعد هو كذلك محل نزاع امام القضاء³.

الفرع الرابع: صدور الحكم الذي يقوم مقام العقد: لما يقوم الموعود له برفع دعواه الرامية لاستصدار الحكم الذي سيقوم مقام العقد فإن الجهة القضائية المختصة تقوم بالتأكد من ملكية الواعد للعقار الموعود به ويرجع ذلك إلى أنه لا يمكن أن يكون الحكم الذي سيصدر تنتقل به الملكية إذا تم شهره في المحافظة العقارية مع أن الواعد لا يملكه أصلا⁴ وكما جاء في حيثيات القرار السابق رقم 258113⁵، وعليه فإن القاضي يمنع عليه إصدار حكم يقوم مقام العقد في حالة عدم ثبوت ملكية الواعد للعقار محل الوعد كان يكون قد تصرف في العقار الموعود به وانتقلت ملكيته بفعل الشهر إلى الغير، فإذا رأى القاضي بعد معاينته خلو ملف الدعوى من سند يثبت ملكية الواعد للعقار فيتعين عليه إصدار حكم برفض الدعوى لعدم التأسيس وذلك لاستحالة التنفيذ العيني للعقد⁶ أما إذا توافرت كل الشروط وتأكد القاضي من ملف الدعوى كاملا وأن الواعد مالك للعقار الموعود به فإنه يصدر حكمه الذي يقوم مقام العقد وبصدور هذا الحكم وحيازته لقوة الشيء

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، المرجع السابق، صفحة 136.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-12-2013 ملف 0809194، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2013، صفحة 337.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، صفحة 126.

⁴ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق، صفحة 180.

⁵ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 30-11-2002 المجلة القضائية العدد 2 سنة 2002، صفحة 120.

⁶ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق، صفحة 180.

المقضي فيه يصح المجال مهيناً أمام انتقال الملكية إلى الموعود له إذا تم مراعاة ما يتطلبه القانون في مثل هذه الحالات وهو الشهر العقاري وهو ما سوف أتطرق له في الباب الثاني لاحقاً فعقد البيع إذا تم بالشروط الموضوعية والشكلية السابقة ذكرها اعتبر عقد تام ومستقل وقائم بذاته نظراً لما ينتج عنه من آثار قانونية باعتباره تصرف قانوني وهو ما سوف أتطرق له لاحقاً، أما إذا كان الوعد بالبيع العقاري غير مشهر لا يرتب سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين إذا لم تنفذ عينا تنفذ بطريق التعويض، فالوعد بالبيع ينشئ في ذمة الواعد التزاماً شخصياً بتحرير عقد البيع النهائي، ونقل ملكية العقار إلى الموعود له فيبقى البائع أو الواعد مالكا للعقار محل الوعد بالبيع، لأن الملكية العقارية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو الغير إلا بواسطة الشهر في المحافظة العقارية، فإذا انتقلت الملكية للمتصرف إليه لا يعتبر الواعد قد تصرف في ملك الغير بل تصرف فيما يملك، ويبقى للموعود له أن يطالب الواعد بتعويض وفقاً لأحكام المادة 176 من القانون المدني، نظراً لاستحالة تنفيذ التزامه عينا، وأن المالك تصرف في ملكه خاصة وأن الشهر شرط أساسي لنفاذ الوعد بالبيع العقاري وبدون توفر هذا الشرط لا يمكن للقاضي أن يحكم بإتمام إجراءات البيع بناء على وعد بالبيع غير مشهر¹.

يستخلص أن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية سواء كانت منشئة أو مصرحة تعتبر سندات رسمية يتم من خلالها نقل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية وذلك بفعل تدخل القاضي بعد استنفائها للشروط الموضوعية والشكلية والإجراءات اللازمة وتعتبر مثلها مقل العقود الرسمية التي يحررها الموثق، وعليه فهي تخضع للإجراءات الشكلية المتمثلة في التسجيل لدى مصلحة التسجيل والشهر لدى المحافظة العقارية حتى تحقق القيمة القانونية اللازمة وهو ما سوف أتطرق له من خلال الباب الثاني :

¹ قرار رقم 223852 مؤرخ في 24/05/2000 مجلة قضائية 2001 عدد 01، صفحة 138 .

الفصل الثاني:

الاثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية
وقيمتها القانونية

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

يرتب الشهر العقاري آثار قانونية عديدة تختلف بحسب اختلاف نظام الشهر الذي تتبناه كل دولة في نظامها، وعلى هذا فإن نظام الشهر العيني يهدف إلى إنشاء الحقوق العينية ويعتبر المصدر الوحيد لها ولا يجوز الاحتجاج بها على الغير، إلا إذا تم شهرها في مجموع البطاقات العقارية وذلك متى تم إيداع الأحكام والقرارات القضائية واستوفت كل الشروط القانونية، ويرتب الشهر العقاري آثار قانونية عديدة تختلف بحسب اختلاف نظام الشهر الذي تتبناه كل دولة في نظامها.

وعلى هذا النحو فإن أهمية الشهر العقاري تتبلور أساساً في الاحتجاج بالحق العيني محل العقد المشهر في مواجهة الغير، كما أنه يؤدي إلى نقل ملكية الحقوق العينية العقارية بحيث يتم من خلاله إعلام الكافة بالتصرفات الواردة على العقار باعتبار أن السجل العقاري يتضمن الحالة المادية والقانونية للعقار ويمكن تلخيص هذه الآثار في الأثر المنشئ للشهر والناقل للملكية العقارية والاحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة في السجل العقاري وهو ما سوف أتطرق له في المبحث الأول.

ومن جهة أخرى فإذا كان نظام الشهر العيني للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية ينشئ الحقوق العينية ويعتبر المصدر الوحيد لها ولا يجيز الاحتجاج بها على الغير إلا إذا تم شهرها فقد يحدث إلا يتم الإيداع أو أن تختل الشروط القانونية كلها أو بعضها فيرفض إيداعها وبالتالي شهرها ومن هذا المنطلق تتضح القيمة القانونية للأحكام والقرارات القضائية الغير مشهورة وهو ما سوف أتناوله كما يلي من خلال:

المبحث الأول : اثر الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

المبحث الثاني : القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

المبحث الأول : أثر الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

إذا تمت عملية الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية بالشكل القانوني طبقا لما نص عليه الأمر رقم 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري والمرسومين التنفيذيين له رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ومسح الأراضي العام¹ والمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري² رتب آثار قانونية حددها المشرع الجزائري في أثرين مهمين هما:

الأثر الأول هو الأثر المنشئ للحق العيني باعتباره المصدر الوحيد له وهناك أثر آخر وهو الأثر المطهر إذ يشكلان نقطتي التميز والاختلاف التي تميز مختلف أنظمة الشهر في العصر الحديث، أما بقية الآثار التي تحدث عنها بعض الفقهاء فهي أقرب إلى الخصائص ومن بين هذه الآثار مثلا تأمين المالك الحقيقي من التقادم في نظام الشهر العيني وإرساء الثقة والائتمان العقاري بالنسبة للنظامين الشخصي والعيني وتأمين انتقال الملكية العقارية وغيرها من الحقوق العينية وغير ذلك من الخصائص التي سبق التطرق لها من قبل عند التعرض لخصائص نظامي الشهر الحديثين³.

وسوف أتناول من خلال هذا المبحث أهم أثرين وهما الأثر المنشئ للحق العيني باعتباره المصدر الوحيد له في المطلب الأول، ثم الى الأثر الثاني الذي يتمثل في أن الحقوق العينية لا يحتج بها على الغير إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري ومجموع البطاقات العقارية وهو ما سوف أتطرق له في المطلب الثاني.

المطلب الأول: الأثر المنشئ للشهر.

يعتبر الأثر المنشئ للشهر من بين أهم آثار الأخذ بنظام الشهر العيني ومن بين ما يميز هذا النظام عن نظام الشهر الشخصي وقد اكتسب هذا الأثر أهميته من خلال قيام جانب كبير من الفقه بالمناداة بالأخذ به من خلال إبراز مزايا الأخذ بالآثار المنشئ للشهر وفوائده⁴.

¹ منشور في الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13-04-1976 معدل ومتمم بالمرسوم رقم 84/400 المؤرخ في 24 نوفمبر 1984 والمرسوم رقم 138/92 المؤرخ في 07 افريل 1992.

² منشور في الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13-04-1976 المعدل بالمرسوم رقم 80/210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993.

³ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 301 .

⁴ ويس فتحي، المرجع نفسه، صفحة 392.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ومن ثم كان ولا بد من شهر الحكم أو القرار القضائي المتضمن نقل ملكية الحق العقاري لأن نقل الملكية وإثباتها لا يتم بمجرد النطق بالحكم القضائي بل لابد من اتخاذ إجراءات الشهر العيني على الرغم من أن الحكم ينشئ ويقرر الحق العيني غير أن ذلك لا يكفي ولا يحقق حصانة للحق العيني وبهذا يكون الشهر هو الاداة الوحيدة التي تضمن نقل ملكية العقار والحقوق العينية الأخرى ويترتب على الأخذ بمبدأ الأثر المنشئ للشهر نتائج أتطرق لها لاحقا ولكن قبل ذلك يتعين تحديد معناه.

الفرع الأول : تحديد معنى الأثر المنشئ للشهر

إن المسلم في نظام الشهر الشخصي هو إن الحقوق تنشأ وتزول وتتغير بمختلف التصرفات والوثائق القانونية، غير أن ذلك لا يصلح على الحقوق في ظل نظام الشهر العيني لأنها لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول إلا عن طريق الشهر وحده، إذ يعتبر الشهر في ظل هذا نظام المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية والأصلية والتبعية وهو ما كرسته المحكمة العليا ومجلس الدولة منها القرار المؤرخ في 12-06-2000 (حيث بالرجوع الى الملف فإن المدعي المستأنف التمس الحكم على بلدية الرقيبة ولاية الوادي بتعويضه عن قطعة أرض آلت إليه عن طريق الإرث من والده في سنة 1975 .

حيث لإثبات الملكية قدم شهادة ممضية من طرف شاهدين أمام الموثق في 07-07-1977 حيث وبالرجوع إلى هذه الوثيقة فإنها لا يمكن أن تحل محل عقد الملكية باعتبارها شهادة شهود لا غير وكما أن الوثيقة لم تحدد مساحة الأرض بدقة ولم تنتشر أيضا بأية طريقة آلت إلى مورثه ولم يتم إشهارها وفقا للقانون)¹.

غير أن هذا الأثر المنشئ للشهر لا تسلم به كل التشريعات فالتشريع التونسي مثلا بالرغم من أنه يأخذ بنظام الشهر العيني إلا أنه يعتبر أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد إبرام العقد وبدون شهرها في السجل العقاري ولكن لأصحاب هذه الحقوق الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري بمعنى ان العقد هو الذي ينشئ الحق العيني وليس الشهر، فإذا كانت الحقوق تنشأ وتزول وتتغير بمختلف التصرفات والوثائق القانونية في نظام الشهر الشخصي إلا أن ذلك لا يصلح على الحقوق العينية في ظل نظام الشهر العيني لأنها لا تنشأ ولا تتغير ولا تزول إلا عن طريق

¹ قرار صادر عن مجلس الدولة الغرزة الثانية ملف 201866، المؤرخ في 12-06-2000 غير منشور مقتبس من مؤلف حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء احداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ومحكمة التنازع، المرجع السابق، صفحة 11.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الشهر وحده، الأمر الذي يجعل من الشهر في نظام الشهر العيني المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية الأصلية أو التبعية¹.

هناك عدة تشريعات لم تأخذ بهذا الرأي على غرار التشريع التونسي، إذ على الرغم من أنه يأخذ بنظام الشهر العيني، إلا أنه يعتبر أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد توقيع العقد وبدون شهرها في السجل العقاري ولكن لا يحق لأصحاب هذه الحقوق أن يحتجوا على الغير إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري وهذا ما يجعل وإن المشرع التونسي والقوانين الأخرى التي حذت حذوه تعتبر أن العقد هو الذي ينشئ الحق العيني وليس الشهر وإن هذا الأخير ما هو إلا وسيلة للإعلان عن الحق حتى يتسنى لصاحبه الاحتجاج به على الغير².

غير أن المشرع الجزائري اعترف بمبدأ الأثر المنشئ للشهر العيني في نص المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري مكرسا بذلك نظام الشهر العيني الذي أخذ به، بحيث أنه لا يعترف بغير الشهر للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم شهر الحقوق العينية التي تنقل الملكية والتي تتضمنها الأحكام والقرارات القضائية فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد باستثناء الحقوق الميراثية التي يتم فيها انتقال الملكية بمجرد الوفاة مباشرة وليس بالشهر³. إن أثر الشهر في السجل العيني هو إنشاء الحقوق العينية العقارية، أي أن الحقوق العينية العقارية تستمد وجودها من القيد المدون في السجل العيني أي بمعنى حيث يجب الشهر في السجل العيني، فإن الحقوق العينية العقارية لا توجد بالنسبة للكافة إلا إذا تم الشهر ويستوي في ذلك أن تكون هذه الحقوق حقوق أصلية أم تبعية وسواء كانت تلك الحقوق محلا لتصرفات منشئة أو ناقلة أو مغيرة أو مزيلة أو كاشفة أو مقررة لتلك الحقوق⁴.

ويجب أن لا يفهم بأن الأثر المنشئ هو من يؤدي إلى إيجاد الحق وإنشائه فقط، أي تكوينه بعد أن كان غير موجود وإنما المقصود هو إنشاء الحالة الجديدة للحق التي تستمد من نوع التصرف أو الحكم القضائي محل الشهر ففي التصرفات المنشئة للحق يؤدي الشهر إلى إنشاء الحق وإيجاده أما

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 221.

² جمال بوشنافة، المرجع نفسه، صفحة 221.

³ المرجع نفسه، صفحة 222.

⁴ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 392 ، 393.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

التصرفات الناقلة فشرها يؤدي إلى نقل الحق والتصرفات المزيلة شهرها يؤدي إلى إزالة الحق وهكذا بالنسبة للتصرفات المغيرة والكاشفة للحق وبسبب هذا اللبس الذي مرده تسمية الأثر المنشئ إذ البعض يعبر عن هذا الأثر بمبدأ الأثر المنشئ والمقرر للقيد¹.

يحقق الشهر العيني للسندات الرسمية محل الشهر بصفة عامة وللأحكام والقرارات القضائية الناقلة للملكية العقارية والتي يصدرها القضاة بصفة خاصة أثر منشئ للحقوق العينية العقارية، فهذه الأخيرة تستمد وجودها من القيد في السجل العيني وبالتالي فإن الحقوق العينية العقارية سواء كانت أصلية أو تبعية، وسواء كانت حقوق محلا لتصرفات منشئة أو ناقلة أو مغيرة أو مزيلة أو كاشفة أو مقررة لتلك الحقوق، إذ لا توجد بالنسبة للكافة إلا إذا تم الشهر وليس معنى ذلك أن الشهر هو الذي يؤدي إلى وجود الحق وينشئه وإنما المعنى الحقيقي هو إنشاء الحالة الجديدة للحق التي تستمد من نوع الحكم القضائي محل الشهر وعلى هذا الأساس فإن المقصود بالأثر المنشئ للشهر هو أن الحقوق العينية العقارية لا يمكن أن تنشأ لصاحبها ولا يعتد بانقضائها إلا إذا تضمن السجل العقاري بيانات تشير إلى ذلك من خلال ما يتضمنه من تصرف منشئ أو منهي لتلك الحقوق وهناك من يعبر عن هذا الأثر بمبدأ الأثر المنشئ والمقرر للقيد².

وعلى هذا فإن الشهر العقاري في ظل نظام الشهر العيني له دور ناقل للحقوق إذ لا تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد إبرام أو انعقاد التصرف أو صدور الحكم أو القرار القضائي إنما الأمر يحتاج إلى تكملة وذلك بإجراء الشهر العقاري وإلا فإن الحق يبقى ملك للمتصرف الذي يبقى ملزما ببذل جهده في نقل الحق بالطرق والوسائل التي بينها القانون³، وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 12-06-2014 ملف رقم 0861535 (شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية ولا يترتب على عدم شهر العقد بطلانه، لم يحدد القانون ميعاد للشهر ويبقى البائع ملتزما بعدم تعرضه للمشتري في شهر العقد)⁴.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 393.

² المرجع نفسه، صفحة 392 و 393.

³ المرجع نفسه، صفحة 394.

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 12-06-2014، ملف رقم 0861535، قضية ن م ضد م المنشور بمجلة المحكمة العليا العدد الأول سنة 2015، صفحة 207.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

والجدير بالذكر أن القوانين التي تأخذ بهذا الاتجاه ترى أن القول بالمفعول الانشائي للشهر يشكل ارتداداً إلى عقلية العصور القديمة التي كانت تتمسك بالشكليات في إبرام العقود ولا يتفق مع مبدأ سلطان الإدارة الذي كرسه التشريعات الحديثة ولذلك اتجهت معظم هذه القوانين إلى القول بأن الحقوق العينية كغيرها من الحقوق تنتقل بين المتعاقدين بمجرد التعاقد ولكنها لا تسري على الغير إلا بعدها شهرها في السجل العقاري¹.

وكما سبقت الإشارة فإن الأثر المنشئ للشهر هو من المبادئ التي يقوم عليها الشهر العيني وحده، إذ لا وجود لهذا الأثر في ظل نظام الشهر الشخصي حتى تنشئ الحقوق العينية العقارية وتزول وتتغير شأنها شأن سائر الحقوق في النظامين مختلف، ذلك أنه إذا كانت التصرفات والوقائع والأحكام القضائية النهائية تشكل مصادر مختلفة للحقوق كلها في تشريعات البلدان التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي، فإن الحقوق العينية العقارية في تشريعات البلدان التي تأخذ بنظام الشهر العيني مصدر واحد وهو الشهر العقاري².

كما أنه يوجد ارتباط وثيق بين الأثر المنشئ ومبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر بحيث أن هذا الأخير يعتبر نتيجة حتمية لتكريس الأثر المنشئ للشهر، فما دامت الحقوق العينية العقارية لا توجد ولا تزول أو تتغير أو تنتقل أو تقرر إلا بالشهر أخذاً بعين الاعتبار الأثر المنشئ للشهر، فإن بيانات السجل العيني التي تتضمن إنشاء أو انتقالاً أو تغييراً أو تقريراً أو كسفاً لأي حق من الحقوق تحوز قوة مطلقة في الإثبات فلا يمكن نقضها أو الغائها إلا عن طريق الإدعاء فيها بالتزوير أو بالإدعاء بوجود بيانات أخرى في السجل تناقضها وهو في الحقيقة أمر مستبعد نظراً لما تحتوي بيانات السجل على مصداقية ودقة وضبط لمختلف التصرفات المجرى على العقار أو الحق العيني العقاري³.

ففي ظل نظام الشهر العيني فإن الحق العيني العقاري لا ينشأ إلا بالقيّد، كما أن نظام السجل العيني لا يعرف إلا بالقيّد أو الشهر وحده طريقاً لكسب الحق العيني العقاري إذ يرى البعض أنه إذا كانت الحيابة في المنقول سند الحائز فإن القيد في العقار سند الملكية⁴.

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 221.

² المرجع نفسه، صفحة 221.

³ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 395.

⁴ إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، سنة 1978، بدون طبعة وبدون دار النشر، صفحة 440.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالآثر المنشئ للشهر من خلال نصه في المادة 793 من القانون المدني الصادر بموجب الامر 58-75 المعدل والمتمم على أنه "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا اذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

لقد نصت المادة 15 من الأمر 74-75 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على أن "كل حق للملكية وكل 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".

كما نصت المادة 16 من نفس المرسوم السابق على تكريس الأثر المنشئ من خلال نصها على: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية" والملاحظ من خلال المادتين أن المشرع الجزائري أكد على الأثر المنشئ للشهر للحقوق من تاريخ الشهر غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن النصوص الثلاثة السابق ذكرها نصت على أن الشهر له أثر على انعقاد العقد أو صحة التصرف العقاري فانعقاد وصحة التصرف تبقى مستقلة ومنفصلة عن اجراءات الشهر فهو ليس ركن في العقد.

وعلى هذا فإن الشهر العيني له دور ناقل للحقوق إذ لا تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى بمجرد انعقاد التصرف، وإنما يحتاج إلى اتمام هذا التصرف بإجراء الشهر العقاري وإلا فإن الحق يبقى ملكا للمتصرف الذي يبقى ملزما ببذل جده في نقل الحق بالطرق والوسائل المنصوص عليها بمقتضى النصوص القانونية، إذ يرتب الشهر كما سبق القول أثرتين احدهما معروف نظام الشهر الشخصي هو حجية الحق في مواجهة الاطراف والغير والثاني هو الذي ينفرد به نظام الشهر العيني وهو انتقال الحقوق¹، إذ يوجد علاقة بين الأثر المنشئ للشهر ومبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر²، بحيث أن هذا الأخير يعد نتيجة حتمية للأخذ بالآثر المنشئ فمادامت الحقوق العينية العقارية لا توجد ولا تزول أو تتغير أو تنتقل أو تتقرر إلا بالشهر عملا بالآثر المنشئ للشهر، فإن بيانات السجل العيني التي تتضمن

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 394.

² ابراهيم ابو النجا، السجل العيني في التشريع المصري سنة 1978، بدون دار الطبع، صفحة 440.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

إنشاء أو زوالاً أو انتقالاً أو تغييراً أو تقريراً لأي حق من الحقوق تحوز قوة مطلقة في الإثبات لا يمكن نقضها إلا بادعاء التزوير فيها أو بادعاء وجود بيانات أخرى في السجل تناقضها¹.

فالحق العيني العقاري في ظل نظام الشهر العيني لا ينشأ إلا بالقيود ونظام السجل العيني لا يعرف إلا بالقيود أو الشهر وحده طريقاً لكسب الحق العيني العقاري لذلك يقول بعض الفقهاء إذا كانت الحيازة في المنقول سند الحائز فإن القيد في العقار سند الملكية².

وقد عبرت بعض تشريعات الدول القانونية عن موقفها صراحة مقرة بأن الشهر أو القيد هو مصدر الحقوق العينية العقارية كالتشريع السوري واللبناني والتشريع المغربي، في حين تحفظت تشريعات أخرى على الأخذ بالآثر المنشئ على الرغم من اتباعها نظام الشهر العيني كالتشريع التونسي، أما تشريعات الدول التي تأخذ بنظام الشهر الشخصي فلا شك أنها لا تعترف بالآثر المنشئ للقيد أو الشهر³.

والملاحظ من خلال النصوص القانونية المذكورة أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني ولم يعترف بغير الشهر للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية فإذا تم شهر هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد، ما عدا الحقوق الميراثية التي تنقل الملكية فيها بالوفاة وليس بالشهر. وعليه فإن المشرع اشترط المشرع شهر أي إجراء أو دعوى من شأنها تهديد المراكز القانونية لأصحاب الحقوق الواجبة الشهر أو تقييد التصرف فيها لترتيب حقوق في مواجهة الغير⁴.

كما أنه من جهة أخرى ليس جزء من الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد التصرف الوارد على العقار وتبقى الشكلية الوحيدة التي تعتبر ركناً في التشريع الجزائري هي الكتابة الرسمية بحيث مجرد مراعاة هذا العنصر وإفراغ التصرف العقاري في الشكل الرسمي طبقاً للمادة 324 من القانون المدني يعتبر التصرف منعقداً وصحيحاً ومنشئاً لكافة الحقوق الشخصية المتمثلة في الالتزامات المتبادلة لكن إنشاء الحق العيني أو نقله أو انقضائه الذي كان مقصوراً في التصرف فلا يتم إلا بطريق الشهر في المحافظة العقارية المختصة وبدون أثر رجعي، إذ تنشأ كل الحقوق الشخصية ابتداءً من يوم انعقاد

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 395

² إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، صفحة 440 .

³ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 395.

⁴ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 222.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

التصرف صحيحا ومكتملا بأركانه بينما ينجم إنشاء الحق العيني إلى يوم اشهار التصرف في المحافظة العقارية المختصة¹.

وفي هذا الاطار تجب الملاحظة أن لا فرق بين أطراف التصرف إن كانوا فراد عاديين أم كان أحدهم من الأشخاص المعنوية العامة كالدولة فالمهم أن يكون التصرف منصب على عقار أو حق عيني عقاري يخضع للشهر ولا يرتب أي أثر في انشاء الحق العيني سواء بين أطرافه أو في مواجهة الغير إلا بالشهر وهو ما تؤكد مجموعة من النصوص التي تصرفات الدولة وتعاملها في العقار ومنها ما تنص عليه المادة 21 فقرة 2 من القانون رقم 81-01 المتضمن قواعد التنازل عن املاك الدولة بنصها" وتحرر هذا العقد وتقيده إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية للولاية طبقا للتنظيم المعمول به"².

وتتمثل مظاهر حجية الإشهار العقاري في مواجهة الغير في الأثر المنشئ والكاشف للإشهار وهذا ما سوف أنتاوله كما يلي:

1- الأثر المنشئ للإشهار العقاري :

إن جميع العقود والأحكام المتعلقة بالحقوق العينية العقارية المشار إليها سابقا لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول بين ذوي الشأن ولا بالنسبة للغير إلا من تاريخ الإشهار، وقد أقر المشرع الجزائري بمبدأ الأثر المنشئ للإشهار في نص المادة 15 من الأمر 75 / 74 على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ...".

كما نصت المادة 16 من الأمر المذكور أعلاه "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

ونصت المادة 793 من القانون المدني: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي تدير مصلحة شهر العقار". ويفهم من خلال هذه النصوص أن المشرع لم يعترف بغير الإشهار العقاري للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية فإذا تم إشهار هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ الإشهار ما عدا

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 404 و 405.

² المرجع نفسه، صفحة 405 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الحقوق الميراثية التي تنتقل الملكية فيها بالوفاة، إذ أن الشهر هو المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية إذ لا وجود لهذه الحقوق بالنسبة للغير واثراً للتصرفات في إنشائها أو نقلها أو تقريرها أو انقضاءها إلا من يوم الشهر فبدون الشهر يظل الحق على ما هو عليه في حالته السابقة للتصرف.

وقد كرسته الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 206555 المؤرخ في: 2001/02/28 - غير منشور - (علاوة على أن القرار المطعون فيه لم يكرس الاعتداء أو الاستيلاء على ملكية الدولة، ذلك أن قضاة المجلس لاحظوا أن ملكية القطعة المتنازع عليها لم تنتقل إلى الطاعن لعدم شهر العقد الإداري الذي يحتج به، وتبعاً لذلك قضاة برفض دعواه الرامية إلى طرد المطعون ضدهما من القطعة الأرضية المتنازع عليها)¹، بالإضافة إلى استثناء الوصي وهذا ما يستفاد من نص المادة 15 من امر 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ومن هذا المنطلق فإن الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية تعتبر في كثير من الأحيان سنداً رسمية تنقل ملكية العقارات والحقوق العينية العقارية وتصبح سنداً مثبتة لها وفق شروط وإجراءات محددة مع ضرورة اخضاعها لإجراء التسجيل والشهر وهو ما قضت به المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها:

القرار الحامل لرقم 99699 المؤرخ في 25-07-1993² بقولها (أنه من المقرر قانوناً أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء من يوم تسجيله أو في الحالات الأخرى المحددة في القانون، ولما كان ثابت - في قضية الحال - أن المستأنفان لم تقوما بتسجيل اشهار الحكم القضائي الذي اثبت البيع المبرم بموجب عقد عرفي فإن العقد المذكور اختل فيه هذا الشرط مما يعد فاقداً للحجية اتجاه الغير وهي بلدية العلمة مما يتعين تأييد القرار المستأنف الذي قضى برفض دعوى المدعيتين) .

وفي قرار آخر بتاريخ 28-06-2000 تحت رقم 196507 (قرار قضاة الموضوع بصحة العقد العرفي استناداً الى تصريحات اغلبية الورثة المقرين بعملية البيع واستبعاد المادة 324 مكرر 1 من

¹ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، طبعة 2004. صفحة 49.

² قرار صادر عن المحكمة العليا يحمل رقم 99699، مؤرخ في 27-07-1993، منشور في المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد الثاني لسنة 1997 صفحة 213.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

القانون المدني بحجة صدورها بعد عملية البيع متناسين المادة 12 من الامر 70-91 بعد خرق للقانون مستوجبا للنقض¹.

وعلى غرار باقي التشريعات المغربي والسوري واللبناني فإن التشريع الجزائري وضع نصوص قانونية صريحة تبين بوضوح الأخذ بالآثر المنشئ للشهر حسب نص المادة 793 من القانون المدني وكذا نص المادة 15 من أمر 75-74 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري². كما تجدر الإشارة كذلك إنه ليس للشهر أثر رجعي أي إن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل بين الطرفين بالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر وبذلك فإن للشهر أثر فوري وليس رجعي وهذا ما يتفق صراحة مع النصوص القانونية ذلك إن الشهر شرط قانوني وليس ارادي يخضع لإرادة الأطراف³.

والحقيقة إن هذا المبدأ يحقق استقرار التعامل ويطمئن المتعاقدين والغير وما على الطرف الذي يريد أن يحمي نفسه إلا أن يبادر بالشهر ومن جهة أخرى فإنه يوجد فرق بين الأثر المنشئ وبين مصدر الحق، فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق وفقا لقواعد كسب الحقوق⁴، ولكن بالنسبة للحقوق العقارية قد لا يكفي السبب القانوني لكسب الحق وإنما يلزم شهر هذا الحق في السجل العقاري حتى يعتبر أنه قد كسب سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وهذا خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني الجزائري الذي يجعل نقل الملكية يتم سواء في المنقول أو العقار بمجرد العقد⁵.

وقد أكدت المحكمة العليا الأثر المنشئ للشهر في قرارها رقم 467 المؤرخ في 21-10-1990 والذي جاء فيه "إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني".

كما أضافت المادة 17 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها فرغم أن الإيجار حق شخصي ولا يرتب سوى التزامات شخصية فإن المشرع لم يعترف به حتى

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 28-06-2000 تحت رقم 196507 قضية (ط. ف) ضد (م ج) رقم 196507 مجلة المحكمة العليا الجزء الثاني قسم الوثائق لسنة 2004، صفحة 262.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 403.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 234 و 235 .

⁴ المرجع نفسه، صفحة 235 .

⁵ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 106 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

فيما بين المتعاقدين إذا ما تجاوز مدة معينة، إلا من تاريخ إشهاره أي أنه جعل للإشهار العقاري أثر منشئ في الإجراءات الطويلة الأمد، وكذلك اشترط القانون المدني إشهار بعض التصرفات التي تنصب على العقارات حتى وإن تعلق الأمر بالتزامات شخصية كالمخالصات والحوالات لتكون نافذة في مواجهة أصحاب الحقوق المشهرة .

وبالرجوع إلى نص المادة 15 من الأمر 74/75 المذكورة أعلاه أستخلص كذلك من أحكامها أن من يدعي أنه مالك لأي حق عيني مصدره واقعة مادية كالنقادم المكسب والالتصاق وهي من أسباب كسب الملكية في القانون المدني يجب عليه إثبات ذلك بالإشهار، وقد أكدت هذا الاتجاه المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتعلق بإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والتي تنص: " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراء المحدد بالأمر رقم 74/75 ... عقارا من نوع الملك، حيازة مستمرة، غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوية بلبس طبقا لأحكام الأمر رقم 58/75 ... يمكنه أن يطلب من الموثق ... المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الإقرار بالملكية ."

ويستنتج من هاتين المادتين أن تطبيق أحكام المادة 827 من القانون المدني وما يليها لاكتساب الملكية بالنقادم غير ممكن في المناطق التي تم فيها قيد الحقوق بعد المسح ولكنه ممكن قبل المسح أو عند القيد الأول بشرط أن يفرغ في تصرف قانوني كعقد الشهرة المحرر من قبل الموثق أو صدور حكم يثبت اكتساب الملكية بالنقادم ويجب بعد ذلك القيام بإشهار هذا الحكم أو عقد الشهرة لدى المحافظة العقارية حتى ينشئ أثره الناقل للملكية العقارية.

أما فيما يخص الالتصاق الذي نص عليه القانون المدني في المواد 778 وما يليها كسبب من أسباب كسب الملكية سواء تعلق الأمر بتغيير الحدود أو إنشاء حقوق عينية لفائدة الخواص أو إلى إدراج أملاك خاصة في الأملاك الوطنية، وسواء نتج ذلك عن فعل الإنسان أو بفعل الطبيعة فإن المشرع حسم ذلك في قانون الشهر باشتراط القيد لنقل الملكية بحكم المادة 15 من الأمر 74 /75 المذكور أعلاه وأكدت ذلك المادة 25 من المرسوم رقم 63/76 بنصها: "كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع إحداث بطاقة مطابقة، وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها" .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

كما أضافت المادة 31 من نفس المرسوم المذكور أعلاه على أن: "كل تعديل فيما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع إعداد بطاقات خاصة مطابقة وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية و الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها " .

وقد أكدت المحكمة العليا الأثر المنشئ للإشهار العقاري في قرارها رقم 467 المؤرخ في 1990/10/21 والذي جاء فيه ما يلي : "إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني"¹.

إن الأحكام القضائية تعتبر أقوى السندات الرسمية تصدر في جلسة علنية تتضمنها ديابقتها "الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية باسم الشعب الجزائري"، إذا فصلت هذه الأحكام في خصومات عقارية، فإن قانون الشهر العقاري يقضي وجوب إخضاعها للإشهار العقارية بالمحافظة العقارية حتى تكون سارية في مواجهة الغير كما هو منصوص عليه في المادة 15 من الامر رقم 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، إلى جانب المواد التالية من المرسوم التطبيقي الصادر تحت رقم 63-76 التي تتضمن بدورها البيانات التي يجب أن تتضمنها الأحكام القضائية.

- إذ تنص المادة 62 " كل عقد أو قرار قضائي موضوع اشهار بالمحافظة العقارية يجب أن يشتمل على ألقاب أسماء ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف ويجب أن يصادق على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية الأطراف موثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية
- كما تنص المادة 63 "كل عقد أو قرار قضائي موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء ومكان ولادة وجنسية الأطراف موثق أو كاتب الضبط أو سلطة إدارية " .
- المادة 63 "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على هوية الشركات والجماعات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى مع تسميتها".
- المادة 66 "كل عقد أو قرار قضائي موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مسح".

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الرابعة سنة 2014، صفحة 88.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

- المادة 90 "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على اشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحركة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة".

ويعتبر كتاب الضبط وقضاة النيابة المؤهلون للتصديق على هوية الأطراف طبقا للمادتين 62 فقرة 2 والمادة 64 فقرة 04 من مرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري¹.
وتجب الملاحظة أنه لا توجد اشارة من خلال النصوص القانونية المذكورة أعلاه إلى أن الشهر له أثر على انعقاد أو صحة التصرف العقاري، فانعقاد وصحة التصرف تظل مستقلة عن اجراءات الشهر، فالشهر ليس ركنا في العقد ولا هو جزء من الشكلية الوحيدة التي تعتبر ركنا في العقد ولا هو جزء من الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد التصرف الوارد على العقار وتبقى الشكلية الوحيدة التي تعتبر ركنا في التشريع هي الكتابة الرسمية طبقا للمادة 324 من القانون وهي ا فراغ التصرف في القالب الرسمي، لكن انشاء الحق العيني أو نقله أو انقضائه الذي كان مقصودا بالتصرف فلا يتم إلا عن طريق الشهر في المحافظة العقارية المختصة وبدون أثر رجعي إذ تنشأ كل الحقوق الشخصية ابتداء من يوم انعقاد التصرف صحيحا ومكتملا لأركانه في المحافظة العقارية المختصة².

2- الأثر الكاشف للإشهار العقاري :

إن المشرع الجزائري نظم الميراث والوصية في قانون الأسرة في المواد من 126 إلى 201 والتي لم يحدد فيها كيفية انتقال الملكية العقارية، الأمر الذي يستدعي الرجوع إلى القواعد القانونية التي تنظم الإشهار العقاري حيث نجد المادة 15 من الأمر 74/75 المذكور أعلاه أوردت استثناء لآثار الإشهار إذ نصت على أنه "... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، بمعنى أن حقوق الورثة والموصى لهم تنتقل إليهم عن طريق الإشهار ولكن بأثر رجعي إلى تاريخ الوفاة فلا يلعب الإشهار دوره المنشئ للحقوق³.

لكن المشرع اشترط على الوارث أو الموصى له شهر حقه كلما أراد التصرف فيه وذلك باستصدار شهادة رسمية موثقة تثبت انتقال هذا الحق ثم شهره في مجموعة البطاقات العقارية، وهذا ما نصت عليه

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 89.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 405.

³ ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 66.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

المادتين 39 و 62 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه حيث نصت المادة 39 على أنه: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت انتقال المشاع للأملاك باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياح وبالحصص التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبين في الشهادة".

أما المادة 62 فقرة 03 من المرسوم المذكور سابقا فقد نصت على ما يلي: "فيما يخص الشهادات بعد الوفاة، فإنه يجب الإشارة إلى الحالة المدنية والتصديق عليها بالنسبة للمتوفي وبالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم".

ويستنتج من خلال هذين النصين أن الإشهار في الميراث لا ينشئ ولا ينقل الملكية والحقوق العينية الأخرى بل يقررها ويكشف عنها وعن مالكيها عن طريق إثبات عملية الانتقال بموجب شهادة رسمية ليكون التصرف نافذ في مواجهة الغير وقد أكدت هذا الأمر المادة 91 من المرسوم 63/76 بنصها: "كل انتقال أو إنشاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة".

إذن رغم أن المشرع جعل من انتقال الملكية إلى الوارث أو الموصى له بمجرد الوفاة، فإنه لا يستطيع التصرف فيها مهما كان نوع التصرف إلا بعد شهره للشهادة الرسمية التي تثبت الملكية أو الحقوق العينية الأخرى. واشترطت المادة 99 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري على أن طلب الشهادة الموثقة يجب أن يقدم للموثق من طرف الورثة أو الموصى لهم في أجل 06 أشهر من الوفاة وإلا اعتبروا مسؤولين مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير إضافة إلى عدم إمكانية إشهار التصرفات التي يوقعونها تطبيقا للأثر الإضافي للشهر ولا يمكن الاحتجاج بما يرتبه نظام الشهر العيني من ضمانات لفائدة أصحاب الحقوق المشهورة لنفاذ تصرفاتهم في الحقوق الميراثية¹.

واستوجب المرسوم شهر حق الارث المترتب على الوفاة وجعله وسيلة فنية لذلك وهي المطالبة بـ " الشهادة التوثيقية " من عند الموثق تشهر بالمحافظة العقارية في مجموع البطاقات العقارية باسم

¹ ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 72، 73.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

جميع المالكين سواء كانوا ورثة أو موصى لهم على الشيوخ و بالحصّة التي تعود لكل واحد منهم كما هو محدد في الشهادة التوثيقية¹.

الفرع الثاني : مدى تكريس المشرع الجزائري للأثر المنشئ للشهر

لقد كرس المشرع الجزائري الأثر المنشئ للشهر مسائرا في ذلك المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني ويتجلى ذلك من خلال سندات اكتساب الملكية العقارية، ففي الشفعة فإن المشتري عندما يرفض أن يحل محل الشفيع في شراء العقار، فإن هذا الأخير يقوم بإتباع اجراءات قضائية ضد المشتري والبائع وذلك برفع دعوى قضائية ضد المدعى عليهما من أجل استصدار حكم قضائي يمكنه من الحل محل المشتري بعد أن يشهر هذا الحكم القضائي النهائي في السجل العقاري يمكنه الحل محل المشتري وهذا ما أكدته المادة 803 من القانون المدني.

لقد سبق الذكر في هذا البحث على مستوى الباب الاول أن الحكم القاضي بثبوت الشفعة يعتبر سند لملكية الشفيع دون الاخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري، بحيث أن هذا الحكم ليس له أثر إلا إذا تم شهره في السجل العقاري أي إن نقل الملكية من البائع أو المشتري إلى الشفيع يكون أساسا بشهر الحكم القضائي النهائي في السجل العقاري وحده².

وعليه فإن الحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة يتعين شهره إذ تنص المادة 803 من القانون المدني على ما يلي "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري"³.

إن علاقة اجراءات الشفعة بالحكم موضوع الشهر العقاري حسب المادة 01 من القانون المدني التي نصت على أنه " يجب ان يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا اذا كان مسجلا " .

¹ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية في ضوء اخر التعديلات وأحدث الاحكام، دار هومة، طبعة جديدة 2012-2013، صفحة 239.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 226 و 227 .

³ لوصيف نجاه، الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة نهاية التدريب، تخصص عقاري، المعهد الوطني للقضاء سنة 2001، 2002 صفحة 52 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

أما المادة 803 من نفس القانون فقد جاء فيها "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا للملكية ونصت المادة 806 على أنه "لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر وكل حق عيني رتبه المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الاعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الافضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

ومن هذا المنطلق فإن المشرع اذن اشترط في الشفعة وجوب شهر كل من الإعلان في الرغبة في الشفعة الذي يوجهه الشفيع الى المشتري والبائع وكذا الحكم القاضي بتثبيت الشفعة بعد أن صيرورته نهائيا وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها¹.

وعليه فإنه يفهم من خلال المواد السابقة أن الحكم القاضي بثبوت الشفعة إذا ما صار نهائيا اصبح سند ناقل للملكية العقارية للشفيع لكنه أثر المتمثل في نقل الملكية العقار محل الشفعة إلى الشفيع لا يترتب إلا من يوم شهر الحكم المذكور في المحافظة العقارية عن طريق إعادة الإيداع بواسطة الموثق²، غير أنه قد يتبادر إلى الأذهان التساؤل حول تحديد انتقال الملكية هل تكون من شهر الحكم النهائي أم لم يسري ذلك بأثر رجعي من يوم اعلان الرغبة في الشفعة كما فعل المشرع المصري³.

وفي هذا الصدد وبالرجوع إلى نص المادة 802 من القانون المدني فإنها جعلت من اشهر الاعلان بالرغبة في الشفعة شرطا ضروريا للاحتجاج بهذا الاعلان في مواجهة الغير وكل تصرف يقوم بإيرامه المشتري بعد شهر اعلان الرغبة في الشفعة وكل رهن أو اختصاص رتبه على العقار محل الشفعة بنفسه أو ترتب عليه بدون إرادته لا تكون له أي حجية في مواجهة الشفيع ويعتبر بالنسبة إليه كأن لم يكن وهذا ما تقتضيه المادة 806 من القانون المدني صراحة ويستخلص من خلال ذلك أن إشهار الحكم القاضي بتثبيت الشفعة يرتب أثره المنشئ من يوم إشهار الإعلان بالرغبة في الشفعة بأثر رجعي وهذا ما يتماشى مع مفهوم النص، إذ بمجرد الإشهار إعلان الرغبة في الشفعة يجعل كل من التصرفات والرهن والاختصاصات الواردة على العقار الذي سيكون محل الحكم بتثبيت الشفعة فيما بعد ويصير مالكا للعقار

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 26-04-2000 تحت رقم 194437 المنشور في مجلة الإجتهد القضائي الجزء الاول سنة 2004 صفحة 176.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 418 .

³ ابراهيم ابو نجا، السجل العيني في التشريع المصري، سنة 1978 بدون دار الطبع، صفحة 303.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ولكن بأثر رجعي من يوم إشهار إعلان الرغبة وهذه حالة الثالثة تضاف إلى حالات الأثر الرجعي للشهر كسبب منشئ للحق المتمثلة في الميراث والوصية ومن ثمة فإن الشفعة باعتبارها كسبب من أسباب كسب الملكية ومصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية ليست بذاتها منشئة للحق، وإنما الذي ينشئ الحق الذي تعتبر الشفعة مصدرا له إنما هو الحكم القضائي النهائي المثبت للشفعة المشهر ويسري بأثر رجعي من تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة¹.

وخلاصة القول إن الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية ومصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية ليست بذاتها منشئة للحق وإنما الذي ينشئ الحق ويعتبر الشفعة مصدرا له هو انما شهر الحكم القضائي القاضي بتثبيت الشفعة بعد أن يصير نهائيا وان لهذا الشهر أثر رجعي يسري من إشهار الإعلان بالرغبة في الأخذ بالشفعة، ومن ثمة يعتبر الحكم الصادر لصالح الشفيع سند الملكية العقار، وتثبت الملكية من تاريخ الحكم فهو ليس حكم، كاشفا وإنما منشئ لحق الشفيع على العقار، ولا بد من شهره إذا أن ملكية العقار لا تنتقل إلى الشفيع إلا من تاريخ شهر الحكم الصادر لصالحه.

كما أن الحكم القضائي القاضي بتثبيت الشفعة يعتبر سند ملكية الشفيع طبقا للمادة 803 من القانون المدني والحقيقة أن هذه الملكية ثابتة بموجب الحكم الذي اصدره القاضي وهو يستمد سنده من القانون وليس من إرادة الأطراف، وهو بالتالي حكم منشئ للحق العيني العقاري لفائدة الشخص الشفيع وينبغي إخضاعه إلى عملية الشهر العقاري الذي يعد في هذه الحالة في الحقيقة اعلامي فقط وليس مصدر لحق الشفيع لأن الملكية بالنسبة للطرفين "البائع والشفيع" ثابتة بموجب الحكم القضائي غير أنه وحتى يكون لهذا الحكم الصادر أثر قانوني بين أطراف الدعوى ويرتب آثاره للجميع ينبغي على الشفيع السعي إلى إخضاعه إلى الشهر العقاري بالمحافظة العقارية حتى يكون حجة على الجميع² طبقا للمادة 803 من القانون المدني التي تنص "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

وعلى صعيد آخر فإن نظام الشهر العيني لا يعترف بالحيازة والتقدم المكسب كسبب من أسباب الملكية والحقوق العينية العقارية، لا يؤدي ذلك إلى إهدار القوة الثبوتية المطلقة التي يرتبها نظام السجل

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 418 و 419.

² مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، المرجع السابق، صفحة 180 و181.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

العيني للحقوق المقيدة في السجلات العينية وهو ما أدى بغالبية التشريعات القانونية إلى تطبيق نظام الشهر العيني مع حظر التقادم وهو المبدأ الذي يقتضي عدم سريان التقادم المكسب في مواجهة المالك أو صاحب الحق العيني المقيد¹.

فالآثر المنشئ للشهر وعلاقته بالحيازة باعتبارها كواقعة مادية مقترنة بنية التملك لا تعد وحدها سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية العقارية بل يلزم لاعتبارها كذلك أن تستمر هذه الحيازة مدة معينة من الزمن وعلى ذلك فلا تعتبر الحيازة في ذاتها مصدرا من مصادر الحقوق العينية فهي لا تكسب الحائز الملكية أو الحقوق العينية إلا بالتقادم الطويل أو التقادم القصير متى توافرت شروطها ولذلك يقترن لفظ الحيازة كسب من أسباب الملكية دائما بلفظ التقادم المكسب²، إذ وضع اليد مع مرور مدة من التقادم المكسب للملكية يؤدي إلى امتلاك واضح اليد الذي هو عبارة عن واقعة يرتب عليها القانون أثر مهم وهو كسب الملكية العقارية طبقا لنص المادة 827 من القانون المدني³.

إن الامر رقم 74-75 المتعلق بالمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لم يتضمن في فحواه أي اشارة على مبدأ حضر التقادم المكسب فبالرغم من أنه قانون يكرس الأخذ بنظام الشهر العيني وكذلك المرسومين 62-76 و 63-76 المتعلقين على التوالي بالمسح العام للأراضي وبالسجل العقاري فإنهما لم يتضمنا أي عبارة صريحة أو ضمنية لجواز أو لعدم جواز كسب الحقوق العينية، ولكن بالرجوع إلى المرسوم رقم 83-352 المتعلق بشروط التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة الملغي وقانون التوجيه العقاري رقم 90-25 في مادته 39 فإنه يمكن القول أن المشرع الجزائري سمح بتملك العقارات واكتساب الحقوق العينية بالتقادم المكسب في المناطق التي لم يشملها المسح بعد، لأنه لا مجال لتسجيل الارض باسم الحائز الظاهر تسجيلا مؤقتا يتحول فيما بعد الى ترقيم نهائي ويسلم له دفتر عقاري يقوم مقام عقد الملكية النهائي في حالة عدم وجود اعتراضات أو عدم جدوى تلك الاعتراضات⁴.

وعلى هذا فإن المشرع لم يكن واضحا ولم يبين بدقة المعنى الحقيقي من عملية الشهر وهدفه إن كان من أجل نقل الحق وترتيب الأثر المنشئ للحق أم أنه مجرد وسيلة للإعلام أمام انعدام نص صريح

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 324.

² ابراهيم ابو نجا، السجل العيني في التشريع المصري، المرجع السابق، صفحة 452.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، طبعة ثانية سنة 2000، صفحة 31.

⁴ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 426 و 427.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

يبين الموقف ولكن تماشيا مع ما نصت عليه المواد المتعلقة بالشهر وأثره يمكن القول استجلاء لهذا الغموض أن الشهر يعد فعلا مصدرا منشئا للحق المكتسب بالحيازة والتقدم المكسب في الحالات التي يجوز كسب الحق بالحيازة والتقدم المكسب بموجب أحكام قضائية تقضي بثبوتها¹.

أما عن رأي المحكمة العليا فقد جاء في قرارها رقم 180876 المؤرخ في 30-09-1998 "حيث أن قضاة الاستئناف جعلهم التقدم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة والحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون وأسأوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني².

كما رأى البعض أن الحيازة والتقدم المكسب لا مجال لها في نظام الشهر العيني وذلك لتعارضها مع مبادئه التي تقوم على أساس مبدأ القيد المطلق الذي ينشئ وينهي الحقوق العينية دون سواه من الأسباب ماعدا الميراث والوصية، إذ إن العقارات والحقوق العينية العقارية الأخرى الواقعة في البلديات التي تم فيها اعداد مسح الاراضي وشهر الحقوق المتعلقة بها فإنه يمكن للتقدم المكسب أن ينتج أثره المكسب للملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى، إذا ما توافرت شروطه وروعيته الأحكام التي جاء بها القانون المدني في المادة 827 وما بعدها، وإن كان التقدم المكسب يقوم على واقعة مادية وهي الحيازة الممتدة زمنا معيناً فإن هذه الحيازة لا تعتبر تصرفاً قانونياً ولا تثبت في محرر، في حين إن نظام الشهر يتطلب وجود تصرف قانوني مفرغ في محرر رسمي طبقاً للمادة 61 من المرسوم 76-63 المذكور أعلاه، فهنا يمكن للحائز أن يشهر حقه الذي اكتسبه بالتقدم المكسب عن طريق التقاضي برفع دعوى قضائية من طرف الحائز العقاري موضوع المطالبة القضائية على أساس المادة 823 من القانون المدني ويكون ذلك في حالة وجود شخص ينازع المدعي في حيازته وفي هذه الحالة فإن القاضي بعد أن يعاين الملف التقني للعقار وتوفر شروط الحيازة كما سبق الذكر في الباب الأول يعمد إلى إصدار حكم قضائي يثبت التقدم المكسب والذي يكون محلاً للشهر بالمحافظة العقارية المختصة حتى ينتج آثاره، وعليه فإن الحكم يعتبر مثل العقد الذي يحرره الموثق وليس كما يعتقد البعض أن التقدم المكسب مرهون بتحرير

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 129.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية، رقم الملف 180876 المؤرخ في 30-09-1998، منشور في المجلة القضائية سنة 1998، عدد 02، صفحة رقم 33 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

عقد الشهرة أو شهادة الحيازة وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 180876 المؤرخ في 30-09-1998.¹

إن الوصول إلى القول بأن الحيازة والتقدم المكسب غير مرهون بإعداد عقد شهرة يعني بالضرورة أنه غير مرهون بإجراء الشهر وأنه يكفي مجرد الحيازة ومرور المدة الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة إثبات هذه الملكية وربما يتعارض ذلك مع السندات المشهورة وحدث تباين بين بيانات السجل العقاري وبين الواقع فضلا عن إهدار مبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر، هذا ما لم يكن قصد المحكمة العليا إن عقد الشهرة ليس الوسيلة الوحيدة لإثبات التقدم المكسب وأنه يمكن ذلك من خلال حكم قضائي يثبت ذلك.² ويمكن القول أن التقدم المكسب يكون إذا استمرت الحيازة وكانت قانونية لمدة معينة تؤدي إلى كسب الملكية أو الحق العيني وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 16-07-2008 تحت رقم 423832 (من الثابت قانونا أن كل ما حاز عقارا أو منقول أو حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع، لا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقدم)³، فالتقدم إذن هو نظام قانوني يستند إلى مرور الزمان على واقعة معينة على نوعين:

فالتقدم المكسب سبب من أسباب كسب الملكية والحقوق العينية إذا استمرت حيازتها المدة التي نص عليها القانون، أما التقدم المسقط فيؤدي إلى سقوط الحق إذا أهمل صاحبه استعماله أو المطالبة به مدة معينة وإذا كان هذا النوعان من التقدم يشتركان في أنهما يستندان إلى مرور الزمان فإنهما يختلفان من حيث الأساس الذي يقوم عليه كل منهما فأساس التقدم المكسب واقعة مادية ايجابية هي واقعة الحيازة، أما التقدم المسقط فأساسه واقعة سلبية هي سكوت صاحب الحق عن المطالبة به أو عن استعماله كما أن التقدم المكسب يختلف عن التقدم المسقط في أن هذا الأخير أوسع نطاقا من الأول في حين يقتصر التقدم المكسب على حق الملكية وبعض الحقوق العينية المتفرعة عنه وهي حق الانتفاع

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 231 و 232.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 430.

³ قرار صادر عن المحكمة العليا، مؤرخ في 16-07-2008 تحت رقم 423832 منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، الصفحة 274.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وحقوق الارتفاق فإن التقادم المسقط يؤدي إلى سقوط الحقوق الشخصية (الالتزامات) وجميع الحقوق العينية عدا حق الملكية¹.

إن تشريعات الدولة لم تجعل التقادم المكسب سبب من أسباب الملكية على العقارات المشهورة سنداتها إذ افردت نصوص خاصة في هذا المجال ومثال ذلك التشريع التونسي في المادة 307 من مجلة الحقوق العينية إذ جاء فيها (ليس لأحد أن يتمسك بالحوز مهما طال مدتة في العقارات المسجلة).

كما أن محكمة التعقيب التونسية كرسّت هذا المبدأ في القرار رقم 882 الصادر في 12-12-1978 (حيث اقتضى الفصل 307 من مجلة الحقوق العينية المركزة عليه الدعوى أنه ليس لأحد كان أن يتمسك بالحوز مهما طال مدتة في العقارات المسجلة كما هو الشأن في قضية الحال).

أما المشرع اللبناني فنص في المادة 225 من قانون الملكية العقارية (لا يسري مرور الزمن على الحقوق المقيدة في السجل العقاري) وقد أخذت القوانين العقارية لكل من مصر وسوريا والمغرب وليبيا والعراق والأردن بمبدأ سريان التقادم المكسب في حق المالك المقيد في السجل العيني².

كما إنه من جهة أخرى فإن الالتصاق بالعقار هو الآخر يمكن أن يكون كسبب من أسباب الملكية العقارية كذلك سواء كان الالتصاق في صورته الطبيعية أو الصناعية هو تغيير في التكوين المادي للوحدة العقارية³، وهو ما يستدعي إعلام مصلحة الشهر العقاري به من أجل تحيين البطاقة العقارية الخاصة بالعقار الملتصق به أو إحداث بطاقة عقارية جديدة إن اقتضى الأمر ذلك وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 25 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري والتي تنص على أنه " كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع إحداث بطاقة مطابقة وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر على البطاقة الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها" وكذا ما نصت عليه المادة 31 من نفس المرسوم "كل تعديل فيما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع إعداد البطاقات خاصة مطابقة وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها" وعلى هذا اشهار ما

¹ الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، المرجع السابق، صفحة 92 .

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية طبعة منقحة ومزيدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، طبعة 2015، صفحة 66.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 233 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

يحدثه الالتصاق من تغيير مادي في الوحدة العقارية هو الذي يجعل صاحب هذه الوحدة مالكا للأرض الملتصقة بأرضه أو المنشآت التي أقيمت عليها وبذلك يكون الشهر منشأ للحق ومصدره الالتصاق¹. ويفهم من النصين المذكورين أعلاه وأن إشهار التغيير المادي الذي يحدثه الالتصاق بنوعيه الطبيعي والنوعي وهو إجراء ضروري وإجباري وأكثر من ذلك فإنه بدون هذا الشهر في مجموعة البطاقات العقارية فإن الوضعية السابقة عن الالتصاق هي التي تبقى معترفاً بها لعدم وجود ما يثبت ما يخالفها على مجموع البطاقات العقارية وعلى هذا الشأن فإن اشهار ما يحدثه الالتصاق من تغيير مادي في الوحدة العقارية هو الذي يجعل صاحب هذه الوحدة مالكا للأرض الملتصقة بأرضه أو المنشآت التي أقيمت عليها وبذلك يكون الشهر منشأ للحق ومصدره وليس الالتصاق².

كما أن الحكم المصرح بالشغور وإلحاق التركة بأملك الدولة الخاصة: وذلك طبقاً لأحكام المواد 48، 51، 52 من القانون رقم 90/30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية والمواد 88، 89، 90، 92 من المرسوم التنفيذي رقم 91/454 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها حيث نص "على أن للدولة ممثلة في شخص الوالي أن ترفع دعوى أمام القضاء العادي للحصول على حكم صرح بانعدام الوارث"³.

بالإضافة إلى ذلك فإن حكم رسو المزاد العلني في العقار وعلى الرغم من اعتباره سنداً للملكية العقارية واشتراط المشرع الجزائري وجوب شهره بمجرد صدور الحكم خلال أجل شهرين حتى يكون حجة في مواجهة الغير إلا أن الشهر في هذه الحالة في الحقيقة دوره إعلامي فقط لأن الحق العيني العقاري انشأه القاضي من خلال إصداره الحكم برسو المزاد العلني وهو ما أكدته عدة أحكام قضائية منها الحكم الصادر عن محكمة برج بوعريج بتاريخ 26-02-2003⁴ وكذا القرار المؤرخ في 14-04-2011 (المبدأ حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن، لكن وخلافاً لزعيم الطاعن فإن ما يثيره ضمن الوجهين يتعلق بإجراءات الحجز على العقار الذي يتولى الفصل في الإشكالات المثارة حول رئيس المحكمة قبل انعقاد

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 431 و 432 .

² المرجع نفسه، صفحة 432.

³ طواهر عبد الله، الإثبات في المواد العقارية، مذكرة نهاية التدريب، تخصص عقاري، سنة 2001، 2000 صفحة 27.

⁴ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية المرجع السابق، صفحة 168 و169.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

جلسة البيع بالمزاد العلني طبقا لأحكام المادة 793 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وليس للطاعن أن يتمسك ببطلان إجراءات الحجز على العقار بعد صدور حكم رسو المزاد الذي هو غير قابل لأي طعن عملا بالمادة 765 من نفس القانون)¹.

أما بالنسبة للوعد بالبيع العقاري ينشئ التزاما شخصيا في ذمة الوعد يتمثل في التنفيذ العيني لما اتفق عليه المتعاقدان وذلك بإتمام عملية البيع النهائي خلال المهلة المحددة لإعلان الرغبة في التعاقد، فإذا امتنع الواعد عن أداء ذلك جاز للموعد له أن يستصدر حكما قضائيا من جهة القضاء المختصة يقوم مقام عقد البيع طبقا للمادة 72 من التقنين المدني، متى تبين للقاضي صحة الوعد بالبيع وثبوت ملكية الواعد للعقار الذي يرد عليه عقد الوعد بالبيع طبقا للقانون وبعد أن يصير الحكم نهائيا حائز لقوة الشيء المقضي فيه يتوجب على من تقرر له مصلحة أن يتقدم أمام المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار محل التصرف للتأشير بهذا الحكم بمجموعة البطاقات العقارية حتى يولد حقا عينيا لفائدة الموعد له الصادر لصالحه الحكم القضائي ويكون حجة على الطرفين المتعاقدين وعلى كافة المتعاملين في العقارات وذلك بإخراج ملكية هذا العقار من الواعد ونقلها إليه الموعد له بالشهر، ويعتبر الحكم القضائي في هذه الحالة مثبتا ومولدا للحق العيني العقاري ويستمد تدخل قاضي الموضوع في الدعوى أساسا من نص القانون وليس من سلطته التقديرية أو من الظروف المحيطة².

وهذا ما اقرته المحكمة العليا في قرار لها الحامل لرقم 194391 المؤرخ في 31-05-2000 المبدأ مفاده (القضاء برفض دعوى ممارسة حق الشفعة لعدم تبليغ الطاعنين في الشفعة كما تشترطه المادة 801 من القانون المدني تحت طائلة البطلان واكتفائهم بوضع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق يعد تطبيقا سليما للقانون)³.

بالإضافة إلى ذلك فإنه ليس للشهر أثر رجعي أي أن الملكية والحقوق العينية الأخرى تنتقل بين الطرفين و بالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر أي بأثر فوري وهذا ما يتفق صراحة مع نصوص القانون

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 14-04-2011، ملف رقم 6531261 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد رقم 01-2012 صفحة 171 و 173.

² مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، مدعم بقرارات قضائية، المرجع السابق، صفحة 192.

³ قرار رقم 194391 مؤرخ في 31-05-2000 صادر عن المحكمة العليا، منشور في مجلة الاجتهاد القضائي، الجزء الاول لسنة 2004، ص 233.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ذلك أن الشهر هو شرط قانوني وليس إرادي أي أنه لا يخضع لإرادة الاطراف، مما يجعله يحقق استقرار التعامل ويزرع الاطمئنان لدى المتعاقدين والغير وقد جاء في قرار المحكمة العليا رقم 467 المؤرخ في 21-10-1990 تأكيد للشهر المسبق إذ جاء في حثياته "إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لما تنص عليه مقتضيات المادة 793 من القانون المدني"¹.

ومن ثمة فإن هذا المبدأ يبعث الاستقرار والثبات في المعاملات العقارية بين المتعاقدين والغير وعلى من يريد أن يحمي نفسه إلا المبادرة بالشهر، ويترتب على فكرة أن ليس للشهر أثر رجعي أي الأثر الفوري للشهر نتائج تتمثل² فيما يلي:

إن الملكية لا تنتقل بفعل العقد فلا يعد المشتري مالكا ولذا لا يتمتع بأي حق من حقوق الملكية قبل القيام بإجراء الشهر فلا يحق له التصرف في العقار بالبيع أو بأي تصرف آخر أو حتى القيام باستثماره أو قبض بدلات الايجار مثلا في حالة استنجاهه، ما دام إن البائع يعد مالكا حتى تاريخ الشهر ونقل العقار على اسم المشتري فإن جميع المخاطر التي تصيب العقار قبل الشهر لا تبقى على عاتقه فإذا هلك العقار قبل الشهر فلا يحق له استيفاء الثمن من المشتري وإذا قبض الثمن كله أو قسطا منه يتوجب عليه اعادة قبضه³.

