



كلية الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

إثبات الملكية العقارية بين الإطلاق والتقييد
-دراسة مقارنة-

أطروحة للحصول على شهادة دكتوراه الطور الثالث
تخصص: حقوق فرع: قانون خاص أساسي

تحت إشراف الأستاذ:
أ.د: معوان مصطفى

من إعداد طرف الطالب:
أحمد فواتيح محمد

أمام لجنة المناقشة

الصفة	جامعة الإنتماء	الرتبة	الأستاذ(ة)
رئيسا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: صمود سيد أحمد
مشرفا ومقررا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ التعليم العالي	السيد: معوان مصطفى
عضوا	جامعة سعيـدة	أستاذ التعليم العالي	السيد: لريد أحمد محمد
عضوا	جامعة سعيـدة	أستاذ التعليم العالي	السيد: سعيدي بن يحيى

السنة الجامعية 2021/2020 م/1442/1443 هـ



شكرو عرفان

إلى من وضع المولى - سبحانه وتعالى - الجنة تحت قدميها، ووقَّرها في كتابه العزيز...

(أمي الحبيبة).

إلى خالد الذكر، الذي وفاته المنية منذ سنوات، وكان خير مثال للأب المثالي،

والذي لم يتهاون يوماً في توفير سبيل الخير والسعادة لي..

(أبي الموقر).

إلى من أكن لهم كل الاحترام والتقدير أطال الله المحبة والألفة

(إخوتي الأحباء)

إلى من أعتمد عليها في كل كبيرة وصغيرة رفيقة دربي..

(زوجتي المحترمة).

إلى قرنا عيني خديجة وشهرزاد حفظهما الله ورعاهما

إلى كل أصدقائي..

إلى أساتذتي الذين أناروا لي طريق البحث

إلى كل باحث

أهدي لكم بحثي.....د. أحمد فواتيح محمد

يقول تعالى في آية المداينة:

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذْكَرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾

سورة البقرة الآية: 282

يقول الله تعالى:

﴿ قُلِ اللَّهُمَّ مَالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشَاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشَاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشَاءُ وَتُنزِلُ مَنْ تَشَاءُ سُبْحَانَكَ الْخَيْرُ إِنَّكَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ ﴾

سورة آل عمران الآية 26

قال تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾

سورة المائدة الآية 01

قائمة المختصرات:

- م : مادة.
- ق: قانون.
- ع: عدد.
- ط: طبعة.
- ص: صفحة.
- ج: جزء.
- ق.ع: قانون العقوبات.
- ج.ر: جريدة رسمية.
- ق.م: قانون مدني.
- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- ق.ت.ع: قانون التوجيه العقاري
- ب ط: بدون طبعة.
- ب س: بدون سنة.

مكتبة

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا
وحبيبنا وشفيعنا يوم القيامة وخاتم الأنبياء والمرسلين محمد المبعوث رحمة
للعالمين أما بعد:

خلق الله الإنسان وجعله خليفته في الأرض ليعمر فيها ويصلح، كما أحل له الحق في تملك الأشياء
وحرّم التعدي عليها.

تعتبر الملكية عن غريزة الاستئثار والاستحواذ لدى الإنسان وحب التملك غريزة جبل الإنسان وفطر
عليها، وهي ظاهرة اقتصادية، واجتماعية وإنسانية اقترن وجودها بوجوده، وتطورت وازدادت أهميتها
بتطوره، وكثرت حولها الآراء والنقاشات، وهذا تبعا لاختلاف الشعوب والمجتمعات الإنسانية التي شهدتها
كذلك، وتتمثل أول صور الملكية في الاستيلاء بوضع اليد على الشيء المراد تملكه، "ويقول أحد الحكماء
أن أول نزاع نشأ عندما قال الإنسان هذا لي" وتطور الأمر بعد ذلك لتنظم الملكية إلى ما وصلت إليه
اليوم من تطور في مفهوما والحقوق المتعلقة بها.¹

والملكية العقارية هي أحد أنواع الملكية عموما، ومن أوسع الحقوق العينية الأصلية، لذلك نرى
مدى الاهتمام الذي شهدته، كما أن كثرة الدراسات التي مست موضوع الملكية لخير دليل على أهميتها
بالنسبة للإنسان.²

للملكية العقارية أهمية بالغة في حياة الدول والأنظمة السياسية كذلك، وهذا لأسباب عديدة منها
الدور الذي تلعبه في توفير أوعية لبناء سكنات وتجسيد المشاريع، وكذا عامل إرساء الاستقرار وجلب
الاستثمار وغيرها من الأدوار التي تلعبها الملكية العقارية على حياة الشعوب والأنظمة على حد سواء.

يقصد بحق الملكية أنها: "حق الاستئثار باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم
وكل ذلك في حدود القانون"³

¹ محمود يونس حمادة الحبيثي، كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار غيداء، 2015، ص: 13.

² جميلة زيدي، إجراءات نقل الملكية العقارية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، طبعة 2014. عين
مليلة، الجزائر، ص: 10.

³ يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومه، طبعة 2016، ص: 07، ص: 10.

كما يحتل العقار أهمية كبيرة مادية ومعنوية في النفوس، فقد كانت الأرض تعبر عن السيادة والسلطان والجاه والثروة، وكانت طبقة ملاك هذه الأراضي من أعلى طبقات المجتمع قديما، لما توفره من أراضي زراعية تستعمل في الزراعة ومراعي لرعي البهائم وأرض يسكنها أفراد القبيلة - بصفة فردية أو تكون بصيغة جماعية- لذلك ترى أنهم كانوا يجتهدون في حمايتها ودفن المتعدي عليها، وكانت من أهم الأسباب في نشوب الحروب والنزاعات بين أفراد المجتمع والقبائل وحتى بين الدول لتوسيع نفوذها.

والعقار باختلاف أنواعه وأشكاله، سواء كان أرضا فلاحية أو غابية أو بناء، هو مند القدم محل اهتمام من قبل الدول التي اجتهدت في تنظيمه باختلاف أنواعه ملكية عامة أو ملكية خاصة، وقف ومختلف أشكاله.

ويعرف العقار بأنه "كل شيء مستقر في حيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف".¹

والحصول على عقار مطلب الأفراد والدول على حد سواء كما سبق وأشرنا، وإثباته وحمايته أيضا له أهمية وهو ما ترمي إليه القوانين لتأمين المعاملات حفظا للحقوق ومنعا للغش وأشكال التحايل المختلفة وما يترتب على ذلك من ضياع للحقوق والأموال واضطراب في المعاملات وكثرة النزاعات أمام المحاكم، وهو الأمر الذي فرض على المشرعين والفقهاء إيجاد آليات وطرق فعالة وحقيقية للوصول إلى هذا الهدف.

ومن بين الوسائل للوصول إليه هو: إصباغ المعاملات المختلفة بطابع العلانية، ولقد اجتهدت الشرائع القديمة في سبيل توفير هذه الحماية عن طريق ما يسمى بالشكلية فلا تنعقد ولا يقبل التصرف الناقل للملكية إلا بها، والشكليات التي وردت في القانون الروماني لخير دليل على ذلك.

وتطور مفهوم الشكلية شيئا فشيئا إلى أن تم اشتراط الكتابة كصورة حديثة من صور الشكلية. فالشريعة الإسلامية كانت تعتمد مبدأ الرضائية في تحرير العقود ولم تغالي فيها كما فعلت بعض الشرائع، فكانت تشترط كتابة الدين والإشهاد عليه وآيات المداينة تؤكد ذلك، وقد اقر الإسلام حق الأفراد في التملك، وندب إلى توثيق المعاملات المختلفة من بيع وشراء وغيرها، والتي نظمها بأحكام.²

¹ أنظر المادة: 683 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر عدد78 المؤرخة في 30/09/1975

² ويس فتححي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومه، الطبعة الثانية، 2015، ص: 05.

يعتبر حق الملكية من الحقوق الأساسية للفرد، واعتبرها أساس حريته واستقلاله، كما حظيت باهتمام مختلف التشريعات، التي عملت على تنظيمها وضبط تسيرها واعتنت بحمايتها-كما سبق وأشرفنا-ونجد ذلك في الدستور باعتباره أسمى القوانين في البلاد إلى أسفل الهرم القانوني، غير أن حق الملكية لا يقتصر على الأشخاص الخاصة فقط، وإنما يمتد إلى الأشخاص العمومية، التي يحددها القانون ويؤكد على حماية كل نوع.¹

تقتضي حماية الملكية إثباتها وفق مبادئ قانونية عديدة، منها قاعدة "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" في جانب آخر من الدراسة نتناول موضوع الإثبات، الذي يعتبر من أهم المواضيع في الدراسات القانونية، فلا تتوقف أهميته عند فرع من فروع القانون، بل تهتم به فروع القانون جميعا.

دراسة موضوع الإثبات يشمل إما منقول أو عقار هذا الأخير هو موضوع دراستنا.

وتختلف أنواع العقارات إلى ثلاث أنواع وهي:

- **عقار بطبيعتها:** وتشمل الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني ونباتات وأشجار
- **عقار بحسب الموضوع:** عرفته المادة 684 من القانون المدني الجزائري² والذي تقابله المادة: 874 من القانون المدني المصري واعتبرت كل حق عيني على عقار مالا عقاريا/ وكل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار. وبالتالي اعتبرت كل حق عيني أصلي موضوعه عقار فهو عقار ومثال ذلك: حق الملكية وحق الانتفاع وكذا الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص كلها عقارات بحسب الموضوع.
- **عقار بالتخصيص:** هي منقولات رصدت لخدمة عقار معين فأخذت مجازا حكم العقار وهو ما ذكرته المادة: 02 /683 من القانون المدني الجزائري، فالمنقول هو منقول حقيقة بطبيعته لا لبس فيه وكذلك الحال بالنسبة للعقار وأكدت المادة على أن يكون مالك العقار هو نفسه مالك المنقول، المرصود لخدمت هذا العقار، لجعل رابطة بين العقار وهذا المنقول.³

¹حنان ميساوي، الحماية القانونية للأموال الوطنية التابعة للدولة في الجزائر، النشر الجامعي الجديد، 2017، ص 05.

²أنظر المادة 684 من القانون رقم: 58/75 سالف الذكر.

³حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة 2015، دار هومه، أنظر من ص: 15 إلى ص: 17.

مرت الملكية العقارية في الجزائر بمراحل عديدة ومختلفة وتعددت النصوص القانونية التي نظمتها خلال هذه الفترات والملاحظ هو كثرة النصوص المنظمة لها في وقت قصير، فكانت غير منسجمة وغير منطقية في بعض الأحيان، لاختلاف النظام المتبع في كل حقبة زمنية وكذا السلطة السياسية التي كانت تدير البلاد خلال كل فترة.

إن إثبات المعاملات العقارية في البلاد عرف العديد من المراحل، وسوف نركز على فترة الحكم العثماني في البلاد وما تميزت به هذه الفترة، ثم مرحلة الاحتلال الفرنسي الغاصب للبلاد، ثم استقلال الجزائر لتواصل العمل بالقوانين التي كانت تدير الأملاك العقارية ومختلف مجالات الحياة لتبدأ القوانين الجزائرية في الصدور لتنظيم المعاملات العقارية تباعاً، ومن بين النصوص التي صدرت لتنظيم الأملاك العقارية الأمر رقم 74/75 كما تم اعتماد الرسمية بعد 1971 كوجه وحيد لإثبات المعاملات العقارية بين الأفراد وحتى الهيئات العمومية.

كما صدرت بعض الآليات منها عقد الشهرة والتحقق العقاري لمنح أكبر عدد من الملاك سند ملكية يثبت ملكيتهم على العقارات التي يحوزونها، وهذا للتسريع في عملية مسح المنطلقة والتي عرفت ببطء كبيراً كما هو معلوم.

كما أن توثيق المعاملة يقتضي إعلام الغير بها والذي يكون من خلال شهر هذه المعاملات وهو ما سنتطرق له فيما يلي من المذكرة.

أهداف البحث وأهميته:

البحث في هذا الموضوع له أهمية بالغة وأهداف عديدة نذكر منها معرفة القوانين والمبادئ المعتمدة في النظم المقارنة الخاصة بنظام إثبات الملكية العقارية، وقبلها دراسة تطورها التاريخي ومقارنتها مع النظام الجزائري كل هذه النقاط سيتم التطرق إليها في موضوع دراستنا بإذن الله.

المنهجية المعتمدة:

اعتمدنا في بحثنا هذا على كل من المنهج المقارن بين مختلف القوانين الجزائرية والقانون المصري وبعض القوانين الأخرى والتطرق في بعض الحالات لما جاء في الشريعة الإسلامية على أن تكون دراسة مقارنة واعتمدنا المنهج الوصفي الملائم للدراسات القانونية في معظم عناصر الموضوع،

كون أننا تطرقنا في الدراسة إلى ذكر بعض القوانين والآليات القانونية وصفها وتوضيحها وشرحها في بعض الأحيان، كما اعتمدنا المنهج التاريخي، من خلال سرد التسلسل الزمني لبعض القوانين والآليات والمناهج عبر مختلف الفترات الزمنية، وذلك كله للإحاطة بالموضوع من مختلف جوانبه والإجابة عن مختلف التساؤلات في مختلف الأنظمة حتى تتضح الصورة¹ وحتى تكون الدراسة بطريقة أكاديمية ومنظمة.

الدراسات السابقة:

موضوع الدراسة الحالي هو: إثبات الملكية العقارية بين التقييد والإطلاق (دراسة مقارنة)، سبقت هذه الدراسة مجموعة من الدراسات القانونية لأجزاء من الموضوع الحالي، وكل دراسة كان الهدف منها الوصول إلى تغطية مسألة معينة أو موضوع معين.

ونجد من بين الدراسات التي ناقشها موضوع بحثنا والتي اعتمدنا عليها في إنتاج هذا العمل المتواضع:

أولا الكتب:

- كتاب الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء الثامن: حق الملكية²، والذي تكلم الفقيه في هذا الجزء عن حق الملكية بوجه عام، كما احتوى شرحا مفصلا للأشياء والأموال.
- حماية الملكية العقارية الخاصة³ والذي تناول فيه الكاتب السندات العقارية المثبتة للملكية العقارية ووسائل حمايتها وكانت دراسة بسيطة ومختصرة للموضوع.
- الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة اكتسابها، إثباتها، حمايتها، إدارتها، قسمتها⁴ والذي احتوى نقاطا هامة من موضوع بحثنا وتطرق فيه الكاتب إلى: مفهوم الملكية العقارية، وإلى أنواع اكتسابها، وحمايتها، وطرق إثباتها وفي الأخير تطرق إلى فسمة الملكية العقارية الشائعة.

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 11.

²عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، طبعة الثالثة: 2000.

³حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الطبعة العاشرة، سنة 2014.

⁴لللكاتب يوسف دلاندة، المرجع السابق.

- إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري¹، والذي تناول فيه الكاتب مراحل تنظيم الملكية العقارية في الجزائر، العقود الرسمية والقضائية ثم العقود العرفية وبعض العقود الأخرى ووضع مجموعة من الملاحق للاستفادة منها في موضوع كتابه وهذا الكتاب الملاحظ أن له علاقة بموضوع بحثنا لكن احتوى بعض الأخطاء المطبعية والتي لم تصح رغم صدور العديد من الطبقات الخاصة بهذا الكتاب.
- الحماية القانونية للأموال الوطنية التابعة للدولة في الجزائر² والذي تطرقت فيه للآليات الوقائية لحماية الأملاك الوطنية التابعة للدولة ثم إلى الآليات العلاجية لحماية الأملاك الوطنية التابعة للدولة.
- قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن وهي دراسة في التشريعات المقارنة.³
- الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة⁴، والذي يعتبر كتابا قيما في دراسة موضوع الشهر العقاري لما يحتويه الكتاب من إمام بموضوع الشهر العقاري وتناول فيه الكاتب التطور التاريخي للشهر العقاري والنظام القانوني للشهر العقاري ثم وظيفة الشهر وآثاره.
- إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري،⁵ والذي تناول فيه الكاتب ماهية نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري تم تكلم فيه عن التسجيل والشهر في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري.
- آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة¹، والذي تناول فيه مجموعة من الآليات القانونية لتطهير الملكية العقارية الخاصة على غرار عقد الشهرة، شهادة الحيازة، وتكلم عن سند الملكية الذي يسلم في إطار التحقيق العقاري.

1 للكاتب عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هوم، الطبعة السابعة، سنة 2011.

2 حنان ميساوي، المرجع السابق، 2017.

3 مونة مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، دار هوم، بدون طبعة، 2019.

4 ويس فتحي، المرجع السابق.

5 جميلة زليدي، المرجع السابق.

المذكرات والمقالات:

- إثبات الملكية العقارية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون عقاري السنة الجامعية: 2020/2019 هي مذكرة التي عالجت مسألة إثبات الملكية العقارية في الأراضي الممسوحة، وإثباتها في الأراضي غير الممسوحة وهذا في القانون الجزائري²
- دور القاضي في نقل الملكية العقارية، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون، فرع قانون خاص أساسي، السنة الجامعية: 2020/2019 والتي تطرقت للأحكام القضائية الناقل للملكية العقارية ثم شهر هذه الأحكام الناقل للملكية العقارية وأثر ذلك³.
- الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون⁴.
- المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عقاري⁵.
- أثر إشكالات عملية المسح على استقرار الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مقال منشور بتاريخ: 2020 /01/08 في مجلة آفاق العلمية المجلد 12 العدد: 01⁶.

¹حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هوم، الطبعة الثالثة 2015.

²شعبان هند، إثبات الملكية العقارية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون عقاري السنة الجامعية: 2020/2019 جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس- الجزائر.

³حماد رشيدة، دور القاضي في نقل الملكية العقارية، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون، فرع قانون خاص أساسي، السنة الجامعية: 2020/2019، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس- الجزائر.

⁴رحايمية عماد اللين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو- الجزائر، سنة: 2014.

⁵بوزيتون عبد الغاني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قسم قانون خاص، فرع قانون عقاري سنة: 2010/2009، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة- الجزائر.

⁶الذهبي خليفة، وبلواضح الطيب، أثر إشكالات عملية المسح على استقرار الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مقال منشور بتاريخ: 2020 /01/08 في مجلة آفاق العلمية المجلد 12 العدد: 01، تم الاطلاع عليه من موقع:

- آليات إثبات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة مجلة الدراسات القانونية والسياسية¹.
- التحقيق العقاري كإجراء لإثبات الملكية العقارية الخاصة²، مجلة المفكر، العدد التاسع.
- ليفي E. Léve، في إثبات الملكية العقارية بسند التملك رسالة بتاريخ: 1896 باريس.
- Sandin ساندينوا، في إثبات الملكية العقارية في القانون الفرنسي رسالة من اكنس سنة 1908.
- Brosse قروسار، في إثبات الملكية والحقوق المتفرعة عنها رسالة من باريس سنة : 1913.
- Bentkowski بنتكاوسكي، في إثبات الملكية العقارية رسالة من مونبلييه سنة 1919³.
- Panline Mendelsshon بانلينمانديشون في إثبات الملكية العقارية رسالة من باريس سنة 1922⁴.

موضوع دراستنا الحالي: إثبات الملكية العقارية وكيف عالجه المشرع الجزائري ومقارنتها بالتشريعات المقارنة المختلفة سواء الإسلامية وكذا العربية والغربية، تنظيم هذه المسائل أمر ضروري باعتباره من أهم عوامل الاستقرار في البلاد وكذا جلب الاستثمار وغيرها، والذي كان ولا يزال الفقهاء والمشرعون يسعون ويبدلون الجهد ويمنحون الوقت للبحث عن حل لمسألة الإثبات في مختلف أنواع العقارات من جهة وكذا لإرساء أسس للتنمية والاستقرار من جهة أخرى، ضيف إلى ذلك مسألة حل النزاعات المثارة بشأنها بين الأفراد وفي ذلك مساعدة لمختلف الهيئات التي تنشط في هذا المجال من إدارات: وكالة مسح الأراضي أو إدارة أملاك الدولة والشهر العقاري وقضاة محامين وغيرهم، كل في مجال عمله وتخصصه.

والإشكال الرئيسي الذي يطرح هو:

- كيف نظم المشرع الجزائري الملكية العقارية؟، وما هي الآليات التي وضعها؟

¹ عزيرية حنان مقال بعنوان: آليات إثبات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي الغير ممسوحة مجلة الدراسات القانونية والسياسية - العدد 06 جوان 2017

² رحايمية عماد الدين، التحقيق العقاري كإجراء لإثبات الملكية العقارية الخاصة، مجلة المفكر، العدد التاسع.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص:602.

⁴ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص:603.

وهناك إشكاليات فرعية، نذكرها

- هل السياسة التي اعتمدها المشرع الجزائري كانت ناجعة خدمت الملكية العقارية؟

- وما هو دور القاضي والمشرع في إثبات الملكية العقارية؟

- وما هي السياسات الواجب اتخاذها والاعتماد عليها لتطوير عملية إثبات الملكية العقارية في الجزائر (والخروج من مستنقع كثرة النصوص القانونية)؟، تكون أساسا وقاعدة لبناء نظام عقاري محكم ومنظم في البلاد؟

هذه كلها إشكاليات سوف يتم دراستها ومناقشتها، تحليلها ومحاولة الخروج باستنتاجات تكون أساس لوضع نظام عقاري محكم ومنظم يوفر أمن عقاري واستقرار في المعاملات العقارية والذي يعتبر عامل من عوامل جلب الاستثمار وهذا لغد أفضل لنا وللأجيال القادمة.

وسوف نحاول الإجابة عن هذه الإشكالية الرئيسية و الإشكاليات الفرعية وفق الخطة التالية:

نبدأ بإعطاء تمهيد للموضوع في المقدمة ثم نذكر التقسيم الذي اعتمده وهو دراسة الموضوع من خلال تقسيمه إلى بابين، تطرقنا في الباب الأول من الدراسة الحالية إلى أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة- كون أنني عندما اكتسب شئى معين فهذا دليل ضمني وإثبات أن هذا الشئى هو ملكي، والذي ناقشناه من خلال تقسيمه إلى فصلين، الفصل الأول تناولنا فيه تأصيل أحكام الملكية العقارية، أما الفصل الثاني: طرق اكتساب الملكية العقارية وإجراءات إثباتها.

حيث قسمنا كل فصل إلى مبحثين المبحث الأول: تنظيم الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية. المبحث الثاني: تنظيم الملكية العقارية في الجزائر.

الفصل الثاني: طرق اكتساب الملكية العقارية وإجراءات إثباتها، قسمناه إلى مبحثين المبحث الأول: طرق اكتساب الملكية العقارية دراسة مقارنة. المبحث الثاني: العقود المثبتة للملكية العقارية. وفي آخر هذا الباب أعطينا خلاصة لما احتواه الباب الأول.

الباب الثاني جاء بعنوان: دور أطراف المعاملة العقارية في إثبات الملكية العقارية. حاولنا في هذا الباب التطرق لأطراف المعاملة العقارية من قضاة وأصحاب الأملاك العقارية أو المتعاملين في المجال العقاري، فقسمنا الباب الثاني إلى فصلين، الفصل الأول: عقد الشهرة والتحقق العقاري

وتطرقنا فيه في المبحث الأول: عقد الشهرة والإجراءات الخاصة به، والمبحث الثاني: التحقيق العقاري كآلية لإعداد وتسليم سند الملكية العقارية.

أما الفصل الثاني: دور القاضي والأطراف في إثبات الملكية العقارية، والذي وضعنا فيه دور كل من القاضي والأطراف في إثبات الملكية العقارية وهذا كما يلي:

المبحث الأول: دور القاضي في عملية إثبات الملكية العقارية، المبحث الثاني: دور الأطراف في إثبات الملكية العقارية، ثم في الأخير نقدم خلاصة للباب الثاني، ثم الخاتمة.

المباني الأول

أحكام وطرق اكتساب الملكية

العقارية - دراسة مقارنة -

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الحديث عن موضوع دراستنا الحالية يستدعي مناقشة بعض النقاط ليتضح موضوع الدراسة أكثر للقارئ باختلاف ثقافته وتخصصه، لذلك ارتأينا أن نناقش عنوان المذكورة بالتطرق لكل عنصر فيها لذا سوف نناقش موضوع الإثبات الملكية بشكل عام، نتطرق لتنظيم الملكية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي مبرزين في الدراسة الجانب التاريخي في بعض الأحيان، الجانب القانوني وكذا الجانب الإجرائي على أن نتطرق لتفاصيل كل عنصر بشيء من الشرح، كما نتطرق إلى طرق اكتساب الملكية العقارية في مختلف النظم القانونية ثم نتطرق إلى العقود المثبتة للملكية العقارية ووكل ذلك محاولين تقديم موضوع إثبات الملكية العقارية بشكل سهل وبسيط، يستطيع القارئ فهم الموضوع واكتساب معلومات عنه وهذا كما يلي:

في المحور الأول، سنناقش تنظيم الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية وكذا تنظيمها في القانون الجزائري عبر مختلف المراحل التاريخية التي مرت بها البلاد ونخص بالذكر فترة الحكم العثماني في البلاد، ثم دخول المستعمر الغاشم البلاد سنة: 1830 وما سنه من قوانين وإجراءات مختلفة كرست الفوضى العقارية التي نشهدها حتى يومنا هذا، ثم بعدها نيل البلاد الاستقلال في 05 جويلية 1962 وما عرفته الجزائر من ثورة في القوانين المختلفة وحتى القوانين العقارية، سنتطرق إلى أهمها خلال كل مرحلة من هذه المراحل.

أما المحور الثاني نناقش طرق اكتساب الملكية العقارية التي اعتمدها المشرع الجزائري والمذكورة في القانون المدني الجزائري الأمر رقم: 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري¹، وذكر ستة طرق لاكتساب الملكية العقارية في القانون الجزائري، وهي: الاستيلاء والتركة الوصية، الالتصاق بالعقار، عقد الملكية، الشفعة، الحيازة.

كما أن هناك طرقا أخرى لاكتساب الملكية لم تذكر في القانون المدني الجزائري والتي ذكرناها كذلك، وهي الميراث، الهبة ثم الوقف وهي طرق تكسب من تقرررت له ملكية الشيء كذلك ولعل عدم ذكر هذه النقاط في القانون المدني له غاية وهي أن هذه الأخيرة يمكن أن تنصب على أشياء غير العقارات وبالتالي تخرج عن هذا المجال.

¹ القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

كما سبق الإشارة فإن الدراسة الحالية هي دراسة مقارنة وبالتالي نتطرق إلى اكتساب الملكية العقارية في الإسلام باعتباره سابق في أحكامه وفي القانون المصري الذي يعد مرجعا مهما لمقارنته مع القانون الجزائري.

كما تختلف أنواع العقود المثبتة للملكية العقارية إلى العقود الرسمية والقضائية المثبتة للملكية العقارية.

تختلف طرق الإثبات القانونية للملكية العقارية ونذكر منها: الكتابة كطريق من طرق الإثبات العادية والكتابة الالكترونية وحتى العرفية، باعتبارها إحدى طرق الإثبات سابقا وفي بعض الحالات حاليا، وهناك طرق الإثبات غير عادية وتتمثل في: شهادة الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين.

كما أن لطرق الإثبات دلالات قانونية سنناقشها في القانون المصري وحتى القضاء الفرنسي.

عادة ما يقع الإثبات على واقعة مادية معينة تتعلق بإثبات واقعة ما، كما أننا سنناقش مسألة

تقسيمات الملكية العقارية في القانون الجزائري.

الفصل الأول

تأصيل أحكام الملكية العقارية

نتكلم في هذا الجزء من الدراسة عن تنظيم الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية ثم تنظيمها في القانون الجزائري.

فنتعرض لتعريفها ودليل مشروعيتها اكتساب الملكية وهو عكس ما جاءت به بعض التشريعات الأخرى التي منعت أتباعها من تملك الأشياء أو التي قيدتهم فسمحت بحرية التملك وتداول الأملاك الجائزة شرعا فمنعت تداول أشياء محرمة لا يجوز التعامل فيها، كما منعت الإضرار بالغير وفق مبدأ " لا ضرر ولا ضرار" عبر مختلف المراحل الزمنية التي عرفت تطبيق الحكم الإسلامي وتطبيق الشريعة الإسلامية، ولعل ما يهمنا من هذه المراحل أكثر هو فترة الخلافة العثمانية وما شهدته من قوانين إسلامية، وهي القوانين التي طبقت في الجزائر قبل وقوع البلاد تحت الاستعمار الفرنسي، وهو الأمر الذي يقودنا إلى المبحث الثاني من الفصل الأول: بعنوان تنظيم الملكية العقارية في الجزائر

نتطرق في هذا الجزء إلى القوانين التي نظمت الملكية العقارية في الجزائر حتى الاستقلال. وميز هذه الفترات التواجد العثماني في البلاد تطبيق الشريعة الإسلامية عبر مختلف المناطق وكذا العادات وتقاليد السائدة في تلك الفترة خاصة بتلك المناطق، وبدخول المستعمر عمد من أول يوم له إلى الاستيلاء على خيرات وأراضي البلاد الأمر الذي خلق فوضى عقارية لازالت آثار هذه السياسات العقارية الاستيطانية الاستعمارية موجودة ومنها: قانون سيناتيس كونسيلت: 1863/04/22 ثم قانون وارني المؤرخ في: 1873/07/26 اللذين كان لهما الأثر البالغ على الملكية العقارية في البلاد ونختم هذا الفصل بذكر أهم القوانين التي صدرت من المشرع الجزائري بعد الاستقلال ونذكر هنا أنه تم مواصلة العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية ثم سنة الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 الذي تضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري وكذا المرسوم 62/76 والمرسوم 63/76 التطبيقيان له ومن أجل التسريع من وتيرة المسح سن المشرع آليات جديدة في عملية المسح للأراضي وهما عقد الشهرة والتحقق العقاري كآلية لتسليم سندات الملكية. التي سيتم شرحها فيما يلي من الدراسة الحالية.

كما سنعالج مسألة مهمة في مجال إثبات المعاملة العقارية وهي عملية الشهر العقاري، وهي عملية إجرائية لا بد من احترامها حتى ينفذ التصرف المبرم. هذه النقاط وغيرها سيتم مناقشتها بشيء من التحليل والشرح فيما يلي:

المبحث الأول: تنظيم الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية

نظمت الشريعة الإسلامية كل نواحي الحياة، معاملات، عبادات وغيرها، واهتمت بالفرد ووضعت ضوابط، وجب احترامها على كافة المعاملات العقارية وغيرها من المعاملات المختلفة، نستهل دراستنا المتواضعة بالحديث عن تنظيم شكل العقود في الفقه الإسلامي باعتبارها سابقة للقوانين الوضعية الحديثة.

إن التشريع الإسلامي نشأ من منهج عقلاني في فهم النصوص وتفسيرها وهو ذو منهج منظم يؤلف مذهباً متماسكاً ومنطقياً إلى حد كبير، وهذه الأنظمة المختلفة متكاملة ومتراصة مع بعضها البعض، فالجانب الأكبر من أحكام العقود والالتزامات مثلاً، عقود البيع تخضع لأحكام مشبعة بالاعتبارات الدينية والأخلاقية، فتحریم الربا، والحرص على تساوي الطرفين المتعاقدين، وتحریم إصدار حكم على الشبهة ترجع بدرجة كبيرة إلى أن تلك العقود يسودها الاهتمام ذاته بمراعاة نفس المبادئ الأخلاقية والدينية.¹

المعلوم أن أساس ومصدر التشريع الإسلامي هو القرآن الكريم ثم تليه السنة النبوية الشريفة ولا خلاف في ذلك بين فقهاء المذاهب الأربعة وعلى ذلك جاءت السنة النبوية الشريفة مفسرة له ومكملة لما جاء به القرآن الكريم.

¹بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والالكترونية، مؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، طبعة أولى 2014، ص ص:34، 35.

المطلب الأول: الملكية في الشريعة الإسلامية

في البلاد الإسلامية على العموم عرفت الملكية تطوراً بخصوص ملكية الأرض أو العقار بالمفهوم الحالي أو ملكية منقول، فحق الملكية في المنقول اعترف به اعترافاً كاملاً في جميع البلاد الإسلامية وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية السمحاء.

أما ملكية الأراضي، فكانت مقسمة إلى: أراضي عاشورية وأراضي خراجية.

1/ أراضي عاشورية:

وهي مملوكة ملكية تامة لمالكها، وتدفع العشر عينا مما تغله أو غلتها للإمام، (وهو لرئيس الدولة أو الملك حالياً)، وتشمل جميع الأراضي الواقعة في الجزيرة العربية إذ لا يقبل فيها إلا الإسلام والأراضي التي أسلم أهلها بإرادتهم في اعتناق الإسلام وهؤلاء تبقى لهم أرضهم ويدفعون عنها العشر.

والمعلوم أن الأراضي التي فتحها المسلمون آنذاك كانت الغنائم التي يحصلوا عليها بما فيها الأرض تقسم على من فتحها من المجاهدين، وتقسم ملكيتهم على الأرض المفتوحة ويدفعون عنها العشر.

2/ أراضي خراجية:

وهذه تدفع الخراج للإمام وتتراوح بين الخمس والنصف حسب تقدير الإمام أو الاتفاق الذي وقع أو المعاهدة.

وتشمل الأراضي الخراجية: الأراضي التي فتحت بحد السيف وهذا في غير بلاد الجزيرة العربية وتركها الإمام أو الحاكم في يد أصحابها وفرض على هذا النوع الخراج، والأراضي التي لم تفتح بالسيف وتقع معاهدة صلح هنا يحكمها عهد الصلح المتعاقد عليه، وفي مثال عن ذلك الفتح الإسلامي لبلاد مصر أقروا الأهالي على أراضيهم ولم تنزع منهم، وأصبحت أراضي خراجية يلتزم أصحابها بدفع خراجها.¹

وفي هذا المطلب نحاول إعطاء تعريف للملكية في الفرع الأول، وكذا أدلة مشروعيتها في الإسلام كفرع ثاني، شروط الشكل في الفقه الإسلامي وخصائصه وأنواعه كفرع ثالث وهذا وفق ما يلي:

¹ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 484.

الفرع الأول: تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية

اختلفت التعريفات الخاصة بالملكية في الإسلام وتعددت تقسيماته كما يلي:

القسم الأول: الملكية لغة

للملك: عند العرب تعريفات كثيرة تتحد وتلتقي في أنها احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد.

وفي لسان العرب لابن منظور: المَلِكُ والمُلْكُ والمَلِكُ، احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به.

في المعجم الوسيط: الملكية: الملك أو التملك، يقال بيدي عقد ملكية هذه الأرض.¹

القسم الثاني: الملكية اصطلاحاً

أما تعريف الملكية اصطلاحاً: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية عند تعريفهم لحق الملكية أو الملك وبرز في هذا اتجاهات مختلفة وفق ما يلي:

عرف القرافي -رحمه الله- من المالكية: حق الملك بأنه "حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكن من يضاف إليه انتقاعه بالمملوك والعوض عنه، من حيث هو كذلك".

ويراد بالحكم الشرعي هنا: أحد الأحكام التكليفية الخمسة التي تقيد، اقتضاء الفعل، أو تركه أو التخيير وهو الإباحة الخاصة، كالاستيلاء والبيع والهبة وغيرها.

ويتضح من عبارة التعريف، أن الملك أو حق الملكية ليس صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء أي ليس طبيعياً ولا ناشئاً عن اصطلاح الناس فيه، وكذلك ليس نتيجة لتعارفهم عليه، وإنما هو حكم شرعي لا يكون إلا بعد إقرار الشارع لوجوده بأسباب شرعية كالعقود الناقلة للملكية والهبة والميراث وغيرها، وأساس ذلك اتفاق الفقهاء على أن الحقوق كلها ومنها حق الملكية أو الملك حقوق شرعية يثبتها الشارع لأصحابها.²

¹ عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1988، ص: 27.

² محمود يونس حمادة الحبيشي، المرجع السابق، ص: 41.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ونقل السيوطي عن ابن السبكي -رحمه الله- من الشافعية تعريفه للملك بذات تعريف المالكية وقال فيه: "حكم شرعي مقدر في عين أو منفعة يقتضي تمكن من ينسب إليه من انتفاعه والعض عنه من حيث هو كذلك."

يقول الجرجاني في تعريفه: الملك في اصطلاح المتكلمين: اتصال شرعي بين الإنسان وبين شيء يكون مطلقا لتصرفه فيه وحاجزا عن تصرف غيره فيه¹.

وهذا التعريف يصور الملك بأنه: علاقة اقراها الشارع بين الإنسان والشيء الذي حازه واستقر ثبوت حقه فيه وثمره هذه العلاقة إطلاق تصرف المالك في ذلك الشيء المملوك له مع منع الكافة من التعرض له أو التصرف فيه.

وكذلك فإن معنى هذا التعريف وهو أن الملك صفة مشتركة بين الشخص والشيء المختص به يقرره عليها الشارع لأسباب شرعية ويستطيع بها أداء العمل الايجابي كالانتفاع به ويستطيع بها أداء العمل السلبي كالمنع عن تصرف الغير في ذلك الشيء.

- ويبدو أن هذا التعريف جامع للمقصود من الملك ومحدد له تحديدا نافيا للجهالة-

ويوجد تعريف الذي ينظر إلى الملك وما يترتب عليه من حيث الآثار والنتائج ومنهم (الكساني) من الحنفية فيقول في تعريف الملك بأنه: "القدرة الشرعية على التصرف ابتداء إلا لمانع".

ومنهم كذلك صاحب الفروق من المالكية فيقول في تعريف الملك بأنه: تمكن الإنسان شرعا بنفسه أو بنيابته من الانتفاع بالعين أو المنفعة من أخذ العوض أو تمكنه من الانتفاع خاصة والتصرف فيه إلا لعارض شرعي يمنع ذلك.²

وخلاصة القول بعد هذا الاستعراض الموجز حول ما دار بين الفقهاء من وجهات نظر في معنى الملك وحقيقته وكذلك التعاريف التي ذهبوا إليها تنتهي إلى ما يأتي:

¹السيد: الشريف ابي الحسن علي بن محمد بن علي الحسيني الجرجاني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، بيروت-لبنان، سنة: 2000، ص: 336./ عن محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع السابق، ص 43.

²محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع نفسه، من ص42 إلى ص: 44.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

أولاً: أن هذه التعريفات المقدمة لمعنى الملك مهما اختلفت وجهات النظر فيها وتتنوع عبارتها إلا أنها ترمي إلى أن الملك هو اختصاص حازر شرعا يقتضي تمكين من يختص به أو ينتسب له من الانتفاع أو الاستغلال أو التصرف أو جميعها إلا لعارض شرعي يمنع ذلك.

ثانياً: إن الملك ليس مجرد علاقة اختصاصية بين الإنسان والمال فحسب، وإنما هو اعتبار شرعي لهذه العلاقة فيوجد حيث تقتضي الشريعة وجوده وينتفي حيث تقتضي الشريعة انتفاؤه وذلك واضح من تعريفاتهم السابقة للملكية إذ وصفوها بأنها حكم شرعي أو صفة شرعية أو اتصال شرعي أو قدرة شرعية أو غيرها من الأمور الاعتبارية، ويلاحظ من ذلك أيضاً أن الملكية ليست شيئاً مادياً وإنما هي شيء معنوي أيضاً لأنها حق من الحقوق والحق نوع من أنواع الاعتبار الشرعي وبهذا المعنى تشمل الملكية كل ما يمكن أن يختص به الإنسان من الأعيان ومنافع وحقوق فلا يشمل غيرها من المنافع والحقوق. والحقيقة أن الملكية شاملة لكلا الأمرين.

ومن ثم يمكن القول بان للملكية في الفقه الإسلامي معنيين هما:

1- **معنى خاص:** وهو الذي يقتصر على ما يمكن الانتفاع به من الحقوق والمعاوضة عنها كاملة كما هو مقتضى تعريف صاحب الفروق من المالكية.

2- **معنى عام:** وهو الذي يتناول حقوق الملكية جميعاً دون التفريق بين حق وآخر وكما هو مقتضى التعريف المنقول عن الشافعية.¹

القسم الثالث: تقسيمات الملك في الإسلام باعتبار محله

وينقسم الملك في الإسلام باعتبار محله على أربعة أقسام.

ملك العين: أو ملك الرقبة وهو أن تكون ذات الشيء ومادته مملوكة وذلك كملك الدور والمتاع والحيوان والأراضي وغير ذلك.

ملك المنفعة: وهو أن يملك الإنسان الاستفادة من الشيء فقط أو يملك منفعة ذلك الشيء دون رقبته مع وجوب المحافظة على العين كحق قراءة الكتب وسكنى الدار عن طريق الإجارة مثلاً.

¹ محمود يونس حمادة الحليثي، المرجع نفسه، ص: 41، 45.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ملك الدين: كأن يكون لشخص في ذمة آخر مبلغ من المال كثن مبيع في ذمة المشتري وبديل قرض في ذمة المقترض أما الوديعة فلا تعتبر ديناً حيث إنها أمانة يجب أن تؤدي.

ملك الحقوق: كحق الشفيع في أن يملك العقار المباع وحق الوصي في ممارسة التصرف على الصغير.¹

الفرع الثاني: دليل تقرير الملكية في الشريعة الإسلامية

وندرس في هذا الفرع دليل تقرير الملكية في الكتاب وفي الشريعة وكذا أساس تشريع الملكية في الإسلام وهذا كما يلي:

القسم الأول: دليل المشروعية في الكتاب والسنة

يعتبر تقرير الملكية في الشريعة الإسلامية ميزة امتازت بها هذه الشريعة السمحاء عن غيرها من الشرائع والأديان الأخرى إذ أن أكثرها لا تسمح لإتباعها بمباشرتها والتمتع بها، فالبرهمية في الهند مثلاً تعلن أن السعي لملك الثروة واحتوائها إثم ولقد غالت فرقة من الديانة الجينية الهندية فيه مغالاة ملفتة للنظر لأنها حرمت حتى ملك الثياب الضرورية لستر العورة، فيعيش أتباعها عراة مجردين من الثياب في الغابات بعيدين عن المدن المعمورة.²

كذلك كانت الثروة وملكها عند الديانة الطاوية في الصين مكروها يستحق التجنب، واليهودية وإن لم تغال فيه مثل البرهمية،³ لكنها أيضاً لم تكن تنظر إلى اقتناء الثروة أو مهنة التجارة بعين الرضا

¹ يوسف حامد العالم، النظام السياسي والإقتصادي في الإسلام، دار العلم، بيروت لبنان، ط:1 سنة 1975: 31 عن محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع السابق ص:45، 46.

² محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع نفسه، ص:58

³ الجينية: ديانة منشقة عن الهندوسية ظهرت في القرن السادس قبل الميلاد على يد مؤسسها (مهاويرا) أي: البطل العظيم ويطلقون عليه (جينا) كذلك أي: القاهر لشهواته والمتغلب على رغباته المادية الكتاب الهندي المقدس شاكونتالاراواشاستري ترجمة سعد عبد الجليل جواد دار الحوار اللاذقية 2000 م، ص: 57.

التاوية: ديانة شائعة في الصين وهي مزيج من روح الطبيعة وروح الأجداد وعقائد لاوتسو ومعتقدات أخرى مختلفة. وتاو في الفكر الصيني هو المبدأ الأعلى وتجسيد لوحدة الكون والنظام. تشير عقيدة لاوتسو وتشوانج تسو إلى ضرورة تحرير الإنسان من العالم المادي.

اللهم إلا الزراعة. كذلك كانت النصرانية ترى في ملك الأرض والرقيق عقاب الله تعالى النازل على المالك وذلك لكثرة معاصيه.

يتضح مما تقدم أن تعاليم الأديان في مجال الملكية لا يخلو من الإفراط والتفريط، إذ أن طائفة منها تسمح بها ولكن بقيود وشروط غير معقولة، بحيث تنعدم منفعتها للناس أبداً، وأن طائفة أخرى تحرم هذه الملكية مطلقاً، مع أن هذا التحريم لا يتفق وغرائز البشر الطبيعية، إذ أن تحريمها يعني تجريد من تلك الطبيعة التي فطر عليها الإنسان وهذا باطل وغير صحيح.

وعليه فقد اضطر أتباع تلك الديانات إلى الانحراف عن تعاليم دياناتهم، وذلك حين وجودها لا تتوافق وغرائزهم وطبيعتهم البشرية ولا حياتهم الاجتماعية ولا الفطرة الإنسانية التي جبلوا عليها.

أما الشريعة الإسلامية فهي شريعة إنسانية فطرية بامتياز تعترف بكل واقعة لا تتعارض مع فطرة الإنسان، فلا تحرم الملكية على أتباعها بل تسمح لهم بالتمتع بها وتحترمها وتحرم كل تعدي غير مشروع عليها، تجعل انتزاعها للمنفعة العامة في حدود ضيقة جداً.

فالإسلام أعطى الأفراد الحق في التملك وأجاز لهم استعمال مختلف الوسائل الشرعية الحلال للحصول على الملكية كالميراث والوصية وغيرها من وسائل الكسب الحلال.

ومن النصوص الشرعية التي دلت على مشروعية الملكية في الإسلام:

البند الأول: من الكتاب

نص القرآن الكريم على حق الملكية التي وردت بصيغ متعددة تدل على التملك وإقرار الملكية وثبوتها وذلك باختلاف أوقات نزولها والأحداث التي تقتضيها، فوردت أحياناً بصيغة الجمع كعبارة (مالكون) وهي عبارة صريحة وواضحة، وعبارة (أموالنا) و(أموالكم) و(أموال اليتامى) و(أموال الناس) (أموالهم) وما يشبه ذلك¹ وهنا اعتراف ضمني بالحق في التملك، وأنها توفر الحماية لمختلف فئات المجتمع الضعيفة وغيرها دون تفريق في الجنس وهذا في قوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾².

¹ محمود يونس حمادة الحلبي، المرجع السابق، من: ص 58 إلى ص 61.

² سورة البقرة الآية: 228.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وبالتالي فإن الآيات القرآنية قاطعة في تقرير الأشخاص على أملاكهم¹، ونجد ذلك في قوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾²

وقال تعالى " في آية المداينة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا﴾³.

الآية الكريمة أمرت بالكتابة وقد اختلف الفقهاء والمفسرون في هذا الأمر، هل هو للوجوب والفرص؟ أم هو للندب والإرشاد؟، فالآية تقرر اعتبار الكتابة وثيقة في المعاملات، وإن فائدة الوثيقة هو الاعتماد عليها عند الإنكار أو الجحود، والاحتجاج بها أمام القضاء.⁴

نخلص مما تقدم أن الآية الكريمة أمرت بكتابة الدين لدى كاتب موثوق ومعتمد، مع توثيق الكتابة بالإشهاد عليها، وهذا هو السند العادي أو العقد الرسمي الذي يستعمل اليوم في مختلف أنحاء العالم، وانتشر استعماله في معظم المعاملات ومن أغلب الأشخاص ويعد سندا على الدين، وحجة أمام القضاء يلزم صاحبه ويلزم القاضي، بالحكم به ما لم يثبت تزويره أو تغييره أو تم الوفاء به.

البند الثاني: دليل مشروعية الملكية في السنة النبوية الشريفة

فملكية الإنسان للأشياء ما هي إلا نيابة واستخلاف عن الله تعالى في الأرض، (كون أن الأصل أن الأملاك المختلفة هي ملك لله صانعها وخالق كل شيء) كما ذكرت الأحاديث ذلك في الكثير من المواضع لا بأس بذكر بعضها:

ما روي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه - عن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: "من أحاط حائطا على أرض فهي له"¹

¹يسري عبد الغني عبد الله، الإسلام وحرية الملكية (حق الملكية في الإسلام) دراسة مقارنة، موقع مركز الشرق العربي للدراسات العربية والإستراتيجية، تاريخ الاطلاع على المقال 2020/02/14

² سورة الحديد الآية 07.

³ سورة البقرة الآية: 282.

⁴بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع السابق، من ص: 36 إلى ص: 38.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وجه الدلالة في هذا الحديث أنه يوافق ما روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه - في إحياء الأرض الموات، فمجرد إحاطة الأرض المتروكة هو سبب من أسباب التملك الشرعي يقول الرسول الله صلى الله عليه وسلم: "المسلمون شركاء في ثلاث: الماء والكلاء، والنار"²: وزاد في رواية: الملح.³

ومثله حديث: " ثلاث لا يمتنعن: الماء والكلاء والنار" وهذا الحديث برواياته المختلفة يظهر أنه لا يجوز للأفراد تملك هذه العناصر الثلاثة⁴. والمعلوم أن هذه الثلاثة عبارة عن أمثلة يقاس عليها ما في معناها، ولكن ما العلة التي جعلت من هذه الثلاثة أو الأربعة أموال عامة؟ لعل أن هذه الأمور الثلاث هي من الأشياء التي تنتفع بها العامة ولا يمكنهم الاستغناء عنها وعليه تدخل الشارع الحكيم لحمايتها وانتفاع الجميع بها.

إن منع الأفراد من تملك هذه الأشياء فيه مصلحة للعامة، وبمفهوم المخالفة أي ما دون هذه الأشياء: الماء والكلاء، والنار...، فيمكن للأفراد تملك الأشياء ما لم تحرمها الشريعة، وهو إقرار واضح بالسماح للأفراد تملك الأشياء.

القسم الثاني: أساس تشريع الملكية في الإسلام

الاستخلاف أساس تشريع الملكية في الإسلام، وإن ملكية الإنسان للأشياء ما هي إلا نيابة واستخلاف عن الله تعالى في الأرض، من المعروف مقدما أن الإنسان كائن مدفوع بفطرته لتحقيق

¹سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السحستاني الأزدي، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون سنة رقم: 3077/. عن محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع السابق، ص66.

²موقع إسلام ويب، الفتوى رقم: 122590، تاريخ النشر: 2009/05/27 تاريخ الاطلاع على المقال: 2020/02/14

³أحمد السعدي، الملكية العامة في الإسلام، نظرة فقهية تأصلية، صادر في فيفري سنة: 2012، ص: 269 وما بعدها جامعة غيماشان الحياة، تركيا، تاريخ الاطلاع على المقال 2020/02/14.

⁴وفي الحديث الشريف الذي روي عن عبادة بن الصامت، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلا بمثل، سواء بسواء، يدا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا يدا بيد".

الإسلام ليس دين عبادة فحسب، وإنما هو نظام شامل للحياة، دين عبادة وأخلاق، واقتصاد وسياسة، ونظام، فالحمد لله على نعمة الإسلام

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الاكتفاء من حاجاته الأساسية اللازمة لوجوده واستمرار حياته، لذلك فإنه يلجأ إلى ما يسمى التملك لسد تلك الحاجات، وهذه كانت علاقة الإنسان بالمال وتمكينه من الانتفاع به وإشباع حاجاته عن طريقه، إذن: ملكية المال غريزة فطرية لدى الإنسان¹.

من هنا أقر الإسلام بوصفه دين الفطرة جميع أنواع الملكية وفي هذا الاتجاه تقوم عقيدة الإسلام على أن المالك الأصلي الحقيقي لكل هذا الكون وما فيه هو الله سبحانه وتعالى وان ملكية الإنسان للأشياء ما هي إلا نيابة واستخلاف عن الله تعالى من أجل البقاء والإعمار وتسخيرا من الله لكل ما في السموات والأرض بنعمها المختلفة ليصرف الإنسان فيها بما يرضى الله سبحانه وتعالى، فالأموال كما ذكر في تفسير قوله تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾²، ليست بأموال الناس في الحقيقة ولكنهم فيها بمنزلة الوكلاء والنواب.

وتشكل الفكرة السالفة جوهر عقيدة الاستخلاف التي هي أساس تشريع الملكية في الإسلام أي: أن الإسلام قد أعطى نظام الملكية الذي كان موجودا في كل الشعوب والأمم السابقة مفهوما جديدا هو مفهوم الخلافة وأضفى عليها طابع الوكالة الذي يجعل من المالك أمينا على الثروة ووكيلا أمام الله تعالى من أجل إقامة شؤون الناس على الأرض، مقيدا بالحدود والتوجيهات التي تضمنتها شريعة الإسلام بشأن المال، لذلك فإن للمالك الأصلي تحديد مجالات وأساليب وطريقة تحصيل المال وإنفاقه لا يجوز له تجاوزها³.

وقد جاءت الملكية في القرآن الكريم بمفهوم الملك منسوبة في آيات قرآنية كريمة كثيرة إلى المالك الحقيقي أي الله تعالى ومنها الآية السابعة من سورة الحديد التي تم ذكرها، وفي قوله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ﴾⁴،

وقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ شَرِيكٌ فِي الْمُلْكِ﴾⁵،

1 محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع السابق، ص: 47.

2 سورة الحديد: الآية 07.

3 إبراهيم الطحاوي، الاقتصاد الإسلامي مذهباً ونظاماً، مجمع البحوث الإسلامية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية القاهرة، 1974، 183. محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع السابق، ص: 47.

4 سورة المائدة: الآية: 120.

5 سورة الفرقان: الآية: 03.

وقوله تعالى: ﴿يَا قَوْمِ لَكُمْ الْمُلْكُ الْيَوْمَ ظَاهِرِينَ فِي الْأَرْضِ...﴾¹.

والكثير من الآيات الكريمة التي تؤكد على ذلك إن ما سبق ذكره من الآيات الكريمة تتكرر فيه نسبتان للمال أو للملك، الأولى: الله سبحانه وتعالى، أما الثانية: فلعوموم البشر، غير أن معنى هذا هو الله سبحانه وتعالى هو الخالق المبدع الذي يعطي ويرزق لذا فإن ملكيته أزلية وأصلية ودائمة، أما ملكية الإنسان فهو: خليفة أو النائب والحائز للوديعة، وعلى هذا فملكته للأشياء هي: استخلاف إلهي ومنحة ربانية تقوم حيث أحلها الله عن طريق الشرع وتنتهي حيث يمنعها الشرع كذلك.²

وبالتالي الإنسان حريته غير مطلقة في المال الذي رزقه له الله سبحانه وتعالى وعليه أن يتحرى مصلحة الجماعة، وأن مصدر التزاماته بحدود هي ذاتية من داخل نفسه والذي هو جزء من أيمانه وعقيدته، وأخرى من مصادر خارجية متمثلة في سلطة الشارع الحكيم ورقابة المجتمع.

ويبدو أن هناك مقاصد قصدها الشارع الحكيم من إيرادها وهي كما يلي:

المقصد الأول للشريعة: أن إضافة ملكية المال إلى الخالق هو ضمان وجداني لتوجيه المال لاستفادة العباد منه، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن إضافة ملكية المال إلى البشر ضمان آخر لتوجيه - الانتفاع من المال - إلى الانتفاع بماله على الوجه الأمثل، فهي تملك الانتفاع بالمال بكل ما يقتضيه الانتفاع من حق التصرف والاستهلاك والاستثمار، وغيرها من الأوجه المشروعة للتصرف بالمال.

المقصد الثاني للشريعة: دلت الكثير من الآيات الكريمة عن أن الإسلام دين المسؤولية، قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَرَوْا وَزَرَ أُخْرَى﴾³، حيث أن الإسلام لا يقبل أن تكون مسؤولية الإنسان على المال المرصود لهم مسؤولية شائعة غير محددة، فعمد إلى إقرار الملكية للأشخاص كي يكون كل شخص مسؤولاً أمام الله على حصته من المال الذي له عليه حق الانتفاع منه، كما يسأل ولي الأمر عن ملكية الجماعة فيكون الأمر واضحاً ومنظماً، كل يسأل في حدود ما هو مسؤول عنه.

¹ سورة غافر: الآية: 29.

² جار الله بن عمر الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل وعبون الأقاويل في وجوه التأويل، دار الفكر للطباعة و النشر والتوزيع بيروت، ط 1 1977 عن: محمود يونس حمادة الحديثي، المرجع السابق، ص ص: 47، 48.

³ سورة فاطر: الآية 18.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

المقصد الثالث للشريعة: هو أن الإسلام دين الفطرة والبشر تميل إلى التملك، أي تملك المال وغير المال، قال تعالى: "وتحبون المال حبا جما" الله خالق البشر ويعلم ما جبلوا عليه فكان لا بد للإسلام من إطلاق هذه الغريزة لكن بحدود معقولة، لكي يندفع نشاطه للعمل والاعمار ما استطاع وتنمية المال بالطرق المشروعة وهكذا تنمو الحياة الاقتصادية، وفي هذا نفع مشترك للمجتمع في تنظيم الحياة الاقتصادية بعيدا عن الصراع ومنسجما مع الفطرة والرغبة في الحياة والحرص على التملك.¹

الفرع الثالث: شروط وخصائص شكل الملكية في الفقه الإسلامي وأنواعها

سنقسم هذا الفرع إلى ثلاث أجزاء، الأول يتعلق بشروط الشكل في الفقه الإسلامي، أما الجزء الثاني فننتطرق إلى خصائص الشكل في الفقه الإسلامي، ثم الجزء الثالث والأخير إلى أنواع الشكل في الفقه الإسلامي.

القسم الأول: شكل الملكية في الفقه الإسلامي

فانتقال الملكية العقارية يجب أن يكون علنيا، ليسمع به الغير، والعلنية تقتضي احترام شكلية معينة حسب ما تقره هذه المجتمعات القبلية أو الأنظمة المختلفة أو غيرها، واجتهدت الشرائع القديمة في توفير العلانية، ومنها ما ذهب إلى اعتبار الشكلية ركنا من أركان العقد فلا تتعد ولا تثبت إلا بها وكذلك بحسب أهمية التصرف²، والشكلية بهذا المفهوم لها شروط سنذكرها بشيء من الشرح كما يلي:

- إمكانية الوقوع: فالمستحيل لا تبني عليه الأحكام التكلفية، وهذا مصداقا لقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ

نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾³.

- وجود دليل: لا حُكْمَ إِلَّا بِدَلِيلٍ صَحِيحٍ وَصَرِيحٍ أَمَا مَا خَلَا مِنَ الدَّلِيلِ فَلَا يُمْكِنُ القَوْلُ: بمشروعيته والحكم باعتباره ناقضا للعقد أو مانعا منه.

¹ محمد عبد الله العربي، محاضرات في الاقتصاد الإسلامي وسياسة الحكم في الاسلام، مطبعة الشرق العربي، القاهرة مصر 134، 138 عن: محمود يونس حمادة الحبيشي، المرجع السابق، ص: 49، 50.

² ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 5.

³ سورة البقرة: الآية: 286.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- السلامة من العوارض: فيجب أن يخلو الفعل من العوارض ومثال ذلك حق الشفعة يعتبر عارضا من عوارض عملية البيع.
- حصول الثمرة: ومقتضى ذلك هو الحصول على المصلحة (أي الثمرة) وما خلا من المصلحة فلا فائدة في اعتباره، وحقه إهماله، ومثال ذلك دفع مال اليتيم بالحلم، فإن لم يكن أهلا لذلك فلا نسلمه أمواله.

القسم الثاني: خصائص شكل الملكية في الفقه الإسلامي

للشكل خصائص في الفقه الإسلامي وهي أربعة خصائص نذكرها كما يلي:

- النصية: تقتضي النص على اعتبار الشكل في المعاملات وجب أن يقيد بنص من الكتاب والسنة، وقليل من الشكليات التي تعتبر بالقياس، مع أن ما ثبت بقياسه على الثابت بدليل، فانه يأخذ حكمه.
- العموم: ومفاد ذلك أنه إذا ثبت اعتبار الشكل في مسألة، صار مطلوبا عاما على عموم المخاطبين به، وهذا دون تخصيص فئة عن أخرى.
- الاستثناء: الأفعال مباحة ما لم يرد عليها استثناء أو نهي فالبيع كأصل عام مباح ولكن ينهى مثلا البيع وقت صلاة الجمعة وبيع الخمر وغيرها من البيوع المحرمة.
- المصلحة: وهي السبب في مشروعية الشكل على خلاف الأصل، والمصلحة في اصطلاح علماء الشريعة هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده: وهي حفظ دينهم، وحفظ نفوسهم، وعقولهم ونسلهم، وأموالهم وفق ترتيب معين فيما بينها¹

القسم الثالث: أشكال الملكية في الفقه الإسلامي

الشكل في الفقه الإسلامي ينقسم إلى أربعة أقسام، وهي كما يلي:

¹بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع نفسه، من ص:42 إلى ص:48.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- **الشكل القولي:** هذا النوع يبحث في الألفاظ التي تعبر عن إبرام العقد أو تعبر عن نقضه أو التي يكون لها معنى كالإشارة في بعض الأحيان للتعبير عن الإرادة بالموافقة أو الرفض وتكون بالإشارة الدالة على اللفظ.
- **الشكل الفعلي:** يبحث هذا النوع في: أثار الأفعال، ويعد سببا في إبرام العقود ونفاذها، ومثال ذلك: قبض الهبة، شكل فعلي، يسبب الالتزام بها بالنسبة للموهوب له، وتحريم الرجوع عنها بخصوص شخص الواهب، باستثناء والذي الواهب فيمكنهما الرجوع عنها وفق شروط.
- **الشكل الظرفي:** هذا النوع يبحث في أثر الزمان والمكان، على المنع في العقد، أو في أيلولته على الصحة أو الفساد.
- **الشكل الوصفي:** وهذا النوع يبحث في أثر الوصف المشروط لتصحيح العقد أو المؤثر في سلامته، فكلما ضبط الوصف صح به العقد.¹

القسم الرابع: أنواع الملكية في الفقه الإسلامي

عرفت الملكية في النظام الإسلامي تقسيمات عديدة ومختلفة وبما أن موضوع دراستنا منصب على الملكية العقارية، يمكن تقسيمها إلى ثلاث أنواع: ملكية خاصة، وملكية عامة، وملكية الدولة، وهذا ما سيتم شرحه والتفصيل فيه فيما يلي:

البند الأول: الملكية الخاصة في الإسلام

تكفل الإسلام بالصالح العام وبعدم الإضرار بحقوق الآخرين فقيّد عملية التصرف في الملكية الخاصة، كون أن الملكية شأنها شأن الحقوق جميعا في الإسلام مقيدة بمبدأ -لا ضرر ولا ضرار- لأن الضرر اعتداء منهّي عنه في الإسلام.

كما أجاز الإسلام نزع الملكية من صاحبها في حال لم يحسن استخدام حقه فيها، ولم يتيسر منعه بوسيلة أخرى. وبالتالي فالملكية الفردية ليست مطلقة، بل مقيدة بقيود ترجع إلى عدم إيقاع ضرر.

¹بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع السابق، ص:48 وما بعدها

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ونخلص من ذلك إلى أن للإسلام نظرة خاصة للملكية، والإسلام يقر الملكية الفردية بتكاليدها كما يقر الملكية الجماعية بأهدافها، ويحرم عدوان إحدى الملكيتين على الأخرى، إلا في حالة الضرورة. الإسلام يقر بالملكية الفردية ولا يضع حداً أعلى لها، ولكنه أقرها في إطار نظريته للمال على أن الفرد مستخلف على المال وجعل منها وظيفة اجتماعية تؤدي إلى التكافل الاجتماعي بين أفراد الأمة وتكاملهم اقتصادياً وجعل لها تكاليف يجب أن يؤديها المالك -ويمكن لولي الأمر أن يجبر للإذعان لهذه التكاليف.¹ وهو ما سبق الإشارة إليه، وشرحه.

البند الثاني: الملكية العامة

الملكية العامة في الإسلام هي ملكية المجتمع للأموال والأموال التي لا يجوز للأفراد أو الدولة بيعها أو إقطاعها أو هبتها أو تملكها، ولا تملك منفعتها ولا التصرف برقبته، وهي ملكية جماعة المسلمين فهي ملك المجتمع والتي يشترك فيها الناس شركة إباحة، وللدولة في هذا النوع تنظيم الاستفادة منها فقط.

البند الثالث: ملكية الدولة

يفرق الإسلام بين الملكية العامة وملكية الدولة وهي ما يطلق عليه فقها "بيت المال" الذي تصرف أمواله على جماعة المسلمين كإعانات وغيرها هذا بخصوص نفقات بيت المال، أما بخصوص موارده فهي عديدة منها الخراج، العشور، والفيء، والجزية، ويجب التنبيه للفرق الكبير بين ملكية الدولة والملكية العامة في الإسلام وهو الأمر الذي لم يعره رجال الاقتصاد أهمية، وما يؤكد ذلك ما نقله السيوطي عن ابن السبكي رحمهما الله في كتاب شرح المناهج وقال: "ومما عظمت به البلوى اعتقاد بعض العوام أن أرض النهر ملك بيت المال، وهذا أمر لا دليل عليه، وإنما هو كالمعادن الظاهرة، لا يجوز للإمام إقطاعها أو تملكها... ولو فتح هذا الباب لأدى أن بعض الناس يشتري أنهار البلاد كلها، ويمنع بقية الخلق عنها فينبغي أن يشهر هذا الحكم ليحذر" وبالتالي لا يمكن لولي الأمر ولا غيره التصرف فيها.² وللملكية العامة في الإسلام صور عديدة نذكر منها: الأوقاف، الحمى، المرافق العامة.

• الأوقاف: وهي الأملاك التي وقفها أصحابها على عامة المسلمين.

¹ محمود حسين الوادي، إبراهيم محمد خريس، حسين محمد سمحان، كمال محمد رزيق، أمجد سالم لطايفة، الاقتصاد الإسلامي، دار المسيرة، الأردن، الطبعة الثانية، 2014، ص: 96.

² أحمد السعدي، المرجع السابق، ص: 269.

- **الحمى:** الحمى وهو الملك الذي سخره الخليفة لعامة المسلمين للانتفاع به ومنها الأراضي التي سخرت لإبل الصدقة لترعى فيها ولعامة المسلمين دون تخصيص.
- **المرافق العامة:** وهي مرافق مسخرة لعامة المسلمين للانتفاع بها كالطرق والغابات بشرط ألا يكون فيه ضرر للغير.¹

المطلب الثاني: تنظيم الملكية خلال فترات حكم الشريعة الإسلامية

الشريعة الإسلامية نظمت مختلف نواحي الحياة عبادات، معاملات هذه الأخيرة اهتمت بها ونظمتها لما لها من تأثير على حياة الأفراد واستقرار العلاقات فيما بينهم، وبالتالي تنظيم الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية يكتسي أهمية بالغة في المجتمع، وقد حرصت الشريعة الإسلامية على تعليم الناس فقه المعاملات ونظمتها وفق آلية تضمن حماية أملاك الأفراد داخل المجتمع.²

الفرع الأول: تنظيم الملكية العقارية قبل ظهور الخلافة العثمانية

الحديث عن الملكية في الشريعة الإسلامية يقتضي منا التطرق للملكية في الفترة التي سبقت ظهور الإسلام في جزيرة العرب في الجاهلية والتي كانت تعتمد على تقاليد وأعراف في المبادلات والبيوع ومعظم التصرفات، والتي كانت قانوناً لأبد من احترامه. ولعل ما يعزز هذا القول، حديث النبي محمد صلى الله عليه وسلم عندما قال -من حديث أبي هريرة - رضي الله عنه - أنه قال: "إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق" وبالتالي كانت هناك أخلاق وقيم وعادات تحترم من الجميع.³

القسم الأول: تطور الملكية عند العرب في الجاهلية

كان انتقال الملكية عند العرب في الجاهلية يخضع لإجراءات معينة يجب احترامها حتى ينفذ التصرف ويتم العقد بين الأطراف، ومن هذه المعاملات نذكر البيوع في هذه الفترة ومنها: بيع الملامسة ببيع المنابذة، وبيع الحصة وسنشرحها كما يلي:

فبيع الملامسة هو: "أن تشتري المتاع بأن تلمسه ولا تنتظر إليه".

¹أحمد السعدي، المرجع السابق، ص 274.

²بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع السابق، ص: 17.

³موقع الدرر السنية، الموسوعة الحديثة، تاريخ الاطلاع: 13 /10 /2021، <https://dorar.net/hadith/sharh/113995>

وبيع المنابذة هو: المنابذة في التجر: أن يقول الرجل لصاحبه: انبذ إلي الثوب أو غيره من المتاع أو انبذه إليك فقد وجب البيع بكذا وكذا.

وقال اللحياني للمنابذة: أن ترمي إليه الثوب ويرمي إليك بالمثل، والمنابذة أن يرمي إليك بحصاة عنه أيضا.

بيع الحصاة: وبيع الحصاة هو أن يقول المشتري أو البائع إذا نبذة الحصاة إليك فقد وجب البيع.¹

القسم الثاني: تطور الملكية بعد ظهور الإسلام

تطورت الملكية العقارية بعد ظهور الإسلام من حيث الثقة والائتمان وتطورت باختلاف الحضارات الإسلامية التي مرت عليها، والتي كان آخرها الخلافة العثمانية.

الشريعة الإسلامية تعتبر أنه متى أبرم العقد الناقل صحيحا ترتب حكمه الأصلي وهو ثبوت الملك في الحال، فينقل العقد السليم الملكية، وغيرها من الحقوق العينية في الفقه الإسلامي، ويتم هذا الانتقال بمجرد العقد، دون اللجوء إلى إجراء آخر، كما أقرت الشريعة الإسلامية وشرعت مبدأ الرضائية² أو التراضي وجعلته أساسا للتعاقد.

كما حثت تعاليم الإسلام على الوفاء بالعهود وبالعقود المختلفة، وذلك في الكثير من آيات القرآن الكريم في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ فمن حيث المبدأ لم تشترط الشريعة الإسلامية صورة خاصة لأي عقد، باستثناء عقد الزواج (الذي فرض الصداق، والولي وغيرها من شروط الزواج)، إذ اشترط بعض الفقهاء: الإشهاد عليه، وإعلانه.

ولكن الشريعة الإسلامية، ومع أنها لم تشترط أي شكلية في التصرفات إلى أنها نذبت إلى توثيقه بالكتابة، أو الإشهاد، أو الرهن، وقد اشترطت أحيانا القبض لتمامها، فجاءت آية المداينة في سورة البقرة مفصلة في ذلك³ يقول الله تعالى في سورة المداينة: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ

¹بيرك فارس حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع السابق، أنظر من: ص28 إلى ص32.

²مبدأ الرضائية: "هو قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يترضيان عليه من العقود وعلى تحديد آثار العقود حسبما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الآثار الموضوعة للعقد" التعريف مأخوذ عن مقال عبد الرؤوف دباش وحملوي دغيش بعنوان: مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، جوان 2016 العدد: 44، ص: 258. تاريخ الاطلاع: 2020/12/31.

³ويس فتحي، المرجع السابق، من ص إلى ص: 36، 39.

وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّطُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ¹.

وهنا يطرح التساؤل عما إذا كانت الشريعة الإسلامية قد وضعت نظاما لتسجيل أو شهر التصرفات الواردة على العقارات بشكل عام أم لا؟.

