

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان

كلية الحقوق



الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة
في التشريع الجزائري

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

الأستاذة دنوبي هجيرة

من إعداد الطالب:

صنوبر أحمد رضا

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسة	جامعة تلمسان	أستاذة	السيدة يوسف فتيحة
مشرفة ومقررة	جامعة تلمسان	أستاذة	السيدة دنوبي هجيرة
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	السيد معوان مصطفى
مناقشا	جامعة معسكر	أستاذ محاضر قسم أ	السيد مسعودي رشيد

السنة الجامعية

2016-2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا

إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ ﴾

صدق الله العظيم

[سورة البقرة: 33]

كلمة شكر و عرفان

أتقدم بأسمى عبارات التقدير و الاحترام و العرفان و الشكر إلى أستاذتي الفاضلة، القديرة، الدكتورة "هجيرة دنوني" التي وافقت على الإشراف على عملي، وأكرمتني بالكثير من وقتها الثمين، لاسيما بتوجيهاتها و إرشاداتها القيمة التي كانت مصدر دعم في إنجاز هذا البحث .

كما أخص بالشكر والعرفان الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة، الذين ساهموا بقبولهم المشاركة في مناقشة هذا البحث، جزاهم الله جميعا أوفر جزاء وخير.

إهداء

إلى قدوتي و مثلي الأسمى في الحياة

إلى سندي و منبع العطف و الحنان

أطال الله عمرهما و حفظهما

والدي الكريمين

إلى رفيقة دربي التي عملت على مساندتي في هذا المشوار

زوجتي العزيزة

إلى كل أساتذتي، الأجلاء، من الابتدائي إلى مقاعد الجامعة

الذين ساهموا في تكويني تقديرا و عرفانا بفضلهم عليّ.

إلى كل من أحبّ العلم و علّمه.

إلى كل الذين يسعون إلى تحقيق الحق و إرساء العدالة.

صنوبر أحمد رضا

قائمة المختصرات

أولاً: باللغة العربية:

- ج ر ج ج الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،
ج جزء،
د س ط دون سنة طبع،
د م ن دون مكان النشر،
س سنة،
ص صفحة،
ط طبعة،
ع عدد،
غ أ ش غرفة الأحوال الشخصية،
غ ع غرفة عقارية،
غ م غرفة مدنية،
ق إ م إ قانون الإجراءات المدنية والإدارية،
ق م قانون مدني،
م د مجلس الدولة،
م ع محكمة عليا،
م ق مجلة قضائية،
م م د مجلة مجلس الدولة،
ن ق نشرة القضاة.

Liste des abréviations

ثانياً: باللغة الفرنسية:

- N°..... Numéro.
Op.citOuvrage précité.
p Page.
T Tome.

مقدمة

معروف عن الإنسان أن له غريزة حب التملك، وأن تملك العقار من أسمى أهدافه، ألا يهوى كل فرد من أفراد المجتمع إلى أن يكون له مسكن يأوي إليه، أو قطعة أرضية يسكنها أو يشغلها في الفلاحة أو التعمير والبناء؟ ألم تكن الإمبراطوريات القديمة تجذب توسعها عبر أنحاء المعمورة؟ ألم يكن هذا التوسع سببا مباشرا في اندلاع الحروب والغزوات التي سحقت شعوبا بأكملها عبر التاريخ؟ ألم يستقر في أذهان الأمم أن التحكم في عقارها وضبط التعامل فيه بين أفرادها هو أكبر ضمان لاستقرار شعوبها؟

كل هذه الدوافع الذاتية والموضوعية، جعلت دول المعمورة تسعى وباستمرار إلى تأسيس هذه القواعد على نظم ثابتة ومتطورة في نفس الوقت، حسب تطور المبادئ والنظم التي تحكم مجتمعاتها.

هكذا إذن كان لابد من تنظيم وتسيير الميدان العقاري، ومجال التعامل فيه من طرف الدولة، وهو ما نتج عنه ترسانة من القوانين والتنظيمات العقارية، وصل إلى حد التضخم في غالب الأحيان، متذبذبة في ذلك بين أنظمة تمجد الملكية الجماعية للعقار، وأخرى تقدر الملكية الفردية. فدونت النصوص العقارية، حتى أصبحت في بعض الدول فروعاً بكاملها من فروع القانون العام، مستقلة بذاتها، كقانون التهيئة والتعمير، تعنى بعناية التدريس في الجامعات، وباهتمام المفسرين من فقهاء ورجال القانون.

وإذا كان الأمر يسيرا على هؤلاء الدارسين والباحثين في دول استقرت نظمها منذ البداية على مبادئ واحدة، ثابتة وراسخة، فإنه يختلف ويكون عسيرا بالنسبة لهم في دول تدرجت نظمها من مفهوم اشتراكي إلى مفهوم ليبرالي لحق الملكية، كما هو الشأن في بلادنا، الأمر الذي عقد الفهم على رجال القانون، ومن ثم ازداد دور القاضي عسرا في تفسير وتطبيق مفاهيم متناقضة ومتضاربة، فعجز أحيانا على إيجاد الحلول المواتية لإشكالات طرحت على المحاكم في منازعات الأفراد.

إنّ القانون العقاري هو ذلك الفرع من القانون، الذي يهتم بتحديد النظام والطبيعة القانونيتين للملكية العقارية، وبالخصوص أنّ هذه الأخيرة وبمختلف أنواعها لها دور أساسي في التنمية الشاملة للدول، لذلك ارتبطت الحضارات قديما بالملكية العقارية وجعلتها أساسا في تقدمها ورفيها، فبقدر ما تم تنظيم وتوجيه الاستثمارات العقارية، تمكن التحكم في الإنماء الاقتصادي بمختلف أشكاله، سواء الصناعي أو الفلاحي أو العمراني، لذلك قيل أنّ هناك ارتباط عضوي وثيق بين الملكية العقارية والوضعية الاجتماعية للأفراد والأمم.

فبازد هار واتساع الملكية العقارية وتنظيمها، تزدهر معها الحياة الاجتماعية للأفراد، من حيث الدخل والمعيشة، فجاء تدخل الدولة ضروريا ومهما في تنظيم وضبط الملكية العقارية، من خلال جعل القانون العقاري¹ باختلاف أنواعه وأقسامه، كأداة ووسيلة لذلك.

إنّ حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا، بل هو جماع هذه الحقوق العينية، وعنه تتفرع جميعا وبذلك يستجمع كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، لذلك يقال أنه لا يوجد ما هو أبسط في الظاهر من الملكية²، إن الفرد الذي يملك كتابا بين يديه، ويقوم بقراءته، إنما يقوم ويمارس السيطرة الفعلية على الكتاب وله سلطة التصرف فيه واستغلاله، بل وحتى تحطيمه وهذا بالإقدام على حرقه، هذه الوضعية تنجر عنها علاقتين: الأولى علاقة قانونية، باعتبار أنّ الفرد يملك الكتاب، والثانية تمثل السيطرة المادية على الكتاب، أي أنه يمارس سلطة فعلية عليه، ومن دون إقصاء لهتين السلطتين، نجد أنّهما يقتربان ويتلازمان من بعضهما البعض، فمن له حق الملكية على الأموال يكون غالبا حائزا لها، والعكس صحيح، غير أنه يحدث ألا تجتمع السلطتان فمن كان مالكا

¹ - بالرجوع إلى أحكام النص العربي للقانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، يفيد مصطلح العقار المبني أو العقار الفضاء Biens bâtis et Biens non bâtis في حين أن المصطلح باللغة العربية هو أدق، فكلمة FONCIER تفيد العقار المبني والغير مبني، ويعبر بمصطلح IMMOBILIER على العقار المبني.

² - Pierre-Joseph Proudhon، Qu'est – ce que la propriété? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement, premier mémoire, Garnier – Flammarion, Paris, 1966, p 58-59.

لهذا الكتاب قد يحدث أن يسرق منه ويأخذ السارق الكتاب من حوزة مالكه، ومن هنا نكون أمام وضعية أن أحدهما له حق بدون سلطة والآخر له سلطة بدون حق¹.

من خلال هذا المثال نجد أن هذه العلاقات القانونية أو المادية تبدو وكأنها بسيطة، غير أن نفس الشيء يمكن أن يكون محلا لعدة حقوق، من نفس الطبيعة، أو من طبيعة مختلفة، هكذا إذن انجر عن نظام الممتلكات عدة نزاعات بسبب التباين ما بين السلطة القانونية والسلطة الفعلية. إن هذه السلطة الممنوحة للأشخاص، هي التي تمثل العلاقة القائمة ما بين الأشخاص والعقارات أو الممتلكات العقارية الخاصة، فقد يكون الشخص مالكا للعقار بموجب وثائق وسندات قانونية، تجسد وترسخ ملكيته على هذه الممتلكات طبقا لما يقتضيه القانون، كما قد يكون الشخص يتمتع بسلطة فعلية على هذه الممتلكات، دون أن يكون مالكا لها بموجب سندات أو وثائق قانونية، بل مجرد حائزا للممتلكات، إن هذه العلاقات هي التي تمكن الأشخاص من ممارسة حقهم في الملكية².

إن مفهوم الملكية هو نتاج التطور التاريخي، فالعلاقة ما بين الإنسان والأشياء تعتبر علاقة فطرية وغير محدودة، إذ يعتبر التملك حركة، فمثلا: يقوم الفرد بمسك الشيء الذي يعد ملكا له، أو يقوم بوضع إشارة أو حائط، من أجل تحديد منزله، فهذا التصرف يعتبر بمثابة علاقة مادية واضحة مع الشيء، ومهما كانت الطرق فإن القانون ينظم هذه العلاقة القائمة ما بين الشخص والشيء، هكذا إذن اعتبرت الملكية وفق ما جاء في القانون المدني الفرنسي بموجب نص المادة 544 أنها: «الملكية هي الحق في الانتفاع بالشيء وفي التصرف فيه على نحو أشد ما يكون اطلاقا بشرط ألا يستعمل الشيء على وجه يجرمه القانون أو اللوائح³» كما اعتبره إعلان حقوق الإنسان

¹ -Gérard Cornu , Droit Civil , Les Biens , 13^{ème} Edition , Montchrestien, Paris, 2007, p 57.

² - Pierre Josèph Proudhon, Qu'est ce que la propriété? ; Op.Cit, p86-87

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، ج الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، س 1967، ص483.

والمواطن لسنة 1789 كحق طبيعي مانع، بل أكثر من ذلك فهو حق مقدس لا يجوز انتهاك حرمة.

لقد تناول المشرع الجزائري حق الملكية في نص المادة 674 من ق م والتي تنص على أن: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة»¹.

من خلال هذا يتضح أنه سواء تعلق الأمر بالقانون المدني الفرنسي أو الجزائري، يمكن القول أن المشرع في الدولتين حاول إعطاء تعريف لحق الملكية من خلال تبيان خصائص هذا الحق، والسلطات التي يتمتع بها صاحب هذا الحق.

يمكن الجزم والقول أن حق الملكية هو أوسع الحقوق العينية نطاقا، بل هو جماع هذه الحقوق، عنه تتفرع جميعا.

فمن له حق الملكية على الشيء كان له حق استعماله وحق استغلاله وحق التصرف فيه، وبالتالي يكون لهذا الشخص كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء، ولقد نتج عن اتساع نطاق حق الملكية، الضرورة الملحة من أجل الوقوف عن أساس هذا الحق وكذا مشروعيته. وهنا اختلفت الآراء والمذاهب فالبعض ذهب إلى اعتبار أن الملكية الفردية تقوم على القانون الطبيعي، ولكن لو كانت كذلك لوجدت في كل الأزمان والعصور.

منهم من يرى أنها تقوم على الاستيلاء، ولكن لو كان الاستيلاء من أسباب كسب الملكية الفردية، فهذا يفترض أن الملكية الفردية كانت موجودة قبله.

منهم من يرى أنها تقوم على أساس النفع الاجتماعي، ذلك أن المجتمعات التي تمارس الملكية الفردية أرقى بكثير من الناحية الاقتصادية والاجتماعية من المجتمعات التي لا تمارسها²، بمعنى أن

¹ - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني المعدل إلى غاية القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 479 وما بعدها.

المجتمع قد خير بين الملكية الفردية والملكية الغير فردية، فاختار الملكية الفردية لنفعها، والصحيح أن الملكية الفردية لم تكن نتيجة مقارنة أو اختيار، بل كانت ثمرة تطور طويل ظل أحقابا عديدة حتى انتهى إليها.

بالرجوع إلى التاريخ، فإن الكثير من الباحثين ذهبوا إلى القول أن الملكية بدأت أولا ملكية جماعية، فجميع أفراد القبيلة يشتركون فيها، فالأرض والمثونة كانت ملكا لجميع أفراد القبيلة، ثم بعد تطور الحضارة من حضارة يدوية تقوم على رعي المواشي إلى حضارة زراعية تقوم على زراعة الأرض، تطورت معها فكرة الملكية فأصبحت ملكية عائلية، ثم انتهت في آخر المطاف وأصبحت ملكية فردية مع بقاء بعض آثار الملكية العائلية كالميراث والوصية.

ومن خلال نظرة موجزة إلى الإمبراطورية الرومانية القديمة نجد أن الملكية كانت جماعية وعائلية وكانت فردية في بعض الأشياء الاستثنائية المحددة، كالعبيد مثلا، واختلط معنى الملكية بالمعنى الديني ومعنى سيادة الدولة، وبمرور الزمن قوى سلطان الدولة فقامت الملكية العامة¹.

كما ظهرت إلى الوجود ملكية أخرى معقدة وهي الملكية البريطورية معناه قيام ملكية الدولة فوق ملكية الفرد في الأرض الواحدة، أما في العصور الوسطى فقد عقدت العادات الجرمانية الملكية من جديد فظهرت إلى الوجود الملكية الإقطاعية في الأرض، وظهرت الملكية الفعلية بجانب الملكية الأصلية، وأصبحت الملكية الحقيقية في يد صاحب الملكية الفعلية، وتمثلت الملكية الأصلية في بعض المزايا والخدمات التي يؤديها التابع أو الحائز وهو صاحب الملكية الفعلية إلى السيد، وهو صاحب الملكية الأصلية².

ثم نشبت واندلعت الثورة الفرنسية، فقام الفلاحون باكتساح قصور النبلاء، وحرقوا السجلات التي تتضمن ما لهؤلاء من حقوق وتكاليف على الأرض، وفي 1789/08/04 أقرت الجمعية الوطنية قانونا يقضي بإلغاء الإقطاع إلغاء تاما، فتخلصت ملكية الأرض من جميع أثقائها،

¹ - François Terre et Philippe Simler, Précis de Droit Civil, Les Biens, 6^{ème} Edition, Dalloz, p86.

² - François Terre et Philippe Simler, Précis de Droit Civil, Op.Cit, p 90 -91.

وأصبحت ملكية خالصة لصاحبها، بل وأصبحت حقا مقدسا لا يجوز انتهاكه، إلا إذا اقتضت ضرورة المصلحة العامة، الثابتة قانونا وبشرط تعويض منصف يدفع مسبقا¹.

من خلال كل هذه المراحل، يمكن القول أنه إذا أردنا قيام الملكية الفردية على أساس مشروع، فإن خير أساس لها هو العمل، فلا الإقطاعيين ولا البريطوريين نجحوا في إبقاء أنظمتهم الطاغية، ذلك أن الشخص الذي يعمل سوف يكسب أجر عمله، وهذا الكسب الحلال هو بذرة الملكية الفردية.

متى سلمنا بأن الفرد له حق مشروع في كسب أجر عمله، فقد سلمنا بمشروعية الملكية الفردية، فهذا الأجر يجوز للفرد أن يستأثر به، ومن حقه أن يستمتع بجميع عناصر حقه، فينتفع به استعمالا واستغلالا، ويتصرف فيه وهو لا يزال حيا، وينتقل عنه إلى ورثته بعد موته، فالعمل إذا هو الأساس المشروع الذي تقوم عليه الملكية الفردية، وما الملك إلا الأجر استحققه الأجير، وينبغي أن يعطى إياه قبل أن يجف عرقه².

لما كان حق الملكية من الحقوق العينية الأصلية المنصبة على الأشياء والعقارات، فهو يتمتع بمجموعة من الخصائص تجعله ينفرد عن غيره من الحقوق الأخرى، فهو أولا وقبل كل شيء حق جامع، معناه أن المالك يمكنه القيام بجميع التصرفات التي يريدها على الشيء، أما أنه مانع فيعني أن المالك يمكنه استعمال الشيء كما يمكنه عدم استعماله.

والقول بأن حق الملكية حق دائم، فمعناه أن الملكية تبقى حتى ولو لم يستعمل الشيء، غير أن هذه الخصائص وإن أجمع الفقهاء على وجودها إلا أنها لا تزال محل عدة نقاشات، ولا يمكن في أي حال من الأحوال القول على أنها خصائص مطلقة وثابتة ثبوتا قطعيا، لا ترد عليها استثناءات، بل هي محل مدّ وجزر في مختلف القوانين التي تنظم الملكية، وبالخصوص موضوع الملكية العقارية الخاصة، فالقول أن حق الملكية حق جامع DROIT TOTAL فذلك يتجلى في كونه يشتمل على

¹- Philippe Malaurie, Laurent Aynés, Droit Civil, Les Biens, 3^{ème} Edition, 2007, Defrénois, p108-109.

²-Pierre Josèph Proudhon, Qu'est ce que la propriété?, op.cit, p 196 -197-198

أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على الشيء، فهي تخول المالك الانتفاع بالشيء واستغلاله والتصرف فيه، ولا يمكن لصاحب أي حق عيني آخر على الشيء أن يكون له كل هذه السلطات جميعا، بل يكون له إلا بعضها. ثم أن المالك له أن يفعل ما يشاء بملكه إلا ما منعه القانون.

ثم إن القول بأن الملكية حق جامع، يترتب عنه أن المالك يكون جامعا لكل السلطات، ولا يلزم إلا بإثبات ملكيته للشيء طبقا لما هو مقرر قانونا، ومن يدعي أن له حق في ملك الغير، يقع عليه عبئ إثبات ذلك، والنتيجة الثانية المترتبة عن كون أن حق الملكية هو حق جامع، أن أي حق يتفرع عن الملكية يكون عادة مؤقتا، فحق الانتفاع لا يجوز أن تجاوز مدته حياة صاحبه.

ثم إن القول بأن حق الملكية حق مانع DROIT EXCLUSIF أي أنه حق مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكه، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته، فهو الوحيد الذي له السلطة الكاملة على الشيء الذي هو ملكه وله أن يعترض على الغير من الاعتداء على حقه، مثلا: منع الغير من الدخول إلى أرضه، حتى وأن كان هذا الدخول لا يسبب له أضرار مادية أو معنوية، هذه الحماية ليس مصدرها مبدأ احترام الحياة الخاصة للأشخاص، أو مبدأ حماية حرمة المساكن، كون أن هذه المبادئ ليس مصدرها أو أساسها حق الملكية، لأن الملكية في حد ذاتها تقوم على أساس أن المالك له السلطات الواسعة على الشيء الذي هو ملك له.

يترتب على أن الملكية حق مانع، أن الشيء الواحد لا يمكن أن يكون مملوكا لشخصين في وقت واحد، إذ يجوز أن يكون الشيء مملوكا لشخصين على الشيوع، لكن كلا من الشخصين لا يملك الشيء كله، بل يملك جزءا منه شائعا.

ثم إن القول بأن حق الملكية حق دائم DROIT PERPETUEL فهذا مؤداه أن الدوام المقصود هو دوام الشيء المملوك، لا الشخص المالك، ذلك أن الملكية تبقى مادام الشيء المملوك باقيا¹، ولا تزول إلا بزوال هذا الشيء، أي بهلاكه أو استهلاكه، فالمالك لا يبق واحدا على الدوام، فكثيرا ما

¹ - Gérard Cornu, Droit civil, Les biens, op.cit. , p 76.

تنتقل الملكية من شخص إلى آخر، فيتغير بذلك المالك الذي يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، فإذا مات المالك انتقلت الملكية إلى الورثة، لذلك فإنّ تغير شخص المالك لا يعني دوام الملكية، فالملكية باقية هي بعينها حتى لو انتقلت إلى شخص آخر، لذلك يقال أنّ الملكية تتأبد بانتقالها.

إن المراد بدوام حق الملكية أن هذا الحق هو بطبيعته غير مؤقت، عكس الحقوق الأخرى، فلا يمكن القول أن الحق الشخصي هو حق دائم، بل لا بد من انقضاءه في وقت ما، تبعاً لما يرد عليه من أسباب الانقضاء، والحقوق العينية غير حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرهن وحق الامتياز كلها مؤقتة، فهذه الحقوق جميعاً تزول قبل أن يزول الشيء الذي تترتب عليه، وليس من الضروري أن تبقى بقاء هذا الشيء، أما حق الملكية فيبقى مادام الشيء المملوك باقياً، كما يراد بخصوصية دوام حق الملكية أن هذا الحق لا يزول بعد الاستعمال، وهو الوحيد الذي يتميز بهذه الخاصية، فالحقوق الشخصية تنقضي بالتقادم المسقط، وتنقضي بانقضائها الحقوق العينية التبعية التي تضمنها، وكذلك فإن الحقوق العينية الأصلية عدا حق الملكية، تزول بعدم الاستعمال كما هو حال حق السكنى وحق الاستعمال، وهو ما ورد في نص المواد 854 و857 من ق م.

ومادام حق الملكية لا يسقط بعدم الاستعمال، فإن الدعوى التي تحميه لا تسقط هي أيضاً بالتقادم.

كما أن الفقه استقر على اعتبار أن لحق الملكية وظيفة اجتماعية¹، هذه الوظيفة يقوم بها هذا الحق في أي دولة من دول العالم مهما كان نظامها السياسي أو الاقتصادي، والسبب في ذلك أن حل تشريعات الدول تفرض قيوداً على مالك العقار، إذ أن إشباع الفرد، وبالذات إشباع المالك لحاجاته الأنانية، لم يعد كما لم يكن في أي وقت مضى كل شيء، بل هناك مكاناً هاماً لإشباع الحاجات الاجتماعية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص545.

فالملكية تشمل مجالا واسعا لإشباع المصالح الشخصية البحتة للمالك، كما أن الثابت على أرض الواقع، بأن الفرد يسعى دائما جاهدا لإشباع مصالحه الشخصية أكثر مما يسعى لتحقيق مصالح الجماعة، هكذا إذن يقوم المالك بمباشرة سلطاته على ملكيته لحسابه ولمصلحته الخاصة، ومن هنا تتحقق مصلحة الجماعة بصورة غير مباشرة، ومن هنا كانت الملكية الخاصة حق فردي له وظيفة اجتماعية، هذه الوظيفة هي التي تقوي سيادة المالك على ملكه، فتكون هناك موازنة ما بين المبادرة الفردية المستمدة من سيادة المالك على ملكه وبين مطالب الجماعة، هذه الموازنة تظهر جليا في حدود الملكية العقارية الخاصة من خلال نظرية التعسف في استعمال الحق.

ومن هنا كان الفقه وكذا القضاء الفرنسي يعملان على تفعيل وتجسيد الوظيفة الاجتماعية للملكية، وان كان القانون الفرنسي يعتبرها حقا مطلقا، فنجد مثلا الفقيه جوسران¹ يعتبر أن العمل بفكرة الوظيفة الاجتماعية لحق الملكية، سيؤدي بالضرورة إلى إدخال تغييرات جوهرية على كيفية استعمال هذا الحق، فالقيود والالتزامات التي تفرض على المالك، تجعله في استعماله لحق الملكية مجبرا على ضرورة مراعاة مصالح الغير الذين قد يهمهم هذا الاستعمال، لذلك يرى هذا الفقيه أن منح الحقوق للأشخاص يكون الغرض منه هو تحقيق هدف اجتماعي، فاستعمال هذه الحقوق لا يكون مشروعاً إلا بعد تحقيق هذه الأهداف.

كما أن القضاء الفرنسي كان دائما يركز على ممارسة الرقابة في استعمال حق الملكية، هذه الرقابة تجعل من هذا الحق نسبي، وتحد من إطلاقه، لذلك يعد الاستعمال الضار للملكية تعسفا في استعمال هذا الحق، وظهرت للوجود نظرية التعسف التي كان لها دور فعال في إقامة التوازن بين المصلحة الفردية للمالك ومصلحة الجماعة، فالوظيفة الاجتماعية لحق الملكية كانت تعتبر أساس نظرية التعسف في استعمال هذا الحق ومبررا لها، فلا بد من مطابقة الاستعمال للغرض الاجتماعي لحق الملكية.

¹ - رشيد شيشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية، د س ط، ص 18.

بوصف حق الملكية لاسيما العقارية منها على أنه أصل الحقوق العينية وأهمها وأوفاها خصائصا فإنه محمي بحق التتبع، بحيث أنه لو وقع في حيازة شخص آخر، كان للمالك أن ينتزعه منه جبرا بواسطة القانون، لأنه من أكثر الحقوق حماية، فتتحقق هذه الحماية بأن يكفل القانون للشخص مباشرة السلطات اللازمة بتحقيق استثنائه بالعقار، كما يتحقق أيضا بدفع كل اعتداء يقع من الغير على هذا الاستثناء، وإذا كان القانون يتدخل لحماية صاحب الحق على هذا النحو، فإن الهدف من ذلك هو تحقيق مصلحة لصاحب الحق يراها القانون جديرة بالحماية، وتخول صاحبها الحق في الالتجاء إلى القضاء لكي يدفع كل اعتداء عليه في مباشرته لحقه.

في هذا المنوال جاء نص المشرع الدستوري في مادته 66 على ضرورة وإلزامية احترام وحماية الملكية العامة منها والخاصة بحيث جاء نصها كما يلي: « يجب على كل مواطن أن يحمي الملكية العامة ومصالح المجموعة الوطنية ويحترم ملكية الغير »، ولتكريس هذا المبدأ الدستوري نصت المادة 677 الفقرة 01 من ق م على ما يلي: « لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون ».

إنه وبالنظر إلى التقسيم الثلاثي الذي جاء به المشرع الجزائري¹ للأموال العقارية، فإن قواعد الحماية المقررة لحماية الأملاك العقارية الخاصة تختلف عن تلك المتعلقة بالقواعد المقررة لحماية الأملاك العامة، كذلك الشأن بالنسبة للأموال الوقفية، إذ يقتضي أن تكون قواعد الحماية صارمة في نوع وأقل صرامة منها في نوع آخر.

إن موضوع الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة يكتسي أهمية بالغة، والذي زاد من هذه الأهمية هو أن العقار أصبح اليوم يمثل أساس استقرار الشعوب، فهو يشكل ثروة الأمم، وواحدا

¹ - بالرجوع إلى أحكام المادة 23 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في: 18-11-1990 والذي يتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم فإنها تنص على مايلي: " تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

- الأملاك الوطنية - أملاك الخواص - الأملاك الوقفية".

من أهم الأسس التي تبني عليه الأنظمة سياستها، بل أن مسألة العقار وطريقة استغلاله تعد مسألة حيوية تتحكم إلى حد بعيد في تطور المجتمعات، وتؤثر أساسا على مستقبلها، ولما كان العقار بهذه الأهمية، كان من الضروري أن تتناوله التشريعات الوطنية والدولية بالتنظيم وأن توفر له الحماية الكافية سواء كان ملكا عاما أو خاصا، وان تتابع بالتنظيم والحماية حركة ملكيته والحقوق الواردة عليه وأن توجد الدول القضاء المتخصص في المنازعات العقارية.

بالنظر لكون أن جزائرا الحبيبة خضعت عنوة لاحتلال فرنسي غاشم دام 132 سنة، هذا المستعمر استعمل كل الوسائل المتاحة للتدمير والقضاء على أية مقاومة تظهر للوجود، فقام بسلب أموال وممتلكات الجزائريين، وهذا إلى غاية سنة 1954 أين اندلعت ثورة عظيمة في مبادئها وأهدافها وأفكارها، الأمر الذي حتم على المستعمر ضرورة الدخول في مفاوضات مع جبهة التحرير الوطني والتي انتهت بإعلان الاستقلال والاعتراف بالدولة الجزائرية كدولة مستقلة ذات سيادة، فبدأ المعمرون ومن والاهم بمغادرة أرض الوطن، تاركين وراءهم العقارات التي كانوا يجوزونها ظلما، كالأراضي الزراعية الخصبة والبنائات السكنية الفخمة، الأمر الذي دفع البعض من الجزائريين إلى اغتنام الفرصة من خلال إبرامهم صفقات عقارية أو تجارية مشبوهة، لاسيما بعد الاستقلال، ومن هذا المنطلق كان يتعين علينا ولو بإيجاز ضرورة الإشارة إلى المراحل التي مر بها المشرع العقاري الجزائري تبعا لمراحل النظام السياسي لكل مرحلة.

فجاءت المرحلة الأولى¹ والتي تبدأ منذ استرجاع السيادة الوطنية يوم: 1962/07/05 إلى نهاية عام 1979، وهي المرحلة التي تميزت بسلسلة من النصوص التشريعية التي قلصت من حرية التعامل في الملكية العقارية وقيود اكتسابها والتصرف فيها.

بل وذهب المشرع في قانون الثورة الزراعية² إلى الحد منها في المجال الزراعي، والغير زراعي كالأراضي الصالحة والمعدة للبناء، فنجد مثلا أن قانون الثورة الزراعية لا يعتد بالمعاملات التي

¹ - عريشي اعمر، القواعد القانونية التي تحكم الأنظمة العقارية في الجزائر، م ق م ع، ع 2، س 2003، ص 18.

² - أمر رقم 71-73 مؤرخ في 08-11-1971 يتضمن الثورة الزراعية، ج ر ج ج، عدد 97، س 1971، والذي ألغي بالمادة 75 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في: 18-11-1990 المعدل والمتمم المتضمن التوجيه العقاري.

وقعت خلال حرب التحرير الوطني من 1954/11/01 إلى 1962/07/04 سواء كان صاحبها جزائريا أو أجنبيا إذا شملها نظام التأمين وهو ما نصت عليه المادة 97 الفقرة 02 من قانون الثورة الزراعية.

أما المرحلة الثانية فهي الممتدة من بداية عام 1980 إلى نهاية 1989، ففي هذه المرحلة حاول المشرع الجزائري التدخل للتخفيف من القيود المضروبة على الملكية العقارية الخاصة، ورفع بعضها وتحرير بعض المعاملات والتصرفات في الملكية العقارية على الجزائريين، وقيدها على الأجانب.

ثم جاءت المرحلة الثالثة التي تبدأ من بداية عام 1990 ومنها بدا واضحا أن المشرع تراجع عن المرحلة الأولى، حين ألغى قانون الثورة الزراعية وإرجاع الأراضي الفلاحية إلى أصحابها وفي نفس المرحلة ألغى الأمر المتعلق بالاحتياطات العقارية الصالحة للبناء وبدأ الاهتمام بمفهوم العقار، لما له من أهمية بالغة، ذلك أن العقار هو أساس الاستقرار والتعامل والتصرف بين الأفراد.

إنّ الدراسة الحالية تخص الحاضر، أي ما هو معمول به قانونا وقضاء في المرحلة الحالية، ذلك أن النظام القانوني لحق الملكية العقارية الخاصة يقتضي منا الإجابة عن عدة تساؤلات وإشكاليات وجزئيات، وبالخصوص أن مسألة الملكية العقارية الخاصة تشكل عائقا رئيسيا، وإشكالا عويصا، يواجه الجهات المشرفة على تنظيمها، وكذا الجهات المشرفة على تسوية المنازعات المثارة بشأنها.

إن سبب هذه الصعوبة يرجع إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية الخاصة، وكذا النصوص التي كانت تحكمها، والتي في حقيقة الأمر لم تعرف انسجاما وتواصلا، ولا تطبيقا ميدانيا، لكثرتها ولعدم مواكبتها وتماشيها مع التقاليد والأعراف السائدين في المجتمع.

من المسلم به، أن قضية العقار وطريقة استغلاله، تعد مسألة حيوية وقضية جوهرية تتحكم إلى حد بعيد في تطور الشعوب، بل وتؤثر على مستقبلها.

إن الدوافع الذاتية والموضوعية التي أدت إلى اختيار هذا الموضوع تعددت، كون أن هذه الدراسة سأحاول من خلالها ولوبقسط، في تسليط الضوء على بعض الجوانب المتعلقة بالآليات

والوسائل بالإضافة إلى الإجراءات المتبعة من لدن التشريع الجزائري في حماية حق الملكية العقارية الخاصة، والتي أعتقد أنها يعترها الغموض سواء في أوساط العامة وبالخصوص المواطن البسيط أو حتى بعض الحقوقيين.

إضافة إلى تعميق الإطلاع والمعرفة للحقوقيين المهتمين بأحد أعمدة القانون الخاص وهو القانون العقاري المتعلق بالملكية الخاصة.

إن هذا المجال لازال لم يأخذ حظه الوافر من الكتابات والدراسات من طرف أهل رجال الاختصاص، خلافا لما هو عليه الحال في المواضيع القانونية الأخرى، وما يمكن قوله أن موضوع الملكية العقارية الخاصة يعد ثريا وخصبا يستحق البحث والدراسة والاجتهاد لإثراء المكتبة القانونية.

إن الحديث عن الملكية العقارية الخاصة، يجعلني أشير ولو بإيجاز إلى القول بأن الملكية العقارية بصفة عامة على ارتباط وثيق مع ما يسمى لدى رجال القانون وبالخصوص أهل الاختصاص بـ القانون العقاري، هذا الأخير يهتم بتحديد النظام والطبيعة القانونيتين لها.

من هذا المنطلق أول ما يلاحظ بخصوص القانون العقاري، هو صعوبة تصنيفه وفق التقسيم الكلاسيكي للقانون، بين ما هو خاص وما هو عام، إذ أن القانون العقاري نجده يهتم بملكية العقارات على اختلاف ملاكها، سواء كانوا من أشخاص القانون العام أو من أشخاص القانون الخاص.

كما أنه يهتم بتنظيم العلاقات القانونية والتعاقدية بين أشخاص القانون الخاص من جهة، وبين هؤلاء الأشخاص والسلطات العمومية من جهة أخرى، الأمر الذي جعل قواعد القانون العقاري مبعثرة بين مختلف النصوص القانونية، كالقانون المدني والقانون الإداري وقانون الأملاك الوطنية وغيره، فمثلا إذا رجعنا إلى القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 والمتضمن قانون

التوجيه العقاري¹ المعدل والمتمم نجد أن نص المادة الثانية منه تنص على أن: «الأموال العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات غير المبنية»، إذا نجد أن المشرع الجزائري حاول إعطاء تعريف للملكية العقارية بموجب المادة المذكورة أعلاه.

كما تناول المشرع في ذات القانون وبموجب نص المادة 23 الأصناف القانونية العامة للملكية العقارية، وهي على النحو الآتي: أملاك وطنية، أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة وأخيرا الأملاك الوقفية. ولكل نوع من هذه الأنواع قواعد قانونية تحكمها وتنظمها، لذلك لا يسعنا من خلال هذه الدراسة الحديث عنها كلها، وإنما قمت بمحصر الدراسة في نوع واحد، على اعتبار أنه يكتسي أهمية بالغة خصوصا أن السياسة المعتمدة من قبل الدولة تتجه لا محال إلى تنازل هذه الأخيرة أي الدولة، عن أملاكها العقارية.

بناء على ما تقدم سوف أعتمد في الموضوع الحالي على دراسة وصفية وتحليلية للقواعد القانونية التي سنها المشرع الجزائري، قصد توفير الحماية اللازمة للملكية العقارية الخاصة. كما حرصت أن تكون الدراسة مهتمة بالجانب العملي والتطبيقي، مع الأخذ بعين الاعتبار ما تضمنته النظريات الفقهية في هذا المجال، أي من خلال الاعتماد على الفقه، دون نسيان الإشارة ولو بالإيجاز إلى موقف الشريعة الإسلامية بخصوص بعض المسائل المرتبطة بالملك العقارية الخاصة. إن الدراسة الحالية تتمحور حول موضوع مدى توفير التشريع الجزائري بمختلف فروع الحماية اللازمة والفعالة لحق الملكية العقارية الخاصة؟ وهنا وقبل التطرق إلى فحوى الموضوع، تجدر بنا الإشارة إلى أننا استبعدنا الجانب الجزائري من الدراسة الحالية، على اعتبار أن حماية الملكية

¹ - في 18-11-1990 أصدر المشرع الجزائري هذا القانون الذي حدد القوام التقني و النظام القانوني للأموال العقارية بمختلف أنواعها، كما حدد أدوات تدخل الدولة و الجماعات و الهيئات المحلية، هذا القانون جاء ليعين الملكية العامة أو الأملاك الوطنية العقارية و الملكية العقارية الخاصة و التي هي محل الدراسة الحالية، و تصنيف الملكية و القيود الواردة عليها، كما يمتاز هذا القانون بأنه ألغى قانون الثورة الزراعية، ورد الاعتبار للملكية العقارية الخاصة... الخ.

العقارية الخاصة من الناحية الجزائية يتطلب دراسة منفصلة عن الدراسة الحالية، لذا إكتفينا بالجانب المدني المحض وكذا الجانب الإداري.

إنّ معالجة هذه الإشكالية، تتطلب أولاً وقبل الغوص في الترسنة القانونية التي وضعها المشرع الجزائري، الوقوف على مدى استفتاء المشرع الجزائري المسألة العقارية بالتنظيم الواضح؟ وهل وفر المشرع الجزائري الحماية القانونية الكفيلة لحق الملكية العقارية الخاصة؟

إن الباب الأول من الدراسة، مرتبط بالأساس بالشروط التشريعية لحق الملكية العقارية الخاصة، أما الباب الثاني فهو يتعلق بالآليات القضائية التي وضعها المشرع الجزائري لحماية هذا الحق، إذ أنه من الضروري قبل حماية الحق، التأكد من قيام حق الملكية العقارية الخاصة، إذ لا بد من إثبات وجود هذا الحق حتى يتسنى لنا حمايته بواسطة القضاء .

الباب الأول:

الشروط التشريعية

لحق الملكية العقارية الخاصة

تعد حماية العقار أساس الاستقرار والتعامل والتصرف بين الإنسانية، وهو مصدر رزق لكل إنسان على وجه الكرة الأرضية ومخلوقاتها، لذلك كان العقار مصدرا للصراعات البشرية، ولإزالة هذا الصراع قائما ومستمرًا، وعليه وقبل الغوص في موضوع الدراسة الحالية، لابد من تحديد مفهوم للملكية العقارية الخاصة، والتي يمكن القول بأن المشرع قد أعطى لها تعريفاً بموجب نص المادة 27 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المعدل والمتمم والمتضمن التوجيه العقاري والتي نصت على ما يلي: « الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها»¹، فالملكية العقارية إذن لا تعدو سوى أن تكون سلطة مباشرة لصاحب العقار، الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه ضمن حدود القوانين والأنظمة المعمول بها.

ومادام أن الأمر يتعلق بملكية العقار، يمكن ان نقول بأن هذا الأخير هو كل شيء ثابت ومستقر في مكانه، غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف²، خلافاً للمنقول الذي يحكم طبيعته قابل للنقل والحركة.

غير أننا نقول بأن التعريف الواجب في موضوع الحال هو الآتي: العقار هو المساحة الأرضية الفلاحية وغير الفلاحية مبنية كانت أم غير مبنية واقعة في أماكن حضرية أو غير حضرية خاضعة للنظام القانوني.

إنه وباعتبار أن الملكية تزداد أهمية كلما تعلقت بالعقار، فإنه لابد من تنظيم وتوفير القواعد القانونية اللازمة التي تكفل حمايتها من كل أشكال الاعتداء، ونظراً للظروف التاريخية والاجتماعية

¹ - وهو تقريبا نفس التعريف الذي أورده المشرع في المادة 674 من ق م: " الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين و الأنظمة " .

² - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، س 1985، ص 206.
كما عرفه المشرع في نص المادة 683 من ق م على أنه: " كل شيء مستقر بجزه و ثابت فيه و لا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار، و كل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول " .

والاقتصادية وكذا السياسية التي مرّت بها الجزائر، فإنّ الملكية العقارية الخاصة تأثرت بهذه الظروف، ومنه تأثر المشرع منها.

حتى يتسنى للشخص ممارسة حقه في الملكية العقارية الخاصة بكل حرية، وبحسب الخصائص التي يمتاز بها هذا الحق، وجب أولاً التأكد من ثبوت هذا الحق، والذي حدد له المشرع مجموعة من السندات التي بواسطتها يمكن القول أنّ هذا الحق ثابت لشخص معين على عقار معين، وهو ما سنتناوله ضمن الفصل الاول من هذا الباب، كما أنّ الإطار القانوني المتضمن ضبط التصرفات العقارية ذو أهمية بالغة على اعتبار أن الدولة لها دور مهم في ذلك، من خلال إقرارها لمبدأ التسجيل والشهر العقاري والذي هو موضوع الفصل الثاني.

الفصل الأول:

إثبات الملكية العقارية الخاصة في

التشريع

تعدّ مسألة إثبات الملكية العقارية الخاصة عائقا رئيسيا وإشكالا عويصا يواجه الجهات المشرفة على تنظيم وضبط الملكية العقارية، وتسوية المنازعات العقارية المثارة بشأنها، سواء تعلق الأمر بالقضاة أثناء فصلهم في مختلف المنازعات العقارية المعروضة عليهم¹ أو تعلق الأمر بالجهات الإدارية المختصة بعملية التطهير العقاري، هذا الأخير يعد الشغل الشاغل للإدارة الجزائرية التي ترمي من وراءه إلى إيجاد الآليات والأدوات القانونية التي تثبت ملكية العقار بموجب سندات رسمية مكتوبة، وذلك حتى يتسنى لها مراقبة الملكية العقارية الخاصة وطريقة استغلالها وحركة التصرفات القانونية التي ترد عليها، وهكذا تتمكن الدولة من الحصول على موارد الريع سواء تعلق الأمر بالعقار الصناعي أو الحضاري أو الفلاحي.

إن عملية التطهير العقاري تزداد أهمية بدخول الجزائر اقتصاد السوق، هذا الأخير يحتاج ويتطلب استثمارات تقتضي لزوما وجود عقارات لها سندات، ومن دون ذلك لا يمكن تصور وجود استثمارات ولا مستثمرين وطنيين كانوا أم أجانب.

إن هذا الوضع فرض على الدولة ضرورة التعجيل في حسم مسألة التطهير العقاري عن طريق الإسراع في عملية المسح العقاري ووضع سجل الأراضي لتعزيز الأساس القانوني لشهر الممتلكات وذلك بواسطة تحديد عيني لكل ملكية عقارية على حدة وتسليم سند يكون بمثابة بطاقة تعريف وتحديد هوية للعين المملوكة، تسجل فيه كل التغيرات التي تطرأ على العقار سواء كانت قانونية، كتغيير صفة المالك أو طبيعة العقار، أو كانت مادية مثل: البناء والتقسيم.

إن صعوبة التطهير العقاري في الجزائر ترجع أساسا إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية والنصوص التي كانت تحكمها، هذه الأخيرة لم تعرف انسجاما وتوصلا، ولا تطبيقا ميدانيا، وذلك لكثرتها ولعدم تماشيها مع التقاليد والأعراف السائدة لدى المجتمع الجزائري، خصوصا أن المشرع لم يراع الثقافة الريفية، الأمر الذي أدى بالعديد من الفلاحين إلى عدم إعارة

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، س 2003، ص 3.

أي اهتمام لهذه القوانين، خصوصا مع استمرار تضارب النصوص، وسرعة تجديدها والذي لا يخدم استقرار الملكية العقارية الخاصة.

إنّ الحديث عن إثبات الملكية العقارية الخاصة يؤدي بنا بالضرورة إلى الحديث عن السندات التي تجسد هذا الحق، ومعلوم لدى العام والخاص أن حق الملكية العقارية من حيث إثبات وجوده مرتبط بالأساس بما هو مدون في أحكام القانون المدني. بموجب المادة 324 مكرر 01، والتي تفرض وتلزم تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي.

ان كان المبدأ يقضي بأن الملكية العقارية الخاصة لا بد من إثباتها بموجب سندات رسمية، إلا أن الواقع والماضي فرض على الجهات المسؤولة عن عملية التطهير العقاري ضرورة التفكير، وإيجاد الحلول بخصوص الفئة من المجتمع التي تمتلك عقارات أو حقوق عقارية، ولا تحوز على سندات رسمية، فهذا مثلا يقول أنه ورث أرضه أبا عن جده منذ خمسين سنة والآخر يستدل بعقد عرفي مسجل أو مترجم يعود تاريخه إلى ذات الفترة، والآخر يقدم عقدا شرعيا غير مشهر يعود لأكثر من سبعين سنة، إلى جانب هؤلاء هناك من يستظهر عقد شهرة منازع فيه أو شهادة حيازة مستخرجة من البلدية على أنها عقد ملكية، كل هذه الحالات تفرض منطقتها على التشريع الذي يجب عليه إيجاد الحل المناسب.

و عليه نتناول ضمن هذا الفصل دراسة سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة كمبحث أول، ثم نعرض في المبحث الثاني إلى تبيان الحدود القانونية لتصرفات الأشخاص في الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول: سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة

لقد تطورت قواعد تملك وحيازة الأرض مع تطور المجتمعات، التي وضعت تشريعات خاصة تسير تنظيم الأراضي والحقوق المفروضة عليها، وكذا أشكال الإحصاء التي تقام لأهداف جد معينة غالبا ما تكون لفرض الضريبة، لضمان قانوني أولترع الملكية، ووصلت الأنظمة التشريعية المستعملة حاليا إلى حد إنشاء حالة مدنية حقيقية للملكية العقارية¹.

إنّ المشرع بدوره يسعى إلى حماية حق الملكية العقارية الخاصة من خلال سنه لإجراءات تكون تارة وقائية كما هو الشأن في فرض الشكلية في المعاملات الواقعة على العقارات، وتارة علاجية بالنسبة للإجراءات المتخذة في بعض الحالات التي تنعدم فيها الشكلية.

رغم اشتراط المشرّع للرسمية والإشهار العقاري للمحركات المتعلقة بحق الملكية العقارية الخاصة، إلا أنه قبل استثناء الخروج عن هذا المبدأ واعتبار حق الملكية الوارد في هذه المحركات ثابت وأوجب حمايته.

إن إثبات الملكية العقارية الخاصة يعد مظهرا من مظاهر الحماية التي يعطيها القانون لهذا الحق، ومن خلال هذا المبحث سنعالج مختلف السندات التي بموجبها يثبت هذا الحق الذي هو كفيل بالحماية، والتي نجدها متنوعة ما بين سندات رسمية والتي تنطرق إليها في المطلب الأول وأخرى عرفية سنعالجها ضمن المطلب الثاني وفي الأخير سندات ناتجة عن إجراء سنه القانون مؤخرًا، وهو الذي سنتناوله ضمن المطلب الثالث.

¹- Frédérique Cohet – Cordey , Betty Laborrier, Jacques Lafond , Ventes d' immeubles, Droit immobilier, 2^{eme} édition, Litec, Paris, 2007, p335.

المطلب الأول: مدى فعالية السندات الرسمية لإثبات الملكية العقارية الخاصة

إذا كان المبدأ المستقر عليه هو الرضائية في التصرفات القانونية، أصبح التراضي هو الركن الأساسي في التصرف القانوني، ومن ثم أصبحت الإرادة وحدها مجردة من أي شكل رسمي كافية لإنشاء التصرف، وهكذا أصبحت الرضائية مبدأ عاما في إبرام التصرفات القانونية وإعتبرت الشكلية الرسمية مجرد استثناء، وإذا كان هذا موقف القانون الفرنسي¹ فان الكثير من التشريعات اعتمدت نفس الموقف، ومنها المشرع الجزائري، وهو ما يتجلى في نص المادة 59 من ق م، إذ أن المشرع يعتبر أن العقد يتم وينعقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتان دون الإخلال بالنصوص القانونية، لذلك يقال أن الرضا هو الذي يلزم المتعاقد وليس الشكل الرسمي. غير أنه ولعدة اعتبارات وأسباب، منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يخص المصلحة العامة، بدأ هذا المبدأ يتراجع مع مطلع هذا القرن.

فبالنسبة للمصالح الخاصة فان مبدأ الرضائية له مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير، كالتسرع في إبرام العقد وذلك من دون تقدير للأمور من قبل المتعاقد أو إغفال مسائل هامة. أما المصلحة العامة للدولة فتتجلى في كونها هي التي تتولى التكفل بالميدانين الاجتماعي والاقتصادي، الأمر الذي يجبرها بالاهتمام بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد، كما أن الطابع الرسمي يحقق للدولة إيرادات عن طريق فرض الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل²، وهنا لا بد من القول ان الملكية العقارية بحكم وظيفتها الاجتماعية، وهي تعتبر من عناصر الثروة القومية، كان لزاما أن تتوافر لها الحماية القانونية من كل اعتداء يتعرض له المالك، وعدم المساس بحق الملكية كي تحقق وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية، ومن ثم وجب إحاطة حق

¹ - لا يوجد نص صريح في القانون الفرنسي يقرر مبدأ الرضائية، و لكن يجمع الفقه على ان هذا المبدأ قد أقره المشرع الفرنسي ضمنا دون الحاجة إلى نص صريح.

-H.L et J.MAZEUD: leçons de droit civil, T 2, les obligations, théorie générale, 9^{ème} édition, par F.CHABAS, Montchrestien, Delta, 2000, N°116, p103.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعة، وحدة الرغبة، الجزائر، س 2010، ص 292.

الملكية العقارية بضمانات لاستقرارها وتدعيم الائتمان العقاري، وقد وجدت الدول ومن بينها الجزائر أن من أهم الوسائل لحماية الملكية العقارية وضمان استقرار المعاملات الواردة عليها هو الشكل الرسمي.

باعتبار أن العقار يعد من أغلى الثروات، كان لابد على الدولة السيطرة على جميع العمليات القانونية التي ترد عليه، وهو ما يتجلى في نص المادة 324 مكرر 1 من ق م: « زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية.... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ».

على هذا الأساس وبمجرد استقراءنا لنص المادة المذكورة أعلاه، نجد أنه لا يكفي مجرد توافق إرادتين متطابقتين لنقل ملكية عقار أو حقوق عقارية، بل تعتبر الشكلية الرسمية في هذا النوع من التصرفات ركنا من أركان العقد، فبالإضافة إلى التراضي والمحل والسبب، هناك ركن رابع هو الشكل الرسمي للتصرف، وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة، لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف.

إن حق الملكية متى انصب على عقار كان جديرا بالحماية اللازمة حتى يتمتع صاحبه بجميع السلطات التي يمنحها له هذا الحق، وعلى اعتبار أن الملكية العقارية الخاصة ذات أهمية بالغة في أي مجتمع من المجتمعات، فقد تقرر ضرورة إخضاعها إلى الرسمية لعدة أسباب من بينها توفير الحماية، فالمشرع لما تدخل وفرض الكتابة الرسمية على التصرفات الواردة على العقارات، فإنه أقر بأن كل ما يرد على عقار من تصرف لا وجود له قانونا من دون الرسمية، والمقصود بالرسمية اكتساب الشيء الشكل القانوني المطلوب، ويطلق على العقود الرسمية ما يسمى بأدلة الإثبات ذات القوة المطلقة، ونحاول من خلال هذا المطلب تبيان مختلف أنواع السندات الرسمية التي تتضمن ثبوت الملكية العقارية الخاصة ومدى قوتها وحجتها في إثبات الملكية العقارية الخاصة، من خلال

ثلاث فروع، الأول نخصه للسندات التوثيقية، والفرع الثاني للسندات الإدارية، ونخصص الفرع الثالث للسندات القضائية.

الفرع الأول: السندات التوثيقية لإثبات الملكية العقارية الخاصة

هي بمثابة اسم على مسمى، إذ أن هذا النوع من السندات تحرر من قبل الموثق، وبالتالي وجب علينا تعريف الموثق، مع ضرورة تبيان أهم العقود المتعلقة بالملكية العقارية الخاصة التي يحررها.

أولاً: ماهية مهنة الموثق

للقوف على معرفة ماهية مهنة الموثق لابد من تحديد معنى وتعريف للموثق، مع تحديد مختلف أنواع المحررات التي يقوم بتحريرها.

1- تعريف الموثق

تنص المادة الثالثة من القانون رقم 02/06 المؤرخ في: 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق¹ على ما يلي: «الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة»، من خلال هذه المادة يتضح بأن الموثق هو ضابط عمومي² مكلف بخدمة عامة إذ أنه يضفي الصيغة الرسمية على العقود التي يتولى تحريرها سواء تلك التي يفرض فيها القانون الصيغة الرسمية أو تلك التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة.

¹ - قانون رقم 02/06 المؤرخ في: 2006-02-20 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

² - الضابط العمومي هو الشخص الذي يحوله القانون سلطة إضفاء الصيغة الرسمية على العقود، و تمنح له هذه الصيغة بموجب نص قانوني.

هنا لا بد من الإشارة إلى أن المرسوم الرئاسي 405/02 المتعلق بالوظيفة القنصلية قد خول لرئيس المركز القنصلي بالإضافة إلى إعداده لعقود الحالة المدنية الخاصة بالرعايا الجزائريين وتحريرها ممارسة المهام التوثيقية¹.

باعتبار أن الموثق يؤدي خدمة عامة فانه يتقاضى أتعابه من ذوي الشأن، أي يتقاضى أتعابه من الأشخاص المستفيدين من خدماته، وبما أن الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية، تولى القانون تنظيم هذه المهنة وذلك بتحديد مهام الموثق، وشروط ممارسته هذه المهنة والرقابة والمحاسبة والتأديب.

إذا ما يجب الإشارة إليه هو أنه لأجل ضمان حماية أكبر لحق الملكية العقارية الخاصة كلف المشرع الموثق لترسيم كل التصرفات الواقعة على هذا الحق، فما هي يا ترى الأسباب التي أدت بالتشريع إلى الاعتماد على الموثقين في تحرير العقود الرسمية المنصبة على الملكية العقارية الخاصة؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل يقتضي منا الإشارة ولو بإيجاز إلى الشروط والمهام المنوطة بالموثق والتي تضمنها قانون التوثيق الحامل للرقم 06-02 المؤرخ في: 20/02/2006.

أ- شروط الإلتحاق بمهنة التوثيق

تنظم وزارة العدل بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين²، مسابقة الإلتحاق بالتكوين للحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق، هذه المسابقة تحدد شروط وكيفيات تنظيمها عن طريق التنظيم، وكل مترشح لهذه المسابقة لا بد أن تتوفر فيه مجموعة من الشروط تضمنتها المادة السادسة من القانون 06-02 المؤرخ في: 20/02/2006 والمتضمن مهنة الموثق وهي:

¹ - وهو مضمون نص المادة 38 من المرسوم الرئاسي 405/02 المؤرخ في: 26-11-2002 و كذا نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 407/02 المؤرخ في 26-11-2002 المحدد لصلاحيات رؤساء المراكز القنصلية.

² - راجع في هذا المجال نص المادة 45 من القانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، والتي تنص على ما يلي: "تنشأ غرفة وطنية للموثقين تتمتع بالشخصية الاعتبارية، تسهر على تنفيذ كل عمل يهدف إلى ضمان إحترام قواعد المهنة و أعرافها، و تتولى إعداد مدونة لآخلاقيات المهنة، يتم نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بقرار من وزير العدل، حافظ الإختام."

- التمتع بالجنسية الجزائرية،
 - حيازة شهادة اليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها،
 - بلوغ خمسة وعشرين سنة على الأقل،
 - التمتع بالحقوق المدنية والسياسية،
 - التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.
- وبعد تعيين الحائزين على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق بصفتهم موثقين بقرار من وزير العدل، يؤدون اليمين القانونية أمام المجلس القضائي محل تواجد مكاتبهم، هكذا إذا نجد أن المشرع ومن أجل توفير أكبر قدر ممكن من الحماية للملكية العقارية الخاصة جعل من الكفاءة والمصدقية كشرط أساسية لكل مترشح لمهنة التوثيق، فتوكيله لهذا الاختصاص لهذه الفئة كان عن اقتناع منه على أنه قد أوكله إلى أهل الاختصاص لأنهم يتمتعون بكفاءات عالية في تحرير العقود الرسمية فبحكم المهنة التي تتطلب دراسة قانونية واسعة فالموثق يحسن صياغة الألفاظ والعبارات التي تفصح بوضوح عن نية المتعاقدين وطبيعة العقد.
- كما أن الأمر يسد الطريق أمام الأشخاص الغير مؤهلين الذين يحررون عقودا عرفية بكيفيات وعبارات غير واضحة، تؤدي في أغلب الأحيان إلى منازعات أمام القضاء.
- كما أن الرسمية التي يضيفها الموثق على العقود التي يحررها، تؤدي إلى تقليص أو القضاء على تزوير الوثائق المتعلقة بالملكية العقارية الخاصة، وكل الحقوق التي تتبعها وبالتالي حمايتها.
- أما بخصوص المصدقية فهي تظهر في كون أن المحررات التي يعدها الموثق، يتم مهرها بختمه الذي منحت له السلطة العمومية¹، وفوضته بذلك، وإلا عد محررا عرفيا وكان باطلا، فالمادة 38 من قانون التوثيق تبين بوضوح بأن كل موثق يمنح له ختم للدولة خاص به من قبل وزير العدل،

¹ - المادة 38 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق تنص على ما يلي: "يسلم وزير العدل، حافظ الأختام، لكل موثق خاتما للدولة خاصا به طبقا للتشريع المعمول به، يجب على الموثق تحت طائلة البطلان دمج نسخ العقود، والنسخ التنفيذية والمستخرجات التي يقوم بتحريها أو تسليمها بخاتم الدولة الخاص به".

وهو ما ينتج عنه القول بأن هذه المهنة مازالت تخضع لسلطة وصية عليها، وهي وزارة العدل، ذلك ان السلطة العمومية حينما وزعت سلطاتها على المرافق والهيئات، أحالت جزءا من سلطاتها إلى الموثقين من أجل ترسيم المحررات الواقعة على الملكية العقارية الخاصة، لذلك يعد الموثق مسؤولا عن كل ما تضمنه المحرر الرسمي، وعن كل التصرفات التي قام بها، لأنه إضافة إلى وضع الختم الخاص به، يقوم بالإمضاء على هذه المحررات باعتباره سلطة محررة، فهو شاهد ممتاز.

ب- مهام الموثق

التزام المشرع الجزائري بحماية الملكية العقارية الخاصة، دفع به إلى ضرورة إيجاد أدوات كفيلة لضمان هذه الحماية، فكان لا بد من تثبيت التصرفات الواقعة على هذا الحق في محررات رسمية، ولتحقيق هذا الهدف كان من الضروري التأكد من أن كل المعلومات التي تتضمنها هذه المحررات صحيحة وسليمة وتعكس بالفعل واقع التصرف وأطرافه، الأمر الذي استدعى اشتراط إعداد المحرر وفق شكلية معينة منصوص عليها في المادة 324 مكرر من ق م وما يليها.

كل هذا لتفادي الوقوع في الغلط، ولقد تقرر بموجب نص المادة 26 من القانون 06-02 المؤرخ في: 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق وجوب تحرير العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح نافي للجهالة ومن دون اختصار أو بياض أو نقصان أو كتابة بين الأسطر وغيرها من الأمور التي تؤدي إلى الغلط.

بالتالي نقول أن الموثق أثناء تحريره للعقود التوثيقية التي ترد على الملكية العقارية الخاصة، لا بد

عليه من مراعاة الأشكال والمضمون المتعلق بهذه العقود ويقوم بتبيان مجموعة من البيانات أهمها:

- هوية المحرر: لا بد أن يتضمن العقد الذي يحرره الموثق اسم ولقب ومقر مكتب الموثق الذي حرر العقد، إذ أن هذه البيانات تحدد محرر العقد وتجعله مسؤولا على كل ما يكتبه في المحررات الرسمية التي يمسئها ويحتمها بختم الدولة الخاص به.