إذ أصبح العقار المبيع قبل الشهر محل اجراءات نزع الملكية فإن التعويض يدفع للبائع باعتبار أن ملكية العقار لا تزال سارية على اسم هذا الأخير ولم تكن انتقلت إلى المشتري⁴.

وعلى هذا النحو فإنه يوجد فرق بين الأثر المنشئ للشهر وبين مصدر الحق، فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق وفقا لقواعد كسب الحقوق، ولكن بالنسبة للحقوق العقارية قد لا يكفي السبب القانوني لكسب الحق وحده وإنما يجب أن يتم شهر الحق في السجل العقاري حتى يعتبر أنه قد كسب سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير⁵، وهذا على عكس ما هو معمول به في الوقت الحالي في القانون المدني الفرنسي الذي يجعل من نقل الملكية يتم سواء في المنقول أو العقار بمجرد العقد⁶.

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 106.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 235.

³ المرجع نفسه، صفحة 235.

⁴ المرجع نفسه، صفحة 235.

⁵ معوض عبد التواب، السجل العيني علما وعملا، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر 1978، صفحة 128.

⁶ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، طبعة 2000، صفحة 106.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وعليه فإن في حالة تزامن المشتريين حول ملكية العقار فإن الملكية تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الاثهار قبل الآخر ولو بفرق ساعات محدودة¹.

والجدير بالذكر إن ما ينتج عن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية المشهورة من أثر منشئ ينتج بالنسبة للعقود باعتبار أن العقد هو مصدر من مصادر كسب الحقوق العينية الأصلية وهذا استنادا إلى نص المادتين 165 و 793 من القانون المدني والتي أحالت إلى القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري وبالتالي فإن العقد هو الآخر يخضع إلى المادتين 15 و 16 من امر 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ومن خلال هذه النصوص القانونية نخلص إلى القول أن العقود المتعلقة بالعقارات والحقوق العينية العقارية لم تعد مصدرا للحق وإنما هو مجرد وسيلة سابقة لاكتساب الحق وإنشائه باعتبار أنه هذا الحق لا وجود له إلا بعد الشهر بمصلحة الشهر العقاري، في حين أن القانون المدني جاء العقد تحت عنوان أسباب كسب الملكية²، مع الملاحظة أن هذه النتيجة لا تصلح للتطبيق في القانون الجزائري مادام أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في التصرفات المشهورة بالبطلان والإبطال والفسخ والنقض.

الفرع الثالث : فوائد الأخذ بالآثر المنشئ للشهر

إن انتهاج مبدأ الأثر المنشئ للشهر يؤدي إلى ترتيب عدة نتائج مهمة أهمها ما يلي:

أ- يعتبر من وقع الشهر لصالحه مالكا للحق العيني العقاري ابتداء من تاريخ الشهر وذلك في حالة وجود شخص اكتسب معه الحق في نفس الوقت اتجاه الكافة، كما أن الشهر يعتبر مصدرا للحق العيني العقاري دون حاجة إلى أن ينص على ذلك صراحة في القوانين ذلك إن نظام السجل العيني يقوم على مبادئ يتميز بها عن نظام الشهر الشخصي منها مبدأ القيد المطلق، والقول بأن الشهر في السجل العيني هو مصدر الحق العيني يعتبر نتيجة حتمية لهذا المبدأ الذي يقضي بأن الحقوق العينية العقارية لا توجد بالنسبة للكافة إلا بقيدتها في السجل العيني فضلا عن القول هو ما يفسر عدم تأثر الحق المقيد في السجل العيني بما قد يشوب التصرف الذي أدى إلى قيد هذا الحق من عيوب طبقا لما يقضي به

¹ خليل احمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 1991، صفحة 119.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 409.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

مبدأ قوة الثبوت المطلقة¹، وعليه فإن اعتبار من جرى الشهر على اسمه مالكا للحق العيني العقاري من تاريخ الشهر وذلك اتجاه الطرف الآخر الذي اكتسب الحق منه وفي نفس الوقت اتجاه الناس كافة، إما اعتماد مبدأ أثر العقد الناقل للملكة بين طرفيه يترتب عليه اعتبار أن الحق العيني منتقلة إلى الطرف الثاني في علاقته مع الطرف الأول منذ إبرام العقد وفي نفس الوقت غير منتقلة إليه بالنسبة للغير بالتاريخ المذكور إذ أن الطرف الثاني لا يعد مالكا للحق العيني اتجاه الغير إلا منذ شهره باسمه في السجل العقاري وهذا الأمر في الحقيقة غير مقبول منطقيا نظرا لما ينطوي عليه من تناقض، إذ يظهر المتعاقد مالكا وغير مالك في آن واحد، في حين أن صفة المالك لا يجوز أن تتجزأ فإما أن تكون أو أن لا تكون².

ب - تهدف الملكية العقارية إلى تحقيق وظيفة اجتماعية إذ لا تقتصر محاسنها على المالك فقط وإنما تتعداه إلى المجتمع برمته، إذ كلما ما كانت الملكية مستقرة وثابتة للأشخاص أصبحت تتميز بالثقة الأمر الذي يتيح امكانية الإقبال في الاستثمار الذي يحقق مداخيل مؤكدة للدخل القومي للمجتمع، فكلما كانت الملكية العقارية ثابتة وتمتع بالثقة العامة كلما زادت المعاملات المتعلقة بالافتراض التي تساعد على استثمار العقارات مما يجعل من الدخل الفردي في زيادة ويرفع الدخل العام من المجتمع³.

كما إن الشهر يدفع إلى المتعاقدين إلى الإسراع في شهر العقود في السجل العقاري وذلك لإقرار ملكيتهم وتثبيتها واستعمال الحقوق وحتى إلى المنافع التي تنشأ عنها كاستثمار العقار والانتفاع ولا يتحقق ذلك إلا من تاريخ شهر حقه في السجل العقاري.

ج - يقوم الأثر المنشئ بدفع المتعاقدين إلى الإسراع في شهر العقود والأحكام القضائية في السجل العقاري وذلك لإقرار ملكيتهم وتبينها واستعمال الحقوق والمنافع الناجمة عن ذلك كاستثمار العقارات والانتفاع بها ولا يتحقق ذلك إلا من تاريخ الشهر خصوصا أن هذا الأخير لا يكون إلا بعد دفع رسوم التسجيل مباشرة إلى الخزينة العمومية⁴.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 402.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 237.

³ المرجع نفسه، صفحة 237.

⁴ المرجع نفسه، صفحة 237.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

كما أن الاقبال على الإسراع في شهر الأحكام والعقود المتضمنة نقل الحقوق العينية العقارية ينجم عنه دفع رسوم التسجيل مباشرة للخزينة العامة.

وعليه فإن الأخذ بهذا المبدأ كفيل بإجبار الأشخاص على شهر حقوقهم ومن ثم تأسيس سجل عيني دقيق وذو مصداقية ينشر الثقة والائتمان، وإن عدم الأخذ بالأثر المنشئ للشهر يتضمن تشجيعا للمتعاقدين على اهمال شهر حقوقهم الأمر الذي يؤدي إلى انتشار الملكية الخفية واضطراب المعاملات، كما يؤدي ذلك إلى عدم التوافق بين السجل العيني والوضعية الحقيقية للعقارات¹.

د- يصبو الأثر المنشئ للشهر إلى الحد من النزاعات والتقليل من المنازعات الواقعة بين الأفراد فيما يخص انتقال الحقوق العقارية² لو كان انتقال الحق بمجرد حضور مجلس ابرام العقد أو صدور الحكم لا فتح المجال لكثرة المنازعات والدعاوى أمام المحاكم التي يتوخى نظام الشهر العيني الحيلولة دونها فقد يقوم مالك العقار المشهر بإجراء تصرفات متتالية بشأن الحق العيني العقاري ذاته الواحد بعد الآخر وبدون علم أي واحد منهم وعلى هذا فيظن كل منهم أنه قد اكتسب الحق العيني العقاري، فإذا عمد أحدهم إلى شهر التصرف انتقل له الحق وحده دون البقية حتى الذين سبقوه في التعامل لأنه بالنسبة لمن سبقه يعد من الغير وانه لا يمكنه أن يحتج عليه بتصرف سابق لم يشهر وهذا يصبح البعض عرضة لضياح حقوقهم³.

هـ- هناك وسائل أخرى لحمل المتعاقدين على شهر عقودهم وحمل أصحاب الحقوق على قيدها في السجل العيني مثل الزام واشتراط القيد المسبق كلما رفعت دعوى أو حدثت قيد أو شهر لاحق لنفس الحق وبالإلزام الموظفين العموميين وغيرهم مما يتلقون العقود أو يحررون الأحكام بأن يقدموها للشهر مع فرض عقوبات عليهم في حالة التأخير وتحميلهم مسؤولية الإخلال بالزامية الشهر.

ويستخلص من ما تم تقديمه أن المشرع الجزائري واستنادا إلى الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لم يعترف إلا بالشهر وحده كسبب ناقل للملكية العقارية أو منشئ أو مغير للملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى كقاعدة عامة ولم يستثن من ذلك إلا انتقال الملكية عن

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 399 ، 400.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 236 إلى 238 .

³ اسعد دياب والقاضي طارق زيادة، ابحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس 1994، صفحة 217 و 218.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

طريق الوفاة كما سبق الذكر أي أنه فرق بين الشهر والتصرف القانوني الذي هو مصدر للحق العيني واعتبر أنه إذا كان يمكن كسب مختلف الحقوق عن طريق مصدرها فإن الأمر يختلف بالنسبة للحقوق العينية العقارية إذ يلزم شهرها بالسجل العقاري حتى تعتبر أنها قد كسبت وبالتالي تنتج أثرها بين المتعاقدين كما جعل الشهر يسري بأثر فوري وليس رجعي ذلك أن الشهر شرط قانوني وليس إرادي يخضع لإرادة الاطراف¹.

الفرع الرابع: موقف المشرع الجزائري من الأثر المطهر

للشهر العيني في السجل العقاري أثر جد مهم وخطير في آن واحد ذلك أن التصرفات والحقوق المشهورة في السجل العيني تصبح بمجرد شهرها في مأمّن عن كل طعن، بحيث لا يمكن إعادة النظر أو مراجعة اتصرفات المشهورة والحقوق المقيدة التي تتحول الى حقيقة مطلقة تكتسب قوة ثبوتية غير قابلة لأي نوع من التشكيك وأن التصرفات الباطلة والمعيبة بأي عيب كانت تصبح صحيحة وغير قابلة للطعن في أثارها بمجرد شهرها وذلك تطبيقاً لهذا الأثر المطهر²، أي أن الأثر المطهر للشهر هو عملية لتطهير الحقوق المشهورة من كل عيب أو نقص يمكن أن يشكل وجه سديداً لإبطالها أو نقضها أو فسخها بمعنى يطهر العقار المشهر أو المقيد في السجل العقاري من جميع الحقوق غير المقيدة أي كان سبب عدم القيد وتقوم القرينة القاطعة التي لا تقبل إثبات العكس والتي مفادها أن كل ما هو مقيد أو مسجل في السجل العيني هو الحقيقة ولا طعن فيه والمشرع الجزائري لم يأخذ بهذا الأثر، لأنه لم يأخذ بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر إذ لا يوجد أي نص صريح يوحي بذلك بل يستفاد من النصوص القانونية أنه أجاز الطعن في التصرفات والحقوق المشهورة كدعوى الغاء الدفتر العقاري التي ترفع أمام القضاء الإداري.

لقد عبر المشرع الجزائري بوضوح موقفه وذلك بعدم أخذه بمبدأ الأثر المطهر للشهر من خلال المادة 85 من أمر 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص على أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقاً طبقاً للمادة 4/14 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري أو إذا تم إثبات الأشهار بموجب شهادة من المحافظ أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار وقد أكدت المادة 86 من نفس المرسوم هذا بالموقف الذي اتخذته المشرع الجزائري بشأن

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 238 .

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 433.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الأثر المطهر للشهر إذ تنص على أن "فسخ الحقوق العينية العقارية أو ابطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثر رجعي لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا اذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الالغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقاً للقانون"، وعلى هذا يظهر بوضوح بأن الطعن في التصرفات والحقوق المشهورة جائز في القانون الجزائري بدون أي قيد موضوعي ودون تحديد أو حصر طرق الطعن فكل دعاوى الطعن جائزة سواء كانت ترمي لنفي وجود التصرف كدعوى البطلان أو ترمي إلى إلغاء أو نقض الحقوق المشهورة لأي سبب كان¹.

الفرع الخامس: التطبيقات القضائية للشهر العيني

من بين التطبيقات القضائية لنظام الشهر العيني في الجزائر، أذكر بعض القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا ومجلس الدولة الذين كرسوه، وذلك كما يلي:

في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 26 / 07 / 2000 تحت رقم 214431² قضية بين خواص، تتلخص وقائع القضية؛ في أن الطاعن طعن بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء البلدية، القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الذي قضى بالطرد من قطعة أرضية، ولم يرد المطعون عليهم عن هذا الطعن، حيث اعتبر قضاة المجلس القضائي، عقد الهبة الرسمي والمشهر بالمحافظة العقارية سند للملكية فهم على صواب، وتذرع الطاعن بالمادة 397 من القانون المدني التي تشير إلى أن للمشتري الحق في إبطال العقد الذي يكون طرفاً فيه، هي مادة غير مطابقة للنزاع، فالعقد الرسمي المشهر طبقاً للمادة 793 من القانون المدني هو عقد ناقل للملكية العقارية، كما أنه حجة قاطعة في الإثبات ولا يطعن فيه إلا بالتزوير، واعتراض عن الشهر أمام المحافظة العقارية، لا أثر له إلا إذا جاء وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً، أي بموجب تحريك الدعوى القضائية، لكن الطاعن قام فقط بمراسلة مصلحة الشهر العقاري، والإدعاء بوجود تصريحات كاذبة في العقد الرسمي، دون اتخاذ موقف إجرائي، بما يقتضيه القانون في هذا الموضوع، يجعل الادعاء في هذه الحالة غير جدي، وعليه يتعين التصريح برفض الطعن لعدم التأسيس، والمحكمة العليا في هذه القضية قضت بعدم الأخذ بعين الاعتبار الاعتراض على الشهر أمام المحافظة العقارية، إلا إذا حصل بموجب دعوى قضائية وفقاً للإجراءات المقررة قانوناً.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 462.

² - المجلة القضائية - العدد رقم 02 - لسنة 2003 - الجزائر - صفحة 223.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وفي قرار آخر للمحكمة العليا، صدر بتاريخ 19 / 03 / 2003 تحت رقم 243402¹ جاء فيه أن قضاة مجلس قضاء وهران، لم يحترموا العقد الإداري وآثاره القانونية وهو العقد الذي تدرعت به الطاعنة، وأنهم قضوا بما قرره الخبير مما يجعل ذلك تنازل عن سلطتهم، وهذا دون مناقشة الجانب الفني للخبرة، وبالتالي فقرارهم مشوب بالقصور في التسبيب، لأن قضاة الموضوع صادقوا على خبرة، خطأت مديرية أملاك الدولة على إثرها، في نزع جزء من الملكية العقارية للطاعنة، فلم يناقشوا العقد باعتباره عقد إداري خارج عن سلطتهم لذا يتعين النقض لتجاوز السلطة، و الأخذ بأقدمية المطعون عليه في الملكية أكثر من الطاعنة هو خطأ في تطبيق القانون، وخرجوا قضاة الموضوع عن المبادئ التي تحكم الملكية، لأن هذه الأخيرة لا تقاس على عقد الإيجار مما يعرض قرارهم للنقض والإبطال، حيث أن المحكمة العليا في القضية الحال طبقت مبدأ؛ أن العبرة في نقل الملكية - في حالة وجود عقدين - بتاريخ الشهر بالمحافظة العقارية و ليس بتاريخ تحرير العقد، بذا نلاحظ تبني الجزائر لنظام الشهر العيني وأنها تعطي اعتبار كبير للعقود الرسمية والمشهرة تنظيمًا للملكية العقارية.

وبتاريخ 21 / 04 / 2004 صدر قرار اخر تحت رقم 259635² عن المحكمة العليا يوضح أكثر فأكثر، نظام الشهر العيني في الجزائر، تتلخص وقائع القضية أن الطاعن في قرار مجلس قضاء البويرة، يملك قطعة أرضية محل النزاع، ولما تبين أن عقده لا ينطبق وهذه الأخيرة، تراجع ودفع بالحيازة والتقدم المكسب، فدفع في طعنه - وهو أهم دفع في القضية- أن قضاة الموضوع اعتبروا الدفتر العقاري، سند للملكية وهذا خطأ، لأن هذه الوثيقة، حررت على أساس تصريحات المطعون عليه، وليس على أساس عقد الملكية، فهو اعتبار خاطئ، فردت المحكمة العليا عن هذا الدفع؛ أنه من الثابت قانونًا، تأسيس الدفتر العقاري، على أساس سند الملكية طبقًا للمرسومين 74-75 و 62-76 بعد استكمالته للإجراءات القانونية، والشكليات والآجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، والادعاء بأن قضاة الموضوع اعتمدوا على مجرد تصريحات، دون عقد الملكية، هو دفع دون جدوى، مما يتعين التصريح برفض الطعن لعدم التأسيس.

كما صدر قرار عن مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم 002307 مؤرخ في 01/07/2003، من المقرر قانونًا أن الملكية لا تنتقل في العقارات والحقوق العينية الأخرى إلا بإتباع القوانين التي تدير

¹ - قرار صادر بالمجلة القضائية، العدد رقم 02 لسنة 2003 - صفحة 231.

² - قرار صادر بالمجلة القضائية- العدد رقم 01- لسنة 2003- الجزائر. صفحة 334.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

مصلحة الشهر العقاري، والمادتان 165 و 793 من القانون المدني و المادتان 15 و 16 من الأمر 74-75، وما دامت هذه الإجراءات لم تتبع في قضية الحال فإنه لا يمكن الاحتجاج بأي حق للملكية على العقار المتنازع عليه"¹

وقد صدر قرار اخر عن مجلس الدولة بتاريخ 2006/11/15 تحت رقم 367715²، الذي وضح تكريس نظام الشهر الشخصي، واعتمد مبدأ مفاده أنه تعطي شهادة الترقيم المؤقت لصاحبها، صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي ، وتؤدي إلى حصوله على دفتر العقاري ذي قوة إثباتية، مادام لم يطعن فيه قضائياً.

الفرع السادس : الشهر العقاري ناقل للملكية العقارية

لقد اخضع المشرع الجزائري كافة التصرفات الواردة على العقارات في قالب رسمي تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والشكل في هذه الحالة يعود لفائدة كل الأطراف المتعاقدة وتحميهم من مساوئ قاعدة رضائية العقود، إذ بالنسبة للبائع يعد تنبيها له بما هو مقدم عليه ويعتبر السند العقاري دليلا ماديا للمشتري يشهد له بوقوع التصرف³.

كما أن المشرع الجزائري وضع أحكام خاصة من أجل حماية الملكية العقارية مفادها بأن التصرف المبرم أو الحكم الصادر لا ينشئ بوحده الحق العيني العقاري فالالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري كما تنص المادة 156 من القانون المدني⁴.

بالإضافة الى تقديم المحرر في شكل رسمي طبقا للمادة 61 من مرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي" ويجب تسجيله بالمحافظة العقارية من أجل إنشاء الحق العيني.

¹ قرار صادر عن مجلس الدولة يحمل رقم 002307 مؤرخ في 2003/07/01، مجلة مجلس الدولة، عدد 05 سنة 2004.

² قرار صادر بمجلة مجلس الدولة- العدد 02 لسنة 2006- الجزائر - صفحة 413.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق صفحة 27.

⁴ المرجع نفسه .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

كما نصت المادة 793 من القانون المدني على ذلك بقولها "لا تنقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدبر مصلحة شهر العقار"¹.

وفي هذا الإطار تم تأكيد هذه المسألة من طرف المشرع الجزائري من خلال نص المادتين 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على الزامية إخضاع المعاملات العقارية إلى الاشهار العقاري حتى ينتج عنها آثار قانونية.

وتجدر الملاحظة أن السند العقاري سواء كان حكم قضائي أو عقد رسمي ليس له وجود من الناحية القانونية إلا بمراعاة اجراءات الشهر العقاري فالقاضي المعروض عليه النزاع لا يعترف بملكية الشخص للعقار محل النزاع إلا إذا تم تقديم له السند الرسمي وهو مشهرا ومقيدا في المحافظة العقارية وتطبق قاعدة السباق في الشهر هو الأحق بالعقار أو كما تسمى بقاعدة الأفضلية في الشهر في حالة حدوث نزاع عقاري قضائي، فالعبرة بمن قام بتقييد حقه العيني العقاري أولا بمصلحة الحفظ العقاري².

ولقد اتجهت إرادة المشرع الجزائري في سياق الأحكام المنضمة للشهر العقاري بموجب الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على غرار باقي التشريعات القانونية المقارنة إلى تعميم تطبيق وتجسيد العمل بنظام الشهر العيني وهذا محاولة منه في تطهير الملكية العقارية وجعلها أكثر استقرارا في السوق العقارية، إذ اعتبر للشهر العقاري أثرا منشئا للحقوق العينية فلا يمكن لأي شخص أن يدعي وجود حق عيني عقاري إلا إذا سجل السند الذي بيده (حكم قضائي أو سند رسمي أو عقد إداري) إلا إذا قام بتسجيله بإدارة الشهر العقاري³.

ولقد كرست المحكمة العليا في عدة قرارات قضائية مبدأ الأثر الناقل للملكية العقارية بالشهر العقاري ومن بين هذه القرارات القرار المؤرخ في 07-02-1994 " شروط نقل الملكية - فصل ملكية - الارض عن ما فوقها - نقص المواد 713-793-675 فقرة 03 من القانون المدني.

من المقرر قانونا لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات القانونية ولاسيما التي تدبر مصلحة الشهر العقاري.

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 27 و 28 .

² Gabriel Marty - Pierre Raynaud - Droit civil - Les suretés la publicité Sirey 1971 page 440

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 28.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها.

ولما ثبت من قضية الحال أن عقد الملكية ليس عقدا رسميا فإنه بالتالي لا يعد الشريكين مالكين للأرض على الشيوع من الناحية القانونية كما جاء خطأ في القرار المطعون فيه الذي أمر بتقسيمها بينهما، وإن الطاعن هو المالك الوحيد للأرض في حين أن طرفي العقد مالكين معا لما انجوزه فوقها من مباني، مما يتعين القول أن الوجه المثار مؤسس وينجر عنه نقض القرار¹.

وجاء في قرار آخر مؤرخ في 09-11-1994 "نقل الملكية العقارية عن طريق الهبة- اجراء الخبرة- الحكم بإرجاع جزء من الملكية الموهوبة - استئناف - الغاء الحكم المستأنف - طعن لعدم تحرير عقد نقل الملكية في الشكل الرسمي نقض -

يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية إن تحرر في شكل رسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان.

وتنص المادة 296 من قانون الأسرة أن الهبة تتعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات إذا فإن الهبة تعتبر باطلة عدم استوائها الشروط الجوهرية².

وعلى هذا فإن الأحكام القضائية التي يصدرها القضاة والمتضمنة في منطوقها نقل الحقوق العقارية على الرغم من أنها تنتقل الحقوق مثلها مثل العقود الرسمية الناقلة للحقوق والتصرفات العقارية إلا أن انتاج أثرها لا يكون إلا بعد شهر هذه الاحكام في المحافظة العقارية المختصة في السجل العقاري وهذا تكريسا لما تضمنه المرسوم 74-75 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ويكون هذا الأثر فوري فيما بين المتعاقدين وليس بأثر رجعي على أساس أن الشهر هو شرط قانوني يجب استنائه ولا يتعلق بإرادة الاطراف وسوف أحاول أن أتعرض الى ثاني أثر للشهر في المطلب الثاني .

¹ القرار المؤرخ في 07-02-1994 ملف رقم 113840، المنشور بالمجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد رقم 02 لسنة 1994، صفحة من 158 الى 1962 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا مؤرخ في 09-11-1994 ملف رقم 103656 منشور في نشرة القضاة، العدد رقم 51 الديوان الوطني للأشغال التربوية سنة 1997 من 67 الى 70.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

المطلب الثاني : الاحتجاج على الغير بالأحكام القضائية المشهورة في السجل العقاري .

لقد اختلفت التشريعات بشأن حجية الشهر في مواجهة الغير بالرغم من أن هذا الموضوع يشكل عصب موضوع الشهر العقاري ككل ومرد هذا الاختلاف هو التباين في اختيار نظام الشهر المتبع فهناك من التشريعات من يأخذ بنظام الشهر الشخصي وهناك من يأخذ بنظام الشهر العيني والبعض الآخر يجمع بمبادئ النظامين ويكون نظاما مزدوجا، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن نظام الشهر المتبع كان له أثر على حجية الشهر بالنسبة للغير¹، إذ يتبين بتفحص مجمل النصوص القانونية المتعلقة بالشهر إن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه، إذ أخذ بالآثار المنشئة للشهر لكنه لم يأخذ بالآثار المطهر له رغم أن كلا المبدأين من المبادئ النظرية المتلازمة لنظام الشهر العيني، بالإضافة إلى تعطل عملية المسح في العديد من البلديات جعلت من النظام الشخصي لا يزال سائد في بعض المناطق وحتى في بعض المناطق لازالت بعض المحافظات لم تتلخص بعد من العمل بمبادئ النظام القديم².

إن الهدف الأساسي من إنشاء السجل العقاري هو شهر الحالة القانونية والمادية الراهنة للعقار وذلك من خلال إحاطة الغير بوضعيته القانونية قصد الإقبال أو عدم الإقبال على التصرف الذي هو بصدده، ولأجل تحقيق هذه الغاية كان ولا بد من شهر جميع الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية والتي تتضمن حقوق مكتسبة للعقار، وما عليه من أعباء على غرار باقي السندات الأخرى الناقلة للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية.

وقد أكد المشرع الجزائري على ذلك كما سبق القول من خلال نصه في المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والتي جاء فيها " كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية"³. ومن هذا المنطلق فإن الدور الأساسي للشهر العقاري يتمثل في تمكين الغير من معرفة الحقوق العينية والتي لا يمكنهم العلم بها لولا وجود الشهر العقاري، حيث يؤدي الشهر القانوني دورا بارزا وهاما يتمثل اساس في إعلام كل من لهم مصلحة في معرفة الوضعية القانونية الحقيقية للعقار،

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 548.

² المرجع نفسه، صفحة 548.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 239 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

كما أن الشهر يسمح بهذا المفهوم لمن يقدم على اكتساب حق على عقار بالامتناع عن التعامل إذا تبين له من خلال بيانات السجل العقاري أن شخص آخر قد سبق له اكتساب هذا الحق من خلال تصرف مالكة السابق فيه¹.

وقصد تحقيق هذه الغاية ينبغي الوقوف على تحديد نطاق الحجية بالنسبة للأشخاص الذين يحتج ضدهم أو ما يسمى بالغير وكذا تحديد هذه الحجية من حيث الموضوع وذلك من خلال تحديد الحقوق والعقود والتصرفات التي تحوز هذه الحجية يكتسي أهمية بالغة ومهمة، وقد اختلفت التشريعات في مدى حجية الشهر في مواجهة الغير وذلك بسبب اختلاف نظام الشهر المعتمد في كل دولة².

الفرع الأول: تحديد المقصود بالغير

إن المشرع الجزائري لم يقم بتحديد المقصود بالغير غير أنه يمكن اعتباره كل الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو الحكم القضائي أو التصرف غير المشهر في السجل العقاري من الغير، إلا أنه يمكن الاحتجاج على هذا الغير بكافة الأحكام القضائية التي تم شهرها على مستوى المحافظة العقارية ويعتبر هذا التعريف عام لمفهوم الغير.

إن عدم تحديد المقصود بالغير من طرف المشرع يدفع إلى الرجوع إلى القواعد العامة في القانون لمحاولة تحديد المقصود بالغير وفي هذا الإطار يعتبر من الغير كل الأشخاص الذين لم يكونوا أطراف في الحكم أو العقد أو التصرف الغير مشهر في السجل العيني وقد تحققت لهم مصلحة في استبعاده، وذلك بالاستناد إلى حق عيني مترتب لهم على العقار أو أي سبب آخر مشروع، وبالتالي يعتبر من قبيل الغير الذين لا تسري عليهم الحقوق الغير مشهورة في السجل العيني الخلفاء الخصوصيين الذين اكتسبوا حقوقا على العقار الدائنون العاديين وأيضا جماعة الدائنين في حالة افلاس صاحب الحق في العقار وذلك أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين و غير المشهر في السجل العقاري³.

أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجزاها هذا الأخير ويلزمون بالتالي بتنفيذ جميع التصرفات الصادرة عنه بما لا

¹ علي فيلالي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، جزء 42، عدد 02، 2000، صفحة 128.

² Stéphane Piedelievre la publicité foncière éd. librairie générale de droit et jurisprudence 2000 page 241.

³ إدوارد عيد، الانظمة العقارية (التحديد و تحرير)، الطبعة الثانية، مطبعة المتني لبنان السنة 1996، صفحة 360 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

يتجاوز قيمة الحصة التي آلت إليهم، فإذا باع مورثهم عقار، ولم يشهر هذا البيع في السجل العيني، فإنهم ملزمون بإجراء هذا الإشهار بعد أن حلوا محل مورثهم في ملكية العقار المبيع¹.

كما أنه يقصد بالغير بمعناه الخاص الخلف الخاص للمتصرف صاحب الحق الأصلي المتصرف فيه ويدخل تحت هذا الوصف بشكل خاص من يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف والوارد على نفس العقار أو من يتلقى حقا عينيا آخر من شأنه أن يجعل انتفاع المتصرف إليه الأخر غير مناسب أو غير مكتمل كصاحب حق الانتفاع والمرتهن وصاحب حق الامتياز والتخصيص وغيرهم، وخلافا للوضع في حالة الغير بالمعنى العام تصبح هنا وضعية تزام بين الحقوق الأمر الذي يستدعي وضع قواعد قانونية عملية من اجل المفاضلة بين هذه الحقوق².

الفرع الثاني: النطاق الشخصي لحجية الشهر في مواجهة الغير

إن التطبيق النظري لقواعد الشهر العيني يقتضي بأن الشهر العقاري لعقد من العقود أو حكم من الأحكام القضائية أو القرارات القضائية الناقلة للملكية العقارية سواء كان يتضمن تصرفا أو واقعة منشئة أو مقررة لحق من الحقوق العينية العقارية يؤدي إلى اكتساب الحق المشهر حجية مطلقة في مواجهة الغير.

إن المقصود بالغير في ظل نظام الشهر العيني هو كل شخص لم يكن طرفا في التصرف أو الحكم أو الواقعة محل الشهر، وبالتالي فإن الغير في ظل هذا النظام هو الكافة أي الجميع وليس مقصورا على الخلف الخاص وحده مثلما هو الحال في القانون الفرنسي ولهذا فإن التطبيق الكامل لازم للشهر العيني لاسيما الأثر المنشئ والمطهر للشهر يجعل من الغير ملزما بحجية الحق العيني المشهر دون ذكر تعريف له ودون أن تشترط فيه شروط مثلما هو الحال في القانون المصري والقانون اللبناني والقانون الجزائري³.

وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري وبالرغم من تبنيه نظام الشهر العيني غير أنه لم يأخذ بالأثر المطهر للشهر وإنما اكتفى بالأثر المنشئ للشهر بحيث أنه يسمح بالطعن في التصرفات والحقوق المشهورة كما يجيز المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يسببها المحافظ العقاري بأخطائه الأخرى .

¹ بوشنافة مصطفى، مذكرة ماجستير بعنوان شهر التصرفات العقارية لسنة 2003/2002 جامعة البليدة، صفحة 172.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 558.

³ المرجع نفسه، صفحة 535 و 536.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ولعل إن موقف المشرع هذا يتماشى ومصلحة أصحاب الحقوق العينية المتضررين من التصرف المشهر وبذلك تفادي العيوب التي نقد من خلالها هذا النظام الذي يمنع الطعن في التصرفات المشهورة وبحقوق الملاكين الذين لا يستطيعون الطعن في تصرف طالما حقوقهم صادرة من غير مالك أو من شخص انتحل صفة المالك أو من شخص محترف الغش والتدليس وبهذا يكون المشرع الجزائري من خلال موقفه لم يكتف بمجرد منح المحافظ العقاري سلطات وصلاحيات واسعة لمراقبة المحررات والتصرفات المقدمة للشهر، إذ أنه قدر بأنه مهما كانت السلطات واسعة فإن احتمال الخطأ والتقصير والإهمال يبقى وارد خاصة في ظل الطابع الإداري التي يتميز بها عمل المحافظ العقاري الذي يفقد للكفاءة القانونية التي تمكنه من كشف العيوب الموضوعية والشكلية للتصرفات المشهورة¹.

الفرع الثالث : النطاق الموضوعي للشهر

إن المقصود بالنطاق الموضوعي لحجية الشهر هو مدى شمول تلك الحجية للحقوق الواجب شهرها والإحكام والقرارات القضائية و الوقائع والتصرفات المشهورة بمعنى هل كل الحقوق المشهورة وكل التصرفات والأحكام والوقائع المسجلة في السجل العيني تكسب تلك الحجية في مواجهة الغير أم إن هذه الحجية تقتصر على حقوق معينة دون الأخرى أو على وقائع أو تصرفات وأحكام معينة دون الأخرى، ولقد ترجم المشرع الجزائري فكرة النطاق الموضوعي لحجية الشهر في مواجهة الغير من خلال نص المادة 14 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي جاءت بتعداد ما يجب شهره من سندات بقولها "... وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموع البطاقات العقارية"².

كما أن المادة 07 من نفس الأمر تضمنت في فحواها إشارة إلى ضرورة القيام بشهر كل تغيير يلحق بوضعية العقار المادية من تغير لحدود الملكية بقولها "كل تغيير لحدود الملكية ولاسيما على اثر تجميعها أو تقسيمها أو تجزئتها أو اقتسامها يجب أن يثبت بمحضر تحديد ويرفق به مخطط منضم"، ويرفق هذا المحضر الذي يثبت فيه التغيير للعقار بوثائق المسح التي تخضع للشهر طبقا للمادتين 10 و11 من الأمر 74-76 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 467 و 468.

² المرجع نفسه، صفحة 544.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وفي نفس السياق فقد نصت المادة 25 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بنصها على أن: "كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع اعداد بطاقات مطابقة وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينهما" والمادة 31 من نفس الأمر بنصها على "كل تعديل بما تحتوي عليه قطعة يكون موضوع اعداد بطاقات خاصة مطابقة وذلك بعد ترقيم القطع الجديدة....".

إن المستخلص من خلال تبني نظام الشهر العيني هو أن كل التصرفات والوقائع القانونية أو المادية والأحكام القضائية التي تمس بالوضعية القانونية أو المادية للعقار المسجل.

ويجب أن لا يفلت من إلزامية الشهر أي واقعة أو تصرف أو حكم طالما كانت تمس بتلك الوضعية وذلك من أجل ضمان التطابق بين بيانات السجل العيني والوضعية الحقيقية للعقار حتى يشكل السجل المذكور أنفا الثقة التامة والطمأنينة للشهر¹.

كما يمكن القول أن هناك مبدأ يحكم هذه المسألة تتجلى في أن يكسب الحق والتصرف حجبية مطلقة وقاطعة في مواجهة الغير سواء كان هذا الغير من الناس كافة أم كان من خلف المتصرف صاحب الحق الأصلي وسواء كان هذا الخلف عام أم خاص، غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات يتمثل الاستثناء الأول أنه توجد بعض الحقوق التي تحوز حجبية في مواجهة الغير دون أن تكون مشهورة ومن ناحية ثانية هناك حالتين لا يجدي فيهما شهر صاحب الحق لحقه نفعا في حالة زوال سلفه بأثر رجعي².

وعلى هذا فإن حجبية التصرفات الواردة على العقار والمشهورة في السجل العيني هي نفسها في كل التصرفات سواء كانت ملزمة لجانبيين كالعقود الناقلة للملكية والرهنون أم بإرادة منفردة كالهبات وسواء اكانت تصرفات منشئة أو مقررة أو معدلة أو منهيّة لحقوق عينية عقارية ونفس قوة ومدى الحجبية تكتسبها الوقائع القانونية والمادية والأحكام القضائية وغيرها من المحررات الخاضعة للشهر، إذ أنه لا يوجد أي مبرر يدفع الى التمييز بين قوة الحجبية في مواجهة الغير التي نتج عن شهر التصرفات و بين قوتها في شهر الوقائع والأحكام³.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع، السابق، صفحة 544 و 545.

² المرجع نفسه، صفحة 548

³ المرجع نفسه، صفحة 546

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

المبحث الثاني: القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية المشهورة

إن المقصود بالقيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية المشهورة هي حجيتها كوسيلة لإثبات الملكية العقارية وضمن الحقوق العقارية المسجلة أو المشهورة سواء تعلق الأمر بين أطراف الحكم القضائي أم في مواجهة الغير وهو ما يستشف من اجتهادات المحكمة العليا وقرارات مجلس الدولة منها القرار المؤرخ في 14-02-2000 (من المقرر قانوناً أن إجراءات الأشهر العقاري تعتبر من النظام العام وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم اشهارها في المحافظة العقارية)¹، ومرد هذا هو التساؤل الذي قد يثار حول مدى حجية الشهر في اثبات وجود الحق وضمن عدم المنازعة فيه سواء بين أطراف العلاقة أو من طرف الغير، فإذا كانت الحجية هي ما يترتب على اخضاع الاحكام القضائية والتصرفات للشهر وقيام أصحابها بتسجيلها في المصلحة المختصة بذلك فإن تخلف أطراف الحكم القضائي على إشهار حقوقهم ومحركاتهم يؤدي إلى نتائج مغايرة تماماً للحجية التي تترتب عن الشهر وذلك بفقدان تلك الأحكام والتصرفات والمحركات كل الحجية سواء بين أطرافها وهو ما سوف أتطرق له في المطلب الأول وسواء في مواجهة الغير وهو ما سوف أتطرق في المطلب الثاني.

المطلب الأول: القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية بين الاطراف

باعتبار أن الشهر العقاري ينصب على الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بإنشاء أو نقل أو تعديل أو تقرير الحقوق العينية العقارية وذلك نتيجة خصومة تكون بين طرفين أو أكثر فإن دور الشهر في هذه الإطار يكون مزدوج وهذا بعد إفراغ الأحكام والقرارات القضائية في قالبها الرسمي عند الموثق، إذ يترتب عليه حجية بين الأطراف المتخاصمة في الدعوى بوجه عام.

كما يؤدي الشهر إلى إنشاء حجية ثانية للأحكام والقرارات القضائية تسري في مواجهة الغير الذي لم يكن طرف في الخصومة، وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال العديد من قراراتها منها:

القرار المؤرخ في 12-12-2013 (وحيث ما يعيبه الطاعن على القرار المطعون فيه في غير محله ذلك أن النتيجة التي انتهى إليها قضاة المجلس برفض دعوى الإبطال العقد كانت صحيحة غير أن الأسباب التي اعتمدها عليها كانت خاطئة ليس على أساس أن الطاعن ليس طرفاً في العقد المراد إبطاله

¹ قرار صادر عن مجلس الدولة الغرفة الثانية بتاريخ 14-02-2000، ملف رقم 186443، غير منشور مقتبس من مؤلف حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، المرجع السابق، صفحة 11.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وإنما ليس بمالك للعقار المتنازع عليه فلم تنتقل إليه الملكية لأن الأحكام التي بحوزته لم تشهر بالمحافظة العقارية وبالتالي تبقى المطعون عليها الأولى مالكة للعقار المتنازع عليه ومن حقها التصرف فيه للغير ولا يجوز منعها من ذلك، وبما أن تلك الأحكام النهائية التي بحوزة الطاعن هي بمثابة عقود رسمية ومن ثمة تأخذ حكم العقد الرسمي غير المشهر وتبعاً لذلك يترتب عليه أثر وهو إنشاء التزامات شخصية تخول الدائن (الطاعن) مطالبة المدين (المطعون عليها) بتنفيذاً لالتزاماتها عينا بنقل ملكية العقار إلى الغير وبالتالي فلا يبقى أمام الطاعن سوى مطالبة المطعون عليها بالتعويض عن قيمة العقار استناداً إلى القاعدة المنصوص عليها بالمادة 182 من القانون المدني والتي تنص على أن يكون التعويض على ما لحق الطاعن من خسارة وما فاتته من كسب أي أن يعوض قيمة العقار التي يساويها وقت رفع الدعوى¹. كما أن هذا الحكم القضائي الصادر بين الطرفين يعتبر مثله مثل العقد الرسمي وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر عن الغرفة العقارية بتاريخ 16-07-2015 (يأخذ الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي فيه والقاضي بصرف الطرفين إلى تسجيل عقد البيع العرفي أمام الموثق حكم العقد الرسمي يلزم البائع ومن بعده خلفه العام بنقل ملكية العقار عن طريق شهر العقد بالمحافظة العقارية)².

وسوف أحاول تحديد المقصود بحجية هذا الشهر بين الأطراف كما يلي :

الفرع الأول: تحديد المقصود بحجية الشهر بين الاطراف

إن الشهر العقاري يقع على مجموعة التصرفات والوقائع والأحكام المتعلقة بإنشاء أو نقل أو تعديل أو تقرير الحقوق العينية العقارية، كما يقع على بعض العقود المنشئة بحقوق شخصية كالإيجارات التي تزيد عن 12 سنة والحوالات بالدين أو المخالصات لمدة ثلاث سنوات على الأقل ولذلك فإن الشهر الذي يقع على عقد إداري أو تصرف قانوني بإرادة منفردة أو على حكم قضائي في خصومة بين طرفين يكون لشهر مفعول مزدوج من حيث نطاقه الشخصي، إذ ينتج عنه حجية بين الأطراف المتعاقدة أو أطراف

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية القسم الخامس بتاريخ 12-12-2013، ملف رقم 862491 غير منشور، مأخوذ من مؤلف حمدي باشا عمر، القضاء العقاري على ضوء احداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، دار هومة، الطبعة 14 سنة 2015، صفحة 250 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 16-07-2015، ملف رقم 0982892، صفحة 127، المنشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2015 العدد الثاني قسم الوثائق والدراسات القانونية.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

العلاقة المفرغة في المحرر المشهر بوجه عام، كما يؤدي إلى إنشاء حجية ثانية للمحرر المشهر تسري في مواجهة الغير الذي ليس طرف في العلاقة¹.

إن تحديد القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية يقتضي الوقوف أولاً على تحديد حجيتها بين الأطراف بعد شهرها وما يتولد عن هذا الشهر من ثبوت الحق لفائدة المتلقي وهل ثبوت هذا الحق يكون مطلقاً ودائماً بحيث لا يجوز للمتصرف بعد ذلك انكار حق المتلقي أو منازعته فيه لاحقاً بهدف الغاء حقه واسترداده إليه أو إعادة التصرف فيه مرة ثانية لمتلق آخر أم مجرد ثبوت نسبي ومؤقت بحيث يمكن للمتصرف أن ينكر وجود الحق ويتمسك بملكيته له بالرغم من الشهر، أو أن يطعن في التصرف المشهر بالبطلان أو الإبطال أو الفسخ مستندا إلى أي سبب يبزر ذلك سواء كان سبب قانونياً أم اتفاقياً وذلك من أجل استرداد حقه أو أن يعيد التصرف فيه مجدداً لمتلق آخر بأي صورة من صور التصرف أو ترتيب حق عيني على العقار محل التصرف².

إن الإجابة على هذه التساؤلات يتوقف على نوع نظام الشهر السائد ذلك أن هناك من أنظمة الشهر لا يترتب أي أثر بين المتعاقدين كما هو الحال في فرنسا إذ أن الشهر يترتب أثر في مواجهة الغير فقط³. أما عن موقف المشرع الجزائري من المسألة فقد نصت المادة 16 من الأمر 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أن "العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" وتليها المادة 17 من نفس الأمر بقولها إن الأيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يحتج بها على الغير في حالة عدم اشهارها ...".

إذ أن المشرع الجزائري جعل من الحق والتصرف المشهر حجة على طرفي التصرف المشهر أي حجة على طرفي العلاقة بحيث أنه لا وجود لهذا الحق ولا أثر للتصرف في إنشاء الحق العيني العقاري بين أطرافه إلا من تاريخ شهر التصرف مصدر الحق وإنه ابتداء من لحظة شهره فإن الحق يعتبر موجوداً ويحوز التصرف حجية بين أطرافه والجدير بالذكر أن نص المادة 16 السابقة الذكر جاء تطبيقاً

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 475.

² المرجع نفسه، صفحة 475 و 476.

³ المرجع نفسه، صفحة 475-476.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

لنص المادة 793 من القانون المدني التي جعلت انتقال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى مرهون بإجراء الشهر .

ومن خلال نص المادة 16 السالفة الذكر يمكن القول أن الشهر العقاري في القانون الجزائري ينشئ الحق العيني العقاري وينقله إلى المتصرف إليه فور تنفيذ الشهر بحيث يصبح هو صاحب الحق الجديد في حين يلتزم الطرف الثاني باحترام الوضع الجديد إذ تغل يده عن التصرف فيه من جديد لأنه إن فعل يكون قد تصرف فيما لا يملك كما يتمتع عليه امكانية منازعة المتصرف اليه في الحق الذي تصرف فيه.

فالحجية التي يعطيها الشهر للحكم المشهر فيما بين الأطراف تحول بين الذي صدر الحكم لصالحه والمنازعة في كونه ما يزال هو صاحب الحق طالما أن الحكم تم شهره وصار الحق مسجلا باسم المتلقي الجديد كما تحول هذه الحجية بين صاحب الحق الأصلي وبين أن يعيد التصرف في الحق من جديد لأنه بالشهر الذي خضع له المحرر المتضمن الواقعة أو التصرف أو المعاملة يجرى المتصرف من هذه الامكانية بل يقع عليه عبء الضمان ويمتتع عليه التعرض¹.

الفرع الثاني : مدى حجية الشهر بين الاطراف

إن شهر الأحكام القضائية وغيرها من الوقائع المادية والتصرفات يكسبها حجية تسري فيما بين المتعاقدين تمنع الادعاء بخلاف ما هو ثابت في المحرر أو الحكم المشهر وإن تقدير هذه الحجية يتوقف على معرفة ما إذا كان الشهر يؤدي إلى تطهير التصرف المشهر من العيوب بحيث يتمتع الطعن فيه من أحد أطرافه أم أن الشهر لا يحول دون ذلك الطعن، القيام بالطعن فيه ففي الدول التي تأخذ بالآثر المطهر للشهر أو تلك التي تقوم تشريعاتها على المبدأ الذي يقول بالفصل بين التصرف كمصدر للحق وبين الشهر كمنشأ للحق، إذ أنه لا يمكن بعد شهر التصرف القيام بأي صورة من صور الطعن سواء كان الطعن مؤسسا على عيب شاب التصرف أثناء إبرامه أم كان راجعا الى خلل عارض إلى خلل عارض بعد إبرام التصرف وشهره إخلال أحد الأطراف بالتزاماته ومن ثمة فإنه في هذه التشريعات يكون للتصرف المشهر حجية مطلقة وقاطعة فيما بين المتعاقدين².

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 478-479.

² منصور محمود وجيه، نظام السجل العيني وإدخاله في القانون المصري، مطابع دار الكتاب العربي القاهرة سنة 1961، صفحة 96.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وعلى عكس هذا الاتجاه فإن التشريعات التي لا تأخذ بالآثر المطهر لا تعطي للحقوق المشهورة من الحجية إلا بقدر ما يتوفر للتصرف المشهر من صحة ووجود إذ لا انفصال بين الحق المشهر وبين التصرف أو الواقعة أو الحكم مصدر ذلك الحق وبذلك فيما بين المتعاقدين لا يكون للشهر قيمة إلا بالقدر الذي تحققه قيمة العمل الذي تولد عن الحق أي أن حجية التسجيل أو الشهر لا تكون قاطعة¹.
وباعتبار أن المشرع الجزائري من بين التشريعات التي لا تأخذ بالآثر المطهر للشهر بالرغم من رغبته في اتباع هذا النظام من خلال الأمر 74-75 المتضمن اعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري والمرسومين 76-62 و 76-63، فإنه يمكن بسهولة القول أن للشهر سوى حجية نسبية فيما بين المتعاقدين، بحيث تبقى تلك الحجية قائمة ومنتجة لآثارها المانعة ضد المنازعة وإنكار وتكرار التصرف من جديد طالما بقي التصرف موجود وصحيحا وتزول تلك الحجية بزوال ذلك التصرف كما هو جائز للغير من له مصلحة².

وعلى هذا فإنه إذا نجح المتصرف في الغاء أو ابطال أو فسخ التصرف بالدعوى التي يرفعها وبعد أن يصدر حكمه هذا نهائيا فإن كل آثار التصرف تزول وحتى الحجية التي اكتسبها إياه الشهر بين الأطراف تزول أيضا ويعود الحق المشهر إلى صاحبه الأول ويقوم المحافظ العقاري بمحو وإزالة آثار الشهر الأولي بالتبعية لإيداع الحكم الفاصل في الدعوى، ولا يمكن بأي حال من الأحوال للمحافظ العقاري رفض مراجعة بيانات السجل العقاري لأن المادة 106 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري تضع على عاتقه التزام صريح بتنفيذ الأحكام القضائية المودعة قصد الشهر وعليه أكثر من ذلك أن يطالب صاحب الحق الاصلي (الخاسر للدعوى في الحكم) برد الدفتر العقاري الذي استلمه من أجل اتلافه وإعداد دفتر جديد يتضمن الوضعية الجديدة الناتجة عن الحكم القضائي ويسلمه لصاحب الحق الجديد ضمن الاجراءات المنصوص عليها في المادة 50 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 480، 481.

² المرجع نفسه، صفحة 481.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الفرع الثالث: القيمة القانونية للعقد الغير المشهر المتضمن بيع العقار

لقد نصت المادة 793 من القانون المدني "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين لا أم حق الغير، إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقار".

كما تنص المادة 792 من نفس القانون على ما يلي "تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للتصرف طبقا للمادة 164...".

وبالرجوع إلى نص المادة 165 من القانون المدني كذلك نجدتها تنص على ما يلي "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذ كان على الالتزام شيئا معيناً بالذات يملكه الملزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

المستنتج من خلال قراءة النصوص القانونية أن عقد بيع العقار لا يمكن أن ينقل الملكية إلا إذا روعيت الاجراءات المتعلقة بالشهر غير أنه ورغم عدم شهر العقد فإنه يبقى العقد صحيحا ولكنه لا ينقل ملكية العقار إلى المتعاقد الآخر وبذلك فإن الشهر ليس شرط لنقل الملكية فقط فالشهر، ليس بركن في التصرف بل هو شرط لترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية في العقار¹، ومادام أن الحكم القضائي ما هو إلا سند رسمي لنقل الملكية يسري عليه ما يسري على العقد الرسمي على اعتبار أن الأحكام القضائية يتم افراغها في قالب رسمي (عقد) من طرف الموثق وهو ما نصت عليه المادة 16 من الأمر 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بقولها "إن العقود الادارية أو الاتفاقات التي ترمي إلى انشاء نقل حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وعلى هذا فإن العقد بهذا المعنى ينتج كل آثاره قبل شهره ما عدا ما تعلق بترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية طبقا لما نصت عليه المادة 16 السابقة الذكر، إذ أكدت هذه المادة على أن عقد البيع المتعلق ببيع عقار وإن توافر على ركن الرسمية طبقا للقانون وقام بتحريره موثق إلا أنه لا يمكنه أن ينقل الملكية العقارية إلا تم شهره، لكن ومع ذلك يبقى صحيحا ومنتجا لآثاره الأخرى² ذلك أن أحكام عقد البيع العقاري تترتب بمجرد توفر ركن الرسمية ما عدا الأثر العيني أي أن عقد البيع الرسمي وقبل شهره

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 244.

² المرجع نفسه، صفحة 245.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

بالمحافظة العقارية فإنه وإن كان لا ينقل الملكية العقارية الى المشتري إلا أنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من البائع والمشتري إذ يقع على البائع التزام بنقل الملكية إلى المشتري وتسليم المبيع وضمن التعرض والاستحقاق والعيوب الخفية وفي المقابل يقع على المشتري التزام بدفع الثمن والمصروفات وبأن يسلم العين المبيعة¹.

وفي هذا الإطار نصت المادة 361 من القانون المدني "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع الى المشتري..."، كما نصت المادة 387 من نفس القانون السابق الذكر على أنه: " يدفع ثمن المبيع في مكان تسليم المبيع...".

والمستخلص أن العقد المتضمن بيع عقار مستوفي لركن الرسمية لا ينقل الملكية للمشتري إلا إذا تم شهره بالمحافظة العقارية أما قبل ذلك فهو لا ينشئ إلا التزامات شخصية بين الطرفين ويبقى العقار مملوك للبائع يستطيع أن يتصرف فيه من جديد ولا ينتقل إلى المشتري إلا أنه يمكن لهذا الأخير أن يطالب بتسليمه كما أنه لا يستطيع أن يتصرف فيه².

ومن أمثلة ذلك فإن القسمة الرضائية بما تكشف من حقوق عينية لا تكون حجة على الغير ولا فيما بين المتعاقدين إلا إذا تمت بالشكل الرسمي وتم شهرها ذلك أن الشهر في ظل نظام الشهر العيني هو الذي ينشئ الحقوق العينية ويكشف عنها³ وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال عدة قرارات منها القرار المؤرخ في 21-07-2004 (من المقرر قانونا أن - القسمة الصلحية العرفية - المنصبة على عقار تعد باطلا لعدم صحتها في الشكل الرسمي)⁴، إذ لا تنتج القسمة غير مشهورة أثرا في إفراز العقار الشائع حتى فيما بين المتقاسمين وينتج عن هذا أنه لو قسم عقار شائع بين شريكين ولم تشهر القسمة اعتبر كل منها بالنسبة للأخر لا يزال مالكا في الشيوع بحيث إذا أجر أحدهما حصة مفرزة ولو كانت نفس حصة مفرزة ولو كانت نفس الحصة التي وقعت في نصيبه بالقسمة الغير مشهورة كان حكم ايجاره هو حكم ايجار حصة مفرزة صادرة عن مالك في الشيوع⁵.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، صفحة 359.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 245.

³ المرجع نفسه، صفحة 245 .

⁴ قرار صادر عن الغرفة العقارية، ملف رقم 274325، المؤرخ في 21-07-2004 المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد رقم رقم 02-204، صفحة 287 .

⁵ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع اسباب الملكية، المرجع السابق، صفحة 395.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

فالقسمة غير المشهورة إذن لا تكون حجة على الغير فإذا باع شريك قبل القسمة أو بعدها ولكن قبل أن يتم شهرها حصة شائعة في العقار المقسوم كان المشتري من الغير فإذا شهر عقد البيع قبل شهر القسمة لم يحتج عليه بها وله أن يطلب تثبيت ملكيته للحصة الشائعة المباعة وإجراء قسمة جديدة إذ لا يزال العقار شائعاً ما دامت القسمة لم تشهر، أما المشتري لجزء مفرز من العقار الشائع فسواء اشترى هذا الجزء قبل القسمة أو بعدها¹، ومن جهة أخرى فسواء اشترى نفس الجزء المفرز آخر فإن القسمة غير مشهورة لا تكون قد افرزت حصة الشريك البائع بالنسبة إليه سواء اعتبر من الغير أو لم يعتبر كذلك من الغير لأن القسمة غير مشهورة لا تفرز العقار الشائع بأي حال من الأحوال وعلى ذلك يعتبر المشتري للجزء المفرز قد اشترى هذا الجزء من مالك لا يزال في الشيوع²، وهو ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 714 فقرة 2 من القانون المدني "وإذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة وللمتصرف إليه الحق في ابطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"، وكذلك لا تنتج القسمة الغير مشهورة أثراً في افرز العقار الشائع حتى فيما بين المتقاسمين ويترتب على ذلك أنه لو قسم عقار بين شريكين ولم تشهر القسمة أعتبر كل منهما بالنسبة للأخر لا يزال مالكا في الشيوع وعليه يستخلص أن القسمة الغير مشهورة لا تنتج أي أثر بين المتقاسمين وتبقى الملكية شائعة كما أنه لا يمكن الاحتجاج على الغير بهذه القسمة³. والمستخلص من خلال ما تم عرضه أن القيمة القانونية للتصرفات الغير مشهورة تثور من ناحيتين تتعلق الأولى بأثر هذه التصرفات فيما بين المتعاقدين والثانية تتعلق بأثرها في مواجهة الغير، إذ لا تنتج التصرفات الغير مشهورة أي أثر في مواجهة الغير كقاعدة عامة وإنه يمكن للغير أن يتمسك بعدم إشهارها لينجاهل وجودها إلا في الحالات التي تشكل فعلا استثناءاً وخروجاً عن القاعدة العامة⁴.

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 246.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح احكام القانون المدني، الجزء التاسع، اسباب كسب الملكية المرجع السابق، صفحة 246

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 246، 247.

⁴ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 484.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الفرع الرابع: القيمة القانونية للدعاوي العقارية الغير مؤشر بها على سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية

من الأمور المؤكدة التي تبناها المشرع الجزائري في نظام الشهر العقاري هو إن عملية الشهر لم تقصر فقط على التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات وإنما تعدى ذلك وأصبحت حتى بعض الدعاوي القضائية هي الأخرى محلا للشهر¹، إذ جميع الدعاوي العقارية التي تهدف إلى النطق بفسخ أو إبطال أو الغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها مسبقا طبقا للمادة 14-04 من الأمر رقم 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا ما قضت به المحكمة العليا في عدة قرارات منها:

القرار الصادر بتاريخ 29-02-2000 (اشهار عريضة افتتاحية - دفع بالمادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 - أرض غير ممسوحة- عدم خضوع الدعوى للمرسوم السابق - تطبيق صحيح للقانون ... ولما تبين من القرار المطعون فيه أن الأرض محل النزاع لم يتم فيها مسح الأراضي العام، وعليه فإن اشهار العريضة الافتتاحية ليس شرطا فيه والذي ما زال الاشهار فيه شخصا طبقا للمادة 27 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 والمادة 113 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976... وعليه لما قضى قضاة الموضوع برفض الدفع المتعلق بإشهار العريضة الافتتاحية يكونون لم يخرقوا المادة 85 من المرسوم رقم 76-63)²، وجاء في قرار آخر مؤرخ في 6-04-2000 (وحيث فضلا عن ذلك فإن المشرع وفي مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري إنما اختار النظام العيني لا الشخصي ومن هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في حق تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأشير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه كما هو الشأن بالنسبة للدعاوي التي خصتها بالذكر المادة 85 المشار إليها أعلاه)³.

¹ ليلي زروقي، حمدي باش عمر، المنازعات العقارية، طبعة جديدة سنة 2012-2013 في ضوء اخر التعديلات وحدث الاحكام، دار هومة، صفحة 253.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية القسم الثاني بتاريخ 29-02-2000 رقم 765 مقتبس من مؤلف حمدي باشا عمر، ليلي زروقي المنازعات العقارية طبعة جديدة سنة 2012-2013 في ضوء اخر التعديلات و حدث الاحكام المرجع السابق، صفحة 261 .

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 26-04-2000 ملف رقم 194437، المنشور بالمجلة القضائية عدد رقم 01 ، صفحة 159.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ويتم اثبات هذا الشهر بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشيرة الشهر ولعل أن الغرض من شهر الدعاوى العقارية هو الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه دون منع المدعى عليه من التصرف في العقار بالبيع أو الوصية أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية العقارية¹.

وعليه فإنه لا يمكن للمدعي أن يحتج بالحكم الصادر لصالحه ضد الغير الذي يكسب حقا عينيا عقاريا موضوع المطالبة القضائية، قد تم شهر بالمحافظة العقارية قبل شهر الدعوى وهذا ما نصت عليه المادة 86 من مرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بقولها "إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو الغائها أو نقضها عندما ينتج أثر رجعي لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدور، إلا إذا كان هذا الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون تطبيقا للقانون".

إذ يستشف من هذه المادة إن الأثر القانوني المترتب على عدم شهر الشرط الذي بمقتضاه حصل فسخ أو الإبطال أو إلغاء أو نقض الحقوق التي سبق شهرها وذلك بعدم سريان لا الشرط ولا الحكم الذي يقره في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهدور، وعليه يمكن القول بأن شهر الدعوى العقارية يؤدي دور إعلامي للغير بأن العقار هو موضوع نزاع أمام القضاء، ومن ثمة فإن الدعاوى العقارية الغير مؤشر بها على سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية لا يمكن قبولها وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 200 ، 108 المؤرخ في 16-03-1994².

وعلى هذا فقد يحدث أن يقوم القاضي بقبول الدعاوى العقارية غير المشهورة خرقا للقانون ويصدر بشأنها حكما يبطل عقد تم شهره وكان صاحب الحق المهدور قد تصرف فيه لصالح الغير بعد رفع الدعوى وقام بإشهار حقه فإن الحكم يسري في حقه وعادة يقوم المحافظ العقاري برفض شهره³.

والملاحظ في هذا الإطار أنه وقع لبس لدى المحافظين العقاريين، إذ بمجرد قيام المدعي بشهر العريضة أو تقديم طلبات تتضمن التماس إيقاف شهر عقد أو حكم متضمن نقل الملكية العقارية فيقومون بالامتناع عن القيام بأي إجراء يتعلق بشهر أي تصرف وارد على العقار الذي بشأنه شهر الدعوى وهذا

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 19.

² حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع الجزائر، سنة 2000، صفحة 19.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 250 و 251 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ما جعل من المديرية العامة للأموال الوطنية تتدخل بموجب مذكرة مؤرخة في 22-03-1993 تحت رقم 01385 توضح لمديريات الحفظ العقاري بأن الدعاوى القضائية التي تشهر في المحافظة العقارية شرعت من أجل المحافظة على حق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه لكنها لا توقف إجراء شهر أي تصرف لاحق للعقار محل النزاع¹، إذ أن اقرار وجوب منع المدعى عليه من التصرف في الحقوق بمجرد شهر العريضة الافتتاحية للدعوى أو منع المحافظ العقاري من شهر التصرفات التي يقوم بها المدعى عليه أثناء سير الخصومة سيؤدي إلى تحكم المدعي بحرية المدعى عليه في التعاقد، كما قد يؤدي كذلك إلى فتح الباب واسعاً للدعاوى الكيدية التي لا يرفعها أصحابها إلا لحرمان المدعى عليهم من التصرف في حقوقهم والكيد لهم وتضييع فرص الكسب عنهم وتحميلهم خسائر بدون أي مبرر جدي².