تحررت العقود من الشكليات والمراسيم وبرز دور الإرادة في نقل الملكية بين الأفراد في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾² ولم يورد ما يوجب شهر العقود أو التصرفات القانونية على النحو الذي يحصل في نظام الشهر الشخصي أو نظام الشهر العيني المعروف في يومنا هذا، وإنما جعلت الشريعة الإسلامية العقود تتم بمجرد التراضي، ولم تشترط لتمامها أن تتم في شكل معين، وعلى هذا النحو كانت الملكية سواء في العقار أو المنقول في التشريع الإسلامي تنتقل بمجرد وقوع البيع دون حاجة إلى إجراء أية معاملة أخرى إلا توثيق العملية بكتابة مضمون الاتفاق ثم الأشهاد عليه، ودون ظهور حاجة إلى إدخال نظام لإعلان التصرفات العقارية بين الأفراد الخاصة بنقل الأراضي (سوى الإشهاد)، ويمكن القول أن السبب في ذلك الوقت أن الأراضي كانت تقسم عن طريق وضع اليد، ومعرفة ذلك لدى سكان هذه المناطق، أضف إلى ذلك الوازع الديني الذي كان يهيمن على الأفراد في حقوقهم وواجباتهم، وقوة الالتزام الذي يستند إليه المتعاقدان أثناء إجراء التصرفات العقارية، واتساع رقعة الأراضي، وقلة السكان كل هذه كانت من العوامل التي ساعدت على القيام بهذه التصرفات دون عائق ودون الحاجة إلى إجراءات لتأمين المعاملات العقارية بين الأفراد ودون الحاجة إلى نظام للتسجيل العقاري المعروف في يومنا هذا.

¹ سورة البقرة الآية: 282.

² سورة المائدة الآية 01.

فعلى أساس الشعور الديني لدى الأشخاص الذي يعتبر قانونا ومنها وجب إتباعه واحترامه من الجميع، ومخالفته أو الغش فيه يعرض صاحبه لعقاب الله، فكان ذلك رادعا.¹

جعل الفقه الإسلامي الملكية تنتقل بين الأفراد بالعقد مباشرة، فيصبح المشتري للمغار مالكا للمبيع بمجرد العقد ودون حاجة إلى أي إجراء آخر، فالعقد ذاته ينقل الملكية العقارية أو المبيع، وفي ذلك يختلف التصوير الفني في الفقه الإسلامي عنه في الفقه اللاتيني.² الذي غالبا ما يكثر عليه طابع الشكلية وبغض النظر عن طبيعة المعاملة في حد ذاتها.

ففي الفقه الإسلامي: كما سبق الحديث ينتقل الملك أو الملكية بمجرد العقد، الذي وقع بتراضي أطرافه.

أما في الفقه اللاتيني: فالعقد ينشئ التزاما بنقل الملكية، ويتم تنفيذ هذا الالتزام فورا بمجرد نشوئه، فينتقل الملك ولكن تنفيذا للالتزام لا بحكم العقد.

في التشريع الروماني: أظهرت بعض فقرات قانون الألواح الإثناعشر احتواءها الحديث عن الملكية العقارية وكان كل تصرف وارد على أملاك هامة أو أموال نفيسة يلزم إتباع إجراء من الإجراءات الثلاث: وهي إما الإشهاد، أو طريق الدعوى الصورية، أو طريق التسليم، وكانت هذه الطرق هي الشكليات المعروفة لإشهار التصرفات في القانون الروماني آنذاك.³

كما فرضت الشريعة الإسلامية توثيق العقود بالكتابة وشهادة الشهود وذلك في آية المداينة. وعلى ذلك تهدف الآية الكريمة إلى حفظ أموال الناس بتنظيم الرجوع إليه لمعرفة ما تم توثيقه وإثباته، وهو ما يدخل في معنى الكتابة وما تقصده اليوم، وعلى هذا النحو يمكن اعتبار حفظ المحررات وشهرها نوعا من التنظيم العملي لنقل الملكية وتنظيم المعاملات بين الأفراد، بما يوفر حماية للحقوق والاستقرار في المعاملات.⁴

سبق وأن أشرنا أن التراضي كان أساس التعاقد في هذه الفترة، ولكن ظهرت خلال هذه الفترة نظم خاصة كنظام دواوين الأملاك، وهي جمع ديوان، وهي كلمة فارسية، وأصلها ديوانة حذفت منها الياء

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 17 وما بعدها.

²علي بن عزان علي الهاشمي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014، ص: 21.

³ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 18.

⁴علي بن عزان علي الهاشمي، المرجع السابق، ص: 22.

للتخفيف، وتعني الشياطين نظرا لشطارتهم في تعقب ما ظهر وما خفي، والتسمية أطلقها كسرى ملك الفرس على كتابه القائمين على حسبة المال.

وقد أطلق العرب هذه الكلمة على سجلات الحكومة، والدور التي كانت تودع فيها هذه السجلات وأول من وضع نظام الديوان في الخلافة الإسلامية يقال إنه هو الخليفة عمر بن الخطاب رضي الله عنه. كما اعتمدوا كذلك نظام كتاب العدل، أو العدول وهو نظام إسلامي يختلف عن كتاب المحاكم اليوم، وإنما هو نظام مستمد من أحكام آية المداينة في سورة البقرة التي نذبت كتابة الديون ومختلف الاتفاقات المالية، وأوكلت مهمة الكتابة لكاتب عدل، الذي يعمل تحت إشراف قاضي، وهو نظام ما يزال ساري التطبيق في المملكة العربية السعودية إلى يومنا هذا.¹

القوانين القديمة خلقت شكليات مختلفة وأحيانا إجراءات معينة، الغرض منها هو: توثيق المعاملات المختلفة. وكان أساسها الثقة بين المتعاقدين، واستقرار هذه المعاملات بعد التراضي بين الأطراف، هو الخوف من الله عز وجل، لكن سرعان ما تغير الوضع، وتغير أخلاق الناس، وعاداتهم وظهر الخداع في المعاملات، والتدليس... الخ. كذلك عدم ردع المدلسين ومن يستعمل طرق احتيالية ظهرت الحاجة للبحث في وسائل إضافية لتأمين المعاملات، وحماية المتعاقد والغير من الغش، وأكثر ما وقع فيه الغش في المعاملات هو التعامل في العقار نظرا لأهميته وقيمه فأصبحت وسائل التوثيق التي كانت معتمدة بين الأفراد غير كافية لتحقيق الغرض منها ولم يعد الإشهاد على البيع يكفي فقد يموت الشاهدان قبل أن تطلب شهادتهما، أو أن يرفضان الشهادة، وعلى هذا كان لازما البحث في وسائل بديلة لتأمين المعاملات وحماية المتعاقدين والغير من الغش (وملاحظة فإنها أسباب لا تشكل في الشروط التي وضعتها الشريعة ومدى نجاعتها في تأمين المعاملات العقارية وإنما الإشكال يكمن في عدم التطبيق الصحيح لأحكام الشريعة بالنسبة للمحتالين والغشاشين وغيرهم من المدلسين لردعهم كما أن تغييب الردع من خلال القصاص العادل من الجناة كان له الأثر البالغ في غياب الوازع الديني والأخلاقي في المجتمع).

ومن أجل ذلك رأى أصحاب هذا الاتجاه أنه يجب تسجيل العقد في سجلات محفوظة هي خير وسيلة لإظهار الحقوق وإعلانها للملأ، والملاحظ أن هذه الطريقة صعبة ولا بد أن يسبق العملية تسجيل

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 39

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

عام أو تحديد لجميع العقارات، وهو ما يسمى اليوم بالمسح العام للأراضي، وهو الأمر الذي قامت به الدولة العثمانية.¹

الفرع الثاني: تنظيم الملكية العقارية خلال فترة الخلافة العثمانية

شرعت الدولة العثمانية سنة 955 هـ بتشكيل لجنة من المختصين ومن فقهاء المذهب الحنفي بتسجيل الأراضي أو الأملاك العقارية بعد تقسيمها وتبويبها، وهو الأمر الذي استغرق مدة 55 سنة ووضعت كنتيجة لعملها 970 دفتر، وضع عليه شعار الدولة العثمانية، والتي وضعت في مكان آمن من الضياع أو التلف، فلا يمكن فتحه إلا بأمر من السلطان، وبمعرفة هيئة من كبار موظفي الدولة.

إن هذا النظام لم يطبق في بداية الحكم الإسلامي، لعدم حاجة الناس إلى مثل ذلك النظام، كون أن الورع والخوف من الله كان الرادع والضامن لحماية المعاملات والتصرفات بين الأطراف، حتى أواخر عهد الخلافة العثمانية، وتم وضع قواعد لإثبات الملكية والتصرفات العقارية، تمثلت في قانون الأراضي العثمانية. وسنناقش فيما يلي من الدراسة تقسيمات الملكية العقارية في النظام العثماني وهذا كما يلي:

القسم الأول: تقسيمات الملكية العقارية في النظام العثماني

في النظام العثماني جاءت تقسيمات الملكية العقارية على النحو الآتي:

البند الأول: أراضي العرش

ويعرف العرش: "هو جماعة من الأفراد تجمعهم روابط مشتركة نشأت مع مرور الزمن"².

وهي الأراضي التي تستعمل جماعيا من قبل سكان عرش معين في جهة معينة من الوطن أو سكان قرية أو قبيلة معينة وكانت أغلب الأراضي من هذا النوع.

البند الثاني: أراضي ملك

وهي الأراضي التي يملكها أفراد أو عائلات بصفة فردية أو مشاعة بينهم، وجد هذا النظام قبل التواجد العثماني في البلاد وذلك بعكس نظام العرش الذي ظهر من خلال التواجد العثماني في البلاد

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 40، 41.

²حنان ميساوي، المرجع السابق، ص: 29.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وانتشر هذا النوع في المدن الكبرى وعلى أطرافها وفي المناطق الجبلية لا سيما القبائل، والتي كانت تخضع لقواعد الشريعة الإسلامية وأعراف وتقاليد تلك المناطق. كما كانت توجد أراضي من نوع ملك خاص في منطقة مستغانم، وهران، قسنطينة، وبعض المناطق من تلمسان والأوراس، وكذا الواحات الصحراوية¹.

البند الثالث: أراضي الحبوس أو الأوقاف

يمكن تعريف الوقف على أنه "حبس العين على ألا تكون مملوكة لأحد، وجعلها على حكم ملك الله تعالى، والتصرف بريعتها على جهة من جهات الخير في الحال أو المآل". وعليه يخرج العقار محل الوقف من ذمة الواقف صاحب الملك الموقوف، وبالتالي لا يجوز له التصرف فيه، لتخليه عن ملكيته فيه وكنتيجة لذلك يصبح الملك الموقوف غير قابل لأي تصرف أو معاملة عقارية ناقلة للملكية أو معدلة لها من طرف مالك العقار الموقوف أو المؤسسة الموقوف عليها هي الأخرى².

والأموال الموقوفة: هي العقارات التي حبست لفائدة مشاريع مؤسسات دينية أو خيرية أو حبست على الأولاد وأولاد الأولاد للحيلولة دون التصرف فيها بالبيع أو الهبة ويبقى لهم حق الاستغلال والانتفاع بالعقار حسب ما هو صالح له³.

البند الرابع: أراضي المخزن

هذا النوع من الأملاك هي قطع أراضي تمنحها السلطة العثمانية للعرب الذين يوالون الدولة العثمانية ويجندون في صفوف الجيش العثماني، وهو عبارة عن نوع من المكافئة على الانضمام للجيش العثماني، فتمنحه أرضاً، وسلاحاً، وحصاناً، وكانت الأرض التي تمنح للجندي وأهله على أساس حق الانتفاع وليس حق الملكية، فكان له ولأسرته حق استغلال الأرض بشكل شخصي ومباشر، دون بيعه أو التنازل عنه، وفي حالة وفاة المستفيد فيؤول الانتفاع إلى ورثته الذكور⁴.

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 197، ص: 198.

²حنان ميساوي، المرجع السابق، ص: 29، 30.

³عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 9.

⁴ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 198.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الخامس: أراضي البايلك

وهي مجموعة الأموال المملوكة للدولة وتعرف حالياً بأحكام الدولة، والمسيرة من طرف الادي على المستوى المركزي، ومن طرف البايات على مستوى الأقاليم. وهي مقسمة إلى نوعين.

النوع الأول: وهي الأملاك المرصودة للمنفعة العامة والتي لا يجوز التصرف فيها.

النوع الثاني: فيجوز للحاكم التصرف فيها، وهي مملوكة للدولة مباشرة والتي تحصلت عليها بطرق مختلفة¹.

وأراضي البايلك هي الأراضي أو العقارات التي كان يملكها الباي وحاشيته الحاكمة وكذلك الأراضي العائدة لبيت المال وهي بمثابة أملاك الدولة وكانت القوانين التي تحكم الملكية العقارية في هذه المرحلة هي الشريعة الإسلامية والعرف السائد في بعض المناطق².

وتجب الإشارة إلى أنه أنشأت الدولة العثمانية آنذاك سنة: 1274 هـ الموافق 1858 م وزارة خاصة سميت "نظارة الدفتر الخاقاني" كانت مهمته تسجيل العقارات وكل ما يتعلق بالحقوق العينية العقارية الأخرى، ضف إليها إدارة أملاك أو عقارات الدولة والمحافظات على السجلات العقارية، وهي نفس الإدارة التي كان يطلق عليها دائرة الطابو الذي انتشر في الدول التي كانت تحكمها الدولة العثمانية مثل العراق والشام، وغيرها من الدول التي كانت تحت الخلافة العثمانية.

أما مصر فلم تعرف نظام الطابو، والتي كانت خاضعة لحكم محمد علي، وكانت المبادئ العامة للشريعة الإسلامية تحكم المعاملات العقارية في مصر دون وجود لأي نظام للشهر الأملاك العقارية وذلك إلى غاية صدور التقنين المدني القديم.

الجزائر لم تعرف هذا النظام كونها كانت تحت الاستعمار الغاشم فكانت تخضع لقوانين المستعمر الفرنسي في تسجيل العقارات منها قانون سيناتيس كونسيلت وقانون واري³ وغيرها من القوانين، التي سنحاول شرحها فيما يلي من الدراسة.

¹حنان ميساوي، المرجع السابق، ص 31.

²عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 9

³ويس فتحي، المرجع السابق، من: ص 41 إلى ص 43.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ملاحظة: تميز تنظيم الملكية العقارية خلال حكم الدولة العثمانية بسن أنظمة وآليات مختلفة باختلاف الحقبة الزمنية المعاشة، ولاحظنا أن هذه الأنظمة الأخيرة لم تطبق في الجزائر كون أنها كانت تحت الاستعمار الفرنسي، وكذلك دولة مصر العربية التي لم تكن تحت الخلافة العثمانية لكنها كانت تطبق النظام الإسلامي.

-أما عن جزء آخر من الأراضي كان تحت سيطرة الدولة العثمانية الأمر يتعلق بالأراضي التي آلت إليها من ميراث الدولة الرومانية في أوروبا كانت تطبق نظام الإقطاع في إدارة الأراضي الزراعية. - والسؤال الذي يطرح في هذا الصدد هو كيف استطاعت الدولة العثمانية التوفيق بين هذه الأنظمة المختلفة في إدارة الأراضي الزراعية التابعة للإمبراطورية العثمانية.

في محاولة للإجابة عن هذا السؤال يجب ذكر أن السر في هذا النجاح هو أن فكرة الدولة عند العثمانيين كانت سهلة وبسيطة، كون أن مهام الدولة العثمانية وسياستها في البلاد المفتوحة لم تكن تتعدى

- 1- الفصل في المنازعات التي تثور.

- 2- مهمة الدفاع عن الأمن الخارجي والداخلي للولايات التابعة لها من خلال جيش قوي له ولاء لبلاده.

- 3- تحصيل الأموال الأميرية أي الضرائب وغيرها من الإجراءات التي سهلت عليها تسيير ناجح وقوي.¹

القسم الثاني: القوانين التي كانت تنظم الملكية العقارية خلال فترات الحكم العثماني

تميز تنظيم الملكية في الخلافة العثمانية بقلة النصوص المنظمة للأحكام العقارية، كما سبق وأشارنا إلى ذلك، ويبدو أن سبب ذلك هو أن فقهاء الشريعة الإسلامية كانوا يعتمدون مبدأ التراضي لإبرام أي معاملة سواء تعلقت بمعاملة على منقول أو بخصوص عقار، فلم يشترطوا أي شكلية لإبرام العقود كان

¹ السيد العربي حسن حسنى محمد، تطور النظام القانوني للملكية العقارية في مصر العثمانية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة: 1431هـ/ 1990، من ص: 44، إلى ص: 46.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ذلك حتى العصور المتأخرة وتغير أخلاق الناس، لكن وبالمقابل هذا لا يعني انعدام النصوص المنظمة لها، فظهرت قوانين ونصوص نذكر منها:

- قانون الأراضي العثمانية:

ظهر هذا القانون في أواخر حكم الخلافة العثمانية، عندما ذهب الأخلاق عن المجتمع والورع والخوف من الله، فاتجهت الدولة عن طريق علماء الدين في المذهب الحنفي إلى وضع قواعد لإثبات المعاملات العقارية المختلفة وانتقالها بين الأفراد.

- نظارة الدفتر الخاقاني:

وهي وزارة تعنى بتنظيم الأملاك العقارية في الدولة العثمانية وكانت مهمتها تسجيل العقارات وتسجيل المعاملات التي تقع عليها، كما كانت تعنى بتنظيم وإدارة أملاك الدولة -وما يعرف بأراضي البايك- فكان من مهام هذه الوزارة السهر على تنظيم وحماية هذه الأملاك في السجلات العقارية وكان يطلق عليها اسم: دائرة الطابو وكان هذا النظام مطبق عبر مختلف الدول التي كانت تحت راية الخلافة العثمانية.¹

- نظام الأراضي الميري:

وهو نظام الأراضي العرشية اليوم وهذا النظام أرادت الدولة العثمانية تطبيقه في الجزائر كما طبقتة في تركيا. في المبحث الموالي من الدراسة نتطرق إلى شرح كيف نظم المشرع الجزائري الأملاك العقارية وهذا كما يلي:

المبحث الثاني: تنظيم الملكية العقارية في الجزائر

شهدت الملكية العقارية في الجزائر العديد من التغيرات في الأنظمة التي سيرتها وذلك باختلاف الحقبة الزمنية التي كانت تعيشها البلاد من التواجد العثماني في البلاد ثم دخول المستعمر الغاشم البلاد سنة 1830 وبعد نضال طويل وتضحيات قدمها الشعب الجزائري، استطاعوا افتكاك الاستقلال في 05 جويلية 1962، وحتى بعد الاستقلال (وهذا في المطلب الأول)، لتحكم بعدها القوانين الجزائرية في تنظيم

¹ويس فتحي، المرجع نفسه، من ص إلى ص: 40، 43.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الملكية العقارية وظهور دور الشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية(هذا في المطلب الثاني من الدراسة) وهي النقاط التي سيتم مناقشتها فيما يلي:

المطلب الأول: القوانين المنظمة للملكية العقارية في الجزائر

نتناول في هذا المطلب من الدراسة تنظيم الملكية العقارية خلال الاحتلال الفرنسي، وحتى بعد الاستقلال، كانت البلاد تحت راية الخلافة العثمانية تابعة لقوانينها كما سبق وأشرنا، نتطرق إلى تنظيم الملكية العقارية خلال فترة الاحتلال الفرنسي 1830-1962 للجزائر (الفرع الأول)، وفي الفرع الثاني نتطرق إلى القوانين التي سنها المشرع الجزائري لتنظيم الملكية العقارية بعد الاستقلال وهذا لاحترام التسلسل الزمني.

الفرع الأول: تنظيم الملكية العقارية خلال الاحتلال الفرنسي للبلاد

تكلمنا في الفقرات السابقة عن تنظيم الملكية في الدولة العثمانية، وكانت الجزائر تحت الخلافة العثمانية الإسلامية، فكانت خاضعة للأنظمة التي كانت مطبقة على الدول التابعة للدولة العثمانية وكان ذلك حتى مجيء الاحتلال الفرنسي للجزائر خلال هذه المرحلة كانت البلاد تحت التواجد العثماني الذي طبقت قوانينه على مجموعة من المناطق في البلاد وهي الساحل وبعض المدن الداخلية، فلم تبسط نفوذها على كامل إقليم الدولة الجزائرية آنذاك بينما كان يحكم المناطق الداخلية والصحراء النظام الإسلامي والأعراف والتقاليد الخاصة بالمنطقة¹. وبالتالي فإن تنظيم الملكية العقارية في الجزائر من انتقال وتداول الأملاك والعقارات واستغلالها واكتسابها وغيرها من المعاملات العقارية المختلفة، لم تكن تخضع لنظام عقاري قانوني موحد وبالتالي أحكام المعاملات العقارية اختلف خلال هذه المرحلة حسب المنطقة والنظام الذي كانت تخضع له.

تميز تقسيم الملكية العقارية خلال هذه الفترة نظام بسيط ومتناسك ومعروف لدى الأفراد كون أنه كان ينبع من عادات وتقاليد المجتمع الجزائري المسلم فمثلا نظام الوقف أو الحبوس كان موجودا قبل استنجد الجزائر بالدولة العثمانية سنة 1518م كون أن هذا النظام (الوقف) عرف منذ دخول البلاد تحت راية الإسلام، وغيرها من الأمثلة التي تؤكد ذلك.

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص:192.

وخلال عهد الاستعمار الفرنسي ودخول الاستعمار الغاشم، صدرت في هذه الفترة الزمنية نصوص كثيرة خاصة بتنظيم الملكية العقارية على العموم والتي تم سنّها في فترات متقاربة بشكل يظهر الصعوبات التي واجهت الإدارة الفرنسية في عدم تمكنها من إخضاع المعاملات العقارية بين الأهالي إلى القوانين الفرنسية، كما لم تكن تعرف كيف تتعامل مع أوضاع غير معروفة في القانون المدني الفرنسي على غرار أراضي العرش والوقف، كما استعصى على الدولة الفرنسية المستعمرة إحصاء أملاك الدولة العثمانية في الجزائر وهذا لدمجها في أملاك الدولة الفرنسية بالرغم من أن أولى الخطوات التي قامت بها مصادرة العقارات التابعة للإدارة العثمانية، وكان ذلك بموجب الأمر المؤرخ في: 08 سبتمبر 1830.

كما قام بعض موظفي الدولة العثمانية قبل خروجهم على إخفاء وإتلاف الوثائق وسجلات الإدارة العثمانية التي كانت تنظم إدارة الأملاك العقارية في المناطق التي كانت تخضع لها، ضف لها المضاربة غير القانونية في بيع الأراضي وغير المشروعة والتي تمت بين المعمرين والأهالي الأمر الذي زاد تعقيد العملية على المستعمر الفرنسي¹.

ثم استهدف بعد ذلك أراضي الأهالي التي شاركت في المقاومة، وذلك بموجب الأمر 31 ديسمبر 1830 ثم قامت بالاستيلاء على أراضي البايلك، ثم إلغاء نظام الوقف والسماح للأفراد بجواز التصرف فيه وذلك بموجب المرسوم المؤرخ في: 10 جوان سنة 1830² الذي كان يشمل أراضي شاسعة وفي مناطق حيوية من البلاد، وغيرها من القرارات التي كان هدف المستعمر هو الاستيلاء على أكبر قدر ممكن من الأراضي الخصبة ومنحها للمستوطنين والتي كانت بطرق كثيرة مختلفة ومتعددة³.

القسم الأول: أهم الأوامر الصادرة خلال هذه الفترات

ما يميز هذه الفترة إصدار السلطات الفرنسية، مجموعة من الأوامر لتنظيم الملكية العقارية التي عرفت فوضى طيلة الخمس عشر سنة الأولى لدخول المستعمر بلادنا، ورواج المضاربة في بيع الأراضي دون رقابة، فاستولت على أراضي شاسعة خصبة، حيث باع الأهالي الجزائريون هذه الأراضي للمعمرين الأوائل بدون سندات تثبت ملكيتهم لهذه الأراضي، وأعاد هؤلاء المعمرين بيعها لمعمرين آخرين بغرض الربح دون رقابة من أي جهة، حتى أصبح حديث المضاربة في الأراضي وإعادة بيعها بأثمان

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 201.

²حنان ميساوي، المرجع السابق، ص: 33.

³ انظر في هذا المعنى، عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 10.

مرتفعة بعد شرائها أو الاستيلاء عليها من الأهالي المضطهدين بأثمان زهيدة أو مرغمين على ذلك كان الشغل اليومي لطبقة كبيرة من المعمرين، حتى قال البعض أن طبقة المضاربين كانت تأتي في الدرجة الثانية من حيث النفوذ بعد ضباط الجيش المستعمر الفرنسي¹.

وكما استولت كذلك على أراضي ومؤسسات الدولة العثمانية والذي كان بحجج مختلفة ومن بين أبرز النصوص التي أسست وشرعت لهذه الأفعال في هذا الشأن الأمر المؤرخ في: 1844/10/01 ثم أمر 1846/07/02 والذي كان الهدف من النصين هو: تحويل أكبر عدد من الأراضي إلى ملكية خاصة للمعمرين وضمان حقوقهم عليها ثم القانون الصادر في: 16 جوان سنة 1851.

البند الأول: تسوية المعاملات العقارية التي وقعت بعد دخول المستعمر

صدر الأمر المؤرخ في: 1844/10/01 كان الهدف من سن هذا القانون هو تسوية وضعية عمليات الشراء التي وقعها وأبرمها المعمرون مع الأهالي أو مع المعمرين الآخرين، والتي كانت مشوبة بعيوب تؤدي إلى بطلانها (كالإكراه أو الغبن، الذي يؤدي إلى بطلانها في القانون المدني الفرنسي ومعظم قوانين العالم) وذلك كله لقطع الطريق على الأهالي الذين باعوا أراضيهم بأثمان رخيصة وتحت الإكراه والتهديد في المطالبة باسترجاع أراضيهم، كما تضمن الأمر المذكور نصا يلغي عدم قابلية التصرف في الأملاك الوقفية التي كانت تشكل عقبة حقيقية أمام المعمرين وبذلك أصبحت قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك الوقفية لا تسري إلا على التصرفات التي تبرم بين الأهالي دون تلك التي تبرم بين الأهالي والمعمرين وأخضع المسائل المنظمة للأملاك الوقفية أو الحبوس والمنازعات الخاصة بها تنظر أمام المحاكم الفرنسية، وبالتالي سمحت بنقل الأملاك العقارية الوقفية التي لم يكن يسمح بنقلها لأنها موقوفة²، كما أقيمت على قاعدة منع التصرف في الأملاك الوقفية فيما بين الأهالي، دون المعمرين.

كما تضمن الأمر ذاته نصا يجيز للإدارة الاستعمارية نزع ملكية الأراضي التي بقيت دون استغلال. ومما تضمنه الأمر كذلك دمج الأراضي التي يحمل أصحابها من الأهالي على سندات غير كافية لإثبات الملكية.

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص ص: 202، 203.

²عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 09.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

كما أخضع الأمر السالف الذكر كل المعاملات العقارية للقانون الفرنسي التي تتم بين الأهالي والمعمرين.¹

البند الثاني: الأمر المتضمن دمج الأراضي التي لا مالك لها للدولة الفرنسية

صدر بعد حوالي السنتين، الأمر الثاني الصادر بتاريخ: 1846/07/02 والذي جعل ملكية الأراضي التي لا مالك لها، مصيرها الدمج في أملاك الدولة الفرنسية²، وقد جاء هذا النص من أجل تقادي الإشكالات التي خلفها الأمر الصادر سنة: 1844 والتي كانت لتبسيط إجراءات مراقبة السندات وكانت تراقب من طرف مجلس مختص يسمى مجلس المنازعات والذي يأمر بتعيين خبير من أجل تعيين الحدود، وأخذ صور طبوغرافية عن الأرض وجيل الاعتراضات المحتملة وفي حال لم يستجب السند المقدم للمواصفات المحددة يأمر المجلس ببطلان السند واعتبار الأرض مملوكة للدولة الفرنسية.

والهدف الرئيسي من هذين الأمرين الاستيلاء على أراضي الحبوس وأراضي المواطنين الذين لا يملكون حينها عقود الملكية لان الأرض كانت تستغل في معظمها جماعيا من طرف سكان القرية أو القبيلة أو عرش معين، دون سند.

البند الثالث: صدور القانون الذي أقر الحماية لأصحاب السندات الصحيحة

قانون 16 جوان 1851 الذي عمل على توفير حماية للملاك الذين لهم سندات صحيحة، وذلك دون تفرقة بين أملاك الأهالي الأصليين وبين المعمرين الأوروبيين، وذلك عملا بالمادة: 10 منه. سوى هذا الحكم الجديد فان القانون المذكور لم يأت بجديد عدا التأكيد على ما ورد في الأمرين السابقين 1844/10/01 و 1846/07/02 لاسيما إخضاع المعاملات العقارية بين الأهالي والمعمرين للقانون الفرنسي. كما مكن هذا القانون الحائز لهذا العقار عقد ملكية لجزء من الأرض وذلك مقابل تنازله عن الجزء المتبقي من أرضه لفائدة المستعمر الغاشم وهذا بعد تحفيز عمليات قسمة أراضي العرش بين المالكين، وتم تجريب هذا النظام بشكل تجريبي خوفا من ردة فعل المواطنين ممثلين في العروش وقد ثبت صعوبة تطبيق هذا النظام آنذاك والذي لم يطبق إلا على خمس عروش وهي: منطقة البويرة بعرش أولاد

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 204.

²عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 09، 10.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

بليل، وفي منطقة عين الدفلى بعرش العبيد وفراليا، وبمنطقة شلف بعرش أولاد قوصير، ثم بمنطقة تلمسان بعرش سيدي العبدلي، وأخيرا بمنطقة سكيكة بعرش بن بشير.¹

والملاحظ أن هذا القانون يحمي المعاملات التي وقعت بعد دخول المستعمر البلاد كون أنه اعترف بالملك الذين لهم سندات كافية لملكية الأرض، وهو الأمر الذي توفر للمعمرين أكثر منه للمواطنين، الذين كانت ملكيتهم للأراضي ملكية جماعية، كما سبق وأشرنا.

غير أن أهم القوانين التي كان لها بالغ الأثر على الملكية العقارية وكانت مصدر لسندات الملكية العقارية التي يمكن الاستناد عليها في إثبات الملكية العقارية في تلك الفترة والتي امتدت آثاره إلى يومنا هذا، الأمر يتعلق بالقانونين: الأول قانون 1863/04/22 سيناتوس كونسيلت وقانون وارني:في:1873/07/26.

البند الرابع: قانون سيناتوس كونسيلت

من أهم القوانين التي كان لها الأثر الكبير في تجزئة الأراضي الجزائرية المستوحي من الامبراطور نابليون الثالث والخاص بتقسيم ملكية أراضي العرش بين القبائل بعدما كانت مجرد حق انتفاع وهذا بعد تحديدها وهذا كمرحلة أولى، على أن تحول هذه الملكية بعد تحديدها إلى ملكيات فردية كمرحلة ثانية لتسهيل تحويلها والتنازل عنها لصالح المعمرين الأوروبيين الأمر الذي يصعب على الملكية الجماعية² بواسطة تنازلات فردية، ويمكن إلزام المالك ببيع عقاره عن طريق الضغط والتهديد والتخويف والتفكير أو التحايل أو التهديد أو الإكراه، الأمر الذي يصعب على الملكية الجماعية وهذه كمرحلة ثالثة، خاصة وأن البلاد كانت إبان فترة الاستعمار الغاشم يفعل ما يشاء في أرض خصبة لا حسيب ولا رقيب عن ما يقوم به وفي ضل تنكره لكل الوعود التي التزم بها خاصة البند الخامس للمعاهدة التي تمت بين الداى حسين والمارشال دي بورمن (والتي وقعت في منطقة الابيار بمدينة الجزائر المكان

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص ص: 204، 205.

²عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 10 وما يليها.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

المسمى جنان رايس حميدو¹، وهنا صدر مرسوم بتاريخ: 23 ماي 1863 الذي أقر تقسيم أراضي العرش إلى أربعة أقسام يملكها كل عرش²، كما يلي:

1/ أراضي ملك الدولة.

2/ أراضي ملك خاص.

3/ ملكية جماعية زراعية لفائدة العرش.

4/ ملكية جماعية بلدية للرعي.³

فشل قانون سيناتيس كونسيلت في تقسيم كل أراضي العرش، مما اضطرها إلى إصدار قانون جديد مكمل للأول وهو: قانون وارني.

البند الخامس: قانون وارني المؤرخ في: 1873/07/26

قانون وارني⁴ - القانون يقضي بفرنسة كل الأراضي الجزائرية - والتسمية هي نسبة إلى وارني الذي كان ممثل الكولون في البرلمان الفرنسي في الجزائر، والذي اقترح ضرورة تحويل الملكية الجماعية للأراضي إلى ملكية فردية، القانون يقضي بتمكين المستوطنين الأوروبيين والفرنسيين على الخصوص من الحصول على أراضي في الجزائر، واعتمد وارني على دراسة إدارية أجريت سنة 1871 قدمت للجمعية الوطنية كمشروع لإعادة تأسيس الملكية الفردية في الجزائر وهذا ما يؤكد أن وارني اعتمد على هذه الدراسة لإعداد قانونه الشهير، والذي تم الموافقة عليه بعد اجتماعه بعدة قيادات سياسية وعسكرية وقد قبلت به الجمعية الوطنية كقانون تم نشره وتطبيقه في 26 جويلية 1873 في الجزائر والذينص على (16) ستة عشر مادة⁵، ونصت المادة الأولى من قانون وارني على أن " إنشاء الملكية العقارية في الجزائر وحفظها ونقلها بالتعاقد يخضع للقانون الفرنسي مهما كان الملاك، "وعليه

¹ موقع ويكيبيديا، مقال بعنوان: معاهدة دي برومان، تاريخ الاطلاع 2020/04/12

² قانون سيناتيسكونسيلت الصادر في 22/أفريل/1863.

³ ويس فتحي، المرجع السابق، ص ص: 205، 206.

⁴ قانون وارني المؤرخ في: 1873/07/26.

⁵ بختاوي خديجة، مقال بعنوان: قانون وارني والملكية الفردية من خلال مخطوطات أرشيفية، المجلة الجزائرية للمخطوطات، العدد: 11 سنة 2014 / أنظر أيضا عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 10.

أخضعت المادة تنظيم انتقال وحفظ الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية في الجزائر للقانون الفرنسي مهما كان أطراف العقد¹ وألغى بذلك تطبيق القوانين الإسلامية بين الأهالي وأصبح القانون الفرنسي يحكم كل المعاملات العقارية التي كانت تحكمها الشريعة الإسلامية سابقا، بما فيها الأملاك العقارية أو الحقوق العينية العقارية في البلاد ومهد هكذا للاستيلاء على الملكية الفردية التي تمت وفقا لقانون 1863/04/22 القاضي بقسمة أراضي العرش.

القسم الثاني: السياسة العقارية الجديدة في البلاد

يبدو أن فرنسا حاولت وبعد انتهاء الحرب العالمية الثانية واندلاع حرب التحرير مصالحة الشعب الجزائري بسنها بعض القوانين والامتيازات في ظاهرها أنها تساوي بين المواطنين والمستوطنين في الحقوق والواجبات (من خلال تسجيل التبادل وانتقال العقار بين المواطنين والمستوطنين تحت سقف واحد ألا وهو القانون الفرنسي) وفي باطنها أمور خطيرة لا تزال آثارها السلبية إلى يومنا هذا.

المرسوم الصادر بتاريخ: 1956/3/26 الذي يهدف إلى تهيئة العقارات وتشجيع التبادل الودي بغية تنظيم وتجميع الملكية، وطبعا الفكرة تهدف إلى تجميع الملكية في يد الأوروبيين دون ذكرها صراحة. فشجع هذا المرسوم على تسهيل المبادلات وانتقال الأملاك العقارية بالتراضي لإنهاء تشتت وتجزئة الأراضي وتجميع المستثمرات الريفية بطريقة جديدة لتوزيع القطع الترابية وجاء بما يسمى بإجراءات التهيئة الريفية (aménagement rural)²

كما أن الأمر رقم: 41/59 المؤرخ في: 1959/01/03 الذي يرمي إلى تأسيس ومعاينة حقوق الملكية والحقوق العينية والأعباء وإلى تحديد الأملاك حسب طريقة هندسية لأجل إقامة مخطط صحيح وكان يهدف أيضا السماح بإجراء عملية القسمة حتى يجعل حدا للملكية الشائعة التي كانت سائدة فلا تكون في يد عرش معين وإنما تقسيمها على أفراد العرش وبالتالي تفتيت قوة العرش وتركه في نزاع

¹Art 1 loi 26 juillet 1873 "l'établissement de la propriété en Algérie, sa conservation et la transmission contractuelle des immeubles et droits immobiliers quels que soient les propriétaires sont régis par la loi française"

²حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص: 102. / أنظر أيضا في هذا المعنى عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص: 11. أنظر كذلك في هذا المعنى ويس فتحي، المرجع السابق، ص:

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

داخلي دائم استمر إلى يومنا هذا، وكانت وقتئذ المحكمة العقارية هي الهيئة المختصة التي أنشأت بموجب الأمر السالف الذكر والذي نحن بصدد دراسته(تم إنشاء المحكمة العقارية بموجب الأمر الصادر في: 03 جوان 1959 والتي تفصل في المنازعات التي تتعلق بحقوق الأشخاص بإصدار حكم يجعل الحقوق والعقار كلها خاضعة للقوانين الفرنسية)، وكان من اختصاصها النظر في المنازعات والحقوق العقارية للمتقاضين عن طريق أحكام تؤدي إلى فرنسة عقود الأراضي مند ذلك الحين وبالتالي إخضاعها إلى القانون الفرنسي. تدعم هذا بصدور المرسوم رقم: 555/60 المؤرخ في 03 جوان 1960 الذي أنشأ ما يسمى بمحيطات العصرية العقارية.¹

ويمكن الإشارة إلى أنه صدر أمر في 03 جوان 1959² المتمم بالقانون المؤرخ في 04 ديسمبر 1959 ثم قانون 28 ديسمبر 1959، وتنظيم الإدارة العامة المؤرخ في: 03 جانفي 1960.

هذه النصوص التي ذكرناها شكلت في مجموعها السجل العقاري للعقار في الجزائر (livre foncier). وقد شرع في تطبيق عملية المسح للأراضي فعليا في البلاد وعلى سبيل التجربة في منطقة (مولاكوف) بوقادير حاليا ثم تركت تماما بعد الاستقلال، ولم ترالنور³.

الملاحظ لما سبق ذكره أن السياسة العقارية التي تبنتها الإدارة الاستعمارية في الجزائر لم تكن تهدف إلى إيجاد حلول فعالة بالقدر الذي كانت تسعى جاهدة إلى الاستحواذ على أراضي الجزائريين واغتصابها بكل الطرق القانونية وغير القانونية المعلنة والخفية، فلم تنجح في إرساء نظام عقاري متوازن وناجح، وهو الأمر الذي ترتب عنه وضعية عقارية معقدة وغير واضحة كان لها الأثر البالغ على النظام العقاري في البلاد بعد الاستقلال.

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 210.

²فرض هذا الأمر وجوب تسجيل كل الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري وذلك تحت طائلة عدم حجية هذه الحقوق وظهر في هذا الإطار الحديث لأول مرة عن قوة الثبوت المطلقة للتسجيل في السجل العقاري والذي يمنح المالك في الأخير دفتر عقاري الذي يشكل سند نهائي بات. أنظر ويس فتحي، المرجع نفسه، ص: 210، 211.

³حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص: 103. أنظر في هذا المفهوم ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 211.

الفرع الثاني: القوانين المنظمة للملكية العقارية في الجزائر بعد الاستقلال

نتكلم في هذا الفرع عن القوانين التي نظمت الملكية العقارية في البلاد بعد الاستقلال ولعل أول قرار كان باستمرار العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما كان يتعارض والسيادة الجزائرية، وهذا بالنظر لضرورة المرحلة في تلك الفترة الزمنية ثم بعد فترة من الزمن بدأ صدور القوانين الجزائرية تباعا وفي كل ميادين الحياة، حتى إلى ما وصلنا إليه اليوم.

القسم الأول: استمرار العمل بالقوانين الفرنسية حتى صدور قانون التوثيق

ومفاد هذه القوانين هو استمرار العمل بالقوانين الفرنسية التي كانت تحكم المعاملات بين الأفراد داخل المجتمع والدولة، وهذا حتى تستمر الحياة الطبيعية بين أفراد المجتمع ويستتب النظام في البلاد ولكن بفارق جوهري هو عودة كرامة المواطن الجزائري بعد مدة 132 سنة من الظلم واللامساواة بين السكان الأهالي والمستوطنين.

البند الأول: الأمر بمواصلة العمل بالقوانين الفرنسية

وذلك من خلال الأمر رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 الذي أجاز مواصلة العمل بالقوانين الفرنسية بكل مضامينها التقنية ووسائل عملها في جميع الميادين بما يتماشى مع مبادئ الدولة الجزائرية المستقلة، طبعا مع إيراد استثناءات، فجاء في المادة الأولى¹: "يمدد التشريع المعمول به باستثناء النصوص المخالفة للسيادة الوطنية".

المادة الثانية: " تعد باطلة جملة النصوص التي تمس سيادة الدولة الداخلية والخارجية والتي لها طابع استعماري أو عنصري وكذلك تعد باطلة النصوص التي تمس بالحريات الديمقراطية".

البند الثاني: في مجال التعمير

كما تم في مجال التعمير الاستمرار في العمل بالمرسوم الصادر في 1958/12/31 "مشروع قسنطينة" إلى غاية صدور الأمر 67/75.

¹ الأمر رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن بالاستمرار بالعمل بالقانون الفرنسية عدا ما يتناقض مع السيادة الوطنية، ج.ر الصادرة بتاريخ 1963/01/11.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وتجب الإشارة إلى القرار الذي صدر عن المجلس الأعلى للقضاء سابقا - المحكمة العليا حاليا - الصادر بتاريخ: 15 فيفري 1967 والذي اعتبر كل القوانين المتعارضة مع السيادة الوطنية حول الملكية العقارية يجب عدم تطبيقها.¹

كما تزامن في هذه الفترة ظهور المخططات التنموية من أول مخطط الممتد من 1967 إلى غاية 1969 إلى آخرها الذي كان من 1974 إلى 1977.² وكلها تندرج تحت سياسة الدولة الهادفة إلى النهوض بالقطاع الصناعي والفلاحي ومحاولة تنظيم المجال العمراني من خلال إقامة المناطق الصناعية والمجموعات السكنية الكبرى والمناطق السكنية الحضرية الجديدة على الأراضي التي دخلت ضمن الاحتياطات العقارية لصالح البلدية بموجب الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20/02/1974 والواقعة ضمن المنطقة العمرانية التي يحدد المخطط العمراني المعد من قبل المجلس الشعبي البلدي طبقا للمادة 156 من القانون البلدي لتلك الفترة.

كما تم صدور نصوص منظمة للممتلكات العقارية والعقار كالأمر المؤرخ في 24/08/1962 المتعلق بحماية وتسيير الأملاك الشاغرة بعد مغادرة المستوطنين وترك حظيرة سكنية فارغة في المدن والتي شغلها السكان النازحين من القرى، وتنظيمها بموجب المرسوم المؤرخ في 18/03/1963. وبعد خروج الاستعمار الفرنسي من البلاد والحصول على الاستقلال كانت الأراضي موزعة كما يلي:

- 4.969.102 هكتار أراضي ذات سندات مفرنسة.
- 4.406.356 هكتار أراضي ملك بدون سندات.
- 2.071.528 هكتار أراضي عرش بدون سندات.
- 4.694.214 هكتار أراضي تابعة للدولة.
- 4.179.050 هكتار أراضي تابعة للبلديات.³

¹ Amar Aloui, Propriété et régime foncier en Algérie, éditions Houma, Algérie, 2011, pp 67- 68.

مأخوذ عن مقال بعنوان: التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري في الجزائر وأثره على تطهير الملكية العقارية الخاصة، للكاتب المزوار قنور، مجلة أفاق فكرية، المجلد الرابع، العدد الثامن، مارس 2018.

² المادة 03 من الأمر رقم 26/74 مؤرخ في 20/02/1974 يتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات. ر. عدد 19 لسنة 1974.

³ 68 - 67 / Amar Aloui, Bis , pp 67 - 68 / انظر المزوار قنور، المرجع السابق، ص: 326.

القسم الثاني: صدور قانون التوثيق لسنة 1970

هو أول قانون جزائري ينظم المعاملات العقارية ويوثقها وكل ما يتعلق بالعقار أو حقوق عقارية في البلاد بصفة رسمية وهو قانون رقم: 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 والذي دخل حيز التنفيذ في الفاتح من جانفي 1971 المتضمن مهنة التوثيق¹ وذلك إعمالا بالمادة 53 منه²، تم إلغاء القانون رقم: 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 بعد صدور القانون 02/06 المتعلق بمهنة التوثيق حيث أكد هذا القانون في المادة 12 منه على أن تحرر العقود في شكل رسمي عند إبرام العقود³ حيث نصت أنه: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد". وما يلاحظ أنه بعد تاريخ سريان هذا القانون لم يعترف بالعقود العرفية التي تمت ووقعت بعده⁴ وبالتالي تعد العقود العرفية بعد سريان قانون التوثيق باطلة بطلان مطلق⁵.

المطلب الثاني: الشهر العقاري في تنظيم إثبات الملكية العقارية

هناك من يعتبر أن عملية الشهر العقاري مجرد إجراء إداري تقوم به الدولة بواسطة إحدى مؤسساتها ممثلة في إدارة التسجيل العقاري أو المحافظة العقارية كما يرى كثير من المتعاملين في المجال العقاري، والحقيقة أنه أبعد من ذلك بكثير. وإذا كان الأثر الطبيعي للتسجيل العقاري هو نقل الملكية العقارية أو الحق العيني العقاري والذي يؤدي إلى حفظ هذه الحقوق، ومن غير شك أن حفظ وإثبات الملكية، يؤدي إلى الطمأنينة بالنسبة للمتعاملين في المجال العقاري، وبالتالي استقرار المعاملات ومنع الغش وصور الحقوق، والذي ينتج عنه القضاء على المنازعات العقارية بشكل كبير وبالتالي التشجيع

¹ القانون رقم: 91/70 المؤرخ في: 15/12/1970 تم إغائه بالقانون 02/06 المؤرخ في: 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق.

² المادة 53 من قانون 91/70 سالف الذكر على: "يسري مفعول هذا الأمر ابتداء من أول يناير سنة 1971".

³ المزوار قنور، المرجع السابق، ص: 327.

⁴ أنظر قرار رقم: 246/799 مؤرخ في 19-03-2003 مجلة القضائية 2004، عدد 01، ص: 214.

⁵ حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومه، الطبعة الثانية عشر 2012، ص: 09.

على الاستثمار في المجال العقاري¹، وهو الأمر الذي سنناقشه في هذا المطلب من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: أنظمة الشهر العقاري

الشهر العقاري عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، إظهارا 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 منها.²

نصت المادة 793 من القانون المدني الجزائري، على أنه: "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".³

كرست هذه المادة وجوب شهر التصرفات المتعلقة بتنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على عقار وعليه لا يعتد بالعمليات التي لا تخضع لهذا الإجراء.

يتمثل هذا الإجراء في مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية لشخص أو أشخاص معينين تجاه الغير، يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإدارة الشهر العقاري، والمتمثلة في المحافظة العقارية، لإعلام الكافة بها، وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية بين الأشخاص.⁴

ويعرف الشهر العقاري نظامين للشهر:

- نظام الشهر الشخصي للحقوق.

- نظام الشهر العيني للحقوق.

¹ علي بن عزان بن علي الهاشمي، المرجع السابق، ص: 09.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هوم، الطبعة الخامسة، 2018، ص: 15.

³ أنظر المادة 793 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

⁴ سليمان بن الشريف، إبراهيم يامة، مقال بعنوان: نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية -دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد: 06 العدد:

01- جوان 2019. ص: 49. تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/02/14.

القسم الأول: نظام الشهر الشخصي للحقوق

نتطرق في هذا الجزء من الدراسة إلى مختلف النقاط المتعلقة بالشهر الشخصي من تعريفه ثم خصائصه وكذا موقف المشرع الجزائري منه وهذا كما يلي:

البند الأول: مفهوم نظام الشهر الشخصي

يخضع انتقال الأملاك العقارية والحقوق العينية العقارية بين المتعاملين العقاريين في معظم الدول إلى نظام الشهر العقاري، الذي يختلف من دولة إلى أخرى وفي بعض الأحيان يختلف في الدولة الواحدة من منطقة إلى منطقة أخرى أو من مقاطعة إلى مقاطعة أخرى.

الجزء الأول: تعريف نظام الشهر الشخصي

نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر العقاري، وإذا حاولنا تقديم تعريف له، فنعرفه أنه نظام من نظم شهر المعاملات العقارية الذي يتخذ من أسماء المتصرفين محورا وأساسا تدور حوله وترتكز عليه عمليات القيد في السجلات.

ففي هذا النظام تعتبر أسماء الأشخاص أساسا للتسجيل في سجل عام واحد أو عدة سجلات في مركز كل إقليم يوجد به إدارة للشهر العقاري، يرصد بها كل التصرفات المتعلقة بحقوق عينية عقارية، وتجرد فيه كافة التصرفات الواردة على عقارات باسم الشخص المتصرف في العقار وتدون فيه أسماء ملاك العقار ولا يهتم بالعقار أو موقعه في هذا النظام.¹

وفي هذا النظام يتم شهر التصرفات بناء على أسماء أطرافها خاصة المتصرف، وهذا يتطلب إنشاء سجلات تدون فيها التصرفات الواردة على عقار باسم المتصرف، على أن تضع لهذه السجلات فهارس مرتبة تحمل أسماء المتصرفين²

¹ أنظر مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص: 15. وأنظر: ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 63،64.

² عباس عبد الحليم حبر المحامي بالقضاء العالي، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، ص: 09.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الجزء الثاني: خصائص نظام الشهر الشخصي

يتميز هذا النظام بخاصيتين هما:

أ/ أسماء الأشخاص هي أساس لشهر التصرفات المراد شهرها: ويمسك نوعين من السجلات في هذا النظام:

- سجلات تخضع للترتيب الزمني عند تقديم المحررات التي يريد شهرها.
- وسجلات أخرى تخضع للقيود طبقا للحروف الأبجدية لأسماء الأشخاص.

ب/ أن الشهر ليست له أي قوة ثبوت مطلقة، بل هو مجرد إجراء للعلنية فقط، دون أن يكون له أثر على الحق المشهر. إن هذا الإجراء لا يظهر التصرف من العيوب التي قد تكون سببا في إبطاله أو فسخه، وعليه فدور الشهر في هذا النظام هو إعلان الحقوق وإعطائها حجية في مواجهة الغير،¹ كما يجوز تملك العقار بالتقادم في هذا النوع.²

الجزء الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي

ذكرت المادة: 27 من الأمر رقم: 74/75 بتمديد العمل بنظام الشهر الشخصي، بحيث "أن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلديات لم يمسهها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على شكل فردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم"³.

كما أكدت على ذلك ما تضمنته المادة 113 من المرسوم رقم: 63/76 "خلافا لأحكام المواد: من: 29 إلى 26 من المرسوم 63/76 سالف الذكر إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية، فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية، مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 64.

²المرجع نفسه، ص: 93.

³أنظر المادة: 27 من القانون رقم: 74/75 المؤرخ في: 12/ 11/1975 يتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس سجل عقاري، ج ر العدد 92 المؤرخ في 18/11/1975 معدل بالقانون رقم: 09/79 المؤرخ في: 31/12/1971 المتضمن قانون المالية لسنة 1980 والقانون رقم: 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وكلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك.¹

وبالتالي يلاحظ من مضمون المادة أن العقارات الموجودة في البلديات التي لم يمسهها المسح ترقم باسم مالك العقار، وذلك إلى حين انتهاء عملية المسح، كما أنه يتم فهرسة مستخرجات الوثائق المودعة لدى المصالح المختصة التي يتم إشهارها وفق ترتيبها.

القسم الثاني: نظام الشهر العيني للحقوق

سنتطرق في هذا القسم إلى تعريف نظام الشهر العيني (البند الأول) ثم نتطرق لخصائصه (البند الثاني).

البند الأول: تعريف نظام الشهر العيني

تبنت البلاد نظام الشهر العيني سنة: 1975 من خلال الأمر رقم: 74/75²المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري.

ويتفق أغلب المتخصصين في مجال وأنظمة الشهر العقاري إلى أن أستراليا كانت السبابة في أنها وضعت نظام الشهر العيني وذلك من خلال تطبيق نظام تورنس في القرن التاسع عشر (روبرت تورنس: الذي كان يباشر وظيفة مراقب في إدارة الجمارك، -والذي كان على دراية بأنشطة السفن وقيد المعاملات الواردة عليها سجل خاص- لما أعلن عنه سنة 1855 السيد: روبرت تورنس، والذي اشتغل أمين عام للعقود بدولة أستراليا أنظر مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص: 19)، لتتبنى فكرته أستراليا رسمياً سنة 1858 من خلال القانون الصادر في: 1858/07/02.

وبعد ذلك اعتمد هذا النظام دول عديدة في العالم. إلا أن البعض الآخر يرجع نشأة هذا النظام إلى ألمانيا في القرن السابع عشر، وذلك بعد انهيار النظام الإقطاعي فيها، أصدر ملك بروسيا فريدريك

¹أنظر المادة 113 من المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 مؤرخ في: 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر رقم 30 لسنة 1976، معدل ومتمم بالمرسوم رقم: 80-210 المؤرخ في: 1980/09/13. والمرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في 1993/05/19.

²الأمر رقم: 74/75السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الأول منشورا في: 1693/09/28 والذي قرر بموجبه أن جميع العقارات الكائنة بدائرة مدينة كولونيا ودائرة مدينة برلين وكذلك الرهون التي تنقلهما يجب أن تقيد تفصيلا بأرقام سلسلة في سجل خاص يشرف عليه قاضي، ثم تم تعميم نطاق سريان هذا القرار على كافة المملكة.¹

البند الثاني: خصائص نظام الشهر العيني

نتطرق في هذا القسم إلى ما يتميز به نظام الشهر العيني من خصائص وهو ما تسعى إليه العديد من الأنظمة القانونية من خلال تعميم تطبيقه للحفاظ على الملكية العقارية وعلى الحقوق العينية العقارية.

الجزء الأول: قاعدة التخصيص

والمراد من هذه القاعدة انه في نظام الشهر العيني، يخصص لكل تصرف وارد على عقار سواء كان منشئا أو معدلا أو ناقلا لحق الملكية العقارية بطاقة عقارية عينية محددة تقيد فيها جميع المعاملات الواردة عليه كما تشير إلى ذلك المادة: 38 من المرسوم 63/76² ونصها كما يلي: كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إنهاء ارتفاقات أو حقوقا مشتركة يجب أن يكون موضوع تأشير على بطاقة كل عقار". ومجموعة البطاقات العقارية تشكل ما يعرف بالسجل العقاري وتعتبر البطاقة العقارية بمثابة سجل الحالة المدنية للعقارات المسوحة.³

الجزء الثاني: الشهر العقاري مصدر الحق العيني

والمراد من هذه القاعدة أن الحق العيني العقاري لا ينشأ ولا يعدل ولا يزول ولا ينقل إلا إذا اخضع إلى عملية الإشهار العقاري وهو ما تؤكدته المادة: 793 من التقنين المدني سالف الذكر والمادة 16 من الأمر رقم: 74/75 سالف الذكر، ويترتب على عملية الإشهار العقاري مبدأ عدم قابلية الاحتجاج بغير الحقوق المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية. كون أن الحق العيني العقاري غير المشهر يكون غير موجود قانونا ولا يمكن الاحتجاج به سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إلا من تاريخ إشهاره.

¹أنظر ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 138 وما بعدها.

²المادة: 38 من المرسوم 63/76 السالف الذكر.

³مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص: 25، 26.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

كذلك الحال بالنسبة للأحكام والقرارات القضائية المثبتة لهذه التصرفات والحقوق فعدم إمكانية الاحتجاج بها على الغير وتؤكد على هذا المعنى المادة: 72 من المرسوم رقم: 63/76 على ما يلي:

"لا يمكن لأي تعديل للوضع القانوني لعقار أن يكون موضوع نقل لمسح الأراضي إذا كان العقد أو القرار القضائي المثبت لهذا التعديل لم يتم إشهاره مسبقا في مجموعة البطاقات العقارية".¹

يقول السيد أمين بركات سعود القاضي الأول في دمشق:

انه لا بد من التفريق بين معنى الأثر المنشئ للقيود وبين مصدر الحق فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق وفقا لقواعد كسب الحقوق في قانون ما ولكنه بالنسبة للحقوق العقارية لا يكفي وجود هذا السبب كي ينشأ هذا الحق لصاحبه ولكن لابد من تقييده أي أن القيد هو الذي ينشأ الحق وليس التصرف وهو ما يعمل به المشرع الجزائري طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري.

الجزء الثالث: مبدأ القيد المطلق أو القوة الثبوتية

تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص نظام الشهر العيني، وأحد أكثر الخصائص إثارة للجدل بين مؤيدي ومعارض نظام الشهر العيني والملاحظ أن بعض الدول أخذت بنظام السجل العيني لم تطبق هذا المبدأ مثل القانون السويسري والقانون الجزائري في المادة: 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تجيز صراحة الطعن في التصرفات والحقوق التي سبق شهرها.²

ويقصد من هذه الخاصية أنه توجد قرائن قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس تهدف إلى تأمين المعاملات العقارية، تقتضي أن كل ما هو مقيد في السجل العيني إنما هو حقيقة لا مجال للطعن فيها، وينتقل الحق العقاري فيها مطهرا من كل عيب يكون سببا لبطلانه أو فسخه لاحقا.³ لكن المشرع الجزائري، فتح المجال للطعن في نتائج المسح أنه يمكن إثبات عكس ما تتضمنه هذه السجلات، وهذا

¹المادة: 72 من المرسوم رقم: 63/76، السالف الذكر.

² أنظر المادة 85 من المرسوم رقم: 63/76، السالف الذكر.

³ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 158.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

في المادة 1/16 من المرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹ والتي تنص على " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن ترقيم نهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 62 و 63 و 64 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء".

وبالتالي قلل المشرع الجزائري من حجية محتوى هذه السجلات، كون أنه يمكن الطعن في محتواها بالتغيير أو الحذف أو الإنقاص، وغيرها من التعديلات التي يمكن أن تطرأ على وضعية العقار.

الجزء الرابع: مبدأ المشروعية

كنتيجة لخاصية القوة الثبوت المطلق للشهر فقد اقتضى ذلك الأخذ بخاصية أخرى وهو: مبدأ المشروعية.²

والمراد من مبدأ مشروعية التسجيل وتدوين الحقوق العقارية بالسجل العقاري أن عملية الإشهار العقاري للسندات الخاضعة للشهر تسبقها دراسة قانونية دقيقة لما تضمنته حتى يتم التأكد من خلوها من كل عيب لأن القاعدة في نظام الشهر العيني، أن التسجيل بإدارة الشهر العقاري ينشئ الحق العيني، ومن سجل حقه بالسجل العقاري يكتسب حقا مشروعاً عليه، وهو التجسيد الحقيقي لمبدأ المشروعية.

الجزء الخامس: حضر التقادم المكسب

أغلب التشريعات القانونية العالمية التي تعتمد نظام الشهر العيني موضوع الدراسة الحالية، أكدت أن العقارات التي شملتها عملية المسح العام للأراضي غير قابلة للاكتساب بالتقادم المكسب، كون أن عملية المسح العام للأراضي تؤكد على ذلك، ويحدد الوضع المادي والحقوق لصاحب العقار، وبناء على وثائق المسح تم تأسيس السجل العقاري الذي تكون له حجية أمام الجميع، (لكن الواقع العملي عرف اكتساب أملاك لها سندات ملكية مشهورة، وفي ذلك اجتهادات للمحكمة العليا مختلفة).

¹ المرسوم رقم: 63/76 السالف الذكر، والمرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في 27 ذو القعدة 1413 والموافق لـ 19 ماي 1993، يعدل ويتمم المرسوم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر رقم 30 لسنة 1976.

² ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 161.

الجزء السادس: للشهر العقاري أثر منشأ وناقل للملكية العقارية

ألزم المشرع الجزائري، وتحت طائلة البطلان، إفراغ كافة التصرفات الواردة على عقار في قالب شكلي والشكل في هذه الحالة يعود بالفائدة على كل الأطراف المتعاقدة.¹

وفي هذا الصدد يمكن القول أنه لا يكفي لنشأة الحق صحة التصرف مصدر الحق، وإنما لابد من إخضاعه إلى إجراء الشهر العقاري وهذا عكس نظام الشهر الشخصي، حيث أن ليس للشهر أي أثر منشئ للحقوق، أو ناقل لها.

وفي هذا المعنى تؤكد المادتان 15 و 16 من الأمر 74/75 على وجوب إخضاع المعاملات العقارية إلى الإشهار العقاري حتى ينتج عنها آثار قانونية.

الجزء السابع: إعلام المتعاملين بالعقارات

من الوظائف الرئيسية للشهر العقاري هو إعلام الغير بوضعية الحقيقية والصحيحة للعقار، كون أنه من يتعامل في العقارات عليه أن يعلم ما يتقل هذا العقار من حقوق حتى يكون على بصيرة من أمره فلا يقدم على التعامل إلا وهو عارف بحالة العقار. وبالتالي وجب تسجيل وقيد كافة التصرفات القانونية والسندات القانونية بإدارة الشهر العقاري هو الهدف المنشود الذي يرمي إليه الشهر العقاري، بشكل عام وكذا المشرع العقاري الجزائري.²

الفرع الثاني: هيكلية نظام الشهر في القانون الجزائري

سنتطرق في هذا الفرع من الدراسة إلى هيكلية نظام الشهر في التشريع الجزائري وذلك بمناقشة أهم النقاط التي عالجت مسألة الشهر وهي: المسح العام للأراضي، المحافظة العقارية، المحافظ العقاري، البطاقات العقارية، السجلات والدفاتر العقارية.

¹مجيد خلفوني، المرجع السابق، من ص: 28، إلى ص: 30.

²مجيد خلفوني، المرجع نفسه، ص: 30، 34.

القسم الأول: المسح العام للأراضي

يتميز المسح العام للأراضي في التشريع الجزائري طابعا إلزاميا وهو يعد بمثابة مشروع وطني تتكفل الدولة بنفقاته وتسيير هيئاته المختلفة وهذا تجسيدا للانتقال من النظام القديم (الشهر الشخصي للحقوق) إلى نظام الشهر العيني للحقوق العقارية.

البند الأول: مراحل عملية المسح العقاري

والذي يمر بمراحل هي:

أ/ الأعمال التحضيرية: تعتمد هذه الأعمال في العادة على:

- عملية جمع الوثائق الخاصة بالعقار المراد مسحه.
- عملية التصوير الجوي.
- عملية تجزئة الإقليم البلدي.
- عملية إعداد المخطط البياني للحدود.
- انطلاق عملية المسح العقاري¹.

ب/ الأعمال الميدانية: تعتمد هذه الأعمال في العادة على:

- عملية التحديد التي تشمل - تحديد الإقليم البلدي - تحديد الأماكن المعلومة - تحديد أجزاء الملكية.
- عملية وضع الحدود.
- عملية التحقيق العقاري.
- عملية تجسيد الحدود.

¹ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات البغدادي، بدون طبعة، ص:38.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ج/ الأعمال الختامية: والتي تمر بما يلي:

- إعداد الوثائق المسحية.
- الإيداع القانوني لوثائق المسح بالبلدية.
- البث في الاعتراضات والإشكالات.
- إنهاء عملية المسح العقاري.¹
- يتم المسح العام للأراضي عمليا على تراب البلدية المحددة المراد مسحها، ويعن عن البدء في عملية المسح بصدور قرار من الوالي المختص إقليميا، ويحدد تاريخ افتتاح عملية المسح.
- يتم إنشاء لجنة مكلفة بوضع حدود البلدية المعنية بهذا القرار، ثم تباشر عملية رفع الخرائط والصور والقياس الهندسي والمسح.
- يتم دراسة سندات إثبات الملكية المقدمة من المالكين والحائزين لهذه العقارات المراد مسحها كما يتم كذلك فتح باب الاعتراضات وتنشأ لجنة لفض المنازعات² التي يمكن أن تنشأ بين الملاك، ثم إعطاء رقم القيد الأول هذه في الحقيقة لا تعد من صميم عملية المسح التي هي عملية مادية هندسية وإنما هي عملية قانونية تلي عملية المسح.
- الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يفصل بين أعمال المسح وأعمال الإيداع الأول، على غرار باقي القوانين العربية، على العكس لما فعله المشرع العراقي الذي يسمي المسح العام "التحرير التمهيدي" ويفصله بشكل واضح عن إجراءات القيد الأول التي يسميها التسجيل المجدد، وذلك في قانون التسجيل العراقي في المادة: 35 منه التي عرفت التحرير التمهيدي بأنه تثبيت وتحديد مواقع وأوصاف العقارات الواقعة ضمن أعمال دائرة التسجيل العقاري وكذلك تأثير الحقوق المتعلقة بها بصورة مبدئية، وخصص القسم الثاني من نفس الفصل للتسجيل المجدد أو القيد الأول، وعرفت المادة: 43 من نفس القانون

¹ريم مرلحي، المرجع السابق، ص: 69.

²أنظر المادة: 09 من القانون رقم: 74/75 السالف ذكره.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

"التسجيل المجدد" بأنه تثبيت حق الملكية وتسجيله باسم صاحبه الحقيقي في السجل العقاري وإصدار السند به وفق أحكام هذا القانون.¹

تتكون اللجنة البلدية للمسح في بلدية محددة التي تتولى التنفيذ حسب المادة: 07 من المرسوم² المنشئ لها من الأعضاء التالية:

- قاضي من المحكمة التي توجد البلدية ضمن دائرة اختصاصها رئيساً ويعين هذا القاضي من طرف رئيس المجلس القضائي.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، نائباً للرئيس.

- ممثل للمصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة.

- ممثل للمصالح المحلية للأموال الوطنية.

- ممثل لمصلحة التعمير في الولاية.

- موثق تعينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية.

- مهندس خبير عقاري تعينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية.

- المحافظ العقاري المختص إقليمياً أو ممثله.

- المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله.

ملاحظة: يمكن أن تتكون اللجنة من أعضاء إضافيين حسب الحالة.³

دور اللجنة ومهامها:

يمكن حصر دور هذه اللجنة فيما يلي:

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص ص: 223، 224.

²مرسوم رقم 62/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح أراضي العام المعدل والمتمم بالمرسوم رقم: 84-400 المؤرخ في 24 ديسمبر سنة 1984 والمرسوم التنفيذي رقم 92/134 المؤرخ في 07/04/1992. منشور في الجريدة الرسمية العدد 30 الصادر في 13/04/1976.

³للمزيد أنظر كتاب ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 227.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- جمع الوثائق والبيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المسحية.
 - التثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، ومحاولة التوفيق بينهم إذا أمكن (تلعب اللجنة دوراً إصلاحياً وتوفيقياً في حال وجود نزاع أو خلاف بين الملاك المجاورين وبين الملاك ومن ينازعهم عموماً).
 - البث في المنازعات المرفوعة إليها بناء على السندات والعمليات المعينة والتحقيق.¹
- ولالإشارة فإنه تم الحديث عن المسح العام للأراضي فيما سبق من الدراسة الحالية ولا بأس في التوضيح أكثر في الموضوع، إن أعمال المسح تسبق أعمال تسجيل العقارات وشهرها في السجل العقاري، والمسح هو عملية فنية وقانونية تهدف إلى تعيين جميع البيانات التي تتطلبها هوية العقار من موقع العقار وحدوده وقوامه ونوعه القانوني واسم مالكة أو مالكيه وأسباب تملكه والحقوق العينية المترتبة عليه أو لصالحه بما يؤدي إلى تثبيت الملكية العقارية والحقوق العينية المتعلقة به نهائياً، ومن بين التشريعات التي عرفت العملية المسح هو التشريع العراقي في نص المادة: 35 من قانون التسجيل العراقي التي سبق ذكرها وهو ما يضيف على المعاملات العقارية الثقة والائتمان التي يحتاجها كل من يتعامل في المجال العقاري. ويبدو أن الانتقال من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني وهو الأمر الذي ذكرته المادة: 20 من الأمر رقم: 75/84 بنصها: "تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريين مكفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر"، حيث أنه كان لا بد من وضع إطار تشريعي ينظم ويضبط العمليات التمهيديّة الضرورية للانتقال إلى نظام جديد وهو عمليات المسح العام، وبخصوص النصوص القانونية المنظمة لعملية المسح العام والتي سبق الإشارة إليها وهي: الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 وكذا المراسيم التنفيذية له: المرسوم رقم: 62/76 والمرسوم: 63/76 على التوالي المؤرخين في: 1976/03/25.²

¹ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 228.

²ويس فتحي، المرجع نفسه، ص ص: 217، 218.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الثاني: المحافظة العقارية

تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري وإتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري وذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر" وهذا وفق نص المادة: 20 من الأمر رقم: 74/75 السالف الذكر.

تعريف المحافظة العقارية

حل مصطلح المحافظة العقارية محل مصطلح مكتب الرهون الذي ورثته البلاد من القوانين الفرنسية خلال فترة الاستعمار وهو مستعمل في النظام الفرنسي لكن بتعديل بسيط من مكتب الرهون إلى محافظة الرهون.¹

تعرف المحافظة العقارية أنها "هيئة إدارية عمومية تابعة إلى المديرية الولائية للحفظ العقاري" التي تقوم إلى جانب المديرية الولائية لأملاك الدولة التابعتين معا إلى هيئة رقابة وإشراف أعلى هي المفتشية الجهوية لأملاك الدولة والحفظ العقاري، وهي تحت وصاية وإشراف المديرية العامة للأملاك الوطنية وهي إحدى المديريات المركزية التابعة لوزارة المالية.

وتنقسم المحافظة العقارية حسب قرار السيد: وزير المالية في قراره الصادر بتاريخ: 1991/06/04 الذي أشار في مادته الرابعة إلى أن المحافظة العقارية تتكون من الأقسام التالية:

- قسم الإيداع وعمليات المحاسبة.

- قسم مسك السجل العقاري وتسليم المعلومات.

- قسم ترقيم العقارات الممسوحة.

البند الثالث: المحافظ العقاري

المحافظ العقاري هو كل موظف عام تابع لمصالح وزارة المالية يشرف على محافظة عقارية، في بعض التشريعات المقارنة مثل التشريع الألماني. يشرف على سلطات المحافظ العقاري قاض

¹مكتب الرهون المنشأ في فرنسا من خلال المنشور الصادر في جوان 1791، والذي لعب دورا في تطهير العقارات المرهونة من الرهون التي تنقلها وغيرها.../ أنظر تهميش ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 267.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

مختص في الشؤون العقارية، ويساعده في عمله مجموعة من الأعوان الموظفين على اختلاف مهامهم ودرجاتهم ومناصبهم، ويمارس وظيفته وفق نصوص قانونية تحت مسؤولية الدولة التي تتحمل أخطاءه غير المقصودة، إذا ما سببت ضررا للغير¹

مهام المحافظ العقاري في القانون الجزائري:

- حددت الأمر رقم: 74/75 سالف الذكر والمرسوم التنفيذي رقم: 63/76 أعمال المحافظ العقاري ويمكن أن نذكرها كما يلي:
- مسك السجل العقاري.
 - إعداد ومسك مجموعة البطاقات العقارية.
 - تحديد حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي يجب أن تكون موضوع إشهار في السجل العقاري بمناسبة انتهاء عملية المسح.
 - إتمام إجراءات الشهر العقاري وفق المادة: 20 من الأمر 74/75 السالف الذكر.
 - ضبط ومراجعة مجموعة البطاقات العقارية بمناسبة كل إجراء².
 - حضور اجتماعات اللجنة البلدية للمسح والإدلاء برأيها حول المنازعات(أنظر المادة: 07 و08 من المرسوم 63/76 المتعلق بالمسح العام للأراضي).
 - الإشراف على تسيير المحافظة العقارية إداريا(أنظر المادة: 01 من المرسوم63/76).
 - تلقي طلبات إشهار العقود والمحررات الخاضعة للشهر (م: 03 من المرسوم: 63/76).
 - فحص العقود المراد إشهارها والتحقق فيها شكلا وموضوعا (م: 03 المرسوم: 63/76).
 - تدوين البيانات على السجلات المختلفة والبطاقات العقارية(م: 3/2 المرسوم: 63/76).