- هوية المتعاقدين والشهود والمترجم: الموثق ملزم بتبيان هوية أشخاص الحق بدقة كبيرة، إذ

أن المادة 62 من المرسوم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل

العقاري المعدل والمتمم، تلزم الموثق محرر العقد الرسمي ضرورة تبيان ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف، وهو ما تضمنته المادة 29 الفقرة 02 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، كما أن المادة 63 من المرسوم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري تلزم الموثق بضرورة تبيان هوية الأشخاص المعنوية بذكر تسميتها ورقم تسجيلها في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية، ومقر وتاريخ ومكان التصريح للجمعيات ومقر ومكان إيداع القوانين الأساسية للنقابات، بالإضافة إلى ذلك تفرض المادة 29 من القانون 06-02 المؤرخ في: 2006/02/20 ضمن الفقرات 03 و04 ضرورة تبيان اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء بالإضافة إلى اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء كذلك، كما أن المادة 65 من المرسوم 63-76 السابق الإشارة إليه تفرض المصادقة على صحة البيانات المتعلقة بالشرط الشخصي بالنسبة لهوية الأطراف، ويؤدي هذا الإجراء إلى الإقرار بمسؤولية الموثق في حالة مخالفة البيانات المذكورة في العقد للبيانات الحقيقية للمتعاقدين، فيمكن من خلال الوثائق المقدمة له المثبت للهوية، معرفة أهلية وحالة الشخص وصفته، وبالتالي إمكانية هذا الشخص في التصرف في حق الملكية العقارية الخاصة من عدمه.

● تحديد موضوع التصرف الواقع على الملكية العقارية الخاصة: إن القانون يفرض على الموثق التصريح بطبيعة التصرف الواقع على حق الملكية العقارية الخاصة وهو ما يعبر عنه بموضوع العقد التوثيقي وهو ما يساهم بشكل كبير في حماية هذا الحق، فالقول أن موضوع التصرف هو هبة عقار يختلف عن البيع، على اعتبار أن الهبة تختلف من حيث الآثار عن البيع، كما أنه من خلال تحديد الموضوع يمكن تحديد السبب الدافع إلى التصرف في حق الملكية العقارية الخاصة، والوقوف عما إذا كان السبب مشروعاً أو غير مشروع، ومن خلال الموضوع يمكن تحديد قيمة ونوعية الضريبة المستحقة أثناء إجراءات التسجيل والشهر التي تعتمد أساساً على القيمة في العقد التوثيقي.

● تاريخ ومكان إبرام العقد: أي لا بد على الموثق أن يضمن العقد الذي يجره التاريخ باليوم والشهر والسنة وتاريخ الإمضاء، كما لا بد عليه أن يبين بوضوح المكان الذي تم فيه إبرام العقد، إذ أن هذه البيانات لها دور فعال في حالة قيام نزاع ما بين الأطراف المتعاقدة لمعرفة الجهة المختصة بالنظر والفصل في النزاع بالإضافة إلى الوقوف على المواعيد.

● تعيين العقار: إنه لمن البديهيات ضرورة تعيين العقار في المحررات التوثيقية التي يجرها الموثق، إذ لا بد عليه أن يعين العقار تعيينا دقيقا نافيا للجهالة، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن تعيين العقار يختلف باختلاف الموقع والطبيعة¹، إذ أن تعيين العقار الريفي يختلف بعض الشيء عن العقار الحضري، وتعيين العقار المسوح يختلف عن تعيين العقار غير المسوح، وكذا تعيين العقار المبنى يختلف عن العقار الغير مبني، دون نسيان الاختلاف الموجود ما بين العقار المشاع والعقار المفرز، ولكن يجب على العموم تحديد العقار بطبيعته ونوعه وموقعه، ومساحته ومشملاته، وحدوده بطريقة دقيقة، كل هذه العناصر تضمنها المرسوم 76-63 المؤرخ في: 1976/03/25 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في: 1993/05/19 وذلك في المواد 21 و 27 ومن المواد 66 إلى 71 وكذلك نص المادة 114 منه التي نصت على مايلي: "خلافًا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم وعند عدم وجود مخطط لمسح الأراضي، فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار، في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي مشار إليه في المادة السابقة مايلي: نوع العقار - موقعه - محتوياته. وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك، أسماء المالكين المجاورين."

● أصل الملكية: هو ما اصطلح على تسميته عند فقهاء القانون العقاري بمبدأ الأثر النسبي ويقصد به الإشهار المسبق لسندات الملكية العقارية التي يتم بموجبها امتلاك المتصرف لحق الملكية

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، س2002، ص98.

العقارية، فيتم استظهار مراجع إشهار هذا السند إذا كان مشهرا، أما إذا لم يكن مشهرا فيتم الإشارة إلى نوعية وطبيعة السند الذي تم بموجبه اكتساب حق الملكية¹.

● التكاليف والشروط والثلث: أي لا بد من ذكر جميع الشروط العامة والخاصة والتكاليف التي تم الاتفاق عليها بين أطراف العقد، وعلى الموثق أن يحرص على تطابق هذه الشروط مع القوانين السارية المفعول وألا تخالف النظام العام والآداب العامة، كما يجب التصريح بالثلث الحقيقي المتفق عليه، إذ من خلاله يتم تحديد قيمة الضريبة المحصلة لفائدة خزينة الدولة، كما أنه ومن خلال تحديد الثلث يمكن في بعض الحالات الوقوف على حقيقة وسبب التعاقد كأن يخفي الشخص الهبة في صفة بيع بثلث زهيد جدا لا يعكس القيمة الحقيقية للعقار محل عقد البيع التوثيقي، فتتجه نية المتعاقد إلى الإضرار بالغير.

● التنويه على تلاوة النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به: لا بد على الموثق عند تحريره للعقد وقبل التوقيع عليه، أن يقوم بقراءة القوانين الجبائية والتأكيد عليها للأطراف²، كما يبين لهم بوضوح مدى خطورة التصريحات الكاذبة التي تؤدي إلى المتابعات الجزائية.

● شهادة المطابقة على الأصل والمصادقة على الهوية: لا بد على الموثق أن يختم العقد المحرر بفقرتين، الأولى تفيد بأن المحرر الذي تم إعداده قد روجع، وأن كل النسخ التي تم إعدادها متطابقة، أما الثانية فيتم الإشهاد فيها بأن هوية الأطراف المتعاقدة التي ذكرت في المحرر قد تم التأكد منها، وأن المعلومات المتعلقة بها مطابقة للقانون، وبما أن هذه الفقرة هي خاتمة المحرر، فإن أي تصحيح لخطأ مادي أو إضافة لكلمة أو عبارة تم إسقاطها سهواً، تأتي على شكل إحالة مصادق عليها بعد هذه الفقرة.

¹ - وهي النقطة التي سنتطرق إليها ضمن الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الدراسة.

² - إن قانون التسجيل يوقع عقوبات على الموثق الذي لا يعيد تلاوة العقد على الأطراف، غير أن التعليق الموضوعي على هذا الالتزام يفرض طرح السؤال التالي: هل أن الموثق يتلو العقد مخافتا من دفع الغرامة أم لأداء واجبه المهني إرضاءا لضميره وحفاظا على حقوق الأطراف الذين يجب أن يفهموا جيدا العقد الذي سوف يوقعون عليه؟ في هذا المجال أنظر علاوة بوتغرار، نظرات في قانون التسجيل، مجلة الموثق، ع 13، س 2005، ص 5.

2- أنواع المحررات التي يحررها الموثق

يمكن أن تصنف المحررات التي يحررها الموثق إلى نوعين: عقود رسمية وأخرى احتفالية، وكلاهما لا بد أن يحرر طبقاً للأشكال والترتيبات التي ينص عليها القانون.

أ- العقود الرسمية

هي تلك العقود التي يحررها الموثق بصفته ضابط عمومي، وهي كثيرة ومتنوعة، ولكن التي تمنا هي تلك المنصبة على إثبات الملكية العقارية الخاصة كعقد البيع وعقد المقايضة.

✓ عقد البيع: يعتبر عقد البيع من أهم السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة، وبموجبه يقوم البائع بنقل ملكية المبيع والذي هو عقار إلى المشتري في مقابل ثمن نقدي يدفع خمسه أمام مرأى الموثق¹، وفي هذا النوع من العقود لا يعتبر حضور شهود التعريف لازماً وضرورياً، فضلاً على أن عدم حضورهم لا يترتب عليه أي بطلان المهم أن يحرر العقد المتضمن بيع عقار، أو حقوق عقارية من طرف موثق مؤهل قانوناً حتى ينعقد العقد ويكون له وجود قانوني².

✓ عقد المقايضة: بالرجوع إلى نص المادة 415 من ق م، فإن أحكام البيع تسري على المقايضة، إذ أن المشرع الجزائري يعتبر كل مقايض بائعاً للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض به، ومشترياً في الوقت ذاته للشيء الذي كان مملوكاً للطرف الآخر وقايض عليه. ومادام أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة الرسمية، فإنه بالنتيجة تخضع المقايضة المنصبة على الملكية العقارية الخاصة بدورها للشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان.

ب- العقود الاحتفالية

يمكن القول أن هذا النوع من العقود تعد في أساسها عقوداً رسمية، غير أنه لا تعتبر كل العقود التي يحررها الموثق على أنها عقود احتفالية، والمشرع لم يحدد هذه العقود لا من

¹ - قبل سنة 1998 كان ثمن البيع يدفع بكامله بين يدي الموثق، أما بعد صدور قانون المالية لسنة 1998 أصبح فقط خمس ثمن نقل الملكية هو الذي يدفع لزوماً بين يدي الموثق.

² - في هذا المجال راجع القرار الصادر عن م د بتاريخ: 26-02-2000 والحامل للرقم 210419، غرفة 3، غير منشور: "حيث أن بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق".

حيث تسميتها ولا من حيث معاييرها، غير أن العمل القضائي والتوثيقي خاصة لم يختلف حول اعتبار كل من عقود الهبة والوقف والوصية كعقود احتفالية وهو ما يتطلب تدخل الإرادة التشريعية لوضع ضوابط لها، تفاديا لتعدد التفسيرات والتأويلات.

لقد ورد النص على هذا النوع من العقود في المادة 324 مكرر 03 من ق م والتي تقضي بـ: « يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفالية، بحضور شاهدين » وهنا نجد أن المشرع قد قرر إلزامية تحرير هذا النوع من العقود بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان، فالشهود في هذا النوع من العقود يعدون شهود العدل أو شهود العقد، وهم الذين يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه وشهادتهم واجبة في العقود الاحتفالية تحت طائلة البطلان¹.
على عكس من ذلك فإن الشهود في عقود أخرى كعقد الإيجار أو البيع أو الشركة نجد أن مركزهم يختلف، على اعتبار أنهم ليسوا إلا شهود تعريف أو تشرية².

✓ عقد الهبة: تناول المشرع الجزائري أحكام عقد الهبة ضمن قانون الأسرة وعرفها في المادة 202 منه على أنها: "تمليك بلا عوض"، لذلك نقول بأن الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض وهي تعتبر من التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة، ويتم نقل الملكية من الواهب إلى الموهوب له بدون مقابل.

ولقد جاءت المادة 206 من قانون الأسرة لتؤكد على أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع ضرورة مراعاة أحكام قانون التوثيق بخصوص هبة العقارات، لذلك يعد عقد الهبة المنصب على العقارات أو حقوق عقارية باطلا متى انعدمت الشروط الجوهرية.

✓ الوصية: تعدّ عقد احتفالي ورسمي، لذلك ألزم المشرع توثيق هذا النوع من العقود وفق شكل معين وتضمن قانون الأسرة الجزائري في المادة 184 منه الوصية باعتبارها: "تمليك مضاف

¹ - إن حضور شهود العدل في العقود الاحتفالية واجب تحت طائلة بطلان العقد.

² - على خلاف العقود الرسمية التي لا يعتبر حضور شهود التعريف فيها لازما وضروريا فضلا على أن عدم حضورهم لا يترتب عليه أي بطلان.

إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وهي لا تثبت إلا بموجب تصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وهذا ما نصت عليه المادة 191 الفقرة 01 من قانون الأسرة الجزائري. وهنا تجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية لا تخضع الوصية لأية صيغة شكلية وأنه يمكن إثباتها بجميع الطرق المقررة في الإثبات، ولكننا نعتقد بأن القانون المدني وبموجب المادة 324 مكرر 01 يلزم تحت طائلة البطلان ضرورة تحرير العقود الناقلة للملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي وهو المبدأ المستقر عليه في قضاء المحكمة العليا التي تقتضي الرسمية في جميع العقود الناقلة للملكية العقارات¹.

✓ الوقف: تنص المادة 03 من القانون 10/02 المؤرخ في: 2002/12/14 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المؤرخ في: 1991/04/27 والمتعلق بالأوقاف على أن: « الوقف هو حبس العين عن التملك وعلى وجه التأييد والتصديق بالمنفعة العامة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير» غير أن الملفت للانتباه بخصوص مدى اشتراط الشكل الرسمي في هذا النوع من العقود هو التضارب الصارخ الذي وقعت فيه المحكمة العليا بخصوص قرارها الصادر بتاريخ: 1999/11/16 تحت الرقم: 234655 لغرفة شؤون الأسرة²، أين اعتبرت أن الوقف لا يخضع للرسمية، على أساس أنه يعد من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها، وبالتالي فإن هذا القرار قد خالف تماما أحكام المادة 324 مكرر 01 من ق م وكذا المادة 41 من القانون 10/91 المؤرخ في: 1991/04/27 المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/02 المؤرخ في: 2002/12/14 المتضمن قانون الأوقاف، والمعروف قانوننا أنه لا اجتهاد أمام نص صريح.

¹ - قرار صادر عن م ع غ أش، بتاريخ: 23-12-1997، تحت رقم الملف: 160350، منشور في م ق م ع، الاجتهاد

القضائي لغرفة الاحوال الشخصية، ع خاص، الديوان الوطني للأشغال التربوية، س 2001، ص 295.

² - م ق م ع، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خاص، المرجع السابق، ص 314.

ثانيا: حجية السندات التوثيقية في إثبات حق الملكية العقارية الخاصة

متى توفرت السندات التوثيقية على الشروط القانونية السابق ذكرها، اكتسبت هذه الأخيرة صفة الرسمية، و أصبحت لها ذاتية في الإثبات بحيث لا يطلب ممن يحتج بها ان يثبت صحتها ولكن على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها.

وبذلك تكون للسندات التوثيقية قرينة بسلامتها المادية وأخرى بصدورها عن شخص مؤهل قانونا بالتوقيع عليها والذي هو الموثق، فإذا نازع الخصم في صحة السند التوثيقي فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها وإنما يقع عبئ نقضها على الخصم الذي ينكرها ولا يتيسر له ذلك إلا بطريق الإدعاء بالتزوير¹.

يشترط في السند التوثيقي الذي يتمتع بقوة ذاتية في الإثبات أن يكون مظهره الخارجي سليما غير مشوب بعيوب بحيث لا يحوطها شك أو إبهام، فإن إشتعل السند على عيوب مادية ظاهرة كالكشط والحشر والحو من غير تصديق من الموثق جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمتها الإثباتية أو تنقصها ولها أن تقوم بتحقيق بشأنها وفقا للمادة 75 من ق إ م إ.

وبناء على ما تقدم، فإن السند التوثيقي له حجية في الإثبات إلى مدى بعيد فيما بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير.

1- حجية السندات التوثيقية بالنسبة للأطراف

إن الحجية مفترضة في السند التوثيقي، متى كان مظهرها الخارجي سليما ولا ينبئ أنها غير ذلك، ولا يلزم من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها.

هنا لا بد من التفرقة ما بين الوقائع التي وقعت تحت سمع وبصر الموثق، والتي أثبتتها في السند التوثيقي، والتي تكتسي حجية مطلقة ولا يكون لصاحب المصلحة الذي يدعي غير ذلك، أن يطعن

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، ج4، ط1، دار هومة، الجزائر، س 2008-2009، ص51.

فيها إلا بالتزوير. وبين الوقائع التي ينقلها عن الأطراف، والتي يمكن الطعن فيها بإثبات عكسها، دون الطعن في الورقة في حدّ ذاتها¹.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 5 من ق م على ما يلي: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

كما نص في المادة 324 مكرر 6 من نفس القانون على ما يلي: «يعتبر العقد الرسمي حجة لحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الإتهام. وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم حسب الظروف، إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا».

يُستفاد من هاتين المادتين، أن السند التوثيقي حجة على صحة ما دون فيه، ولا يمكن دحض هذه الحجية إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وإن هذه الحجية تثبت لما قام به الموثق بنفسه في حدود سلطته ومهامه، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموثق واقتصر نظر هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحهم، فإن هذه الوقائع لا تلحقها صفة الرسمية، ومن ثم يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات دون التقيد بطريقة الطعن بالتزوير².

إذن يتضح من هذه المواد، أن السند التوثيقي يكون حجة، بما دون فيه من بيانات، وهي على نوعين:

¹ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المرجع السابق، ص 364.

² - وهو ما أكد عليه القضاء الجزائري، و كمثل عن ذلك يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 148561، الصادر بتاريخ: 30-04-1997، منشور ب م ق م ع لسنة 1997، ع 2، ص 47. و الذي جاء فيه ما يلي: " إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعايين التي قام بها الموثق نفسه فان المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية الي غاية إقامة الدليل العكسي".

- بيانات قام بتحريها الموثق في حدود سلطته ومهامه، كإثبات هوية المتعاقدين بحضور شاهدين، أو تبيان في آخر العقد، أن أحد الأطراف أو الشهود لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع. وتوقيعات الأطراف وتاريخ ومكان تحرير السند، وإسم الموثق، وحضور المترجم عند الاقتضاء، أو أثبت ما جرى تحت سمعه وبصره، ما صدر من المتعاقدين أو ذوي الشأن، كحيازة المشتري الشيء المبيع أو تسليم المشتري للبائع ثم المبيع، فكل هذه البيانات المدونة في السند التوثيقي يفترض أنها صحيحة، بالنظر لمكانة و امانة الموثق في نظر المشرع، وجعل لها طريقا معقدا لدحضها وهو طريق الطعن بالتزوير.

- بيانات تمت من ذوي الشأن بحضوره وخارجه عن حدود مهمته، كأن يثبت أحد المتعاقدين يتمتع بكامل قواه العقلية، أو تربطهم علاقة قرابة، فلا تكون لهذه البيانات حجية، لأن العقد الموثق لم يجرر لإثبات مدى تمتع أحد أطراف العقد بكامل قواه العقلية، أو لإثبات قرابة المتعاقدين، وإنما هذه البيانات ذكرت على هامش العقد الأصلي، ولا تكون لها الحجية التي يتمتع بها السند التوثيقي لأنها لا تدخل في مهمة الموثق، وبالتالي لا يجوز الطعن فيها بالتزوير، ويجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية كما تصلح أن تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة¹، وهذا ما جاءت به المادة 324 مكرر 7 من ق م بنصها: « يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء.

و لا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت».

¹ - ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، س 2008، ص 45 و 46.

2- حجية السندات التوثيقية بالنسبة إلى الغير

وهنا إن كان المبدأ المتفق عليه أن السند التوثيقي هو حجة بالنسبة للأطراف، يثور السؤال حول مدى حجيته بالنسبة إلى الغير؟

نصت المادة 324 مكرر 6 من ق م على ما يلي: « يعتبر العقد الرسمي حجة محتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن ».

يفهم من صياغة المادة المذكورة أعلاه أن حجية السند التوثيقي تنحصر في الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن، مع أن السند التوثيقي حجة على الكافة مثلما أكد ذلك الفقه¹، وأخذ به القضاء²، بحيث يسري في حقهم التصرف القانوني الذي أثبتته الموثق في الورقة الرسمية ويحتج به نحوهم، ولا يجوز دحضه إلا عن طريق الطعن بالتزوير بالنسبة للبيانات التي تدخل في اختصاصه وعابنها بنفسه أو عن طريق الطعن فيها بأي طريق أخرى بالنسبة للبيانات التي حررها الموثق نقلا عن الأطراف المتعاقدة دون أن يتحقق منها.

بالتالي كان يتعين على المشرع أن يجذو حذو المشرع المصري الذي نص في المادة 11 من قانون الإثبات على أن المحررات الرسمية حجة على الناس كافة³.

¹ - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 55.
 - زهدور محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، د م ن، س 1991، ص 30.
² - يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 146497، الصادر بتاريخ: 1996/07/17، م ق م ع، ع 1، س 1997، ص 28، والذي قضت فيه بما يلي: " من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره."
 - نفس الاتجاه نلقاه في قرار م ع غ م، ملف رقم: 176264، الصادر بتاريخ: 1998/11/18، م ق م ع، ع 1، س 1999، ص 102، والذي جاء فيه ما يلي: من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني."
³ - نص المشرع المصري في المادة 11 من قانون الإثبات على ما يلي: " الورقة الرسمية حجة على الناس كافة..."

الفرع الثاني: السندات الإدارية

تملك الدولة ومجموعاتها رصيذا عقاريا مثلها مثل الأفراد، بل أنها تعد أكبر مالك عقاري¹ لذلك خوّل لها القانون حق التصرف في هذه المحفظة العقارية ضمن الأطر المعترف بها قانونا، والمقصود بالسندات الإدارية في هذا المقام تلك الوثائق والمحركات التي تصدرها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير، وبالنظر لكون الجزائر كانت خاضعة للاستعمار الفرنسي الغاشم، كان لابد من الحديث ولو بالإيجاز عن هذا النوع من السندات خلال الحقبة الاستعمارية كنقطة أولى وبعد الاستقلال كنقطة ثانية.

أولا: السندات الإدارية المحررة خلال فترة الاستعمار الفرنسي

لقد وجد المحتل الفرنسي وضعية عقارية غريبة عن نظامه القانوني، اتسمت بتعدد مصادر القانون المطبق الذي طغت عليه القواعد العرفية بالدرجة الأولى، وعليه استعصى على الإدارة الفرنسية الاستعمارية باخضاع العقار إلى قواعد القانون الفرنسي الوضعي. ورغم ذلك عمد المشرع الفرنسي آنذاك إلى إيجاد سلسلة من النصوص القانونية والتنظيمية، تهدف في أساسها إلى خدمة مصالح العمرين وتشجيع استقرارهم وهذا على حساب الأهالي².

¹ - سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة، س 2004، ص 16 جاء فيها مايلي:

ورثت الجزائر بعد الاستقلال الحالة العقارية التالية:

- أملاك عقارية خاصة غير ثابتة بسند: 4.400365 هكتار.
 - أملاك عقارية خاصة ثابتة ملكيتها تابعة للأوروبيين: 2.247.040 هكتار.
 - أملاك عقارية خاصة ثابتة بسند تابعة للجزائريين: 2.930.000 هكتار.
 - ملكية جماعية: 2.070.000 هكتار.
 - أملاك عمومية تابعة للدولة: 4.694.214 هكتار.
 - أملاك خاصة تابعة للدولة: 539.514 هكتار.
- ² - سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، المرجع السابق، ص 12.
- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، س 2002، ص 42.

كما عرفت هذه الحقبة من تاريخ الجزائر وجود صنفين من السندات الإدارية كانت تسلمها إدارة أملاك الدولة الاستعمارية¹، وهي:

1- السندات المحررة والمسلمة تبعا لإجراءات التحقيقات الكلية والعامّة المنصوص عليها

بالقانون المؤرخ في: **1873/07/26** المسمى قانون فارني المتمم بقانون **1887**:

هذه السندات موجودة بكثرة، لكونها تتعلق بعدد هام من الدواوير في كل من: الجزائر، وهران، قسنطينة، وترفق مخططات القطع الأرضية المحقق فيها هذه السندات، ونجدها تحمل توضيحات كافية حول تسمية العقار، مساحته، معالمه الحدودية وحصص المستفيدين وكذا الأعباء التي تثقل العقارات².

وكان يهدف هذا القانون أساسا إلى انشاء مكاتب الرهون العقارية بالجزائر، إضافة إلى تسليم سندات الملكية للأهالي، وهذا من أجل إخضاع أملاكهم العقارية للقانون الفرنسي، ومن ثمة إلى سلطة القاضي الفرنسي للنظر والفصل في النزاعات المتعلقة بها، وهذا كله في إطار سياسة فرنسة الملكية العقارية التابعة للأهالي، فهذا القانون تضمن فرنسة، بلا شرط، لكل الأراضي بالجزائر، كما نص على تأسيس الملكية الخاصة في الأقاليم الجزائرية.

¹ - يتعلق الأمر بالسندات الصادرة عن إدارة الأملاك خلال فترة الاحتلال إثر إجراءات التحقيق المحددة في القوانين التالية:

- قانون 1873-07-26 المتضمن التحقيقات العامة.

- قانون 1897-02-16 المتضمن التحقيقات الجزئية.

- قانون 1926-08-04 المتضمن التحقيقات الجماعية.

² - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 42.

2- السندات المحررة والمسلمة تبعا لإجراءات التحقيقات الجزئية والجماعية المنصوص

عليها بالقوانين المؤرخة في 16-02-1897 و 04-08-1926

بدأ المشرع الفرنسي يتعد شيئا ما على سياسته القديمة، بعد أن حققت له النتائج المنشودة، وأصبح في ظل هذا القانون يعطى الأولوية إلى عمليات التطهير العقاري، وهذا عن طريق استحداث لجان تحقق حول هوية الملاك، تمهيدا لتسليمهم سندات تثبت ملكيتهم.

وكانت هذه السندات مثل التي أشرنا إليها آنفا، تعطي نفس التوضيحات، لكنها تضمن في مواجهة الجميع ملكية العقار المحقق فيه بانتهاء الإيداع القانوني¹، وذلك مهما كان السند الذي تستند عليه هذه الحقوق، وكانت هذه السندات مسجلة ومشهرة بمحافظه الرهون العقارية المعنية، وترفق بأصول هذه الوثائق المحفوظة بكل مديرية لأملاك الدولة مخططات القطع الأرضية الموثقة، غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن هذه السندات أصبحت في الوقت الراهن لا تعكس الوضعية العينية للعقارات التي تكون موضوعها²، إذ أن التعيين العيني والقانوني للملكية التي كرستها أصبحت أكثر صعوبة، بسبب الشيوخ وكذلك القسمة المخفية، فهي تظهر غير دقيقة حاليا.

ومن أجل استغلال هذه الوثائق أحسن استغلال، ينبغي على المحافظات العقارية أن تقوم ببحوث للتأكد عن ما إذا كانت القطع الأرضية المعنية لم تكن محل تغيير أو تعديل، وبمفهوم آخر، يجب أن ترفق هذه السندات دائما بالشهادة السلبية، وذلك للتأكد من الحالة الراهنة للعقارات أو الحقوق العينية المتعلقة بها.

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 11.

² - السندات المحررة بعد التحقيقات العامة هي الأكثر وجودا، لأنها مست عدد كبير من الدواوير في منطقة الجزائر، وهران، قسنطينة، في هذا المجال أنظر:

المهندس عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، العقار، ط 5، دار هومة، س 2009، ص 145 و 146.

ثانيا: السندات الإدارية المحررة بعد الاستقلال

عرفت الجزائر منذ الاستقلال عدّة محاولات من أجل إرساء سياسة عقارية تكون بديلا عن تلك الموروثة عن الحقبة الاستعمارية، هذا ولأسباب تاريخية وإيديولوجية، اتسمت جلّ المحاولات وإلى غاية صدور دستور 1989 بوضع الملكية العقارية الخاصة في حالة من الفراغ القانوني وهذا بتهميش دورها في اقتصاد البلاد وفرض القيود لصالح الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج.

ومع صدور دستور 1989 ودخول اقتصاد السوق، جاء نظام جديد مخالفا تماما لما كان عليه الحال من قبل، معلنا إعادة تحديد دور السلطات العمومية وهذا بتقليص مجال تدخلها في الميادين المرتبطة بالسيادة من جهة وتلك المتعلقة بتحقيق المصلحة العامة، وهكذا عمد المشرع على إعادة هيكلة المساحة العقارية وقبلها الرجوع إلى تكريس حق الملكية العقارية الخاصة التي تعد دعامة السياسة الجديدة.

إن عرض الملكية العقارية الخاصة لوحده لا يستطيع تلبية حاجيات السوق العقارية، لهذا تطلب الأمر ضرورة استمرار العمل بالسندات الإدارية من قبل الإدارة الجزائرية حتى بعد الاستقلال ومن هنا يستوقفنا الحديث عن بعض القوانين الصادرة في هذا المجال.

1- عقود التنازل

هي تلك العقود محررة طبقا للقانون رقم 01/81 المؤرخ في: 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية¹، ومن خلال استقراءنا لهذا القانون نجد أنه قد حدد الأملاك القابلة للتنازل من سكنات وبناءات فردية

¹ - هذا القانون صدرت بعده مجموعة أخرى من القوانين و المراسيم كان الهدف منها تعديله و تتمته كالمرسوم رقم: 331/82 المؤرخ في: 1982/11/06 الذي يحدد كيفية ضبط أسعار المحلات ذات الإستعمال السكني القابلة للتنازل عنها وكذا القانون رقم: 03/86 المؤرخ في: 1986/04/04.

أوجماعية والتي آلت للدولة بموجب: الأمر رقم 66-102 المؤرخ في: 06-05-1966 والمتضمن انتقال الأملاك الشاغرة الى الدولة وكذا الأمر رقم 70-11 المؤرخ في: 22/01/1977 والمتعلق بممتلكات مؤسسات الدولة. وبين الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من التنازل وكذا الإجراءات والهيئات المكلفة بالتنازل، ومن هنا نجد أنه استحدثت لجان تسهر على عملية التنازل عن الأملاك.

إذ استحدثت على مستوى كل دائرة لجنة يرأسها رئيس الدائرة، وعلى مستوى كل ولاية لجنة يرأسها الوالي، وعلى المستوى الوطني لجنة يرأسها وزير الداخلية¹، كما أن هذا القانون كلف إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية بتقدير قيمة الأملاك.

إن هذا القانون ترتب عليه إلحاق أضرار معتبرة بالخزينة العامة، لكون أن عملية التنازل تمت بأثمان زهيدة من جهة، كما فقدت الخزينة العمومية مداخيل دائمة من جهة أخرى، وهو ما جعل المشرع يقوم بإلغاء هذا القانون سنة 2001 بموجب القانون الحامل للرقم 06/2000 المؤرخ في: 23/12/2000 المتضمن قانون المالية².

¹ - المادة 11 من القانون رقم 81/01 المؤرخ في: 07/02/1981: "تحدث، من أجل سير عملية التنازل عن الأملاك، موضوع هذا القانون، ثلاث هيئات للتنفيذ والمراقبة:

- لجنة يرأسها رئيس الدائرة على مستوى كل دائرة.

- لجنة يرأسها الوالي على مستوى كل ولاية.

- لجنة وطنية يرأسها وزير الداخلية على المستوى الوطني.

يحدد تشكيل هذه اللجان وسيورها بمرسوم ". هذه المادة تم تعديلها بموجب القانون رقم 86/03 المؤرخ في: 04/02/1986 بموجب نص المادة 8 منه.

² - اذ نصت المادة 40 الفقرة الأولى منه على ما يلي: " تلغى أحكام القانون 81-01 المؤرخ في 07-02-1981 المعدل والمتمم ونصوصه التطبيقية".

2- عقود الاستصلاح

هي العقود المبرمة في ظل القانون رقم 18/83 المؤرخ في: 13/08/1983 المتعلق بجيافة الملكية العقارية الفلاحية والمرسوم التطبيقي له رقم 724/83 المؤرخ في: 10/12/1983 وتحت شعار "الاكتفاء الذاتي في ميدان الإنتاج الزراعي" والذي راود كل من أشرف على القطاع الفلاحي.

قام المشرع بسن هذا القانون الذي ورغم أهميته لم يحض من طرف مصالح الدولة بالاهتمام اللازم، وهذا عكس المواطن الذي استثمر ماله وجهده، دون أن تكون له في مقابل ذلك أية ضمانات، وبقي يتخبط في مشاكل تمويل استثماره في غياب سندات الملكية المشروطة من طرف البنوك لتقديم القروض، خاصة بعد تبني نظام السوق الحرة، وبقي الأمر على هذا الحال إلى غاية صدور المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في: 08/07/1992 الذي جاء لوضع الإطار التنظيمي الذي طال انتظاره¹ (ما يقارب عشر سنوات).

ثالثا: حجية السندات الإدارية

عادة ما يقوم مدير أملاك الدولة بتحرير السندات الإدارية بالنسبة للعقارات التابعة للدولة والولاية بصفته موثق الدولة والجماعات المحلية²، وكذا رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للعقارات التابعة للبلدية المدججة في الاحتياطات العقارية، والتي جزئت قبل صدور القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، هذا الأخير وبموجب نص المادة 73 منه فان الوكالة العقارية

¹ - محي الدين عواطف، الملكية الخاصة للعقار الفلاحي من خلال قانون التوجيه العقاري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، ع 7، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، س 2009، ص 160-161.

² - كثيرا ما تطرح على مستوى الجهات القضائية نزاعات تتعلق بتصحيح أخطاء ترد في العقود الإدارية المنصبة على بيع عقارات، و هنا لابد من التأكيد على ان الإدارة هي وحدها صاحبة الولاية من أجل القيام بتصحيح هذه الأخطاء، إذ لا يوجد أي تحويل قانوني يسمح للقضاء ان يحل محل الإدارة لتصحيحها و هو ما أكده مجلس الدولة في القرار الصادر بتاريخ: 12/07/1999 تحت الرقم: 172459/غير منشور.

هي المختصة لوحدها بتسيير المحفظة العقارية البلدية، والتي غالباً ما تلجأ إلى إبرام عقودها عن طريق مكاتب التوثيق، ولم يبق لرؤساء البلديات سوى حق تحرير عقود التصرف في الملكية العقارية البلدية لصالح الأشخاص المعنوية العامة ليس إلا.

وهنا لا بد من ملاحظة أنّ الممارسة التطبيقية دلت على أنّ بعض الجهات القضائية تعتبر بعض العقود الإدارية كسندات ملكية، ولكنها في الحقيقة ليست كذلك ومثاله عقد التخصيص، محضر تعيين قطعة أرض لإنجاز مشروع، رخصة البناء، مداولة المجلس الشعبي البلدي، بطاقة التصريح بالإقامة، المراسلات الإدارية، محضر اجتماع مجلس الإدارة، فهذه السندات ليست بعقود ملكية، وإن كانت يمكن أن تشكل إثبات لتعامل صحيح تم بين الإدارة والمستفيد.

لكي يمكن اعتبارها سندات إدارية مثبتة للملكية العقارية الخاصة، يجب أن تفرغ في شكل عقد رسمي يحرره مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه. للاحتجاج بهذه العقود الإدارية فيما بين المتعاقدين أو اتجاه الغير يجب أن يكون قد تمّ إشهارها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظات العقارية المختصة اعمالاً لنص المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا المواد 165، 792، 793 من ق م والمادة 29 من قانون التوجيه العقاري.

الفرع الثالث: السندات القضائية

هي الأحكام والقرارات القضائية النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه، حيث تكسب هذه الأحكام والقرارات الأشخاص الصادرة لصالحهم حقوقاً تصبح ثابتة ويكرسها القانون، ومنها حق الملكية العقارية الخاصة، حيث تعتبر هذه الأحكام والقرارات كسندات ملكية، ويتم شهرها بالمحافظة العقارية.

ومن هذا المنطلق، نقول بأن الملكية العقارية الخاصة لا تثبت فقط بموجب السندات التوثيقية أو الإدارية فحسب، لأن هذه السندات لا تقرر التغطية الكاملة لحاجة الإنسان في التملك، إذ قد يستوجب المشرع في بعض الحالات استصدار حكم قضائي يكرس الملكية العقارية الخاصة.

أولاً: حكم رسو المزاد

بعد إتباع إجراءات الحجز العقاري المنصوص عليها بالمواد 721 إلى 771 من ق إ م إ، يلتزم الراسي عليه المزاد بأن يدفع الثمن الذي رسى عليه المزاد العلني والمصاريف القضائية أمام أمانة ضبط المحكمة في أجل أقصاه ثمانية أيام من تاريخ انعقاد جلسة المزادة.

يعتبر حكم رسو المزاد سنداً للملكية الراسي عليه المزاد بعد القيام بإجراءات إشهاره لدى المحافظة العقارية¹، وهذا عملاً بأحكام المادة 774 من ق إ م إ، إذا يتضح من خلال هذا أن الشخص الذي رسى عليه المزاد يصبح مالكا جديدا للعقار المحجوز، ويصير حائزاً لصفة المالك العقاري التي تزول عن صاحب العقار المحجوز.

ثانياً: حكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري

نصت المادة 72 من ق م على ما يلي: « إذا وعد شخص بإبرام عقد تم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد»، وعليه إذا التزم الواعد ببيع عقار خلال مدة معينة وأبدى الموعود له رغبة في الشراء خلال المدة المقررة، وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد متوفرة وخاصة الشكلية، فإن إتمام إجراءات البيع النهائي لا تحتاج إلى رضی جديد من طرف الواعد، فإذا ما نكل وتراجع عن وعده جاز للموعود له اللجوء أمام القضاء قصد استصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد، ويصير سنداً للملكية بعد صيرورته نهائياً.

¹ - يعود الاختصاص بإيداع حكم رسو المزاد و شهره بالمحافظة العقارية إلى رئيس أمانة ضبط المحكمة طبقاً لنص المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

وهنا لابد من الإشارة إلى أنّ الوعد بالبيع يسجل لدى مصلحة التسجيل والطابع لتحصيل الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية، فالوعد بالبيع العقاري يسجل لدى مصلحة التسجيل والطابع وذلك لأجل استفتاء الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية وهي الغاية من فرض هذا الإجراء على هذا التصرف¹، كما ان شهر الوعد بالبيع العقاري في المحافظة العقارية هو إجراء وجوبي يكفل للجميع العلم بهذا الوعد²، وبالتالي يضمن الحماية القانونية اللازمة للحقوق الناشئة عن هذا التصرف ومن جهة أخرى لا يمكن الاحتجاج على الموعود له بالتصرفات التي قد يجريها الواعد بشأن العقار الموعود به، طالما أن هذه التصرفات قد تمت بعد شهر عقد الوعد بالبيع العقاري خلال المدة المحددة في الوعد³.

ثالثاً: الحكم القاضي بقسمة مال شائع

الشيوع هو حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني، ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب كسب الملكية العقارية، لكن أهمها وأكثرها عرضة على جداول المحاكم هي الميراث، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وتركه ورثة متعددين تنتقل إليهم أمواله التي خلفها حال حياته.

من أجل الخروج من حالة الشيعاء بطريق القسمة القضائية، يوجب القانون على الشريك في الشيوع أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء بدون استثناء فيدخلون خصوماً في الدعوى تحت طائلة عدم القبول، لأنّ القضاء في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوق، وعليه يعد غير سديد القول بان دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفة

¹ - بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باتنة، س 2004-2005، ص 28.

² - قانون رقم 22/03 المؤرخ في: 2003/12/28 يتضمن قانون المالية لسنة 2004.

³ - محمد حسن قاسم، القانون المدني، العقود المسماة، البيع - التأمين (الضمان) - الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، س 2005، ص 120.

الخصوم فيها، وإذا رفعت دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة من تلقاء أنفسهم، والأصل في القسمة أن تكون عينا، حيث يعطى لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع، ولكن إذا كان المال لا يقبل القسمة فإن القسمة تتم بطلب أحد الشركاء ببيع المشاع.

أما إذا كان المال الشائع عقارا لا يعرف ابتداء ما إذا كان غير قابل للقسمة أو قابلا لها إلا بعد معاينة من طرف المحكمة أو الخبير، فإن الأمر يحتاج إلى البدء بالقسمة العينية، ثم القسمة عن طريق التصفية (البيع بالمزاد العلني) في حالة استحالة قسمة العقار عينا.

ومن هنا يمكن القول أن الحكم الصادر بالقسمة يعد مثبتا للملكية العقارية الخاصة بعد شهره بمصلحة الحفظ العقاري في الحالتين:

- سواء كانت القسمة عينية، إذ نصت المادة 727 من ق م:

« تجرى القسمة بطريق الاقتراع، وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

- أو تمت بطريقة التصفية إذ نصت المادة 728 من ق م:

« إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع».

رابعا: الحكم الذي يكرس الملكية على أساس التقادم المكسب

لقد أكدّ المشرع الجزائري في نص المادة 827 من ق م، على أن كل شخص حائز لعقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، واستمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع، أن يصبح ملكه.

هنا نجد بأن الشخص له الحق في اللجوء أمام القضاء من أجل استصدار حكم ضد الشخص الذي ينازعه في الحيازة، يكرس ملكيته للعقار محل المطالبة القضائية، وهنا وجب على القاضي المنظورة أمامه الدعوى، أن يعاين الملف التقني الذي يلزم رافع الدعوى بإحضاره، والمتمثل في:

- مخطط معد من طرف خبير معتمد سواء أكان خبير عقاري أو مهندس معماري أو خبير في القياس أو حتى مكتب دراسات، وهذا من أجل التأكد من المساحة المراد اكتسابها بدقة ومدى احترام الملكيات المجاورة والارتفاقات إن وجدت والبنيات والمنشآت التي يحتويها.

- شهادة من البلدية تثبت بأن العقار لا يدخل ضمن أملاك البلدية أو احتياطاتها العقارية.

- شهادة من إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية تثبت الطبيعة القانونية للعقار إن كان يدخل ضمن أملاك الدولة أو الولاية أم لا.

- شهادة من المحافظة العقارية تحدد الوضعية القانونية للعقار وهل سبق وأن حرر بشأنه عقد ملكية مشهر لفائدة الغير أم لا.

ويستحسن أن ينتقل القاضي إلى عين المكان للاستماع إلى إفادات الملاك المجاورين لأنهم أدري بالحيازة من الشهود الذين يحضرهم المدعي لإثبات وضعيته.

المطلب الثاني: مكانة السندات العرفية في إثبات الملكية العقارية الخاصة

إلى جانب السندات الرسمية التي تدرج ضمن أفضل المحررات في إثبات الملكية العقارية الخاصة، توجد هناك سندات أخرى هي أقل شأنًا من الأولى، على اعتبار أنها تفتقد لأحد أهم مقومات السندات المثبتة للملكية العقارية والتي هي الرسمية. هذه السندات يطلق عليها تسمية السندات العرفية لكونها تخرج من قبل الأطراف خارج نطاق تدخل الضابط العمومي.

من خلال هذا المطلب سأتناول دراسة الطبيعة القانونية للسندات العرفية وما هي الشروط الواجب توفرها حتى تكون هذه السندات صحيحة وتكون لها حجية في إثبات الملكية العقارية الخاصة؟ ثم أشير إلى أنواعها وفي الأخير الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب عن هذه السندات.

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للسندات العرفية وشروط صحتها

أولاً: الطبيعة القانونية للسندات العرفية:

نص المشرع الجزائري في المادة 327 من ق م - قبل تعديلها - على ما يلي: " يعتبر العقد صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء..."

يستنتج من هذه المادة أن المشرع اشترط لصحة السند العرفي كشكل للتصرف القانوني توافر شرطين أساسيين: أولهما الكتابة وثانيهما التوقيع.

كما نص المشرع في ذات المادة بعد تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."

يستفاد من ظاهر هذه المادة أن المشرع الجزائري أضفى الحجية على السند العرفي حتى ولو لم تكن موقعة، أي أنه يكفي لصحة الورقة العرفية، أن تكون مكتوبة بالرغم من عدم توقيعها.

ومن هنا لا بد علينا ان نحدد تعريف السند العرفي، ثم نبين الشروط الواجب توافرها فيه من أجل أن يكون صحيحاً.

1- تعريف السندات العرفية

هي تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب عمومي من أجل إثبات تصرف قانوني، ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم والشهود ان وجدوا من دون

تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص¹، ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه، لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة، إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون المحرر²، غير أنّ التصديق على التوقيعات من طرف مصالح البلدية، يعطي للسند العرفي تاريخاً ثابتاً ابتداءً من تاريخ التصديق على التوقيع تطبيقاً لأحكام المادة 328 من القانون المدني.

2 - شروط صحة السندات العرفية

يبدو من خلال نص المادة 327 من ق م، أن المشرع اشترط الى جانب الكتابة شرطا جوهريا آخر وهو التوقيع.

أ - الكتابة

بالنسبة للمورقة العرفية لم يشترط المشرع أي شرط خاص في الكتابة لا من حيث لغة التعبير ولا من حيث طريقة التحرير، إذ يمكن كتابتها باللغة العربية أو بأية لغة أجنبية³، عكس السندات الرسمية التي يستلزم القانون أن تكتب باللغة العربية. كما تصح كتابة السند العرفي باليد أو المداد أو قلم الرصاص أو غيرهما.

لا يشترط كذلك أن تتضمن السندات العرفية كتابة بيانات إلزامية ولا يتعين لتحريرها مراعاة أوضاع معينة كما هو الشأن بالنسبة للسندات الرسمية، فلا يلزم ذكر اسم من قام بتحريرها أو ذكر مكان تحرير السند، وليس لزاماً أن تتم كتابة السند العرفي في حضور شهود، ولا يؤثر وجود تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش أو أن يوجد بها كشط، ولا يلزم التوقيع على

¹ - زيتوني عمر، حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، ع 03، س 2001، ص 36.

² - وهو ما نصت عليه المواد 01 و 02 من المرسوم رقم 41/77 المؤرخ في: 19/02/1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات.

³ - عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، س 1999، ص 137.

الإضافات أو التحشيرات¹، وهنا يرجع تقدير مدى صحة السند العرفي أو بطلانه إلى قاضي الموضوع²، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في تنظيمه للعقود والمحركات العرفية ضمن أحكام القانون المدني.

ب - التوقيع

يعتبر التوقيع شرطا مهما وجوهريا في السند العرفي، لأنه هو الذي ينسب الكتابة الى صاحبها ويضمن إقرار الموقع لما هو مدون في السند العرفي، كما يعتبر دليلا ماديا مباشرا على حصول الرضا في انشائها، وينطوي على معنى الجزم ان السند العرفي صادر من الشخص الموقع وأن ارادته قد اتجهت الى اعتماد الكتابة والالتزام بها³، ويكون التوقيع إما بالإمضاء باليد أو بصمة الأصبع، وغالبا ما يكون في أسفل السند لكي يدل بصفة قاطعة على قبول الموقع لما ورد فيه بالكامل، ومع ذلك لا يكون التوقيع باطلا إذا وضع في مكان آخر من السند، كأن يوضع في الهامش أو في أعلى السند، وللقاضي سلطة تقدير مدى صحة التوقيع⁴.

ثانيا: حجية السندات العرفية في إثبات الملكية العقارية

إنّ المشرّع الجزائري لم يشترط توافر أي شرط شكلي في تحرير هذه السندات، والشرط الوحيد لصحتها هو أن تكون مكتوبة وموقعة من قبل الأطراف كما أشرنا إليه، وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير ومن ثمة لا بد من أن نميز بين حجية المحرر العرفي

¹ - محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، س2003، ص 155.

² - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ج4، ط 1، دار هومة، الجزائر، س 2008 - 2009، ص 63.

³ - عباس العبودي، شرح احكام قانون الإثبات المدني، المرجع السابق، ص 127.

⁴ - زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الادارية، جامعة الجزائر، د س ط، ص 96.

بالنسبة للأطراف، وحجيته بالنسبة للغير، كما سنحدد العقارات التي تقبل الإثبات بهذه السندات والعقارات التي لا تقبل الإثبات بها.

1- حجية المحرر العرفي بالنسبة للأطراف

في هذه الحالة يكون المحرر صحيحا ويكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة، أي ما لم ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط وإمضاء وأن مجرد سكوتهم يعد إقرارا بصحة العقد أو الورقة العرفية، غير أن الإقرار الصريح أو الضمني للمحرر العرفي، لا يؤثر بأي حال من الأحوال في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالمحرر العرفي أن يتمسك بها، مثلا بطلان العقد لعدم احترام الرسمية أو الشكلية التي تعد ركنا أساسيا من أركان العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية العقارية، وهو ما نصت عليه المادة 327 من ق م ق التي تعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء.

غير أن هذه المادة استثنت ورثة وخلف موقع العقد من الإنكار الصريح، واكتفت بأن يخلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق¹.

2- حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير

لا يكون للمحرر العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخا ثابتا، وهو ما نصت عليه المادة 328 من ق م ق التي تقضي بأنه: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله، أو ثبت مضمونه في عقد آخر

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 77.
- يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 33054، الصادر بتاريخ 1985/02/06، م ق م ع، ع 4، س 1992، ص 16، والذي جاء فيه ما يلي: " ان المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء، أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يخلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق، و من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون "

- نفس المعنى كرسه قرار م ع غ م، ملف رقم: 53931، الصادر بتاريخ: 1990/05/28، م ق م ع، ع 1، س 1992، ص 99.

حرره موظف عام، أو التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء". والأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة، فيما عدا التاريخ، فلا تكون له حجية بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا، والقصد من هذا الاستثناء هو حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في العقود العرفية.

ويترتب على ذلك أن المادة 328 من ق م لا تطبق في هذه الحالات:

➤ إن كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة، كالنصوص المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري.

➤ إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقتها مع الواقع.

➤ لا تطبق أيضا على من يكون بشخصه أو بنائبه طرفا في العقد العرفي، لأنه لا يعد من الغير، ولا يطبق على من يخلفه عن طريق الميراث أو الوصية، ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدينهم، الدعوى غير المباشرة، إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين. وتجدر الإشارة هنا إلى أن تاريخ المحرر العرفي يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس، شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا المحرر من بيانات، ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي، في هذه الحالة، أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك، ومعنى ذلك وجوب تقديم الدليل الكتابي إذ لا يجوز نقض أو إبطال الثابت كتابة إلا بالكتابة.

3- ما هي العقارات التي تقبل الإثبات بالسندات العرفية؟

أما بالنسبة للملكية العقارية الخاصة، فينبغي التمييز أولا بين أنواع العقارات وطريقة استغلالها من قبل الأفراد أو الجماعات وكذا التمييز بين بعض أنواع المحررات العرفية في الجزائر، وتاريخ تحريرها، للقول بعد ذلك فيما إذا كانت صحيحة وناقلة للملكية أم لا.

ومن دون هذا التمييز يصعب تطبيق القانون تطبيقا سليما على مثل هذه المحررات، والمنازعات المتعلقة بها، وذلك بالنظر إلى تغير القوانين المنظمة للعقارات في كل مرحلة، ولكل نوع

من أنواع العقارات، وقوة الإثبات التي خصت بها المحررات العرفية، وعليه فإن القاضي مثلما هو مطالب بتكييف الوقائع قبل أن يطبق عليها القانون، فهو مطالب أيضا بتكييف وترتيب المحررات العرفية وفقا للقوة الثبوتية المعطاة لها من طرف المشرع حسب نوع العقار أو الحق العيني العقاري الذي تتضمنه هذه المحررات، وحسب تاريخها الثابت.

عليه ومن أجل معرفة العقارات التي تقبل الإثبات بالمحرر العرفي لا بد من تقسيم العقارات أو الحقوق العينية العقارية إلى نوعين:

أولاً: نوع العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية، وهي العقارات التي يملكها الخواص بصفة فردية أو جماعية، من نوع الملك أو ما كان يسمى بالعقارات الإسلامية أثناء الاحتلال الفرنسي، أي العقارات التي يملكها الجزائريون بدون عقود رسمية، ولم يملكها المعمرون الأوروبيون من قبل، والتي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العرفية¹.

ثانياً: نوع العقارات التي لا تقبل الإثبات إلا بالمحررات الرسمية وهي:

✓ العقارات الفرنسية التي تم اكتسابها بموجب عقود رسمية، سواء كانت إدارية أو توثيقية، أو بموجب أحكام وقرارات قضائية مشهورة، وكذلك العقارات التي تملكها الأوروبيون في الجزائر، حتى ولو انتقلت ملكيتها فيما بعد إلى الجزائريين، لأن التصرف فيها يتم حتماً بعقود رسمية أو بقرارات قضائية.

وعليه ينبغي إتباع الرسمية في التصرفات الخاصة بمثل هذه العقارات سواء كانت أراضي فلاحية أو بنايات، مع الملاحظ أن أغلب هذا النوع من العقارات انتقلت ملكيتها للدولة بعد رحيل المعمرين سنة 1962، والدولة لا تتصرف في العقارات إلا بقرارات وعقود رسمية.

✓ العقارات التي تم مسحها: هذه العقارات المسوحة لا يمكن أن تنتقل فيها الحقوق العينية العقارية إلا بموجب عقود رسمية أو قرارات قضائية مشهورة، وذلك عملاً بالمادتين 15 و 16 من

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 80.

الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹.

✓ العقارات التي لا يمكن التصرف فيها أصلاً، لا يعقود رسمية ولا عرفية، وهي العقارات التابعة للأمولاك الوطنية العمومية، حيث تنص المادة 3 الفقرة الأولى من القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم بالقانون رقم 14/08 المؤرخ في 20/07/2008 بأنه: « تطبيقاً للمادة 12 من هذا القانون، تمثل الأملاك الوطنية العمومية الأملاك المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه والتي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها. » كما لا يجوز التصرف في الأملاك الموقوفة².

الفرع الثاني: أنواع السندات العرفية

ان دراسة أنواع السندات العرفية يقتضي منا الرجوع إلى الوراثة وبالتحديد إلى مرحلة ما قبل 1971/01/01 ثم مرحلة ما بعد 01-01-1971 والتي تصادف تاريخ بدأ سريان الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن مهنة التوثيق.

أولاً: مرحلة ما قبل 01-01-1971

إن التصرفات العقارية التي كانت ترد على الملكية العقارية الخاصة لم يكن يشترط لصحتها الشكل الرسمي، ويكفي فيها الشكل العرفي تكريماً لمبدأ الرضاية الذي كان يسود ويطبع

¹ - نص المادة 15 من الامر المذكور أعلاه تنص على مايلي: « كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية... » أما المادة 16 من نفس الأمر تنص على: « إن العقود الإدارية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية. »

² - نصت المادة 213 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: « الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد و التصديق. »

المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية¹، مع ضرورة توافر أركان العقد من رضی ومحل وثمان، وهو ما كان معمولاً به أيضاً على مستوى القضاء²، لكن مع انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث. بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والنصوص المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية إلى التدخل ثلاثة مرات لتصحيح المحررات العرفية الثابتة التاريخ³:

1- كانت بمقتضى المرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 الذي عدل المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، إذ وبموجب المادة 03 منه أصبحت المادة 89 من المرسوم 63/76 محررة على النحو التالي: تعدل المادة 89 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المذكور أعلاه، وتتم ويستبدل بها ما يلي: « المادة 89: لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه:

عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يكون متمماً تطبيقاً للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم الجديد.

عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجاً عن سند اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل أول مارس 1961».

¹ - كان عقد البيع في الجزائر قبل صدور قانون التوثيق في 1970/12/15 خاضعاً لأحكام القانون المدني الفرنسي طبقاً للقانون رقم 157/62 الصادر بتاريخ 1962/12/31 و المنشور في ج ر ج ج، ع 2، الصادرة في 1963/01/11، ص18، الذي مد آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية، و هنا و عملاً بالمادة 1582 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على ما يلي: « لبيع اتفاق يلتزم بموجه طرف بتسليم شيء و الآخر بدفع الثمن و يجوز أن يتم بعقد رسمي أو عقد عرفي ».

² - ن ق، ع خاص، س 1982، ص 147.

³ - رغم أن قاعدة ثبوت التاريخ منصوص عليها صراحة في أحكام المادة 328 من ق م، إلا أن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل العقد العرفي لاعتبار أن له تاريخ ثابت، لأن التطبيق العملي قد دل على أن الكثير من المحررات الثابتة التاريخ المحررة قبل 1971/01/01 مزورة و مصطنعة.

وعليه فحسب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل التاريخ الذي ورد في التعديل وهو 01-03-1961 صيغتها الشرعية وعلى ضوء ذلك أعفيت من الأثر الإضافي للشهر أو ما يعرف بالإشهار المسبق المفروض بحكم نص المادة 88 من نفس المرسوم:

« لا يمكن القيام بأي إجراء في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...»، وقد قامت المحاكم خلال هذه الفترة بتثبيت صحة هذه العقود العرفية بعد تقديم الأطراف اشهادا من البلدية يثبت أن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثورة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية تمهيدا لشهرها بالمحافظات العقارية.

2- تدخلت مرتا أخرى بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في

1993/05/19

المعدل والمتمم للمرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي تم بموجبه تمديد فترة 01-03-1961 إلى الأول من شهر يناير 1971، وعليه اكتسب العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 01-01-1971 صيغتها الرسمية، دون حاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقا، إذ يكفي اللجوء إلى موثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة، وعلى ضوء ذلك أعفيت من الإشهار المسبق الذي كان مفروض بحكم نص المادة 88 من المرسوم 63/76 المشار إليه أعلاه.

3- كانت بمقتضى المنشور الرئاسي المؤرخ في 30-06-1976 والذي جاء لتصحيح

العقود العرفية الثابتة والمبرمة قبل: 05-03-1974 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية، وسن هذا المنشور إجراءات خاصة، فكلّف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه، غير أن هذا المنشور لم يلق صدى أمام المحاكم باعتباره لا يفيد القاضي، كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر 74-26 المؤرخ في: 20-02-1974 المتعلق بالاحتياطات

العقارية فضلا على أنه تجاهل تماما الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية إفراغها في شكل أوقالب رسمي ودفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان، إضافة إلى ذلك فإن هذا المنشور لم يحدد مدة لتصحيح البيوع العرفية، ومن ثم فتح الباب للأشخاص للتهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق، كما أنه لا يستلزم تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب لكي يكون لها تاريخ ثابت وبالتالي يسهل التأكد من صحتها¹.

أما بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ، فإنه لا يمكن إثبات حجتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ: 29-03-1994.

ثانيا: مرحلة ما بعد 01-01-1971

أنه بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان تطبيقه في 01-01-1971 جاءت المادة 12 منه والتي أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق.

ولقد كرست المادة 324 مكرر 1 من ق م ما جاء في المادة 12 السالفة الذكر بتأكيدتها على وجوب إفراغ عقد البيع الوارد على عقار في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

والواضح من هذه المادة أن المشرع أوجب إفراغ العقود والمحركات والسندات التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، ومن ثم فإن عقد البيع الذي محله عقار ليس عقدا رضائيا وإنما عقدا شكليا يتعين إفراغه في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا، فالشكل الرسمي عنصر من عناصر تكوين عقد البيع يجب توافره بالإضافة إلى سائر العناصر الأخرى اللازمة لتكوين العقد.

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 24.

و لعل السبب الذي دفع المشرع إلى إعتبار التصرفات الواردة على العقارات لا بد ان تتم وفقا للشكل الرسمي الذي يفرضه القانون، هو تمكين الدولة من مراقبة جميع التصرفات الواردة على العقارات نظرا لأهميتها و أثرها الفعال في الحياة الإقتصادية للمجتمع مما يستدعي تدخل الدولة المستمر لتنظيمها و مراقبتها من أجل التحكم في المعاملات الواردة عليها ومراقبة حركتها¹.

وهذا المبدأ كرسه أيضا القضاء بموجب القرار الشهير للغرفة المجتمعة² الصادر بتاريخ 1997/02/18 تحت رقم الملف 136156 والذي كرس مبدأ الرسمية في التصرفات التي ترد على العقارات، كما أكدته عدة قرارات أخرى لاحقة³.

الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن المحررات العرفية

أولاً: البطلان

يستفاد من المادة 324 مكرر 1 من ق م أن المحرر العرفي المنصب على عقار، يعد باطلا إذا لم يفرغ في الشكل الرسمي، و من ثم لا تترتب عنه أية آثار مما يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية لم تشترط للإثبات فقط بل لتكوين المحرر وصحته.