واستناداً إلى نفس المذكرة فعلى المدعي إن أراد أن يوقف أي تصرف آخر وارد على عقار بعد أن يكون قام بشهر دعواه أن يقوم برفع دعواه أمام القضاء الاستعجالي للمطالبة بوقف التصرف على العقار المتنازع عليه إلى حين الفصل النهائي في الدعوى المرفوعة أمام قاضي الموضوع³.

كما أضافت المذكرة المذكورة سالفاً إنه بإمكان المحافظين العقاريين شهر الأوامر الاستعجالية الصادرة بوقف التصرف على العقار محل النزاع منبهة بأن الايقاف يكون لأجل محدود وبالتالي حتمية تحديد المدة من طرف القاضي الفاصل في المادة الاستعجالية في منطوق الأمر الاستعجالي ولو إلى غاية صدور الحكم النهائي⁴.

والحقيقة أن هذا الموقف غير سديد لأن حق التصرف في العقار هو حق مكسب دستورياً، والحالة الوحيدة التي يمكن توقيف تنفيذ العقد الرسمي هي حالة الطعن في التزوير، إذ يمكن لصاحب المصلحة (المتقاضي) أن يقوم باللجوء إلى القضاء المستعجل من أجل استصدار أمر بوقف التصرف في العقار محل النزاع مع شهر الحكم الصادر في هذا الشأن بالمحافظة العقارية، غير أن هذا الايقاف يكون لمدة محددة من طرف القاضي الاستعجالي إلى غاية الفصل في دعوى التزوير⁵.

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 249.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 634.

³ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، طبعة جديدة سنة 2012-2013 في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، المرجع السابق، صفحة 263.

⁴ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 249.

⁵ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 264.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وبذلك لم يعد مجرد تسجيل وشهر الدعوى أو اعتراض المدعي عليه أو الغير مبررا لامتناع المحافظ عن شهر مثل تلك التصرفات وبالطبع فإن شهر العريضة لا يمكن بأي حال أن يغل يد المدعي عليه في القيام بالتصرف في حقوقه لأنه لا يوجد أي سند قانوني لهذا المنع فضلا عن تعارضه مع القواعد القانونية المنضمة للشرط المانع مع التصرف¹.

كما تجب الملاحظة أن ما يقوم به بعض المواطنين من اعتراضات في هذا الإطار عبر الجرائد تدعو إلى منع الموثقين من تحرير أي عقد ناقل للملكية على العقار محل الاعتراض تعتبر اعتراضات غير قانونية ولا تستند إلى أي أساس قانوني.

كما إن بعض قضاة المحاكم الأقسام الاستعجالية الذين يقومون برفع هذه الاعتراضات، فإن أوامره تعد بدون موضوع، ما دام أن الاعتراض المزعوم رفعه لا أثر قانوني له ما دام لا يوقف ولا يمنع التصرف في العقار وبالتالي يمكن للموثق تحرير العقد وكذا يمكن للمحافظ العقاري شهره بالمحافظة العقارية وهو ما قضت محكمة برج بوعريج قضية رقم '64-2001 بتاريخ 31-03-2001².

وأخرا أخلص إلى القول أن المشرع الجزائري ضبط من خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجديد سنة 2008 وكذا المادة 85 من المرسوم رقم 75-74 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري إلى الزامية شهر العريضة الافتتاحية للدعوى المتعلقة بأي نوع من أنواع الطعن (الغاء، تعديل....) في المحررات والعقود الرسمية المشهورة لدى المحافظة العقارية تحت طائلة عدم قبول الدعوى، غير أن الملاحظ لم يفصل إن كان هذا الشهر محدد المدة أو غير محدد المدة وإن كان كذلك ما هي المدة ومتى يتم شطب هذا الشهر وكيف يتم تجديد هذا الشطب على مستوى المحافظة العقارية، الأمر الذي استدعى تدخل المديرية العامة للأملاك الوطنية من خلال التعلية السابق ذكرها أنفا وهذا بسبب وجود هذه الثغرة وأهمية ذلك على حقوق المواطنين.

إذ نصت المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 21 افريل 1998 تحت رقم 02020 بأن العريضة الافتتاحية للدعوى تسقط بانقضاء مهلة ثلاث سنوات من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية في حالة عدم تجديد القيد، أما في حالة التجديد فإن المهلة تمتد إلى ثلاثة سنوات

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 633.

² ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 265

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

أخرى ويكون ذلك عن طريق تقديم طلب يودع من طرف صاحب المصلحة يكون مرفوقا بشهادة تسلم من أمانة ضبط المحكمة تبين بأن الخصومة مازالت منظورة أمام الجهات القضائية¹.

كما يثير شرط شهر العريضة الافتتاحية صعوبة عملية أخرى تطرح على الجهات القضائية ولم يفصل فيها المشرع الجزائري وهي الحالة التي يقوم المدعي بتسجيل دعواه ثم يودع العريضة للشهر ويقابل بقرار من المحافظ العقاري برفض إجراء الشهر خاصة إذا كان الرفض راجع إلى شروط شكلية سيما أن المحافظ العقاري يقوم بمراقبة صارمة للبيانات².

المطلب الثاني: القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية في مواجهة الغير

لقد اختلفت الأنظمة القانونية للدول بخصوص حجية الشهر في مواجهة الغير ولعلى مرد ذلك التباين في نظام الشهر المتبني من طرف كل تشريع وكما سبق الذكر فإن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني لكنه لم يسلم بكل مبادئه وأسسها على إطلاقها إذ أخذ بالآثر المنشئ للشهر لكنه لم يأخذ بالآثر المطهر وهو ما تم تكريسه من خلال عدة قرارات للمحكمة العليا ومجلس الدولة منها القرار المؤرخ في 08-04-2002 ملف رقم 006426 الصادر عن مجلس الدولة (الشهر لا يحص العقد).

من المسلمات القانونية أن شهر العقد لا يحول دون فسخه إذا ثبت أن البائع ليس مالكا للأرض المتنازع عليها والتذرع بشهر العقد وبالتالي فهو بهذه الصفة محصن ولا يمكن الطعن فيه قول مخالف للقانون ما دام أن البائع ملك للغير³ وعلى هذا فإن حجية المحررات والحقوق المشهورة تتحدد طبيعتها وقوتها من خلال النظام الذي كونه القانون الجزائري من خلال المزج بين قواعد النظامين ومن خلال تلك المعالم يمكن القول أن هناك قاعدة عامة تحكم تلك المسألة تتلخص في أن الشهر يكسب الحق والتصرف حجية مطلقة وقاطعة في مواجهة الغير من الناس كافة إن كان من خلف المتصرف صاحب الحق الأصلي وسواء كان هذا الخلف خلفا عام أو خاصا غير أن هذه القاعدة ترد عليها استثناءات وذلك من

¹ ليلي زروقي، حمدي باش عمر، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 254، 255.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 632.

³ القرار المؤرخ في 08-04-2002 ملف رقم 006426، الصادر عن المحكمة العليا مقتبس من مؤلف حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، المرجع السابق، صفحة 67، 68.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

جهة أولى أنه توجد بعض الحقوق تحوز في مواجهة الغير دون أن تكون مشهورة ومن ناحية ثانية هناك حالتان لا يجدي فيهما شهر صاحب الحق لحقه نفعا في حالة زوال حق سلفه بأثر رجعي.

الفرع الاول : الحجية المطلقة للشهر في مواجهة الغير

من خلال النصوص القانونية المتعلقة بالشهر سيما المادة 793 من القانون المدني والمادتين 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري السابقتين الذكر أنه إذا تم شهر حق ما أو حكم أو قرار قضائي أو واقعة قانونية أو تصرف قانوني فإن ذلك يعطي للمحرر الشهر حجية مطلقة وذات طبيعة واحدة سواء فيما بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير إذ أن اعتماد المشرع الجزائري على مبدأ الأثر المنشئ للشهر يغنيه عن تلك التفرقة التفصيلية بين نطاقي الحجية¹. وتجدر الإشارة أنه بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالشهر السابق ذكرها يكون للشهر حجية مطلقة بحسب القاعدة العامة في مواجهة الغير بالمعنى العام أي الناس كافة بما فيهم الخلف العام للمتصرف إذا كان الحق ناشئا عن عقد أو تصرف بإرادة منفردة .

وعليه فإن اكتساب الشخص للحق بالشهر يكسب حقه هذه حجية مطلقة في مواجهة الكافة وفي مواجهة الخلف العام للمتصرف ولصاحب هذا الحق أن يطلب حمايته ضد كل من يتعرض له²، والمقصود بكافة الناس ورثة المتصرف والدائنين العادين والموصى لهم بجزء غير محدد من التركة فهؤلاء كلهم من الخلف العام³، إذ لا يجوز لهم التذرع بأي حجة لإنكار حق الشخص الذي أشهر باسمه حتى ولو تمسكوا بكونه أشهر حقه بسوء نية وباستعمال الغش أو أنه كان متواطئا مع المتصرف أو مع المحافظ العقاري وأنه كان بغشه يريد حرمان غيره من كسب الحق إذ لا يوجد في القانون الجزائري ما يفيد بأن الغش أو التدليس أو التواطؤ أو سوء النية يفسد الشهر أو يبطل الحكم القضائي المشهر.

الملاحظ أن الغير الذي يحتج ضده بالحق المشهر لا يجوز له بمجرد سماعه أو علمه باستعمال الغش أو التدليس أو التواطؤ أن ينكر الحق وحتى ما إذا أراد إبطال الحكم أو التصرف لهدم تلك الحجية ما دامت المادة 85 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري تجيز الطعن في الحقوق المشهورة فعليه أن يؤسس طعنه على سبب آخر غير الغش أو التواطؤ أو التدليس كأن يطالب ببطلان

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 549-550.

² المرجع السابق، صفحة 551.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 239 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

التصرف لعدم مشروعيته المحل أو لعدم رضا المتصرف أو لكون المبيع ملكا له هو أو غير ذلك من مبررات البطلان والإبطال¹.

ومن ثمة فإن المشرع الجزائري لا يعترف بحسن النية كشرط لتمسك صاحب الحق المشهر بحجية حقه في مواجهة الغير بمعناه العام وأنه لا يجوز للغير أن يستند على غش أو تواطؤ أو تدليس صادر من صاحب الحق أو ممن تعامل معه أو المحافظ العقاري لطلب إبطال الشهر وعلى الغير إذا أراد ذلك ان يسلك سبيل آخر لطلب البطلان وأن يؤسس دعواه على سبب آخر للبطلان أو الإبطال من القواعد العامة فإذا نجح في ذلك فإنه يقوم بإشهار حكم البطلان حتى يمحو كل أثر لشهر الحق الملغى².

ولعل أنه من أبرز المسائل التي أثارت اختلافا تطبيقيا لهذه الحجية هي تلك المتعلقة بمدى جواز إعمال قواعد التقادم المكسب مع تطبيق نظام الشهر العيني، فإذا كان المشرع قد نص من خلال القانون المدني الذي يتضمن القواعد العامة، على أن التقادم المكسب يعد أحد أسباب كسب الملكية إذ يمكن اصدار حكم يقضي بتثبيت الملكية بالتقادم المكسب غير أنه لم يفرق في ذلك بين الأراضي التي مسها المسح والتي لم يمسه بعد، وقد وجد رأيين في الميدان التطبيقي سوف أتعرض لهما كما يلي:

1- الرأي الأول : القوة الثبوتية المطلقة للإشهار العقاري

إن أصحاب هذا الاتجاه يركزون في تأسيس وتبرير موقفهم على أساس أنه من مبادئ الشهر العيني القوة الثبوتية المطلقة التي يتميز بها القيد في السجل العيني. ذلك أن الأراضي التي تم مسحها، وتأسس لها مجموعة البطاقات العقارية، ومنحت لأصحابها دفاتر عقارية، وقد مرت آجال الاعتراض المخولة قانونا للأطراف المتنازعة التي كانت حاضرة في عملية المسح، فإن الدفتر يعد بمثابة قرينة قاطعة، لا يمكن معها تطبيق قواعد التقادم المكسب، إذ يحتج صاحب الدفتر العقاري على الكافة بما في ذلك الحائز لمدة طويلة، ولا يمكن للحائز أن يدحض هذا الدليل بالحياسة الهادئة العلنية الظاهرة والمستمرة، التي تعد قرينة على الملكية قابلة لإثبات العكس بدليل أقوى منها وهو الدفتر العقاري³.

كما لا يمكن الحصول على عقد شهرة أو شهادة حيافة في منطقة مسها المسح، وتحصل أصحابها على دفتر عقاري. ذلك أن هذين المحررين (عقد الشهرة وشهادة الحيافة).

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 552.

² ويس فتحي، المرجع السابق، صفحة 557.

³ ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، صفحة 72، 73 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وفي هذا الإطار قضت المحكمة العليا-الغرفة الإدارية آنذاك- بموجب قرارها رقم 129947 المؤرخ 1998/03/09 "غير منشور" على أنه لا يمكن تحرير عقد الشهرة على عقار يحوز أصحابه دفترًا عقاريًا، وبالتالي فإن المحافظ العقاري الذي رفض إشهار عقد شهرة لعقار محرر بشأنه دفتر عقاري يكون صائبًا فيما ذهب إليه، وقد جاء في حيثية القرار ما يلي: "لكن حيث، وكما دفع به المستأنف عليه، فإن الإجراءات المنصوص عليها في المرسوم المشار إليه أعلاه، يستبعد تطبيقها أمام وجود سند رسمي ومشهر للعقار موضوع النزاع بالمحافظة العقارية بقسنطينة في 1998/06/03".

وعليه وبمفهوم المخالفة، فإنه يمكن القول كلما إنعدم المسح فإنه لا وجود للدفتر العقاري للعقار محل النزاع، وبالتالي يمكن تطبيق قواعد التقادم المكسب، فالعقد الرسمي المشهر في ظل نظام الشهر الشخصي يعتبر مجرد قرينة على الملكية يمكن دحضها بالحيازة إذا توفرت شروطها ذلك أن من يحوز محررًا رسميًا وفقًا لنظام الشهر الشخصي لا يعتبر دليلًا قاطعًا على أن المالك قد تلقى الملكية من صاحبها نظرًا لما يمكن أن يثيره تشابه الأسماء من الخلط في إسم المالك الحقيقي الذي تلقى من المالك الأخير حق الملكية وهنا تبرز عيوب نظام الشهر الشخصي¹.

2- الرأي الثاني: حماية الحيازة و الأوضاع الظاهرة

أصحاب هذا الرأي يؤكدون بأن المشرع الجزائري لم يحم بحسم الجدل حول مسألة تطبيق التقادم المكسب فيما يخص الأراضي الممسوحة أو غير الممسوحة، لذلك وعلى هذا فإن القواعد المنصوص عليها في القانون المدني المتعلقة باكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب يبقى العمل بها رغم تبني نظام الشهر العيني فالحيازة متى استوفت أركانها وأصبحت خالية من عيوبها رتب القانون عليها أثرين قانونيين:

- الأثر الأول: حماية الحيازة لذاتها، فيحمي حيازة الحائز، بغض النظر ما إذا كان الحائز مالكا أم غير مالك.

- الأثر الثاني: اكتساب الحائز ملكية العقار محل الحيازة، إذا استغرقت الحيازة المدة المقررة في القانون وهو يرتب أثره عليها، بصرف النظر عما إذا كان العقار محل الحيازة كان له مالك بسند رسمي أو عرفي، مشهر أو غير مشهر.

¹ لوصيف نجا، مذكرة بعنوان: الرسمية، التسجيل، القيد في السجل العقاري، المرجع السابق، صفحة 56.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وبالتالي فإن أعمال قواعد الحيازة مع وجود الدفتر العقاري لدى مالك العقار المنازع فيه عن طريق الحيازة، ينبع من فكرة الحيازة نفسها التي من أهدافها حماية الأوضاع الظاهرة، وتسعى من وراء ذلك إلى حماية الاستقرار في المجتمع .

فإذا تخلى المالك الأصلي عن العقار، ثم حازه شخص آخر وقام بخدمته واستغلاله، فإذا ما ظهر بعد ذلك المالك الأصلي متمسكا بالملكية لهذا العقار فإن قواعد الحيازة تحمي الحائز وتضحي بالمالك المهمل، وهكذا يصبح الحائز إذا مرت عليه مدة معينة مالكا لهذا العقار، إذا سبق له وأن استمر واضعا يده مدة معينة وهي 15 سنة، إذا كان وضع اليد وقع ابتداء من سريان القانون المدني الجديد، الذي بدأ العمل به ابتداء من 1975/07/05.

أما إذا كان وضع اليد قبل بدأ سريان القانون المشار إليه، فإن مدة التقادم تخضع للمدة المقررة في القانون المدني القديم وهي 30 سنة، وذلك ما تقضي به المادة 1002 من القانون المدني¹.

وأما الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها رقم 197920 المؤرخ في 28/06/2000 -المجلة القضائية العدد 01-2001، اعتبرت فيه الدفتر العقاري سندا للملكية، لكن هل معنى ذلك أنها حسمت مسألة الخلاف الموجود بين مجلس الدولة و الغرفة المدنية للمحكمة العليا . حسبما ذكر أعلاه.

إن الجواب على السؤال يظهر من خلال عرض حيثيات هذا القرار الذي جاء فيه ما يلي: "حيث يتضح من خلال مراجعة القرار محل الطعن أن قضاة المجلس أسسوا قرارهم على إنعدام وجود دليل الإثبات في الدعوى، وذهبوا إلى القول أن الدفتر العقاري المستظهر به من طرف المدعي الأصلي لا يقوم مقام سند الملكية .

لكن حيث من الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك، ويعتبر الدفتر العقاري بأنه سيكون الدليل الوحيد لإثبات الملكية العقارية عملا بالمادة 19 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 الذي يتضمن مسح الأراضي، وكذلك المادتين 32، 33 من المرسوم 32/73 المؤرخ في: 05/01/1973 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة .

¹ عمر زودة، تعليق على قرار المحكمة العليا، الصادر بتاريخ 09 / 03 / 1998 رقم : 129947 عن الغرفة الإدارية، مجلة الموثق العدد 6 افريل 1999، صفحة 15.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

ومن ثمة فإن القضاة لما توصلوا إلى عدم وجود الدليل على إثبات الملكية العقارية رغم الاستظهار بالدفتر العقاري يكونون قد أخطأوا في تطبيق القانون ولم يضمنوا قرارهم الأساس القانوني السليم مما يعرضه ذلك للنقض والإبطال".

وما يلاحظ على هذا القرار أن المحكمة العليا-غرفتها العقارية - قضت بكون الدفتر العقاري يعد سندا لإثبات الملكية. وبالتالي فلا يمكن الاستنتاج أن الغرفة العقارية قد اتخذت موقفا مغايرا للغرفة المدنية فيما يخص أعمال التقادم المكسب بالنسبة للأراضي المسوحة والتي تحصل أصحابها على دفاتر عقارية¹.

ويبرر أصحاب هذا الرأي موقفهم، إضافة إلى كون المشرع لم يفرق بين العقارات التي يحوز أصحابها دفتر عقاري أم لا.

إن المرسوم رقم 83 / 352 جاء تطبيقا لأحكام المادة 827 قانون المدني، التي وردت مطلقة دون أن تفرق بين الملكيات موضوع التقادم " فلا تخصيص دون مخصص".

كما أن الأخذ بالموقف الأول يؤدي إلى الاعتقاد بأن التقادم المكسب أصبح غير معمول به في القانون الجزائري بعد دخول قانون الإشهار العقاري حيز التنفيذ عام 1976 بصدور المراسيم التطبيقية له. - والجدير بالذكر أن عدم جواز تطبيق قواعد التقادم المكسب في العقارات التي مسها المسح وتحصل أصحابها على الدفاتر العقارية هو الانسب، ذلك أن القول بخلاف ذلك يتناقض مع أحد أهم المبادئ الأساسية لنظام الشهر العيني الذي أخذ به المشرع الذي يحظر في إطاره أعمال التقادم المكسب.

ويمكن تدعيم هذا الموقف بنص المادة 39 من القانون رقم: 25/90 المؤرخ في: 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، الذي نص على أنه يمكن تسليم شهادة الحيابة لكل شخص يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي . فبمفهوم المخالفة للنص أنه لا يمكن تسليم شهادة الحيابة في المناطق التي مسها المسح وسلم لأصحابها دفاتر عقارية. وبالتالي فمادام أن شهادة الحيابة هذه لها نفس قيمة القرينة المنصوص عليها في المادة 823 من القانون المدني، فيمكن قياسا القول أن تطبيق قواعد الحيابة سواء بتسليم شهادة الحيابة

¹ عمر زودة، تعليق على قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 09 / 03 / 1998 رقم : 129947 عن الغرفة الإدارية، مجلة الموثق، العدد 6 افريل 1999، صفحة 15 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

أو إعداد عقد شهرة أو التقادم المكسب كما جاء في القانون المدني، لا يمكن أن تتم في الأراضي التي مسها المسح فتمكن أصحابها من الدفتر العقاري، لكن هذا لا يمنع من ضرورة تدخل المشرع الجزائري إلى ضرورة التدخل لحسم الخلاف بنص صريح، وواضح يقضي بعدم جواز إعمال قواعد التقادم المكسب في الأراضي المسوحة، وإلا فما العبرة من القيام بعمليات المسح وإنفاق مصاريف باهظة لذلك إذا لم تكن لها أثر قانوني .

الفرع الثاني: الحجية النسبية في مواجهة الغير

إن الغير بالمعنى الخاص هو الخلف الخاص للمتصرف صاحب الحق الاصيلي المتصرف فيه ويندرج في هذا الوصف من يتلقى نفس الحق من نفس المتصرف والوارد على نفس العقار أو من يتلقى حق عينيا آخر من شأنه أن يجعل انتفاع المتصرف إليه غير مناسب أو غير مكتمل كصاحب حق الانتفاع والمرتهن وصاحب حق الامتياز والتخصيص وغيرهم ويكون الأمر في هذا الحالة تزام بين الحقوق .

وبالرجوع الى القاعدة العامة فإن الخلف الخاص للمتصرف يكون حجة عليهم حق المتصرف إليه إذا سبقهم إلى اشهار حقه في المحافظة العقارية ولا يجوز لهم انكار حقه أو الاعتراض عليه بحجة أنهم لهم حقوق متعلقة بالعقار المتصرف فيه ولا بحجة أن المتصرف إليه كان يعلم بوجود تلك الحقوق لما اشهر حقه طالما أن هذه الحقوق غير مشهورة قبله¹ وفي غياب أي نص يربط بين حجية الشهر بوجود حسن النية فإنه يبقى للشهر حجية في مواجهة الغير بمعناها الخاص بصرف النظر عن نية المستفيد من الشهر سواء كانت حسنة أو سيئة بل أكثر من ذلك فحتى لو كان متواطئا مع المتصرف لحرمان الخلف الخاص من حقه فذلك لن يستفيد من الشهر ولن يزيل عن الحق المشهر حجيته وعليه إذا أراد الغير بمعنى الخلف الخاص أن يتوخى ضياع حقه بهذا الشكل فعليه أن يكون حريصا على شهر حقه قبل أن يشهر متلق آخر حقه، إذ أن ذلك سيمنع من اعادة التصرف من جديد من طرف المالك لأنه يشترط عند الشهر تقديم المالك للعقد الاصيلي الذي يثبت ملكيته أو الدفتر العقاري في المناطق المسوحة وإخضاعه لرقابة المحافظ العقاري وتسليمه للمالك الجديد بعد تحين بياناته بالتصرف الجديد ولذلك فإنه لا يتصور حدوث تزام بين مشتريين لعقار واحد إذ لا يمكن أن تكون الملكية انتقلت إلى كليهما.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 558.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الفرع الثالث: جزاء تخلف شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

إن الجزاء المترتب في حالة تخلف الشهر في القانون الجزائري يتمثل مسألتين هما عدم انشاء الحق العيني وعدم حجبية هذا الحق والحقيقة أن هذين الجزاءان يعتبران النتيجة المنطقية لأخذ المشرع الجزائري بالأثر المنشئ للشهر وبالقوة المطلقة¹.

إذ لقد اعتبر إجراء الشهر في المحافظة العقارية شرط أساسيا وإجراء وجوبي حتى يكون الحق العيني ثابت في الحكم القضائي أو العقد الرسمي مهما كان نوعه وطبيعته وبدونه لا وجود للحق بالرغم من صحة الحكم أو التصرف وهذا بخلاف المشرع الفرنسي وبعض التشريعات الأخرى التي اتبعت مبادئ الشهر العيني إذ ينشئ الحق بمجرد انعقاد التصرف صحيحا وصدور الحكم الناقل والمثبت للحق العيني بغض النظر عن الشهر الذي لا يؤدي دوره إلا في حالة قيام نزاع على نفس الحق العيني بين أكثر من شخص ويمكن القول أنه بناء على موقف المشرع الجزائري من خلال ترسانة القوانين المتبعة في هذا الشأن فإن الجزاء الذي يترتب على تخلف الشهر هو عدم وجود الحق أو عدم نشأته .

كما أنه ومن جهة ثانية فإنه يفهم من خلال الأثر الذي اعطي للشهر في مواجهة الغير أن الحق العيني المشهر بموجب الحكم القضائي يكون له حجبية في مواجهة الكافة وهذا ابتداء من لحظة اشهار الحق وعلى الكافة احترام صاحب الحق وأن يتعاملوا معه على هذا الاساس وأن يتجنبوا القيام بأي تصرف من شأنه أن يضر بصاحب الحق المشهر، ومن ثمة فإن جزاء عدم الشهر يجعل من صاحب الحق أن يفقد الحماية القانونية التي خولها القانون (امر 74-75 المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري)، وبالتالي عدم حجبية الحكم القضائي القاضي بنقل الملكية الذي أهمله صاحبه هو نفس الجزاء الذي يترتب على عدم شهر جميع التصرفات والوقائع المادية الناقلة للملكية العقارية وكل تغيير في وضعية العقار وكل شرط فاسخ أو سبب مؤدي إلى بطلان التصرفات ما لم يكن موجود في القانون لا يحتج به في مواجهة الغير في حالة عدم اشهاره².

ويجب التأكيد على أن عدم القيام بشهر الحق لا يعني أبدا فقدانها وإنما يظل الحق العيني العقاري الثابت بموجب الحكم القضائي محتفظا بقيمته القانونية كتصرف أو واقعة صحيح ومنتج لسائر آثاره.

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 583.

² المرجع نفسه ، صفحة 584.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

إن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية سواء كانت منشئة أو كاشفة ومنها الحكم برسو المزاد أو قسمة العقار الشائع والصلح ... إلى غير ذلك اخضعها المشرع الجزائري للشهر كلما تعلق بعقار أو حق عيني عقاري ونأخذ مثال عدم شهر حكم الناقل للقسمة فإن عدم شهره لا يؤدي إلى إنكار حقوق الأطراف المتقاسمة فينزح عنها صفة المالك لما آل إليه من انصبه مفرزة بعد القسمة، وإنما كل ما يترتب عن ذلك هو بقاء حالة الشيوخ قائمة وبقاء كل الأحكام القانونية التي تسري على الملكية الشائعة وإدارتها والتصرف فيها واجبة التطبيق أيضا فإذا باع أحد الشركاء المتقاسمين نصيبا غير مفرز آل إليه بعد القسمة قبل اشهارها ويعتبر في هذه الحال وكأنه باع جزءا شائعا وليس جزءا مفرزا ، بالإضافة إلى ذلك لا يمكن من الناحية التطبيقية أن يوثق أي عقد أو تصرف باعتباره تصرفا في جزء مفرز لأن قاعدة الشهر المسبق أو الأثر النسبي للشهر تقف عاتقا فتمنع الموثق من تحرير أي عقد منصب على جزء مفرز ما لم يثبت المتصرف أن الجزء المتصرف قد آل إليه فعلا وذلك لا يكون ممكن، إلا بتقديم ما يثبت القسمة المشهورة مسبقا سواء تمت في شكل عقد قسمة مشهر أو حكم مشهر يتضمن قسمة¹.

وعليه فإن عدم شهر الحكم القاضي بنقل الملكية وتثبيت نصيب كل شريك في الشيوخ يفقد القسمة قيمتها القانونية ويجعلها كأن لم تكن في مواجهة الغير وحتى بين الشركاء المتقاسمين أيضا ولكن يمكن لكل شريك متقاسم أن يسعى إلى اشهارها بالشكل الذي تمت عليه سواء بسعيه إلى ايداع الحكم الناقل للملكية وتثبيت القسمة لدى يدي أحد مكاتب الموثقين من أجل أن يقوم الموثق بشهره .

وتجدر الإشارة أن جميع التصرفات التي يقوم بها الشركاء قبل شهر القسمة فإنها تعتبر تصرفات صحيحة ومرتببة لأثارها القانوني وتعتبر كأنها شائعة وتطبقا عليها الأحكام الخاصة بالشيوخ المنصوص عليها في المادة 714 من القانون المدني وبعدها ونفس الشيء ينطبق على الحكم القاضي بالصلح المنصب حول نزاع يتعلق بحقوق عقارية مشهورة أو واجبة الشهر فانه يتعين شهره بالمحافظة العقارية المختصة وذلك أما بإيداع عقد الصلح الذي تم بالاتفاق خارج ساحة القضاء أو بإيداع الحكم النهائي المثبت للصلح في الحالة التي يتم فيها الصلح بين الطرفين متنازعين أثناء خصومة قضائية والغاية من شهر الصلح في هذه الحالة هو أن الصلح كان مجرد تصرف كاشف أو مقرر فإنه يؤدي إلى تغيير في الوضعية القانونية للعقار أو الحق العيني العقاري المتنازع عليه إذ يؤدي الصلح غالبا إلى نشوء وضعية

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 595.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

قانونية صحيحة وثابتة تختلف عن الوضعية القانونية السابقة التي تكون مجرد وضع ظاهر، مما يستدعي ضرورة إعلام الغير به وضرورة شهره لينتج أثره ذلك أن كل صلح منصب على عقار أو حق عيني عقاري لا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يشهر¹ على عكس القانون الذي اعتبره وسيلة لنشأة الحق لكل واحد من الاطراف الصلح عملا بمبدأ الأثر المنشئ للشهر.

ويمكن القول أن أكبر خطر في حالة عدم شهر العقارات هو اكتساب الغير لهذه العقارات الغير المشهورة بالحيازة والتقدم المكسب وذلك في المناطق التي يجوز فيها تملك العقارات والحقوق العينية العقارية بالحيازة والتقدم المكسب والتي غالبا ما تكون عقارات غير ممسوحة.

وعليه فإن الأحكام والقرارات القضائية الناقلة للملكية العقارية الواردة على العقار أو على حق عيني عقاري إذا لم تشهر لأي سبب كان فإنها تبقى صحيحة ومنتجة لكافة أثارها ومولدة للالتزامات الشخصية المتبادلة بما فيها التزام المتصرف بالسعي إلى شهر التصرف أو الحكم أو تقديم المساعدة في سبيل ذلك، لأنه يدخل في صميم التزاماته التي لا يكفي مجرد البدء في تنفيذها للقول ببراءة ذمة الملتزم وإنما يبقى ملتزما بذلك إلى غاية التنفيذ الكامل والنهائي وغير منقوص لالتزامه بنقل الحق العيني العقاري وإذا امتنع عن ذلك جاز مطالبته به قضاء وهذا الرأي الصحيح والصائب الذي ينطبق مع النصوص القانونية والقواعد العامة التي تحكم الالتزامات².

والملاحظ أن أحكام قانون الشهر العقاري توجب افراغ هذا المحرر في قالب رسمي يحرره الموثق كي يكون قابلا للشهر بالمحافظة العقارية ويكون حجة على الغير بما تضمنته، إذ أن دور الشهر هنا هو إعلامي فقط وليس مصدر للحق العيني فهذا الأخير قائم وموجود، وعلى هذا الأساس لا يرتب الشهر جميع أثاره في مواجهة الاطراف المتعاقدة إلا أنه إذا أبرم العقد مستوفيا لشرط الرسمية كما تقضي المادة 61 من مرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

الفرع الرابع : الدعوى التفسيرية للحكم القضائي بعد رفض الإيداع

إن إيداع الوثائق العقارية قصد شهرها يهدف إلى نقل الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو ترتيب حقوق عليها ولكي تنتقل هذه الحقوق لابد أن يكون التصرف صادرا عن المالك الحقيقي ومحتويا على كل المعلومات المتعلقة بأطراف التصرف والعقار محل التصرف وهذا لتمكين اتمام اجراءات الشهر بطريقة

¹ STEPHANE PIEDELIVRE OP6CIT PAGE 278 .

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 494 و 495.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

سليمة ومضمونة ومن أجل تحقيق ذلك وضع المشرع جملة الشروط تتعلق بالتحقيق في هوية أطراف التصرف وكذا القواعد المتعلقة بالعقارات محل التصرف.

كما أوجب القانون على محرري العقود الرسمية احترامها بحيث يؤدي اغفال ذكر أي عنصر من العناصر الأساسية في تعيين هوية الاطراف أو العقارات إلى رفض إيداعها¹.

إذ تعتبر الأحكام القضائية النهائية الصادرة عن مختلف السلطات القضائية من الوثائق الرسمية في نظر القانون والتي يمكن شهرها بالمحافظة العقارية، غير أنه وبناء على السلطات والصلاحيات التي حولها المشرع الجزائري للمحافظ العقاري يمكن لهذا الأخير رفض ايداع الأحكام القضائية إذا كانت تمس بقواعد النظام العام أو تتعلق بتصرف في المال تصرف غير شرعي².

كما يمكنه رفض الشهر إذا تبين له وجود أي غموض أو لبس في الأحكام القضائية أو العقود الرسمية إذ يقوم المحافظ العقاري بإخطار محرري العقود لكي يقوموا بتسويتها مرة واحدة وذلك بواسطة رسالة موصى عليها مع اشعار بالوصول أو بواسطة التسليم الشخصي للموقع على التصديق مع إقرار بالاستلام³، لذلك يمكن لصاحب المصلحة من الحكم أن يقوم برفع دعوى مراجعته وذلك عن إما عن طريق تصحيحه أو تفسيره على أنه يمكن له إعادة الايداع من جديد بعد استدراك النقص أو الخلل أو إكمال الوثائق الناقصة ولكن بتاريخ جديد، كما يمكن للمعني الطعن في قرار الرفض أمام الجهات القضائية المختصة⁴ (القضاء الإداري)، كما سيأتي بيانه لاحقاً.

ولا يقصد بمراجعة الحكم هنا إعادة النظر في القضية من جديد، وإنما تدرك وضع في الحكم لوجود خطأ مادي به يشوبه أو تفسيره لمعرفة مقصد القاضي دون المساس بحجية ما قضى به على اعتبار أن الحكم الذي يتضمن كل البيانات الضرورية لصحته ويكتسب الإثبات بين الخصوم وبهذا لا يقبل أي طعن إلا بالتزوير مثله مثل العقد الرسمي⁵.

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 162.

² المرجع نفسه، صفحة 147.

³ المرجع نفسه، صفحة 205.

⁴ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 374.

⁵ بريارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المرجع السابق، صفحة 207 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وقد عرفت المادة 287 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الخطأ المادي على أنه عرض غير صحيح للواقعة المادية أو تجاهل وجودها كأن يصدر الحكم غيايبا في حق طرف حضر كافة مراحل الخصومة شريطة أن لا يؤدي تصحيح الخطأ المادي أو الإغفال إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف¹.

كما قد يحتاج الحكم إلى تفسير وذلك بعد صدوره متضمنا لعبارات غامضة مما يؤدي إلى صعوبة تنفيذه، الأمر الذي يبرر تدخل الجهة القضائية التي اصدرته بغرض تفسير الحكم لأجل تحديد مضمونه وتوضيح مدلوله شريطة أن لا يؤدي التفسير إلى تعديل ما قضى به الحكم من حقوق والتزامات للأطراف، ومن امثلة ذلك عدم ذكر اسم الخبير المعين لإعداد مشروع قسمة العقار المتنازع عليه و لا عنوانه و لا اختصاصه مخالفة لأحكام للمادة 128 فقرة 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعليه يكون طلب المدعي مؤسسا هنا تستجيب له المحكمة وتقضي بتحديد هوية للخبير المعين واختصاصه وعنوانه وفي بعض الحالات يقترح الخبير المعين حلا واحد للتقسيم تلك الاموال هنا يجب على القاضي عندما يقتنع بأن تقرير الخبرة صائب ويتعين اعتماده يجب عليه أن لا يكتفي بالقول في منطوق حكمه "حكمت المحكمة أو حكم المجلس بالمصادقة على الخبرة على تقرير خبرة الخبير فلان المودع لدى كتابة ضبط المحكمة بتاريخ...، بل المفروض أن يذكر بعد عبارة المصادقة على تقرير الخبير فلان في منطوق حكمه أو قراره مناب كل واحد من الأطراف الخصومة وذلك ليكون الحكم أو القرار واضحا ودقيقا وقابلا للتنفيذ بكل سهولة² خصوصا إذا تعلق الأمر بمسألة شهر الحكم القضائي حتى يسهل على المحافظ العقاري تنفيذ هذه العملية.

كما توجد بعض الأخطاء أو الاغفالات الأخرى التي كثير ما تحدث تتمثل في عدم ذكر في ديباجة الحكم أو القرار المعلومات الخاصة بهوية وصفة وموطن كل واحد من أطراف الخصومة إذ لا يجوز للجهة القضائية أن تكتفي بالقول لتعين الخصوم أو البعض منهم "فريق فلان" أو "ورثة فلان" لأن القضية تكتسي في الحقيقة طابعا شخصيا بالنسبة لكل واحد من الأطراف هذا فضلا عن المشاكل التي

¹ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008، المرجع السابق، صفحة 208 .

² طالب احمد، رئيس غرفة الاحوال الشخصية والمواريث بالمحكمة العليا، مقال بعنوان الاخطاء الشكلية والموضوعية في الاحكام القضائية، المجلة القضائية العدد الاول سنة 2003 ، صفحة 30.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

يمكن أن تبرز عند تنفيذ الحكم أو القرار بحيث يستطيع أحد الخصوم أن يتذرع بأن الحكم لا يعنيه ما دام أن لقبه واسمه هو غير وارد بوضوح في الحكم هذا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين¹. وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها قرارها الصادر عن الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 08-04-2010 بقوله "تهدف الدعوى التفسيرية إلى توضيح أو تفسير غموض يكتنف القرار محل التفسير وليس إلى مناقشة ما توصل إليه وما فصل فيه من نقاط قانونية"². ويقدم طلب تفسير بعريضة من أحد الخصوم ويتم الفصل في القضية من طرف القاضي بعد سماع الخصوم أو بعد صحة تكليفهم بالحضور للجلسة وبعد إرفاق الملف الأصلي وبعد صدور الحكم المفسر للحكم محل التفسير يمكن للمعني أن يقوم من جديد بإيداع الوثائق قصد شهر الحكم القضائي بعد افرأغه في عقد رسمي من طرف الموثق، كما سبق الذكر طبقاً للمادة 92 من مرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري مع الإشارة أن الحكم التفسيري غير قابل للطعن بالنقض وهو ما أقرته المحكمة العليا من خلال قرار الصادر بتاريخ 15-05-2014 (القرار الفاصل في الدعوى التفسيرية غير قابل للطعن بالنقض)³.

وفي هذا الصدد تجب الملاحظة أن المشرع الجزائري أجاز للمحافظ العقاري تصحيح الأخطاء المادية الواردة في البطاقات العقارية وفي دفتر العقاري دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بشأنها طالما أنها لا تؤثر على جوهر البيانات ولا تضر بالوضعية القانونية للعقار فالمادة 33 فقرة 03 من مرسوم 76-63 تنص صراحة على أن الأغلاط التي تنسب إلى أعوان المحافظات العقارية والتي تتم معابنتها في التأشيرات على البطاقات العقارية، يمكن تصحيحها إما بمبادرة المحافظ العقاري وإما بناء على طلب حائز السجل العقاري⁴.

¹ طالب احمد، رئيس غرفة الاحوال الشخصية والمواريث بالمحكمة العليا، مقال بعنوان الاخطاء الشكلية والموضوعية في الاحكام القضائية، المجلة القضائية العدد الاول سنة 2003، المرجع السابق، صفحة 30.

² قرار صادر عن الغرفة التجارية والبحرية للمحكمة العليا بتاريخ 08-04-2010 ملف رقم 661194 قضية ن ل ضد م ب المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد رقم 01 سنة 2011، صفحة من 228 الى 231.

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 15-05-2014 ملف رقم 0844473 قضية جم ضد أ.م و من معه المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الاول سنة 2014، صفحة 364.

⁴ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 120.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الفرع الخامس: عدم امكانية الشهر اللاحق

إن تطبيق مبدأ الأثر النسبي للشهر يبدو الجزء الأكثر فعالية لتخلف الشهر في الحالات التي لا يكون الهدف فيها من الشهر مجرد إعلام الغير في القانون الفرنسي لأن الجزء المتمثل في عدم الحجية لا يمكن اعماله في هذه الحالات¹.

إن مبدأ الأثر النسبي أو قاعدة الشهر المسبق قد ورد النص عليها وإعمالها باعتبارها شرط جوهرى لعملية تنفيذ الشهر ولا مانع من اعتبار هذا المبدأ في ذات الوقت جزءا يترتب على عدم الشهر. وفي هذا الإطار فإن حرمان أصحاب الحقوق العقارية من شهر أحكامهم الناقلة للملكية العقارية في حالة عدم إشهار السند السابق يمكن اعتباره بطريقة ضمنية لعدم شهر السند السابق ومن ثمة فإن الشهر في التشريع الجزائري يترتب عليه إنشاء الحق ولا يحتاج في جميع الأحوال إلى تقرير هذا الجزء لحمل المتعاملين على شهر سنداتهم وحقوقهم إذ أنه في الحقيقة أن اقبالهم على الشهر راجع بأن تخلف الشهر يمنعهم من انتقال الحق اليهم أو نشأته كما يجعل تلك الأحكام القضائية أو التصرفات الغير مشهورة غير قابلة للاحتجاج بها لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير.

وعلى هذا فإن المادة 88 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص على أنه "لا يمكن القيام بأي اجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود اشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة انتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الاخير وذلك مع مراعاة احكام المادة 89 ادناه.." التي شرعت مبدأ الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق جاءت في صداد تعداد شروط تنفيذ عملية الشهر وليس في صداد آثار الشهر أو جزءا تخلفه لأنه لا يمكن إجراء أي عملية للشهر في المحافظات العقارية من أي شخص لأي سند ما لم يكن سند المتصرف أو المالك السابق قد سبق شهره أو على الأقل تم شهره بشكل متزامن مع السند المقدم للإشهار².

وعلى هذا فإن الهدف من ذلك هو ضمان تسلسل انتقال الحقوق ومنع التصرفات الموازية والمتكررة من نفس المتصرف على نفس العقار وحماية صاحب الحق الجديد³، كما يهدف إلى بسط رقابة المحافظ العقاري على كافة التصرفات، بالإضافة إلى احترام قاعدة الشهر المسبق في القانون الجزائري، كما أنه

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 603.

² المرجع نفسه، صفحة 603 و 604.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 149.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

في القانون الفرنسي يدعم الطابع الالزامي للشهر ويضمن اخضاع التصرفات التي تدخل في إطار نظام الشهر الاختياري في فرنسا إلى الشهر وتكريسا لهذا المبدأ فإن المحافظ العقاري ملزم برفض إيداع العقود والأحكام المطالب اشهارها، كما يمكنه في حالة قبول الايداع أن يرفض إجراء اشهرها إذا ثبت لديه أن سند المتصرف الذي تلقى بموجبه الحق الذي يقدم على التصرف فيه لم يسبق إشهاره، بل حتى في حالة الاشهار المسبق فإن المحافظ العقاري يمكن له أن يقرر رفض إجراء الشهر إذا ثبت لديه من خلال قيامه بالمراقبة الدقيقة التي يجريها عدم التطابق بين البيانات الخاصة بتعين العقار أو التعريف بهوية الأشخاص المدونة في السند المشهر مسبقا وبين البيانات المدونة على السند الجديد المطلوب إشهاره¹.

الفرع السادس: تقرير المسؤولية المدنية كجزء لتخلف شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية
إن عدم شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية قد يؤدي إلى الإضرار بالغير الذي قد يتعامل بناء على بيانات مخالفة للحقيقة فهي مثلها مثل التصرفات القانونية الأخرى الناقلة للملكية العقارية (العقود الرسمية)، إذ أن اغفال الشهر يترتب عليه مسؤولية مدنية تقع على عاتق المتسبب في ذلك الضرر والذي عادة يكون أما الموثق أو المحافظ العقاري أو كاتب الضبط.
وتعتبر المسؤولية المدنية في الحقيقة كجزء اضافي في حالة الاخلال بالزامية الشهر أو عدم احترام آجال الشهر².

وقد وردت المسؤولية المدنية الناتجة عن تخلف الشهر أو الخطأ في المادة 23 من الأمر 75-74 المتضمن المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري التي تنص على أنه "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير التي يرتكبها المحافظ أثناء ممارسة مهامه والدعوى بالمسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام يحدد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر، وإلا سقطت الدعوى وتنتقادم الدعوى بمرور 15 عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير".

ومن ثمة فإن مسؤولية المحافظ العقاري بسبب عدم شهر الحكم تعد جزءا اضافيا لتخلف الشهر وذلك في حالة رفض الشهر بسبب اهمال أو توطأ بنية الأضرار إذ يمكن لصاحب الحكم القضائي الناقل للملكية الغير المشهر أن يعود على الدولة ممثلا بوزير المالية لجبر ضرره الذي أصابه جراء اغفال أو

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 605.

² STEPHANE PIEDELIVRE OP-CIT PAGE276 .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

تأخر المحافظ العقاري عن الإشهار شريطة أن يؤدي ذلك إلى استحالة إشهار الحق فيما بعد كان يسارع شخص في اشهار نفي الحق العيني الموجود بالحكم القضائي، أما إذا لم يحدث شيء من ذلك فإنه يجوز في كل الأحوال دعوة المحافظ العقاري إلى تنفيذ التزامه بالشهر أو مطالبته بتنفيذه عن طريق القضاء دون أن يكون هنالك مجال للحديث عن المسؤولية لعدم ثبوت أي ضرر في هذه الحالة¹، ولا يعد رفض الايداع بوجود خلل في السند المقدم للشهر بمثابة خطأ في جانب المحافظ العقاري ولا يترتب عليه المسؤولية المدنية .

كما تنص المادة 99 من مرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري على الغرامة بقولها في الفقرة الثانية على أنه: " ومن دون الاخلال بآثار الحقوق التي يمكن أن تنتج من عدم وجود الاشهار فإن عدم مراعاة الآجال المنصوص عليها في هذه المادة يعاقب عليها بغرامة مدنية قدره 100 دج تكون على محرري العقد المشار إليهم في المادة أو على أصحاب الحق الجدد الذين بعدم لجوئهم إلى مكتب الموثق قد امتنعوا أن يلتمسوا من أحد الموظفين العموميين إعداد شهادة بعد الوفاة".

وبالرجوع الى المادة 90 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي يحيل إليها المادة 99 فإن الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية المكلفة بتحرير العقود الذين يمتنعون عن تقديم العقود التي حرروها للشهر خلال الآجال المنصوص عنها في الفقرة الأولى من المادة 99 يكونون بسبب تأخرهم هذا ملزمين بدفع غرامة مدنية أصبحت قيمتها 1000 دينار بعد مراجعتها بقانون المالية لسنة 1999 في المادة 31².

الفرع السابع : الطعن في قرارات المحافظ العقاري ومسؤوليته

إن قيام المحافظ العقاري بإشهار أي محرر رسمي (عقد أو حكم قضائي) بالمحافظة العقارية يشكل في الحقيقة تصرفا إداريا يأخذ طبيعة القرار الإداري وهو من يجعل الوجود القانوني للمحرر باعتباره مصدرا للحق الذي يحمله ولولاه لأخذ حكم عدم، ولما كان قرار المحافظ العقاري قرارا إداريا فإنه يخضع لمراقبة المشروعية من قبل القاضي الإداري وتكون قراراته قابلة للطعن فيها عن طريق دعوى الإلغاء وفي حالة ما إذا تم قبول دعوى الطعن يترتب على ذلك قيام مسؤولية الدولة لكون ما صدر من المحافظ

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 609-610 .

² رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدية، صفحة 106.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

العقاري يشكل خطأ ترتب عليه اضرار بالغير وهو ما نصت عليه المادة 23 من أمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹ وهو ما سوف يأتي بيانه كما يلي:

أولاً : الطعن في قرارات المحافظ العقاري:

من أجل تجنب وتفادي لكل تجاوز وتعسف من المحافظ العقاري في استعمال صلاحياته وسلطاته في رفض الإيداع أو الإجراء بالنسبة للوثائق التي لم تحترم فيها الشروط القانونية السابقة ذكرها، فقد سمح المشرع للطرف المتضرر حق الطعن في قرارات المحافظ العقاري، وهذا ما نصت عليه المادة 24 من الأمر رقم 74/75 المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه: "تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة اقليمياً"، وبما أن المحافظ العقاري موظف إداري فإن جهة الطعن في هذه القرارات هي جهات القضاء الإداري، إذ أن عملية الاشهار العقاري تأخذ شكل القرارات الإدارية والنتيجة التي يصل إليها المحافظ العقاري سواء بقبول الشهر العقاري أم برفضه، يعد قراراً ادارياً يخضع لأوجه الطعن التي تخضع لها سائر القرارات الإدارية وفي المقابل يمكن للمتلئ الشخص المعنوي العام الذي له صفة التمثيل القضائي الدفاع عن موقفه القضاء².

إذ أنه يمكن أن يتم شهر حق عيني عقاري بسبب خطأ ارتكبه المحافظ العقاري أو بسبب وجود عيب في السند المشهر ينسب للأطراف والذي تنسب مسؤولية إشهاره إلى المحافظ العقاري لأنه لم يقوم بمهمته على أحسن وجه في قيامه بإجراءات الشهر³.

وعلى هذا يمكن للمعني بالأمر أن يقوم برفع دعوى ضد قرار المحافظ العقاري سواء تعلق برفض الإيداع أو الإجراء و ذلك خلال مدة شهرين من تاريخ استلام الرسالة الموصى عليها أو من تاريخ رفضه لها طبقاً للمادة 5/110 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري والتي تنص على أنه "... وأن تاريخ الإشعار بالاستلام أو تاريخ رفض الرسالة الموصى عليها أو تاريخ الاعتراف المشار إليه أعلاه يعتبر تاريخ انطلاق أجل الشهرين الذي يمكن أن يقدم خلاله الطعن المنصوص عليه في المادة 24 من الأمر رقم 74/75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري وتكون المحاكم

¹ مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 368 .

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 64 ، 65 .

³ موسى نسيمية، حجية العقود المشهورة، مذكرة ماجستير معهد الحقوق والعلوم الادارية، جامعة الجزائر سنة 1998-1999، صفحة 60 وما بعدها .

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

الإدارية هي المختصة للفصل في هذه الدعوى بموجب القانون العضوي رقم 98-02 المؤرخ في 30-05-1998 المتضمن إنشاء المحاكم الإدارية¹.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري لم يقدّم بوضع شروط خاصة لرفع الطعن القضائي ضد قرارات المحافظ العقاري وبالتالي تطبق القواعد العامة المقررة في كيفية رفع الدعاوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: مسؤولية الحفظ العقاري

إن المشرع الجزائري كما سبق الذكر جعل من إشهار التصرفات الواردة على الأملاك والحقوق العقارية بالمحافظة العقارية أساساً جوهرياً لوجودها القانوني، إذ يعتبر الإشهار العقاري مصدر للحق العيني العقاري ولا يمكن إخضاع أي تصرف عقاري على مستوى إدارة الحفظ العقاري إلا إذا كان مفرغاً في قالب رسمي² وهو ما نصت عليه المادة 61 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري "كل عقد موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"، ومن ثمة يقع منع على المحافظ العقاري يتمثل في مواصلة إجراءات الإشهار العقاري على مستوى المحافظة العقارية التي يديرها وإذا حدث وخالف قاعدة رسمية يكون قد منح الوجود القانوني لمعاملة غير ثابتة ويترتب عليه مسألة تأديبية ومدنية³.

إن المحافظ العقاري يعتبر المحور الأساسي في نظام الشهر العقاري ويلعب دوراً مهماً في تفعيل استقرار الملكية العقارية والحفاظ على حقوق الأشخاص ويكون طبيعياً إذن إن تقرر مسؤوليته وأن هذه المسؤولية قد تكون فردية وشخصية وقد تكون إدارية مرفقية فهي مسؤولية شخصية تقرر على محافظ عقاري في إطار شؤون المحافظة العقارية التي كلف بإدارتها ضمن دائرة اختصاصها الإقليمي وتكون مسؤولية إدارية تقع على عتب الوزارة التي يعمل المحافظ العقاري تحت وصايتها وهو ما يفهم من نص المادة 23 الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه ودعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة ترفع في أجل عام ابتداء من اكتشاف فعل الضار وإلا سقطت الدعوى

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 212.

² مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 89.

³ المرجع نفسه، صفحة 89.

الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

وتتقدم الدعوى بمرور خمسة عشر عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ وللدولة الحق في رفع الرجوع ضد المحافظ العقاري في الخطأ المرتكب من هذا الأخير¹ وترفع دعوى المسؤولية ضد الدولة خلال عام واحد ابتداء من تاريخ اكتشاف فعل الضرر .

وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري لم يعرف نظاما خاصا بالتعويض وإنما الدولة هي التي تتولى تحمل التعويضات الناجمة عن الأضرار المترتبة عن أخطاء المحافظ العقاري كأبي موظف، كما تمثل الدولة في مجال التعويض من طرف وزارة المالية وعلى مستواها يخصص مبلغ جزافي لضمان سداد مبالغ التعويض المستحقة لفائدة الأشخاص الذين تضرروا من أخطاء الموظفين كافة وللدولة الحق في الرجوع المحافظ العقاري بما سدده في حالة الخطأ الجسيم الذي أحدثه طبقا للمادة 23 من الأمر 74-75 السابق الذكر².

إن المشرع الجزائري وإن كان أخذ بنظام الشهري العيني و منح له أثرا منشئا للقيود فإن هدف من ذلك هو تأمين المعاملات العقارية وذلك من خلال قيامه بتحقيق المرونة بين المتعاملين في العقارات لان الشهر من شأنه إعلام الغير بالتصرفات الواردة على العقار وكذا الحقوق التي تنقله³، وعلى الرغم من تبني نظام السجل العيني من طرف المشرع الجزائري نظام السجل العيني كنظام للشهر العقاري إلا أنه يقع على عاتقه القيام بسد الفراغات التي وجدت من خلال اتباع هذا النظام فيما يتعلق بتكريس قواعد التقادم المكسب الذي يتعارض وهذا النظام، كما أن الأثر العيني والمتمثل في نقل الملكية العقارية سواء فيما بين المتعاقدين أو أي مواجهة الغير يبقى على حاله إلى حين استكمال إجراءات الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية .

وعليه فإن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية التي يصدرها القضاة والمتضمنة نقلا أو تعديلا أو انشاءا لحقوق عقارية على النحو السابق ذكره والمشهرة على مستوى المحافظة العقارية تصلح كسندات لإثبات ونقل الملكية العقارية مثلها مثل العقود الرسمية .

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 152.

² المرجع نفسه، صفحة 153 .

³ جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 190.

الباب الثاني:

شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية واثر ذلك

تعد الأحكام والقرارات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية بمناسبة نقل ملكية عقارية من قبيل السندات الرسمية شأنها شأن العقود الرسمية لأنها تتضمن حيثيات ومنطوق يحدد من هو الشخص الذي صرح أو حكم أو كشف له بالملكية العقارية أو كونه صاحب الحق العيني العقاري وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 27-04-2005 (العقد العرفي فيحل هذا القرار - ما دام حجبية الأمر المقضي به - محل العقد الرسمي استنادا إلى فكرة الحجية التي تسمو على فكرة البطلان، وحيث أن الطاعن عندما رفع دعوى طالبا فيها التصريح بالقول أن القرار المذكور أعلاه يحل محل العقد الرسمي فيعد ذلك من باب التزديد، ذلك أن الحكم القضائي إذا انقضت عليه مواعيد الطعن فيتحصن بالحجية ويصبح سندا رسميا ويحل محل العقد الرسمي قابل للإشهار بالمحافظة العقارية، ما دام يتضمن تأييد وجود التصرف القانوني الناقل للملكية العقارية طبقا لما تنص عليه المادتين 15-2 و 27 من الأمر المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري)¹.

وتتمثل هذه الحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية كما سبق الذكر في الباب الأول في الحكم القاضي برسو المزاد العلني (بيع جبيري) أو واقعة مادية (حيازة) ترتب نقل ملكية عقارية أو تعديلها أو أي حق عيني عقاري آخر وغيرها من الأحكام السابقة الذكر، وحتى تحقق هذه الأحكام الهدف المبتغى منها مثلها مثل العقود الرسمية يجب أن تشهر لتكون حجة بين الأطراف الصادرة بينها وعلى الغير إذ أن قيام القاضي بإصدار الحكم القضائي القاضي بنقل الملكية وحده لا يعد كافيا لإتمام نقلها على الرغم من أنه سند رسمي مثل العقد الذي يحرره الضابط العمومي، ولذلك يشترط فيها أن تكون نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه حتى تصلح للشهر في المحافظة العقارية سواء كانت هذه الأحكام والقرارات القضائية كاشفة أو منشئة للحق العيني العقاري .

في هذا الصدد فإن الواقع التطبيقي أظهر كثرة النزاعات بخصوص ذلك مما يتعين معه الوقوف في هذا الباب على ما يلي:

- الفصل الاول: الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية
- الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية وقيمتها القانونية

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية بتاريخ 27-04-2005، ملف رقم 299297، غير منشور مقتبس من كتاب حمدي باشا عمر، القضاء العقاري على ضوء احقق القرارات، الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، دار هومة، طبعة 14 سنة 2015، صفحة 249.

الفصل الاول :

الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

إن أهم الوسائل التي تحقق الائتمان العقاري وتهدف إلى تدعيم الملكية العقارية والوضع القانوني للعقار والحقوق العينية الواردة عليه هو الشهر العقاري¹، إذ يسمح هذا الأخير بالتعرف على مالك العقار ومساحته وحدوده وطبيعته والملاك الذين تداولوا على هذا العقار والحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوئها حتى ما إذا أقدم شخص على التعامل في هذا العقار بأي شكل كان بشرائه أو بقبول اكتساب أي حق من الحقوق العينية الأخرى عليه كان على دراية وبينه من أمره وعلى علم من تحقيق الهدف المقصود من تصرفه، الأمر الذي يجعل من هذه الحقوق العقارية قابلة للتداول بشكل أسهل².

وعليه فإن الأحكام القضائية الصادرة بشأن فض النزاعات العقارية المتعلقة بنقل الملكية العقارية، يشترط فيها أن تكون نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه حتى تكون محلا للشهر في المحافظة العقارية³ سواء كانت هذه الأحكام و القرارات القضائية كاشفة أو منشئة للحق العيني العقاري .
ومن هذا المنطلق سوف أتطرق الى عملية الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية كما يلي :

المبحث الأول : ماهية الشهر العقاري

المبحث الثاني : إجراءات الشهر العقاري لأحكام القضائية

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 13 .

² معوض عبد التواب، السجل العيني علما وعملا، دون طبعة، دار الفكر العربي مصر 1958، صفحة 7 .

³ ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، دار هومة سنة 2010، صفحة 80 و81.

المبحث الأول: تحديد ماهية الشهر العقاري

إن جل المجتمعات قامت بالعمل جاهدا من أجل تحقيق الاستقرار والثبات في مجال المعاملات الواردة على الملكية العقارية والائتمان العقاري بهدف بعث الطمأنينة والثقة لدى المتعاملين ومنع المضاربة وكان السبيل في الوصول الى ذلك هو وضع نظام قانوني خاص يتلاءم وطبيعة العقارات ويجعل من المعاملات والتصرفات العقارية تتم بصورة علانية ظاهرة للعيان لا يمكن انكارها، بحيث يمكن لكل متعامل من معرفة الوضعية القانونية للعقارية للعقار محل التعامل من خلال معرفة المالك الأخير ومجموع التصرفات القانونية الواردة عليه وذلك قبل أن يقوم بالإقبال عليه ويتصادف مع أي اشكال¹.

وتجدر الإشارة أن نظام الشهر العقاري في كل دول العالم يقوم على نظامين دون سواهما هما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، وقد تبنى المشرع الجزائري في الحياة العقارية النظامين عبر مرحلتين واستقر في الأخير على نظام الشهر العيني وعليه سوف أتطرق من خلال هذا المبحث إلى تحديد مفهوم الشهر العقاري في المطلب الأول ثم في المطلب الثاني إلى الأنظمة المتبعة في الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري

إن عملية الشهر العقاري ترد على الحقوق العينية الأصلية والتبعية إذ لا يمكن بأي حال من الأحوال الاحتجاج بسندات نقل الملكية العقارية وإثباتها سواء كانت أحكام أو قرارات قضائية أو عقود رسمية أو قرارات إدارية إلا بعدها شهرها، إذ لزم المشرع الجزائري القائمين على تحريرها بذلك بما فيها الأحكام القضائية، إذ لا قيمة لها بدون شهر وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرار الصادر بتاريخ 09-12-2012 ملف رقم 697874 (تكون الأولوية للعقد الإداري المشهر على الحكم القضائي الغير مشهر عند المنازعة في الحقوق الواردة فيهما)²، وسوف أعرض في هذا المطلب تعريف الشهر العقاري في الفرع الأول ثم أحدد قواعد الشهر في الفرع الثاني كما يلي:

الفرع الأول : تعريف الشهر العقاري

يتحدد معنى الشهر من خلال التعريف اللغوي ثم التعريف الاصطلاحي كما يلي :

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 13.

² قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 09-12-2012 ملف رقم 697874، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني سنة 2012، صفحة 376.

أ - التعريف اللغوي:

إن كلمة الشهر من فعل شهر بمعنى أظهره في شئ¹ ويقال شهر الشيء أي أعلنه وأذاعه²، أما كلمة عقاري فالمقصود منها كلمة عقار وهو كل ملك ثابت له أصل مثل الدار والأرض وغيرها³.