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص ص: 271، 274.

² أنظر المادة: 22 من الأمر 74/75 السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- الحرص على المحافظة على العقود والمحركات والمخططات وجميع الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للإشهار.
- إعطاء معلومات للجمهور بناء على طلبهم، وتسليم مستخرجات من العقود المشهورة مقابل دفع رسم.
- تسليم الدفتر العقاري.
- التنسيق ومراقبة مكاتب المحافظة العقارية التي يرأسها (م: 3 مرسوم: 63/76).
- ترقيم العقارات بعد إتمام عملية المسح (م: 11 من المرسوم: 63/76).
- العمل على تلقي احتجاجات المواطن والسعي إلى المصالحة بين الأطراف المتنازعة.
- تبليغ مصلحة المسح بكل التحويلات والمعاملات العقارية المشهورة¹.
- التأشير على البطاقات العقارية والدفاتر العقارية (م: 33 وم: 45 المرسوم: 63/76).
- إصدار قرارات برفض الإيداع أو رفض الأجراء في الحالات المنصوص عنها قانونا وتبليغ قراره للمعني².

القسم الثاني: الوثائق الناتجة عن عملية المسح

وتحتاج عملية المسح المذكورة مجموعة من الوثائق التي تدون فيها أعمال المسح كما يلي:

البند الأول: البطاقة العقارية

ورد الحديث عن البطاقات العقارية أول مرة في التشريع الجزائري في المادة: 24 من الأمر رقم: 73/71 المتعلق بالثورة الزراعية باسم البطاقات العقارية البلدية وتكرر ذكرها بهذا الاسم في المرسوم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتضمن إثبات الملكية الخاصة الصادر تنفيذا للثورة الزراعية وحتى المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري في مادته الأولى واعتبرها اللجنة الأولى لإعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري الساري المفعول إلى يومنا هذا.

¹ أنظر المادة: 15 من المرسوم رقم: 63/76 السالف الذكر.

² ويس فتحي، المرجع السابق، من: ص 276 إلى ص 278.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

في الحقيقة أن السجل العقاري عبارة عن مجموعة من البطاقات العقارية الخاصة بكل وحدة عقارية. ويمكن تعريف البطاقة العقارية، أنها "بطاقة هوية العقار بحيث تتضمن وصفا دقيقا للعقار وبيانا بمساحته وموقعه والأعباء والتكاليف التي تنقله والحقوق الواردة له أو عليه وكذا اسم المالك أو الملاك أو أصحاب الحقوق على هذا العقار". يكتب كل بيان في الخانة المخصصة لها، حسب نموذج البطاقة المعتمدة، والتي تمسك خصيصا لكل وحدة عقارية.

تقوم الوكالة الوطنية للمسح- عن طريق أعوانها العاملين في الميدان أثناء تنفيذ عملية المسح - بإنشاء بطاقات عقارية وهو من صميم عمل الوكالة.¹

ويمكن التطرق إلى أنواع البطاقات العقارية فيما يلي:

أولاً: في البلديات المسوحة:

يلي إتمام عملية المسح العام للأراضي في إقليم البلدية إنشاء ومسك² بطاقة عقارية لكل عقار، سواء أكان عقارا حضاريا أم كان عقارا ريفيا، ويتم إمساك هذه البطاقات وترتيبها عينيا وليس شخصيا، أي باعتبار العقار لا باعتبار مالكة، وبالنسبة لهذه البلديات فإنه يتم على النحو التالي:

- بطاقات قطع الأراضي.
- بطاقة العقار الحضري.
- البطاقة العامة للعقار.
- البطاقة الخاصة بالملكية المشتركة.
- البطاقات الأبجدية.

¹ أنظر المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 234/89 المؤرخ في 1989/12/19 الذي يتضمن الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم: 63/92 المؤرخ في 1992/02/12.

² مسك البطاقة يقتضي مراقبة هذه الوثيقة وتدوين البيانات عليها كلما استدعى التغيير أو النقل ذلك.

ثانيا: في البلديات غير الممسوحة¹:

أما إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات غير ممسوحة بعد، فإن المادة 113 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري أشارت إلى أنه: "خلافا لأحكام المادتين 19 و26 من هذا المرسوم وإلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية، فإنه تمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة، وكلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشعارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك. وتتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدد بقرار من وزير المالية". فهذه البطاقات المؤقتة هي ما يسمى بالبطاقات الشخصية التي تشهر فيها التصرفات باعتبار أسماء الأشخاص وليس باعتبار العقار وهي البطاقات المستعملة في نظام الشهر الشخصي، وتدون عليها بيانات تخص نوع العقار محل التصرف، موقعه، محتوياته وأسماء المالكين المجاورين وذلك في غياب مخطط للمسح يحدد موقع وبيانات العقار الطبيعية بدقة، وتعد هذه البطاقات العقارية مؤقتة إلى حين إعداد مسح الأراضي.²

البند الثاني: السجلات والدفتر العقاري

ينقسم هذا البند إلى جزأين لدراسة السجلات والدفاتر العقارية.

أولاً: السجلات

تعد السجلات على اختلاف أشكالها وأنواعها من أهم الوسائل المادية في كل أنظمة الشهر عبر العالم، والتي تقيد وتدون فيها مختلف التصرفات والوثائق المقدمة للشهر بترتيب ورودها إليه، في بعض الأنظمة المقارنة يخصص كل سجل لبيانات محددة.

النظام الفرنسي: اعتمد سجل عام يدعى سجل الإيداع الذي يمسك ويعد من طرف المحافظ العقاري، وإلى جانبه توجد سجلات خاصة التي يمسكها المحافظ العقاري كذلك، لكن إعدادها يكون من جهة أخرى.

¹ أنظر ويس فتحي، المرجع السابق، ص: 242 وما يليها.

² أنظر المادة 115 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

النظام الجزائري: المشرع الجزائري اعتمد سجل الإيداع وهو سجل واحد تدون فيه كل التصرفات الواقعة على العقار من تسجيلات بدءا بالإجراء الأول الذي يلي عمليات المسح العام للأراضي وصولا إلى مختلف طلبات الشهر (رهون عقارية، بيع، هبة، وعد بالبيع وغيرها...من التصرفات الواجبة الشهر).

سجل الإيداع: " le registre de dépôts " نصت المادة: 41 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 سالف الذكر على "أنه ينبغي على المحافظ أن يكون لديه سجل للإيداع يسجل فيه يوما بيوم وحسب الترتيب العددي تسليمات العقود والقرارات القضائية وبصفة عامة جداول الوثائق المودعة قصد تنفيذ إجراء خاص بالإشهار".

أوجب هذا النص على المحافظ العقاري المختص أن يمك ويعد سجلا خاصا يسجل عليه ما تلقاه يوميا من عقود وقرارات قضائية قصد إشهارها لإعلام الغير.

ثانيا: الدفتر العقاري

تم استبدال شهادة الملكية المسلمة من طرف إدارة أملاك الدولة والتنظيم العقاري¹ بدفتر عقاري بعد عملية المسح، وهو ما أكدته المادة 18 من الأمر رقم: 74/75 على أنه " يقدم إلى مالك العقار بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية... " التي سبق ذكرها، كما ذكرت المادة: 45 من المرسوم التنفيذي 63/76 سالف الذكر والنصوص الموالية له طبيعة الدفتر العقاري وحجيته والبيانات التي يتضمنها وطريقة التأشير عليه وتسليمه وإلغائه.

الدفتر العقاري هو سند ملكية قاطع الحجية وذات حجية مطلقة، والذي يحل محل عقود الملكية بعد انتهاء عمليات المسح الخاص بالمنطقة الذي يعده المحافظ العقاري المختص.²

¹ أنظر المادة: 25 من المرسوم 32/73 الصادر تنفيذا لقانون الثورة الزراعية المؤرخ في 1973/01/05 يتعلق بإثبات الملكية الخاصة معدل بالمرسوم 86/73 المؤرخ في 5 يناير 1973.

² ويس فتحى، المرجع السابق، ص: 261 وما بعدها.

الفصل الثاني:

طرق اكتساب الملكية العقارية

وإجراءات إثباتها

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

تعتبر الملكية عن غريزة الاستتار والاستحواذ وحب التملك لدى الإنسان، فحب التملك فطرة مجبول عليها واقترن وجودها بوجوده، وتطورت وازدادت أهميتها بتطوره، واختلفت مفاهيمها ونظمها، وكثرت حولها الآراء، وذلك تبعاً لاختلاف الأمم والشعوب والجماعات الإنسانية حسب الفترات المختلفة¹. -كما سبق وأشرنا-.

الملاحظ أن موضوع إثبات الملكية العقارية يختلف باختلاف الوثيقة المقدمة والمستظهرة المعتمدة لإثبات ملكية الشخص على الأرض، سواء شخص طبيعي أو معنوي، سواء وثيقة رسمية أو محرر عرفي أو غيرها من الوثائق المثبتة للملكية العقارية، نناقش في **المبحث الأول** من هذا الفصل: طرق اكتساب الملكية العقارية دراسة مقارنة، أما **المبحث الثاني** من الدراسة فنعالج العقود المثبتة للملكية العقارية، نتطرق هنا إلى أهم العناصر الخاصة بالملكية العقارية ثم نتكلم عن عبء تحديد إثبات الملكية في المعاملات المدنية، كون أنه لا يمكن الادعاء بملكية الشيء إن لم يكن لي دليل إثبات بشأنه.

¹محمود يونس حمادة الحلبي، المرجع السابق، ص:13

المبحث الأول: طرق اكتساب الملكية العقارية دراسة مقارنة

تلعب الملكية العقارية دورا هاما في المجتمع، وقديما كانت تشب الحروب على الأملاك العقارية كون أن توسيع رقعة البلاد هو توسيع في نفوذ هذا البلد الاقتصادي والسياسي وحتى الاجتماعي، على مستوى الأفراد له الأهمية نفسها فنرى مدى تعلقهم بالعقار، والبحث عن طرق لاكتساب عقار جديد.

اكتساب عقار نظمه المشرع الجزائري في القانون المدني كما سيتم دراسته والذي سنتطرق فيه إلى مختلف أسباب اكتساب الملكية العقارية. كما سنتطرق إلى طرق أخرى لم يذكرها ولكنها تعد أسبابا لاكتساب الملكية العقارية، كل ذلك (في المطلب الأول)، كما اعتنت به التشريعات المقارنة المختلفة بالموضوع والتي سنتطرق لها في المطلب الثاني من الدراسة.

المطلب الأول: اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري

نص القانون المدني على طرق من خلالها يكتسب الشخص الملك العقاري وعددها في ستة أقسام (الفرع الأول)، لكن الواقع العملي اثبت أن هناك طرقا إضافية لا بد من التطرق لها وذكرها والذي سنناقشه في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اكتساب الملكية العقارية وفق القانون المدني الجزائري

جاء في القانون المدني الجزائري في الكتاب الثالث في الفصل الثاني منه بعنوان: طرق اكتساب الملكية العقارية، والتي ذكرها في ستة أقسام وهي:

- القسم الأول: الاستيلاء والتركه.
- القسم الثاني: الوصية وأحكامها.
- القسم الثالث: الالتصاق بالعقار.
- القسم الرابع: عقد الملكية.
- القسم الخامس: الشفعة وإجراءاتها.
- القسم السادس: الحيازة وشروطها.

القسم الأول: الاستيلاء والتركة

أ/ الاستيلاء:

مصدر: استولى

والاستيلاء على خيرات البلاد هو: السيطرة عليها.

والاستيلاء في القانون هو حيازة مال مباح بقصد امتلاكه شريطة ألا يكون له مالك آخر¹.

تعتبر ملكا من أملاك الدولة، جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك، وكذلك أموال الأشخاص الذين يموتون من غير وارث، أو الذين تهمل تركتهم.

ب/ التركة: تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة².

القسم الثاني: الوصية وشروطها

تطبق أحكام قانون الأسرة، والنصوص القانونية المتعلقة بها، وبالتالي إحالتنا إلى المادة: 184 من قانون الأسرة³، والوصية هي تصرف دون معاوضة كأصل عام، وهي من التبرعات⁴.

البند الأول: إثبات الوصية في القانون الجزائري

جاء في قانون الأحوال الشخصية أنه تثبت الوصية إما بتصريح من الموصي أمام الموثق وتحريير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم يؤشر على هامش أصل الملكية⁵.

¹ أنظر موقع المعاني، الرابط: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar> تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2021/10/15.

² أنظر المادتين: 373 و374 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

³ تنص المادة: 184 من القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 على أن "الوصية: هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"

⁴ لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، عين مليلة -الجزائر-، سنة 2014، ص: 150.

⁵ أنظر المادة: 191 من قانون الأسرة السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الوصية هي تصرف بالإرادة المنفردة، وهي إرادة الموصي، والكتابة اشترطت للإثبات فقط، وهي التصريح أمام الموثق الذي يحزر الوثيقة، والتي يفرغ فيها رغبة وتصريح الموصي.

لا تكون الوصية باطلة في حال انعدام الكتابة، ذلك أنه في حالة وجود مانع قاهر - يحول دون إفراغ الوصية وتوثيقها - فإنها تثبت بحكم صادر عن قسم شؤون الأسرة حسب الحالة بعد الاستماع إلى الشهود، وكذا بإقرار الورثة، ويؤشر بالحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت الوصية منصبة على عقار.¹

الملاحظ هنا هو الخروج عن القاعدة العامة التي تقضي بأن توثيق المعاملة يجب أن يكون مكتوباً أمام شخص مؤهل قانوناً لتحرير الوثيقة، وبالتالي يعتبر ذلك استثناء عن القاعدة، كون أنه يمكن ذلك في حالة وجود مانع قاهر يحول دون إفراغ الوصية وتوثيقها، وبالتالي يمكن إثبات الوصية من خلال لجوء الطرف المعني إلى القضاء المختص (قسم شؤون الأسرة) ليصدر حكم بهذا الخصوص ويؤشر بالحكم على هامش أصل الملكية إذا كانت الوصية منصبة على عقار.

البند الثاني: الشروط الواجب توفرها في الوصية:

- أن يكون الموصي بالغ السن القانوني 19 سنة ومتمتعاً بكامل قواه العقلية.
- أن تكون التركة في حدود الثلث، وإذا جاوز حدود ثلث التركة يتوقف هذا على إجازة باقي الورثة.
- أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة² بعد وفاة الموصي.³

وفي ذلك يقول ابن عبد البر القرطبي:

" ومن أوصى بثلته كله جاز ونفذ ذلك، ومن أوصى بأكثر من ثلثه لم يجز ما زاد على الثلث إلا أن يجيزه الورثة وهم في ذلك بالخيار، فإن أبى بعضهم وأجاز بعضهم، لزم من أجاز ذلك مؤنهم في نصيبه بقسطه، وإن أجازوا كلهم جاز، وإن لم يجيزوا كلهم نفذ عليهم الثلث وذلك من بعد كفه ومؤنة قبره ودفنه بالمعروف شيئاً متوسطاً وبعد قضاء ديونه أيضاً، لأنه لا ميراث ولا وصية إلا بعد أداء

¹ الحسن بن شيخ آث مولويا، المرجع السابق، ص 155.

² أنظر المادة: 185 من القانون رقم: 02/05 السالف الذكر.

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 38.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الدين... " أنظر كتاب: الكافي للشيخ: أبو عمر يوسف بن عبد الله بن عبد البر القرطبي، الكافي في فقه أهل المدينة دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الأول، ص 543.¹

القسم الثالث: الالتصاق بالعقار

الطريق الثالث هو: الالتصاق وهو طريق من طرق اكتساب الملكية العقارية حسب القانون المدني الجزائري.

البند الأول: تعريف الالتصاق

الالتصاق: هو اندماج واتحاد شيئين مميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين لمالكين مختلفين دون اتفاق بينهما على هذا الاندماج.²

البند الثاني: أيلولة الأرض الناتجة عن مجرى النهر

عادة ما تنشأ أرض بجوار أو على حواف النهر والتي يكون مصدرها الطمي الذي يحضره هذا النهر، وعادة ما تأخذ هذه العملية مدة طويلة فلا نحس بهذا التغير لأن العملية تحدث ببطء، هذه الأرض الناتجة تؤول ملكيتها للجيران المالكين الملاصقين لهذه الأرض.³

وكذلك الحال إذا غمرت الأرض بمجرى النهر فهذه الأرض تبقى ملكيتها لمالك هذه الأرض التي غمرت بمياه النهر أو البحيرة وغيرها، وهذا حسب ما ورد في المادة 780 من القانون المدني.⁴

كذلك أن البحر قد يتراجع مستواه في بعض الحالات، وينتج عن هذه العملية أراضي لا مالك لها والتي تؤول ملكيتها للدولة.⁵

¹ لحسن بن شيخ آث مولويا، المرجع السابق، ص 151.

² يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 25.

³ أنظر المادة 787 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر، "الأرض التي تتكون من الطمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملك للمالكين المجاورين".

⁴ المادة: 780 من القانون المدني تنص: "أن مالكي الأراضي الملاصقة للمياه الراكدة كمياه البحيرات والبرك لا يملكون الأراضي التي تنكشف عنها هذه المياه ولا تزول ملكيتهم عن الأراضي التي طغت عليها المياه".

⁵ أنظر المادة: : 779 من القانون نفسه: "أما الأرض التي ينكشف عنها البحر فتؤول ملكيتها للدولة".

القسم الرابع: عقد الملكية

تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة: 164 وذلك مع مراعاة النصوص التالية¹:

تنص المادة 164 من القانون المدني على: " يجبر المدين بعد اعذاره طبقا للمادتين 180 و181 على تنفيذ التزامه عينيا متى كان ذلك ممكنا"².

لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.³ ويمكن أن نشير هنا أن القانون المدني ذكر بعض العقود المتعلقة بالملكية وهي: عقد البيع⁴، عقد المقايضة، عقد الشركة، وغيرها.

¹أنظر المادة: 792 من القانون المدني رقم: 58/75، السالف الذكر.

² *أنظر المادة 164 من القانون نفسه.

*تنص المادة: 180 من القانون المدني رقم: 58/75، السالف الذكر. نفسه على: " يكون إعدار المدين بإنذاره، أو بما يقوم مقام الإنذار، ويجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مرتبا على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد طول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر".

*تنص المادة 181 من القانون المدني رقم: 58/75، السالف الذكر على: "لا ضرورة لإعدار المدين في الحالات التالية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين.
- إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب عن عمل مضر.
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

³ أنظر المادة: 793 من القانون المدني رقم: 58/75، السالف الذكر.

⁴ **عقد البيع:** البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي.

عقد المقايضة: المقايضة عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود.

عقد الشركة: الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة، كما يتحملون الخسارة التي قد تتجر عن ذلك".

القسم الخامس: الشفعة وإجراءاتها

ونتطرق في هذا القسم إلى الشفعة وإجراءاتها كما يلي:

البند الأول: تعريف الشفعة

عرفت المادة: 794 من القانون المدني الشفعة، على أنها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد: من 795 إلى 798 من القانون المدني الجزائري.

البند الثاني: إجراءات الشفعة

أن يبدي الشخص الذي يريد الأخذ بالشفعة للمشتري والبائع خلال 30 يوم من تاريخ إنذاره من المشتري أو البائع عن رغبته فيها.

يمكن التمديد في هذه الآجال إذا كانت المسافة بعيدة، إذا كان الشخص الذي يريد الشفعة يقيم في مكان بعيد فتمدد الآجال.¹

نصت المادة 800 من القانون المدني على شروط الإنذار:

1. بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا.
2. بيان الثمن والمصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما لإعلان الرغبة المنصوص عليها في المادة 799 ق م.
3. أن يكون هذا التصريح في شكل رسمي بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، فلا يحتاج بالتصريح أمام الغير إلا إذا كان مسجلا.
4. يجب على الراغب في الشفعة إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق حسب الإجراءات المعمول بها خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة.

¹ انظر المادة: 799 من القانون المدني رقم: 58/75، السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

5. وأن يكون إيداع ثمن البيع عند الموثق قبل رفع أو تسجيل دعوى الشفعة، فإذا لم تودع الأموال خلال هذا الأجل كما سبق وأشرنا، فتكون نتيجة ذلك هو سقوط حقه في طلب الشفعة.

6. أن ترفع دعوى الشفعة ضد كل من البائع والمشتري خلا أجل ثلاثين يوما أمام محكمة موقع العقار وإلا سقط الحق في رفعها¹

البند الثالث: الآثار المترتبة عن الشفعة

يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سنداً لملكية الشفيح وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري. يحل الشفيح بالنسبة للمشتري محل البائع في جميع حقوقه والتزاماته. في حال تم تغيير في شكل العقار فعلى صاحب حق الشفعة أن يعرض المصاريف المدفوعة وهذا في حالة قبل إعلان الرغبة، أما في حالة إبداء الرغبة كان للشفيح الاختيار في الإزالة أو الإبقاء مع دفع مصاريف أدوات البناء وأجرة العامل أو نفقات الغراس.²

البند الرابع: سقوط الحق في الشفعة يسقط الحق في طلب ممارسة حق الشفعة في الأحوال التالية

1. بتنازل صاحب حق الشفعة عن حقه ولو قبل البيع.
 2. إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع.
 3. في الأحوال التي نص عليها القانون.
- في هذه الحالات التي سبق الإشارة لها يسقط حق صاحب الشفعة في المطالبة بها أمام القضاء.³

القسم السادس: الحيابة وشروطها

الحيابة في الفقه الإسلامي هي وضع اليد على الشيء موضوع الحيابة وادعاء ملكيته والتصرف فيه كتصرف المالك في ملكه.¹

¹ أنظر المواد من : 800 إلى 802 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

² أنظر المواد من : 803 إلى 805 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

³ أنظر المادة: 807 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

في القانون المدني الذي تطرق للحيازة في القسم السادس، المواد من المادة: 808 وما يليها والحيازة التي تؤدي إلى نقل الملكية هي تلك الحيازة التي نص عليها في المادتين 827، 829 من القانون المدني، الأمر رقم: 58/75 والتي تخص الملكية الخاصة وليس الملكية العامة باعتبار أن الملكية العامة لا يجوز تملكها بالتقادم حسب نص المادة: 1/689 من القانون المدني²

شروط الحيازة الناقلة للملكية

حتى تنتقل الملكية العقارية عن طريق الحيازة لابد من شروط وهي:

- أن تكون الحيازة بحسن نية.
- أن تكون حيازة هادئة.
- أن تكون حيازة علنية.
- أن تكون حيازة غير متنازع عليها.
- أن تدوم مدة هذه الحيازة خمس عشر سنة وتقلص المدة إلى عشر سنوات في حالة وجود سند صحيح.
- وقد تطول مدة الحيازة المؤدية إلى التقادم -كما هو الحال في الحقوق الميراثية- وتكون مدة الحيازة ثلاث وثلاثين سنة.³

والحيازة باعتبارها واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، بما في ذلك العقود العرفية وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها رقم: 448006 الصادر في: 2008/05/14 بإقرار⁴ مبدأ

¹ علي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية إسكندرية، 1999، ص: 19.

² تنص المادة: 1/689 القانون رقم: 58/75 السالف الذكر: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم "

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 29.

⁴ أنظر قرار المحكمة العليا رقم: 448006 الصادر في: 2008/05/14 منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثالث الصفحة 107.

مفاده: لا يحول دون التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع عقار دون استثناس قضاة الموضوع به لإثبات تاريخ بداية الحياة باعتبارها واقعة مادية، يجوز إثباتها بكافة الطرق.¹

الفرع الثاني: بعض الطرق التي لم ترد في القانون المدني الجزائري

حيث لم ينص القانون المدني صراحة عن هذه الطرق الثلاث ولكن تستشف من دراسة معمقة لطرق اكتساب الملكية العقارية وهي: الميراث، الهبة، الوقف.

القسم الأول: الميراث كطريق لاكتساب الملكية العقارية

ونتطرق هنا بشيء من التفصيل لموضوع الميراث كطريق من طرق اكتساب الملكية العقارية.

البند الأول: الميراث لغة

مصدر للفعل ورث يرث إرثا وميراثا، يقال ورث فلان أباه، يرث الشيء من ابنه أي صار إليه ماله بعد موته.

البند الثاني: تعريف الميراث

يعرف الميراث على أنه علم تقسيم الموارث بين ورثة الهالك، وهو العلم الذي حدد أنصبة الورثة والتي تم تحديدها في القرآن الكريم، سورة النساء الآية رقم: 11 لقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ فَإِن كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِن لَّمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِن كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَعْمَا فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا"²

وفي قوله تعالى في الآية 12 من سورة النساء: "وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَّ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 30.

² سورة النساء الآية 11.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةً وَلَهُ أَحٌّ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثَّلَاثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ¹

والآية 176 من سورة النساء قوله تعالى: " يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وُلْدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وُلْدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"².

القانون المدني الجزائري نص كذلك على الميراث في المادة 774³ والتي تحيل إلى أحكام قانون الأسرة الجزائري رقم: 11/84⁴ والذي نص على الميراث في المادة: 126 وما يليها.

البند الثالث: أسباب الميراث

ذكر في المادة: 126 " أسباب الميراث وهي: القرابة والزوجية"، ويقصد بالقرابة هي النسب، وعلى ذلك يرث أصول وفروع الهالك، وكذا الفروع المشاركين للهالك في الأصل الأدنى كالإخوة والأخوات الخ...، أما المقصود بالزوجية، فيقصد بها الزوجية الصحيحة، سواء تم الدخول أم لم يتم شريطة ألا يتم في مرض الموت⁵.

في المادة: 127 " يستحق الإرث بموت المورث حقيقة أو باعتباره ميتا بحكم القاضي"، وهنا نفرق بين الموت الحقيقي والموت الحكمي.

الموت الحقيقي: هو الموت الثابت بالمشاهدة أو البينة، والذي عادة ما يثبت بشهادة طبية وبالتعرف على جثة الهالك بعد وفاته.

¹ الآية 12 من سورة النساء.

² الآية 176 من سورة النساء.

³ تنص المادة: 774 من القانون المدني: "تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى انتقال أموال التركة".

⁴ القانون رقم: 02/05 السالف الذكر.

⁵ لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص: 114

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الموت الحكمي: ويكون بحكم القاضي، كما هو الشأن في حالة الفقد طبقا للمادة 113 من نفس القانون وما بعدها.¹

البند الرابع: شروط الميراث

ونص في المادة الموالية 128 على شروط الميراث كما يلي:

يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا في بطن أمه وقت افتتاح التركة مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث"

وذكر قانون الأسرة أشخاصا ممنوعين من الميراث وذلك في المادة 135²

كما أن هؤلاء الأشخاص الذين تم ذكرهم والممنوعين من الإرث لا يحجبون غيرهم وهذا ما جاء في المادة: 136 من قانون الأسرة المرجع السابق رقم: 11/84.

كما أنه إذا قتل الوارث مورثه خطأ فلا يمنع من الميراث بل يستحق الميراث دون دية ودون تعويض المادة 137³.

كما يمنع من الإرث اللعان والردة وفق المادة 138⁴.

المرتد: فهو الشخص الذي كان مسلما وارتد عن دينه وترك الإسلام بإرادته وعن وعي.

¹لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص: 114

² تنص المادة 135 من القانون رقم: 02/05 السالف الذكر على: "يمنع من الميراث الأشخاص الآتية أوصافهم:

1- قاتل المورث عمدا أو عدوانا سواء كان القاتل فاعلا أصليا أو شريكا.

2- شاهد الزور الذي أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه.

3- العالم بالقتل أو تدبيره إذا لم يخبر السلطات المعنية.

³ المادة 137 من القانون رقم: 02/05 السالف الذكر، تنص على: " يرث القاتل خطأ من المال دون الدية أو التعويض".

⁴ لمزيد من المعلومات عن الميراث كسبب من أسباب كسب الملكية أنظر المواد من: 126 إلى 138 من القانون نفسه.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ويقول القاضي أبو محمد عبد الوهاب البغدادي المالكي في منع المرتد من الميراث: "وإذا قتل المرتد أو مات على رده، كان ماله فيئاً غير موروث لورثته، ولا لأهل الدين الذي أنتقل إليه..." أما بخصوص اللعان:

اللعان: إذا لاعن الزوج زوجته ونفى نسب الابن فإن ذلك يعد مانعاً من موانع الميراث كذلك.¹

القسم الثاني: الهبة كسب من أسباب الملكية

القانون المدني الجزائري لم يذكر الهبة كطريقة من طرق اكتساب الملكية²، أما قانون الأسرة رقم: 11/84 فنص على الهبة في المادة 202 على: "الهبة تملك بلا عوض.

ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط".

الهبة نقل للملكية على وجه التبرع اعتباراً للشخص الموهوب له، كما يمكن أن تكون الهبة بعوض كأن يشترط الواهب للموهوب له القيام بالتزام معين فإن ذلك جائز ونكون بصدد عقد معاوضة، ويجب أن يقبل الموهوب له ذلك الشرط، أما إذا رفض الشرط لا تتعد الهبة، وذلك لانعدام تطابق الإرادتين.

المادة: 203 تنص على: "كما يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل، بالغا 19 سنة كاملة وغير محجور عليه"، كون أن الهبة من التصرفات الضارة ضرراً محضاً للواهب فيجب أن يكون سليم العقل وقت تحرير عقد الهبة بالغا 19 سنة للذكر أو الأنثى، وغير محجور عليه.³

البند الأول: تعريف الهبة

تعرف الهبة أنها "تمليك لآخر بدون عوض".

وعرف التقنين اللبناني في المادة: 504 "أن الهبة: تصرف بين الأحياء بمقتضاه يتفرغ المرء لشخص آخر كل أمواله أو عن بعضها بلا مقابل"⁴.

¹الحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص: 120

²يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص35

³الحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص: 161.

⁴يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص36

وفي المادة 205 من قانون الأسرة الجزائري ذكرت أنه "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو ديننا لدى الغير".

البند الثاني: أحكام عقد الهبة

والهبة وفق أحكام المادة 206 من نفس القانون "تتعد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات وإذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة"¹.

- يعتبر الإيجاب والقبول من شروط صحة عقد الهبة، وتختلف أحدهما يؤدي إلى بطلان عقد الهبة.

- يعتبر توثيق المعاملة بالنسبة للعقارات في عقد الهبة وبعض الإجراءات الخاصة في المنقولات الموهوبة، من شروط تمام العقد صحيحا، وفي المنقول اشترط القبض أو الحيازة لتمام العقد ولا يترتب على تخلفها البطلان، وعلى ذلك يجوز للموهوب له (أي المستفيد من المال الموهوب) إذا تقاعس الواهب (أي الشخص الذي قدم الشيء الموهوب) في تسليم العقار أو المنقول الموهوب أن يطلب هذا المال عن طريق القضاء، يطالب الواهب بإتمام إجراءات نقل المال الموهوب بالتسجيل والتوثيق والإشهار العقاري في حال تعلق الأمر بعقار.²

- يمكن اعتبار الإيجاب والقبول من أركان العقد كون أن مصطلح ركن يدخل في ماهية الشيء وتخلفه يؤدي إلى بطلان العقد.

- أما الشرط فلا يدخل في ماهية الشيء وأن تخلفه يمكن في بعض الأحيان إصلاحه وبالتالي تخلف شرط من شروط العقد لا يؤدي بالضرورة إلى بطلانه.

والعقود الناقلة للملكية مهما كانت تسميتها وفق أحكام القانون المدني خاصة المادة 324 مكرر¹ تلزم إخضاع المعاملات الناقلة للملكية العقارية إلى الشكل الرسمي بتحريرها من قبل موظف مؤهل قانونا أو ضابط عمومي وكذا شهرها حسب نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري.

¹لمزيد من المعلومات عن الهبة أنظر المواد من 202 إلى 212 من القانون رقم: 02/05 السالف الذكر.

²لحسن بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص: 161.

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار منشور في مجلة المحكمة العليا العدد: 02 لسنة 2008 مبدأ مفاده يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان رسميا وبحضور شاهدين.¹

القسم الثالث: الوقف وشروطه

يعتبر الوقف طريقا من طرق اكتساب الملكية الذي لم يذكرها القانون المدني الجزائري.

البند الأول: تعريف الوقف

ورد النص على الوقف في العديد من النصوص القانونية منها قانون التوجيه العقاري رقم: 90-25 المعدل والمتمم إذ تنص المادة 31 على أن " الأمالك الوقفية هي الأمالك العقارية التي حبسها مالكا بمحض إرادته ليجعل التمتع دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوستاء الذين يعينهم المالك المذكور".

قانون الأسرة رقم: 11/84 المعدل والمتمم، تطرق لأحكام الوقف ونص في المادة: 213 منه على "الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

وهذا التعريف يؤكد خصوصية الحبس وهي تحييد الملكية وتجميدها، فالمال لا يباع ولا ينتقل بالميراث، ويكون الشخص المستفيد شخصا طبيعيا أو معنويا.²

ويشترط في الواقف والموقوف له ما يشترط في الواهب والموهوب له حسب نص المادة 215 من قانون الأسرة.

وجاء في اجتهاد للمحكمة العليا قرار رقم: 157310 أنه " من المقرر قانونا وشرعا أن العين

المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها"

ولما تبين في قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على أرض محبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة بالرغم من تعلقه بأرض محبسة، فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أخطئوا في التطبيق السليم للقانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم".³

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 37

² لحسن بن شيخ آث مولويا، المرجع السابق، ص: 165

³ اجتهاد للمحكمة العليا قرار رقم: 157310 الصادر في: 1997/07/16 ص 34.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الثاني: بخصوص ثبوت الوقف

أجابت عن ذلك المادة: 217 من قانون الأسرة رقم: 11/84 التي تنص على: "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون. يثبت الحبس بواسطة تصريح المحبس أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع فإنه يثبت بواسطة حكم قضائي ويؤشر به على هامش أصل الملكية، ويلاحظ بأن الرسمية ليست شرطا لصحة الوقف، بل للإثبات فقط".

وألزمت المادة 217 من قانون الأسرة على أن يحزر التصريح المعلن من المحبس أمام موثق الذي يحزر عقدا يدون فيه مقتضيات الوقف، والشروط إن وجدوا ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا كما ذكرت أنه يثبت الوقف بما تثبت به الوصية وفق نص المادة 191¹ التي سبق شرحها.

كما صدر قانون خاص يتعلق بالأوقاف رقم: 10/91 المعدل والمتمم²، ونص في المادة الأولى "يحدد هذا القانون القواعد العامة لتنظيم الأملاك الوقفية العامة وتسييرها وحفظها وحمايتها والشروط والكيفية المتعلقة باستغلالها واستثمارها وتنميتها. يخضع الوقف الخاص للأحكام الشرعية والتنظيمية المعمول بها".

تنص المادة 28 منه على: "يبطل الوقف إذا كان محددًا بزمن".

تنص المادة 29 منه على: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

ويقابل هذه المادة في مضمونها المادة 218 من قانون الأسرة 11/84 بنصها: "ينفذ شرط

الوقف ما لم يتناف ومقتضيات الوقف شرعا، وإلا بطل الشرط وبقي الوقف".³

¹ أنظر المادة: 191 من القانون رقم: 02/05 السالف الذكر، التي تنص على: " تثبت الوصية ب: 1/ بتصريح الموصي أمام موثق وتحرير عقد بذلك.

2/ وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على أصل الملكية".

² القانون 10/91 المؤرخ في: 12 شوال عام 1411 الموافق 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف. ر. العدد 21 المؤرخ في 1991/05/08 معدل بالقانون 07/01 ومعدل بالقانون 10/02 والمرسوم التنفيذي رقم: 381/98 يتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.

³ لمزيد من المعلومات بخصوص الوقف أنظر المواد: من 213 إلى 220 من القانون رقم: 02/05 السالف الذكر.

القسم الرابع: الاستصلاح كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية

عرفت الشريعة الإسلامية الإصلاح بمصطلح إحياء الموات، وقد جاء في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم أنه "من أحيا أرضا فهي له" في الشريعة الإسلامية إحياء الأرض هو جعلها صالحة للزراعة، وذلك بإزالة العوائق واستخراج الماء.

المشرع الجزائري يعرف الاستصلاح في المادة: 08 من قانون رقم: 83/18¹ بأنه "كل عمل من شأنه جعل الأرض قابلة للفلاحة صالحة للاستغلال.

لكن اشترط أن يتم الاستصلاح في أراضي أملاك الدولة في المناطق الصحراوية والأراضي التي تتميز بنفس المميزات.

تمنح ملكية الأرض المراد استصلاحها بالدينار الرمزي وبشرط فاسخ، ويتوقف الشرط على إنجاز المشروع في المدة القانونية المتفق عليها، وان لم يتحقق ذلك في الآجال المتفق عليها يفسخ العقد.

كما يمكن رفع الشرط الفاسخ من طرف الوالي، في حال تم إنجاز مشروع الاستصلاح وهذا من طرف لجنة تقنية تعين إنجاز المشروع فعليا على أرض الواقع²

القسم الخامس: الاستثمار كنمط لاكتساب الملكية العقارية

في إطار برنامج التشجيع على الاستثمار نصت المادة: 23 من القانون رقم: 93/12 المؤرخ 1993/10/05 المتعلق بالترقية والاستثمار³ على إمكانية منح جزء من الأراضي التابعة للأمولاك الوطنية الخاصة في إطار عقود الامتياز لإنجاز مشاريع استثمارية وقد حدد المرسوم الصادران تحت رقم: 94/321 و 94/322 بتاريخ: 17/10/1994 تطبيقا لقانون الاستثمار شروط منح الامتياز

¹ القانون رقم: 83/18 المؤرخ في: 13 اوت سنة 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية المعدل بالمادة 19 من قانون 84/21 مؤرخ في: 24 ديسمبر 1984. جريدة رسمية رقم: 83/34.

² حمدي باشا عمر/ ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومه، طبعة 2015، من ص: 147 إلى ص: 149.

³ -المرسوم التنفيذي رقم: 94/321 المؤرخ في: 17/10/1994 المطبق للمادة: 23 من قانون ترقية الاستثمار، ج.ر: رقم: 94/67.

- المرسوم التنفيذي رقم: 94/322 المؤرخ في: 17/10/1994 المتضمن منح امتياز في الأراضي التابعة للأمولاك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في إطار ترقية الاستثمار ج.ر: رقم: 94/67.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

في المناطق الخاصة التي يشجع فيها الاستثمار، وهي المناطق الواقعة في جنوب البلاد¹ لما تتميز به من شساعة المساحة ونوعية التربة- إذا ما استصلحت-.

المطلب الثاني: اكتساب الملكية العقارية في الإسلام وفي القانون المصري

ونتطرق في هذا المطلب إلى اكتساب الملكية العقارية في الإسلام (الفرع الأول) ثم نذكر طرق اكتساب الملكية العقارية في القانون المصري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: اكتساب الملكية في الإسلام

اكتساب الملكية في الفقه الإسلامي لها أربع أشكال يمكن ذكرها كالتالي: الاستيلاء على المباح والعقود، والخلفية، والتولد من الشيء المملوك.

القسم الأول: الاستيلاء على المباح

المال المباح هو المال الذي لا مانع شرعي من تملكه كالحشيش في الأرض والحطب والصيد في البحر وغيره من الأمور المباحة والتي لا مانع من تملكها شرعا.

البند الأول: شروط الاستيلاء على المباح

يشترط في الاستيلاء على المباح هو إحراز الشيء قبل أي شخص آخر بنية تملكه، ويكون ذلك سببا لاكتساب الملكية على شيء لم يكن مملوكا لأحد. كما لا يتحقق إلا بوضع اليد الفعلي على الشيء المراد تملكه.²

¹حمدي باشا عمر/ ليلي زروقي، المرجع السابق، ص:152.

²الحسين بن محمد شواط، عبد الحق حميش، مقال بعنوان: نظرية التملك في الفقه الإسلامي رابط الموضوع:

<https://www.alukah.net/sharia> : تاريخ الاطلاع: 2021/01/05.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الثاني: صور الاستيلاء على المباح

أولاً: الزرع وإحياء الأرض الموات

الزرع:

يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: " ما من مسلم يغرس غرساً أو يزرع زرعاً فيأكل منه طير أو إنسان أو بهيمة إلا كان له صدقة". دعا الإسلام إلى الزراعة لما لها من أهمية في تأمين الاحتياجات من الغذاء عن طريق الزراعة.

كما أن الكسب بالزراعة يعتبر نوعاً من الطاعة، وتشجيعاً للناس على الزراعة. وجعلت الشريعة أنه من يحيى الأرض الميتة تصيح ملكاً له.

إحياء الموات:

الموات من الأرض وهي الأرض التي تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغمر الماء لها أو لكون طينتها غير صالحة للزراعة ابتداءً. ويكون إحيائها بجعلها صالحة للزراعة، وذلك بإزالة السبب الذي جعلها غير صالحة للزراعة. وإحياء الموات واجب على القادر عليه إذا كانت الأرض غير مملوكة.

والإحياء: هو سبب ملكية الأرض لقوله صلى الله عليه وسلم: " من أحيا أرضاً ميتة فهي له"

والأحياء سبب لكسب الملكية باتفاق الفقهاء، ولكن يشترط للإحياء المؤدي لكسب الملكية أخذ إذن ولي الأمر، وهذا لرفع التنازع وحتى لا ينصب الإحياء على أرض مملوكة للغير.¹

العمل: هو العنصر الفعال في كل الطرق التي أباحها الإسلام للكسب والعالم الإسلامي يتسم بتشغيل كافة قوى العمل القادرة على العمل، وبالتالي لا مجال للبطالة الاختيارية.

والإسلام يحث على العمل النافع، والالتزام به عمل تعبدي، ومنع كل ما من شأنه التقاعد عن العمل وتحقيق كسب بدونه.

¹ محمود حسين الوادي، إبراهيم محمد خريس، حسين محمد سمحان، كمال محمد رزيق، أمجد سالم لطايفة، المرجع

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الميراث والوصية: لم يجعل الإسلام الملكية الخاصة مقتصرة على صاحبها وإنما جعلها تنتقل بعد وفاة المالك إلى ورثته لقوله صلى الله عليه وسلم: "فأيما مؤمن ترك مالا فليرثه عصبته من كانوا". ومنكر الميراث خارج من جماعة المسلمين.

ووزع الإسلام أنصبة الميراث توزيعاً واسعاً. وضبط الشارع الحكيم أنصبة كل وارث وهو العلم الذي لم يتركه مفتوحاً وإنما قدر أنصبة لكل وارث - كما لم يجعل التركة وقفاً على الذكور فقط أو على الابن الأكبر كما فعلت بعض شرائع الغرب، وبذلك سمح بنقل الملكية من أسرة إلى أسرة، فكان نظاماً فريداً من نوعه في تجزئة التركة عن رضا واختيار.

كما سمح الإسلام لصاحب المال أن يوصي من ماله لكن في حدود الثلث، أما ما زاد عن الثلث فيبقى على إجازة الورثة، وهذا عكس الاتجاه الرأسمالي الذي سمح للمالك إن شاء أن يوصي بكل ماله لشخص أو هيئة، وهنا هو يحرم الورثة الباقين من الميراث، كما لم يعتمد الاتجاه الماركسي الاشتراكي الذي يحرم الميراث.

ثانياً: الصيد

الدليل قوله تعالى " ﴿ أَحَلَّ لَكُمْ صَيْدُ الْبَحْرِ وَطَعَامُهُ مَتَاعًا لَكُمْ وَلِلسَّيْرَةِ وَحُرِّمَ عَلَيْكُمْ صَيْدُ الْبَرِّ مَا دُمْتُمْ حُرْمًا ﴾¹. وصيد البر أو البحر جائز إلا ما استثنى بنص وهو سبب من أسباب التملك.

ثالثاً: الاستيلاء على الكلاً والآجام

الكلاً: هو الحشيش الذي ينبت في أرض ليست مزروعة وهي مخصصة لرعي البهائم.

الآجام: هي الأشجار الكثيفة في الغابات أو الأراضي التي لا مالك لها، وبالتالي يمكن لأي شخص اكتسابها والاستيلاء عليها، ما لم يكن هناك مانع.

رابعاً: الاستيلاء على المعادن والكنوز

المعادن: هي كل ما يحويه باطن الأرض وكل ما خلقه الله تحت الأرض، ومثالها الذهب والنحاس والفضة وغيرها.

¹ الآية: 96 من سورة المائدة.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الكنوز: وهي ما دفن بفعل الإنسان بباطن الأرض من أموال.

ويشمل اسم الركاز على تسمية المعادن والكنوز والتي تجب فيها الخمس لقوله صلى الله عليه وسلم: "وفي الركاز الخمس"¹.

ويذهب القانون المغربي في المادة 18 من مدونة الحقوق العينية "أن الكنز الذي يجده يكون ملكا لصاحبه وعليه أن يدفع الخمس مما وجد لفائدة الدولة"².

القسم الثاني: العقود الناقلة للملكية

بيع، هبة، معاوضات... وكافة أنواع العقود والبيوع المشروعة³، وهي من أشمل أسباب التملك بحيث تشمل كل أنواع العقود المعروفة بالإضافة إلى نزع الملكية الجبري بصورتيه حق الشفعة والاستهلاك للصالح العام أو ما يعرف حاليا بنزع الملكية للمصلحة العامة والذي تعرفه الشريعة أنه هو تملك العقار بسعره العادل.

القسم الثالث: الخلفيّة وأنواعها

وتنقسم هذه الأخيرة (الخلفية) إلى نوعين:

الأول: عن طريق الميراث وهو سبب شرعي لاكتساب الملكية وقد سبق شرحه.

الثاني: وهي عبارة عن مقابل أو تعويض عما لحق بشخص آخر يعطى كتعويض مالي عما لحقه من ضرر وهي مقدرة شرعا.

¹ الحسين بن محمد شواط، عبد الحق حميش، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 2021/01/05

² المادة 18 من القانون 39/08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 ذي الحجة 1432هـ الموافق ل 2011/11/22، والتي تنص: "الكنز الذي يعثر عليه في مكان معين يكون ملكا لصاحبه وعليه الخمس للدولة".

³ محمود حسين الوادي، إبراهيم محمد خريس، حسين محمد سمحان، كمال محمد رزيق، أمجد سالم لطايفة، المرجع السابق، من ص: 94، إلى ص: 96.

القسم الرابع: التولد من المملوك

التولد من المملوك: هو ثمرة الشيء ومثالها ثمار الأشجار هي: ملك لصاحب الشجرة، وولد الحيوان هو ملك لمالك الحيوان ولبنه وغيرها هي ملك لصاحبها هذا بخصوص من يملك الأرض، أما من استولى على أرض ليست ملكه وقام بزراعتها فلا يملك الزرع على الصحيح؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم: "مَنْ زرع في أرض قوم بغير إذنيهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته" وهو مذهب الحنابلة.¹

الفرع الثاني: اكتساب الملكية في القانون المصري

ذكر القانون المدني المصري أسبابا لكسب الملكية وذكر ذلك في الفصل الثاني على سبيل الحصر كما يلي:

ذكر القانون المصري هذه الطرق في مواد القانون المدني وهي: الاستيلاء، الميراث، الوصية، الالتصاق، العقد، الشفعة والتقادم المكسب وهذا وفق ما يلي:

1/ الاستيلاء و فرق بين الاستيلاء على المنقول المواد: من م: 870 إلى م: 873 من القانون المدني المصري. أما الاستيلاء على العقار ذكره في المادة: 874 من القانون المدني المصري وذكر ما يلي:

2/ الميراث وتصفية التركة ونص على ذلك في المواد من 875 إلى المادة 914 من ق م المصري.

3/ الوصية في المواد: 915 إلى 917 من القانون المدني المصري.

4/ الالتصاق في المواد: 918 إلى: المادة: 931 من القانون المدني المصري.

5/ العقد: من المادة 932 إلى المادة 934 من القانون المدني المصري.

6/ الشفعة: من المادة 935 إلى المادة 967 من القانون المدني المصري والوصية هي تصرف قانوني في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.²

7/ التقادم المكسب: من المادة: 968 إلى المادة: 975 من القانون المدني المصري.

القسم الأول: الاستيلاء

وهو تصرف مادي من الدولة بوضع يدها بالقوة على قطعة أرض أو عقار ونزع حيازته المادية من الغير، وإن كان هذا التصرف من الدولة يعتبر القانون سببا في كسب الملكية.

¹الحسين بن محمد شواط، عبد الحق حميش، المرجع السابق، تاريخ الاطلاع: 2021/01/05

²مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، سنة: 2000 ص: 437.

القسم الثاني: الميراث

وهو انتقال تركة الهالك إلى ورثته الشرعيين كل حسب نصيبه الذي قدر له وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة في شأنها¹، وتنتقل الملكية للورثة بقوة القانون دون الحاجة لاتخاذ أي إجراء قانوني أو تسجيل، ويعتبر الميراث من أهم الأسباب المكسبة للملكية.

القسم الثالث: الوصية في القانون المصري

من أسباب اكتساب الملكية في القانون المصري، الوصية والتي تعرف أنها "قيام شخص بالتصرف في جزء من ملكه أثناء حياته للغير، وفي الحدود التي رسمها القانون على أن يكون انتقال الشيء الموصى به إلى الموصى إليه مضاف إلى ما بعد موت الموصي" وحسب المادة 915 من القانون المدني المصري تسري على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية.

القسم الرابع: الالتصاق في القانون المصري

ويعد الالتصاق من أسباب اكتساب الملكية في القانون المصري ويعرف الالتصاق بأنه: "وجود قطعة أرض ليس لها مالك ملاصقة لقطعة أرض مملوكة لشخص، وقد جعل المشرع المدني المصري من هذا الالتصاق سببا من أسباب كسب الملكية العقارية، ومستبعد في الوقت الحالي وقوع ذلك، تنص المادة: 918 من ق.م. مصري " الأرض التي تتكون من الطمي الذي يجلبه النهر بطريقة تدريجية محسوسة تكون ملكا للملاك المجاورين".

الملاحظ أن المشرع المصري جعل الأرض التي تتكون من الطمي ملكا للملاك المجاورين، في حين أن المشرع الجزائري جعل الأرض التي تتراجع عنها المياه ملكا للدولة مثل تراجع مستوى البحر.

القسم الخامس: العقد وأنواعه

في القانون المصري يعتبر العقد من أسباب اكتساب الملكية العقارية، عقد البيع العرفي - الابتدائي- من أهم وأكثر الأسباب القانونية انتشارا في كسب الملكية العقارية في جمهورية مصر العربية والقانون المصري نظمها، فهو تصرف شائع بين الناس.

¹ أنظر المادة: 875 من القانون المدني المصري، القانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، صادر في 1948/07/29.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

بالرغم من تأكيد المشرع هناك على أن العقود العرفية لا ترتب إلا التزاما متبادلا بين أطراف العقد، وأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل.

القسم السادس: الشفعة وأحكامها

ومن أسباب كسب الملكية العقارية أيضا في القانون المصري الشفعة، والتي تلزم احترام مجموعة من الشروط، ويمكن تعريف الشفعة أنها "رخصة تجيز في بيع العقار الحلول محل المشتري في الأحوال وبالشروط المنصوص عليها في القانون".

القسم السابع: التقادم المكسب

آخر سبب من أسباب كسب الملكية العقارية في القانون المصري التقادم المكسب والذي يعتبر من أهم الأسباب التي اقرها المشرع وتسمح لصاحبها بكسب الملكية¹، وله صورتان:

الصورة الأولى:

أن يكون التقادم نتيجة عمل مشروع على عقار أو حق عقاري، وبالتالي يجوز لمن بيده عقد عرفي أن يستند إلى التقادم المكسب لاكتساب ملكية العقار بمضي خمس سنوات فقط المادة: 969 من القانون المدني المصري.

الصورة الثانية:

يجوز لمن حاز عقارا أو حقا عقاريا مدة خمس عشرة سنة متصلة أن يكتسب هذا الحق بشروط ذكرتها المواد: 949 و968 و969: من القانون المدني المصري.²

فيما يلي من الدراسة الحالية نتطرق إلى: العقود المثبتة للملكية العقارية وطرق إثباتها وذلك في المبحث الثاني.

¹علاء رضوان، مقال بعنوان: ستة أسباب أخرى لاكتساب الملكية العقارية، موقع اليوم السابع، تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/04/22.

²أنظر المواد: 949 و968 و969: من القانون المدني المصري، السالف ذكره.

المبحث الثاني: العقود المثبتة للملكية العقارية

يعتبر حق الملكية من أوسع الحقوق العينية نطاقا بل هو جماع هذه الحقوق العينية، وعنه تتفرع هذه الحقوق جميعا، فمن كان له حق ملكية على الشيء كان له حق استعماله، وحق استغلاله، وحق التصرف فيه، وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء .

في هذا الجزء من الدراسة سنناقش تعريف الملكية وعناصرها، ونطاقها وأنواعها كل هذا في أحكام الملكية العقارية، ثم ننتقل إلى الأنواع المختلفة من السندات والوثائق المثبتة للملكية العقارية التي تمنح صاحبها حماية حقه من التعدي أو الاغتصاب وغيرها من الأمور التي يمنعها القانون، (في المطلب الأول)، وفي (المطلب الثاني) من الدراسة سنناقش تقسيمات الملكية العقارية في القانون الجزائري.

المطلب الأول: أحكام الملكية العقارية

المشرع الجزائري تكلم عن الملكية في الدستور الذي وفر لها الحماية وأعطى القانون المدني مفهوما لها في نص المادة: 674 من القانون المدني بنصه: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"¹. وبالتالي اعترف المشرع الجزائري بحرية تملك الأفراد للأشياء وجعلها حقا من الحقوق، كما كرس لها حماية من أعلى الهرم القانوني الجزائري.

وجعل الشرط في ذلك هو: أن تكون التصرفات والمعاملات الواقعة الخاصة بها قانونية ومسموح بها، لا تمنعه القوانين والأنظمة.

وجاءت المواد التي بعدها وفصلت بعض الشيء في الملكية وفي نص المادة: 677 من نفس القانون وذكرت " أنه لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون أو ما يصطلح عليه بشكل عام، نزع الملكية للمنفعة العامة التي تكون مقابل تعويض عادل."²

¹المادة: 674 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

²المادة: 677 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

الفرع الأول: مفهوم الملكية العقارية

جاء في المادة 02 من قانون التوجيه العقاري 25/90 المعدل والمتمم¹ على أن الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات العقارية غير المبنية".

وذكر في المادة 27 من نفس القانون على أن "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها."

القسم الأول: الملكية والعقار

البند الأول: تعريف الملكية

الملكية لغة:

للملك: تعريفات كثيرة تتحد وتلتقي في أنها احتواء الشيء والقدرة على الاستبداد به والتصرف بانفراد.² كما سبق وأشرنا.

التعريف الفقهي للملكية

يعرف حق الملكية بأنه "حق الاستئثار باستعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم وكل ذلك في حدود القانون"³.

تكلت المادة 544 من القانون المدني الفرنسي أن الملكية هي "الحق في التمتع والتصرف في الشيء بصورة مطلقة"⁴، على ألا يشمل ذلك الاستعمال الذي تحرمه اللوائح والقوانين، وقد سار في هذا القانون المدني المصري القديم في المادة: 27/11.¹

¹ أنظر المادة: 02 من قانون 25/90 مؤرخ في: 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 26/95 المؤرخ في: 25/12/1995، الجريدة الرسمية رقم 49 المؤرخة في 18/11/1990 التي تنص: "الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات العقارية غير المبنية".

² عبد الله بن عبد العزيز المصلح، المرجع السابق، ص: 27.

³ محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005، ص: 246 منقول عن كتاب الأستاذة: جميلة زليبي، المرجع السابق، ص: 10.

⁴ Article n .544 « De jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue »

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

جاء النص في القانون البلجيكي والدانماركي موافقا لما ذكرته المادة 544 من القانون المدني الفرنسي²، وعرفها الأستاذ: مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام: "بأنه اختصاص حاجز شرعا يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع"³.

البند الثاني: تعريف العقار

العقار في الفقه الإسلامي هو ما له أصل ثابت وقار لا يمكن نقله وتحويله من مكان لآخر.⁴

العقار اصطلاحا:

يعرف العقار على أنه: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف"⁵

- المشرع المغربي:

تكلم المشرع المغربي عن العقار في مدونة الحقوق العينية وعرفه في المادة 06 بنصها "أن العقار بطبيعته هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته" يلاحظ أن مفهوم العقار عند المشرع المغربي واسع كون أنه شمل حتى التغيير في هيئة العقار خاصة وأن العقار اليوم متنوع ومختلف نوعا ما عن مفهومه في السابق.

« Les propriétaires doivent utiliser leurs biens selon la fonction économique et les exigences de la Production nationale »

¹ أحمد عبد العال أبوقرين، حق الملكية في الفقه، والقضاء، والتشريع- مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة السعودية والقانون المقارن، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الأولى-1420، ص:11.

² خواجية سميحة حنان، مذكرة ماجستير بعنوان: قيود الملكية العقارية الخاصة، جامعة قسنطينة، فرع قانون خاص، قسم قانون عقاري، سنة: 2008/2007، ص: 05.

³ محمود حسين الوادي، إبراهيم محمد خريس، حسين محمد سمحان، كمال محمد رزيق، أمجد سالم لطايفة، المرجع السابق، ص: 87.

⁴ عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص: 23.

⁵ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 09.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- قانون الملكية العقارية اللبناني:

جاء في المادة 11 منه على " الملكية العقارية هي حق استعمال عقار والتمتع والتصرف فيه ضمن حدود القوانين والقرارات، والأنظمة، وهذا الحق لا يجري إلا على عقارات الملك.¹

- المشرع المصري:

عرف العقار في المادة 82 من القانون المدني المصري بقوله " كل شيء مستقر بحيزه، ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"

- المشرع المدني العراقي

عرف القانون المدني العراقي في المادة 62 منه المنقول بأنه " كل شيء يمكن نقله وتحويله دون تلف، فيشمل النقود والعروض والحيوانات والمكيلات والموزونات وغير ذلك من الأشياء المنقولة"².

- المشرع المدني الجزائري:

المشرع الجزائري استعمل مصطلح الملكية العقارية للتعبير عن العقار في بعض الأحيان، كما سبق وأشرنا واستعمل مصطلح عقار للإشارة إلى الأرض، وما هو مبني فوقها أو ملاصق بها كالمباني وكذا العقار بالتخصيص، نصت المادة 683 من القانون المدني الجزائري على العقار مباشرة وعرفته بقولها: "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه، لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

هذا التعريف مطابق للتعريف الذي جاء به الفقيه عبد الرزاق احمد السنهوري في كتابه الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

العقار بالتخصيص:

الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني الجزائري، نصت على العقار بالتخصيص، وهو: المنقول الذي يضعه صاحبه رسدا لهذا العقار يعتبر عقارا بحسب طبيعته.

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص493

² يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص14.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

(كما يلاحظ، بالنسبة للمنقول، لم يعرف التقنين المدني الجزائري المنقول تعريفا مباشرا كما فعل في تعريف العقار بل اقتصر على القول " ما عدا ذلك - في إشارة إلى العقار - فهو منقول.

إن بمفهوم المخالفة هو: " كل شيء غير مستقر في مكانه، ويمكن نقله دون تلف فهو منقول"

العقار بحسب الموضوع:

وهناك العقار بحسب الموضوع، جاء ذلك في المادة 684 من نفس القانون بقولها: " يعتبر مالا عقاريا، كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.¹

القسم الثاني: عناصر حق الملكية

وتتجزأ الملكية من حيث عناصرها في القانون المدني الجزائري إلى ثلاث عناصر: حق الانتفاع وحق الاستعمال، وحق السكن، ثم حق الارتفاق. المشرع المصري، ذكر في المادة 802 أن حق الملكية يخول صاحبه الحق في استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه.

البند الأول: حق الانتفاع

نصت عليه المادة: 844 من القانون المدني بقولها: " يكسب حق الانتفاع بالتعاقد وبالشفعة وبالتقادم، وبمقتضى القانون، وينتهي حق الانتفاع بانقضاء الأجل المعين وفق المادة 852 من القانون المدني، أو بهلاك الشيء وذلك وفق المادة: 853 من نفس القانون، وبعدم استعمال الشيء مدة خمسة عشر سنة وفق المادة 854 من القانون المدني.

أقرت المحكمة العليا في القرار رقم: 136789 بتاريخ: 1995/07/11 المنشور في مجلة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا² مبدأ مفاده: " أنه من المقرر قانونا أنه على المنتفع أن يستعمل الشيء بحالته التي تسلم له، وحسب ما أعد له، وأن يديره إدارة حسنة".³

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 9.

² قرار رقم: 136789 بتاريخ: 1995/07/11 منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا عدد خاص، 1999، صفحة 108.

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 11.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الثاني: حق الاستعمال وحق السكن

جاء في القانون المدني الكلام عن هذين الحقين في المادة: 855 ونصت على: "نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته لخاصة أنفسهم وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقرها السند المنشئ للحق.

بخصوص التنازل عن حقي الاستعمال والسكن: ويكون هذا الأخير بناء على شرط صريح وواضح لا لبس فيه أو أن يكون بناء على سبب وجيه ومبرر قوي يحتج به عند الحاجة وما دون ذلك فلا يجوز التنازل عن هذين الحقين. وهذا ما نصت عليه المادة: 856 من ق. م.¹

القواعد التي تنظم حق الاستعمال وحق السكن هي نفسها القواعد التي تحكم حق الانتفاع، وهذا متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين م 857 ق. م في قرار للمحكمة عليا² الصادر بتاريخ: 1997/06/25 أنه "من المقرر قانونا أنه يجب على المالك أن يراعي في استعمال حقه ما تقتضي به التشريعات الجاري بها العمل المتعلقة بالمصلحة العامة أو الخاصة، وأن لا يتعسف في حقه إلى حد يضر بملك جاره، ويجوز للجار أن يطلب من جاره إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف، ولما كان ثابتا في قضية الحال أن جيران المدعي تضرروا من غلق الممر المؤدي إلى منزلهم من طرف المدعي المالك مما أزمهم بالدخول إلى منزلهم مرورا بطريق بعيد، فإن المجلس لما قضى بتأييد الحكم المعاد المصادق على الخبرة طبقوا صحيح القانون".³

البند الثالث: حق الارتفاق

نصت عليه المادة 867 من القانون المدني الجزائري، بقولها "الارتفاق حق يجعل حدا لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ويجوز أن يترتب الارتفاق على مال، إن كان لا يتعارض مع الاستعمال الذي خصص له هذا المال.

¹ المادة: 856 من القانون رقم: 58/75 سالف الذكر". لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن، إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي".

² أنظر قرار منشور في المجلة القضائية عدد: 1 لسنة: 1997، ص: 111 المؤرخ في: 1997/06/25.

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 12

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وينشأ حق الارتفاق عن الموقع الطبيعي للأمكنة، أو يكسب بعقد شرعي، أو بالميراث، إلا أنه لا تكسب بالتقادم الارتفاقات الظاهرة، بما فيها حق المرور وهذا حسب ما جاء في المادة 868 من القانون المدني.

البند الرابع: انتهاء حق الارتفاق

تنتهي حقوق الارتفاق بانقضاء الأجل المحدد، وبهلاك العقار المرتفق هلاكاً تاماً أو باجتماع العقار المرتفق به والعقار المرتفق في يد مالك واحد، ويعود حق الارتفاق إذا زال اجتماع العقارين. كما ينتهي حق الارتفاق بعدم استعماله مدة عشر سنوات.

مدة ثلاثة وثلاثين سنة، إذا كان الارتفاق مقرراً لمصلحة مال موروث تابع للعائلة وهذا وفق المادة 878 من ق م.

كما يسقط حق الارتفاق بالتقادم، وأن الشركاء في الشيوخ على عقار مرتفق إذا استعمله أحدهم فيقطع التقادم لمصلحة الباقيين وهذا وفق المادة 879 من ق م. وينتهي حق الارتفاق إذا تغير وضع الأشياء. حسب المادة 880 من ق م.¹

البند الخامس: نطاق حق الملكية

حق الملكية حق غير مطلق، والقيود التي ترد عليه لتؤكد ذلك²، حق الملكية يعطي صاحبه نطاقاً واسعاً من حيث الحقوق العينية الأصلية التي تكون في يد المالك فتعطيه سلطة الاستعمال، وسلطة الاستغلال، أما سلطة التصرف هي أهم سلطة تكون في يد مالك الرقبة، والتي تمارس في حدود معينة يسمح بها القانون في المواد: 690 وما يليها، وأن هذه السلطات تمكن صاحبها الاستئثار بجميع الحقوق التي يمكن التحصل عليها من هذا الملك، وهي كما يلي:

¹ أنظر المواد: 867 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر وما يليها بخصوص حق الارتفاق.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص: 638.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

سلطة الاستعمال:

هو أن يستخدم الشيء وفقا لما هو قابل للحصول على منافعه باستثناء الحصول على ثماره ومثاله: أن يسكن المالك داره وأن يستعمل سيارته، أو عندما يكون للشخص الحق في استعمال السكن للمبيت مثلا، فيكون لهذا الشخص الحق بالمبيت فقط وليس له أن يؤجره ولا أن يبيعه.

وبالتالي يمكن أن تعطي صاحبها: الحق في استعمال هذا الملك حسب ما وجد من أجله الشيء.

سلطة الاستغلال:

هو قيام المالك أو غيره بالأعمال اللازمة بغية الحصول على ثمار الشيء.

وهو: أن يأخذ صاحب هذه السلطة ثمار الشيء من بدل إيجار إن كان عين مؤجرة، أو غلة الحصاد إن كان في الزراعة مثلا، وغيرها من عائدات الشيء المستغل.

ويقصد بالثمار: ما ينتجه الشيء بصفة دورية ومنتظمة.

ويقصد بحق التصرف في الشيء بالمعنى المادي والقانوني، وسلطة التصرف.

التصرف المادي في الشيء، يقصد به القيام بالأعمال المادية التي تؤدي إلى استهلاك الشيء أو إحداث تغييرات فيه أو انعدامه¹.

وتمنح ملكية الرقبة لصاحبها التصرف في الشيء ببيعه أو التنازل عنه، إتلافه مثلا، وغيرها من التصرفات التي أجازها المشرع لمالك الرقبة، دون الإضرار بالغير والتصرف فيه وفق ما يسمح به القانون.

البند السادس: أنواع العقار

أ/ الأرض

عندما نتكلم عن عقار تتجه نية القائل إلى أرض يقول عندي عقار أو أمتلك عقار يقصد بها أن له أرض، سواء كانت أرضا فلاحية أو فضاء فارغا، وسواء كانت في المدن أو في الريف، وسواء

¹جميلة زليبي، المرجع السابق، ص:11.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

كانت أرضا حجرية أو كلسية، أو رملية، هي عقار بطبيعتها، وتشمل الأرض سطحها، دون مقام فوق السطح من منشأة أو مباني.

لم يعرف المشرع الجزائري الأرض ولم يعطها تعريفا خاصا، واكتفى بذكر الأرض، وأحيانا استعمل مصطلح ملكية عقارية، سواء كانت ملكا عاما أو ملكية خاصة، كذلك فعلت القوانين المتعلقة بالعقار.

ويمكن إضافة أن الأرض لها حيز مكاني ثابت لا يمكن نقله أو تحويله إلى مكان آخر.¹

ب/ المباني

عرفته المادة الثانية من القانون المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام انجازها رقم: 15/08² وذكرت:

البناء: هو كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي أو التقليدي، أو الإنتاج الفلاحي، أو الخدمات.

حددت قوانين التهيئة والتعمير شروط وكيفية إقامة بناء، كالمرسوم التنفيذي رقم 91 / 175 الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء.³

والملاحظ أن البناء الذي تم تشييده دون احترام القوانين والمعايير لا يقر به القانون، وبالتالي لا يمكن أن يطلق عليه مصطلح ملكية عقارية، إذ هو بناء فوضوي، قد يتم هدمه.⁴

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 15 - 16.

² قانون رقم: 15/08 "المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام انجازها" الصادر بتاريخ: 17 رجب 1429 الموافق ل: 20 يوليو سنة: 2008، (الجريدة الرسمية العدد: 44 المؤرخة في: 03/08/2008) معدل بالمادة: 79 من قانون رقم: 08/13 المؤرخ في 2013/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 (ج.ر: 68 مؤرخة في 2013/12/30).

³ المرسوم التنفيذي رقم 91 / 175 الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، مؤرخ في: 28 مايو 1991 جريدة رسمية: 26 مؤرخة في 1991/06/01.

⁴ للإشارة فإن عدم احترام قوانين التهيئة والتعمير عند عملية البناء لا تحرم صاحبها من منحه مصطلح ملكية عقارية، خاصة إذا ما توفر صاحب العقار على ملكية هذه الأرض، فنقصان شرط من هذه الشروط لا يعني بالضرورة أن نقصيه نهائيا.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وقد يكون من شيد البناية هو نفسه مالك الأرض، وبذلك فالبنائة بمجرد إقامتها تصبح عقارا مندمجا في الأرض، غير أن البناية تختلف عن الأرض، كون أن البناية قد تتعرض للتلف أو الهدم بعكس الأرض عقار فهو ثابت مستقر غير قابل للتلف.

والجدير بالذكر أن الأرض وما بني فوقها يطلق عليه مصطلح: العقار بحسب طبيعتها.

ج/ العقار بالتخصيص

هو منقول في حقيقته رصد لخدمة عقار محدد ومعين ومملوك لمالك العقار سواء كان أرضا أو بناية أو أرضا وبناية معا، وتكلمت عليه المادة 683 من القانون المدني التي سبق وأشرنا إليها.¹

د/ الحقوق العينية العقارية:

الحق العيني العقاري يقع على عقار يتفرع إلى نوعين من الحقوق، حقوق أصلية، وحقوق تبعية.

أولا: الحقوق العينية الأصلية

أول هذه الحقوق هو حق الملكية ويقع على عقار بطبيعته أو حتى على عقار بالتخصيص، ثم هناك حقوق عينية أصلية متفرعة عن حق الملكية، وتكون هذه حقوق عقارية إذا وقعت على عقار. ومنها حق الارتفاق، حق الانتفاع وحق السكنى والاستعمال، وحق الحكر، وذكرت المادتان 15 و16 من الأمر رقم: 74/75² المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس السجل العقاري. أنه يجب شهر كل التصرفات الناقلة أو المعدلة لحق الملكية وكل حق عيني آخر في مجموعة البطاقات العقارية.

ثانيا: الحقوق العينية التبعية

يعتبر حقا عقاريا كل حق تبعية يقع على عقار بطبيعته أو حتى على عقار بالتخصيص.³ وتنشأ عندما تكون علاقة دائنية أي دائن ومدين وتكون مؤقتة وردت هذه الحقوق على سبيل الحصر وهي: الرهن الرسمي، والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز الوارد على عقار.⁴

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، من ص16 إلى ص18.

² انظر المادتين: 15 و16 من الأمر رقم: 74/75 السالف الذكر.

³ بقنورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية- إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية، دار هوم- الجزائر، سنة 2015، ص: 61، ص: 62. أنظر في هذا المعنى: عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، من ص:194 إلى 196.