إنّ المقصود بالبطلان هنا هو بدون شك البطلان المطلق لا البطلان النسبي، فمتى اشترط القانون إفراغ التصرف في شكل معين فان هذا التصرف لا ينشأ بدون هذا الشكل الذي ينظر إليه أنه ركن فيه، بحيث أن عدم استفاء هذا الشكل يؤدي إلى عدم وجود التصرف، ومن ثم فإن إقرار

¹ - زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 75.

² - تنص المادتان 16 و 17 من القانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 2011/07/26 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصها، منشور في ج ر ج ج، ع 42، الصادرة في 2011/07/31 على ما يلي:
* المادة 16: " تكون الإحالة على الغرفة المختلطة عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حلولاً متناقضة أمام غرفتين أو أكثر. "

* المادة 17: " تتشكل الغرفة المختلطة من غرفتين على الأقل. "

³ - م ق م ع، ع 1، س 1997، ص 10، و كذا قرار م ع غ ع، ملف رقم 148541 مؤرخ في 1997/05/23، م ق م ع، ع 1، س 1997، ص 183.

الشخص بصدور التصرف عنه لا يغني بل ولا يجوز توجيه اليمين إليه¹، ومثال ذلك نجد أن العقود المنصبة على العقارات تعدّ باطلة ولا تترتب عنها سوى آثارا والتزامات شخصية، مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد، وإرجاع ثمن المبيع مقابل إخلاء العقار محل البيع، إذا كان ممكنا، وذلك لأن هناك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بسبب تأميم العقار أو نزع ملكيته من أجل المنفعة العامة، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن دعوى البطلان حددها المشرع في أحكام المادة 102 الفقرة 2 من ق م و كذا المادة 103 الفقرة 1 من نفس القانون. كما نلاحظ هنا بأن المشرع لم يعط للسندات العرفية نفس الدور الذي أعطاه للسندات الرسمية من حيث قوة الإثبات وكذا الضمانات التي تحفظ حقوق الأطراف، الشيء الذي أدى بالمشرع إلى فرض تحرير السندات ذات الأهمية الخاصة في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و ينتج عن ذلك أن التصرفات القانونية التي ترد على العقارات لا تكون صحيحة إذا تم تحريرها في شكل عرفي وإلا استطاع الاطراف إزالة آثارها بمجرد إنكار التوقيع وهذا ما لا يمكن السماح به في المعاملات العقارية².

ثانيا: الحيابة والتقادم المكسب

تعتبر الحيابة بمثابة سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء يستأثر به ويقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب حق ملكية أو حق عيني آخر على هذا الشيء، ومن هنا نقول بأن الحيابة هي واقعة مادية، إذ أنها تمثل النوع الثاني في العلاقة الأصلية التي تربط الأشخاص بالعقارات³. فالشخص إما انه يكون مالكا للعقار وهذا بموجب سندات رسمية يعترف بها القانون،

¹ - حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، جامعة بن عكنون- الجزائر، س1987، ص222-223.

² - موالك بختة، المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و تطبيقها على البيع، مجلة العلوم القانونية و السياسية والاقتصادية، ع4، س1993، ص847.

³ - Philippe Simler, François Terré, Droit civil – Les biens, Op.cit, p75-76.

وإما انه يكون حائزا للعقار، ومتى وقعت الحيازة على عقار له مالك فإنها تكسب الحائز ملكية هذا العقار، إما بالتقادم الطويل أو بالتقادم القصير، والمعلوم أن المشرع اعتبر الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة، غير أن ذلك لا يتم ولا يكون إلا إذا توافرت مجموعة من الشروط القانونية التي تمكن الحائز للعقار تملكه عن طريق الحيازة.

يعتبر التقادم في كثير من الحالات كسبب من أسباب التخلص من الالتزامات، وهنا يكون له دور سلبي، فقد ورد في أحكام القانون المدني أنه من بين الأسباب التي تؤدي إلى انقضاء الالتزام بالتقادم¹، ويسمى في هذه الحالة بالتقادم المسقط، كما قد يكون له دور إيجابي يؤدي إلى كسب أحد أهم وأوسع الحقوق العينية على الاطلاق وهو حق الملكية، وهنا يسمى بالتقادم المكسب الذي هو مرتبط أساسا بالحيازة². وهنا لا بد من الإشارة إلى أن المشرع إشتراط توفر شرطين أساسيين للتقادم المكسب وهما متلازمان: الحيازة والمدة الزمنية وتسمى بالشروط العامة، وإلى جانبها توجد شروط خاصة ألا وهي السند الصحيح وحسن النية.

المطلب الثالث: التحقيق العقاري

يهدف تدخل المشرع الجزائري إلى تأسيس إجراء لمعينة الملكية العقارية من أجل إعداد وتسليم سند ملكيته، ومما لا شك فيه أن السبب في اللجوء إلى هذا الإجراء الجديد يكمن في العيوب والنقائص القانونية والتناقضات العملية التي نتجت عن عقد الشهرة الذي كان يتم إعداده على أساس التقادم المكسب، وكذا محدودية العمل بشهادة الحيازة.

حقيقة ان المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتضمن سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والذي تم إلغائه بموجب القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم

¹ - تناول المشرع الجزائري أسباب انقضاء الالتزام دون الوفاء به من خلال المواد 308 إلى غاية 322 من ق م، و الذي يكون عن طريق التقادم المسقط.

² - نص المشرع الجزائري على التقادم المكسب ضمن المواد 827 إلى غاية 836 من ق م.

سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، جاء بإجراءات سريعة وبسيطة لا تستدعي تدخل أي ممثل عن السلطات العمومية في الميدان، إذ يحرر عقد الشهرة استنادا إلى مجرد تصريحات طالبه، مدعما بشهادة من اختياره، وبعد النشر في الجريدة بطلب من الموثق وبعد مرور أربعة أشهر دون تسجيل أي اعتراض من الغير، يحرر العقد ويشهر بالمحافظة العقارية، ويشكل بذلك سند ملكية، إلا أنه سرعان ما تجلّى قصور هذه الإجراءات بالنظر إلى القوة الثبوتية التي يجب أن تميز كل عقد من عقود الملكية العقارية التي تضمنها الدولة، بمجرد شهرها في المحافظة العقارية، ومن جهة أخرى اتضح استعمال هذه الإجراءات في غالب الأحيان بطريقة تعسفية، أما لتسوية معاملات غير شرعية وأما لإقصاء بعض الورثة من التركة.

وفي سبيل تدارك النقائص التي شابت المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 عمد المشرع إلى إرساء إجراء جديد لمعينة التقادم المكسب وتسليم سند الملكية عن طريق إصداره للقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 يتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، هذا القانون يطبق بالتوازي مع سير عملية المسح العام للأراضي، ويسمح اختياريا وفي آجال قصيرة للأشخاص من حقوق الملكية العقارية الخاصة وتسليم سندات ملكية بذلك وبإشراف وتنفيذ من الإدارة الولائية المكلفة بالحفظ العقاري، ومن خلال هذا المطلب سنحاول الوقوف على مدى القوة الثبوتية لهذا الإجراء الذي يتضمن تسليم سند الملكية العقارية الخاصة؟ ومن هنا كان لزوما دراسة مفهوم معينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق التحقيق العقاري كفرع أول، ثم نخصص الفرع الثاني لدراسة الشروط الواجب توافرها، ثم نعرض في الأخير وكفرع ثالث نعالج إجراءات معينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق التحقيق العقاري.

الفرع الأول: مفهوم وأهداف معاينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق تحقيق عقاري

إنّ القانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء من أجل معاينة حق الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري، يتم تحت سلطة ومراقبة مدير الحفظ العقاري الولائي المختص إقليمياً، ينتهي بتسليم سند ملكيته بذلك، وهي آلية جديدة تختلف عن آلية عقد الشهرة، وهنا تعيّن أولاً معرفة مفهوم هذا الإجراء والأهداف المرجوة منه.

أولاً: مفهوم معاينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق تحقيق عقاري

تتعلق إجراءات معاينة الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري التي لم تخضع لعمليات المسح العام، طبقاً لنص المادة 02 من القانون 02/07 التي تنص: « يطبق إجراء معاينة حق الملكية العقارية على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 والمذكور أعلاه مهما كانت طبيعته القانونية»

هنا نكون أمام ملاحظتين هامتين بخصوص هذا النص، فمن جهة فإن كل العقارات في الجزائر تخضع من الناحية القانونية لعملية المسح وهذا طبقاً للأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 إلا أنه نظراً لعدم انتهاء عمليات المسح فان بعض العقارات لم يتم مسحها بعد ومن المؤكد أن هذه العقارات هي المعنية بالقانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27.

فإجراء معاينة التقادم المكسب المنصوص عليه في القانون 02/07 يتم بالموازاة مع عمليات المسح العام والترقيم في السجل العقاري، ويهدف إلى الغاية نفسها، وهي تسليم سند الملكية وبالتالي فان هذا النص القانوني يخص كل عقار مبني أو غير مبني له وعاء عقاري ثابت.

من جهة أخرى توضح نفس المادة 02 في فقرتها الثانية ما يلي: « يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يجوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل 01-03-1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية».

هذه الفقرة غامضة، لأنه مما لا شك فيه أن العقارات التي ليست لها سندات ملكية هي وحدها المعنية بهذا الإجراء مادام القانون الوضعي الجزائري لا يعرف هذه الفئة من "المالكين بدون سند ملكية".

ومن جهة أخرى أدرج المشرع العقارات التي حررت سنداها قبل: 01-03-1961 في نطاق تطبيق هذه الإجراءات، لأنه قبل هذا التاريخ لم تكن هذه العقود قد أخضعت لإجراءات الشهر، ومن ثمة لم تكن لها حجية على الغير¹.

وعلى اعتبار هذا الإجراء قد عرفه المشرع من قبل بموجب المرسوم 352/83، فهل هذا يعني مجرد إعادة لنفس التقنيات التي اعتمدها المشرع من قبل أم أن هناك إجراءات مغايرة تضمنها القانون الجديد؟.

ومن أجل الإجابة عن هذا السؤال لابد من إجراء مقارنة دقيقة بين الآليتين المحدتين في المرسوم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والقانون الجديد رقم 02/07 وذلك كما يلي:

1-أوجه الاتفاق ما بين الإجراء المنصوص عليه في المرسوم 352/83 والإجراء

المنصوص عليه في القانون 02/07

لما كان الهدف الأساسي المرجوم من سن إجراء إثبات التقادم المكسب عن طريق عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية هو المساهمة في عملية التطهير العقاري للأموال العقارية الخاصة بدون سند والتي لم تشملها عملية المسح بعد، فإن تأخر هذه العملية للمرحلة الممتدة من 1990 إلى 2008 شكلت أساس من الأسس الجوهرية لسن إجراء معاينة حق الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري، بحيث تبدو أوجه الاتفاق واضحة في النقاط التالية:

¹ - بيوت نذير، معاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري: بخصوص القانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007، م ق م ع، ع خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج الثالث، قسم الوثائق، س 2010، ص 21-22.

❖ شكلت الأملاك العقارية الخاصة بدون سند وغير خاضعة للمسح موضوعا لإجراء معاينة حق الملكية عن طريق عقد الشهرة وبواسطة التحقيق العقاري المبين في هذا القانون، ذلك أن القانون الجديد استثنى صراحة وبموجب المادة 03 منه تطبيقه على الأملاك العقارية الوطنية بما فيها أراضي العرش¹ والأملاك الوقفية.

❖ تعدّ آلية الحيازة والتقدم المكسب أساسا موضوعيا للاعتراف بالملكية في كلا الإجراءين، بحيث تضمنّ المرسوم 352/83 بعنوانه أن هذا الإجراء يتضمن الاعتراف بالملكية عن طريق إعداد محرر الشهرة، وهو نفس التطبيق الذي أورده المادة 14 من هذا القانون الجديد أثناء إشارتها إلى أن التحقيقات الايجابية التي يجريها العون المحقق بناء على طلب الحائز من شأنها السماح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقدم المكسب طبقا لأحكام القانون المدني.

❖ عملية التطهير العقاري التي تضمنها هذين الإجراءين تتطلب بالضرورة السرعة والفعالية في إعداد وتسليم سند الملكية، طالما أن هذا الإجراء الجديد حدد تسليم السند بستة أشهر من يوم إيداع الطلب بمديرية الحفظ العقاري الولائي المختص إقليميا².

2- أوجه الاختلاف ما بين الإجراء المنصوص عليه في المرسوم 352/83 والإجراء

المنصوص عليه في القانون 02/07

إنّ السلبيات الجوهرية التي خلفها العمل بأحكام المرسوم 352/83 الصادر في فترة كانت مهنة التوثيق تشكل سلكا من أسلاك الموظفين، أو تلك السرعة والسطحية التي لازمت إعداد عقد الشهرة عند الاكتفاء بمجرد تصريح شرقي للحائز مدعم بشاهدين أمام الموثق المختص إقليميا،

¹ الأراضي العرش كانت في الجزائر إلى جانب الأراضي ملك، و هي تلك الأراضي التي منحت من قبل الدايات الأتراك للقبائل و العروش الذين كانوا موالين لهم على سبيل الانتفاع الجماعي، البعض يرى بأنها أرض ذات ملكية جماعية، و هي أراضي لا يسمح مزارعوها ببيعها أو تبديلها. في هذا المجال يراجع عمار علوي، الملكية و النظام العقاري في الجزائر - العقار، المرجع السابق، ص 28.

² محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، س 2009، ص 292-293.

ودون رقابة مباشرة وفعلية لممثلي السلطات العمومية دفعت المشرع إلى المبادرة بسن هذا القانون 02/07 والذي يتضمن بعض الأحكام المختلفة عن الإجراءات التي عرفها المرسوم 352/83 وتظهر فيما يلي:

❖ تضمن القانون الجديد إجراءات تحقيق عقاري ميدانية تتم من قبل أعوان مصالح الحفظ العقاري الولائية التابعة لسلك أعوان مفتشي أملاك الدولة، وذلك تحت سلطة ورقابة مدير الحفظ العقاري الولائي طبقا للمادة 09 من هذا القانون، وهذا من أجل تفادي سلبات الاكتفاء. بمجرد تصريح شرقي مدعم بشهادة شاهدين عن إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية.

❖ يضمن القانون الجديد معاينة الملاك الحائزين لسندات الملكية المحررة قبل 01 مارس 1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية، وذلك تماشيا مع طبيعة نظام الحفظ العقاري وسطحية مخططات المسح المسلمة في الفترة السابقة عن هذا التاريخ.

❖ يشير القانون الجديد إلى أنّ عملية إعداد وتسليم سند الملكية يتم من قبل المحافظ العقاري المختص إقليميا وبمعرفة مدير الحفظ العقاري الولائي المختص إقليميا.

ثانيا: أهداف معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري

إنّ ضرورة اللجوء إلى إجراء خاص لإعداد سندات الملكية والمخططات، أصبحت حتمية أمام الحاجة المتزايدة في الحصول على هذه السندات لغرض بناء سكنات خاصة أو تمويل نشاط فلاحي، بالاعتماد على القروض الرهنية كأساس للاستثمار في هذه المرحلة، ومن جهة أخرى معالجة تأخر أشغال مسح أراضي العام والترقيم العقاري التي لم تتجاوب بصفة سريعة للمتطلبات الحالية المتعلقة بسندات الملكية، زيادة عن الوضعية العقارية الموروثة عند الاستقلال، التي تميزت بغياب السندات لأكثر من الثلث بالنسبة للملكية العقارية الخاصة¹ وعدم دقة وسطحية تعيين العقارات في تلك الفترة المتميزة بنظام شهر عقاري اختياري.

¹ - عمار علوي، الملكية و النظام العقاري في الجزائر، العقار، المرجع السابق، ص 75.

إنّ هذا القانون الجديد استهدف في مجمله الأهداف التالية:

1- معالجة السلبات الجوهرية التي نتجت عن العمل بعقد الشهرة

أدت سرعة وسطحية إعداد عقود الشهرة إلى استعماله بصورة تعسفية، وإلى تسوية عمليات عقارية غير مشروعة عند الاستيلاء على أملاك عقارية عمومية، وأملاك عقارية وقفية، بل وحتى الحقوق العقارية الميراثية، طالما أنّ هذا العقد لم يتم تحت رقابة وتدخّل ممثلي السلطات العمومية في الميدان أثناء السماح للمستفيد بتقديم تصريح شرقي يدعي فيه بالحيازة والملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب أمام الموثق المختص إقليمياً، الذي لم تسعفه إجراءات مرسوم 352/83 من المعاينة الميدانية للحقوق العقارية محل الحيازة، أو في حالات أخرى التواطؤ مع المستفيد أو بسكوت المصالح الإدارية المختصة عن الرد المتعلق بطبيعة هذه الأملاك العقارية محل إعداد عقد الشهرة. كما أنّ المنازعات العقارية المتعلقة بإعداد وتسليم عقد الشهرة أمام الجهات القضائية المختصة تؤكد إساءة استعمال هذه الآلية.

2- الاستجابة لتمويل المشاريع الاستثمارية باللجوء إلى عمليات القرض العقاري والرهن:

لقد خلّف تخلي الدولة عن الأداءات التقليدية الموكلة لها في المجال الاقتصادي للمرحلة الممتدة من 1990-2008 إلى ضرورة البحث عن أطر تشريعية جديدة لإنجاح سياسة الاستثمار المعتمدة في الميادين الاقتصادية والاجتماعية. كما أدّت إلى اعتماد نفس المبدأ في السياسة العقارية الجديدة المتعلقة بالاستثمار والقروض الرهنية الموجهة للسكن، وكل القروض المتعلقة بالفلاحة ومختلف النشاطات المهنية والحرفية الأخرى.

إنّ تفعيل دور البنوك كمتعامل استراتيجي في المجال الاقتصادي، يدفع إلى ضرورة بحث عمليات التمويل الذاتي للمشاريع الاستثمارية المرتبطة أساساً بتحديد الوضعية القانونية للأوعية العقارية الضامنة للقروض العقارية الممنوحة للأشخاص الوطنيين والأجانب على السواء.

3- تحديد الوضعية العقارية الحالية لحاملي سندات الملكية المحررة قبل 01-03-1961

لقد حاول المشرع من خلال القانون 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27 معالجة الشهر الاختياري المطبق في الفترة الاستعمارية السابقة لصدور المرسوم المؤرخ في 21-10-1959¹ والذي شهد نقائص معتبرة في تحديد الأملاك العقارية التي تمّ شهرها بمحافضة الرهون العقارية، وعدم وضوح ودقة مخططات المسح الجزئية والوثائق الأصلية التي سلمت للمالكين، رغم محاولة إصلاح نظام الشهر العقاري الساري المفعول ابتداءً من الفاتح مارس 1961 زيادة عن العمليات العقارية الفعلية التي توالى بين الملاك والحائزين لهذه السندات دون مراعاة قواعد الشهر العقاري المنصوص عليها بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

4- تفعيل عملية المسح العام للأراضي

إنّ تقدير النسبة الضئيلة لعمليات مسح الأراضي رغم الجهود المبذولة، لم تؤد إلى نتائج معتبرة خلال الفترة الممتدة من 1990-2006، مما أدى إلى التفكير في حلول أخرى مناسبة وفعالة بالتزامن مع عمليات المسح، وتضمن اختصار الآجال المرسومة لاستكمال عمليات المسح العام للأراضي كأساس للتطهير الشامل، بحيث أوجبت المادة 5 من القانون 02/07 ضرورة تمثيل العقار في مخطط بياني يعد من قبل مهندس خبير عقاري، يتضمن وضع معالم الحدود وبيان المساحة والتحديد الدقيق للعقار والحقوق العينية والأعباء المثقلة به ان وجدت أثناء عمليات التحقيق العقاري، ويؤدي إلى إعطاء دفع قوي لعملية مسح الأراضي العام وتقليص مدتها بشكل معتبر، طالما أنّ مصالح المسح ستعتمد دون إعادة التمثيل المادي والمعاينة القانونية للأملاك العقارية التي شملها هذا الإجراء الجديد.

¹ - إن المرسوم 1190/59 المؤرخ في 1959/10/21 يتعلق بإصلاح الشهر العقاري و توسيع إنتشار مكاتب حفظ الرهون العقارية و اعتماد الشهر الشخصي لكافة المعاملات العقارية مع تسليم دفاتر عقارية للملاك.
- هنا نشير أن عملية الإصلاح العقاري المتأخرة التي تبنتها السلطات الاستعمارية لم يكتب لها النجاح بسبب عدم الاستقرار الذي عرفته البلاد بعد اندلاع الحرب التحريرية سنة 1954.

الفرع الثاني: شروط تطبيق إجراء التحقيق العقاري

إن مجرد تفحص المواد 02 و 04 من هذا القانون، يتضح لنا أن المشرع اشترط للاستفادة من هذا الإجراء مجموعة من الشروط، منها ما يخص العقار محل المعاينة والتحقيق العقاري ومنها ما يتعلق بالحيازة ووضع اليد المكسب للملكية¹.

أولاً: الشروط الخاصة بالعقار

إنّ المواد 2-3-4 من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 بينت أن تأسيس هذا الإجراء، يتطلب شروط تخص العقار المعني والطبيعة القانونية له، وذلك في العقارات التابعة للملكية الخاصة والتي لم تشملها عملية المسح، وليست لحائزها سندات الملكية أو للأشخاص الذين بيدهم سندات ملكية محررة قبل 01-03-1961 والتي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية، مما يجعلنا نتطرق إلى كل شرط على حدى:

1- يجب أن يكون العقار واقعا في بلدية غير ممسوحة

إذا كانت عملية المسح العام للأراضي تسمح بالتطهير العقاري الشامل، فإنه من الطبيعي أن يتم تأسيس هذا الإجراء المتضمن معاينة الملكية عن طريق تحقيق عقاري على العقارات التي لم تشملها عملية المسح بعد وفقا لما تضمنه القانون 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27. بموجب المادة الثانية الفقرة الأولى منه، وهو نفس الشرط الذي تم العمل به بموجب المادة الأولى من المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 المتضمن سن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية أثناء حظر إعداد عقد الشهرة في المناطق الممسوحة أو التي

¹ - تنص المادة 2 من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 على ما يلي: " يطبق اجراء معاينة حق الملكية العقارية على كل عقار لم يخضع لعمليات مسح الأراضي العام المنصوص عليها في الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12، مهما كانت طبيعته القانونية ". أما المادة 4 من نفس القانون فقد جاء فيها مايلي: " يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي، يمارس حيازة على عقار سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر، أو يجوز سند ملكية كما هو مبين في المادة 2 أعلاه، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته و تسليمه سند ملكية...".

تم افتتاح عمليات المسح بها، وفقا لقرار صادر من الوالي الواقعة في اختصاصه البلدية التي يتبعها العقار المعني¹.

2 - يجب أن يكون العقار بلا سند أو له سند ملكية محرر قبل 01-03-1961

إنّ القانون 02/07 تضمن إضافة إلى العقارات التابعة للخواص والذين ليس لهم سندات ملكية، إمكانية استفادة حاملي سندات الملكية المحررة قبل 01-03-1961 من أحكام هذا القانون، وذلك بهدف تحقيق تطهير عقاري دقيق وشامل، يراعي الوضعية العقارية القانونية والفعالية للأملاك العقارية المعنية بهذا القانون².

3- يجب أن يكون العقار تابعا للأملاك العقارية الخاصة

انه وبالرجوع إلى المادة 23 من القانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري- المعدل والمتمم- والتي أعطت تصنيف ثلاثي للأملاك العقارية، فان الأراضي والحقوق العينية العقارية التابعة للملكية العقارية الخاصة وحدها معنية بتطبيق تدابير هذا القانون، ويعني ذلك أنّ المشرع استدرك تغيير المادة الأولى من المرسوم 352/83 والتي على أساسها نادى جانب من الفقه إلى قبول إعداد عقود الشهرة على العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، وذلك بمفهوم المخالفة للمادة 4 من القانون 90/30 المؤرخ في 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية³.

¹ - بيوت نذير، ترجمة أمقران عبد العزيز، عقد الشهرة من خلال الاجتهاد القضائي، م ق م ع، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج الثاني، قسم الوثائق، سنة 2004، ص 11.

² - وهو ما تضمنته المادة 2 الفقرة الثانية: «يشمل هذا الاجراء العقارات التي لا يجوز أصحابها سندات ملكية أو التي حررت بشأنها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 و التي لم تعد تعكس الوضعية العقارية الحالية.»

³ - Ahmed Rahmani, Domaine économique et unité du domaine national, Thèse de Doctorat D'Etat, Université d'Alger, 1988, p 117-118.

إنّ قراءة المادة 3 من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 أكدت على استبعاد الأراضي المسماة أراضي العرش كأراضي تابعة للأملاك الوطنية الخاصة، تعني استبعاد صراحة من نطاق هذا القانون للأملاك العقارية الوطنية والأملاك العقارية الوقفية.

ثانياً: الشروط الخاصة بالحيازة

نصت المادة 04 في فقرتها الأولى من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 على ما يلي: « يمكن كل شخص طبيعي أو معنوي، يمارس حيازة على عقار سواء بنفسه مباشرة أو بواسطة شخص آخر، أو يجور سند ملكية كما هو مبين في المادة 2 أعلاه، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق ملكيته وتسليمه سند ملكية ».

وبيّنت المادة 14 من نفس القانون، أنّه إذا نتج عن التحقيق العقاري أنّ صاحب الطلب يمارس حيازة من شأنها أن تسمح له بالحصول على حق الملكية عن طريق التقادم المكسب طبقاً لأحكام القانون المدني، فإنه يعترف له بملكته للعقار أو الحق العيني العقاري محل التحقيق، ومعنى ذلك أنّ الحيازة المقصودة في هذا القانون هي الحيازة المبينة بأحكام المواد 808 إلى 827 من ق م طبقاً للقواعد العامة، بحيث يجب أن تكون هذه الحيازة هادئة وعلنية ومستمرة خالية من عيوب الإكراه والخفاء والغموض والتي يجب أن تراعي استكمال المدة المحددة بالمادة 827 من ق م والمكسبة للحق العيني العقاري، وذلك على النحو الآتي:

1- وجوب مراعاة قواعد الحيازة القانونية الصحيحة للاعتراف بالملكية

لم يعرف القانون المدني ولا التشريعات العقارية الحيازة، وهذا النقص يمكن تفاديه بتعريف الحيازة كما عرفها كولان وكابيتان بأنهما: " سلطة فعلية يمارسها الشخص على شيء تظهره بمظهر صاحب الحق"¹. من جهته عرفها الأستاذ على سليمان بأنهما: " سلطة فعلية يمارسها شخص على شيء يستأثر به ويقوم عليه بأفعال مادية تظهره بمظهر صاحب حق ملكية او حق عيني آخر على

1- Colin et Capitant: Traite de Droit Civil Français, T2, Paris, 1959, par Juliot De Lamorandière, P372 .

هذا الشيء¹. لذلك نقول بأن الحيازة هي وضع مادي وبه يسيطر الشخص سيطرة فعلية على عقار ويستعمل بالفعل حقا من الحقوق².

والحيازة على هذا التعريف ليست بحق عيني أو بحق شخصي، بل هي ليست حقا أصلا وإنما واقعة مادية ومع هذا تحدث آثارا قانونية، من جملتها أنها تعتبر سببا من أسباب الملكية العقارية. ولكي تكون الحيازة قانونية وصحيحة لا بد أن تكون هادئة، واضحة لا لبس فيها وغير خفية، وهنا لا بد من الإشارة إلى أن الحيازة تقوم على عنصران أساسيان وهما: العنصر المادي الذي هو مجموعة الأعمال التي يباشرها صاحب الحق على الشيء، وعنصر معنوي الذي هو تملك الشخص لا لحساب الغير.

2- وجوب استكمال مدة الحيازة المؤدية لاكتساب الحقوق العينية العقارية

تؤسس عملية الإعراف بالملكية للحائز في مفهوم المادة 14 من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 على أساس الحيازة الصحيحة المؤدية إلى إكتساب العقار أو الحق العيني العقاري بالتقادم المكسب لمدة 10 سنوات عند توافر حسن النية والسند الصحيح، أو 15 سنة في حالة التقادم الطويل، بحيث تنص المادة 827 من ق م على مايلي: « من حاز منقولا أو عقارا أوحقا 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 بدون انقطاع». أما المادة 828 من ق م فقد نصت على مايلي: « اذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن نية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فان مدة التقادم المكسب تكون عشرة سنوات. ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق، والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إشهار السند». وهنا لا بد على العون

¹ - علي علي سليمان، شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية و التبعية، ط 1، بيروت، س 1999، ص 242.

² - صالح باي محمد شريف، مكانة الحيازة في القانون المدني، م ق م ع، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج 2، قسم الوثائق، س 2004، ص 130.

المحقق التحقق من حيازة المالك الظاهر، وعناصر الحيازة، بحيث له أن يستعين أثناء التحري بجميع الشهادات المكتوبة والجبائية و الوثائق الأخرى التي يمكن أن تدعم ادعاءات الحائز بشأن الحيازة الصحيحة والسليمة، ونذكر منها¹:

- الشهادات المكتوبة والصادرة عن بعض المصالح والجهات الإدارية بشأن الانتفاع أو الاستغلال أو السكن بالعقار المعني.
- الشهادات الجبائية التي يمكن أن تعد بشأن فرض الضريبة العقارية على العقار المعني بالتحقيق.

إن المحقق العقاري يمكن له إجراء بحوث و تحريات على مستوى المحافظة العقارية للتأكد ما إذا كان إشهار مسبق أو سند لهذا العقار قد يعارض حيازة طالب التحقيق، أو هناك حقوق عقارية للدولة أو الولاية أو البلدية أو جهات الأوقاف تغير من الطبيعة القانونية لهذا الملك².

الفرع الثالث: إجراءات تسليم سند الملكية

تتوقف إجراءات تسليم سند الملكية على: التحقيق العقاري والشهر، ولقد نص القانون على أن هذه الإجراءات تتم من طرف محقق عقاري، تحت إشراف مدير المحافظة العقارية بالولاية، وبسعي من طالب حق الملكية³، ويمكن اتباع إجراءات التحقيق سواء لفائدة الأفراد أو لفائدة الجماعة العمومية.

أولاً: التحقيق المتعلق بالأفراد:

يتم التحقيق العقاري بعد إشهار محلي، بالإنتقال مرتين إلى الاماكن بهدف:

¹ - ليلي زروقي / حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، ط 10، دار هومة، س 2008، ص 325 و ما بعدها.
² - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 310.
³ - و هو مضمون نص المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 الذي يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية.

- تحديد المكونات المادية للقطعة.

- وضع معالم الحدود من طرف المهندس العقاري وهذا على نفقة الطالب.

ويتطلب هذا التحقيق العقاري تحريات على مستوى المحافظة العقارية ومصالح المسح ومصالح أملاك الدولة ومصالح الضرائب، ينتج عنها تحرير محضر مؤقت يكون في متناول الجمهور.

وفي حالة المنازعة أو الاعتراض المدون في السجل الذي يفتح خصيصا لهذا الغرض بالمحافظة العقارية، ينتقل المحقق العقاري، مرة أخرى إلى الأماكن ويحدد جلسة للصلح.

في حالة المصالحة، يحرر المحقق العقاري محضرا للصلح وإلا فيقوم بتحرير محضر بعدم الصلح. وللطرف المنازع أجل شهرين، من تاريخ إستلامه المحضر المذكور، لرفع دعوى قضائية أمام الجهات المختصة يترتب عنها وقف الإجراءات إلى حين الفصل النهائي في النزاع.

أمّا إذا لم تتم منازعة في المحضر المؤقت، يحرر محضر نهائي يشكل أساسا لإصدار مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي المختص، قرارا يتضمن التقييم العقاري للقطعة الأرضية باسم الطالب، ويرسل إلى المحافظ العقاري المختص إقليميا للتنفيذ. يتولى هذا الأخير شهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري في السجل العقاري ويحرر سند الملكية، ثم يرسله إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري للولاية لتسليمه للطالب أو المعني.

ثانيا: التحقيق الجماعي

إن الدولة عن طريق هيئتها - الولاية والبلدية - هي التي تبادر بالتحقيق الجماعي في اطار انجاز برنامج بناء أو تهيئة عقارية، ريفية أو حضرية، من أجل تسليم سندات ملكية لشاغلي المناطق المعنية بهذا البرنامج.

تهدف هذه الإجراءات بدون شك، إلى تفادي عرقلة إنجاز هذه البرامج، وتسوية وضعية العقارات بالمناطق المعنية، من أجل تحديد مالكي هذه العقارات، وعند الاقتضاء، تطبيق قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

بهذا فإنّ الدولة تبادر من خلال التحقيق الجماعي بمعاينة التقادم المكسب على أساس المادة 827 وما يليها من ق م، وعليه تحل الدولة محل إرادة الأفراد وتفرض عليهم إجراءات مقررّة لصالحهم¹، مع ان الأحكام المتعلقة بالتقادم المكسب ليست من النظام العام.

المبحث الثاني: الحدود القانونية لتصرفات الأشخاص في الملكية العقارية الخاصة

أقرّ القانون الحق الفردي، وكفل له حماية خاصّة، ووضع له حدودا معينة، حيث يترتب على الخروج عن هذه الحدود، قيام المسؤولية، فالفرد قد يحدث ضررا بالغير أثناء خروجه عن حدود حقّه، كما قد يحدث ضررا بدون الخروج عن تلك الحدود، ولهذا فلا بدّ من منع الإضرار بالغير، سواء كان هذا الضرر نتيجة تخطي الحدود الموضوعية للحق، أم بدون تخطي هذه الحدود، ولا بدّ من إيجاد أساس يقوم عليه الحكم بالتعويض لصالح المضرور، مهما كان نوع الفعل الذي أدّى إلى هذا الضرر.

إن هذا التوجه هو ما عمل على إيجاده كل من فقهاء الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وعلى هذا الأساس أسّس الفقه الإسلامي نظرية التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصّة، والتي أطلق عليها نظرية المضارة، حيث ينطلق الفقه في تصوره لحقيقة هذا التعسف، حيث قيده من حيث وسائل استعماله أو ما يقصد به من مصالح، بالنسبة لصاحبه أو بالنسبة للغير، فردا كان أو جماعة بقيود.

¹ - يتم التحقيق الجماعي بناء على قرار يصدر من الوالي يتضمن الشروع في الإجراءات الجماعية للتحقيق العقاري يتم بمبادرة منه أو بطلب من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص في مفهوم المادة 7 من القانون 02/07 المؤرخ في 2007/02/27، لذلك يعد هذا الإجراء بأنه أداة للتهيئة العقارية كما تقتضيه المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 147/08 المؤرخ في 2008/05/19 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندات الملكية.

على خلاف فقهاء الشريعة الإسلامية، لم تظهر هذه النظرية في القانون الوضعي إلا في أواخر القرن التاسع عشر¹، وكانت قبل هذا العهد مجرد فكرة تداولتها أحكام المحاكم وأراء الفقهاء، وعلى اعتبار أنّ حق الملكية العقارية الخاصة يعتبر من أهم الحقوق الفردية، خاصة بالنسبة للسلطات التي يمنحها للمالك، والتي قد تجعل منه وسيلة للإضرار بالغير، باعتبار أنّ الضرر هنا يحدث في علاقات الجوار، مما يجعله أكثر حدة، بل قد يؤدي استمراره إلى ترحيل الجيران، ولن يتعدى المالك في ذلك حدود ملكيته، وحالة كهذه تؤدي إلى المشاحنة بين الجيران، وتفتح الباب أمام النزاع².

بناءً على ما سبق ذكره، تثار بخصوص هذا المبحث مشكلة مدى تطبيق نظرية التعسف في استعمال الحق في مجال الملكية العقارية الخاصة، ويمكن صياغة الإشكالية على النحو التالي:

كيف يمكن لنظرية التعسف في استعمال الحق أن تقيم التوازن ما بين مصلحة المالك ومصالح الغير، في مجال استغلال الملكية العقارية الخاصة؟ وكيف يمكن التوفيق بين مصالح الجيران المتضاربة؟ إنّ هذه الدراسة تتطلب منا الوقوف أولاً على دراسة الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال الحق كحد من الحدود القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة، من خلال تحديد مفهوم للتعسف وكذا تبيان مختلف الاتجاهات الفقهية التي تكرر أو تعارض نظرية التعسف في استعمال الحق، ثم بعد ذلك نخرج على النظام القانوني للتعسف من خلال مختلف المعايير الخاصة بالتعسف، العامة منها والخاصة.

¹ -Gérard CORNU, Droit civil- Les biens, Op.cit, P 89-90.

² - رشيد شمشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي و الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص 04.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

يعدّ حق الملكية حق مطلق يخول لصاحبه جميع السلطات الممكنة على ما يملك، ومنها سلطة الاستعمال ولا يحد من هذه الحرية إلا وجوب عدم إلحاق الضرر بالغير، وأن يكون التصرف ضمن حدود حسن النية، واستعمال الملكية للغاية التي وجدت من أجلها، غير أنّ هذه السلطة ليست مطلقة، بل ترد عليها قيود خاصة على المالك، حتى لا يضل في استعمال حقه¹، لذلك لم تستقر نظرية التعسف في التشريعات الحديثة إلا بعد مرورها بمراحل تاريخية، ورغم قيامها كفكرة في أذهان الفقهاء والقضاة إلا أنّها لم تتركس من طرف المشرع الفرنسي إذ لم يكن لها لفترة طويلة من الزمن أساس تشريعي تستند إليه، لذا وجب علينا من خلال هذا المطلب تحديد مفهوم التعسف مع التطرق إلى مختلف المراحل التاريخية التي مرت بها هذه النظرية قبل استقرارها في التشريعات الحديثة.

الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق

لا يكفي لمشروعية الفعل المرتكب استعمالاً للحق، أن يكون صاحبه قد التزم بالحدود الموضوعية المنصوص عليها قانوناً، وإنما يلزم أن تكون ممارسته للحق، قد روعي فيها الجانب المتمثل في تحقيق المصالح التي تقرر الحق من أجلها، فإذا انتفت النية السليمة، كنا في نطاق التعسف في استعمال الحق².

أولاً: المفهوم اللغوي لمصطلح التعسف

كلمة التعسف مأخوذة من الفعل: عسف، حيث أنّ العسف هو السير على غير الهدى، وركوب الأمر من غير تدبير، ويقال عسف فلان فلانا: إذا ظلمه، ورجل عسوف إذا كان ظلوماً

¹ - مصطفى العوجي، القانون المدني: المسؤولية المدنية، ج 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س 2008، ص 328.

² - نديم نعيم شلالا، دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق: دراسة مقارنة من خلال الفقه والاجتهاد والنصوص القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، س 2006، ص 09.

ولم يقصد الحق، وأعسف: إذا أخذ غلامه بأمر شديد، والعسيف هو الأجير والعبد المستهان به، ومنه أيضا عسف الولاية وإسراعهم إلى الظلم¹.

يستخلص من كل هذه التعاريف أن التعسف من الناحية اللغوية، يعني أمرين:

- إما التخبط واما الظلم، وكلاهما يحمل معنى الإساءة والإضرار وهنا جوهر التعسف عند أهل الاصطلاح.

ثانياً: المفهوم القانوني لمصطلح التعسف

كما وضع الفقهاء المعاصرون لهذا الاصطلاح تعريفات متعددة إذ عرفه الدكتور مصطفى الرباعي بأنه: «إساءة استعمال الحق، بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير»²، في حين عرفه عبد الواحد كرم بأنه: «استعمال شخص لحق له، ينشأ عنه ضرر للغير»³، كما عرفه الشيخ أحمد أبو زهرة بأنه: «أكبر من منفعة صاحب الحق»⁴، في حين يرى فتحي الدريبي في تعريفه على أنه: «مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل»⁵.

إن معنى ذلك أن يمارس الشخص فعلاً مشروعاً بالأصل، بمقتضى حق شرعي ثابت له، على وجه يلحق بغيره الإضرار، أو يخالف حكمة المشروعية.

إذا من خلال هذه التعاريف نلاحظ أن هناك خلافاً في معنى التعسف، وهذا في مسألة تجاوز الحق بين من يدخل في التعريف تجاوز حق الاستعمال المباح، وبين من يرى أن التعسف في معناه محصور في ممارسة الحق المشروع على وجه يلحق الضرر بالغير، أو يناقض قصد الشارع في التصرف

¹ - جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، د س ط، بيروت، ص 312.

² - مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، س 1996، ص 272.

³ - كرم عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، مكتبة النهضة وعالم الكتب، بيروت، س 1997-1998، ص 142.

⁴ - محمد أبو زهرة، التعسف في استعمال الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 1963، ص 91.

⁵ - فتحي الدريبي، النظريات الفقهية، ط 04، منشورات جامعة دمشق، سوريا، س 1997، ص 131.

المأذون فيه، وعليه فإنّ مجاوزة الحد في التصرف تعد خروجاً عن ما هو مأذون فيه، فلا تدخل في معنى التعسف.

لقد ضرب لنا فتحي الدريني مثلاً للتفريق بين التعسف والمجازة، فلو أوصى أحد بأكثر من الثلث، فإنه يعد مجاوزاً حدود حقه الذي منحه إياه الشرع - التصرف في حدود الثلث - ففعله غير مشروع في الأصل لأنه لا يستند إلى حق، فهو إذاً متعد لا متعسف، أما إذا أوصى بالثلث أو ما دونه، وقصد بذلك مضرة الورثة مثلاً، وقامت الأدلة والقرائن على هذا القصد، عد متعسفاً لأن أصل الفعل مشروع، لكنه استعمله لا بقصد تحقيق المصلحة من تشريعه، وإنما للأضرار بالورثة¹. إنّ مشكلة التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة تقوم، إذا كان صاحب الحق مع التزامه بحدود وشروط حقه قد أضر بالغير، سواء عن قصد أو غير قصد، فالشخص الذي يملك قطعة أرض فضاء، ويبنى عليها حائطاً، يمارس حق الملكية الذي يعترف به القانون ويحميه، ولكن إذا نتج عن ذلك حجب الضوء أو الهواء عن منزل جاره مثلاً، يستطيع ذلك الجار أن يطالب بوقف البناء، أو بتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة لسوء استعمال المالك لحقه، سواء بقصد، أو حتى وإن كان بغير قصد للإساءة².

ثالثاً: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته

اختلف الفقه والقانون في تكييف طبيعة حق الملكية العقارية الخاصة، تأثراً بالمنهج السياسي المتبع، وانعكس ذلك على مبدأ منع التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، فهويتوقف على مدى هذا الحق، وهنا لا بدّ من الحديث عن اتجاهين تناولا هذه المسألة.

¹ - فتحي الدريني، الحق و مدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة و القانون، رسالة مقدمة لجامعة الأزهر لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الاسلامية، ط 1، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، س 1967، ص 130.

² - فريدة الزواوي، النظرية العامة للحق، ج 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2000، ص 272.

1- الملكية العقارية الخاصة حق مطلق

هذا الاتجاه نابع من فلسفة المذهب الفردي، والتي أساسها اعتبار الفرد وحقوقه محور القانون وغايته، لأن هذه الحقوق في نظره سابقة في الوجود على القانون نفسه وعلى المجتمع، بل وعلى الدولة لأنها حقوق طبيعية مستمدة من ذات الإنسان باعتباره كان يتمتع بها منذ الفطرة الأولى، فهي امتيازات طبيعية مطلقة، وتأسيساً على ذلك فإن الحقوق هي أساس القانون، لذا فإن القانون والمجتمع والدولة إنما وجدوا لخدمة الفرد وحقوقه، وتمكينه من التمتع بها، وبهذا تحددت وظيفة الدولة بحراسة هذه الحقوق، إذ لا يجوز لها التدخل لتقييدها، لأنّ في إطلاق الحق الفردي تنمية للمواهب الفردية، وهو ما يضمن تقدم وازدهار المجتمع، ويرى أصحاب هذا المذهب أنّ القانون لا يفيد صاحب الحق إلا إذا تجاوز حدود حقّه، وتدخل الدولة عن طريق القانون لا يكون إلا على وجه الاستثناء، والاستثناء لا يجوز القياس عليه والتوسع فيه، ونتيجة لذلك أطلق أصحاب هذا المذهب حق الملكية العقارية الخاصّة، يعني أنه يجوز لصاحبه سلطات مطلقة يتصرف فيها كما يشاء حتى وإن أضرّ بغيره من الأفراد أو المجتمع¹، ومن أنصار هذا الرأي: كروس وفيست واهرنج وهم من المدرسة الألمانية، والرأي عند هؤلاء أنّ اعتبار الملكية حق طبيعي يتماشى مع الوظيفة الطبيعية التي تؤديها الملكية وهي إشباع حاجات الإنسان²، وإجمالاً يمكن القول بأنّ المالك في ظل هذا المذهب يتمتع بسلطات مطلقة على ملكيته فله أن يستعملها على أي وجه حتى وإن أضر بالغير وله أن يعدمها أو يتركها بدون استعمال، فلا يعترف هذا المذهب بغاية الحق بل يعتبر الحق في ذاته غاية، وهذه النظرة بدون شك تعدّ نظرية التعسف في استعمال الحق³، وهو ما جعل قضاة البلدان التي تأخذ بالمذهب الفردي يحاولون إيجاد أساس تستند إليه مسؤولية صاحب الحق حين

¹ - نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د س ط، ص 648 و649.

² - فيليسيان شالاي، تاريخ الملكية، ترجمة: صباح كنعان، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، د س ط، ص 89.

³ - رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 16.

استعماله لحقه للإضرار بالآخرين فحاولوا إخضاع التعسف لنظرية الخطأ لأن القانون لا يقر بالمسؤولية التعسفية.

2- الملكية العقارية الخاصة حق ذو وظيفة اجتماعية

بعد التطرف الذي امتاز به المذهب الفردي، استقر الفقه على اعتبار الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية، ولم يقتصر الأخذ بهذه النظرية على بلد معين ينتهج نظاما معينا، بل أصبحت البلدان التي تأخذ بالمذهب الفردي تفرض قيودا على المالك، إذ أن إشباع المالك لحاجاته الأنانية، لم يعد كما لم يكن في أي وقت مضى كل شيء، بل أن هناك مكانا هاما لإشباع الحاجات الاجتماعية¹. إن القول بأن الملكية حق ذو وظيفة اجتماعية يختلف في صياغته ومدلوله عن القول بأن الملكية وظيفة اجتماعية، فبينما يرفض الفقه الصياغة الثابتة فإنه يرحب بالصياغة الأولى، وذلك لأن اعتبار الملكية وظيفة اجتماعية وهي الفكرة التي نادى بها دييجي² يعني نفي فكرة الحق عن الملكية إذ يصبح المالك مجرد موظف يحوز جزءا من الثروة ويقتضي أجره عينا من الناتج، ولا يحمى إلا في الحدود التي يقوم فيها بمهام وظيفته، وهذا المفهوم ينكر الجانب الذاتي في حق الملكية مع أنه من الثابت أن في الملكية مجالا واسعا لإشباع المصالح الشخصية البحتة للمالك، كما أنه من المعروف أن الفرد يسعى لتحقيق مصالحه الشخصية أكثر مما يسعى لتحقيق مصالح الجماعة، وهذه حقيقة لا ينكرها أحد لأنها فطرة في الإنسان، وإنكارها يؤدي حتما إلى تناقض، فمركز المالك يختلف عن مركز الموظف، إذ يباشر المالك سلطانه على ملكيته لحسابه ولتحقيق مصلحته الخاصة، فتتحقق مصلحة الجماعة بطريق غير مباشر، أما الموظف فيباشر السلطات التي تدخل في اختصاصه لحساب الجماعة وتتحقق مصلحة الجماعة بطريق مباشر، إذا فالصحيح أن الملكية الخاصة حق فردي له وظيفة اجتماعية، أي حق تهيمن عليه وظيفة اجتماعية حافزة لا تهدر سيادة المالك بل تعززها،

¹- Georges Ripert، La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} Edition, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, p 182.

²- نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الاشتراكي، المرجع السابق، ص 97 وما بعدها.

توفق بين المبادرة الفردية المستمدة من تلك السيادة وبين مطالب الجماعة، ويظهر هذا التنسيق بين المصالح في القيود التي يفرضها المشرع على الملكية وفي نظرية التعسف في استعمال الحق¹.

لتكريس الوظيفة الاجتماعية للملكية، يمكن القول بأن الاستعمال الضار للملكية، إذا لم يخرج المالك فيه عن الحدود الموضوعية لهذا الحق، يعد تعسفا في استعمال الحق، فنظرية التعسف تأتي هنا لتقييم التوازن بين عنصري الفردية والجماعية الذين يمتاز بهما حق الملكية، وهذا ما يجسد العلاقة التي تربط بين نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الوظيفة الاجتماعية للملكية، حيث تعتبر هذه الأخيرة أساسا للنظرية الأولى، ومبررا لها، فلا يمكن تكريس نظرية التعسف، إذا ما اعتبرنا الملكية مجرد وظيفة اجتماعية، لأن الخروج عن الوظيفة هو مجاوزة وليس تعسف²، ولا يمكن تكريسها أيضا إذا ما اعتبرنا أن الملكية حق مطلق، لأن المالك لا يسأل في هذه الحالة إلا بخروجه عن الحق إذ تقوم المسؤولية التقصيرية بشأنه ولا مجال للتعسف في استعمال الحق، ولهذا فنظرية التعسف تجد تبريرها في القاعدة الأخلاقية في ممارسة الحق كما يسميها ريبير³، وبهذا المبدأ تأثرت بعض التشريعات وجعلت للتعسف معيارا عاما هو مخالفة الغرض الاجتماعي للحق.

الفرع الثاني: التطور التاريخي لنظرية التعسف

إن دراسة التطور التاريخي لنظرية التعسف، يجعلنا نرجع إلى الوراء من أجل الوقوف على مختلف التشريعات القديمة، ومدى وجود ضمن قوانينها فكرة التعسف من عدمه، على اعتبار أن هذه النظرية أصبحت اليوم تعرف تواجدا في مختلف التشريعات الحديثة.

¹ - رشيد شمشم، التعسف في استعمال الملكية، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

² - فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 310.

³ - George Ripert، La règle morale dans les obligations civiles, op.cit. , P 158.

أولاً: نظرية التعسف في التشريعات القديمة

كل من القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم يعتبران أصلاً تاريخياً للتشريعات الحديثة، والسؤال المطروح في هذا المجال يتعلق ما إذا كانت هذه التشريعات القديمة قد عرفت نظرية التعسف كنظرية عامة قائمة بذاتها أم لا؟

1- نظرية التعسف في القانون الروماني

كان القانون الروماني يتجه إلى تحقيق غايات نفعية محضة، وهي حفظ مصالح الناس بما يكفل النظام والاستقرار في المجتمع، وقد كانت الآفاق التي انطلق بها هذا القانون ضيقة ومحدودة، حيث ركز النظر على مصلحة الفرد وتقديم مصالحه على المصالح العامة¹، ولذا كان قائماً في أساسه على نظرية الحق المطلق، أي على السلطة المطلقة، ومن صور هذه السلطة المطلقة، كان لرب العائلة حقوقاً مطلقة غير محدودة على جميع أفرادها، وكان له حق الحياة أو الموت على زوجته وأولاده وعبيده، فلم يكن للزوجة حقوقاً ولا أموالاً، وكان الولد معرضاً للبيع والعبيد للترك والقتل، وفي المعاملات كان للدائن سلطة مطلقة على مدينه، فكان المدين يباع.

قد توحي هذه الصورة أن فكرة التعسف في استعمال الحق كانت مجهولة في القانون الروماني، غير أن الواقع يثبت عكس ذلك، لأنه وإن كان هذا القانون لم يعرف نظرية عامة للتعسف إلا أنه عرف بعض تطبيقاتها، ويعود سبب ذلك أن الشرائع القديمة بما فيها القانون الروماني، لم تكن وليدة نظريات عامة، بل كان أساسها القضايا العملية والمسائل الواقعية التي عرضت على الفقهاء².

¹ - محمد أحمد سراج، الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، س 1997، ص 204.

² - فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، المرجع السابق، ص 521.

هذه التطبيقات كشف عنها فقهاء القانون الفرنسي، من بينهم 'إهرنج' في كتابه "روح القانون الروماني" والذي أوضح دور العادات في الحد من إطلاق الحقوق والتخفيف من غلوها، ويبيّن 'جوسران' في كتابه حول التعسف في استعمال الحق هذا التحديد من إطلاق الحقوق على فكرة التعسف في استعمال الحق. فهي التي أدت من الانتقاص من سلطة رب الأسرة على أفرادها، ومن سلطة السيد على عبده، فلم يعد للأب بدون سبب مشروع الحق في الاعتراض على زواج ابنه أو في حرمانه من الميراث، فحق الأب في حرمان أبنائه من الميراث قد تحدد بعد إطلاقه بفضل العادات، وبفضل "النظرية العرفية لعدم تحقق الأثر"، ويذهب - جوسران - إلى أن محكمة المائة¹ عندما وضعت هذه النظرية لم تفعل أكثر من الاعتراف بإمكان تعسف الأب في استعمال هذا الحق.

وقد أدخل على القانون الروماني نوع من النسبية في الحقوق بفضل آراء الفقهاء الرومان مثل مقولة سوء النية لا يستحق الرعاية فتسقط الحماية المقررة لصاحب الحق وكذا عبارة "الغلو في الحق غلو في الظلم"²، وبالنسبة لحق الملكية فلا يسأل المالك إذا أساء استعمال هذا الحق فهو حق فردي مطلق، إلا أن استعماله بنية الإضرار بالغير كان ممنوعاً، فذهب 'إليان' إلى أنه يجوز للمالك القيام بالحفر في أرضه حتى وإن أدى ذلك إلى قطع العروق النابعة في أرض جاره وليس للحجار أن يرفع عليه دعوى الغش مادام لم يقصد من الحفر الإضرار به، وهذا ما يبين أن التعسف في استعمال حق الملكية كان متصوراً ومعياره هونية الإضرار، كما قرر 'إليان' أنه من حفر بئراً في أرضه وتعمق فيها يكون مسؤولاً، إذا كان التعمق من شأنه إسقاط حائط الجار.³

¹ - هي محكمة مشكلة من 100 قاضي، فتحي الدريني، المرجع السابق، ص 524.

² - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، س 1992، ص 647.

³ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 1، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، 1998، ص 948.

من هذه التطبيقات يتبين لنا أن فكرة التعسف في استعمال الحق كانت موجودة في القانون الروماني، ولكن لم تعرف في شكل نظرية عامة، ولهذا فلا يمكن ارجاع هذه التطبيقات سوى لمبدأ الإنصاف والعدالة وليس لنظرية التعسف¹.

كما أن العادات كان لها دور في تقييد الحقوق، وما يؤكد ذلك أقوال بعض الفقهاء الرومان التي كانت تتنافى تماما مع جوهر نظرية التعسف، منها قول الفقيه 'جايوس': "ليس بالمعتدي من يستعمل حقه"، فهذا القول يرفض وصف صاحب الحق بالمعتدي عند استعماله لحقه ولورتب ضررا بالغير وقال الفقيه 'أولبيانوس': "ليس بالمؤذي من استعمل حقه"، وقال كذلك: "من استعمل حقه فما ظلم"².

ومن خلال هذه المقولات التي جاءت على لسان أبرز فقهاء القانون الروماني يتضح لنا جيدا بأن هذه النظرية كانت مجهولة تماما ولم تكن معروفة.

2- نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم

مثل سابقه القانون الروماني، فإن القانون الفرنسي القديم لم يعرف نظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية عامة، بل مجرد فكرة محدودة التطبيقات جرت بها أقلام الفقهاء وأحكام القضاة.

فقد أجمع فقهاء القانون الفرنسي القديم على الحد من سلطات المالك فذهب 'بوتيه' إلى أنه لا يجوز للمالك أن يأتي عملا مضرا بالجار ومناقضا لإلتزامات الجوار، بمعنى ان حق المالك في استعمال ملكه محدود بعدم الاضرار بجاره، فإذا أضر به كان متعسفا ويسأل بموجب هذا الفعل، وقرر 'دوما' و'تولير' أنه لا يسوغ للمالك أن يأتي عملا في عقاره من شأنه مضايقة صاحب العقار

¹ - على علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في ق م الجزائري، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 211.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في ق م الجزائري، المرجع السابق، ص 210.

المجاور أو الإضرار به كإحداث دخان كثيف من فرن، وقال 'دوما' أيضا إن المرء يعتبر متعسفا في استعمال حقه إذا قصد به الإضرار بالغير أو لم تكن له مصلحة مشروعة في استعماله، وأن من يتعسف في استعمال حق التقاضي يكون مسؤولاً¹، كما كان الفقه الفرنسي القديم يعتبر أنه يقع على الجيران مراعاة بعضهم بعضا بالامتناع عن الأعمال الضارة، وبتحمل المضايقات التي يسببها الجوار في بعض الأحيان.

من هنا نقول أن فكرة التعسف كانت معروفة في الفقه الفرنسي القديم والتي طبقها على أشد الحقوق إطلاقا وهو حق الملكية العقارية، وإن لم تظهر لديهم في شكل نظرية عامة، وهي الفكرة نفسها أخذ بها القضاء، ويظهر هذا من خلال المبدأ الذي استخلصه 'آبر' من قضاء البرلمانات " المحاكم قديما " وهو: لا يجوز للإنسان ولو عند مزاوله صناعة مفيدة أن يعطل عمل الجيران أو أن يجعل منازلهم غير صالحة للسكنى أو أن يضر بالأخص بالصحة العامة، فقد عرف القضاء أيضا فكرة التعسف ولكنه لم يأخذ بها كنظرية عامة الأمر الذي جعل تطبيقها أمرا محدوداً². إذا يمكن القول أن نظرية التعسف لم تكن تستند سوى على مبادئ العدالة والإنصاف، وكانت نتيجة للتفقه الجيد في القانون، والتراث القانوني الذي انتقل إلى القانون الفرنسي من الحضارة الرومانية، ولم تعرف النظرية لديهم بل كانت فكرة أو بذرة لم تكتمل بعد، خصوصا مع قيام الثورة الفرنسية التي قامت على المذهب الفردي، والذي ينادي بفكرة الحقوق المطلقة المقدسة، أين يمكن لصاحب الحق التمتع بحقه واستعماله على الوجه الذي يشاء ولو أدى هذا الاستعمال إلى الإضرار بالغير مادام صاحب الحق لم يتجاوز الحدود الموضوعية لحقه.

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في ق م الجزائري، المرجع السابق، ص 81.

² - فتحي الدريبي، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده و نظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة و القانون، المرجع السابق، ص 527.

ثانيا: نظرية التعسف في التشريعات الحديثة

سبق الحديث على أن نظرية التعسف في استعمال الحق لم تعرف كنظرية عامة في التشريعات القديمة، وإنما عرفت كمجرد فكرة ذات تطبيقات قانونية موزعة عبر قوانين عديدة، وكان للقضاء دور كبير في المساهمة في انعاش هذه النظرية.

و عليه سنتطرق إلى دور القضاء في إرساء أسس نظرية التعسف ثم نعرض على استقرار هذه النظرية في التشريعات الحديثة.

1- دور القضاء في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق رغم عدم وجود النصوص**القانونية:**

معلوم أن القضاء ملزم بتطبيق القانون، ذلك أن القاضي الذي لا يحكم بالقانون أو يحكم بما سواه يعرض حكمه للنقض، ولقد لجأ القضاء الفرنسي إلى حل أقام بموجبه مسؤولية المالك أثناء تعسفه وأقام نظرية التعسف على أساس العدالة وحفظ السلام بين الملاك، عن طريق حمل كل مالك على استعمال ملكه لتحقيق الغرض منه والذي تقرره العدالة، لا لإلحاق الأذى بالجيران، فقد قرر القضاء الفرنسي فكرة الغرض من حق الملكية، رغم أن القانون الفرنسي تأثر بالمذهب الفردي، ونجد هنا أن القضاء الفرنسي لم يخالف القانون وإنما لجأ إلى أحد أهم مصادره وهو مبادئ العدالة والإنصاف.