ب - التعريف الاصطلاحي:

إن المستقر عليه قانونا وقضاء أن الشهر العقاري ليس بالفكرة الحديثة بل هي قديمة قدم الملكية العقارية وقد عرفت منذ وقت بعيد⁴ ثم تطورت هذه الفكرة إلى أن تم ضبطها من خلال نظام قانوني يدعى بنظام الشهر يهدف إلى ضمان وصيانة المعاملات العقارية التي تقع بين الأشخاص وهذا حفاظا على حقوق كل طرف وتجنبنا لوقوع أي غش ومنع استعمال جميع أشكال وأساليب التحايل المختلفة وما يترتب عليها من آثار تؤدي إلى ضياع الحقوق والأموال وزعزعة المعاملات العقارية وإثقال كاهل الجهات القضائية بطرح هذه المنازعات ومن بين السبل التي اعتمدها الدول في ذلك هو اعتماد نظام الشهر الذي يسعى إلى إصباح المعاملات العقارية المختلفة و التصرفات القانونية بطابع العلانية .

وإذا كانت غالبية التشريعات قد اعتمدت على الإخذ بنظام الشهر العقاري إلا أنها لم تسلك في سبيل تحقيق ذلك طريقا واحدا وإنما اختلفت⁵، وقد نجم عن ذلك وجود نظامين للشهر العقاري فالأول نظام يتم بموجبه شهر التصرفات القانونية التي ترد على العقارات وذلك بالاعتماد أساسا على أسماء ملاكها خاصة المتصرفة وذلك من خلال إنشاء سجلات يدون فوقها التصرف الوارد على العقار باسم المتصرف وتوضع هذه السجلات بواسطة فهارس منضمة بأسماء المتصرفين ويقدم لصاحب المصلحة شهادة بالتصرفات القانونية، وهذا من أجل أن يتأكد من الشخص الذي يريد التعامل معه هو فعلا مالك العقار ولا يزال مالكا له من عدمه ويطلق على هذا النظام بنظام الشهر الشخصي⁶، ونظام ثاني يكون فيه الشهر على أساس مواصفات العقار ذاته وليس أسماء المتصرفين، إذ يخصص لكل عقار صحيفة

¹ بطرس البستاني قطر المحيط قاموس لغوي ميسر مكتبة لبنان، طبعة رقم 02 لسنة 1995، صفحة 486، جملة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، دار مليلة الجزائر سنة 2014، صفحة 121.

² عبد الهادي ثابت، اللسان العربي الصغير، قاموس عربي، دار الهداية الجزائر، صفحة 229، جملة زايدي إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 121.

³ عبد الهادي ثابت، اللسان العربي الصغير، قاموس عربي، المرجع السابق، صفحة 229.

⁴ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، الطبعة الثانية سنة 2015، صفحة 15.

⁵ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 61 و 62.

⁶ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 13 و 14.

ويطلق عليه المشرع الجزائري تسمية البطاقة العقارية حسب الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وأن السجل العقاري الذي ينشئ يدون فيه كل ما يرد على العقار من تصرفات قانونية بحيث يكون كافيا على صاحب المصلحة الذي يريد القيام بالتعامل بشأن العقار مجرد الإطلاع على الصحيفة الخاصة به فيتم الوقوف على حقيقته من حيث المساحة والحدود ومن حيث المالك الحالي والملاك السابقين ويسمى هذا النظام بنظام الشهر العيني¹ ومهما يكن فإن هدف الشهر العقاري يصبو إلى تحقيق مغزى واحد هو تحديد وتنظيم هوية كل عقار على حدى.

ولقد تعددت التعاريف الخاصة بالشهر العقاري وذلك بحسب تعدد زوايا الرؤى والاتجاهات فهناك من اعتبره عملا فنيا وتقنيا وهناك من أطلق عليه أنه نظام قانوني يضمن به حق الملكية العقارية وهناك من رأى أنه مجموعة من الإجراءات والشكليات التي تتم على مستوى هيئة عمومية تتمثل في المحافظة العقارية المختصة²، وسوف أحاول أن أسرد بعضها كما يلي:

1- التعريف الأول: الشهر العقاري هو عبارة عن إجراء يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية ومنع المضاربة وتحقيق الثقة³.

2- التعريف الثاني: يعرف الشهر العقاري على انه ذلك النظام الذي يرمي إلى شهر التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها ويتم هذا الشهر من خلال إثبات التصرفات القانونية المذكورة في سجلات يمكن بعدها الاطلاع عليها وأخذ الشهادات بما جاء فيها من بيانات وقيود مبينا حالة الحقوق العينية العقارية⁴.

¹ عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع مصر 1989، صفحة 9 و10.

² جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 123.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، لسنة 2003.

⁴ حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية ببيروت لبنان، صفحة 11.

3- **التعريف الثالث:** يعرف الشهر العقاري كذلك على أنه ذلك النظام المتكون من مجموعة من الإجراءات الفنية التي يقع عبء تنفيذها على كاهل هيئة عمومية تسمى غالباً بالمحافظة العقارية ويهدف إلى إعلام المتعاملين بالحقوق والأعباء الموجودة على العقارات محل المعاملة¹.

4- **التعريف الرابع:** يقصد بالشهر العقاري بأنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها إظهاراً بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها ويعتبر من الأهداف التي ترمي إليه معظم تشريعات العالم من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية ومنع المضاربة وتحقيق الثقة اللازمة فيها².

5- أما الدكتور عبد الرزاق السنهوري فيعرف الشهر العقاري على أنه "الحق العيني نافذ بطبيعته في حق الكافة فكان الواجب شهره أي إيجاد طريقة تيسر لدى المصلحة من المتعاملين العلم مادام هذا الحق نافذ في حقه حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل مع الغير وشهر الحقوق العينية يكون بإثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات وأخذ شهادات بها"³.

يستخلص من خلال التعاريف المشار إليها أعلاه أن الشهر العقاري هو عبارة عمل فني وتقني يصبو إلى تسجيل مختلف التصرفات القانونية التي تقع على العقارات وذلك من أجل إعلام الكافة بالحالة القانونية الراهنة أو الحالية للعقارات أو الحق العيني العقاري .

وعليه فإن الشهر العقاري وسيلة وضعها القانون في متناول الدولة لإعلام الأشخاص ولكي تضمن معلومة دقيقة على الحقوق العقارية ولكي تضمن ذلك فرصت إجراءات الإشهار والذي يبين الوصف المادي للعقارات من حيث الشكل والقياسات المادية التي تتطلب مسح الأراضي والوصف القانوني للعقارات من خلال تسجيل الحقوق في الدفاتر أو السجلات العقارية⁴.

ومن أجل تحقيق الشهر العقاري لمعناه وفق لما رسمه القانون يتعين احترام في ذلك بعض القواعد أتتاولها في الفرع الموالي:

¹ بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية 2009-2010، صفحة 52.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، طبعة الرابعة 2014، صفحة 13.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني العقود التي تقع على الملكية، ج 4، البيع و المقايضة، دار احياء التراث العربي، بيروت لبنان 1952، صفحة 434.

⁴ عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر - العقار-، دار هومة، الجزائر 2004، صفحة 153.

الفرع الثاني: قواعد الشهر العقاري

من أجل نقل الملكية العقارية وتحقيق فكرة الائتمان العقاري بات من الضروري اتباع نظام دقيق ومستقر لحفظ الوثائق وشهرها وذلك حتى يتمكن المقبل على التعامل في عقار معين من معرفة ما يتقل العقار من أعباء والتزامات ومن ثمة تسهيل تداول الاموال العقارية¹ وإحاطة الغير بذلك وعلى هذا فإن شرط الشهر بات ضروري لحجية الحقوق العينية لذلك تم تجسيده من طرف الدولة الجزائرية وذلك من خلال القيام بالشهر العقاري وضبط سجلات المعلومات الخاصة بالعقارات والمفيدة للغير، إذ يلعب الشهر العقاري دور إعلامي بالنسبة للغير يتيح معرفة الحقوق العينية الممارسة على العقار ودور وافي يسمح تجنب حق الملكية إلى شخصين مختلفين، ومن ثمة حماية الملكية العقارية واستقرار وسهولة للمعاملات العقارية².

وتطبيقا لذلك فقد نص المشرع الجزائري على قاعدتين جوهريتان يتعين توافرها في العقود والوثائق الخاضعة للإشهار مع مراعاة الاستثناءات المنصوص عليها في هذا الشأن وتتمثل هاتين القاعدتين فيما يلي:

أ- قاعدة الرسمية :

إذا كانت القاعدة العامة في المدني هو اتباع مبدأ الرضائية في العقود في القانون الجزائري استنادا إلى مبدأ سلطان الإرادة وأن العقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون حاجة إلى شكل معين فيكفي تطابق الارادتين لإنشاء العقد³ إلا أنه يرد هناك استثناء على هذا المبدأ أين يكون العقد شكليا، ويعتبر الشكل في هذه الحالة ركن للانعقاد، كما هو الشأن في حالة بيع العقار فلا يرتب العقد أي أثر بين المتعاقدين إلا إذا قدم على الشكل الرسمي وشهره على مستوى المحافظة العقارية⁴.

¹ رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البلدة سنة 1999-2000، صفحة 09.

² عمار علوي، الملكية و النظام العقاري في الجزائر - العقار - المرجع السابق، صفحة 153.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 85.

⁴ المادة 61 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976، المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30 الصادرة في 13-04-1976 (كل عقد يكون موضوع اشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم =على الشكل الرسمي)، جميلة زايدي إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 139 و 140.

ويمكن القول أن قاعدة الرسمية كأساس للشهر هي الأنسب لذلك لأن العمل وفق هذه القاعدة له مزايا منها على سبيل المثال أذكر أن تدخل الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة بتحرير العقد بما يزيد من قانونية المحرر وحيثته¹، إذ أن افراغ التصرف في قالب الرسمي من الموظف العام أو الضابط العمومي يؤدي بشكل حتمي وأكد إلى احترام الشروط القانونية المطلوبة بتحديد الأطراف بدقة وتحديد العقار بصفة نافية للجهالة وهي المهام التي تناط بالمحافظ العقاري لمراقبتها وفق لما جاء به الأمر رقم 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري².

- لقد أكد المشرع على ضرورة توافر قاعدة الرسمية في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو تصريح حق من الحقوق العينية العقارية وعلى كل ما يرد على الملكية العقارية من تصرف وذلك عن طريق إثبات هذه التصرفات في محرر ينجزه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وتبعاً لذلك تكون الأحكام والقرارات القضائية سنداً رسمية³، وقد نصت المادة 61 من مرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

إن المشرع اشترط صفة الرسمية في جميع العقود والوثائق الخاضعة للشهر ولم ينص على أي استثناء لهذا المبدأ فكل عقد لا يستوفي صفة الرسمية يكون محل للرفض من قبل المحافظ العقاري لأن هذا المبدأ لا يعتبر مجرد إجراء شكلي بل هو في نفس درجة الشهر⁴، ومن ثمة فإن الملكية العقارية لا تثبت إلا بموجب سندات رسمية وهو ما كرسه مجلس الدولة من خلال القرار المؤرخ في 28-06-2000 (من المستقر عليه قانوناً أن الملكية العقارية لا تثبت إلا بموجب سندات رسمية تتمثل في العقود التوثيقية والعقود الإدارية المشهورة بالمحافظة العقارية، أما الشهادات الإدارية المحررة من طرف رؤساء البلديات فهي لا تعد سندات قانونية)⁵.

¹ حسين بطيمي، برهان القاضي والمتقاضي، مجلة الموثق دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد رقم 10، صفحة 28.

² الأمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92 الصادرة في 18-11-1975 .

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 86.

⁴ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 140.

⁵ قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 28-06-2006 ملف رقم 024778، المنشور بمجلة مجلس الدولة، رقم 08-2006، صفحة 229.

فالعقد الرسمي تناولته المادة 324 من القانون المدني وذلك بقولها أنه "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته".

إن الملاحظ من خلال هذا التعريف الذي أورده المشرع الجزائري أن العقود الرسمية متنوعة وتختلف بحسب الجهة المختصة في إصداره فقد تكون عقود يقوم بها موظف عام وتحمل توقيعها وقد تكون أحكام قضائية يصدرها القضاة ويقوم كتاب أقسام الضبط بتحرير لها الصيغة التنفيذية وقد تكون عقود تتضمن الدولة طرفاً فيها كعقود بيع الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة أو تأجيرها من طرف مصالح أملاك الدولة والهيئات العمومية المؤهلة لذلك وكذا العقود التي تتنازل الدولة بموجبها على الأملاك العقارية لصالح الأشخاص وكذا العقود الرسمية التي يحررها الضابط العمومي وهو الموثق حسب ما تقتضيه مهنته¹.

إن ضرورة إخضاع المحررات الخاضعة للشهر العقاري إلى قاعدة الرسمية له عدة منافع فهو يعتبر حماية للأطراف المتعاقدة لتبهيهم على خطورة ما هم مقدمون عليه، بالإضافة إلى أن تدخل الموظف العمومي أو الضابط العمومي في تحرير العقد يزيد من قانونية المحرر وقيمتها القانونية إذ يمنحها المشرع حجية كاملة على ما تضمنته إلى غاية أن يتم الطعن فيها بالتزوير ومرد ذلك هو أن إفراغ التصرف من طرف الموظف العام أو الضابط العمومي يؤدي إلى احترام الشروط القانونية المطلوبة الخاصة بتحديد أطراف العقد بدقة وتعين وتحديد العقار تحديداً نافياً للجهالة وهي المهام التي يقوم المحافظ العقاري بالحرص على مراقبتها وفقاً لما نص عليه الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، كما بإمكان الدولة من بسط رقابتها على السوق العقارية والتدخل للقيام بالتقليل من المضاربة غير المشروعة في مجال المعاملات العقارية وتمكينها أيضاً من فرصة لتحصيل مستحقات الخزينة العمومية².

موقف القضاء من قاعدة الرسمية:

لقد عرف الاجتهاد القضائي في الجزائر مواقف متذبذبة ومتباينة في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة عقود عرفية، فرغم صراحة النصوص القانونية ووضوحها، إلا أنّ المحكمة العليا في الكثير من الأحيان لم تسايها بل تجاهلتها وأكدت صحة العقود

¹ جمال بوشافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، صفحة 141.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 86 و 87.

العرفية، وفي هذا الإطار فقد انقسم رأي القضاة بين فريق يرى من الضروري القيام باحترام نص المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، وبين فريق من القضاة قاموا باعتبار العقود الرسمية ما هي إلا عبارة عن وسيلة للتعبير عن الإرادة وهو ما استدعى ضرورة انعقاد الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقاً لمقتضيات القانون رقم 89/22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها من أجل القيام باتخاذ موقف توحده به الاجتهاد القضائي.

أولاً : الرأي السابق للمحكمة العليا:

لقد منحت المحكمة العليا في ظل الاجتهاد القضائي القديم للعقود العرفية حجية كاملة في عملية نقل الملكية، محاولة بذلك تأييد اتجاه المحاكم التي تقضي بصحة هذه العقود وإلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري وفي حالة امتناع المطلوب قام الحكم مقام العقد، فلم تكن تعتبر الرسمية ركناً لانعقاد بل هي شرط للإثبات، إذ جاء في قرارها الصادر في 1990/02/07 تحت رقم 57930¹ أنه "إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تمّ بين البائع والمشتري وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا والمحل والثمن ولم ينكر البائع ذلك، ولم ينازع في أركانه فإنه يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية، أما أن تلغي عقداً تام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون."

وجاء في قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا تحت رقم 61796 بتاريخ 1990/11/19 غير منشور "حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و361 وليس المادة 12 من الأمر 70/91 غير القابلة للتطبيق في قضية الحال، وأن المشرع قد قصد فعلاً تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين²."

وقد تم تأكيد هذا الاتجاه بموجب قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 1995/05/05 تحت رقم 108/108 غير منشور ".. وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فإنّ قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط."

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/02/07 تحت رقم 57930، "تطبيقات قضائية في المادة العقارية، صفحة 27-31 .

² تعليق على قرار الغرف المجتمعة 1997/02/18 بقلم السيدة يونسى حداد نادية، محامية لدى المحكمة العليا - ترجمة السيد عبد العزيز أمقران، قاضي ملحق بالمحكمة العليا، المجلة القضائية عدد 01 سنة 1997، ص 212-224 .

كما أن هناك فريق آخر يختلف عن ما ذهب إليه الفريق السابق وخاصة لما ذهب إليه في القرار الصادر في 1981/10/21 وآخر في 1982/07/17 (غير منشور) جاء فيها أنّ المحررات العرفية في شكل عقود عرفية هي وعد بالبيع و على هذا الأساس لا تسمح للمستفيد إلاّ المطالبة بإتمام الإجراءات أمام الموثق أو بالتعويض إذا لم يتحقق الاتفاق، إذ خلص القرار المؤرخ في 21 أكتوبر 1981 "بأنّ العقد العرفي لا يشكل إلاّ وعدا بالبيع و بإمكان المشتري المطالبة بتجسيد البيع في شكل عقد توثيقي، وأنّ حالة عدم التنفيذ لا تخول إلاّ الحصول على التعويضات المدنية".

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

- أنّ البيع ينتج آثاره بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتحديد ثمن العين المبيعة؛

- أنّ المادتين 351 و 361 من القانون المدني تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل نقل الملكية؛

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

- أنّ الاحتكار الذي كان ممنوحا لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية في المجال الحضري بموجب الأمر 26/74 المتعلق بالاحتياطات العقارية للبلدية الملغى بموجب قانون التوجيه العقاري، الذي كان يستثني الأراضي المعدة للبناء التي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص إلاّ لصالح البلدية، مقابل ثمن يتم تقويمه من قبل مصالح أملاك الدولة، هو الذي جعل المواطنين يلتجئون إلى المعاملات العرفية، وما جعل المحكمة العليا تتماشى مع هذا الواقع الاجتماعي وتتعاطف مع المتقاضين، وربما أيضا لعدم اقتناع قضاة المحكمة العليا بالقيود الشديدة التي فرضها هذا القانون.

ونظرا لهذا التباين في قرارات المحكمة العليا والإشكالات الناتجة عن تطبيق القواعد القانونية بخصوص الرسمية، فإن ذلك قد استدعى انعقاد الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا للنظر فيه وذلك بمناسبة عرض الملف رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997.¹

ثانيا : الرأي الحديث للمحكمة العليا

في ظل تضارب الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بصحة العقود العرفية، فقد أصدرت المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة قرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 في قضية بن عودة أحمد ضد عريس حميد يؤكد على ضرورة احترام نص المادة 324 مكرر 1 سيما ركن الرسمية لصحة العقود، بل أكثر من ذلك يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة كانوا عليها قبل إبرام العقد العرفي.

فتم التأكيد على الرسمية من خلال الردّ على الوجه الوحيد المثار والمأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، بدعوى أنّ عملية بيع المحل التجاري تخضع لأحكام المادتين 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وأنه يجب اثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، إلا أنّ القرار المنتقد رفض الدفع الخاص ببطلان العقد العرفي و قضى بصحته وجاء في حيثياته: "حيث أنّه يتبين من القرار المطعون فيه أنّ قضاة الاستئناف اعتبروا أنّ العقد العرفي المحرر بتاريخ 22/08/1988 بين....المتضمن بيع قاعدة تجارية....عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن ويترتب عليه التزامات شخصية ونتيجة لذلك قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق.

حيث أنّ قضاءهم هذا، يخرق أحكام المادة 79 من القانون التجاري والمادة 324 مكرر 1 مدني لكونهما يشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي.....والآ كان باطلا".

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

ويتبين من خلال القرار المعروض، بأن المحكمة العليا قد قامت بتعديل قرارها واجتهاداتها بخصوص صحة هذه العقود العرفية وبهذا تكون قد طبقت القانون تطبيقا حرفيا، والذي يستدعي إفراغ العقد الذي يتضمن نقل ملكية العقارية أو الحقوق العقارية أو محلات تجارية أو صناعية في الشكل الرسمي.

¹ المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01، صفحة 10.

ولقد تمّ التأكيد على الرسمية مؤخرا في قرارين صادرين عن مجلس الدولة الأول بتاريخ 2000/02/14 تحت رقم 186443، الثاني بتاريخ 2000/04/26 تحت رقم 210419 (غير منشورين)، وجاء في القرار الأخير " أنّ المادة 324 مكرر 1 مدني توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي، مع دفع الثمن للموثق، وأنّ الرسالة المحتجّ بها والعقد العرفي لا تعد عقد بيع من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن الاستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر للإدارة (والمتمثلة في إتمام إجراءات البيع والشهر للعقد¹.

ويجب التنبيه أن الحل القانوني الذي وصلت إليه الغرف المجتمعة يتعلق بمدى حجية العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية، لكن يمكن توسيع نطاق هذا القرار ليشمل أيضا جميع المعاملات الواردة في صلب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني خاصة تلك المتعلقة ببيع العقارات المبنية وغير المبنية.

فخلاصة القول أنّ القرار المؤرخ في 18/02/1997 جاء في الوقت المناسب لكي يتم توحيد الاجتهاد القضائي في نقطة قانونية مهمة وحساسة وللتأكيد على وجوب التطبيق السليم للقانون ويعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون، لكونه يفرض على المواطنين احترام الشكل الرسمي في المعاملات العقارية حفاظا على حقوقهم وحقوق الدولة التي حرمت فترة من الزمن من إيرادات هامة².

ب- قاعدة الشهر المسبق او ما يسمى بالأثر النسبي :

تعد قاعدة الشهر المسبق للتصرفات والمعاملات القانونية التي ترد على العقارات من الضمانات الأساسية لتسلسل انتقال الحقوق العقارية، كما أنها تمنع خلق روابط موازية لها من شأنها إحداث التباس وتشابك في انتقال الحقوق³، إذ حرص المشرع الجزائري في عملية الشهر على ضرورة مبدأ الشهر في مجموعة البطاقات العقارية وبالتالي ضمان استقرار الملكية العقارية والائتمان العقاري⁴، إذ نصت المادة 88 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على مبدأ الشهر المسبق بنصها (لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو

¹ بوصوف موسى، محافظ دولة مساعد بمجلس الدولة، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، محاضرة أقيمت بمناسبة أيام دراسية بوهان، مجلة مجلس الدولة 2002، عدد 2، ص 29 .

² حسان بوعروج، نائب رئيس الأول للمحكمة العليا ورئيس الغرفة التجارية والبحرية، تعليق على قرار الفرق المجتمعة، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية صفحة 43،42.

³ جميلة زبيدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 149.

⁴ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري المرجع السابق، صفحة 150.

القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة (89)، فالشهر المسبق يحقق الطمأنينة في المعاملات العقارية ويبين صاحب الحق الأخير الوارد على العقار الذي يمكن معرفته بمجرد الاطلاع على البطاقة العقارية المسوكة بمصلحة الشهر العقاري¹.

ويستخلص من خلال هذا النص أن عملية شهر أي عقد أو وثيقة رسمية تتضمن تصرف وارد على عقار يعتبر مستحيلا في نظر القانون في حالة غياب الشهر المسبق للعقد أو الوثيقة التي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه، ويلاحظ أن هذه القاعدة تحمي المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك لمنع المتصرف السابق من التصرف في العقار أو التنازل عنه مرة أخرى وذلك ابتداء من تاريخ الشهر وهو ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من المادة 88 من مرسوم 76 - 63 المتضمن تأسيس السجل العقاري (إنه ابتداء من الأشهر المعطى للعقد أو القرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد صاحب السابق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو الغاء أو نقض حق عيني عقاري)². غير أنه هناك استثناءات ترد على قاعدة الشهر المسبق هي :

الاستثناءات المنصوص عليها في المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري:

وهي تتعلق بالإجراء الأول بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من نفس المرسوم ويكون ذلك بعد النتائج الأولية لعمليات مسح الأراضي العام اذ تبين أنه في بعض بلديات الوطن أن عدد كبيرا من الوحدات العقارية المحددة مملوكة بدون وثائق رسمية وسندات قانونية الأمر الذي يصعب تحديد المالكين الشرعيين بصفة أكيدة³، وعليه فإن الإجراء الأولي الرامي إلى إيداع الوثائق العقارات الممسوحة ليست بحاجة إلى إشهار مسبق كي يتم تسجيلها بالمحافظة العقارية لأن الهدف من عملية المسح العام للأراضي إنما هو لتأسيس السجل العقاري الذي يمثل النطاق الطبيعي للوضع القانوني الحالية للعقارات⁴.

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 92.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 150.

³ جميلة زابدي، إجراءات نقل الملكية العقارية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 142.

⁴ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 93.

الاستثناء الثاني يتعلق بالعقود التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 01-01-1971: إذ أصبح بالإمكان شهر العقود والوثائق التي يتم تحريرها بصفة مؤكدة قبل هذا التاريخ من طرف القضاء سابقا والتي لم يكن أصحابها ملزمون بشهرها بالإضافة إلى ذلك العقود العرفية التي تم تسجيلها من قبل الأطراف لإعطائها تاريخا ثابتا¹.

الاستثناءات المنصوص عليها في التشريعات العقارية الأخرى: ومنها شهر عقود ملكية الأراضي المتنازل عنها في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية بالاستصلاح، إذ أن قانون 83-18 المؤرخ في 13-08-1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية يهدف إلى تشجيع المواطنين على الهجرة إلى الجنوب لتعمير أراضيها واستصلاحها لتصبح قابلة للفلاحة لتحقيق التوازن بين الشمال والجنوب من حيث الكثافة السكانية ومن حيث التنمية الاقتصادية والاجتماعية².

شهادة الحيازة : وهي عبارة عن مقرر إداري يكتسي طابع رسمي يثبت من خلاله للحائز الظاهر حق الحيازة على العقار محل الشهادة بعد إتمام إجراءات تسجيلها وإشهارها والحقيقة أن هذه الشهادة لا ترقى إلى سند لإثبات الملكية أو نقلها³، ولكن يمكن أن تكون سندا قويا لاكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقا للمادتين 39 و 40 من القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري⁴.

اشهار شهادة اكتساب الملكية بالتقادم المكسب " عقد الشهرة ":

تنص المادة 01 من المرسوم 83-352 المؤرخ 21-04-1983 المتضمن إثبات التقادم وإعداد عقد الشهرة والمتضمن الاعتراف بالملكية⁵ على أنه كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن لإجراء المحدث بالأمر رقم 75-74 المتضمن مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري عقار من نوع الملك حيازة مستمرة غير منقطعة ومتنازع عليها وعلاوية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام

¹ مجيد خلفوني نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة رقم 02 لسنة 2008، صفحة 142.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق، العينية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 115.

³ جميلة زايد، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 143.

⁴ القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتعلق بالتوجيه العقاري المنشور في الجريدة الرسمية، العدد 49 الصادرة في 18-11-1990 .

⁵ المرسوم 83-352 المؤرخ 21-04-1983 المتضمن إثبات التقادم وإعداد عقد الشهرة والمتضمن الاعتراف بالملكية منشور في الجريدة الرسمية الصادرة في 24 ماي 1983، العدد 21. ملغى

الامر 58-75 المتضمن القانون المدني¹ يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص اقليميا.

الفرع الثالث: الشروط القانونية للشهر العقاري في التشريع الجزائري

على غرار باقي التشريعات فإن المشرع الجزائري وبغية منه في إرساء قواعد دقيقة ومحكمة لتنظيم عملية الشهر العقاري على أسس قوية والسير في وضع نظام الإشهار العقاري الجديد المؤسس بموجب الأمر 74-75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المتمثل في نظام الشهر العيني فقد منح للمحافظين العقاريين سلطات وصلاحيات واسعة تتجلى في مراقبة مدى توفر الشروط القانونية للسندات العقارية المقدمة له لإخضاعها إلى الشهر العقاري على رأسها الأحكام القضائية².

وتتمثل هذه الشروط على وجه التحديد في شروط قانونية خاصة بتعيين الاطراف وشروط تتعلق بتعيين العقارات وهو ما سوف يتم تبيانها كما يلي:

أ- الشروط القانونية المتعلقة بتعيين الاطراف :

إن إيداع الوثائق العقارية قصد شهرها يهدف إلى نقل الحقوق العينية والأصلية والتبعية أو ترتيب حقوق عليها ولكي تنتقل هذه الحقوق لابد أن يكون التصرف صادرا من المالك الحقيقي ومشملا على كل المعلومات المتعلقة بأطراف التصرف والعقار محل التصرف وهذا لتمكين إتمام إجراءات الشهر بطريقة سليمة ومضمونه³، فقد يكون الشخص المالك للحكم القضائي أو العقد الناقل للملكية العقارية شخصا طبيعيا أو معنويا لذلك هناك بيانات تتعلق بالأشخاص الطبيعية وأخرى بالأشخاص المعنوية .

1 - البيانات المتعلقة بهوية الأشخاص الطبيعية :

إن العقود والأحكام والقرارات القضائية المودعة قصد الإشهار بالمحافظة العقارية يتعين أن تحتوي لزوما على عناصر التي تسمح بتعيينها تتمثل في:

¹ الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني المؤرخ في 26-09-1975، الجريدة الرسمية العدد 78 الصادرة في 30-09-1975.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة الجزائر طبعة 2 سنة 2008، صفحة 145.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 162.

- الألقاب والأسماء وتاريخ ومكان الولادة والجنسية والموطن ومهنة الأطراف وعند اللزوم أسماء الزوجات وفيما يخص الشهادات التوثيقية التي تعد بعد الوفاة فإنه يجب الإشارة فيها إلى الحالة المدنية والتصديق عليها بالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم¹.

- جميع العقود والقرارات والجداول التي تتعلق بالأشخاص الطبيعية يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي لكل الأطراف أصحاب المصلحة².

وتجدر الملاحظة أنه في كثير من الأحيان لا تكون الأحكام القضائية تضم كل هذه البيانات ومرد ذلك أن هذه الأخيرة يتم تحريرها وفقا لنموذج يشمل البيانات التي سبق الإشارة إليها في الباب الأول والتي أصبحت مدخلة في نظام ألي خاص معد من مديرية العصرية بوزارة العدل يدعى ب "التطبيق"، مما قد يثير اشكال يتمثل في عدم تطابق بيانات الأحكام والقرارات القضائية مع مقتضيات نص المادة 62 من المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري .

2- البيانات المتعلقة بهوية الأشخاص المعنوية :

لقد حددت المادة 63 من المرسوم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري على البيانات المتعلقة بتعيين الاشخاص المعنوية وذلك حسب الشكل والطبيعة القانونية للشخص المعنوي وهي كما يلي:

- بالنسبة للشركات المدنية يجب ذكر تسميتها وشكلها القانوني ومقرها؛
- بالنسبة للشركات التجارية يجب ذكر تسميتها وشكلها قانوني ومقرها ورقم تسجيلها في السجل التجاري؛
- بالنسبة للجمعيات تسميتها ومقرها وتاريخ ومكان ايداع قوانينها الأساسية؛
- بالنسبة لأملاك الدولة تثبت على اسم الدولة³.

وتجدر الإشارة أنه في حالة وجود إشكال في تغيير أحد عناصر الاشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية كأن يمس التغيير عنصر من عناصر هوية الأطراف فلا بد أن يشهر مرة ثانية في المحافظة العقارية وذلك من أجل حماية الملكية والحقوق العينية الأخرى وضمان استقرار المعاملات، ويتم ذلك عن طريق إيداع عقد رسمي أو تصحيحي أو عقد لفيق تطابق شخصي حسب الحالة من طرف الأشخاص المنصوص عليهم بموجب المادة 324 من القانون المدني في نسختين للعقد المعد والموجب للتغيير على

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 164.

² جميلة زابدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 146.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 165.

شكل إعلان لدى المحافظة العقارية التي تم على مستواها شهر العقد الأول ويكون الإيداع مرفق بالتبرير القانوني للتغيير¹.

-التصديق على هوية الاطراف :

تنص المادة 64 في فقرتها 06 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على ما يلي "يؤهل للتصديق على هوية الأطراف فضلا عن الموثقين الأشخاص المبينة في المادة 62 الفقرة الثانية من هذا المرسوم وهم :

- الوزراء والولاة ورؤساء المجالس الشعبية البلدية بالنسبة للعقود التي يستلمونها من اجل التسجيلات التي يطلبونها وجميع العقود المتعلقة بها.

- قضاة النيابة العامة ومدير الوكالة القضائية للخرينة وموظفو مديريات الولايات للمصالح المالية والذين لهم درجة مفتش رئيسي ومحاسبو الخزينة وجميع المحاسبين العموميين ويشار لزوما في تأشير شهادة الهوية إلى موطن الموقع الذي يجب أن يبلغ له الرفض عند الإقتضاء².

ب - الشروط القانونية الخاصة بتعين العقارات :

تختلف عناصر تعيين العقارات باختلاف موقع العقار المعين نوعه وقوامه وهو ما حددته المواد 21 و27 و66 إلى غاية 71 و114 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وعليه سأتناول القواعد المشتركة بالنسبة للعقارات والقواعد الخاصة بتعين العقارات في المناطق غير الممسوحة باعتبار أن هذه العقارات تطرح عدة اشكالات أمام تعطل عملية المسح وعدم شمولها كامل التراب الوطني سواء تعلق الأمر بالمسح الريفي أو الحضري .

- القواعد المشتركة بالنسبة لتعين كل العقارات:

تنص المادة 66 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري كما سبق ذكر أن كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة للعقار النوع والبلدية التي يقع فيها وتعين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مسح أراضي ويستخلص من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري وضع عناصر اساسية لتعين العقار تسمح بتمييزه عن عقار آخر³ وتتمثل هذه العناصر فيما يلي:

¹ جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق صفحة 147-148.

² جميلة زايدي، المرجع نفسه.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 172.

- تحديد نوع العقار أرض عارية أو مبنية أو فلاحية وغابية؛
- تحديد البلدية التي يقع فيها العقار؛
- قسم مخطط المسح؛
- رقم مخطط المسح والقسم والقطعة والوحدة العقارية؛
- تحديد المكان المذكور؛
- محتوى وثائق المسح .

القواعد الخاصة بتعيين العقارات في المنطقة غير الممسوحة :

لقد وضع المشرع الجزائري أحكام انتقالية تحدد بموجبها تعيين العقارات الواقعة في المناطق غير الممسوحة ضمن الوثائق التي تكون موضوع الشهر بالمحافظة العقارية، في حين انتظار تعميم نظام الشهر العيني المحدث بموجب الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وأن هذا التعيين يختلف باختلاف موقع العقارات سواء في المناطق الريفية أو الحضرية أو الخاضعة لنزع الملكية المشتركة¹.

أ - قواعد خاصة بتعيين العقارات الريفية الغير ممسوحة :

تنص المادة 114 من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري على أنه بالنسبة للمناطق التي لم تعد فيها مخططا لمسح الأراضي فإن كل حكم أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي نوع العقار وموقعه ومحتوياته بالإضافة إلى أصول أو نسخ المخططات المحتفظ بها بصفة نظامية في مصالح المسح الأراضي والمحافظة العقارية ذلك أنه أثناء الوجود الاستعماري تمت في بعض المناطق الريفية عملية مسح للأراضي وثائقها لا تزال محفوظة يرجع إليها وقت الحاجة وفي حالة عدم وجودها يذكر أسماء المالكين المجاورين². غير أنه إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية يتولى المحافظون العقاريين مسك مجموعة البطاقات العقارية بصفة مؤقتة تكون فردية للمالكين حسب نموذج معد لذلك وتفهرس مستخرجات الوثائق التي تم اشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك³.

¹ جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 151.

² جميلة زايدي، المرجع نفسه، صفحة 151 و 152، جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 174 و 175.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر طبعة الثانية سنة 2008، صفحة 102.

قواعد تعيين العقارات الحضرية الغير ممسوحة :

تعرف العقارات الحضرية بأنها العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن ألفي نسمة وهذا ما نصت عليه المادة 21 من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وتجدر الإشارة أنه يتم التعرف على هذه العقارات في الجداول أو المستخرجات أو النسخ أو الصور المودعة عن طريق الإشارة إلى اسم البلدية والشارع الذي يقع فيه العقار وإلى رقمه وطبيعته ومساحته¹.

العقارات المبنية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة :

تعرف المادة 743 من القانون المدني² الملكية المشتركة بأنها الحالة القانونية التي يكون عليه العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل وحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة، مما يجعل فيها عدة أشخاص مالكين بالاشتراك لعين معينة كالعمارة مثلا تحتوي على أجزاء خاصة وعامة يشترط إلى جانب ذلك البيانات العامة المتعلقة باسم البلدية الشارع الرقم والمساحة والمعلومات الخاصة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم.

وفي حالة ما إذا وقع تعديل في قطعة ما فإنه يتعين إعداد جدول وصفي تعديلي يمنح بمقتضاه أرقام جديدة للقطع الناشئة فمثلا عمارة ذات ملكية مشتركة عدد قطعها عشرين ووقع تقسيم القطعة خمسة إلى قطعتين فالجدول الوصفي للتقسيم التعديلي يتغير من عشرين إلى اثنين وعشرين وتختفي رقم القطعة الخامسة طبقا للمادة 68 من نفس المرسوم ويتعين إشهار هذا العقد ويكون مرفقا بنسخة من المخطط الوصفي للتقسيم³.

بالنسبة للعقار الممسوح :

يتم تبيان فيه طبقا للمادة 66 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية موضوع إشهار في المحافظة العقارية بالنسبة لكل

¹ مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية ووزارة المالية، تحت رقم 689، المؤرخة في 12-02-1995.

² الأمر 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الصادر بالجريدة الرسمية في 30-09-1975 العدد 78.

³ جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 152-153.

عقار يعنيه، نوع العقار والبلدية التي يقع فيها وتعين القسم المساحي لكل جزء من اقليم البلدية المحدود ورقم مخطط المسح والمكان المذكور¹.

المطلب الثاني : الانظمة المتبعة في الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

لقد ظهر إلى الوجود نظام الشهر العيني أو ما يطلق عليه بالسجل العيني² كنتيجة حتمية ومنطقية للنقائص والانتقادات التي تعرض لها نظام الشهر الشخصي نظرا لكثرة مساوئه وعيوبه، لذلك بات من الضروري الاهتمام أكثر بإيجاد نظام بديل له يهتم أساسا بمحل التصرف أكثر من الاهتمام بشخص المتصرف، إذ يعتبر هذا النظام كفيلا بحماية حقوق المتعاملين على حد سواء، نظرا لما يتميز به من خصائص ومزايا تجعله يصبو إلى تحقيق الهدف المبتغى من عملية الشهر العقاري.

الفرع الأول: ازدواجية نظام الشهر العقاري

لقد قام المشرع الجزائري بتبني نظام السجل العقاري وذلك بموجب الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وهذا يعتبر بشكل أكيد مرحلة انتقالية غير أنه وفي انتظار انتهاء عملية مسح الأراضي العام وتعميمها على كامل التراب الوطني والذي يشكل الأساس المادي للتأسيس السجل العقاري³، فقد لجأ إلى الأخذ بنظام الشهر الشخصي بالنسبة للعقارات الموجودة في البلديات التي لم تلحقها بعد عملية المسح، الذي ورثه عن المستعمر الفرنسي باعتباره أنه كان آنذاك النظام المعتمد عليه، إذ بمجرد احتلال الجزائر من طرف الاستعمار الفرنسي سارع إلى اتباع سياسة تهدف إلى توسيع نطاق تطبيق جميع القوانين الفرنسية لتشمل كامل الاقليم الجزائري ويتحقق الاحتلال الفعلي.

وفي هذا الإطار فقد صدر قانون سنة 1834 المتعلق بامتداد تطبيق القوانين الفرنسية إلى الجزائر ومن بينها القانون الصادر في سنة 1855 المتعلق بالإشهار العقاري (تسجيلات الرهون)⁴.

يعتبر أول قانون تم تطبيقه على التصرفات العقارية في الجزائر هو القانون المدني الفرنسي الذي كان يتميز بطابع نظام الشهر الشخصي، وإستمر الحال على ذلك إلى غاية صدور المرسوم 1190/59 الذي يوجب إفراغ التصرفات الواردة على الملكية العقارية في شكل رسمي، مع تبيان كامل هوية الأطراف

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الرابعة 2014، صفحة 102.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري المرجع السابق ، صفحة 23

³ جمال بوشنافة، المرجع نفسه، صفحة 40.

⁴ المرجع نفسه، صفحة 40 .

والقيام بتعيين العقارات وتأسيس أصل الملكية من قبل صاحب الحق، باستثناء السندات التي اكتسبت تاريخ ثابت قبل الشروع في تطبيق هذا القانون، أي قبل 1961/03/01 حيث يمكن الرجوع إليها والارتكاز عليها لنقل الملكية ولو كانت غير مشهورة¹.

إن قانون سنة 1959 لم يدخل حيز التنفيذ في الجزائر إلى بعد الاستقلال سنة 1962، وأمام الأوضاع المترتبة عن المستعمر بعد الاستقلال أصدرت الحكومة الجزائرية الأمر رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 القاضي بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية باستثناء النصوص التي تتعارض مع السيادة الوطنية لغاية سن القوانين الجزائرية²، و بالتالي بقي نظام الشهر الشخصي مطبقا في الجزائر.

مع بقاء الوضعية غامضة خلال هذه الفترة تنبه المشرع الجزائري الى ضرورة العمل على إصدار قوانين وطنية تتكفل بالوضعية والظروف التي لحقت بالمعاملات العقارية، سواء من حيث شكلها أو إثباتها أو المحافظة عليها عن طريق خلق نظام إشهاري يكون أكثر نجاعة وفعال، وبذلك أصدر قانون التوثيق بموجب الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 حيث تم إلغاء بموجبه مكاتب الموثقين والمحاكم الشرعية السابقة واستبدالها بمكاتب للتوثيق تابعة لوزارة العدل، والتي أنيطت لها مهام تتمثل أساسا في التوثيق والعمل على المحافظة على الأرشيف القديم وتسليم نسخ منه للأطراف المعنية³.

كما تم إصدار قانون يتعلق بالثورة الزراعية بموجب الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 وكذا المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة والأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني وكذا الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، إذ أن الملفت للانتباه أن المشرع الجزائري بدأ يغير من موقفه ويتجه بخطى من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني بالنص إليه صراحة في مختلف القوانين السالفة الذكر سيما نص المادتين 24 و 25 من قانون الثورة الزراعية إذ تنص المادة 24 "تؤسس في نطاق كل بلدية خزانة للبطاقات العقارية"، كما نصت المادة 25 "عند الانتهاء من

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر 2000، صفحة 64.

² محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في القانون الجزائري، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1988، صفحة 124.

³ محمد بوركي، مقال بعنوان التوثيق والإشهار العقاري، الجزء الأول مجلة الموثق الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 5، 1988، صفحة 3.

العمليات المشروع فيها برسم الثورة الزراعية في بلدية ما يباشر في وضع السجل المساحي العام للبلاد وفقا للشروط والكيفيات التي ستحدد فيما بعد"، ولقد أشار من خلالهم إلى البطاقات العقارية والمسح العام. لقد نصت المادة 32 من المرسوم 32/73 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة فقد نصت على ما يلي: " تستبدل شهادات الملكية بدفاتر عقارية بمجرد إحداث المسح العام لأراضي البلاد... ". كما نصت المادة 33 منه " إن الدفاتر العقارية الموضوعية على أساس مجموعة البطاقات العقارية البلدية ومسح الأراضي المحدث ستشكل حسب الكيفيات التي ستحدد في نصوص لاحقة المنطلق الجديد والوحيد لإقامة البينة في شأن الملكية العقارية "، إذ نصت كذلك على بعض العناصر التي يقوم عليها الشهر العيني والمتمثلة خصوصا في البطاقة العقارية المخصصة لكل عقار أو وحدة عقارية، والدفتر العقاري باعتبار سند للملكية يسلم للمالك بعد الانتهاء من إجراء الشهر.

وعليه فإن كل المواد السالفة الذكرها أكدت موقف المشرع الجزائري في الأمر الصادر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والذي تبني فيه صراحة الأخذ بنظام الشهر العيني حسب المادة 02 التي تنص على "إن مسح الأراضي العام يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساسا ماديا للسجل العقاري" أما المادة 04 منه فنصت على "يتم على مجموع التراب الوطني تحديد الملكيات قصد إعطاء مخطط منظم وتأسيس مسح الأراضي" أما المادة 15 فقد نصت على أنه " كل حق للملكية وكل حق عيني يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إقرارهما في مجموعات بطاقات العقارية ..

إن المشرع الجزائري كان على دراية بأن العمل على إعداد عملية المسح العام لجميع الأراضي يتطلب لا محال تحديات وجهدا وإمكانيات كبيرة ووقتا طويلا، لذلك نص على الإبقاء والمحافظة مؤقتا على تطبيق نظام الشهر الشخصي إلى غاية إعداد المسح العام وتجسد ذلك في نص المادة 27 من الأمر 74/75 و المواد 113 و 114 من المرسوم التنفيذي 63/76 الخاص بتأسيس السجل العقاري¹. وهذا ما يجعل من ازدواجية نظام الشهر (العيني والشخصي) ابتداء من صدور الأمر 74/75 والمرسومان التنفيذيان له 62/76 و 63/76 الواقع الميداني والفعلي السائد إلى غاية اليوم، من خلال تبني نظام الشهر العيني في المناطق التي انتهت فيها عملية المسح وشملت كل العقارات والشهر الشخصي في تلك المناطق التي لم تنته بعد فيها عملية المسح.

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام القضائية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2000، صفحة 118.

الفرع الثاني: مفهوم نظام الشهر العيني

إن عملية الشهر في ظل هذا النظام تقوم على أساس العقارات المتصرف فيها وليس على أساس أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات¹، فلكل عقار بطاقة عقارية خاصة به ضمن السجل العقاري، تسجل فيها كل التصرفات التي تقع على هذا العقار، كما تحوي كذلك الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته وموقعه².

إذ يكون الشهر في هذا النظام على أساس العقارات ذاتها³، أي العقار محل التصرف، إذ يمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر يخصص فيه صفحة لكل عقار أو أكثر يثبت فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه ومساحته ورقمه وحدوده فبمجرد الإطلاع عليها يمكن معرفة تاريخ ملكية العقار والملاك الذين تولوا عليه منذ إنشاء السجل والتصرفات التي صدرت من كل مالك واسم المالك الأخير وما إذا كانت الملكية تامة وخالية من الحقوق العينية أم لا فهي بمثابة بطاقة تعريفه⁴.

إن الطابع الذي يتميز به هذا النظام هو أن جميع الحقوق العينية أصلية كانت أو تبعية لا تكتسب فيه إلا بالشهر، وأي بيان مثبت في السجل العقاري يمثل الحقيقة المطلقة لأن هذا النظام يهدف إلى تطهير جميع العيوب التي قد تلحق بالتصرف وهذا ما يعرف في السجل في التشريع الجزائري بـ "مجموعة البطاقات العقارية"⁵.

حيث بالإطلاع على النصوص القانونية الواردة في الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا المرسومين 62/76 و 63/76، يتبين بأن المشرع الجزائري قد خطى خطوة كبيرة تظهر في تبنيه لنظام الشهر العيني، ويتضح ذلك صراحة من خلال نص المادة الأولى فقرة 01 من المرسوم رقم 62/76 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام التي تنص على: "إن تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد ما يلي في كل بلدية: جدول للأقسام وسجل لقطع الأرض حيث ترتب فيها مختلف العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي..."، كما أن المادة 15 من نفس المرسوم

¹ رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، دون الطبعة، قصر الكتاب. البلدية. الجزائر 2001، صفحة 21.

² عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، المرجع السابق، صفحة 10.

³ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، صفحة 88.

⁴ جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 129.

⁵ ليلي زروقي وحمدى باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة الجزائر طبعة 2 سنة 2006، صفحة 43

62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام نصت¹ على ما يلي "إن مسح الأراضي المقسم إلى أقسام وإلى أماكن معلومة يعطي التمثيل على الرسم البياني لإقليم البلدية في جميع تفصيلات تجزئته إلى أجزاء للملكية وإلى قطع الأراضي".

وعلى هذا فإن المشرع اعتمد في تطبيقه لهذا النظام على أسلوب المسح من أجل تقسيم الأرض إلى وحدات عقارية تخصص لها بطاقات عقارية من السجل العقاري، بيد أنه بالرجوع إلى نص المادة 27 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري " إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي...".

ويستخلص من هذه النصوص القانونية أن المشرع الجزائري يأخذ في الوقت الراهن بكل النظامين معا أي نظام الشهر المختلط²، فإذا كان المشرع أخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام، فإنه جعل استثناءا يتمثل في اعتماد نظام الشهر الشخصي في حالات معينة، غير أن الواقع التطبيقي لهذا النظام عرف تباين في الإخذ بنظام الشهر .

الفرع الثالث : مبادئ نظام الشهر العيني

يقوم نظام الشهر العيني على أساس مجموعة من المبادئ الأساسية تجعله الهدف الذي تضطلع إليه معظم التشريعات من خلال العمل على تعميم تطبيقه للحفاظ على الملكية العقارية والحقوق العينية بوجه عام وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ التخصيص ومبدأ قوة الثبوت المطلقة ومبدأ الشرعية ومبدأ القيد المطلق ومبدأ حظر التملك بالتقادم.

1- مبدأ التخصيص :

إن نظام الشهر العيني قائم على أساس تخصيص لكل عقار بطاقة خاصة به تسمى "مجموعة البطاقات العقارية" يتم تقييد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار، وذلك بعد التحري بدقة عن موقع العقار وحدوده ومساحته وأسماء المتصرفين وأهليتهم القانونية، وكذلك طريقة امتلاكهم للعقار موضوع

¹ المرسوم 62/76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام الجريدة الرسمية العدد 30 سنة 1976.

² البشير العتروس ، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مقال منشور في مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، المحكمة العليا، قسم الوثائق 2004، ص43، 44.

الشهر¹، بحيث تعد هذه الصحيفة أو البطاقة العقارية كوثيقة هوية للعقار، وعلى كل من يريد معرفة هوية عقار معين أن يراجع الصحيفة أو البطاقة العقارية الخاصة به للكشف عن جميع القيود الواردة عليه² ومجموع البطاقات العقارية تكون ما يعرف بالسجل العيني الذي استند منه نظام الشهر العيني تسميته³.

2- مبدأ قوة الثبوت المطلقة:

ان المقصود بمبدأ قوة الثبوت المطلقة هو أن الشهر تتولد عنه قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على ملكية العقار أو الحق العيني الوارد عليه للمتصرف إليه، وأن هذا التصرف صحيح وخال من العيوب، لأن من شأن الشهر في ظل هذا النظام تطهير التصرف من كل العيوب التي تلحق به قبل عملية الشهر و يترتب على هذا المبدأ تأمين الضمان القانوني المطلق للعمليات العقارية لأنه يخضع لتحريات دقيقة كل الوثائق المثبتة للملكية، ويعتبر كل حق عيني عقاري مشهر حجة في مواجهة الكافة، وبذلك فإن هذا المبدأ يمثل الفكرة الأساسية الفاصلة بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني⁴.

3- مبدأ الشرعية:

معنى ذلك أنه يتعين على المحافظ العقاري أن يقوم بالتأكد من صحة البيانات المدونة في الوثيقة المودعة من أجل الشهر، حتى لا تشهر منها إلا الحقوق المشروعة فعلا نظرا لما يتميز به الشهر من قوة ثبوتية وبالتالي اجتناب وتفادي شهر الادعاءات المشكوك فيها التي لا تستند إلى أي أساس قانوني⁵، فيقوم المحافظ العقاري من التحقق من مدى توافر أركان التصرف وشروط صحته كتوفر أهلية الأطراف وخلق الإرادة من العيوب، كما يتأكد من سند ملكية المتصرف للحق المتصرف فيه طبقا للمادة 22 من امر 74-75 المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري كما انيط المحافظ العقاري بمراقبة استيفاء المحررات الشروط في جانبيها الموضوعي والشكلي طبقا للمادة 105 من⁶ المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

¹ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، طبعة 2001، صفحة 118.

² جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 30.

³ رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة سنة 1999-2000، صفحة 15.

⁴ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 31.

⁵ وسيلة وزاني وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري دار هومة الجزائر سنة 2009 ، صفحة 127 و 128.

⁶ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري دار هومة، الطبعة الرابعة سنة 2014، صفحة 25.

وعليه فإن مبدأ الشرعية يرتبطا ارتباطا محكما بمبدأ قوة الثبوت المطلقة للشهر لأنه في ظل هذا النظام لا يتم شهر إلا التصرفات الصحيحة والتي يتم اعدادها وفقا للنصوص القانونية لأنه وإن حدث وأن تم خطأ شهر تصرفات معينة وهو أمر نادر جدا فإنه لا يمكن رفع دعوى قضائية لإلغاء عملية الشهر مما يؤدي إلى ضياع حقوق أصحابها.

4-مبدأ القيد المطلق:

والمقصود بهذا المبدأ هو أن الشهر ما هو إلا مصدر من مصادر الحقوق العينية العقارية فهو الذي يؤدي إلى نشؤها ويزيلها ويعدلها، وسواء كانت هذه الحقوق أصلية أو تبعية وآيا كانت طريقة اكتسابها وكل حق أو تصرف غير مشهر لا وجود له بين الأطراف ولا حجة له في مواجهة الغير فبدون الشهر لا تنشأ الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، فالقيد المطلق إذن هو حجة بالنسبة للكافة ولا يمكن لأي كان أن يشكك وينازع في ذلك¹.

وهذا ما تم تجسيده من خلال المادة 16 من الأمر 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بنصها على ما يلي "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" أي أن الشهر هو المصدر الأساسي والوحيد لكل الحقوق العينية. وفي هذا السياق جاء قرار مجلس الدولة مؤكدا أن الشهر له حجية مطلقة في القضية رقم 002307 مؤرخ في 2003/07/01، "من المقرر قانونا أن الملكية لا تنتقل في العقارات والحقوق العينية الأخرى إلا بإتباع القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري، والمادتان 165 و 793 من القانون المدني والمادتان 15 و 16 من الأمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وما دامت هذه الإجراءات لم تتبع في قضية الحال فإنه لا يمكن الاحتجاج بأي حق للملكية على العقار المتنازع عليه"².

¹ عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت في السجل العيني، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 2002، صفحة 16.

² قرار صادر عن مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم 002307 مؤرخ في 2003/07/01، مجلة مجلس الدولة، عدد 05 سنة 2004.

قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2006/11/15 تحت رقم 367715¹، الذي وضع تكريس نظام الشهر الشخصي، واعتمد مبدأ مفاده أنه تعطي شهادة التقييم المؤقت لصاحبها، صفة المالك الظاهر، وبالتالي صفة التقاضي، وتؤدي إلى حصوله على دفتر العقاري ذي قوة إثباتية، مادام لم يطعن فيه قضائياً.

6- مبدأ حضر التقادم :

ما دام أن الشهر مصدر لكل الحقوق العينية فإن كل الاساليب والطرق الأخرى لإكتساب هذه الحقوق مستبعدة ولا يمكن الاخذ بها ومنها التقادم²، وتجدر الملاحظة أن المشرع الجزائري لم يشر صراحة إلى هذا المبدأ في الأمر 74/75 المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ولا في المرسومان التنفيذيان 63/76 و62/76، غير أنه ذكر ذلك ضمناً في المرسوم التنفيذي 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن إجراء التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الملغى بالمرسوم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية الذي جاء تطبيقاً للقانون 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، إذ سمح كلاهما إمكانية اكتساب الملكية العقارية بالتقادم بشرط أن تكون في مناطق غير ممسوحة، وبمفهوم المخالفة فإن الأراضي الممسوحة أي التي يطبق فيها نظام الشهر العيني لا يمكن أن تكون محل اكتساب بالتقادم، إذ أن هذا الأخير يعد سبباً من أسباب كسب الملكية وانتقالها شأنه في ذلك شأن البيع والهبة والوصية والميراث والالتصاق وغيرها، غير أن التقادم لا يتماشى مع أهداف نظام الشهر العيني ولا يمكن أن يكون سبباً من أسباب كسب الملكية للعقارات والحقوق العينية الأخرى، وذلك لأن شروطه تتعارض صراحة مع مبادئ نظام الشهر العيني الذي يقتضي على الشخص الذي قيده اسمه في السجل العيني كمالك للعقار يصبح في مأمن من أن يتقاضى بآداء الغير بملكية عقاره أي من يريد أن يعتصب حقه العيني وذلك بزعمه انه يملك العقار بالتقادم³.

كما أن أغلب التشريعات العالمية التي تأخذ بالشهر العيني وضعت قواعد صارمة تفيد بأن لعقارات التي شملتها عملية المسح العام للأراضي غير قابلة للتقادم المكسب على أساس أما المسح العام يبين

¹ - مجلة مجلس الدولة- العدد 02. لسنة 2006- الجزائر - صفحة 413.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية طبعة 2006، صفحة 57.

³ معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق علماً وعملاً، دون طبعة، منشأ المعارف بالإسكندرية، مصر 1986، صفحة 84، 85 .

الوضع المادي والحقوق لصاحب الحق العيني العقاري وبناء على وثائق المسح تم تأسيس السجل العقاري¹، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه المسألة سوف أعرضه لاحقا في الفصل الثاني من خلال تحديد الآثار القانونية للشهر.

وعليه فإن نظام الشهر العيني بمبادئه وأهدافه السابقة الذكر يصبح كمرآة عاكسة للحقيقة التي لا يعترضها أدنى لبس، فهو يتميز بتحقيقه للأهداف التي يقوم عليها الشهر العقاري من ثبات واستقرار للملكية ودعم للائتمان للعقاري، على المبادئ السالف ذكرها لكن رغم كثرة مزاياه إلا أنه لم يخلو من العيوب، لذلك سوف أتطرق لمزاياه ثم العيوب التي يمكن أن تنسب له.

الفرع الرابع: مزايا وعيوب نظام الشهر العيني وتتمثل في :

أ - مزايا نظام الشهر العيني :

- تحقيق حماية للمتعاملين :

يعتبر كل ما هو مشهر في السجل العقاري عنوانا للحقيقة بالنسبة للغير²، وبما أن الشهر يطهر التصرفات من العيوب التي قد تلحقها أو تشوبها فلا يجوز الطعن فيها بالبطلان، ولو كان هذا التصرف صادرا من غير المالك، وذلك نظرا لمبدأ القوة المطلقة التي يتميز بهذا النظام ومرد ذلك الضمانات التي يعطيها نظام السجل العقاري، الذي يفرض إجراء فحص دقيق مسبق لجميع مستندات المالك أثناء الإشهار قصد تفادي إتمام إجراءات الشهر على اسم غير المالك الحقيقي.

- التعرف على الحالة القانونية للعقار بطريقة اسهل :

إن نظام الشهر العيني يقوم على أساس الوحدة العقارية، بحيث تخصص لكل وحدة عقارية بطاقة عقارية تضم كل التصرفات الواردة على العقار بدون استثناء، وبالتالي على كل من يريد الوقوف على الوضعية القانونية للعقار أي التعرف على مالك العقار والعلم بجميع الأعباء التي تثقله سوى الرجوع مباشرة إلى السجل العقاري والبطاقة العقارية لهذا العقار³.

ب - عيوب نظام الشهر العيني :

على الرغم من أن نظام الشهر العيني يحقق العديد من المزايا، إلا أنه يعاب عليه بعض العيوب منها:

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، سنة 2014، المرجع السابق، صفحة 27.

² رامول خالد، المحافظة العقارية كألية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 24 .

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الرابعة سنة 2014، صفحة 31.

- النفقات الباهظة في تطبيقه: وكثرتها إذ يتطلب امكانيات مادية وبشرية وجهد كبير من أجل تنفيذه نظرا لما تتطلبه عملية المسح الشامل لكل أراضي الدولة وقد يتعذر على بعض الدول توفير كل هذه الأموال الضخمة¹.
- اغتصاب حقوق المالك الحقيقي وتعريض حقوقه للخطر: إذ بإمكان شخص أن يقيد حق عيني لا يملكه حقيقة فيصبح هو المالك له ولا يمكن للمالك الحقيقي منازعته في ذلك²، غير أن الحقيقة أن هذه الحالة نادرا ما تكون لقيام مبدأ الشهر العيني على مبدأ الشرعية التي يلتزم بها المحافظ العقاري وذلك بالتحقق من سند ملكية التصرف فيه وحتى وإن حصل ذلك فقد اقرت الدول مسؤولية المحافظ العقاري وتعويض المالك الحقيقي جراء ضياع ملكيته بهذه الكيفية³.
- تفتيت الملكية العقارية: ذلك أن القيام بتخصيص بطاقة عقارية أو عدة بطاقات لكل وحدة عقارية أمر صعب التطبيق في البلدان التي تلجأ فيه الملكية إلى أجزاء كثيرة جدا خاصة عن طريق الميراث الذي يترتب عليه قسمة العقارات الموروثة حيث يصبح كل شخص يملك أجزاء صغيرة جدا من العقار الأمر الذي يؤدي الى عرقلة عملية استغلالها⁴.
- إن سلبيات نظام الشهر العيني قليلة جدا بالنسبة للفوائد الكثيرة التي يحققها ميدانيا وهذه السلبيات تكمن في الإجراءات الأولية الواجب القيام بها من أجل إشهار الحقوق العينية العقارية، إذ تستدعي الكثير من الوقت والتكاليف الباهظة قصد الوصول الى المسح العام للأراضي طبقا للمادة 02 من الأمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، غير انه في الخير يخلص إلى تطهير الملكية العقارية وضبطها هذه الأخيرة التي لا يمكن لنظام الشهر الشخصي تحقيقها، إذ أن نظام الشهر العيني يمنح القوة الثبوتية المقنعة اتجاه الغير وفيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية المدونة فيه⁵، وسوف أتطرق إلى إجراءاته من خلال المبحث الثاني .

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 36.

² عبد الوهاب عرفة، الوجيز في السجل العيني ومشكلات عملية واجهت تطبيقه في مصر، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية مصر 2006 ، صفحة 15.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 37 .

MARTY et RAYOUD ; sûretés réelles et publicité foncière op –cit page 50.