⁴ أنظر مقال بعنوان: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، موقع: <https://universitylifestyle.net/> تاريخ الاطلاع: 2021/02/10.

الفرع الثاني: طرق الإثبات القانونية للملكية العقارية ودلالاتها

سنناقش في هذا الفرع طرق الإثبات القانونية المختلفة وكذا شروط الوثيقة الرسمية حتى تكون مقبولة وتتصف بالرسمية، ثم نتطرق إلى بعض دلالات طرق الإثبات القانونية.

القسم الأول: طرق الإثبات القانونية للملكية العقارية

ونتطرق في هذا القسم إلى طرق الإثبات التي أقرها القانون وهذا كما يلي:

البند الأول: الكتابة كطريق من طرق الإثبات

الكتابة التي نقصدها في موضوع بحثنا هي الكتابة الرسمية التي تعقد أمام شخص مؤهل قانونا لكتابتها ضمن اختصاصه الإقليمي وكذا اختصاصه الزماني.

الجزء الأول: تعريفها

الكتابة الرسمية هي ورقة يقوم بتحريرها موظف أو ضابط عمومي في حدود الاختصاص المخول له قانونا مع احترام الأوضاع الواجبة قانونا¹

وبالتالي هي وثيقة يقوم بتحريرها موظف أو ضابط عمومي مختص إقليميا وزمنيا لتحرير هذه الوثيقة وكل ذلك في ضل احترام الأوضاع القانونية

ذكرت الكاتبة سرايش زكريا أنه هي... "ورقة يقوم بتحريرها موظف عام...". الملاحظ أن مدلول وثيقة أشمل من مضمون ورقة التي يتجه مفهومها إلى الورقة المصنوعة من مادة الورق وفي هذا المعنى تضيق لها ولا تشمل أنواع أخرى من الوثائق الرسمية التي عرفها التطور في مجال الإثبات بشكل عام ومثال ذلك: الكتابة الالكترونية التي سنتطرق لها لاحقا.

المشعر الجزائري: استعمل مصطلح عقد في معرض مناقشته للموضوع في المادة: 324 من القانون المدني¹ وهو وصف غير دقيق كون أن مدلول الوثيقة الرسمية تشمل المحرر كما تشمل الورقة وهذا دون

¹ سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دار هومه طبعة 2015، ص. 56.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

أن تلحق التصرف، فلا يوجد عقد رسمي وإنما توجد وثيقة رسمية تتضمن تصرف معين ملزم لجانبين أو ملزم لجانب واحد مثل الإقرار والإبراء.² ويبدو أن مصطلح محرر رسمي أشمل من مصطلح عقد وهو ما أخذ به المشرع المصري في قانون الإثبات المصري.

المشرع المصري:

أخذ بمصطلح المحررات الرسمية من قانون الإثبات وهذا في الباب الثاني بعنوان الأدلة الكتابية في الفصل الأول منه وذكر المحررات الرسمية المادة 10 من قانون الإثبات المصري، التي نصت على: " المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه. فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم"³

الجزء الثاني: شروط الوثيقة الرسمية

وفق القانون المدني الجزائري التي حدد شروطاً معينة حتى تكون الوثيقة المحررة رسمية نذكرها كما يلي:

الشرط الأول: أن يحررها ضابط عمومي أو موظف عام

ويعرف الضابط العمومي: أنه شخص أوكل له القانون وأعطاه الحق في أداء خدمة عامة مثل: المحضر القضائي والخبير القضائي وغيرهم من الذين رخص لهم القانون تحرير الوثيقة، وتعتبر الوثيقة الصادرة منهم وثيقة رسمية لا يطعن فيها إلا بالتزوير.

¹ المادة 324 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر تنص: "العقد الرسمي هو العقد الذي 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 أو اختصاصه.

² سريش زكريا، المرجع السابق، ص: 56، ص: 57.

³ المادة: 10 من قانون الإثبات المصري، قانون رقم: 25 لسنة 1968 الجريدة الرسمية - العدد 22، الصادر في 30 مايو سنة 1968.

³ المادة 14 من قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية، السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الموظف العام: هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بمهام عامة¹ سواء بأجر أو بدون أجر منها تحرير الوثائق لصالح الأشخاص في حالات محددة مثل القاضي وضابط الحالة المدنية ويستوي أن يكون موظفا بإحدى الإدارات الرئيسية للدولة أو بإحدى الهيئات المحلية من مجالس بلدية ويستوي أن يكون موظفا في مصلحة كمصلحة البريد وغيرها.²

الموظف العام: "هو شخص عينته الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء أجرته على هذا العمل كالموثق أو لم تؤجره كالمأذون".

الشرط الثاني: أن تصدر من شخص ضمن اختصاصه القانوني

مضمون هذا الشرط أن تحرر الوثائق ضمن اختصاص هذا الموظف العام، وبناء على هذا المضمون فإن الموظف بالمدرسة لا يمكنه تحرير شهادة ميلاد أو أن يحرر عقد وديعة لأنه وببساطة تخرج عن اختصاصه القانوني، فإن وقع وأن حرر ذلك يعد تجاوزا لاختصاصه.

الشرط الثالث: أن تحترم الوثيقة المحررة الأوضاع القانونية الواجبة

إذا أقر القانون أوضاعا معينة لتحرير وثيقة رسمية فيجب التقيد بها واحترامها ويمكن ذكر على سبيل المثال: ضرورة إحضار شاهدين في بعض الأنواع من العقود كعقود إثبات الزواج. كما يجب أن يكتب تاريخ تحرير هذه الوثيقة وكذلك وضع بصمة الشخص الذي لا يستطيع التوقيع. وقد تبدأ الورقة عرفية تم تقدم لموظف عام ليتخذ بشأنها إجراءات معينة كصحيفة دعوى الطلاق بالتراضي التي يوقع عليها الطرفان الزوج والزوجة في عريضة واحدة حسب المادة 48 من قانون الأسرة الجزائري التي تقدم لقلم كتاب المحكمة لتسجيلها وصدور حكم بشأنها يعطيها صفة الرسمية وعندئذ تكتسب الورقة صفة الرسمية³.

¹ سريش زكريا، المرجع السابق، ص57.

² لعروي زووية/ قماري نضيرة بن دنوش، مقال بعنوان: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، مجلة البحوث القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، الجزائر، العدد (07)، ديسمبر 2016، ص:427.

³ عز الدين الديناصوري، حامد عكاز وخيرت راضي، التعليق على قانون الإثبات، الجزء الأول، دار المطبوعات الجامعية، 2015، ص:95،94.

جاء في مضمون المادة 26 من مهنة الموثق القانون رقم: 02/06 المنظم لمهنة الموثق على ضرورة تحرير العقود في نص واحد، وواضح باللغة العربية، مع كتابة يوم التوقيع والسنة والشهر والمبلغ بالأحرف تحت طائلة البطلان.

الشروط التي سبق الإشارة إليها تعطي للوثيقة المحررة بهذه الطريقة صفة الرسمية، أما إذا تخلف شرط من هذه الشروط تأخذ قيمة الورقة العرفية في الإثبات مادامت تحمل توقيعات الأطراف. ألزمت المادة: 324 مكرر 1 كتابة الوثيقة في شكل رسمي، وأن يتم دفع الثمن لدى ضابط عمومي الذي حرر العقد عندما يتعلق الأمر بعقود تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية وغيرها من العقود المذكورة في المادة.¹

الجزء الثالث: حجية الأوراق الرسمية في الفقه الإسلامي

الملاحظ عن موقف الفقه الإسلامي، أنه أفتى بعض العلماء المتأخرين بقبول الخط والعمل به وأخذت بذلك مجلة الأحكام العدلية... واعتبرت الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان، وكذلك يعمل بالأوراق الرسمية إذا كانت خالية من التزوير والفساد.²

البند الثاني: الكتابة الالكترونية

تلعب التكنولوجيا دورا هاما في حياتنا اليومية في مختلف المعاملات التجارية والقانونية وما يثبت ذلك الجائحة التي أصابت العالم بأسره مند ديسمبر 2019 (جائحة كورونا)، التي كانت البديل الأمثل للمعاملات والتعاقدات عن بعد والتي وفرت الحماية للأفراد بشكل عام.

بالرجوع للنقطة المثارة الخاصة بالكتابة الالكترونية يمكن تعريف المحرر الالكتروني انه: "لم يتطرق المشرع المدني الجزائري للكتابة الالكترونية بشكل مباشر ولكنه نص على حجبتها في الإثبات حجية الورقة التقليدية العادية التي يتولى موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة إثباتها على محرر الكتروني، بناء على ما تم لديه، أو وفقا لما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.³

¹أنظر المادة: 324مكرر 1 من القانون المدني رقم: 58/75 السالف الذكر.

²أنظر سرليش زكريا، المرجع السابق، من ص: 59، إلى ص: 63.

³أنظر المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني رقم 58/75 السالف الذكر./ أنظر سرليش زكريا، المرجع السابق، ص: 64.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

المشروع المدني الفرنسي:

نص في المادة: 1316 من القانون المدني الفرنسي على أنه يتم قبول المستندات المكتوبة في الشكل الإلكتروني كدليل للإثبات بنفس حجية المستندات المكتوبة على الورق، بشرط تحديد هوية الشخص الذي حررها وفق شروط الواجبة، وأن يتم إثباتها وحفظها وفق ظروف لضمان سلامتها¹.
نص في المادة 2/1317 منه: "على أنه يجوز أن يحرر محرر رسمي على دعامة الكترونية مع الإحالة لمرسوم يحدد الشروط التي ينشأ ويحفظ وفقا لها.

المشروع المصري:

في المادة 1/10 من قانون الإثبات نص صراحة على: "المحرر الرسمي هي التي يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته أو اختصاصه"².

المشروع الأردني:

جاء في مضمون المادة 06 من قانون البيانات عن مضمون المحررات الرسمية مطابقا لما جاء في قانون الإثبات المصري السالف الذكر.³

للكتاب الإلكترونية أغراض عدة في الوقت الحالي، وذلك لما توفره من تواصل بين الأشخاص مثل تبادل المعلومات بين مختلف إدارات الدولة الواحدة أو إدارات دول كثيرة وغيرها، ومن بين أهم هذه الأغراض: إبرام العقود، والتصرفات من جانب واحد، ومن جانبين في إطار ما يسمى بالتجارة الإلكترونية وموضع الدراسة الحالية هي عن الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات، كون أن هذه المسألة أصبحت حتمية لأغلب المشرعين القانونيين، خاصة وأن العديد من المعاملات اليومية تبرم بواسطة أنظمة إلكترونية، وهو ما يطرح مسألة إثبات هذه المعاملات أو التصرفات، التي تعجز أنظمة الإثبات التقليدية

¹أنظر المادة: 1316 من القانون المدني الفرنسي المؤرخ في: 13/03/2000 رقم: 230/2000 التي جاء فيها: "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier, sous réserve qui puisse être dument identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité"

² أنظر المادة 1/10 من قانون الإثبات المصري السالف الذكر.

³لعروي زلوية/ قماري نضيرة بن ددوش، المرجع السابق، ص426.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

عن إثباتها، فكان لابد من دليل إثبات من داخل هذا النظام الجديد في المعاملات، وهنا ظهر التوقيع الإلكتروني كوسيلة لإثبات هذه المعاملات الإلكترونية اليومية

فيما سبق بيانه تعرضنا للمحرر الرسمي التقليدي وما تحتويه الورقة، التي تحمل معلومات معينة تثبت ما وثقه هذا المحرر، فإن الكتابة الإلكترونية، تتمثل في حامل المعلومات الإلكترونية مثل القرص المضغوط والفلأش ديسك وغيرها والتي تترجم الكتابة في نظامه إلى علامات أو رموز، وهي مقبولة حسب القانون المدني الجزائري في المادة: 323 مكرر¹.

وما يستشف مما سبق بيانه، أن الكتابة الإلكترونية تستلزم وجود دعامة تتضمن الكتابة بالشكل الإلكتروني، بطريقة تمكننا من استرجاع البيانات التي سجلت داخلها متى أردنا ذلك وبالتالي إمكانية فصلها عن الدعامة، والملاحظ أن كل تلاعب بالبيانات التي تحتويها الدعامة من تغير في المحتوى بحذف أو إضافة أو أي تغيير نكون أمام ما يصطلح عليه فقهاء: جريمة التزوير المعلوماتي.

الجزء الأول: التوقيع الإلكتروني

تعريف: هو كل حروف، أو رموز أو إشارات، توضع على المحرر الإلكتروني، وبالتالي يقوم هذا الأخير على علاقة بين الموقع والتوقيع، يديرها نظام الكتروني دقيق وبالتالي يختلف عن التوقيع التقليدي الذي يكون في العادة بالإمضاء أو بالختم، أو بالبصمة.

والملاحظ أن الكتابة الإلكترونية لا تكون لها حجية في الإثبات إلا إذا تضمنت توقيعاً إلكترونياً وهو ما ورد في المادة: 323 مكرر 1 السالفة الذكر.²

¹ أنظر المادة: 323 مكرر من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

² **المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني:** يمكن أن يحرق عقد بطريقة الكترونية دون أن يحتوي على توقيع وهذا المحرر لا تكون له الحجية في الإثبات، وبالتالي وجود محرر الكتروني، لا يعني بالضرورة وجود توقيع الكتروني. وخلص القول إن المحرر الإلكتروني لا يكتسب حجية في الإثبات إلا إذا تضمن توقيعاً إلكترونياً ومرد أو أساس ذلك يستشف من المادة: 01/323 أعطى المشرع من خلال هذه المادة المحررات الإلكترونية نفس القيمة القانونية للمحركات الورقية التقليدية، والمحركات التقليدية ليس لها حجية إن لم تكن موقعة/ أنظر: سرليش زكريا، المرجع السابق، ص: 67.

الجزء الثاني: تعريف القانون النموذجي لليونيسترال للتوقيع الالكتروني

القانون النموذجي لليونيسترال الخاص بالتوقيعات الالكترونية في نص المادة الثانية فقرة أ عرف التوقيع الالكتروني على أنه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، ويجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

الجزء الثالث: تعريف المشرع الجزائري

المشرع الجزائري عرف التوقيع الالكتروني في نص المادة الثانية من قانون 04/15 على أنه "بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"¹.

من الأمثلة عن صور التوقيع الالكتروني التوقيع عن طريق الكود، بواسطة بطاقة ائتمان الكترونية، إذا أدخلها في جهاز خاص مثل موزع البريد المعروف في بلدنا، وأدخل كودا محدد الذي يكون عبارة عن أرقام أو حروف أو أي رمز من الرموز وقبله النظام الذي بداخل الجهاز فذلك يعني أنه وقع محررا إلكترونيا، ويشير هذا إلى تصرف معين، مثل سحب أموال من موزع البريد أو غيرها من المعاملات الالكترونية المختلفة.

كما أن هناك توقيع بيومتري: الذي يكون بأخذ مجموعة من الخواص الفيزيائية لجسم شخص معين بواسطة نظام خاص والتي تخزن كمعلومات عن هذا الشخص، مثل بصمة اليد أو بصمة العين ويتم قبول التوقيع بتوافق أو تطابق الخواص الموضوعية مع الخواص المخزنة.

الجزء الرابع: شروط التوقيع الالكتروني

المشرع الجزائري وضع شرطين لقبول التوقيع الالكتروني دليلا للإثبات وهما:

- ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره،
- إمكانية اكتشاف أي تعديل في بيانات المحرر الحامل للتوقيع

¹سرايش زكريا، المرجع السابق، ص ص: 68، 69.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

المشروع الجزائري نص على ذلك من خلال المواد 07 و11 من قانون 04/15 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني.

الشرط الأول: ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره

يتحقق هذا الشرط إذا تأكدنا أن لا أحد يستطيع التوقيع إلا الشخص الذي رخص له ذلك التوقيع وحتى يتحقق ذلك لابد من نظام دقيق إلكتروني يحدد وينظم العملية بانتظام، نستطيع من خلال هذا النظام التأكد من هوية الشخص الموقع بطريقة لا تضع مجالاً للشك بأنه هو الشخص الذي وقع فعلاً على المحرر.

الشرط الثاني: إمكانية اكتشاف أي تعديل في بيانات المحرر الحامل للتوقيع

ومناطق هذا الشرط أن النظام الإلكتروني الذي ينظم عملية التوقيع الإلكتروني، على درجة من الكفاءة والدقة، والسلامة، فلا يستطيع شخص آخر غير مرخص له التوقيع أو أن يعبث بمضمون المحرر الإلكتروني، وذلك عن طريق اكتشاف أي تلاعب بمحتوى المحرر.

الجزء الخامس: حجية المحرر الإلكتروني الموقع

جاء في نص المواد: 08 من قانون 04/15 ونص المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني أن للمحررات الإلكترونية نفس حجية المحررات التقليدية في الإثبات، متى استجابت لشروط التوقيع الإلكتروني التي سبق وأشرنا إليها.¹ وهو ما ذكرته المادة: 1316 من القانون المدني الفرنسي السالفة الذكر.

البند الثالث: الكتابة العرفية

يكفي تحرير وثيقة عرفية التوقيع عليها من أي شخص سليم العقل بالغ ومهما كانت صفته، فلا تستلزم تحريرها من موظف مختص ويمكن تقسيم الوثيقة العرفية إلى عدة للإثبات ووثيقة عرفية غير معدة للإثبات.

¹سرايش زكريا، المرجع نفسه، ص، ص:71، 72.

الجزء الأول: الورقة العرفية المعدة للإثبات

تكون الورقة العرفية معدة للإثبات إذا كان الغرض من إنشائها هو جعلها دليلاً مكتوباً لصالح من حررت له، ومثال ذلك أن يثبت البائع محتوى البيع في ورقة يوقع عليها المشتري وذلك لتكون كسند له إذا ما أحل المشتري بدفع الثمن، مع إمكانية التحقق من البيانات التي تحتويها الورقة العرفية التي تحمل توقيع من يتحمل الالتزام أو العقد.

الجزء الثاني: الأوراق العرفية غير المعدة للإثبات

هذه محررات لا يكون الغرض منها أن تكون دليلاً للشخص الذي أعدت له، وإنما تشير إلى تصرفات معينة وغير مقصودة في الغالب، وتكون غير موقعة في الغالب وقد منح قوة ثبوتية مختلفة من وثيقة لأخرى كالرسائل والبرقيات، ودفاتر التجار وكذا الأوراق المنزلية وغيرها من المحررات. ويلاحظ أن وصفها بوصف أوراق عرفية وصف غير دقيق بالمعنى القانوني، وذلك باستثناء من كانت من هذه الأوراق متوفرة على التوقيع.¹

البند الرابع: طرق الإثبات غير العادية

ونتطرق في هذا البند من الدراسة إلى أربع طرق للإثبات وهي: شهادة الشهود في الجزء الأول ثم القرائن في الجزء الثاني فالإقرار في الجزء الثالث وفي الأخير اليمين في الجزء الرابع.

الجزء الأول: شهادة الشهود كطريقة من طرق الإثبات القانونية

تعتبر الشهادة وسيلة للإثبات منذ زمن بعيد، خاصة في الأوقات التي لم يكن شائعاً إثبات التصرفات بالكتابة في أوراق معترف بها، نحتاج إلى شهادة الشاهد عندما يقع نزاع بخصوص واقعة معينة، فيشهد هذا الأخير بصحتها أو بعكس ذلك، مثل أن يكون النزاع بخصوص الوفاء بدين في ذمة شخص ضد شخص آخر فتأتي شهادة الشاهد الذي حضر يوم الوفاء بالدين ويدلي بها ويشهد بتحقيق الوفاء. وما يؤكد ذلك هو ما ذكر في سورة يوسف قوله تعالى: "وَشَهِدَ شَاهِدٌ مِّنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا

¹سرايش زكريا، المرجع السابق، ص: 80.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية - دراسة مقارنة -

مِنْ قَبْلِ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ الْكَادِبِينَ إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قَدْ مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبَتْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ فَلَمَّا رَأَى قَمِيصَهُ قَدْ مِنْ دُبُرٍ قَالَ إِنَّهُ مِنْ كَيْدِكُنَّ إِنْ كَيْدِكُنَّ عَظِيمٌ¹.

والشهادة أنواع: الشهادة المباشرة، والشهادة السمعية والشهادة بالتسامع...

المشرع الجزائري ذكر التصرفات القانونية التي يمكن إثباتها بشهادة الشهود، سواء بوجود التصرف أو نفي التصرف، ونص في المادة: 333 من القانون المدني عليها وهي التصرفات التي لا تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار جزائري، 100.000 دج، أما ما زاد عن هذه القيمة أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز إثباته بشهادة الشهود، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك.

أولاً: شروط الشهادة

المشرع الجزائري لم يذكر الشروط التي يجب توفرها في الشاهد للإدلاء بشهادته إلا في حالة المنع بعد صدور حكم يمنعه من ذلك، ونجد أن فقهاء الشريعة تطرقوا لها ونظموها.

يشترط في الفقه الإسلامي أن يكون الشاهد مسلماً، فلا تجوز شهادة الكافر على المسلم إلا في الوصية أثناء السفر، كما تجوز شهادة الكافر على الكافر، أما شهادة الذمي على الذمي فقد اختلف فيها الفقهاء، فيجيزها الأحناف عكس المالكية والشافعية الذين ينكرونها.

ويشترط أن يكون شاهداً عدلاً أي مغلباً خيره على شره، فلا تقبل شهادة الفاسق أو الكاذب، ولا الطفل ولا المجنون، كما لا تقبل شهادة من عرف بسوء الحفظ وكثرة السهو.

ويشترط في الشاهد أن يقدر على الكلام أو على الأقل يستطيع كتابة شهادته بنفسه.

أما عن نصاب الشهادة: نصاب الشهادة هو رجلان، أو شهادة رجل وامرأتين، وذلك في المسائل المالية (ديون) معاملات، كما تقبل شهادة رجل وحده في مجال العبادات، كالصوم والأذان والصلاة.²

¹ سورة يوسف، الآية 26-28.

² سرايش زكريا، المرجع نفسه، من ص: 99 إلى ص: 101.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ثانيا: شهادة الشهود ودورها في الإثبات

يمكن الإثبات بشهادة الشهود، في الوقائع المادية، مثل الفعل الضار والحياسة، فالحياسة واقعة مادية تثبت بكل الطرق القانونية وكذلك في إثبات الخطأ التعاقدى، حتى ولو كانت قيمة التزام العقد تفوق 100.000 دج مائة ألف دينار جزائري، فالخطأ العقدي لا يخرج عن كونه واقعة مادية، كما تعتبر عيوب الرضا وقائع مادية يمكن إثباتها بشهادة الشهود.

ثالثا: سلطة القاضي في تقدير الشهادة

للقاضي سلطة كبيرة في تقدير شهادة الشهود، فلا يجعل تقديره مبنيا على عدد الشهود في واقعة ما فللقاضي أن يأخذ بشهادة القلة عن شهادة الكثرة والعلة في ذلك أن الشهادة تبقى دائما دليلا يفتقر إلى الثقة التامة، فقد يعتري الشاهد الخطأ ونقص الدقة، أو النسيان إضافة بعض الأمور في شهادته وبالتالي فشهادة الشاهد تخضع لسلطة القاضي في تقديرها.¹

الجزء الثاني: الإثبات عن طريق القرائن

أولاً: تعريف القرائن

القرينة في اللغة: هي قرن بمعنى ضم الشيء إلى الشيء وصله به.

وتعرف القرينة قانونا، على أنها دليل يستخلص من واقعة معلومة لإثبات واقعة مجهولة، مثل: قبول المؤجر للقسط الأخير دون منازعة عن القسط السابق يفيد بأن الوفاء به قد تحقق، ويقال إن القرينة تعني من تقررت له من الإثبات، وفي المثال السابق يعنى المستأجر من إثبات أنه دفع القسط السابق مادام أنه قد وفى بالقسط الأخير ويعتبر هذا القول غير دقيق لعدم ثبوته في كل الأحيان، كون أنه يمكن أن يكون تأخيرا في الأقساط السابقة، بسبب اتفاق بين الطرفين على تأخيرها وتسدد لاحقا.

وبصفة عامة يمكن القول: أن القرينة هي دليل منطقي (ويكون هذا بتحفظ، إذ ليست كل قرينة مقدمة تنسجم بالضرورة مع المنطق، لأنها تحتل الصواب كما أنها تحتل الخطأ).

¹سرايش زكريا، المرجع السابق، ص ص: 102، 103.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

في الفقه الإسلامي: تعرف القرينة على أنها الأمارات التي بلغت حد اليقين، ويؤخذ بها متى اقتنع القاضي بأنها الواقع اليقين، ومن أمثلتها أنه إذا اختلف شخصان عن سفينة بها تمر، وكان أحدهما تاجرا وكان الآخر صاحب سفن، وليس لأحدهما بينة، فالتمر يكون للأول، والسفينة تكون للثاني، والقضية الشهيرة أن قاضيا جاءته امرأتان بطفل رضيع كل منهما تقول أنه ابني وليس لأحدهما بينة، فكانت فطنة القاضي بأن حكم بأن يقسم الطفل إلى اثنتين وتأخذ كل امرأة نصفًا، فسكتت الأولى أما الثانية صرخت وقالت أنه ليس ابني حفاظا عليه من الموت فأيقن القاضي أنه ابنها، وهنا خوف الأم على ابنها قرينة على أنها أمه الحقيقية.

ثانيا: أنواع القرائن

القرائن القضائية: ويستنبطها القاضي من وقائع الدعوى المعروضة أمامه أو من خارجها، فيحدد وقائع ثابتة ومعلومة لكي يستدل بها على وقائع مجهولة.

القرائن القانونية: القرينة القانونية في أصلها قرينة قضائية، كون أنه عند ثبوت أهمية لقرينة قضائية معينة، يرتقي بها المشرع ليجعل منها قرينة قانونية، وهو بذلك يوفر على القاضي جهدا وعناء الاستنباط فيرشده مباشرة إلى الأخذ بها متى توفرت في نزاع معين، وتنقسم القرائن القانونية إلى بسيطة التي يقبل إثبات عكسها بكل طرق الإثبات ومطلقة لا تقبل إثبات العكس.¹

الجزء الثالث: الإثبات عن طريق الإقرار

يعتبر الإقرار من أدلة الإثبات غير العادية، ويعرف على أنه: اعتراف الخصم بالواقعة المتنازع عنها ويؤيد طلبات المدعي، وهو ما يؤدي إلى حسم النزاع القائم بين الطرفين، ويعتبر الإقرار تصرفا قائما على الإرادة المنفردة للمقر، ولذلك يجري عليه ما يجري على التصرفات القانونية من حيث ضرورة توفر الأهلية وخلو من عيوب الإرادة، كما يشترط أن تكون الوكالة خاصة وليس عامة، (يرى الفقيه السنهوري أن الإقرار يشكل واقعة مختلطة، باعتباره واقعة مادية تنطوي على تصرف قانوني). والإقرار نوعان:

¹ أنظر سررايش زكريا، المرجع السابق، من ص: 104 إلى ص 108.

- إقرار قضائي

الإقرار إذا وقع أمام القضاء يسمى ذلك إقرار قضائي إذا وقع على واقعة محل النزاع ويتحقق بها حسم النزاع وله شروط:

1/ أن يصدر الإقرار من الخصم.

2/ أن يصدر الإقرار أمام القضاء، وهي الجهة الفاصلة في النزاع دون غيرها.

3/ أن يكون الإقرار له علاقة بالنزاع المثار بشأنه النزاع.

- إقرار غير قضائي

وهو كل إقرار وقع خارج أسوار المحكمة فيسمى إقرار غير قضائي، هذا حتى لو وقع أمام النائب العام لأنه ليس الجهة المخولة للفصل في النزاع، والإقرار غير القضائي يقع عبء إثباته على من يدعي وجوده.

- خصائص الإقرار

وللإقرار خصائص نذكر منها:

1/ عدم جواز تجزئة الإقرار.

2/ عدم جواز العدول عن الإقرار.

3/ الإقرار حجة على المقر.¹

- حجية الإقرار غير القضائي

حجية الإقرار غير القضائي: هي متروكة للقاضي وسلطته التقديرية الواسعة فقد يرى أن الإقرار أريد به فعلا حسم النزاع المطروح وهنا يصدر حكما متضمن محتوى إقرار غير قضائي، وقد يرى عكس ذلك كأن يشوبه خطأ أو صدر بشكل غير مقصود وفي هذه الحالة يأخذ على أساس أنه قرينة يمكن الاستدلال بها.

¹ أنظر سررايش زكريا، المرجع السابق، من ص: 121 إلى ص 125.

الجزء الرابع: الإثبات عن طريق اليمين

نحاول من خلال هذا الجزء تعريف اليمين ونذكر أنواعها كما يلي:

أولاً: تعريف

تعرف اليمين: على أنها الاحتكام إلى ذمة الخصم وهي طريق غير عادي للإثبات.

اليمين في اللغة: هي الحلف.

اليمين قانوناً: فهي الوسيلة التي تؤدي إلى حسم النزاع أو تكملة دليل ناقص، وذلك اعتماداً على ضمير أحد الخصمين، وهي إلهاد الله تعالى على صدق ما يقوله الحالف.

ثانياً: أنواع اليمين

اليمين نوعان إما متممة وإما حاسمة وسوف نذكرهما فيما يلي عرضه.

اليمين قد تكون حاسمة، فتؤدي إلى حسم النزاع عند تحققها، شأنها شأن الإقرار القضائي، ومثال ذلك في قضايا الطلاق بخصوص أعراض الزوجة فإذا أقرها الزوج فإنها تحسم النزاع القضائي وينتهي فتؤدي إلى حسم النزاع القضائي.

وهناك يمين متممة: التي يلجأ في العادة إليها القاضي لتكملة دليل ناقص، وهي تفترض أن هناك دليلاً يجب أن يستكمل ومثال ذلك أن تكون هناك شهادة شهود أو قرائن تحتاج إلى تأكيدها بيمين متممة.¹

القسم الثاني: دلالات طرق الإثبات القانونية في النظامين الفرنسي والمصري

الدراسة الحالية هي دراسة مقارنة لموضوع إثبات الملكية العقارية والتي تستدعي منا التطرق لبعض القوانين المقارنة المعروفة، ونذكر منها القانون المصري وبعده الفرنسي.

المعروف أن طرق الإثبات لها دلالات يقينية ودلالات ظنية، ومن الطرق التي لها دلالات يقينية حسب الفقيه عبد الرزاق احمد السنهوري في القانون المصري:

¹ أنظر سرليش زكريا، المرجع السابق، من ص 129 إلى ص 136.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الأول: في القانون المصري

أولاً: طرق إثبات ذات دلالة يقينية

أ/ السجل العيني دلالاته يقينية في القانون المصري

محتوى السجل حجة على كافة المتعاقدين وغيرهم من خارج أطراف العقد، وبالتالي فدلالة السجل دلالة يقينية لما يحتويه من معلومات، فمتى سجل عقار باسم شخص معين كان هذا الشخص هو المالك لكن يبقى الإشكال أنه لم يعمم السجل العيني في كافة أرجاء البلاد وبالتالي لا بد من طريق آخر إلى حين تعميم السجل العيني على كافة أرجاء البلاد.

ب/ التقادم المكسب الطويل أو القصير المدة في إثبات الملكية.

وهو طريق ثاني لإثبات الملكية بدلالة يقينية، فمتى أثبت المدعي أنه حاز العقار، هو وسلفه من قبله مدة خمس عشرة سنة متتالية وباستمرار وبهدوء وعلانية دون انقطاع وأن حيازته استوفت شروطها تجعله يملك العقار بالتقادم وكان هذا دليلاً قاطعاً على ملكيته، وهو حجة على الكافة وما في ذلك من ريب، بل يستطيع المدعي -إذا كان حسن النية ومعه سبب صحيح- أن يملك العقار بحيازته مدة خمس سنوات متواليات، ويكون التقادم القصير في هذه الحالة دليلاً قاطعاً على الملكية.

مدة خمس عشر سنة مدة طويلة غير متيسر في كل الأحيان أما مدة خمس سنوات يجب أن يصحبها السبب المبرر وحسن النية، والمدتان قد يقف سريانها أو ينقطع لأسباب مختلفة، وعند ذلك لا تحسب مدة الوقف وفق القانون المصري بل لا يحسب في حالة الانقطاع ما سرى من المدة أصلاً ويجب ابتداء مدة من جديد.

والملاحظ أن ذلك يعد غير منطقي كون أنه إذا لم يتم حساب مدة الانقطاع ونتج عن الانقطاع تحقق سبب حساب مدة التقادم هنا يمكن قبول وقف حساب مدة التقادم وتكون فيها فائدة، لكن إذا توقف حساب مدة التقادم ونتج أنه لا يوجد سبب جدي ومقنع لوقف حساب مدة التقادم المكسب وهنا مآل المدة التي مرت هل يتم مسحها والبدء في حساب مدة جديدة، الإجابة تكون بالنفي كون أنه إذا لم تتواصل حساب المدة نكون قد حرمانا المستفيد من مدة زمنية مرة دون أي إشكال والصحيح أنه إذا تم التوقف

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

أو انقطاع المدة فالأولى أن يتواصل حساب المدة لا أن يعاود بدء حساب مدة التقادم.¹ كون أنه بهذه الطريقة بإمكان أي شخص سواء حسن النية أو سيئ النية الاعتراض مثلا عن حساب مدة التقادم.

ج/ الحيابة التي استوفت شرائطها

وبوجه خاص إذا لم تقتزن بإكراه ولم تحصل خفية ولم يكن فيها لبس فعند ذلك الحين تكون الحيابة قرينة قانونية على الملكية، ولكنها قرينة غير قاطعة، فهي دليل على الملكية إلى أن يقوم الدليل على العكس.

وهناك نص صريح في هذا المعنى نصت عليه المادة: 924 من القانون المدني المصري بقولها: "من كان حائزا للحق اعتبر صاحبه، حتى يقوم الدليل على العكس".

والملاحظ على هذه المادة أنه تم إسقاط حكم المنقول على حق الملكية وفق مبدأ "الحيابة في المنقول سند للملكية".

والحيابة على كل حال طريق لإثبات الملكية بدلالة يقينية، فهي تفرض في الحائز أنه المالك وتنقل عبء إثبات الملكية إلى خصمه، مع أنه دليل غير قاطع فيجوز للخصم غير الحائز أن يقيم الدليل على أنه هو المالك.

ثانيا: طرق إثبات دلالتها ظنية

ذكرنا فيما سبق طرق إثبات دلالتها اليقينية، وفيما يلي طرق إثبات ذات دلالة ظنية وهي قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة ولكنها لا تثبت الملكية على وجه يقيني وسنذكر هذه الطرق كما يلي:

سند التملك، المكلفة، ودفع أموال، حدود العقار وعلامات هذه الحدود القائمة، وغيرها.

أ/ سند التملك

نبدأ بسند التملك: وهو سند صادر للخصم يوضح ثبوت الملك لمن احتوى اسمه، وهذا دون اعتبار لما إذا كان هذا قد صدر من المالك أو من غير المالك، وعليه تكون دلالة السند ظنية وليست قطعية ويترك تقدير حجية السند لتقدير القاضي، كما أنه لا يشترط أن يكون السند مسجلا، ولا يشترط

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص ، ص: 603، 604.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

أن يكون السند ناقلا للملكية بل يصح أن يكون كاشفا للملكية لا ناقلا لها، وبالتالي يستطيع الخصم كما يتمسك بعقد بيع أو هبة أن يتمسك أيضا بعقد الصلح أو القسمة أو حكم قضائي وكل ذلك كاشف للملكية لا ناقل لها¹.

ب/ القرائن: ويأتي بعد سند التملك قرائن التي تعتبر أقل حجة من سند التملك وأهم هذه القرائن المكلفة².

البند الثاني: القضاء الفرنسي

ميز القضاء الفرنسي بخصوص إثبات الملكية بين ثلاث حالات وهي: وجود سند تملك عند كلا الخصمين (حالة أولى)، عدم وجود سند تملك عند كلا الخصمين (حالة ثانية) وجود سند تملك عند شخص دون الآخر (حالة ثالثة).

أ/ الحالة الأولى: وجود سند تملك عند كلا الخصمين³

ونميز هنا بين صورتين:

الصورة الأولى: إذا كان السند الذي يمتلكه الخصمان صدر من نفس الشخص، في هذه الصورة تكون العبرة بالأسبقية في تسجيل السند المحتج به.

الصورة الثانية: صدور السند من شخصين مختلفين أي الشخص الذي صدر منه الفعل مختلف ويذهب القضاء الفرنسي في هذه الحالة إلى التمييز بين فرضيتين:

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص: 604، 605.

² المكلفة: وهي أن يكلف شخص عقارا باسمه يستطيع أن يتخذ من ذلك قرينة قضائية على انه هو المالك، غير أنه يمكن دحض هذه القرينة بقرينة أقوى منها. وهناك دفع الأموال: وهي ضرائب تفرض على الأراضي الزراعية، ثم العواید: وهي ضرائب تفرض على المباني ويعتبر دفع الأموال والعواید قرائن قضائية على أن من يدفع هذه الضرائب هو المالك لهذا العقار، إلى أن يثبت العكس. / الملاحظ في هذا الصدد أنه قضت محكمة النقض المصرية بأن المكلفة لوحدها لا تكفي دليلا على الملكية ولا حجة لهذه القرائن في إثبات الملكية وإنما يمكن للقاضي الاستئناس بها.

وقضت محكمة النقض المصرية بأن لا حجية لخرائط المساحة في بيان الملكية، وإنما تعبر فقط عن الواقع المادي للملك. / أنظر في هذا الصدد عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص: 606 وما بعدها.

³ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، ص: 609.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الفرضية الأولى: أن تكون حيازة المدعى عليه الخصم غير صحيحة وغير محققة، أو كانت معيبة كأن تكون غامضة، ففي هذه الفرضية لا يستطيع الخصم المدعى عليه أن يرجح المدعى عن طريق الحيازة ولا يبقى إلا المفاضلة بين السندين، فالسند الذي تراه المحكمة أقوى في الإثبات من السند الثاني تقضي لصاحبه.

الفرضية الثانية: أن تكون حيازة الخصم المدعى عليه صحيحة، مستوفية لشرائطها وتقضي المحكمة في هذه الفرضية لصالح المدعى عليه صاحب السند الصحيح، وترفض دعوى المدعى الأول.

ب/ الحالة الثانية: عدم وجود سند تملك عند كلا الخصمين

وهنا أيضا يجب التمييز بين صورتين:

الصورة الأولى: أن تكون حيازة الخصم المدعى عليه حيازة قانونية مستوفية لشرائطها، قامت كذلك قرينة على الملكية، ويقضي في هذه الصورة للمدعي باستحقاق العقار كون أن المدعى عليه لم يقدم سندا يدحض به حيازة المدعي وبالتالي يحكم لصالح المدعي.

الصورة الثانية: أن تكون حيازة المدعي أو المدعى عليه غير مستوفية لشروط الحيازة القانونية وبالتالي الحيازة في هذه الصورة لا تعبر عن الملكية، وبالتالي يفاضل القاضي بين الدلائل التي يقدمها كل من الخصمين للإثبات ويقدر القاضي أي القرائن أرجح من القرائن الأخرى، فيحكم لصالح القرائن الأرجح، وتقدير هذه القرائن عمل موضوعي لا رقابة لمحكمة النقض عليه، وصفوة القول إن القاضي يحكم للخصم الذي قدم قرائن أرجح من الخصم الثاني.

ج/ الحالة الثالثة: أن يملك أحد الخصوم سند تملك

في هذه الحالة يحكم القاضي للخصم الذي أظهر سند تملك صحيح عن العقار محل النزاع وهنا يحكم القاضي له بأحقية على العقار.¹

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع نفسه، من ص: 611 إلى ص: 613.

البند الثالث: نظرة تقديرية للقضاء الفرنسي في إثبات الملكية

ما يلاحظ على قواعد القضاء الفرنسي في إثبات حق الملكية، أنها تستجيب في مجموعها إلى طبائع الأشياء، وتوافق بين تعذر الإثبات المطلق لحق الملكية لشخص معين إذا لم يوجد سند بدلالة يقينية وبين ضرورة إيجاد طرق لإثبات الملكية العقارية تقارب الواقع.

كما انه نجد القضاء الفرنسي قد سار شوطا محمودا ولا بأس به، لكن ليس في كل الحالات كون أنه أعطى مبادئ جديدة ضيقت على المرونة التي يعرفها رجال القانون ومثال على ذلك: أنه في حال قدم كلا الخصمين سندا صحيحا ومستوفيا الشروط كان القاضي سابقا يأخذ بأسبقية السندين في التاريخ ولكن ليس بعد أن قرر أن السندين يسقطان وغيرها من الأمثلة العملية.

وخلاصة القول إن إثبات حق الملكية يجب الوقوف عند الحيابة لما لها من أهمية في إثبات حق الملكية، ما لم يدحضه خصمه بقريئة أخرى أقوى منها، ويترك ذلك للقاضي في تقدير السند الصحيح.¹

الفرع الثالث: العقود المثبتة للملكية العقارية

وسناقش في هذا الفرع من الدراسة العقود الرسمية المثبتة للملكية العقارية(في القسم الأول)، ثم نتطرق للأحكام القضائية وكيفية شهرها حتى تستوفي شروطها (القسم الثاني)، ونختم بالعقود العرفية وما شهدته من تطورات أمام أعلى هيئة قضائية في البلاد وذلك (في القسم الثالث).

القسم الأول: العقود الرسمية والعرفية المثبتة للملكية العقارية

ونتطرق في هذا القسم إلى العقود الرسمية المثبتة للملكية العقارية ثم الأحكام والقرارات القضائية المثبتة للملكية العقارية، فالعقود العرفية المثبتة لها وهذا كما يلي:

البند الأول: العقود الرسمية المثبتة للملكية العقارية

إن العقود الرسمية يمكن تقسيمها إلى أربعة أنواع وهي: العقود التوثيقية العقود الإدارية العقود القضائية والعقود التشريعية وهذا الأخير من العقود يتعلق عادة بالشركات الدولية مثل العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات البترول والغاز والعقود المشابهة لها والتي تخضع للمصادقة عليها بقانون

¹ عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص ص: 614، 615.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وهي على أية حال تخص الاتفاقيات والعقود الدولية وقليل ما تحدث منازعات بشأنها وان حدثت فتسوى عن طريق التحكيم الدولي أو في إطار التعاون الثنائي بين الدول والحكومات وبالتالي هي ليست محل الدراسة الحالية.¹

الجزء الأول: المحررات الرسمية

فهي التي يطلق عليها ما يسمى بأدلة الإثبات ذات القوة المطلقة، وهذا النوع من العقود نصت عليه المادة 324 من القانون المدني الجزائري بنصها بان "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".² وهو ما تم شرحه سابقاً من الدراسة.

بحثنا هذا منصب حول العقارات، وهي التي اعتنت بها مختلف التشريعات في العالم ومنها التشريع الجزائري الذي أولى لها عناية خاصة، وأوجب إتباع إجراءات شكلية محددة في تحرير العقود التي تتضمن نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، وان كل عقد لا يتم وفقاً للإجراءات المقررة بما فيها إجراءات الشهر العقاري، يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وجزاء مخالفة أحد الشروط المنصوص عليها سابقاً هو بطلان الورقة الرسمية، ويمكن أن يكون لها قيمة الورقة العرفية، متى وقعها ذوو الشأن مجتمعين، وليس بعض أطرافه دون البعض الآخر فليس من العدل أن نترك الموقع تحت رحمة غير الموقع.³

الجزء الثاني: المشرع الجزائري

المشرع الجزائري وافق التشريع المصري وذلك من خلال ما تتضمنه المادة 10 من قانون الإثبات المصري السلف وتقتضي المادة: 324 مكرر 1 بأنه "زيادة من العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب - تحت طائلة البطلان - تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم في الشركة

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة الطبعة التاسعة سنة 2017، ص: 57.

² أنظر المادة 324 من القانون المدني الجزائري رقم: 58/75، السالف الذكر.

³ عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة التاسعة، المرجع السابق، ص: 95، 96.

أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية، في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"-كما سبق وذكرنا-.

وكان محتوى هذه المادة تتضمنه المادة 2/71 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" مثل ما هو الحال في العقارات، وكذلك المادة 55 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/12/1990 المتضمن التوجيه العقاري الذي ينص على أن "المعاملات العقارية التي تنصب على الأراضي الفلاحية تنجز في شكل عقود رسمية" وان المادة 56 منه اعتبرت أن كل معاملة تمت خرقا لأحكام المادة 55 الأنف ذكرها باطله وعديمة الأثر.¹

من مضمون المادتين يتضح أن أي معاملة على عقار فلاحي يجب أن تحرر في شكل رسمي وأن كل خرق لهذا الشكل المذكور في المادة 55 من قانون التوجيه العقاري يعد عديم الأثر بالنسبة للغير وباطل لا قيمة له.

والسؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد هل يأخذ العقد الذي لم يحترم شروط المادة 55 من قانون التوجيه العقاري حكم العقد العرفي أم هو عقد باطل فقط، لا قيمة له؟.

للإجابة عن هذا السؤال، يمكن القول أن هذا العقد تكون له حجة فيما بين أطرافه الموقعين عليه دون غيرهم، وهذا وفق مضمون المادة 15 من الأمر رقم 75-74 على أن "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما".

والمادة 793 من القانون المدني التي تؤكد على أنه 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".

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص 58.

وفي اجتهاد للمحكمة العليا المؤرخ في: 1997/05/25، ينص على: من المقرر أن انتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى على عقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير يؤكد على احترام الإجراءات القانونية، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.¹

والثابت -في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما قضاوا بإخلاء القطعة المتنازع من أجلها لمجرد استظهار المدعى عليهم في الطعن مداولة المجلس الشعبي البلدي دون تجسيدها لعقد البيع مشهر في مصلحة الشهر العقاري، فإنه يستوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه".

أيضا المادة 12 من المرسوم رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في: 07 رمضان عام 1413 الموافق لأول مارس سنة 1993 المتعلق بالنشاط العقاري التي تنص على وجوب تحرير عقد البيع بناء على التصميم في شكل رسمي يتلقاه الموثق ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار العقاري وهناك نصوص أخرى أوجبت اتباع الشكلية في العقود المتعلقة بالعقارات.

بالإضافة إلى شكل الرسمية ودفع الثمن بين يدي الموثق أو الإدارة المعنية بإبرام العقد فإن المشرع أوجب في نصوص عديدة على محرري العقود الرسمية القيام بإجراءات تسجيلها وشهرها في المحافظة العقارية قبل تسليم العقود لأصحابها ورتب على عدم القيام بهذا الإجراء اعتبار العقود المحررة عديمة فيما يخص الحقوق العينية العقارية التي تتضمنها.²

في حين تضمنت المادة 14 من الأمر 74/75 إلزامية الإشهار في مجموعة البطاقات العقارية:

1- جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المvrحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

2- جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموع البطاقات العقارية... وكذلك التسجيلات الرهون أو الامتيازات.

¹ اجتهاد للمحكمة العليا، قرار رقم: 149156 الصادر بتاريخ: 1997/05/25. أنظر: القانون المدني في ضوء الممارسات القضائية، طبعة 2010/2011، منشورات بارتي، الجزائر، ص: 199.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة التاسعة، المرجع السابق، ص ص58، 59.

3- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية.

4- وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية.¹ ولكن هل بطلان المحرر كعقد رسمي يستلزم بالضرورة أن يكون الاتفاق الذي يتضمنه العقد ذاته باطلاً؟.

للإجابة عن هذا التساؤل نوضح بان بطلان العقد الرسمي لعدم مراعاة إجراءات معينة أوجبها القانون أو لمخالفة أحكام قانونية أمر لا يستلزم حتماً أن يكون الاتفاق الذي يتضمنه باطلاً ولكن يمكن أن يكون هذا الاتفاق صحيحاً ويترتب التزامات شخصية بين أطراف العقد وكل ما في الأمر أن هذا العقد الباطل لا يترتب أي اثر بخصوص نقل الحقوق العينية العقارية سواء كانت أصلية أو تبعية ومن ثم يمكن لكل طرف أن يطلب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد كما يمكنه طلب تعويض عن الأضرار إلى غيرها من المطالب المتصلة بالحقوق والالتزامات الشخصية الواردة بالمادة 124 من القانون المدني التي توجب التعويض في حال الضرر.

الجزء الثالث: تحول العقد الرسمي إلى العقد العرفي

هنا يمكن أن نطرح السؤال التالي: هل يتحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي؟.

وللإجابة عليهما يلاحظ أن المشرع لم يعد يحدد أي شكلية لإبرام العقد العرفي وأن أساس صحة هذا النوع من العقود يتمثل في مضمون العقد وتوقيعات الأطراف وفي بعض الأحيان توقيعات الشهود والخط وما دام أن العقد الرسمي الباطل يشتمل على مضمون العقد العرفي وتوقيعات الأطراف وبالتالي يصح أن يكون العقد الرسمي الباطل عقداً عرفياً إلا إذا كان سبب البطلان مخالفة النظام العام والآداب العامة وهي أسباب السكوت عنها وقبولها، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها كعقود عرفية، أو التغاضي عنها لأنه لا يجوز العمل بعقد مخالف للنظام العام كمبدأ، وقد نصت المادة 326 مكرر 2 من القانون

¹ أنظر المادة 14 من القانون رقم: 74/75 السالف ذكره./ أنظر في هذا الصدد عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة التاسعة، المرجع السابق، ص: 60.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

المدني بأن "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".¹

وعليه فإن العقد الذي لا يحترم الشرط المشار إليه يعتبر عقدا غير رسمي كما لا يحتاج إلى إبطاله عن طريق الطعن فيه بالتزوير.

كما أنه يأخذ حكم المحرر العرفي إذا كان موقعا من أطرافه وتسري عليه أحكام المحررات العرفية من حيث قوة وشروط صحته.

وعليه وجب على العاملين في هذا الميدان من القضاة ومديري مصالح الأملاك العقارية العمومية والخاصة وأعضاء لجنة مسح الأراضي وغيرهم من العاملين في هذا المجال، أن لا يندفعوا بمظهر العقود الرسمية كأن تكون محررة من إدارة رسمية تابعة للدولة أو من ضابط عمومي معين في إطار رسمي أو مستخرجة من جهة رسمية محددة، ولكن عليهم أن يدرسوا بعناية العقود المقدمة لهم ويتأكدوا ما إذا كانت خالية من عيوب البطلان بتوافرها على جميع العناصر الشكلية والموضوعية التي أوجبها القانون. عملا بأحكام المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري.²

البند الثاني: الأحكام والقرارات القضائية

الأحكام والقرارات القضائية التي تكون مستنفذة كافة الطرق القانونية وحائزة لقوة الشيء المقضي به وفي صورتها التنفيذية هي موضوع السندات المثبتة للملكية العقارية، وموضوع ما ورد النص عليه في المادة 85 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري بنصها أن "الدعاوى الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا، هذه الأحكام والقرارات تعتبر بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري، وبالتالي وجب على أفراد القضاء - موظفين وقضاة حكم - مراقبة إجراءات وشروط رفع الدعوى المنصبة على عقار أو حق عيني عقاري وهذا من حيث الشكل ومن حيث الموضوع؟

¹المادة 326 مكرر 2 من القانون رقم: 58/75، سالف الذكر.

²أنظر المادة 324 مكرر 5 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر، التي تنص على: "يعتبر ما ورد فيها حجة حتى يثبت تزويرها وتعتبر نافذة في كامل التراب الوطني".

الجزء الأول: من حيث الشكل

احترام الشكل الصحيح لرفع الدعوى يستلزم شهر العريضة الافتتاحية للدعوى العقارية عندما نكون بدعوى تتعلق ب: النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، وفق المادتين 85 من المرسوم 63/76 والمادة 4/14 من الأمر رقم: 74/75 السالف الذكر، وإغفال ذلك يؤدي إلى رفض الدعوى شكلاً، وبالتالي لا مجال هنا لمناقشة الموضوع أصلاً، وذلك تطبيقاً لمضمون المادتين السابقتين¹.

دعوى الفسخ: ويكون مضمون هذه الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء فسخ حق عيني عقاري أو حق شخصي، كالمطالبة بفسخ عقد الإيجار.

دعوى الإبطال: ويكون مضمون هذه الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء إبطال حق عيني عقاري أو حق شخصي يشوبه عيب من عيوب الإرادة، أو لانعدام أركان العقد.

دعوى الإلغاء: ويكون مضمون هذه الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء: إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية، ويدخل هنا دعوى إلغاء القرارات القضائية الحائزة لحجية الشيء المقضي به، (وهذا النوع منتشر ومثاله قرار بنزع الملكية للمنفعة العامة، وغيرها من القرارات).

دعوى النقض: ويكون مضمون هذه الدعوى القضائية المرفوعة أمام القضاء التي مضمونها نقض القسمة الودية، كما نص عليه القانون المدني في المادتين: 86 و732.²

الجزء الثاني: من حيث الموضوع

كل عريضة تتضمن دعاوى رامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم احترام شروطها الشكلية، (سبق ذكرها) واحترام شروطها الموضوعية.

وتتمثل هذه الشروط الموضوعية في: أن تتضمن الدعوى العقارية جميع البيانات الخاصة بالعقار محل النزاع، وتحديده تحديداً نافياً للجهالة بذكر اسم العقار، مكانه، مساحته، طبيعته، حدوده، ورقمه

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة التاسعة، المرجع السابق، ص: 69.

² هدى قباجي، إيداع العقود والأحكام القضائية بالمحافظة العقارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية-عدد 17- جانفي 2018. ص: 463. ص: 464.

وغيرها من البيانات الضرورية لحسم النزاع. مع إرفاق مخطط توضيحي للعقار، وفي حالة عدم وجود مخطط أو رسم بياني للعقار، يمكن للمحكمة تعيين خبير طبوغرافي تسند له مهمة الانتقال للعقار محل النزاع ودراسة الوثائق المقدمة وأدلة الإثبات ومقارنتها مع بعضها للتأكد من مطابقة البيانات مع الواقع وبالتالي إعطاء كل ذي حق حقه، هذا من جهة. ومن جهة أخرى تمكين رئيس كتاب الضبط بالمحكمة أو بالمجلس من القيام بإجراءات شهر الأحكام والقرارات القضائية.

في الأخير ينبغي الإشارة إلى أن انعدام هذه البيانات الضرورية في الحكم تجله غير قابل للشهر، كما يجوز للمحافظ العقاري أن يرفض إيداعه، وبالتالي لا يمكن تنفيذه ولا انتقال الملكية أو الحق العيني العقاري للمحكوم له.

الجزء الثالث: العقود القضائية

من المعلوم أن العقود التوثيقية هي العقود التي يحررها موثقون معتمدون من طرف وزارة العدل ويؤدون نشاطهم في إطار الممارسة المهنية الحرة.

أما العقود الإدارية هي التي تحررها مختلف الإدارات العمومية في إطار صلاحياتها مثل الولاية التي يتولى إصدار عقودها وقراراتها الوالي والبلدية التي يتولى تحرير عقودها رئيس المجلس الشعبي البلدي ومديرية أملاك الدولة التي يحرر عقودها حسب الحالة نائب مدير أملاك الدولة أو الوالي أو وزير المالية، حسب الحالة.

ولفظ عقد أو تسمية عقد في القانون الإداري له معنيان معنى يراد به العقود التنظيمية أي المراسيم والقرارات الإدارية الوزارية الولائية والبلدية، ومعنى ثاني: عندما تظهر الإدارة كشخص عادي في إبرام العقود في إطار حياتها أو نشاطاتها المدنية شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين أو الأشخاص الطبيعيين وهذا النوع من العقود التي تبرمها الإدارات العمومية التي تتعاقد بصفتها شخص عادي.¹

أما العقود القضائية موضوع الدراسة الحالية هي: الأحكام والقرارات الصادرة عن مختلف الجهات القضائية المستوفية لجميع طرق الطعن والحائزة لحجية الشيء المقضي فيه، ويمكن ذكرها فيما يلي:

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة التاسعة، المرجع نفسه، ص، ص: 67، 70.

- الحكم الحائز قوة الشيء المقضي به: ذكرت المواد: من 794 إلى 809 من القانون المدني واعتبرت الحكم النهائي بثبوت الشفعة، عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإدارة والذي وجب شهره لتنتقل الملكية، وهي استثناء عن قاعدة الأثر المنشئ للسجل العيني.
- حكم رسو المزاد: يعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية والذي لا يطعن فيه إلا بالتزوير، وبالتالي يجب شهر هذا الحكم حتى ينتج أثره.
- الأمر الاستعجالي: خول القانون للإدارة اللجوء إلى القضاء الإداري الذي ينظر في القضايا الاستعجالية للمطالبة بالإشهاد باستلام العقار المملوك ملكية خاصة، في إطار نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، والذي يجب أن يسجل وأن يشهر.
- أمر الحجز العقاري: والذي لا يرتب أي أثر إذا لم يشهر بمصلحة الرهون، بالمحافظة العقارية.
- الحكم بشغور التركة: أوجب القانون¹ على الوالي المختص رفع دعوى قضائية أمام القاضي العادي للبحث والتحري عن ورثة الهالك أو الملاك المحتملين، وإن لم يظهر خلال الأجل المحددة لذلك فيعلن شغور التركة العقارية وفق الإجراءات القانونية، وهي رفع دعوى بشغور التركة العقارية وتسلم لإدارة أملاك الدولة وتدمج في أملاك الدولة الخاصة ويشهر حكم شغور التركة.
- حكم القاضي بالصلح القضائي: وهو عقد يتفق عليه الأطراف المتخاصمة ويعرضونه على المحكمة المختصة للتصديق عليه وإحاقه بمحضر بيانات الجلسة، ويمنحه القانون قوة التنفيذ ويشهر إذا ما تعلق بحق عيني عقاري.
- حكم القسمة الودية للخروج من الشيعاء: بعد استنفاد كافة الطرق القضائية وصيرورة حكم القسمة النهائي يصبح هذا الأخير سند ملكية يستوجب إشهاره.

¹أنظر المواد: 48،51،52 من قانون 30/90 المتضمن الأملاك الوطنية، مؤرخ في: أول ديسمبر سنة 1990، ج ر العدد 52 المؤرخة في 1990/12/02، معدل ومتمم بالقانون رقم: 14/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008، تنص " يحدد هذا القانون مكونات الأملاك الوطنية، وكذا القواعد الخاصة بتكوينها وتسييرها ومراقبة استعمالها. أنظر كذلك المواد: 92،90،89،88 من المرسوم التنفيذي رقم: 454/91 المؤرخ في: 1991/11/23 يحدد شروط إدارة الأملاك العامة والخاصة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك، ج ر عدد 60 المؤرخة في 1991/11/24.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- حكم القاضي بتكريس الملكية على أساس التقادم المكسب: بعد صدور الحكم بتكريس ملكية العقار على أساس الحيازة وصيرورة الحكم النهائي، بعدها يتم شهر الحكم.¹

البند الثالث: العقود العرفية وبعض العقود الأخرى

نص القانون المدني على العقود العرفية وذكر " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق"².

كما اعتبر المشرع الجزائري كل عقد لم يبرم أمام شخص مؤهل قانونا لتحريير ذلك العقد يعد عقدا عرفيا وأن المشرع اشترط لصحتها أن يكون العقد موقعا من أطراف العقد حسب الحالة، وأن يكون له تاريخ ثابت، وألا يخالف النظام العام حتى نتمكن من الاحتجاج به أمام الغير³. وهو ما ذكرناه سابقا.

الجزء الأول: حجية العقد العرفي بين محريه

المشرع الجزائري نص في المادة 327 من القانون المدني على شروط العقد العرفي وعلى الأشخاص الملزمين به، وهم من قاموا بتوقيع العقد العرفي أو بصموا على الورقة العرفية وعلى مضمونها ما لم ينكرها من وقعها أو بصم عليها وذلك بالطرق المقبولة قانونا. أما بخصوص ورثة من وقع على العقد العرفي أو بصموا عليه فهم غير ملزمين بما ورد في العقد العرفي من تصرف، ويمكنهم حلف اليمين بأن لا علم لهم بأن التوقيع أو الخط أو البصمة هي لمورثهم أو ممن تلقوا منه هذا الحق.

ومن خلال ما سبق ذكره نستنتج أنه لإثبات المحرر العرفي يجب توفر شرطين هما:
الكتابة والتوقيع.

¹ هدى قبابي، المرجع السابق. ، ص: 464 ص: 465.

² المادة 327 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

³ عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة التاسعة، المرجع السابق، ص: 77.

أولاً: الكتابة

يفرغ مضمون العقد العرفي في محرر مكتوب، ولم يشترط القانون بان تكتب بلغة معينة ولا يؤثر ذلك على حجية المحرر كما لا يشترط أن يكتب بطريقة معينة كأن يشترط كتابته بألة كاتبة أو طابعة أو بخط اليد. وسواء إلى من نسب إليه المحرر أو بخط الطرف الآخر أو شخص من الغير.¹

ثانياً: التوقيع

الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد أمر ضروري لإتمام إجراءات التعاقد وفق شكلية معينة كما يشترط أن يوقع العقد ممن صدر منه التصرف، وذلك حتى يتسنى للغير الاحتجاج به في مواجهته كما يلزم توقيع المتعاقدين في العقود الملزمة لجانبين، كما يلتزم المدين بتوقيع العقد عندما يكون العقد ملزماً لجانب واحد، وفي حال تعدد النسخ فلا ضير أن يذيل العقد بتوقيع واحد على آخر النسخة إذا كانت بنود العقد متسلسلة لكن الأفضل أن يوقع على كل صفحة من صفحات العقد.

يمكن للغير أن يوقع على العقد ليس هو طرفاً فيه، ويعد من قبيل الشهادة، وبالتالي لا يتقيد هذا الغير بالتزامات الناشئة عن العقد.²

الجزء الثاني: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير

رأينا فيما سبق أن العقد العرفي حجة على من وقعها، والشرط هو أن يحرره المعني وأن يبصم أو يوقع عليه بخطه، وفيما يلي نبحث عن حجية هذا العقد المحرر بالنسبة للغير.

المقصود بالغير: هو كل شخص خارج العقد العرفي المبرم بالإرادة المنفردة، أو بتوافق إرادتين.

وتنص المادة 328 من القانون المدني على شروط العقد العرفي حتى تكون ذات حجية في مواجهة الغير، وهذا كما يلي: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله.

¹بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع السابق، ص: 100.

²بيرك فارس، حسين الجبوري، عواد حسين وياسين العبيدي، المرجع نفسه، ص: 101.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة¹.

الجزء الثالث: المحرر العرفي في القانون المصري

تكلم المشرع المصري عن الكتابة العرفية في قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم: 25 لسنة 1968² في الفصل الثاني المعنون بالمحررات العرفية في المادة 14 منه بنصها: "يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

أما الوارث أو الخلف فلا يتطلب منه الإنكار، ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه، فلا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع"³.

ويقابل هذه المادة نص المادة 394 من القانون المدني المصري⁴.

الورقة العرفية الموقعة هي ورقة صادرة من احد الأفراد وتصلح أن تكون دليلا كتابيا، ويشترك في الورقة العرفية التي تصلح أن تكون دليلا كتابيا أن يكون بها كتابة مثبتة لواقعة قانونية موقعة من الشخص المنسوبة إليه ولا يشترط في الكتابة أي شرط خاص لا من حيث صياغتها ولا من حيث طريقة تدوينها فكل عبارة دالة على المعنى المقصود تصلح بعد توقيعها من المعني أن تكون دليلا على موقعها

¹ أنظر المادة 328 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

² قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم: 25 السالف الذكر.

³ المادة 14 من قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية، السالف الذكر.

⁴ ألغي الباب السادس بعنوان: إثبات الالتزام، ومواده من المادة: 389 إلى المادة: 417 بالقانون 25 لسنة 1968 ج. ر - العدد: 22 في 30 مايو سنة 1968 والذي يحوي المادة 394 من ق م المصري.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

وتكون مقبولة حتى ولو كان بلغة غير لغة البلاد، ويجوز أن تكون بخط اليد أو بخط الغير، سواء كان بالمداد أو بالرصاص، مطبوعة بأية وسيلة طباعة، ويجوز أن تشمل الكتابة على إضافات بين السطور أو في هامش الورقة أو أسفلها أو أن يوجد شطب أو كشط ولا يشترط في هذه الحالات التوقيع بصفة خاصة على الشطب أو الإضافة، ويكون كل ذلك تحت السلطة التقديرية للقاضي بقبولها أو رفضها.¹

أولاً: بخصوص حجية الورقة العرفية في القانون المصري

نتطرق هنا إلى حجية الورقة العرفية بين طرفيها ومع الغير وشروطها ثم نخرج إلى طرق إثبات تاريخ المحرر العرفي وفق القانون المصري كما يلي:

أ: حجية الورقة العرفية بين أطرافها

تأخذ الورقة العرفية قوة الورقة الرسمية إذا صدرت ممن وقع عليها، فلا يجوز لهذا الأخير إنكار محتوى الورقة إلا أن يطعن فيها بالتزوير، أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه فقدت الورقة حجيتها ويكون على المتمسك بهذه الورقة عبء إثبات صدوره ممن وقعها، وهذا وفقاً للإجراءات التي رسمها لها القانون.²

ب: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير في القانون المصري

متى اعترف الخصم- الذي احتج عليه بالمحرر العرفي- بصحة التوقيع المنسوب إليه على المحرر أو ثبت صحة التوقيع بعد إنكاره المحرر العرفي فيصبح في قوة المحرر الرسمي في الإثبات فيعتبر حجة على الكافة من حيث صدوره ممن وقعه ويكون ثابت التاريخ إذا كان وفق المادة 15 من قانون الإثبات الذي سبق ذكره.

ج: شروط قبول الورقة العرفية كحجة في وجه الغير في القانون المصري

تنص على ذلك المادة 15 من قانون الإثبات المصري كما يلي: "لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون للمحرر تاريخ ثابت:

أ- من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

¹ عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، خيرت راضي، المرجع السابق، ص: 131، 132.

² عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، خيرت راضي، المرجع نفسه، ص: 135.

ب- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

ج- من يوم أن يؤشر عليه موظف مختص.

د- من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به خط أو إمضاء أو بصمة أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه.

ه- من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه. ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات".

يتضح من المادة أن: الأصل في الأعمال القانونية الصحيحة أنه تنتج أثرها بصرف النظر عن تاريخ حصولها، ومن ثم فهي تلزم المتعاقدين حتى ولو كانت خالية من التاريخ، كما ينصرف أثرها مهما كان تاريخها إلى الخلف العام ويتعدى إلى الدائنين الذين ليس لهم إلا حق الضمان العام.

ومن ناحية أخرى فإن هناك أشخاصا يؤثر تاريخ التصرف عليهم، وهم الخلف الخاص أي الذين صدر التصرف إليهم في مال معين، ومثال ذلك أن يبيع شخص منزله إلى آخر ثم أجره إلى ثالث فإن عقد الإيجار لا ينفذ في حق المشتري وهو خلف خاص لأنه صدر من البائع بعد انتقال ملكية المنزل إلى المشتري، أما إذا كان عقد الإيجار قد صدر من البائع قبل تاريخ البيع انصرف أثره إلى المستأجر¹.

القسم الثاني: تحديد عبئ إثبات الملكية في المعاملات المدنية

تختلف طرق إثبات الشيء انه لي، باختلاف الناحية التي ينظر بها إلى الدليل وفي موضوع دراستنا التي تتطلب عدم التفصيل في طرق الإثبات وإنما التعرّيج عليها وهذا لمساعدة القارئ، بإعطائه لمحة عن هذا الموضوع لذلك سوف نتناولها بشكل بسيط ومباشر ونذكر طرق الإثبات بشكل عام ثم الكتابة باعتبارها أهم طرق الإثبات المعروفة والتي تطرقت له العديد من القوانين في نصوصها ومن ذلك القانون التونسي والقانون المصري والعراقي وغيرها من القوانين العربية والغربية، ثم شهادة الشهود، ثم القرائن باختلاف أنواعها ثم الإقرار فاليمين أنواعها المختلفة.

يعود في العادة، مصير الدعوى على مسألة الإثبات، إذ يحكم القاضي لصالح الطرف الذي عجز خصمه عن الإثبات، وبذلك لا يكفي لحماية الحق اللجوء إلى القضاء، بل يجب أيضا امتلاك القدرة

¹ عز الدين الديناصوري، حامد عكاز، خيرت راضي، المرجع السابق، ص: 173، 174.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

على تقديم الدليل لإثبات أحقيتي على هذا الحق وما يحتم على القاضي الاعتراف به، في ظل سبل لا ينبغي الخروج عنها.

البند الأول: أهمية الإثبات ومذاهبه المختلفة

نتعرض في هذه الجزئية من الدراسة إلى مسألة الإثبات بشكل عام لما له من أهمية في دراسة موضوعنا فنحاول هنا التذكير بمذاهب الإثبات المختلفة، ونتطرق إلى المذهب الذي تبناه المشرع الجزائري.

وللإثبات مذاهب كثيرة نذكرها كما يلي: مذهب الإثبات الحر (الجزء الأول)، مذهب إثبات المقيد (الجزء الثاني)، مذهب الإثبات المختلط (الجزء الثالث)، وسنذكرها كما يلي:

الجزء الأول: مذهب الإثبات الحر

حسب هذا المذهب يكون من حق الخصوم التي لجأت إلى القضاء أن تقدم أي دليل يروونه مساعدا في إثبات ادعاءاتهم أمام القاضي، ومن ثم فإن أصحاب هذا المذهب لا يحددون طريقا محددًا لإثبات الواقعة مصدر الحق المدعى به، إنما الأطراف أحرار في إحضار أي دليل.

وبالتالي دور القاضي حسب هذا المذهب إيجابي، فهو لا يكتفي بجمع الأدلة المقدمة بل يسعى للبحث عن كل ما يؤدي إلى استكمال الأدلة الناقصة. كما أن للقاضي سلطة تقديرية واسعة في ظل هذا المذهب، فيعاب على هذا المذهب أنه لا يحقق استقرار المعاملات تكون أساسا وسابقة يبني عليها القضاة أحكامهم بل يحكم القاضي بهواه والتي تجعل الأحكام متناقضة في بعض الأحيان عن وقائع متشابهة والمقصود بحرية القاضي في الإثبات في مذهب الإثبات الحر هو اعتماد القاضي على ما استقر عليه العرف والقضاء وليس أن يعتمد دليلا مصدره التنجيم أو السحر، فالقضاء أرقى من أن يأخذ بمثل هذه الأدلة التي لا أساس علمي لها أو منطقي.

ويؤخذ بمذهب الإثبات الحر خاصة في مجال المعاملات التجارية والجنائية لما تتميز به من خصائص، ويبقى محدود الاستعمال في مجال المعاملات المدنية كونها تتميز بالشكلية وبالبطء في المعاملات وغيرها من الصعوبات العملية.¹

¹سرايش زكريا، المرجع السابق، ص ص: 29، 30.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الجزء الثاني: مذهب الإثبات المقيد

حسب مذهب الإثبات المقيد فإن المشرع يحدد طرقا محددة لإثبات الحق والمطالبة به وبالتالي لا يمكن إتباع غيرها لإثبات هذا الحق. والمشرع في مذهب الإثبات المقيد يحدد قيمة كل دليل في الإثبات، وبذلك تكون سلطة القاضي سلبية في قبول الدليل من عدمه وإنما دوره يكتفي بجمع الأدلة المقدمة وترجيح واحدة على الأخرى حسب القيمة القانونية لكل دليل. وما يلاحظ عن هذا المذهب أنه يحقق استقرارا في المعاملات بين الأشخاص كون أنه ينطلق من نفس القاعدة عند بناء أي حكم قضائي وبالنتيجة تكون الأحكام متشابهة إن لم نقل إنها متطابقة في بعض الأحيان، وما يعاب على هذا المذهب أنه يضيق من السلطة التقديرية للقاضي في قبول الدليل من عدمه، كما أنه يحرم الخصوم من حقوقهم إذا لم يتوفر لهم دليل معتمد منصوص عليه مسبقا لإثبات ادعاءاتهم، والمرجع في هذا المذهب هو الأدلة التي لا يختلف القضاة في تقييمها.