كما انه أعطى لنص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي تفسيرا واسعا، وبفضل هذا التفسير استطاع أن يعطي حولا لمعظم حالات التعسف، إذ أن هذه المادة التي تنص على المسؤولية التقصيرية على أساس الخطأ، لم تفرق بين ما إذا كان الفعل الضار قد أتاه الإنسان أثناء استعماله للحرية وما تتضمنه من رخص، أم أثناء مباشرته لحق، فعناصر المسؤولية من خطأ وضرر يمكن أن تتوافر في الحالة الثانية كما تتوافر في الحالة الأولى، إذ لا يمكن إنكار أن استعمال الحق بنية الإضرار

أو بإهمال يعتبر خطأً، والقول بعكس ذلك فيه تضيق لنص المادة 1382 بدون مقتضى، مما يؤدي إلى فوضى الحقوق وتنازعها¹.

ومن بين ما توصل إليه القضاء الفرنسي في هذا المجال، إعتبار المالك متجاوزاً لحقوقه إذا أحدث في عقاره في اليوم الذي يستعد فيه جاره للصيد، ضوضاء بقصد ترهيب الحيوانات وتنفيرها، هنا نجد أن أساس مسؤولية المالك هو الخطأ المتمثل في سوء نية المالك في استعماله لعقاره، لذلك أرى بأن القضاء الفرنسي قد قام بتوسيع فكرة الخطأ، لتشمل بجانب الخطأ في استعمال الاباحة، الخطأ في استعمال الحق.

نخلص القول أن القضاء في فرنسا، وفي ظل انعدام النصوص القانونية التي تنص على التعسف، وفي ظل التيار الفردي الذي يرفض نظرية التعسف، استطاع أن يواجه حالات التعسف التي كان يطرحها الواقع العملي، من خلال اعتماده على اعطاء تفسير واسع لفكرة الخطأ، حيث أصبحت المسؤولية التقصيرية تشمل نظرية التعسف في معيارها الشخصي المتمثل في نية الاضرار، و باعتماده على مبادئ العدالة التي على أساسها أقام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة.

2- استقرار نظرية التعسف في التشريعات الحديثة

لم تلبث نظرية التعسف في استعمال الحق أن ارتفع شأنها، وتحددت تطبيقاتها، وامتدت إلى جميع نواحي القانون وعادت إلى الظهور في أواخر القرن التاسع عشر بفضل أحكام القضاء وأقلام الفقهاء².

حتى المشرع الفرنسي الذي كان يقدر المذهب الفردي عاد من جديد الى تبني هذه الفكرة في شكل تطبيقات³ موزعة عبر عدة قوانين وعدة تعديلات للقانون المدني الفرنسي، غير أننا لم

¹ - رشيد شمشيم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 37-38.

² - عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ط، ص 334 - 335.

³ - نجد هذه التطبيقات في ق م الفرنسي في المواد: 06/348 و 7/375 و 618 و 1760 و 2321.

نلمس تطبيق لفكرة التعسف في مجال استعمال الملكية العقارية الخاصة من جانب المشرع الفرنسي لسبب بسيط أنه يعتبرها حقا مطلقا لا يمكن تقييده.

وعلى عكس هذا الإتجاه فإن جل التشريعات الحديثة أصبحت تعطي لنظرية التعسف مكانا بارزا، باعتبار أنها نصت عليها في الباب التمهيدي للقانون المدني، مما يجعل هذه النظرية تنطبق على كافة الحقوق، وهو ما يجعل هذه النظرية تنطبق على كافة الحقوق وليست مجرد تطبيق لنظرية العمل غير المشروع¹.

إن مجال تطبيق نظرية التعسف، يختلف في هذه التشريعات بين الضيق والإتساع، وهذا بموجب معايير التعسف التي نصت عليها قوانينها وتشريعاتها، فمنها من اقتصرت على المعيار الشخصي ومنها من اعتمدت على المعيار الشخصي والموضوعي معا ومثلها التشريعات العربية.

ثالثا: التكييف الفقهي الحديث لنظرية التعسف

ثار جدل فقهي حول الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الناجمة عن التعسف في استعمال الحق، أو التكييف الفقهي للتعسف، حيث كان الخلاف على اتجاهين رئيسيين، الأول يرى أن التعسف يختلف عن الخطأ، والثاني يرى التعسف هو تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية.

1- نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة عن نظرية الفعل غير المشروع

هذا الجانب من الفقه يجعل لنظرية التعسف كيانا مستقلا، بحيث لا تستند للقواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، وهو الرأي الذي إستقر عليه المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني سنة 2005، وذلك من خلال نص المادة 41 التي تم إلغائها واستبدالها بنص المادة 124 مكرر، ولقد دافع الأستاذ 'علي سليمان' عن هذا الرأي مستندا إلى الحجج التالية²:

¹ - بلحاج العربي، مفهوم التعسف في استعمال الحق في ق م الجزائري، مجلة الشرطة، ع44، س 1990، ص15.

² - علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في ق م الجزائري، المرجع السابق، ص 251.

- فصل المشرع نص التعسف عن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولو كان التعسف صورة من صور هذه المسؤولية، لورد النص عليه إلى جانب نصوص المسؤولية التقصيرية.
- بالنظر إلى المصدر التاريخي لنظرية التعسف، نجد أن قوانين الدول العربية استمدت نظرية التعسف من الفقه الإسلامي، الذي لا يقيّمها على الخطأ، بل ينظر إليها نظرة موضوعية تعتمد على ركن الضرر.
- إنّ الغالب في الجزاء عن التعسف هو التعويض العيني، بينما يغلب الجزاء النقدي في المسؤولية التقصيرية.

2- التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية

اتفق جانب كبير من الفقه على أنّ التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية، إلا أنهم اختلفوا في تأصيل التعسف، فمنهم من يعتبر التعسف تجاوزاً لحدود الحق، وهم المنكرون لنظرية التعسف، ومنهم من يرى أنّ التعسف خطأً من نوع خاص، ومنهم من يعتبر أنّ التعسف انحرافاً عن سلوك الشخص العادي أي أنه خطأ.

● التعسف تجاوز لحدود الحق الموضوعية:

نادى بهذا الرأي الفقهاء المنكرون لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن بينهم ' بلانيول ' حيث يقول ان: « الحق ينتهي حينما يبدأ التعسف»¹.

لقد انتقد هذا الرأي نظراً لما يشوبه من خلط بين مفهومين مختلفين، وهما المجاوزة والتعسف فالفرق ظاهر في كون التعسف في الحق معيب في غرضه أو نتيجته، والخروج عن الحق معيب في ذاته وأصله، وذلك بكونه غير مشروع².

● التعسف خطأً من نوع خاص

1- Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, T 6, par Esmein.P, p265.

² - حسن كبيرة، المدخل إلى علم القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، س 1989، ص 758.

نادى جانب من الفقه مثل ما ذهب إليه 'جوسران' بأن التعسف هو خطأ من نوع خاص، يتمثل في الانحراف بالحق عن غايته الاجتماعية، فاستعمال الحق لا يكون مشروعاً إلا إذا كان متفقاً مع غاية الحق وروحه، وهو ما يخرج التعسف من مدلول الخطأ العادي ويثير مشكلة ضمير جماعي، لا مشكلة ضمير فردي كما في الخطأ التقليدي¹.

● التعسف صورة من صور الخطأ

يعتبر هذا الجانب من الفقه التعسف خطأ بدون الخروج عن الحدود الموضوعية للحق، ويرى أن الخطأ أصبحت له صورتان:

➤ صورة تقليدية تتمثل في الإخلال بحق الغير، وذلك بالخروج عن الرخصة التي أباحها له القانون أو الخروج عن حدود الحق، وهذا هو الخطأ بالمفهوم التقليدي وبموجب هذه الصورة من الخطأ لا يسأل صاحب الحق إذا لم يخرج عن حدود حقه، لذا فهذه الصورة لا تستوعب فكرة التعسف.

➤ صورة حديثة تتمثل في الإخلال بحق الغير أثناء استعمال صاحب الحق لحقه، ملتزماً بحدود هذا الحق. إنَّ المعيار في كلا الصورتين هو التقصير من عناية الشخص العادي، وفي الصورة الثانية فإنَّ وجه التقصير هو أن صاحب الحق أثناء استعمال حقه لم يبذل عناية الشخص العادي في منع الإضرار بالغير، ولهذا اعتبر استعمال الحق خطأً تقصيرياً².

المطلب الثاني: النظام القانوني للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة في

التشريع

إذا كان الهدف من الحق هو تحقيق مصلحة صاحب الحق، فلن يتحقق ذلك إلا باستعمال هذه الأداة، فالقانون عندما يمنح حقاً، فهو يوفق بين المصالح الخاصة ببعضها البعض من جهة، وبين المصالح الخاصة والمصلحة العامة من جهة أخرى، فالقانون يحمي المصلحة الخاصة التي تؤدي فائدة

¹ - رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، المرجع السابق، ص 647.

² - عبد الرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص 329.

للمصلحة العامة، ولقد اختلفت التشريعات في معايير التعسف، فبينما أخذت بعض التشريعات بالمعيار الشخصي، أخذت تشريعات أخرى بالمعيارين الشخصي والموضوعي، لذا سنحاول من خلال هذا المطلب معالجة وتحديد المعايير العامة حسب ما سار إليه المشرع الجزائري ونحدد طرق إثبات التعسف وجزائه من خلال ما سار عليه التطبيق القضائي الجزائري، كما سنتناول كنقطة ثانية مختلف المعايير الخاصة وتطبيقاتها في المنظومة القانونية والقضائية في الجزائر.

الفرع الأول: المعايير العامة للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

قبل تعديل القانون المدني الجزائري سنة 2005 تم ترجيح نظرية التعسف في استعمال الحق كنظرية مستقلة عن نظام المسؤولية التقصيرية من قبل المشرع الجزائري، وما يؤيد ذلك هو عدم النص على النظرية ضمن نصوص المسؤولية التقصيرية، ولكن المشرع سنة 2005 ألغى نص المادة 41 ونقله إلى نص المادة 124 مكرر من ق م، فلم يترك لنا مجالاً للشك بأن التعسف أصبح تطبيقاً من تطبيقات العمل غير المشروع، خاصة وأن المشرع ذكر ذلك صراحة في النص الجديد، ورغم أن التعديل كان جوهرياً، إلا أنه بقي محافظاً على المعايير نفسها التي نصت عليها المادة 41 من القانون المدني الجزائري، فالتعديل شمل مسألة التكييف القانوني للفعل التعسفي ولم يشمل معاييره.

أولاً: المعايير العامة للتعسف في القانون الجزائري

لقد نصت المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

« يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأً لاسيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير.
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير.
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة.»

إنّ هذه المعايير منها ما هو شخصي ومنها ما هو موضوعي¹، وسنحاول تناوّلها بشيء، من التحليل والتأصيل من خلال ثلاث نقاط، وذلك على النحو التالي:

1 - استعمال الحق بنية الإضرار بالغير

أوما يسمى بالمعيار القصدي، يعتبر من أقدم معايير التعسف، وأكثرها شيوعاً في التشريعات الحديثة، وقد ارتبط منذ البداية بالتعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة، لأنه كثيراً ما يستخرّ المالك حقه، لمجرد مآرب شخصية في النكاية بغيره والإضرار به²، ولقد عرفه الرومان لأوّل مرّة، ثم انتقل إلى الشريعة الإسلامية، وتأثّر به الفقه والقضاء الفرنسيين، والغربي عموماً واعتمده تشريعاتها أيضاً، فقررت منع استعمال الحق عموماً والملكية العقارية خصوصاً، بقصد الإضرار بالغير، وخير دليل على ذلك القضية التاريخية الشهيرة، التي فصلت فيها محكمة كولمار في: 02-1855-05، إذ قضت بإدانة مالك عقار، أقام فوق سطح منزله مدخنة، وكان قصده الوحيد منها حجب الضوء عن جاره³.

هذا المعيار عبّر عنه المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة السالفة الذكر، «إذا وقع بقصد الإضرار بالغير»، وعليه يعدّ تعسفاً من يستعمل حقه بقصد الإضرار بالغير، ولصاحب هذا القصد نفع له، إذا كان قصد الإضرار هو القصد الرئيسي، وكمثال عن ذلك الشخص الذي يحدث ضجة وصخباً شديدين عند ممارسة جاره للصيد، لإشاعة الذعر في الحيوانات وتغييرها، وكذلك المالك الذي يقيم سياجاً عالياً يطليه باللون الأسود، لا لشيء، سوى إظلام بناء جاره، دون أي منفعة حقيقية تعود عليه من ذلك⁴.

¹ - رشيد شمشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 127-128.

² - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، ط2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، س2010، ص 68.

³ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الواقعة القانونية، ج2، ط1، دار الهدى، الجزائر، 1991-1992، ص 50.

⁴ - رشيد شمشم، التعسف في استعمال الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 127.

إنّ انعدام المصلحة في تصرف المالك في ملكه يعتبر قرينة على توافر قصد الإضرار بالغير، ومع ذلك ينبغي لقيام مسؤولية صاحب الحق أن يثبت المتضرر أنّ صاحب الحق قد استعمل حقه بنية الإضرار بالغير، وهذه النية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويمكن الاستدلال عليها من انعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التي يحققها له الاستعمال¹.

2 - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير

لا يكفي أن تكون لصاحب الحق مصلحة في استعمال حقه حتى تنتفي عنه شبهة التعسف، فمن اليسير الإدعاء بوجود مصلحة ما، وأنّ القصد من استعمال الحق كان تحقيق هذه المصلحة، ولكن ينبغي أن تكون مصلحة ذات قيمة تبرر ما قد يصيب الغير من ضرر من جراء هذا الاستعمال، أما إذا كانت المصلحة تافهة بالقياس إلى الضرر الذي يعود على الغير، بحيث لا يوجد بينهما تناسب إطلاقاً، فذلك دليل على الانحراف في استعمال الحق عن غرضه أو غايته، وواضح أنّ هذا المعيار موضوعي لا شخصي كالمعيار السابق، قوامه التفاوت الشاسع بين الضرر اللاحق والمنفعة العائدة على صاحب الحق، ويطلق على هذا المعيار لدى أبحاث الفقه الإسلامي، بمعيار عدم التناسب بين المصلحة المرغوبة وبين المضرّة المتوقعة، وبالتالي فهو مجرد استتساخ من قواعد الفقه الإسلامي في هذا المجال، ويعبر عنه فقهاء القانون كذلك بعبارة: رجحان الضرر الذي يصيب الغير على مصلحة صاحب الحق²، ولقد أورد المشرع الجزائري تطبيقات عديدة لهذا المعيار في أحكام القانون المدني نذكر منها ما يلي:

أ- هدم الحائط الفاصل

نصّت عليه الفقرة الثانية من المادة 708 من القانون الجزائري: « غير أنّه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قانوني³، إذا كان هذا يضر الجار الذي يستر ملكه بالحائط ».

¹ - سعيد عبد الكريم مبارك، موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، س 1996، ص 26.

² - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص 70.

³ - إن الأصحّ هو كلمة قوي كما ورد في النص الفرنسي بدلا من كلمة قانوني.

إنّ العذر القوي- قانوني- كما ورد في المادة بين المصلحة الجدية التي يرمي مالك الحائط إلى تحقيقها، ومصلحته هنا تقدم، لأنه يتصرف في ملكه، أما إذا لم يستند في ذلك إلى عذر قوي فيعد متعسفا وترجح مصلحة الجار¹.

إن الحائط الفاصل مادام مملوكا ملكية خاصة لأحد الجارين، لا ملكية مشتركة بينهما، فالأصل أن المالك له كل سلطات الملكية، بما فيها التصرف المادي في الهدم، غير أنه لما كان بناء الجار مستترا بهذا الحائط، فيجب حتى يعتبر الهدم مشروعاً أن يوجد تناسب بين المنفعة التي تعود على مالك الحائط من وراء هدمه، وبين الضرر الذي يلحق الجار نتيجة لذلك، نظراً لاستتار بنائه بالحائط، ومثل هذا التناسب يقوم إذا وجد لدى المالك باعث قوي يبرر الهدم من استهداف منفعة كبيرة تتوازى على الأقل مع الضرر العائد على الجار، أما إذا لم يوجد باعث على الهدم، أو وجد باعث ولكنه ليس قويا، فيعتبر ذلك قرينة على الانحراف في استعمال حق الملكية بابتغاء مصلحة ضئيلة تافهة، لا تستأهل حماية القانون أمام ما يصيب الغير في مقابلها من أضرار جسيمة فادحة.

ب- الالتصاق بالعقار

وردت في الأحكام المتعلقة بالالتصاق بالعقار حالات عديدة، استعمل فيها المشرع معيار الموازنة بين الضرر والمصلحة ومن بين هذه الحالات ما نصت عليه الفقرة 01 من المادة 785 من ق م، والتي قضت بأنه: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أنّ له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يجيّر بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها"، فإذا طلب مالك الأرض نزع المنشآت، يكون متعسفا، وجزاء تعسفه أنه لا يستجاب لطلبه، بل يتملك المنشآت معاوضة، وذلك لأنّ الضرر الذي يصيب صاحب المنشآت أكبر من المصلحة التي يحققها.

¹ - حسن كبيرة، المدخل إلى علم القانون، المرجع السابق، ص 141 - 142.

يمكن أن يعتبر من تطبيقات هذا المعيار كذلك، المالك الذي يقيم مدخنة في مكان معين من بنائه، بحيث تضر بالجار، وكان يمكنه دون ضرر أوفوات منفعة عليه، تخريب ملك الجار هذا الضرر بإقامتها في مكان آخر من البناء، والمالك الذي يقيم على حدود ملكه بقصد منع الغبار حائطا يؤدي إلى حجب الضوء كلية عن الواجهة المقابلة لملك جاره، في حين أنه كان بإمكانه بناؤه بطريقة أقل ضررا بالجار، دون تفويت ما يقصده من غرض يجعل أجزاء الحائط المقابل لمطبات ملك الجار من زجاج غير شفاف يسمح بتسرب الضوء¹.

3- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق لتحقيقها

يعرف فقها بمعيار تخلف المصلحة المشروعة، فهنا يعتبر صاحب الحق متعسفا في استعماله لحقه، إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، فمثلا إذا أعدّ المالك منزله ليكون محلا لتعاطي القمار أو الاتجار بالمخدرات، فيعتبر متعسفا في استعمال ملكه، لأنّ المصلحة التي قصد تحقيقها من وراء هذا الاستعمال غير مشروعة، ذلك أنّ الحقوق لا قيمة لها بنظر القانون، إلا بمقدار ما تحققه من مصالح مشروعة²، فالانحراف عن ذلك واستعمال الحقوق في سبيل تحقيق منافع غير مشروعة، يجردها من قيمتها، وهذا المعيار يجمع بين المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، فيأخذ صفات المعيار الشخصي لأنّ تحقيق مصالح غير مشروعة يكون بناء على دافع غير مشروع، ويأخذ صفات المعيار الموضوعي لأنه ينظر فيه إلى مآل الفعل، وما إذا كان يؤدي إلى مصلحة غير مشروعة.

ومن تطبيقات هذا المعيار قضية كليمان بايار الذي أقام مباني في أرضه المجاورة للمطار، ووضع فوقها أعمدة سوداء مديبة بأسلاك شائكة لمضايقة الطائرات في إقلاعها وهبوطها، وإلجبار

¹ ادوارد عيد، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، س 1979، ص 209.

² غني حسون طه، حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، س 1997، ص 209.

شركة الطيران على شراء أرضه، فأدانته القضاء الفرنسي سنة 1915 بالتعسف تحت ستار فكرة الخطأ¹.

إذا نظرنا إلى هذه القضية فإننا لا نستطيع إخضاع الفعل للمعيار الأول "نية الإضرار"، لأنّ الفعل قد صاحبه قصد تحقيق مصلحة، كما لا نستطيع تطبيق المعيار الثاني "رجحان الضرر عن المصلحة"، لأنّ المصلحة التي يتطلبها هذا المعيار هي المصلحة المشروعة، فلم يبق لنا سوى المعيار الثالث "عدم مشروعية المصلحة"، والفعل هنا لا يعد خروجاً عن حدود الحق لأن المالك لم يستعمل سوى حقه المتمثل في حق البناء على أرضه، والقانون لا يمنعه من البناء، إذا فهو لم يخطأ، فماذا نسمي هذا الفعل سوى بأنه تعسف.

ثانياً: إثبات وجزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

1- إثبات التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة

استقر الفقه والتشريع والقضاء، بشأن إثبات التعسف في استعمال الحق عموماً، على مبادئ عامة، مفادها أنّ عبئ إثبات حصول التعسف، يقع على من يدعيه، لأنّ الأصل هو استعمال الحقوق بحسن نية وبطريقتها العادية، دون انحراف عن طبيعتها، أو غايتها التي منحت من أجلها، فلوادعى مالك عقار أن أشغال الحفر التي يقوم بها جاره، إنما هي بقصد الإضرار به، وكذلك عند إقامة مدخنة للإضرار به، أو عند بناء جدار لمنع الضوء أو الهواء عنه وغيرها، فإنه عليه إثبات ادعائه، كأن يثبت انعدام مصلحة مالك العقار الذي قام بأعمال الحفر، أو يثبت انتفاء المنفعة من إقامة ذلك الجدار، أو تلك المدخنة²، أو كان بإمكانه تفادي الإضرار به، بإقامتها في مكان آخر من سكنه، أو يثبت مسؤولية إهمال جاره في اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع إلحاق الضرر به، إذ يعدّ ذلك قرينة

¹ - أحمد الصويغي شليبيك، التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، ع 38، أبريل س 2009، ص 58.

² - العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 1996، ص 34.

على وقوع التعسف، أو يثبت وقوع الضرر عليه، من جراء تعسف جاره في استعمال مدخل بنايته للإضرار به، ويتم في هذه الحالة الأخيرة عادة، توجيه طلب للجهة القضائية المثار أمامها النزاع، بنذب خبير مختص، وتحرير محضر معاينة، لتدعيم إثبات وقوع الضرر، وعلى نفقة المدعي.

غير أنه قد تثار عمليا بعض الصعوبات التي تواجه إثبات حالة التعسف المشتملة على قصد الإضرار بالغير، ونرجح التعامل معها، بكونها واقعة مادية، وبالتالي يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، والأخذ بما استقرت عليه آراء كثير من فقهاء القانون، ممن يرون بأنه، طالما كان إثبات نية الضرر أمرا متعسرا وصعبا للغاية، لاتصالها بأمر نفسية كامنة داخل النفس البشرية، فإنه يجوز للقضاء أن يعتمد في استخلاصه لتلك النية، على انعدام المصلحة وتفاهتها لدى المالك، في استعمال ملكه، معتبرا هاته التفاهة وذلك الانعدام، قرينة على أن المالك لم يقصد سوى الإضرار بالغير، وقد تقرر لدى القضاء الحديث، أنه إذا لم يكن للمدعي منفعة من حقه، وفيه ضرر للمدعى عليه، لم يقض له بهذا الحق¹.

2- جزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

إنّ الجزء في نظام المسؤولية عن أعمال التعسف في استعمال الحق، يتخذ عدّة أشكال على خلاف الجزء المعروف في نظام المسؤولية التقصيرية، على الرغم من أوجه الاتفاق الحاصلة بين النظامين.

أ - الجزء العلاجي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

يتمثل في التعويض عن الضرر اللاحق بالغير، سواء كان تعويضا نقديا أم عينيا، ويبقى الأمر خاضعا للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، تطبيقا لنصوص القانون، وما استقر عليه القضاء في هذا الشأن، فقد يحكم القاضي بالتعويض النقدي لصالح المضرور من الطرفين، أو يقضي بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حصول الضرر أو قبل حصول فعل التعسف، كالحكم بهدم الحائط الذي

¹ - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص 69.

أخذ المتعسف لحجب النور أو الهواء عن جاره، أو الحكم على المتعسف الذي قام بهدم حائطه، دون مبرر قوي لذلك، بإعادة بنائه من جديد، لأن الحائط الذي قام بهدمه كان يستتر به عقار جاره. أو الحكم بإلزام مالك العقار المتعسف في استعمال مدخل بنايته للإضرار بجاره، بتحويل مدخل البناية بعيداً عن مسكن جاره¹، بسبب الضرر الذي لحقه من جراء ذلك، ويمكن للقاضي أن يحكم بالتعويض النقدي والعيني معاً، وفي كل الحالات يتعين على القاضي أن يراعي في تقديره للتعويض، ما تقتضيه نصوص القانون الخاصة، ومناسبة التعويضات المدنية لحجم الضرر الحاصل، وأن يبين في حكمه طريقة التعويضات، والوسائل المعتمدة لتقديرها، تطبيقاً لنص المادة 131 ق م التي تنص على: " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر ق م، مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير". والمادة 132 ق م التي جاء فيها مايلي: "يعين القاضي طريقة التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً. ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي تبعاً للظروف وبناءً على طلب المضروب، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، وأن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع".

ب- الجزء الوقائي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

نجد لجزء التعسف في استعمال الحق، صورة أخرى، غير موجودة عادة في نظام المسؤولية التقصيرية، وتتمثل في الجزء الوقائي الذي يعمل على منع وقوع الضرر أصلاً، من خلال منح صاحب الحق ابتداءً من استعمال حقه، استعمالاً تعسفياً، وهو ما يميّز فكرة التعسف عن فكرة المسؤولية التقصيرية، إذ لا وجود للمسؤولية التقصيرية إلا بعد حصول الضرر، وخير مثال للجزء

¹ - م ق م ع، ع خاص، إ ق غ ع، ج 3، س 2010، قرار بتاريخ: 2007/03/14 تحت رقم الملف 393987، ص 361 وما بعدها.

الوقائي، ما نصت عليه المادة 788 من ق م، التي أجازت للقاضي المختص، في عدم الاستجابة لطلب مالك الأرض، الملاصقة لأرض جاره، الذي أقام عليها بناءً بحسن نية، يهدم ما بني عليها، طالما كان ذلك التعدي جزئياً فقط، وهذا توكياً للضرر الجسيم الناجم عن الهدم، الذي سيلحق الباني في ملك الغير بحسن نية، ليكتفي القاضي بالحكم على هذا الأخير بتعويض مناسب لصالح مالك العقار المعتدى عليه.

الفرع الثاني: المعايير الخاصة للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة

ان المعايير الثلاثة التي نصّت عليها المادة 124 مكرر من ق م، والتي تناولناها ضمن الفرع الأول، هي معايير عامة تنبسط على كل الحقوق سواء كانت شخصية أم عينية أم معنوية، وبالطبع يخضع لها حق الملكية العقارية الخاصة، وبالإضافة الى المعايير العامّة للتعسف نصّ المشرع على معيار الضرر الفاحش، وخصّ به حق الملكية العقارية الخاصة، وهذا المعيار لا يمكن تعميمه على كافة الحقوق خاصة أنّ المشرع قد نصّ عليه في أحكام حق الملكية ولم ينص عنه ضمن المادة 124 مكرر من ق م.

كما قرّر المشرع وجوب استغلال أو استثمار الأراضي الفلاحية، ليعتبر هذا الالتزام قيّداً أساسياً يرد على حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة، سواء تعلّق الأمر بحق التصرف، أو الاستعمال أو الاستغلال، إذ اعتبر المشرع صراحةً بأنّ عدم استغلال الأراضي الفلاحية يشكل فعلاً تعسفياً في استعمال الحق، تطبيقاً لنص المادة 48 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم والتنص على: "يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلاً تعسفياً في استعمال الحق، نظراً الى الأهمية الاقتصادية والوظيفية والاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي".

ومن هنا سأحاول الوقوف على معرفة الأسباب القانونية التي تقوم عليها مسؤولية المالك في حالات الضرر الفاحش أو عدم استغلال الأراضي الفلاحية، من خلال تأصيل تلك المسؤولية وتكييفها ومعرفة سبب قيامها.

أولاً: معيار مضار الجوار غير المألوفة (معيار الضرر الفاحش)

إنّ ظاهرة مضار الجوار غير المألوفة هي مشكلة يعاني منها كل مواطن جزائري، وهي مشكلة تزداد تفاقماً يوماً بعد يوم بسبب التطور الذي يعرفه المجال العمراني، بسبب كثرة التجمعات السكانية الذي زادت معه ظاهرة التجاور بين السكان، وهو ما زاد من حجم الأضرار الناجمة عن ذلك التجاور، والتي تجاوزت شخص الجار وأصبحت خطراً يهدد البيئة نظراً لعلاقتها المباشرة بحياة الإنسان وارتباطها ببقائه، وفي مقابل ذلك يعرف مجتمعنا مع الأسف تراجعاً لقيمة الجوار وتراجعاً لمكانة الجار إلى درجة أنّ المناوشات اليومية التي تحدث بين الجيران أصبحت تتطور في الكثير من الأحيان لتصل إلى القضاء من أجل الفصل فيها.

إنّ موضوع مضار الجوار غير المألوفة يطرح العديد من الإشكاليات، أهمها المتعلقة بأسباب المسؤولية، بمعنى الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية المالك في مضار الجوار غير المألوفة.

1- مفهوم مضار الجوار غير المألوفة

لقد قيّد المشرع الجزائري حرية المالك في استعمال ملكه بعدم الإضرار بجاره، وقد اشترط المشرع أن تكون تلك المضار غير مألوفة، وذلك من خلال نص المادة 691 من ق م والتي جاء فيها ما يلي: «يجب على المالك ألا يتعسّف في استعمال حقه إلى حدّ يضر بملك جاره، وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة، غير أنّه يجوز له أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منهما بالنسبة إلى الآخرين، والغرض الذي خصّصت له».

كان المشرع واضحاً في تحديده لنوع الضرر الذي تترتب عليه مسؤولية المالك، وهو الضرر غير المألوف، أو كما يطلق عليه الفقه الإسلامي الضرر الفاحش¹، وقد فضّل المشرع تسمية تلك الأضرار بالمضار على غرار سائر القوانين الأجنبية، وتسمية مضار الجوار في الحقيقة هي وليدة

¹ - فتحي الدريني، نظرية التعسّف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، س 1977، ص 126.

الاجتهاد القضائي، ومن صنع الأعراف والتقاليد¹، وهي تسمية مميّزة ومستقلة، ذات مفهوم مرن يحتمل اعتبارات عدة، لا يمكن استيعابها إلا بتحديد مفهوم دقيق للضرر غير المألوف بوجه عام. إنّ المشرع لم يحدد مفهوما للضرر غير المألوف، ولم يضع معيارا دقيقا يتخذه القاضي لتحديد طبيعة الضرر من حيث كونه مألوفا أم لا، وقد يرجع السبب الى كون التعريف من مهمة الفقه وليس القانون، والملاحظ أيضا هو عزوف فقهاء القانون الجزائري عن دراسة موضوع مضار الجوار غير المألوفة، رغم ما تطرحه هذه المسألة من خلافات ونزاعات يومية بين الجيران، تصل في الكثير من الأحيان الى المحاكم لفضها، على عكس الفقه والقانون المقارن، وخاصة الفقه الفرنسي الذي اجتهد كثيرا في دراسة التزامات الجوار من ناحية تحديد تلك الالتزامات، وتحديد أساس المسؤولية الناشئة عنها.

انه ونظرا لغياب التعريف القانوني لمضار الجوار غير المألوفة ينبغي البحث عنه والوصول اليه عن طريق تحديد مفهوم الجوار ثم مفهوم الضرر غير المألوف، وذلك للارتباط الوثيق بين مصطلحي الجوار والضرر غير المألوف الذي جعلهما يشكلان صورة مهمة من صور المسؤولية المدنية وأحد أهم تطبيقاتهما في الحياة العملية.

أ- مفهوم الجوار

الجوار هو ضرورة لا يمكن للإنسان الاستغناء عنها، فالفرد المنعزل الذي لا جار له وليس جارا لأحد هو ضرب من ضروب الخيال والوهم الذي لا وجود له في الواقع الملموس²، وأهمية الجوار تقتضي تحديد مفهومه، والجدير بالذكر أنّ مفهوم الجوار في نطاق المسؤولية عن مضار

¹ - مروان كساب، المسؤولية عن مضار الجوار، ط 1، طباعة جون كلود أنطوان الحلو، الأشرقية، لبنان، س 1998، ص 11.

² - أحمد عبد التواب محمد بمجت، المسؤولية المدنية عن الفعل الضار بالبيئة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، س 2008، ص 114.

الجوار غير المألوفة يأخذ طابعا متميزا عن مفهومه في أي مسألة أخرى كالشفعة مثلا¹، لأنّ مضار الجوار التي يمكن أن يتسبب فيها مالك ما قد يتعدى أثرها الجار الملاصق الى جار بعيد، كما أنّ مضار الجوار غير المألوفة تلحق بالجار وتقوم عليها مسؤولية المالك مهما كانت صفة الجار ودون تحديد لمدى الجوار الذي يربط بين الجارين.

فالجوار واقعة طبيعية من ناحية، واجتماعية من ناحية أخرى²، ويفهم من الواقعة الطبيعية أنها الواقعة التي تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل في حدوثها، أما الواقعة الاجتماعية فيقصد بها الواقعة التي لا مفر من وجودها في كل مجتمع.

للجوار تعريفات مختلفة لغوية واصطلاحية، والتعريف الذي يهمننا في حقيقة الأمر هو التعريف القانوني للجوار والذي له وجود في القانون الجزائري الذي اكتفى بتنظيم التزامات الجوار دون تحديد مفهوم هذه العلاقة، أما فقهاء القانون فمنهم من عرف الجوار بالتلاصق بين العقارات³، ومنهم من قال بأن مجرد اجتماع العقارات وتقاربها في حي واحد يكفي لتحقق الجوار⁴، فمصطلح الجوار له مدلول قانوني ينقسم الى قسمين: الأول بالنظر الى الأموال أي العقارات والثاني بالنظر الى الأشخاص.

ففي الأول يتحقق الجوار بالتلاصق بين العقارات كما يتحقق بالجوار البعيد، والجوار قد يكون أفقيا وقد يكون عموديا، فالقانون لا يضع حدا معينا للجوار ولا يشترط فيه التلاصق دائما، لأن الضرر قد يتعدى الجار الملاصق الى الجار البعيد، والعبرة بالضرر وليس بالتلاصق، ولا فرق في

¹ - عطا سعد محمد حواس، المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، س 2001، ص 88.

² - عبد الرحمن علي حمزة، مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، س 2006، ص 54.

³ - عبد الوهاب عرفة، الشامل في حق الملكية و الحقوق العينية الأصلية و التبعية، دار الفكر و القانون، المنصورة - مصر، س 2010، ص 28.

⁴ - مراد محمود حسن حيدر، التكييف الشرعي و القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة - دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، س 2009، ص 104.

قيام المسؤولية بين المضار التي تلحق الجار القريب وبين تلك التي تلحق الجار البعيد، فالعبرة بحجم الضرر والذي يحدد قيمة التعويض.

أما عن مدلول الجوار من حيث الأشخاص فهي فكرة حديثة لمفهوم الجوار، لم تعد مقتصرة على الترابط بين الملكيات المتجاورة فقط، بل تجاوزت هذا الاعتبار لتتناول النشاطات الفردية لكل مالك والتي تعددت المنازعات بشأنها، وهكذا لم تعد المنازعات محصورة بين المالكين فقط، بل تعدت الى المستأجرين والشاغلين للعقار بصفة مؤقتة، وبصفات مختلفة كالأقارب والأصدقاء والضيوف الزائرين، ورغم كل ذلك يبقى المالك هو المسؤول الأول عن تخصيص عقاره للمنفعة العامة والخاصة.

ورغم ما سبق يبقى تعريف الجوار تعريفا قانونيا دقيقا مسألة صعبة للغاية نظرا لكون فكرة الجوار هي فكرة مرنة ونسبية لا يمكن اخضاعها لمعيار ثابت.

ب- مفهوم الضرر غير المألوف

ان مسؤولية المالك تقوم فقط عند الحاقه ضررا غير مألوف بجاره، ويعد ذلك اعترافا من المشرع بضرورة التسامح بين الجيران في حال الأضرار المألوفة والتي يعد تحملها ضرورة اجتماعية يقتضيها مبدأ التضامن الاجتماعي، كما يعد ذلك استجابة لتطور الحياة في المجتمع وازدياد النشاط الصناعي والإقتصادي¹.

ان الضرر بوجه عام هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية، وقد عرف الضرر بأنه مساس بمصلحة مشروعة للشخص²، أو عبارة أخرى هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه

¹ - أحمد محمود سعد، استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، س1994، ص 290.

² - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، س2004، ص78.

أو في مصلحة مشروعة له¹، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة المتعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو بحريته أو بشرفه واعتباره أو غير ذلك².

الضرر ركن أساسي للمطالبة بالتعويض، وللضرر دور كبير في تقدير قيمة التعويض، لأن الغرض من التعويض هو إصلاح الضرر، ولدراسة الضرر مسألة مهمة في موضوع مضار الجوار غير المألوفة، فالضرر يجب ازالته وقد نمت الشريعة الإسلامية المسلم عن الحاق الضرر بأخيه المسلم انطلاقاً من قوله صلى الله عليه وسلم: " لا ضرر ولا ضرار "

ومما سبق يمكن تعريف الضرر في مجال الجوار بأنه ذلك الأذى الذي يصيب الجار نتيجة المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو ماله أو شرفه أو غيرها.

والضرر الذي يصيب الجار قد يكون مادياً أو معنوياً، غير أن الضرر المادي في بيئة الجوار أكثر حدوثاً، كإصابة الجار بمرض نتيجة استنشاقه غازات سامة من معمل مملوك لجاره، كما قد يمتد الضرر لأسرة الجار.

يقتضي أن نقول في تعريف مضار الجوار غير المألوفة أن مسألة الضرر هي مسألة نسبية يصعب تحديد مفهومها بدقة نظراً للاختلاف بين الأشخاص في تحمل الضرر، فما قد يبدو مألوفاً لشخص قد يبدو عكس ذلك بالنسبة لآخر، والضرر المألوف في مكان معين قد يكون غير مألوف في مكان آخر كالريف والمدينة مثلاً، وبالتالي يصعب تحديد كون الضرر مألوفاً أم غير مألوف.

2- التكييف الفقهي للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

إن مسألة قيام مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة هي مسألة واضحة لا يمكن الاختلاف بشأنها، فقد اعترف كل من القانون والفقهاء بهذا النوع الخاص من المسؤولية، كما طبقها

¹ - فاضلي ادريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 2009، ص 211.

² - سليمان مرقس، المسؤولية المدنية في تقنينات الدول العربية، أركان المسؤولية، معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية، س 1972، ص 310.

القضاء في أحكامه المختلفة. وإذا كانت المسؤولية هي ذلك النظام القانوني الذي بمقتضاه يتحمل شخص عبئ تعويض الضرر الحاصل لشخص آخر، فإن أدق مسألة يمكن أن تتورق في هذا المجال هي العثور على الرابطة التي تربط بين الشخص الذي تحمل المسؤولية وبين الضرر، تلك الرابطة التي يعبر عنها في الاصطلاح القانوني بأساس المسؤولية، بمعنى السبب الذي يجعل القانون يختار شخصا معينا دون غيره لكي يتحمل عبئ التعويض.

ولما كانت مسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة هي من عمل القضاء الفرنسي فقد اختلف الفقهاء الفرنسيون في تحديد الأساس الذي تقوم عليه هذه المسؤولية، خاصة أن قواعد المسؤولية التقصيرية أصبحت غير كافية لاستيعاب هذا النوع من المسؤولية بسبب التطور السريع لنظرية مضار الجوار غير المألوفة.

وقد تعددت النظريات الفقهية في تحديد أساس المسؤولية عن مضار الجوار غير أنها انقسمت أساسا الى اتجاهين: اتجاه يبيّن المسؤولية على أساس شخصي واتجاه يقيمها على أساس موضوعي، وتعرض الى مضمون كل نظرية باختصار.

أ- المسؤولية عن مضار الجوار غير مألوفة على أساس شخصي

لقد أقام أصحاب هذا الاتجاه المسؤولية عن مضار الجوار على أساس الخطأ، ويقصد به الخطأ التقصيري الذي يتمثل في الإخلال بالتزام قانوني ببدل عناية¹، وهو أن يبذل الشخص اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير، غير أن أصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد مفهوم الخطأ، فمنهم من يرى أن المقصود هو الخطأ الشخصي أي أن الخطأ ينبغي أن يصدر من المالك مباشرة خاصة أن الاجتهاد القضائي الفرنسي كان غالبا ما يقر مسؤولية المالك بناء على خطأ ارتكب من طرفه²،

¹ - غسان محمد مناور أبو عاشور، الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة في القانون المدني الأردني والفقهاء المقارن، مكتبة الجامعة الأردنية، مركز الرسائل و الأطروحات، د س ط، ص 6.

² - Geneviève Viney et Patrice Jourdain, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, édition Delta, Paris, 1998, P 1066.

ومنهم من يفهم الخطأ بأنه اخلال بالتزامات الجوار، أو خطأ في حراسة الأشياء باعتبار المالك حارسا للعقار ومسؤولا عنه في مواجهة باقي الجيران.

وقد تعرضت النظرية الشخصية لنقد شديد لأن الخطأ لا يمكن أن يكون أساسا للمسؤولية عن مضار الجوار والّا ما كان القضاء يحكم في الكثير من الأحيان بإقامة مسؤولية المالك عن المضار التي يلحقها بجاره رغم عدم صدور خطأ منه.

ومن هنا بحث الفقه عن أساس آخر تبني عليه المسؤولية فاتجه الفقهاء الى النظرية الموضوعية.

ب- المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على أساس موضوعي

النظرية الموضوعية تقيم المسؤولية عن مضار الجوار في حالة وقوع الضرر، وتنفي تلك المسؤولية في حال عدم وقوعه، بدون الأخذ في عين الاعتبار نية المالك من حيث ارتكابه لخطأ أو عدمه، فالعبرة في قيام المسؤولية هي تحقق الضرر، لأن المهم هو جبر الضرر وتعويض المضرور. والنظريات التي تقيم المسؤولية على أساس موضوعي كثيرة أهمها نظرية تحمل التبعة، ونظرية الضرورة، فنظرية التبعة مضمونها أن المالك في مقابل استفادته من ملكيته ينبغي عليه تحمل ما يصيب الغير من أضرار غير مألوفة بسبب هذا الاستعمال¹، وتسند هذه النظرية في منطقتها الى قواعد العدالة ومقتضياتها فمن ينتفع بشيء ينبغي أن يتحمل مضاره، فالضرر بحسب أنصار مسؤولية تحمل التبعة هو فكرة مادية لا تقيم وزنا الا للضرر وتطرح فكرة الضرورة بعيدا.

وتظهر أهمية فكرة تحمل التبعة في غلق المجال أمام المالك للدفع بعدم مسؤوليته حتى بالقوة القاهرة، وليس أمامه لنفي مسؤوليته سوى اثباته لخطأ الجار المتضرر².

أما نظرية الضرورة فمضمونها أن كل مضايقة تلزم الفاعل بتعويض المتضرر ما عدا في حالة الضرورة، وقد تعرض المشرع الجزائري لحالة الضرورة في المادة 130 من ق م بقوله: "من سبب

¹ - ياسر محمد فاروق المياوي، المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، الأزارطة، س 2008، ص 297.

² - عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود، المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، س 1994، ص 148.

ضررا للغير ليتفادى به ضررا أكبر محققا به أوغيره، لا يكون ملزما إلا بالتعويض الذي يراه القاضي مناسبا".

فالمضايقات في مجال الجوار تعد أحيانا ضرورة اجتماعية لا مفر من تحملها، غير أن الضرورة لها شروط محددة وهي عدم تجاوز المزار الحد المألوف والا قامت المسؤولية لمجاوزتها حدود الضرورة.

وتبدو نظرية تحمل التبعة أكثر النظريات ملاءمة للمسؤولية عن مزار الجوار رغم أن هذه المسألة لازالت تحتاج الى البحث والنقاش من طرف فقهاء القانون المدني.

3- موقف المشرع والقضاء من المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة

كان لكل من المشرع والقضاء موقف من مسؤولية مزار الجوار غير المألوفة، والتي لا بد من التطرق إليها للوقوف على المدى الذي وصل إليه المشرع والدور الذي أداه القضاء للإحاطة بهذه المسؤولية من كل جوانبها ومفاهيمها.

لذلك لا بد من دراستها، خصوصا وأنها مسألة تطبيقية محضة، تتطلب معرفة كيفية تعامل مختلف الجهات القضائية معها.

أ- موقف المشرع من المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة

إن معرفة موقف المشرع من أساس المسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة هي مسألة مهمة تتحقق بالبحث عن نصوص تشريعية خاصة تنظم أحكام هذه المسؤولية وتبين بصراحة هذا الأساس.

قد سبق القول أن تحديد المسؤولية هي مهمة يتولاها الفقه وليس القانون، غير أنه في بعض الحالات يمكن لهذا الأخير أن يساهم في إيجاد أساس سليم للمسؤولية.

الأمر الذي جعل المشرع في نص المادة 691 من ق م يتدخل، وذلك باعتماده لنظرية التعسف في استعمال الحق كأساس للمسؤولية عن مزار الجوار غير المألوفة.

إنّ التعسّف في استعمال الحق هو نظرية قائمة بحد ذاتها، وهو قيد عام يرد على جميع الحقوق بدون استثناء، ورغم كونه يرد بصفة خاصة على حق الملكية العقارية الخاصة التي تعد أهم تطبيقاته، غير أنّ التعسف في استعمال الحق لا يصلح حسب رأينا لأن يكون أساسا لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المألوفة، وذلك لأنّ مضار الجوار غير المألوفة قد تنجم عن تصرف طبيعي ومعتاد صادر عن المالك ولا يمكن نفي مسؤوليته، هنا فقط لأنه لم يتعسف في استعمال ملكه، وفي مقابل ذلك، قد يتعسف المالك في استعمال ملكه دون أن يحدث ضررا غير مألوف للغير أو يحدث ضررا ولكنه مألوف يمكن لجاره تحمله، فهنا لا يعقل اقامة مسؤولية المالك عن ذلك التعسف مادام لم يلحق ضررا غير مألوف بالجوار.

ومن هنا يتضح أن المشرع قد أخطأ في تأسيسه للمسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة على نظرية التعسف في استعمال الحق، فالضرر هو الأساس الأنسب الذي يجب أن تقوم عليه المسؤولية عن مضار الجوار التي تقوم بتوافره وتنتفي بانتفائه.

ب- موقف القضاء من المسؤولية عن مضار الجوار غير المألوفة

إنّ تحديد مضار الجوار ومدى تجاوزها الحد المألوف، يدخل ضمن اختصاص قضاة الموضوع، الذين هم ملزمون بالأخذ بعين الاعتبار العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها كما وضح ذلك المشرع في القانون المدني الجزائري.

هذا المبدأ تناوله القرار الصادر عن المحكمة العليا، الغرفة العقارية، بتاريخ: 08-04-2009 تحت رقم الملف: 506915 الذي قضى بان يدخل تحديد مضار الجوار ومدى تجاوزها الحد المألوف، في اختصاص قضاة الموضوع، الذين يراعون العرف وطبيعة العقارات وموقع كل منها¹.

¹ - م ق م ع، ع خاص، إ ق غ ع، ج 3، قسم الوثائق، س 2010، ص 349.

هذا المبدأ الذي تناوله القرار جاء تطبيقاً لأحكام الفقرة 2 من نص المادة 691 ق م كما أشرنا أعلاه، وانطلاقاً منه سنقف على كيفية تقدير الضرر غير المألوف، من خلال الأساس القانوني الذي يقوم عليه الالتزام بالتعويض عن مضار الجوار غير المألوفة.

يتضح من نص المادة 691 فقرة 02 من ق م وكذا المبدأ المشار إليه من طرف المحكمة العليا بموجب القرار الصادر بتاريخ: 08-04-2009، أنّ معيار مضار الجوار غير المألوفة يمتاز بخصيتين وهما: - إنه معيار مرّن - انه معيار موضوعي.

نقول أنه مرّن لأنّ مسألة تقدير ما إذا كان الضرر مألوف أم لا، تخضع للسلطة التقديرية للقاضي، هذا الأخير يحددها بناء على اعتبارات معينة تناولتها المادة 691 فقرة 02 من ق م، ذلك أنّ معيار الضرر غير المألوف ليس بالقاعدة الجامدة، إذ أنّه يتكيف مع الظروف المختلفة، ويواجه الحاجات المتغيرة، ويستجيب لمقتضيات كل منها، ومن جهة أخرى هو معيار موضوعي لا معيار ذاتي، فلا اعتبار لحالة الجار الذاتية، كأن يكون الجار مريضاً أو منشغلاً بأعمال تقتضي الهدوء التام، فيترجع لأية حركة ولو كانت مألوفة، وانما العبرة بحالة الشخص المعتاد، وهو شخص من أوساط الناس يزعجه ما يزعج الناس عادة ويتحمل ما جرى العرف بتحملة فيما بين الجيران فيقاس على هذا الشخص كل جار فيما يعدّ ضرراً غير مألوف بالنسبة إليه، ولو كان هذا الجار يحتمل أكثر مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون له الغنم، أو كأن يحتمل أقل مما يحتمل الشخص المعتاد فيكون عليه الغرم¹.

ومن هنا كانت الاعتبارات التي يعتد بها في تقدير الضرر غير المألوف كلها اعتبارات موضوعية تدخل من اختصاص السلطة التقديرية لقضاة الموضوع وليس للمحكمة العليا أية رقابة عليها والتي تتمثل فيما يلي:

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص 697.

العرف: وهو ما أشارت اليه الفقرة 02 من المادة 691 من ق م أي ما اعتاد الناس على تحمله من مضار وما لم يعتادوا عليه، كأن المالك من منزله في وقت مبكر، أو يرجع اليه في وقت متأخر، فيحدث حركة محسوسة بسيارته، أو كأن تكثر في بيته مناسبات الأفراح والمآتم، كل هذه الأضرار مألوفة لا يمكن تجنبها على الجيران أن يتحملوها. كما يعتبر أيضا في العرف ظروف المكان، فما يعتبر ضررا مألوفاً في الريف قد يعتبر ضررا غير مألوفاً في المدن.

طبيعة العقارات وموقع كل منها بالنسبة للعقارات الأخرى: إنَّ الأخذ بهذا الإعتبار يجعل نفس الضرر مألوف في فرض وغير مألوف في فرض آخر، فما يعتبر ضررا مألوفاً في حي سكني لا يعتبر كذلك في حي صناعي، كما أنَّ صاحب السفلى يجب عليه بحكم موقع عقاره أن يتحمل من العلوما لا يتحملة العلوم من السفلى.

الغرض الذي خصصت له العقارات: كما لو كان العقار المجاور لمصنع قد خصص كدار للعلاج أو الإستشفاء اذ أن الغرض يجعل الضرر الذي يصيب العقار من دخان المصنع أو ضوضاءه أكثر مما يصيب العقارات المجاورة، وينظر هنا الى مجموع العقارات لا الى كل عقار على حدا، أي الطابع العام للحي بأكمله.

ثانياً: معيار عدم استثمار الأراضي الفلاحية:

قرر المشرع وجوب استغلال أو استثمار الأراضي الفلاحية، ليعتبر هذا الالتزام قيدا أساسيا يرد على حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة، سواء تعلّق الأمر بحق التصرف أو الاستعمال أو الاستغلال، إذ اعتبر المشرع صراحة، بأنَّ عدم استغلال الأراضي الفلاحية، يشكل فعلا تعسفيا في استعمال الحق، تطبيقاً لنص المادة 48 من قانون التوجيه العقاري، بقولها: « يشكل عدم استغلال الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق، نظرا الى الأهمية الاقتصادية والوظيفة الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي. وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي أن يمارس حيازة ذلك عموماً».

وفي هذا السياق يرى أحد الباحثين¹ في تعليقه على نص المادة 48 المذكورة، بأن هذه الأخيرة جاءت بمفهوم جديد مغاير لنظرية التعسف في استعمال الحق، الواردة في القانون المدني الجزائري، ذلك أن هذا التعسف، من شروطه أن يقوم على نية الإضرار بالغير، أو الحصول على فائدة غير مشروعة، أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر للضرر الذي يسببه للغير. لكن نقول بأن المشرع كيف تلك الشروط، على أساس أن عدم استغلال الأراضي الفلاحية، يعني بالضرورة التأثير السلبي على وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية، وبالتالي تعطيل المصلحة العامة في المجتمع أو كما وصفها المشرع نفسه بعبارة: «الفائدة العامة التي أقرها القانون»، عندما ألزم صاحب الملكية العقارية الخاصة، بضرورة استغلالها بشكل يتوافق مع طبيعتها وخصائصها المرتبطة بتلك الفائدة، استنادا لنص المادة 28 الفقرة 02 من قانون التوجيه العقاري، قائلة: «ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بهذه الفائدة العامة التي أقرها القانون»، ووجه التعسف في هذه الصورة الحديثة، يكمن في استعمال الحق سلبا، بالامتناع عن استغلالها أو استثمارها فعليا، خلال مدة موسمين متتاليين، إذ يعد الامتناع هنا تعسفا للإضرار بالجماعة، وانحرافا بالحق عن غايته ووظيفته الاجتماعية، التي أقرتها له التشريعات الحديثة، ونادى بها فقهاء القانون والشريعة الإسلامية قديما وحديثا.

ومن خلال هذه النقطة سنحدد الطرق التي بواسطتها يمكن للدولة أن تمارس رقابتها على استغلال أو استثمار الأراضي الفلاحية، ثم نبين الحالات التي تتدخل فيها الدولة.

1- الرقابة الإدارية للدولة عند الإمتناع عن استغلال العقار الفلاحي

سمح المشرع بإنشاء أجهزة إدارية، لأجل حماية الأراضي الفلاحية والمحافظة على وحدة مستثماتها، وتحسين مردوديتها، بما يتوافق مع الوظيفة الاقتصادية والاجتماعية، المنوطة بالعقار الفلاحي، وتمثل هذه الأجهزة الإدارية فيما يلي:

¹ - ليلي زروقي، التقنيات العقارية، العقار الفلاحي، ج 1، ط 2، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001 ص31.

أ- لجنة اثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية

استحدثها المشرع الجزائري من خلال المرسوم التنفيذي رقم 484/97 المؤرخ في 1997/12/15¹، وبموجب نصوصه، نجد بأن هذه اللجنة تؤسس على مستوى كل ولاية من ولايات الوطن بعد تعيين أعضائها، بقرار من وزير الفلاحة لمدة ثلاث سنوات، أما بالنسبة لنشاطها فتكلف هذه اللجنة، بمعاينة حالة عدم استغلال الأراضي الفلاحية، سواء كان عدم الاستغلال، راجع للمالك أو المستأجر، وتباشر اللجنة عملها من خلال الإجراءات الآتية:

* فتح تحقيق بشأن واقعة عدم الإستغلال

يفتح التحقيق أما بمبادرة أعضائها أو بطلب من طرف مصالح الفلاحة على مستوى الولاية، أو بناء على تـبليغ من أي شخص طبقا لنص المادة 05 من نفس المرسوم، وفي حالة اثبات عدم الاستغلال ترسل نسخة من المحضر لكل من الوزير المكلف بالفلاحة، وكذا الوالي المختص إقليميا.

* الإنذار:

تقوم اللجنة مباشرة بعد تحرير محضر المعاينة، بإنذار المالك أو المستأجر بضرورة استغلال الأرض الفلاحية، وتحدّد أجلا له، يتناسب مع نوعية التربة والظروف المناخية للمنطقة التي توجد بها الأرض الفلاحية، دون أن يتجاوز هذا الأجل مدة 06 أشهر من تاريخ تبليغ الإنذار، طبقا للمادة 06 من نفس المرسوم، وبعد انتهاء الأجل السابق، وفي حالة عدم الاستجابة من المعني للإنذار، يتم انذاره للمرة الثانية والأخيرة، على أن يمهل مدّة سنة واحدة بعد الإنذار الأخير، من أجل أن يستأنف استغلال الأرض الفلاحية، وخلال هذا الإعدار الأخير، يتعيّن على اللجنة، أن تطلب من المعني بالأرض الفلاحية، عرض الأسباب أو التوضيحات التي منعت من استغلال الأرض الفلاحية، وبعد انتهاء المدّة الأخيرة، وعند عدم الاستجابة للإنذار الأخير، تقوم اللجنة بإبلاغ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لتطبيق التدابير المقررة وفقا للمادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري.

¹ - مرسوم تنفيذي رقم: 484/97 مؤرخ في: 1997/12/15 المتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة، وكذلك اجراءات اثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية ع 83، الصادرة في: 17-12-1997.

ب- الديوان الوطني للأراضي الفلاحية

في حالة عدم الامتثال للاجراءات القانونية السابقة، تقوم هيئة عمومية أخرى مؤهلة لهذا الغرض لتكمّل عمل اللجنة، يطلق عليها بالديوان الوطني للأراضي الفلاحية، وجاءت تطبيقاً لأحكام المادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري، من خلال ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 87/96، المعدّل والمتّم¹، وقد منح صلاحيات واسعة لهذه الهيئة العمومية، تمارسها على الأراضي التابعة للخوادم، والأراضي التابعة للأملاك الوطنية، وهناك من يرى بأنّ هذا الديوان، وإن كان مخلّوا قانوناً بتطبيق التنظيم العقاري وتنفيذ السياسة العقارية، عملاً بالمرسوم التنفيذي رقم 87/96 المؤرخ في 1996/02/24 المعدّل والمتّم، المتضمن انشاءه، لا سيما نص المادة 04 منه، إلا أنّ جزءاً من صلاحياته يبقى نظرياً، ما لم تصنّف الأرض حسب خصوبتها، تصنيفاً علمياً دقيقاً، وما لم توفّر له الوسائل اللازمة للقيام بمهامه². أمّا بالنسبة لصلاحيات الديوان المشار إليها في الفقرة الأخيرة فهي كما يلي: يباشر الديوان الوطني للأراضي الفلاحية عمله، لتنفيذ أحكام نص المادة 51 من قانون التوجيه العقاري، عبر الخطوات الآتية:

* يتدخل الديوان كأول خطوة له بوضع الأرض حيّز الاستثمار

وهذا لحساب وعلى نفقة المالك أو الحائز الظاهر، إذا كان المالك الحقيقي غير معروف، والنص لم يشر لحالة عدم الإستغلال التي ترجع للمستأجر، غير أنّ بعض الباحثين يرى بضرورة فسخ عقد الإيجار من طرف المالك المؤجّر، وبالتالي يكون طلب الفسخ هنا إلزامي على المالك، الذي قد يتغاضى عن ذلك، طالما أنّ المستأجر يدفع له بدل الإيجار بانتظام³.

يلاحظ من خلال نص المادة 52 من قانون التوجيه العقاري، أنّ وضع الأرض حيّز الاستثمار أو التّأجير، مخصّص للحالات التي يكون فيها المالك لأسباب قاهرة، عاجزاً عجزاً مؤقتاً

¹ - أنشئ هذا الديوان بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 87/96 المؤرخ في: 1996/02/24 المعدّل والمتّم، يتضمن انشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، المنشور بالجريدة الرسمية، ع 15، الصادرة في: 28-02-1996.

² - ليلي زروقي، التقنيات العقاري، العقار الفلاحي، المرجع السابق، ص 35.

³ - سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، المرجع السابق، ص 284.

على استغلال الأراضي الفلاحية المعنية، والّا تلجأ الهيئة العمومية، المتمثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، لإجراء البيع أو استعمال حق الشفعة طبقا لنص المادة 2/52 من قانون التوجيه العقاري، كما أنّ المشرّع لم يحدّد مدّة وضع الأرض حيّز الاستثمار، هل تستغرق موسم فلاحى أم أكثر، وهل تكون مؤقتة أم مؤبّدة؟

الراجح هو أن تكون تلك المدّة مؤقتة وليست على سبيل التأييد، لأنّ ذلك يتعارض تعارضا كليّا مع القواعد العامّة للملكية، إضافة الى أنّ المشرّع لم يبيّن الكيفية القانونية التي توضع بها الأرض حيّز الاستثمار، هل تتم بمنح الاستغلال لفلاحين مجاورين، أم يأخذ الديوان الوطني على عاتقه عملية الاستثمار، لحساب المالك وعلى نفقته، ويبدو أنّ الحل الأخير هو الأنسب عمليا.