⁴ جمال بوشنافة شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري المرجع السابق صفحة 37

⁵ مجيد خلفوني نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري دار هومة الطبعة الرابعة سنة 2014 صفحة 21 و 22

المبحث الثاني: الإجراءات المتبعة في عملية الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية والجهة المختصة في ذلك

إن نظام الشهر العيني يقوم على نقيض ما يقوم عليه نظام الشهر الشخصي في شهر التصرفات العقارية على أساس مواصفات العقار محل التصرف، أي يكون العقار فيه محل اعتبار وليس الشخص مالك العقار، إذ أن السجل يمسك بحسب العقارات وبياناتها¹، وليس وفقاً لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها، حيث تخصص لكل عقار صفحة كاملة تدون فيها كل التصرفات الواجبة الشهر الواردة على العقار كما تحوي كذلك على الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته وموقعه²، فتعد هذه الصفحة بمثابة بطاقة تعريف وطنية للعقار المشهر، لذلك يسمح بمراقبة وإجراء تحريات للتحقق من مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية للمحرر المراد إخضاعه لعملية الشهر، ومن أسماء من وقع منهم التصرف وأهليتهم لذلك أنيطت المحافظة العقارية بالشهر العقاري لان الملكية وسائر الحقوق العينية الواردة على العقارات لا تكتسب فيه إلا بالشهر سواء كانت حقوقه عينية أصلية أو تبعية وآيا كان سبب اكتسابها³، ومتى تم تدوين وقيد بيان معين مثلاً في السجل العقاري فإن هذا البيان يعتبر بمثابة الحقيقة المطلقة، لأنه لا يجوز في هذا النظام شهر أي تصرف إلا بعد التأكد من صحته إذ من شأن الشهر تطهير جميع عيوب التصرف، وهو ما يجعل من يكسب حقا عينيا بالاستناد إلى هذا الشهر يعتبر مالكا لهذا الحق بصورة نهائية، ولا يجوز منازعته فيه.

وعلى هذا يمكن لكل صاحب مصلحة يرغب في التعرف على الحالة القانونية لعقار معين، أن يعود إلى السجل العقاري لمراجعته حيث يمكنه بسهولة معرفة العقار ذاته ومالكه، وما يرد عليه من حقوق عينية، وبالتالي يطمئن للتعامل فيه، ذلك أن التصرفات العقارية لا يتم شهرها إلا بعد عملية الفحص والدراسة حول موقع العقار وحدوده ومساحته واسم مالكه وأهلية الأطراف، وعليه بمجرد الشهر ينتقل الحق العقاري إلى المتصرف إليه حتى يكون الشهر في هذا النظام منشئاً للحقوق وبالنظر لأهمية هذه العملية فإنها تتطلب إجراءات سابقة لعملية الشهر تتمثل في التسجيل لدى مصلحة التسجيل يقوم بها أشخاص معينين والأحكام القضائية الناقلة للملكية باعتبار سندات تنقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية

¹ يطلق على السجل العيني بانه عبارة عن مجموعة البطاقات العقارية.

² عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود، للتوزيع والنشر، مصر 1989، صفحة 10.

³ عدلي أمير خالد، إجراءات ثبوت وشهر الملكية العقارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، صفحة 349 .

تتطلب بدورها عملية التسجيل والشهر وعليه خصصت المطلب الأول لدراسة كيفية تسجيل الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية أما المطلب الثاني إلى عملية الشهر العقاري لها.

المطلب الأول : التسجيل لدى مصلحة التسجيل

لقد تناول المشرع الجزائري عملية التسجيل في عدة قوانين منها القانون المدني والتجاري وفصل فيه بشكل كبير في قانون خاص ألا وهو قانون التسجيل فجعله يقع على جميع المعاملات سواء كانت متعلقة بالمنقولات أو العقارات، هذه الأخيرة التي هي موضوع دراستي والذي اشترط فيها الطابع الرسمي باعتبار أن تسجيلها يعتبر مرحلة من مراحل التي تساهم في نقل الملكية العقارية¹، وقد احتوى قانون التسجيل في مواده على مجموعة من المبادئ والتنظيمات التي تيسر حقوق التسجيل على أساس وقائع قانونية ينشأ عنها الحق سواء كانت مادية أو تصرفات قانونية فتداول هذه الأموال سواء كانت أموال عقارية أو منقولة يتم بإتباع إجراءات قانونية وتنظيمية من بينها التسجيل كمرحلة قانونية أولى لنقل الملكية العقارية².

وقبل التطرق إلى كيفية تسجيل الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية يجدر الوقوف على تحديد مفهوم تسجيل العقارات في الفرع الأول ثم شروط تسجيلها في الفرع الثاني ثم الجهة المختصة بذلك في الفرع الثالث وإجراءات تسجيلها في الفرع الرابع ثم آجال تسجيل الأحكام في الفرع الخامس والجزاء المترتبة على الإخلال بالتسجيل في الفرع السادس .

الفرع الأول: مفهوم تسجيل العقارات

تسجل الأحكام التي يكون موضوعها نقل ملكية عقار أو تعديل أو فسخ أو إبطال أمام مفتشية التسجيل شأنها شأن العقود التوثيقية إذ نص قانون التسجيل في المادة 60 منه كما يلي "يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية وكذا الشهر الذي يلي شهر اعدادها" تخضع الأحكام والقرارات الصادرة مدنيا وتجاريا وإداريا لرسم التسجيل³.

¹ جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 69.

² دوة اسيا ورامول خالد، الإبطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثالثة سنة 2011، صفحة 1.

³ عدلت بموجب المادة 18 من قانون 2000-06 المؤرخ في 24-12-2000 المتضمن قانون المالية جريدة رسمية عدد 80 من خلال رسوم التسجيل التي تخضع لها الاحكام والقرارات أمام المحاكم والمجالس ثم عدلت مرة أخرى بموجب المادة 35 من قانون 02-11 المؤرخ في 24-12-2002 المتضمن قانون المالية سنة 2003، جريدة رسمية، عدد 86.

إن الملاحظ من خلال الإطلاع على جملة النصوص القانونية الواردة في موضوع التسجيل أن المشرع الجزائري لم يعط تعريف جامع مانع له بل اقتصر فقط على تبيان أهميته القانونية وإجراءاته¹. ويقصد بالتسجيل بشكل عام أنه إجراء يتم من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كيفية محددة بموجب القانون².

كما يعرف على أنه إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يمسكه موظفوا التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا³.

فالتسجيل هو عبارة عن وظيفة مالية تتمثل أساسا في تحصيل الدولة للجانب الضريبي (المالي) لصالح الخزينة العامة⁴، أي هناك رسوم عقارية تقع على العقارات والحقوق العينية العقارية تحصلها الدولة لصالح الخزينة العمومية والتي تتميز وتختلف عن رسوم التوثيق ورسوم الإشهار العقاري . ويمكن تعريف التسجيل المنصب على العقارات أنه ذلك الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار بحيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق تسمى حقوق التسجيل وهو إجراء ملزم وإجباري وفي حالة عدم احترامه ومخالفته يتعرض المكلف بحقوق التسجيل لغرامة جبائية⁵.

فتسجيل العقارات له دور مزدوج وفعال فمن جهة أولى الدور الجبائي وهو المهم والذي برز إلى العيان بعد تطور مهام الدولة في توسيع طرق وأساليبها الجبائية بخصوص العقار ومن جهة ثانية له دور قانوني إلا أنه قليل مقارنة بالدور الجبائي⁶.

ويتم التسجيل مقابل اقتطاع الحقوق وهذه الحقوق تشكل في الحقيقة ضريبة غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يريد استعمال الخدمات الخاضعة للضريبة فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني فتأتي هذه الضريبة بأهداف يأتي في مقدمتها الهدف التمويلي باعتباره مصدر هام للإيرادات العامة للدولة، بالإضافة إلى الأهداف الأساسية والاقتصادية الأخرى فبعد الوصول الى تطور أساليب الجباية العقارية

¹ دوة اسيا ورمول خالد، الايطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 18.

² Direction générale des impôts guide fiscale de l'enregistrement sahel 2003 page 1.

³ Ibtissem garâmes terminologie juridique dans la législation algérienne lexique français – arabe palais des livres blida page 113.

⁴ سي يوسف زاهية، نقل الملكية في بيع العقارات مجلة المحاماة، تيزي وزو، العدد 1 سنة 2004، صفحة 134.

⁵ زيدان بوراس، الطرق والإجراءات لتحرير عقد توثيقي، مجلة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 08 الجزائر سنة 2002، صفحة 33 .

⁶ جميلة زايدي إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 72.

التي أصبحت كمورد لتغطية جزء من النفقات العامة للدولة تطورت أكثر وأصبحت تحقق أهداف سياسية واقتصادية واجتماعية¹.

الفرع الثاني: شروط تسجيل العقارات في التشريع الجزائري

إن عملية التسجيل تعد أول إجراء لنقل الملكية العقارية سواء تعلق الأمر بتسجيل الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية ام العقود، غير أن هذا التسجيل في الحقيقة لا يضيف الرسمية وهو ما اكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 24-09-1990 (حيث إن تسجيل العقد لا يكسبه الرسمية بل اقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط)².

وقد جاء في قرار آخر مؤرخ في 21-12-2005 (يكون تاريخ العقد ثابتا من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل التابعة لوزارة المالية وليس من خلال التصديق عليه من قبل رئيس البلدية)³.

فإذا تحققت عملية التسجيل بهذا المعنى نتج عنها أهداف قانونية ومن أهمها منح تاريخ ثابت للتصرفات القانونية تأتي في مقدمتها التصرفات الواردة في الحقوق العقارية هذا من جهة ومن جهة أخرى تحصيل رسوم التسجيل على هذه التصرفات ومن أجل الظفر بذلك كان من الضروري أولا التأكد من أن كل الوثائق الرسمية الخاضعة لتسجيل العقارات والتي تتضمن معلومات صحيحة توضح حقيقة التصرفات والأطراف القائمين عليها⁴، وتتمثل هذه الشروط في ما يلي:

أ- الشروط المتعلقة بتعين الأطراف :

إن تحديد هوية الأطراف يعتبر شرط أساسي لقبول أي إجراء تسجيل سواء كان بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي، وفي حالة الإخلال بهذا الشرط يترتب رفض هذا الإجراء وهو ما أكدته المادة 138 من قانون التسجيل، إذ نصت هذه المادة على ضرورة أن تحتوي الوثائق المقدمة للتسجيل على أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف مع رقم بطاقة التعريف ومكان تسليمها، أما بالنسبة للشهادات التي تعد بعد وفاة أحد الاطراف يجب الاشارة فيها الى الحالة المدنية للمتوفي أي ذكر اسم ولقب وتاريخ ومكان مقر سكناه ومكان وتاريخ وفاة الهالك مع ذكر ورثته الشرعيين وتاريخ ومكان الازدياد

¹ جميلة زايدي إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 73.

² قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 24-09-1990 ملف رقم 62624، منشور بالمجلة القضائية لسنة 1992، عدد 2، صفحة 24 .

³ قرار صادر عن المحكمة العليا، بتاريخ 21-12-2005 رقم 315271 الصادر بمجلة المحكمة العليا، العدد 02 لسنة 2006، صفحة 197.

⁴ جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 80 .

وتاريخ زواجه ثم تحديد الأولاد الناجمين عن الزواج وتاريخ ومكان ازديادهم ومقر سكنهم وفي نفس السياق فإن عناصر التعيين تختلف باختلاف التصرفات القانونية باعتبار أن هذه الأخيرة إما تكون باردتين أو أكثر كالعقد الملزم لجانبين، كما أنه يمكن أن تنشأ بموجب إرادة منفردة مثل عقد الهبة وكل ما يتعلق بالتبرعات وبالتالي يختلف أطراف الحق حسب طبيعة التصرف فيستطيع أن يكون طرفا واحدا أو عدة أطراف¹.

إن الملاحظ أن قانون التسجيل لم يتضمن في مواده صراحة شروط التعيين بالنسبة للشخص المعنوي على الرغم من قيام هذا الأخير بإبرام تصرفات قانونية مثله مثل الشخص الطبيعي إذ أن هذا القانون لم يمسه أي تعديل منذ صدوره والجدير بالذكر أن مفتش التسجيل يتأكد من كل المعلومات وشروط تعيين الأطراف المذكورة في المحررات التي يقوم بتسجيلها وأي تغيير يطرأ عليها سواء تعلق بالتصرفات التي تتم بين الأشخاص الطبيعية والمعنوية لابد أن تكون موضوع عملية تسجيل ثانية²، وهذا ما يستفاد من نص المادة 58 فقرة 3 من قانون التسجيل "يستوجب تسجيل كل العقود التي تتناول شركة وتمديد أجلها ودمجها أو حلها أو زيادة أو استهلاك أو تخفيض رأسمالها وكذلك التنازلات على الأسهم والحصص في الشركة"³.

ب - الشروط المتعلقة بتعيين العقارات :

إن تعيين وتحديد بيانات العقارات محل التسجيل يعتبر من الأمور المهمة للقيام بعملية تسيير التسجيل وعلى أساسها يمكن لمفتش التسجيل تحصيل حقوق التسجيل، لذلك لابد من وصف العقار وصفا دقيقا نافيا للجهالة من حيث موقعه والقول إن كان يقع في منطقة حضرية أو ريفية وتحديد مساحته الحقيقية وطبيعته، والقول إن كانت الأرض جرداء أو محل تجاري أو بناء⁴، وقانون التسجيل لم ينص صراحة على كيفية تعيين العقارات في المحررات الخاضعة للتسجيل، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني سيما المادة 324 مكرر تكون التصرفات المنصبة على عقار في

¹ دوة اسيا ورامول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 40.

² جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 83.

³ دوة اسيا ورامول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 42.

⁴ المرجع نفسه، صفحة 43.

قالب رسمي من طرف الموثق إذ لا بد من ذكر كل المعلومات المتعلقة بالعقار محل التصرف وهو ما يتأكد منه مفتش التسجيل ولا بد من تحديد الثمن لتحديد الرسوم المستحقة لعملية التسجيل¹.

الفرع الثالث: الجهة المختصة بتسجيل العقارات

يتم إجراء التسجيل مقابل اقتطاع حقوق التسجيل وبالتالي تترتب التزامات على كل من مفتشية التسجيل والطابع كهيئة قائمة على عملية التسجيل من جهة وكذلك الأطراف المستفيدة من إجراء التسجيل من جهة أخرى وبما أن التصرفات المنصبة على العقار يشترط فيها أن تتم في قالب رسمي من طرف أشخاص مؤهلين قانوناً، مما يستدعي وجود فئة أخرى فئة هي فئة محرري العقود والوثائق وفي حالة الإخلال بأحكام التسجيل يترتب على حق هؤلاء عقوبات مختلفة منها العقوبات الجبائية التي أقرها قانون التسجيل².

تعتبر مفتشية التسجيل والطابع مصلحة إدارية عمومية مختصة تابعة لوزارة المالية وهي ذات طابع جبائي يشرف على تسييرها مفتش التسجيل الذي يقوم بمهامه بموجب قانون التسجيل³ وهي تسهر على كل عملية تسجيل للتصرفات القانونية المرتبطة بالأموال العقارية والتي ينص القانون على اجبارية تسجيلها بغرض اعطائها تاريخ ثابت ومحدد وهذا بعد أن تتوفر على الشروط والقواعد اللازمة في الوثائق الخاضعة بعملية التسجيل.

وتجب الإشارة إلى أن مفتش التسجيل يقوم بتكليف العقود والمحركات قبل تسجيلها بغرض استيفاء الحقوق المستحقة، كما يقوم بمراقبة الوثائق المودعة لإجراء التسجيل ومدى مطابقتها للنصوص القانونية. إن عملية تسجيل العقارات في الجزائر تقوم بها مصلحة التسجيل والطابع احدثت بموجب القرار المؤرخ في 14-07-1999 في مادته الأولى "تحدث مفتشية التسجيل والطابع ضمن مديريات الضرائب..." بمعنى انها موضوعة تحت وصاية المديرية العامة لإدارة الضرائب التابعة لوزارة المالية⁴.

الفرع الرابع: إجراءات تسجيل العقارات

إن القيام بالتسجيل يتم عن طريق القيام بوضع علامة على العقد أو على التصريح المقدم، إذ تقوم مصلحة التسجيل بمنح المستفيد وثائق واستمارات يتم ملئها من طرفه، ثم بعد ذلك يقوم المكتب المختص

¹ المرجع السابق، صفحة 44.

² المرجع نفسه، صفحة 93 .

³ جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 91 و 92.

⁴ المرجع نفسه، صفحة 93 و 94.

بتحديد الضريبة المراد دفعها وتختلف كيفية تسجيل المحررات الرسمية على تسجيل التصريحات المبينة للنقل فبالنسبة لعقود البيع مثلا تخضع كل عمليات بيع العقارات إلى رسم تسجيل وحيد ونسبي يقدر ب 5 بالمائة يتم توزيعها بين الطرفين أي بنسبة 2.5 بالمائة لكل واحد منهما، غير أنه يجوز للأطراف الاتفاق بينهما على خلاف ذلك لأن ذلك في الحقيقة لا يتعلق بالنظام العام ويلزم الطرفان بدفع نصف ثمن نقل الملكية برأى وبين يدي الموثق الذي قام بتحرير العقد¹، وهذا يخضع الوعد ببيع العقار لنفس الرسم ولا يكون الوعد بالبيع العقاري صحيحا وقانونيا وقابلا لتحصيل الرسوم العقارية، إلا إذا توافر على الشروط القانونية، أما العقار الشائع المتعذر قسمته فيخضع لرسم قدره 3 بالمائة في حال كانت الحصص والأنصبة الشائعة لأموال عقارية مكتسبة عن طريق بيع العقار الشائع بالمزاد لكن يحدد هذا الحق بمعدل 1,5 بالمائة إذا حصل الشراء من أحد المشتركين في الشيوخ².

أما بالنسبة لتسجيل المحررات القضائية فإن العقود والأحكام والقرارات القضائية تقدم مرفقة بجدول يعد في نسختين تودع نسخة لدى مفتشية الضرائب وأخرى ترجع إلى المودع وتشتمل هذه الجداول وجوبا على البيانات التالية:

- تاريخ ورقم الحكم الموجود في الفهرس؛
- ألقاب وأسماء الأطراف ومساكنهم؛
- مبلغ الرسوم النسبية المستحقة والمتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة وموقع بصفة قانونية وتكون مرفقة بالنسخة الأصلية أو البراءات الأصلية أو البراءات الخاصة بالأحكام؛
- وكذا ملخص تحليلي على استمارة تسلمها الإدارة مجانا تلخص فيها الأحكام الرئيسية للحكم ويحرر في نسختين إضافة إلى الوثائق المقدمة خلال سير الدعوى³.

إن إجراءات تسجيل الأحكام إذن تتم بنفس طريقة تسجيل العقود وبدلا من الإشارة إلى العقد في الشهادة يشار إلى الحكم بنفس الشروط غير أنه يتم تسجيلها بعد أن تصبح تنفيذية وهو ما نصت عليه المادة 60 المذكورة من قانون التسجيل ثم يودعها الموثق بعد شهرها في عقد (إيداع حكم) غير أن الحكم

¹ جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 103.

² المادة 230 من قانون التسجيل المؤرخ في 09-12-1976 المعدلة بموجب المواد 40 من قانون المالية سنة 1994 والمادة 20 من قانون المالية لسنة 2002 قوانين الضرائب منشورات الساحل عين بنيان الجزائر سنة 2005 صفحة 510.

³ المادة 60 من قانون التسجيل رقم 76-105 المعدلة بموجب المادة 40 من القانون رقم 95-27 المؤرخ في 30-12-1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، الجريدة الرسمية العدد 82 الصادرة في 31-12-1995.

الذي يقضي بالشفعة يخضع لإجراءات خاصة وهي تسجيل وشهر الإعلان عن الرغبة في الشفعة والتصريح بها أولاً من طرف المعني وذلك تطبيقاً للمادة 801 من قانون التسجيل "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة ضبط وإلا كان التصريح باطلاً ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلاً" وبعد صدور الحكم بناءً على الرغبة في الشفعة التي تمت في شكل التصريح المشار إليه أعلاه يسجل هذا الأخير ويشهر ثم يودع الموثق الحكم في صورة عقد.

والجدير بالذكر أنه لا يتم الإيداع إلا بعد تحضير مجموعة من الوثائق مع الحكم وهي مخطط بياني للعقار وأصل الملكية وشهادة ميلاد المعني أو المستفيد من الشفعة إذا كان الأمر يتعلق بحكم يقضي بتثبيت الشفعة وغيرها من الوثائق التي يلتزم المعني بتقديمها إلى الموثق ليرفق بالحكم المودع في شكل عقد¹.

وبعد الانتهاء من القيام بجميع الإجراءات السابقة تنقل تأشيرة التسجيل على الحكم أو العقد المسجل ويقوم مفتش التسجيل بتبيان تاريخ ورقم ومبلغ الرسوم المدفوعة وتكون الكتابة بالأحرف تطبيقاً لفحوى المادة 181 من قانون التسجيل "تنقل تأشيرة التسجيل على العقد المسجل أو على التصريح بالتركة أو على مستخرج العقد العرفي المحتفظ به في مكتب التسجيل ويبين فيه المفتش بالأحرف تاريخ وصفة السجل ورقم ومبلغ الرسوم المدفوعة...".

هناك نوع آخر من الشفعة نص عليه قانون التسجيل بموجب نص المادة 118 من قانون التسجيل إذ سمح للإدارة الجبائية استعمال حق الشفعة للعقارات التي تكون محل نقل الملكية بمقابل مصرح به وهذا المقابل يكون أقل من القيمة الحقيقية التجارية لهذا العقار ويتم تبليغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق أما بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط أو المحضر القضائي حالياً، وإما برسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام يوجهها مدير الضرائب للولاية التي يوجد بدائرة اختصاصها الأموال العقارية المذكورة في المادة 18 من قانون التسجيل وأن كل الأشخاص خاضعين لحق الشفعة على قدم المساواة². ويلفت الانتباه أن الدولة تستعمل حق الشفعة مدة سنة ابتداءً من تاريخ تسجيل العقد أو التصريح وإذا مرت سنة يسقط الحق في الشفعة ويبقى لذوي الحقوق حق الطعن أمام لجنة المصالحة المنصوص

¹ محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 310.

² بطيمي حسين، نافذة على الجبائية حق الشفعة، مجلة الموثق، العدد 4 الغرفة الوطنية للموثقين، سنة 2001، صفحة 16.

عليها بموجب المادة 102 من قانون التسجيل والتي لها دور في تقدير حالة ما إذا كان للطاعن حق الاحتفاظ بحقوقه¹.

إذ نصت المادة 101 من قانون التسجيل على أنه يمكن للإدارة الجبائية القيام بإجراءات إعادة تقييم الأموال المصرح بقيمتها بشكل أقر من قيمتها الحقيقية .

ومن هنا يمكن القول أن العقود التوثيقية أنواع منها ما يخضع لرسم تسجيل ثابت ومنها ما يخضع لرسم تسجيل نسبي أو تصاعدي وهذا ما أوضحته المادة 02 من قانون التسجيل بقوله (تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقد ونقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم).

الفرع الخامس: الآجال المحددة لتسجيل الأحكام القضائية

لقد وضع المشرع آجال محددة لتسجيل الأحكام القضائية خلال مدة شهر الذي يلي مباشرة شهر إعدادها إذ تنص الفقرة الأولى من المادة 60 من قانون التسجيل "على أنه يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتاب الضبط وكذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها"².

وفي هذا السياق تجب الملاحظة أن العقود والقرارات القضائية الخاضعة لرسم التسجيل القضائي مثلها مثل العقود الموثقة الخاضعة للرسم الثابت للمراقبة القانونية في الآجال المحددة أي أنها تخضع للرقابة مثل العقود الموثقة وتكون مرفقة بجدول يعد في نسختين تودع إحدى هذه النسخ لدى مفتشية الضرائب الأخرى ترجع الى الموعد الذي يلزم عليه انقضاء مدة ثلاثة أشهر على أن يخضع إلى تأشيرة رئيس مفتشية الضرائب الفهرس الذي سجلت فيه بصفة منتظمة كل العقود والقرارات القضائية الموجودة في جداول الأشهر السابقة والشهر الحالي ويثبت دفع الرسوم بوضع ختم سندي يحمل عبارة "رسم الطابع المحصل لصالح الخزينة" على العقود والسندات والأحكام³.

الفرع السادس: جزاء الاخلال بأحكام تسجيل العقارات

يجب احترام اجراءات التسجيل وتمكين مفتشية التسجيل من استيفاء حقوق التسجيل اللازمة وهذا بعد تقدير الحقوق بطريقة سلمية وملتفة مع أحكام التسجيل دون أن يكون أي تجاوز في التقدير أو تجاوز

¹ علاوة بوتغرار، استعمال حق الشفعة لفائدة الخزينة، مجلة الموثق، العدد 04 سنة 1998، صفحة 21، دوة اسيا ورامول خالد، الاطار القانوني لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق 102 ، 103.

² القرار السابق الذكر، الصادر عن المحكمة العليا، مؤرخ في 21-12-2005 رقم 315271، منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد 2 سنة 2006، صفحة 197 و ما بعدها.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث أحكام دار هومة، طبعة 2009، صفحة 102

السلطة وبالنسبة للخاضعين لحقوق التسجيل وعليهم الالتزام بتمكين مصلحة التسجيل من استيفاء الحقوق لأجل التحقيق لأغراضها التمويلية للخرينة العمومية.

ويترتب على هذا الإخلال جزاءات متنوعة جنائية و مدنية و كذلك جنائية كما انه هناك امتيازات و ضمانات ممنوحة للدولة نتيجة هذا الإخلال¹ وهي تتمثل فيما يلي:

أ- العقوبات الجنائية :

يترتب على الإخلال بأحكام التسجيل بصفة عامة و تسجيل العقارات بصفة خاصة مجموعة من العقوبات و تكون إما عقوبات جزائية بمناسبة ارتكاب الجرائم قانون العقوبات أو تكون مدنية اضافة إلى ذلك هناك عقوبات جنائية ترتبها الإدارة الضريبة نتيجة الإخلال بأحكام التسجيل و تطبق هذه العقوبات إما على المكلف القانوني أو الأطراف² كما يعتبر الموثق ملزما كغيره من الأطراف الخاضعة لحقوق التسجيل و يكون بذلك مسؤولا.

والحقيقة أن هناك عدة حالات ينجم عنها عقوبات جنائية يتم تطبيقها في حالة الإخلال بأحكام التسجيل وأذكر منها:

يجب على الموثقين أو المحضرين الذين لم يقوموا بتسجيل عقودهم في الآجال المقررة دفع شخصيا غرامة مالية، كما يكون عرضة الموثقين والموظفون وكتاب الضبط وأعاون تنفيذ كتابات الضبط وكتاب الادارات المركزية والمحلية الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة إلى عقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها تطبيقا للمادة 93 فقرة 2 من قانون التسجيل (إن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء....)³.

إذ اشترط قانون التسجيل الصادر بتاريخ 09-12-1976 بموجب الأمر رقم 76-105 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق اقليميا،

¹ دوة اسيا ورامول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 94 .

² دوة اسيا و رامول خالد، المرجع نفسه، ص 96 .

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة منقحة ومزودة في ضوء اخر التعديلات وأحدث الاحكام، دار هومة، طبعة سنة 2015، صفحة 167.

إذا جاء في المادة 75 فقرة 01 من قانون التسجيل¹ "لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند التوثيق في مكتب الولاية الذي يوجد بمكتبهم"².

كما يكون الموثق متضامن مع الأطراف المدنيين في حقوق التسجيل إذا ثبت أنه كان متواطئاً أو شريكاً مع زبائنه في إخفاء الثمن وسلك في ذلك طرق التدليس.

كما أوجب القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في أجل لا يتجاوز شهر وفي حالة التأخير في التسجيل يتعرض الموثق إلى عقوبات جنائية (دون نزع الصبغة الرسمية على العقد) طبقاً للمادة 58 من قانون التسجيل (يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها...)³.

ب- العقوبات الجزائية :

فكل من قام بالتخفيض أو حاول التخفيض سواء كل أو بعض من وعاء الضريبة أو تصفيته أو دفع الضرائب أو الرسوم التي هو خاضع لها وهذا باستعماله مناورات الغش فيخضع بذلك إلى غرامة مالية وفقاً لنص المادة 119 من قانون التسجيل إضافة للعقوبات الجزائية إذا ثبت تصريحاتهم المزور أو الناقص بشأن حقوق التسجيل بغرض التملص من الحقوق الواجبة الدفع والمقررة للتصرف الذي هو محل تسجيل، بالإضافة إلى العقوبات الجزائية الأخرى، كما أنه يخول لمفتشية التسجيل الحق في اللجوء إلى كل الوسائل المشروعة من أجل إثبات الإخفاء بما لهم من صلاحيات واسعة تمكينهم من تحصيل أموال الدولة طبقاً للمادة 2/113 من قانون التسجيل⁴.

وعلى هذا يمكن القول أن إصدار الأحكام والقرارات القضائية من طرف القاضي والتي تتضمن نقلاً للملكية العقارية أو الحق العيني العقاري وعلى الرغم من إنشائها لهذه الحقوق العقارية واعتبارها كسند مثبت لها، إلا أن ذلك لا يكفي وحده لنقل الملكية العقارية وإنما لا بد من تسجيلها على مستوى مصلحة التسجيل والطابع قصد تحصيل الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية إذ أن القيام بعملية التسجيل هو بمثابة التزام قانوني يقع على عاتق محرري المحرر الرسمي وإلا تعرضوا إلى جزاءات ضريبية

¹ قرار رقم 315271 مؤرخ في سنة 2005، المنشور بمجلة المحكمة العليا، العدد رقم 02 سنة 2006، صفحة 197 وما بعدها.

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة منقحة ومزودة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، المرجع السابق، صفحة 166.

³ حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، صفحة 166 و 167 .

⁴ دوة اسيا ورامول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 94 .

وتأديبية في حال تأخرهم عن تسجيل المحررات التي قاموا بتحريرها، وبعد الانتهاء من عملية التسجيل تأتي عملية الشهر العقاري للأحكام القضائية وذلك بهدف إعطاء الأثر والقيمة القانونية للحكم القضائي الناقل للملكية العقارية هذا من جهة ومن جهة أخرى إعلام الغير بما حصل على العقار أو الحق العيني العقاري وهو ما سوف أتطرق له من خلال المطلب الموالي .

المطلب الثاني: شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية لدى المحافظة العقارية

بعد الانتهاء من عملية تسجيل الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية تأتي مباشرة عملية أخرى تتمثل في القيام بشهرها وهي ثاني إجراء وأخره لتثبيت الملكية العقارية في حق من صدر الحكم لصالحه وهذا يعني أن التسجيل وحده غير كافي لنقل ملكية العقار إلى الغير، إذ أن الإغفال عن القيام بذلك يؤدي إلى عدم إنشاء وتعديل ونقل الحق العيني العقاري وفقا لما صدر الحكم القضائي، ولا يمكن لصاحبه إن يحتج به في مواجهة الغير ولا يولد أي التزام فيما بين الاطراف المتعاقدة ما لم يتم نشره في مجموع البطاقات العقارية وفقا لما تنص المادة 16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بقولها "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى فيما بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموع البطاقات العقارية¹، وهو ما كرسته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها :

القرار المؤرخ في 21-10-1990 والذي جاء فيه أن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني².

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 12-06-2014 (شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية)³. ومن هذا المنطلق فإن جميع الأحكام والقرارات القضائية على النحو السابق الذكر في الباب الأول هي سندات ناقلة للملكية العقارية مثلها مثل بقية السندات الأخرى الناقلة للملكية العقارية سواء كانت توثيقية أو إدارية.

¹ الامر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجديدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975 .

² قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21-10-1990 ملف رقم 68467 صادر بالمجلة القضائية، العدد رقم 01 قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا لسنة 1992.

³ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-06-2014 رقم 0861535 منشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية لسنة 2015 العدد الاول، صفحة 207.

فقد اشترط المشرع الجزائري وجوب شهرها على مستوى الجهات المختصة حتى تكون لها قيمتها اللازمة وترتب آثارها القانونية، خصوصا إذا شاب النزاع عليها وهو ما أكده مجلس الدولة من خلال قراره الصادر بتاريخ 25-11-2010 (لئن كان اشهار الاحكام القضائية المنشئة للحقوق العينية لدى مصلحة الشهر العقاري، اجراء ضروري لنقل الملكية فإن الأحكام الفاصلة في الحماية من الاعتداء والداخله ضمن الاحكام المقررة للحقوق لا تكون سندا للملكية ولا يجوز إشهارها وبالتالي فإن العقد التوثيقي بإيداع الحكم القاضي بطرد متعدي على الملكية العقارية وإشهاره يعد مشوب بعيب عدم القانونية ومعرض للإبطال)¹. وعليه سوف أحدد من خلال هذا المطلب ما المقصود بالشهر والجهة المختصة بالشهر والإجراءات المتبعة للقيام به من خلال هذا المطلب كما يلي:

الفرع الاول: الأساس القانوني للشهر العقاري

إن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات ألزم الاطراف شهر جميع الأحكام والقرارات القضائية المتضمنة إثبات أو نقل أي حق عيني عقاري استنادا إلى نص المادة 90 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري²، وعليه فإن الشهر إجباري ليس فقط لطرفي العقد بل أن المادة ألزمت محرري هذه العقود بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية حيث تنص "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة"، وعليه فان الشهر إجباري ليس فقط لطرفي الحكم أو القرار القضائي بل أن المادة ألزمت حتى محرري هذه العقود بالقيام بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية.

وعلى هذا الأساس يتعين أن تحتوي الأحكام والقرارات القضائية المراد إشهارها على مستوى المحافظة العقارية على جميع المعلومات والبيانات التقنية اللازمة المتعلقة بالعقار حيث نصت في هذا الإطار المادة 66 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط المذكور وما يحتوي عليه من مسح الأراضي، وإلا فإن المحافظ العقاري

¹ قرار صادر عن مجلس الدولة بتاريخ 25-11-2010، ملف رقم 055673 منشور بمجلة مجلس الدولة، العدد 10 سنة 2012، صفحة 138 و 139.

² المرسوم 63/76 "المتضمن تأسيس السجل العقاري المؤرخ في 25-03-1976 الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976.

مخول قانوناً¹ لرفض إشهارها وقد صدرت تعليمة عن وزارة المالية سنة 1995 موجهة لإدارة المسح تفيد أن الأحكام القضائية التي لا تحتوي على المعلومات المتعلقة بالحقوق العقارية التي تركزها تعامل معاملة العقد العرفي الصحيح.

وفي هذا الإطار فقد أكدت التعليمة رقم 16 المؤرخة في 24 ماي 1998 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية وزارة المالية المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والترقيم العقاري على أنه في حالة عدم دقة المعلومات المذكورة في السند الناقل أو المثبت للملكية أنه يتعين اللجوء إلى عمليات التحري، وفي مثل هذه الاحوال فإن المحافظ العقاري يفرض على حامل السند ضرورة إفراغه في عقد توثيقي وهذا قبل شهره ومن ثم فإن المحافظ العقاري يعامل الأحكام القضائية التي لا تحتوي على كل المعلومات التقنية المتعلقة بالعقار، معاملة العقود العرفية الثابتة التاريخ² قبل جانفي 1971 وهذا ما يعتبر تقليل من شأن الأحكام القضائية، وعادة ما يكون القاضي هو الذي يخلق هذه الوضعية ومن ثم فعلى القضاة مراعاة هذه الوضعية والسعي لتفادي ذلك، وهذا بالتعيين والتحديد الدقيق لبيانات ومواصفات العقارات في الأحكام القضائية خاصة ما أكدته نص المادة 66 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري³.

إن الشهر العقاري هو عبارة عن إجراء يرد على الحقوق العينية ويهدف إلى تأمين استقرار المعاملات العقارية وتحقيق نوع من الائتمان العقاري بعد القيام بالإعلان الشامل عن التصرف أو الواقعة بصفة علنية، بحيث لا يمكن انكارها فيما بعد سواء بين الطرفين أو الغير، فهو عبارة عن نظام قانوني يتطلب مجموعة من القواعد والإجراءات تحقق ضمانات لحق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات⁴.

¹ المادة 101 من المرسوم 63 /76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 30-76 الصادرة بتاريخ 13-04-1976.

² عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية المرجع السابق، صفحة 58.

³ المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري المؤرخ في 25-03-1976 الجريدة الرسمية العدد 30 لسنة 1976.

⁴ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء اخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة الطبعة 2009، صفحة 118.

فالشهر العقاري على أنه تلك التقنية أو العمل الفني الذي يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام كافة بها اطارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها¹.

فالإشهار العقاري إذن يظهر بصورة واضحة دوره في إعلام الغير بالوضعية أو الحالة القانونية الراهنة والحالية للعقارات، كما أنه يساهم في نقل الملكية العقارية بين الأطراف الصادرة بينها الحكم القضائي أو الأطراف المتعاقدة، بالإضافة إلى ذلك فإنه إجراء إجباري بالنسبة لمحاربه الموثقين والسلطات الإدارية وكتاب الضبط والقناصل طبقا لما نصت عليه المادة 90 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري².

كما أن المادة 14 من الأمر 75-74 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تنص على أن الشهر يكون إلزامي بالنسبة للعقود التالية: كافة العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المعلنة أو المعدلة الواردة على الملكية العقارية المعدة بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية وكافة العقود والأحكام القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان محل تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية الخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري العمل به وكذا تسجيل الرهون والامتيازات والمحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي المثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المشهورة في مجموعة البطاقات العقارية وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومشهر في مجموعة البطاقات العقارية، وهو ما اكدته كذلك المادة 353 مكرر 1 من قانون المالية لسنة 2004 "يقبض بمناسبة القيام بإجراء الشهر الإشهار في المحافظات العقارية رسم يدعى رسم الإشهار العقاري على ما يلي: العقود والقرارات القضائية المتضمنة نقل أو تكوين أو تصريح بحق ملكية عقارية أو غيرها من الوثائق الخاضعة للإشهار العقاري بموجب التشريع المعمول به...".

إن الأحكام القضائية تعد من أقوى السندات الرسمية إذ أنها تصدر في جلسة علنية تتضمن ديباجتها (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري)، فإذا فصلت هذه الأحكام في خصومات عقارية تتعلق بنقل الملكية العقاري، أو اثباتها، فإن قانون الشهر العقاري يقضي بوجود

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر طبعة 2008، صفحة 13، جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 122.

² المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 30 الصادرة في 13-04-1976.

اخضاعها إلى الإشهار العقاري بالمحافظة العقارية حتى تكون سارية في مواجهة الغير وفقا لما نصت عليه المادة 15 من الامر رقم 74-75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا المواد 62 و 63 و 66 و 99 المتضمن تأسيس السجل العقاري والتي تتضمن بدورها البيانات الواجبة احتوائها في الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية¹.

الفرع الثاني: الفرق بين التسجيل والقيد (الإشهار)

إن المشرع الجزائري استعمل مصطلح التسجيل والقيد للتعبير عن معنى واحد يكمن في الإشهار العقاري، فالتسجيل في المحافظة العقارية يختلف عن التسجيل بمصلحة التسجيل والطابع، فهذا الأخير يهدف إلى تحصيل موارد مالية بنسب معينة يحددها المشرع الجبائي لفائدة الخزينة العمومية وهذا التسجيل في الحقيقة لا يعطي بأي حال من الأحوال الصفة الرسمية للعقود العرفية المسجلة ولا يعد إشهارا للحق العيني العقاري الذي يحتويه السند².

أما بالنسبة للتسجيل والقيد بالمحافظة العقارية فهما يعتبران اجراءان يتضمنان إشهار السند بإدارة الشهر العقاري (المحافظة العقارية) إلا أنه يوحد اختلاف بينهما، ويكمن هذا الفرق في أن التسجيل يكون بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أما القيد فيكون بالنسبة لشهر الحقوق العينية التبعية³. كما أن بعض فقهاء القانون يضيفون بقولهم أن التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية التبعية يجب شهرها بطريق القيد وهذه الحقوق هي الرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز⁴.

يتم التسجيل بتدوين المحرر في السجل العقاري وفي كل من البطاقة العقارية والدفتر العقاري يقوم المحافظ العقاري بحفظ أصل المحرر على مستواه، بينما القيد لا يحفظ وإنما يؤشر بالحق العيني العقاري التبعية بالبطاقة العقارية وفي الدفتر العقاري بالجدول المخصص له.

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الطبعة الرابعة سنة 2014، صفحة 88.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع نفسه، صفحة 32.

³ مدحت محمد الحسيني، اجراءات الشهر العقاري، دار الفكر العربي، سنة 1992، صفحة 60، مجيد خلفوني، نفس المرجع، صفحة 32.

⁴ عبد الحميد الشواربي، اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف، الاسكندرية سنة 1993، صفحة 12.

الشهر العقاري سواء بالتسجيل أو بالقيود يرتب أثره بصفة فورية ولا يرتد إلى تاريخ سابق عليه وتطبق قاعدة الأولوية إذا حصل نزاع عقاري فالعبرة لمن سارع إلى تسجيل الحق العيني بالمحافظة العقارية قبل الآخر.

وفي هذا السياق فقد جاء قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بقوله "يترتب على أسبقية تسجيل المشتري لعقده قبل تسجيل عقد بدل مبرم بين نفس البائع وآخر أن عقد البديل لم يعد له محل يرد عليه"¹.

جاء في قرار آخر كذلك "إن العبرة في المفاضلة بين محررين بأسبقية رقم التسجيل حتى ولو تم التسجيل في يوم واحد وساعة واحدة وتنقل الملكية إلى الأسبق في تسجيل عقده حتى شاب عقده تواطؤ أو تدليس"².

الفرع الثالث: الجهة المختصة في عملية الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية

تعتبر المحافظة العقارية إحدى الجهات التي أنيطت بعملية ضمان تطبيق قواعد الحفظ العقاري كونها تسهر على احترام الشروط القانونية الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة للحفظ بما فيها الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية حتى يكون لها الحجية المطلقة في مواجهة الغير وضمانة ناجعة في حماية حقوق الغير من التعدي³.

ويتولى هذه السلطات المحافظ العقاري وذلك من خلال قيامه بمراقبة لعملية سير إجراءات الحفظ العقاري وفقا لما نص عليه الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري⁴، وقد أحدث بموجب المادة 20 من المرسوم السابق الذكر.

وفي هذا السياق فقد اختلفت مواقف التشريعات في تحديد الجهة المكلفة بعملية الإشهار العقاري، إلا أن المشرع الجزائري قد اعتبر المحافظ العقاري هو صاحب الاختصاص الأساسي في نظام الشهر إذ تعد المحافظة العقارية الدعامة الأساسية في ضبط واستقرار الملكية العقارية وإثباتها وحماية الحقوق وبعث

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 31 .

² عبد الفتاح مراد، إجراءات الشهر العقاري، دار الفكر العربي، بدون طبعة، صفحة 67 .

³ رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 75 .

⁴ الامر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975.

الائتمان العقاري¹، فهي عبارة عن هيئة إدارية عمومية تقوم بمهامها تحت وصاية وزير المالية يسيرها محافظ عقاري أحدثت بموجب المادة 20 من الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

وتعمل المحافظة العقارية على تأسيس السجل العقاري والقيام بمسك مجموعة البطاقات العقارية وتسليم الدفاتر العقارية لملاك الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية وشهر المحررات الرسمية الخاضعة للشهر العقاري التي ترمي إلى إنشاء أو تعديل أو نقل أو تصرح أو انقضاء حق عيني عقاري، بالإضافة إلى شهر التصرفات الواردة على بعض المنقولات وبعض العقود الإدارية التي تتناول حقوق شخصية² وقد نضم الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 مهام المحافظة العقارية باعتبارها الهيئة التي تتولى جميع إجراءات الشهر.

ويشرف على المحافظة العقارية المحافظ العقاري الذي يتم تعيينه طبقا للمرسوم التنفيذي رقم 92-116 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها³، إذ يعتبر منصب المحافظ العقاري أعلى منصب في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري ويقوم بإدارة مصلحة الحفظ العقاري بعد تأدية اليمين القانونية وهذا طبقا للمادة 05 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي جاءت تنص على أنه قبل مباشرة المحافظين العقاريين ورؤساء مكاتب المحافظة العقارية الوظائف الموكلة لهم تعين عليهم تأدية اليمين أمام المجلس القضائي الكائن بدائرة اختصاصه المحافظة العقارية وذلك من أجل القيام بالمهام التي أوكلت له بكل أمانة⁴.

الفرع الرابع: الإجراءات المتبعة لعملية الشهر العقاري وسلطة المحافظ العقاري في مراقبة ذلك:

يهدف إجراء الشهر إلى تثبيت الملك في حق المالك الجديد حتى يعلم كل من له مصلحة بالوضع القانوني للعقار والحقوق العينية الواردة عليه ومن خلاله يمكن أيضا التعرف على المالك ومساحة العقار وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوئها إذا ما أرد شخص الاقبال

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 71 .

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع نفسه، صفحة 71 و 73.

³ المرسوم التنفيذي رقم 92-116 للمؤرخ في 14-03-1992 الذي يحدد قائمة المناصب العليا في المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري وشروط التعيين فيها وتصنيفها المنشور بالجريدة الرسمية العدد 21.

⁴ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 80 و 81.

على التعامل في هذا العقار بشرائه ويقبول اكتساب أي حق من الحقوق العينية عليه كان على بينة من أمره وعلى يقين من تحقيق الغاية من تصرفه ويسهل تداول الحقوق العقارية ويشجع على الائتمان العقاري فهو يصبو إلى تحديد وتنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص¹.

وفي هذا الصدد لم يجعل القانون للسندات الناقلة للملكية العقارية بصفة عامة والأحكام القضائية التي يكون موضوع طلبها القضائي نقل الملكية العقارية بصفة خاصة أي أثر إلا من تاريخ إشهارها، فلا ينتج عن التصرفات أو الوقائع التي تضمنتها تلك المحررات التي لم يتم اشهرها سوى التزامات شخصية بين الاطراف المتعاقدة إذ نصت المادة 16 من الأمر 74-75 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري "إن العقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أي أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وبما أن المحافظ العقاري هو المكلف قانونا بإجراء عملية شهر التصرفات العقارية فقد يرتكب هذا الأخير أخطاء أثناء تأدية وظيفته إذ قد يكون مخطئا في قراراته الرامية إلى رفض الإيداع أو إجراء الشهر وهنا تقوم مسؤولية المحافظ العقاري ويمكن للمعني الطعن في قراراته².

إذ لما يقوم المحافظ العقاري المختص بتلقي أي حكم أو قرار قضائي ناقل للملكية العقارية والذي عادة يكون مثبت للوقائع مثل الحكم القاضي بتثبيت الشفعة أو البيع بالمزاد العلني أو الوعد بالبيع العقاري أو تثبيت ملكية القسمة من قبل الأشخاص المؤهلين بإيداعها لدى المحافظة العقارية، فإنه يكون قد تلقى بطريقة ضمنية طلب شهر هذه المحررات والتأشير بها في مجموعة البطاقات العقارية وتدعى هذه العملية بعملية الإيداع³.

فإذا توافرت جميع الشروط القانونية المتعلقة بتعيين الأطراف وكذا العفارات المنصوص عليه في المواد من 2 إلى غاية 66 من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري في المحررات يتم شهر الأحكام القضائية وعليه يجب اتباع الخطوات التالية:

¹ محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 355.

² جميلة زابدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 170.

³ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 349.

أ- إيداع الحكم القضائي والوثائق الملحقة به الخاضعة للشهر لدى المحافظة العقارية:

إن عملية الإيداع تعد بمثابة طلب يقوم بتقديمه الطالب للمحافظة العقارية وذلك تمهيدا لتنفيذ عمليات الشهر وكأول خطوة لعملية الشهر العقاري وعلى هذا يجب أن يرفق الحكم القضائي المطلوب شهره بالوثائق الملحقة به المنصوص عليها قانونا هذا بعد أن يتم إفراغه، إذ أن جميع الأحكام والقرارات القضائية النهائية المتعلقة بنقل الملكية العقارية التي يصدرها القاضي وفقا للنماذج السابق ذكرها في الباب الأول.

والجدير بالذكر أنه لا يتم إيداعها خلال أجل الشهر، إلا بعد القيام بإيداعها لدى إحدى مكاتب التوثيق من أجل إفراغها في شكل النموذج المطلوب لشهرها عملا بالمذكرة رقم 689 المؤرخة في 12-02-1995 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية وهذا وفقا لما تعبر عنه هذه المذكرة، وباعتبار أن الأحكام والقرارات القضائية لا تحتوي على كل البيانات اللازمة لشهرها ويرجع ذلك في الحقيقة إلى نقص وتخلف البيانات الدقيقة عند تحرير الأحكام القضائية الأمر الذي يتعذر معه شهرها¹، وفي بعض الأحيان الأخرى يرجع ذلك إلى الأخطاء المادية التي تقع في الأحكام القضائية سواء فيما يتعلق في تحديد الأطراف أو تحديد العقار

وعلى هذا النحو فإن عملية إيداع الوثائق بالمحافظة العقارية في الحقيقة هي عبارة عن عمل قانوني أولي، لا بد من القيام به في كل سند يستوجب الشهر العقاري بما فيها الحكم القضائي الناقل للملكية العقارية والذي يتضمن منطوقه إما انشاء أو تعديل للعقار أو الحق العيني العقاري، ويتم إيداع الوثائق الخاضعة للشهر بقسم خاص يدعى قسم الإيداع وعمليات المحاسبة .

وقد نصت المادة 22 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري على الإيداع بقولها: "رغم جميع الأحكام الخاصة المخالفة فإن الإشهار المطلوب بمقتضى المادة 88 يستوجب لزوما الإيداع في آن واحد بالمحافظة العقارية لصورتين رسميتين أو نسخ للعقد أو للقرار القضائي الذي ينبغي إشهاره" مع مراعاة الاجال المحددة وجوبا في نص المادة 90 من نفس المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص على أنه يجب على الموثقين والسلطات الإدارية أو الأشخاص المكلفين بخدمة

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 350 و 351 .

عامة، وكل شخص مكلف بتحرير عقد رسمي بمفهوم المادة 324 مكرر من القانون المدني، أن يودعوا الوثائق التي يحررونها بالمحافظة العقارية لإشهارها ضمن الآجال المحددة قانوناً¹.

وبالرجوع إلى نص المادتين 88 و 92 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري من نفس المرسوم نجدتها تحدد ما هي الوثائق التي تكون محل إيداع بالمحافظة العقارية من طرف الأشخاص المؤهلين لذلك وهي العقود الرسمية المحررة من طرف الموثقين، والشهادات التوثيقية، والعقود الإدارية الخاضعة للشهر، الأحكام والقرارات القضائية واجبة الشهر وسوف أحاول التطرق إلى ايداع هذه الأخيرة باعتبار أن البحث ينصب حولها كما يلي:

- طريقة و كيفية الإيداع:

لقد استوجب المشرع الجزائري عند القيام بإجراء الإيداع لدى المحافظة العقارية وبصفة اجبارية أن يتم في آن واحد إيداع صورتين رسميتين من الحكم أو القرار القضائي محل الشهر، ومن أجل إثبات عملية الإيداع يقوم المحافظ العقاري بتسجيل بيانات المحرر المطلوب إيداعه فور تسليمه، وبعد الانتهاء من مراقبته والتأكد من مدى قابلية ايداعه يثبت ذلك من خلال تبيان نوع السند المطلوب شهره والوثائق المرفقة به وتاريخ الايداع بدقة وذلك بذكر اليوم والساعة لاستعماله للغرض المبين في الفقرة الرابعة من المادة 41 من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري "ينبغي على المحافظ العقاري أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوم بيوم وحسب الترتيب العددي لتسليمات العقود والقرارات القضائية، وبصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد تنفيذ الاجراء الخاص بالإشهار ويسلم إلى الملتزم سندا يشار فيه إلى مراجع سجل ايداع التي سجل بموجبه كل تسلم وينفذ الاجراءات بتاريخ هذه التسليمات حسب ترتيب الأرقام وإذا كانت الاطراف غير قادرة اثناء سحب هذه الأوراق على ارجاع هذا السند فيجب عليها أن توقع ابراء بالنسبة لهذه الاوراق يكون من مرسوم الطابع على سجل الايداع بهامش المادة المطابقة".

وحسب نص المادة 22 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، يتولى المحافظ العقاري بعدها التأشير على النسختين المودعتين ويقوم بإرجاع نسخة إلى الشخص المودع، وهذا لإثبات إجراء الإيداع، ونسخة أخرى يحتفظ بها في المحافظة العقارية وترفق ضمن وثائق العقار بعد أن يؤشر عليها، كما يجب أن تحتوي على تأشيرة التصديق على الهوية، وعند اللزوم على الشرط الشخصي

¹. المادة 99 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

للأطراف كما أنه هناك وثائق أخرى ترفق وجوبا مع الوثيقة المودعة أوردتها المادة 100 من نفس المرسوم، تحت طائلة رفض إيداعها ما لم ترفق هذه الوثائق مع باقي الوثائق عند عملية الإيداع¹. والملاحظ من خلال النصوص القانونية والواقع الميداني أن المشرع الجزائري اعتبر عملية الإيداع مجرد طلب شهر ولا يعدو غير ذلك، لكن في المقابل جعل لتاريخ الإيداع أهمية جد بالغة إذ يعتد به إذا ما حصل الشهر ويأخذ به بأثر رجعي، أما إذا حصل ولم يتم الشهر فإنه يصبح بدون موضوع ولا قيمة قانونية له، لأنه في هذه الحالة لا يرتب أي أثر قانوني وما على المحافظ العقاري إلا أن يصدر قرار برفض الشهر في إطار الصلاحيات المخولة له ويكون هذا القرار قابل للطعن أمام القضاء الإداري.

إذ يتعين على ذوي الشأن المؤهلين لذلك القيام بإيداع صورتين من الحكم أو القرار القضائي المطلوب اشهاره وذلك بعد تحرير المحرر على ورقة نموذج حتى يتم قبول الإيداع شكلا، ويقوم المحافظ العقاري بعد ذلك بالتأشير مباشرة على هاتين النسختين وإرجاع أحدهما إلى طالب الشهر والاحتفاظ بالثانية التي تحمل تأشيرة التصديق على الهوية وكذا تأشيرة الشرط الشخصي للأطراف عند الاقتضاء، وحفظها والقيام بترتيبها على مجموعة البطاقات العقارية حسب ترتيب حجمها ورقمها، إذ يعطى لكل محرر مشهر رقم وحجم يعرفان به هذا في حالة قبول الإيداع وتنفيذ اجراء الإشهار ولم يكتف المشرع باشتراط تقديم نسختين من المحرر المطلوب شهره فقط وإنما يجب ارفاق ذلك بوثائق ملحقة تتمثل في الجدول الوصفي للتقسيم عندما يتعلق الاجراء بعقار خاضع للملكية المشتركة وكذا مستخرج مسح الأراضي للعقار محل الاجراء ممسوحا ووثيقة القياس لما يتضمن المحرر تغيرا في حدود الملكية العقارية وقرار التجزئة لما يتعلق الأمر بعملية التجزئة، اضافة إلى وثائق اثبات هوية أطراف المحرر المطلوب شهره².

وبالإشارة إلى أن بعض التشريعات المقارنة تسوي بين عملية الإيداع القانوني للوثائق وبين عملية الإشهار العقاري، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري، في حين نجد أن المشرع الجزائري يفرق بين الحالتين، فعملية إيداع الوثائق تسجل بسجل الإيداع والمحاسبة ولا يعني في جميع الاحوال بأنها وثائق مشهورة، وأما بالنسبة لعملية إجراء الإشهار فهي عملية لاحقة لإجراء الإيداع³.

- آجال الإيداع:

¹ المادة 100 من المرسوم 63/76. المتضمن التأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 353 و 354.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 122.

لقد وضع المشرع الجزائري آجال محددة من أجل الإيداع نص عليها في المادة 99 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري والتي عدلت بموجب المادة 10 من قانون المالية لسنة 2004، وبذلك أصبحت محددة كما يلي:

- 1- بالنسبة لشهادات نقل الملكية بعد الوفاة، تحدد بثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ تحرير العقد، ويمدد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين يقوم بالخارج.
 - 2- بالنسبة للأحكام القضائية حددت بثلاثة (03) أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية.
 - 3- بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق حددت ب (03) أشهر من تاريخها.
 - 4- بالنسبة لأوامر نزع الملكية الخاصة حددت ب 8 أيام من تاريخها
- وفي حالة ما اذا كان الإشهار في محافظتين عقاريتين أو أكثر، تمتد الآجال المذكورة أعلاه إلى مدة (15) خمسة عشر يوما كاملة بالنسبة لكل محافظة عقارية فضلا عن الأخرى، إذ لم يبين المشرع الجزائري الحالات التي يجب أن يتم فيها الإشهار في أكثر من محافظة عقارية، غير أنه وبالرجوع الى الواقع التطبيقي فإن ذلك يكون دون أدنى شك في الوضعيات التي ينصب فيها التصرف أو الحكم القضائي على مجموعة عقارات واقعة في دائرة عدة محافظات عقارية مختلفة وهذا معمول به كذلك في فرنسا لكن استنادا الى نصوص قانونية صريحة¹.

ب-تنفيذ عملية إجراء الشهر:

بعد أن يتولى المحافظ العقاري التأكد من قانونية عملية الإيداع ومن توفر جميع الوثائق القانونية التي يشترط القانون إيداعها من أجل القيام بإجراء الإشهار يقوم بعملية الإشهار وذلك خلال آجال 15 يوما التالية لتاريخ إيداعها²، يعمل المحافظ العقاري على التحقيق في هوية الأطراف بدقة كبيرة، والتأكد من المصادقة على الشرط الشخصي وعلى الوثائق المرفقة به، كما أنه يقوم بالتحقق من أن البطاقة غير مؤثر عليها بأي سبب كان يقيد حرية التصرف في الحق من قبل مالكة الأخير، وكذا يتأكد من سبب ومحل وموضوع العقد المطلوب للإشهار إن كان مخالفا للنظام العام أم لا.

ويكون للشهر العقاري أثر فوري فقط إذ لا يرجع أثره إلى تاريخ إبرام التصرف، وينتج عن إجراء الشهر إنشاء البطاقة العقارية ومن ثمة تسليم دفتر العقاري للمالك العقاري (الطرف الذي صدر الحكم

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 356.

² جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 177.

القضائي لصالحه)، إذ أن إجراء الشهر لا يكفي وحده لكي يرتب هذه الآثار وإنما لابد من التأشير بالحقوق المكتسبة على مجموعة البطاقات العقارية التي تم إعدادها خصيصاً لذلك¹.

1-إنشاء مجموعة البطاقات العقارية: إن البطاقات العقارية تنقسم إلى نوعين هما البطاقات العقارية الأبجدية والبطاقات العقارية العينية.

- فبالنسبة للبطاقات العقارية الأبجدية:

يتم إعدادها بالنسبة للأراضي الغير الممسوحة، بحيث يقوم المحافظ العقاري بإنشاء ومسك بطاقات عقارية أبجدية شخصية حسب كل مالك طبقاً لنموذج خاص يحدد بقرار من وزير المالية كما تشير إليه المادة 27 من الأمر رقم 74/75 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وتحتوي كل بطاقة على أصحاب الحقوق المذكورين، كما يجب أن يبين فيها لزوماً حسب المادة 114 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري نوع العقار وموقعه ومحتوياته ويشكل مجموع هذه البطاقات الأبجدية فهرس أبجدي فردي².

تنص المادة 27 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام والسجل العقاري "إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع اشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقاً عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي العام تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقاً لكيفيات تحدد بموجب مرسوم".

- بالنسبة للبطاقات العينية العقارية " غير ابجدية "

تؤسس وتمسك بالنسبة لأراضي البلديات الممسوحة، إذ تسجل فيها الحالة القانونية والوصفية للعقا، وتنشئ بعد إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية وكل تصرف يرد على العقار، يؤشر المحافظ العقاري به على البطاقة المنشأة وعلى دفتر العقاري، وهناك بطاقات قطع الأراضي، وبطاقات العقارات الحضرية³.

- بطاقات قطع الأراضي: يتم إنشاء هذه البطاقات بالنسبة لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي العام الذي تم إعداده، وتعرف الوحدة العقارية بأنها مجموع القطع المجاورة التي تشكل ملكية واحدة أو ملكية على الشيوع والمتقلة بنفس الحقوق والأعباء وقد تناول هذا النوع من البطاقات المادة 23 من

¹ رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 91 و 92.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 126.

³ المادة 20 وما يليها من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

مرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، إذ ترتب في كل محافظة عقارية ضمن مجموعة متميزة حسب كل بلدية، وتتم بالنسبة لكل بلدية حسب الترتيب الابجدي للأقسام وبالنسبة للأقسام حسب الترتيب التصاعدي لأرقام مخطط مسح الأراضي وقد بين المرسوم كيفية مسكها والبيانات التي ينبغي مراعاتها علاوة عن البلدية التي يقع بها العقار وبيان مسح الاراضي ومحتوى المسح¹.

-بطاقات العقارات الحضرية: يتم إعداد لكل عقار حضاري بطاقة عقارية و يوجد هناك نوعين:

أ- بطاقات عقارية عامة :

ويتم احداثها عندما يكون العقار مبني يشمل أو لا يشمل اجزاء مشتركة ومخصصة للاستعمال الجماعي تدرج فيه بيانات تهم مجموع العقار وترتب حسب المادة 32 من المرسوم أعلاه "كل محافظة عقارية ضمن مجموعة متميزة في كل بلدية وبالنسبة لكل بلدية حسب الشوارع والأرقام وعند الاقتضاء في البلديات التي يوجد بها مسح للأراضي حسب القسم ورقم مخطط المسح العام للأراضي².

ب-بطاقات عقارية خاصة :

تكون في حالة وجود الملكية المشتركة إذ تحدث لكل عقار تم تقسيمه وتجزئته من العقار الجماعي الكلي، وترتب البطاقات الخاصة حسب نفسها تبعا للبطاقة العامة وحسب الترتيب العددي للقطع .

التأشير على الدفتر العقاري وضبطه :

لقد نصت المادة 18 من الأمر رقم 74/75 المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه "يسلم لمالك العقار بمناسبة إجراء القيد الأول دفتر عقاري تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية".

وفي هذا السياق يعد الدفتر العقاري سندا قويا للملكية³، إذ تسجل في الدفتر العقاري جميع الحقوق الموجودة على عقار إذ لا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل العقاري دونه، وكل تأشير في البطاقة العقارية العينية ينبغي أن ينقل مباشرة على الدفتر العقاري .

وعليه يشكل الدفتر العقاري سندا قويا ووحيد لإثبات الملكية العقارية في المناطق الممسوحة ولا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل دونه فكل تأشير في البطاقة ينبغي أن ينقل مباشرة الى الدفتر

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 127.