الجزء الثالث: مذهب الإثبات المختلط

المذهب المختلط هو المذهب الذي يأخذ الأشياء الايجابية من كل مذهب وهذا لتفادي الوقوع في الانتقادات التي طالت المذهبين السابقين مذهب الإثبات الحر ومذهب الإثبات المقيد، فهو يحدد طرقا معينة ومحدد للإثبات، كما أنه يعطي القاضي سلطة واسعة في تقدير الدليل المقدم كأن يرفض الأخذ بشهادة أحد الشهود، وله أن يغلب شهادة طرف على شهادة طرف آخر، وغيرها.

البند الثاني: موقف المشرع الجزائريان مذاهب الإثبات

والملاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمذهب المختلط في عملية الإثبات بشكل عام،¹ ويستشف ذلك من نصوص القانون المدني الجزائري، حيث خصص له بابا من القانون المدني هو الباب السادس بعنوان: إثبات الالتزام، وذكر بما يثبت الالتزام في المواد: من 323 إلى المادة: 350 من القانون المدني² وهذا كما يلي:

¹سريش زكريا، المرجع نفسه، ص 30 ص 31.

² موقع نير، طرق إثبات الحق في القانون المدني الجزائري، تم الاطلاع على المقال بتاريخ: 2021/04/24.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الجزء الأول: الدلائل والنصوص المؤكدة لهذا الرأي

- جاء -كما سبق وأشرنا- أن المشرع الجزائري ذكر أدوات لإثبات المعاملات وهذا فيه نوع من التقييد عندما وضع أدوات لأبد من الاعتماد عليها لإثبات حق من الحقوق، وهي:
- الإثبات بالكتابة: نص عليها المشرع المدني في المواد من: 323 إلى المادة: 332، والتي سبق شرحها والتي تنقسم إلى نوعين:
 - رسمية والتي تحرر عند شخص مؤهل قانونا لتحريير هذه الوثيقة كالموثق.
 - عرفية: التي لا تخضع لشكلية معينة في تحريرها، وإنما تجب كتابتها وتوقيعها من محرريها فقط.
 - ثم الإثبات بالشهود في المواد من: 333 إلى المادة: 336، يؤدي الشاهد أمام القاضي المختص اليمين لإشهاد الله عز وجل على أقواله، وهذا لإثبات واقعة معينة أو نفيها.
 - ثم الإثبات بالقرائن في المواد من: 337 إلى المادة: 340، من خلال القرائن يتكون لدى القاضي فكرة عن القضية ومنها يمكنه استخلاص واقعة مجهولة من أمر معلوم.
 - الإقرار: والإثبات عن طريق الإقرار في المواد: 341 إلى المادة: 342 من القانون المدني يعتبر "الإقرار سيد الأدلة" كما يقال، والإقرار حجة على المقر على ما صرح به. وفي الفصل الأخير ذكر المشرع الجزائري الإثبات باليمين
 - الإثبات باليمين في المواد: 343 إلى المادة: 350 من القانون المدني: وهي أن يحلف الشخص بالله لتأكيد واقعة معينة، التي تكون إما حاسمة أو متممة.
 - حاسمة: وهي اليمين التي يوجهها الخصم إلى خصمه، فإذا رفض من وجهة إليه خسر الدعوى¹.
 - المتممة: وهي اليمين التي يوجهها القاضي إلى أحد الخصوم. وهي النقاط التي سبق شرحها فيما تقدم من الدراسة.

¹ أنظر المادة: 347 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

الجزء الثاني: نتائج هذا الاتجاه

نص المشرع الجزائري في المادة 323 منه على: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

إثبات الالتزام وفق التشريع الجزائري يكون بالطرق والوسائل التي ذكرها القانون المدني في الباب السادس وهي على سبيل الحصر وهو المذهب المقيد، لكن بالمقابل أفسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي في مجالات عديدة منها، إيقاع الطلاق من خلال موازنة هذه الدلائل في الإثبات وهو هنا وافق المذهب الحر، وعليه فالمشرع الجزائري بهذا تبنى المذهب المختلط في إثبات الحق، وهذا تأكيد لما ذكرناه أن المشرع الجزائري اعتمد المذهب المختلط في إثبات الحق.

المطلب الثاني: تقسيمات الملكية العقارية في القانون الجزائري

جاء في القانون المدني الجزائري، الحديث عن الملكية بصفة عامة في الكتاب الثالث بعنوان: الحقوق العينية الأصلية، في الباب الأول: حق الملكية في الفصل الأول: حق الملكية بوجه عام ونظمها في المواد من المادة: 674 من القانون المدني وما بعدها، ونص في المادة: 674 منه أن الملكية "هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

وجاء في القسم الأول: الأصناف القانونية العامة من الفصل الثاني بعنوان النظام القانوني والقيود الخاصة من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم في مادته: 23 ما يلي "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

- الأملاك الوطنية وردت في أحكام المواد: 20، 22 من الدستور 2016 المعدل سنة 2020. ونظمها قانون الأملاك الوطنية رقم: 30/90 المعدل بالقانون 14/08.

- أملاك الخواص أو الملكية الخاصة وردت في أحكام المادة: 64 فقرة 1 و 2 و 3 من الدستور. 2020 ونظمها قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90 المعدل بالقانون 26/95.

¹ دستور 1996 المعدل بالقانون رقم: 01/16 الصادر بتاريخ: 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق: 2016/03/07، جريدة رسمية عدد: 14. تم تعديله بموجب المرسوم الرئاسي رقم: 442/20 بتاريخ: 15 جمادى الأولى سنة 1442 الموافق لـ: 30 ديسمبر 2020 جريدة رسمية عدد: 82.

- الأملاك الوقفية وردت في أحكام المادة: 04/60 من الدستور، ونضمها القانون رقم: 10/91 يتعلق بالأوقاف، معدل بالقانون 07/01 ومعدل بالقانون 10/02 والمرسوم التنفيذي رقم: 381/98 يتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.

الفرع الأول: الأملاك العقارية الوطنية

طبقت البلاد بعد الاستقلال النهج الاشتراكي الذي يشجع على الملكية الجماعية للوسائل، وتدخل الدولة في جميع مجالات الحياة، فتبنت فكرة وحدة الأملاك العامة، لكن بعد إعلان دستور 1989 المؤرخ في: 1989/02/23 والذي تبنت به الجزائر التوجه الجديد الذي كرس مبادئ الرأسمالية وحرية الاقتصاد المبنية على التفرقة بين الأملاك العمومية للدولة والأملاك الخاصة.

وتكريسا لهذا التوجه الجديد صدر قانون التوجيه العقاري وقانون الأملاك الوطنية والتي كانت تكريسا لهذه المبادئ بعد مدة وجيزة.¹

أما الأملاك الخاصة: التي تمتلكها الدولة والجماعات المحلية ممثلة في: الولاية والبلدية هي لتحقيق أغراض امتلاكية بحثه، أما الأملاك العامة: تهدف لتحقيق المنفعة العامة وبالتالي الملكيتان لا تتمتعان بنفس الحماية ولا بنفس النظام القانوني.

الدستور قمة الهرم القانوني في الجزائر وفي العديد من الأنظمة في العالم، تسطر فيه الخطوط العريضة لأي نظام قانوني في الدولة فتبرز فيه الحقوق والحريات المحمية والسياسة المنتهجة في هذا البلد، كما أنه يكفل مبادئ هامة منها: الفصل بين السلطات واستقلالية العدالة وغيرها من الحقوق وكرس الحماية للأملاك العامة والخاصة وحتى الأملاك الوقفية. الدستور حمى الملكية العقارية بمختلف أنواعها في العديد من المواد نذكر منها المادة: 20، 22، 60 من الدستور.²

حيث جاء في مضمون نصوصه أنه تحدد الأملاك الوطنية وتسير عن طريق القانون، وأنها تتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تمتلكها كل من الدولة والولاية والبلدية.

¹حمدي باشا عمر/ ليلي زروقي، المرجع السابق، ص: 100.

² المادة 20 من دستور 01/16 المعدل سنة 2020 سبق ذكره وذكر: "الأملاك الوطنية يحددها القانون، وتتكون من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية، يتم تسيير الأملاك الوطنية طبقا للقانون".

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

نصت في المادة 20 من الدستور (سنة 2020 سالف الذكر) على: "الملكية العامة هي ملك المجموعة الوطنية".

كما ذكرت المادة 24 من قانون التوجيه العقاري¹ بأنه تعد من الأملاك الوطنية ما تملكه الدولة وجماعاتها المحلية متمثلة في الولاية والبلدية من الأملاك العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية، وتتكون الأملاك الوطنية حسب هذه المادة من:

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

وحسب المادة: 25 من نفس القانون التي تنص على: "تتكون الأملاك العمومية التي تعود ملكيتها للدولة من الأملاك الوطنية التي لا يمكن تصور امتلاكها من طرف الخواص وهذا راجع إلى طبيعتها أو الغرض المسطر لها. أما باقي الأملاك الوطنية الأخرى فتكون الأملاك الخاصة.

وضعت المادة: 25 من قانون التوجيه العقاري شرطين حتى تأخذ الملكية صفة الأملاك الوطنية وهما حسب طبيعة الملك العقاري، وحسب الغرض المسطر لها.

أولاً: حسب طبيعة هذه الأملاك، فلا يتصور امتلاكها من الخواص ومثال ذلك: الأنهار والطرق وغيرها... من الممتلكات التي يستفيد منها الجميع.

ثانياً: بحسب الغرض المسطر لها، تضع الدولة مشاريع للمنفعة العامة بحيث تكون الاستفادة من هذه المشاريع موجبة ومسطرة للنفع العام.

¹ تنص المادة 24 من ق التوجيه العقاري بأنه "تدخل الأملاك العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية التي تملكها الدولة وجماعاتها المحلية في عداد الأملاك الوطنية، وتتكون الأملاك الوطنية من:

الأملاك العمومية والخاصة للدولة، الأملاك العمومية والخاصة للولاية، الأملاك العمومية والخاصة للبلدية"

القسم الأول: تكوين الأملاك الوطنية حسب قانون 30 /90

صدر قانون 30/90 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 هـ الموافق لـ: 01 ديسمبر 1990، المعدل بالقانون 14/08 مؤرخ في: 17 رجب عام: 1429 الموافق لـ: 20 يوليو سنة 2008 هذا القانون الذي يحدد مكونات الأملاك الوطنية وكذا القواعد الخاصة بتكوينها وتسييرها ومراقبة استعمالها¹.

البند الأول: أحكام مشتركة في تكوين الأملاك الوطنية

تتكون الأملاك الوطنية على مجموع الأملاك والحقوق المنقولة والعقارية التي تحوزها الدولة وجماعاتها الإقليمية في شكل ملكية عمومية أو خاصة، وتتكون الأملاك الوطنية من:

- الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.
- الأملاك العمومية والخاصة التابعة للولاية.
- الأملاك العمومية والخاصة التابعة للبلدية.² هو نفس المفهوم الذي ورد في المادة 24 من قانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري سالف الذكر.

نصت على ذلك المادة الثانية من قانون 30/90 على الأملاك الوطنية العمومية التي لا تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها.

كما أنها غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم، ولا للحجز عليها³.

"يستعملها الجميع - الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية - وهي موضوعة تحت تصرف الجمهور وتستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة، بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة، تكييفاً مطلقاً وأساسياً مع الهدف الخاص لهذا المرفق"، وهذا حسب ما جاء في المادة 12 من القانون رقم: 30/90 وجاء في المادة 14 من القانون رقم: 30/90 يتضمن قانون الأملاك الوطنية،

¹ المادة 01 من القانون رقم: 30/90 السالف الذكر، تنص " يحدد هذا القانون مكونات الأملاك الوطنية، وكذا القواعد الخاصة بتكوينها وتسييرها ومراقبة استعمالها.

² المادة 02 من القانون 30/90 السالف الذكر.

³ المادة 03 و04 من القانون 30/90 السالف الذكر.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

أنه:تتضمن الأملاك الوطنية العمومية في مفهوم هذا القانون من الأملاك العمومية الطبيعية والأملاك العمومية الاصطناعية.

تدخل أيضا ضمن الأملاك الوطنية العمومية، الثروات والموارد الطبيعية المعرفة وهي:

- شواطئ البحر.
- قعر البحر الإقليمي وباطنه.
- المياه البحرية الداخلية.
- طرح البحر ومحاسره.
- مجاري المياه ورقاق المجاري الجافة، وكذلك الجزر التي تتكون داخل رفاق المجاري والبحيرات والمساحات المائية الأخرى أو المجالات الموجودة ضمن حدودها كما يعرفها القانون المتضمن قانون المياه.
- المجال الجوي الإقليمي.
- الثروات والموارد الطبيعية السطحية والجوفية وغيرها..." المذكورة في المادة 15 من القانون 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية.

البند الثاني: الأملاك الوطنية العمومية والخاصة

وكما سبق وأشرنا أن الأملاك الوطنية إما عمومية حسب المادة 27 وما يليها، أو خاصة حسب المادة: 38 من قانون 30/90 وما يليها¹.

فيما يخص الأملاك الوطنية العمومية يتفرع عنها إجراءان هما: تعيين الحدود، والتصنيف.

أ/ **تعيين الحدود:** حسب المادة 29 من القانون 30/90 هي معاينة السلطة المختصة لحدود الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية.

¹ أنظر المادة 15 من القانون رقم: 30/90، السالف ذكره.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

ب/ التصنيف: حسب نص المادة: 31 من القانون 30/90 هو عمل السلطة المختصة الذي يضيف على الملك المنقول أو العقار، طابع الأملاك الوطنية العمومية الاصطناعية.

أما إلغاء التصنيف فهو الذي يجرى الملك من طابع الأملاك الوطنية العمومية، وينزله إلى الأملاك الوطنية الخاصة.

الأملاك الوطنية الخاصة:

"تقام الأملاك الوطنية بالوسائل القانونية أو بفعل الطبيعة" حسب نص المادة 26 من نفس القانون (القانون 30/90 السالف الذكر) ويتم اقتناء الأملاك التي يجب أن تدرج في الأملاك الوطنية بعقد قانوني.

وطرق الاقتناء التي تخضع للقانون العام هي: العقد، التبرع، التبادل والتقدم، والحيازة". وهو طريق قانوني عادي حتى تقتني الدولة الأملاك.

وهناك **طريقتان استثنائيتان** هما: نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وحق الشفعة.

وزيادة عما تم ذكره تنص المادة: 39 من قانون 30/90 على طرق تكوين الأملاك الوطنية الخاصة للدولة من:

- الهبات والوصايا التي تقدم للدولة أو لمؤسساتها العمومية ذات الطابع الإداري.
- أيلولة الأملاك الشاغرة والأملاك التي لا صاحب لها وكذا التركات التي لا وارث لها إلى الدولة.
- أيلولة حطام السفن والكنوز والأشياء الآتية من الحفريات والاكتشافات إلى الدولة.
- إلغاء تخصيص بعض الأملاك الوطنية العمومية وإلغاء تصنيفها، ما عدا حقوق الملاك المجاورين للأملاك الوطنية العمومية.
- استيراد بعض الأملاك الوطنية التابعة للدولة التي انتزعتها الغير أو احتجزها أو شغلها بدون حق ولا سند.
- انتقال الأملاك المخصصة للأملاك الوطنية العمومية عبر الأملاك الوطنية الخاصة ريثما تتم تهيئتها تهيئة خاصة.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

- إدماج الأملاك المنقولة والعقارية وحقوق الملكية المختلفة لأنواع التي لا تدخل ضمن الأملاك العمومية للدولة في الأملاك الوطنية الخاصة.

- تحقيق الحقوق والقيم المنقولة، أو اقتناؤها مقابل الحصص والدعم اللذين تقدمهما الدولة للمؤسسات العمومية.

- ما يؤول إلى الدولة أو إلى مصالحها من الأملاك والحقوق الناتجة عن تجزئة حق الملكية التي تقتنيها نهائيا الدولة أو مصالحها.¹

القسم الثاني: معايير التميز بين الأملاك الوطنية العامة والخاصة

اختلفت النظريات المعتمدة في الجزائر التي نظمت الأملاك الوطنية باختلاف السلطة التي كانت تدير البلاد، فمن بزوغ شمس الإسلام على البلاد وتوالي الدول عليها كان آخرها الحكم العثماني إلى مجيء المستعمر الغاشم،² والذي أثر هو كذلك في تنظيم الأملاك الوطنية والذي طبق النظرية التقليدية القائمة على التمييز بين الدومين العام والدومين الخاص إلى وحدة الأملاك الوطنية وتعددت تقسيماتها الداخلية في ظل قانون 16/84 المتعلق بالأملاك الوطنية ثم العودة إلى النظرية التقليدية بعد صدور دستور 1989 صدر قانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية ولم تعرف الجزائر تغيرا بالأملاك الوطنية حتى يومنا هذا، إلا في بعض الخصوصيات.

وهنا تبرز معايير لتمييز الأملاك الوطنية العامة عن الأملاك الوطنية الخاصة وهي:

أولا: معيار عدم قابلية الأملاك العمومية للتملك الخاص وهذا حسب نص المادة: 04 من قانون 30/90.

ثانيا: معيار الوظيفة التي يؤديها المال العام وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا المعيار في المادة 03 من قانون 30/90 السالف الذكر.

¹ إضافة إلى ما سبق أنظر المواد من 40 إلى المادة 58 من قانون 30/90 المتعلق بالأملاك الوطنية.

² حنان ميساوي، المرجع السابق، ص 51.

الفرع الثاني: الأملاك العقارية الخاصة

وستتناول في هذا الفرع من الدراسة أنواع الملكية العقارية الخاصة.

نتعرض في هذا الفرع من الدراسة إلى تنظيم الملكية العقارية الخاصة وفق التشريع الجزائري وذلك في (القسم الأول) أما (القسم الثاني) نتطرق إلى تقسيمات الملكية العقارية الخاصة.

القسم الأول: الملكية العقارية الخاصة وفق التشريع الجزائري

نتطرق في هذا القسم إلى تعريف الملكية العقارية الخاصة ثم إلى إثبات هذا النوع من الملكية فيما

يلي:

البند الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة

نص قانون التوجيه العقاري على مفهوم الملكية الخاصة في المادة: 27 منه¹ كما يلي:

الملكية العقارية الخاصة: هي الحق في التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو الغرض منها.

الحق في التملك حق مكفول، أقرته القوانين وقبلها الشريعة لكل فرد من أفراد المجتمع. والملكية الخاصة حسب القانون المدني أنواع، وهي: ملكية تامة، ملكية مجردة، ملكية في الشياخ.

تنص المادة 675 من القانون المدني أن الملكية العقارية الخاصة تشمل الأرض وما فوقها وما تحتها، إلى الحد المفيد في التمتع بها علواً وعمقا.²

حق الملكية العقارية الخاصة محمي دستورياً ومحمي قانوناً، وأن القانون يحمي هذا النوع من الملكية عن طريق قانون العقوبات بالإضافة إلى قوانين أخرى،³ والتي سيتم شرحها لاحقاً.

¹ تنص المادة 27 من القانون رقم: 25/90 السالف ذكره، "الملكية العقارية الخاصة: هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري /أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

² أنظر المادة 675 من القانون رقم: 58/75، السالف ذكره.

³ يوسف دلاندة، المرجع السابق، من ص 21 إلى ص: 24.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

البند الثاني: إثبات الملكية العقارية الخاصة

نصت المواد: 29،30 من قانون التوجيه العقاري 25/90، على إثبات الملكية العقارية الخاصة وذكرت ذلك كما يلي:

تثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري.¹

تمر عملية الشهر العقاري بجملة من الإجراءات، يباشر بعضها المحافظ العقاري، والبعض الآخر يشاركه في إعدادها أعوان مختصون، والتي تمر بمراحل.²

قواعد الإشهار العقاري التي ذكرتها المادة: 29 من قانون التوجيه العقاري وهو الأمر الذي تضمنته المادة 793 من القانون المدني التي سبق ذكرها ويمكن إجمالها في قاعدتين أساسيتين هما:

القاعدة الأولى: تتمثل في إخضاع كافة الوثائق المراد شهرها لقاعدة الرسمية.

القاعدة الثانية: تتمثل في الشهر المسبق والأثر النسبي للشهر³

يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه ما يثبت هذه الحيابة بسند قانوني معترف به.⁴

وحتى يكون السند قانونيا ومعترفا به وجب أن يحترم شروط المحرر الرسمي الوارد في المادة: 324 من القانون المدني وما بعدها والتي سبق وأن قمنا بشرحها في القانون الجزائري والقانون 2 المصري.

أما القاعدة الثانية وهي محل إشكال تطبيقي في أرض الواقع، كون أنه مضمون هذه القاعدة أن ما ورد في السجل العقاري من بيانات لا يطعن فيه إلا بالتزوير، لكن المشرع الجزائري ومن خلال

¹ تنص المادة 29 من ق.ت.ع "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

² ريم مرلحي، المرجع السابق، ص: 102.

³ فربي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، منكرة لنيل درجة الماجستير قانون خاص، فرع القانون العقاري، عن جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية: 2007/2008، ص: 67.

⁴ تنص المادة: 30 من القانون رقم: 25/90 السالف ذكره، "يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيابة أو هذا الشغل".

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

المادة: 16 من المرسوم رقم: 63/76 السالف الذكر، نلاحظ أنه قلل من قيمة ما تحتويه هذه السجلات والتي أصبح بعد عمليات المسح وانتهاء إجراءات المسح وتسليم الوثائق وصيرورة الترقيم نهائياً، والذي تم بموجب أحكام المواد: 62، 63، 64¹ وأعطى الحق للأطراف في إمكانية لجوئهم إلى القضاء للمطالبة بمراجعة ما تحتويه هذه السجلات وهذا الترقيم.

القسم الثاني: تقسيمات الملكية العقارية الخاصة

تتفرع الملكية العقارية الخاصة إلى ملكية: تامة، ملكية مجزئة، ملكية مشتركة و ملكية مشاعة.

البند الأول: ملكية تامة

وهي الملكية التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث: الاستعمال، الاستغلال، والتصرف. نظمت هذا النوع من الملكية الخاصة، المادتان: 27 و 28 من قانون التوجيه العقاري 25/90 والمواد: 674، 675، 676، 677 من القانون المدني.²

ويفهم من هذه المواد أن: حق الملكية العقارية يشمل حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط ألا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين.³

تشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها، وفي التمتع بها علوا وعمقا، كما يجوز الاتفاق على مخالفة ذلك بالاتفاق على: أن تكون ملكية الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها، أو ما تحتها فالأمر جوازي المادة: 675 من القانون المدني.

كما أن لمالك الشيء الحق في ثمار هذا الشيء ومنتجاته، وملحقاته، ما لم يوجد نص مخالف لذلك. المادة: 676 من القانون المدني.

لا يجوز حرمان أحد من ملكيته إلا في الأوضاع التي منح القانون ذلك، ولا يكون ذلك إلا بتعويض عادل يمنح للطرف الذي نزع ملكيته، المادة: 677 من القانون المدني.⁴

¹أنظر المواد: 62، 63، 64. من المرسوم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري، السالف الذكر.

²جميلة زليبي، المرجع السابق، ص: 14، 15.

³أنظر المادة: 674 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

⁴ أنظر المواد: 674، 675، 676، 677 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

وعليه تتميز الملكية التامة بميزتين:

- أنها حق مطلق فلا ينازع المالك أي شخص آخر في الشيء المملوك.
- أنها حق أبدي لا حدود زمنية لصاحب هذا الحق.

البند الثاني: الملكية المجزأة

ويطلق عليها بالملكية الناقصة، والمشرع خول لصاحب الملكية سلطات ثلاث: الاستعمال الاستغلال والتصرف، ويحدث أن يتنازل عن جزء أو سلطة من هذه السلطات، كأن يتمسك بملكية الرقبة وأن يتنازل عن حق الاستعمال أو الاستغلال لشخص آخر لسبب من الأسباب، وهنا تكون ملكية مجزأة أو ملكية ناقصة في يد مالك الشيء.¹

البند الثالث: ملكية شائعة

الملكية الشائعة: هي ملكية مشتركة بين عدة أشخاص فتكون ملكية الشيء شائعة إذا تعدد المالكون له دون أن يختص كل منهم بجزء مفرز فيه.²

نص القانون المدني الجزائري على هذا النوع في القسم الرابع منه في المادة: 713 ق.م. "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً، وكانت حصة كل منهم غير مفرزة، فهم شركاء على الشيوع، وتعتبر الحصص متساوية، إذا لم يقدم دليل على غير ذلك.

المادة: 718 من القانون المدني، "لكل شريك في الشيوع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال المشاع، ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء³، وتسمى ملكية شائعة أو ملكية في الشيوع والشيوع عندما يلحق بالملكية لا يغير من طبيعتها، بل يبقى الحق حق ملكية مع بعض الأحكام الخاصة وهذا من وجهة نظر المشرع المصري⁴، وهو ما ذكرته المادة: 825 من القانون المدني المصري.⁵

¹ جميلة زليدي، المرجع نفسه، ص: 15، ص16.

² سعيد سعد عبد السلام، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، سنة: 2000، ص: 156.

³ جميلة زليدي، المرجع السابق، ص: 16، 17.

⁴ إبراهيم بلال، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى 1975- (مكررة)، دار النهضة العربية، ص ص: 230، 231.

⁵ تنص المادة 825 من القانون المدني المصري سالف الذكر "إذا ملك اثنان أو أكثر شيئاً غير مفرز حصة كل منهم فيه فهم شركاء على الشيوع. كما وأن هذا التقنين حين أراد أن يتحدث عن الشيوع عنون الأحكام التي أوردتها بالملكية الشائعة.

البند الرابع: الملكية المشتركة

تنص المادة 743 من القانون المدني الجزائري: على أن "الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص، ونصيب في الأجزاء المشتركة".

الملكية المشتركة هي أن يمتلك أشخاص عقارا، ويكون نصيب كل فرد مفزرا، ومثال ذلك الأجزاء الخاصة المشتركة في عمارة مثل السلالم، المصاعد، مدخل العمارة، ونصت على ذلك المادة: 744¹ من ق م، كما تنص المادة 747 من القانون المدني الجزائري، على أنه لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها، محلا لدعوى التقسيم، أو بيعا بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة، فلا يجوز قسمة الأجزاء المشتركة كأصل عام.

وقد أكد " قرار للمحكمة العليا جاء فيه أنه لا يجوز للمالكين ملكية مشتركة أن يقوموا بقسمة الأجزاء المشتركة التي يملكونها على الشيوع فيحضر عليهم قسمة ممرات الدخول والأقبية والأسطح وغيرها من العقارات المبنية وغير المبنية والمعدة للاستعمال المشترك، والتي تطبق عليها قواعد الشيوع الإجباري².

الفرع الثالث: تنظيم الأملاك الوقفية

الإنسان يود دائما أن يستحوذ وليس لهذه الرغبة حدود، حتى أنه يرغب في أن ينفذ إرادته في التصرف فيما يملك حتى بعد وفاته.

الوقف، هو نوع من الاستجابة لهذه الرغبة الكامنة في خفايا النفس الإنسانية، وهو ما تميل إليه النفس من شعور طيب نحو الغير، والخوف من الآخرة، وهو شعور وإحساس معنوي، ومسؤولية تجاه الله تعالى والخوف من حسابه يوم القيامة.

¹ أنظر المادة: 744 من قانون المدني رقم: 58/75 السالف الذكر.

² جميلة زليبي، المرجع السابق، ص ص17، 18.

القسم الأول: مفهوم الوقف

ونتطرق في هذا القسم إلى مختلف النقاط التي تعطينا معنى الوقف من تعريفه وغيرها كما يلي:

البند الأول: تعريف الوقف

الجزء الأول: الوقف لغة واصطلاحا

الوقف لغة: يقال وقفت كذا بدون ألف في اللغة الفصحى ولا يقال أوقفت كذا إلا في الشاذ في اللغة، والقول: أوقفت كذا أي حبسته ومنعته.

"وكان الوقف في أول عهده يسمى صدقة حبس" ثم أحدث اسم وقف وانتشر، ولا تزال الأوقاف في بلاد المغرب العربي تسمى: أحباسا.

في الاصطلاح الفقهي:

الاصطلاح الفقهي: اختلف الفقهاء فيه كثيرا تبعا لاختلاف تحديد طبيعة الوقف، وأصدق تعريف جامع لصور الوقف، جاء به الإمام محمد أبو زهرة بقوله "الوقف هو منع التصرف، في رقبة العين التي يعكس الانتفاع بها، مع بقاء عينها، وجعل المنفعة لجهة من جهات الخير ابتداء وانتهاء"¹.

الجزء الثاني: تعريف المشرع الجزائري للوقف

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة، والتي نصت على: الوقف حبس المالك عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصدق.

البند الثاني: أساس مشروعية الوقف

نعتمد لمعرفة أساس الوقف على دراسة مشروعية الوقف وكذا لزوم الوقف.

الجزء الأول: مشروعية الوقف

نص القرآن الكريم وبعده فصلت أحاديث السنة النبوية عن مشروعية الوقف ونذكر منها:

¹ عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، من ص 27 إلى ص 29.

الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية -دراسة مقارنة-

1/ من الكتاب: قوله تعالى ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ وَمَا تُنْفِقُوا مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ﴾¹

2/ في السنة النبوية الشريفة: قول الرسول صلى الله عليه وسلم " إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له"². وهي نوع من أنواع الصدقة الجارية التي ينتفع بها الميت بعد وفاته.

الجزء الثاني: لزوم الوقف حسب التشريع الجزائري

تنص المادة 03 من قانون 10/91 " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصرف بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من أوجه البر والخير"³، وهذه المادة جاءت تأكيداً لنص المادة الرابعة⁴ من المرسوم رقم: 283/64 المؤرخ في: 10 جمادى الأولى 1384 الموافق لـ: 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، ومفادها أن " الوقف يقصد به لزوم أهداف اجتماعية ودينية وخيرية، فيكون التوقيف، في جميع الأحوال، موافقاً للصالح الوطني، وكل شرط يخالف الأوامر السابقة والمبادئ الدينية الإسلامية يكون باطلاً"⁵.

المشرع الجزائري لم ينظم أحكام الوقف إلا بعد صدور قانون 11/84 المؤرخ في 09 يونيو سنة 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 02/05 المؤرخ في: 27 فبراير 2005 وكان يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، ونظم الوقف في المواد من: 213 إلى 220 من قانون الأسرة.⁶ وهي النقاط التي سبق شرحها وذلك في طرق اكتساب الملكية العقارية.

¹ سورة آل عمران الآية 92

² رواه مسلم

³ أنظر المادة 03 من قانون 10/91 السالف الذكر.

⁴ أنظر نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم: 283/64 المؤرخ في: 10 جمادى الأولى 1384 الموافق لـ: 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، ج، ر، رقم 77 لسنة 1964.

⁵ عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، ص: 36.

⁶ جميلة زليبي، المرجع السابق، ص: 18.

قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90

قانون التوجيه العقاري تكلم عن الوقف في المادتين: 31 و32، وجاء في المادة 32 من قانون التوجيه العقاري 25/90 سالف الذكر على أنه "يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص".
وورد في القانون رقم: 10/91 المؤرخ في: 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف الذي دعم هذا التصرف القانوني.¹

المشرع الجزائري، اعتبر الوقف مؤسسة لها شخصية معنوية حسب المادة 05 من قانون الأوقاف، التي نصت على: "الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، ويتمتع بالشخصية المعنوية"، وبالتالي أخرج العين الموقوفة من ملك الواقف، ولم ينقل ملكية العين الموقوفة إلى الموقوف عليهم، بل أعطاهم حق التمتع بثمار الشيء الموقوف، أو حسب ما اشترط الواقف من شروط لوقفه.
ولا يصح للواقف الرجوع عن وقفه تجاه الغير.

والوقف نوعان: وقف عام، وقف خاص حسب نص المادة: 06 من قانون الأوقاف.

الوقف العام: هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه كوقف أرض لحساب مستشفى.

أما الوقف الخاص: هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث، أو أشخاص معينين ثم تتول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم.²

القسم الثاني: شروط الوقف وأهم التعديلات التي طرأت عليه

نتطرق في هذا القسم إلى النقاط التالية:

البند الأول: شروط الوقف

- أن تكون الصيغة منجزة.

- ألا تكون الصيغة مقترنة بشرط باطل.

¹تلاه المرسوم التنفيذي رقم: 381/98 المؤرخ في: 1998/12/01 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية، وتسييرها وحمايتها / أنظر كتاب، جميلة زليدي، المرجع نفسه، ص: 18.

²جميلة زليدي، المرجع نفسه، ص: 19.

- أن تفيد الصيغة على التأبيد¹.

البند الثاني: أهم التعديلات التي أدخلت على قانون الأوقاف

لقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 91-10 في 27/04/1999 المتعلق بالأوقاف، غير أن المشرع الجزائري أدخل تعديلات جوهرية على هذا القانون بموجب القانون رقم 01-07 الصادر بتاريخ 22/05/2001 ومن هذه التعديلات ما يلي:

- إضافة فقرة تتعلق بشروط وكيفيات استغلال واستثمار الأملاك الوقفية.
- إخضاع الأملاك الوقفية لعملية الجرد وإحداث سجل عقاري خاص بهذه الأملاك لدى مصالح أملاك الدولة تسجل فيه العقارات الوقفية.²
- من مواد مكررة تبين كيفية استثمار وتنمية الأملاك الوقفية سواء بتمويل ذاتي أو تمويل وطني أو خارجي وبين أنواع العقود التي يمكن إبرامها لاستغلال واستثمار وتنمية كل نوع من أنواع العقارات.³

¹شروط الواقف: شرط البلوغ، أن يكون الواقف عاقلا، أن يكون الواقف مختارا، وأن يكون الواقف رشيدا.

أما عن شروط المال الموقوف: أن يكون لمال الموقوف مما يتقوم، أن يكون المال الموقوف معلوما ومعينا، أن يكون المال الموقوف مملوكا للواقف.

شروط الجهة الموقوف عليها أن يكون الموقوف عليه جهة بر وقربة إلى الله، أن يكون الموقوف عليه أهلا للتملك أنظر: عبد الرزاق بن عمار بوضياف، المرجع السابق، من ص: 67 إلى ص: 82.

²عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص48.

³ومن أنواع العقود الخاصة بالوقف: عقد المزارعة: الذي يقصد به إعطاء الأرض للمزارع واستغلالها مقابل حصة من الحصول. عقد المسقاة: ويقصد به إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل معين من ثمره. عقد الحكر: الذي يخص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء أو الغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد ودفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حق الانتفاع بالبناء أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد. عقد المقايضة: الذي يتم بمقتضاه استبدال جزء من البناء بجزء من الأرض. عقد الترميم أو التعمير: الذي يدفع المستأجر بموجبه ما يقارب قيمة الترميم أو التعمير مع خصمها من مبلغ الإيجار مستقبلا، وغيرها من الأنواع.

القسم الثالث: المضاربة الوقفية

هي التي يتم فيها استعمال بعض ريع الوقف في التعامل المصرفي والتجاري من قبل السلطة المكلفة بالأوقاف مع مراعاة أحكام الشريعة الإسلامية في هذه التصرفات والمعاملات.

وقد أحدث المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26/10/2000 ووثيقة إشهاد لإثبات الملك الوقفي¹. وتنفيذا للقانون ولهذا المرسوم صدر قرار وزاري مؤرخ في 26/05/2001 حدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي والتي تتضمن وجوبا عنوان شهادة المراجع القانونية المعتمدة رقم وتاريخ تسجيل وثائق الأشهاد المكتوب في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف ثم تحديد مساحة وموقع الملك الوقفي ونوعه.

كما صدر قرار وزاري مؤرخ في 06/06/2001 يحدد محتوى السجل الخاص بالملك العقاري الوقفي والحق بالقرارين نموذج للشهادة الرسمية وللسجل الخاص بالملك الوقفي.²

¹ المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 26/10/2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وشروط وكيفيات إصدارها وتسليمها.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة السابعة، المرجع السابق، ص50.

خلاصة الباب الأول

تناولنا في هذا الباب من الدراسة ماهية الملكية العقارية في مجال المعاملات المدنية، وتطرقنا إليها من خلال نظرة الشريعة الإسلامية لها فكانت نموذجا فريدا وبسيطا وواضحا لا تعقيدات فيه فكان أساس التعاقد بين أطراف المعاملات العقارية هو التراضي بين طرفي العقد مع الكتابة والإشهاد لتوثيق المعاملة، فكان نموذجا يستحق الدراسة واعتمادها كنموذج في القوانين القادمة يمكنه الإسهام في تنظيم الملكية العقارية وانتقالها والتعاقد بشكل عام وبها يمكن القضاء على التناقضات الجمة التي يعرفها المجال العقاري في البلاد.

ورثت البلاد وضعية عقارية معقدة وغير واضحة بعد الاستقلال كون أن المستعمر هدف من خلال سياسته الاستيطانية إلى نهب ثروات البلاد ومقدراتها، والملكية العقارية لم تكن في معزل عن ذلك فقامت الإدارة الاستعمارية بالاستيلاء على معظم الأراضي الخصبة وما يميز هذه الفترة أن الإدارة الفرنسية لم تعرف كيف تتعامل مع وضعيات جديدة وغريبة عن قوانينها ثم أقرت قوانين لم تستطع من خلالها تنظيم الملكية العقارية بشكل واضح ووفق آليات عملية وفعالة. الأمر الذي انعكس على تنظيم إثبات الملكية العقارية في البلاد بعد الاستقلال. والملاحظ أن القوانين الجزائرية كانت قوانين ترقيعية مؤقتة لم تعالج المرض من أصوله الحقيقية، كل هذه الأسباب وغيرها كانت السبب في حالة العقار الصعبة فلم تقضي على مشاكل تنظيم الملكية العقارية في البلاد، وهو الأمر الذي لا بد من الالتفات له في الدراسات والقوانين القادمة وذلك: بإعداد قانون خاص بالبلاد ووليد المجتمع الجزائري من خلال أعراف المجتمع وتقاليد ومتطلباته.

عالجنا من خلال هذا الباب كذلك طرق اكتساب الملكية العقارية التي ذكرت في القانون المدني الجزائري وهي -كما ذكرنا- الاستيلاء والتركة، الوصية، وغيرها والملاحظ أن القانون المدني لم يذكر الطرق كلها ولعله وضع أسباب الاكتساب الشائعة فقط، وذكرنا بعض الطرق التي لم ترد في القانون المدني ويمكن استنتاجها من المعاملات العقارية اليومية والتي تكون سببا من أسباب اكتساب الملكية العقارية.

كما تطرقنا للسندات المثبتة للأموال العقارية وأنواعها ووجدنا أن المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري تلزم الأطراف بالشكل الرسمي عند تحرير العقود المنصبة على: نقل الأملاك

العقارية ومختلف الحقوق العقارية، وعقود الإيجار الزراعية والتجارية أو مؤسسات صناعية وغيرها المذكورة في المادة: 324/مكرر 01، مع إلزامية إيداع الأموال لدى الموثق الذي سيحرر العقد.

يتبين مما تقدم أن هذه شروط يجب توافرها عند تحرير العقد حتى يتّصف بالرسمية وهناك إجراءات شكلية يجب اتباعها من طرف محرر العقد وهناك نصوص موضوعية تتعلق بالقيود الواردة على التصرف في العقارات ونصوص أخرى تمنع التصرف فيها بصفة مؤقتة أو دائمة ينبغي مراعاتها ويجب أيضا أن يتضمن كل عقد البيانات التي أوجبها القانون.

وعليه ينبغي على رجال القانون ولاسيما القضاة ومديري مصالح الأملاك العقارية العمومية والخاصة وأعضاء لجنة مسح الأراضي ألاّ يندعوا بمظهر العقود الرسمية كأن تكون محررة من إدارة ما أو من ضابط عمومي محدد أو مستخرجة من جهة رسمية ولكن عليهم أن يدرسوا بعناية العقود المقدمة لهم ويتأكدوا ما إذا كانت خالية العيوب، البطلان بتوافرها على جميع العناصر الشكلية والموضوعية التي أوجبها القانون ثم بعد ذلك أخذها كدليل إثبات ودراستها من حيث موضوع هذه العقود وعلاقتها بموضوع النزاع مع تحري الدقة في انطباق العقد على الحق العيني العقاري محل الإثبات.

وفي حالة تأكدهم من أن العقد غير رسمي بسبب انعدام الشروط التي أوجبها القانون فلا يأخذون به ويمكن التصريح بإبطاله دون حاجة للطعن فيه بالتزوير، لأن الطعن بالتزوير يكون ضروريا في العقود الرسمية المحررة بكيفية صحيحة وفقا للقانون والتي يعتبر ما ورد فيها حجة حتى يثبت تزويرها وتعتبر نافذة في كامل التراب الوطني عملا بأحكام المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري.¹

كما تم التطرق لتقسيمات الأملاك العقارية والتي ذكرته المادة: 23 من قانون التوجيه العقاري في القسم الأول، الأصناف القانونية العامة من الفصل الثاني وصنفت الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها إلى: أملاك وطنية، أملاك الخواص وأملاك وقفية، كل هذه النقاط تم التطرق لها بشيء من التفصيل والشرح وإعطاء نماذج في القوانين المقارنة المختلفة.

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع نفسه، الطبعة السابعة، من ص: 60 إلى ص: 63.

المبابة الثانية

دور أطراف المعاملة العقارية

في إثبات الملكية العقارية

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

صدر الأمر رقم: 74/75 الذي يحدد ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات والذي سيكون أساسا ماديا للسجل العقاري حيث جاء في مواده أن كل ما يتعلق بحق الملكية أو حق عيني لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهره في مجموعة البطاقات العقارية وما يؤكد ذلك المادة 15 من الأمر رقم: 74/75 السالف الذكر.

يمسك السجل العقاري في كل بلدية في شكل بطاقات عقارية، ويتم إعداد هذا السجل أولا بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية معينة وهذا وفق المادة: 12 من الأمر رقم: 74/75. و صدر مرسومان تطبيقيان له وهما: المرسوم رقم: 62/76 والمرسوم 63/76.

أولاً: المرسوم 62 /76 يتعلق بإعداد مسح أراضي عام¹

احتوى هذا المرسوم حوالي 29 مادة بحكم أن المادة 23 ملغاة بالمرسوم التنفيذي رقم: 134/92 المؤرخ في: 07 /04/1992، ويبين هذا القانون إجراءات بدء عمليات مسح الأراضي من أجل وضع حدود كل بلدية وفق المادة السابعة منه والتي ذكرت كذلك أعضاء المكونين للجنة.

كما وضحت المادة 15 منه أن المرسوم يعطي تمثيلا على الرسم البياني لإقليم بلدية من جميع تفصيلات تجزئته إلى أجزاء للملكية وإلى قطع للأرض².

كل تغيير في حدود الملكيات للبلديات التي تم فيها مسح الأراضي يجب أن يتم في محضر للتحديد يتكون من مخطط منتظم تبين فيه المساحات المعدلة، وهذا وفق ما ذكرته المادة: 18 من المرسوم 62/76 السالف الذكر.

¹ المرسوم رقم 62/76 السالف الذكر.

² أنظر المواد: 2، 3، 4، 5، 6، 7، 15 من المرسوم 62/76 السالف الذكر.

ثانيا: المرسوم 63/76: يتعلق بتأسيس السجل العقاري: ¹

احتوى النص على 116 مادة تحتوي على مجموعة من الأبواب تكلمت عن:

- المحافظة العقارية، المحافظين، اختصاصاتهم.
- إشهار حقوق الملكية والحقوق الأخرى العينية في السجل العقاري.
- السجل العقاري.
- وتكلمت عن إشهار الحقوق في المادة 85 منه لقبول الدعوى الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء وغيرها وفق المادة 4/14 من الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 08 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ: 1975/11/12 والمتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري.
- وجاء في المادة 61 من المرسوم: 63/76 أنه "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي".

¹مرسوم رقم: 63/76 السالف الذكر.

الفصل الأول

معد الشهرة والتحقق

العقاري

سبق صدور هاتين الآليتين عقد الشهرة والتحقيق العقاري كآلية لتسليم سندات الملكية، الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12¹ المتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس السجل العقاري السالف الذكر.

إن هذه الآليات التي اعتمدها المشرع مستحدثة مغايرة من المشرع موازية لعملية المسح المعلنة وهذا لتسريع عملية المسح عبر تراب الوطن والتي عرفت ببطأ كبيرا كما هو معلوم نتطرق في هذا الفصل إلى آليتين للدراسة وهما عقد الشهرة المرسوم رقم: 352/83² المؤرخ في: 1983/05/21، ثم قانون رقم: 02/07 المتضمن تأسيس إجراءات لمعابنة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية أو ما يسمى التحقيق العقاري كآلية لتسليم سندات الملكية العقارية. المستحدث بالقانون رقم: 02/07.

¹ القانون رقم: 74/75 السالف الذكر.

² المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ج ر عدد: 21، المؤرخة في 1983/05/24.

المبحث الأول: عقد الشهرة والإجراءات الخاصة به

كما سبق وأشرنا انطلقت عملية مسح الأراضي بعد صدور القانون 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس السجل العقاري، والذي تلتته مراسيم تطبيقية له كما سبق وذكرنا والملاحظ أن هذه العملية لم تتمكن من مسح كل المناطق عبر الوطن، مما اضطر المشرع خلال سنة 1983 إلى سن إجراء عقد الشهرة، وفي تلك الفترة كانت لا تزال مساحات شاسعة من أرض الوطن لم يتم مسحها بعد، ومرد ذلك هو تكلفة هذه العملية الذي تتطلب نفقات باهظة وموارد بشرية ومالية، من معدات تقنية وفنية وتكوين متخصص للأفراد والكثير من العراقيل التي تقف في وجه عملية المسح خاصة بعدما لوحظ أن نسبة عملية المسح عبر الوطن لم تتجاوز ثلث عدد بلديات البلاد، هذه المعطيات جعلت المشرع الجزائري يتدخل للبحث عن طريقة التسرع في إجراءات عملية المسح على مستوى الوطن حيث قام بسن المرسوم رقم: 1352/83¹ المؤرخ في: 1983/05/21 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكتسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية وذلك لتشجيع المواطنين - الذين يحوزون على أراضي لم يمسخها بعد عملية المسح - الحصول بفضل إجراءات بسيطة وسهلة وفي آجال مقبولة، على سندات ملكية عن طريق إعداد عقود الشهرة.²

المطلب الأول: مفهوم عقد الشهرة

نتناول في هذا المطلب مجموعة من النقاط لإعطاء مفهوم لعقد الشهرة وفيما يلي نعطي تعريفا له في الفرع الأول ثم نتطرق لشروط تحرير عقد الشهرة في الفرع الثاني وهذا كما يلي:

الفرع الأول: عقد الشهرة

لم يعرفه المشرع الجزائري في المرسوم 352/83 المتضمن عقد الشهرة وترك ذلك لفقهاء القانون للتطرق له، وفيما يلي من دراسة هذا الفرع نتطرق إلى تقديم تعريف لعقد الشهرة في القسم الأول، ثم نقدم

¹ المرسوم 352/83 السالف الذكر.

² حمدي باشا، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص ص: 13، 14.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ما ناقشه فقهاء القانون بخصوص تسمية عقد الشهرة وهذا في القسم الثاني بعنوان: عقد الشهرة بين النص العربي والنص الفرنسي وهذا كما يلي:

القسم الأول: تعريف عقد الشهرة

ويعرفه الأستاذ: حمدي باشا عمر في كتابه آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة كما يلي:

يعرف عقد الشهرة بأنه: "محرر رسمي، يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد".

القسم الثاني: عقد الشهرة بين النصين العربي والفرنسي

يرى البعض أن هذه التسمية لا بد من إعادة النظر فيها، كون أن مدلول التسمية الخاصة لعقد الشهرة بالنص الفرنسي والنص العربي غير متطابقين في المعنى، إن صح التعبير، وهذا كما يلي:

النص الفرنسي استعمل مصطلح: Acte de notoriété أي "محرر الشهرة".

ولم يستعمل مصطلح Contrat - أي عقد - كما ذهب إليه النص المحرر باللغة العربية (عقد الشهرة).

فمصطلح عقد تنصرف إلى أن هناك إرادتين متبادلتين، في الحين أن عقد الشهرة، تتجلى فيه إرادة واحدة، هي إرادة الحائز في شهر حيازته، وبالتالي فاستعمال لفظ محرر اصح حسب جانب من الفقه.¹

الفرع الثاني: الشروط الخاصة بتحرير عقد الشهرة

نتطرق فيما يلي إلى الشروط الواجب توفرها في العقار محل عقد الشهرة ثم إلى شروط الحيازة الخاصة بهذا النوع، ثم المدة في القسم الأخير وهذا كما يلي:

¹حمدي باشا، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص15.

القسم الأول: شروط خاصة بالعقار محل عقد الشهرة

1/ أن يكون بلدية غير ممسوحة:

فلا يكون واقعا في بلدية تم مسحها أي خضع لإجراءات الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، لأن البلديات التي حصل فيها مسح يحصل الحائزون فيها، بعد نهاية العملية، على سند رسمي متمثل في: دفتر العقاري. الذي يسلم بعد الانتهاء من عملية المسح وعدم الاعتراض على العملية يسلم للمعني دفتر عقاري، يكون سند ملكية للعقار، والذي لا يطعن فيه إلا بالتروير.

ففي قرار لمجلس قضاء باتنة صادر عن الغرفة المدنية¹ المؤرخ في: 1998/12/19 تم بموجبه إلغاء عقد الشهرة محرر بتاريخ: 1992/12/30 لكونه انصب على أرض ممسوحة.

2/ ألا تكون ملكية طالب عقد الشهرة ثابتة بسند رسمي

ويتحقق هذا الشرط عندما يكون لشخص حائز بسند عرفي غير ثابت التاريخ، يمكنه اللجوء إلى موثق للمطالبة بإعداد عقد الشهرة، وتنص المادة الثانية من المنشور الوزاري المشترك على أن "المالك الحقيقي يجد نفسه في وضعية يستحيل معها إقامة الحجة على حقه في الملكية بسند قانوني".²

3/ أن يكون العقار موضوع عقد الشهرة من نوع ملك خاص

تنص المادة الأولى من المرسوم رقم: 352/83 التي جاء فيها: "كل شخص يحوز في تراب البلديات...، عقارا من نوع الملك..."

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم: 98/988 عن الغرفة المدنية المؤرخ في: 1998/12/19. غير منشور.

² حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع نفسه، ص: 17، 18.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

يبدو أن آلية عقد الشهرة كان الهدف من سنها مسح قطع أراضي من ملكية خاصة، وبالتالي تستثنى الملكيات من نوع الأملاك الوطنية، وكذا من نوع أملاك وقف (بمفهوم المادة 03 من القانون رقم: 10/91)¹.

القسم الثاني: الشروط الخاصة بالحيازة الواقعة على عقار محل عقد الشهرة

ذكرت المادة الأولى من المرسوم رقم: 352/83 أن "كل شخص يحوز في تراب البلديات... حيازة مستمرة، غير منقطعة ولا متنازع عليها وعلانية، وليست مشوبة بلبس". كما سبق وأشرنا لأحكام القانون المدني² يمكنه طلب من الموثق إعداد عقد الشهرة يتضمن الاعتراف بالملكية"، وهو ما أكدته المادة: 827 من القانون المدني الجزائري بنصها: "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة".

أما عن عناصر وصفات الحيازة التي تمكن الحائز من عقد الشهرة.

أولا/ بخصوص عناصر الحيازة: هناك عنصران:

العنصر المادي: وهو وضع اليد على الشيء أو على الحق، عن طريق السيطرة عليه الفعلية واستعماله.

العنصر المعنوي: أي حيازة الشيء بنية تملكه، أي توجهت نية الحائز إلى امتلاك العقار.

ثانيا/ بخصوص الصفات الواجب توفرها في الحيازة

ويمكن أن نذكر صفات الحيازة، فيما يلي:

الهدوء: وهو انتفاع الشخص الحائز دون اللجوء إلى العنف والقوة، حتى لا تتحول إلى حيازة مغتصبة.

العلنية: أن تكون ظاهرة للملأ، ولا يجوز التمسك به أمام الغير، إلا إذا ظهرت حيازته للعيان.

¹ تنص المادة: 03 من القانون 10/91 السالف الذكر على: "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من أوجه البر والخير".

² أنظر المواد: 808 وما بعدها من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

الاستمرار: السيطرة المتواصلة لحائز العقار دون انقطاع، فإذا تخللها انقطاع، فلا تصلح أساساً لحماية الحائز لا بدعوى الحيابة، ولا للتمك بالتقدم المكسب، وقد يقع في الحيابة عيوب.

ثالثاً/ عيوب الحيابة

عيب الإكراه: فلا تكون الحيابة بالتهديد أو بالإكراه.

عيب الخفاء: أن تكون حيابة ظاهرة وعلنية، وإن لم يتحقق ذلك كانت حيابة معيبة.

عيب الغموض واللبس: أن تكون حيابة واضحة لا لبس فيها، أو غموض وهو يمس الركن المعنوي للحيابة، (خلافاً للعيوب الأخرى التي تمس الركن المادي) فلا يعرف إذا كان الحائز يحوز لحساب نفسه أم غيره.

عيب عدم الاستمرار: السيطرة الفعلية متقاربة إن لم نقل متواصلة.¹

القسم الثالث: الشروط المتعلقة بالمدة

تنص المادة 827 من القانون المدني على أنه "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً، دون أن يكون مالكا له خاصاً به، صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيابته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع".

نشير أنه سابقاً كانت مدة الحيابة في التقدم المكسب هي 30 سنة وهذا قبل صدور القانون المدني رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 الذي ألغى مدة 30 سنة وأصبحت 15 سنة بعد وضع اليد على العقار. والمشروع هنا فرق بين التقدم الذي يبدأ حسابه في ظل النظام القديم، إذ ينقضي بالمدة

¹حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص ص: 22 ، 25.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

المحددة فيه وهي: 30 سنة، أما التقادم الذي يبدأ بعد سريان القانون الجديد (أي بعد 05 جويلية 1975)¹ فإنه يخضع للأثر الفوري للقانون الجديد.

وهنا وقع إشكال عملي في حساب مدة الحيابة الخاصة بمدة التقادم المكسب، حيث أنه وفي هذا الصدد ردت مديرية الشؤون القضائية بتاريخ: 16 فيفري 1985 على الرسالة التي وجهها له مسؤول مكتب التوثيق (حينما كان مكتب التوثيق تابعا لوزارة العدل) بالمسيلة الذي استفسر عن تطبيق مدة التقادم المكسب التي نص عليها المرسوم رقم: 352/83 والذي قرر إجراءات خاصة لإثبات حق الملكية بعقد الشهرة محرر من طرف موثق: (المادة 02 من ق.م. تنص على "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له أثر رجعي".

وهذا ما أكده المنشور الوزاري المشترك الصادر بين وزارة العدل والمالية والداخلية والمجموعات المحلية إذ نص بأن آجال التقادم محددة بالأمر 58/75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، لا تطبق إلا على الوقائع التي تحدث بعد صدور هذا القانون. أما ما حدث قبله فتسري عليها أحكام القانون القديم.²

وهنا يثور الإشكال المطروح أنه توجد ازدواجية في تطبيق القواعد القانونية بالنسبة للمواطنين مثلا: أن شخصا وضع يده على عقار بعد نفاذ القانون المدني الجديد، وآخر يضع يده على العقار في ظل القانون القديم (أي قبل صدور القانون المدني 1975) هذا الأخير لا يستطيع تملك العقار إلا بعد ثلاثين سنة (30 سنة) بعد وضع اليد وتقديم الطلب إلى الموثق هذا وفق القانون القديم، في حين أن الأول يستطيع أن يملك العقار بالتقادم المكسب بانقضاء 15 سنة بعد وضع اليد، وهذا يمس بمبدأ أساسي منصوص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومختلف دساتيرنا (مساواة الأشخاص أمام

¹ تجدر الإشارة إلى أنه صدر القانون المدني بتاريخ: 26 سبتمبر 1975، لكنه دخل حيز التطبيق بأثر رجعي بتاريخ: 05 جويلية 1975. (وهنا نلاحظ التناقض في قانون المدني الذي صدر وطبق بأثر رجعي في حين أن مادته الثانية يطبق بأثر فوري)

² حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 29.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

القانون وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز...¹. كما ينص الدستور الجزائري على مساواة الأفراد في الدساتير السابقة والدستور الحالي كذلك نص: "كل المواطنين سواسية أمام القانون".²

المطلب الثاني: مراحل إعداد عقد الشهرة والمنازعات التي يثيرها

يمر عقد الشهرة بمراحل قبل شهره بالمحافظة العقارية تبدأ بتقديم الطلب إلى موثق يتضمن طلب عقد الشهرة وذلك من خلال إجراءات سريعة وبسيطة لا تستدعي تدخل أي ممثل عن السلطات العمومية في الميدان، فيحرر عقد الشهرة استنادا لمجرد تصريحات طالبه، موثقة بشهادة شاهدين من اختياره، وبعد نشره في جريدة وطنية بطلب من الموثق، وبعد مرور أربعة أشهر دون تسجيل أي اعتراض من الغير، يحرر العقد، يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية ويشكل بذلك سند ملكية بمجرد الإشهار بالمحافظة العقارية وهو الأمر الذي سنناقشه فيما يلي:

الفرع الأول: إجراءات إعداد عقد الشهرة

ننظر في هذا الفرع من الدراسة كيفية تقديم الملف إلى الموثق في القسم الأول ثم عملية التحقيق والتحري في القسم الثاني، وفي الأخير تحرير العقد وشهره في القسم الأخير وهذا كما يلي:

القسم الأول: تقديم الملف إلى الموثق

الموثق هو الشخص الوحيد المؤهل لإعداد عقد الشهرة حسب المادتين الأولى والثانية من المرسوم رقم: 352/83 المتضمن الاعتراف بحق الملكية التي تكون بطريقتين:

أ/ عن طريق اللجوء إلى موثق: تكون في حال عدم وجود منازع للحائز.

ب./ عن طريق التقاضي: عندما يكون هناك شخص ينازع الطالب في حيازته.

¹ أنظر المادة: 07 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وهو الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة بتاريخ: 10 ديسمبر 1948، المنعقد بباريس بقصر شايو/ موقع ويكيبيديا، مقال بعنوان: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اطلع عليه بتاريخ: 2021/09/29

² أنظر المادة: 37 من دستور سنة 2020، السالف الذكر.

وهنا ينظر الموثق في مسألة قبول الملف أو رفضه، في الحالة الثانية يقدم أسباب الرفض للطالب. حتى يتسنى له اللجوء للقضاء للمطالبة بإلزام الموثق بتحرير عقد الشهرة متى كان له حق فيها وتوفرت فيه الشروط. (أما شهادة الحيازة المنصوص عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 254/91 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، المحدثه بموجب المادة 39 من قانون التوجيه العقاري 25/90 فتحرر بواسطة البلدية من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، وهو المؤهل قانونا بإعدادها).²

القسم الثاني: التحقيق والتحري

يتحقق الموثق من الوثائق المقدمة من الطالب، ثم يباشر عملية التحري بالاتصال بمختلف الإدارات المعنية، التي تمدّه بالمعلومات الخاصة بالعقار محل البحث عن طريق التحريات والتحقيقات التي يقوم بها أعوانها، كما يلي:

- **طلب رأي رئيس المجلس الشعبي البلدي:** يرسل الموثق الطالب لرئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليمياً لمكان تواجد العقار، إن كان يدخل ضمن أملاك البلدية أو احتياطاتها العقارية ويكون ذلك خلال أجل أربعة أشهر، من تاريخ تلقي الملف.³
- **طلب رأي مديرية أملاك الدولة:** يرسل الموثق نسخة من الملف إلى نائب مدير الشؤون العقارية وأملاك الدولة في الولاية لطلب معلومات عن الطبيعة القانونية للعقار، إن كان يدخل في أملاك الدولة أم لا⁴، وتباشر المديرية التحقيق عن طريق مفتشية أملاك الدولة الواقع بدائرة اختصاصها موقع العقار، خاصة سجل الملكية والإجراءات والتنازلات، لمعرفة احتمال وجود ملكية للدولة على العقار محل الطلب.

¹ المرسوم التنفيذي رقم: 254/91 المؤرخ في: 27 جويلية 1991 الموافق ل: 19 محرم 1412 المتضمن لكيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها جريدة رسمية رقم: 36، المحدثه من خلال المادة: 39 من قانون رقم: 25/90 السالف الذكر.

² حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 30، 31.

³ أنظر المادتين: 06، 07 من المرسوم رقم: 352/83 السالف الذكر. / أنظر حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع نفسه، ص 35، 36.

⁴ أنظر المادة: 03 من المرسوم رقم: 352/83 السالف الذكر. / أنظر حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع نفسه، ص: 36.

- كما يتصل بمصالح الحفظ العقاري، ومكتب مسح الأراضي، ومصالحة السكن في الولاية والمجلس الشعبي البلدي، كما يستطيع المحقق الاتصال بالجيران المجاورين وسماع الشهود إن وجدوا في حالة الضرورة.
- بعد الانتهاء من عملية التحقيق، يحول الملف مرفقا بتقرير مفصل إلى نائب مدير أملاك الدولة والشؤون العقارية مصحوبا برأيه وملاحظاته حول القضية، وعلى هذا الأخير (نائب مدير أملاك الدولة والشؤون العقارية) إخطار الموثق وإبلاغه برأيه في أجل أربعة أشهر من تاريخ تلقي الالتماسات.
- **نشر الطلب:** يقوم الموثق بنشر طلب إعداد عقد الشهرة بلسقه في مقر البلدية موقع العقار والصحافة الوطنية والجهوية على نفقة الأطراف المعنية¹.
- **تلقي الاعتراضات:** يتلقى الموثق الاعتراضات على طلب إعداد عقد الشهرة، سواء من البلدية أو مصالح أملاك الدولة، أو من المواطنين، وفي هذه الحالة وإعمالا بالمادة 08 من المرسوم 352/83 على الموثق توجيه الأطراف إلى المصالح القضائية المختصة².

القسم الثالث: تحرير العقد وشهره

- وفي حالة تم قبول طلب إعداد عقد الشهرة وعدم الاعتراض في أجل أربعة أشهر من تاريخ النشر فإن الموثق يقوم بما يلي:
- يقوم بتحرير عقد الشهرة.
- **تسجيل العقد** وهذا من أجل تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية.
- شهر العقد:** لا يمكن لصاحب عقد الشهرة أن يدعي بملكية على أساس التقادم المكسب حسب نص المادة 14 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي العام وتأسيس سجل عقاري، ما لم يتم شهر

¹أنظر المادة: 04 من المرسوم رقم: 352/83 السالف الذكر.

²أنظر المادة: 05 من المرسوم رقم: 352/83 السالف الذكر.

- حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، من ص: 36 إلى ص: 38

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

عقده بمصلحة الشهر العقاري وهو ما نص عليه الأمر رقم: 74/75 (كل حق ملكية ... لا وجود له إلا من تاريخ يوم إشهارة في مجموعة البطاقات العقارية)¹.

الفرع الثاني: المنازعات التي يثيرها إعداد عقد الشهرة

كما سبق وأشرنا فإعداد عقد الشهرة يفرض مجموعة من المراحل تتخللها إجراءات معينة تتطلب تدخل كل من مكاتب التوثيق إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية في الولاية، مديرية الحفظ العقاري، إدارة مسح الأراضي، وكذا رئيس المجلس الشعبي البلدي.

عقد الشهرة عبارة عن محرر يتضمن إظهار الحيابة التي استوفت شروطها في إثبات الملكية بالتقادم المكسب.

ويعد عقد الشهرة من العقود التصريحية التي يقتصر فيها دور الموثق على تلقي التصريح من الحائز كما سبق وأشرنا ويحرر بشأنه عقد طبقا للترتيبات والإجراءات المفروضة قانونا.

خصوصية الإجراءات التي يتم في إطارها عقد الشهرة فرضت وجوب إعداده من طرف موثق مختص إقليميا أي مكتب التوثيق الكائن بدائرة اختصاصه موقع العقار المراد اكتسابه.

وفي حال عدم ورود أي اعتراض على طلب عقد الشهرة خلال مهلة الأربعة أشهر التي حددها المرسوم رقم: 352/83 هذا لا يمنع من ممارسة حق الطعن القضائي من قبل صاحب المصلحة لأن هذه المدة سنها المشرع لمنع الموثق من تحرير العقد ليس إلا، ما دام أن عقد الشهرة يعد سندا من السندات المثبتة للملكية العقارية فقد أخضعه المشرع لإجراءات الإشهار على غرار باقي سندات الملكية الأخرى.

الملاحظ أن عقد الشهرة أثار الكثير من الإشكاليات في الحياة العملية أثناء إعداده والمنازعات الناشئة عن الاعتراضات المقدمة بشأنه وكذا تحديد الجهة القضائية المختصة في نظر النزاع، هو راجع إلى سهولة إجراءات إعداد عقد الشهرة وعدم احترام إجراءات الاتصال بالمؤسسات المعنية للتأكد الصحيح من الوضعية الحقيقية للعقار، وهو الأمر الذي أثقل كاهل المحاكم والتي بلغت نسبة قضايا

¹أنظر المادة: 1/15 من الأمر رقم: 74/75 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

عقد الشهرة الثلث أمام المحاكم العقارية فكان لازماً البحث عن آلية جديدة لتسليم سند ملكية بطريقة سليمة وأكثر أمناً وأن تحقق استقراراً أكبراً، للطرف الحائز والغير على حد سواء.

ويلاحظ أن أهم ما يميز النزاعات التي قد تنثور بخصوص إعداد عقد الشهرة هي في الاعتراضات الناتجة عن إعداده.

هذه الاعتراضات تصدر من طرف الخواص أو من طرف السلطات العمومية، غير أن الحالة الأولى هي الأكثر شيوعاً، وهو ما سنتطرق له بشيء من الشرح كما يلي:

تكلت المادة: 08 من مرسوم رقم 352/83 على أنه "في حال اعتراض على صفة المالك المدعي أو المدعين يحيل الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق الأطراف المعنية على القضاء المختص لحل نزاعهم"¹.

القسم الأول: في حال الاعتراض على عقد الشهرة

يثور النزاع كذلك بخصوص اعتراضه على طلب إعداد عقد شهرة، بحجة أنه هو الذي يحوز العقار موضوع الطلب، وهنا يفرض على القاضي الذي ينظر للنزاع فتح تحقيق مدني لمعرفة الحائز الفعلي للعقار، وذلك من خلال سماع الشهود من الملاك المجاورين² وكل شخص له علاقة بالعقار من قريب أو بعيد، كأن يكون قد تنازل عن العقار محل النزاع للحائز الفعلي في فترة سابقة، أو باعه إياه وغيرها من التصرفات الواردة على العقار محل عقد الشهرة.

كما أن في الحياة العملية كثير من الاعتراضات تكون في شكل الاعتراض على طلب إعداد عقد الشهرة بحجة أن المعارض هو مالك العقار محل الاعتراض، في هذه الحالة يلزم القاضي المعارض بتقديم ما يثبت اعتراضه أو ادعاءه. والملاحظ هنا توفر المعارض على سند يثبت ادعاءه أو أنه لا يتوفر على سند، وهو ما سنناقشه.

¹المادة: 08 من المرسوم رقم: 352/83 السالف الذكر.

²أنظر حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، من ص 42 إلى ص: 49.

في هذه الحالة الأخيرة (أن المعارض لا يحوز سندا يثبت ادعاءه أو اعتراضه) أن المحاكم غالبا ما تقضي برفض الدعوى، كون أن ما يقدمه المعارض من أدلة تثبت ادعاءه لا يرقى أن يكون دليلا صحيحا، وإنما مجرد تصريحات لا ترقى أن تكون دليلا يؤكد اعتراض المعارض، وفي ذلك ما جاء به القضاء "حيث أن الإثباتات تضع حدا لمعارضة المدعى عليه غير المؤسسة، الأمر الذي يتعين معه القضاء بالغائها وإرشاد المدعي إلى مواصلة إجراءات عقد الشهرة"¹.

أما الحالة الأولى أن المعارض يتوفر على سند مشهر يثبت ادعاءه. وهنا يطرح التساؤل التالي:

هل يجوز للموثق تحرير عقد شهر على عقارات لها سندات ملكية مشهورة؟

هناك اتجاهان:

الاتجاه الأول: يقضي أنه لا يستطيع الشخص الذي وضع يده على عقار يحوز سند ملكية مشهر اكتسابه بالتقادم، وتحرير عقد الشهرة بشأنه، وذلك مهما طال أمد وضع يده على العقار وذلك وفق مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر، وهو ما تبنته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا في قرار لها غير منشور "أن طبيعة الأرض كانت ملكية بدون سند، وقد تنازلت الدولة عليها آنذاك في سنة 1998 لفائدة الشاغلين لها. وعليه فإن رفض إشهار عقد الشهرة من طرف المحافظة العقارية كان مؤسسا لأن المرسوم رقم: 352/83 السالف الذكر يرمي إلى تطهير الوضعية العقارية للأمالك التي لم تتم فيها بعد عمليات مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وعليه فإن القرار المستأنف قد أصاب فيما قضى به"²

الاتجاه الثاني: ينص أنه إذا استوفت الحيابة كامل أركانها³، أصبحت خالية من العيوب، ويرتب عليها القانون أثرين:

الرأي الأول: وهو الذي يحمي الحيابة لذاتها، فيحمي حيابة الحائز، بغض النظر عما إذا كانت حيابة بسند ملكية أو بدون سند.

¹أنظر في هذا الصدد حكم صادر عن محكمة باتنة بتاريخ: 11/04/2000 الحامل رقم: 99/3103 أمام القسم العقاري،

عن كتاب **حمدي باشا عمر**، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 49، 50.

²أنظر قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم: 129947 المؤرخ في: 09 مارس 1998 غير منشور.

³أنظر المادة 827 وما يليها من القانون المدني رقم: 58/75 السالف الذكر.

الرأي الثاني: إذا استغرقت حيازة الحائز المدة القانونية للحيازة، اكتسب الحائز ملكية العقار محل الحيازة، وذلك بصرف النظر عما إذا كان العقار محل الحيازة مالك بسند رسمي أو عرفي مشهر أو غير مشهر، كون أن الحيازة المستوفية كامل شروطها تعد سببا من أسباب كسب الملكية، وبالتالي يحق للحائز التمسك بهذا الأثر في مواجهة الكافة، بما فيهم المالك الأصلي بسند رسمي ومشهر، وهو الأمر الذي أكدته الغرفة المدنية للمحكمة العليا في العديد من قراراتها والتي أقرت بموجبه -مبدأ التقادم المكسب- إن هذا القضاء لا يعد اجتهادا وإنما يعد تطبيقا لأحكام القانون، بحسب البعض، وهو موقف الغرفة العقارية للمحكمة العليا التي أقرت مبدأ جواز إعداد عقد الشهرة على الملكيات المشهورة سنداتها¹ (وهو موقف الأستاذ حمدي باشا عمر).