* عرض الأرض للتأجير

وهي حالة اختيارية يلجأ اليها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، حيث يقوم بتأجير الأرض الغير مستغلة لفلاح له كفاءة في الميدان العملي، وذلك كلّما ثبت وجود أسباب قوية منعت المالك أو الحائز من الاستثمار المباشر، ولم يبيّن المشرّع متى يلجأ الديوان الى أحد الحالتين، قبل الأخرى، بل الأمر متروك للسلطة التقديرية لهذه الهيئة العمومية، بما يتماشى مع تحقيق الفائدة العامّة لاستغلال الأرض الفلاحية.

* عرض الأرض للبيع اذا كانت خصبة جدا أو خصبة

لقد ميّز أحد الباحثين الجزائريين¹ بين فرضين لمعالجة هذه الحالة كما يلي:

الفرض الأول: يقف المالك موقفا سلبيا من الإنذار، وهنا يقوم الديوان بالبيع الجبري للأرض، عن طريق المزاد العلني، غير أنّه لا يمكنه في هذه الحالة قانونا ممارسة حق الشفعة.

الفرض الثاني: يقرّر المالك بيع الأرض، وفي هذه الحالة يقوم المالك بإحدى الأمرين: أمّا بعرض الأرض على الديوان، وبعد الاتفاق على الثمن يتم البيع لصالحه، أو بإيجاد مشتري لشراء الأرض، وهنا يجب على المالك (البائع) والمشتري، حسب قواعد الإجراءات الواردة في القانون

¹ - سماعيل شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، المرجع السابق، ص 285-286.

المدني، من خلال نصوص الشفعة، أن يقوموا بتحرير تصريح بنية البيع، ويبلغ للديوان الذي له الخيار في استعمال حق الشفعة أم لا، وهذا على أساس أن استعمال حق الشفعة هنا من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، أنما هو أمر جوازي واختياري، بنص الفقرة الثانية من المادة 52 من قانون التوجيه العقاري.

2- تدخل الدولة عند إبرام معاملات عقارية مخالفة للمادة 55 من قانون التوجيه

العقاري

نص المادة 55 على أنه: « تنجز المعاملات العقارية التي تنصبّ على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية، ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضررا بقابلية الأرض للاستثمار، ولا تؤدي الى تغيير وجهتها الفلاحية، ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بجمعها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه، ويتم ذلك مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 36 أعلاه وممارسة حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 52 أعلاه» وقريب من هذا السياق، نصّ المشرّع العقاري، على هذه الأحكام، ضمن المادتين، 22 و 23 من القانون رقم 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي¹، لقد أبرز النص بوضوح، حالات التعسّف، والجزاء القانوني المناسب لها، وسنعالجها كما يلي:

أ- حالات التعسّف

وهذه الحالات حدّتها المادة الأخيرة، واعتبرت كقيود واردة على المعاملات العقارية في الأراضي الفلاحية وهي كالاتي:

* الإضرار بالوحدة العضوية للمستثمرة الفلاحية

ومنها عدم احترام المساحة المرجعية وفقا لما قرّره المرسوم التنفيذي رقم 490/97 المحدّد لشروط تجزئة الأراضي، اذ نصّت المادة الثانية منه، على أنه: « يجب أن تتم كل عملية تجزئة أرض فلاحية في حدود مساحة المستثمرة الفلاحية المرجعية كما هي محددة أدناه»، وجاء المرسوم بجدول

¹ - القانون رقم 16/08 لمؤرخ في 2008/08/03 المتضمن التوجيه الفلاحي، المنشور بالجريدة الرسمية الصادرة في 2008/08/03.

يباني يوضّح فيه المساحات المرجعية للمستثمرة الفلاحية¹، وعرفّ المشرّع العقاري المستثمرة الفلاحية في عدّة تشريعات عقارية، آخرها ما نصّ عليه بموجب المادة 46 من قانون التوجيه الفلاحي الحامل للرقم 16/08 بقولها: « المستثمرة الفلاحية وحدة انتاجية تتشكّل من الأملاك المنقولة وغير المنقولة، ومن مجموع قطعان المواشي والدواجن، والحقول والبساتين والإستثمارات المنجزة وكذا القيم غير المادية، بما فيها العادات المحليّة ».

* إذا كان من شأن المعاملة المبرمة أن تؤدي الى تغيير الوجهة الفلاحية للأرض

أما بتغيير نوعية التربة، أو تغيير طبيعتها القانونية، أو انتاجها، دون ترخيص، أو تحويلها الى أرض عمرانية²، بأحداث بنايات عليها دون اجازة القانون لذلك، أو اتلاف الآلات الفلاحية وهدم المنشآت الزراعية، أو التصرفّ فيها دون استبدالها، أو بتغيير القيم غير المادية، بما فيها العادات الفلاحية المحليّة، تطبيقاً لنص المادة 46 من قانون 16/08 المتضمّن التوجيه الفلاحي، الصادر في: 2008/08/03.

* إذا أدّت المعاملات العقارية لتكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه

العقاري وبرامجه

ونحن نرى بأنّ هذه الحالة، ما هي إلاّ تكملة للحالة الثانية الواردة في نص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، وهي عدم الإضرار بقابلية الأرض للاستثمار، والمعبر عنها: « بالإضرار بالوحدة العضوية للمستثمرة الفلاحية»، ذلك أنّ نظام قانون التوجيه العقاري يهدف أساساً، الى الإستغلال الأمثل للعقار الفلاحي، وتحسين هيكل المستثمرات الفلاحية، وهذا لا يتأتّى إلاّ بتجميع

¹ - مرسوم تنفيذي رقم 490/97، مؤرخ في 1997/12/20 يحدد شروط تجزئة الأراضي، المنشور بالجريدة الرسمية ع 84، الصادرة في 1997/12/21.

² - نلاحظ أنّ قانون التهيئة والتعمير هو الآخر قرر حماية العقار الفلاحي عندما نصّ في المادة 04 منه على أنه: « لا تكون قابلة للبناء إلاّ القطع الأرضية:..... التي تكون في الحدود المتلائمة مع القابلية للاستغلال الفلاحية عندما تكون موجودة على أراضي فلاحية » وهو ما أكدته المادة 48 منه كذلك، راجع القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 1990/12/01 يتعلق بالتهيئة والتعمير المعدل والمتمم.

العقارات الفلاحية المجزأة، ومنع تجزئة العقارات الفلاحية، دون مراعاة معايير تحديد المساحات المرجعية، المشار إليها في المرسوم التنفيذي رقم: 490/97 السابق ذكره، تجنبا لزيادة الارتفاقات والأعباء عليها، مما يضعف من إنتاجها ويعرقل السير الحسن لاستغلالها.

ب- الجزء القانوني المقرر لحالات التعسف

يندرج هذا الجزء ضمن آثار القيود الواردة على المعاملات العقارية المنصبة على الأراضي الفلاحية، ويظهر هذا الجزء من خلال الفقرة الأخير لنص المادة 55 بقولها: «...ويتم ذلك مع مراعاة تطبيق أحكام المادة 36 أعلاه وممارسة حق الشفعة المنصوص عليه في المادة 52 أعلاه» كما يتجلى هذا الجزء أيضا من خلال نص المادة 56 من قانون التوجيه العقاري بقولها: «كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة وعديمة الأثر، ويمكن في هذه الحالة الموافقة على نقل الملكية التي تحققها هذه المعاملة الى الهيئة العمومية المؤهلة بدفع ثمن عادل»، إضافة لاستحداث المشرع العقاري حاليا جزاءات ذات طابع جنائي، بموجب نص المادة 87 من قانون التوجيه الفلاحي الحامل للرقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03، اذ نصت على أنه: « يعاقب بالحبس من سنة الى خمس سنوات، وبغرامة من مائة ألف دينار(100.000 دج) الى خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) كل من يغير الطابع الفلاحي لأرض مصنفة فلاحية لأرض مصنفة فلاحية أو ذات وجهة فلاحية، خلافا لأحكام المادة 14 من هذا القانون».

أما بالنسبة للجزاء المدني، المقرر لمخالفة نص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، فيتمثل في الصور الآتية:

* بطلان التصرف

حسب نص المادة 56 من قانون التوجيه العقاري فإن البطلان المقصود، هوالبطلان المطلق، وليس القابلية للإبطال، بحيث يصبح التصرف منعدم، وكأنه لم يكن أصلا.

*** نقل الملكية العقارية في اطار نص المادة 52 من قانون التوجيه العقاري**

وهو ما أشارت اليه المادة 55 نفسها، بمعنى استعمال حق الشفعة بطبيعته الإدارية، خروجاً عن القواعد العامة حسب القانون المدني، فيحل الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، محل مقتني العقار الفلاحي، المستبعد عن الصفقة، باعتباره طرفاً في المخالفات الواردة في المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، بالرغم من أن الشفعة لا تجوز إلا في المعاملات التي تأخذ شكل عقود البيع، بنص المادة 794 من ق م، وبناءً عليه أصبح لنظام الشفعة دوراً عقابياً ضد مخالف أحكام المادة 55 السابقة، وفي هذا خروجاً عن الأصل العام في الأخذ بالشفعة.

*** نقل الملكية العقارية، تطبيقاً لنص المادة 56 من قانون التوجيه العقاري**

يكون نقل الملكية حسب النص المذكور، لصالح الهيئة العمومية، الممثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحية حسب المرسوم 87/96 المشار اليه مع الالتزام بدفع ثمن عادل، وهو عادة نفس الثمن الذي دفعه مشتري العقار الفلاحي أو المتعامل بصفة أو المتعامل بصفة عامة، ونقل الملكية هنا، لا يتم إلا إذا كان التصرف باطلاً حسب المادة 55 من قانون التوجيه العقاري، أما بالنسبة للأساس القانوني الذي ينقل ملكية العقار إلى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، طبقاً للمادة 56 من قانون التوجيه العقاري، فنرى بأنه نظام عقابي، استحدثه المشرع لعلاج هذا التطبيق الخاص من التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة، إذ لا يمكن اعتباره شفعة ولا مصادرة، بل هو نظام خاص شبيه بنظام نزع الملكية للمنفعة العامة من جهة، وشبيه أيضاً بنظام الاسترداد من جهة أخرى، ولو أنه أقرب إلى هذا الأخير من غيره.

فالمشرع هنا لو كان يرغب في حصول نقل الملكية طبقاً لنظام الشفعة لكان قد أحال إلى المادة 52 كما فعل في المادة 55 المشار إليها سلفاً، ولو كان يريد اللجوء لاجراءات نزع الملكية، لكان قد أحال إليها أيضاً.

وبناءً عليه لم يبق لنا إلا ترجيح وجهة النظر الفقهية، التي كوّنت هذا النظام العقابي، بأنه عبارة عن استرداد، وبالتالي يترتب على الحكم ببطلان المعاملة العقارية، إذا كانت ناقلة للملكية، تطبيقاً لنص المادة 56 من قانون 25/90 حلول الديوان الوطني للأراضي الفلاحية محل المتنازل له عن ملكية الأرض الفلاحية المعنية بأثر رجعي، من تاريخ إبرام المعاملة، مع دفع مقابل عادل للمالك الجديد المستبعد، ويلاحظ أن إجراء الاسترداد في هذه الحالة، يطبق بعد انتقال الملكية إلى المالك الجديد، بخلاف الشفعة، فيتم اللجوء إليها قبل اتمام إجراءات البيع وانتقال الملكية، وهو ما يميّز الاسترداد كإجراء عقابي عن حق الشفعة الإدارية.

ويترتب على الأثر الرجعي لحلول الديوان الوطني، محل المالك الجديد، ما يلي: تنتقل ملكية العقار لذمة الديوان على نفس الحالة التي كانت عليها أثناء إبرام المعاملة محل إجراء الاسترداد، كما يحق للديوان الوطني باعتباره المالك الرسمي الجديد، أن يستفيد من جميع التحسينات، الحاصلة من المالك المستبعد، وذلك أثناء ملكيته للعقار المعني بإجراء الاسترداد¹.

انطلاقاً مما سبق بيانه، نرى بأن الإجراءات الواردة في هذا المجال، استلهمها المشرع العقاري من طبيعة الملكية العقارية في مفهوم الفقه الإسلامي، باعتبارها ملكية نسبية وغير مطلقة، وتؤثر فيها النزعة الجماعية، وتحقيق المصلحة الاجتماعية، ولوعلى حساب المصالح الخاصة، والأمثلة عديدة، منها ما ورد في المذهب الحنبلي، أنه إذا اضطر أشخاص للسكن في بيت غير مشغول لإنسان ما، ولا يجدون سواه، فلا يمكنه منازعتهم، مع اختلاف الحنابلة في وجوب دفع الأجرة على المضطر للسكن.

ومنها أيضاً تقرير اسقاط ملكية من أحيا أرضاً ثم أهملها، فتصير ملكاً لمن أحياها بعده، انطلاقاً من القاعدة المشهورة: « من أحيا أرضاً ميتة فهي له »².

¹ - سماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، المرجع السابق، ص 241، 287.

² - محمد وحيد الدين سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني، المرجع السابق، ص 92.

كما تأثر المشرع الحالي، بقانون الثورة الزراعية الصادر بالأمر 73/71 الملغى بقانون التوجيه العقاري، حيث فرض قانون الثورة الزراعية مبادئ جديدة للملكية واستغلال الأرض الفلاحية، كمبدأ الاستغلال الشخصي والمباشر، وتكريس المبدأ الشهير: « الأرض لمن يخدمها » ولا بدّ من ممارسة الحياة الانتفاعية الدائمة والكاملة على الأرض الفلاحية، تحت طائلة سقوط حق الملكية، عند إهمالها من طرف المالك، أو الحائز¹، وهو ما يقابل الإجراءات الموضوعة من طرف قانون التوجيه العقاري، بشأن عدم استغلال الأراضي الفلاحية، لاعتبار أنّ مالك الأرض ليس حرّاً في عدم استغلالها، تحت طائلة فقدانها إعمالاً لمبدأ: « تملك الأرض بالإعمار وتجريدها بالإهمال ». نظراً للرسالة الاجتماعية التي يلتزم بها مالك الأرض الفلاحية، إذ يوفر القانون حماية للملكية العقارية إن أحسن أدائها، وترفع عنه تلك الحماية، إذا قصر في حقها وأهملها، وبالتالي يحقّ للدولة أن ترفع يده عنها².

¹ - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 34-

35.

² - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 75.

الفصل الثاني:

الإطار القانوني في تنظيم

التصرفات العقارية

إنّ الدولة بما لها من سيادة وسلطان قد تتدخل قصد وضع بعض الحدود أو المعالم التي يلتزم الأفراد بضرورة احترامها حينما يقبلون على إبرام تصرفات قانونية ترد على عقارات أو حقوق عينية عقارية، وهذا مرده تفادي الفوضى التي قد تنتج من جرّاء هذه التصرفات، ومن هنا أقرّ المشرع الجزائري نظامي التسجيل والشهر العقاري على التصرفات القانونية التي ترد على العقارات أو الحقوق العينية العقارية.

نظرا للظروف التاريخية التي مرّت بها الجزائر وبالحصوص الآثار التي ترتبت عن الاستعمار الغاشم، تحررت البلاد بعد كفاح مرير وطويل وباسل، واسترجعت الجزائر سيادتها على أقاليمها بما فيها ممتلكاتها، فترتّب عنه مغادرة المعمرين وكل من والاهم أرض الوطن. وأثناء هذه المرحلة أبرموا عدّة صفقات مع بعض الجزائريين بخصوص ممتلكاتهم العقارية، وكان ذلك بموجب عقود رمزية أو مزورة، مما دفع الدولة إلى إلغاء جميع التصرفات التي وقعت إبان ثورة التحرير بموجب قانون الثورة الزراعية¹، كما أنّ الثقافة القانونية لدى المواطن لازالت تكرّس حرية المالك في إبرام التصرفات القانونية التي يراها تدر عليه منفعة بكل حرية دون مراعاة شكل أو إجراء معيّن سنّه القانون، ومن بين المسائل التي تؤدي إلى تدعيم وحماية الملكية العقارية الخاصة، والتي تحقق فكرة الائتمان العقاري، الأخذ بتنظيم محكم ومسفر لحفظ السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة وشهرها، حتى يتمكن من يريد التعامل بشأن عقار معين أن يعلم ما يثقل هذا العقار من أعباء وحقوق، وبالتالي تسهيل عملية تداول الحقوق العقارية وضمان استمراريتها، من أجل ذلك أوجد المشرع الجزائري نظامي التسجيل والشهر العقاري، ومن هنا سنحاول الإجابة عن عدّة تساؤلات تتعلق بدور هذه الأنظمة في الحد والتقليص من توسع حق الملكية العقارية الخاصة، أم أنّها أنظمة

¹ - قانون الثورة الزراعية رقم 73/71 المؤرخ في: 11،08-1971 نص في المادة 154 أن جميع عمليات التداير التحفظية - القسمة أو المصلحة أو نقل الملكية بين الأحياء للأراضي الزراعية والمبرمة تحت أي شكل كان بين 05-07-1962 وتاريخ نشر هذا القانون والتي تستهدف استبعاد هذه الأراضي من تداير التأميم المحتملة تعد باطلة وديمة المفعول إزاء الأحكام المتعلقة بالثورة الزراعية.

جاءت كوسيلة وأداة فعالة لحماية هذا الحق؟ هل أن إجراءات التسجيل تعرقل السير الحسن للتصرفات التي ترد على العقارات أم أنها مجرد أداة تستعملها الدولة في مراقبة الممتلكات العقارية؟ هل كان لنظام الشهر العقاري دور في ضبط الملكية العقارية الخاصة، خصوصا بعد الفوضى التي شهدتها العقار بعد الاستقلال؟

كل هذه التساؤلات سنحاول الإجابة عنها في مبحثين؛ الأول يخص دور التسجيل في ضبط التصرفات العقارية، والثاني يتعلق بدور نظام الشهر العقاري في مجال ضبط التصرفات العقارية.

المبحث الأول: دور التسجيل في ضبط التصرفات العقارية

أول ما يجب قوله بخصوص التسجيل أنه ظل ولفترة طويلة من اختصاص دارسي الأنظمة الجبائية والمالية، كون أن الموضوع على صلة بقانون الضرائب وقانون المالية، مما جعل رجال القانون لا يولون الاهتمام البالغ لهذا الموضوع الذي له أهمية بالغة على التصرفات القانونية المبرمة ما بين الأفراد.

المطلب الأول: ضبط الفكرة القانونية لمفهوم تسجيل العقارات

من خلال هذا المطلب سوف نطلع على تعريف تسجيل العقارات مع تبيان أهمية هذا الإجراء، ثم نبيّن الجهة المختصة بعملية التسجيل وكيفية تنظيمها.

الفرع الأول: تعريف تسجيل العقارات وأهميته

أولاً: تعريف تسجيل العقارات وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له

1- تعريف تسجيل العقارات

يعرّف التسجيل على أنه الإجراء الذي يقوم به الموظف العمومي طبقاً لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة¹، وذهب آخرون إلى القول أنه إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يمسكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسماً جبائياً²، وهناك من يعرف التسجيل على أنه إجراء يتم من طرف موظف عمومي بطرق متغيرة تظهر بصفات مشتركة وتتضمن أساساً تحليل التصرفات القانونية وعلى أساس نتائج هذا التحليل تفرض حقوق التسجيل، إذا يتضح من خلال كل هذه التعاريف أنها جاءت متشابهة فيما بينها وهي تخص معنى التسجيل بصفة عامة سواء تمّ

¹ - فاروق بكداش، دروس في مادة التسجيل، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، الجزائر، د س ط، ص 1.

² - IBTISSEM GERAME, Terminologie Juridique dans la Législation Algérienne – Lexique Français – Arabe, Palais Des Livres, Blida- Alger, 1998, P 113.

بخصوص أموال منقولة أو أموال عقارية، وتصب في قالب واحد في كون التسجيل يعد بمثابة إجراء إداري تقوم به إدارة عمومية تمثل مرفقا عاما، هذه الإدارة توكل مهمة التسجيل إلى موظف عمومي معين من طرف الدولة للخدمة العامة، وهو مفتش التسجيل، طبقا لما تنص عليه المادة 180 من الأمر 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل، وهو إجراء يتم بمقابل دفع حقوق التسجيل أي أن مفتش التسجيل يقوم باقتطاع الحقوق في شكل نقدي إعمالا لمبدأ المساواة والعدالة، وكذا قصد المساهمة في تغطية الأعباء العامة للدولة، وان كانت فيه بعض التصرفات التي هي معفاة من حقوق التسجيل¹، كما أنه إجراء ذو طابع إجباري ونهائي ذلك أن مفتش التسجيل يجبر المكلف بحقوق التسجيل بضرورة سداد هذه الحقوق بطريقة إدارية، ومن خلال ذلك يتجلى مبدأ سيادة وسلطان الدولة، فجميع المواطنين ملزمون ومتساوون بأداء الضريبة.

وبما أن الموضوع يتعلق بتسجيل العقارات، نقول أن تسجيل العقارات هو إجراء يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار، حيث يقوم بقبض حقوق التسجيل وهو إجراء ملزم وفي حالة مخالفته يخضع المكلف بحقوق التسجيل لغرامة جبائية.

2- تمييز التسجيل عن المفاهيم المشابهة له

من كل التعاريف السابقة، سواء العامة أو الخاصة بتسجيل العقارات، يمكن أن ينتاب رجل القانون خلط ما بين مفهوم التسجيل وغيره من المفاهيم التي تكاد تتشابه معه إلى حد بعيد، كالقيد والرسم والضريبة والتوثيق.

¹ - بالرجوع إلى نص المادة 271 من قانون التسجيل نجد أن الدولة معفاة من جميع رسوم التسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة وشراء الأموال من كل نوع وكذلك المتعلقة باقتسام هذه الأموال مع الخواص.

أ- تمييز التسجيل عن القيد

إنّ مفهوم القيد مرتبط بعملية الشهر العقاري، حيث يتم فيه قيد التصرفات القانونية لدى المحافظة العقارية، وهو مقرر للحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق التخصيص وحق الامتياز¹، كما أنّ مفهوم القيد مرتبط كذلك بالتجار والشركات التجارية على اعتبار أن التجار سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين ملزمون بالقيام بعملية القيد على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري رغم أنّ المشرع الجزائري استعمل مصطلح التسجيل في المواد 19 و 21 من القانون التجاري الجزائري ومصطلح القيد في نص المادة 549 من القانون التجاري من خلال اعتباره أن القيد في السجل التجاري يكسب صفة التاجر ويؤدي إلى ميلاد الشخصية المعنوية للشركات التجارية وهو يعد من قبيل الأركان الشكلية الخاصة بالشركات التجارية²، وهنا يتم هذا القيد على مستوى المركز الوطني للسجل التجاري ويقوم بهذا الإجراء مأمور السجل التجاري، إذا الفارق موجود ما بين مصطلح التسجيل ومصطلح القيد باعتبار أنّ الجهات المختصة بالتسجيل هي مفتشية التسجيل والطابع ويحكمه الأمر 76-105 المتعلق بقانون التسجيل في حين أنّ القيد الذي يتم على مستوى المحافظة العقارية ينظمه الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، في حين أنّ قيد التجار الذي يتم على مستوى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري فينظمه القانون 90-22 المتعلق بالسجل التجاري.

ب - تمييز التسجيل عن الرسم

عادة ما يعرف الرسم على أنّه اقتطاع يؤدي لخدمة معينة دون أن يكون هناك تكافؤ بين قيمة الرسم والتكلفة الحقيقية للخدمة المؤداة، وهنا يظهر أن التسجيل الذي هو بمثابة إجراء تقوم به الإدارة المختصة قانونا، هذه الأخيرة في مقابل إجراء التسجيل تقوم باقتطاع حقوق التسجيل في

¹ - خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في الجزائر، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، س 2003، ص 31.

² - فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، س 2007، ص 36.

شكل رسوم، وتكون هذه الرسوم نسبية أو ثابتة حسب طبيعة التصرف. ومن هنا فان حقوق التسجيل تستوفي في شكل رسوم¹.

ج- تمييز التسجيل عن الضريبة

إنّ الدولة تفرض مبلغاً من المال يؤدي لها بصفة إجبارية ونهائية ومن دون مقابل في سبيل تغطية النفقات العمومية أو في سبيل تدخل الدولة فقط²، هذه الضرائب قد تكون مباشرة تقتطع بصفة مباشرة من الدخل، وإما تكون غير مباشرة تسدد بمناسبة النفقات التي ينفقها الفرد من دخله، ومن هنا تكون حقوق التسجيل التي يتلقاها مفتش التسجيل بصفة إجبارية ونهائية تشكل ضريبة، ولكن هل هي ضريبة مباشرة أو غير مباشرة؟ الجواب أنّها تعتبر غير مباشرة على اعتبار أنّها تفرض بمناسبة واقعة أو تصرف معين، كما أنّها ظرفية لا تتميز بالثبات والاستقرار.

د- تمييز التسجيل عن التوثيق

يبدو جلياً أنّ التوثيق مهنة يقوم بها ضابط عمومي يتجسد في شخص الموثق الذي يخضع لقانون التوثيق ويقوم بتلقي وتحرير المحررات والعقود التي يشترط فيها القانون الرسمي أو يرغب أطرافها إضفاء عليها الصبغة الرسمية، ومن خلال هذا التعريف يتجلى الفرق الشاسع بين دور التوثيق ودور التسجيل باعتبار أنّ التوثيق يعطي الوثائق والمحررات والعقود الصبغة الرسمية، في حين أنّ التسجيل يعطي فقط للتصرفات القانونية التي تتم في شكل عقود عرفية سوى تاريخ ثابت، غير أنّ التلازم والتناسق يبقى قائماً ما بين مهنة التوثيق والتسجيل، باعتبار أنّ الموثق ملزم بتسجيل

¹ - رمول خالد/ دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، س2008، ص25.

² - حسن عواضة، المالية العامة- دراسة مقارنة، موازنة النفقات والواردات العمومية، ط4، دار النهضة، بيروت، س1978، ص398.

العقود ضمن الآجال المقررة قانونا وإلا تعرّض إلى عقوبات جبائية¹، كما أنّه يقوم باقتطاع رسوم التسجيل من الأتعاب التي يتلقاها بمناسبة أدائه لمهامه².

ثانيا: أهمية تسجيل العقارات

يمكن القول أنّ أهمية تسجيل العقارات تتلخص في نقطتين أساسيتين:

1- تمكين الدولة من تحصيل الضريبة

إنّ المشرع الجزائري لما فرض إلزامية تحرير العقود المتضمنة نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، يكون قد ضبط وبطريقة غير مباشرة تعيين حدود الملكيات وإعطاء سندات الملكية التي تفيد المواطن والدولة في آن واحد، ومن هنا أمكن التحكم في فضاء الإقليم، غير أنّ الجانب الجبائي أو المالي يظهر جليا في معنى التسجيل على اعتبار أن القانون يلزم الموثقين في تحريرهم للعقود المتضمنة التصرفات القانونية الواردة على العقارات بضرورة اقتطاع رسوم التسجيل والتي تمثل مصدرا هاما للإيرادات العامة للدولة، وهي مورد لتغطية جزء من النفقات العامة للدولة، ومن هنا يظهر المبتغى المالي من خلال التعديلات المتكررة والتي تطرأ على قانون التسجيل، حيث أنه يخضع للتعديل ويتم مرتين في السنة. بموجب قانون المالية الأول والتكميلي، كما أنّ للتسجيل العقاري أهمية اقتصادية واجتماعية لأنه يمكن الدولة من خلال هذه الرسوم من تحقيق نوع من التوازن والاستقرار، كما أنّ النظام الجبائي يعد جزءا لا يتجزأ من السياسة العامة للدولة، وهو يركز على مبدأ العدالة من خلال المساهمة في توسيع الدخل الوطني لفائدة الفئة الفقيرة محدودة الدخل، كما يلاحظ في مادة حقوق التسجيل أنّ المشرع لا تهمه صحة المعاملة من عدم رسميتها ومن صحتها أو بطلانها، وقد جاءت المادة 190 الفقرة الأولى من قانون التسجيل واضحة بخصوص عدم

¹ - وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دراسة قانونية تحليلية، دار هومة، الجزائر، س 2009، ص 149.

² - محتوى نص المادة 393 من ق م الجزائري: « ان نفقات التسجيل و الطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك».

إمكانية استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق أو العقود التي تم إبطالها أو فسخها فيما بعد.

2- إثبات تاريخ العقود العرفية

إنّ العقد العرفي كما تطرقنا إليه سابقا هو ذلك العقد الذي يقوم بتحريره الأطراف فيما بينهم دون تدخل من جانب الموظف العام أو الضابط العمومي، وجاء المشرع الجزائري في نص المادة 328 من القانون المدني الجزائري على أنه: « لا يكون العقد العرفي حجة على الغير إلا منذ 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 اللذين لهم على العقد خط وإمضاء »، هذا المبدأ كرسه القضاء في العديد من القرارات الصادرة عن المحكمة العليا، كما هو عليه الحال في القرار الصادر بتاريخ: 24-09-1990 تحت الرقم: 62/624: (.....). بما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد العرفي فيبقى دائما بعيدا عن الرسمية¹.

نشير إلى أن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري تنص صراحة على إلزامية خضوع شهادة الحياة لإجراءات التسجيل والشهر².

الفرع الثاني: الجهة المختصة قانونا بتسجيل العقارات

عملية التسجيل في التشريع الجزائري تقوم بها مفتشية التسجيل والطابع باعتبارها مصلحة إدارية عمومية يشرف على تسييرها مفتش التسجيل، ولهذا سنعالج ضمن هذا الفرع التعريف بمفتشية التسجيل ثم نعرض إلى تحديد طبيعتها القانونية.

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، س 2003، ص 117.

² - شهادة الحياة تعد بمثابة سند حيازي يسلم للأشخاص اللذين تتوفر فيهم الشروط القانونية من حياة هادئة ومشهرة وغير منقطعة وعلاوية لا تشوبها شبهة لأراضي الملكية الخاصة وليس لهم عقود رسمية.

أولاً: تعريف مفتشية التسجيل والطابع

مفتشية التسجيل والطابع هي مصلحة عمومية تقوم بمهامها بموجب قانون التسجيل وكذلك الطابع، وعلى اعتبار أن موضوع الدراسة مرتبط بتسجيل العقارات فإننا سنحاول أن نسلط الضوء على مفتشية التسجيل التي تقوم بمهامها بموجب قانون التسجيل، حيث عمل المشرع الجزائري على تنظيمها وحدد صلاحياتها واختصاصها الإقليمي.

ولمفتشية التسجيل مدلول لغوي وآخر اصطلاحى، فالأول نجد بأنه مصطلح مفتشية التسجيل مكون من لفظين:

-مفتشية: بمعنى مراقبة، تفتيش، وظيفة مفتش.

-التسجيل: بمعنى سجل، يسجل، تسجيلاً، تدوين في مدونة، والقائم بعملية التسجيل هو مفتش التسجيل، مفتش، مراقب، ملاحظ، أما المدلول الاصطلاحى لمفتشية التسجيل فنعني به مصلحة عمومية ذات طبيعة إدارية جبائية تابعة لوزارة المالية، وظيفتها تسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل أو التي أراد أصحابها إعطاءها تاريخاً ثابتاً، والقائم بعملية التسجيل هو مفتش التسجيل¹.

انه وبموجب القرار الوزاري رقم 312 المؤرخ في: 14-07-1999 المتضمن أحداث مفتشيات التسجيل والطابع والمواريث والبطاقة وتحديد اختصاصها الإقليمي الصادر في الجريدة الرسمية العدد 54 المؤرخة في: 18-08-1999 أصبحت هناك مفتشية التسجيل والطابع ومفتشية الشركات والبطاقية في كل المديرات الولائية للجزائر، وهران، قسنطينة، غير أنه توجد مفتشية التسجيل والطابع والشركات والبطاقية في باقي المديرات الولائية الأخرى ماعدا ولاية سعيدة وتمنراست وإليزي والبيض والنعامه وتندوف، فإجراءات تسجيل العقود مهما كانت طبيعتها وكذا التصريحات الخاصة بالمواريث والعقود المتعلقة بها وعمليات المراقبة وإعادة التقييم

¹ - رمول خالد/ دوة آسيا، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص46-47.

للممتلكات محل نقل تبقى مؤقتا من اختصاص مفتشية الضرائب المتعددة الصلاحيات المختصة إقليميا¹.

ثانيا: الطبيعة القانونية لمفتشية التسجيل والطابع

لقد نصّ المشرع الجزائري في القرار الوزاري رقم 312 المؤرخ في: 14-07-1999 في مادته الأولى: «تحدث مفتشية التسجيل والطابع ضمن مديريات الضرائب.....»، والمشرع لم يبين الطبيعة القانونية لمفتشية التسجيل غير أنه يمكن تحديد طبيعتها القانونية باعتبارها أنها محدثة على مستوى المديريات الولائية للضرائب عبر الولايات، وهي خاضعة للتبعية الإدارية يشرف عليها مفتش التسجيل الذي يخضع بدوره إلى التسلسل الإداري، فهو يخضع للقانون الإداري وعلاقته مع مفتشية التسجيل هي وضعية قانونية يحكمها المرسوم 90-334 المؤرخ في: 27-10-1990 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المتعلقة بالمالية². وعليه يمكن القول أن مفتشية التسجيل مصلحة عمومية مكلفة بعملية التسجيل، وهي موضوعة تحت وصاية المديرية العامة للضرائب التابعة لوزارة المالية، فهي خاضعة للتسلسل الإداري تقوم بمهامها تحت الرقابة المباشرة للمديرية الولائية للضرائب هذه الأخيرة بدورها تخضع بالتبعية إلى المديرية الجهوية في نطاقها الإقليمي³.

الفرع الثالث: تنظيم مفتشية التسجيل والطابع

تقوم مفتشية التسجيل والطابع بمهمتها في التسجيل بموجب التعليم رقم 443 الصادرة في: 14-07-2001 التي تبين كيفية تنظيم المكاتب وتسييرها⁴، لهذا نبين التنظيم الداخلي لمفتشية

¹ - المواد 09-10 من القرار الوزاري 312 المؤرخ في: 14-07-1999 المتعلق بإنشاء مفتشيات التسجيل والطابع والمواريث والبطاقية وتحديد اختصاصها الإقليمي.

² - مرسوم رقم 90-334 المؤرخ في: 27-10-1990 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية، جريدة رسمية، العدد 46 مؤرخة في: 31-10-1990.

³ - رمول خالد/دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 52.

⁴ - La Note N° 443 Du 14-07-2001, « Le Fonctionnement et les Attributions des Inspections de l'enregistrement et Timbre», Direction General des Impôts, P 01.

التسجيل والطابع ودور مفتش التسجيل في عملية التسجيل وبعدها تظهر صلاحيات مفتشية التسجيل والطابع.

أولاً: التنظيم الداخلي لمفتشية التسجيل والطابع ودور مفتش التسجيل

1- التنظيم الداخلي لمفتشية التسجيل والطابع

بصدور القرار الوزاري رقم 312 المؤرخ في: 14-07-1999 المتضمن أحداث مفتشيات التسجيل والطابع والمواريث والبطاقية وتحديد اختصاصها الإقليمي أصبحت مهيكلة بالشكل التالي:

أ- التنظيم الداخلي بالنسبة لولايات الجزائر- وهران- قسنطينة: بالنظر إلى الكثافة السكانية لهذه الولايات الثلاث، فهي تحتوي على مفتشيتين، هناك مفتشية التسجيل والطابع التي تحتوي على مكتبين، مكتب التسجيل ومكتب الطابع، أما المفتشية الثانية فهي مفتشية الشركات والبطاقية وهذه الأخيرة مكونة من مكتبين، مكتب الشركات ومكتب البطاقية، وتجدر الإشارة أنه في كل مفتشية من هذه المفتشيات يوجد رئيس مفتشية، حيث هناك رئيس مفتشية التسجيل والطابع، وهناك رئيس مفتشية الشركات والبطاقية الذي بدوره يشرف على مكتب الشركات والبطاقية.

ب - التنظيم الداخلي بالنسبة للولايات الأخرى: تحتوي مفتشية التسجيل والطابع في باقي الولايات على مكتبين، مكتب التسجيل والشركات والبطاقية ومكتب آخر هو مكتب الطابع، وهذه المكاتب بدورها يشرف عليها رئيس هو مفتش التسجيل، غير أنه استثناءً ونظراً لظروف خاصة تتمثل في بعد المسافة بين مقر محري العقود ومقر الولاية بالنسبة لبعض ولايات الجنوب، فإن مصلحة التسجيل بقيت على مستوى مفتشية الضرائب متعددة

الاختصاصات أي تابعة للضرائب المباشرة والرسوم المماثلة والضرائب غير المباشرة والرسوم على رقم الأعمال ضمن مفتشية الضرائب المتعددة الاختصاصات¹.

2- مفتش التسجيل

إن مفتشية التسجيل والطابع أوكلت لمفتش التسجيل باعتباره المسؤول الأول على تسجيل جميع التصرفات القانونية من بينها التصرفات المتعلقة بحقوق الملكية العقارية الخاصة، ويعين مفتش التسجيل من بين مفتشي الضرائب الذين يثبتون خمسة سنوات أقدمية في الإدارة الجبائية²، ويقوم مفتش التسجيل قبل تعيينه بتأدية اليمين أمام محكمة إقامته الإدارية، ويسجل كاتب الضبط ذلك في بطاقة تفويض الوظيفة التي تسلم له من طرف الوزير المكلف بالمالية، والتي يتعين عليه استظهارها أثناء ممارسة الوظيفة.

ومن بين المهام الموكلة لمفتش التسجيل والتي حددها المشرع الجزائري في القسم الثالث عشر من قانون التسجيل 76-105 تحت قسم التزامات مفتشي التسجيل المحصورة في المواد من 180 إلى غاية 188 يقوم بما يلي:

➤ تسجيل العقود التي تم دفع رسومها حسب طبيعة كل محرر وهذا تطبيقا لنص المادة 180 الفقرة الأولى من قانون التسجيل.

➤ مراجعة العقد من حيث الشكل ما إذا كانت المحررات والوثائق المقدمة للتسجيل مشتملة على جميع الشروط اللازمة، وله الحق في الاحتفاظ بها لمدة 24 ساعة فقط تطبيقا لنص المادة 180 الفقرة الثانية من قانون التسجيل.

¹ رمول خالد/ دوة آسيا، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 53 و 54.
² المرسوم التنفيذي رقم 92-120 المؤرخ في 14-03-1992 يحدد قائمة المناصب العليا في الهياكل المحلية للإدارة الجبائية وتصنيفها وشروط التعيين فيها، جريدة رسمية العدد 21 المؤرخة في 18-03-1992 المعدل بموجب المرسوم رقم 98-214 المؤرخ في 24-06-1998 المتضمن تحديد قائمة المناصب العليا في الهياكل المحلية للإدارة الجبائية وتصنيفها وشروط التعيين فيها.

➤ وضع تأشيرة التسجيل على العقد المسجل أو على التصريح بالشركة أو مستخرج العقد العرفي المحتفظ به في مكتب التسجيل، ويبين فيه المفتش بالأحرف والتاريخ وصفة السجل ورقم ومبلغ الرسوم المدفوعة، وعندها يتضمن العقد عدّة تدابير تعطى كل واحدة منها الحق استحقاقية رسم خاص، فان مفتش التسجيل يذكرها بصفة موجزة في مخالسته ويبين فيها بصفة متميزة حصة كل رسم مدفوع وهذا تطبيقاً لنص المادة 181 من قانون التسجيل.

➤ يقوم بمراقبة الكشوف المقدمة له والتي يعدها الموثقون¹ وكتاب الضبط وأعوان التنفيذ التابعون لكتابات الضبط وكتابات الإدارات المركزية أو المحلية على استمارات تقدمها الإدارة الجبائية، ويعطي مخالصة عن التسجيل فيما يخص العقود المسلمة من دون الاحتفاظ بصورها والنسخ الأصلية.

ثانياً: صلاحيات مفتشية التسجيل والطابع

انه جدير بالذكر بخصوص هذه النقطة أنّ الذي يهمننا هو مكتب التسجيل كونه القائم على عملية التسجيل، حيث أنّ هذا الأخير مستقل عن مكتب الطابع والشركات والبطاقية في ولايات الجزائر وهران، قسنطينة، وفي باقي الولايات يسمى مكتب التسجيل والشركات والبطاقية وتمثل مهامه فيما يلي:

- تحليل العقود والاتفاقيات المبرمة والمقدمة إلى إجراء التسجيل.
- تحديد الوعاء الجبائي وتصفية حقوق التسجيل.
- وضع عبارة التسجيل على أصول العقود والاتفاقيات وذلك بعد إتمام دفع الحقوق بالنسبة للعقود الخاضعة لحقوق التسجيل النسبية والثابتة.

¹ - يجب أن تحتوي الكشوف على تاريخ ورقم العقود والأحكام الموجودة في الفهرس وكذلك ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم، ونوع العقود والقيم الخاضعة للرسوم، كذلك مبلغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية المستحقة والمتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعاً لصفة قانونية، بنص المادة 153 من قانون التسجيل.

- حفظ أصول الملخصات والجداول المتضمنة العقود المطبقة طبقاً للتسلسل الرقمي والتاريخي بشكل يسمح بتكوين رزمة من أجل إرسالها إما إلى مفتشية الشركات أو إلى مكتب البطاقة في نفس المفتشية.

- إرسال نسخ ملخصات العقود المسجلة إلى نيابة الرقابة الجبائية عند نهاية كل شهر لأجل استغلالها.

- دراسة المنازعات المتعلقة بالتسجيل.

- مسك دفتر المراقبة الخاص بالإيجارات القابلة للتجديد والبيع المبرمة تحت شرط واقف، وكذلك عقود الاكتسابات المستنفذة من إجراءات المادة 259 من قانون التسجيل.

المطلب الثاني: إجراءات عملية تسجيل العقارات

سبق لنا الإشارة إلى أنّ مفتشية التسجيل والطابع هي المصلحة المكلفة قانوناً بعملية التسجيل، وأن هذه العملية تتم عن طريق مفتش التسجيل والجدير بالذكر أنّ مفتش التسجيل لا يقوم بتسجيل العقود والمحركات، إلا بعد القيام بتحليلها أو تكييفها من أجل استيفاء الحقوق اللازمة وإعادة التكييف لا يؤثر في صحة وتسمية العقد أو المحرر، كما يقوم بمراقبة الوثائق المودعة لإجراء التسجيل ومدى مطابقتها للقانون، وعليه وجب علينا التطرق إلى دراسة الوثائق المودعة بمفتشية التسجيل والطابع والآجال القانونية اللازمة لإيداعها من خلال تبيان مختلف الشروط الواجب توافرها في الوثائق مع الوقوف على الآجال والمواعيد التي قررها المشرع لعملية تسجيل العقارات، ثم نبين مكاتب التسجيل المؤهلة قانوناً لهذه العملية وفي الأخير نتطرق إلى عملية تنفيذ إجراءات تسجيل العقارات.

الفرع الأول: الوثائق والآجال القانونية اللازمة لإيداعها

إنّ العقود والمحركات المتعلقة بالملكية العقارية الخاصة أو الحقوق العقارية بصفة عامة يجب أن تتم في شكل رسمي من قبل أشخاص مؤهلين قانوناً، وهذا تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 01 من ق م، وعليه يلتزم محررو العقود والوثائق الخاضعة لعملية التسجيل القيام بإيداعها بمصلحة التسجيل

المختصة وذلك في الآجال القانونية المحددة بموجب قانون التسجيل، وبهذه العملية تكتسب الوثائق الحرية تاريخاً ثابتاً.

أولاً: البيانات اللازمة في الوثائق المودعة بمصلحة التسجيل

يتم إيداع الوثائق من طرف أشخاص لهم صفة تحرير الوثائق والعقود الرسمية، مثل الموثقون، كتاب الضبط وكتاب السلطات الإدارية¹، ويجب أن تحتوي هذه الوثائق على جميع المعلومات اللازمة حتى يسهل على مفتش التسجيل تنفيذ إجراء التسجيل، وفي حالة عدم احترام هذه الشروط يفرض إجراء التسجيل.

1- الكشوف الإجمالية

إن إيداع الكشوف الإجمالية للعقود والأحكام هو إجراء ضروري يلتزم به محرر والعقود والوثائق، ولقد نصت على الكشوف الإجمالية المادة 153 من قانون التسجيل، وتحتوي الكشوف الإجمالية على مجموع العقود والأحكام التي يعدها الموثقون وكتاب الضبط وأعاون التنفيذ التابعون لكتابات الضبط وكتاب الإدارات المركزية أو المحلية على استمارات تسلمها إدارة الضرائب مجاناً، ويذكرون فيها المعلومات التالية:

- تاريخ ورقم العقود والأحكام الموجودة في الفهرس.
- ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم.
- نوع العقود والأحكام.
- المبالغ أو القيم الخاضعة للرسوم.
- مبلغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية المستحقة والمتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعاً بصفة قانونية.

وهناك كشوف إجمالية متعلقة بالعقود والأحكام التي يعدها كتاب الضبط وأعاون التنفيذ للمحكمة، المجلس القضائي أو المحكمة العليا.

¹ - المادة 09 من قانون التسجيل نصت على جميع الوثائق التي يجب تسجيلها.

كما توجد كشوف إجمالية متعلقة بحالة العقود المودعة من طرف الموثقين، وعادة تعد الكشوف الإجمالية في صورتين حيث تودع واحدة لدى مكتب التسجيل المختص وفقا للأجال القانونية المحددة. بموجب قانون التسجيل، أما الثانية فترجع إلى القائم بالإيداع.

2- النسخ الأصلية

على محرري العقود والوثائق إيداع النسخ الأصلية أو الأصول لدى مصلحة التسجيل، حيث تنص المادة 09 الفقرة الأولى من قانون التسجيل على أنه: « تسجل العقود المدنية والعقود غير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول وتخضع أيضا للتسجيل على النسخ الأصلية أو الأصول العقود القضائية في القضايا المدنية والأحكام في القضايا الجنائية والجنحية والمخالفات». حيث يقوم مفتش التسجيل بتحليل النسخ الأصلية وتكييفها من أجل استيفاء حقوق التسجيل، وتختلف المعلومات الموجودة في النسخ الأصلية حسب طبيعة التصرف، فمثلا بالنسبة للعقود الرسمية التي يحررها الموثقون لابد من تبيان في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية.

3- الملخصات

وهي عبارة عن ملخص تحليلي على استمارة تسلمها الإدارة مجانا، حيث تلخص فيه الأحكام الرئيسية للعقد أو الحكم وتحرر في نسختين عندما يتضمن العقد أو الحكم إما نقل أو إنشاء ملكية عقارية أو محل تجاري أو عناصر محل تجاري، وإما بيع أسهم أو حصص في شركة وإما نقل ملكية حق التمتع بهذه الأموال نفسها¹.

¹ - هذا تطبيقا لنص المادة 02/153 من قانون التسجيل.

ثانياً: الآجال القانونية لإيداع الوثائق

إن إيداع الوثائق بمكتب التسجيل المختص من أجل القيام بعملية التسجيل يجب أن يكون في الآجال القانونية والمواعيد، وتختلف هذه الآجال حسب طبيعة العقد وموضوعه، وكذا حسب ما إذا كانت هذه العقود خاضعة لرسم نسبي أو رسم ثابت.

1- التصرفات الخاضعة لرسم ثابت

الحقوق الثابتة هي تلك الحقوق التي لا تتغير بالنسبة لجميع العمليات من نفس النوع¹، وتسجل برسم ثابت كل العقود التي لم يحدد تعريفها بأي مادة من قانون التسجيل والتي لا يمكن كذلك أن تخضع أو يترتب عنها رسم نسبي، وهذا تطبيقاً لنص المادة 208 من قانون التسجيل، ومن بين التصرفات المنصبة على عقار وليست لها تعريف في قانون التسجيل الرهون الرسمية، حق التخصيص، عقد الشهرة، شهادة الملكية وكذلك شهادة الحيازة، وتسجل خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها، وهذا تطبيقاً لنص المواد 59-60 من قانون التسجيل².

2- التصرفات الخاضعة لرسم نسبي

إن التصرفات الخاضعة لرسم نسبي هي تلك التصرفات التي تنقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال المنقولة أو العقارية، سواء بين الأحياء أم بسبب الوفاة، وكذلك بالنسبة للتنازل عن حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار يتناول كل أوجزء من عقار، وكذلك العقود المثبتة إما لحصّة في شركة أو قسمة أموال منقولة أو عقارية وهذا تطبيقاً لنص المادة 04 من قانون التسجيل، والحق النسبي هو حق يمثل نسبة مئوية ثابتة تطبق على جميع عمليات نقل الملكية المحددة بموجب المادة السابقة الذكر.

¹ - شويحة ادريس، "الجباية العقارية"، مذكرة نهاية الدراسة، الدراسات العليا في المالية، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، س 1991-1995، ص 32.

² - نص المادة 59 من قانون التسجيل: «العقود الموثقة التي تفتح الحق في الرسوم الثابتة تقدم من أجل تأشيرة التسجيل خلال الشهر الذي يلي شهر إعداد هذه العقود.....».

الفرع الثاني: المكاتب المؤهلة قانوناً لعملية التسجيل

لقد حدد قانون التسجيل مكاتب مؤهلة قانوناً للتسجيل، ويختلف اختصاصها باختلاف طبيعة التصرفات فيما إذا تمت داخل الوطن أو خارجه، وكذا اختلاف الأشخاص القائمين بعملية الإيداع.

أولاً: التصرفات المبرمة داخل الوطن

إن تسجيل التصرفات المبرمة داخل الوطن يتم في المكاتب المختلفة المختصة إقليمياً، فمثلاً نجد العقد التوثيقي الذي يجره الموثق لا بدّ من تسجيله في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبه¹، أما بالنسبة لأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط يسجلون عقودهم إما في المصلحة التابعة لمحل إقامتهم وإما في المصلحة التابعة للمكان الذي تمّ فيه إعداد هذه العقود².

كما يسجل كتاب الضبط وكتاب الإدارات المركزية والمحلية العقود التي يجب عليهم إخضاعها لهذا الإجراء في المكتب التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها مهامهم.

¹ - نص المادة 60 من قانون التسجيل: « يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها ».

² - نص المادة 75 الفقرة 01 من قانون التسجيل: « لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي يوجد بها مكتبهم »، كما تنص المادة 40 من قانون التوثيق الحامل للرقم 02-06 على ما يلي: « يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف المزمين بتمديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقابضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقاً للتشريع المعمول به ». عملاً بنص المادة 02 من قانون التوثيق نجد أن الموثق ليس له اختصاص إقليمي فيما يخص تحرير العقود غير أنه لها اختصاص إقليمي فيما يخص تسجيل العقود تطبيقاً لنص المادة 01/75.

المادة 14 من القانون 06-03 المؤرخ في: 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، تنص على ما يلي: « يتعين على المحضر القضائي أن يحرر العقود والسندات باللغة العربية، كما يتعين توقيعها ودمغها بخاتم الدولة تحت طائلة البطالان، ويسجل ويحفظ أصول العقود وفقاً للقوانين والأنظمة السارية المفعول ».

أما التصاريح المتعلقة بنقل الملكية عن طريق الوفاة فتودع في المكتب التابع لمحل سكني المتوفي مهما كانت حالة القيم العقارية التي يجب التصريح بها، وهذا تطبيقا لنص المادة 80 من قانون التسجيل.

ثانيا: التصرفات المبرمة خارج الوطن

يتم تسجيل التصرفات التي تمت في الخارج في جميع مصالح التسجيل بدون تمييز، فبالنسبة للوصايا التي تمت في الخارج لا يمكن تنفيذها على أموال موجودة في الجزائر، إلا بعد تسجيلها في المصلحة التابعة لمحل سكن الموصي أو في مكتب محل سكناه الأخير المعروف في الجزائر، وفي حالة ما إذا كانت الوصية تشمل تدابير خاصة بعقارات موجودة في الجزائر فيجب فضلا عن ذلك أن تسجل في المكتب التابع لموقع هذه العقارات من دون أن يترتب عن ذلك ازدواج الرسوم. تسجل نقل الملكية تطبيقا لنص المادة 80 من قانون التسجيل في مكتب مكان وفاة، إذا كان المتوفي لا يقيم بالجزائر، وفي المكتب المعين من قبل الإدارة إذا حدثت الوفاة في الجزائر والمتوفي لا يقيم في الجزائر¹.

الفرع الثالث: تنفيذ إجراءات تسجيل العقارات

يتعين على مفتش التسجيل القيام بإجراء التسجيل مباشرة بعد عملية الإيداع، حيث لا يمكن له تأجيل تسجيل العقود ونقل الملكيات التي تم دفع رسومها بأي حال من الأحوال، وله الحق في الاحتفاظ بالعقد طيلة الأربع وعشرين ساعة فقط حتى يتمكن من مراجعته من حيث الشكل، كما له الحق في أن يرفض الإيداع وبالتالي رفض إجراء التسجيل في حالة عدم احترام شروطه وإجراءاته، ويسجل مفتش التسجيل كل التصرفات القانونية سواء كانت متعلقة بانتقال حق عيني

¹ - عمر قليمي، الدليل العملي في التسجيل والطابع، معهد الاقتصاد الجمركي والجبائي الجزائري التونسي، القليعة، س1990، ص35.

أوشخصي فيما يخص نشوءه، أو تغييره أوزواله، وما يهمننا كثيرا هو كيفية تنفيذ إجراء تسجيل التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة سواء بعوض أو بدون عوض.

أولا: نقل الملكية العقارية الخاصة بعوض

إن انتقال الملكية العقارية الخاصة يعد من قبيل التصرفات القانونية الملزمة لجانبين، فبينما يلتزم طرف بنقل الملكية العقارية الخاصة، يقع التزام مقابل على الطرف الآخر يتمثل في إعطاء أو فعل شيء ما، وقد تنتقل كل الملكية العقارية الخاصة كما هو الشأن في عقد البيع أو عقد المقايضة، وقد ينقل جزء من الملكية العقارية الخاصة كما هو الحال في الإيجار أو الانتفاع أو الرقبة.

1- حالة نقل كل الملكية العقارية الخاصة

تنتقل كل الملكية العقارية الخاصة من شخص إلى آخر، وينتقل بموجبها حق الاستعمال والاستغلال وكذا التصرف، ويتم ذلك عن طريق عقد البيع أو المقايضة.

أ- **عقد البيع:** إن البيع المنصب على عقار لا تنقل ملكية الشيء المبيع إلى المشتري إلا بعد احترام الإجراءات الشكلية طبقا لنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري، وعليه يقدم لمفتشية التسجيل والطابع لتسجيله، يلتزم مفتش التسجيل بعد إيداع العقود أو الأحكام المتعلقة بالبيع العقاري بعملية التسجيل بعد تفحص معلومات العقد والوثائق المرفقة معه فيقوم بتحليل العقد أو الحكم الذي نقل أو يؤكد نقل الملكية من أجل استيفاء حقوق التسجيل، بحيث هناك حقوق تقع على عاتق البائع وأخرى يتحملها المشتري والتي تكون على الثمن المصرح به في العقد، ونقصد به مبلغ النقود التي تحصلها البائع من المشتري إما مباشرة أو بطريقة غير مباشرة، فمفتش التسجيل يقوم باحتساب الحقوق المستحقة استنادا إلى أعلى الثمن المصرح به في العقد وكذا مبلغ الأعباء التي يمكن إضافتها والتي يفرضها البائع على المشتري في إطار العملية المنجزة والرقابة اللاحقة

تسمح للإدارة عند الاقتضاء إرساء الحقوق على القيمة الحقيقية للعقار إذا كانت قيمة تفوق القيمة المصرح بها في العقد¹.

وتنتقل تأشيرة التسجيل على العقد المسجل ويبين فيه مفتش التسجيل بالأحرف تاريخ ورقم ومبلغ الرسوم المدفوعة، تطبيقا لنص المادة 181 من قانون التسجيل. غير أن هناك بعض الإعفاءات من رسوم التسجيل بالنسبة للبيوع العقارية، نذكر منها ما يلي:

- تعفى الدولة والجماعات المحلية من رسوم التسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بشراء العقارات، وهذا تطبيقا لنصوص المواد 271-272 من قانون التسجيل.

- تعفى من الرسم اقتناء العقارات الذي يتم من أجل إحداث نشاط صناعي جديد ذي طابع أولي مقرر في المخطط الوطني للتنمية.

- كل ما تقتضيه الشركات التعاونية والجمعيات الثقافية والجمعيات المعترف بمنفعتها العمومية من عقارات لازمة لسير مصالحها أو خدماتها الاجتماعية².

- وفي حالة بيع عقارات في حالة الشيوخ أي العقارات التي تعذرت قسمتها بين الشركاء فيعمد بيعها بالمزاد العلني أو غيره، وتخضع فيها الأنصبة الشائعة لأملاك عقارية مكتسبة عن طريق بيع العقار الشائع برسوم محددة وفقا لنص المادة 229 من قانون التسجيل، وإذا حصل الشراء من أحد المشتكين فينخفض الرسم، وإذا تعلق الأمر بالبيع فيجب أن نفرق بين حالتين:

✓ حالة إذا كان العقد مشتمل على جميع البيانات الضرورية والمنصوص عليها في المادة

72 من ق م خاصة ما يتعلق منها بالشكل فإنه يقوم مقام العقد، ويخضع بذلك لرسم

نسبي وفقا لنص المادة 252 من قانون التسجيل.

¹ - عمر قليمي، الدليل العملي في التسجيل و الطابع، المرجع السابق، ص 24.

² - كساح عبد العزيز/ وافي مراد، العقارات وجبايتها في الجزائر، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، س 1994 - 1998، ص 96.

✓ أما إذا كان غرض البيع غير مقبول من طرف المشتري أو بدون نية في تحقيق العقد المتمثل في بيع العقار فإنه يخضع لرسم ثابت¹.

ب- **عقد المقايضة:** والمقايضة التي تمناها هي المقايضة المنصبة على عقار، إذ أنه بعد أن يتلقى مفتش التسجيل الوثائق اللازمة يقوم بتحليل العقد من أجل استيفاء الحقوق، وهنا لا بد من التمييز بين حالتين:

- الحالة الأولى: مبادلة عقار بعقار

إن هذه الحالة تخص مبادلة عقارات ذات القيمة المتساوية أو مبادلة عقارات ذات القيمة الغير المتساوية، فإذا كانت متساوية القيمة فإنها تخضع في هذه الحالة لرسم حدد بموجب المادة 226 من قانون التسجيل ويحصل هذا الرسم على قيمة حصة واحدة، ويستطيع مفتش التسجيل تقدير الحصتين المتبادلتين حسب إجراءات محددة قانونا. والعقارات التي تم نقلها ملكيتها خلال السنتين اللتين سبقت أو صاحبت عقد المبادلة، فالحقوق المستحقة لا يمكن أن تحسب بمبلغ يقل عن ثمن المزايدة مع إضافة جميع الأعباء النقدية ما لم يثبت بأن ما تضمنته العقارات قد طرأت عليه تغيرات خلال فترة قابلة أن تعدل فيها القيمة، وهذا تطبيقا لنص المادة 02/19 من قانون التسجيل. أما حالة مبادلة عقارات غير متساوية القيمة، فيقوم هنا مفتش التسجيل باعتبارها مبادلة في حدود الحصة الأقل قيمة كبيع وفي حدود الفرق بين قيمتي الحصتين عملا بنص المادة 226 من قانون التسجيل، فيطبق رسم المبادلة في حدود الحصتين المتبادلتين ويطبق رسم البيع فيما يخص قيمة الفرق بين الحصتين، وإذا تم مبادلة عقارات يوجد إحداها في خارج التراب الوطني تحلل كبيوعات حسب القانون الجزائري، ويطبق رسم البيع وليس رسم المبادلة².

¹ - وناس علي، تسجيل عقود المبادلة، مجلة الموثق، ع 06، س 1999، ص 24.

² - وناس علي، تسجيل عقود المبادلة، المرجع السابق، ص 24.