² المرجع نفسه، صفحة 127.

³ قرار المحكمة العليا، الغرفة العقارية رقم 259635 المؤرخ في 2004/04/21 المجلة القضائية ن العدد 01 ، 2003،

صفحة 334.

العقاري حتى يبين الوضعية القانونية للعقار¹، ويتم تسليم الدفتر العقاري إلى الشخص المالك الذي كان حقه قائماً عند إنشاء بطاقة عقارية مطابقة، ومن المعروف أن المالك السابق يقوم وجوباً بإرجاع دفتره العقاري عندما ينقل ملكية العقار إلى شخص آخر، وعندما تكون الحاجة في هذه الحالة إلى إنشاء بطاقة جديدة فإنه يقوم بإتلاف الدفتر القديم، مع الإشارة إلى أن عملية الإتلاف في البطاقة المطابقة للدفتر الجديد، فإذا كان شخصان يملكان حقوقاً على الشيوع، فإن المحافظ العقاري يقوم بإعداد دفتر عقاري واحد، ويودعه لدى المحافظة العقارية، وفي هذه الحالة يقوم أحد المالكين على الشيوع بتعيين وكيل عنهما لاستيلاء هذا الدفتر والاحتفاظ به عنده، ويتم ذلك بناءً على هذه الوكالة، ويتم الإشارة في البطاقة العقارية لهذا الدفتر.

ويكون التأشير على الدفتر العقاري بصورة واضحة لا تدع مجالاً للشك بحيث تكون مقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحو وتكتب القاب الاطراف بأحرف كبيرة والأسماء بأحرف صغيرة وإذا حصل وأن ضاع الدفتر العقاري من ماله يمكن لهذا الأخير الحصول على دفتر عقاري آخر جديد ويكون ذلك بتقديمه طلب مكتوب ومسبب إلى المحافظ العقاري، أين يقوم هذا الأخير بالتأكد من مدى مطابقة الطلب مع هوية الشخص والبطاقة العقارية الخاصة بالعقار، وفي حالة اعداد دفتر عقاري جديد، كما هو الشأن في حالة قسمة العقار الشائع فعلى المحافظ العقاري إتلاف الدفتر السابق ويتم ذكر هذا الإتلاف في البطاقة العقارية المطابقة² وتكون جميع الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية موجبة للشهر كما يلي:

الفرع الخامس : شهر الأحكام القضائية المنشئة لحقوق عينية عقارية أصلية :

من خلال تفحص أحكام قانون الشهر العقاري نجد أن المحررات الخاضعة للشهر متعددة ومتنوعة لتتنوع التصرفات والمعاملات الواقعة بين الأشخاص وذلك كما نصت عليه المادة 14 من الأمر 74-75 المضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري³، وتأسيساً على ذلك فإن القاعدة العامة تستوجب شهر جميع الأحكام القضائية الناقلة للحقوق العينية العقارية المصرحة أو المنشئة بغض النظر عن نوع الحق العيني إن كان أصلياً أو تبعياً، وبعد حكم رسو المزاد في بيع العقار عن طريق القضاء أحد هذه الأحكام كما سبق القول، إذ أن هذا الأخير يكون بناءً على حجز أو قسمة وهو ينقل الملكية وينشئ عنه حق عيني لصالح الراسي عليه المزاد، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم ينص على هذا

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، طبعة 2 سنة 2008، صفحة 126.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع نفسه، صفحة 95.

³ المرجع نفسه، صفحة 87.

الحكم في القوانين المتعلقة بالشهر على عكس المشرع الفرنسي الذي نص في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي القديم في المادة 716 منه الفقرة 2 ويهدف شهر هذا الحكم في الحقيقة إلى نقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري إلى من رسا عليه المزاد العلني وإعطاء له قيمة في مواجهة الغير¹.

أولاً : شهر الحكم القضائي القاضي بالبيع بالمزاد العلني

إن الحكم برسو المزاد يكون عادة إما في حالة بيع العقار أو جزء منه إذا تعذرت القسمة العينية للعقار طبقاً لأحكام المادة 728 من القانون المدني إذ يعتبر البيع إلى أجنبي بمثابة بيع حقيقي فهو ينقل الملكية، أما إذا تم الرسو على مزاد من الشركاء فإنه يكيف على أساس أنه قسمة فهو حكم مقرر أو مصرح بالقسمة².

أ- الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد

لقد وقع خلاف كبير حول تحديد الطبيعة القانونية للحكم برسو المزاد سواء في الفقه أو في مختلف التشريعات المقارنة أو في القضاء، ففي التشريع المصري: ينص في المادة 99 من القانون المدني « إن العقد لا يتم في المزادات إلا برسو المزاد » وكذا المادة 427 منه تؤكد أن البيع بطريق المزاد العلني إنما هو عقد يخضع لأحكام القانون المدني³ فالمشرع اعتبر البيع القضائي عقداً في حين انقسم الفقه إلى رأيين:

فالرأي الأول :

ينظر إلى البيع القضائي أنه عبارة عن عقد طرفه الموجب هو إما المدين الحائز، أو الكفيل العيني بصفتهم مالكين وإما الدائن الحاجز فصفته نائب قانوني عن المالك والقابل هو الشخص الذي رسا عليه المزاد، والرضا عنه يتمثل في إيجاب يصدر عن المالك أو نائبه القانوني وهو طلب البيع الذي هو إجراء جوهري يترتب على تخلفه البطلان، أما القبول يتمثل في العطاء ويرى أيضاً أنصار هذا الرأي أنه عقد

¹ ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 294.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 295.

³ نبيل إسماعيل عمر، الوسيط في التنفيذ الجبري، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2001، صفحة 1007، حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقاً لقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المرجع السابق، صفحة 314، العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 139.

بيع ولكنه ليس رضائي بل ينعقد جبرا بين مالك العقار المنفذ عليه وبين المشتري الذي تم إيقاع البيع عليه¹.

أما الرأي الثاني : ينظر الى البيع القضائي أنه عبارة عن عمل إجرائي يسبقه عمل قانوني آخر يتمثل في تقديم اكبر عطاء ودليلهم أن عقد البيع هو تطابق إرادتين إلا أن هذا منعدم في البيع القضائي وإذا كان العطاء إجراء ضروري لصدور حكم رسو المزاد إلا انه لا يكون مع أمر القاضي عمل يحمل في طياته الطبيعة التعاقدية فالمشرع رسم إجراءات ثابتة وخول للقاضي سلطة إيقاع البيع لأن حسن سير العدالة يقتضي هذا².

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن حكم رسو المزاد لا يعد من حيث مضمونه حكما قضائيا فهو لا يحسم النزاع ولا يصل في خصومة قضائية وذلك لا يسبب ولكن من حيث الشكل هو حكم لأنه يصدر بديباجة الاحكام ووفقا للشكل المحدد في القانون من حيث الشكل المحدد في القانون للأحكام ولكنه من حيث طبيعته لا يعدو أن يكون عقد بيع ينعقد جبرا بين مالك العقار المنفذ عليه (المدين والحائز أو الكفيل العيني) وبين المشتري الذي تم إيقاع المزاد، وهناك من يرى بأن حكم رسو المزاد في حقيقته بمثابة قرار يصدره القاضي بما له من سلطة ولائية وإن اتخذ شكل الأحكام فإنه لا يحمل منها إلا الإسم لأن القاضي لا يقوم إلا بمراقبة اجراءات البيع وتقرير أن المزاد قد فتح وأن شخصا قد اعتمد عطاؤه وأنه دفع كامل الثمن أو أعفي منه ولهذا وقع البيع عليه إذ يعتبر حكم رسو المزاد العلني الخاتمة الطبيعية بالنسبة لإجراءات التنفيذ على العقار ويعد آخر الإجراءات لها وتنتهي به عملية الحجز ولا تبقى بعده سوى توزيع حصيلة التنفيذ³.

¹ -نبيل عمر، أحمد هندي، المرجع السابق، صفحة 671.

² نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، صفحة 1005 .

³ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا لقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية، المرجع السابق، صفحة 314.

كما أن المحكمة العليا كيفت حكم برسو المزاد على أنه عمل ولائى لا يحوي أي منازعة أو مواجهة، إذ جاء في قرار لها صادر بتاريخ 14-04-2011 في ملف رقم 653261 أن حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن¹.

وبهذا يمكن القول أن هذا البيع ينعقد في مجلس القضاء وتحت إشراف القاضي وهو بيع لا يختلف عن البيع الاختياري إلا في أنه لا يتم بإيجاب وقبول البائع وإنما ينطق به القاضي بإيقاع البيع جبرا عنه ويتحول هذا الحكم بعد شهره كسند ملكية بالنسبة للراسي عليه المزاد²، والواقع أن الحكم برسو المزاد ليس حكما فاصلا في خصومة قضائية وإنما هو مجرد محضر لبيان ما تم من الإجراءات في جلسة البيع وإثبات إيقاعه على من رسا عليه المزاد، وهو قرار يصدر عن القاضي بما له من سلطة ولائى³، وقد فرض القانون أن يصدر بديباجة الأحكام وأن يبين الإجراءات التي تمت ووقائع جلسة البيع ورسو المزاد وكل ذلك يعد سببا لهذا القرار يغني عن إيراد أسباب أخرى، وقد حددت المادة 763 مشتملات هذا الحكم بتضمنه فضلا عن البيانات المعتادة في الأحكام وأسماء وألقاب الأطراف ما يأتي:

- 1- بيان السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز و الإجراءات التي تلتها؛
- 2- تبيان تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المباع ومشتملاته والارتفاقات العالقة به إن وجدت، كما هو معين في قائمة شروط البيع؛
- 3- تبيان تحديد الثمن الأساسي للعقار و/أو الحق العيني العقاري المباع؛
- 4- ضرورة ذكر إجراءات البيع بالمزاد العلني؛
- 5 - ذكر الهوية الكاملة الراسي عليه المزاد شخص طبيعيا أو معنويا؛
- 6- ذكر الثمن الراسي به المزاد و تاريخ الدفع ؛
- 7 - إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأحوال بتسليم العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد.

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا الصادر في 14-04-2011 في ملف رقم 653261 المنشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الاول لسنة 2012 صفحة 171.

² قرار المحكمة العليا، ملف رقم 292327 قرار بتاريخ 2003.01.29 المجلة القضائية، العدد الأول 2003، صفحة 206.

³ نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، صفحة 1005.

وقد أحسن المشرع الجزائري في تحديده للبيانات الأساسية الواجب توفرها في الحكم القاضي برسو المزاد وهذا بالنص عليها في قانون الاجراءات المدنية والإدارية من أجل توحيد الإجراء لدى جميع القضاة عند التحرير وتسهيل عمل المحافظين العقاريين في مرحلة القيد والشهر باعتباره سند ناقل للملكية العقارية¹.

وما يؤكد أن حكم رسو المزاد ليس حكما كالأحكام الفاصلة في النزاعات والخصومات القضائية هو أن هذا الحكم لا يبلغ لأطراف الحجز وذلك طبقا لأحكام المادة 764 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وبعد سندا تنفيذيا طبقا للمادة 600 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، إذ ينفذ جبرا في مواجهة المحجوز عليه الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس وذلك حسب الأحوال. أيضا وتطبيقا للقانون 74 / 75 المتعلق بالشهر العقاري لاسيما المادتين 16 و 17 وكذا القانون المدني فالشهر هو وسيلة انتقال الملكية وبهذا فان الملكية لا تنتقل بحكم رسو المزاد فهذا الأخير يعد سندا للملكية ولا بد من قيده لدى المحافظة العقارية من طرف المحضر القضائي حتى تنتقل الملكية خلال اجل شهرين من تاريخ صدور هذا الحكم². وتتم إجراءات شهر هذا الحكم بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها موقع العقار وفقا لأحكام المادة 774 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك دون مراعاة أصل الملكية وهو ما سوف أتطرق له في الباب الثاني .

والملاحظ أيضا أن قانون الإجراءات المدنية القديم لم يكن ينص على مدى جواز الطعن في حكم رسو المزاد من من عدمه و أمام هذه الوضعية فقد إتجهت أغلب الآراء أنه باعتبار أن هذا الحكم ليس حكم فاصل في خصومة قضائية فإنه لا يمكن بهذا اللجوء لطرق الطعن المقررة للأحكام القضائية للطعن فيه، وبهذا يجوز الطعن فيه بدعوى بطلان أصلية باعتبار انه يدخل ضمن الأعمال الولاية للقضاة³، لذلك لا سبيل للطعن فيه بالاستئناف على غرار الأوامر الولائية لأن الطعن بالاستئناف لا يكون إلا في الاحكام القضائية الذي نقص في منازعة قضائية وليس الأمر كذلك بالنسبة لأحكام الرسو وهو ما أكده القرار الصادر عن الغرفة المدنية لمجلس قضاء عنابة بتاريخ 18-03-2003 تحت رقم 345-2000 (حيث أن الحكم محل الاستئناف الحالي بعد إثبات لحالة معينة هي رسو المزاد على المزاييد دون أن يكون هناك

¹ بريرة عبد الرحمن، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 258 .

² المادة 762 في فقرتها الثانية من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

³ قرار رقم 292327 المؤرخ في 29-01-2003 العدد 1 لسنة 2003، صفحة 206.

أي نزاع معين قائم بين المدعي والمدعى عليه أمام القاضي وحيث أن هذا الحكم لم يفصل في خصومة وحيث أن هذا الحكم غير قابل للاستئناف شكلا.

وتجدر الإشارة أن مضمون المادة 394 من قانون الاجراءات المدنية القديم تفيد ذلك ما دامت تنص أن حكم رسو المزاد هو سند الملكية وليس القرار الذي يصدر في شأن الحكم أو القرارات التي تصدر بشأن استئناف رسو المزاد يجب أن تصرح بعدم قبول الاستئناف لعدم جوازه وليس بعدم قبول الاستئناف شكلا كما ذهبت إليه خطأ الغرفة المدنية لمجلس قضاء عنابة في القرار المشار إليه¹.

وطبقا لأحكام المادة 765 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن حكم رسو المزاد غير قابل للطعن وفي هذا المجال صدر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا قرار قضائي بتاريخ 29-01-2003 تحت رقم 292327² (لا يعد حكم رسو المزاد العلني حكما قضائيا بل قرارا ولاثيا صادر في شكل حكم قضائي) وتبعاً لذلك يجوز لصاحب المصلحة أن يتظلم من هذا القرار بدعوى البطلان المبتدئة أمام المحكمة التي وقع فيها البيع بالمزاد ومن ثمة لا يجوز أن يطعن فيه بالنقض مباشرة وإن الطعن بالنقض لا يكون إلا في الاحكام القضائية الفاصلة في المنازعة والصادرة نهائيا وهي الشروط التي تتوفر في الحكم المطعون فيه .

مع الملاحظة أن المشرع المصري سمح بالطعن فيه بدعوى بطلان أصلية باعتبار انه يدخل ضمن الأعمال الولائية للقضاة وأجاز الطعن فيه بالاستئناف بصفة استثنائية ممن كان طرفا في إجراءات التنفيذ وصح إعلانه بها طبقا لثلاث حالات وهي وجود عيب في إجراءات المزايدة³.

غير أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد نص في المادة 765 منه على أن حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن وبهذا فالنص واضح وجازم فلا يمكن الطعن فيه بأي طريق سواء تلك المقررة للأحكام القضائية أو بدعوى البطلان. ولعل مرد ذلك هو أن المشرع أجاز في المادة 643، إذا كان أي إجراء من إجراءات الحجز (ومن بينها إجراءات المزايدة) قابلا للإبطال أجاز لكل من المحجوز عليه أو لكل ذي مصلحة أن يطلب بدعوى استعجاليه ضد الحاجز والمحضر القضائي الحكم ببطلان الإجراء

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة منقحة ومزودة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، طبعة 2015 صفحة 75.

² قرار قضائي ورد في المجلة القضائية، العدد الأول سنة 2003، صفحة 207، ملف رقم 292327 بتاريخ 29-01-2003.

³ أحمد سعيد شعله، قضاء النقض في التنفيذ والحجز - منشأة المعارف - طبعة 1997 - طعن رقم 473، جلسة 07. 11. 1968، صفحة 19 و 297.

وزوال ما ترتب عليه من آثار خلال شهر واحد من تاريخ الإجراء وإلا يسقط الحق في طلب الإبطال ويعد ذلك الإجراء صحيحاً فإذا تقاعس عن ذلك خلال شهر يسقط حقه في طلب الإبطال وبالتالي يصدر الحكم برسو المزاد وتعتبر كل الإجراءات بذلك صحيحة ولا يمكن الطعن في هذا الحكم .

ب - آثار الحكم برسو المزاد

يرتب الحكم برسو المزاد مجموعة من الآثار تختلف عن الآثار المترتبة عن البيع الرضائي الذي ينظمه القانون المدني وهذه الآثار تملئها طبيعته القانونية، كما يتمتع ببعض آثار الأحكام القضائية فله حجية في مواجهة جميع أطراف الحجز ويحسم جميع إشكالات ما قبل جلسة المزادة، فباختبار أنه بيع لا محالة يؤدي إلى دفع الثمن وذلك عند رسو المزاد بل ينشأ حتى قبل إيقاع حكم البيع، كما يؤدي إلى نقل الملكية باعتباره بيع ويطهر العقار أو الحق العيني العقاري من جميع التأمينات.

1- الإلتزام بدفع الثمن :

ينجر على رسو المزاد التزام الراسي عليه المزاد بدفع الثمن الذي رسا به المزاد عليه والمصاريف والرسوم المستحقة إذ يدفع خمس هذا الثمن حال انعقاد جلسة البيع ثم يدفع المبلغ المتبقي في أجل أقصاه 8 أيام بأمانة الضبط فإذا لم يلتزم بذلك خلال المدة المحددة يتم إعداره بالدفع خلال 5 أيام تحت طائلة إعادة البيع بالمزاد العلني على ذمته ويلزم بدفع بفارق الثمن إذا أعيد بيع العقار بأقل من الثمن الراسي به المزاد وكجزاء عليه لا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع بثمن أعلى وطبقاً للمادة 758 فان منطوق الحكم الصادر برسو المزاد للبيع الثاني يتضمن إلزام المزايد المتخلف بفرق الثمن إن وجد.

2 - نقل الملكية إلى الراسي عليه المزاد:

ينجر عن البيع الجبري نقل ملكية العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المباعه بالمزاد العلني من المدين إلى الراسي عليه المزاد وبهذا فجوهره مثل البيع الذي يتم بالتراضي¹، وبهذا فبمجرد صدور الحكم يحدث تغييراً قانونياً ومركزاً قانونياً جديداً بالنسبة لحق الملكية فعن طريقه يتقرر انتقال ملكية العقار من المحجوز عليه إلى المشتري ولذلك نص المشرع في المادة 762 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية على أن: «إن حكم رسم المزاد سند للملكية» وبالنتيجة يكون حكم رسو المزاد سبباً لاكتساب المشتري (الراسي عليه) ملكية العقار إذ أن الملكية التي تنتقل إلى الراسي عليه المزاد هي ذاتها الملكية التي كانت

¹ أحمد هندي، أحمد خليل، مرجع سابق، صفحة 512 .

بيد المدين المحجوز عليه وبالتالي فإن المدين هو سلف الراسي عليه المزاد¹، لكن هذه الملكية لا تحقق أثرها إلا إذا تم شهر هذا الحكم الذي كان سبب وجودها بالمحافظة العقارية عملاً بالأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري فإنتقال الملكية بالبيع الجبري يخضع للقواعد العامة الخاصة بالشهر لذلك أوجب المشرع في المادة 2/762 على المحضر القضائي أن يقوم بقيد الحكم بمصلحة الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية خلال الشهرين التاليين لصدور الحكم.

والملاحظ أن المشرع قد عدل عن الجزاء الذي كان يقرره قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 2/394 وهو إعادة البيع على ذمة الراسي عليه المزاد إذا لم يتم بعملية الشهر ذلك أن هذا الحكم به شيء من اللبس ويقرر جزاء أن قيد الحكم يحقق مصلحة الراسي عليه المزاد وحده بانتقال الملكية إليه فإذا ما تم إهمال القيد لا يضار أحد غيره، كما أن هذا الجزاء يكون غير مجد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك أن القائم بالقيد هو المحضر القضائي وليس المشتري وبالتالي فلا حاجة لتهديد المشتري .

وبناء على ما تقدم تنتقل ملكية العقار إلى المشتري محملة ومثقلة بحقوق الارتفاق والانتفاع التي تكون قد ترتبت عليه، كما تسري عليه الإيجارات التي عقدها المدين² وبالمقابل لا يجوز الاحتجاج عليه بالتصرفات التي رتبها المالك السابق بعد قيد أمر الحجز، كما له أن يتمتع بكل الحقوق التي كان يتمتع بها المدين المحجوز عليه ونقل الملكية يتم بصورة نهائية ولا تقبل دعاوى البطلان بسبب النقائص أو العيوب التي قد تشوب إجراءات التنفيذ إقرار بذلك للثقة في هذه البيوع.

2 - تطهير العقار و/ أو الحق العيني العقاري:

إن المشرع يضع استثناء عن القواعد وذلك من خلال جعل حكم رسو المزاد حدا لحقوق الرهن والاختصاص والامتياز المحمل بها العقار فينتهر بذلك من جميع التأمينات العينية العالقة به طبقاً للمادة 764 قانون الإجراءات المدنية والإدارية و936 من القانون المدني وذلك منذ أن يتم دفع الثمن لدى أمانة الضبط المحكمة أي، كما يطلق عليه بالتطهير بقوة القانون أياً كان مصدر هذه الحقوق فينتهر العقار من الأولوية التي تمنحها هذه الحقوق من تتبع وتقديم وتنقل إلى الثمن الذي يبيع به لأن هدف الدائنين سواء كانوا مرتهنيين أو عاديين بإجراء الحجز هو استيفاء ديونهم وأنه مادام هؤلاء يتم إعلانهم بالإجراءات

¹ حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 316، بريرة عبد الرحمن طرق التنفيذ، المرجع السابق، صفحة 258، العربي شحط طرق التنفيذ المرجع السابق صفحة 140.

² نبيل إسماعيل عمر، مرجع سابق، صفحة 1012 .

ولهم من الوسائل ما يمكنهم من حماية حقوقهم فلا مبرر لبقاء حقوقهم متعلقة به بل تنتقل إلى ثمنه¹ ولو لا هذا التطهير الذي يتم بحكم القانون لكان على المشتري بالمزاد أن يطهر عقاره، وحتى يتم التطهير يجب أن يتم قيد حكم رسو المزاد لدى المحافظة العقارية لأن الملكية تنتقل بالشهر والتطهير، إذ لا يمكن أن يتم إلا إذا انتقلت الملكية وأن يكون أصحاب الحقوق العينية التبعية قد تم إنذارهم مسبقاً بالاعتراض على قائمة شروط البيع لأن الدائن الذي لم يتم إعلانه له الحق في بيع العقار في يد الراسي عليه المزاد وأن تكون حقوق الدائنين مقيدة قبل قيد أمر الحجز لدى المحافظة العقارية ولا يشمل التطهير إلا الحقوق المقيدة وبهذا يبقى العقار مثقلاً بحقوق الارتفاق و حقوق الانتفاع لأنها حقوق عينية أصلية .

3- عدم ضمان العيوب الخفية في بيع العقار بالمزاد العلني :

لا يمكن للراسي عليه المزاد الرجوع بدعوى ضمان العيوب الخفية على المحجوز عليه لأنه لا ضمان للعيوب الخفية في البيوع القضائية وذلك لأنها تتم علنياً بعد الإعلان عنها وتكون هناك مدة متسعة لمعرفة كل ما يخص العقار وتحت إشراف القاضي وكل ذلك كفيل بفضح أي عيب خفي في العين المباعة²، وينشأ للمشتري حقا في تسلّم العقار المبيع وملحقاته والتسليم في البيع الجبري لا يعني وجود التزام بنقل الملكية لأن هذه الأخيرة تنتقل كأثر للبيع الجبري كما أن التسليم هو حق خالص للمشتري نتيجة دفعه للثمن ويخضع تنفيذ الحكم رسو المزاد للإجراءات العامة التي تمنح للمدين أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأحوال التنفيذ اختيارياً والتنفيذ يكون وفقاً للحكم والذي يجب أن يشتمل على الأمر بتسليم العقار إلى الراسي عليه المزاد³، فإذا بقي أحد في الأماكن حق له طرده بمقتضى أمر استعجالي وإذا كان في العقار أشياء لم يتناولها الحجز يجب ردها إلى المحجوز عليه أو وضعها تحت تصرفه لمدة 8 أيام فإن رفض استلامها بعد إنذاره يحزر المحضر محضر برفض الاستلام ويستصدر أمر على عريضة لبيعها بالمزاد العلني ويودع المتحصل من بيعها بأمانة الضبط بعد استيفاء المصاريف وإذا تعذر بيعها تعد من الأموال المتخلى عنها وتوضع في المحشر⁴.

¹ غير أنه إذا لم يخبر الدائنون الذين أوجب القانون إخبارهم بقائمة الشروط البيع، فإن قيودهم تظل على العقار حيث بعد إنتقاله للراسي عليه المزاد لأن العقار يضمن هذه الديون، ولأنه لا يجوز الإحتجاج في مواجهتهم بإجراءات التنفيذ لعدم إخبارهم.

² المادة 385 من القانون المدني، " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية ولا الادارية اذا كانت بالمزاد " .

³ أحمد هندي، أحمد خليل، المرجع سابق، صفحة 515 .

⁴ المادة 621 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وتجدر الإشارة انه لا ينبغي ان يفهم من عبارة بيع العقار أو الحق العيني العقاري بالمزاد العلني على انه حكم قضائي، كما هو الحال لباقي السندات القضائية الأخرى الفاصلة في خصومة قضائية بالرغم من أن القاضي المكلف بالبيع العقارية هو الذي ينطق برسو المزاد لأن تدخل القاضي في هذه الحالة بموجب حكم يعتبر مجرد خلاصة لجملة الإجراءات التي قام بها القائم بالتنفيذ المحضر القضائي بناء على حكم قضائي يقضي ببيع العقار بالمزاد العلني لقيام حالة الشيوخ أو لقيام خصومة قضائية بين المالكين بشأنه لوجود قصر في الدعوى تبين أن لديهم حقوق عقارية أو بناء على أمر بالحجز العقاري لثبوت علاقة المدنونية ومواصلة الإجراءات المقررة لغرض اقتضاء الحق المالي وتمكين الدائن منه فالقاضي القائم بعملية البيع العقاري والذي نطق برسو المزاد العلني لم يقم باتخاذ موقفا حاسما بين أطراف المالكين للعقار ولم يجتهد في اصفاء الطابع القانوني للقضية المطروحة ولم يقم بدوره باعتباره قاضيا يجرى موازنة بين المصالح المتضاربة لأطراف الدعوى وإنما دوره لا يتجاوز مجرد اسناد ملك عقاري لفائدة أحد المتزايدين بموجب حكم يتضمن رسو بالمزاد العلني على شخص ما وحكمه هذا يعد ايجابا بتاتا أي أن القاضي باعتباره مكلفا باختتام الإجراءات القانونية المتخذة في بيع العقار أو الحق العيني العقاري بالمزاد يعرض للبيع أو الحق العيني لمن يقدم أعلى ثمن وكأنه يقوم بدور النائب القانوني للأطراف ذوي الثقة والمصلحة أي المدين والدائن والنائب القانوني للمالكين في الشيوخ وعمله هذا يعتبر تصرفا إداريا في طبعه نظرا لأن ما قام به يتمثل في تكملة الإجراءات القانونية وخلاصة لما يصدره رئيس المحكمة بعد التحقق من الفصل في جميع الاعتراضات التي سجلت¹.

ثانيا : شهر الحكم القضائي القاضي بتثبيت الشفعة

إن الحكم القاضي بتثبيت الشفعة يكون واجب للشهر العقاري باعتباره هو الآخر حكم ناقل للملكية العقارية من المالك الأصلي صاحب العقار إلى الشفيع بقوة القانون وهو ما أكدته المادة 863 من القانون المدني كما سبق الذكر بأن الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة يعد بمثابة سنداً قائم لملكية الشفيع دون الإخلال بقواعد الإشهار العقاري "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيع دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري".

وفي هذا الإطار فإنه في ممارسة الشفعة لا يقتصر الشهر على الحكم الصادر بتثبيت الشفعة فقط، وإنما يخضع الشهر كذلك إلى الوثيقة التي تتضمن الإعلان على الرغبة في الشفعة طبقا لنص

¹ مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، طبعة 2012، صفحة 13 ، 14 ، 15.

المادتين 801 و806 من القانون المدني إذ تنص المادة 801 على أنه "يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا"¹.

كما تنص المادة 806 من نفس القانون على أنه "تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبه المشرع أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ الشهر الإعلان بالرغبة في الشفعة على أن يبقى الدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الافضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار"².

ويترتب على الأخذ بالحق في الشفعة في العقارات عدة آثار على العلاقات القانونية بين الشفيع وأطراف عقد البيع المشفوع فيه وتجاه الغير كذلك هذا في حالة ثبوت الشفعة، غير أنه هناك حالات قد لا يثبت فيها حق الشفعة للشفيع إما لوجود مانع من موانع الشفعة يحول دون قيام الشفعة أصلا أو لسقوط الحق في الشفعة بعد وجوده وذلك لتخلف إجراء ما فرضه القانون ورتب على تخلفه السقوط أو لسبب قانوني آخر.

وعليه سوف أتطرق إلى الآثار المترتبة على الشفعة ثم إلى موانع الأخذ بالشفعة ثم حالات سقوط حق الشفيع في الأخذ بالشفعة.

الآثار المترتبة على الأخذ بالشفعة :

لقد تناول القانون المدني الجزائري آثار الشفعة في المواد 804، 805 و806 وينتج على ثبوت حق الشفيع في الأخذ بالشفعة أن تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع نتيجة حلوله محل المشتري في عقد البيع الذي تم بين البائع والمشتري وهذا ينشئ علاقات قانونية بين الشفيع وبين البائع والمشتري والغير، غير أن الحقيقة هذه المسألة تطرح تساؤل حول ما هو الوقت الذي يحل فيه الشفيع محل المشتري؟ ومتى تنتقل ملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع؟

إن انتقال الملكية فقد فصلت فيه المادة 803 من القانون المدني: (يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري) بمعنى أن القاضي في هذه الحالة يعد بمثابة موثق إذ تحل إرادته محل إرادة الاطراف ويقوم بإصدار حكم يقضي بتثبيت الشفعة في العقار لصالح الشفيع بمعنى ينقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري إلى الشفيع،

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 87.

² ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، المرجع السابق، صفحة 296 .

غير أنه على الشفيع تسجيل العقد وشهره حتى تنتقل له إذ ترتب آثارها من وقت تسجيل الحكم النهائي في الشهر العقاري وهو ما ينسجم مع الأحكام العامة المتعلقة بانتقال ملكية العقارات إذ تنص المادة 793 من القانون المدني "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، غير أنه لولا الحكم القضائي الذي أصدره القاضي لما انتقل الحق إذ بدونه لا وجود لانتقال الحق أو الحق العيني العقاري.

ولما كانت الشفعة هي حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار كان من الطبيعي أن تنتقل إليه الملكية في الوقت الذي كانت ستنتقل فيه إلى المشتري لو لم يتدخل الشفيع وهو وقت تسجيل العقد باعتباره سند الملكية وبما أن الحكم النهائي بثبوت الشفعة هو سند ملكية الشفيع وجب شهره حتى تنتقل إليه الملكية، غير أن هذا الحكم وخلافا للعقد له حجية فيما بين أطراف الخصومة التي انتهت بصدوره ولكن لا تنتقل الملكية لا فيما بين الأطراف ولا في مواجهة الغير إلا بعد إشهاره في المحافظة العقارية¹.

أما بالنسبة لوقت حلول الشفيع محل المشتري فهذه المسألة قد اختلفت فيها آراء الفقهاء، فهناك اتجاه يقول بأنه يكون من وقت تمام البيع المشفوع فيه، وهناك رأي آخر يقول أنه يكون من وقت إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ورأي ثالث يقول أنه من وقت رفع الدعوى أما بالنسبة للرأي الرابع وهو الرأي الذي اتبعه القضاء يرى أن الشفيع يحل محل المشتري في عقد البيع من وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة لأن الحكم هو المنشئ لحق الشفيع ولا ينسحب أثره على الماضي².

1- حقوق والتزامات كل طرف في الشفعة

بمجرد حلول الشفيع محل المشتري في البيع فإنه يقع على عاتقه التزاماته ويكون له بالمقابل حقوق، وتتأسأ علاقات بين الشفيع والبائع، وبينه وبين المشتري ومع الغير.

أ- علاقة الشفيع بالبائع :

لقد نصت المادة 804 من القانون المدني على أنه: "يحل الشفيع محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إلا أنه لا يمكن له الانتفاع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع، ولا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة".

¹ زروقي ليلي وحمدى باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة سنة 2006، صفحة 66.

² موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، مذكرة للحصول شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة سبعة عشر لسنة 2006 - 2009، صفحة 60 و 61 .

بمجرد ثبوت للشفيع الحق في الشفعة يصبح طرفا في عقد البيع بصفة المشتري فتكون له كل حقوقه وتقع عليه التزاماته، ويصير البائع ملزما تجاهه بالتزاماته تجاه المشتري وتكون عليه حقوقه على المشتري، فيكون البائع اذن ملزما بنقل ملكية العقار إلى الشفيع وهي عبارة عن مسالة إجرائية تتعلق بالتسجيل فإذا تمت الشفعة بالتراضي وكان المشتري قد أشهر عقده فانه يقوم بتحرير إقرارا بتسليم الشفعة للشفيع وذلك بعقد رسمي أمام الموثق وفقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ويقدم هذا الإقرار إلى مكتب الشهر العقاري ليتم تسجيله والتأشير بمضمونه على هامش تسجيل عقد البيع، أما في حالة إذا لم يكن عقد البيع الصادر إلى المشتري مسجلا فيجب أن يكون الإقرار موقعا من البائع والمشتري والشفيع ويكون موثقا أو يحرر الموثق عقد بيع جديد من البائع إلى الشفيع يوقعه معهما المشتري و يسجل هذا العقد ويشهر في المحافظة العقارية، أما إذا تمت الشفعة بالتقاضي فانه يجب على الشفيع أن يسجل الحكم الصادر بثبوت حقه في الشفعة ويشهره فتنتقل إليه الملكية مباشرة من البائع ومتى انتقلت الملكية إلى الشفيع صارت له جميع حقوق المالك خاصة حق التصرف.

-التزام البائع بتسليم العقار:

في حالة ما إذا كان العقار محل البيع لم يتم تسليمه إلى المشتري فان البائع يلتزم بتسليمه مباشرة إلى الشفيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع مع ملحقاته، ولهذا الالتزام اثار تتعلق بتبعية هلاك العقار، فإذا هلك قبل التسليم هلاكا كليا كانت التبعية على البائع إن كان العقار تحت يده ووجب فسخ البيع ورد الثمن ومن ثمة تسقط الشفعة وتكون تبعية الهلاك على المشتري إن كان قد تسلم العقار المشفوع فيه.

أما في حالة ما إذا كان الهلاك جزئيا قبل التسليم كان الخيار للمشتري في طلب الفسخ أو إبقاء العقار مع إنقاص الثمن، فإذا طلب الشفيع بالشفعة صار ما اختاره المشتري عليه، فإن كان الفسخ سقطت الشفعة وذلك كله قبل الحكم نهائيا بالشفعة، أما في حالة صدور الحكم فإن كان المشتري لم يظهر اختياره انتقل الخيار للشفيع فان اختار الفسخ سقطت الشفعة وانفسخ البيع ولا يكون للمشتري الحق في العقار إلا بموجب عقد جديد فإذا كان الهلاك الجزئي بعد الحكم والعقار في يد المشتري كان الشفيع بالخيار بين الفسخ أو اخذ العقار،¹ فالعبرة في تبعية الهلاك تكون بالتسليم فمن كان العقار المشفوع فيه

¹ أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثالث، طبعة 1993 صفحة 459.

تحت يده تحمل تبعة الهلاك إلا إذا كان قد انذر الطرف الآخر باستلامه فان كانت التبعة على البائع التزم برد الثمن وإن كانت على المشتري أو الشفيع استحق البائع الثمن.

-التزام البائع بضمان التعرض والاستحقاق:

يقوم البائع بالالتزام بضمان التعرض والاستحقاق للشفيع طبقا لما نصت عليه المادة 804 من القانون المدني على انه "لا يرجع الشفيع على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة " وقد تضمن النص العربي نقضا بالنسبة للنص الفرنسي بحيث نقص منه حرف الاستثناء "إلا" فيكون الصواب "لا يرجع الشفيع إلا على البائع...."¹، إذ أنه من بين آثار حلول الشفيع محل المشتري التزام البائع قبله بالضمان في مختلف صورته فيلتزم بضمان التعرض وضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق فتسري في هذا الإطار أحكام الضمان المنصوص عليها في عقد البيع المحددة في المادة 371 من القانون المدني: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالب بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه" وكذا نص المادة 372 من القانون المدني: "إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا للقانون أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري...." والمادة 379 من القانون المدني: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها.....".

فالشفيع إذن مطالب برفع الدعوى على البائع الظاهر في العقد دون النظر إلى كونه مالكا أو غير مالك فإذا ظهر بعد الأخذ بالشفعة أن العقار المشفوع مستحق للغير فليس للشفيع أن يرجع إلا على البائع، والتعرض الذي يحصل قد يكون صادرا من البائع نفسه أي يكون شخصي ويتحقق ذلك إذا صدر منه عمل من شأنه أن يحول دون انتفاع الشفيع بالعقار المشفوع فيه كليا أو جزئيا فإذا كان تعرض البائع للشفيع قائما على أعمال مادية كالغاء البائع للميدان الذي يطل عليه العقار المشفوع فيه بعد أن يكون قد باعه محددًا بذلك الميدان المملوك له، وجب عليه تعويض الشفيع على الضرر الذي أصابه لحرمانه من الانتفاع بمنظر الميدان، أما إذا كان تعرض البائع قائما على تصرف قانوني كرهنه للعقار المشفوع فيه،

¹ أحمد خالدي، المرجع السابق، صفحة 288 و هو ما جاء في النص بالفرنسية

Le préempteur n'a recours que contre le vendeur

ويقيد الدائن المرتهن رهنه قبل تسجيل إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيسري الرهن في حق الشفيع¹، والتعرض هنا يكون واقع من الغير (الدائن المرتهن) ومن البائع نفسه، فيقوم الشفيع بالرجوع على البائع لتعويضه، وقد يكون التعرض مبنيا على سبب قانوني، بأن يدعي البائع حقا على العقار المشفوع فيه فعند ذلك يجوز للشفيع أن يدفع دعوى البائع بالتزامه بضمان التعرض الصادر منه²، كما يمكن أن يكون التعرض صادرا من الغير، فإذا كان مبنيا على سبب مادي فلا يضمنه البائع³، غير أنه يضمن التعرض المبني على سبب قانوني كأن يدعي الغير حقا على العقار المشفوع فيه إذا كان الحق الذي يدعيه الغير سابقا على البيع مثل حق الحائز الذي تملك العقار المشفوع فيه قبل البيع بالتقادم، أو تاليا للبيع ولكنه مستمد من البائع مثل حق الدائن المرتهن، وفي هذه الحالة يكون البائع ملزما بتنفيذ التزامه بالضمان تنفيذا عينيا وذلك بجعل الغير الذي تعرض للشفيع يكف عن تعرضه وينزل عن إدعائه، فإذا عجز على ذلك وجب عليه تنفيذ التزامه بطريق التعويض .

-التزام البائع بضمان العيوب الخفية:

يقوم البائع بالالتزام بضمان العيوب الخفية، وهي العيوب الجوهرية والمؤثرة التي يثبت وجودها قبل تسليم العقار للشفيع، ويشترط أن يكون العيب خفيا، فالعيب الذي يمكن ملاحظته من الشفيع أو المشتري لا يضمنه البائع، كما أنه لا يضمن كذلك العيب الذي كان باستطاعة المشتري اكتشافه لو تفحص العقار، كما يجب أن يكون العيب غير معلوم للمشتري، وللشفيع إذا كان هو من تسلمه⁴. وتجدر الإشارة أنه يجب التمييز بين ماذا إذا كان العيب جسيما بحيث لو أن المشتري علم به قبل البيع لما اشترى العقار المشفوع فيه، ففي هذه الحالة يكون الشفيع مخير بين رد العقار أو طلب التعويض، وبين حالة ما إذا كان العيب لم يبلغ من الجسامه هذا الحد فلشفيع حق طلب التعويض عن ما أصابه من ضرر فقط .

¹ احمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني تنقيح المستشار مصطفى الفقي، الجزء التاسع، المجلد الأول، دار النهضة العربية القاهرة، صفحة 982.

² المرجع نفسه، صفحة 983 .

³ المرجع نفسه، صفحة 984

³ المرجع نفسه.

⁴ المرجع نفسه ، صفحة 988.

أما إذا اتفق البائع والمشتري على إنقاص أو زيادة الضمان صار هذا الاتفاق على الشفيع إلا إذا كانت نية البائع إخفاء حق هذا الأخير أو تعمد إخفاء العيب في العقار المشفوع غشا منه، فيقع هذا الشرط باطلا على الشفيع.

التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه ودفع الثمن :

يلتزم الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه وفي المقابل دفع الثمن ويكون التسليم من البائع إذا كان لا يزال في يده، أو يتسلمه من المشتري إذا كان هذا الأخير قد تسلمه ويتحقق تسلم العقار بقيام الشفيع بالاستيلاء فعليا والدخول فيه.

أما بالنسبة للثمن فإنه يجب التفرقة ما إذا كانت الشفعة قد تمت بالتراضي أو بالتقاضي، ففي وقوعها بالتراضي بحيث لم يكن قد تم إيداع الثمن لدى الموثق، ولم ترفع دعوى، فيكون على الشفيع دفع الثمن مباشرة إلى البائع، إذا لم يكن المشتري قد دفعه لأن الثمن يكون مستحقا للبائع، أما في حالة تمام الشفعة بالتراضي فيجب الإلزام بما فرضه المشرع على الشفيع طبق للمادة 804 القانون المدني «إلا أنه لا يحق للشفيع أن يشفع بالأجل المضروب للمشتري عن دفع الثمن إلا برضا البائع». وقد قررت المادة 804 هذا للاستثناء لأن البائع عندما منح المشتري هذا الأجل، إنما فعل ذلك لوجود الثقة في شخص المشتري ويقصد التيسير عليه وهي اعتبارات قد لا يجدها البائع في شخص الشفيع، أما إذا رضي البائع بتأجيل دفع الثمن يمكن للشفيع في هذه الحالة أن يقوم بالاسترداد من الموثق بعض ما أودعه من الثمن إذا ما اثبت أن البائع رضي بإفادته من الأجل وتبرأ نمة الشفيع من التزامه بدفع الثمن بإيداعه لدى الموثق وفقا للإجراءات التي فرضها القانون.

ب- علاقة الشفيع بالمشتري :

ينجر على الأخذ بالشفعة قيام علاقة بين الشفيع والمشتري، تتمثل في مسألة ثمار العقار المشفوع فيه من وجود بناء أو غراس المشتري في الأرض المشفوع فيها، فإذا كان المشتري قد استلم العقار من البائع يمكن اعتباره في هذه الحالة حائزا له وتحقق له حقوق قبل الشفيع كما تترتب للشفيع حقوق قبل المشتري، فإذا كان المشتري قد وفى للبائع ثمن البيع صار من حقه استرداده من الشفيع واسترداد مصروفات البيع، والثمن يكون قد أودعه الشفيع لدى الموثق، وفي حالة التراضي على الشفعة يكون

الشفيع ملزماً بدفع الثمن المتفق عليه للمشتري فوراً¹، وإخلال الشفيع بهذا الالتزام لا ينتج عنه الفسخ إذ أن البائع استوفى الثمن من المشتري ولكن يكون رجوع المشتري على الشفيع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب، وللمشتري الحق في التعويض عن المصروفات الضرورية والمصروفات النافعة التي أنفقها على العقار المشفوع فيه بعد أن تسلمه من البائع وذلك طبقاً للقواعد العامة باعتباره حائزاً يرجع بما أنفقته على العقار على المالك وهو الشفيع² طبقاً للمادة 839 من القانون المدني: "على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقته من المصروفات اللازمة...".

ونصت المادة 805 على أحكام بناء المشتري في العقار المشفوع أو الغراس وهي تقابلها المادة 946 من القانون المصري، وخرج المشرع بموجب هذا النص عن الأحكام العامة في الالتصاق³، فإذا بنى المشتري في العقار أو غرس به أشجاراً قبل إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة ثم قضى بالشفعة للشفيع التزم هذا الأخير بأن يدفع المبلغ الذي أنفق في البناء أو الغراس أو ما زاد في قيمة العقار بسبب ذلك ويكون الخيار للمشتري فيختار أكبر القيمتين أما إن تم البناء أو الغرس بعد إعلان الشفيع رغبته في الأخذ بالشفعة كان للشفيع أن يطلب الإزالة على نفقة المشتري وإعادة العقار إلى ما كان عليه مع التعويض إن كان له مقتضى، وإما استبقاء البناء أو الغراس على أن يدفع للمشتري ما أنفقته في أدوات البناء وأجرة العمل أو نفقات الغراس، وتكون ثمار العقار المشفوع فيه حقا للمشتري إلى حين الأخذ بالشفعة وهي نتيجة لأخذ القضاء بالرأي القائل بحلول الشفيع محل المشتري من وقت صدور الحكم بثبوت الحق في الشفعة⁴.

ج- علاقة الشفيع بالغير :

ينجم عن الأخذ بالشفعة قيام علاقة بين الشفيع والغير إذ نصت عليها المادة 806 من القانون المدني "لا تكون حجة على الشفيع الرهون والاختصاصات المأخوذة ضد المشتري وكذلك كل بيع صدر منه وكل حق عيني رتبته المشتري أو ترتب عليه إذا كان ذلك قد تم بعد تاريخ شهر الإعلان بالرغبة في

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار مصطفى الفقي، المرجع السابق، صفحة 1000.

² موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 70 و 71.

³ أنور طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، دار الفكر العربي، بيروت لبنان 1988، صفحة 460.

⁴ أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 374 و 375 .

الشفعة على أن يبقى للدائنين المسجلة ديونهم ما لهم من حقوق الأفضلية فيما آل للمشتري من ثمن العقار".

انطلاقاً من مفهوم هذه المادة بالمخالفة فإنه يسري في حق الشفيع كل تصرف صادر من المشتري أو البائع ضد العقار المشفوع فيه وكذا كل ما رتبته هؤلاء للغير من حقوق أصلية كانت أو تبعية في حالة ما إذا تم شهر هذه التصرفات أو تم قيد حسب الحالة قبل شهر الإعلان الرغبة في الشفعة من طرف الشفيع وإن هذه التصرفات القانونية والحقوق العينية التبعية عندما تتم قبل شهر إعلان الرغبة فغنها تسري في حق الشفيع سواء قام بها البائع أو المشتري ولكن بشرط أن يكون المتصرف إليه أو الغير قد شهر حقه بالتسجيل أو القيد حسب الأحوال قبل تاريخ شهر الرغبة في الإعلان¹.

وعليه متى علم الشفيع بوقوع البيع تعين عليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري خلال المدة المحددة قانوناً من وقت وصول هذا الإنذار إليه ولم يستلزم القانون تسجيل إعلان الرغبة و لكن إذا قام الشفيع بهذا التسجيل فإنه يحول بذلك دون نفاذ تصرف المشتري في العقار و دون ترتيب حق عيني تبعي عليه كرهن أو اختصاص أو امتياز بحيث إذا تصرف المشتري في العقار أو رتب عليه حقا عينيا أصليا أو تبعيا بعد تسجيل إعلان الرغبة فلا يكون هذا التصرف نافذا في حق الشفيع فيستمر في دعواه بالنسبة للبيع الذي تضمنته رغبته و متى قضي له بالشفعة و سجل الحكم انتقلت إليه الملكية خالصة من أي حق يكون المشتري قد رتبته على العقار أما إذا لم يسجل الشفيع إعلان رغبته في الأخذ بالشفعة، فإن تصرفات المشتري المتعلقة بالعقار تسري في حقه فإذا باع المشتري العقار وجب على الشفيع أن يترك دعواه السابقة و يبدأ في اتخاذ إجراءات جديدة للمطالبة بالشفعة في البيع الثاني و بشروطه و في مواعيده و إلا سقط حقه في الشفعة.

كما تسري في حق الشفيع الحقوق العينية الأصلية والتبعية التي يربتها المشتري على العقار فتنتقل الملكية إلى الشفيع في هذه الحالة مثقلة بهذه الحقوق ويكون للشفيع أن يرجع على المشتري بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية إذا كان تصرفه لاحقاً لإعلان رغبة الشفيع إليه بالأخذ بالشفعة، أو يرجع عليه بدعوى الإثراء بلا سبب إذا كان تصرفه قد تم قبل إعلان الرغبة².

¹ حسن كيرة، الموجز في احكام القانون المدني الحقوق العينية الاصلية احكامها ومصادره، طبعة 4، منشأة المعارف الاسكندرية القاهرة سنة 1995، صفحة 671، احمد دغيش حق الشفعة في التشريع الجزائري، نفس المرجع، صفحة 382.

² حسن كيرة الموجز في احكام القانون المدني الحقوق العينية الاصلية الطبعة الثالثة سنة 1994 الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، صفحة 671، أنور طلبية، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء 04، دار الفكر الجامعي الاسكندرية=

وفي هذا السياق إذا كان البائع هو الذي تصرف على نحو ما سلف مرة ثانية بالبيع وسجل المشتري الثاني عقده قبل تسجيل المشتري الأول عقده وقبل تسجيل الشفيع إعلان الرغبة، فإن البيع الثاني ينفذ في حق المشتري الأول وفي حق الشفيع فإن قام البائع بترتيب على العقار حقا عينيا وشهر قبل تسجيل المشتري لعقده وقبل تسجيل الشفيع لإعلان رغبته فإن العقار ينتقل للشفيع متقلا بهذه الحقوق ويكون للأخير الرجوع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق، أما إذا تمت هذه التصرفات بعد تسجيل المشتري لعقده أو بعد تسجيل إعلان الرغبة فإن هذه التصرفات لا تسري لا في حق المشتري ولا في حق الشفيع.

وعليه فإن تسجيل الرغبة في الشفعة تعتبر الحد الفاصل بين التصرفات التي تنفذ في حق الشفيع والتصرفات التي لا تنفذ في حقه فالتصرفات السابقة على هذا التسجيل تنفذ في حق الشفيع ولو لم تكن مشهورة، أما التصرفات اللاحقة على التسجيل فلا تنفذ ولو كانت مشهورة باعتبار أن حق الشفيع لا يتعلق بالعقار إلا منذ تسجيل إعلان الرغبة في الشفعة، ومن ثم يفضل على كل من يتلقى حقا على العقار بعد هذا التسجيل¹.

فإذا ادعى الشفيع أن التصرف الذي يحتج عليه به أبرم في تاريخ لاحق لتسجيل إعلان الرغبة إلا أنه قدم إضرارا به، كان هذا ادعاء بما يخالف الظاهر فيتحمل الشفيع إثبات هذه الضرورة بكافة طرق الإثبات المقررة قانونا بما في ذلك البيئة والقرائن².

ثانيا - موانع الاخذ بالشفعة :

تختلف موانع الشفعة عن مسقطاتها، فالمانع يلغي الشفعة منذ الوهلة الأولى أي منذ البداية مثل حالات المادة 798 من القانون المدني، أما بالنسبة لمسقطات الشفعة فإنها تقوم بعد أن يكون الحق في الشفعة للشفيع وقد تناولتها المادة 798 من القانون المدني كما يلي:

" لا شفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون.

إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية.

=مصر سنة 1993 صفحة 462,461، احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 384، موساوي رضوان الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 72 و 73.

¹ موساوي رضوان، حق الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 73.

² أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، المستشار أنور طلبة، الجزء الثالث، طبعة 1993، صفحة 462، 463.

إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة ".
ونصت المادة 795 من القانون المدني على: "يثبت حق الشفعة.....
- للشريك في الشئوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي . "

1- البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون :

طبقا للمادة المذكورة أعلاه فإنه لا يمكن الاخذ بحق الشفعة في البيع الذي يحصل بالمزاد العلني أمام القضاء أو أمام إحدى جهات الإدارة والذي يحترم الإجراءات التي يحددها القانون والمغزى من ذلك هو منع الشفعة في البيع الذي يتم على هذا النحو لأنه كان بمقدور الشفيع أن يقوم بالدخول في المزاد العلني وأخذ العقار بالمزايدة دون الحاجة إلى أخذه بالشفعة ممن يرسو عليه المزاد، كما أن احترام الإجراءات التي رسمها القانون للمزاد يكفل له الحصول على العقار المبيع إذا عرض أكبر ثمن، كما أن هذا المنع يسمح للمزايدين بعرض ثمن أعلى بتحررهم من خطر أخذ العقار بالشفعة .

ومن بين البيوع بالمزاد العلني: بيع العقار بالمزاد العلني الجبري أمام القضاء بطلب من الدائنين وذلك بغرض استيفاء ديونهم من ثمن العقار .

- البيع بالمزاد العلني لعقار شائع أمام القضاء وذلك بسبب استحالة القسمة العينية التي قد تؤدي إلى ضرر أي "قسمة التصفية" طبقا لأحكام المادة 728 من القانون المدني التي تنص: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية..."

- بيع الدولة لأملكها الخاصة بالمزاد العلني أمام جهة الإدارة وفقا لإجراءات مقرررة في التشريع الخاص بذلك .

- الحجز الإداري وبيع العقار المحجوز لاستيفاء الضرائب بمختلف أنواعها وفق إجراءات قررتها تشريعات الضرائب أمام جهة الإدارة .

- بيع عقار المفلس أمام جهة القضاء .

- بيع العقار المتقل بتكاليف عينية بيعا اختياريا بالمزاد العلني .

فهذه كلها بيوع عقارية هن طريق المزاد العلني تقع أمام القضاء وتكون جبرية أو اختيارية لاستيفاء ديون أو تصفية عقار شائع أو لمجرد بيع العقار مع إحاطة البيع بضمانات كافية، وتجري كلها وفقا لإجراءات رسمها القانون .

ويشترط لقيام هذا المانع توافر شرطين:

- أن يكون البيع بالمزاد علني أي العلانية التي تكفل حرية المزايدة وجديتها؛
 - أن يتم البيع وفقا لإجراءات محدودة بالقانون وهذا تأكيدا لمبدأ عدالة المزايدة والبعد فيها عن أي تحكم.
 فإذا تحقق الشرطان قام المانع، وإذا تخلف أحدهما لم يقدّم المانع وثبت الحق في الشفعة لذلك من المجالات التي يجوز فيها الأخذ بالشفعة :

- قيام المالك ببيع عقاره بيعا حرا بالمزاد العلني دون التقيد بالإجراءات التي قررها القانون لذلك بإجراءات نضمها هو بنية الحصول على أعلى ثمن، فهذا البيع وان حصل بالمزاد العلني إلا أنه لم يجر وفقا لإجراءات رسمها القانون فلذلك فلا يعد مانعا من موانع الشفعة ويجوز في هذه الحالة للشفيع الحل محل المشتري بعد تمام هذا البيع.

- قيام المالك ببيع عقاره بالمظاريف أي تقدم العطاءات في مظاريف مغلقة فهذا البيع لا تتوفر فيه العلانية ولا يزايد المشترون بعضهم على بعض و بالتالي لا يمكن اعتباره بيعا بالمزاد العلني وان رسم له القانون إجراءات معينة، ولا يعتبر مانع من موانع الشفعة بل يجوز للشفيع الحل محل المشتري في مثل هذا البيع، وكذلك الحال لكل بيع لا يتم وفق إجراءات المزايدة التي رسمها القانون لان هذه الإجراءات زيادة على كفالتها للعلانية يكون من شأنها أن تؤدي إلى إيقاع البيع حتما على صاحب العطاء الأكبر، بحيث يمكن للشفيع إذا كانت له الرغبة في العقار المباع أن يشترك في المزايدة ويتابع الزيادة حتى يرسو عليه المزايد.

2- علاقة البائع والمشتري كمانع للشفعة :

لقد جاء في نص المادة 795 من القانون المدني على انه « يثبت حق الشفعة..... للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار إلى أجنبي »
 بينما تنص المادة 798 منه « لا شفعة »
 - إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة وبين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» .

يستخلص من خلال المادتين المذكورتين أعلاه أن الشفعة لا تجوز رغم توافر شروطها لوجود مانع يتمثل في وجود علاقة البائع والمشتري.

فالمادة 795 من القانون المدني تثبت الحق في الأخذ بالشفعة للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار إلى أجنبي وعلى ذلك يتحقق المانع من الأخذ بالشفعة إذا كان المشتري غير أجنبي أي تربطه علاقة شراكة مع البائع فهما شريكان في الشيوع للعقار المباع أي انه إذا كان المشتري أحد الشركاء في

الشيوع لا يجوز لأحد الشركاء الآخرين ممارسة حق الشفعة في هذا البيع والحلول محل المشتري لان هذا الأخير يفضل على غيره من الشركاء ولوجود مانع من الأخذ بالشفعة وهو أنه ليس أجنبيا كما أن الحكمة من الشفعة وهي دفع الضرر اللاحق بالشريك لدخول أجنبي عليه لا تتحقق في هذه الحالة.

أما المادة 798 فتفرض مانعا آخر في فقرتها الثانية: « لا شفعة.....إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية» .

فالبيع في هذه الحالات يتسم بمراعاة شخص المشتري بإيثاره ومحاباته بالبيع بثمن أو بشروط لا يرضى البائع أن يتم لغيره بها ولهذا لا تجوز المفاضلة بين الشفيع والمشتري الذي لا تتوافر فيه شروط الشفعة، فإذا كان كل منهما من الأقارب المذكورين في المادة 798 من القانون المدني فيمنع هنا في هذه الحالة الأخذ بالشفعة حتى ولو كان الشفيع أقرب للبائع من هذا المشتري .

والعلاقة التي تجمع بين المشتري والبائع والتي تقيم المنع هي صلة الزواج أو صلة القرابة لغاية درجة معينة والقرابة تشمل قرابة النسب وقرابة المصاهرة وقرابة النسب إما تكون قرابة مباشرة بين الأصول والفروع وإما تكون قرابة غير مباشرة أي قرابة حواشي حيث يجمع الأقارب فيها أصل مشترك دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر.

وأما قرابة المصاهرة فهي قرابة أحد الزوجين لأقارب الزوج الآخر وتكون في نفس القرابة والدرجة للزوج الآخر و لكن بالمصاهرة.

- **البيع الواقع بين الأصول والفروع:** يعد من قبيل المنع من الشفعة أن يقع البيع بين الأصول والفروع سواء أكان الأصل أم الفرع هو البائع وذلك دون تقييد لدرجة معينة للقرابة إذ لم يقم المشرع بتحديد درجة القرابة المانعة فيوجد المانع على ما يقع من بيوع بين الأصول والفروع مهما تباعدت درجة القرابة بين البائع والمشتري وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 29-03-2000 ملف رقم 196675 (من المقرر قانونا أنه لا شفعة ... إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة، وإن القرار المطعون فيه لما قضى بعدم الاعتداد باستعمال حق الشفعة لكون المشتري هو ابن خال جميع الاطراف يكون قد أصاب فيما قضى وهو تطبيق سليم للقانون)¹.

¹ قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 29-03-2000 ملف رقم 196675 قضية ح ح ضد ح م المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الاول قسم الوثائق، سنة 251.

فإذا باع الأب أو الأم العقار إلى الابن أو البنت أو ابن ابنه أو لبنت ابنه أو لابن بنته أو لبنت بنته مهما نزل الفرع فإن الشفعة لا تجوز في هذا البيع، كما أنه إذا باع الابن أو البنت عقاره للأب أو الام أو لأب أبيه أو لأم أبيه، أو لأب أمه أو لأم أمه مهما علا الأصل، فإن الشفعة في هذه الحالة كذلك لا تجوز في هذا البيع¹.

ويسري هذا الحكم في الحالة التي يكون فيها المشتري والشفيع كلاهما من أولاد البائع فإن هذا الحكم إنما جاء ضمن أحكام الشفعة لأن مثل هذا النوع من البيع إنما يكون في الحقيقة هبة ففيه محابة لا يصح أن يستفيد منها إلا الشخص المقصود بها دون غيره مهما كانت درجة قرابته من المتعاقدين وليست الحكمة منه منع الأجنبي من تملك ما أراد الأصل أن يملكه لفرعه وبناء على ذلك فإنه إذا باع الجد عقاره لحفيده فلا يجوز لابن البائع أن يشفع في هذا البيع ولو قام به لسبب من أسباب الشفعة بدعى أنه أقرب للبائع من المشتري.

- البيع الواقع بين الزوجين :

إذا قام الزوج ببيع عقاره لزوجته أو باعت الزوجة عقارها لزوجها فلا تجوز الشفعة في هذا البيع، أما إذا قام المالك ببيع عقاره لمطلقة أو باعت المطلقة عقارها لزوجها السابق أو باع الخاطب عقاره لخطيبته أو باعت الخطيبة عقارها لخطيبها فتحوز الشفعة في هذا البيع لتخلف الرابطة الزوجية بينهما .

- البيع الواقع بين الأقارب من الحواشي :

يقصد بالقرابة هنا قرابة الحواشي التي هي تلك الرابطة الموجودة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون احدهم فرعا للآخر طبقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 33 من القانون المدني، وعند حساب درجة قرابة الحواشي وترتيبها فإنه عند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة وفقا لأحكام المادة 34 من القانون المدني².

ويفهم أن الأخ يعتبر بالنسبة إلى أخيه في الدرجة الثانية إذ إن الأصل المشترك للأخوين هو الأب فيحسب الأخ درجة و منه يتم الصعود إلى الأب وهو الأصل المشترك فلا يحسب ثم يتم النزول من الأب

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، المرجع السابق، صفحة 534، حسن كيره،

الموجز في أحكام القانون المدني، الحقوق المرجع السابق، صفحة 513 و 638 .

² موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 85 و 86 .

إلى الأخ الآخر فيحسب هذا أيضا درجة فهاتان درجتان فيكون البيع الصادر من الأخ لأخيه أو لأخته أو الصادر من الأخت لأخيها أو لأختها عبارة عن بيع لا تجوز فيه الشفعة.