وفي رأينا أن هذا غير منطقي كون أن الحيازة هي شرط لاكتساب الملكية على عقار ليس له سند ملكية أما العقار الذي يحوز سند ملكية هنا لا يحوز صاحبه ملكيته مهما طال أمد وضع اليد عليه، كما أنها تصطدم بمبدأ آخر وهو مبدأ القوة الثبوت المطلق للشهر. (الذي يقتضي أن شهر التصرفات يجعلها محصنة).

المنازعات التي قد يثيرها عقد الشهرة تنتظر أمام الجهات القضائية العادية أو الجهات القضائية الإدارية، فقد يثور نزاع قضائي بخصوص مدة التقادم القانونية للحيازة، كما قد يثور نزاع قضائي بخصوص نوع الحيازة التي أعتمد عليها في منح الطالب عقد الشهرة، وغيرها من النزاعات التي يثيرها إعداد عقد الشهرة، كما سبق وأشرنا.

وبالتالي وجب التأكد من الشروط الواجب توفرها للاستفادة من الحيازة الحاصلة عن التقادم المكسب الذي ذكرته المادة: 827 من القانون المدني رقم: 58/75، وتبيان الفعل الحقيقي للحيازة، وبالتالي المبدأ هو أن اكتساب العقار بالتقادم المكسب عن طريق حيازة هادئة وعلنية مستمرة بعنصرها المادي والمعنوي ومستندة إلى سند صحيح، هذا الأخير تطرقت له الفقرة الثالثة من المادة:

¹حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 52 وما بعدها.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

828 من القانون المدني رقم: 58/75 "السند الصحيح: هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إشهار السند".

وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ: 1990 الذي جاء فيه أن "...لما كان قضاة الاستئناف في قضية الحال أيدوا الحكم المستأنف لديهم القاضي برفض دعوى التقادم المكسب، دون أن يتأكدوا من شروطه، أو يحددوا مدته الطويلة أو القصيرة، وأغفلوا بيان الفعل الحقيقي للحيازة بالإضافة إلى عدم وصفهم للتقادم الذي اعتمدوه، يكونون بقضائهم كما فعلوا أخطئوا في تطبيق القانون، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه.²

وفي قرار آخر صدر بخصوص النزاعات التي تثور عن إعداد عقد الشهرة كذلك، يتحقق قاضي الموضوع في حالة المنازعة في عقد الشهرة من توفر عناصر الحيازة ويعاين مدى استيفاء الشروط المنصوص عليها في المواد 827 وما يليها من القانون المدني.

لا يحول عدم الاعتراض خلال آجال 04 أربعة أشهر على تحرير العقد دون حق في رفع الدعوى.³

وبالتالي توفر عناصر الحيازة المنصوص عليها في المواد 827 وما يليها من القانون المدني تثير نزاعات يتحقق القاضي من توفرها في طالب عقد الشهرة.

القسم الثاني: أمام جهات القضاء الإداري

تنص المادة: 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على: "مع مراعاة أحكام المادة: 827 أدناه، ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محامي".

¹أنظر المادة: 828 من القانون المدني رقم: 58/75 السالف الذكر.

²أنظر قرار المحكمة العليا رقم: 40187 بين (ل ع أول ق) و(ل أ ل م) قرار الصادر بتاريخ: 1987/07/01 مجلة قضائية سنة 1990 عدد: 4، ص: من 20، إلى 23.

³أنظر القرار رقم: 21522 الصادر بتاريخ: 2001/12/29 الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا.

يستخلص من المادة أن اللجوء إلى القاضي الإداري لا يتم إلا بواسطة محامي، أي أن المشرع أوجب على أطراف الدعوى أن يكونوا ممثلين بمحامي ماعدا ما استثناءه في المادة: 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، وأن عدم احترام هذا الإجراء يؤدي إلى عدم قبول العريضة وهو ما ذكرته المادة: 826 "أن تمثيل الخصوم بمحامي وجوبي أمام المحاكم الإدارية" والقاعدة الحالية ليست مطلقة، وإنما هناك استثناء ذكرته المادة: 827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر بحيث أبقى الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة: 800 من نفس القانون، وهي الدولة الولاية البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية من شرط التمثيل بمحامي في الادعاء أو الدفاع أو التدخل.² أما باقي الإجراءات فهي نفسها التي وجب احترامها من شروط شكلية وموضوعية وغيرها المذكورة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر.

¹ سعيد بوعلي، تحت إشراف: مولود بيدان، المنازعات الإدارية في ظل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، طبعة: 2014، ص: 114.

² أنظر المادة: 826 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، ج.ر عدد 21، الصادرة في 2008/04/23.

المبحث الثاني: التحقيق العقاري كآلية لإعداد وتسليم سند الملكية العقارية

يبدو أن كثرة العيوب التي اعتلت عقد الشهرة حتمت على المشرع البحث عن آلية بديلة لحل المشاكل والنزاعات ومعالجة السلبيات التي نتجت عن الأخذ بعقد الشهرة، فتم اعتماد آلية جديدة لتسليم سند ملكية للعقار غير الممسوح والتي لا يحوز أصحابها على سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية¹، وهذا ما جاء في كلمة ألقاها السيد: رئيس الجمهورية بمناسبة انعقاد مجلس الوزراء بتاريخ: 2005/07/17 أثناء عرض مشروع القانون التمهيدي للقانون 02/07 :

"... أنه من الضروري وضع حد لآمن قانوني الذي يميز الملكية العقارية وتحديد التنظيم والتسيير العقاري في البلاد وفق قانون يسمح بتحرير أملاك عقارية هامة مازالت غير منتجة والمساهمة في رفع القيود المفروضة في الحصول على عقار التي تشكل عاملا معيقا للاستثمار، إن هذا النص الذي سيصدر يجب أن يستكمل عاجلا بنصوص تنظيمية تعزز قدرات تدخل الإدارة للتكفل برفع الأعباء التي ستنتج مع تطبيق هذا القانون".

آلية التحقيق العقاري آلية سارية التطبيق لحد الساعة ويجري بها العمل للاستفادة من سند ملكية يكون له حجة أمام الجميع، ويكون ذلك عندما يتوفر الشخص على حيازة بكامل شروطها القانونية.

لم يعرف المشرع الجزائري شهادة الحيازة تعريفا خاصا وإنما جاء في نص المادة 39 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري وذكر أنه "يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة: 823 من الأمر رقم: 58/75 السالف الذكر يمارس في أراضي من نوع ملكية خاصة، التي لم تحرر عقودها ملكية مستمرة وغير منقطعة بصورة هادئة وعلائية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة". كما تخضع هذه الشهادة إلى شروط خاصة بالتسجيل وكذا الإشهار القانوني العقاري، وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي"².

¹ سعيد بوعلي، المرجع السابق، ص: 134، ص: 135.

² أنظر المادة: 1/39 من قانون رقم: 25 /90 السالف الذكر.

كما يتولى تحرير شهادة الحيازة وتسليمها رئيس المجلس الشعبي البلدي الذي يقع في دائرة اختصاصه موقع العقار¹.

تفرض الفقرة الثانية من المادة: 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 254/91 السالف الذكر على طالب شهادة الحيازة أن يكون حائزا بمفهوم المادة: 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر، والتي وردت في المادة: 413 من القانون الإجراءات المدنية القديم، والتي تشترط الهدوء والعلانية والاستمرارية وأن تستمر مدة سنة وهي النقاط التي سنناقشها لاحقا. يقدم الطلب بناء على عريضة من الحائز أو الحائزين حسب الحالة وفق ما ذكرته المادة: 03 من المرسوم التنفيذي رقم: 254/91 السالف الذكر.

المطلب الأول: مفهوم عملية التحقيق العقاري

نتطرق في هذا الجزء إلى مناقشة كل ما يتعلق بعملية التحقيق العقاري الذي ذكر في القانون: 02/07 مؤرخ في: 2007/02/27²، يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري. نناقش أهداف عملية التحقيق العقاري ثم نتطرق إلى الشروط الخاصة بالعملية وهذا فيما يلي:

يقصد بالتحقيق العقاري: قيام موظف مؤهل قانونا بمباشرة مجموعة من إجراءات البحث المنهجي لمعرفة الطبيعة القانونية للعقار أو حق عيني عقاري وتحديد العلاقة التي تربطه بمن يطالب بأحقية عليه قصد اتخاذ قرار إعداد وتسليم سند ملكية من عدمه، بعد تقدير عناصر الحيازة القانونية المؤدية إلى اكتساب المعنى للحق المطالب به بالتقدم المكسب³. وهذا التعريف طويل ولم يتطرق إلى نوع العقار الذي يشملته التحقيق العقاري.

¹أنظر المادة: 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 254/91 السالف الذكر.

²القانون 02/07 مؤرخ في: 27 فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، ج.ر عدد 15 صادرة بتاريخ 2007/02/27.

³ بقة فريد، مقال بعنوان: التحقيق العقاري كآلية لتسوية سندات الملكية العقارية في القانون الجزائري (طبقا لقانون رقم: 02/07 والمرسوم التطبيقي له) منشور بمجلة المعيار عدد صادر ب: 13 جوان 2016، ص ص: 227 ، 228.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

كما يمكن القول أن التحقيق العقاري هو عملية منظمة تقوم على تحريات ميدانية وسماع شهادات مختلف الأشخاص الذين تربطهم علاقة بالعقار من قريب أو من بعيد يجمع من خلالها معطيات ومعلومات بغرض إثبات حق من الحقوق أو توضيح وضع من الأوضاع.

وهو الأمر الذي أشارت إليه المادة: 10 من المرسوم 147/08 التي تنص: "يتمثل التحقيق العقاري في البحث عن كل عناصر المعلومات أو التصريحات أو الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية العقارية وجمعها ودراستها في عين المكان، على مستوى مصالح الحفظ العقاري ومسح الأراضي وأملاك الدولة والضرائب، وعند الحاجة، عند أي مصالح أخرى" ¹ وبالتالي أعطت المادة مفهوما لعملية التحقيق العقاري ².

ابتكار آلية جديدة لتسوية وضعية العقارات في الأماكن غير الممسوحة له مجموعة من الأهداف نذكر منها:

الفرع الأول: أهداف عملية التحقيق العقاري وشروطه

لعملية التحقيق العقاري أهداف أراد المشرع تسويتها بالإضافة إلى مجموعة من الشروط سنذكرها في القسم الثاني:

القسم الأول: أهداف عملية التحقيق العقاري

للتحقيق العقاري مجموعة من الأهداف التي اتجهت نية المشرع من تجسيدها على أرض الواقع وهذا كما يلي:

¹ أنظر المادة: 10 من المرسوم التنفيذي 147/08 المؤرخ في: 2008/05/19 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، ج.ر. عدد 26، المؤرخة في 2008/05/25.

² حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص126 وما بعدها.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

أولاً: إعطاء الحجية لوثائق الملكية المحررة قبل 01 مارس 1961

المشروع نص في القانون 02/07 على: "... يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها على سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية"¹.

هناك عقود ملكية حررت قبل أول مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الجديدة ورغم أنها رسمية ولها قيمة قانونية، إلا أنها فقدت حداثتها، جاء قانون 02/07 من أجل إعطائها الصبغة القانونية وإفراجها في شكل قانوني باعتماد مجموعة من الإجراءات القانونية والإدارية تعيد أو تؤكد رسميتها بشكل يتوافق مع نظام الشهر العقاري العيني المعتمد في الجزائر بموجب الأمر رقم: 74/75 المؤرخ 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

والفائدة من هذا الإجراء أنه تأكيد لحجية أصحاب الوثائق لوثائقتهم، كون أنه قد يحدث من بعض المحتالين أن يبيع ملكه العقاري، أرض أو عقار معين، لشخص آخر دون قيمتهما بإتمام إجراءات البيع والشهر، وهو الأمر الذي يمكن أن يدفع هذا المحتال بإعادة بيعه لشخص آخر أو المطالبة بتسوية وضعية ملكيته للعقار على أساس أنه يملك وثائق هذا العقار.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشروع بتبنيه لهذه الفقرة من قانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري موضوع التحليل الحالي، جاءت للنقائص المعتبرة في تحديد الأملاك التي اعترت نظام الشهر الاختياري الذي كان مطبقاً خلال تواجد الاحتلال الغاشم بالجزائر قبل صدور المرسوم المؤرخ في 21/10/1959 والتي تم شهرها بمحافظة الرهون العقارية آنذاك، وعدم وضوح ودقة مخططات المسح الجزئية والوثائق الأصلية التي سلمت للملاك، رغم محاولة إصلاح نظام الشهر العقاري بموجب المرسوم رقم: 53/61 المؤرخ في 18/01/1961 والتي أصبح ساري المفعول ابتداء من 01/03/1961.²

¹ أنظر المادة الثانية من القانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري، سبق ذكره.

² حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع نفسه، ص، ص: 131، 132.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ثانيا: تفادي السلبات التي خلفها العمل بعقد الشهرة

إن الإجراءات الواردة في المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 سريعة وبسيطة ولا تستدعي تدخل أي ممثل عن السلطات العمومية في الميدان، إذ يحرر عقد الشهرة استنادا لمجرد تصريحات طالبه، موثقة بشهادة شاهدين من اختياره، وبعد نشر محتوى العقد في جريدة وطنية بطلب من الموثق، وبعد مرور أربعة أشهر دون تسجيل أي اعتراض من الغير، يحرر العقد، يسجل ويشهر بالمحافظة العقارية، ويشكل بذلك سند ملكية. كما سبق وذكرنا، والذي يصبح حمايته على عاتق الدولة بمجرد الإشهار بالمحافظة العقارية.

إن هذا الإجراء المستحدث ساهم في العديد من المنازعات القضائية العقارية والتي وصلت خلال الفترة ما بين 2002 إلى 2007 نسبة إلى 07 بالمائة من القضايا العقارية المطروحة من طرف مصالح أملاك الدولة أمام المحكمة العليا ومجلس الدولة تتعلق بعقود الشهرة وسببها استيلاء على أملاك خاصة أو عامة تابعة للدولة ومجموعاتها الإقليمية، كون أنه لوحظ في أغلب الأحيان استعمال إجراء عقد الشهرة بطريقة تعسفية إما لتسوية عمليات غير شرعية وإما لإقصاء بعض الورثة من التركة، كما استعمل هذا الإجراء لتسوية وضعيات الاستيلاء على أملاك عمومية.¹ فكان لا بد على المشرع التدخل السريع لوقف هذا التلاعب وكان غرض المشرع إيجاد آلية بسيطة وسريعة لتسليم سند ملكية صحيح للحائز المالك ومن خلال هذه الوثيقة يمكن له الاستثمار وتحريك عجلة الاقتصاد له شخصيا والاقتصاد الوطني بشكل عام، إلا أنهم أساءوا وتوظيف هذه الآلية وراحوا يستعملونها استعملا منافيا لما سطر له .

ثالثا: تفعيل عملية المسح العام

ذكر الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري السالف الذكر أنه: "يعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات، ويبين تداول الحقوق العينية"².

¹حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص ص: 128، 129.

² أنظر المادة الثالثة من الأمر رقم 74/75 السالف الذكر.

الملاحظ أنه وكما سبق وأشرنا أن عقود الملكية كانت غير دقيقة، كون أنها كانت تخضع لنظام إشهار عقاري اختياري الذي يفنر للمصادقية، جاء الأمر رقم 74/75 الصادر في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري لجرد العام للملكية العقارية في البلاد.

هذه العملية تميزت بالبطء وكثرة التكاليف، فكان لابد من آلية موازية لهذه العملية للتسريع من وتيرة المسح وكذا تسليم سند ملكية للعقار، لهذا السبب جاء القانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري، والذي يتم بالموازاة مع عمليات إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري.

رابعاً: الآلية تسمح بمنح قروض عقارية ورهنية

التحقيق العقاري آلية تعتمد على مجموعة من الإجراءات القانونية والإدارية والفنية تكون نتيجتها تسليم سند ملكية عن العقار محل التحقيق، هذا السند القانوني الرسمي يمكن صاحبه من الحصول على قرض استثماري من الدولة للاستثمار الفلاحي أو الصناعي وغيرها من الاستثمارات التي يسمح بها القانون سواء للمواطنين أو للأجانب، وأن رئيس الجمهورية أكد على ضرورة جلب المستثمر الأجنبي لما له من خبرة عملية ورأس مال أجنبي وبالتالي تسوية وضعية العقارات هو تحفيز لهؤلاء المستثمرين للحضور للبلاد والاستثمار الجدي والفعلي فيها.¹

القسم الثاني: شروط عملية التحقيق العقاري

للاستفادة من سند ملكية يمنح في إطار التحقيق العقاري يجب احترام مجموعة من الشروط التي نتطرق لها فيما يلي:

البند الأول: الشروط الخاصة بمعاينة ملكية العقار

نتطرق فيما يلي إلى مجموعة الشروط التي يجب احترامها عند التحقق من ملكية المعني للعقار وهذا كما يلي:

¹حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع نفسه، من ص: 130 إلى ص: 132.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

أ/ أن يكون العقار بمنطقة غير ممسوحة: أي لم يخضع لعملية مسح وفق الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري، كون أن العقارات التي وقعت فيها عملية مسح وفق الأمر السالف الذكر تمكن صاحبها من الحصول على سند رسمي بعد نهاية العملية يتمثل في: دفتر عقاري أو شهادة ترقيم مؤقت.

يصبح الدفتر العقاري في هذه الحالة هو السند الوحيد المثبت للملكية العقارية وهو ما أكدته الغرفة العقارية للمحكمة العليا من خلال القرار رقم: 197920 المؤرخ في: 28 جوان 2000.

ب/ أن يكون العقار من نوع ملك خاص:

تنص المادة: 03 من قانون التحقيق العقاري على "لا تطبق أحكام هذا القانون على الأملاك العقارية الوطنية العامة والخاصة بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش¹ (أتبعتها لأملاك الخاصة للدولة) والأملاك الوقفية"، وبالتالي تستبعد تطبيق هذه الأنواع من الملكيات من مجال هذا القانون ويرجع سبب استبعاد أراضي العرش من تطبيق قانون 02/07 هو أنه كثير من عقود الشهرة شملت حتى أراضي العرش، فكانت هذه كإجراء لتفادي العيوب التي اعترت عقد الشهرة.²

البند الثاني: شروط متعلقة بالحياسة

ذكر قانون رقم: 02/07 المتضمن التحقيق العقاري أنه "يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي، يمارس حياسة على عقار، سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر، ... أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته وتسليمه سند ملكية...".³

وتنص المادة 14 من نفس القانون: "إذا نتج عن تحليل التصريحات، والأقوال والشهادات وكذا الوثائق المقدمة والتحريات التي قام بها المحقق العقاري، أن صاحب الطلب يمارس حياسة من شأنها

¹ المادة 85 من القانون رقم: 25/90 السالف الذكر، فصلت في الطبيعة القانونية لأراضي العرش وأتبعتها للملكية الخاصة للدولة.

² حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 135 وما يليها.

³ أنظر المادة الرابعة من قانون 02/07 المتضمن التوجيه العقاري، السالف الذكر.

أن تسمح له بالحصول على حق الملكية، عن طريق التقادم المكسب طبقاً لأحكام القانون المدني، فإنه يعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق العقاري".

والملاحظ أن قانون 02/07 لم يأت بالجديد فيما يخص مفهوم الحيابة والتقادم المكسب، ويظل القانون المدني المرجع القانوني في تحديد مفهومها وشروطها وأثارها.¹

نص القانون المدني على الحيابة في المواد من: 808 إلى المادة: 844، ومن أهم ما ذكرته هذه المواد:

- ينص القانون المدني في المادة: 827 على من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به، صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيابته له مدة 15 سنة دون انقطاع.

- وأضافت المادة الموالية لها 828 أن مدة التقادم المكسب هي: 10 سنوات إذا اقترنت الحيابة بسند صحيح وبحسن النية وقت تلقي الحق. أما بخصوص الحقوق الميراثية فمدة التقادم المكسب هي: 33 سنة.

حماية الحيابة: تنص المادة: 817 "أنه يمكن لصاحب الحيابة المطالبة برد حيابته خلال السنة التالية لفقدائها، فإذا كان فقدها خفية، فتحسب من تاريخ انكشاف ذلك.²

كما ذكر قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر أنه "يجوز رفع دعوى الحيابة ممن كان حائزاً بنفسه أو بواسطة غيره لعقار أو حق عيني عقاري... واستمرت هذه الحيابة لمدة سنة على الأقل، كما أنه لا تقبل دعوى الحيابة إذا لم ترفع خلال سنة من التعرض.³

¹ حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 136 وما يليها.

² أنظر المواد: 808 والمادة: 817 والمادة: 827 من القانون رقم: 58/75 السالف الذكر.

³ أنظر المادة: 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

المطلب الثاني: إجراءات عملية التحقيق العقاري والمنازعات التي قد تنشأ عنه

تختلف إجراءات معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري، عن تلك الإجراءات الثابتة بأحكام المرسوم 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 المتعلق بعقد الشهرة، والمرسوم رقم: 254/91 المؤرخ: 1991/07/27 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحياة وتسليمها، والتي لا يتم معاينة واقعة الحياة فيها عن طريق التحقيق والتحري الميداني بل بمجرد تصريح شرفي من الطالب.

وما يلاحظ أن التحقيق العقاري يكون بناء على طلب وإرادة المالك الحائز وهذا عكس المسح العقاري الذي تقوم به الإدارة المعنية بدون طلب المالك أو الحائز فهو إلزامي لارتباطه بسيادة الدولة على إقليمها.

سبق وأشرنا إلى الشروط الواجب توافرها في طالب فتح تحقيق عقاري، أن يبادر بطلب بفتح تحقيق عقاري يوجه إلى مدير الحفظ العقاري الولائي المختص إقليمياً، يتضمن طلب المعاينة القانونية والمادية للأماكن العقارية والحقوق العينية المرتبطة بها، وتحديد مساحتها وموقعها ووضع معالمها الحدودية.

وتتم معاينة الملكية العقارية وفقاً لإجراءات فردية أو جماعية حسب الحالة التي حددها القانون 02/07 والمرسوم التطبيقي له رقم: 147/08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية.

الفرع الأول: إجراءات معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري

نتطرق في هذا الفرع إلى إجراءات فتح تحقيق عقاري ثم إلى إجراءات تسليم السند في القسم الثاني وهذا فيما يلي من الدراسة:

القسم الأول: إجراءات طلب فتح تحقيق عقاري

"يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي، أن يمارس حياة على عقار، سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر، أو يحوز سند ملكية كما هو مبين في المادة الثانية أعلاه، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته وتسليمه سند ملكية.

توجه طلبات فتح تحقيق عقاري للسيد: مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي المختص إقليمياً. يحدد محتوى الطلب والوثائق المرفقة به عن طريق التنظيم¹.

نميز هنا بين حالتين: تقديم الطلب من شخص لا يحوز على سند ملكية، وتقديمه من شخص يحوز على عقد ملكية محرر قبل أول مارس 1961.

أ/ تقديم طلب فتح تحقيق من شخص لا يحوز على سند ملكية

يقدم طلب فتح تحقيق من شخص طبيعي أو معنوي حسب الحالة يمارس حيازة مباشرة بنفسه على العقار أو عن طريق شخص آخر، فكل شخص يثبت ممارسة حيازة وفق مفهوم المادة 823 من القانون المدني أن يطلب فتح تحقيق عقاري يمكن أن يؤدي إلى تسليم سند ملكية، ويمكن طلب فتح تحقيق عقاري لفائدة الدولة ومجموعاتها الإقليمية (الولاية، البلدية) أو مؤسسة الأوقاف، وفي هذا الإطار جاءت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 19 ماي 2008 يقدم طلب فتح تحقيق عقاري فردي إلى السيد: مدير الحفظ العقاري المختص إقليمياً، ويستلم الطالب من المصلحة المختصة وصل استلام عن الوثائق المقدمة ويبين فيه تاريخ الإيداع ويعطيه رقماً تسلسلياً، ويفتح ملف لكل طالب ويعطى له رقم وتاريخ التسجيل في سجل خاص، وذلك من أجل احتساب بداية آجال التحقيق العقاري وهنا يصدر مدير الحفظ العقاري، في حالة تحقيق عقاري ملتمس بصفة فردية في أجل أقصاه شهر من تاريخ استلام الطلب، مقرر فتح تحقيق وذلك حسب نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 147/08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري.

ب/ تقديم طلب فتح تحقيق من شخص له سند ملكية محرر قبل 1961/03/01

السندات المحررة قبل أول مارس 1961 كثيرة، متعددة ومختلفة لا بأس أن نذكر منها:

- العقود الإدارية المنشئة، الناقلة، المصرحة، المثبتة، أو المعدلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية المعدة من طرف عامل عمالة أو رؤساء البلديات سابقاً.

¹ أنظر المادة 04 من القانون 02/07 السالف ذكره.

- العقود الإدارية المنشئة، الناقل، المvrحة، المثبتة، أو المعدلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية المعدة من طرف: قضاة شرعيين تكون في المناطق الريفية، التي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية، فكانت لها الصبغة الرسمية، فكانت لا تخضع إجباريا للشهر العقاري بمكتب الرهون العقارية إلا إذا طلب الأطراف ذلك، ولهذه العقود الحجية وقيمة قانونية كسندات ملكية، كون أنها مقررة بنصوص سابقة.

- القرارات القضائية المنشئة، الناقل، المvrحة، المثبتة، أو المعدلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية الصادرة عن الجهات القضائية والحائزة لقوة الشيء المقضي فيه.

- سندات الملكية المعدة من طرف إدارة أملاك الدولة في فترة التشريع القديم، هذه السندات تعطي توضيحات كافية حول هوية المالك، حصص الملاك المشتركين في الشيوع، والأعباء المثقلة للعقارات لكنها لم تعد تعكس، غالبا، الوضعية الحالية الحقيقية للعقارات وهذا ما يتطلب تحريات إضافية.¹

إن ما يميز هذه العقود وجعلها تخضع لإجراءات التحقيق العقاري هو عدم دقتها وبالتالي لم تعد تعكس الوضع الحالي للعقار والتي يمكن أن تكون:

1/ العقد يحتوي على كل مميزات السند الصحيح، ولكن لا شيء يشير إلى أنه يتعلق بالعقار موضوع التحقيق، وعليه فهناك نقص في التعيين الصحيح والدقيق للعقار، وبالتالي فإن معاينة حق الملكية يتم من خلال القيام بالتحريات التالية:

- في السجل العقاري ثم يتم التأكد من التعيين في الميدان.

- الأقوال والشهادات التي يمكن أن تزود المحقق بمؤشرات.

-المخططات القديمة للمسح يمكن أن تبين حسب الحالات، ما إذا كان العقار محل التحقيق غير مصادق عليه أو ما إذا كان العقار المعني أشير إليه على أنه من الجوار.

¹حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 140 وما يليها.

2/ العقد يخص العقار موضوع التحقيق ولكن المساحة المبينة أقل بكثير من تلك الواردة في المخطط المرفق بالطلب، وهنا يوجد نقص في العقد، وبالتالي بات من الضروري اللجوء إلى تحريات إضافية لتحديد مصدر الفائض الملحوظ، وفي هذه الحالة يمكن أن يتعلق الأمر بما يلي:

- إما بحقوق مصدرها الملاك المجاورون والتي يتعين تأكيدها بتصريحات وشهادات.
 - إما باستيلاء وتعدٍ على ملكية الغير، وهنا على المحقق أن يثير كل الآراء والملاحظات، ومحاولة اكتشاف حقوق محتملة في العقار موضوع التحقيق العقاري قد تعود للدولة، وهنا يجب تحرير محضر ضبط حدود نهائية مع الجيران يوضح الوضع على الميدان.
- 3/ شخص يدعي بالمساحة المحددة على عقده، لكنها تفوق المساحة المبينة على المخطط المرفق بطلب فتح تحقيق عقاري، وهنا يتعين التدقيق في السندات والتصاميم ذات الصلة بالملكيات المجاورة، وبالتالي نكون أمام فرضيتين:
- إذا كانت المساحة في الواقع والوثائق متطابقتين فلا يجوز للمتمس أن يتمسك بالمعلومات الواردة في سنده، ولكن يتعين كذلك إجراء تطهير على مستوى السجل العقاري.
 - في غياب مثل هذا التطابق، فإنه يوجد بالتالي افتقار إلى الدقة بشأن الحدود، يتعين ضبط الحدود في حضور المحقق العقاري والمتمس والجيران وبحضور المهندس الخبير العقاري الذي يتولى رسم معالم حدود العقار، ويتم عند الاقتضاء تحرير محضر رسم حدود¹.

ج/ الأشخاص التي لها حق فتح تحقيق عقاري

يتم طلب فتح تحقيق عقاري وفق قانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري وفق شكلين:

1/ تقديم طلب بصفة فردية

نصت على ذلك المادة 06 من قانون التحقيق العقاري رقم 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27

" يتم فتح تحقيق عقاري بصفة فردية في أي وقت"¹.

¹حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 143

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

كما بينت المادة 03 من المرسوم 147/08 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات ملكية محتويات طلب افتتاح تحقيق عقاري إلى السيد: مدير الحفظ العقاري الولائي المختص إقليمياً، وذلك مقابل وصل استلام ما يأتي:

- الاسم واللقب واسم الأب وتاريخ ومكان الولادة والجنسية والمهنة، وعنوان صاحب الطلب.
- الصفة التي يتصرف صاحب الطلب، اما حائز، اما مالك فردياً أو في الشروع.
- كل الأعباء والارتفاقات الإيجابية او السلبية التي قد تثقل العقار محل التحقيق حسب صاحب الطلب، يرفق الطلب بمخطط طبوغرافي للعقار، بطاقة وصفية، كل وثيقة من شأنها اثبات حق الطالب.²

2/ تقديم الطلب بصفة جماعية

نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة 06 من قانون التحقيق العقاري رقم 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27 " غير أنه يمكن فتح تحقيق عقاري بصفة جماعية، في إطار إنجاز برامج بناء أو تهيئة عقارية ريفية أو حضرية".

كما بينت المادة 05 من المرسوم 147/08³ يتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات ملكية الطريقة التي تتم بها، فيصدر قرار الوالي المنطقة أو المناطق المعنية ويحدد المدة التي تساوي 15 يوم على الأقل التي يودع فيها الشخص المعني الملف المذكور في المادة: 03 من نفس المرسوم 147/08 لدى مديرية الحفظ العقاري. ينشر هذا القرار المتضمن فتح عملية تحقيق عقاري جماعي في سجل العقود الإدارية للولاية، كما يتم لصقه لمدة شهر قبل بداية فترة استلام الملفات وكذلك أمام مديرية الحفظ العقاري كما ترسل نسخ منه إلى رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنيين، إلى المديرين الولائيين المكلفين بمسح الأراضي وأملاك الدولة، والضرائب، والأوقاف، والبناء والتعمير والمصالح الفلاحية.

¹المادة 06 من القانون رقم 02/07 السالف الذكر.

²المادة 03 من المرسوم 147/08 السالف الذكر.

³المادة 05 من المرسوم 147/08 السالف ذكره.

القسم الثاني: إجراءات تسليم سند الملكية

نصت المادة 14 من قانون التحقيق العقاري في فصله الثالث بعنوان معاينة حق الملكية على: "إذا نتج عن تحليل التصريحات، والأقوال والشهادات، وكذا الوثائق المقدمة، والتحريات التي قام بها المحقق العقاري أن صاحب الطلب يمارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على سند الملكية عن طريق التقدم المكسب، طبقاً لأحكام القانون المدني، فإنه يعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق العقاري".¹

يستخلص من المادة المذكورة أن تسليم وثيقة متمثلة في سند ملكية يسلم للحائز هو نتيجة طبيعية للتحريات والتصريحات وكذا الشهادات أو الوثائق المدعمة لادعاءات الطالب عندما تتوفر هذه الشروط يسلم للطالب سند ملكية، ويعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق العقاري، ويصدر مسؤول مصالح الحفظ العقاري، مقررًا بناءً على محضر التحقيق النهائي المنصوص عليه في المادة 13 من القانون نفسه، مقررًا يتعلق بالترقيم العقاري، باسم المالك المعني للعقار محل التحقيق العقاري.

ويكون المحافظ العقاري الولائي المختص إقليمياً هو المسؤول عن تنفيذ مقرر الترقيم العقاري، بعد تسلمه للمقرر². كما يسهر المحافظ العقاري على القيام بالترقيم العقاري، وذلك بشهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري.

الفرع الثاني: المنازعات التي يثيرها إجراء التحقيق العقاري

عادة ما تنشأ منازعات ناجمة عن إعداد وتسليم سند الملكية عن طريق تحقيق عقاري. هذه المنازعات يمكن أن تكون في شكل شكاوى، يترتب على الشكاوى التي تثار بمناسبة تطبيق القانون رقم: 02/07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سند الملكية عن طريق تحقيق عقاري والمرسوم التطبيقي له رقم: 147/08 المؤرخ في 19 مايو 2008 المتعلق بعمليات التحقيق

¹ المادة 14 من القانون رقم 02/07 السالف ذكره.

² المادة 15 من القانون رقم 02/07 السالف ذكره.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

العقاري وتسليم سندات الملكية وضرورة عرض هذه النزاعات على الجهات القضائية المختصة وهذه المنازعات منها ما ينظره القضاء الإداري ومنها ما يعود إلى ولاية القضاء العادي.

القسم الأول: المنازعات التي تنظر أمام جهات القضاء الإداري

نتطرق في هذا القسم إلى ما يلي:

- الطعن في قرار رفض الترقيم العقاري:

في حال لم يفض التحقيق العقاري إلى نتيجة يعد مدير الحفظ العقاري الولائي مقرا مسببا يتضمن رفض الترقيم العقاري، وحسب ما ورد في المادة: 17 من قانون 02/07 السالف الذكر، يبلغ مقرر الرفض حسب الحالة، إلى المعني في حالة الإجراء الجماعي للتحقيق¹ العقاري في أجل أقصاه ستة أشهر من تاريخ إيداع طلب فتح التحقيق العقاري.

تنص المادة: 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 على أنه ترفع دعوى إلغاء مقرر الترقيم العقاري من المعني أمام جهات القضاء الإداري (المحكمة الإدارية) المختصة ضد وزير المالية ممثلا من قبل مدير الحفظ العقاري الولائي خلال أجل أربعة أشهر تسري ابتداء من تاريخ تبليغ مقرر الرفض².

- دعوى إلغاء الترقيم العقاري:

وفي حال اكتشف مدير الحفظ العقاري الولائي أن المستفيد من عملية الترقيم العقاري قد استعمل طرقا احتيالية سواء بتقديم تصريحات غير صحيحة أو وثائق مزورة أثناء عملية التحقيق الميداني فإن المادة 18 من القانون رقم: 02/07 المؤرخ 2007/02/27 خولته³ الحق في رفع دعوى قضائية أمام المحكمة الإدارية من طرف وزير المالية ممثلا من قبل مدير الحفظ العقاري الولائي المختص، للمطالبة

¹أنظر المادة: 17 من قانون 02/07 السالف الذكر.

²أنظر المادة: 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

³أنظر المادة: 18 من القانون رقم: 02 /07 سبق ذكره.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

بإلغاء الترقيم المعني وهذا بعد شهر العريضة الافتتاحية للدعوى عملاً بنص المادتين: 03/17 و 51 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹.

ويجوز للمالك الحقيقي للعقار أن يرفع دعوى أمام المحكمة الإدارية للمطالبة بإلغاء الترقيم العقاري في حالة ما إذا قام المحافظ العقاري بشهر مقرر الترقيم العقاري رغم وجود سند الملكية مشهور لفائدة الغير، وتكون الدولة هي المسؤولة عن الخطأ الذي سبب ضرراً للغير بسبب الخطأ الذي ارتكبه المحافظ العقاري أثناء تأدية مهامه مع وجوب رفع دعوى المسؤولية في أجل سنة ابتداء من تاريخ اكتشاف الفعل الضار تحت طائلة سقوط المطالبة القضائية.

وفي كل الأحوال تتقدم الدعوى بمرور خمسة عشر سنة ابتداء من ارتكاب الخطأ وللدولة الحق في رفع الدعوى الرجوع ضد المحافظ العقاري في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير عملاً بنص المادة 23 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12\11\1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري.

القسم الثاني: المنازعات التي يختص بها القضاء العادي

أجاز قانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير 2007 التقادم المكسب لكل شخص يثبت حيازته على عقار حسب الشروط المنصوص عليها بالمادة: 808 وما بعدها من القانون المدني أن يطلب إجراء تحقيق عقاري يتوج بتسليم سند ملكية.

يمكن للمعترض (المالك-الحائز الفعلي...) أن يطعن في حيازة الحائز خلال مرحلة سير التحقيق العقاري بتخلف أحد أركانها (الركن المادي-الركن المعنوي) أو عدم تحقق مواصفاتها (الهدوء-العلنية-الاستمرارية) أو كونها حيازة عرضية أو معيبة بأحد العيوب التي تشوب الحيازة كالإكراه أو اللبس أو الخفاء، والتدليس².

¹حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 176، ص: 177.

²أنظر المادة: 524 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

وبخصوص الجهة القضائية التي تنظر القضية في هذه الحالة هو القسم العقاري، بحيث ترفع الدعوى العقارية المتعلقة بالمنازعة في الحيازة أمام هذا القسم للمحكمة الكائن بدائرة اختصاصها موقع العقار محل التحقيق وينجم عن رفعها وقف وتجميد إجراءات التحقيق إلى غاية صدور الحكم النهائي في القضية، حائز قوة الشيء المقضي به.¹

ذكرت المادة 18 من القانون رقم 02/07 المؤرخ في 27 فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سند الملكية عن طريق تحقيق عقاري² في حالة اكتشاف ترقيم تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة يقوم مسؤول الحفظ العقاري الولائي برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الترخيم العقاري المعني ويقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك دعوى العمومية.³

ففي حالة ما أدلى طالب التحقيق العقاري بتصريحات غير صحيحة يقع تحت طائلة نص المادتين 223 و 228 من قانون العقوبات (المتعلقة بجنحة الإدلاء بإقرارات كاذبة).

وإذا استظهر أمام المحقق العقاري بوثائق مزورة فيقع تحت طائلة المادة 220 وما بعدها من قانون العقوبات⁴ حسب طبيعة الوثيقة محل التزوير إن كانت رسمية عرفية أو إدارية.

إن تصريح المشرع أن رفع الشكوى يكون من طرف مدير الحفظ العقاري الولائي لا يعني أن باقي الأطراف المتضررة من الجريمة (المالك الفعلي - الحائز بالأفضلية، وحتى الحائز...) ليس لها الحق في تقديم شكوى.

وطالما لم تشترط الشكوى المسبقة كتفيد لتحريك الدعوى العمومية فإن المتحصل على سند الملكية في إطار قانون التحقيق العقاري باستعمال مناورات احتيالية يمكن متابعته تلقائياً من طرف نيابة الجمهورية متى وصل إلى علمها ذلك ممن يهمله الأمر.⁵

¹أنظر المادة: 40 من قانون رقم: 09/08 السالف الذكر.

²أنظر المادة: 18 من القانون رقم: 02 /07 السالف الذكر.

³حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق،.

⁴أنظر المواد: 220 و 223 و 228 من قانون العقوبات رقم: 156/166 المؤرخ في 08 يوليو 1966 المتضمن العقوبات المعدل والمتمم ج.ر. عد48 لسنة 1966.

⁵حمدي باشا عمر، آلية تطهير الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، من ص: 181 إلى ص: 183.

الفصل الثاني

دور القاضي والأطراف في إثبات الملكية العقارية

يدخل في عملية إثبات الملكية العقارية العديد من العوامل من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات السابقة لعملية إبرام العقد الواجب من الأطراف احترامها والتقيدها بها وحتى الإجراءات اللاحقة للعملية (إثبات الملكية العقارية) من تسجيل وشهر التصرفات والمعاملات الواقعة بين الأطراف وهي إجراءات تساعد القاضي في بناء حكمه بناء سليما وصحيحا، تعطي صاحب الحق أو صاحب الملكية الحق في حماية ملكيته من التعدي أو السرقة.

نظم القانون الجزائري هذه المسائل في العديد من قوانينه والتي سبق شرحها والتطرق لها بشيء من الشرح والتي ذكرت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني والأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس السجل العقاري، والمرسومين التطبيقيين له، المرسوم رقم: 62/76 يتعلق بإعداد مسح أراضي عام، والمرسوم رقم: 63/76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، وقانون التوجيه العقاري رقم: 25/90 ثم القانون رقم: 02/07 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري وهي القوانين التي تم التطرق لها.

يعتبر القاضي الشخص المؤهل قانونا وقضاء للفصل في مختلف النزاعات الجزائية، المدنية التجارية العمالية، وغيرها من المجالات وحتى العقارية منها، هذه الأخيرة هي مجال دراستنا الحالية وكما هو معلوم فالقاضي هو المختص دون غيره في حل النزاعات التي قد تثور بين المتعاملين العقاريين في مختلف المسائل القانونية أو الفنية.

والملاحظ أن الخصومات العقارية التي قد تثور أمام الجهات القضائية، يتم حلها على مستوى المحاكم الابتدائية ممثلة أمام القسم العقاري وهو ما ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون رقم: 09/08 كما سبق وأشرنا في مضمون المادة: 511 التي ذكرت أنه "ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأحكام العقارية"، وأضافت المادة 512 من نفس القانون وما بعدها القضايا التي قد يعالجها هذا القسم، كما حدد لنا هذا القانون المحكمة المختصة في نظر النزاع في المادة: 518 من نفس القانون، وحدد لنا صلاحيات رئيس القسم العقاري في المادة: 521 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

كما يجب الإشارة إلى أنه قد ينظر لنزاع عقاري جهة قضائية أخرى غير القسم العقاري وهي المحكمة الإدارية التي يقع في اختصاصها موقع العقار، تكون المحكمة الإدارية مختصة في حالات ناقشناها فيما سبق من الدراسة الحالية.

للأطراف دور كذلك في إثبات العلاقة العقارية، وفق المبدأ الذي ينص (أنه على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه)، الذي يعتبر من قواعد الإثبات الأساسية.

تطرقنا فيما سبق من الدراسة الحالية إلى وسائل الإثبات القانونية والتي يعتمد عليها الدائن والمدين كل حسب الحالة في إثبات حق من الحقوق أو إثبات التزام من الالتزامات، ويمكن للمدين نفيه من خلال تقديم وثيقة صحيحة ومقبولة تفيد تنفيذ والوفاء بالالتزام.

المبحث الأول: دور القاضي في عملية إثبات الملكية العقارية

ما سبق نقاشه من الدراسة الحالية من تقديم وثائق وعقود ملكية من الأطراف أو إثبات حيازة لعقار وغيرها من الإثباتات القانونية، ثم دور الإدارات المعنية وما تقوم به من استقبال محررات ووثائق الأطراف من مالكين، أو حائزين وكذا خرجات ميدانية لمختلف الإدارات المعنية يلعب الأطراف والإدارة دورا كبيرا في انجازه وتحضيره، لكن عادة ما يثور نزاع بخصوص هذه الإجراءات المتبعة من الأفراد والقرارات التي تتخذها الإدارات المعنية، القانون منح الطرف المتضرر، اللجوء إلى القضاء، - بعد استنفاد كل الطرق الإدارية المتاحة لحل النزاع - لعرض نزاعهم على الهيئة المختصة بالنزاع والمتمثلة في: شخص القاضي للفصل في القضية المثارة.

المعلوم أن القاضي هو موظف إداري ينظر النزاع المثار أمامه للفصل فيه، وإلا كان أمام لجنة إنكار العدالة، وبالتالي يفرض عليه القانون الفصل في النزاع الذي طرح عليه.

كما للقاضي أدوار أخرى غير الفصل في القضايا، من بينها ترأس لجنة المسح التي تعنى بمجموعة من الإجراءات والتدابير والتي من خلالها تتم عملية المسح في المناطق التي لم يشملها المسح بعد، وغيرها من الأعمال.

المطلب الأول: سلطات القاضي

ننظر لسلطات القاضي هنا أمام القسم العقاري أو الغرفة العقارية حسب الحالة (الملاحظ أن الإجراءات المتبعة متشابهة والاختلاف في بعض التفاصيل من التشكيلة كما هو معلوم وإمكانية تقديم مرافعة شفوية من دفاع الأطراف) في الفرع الأول ثم لسلطاته أمام المحكمة الإدارية في الفرع الثاني كما يلي:

الفرع الأول: سلطات القاضي أمام القسم العقاري

سلطات القاضي في المجال العقاري عديدة ومتنوعة نتطرق لأهمها كما يلي:

القسم الأول: التحقق من الشروط الواجب توفرها في المتقاضين

ينظر القاضي العقاري في الدعوى المثارة أمامه للفصل فيها، والتي يراعي فيها الشروط العامة لرفع الدعوى القضائية من صفة ومصلحة¹ المواد: 13، 14، 15، 32 والتي وردت في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ثم المواد: 511 وما بعدها التي سبق التطرق لها، وبالتالي ترفع الدعوى أمام القسم العقاري، وينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويقدم طلب المدعي إلى المحكمة أو المجلس المختص إقليمياً في نظر النزاع من خلال رفع دعوى قضائية للجهة المختصة، وهذا حسب نص المادة: 40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي ذكرت أن الجهة المختصة هي محكمة موقع العقار محل النزاع.

البند الأول: تعريف الدعوى العقارية

ويمكن تعريف الدعوى العقارية أنها هي الدعوى التي يرفعها صاحب الحق العيني الوارد على عقار لحماية حقه، ومن أمثلتها: دعوى الملكية، دعوى الارتفاق، دعوى الخروج من الشياخ، دعوى الحيازة وغيرها من الدعاوى²، مع الإشارة إلى وجوب مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شؤها³ وكذا مواد القانون المدني التي تنظم المجال العقاري وغيرها من القوانين التي يجب على القاضي العقاري أن يكون ملماً بها وعلى اطلاع دائم بجديدها وكذا إصدارات اجتهادات المحكمة العليا في المجال العقاري.

البند الثاني: توفر الصفة في أطراف المعاملة العقارية

يتقدم أطراف المعاملة العقارية مدعي ومدعى عليه كأصل عام (متدخل في الخصام أو مدخل في الخصام) أمام القاضي العقاري. وكما هو معلوم وجب أن تتوفر في المدعي والمدعى عليه الصفة

¹ النص القديم لقانون الإجراءات المدنية في مادته: 459 حددت ثلاث شروط لقبول الدعوى وهي الصفة والمصلحة وأهلية التقاضي، أنظر بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات البغدادي، طبعة ثانية مزينة ومنقحة: 2009، ص: 33.

² عبد القادر عدو، محاضرات في قانون الإجراءات المدنية، دار الأمل، الطبعة الأولى سنة: 2017، ص: 85.

³ أنظر المادة: 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

والمصلحة القائمة أو المحتملة التي يقرها القانون،¹ وهي الأمور التي يتأكد منها القاضي خلال تحقيقه في الملف المطروح أمامه.

والملاحظ أن المشرع الجزائري ميز بين الشروط الشكلية المتمثلة في: الصفة والمصلحة والشروط الموضوعية نذكر منها الأهلية التي نظمها في المادة 64 من القانون الجديد² لقبول الدعوى.

والمعلوم كذلك أن هناك فرق بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، كون أنه يمكن تمثيل صاحب الحق في الدعوى بمحامي إذا تعذر عليه الحضور شخصيا وفي بعض الأحيان نرى أن المشرع ألزم الأطراف التمثيل بمحامي أمام جهات الاستئناف أو الطعن في بعض الحالات، أو أن يمثله شخص آخر بموجب وكالة خاصة، القاضي هنا له دور في التأكد من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقا في مدى عنصر الصفة لدى صاحب الحق ونذكر كمثال عن ذلك: أن يحضر الأب، بصورة عفوية ومن دون وكالة، جلسة المحاكمة بدلا من ابنه البالغ في القضية التي يطلب من خلالها الابن استعادة شقة محتلة من الغير دون وجه حق يملكها بسند رسمي وصحيح، ظنا من الأب أن الملكية واحدة، الصفة في الدعوى هنا صحيحة لكن التمثيل فاسد، وعكس ذلك أن يكون الأب حاملا لوكالة خاصة وصحيحة تتضمن مهام محددة ينوب فيها عن ابنه، غير أن الابن ليس له سند ملكية صحيح ويثبت ملكيته، التمثيل هنا صحيح لكن ترفض الدعوى لانعدام الصفة في الابن كون أن صحة التمثيل ليست شرطا من شروط قبول الدعوى وإنما هي شرط لصحة إجراءات الخصومة³.

تلجأ بعض الجهات القضائية إلى فرض شهادة نقل الملكية لإثبات الصفة في الورثة عند وفاة مالك الحقوق العينية العقارية المتنازع عليها، استنادا للمادتين: 99 و91 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، في حين أنه لم تشترط المادة: 15 من الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس السجل

¹أنظر المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 السالف الذكر.

²أنظر المادة 64 من قانون رقم: 09/08 السالف الذكر.

³أنظر في هذا الصدد: بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 34 وما بعدها.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

العقاري - القيام بأي إجراء شكلي لانتقال الملكية بل تنص على: "غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".¹

وبخصوص توفر الصفة في المدعى عليه لابد من التذكير أن المبدأ العام للدعوى لا تصح إلا إذا رفعت من ذي صفة على ذي صفة وإلا رفضت دعوى المدعي، وعليه وحتى تتوفر الصفة في المدعى عليه وإن تعددوا وجب أن ترفع ضد:

- من يكون معنيا بالخصومة مثل دعوى الزوجة ضد زوجها، فلا نحمل الشخص أفعال وتصرفات الغير.

- ممن يجوز مقاضاتهم، فلا يجوز منازعة فاقد الأهلية، أو ضد مؤسسة لا تملك الشخصية المعنوية للتقاضي.²

- تقدم عريضة افتتاح الدعوى، من المدعي أو الطالب، موكله أو محاميه التي تكون بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.³

البند الثالث: البيانات التي يراقبها القاضي في عريضة افتتاح الدعوى

يراقب القاضي العقاري البيانات الواردة في العريضة الافتتاحية التي فرضت عليه، أن تتوفر عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا مجموعة من البيانات الآتية:⁴

- من جهة قضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب المدعى عليه وموطنه فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له.

¹أنظر المادة: 15 الأمر رقم: 74/75 السالف الذكر.

²بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 36.

³أنظر المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

⁴أنظر المادة 15 من قانون رقم: 09/08 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
- عرض موجز للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.¹

دور القاضي هنا مراقبة كل هذه الأمور وإثارتها من تلقاء نفسه حتى دون إثارتها من الخصوم في بعض الحالات إن كانت من النظام العام مثلا. وبالتالي هذا الدور يختص به القاضي ويشمل معظم القضايا التي تنتظر أمام الأقسام القضائية والغرف التي ينظرها القاضي لحل مختلف النزاعات. ما يلاحظ أن الحكم الذي يصدر عن رئيس القسم العقاري المختص يمكن أن يكون سندا رسميا مثبتا للملكية ممن طلبها واستوفى الوثائق الصحيحة والمثبتة للملك العقاري، والذي يكون حجة على الغير وعلى الكافة، عندما يصبح الحكم نهائيا حائزا قوة الشيء المقضي به.

القسم الثاني: دور القاضي في الإثبات

دور القاضي في مسائل الإثبات في المجال العقاري مهم جدا ونجد ذلك في المادة: 71 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.²

المعلوم أن الإثبات هو إقامة الدليل على وجود واقعة قانونية أو تصرف قانوني يرتب آثاره، وموضوع الإثبات متصل بفكرة الوصول إلى الحقيقة والبحث عنها لاسيما أمام القضاء. المشرع الجزائري لم يخصص لمسألة الإثبات نصوصا خاصة إنما جاءت النصوص المتعلقة بالقواعد الموضوعية في الإثبات ضمن أحكام القانون المدني، أما القواعد المتعلقة بالإجراءات الواجب اتباعها لإقامة دليل فنجدها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كما هو معلوم.³

¹أنظر المادة 15 من قانون رقم: 09/08 السالف الذكر.

²أنظر المادة: 71 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

³الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، ديوان الوطني للأشغال التربوية الجزائر، الطبعة الأولى 2001، ص: 11، 9/ بربرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 106.

القاضي ينظر كذلك ويتأكد من تمكن جميع الأطراف من المستندات المدعى بها والتي تدعم ادعاءات كل طرف وهذا تكريسا لمبدأ الوجاهية، أما في جهة الاستئناف فلا يشترط تبليغ الوثائق والسندات المقدمة في ملف الدعوى على مستوى أول درجة، لكن يجوز لأي طرف طلبها.¹

يلعب القاضي دورا فعالا في معرض فصله في قضايا العقار، ونلاحظ ذلك من خلال المواد: 71 إلى المادة 74 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي أعطت القاضي سلطة واسعة أثناء سير الخصومة وهذا فيما يلي:

- حسم الإشكالات التي قد تثور بخصوص إبلاغ الأوراق والسندات والوثائق التي يقدمها كل طرف دعما لادعاءاته (م: 71 من: قانون الإجراءات المدنية والإدارية).
- في بعض الأحيان يحدد شفاهة وعند الاقتضاء تحت طائلة الغرامة التهديدية أجل وكيفية تبليغ الأوراق واستردادها من الخصوم (م: 02/71 من: ق.إ.م.إ.).
- كما يجوز للقاضي تصفية الغرامة التهديدية (م: 72 من: ق.إ.م.إ.).
- كما يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي، أو عرفي وغيرها محجوزة لدى الغير بناء على طلب أحد الخصوم حتى ولو لم يكن طرفا في العقد، ويقدم هذا الأخير طلبه في شكل عريضة تبلغ للخصوم وأثناء الجلسة (م: 73، 74 من: ق.إ.م.إ.).
- يكون الحكم الفاصل في طلب الخصم بأمر معجل النفاذ بموجب النسخة الأصلية من الأمر. (م: 2/74 من: ق.إ.م.إ.)

القسم الثالث: دور القاضي أثناء إجراءات التحقيق

يضطلع القاضي المدني بإجراءات التحقيق وهي كما يلي:

- الأوامر المتصلة بإجراء التحقيق.

¹أنظر المادة: 70 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، من قانون 09/08 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

- تنفيذ إجراءات التحقيق.
- تسوية إشكالات تنفيذ التحقيق.
- بطلان إجراءات التحقيق.
- حضور الخصوم واستجوابهم. وهي النقاط التي سنتطرق لها بشيء من الشرح كما يلي:

الأوامر المتصلة بإجراء التحقيق:

لم يضع المشرع الجزائري حدودا لصلاحيات القاضي العقاري عند تصديه للنزاع القضائي بل منحه كل الصلاحيات في الحكم قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص في هذا المجال أو الحكم بإجراء تحقيق مدني بسماع أطراف الدعوى القضائية، فلم يضع حدا لصلاحيات القاضي لا من حيث نوع التحقيق أو عدد إجراءات التحقيق أو المرحلة التي تكون عليها الدعوى، كما أنه يبقى مختصا في نظر القضية التي اتخذ بشأنها هذا الإجراء أو هذه الإجراءات، والتي يمكنه إعادتها للفصل فيها بحكم في موضوع الدعوى، وهي القضية التي تسمى عند رجال القضاء، محامون قضاة، بإعادة السير في الدعوى بعد خبرة أو تحقيق حسب الحالة التي أمر بها القاضي¹والذي يكون بناء على طلب أحد الخصوم، أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأي إجراء من إجراءات التحقيق التي يسمح بها القانون ويمكن إجراء تحقيق في أية مرحلة تكون عليها الدعوى²، (ماعدا في حال غلق باب التحقيق وتهيئة القضية للمداولة).

كما يمكن للقاضي قبل مباشرة الدعوى عند توفر السبب المشروع، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناء على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والاحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع.

¹ لبربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 108، 109.

² أنصر المادة: 75 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

- ويأمر القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الاستعجال.¹ ويعتبر هذا إجراء مستحدثا من المشرع بخصوص الأوامر المتصلة بالتحقيق.²

تنفيذ إجراءات التحقيق:

نصت المادة 82 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أنه تنفذ إجراءات التحقيق بمبادرة من القاضي بأمر شفوي أو من أحد الخصوم تنفيذا لمستخرج الحكم أو نسخة منه حسب الحالة.

يتولى القاضي المقرر مراقبة تنفيذ إجراءات التحقيق المأمور بها إذا كان الحكم الذي قضى به صادرا عن تشكيلة جماعية، كما يمكن للقاضي أن ينتقل خارج دائرة اختصاصه، للقيام بإجراء التحقيق أو لمراقبة تنفيذه.³

تعزيرا لحقوق الدفاع يجوز للخصوم أن يستعينوا بمحامي أثناء تنفيذ إجراءات التحقيق، كما يجوز لممثل أو محامي أحد الخصوم متابعة تنفيذه أيًا كان مكانه وتقديم الملاحظات والطلبات المتعلقة به حتى في غياب الخصم، ويجوز للقاضي وإعمالا لقاعدة، من يملك الكل يملك الجزء، أن يقوم هو شخصيا بتنفيذ إجراء من إجراءات التحقيق الذي أمر به أو يشرف على تنفيذه، شريطة حضور أمين ضبط الذي يحرر محضرا بذلك يودع بأمانة ضبط المحكمة.⁴

- تسوية إشكالات تنفيذ التحقيق:

من مهام القاضي كذلك تسوية الإشكالات التي قد تعترض تنفيذ تحقيق الأمور به من تلقاء نفسه أو بطلب من الخبير المعين لإنجاز خبرته أو من أحد أطراف الخصومة القضائية، فإذا أشرف القاضي على عمليات الخبرة، يأمر أمين الضبط بتحرير محضر يدون فيه معاینته، والتوضيحات المقدمة من الأطراف المتخاصمة والخبير ومن الغير، ويكون حكمه الفاصل في الإشكال الذي قد يعترض تنفيذ

¹أنظر المادة: 77 من القانون رقم: 09/08 السالف الذكر.

²بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 111.

³أنظر المواد من المادة: 82 إلى 84 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

⁴بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 113.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

التحقيق غير قابل لأي طعن، ويستأنف السير في الخصومة بعد الانتهاء من التحقيق من الطرف الذي يهمله التعجيل، وذلك بموجب طلب بسيط، عن طريق دعوى إعادة السير في الخصومة القضائية¹.

بطلان إجراءات التحقيق:

يحكم بطلان إجراءات التنفيذ المتعلقة بتدابير التحقيق إلى القواعد المقررة لبطلان الأعمال الإجرائية المنصوص عليها في المادة: 61 من نفس القانون، كما حصرت المادة: 96 من نفس القانون البطلان في الجوانب المشوبة بعدم الصحة التي تمس إحدى عمليات التحقيق دون توسيعها إلى عمليات أخرى، وذلك بهدف تضيق مجال المماثلة، ويمكن القيام بعمليات التحقيق من جديد أو تصحيحها، إذا أمكن تصحيح العيب الذي يشوبها.

من أمثلة ذلك أن يحضر الخصم تنفيذ إجراءات التحقيق دون أن يصله الاستدعاء ولا يتمسك ببطلان الأعمال الإجرائية.²

حضور الخصوم واستجوابهم:

يمكن للقاضي أن يأمر الأطراف المتخاصمة بالحضور شخصيا للمحكمة ليتم استجوابهم حول موضوع الخصومة، ويستثنى الحالات التي لا يمكن للخصم الحضور متى كان السبب جديا ومقبولا يمكن للقاضي الانتقال لسماعه وهذا بعد الإخطار المسبق للخصم الذي يمكنه الحصول على نسخة من المحضر المحرر بهذا الشأن، ويعتبر هذا دورا إيجابيا للقاضي أثناء سير الخصومة، وهو أمر مسموح به للقاضي وفي جميع المواد أن يأمر الأطراف أو أحدهم بالحضور شخصيا لجلسة المحاكمة منه تلقائيا أو بطلب من أحد الخصوم.

يحضر الخصوم إلى الجلسة العلنية أو في غرفة المشورة حسب الحالة التي تحكمها.

¹أنظر المادة من: 91 إلى 93 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر/لمزيد من التفصيل أنظر في هذا الصدد. بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 115.

²أنظر بربارة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص: 116.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

في حال لم يستجب الخصم لأمر القاضي فيمكنه أن يستخلص النتائج من رفض الامتثال.

كما يمكنه استدعاء الممثل القانوني للشخص المعني سواء كان خاضعا للقانون العام أم القانون الخاص، وكذلك الحال بالنسبة للقاصر، الذي يكون رفقة ممثله القانوني.

والملاحظ في المواد من 100 إلى المادة 105 أنه تشبه إلى حد ما هو معمول به أمام القضاء الجزائي، من حيث سماع الأطراف بصورة فردية أو جماعية مع إمكانية المواجهة ومنح الخصوم والمحامين بعد انتهاء الاستجواب، فرصة طرح الأسئلة للخصم لكن بواسطة القاضي¹.

الفرع الثاني: صدور حكم عقاري نهائي حائز قوة الشيء المقضي به:

نتطرق في هذا الفرع من الدراسة إلى صدور حكم أو قرار بات في القضية حسب الحالة، ثم استخراجها من الخصوم وأخيرا تنفيذ محتوى الصيغة التنفيذية، وهذا فيما يلي:

القسم الأول: صدور حكم أو قرار عقاري

بعد انتهاء القاضي (القسم أو الغرفة العقارية) الذي عرض عليه النزاع العقاري من التحقيق في الملف كما سبق وأشرنا من حيث الشكل ومن حيث الموضوع ثم التحقيق من خلال سماع الأطراف والاطلاع على مذكراتهم المطروحة في النزاع القضائي وكذا الحجج والقرائن القانونية.

وعند اختتام القاضي التحقيق القضائي بين الأطراف المتنازعة يحدد تاريخا للمداولة والنطق بالحكم أو تحديد جلسة للتقرير والمرافعات (أمام المجلس -الغرفة العقارية-) ثم يحدد جلسة للنطق بالقرار بعد المداولة، وبتاريخ المداولة ينطق بالحكم أو القرار حسب الحالة. وهي آخر إجراء من إجراءات التقاضي أمام المحكمة -إن صح التعبير-(كون أنه يمكن الرجوع إليها في حال تنفيذ مضمون الحكم

¹بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 117، 118. /أنظر المادة: 98، 99، 107 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

العقاري، والذي يكون بعد جملة من الإجراءات القانونية، منها استخراج الصيغة التنفيذية للحكم المحكوم به، وغيرها من إجراءات التنفيذ)

القسم الثاني: طلب الصيغة التنفيذية

ولاستخراج الصيغة التنفيذية للحكم لابد من احترام الإجراءات التالية:

البند الأول: إجراءات طلب صيغة تنفيذية

- تبليغ أطراف الدعوى القضائية (الخصم) بالحكم أو القرار محل استخراج الصيغة التنفيذية
- التبليغ يشمل المدعى عليهم والمدخلين في الخصام أو متدخلين في الخصام، وغيرهم من أطراف القضية (النيابة مثلا في القضايا الأسرية م: 3 مكرر)
- انتظار المدة القانونية لأجال المعارضة للاستئناف أو الطعن¹، إذا كنا أما محكمة أو أمام مجلس، حسب الحالة أي طرق الطعن بشكل عام حسب مضمون المادة: 313 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر².
- وإذا كان التبليغ شخسيا أو غير شخصي هي شهر أو مدة شهرين على الترتيب³.
- في حال انتهت المدة القانونية يقدم المعني ملفا للمحكمة أو المجلس حسب الحالة.
- الملف يتكون من التبليغ أو التبليغات القانونية للأطراف، الحكم أو القرار حسب الحالة، وشهادة عدم الاستئناف أو عدم المعارضة (في حالة الحكم الغيابي أو عدم الطعن في بعض الحالات)،
- زائد يقدم على مستوى الجهة الفاصلة في النزاع -المحكمة أو المجلس-.

¹أنظر المادة: 609 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر

²أنظر المادة313 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

³آجال الطعن أمام المحكمة العليا هي: مدة شهرين من تاريخ التبليغ الشخصي في حال الطعن بالنقض (وهي طرق الطعن غير العادية) كما أن للشخص الطاعن مدة شهرين من تاريخ تسجيل الطعن ودفع مصاريف القضائية في الحساب الجاري للمحكمة العليا.

- فإذا كان المجلس أيد الحكم المستأنف يتم تقديم الملف أمام المحكمة، أما إذا صدر قرار من المجلس باستبعاد الحكم المستأنف أي القرار المختلف عما جاء به الحكم محل الاستئناف هنا يقدم الملف أمام المجلس.
- يتم دراسة الملف أمام كاتب الضبط المختص والتأكد من الوثائق المقدمة.
- يتم استخراج الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار حسب الحالة من المعني أو محاميه.
- يبصم ويمضي الشخص الذي استلم الصيغة التنفيذية في سجل خاص بالصيغ التنفيذية على مستوى المحكمة أو المجلس حسب الحالة.

البند الثاني: تنفيذ محتوى الصيغة التنفيذية

تنفيذ محتوى الصيغة التنفيذية يكون بالطريق الودي الاختياري، أو عن طريق التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية وفق المادة 584 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر. وهو من اختصاص المحضر القضائي المختص إقليمياً، وهذا الأمر هو الآخر يفرض احترام مجموعة من الإجراءات القانونية من طرف الشخص الذي يهمله تنفيذ محتوى الحكم أو القرار حسب الحالة.¹

الفرع الثالث: سلطات القاضي أمام المحكمة الإدارية

لا تختلف الإجراءات المتبعة أمام المحكمة الإدارية عنها أمام القسم العقاري إلا في بعض التفاصيل وذلك تقاديا للتكرار والتي سنذكرها فيما يلي:

القسم الأول: دور القاضي في مراقبة صحة الإجراءات القضائية

يتأكد القاضي رئيس المحكمة الإدارية لمحكمة موقع العقار من احترام الأطراف للاختصاص النوعي الذي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته، ثم الاختصاص الإقليمي، ذكرت المادة: 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإداري طبقاً للمادتين: 37 والمادة 38 من هذا القانون".

¹أنظر المادة: 584 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 09/08 السالف الذكر.

أما بخصوص عريضة افتتاح الدعوى

ذكرت المادة: 816 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه " يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة: 15 من هذا القانون، والتي سبق شرحها فيما تقدم من الدراسة الحالية، وبالتالي فالقاضي ملزم بمراقبة هذه البيانات.

القسم الثاني: بخصوص الخبرة

تطبق الأحكام المتعلقة بالخبرة المنصوص عليها في المواد: من: 125 إلى: 145 من هذا القانون أمام المحاكم الإدارية. والتي تهدف -الخبرة- حسب المادة: 125 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو عملية محضة للقاضي"

بعد التأكد من توفر أسباب رفع الدعوى أمام الجهات الإدارية وثبوت اختصاصها القضائي في الفصل في الدعوى العقارية (باعتبارها موضوع دراستنا)، يتطرق القاضي إلى نظر مسألة التحقيق في الدعوى والذي لا يخرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمطبقة في دعاوى العادية، وبالتالي يجوز للمحكمة الإدارية من تلقاء نفسها أو بطلب الأطراف أن تأمر وقبل الفصل في الموضوع بأي إجراء من إجراءات التحقيق طبقاً للمادة: 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد تبادل العرائض بين الأطراف، فإن المستشار المقرر بالاتفاق مع رئيس المحكمة، هذا الأخير يصدر قراراً بتحديد الجلسة للنظر في القضية ويتم تبليغ الأطراف بالجلسة ويودع المحافظ تقريره المكتوب ويقوم بتلاوته في جلسة المرافعات وتقدم الملاحظات الشفوية من محامين الأطراف تدعياً لمذكراتهم. تحال القضية للمداولة ويتم تحديد جلسة للنطق بالحكم في جلسة علنية ليصدر الحكم قبل الفصل في الموضوع، بتعيين خبير أو غيرها من الإجراءات التحقيق¹.

ويمكن للطرف الذي يهمله التعجيل عند انتهاء التحقيق إرجاع القضية للمحكمة من خلال إعادة السير في الدعوى وهي نفسها الإجراءات المتبعة أمام الأقسام العادية.

¹ريم مرلحي، المرجع السابق، ص: 158 وما بعدها.

المبحث الثاني: دور الأطراف في إثبات الملكية العقارية

القاعدة العامة التي تحكم العلاقة بين أطراف العلاقة العقارية هو المبدأ الذي ذكره القانون المدني في بابه السادس، الفصل الأول في المادة: 323 منه بنصها: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".¹

المطلب الأول: دور الأطراف في إثبات الالتزام التعاقدية

يحكم العلاقة العقارية في غالب الأحيان دائن مدين وكل منهما له حقوق وعليه واجبات في إطار القانون وفيما يلي نتطرق لذلك.

الفرع الأول: إثبات المعاملة العقارية

نتطرق في هذا الفرع إلى إثبات المعاملة المبرمة بين طرفي العقد المبرم من جهة الدائن وإثبات التخلص من الدين من المدين.

القسم الأول: إثبات المعاملة بين الطرفين

الدائن: في القانون هو الشخص الذي سلم المال أو الشيء أو الخدمة وغيرها من التصرفات وهو صاحب الحق والذي يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا يسمى في نظر القانون -دائن- يسلمها للطرف الآخر والذي يسمى المدين.

المدين: هو شخص طبيعي أو معنوي الذي عليه الالتزام والملزم بسداد الدين لصالح الدائن.²

يقع عبء إثبات الالتزام على شخص الدائن سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، وإثبات الالتزام يكون بكافة وسائل الإثبات القانونية المعروفة، والتي سبق ذكرها فيما تقدم من الدراسة وهي الكتابة بأنواعها الرسمية والعرفية وحتى الإلكترونية حسب المواد: 323 مكرر و323 مكرر 01 وحتى المادة:

¹ أنظر المادة: 323 من القانون المدني رقم: 58/75 السالف الذكر.

² موقع ويكيبيديا، الموسوعة الحرة، مقال بعنوان الدائن، تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/08/17.

327 من القانون المدني الجزائري التي تفرض توفر مجموعة من الشروط التي ذكرناها والتي نصت عليها المادة: 328 من نفس القانون ثم شهادة الشهود حسب المادة: 333 وما بعدها.

ثم القرائن القانونية التي تغني من تقررت لمصلحته عن طرق الإثبات الأخرى إلا إذا تم نقضها بالدليل العكسي، أو وجود نص يقضي بغير ذلك وهو ما ذكرته المواد: 337 وما بعدها من نفس القانون.

ثم الإقرار الذي ذكرته المادة: 341 وما بعدها، أن الإقرار حجة على المقر، ثم اليمين بنوعيتها حاسمة ومتممة حسب المادة: 343 وما بعدها من القانون المدني رقم: 58/75 السالف الذكر.

هذه الأدوات التي ذكرناها هي طرق إثبات الالتزام القانونية العامة والطرق التي اعتمدها المشرع الجزائري في إثبات مختلف المعاملات حتى العقارية منها، باعتبارها موضوع دراستنا، وعليه فعلى الدائن المحتج بدين معين ضد شخص آخر طبيعي أو معنوي أن يقدم دليلا على ما يدعيه من خلال اعتماده على وسائل إثبات الالتزام المذكورة في القانون المدني، وهي الوسائل التي يعتمدها القاضي بمناسبة نظره النزاع القضائي المطروح أمامه.