- الحالة الثانية: مبادلة عقار بمنقول

إنّ مبادلة عقار منقول وفقا لقانون التسجيل يعتبر بيعا إذ أنه في هذه الحالة يمكن اعتبار العقار هو المال موضوع البيع والمنقول ثمنا له، وإذا كانت قيمة العقار تفوق قيمة المنقول يمكن اعتبارها أساسا لتحديد قيمة الرسم على نقل ملكية العقار لقاء عوض.

وفي الأخير لا بد من الإشارة إلى أن الدولة وجماعاتها المحلية معفاة من جميع الرسوم فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة العقارات تطبيقا للمواد 271-272 من قانون التسجيل، كما أن مبادلة العقارات الريفية الموجودة في نفس البلديات أو في بلديات مجاورة هي أيضا معفاة من رسوم التسجيل عملا بالمادة 305 من قانون التسجيل.

كما أنه في حالة فسخ عقد بيع أو مقايضة يتم إعادة كتابة العقد كاملا وبنفس المعلومات ويسجل برسم ثابت¹، ويجب كذلك إرفاق العقود بالكشوف الإجمالية والمنخفضات ولا يمكن استرداد حقوق التسجيل الناجمة على عقد البيع أو المقايضة، وهذا ما نصت عليه المادة 90 الفقرة الأولى من قانون التسجيل: « لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق أو العقود التي تم إبطالها أو فسخها فيما بعد ».

2- حالة نقل جزء من الملكية العقارية الخاصّة

معلوم أنّ حق الملكية هو حق أصلي ورئيسي يعطي صاحبه سلطات التصرف والاستغلال والاستعمال في الأشياء المملوكة له، وهناك حقوق أخرى لا تعطي لأصحابها سوى سلطات محدودة، هذه الحقوق يطلق عليها أجزاء حق الملكية، ومنها حق الانتفاع، ملكية الرقبة، وكذا عقد الإيجار.

¹ - التنازل والحلول وإعادة البيع وإلغاء الإيجارات تخضع لرسم ثابت طبقا لنص المادة 209 من قانون التسجيل.

أ - الإيجار: يدخل عقد الإيجار ضمن فئة العقود الناقلة للانتفاع بالأشياء، وهو من بين العقود الناقلة للملكية لأنه يتعلق بشيء، وهو كذلك من عقود الخدمات¹، وقانون التسجيل يخضع إيجارات العقارات والمحلات التجارية المثبتة في عقد إجباريا لإجراءات التسجيل، إذ يقوم مفتش التسجيل بعد تحليل العقد والتأكد من أن كل المعلومات اللازمة مقيمة فيه منها هوية الأطراف طبقا لنص المادة 138 من قانون التسجيل وتعيين محل الإيجار وكذا أصل الملكية، وذكر الثمن، وأيضا مدة الإيجار التي على أساسها يتم استفاء حقوق التسجيل، ويقوم مفتش التسجيل بعد ذلك بضرب ثمن الإيجار في مدة الإيجار والحاصل يضرب في النسبة المئوية المحددة.

ب - حق الانتفاع وملكية الرقبة: نص عليها المشرع الجزائري في المادة 844 وما يليها من ق م، وحق الانتفاع هو حق فعلي ناتج عن التنازل عن أجزاء حق الملكية بواسطته يمكن للمستفيد استعمال الشيء، وكذا الاستفادة من الربوع الناتجة عنه من غير امتلاكه، أما حق الرقبة فهو حق فعلي ناتج عن التنازل عن أجزاء حق الملكية الذي يمكن للمستفيد حق التملك من غير أن يستعمله أو يستفيد منه، وعملا بالمادة 53 من قانون التسجيل فإن كل من نقل ملكية الرقبة وحق الانتفاع يخضع لحقوق التسجيل، وهي تخضع لنفس النظام الجبائي المطبق على الملكية الخاصة الناجمة عنها وتحسب الرسوم على أساس الثمن المصرح به مع إضافة جميع الأعباء النقدية أو على أساس القيمة التجارية، ولا يترتب أي حق عند اتحاد حق الانتفاع بملكية الرقبة وهذا في حالة وفاة المنتفع أو انقضاء الوقت المحدد فيما يخص مدة الانتفاع، وفي حالة اتحاد ملكية الرقبة وحق الانتفاع بواسطة تنازل أحد المنتفعين عن حقه للآخر بعوض أو تنازل كلاهما معا عن حقه لصالح الغير يعتبر نقل ملكيته لقاء عوض ويرتب حقوق التسجيل².

¹ - ديب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، س 2001، ص 09.

² - عمر قليمي، الدليل العملي في التسجيل والطابع، المرجع السابق، ص 31.

ثانيا: نقل الملكية العقارية الخاصة بدون عوض

نقل الملكية العقارية الخاصة عن طريق التبرع وبدون عوض لصالح المستفيدين هو من قبيل العقد الملزم لجانب واحد، ويمكن أن تتم بين الأحياء كعقد الهبة ويمكن أن يتم بسبب الممات كالوصية والميراث.

1- حالة نقل الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء

ويتم ذلك عن طريق الهبة والتي نص عليها المشرع في المادة 202 من قانون الأسرة، إذ لا بدّ من إيجاب وقبول متطابقين لكل من الواهب والموهوب له طبقا للمادة 206 من قانون الأسرة، وهو تنازل الواهب حالا عن الشيء الموهوب لفائدة الموهوب له الذي يقبله¹، ويجب توفر شروط استحقاق الهبة حتى تكون صحيحة وإلا اعتبر عقد الهبة باطلا، غير أنّ هذا البطلان لا يؤثر في دفع الحقوق، إذ أن الهبة تخضع لنفس إجراءات التسجيل والنسب المعمول بها في إرساء نقل الملكية عن طريق الوفاة.

إنّ عقد الهبة الذي يقدم إلى مفتش التسجيل لا بد أن يحتوي على كل المعلومات المتعلقة باسم الموثق وعنوان مكتبه وتاريخ عقد الهبة وكذا اسم ولقب وتاريخ ومكان المهنة ومقر سكن كل من الواهب والموهوب له، كما يجب تعيين المحل الموهوب تعيينا دقيقا نافيا للجهالة من حيث محتوياته، عنوانه، مساحته، تاريخ شهره بالمحافظة العقارية بالجلد والرقم، مع تبيان أصل الملكية، ويراقب مفتش التسجيل إذا كان المحل الموهوب تم تسجيله عندما دخل في حيازة أو ملكية الواهب، ويراقب مفتش التسجيل إذا كان المحل الموهوب تم تسجيله عندما دخل في حيازة أو ملكية الواهب، وأنّ المحل الموهوب ليس ملك الغير، إضافة إلى الضمان حيث يذكر الواهب إرادته في الرجوع أو عدم الرجوع في الهبة أو الاحتفاظ بحق الرجوع للوالدين طبقا لنص المادة 221 من قانون الأسرة، كما يجب ذكر قيمة الشيء الموهوب لأنه على أساسه يتم اقتطاع حقوق التسجيل.

¹ - محمد تقيّة، الهبة في التشريع الجزائري و في الفقه الإسلامي، مجلة الموثق، ع09، 1998، ص 17.

2- حالة نقل الملكية العقارية الخاصة بسبب الوفاة

إنّ نقل الملكية العقارية الخاصة عن طريق الوفاة يكون إما عن طريق الميراث أو بواسطة وصية، حيث أنّ الوفاة في حدّ ذاتها التصرف المستتبع لحتمية اقتطاع حق التسجيل¹. يلتزم الأشخاص المؤهلين للتصريح بالتركة وهم الورثة أو الموصى لهم وأوصيائهم بتقديم تصريح مفصل عن التركة التي بقيت بعد موت المالك وفقا لنص المادة 171 من قانون التسجيل ويكون وفقا للآجال القانونية التي سبق الإشارة إليها وكذلك في مكتب التسجيل المختص إقليميا. ولمفتش التسجيل الحق في المطالبة بحقوق نقل الملكية وفقا لنص المادة 171 مكرر من قانون التسجيل في حالة عدم التصريح، حيث يعلم مفتش التسجيل بواقعة الوفاة عن طريق رؤساء المجالس الشعبية البلدية بواسطة كشف إرسال محرر في نسختين وهذا خلال العشرة أيام الأولى لكل شهر. ويتم التصريح عن طريق كل الورثة متضامنين، وذلك بتقديم تصريح مفصل وموحد لكل التركة، كما يجوز في هذه الحالة الإنابة، ويخرج عن مبدأ التضامن الموصى لهم، فلهم الانضمام إلى مجموعة الورثة أو التصرف بصفة فردية². ويستوفي مفتش التسجيل الحقوق على أساس تصريحات الورثة أو الموصى لهم، وتخضع لرسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة كل الأموال الموجودة في الجزائر مهما كانت جنسيته أو إقامة أو موطن المتوفي أو الورثة، ولا تخضع لرسم نقل الملكية عن طريق الوفاة، الأموال الموجودة في الخارج حتى وإن كانت ملكا لجزائري مقيم في الجزائر.

المطلب الثالث: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بتسجيل العقارات

تترتب التزامات على كل من مفتشية التسجيل والطابع كهيئة قائمة على عملية التسجيل من جهة وكذلك الأطراف المستفيدة من إجراء التسجيل من جهة أخرى وهذا من جرّاء إجراء التسجيل، وعلى اعتبار أنّ جميع التصرفات المنصبة على العقار يشترط فيها القانون الرسمية، إذ أنّها

¹ - عمر قليمي، الدليل العملي في التسجيل والطابع، المرجع السابق، ص 34.

² - رمول خالد/ دوة آسيا، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 89-90.

تتم من قبل أشخاص مؤهلين قانوناً، فهذا يستدعي وجود فئة أخرى هي فئة محرري العقود الوثائق، وفي حالة الإخلال بأحكام التسجيل يترتب في حق هؤلاء عقوبات مختلفة أقرها قانون التسجيل¹.

وبخصوص إجراءات التسجيل قد يثور نزاع بين مفتشية التسجيل والمكلف بحقوق التسجيل ولهذا كان لابد من إعادة التوازن بين المراكز القانونية من أجل الوصول إلى عدالة ضريبية، وهذا ما يعرف بالمنازعات الضريبية في مجال التسجيل. سنعالج خلال هذا المطلب الجزاءات باختلاف أنواعها المترتبة عن الإخلال بإجراء تسجيل العقارات كفرع أول ثم نعالج في الفرع الثاني الامتيازات والضمانات الممنوحة للدولة نتيجة هذا الإخلال وأخيراً نتطرق إلى سلطات الإدارة وطرق الطعن الممنوحة للمكلفين بالضريبة.

الفرع الأول: العقوبات الجبائية

إن الإخلال بأحكام التسجيل بصفة عامة وتسجيل العقارات بصفة خاصة يترتب عنه مجموعة من العقوبات، تكون إما جزائية بمناسبة ارتكاب الأفعال التي جرّمها قانون العقوبات أو تكون مدنية.

إضافة إلى ذلك هناك عقوبات جبائية ترتبها الإدارة الضريبية نتيجة الإخلال بأحكام التسجيل، وتطبق هذه العقوبات إما على المكلف القانوني، كما تتقرر على الأطراف أو ما يعرف بالمكلف الحقيقي بحقوق التسجيل.

أولاً: العقوبات المقررة بالنسبة للمكلف الحقيقي

المكلف الحقيقي بالضريبة هو ذلك الشخص الذي يدفع المبلغ المستحق من أمواله الخاصة سواء بين يدي الموثق كالمتعاقدين أو مباشرة إلى قابض الضرائب²، وهو ما يشكل حقوق

¹ - أقر المشرع العقوبات الجبائية ضمن القسم الأول من الباب السادس من قانون التسجيل رقم 76-105.

² - بورويس زيدان، الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، ج 05، مجلة الموثق، ع 08، الغرفة الوطنية للموثقين، س 2002، ص 33.

التسجيل، غير أنه بالنسبة للتصرفات العقارية، فنظرا لصفة الرسمية التي تتسم بها فإنه يتم دفع المبلغ المستحق من طرف المكلف الحقيقي إلى الموثق وليس مباشرة إلى قابض الضرائب¹.

ف نجد مثلا أن إخفاء الثمن يعتبر غشا ويمثل في إنقاص الثمن المعبر عنه بالنسبة للمبالغ المتفق عليها في العقود والتصريحات المقدمة للإجراء، ويعاقب القانون على ذلك بغرامة تساوي ضعف الحقوق والرسوم المتملص منها من دون أن تقل هذه الغرامة عن 10.000 دج.

هذا ما نصّت عليه المواد 113 وما بعدهما من قانون التسجيل.

كذلك يعاقب قانون التسجيل الأشخاص الذين يقومون بتخفيض أو محاولة تخفيض الكل أو البعض من وعاء الضريبة أو تصنيفيتها أو دفع الضرائب أو الرسوم التي هو خاضع لها باستعماله مناورات الغش، وتطبق عليه وعلى شريكه غرامة جزائية تتراوح بين 5000 دج و 20.000 دج وحبس من سنة إلى 5 سنوات أو إحدى هاتين العقوبتين².

إنّ مفتشية التسجيل لها الحق في اللجوء إلى الوسائل المشروعة من أجل إثبات الإخفاء الذي يكون الغرض منه التهرب من دفع حقوق التسجيل، كون أن مفتشي التسجيل خوّل لهم القانون الصلاحيات الواسعة التي من شأنها تمكينهم من تحصيل أموال الدولة³.

ثانيا: العقوبات المقررة بالنسبة للمكلف القانوني

المكلف القانوني هو كل من يوجب عليه القانون القيام بتحصيل حقوق التسجيل، ودفعها لقابض الضرائب في الآجال المحددة دون أن تكون له صفة الموظف أو التابع لسلطة الإدارة الجبائية ويسمى المكلف القانوني، كونه يقوم بهذه المهمة بموجب نص قانوني وليس بموجب عقد عمل

¹ - نص المادة 40 فقرة 01 من قانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق: « يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملمزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود، ويدفع مباشرة لقابضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به ».

² - نص المادة 119 الفقرة 01 من قانون التسجيل.

³ - نص المادة 113 الفقرة 02 من قانون التسجيل تسمح بإثبات إخفاء الثمن بكافة وسائل الإثبات المقبولة في مادة التسجيل.

يربطه بالإدارة الجبائية¹، لذا يعتبر الموثق مكلف قانوني لأنه يقوم بتحصيل حقوق التسجيل من المتعاقدين وإيداعها بصندوق قابض الضرائب المختص إقليمياً وفقاً للآجال القانونية، وعليه يعتبر الموثق ملتزماً كغيره من الأطراف الخاضعة لحقوق التسجيل ويكون بذلك مسؤولاً، وتترتب عليه عقوبات جبائية في حالة إخلاله بأحكام التسجيل.

إنّ القانون قد أوجب على الموثقين عند تلقيهم عقود بيع أو مقايضة أو قسمة بضرورة قراءة هذه العقود على الأطراف وإلا وقعوا تحت طائلة الغرامة المالية، كما عليهم أن يشيروا أنّ هذه القراءة قد تمت، بل أكثر من ذلك فلا بدّ أن يشير الموثقون طبقاً لمعلوماتهم أنّهم لم يتلقوا أي سند أو وثيقة تتضمنّ الزيادة في الثمن المصرح به، وأنّ هذا العقد لم يتمّ تعديله، وهو ما أكدته المادة 113 فقرة 04 من قانون التسجيل.

كما يتعيّن على الموثقين أو المحضرين ضرورة القيام بعملية تسجيل العقود في الآجال المقررة قانوناً وإلا تعرضوا إلى دفع غرامات مالية وكذا عقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي ينتمون إليها دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها عملاً بالمادة 93 فقرة 02 من قانون التسجيل.

الفرع الثاني: الامتيازات والضمانات الممنوحة للدولة

إنّ حقوق التسجيل الناتجة عن إجراء التسجيل تعتبر بمثابة دين في ذمة المكلف بأدائها لصالح الدولة وهذا ما يمنح لهذه الأخيرة ضمانات وامتيازات من أجل استفاء هذه الحقوق، وتتبع في ذلك إجراءات قانونية من بينها الرهن القانوني على عقارات المدين بالضريبة وكذلك يتقرر حق الشفعة كامتياز لها بسبب التصاريح الكاذبة الصادرة من الأطراف.

¹ - بورويس زيدان، الطرق والإجراءات العملية لتحريّر عقد توثيقي، المرجع السابق، ص 33.

أولاً: الرهن القانوني كضمان للدولة

نص المادة 367 من قانون التسجيل على أنه: « للخرينة رهن قانوني على جميع الأملاك العقارية التابعة للمدينين بالضريبة وهذا من أجل تحصيل مختلف الضرائب والغرامات المشار إليها في هذا القانون، ويسري أثر هذا الرهن عند تاريخ تسجيله في المحافظة العقارية. ولا يمكن تسجيل هذا الرهن إلا ابتداءً من التاريخ الذي استحق فيه المدين بالضريبة زيادة أو عقوبة لعدم الدفع ». من خلال هذه المادة يمكن القول أن مصلحة التسجيل وعن طريق مفتش التسجيل يمكنها إنشاء رهن قانوني على الأملاك العقارية كالعقار أو المحل التجاري أو عقارات الشركة لتحصيل حقوق نقل الملكية بسبب الوفاة¹، والتي تكون تابعة للمدين بالضريبة وبمقتضاه تصبح مصلحة الدائن المرتهن والمدين بالضريبة المدين الراهن، ويصبح لمصلحة التسجيل ضماناً على هذه العقارات وهذا من أجل تحصيل مختلف الحقوق المفروضة عليه وكذلك الغرامات المقررة والتي نص عليها قانون التسجيل، ولقد أكد المشرع على الرهن القانوني وقصد به في هذه الحالة الرهن الرسمي باعتبار أنه يأخذ رتبته عند تاريخ قيده بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون، فهو بمثابة شهر الرهن، ويتم ذلك بالتأشير على البطاقة الخاصة بالعقار المرهون².

ثانياً: الشفعة كامتياز للدولة

نص عليها المشرع في المادة 794 من ق م باعتبارها رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار، فهناك شفعيع وهو الشخص الذي يريد الأخذ بالشفعة، ومشفوع منه وهو المشتري الذي يحل محله الشفعيع، وعقار مشفوع فيه وهو العقار المراد استعماله للشفعة فيها، وبائعا للعقار³.

¹ - المادة 366 الفقرة 02 من قانون التسجيل.

² - محمدي سليمان، الرهن الرسمي، جامعة الجزائر، س 2000 / 2001، ص 28.

³ - لعروم مصطفى، الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، ع 06، الغرفة الوطنية للموثقين، س 1999، ص 37.

ينشأ المركز القانوني وفقا لما نصّت عليه المادة 795 من نفس القانون لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة، لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها وللشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي. غير أنّ قانون التسجيل تطرق إلى نوع آخر من الشفعة وفقا لنص المادة 118 من قانون التسجيل، حيث وضع المشرع تدابير تسمح للإدارة الجبائية استعمال حق الشفعة للعقارات التي تكون محل نقل الملكية بمقابل مصرح به، وهذا المقابل يكون أقل من القيمة الحقيقية التجارية لهذا العقار.

إن للدولة الحق في استعمال الشفعة في حالة التصريحات الكاذبة وذلك وفقا لمعايير محددة وإجراءات واجبة الاحترام¹، ويعتبر هذا الإجراء خطيرا بالنسبة لذوي الحقوق خاصة إذا كان قد كالفهم العقار مبلغا باهظا وأخفى الثمن الحقيقي عن الإدارة الجبائية، وعندما ننظر إلى سبب إخفاء الثمن أو عدم التصريح بالقيمة الحقيقية للمعاملات يرجع لارتفاع نسبة رسوم التسجيل وكذلك الشهر العقاري وما يتبعها عند إعادة التقويم.

الفرع الثالث: سلطات الإدارة وطرق الطعن الممنوحة للمكلفين بالضريبة

إن الإدارة والمكلفين بالضريبة هما الطرفين المعنيين بحقوق وإجراءات التسجيل، حيث يفرض على كل منهما واجبات والتزامات.

أولاً: سلطات الإدارة

تمارس سلطات الإدارة في إطار القانون عن طريق:

- وسائل التدخل.

- المتابعات.

¹ - يستعمل حق الشفعة عن طريق التبليغ إلى ذوي الحقوق بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط خلال أجل عام واحد ابتداء من يوم تسجيل العقد أو التصريح.

1- وسائل التدخل: وتهدف وسائل التدخل لضمان تحصيل الضريبة

أ: التحصيل

✓ الإشعار بالدفع: تبلغ الإدارة المدينين بالضريبة عن طريق إشعار أو عدة إشعارات بالدفع، وفي حالة عدم دفع الحقوق المستحقة التي تعتبر دين الخزينة، إذ أن امتناع المدين عن الدفع يجعل الإدارة تباشر الملاحقات التي عادة ما تكون عن طريق التبليغ بسند التحصيل.

✓ سند التحصيل: بمقتضى التنفيذ التلقائي الذي تتمتع به الهيئة العمومية، تصدر الإدارة سندا ينفذ مباشرة وهو الذي يسمى بسند التحصيل.

ب: إجراءات التقويم

للإدارة القدرة على إثبات عدم كفاية الثمن المعبر عنه أو التقديرات المقدمة من طرف الأطراف وتسعى للحصول وديا على الاعتراف بعدم كفايته ودفع الحقوق المستحقة، في حالة العكس تطلب رأي لجنة المصالحة على مستوى الولاية حيث على ضوئه تصدر سند التحصيل.

✓ المرحلة الودية: إذا بين التحقيق اللاحق للتسجيل بأن الثمن أو القيمة المصرح بها تقل عن القيمة التجارية، تقوم الإدارة بدعوة المدينين بالضريبة للقيام بتسوية ودية حول النقص الملاحظ. في الحالة المعاكسة على الإدارة أن تشرع بإجراء التحقيق في الوقت الذي يخضع فيه الملف إلى لجنة المصالحة التي تؤسس على مستوى كل مديريات الضرائب الولائية وتتكون من الأعضاء التالية:

- مدير الضرائب على مستوى الولاية، رئيسا.

- مفتش التسجيل.

- مفتش الأملاك الوطنية والعقارية.

- قابض الضرائب المختلفة.

- مفتش الضرائب.

- موثق يعينه رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المعنية.

- ممثل عن إدارة الولاية.

مرحلة المصالحة: هناك حالتين:

-توصل اللجنة إلى اتفاق مع الخاضع للضريبة، هذا الأخير يكتب التزام بدفع الحقوق المستحقة بصدد الفرق المعين.

-عدم التوصل إلى اتفاق (رفض أو غياب المعنيين بالأمر) تصدر اللجنة إشعار بإجماع الأصوات والذي يبلغ للمكلفين بالضريبة عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، يمكن القيام بالزيادة التلقائية وإبلاغها للمكلفين بالضريبة عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام في أجل عشرون يوما من تبليغ الإشعار.

إذا لم يدفع المكلف بالضريبة الحقوق والغرامات المطالب بها خلال عشرة أيام يصدر في حقه سند التحصيل.

2- المتابعات

يشرع في الملاحقات إذا لم تدفع الحقوق من طرف المدين بالضريبة خلال الأجل القانوني المقدر بخمسة عشر يوما ولا يمكن للاعتراض أن يعيق ذلك إلا في حالة تقديم ضمانات كافية.

ثانيا: طرق الطعن الممنوحة للمكلفين بالضريبة

يملك المكلف بالضريبة طريقتين للطعن:

1- الطعن القضائي:

في حالة رفض الاعتراض الموجه لمكتب التسجيل عن طريق رسالة موصى عليها، يمكن للمكلف بالضريبة أن يطعن في ذلك لدى المحكمة الإدارية في أجل أربع أشهر من استلامه سند التحصيل، ويمكن للمدين بالضريبة أن يؤجل دفع المبلغ الأساسي إذا طلب ذلك في اعتراضه مع تبيان مبلغ التخفيض الذي يدعيه أو بتحديد الأسس بشرط أن يقدم ضمانات كافية.

2- الطعن الولائي:

يتعلق الطعن الولائي بالطلبات الموجهة من أجل الالتماس من الإدارة الجبائية تخفيض أو تعديل العقوبة الجبائية.

يجب أن توجه الطلبات على ورق عادي إلى:

- مدير الضرائب بالولاية بعد أخذ رأي اللجنة التي تنشأ لهذا الغرض على مستوى الولاية إذا كان مبلغ العقوبة أقل أو يساوي 500.000 دج.

- المدير الجهوي للضرائب بعد أخذ رأي اللجنة المشكلة لهذا الغرض على المستوى الجهوي، إذا كان مبلغ العقوبة يفوق 500.000 دج.

نشير إلى أن القرارات التي يتخذها مدير الضرائب على مستوى الولاية قابلة للطعن أمام المديرية الجهوية للضرائب المختصة إقليمياً.

المبحث الثاني: دور نظام الشهر العقاري في ضبط التصرفات العقارية

من أهم الأهداف التي ترمي إليها التشريعات والقوانين، تأمين استقرار المعاملات العقارية والائتمان العقاري، ومنع إنكار الحقوق العقارية وجودها، ولا يمكن بلوغ هذا الهدف إلا بخلق نظام عقاري في المجتمع يجعل التصرفات التي تنصب على العقار تتم بصورة علنية بحيث لا يمكن إنكارها فيما بعد، وبالتالي شعور أصحاب هذه الحقوق بأن أموالهم مصالحة ومحفوظة ولا يمكن للغير أن يستولي عليها بغير طريق القانون.

لقد اتضح لنا من خلال المبحث الأول من هذا الفصل¹ أن للتسجيل أهمية كبيرة سواء من حيث الدور الجبائي أو من الناحية القانونية، غير أن هذا الإجراء لوحده غير كاف لضبط التصرفات الواردة على العقارات، فكان لابد من إقرار وخلق نظام الإشهار العقاري أو ما يسمى بنظام الشهر العقاري والذي يقصد به إعلان الحقوق الواقعة على العقارات، إذ انه عبارة عن مجموعة من القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تنظيم هوية كل عقار من حيث مالكه، موقعه، أوصافه، معالمة الحدودية، وكذا الأعباء الواقعة عليه كالرهن، والارتفاق وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ إنشائها، ويتم ذلك عن طريق قيد الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية في سجلات معدة لإطلاع الكافة تشبه إلى حد كبير سجل الحالة المدنية.

إنه وبالاستناد إلى هذه السجلات والقيود الواردة فيها، يستطيع الغير أن يتعامل بشأن العقارات المشهورة مع صاحب الحق فيه بكل ثقة وطمأنينة.

بناءً على ما سبق سنحاول من خلال هذا المبحث تحديد نظاما الشهر العقاري وموقف المشرع منهما، مع تحديد مختلف العقود والوثائق الخاضعة للشهر، بالإضافة إلى دراسة الدور الذي تلعبه المحافظة العقارية في مجال الشهر العقاري.

¹ - يراجع ما سبق ذكره في ص 126 و ما بعدها من هذه الرسالة.

وجب علينا في هذا المبحث الإجابة عن سؤال مهم يتعلق بمدى توفيق المشرع في اختيار نظام الشهر العقاري الذي تضمنه الأمر 75-74 المؤرخ في: 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسومين التنفيذيان له رقم 76-62 و 76-63؟ وهل أن نظام الشهر العقاري كفيل بحماية الملكية العقارية الخاصة؟ وإلى أي مدى تم تجسيده عمليا؟

المطلب الأول: التمييز ما بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني

يعرف الشهر العقاري بأنه نظام قانوني، له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى، وجميع العمليات والتصرفات القانونية الواردة على العقارات، و عرف على المستوى العالمي نوعان من أنظمة الشهر العقاري وهما:

- نظام الشهر الشخصي و- نظام الشهر العيني.

الفرع الأول: مفهوم نظام الشهر الشخصي

يعتبر نظام الشهر الشخصي من أقدم¹ أنظمة الشهر العقاري المعروفة بعد إقرار مبدأ شكلية العقود. حيث اتخذته الدول أساسا للحفاظ العقاري وشهر المعاملات العقارية. وعليه سوف نتناول من خلال هذا الفرع تحديد مضمون ومبادئ هذا النظام مع محاولة إجراء تقييم له.

أولا: مضمون نظام الشهر الشخصي

إن نظام الشهر الشخصي هو ذلك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها²، وليس طبقا للعقار، ومن هنا جاءت تسمية هذا النظام، بنظام الشهر الشخصي والتي تفيد بأن الشخص محل اعتبار في التصرفات العقارية، إذ أن هذا النظام يتخذ من اسم الشخص أساسا لشهر التصرفات العقارية التي تصدر عنه، وليس لمواقع العقارات، فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار، ويتم ذلك عن

¹ - نظام الشهر الشخصي أقدم من نظام الشهر العيني لذلك نجد أن أغلب الدول تبنته في تشريعاتها القديمة مثل: فرنسا- إيطاليا- بلجيكا - هولندا... الخ.

² - ياسين غانم، القضاء العقاري، ط2، مطبعة كرم، سوريا، س 1994، ص 21.

طريق سجل يمسك على أساس الترتيب الأبجدي لأسماء المتصرفين، وسجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها.

إن هذا النظام للإشهار الشخصي يجعل عدم الإشهار معاقب عليه بعدم الاحتجاج على الغير بالتصرف، و بعبارة أخرى إن التصرف الغير مشهر لا يسري على الغير لأنهم لم يعلموا به بواسطة الإشهار¹.

إن هذا النظام اعتبره المشرع كوسيلة علاجية حسب مفهوم نص المادة 27 من الأمر 74-75 المؤرخ في: 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري² وكذا المواد 113 و 114 من المرسوم التنفيذي 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المعدل بالمرسوم رقم: 80-210 المؤرخ في: 31-09-1980 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم: 93-123 المؤرخ في: 19-05-1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³ والتي أكدت على أنه في حالة عدم وجود عملية مسح أراضي في أي بلدية فإنه يجب إتباع نظام

¹ - ليلي زروقي، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، م م د، 02، الجزائر، س 2002، ص 62.

² - نص المادة 27 من الأمر 74/75 المؤرخ في: 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري: « إن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية و التي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تملك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحد بموجب مرسوم».

³ - نص المادة 113 من المرسوم رقم 76 / 63 المؤرخ في: 23 / 03 / 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري: «خلافًا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم و إلى أن يتم إعداد مسح عام للأراضي في إقليم كل بلدية، فإنه تملك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية، مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة و كلما تحصل إيداعات تفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت إسم كل مالك.

و تتضمن مجموعة البطاقات العقارية بطاقات فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدد قرار من وزير المالية».

نص المادة 114 من نفس المرسوم جاءت على النحو التالي: « خلافا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم و عند عدم وجود مخطط لمسح الأراضي، فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي مشار إليه في المادة السابقة ما يلي: - نوع العقار - موقعه - محتوياته. و فضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي و المحافظة العقارية و في حالة عدم وجود ذلك، أسماء المالكين المجاورين».

الشهر الشخصي، وعليه فإنه بصفة مؤقتة فالعقود والقرارات القضائية محل الإشهار تتم في بطاقات عقارية مؤقتة تكون ممسوكة وفقا لنظام الشهر الشخصي، أي أن التصرفات الناقلة للملكية تعتمد على أسماء الأشخاص وليس على الملكيات.

ثانيا: مبادئ نظام الشهر الشخصي

إنّ الأساس الذي يرتكز عليه نظام الشهر الشخصي هو أسماء الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات، بغض النظر عن العقارات المتصرف فيها، فهذه الأخيرة في هذا النظام لا تعرف بمواقعها وأرقامها وإنما تعرف بأسماء مالكيها¹، وعليه إذا أراد شخص ما شراء عقار، يتعين عليه الاتجاه إلى إدارة الشهر العقاري للبحث والتأكد من اسم مالكة.

كما أن هذا النظام له وظيفة العلانية، فالملكية والحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية تنتقل بمجرد تراضي الطرفين، ويتم شهر التصرفات كما هي، دون أن يظهر الشهر العيوب التي قد تشوب الحق الذي هو موضوع التصرف كأن يكون قابلا للإبطال أو الفسخ أو مثقلا بأعباء عينية.

ثالثا: تقييم نظام الشهر الشخصي

من خلال ما تقدم، نستطيع القول أن نظام الشهر الشخصي يتميز بسهولة إجراءاته وعدم تعقيدها، غير أن هذا لا يمنع من وجود بعض العيوب والمساوئ التي يتميز بها هذا النظام والتي في الكثير من الأحيان تطغى على محاسنه، بل جعلته في بعض الأحيان لا يحقق الغرض الذي وجد من أجله.

1- عيوب نظام الشهر الشخصي

يمكن تلخيص أهم العيوب التي طغت على هذا النظام فيما يلي:

- لا يوفر هذا النظام حماية كافية للملكية العقارية الخاصة حتى تقوم بوظيفتها الاجتماعية والاقتصادية.

¹ - رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، س 2001، ص 16.

- له حجية نسبية لأن التصرفات التي تشهر في هذا النظام لا يتحرى عادة عن صحتها بل تشهر كما هي، فإن كانت صحيحة بقيت وإن كانت معيبة لسبب من أسباب البطلان، أو كانت مزورة بقيت على حالتها المعيبة أو المزورة، فالشهر في هذا النظام طريقة للعلائية فقط لا سبب لانتقال الملكية العقارية الخاصة أو الحقوق العينية.

- لا يعطي للمتصرف إليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف له بصفة نهائية بل يعرضه للمنازعة وهذا انطلاقا من كون أن هذا النظام لا يبطل عقدا صحيحا ولا يصحح عقدا باطلا، فالتصرفات تشهر كما هي، لذلك فإن صاحب الحق المشهر يجوز قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، على أنه المالك وقابل للطعن بالفسخ أو الإبطال لعيب لم يكن به وقت التصرف.

- عملية الشهر العقاري بناء على اسم المتصرف يجعل البحث في السجلات الهجائية صعبا، أو مستعصيا في بعض الحالات، خاصة إذا اخذنا بعين الاعتبار ظاهرة تشابه الأسماء عندما يسجل الاسم العائلي إلى جانب الاسم الشخصي. وبالتالي على الطالب أن يكون متحققا من اسم الشخص المالك الحقيقي لهذا العقار واسم أبيه وجده بالكامل وأسماء المالكين السابقين الحقيقيين الذين تداولوا على هذا العقار خلال المدة المطلوبة، وهي في حقيقة الأمر مهمة صعبة قد لا تؤدي إلى أية نتيجة في بعض الأحيان.

- في نظام الشهر الشخصي، المالك قد يتعرض لخطر ضياع ملكه بالتقادم المكسب، طالما أن تسجيل تصرف معين وفقا لهذا النظام لا يحصن حق المتصرف إليه، فإن هذا المتصرف إليه في العقار الذي شهر تصرفه وتسلم سندا للملكية عقار لا يأمن فقط من خطر رفع دعوى الاستحقاق أو الاسترداد بل لا يأمن كذلك من خطر آخر يتمثل في ظهور شخص آخر من الغير يدعي ملكية العقار عن طريق التقادم، إضافة إلى ذلك قد لا يشهر الحائز ملكيته المكتسبة بالتقادم، وبالتالي نكون بصدد مالكين لعقار واحد، مالك خفي وهو الحائز، ومالك ظاهر هو الثابت اسمه في سجلات مصالح الشهر وعليه تصبح هذه السجلات عاجزة عن الإدلاء بالبيان الصحيح بشأن ملكية العقار والأعباء الواقعة عليه.

2- مزايا نظام الشهر الشخصي

رغم كل هذه العيوب التي وجهت لنظام الشهر الشخصي إلا أنه يبقى نظام قائم بذاته ويؤدي دوره في إعلام الجمهور بوقوع تصرفات عقارية معينة، كما أن مجرد شهر هذه التصرفات يعد قرينة على ملكية العقار من طرف الشخص الذي سجل التصرف، وإن كانت هذه القرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فإنه يلاحظ في أغلب الأحيان أنه يصعب إثبات عكسها لسبب أو لآخر بالإضافة إلى أنه يقع كثيرا أن يكون المتصرف في العقار هو المالك الحقيقي، وبالتالي لا تتور مسألة الطعن في التصرفات المشهورة¹.

كما أن إجازة الطعن في التصرفات المشهورة تعد بمثابة حماية للمالك الحقيقي من تصرف الغير في ملكه،

هذا بالإضافة إلى أن هذا النظام لا يتطلب عملية مسح الأراضي كما هو الحال في نظام الشهر العيني الذي يتطلب تكاليف باهظة لا يمكن لكل الدول توفيرها.

الفرع الثاني: مفهوم نظام الشهر العيني

ظهر هذا النظام نتيجة للانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي والعيوب التي ألحقت به، حيث بات من الضروري إيجاد بديل آخر يهتم بمحل التصرف أكثر من شخص المتصرف، ومن ثم ظهر نظام الشهر العيني والذي يتسم هو الآخر بخصائص ومميزات ينفرد بها لوحده ويختلف بها عن نظام الشهر الشخصي، كما أن هذا النظام لم يولد طفرة واحدة وإنما كان نتيجة جهود العديد من المختصين.

أولاً: ميلاد نظام الشهر العيني

ظهر هذا النظام بفضل جهود السيد روبرت ريشار تورينس - Robert Richard Torrens وهو شخص أسترالي الجنسية كان يشغل وظيفة مراقب في إدارة الجمارك وبعدها أمينا عاما

¹ - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، ط6، دار الخلدونية، س2006، ص22.

للعقود¹، وقد لا حظ هذا الشخص أن الأراضي في أستراليا كانت تنتقل لأصحابها بطريقتين، إما بمنحة من الحكومة، وإما بطريقة عادية أي بالبيع أو الهبة وما نحو ذلك، فبالنسبة للطريقة الأولى كانت الحكومة تقيد في دفاتها أسماء من تمنحهم الأراضي وفي حال الخلاف حول ملكية إحدى الأراضي كان يسهل بالتالي عليها تحديد المالك بمراجعة قيود دفاتها.

أما بالنسبة للطريقة الثانية فكان يتعذر في حال الخلاف على ملكية الأرض تعيين المالك الحقيقي لها، فسعى تورينس عندئذ إلى جعل جميع الأراضي المملوكة للأفراد في وضع مماثل للأراضي الممنوحة من الحكومة، بحيث يسهل التعرف على مالكيها فتتولى السلطة الإدارية التحقيق في هذه الملكية والشخص الذي تعود له، وتقرر ذلك، ولقد استنسخ تورينس هذا النظام من حكم تجربته في نظام ملكية السفن أين كان يشغل منصب مراقب في إدارة الجمارك وكان هذا النظام يعمل على قيد أسماء مالكي السفن في سجل خاص في ميناء التسجيل كي تقرر الملكية لهم فسعى تورينس إلى إقرار نظام مماثل بالنسبة إلى الأراضي².

ثانياً: مبادئ نظام الشهر العيني

إنّ عملية الشهر وفقاً لهذا النظام، لا تتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات، بل على أساس العقارات المتصرف فيها، وبالتالي فهوتأمين قانوني لكل المعاملات العقارية، لأنه يتطلب قبل إشهارها مراقبة جيدة للعقود والحقوق المتضمنة إنشاء أو نقل أو تعديل حق الملكية العقارية الخاصة، بما يحقق الحجية في مواجهة طرفي العقد، والغير على حد سواء. وحتى يحقق هذه الحجية، يشترط في التصرف أن لا يكون مشوباً بعيب يتعلق بوجوده، أو صحته أو نفاذه، مع ضرورة توفر حسن النية لدى أطرافه.

من هذا المنطلق يمكن لنا أن نحصر المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني في النقاط التالية:

¹ - إدوارد عيد، الأنظمة العقارية - التحديد و التحرير، السجل العقاري، ط2، مطبعة المتن، لبنان، س1996، ص 19.

² - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 26 و 27.

1- مبدأ التخصيص

يقوم هذا النظام على أساس تخصيص لكل وحدة عقارية صفحة أو بطاقة عقارية تقيّد فيها كل التصرفات الواردة على العقار، كما تحدّد وصفه من الناحية الواقعية، بحيث تعدّ هذه الصحيفة أو البطاقة العقارية كوثيقة هوية للعقار، وكل من أراد الكشف عن عقار معين كان عليه بالتالي أن يراجع القيود المدونة في الصحيفة أو البطاقة العقارية الخاصة به.

بناءً على ذلك فإن مبدأ التخصيص هو تشخيص ذاتي لهذا العقار من دون أدنى اعتبار لشخص المتصرف فيه، ومن أجل التعرف على الحالة القانونية والمادية للعقار يكفي الإطلاع على الصحيفة أو البطاقة العقارية المخصصة له لمعرفة ذلك بكل دقة وسهولة.

2- مبدأ القيد المطلق

من بين المبادئ التي يمتاز بها نظام الشهر العيني أن جميع التصرفات والأحكام المنشئة، الناقلة، المغيرة والمسقطّة لحق الملكية والحقوق العينية الأخرى، سواء كانت أصلية أو تبعية لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري، من هنا تكتسب هذه الحقوق قوة الإثبات المطلقة في مواجهة الكافة¹.

3- مبدأ المشروعية

مضمون هذا المبدأ هو إجراء مراقبة عامة ومراجعة سابقة لجميع الوثائق التي تكون محلاً للإيداع من أجل شهرها حتى لا يقيد في السجل العقاري إلا الحقوق المشروعة فعلاً، وبالتالي اجتناب شهر الادعاءات المشكوك فيها، التي لا تستند إلى أساس قانوني سليم.

4- مبدأ القوة الإقناعية للقيد في السجل العقاري

وهذا يفترض مبدأ مشروعية القيد، إذ أن من يكتسب حقاً بالاستناد إلى قيود السجل العقاري يقرر له هذا الحق بصرف النظر عن السبب، سواء كان التصرف المنشئ للالتزام بنقل

¹ - رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 22.

الحق العيني صحيحا أو معيبا إذ يفترض أن قيود السجل العقاري متمتعة إتجاه الغير بقوة إقناعية مطلقة¹.

5- مبدأ عدم سريان التقادم

إنّ كل تصرف مقيد ضمن مجموعة البطاقات العقارية وفقا لنظام الشهر العيني يكسبه حجية في مواجهة كافة الأفراد و بالتالي يصبح في مأمن عن أي تعد صادر من الغير.

إنّ هذا المبدأ يعد خروجاً عن القواعد العامة المتعارف عليها، والتي تقضي أنه في المناطق التي لم يؤسس فيها السجل العقاري و لم تتم فيها عملية مسح الأراضي، فإن التقادم يعتبر سببا من أسباب اكتساب الملكية العقارية و ضرورة تفتيتها مصلحة الجماعة.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ، قامت العديد من التشريعات بالتأكيد عليه من بينها التشريع الجزائري وذلك من خلال المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في: 21-05-1983 الذي يحدد إجراءات التقادم المكسب و إعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية والذي تم إلغائه بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في: 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، فلا يسري التقادم في مواجهة صاحب الحق العيني المقيد في السجل، لأن كل ما هو ممدون بالسجل هو عين الحقيقة و بالتالي يصبح المالك في مأمن من أي تعد صادر من الغير.

ثالثا: تقييم نظام الشهر العيني

يكاد يجمع الفقه على أن نظام الشهر العيني يضمن إستقرار الملكية العقارية الخاصة و تسلسلها بما يحقق الحفاظ على المعاملات العقارية و يعززها، و الملاحظ على الرغم من محاسنه فله مساوئ.

1- محاسن نظام الشهر العيني

يمكن حصر المحاسن أو المزايا التي يمتاز بها هذا النظام في النقاط التالي بيانها:

¹ - لحسين الشيخ آت ملويا، المنتقى في عقد البيع، ط 02، دار هومة، س 2006، ص 254.

- إن هذا النظام يوفر الحماية للمتعاملين على اعتبار أن أساس نظام الشهر العيني هو القوة المطلقة للشهر بالنسبة للغير، ويقتضي هذا أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير، كما أن الشهر يظهر العقد من العيوب التي كانت تشوبه، فلا يجوز الطعن فيه بالبطلان أو بأي سبب آخر حتى ولو كان التصرف الذي تم شهره في السجل العيني من غير مالك، فإن من شأن الشهر نقل الملكية نظرا للقوة المطلقة العائدة له.
- من مزايا هذا النظام ضبط حالة العقار واسم مالكة بصفة صحيحة على أسس وقواعد سليمة، متينة، تقضي باسناد الملك العقاري إلى مالكة الحقيقي وتمكن الدولة من إحكام مراقبتها على السوق العقارية وتحصيل الرسوم و فرض الضرائب على المالكين لفائدة الخزينة العمومية.
- لا يمكن الإدعاء بوجود الحق العيني العقاري إلا منذ تاريخ اشهاره لأن الإدعاءات على الملك كثيرة و متعددة ينشأ عنها عدة نزاعات، لذا فإن العمل بنظام الشهر العيني، هو الكفيل الوحيد الذي يخلص العقار من جميع الشوائب، واسناده إلى صاحبه الحقيقي. فالعقار يأخذ موقعا قانونيا بعد الإتمام من عملية مسح الأراضي بحيث يمنح بشأنه دفتر عقاري بعد تأسيس السجل العقاري على مستوى إدارة الشهر العقاري، و تكون البطاقة العقارية المعدة ناطقه الطبيعي كما تشير إليه المادة 19 من المرسوم 63-76 المؤرخ في: 25-03-1976 المعدل والمتمم والمتعلق بتأسيس السجل العقاري¹.

¹ - تنص المادة 19 على مايلي: « إن مجموعة البطاقات العقارية التي حدد مسكها بموجب المادة 13 من الأمر 74-75 المؤرخ في: 12-11-1975 و المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري تمثل - كما هو ناتج من الوثائق المنشورة - الناطق الطبيعي و كذلك الوضعية القانونية الحالية للعقارات. و هي تتضمن من جهة، المخططات التي تظهر النطاق الطبيعي للعقارات و من جهة أخرى بطاقات العقارات التي تبين الوضعية القانونية لهذا لأملاك.»

- إن البيانات الواردة بالسجل العقاري المؤسس بعد الإتمام من عملية المسح العام للأراضي، تعتبر حجة على ما تضمنه. وهي الحقيقة التي لا يكتنفها غموض أو شك، وعليه من يقدم على إبرام عقد مع صاحب الحق العيني يكون على يقين منذ البداية بأنه هو المالك الحقيقي وهو على علم بخلو العقار من الديون والتأمينات العينية العالقة به، فهو إذا لا يثير مشكلة المالك الحقيقي للعقار المتصرف فيه لتشابه الأسماء مثلا، كما هو قائم في نظام الشهر الشخصي، لأن التسجيل بإدارة الشهر العقاري في نظام الشهر العيني يأخذ معلوماته وبياناته مباشرة وأساسا من العقار ذاته، ويستحيل أن يثار مشكل التشابه في العقارات بسبب التلاصق أو الجوار، لأن كل عقار يحمل رقما معيناً، ويكون محل مخطط وصفي، وكذا تعيين دقيق نافي للجهالة كما تشير إليه المادة 66 من المرسوم 63-76 المذكور أعلاه¹.

- إن هذا النظام يعمل على استقرار الملكية العقارية الخاصة وبالتالي يعمل على تفعيل فكرة الائتمان العقاري على أرض الواقع، خصوصا وأن انتقال الملكية فيه لا يتم إلا بعد التحقق من

¹ - تنص المادة 66 على مايلي: « كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع و البلدية التي يقع فيها و تعيين (القسم و رقم المخطط و المكان المذكور) و ما يحتوي عليه من مسح أراضي.

إن العقد أو القرار، عندما يحقق أو يعاين قسمة في ملكية أرض ينتج عنها تغيير الحدود، يجب أن يعين العقار كما كان موجودا قبل التقسيم و كل عقار جديد ناتج عن هذا التقسيم ماعدا في حالة التجزئة المنحزة طبقا لتنظيم التعمير، و إن تأسيس حق إنتفاع أو حق ملكية للمباني و الغراس على جزء من الوحدة العقارية يعتبر كتغيير لحدود الملكية. و عندما لا يتم تحقيق أو معاينة تقسيم الملكية الأرض التي ينتج عنها تغيير في الحدود و لا يعين الأجزاء أو عدة أجزاء من العقار المبني على سبيل الملكية المشتركة، فإن العقد أو القرار القضائي يجب أن يشتمل في آن واحد على تعيين الأجزاء المذكورة وأجزاء مجموع العقار.

إن تعيين الجزء يتم طبقا لجدول وصفي للجزء أو عند الإقتضاء، طبقا لجدول معدل معد ضمن الشروط المحددة إما بموجب المادة 67 و إما بموجب المادة 68 و تم إشهاره مسبقا، وهذا التعيين يجب أن يشير إلى رقم قطعة الأرض التي يوجد بها الجزء و الحصة في ملكية الأرض الخاصة بهذه النقطة و ذلك مع مراعاة الإستثناءات المنصوص عليها في المادتين المذكورتين و المادة 70، لا تطبق أحكام هذه الفقرة عندما يكون العقد أو القرار القضائي يتعلق إمارة بإرتفاق و إما بحق إستعمال أو بسكن و إما بإيجار، و لا تطبق أيضا عندما ينتج عن العقد أو القرار إلغاء تقسيم العقار. و يجب أن تكتب نفس البيانات في كل جدول أو صورة أصلية أو نسخة مودعة قصد تنفيذ إجراء.»

الحررات المودعة ومدى صحتها وخلوها من أي عيب شكلي أو موضوعي، فهذا النظام يستدعي تعيينا دقيقا للعقار من حيث مساحته وحدوده وموقعه، الأمر الذي يسهل على الدولة تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة صحيحة، و متجانسة بما يضمن تنمية إقتصادها، كما أنه يحفز المتعاملين العقاريين للإقدام على الاقتراض والرهن العقاري.

- تجدر الإشارة إلى أن الملكية العقارية الخاصة وفقا لهذا النظام لا تنتقل ولا تتم إلا بالشهر و بناء على مستندات رسمية يحررها موظف عام أو ضابط عمومي مكلف بتحرير العقد، فالشهر هنا ليس شرط شكلي كشرط الرسمية وإنما هو إجراء قانوني لنقل الملكية العقارية، لكي يحتج بالتصرف بين الطرفين، وعلى الكافة لغير الذي ليس طرفا في العقد، ذلك أن العقد موجود وقائم، وملزم لطرفيه ومنشئ لكل الالتزامات، والحقوق الشخصية عدا حق الرقبة التي تبقى على ملك البائع حتى ولو سلم المشتري العقار إلى أن يتم شهر العقد بالمحافظة العقارية¹.

2- عيوب نظام الشهر العيني

من بين العيوب التي طرأت على هذا النظام يمكن حصرها فيما يلي:

- الأخذ بهذا النظام يستلزم مسحاً عاماً وشاملاً لعقارات البلد لتحديد العقارات وذاتيتها وبيان مساحتها وحدودها وتقسيمها إلى وحدات عقارية، وهو ما يتطلب توفير نفقات باهضة قد تدفع بالدولة إلى اللجوء إلى الإستدانة كما فعلت الجزائر التي إقتضت مبلغ 33 مليون دولار من البنك العالمي لتمويل العملية²، وكذا توفير رجال متخصصين في عملية المسح.

- إن عملية إنشاء البطاقات العقارية وتنظيمها وجمعها يتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة وهو ما زاد في تأخر تفعيل هذا النظام.

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 34-35.

² - سماعين شامة، الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ 1990، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، س 1999، ص 10، 39.

- يعاب على هذا النظام من جهة أخرى أنه قد تسبب في إهدار الحقوق ويمكن أن يكون وسيلة اغتصاب خاصة بالنسبة للقيد الأول بعد المسح بالنسبة للأراضي التي لم تكن لها عقود¹.

- ويرى البعض أن هذا النظام يؤدي إلى تفتيت الملكية من خلال تخصيص بطاقة عقارية أو عدة بطاقات عقارية لكل وحدة عقارية، وهو أمر صعب التطبيق في البلدان التي تتجزأ فيه الملكية إلى أجزاء كثيرة جدا، خاصة عن طريق الميراث الذي تترتب عنه قسمة العقارات الموروثة، حيث يصبح كل شخص أو عدة أشخاص يملكون أجزاء صغيرة جدا من العقار، الأمر الذي يعرقل في عملية إستغلالها.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظاما الشهر

إنّ فحص النصوص القانونية الواردة في الأمر 74-75 المؤرخ في: 12-11-1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذا المرسومين التنفيذيان له وهما المرسوم 76-62 المؤرخ في: 25-03-1976 والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، والرسوم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري يظهر لنا أن العبارات التي إستعملها المشرع تفيد بأنه أخذ بنظام الشهر العيني الذي يعتمد على المسح كأساس مادي والسجل العيني كأساس قانوني، فأعتمد المشرع على المسح من أجل تقسيم الأرض إلى وحدات عقارية، تلك الوحدات تخصص لها بطاقات عقارية من السجل العيني لتدوين كل التصرفات التي ترد عليها، وبيان مالكةا الحقيقي وكل ما لها وما عليها من أعباء. غير أن المشرع ووعيا منه بمدى صعوبة تجسيد نظام الشهر العيني على أرض الواقع نظرا لصعوبة عملية المسح التي تتطلب وسائل مادية وبشرية كبيرة، نص في المادة 27 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على مايلي: " إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد

¹ - عمر صدوق، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1982، ص 48.

مسح الأراضي، تفهرس بصفة إنتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم ". و بذلك نجد أن نظام الشهر العقاري في الجزائر يشمل في آن واحد نظام الشهر العيني كأصل عام ونظام الشهر الشخصي كاستثناء.

من خلال هذا الطرح نستشف من نظام الشهر العقاري في الجزائر الميزات التالية:

أولاً: الطابع العيني والشخصي

يتم الشهر العقاري في الجزائر باسم العقارات و يتألف السجل العقاري من عدد من البطاقات العقارية بحيث تخصص كل واحدة منها لعقار معين وتسمح بجمع مختلف الإجراءات المنصبة على هذا العقار، غير أنه و بصفة إنتقالية فإن العقود والقرارات القضائية المعروضة على الشهر في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الشخصي، أي أن الشهر يتم بإسم المالكين¹.

إذا يمكن لنا القول أن الجزائر عمدت بموجب الأمر 75-74 والمرسومان التنفيذيان له وهما المرسم رقم 76-62 و 76-63 المذكورين آنفا إلى تطبيق نظام الشهر العيني، و كمرحلة انتقالية ومؤقتة أخذت بنظام الشهر الشخصي في البلديات التي لم تمسحها بعد عمليات المسح والتي لم تنته بعد.

ثانياً: الطابع الإلزامي للشهر العقاري

تتوقف فعالية السند حتى بين الطرفين على الشهر العقاري ولا بد من الإشارة من جهة أخرى إلى أن الشهر العقاري ليس إلزاميا فقط بالنسبة لطرفي العقد بل يمتد إلى الموثقين وكذا السلطات الإدارية². ويجب أن يتم الشهر في أجل معين بإستثناء رهون والإمتيازات العقارية التي يكون فيها

¹ - هذا ما نصت عليه المادة 27 من الأمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

² - المواد 06 من الأمر المذكور أعلاه و المادة 793 من ق م الجزائري والمادة 90 من المرسوم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المعدل المتضمن تأسيس السجل العقاري.

الشهر إختياريا بمعنى أن الجزاء الوحيد على عدم التسجيل يتمثل في عدم قابليتها للإحتجاج بها¹. فالهدف الأساسي من الشهر هو تبيان الحالة القانونية والمادية للعقار حتى يتمكن الغير الذي يريد التعاقد بصده أو القيام باجراء حوله من الوقوف على حقيقة الوضعية والحقوق العائدة له والأعباء المترتبة عنه، هذا ما أكده المشرع في نصوص المواد 15 من الأمر 74-75: «كل حق للملكية وكل حق عيني يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية»، وكذا المادة 29 من القانون 90-25 المؤرخ في: 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري والتي نصت على مايلي: «يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري».

ثالثا: الطابع الإداري للشهر العقاري

تتولى الشهر العقاري مصلحة إدارية مسندة إدارتها لمحافظ عقاري، إذ يكلف المحافظون العقاريون زيادة على مسك السجل العقاري بالعمليات ذات الصلة بوعاء حقوق التسجيل وبوعاء الرسم العقاري مضطلعين بذلك بدور ضريبي، وعلى كل ليس للمحافظ العقاري أي دور قضائي، وكل ما يستطيع فعله هو التحقيق من هوية وأهلية الأطراف وكذا من قانونية الوثائق المشروطة لتمام الشهر².

إنه وكما سبق الإشارة ضمن فقرة مبادئ نظام الشهر العيني، قلنا بأنه يمتاز بمبدأ الشرعية، غير أن المشرع قد ضمن الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري بالمادة 23 التي تجعل الدولة مسئولة عن الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسته لمهامه، كما فتحت المادة 24 المجال للجوء أمام القضاء للطعن في قرارات

¹ - العتروس بشير، ترجمة أمقران عبد العزيز - الشهر العقاري في القانون الجزائري - م ق م ع، الإحتهاد القضائي غ ع، ج 1، س 2004، ص 18.

² - المادة 22 من الأمر 75-74 المؤرخ في: 12-11-1974 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري: « يحقق المحافظ في هوية و أهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات و كذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار. و سيحدد مرسوم كيفيات تطبيق هذه المادة ».

المحافظ العقاري، وبمقابل ذلك نص المشرع في المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 على إجازة الطعن في التصرفات التي تم شهرها، ومن هنا وجد تناقض وقع فيه المشرع يتعلق بوجود إشكالية في تطبيق المادة 23 المذكورة آنفاً ونص المادة 85 من المرسوم رقم 76-63.

ومن هذا المنطلق نقول بأن الدفتر العقاري صار على هذا النحو قراراً إدارياً بمفهوم القرار فقهاً وقضاءً لأنه تصرف إداري تم وفقاً للشكل الذي رسمه القانون، وهو صادر عن جهة إدارية هي المحافظة العقارية وبالإرادة المنفردة، ويحدث أثراً قانونياً.

فالمشرع اليوم أصبح على حتمية إلغاء إما المادة 23 من الأمر 75-74 والإبقاء على المادة 85 من المرسوم رقم: 76-63 أو العكس، والراجح حسب رأينا هو الفرضية الأولى وإن كانت تتعارض مع مقومات ومبادئ نظام الشهر العيني من حيث أن هذا الأخير يمتاز بالشرعية، غير أن الإدارة قد ترتكب أخطاءً، لا يمكن إستدراكها إلا عن طريق القضاء¹ وهو ما يتماشى مع مبدأ حماية الملكية العقارية الخاصة.

المطلب الثاني: إجراءات شهر حقوق الملكية العقارية الخاصة

إن نظام الشهر العقاري المعمول به في الجزائر كما قلنا سابقاً هو نظام الشهر العيني، والذي يتضمن إجراءات عملية يجب إتباعها من أجل إتمام الشهر وإعلام الغير بحدوث تصرفات عقارية مختلفة من إنشاء أو تعديل أو إنهاء لهذه الحقوق، ومن هنا كان لزوماً علينا التطرق إلى إجراءات تأسيس السجل العقاري باعتباره المحل الذي يتم فيه شهر التصرفات ويعتبر المرآة العاكسة للوضعية القانونية للعقارات وتداول الحقوق العينية خاصة أن المشرع قده أخذ به بموجب الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وإعتبره الأصل، فسوف نخص الفقرة

¹ - عمار بوضياف، الإختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية، ع خاص، اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية، منشورات المركز الجامعي، سوق أهراس، س 2004، ص 15-16-17.

التالية دراسة الإجراءات المتعلقة بتأسيس السجل العقاري كنقطة أولى، ثم نعرض على شروط عملية الشهر و في الأخير نتطرق إلى مراقبة الشروط المتعلقة بالأطراف والعقارات.

الفرع الأول: إجراءات تأسيس السجل العقاري:

إن هذه الإجراءات ومن خلال دراسة أحكام الامر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري في مجملها تشكل نوعين من الأعمال: أعمال مادية تتمثل في إجراء المسح و أخرى قانونية تتمثل في عمليتي الإيداع والترقيم.