ويعتبر العم بالنسبة إلى ابن أخيه في الدرجة الثالثة إذ أن الأصل المشترك هو الجد فيحسب العم درجة ومنه نصعد إلى الجد وهو الأصل المشترك فلا يحسب ثم يتم النزول من الجد إلى ابن الأخ بدرجتين للأخ درجة ولأبنة درجة ثانية فيكون مجموع الدرجات ثلاثا ويسري هذا الحكم على العمه والخال والخاله فيكون البيع الصادر من العم أو العمه أو الخال أو الخالة لابن أخيه أو لابن أخيها أو لابن أخته أو لأبن أختها بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الثالثة فلا تجوز فيه الشفعة¹.

وكما أنه لا تجوز الشفعة في البيع الصادر من ابن الأخ لعمه أو ابن الأخت لخاله وهكذا لأن البيع وقع أيضا بين أقارب من الدرجة الثالثة ويعتبر ابن العم بالنسبة إلى ابن عمه في الدرجة الرابعة إذ الأصل المشترك بينها هو الجد فنصعد من ابن العم إلى الجد بدرجتين لا نحسب الجد، ثم ننزل من الجد إلى ابن العم الآخر بدرجتين فيكون مجموع الدرجات أربعاً و يكون البيع الصادر من ابن العم لأبن عمه بيعا واقعا بين أقارب من الدرجة الرابعة فلا تجوز فيه الشفعة ونفس الحكم ينطبق على بنت العم وابن العمه وابن الخال وبنت الخال وابن الخالة وبنت الخالة، فهؤلاء جميعاً هم أقارب من الدرجة الرابعة فالبيع الذي يقع بينهم لا تجوز الشفعة فيه.

ذلك ما قرره المحكمة العليا باعتبارها صفة ابن الخال تحرمه من الأخذ بالشفعة²، ولكن البيع الواقع بين الشخص وابن ابن عمه يكون بيعا بين أقارب من الدرجة الخامسة فتجوز فيه الشفعة³.

البيع الواقع بين الأصهار :

يقصد بقرابة المصاهرة أنها قرابة من أقارب أحد الزوجين يعتبرون في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر وتحسب درجة القرابة طبقاً لما تنص عليه المادة 35 من القانون المدني فلا تجوز الشفعة في البيع الذي يقع بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية طبقاً للفقرة الثانية من المادة 798 من القانون المدني التي تنص على أنه: "لا شفعة... إذا وقع البيع... بين الأصهار لغاية الدرجة الثانية"، فالبيع الذي

¹ موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، الصفحة 86 و 87.

² القرار المؤرخ في 2000/03/29 في الملف رقم 675، 196، المجلة القضائية لسنة 2004، العدد الخاص بالقرابة العقارية، جزء 1، صفحة 251.

³ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، جزء رقم 09 صفحة 536.

يصدر من الزوج لأبي زوجته أو أبي الزوجة للزوج و كذلك البيع الذي يصدر من الزوجة لأبي زوجها أو من أبي الزوج للزوجة كل هذا بيع صادر بين الأصهار من الدرجة الأولى فلا تجوز فيه الشفعة .

- إن اخو الزوجة يعتبر في الدرجة الثانية من ناحية المصاهرة بالنسبة إلى الزوج فالبيع الصادر من الزوج لأخي زوجته أو الصادر من أخي الزوجة للزوج يعتبر بيعا واقعا بين أصهار من الدرجة الثانية فلا تجوز فيه الشفعة.

-إن البيع الصادر من الزوج لعمة الزوجة أو عم الزوجة، فانه يعتبر بيعا بين الأصهار من الدرجة الثالثة فتجوز فيه الشفعة.

حساب درجة القرابة:

يتطلب الأمر في تحديد درجة القرابة الرجوع في ذلك إلى نصوص القانون المدني التي نظمت هذه المسألة في المواد: 32 و 33 و 34 و 35 منه لأن أسرة الشخص تتكون من ذوي القرابة ويعتبر من ذوي القربى كل الأشخاص الذين يجمعهم أصل واحد ذكرا كان أو أنثى.

- والقرابة إما قرابة مباشرة وإما قرابة حواش فتكون القرابة المباشرة بين شخصين إذا تسلسل احدهما عن الآخر كما هو الأمر بين الأصول و الفروع.

- ويقصد بقرابة الحواشي هي العلاقة القائمة ما بين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر فالأب قريب مباشر وكذلك أب الأب و إن علا وأم الأب وإن علت.

- والأم قريب مباشر وكذلك أبو الأم وان علا وأم الأم وإن علت وكل أصل من هؤلاء يعتبر كل من أبيه وأمه أصلاً أي قريباً مباشراً.

- والأخ والأخت من الحواشي وفروعهما وإن نزل كذلك يكون من الحواشي العم والعمة وفروعهما وان نزل.

- وعم وعمة الأب والجد وإن علا، وفرع هؤلاء وإن نزل وما ذكر عن العم والعمة يصح في الخال والخالة وهكذا.

- وينتسب للشخص من جهة أبيه فروع أبيه وفروع أبي أبيه وفروع أم أبيه وفروع كل أب وأم لكل أصل من الأصول أبيه.

- وينتسب له من جهة أمه فروع أبي أمه و فروع أم أمه وفروع كل أب وأم لكل أصل من أصول أمه.

- ودرجة القرابة المباشرة تتحدد باعتبار كل فرع درجة دون حساب الأصل فالأب والأم في الدرجة الأولى، وكذلك الابن والبنات وأبو الأب وأم الأب وأبو الأم وأم الأم في الدرجة الثانية وكذلك ابن الابن وبنات الابن وابن البنات وبنات البنات وهكذا.

- أما بالنسبة لدرجة قرابة الحواشي بين شخصين فتتحدد بعدد الفروع التي تصل كل شخص بالأصل المشترك، مع حساب كل شخص منهما فرعاً وعدم حساب الأصل المشترك فالأخ في الدرجة الثانية وابن الأخ في الدرجة الثالثة وكذلك العم أما ابن العم ففي الدرجة الرابعة.

- وإذا تحددت قرابة شخص من آخر ودرجة هذه القرابة فإن هذا الشخص يعتبر في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى زوج الشخص الآخر وهذا عن طريق المصاهرة.

وتجب الإشارة أن القاضي الناظر في دعوى الشفعة يكون مختصاً بالفصل في القرابة المانعة للشفعة ولدرجتها باعتبار أن هذه المسألة مدنية و متفرعة عن دعوى الشفعة.

بيع العقار ليكون محل عبادة أو ملحقاً لمحل عبادة:

لقد أكد المشرع على عدم جواز الأخذ بالشفعة في الفقرة الثالثة من المادة 798 من القانون المدني التي تنص على أن " لا شفعة....إذا كان العقار قد بيع ليكون محل عبادة أو يلحق بمحل العبادة". وتم وضع هذا المنع لاعتبار ديني يقدم على مصلحة الشفيع والهدف منه حماية غرض العبادة المستهدف من وراء شراء العقار وهو إقامة محل عبادة جديد أو الإلحاق بمحل عبادة قائم، وعليه فإن البيع تراعى فيه اعتبارات خاصة في المشتري وفي الثمن وشروطه ويجب أن يتم بقصد جعل العقار محل عبادة أو يلحق بمحل عبادة إذ يصير المشتري أولى بالعقار من الشفيع.

فإذا باع المالك أرضه لمشتري بقصد بناء مسجد فوقها أو ليلحقها بمسجد قائم لتوسيعه أو لتكون دورة المياه أو ميضأة أو لتكون مقصورة الإمام أو جناحاً مخصصاً للنساء فهنا لا تجوز الشفعة في هذا البيع حتى لا يضيع على المشتري غرضه الديني الذي أراد أن يحققه، وإذا ادعى الشفيع بأن الغرض المذكور في عقد البيع من أن العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق به غير مطابق للحقيقة وهو تهرب من الشفعة ومنعاً للأخذ بها فللشفيع طلبها في المواعيد المقررة لذلك وأن يثبت بأن سبب البيع المذكور في العقد لا صحة له وله أن يثبت ذلك بجميع الطرق، و تطرح مسألة من يشتري عقاراً لينشأ

مدرسة لتحفيظ القرآن أو معهدا دينيا أو مسكنا للإمام أو المؤذن، فإذا كانت هذه الملاحق ملحقة بمحل العبادة بمفهوم الدين الإسلامي للمسجد الجامع فبالتالي لا تجوز الشفعة فيها¹.

ثالثا - سقوط الحق في الشفعة:

إن الشفعة تعتبر من بين القيود الواردة على حق الملكية لأنها تحد من حرية التصرف في مال العقار أو الحق العيني العقاري، و بهدف التضييق من نطاقها فقد تشدد المشرع ورتب سقوط الحق في الشفعة في حالات معينة نصت عليها المادة 807 من القانون المدني.

والسقوط هو عبارة عن جزاء يرد بعد ثبوت الحق في الشفعة لأسباب محددة بخلاف الموانع التي ترد قبل ثبوت الحق في الشفعة وقبل وجودها أصلا، إذ تنص المادة 807 من القانون المدني على ما يلي: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة، و لو قبل البيع؛

إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع؛

في الأحوال التي نص عليها القانون".

ويمكن القول أن هناك أسباب موضوعية وأخرى إجرائية لسقوط الشفعة أتناولها كما يلي:

- الأسباب الموضوعية لسقوط الحق في الشفعة.

لقد نصت المادة 807 من القانون المدني على أنه: "لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

- إذا تنازل الشفيع عن حقه في الشفعة و لو قبل البيع،....."

- النزول: ان المقصود بالنزول هو عبارة عن تصرف قانوني قد يقع بمقابل أو بغير مقابل، كما قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ويستفاد النزول الضمني من كل عمل أو تصرف يؤخذ منه نزول الشفيع عن حقه كأن يقوم الشفيع بالوساطة في البيع بين البائع والمشتري أو أن يتفق مع المشتري عن تقرير حق ارتفاق لمصلحة العقار المبيع أو عليه أو يضمن المشتري في الثمن، ويمكن للشفيع أن ينزل عن الشفعة بعد طلبها ويظل له الحق في النزول ما دام لم يتم الأخذ بالشفعة بمقتضى حكم أو بتسليم المشتري بالشفعة ويمكن النزول عن الشفعة مقدما أي قبل البيع².

¹ موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 93 و 93.

² احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 390 .

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن النزول الذي يتم بالنسبة إلى البيع الذي قد يصدر للغير من الجار المتنازل له والواقع على الأرض المجاورة لا يمتد إلى البيع الصادر من مشتري هذه الأرض¹.

-التنازل عن الشفعة بعد تاريخ المبيع: لثبوت الحق في الشفعة يشترط أن يكون الشفيع مالكا للعقار أو الحق المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة سواء كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع أو بحصة شائعة في العقار أو بعقار مجاور عندما يسمح القانون بذلك، فإذا زالت هذه الصفة عن الشفيع بأن باع العقار المشفوع به أو وهبه أو وقفه أو انفسخ سند ملكيته له بتحقيق شرط فاسخ مثلا، أو بقسمة العقار المملوك على الشيوخ، وحدث هذا الزوال قبل أن يثبت حقه في الشفعة سقط هذا الحق. وقد سبق بيان أن ثبوت الشفعة يكون بصدور الحكم الفاصل في دعوى الشفعة².

الأسباب الإجرائية لسقوط الحق في الشفعة

-عدم إظهار الرغبة في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد لها:

لقد نصت المادة 799 من القانون المدني: "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إن اقتضى الأمر ذلك". فإذا وجه البائع أو المشتري الإنذار الرسمي إلى الشفيع ولم يظهر هذا الأخير رغبته في الأخذ بالشفعة في الميعاد المحدد بثلاثين يوما سقط حقه فيها.

-عدم قيام الشفيع برفع الدعوى في الميعاد:

لقد نصت المادة 802 من القانون المدني على أن حق الشفيع يسقط إذا لم يقيم الشفيع برفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ إعلان الرغبة، وهذا الميعاد مرتبط بالنظام العام فإذا انقضى فللمحكمة أن تقضي بالسقوط من تلقاء نفسها وفي أية حالة كانت عليها الدعوى ولو تنازل صاحب الحق عن التمسك به

¹ عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية.

² موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 97 و 98 .

عدم قيام الشفيع بإيداع الثمن في الميعاد :

لقد نصت المادة 801 من القانون المدني على وجوب إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوماً على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة، وينتج على عدم احترام هذا الإجراء ومواعيده سقوط الحق في الشفعة.

مرور مدة سنة من تاريخ تسجيل البيع :

نصت المادة 807 من القانون المدني: " لا يمارس حق الشفعة في الأحوال التالية:

إذا مرت سنة من يوم تاريخ تسجيل عقد البيع".

الهدف من تقرير المشرع هذا السقوط هو سعياً من للحفاظ على استقرار المعاملات وحماية للبائع والمشتري باعتبار التسجيل تصرف يفترض معه علم الشفيع بالبيع رغم عدم إنذاره، وللمشتري المشفوع ضده أن يتمسك بسقوط الحق في هذه الحالة متى اثبت فقط أن عقد بيعه قد بطل وأنه مضى مدة سنة من يوم التسجيل من غير أن يستعمل الشفيع حقه ولا يطلب منه أن يثبت علم الشفيع بالبيع أو غير ذلك لأن القانون افترض هنا علم الشفيع بحصول التسجيل بمضي المدة المذكورة .

- تبطل الشفعة ببطلان البيع الذي ترتبت عليه كما إذا اتضح أن البائع لم يكن مالكا لما باع.

- التقادم المسقط: إذا مضت 15 سنة من تاريخ البيع و لم يسجل و لم تحصل الشفعة فإنها تسقط طبقاً للقواعد العامة التي تنطبق على التقادم .

زوال احد شروط الشفعة:

يتم سقوط الشفعة إذا زال احد الشروط اللازمة للأخذ بالشفعة كما إذا باع الشفيع عقاره قبل طلب الشفعة فليس له أن يشفع بعد ذلك أو كما جعله وقفاً أو مسجداً أو إذا زالت صفة الجار عن الشفيع في الحالات التي يسمح فيها القانون بالشفعة للجار و ذلك بإنشاء طريق عام بين عقاره والأرض التي يرغب في أخذها بالشفعة.

جواز الدفع بسقوط الحق في الشفعة في أية حالة: إن قواعد السقوط في الشفعة قررها القانون والحق ذاته مستمد منه ولهذا قام المشرع بإحاطتها بقيود كثيرة ونص على وجوب القيام بالإجراءات في مواعيد قصيرة بينها وإلا سقط الحق في الشفعة.

فهو خروج عن القاعدة العامة في التعاقد إذ أنه حق استثنائي مقيد لحرية التعاقد وحق الملكية فإذا انقضت المواعيد زال الحق المعلق عليها وأصبح لا وجود له وينبني على ذلك أن للمحكمة أن تقضي به

من تلقاء نفسها في أي حالة كانت عليها الدعوى حتى ولو نزل عنها صراحة صاحب الحق في التمسك بها ومن باب أولى فالدفع بالسقوط متأخرا لا يسقط الحق فيه¹.

الفرع السادس: شهر الاحكام القضائية المصرحة لنقل الملكية العقارية

في ظل غياب وجود أي نص صريح في القانون الجزائري يحدد الاحكام المصرحة بوجود الحقوق العينية العقارية فإن هذه الاحكام تبقى مفتوحة لكل ما ينطبق عليه وصف الحكم المقرر أو الكاشف، والملاحظ أن الحالات المصرحة المعروفة في القانون الجزائري هي الأحكام القضائية القاضية بقسمة الاموال الشائعة والأحكام القضائية القاضية بإثبات الملكية عن طريق الحيازة والتقديم المكسب الذي أصبحت تقوم مقام عقد الشهرة المنصوص عنه في المرسوم رقم 83-352 المتضمن اجراءات التقديم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية² وهذا ما سارت عليه المحكمة العليا في قراراتها منها القرار رقم 100876 المؤرخ في 30-09-1998 والذي يذهب إلى اثبات الملكية العقارية بالحيازة والتقديم المكسب غير مرهون بإجراء عقد الشهرة³، وكذا الحكم القاضي بتثبيت وضعية العقار القانونية بالتغيير عن طريق الالتصاق طبقا للمادة 25 من مرسوم 76-63 التي تنص على أنه "كل تغيير لحدود وحدة عقارية يكون موضوع احداث بطاقة مطابقة وذلك بعد ترقيم الوحدات الجديدة ويؤشر على البطاقات الأصلية والجديدة بعبارة تكون كمرجع فيما بينها " .

وكذا الحكم المصرح بالشغور وإلحاق التركة بأمالك الدولة الخاصة وذلك طبقا لأحكام المواد 48، 51، 52 من القانون رقم 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية والمواد 88، 89، 90، 92 من المرسوم التنفيذي رقم 91 / 454 المتضمن تحديد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها حيث نص "على أن للدولة ممثلة في شخص الوالي أن ترفع دعوى أمام القضاء العادي للحصول على حكم صرح بانعدام الوارث"⁴.

¹ عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء والفقهاء، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية، صفحة 159.

² المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983، المتضمن اجراءات التقديم المكسب واعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الصادر في الجريدة الرسمية، عدد 21 المؤرخة في 04-05-1983.

³ قرار المحكمة العليا 100876 المؤرخ في 30-09-1998 "حيث ان قضاة الاستئناف يجعلهم التقديم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة والحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك اساءوا تطبيق القانون فأفقوا قرارهم الاساس القانوني.

⁴ طواهر عبد الله، الإثبات في المواد العقارية، مذكرة نهاية التدريب، تخصص عقاري، سنة 2001، 2000 صفحة 27.

والجدير بالذكر أن الأحكام القضائية النهائية التي تصرح بوجود الحق الموجود سلفا وتعلن بوجوده من أجل إنهاء النزاع الذي كان قائما بشأنه ولا تؤدي هذه الأحكام إلى إنشاء الحق لأن الحق موجود في سند آخر ومن أمثلة هذه الأحكام كما سبق الذكر الحكم القاضي بقسمة المال الشائع والحكم المثبت للصلح القضائي، والحكم القاضي بإلزام الواعد بالبيع العقاري باعتباره هو الآخر حكم ينقل ملكية العقار من الواعد إلى الموعود له والحكم القاضي بتثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب¹ فهذه كلها وقائع يثبت نقلها إلى الشخص بموجب أحكام قضائية وتتطلب وجوبا ضرورة شهرها بالمحافظة العقارية حتى تكون سندا قضائيا ناقلا للملكية العقارية ومحققا لأثاره القانونية مثلها مثل العقد الرسمي.

أولا - شهر الحكم القضائي المثبت للقسمة

إن الحكم الصادر في دعوى القسمة يعد مثبتا وكاشفا للملكية العقارية بعد شهره بمصلحة الحفظ العقاري وذلك سواء كانت القسمة عينية أو تمت بطريقة التصفية طبقا للمادة 728 من القانون المدني وذلك ببيع العقار عن طريق المزاد العلني وتوزيع الحاصل على الشركاء وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها الصادر بتاريخ 10-09-2015 (لا يجوز للقاضي إنهاء حالة الشيوخ واللجوء إلى قسمة العقار بطريقة تؤدي إلى إحداث نقص كبير في قيمته)² وطبقا لنص المادة 727 من القانون المدني فإن القسمة تجري بطريقة الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز.

وفي هذا الصدد، يجب لفت انتباه أنه في حالة إشهار عقد يتضمن إيداع حكم قضائي نهائي قضى بقسمة عقار بين ملاك كانوا شركاء على الشيوخ ويتقدم أمام المحافظة العقارية أحد المتقاسمين فقط طالبا إشهار حقه دون باقي الشركاء الآخرين، فإنه لا يجوز للمحافظ العقاري رفض عملية الشهر بحجة عدم إمكانية الإشهار الجزئي ويلزم محرر العقد بإشهار كافة الحقوق المنصوص عليها في الحكم القضائي. إذ يمكن شهر حق الشريك الطالب فقط فيما يخص الحصة التي آلت إليه بموجب عملية القسمة من دون إلزامه بدفع الرسم على قيمة كامل العقار موضوع القسمة، وعلى المحافظ العقاري القيام بأحد الإجراءات حسب الحالة:

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 87.

² قرار رقم 0959784، صادر بتاريخ 10-09-2015 عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا والمنشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية لسنة 2015، العدد رقم 02، صفحة 139.

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

- أو التأشير على البطاقة العقارية المتعلقة بالطالب فقط إن وجدت أو إنشاء بطاقة

ثالثاً - شهر الحكم القضائي القاضي بتثبيت الوعد بالبيع

إن الأمر هنا يتعلق بإجراء آخر يتمثل في ضرورة شهر الحكم النهائي المتعلق بتثبيت الوعد بالبيع والإجراءات القانونية لدى المحافظة العقارية المختصة وذلك لإنتاج الأثر العيني المطلوب والمتمثل في انتقال الملكية.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17-04-1996 ملف رقم 154760 (إذ كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد فإنه يشترط مع ذلك ضرورة توار الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، ومتى ثبت - من قضية الحال - إنعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوفر فيه الشكلية القانونية وإن بإستجابة القضاة لمطلبها وإصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكون قد أساءوا تطبيقاً للقانون وفهم اجتهادات المحكمة العليا، مما يتوجب نقض قرارهم بدون إحالة)¹.

وتجدر الإشارة أن الواعد لما يتصرف في العقار الموعود به يكون قد تصرف في ما يملك وأبرم عقد البيع مع الغير فهنا العقد يعتبر صحيح ومنتج لجميع الآثار القانونية الخاصة به بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير وأهم تلك الآثار عقد الملكية إلى المشتري بمجرد شهر العقد بالمحافظة العقارية²، ويمكن أن يتم ذلك بسبب عدم شهر الوعد بالبيع العقاري أو نظراً لارتكاب المحافظ العقاري خطأ أثناء ممارسته مهامه وهنا يصبح تنفيذ التزامه المتمثل في إبرام العقد مستحيلاً ولا يبق أمام الموعود له سوى مطالبة الواعد بالتعويض على أساس إخلاله بالتزام شخصي³.

¹ قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 17-04-1996، ملف رقم 154760 والمنشور بالمجلة القضائية الأولى لسنة 1996، صفحة 99.

² مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري المرجع السابق صفحة 175.

³ المرجع نفسه، صفحة 175.

كما تقوم مسؤولية المحافظ العقاري ويمكن للموعد رفع دعوى ضد الدولة للمطالبة بالتعويض وهذا ما كرسته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 30-01-2002¹، وبعد صدور الحكم القضائي يقوم مقام عقد البيع النهائي وحيازته لقوة الأمر المقضي فيه وجب على الموعد له الصادر الحكم لمصلحته أن يقوم بإجراء شهر الحكم في المحافظة العقارية وفق الشروط و الإجراءات القانونية التي سوف أتطرق في الباب الثاني.

وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 25-07-1993² (انه بالرجوع إلى نص الحكم المحتج به من طرف المستأنفين المؤرخ في 28-05-1978 فإنه يأمر بتسجيل هذا الحكم واشهره لدى مصلحة الشهر العقاري) والإجراء الذي لم يتم مما يفقد الحجية المطلقة اتجاه البلدية مالكة العقار المذكور بموجب قرار دمج القطعة الأرضية محل النزاع³.

أما في حالة النكول عن الوعد بسبب تصرف الواعد في العقار لشخص آخر: كما سبق الذكر. إذا رفض الواعد تنفيذ العقد واستند في رفضه هذا على بيعة قانونية تفيد تصرفه في العقار لفائدة شخص آخر وكان هذا التصرف خلال المدة المتفق عليها والتي خلالها يقوم الموعد له بالرد على الواعد بقبوله الشراء كما يقره التشريع العقاري في المعاملات العقارية، فتنفيذ العقد في هذه الحالة أصبح مستحيلا لا تتحقق منه الغاية من الوعد بالبيع لأن الملكية لم تعد في يد الواعد بل أدخلت في الذمة المالية للمشتري الذي أصبح مالكا جديدا للعقار.

لذلك فإن بقاء الموعد له متمسكا بطلب إتمام إجراءات البيع لا جدوى منه وليس له أي أثر على التصرف الذي قام به الواعد والمتمثل في عقد البيع مع المشتري الجديد لأن هذا العقد يبقى صحيحا وله أثر على الكافة لكون الواعد تصرف في ملكه وليس في ملك الغير خاصة بعد أن تم نشر تصرفه بمجموعة البطاقات العقارية لأن التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية هو مصدر وجود الحق العيني العقاري في النظام القانوني للملكية العقارية في التشريع الجزائري، فلا يبقى أمام الموعد له سوى المطالبة بمبلغ التعويض جبرا عما لحقه من ضرر كون الالتزام الذي أنشأه عقد الوعد بالبيع العقاري بذمة الواعد

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 30-01-2002، منشور بالمجلة القضائية، العدد الثاني لسنة 2002، صفحة 120.

² قرار صادر عن محكمة العليا رقم 99699، المؤرخ في 25-07-1993 المنشور بالمجلة القضائية، لسنة 1994 العدد 2 الصفحة 212.

³ علي فيلالي، الشهر العقاري في ضوء القضاء الجزائري، المرجع السابق، الصفحة 126.

التزام شخصي وليس عيني¹، ولما وضع تصرف الواعد في العقار للغير تنفيذ الوعد بالبيع في حالة استحالة مطلقة لتنفيذ التزامه عينا، فلا يبقى للموعد له إلا دعوى تعويض وفق أحكام المادة 176 من التقنين المدني نظرا لإستحالة تنفيذ التزامه عينا.

وفي هذه الحالة على القاضي أن يتأكد من ثبوت ملكية العقار للواعد ويتأكد كذلك من كون التصرف بالبيع الذي قام به تصرفا صحيحا ورسميا وليس بمقتضى ورقة عرفية أو بصورة شفوية لان هذا لا يعد دليلا قانونيا بيد الواعد لتبرير تراجع عن تنفيذ الوعد، لأن التصرف العرفي أو الشفهي باطل بطلان مطلق في التشريع العقاري الجزائري، فإذا كان كذلك بقيت الملكية العقارية في حوزته ويده ويجوز للموعد له عندئذ أن يتمسك بإبرام العقد النهائي للبيع ويجعل الحكم الذي تصدره المحكمة يقوم مقام العقد كما يشير إليه نص المادة 72 من التقنين المدني².

أما إذا خلى ملف القضية من دليل يثبت ملكية الواعد للعقار أي أنه تصرف فيه بالبيع تصرفا صحيحا لشخص آخر وتم تسجيله وشهره وكان الموعد له يلتمس أساسا التماس وحيد وهو الإشهاد بصحة الوعد بالبيع وجعل الحكم يقوم مقام العقد، فإن القاضي الناظر في هذه القضية يحكم برفض الدعوى لعدم التأسيس لأنه لا غاية من الحكم بإلزام المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع كون هذا الحكم يبقى بدون جدوى لإستحالة تنفيذه، كما أن القاضي لا يمكنه أن يحكم بأكثر مما طلبه الخصم، أما إذا كان يلتمس احتياطيا طلب تعويض وتبين له صحة عقد الوعد بالبيع حكم له بذلك.

الحالات التي يعفى الواعد فيها من التعويض

إن الوعد بالبيع بالعقاري ينشئ التزاما شخصيا في ذمة الواعد، ويرتب آثارا إذا اتفق المتعاقدان على جميع شروطه ومسائله الجوهرية، فإذا حدث وأن نكل الواعد وتراجع في وعده وجب عليه دفع تعويض للموعد له جزاء على نكوله وتصرفه في العقار لشخص آخر إلا في حالة استثنائية هي:

¹ مجيد خلونوي، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 176.

² المادة 72 من التقنين المدني: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

- في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة بالنسبة للعقار الموعود ببيعه وفيها يخرج العقار من الذمة المالية للواعد ولا يدخل في الذمة المالية للموعود له لأنه يندرج ضمن أملاك الدولة مقابل تعويض عادل ومسبق¹، ويكون هذا النزع من أجل المنفعة العامة .
والجدير بالذكر أن حق الملكية يستغل في الإطار القانوني الذي يسمح به التشريع والتنظيم وأن يستغل وفق طبيعته وغرضه لأن حق الملكية مضمون بنص الدستور، غير أنه وضمانا لحسن أداء المرافق العامة لمهامها، ومن أجل فعاليتها واستمراريتها أجاز المشرع للسلطة الإدارية أن تسلك طريقا استثنائيا بغرض الحصول على ممتلكات عقارية كانت أصلا مملوكة ملكية خاصة، يتمثل هذا الطريق الاستثنائي في انتزاع ملك عقاري لشخص ما عنوة وبدون أن يتطلب الأمر رضاه وذلك في مقابل مالي على سبيل التعويض كما تشير إليه الفقرة الأولى من المادة 677 من التقنين المدني بقولها "لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

ويعتبر سلوك الإدارة في هذا المجال قرارا إداريا يستمد وجوده من التشريع ويجب أن يغطي التعويض الممنوح من طرف الإدارة ما لحق الشخص من ضرر وما فاتته من كسب بسبب نزع ملكيته العقارية وهذا التعويض تعده مديرية أملاك الدولة ويمكن أن يكون مبلغ مالي أو عقارا مماثلا حسب كل حالة كما تشير إليه المادة 72 من قانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.

ولقرار الإدارة بنزع الملكية للمنفعة العامة إجراءات يجب أن تستوفى منها:

- التصريح بالمنفعة العمومية.
- تحديد كامل للأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين تنتزع منهم هذه الملكية.
- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق المطلوبة نزعها².

¹ المادة 01/677 من التقنين المدني: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل".

² المادة 03 من القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية .

كما ينبغي لكي يكون قرار الإدارة صحيحاً أن يخضع لإجراءات الشهر العقاري¹، لكي ينشأ لها حق الملكية ومن ثمة يلزم المعنيون بإخلاء الأماكن.

إذا كان العقار الذي نزع ملكيته للمنفعة العامة محل وعد بالبيع من طرف مالكه لا يمكن بأي حال من الأحوال تنفيذ عقد الوعد بالبيع للاستحالة المطلقة وانتقال الملكية للدولة، وفي هذه الحالة الواعد لم يرتكب أي خطأ يجعله يتحمل المسؤولية أو يقدم تعويض على ذلك ويدخل هذا في إطار القوة القاهرة لأن إرادة الواعد ليس لها يد في هذا القرار، ولذلك يعفى الواعد من دفع تعويض للموعد له عن عدم تنفيذ عقد الوعد بالبيع.

أما بالنسبة للتعويض الذي تقدمه الإدارة فإنه يكون من حق الواعد باعتباره مالكا للعقار والتعويض الذي يدفع تأسيساً على المادة 677 من التقنين المدني يؤول لمالك العقار، وملكية العقار في عقد الوعد بالبيع لا تزال تحت يد الواعد مادام أن عقد البيع النهائي بينه وبين الموعد له لم يبرم بعد وبالتالي فلا وجود للشهر باعتباره ناقلاً للملكية في التشريع الجزائري.

الفرع السابع: قرارات المحافظ العقاري وسلطته في مراقبة الشهر العقاري:

لقد منح المشرع الجزائري المحافظ العقاري بمناسبة قيامه بعملية الشهر العقاري مجموعة من الصلاحيات والسلطات ولعل أهمها هي سلطة التأكد من هوية الاطراف وقد اتبحت له جميع وسائل الإثبات وكذا التأكد من مدى قانونية المحررات المراد شهرها ويمارس هذه الرقابة عند الايداع وعند تنفيذ الإجراء².

وفي هذا السياق يمكن للمحافظ العقاري رفض القيام بإجراء الشهر إذ اتضح له عند قيامه بمراقبة اللوائح مخالفتها للنصوص القانونية اللازمة على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء وهذا ما نصت عليه المواد 100 و101 و102 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وعليه تنجر على عملية الشهر أو عدم الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية الآثار القانونية التالية:

أولاً: قبول الايداع القانوني للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية :

إن عملية ايداع الأحكام القضائية تعتبر عملية قانونية لازمة لكل محرر يستوجب القانون اخضاعه لعملية الإشهار العقاري كما سبق الذكر وهذا بعد القيام مسبقاً بإجراء تسجيلها بمصلحة التسجيل والطابع

¹ مجيد خلوني، شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري، المرجع السابق، صفحة 145.

² جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكي في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 176.

طبقاً للأحكام الأمر 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل والطابع تسهيلاً لعملية الإشهار العقاري.

كما أنه يمكن المحافظ العقاري أن يطلب أي وثيقة من شأنها مساعدته في التأكد من الحالة المدنية للأشخاص وكذا التعيين الدقيق للعقار.

وعلى هذا فإن محرري السندات الناقلة للملكية العقارية بما فيها الأحكام والقرارات القضائية (بواسطة كتاب الضبط) ملزمون بإيداعها ضمن الأجل اللازمة والمقدرة بثلاثة أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية ومتى تأكد المحافظ العقاري من استيفاء الشروط المنصوص عليها قانوناً، يقوم بإجراء الشهر وذلك بالعمل على التأشير على البطاقات العقارية والدفتر العقاري ويتم انشاء بطاقات عقارية أبجدية في الأراضي الغير ممسوحة طبقاً للمادة 27 من الأمر 75-74 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أما المناطق التي تمت فيها عمليات المسح العقاري تنشأ بطاقات عقارية عينية أي غير أبجدية حيث تدون فيها الحالة القانونية والوصفية للعقار¹ كما سبق تبيان هذا الأثر أثناء التطرق لإجراءات تنفيذ الشهر.

يتأكد المحافظ العقاري من الإيداع القانوني للوثائق العقارية الخاضعة للشهر ويتولى عملية الإشهار خلال مدة 15 يوم التالية لتاريخ إيداعها ويكون للشهر العقاري أثر فوري فلا يرتد أثره إلى تاريخ إبرام التصرف وبه ينشأ الحق العيني غير أنه نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق وهو ما نصت عليه المادتين 15 و 16 من أمر 75-74 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري².

ثانياً: رفض الإيداع:

إذا تبين للمحافظ العقاري بعد الفحص و المراقبة للسندات محل الشهر وجود أي نقص أو خلل يقوم برفض الإيداع، أو رد الإجراء بعد قبوله لإيداع و في هذه الحالة بإمكان المتضرر ممارسة حقه في الطعن في قرارات المحافظ العقاري وذلك أمام الجهات القضائية المختصة (امام القاضي الإداري). ويتم ذلك بعد أن يقوم المحافظ العقاري بالفحص الأولي للوثائق المودعة قصد الإشهار والوثائق المرفقة بها، فإذا ظهر له أي نقصا يسهل عليه اكتشافه قرر مباشرة رفض الإيداع، وفي هذه الحالة قبل

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 126.

² جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 177.

أن يبلغ قرار الرفض للمعني بالأمر، عليه القيام بإجراء التحري والبحث عن أسباب أخرى وذلك بعد الدراسة والتفحص الدقيق لتفادي رفض الإيداع مرة أخرى.

ولقد تم النص على أسباب رفض الإيداع في المواد من 100 الى غاية 110 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري وتختلف أسباب رفض الإيداع فمنها ما هو متعلق بالوثائق أو البيانات المطلوبة في العقود والوثائق المودعة ومنها ما هو بنقص أو خطأ في تعيين الأطراف أو العقارات¹ والتي نذكر من بينها ما يلي:

- امتناع المعني بالأمر عن تقديم الدفتر العقاري أو مستخرج مسح الأراضي للمحافظ العقاري، وكذا في حالة تغيير حدود الملكية، وإغفاله عن إرفاق وثيقة القياس.

- أن يتم اغفال ذكر أحد العقارات في المستخرج والمذكورة في الوثيقة المودعة محل الشهر، وكذا القيام بتقديم مستخرج غير صالح يرجع تاريخه إلى أكثر من ستة (6) أشهر.

- عدم القيام بالتصديق على هوية الأطراف وكذا على الشرط الشخصي، وإثباته وذلك طبقا للشروط التي نص عليها القانون، وعدم القيام بتعيين العقارات وفق لمتطلبات المادة 66 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

- عدم احتواء الجداول المتعلقة بتسجيل الامتيازات والرهون البيانات الواجبة في المواد 93، 95، 98 أو عدم القيام بتحريرها على الاستمارات الممنوحة من طرف الإدارة.

- إذا ظهر من خلال الاطلاع على الصورة الرسمية أو النسخة المودعة بأن العقد محل الإشهار ليس صحيحا من حيث الشكل.

- القيام بمخالفة أحكام المواد من 67 إلى 71 المتعلقة بشروط الجدول الوصفي للتقسيم.

وهناك سببين آخرين نصت عليهما المادة 353 من قانون التسجيل يضافان إلى هذه الأسباب وهما:

- في حالة عدم القيام بالتصريح التقييمي للعقار في العقد، أي غياب تحديد القيمة التجارية للمعاملة.

- في حالة الامتناع عن الدفع المسبق لرسوم الشهر العقاري من طرف صاحب المصلحة في الإيداع.

وطبقا للمادة 107 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري فإنه يقع على

المحافظ العقاري واجب يتمثل في قيامه خلال مدة 15 يوما من تاريخ رفض الإيداع والمعني الأمر مهلة

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، صفحة 205 و 206 .

الشهرين للطعن القضائي في قرار الرفض¹ أمام المحكمة الإدارية، بتبليغ الموقع على التصديق ما تم اكتشافه من عدم صحة البيانات أو الخلافات أو عدم إشهار السندات المرتكز عليها، ويجب أن يكون قرار المحافظ العقاري معللاً، وفي المقابل يقوم موقع التصديق بتكملة الوثائق أو بإيداع الوثائق المعدلة، في أجل 15 يوماً من تاريخ التبليغ وإلا يكون طلبه تحت طائلة رفض الإجراء.

والملاحظ أن المشرع الجزائري حصر أسباب رفض الإجراء دون أن يأخذ بعين الاعتبار بعض الحالات التي يمكن أن تكون كذلك كسبب من أسباب الرفض كصدور قانون جديد ما بين فترة ايداع الوثيقة وفترة دراستها يمنع التصرف الذي تنطوي عليه الوثيقة موضوع الإيداع القانوني وإسقاط الاسبقية وهي الحالة التي أوردها كل من المشرع الفرنسي والمصري ضمن حالات رفض الإيداع².

ثالثاً: رد الإجراء: إن رد الإجراء يقوم على نقيض رفض الإيداع، إذ يتطلب رد الإجراء فحصاً دقيقاً للوثائق المودعة والتي يكتشف المحافظ العقاري فيها نقصاً في الوثيقة المقبولة، فيمنح للمتمسك أجلاً للقيام بتصحيح هذه الأخطاء³.

وجاء في هذا الشأن قرار عن مجلس الدولة بتاريخ 12-06-2000 رقم 203106 أيد القرار المستأنف الصادر عن الغرفة الإدارية الرامي إلى رفض الدعوى لعدم التأسيس استناداً إلى أن القرار الإداري الصادر عن والي ولاية بجاية الذي يفيد تنازله عن قطعة ارض لم يتم إشهاره من طرف المحافظ العقاري بناء على المادة 105 أعلاه من المرسوم 63-76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تنص على "يحقق المحافظ العقاري بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة بأن موضع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح"⁴.

ولا يستبعد إجراء الإشهار نهائياً إلا إذا انتهى الأجل ولم يتم المعنى بتصحيح هذه الأخطاء، أما بالنسبة لأسباب رد الإجراء، فقد نصت عليها المادة 101 من المرسوم رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري وهي كما يلي:

- إذا كانت الوثائق المودعة والأوراق المرفقة بها غير متوافقة ومتطابقة؛

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 129.

² أنور طلبية، الوسيط في القانون المدني جزء 3، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية مصر سنة 1996، صفحة 361.

³ التعليم رقم 5322 المؤرخة في 15/09/1976 المتعلقة بإنشاء ومسك الدفتر العقاري، المديرية العامة للأموال الوطنية، وزارة المالية صفحة 124.

⁴ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، صفحة 130.

- إذا كان مرجع الإجراء الخاص بتسجيل الرهون والامتيازات غير صحيح؛
 - في الحالة التي لا يتوافق تعيين العقارات وتعيين الأطراف أو الشرط الشخصي مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية؛
 - إذا كانت صفة المتصرف أو الحائز الأخير المذكورة في الوثائق المودعة متناقضة مع البيانات المدونة في البطاقة العقارية؛
 - لما يظهر من خلال التحقيق المجرى من طرف المحافظ العقاري عند طلب الإجراء أن الحق غير قابل للتصرف؛
 - في حالة ما اذا كان موضوع العقد أو سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام؛
 - في حالة ما إذا ظهر وقت التأشير على الإجراء بأن الإيداع كان من الواجب رفضه.
- ويجب أن يبلغ قرار الرد إلى الموقع على التصديق خلال مدة تقدر بثمانية أيام من تاريخ انقضاء خمسة عشر يوماً المحددة لتصحيح أو استكمال الوثائق المودعة، إذا لم يتم هذا التصحيح أو الاستكمال.
- إن شهر الاحكام والقرارات القضائية الناقلة للملكية العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة وذلك في السجل العقاري المخصص لذلك يعد بمثابة ضمانة لسلامة وصحة المعاملات العقارية ولا يتم تنفيذ الشهر إلا بعد أن يتم ايداعها قانونيا والتأكد من توفر الشروط القانونية المتعلقة بالأطراف والعقارات وإذا توافرت تمت اجراءات تنفيذ عملية الشهر بطريقة سليمة وصحيحة حققت الأحكام القضائية اثرها الناقل للملكية العقارية والحقوق العينية العقارية وهو ما سوف أتطرق له من خلال الفصل الثاني بالتعرض إلى الآثار القانونية التي يربتها شهر الأحكام والقرارات القضائية الناقلة للملكية العقارية.

خاتمة

خاتمة :

ختاما لدراستي هذه أتمنى أن أكون قد وفقت في اختيار العناصر التي تناولتها في هذا البحث العلمي المتواضع للإجابة ولو بجزء قليل عن الاشكالية الاساسية التي أثرت، وذلك من خلال الإحاطة قدر الإمكان بعدة جوانب نظرية وتطبيقية بصفة خاصة والحلول التي يخلقها القاضي في كثير من الاحيان لحل النزاعات العقارية المتعلقة بنقل الملكية العقارية وإثباتها ودوره الفعال في وضع قواعد محكمة لنقل الملكية العقارية مساهمة منه في إرساء السياسة العقارية التي تبناها المشرع الجزائري القائمة على تطهير الملكية العقارية في سبيل تحقيق الائتمان العقاري وتدعيم الملكية العقارية مواكبة لدفع عجلة التنمية الشاملة في البلاد وخلق فرص أوسع للاستثمارات في مجال العقار سواء كان الصناعي أو السياحي أو الفلاحي...، أمام كثرة النزعات المطروحة عليه وعدم كفاية الوسائل التي اعتمدها المشرع الجزائري في نقل الملكية العقارية وإثباتها والتي تأثرت في كثير من الأحيان بالخيارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وبكل فترة مرت بها.

وعلى صعيد آخر فإن اتباع سياسة التطهير العقاري التي لم تعرف تقدما كثيرا نظرا للإشكاليات التي تصادفت مع تطبيق الزامية الشكلية الرسمية والناجمة عن المشاكل التي افرزها الاحتلال الاستعماري في تلك الحقبة والمرتبطة بالقيود المفروضة على حرية التصرف، مما أدى إلى شيوع التعامل بالعقود العرفية والبناءات التشريعية وتعطل عملية المسح العام للأراضي، وبالرغم من ذلك فإن التحدي والرهنات تبقى معلقة على تعميم المسح العام للأراضي وكذا العمل بالقانون رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، غير أنه وإلى غاية بلوغ ذلك لا يزال الجهاز القضائي يساهم بشكل أو بآخر في نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية كل ما دعت الضرورة إلى ذلك وهذا استنادا إلى نصوص قانونية متفرقة في القانون المدني وغيرها من القوانين الأخرى، إذ أن هذه الأخيرة تنوعت واختلفت حسب كل حقبة زمنية وهذا التنوع كان نتيجة للتطور التاريخي لوضعية العقار في الجزائر عبر مختلف المراحل التي مرت بها بدءا بالمرحلة العثمانية إلى المرحلة الراهنة، كما أن طريقة نقلها تعددت بتعدد الطرق التي كرسها المشرع الجزائري فقد تكون عن طريق التصرف القانوني (العقد الرسمي) وهو الأصل العام وقد تكون بواسطة الواقعة المادية التي غالبا تحتاج الى حماية من طرف القضاء فلا تثبت إلا بموجب حكم يصدره القاضي المختص يقوم من خلاله

بنقل الملكية إلى المالك ويكون هذا الحكم بمثابة سند رسمي مثله مثل العقد يخضع للتسجيل والشهر العقاري كالحكم القاضي بتثبيت الشفعة والحكم القاضي بتثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب وغيرها. - حيث على الرغم من أن المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني وتأسيس السجل العقاري، إذ أنه جعل في هذا الصدد الأصل في إثبات الملكية العقارية أن يكون عن طريق الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد والمطلق للتمسك به للإثبات بعد إتمام إجراءات المسح وذلك عملاً بأحكام المادة 33 من المرسوم 73/74 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، إلا أن عملية المسح لم تنته بعد ولم تشمل كامل التراب الوطني ولا تزال تحتاج إلى وقت طويل نظراً لما تتطلبه هذه العملية من إمكانيات بشرية ومادية .

وحتى يتم الوصول إلى تحقيق الأمتثل لنظام السجل العيني يجب على المشرع الجزائري أن يقوم بتوفير السبل القانونية والوسائل المادية والبشرية لاستكمال عمليات المسح العقاري المنصوص عليها بموجب الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والانتهاج منها والذي يعتبر بمثابة الأساس المادي والقانوني لوجود نظام الشهر العيني.

وباعتبار عملية الشهر العقاري هي الطريق القانوني والوحيد لتنظيم الملكية العقارية في الجزائر وجهل الكثيرين بها لاسيما في أوساط الأسرة القانونية، بالرغم من الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها المحافظ العقاري في مراقبة مدى صحة السندات والتصرفات المعروضة عليه قصد إشهارها قبل أي إجراء آخر في عملية الشهر بخصوصها، إلا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء غالباً ما تفصل في منازعات عقارية تثار في موضوع الشهر وإجراءاته خاصة ما يندرج منها تحت مراقبة الوثائق أو ما قد يصدر من قرارات عن المحافظ العقاري وتعلق بإلغائها أو تعديلها أو تأييدها، وهو ما من شأنه أن يخلق منازعات عقارية تؤثر سلباً على مبدأ استقرار المعاملات، وذلك راجع إما لعدم التطبيق الصحيح لقانون الشهر أو لعدم فهم نظام الشهر العقاري خاصة مع صدور الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ومن ثمة فإن ذلك خلق العديد من النزاعات والمشاكل المطروحة على الجهات القضائية العادية والإدارية، الأمر الذي جعل من تدخل القاضي لا محال عنه وهو الحل الوحيد لفض هذه النزاعات وحلول الحكم القضائي محل العقد الرسمي في كثير من الأحيان تارة محافظاً على الأوضاع الظاهرة، كما هو الشأن في تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب وتارة ناقلاً للملكية العقارية، كما هو الشأن في حكم

رسو المزاد العلني بعد تعذر القسمة بين الشركاء أو الحجز العقاري أو بيع أموال القصر والحكم القاضي بتثبيت الشفعة بعد اتباع الشفيع للشروط والإجراءات القانونية الواجبة إلى غير ذلك من التدخلات الأخرى للقاضي في نقل الملكية العقارية، كما سبق الذكر من خلال هذا البحث، وفي انتظار استكمال عملية المسح الشامل من جهة واستقرار النصوص القانونية المتعلقة بالعقار يبقى الدفتر العقاري والعقد الرسمي غير كافيان لسد ذلك أمام حب الأفراد لتملك العقار واتساع رقعة التعامل به نظرا لما يذره من منافع مادية لهم.

- ومن ثمة فإن بعض الأحكام والقرارات القضائية التي يصدرها القاضي تصلح كسندات لنقل وإثبات الملكية العقارية بعد القيام باستيفاء إجراءات الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية وهي نفسها الاجراءات المتبعة في الشهر العقاري للعقد الرسمي، ويمكن للقاضي الاستناد عليها كوسيلة من الوسائل المقررة لإثبات الملكية العقارية في الدعاوى العقارية التي تطرح عليه لإسناد الحق المطالب به في إطار حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية المعتمد عليها ومن ثمة فإن القاضي ساهم ولا زال يساهم في نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية .

- حيث خلصت من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث المتواضع المنصب حول "دور القاضي في نقل الملكية العقارية" إلى العديد من الاستنتاجات والملاحظات والتي استخلصتها من خلال بحثي في الموضوع وقراءتي للنصوص القانونية المختلفة المتعلقة بالعقار والاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع الصادرة عن المحكمة العليا بصفة خاصة وكذا مجلس الدولة والتي ارتأيت تقديمها في شكل فقرات كالتالي:

- بالنظر لأهمية العقار ومكانته عن الأفراد واهتمامه عرفت الجزائر في مجال نقل الملكية العقارية مراحل تشريعية مختلفة تميزت أحيانا بالمرونة وأحيانا أخرى بالتعقيد وقد أدى ذلك إلى ظهور العديد من الاشكالات القانونية على مستوى جداول المحاكم والمجالس القضائية، هناك من وجدت لها حلول عادلة من خلال اصدار أحكام قضائية ناقله للملكية العقارية والتي تعتبر سندات رسمية تصلح لإثبات الملكية العقارية شأنها شأن العقود الرسمية وهناك من النزاعات لا تزال مطروحة إلى وقتنا هذا أمام عدم كفاية الوسائل الناقلة للملكية العقارية لعدم إتمام عملية المسح على المستوى الوطني من جهة وأمام ما تم إرثه من الاستعمار الفرنسي من عقود ملكية وعقود رهن

- إن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية يطرح اشكالات قانونية وعملية كثيرة بالنظر إلى حجم المنازعات المطروحة على الجهات القضائية والتي استدعت ضرورة تدخل القاضي دون أدنى شك في كثير من الأحيان من أجل إيجاد الحل الملائم والمناسب للعديد من الحالات والوضعيات الشائكة وذلك من خلال اجتهاده فصلا في النزاعات المعروضة عليه وتطبيقا لمختلف قواعد نقل الملكية العقارية، إذ أن ملكية العقار تعد أهم وأعز حق يملكه الإنسان، وفي هذا الصدد فإن حق الملكية بصفة عامة كرسه الدستور الجزائري على غرار باقي الدساتير العالمية وكذا مختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية والعديد من القوانين بما فيها القانون المدني رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم باعتباره الشريعة العامة ومجموع النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالعقار منها القانون رقم 25-90 المتعلق بالتوجيه العقاري والقانون رقم 30-90 المتعلق بالأموال الوطنية والقانون 02-07 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والقانون رقم 04-11 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وغيرها من القوانين الأخرى.

و عليه فإن الحقيقة أن أهمية تدخل القاضي ودوره في نقل الملكية العقارية غير منصوص عليه بشكل واضح للعيان في النصوص القانونية سواء العامة أو الخاصة وإنما جاء متفرق في عدة نصوص ونفس الشيء بالنسبة للاجتهادات القضائية الصادرة عن قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة.

- إن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية كما سبق الإشارة إليه من خلال البحث لا يتم دائما بواسطة التصرف القانوني والواقعة المادية، إذ أنهما آليتان غير كافيتان لسد الحاجة الملحة للأفراد لتحقيق ذلك، ومن أجل هذا استدعى الأمر في بعض الأحيان تدخل القاضي بموجب حكمه القضائي الذي يصدره فصلا في النزاعات إلى نقل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية وهذا بعد احترام الاجراءات القانونية التي يتطلبها القانون وتوفر جملة الشروط القانونية اللازمة لكل دعوى.

- وفي هذا الصدد تجدر الإشارة أنه ليس كل الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي تعد أحكام قضائية ناقلة للملكية العقارية وإنما الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي المختص وهو القاضي العقاري المكلف بالقسم العقاري وأن تكون حائزة لقوة الشيء المقضي فيه أي أنها أصبحت نهائية وثبتت لمن صدرت لصالحه نقل ملكية العقار موضوع النزاع الذي فصلت فيه، كما أن المشرع الجزائري خص الحكم القضائي بمجموعة من الضمانات يتعلق بعضها بشكل الحكم القضائي أي البيانات الجوهرية والتي يجب أن تتوفر فيه بيانات حددها المشرع وهي في الحقيقة تمثل مقومات الحكم القضائي منها الديباجة وبيان

الوقائع و تسبيب الحكم وحيثياته ومنطوق الحكم وفقا لما نصت عليه المادة 276 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وضمانات أخرى خاصة بمضمون الحكم سواء في المرحلة السابقة على إصداره أو في المرحلة التي تلي إصداره، كما يمكن القول أنه من أجل صحة الحكم القضائي كذلك يشترط صحة الأركان الموضوعية السابق ذكرها الإرادة والمحل والسبب والمحكمة والقاضي وصحة الأركان الشكلية، سيما صحة المطالبة القضائية (صحة الخصومة)، وبأقي إجراءات الخصومة وإجراءات صدور الحكم القضائي من قفل باب المرافعات ومداولة القاضي وتوقيعه والنطق به في جلسة علنية.

- إن الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بنقل أو إثبات أو تعديل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية أو أي تغير آخر في الملكية العقارية بصفة عامة تعتبر بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري مثلها مثل العقود الرسمية، لذلك ينبغي على القاضي الذي يفصل في النزاع أن يراعي بصفة عامة جميع الاجراءات والشروط الخاصة القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى إذ يشترط لقبول الدعوى أن يكون رافعها يملك الصفة والمصلحة طبقا لما نصت عليه المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى توفر الأهلية لدى الخصوم، كما نص القانون على وجوب إشهار الدعاوى الرامية إلى النطق بالفسخ أو إبطال أو إلغاء أو تعديل حقوق عينية عقارية ناتجة عن وثائق تم إشهارها وفي حالة عدم إتمام هذا الإجراء من طرف رافعي الدعوى وعدم تقديم ما يثبت القيام به لدى المحافظة العقارية المختص يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا تطبيقا للمادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمادة 14 من الامر 75-74 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومن بين الدعاوى المستوجبة للشهر العقاري الدعاوى المتعلقة بإثبات صحة الوعد بالبيع العقاري، ودعاوى قسمة العقارات... الخ، ومن جهة أخرى يجب أن يتم رفع الدعاوى المتضمن موضوع طلبها القضائي نقل الملكية العقارية وفقا للإجراءات المقررة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية ولاسيما المواد 12 و 13 و 14 و 15 .

- كما أن الفصل فيها يكون طبقا لأحكام نفس القانون ولاسيما المواد 32 وما بعدها إلى غاية المادة 163 وكذا وفقا للمواد المتعلقة بالنزاع سيما القانون المدني باعتباره يضم القواعد العامة والقوانين العقارية المختلفة، إذ يجب أن تحترم في عريضة افتتاح الدعوى القواعد الواجبة قانونا سواء ما تعلق بموضوع الطلب القضائي وأطراف الخصومة وكذا الوثائق المؤسسة عليها الطلبات وتحديد الجهة القضائية وتعين الخصوم وتحديد موضوع الطلب القضائي تحديدا دقيقا نافيا للجهالة والوسائل التي يؤسس عليها الدعوى

والإشارة إلى الوثائق والسندات، بالإضافة إلى البيانات الخاصة بالعقار محل الدعوى، اسم العقار، مكانه، مساحته طبيعته وحدوده ورقمه وغيرها من البيانات الضرورية لحسم النزاع مع إرفاق السند المعتمد عليه ومخطط العقار أو تعيين طوبوغرافي لمسح العقار محل النزاع وتقيد عريضة افتتاح الدعوى في سجل خاص بذلك بعد دفع الرسوم المحددة قانونا.

- كما أن الفصل في الدعوى العقارية التي تحمل في محتواها نقل الملكية العقارية يتطلب احترام مجموعة من القواعد المتعلقة بالاختصاص الاقليمي والنوعي وكذا ما يملك القاضي العقاري من سلطات قانونية منصوص عليها في القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والإدارية .

- ومن بين ما نص عليه المشرع الجزائري سلطات القاضي المدني في الفصل في النزاعات بما فيها النزاعات المتعلقة بالعقار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في الفصل الثاني تحت عنوان اجراءات التحقيق انطلاقا من نص المادة 75 منه وما بعدها، فنص على حضور الخصوم واستجوابهم والخبرة، الشهادة، مضاهاة الخطوط والانتقال للمعاينة، ودعوى التزوير الفرعية، كما نص على الحالات التي يلجأ فيها إلى كل إجراء من هذه الإجراءات، والشروط الواجب مراعاتها، وقد اختلفت التشريعات في تحديد هذه الشروط والحالات غير أن ما يجب الإشارة إليه السلطة التي يتمتع بها القاضي العقاري في إجراءات التحقيق للفصل في المسائل المتعلقة بنقل الملكية العقارية منها التقادم المكسب والشفعة والقسمة الخ سواء تعلق الأمر بها أو من حيث تقدير الدليل الناتج عنه.

- إن التشريع وضع مجموعة من الطرق تنقل الملكية العقارية قد تتحقق بواسطة إرادة الأطراف أو بقوة القانون أو بتدخل القاضي في إطار فض النزاعات العقارية المعروضة عليه والتي يثار النزاع عليها أي بواسطة الاحكام القضائية المنشئة أو الكاشفة لنقل الملكية العقارية، والحقيقة أنه لا توجد أحكام قضائية منشئة أو معدلة أو منهية لحق عيني أصلي لأن الأحكام هي في الأصل مقررة أو مصرحة للحقوق أو ناقله لا منشأة أو معدلة ومنهية، غير أنه ومع ذلك توجد أحكام قضائية ناقله للملكية والحقوق العينية تنشئ في الحقيقة مراكز قانونية جديدة تنقل ملكية العقار أو الحق العيني، لذلك حاولت ذكر بعض النماذج عن تدخلات القاضي ودوره في نقل الملكية العقارية المذكورة في نصوص متفرقة وذلك بعد أن قمت بتحديد ماهية الأحكام القضائية الناقله للملكية العقارية وقواعد وإجراءات صدورها وهو ما تم استنتاجه كما يلي:

- إن القاضي يتدخل في نقل ملكية العقار للموعد له كما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني، إذ دوره ظاهر في نقل ملكية العقار للموعد له في حالة نكول الواعد عن البيع ويحل حكمه محل السند الرسمي شريطة أن يكون عقد الوعد بالبيع العقاري قد احترمت فيه أركانه من تحديد كافي للعقار والثلث والمدة والرسمية وشهر فإنه يكتسب حجية على عاقيه في هذه الحالة، بالإضافة إلى شرط أن يكون الواعد لم يتصرف في العقار الموعد به إذ القاضي يقوم بحماية الموعد له من تلاعب الواعد فإن كان هذا الأخير قد تصرف في العقار وكان عقد الوعد بالبيع مشهر تقرر للموعد له التعويض وإن لم يتصرف الواعد في العقار ألزم من طرف القاضي بإتمام إجراءات البيع النهائي وفي حالة الرفض يحل الحكم محل عقد البيع ويشهر بالمحافظة العقارية ويعتبر سند ملكية الموعد له للعقار المباع .

- إن القاضي يتدخل من خلال نقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزداد العلني في بيع العقار في حالات معينة منها حجز العقاري واستحالة القسمة العينية وبيع أموال القصر، إذ يعتبر حكم رسو المزداد العلني سند لإثبات الملكية بعد شهره في المحافظة العقارية مع الملاحظة أنه لا يشترط في المحافظة العقارية أثناء قيده ذكر أصل الملكية كما هو الحال بالنسبة للعقد الرسمي كون أن العقار المرسي عليه المزداد العلني قد يكون لا يحوز على سند الملكية المشهر لأن المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز الحجز على العقارات الغير مشهورة كما هو منصوص عليه في المادة 766 منه.

- إن القاضي يقوم بدور آخر كذلك من خلال نقل ملكية العقار إلى الشفيع إذ يتم تثبيت ملكيته بعد وقوفه على مختلف الاجراءات التي أوجب القانون على الشفيع القيام بها منها الانذار وإيداع الثلث، كما سبق الذكر في البحث والمنصوص عليها قانونا في المادة 794 من القانون المدني إذ أن القاضي بإصداره هذه الحكم يعتبر بمثابة موثق إذ تحل إرادته محل إرادة الأطراف ويقوم بتثبيت الشفعة في العقار ونقل ملكيته لصالح الشفيع غير أنه يقع على الشفيع تسجيل العقد وشهره حتى تنتقل له ملكية العقار إذ ترتب أثارها من وقت تسجيل الحكم النهائي في الشهر العقاري وهو ما ينسجم مع الأحكام العامة المتعلقة بانتقال ملكية العقارات منها نص المادة 793 من القانون المدني .

- إن دور القاضي في نقل الملكية العقارية يتجسد كذلك من خلال قيامه بنقل ملكية العقار إلى الحائز عن طريق التقادم المكسب وتدخله في تثبيت ملكية عن طريق التقادم المكسب بعد قيامه بالتحقيق القضائي اللازم في إثبات الحيازة وشروطها وأركانها ومدتها للحائز للعقار وهذا بعد سماع الشهود والملاك

المجاورين وإعداد الخبرات اللازمة المثبتة لمساحة العقار وحدوده من جمع المعلومات اللازمة ووضع المخططات البيانية للعقار محل الحياة .

ومن هذا المنطلق فإن المشرع الجزائري نص من خلال مجموع النصوص القانونية منها المادة 793 من القانون المدني والأمر 75-73 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أن الأحكام القضائية الصادرة بشأن فض النزاعات العقارية المتعلقة بنقل الملكية العقارية، يشترط فيها أن تكون نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه حتى تكون محلا للشهر في المحافظة العقارية سواء كانت هذه الأحكام والقرارات القضائية كاشفة أو منشئة للحق العيني العقاري ومن ثمة فإن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات ألزم شهر جميع الأحكام والقرارات القضائية المتضمنة إثبات أو نقل أي حق عيني عقاري استنادا إلى نص المادة 90 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وعليه فإن الشهر إجباري ليس فقط لطرفي العقد بل أن المادة ألزمت محرري هذه العقود بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية حيث تنص "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الأجل المحددة". وعليه فإن الشهر إجباري ليس فقط لطرفي الحكم أو القرار القضائي بل أن المادة ألزمت حتى محرري هذه العقود بالقيام بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية.