القسم الثاني: إثبات الوفاء بالالتزام

بخصوص المدين: وهو الشخص الذي عليه الالتزام، (القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، أو إعطاء شيء) ويمكن أن يكون هذا الشخص شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، ملزما بأداء عمل معين لصالح الدائن. وبالتالي على المدين تقديم دليل يثبت أنه وفى الدين الذي في ذمته بأدوات إثبات الالتزام التي ذكرناها، حتى تزول مسؤوليته.

الفرع الثاني: دور الأطراف في قضايا القسم العقاري

وفيما يلي من الدراسة: نموذج عن إجراءات خاصة بقضية أمام القسم العقاري تتضمن الخروج

من الشيعاء: (انظر الملحق)

عادة ما يملك مجموعة من الأشخاص ملكية محددة دون فرزها بينهم، أو دون أن يعرف كل منهما نصيبه، عرفت المادة: 713 من القانون المدني، وقد خول المشرع الجزائري في المالك في المال الشائع الحق في اتخاذ ما يلزم لحفظ المال الشائع.¹

القسم الأول: إجراءات تقديم عريضة دعوى الإثبات العقاري

يجري تحرير عريضة الدعوى كغيرها من الدعاوالت التي ترمي إلى تقرير حق أو حمايته، هذه الدعوى يروم من خلالها المدعي الخروج من الملك الشائع، أي هناك ملكية شائعة بين مجموعة مالكين أحد المالك في الشياح يريد الخروج من هذه الحالة، يتقدم بعريضة افتتاح للدعوى تتضمن الشروط القانونية العامة التي سبق شرحها، بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف.²

يرفعها ضد باقي المالك في الشياح على العقار أمام المحكمة، وكذلك في حال اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع، فعلى من يريد الخروج من الشيوخ رفع دعوى بذلك.³

يقدم الأطراف الوثائق الثبوتية والتي تدعم طلباتهم أمام القاضي الذي ينظر النزاع أو أمام أمين الضبط لجردها والتأشير عليها قبل إيداعها بملف القضية، تحت طائلة الرفض. وهذا حسب نص المادة: 22 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، لكن السؤال الذي يطرح هنا، هل يتم رفض الدعوى في حال لم يقدم الأطراف الوثائق أمام كاتب الضبط؟

الجواب هو بالنفي، ونقول أنه وفي مجال العمل القضائي يمكن تسليم الوثائق أمام القاضي في الجلسة، وهذا منطقي كون أن القاضي يتحكم في سير الجلسة، وكاتب الضبط يعمل تحت إمرته فمن باب أولى أنه له اختصاص أصيل في استلام الوثائق مباشرة من الخصوم.

¹ جميلة زيني، المرجع السابق، ص: 16. أنظر المادة 718 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر.

² * انظر برهام محمد عطا الله، منازعات الملكية العقارية، تداخل أسباب كسب الملكية وقواعد الشهر العقاري، بدون دار نشر، سنة: 2010 ص: 138./

* انظر أيضا عبد القادر عدو، المرجع السابق، ص: 60.

³ أنظر المادة: 724 من القانون المدني، رقم: 58/75 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

عند الانتهاء من تبادل العرائض والوثائق يقفل القاضي باب المرافعات ويهيئ القضية للفصل فيها.

يحدد القاضي تاريخ النطق بالحكم أو القرار حسب الحالة.

يصدر القاضي الحكم إما برفض الدعوى، أو بقبولها.

القسم الثاني: الحكم بتعيين خبير عقاري

سبق القول أن القاضي إما يرفض الدعوى أو يحكم بقبولها، في هذه الحالة الأخيرة يقوم بتعيين خبير عقاري بحكم، تسند له مهام محددة في الحكم قبل الفصل في الموضوع وهي قسمة العقار بين الأطراف المتخاصمة.

يحدد مصاريف تسبيق التي يدفعها الطرف الذي يهمله الأمر وكذا آجال دفع المصاريف وإلا اعتبر هذا الحكم لاغيا ويذكر ذلك في الحكم.

يتصل الطرف الذي يهمله التعجيل بالخبير الذي عين في إطار هذه المهمة (قسمة العقار) وينظر إمكانية القسمة بينهم.

يكون الخبير الحصص على أساس أصغر نصيب، حتى ولو كانت القسمة جزئية.

في حال عدم إمكانية القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال في المزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية¹.

يقوم الخبير بإعداد خبرته في الوقت المحدد الذي منح له، ويقوم بإيداعها على مستوى المحكمة التي أمرت بها وتتضمن الخبرة وثيقة تثبت أتعابه.

ينظر القاضي فيها ويحدد مقدار مصاريف الخبرة القضائية المنجزة الخاصة بالخبير.

يقوم الطرف المعني بالتعجيل بدفع مصاريف الخبرة المنجزة لاستخراجها من المحكمة.

¹أنظر المادة: 1/725 والمادة: 728 من القانون المدني، رقم: 58/75 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

يقوم الطرف المعني بالتعجيل بإرجاع القضية للمحكمة وذلك عن طريق دعوى إعادة السير في الدعوى بعد خبرة.

يتم إدراج الخبرة بإضافة الوثائق التي تدعم طلباته للمصادقة على الخبرة المنجزة.

بالنسبة للخصم يمكنه المطالبة بخبرة مضادة في حال لم يرض بالخلاصة التي أعدها الخبير المعين بالحكم وفي حال لم يقدم هذا الطلب يحكم القاضي بالمصادقة على تقرير الخبرة المنجزة ويتم الحكم لهم بذلك.

يكون هذا الحكم بمثابة السند التنفيذي الذي من خلاله يتم قسمة العقار.

تتم قسمة العقار بتوجه الطرف الذي يهمله التعجيل إلى الموثق، الذي يقوم باستكمال الإجراءات، تسجيل محتوى الحكم وشهره لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً.

يقوم بتنصيب المعني في العقار محل التسوية.

بعد استكمال هذه الإجراءات يستخرج الطالب دفترًا عقاريًا للعقار الجديد، والذي يكون حجة على الغير لا يطعن فيه إلا بالتزوير.

المطلب الثاني: دور الأطراف في عملية التسجيل وفي حماية أملاكهم قضائياً

نتكلم في هذا المطلب من الدراسة على: مفهوم عملية التسجيل في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فننتقل إلى الحماية المدنية والحماية الجزائية التي منحها القانون لأطراف المعاملة العقارية وذلك كما يلي:

الفرع الأول: ماهية عملية التسجيل

نتطرق في هذا الفرع من الدراسة إلى تعريف عملية التسجيل وأهداف هذه العملية، والشروط الواجبة لهذه العملية في القسم الأول من الدراسة، ثم نعالج في القسم الثاني إجراءات عملية التسجيل والتي سنعالج فيها طريقة التسجيل، مواعيد التسجيل، ثم جزاء الإخلال بهذه الأجل وهذا في النقاط التالية:

القسم الأول: مفهوم عملية التسجيل

نعالج في هذا القسم تعريف عملية التسجيل في البند الأول ثم أهداف هذه العملية في البند الثاني ثم الشروط الواجب توفرها في البند الثالث كما يلي:

البند الأول: تعريف عملية التسجيل

يعرف التسجيل على أنه إجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة.

كما يعرف كذلك على أنه: " إجراء يتم من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات محددة بموجب القانون".

من خلال هذه التعريفات المقدمة للتسجيل يظهر أن هناك جباية تحصل لصالح الخزينة العمومية للدولة الجزائرية، والتي يشرف عليها موظف عمومي أو مفتش التسجيل والتي تختلف عن رسوم التوثيق ورسوم الإشهار العقاري، وأن التسجيل سابق لعملية الشهر العقاري أمام المحافظة العقارية¹.

البند الثاني: أهداف عملية التسجيل

وتشمل عملية التسجيل مختلف المعاملات العقارية وغيرها من إيجارات، مبادلة العقارات، القسمة، الربوع، الشركات... وغيرها من المعاملات التي يفرض القانون تسجيلها.

تنقسم أهداف عملية التسجيل محل الدراسة الحالية إلى أهداف قانونية، وأهداف جباية وهي الأمور التي نناقشها فيما يلي من الدراسة:

أول هذه الأهداف هي الأهداف القانونية لتسجيل العقار، تتوسط عملية التسجيل مراحل انتقال الأملاك العقارية من توثيقها أمام ضابط مختص إلى عملية الإشهار أمام المحافظة العقارية، وأن عملية

¹ نوة آسيا ورمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هوم- الجزائر، 2008، ص: 19. / جميلة زيني، المرجع السابق، ص: 71، 72.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

دفع حقوق التسجيل تكون قبلا، وفق المادة: 82 من قانون التسجيل¹. التي تم إلغاؤها "نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها وهي رسوم يدفعها المشتري ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"².

وهناك الأهداف الجبائية لعملية التسجيل العقاري

تسجيل المعاملات العقارية اليومية هدفه اقتطاع حقوق تشكل ضريبة غير مباشرة يؤديها الطرف الذي يريد خدمات خاضعة للضريبة، وتدفع بمناسبة هذا المعاملة القانونية، وتعتبر هذه العملية موردا هاما من الموارد العامة للخزينة العمومية، ويلاحظ أن عملية التسجيل لها أهداف عديدة.

أ/ أهداف مالية لعملية التسجيل العقاري: تظهر أهمية التسجيل من خلال التعديلات العديدة والمتكررة على قانون التسجيل³ والذي يعدل ويتم بموجب قانون المالية، وتعطى أهمية كبيرة لهذا الهدف مقارنة بالهدف الاقتصادي أو الاجتماعي، كون أنه يساهم في مداخيل الخزينة العمومية، وذلك لتغطية تسيير المرافق العمومية المختلفة.

ب/ أهداف اقتصادية لعملية التسجيل العقاري: تلعب الاقتطاعات الضريبية للحقوق الجبائية دورا اقتصاديا مهما، كون أنها تسعى إلى تحقيق توازن واستقرار اقتصادي عن طريق تشجيع الادخار وتحفيز الاستثمار، ويلاحظ أن مسألة تقدير هذه الرسوم يخضع إلى البنية الاقتصادية للبلاد، كما تعفى الدولة من هذه الرسوم المختلفة فيما يخص عقود مبادلة وشراء الأموال، أو اقتسام هذه الأموال مع الخواص وهذا وفق ما ذكرته المادة: 271 من قانون التسجيل.

كما تعفى الشركات ذات الاقتصاد المختلط في الشراءات العقارية تطبيقا للمادة: 272 مكرر 4 من نفس القانون، ويلاحظ أن هدف الدولة منه التشجيع على الاستثمار.

¹ تم إلغاء المادة: 82 من أمر رقم 76 - 105، مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق لـ 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون التسجيل.

² أنظر المادة: 393 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

³ الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في 1976/12/09، جريدة رسمية رقم: 81، المؤرخ في: 1976/12/18 المتعلق بالتسجيل، المعدل بموجب المادة 40 من قانون رقم: 27/95 المؤرخ في: 1995/12/30 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج.ر. العدد: 82، الصادرة في: 1995/12/31.

وللتوضيح فقد أوردت الإعفاءات من قانون التسجيل سالف الذكر في المواد من 270 إلى المادة: 347 مكرر 4 وذلك في الباب الحادي عشر من قانون التسجيل 105/76 وهو يشمل إعفاءات من رسوم التسجيل وإعفاءات من إجراءات التسجيل.¹

ج/ الأهداف الاجتماعية لعملية التسجيل: تعتبر عملية التسجيل العقاري من أسباب تحقيق عدالة اجتماعية داخل المجتمع، فالدولة تأخذ الأموال من أشخاص عن طريق فرض رسوم، لتصرفها على تسيير المرافق العامة وكذا إعانة الطبقات الفقيرة والمحتاجة بطرق مختلفة.

البند الثالث: الشروط الواجب توفرها في عملية تسجيل العقارات

للتسجيل كما سبق وأشرنا أهداف عديدة ومهمة، هذه الأهمية تستلزم شروطا حتى تكون عملية التسجيل صحيحة ومنتجة لأثرها، وهي شروط تتعلق بأطراف المعاملة العقارية، نوع العقار وحتى الثمن.

- **بخصوص أطراف المعاملة العقارية:** يجب تحديدهم التحديد الدقيق النافي للجهالة، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا فتعيين الأطراف أمر ضروري لقبول إجراء التسجيل وفي حال تم الإخلال به يتم رفض عملية التسجيل وفق المادة: 138 من قانون التسجيل السالف الذكر التي تنص على: "يجب أن يذكر في أي عقد أو تصريح يقدم للتسجيل تاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم وذلك تحت طائلة رفض الإجراءات، وبالنسبة لأصحاب بطاقة التعريف الوطنية فإن هذا البيان يكون متبوعا بذكر رقم: هذه البطاقة ومكان تسليمها، فضلا عن ذلك فإن المصرحين المولودين بالخارج يجب عليهم أن يقدموا كل وثيقة أخرى أو بيان تطلبه إدارة الضرائب".²

- **الشروط المتعلقة بمحل التسجيل والثمن:** العقار المعني بالتسجيل هو المحل والذي يدخل في الأركان أو الشروط الواجب توفرها عند عملية تسجيل العقار، ولتحديد العقار دور مهم في عملية التسجيل، وبناء عليها يمكن لمفتش التسجيل تحصيل حقوق التسجيل، والتي يحصل

¹ أنظر جميلة زبيدي، المرجع السابق، ص: 74.

² أنظر المادة: 138 من قانون التسجيل رقم: 105/76، السالف الذكر.

عليها من الموثق الذي يذكر المعلومات الضرورية الخاصة بالعقار محل التسجيل عند تحريره وفق المادة: 324 مكرر المذكورة سالفًا.¹

كما وجب تحديد ثمن العقار أي قيمة هذه العقارات، والتي من خلالها يمكن اقتطاع نسبة الرسوم المفروضة على العقود، كون أن تحديد حسب كل عقد هبة أو عقد بيع وغيرها.

تجدر الإشارة إلى أن المتعاملين في المجال العقاري عند تسجيلهم لهذه العمليات وجب عليهم ذكر ثمن البيع ليتم تحديد الرسوم التي يدفعها المعني، ويلاحظ أن الأشخاص لا يقدمون الثمن الصحيح والحقيقي للعملية العقارية تهربا من المصاريف الكبيرة، التي يغرم القانون صاحبها (وفق المادة: 113 من قانون التسجيل رقم: 105/76 "في حال إخفاء بيع العقار...")، وهنا اعتمد المشرع الجزائري عن طريق الإدارة الجبائية بخصوص المعاملة العقارية القيمة التجارية للعقار كمقياسوحيد وجب احترامه لمراقبة وتقييم الأموال المصرح بها، بمناسبة انتقال الأملاك العقارية، وكذا التصريحات الخاصة بالمداخيل العقارية، وذلك وفق قانون التسجيل.²

وبالتالي وجب على المشرع خفض نسبة الرسوم المفروضة -من خلال قانون التسجيل- عن هذه العمليات العقارية، كي يكون تصريح الطالبين صحيحا ولا يكون فيه إرهاب لهم، وبالتالي وجب على المشرع تدارك ذلك في التعديلات القادمة.

¹ جميلة زبيدي، المرجع السابق، ص ص: 83، 84.

² أنظر المادة: 101 من قانون 105/76 السالف الذكر.

القسم الثاني: إجراءات عملية التسجيل

نناقش في هذا القسم طريقة التسجيل (البند الأول) ثم المواعيد القانونية لعملية التسجيل (البند الثاني) وكذا جزاء الإخلال بهذه الآجال (البند الثالث).

البند الأول: طريقة التسجيل من المستفيد

يتم التسجيل بوضع علامة على العقد أو على التصريح وتقدم مصلحة التسجيل وثائق واستمارات يتم ملؤها من طرف المستفيد، ثم يقوم المكتب المختص بتحديد الضريبة الواجب دفعها لكن هناك اختلاف بين طريقة تسجيل العقود وتسجيل التصريحات المبنية للنقل¹ وهو ما سنذكره فيما يلي:

كيفية تسجيل المحررات الرسمية

أ/ بالنسبة للمحركات التوثيقية: يلزم الموثق بتحرير ملخص العقد في حافظة من نسختين له من قبل إدارة الضرائب مجاناً ويذكر فيها:

- تاريخ ورقم العقود.
 - ألقاب أسماء الأطراف ومسكنهم.
 - نوع العقود والمبالغ أو القيم الخاضعة لتحصيل الرسوم.
 - مبلغ الرسوم النسبية المستحقة والتي تتضمن قراراً بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفة قانونية.
- يمكن أن تنتج هذه العقود إعداد "مستخرجات تحليلية" يلخص الأحكام الرئيسية للعقد تسلم من طرف الإدارة مجاناً وترفق بالعقود.

ويختلف أساس فرض الضريبة على المحررات التوثيقية باختلاف التصرف الذي تتضمنه المحررات، فبالنسبة إلى المحررات التوثيقية التي تتضمن عقد البيع مثلاً:

¹ جميلة زليبي، المرجع السابق، ص: 102.

تخضع كل عمليات بيع العقارات إلى رسم تسجيل وحيد ونسبي يقدر بـ: 5% يتم توزيعها بين طرفين أي بنسبة 2.5% لكل واحد منهما ويجوز للأطراف الاتفاق بخلاف ذلك لأن هذا التقسيم ليس من النظام العام.

ويلزم الطرفان فضلا عن ذلك بدفع نصف الثمن نقل الملكية بمراى بين يدي الموثق الذي قام بتحرير العقد.¹

كما يخضع الوعد ببيع العقار لنفس الرسم ولا يكون الوعد بالبيع العقاري صحيحا وقانونيا وقابلا لتحصيل الرسوم العقارية إلا إذا توفر على الشروط التالية:

-تحديد هوية المتعاقدين بدقة.

-تعيين العقار الموعود بيعه تعيينا دقيقا نافيا للجهالة.

-تحديد الثمن المتفق عليه بين الواعد والموعود له.

-تحديد مدة إبداء رغبة الموعود له.

-توافر ركن الرسمية عملا بمقتضيات القانون المدني الجزائري.

أما العقار الشائع المتعذر قسمته فيخضع لرسم قدره: 3% في حال كانت الحصص والأنصبة الشائعة لأموال عقارية مكتسبة عن طريق بيع العقار الشائع بالمزاد لكن يحدد هذا الحق بمعدل: 1.5% إذا حصل الشراء من أحد المشتركين في الشئوع.

ويبدو أن خفض نسبة الرسم بالنسبة للمشتري المشترك في العقار المشاع يكرس بذلك مبدأ الأفضلية للشريك في العقار الشائع، ويتم تصفية رسوم التسجيل على عقود بيع العقارات من ثمن البيع المصرح به من قبل أطراف العقد ويحدد بالقيمة التجارية للعقار وقت البيع ويضاف إلى ثمن تلك الخدمات الإضافية التي يفرضها العقد على المشتري والتي تضخم الثمن ويتحملها المشتري. ومثال ذلك الديون المختلفة الخاصة بالبائع مهما كان سببها ومثل ذلك تعويض إخلاء المكان.

¹جميلة زليبي، المرجع السابق، ص 103.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ب/ بالنسبة للمحركات القضائية: تسلم القرارات القضائية والعقود مرفقة بجدول يعد في نسختين فتودع نسخة لدى مفتشية الضرائب والأخرى ترجع إلى الطالب ويحتوي الجدول ما يلي:

- تاريخ ورقم الحكم أو القرار الموجود في الفهرس.
- ألقاب وأسماء الأطراف ومساكنهم.
- مبلغ الرسوم النسبية المستحقة والمتضمنة قرارا بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفة قانونية وتكون مرفقة بالنسخة الأصلية أو البراءات الأصلية أو البراءات الخاصة بالأحكام.
- ملخص تحليلي على استمارة تسلمها الإدارة مجانا، تلخص فيها الأحكام الرئيسية للحكم ويحرر في نسختين إضافة إلى الوثائق المقدمة خلال سير الدعوى.¹

البند الثاني: مواعيد التسجيل

ونميز بين مواعيد تسجيل الوثائق الرسمية ومواعيد تسجيل المحركات القضائية.

الجزء الأول: بالنسبة للوثائق الرسمية

وفق نص المادة: 58 من قانون التسجيل التي فرض من خلالها المشرع الجزائري على الموثقين تسجيل عقودهم في أجل شهر ابتداء من تاريخها، وهذا باستثناء الحالة المنصوص عليها في المادة: 64 أدناه والتي تم إلغاؤها بموجب المادة: 15 من قانون 03-22 المؤرخ في: 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004.² والتي كانت تنص على: "إن الوصايا المودعة لدى الموثقين أو التي يستلمونها تسجل خلال الأشهر الثلاثة من وفاة الموصين بناء على طلب الورثة الموصى لهم أو منفي الوصايا.³

¹أنظر المادة: 60 من قانون رقم: 105/76 السالف الذكر.

² تم إلغاؤها بموجب المادة: 15 من قانون 03-22 المؤرخ في: 2003/12/28 المتضمن قانون المالية لسنة 2004،

ج.ر العدد: 83 الصادرة بتاريخ: 2003/12/29

³جميلة زليبي، المرجع السابق، ص: 109.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

الجزء الثاني: مواعيد تسجيل المحررات القضائية

حددت المادة 60 من قانون التسجيل رقم: 105/76 المعدل والمتمم آجال تسجيل المحررات القضائية وحددت أجل شهر الذي يلي شهر إعدادها ونصت على: يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابة الضبط وكذلك قرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها.

والملاحظ أن المادة ركيكة في صياغة أسلوبها صعبة نوعا ما ولفهمها لابد من إعادة صياغتها بأسلوب بسيط وسهل وواضح في تحديد مدة حساب الشهر.

البند الثالث: جزاء الإخلال بهذه الآجال

تنص المادة: 93 من قانون التسجيل رقم: 105/76 السالف الذكر على: "يتعين على الموثقين والمحضرين ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يأتي: 10% إذا كان التأخير يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوم وهي حسب الحالة تحدد نسبة الغرامة وهكذا..."¹

إن تأكيد المشرع على عملية التسجيل هو من خلال حرصه الدائم والمستمر على توثيق المعاملات وعدم تأخير توثيقها وتصل حتى تغريم المخاطبين بها من: موثقين ومحضرين ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة، وهي إجراءات من شأنها توثيق المعاملة العقارية ثم إثباتها.

¹أنظر المادة: 93 من قانون التسجيل رقم: 105/76 السالف الذكر.

الفرع الثاني: دور الأطراف في اللجوء إلى القضاء لحماية أملاكهم

استمر العمل بالقوانين الفرنسية بعد الاستقلال إلا ما كان متعارضاً مع السيادة الوطنية، كما سبق وأشرنا، لكن بعد مدة من الاستقلال بدأ صدور القوانين الجزائرية تواليًا. منها القانون المدني والقانون التجاري وقانون العقوبات وغيرها من القوانين التي صدرت إلى يومنا هذا.

إن أول نص قانوني كرس حماية للملكية العقارية بشكل عام هو الأمر رقم: 58/75 المتضمن أحكام القانون المدني المعدل والمتمم، المؤرخ في: 1975/09/26 - وذلك باعتباره الشريعة العامة للقانون - في مواده من: 674 إلى 689، من القانون المدني،¹ ومفاد هذا المبدأ أنه إذا لم نجد نصاً خاصاً ينظم مسألة معينة فالقانون المدني هو المختص للفصل في المسألة، والملاحظ أن هناك عدة نصوص معروفة في ميدان إثبات الملكية العقارية التي كرست حماية للملكية العقارية وهي كما يلي:

أولاً: الأمر رقم: 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري والمرسومان التطبيقيان له المرسوم رقم: 62/76 والمرسوم رقم: 63/76

حاول المشرع من خلال الأمر رقم: 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل عقاري، والمرسومان التطبيقيان له مسح الأراضي عبر كافة التراب الوطني الجزائري ومن خلال هذه العملية يتم إعداد سجل يحوي العقارات عبر كل منطقة والذي يبين تداول الحقوق العينية، وبالتالي معرفة وضعية العقارات عبر كامل التراب الوطني.

تنص المادة: 05 منه "إن مهام إعداد مسح الأراضي العام والمحافظة عليه هي من اختصاص الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية"².

تنص المادة: 16 منه أن "العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها الأثر حتى بين أطرافه إلا من تاريخ نشرها في مجموعة

¹حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 85

²أنظر المادة: 05 من قانون 74/75 السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

البطاقات العقارية¹، وهنا حماية للمتعاقدين والغير من خلال الالتزام بالشكل الرسمي في إبرام المعاملات العقارية، والالتزام بإجراءات الشهر العقاري القانوني.

ذكر الأمر كذلك مجموعة البطاقات العقارية، الدفتر العقاري، المحافظة العقارية وغيرها والتي كان في نية المشرع من خلال هذا الأمر وضع سجل يحوي جميع العقارات عبر الوطن ومخطط لها إلا أنه لم يكن كافيا وهو الأمر الذي ألزم على المشرع ابتكار آليات إضافية للتسريع من وثيرة عملية المسح.

ثانيا: المرسوم: 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 المتعلق بسن إجراء إثبات تقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية

سبق الإشارة إليه في الباب الثاني من الدراسة وقد تم التطرق لهذه الشروط سابقا. والتي وفرت حماية من خلال إلزام الطالب عقد الشهرة من احترام شروط وإجراءات عديدة:

أ / يجب أن تكون المنطقة التي يطالب فيها الحائز إعداد عقد الشهرة منطقة غير ممسوحة.

ب/ أن يكون طالب عقد الشهرة حائزا للعقار بمفهوم نص المادة 827 من القانون المدني (لحماية الحائز الحسن النية 15 سنة دون انقطاع).

ج/ أن يكون العقار من نوع ملك خاص، وهذا طبقا للمادة 01 من المرسوم: 352/83.²

ثالثا: القانون رقم: 02/07 يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية، وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري

والتي وفرت حماية من خلال إلزام طالب التحقيق العقاري من احترام شروط وإجراءات عديدة كما

يلي:

أ/ أن يكون عقارا لم يخضع لعملية المسح العام للأراضي المذكور في الأمر رقم: 174/75.¹

¹أنظر المادة: 16 من القانون 74/75، السالف الذكر.

²حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص86.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ب/ألاً يحوز العقار محل الإجراء على سند ملكية أو التي حرر بشأنها سندات ملكية قبل 1 مارس 1961.

ج/ لا تشمل هذه العمليات الأملاك العقارية الوطنية بما فيها الأراضي المسماة سابقا عرش.

د/ لا تشمل هذه العمليات الأملاك العقارية من نوع: وقف.²

ذ/ كل شخص طبيعي أو معنوي له سند ملكية على عقار أو يمارس حيازة عليه.³

ر/ أن يقدم الطالب ملفا وفق الوثائق والإجراءات المطلوبة، بما فيها عملية الإشهار، وذلك حتى تحرير محضر نهائي تدرج فيه نتائج عملية التحقيق.⁴

رابعا: قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90 المؤرخ في: 1990/11/12

قانون التوجيه العقاري قام بحماية الملكية العقارية هو الآخر وحدد مجموعة من الضوابط لتسيير الأملاك العقارية وحدد التوجه العام لها، والملاحظ أن المشرع الجزائري من خلال هذا القانون أراد وضع التوجه الجديد في المجال العقاري، وحتى إعطاء مفاهيم لبعض المصطلحات.

وللتأكيد على الحماية التي وفرها المشرع الجزائري للملكية العقارية من التعدي، أو التعرض وغيرهما، سن على غرار بعض القوانين المقارنة، مجموعة من الدعاوى التي تنظرها المحاكم المدنية وهذا كما يلي:

القسم الأول: الحماية المدنية للملكية العقارية

يسعى الأطراف في حياتهم اليومية إلى الحصول على المزيد من الأموال والممتلكات، وعندما تتوفر لهم هذه الأخيرة، يسعون إلى حماية ممتلكاتهم من التعدي والسرقة وغيرها، وهو ما تسعى إليه الدول

¹أنظر المادة 02 من القانون 02/07 السالف ذكره.

²أنظر المادة 03 من القانون 02/07 السالف ذكره.

³أنظر المادة 04 من القانون 02/07 السالف الذكر.

⁴أنظر المواد: من 05 إلى 18 من القانون 02/07 السالف الذكر.

والأنظمة القانونية. إن توفير حماية قانونية للملكية العقارية في مختلف النظم القانونية من أهم المواضيع التي تدرس في مجال الملكية العقارية والتي تحظى باهتمام المشرع، وكذا فقهاء القانون وهي تعتبر مادة دسمة ومسألة حيوية وقضية جوهرية، تتحكم إلى حد بعيد في تطور الاقتصاد وتؤثر أساساً على مستقبله.

وعليه فإن توفير حماية قانونية للملكية العقارية، من شأنه المساهمة في تطوير وخدمة العقار وذلك عن طريق فتح الآفاق أمام أصحاب العقارات في استعمال ملكهم والتصرف فيه بكل حرية وسهولة وهدوء ودون نزاع يذكر، لذا نجد القوانين المتعاقبة كرسّت هذه الحماية، منها: القانون المدني، والقانون العقاري، والقانون الإداري، وكذا القانون الجزائي، وغيرها من القوانين.

وهنا يذكر الأستاذ: حمدي باشا عمر، في كتابه: حماية الملكية العقارية الخاصة: " أنه لا جدوى من تقرير الملكية إن لم تكن هناك وسائل وأدوات قانونية ناجعة تحميها"، ويواصل قوله: "أن الملكية المجردة من الحماية، يكون لها وجود مادي دون الوجود القانوني"¹

وبالفعل فإن موضوع توفير وسائل حماية للملكية العقارية هو تكريس لها وراذع لكل متعدي عليها وتقوية لصاحب الملكية وعامل مساعد على تطويرها.

وهنا يمكن أن نطرح السؤال التالي: ما هي الإجراءات القانونية التي وفرها المشرع الجزائري للملكية العقارية؟، وما أنواع الدعاوى التي ذكرها والتي تحمي الملكية العقارية؟

للإجابة عن هذه الإشكالية سنقسم الدراسة الحالية إلى نقطتين، نتناول في الأولى: الحماية المدنية ثم الحماية الجزائية للملكية العقارية التي كرسها المشرع الجزائري، وهذا في الجزء الثاني من الدراسة الحالية.

نتطرق في هذا القسم من الدراسة إلى مجموعة من الدعاوى التي يلجأ إليها الأطراف لحماية الملكية وهي كما يلي:

¹حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 83

البند الأول: دعوى الاستحقاق

تعتبر دعوى الاستحقاق من أهم الدعاوى العقارية وأكثرها خطورة، كون أنها تقرر ملكية العقار لأحد الأطراف المتخاصمة دون الآخر، وترفع دعوى الاستحقاق من مدعي ملكية العقار في مواجهة الحائز. ولدعوى الاستحقاق وجهان، دعوى أصلية ودعوى فرعية:

تكون دعوى استحقاق أصلية ترفع في الأحوال العادية للمطالبة بعقار معين وفق شروط.

وإما أن تكون دعوى استحقاق فرعية في حالة موضوع حجز عقاري.¹

ودعوى الاستحقاق هي دعوى عينية، يهدف من خلالها الطالب انتزاع العقار من يد الحائز وبالتالي يكون محل دعوى الاستحقاق ملكية الشيء.²

هذه الدعوى ترفع من المالك، للمطالبة بملكيته التي يشغلها شخص آخر، عن طريق القضاء حسب الحالة، وللإشارة، فإن هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم.³

كما يمكن أن ترفع من حائز العقار إذا فقد حيازته أن يطلب خلال السنة التالية لفقدائها استردادها، وإن كان فقد الحيازة خفي عن الحائز، بدأ سريان السنة من وقت انكشاف ذلك.⁴

ويذكر الأستاذ حمدي باشا عمر (في كتابه حماية الملكية العقارية الخاصة، سبق ذكره) "أن مسألة معرفة المالك الحقيقي للعقار هي من صميم عمل القاضي بمناسبة فصله في النزاع المثار أمامه، وأن عدم الفصل في النزاع المثار ولجوؤه إلى تعيين خبير عقاري للنظر في القضية يعد ذلك تهرب من الفصل في النزاع المثار".

¹حسن اعيدم، عبئ الإثبات في دعوى الاستحقاق العقارية، مكتبة المنهل الالكترونية، تم الاطلاع على المقال بتاريخ: 2021/04/16.

²دعوى الاستحقاق مقال منشور في موقع: <https://universitylifestyle.net> تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/04/16.

³حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 87.

⁴أنظر المادة: 817 من القانون رقم: 58/75، سالف الذكر.

صحيح أن مسألة معرفة المالك الحقيقي للعقار هي من صميم عمل القاضي لكن تبقى إشكالات عملية عديدة نذكر منها:

- أن في الواقع العملي يقدم للقاضي عقد ملكية أو ما يعادله وهنا يصعب على القاضي، بتكوينه البسيط وغير المتخصص في هذا الشأن، معرفة حقيقة العقد ونوعه وكذا صحته.

- عقد الملكية المقدم للقاضي بمناسبة نظره في النزاع قد يكون لمنطقة أخرى وليس لموقع العقار موضوع النزاع وبالتالي العملية صعبة فمسألة تحديد العقار الصحيح محل النزاع هو أمر يدخل ضمن الأعمال اليومية للقاضي لكن لا بد له من الاستعانة بأهل الخبرة في الميدان خبير عقاري (عن طريق حكم ولائي لا يمس بأصل الدعوى والذي لا يجوز الطعن فيه) تسند له مهمة التنقل للعقار محل النزاع والتأكد من موقع العقار والمعلومات الخاصة بالعقار ومقارنتها مع ما هو مدون في سند الملكية المقدم لهيئة العدالة، والملاحظ أنه يمكن للقاضي التنقل بنفسه للعقار محل النزاع وتفحص الأمر، كون أنه يدخل ضمن اختصاصاته القضائية وهنا تثار إشكالات نذكر منها:

- أن القاضي غير مؤهل للنظر في مثل هذه القضايا لأنها أمور فنية وتقنية بامتياز، وعادة ما يكون تكوين القاضي قانونيا نفسيا.

- مسألة تنقل القاضي إلى العقار محل النزاع يأخذ وقت وجهد القاضي، والقضايا المطروحة أمام العدالة كثيرة وعديدة، لو خصصنا لكل قضية خرقة ميدانية لطل أمد التقاضي.

ويجب التذكير في التفريق بين دعوى الاستحقاق ودعوى شخصية، نشأت بموجب عقد إيجار مثلا، وهنا لا يرفع هؤلاء دعوى الاستحقاق وإنما دعوى شخصية دون الالتزام بإثبات الملكية العقارية وإنما يلتزمون بإثبات المصدر الذي أنشأ الالتزام برد الشيء.¹

¹حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 88

- وتجدر الملاحظة كذلك أن دعوى الاستحقاق ترفع ممن له سند ملكية رسمي مشهر بالمحافظة العقارية وهو الأمر الذي ذكرته المادة 29 من قانون التوجيه العقاري بنصها: "يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية، والحقوق العينية، عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".
- وبالتالي كي أمارس دعوى استحقاق أمام العدالة وجب استظهار سند ملكية صحيح ومشهر.
- لا يجوز للمدعى عليه (المستأجر أو المغير) أن يطالب ببطلان العقد، بحجة أن المدعي المالك (المؤجر أو المغير) يحوز العقار بناء على عقد شراء عرفي مثلا وهذا للأسباب التالية:
- أن الدفع بالبطلان مقرر لمن هو طرف في العقد، والمستأجر أو المستعير لا يحوزون هذه الصفة لإثارة مثل هذا الدفع.
- أن الدعوى لا تتعلق بنقل ملكية عقارية حتى تطبق بشأنها أحكام المادة 324 مكرر 01 والمادة 793 من القانون المدني، والمادة: 29 من قانون التوجيه العقاري.
- أن المستأجر أو المستعير له الحق في مناقشة سند الإيجار أو العارية، وبالتالي لا يسوغ لهم مناقشة سند الملكية المدعي¹.

البند الثاني: دعوى منع التعرض للملكية

- تعتبر دعوى منع التعرض للملكية من أهم دعاوى الحيازة، ونصت المادة: 820 من القانون المدني على: "من حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته، جاز له أن يرفع، خلال سنة، دعوى منع التعرض"².
- لمالك العقار كما سبق وأشرنا سلطة الاستغلال وسلطة الاستعمال وسلطة التصرف، وقد يحدث أن ينازع الغير، في أحد السلطات المالك، كقيام شخص بمنع المالك البناء في عقاره، وبالتالي يمكن

¹ أنظر حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، تهميش ص: 88، ص: 89.

² أمل المرشدي، مفهوم دعوى منع التعرض في القانون الجزائري، موقع المحاماة تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/04/16.

القول إن هذه الأفعال من شأنها أن تقف حاجزا في استعمال أو استغلال أو التصرف في سلطة مالك العقار.

وبالتالي فدعوى منع التعرض ترفع في حال قام شخص بجرمان المالك أو صاحب سلطة (من السلطات الثلاث الاستعمال أو الاستغلال أو التصرف) من ممارسة أحد هذه السلطات على العقار.

ومثال عن ذلك: هو حق المستأجر في منع الجار من دخول الأرض التي يزرعها أو أن يرفع فيها.

ترفع هذه الدعوى لحماية الحياة بحيث يمكن للمدعي أن يتمسك بحيازته وأن يطلب الحكم له بمنع التعرض وإزالة مظاهره وبهذا فهي تحقق جزاء عينيا يؤدي إلى إعادة الشيء إلى أصله كما أنها توفر حماية وقائية بمنع التعرض مستقبلا.¹

البند الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة

تطرقت المادة 821 من القانون المدني لهذه الدعوى وذكرت أنه "يجوز لمن حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة ويخشى، لأسباب معقولة، التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته، أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال، بشرط ألا تكون قد تمت ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث ضررا...".

يعرفها الكاتب حمدي باشا عمر أنها "هي الشروع في أعمال من شأنها حرمان المالك من ملكيته".

ومثال عن ذلك قيام شخص أجنبي بتشجير وغرس أرض دون إذن من صاحبها، أو قيامه بتشييد مباني أو منشآت دون ترخيص من المالك"

¹شوقي بناسي، الإجراءات المدنية في ضوء قانون رقم: 08/09 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الخلدونية الجزائر، 2011، ص: 123. / عن مذكرة: بوعرفة عبد القادر، الحماية الجزائرية للملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قانون جنائي، جامعة مولاي الطاهر سعيدة، ص: 28.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

وهنا تدخل المشرع وحمى ملكية المالك من التعدي عليها من الغير، ومنح للطرف المالك الحق في رفع دعوى وقف الأعمال أو الأشغال الجديدة.¹

البند الرابع: الجهة القضائية المختصة

ينتج عن المعاملات العقارية العديد من النزاعات العقارية اليومية بين المتعاملين في المجال العقاري، ولعل أهم جهة قضائية تنظر هذه القضايا هي المحاكم العادية من خلال القسم العقاري،² وهو الأمر الذي ذكرته ونصت عليه المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: "ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأحكام العقارية. وفي بعض الأحيان تنظر أمام المحاكم الإدارية خاصة في حال كان التقييم نهائياً، وتوفر على دفتر عقاري للعقار.

ويختص القسم العقاري على الخصوص في نظر القضايا التي وردت في المادة الموالية لها 512 من القانون العقاري، وهذا كما يلي:

1/ في حق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى والتأمينات العينية.

2/ في الحيازة والتقدم وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق الاستغلال وحق السكن.

3/ في نشاط الترقية العقارية.

4/ في الملكية المشتركة للعقارات المبنية والملكية على الشيوع.

5/ في إثبات الملكية العقارية.

6/ في الشفعة.

7/ في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات.

8/ في التنازل عن الملكية وحق الانتفاع.

¹حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص: 91

²بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 365.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

9/ في القسمة وتحديد المعالم.

10/ في إيجار السكنات والمحلات المهنية.

11/ في الإيجارات الفلاحية."

إن الحالات الإحدى عشر الواردة في المادة: 512 أعلاه، التي ينظر فيها القسم العقاري على وجه الخصوص تخضع من الناحية الموضوعية لمجموعة قوانين ذات صلة بالعقار منها القانون رقم: 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري سالف الذكر، والقانون رقم: 30/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، والمرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 يتعلق بالنشاط العقاري ومجموعة نصوص تنظيمية لعل أهمها المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 يتعلق بتأسيس سجل عقاري كما حددت المادة سريان الاختصاص بالنسبة للشريعة العامة منها أحكام القانون المدني بالنسبة لحق الملكية بما فيها نظاما الملكية المشتركة والملكية على الشيوع والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية والحيازة والتقدم وحق الاستعمال والاستغلال وحق السكن¹.

وفي المادة 513:

ينظر القسم العقاري في المنازعات التي تنشأ بين المستغلين الفلاحيين أو مع الغير بخصوص الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وشغلها واستغلالها.

وفي المادة 514:

ينظر القسم العقاري في الدعاوى المقدمة من طرف عضو أو أكثر من أعضاء المجموعة الفلاحية ضد عضو أو أكثر من تلك المجموعة بسبب خرق الالتزامات القانونية أو الاتفاقية.

¹بالإضافة إلى ذلك يختص القسم العقاري بالمنازعات التي تنشأ بين المستغلين الفلاحين أو مع الغير بخصوص الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وشغلها واستغلالها تطبيقا للمادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم: 51/89 المؤرخ في 18/04/1989 المحدد لكيفيات تطبيق المادة 29 من القانون 19/87 لا سيما استغلال المستثمرات الفلاحية الجماعية. أنظر: بريارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 366.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ويمكن الإشارة إلى أن المشرع الجزائري منح الاختصاص صراحة للقسم العقاري في القضايا الآتية كما يلي:

1/ **الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها طبقا للمادة 85 من المرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.**

2/ **المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت في السجل العقاري القائمة بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص¹ طبقا للمادة: 15 من نفس المرسوم²، والمادة: 516 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 السالف الذكر.**

3/ **المنازعات المتعلقة بمقايضة عقارات تابعة للأملك الخاصة للدولة مع عقارات تابعة لملكية الخواص أو الخاصة طبقا للمادة: 96 من القانون 30/90 المتعلق بقانون أملاك الدولة.³**

وفي المادة 515:

ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها.

في هذا الصدد، أنظر المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 (والمادة 3/17 من القانون رقم 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية).

كما ينظر القسم وفقا لنص المادة 516 إلى المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت بين الأشخاص الخاضعين للقانون الخاص، أنظر المادة 15 وما يليها من المرسوم رقم 63/76.

¹ الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والإستراتيجية، محاضرات في القانون العقاري، تاريخ الاطلاع عليه: 2021/02/17.

² أنظر المادة 15 وما يليها من المرسوم رقم 63/76، السالف الذكر.

³ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص: 368.

القسم الثاني: الحماية الجزائية للملكية العقارية

التشريع الجزائري أورد نصوصا عديدة لحماية الملكية العقارية، ومن بين هذه القوانين، قانون العقوبات الجزائري الذي نص على حماية الملكية العقارية في القسم الخامس من قانون العقوبات الجزائري بعنوان التعدي على الأملاك العقارية.

التعدي على الأملاك العقارية من الجرائم الشائعة والمنتشرة بقوة في المحاكم الجزائية وتختلف الأسباب المؤدية إلى وقوع مثل هذه الجرائم التي يعاقب عليها القانون، نذكر على سبيل المثال: نجد أنه تكثر عملية التعدي في المناطق الريفية حيث هناك الأراضي الفلاحية، وما تدره هذه الأراضي من غلة وأرباح وقلة الرقابة الأمنية لشساعة هذه المساحات فيطمع هؤلاء الجناة التعدي على هذه الملكيات والحصول على الربح، أو الحصول على أرض عادة ما يكون أصحابها غائبين عنها فيستغلون ذلك ويقتحمونها بالحرث أو الزرع أو البناء وغيرها من الأمور التي يمنعها القانون.

الحماية التي قررها المشرع هدفها حماية العقار في حد ذاته وبغض النظر عن المالك -سواء كان حائزا أو مالكا بسند رسمي مشهر- من كل أنواع الاعتداء، فمنع التخريب والهدم وغيرها من الأفعال التي تستهدف العقار المذكورة في قانون العقوبات هي لحماية العقار.

المادة: 386 من قانون العقوبات ذكرت تجريم الاعتداء على الملكية العقارية بشكل عام **وتعتبر**

هذه المادة الإطار العام لحماية الملكية العقارية في قانون العقوبات الجزائري.

كما أنه نص في العديد من النصوص الأخرى على تجريم الاعتداء على العقار في قانون الأملاك الوطنية، وقانون الغابات، والمياه وغيرها من القوانين التي كرست حماية للأملاك العقارية ويجب الإشارة إلى أن الحماية مكفولة للملكية الخاصة والعامة على حد سواء.¹

وأیضا في المناطق الجبلية، وما تتميز به هذه المناطق من ثروات طبيعية ومياه، تجعل التعدي عليها أمرا فيه طمع وإثراء، وما ساعد على ذلك هو الفترة التي مرت بها البلاد من عشرية سوداء ونقص

¹الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على عقار، دار هوم، الطبعة الخامسة، سنة: 2006، ص: 15

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

الأمن في هذه المناطق خاصة النائية منها أدى ببعض ملاك هذه الأراضي إلى تركها ومغادرتها خلال هذه المدة فارغة دون رقيب ودون حراسة، ووقع عليها تعدي هي الأخرى.

المشرع الجزائري نص على تجريم هذا الفعل ووضع عقابا شديدا للمتعمدي على الملكية العقارية، وقد أورد القانون 156/66 المتعلق بقانون العقوبات¹ العديد من المواد التي تؤكد على هذه الحماية، ومنها:

-المادة: 295 من قانون العقوبات²تطرقت إلى جنحة اقتحام حرمة منزل.

- المادتان: 406، 407 من قانون العقوبات نصت على التخريب العمدي للعقارات.

- المادة: 5/441 مكرر تحدثت عن إصلاح أو هدم بناء دون اتخاذ الاحتياطات...الخ.

-المادة: 455 من قانون العقوبات نصت على: إتلاف وتخريب الطرق العمومية.

كما تناولت هذه الحماية بعض القوانين الخاصة الأخرى منها القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف في مادة 36 منه والقانون رقم 29/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتعلق بالمادة: 77 منه³.

البند الأول: التعدي على الملكية العقارية في القانون الجزائري

أورد المشرع الجزائري حماية مدنية وإدارية كما سبق وذكرنا عن طريق فرض قواعد استثنائية مستمدة من القانون المدني، وكذا الرخص الإدارية سواء كانت وقائية أو رقابية، وفي بعض الأحيان قد لا تكفي الرقابة الإدارية لوحدها في ردع بعض المخالفين للقانون، وفي وضع حد للاعتداءات على هذه الأملاك العقارية، لذا تدخل المشرع الجزائري عن طريق قانون العقوبات بفرض عقوبات جزائية لمجرد الاعتداء عليها والادعاء بملكيته، ولو طال التعدي غير الجسم رخص للقاضي الجزائي النظر فيها لردع المعتدين⁴.

¹ الأمر رقم: 156/66 السالف الذكر.

² الأمر رقم: 156/66 السالف الذكر.

³حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص:95.

⁴حنان ميساوي، المرجع السابق، ص: 287.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

وبالعودة إلى قانون العقوبات الجزائري، جاء في نص المادة: 386 من قانون العقوبات أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة 20.000 دج إلى 100.000 دج كل من أنتزع عقارا مملوكا للغير وذلك خلسة أو بطريق التدليس.

وإذا كان انتزاع الملكية قد وقع ليلا بالتهديد، أو بالعنف أو بطريقة التسلق أو بالكسر من عدة أشخاص، أو مع حمل سلاح ظاهر أو مخبأ بواسطة واحد أو أكثر من الجناة فتكون العقوبة من سنتين إلى عشر سنوات".

الجزء الأول: أركان جريمة التعدي

يعتبر نص المادة: 386 من قانون العقوبات¹ أساس تجريم التعدي على الملكية العقارية.

ما يلاحظ على المادة أن فعل الانتزاع الواقع على العقار المملوك للغير بحد ذاته لا يكفي لقيام جنحة التعدي على الملكية العقارية على المتهم المعتدي وتحمله المسؤولية الجزائية، بل لابد أن تقترن بأسلوب الخلسة والتدليس، التي يجب توفرها في الجنحة، وهي شروط أضافها المشرع إلى الأركان الواجب توفرها في الجنحة بصفة عامة.

حيث أنه لقيام أي جريمة لابد من توافر أركان ثلاث وهي:

الركن الشرعي:

طبقا للمادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري التي تنص على: "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن إلا بنص"، وبالتالي لابد من وجود نص يجرم الفعل ويحدد له عقوبة، وهو نص المادة: 386 من قانون العقوبات الجزائري.

الركن المادي:

الركن المادي للفعل هو الواقعة الإجرامية أو الاعتداء المادي الذي ينصب على الشيء المحمي قانونا، وهو الجانب الموضوعي للجنحة، والذي يقوم على ثلاث عناصر وهي:

¹ أنظر المادة: 386 من قانون العقوبات رقم: 156/66، السالف الذكر.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

- الفعل.

- النتيجة.

- العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة.

الركن المعنوي: وهو انصراف إرادة المتهم إلى ارتكاب الفعل المجرم، فهو يمثل الجانب الذاتي للجريمة ويعبر عن النشاط الذهني للفاعل وبين نشاطه المادي، وأكد المشرع الجزائري من خلال قضاائه في عدة مناسبات على وجوب توفر هذه الأركان مجتمعة كي تقوم جنحة التعدي على الملكية العقارية وقضى بما يلي: "أنه من المقرر قانوناً أن جريمة الاعتداء على ملكية الغير لا تقوم إلا إذا توافرت الأركان التالية: انتزاع عقار مملوك للغير، ارتكاب الفعل خلصة، أو بطريق التدليس.¹

حتى تقوم جريمة التعدي على الملكية العقارية، لابد من قيام المتهم بانتزاع عقار مملوك للغير، وحتى يقوم هذا العنصر لابد من توفر ثلاث شروط وهي:

- القيام بفعل انتزاع العقار.

- أن يقع فعل الانتزاع على عقار.

- أن يكون العقار مملوكاً للغير.

أ: فعل الانتزاع

لم يعرف قانون العقوبات فعل الانتزاع، وتركه للفقه والذي يعرف الانتزاع على أنه: "هو فعل يقوم به المنتزع أو الفاعل، يقع على عقار مملوك لغيره دون رضا مالكة² عنوة وغصبا بنية الاستيلاء عليه"³.

¹ قرار رقم: 97152، صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1989/01/17. أخذ عن عمر حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، 86.

² الفاضل خمار، المرجع السابق، سنة: 2006، ص: 14. أخذ عن حنان ميساوي، المرجع السابق، ص: 290.

³ أنظر حنان ميساوي، المرجع نفسه، ص: 290.

ويعرف كذلك أنه هو الأخذ بعنف، وبدون رضا المالك، وهنا يجب أن نفرق بين الانتزاع من أجل المنفعة العامة، وهناك الانتزاع المنصوص عليه في المادة 386 من قانون العقوبات.

فالأول: أي الانتزاع من أجل لمنفعة العامة: أساسه الصالح العام، والمصلحة العامة، وهو جائز بشروط وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 93-186 مؤرخ في 27 يوليو سنة 1993 والذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم: 11/91 المؤرخ في: 1991/04/27.¹

أما الثاني: فهو اغتصاب الأرض دون وجه حق، ودون سند يبرر الفعل المرتكب، وهو فعل مجرم، إذا توفرت أركانه، وعليه وحتى يتحقق فعل الانتزاع، لا بد أولاً:

من وجود نص يحرم أو يجرم هذا الفعل أي وجود نص قانوني كما سبق وأشرنا.

كما يجب أن يتم فعل الانتزاع دون رضا مالكة، فإذا انتفى أحد هذين الشرطين انتفت أركان جنحة التعدي على أملاك عقارية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها مؤرخ في 1988/10/08²، والذي قضى بما يلي: "الخلسة أو الطرق التدليسية في جريمة انتزاع عقار مملوك للغير تتحقق بتوفر عنصرين هما" دخول العقار دون علم صاحبه ورضاه، ودون أن يكون للداخل الحق في ذلك". ومن ثم فإن القضاة الذين **أدانوا المتهم** على أنه اقتحم مسكناً دون علم أو إرادة صاحبه ورضاه، ولا مستأجره، وشغله رفقة عائلته دون وجه شرعي، طبقوا صحيح القانون.

ويشترط كذلك انتقال حيازة العقار المعتدى عليه إلى الفاعل الجاني، وبالتالي لا يكفي مجرد الاستيلاء عليه بصفة مؤقتة عابرة حتى تقوم جريمة التعدي على العقار، ويجب أن يكون الاستيلاء بنية تملك ذلك العقار بوجه غير قانوني، ويجوز أن يكون فعل التعدي من طرف المعتدي أو من شخص ينوب عنه لحسابه (يعتبر الشريك كل من ساهم مباشرة أو بطريقة غير مباشرة في تنفيذ الجريمة، وكذلك من حرض بالفعل أو التهديد أو الوعد أو إساءة استعمال السلطة، وساعد الفاعل على ارتكاب الأفعال

¹المرسوم التنفيذي رقم: 93-186 مؤرخ في 27 يوليو سنة 1993 والذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم: 11/91 المؤرخ في: 1991/04/27، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 05-248 المؤرخ في: 10 يوليو سنة: 2008.

² قرار رقم: 57534 صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1988/11/08 المجلة القضائية، العدد 02، سنة: 1993، ص: 192.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

التحضيرية أو المسهلة أو المنفذة لها مع علمه بذلك). وبالتالي قانون العقوبات لا يفرق بين الفاعل الأصلي وشريكه، إذ توقع عليهما نفس العقوبة، وذلك وفق مقتضيات المادة: 1/44 من قانون العقوبات الجزائري¹ التي تنص: "يعاقب الشريك في جناية أو جنحة بالعقوبة المقررة للجناية أو الجنح".

ب: أن يكون عقارا

والحديث هنا عن العقار بمفهوم المادة 683 من القانون المدني الجزائري التي تم شرحها سابقا. وبالتالي وجب التذكير أن الانتزاع المطروح للنقاش هو على عقار بمختلف أنواعه سواء أرضا زراعية أو مبنية، وغيرها، حتى ما يعرف بالعقار بالتخصيص الذي ورد النص عليه في المادة: 683 فقرة الثانية من القانون المدني الجزائري، والذي يخضع لنفس الأحكام².

ج: أن يكون العقار مملوكا للغير

ويفهم من المادة 386 من قانون العقوبات أن المقصود بانتزاع عقار مملوك للغير، أن يكون عقارا ملكا لشخص بسند رسمي ومشهرا بالمحافظة العقارية وبالتالي، يكون قد استوفى كافة الشروط القانونية والإجرائية اللازمة، وهنا يثار الإشكال القانوني والتطبيقي لمعرفة المقصود بنوع العقار المنتزع هل يكون عقارا بسند ملكية ومشهرا أي مستوفيا كافة الشروط القانونية والإجرائية، كما سبق وأشرنا، أم يكون عقارا في حيازة الغير حيازة مشروعة؟

بالرجوع إلى النصين الفرنسي والعربي للمادة: 386 من قانون العقوبات نجد هناك اختلافا، فالنص العربي ذكر مصطلح: انتزاع ملكية، أما النص الفرنسي ذكر مصطلح: منع الحيازة، وعليه يوجد فرق بين النص العربي والنص الفرنسي وقد انعكس هذا الاختلاف على تحديد نوع العقار الذي قصده المشرع في المادة 386 من قانون العقوبات.

¹المادة: 1/44 من القانون 156/66 السالف ذكره.

²الفاضل خمار، المرجع السابق، ص: 21 وما يليها.

ولمعرفة النص الذي قصده المشرع في تفسير ملك الغير بخصوص المادة: 386 من قانون العقوبات¹، يحتم علينا الرجوع إلى المحكمة العليا لمعرفة الغير الذي تجب حمايته، وظهر في ذلك اتجاهاً وهما:

الاتجاه الذي أخذ به المشرع الفرنسي أن ترفع الدعوى من صاحب الملك، حتى تقبل دعواه، فلا يحتاج بمجرد الحيابة لقيام جنحة التعدي على العقار، ولا تقبل الدعوى المرفوعة من الحائز². وفي قرارها أكدوا على أنه يجب أن يمتلك الشاكي سند ملكية للعقار حتى يتمكن من تقديم شكوى أمام السيد وكيل الجمهورية المختص، وأن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقاً للقانون.³

الاتجاه الآخر الذي أخذ بالمفهوم الواسع ليشمل الحيابة القانونية.⁴

يلاحظ عن هذا الاتجاه أنه يتفق مع القانون المدني، الذي كفل حماية للحيابة لذاتها.

كما أنه ينسجم كذلك مع قانون التوجيه العقاري رقم: 25/90⁵، وفي قرار آخر، جاء فيه أن إثبات ملكية العقار، يمكن أن تكون بكل وسائل الإثبات¹، إن هذا القرار الأخير غير المفاهيم الخاصة بإثبات الملكية العقارية، وما هو متعارف عليه.²

¹الفاضل خمار، المرجع السابق، ص: 25.

²حنان ميساوي، المرجع السابق، ص: 291.

³ اعتبرت المحكمة العليا في قرار لها أن الغير المراد حمايته هو المالك الذي بيده سند رسمي مشهر، وقد جاء في قرار للمحكمة العليا رقم: 75919 المؤرخ في: 1991/11/05 أن المادة 386 من قانون العقوبات تقتضي أن يكون العقار مملوك للغير، ومن ثم فإن القضاة الذين أدانوا الطاعنين - في قضية الحال - بجنحة التعدي على ملكية عقارية دون أن يكون الشاكي مالكا حقيقيا للعقار فهم قد أخطئوا في تطبيق القانون.

وفي قرار آخر اعتبرت أن مرتكب جنحة التعدي للغير هو من صدر عليه حكم نهائي بإخلاء عقار مملوك للغير وامتنع عن مغادرته بإرادته رغم تنفيذ الحكم عليه من طرف المنفذ الشرعي/ أنظر: بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص: 36.

- أنظر أيضا: الفاضل خمار، المرجع السابق، ص: 26.

⁴ بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص: 37.

⁵ أنظر القانون رقم: 25/90 السالف الذكر في مادته 27 التي عرفت الملكية العقارية الخاصة على أنها "حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها".

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

الجزء الثاني: انتزاع العقار عن طريق الخلسة أو التدليس

معنى الخلسة والتدليس: قانون العقوبات الجزائري لم يعرف الخلسة أو التدليس، وإنما أشار لهما ضمن مواده، ولمعرفة العناصر الخاصة المكونة لجريمة التعدي على الملكية العقارية سنتطرق لما يلي:

تعريف الخلسة

ذكر المشرع الجزائري في المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري أنه "كل من اختلس شيئاً غير مملوك له يعد سارقاً، ويعاقب من سنة إلى خمس سنوات، وبغرامة من: 100.000 دج إلى 500.000 دج"

والاختلاس المنصوص عليه في المادة 350 من قانون العقوبات هو: الاستيلاء أو نزع الحيازة من مالك الشيء دون رضاه.

والاختلاس في جريمة خيانة الأمانة، هو عندما يستولي الجاني على الشيء أو يغير حيازته له من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة.³

ويمكن تعريف الخلسة أنها صورة الفعل الذي يقوم به الجاني، ويؤدي إلى الاستيلاء على مال الغير بدون علم أو رضا صاحب المال أو صاحب العقار، وبالتالي هي: تعني انعدام عنصر العلم لدى الغير، وتختلف الخلسة عن الاختلاس. فالخلسة: هي طريقة احتيالية تؤدي إلى الانتزاع، بينما الاختلاس هو مباشرة الفعل المجرم وأخذ أموال الغير، وانتزاع عقار مملوك للغير خلسة وفقاً للمادة 386 من قانون العقوبات.⁴

الخلسة بمفهوم بسيط وما هو متداول في اللغة: هو أخذ الشيء دون علم مالكة.

¹الفاضل خمار، المرجع السابق، ص: 27 عن حمدي باشا عمر، محاضرة أقيمت بتاريخ: 2001 /04/25، على قضاة التكوين المستمر، المعهد الوطني للقضاء، تحت عنوان المنازعات العقارية.

²الفاضل خمار، المرجع نفسه ص: 27.

³الفاضل خمار، المرجع نفسه، ص: 28 / عن محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1990 من ص: 126 إلى ص 134.

⁴الفاضل خمار، المرجع السابق، ص: 28.

كما أن المحكمة العليا عرّفت فعل الخلسة في قرار لها بتاريخ: 1988/11/18 أنه هو دخول الجاني العقار دون أن يكون له حق الدخول إلى هذا العقار ودون علم صاحبه ورضاه¹. وفعل الخلسة يكون عند قيام الجاني بانتزاع العقار بعيدا عن أنظار المالك ودون علمه بسلب الحيازة منه ودون موافقته.

المشرع الجزائري وضع آليات قانونية لحماية الملكية العقارية موضوع دراستنا من خلال القانون المدني أو القوانين الأخرى العقارية، وبالتالي يمكن لصاحب الملك العقاري إثبات ملكيته على هذا الملك العقاري بالوسائل التي سبق وأشرنا إليها من وسائل الإثبات القانونية، وبناء على ذلك يمكن القاضي بسط رقابته على الإجراءات المتبعة من المعتدى على ملكه العقاري، وهنا يمكن الإشارة إلى أن القاضي الجزائري لا يمكنه التحقق من الشخص صاحب الملكية كون أن ذلك يخرج عن اختصاص القاضي الجزائري وإنما من اختصاص القاضي المدني والعقاري أو الإداري في بعض الأحيان، ولهذا ربط القضاء قيام فعل الخلسة والتدليس بعودة المحكوم عليه بالطرد (بموجب حكم قضائي نهائي حائز قوة الشيء المقضي به) إلى شغل المكان الذي طرد منه، وما درجت عليه الإجراءات داخل المحاكم عند تقديم شخص شكوى بخصوص تعدي على ملكية عقارية، أن يقدم هذا الأخير حكم القاضي بالطرد من العقار ومحاضر التنفيذ وكذا محضر التنصيب ثم أن يذكر ما يفيد عودة الجاني إلى الاعتداء على العقار، وبات لازما احترام هذه الإجراءات حتى يتمكن الضحية الذي تم التعدي على ملكيته من الحكم لصالحه، وإدانة الجاني وهو ما أكدت عليه عدة قرارات حتى استقر عليه العمل القضائي². ويمكن شرح الإجراءات السابقة فيما يلي من الدراسة:

أ/ وجود حكم يقضي بالطرد من العقار محل التعدي:

يصدر الحكم بالطرد بعد لجوء الطالب (الذي يجب أن تتوفر فيه الصفة والمصلحة) لمجموعة من الإجراءات التي يثبت من خلالها أحقيته على العقار محل النزاع ثم يصدر حكما بذلك، والذي يكون في بعض الأحيان بصيغة "الحكم بطرد الشاغل المدعى عليه وكل شاغل بإذنه" ومثلها في الصياغة ويجب الإشارة إلى أن الاعتداء الذي لحق هو اعتداء على الحيازة وليس اعتداء على الملكية، كون أن ملكية الشخص تكون وفق سند ملكية، وأن المعتدي منع المالك هنا من حق الاستعمال والاستغلال

¹قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 1988/11/18، مجلة قضائية 1993، عدد02، ص: 192.

²بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص: 37، 38.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

وبهذا تكون ملكيته للعقار ملكية غير تامة، لكن تبقى للمالك حق التصرف في العقار ببيعه أو هبته من التصرفات التي تنصب على حق المالك في ملكه، كما يجب أن يكون الحكم نهائياً حائزاً لقوة الشيء المقضي به مستنفذا لكل الطرق، والقاضي بالطرد من العقار محل التعدي.¹

ب/ مباشرة إجراءات التنفيذ وإتمامها بمحضر تنصيب:

عند صيرورة الحكم النهائي الحائز لقوة الشيء المقضي به يتم استكمال ذلك بمجموعة من الإجراءات:

- تبليغ الحكم أو القرار حسب الحالة القاضي بالطرد للمعتدي وكل شاغل بإذنه.
- يتم استخراج الصيغة التنفيذية للحكم أو القرار القاضي بالطرد.
- الاتصال بمحضر قضائي مختص إقليمياً لمباشرة إجراءات التنفيذ ضد المحكوم عليه وتنفيذ حكم الطرد.
- ان يعطي المحضر القضائي المختص إقليمياً الشخص المنفذ عليه المهلة القانونية، لمغادرة العقار ودياً أو اختيارياً.
- فإن رفض المنفذ عليه الخروج من العقار يلجأ المحضر القضائي إلى التنفيذ الجبري، ويمكنه الاستعانة حتى بالقوة العمومية، أو الكسر حسب الحالة والتي تكون عن طريق طلب تسخيرة من السيد وكيل الجمهورية المختص.
- يتم التنفيذ على المنفذ عليه وطرده من العقار.
- تنصيب الطالب في العقار عن طريق محضر تنصيب.
- نشير أنه عادة ما يستعين المحضر القضائي بخبير عقاري لتنصيب طالب التنصيب الصحيح بحكم أنه مختص.

¹بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص ص: 39، 38.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ج/ عودة المنفذ عليه إلى شغل المحل:

لا يعاقب القانون على دخول العقار لأول مرة، واشترطت المحكمة العليا الرجوع لاحتلال المنطقة وشغلها مرة أخرى¹، وهذا ما يشكل أركان جنحة التعدي على الملكية العقارية حسب نص المادة 386 من قانون العقوبات.

قد يحدث في بعض الأحيان أن يرجع الشخص الذي نفذ عليه الطرد وديا أو جبرا إلى العقار الذي طرد منه، في هذه الحالة يقوم المعتدى على ملكيته بالاستعانة بمحضر قضائي مختص إقليميا (عن طريق استصدار أمر من رئيس المحكمة المختص بتعين محضر قضائي للانتقال للعقار المعتدى عليه وإثبات واقعة التعدي على العقار) ليحرر محضر إثبات حالة التعدي على العقار الجديد، ويمكنه حتى الاستعانة بضباط الشرطة القضائية لإثبات واقعة التعدي الجديد، وفق المادة 12 من قانون الإجراءات الجزائية.

د/ ظرف التشديد:

كما يمكن الإشارة إلى أن المادة 2/386 ذكرت ظروف التشديد والتي تؤدي إلى تشديد العقوبة ضد الجاني إذا ما اقترن الفعل بظرف من ظروف التشديد المذكورة قانونا، وهي: ظرف الليل، فعل التهديد، العنف، التسلق، الكسر، التعدد، حمل السلاح.²

وتكون العقوبة هي الحبس من سنتين إلى عشر سنوات والغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، وهذا منصوص عليه في قانون العقوبات في 2/386.

¹ وفي ذلك قرار للمحكمة العليا رقم: 448 المؤرخ في: 15/06/1990 " يعد مرتكبا للجنحة من طرد من عقار وعاد إليه ليتحصل على محاصيله، ويتصرف فيها.

² أنظر مذكرة: بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، من ص: 39 إلى ص: 44.

تعريف التدليس

تنص المادة 86 من القانون المدني على: "يجوز إبطال العقد للتدليس، إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين، أو نائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

كما يعتبر تدليسا، السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة، إذا ثبت أن المدلس عليه، ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة، أو هذه الملاحظة.

التدليس حسب المادة 86 من القانون المدني أنواع، منها:

- لجوء أحد المتعاقدين (ويسمى بالمدلس) إلى الحيل، لإبرام العقد بين الطرفين.

- لجوء نائب عن المدلس إلى الحيل لإبرام العقد بين الطرفين.

- السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة من خلالها يبرم الطرف المدلس عليه العقد، بحيث لولاها لما أبرم هذا الطرف العقد.¹

التدليس: وفق الشريعة العامة هو التعبير عن عيب في الإرادة، أو الرضا من خلال استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تدفع المدلس عليه إلى التعاقد.

أما الحيل فهي وسائل ومظاهر خداعة تدفع المدلس عليه إلى التعاقد سواء بالكذب أو بكتمان الحقيقة. ويختلف التعريف الفقهي والقانوني للتدليس بين القانون المدني والقانون الجزائي.

فالقانون المدني: يحكم القاضي ببطلان العقد المبرم، إذا تم نتيجة تحايل أحد المتعاقدين باختلاف أنواع التحايل التي ذكرناها.²

في قانون العقوبات هذا لا يكفي وحده لقيام أركان المسؤولية الجزائية للجاني، كما ذكرت ذلك المادة: 372 من قانون العقوبات والتي ذكرتها على سبيل الحصر.

¹المادة 86 من القانون المدني السالف الذكر.

²الفاضل خمار، المرجع السابق، ص:29.

البند الثاني: جريمة نقل وإزالة الحدود

ذكر قانون العقوبات الجزائري السالف الذكر جريمة نقل وإزالة الحدود في نصوصه من خلال المادة: 417 منه ونصت على: "كل من ردم حفرة أو هدم سورا مهما كانت المواد التي صنعت بها أو قطع أو اقتلع سياجا أخضرا أو خشبا جافا منه أو نقل أو ألغى أنصاب الحدود بين مختلف الأملاك أو تعارف عليها كفاصل بينها يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنة وبغرامة من 2000 دج إلى 100.000 دج".

أركان جنحة نقل وإزالة الحدود

يمكن استخلاص أركان هذه الجنحة من المادة: 417 وذلك وفق ما يلي:

الركن المعنوي: حيث أن النص الذي يجرم الفعل المرتكب من الجاني ذكرته المادة: 417 من قانون العقوبات التي سبق ذكرها.

الركن المادي لجريمة نقل وإزالة الحدود

- فعل النقل أو الإزالة:
- نوع الشيء الذي يقع عليه فعل النقل أو الإزالة.
- وجود ملكية مجاورة.

ويمكن شرح كل عنصر على حدا فيما يلي من الدراسة:

أ/ فعل النقل أو الإزالة: وهو بمثابة الركن المادي للجريمة، حيث أن نقل الحد هو تحويله من مكان إلى آخر، أما إزالته هو رفعه أو إتلافه، أو محوه بأي طريقة كانت، كما يأخذ حكم الإزالة نقل معالم الحدود، وإزالتها كليا، أما إزالة جزء منها فنكون أمام جريمة التخريب أو جريمة الإتلاف، وفي هذا حماية للحدود العقارية لكل مالك ولكل قطعة.¹

¹بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص: 46

- أنظر كذلك عبد الحكم فودة، جرائم الإتلاف واغتصاب الحياة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998، ص: 107.

- ب/ الأمر الذي يقع عليه فعل النقل أو الإزالة: ويشمل مصطلح حد كل العلامات التي تفصل بين ملكية وملكية أخرى مجاورة لها، وهي تمثل حدود الملك سواء ملكية خاصة أو عامة أو وقف، وذكرها المشرع في المادة 417 على سبيل المثال وليس الحصر ثم أن معرفة هذه الحدود يمكن الاعتماد فيه على العرف كذلك.

- ج/ وجود ملكية مجاورة: لقيام جنحة إزالة الحدود يفترض وجود ملكيتين لشخصين مختلفين، فإذا كانت لنفس الشخص هنا منطقيا لا تقوم كون أن التعدي غير موجود وبالتالي انتفاء هذا العنصر، والإزالة المقصودة هي الإزالة التي يترتب عليها تغير حدود الموجودة والتي تفصل بين الملكيتين¹

الركن المعنوي: يقتضي اتجاه نية الجاني وقصده ارتكاب فعل النقل أو الإزالة لحدود العقار من مكانه الصحيح، إلى مكان آخر وأن يكون على علم بما يقدم عليه.²

البند الثالث: حماية الملكية العقارية من جريمة التزوير

ويعاقب قانون العقوبات الجزائري على فعل التزوير في الفصل السابع من الكتاب الثالث الخاص بالجنايات والجنح وعقوباتها، والذي يقع على وثائق رسمية موضوع الإثبات في الأملاك العقارية، كما ذكرت ذلك بعض القوانين الخاصة، منها قانون 02/07 المتعلق بالتحقيق العقاري المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري في مادته: 18 ونصت على: "في حالة اكتشاف ترقيم تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة، يقوم مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي، برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الترخيم العقاري المعني، ويقدم شكوى أمام السيد وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية".