أولاً: إعداد مسح الأراضي العام

تقوم السياسة العقارية الجزائرية على إيجاد نظام شهر عقاري عيني والذي يركز على مسح للأراضي، غير ان ضعف النتائج المحصل عليها في هذا الميدان بسبب المشاكل المتراكمة من الناحيتين التقنية والمادية، استلزم إعادة هيكلة القطاع المشرف على إنجاز هذه العملية وهذا بتزويده بالوسائل الضرورية من أجل الإسراع في وتيرة الانجاز وعلى هذا الأساس فان عملية المسح تتم أولاً بافتتاح عمليات المسح و إنشاء لجنة مكلفة ومتابعة ذلك ثم تجسيد عملية المسح ميدانياً.

1- إفتتاح عمليات المسح و إنشاء لجنة مكلفة بذلك

إنّ عملية المسح لأي بلدية تكون موضوع قرار من الوالي المختص إقليمياً، يحدد فيه على الخصوص تاريخ افتتاح عمليات المسح والتي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، و في مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك في الجرائد اليومية الوطنية، كما تبلغ نسخة من هذا القرار إلى السيد رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المعنية بهذا القرار، كما يتم إعلام الجمهور بهذه العمليات عن طريق لصق الإعلانات في مقر الدائرة والبلدية المعنية وكذا في البلديات المجاورة وذلك في أجل خمسة عشر يوماً قبل افتتاح هذه العمليات¹. وبعد صدور قرار الوالي الذي يحدد تاريخ إفتتاح عمليات المسح، يتم

¹ - هذا ما نصت عليه المواد 02 و 03 من المرسوم رقم: 76-62 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

مباشرة إنشاء لجنة لمسح الأراضي، وذلك من أجل وضع الحدود للبلديات المعنية بهذا القرار،
و تتكون هذه اللجنة من الأعضاء الآتي بيانهم:

- قاض من المحكمة التي توجد البلدية ضمن دائرة إختصاصها، رئيسا، يعينه رئيس المجلس
القضائي.

- رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله، نائبا للرئيس.

- ممثل للمصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة.

- ممثل للمصالح المحلية للأمولاك الوطنية.

- ممثل لوزارة الدفاع الوطني.

- ممثل لمصلحة التعمير في الولاية.

- موثق تعيينه الهيئة المخولة في المنظمة المهنية.

- المحافظ العقاري المختص إقليميا أو ممثله.

- المسؤول المحلي للوكالة الوطنية لمسح الأراضي أو ممثله.

تستكمل هذه اللجنة، حسب الحالة، بالأعضاء الآتي بيانهم:

أ/ بالنسبة للعمليات التي تنجز في مناطق تشمل مساحات ومواقع محمية:

- ممثل عن مديرية الثقافة في الولاية.

ب/ بالنسبة للعمليات التي تنجز خارج المناطق الحضرية:

- ممثل عن المصالح المحلية للفلاحة.

- ممثل عن المصالح المحلية للري.

يتولى العضو الممثل للوكالة الوطنية لمسح الاراضي مهام الكتابة للجنة¹.

¹- نص المادة 07 من المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في: 25-03-1976 المعدلة و المتممة بموجب المرسوم رقم: 92-

134 المؤرخ في: 07-04-1992، الجريدة الرسمية، العدد 26 المؤرخة في: 08-04-1992.

تكلف هذه اللجنة بجمع كل الوثائق والبيانات من أجل تسهيل إعداد الوثائق المساحية، كما تقوم بالتثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم، وفي حالة عدم وجود اتفاق، التوفيق فيما بينهم إذا أمكن ذلك، كما تعمل على البت بالاستناد إلى جميع الوثائق العقارية ولا سيما السندات و شهادات الملكية المسلمة على إثر عمليات المعاينة لحق الملكية المتممة في نطاق الثورة الزراعية، في جميع المنازعات التي لم يمكن تسويتها بالتراضي¹.

كما تجتمع هذه اللجنة بناء على طلب مسئول الولاية لمسح الأراضي، وبناء على دعوة من رئيسها، ويقوم كاتب اللجنة وهو العضو الممثل للوكالة الوطنية لمسح الأراضي بتحرير محضر مفصل عن مداوات هذه اللجنة والتي تتخذ قراراتها بأغلبية الأصوات، ويجب أن يكون على الأقل ثلثا أعضائها حاضرين، وفي حالة تساوي الأصوات يرجح صوت الرئيس وتنفذ قراراتها بموجب قرار من الوالي².

2- التجسيد الميداني لعملية المسح

إن التجسيد الميداني لعملية المسح العام للأراضي يبدأ أولاً بتحديد إقليم البلدية ثم بعد ذلك بتحديد العقارات الموجودة في نطاقها كمرحلة ثانية.

أ- تحديد إقليم البلدية

نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 05 من المرسوم رقم: 62-76 المذكور أعلاه: «ينبغي على البلديات أن تحدد محيط أقاليمها». وقبل الشروع في عملية التحديد تقدم جميع التوضيحات اللازمة والكافية من طرف الدولة والولايات والبلديات والمؤسسات والهيئات العمومية فيما يخص حدود ملكياتهم، كما تقدم كذلك جميع التوضيحات اللازمة من المالكين الخواص، ثم بعد ذلك يقوم الموظف التقني المكلف بعمليات مسح الأراضي التابع للوكالة الوطنية لمسح الأراضي على

¹ نص المادة 09 من المرسوم رقم: 62-76 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام.

² المواد 06 و 10 من المرسوم رقم: 62-76 المؤرخ في: 25-03-1976.

المستوى المحلي¹ بتحديد إقليم البلدية بواسطة معالم من حجر أو بواسطة علامات أخرى تكون مجسمة بكيفية دائمة وذلك بحضور رئيس المجلس الشعبي البلدي للبلدية المعنية ورؤساء المجالس الشعبية البلدية للبلديات المجاورة.

بوضع الحدود يقوم الموظف التقني المكلف بالعملية وفي نفس الوقت بتحرير محضر يصادق عليه كل من رئيس المجلس الشعبي للبلدية المعنية ورؤساء المجالس الشعبية للبلديات المجاورة و الجهات المعنية الأخرى، كما يصادق عليه التقني المكلف بالعملية والوالي أيضا. أما فيما يخص البلدية أو البلديات الواقعة على أطراف الولايات والتي لها حدود مع بلديات أخرى موجودة في ولايات أخرى، وكذا البلدية أو البلديات التي لها حدود مع دولة أجنبية، فإن محضر وضع الحدود يصادق عليه وزير الداخلية.

ب- تحديد العقارات الموجودة في إقليم البلدية

بعد تحديد إقليم البلدية، تقوم المصالح المكلفة بعملية المسح بفضل الصور الجوية والخرائط الموجودة لديها بتقسيم الإقليم البلدي إلى أقسام مساحية، تكون لحدودها طابع الثبات الكافي، حتى يسهل العمل الميداني المتمثل في تحديد العقارات الموجود داخل إقليم البلدية المعنية. وهنا يكون للمالكين دور في مساعدة المصالح التقنية من أجل إنجاز هذا العمل وهو ما نصت عليه المادة 06 الفقرة الثانية من المرسوم رقم: 76-62 المذكور أعلاه: « إن وضع الحدود للعقارات الأخرى يتم بمساعدة المالكين». وهنا ومن أجل أن تتم العملية بدقة وعدل و اتفاق بين الأطراف يجب إتباع الإجراءات التالية:

¹ - وفقا لنص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم: 89-234 المؤرخ في: 19-12-1989 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المعدلة و المتممة بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 92-63 المؤرخ في: 12-02-1992، و هنا تجدر الإشارة إلى أن عملية المسح كانت تقوم بها سابقا مفتشية أقسام مسح الأراضي التابعة للولاية و الأقسام التقنية لمسح الأراضي التابعة للإدارة المركزية في وزارة الاقتصاد، لكن ابتداءا من تاريخ صدور المرسوم التنفيذي رقم: 89-234 المذكور أعلاه، أصبحت من اختصاص الوكالة الوطنية لمسح الأراضي بعد أن أخذت صلاحيتها و حلت محلها بموجب المواد 30 إلى 34 من المرسوم التنفيذي رقم: 89-234 المذكور أعلاه.

- إستدعاء الأشخاص المعنيين، مالكيين أو حائزين.
 - التأكد من هوية المالكين والحائزين أو الممثلين لهم وذلك عن طريق إستظهار بطاقات تعريفهم أو كل وثيقة تبين ذلك.
 - التعرف على كل عقار محل مسح.
- بعد إجراء التحقيقات اللازمة، تبدأ عملية التحديد وبموجبها يتم قياس كل قطع الأراضي والملكيات، بالإضافة إلى تحديد نوع الاستعمال ونوعية التربة، وهي معلومات تقنية تخص قطع الأراضي والبنيات، كل هذا بحضور رئيس المجلس الشعبي البلدي أو ممثله والمالكين والحائزين المعنيين، وبمجرد الانتهاء من هذه العملية يجرى الموظف المكلف بالعملية محضر يصادق عليه رئيس المجلس الشعبي البلدي والمالكين والحائزين ويصادق عليه في الأخير التقني القائم بالعملية نفسه¹.
- إنّ هذه العملية تنتهي في الأخير بإنشاء سلسلة من الوثائق المخطوطة والبيانية: جدول الأقسام، جدول الحساب، سجل المسح، مخطط المسح والتي تحفظ نسخ منها بكل من:
- الوكالة الوطنية لمسح الأراضي، والتي هي ملزمة بالحفاظ وتحديد المعلومات المسجلة بها بصورة منتظمة.
 - مقر البلدية والتي تجعلها في متناول الجمهور.
 - المحافظة العقارية والتي هي ملزمة بإنشاء السجل العقاري ومطابقته مع مضمون وثائق مسح الأراضي.

ثانياً: الإيداع والترقيم

يتم عند اختتام عمليات مسح الأراضي في كل بلدية إيداع نسخ ثانية لجميع الوثائق الخاصة بمسح الأراضي لدى المصلحة المكلفة بمسك السجل العقاري²، وتتم معاينة هذا الإيداع بمحضر

¹ - مجلة ندوة القضاء العقاري، منشورات وزارة العدل، الجزائر، س 1995، ص 13 - 14.

² - هذا ما نصت عليه المادة 10 من الأمر 74-75 المؤرخ في: 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

تسليم محرر من طرف المحافظ العقاري، هذا المحضر يكون محل شهر خلال مدة أربعة أشهر¹، ويجب على المالكين والحائزين إيداع جدول محرر على نسختين حسب الحالة من قبل موثق أو سلطة إدارية مصحوب بالسندات والعقود المثبتة للملكية العقارات أو الحقوق العينية الأخرى الخاضعة للشهر².

بمجرد إستلام المحافظ العقاري وثائق مسح الأراضي، يقوم بترقيم العقارات المسوحة في السجل العقاري، ويعد هذا الترقيم نهائيا بالنسبة للعقارات التي تتوفر مالكوها على سندات، عقود أو على وثائق أخرى مقبولة في نظر التشريع المعمول به في مجال إثبات الملكية³، ويسلم للمالك العقاري بمناسبة الإجراء الأول دفتر عقاري يتضمن مجموعة البطاقات العقارية⁴، ويعد هذا الدفتر العقاري سند ملكيته⁵.

غير أن الترقيم يكون مؤقتا في حالتين:

الحالة الأولى وهي المشار إليها في المادة 13 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في: 25-03-1976 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم: 93-123 المؤرخ في 19-05-1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري يكون الترقيم مؤقتا وهذا لمدة أربعة أشهر بالنسبة للعقارات التي لا تتوفر مالكوها الظاهرون على السندات القانونية للملكية ولكنهم يمارسون حسب البيانات الواردة في وثائق المسح حيازة تسمح لهم مدتها باكتساب حق الملكية عن طريق التقادم المكسب، طبقا للمقتضيات القانونية المعمول بها في هذا المجال، ويصبح هذا الترقيم نهائيا عند انقضاء أجل أربعة

¹ - هذا ما نصت عليه المادة 9 من المرسوم رقم: 63-76 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

² - المادة 13 من الأمر 74-75 المؤرخ في: 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري.

³ - المادة 12 من المرسوم 63-76 المذكور أعلاه.

⁴ - المادة 46 من نفس المرسوم 63-76 المذكور أعلاه.

⁵ - المادة 19 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12 - 11 - 1975 المذكور أعلاه.

أشهر إذا لم يبلغ المحافظ العقاري بأي إعتراض على حق الملكية أو إذا تم سحب أو رفض الإعتراضات المقدمة.

الحالة الثانية وهي المشار إليها في المادة 14 من نفس المرسوم وهي حالة عدم وجود أي سند يثبت الملكية أو حتى الحيازة وفقا لقواعد التقادم المكسب، وعليه يعطي المحافظ العقاري ترقيما مؤقتا لمدة سنتين، وبإنتهاء المدة المذكورة وإذا لم يسجل أي اعتراض أو احتجاج يصبح الترقيم المؤقت نهائيا.

إنّ ما يترتب عن الترقيم النهائي ليس فقط جعل الحقوق المشهورة نافذة في حق الغير فقط، وإنما تجعلها كذلك سند ملكية، فالترقيم النهائي يكتسي قوه إثباتية كبيرة هي نفس القوة الإثباتية للعقد الرسمي ولا يمكن إعادة النظر فيه إلا عن طريق القضاء.

الفرع الثاني: شروط عملية الشهر

من أجل تنظيم محكم لعملية الشهر العقاري أوجد المشرع قاعدتين أساسيتين، إشرط توفرهما في جميع العقود والمحركات والوثائق الرسمية الخاضعة للشهر، تتمثل هاتين القاعدتين في: الشكل الرسمي للسندات المراد شهرها كشرط اول، وقاعدة الشهر المسبق كشرط ثاني.

أولا: الرسمية إلزامية في المحركات موضوع الشهر

من خلال نص المادة 61 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي نصت على: « كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي». نجد أن المشرع قد اشترط صفة الرسمية في جميع العقود والوثائق الخاضعة للشهر، ولم ينص على أي استثناء لهذا المبدأ، فكل عقد لا يستوفي صفة الرسمية يكون محل رفض الإيداع من قبل المحافظ العقاري لأن هذا المبدأ لا يعتبر مجرد إجراء شكلي بل هو في نفس درجة الشهر، ومن هنا لا بد من

الإشارة إلى أنه سبق لنا ضمن الفصل الأول من هذا الباب¹ دراسة السندات الرسمية التي يعرفها القانون الجزائري والمتمثلة في السندات التوثيقية والإدارية والقضائية.

ثانيا: قاعدة الشهر المسبق

تعتبر قاعدة الشهر المسبق للتصرفات والمعاملات القانونية المنصبة على العقارات من أهم الضمانات الأساسية لتسلسل انتقال الحقوق العقارية، كما أنها تمنع خلق روابط موازية لها من شأنها إحداث التباس وتشابك في انتقال الحقوق هذه القاعدة تعطي للشهر نوعا من التماسك والاستمرارية واللدان يسمحان بمتابعة تطور المعاملات العقارية ومصادرها بالإضافة إلى كونه يحمي صاحب الحق الجديد، ومن هنا لا بد من دراسة تعريف قاعدة الشهر المسبق كنقطة أولى، وكنقطة ثانية من الواجب علينا التطرق إلى دراسة الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة، والتي تم النص عليها في التشريع العقاري الجزائري.

1- تعريف قاعدة الشهر المسبق

نص المشرع في المادة 88 من المرسوم رقم: 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على مبدأ الشهر المسبق، حيث جاء في نص المادة المذكورة مايلي: « لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير.....» من خلال هذا النص يتضح أن عملية شهر أي عقد أو وثيقة أو محرر رسمي يتضمن تصرف وارد على عقار، يعتبر مستحيلا في نظر القانون في حالة غياب الشهر المسبق للعقد أو المحرر أو الوثيقة التي كانت سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه من المتصرف أو صاحب الحق الأخير، والمقصود بالشخص الأخير ذلك الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تشييته أو ترتيب حقوق عليه أو انقضاءه. بموجب الإجراء الذي طلب إجراء الشهر من أجله.

¹ - يراجع ما سبق ذكره في ص 24 و ما بعدها من هذه الرسالة.

الملاحظ هو أن هذا المبدأ يحمي المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك لمنع المتصرف السابق من التصرف في العقار أو التنازل عنه مرة أخرى وذلك ابتداء من تاريخ الشهر، وهذا ما نصت عليه المادة 88 الفقرة الأخيرة من المرسوم رقم: 63-76 المذكور أعلاه بنصها على مايلي: « إنه ابتداء من الإشهار المعطى للعقد أو القرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد، لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد صاحب السابق لهذا الحق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق عيني عقاري ». إذن نجد أن المشرع قد حرص على ضرورة توافر مبدأ الشهر المسبق وذلك حماية لحق المالك الجديد وضمان دوام العلاقة بين عمليات الشهر في مجموعة البطاقات العقارية وبالتالي ضمان استقرار الملكية العقارية والائتمان العقاري¹.

2- الاستثناءات الواردة على قاعدة الشهر المسبق

قاعدة الشهر المسبق وردت عليها استثناءات، فرضتها بعض الحالات والمشاكل التي عرفتھا الدولة بعد الإستقلال، ومع انتھاج الدولة نظام الشهر العيني، وفي انتظار تعميم عمليات المسح على كامل بلديات التراب الوطني، ونظرا لحالة الغموض التي عرفتھا الملكية العقارية أثناء الاحتلال الفرنسي والتي امتدت آثارها حتى بعد الاستقلال وإلى يومنا هذا²، تدخل المشرع وحاول إعادة تنظيم الملكية العقارية، ومن بين ما أورده من استثناءات على المبدأ ما ورد في المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، واستثناءات أخرى نص عليها المشرع في مختلف نصوص التشريعات العقارية.

¹ - محمد بوركي، التوثيق و الإشهار العقاري، ج 2، مجلة الموثق، ع 06، الجزائر، س 1999، ص 29.

² - محمد فاروق عبد الحميد، التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س 1988، ص 22.

أ- الاستثناءات الواردة في المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق

بتأسيس السجل العقاري

إن نص المادة 89 من المرسوم المذكور أعلاه المعدل والمتمم بالمرسوم رقم: 80-210 المؤرخ في: 13-09-1980 والمعدل كذلك بالمرسوم رقم: 93-123 تنص على مايلي: « تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971».

❖ الاستثناء المتعلق بالإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري

نظرا لل صعوبات الملحوظة بعد النتائج الأولية لعمليات المسح العام للأراضي المحدثة بموجب الأمر رقم 75-74 المؤرخ في: 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري والمرسوم التنفيذي له رقم: 76-62 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي، أين تبين في الكثير من البلديات أن عددا كبيرا من الوحدات العقارية¹ المحددة، مملوكة بدون وثائق وسندات قانونية، وهذا راجع إلى أن غالبية البيانات المتعلقة بالوحدات العقارية المدونة في وثائق المسح تتكون سواء من ممتلكات عائلية انتقلت إلى أصحابها عن طريق الإرث المتعاقب² أو ممتلكات تم الاستيلاء عليها بطرق عرفية، الأمر الذي يصعب تحديد المالكين

¹ عرف المشرع الوحدة العقارية في نص المادة 23 الفقرة الأخيرة من المرسوم رقم: 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري على النحو التالي: « الوحدة العقارية هي مجموع القطع المجاورة التي تشكل ملكية واحدة أو ملكية على الشيوع والمثقلة بنفس الحقوق والأعباء».

² على اعتبار أن انتقال الملكية العقارية عن طريق الميراث و الوصية بين الجزائريين لم يكن خاضعا لأحكام القانون المدني الفرنسي - قانون فارني - الصادر بتاريخ: 16-07-1873 وترك تنظيمها لأحكام القانون المحلي المتكون من الشريعة الإسلامية و بعض الأعراف لذا لم يكن لأصحاب هذه الملكيات سندات و عقود ملكية مثبتة للملكيتهم.

الشرعيين بصفة دقيقة. كما أن هناك عدد كبير من المالكين لا يودعون الجدول الوصفي للعقارات الذي يمكن المحافظ العقاري من الإدلاء برأيه بشكل مناسب الأمر الذي يجعل هذا الأخير يشهر الحقوق المتعلقة بالعقارات على أساس البيانات الموجودة في وثائق المسح المودعة لدى المحافظة العقارية، كما ان التطبيق الحرفي لهذا الإجراء يمكن أن يلحق ضررا بالمالكين الغائبين، لذا يلجأ المحافظ العقاري إلى الترقيم المؤقت على أساس البيانات الموجودة في وثائق المسح العام للأراضي وهذا الترقيم لا يصبح نهائيا إلا بعد انقضاء مدة سنتين من تاريخ الإمضاء على محاضر تسليم وثائق المسح¹.

❖ الاستثناء المتعلق بالعقود التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 01-01-1971

يتضح من خلال هذا الاستثناء أن جميع السندات التي لها تاريخ ثابت قبل: 01-01-1971 أي السندات التي قام أصحابها بتسجيلها أو تلك التي جاءت وفقا لما هو مقرر في نص المادة 328 من القانون المدني فإنها معفاة من من أحكام الفقرة الأولى من نص المادة 88 من المرسوم رقم: 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وبمفهوم المخالفة لهذا الاستثناء يمكن القول ان السندات العرفية التي لم تكتسب تاريخا ثابتا قبل: 01-01-1971 فإنه لا يمكن أن تعفى من مبدأ الشهر المسبق وبالتالي لا يمكن شهرها، وإذا أراد أصحابها إثبات حجيتها فما عليهم إلا اللجوء أمام القضاء.

ب- الاستثناءات المنصوص عليها في التشريعات العقارية الأخرى

من الإستثناءات الواردة أيضا على قاعدة الشهر المسبق، شهر عقود ملكية الأراضي المتنازل عنها في إطار حيازة الملكية العقارية الفلاحية المنصوص عليه في المادة الأولى من القانون رقم 83-18 المؤرخ في: 13-08-1983 المتعلق بجيازة الملكية العقارية الفلاحية، والمرسوم التنفيذي له

¹ - ميم بشير/قوادري علي، دور المحافظ العقاري في نظام السجل العقاري المؤسس بالأمر 75-74 المؤرخ في: 1975/11/12، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية، المعهد الوطني للمالية، القليعة، س 1995. ص 28-29.

رقم: 724-83 المؤرخ في: 10-12-1983 الذي يحدد كيفية تطبيق القانون 83-18 المذكور أعلاه، حيث يمكن للأفراد بواسطة وسائلهم الخاصة أو بواسطة مساهمات مالية من الدولة، القيام بعمليات استصلاح الأراضي التابعة للملكية العامة، والواقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة و كذا على الأراضي الأخرى غير المخصصة التابعة للملكية العامة، والممكن استخدامها للفلاحة بعد استصلاحها.

كما وردت الاستثناءات على قاعدة الشهر المسبق في القانون رقم: 90-25 المؤرخ في: 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري¹، أين لجأ المشرع إلى إنشاء شهادة الحياة بموجب المادة 39 والذي حث المواطنين الذين يجوزون أراضي لمدة سنة على الأقل في مناطق لم تشملها بعد عملية المسح الحصول على سند قانوني يبرر وضع يدهم على الأرض يسمى شهادة الحياة، تسلم لهم من طرف رئيس البلدية الواقع في دائرة اختصاصها العقار محل الطلب².

كما وردت استثناءات أخرى في القانون رقم 07-02 المؤرخ في: 27-02-2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والمرسوم التنفيذي له رقم: 08-147 المؤرخ في: 19-05-2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية وهو ما تضمنته المادة 20 من هذا المرسوم التنفيذي التي سمحت بشهر مقرر التقييم العقاري بالتأشير على مجموعة البطاقات العقارية المؤقتة والذي يشكل نقطة الانطلاق لحق الملكية التي يكرسها.

¹ - نص المادة 39 من قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم جاءت على النحو التالي: « يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في: 26-09-1975، بمارس في أراضي الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودها، ملكية مستمرة وغير منقطعة و هادئة و علانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة الحياة و هي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري، و ذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي ».

² - هذا ما نصت عليه المادة 40 من قانون التوجيه العقاري المعدل و المتمم التي قضت بما يلي: « يسلم شهادة الحياة رئيس المجلس الشعبي البلدي بناء على طلب الحائز أو الحائزين طبقا لكيفيات تحدد عن طريق التنظيم »، لهذا صدر المرسوم التنفيذي رقم: 91-254 المؤرخ في: 27-07-1991 المتضمن كيفية إعداد شهادة الحياة و تسليمها.

الفرع الثالث: مراقبة الشروط المتعلقة بالأطراف والعقارات

إن إيداع الوثائق العقارية قصد شهرها يهدف إلى نقل الحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو ترتيب حقوق عليها، ومن أجل أن تنتقل هذه الحقوق لا بد أن يكون التصرف صادرا عن المالك الحقيقي ومشتملا على كل المعلومات المتعلقة بأطراف التصرف والعقار محل التصرف وهذا حتى تتم إجراءات الشهر بطريقة سليمة ومضمونة.

أولاً: التحقيق في هوية الأطراف

بالرجوع إلى نص المادة 22 من الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، فإنها نصت على مايلي: « يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار وسيحدد مرسوم كفاءات تطبيق هذه المادة ». نستنتج من هذه المادة ان المشرع قد منح للمحافظ العقاري من أجل ضمان دقة البطاقات العقارية السلطة الكاملة في التحقيق في هوية وأهليته الاطراف الموجودين في العقد محل الشهر، وأنها أحالت كيفية تطبيق هذه المادة إلى المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الذي أكد على ضرورة تعيين هوية الأطراف تعيينا دقيقا في العقود والوثائق الخاضعة للشهر وإلا تم رفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري، كذلك أكد على ضرورة التصديق عليها من طرفهم أو من طرف أشخاص آخرين مؤهلين لذلك حسب التشريع المعمول به في هذا المجال.

ثانياً: التحديد الدقيق للعقارات

بات من الضروري وفقا لنظام الشهر العيني الذي يعتمد على العقار أساسا لشهر التصرفات العقارية، إقرار طرق صارمة وواضحة لتعيين العقار، حتى تضفي قوة ثبوت مطلقة للتسجيلات الواردة في السجل العقاري وكذلك ضمان وجود وثائق ومستندات عقارية جد دقيقة وأكيدة تسمح لذوي المصلحة بالتعرف على وضعية الذمة المالية لشخص ما وكذا الوضعية القانونية لعقار ما بصفة سريعة وأكيدة. هذا ما تضمنته نصوص المواد من 21 إلى 27 وكذا المواد من 66 إلى

71 والمادة 114 من المرسوم التنفيذي رقم: 76-63 المؤرخ في: 25-03-1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري والمعدل بالمرسوم رقم 93-123 المذكور آنفا والتي أكدت على جميع البيانات و المعلومات التي يجب ذكرها في الوثائق محل الشهر المرتبطة أساسا بتعيين العقارات، حيث تعتبر هذه البيانات الخاصة بكل عقار ضرورة لتمييزه عن باقي العقارات وتسمح بتعيينه تعيينا دقيقا، كما يتم على أساسها التأشير على البطاقات العقارية وإعطاء المعلومات من طرف المحافظ العقاري.

المطلب الثالث: دور المحافظة العقارية في إجراءات الشهر العقاري

سعيًا منه لضمان تطبيق قواعد الشهر العقاري استحدثت المشرع مصلحة عمومية، تخضع لقواعد وشروط قانونية، وظيفتها تحقيق أهداف الشهر العقاري، وعليه وجب التطرق إلى المحافظة العقارية في هذا المطلب من أجل تحديد طبيعتها وتحديد المهام الموكلة إليها.

الفرع الأول: تعريف المحافظة العقارية وأساسها القانوني

مختلف التشريعات اختلفت في تحديد الجهة المكلفة بعملية الإشهار العقاري، وكان موقف المشرع الجزائري في إسناد هذه المهمة إلى هيئة إدارية يطلق عليها المحافظة العقارية، التي تعتبر الدعامة الأساسية في ضبط واستقرار الملكيات العقارية والحقوق العينية المتعلقة بها.

أولا: تعريف المحافظة العقارية

بالرجوع إلى أحكام الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 76-63 المعدل والمتمم رقم: 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، نجد أن المشرع قد أسند مهمة الشهر العقاري لهيئة إدارية تسمى بالمحافظة العقارية، لكنه لم يأت بأي تعريف خاص بها، تاركًا ذلك للفقهاء، ولقد عرفها البعض بأنها: هيئة إدارية عمومية تزاوّل مهامها

تحت وصاية وزير المالية يسيرها محافظ عقاري¹، كما عرف البعض الآخر بأنها مصلحة إدارية مسندة إدارتها لمحافظ عقاري²، في حين يرى البعض بأنها مصلحة عمومية وظيفتها الأصلية تتمثل في حفظ العقود ومختلف المحررات الخاضعة للشهر المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل حق من حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى سواء كانت أصلية أو تبعية، وذلك بعد شهرها وقيدتها في مجموعة البطاقات العقارية، وتعرف كذلك باسم محافظة الرهون³. كما يمكن القول أنها مصلحة إدارية مكلفة بمسك السجل العقاري، يشرف عليها محافظ عقاري تابع لوزارة المالية⁴.

مما سبق يمكن إعطاء تعريف للمحافظة العقارية على أنها إدارة خاضعة لوزارة المالية، يسيرها موظف، يسند لها شهر التصرفات العقارية، ووثائق المسح العقاري لإنشاء السجل العقاري.

ثانيا: الأساس القانوني للمحافظة العقارية

بصدور الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تم تأسيس هيئة إدارية سميت بالمحافظة العقارية يسيرها محافظ عقاري يكلف بمسك السجل العقاري⁵، وتم تأكيد ذات الروح في المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁶، وأسند لهذه الهيئة دور رئيسي يتمثل في التحديد والعمل على معرفة طرق الملكية والحقوق العينية الأخرى الموجودة على العقارات عن طريق الإشهار

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 70.

² - العتروس بشير ترجمة مقران عبد العزيز، الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 18.

³ - رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - محمد بوركي، التوثيق و الإشهار العقاري، المرجع السابق، ص 28-29.

⁵ - المادة 20 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري نصت على مايلي: « تحدث محافظات عقارية يسيرها محافظون عقاريون مكلفون بمسك السجل العقاري و إتمام الإجراءات المتعلقة بالإشهار العقاري و ذلك من أجل الشروع في نظام الإشهار الجديد المؤسس بموجب هذا الأمر ».

⁶ - نصت المادة الأولى من هذا المرسوم على مايلي: « تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية، محافظة عقارية، يسيرها محافظ عقاري ».

العقاري¹، فعلى مستوى البلديات ينشأ مكتب محافظة عقارية². ويتم إيداع وثائق مسح الأراضي على مستوى المحافظات لشهرها³، وتمكين المالك من الدفتر العقاري بعد إيداع لجدول الإجراء الأول للإشهار⁴.

على اعتبار ان المحافظات العقارية هي هيئات إدارية تابعة للمديرية العامة للأموال الوطنية، تزاوّل نشاطها تحت وصاية وزير المالية، وهو ما أكدّه المرسوم التنفيذي رقم 95-54 المؤرخ في: 15-02-1995 المنشور في الجريدة الرسمية تحت رقم العدد: 15 المؤرخة في: 19-03-1995 والمحدد لصلاحيات وزير المالية وكذا المرسوم التنفيذي رقم 95-55 المؤرخ في: 15-02-1995 الصادر في الجريدة الرسمية لنفس العدد والتاريخ والمتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ولقد أبقت الدولة إسناد مهمة التنظيم العقاري وإدارته لوزارة المالية وذلك من خلال المرسوم التنفيذي رقم: 07-364 المؤرخ في: 28-11-2007 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية الذي ألغى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 95-55، أين أتبع المديرية العامة للأموال الوطنية بأربعة مديريات منها مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي وتم تكليفها بتنفيذ النشاطات المتعلقة بسمح الأراضي العام والسجل العقاري والإشهار العقاري، كما تعمل على السهر على تنظيم و تنسيق معالجة قضايا المنازعات المتعلقة بالأموال الوطنية.

¹ - المادة 02 من المرسوم المذكور اعلاه تنص: « إن الدور الرئيسي للمحافظات العقارية المشار إليها في المادة الأولى أعلاه، هو التحديد و العمل على معرفة طرق الملكية و الحقوق العينية الأخرى الموجودة على العقارات، عن طريق الإشهار العقاري...».

² - المادة 04 الفقرة الأولى من نفس المرسوم رقم 76-63 نصت على مايلي: « تقسم المحافظة العقارية إلى مكاتب محافظة في كل بلدية».

³ - المادة 8 من المرسوم رقم 93-123 المؤرخ في: 19-05-1993 المعدل و المتمم للمرسوم رقم: 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري نصت على: «تودع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظة العقارية و ذلك من أجل تحديد حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى و شهرها في السجل العقاري، و يتم هذا الإيداع عند إنتهاء من عمليات مسح الأراضي لكل قسم أو مجموعة أقسام البلدية المعنية...».

⁴ - و هو ما جاء في نص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم: 76-63 المشار إليه أعلاه.

الفرع الثاني: مهام المحافظة العقارية

أعطى المشرع عدة مهام للمحافظة العقارية ذكرها في الأمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا المرسوم التنفيذي رقم: 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ويمكن القول أن كل هذه المهام الهدف منها هو حماية الملكية العقارية الخاصة وتحقيق الإئتمان العقاري، وقد أنيطت هذه المهام بالمحافظ العقاري لممارستها وفقا لإجراءات قانونية دقيقة، وذلك بعد إجراء عملية المسح، ويمكن القول أن أبرز المهام المذكورة في هذه القوانين تتلخص في:

أولاً- مسك السجل العقاري وثانياً- تسليم الدفتر العقاري.

أولاً: مسك السجل العقاري

كلف المشرع في المادة 20 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المحافظ العقاري بمسك السجل العقاري، المتكون من مجموعة البطاقات العقارية طبقاً لنص المادة 12 من نفس الأمر، وذات الروح نجدها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم: 76-63 المعدل والمتمم والمتعلق تأسيس السجل العقاري، فالبطاقات العقارية تحدث على مستوى المحافظة العقارية وتختلف هذه البطاقات على النحو الآتي بيانه:

1- بطاقة عقارية شخصية

وترتبط بنظام الشهر الشخصي، وتكون في البلديات التي لم يتم فيها إعداد مسح عام للأراضي، وتمسك بصفة مؤقتة إلى حين إتمام عملية المسح¹.

¹ - محمد بغدادي، المنازعات العقارية المتعلقة بأموال الدولة، أملاك الخواص، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، زوالدة، س 1993، ص 110.

2- بطاقة عقارية لقطع الأراضي

ونصت عليها المواد 22-23-24 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وتنشأ بالنسبة لكل وحدة عقارية واقعة في إقليم بلدية تم فيها مسح عام للأراضي.

3- بطاقة عقارية حضرية

نص عليها المشرع في المواد 21-27 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المذكور أعلاه حيث تخصص للعقارات الحضرية المبنية والغير مبنية، ويتم التعرف على العقار الحضري عن طريق الإشارة إلى الشارع أو الرقم، وتعد هذه البطاقات حتى في حالة عدم وجود مسح. وتكون البطاقة حضرية:

أ - بطاقة عامة للعقار

وردت في المادة 28 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المعدل والمتمم، وتعد بالنسبة للعقار المبنى المستعمل إستعمالا جماعيا يشمل أو لا يشمل أجزاء مشتركة.

ب- بطاقة الملكية المشتركة

ونصت عليها المادة 28 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المعدل والمتمم وتنشأ بالنسبة للعقار المبنى ككل وتضم كل شكلياته¹.

أما عملية ترتيب هذه البطاقات فلا بد ان تتم بشكل منظم، وذلك لتسهيل عملية البحث، فالبطاقات الخاصة بالأشخاص الطبيعيين تدرج ضمن مجموعة معينة وحسب الترتيب الأبجدي، أما الأشخاص الاعتبارية فترتب ضمن مجموعة معينة متميزة حسب الترتيب العددي لهذه البطاقات.

¹ - بسكري أنيسة، تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، البلدة، س 2001، ص 50، 55.

ثانيا: تسليم الدفتر العقاري

بعد إتمام القيد الأول على إثر الإنتهاء من عملية المسح العقاري، يسلم للملاك المكرسة حقوقهم بصفة نهائية ما يسمى بالدفتر العقاري¹ والذي يحتوي على المعلومات المتعلقة بالعقار، وتسجل عليه كل العمليات اللاحقة المنصبة عليه، بما فيها من حقوق وأعباء تثقل العقار². فالدفتر العقاري سند يسلم للمالك، عندما يصبح حقه على العقار أكيد، بمناسبة إنشاء البطاقة العقارية الخاصة بالعقار³.

¹ - حمدي باشا عمر/ زروقي ليلي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 52.

² - العتروس بشير ترجمة مقران عبد العزيز، الشهر العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 21.

³ - بسكري أنيسة، تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 06.

الباب الثاني:

الآليات القضائية لحماية

حق الملكية العقارية الخاصة

بعد الانتهاء من دراسة الباب الأول الخاص بالشروط التشريعية الخاصة بحق الملكية العقارية الخاصة، أتعرض ضمن الباب الثاني من هذه الرسالة إلى الآليات القضائية التي أقرها المشرع الجزائري في سبيل حماية هذا الحق من خلال تحديد دور القضاء.

في هذا الإطار، يمكن القول أن المالك حتى يتسنى له التمتع بملكيته العقارية الخاصة و المحافظة عليها، لا بد أن توفر له كل الضمانات اللازمة لحقه من كل اعتداء أو تعرض أو تهديد من طرف الغير، سواء كانوا أفراداً أو إدارة، وهنا تكون مسألة حماية الملكية العقارية الخاصة وطريقة استغلال هذا الحق تشكل مسألة حيوية و قضية جوهرية.

لذا وجدت هناك ترسانة من القوانين التي تضمنت أحكاماً تفصيلية لهذه الحماية، بدءاً بالدستور مروراً بكل من القانون المدني و القانون العقاري و القانون الإداري، بل وحتى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الذي ساهم بقسط كبير في تقرير هذه الحماية من الناحية الإجرائية.

فالملكية المجردة من الحماية، لا يكون لها سوى وجود مادي دون الوجود القانوني، وعليه فإن القضاء بمختلف جهاته، يعتبر كآلية للحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة و لا بد عليه أن يؤدي الدور المنوط به في بسط حماية حق الملكية العقارية الخاصة من كل أشكال التعدي.

من خلال هذا، سأحاول الوقوف على الإجابة عن الإشكالية المطروحة بخصوص المدى الذي وصل إليه المشرع في توفير الحماية الكافية لحق الملكية العقارية الخاصة متى كان محل تعدي من طرف الغير، سواء كانوا أفراداً أو إدارة؟ و هل القضاء كفيل بضمان هذه الحماية؟

من هنا سأتناول دراسة الدور الذي يؤديه القضاء العادي من خلال جهات القضاء المدني في توفير الحماية القانونية لهذا الحق عن طريق مختلف الدعاوى، كفصل أول، ثم نخرج على مدى تجسيد هذه الحماية من قبل جهات القضاء الإداري، خصوصاً أن الإدارة كشخص معنوي عام، قد تلجأ إلى بعض الوسائل والإجراءات التي من شأنها الحد من حق الملكية العقارية الخاصة، و هذا كفصل ثاني.

الفصل الأول:

دور القضاء المدني في حماية

حق الملكية العقارية الخاصة

إن المبدأ العام المتعلق بضمان حماية الملكية العقارية الخاصة و الذي تضمنه الدستور، تناوله بإسهاب قانون التوجيه العقاري.

في هذا الإطار تم تحديد مفهوم الملكية العقارية الخاصة على أنها حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقا لطبيعتها أو غرضها.

غير أن شرط الحماية القانونية للملكية العقارية الخاصة من الناحية المدنية هو وجوب الاستظهار بالسند الرسمي المشهر بالمحافظة العقارية.

إن المشكل الذي تعاني منه بلادنا راجع لأسباب تاريخية بالدرجة الأولى، على اعتبار أن العديد من الممتلكات العقارية تفتقد إلى سندات ملكية و مخططات، و في هذا الإطار و من أجل رفع العراقيل المرتبطة بعدم وجود سندات ملكية في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي، تدخل المشرع بنصين على الصعيد التطبيقي:

النص الأول: ما جاء في المادة 39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 12/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري و التي جاء فيها ما يلي: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر 75-58 المؤرخ في: 26/09/1975 يمارس في أراضي الملكية الخاصة، التي لم تحرر عقودها، ملكية مستمرة و غير منقطعة و هادئة و علانية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى - شهادة حيازة- و هي تخضع لشكليات التسجيل و الإشهار العقاري، و ذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي. و يبق تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعا للقانون الخاص المعلن عنه في المادة 64 أدانه." وكذا المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27/07/1991 الذي جاء تطبيقا للمادة 39 المذكورة أعلاه و المتضمن كيفية إعداد شهادة الحيازة و تسليمها، و بالتالي فان لكل شخص يجوز في أراضي الملكية الخاصة التي ليست لها عقود، لمدة سنة على الأقل، بصفة هادئة، علنية و مستمرة أن يحصل على سند حيازي يسمى

"شهادة الحيازة" و يتم تسليم هذه الشهادة من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي وهذا حسب إجراءات و شروط محددة في المرسوم التنفيذي.

النص الثاني: يتعلق بالقانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري و الذي سمحت المادة 4 لكل شخص طبيعي أو معنوي، يمارس حيازة على عقار سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر، أو يجوز سند ملكية كما هو مبين في المادة 2 أعلاه، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعينة حق ملكيته و تسليمه سند ملكية.

إن هذه الترسانة من القوانين التي سنها المشرع لحماية حق الملكية العقارية الخاصة، يجب أن يقابلها ردع لكل شخص يعتدي عليها بالغصب أو التعرض أو نحوهما، وعليه لابد علينا التطرق إلى مختلف أنواع دعاوى الملكية كمبحث أول، ثم نخص المبحث الثاني لدعوى الحيازة وأهميتها في حماية حق الملكية العقارية الخاصة.

المبحث الأول: مدى فعالية دعاوى الملكية في حماية حق الملكية العقارية الخاصة

لقد أقر المشرع أنواعا من الدعاوى المدنية يتم من خلالها المطالبة بحق الملكية العقارية الخاصة إذا تم اغتصابه من طرف الغير، أو اتخاذ إجراءات من شأنها أن تقوم على حمايته خوفا من التعدي عليه.

فيكون رفع هذه الدعاوى و قبولها مشروط بطبيعة الفعل أو التصرف غير المشروع الذي أدى إلى اغتصاب هذا الحق بحيث أن لكل دعوى مجالها الذي تختص به.

و عليه تحمي حق الملكية العقارية الخاصة ثلاث دعاوى سنتناولها على الترتيب التالي: المطلب الأول نخصه لدعوى الاستحقاق و المطلب الثاني نتناول من خلاله دعوى منع التعرض، و نخلص في الأخير إلى دعوى وقف الأعمال الجديدة كمطلب ثالث.

المطلب الأول: دعوى الاستحقاق

دعوى الاستحقاق تعتبر أهم دعوى قضائية مقررة لحماية حق الملكية العقارية الخاصة، وهي تقوم على أساس المطالبة بحق الملكية المغتصب من قبل المالك الذي يتوجب عليه إثبات ملكيته للعقار محل التعدي، و عليه لا بد من دراسة هذه الدعوى من عدة جوانب تتعلق بالمفهوم الخاص بها و الأحكام التي تخصها سواء من الناحية الموضوعية أو الإجرائية.

الفرع الأول: ماهية دعوى الاستحقاق

من أجل الوقوف على تحديد المقصود من هذه الدعوى، يتوجب علينا دراسة العناصر التالية:

أولاً: محل و أطراف دعوى الاستحقاق

ترفع دعوى الاستحقاق في حالة وجود منازع للمالك في ملكيته، فيقيم هذه الدعوى من أجل المطالبة بتثبيت ملكيته على العقار محل المطالبة القضائية، إذن دعوى الاستحقاق يرفعها المالك من أجل المطالبة بملكته التي تكون تحت يد الغير، و هي لا تسقط بالمدة أي بالتقادم¹.

1- محل دعوى الاستحقاق

يتضح مما سبق أن محل دعوى الاستحقاق هو المطالبة بملكية عقار واقع تحت يد الغير من طرف مدعي مالك لهذا الحق.

وهي ترفع من طرف صاحب حق الملكية أمام القضاء كلما نازعه شخص آخر في ملكيته لهذا العقار، فتحرك هذه الدعوى من أجل المطالبة بملكية العقار أي من أجل المطالبة بتثبيت ملكية المدعي للعقار.

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 77.

ومن هنا نجد أن هذا الإجراء القضائي يهدف إلى حماية حق الملكية العقارية الخاصة من خطر السلب و التعدي عليه بغير إرادة مالكة، و قد يقع التعدي على كامل العقار أو جزء منه، على أن يكون من شأنه منع المالك من السيطرة على كامل عقاره دون أن يصطدم بعقبة دائمة¹.

2- أطراف دعوى الاستحقاق

في دعوى الاستحقاق المدعي هو من يطالب بملكيته للعقار الذي يكون بحوزة شخص آخر قد استولى عليه دون رضاه، فالمالك لا يطالب بملكية العقار و هو تحت سيطرته، و إنما يطالب به إذا خرج من يده و أصبح بحوزة شخص آخر. فعندئذ يرفع المدعي بحق الملكية على الحائز دعوى الاستحقاق مطالباً بالملكية و رد العقار إليه.

فعادة ما يكون المدعى عليه في هذه الدعوى هو الحائز للعقار، فالمدعى عليه يستولي على عقار ملكا لغيره علنا أو خلسة دون علم المالك، فيكفي أن يكون هذا العمل غير مشروع من الناحية المدنية، و يستوي في ذلك أن يكون المدعى عليه الذي ارتكب هذا الفعل العدواني سيء أو حسن النية².

ثانيا: خصائص دعوى الاستحقاق

تتميز دعوى الاستحقاق عن غيرها من الدعاوى في كون أنها دعوى عينية أولا، ثم أنها دعوى لا تسقط بالتقادم، أي أنها ترفع في أي وقت يرى من يدعي ملكية عقار رفعها فيه، فليس لها أجل محدد تزول بانقضائه.

وعليه سنتناول هذه الخصائص بالتفصيل من خلال الجزئيتين التاليتين:

¹ - إدوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، ج 1، مجلد 2، ط 2، س 1993، ص 460.
² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، المرجع السابق، ص 593-594.

1- دعوى الاستحقاق دعوى عينية

تعتبر هذه الدعوى و تصنف على أنها دعوى عينية لأن صاحبها يطالب بحق الملكية على العقار موضوع النزاع، ذلك لأن حق الملكية هو حق عيني أصلي، و بالتالي فإن هذا الأجراء لا يمارس من أجل المطالبة بحق شخصي.

فالمؤجر إذا رفع دعوى على المستأجر من أجل رد العين المؤجرة، أو المعير الذي يرفع دعوى على المستعير من أجل رد العقار المعار، لا يرفعان دعوى استحقاق، و إنما يرفعان دعوى قائمة على التزامات نشأت عن عقود الإيجار أو العارية، فهما ليسا بحاجة لإثبات الملكية العقارية الخاصة، بل كل ما يطالب به منهما هو إثبات العقد الذي أنشأ التزاما برد الشيء¹.

إن دعوى الاستحقاق تطلق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي برد الملكية لا الحيازة، إذ أن هذه الأخيرة لها تسميتها الخاصة و هي دعوى الحيازة و التي سنتناولها بالتفصيل ضمن المبحث الثاني من هذا الفصل، كما لا تطلق دعوى الاستحقاق على الدعوى العينية التي يطالب فيها المدعي بحق عيني آخر غير حق الملكية، كحق الانتفاع أو حق الارتفاق، فهذه الدعوى الأخيرة هي دعوى الإقرار بحق عيني، و إذا رفعها المالك على من يتمسك بحق عيني على ملكه تكون دعوى الإنكار بحق عيني، و هي في الحالتين ليست بدعوى الاستحقاق لأن محل الدعوى هو حق عيني آخر غير الملكية².

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، المرجع السابق، ص592.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، المرجع السابق، ص593.

2- دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم

إذا كانت الحقوق العينية تزول بعدم استعمالها لمدة معينة، وكانت الحقوق الشخصية تزول هي أيضا بالتقادم المسقط، فإن حق الملكية باعتباره حق عيني أصلي لا يزول بعدم الاستعمال دون غيره من الحقوق، و بالتالي فإن دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم، فمهما طالت المدة التي يخرج فيها العقار من حيازة مالكه فإنه لا يفقد ملكيته بعدم الاستعمال، ويستطيع أن يرفع دعوى الاستحقاق بعد أكثر من خمسة عشرة سنة.

غير أن العائق الوحيد الذي يمكن أن يواجهه رافع دعوى الاستحقاق هو خروج العقار من يد المالك، و اكتساب شخص آخر هذا العقار بالتقادم، فتخرج الملكية من يد المالك الأصلي وتصير بيد المالك الجديد، فلا يستطيع المالك الأصلي رفع دعوى الاستحقاق، ليس لأنه فقد حق الملكية بعدم الاستعمال، لأن هذا الأخير كما سبق الذكر هو حق عيني لا يزول بعدم الاستعمال، وإنما فقد حقه لان شخصا آخر اكتسبه بالتقادم¹.

الفرع الثاني: إثبات حق الملكية العقارية الخاصة في دعوى الاستحقاق

إن أشق مسألة في دعوى الاستحقاق هي مسألة إثبات حق الملكية العقارية الخاصة، ذلك لان مسألة إثبات الحق تتصل بمدى قبول أو رفض الدعوى والتي يقع عبئها على عاتق المدعي، ووجه المشقة في هذه المسألة هو أن الملكية حق شامل جامع مانع كما سبق القول، و هو نافذ اتجاه الناس كافة، و لا يعرف القانون سندا يثبت الملكية إثباتا مباشرا حاسما على هذا النحو إلا عن طريق السجل العيني، فمجرد تسجيل العقار باسم شخص معين في هذا السجل دليل قاطع على ملكية هذا الشخص للعقار بالنسبة إلى الكافة.

¹ - التقادم المكسب هو طريق للإثبات ذو دلالة يقينية قاطعة في ثبوت الملكية، فمتى أثبت المدعي أنه حاز العقار مدة 15 سنة متوالية دون انقطاع و إن حيازته استوفت جميع شروطها، فيصبح مالكا لهذا العقار بالتقادم و يعتبر هذا دليلا قاطعا على ملكيته و هو حجة على الناس كافة بما في ذلك المالك الأصلي، في هذا المجال أنظر: عمر زودة، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الملكية، م ق م ع، ع 4، س 1992، ص 273.

وتختلف وسائل إثبات حق الملكية العقارية الخاصة بحسب نظام الشهر العقاري المتبع، فالإثبات في نظام الشهر الشخصي هو أسهل مما هو عليه في نظام الشهر العيني، وعلى هذا الأساس سنحاول تبيان طرق الإثبات في كلا النظامين من خلال النقاط التالية.

أولاً: طرق الإثبات في نظام الشهر الشخصي:

كما هو معلوم فإن طرق إثبات حق الملكية العقارية الخاصة في هذا النظام يعتمد على طرق إثبات ذات دلالة يقينية وأخرى ذات دلالة ظنية وهي على النحو الآتي بيانه:

1 - طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية

يمكن حصر هذه الطرق في حالتين:

الحالة الأولى: المحررات الرسمية والعرفية الثابتة التاريخ

كما أفردنا القول سابقاً في الباب الأول من هذه الرسالة، بأنه إضافة إلى المحررات الرسمية فإن المشرع الجزائري يعترف بالمحررات العرفية المتعلقة بحق الملكية العقارية الخاصة ذات التاريخ الثابت قبل الفاتح جانفي 1971،¹ فقد اعتبرها بمثابة محررات ذات دلالة يقينية على صحة التصرف المدون فيها إلى حين الطعن فيها بالتزوير.

الحالة الثانية: التقادم المكسب

فالتقادم المكسب يعتبر أحد طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية في ثبوت الملكية، فإذا أثبت الشخص المدعي أنه يحوز عقاراً، هو و سلفه من قبله، مدة خمسة عشرة سنة دون انقطاع، وأن الحيازة كانت مستوفية لكل الشروط صار العقار ملكاً له بالتقادم، وكان هذا دليلاً قاطعاً على ملكيته، وهو حجة على الكافة.

¹ - المادة 89 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 السابق الذكر نصت على ما يلي: "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه، عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقاً للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم - عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجاً عن سند اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل أول يناير سنة 1971".

بل يستطيع المدعي في هذه الحالة، إذا كان حسن النية و معه سند صحيح، أن يملك العقار بجزائه مدة عشر سنوات متتالية، و يكون التقادم القصير في هذه الحالة دليلاً قاطعاً على الملكية العقارية الخاصة.

ففي هذا الشأن نصت المادة 827 من ق م ج الجزائري على التقادم المكسب الطويل المدة، والمادة 828 من ق م ج على التقادم القصير المدة، مع إضافة شرطي حسن النية والسند الصحيح¹. ولأجل إثبات اكتساب الملكية العقارية الخاصة بالتقادم فقد شرع المرسوم رقم 352/83 الذي سن إجراء لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، الذي تم إلغاؤه بموجب القانون رقم 02/07 المؤرخ في 2007/02/27 المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سند الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

الحالة الثالثة: الحيابة القانونية الصحيحة

يمكن أن تكون الحيابة القانونية الصحيحة قرينة قانونية على الملكية العقارية الخاصة ولكنها قرينة غير قاطعة، فهي دليل على امتلاك حق الملكية إلى أن يثبت عكس ذلك، والحيابة هي طريق لإثبات الملكية ذو دلالة يقينية، إذ هي تفرض في الحائر أنه المالك وتنقل عبء إثبات الملكية على عاتقه إلى عاتق خصمه، وبما أنها دليل غير قاطع يجوز للخصم غير الحائر أن يقيم الدليل على أنه المالك²، وهذا ما نستشفه من المادة 823 من القانون المدني بقولها " الحائر لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك ".

كما لنا في هذا المجال تطبيقات عديدة، فأتثناء العمل بنظام الشهر الشخصي الموروث عن النظام الفرنسي، كان الموثق في بعض الحالات لا يطلب من المتصرف تقديم الأوراق الثبوتية للملكية

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، المرجع السابق، ص603.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، المرجع السابق، ص604.

العقار، وإنما يذكر في العقد ضمن فقرة أصل الملكية بان العقار تملكه المتصرف عن طريق الإرث من مورثه.

بل ذهب إلى أبعد من ذلك، فكان يذهب إلى حد القول بأن الموثق يعني صراحة الأطراف من تقديم أي محرر لإثبات حق الملكية، أو أن المتصرف كان يملكه لمدة تزيد عن خمسة عشر سنة. فهذا دليل على أن الحيازة القانونية الصحيحة كانت تعتبر بمثابة قرينة قانونية على أن الحائز هو مالك العقار إلى حين إثبات عكس ذلك.

وقد أكدت المحكمة العليا على هذه الحالة باعتبارها طريقة من طرق إثبات حق الملكية العقارية الخاصة، فقد ورد في القرار المدني الصادر عنها بتاريخ 1991/12/13 تحت الرقم 79.034¹ ما يلي: «حيث صحيح فإننا بالرجوع إلى القرار المنتقد نجد أن جهة الاستئناف قد أبعدت العقد الرسمي المؤرخ في 1949/07/29 لعدم احتوائه على أصل الملكية مع أنه يشير إلى ملكية البائع لها عن طريق الإرث من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن العقد الرسمي لا يمكن إبعاده إلا إذا ثبت تزويره بعد إقامة الطعن بالتزوير ضده وهو ما لم يقع في قضية الحال، وتكون بذلك ودون حاجة لمناقشة الوجهين الآخرين قد أساءت تطبيق القانون وعرضت قرارها للنقض».

حيث أنه لما اعتبر هذا القرار العقد صحيحاً، رغم عدم احتوائه على أصل الملكية، فهذا دليل على أن المحكمة اعترفت للبائع الأول (بائع البائع) بملكيته للعقار عن طريق الحيازة ودون سند رسمي، لأنه يحتل أن يكون هذا الأخير قد اكتسبه عن طريق الحيازة.

وعلى هذا الأساس فقد اعتبرت الحيازة القانونية الصحيحة كطريقة لإثبات الملكية ذات دلالة يقينية إلى حين إثبات عكسها.

¹ - قرار م ع غ م الحامل للرقم 790.34 بتاريخ 1991/12/13، تطبيقات قضائية في المادة العقارية، وزارة العدل، مديرية الشؤون المدنية، س 1995، ص 47.

2- طرق الإثبات ذات الدلالة الظنية:

إلى جانب طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية توجد طرق إثبات ذات دلالة ظنية، وهي طرق إثبات أقل دلالة من الأولى، لأنها ذات دلالة ظنية، فهي مجرد قرائن قضائية تثبت احتمالات راجحة ولكنها لا تثبت الملكية العقارية الخاصة على وجه يقيني، فلا يشترط فيها التسجيل أو أن تكون ناقلة للملكية، بل يصح أن تكون كاشفة عن الملكية لا ناقلة لها، فيستطيع صاحب الحق أن يتمسك بعقد صلح أو حكم قضائي حتى ولو كان يشير إلى العقار وإلى ملكية صاحبها بطريقة غير مباشرة، فإذا قدم المدعي قرينة تعارض قرينة المدعى عليه، وقدر القاضي إن هذه القرينة المقدمة تدحض قرينة المدعى عليه، حكم القاضي للمدعى بالملكية، ونزع العقار من يد الحائز وسلمه للمدعي، فتقدير قوة وحجية هذا النوع من القرائن متروك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع، بأن تكون قرينة المدعي أقوى من قرينة المدعى عليه فيحكم لصالحه، أو أن تكون أضعف منها فيحكم لخصمه (المدعى عليه)¹.

ويرجع أصل هذه الطريقة في الإثبات إلى القضاء الفرنسي، فقد سار هذا الأخير شوطا كبيرا بوضعه قواعد مستقرة في هذا الصدد، و يلاحظ في شأن هذه القواعد أنها قائمة على أساس تحويل الإثبات، فهي أدلة غير مباشرة، إذ لا يقع الإثبات فيها على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى إذا ثبتت أمكن أن نستخلص منها الواقعة المراد إثباتها، وهو تحويل الإثبات من محل إلى آخر، أي نقل الإثبات من محله الأصلي إلى محل آخر.

فالواقعة المراد إثباتها وهي سبب كسب حق الملكية و هو المحل الأصلي، يحول عنها الإثبات إلى واقعة أخرى قريبة منها، فإذا تم إثبات هذه الواقعة اعتبرت الواقعة الأصلية ثابتة².

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، المرجع السابق، ص 607.

² - ليلي زروقي، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 64.

ومع كل ما قيل حول طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية أو الظنية المعمول بها في نظام الشهر الشخصي، فإنه قد ظهر خلاف بين القضاء الإداري والقضاء العادي حول مدى حجية هذه الوسائل الثبوتية، وهو ما سنراه لاحقاً.

ثانياً: إثبات حق الملكية العقارية الخاصة في نظام الشهر العيني

ما هو معروف أن نظام الشهر العيني يعتمد على السجل العقاري الذي يتم فيه شهر التصرفات الواقعة على العقارات ولاسيما تلك المتعلقة بحق الملكية العقارية الخاصة، فالتصرفات التي تقيد في ظل هذا النظام هي قرينة قاطعة على الملكية، إذ أن للقيد في السجل العقاري قوة ثبوتية مطلقة يحتج بها على الكافة، وهذا يفترض مبدأ مشروعية القيد، إذ أن من يكتسب حقاً بالاستناد إلى قيود السجل العقاري يقرر له هذا الحق بصرف النظر عن السبب سواء كان التصرف المنشئ للالتزام بنقل الحق العيني صحيحاً أو معيباً¹، ويعتبر الحق المقيد فيه موجوداً بالنسبة للكافة وعليه لا يمكن الطعن فيه لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الاستحقاق ولا الاسترداد، فيكون التصرف الواقع على حق الملكية العقارية الخاصة في مأمن من المنازعات مما يطمئن المتعاملين فيه².

وتطبيقاً لمبدأ القيد المطلق الذي يتمتع به هذا النظام، فإن إجراءات الشهر هي مصدر الحقوق العينية العقارية بما فيها حق الملكية العقارية الخاصة.