إن تنظيم شهر الحقوق يقوم بضمان الثقة في المعاملات التي يجريها الأشخاص، ولقد ظلت التصرفات بشتى أنواعها سنين طويلة لا تخضع لأي إجراء شكلي، ونظرا لما للملكية العقارية من دورا أساسيا في التنمية الشاملة للدول، وما يعكسه تنظيم واستقرار المعاملات العقارية من رقي وازدهار على الحياة الاقتصادية والاجتماعية، اهتمت جل تشريعات العالم بتنظيم الملكية العقارية عن طريق سن قواعد تنظم كل التصرفات التي ترد عليها، وذلك بواسطة وضع قواعد تبين قوامها المادي من حيث طبيعتها ومساحتها وموقعها، وكذلك تنظيم كيفية التعامل بشأنها بواسطة إيقاع تصرفات قانونية عليها.

ويهدف الشهر العقاري إلى إحاطة الكافة وعلى الأخص من له مصلحة، علما بالوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه، إذ يمكن من الوقوف على مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه، وأصحاب هذه الحقوق، وتاريخ نشوئها، حتى إذ ما أقدم الشخص على التعامل في هذا

العقار، كان على بينة من أمره وعلى يقين من تحقيق المصلحة المقصودة، فالشهر العقاري يهدف إذن إلى تنظيم هوية لكل عقار، تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص .

إن المشرع الجزائري، قد تبنى نظام الشهر العيني بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمراسيم التنفيذية له 62/76 و 63/76، حيث تشكل فيه عملية المسح العام للأراضي الأساس القانوني والمادي، على اعتبار أن هذا النظام أكثر فاعلية في تحقيق استقرار الملكية العقارية و الائتمان العقاري، ويدعم الثقة في التصرفات العقارية.

وحتى تكتسب مختلف العقود والوثائق الحجية وترتب آثارها بين الأطراف وفي مواجهة الغير لا بد من شهرها بالمحافظة العقارية، هذا الأخير لا يتم إلا من خلال إتباع الإجراءات القانونية اللازمة، وهو ما يسهر عليه المحافظ العقاري باعتباره المسير الأول للمحافظة العقارية، وذلك من خلال فحص الوثائق الخاضعة للشهر والتحقيق في هوية وأهلية الأطراف ومدى صحة الأوراق المطلوبة قصد إتمام إجراء الإشهار العقاري، فحقوق الملكية العقارية، والحقوق العينية لا يكون لها أثر إلا من تاريخ شهرها في المحافظة العقارية.

ونظرا لأن نظام الشهر العيني يتطلب أن كل العقارات يمكن تحديدها بدقة، وهو ما لا يتم إلا إذا كان هناك عملية مسح عام للأراضي مما يتطلب وقتا طويلا وإمكانات مختلفة، لاسيما منها البشرية، وتأهيلها للقيام بهذه العملية التقنية، كما أن إنشاء البطاقات العقارية وعملية تنظيمها تتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة، فهو نظام مكلف للغاية، لذلك لم يعرف تطبيقا واسعا، إذا لم تسمح إلى ثلث (3/1) مساحات البلديات، ومن أجل ذلك نص المشرع على تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق غير الممسوحة، وهو ما تقضي به المادة 27 من الأمر رقم 74/75، في انتظار تعميم عملية المسح الذي يعتبر الأساس المادي لنظام الشهر العيني.

ومع ذلك فإن تحقيق الهدف من تبنى نظام الشهر العيني يتطلب الإسراع في عمليات مسح الأراضي، من خلال وضع هذه العملية من أولويات الدولة، عن طرق تجنيد الوسائل المادية اللازمة والطاقت الممكنة (مهندسين، خبراء عقاريين، تقنيين...) والعمل على إيجاد الحلول الملائمة لإغلاق عملية مسح الأراضي عبر جميع البلديات في أقرب الآجال. بالإضافة إلى ضرورة إعادة النظر في القوانين التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بعملية الشهر العقاري، وإزالة التناقض الموجود بين أحكام

القانون المدني وأحكام الأمر رقم 74/75 والمرسومين 62/76 و 63/76، لاسيما ما يتعلق بقوة الثبوت المطلقة للشهر، وحظر التقادم في العقارات المشهورة.

على الرغم من وضوح الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، باعتباره القانون الأساسي والمرجعي لنظام الشهر العقاري في الجزائر بعد الاستقلال والمراسيم المطبقة له، إلا أن الميدان يشهد تطبيقا مغايرا لا تراعي فيه أحكام هذا القانون عموما، إذ كثيرا ما تصدر أحكاما قضائية وقرارات بخصوص النزاعات العقارية لعل أهمها نص المادتين 12 من القانون رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق، والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، دون أن تشير في أسبابها إلى مواد قانون الشهر العقاري التي يركز عليها وجود أو عدم وجود الحق العيني العقاري، وذلك سواء بين الأطراف المتعاقدة أو في مواجهة الغير، ولعل السبب في ذلك ليس في النصوص القانونية وإنما في إغفال شبه تام لهذا القانون بين أوساط الأسرة القانونية.

أخيرا يمكن القول أن الهدف من خلال هذا البحث المتواضع هو تسليط الضوء على نظرة القاضي إلى كيفية نقل الملكية العقارية الخاصة في الأراضي غير الممسوحة والتي لا يحوز ملاكها سندات رسمية تثبت ملكيتهم من جهة ونقل الملكية العقارية في الأراضي الممسوحة أي كيف يشارك القاضي في حماية الملكية العقارية بصفة عامة والملكية العقارية الخاصة بصفة خاصة من خلال ضمان نقلها لمالكها بموجب سند رسمي على اعتبار أن العقار سواء كان ملكا للخواص أو ملكا عاما فهو متعدد الوظائف فحتى الطابع الجمالي للعقار يلعب دورا أساسيا في رسم صورة الدولة المتحضرة والمتقدمة، ولا يسع للقاضي أن يحيط علما بكل الوظائف والأدوار الأساسية التي يلعبها العقار في إطار التنمية المستدامة حتى يتم الفهم الصحيح وتتوحد النظرة إلى السياسة العقارية بالجزائر .

خاتمة

خاتمة :

ختاما لدراستي هذه أتمنى أن أكون قد وفقت في اختيار العناصر التي تناولتها في هذا البحث العلمي المتواضع للإجابة ولو بجزء قليل عن الاشكالية الاساسية التي أثرت، وذلك من خلال الإحاطة قدر الإمكان بعدة جوانب نظرية وتطبيقية بصفة خاصة والحلول التي يجدها القاضي في كثير من الاحيان لحل النزاعات العقارية المتعلقة بنقل الملكية العقارية وإثباتها ودوره الفعال في وضع قواعد محكمة لنقل الملكية العقارية مساهمة منه في إرساء السياسة العقارية التي تبناها المشرع الجزائري القائمة على تطهير الملكية العقارية في سبيل تحقيق الائتمان العقاري وتدعيم الملكية العقارية مواكبة لدفع عجلة التنمية الشاملة في البلاد وخلق فرص أوسع للاستثمارات في مجال العقار سواء كان الصناعي أو السياحي أو الفلاحي...، أمام كثرة النزعات المطروحة عليه وعدم كفاية الوسائل التي اعتمدها المشرع الجزائري في نقل الملكية العقارية وإثباتها والتي تأثرت في كثير من الأحيان بالخيارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية وبكل فترة مرت بها.

وعلى صعيد آخر فإن اتباع سياسة التطهير العقاري التي لم تعرف تقدما كثيرا نظرا للإشكاليات التي تصادفت مع تطبيق الزامية الشكلية الرسمية والناجمة عن المشاكل التي افرزها الاحتلال الاستعماري في تلك الحقبة والمرتبطة بالقيود المفروضة على حرية التصرف، مما أدى إلى شيوع التعامل بالعقود العرفية والبناءات التشريعية وتعطل عملية المسح العام للأراضي، وبالرغم من ذلك فإن التحدي والرهنات تبقى معلقة على تعميم المسح العام للأراضي وكذا العمل بالقانون رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، غير أنه وإلى غاية بلوغ ذلك لا يزال الجهاز القضائي يساهم بشكل أو بآخر في نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية كل ما دعت الضرورة إلى ذلك وهذا استنادا إلى نصوص قانونية متفرقة في القانون المدني وغيرها من القوانين الأخرى، إذ أن هذه الأخيرة تنوعت واختلفت حسب كل حقبة زمنية وهذا التنوع كان نتيجة للتطور التاريخي لوضعية العقار في الجزائر عبر مختلف المراحل التي مرت بها بدءا بالمرحلة العثمانية إلى المرحلة الراهنة، كما أن طريقة نقلها تعددت بتعدد الطرق التي كرسها المشرع الجزائري فقد تكون عن طريق التصرف القانوني (العقد الرسمي) وهو الأصل العام وقد تكون بواسطة الواقعة المادية التي غالبا تحتاج الى حماية من طرف القضاء فلا تثبت إلا بموجب حكم يصدره القاضي المختص يقوم من خلاله

بنقل الملكية إلى المالك ويكون هذا الحكم بمثابة سند رسمي مثله مثل العقد يخضع للتسجيل والشهر العقاري كالحكم القاضي بتثبيت الشفعة والحكم القاضي بتثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب وغيرها. - حيث على الرغم من أن المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني وتأسيس السجل العقاري، إذ أنه جعل في هذا الصدد الأصل في إثبات الملكية العقارية أن يكون عن طريق الدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد والمطلق للتمسك به للإثبات بعد إتمام إجراءات المسح وذلك عملاً بأحكام المادة 33 من المرسوم 73/74 المؤرخ في 05 جانفي 1973 المتعلق بإثبات الملكية الخاصة، إلا أن عملية المسح لم تنته بعد ولم تشمل كامل التراب الوطني ولا تزال تحتاج إلى وقت طويل نظراً لما تتطلبه هذه العملية من إمكانيات بشرية ومادية .

وحتى يتم الوصول إلى تحقيق الأمل لنظام السجل العيني يجب على المشرع الجزائري أن يقوم بتوفير السبل القانونية والوسائل المادية والبشرية لاستكمال عمليات المسح العقاري المنصوص عليها بموجب الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والانتهاج منها والذي يعتبر بمثابة الأساس المادي والقانوني لوجود نظام الشهر العيني.

وباعتبار عملية الشهر العقاري هي الطريق القانوني والوحيد لتنظيم الملكية العقارية في الجزائر وجهل الكثيرين بها لاسيما في أوساط الأسرة القانونية، بالرغم من الصلاحيات الواسعة التي يتمتع بها المحافظ العقاري في مراقبة مدى صحة السندات والتصرفات المعروضة عليه قصد إشهارها قبل أي إجراء آخر في عملية الشهر بخصوصها، إلا أن الأحكام والقرارات الصادرة عن القضاء غالباً ما تفصل في منازعات عقارية تثار في موضوع الشهر وإجراءاته خاصة ما يندرج منها تحت مراقبة الوثائق أو ما قد يصدر من قرارات عن المحافظ العقاري وتعلق بإلغائها أو تعديلها أو تأييدها، وهو ما من شأنه أن يخلق منازعات عقارية تؤثر سلباً على مبدأ استقرار المعاملات، وذلك راجع إما لعدم التطبيق الصحيح لقانون الشهر أو لعدم فهم نظام الشهر العقاري خاصة مع صدور الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

ومن ثمة فإن ذلك خلق العديد من النزاعات والمشاكل المطروحة على الجهات القضائية العادية والإدارية، الأمر الذي جعل من تدخل القاضي لا محال عنه وهو الحل الوحيد لفض هذه النزاعات وحلول الحكم القضائي محل العقد الرسمي في كثير من الأحيان تارة محافظاً على الأوضاع الظاهرة، كما هو الشأن في تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب وتارة ناقلاً للملكية العقارية، كما هو الشأن في حكم

رسو المزاد العلني بعد تعذر القسمة بين الشركاء أو الحجز العقاري أو بيع أموال القصر والحكم القاضي بتثبيت الشفعة بعد اتباع الشفيع للشروط والإجراءات القانونية الواجبة إلى غير ذلك من التدخلات الأخرى للقاضي في نقل الملكية العقارية، كما سبق الذكر من خلال هذا البحث، وفي انتظار استكمال عملية المسح الشامل من جهة واستقرار النصوص القانونية المتعلقة بالعقار يبقى الدفتر العقاري والعقد الرسمي غير كافيان لسد ذلك أمام حب الأفراد لتملك العقار واتساع رقعة التعامل به نظرا لما يذره من منافع مادية لهم.

- ومن ثمة فإن بعض الأحكام والقرارات القضائية التي يصدرها القاضي تصلح كسندات لنقل وإثبات الملكية العقارية بعد القيام باستيفاء إجراءات الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية وهي نفسها الاجراءات المتبعة في الشهر العقاري للعقد الرسمي، ويمكن للقاضي الاستناد عليها كوسيلة من الوسائل المقررة لإثبات الملكية العقارية في الدعاوى العقارية التي تطرح عليه لإسناد الحق المطالب به في إطار حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية المعتمد عليها ومن ثمة فإن القاضي ساهم ولا زال يساهم في نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية .

- حيث خلصت من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث المتواضع المنصب حول "دور القاضي في نقل الملكية العقارية" إلى العديد من الاستنتاجات والملاحظات والتي استخلصتها من خلال بحثي في الموضوع وقراءتي للنصوص القانونية المختلفة المتعلقة بالعقار والاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع الصادرة عن المحكمة العليا بصفة خاصة وكذا مجلس الدولة والتي ارتأيت تقديمها في شكل فقرات كالتالي:

- بالنظر لأهمية العقار ومكانته عن الأفراد واهتمامه عرفت الجزائر في مجال نقل الملكية العقارية مراحل تشريعية مختلفة تميزت أحيانا بالمرونة وأحيانا أخرى بالتعقيد وقد أدى ذلك إلى ظهور العديد من الاشكالات القانونية على مستوى جداول المحاكم والمجالس القضائية، هناك من وجدت لها حلول عادلة من خلال اصدار أحكام قضائية ناقلة للملكية العقارية والتي تعتبر سندات رسمية تصلح لإثبات الملكية العقارية شأنها شأن العقود الرسمية وهناك من النزاعات لا تزال مطروحة إلى وقتنا هذا أمام عدم كفاية الوسائل الناقلة للملكية العقارية لعدم إتمام عملية المسح على المستوى الوطني من جهة وأمام ما تم إرثه من الاستعمار الفرنسي من عقود ملكية وعقود رهن

- إن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية يطرح اشكالات قانونية وعملية كثيرة بالنظر إلى حجم المنازعات المطروحة على الجهات القضائية والتي استدعت ضرورة تدخل القاضي دون أدنى شك في كثير من الأحيان من أجل إيجاد الحل الملائم والمناسب للعديد من الحالات والوضعيات الشائكة وذلك من خلال اجتهاده فصلا في النزاعات المعروضة عليه وتطبيقا لمختلف قواعد نقل الملكية العقارية، إذ أن ملكية العقار تعد أهم وأعز حق يملكه الإنسان، وفي هذا الصدد فإن حق الملكية بصفة عامة كرسه الدستور الجزائري على غرار باقي الدساتير العالمية وكذا مختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية والعديد من القوانين بما فيها القانون المدني الامر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم باعتباره الشريعة العامة ومجموع النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالعقار منها القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري والقانون رقم 90-30 المتعلق بالأموال الوطنية والقانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والقانون رقم 11-04 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وغيرها من القوانين الأخرى.

و عليه فإن الحقيقة أن أهمية تدخل القاضي ودوره في نقل الملكية العقارية غير منصوص عليه بشكل واضح للعيان في النصوص القانونية سواء العامة أو الخاصة وإنما جاء متفرق في عدة نصوص ونفس الشيء بالنسبة للاجتهادات القضائية الصادرة عن قضاة المحكمة العليا ومجلس الدولة.

- إن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية كما سبق الإشارة إليه من خلال البحث لا يتم دائما بواسطة التصرف القانوني والواقعة المادية، إذ أنهما آليتان غير كافيتان لسد الحاجة الملحة للأفراد لتحقيق ذلك، ومن أجل هذا استدعى الأمر في بعض الأحيان تدخل القاضي بموجب حكمه القضائي الذي يصدره فصلا في النزاعات إلى نقل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية وهذا بعد احترام الاجراءات القانونية التي يتطلبها القانون وتوفر جملة الشروط القانونية اللازمة لكل دعوى.

- وفي هذا الصدد تجدر الإشارة أنه ليس كل الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي تعد أحكام قضائية ناقلة للملكية العقارية وإنما الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي المختص وهو القاضي العقاري المكلف بالقسم العقاري وأن تكون حائزة لقوة الشيء المقضي فيه أي أنها أصبحت نهائية وثبتت لمن صدرت لصالحه نقل ملكية العقار موضوع النزاع الذي فصلت فيه، كما أن المشرع الجزائري خص الحكم القضائي بمجموعة من الضمانات يتعلق بعضها بشكل الحكم القضائي أي البيانات الجوهرية والتي يجب أن تتوفر فيه بيانات حددها المشرع وهي في الحقيقة تمثل مقومات الحكم القضائي منها الديباجة وبيان

الوقائع و تسبيب الحكم وحيثياته ومنطوق الحكم وفقا لما نصت عليه المادة 276 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، وضمانات أخرى خاصة بمضمون الحكم سواء في المرحلة السابقة على إصداره أو في المرحلة التي تلي إصداره، كما يمكن القول أنه من أجل صحة الحكم القضائي كذلك يشترط صحة الأركان الموضوعية السابق ذكرها الإرادة والمحل والسبب والمحكمة والقاضي وصحة الأركان الشكلية، سيما صحة المطالبة القضائية (صحة الخصومة)، وباقي إجراءات الخصومة وإجراءات صدور الحكم القضائي من قفل باب المرافعات ومداولة القاضي وتوقيعه والنطق به في جلسة علنية.

- إن الأحكام والقرارات القضائية المتعلقة بنقل أو إثبات أو تعديل ملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية أو أي تغير آخر في الملكية العقارية بصفة عامة تعتبر بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري مثلها مثل العقود الرسمية، لذلك ينبغي على القاضي الذي يفصل في النزاع أن يراعي بصفة عامة جميع الاجراءات والشروط الخاصة القواعد العامة المقررة لرفع الدعاوى إذ يشترط لقبول الدعوى أن يكون رافعها يملك الصفة والمصلحة طبقا لما نصت عليه المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، بالإضافة إلى توفر الأهلية لدى الخصوم، كما نص القانون على وجوب إشهار الدعاوى الرامية إلى النطق بالفسخ أو إبطال أو إلغاء أو تعديل حقوق عينية عقارية ناتجة عن وثائق تم إشهارها وفي حالة عدم إتمام هذا الإجراء من طرف رافعي الدعوى وعدم تقديم ما يثبت القيام به لدى المحافظة العقارية المختص يتعين التصريح بعدم قبول الدعوى شكلا تطبيقا للمادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمادة 14 من الامر 75-74 المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومن بين الدعاوى المستوجبة للشهر العقاري الدعاوى المتعلقة بإثبات صحة الوعد بالبيع العقاري، ودعاوى قسمة العقارات... الخ، ومن جهة أخرى يجب أن يتم رفع الدعاوى المتضمن موضوع طلبها القضائي نقل الملكية العقارية وفقا للإجراءات المقررة في قانون الاجراءات المدنية والإدارية ولاسيما المواد 12 و 13 و 14 و 15 .

- كما أن الفصل فيها يكون طبقا لأحكام نفس القانون ولاسيما المواد 32 وما بعدها إلى غاية المادة 163 وكذا وفقا للمواد المتعلقة بالنزاع سيما القانون المدني باعتباره يضم القواعد العامة والقوانين العقارية المختلفة، إذ يجب أن تحترم في عريضة افتتاح الدعوى القواعد الواجبة قانونا سواء ما تعلق بموضوع الطلب القضائي وأطراف الخصومة وكذا الوثائق المؤسسة عليها الطلبات وتحديد الجهة القضائية وتعين الخصوم وتحديد موضوع الطلب القضائي تحديدا دقيقا نافيا للجهالة والوسائل التي يؤسس عليها الدعوى

والإشارة إلى الوثائق والسندات، بالإضافة إلى البيانات الخاصة بالعقار محل الدعوى، اسم العقار، مكانه، مساحته طبيعته وحدوده ورقمه وغيرها من البيانات الضرورية لحسم النزاع مع إرفاق السند المعتمد عليه ومخطط العقار أو تعيين طوبوغرافي لمسح العقار محل النزاع وتقيد عريضة افتتاح الدعوى في سجل خاص بذلك بعد دفع الرسوم المحددة قانونا.

- كما أن الفصل في الدعوى العقارية التي تحمل في محتواها نقل الملكية العقارية يتطلب احترام مجموعة من القواعد المتعلقة بالاختصاص الاقليمي والنوعي وكذا ما يملك القاضي العقاري من سلطات قانونية منصوص عليها في القانون المدني وقانون الاجراءات المدنية والإدارية .

- ومن بين ما نص عليه المشرع الجزائري سلطات القاضي المدني في الفصل في النزاعات بما فيها النزاعات المتعلقة بالعقار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في الفصل الثاني تحت عنوان اجراءات التحقيق انطلاقا من نص المادة 75 منه وما بعدها، فنص على حضور الخصوم واستجوابهم والخبرة، الشهادة، مضاهاة الخطوط والانتقال للمعاينة، ودعوى التزوير الفرعية، كما نص على الحالات التي يلجأ فيها إلى كل إجراء من هذه الإجراءات، والشروط الواجب مراعاتها، وقد اختلفت التشريعات في تحديد هذه الشروط والحالات غير أن ما يجب الإشارة إليه السلطة التي يتمتع بها القاضي العقاري في إجراءات التحقيق للفصل في المسائل المتعلقة بنقل الملكية العقارية منها التقادم المكسب والشفعة والقسمة الخ سواء تعلق الأمر بها أو من حيث تقدير الدليل الناتج عنه.

- إن التشريع وضع مجموعة من الطرق تنقل الملكية العقارية قد تتحقق بواسطة إرادة الأطراف أو بقوة القانون أو بتدخل القاضي في إطار فض النزاعات العقارية المعروضة عليه والتي يثار النزاع عليها أي بواسطة الاحكام القضائية المنشئة أو الكاشفة لنقل الملكية العقارية، والحقيقة أنه لا توجد أحكام قضائية منشئة أو معدلة أو منهيّة لحق عيني أصلي لأن الأحكام هي في الأصل مقررة أو مصرحة للحقوق أو ناقلّة لا منشأة أو معدلة ومنهيّة، غير أنه ومع ذلك توجد أحكام قضائية ناقلّة للملكية والحقوق العينية تنشئ في الحقيقة مراكز قانونية جديدة تنقل ملكية العقار أو الحق العيني، لذلك حاولت ذكر بعض النماذج عن تدخلات القاضي ودوره في نقل الملكية العقارية المذكورة في نصوص متفرقة وذلك بعد أن قمت بتحديد ماهية الأحكام القضائية الناقلّة للملكية العقارية وقواعد وإجراءات صدورها وهو ما تم استنتاجه كما يلي:

- إن القاضي يتدخل في نقل ملكية العقار للموعد له كما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني، إذ دوره ظاهر في نقل ملكية العقار للموعد له في حالة نكول الواعد عن البيع ويحل حكمه محل السند الرسمي شريطة أن يكون عقد الوعد بالبيع العقاري قد احترمت فيه أركانه من تحديد كافي للعقار والثلث والمدة والرسمية وشهر فإنه يكتسب حجية على عاقيه في هذه الحالة، بالإضافة إلى شرط أن يكون الواعد لم يتصرف في العقار الموعد به إذ القاضي يقوم بحماية الموعد له من تلاعب الواعد فإن كان هذا الأخير قد تصرف في العقار وكان عقد الوعد بالبيع مشهر تقرر للموعد له التعويض وإن لم يتصرف الواعد في العقار ألزم من طرف القاضي بإتمام إجراءات البيع النهائي وفي حالة الرفض يحل الحكم محل عقد البيع وبشهر بالمحافظة العقارية ويعتبر سند ملكية الموعد له للعقار المباع .

- إن القاضي يتدخل من خلال نقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزداد العلني في بيع العقار في حالات معينة منها الحجز العقاري واستحالة القسمة العينية وبيع أموال القصر، إذ يعتبر حكم رسو المزداد العلني سند لإثبات الملكية بعد شهره في المحافظة العقارية مع الملاحظة أنه لا يشترط في المحافظة العقارية أثناء قيده ذكر أصل الملكية كما هو الحال بالنسبة للعقد الرسمي كون أن العقار المرسي عليه المزداد العلني قد يكون لا يحوز على سند الملكية المشهر لأن المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز الحجز على العقارات الغير مشهورة كما هو منصوص عليه في المادة 766 منه.

- إن القاضي يقوم بدور آخر كذلك من خلال نقل ملكية العقار إلى الشفيع إذ يتم تثبيت ملكيته بعد وقوفه على مختلف الاجراءات التي أوجب القانون على الشفيع القيام بها منها الانذار وإيداع الثمن، كما سبق الذكر في البحث والمنصوص عليها قانونا في المادة 794 من القانون المدني إذ أن القاضي بإصداره هذه الحكم يعتبر بمثابة موثق إذ تحل إرادته محل إرادة الأطراف ويقوم بتثبيت الشفعة في العقار ونقل ملكيته لصالح الشفيع غير أنه يقع على الشفيع تسجيل العقد وشهره حتى تنتقل له ملكية العقار إذ ترتب أثارها من وقت تسجيل الحكم النهائي في الشهر العقاري وهو ما ينسجم مع الأحكام العامة المتعلقة بانتقال ملكية العقارات منها نص المادة 793 من القانون المدني .

- إن دور القاضي في نقل الملكية العقارية يتجسد كذلك من خلال قيامه بنقل ملكية العقار إلى الحائز عن طريق التقادم المكسب وتدخله في تثبيت ملكية عن طريق التقادم المكسب بعد قيامه بالتحقيق القضائي اللازم في إثبات الحيازة وشروطها وأركانها ومدتها للحائز للعقار وهذا بعد سماع الشهود والملك

المجاورين وإعداد الخبرات اللازمة المثبتة لمساحة العقار وحدوده من جمع المعلومات اللازمة ووضع المخططات البيانية للعقار محل الحياة .

ومن هذا المنطلق فإن المشرع الجزائري نص من خلال مجموع النصوص القانونية منها المادة 793 من القانون المدني والأمر 75-73 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أن الأحكام القضائية الصادرة بشأن فض النزاعات العقارية المتعلقة بنقل الملكية العقارية، يشترط فيها أن تكون نهائية وحائزة لقوة الشيء المقضي فيه حتى تكون محلا للشهر في المحافظة العقارية سواء كانت هذه الأحكام والقرارات القضائية كاشفة أو منشئة للحق العيني العقاري ومن ثمة فإن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات ألزم شهر جميع الأحكام والقرارات القضائية المتضمنة إثبات أو نقل أي حق عيني عقاري استنادا إلى نص المادة 90 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، وعليه فإن الشهر إجباري ليس فقط لطرفي العقد بل أن المادة ألزمت محرري هذه العقود بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية حيث تنص "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة". وعليه فإن الشهر إجباري ليس فقط لطرفي الحكم أو القرار القضائي بل أن المادة ألزمت حتى محرري هذه العقود بالقيام بإشهارها على مستوى المحافظة العقارية.

إن تنظيم شهر الحقوق يقوم بضمان الثقة في المعاملات التي يجريها الأشخاص، ولقد ظلت التصرفات بشتى أنواعها سنين طويلة لا تخضع لأي إجراء شكلي، ونظرا لما للملكية العقارية من دورا أساسي في التنمية الشاملة للدول، وما يعكسه تنظيم واستقرار المعاملات العقارية من رقي وازدهار على الحياة الاقتصادية والاجتماعية، اهتمت جل تشريعات العالم بتنظيم الملكية العقارية عن طريق سن قواعد تنظم كل التصرفات التي ترد عليها، وذلك بواسطة وضع قواعد تبين قوامها المادي من حيث طبيعتها ومساحتها وموقعها، وكذلك تنظيم كيفية التعامل بشأنها بواسطة إيقاع تصرفات قانونية عليها.

ويهدف الشهر العقاري إلى إحاطة الكافة وعلى الأخص من له مصلحة، علما بالوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه، إذ يمكن من الوقوف على مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه، وأصحاب هذه الحقوق، وتاريخ نشوئها، حتى إذ ما أقدم الشخص على التعامل في هذا

العقار، كان على بينة من أمره وعلى يقين من تحقيق المصلحة المقصودة، فالشهر العقاري يهدف إذن إلى تنظيم هوية لكل عقار، تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص .

إن المشرع الجزائري، قد تبنى نظام الشهر العيني بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمراسيم التنفيذية له 62/76 و 63/76، حيث تشكل فيه عملية المسح العام للأراضي الأساس القانوني والمادي، على اعتبار أن هذا النظام أكثر فاعلية في تحقيق استقرار الملكية العقارية و الائتمان العقاري، ويدعم الثقة في التصرفات العقارية.

وحتى تكتسب مختلف العقود والوثائق الحجية وترتب آثارها بين الأطراف وفي مواجهة الغير لا بد من شهرها بالمحافظة العقارية، هذا الأخير لا يتم إلا من خلال إتباع الإجراءات القانونية اللازمة، وهو ما يسهر عليه المحافظ العقاري باعتباره المسير الأول للمحافظة العقارية، وذلك من خلال فحص الوثائق الخاضعة للشهر والتحقيق في هوية وأهلية الأطراف ومدى صحة الأوراق المطلوبة قصد إتمام إجراء الإشهار العقاري، فحقوق الملكية العقارية، والحقوق العينية لا يكون لها أثر إلا من تاريخ شهرها في المحافظة العقارية.

ونظرا لأن نظام الشهر العيني يتطلب أن كل العقارات يمكن تحديدها بدقة، وهو ما لا يتم إلا إذا كان هناك عملية مسح عام للأراضي مما يتطلب وقتا طويلا وإمكانات مختلفة، لاسيما منها البشرية، وتأهيلها للقيام بهذه العملية التقنية، كما أن إنشاء البطاقات العقارية وعملية تنظيمها تتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة، فهو نظام مكلف للغاية، لذلك لم يعرف تطبيقا واسعا، إذا لم تسمح إلى ثلث (3/1) مساحات البلديات، ومن أجل ذلك نص المشرع على تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق غير الممسوحة، وهو ما تقضي به المادة 27 من الأمر رقم 74/75، في انتظار تعميم عملية المسح الذي يعتبر الأساس المادي لنظام الشهر العيني.

ومع ذلك فإن تحقيق الهدف من تبنى نظام الشهر العيني يتطلب الإسراع في عمليات مسح الأراضي، من خلال وضع هذه العملية من أولويات الدولة، عن طرق تجنيد الوسائل المادية اللازمة والطاقات الممكنة (مهندسين، خبراء عقاريين، تقنيين...) والعمل على إيجاد الحلول الملائمة لإغلاق عملية مسح الأراضي عبر جميع البلديات في أقرب الآجال. بالإضافة إلى ضرورة إعادة النظر في القوانين التي لها علاقة مباشرة أو غير مباشرة بعملية الشهر العقاري، وإزالة التناقض الموجود بين أحكام

القانون المدني وأحكام الأمر رقم 74/75 والمرسومين 62/76 و 63/76، لاسيما ما يتعلق بقوة الثبوت المطلقة للشهر، وحظر التقادم في العقارات المشهورة.

على الرغم من وضوح الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، باعتباره القانون الأساسي والمرجعي لنظام الشهر العقاري في الجزائر بعد الاستقلال والمراسيم المطبقة له، إلا أن الميدان يشهد تطبيقا مغايرا لا تزاعي فيه أحكام هذا القانون عموما، إذ كثيرا ما تصدر أحكاما قضائية وقرارات بخصوص النزاعات العقارية لعل أهمها نص المادتين 12 من القانون رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق، والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، دون أن تشير في أسبابها إلى مواد قانون الشهر العقاري التي يركز عليها وجود أو عدم وجود الحق العيني العقاري، وذلك سواء بين الأطراف المتعاقدة أو في مواجهة الغير، ولعل السبب في ذلك ليس في النصوص القانونية وإنما في إغفال شبه تام لهذا القانون بين أوساط الأسرة القانونية.

أخيرا يمكن القول أن الهدف من خلال هذا البحث المتواضع هو تسليط الضوء على نظرة القاضي إلى كيفية نقل الملكية العقارية الخاصة في الأراضي غير الممسوحة والتي لا يحوز ملاكها سندات رسمية تثبت ملكيتهم من جهة ونقل الملكية العقارية في الأراضي الممسوحة أي كيف يشارك القاضي في حماية الملكية العقارية بصفة عامة والملكية العقارية الخاصة بصفة خاصة من خلال ضمان نقلها لمالكها بموجب سند رسمي على اعتبار أن العقار سواء كان ملكا للخواص أو ملكا عاما فهو متعدد الوظائف فحتى الطابع الجمالي للعقار يلعب دورا أساسيا في رسم صورة الدولة المتحضرة والمتقدمة، ولا يسع للقاضي أن يحيط علما بكل الوظائف والأدوار الأساسية التي يلعبها العقار في إطار التنمية المستدامة حتى يتم الفهم الصحيح وتتوحد النظرة إلى السياسة العقارية بالجزائر .

قائمة المراجع

قائمة المراجع :

أولا :المصادر الرسمية :

القرآن الكريم

السنة النبوية الشريفة

ثانيا : المراجع العامة

1. ابي الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور لسان العرب الجزء 08 دار صادر بيروت.
2. أحمد أبو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، سنة النشر 1983.
3. احمد شوقي محمد عبد الرحمن احكام الالتزام و الاثبات في الفقه والقضاء ، مصر بدون طبعة 2004.
4. أحمد خليل ، أصول المحاكمات المدنية ،الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت ،سنة 1994.
5. أحمد خليل، اصول التنفيذ الجبري دار الجامعية الاسكندرية سنة 2000
6. أحمد سعيد شعلة-قضاء النقض في التنفيذ و الحجز -منشأة المعارف-طبعة1997 .
7. أحمد مليجي، اختصام الغير ،دار الكتاب الحديث القاهرة ،الطبعة الثانية ،دون سنة النشر.
8. احمد هندي واحمد خليل قانون التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية سنة 1999.
9. أحمد هندي، أصول المحاكمات المدنية والتجارية، دراسة التنظيم القضائي، الإختصاص، المحاكمة الأحكام وطرق الطعن فيها والتحكيم، الدار الجامعية بيروت، سنة النشر 1989.
10. أحمد هندي، ارتباط الدعاوى والطلبات في قانون المرافعات في ضوء أحكام القضاء و آراء الفقهاء في كل من مصر و فرنسا وإيطاليا، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، سنة النشر 1995.
11. اسماعيل عمر واحمد خليل قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر سنة 1997.
12. اسماعيل نبيل عمر صقر، تسبيب الاحكام القضائية في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر مصر الاسكندرية ، سنة 2001.
13. الانصاري حسين النيداني، العيوب المبطله للحكم وطرق التمسك بها، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 2009 .
14. بريارة عبد الرحمان، شرح قانون الاجراءات المدنية والإدارية قانون رقم 08-09 المؤرخ في 23 فيفري 2008 ، منشورات بغدادي، طبعة ثانية، مزيدة 2009 .

15. بريارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية وفقا للتشريع الجزائري لاسيما قانون الاجراءات المدنية والإدارية 08-09 الطبعة الاولى، منشورات بغدادى الجزائر سنة 2009 .-
16. جمال خليل النشار، الإلتصاق كسب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، طبعة 2001، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية .
17. حسن كيرة، الموجز في أحكام القانون المدني الحقوق العينية الاصلية، طبعة 3 سنة 1994، منشأة المعارف بالإسكندرية.
18. خليل احمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع ديوان المطبوعات الجامعية، بدون طبعة 1994 .
19. رمضان ابو السعود الوسيط في الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر لبنان، طبعة 1985.
20. رمضان ابو السعود، الوسيط في الحقوق العينية الاصلية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، لبنان طبعة 1985.
21. سيد احمد الدريز، الشرح الصغير، الجزء الثالث، المطبوعات الجميلة، الجزائر سنة 1992.
22. طلعت محمد ادويدار، طرق التنفيذ القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1994.
23. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان .
24. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، طبعة 2000، الجزء التاسع والثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.
25. عبد المنعم فرح الصدة، أسباب إكتساب الملكية في قوانين البلدان العربية، دار المعارف، الإسكندرية.
26. العربي بلحاج، الوجيز في قانون الاسرة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة 1994.
27. عفيف شمس الدين، الوسيط في القانون العقاري، طبعة جديدة مزيدة ومنقحة، دراسة مقارنة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية.
28. علي علي سليمان، شرح القانون المدني اللبي والحقوق العينية الاصلية والتبعية، طبعة 1969 .
29. علي فيلاي، الالتزامات النظرية العامة في العقد، طبعة منقحة ومعدلة، موفم للنشر، الجزائر 2008.
30. فتحي والي، التنفيذ الجبري، دار النهضة العربية، مصر، سنة 1971 .

قائمة المراجع

31. لحسن الشيخ اث ملوية المنتفي في عقد البيع ، دار هومة طبعة 2005.
32. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، دار هومة، الطبعة الاولى 2008 .
33. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني والحقوق العينية الأصلية، اسباب اكتساب الملكية، دراسة موازية بالمدونات العربية، دار النهضة للنشر والتوزيع، سنة 1994 .
34. محمد احمد عابدين، اصول التقاضي في بعض الدعاوى، منشأة المعارف الإسكندرية، بدون طبعة.
35. محمد حسان قاسم، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بدون طبعة.
36. محمد حسنين ، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام الاشخاص والاموال والثبات في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985.
37. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية أحكامها ومصادرها، طبعة 2001، الدار الجامعية.
38. محمد علي خليل الطعاني، سلطة القاضي في توجيه سير الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الطبعة الأولى، سنة 2009.
39. محمد محمود إبراهيم، اصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي القاهرة، سنة 1983.
40. محمود السيد تحيوي، أوامر الاداء وفقا لقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الفكر الجامعي، طبعة 2003.
41. محمود السيد عمر التحيوي، اصدار الحكم القضائي، حكمة الوفاء القانونية الإسكندرية، طبعة 2010.
42. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، توزيع دار الكتاب الحديث، نشأة المعارف، الإسكندرية.
43. معوض عبد التوزاب، موسوعة الاحوال الشخصية، الجزء الثالث، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 7 عام 1997 .
44. نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة، بيروت، لبنان، سنة 1995، طبعة 12.
45. نبيل اسماعيل عمر، اشكالات التنفيذ الجبري الوقتية والموضوعية، دراسة عملية طبقا لأحكام التوجيه والقضاء، الدار الجامعية الجديدة، الإسكندرية، سنة 2000.

ثالثا : المراجع المتخصصة :

1. احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، سنة 2013.

قائمة المراجع

2. احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الطبعة الثالثة، سنة 2013 .
3. اسعد دياب و القاضي طارق زيادة، ابحاث في التحديد والتحرير والسجل العقاري، الطبعة الثانية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس 1994.
4. بوبشير محند امقران، قانون الاجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994.
5. بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية إجراءاتها واثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الاجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، 2015.
6. جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، طبعة 2016.
7. جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، بدون طبعة، دار خلدونية، الجزائر، 2006 .
8. جميلة زايدي، اجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، 2014، بدون طبعة.
9. الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، طبعة 2015.
10. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء احدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار طبعة جديدة مزيدة باحدث القرارات الى غاية 2012 .
11. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وحدث الاحكام، دار هومة ، الطبعة الثامنة 2012 .
12. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة منقحة ومزيدة في ضوء اخر التعديلات وحدث الاحكام، دار هومة، طبعة 2015 .
13. حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الطبعة الثالثة 2015.
14. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الطبعة السابعة 2009 .
15. دوة اسيا، رامول خالد، الاطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة 2009 .
16. رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، بدون طبعة، 2001.
17. زاهية سي يوسف، عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الطبعة الثانية، سنة 2000.

18. عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات القانونية، الطبعة الثانية، دار محمود للتوزيع والنشر، مصر 1889.
19. عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة، سنة 2003.
20. عبد الحميد الشواربي، أحكام الشفعة والقسمة في ضوء القضاء و الفقه، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الثانية.
21. عبد الوهاب عرفة، القسمة واستعمال ادارة المال الشائع ودعوى الفرز والتجنيد (دعوى القسمة) في ضوء احكام النقض القديم والحديث وتطبيقاتها العملية، دار الفكر والقانون، طبعة 2006 .
22. عدلي امير خالد، اجراءات وثبوت شهر الملكية العقارية، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر.
23. عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق، الاسكندرية، سنة 2007.
24. عصام انور سليم، التملك بالتقادم على خلاف التباين في السجل العيني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، سنة 2002، دون طبعة.
25. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر العقار، دار هومة، الطبعة السادسة، 2011.
26. عماري علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، الجزائر 2004 .
27. عمر زودة، الاجراءات المدنية، دار الحكمة، الجزائرية، طبعة 2010.
28. عمر زودة، الاجراءات المدنية والإدارية في ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء ENCYCLOPEDIA وبدون طبعة.
29. ليلي حروس، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 10 سنة 2008 .
30. ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية في ضوء اخر التعديلات وأحدث الاحكام القضائية، طبعة جديدة 2012-2013، دار هومة .
31. ليلي زروقي و حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، طبعة الثانية 2006.
32. ليلي طالبة، الملكية العقارية الخاصة وفق احكام التشريع الجزائري، دار هومة، طبعة 2010.
33. مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية، طبعة 2012، بدون رقم .
34. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الاولى 2002 .

35. محمد علي الامين، التقادم المكسب للملكية في القانون اللبناني، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 1993 .
36. محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، سنة 2004 .
37. محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، بدون طبعة، منشورات بغداددي 2009 .
38. معوض عبد التواب، الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، دون طبعة، منشأة المعارف بالاسكندرية، مصر 1986.
39. نبيل صقر، التقادم في التشريع الجزائري نصا شرحا وتطبيقا، دار الهدى، سنة 2011 .
40. نعيمة حاجي، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009.
41. وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2009 .
42. ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومة، الطبعة الثانية 2015.
43. يوسف بن رقية، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
44. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها - اثباتها - حمايتها - ادارتها - قسمتها على ضوء القانون الجزائري وما استقر عليه قضاء المحكمة العليا، دار هومة، طبعة 2016.

رابعاً : الأطروحات والمقالات

1. الطيب محمد الحبيب مستشار بالغرفة العقارية بالمحكمة العليا مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الجزء الثالث سنة 2010 .
2. اولاد العيد الطاهر التقادم المكسب في القانون الجزائري ماجستر تخصص عقود و مسؤولية السنة الجامعية سنة 2004-2005 . بن عمار عبد الحليم الشفعة و تطبيقاتها في القانون الجزائري مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء الدفعة 17 سنة 2006-2009.
3. اوريدة حمادي اجراءات التحقيق في المواد المدنية مذكرة تطبيقية للتريص مجلس قضاء سطيف المعهد الوطني للقضاء سنة 1999-2001
4. البشير العتروس الشهر العقاري في القانون الجزائري مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية قسم الوثائق الجزء الاول سنة 2004 علاوة .
5. بوتقرار التصرف في اموال القاصر مجلة الموثق العدد الثالث سنة 1988.

6. جديلي نوال . الدفتر العقاري والمنازعات المتعلقة به . دراسة تحليلية وصفية جامعة البليدة 2008 .
7. جبار جميلة نظام الشفعة في التشريع الجزائري دراسة مقارنة بين القانون المدني والتشريعات الخاصة مقال منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص بالاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثالث لسنة 2010.
8. هادف مسلم ،مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء بعنوان الطبيعة القانونية للأوامر على ذيل العرائض و اثارها القانونية الدفعة 17 سنة 2006-2009.
9. زودة عمر . قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية . مقال منشور بالمجلة القضائية العدد الرابع سنة 1992 .
10. زيدان بوراس، الطرق و الاجراءات لتحرير عقد توثيقي مجلة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين العدد 8 الجزائر سنة 2000 .
11. طواهر عبد الله، الإثبات في المواد العقارية ، مذكرة نهاية التدريب ، تخصص عقاري، سنة 2000، 2001 .
12. يوسف حداد نادية، العقد العرفي والمعاملات العقارية، تعليق على قرار الغرف المجتمعة المؤرخ في 18 فيفري 1997 .
13. محمودي عبد العزيز، تطهير الملكية العقارية في الأراضي غير المسوحة في التشريع الجزائري . رسالة دكتوراه جامعة البليدة 2008 .
14. محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي بلعباس السنة الجامعية 2011-2012.
15. علاق لمنور اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في التشريع الجزائري رسالة ماجيستر جامعة البليدة 1999-2000.
16. فيشت محمد، اثبات الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري في القانون الجزائري رسالة ماجيستر جامعة البليدة 2012-2013.
17. رويصات مسعود، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري رسالة لنيل شهادة الماجيستر في العلوم القانونية تخصص قانون عقاري جامعة الحاج لخضر باتنة سنة 2003-2004.
18. موساوي رضوان، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء بعنوان الشفعة في القانون الجزائري الدفعة 17 سنة 2006-2009.

19. ملزي عبد الرحمان، محاضرات في أسباب كسب الملكية، أقيمت على قضاة التكوين المتخصص،
الدفعة الثالثة 2002/2003.

20. محمد بوركي، مقال منشور بعنوان التوثيق و الاشهار العقاري الجزء الاول مجلة الموثق الغرفة
الوطنية للموثقين العدد 05 سنة 1988.

21. مزيان محمد الامين، بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائري مقال
منشور بمجلة الدفاع مجلة دورية تصدر عن منظمة المحامين وهران العدد الاول سنة 2013.

22. شنتور جلول، وضع العقار تحت يد القضاء مقال منشور بمجلة المنتدى القانوني قسم الكفاءة
المهنية للمحاماة كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خضير بسكرة العدد 05 مارس 2008.

-خامسا : القوانين والمراسيم

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 2020 المعدل و المتمم لدستور 06 مارس
2016 المعدل و المتمم لدستور 1996

- الامر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم المنشور في
الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30-09-1975

. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية والإدارية

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 المتضمن قانون الاسرة المنشور بالجريدة الرسمية
العدد 24 المؤرخة في 12-06-1984 المعدل والمتمم بالمر 02-05 الصادر في 27-02-2005
المنشور بالجريدة الرسمية العدد 15 الصادرة بتاريخ 27-02-2005 .

القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية
و تسليم سندات الملكية الجريدة الرسمية عدد 15 سنة 2007

القانون رقم 06/03 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بقانون تنظيم مهنة الموثق جريدة رسمية العدد
14 لسنة 2006

القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم
المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18-11-1990 العدد 49

قانون رقم 30/90 المؤرخ في 27 فيفري 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم
المنشور بالجريدة الرسمية العدد 52- المؤرخة في 02-12-1990

قائمة المراجع

الأمر رقم 75 / 74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المنشور في الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975

الامر 76-105 المؤرخ في 15-12-1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل و المتمم الجريدة الرسمية العدد 81 سنة 1976

المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المنشور الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13-04-1976 معدل ومتم بالمرسوم رقم 84 / 400 المؤرخ في 24 نوفمبر 1984 والمرسوم رقم 138/92 المؤرخ في 7 افريل 1992 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ومسح الأراضي العام المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المنشور الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13-04-1976 المعدل بالمرسوم رقم 80 / 210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19 ماي 1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

المرسوم التنفيذي رقم 91 / 65 المؤرخ في 2 مارس 1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري .

المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983 المتعلق باجراء التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 04-05-1983

المرسوم التنفيذي رقم 08 / 147 المؤرخ في 19 ماي 2008 المتعلق بكيفيات إجراء التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية .

المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27-07-1991 الذي يحدد كفيات اعداد شهادة الحياة و تسليمها المنشور بالجريدة الرسمية العدد 36 المؤرخة في 31-01-1991.

سادسا : المجالات القضائية :

- مجلة المحكمة العليا لسنة 1998 .
- مجلة المحكمة العليا لسنة 2000 .
- مجلة المحكمة العليا لسنة 2002.
- مجلة المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول لسنة 2004 .
- مجلة المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني سنة 2004.
- مجلة المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء عدد خاص 2006 .
- مجلة المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء سنة 2008.

قائمة المراجع

- . مجلة المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية عدد خاص الجزء الثالث سنة 2010 .
- . مجلة المحكمة العليا الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية سنة 2012 .
- . مجلة المحكمة العليا 2014 العدد 1.
- . مجلة المحكمة العليا 2014 العدد 2 .
- . مجلة المحكمة العليا لسنة 2015 العدد 01.

الفهرس

01	المقدمة
13	الباب الأول: الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
16	الفصل الأول: : ماهية الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية و إجراءات إصدارها.....
18	المبحث الاول : مفهوم الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
18	المطلب الأول : تعريف الحكم القضائي الناقل للملكية العقارية.....
19	الفرع الاول :التعريف اللغوي للحكم القضائي.....
19	الفرع الثاني: التعريف القانوني (الاصطلاحي) للحكم القضائي بصفة عامة.....
21	الفرع الثالث : تعريف بعض الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
67	الفرع الرابع : تقسيمات الاحكام القضائية.....
70	المطلب الثاني :بيانات و اركان الحكم القضائي.....
70	الفرع الاول : الديباجة.....
70	الفرع الثاني : بيان الوقائع.....
70	الفرع الثالث : الحثيات اي اسباب الحكم و مناقشاته القانونية.....
71	الفرع الرابع : منطوق الحكم (القرار الفاصل في القضية).....
72	الفرع الخامس : أركان الحكم القضائي.....
75	المبحث الثاني : الإجراءات المتبعة في إصدار الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
75	المطلب الاول : شروط رفع الدعوى العقارية.....
75	الفرع الاول : الشروط العامة لرفع الدعوى العقارية.....
78	الفرع الثاني : الشروط الشكلية.....
80	الفرع الثالث : موقف القضاء من شهر الدعوى العقارية
84	الفرع الرابع : اجراءات تسجيل الدعوى العقارية.....
86	المطلب الثاني : قواعد الفصل في الدعوى العقارية التي يكون حكمها ناقل للملكية العقارية.....
86	الفرع الأول: الاختصاص الإقليمي.....
88	الفرع الثاني : الاختصاص النوعي.....
89	الفرع الثالث : سلطات القاضي العقاري في الفصل في دعاوى نقل الملكية العقارية.....

105	الفصل الثاني نماذج عن الأحكام القضائية الناقله للملكية العقارية.....
107	المبحث الأول الأحكام القضائية المنشئة لنقل الملكية العقارية.....
107	المطلب الأول الحكم القاضي برسو المزاد العلني في العقار.....
107	الفرع الأول :أحكام البيع بالمزاد العلني في العقار.....
119	الفرع الثاني: بيع العقار بالمزاد العلني بالجلسة.....
125	الفرع الثالث : في الجلسة الجديدة الثانية للبيع بالمزاد العلني
125	الفرع الرابع: في الجلسة الموالية (الثالثة) للبيع بالمزاد العلني
125	الفرع الخامس : الحكم القاضي برسو المزاد.....
127	المطلب الثاني : الحكم القاضي بتثبيت الشفعة في العقار.....
127	الفرع الأول : شروط الأخذ بحق الشفعة.....
138	الفرع الثاني : ترتيب الشفاء عند تعددهم.....
139	الفرع الثالث : الإجراءات القانونية الواجبة للأخذ بحق الشفعة
145	الفرع الرابع : دعوى الشفعة.....
147	الفرع الخامس: صدور الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة في العقار للشفيع
149	المبحث الثاني الاحكام القضائية الكاشفة (المصرحة) لنقل الملكية العقارية.....
149	المطلب الأول : الحكم القاضي بتكريس الملكية على اساس التقادم المكسب في العقار.....
150	الفرع الاول : شروط التقادم المكسب في العقار.....
168	الفرع الثاني وقف و انقطاع مدة التقادم.....
173	الفرع الثالث : رفع دعوى التقادم المكسب
173	الفرع الرابع : اثبات اركان الحيازة لثبوت التقادم المكسب.....
180	الفرع الخامس : صدور الحكم المثبت للملكية عن طريق التقادم المكسب.....
181	المطلب الثاني : الحكم القاضي بتثبيت عقد الوعد بالبيع في العقار.....
181	الفرع الاول :الشروط اللازمة لابرام الوعد بالبيع العقاري.....
195	الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن ابرام عقد الوعد بالبيع العقاري(مصير الوعد).....
201	الفرع الثالث : رفع دعوى صحة التعاقد.....
202	الفرع الرابع : صدور الحكم الذي يقوم مقام العقد.....

204	الباب الثاني : شهر الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية واثر ذلك.....
206	الفصل الأول: الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
208	المبحث الاول : تحديد ماهية الشهر العقاري.....
208	المطلب الأول : مفهوم الشهر العقاري.....
208	الفرع الاول : تعريف الشهر العقاري.....
212	الفرع الثاني : قواعد الشهر العقاري.....
221	الفرع الثالث : الشروط القانونية للشهر العقاري في التشريع الجزائري.....
226	المطلب الثاني : تبني نظام الشهر العيني لشهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
226	الفرع الاول :مفهوم نظام الشهر العيني.....
229	الفرع الثاني : ازدواجية نظام الشهر العقاري.....
230	الفرع الثالث : مبادئ نظام الشهر العيني.....
234	الفرع الرابع مزايا و عيوب نظام الشهر العيني
	المبحث الثاني: الاجراءات المتبعة في عملية الشهر العقاري للاحكام القضائية الناقلة للملكية
236	العقارية و الجهة المختصة في ذلك.....
237	المطلب الاول التسجيل لدى مصلحة التسجيل.....
237	الفرع الاول مفهوم تسجيل العقارات.....
239	الفرع الثاني شروط تسجيل العقارات في التشريع الجزائري.....
241	الفرع الثالث : الجهة المختصة بتسجيل العقارات.....
241	الفرع الرابع : اجراءات تسجيل العقارات.....
244	الفرع الخامس : الاجال المحددة لتسجيل الاحكام القضائية.....
244	الفرع السادس : جزاء الاحلال بأحكام تسجيل العقارات.....
247	المطلب الثاني : شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية لدى المحافظة العقارية.....
248	الفرع الاول : تعريف الشهر العقاري.....
251	الفرع الثاني : الفرق بين التسجيل والقيود (الإشهار).....
252	الفرع الثالث: الجهة المختصة في عملية الشهر العقاري لأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية....
253	الفرع الرابع: الإجراءات المتبعة لعملية الشهر العقاري وسلطة المحافظ العقاري في مراقبة ذلك.....

- 261 الفرع الخامس : شهر الأحكام القضائية المنشئة لحقوق عينية عقارية أصلية
- 290 الفرع السادس : شهر الاحكام القضائية المصرحة لنقل الملكية العقارية
- 296 الفرع السابع: قرارات المحافظ العقاري و سلطته في مراقبة الشهر العقاري:
**الفصل الثاني: الآثار القانونية الناجمة عن شهر الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية
وقيمتها القانونية.**
- 301
- 303 المبحث الاول : اثر الشهر العقاري للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية
- 303 المطلب الأول: الأثر المنشئ للشهر
- 304 الفرع الاول : تحديد معنى الاثر المنشئ للشهر
- 317 الفرع الثاني : مدى تكريس المشرع الجزائري للأثر المنشئ للشهر
- 327 الفرع الثالث : فوائد الأخذ بالأثر المنشئ للشهر
- 330 الفرع الرابع : موقف المشرع الجزائري من الاثر المطهر
- 331 الفرع الخامس: التطبيقات القضائية للشهر العيني التطبيقات القضائية للشهر العيني
- 333 الفرع السادس: الشهر العقاري ناقل للملكية العقارية
- 336 المطلب الثاني: الاحتجاج على الغير بالأحكام القضائية المشهورة في السجل العقاري
- 337 الفرع الاول: تحديد المقصود بالغير
- 338 الفرع الثاني : النطاق الشخصي لحجية الشهر في مواجهة الغير
- 339 الفرع الثالث : النطاق الموضوعي للشهر
- 341 المبحث الثاني : القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية المشهورة
- 341 المطلب الاول : القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية بين الاطراف
- 342 الفرع الاول : تحديد المقصود بحجية الشهر بين الاطراف
- 344 الفرع الثاني : مدى حجية الشهر بين الاطراف
- 346 الفرع الثالث : القيمة القانونية للعقد الغير المشهر المتضمن بيع العقار
- الفرع الرابع : القيمة القانونية للدعاوي العقارية الغير مؤشر بها على سجل المحررات المتضمنة
العقار موضوع المطالبة القضائية
- 349
- 353 المطلب الثاني: القيمة القانونية للأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية في مواجهة الغير
- 354 الفرع الاول : الحجية المطلقة للشهر في مواجهة الغير

359	الفرع الثاني : الحجية النسبية في مواجهة الغير.....
360	الفرع الثالث : جزاء تخلف شهر الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.....
362	الفرع الرابع : الدعوى التفسيرية للحكم القضائي بعد رفض الايداع
366	الفرع الخامس: عدم امكانية الشهر اللاحق
367	الفرع السادس: تقرير المسؤولية المدنية كجزاء لتخلف شهر الاحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية.
368	الفرع السابع: الطعن في قرارات المحافظ العقاري و مسؤوليته.....
372	خاتمة.....
383	قائمة المراجع.....
394	الفهرس.....
399	الملخص

المخلص : إن نقل الملكية العقارية لا يتم دائما عن طريق التصرف القانوني أو الواقعة المادية فقط ، لأن الواقع الميداني اثبت أن هاتين الاليتان غير كافيتان لتغطية ذلك أمام كثرة النزاعات المطرحة على الجهات القضائية بخصوص ذلك هذا من جهة وتعطل عملية المسح العقاري في كامل التراب الوطني من جهة ثانية، ومن أجل ذلك فإنه يعتبر الحكم القضائي التي يصدره القاضي فضلا في المنازعات العقارية المعروضة عليه في بعض الحالات بمثابة سند ناقل للملكية العقارية مثله مثل العقد الرسمي وذلك من خلال الدور الذي يقوم به القاضي ومساهمته الفعالة في نقله للملكية العقارية مراقبا في ذلك الشروط الموضوعية والشكلية للدعوى المرفوعة أمامه وبعد احترام الإجراءات القانونية الواجبة وقيامه بالتحقيق اللازم في النزاع بما له من سلطات وصلاحيات حولها له قانون الاجراءات المدنية والإدارية تتعلق بإجراءات التحقيق وبعد حيازة الحكم الصادر في هذا الشأن لقوة الشيء المقضي فيه وتوافره عليه البيانات اللازمة.

ومن بين هذه الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي وتصلح سندا لنقل الملكية العقارية، هناك الأحكام القضائية منشئة للنقل للملكية العقارية ومنها الحكم القضائي القاضي برسو المزداد العلني في العقار والحكم القضائي المثبت للشفعة في العقار وهناك الأحكام القضائية مصرحة لنقل للملكية العقارية والتي أذكر منها الحكم القضائي المثبت للملكية عن طريق التناقد المكسب والحكم القضائي المثبت للوعد للبيع العقاري بعد نكول الواعد، فهذه الأحكام القضائية كلها إذن تعتبر ناقلة للملكية العقارية وذلك بعد استثناء إجراءات الشهر العقاري بالمحافظة العقارية، إذ تحل محل العقد الرسمي في نقل الملكية العقارية وتخضع مثله للشهر العيني العقاري حتى تحقق الحجية القانونية بين الأطراف والغير باعتبار أن الشهر العقاري له أثر منشئ وكاشف للحقوق العينية العقارية.

RESUME : Le transfert de propriété n'est pas toujours exécuté par la voie de gestion légale ou par un fait matériel seulement car le fait du terrain a prouvé que ces deux automatismes s'avèrent insuffisants pour couvrir cela en raison de la multitude des litiges posés devant les instances judiciaires à cet effet ,ceci d'une part et la lenteur que connaît l'opération cadastrale à travers le territoire national d'une seconde part –

A cet effet la décision rendu par le juge qui statue dans les affaires foncières à lui soumises dans certains cas est considérée comme titre officiel de transport de propriété et ce en raison du rôle du magistrat et sa participation effective dans le transport de la propriété foncière tout en contrôlant l'action posée devant lui du point de vue des conditions de forme et de fond de l'action pendant devant ainsi que le respect des procédures légales nécessaires dans la conduite de l'enquête nécessaire quant au litige en usant de tous les pouvoirs et les prérogatives à lui conférés par le code de procédure civile et administrative au sujet de la conduite d'enquête et après que jugement rendu ait acquis la force de la chose jugée et les justifications probantes et parmi les décisions de justice rendu par le magistrat et servant de titre de transport de la propriété foncière –

-Il ya lieu de citer les jugements constituant le transport de la propriété foncière, parmi lesquels : le jugement de vente par enchères du bien foncier ,le jugement rendu instituant le retrait successoral du bien (chafaa) –ainsi que les jugements déclaratifs de transport de la propriété foncière dont je citerai le jugement validant la propriété par la prescription acquisitive ,le jugement validant la vente par promesse de vente après annulation de la

prometteur —De ce fait ,ces jugements sont considérés comme moyen de transport de la propriété foncière après accomplissement des formalités de publicité foncière auprès de la conservation foncière laquelle tient lieu d’acte officiel lors du transport de la propriété foncière lequel est soumis à la publicité réelle foncière afin d’acquérir la preuve légale entre les parties et des tiers – -Considérant que la publicité foncière a un effet créateur et déclaratif des droits réels fonciers -

Abstract : The transport of land property is not always executed only by the way of disposal or by a material fact, because reality proved that these two automatism are insufficient in front of multitude of the litigations exposed before the judicial authorities, on one hand , and the slowness known in the cadastral operation across the national territory on another hand.

At this regard, the decision rendered by the judge who rules in land cases submitted to him in certain cases is considered to be an official document for property transport, exactly the same as an official contract, through the role that magistrate performs and his effective participation in the transport of land property, by controlling the objective conditions and the form of the lawsuit launched before him. After respecting the obligatory legal procedures and after conducting the necessary investigations in the litigation in the framework of his prerogatives conferred by the code of civil and administrative procedure related to the investigations procedures and after the judgment has the effect of res judicata and acquired the convincing data . Among these court decisions rendered by the magistrate and serving as an authentic document for transport of property:

There are judicial judgments constituting the land property transport, among which:

The judicial judgment of sale by auction, the judgment establishing the pre-emption (chafaa) . There are also the judicial judgments declaring the land property transport, from which we notice the judicial judgment establishing the property by the acquisitive prescription, the judicial judgment establishing the commitment to sale after cancellation of the promising.

- Therefore, these judicial judgments are considered as a means of land property transport after completion of the publicity procedures in the land registration.

These judicial judgments will replace of the official contract concerning the land property transport and will be subject to the real land publicity in order to be a legal proof between the parties and third parties , Considering that land publicity has a creator and declarative effect of the real land rights .