وفي قانون الأوقاف ذكر في المادة: 36 من قانون 10/91 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم على: "يتعرض كل شخص يقوم باستغلال ملك وقي بطريقة مستترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائق أو مستندات أو يزورها إلى الجزاءات المنصوص عنها في قانون العقوبات".

¹بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص:47، وما بعدها.

²بوعرفة عبد القادر، المرجع نفسه، ص: 48.

مفهوم التزوير

نتطرق هنا إلى تعريف عملية التزوير تم نذكر أركانها فيما يلي:

أولاً: تعريف التزوير:

لم يعرف القانون الجزائري ولا القانون الفرنسي التزوير وترك تعريفه للفقهاء ولكن رتب جزاءات على كل مزور، ويعرفها الفقيه الأستاذ: جارسون على أن "التزوير في المحررات هو تغيير الحقيقة في محرر بقصد الغش بإحدى الطرق التي عينها القانون تغييراً من شأنه أن يسبب ضرراً¹.

ثانياً: أركان التزوير الواقع على ملكية عقارية

لقيام جريمة التزوير في محررات يلزم توفر ركن مادي ثم ركن معنوي ونص يجرم الفعل المرتكب وفق مبدأ المشروعية المعروف (لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون)² الذي ورد في النصوص القانونية من المادة 197 وما بعدها من قانون العقوبات.

الركن المادي لجنحة التزوير:

هي تغيير ما ورد من حقيقة في وثيقة بوسيلة مما نص عليه القانون، وأن تكون نتيجة هذا الفعل وقوع ضرر للغير، أو احتمال وقوعه³، (ويضيف بعض الفقهاء وكذا العمل القضائي أنه يلزم لقيام جنحة التزوير تمسك الطرف المدني المتضرر بالشكوى وتؤسسه طرفاً مدنياً وقبل ذلك يجب أن يتم حجز الوثيقة المزورة وتكون موجودة).

الركن المعنوي لجنحة التزوير:

وهو اتجاه نية الجاني إلى ارتكاب فعل التزوير بتغيير محتويات الوثيقة قصد نتائج هذا الفعل.

¹ عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزيف مدنياً وجنائياً في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص: 12.

² أنظر المادة: 01 من الأمر رقم: 156/66 السالف الذكر، المعدل والمتمم لاسيما بالقانون رقم: 02/16 المؤرخ في: 19 يونيو 2016.

³ بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص: 64، ص: 65.

الباب الثاني: دور أطراف الملكية العقارية في إثبات الملكية العقارية

ثالثا: طرق التزوير وفق التشريع الجزائري

وضع المشرع الجزائري طرقا حددها على سبيل الحصر لقيام جنحة التزوير وهو نوعان مادي ومعنوي.

أ/ التزوير المادي في القانون الجزائري¹:

وطرق التزوير المادي الذي يصدر عن موظف عمومي أو قاض أثناء تأديته مهامه هي كما يلي:

- وضع توقيعات مزورة.
- اصطناع اتفاقيات أو نصوص أو التزامات أو مخالصات بإدراجها في هذه الوثائق.
- إضافة أو إسقاط أو تزيف شروط أو إضافة إقرارات أو وقائع التي حررت الوثيقة لتلقيها أو لإثباتها.
- انتحال شخصية الغير أو الحلول محلها، وفق المادة: 216 من قانون العقوبات.

ب/ التزوير المعنوي في القانون الجزائري:

وهو اتجاه نية الجاني إلى التغيير في محتوى الوثيقة المستظهرة وذلك بإيهام الطرف الآخر بأن محتواها صحيح.

رابعا: التزوير في محررات رسمية

أ/ التزوير في محررات رسمية من موظفين عموميين:

تتطلب، لقيام جنحة بالإضافة إلى الأركان العامة للتزوير، تحقق شروط إضافية للشروط السابقة كما يلي:

¹ أنظر المادة: 216 من القانون رقم 156/66 السالف الذكر.

- وقوع التزوير في محرر رسمي.

- وقوع التزوير من موظف عمومي حرر وثيقة رسمية.

- وقوع التزوير أثناء تأدية الموظف أعمال وظيفته.

ب/ التزوير في محررات رسمية من موظفين غير عموميين:

كما يمكن أن يقع التزوير في محررات رسمية من أشخاص عاديين وهي الأكثر انتشارا كون أن أي موظف يكون مسؤولا ويعلم جيدا خطورة فعل التزوير وما له من عواقب، وبالتالي يعلم عواقب فعله الخطير فلا يقدم على مثل هكذا أفعال، لذا نرى انه ينتشر تزوير من أفراد غير الموظفين العموميين وذكرت ذلك المادة: 216 من قانون العقوبات والتي اشترطت بالإضافة إلى الشروط العامة شرطين هما:

- أن يقع التزوير في محرر رسمي.

- أن يكون التزوير ماديا¹.

البند الرابع: جنحة استعمال المزور

ميز التشريع الجزائري بين التزوير في محررات واستعمال المزور، كون أنهما جريمتان منفصلتان عن بعضهما البعض، ولكل منهما شروط خاصة، وجزاء خاص.

يقع التزوير وفق طرق مادية وأخرى معنوية وبقصد إحداثه على خلاف استعمال المزور الذي يوضع بأي طريقة ليتم التعامل بهذه الوثيقة وقد نصت عليه المادة: 218 من قانون العقوبات وذكرت أركانه كما يلي:

- فعل الاستعمال.

- تزوير المحرر المستعمل.

- علم المستعمل بهذا التزوير وهو القصد الجنائي للجنحة.

¹بوعرفة عبد القادر، المرجع السابق، ص: 68.

التزوير في عقود عرفية:

يمكن الطعن بالتزوير بطلب فرعي في محرر عرفي قدم أثناء سير الخصومة، وكان المحرر العرفي محل الدعوى الأصلية بالتزوير فإنه يجب أن يبين في العريضة أوجه التزوير، فإذا لم يتمسك به المدعي يعطي إشهاداً للمدعي. يحرر كاتب ضبط الجلسة بعدم تمسك المدعي بالمحرر، أما إذا تمسك المدعي عليه بالوثيقة المزورة فهنا ينظر القاضي إذا ما كانت الوثيقة غير منتجة في النزاع فيصرف النظر عنها كذلك إذا ما أنكر أحد الخصوم الإمضاء أو الخط المنسوب إليه يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن تلك الوثيقة، أما إذا كانت مجددة في النزاع فإنه يؤشر على الوثيقة محل النزاع ويأمر بإيداع أصلها إن وجد بأمانة ضبط المحكمة أو المجلس حسب الحالة كما يأمر بإجراء مضاهاة الخطوط اعتماداً على الوثائق أو على شهادة الشهود، كما يمكن له الاستعانة بخبير، كما يبلغ ملف القضية إلى النيابة العامة لتقديم طلباتها المكتوبة، أما إذا تم عرض القضية أمام القاضي الجزائي فيتم الفصل فيها وهنا يتم إرجاء الفصل في قضية مضاهاة الخطوط، إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية.¹

¹ بوعرفة عبد القادر: ص ص: 73، 74.

خلاصة الباب الثاني:

في المحور الثاني من الدراسة ثم التطرق لآليتي عقد الشهرة والتحقيق العقاري كآلية لاكتساب الملكية العقارية، وقمنا بإعطاء مفهوم كل منهما، كما ذكرنا المنازعات التي -عادة- ما تنتج عن تنفيذ الآليتين -بعد التأكد من الحيابة الصحيحة والقانونية-، هذا في الجزء الأول من الدراسة، بعده عالجتنا دور القاضي والأطراف خلال المعاملة العقارية.

إن دور القاضي والأطراف المتعاقدة تتميز بالتداخل في بعض الأحيان.

دور القاضي هو حماية الطرف المتضرر بشكل عام، يحمي النظام العام كذلك، والملاحظ أن القانون منحه إجراءات من بينها الاستعانة بأهل الخبرة عندما يتعلق الأمر بالأمر بالفنية والتي يغلب فيها الجانب الفني عن الجانب القانوني، فيستعين القاضي بخبير عقاري تسند له مهام محددة في الحكم.

إن لجوء القاضي إلى أهل الخبرة لبناء حكمه بناء سليماً يعد استثناء، كون أن الأصل أن القاضي تلقى تكويناً وهو في تكوينات دورية خلال حياته المهنية، لكن الملاحظ أن القاضي أصبح يلجأ إلى الاستعانة بخبير في أبسط الأمور.

إن هذا الإجراء السالف الذكر، من شأنه إطالة أمد النزاع، ثم فيه إرهاب للأطراف المتنازعة وزيادة في مصاريف التقاضي، وعليه يجب تجنب هذا الإجراء إلا في حالة غاب عنه فهم موضوع النزاع.

بخصوص أطراف المعاملة العقارية، يجب عليهم احترام الإجراءات التي يفرضها القانون، ثم إن عليهم تسجيل معاملاتهم وكذا السعي لذلك.

إن أي إخلال أو تدليس أو غبن لأحد أطراف المعاملة العقارية يعطي الطرف الآخر الحق في اللجوء للقضاء والمطالبة بوقف هذه الأعمال أو المطالبة بتعويض عادل وغيرها من القضايا المدنية التي توفر الحماية القانونية للملكية العقارية في المجالات المدنية (من خلال دعوى الاستحقاق ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة)، وحماية إدارية وأخرى جزائية، ثم عملية الشهر ودورها في إرساء حماية حقيقية للملكية العقارية، من خلال نظامي الشهر الشخصي والشهر العيني.

ثم أن قانون العقوبات الجزائري أعطى الطرف المتضرر الحق في تقديم شكوى إلى السيد: وكيل الجمهورية المختص يطالب من خلالها رد الحقوق المنتهكة وفي مقدمتها ما ذكرته المادة: 386 من قانون العقوبات الجزائري - والتي تعتبر المرجع العام في مسائل التعدي على الأملاك العقارية كما سبق وذكرنا ذلك -.

دور الأطراف مهم وفعال، لذلك نلاحظ اعتماد المشرع على قوانين من شأنها تنظيم المعاملات العقارية بين الأفراد هذا من جهة، ومن جهة أخرى كان الهدف من اقرار هذه الآليات التسريع من عملية المسح التي عرفت تأخرا. وهو - إن صح التعبير - اعتراف ولو ضمني بدور الأطراف، خلال المعاملة العقارية.

الغائمة

دراسة موضوع إثبات الملكية العقارية يفتح المجال للباحث والقارئ للاطلاع على وضعية العقار والأموال العقارية في كل بلد، وكذا الإجراءات التي كرسها لحماية مختلف الأملاك العقارية في البلاد.

المشرع الجزائري على غرار باقي الأنظمة القانونية أدرج مجموعة من القوانين لتنظيم هذه الأملاك العقارية من خلال مجموعة من الإجراءات وآليات لتنظيم الملكية العقارية، لما تلعبه من دور في تنمية الاقتصاد والحصول على القروض وغيرها من الإيجابيات التي تنتج عن استقرار المعاملات في المجال العقاري.

رأينا فيما سبق من الدراسة الحالية أن الشريعة الإسلامية أكدت على توثيق المعاملات وكتابتها بين الأفراد من خلال آية المداينة وفي العديد من النصوص الشرعية في الكتاب والسنة، وأساس هذه المعاملات هو التراضي بين طرفي العقد، وهو ما ميزها عن باقي التشريعات الوضعية والدينية الأخرى فلا هي غالت في تحريمها، ولا هي تركتها دون تنظيم.

وفي الجزائر التي كانت تخضع للحكم العثماني مند سنة 1518 ميلادي، كانت الشريعة الإسلامية هي المطبقة والأعراف السائدة في المجتمع وذلك مند دخول البلاد في راية التوحيد على غرار باقي دول المغرب العربي والدول الإسلامية كافة حتى سنة: 1830، وبدخول فرنسا الجزائر بدأت هذه الأخيرة بسن قوانين لتنظيم الأملاك العقارية في البلاد، والتي كان الهدف من ورائها الاستيلاء على أكبر قدر من المساحة الخصبة من الأراضي الجزائرية بثتى الطرق والآليات، مما أنتج وضعية عقارية غير واضحة المعالم، خاصة وأن الإدارة الاستعمارية الفرنسية سنت الكثير من القوانين في وقت قصير وصل إلى حد التعقيد، وهو الأمر الذي يعطي تفسير أن الإدارة الفرنسية لم تتمكن من إيجاد نظام قانوني صحيح ومنظم تستطيع من خلاله إرساء نظام عقاري منظم وخاص بالمجتمع الجزائري ولعل ذلك كان لأسباب عديدة ومختلفة، نذكر من بينها أن الإدارة الفرنسية:

- لم تكن تسعى إلى وضع نظام قانوني عقاري حقيقي بالقدر الذي كانت تسعى من خلاله إلى وضع قوانين تساعد على الاستيلاء على أكبر قدر ممكن من الأراضي الخصبة الخاصة بالمواطنين والأهالي الجزائريين، كون أن ذلك مطمع كل مستعمر غاشم.

- كما كانت القوانين التي تم سنها من الإدارة الفرنسية في تلك الحقبة الزمنية الهدف منها هو إسباغ بعض المعاملات العقارية الغير قانونية السبغة القانونية وهي القوانين التي حرمت الأهالي

والمواطنين من أملاكهم لمختلف الحجج وهي الأسباب التي يمنعها التشريع الفرنسي مثل الإكراه والغبن وغيرها من الأسباب التي تعرض لها المواطنين الجزائريين وهي محرمة ويمنعها القانون الفرنسي ومعظم قوانين العالم.

- كما قام رجال الإدارة العثمانية التي كانت تنظم الأملاك العقارية في الجزائر من مسك السجلات وغيرها من الأعمال العقارية، قاموا بعد دخول المستعمر بإخفاء هذه السجلات عن الإدارة الفرنسية، وهو الأمر الذي صعب المهمة أكثر على الإدارة الاستعمارية.
- كما حاولت الإدارة الفرنسية طمس معالم الإدارة الجزائرية التي تميزت بالتنظيم وحسن التسيير.
- لم تستطع الإدارة الفرنسية في الجزائر إيجاد آلية قانونية وإجرائية فعالة لضبط الملكية العقارية في الجزائر.

وكل ذلك هو عكس ما كانت تدعيه فرنسا عن سياستها في الجزائر وتطويرها البلاد والنظام العقاري ومختلف المجالات.

وباستقلال الجزائر ورثت البلاد وضعية عقارية غير واضحة المعالم سعت القيادة السياسية إلى مواصلة العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض مع السيادة الجزائرية كما سبق وأشرنا، وبعد فترة زمنية أقربت مجموعة من القوانين والآليات لتنظيم الملكية العقارية في البلاد. فقامت بتسوية بعض الوضعيات التي سادت خلال فترة الاستعمار ويمكن التطرق لها فيما يلي:

العقد العرفي:

انتشر العمل بالعقد العرفي - بالمفهوم الحالي أي خارج إطار الموثق - خلال الفترة الاستعمارية خاصة المواطنين الذين كانوا لا يعترفون بالدولة الفرنسية في الجزائر فكانوا يوثقون معاملاتهم أمام إمام المنطقة والذي كان يختم العقد بختمه. ويلاحظ أنه تم إلغاء العمل بالعقود العرفية وذلك بعد صدور قانون التوثيق والذي بدأ العمل به من جانفي 1971، حيث أنه لا بد من توضيح الأمر، كون أن هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها على العموم، خاصة أن المعاملات العقارية في بعض المناطق لا تزال تخضع لأعراف وتقاليد المنطقة وبالتالي يجب مراعاة هذه الأنواع والحالات من المناطق في تحرير العقود فليس كل عقد عرفي مرفوض وإنما هناك استثناءات يجب التنصيص عليها في القوانين القادمة، وهذا حتى تساعد الدولة في توثيق أكبر للعقارات، والعقد العرفي ورغم مساوئه إلا أن له دور في تقييد وإثبات

المعاملات العقارية وأنه وسيلة لتبسيط الإجراءات على المتعاملين في العقار خاصة الأشخاص محدودي الدخل، ثم إنه وسيلة للتهرب من توثيق بعض المعاملات العقارية... فيمكن إيجاد آلية قانونية لتسوية المعاملات العرفية وبالتالي إصباغ هذه المعاملات صفة الرسمية، كون أن الغاية الأساسية من فرض الموثق هو توثيق المعاملات العقارية بين الأفراد وضمان عدم التلاعب ومحاربة الغش في إبرام العقود كون أن الجانب الجبائي للمعاملة يدخل ضمن الأعمال الإدارية والعقد العرفي يحترم ذلك وهو يوثق المعاملة إذا تم في شكله الصحيح.

ويمكن إضافة مادة أو فقرة إضافية للمادة: 327 من القانون المدني كما يلي:

" دون الإخلال بما ورد في المادتين: 327 و328 من هذا القانون يكتسب العقد العرفي صفة الرسمية إذا احترمت إجراءات الشهر العقاري المنصوص عليه قانوناً".

الأراضي الشاغرة: سبق التطرق لهذا النوع من العقارات وهي عقارات كانت تديرها الإدارة الفرنسية، وعند مغادرة المستعمر الفرنسي البلاد أصبحت هذه العقارات بدون مالك، وهنا قام المشرع الجزائري باعتبار الأملاك التي غادرها أصحابها شاغرة إن لم يلتحقوا بها خلال 03 أشهر وذلك من خلال الأمر رقم: 20/62 الصادر بتاريخ: 1962/08/24¹

عقارات بدون عقود: بعد خروج الإدارة الفرنسية من الجزائر، تركت مجموعة كبيرة من العقارات دون عقود إثبات ملكية، وهذا لأسباب عديدة ومختلفة، وكان على المشرع الجزائري، إيجاد حلول وآليات لتسوية وضعية هذه العقارات.

إن السياسة العقارية الفرنسية في البلاد خلقت فوضى عقارية إن صح التعبير ومن الأسباب التي أدت إلى ذلك:

- السياسة الفرنسية في البلاد والقوانين التي سنتها لما كانت بالجزائر بحيث لم تستطع الحكومة الفرنسية إيجاد منظومة قانونية محكمة تنظم بها الملكية العقارية الجزائرية، ولعل أسباب ذلك كما سبق وأشرنا أن الإدارة الفرنسية لم تكن تبحث عن قوانين لتنظيم الملكية العقارية وإنما كانت تهدف

¹مزيان محمد الأمين، وجبار أمال، مقال بعنوان: أحكام الأملاك الشاغرة في التشريع الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 29، جوان 2016.

من وضع القوانين إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من مساحة عقارية للدولة الفرنسية وللمستوطنين من أراضي خصبة على غرار قانون وارني 1873/07/26 وهو مطمع كل غازي مغتصب.¹

- إن النظام العقاري قبل دخول المستعمر الفرنسي كان يتميز بالتنظيم المحكم ويسوده في الغالب مبدأ التراضي، ويحكمه العادات والتقاليد المنطقة كما سبق وذكرنا، والتي كانت تخضع في مجملها لتعاليم الشريعة الإسلامية في تداول وانتقال الملكية العقارية.

- الفوضى العقارية كانت وليدة الاستعمار الفرنسي، وما يؤكد محاولة النظام الفرنسي اختلاق الفوضى العقارية، أنه هو المستفيد الأول والأكبر من هذه السياسة، خاصة إذا ما علمنا أن الأملاك العقارية كانت منظمة ومؤطرة وفق نظام بسيط وواضح يعلمه المواطنون والرعايا الأجانب قبل دخول فرنسا البلاد وبالتالي الفوضى العقارية كانت وليدة الاستعمار الفرنسي بامتياز.

بخصوص السياسة العقارية الجديدة في الجزائر، وبعد الدراسة المتواضعة التي قمنا بها وجدنا

أنه:

- لم تكن وليدة البيئة الجزائرية ولا عقلية المواطن الجزائري.

- كما أنه تواصل العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية في بادئ الأمر، لكنه سرعان ما تم سن قوانين لتنظيم الملكية العقارية، لكن الإشكال بقي قائما، من كثرة النصوص وتغيرها من فترة إلى أخرى وفي فترة وجيزة.

- كل هذه الأسباب كرسست عدم استقرار الملكية العقارية في البلاد.

- وبخصوص بعض الآليات مثل: عقد الشهرة كان غرض واضع هو تسهيل والسرعة في انجاز إجراءات دراسة الملفات وغيرها إلى تسليم سند الملكية، إلا أن النتائج كانت عكسية وكارثية على مجال المعاملات العقارية والملكية العقارية بشكل عام خلقت فوضى وانتهاكات واعتداء على عقارات الخواص وعلى الممتلكات العمومية كذلك. لذلك أحسن صنعا المشرع الجزائري عندما قام بإعادة النظر الجدي في تسليم سندات الملكية العقارية للملاك.

¹قانون وارني الصادر بتاريخ 1873/07/26.

ومما سبق من الدراسة الحالية يمكن تقديم مجموعة من النتائج:

- الملاحظ أن المشرع الجزائري وضع أدوات إثبات الالتزام في القانون المدني في الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني رقم: 58/75 بعنوان إثبات الالتزام وعدد أدوات إثبات الالتزام وهي: الإثبات بالكتابة، الإثبات بشهادة الشهود، القرائن، الإقرار، اليمين.

حيث أن هذه الأدوات تستعمل كوسائل إثبات أمام القضاء في جميع المجالات القضائية لمن يدعي حقا من الحقوق أو من يريد دفعا من الدفوع أمام القضاء وهذه الأدوات تشمل معظم مجالات الإثبات القانونية بما فيها مجال القانون التجاري فإيا حثبا لو يخصص المشرع أدوات إثبات في كل مجال على حدا وهذا ما يساعد القاضي في بناء حكمه بناءا سليما هذا من جهة، ومن جهة أخرى وفي المجال التجاري وما يتميز به من سرعة وائتمان في المعاملات، حيث أنه بابتكار آلية جديدة في إثبات مثل هذه المسائل يكون له أثر حسن في تسهيل وتسريع المبادلات بين المتعاملين الاقتصاديين في مختلف المعاملات التجارية.

تنص المادة 328 من القانون المدني على شروط العقد العرفي حتى تكون ذات حجية في مواجهة الغير، وهذا كما يلي: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا مند أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء:

- من يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.
- غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة¹.

¹ أنظر المادة 328 من القانون رقم: 58/75، السالف الذكر.

- غير أن هذه المادة تصطدم عمليا بالمادة: 15 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس السجل العقاري على "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية..."
- يتضح من المادة المذكورة رقم 15 أنه كل ما يتعلق بإثبات معاملة عقارية وجب أن يشهر وأن يسجل وهو الأمر الذي يفرض أن تكون المعاملة موثقة عند ضابط مختص وهذا الأخير يشهر هذه المعاملة لدى المصالح المختصة، في الحين أن المادة: 328 من القانون المدني ذكرت شروط العقد العرفي حتى تكون ذات حجية في مواجهة الغير، وعددت كما ذكرنا، وهنا اعتراف من المشرع المدني ضمنا بالوثيقة التي أنكرها في قانون 74/75 ؟
- مدة التقادم المكسب للعقار: الإشكال القانوني الذي وقع في حساب مدة التقادم المكسب للعقار، حيث أنها خلقت تعارض مع مبدأ مساواة المواطنين أما القانون، فينبغي تدارك ذلك وعدم تكراره. كون أنه يمكن إدراج فقرة تستثني الطلبات التي بدأ سريان مدة التقادم فيها، ويمكن صياغة المادة كما يلي:**
- "مدة تقادم المكسب للعقار هي 15 سنة، على أن العقارات التي تم بشأنها بدأ حساب الآجال سريان التقادم المكسب وفق القانون القديم، تكون مدة حياة العقار في هذه الحالة 15 سنة فقط، تحسب من تاريخ صدور هذا القانون ودخوله حيز التنفيذ"**
- أي يبدأ حساب مدة التقادم المكسب بالنسبة للملفات المودعة قبل صدور هذا القانون يبدأ سريان أو حساب مدة التقادم من تاريخ صدور هذا القانون، مدة 15 سنة.
- ما ميز تنظيم الملكية العقارية في البلاد هو كثرة النصوص القانونية، والتي جعلت المجال العقاري في البلاد معقد نوعا ما إن لم نقل إنه يصل حد الغموض في بعض الحالات عند تطبيقه.
- الدفتر العقاري السند الوحيد لإثبات الملكية لعقارية، حيث اعتبرته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في: 2000/06/28 عدد 1ص: 249 السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية.
- لا يجوز قسمة أراضي العرش وذلك حسب نص المادة: 85 من قانون رقم: 25/90 تبقى ملك للدولة أراضي العرش والبلديات المدمجة ضمن الصندوق الوطني للثورة الزراعية بمقتضى الأمر رقم: 73/71 وذلك وفقا لأحكام المادة: 18 من قانون المتضمن الأملاك الوطنية.

- ولا يجوز كسبها بالتقادم لذلك لا يجوز المطالبة بقسمتها، كما لا يجوز تملكها إلا بقانون، ويمكن حيازتها حيازة استغلالية، وهو الأمر الذي أكدته المحكمة العليا.
 - الأصل العام أنه لا قيمة قانونية للعقد العرفي، وذلك بعد صدور قانون التوثيق الأمر رقم: 91/70 في المادة 12 منه والتي تم إفراغ محتواها في المادة 324 مكرر 1 من قانون المدني رقم: 58/75 وبالتالي وجب إثباته بعقد رسمي ومشهر باستثناء ما نص عليه القانون مثل: العقود المبرمة قبل صدور قانون التوثيق¹.
 - كما يجوز الاحتجاج بالمحركات العرفية في المواد التجارية ولو لم تكن ثابتة التاريخ حتى على الغير وهو استثناء عن القاعدة العامة التي تم الإشارة إليها (أن الإثبات يكون بعقد رسمي وفق المادة 324 من القانون المدني، وأنه لا قيمة للعقود العرفية بعد صدور قانون التوثيق).
 - أنظمة الشهر في القانون هي نظام شخصي ونظام عيني، كما شهدنا ولكل منهما إيجابيات وسلبياته.
 - بخصوص نظام الشهر في الجزائر، عرفت الجزائر ازدواجية في نظام الشهر حتى بعد الاستقلال لكن سرعان ما تبنت نظام الشهر العيني بعد صدور قانون التوثيق².
- مما سبق دراسته وما تقدم يمكن إعطاء بعض التوصيات ونذكر منها:**
- إن تنظيم أي مشروع قانوني في أي مجال لا بد له من دراسة، تنظر أبعاد هذا القرار الإيجابية والسلبية، ثم الاستعانة بالتجارب السابقة للدول في هذا المجال، وكذا الاستعانة بالخبراء والمختصين في المجال من قانونيين ومهندسين وإداريين وكل من يتدخل في العملية، ثم يمكن وضع فترة تجريبية للمشروع وفق مدة زمنية محددة لنظر في الثغرات وكذا النقائص.
 - أن تكون الفترة التجريبية للمشروع على منطقة محددة من البلاد ليس أن تعمم مشروع على كامل التراب الوطني دون معرفة إن كان سينجح أم فيه نقائص، أو يحتاج إلى تعديلات وغيرها

¹ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص: 129 وما يليها

² حمدي باشا عمر/ ليلي زروقي، المرجع السابق، ص: 45

ثم الخروج بنتائج عن المشروع تكون أساس لبناء مشروع قانون متماسك وقوي ووليد المجتمع والبيئة الخاصة بهذا البلد.

- أن تكون اللجنة التي تعد المشروع من الأشخاص التي كانت ضمن الفترة التجريبية للمشروع فيكونا على دراية كافية بما هو مطالب به.

- توحيد الإجراءات القانونية للتسهيل، على رجال الإدارة الذين يصهرون على تنظيم الملكية العقارية ولا يعرفون كيف يتعاملون أو يطبقون القوانين.

- قلة الموارد البشرية والمادية كون أن الجزائر تبنت نظام الشهر العيني للتصرفات وما يحتاجه هذا النظام من موارد مادية وبشرية، وحتى تقنية وفنية، الدولة الجزائرية اليوم دولة قوية بمواردها المادية والبشرية من شباب فوجب توفير الوسائل التقنية اللازمة والتكوين، لضمان نتيجة أحسن.

- وضع نصوص واضحة وبسيطة ومحددة تساعد الأشخاص العاملين في هذه المجالات على العمل بها وتطبيقها تطبيقا سليما وفق النظرة التي رسمت عند وضع هذا النص، وبالتالي تعطي نظام متكامل وفق رؤية واضحة المعالم تكون أساس وضع سياسة عقارية ناجعة خاصة بالمجتمع والثقافة الجزائرية، خاصة أننا نجد رجال الإدارة الذين يصهرون على تنظيم الملكية العقارية أصبحوا في بعض الأحيان يجدون صعوبة في التعامل مع القوانين التي تنظم المعاملات العقارية.

- إن ما ساهم على تعقيد وصعوبة العمل بالقوانين التي سنها المشرع الجزائري هو صدور قانون ينظم مسألة معينة لكن يبقى العمل متوقف بهذا القانون إلى حين صدور المرسوم التنظيمي له وفي بعض القوانين لم يتم صدور المرسوم التنظيمي لحد الساعة رغم صدور القانون منذ مدة، وبالتالي وجب أن يرفق القانون بالمرسوم التنظيمي الخاص به وهذا لضمان التطبيق الفوري للعمل بالقانون وضمان السير الحسن للمشروع.

- التطور التكنولوجي اليوم كبير، فنجد العاملين في ميدان المسح من مديرية أملاك الدولة ومديرية مسح الأراضي وغيرهم مازالوا يستعملون الطرق البدائية في أخذ المعلومات ورفعها من موقع العقار، وبالتالي وجب التكوين الدوري الفني والتقني لهؤلاء الأفراد.

كل هذه الأسباب وغيرها من القوانين الكثيرة والمتناقضة في بعض الأحيان، وعليه يكون لزاما التحرك الفوري، والنظر إلى المجال العقاري نظرة حقيقية هادفة وجدية، الهدف منها القضاء على النصوص المتناثرة من قانون إلى قانون آخر، وكذا إيجاد آليات قانونية واضحة بسيطة تعتمد على ما هو متعارف عليه في المجتمع الجزائري والمجتمع العربي في تداول الأملاك العقارية وانتقالها، وليس أن تعتمد نظام مستورد وجاهز من التشريعات المقارنة.

كما يمكن أن تتبنى نظام مستورد من الأنظمة المقارنة لكن أن تصبغ عليه أعراف البلاد وتقاليد في تداول الأملاك العقارية.

أخيرا، تقييد الملكية العقارية يعني في العموم احترام شكل محدد وإجراءات معينة، وجب احترامها على كافة المعاملات العقارية المختلفة، نص عليها قانون المدني الجزائري رقم: 58/75 في مواد 324 وغيرها وقانون التوجيه العقاري 25/90 المعدل والمتمم وكذا الأمر رقم: 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المؤرخ في 1975/11/12 ثم المرسومين التطبيقيان له وهما: المرسوم: 62/76 المتعلق بإعداد مسح أراضي عام، والرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس سجل عقاري وغيرها من القوانين المنظمة للملكية العقارية.

أما **الإطلاق** الذي ورد هو ما تضمنه القانون التجاري من مبدئي السرعة والائتمان الشهيرين وسهولة في الإجراءات المتبعة في إبرام العقود والصفقات التجارية لكن سرعان ما يضمحل هذا البريق عندما نجد إجراءات مماثلة لإجراءات التسجيل والشهر المعروفة في القانون المدني، مثلا عند تأسيس عقد الشركة وغيرها من الإجراءات الواجب احترامها على الأطراف عند إبرام بعض المعاملات فلا بد على المشرعين والفقهاء محاولة إيجاد آليات جديدة ومرنة، توفر حماية للمتعاملين وهو الأمر الذي تصبوا له معظم القوانين والفقهاء المقارن.

وبالتالي وجب على المشرع تدارك كل هذه الملاحظات من نتائج وتوصيات ذلك في التعديلات

القادمة.

الملحق التطبيقي

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المصادر

أ- القرآن الكريم

ب- الحديث الشريف

ثانياً: المراجع

1/ الكتب باللغة العربية

الكتب العامة

- ابراهيم بلال، الملكية الفردية في القانون المصري، الطبعة الأولى 1975- (مكررة)، دار النهضة العربية.
- أحمد عبد العال أبوقرين، حق الملكية في الفقه، والقضاء، والتشريع- مع دراسة تطبيقية لملكية الشقق والطبقات في المملكة السعودية والقانون المقارن، دار الثقافة الجامعية، الطبعة الأولى-1420.
- بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة ثانية-2009- منشورات البغدادي.
- بقدورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية- إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية، دار هومه- الجزائر، سنة 2015.
- بيرك فارس حسين الجبوري، عواد حسين ياسين العبيدي، نظرية الشكل في العقود المدنية والالكترونية- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، الطبعة الأولى 2014.
- حمد الله محمد حمد الله، حقوق الملكية الصناعية والتجارية، الطبعة الثانية سنة: 1997 دار النهضة العربية- القاهرة-.
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومه، الطبعة الثانية عشر 2012.

- حنان ميساوي، الحماية القانونية للأموال الوطنية التابعة للدولة في الجزائر، النشر الجامعي الجديد، 2017.
- دوة آسيا ورمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومه- الجزائر، 2008.
- سرايش زكريا، الوجيز في قواعد الإثبات، دار هومه طبعة 2015.
- سعيد بوعلي، تحت إشراف: مولود ديدان، المنازعات الإدارية في ضل القانون الجزائري، دار بلقيس، الجزائر، طبعة: 2014.
- سعيد سعد عبد السلام، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الجزء الأول، سنة: 2000.
- شوقي بناسي، الإجراءات المدنية في ضوء قانون رقم: 08/09 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجزء الأول، دار الخلدونية الجزائر، 2011.
- عباس عبد الحليم حبر المحامي بالقضاء العالي، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع.
- عبد الحكم فودة، جرائم الإلتلاف واغتصاب الحياة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1998.
- عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنيا وجنائيا في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنيا وجنائيا في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، الجزء الثامن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، طبعة الثالثة: 2000.
- عبد الرزاق بن عمار بوضياف، مفهوم الوقف كمؤسسة مالية في الفقه الإسلامي والتشريع، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، سنة 2010.
- عبد الله بن عبد العزيز المصلح، قيود الملكية الخاصة، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1988.
- عدلي أمير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحياة في الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية إسكندرية، 1999.

- علي بن عزان علي الهاشمي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري دراسة مقارنة، دار الفكر والقانون، 2014.
- الكتاب الهندي المقدس شاكونتا لاراواشاستري ترجمة سعد عبد الجليل جواد دار الحوار اللاذقية 2000 م.
- لحسن بن الشيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى عين مليلة - الجزائر -، 2014.
- محمد صبحي نجم: شرح قانون العقوبات الجزائري القسم الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية طبعة 1990.
- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
- محمود حسين الوادي، إبراهيم محمد خريس، حسين محمد سمحان، كمال محمد رزيق، أمجد سالم لطيفة، الاقتصاد الإسلامي، دار المسيرة، الأردن، الطبعة الثانية، 2014.
- محمود يونس حمادة الحديثي، كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار غيداء، 2015.
- مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، الطبعة الثانية، بدون دار النشر، سنة: 2000.
- مونة مقلاتي، قيود الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري المقارن، دار هومه، بدون طبعة، 2019.
- وليد ثابتي، نطاق الحماية القانونية للعقار الغابي في ظل القانون 12/84 المؤرخ في 17 يونيو 1984 المتضمن النظام العام للغابات، مجلة الأبحاث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس، مارس 2015.
- يوسف حامد العالم، النظام السياسي و الإقتصادي في الإسلام، دار العلم، بيروت لبنان، ط: 1 سنة 1975
- إبراهيم الطحاوي، الاقتصاد الإسلامي مذهباً ونظماً، مجمع البحوث الإسلامية، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية القاهرة، 1974.

- جار الله بن عمر الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع بيروت، ط1 1977
- محمد عبد الله العربي، محاضرات في الاقتصاد الإسلامي وسياسة الحكم في الإسلام، مطبعة الشرق العربي، القاهرة مصر 134،138

الكتب المتخصصة

- جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية العقارية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، طبعة 2014. عين مليلة، الجزائر.
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة 2015، دار هومه.
- حمدي باشا، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الطبعة الثالثة 2015.
- ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغداد، بدون طبعة.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومه، طبعة السابعة، سنة 2011. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه، الطبعة العاشرة، سنة 2014.
- عز الدين الديناصوري/ حامد عكاز/ خيرت راضي، التعليق على قانون الإثبات-الجزء الأول- دار المطبوعات الجامعية، 2015.
- عمر حمدي باشا/ ليلي زروقي، المنازعات العقارية، طبعة جديدة 2015، دار هومه، الجزائر.
- الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومه، الجزائر، الطبعة الخامسة، سنة: 2006.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومه، الطبعة الخامسة، 2018.
- ويس فتحي، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دار هومه، الطبعة الثانية، 2015.
- يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومه، طبعة 2016.

2/ الكتب باللغة الأجنبية:

- Amar Aloui, Propriété et régime foncier en Algérie, éditions Houma,Algérie, 2011.
- Christian l'éarroumet, droit civil, tome 1, introduction à l'étude du droit priver, 3éme édition, Economica, DELTA.

التشريع:

- الدستور:

1. دستور 1996 المعدل بالقانون رقم: 01/16، ج ر رقم: 14.
2. دستور 01/16 الجزائري الصادر بتاريخ: 27 جمادى الأولى عام 1437 الموافق: 2016/03/07، جريدة رسمية عدد: 14 تم تعديل الدستور بموجب المرسوم الرئاسي 442/20 في 2020/12/30 ج.ر 82 لسنة 2020.

المراسيم:

- المرسوم التشريعي رقم: 12/93 المؤرخ في: 1993/10/05 المتعلق بترقية الاستثمارات في الجزائر. الجريدة الرسمية عدد 64 المؤرخ في: 1993/10/10.
- المرسوم التنفيذي رقم: 283/64 المؤرخ في: 10 جمادى الأولى 1384 الموافق ل: 17 سبتمبر 1964 المتضمن نظام الأملاك الحسبية العامة، ج، ر، رقم 77 لسنة 1964.
- المرسوم التنفيذي 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 يتعلق بإثبات الملكية الخاصة معدل بالمرسوم 86/73 المؤرخ في 5 يناير 1973.ذ.
- المرسوم التنفيذي رقم 62/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح أراضي العام، ج ر رقم 30،الصادرة في 13/04/1976، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم: 84-400 المؤرخ في 24ديسمبر سنة1984، والمرسوم التنفيذي رقم 92/134 المؤرخ في 1992/04/07.

- المرسوم التنفيذي رقم: 63/76 مؤرخ في: 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر رقم 30 لسنة 1976، معدل ومتم بالمرسوم رقم: 80-210 المؤرخ في: 1980/09/13. والمرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في 1993/05/19.
- المرسوم رقم: 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ج ر عدد: 21، المؤرخة في 1983/05/24.
- المرسوم التنفيذي رقم: 234/89 المؤرخ في 1989/12/19 الذي يتضمن الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم: 63/92 المؤرخ في 1992/02/12.
- المرسوم التنفيذي رقم 91 / 175 الذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، مؤرخ في: 28 مايو 1991 جريدة رسمية: 26 مؤرخة في 1991/06/01.
- المرسوم التنفيذي رقم: 176/91 المؤرخ في: 1991/05/28 الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم والحصول عليها(ج.ر: 26 مؤرخة في: 1991/06/01 المعدل والمتم بالمرسوم التنفيذي رقم: 307/09 مؤرخ في: 2009/09/22. ج.ر: 55 مؤرخة في: 2009/09/27.
- المرسوم التنفيذي رقم: 254/91 المحدد لكفاءات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، المحدثة بموجب المادة 39 من قانون التوجيه العقاري 25/90.
- المرسوم التنفيذي رقم: 454/91 المؤرخ في: 1991/11/23 يحدد شروط إدارة الأملاك العامة والخاصة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفية ذلك، ج ر عدد 60 المؤرخة في 1991/11/24.
- المرسوم التنفيذي رقم: 134/92 المعدل والمتم للمرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح أراضي عام المؤرخ في: 1992/04/07 منشور في الجريدة الرسمية العدد 26 لسنة: 1992.
- المرسوم التنفيذي رقم: 123/93 المؤرخ في 27 ذو القعدة 1413 والموافق لـ 19 ماي 1993، يعدل ويتم المرسوم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر رقم 30 لسنة 1976.

- المرسوم التنفيذي رقم: 93-186 مؤرخ في 27 يوليو سنة 1993 والذي يحدد كفايات تطبيق القانون رقم: 91/11 المؤرخ في: 27/04/1991، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي رقم: 248-05 المؤرخ في: 10 يوليو سنة: 2008.
- المرسوم التنفيذي رقم: 94/321 المؤرخ في: 17/10/1994 المطبق للمادة: 23 من قانون ترقية الاستثمار، ج.ر: رقم: 94/67.
- المرسوم التنفيذي رقم: 94/322 المؤرخ في: 17/10/1994 المتضمن منح امتياز في الأراضي التابعة للأمالك الوطنية الواقعة في المناطق الخاصة في اطار ترقية الاستثمار ج.ر: رقم: 94/67.
- المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 مؤرخ في 26/10/2000 يتضمن إحداث وثيقة الإسهاد المكتوب لإثبات الملك الوفي وشروط وكفايات إصدارها وتسليمها.
- المرسوم التنفيذي رقم: 05/468 مؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1426 الموافق 10 ديسمبر سنة 2005، (ج.ر.رقم 80).
- المرسوم التنفيذي 08/147 المؤرخ في: 19/05/2008 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية، ج.ر. عدد 26، المؤرخة في 25/05/2008.

الأوامر: والقوانين

- الأمر رقم 62/157 المؤرخ في 31/12/1962 المتضمن بالاستمرار العمل بالقانون الفرنسية عدى ما يتناقض مع السيادة الوطنية، ج.ر. الصادرة بتاريخ 11/01/1963.
- الأمر رقم: 66/156 المؤرخ في: 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم. ج.ر. عدد 48 لسنة 1966.
- القانون رقم: 70/91 المؤرخ في: 15/12/1970 تم إلغاءه بالقانون 06/02 المؤرخ في: 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق، ج.ر. عدد 14 المؤرخة 08/03/2006.
- الأمر رقم 74/26 مؤرخ في 20/02/1974 يتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات، ج.ر. عدد 19 لسنة 1974.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 20 رمضان عام 1395 الموافق ل: 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر عدد78 المؤرخة في 1975/09/30
- الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في 08 ذي القعدة عام 1395 ل: 12 /11/ 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس سجل عقاري، ج ر العدد92 المؤرخ في 1975/11/18 معدل بالقانون رقم: 09/79 المؤرخ في: 31/12/1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980 والقانون رقم: 14-10 المؤرخ في 30 ديسمبر سنة 2014 المتضمن قانون المالية لسنة 2015.
- الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في 09/12/1976، جريدة رسمية رقم: 81، المؤرخ في: 18/12/1976 المتعلق بالتسجيل، المعدل بموجب المادة 40 من قانون رقم: 27/95 المؤرخ في: 30/12/1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج.ر: العدد: 82، الصادرة في: 31/12/1995.
- القانون رقم: 18/83 المؤرخ في: 13 اوت سنة 1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية المعدل بالمادة 19 من قانون 21/84 مؤرخ في: 24 ديسمبر 1984. جريدة رسمية رقم: 83/34.
- القانون رقم: 352/83. المؤرخ في 21/09/1983 المتعلق بسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ج ر عدد: 21، المؤرخة في 24/05/1983.
- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 والموافق لـ 9 يونيو 1984، المتعلق بقانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير عام 2005، ج ر رقم 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005.
- القانون 25/90 مؤرخ في: 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر رقم: 26/95 المؤرخ في: 25/09/1995، الجريدة الرسمية رقم49 المؤرخة في 18/11/1990.
- قانون رقم: 29/90 مؤرخ في 01/12/1990 يتعلق بالتهيئة والتعمير (ج.ر: 52 مؤرخة في: 02/12/1990) معدل ومتمم بالقانون رقم: 05/04 مؤرخ في: 14 غشت سنة 2004 (ج.ر: 51 مؤرخة في: 15/08/2004) استدرارك ج.ر: 71 مؤرخة في: 10/11/2004.

- القانون رقم: 30/90 مؤرخ في: أول ديسمبر سنة 1990 يتضمن قانون الأملاك الوطنية، ج.ر. العدد 52 المؤرخة في 1990/12/02، معدل ومتمم بالقانون رقم: 14/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008.
- القانون 10/91 المؤرخ في: 12 شوال عام 1411 الموافق 1991/04/27 يتعلق بالأوقاف. ج.ر. العدد 21 المؤرخ في 1991/05/08 معدل بالقانون 07/01 ومعدل بالقانون 10/02 والمرسوم التنفيذي رقم: 381/98 يتعلق بشروط إدارة الأملاك الوقفية وتسييرها وحمايتها وكيفية ذلك.
- قانون 03-22 المؤرخ في: 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج. ر. العدد: 83 الصادرة بتاريخ: 2003/12/29.
- القانون 02/07 مؤرخ في: 27/فبراير 2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري، ج.ر. عدد 15 صادرة بتاريخ 2007/02/27.
- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 19 صفر 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية ج.ر. عدد 21، الصادرة في 2008/04/23.
- قانون رقم: 15/08 المؤرخ في 20 يوليو سنة 2008 يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها (ج.ر.: 44 المؤرخة في: 03/08/2008) معدل بالمادة: 79 من قانون رقم: 08/13 المؤرخ في 2008/08/30 المتضمن قانون المالية لسنة 2014 (ج.ر.: 68 مؤرخة في 2013/12/30).
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني الصادر في 1948/07/29. المعدل بالمرسوم بقانون رقم: 102 لسنة 2011 .
- قانون الإثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم: 25 لسنة 1928، الجريدة الرسمية العدد: 22 الصادر في: 30 مايو سنة: 1968.
- القانون 39/08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربي الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 25 ذي الحجة 1432 هـ الموافق لـ 2011/11/22.
- قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، الصادر في ج.ر. بتاريخ 1966/03/30.
- القانون المدني الفرنسي

قرارات المحكمة العليا:

- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 18/11/1988، مجلة قضائية 1993، عدد 02.
- قرار رقم: 97152، صادر عن المحكمة العليا بتاريخ: 17/01/1989، غير منشور.
- قرار للمحكمة العليا رقم: 448 المؤرخ في: 15/06/1990.
- قرار المحكمة العليا رقم: 40187 بين (ل ع أو ل ق) و(ل أ ل م) قرار الصادر بتاريخ: 01/07/1987 مجلة قضائية سنة 1990 عدد: 4.
- قرار للمحكمة العليا رقم: 75919 المؤرخ في: 05/11/1991
- قرار رقم: 136789 بتاريخ: 11/07/1995 منشور في مجلة الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا عدد خاص، 1999.
- اجتهاد للمحكمة العليا، قرار رقم: 149156 الصادر بتاريخ: 25/05/1997.
- قرار منشور في المجلة القضائية عدد: 1 لسنة: 1997، ص: 111 المؤرخ في: 25/06/1997.
- اجتهاد للمحكمة العليا قرار رقم: 157310 الصادر في: 16/07/1997.
- قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا رقم: 129947 المؤرخ في: 09 مارس 1998 غير منشور.
- قرار للمحكمة العليا عن الغرفة العقارية رقم: 184451 المؤرخ في: 25/11/1998.
- قرار صادر عن المحكمة العليا تحت رقم: 98/988 عن الغرفة المدنية المؤرخ في: 19/12/1998.
- قرار المحكمة العليا رقم: 196021 الصادر بتاريخ: 27/09/2000 مأخوذ عن الاجتهاد القضائي 2004، عدد خاص جزء 1.
- القرار رقم: 21522 الصادر بتاريخ: 29/12/2001 الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا.

- قرار المحكمة العليا رقم: 246/799 مؤرخ في 19-03-2003 مجلة القضائية 2004، عدد 01.
- قرار المحكمة العليا رقم: 448006 الصادر في: 2008/05/14 منشور في مجلة المحكمة العليا، عدد خاص الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثالث.

- الرسائل والمذكرات الجامعية

أ. الرسائل الجامعية:

- السيد العربي حسن حسنى محمد، تطور النظام القانوني للملكية العقارية في مصر العثمانية، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة: 1431هـ / 1990.
- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص: قانون، جامعة مولود معمري تيزي وزو - الجزائر، سنة: 2014.
- خوادجية سميحة حنان، النظام القانوني لاستغلال العقار الصناعي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قسنطينة، 2015/2014.
- حماد رشيدة، دور القاضي في نقل الملكية العقارية، أطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون، فرع قانون خاص أساسي، السنة الجامعية: 2020/2019، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس - الجزائر.
- شعبان هند إثبات الملكية العقارية في القانون الجزائري، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم: تخصص قانون عقاري السنة الجامعية: 2020/2019 جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس - الجزائر.

ب. المذكرات الجامعية:

- خوادجية سميحة حنان، مذكرة ماجستير بعنوان: قيود الملكية العقارية الخاصة، جامعة قسنطينة، فرع قانون خاص، قسم قانون عقاري، سنة: 2008/2007.
- فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير قانون خاص، فرع القانون العقاري، عن جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، سنة الجامعية: 2008/2007 .
- بوزيتون عبد الغاني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير قسم قانون خاص، فرع قانون عقاري سنة: 2010/2009، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة - الجزائر.

- بوعرفة عبد القادر، مذكرة ماجستير في القانون الجنائي بعنوان الحماية الجزائية للملكية العقارية في التشريع الجزائري، سنة: 2011/2012، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة.
- بن نية أيوب، وسائل الإثبات في المواد التجارية، مذكرة ماجستير - قانون خاص - تخصص قانون أعمال، سنة جامعية: 2013/2014.

- المجلات والمقالات:

- أبوبكر المسيب، مقال بعنوان: مدى حجية الدفاتر التجارية التي يمسكها التاجر في الإثبات، الاقتصادية. (جريدة العرب الاقتصادية الدولية)، تاريخ الاطلاع: 2021/01/20.
- احمد السعدي، الملكية العامة في الإسلام، نظرة فقهية تأصيلية، تاريخ الاطلاع على المقال 2020/02/14.
- أحمد السعدي، مقال بعنوان: الملكية العامة في الإسلام، نظرة فقهية تأصيلية، Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi، فيفري سنة: 2012.
- أمل المرشدي، مفهوم دعوى منع التعرض في القانون الجزائري، موقع المحاماة تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/04/16.
- أنس غسان الشيخ الخفاجي، المراسلات الإدارية والتجارية، مركز الضيافة الدولية للتدريب السياحي والفندقي - سوريا - تاريخ الاطلاع: 2021/01/24.
- بختاوي خديجة، مقال بعنوان: قانون وارني والملكية الفردية من خلال مخطوطات أرشيفية، المجلة الجزائرية للمخطوطات، العدد: 11 سنة 2014.
- بقة فريد، مقال بعنوان: التحقيق العقاري كآلية لتسوية سندات الملكية العقارية في القانون الجزائري (طبقا لقانون رقم: 02/07 والمرسوم التطبيقي له) منشور بمجلة المعيار عدد صادر ب: 13 جوان 2016.
- بقدر كمال، مقال بعنوان: حرية الإثبات في المادة التجارية، مجلة القانون، العدد الثالث، جوان 2012.

- جيلالي بيوض، اكتساب الشخصية المعنوية وأثرها في قانون العقوبات، مقال منشور في مجلة الأستاذ الباحث للدراسات الحقوقية والسياسية، العدد السابع سبتمبر 2017، المادة 1842 من القانون المدني الفرنسي والمادة: 06/210 من القانون التجاري الفرنسي.
- حسن أعديم، عبئ الإثبات في دعوى الاستحقاق العقارية، مكتبة المنهل الالكترونية، تم الاطلاع على المقال بتاريخ: 2021/04/16.
- الحسين بن محمد شواط، عبد الحق حميش، مقال بعنوان: نظرية التملك في الفقه الإسلامي رابط الموضوع: <https://www.alukah.net/sharia>: تاريخ الاطلاع: 2021/01/05.
- خالد شاكر المبيض، رؤية حول العقار التجاري، صحيفة مال الاقتصادية، تاريخ النشر: 2019/05/09 تاريخ الاطلاع: 2021/01/21.
- دعوى الاستحقاق مقال منشور في موقع: <https://universitylifestyle.net> / تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/04/16.
- رحايمية عماد الدين، التحقيق العقاري كإجراء لإثبات الملكية العقارية الخاصة، مجلة المفكر، العدد التاسع.
- سليمان بن الشريف، إبراهيم يامة، مقال بعنوان: نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية -دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي، المجلد: 06 العدد: 01- جوان 2019. ص: 49. تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/02/14.
- شروح السنهوري للقانون، موقع: مصطفى عطية، مقال بعنوان: ما هو العقار بالتخصيص، تاريخ الاطلاع على المقال في: 2021/01/30.
- علاء رضوان، مقال بعنوان: ستة أسباب أخرى لاكتساب الملكية العقارية، موقع اليوم السابع، تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/04/22.
- لعروي زاوية/ قماري نضيرة بن ددوش، مقال بعنوان: حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، مجلة البحوث القانونية والسياسية تصدر عن كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولاي الطاهر سعيدة - الجزائر، العدد السابع، ديسمبر 2016.

- محمد بلفضل، مقال بعنوان: طرق استغلال العقار الصناعي على ضوء تشريعات ترقية الاستثمار في الجزائر، مجلة صوت القانون، المجلد الخامس، العدد 02 أكتوبر 2012.
- مزيان محمد الأمين، وجبار أمال، مقال بعنوان: أحكام الأملاك الشاغرة في التشريع الجزائري، مجلة الحضارة الإسلامية، العدد 29، جوان 2016.
- مقال بعنوان: الحقوق العينية الأصلية والتبعية، موقع: <https://universitylifestyle.net> / تاريخ الاطلاع: 2021/02/10.
- مقال بعنوان: التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري في الجزائر وأثره على تطهير الملكية العقارية الخاصة، للكاتب المزوار قدور، مجلة أفاق فكرية، المجلد الرابع، العدد الثامن، مارس 2018.
- مقال عبد الرؤوف دباش وحملوي دغيش بعنوان: مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة والقانون، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة الجزائر، جوان 2016 العدد: 44. تاريخ الاطلاع: 2020/12/31.
- مقال منشور بعنوان: المقالة، موقع university life style تاريخ الاطلاع على المقال: 2021/01/24
- موقع نير، طرق إثبات الحق في القانون المدني الجزائري، تم الاطلاع على المقال بتاريخ: 2021/04/24.
- هدى قبابي، ايداع العقود والأحكام القضائية بالمحافظة العقارية، مجلة العلوم القانونية والسياسية- عدد 17- جانفي 2018.

المحاضرات

- حمدي باشا عمر، محاضرة أقيمت بتاريخ: 2001 /04/25، على قضاة التكوين المستمر، المعهد الوطني للقضاء، تحت عنوان المنازعات العقارية.
- الموسوعة الجزائرية للدراسات السياسية والإستراتيجية، محاضرات في القانون العقاري، تاريخ الاطلاع عليه: 2021/02/17.

- المواقع الالكترونية: موقع إسلام ويب، الفتوى رقم: 122590، تاريخ النشر: 2009/05/27
تاريخ الاطلاع على المقال: 2020/02/14.
- موقع الموظف الجزائري، مجموعة من الوثائق المهمة والإجراءات، تاريخ الاطلاع على الموقع:
2021/04/29.
 - موقع ويكيبيديا، مقال بعنوان: معاهدة دي برومان، تاريخ الاطلاع: 2020/04/12 .
 - موقع ويكيبيديا، مقال بعنوان صلح الحديبية، تاريخ الاطلاع: 2020/09/23.
 - يسري عبد الغني عبد الله، الإسلام وحرية الملكية (حق الملكية في الإسلام) دراسة مقارنة، موقع
مركز الشرق العربي للدراسات العربية والإستراتيجية، تاريخ الاطلاع على المقال 2020/02/14.
 - موقع الدرر السنية، الموسوعة الحديثة، تاريخ الاطلاع: 2021/10/13،
<https://dorar.net/hadith/sharh/113995>
 - موقع المعاني، الرابط: <https://www.almaany.com/ar/dict/ar-ar> تم الاطلاع عليه
بتاريخ: 2021/10/15.

الفهرس

فهرس المحتويات

إثبات الملكية العقارية بين النقييد والإطلاق -دراسة مقارنة-

بسملة

شكر وعرfan

قائمة المختصرات

مقدمة

- 01 الباب الأول: أحكام وطرق اكتساب الملكية العقارية دراسة مقارنة
- 04 الفصل الأول: تأصيل أحكام الملكية العقارية.
- 06 المبحث الأول: تنظيم الملكية العقارية في الشريعة الإسلامية.
- 07 المطلب الأول: الملكية في الشريعة الإسلامية.
- 08 الفرع الأول: تعريف الملكية في الشريعة الإسلامية.
- 08 القسم الأول: الملكية لغة.
- 08 القسم الثاني: الملكية اصطلاحاً.
- 10 القسم الثالث: تقسيمات الملك في الإسلام باعتبار محله.
- 11 الفرع الثاني: دليل تقرير الملكية في الشريعة الإسلامية.
- 11 القسم الأول: دليل المشروعية في الكتاب والسنة.
- 15 القسم الثاني: أساس تشريع الملكية في الإسلام.
- 17 الفرع الثالث: شروط وخصائص شكل الملكية في الفقه الإسلامي وأنواعها.
- 17 القسم الأول: شكل الملكية في الفقه الإسلامي.
- 18 القسم الثاني: خصائص شكل الملكية في الفقه الإسلامي.

- 19 القسم الثالث: أشكال الملكية في الفقه الإسلامي.
- 19 القسم الرابع: أنواع الملكية في الفقه الإسلامي
- 21 المطالب الثاني: تنظيم الملكية خلال فترات حكم الشريعة الإسلامية.
- 21 الفرع الأول: تنظيم الملكية العقارية قبل ظهور الخلافة العثمانية.
- 22 القسم الأول: تطور الملكية عند العرب في الجاهلية.
- 22 القسم الثاني: تطور الملكية بعد ظهور الإسلام.
- 26 الفرع الثاني: تنظيم الملكية العقارية خلال فترة الخلافة العثمانية.
- 26 القسم الأول: تقسيمات الملكية العقارية في النظام العثماني.
- 30 القسم الثاني: القوانين التي كانت تنظم الملكية العقارية خلال فترات الحكم العثماني.
- 31 المبحث الثاني: تنظيم الملكية العقارية في الجزائر.
- 31 المطالب الأول: القوانين المنظمة للملكية العقارية في الجزائر.
- 31 الفرع الأول: تنظيم الملكية العقارية خلال الاحتلال الفرنسي للبلاد.
- 33 القسم الأول: أهم الأوامر الصادرة خلال هذه الفترات.
- 37 القسم الثاني: السياسة العقارية الجديدة في البلاد.
- 39 الفرع الثاني: القوانين المنظمة للملكية العقارية في الجزائر بعد الاستقلال
- 39 القسم الأول: استمرار العمل بالقوانين الفرنسية حتى صدور قانون التوثيق.
- 41 القسم الثاني: صدور قانون التوثيق لسنة 1970.
- 41 المطالب الثاني: الشهر العقاري في تنظيم إثبات الملكية العقارية.
- 42 الفرع الأول: أنظمة الشهر العقاري.

- 43 القسم الأول: نظام الشهر الشخصي للحقوق.
- 45 القسم الثاني: نظام الشهر العيني للحقوق.
- 49 الفرع الثاني: هيكل نظام الشهر في القانون الجزائري.
- 50 القسم الأول: المسح العام للأراضي.
- 56 القسم الثاني: الوثائق الناتجة عن عملية المسح.
- 60 الفصل الثاني: طرق اكتساب الملكية العقارية وإجراءات إثباتها.
- 62 المبحث الأول: طرق اكتساب الملكية العقارية دراسة مقارنة.
- 62 المطلب الأول: اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري.
- 62 الفرع الأول: اكتساب الملكية العقارية وفق القانون المدني الجزائري.
- 63 القسم الأول: الاستيلاء والتركة.
- 63 القسم الثاني: الوصية وشروطها.
- 65 القسم الثالث: الالتصاق بالعقار.
- 66 القسم الرابع: عقد الملكية.
- 67 القسم الخامس: الشفعة وإجراءاتها.
- 68 القسم السادس: الحيازة وشروطها.
- 70 الفرع الثاني: بعض الطرق التي لم ترد في القانون المدني الجزائري.
- 70 القسم الأول: الميراث كطريق لاكتساب الملكية العقارية.
- 73 القسم الثاني: الهبة كسبب من أسباب كسب الملكية.
- 75 القسم الثالث: الوقف وشروطه.

- 77 القسم الرابع: الاستصلاح كسبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية.
- 77 القسم الخامس: الاستثمار كنمط لاكتساب الملكية العقارية.
- 78 المطلب الثاني: اكتساب الملكية العقارية في الإسلام وفي القانون المصري.
- 78 الفرع الأول: اكتساب الملكية في الإسلام.
- 78 القسم الأول: الاستيلاء على المباح.
- 81 القسم الثاني: العقود الناقلة للملكية.
- 81 القسم الثالث: الخلفيّة وأنواعها.
- 82 القسم الرابع: التولد من المملوك.
- 82 الفرع الثاني: اكتساب الملكية في القانون المصري.
- 82 القسم الأول: الاستيلاء.
- 83 القسم الثاني: الميراث.
- 83 القسم الثالث: الوصية في القانون المصري.
- 83 القسم الرابع: الالتصاق في القانون المصري.
- 83 القسم الخامس: العقد وأنواعه.
- 84 القسم السادس: الشفعة وأحكامها.
- 84 القسم السابع: التقادم المكسب.
- 85 المبحث الثاني: العقود المثبتة للملكية العقارية.
- 85 المطلب الأول: أحكام الملكية العقارية.
- 86 الفرع الأول: مفهوم الملكية العقارية.

86	القسم الأول: الملكية والعقار.
89	القسم الثاني: عناصر حق الملكية.
95	الفرع الثاني: طرق الإثبات القانونية للملكية العقارية ودلالاتها.
95	القسم الأول: طرق الإثبات القانونية للملكية العقارية.
108	القسم الثاني: دلالات طرق الإثبات القانونية في النظامين الفرنسي والمصري.
113	الفرع الثالث: العقود المثبتة للملكية العقارية.
113	القسم الأول: العقود الرسمية والعرفية المثبتة للملكية العقارية.
126	القسم الثاني: تحديد عبئ إثبات الملكية في المعاملات المدنية.
130	المطلب الثاني: تقسيمات الملكية العقارية في القانون الجزائري.
131	الفرع الأول: الأملاك العقارية الوطنية.
133	القسم الأول: تكوين الأملاك الوطنية حسب قانون 90 / 30.
136	القسم الثاني: معايير التمييز بين الأملاك الوطنية العامة والخاصة.
137	الفرع الثاني: الأملاك العقارية الخاصة.
137	القسم الأول: الملكية العقارية الخاصة وفق التشريع الجزائري.
139	القسم الثاني: تقسيمات الملكية العقارية الخاصة.
141	الفرع الثالث: تنظيم الأملاك الوقفية.
142	القسم الأول: مفهوم الوقف.
145	القسم الثاني: شروط الوقف وأهم التعديلات التي طرأت عليه.
146	القسم الثالث: المضاربة الوقفية.

147	خلاصة الباب الأول.
149	الباب الثاني: دور أطراف المعاملة العقارية في إثبات الملكية العقارية.
152	الفصل الأول: عقد الشهرة والتحقيق العقاري.
154	المبحث الأول: عقد الشهرة والإجراءات الخاصة به.
154	المطلب الأول: مفهوم عقد الشهرة.
154	الفرع الأول: عقد الشهرة.
155	القسم الأول: تعريف عقد الشهرة.
155	القسم الثاني: عقد الشهرة بين النصين العربي والفرنسي.
155	الفرع الثاني: الشروط الخاصة بتحرير عقد الشهرة.
156	القسم الأول: شروط خاصة بالعقار محل عقد الشهرة.
157	القسم الثاني: الشروط الخاصة بالحيازة الواقعة على عقار محل عقد الشهرة.
158	القسم الثالث: الشروط المتعلقة بالمدة.
160	المطلب الثاني: مراحل إعداد عقد الشهرة والمنازعات التي يثيرها.
160	الفرع الأول: إجراءات إعداد عقد الشهرة.
160	القسم الأول: تقديم الملف إلى الموثق.
161	القسم الثاني: التحقيق والتحري.
162	القسم الثالث: تحرير العقد وشهره.
163	الفرع الثاني: المنازعات التي يثيرها إعداد عقد الشهرة.
164	القسم الأول: في حال الاعتراض على عقد الشهرة.

167	القسم الثاني: أمام جهات القضاء الإداري.
169	المبحث الثاني: التحقيق العقاري كآلية لإعداد وتسليم سند الملكية العقارية.
170	المطلب الأول: مفهوم عملية التحقيق العقاري.
171	الفرع الأول: أهداف عملية التحقيق العقاري وشروطه.
171	القسم الأول: أهداف عملية التحقيق العقاري.
174	القسم الثاني: شروط عملية التحقيق العقاري.
177	المطلب الثاني: إجراءات عملية التحقيق العقاري والمنازعات التي قد تنشأ عنه.
177	الفرع الأول: إجراءات معاينة الملكية العقارية عن طريق التحقيق العقاري.
177	القسم الأول: إجراءات طلب فتح تحقيق عقاري.
182	القسم الثاني: إجراءات تسليم سند الملكية.
182	الفرع الثاني: المنازعات التي يثيرها إجراء التحقيق العقاري.
183	القسم الأول: المنازعات التي تنتظر أمام جهات القضاء الإداري.
184	القسم الثاني: المنازعات التي يختص بها القضاء العادي.
186	الفصل الثاني: دور القاضي والأطراف في إثبات الملكية العقارية.
189	المبحث الأول: دور القاضي في عملية إثبات الملكية العقارية.
189	المطلب الأول: سلطات القاضي.
189	الفرع الأول: سلطات القاضي أمام القسم العقاري.
190	القسم الأول: التحقق من الشروط الواجب توفرها في المتقاضين.
193	القسم الثاني: دور القاضي في الإثبات.

194	القسم الثالث: دور القاضي أثناء إجراءات التحقيق.
198	الفرع الثاني: صدور حكم عقاري نهائي حائز قوة الشيء المقضي به.
198	القسم الأول: صدور حكم أو قرار عقاري.
199	القسم الثاني: طلب الصيغة التنفيذية.
200	الفرع الثالث: سلطات القاضي أمام المحكمة الإدارية.
200	القسم الأول: دور القاضي في مراقبة صحة الإجراءات القضائية.
201	القسم الثاني: بخصوص الخبرة.
202	المبحث الثاني: دور الأطراف في إثبات الملكية العقارية.
202	المطلب الأول: دور الأطراف في إثبات الالتزام التعاقدية.
202	الفرع الأول: إثبات المعاملة العقارية.
202	القسم الأول: إثبات المعاملة بين الطرفين.
203	القسم الثاني: إثبات الوفاء بالالتزام.
203	الفرع الثاني: دور الأطراف في قضايا القسم العقاري.
204	القسم الأول: إجراءات تقديم عريضة دعوى الإثبات العقاري.
205	القسم الثاني: الحكم بتعيين خبير عقاري.
206	المطلب الثاني: دور الأطراف في عملية التسجيل وفي حماية أملاكهم قضائياً.
206	الفرع الأول: ماهية عملية التسجيل.
207	القسم الأول: مفهوم عملية التسجيل.
211	القسم الثاني: إجراءات عملية التسجيل.

215	الفرع الثاني: دور الأطراف في اللجوء إلى القضاء لحماية أملاكهم.
217	القسم الأول: الحماية المدنية للملكية العقارية.
226	القسم الثاني: الحماية الجزائية للملكية العقارية.
244	خلاصة الباب الثاني.
246	الخاتمة:
256	الملاحق
293	قائمة المصادر والمراجع
308	الفهرست

العنوان: " إثبات الملكية العقارية بين التقييد و الإطلاق -دراسة مقارنة-

الملخص:

دراسة موضوع إثبات الملكية العقارية يكتسي أهمية كبيرة في أوساط رجال القانون من فقهاء و باحثين و قضاة محامين و غيرهم من الممارسين لهذا المجال، و حتى الأفراد العاديين في المجتمع، ولعل سبب هذا الاهتمام هو القيمة التي يلعبها العقار و إثباته في أي مجتمع و أي نظام، تداول العقار بين الأفراد يسمى معاملات عقارية، تهدف القوانين إلى تنظيم هذه الأخيرة والملاحظ أنه لم يتم ضبط هذه المعاملات بشكل نهائي، في نظام موحد و مرتب يتم الرجوع إليه و يكون كمرجع للعاملين في هذا المجال الحيوي، ولعل سبب في ذلك، هو ما ورثته البلاد من استعمار سن قوانين عقدت عملية تداول العقار و كذا السياسة العقارية بعد الاستقلال التي لم تتمكن من وضع نموذج خاص صادر من متطلبات المجتمع الجزائري في إثبات الأملاك العقارية.

كلمات مفتاحية: ملكية عقارية، إثبات، عقار، ملكية، عقود

Title « Proof of real estate ownership between restriction and release - a comparative study »

Abstract;

The study of the question of proof of real estate ownership is of great importance among jurists, researchers, judges, lawyers and other practitioners in this field, and even ordinary individuals in society, and perhaps be that the reason for this interest is the value that real estate plays and its evidence in any society and any system .The circulation of real estate between individuals is called real estate transactions, the laws aim to regulate these and it should be noted that these transactions have not been definitively controlled, in a unified and organized system which is referred to and is a benchmark for workers in this vital field, and perhaps the reason is what he inherited The country of colonialism promulgated laws which complicated the process of real estate circulation and real estate policy after independence, which could not develop a particular form resulting from the demands of Algerian society in matters of real estate proof.

Keywords; Real estate ownership, proof, real estate, ownership, contracts

Intitulé «Preuve de propriété immobilière entre restriction et libération - une étude comparative»

Résumé :

L'étude de la question de la preuve de la propriété immobilière est d'une grande importance parmi les juristes, les chercheurs, les juges, les avocats et autres praticiens dans ce domaine, et même les individus ordinaires de la société, et peut-être que la raison de cet intérêt est la valeur que l'immobilier et ses preuves dans toute société et tout système .La circulation de l'immobilier entre particuliers est appelée transactions immobilières, les lois visent à les régler et il faut noter que ces transactions n'ont pas été définitivement contrôlées, de manière unifiée. Système organisé auquel il est fait référence et qui est une référence pour les travailleurs de ce domaine vital, et peut-être la raison en est-il de ce dont il a hérité Le pays du colonialisme a promulgué des lois qui ont compliqué le processus de circulation immobilière et de politique immobilière après l'indépendance, qui n'a pas pu se développer une forme particulière résultant des exigences de la société algérienne en matière de preuve immobilière.

Mots-clés; Propriété immobilière, preuve, immobilier, propriété, contrats.