فكل حق ملكية عقارية خاصة يدعيه صاحبه يجب أن يثبتته بموجب الدفتر العقاري، وكل حق غير مقيد لا وجود له، لا بين الأطراف ولا في مواجهة الغير.

وكل حق مقيد هو حجة على الكافة ولا يمكن لأحد أن يحتج بملكيته للعقار إن لم يكن مشهراً في السجل العقاري، وعليه، فحتى تقبل دعوى الاستحقاق في هذا النظام، على رافعها أن يثبت ملكيته للعقار بموجب الدفتر العقاري، الذي يحدث يوم عملية الترقيم الأولي للعقار.

¹ - أمين بركات سعود، آثار القيد في السجلات العينية، دراسة مقارنة، م ق م ع، ع 2، س 1995، ص 44.

² - ليلي زروقي، نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 64.

فهو عبارة عن بطاقة تعريف خاصة للعقار، فلا يستطيع أحد أن يحتج بملكيته للعقار على أساس التقادم المكسب مهما طال مدة التقادم، لأن هذا يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للقيّد، ولأن الملكية في هذا النظام ثابتة بالقيّد وأنه لا مجال لاكتسابها بالتقادم، وكل شخص رفع دعوى استحقاق على المالك المقيّد في السجل العقاري لا تقبل دعواه مهما كانت قرائن إثباته على ملكيته للعقار.

ذلك لأن المعلومات الثابتة في السجل العقاري والخاصة بالمالك هي العنوان الحقيقي لصاحب حق الملكية العقارية الخاصة، الذي يمكن أن تقبل منه دعوى الاستحقاق إذا رفعها ضد المعتدي على ملكيته دون وجه حق.

وعليه فالسبيل الوحيد لقبول دعوى الاستحقاق في نظام الشهر العيني هو إثبات حق الملكية بالدفتر العقاري، وتأسيسا على ذلك فإن رفع دعوى الاستحقاق لا تقبل إلا من طرف شخص واحد وهو صاحب الحق المقيّد في دفتر العقاري دون غيره من الأشخاص الآخرين.

ورغم كل ما قيل حول الحجية المطلقة و القوة الثبوتية في نظام الشهر العيني، إلا أن المشرع الجزائري، وكما سبق تبيانه في الباب الأول قد قلل من هذه الحجية والقوة وجعلها ذات مدى نسبي يستطيع من خلالها صاحب الحق المهدر الطعن في دفتر العقاري¹.

ونتيجة لذلك يمكننا القول بأن دفتر العقاري، الذي يعتبر كمبدأ عام في نظام الشهر العيني طريقة إثبات يقينية قاطعة لا تقبل العكس، قد جعله المشرع الجزائري قرينة إثبات ذات دلالة يقينية تقبل إثبات عكسها، فيمكن لصاحب حق الملكية المهدر رفع دعوى الاستحقاق والمطالبة بحقه بإتباع طرق الإثبات المستعملة في نظام الشهر الشخصي وبالتالي يرجع للقاضي تقدير مدى حجية

¹ - أنظر المادة 16 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم والمتضمن تأسيس السجل العقاري.
- إن مسألة الاختصاص القضائي في مجال إلغاء دفتر العقاري يعود للقضاء الإداري على اعتبار أن هذه الوثيقة صادرة عن جهة إدارية، راجع في هذا المجال، عمار بوضياف، الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية، اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري و المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 8 و ما بعدها.

هذه القرينة لدحض الدفتر العقاري، الشيء الذي يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات والتقليل من أهمية نظام الشهر العيني.

ثالثا: صعوبة إثبات حق الملكية العقارية الخاصة أثناء رفع دعوى الاستحقاق:

لا تخلو إجراءات إثبات حق الملكية العقارية الخاصة أثناء رفع هذه الدعوى من صعوبات قد تحول دون إثبات صاحب الحق لحقه، الأمر الذي يجعله يخسر الدعوى ولا يسترجع حقه المغتصب، وفيما يلي سنبين كيفية حصول هذه الصعوبة التي قد تؤدي في بعض الأحيان إلى ضياع حق الملكية، إضافة إلى تبيان موقف القضاء الجزائري من هذه الصعوبات في الإثبات.

1- المقصود بالصعوبة في الإثبات

قد يحصل أن يتم الاستيلاء على عقار أو جزء منه من طرف شخص يكون مجاورا أو حتى بعيدا عنه دون وجه حق، أو أن تقوم الإدارة بترع ملكية العقار من صاحبها من أجل المنفعة العامة، فيواجه صاحب الحق حينها وهو مدعي عوائق كبيرة حين رفعه لدعوى الاستحقاق وطرده الحائز من العقار فهو مجبر على تقديم دليل ادعائه عملا بمبدأ "البينة على من ادعى".

فيطرح الإشكال في هذه الحالة، عند عدم تقديم أي دليل أو تقديم أدلة ثبوتية غير كافية، كاستظهار المدعي لعقود رسمية مشهورة غير واضحة التعيين وأصل الملكية، فيكون الدفع من طرف المدعى عليه بان المحررات المقدمة لا تتعلق بهذا العقار محل النزاع ودليله على ذلك أن المحرر لم يذكر فيه التعيين وأصل الملكية، وأنه قد ذكر فيه بأن المشتري المدعي قد اقتنى من البائع جميع الحقوق العقارية مهما كانت قيمتها ومصدرها دون استثناء أو قيد، وأن هذا الأخير قد تحصل عليها عن طريق الإرث من أبيه.

فالقاضي في هذه الحالة لا يستطيع الجزم بأن العقار موضوع النزاع يندرج ضمن هذه الأملاك، فحتى الخبرة التي يمكن أن يستعين بها لا تجدي نفعاً، لأن الخبر في هذه الحالة لا يستطيع

معرفة ما إذا كان العقار موضوع النزاع هو ما يقصده المحرر الرسمي، وفي هذه الحالة القاضي ملزم بأن يطلب من المدعي تقديم أدلة أخرى يعتمد عليها لكي يفصل لصالحه.

فتثار هنا الصعوبة في الإثبات، ويبقى الحل الوحيد للمدعي أن يثبت بأن مورث البائع كان يمتلك هذا العقار، وبأن هذا الأخير كان ضمن تركته حين وفاته، وفي حالة عدم وجود أي سند للملكية، فيقوم بالبحث عن إثبات الكيفية التي بموجبها حصل المورث على العقار، فيكون المدعي في هذه الحالة أمام أمر متعذر إن لم نقل مستحيل، وهذا ما اصطلح على تسميته فقها بالدليل الشيطاني¹.

2- موقف القضاء الجزائري من هذا الإشكال في الإثبات

نظرا للتعقيد الذي تتصف به المنازعات العقارية وخصوصيات بعض القضايا، أدى ذلك إلى وجود عدم توحيد الاجتهادات القضائية وظهور تباين كبير في الرؤى حول هذا الموضوع، فقد انقسم القضاء الجزائري إلى اتجاهين سنحاول توضيحهما على التوالي:

الاتجاه الأول: موقف القضاء العادي

يرى هذا الاتجاه بأنه على القاضي بأن يقبل دعوى الاستحقاق إن لم يقدم رافع الدعوى أدلة ثبوتية كافية على ملكية العقار، أو حتى ولو لم يقدم أي دليل على ذلك، ودليلهم في هذا يكمن في أن معظم مساحات البلاد يمتلكها أصحابها بدون سند، وأنه مادامت عملية المسح لم تتم بعد في كامل إقليم الجمهورية، فإنه من الصعوبة إثبات مثل هذه الحالات بسند رسمي، فبعد عملية المسح يكون الدليل القاطع على حق الملكية هو الدفتر العقاري².

وقد سارت في هذا الاتجاه الغرفة العقارية للمحكمة العليا في قرارها³ الذي جاء فيه ما يلي: «حيث بالفعل ومثلما يستخلص من قراءة الحكم المؤيد في صفحته "2" أن المدعى عليه يتمسك

¹- Jean Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, traite de droit civil, les biens, 4^{eme} Edition librairie général de droit et de jurisprudence, 2000, Paris France, 2000, OP.cit, P 439.

²- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 121.

³- م ق م ع، ع 1، سنة 1998، ق ع صادر بتاريخ 1998/02/25 تحت رقم 150865، ص 74.

بالحيازة المكتسبة منذ 1946 للقطعة الأرضية المتنازع عليها وهذا مع طلبه إبعاد طلبات المدعي لانعدام الصفة لسبب واحد وهو أن هذا لم يقدم أية وثيقة يمكن أن تثبت صفته كمالك. وأن المجلس بتأييده للحكم محل الاستئناف قد رفض من حيث الشكل صفة المدعي كمالك، في حين إن هذا الشكل مسألة تتعلق بالموضوع، تتم تسويتها بإجراء تحقيق مناسب طبقا لمقتضيات المادة 43 من قانون الإجراءات المدنية. وزيادة على ذلك فإن هذا الإجراء قد طلب، وأن كثيرا من الملكيات هي بدون سندات نظرا لعدم تعميم عملية مسح الأراضي ولانعدام العقود، وأنه بهذا فإن إجراء تحقيق وحده يمكن أن يسمح بإثبات صفة الأطراف أو عدمها كمالكين أم لا، بالنظر إلى أن نفس المدعى عليه الذي لا يستند إلا على التقادم المكسب وليس على أي مصدر للملكية، وأنه نتيجة لذلك فالقرار يستحق النقض لكونه اعتبر عن خطأ أن الصفة مسألة تتعلق بالشكل في حين أنها تشكل في حد ذاتها مسألة تتعلق بالموضوع، بحيث يجب على الجهات القضائية معانة ثبوتها أو رفضها».

الاتجاه الثاني: موقف القضاء الإداري

خلافًا للاتجاه الأول الذي يقبل دعوى الاستحقاق، حتى ولو لم يقدم صاحبها أي سند يثبت ذلك، فإن هذا الاتجاه يفرض على رافعها أن يثبت ملكيته بسند قانوني، وإلا فلن تقبل دعواه مهما طال أمد وضع يده على العقار¹، فقد سار على هذا الطرح مجلس الدولة، حيث جاء في قراره² ما يلي: « حيث أن المستأنف يتمسك بأنه يشغل قطعة الأرض المتنازع عليها منذ أكثر من خمسين عاما وهذا بصورة مستمرة بدون انقطاع، غير أن بلدية فناية تعتبر القطعة الأرضية المذكورة ملكا للدولة مدمجة في الأملاك الشاغرة بموجب المرسوم رقم 63/88 المؤرخ في 1963/03/18 ولكنه حيث أنه وتدعيما لادعاءاته، فإن المستأنف لم يقدم أي سند أو أي عقد

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 123.

² - قرار صادر عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة بتاريخ 1998/12/07 تحت رقم 140.061 غير منشور مأخوذ عن كتاب حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، نفس المرجع، ص 123.

لإثبات صحة أقواله، وأنه يتعين تأييد قرار الغرفة الإدارية لمجلس بحماية القاضي برفض طلب المستأنف الرامي إلى إلزام رئيس بلدية فناية بإرجاع القطعة الأرضية».

إن الشيء الملاحظ حول اختلاف الرؤى بين القضاء الإداري والقضاء العادي، فيما يخص هذا الإشكال أو حتى الإشكالات الأخرى يكمن في أن القضاء الإداري، وفي أغلب الأحيان كانت قراراته مؤيدة لادعاءات الإدارة¹.

فهو بذلك يحاول قدر الإمكان الحفاظ على مصالح الإدارة عن طريق الاجتهادات القضائية، وكأن به مازال متأثراً بالنظامين السياسي والاقتصادي السابقين والذان كانا يعطيان حماية أكبر للملكية العامة، حتى ولو كان ذلك على حساب الملكية الخاصة.

هذا ما يفسر اتخاذ بعض القرارات الغربية من طرفه في بعض الأحيان، والتي تعتبر بمثابة مخلفات ارتدادية لها جذورها من النظام السابق، وأن البلاد مازالت لم تنتقل فعلياً وتستقر وتتأقلم نهائياً مع النظام الجديد، ولعل عامل الزمن وتعاقب الأجيال هو الذي سيلعب دور الانتقال الفعلي والنهائي وإظهار القطيعة مع النظام السابق.

الفرع الثالث: آثار دعوى الاستحقاق

حين الفصل النهائي في دعوى الاستحقاق للمدعى عليه فإنه لا يتغير من الأمر شيء، وإنما يثور الإشكال حين ثبوت حق الملكية العقارية الخاصة للمدعي والفصل لصالحه، فإن القاضي ينظر في هذه الحالة إلى العقار ما إذا بقي على حاله أو كان قد تلف، وبالتالي النظر في من يتحمل تبعه الهلاك، وعلى هذا الأساس سوف نعالج الموضوع في كلتا الحالتين:

¹ - القرار الصادر عن الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 1990/03/24 تحت رقم 98-01 منشور بالجملة القضائية لسنة 1992، عدد 03، ص 147، والذي جاء فيه ما يلي: " من المستقر عليه في القضاء الإداري أن الشرط الأساسي لقبول طلب التعويض في حالة المصادرة من أجل المنفعة العمومية هو عدم منازعة الملكية للمالك المصادر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفاً للقانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، أن المطعون ضده لم يكن لديه أي عقد أو سند ملكية لإثبات ملكية القطعة الأرضية المزروعة بصفة قانونية، ومن ثم فإن قضاة المجلس بمنحهم له تعويضاً من جراء نزع المسكن بسبب المنفعة العامة لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني، ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه ".

أولاً: تغير حالة العقار

عند الفصل النهائي للمدعي من أجل استرجاع ملكيته: فإذا لم يتغير في العقار شيء، فلا إشكال في ذلك، وإنما الإشكال يثور حين إقامة تغييرات عليه، كأن يشيد عليه بناءات، أو تهدم بناءات كانت مشيدة من قبل، أو أن يتم غرس أشجار أو حفر بئر، فهذه الإنجازات كلها تكلف القائم بها أموالاً، إذاً، فما هو حكم هذه الإنجازات التي تم إنفاق أموال لإنجازها؟

فرق المشرع الجزائري في المادة 839 من ق م بين ثلاثة أنواع من المصروفات، فاعتبر منها ما هو لازم وضروري، ومنها ما هو نافع، ومنها ما هو كمالي، ولكل من هذه الأنواع الثلاثة أحكام خاصة به.

1- المصروفات الضرورية: فلقد نصت المادة 839 من ق م في فقرتها الأولى على ما يلي:

"على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع ما أنفقه من المصروفات اللازمة.

فالمصروفات الضرورية هي المصروفات التي أنفقها المستولي على العقار قصد المحافظة عليه، لأنه كان مضطراً لذلك، وأن المالك الحقيقي كان ليفعل نفس الشيء لو لم يخرج العقار من يده، فجاء حكم هذه المادة بان ترد كل هذه الأموال التي صرفت على العقار اضطرارياً للحائز من طرف المدعي المالك"¹.

2- المصروفات النافعة: هذا الصنف من المصروفات لا تعتبر ضرورية للعقار وإنما هي

اختيارية وتزيد من قيمته، فهي المصروفات التي ما كان المدعي مجبراً على أن ينفقها على العقار لو بقي تحت يده، وإنما هي المصروفات التي تزيد من قيمته وتحسن من الانتفاع به²، فهذا النوع من المصروفات جاء حكمها في الفقرة الثانية من المادة 839 ق م السابق ذكرها، فقد أحالتنا هذه

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص 972.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص 973.

الفقرة إلى المادتين 784 و785 من نفس القانون. وما نلاحظه من خلال ذلك، أنها فرقت فيما إذا كان الحائز حسن النية فترد له هذه المصروفات، أو ما كان سيء النية فللمالك طلب الخيار في إزالة التعديلات دون رد المصروفات أو طلب إبقاء التعديلات مع رد المصروفات للحائز.

3- المصروفات الكمالية: فقد نص المشرع الجزائري عليها في الفقرة الثالثة من المادة 839

ق م بقوله: " وإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشيء منها غير أنه يجوز له أن يزيل ما أحدثه من المنشآت بشرط أن يرد العقار لحالته الأولى، إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم " فالمصروفات الكمالية هي المصروفات التي تنفق على العقار لتزيينه وتحمله، فهي لا تعود عليه بالنفع كثيرا¹، فالمدعي المالك ليس مجبرا على رد هذه المصروفات للحائز، فيمكن لهذا الأخير أن يزيلها إذا أراد، كما يمكن للمالك أن يطلب استبقئها إذا أراد على أن يدفع قيمة أشغال الإزالة.

ثانيا: حالة تلف العقار

يثور الإشكال كذلك إذا حكم على المدعى عليه الحائز بإرجاع العقار إلى المدعي المالك، ويكون العقار قد تلف وتخرّب، فما حكم هذه الحالة؟

فقد ميز المشرع الجزائري في هذه الحالة بين ما إذا كان المدعى عليه الحائز حسن النية أو سيء النية و سوف نحاول أن نبين حكم كل واحد منهما على التوالي:

1- الحائز حسن النية: لقد نصت المادة 842 من ق م على ما يلي: «إذا كان الحائز

حسن النية وانتفع بالشيء وفقا لما يحسبه من حقه فلا يكون مسؤولا اتجاه من هو ملزم برد الشيء إليه عن أي تعويض بسبب هذا الانتفاع، ولا يكون الحائز مسؤولا عما يصيب الشيء من هلاك أو تلف إلا بقدر ما عاد عليه من فائدة ترتبت عن هذا الهلاك أو التلف».

¹ - التعويض في هذه الحالة يكون طبقا لنص المادة 124 من ق م.

فمن استقرأ هذه المادة يتبين لنا أن المشرع فرق بين ما إذا تلف العقار بخطأ من الحائز وبالتالي فيكون هذا الأخير مسؤولاً عن التعويض طبقاً للقواعد العامة، أو ما إذا كان قد تلف بسبب أجنبي، فلا مسؤولية في هذه الحالة على الحائز، إلا ما عاد عليه من فائدة بسبب التلف¹.

2- الحائز سيء النية: فقد نصت المادة 843 من ق م على أنه: "إذا كان الحائز سيء النية فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث مفاجئ إلا إذا ثبت أن الشيء كان يهلك أو يتلف ولو بقي في يد من يستحقه".

معنى ذلك أن الحائز السيء النية مسؤول عن تلف العقار، فيرد للمالك العقار مع التعويض عن نقص قيمته بسبب التلف، ولا يكون الحائز السيء النية مسؤولاً عن تلف العقار لسبب أجنبي إذا هو أثبت أن العقار كان ليتلف حتى ولو بقي في يد المالك².

المطلب الثاني: دعوى منع التعرض

ترفع هذه الدعوى من قبل المدعي صاحب حق الملكية العقارية الخاصة في حالة تعرض الغير له وحرمانه من ممارسة حق الاستعمال و الاستغلال والتصرف في عقاره. فرغم أن المشرع الجزائري لم يفرد نصاً خاصاً بدعوى منع التعرض لحق الملكية إلا أنه قد تطرق لهذه الدعوى كوسيلة قضائية لحماية الحيابة.

فقد جاء في نص المادة 820 من ق م ما يلي: «من حاز عقاراً واستمر حائزاً له مدة سنة كاملة ثم وقع له تعرض في حيازته جاز له أن يرفع خلال السنة دعوى بمنع التعرض» وبما أن سلطات حق الملكية هي أوسع من سلطات الحيابة فإنه يمكن قياساً على أنه من يملك الكثير يملك القليل، إضافة إلى أن حق الملكية في أغلب الأحيان يكون ثابتاً بسند، عكس الحيابة التي هي بدون

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع و حق الارتفاق، المرجع السابق، ص 981.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع و حق الارتفاق، المرجع السابق، ص 982.

سند، فإننا نستطيع القول بأنه يمكن الاعتماد على هذا النص في حماية حق الملكية العقارية الخاصة متى تعرض الغير لهذا الحق.

ولأجل رفع هذه الدعوى يجب على المدعي (مالك العقار) أن يثبت ملكيته للعقار، وأنه هو صاحب الحق بغض النظر عما إذا كان يستعمل من طرف شخص آخر كالمستأجر، فلا يجوز إذا وقع تعرض على حق الملكية العقارية الخاصة أن يدفعه بدعوى منع التعرض من لم يكن صاحب حق الملكية العقارية.

وعلى ذلك لا يجوز رفع دعوى منع التعرض من طرف صاحب حق الانتفاع أو صاحب حق الارتفاق أو المستأجر، فهؤلاء جميعهم حائزون عرضيون بالنسبة لحق الملكية، فهم يجوزون حق الملكية لحساب غيرهم وهو المالك¹، إن الذي يرفع دعوى منع التعرض في هذه الحالة هو المالك الذي يعتبر صاحب حق الملكية العقارية الخاصة لحساب نفسه، ويباشر السيطرة المادية على العقار بواسطة هؤلاء، فيجوز هؤلاء الحائزون العرضيون أن يرفعوا دعوى منع التعرض إذا وقع التعرض على الحق الذي يباشرون استعماله لحساب أنفسهم، فهم الأصليون في حيازته وهم يجوزونه لحساب أنفسهم لا لحساب المالك².

فإذا رفعت هذه الدعوى من طرف أحد هؤلاء فإن القاضي يرفضها لانعدام الصفة تطبيقاً لنص المادة 67 من ق إ م إ³، ذلك لأن رافعها تنعدم فيه صفة المالك، ويتوقف قبول الدعوى على ثبوت وقوع تعرض حال وآني للملكية المدعي من جانب المدعى عليه.

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 78.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع و حق الارتفاق، المرجع السابق، المرجع السابق ص 928.

³ - تنص المادة 67 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ما يلي: الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، كانعدام الصفة و انعدام المصلحة و التقادم و انقضاء الأجل المسقط و حجية الشيء المقضي فيه، و ذلك دون النظر في موضوع النزاع.

والتعرض هو كل عمل مادي أو قانوني ينطوي بوجه مباشر أو غير مباشر على ادعاء يتعارض مع حيازة الغير، فيؤدي إلى تعكير هذه الحيازة وعرقلتها، يشترط في الواقعة التي تكون التعرض أن تكون إرادية، وإلا فإنه ليس هناك معارضة من أحد للملكية فحدوث هذه الواقعة بصورة طارئة ودون قصد المدعى عليه ليس من شأنه أن يؤدي إلى قبول الدعوى¹، ويمكن أن يقع التعرض بطريقتين نتناولهما في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: التعرض المادي

ويكون ذلك عن طريق الاعتداء المادي على العقار المملوك للمدعي من طرف المدعى عليه، مع التمسك بحق معارض لحق الملكية، فيتم هذا الفعل المادي القائم على الاعتداء على العقار المملوك للمدعي، ويمكن أن يقوم التعرض في الاعتداء على الملكية جزئيا، كالمرور في أرض المدعي، أو إنشاء في جزء منها حق ارتفاق أو تغيير في الحدود أو كليا²، كإقامة بناء على أرض الغير أو تسييحها أو البدء في حرثها، فهو يحصل بأن يتم بهذه الأفعال المادية تعديل لواقع سابق دون رضا المدعي³.

فلا يعتبر تسليم العقار المتنازع عليه تنفيذا لحكم ضد المدعي تعرضا له، وإنما هو تنفيذ لحكم حائز لقوة الشيء المقضي به، والذي يستوجب تنفيذه.

ولا يشترط أن يكون التعرض المادي قد ألحق ضررا بالمدعي، كما أنه لا يمكن أن يعتبر كل عمل مادي ألحق ضررا بالعقار المملوك للمدعي تعرضا لحق الملكية، دون أن يكون هذا الفعل غير المشروع متضمنا ادعاء يعارض حق ملكية المدعي⁴، ففي هذه الحالة لا تقبل دعوى منع التعرض

¹ - ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص 420.

² - Alex Weill, Droit Civil, Les Biens, 2ème édition, Précis Dalloz, Paris, 1974, p 352.

³ - م ق م ع، ع 3، س 1991، قرار صادر بتاريخ 1987/04/08 تحت الرقم 40.549، ص 12.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع و حق الارتفاق، المرجع السابق، ص 933.

المرفوعة من طرف المدعي، وإنما عليه أن يلجأ إلى رفع دعوى التعويض تطبيقاً لنص المادة 124 من ق م، على أساس المسؤولية عن العمل غير المشروع والمستحق للتعويض.

فقد قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بما يلي¹: «من المقرر قانوناً أن الارتفاق حق يجعل حداً لمنفعة عقار لفائدة عقار آخر لشخص آخر، ومن المقرر أيضاً أنه لا يجوز لمالك العقار المرتفق به أن يعمل شيئاً يؤدي إلى الانتقاص من استعمال حق الارتفاق أو أن يجعله شاقاً، ولا يجوز له بوجه أحص أن يغير من الوضع القائم أو يبدل الموضع المعين أصلاً لاستعمال حق الارتفاق بموضع آخر، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هاتين المادتين يعد مخالفة للقانون، ولما قضى المجلس برفض طلب الطاعنين الرامي إلى فتح الممر بحجة عدم إثبات الضرر فإن ذلك يعد تجاهلاً لحق مكرس قانوناً ويشكل في نفس الوقت تناقضاً في الأسباب يستوجب نقضه».

الفرع الثاني: التعرض القانوني

لا يكون التعرض مادياً في كل الأحوال وإنما يمكن أن يقع على شكل إجراء أو عمل قانوني ينطوي على ادعاء حق معارض لحق الملكية المملوك للمدعي، سواء كان هذا العمل قضائياً أم غير قضائياً، كإقامة دعوى الاستحقاق (الملكية) أو إبداء المدعى عليه بعض الطلبات ضد المدعي في دعوى أخرى قائمة بينهم والتي تتضمن الانتقاص أو الحرمان الكلي للمدعي من حق الملكية، أو توجيه إنذار إلى المالك بإخلاء العقار أو إزالة ما أحدثه فيه من تغيير، أو إنذار إلى المستأجر بالامتناع عن دفع بدل الإيجار إلى المؤجر وإعطائها لراسل الإنذار، وهو المدعى عليه في هذه الدعوى.

ويشترط في هذا العمل القانوني أن يكون واضحاً وجدياً، أما مجرد المطالبة الشفهية والتهديدات القولية فلا تكفي لقيام هذا التعرض، كذلك فإن مجرد زعم امتلاك عقار لا يصح سبباً

¹ - م ق م ع، ع 1، سنة 1997، قرار بتاريخ 1997/04/30 تحت الرقم 148546، ص 187.

للدعوى منع التعرض، متى اقتصر هذا الزعم على كلام لم يقترن بوضع اليد ولا برفع إحدى الدعاوى¹.

كذلك إذا نتجت واقعة التعرض عن الإخلال بالتزامات تعاقدية فلا يجوز أيضا في الأصل رفع دعوى منع التعرض على أساسها وإنما ترفع بالاستناد إليها دعوى شخصية ناشئة عن العقد². أما إذا نتجت واقعة التعرض عن تنفيذ قرار إداري وكان صادرا عن السلطة المختصة وفي حدود القانون، فلا تقبل هذه الدعوى باستناد إلى أعمال التنفيذ، فمبدأ استقلال السلطة الإدارية عن السلطة القضائية يحول دون قبول تلك الدعوى، إضافة إلى أن القرار الإداري لا يشكل معارضة للملكية المدعي أو ادعاء حق على العقار، كما هو الحال في قرار نزع الملكية، بل ينطوي على إجراءات اقتضتها المصلحة العامة، فيقتصر حق الملكية اللجوء إلى دعوى التعويض أو إلى دعوى إبطال القرار الإداري إذا كانت الإدارة قد تجاوزت في إصداره حدود السلطة المقررة لها.

المطلب الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة

لصاحب حق الملكية الذي يرى دون أي شك أن ملكيته مهددة من قبل الغير، جراء قيام الغير بأعمال، أن يرفع دعوى أمام القضاء لوقف هذه الأعمال، فتقام هذه الدعوى لا لإزالة تعرض آني وحال واقع على عقاره، وإنما لوقف أعمال شرع فيها، في عقار مجاور وملكا لغيره أو معتقدا، نظرا لأسباب معقولة بأن الاستمرار في هذه الأعمال وانجازها سيؤدي إلى تعرض حال وفعلي للملكية، فالغرض إذن من هذه الدعوى هو التوقي من تعرض مستقبلي أكيد ووشيك الحدوث، الأمر الذي يتحقق للمدعي فيها مصلحة أكيدة وحالة في الحصول على الحكم يوقف الأعمال التي تؤدي في حال متابعتها إلى وقوع التعرض نهائيا³.

¹ - ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص 427.

² - ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص 428.

³ - ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص 335.

فقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 821 من ق م على ما يلي: «يجوز لمن حاز عقارا واستمر حائزا له مدة سنة كاملة وخشي لأسباب معقولة التعرض له من جراء أعمال جديدة تهدد حيازته أن يرفع الأمر إلى القاضي طالبا وقف هذه الأعمال بشرط أن تكون قد تمت ولم ينقض عام واحد على البدء في العمل الذي يكون من شأنه أن يحدث الضرر». من خلال هذه المادة نستخلص أن المشرع الجزائري قد أفرد نصا خاصا لدعوى وقف الأعمال الجديدة، شأنه في ذلك شأن المشرع الفرنسي والمشرع المصري اللذان فرقا بين هذه الدعوى ودعوى منع التعرض، عكس المشرع اللبناني الذي اعتبرها صورة من صور دعوى منع التعرض نظرا لاتحاد هاتين الدعويتين في شروطهما الأساسية ومجالهما العملي¹، و من صورها أن تبدأ أعمال من جانب المدعى عليه في عقاره هو لو تمت لأصبحت تعرضا للملكية المدعى، كالبناء الذي من شأنه حجب النور على صاحب الملك، فالمطلوب في هذه الدعوى هو منع اعتداء مستقبل، أي لا يقصد من الدعوى منع تعرض حاصل و إنما درء حصوله في المستقبل.

ومن خلال هذا المطلب سوف نحاول أن نبين الشروط القانونية الخاصة بهذه الدعوى، وما يمكن أن يحكم به القاضي حين تعرض أمامه للفصل فيها، و هذا من خلال الفرعين التاليين.

الفرع الأول: الشروط الخاصة لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة

ما نستنتجه من نص المادة 821 من ق م السالفة الذكر، أنه إضافة إلى الشروط العامة المعروفة لرفع أي دعوى قضائية، لا يمكن قبول هذه الدعوى إلا بتوفر شروط خاصة بها.

أولا: وقوع تعرض مستقبلي

معناه أن تؤدي الأعمال التي شرع فيها إلى حدوث تعرض للملكية المدعى تعرضا مستقبليا مؤكدا الحدوث وغالبا وشيك الحدوث بالنظر إلى أسباب مقبولة منطقيا وعقلا على حسب قول المشرع: "..... وخشي لأسباب معقولة التعرض له.....".

¹ - ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص334.

فإذا كان التعرض حالا وآتيا فلا نكون هنا بصدد دعوى وقف الأعمال الجديدة، وإنما نكون بصدد منع التعرض، ويجب على المدعي في هذه الدعوى أن يستند إلى أسباب معقولة، أي مقبولة حتى يتسنى للقاضي قبول دعواه، وإلا كان مصير هذه الأخيرة الرفض. كأن يرفع شخص دعوى وقف بناء حائط زاعما بأنه سوف يحجب النور عن منزله، مع أن المدعى عليه قد احترام مقاييس التعمير والبناء، معنى ذلك فانه حتى ولو تم بناء الحائط فان المدعى عليه لن يضر بالمدعي وإنما قام المدعي في هذه الحالة برفع دعوى غير مؤسسة.

ثانيا: رفع الدعوى قبل إتمام العمل

يجب أن ترفع هذه الدعوى قبل إتمام العمل، فلو تمت الأعمال لوقع التعرض فعلا، ولكان الواجب في هذه الحالة ليس رفع دعوى وقف الأعمال الجديدة، وإنما رفع دعوى منع التعرض¹. كما يشترط أن ترفع في خلال سنة من وقت بدء هذه الأعمال، وتسري السنة من وقف البدء بالأعمال الجديدة، فإذا تعاقبت الأعمال الجديدة فيبدأ حساب هذه المدة من أول عمل منها، فلو انقضت السنة دون أن ترفع الدعوى ورفعت بعد ذلك فلن تقبل حتى ولو لم تتم الأعمال. ففي هذه الحالة على المدعي انتظار انقضاء الأعمال ووقوع التعرض فعلا حتى يمكنه رفع دعوى منع التعرض خلال سنة من وقوع التعرض².

ولكن الإشكال يثار حين يعتمد المدعى عليه إلى عدم إتمام الأشغال، فهل ينتظر المدعي ذلك؟ ونحن نرى بأنه يمكن للمدعي أن يرفع هذه الدعوى متى وصلت الأعمال إلى درجة بدء إحداث الضرر دون انتظار إنهاء العمل الذي ربما لن ينتهي.

¹ - ادوارد عيد، موسوعة أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص456.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص939.

ثالثا: وقوع الأعمال الجديدة في عقار المدعى عليه:

يشترط في قبول هذه الدعوى أن تكون الأعمال التي شرع فيها قد وقعت في عقار المعتدي (المدعى عليه) لا في عقار المعتدى عليه (المدعى) ولا في عقار الغير¹، وهذا لم ينص عليه صراحة في المادة المذكورة أعلاه، وإنما يستخلص هذا من طابع الأشياء، فمنطقيا لو أن الأعمال بدأت في عقار المدعى لكان التعرض حالا لا مستقبلا، ولو بدأت في عقار الغير لكان التعرض حالا لا مستقبلا للملكية هذا الغير.

وفي كلتا الحالتين ترفع دعوى منع التعرض لا دعوى وقف الأعمال الجديدة، إلا أن يكون الغير راضيا بهذه الأعمال أو متواطئا مع المدعى عليه، فيكون الغير شريكا للمدعى عليه، ويستوي في هذه الحالة أن تبدأ الأعمال في عقار المدعى عليه أو في عقار الغير².

الفرع الثاني: آثار الحكم في دعوى وقف الأعمال الجديدة

في كل الأحوال على القاضي الذي ترفع أمامه هذه الدعوى أن يفصل فيها حتى لا يتابع بجرمة إنكار العدالة، عملا بأحكام الفقرة الثانية من نفس المادة 821 من ق م والتي جاء نصها كما يلي: « وللقاضي أن يمنع استمرار الأعمال أو أن يأذن في استمرارها وفي كلتا الحالتين يجوز للقاضي أن يأمر بتقديم كفالة مناسبة تكون في حالة صدور الحكم بالوقف ضمانا لإصلاح الضرر الناشئ من هذا الوقف إذا تبين بحكم نهائي أن الاعتراض على استمرار الأعمال كان على غير أساس وتكون في حالة الحكم باستمرار الأعمال ضمانا لإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها للتعويض عن الضرر الذي يصيب الحائز إذا حصل على حكم نهائي في مصلحته». فمن خلال هذا النص نستخلص أن القاضي في حالة قبول الدعوى هو أمام خيارين لا ثالث لهما.

¹ - ادوارد عيد، أصول المحاكمات و الإثبات و التنفيذ، المرجع السابق، ص455.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع و حق الارتفاق، المرجع السابق، ص940.

أولاً: منع استمرار الأعمال

فإذا أقر القاضي منع استمرار الأعمال الجديدة، معنى ذلك أن المدعي على حق في دعواه، بعدما أن قدر القاضي أن هناك أسباباً معقولة يخشى معها أن يكون هناك تعرض فعلي للملكية المدعي لو تمت الأعمال الجديدة، فيأمر بوقف الأعمال الجديدة وعدم الاستمرار فيها، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعي بتقديم كفالة مناسبة تكون ضماناً للمدعى عليه الذي قضى ضده لوقف الأعمال التي بدأها.

فإذا قضى بحكم نهائي في الدعوى موضوع الحق، بأن المدعى عليه كان هو المحق وأن ادعاء المدعي كان غير مؤسس، جاز أن يحكم على المدعي بتعويض لإصلاح الضرر الذي أصاب المدعي عليه جراء وقف الأعمال، وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعي ضماناً لهذا التعويض¹.

ثانياً: الإذن باستمرار الأعمال:

فإذا رأى القاضي بأن المدعي ليس على حق في دعواه فيقضي لصالح المدعى عليه، وفي هذه الحالة يجوز للقاضي أن يأمر المدعى عليه المحكوم لصالحه بتقديم كفالة مناسبة تكون ضماناً للمدعي الذي قضى ضده.

فإذا صدر حكم نهائي بأن المدعي كان على حق، جاز أن يحكم على المدعى عليه بإزالة هذه الأعمال كلها أو بعضها، وعندئذ تكون الكفالة التي قدمها المدعي عليه ضماناً لهذه الإزالة².

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص 933.

² - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص 933.

المبحث الثاني: أهمية دعوى الحيازة في حماية حق الملكية العقارية الخاصة

تكتسي الحيازة أهمية بالغة من الناحية القانونية و العملية خاصة في بلادنا، باعتبار أنها تعتبر سببا من أسباب كسب الملكية العقارية الخاصة. و تجدد الحيازة مبرراتها في كونها تهدف إلى حماية النظام العام و الملكية العامة في المجتمع، فيمنع على كل شخص حتى و لو كان هو المالك الحقيقي اغتصاب الحيازة من حائزها، كما أنها تعتبر قرينة على الملكية العقارية الخاصة، إذ يفترض في الحائز أنه هو المالك حتى يثبت العكس، و بالتالي فإن حماية الحيازة هي حماية للملكية العقارية الخاصة في نفس الوقت.

و من خلال هذا المبحث يثور التساؤل حول العلاقة بين الحيازة و الملكية، فإذا كان الحائز نفسه هو المالك ووقع اعتداء على الملكية، فهل يحق له أن يرفع دعوى الحيازة باعتباره حائزا أو دعوى الملكية باعتباره مالكا، و إذا رفع إحدهما، ما مصير الدعوى الأخرى، و ماذا يترتب على رفعها معا أمام القضاء؟

المطلب الأول: قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية

في واقع الأمر تطرح هذه القاعدة العلاقة القائمة بين الحيازة و الملكية، من حيث الحماية القضائية، إذا يجب أن لا تقترن حماية الحيازة بالملكية، وعلى ذلك فان هذه القاعدة تطرح نطاق حماية الحيازة، و تبعا لذلك يبقى السؤال مطروحا حول ما إذا تم رفع دعوى الحيازة، فما أثر ذلك على الملكية، وهل يحق للحائز أن يرفع كلا من دعوى الحيازة و الملكية في آن واحد؟

وإذا تم رفع دعوى الملكية، فما أثر ذلك على دعوى الحيازة، وهل يحق للحائز لأجل حماية الحيازة، أن يستند إلى الملكية، و من يتقيد بهذه القاعدة، فهل ينصرف خطاب القاعدة إلى المدعي فقط أم يمتد إلى كل من المدعي عليه و القاضي؟

وتلك هي المسائل التي نتطرق إليها فيما يخص كل من المدعي و المدعي عليه و القاضي على

الوجه التالي:

الفرع الأول: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم المدعي

ينصرف خطاب قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية إلى المدعي، وهو الحظر الذي قضت به المادة 529 من ق إ م إ و التي نصت على ما يلي: "لا تقبل دعوى الحيازة ممن سلك طريق دعوى الملكية".

ويستخلص من هذا النص أنه في حالة ما إذا جمع المدعي بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة.

فإذا رفع المدعي دعوى الحيازة أمام المحكمة، ثم حدث أن تحققت إحدى صور جمع الدعيين فترتب عليه سقوط دعوى الحيازة.

إن المشرع قد أقام قرينة قاطعة غير قابلة لإثبات العكس، وتستمد هذه القرينة اختيار المدعي الطريق الصعب، وهو المطالبة بأصل الحق، فيعد من جانبه نزولاً عن سلوك الطريق السهل وهو طريق دعوى الحيازة.

ويمكن تصور الجمع بين الدعيين في ثلاث صور نتناولهم في النقاط الثلاث التالية:

أولاً: المدعي يرفع دعوى الحيازة ويستند فيها إلى أصل الحق

تتحقق الصورة هذه متى لجأ المدعي إلى رفع دعوى الحيازة، ويؤسسها على أصل الحق، كأن يرفع دعوى الحيازة ويستند - من أجل إثبات وجودها - إلى أسباب الملكية، كما إذا رفع دعوى استرداد الحيازة، ويستند في تبرير دعواه إلى الملكية، على اعتبار أن العقار الذي يحوزه يعود إليه عن طريق الشراء، بموجب عقد بيع معين، أو عن طريق الهبة أو الوصية أو الحيازة التي دامت مدة خمسة عشر سنة.

ففي هذه الأمثلة، فإن المدعي بعد أن رفع دعوى الحيازة، فقد استند إلى أساس وجودها إلى أصل الحق، وبذلك يكون قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية مما يترتب عليه سقوط دعوى الحيازة وبقاء دعوى الملكية التي يجب على القاضي أن يفصل فيها.

فيجب على المحكمة في حالة الجمع أن تقضي بعدم قبول دعوى الحيازة و أن تقضي في دعوى الملكية لأنها مختصة بها.

ومن الأمثلة على ذلك الدعوى التي يرفعها المدعي أمام قضاء الموضوع، يطلب فيها الحكم على المدعى عليها بالكف عن كل اعتداء على القطعة الأرضية المتنازع عليها التي يجوزها هو ومن قبل أبوه وجدته منذ سبعين سنة.

وقد انتهت تلك الدعوى إلى صدور حكم برفضها على أساس أن حيازة المدعي غير ثابتة، ففي الحين كان المدعي يتمسك بالملكية مستندا في ذلك إلى الحيازة كسبب من أسباب كسب الملكية.

وتكليف الدعوى ما إذا كانت دعوى حيازة أو دعوى ملكية هي مسألة قانون تخضع لرقابة المحكمة العليا.

وهكذا تبين لنا أن المدعي إذا رفع دعوى الحيازة وفي ذات الوقت يستند إلى أصل الحق، أي سلك طريق الملكية، فيترتب على هذا الجمع، سقوط دعوى الحيازة، وبقاء دعوى الملكية أمام المحكمة التي يجب أن تفصل فيها باعتبارها دعوى ملكية¹.

ثانياً: المدعي يرفع دعوى الحيازة و قبل الفصل فيها يرفع دعوى الملكية

لكي تتحقق هذه الصورة يجب أن يلجأ المدعي إلى رفع دعوى الحيازة وقبل الفصل فيها، يبادر إلى رفع دعوى الملكية ومن ثمة يكون مدعي قد جمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، وذلك عندما بادر إلى رفع دعوى الملكية، قبل الفصل في دعوى الحيازة وسواء رفعها أمام نفس المحكمة التي تنظر في دعوى الحيازة، أم رفعها إلى محكمة أخرى، فالجمع قد وقع بين الدعويين، وذلك عندما بادر إلى رفع دعوى الملكية، قبل الفصل في دعوى الحيازة، ويترتب على الجمع

¹ - عمر زودة، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الملكية، م ق م ع، ع 4، س 1992، ص 275.

سقوط دعوى الحيازة التي يجب على القاضي أن يصرح بعدم قبولها في حين تبقى دعوى الملكية قائمة أمام المحكمة التي يجب الفصل فيها.

ثالثاً: المدعي يرفع دعوى الملكية ثم دعوى الحيازة

لكي تتحقق هذه الصورة هي أن يلجأ المدعي إلى رفع دعوى الملكية وقبل الفصل فيها يبادر إلى رفع دعوى الحيازة، فيعد ذلك جمعاً بين دعوى الملكية ودعوى الحيازة، وذلك بعد أن يبادر إلى رفع دعوى الملكية، ومن ثمة يكون قد اختار الطريق الصعب، وهو طريق دعوى الملكية وتنازل عن الطريق السهل الميسر، وهو طريق الحيازة، مما يتعين على المحكمة أن تصرح بعدم قبول دعوى الحيازة.

وهو المبدأ الذي أكدت عليه المحكمة العليا في العديد من قراراتها ومنه القرار الصادر عن الغرفة المدنية، القسم الأول، المؤرخ في 06-05-95 تحت الرقم 65524 والذي أكدت فيه على سقوط دعوى الحيازة إذا ما رفعت إلى جانب دعوى الملكية.

الفرع الثاني: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم المدعى عليه و القاضي

ينصرف حظر القاعدة إلى المدعى عليه وهو الحظر الذي قضت به المادة 530 الفقرة الأولى من ق إ م إ ، إذ نصت على ما يلي:

« لا يجوز للمدعى عليه في دعوى الحيازة أن يطالب بالملكية إلا بعد الفصل نهائياً في دعوى الحيازة، و إذا خسرها فلا يجوز أن يطالب بالملكية، إلا بعد استكمال تنفيذ الأحكام الصادرة ضده».

يعتبر المدعى عليه هو المعتدي على الحيازة، هذه الأخيرة يحميها القانون لذاها بصرف النظر عن مركز المعتدي، سواء كان مالكا للعقار محل الحيازة أو غير مالك، ولذلك يحظر عليه أن يتمسك بالدفع المستمدة من أصل الحق، بل يحق له فقط أن يتمسك بالدفع المستمدة من الحيازة نفسها ويظهر حظر القاعدة على المدعى عليه - في دعوى الحيازة - في الصورتين التاليتين:

أولاً: عدم جواز التمسك بالدفع المستمدة من أصل الحق

يمنع على المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يتمسك بالدفع المستمدة من أصل الحق، كأن يتمسك بأنه هو صاحب الحق أو أنه هو المالك للعقار المتنازع عليه، وبغض النظر عن السند الذي يستند إليه وتبعاً لذلك، لا يجوز له أن يتمسك في دعوى الحيازة سواء كانت دعوى استرداد الحيازة أو دعوى منع التعرض، أو دعوى وقف الأعمال الجديدة استناداً إلى أي سبب من أسباب كسب ملكية العقار، والدفع بالملكية استناداً إلى الحيازة التي دامت 15 سنة هو دفع يتعلق بأصل الحق¹.

وعلى المدعى عليه في دعوى الحيازة أن يركز دفعه على تخلف أحد أركان الحيازة أو تخلف أحد شروطها، وبأنها كانت غير مستمرة، أو غير ظاهرة أو مشوبة بإكراه أو غش أو أنها كانت حيازة عرضية، لأن دعاوى الحيازة تهدف إلى حماية الوضع المادي، لا شأن لها بأصل الحق ومن هنا جاء الحظر على المدعى عليه، من عدم جواز التمسك في دفاعه بالدفع المستمدة من أصل الحق.

ثانياً: عدم جواز رفع دعوى الملكية قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم

فإذا بادر المدعي إلى رفع دعوى الحيازة على المدعى عليه فإن هذا الأخير يمنع عليه أن يرفع دعوى الملكية على المدعي في دعوى الحيازة، بل يجب عليه أن ينتظر صدور حكم دعوى الحيازة وتنفيذه، فإذا سلب المدعى عليه الحيازة، فيجب عليه أن يرد الحيازة للمدعي، وإذا تعرض لحيازة المدعي، فيجب أن يزيل أعمال التعرض، وإذا شرع في الأعمال الجديدة، فيتعين عليه أن يتوقف عنها.

إذن لا يحق للمدعى عليه أن يرفع دعوى الملكية على المدعي إلا إذا أعاد الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعدي، وكل ذلك تحقيقاً لفكرة حماية الحيازة لذاتها، ولحماية الأمن والسكينة في المجتمع.

¹ - عمر زودة، قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة و دعوى الملكية، المرجع السابق، ص 277.

ولكنه ما هو الحال إذا ما بادر المدعي إلى رفع دعوى الملكية على المدعى عليه؟ فهل يحق لهذا الأخير أن يرفع دعوى الحيازة على المدعي في دعوى الملكية؟
 إن الإجابة على هذا السؤال، تكون بالضرورة بالإيجاب، ذلك أن رفع دعوى الملكية على المدعى عليه هو إقرار من المدعي بحيازة المدعى عليه، وبالتالي يستطيع المدعى عليه في دعوى الملكية في هذه الحالة أن يرفع دعوى الحيازة، وسواء كان سبب دعوى الحيازة سابقا أو لاحقا على رفع دعوى الملكية.

وهذا بخلاف الحال بالنسبة للمدعي في دعوى الملكية، فلا يستطيع أن يرفع دعوى الحيازة لأنه يكون قد تنازل عنها، لكن المدعى عليه في دعوى الحيازة يحق له أن يرفع دعوى الملكية وذلك بعد الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم الصادر فيها.

ان قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية تلزم كلا من المدعي والمدعى عليه من جهة وتلزم أيضا القاضي من جهة أخرى، لذلك يثور التساؤل فيما يخص هذا الحظر بالنسبة للقاضي وهي المسألة التي أتناولها فيما يلي¹.

ثالثا: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم القاضي

ينصرف أيضا حظر القاعدة إلى القاضي، وهو الحظر الذي تقضي به المادة 527 من ق إ م إ إذ نصت على ما يلي: « لا يجوز للمحكمة المطروح عليها دعوى الحيازة، أن تفصل في الملكية». ويلخص من هذا النص، أن قاضي الحيازة لا يجوز له أن يتطرق إلى أصل الحق، ذلك أن دعوى الحيازة تختلف عن دعوى الملكية من حيث السبب والموضوع، لأن دعوى الحيازة تهدف إلى حماية الحيازة ذاتها، مجردة عن الحق، لأن الأصل في الحائز أنه هو المالك، والقانون يفصل بين حماية الحيازة وحماية الملكية فلا يجب الخلط بينهما.

¹ - عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومة، د س ط، ص 133-134.

وتبعاً لذلك، لا يجوز للقاضي أن يبني حكمه في الحيازة على أسباب مستمدة من موضوع الحق على أساس ثبوت هذا الأخير من عدمه، وبهذا الصدد قد أكدت المحكمة العليا في قضاء لها على هذا المبدأ¹، فالقاضي المعروضة عليه دعوى الحيازة ملزم بالاكْتفاء بموضوعها و بعدم مناقشة مسألة الملكية و العقود، كما لا يجوز للقاضي المعروضة عليه دعوى الحيازة الفصل في دعوى الملكية، بل يجب أن يبني حكمه على أسباب مستمدة من أسباب الحيازة نفسها، بأن يبين توافر أركان الحيازة وشروطها وأنها غير معيبة، فإذا ثبت له ذلك منح لها الحماية القضائية اللازمة، أما إذا وجد أنها غير صحيحة كأن كانت حيازة عرضية أو معيبة بأحد عيوب الحيازة صرح برفضها.

اللافت للانتباه أنه لا يمنع على القاضي الناظر في دعوى الحيازة أن يفحص مستندات الملكية-على سبيل الاستئناس- من أجل الوصول إلى إثبات أركان وشروط الحيازة على غرار ما يقوم به قاضي الأمور المستعجلة، فهو يقوم بفحص المستندات على سبيل الاستئناس من أجل الوصول إلى تقرير مدى توافر عناصر الاستعجال وتبعاً لذلك لا يجوز لقاضي الحيازة أن يمس بأصل الحق في منطوق الحكم الصادر في دعوى حيازة، كأن يجعل الحيازة متوقفة على ثبوت الملكية ذلك أن الحكم الصادر في دعوى الحيازة ليس له أية حجية على دعوى الملكية².

المطلب الثاني: مدى حجية الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة لدعوى الملكية

لما كان الحكم الصادر في دعوى الحيازة لا يجوز أن يستند إلى أسباب تتعلق بالملكية أو أصل الحق، كان من الطبيعي ألا يكون للحكم الصادر في دعوى الحيازة حجية أمام المحكمة التي تنظر في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، وذلك حتى بالنسبة للحيازة ذاتها، فقاضي أصل الحق لا يتقيد بحكم قاضي الحيازة حتى فيما يتعلق بثبوت الأعمال المادية المكونة للحيازة، أو فيما يتعلق

¹ - راجع في هذا المجال، قرار غ ع الصادر بتاريخ: 2000/10/25 تحت الرقم: 200565 جاء فيه ما يلي: " - المبدأ - القاضي المعروضة عليه دعوى الحيازة ملزم بالاكْتفاء بموضوعها و عدم مناقشة مسألة الملكية و العقود "

كذا قرار غ ع الصادر بتاريخ: 1999/11/24 تحت الرقم: 191807 جاء فيه ما يلي: " - المبدأ - لا يجوز للقاضي المعروضة عليه دعوى الحيازة الفصل في دعوى الملكية ". إ ق غ ع، ج 2، سنة 2004، ص 311 و 316.

² - عمر زودة، الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، المرجع السابق، ص 135.

بثبوت الصفات المنسوبة إليها، فإذا أسس قاضي الحيازة حكمه على أن الحائز كان يضع يده على الأرض بأن كان يزرعها بنفسه أو أن حيازته كانت هادئة وظاهرة ومستمرة فإن ذلك لا يقيد قاضي الملكية إذ له أن ينتهي في حكمه إلى أن حيازة الحائز لم تكن هادئة ولا ظاهرة ولا مستمرة. ويشبه كثيرا فقهاء القانون اختصاص قاضي الحيازة بالنسبة لأصل الحق باختصاص القضاء المستعجل بطلبات الخصوم الموضوعية إذ لا يجوز لأي منهما التعرض لأصل الحق أو بناء حكمهم على أسباب تتعلق به، كما أن الحكم الصادر في كليهما له حجية مؤقتة لأنه يقوم على وقائع قابلة للتغيير والتبديل.

وقد استثنى الفقه والقضاء من القاعدة المتقدمة حالتان نتطرق إليهما فيما يلي:

أولاً: إذا فصل قاضي الحيازة في دعوى الملكية أو في دعوى موضوع الحق خطأ بالرغم من عدم اختصاصه وأصبح هذا الحكم باتا إما لاستنفاد جميع طرق الطعن فيه وإما لفوات مواعيد الطعن، فإن الحكم يحوز قوة الشيء المقضي به عملا بالمادة 338 من ق م التي نصت على ما يلي: «الأحكام التي حازت قوة الشيء المقضي به تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق، ولا يجوز قبول أي دليل ينقض هذه القرينة ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بحقوق لها نفس المحل والسبب».

ثانياً: إذا صدر حكم من قاضي الحيازة للخصم بأنه هو الحائز فإنه تكون له حجيته بصدد ثبوت الحيازة، فيكون هو المدعى عليه في دعوى الملكية أو دعوى موضوع الحق، ولا يلتزم إذا كان حسن النية برد الثمار إلا من وقت رفع هذه الأخيرة¹.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق، المرجع السابق، ص 968.

المطلب الثالث: مدى اختصاص القضاء الاستعجالي في دعاوى الحيازة

دعاوى الحيازة قد تحمل طابع الاستعجال، إذ هي لا تتعرض للملكية كما سبق أن قدمنا بل تقتصر على مجرد حماية الحيازة في ذاتها، فإجراءاتها غير طويلة و غير معقدة كدعاوى الملكية، وكما هو معلوم فإن نفس دعاوى الملكية تقابلها دعاوى الحيازة الممكن عرضها أمام القضاء الاستعجالي.

الفرع الأول: القاضي الاستعجالي ودعوى استرداد الحيازة

القاضي الاستعجالي يختص بهذه الدعوى بشرط أن يتبين له توافر ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فإذا اتضح له أن المدعي قد سلبت حيازته بالقوة قضى له برد الحيازة دون النظر إلى وضع اليد ذاته أو إلى سببه.

وقد ذهب رأي الفقه إلى أنه يشترط في دعوى استرداد الحيازة المستعجلة عدا توافر ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق توافر شروط دعوى استرداد الحيازة المتطلبة في الدعوى الموضوعية.

أما الرأي الآخر فيرى بأن دعوى استرداد الحيازة المستعجلة هي من الإجراءات الوقتية لحماية مركز قانوني ووضع مادي إذا توافر للدعوى ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق دون التقيد بالشروط اللازمة لرفع الدعوى الموضوعية¹.

على هذا الأساس فان شروط دعوى استرداد الحيازة المستعجلة تتمثل في:

- الاستعجال وخشية فوات الوقت.
 - عدم المساس بالموضوع - أصل الحق - فالمطلوب إجراء وقي.
 - دخول الدعوى في ولاية القضاء العادي وإلى الحكم بعدم الاختصاص.
- وكمثال لما يخرج عن ولاية القضاء العادي الاعتراض على تنفيذ قرار إداري أو عمل من أعمال السيادة².

¹ - عز الدين الدناصوري، الحيازة المدنية و حمايتها الجنائية في ضوء الفقه و القضاء، د م ن، س 1993، ص 135.

² - عبد الوهاب عرفة، المرجع في الحيازة المدنية و حمايتها الجنائية، دار الجامعة الجديدة، س 2007 ص 116.

وترتيباً عليه فلا يبحث نية التملك عند وضع اليد ولا شروط الحيازة القانونية الموضوعية، وإنما يكفي بأن يتضح للقاضي من ظاهر الأوراق أن المدعي هو صاحب السيطرة الفعلية على العقار، وأن حيازته قد سلبت بالقوة أو الغش أو الخديعة، وأن لا تكون الدعوى قد فقدت ركن الاستعجال كما إذا تراخى المدعي فترة طويلة بعد سلب حيازته حتى رفع الدعوى إذ أن شرط رفع دعوى استرداد الحيازة خلال السنة التالية لوقوع التعدي ليس شرط لقبول الدعوى المستعجلة غير أنه إذا مضت سنة على سلب الحيازة واستقرت الحيازة لمن سلبها هادئة طوال هذه الفترة فإن هذا يؤدي إلى انتفاء ركني الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ذلك أن من استقرت له الحيازة مدة سنة، حتى لو كان قد سلبها بالقوة فإنه يكون قد اكتسب مركزاً قانونياً يجابه به خصمه ويزيل عن الدعوى المستعجلة ركن الاستعجال كما أن التصدي للحيازة وبحثها في هذه الحالة فيه مساس بأصل الحق.

والحكم المستعجل لا يجوز إلا حجية مؤقتة ويظل مهدداً بالزوال نتيجة حدوث تغيير أو تعديل في الوقائع المادية أو المراكز القانونية.

وسلوك الحائز طريق القضاء المستعجل لا يسلبه حقه في الالتجاء إلى القضاء الموضوعي فإذا رفع الحائز دعوى الحيازة المستعجلة فلا جناح عليه إذا رفع بعد ذلك الدعوى الموضوعية، وقد جرت العادة على أن يلجأ الحائز أولاً إلى الدعوى المستعجلة باعتبار أن الإجراءات فيها أسهل وأن يصدر الحكم فيها أسرع فإذا جانبه التوفيق فيها فإنه يطرق باب محكمة الموضوع حيث يستطيع إثبات حيازته بكافة وسائل الإثبات على خلاف القضاء المستعجل الذي يتعين أن يثبت أمامه الحق واضحاً من ظاهر المستندات.

ومن المقرر أن الأوامر الصادرة في المواد المستعجلة معجلة النفاذ بكفالة أو بدونها حسب المادة 303 من ق إ م إ والتي جاءت تنص: «لا يمس الأمر الاستعجالي أصل الحق، وهو معجل

النفاذ بكفالة أو بدونها رغم كل طرق الطعن كما أنه غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على النفاذ المعجل...».

الفرع الثاني: القاضي الاستعجالي ودعوى وقف الأعمال الجديدة

يختص القاضي المستعجل بنظر دعوى وقف الأعمال الجديدة لاعتبارها دعوى وقائية. وذلك بشرط أن يتوافر فيها فضلا عن الشروط المطلوبة في الدعوى الموضوعية ثلاثة شروط أخرى أولها أن يتوافر ركن الاستعجال في الدعوى وثانيها ألا يطلب من القاضي المستعجل إزالة ما تم فعلا من أعمال وثالثها أن لا تكون هذه الأعمال الجديدة قد تمت وانقلبت إلى تعرض فعلا، إذ لا يجوز للقاضي المستعجل في هذه الحالة أن يقضي في الدعوى باعتبارها دعوى منع تعرض كما هو الشأن لو كانت الدعوى موضوعية، لأن دعوى منع التعرض هي دعوى موضوعية بحتة لا تدخل في اختصاص القضاء المستعجل.

وفي الواقع فإن كثيرا ممن يحدث اعتداء على حيازته بأعمال جديدة أن يلجأ أولا إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب وقف هذه الأعمال عليهم يستطيعون الحصول على حكم في وقت قريب وعادة ما يجوبون لطلبهم أما إذا قضى بعدم الاختصاص فان هذا لا يمنعهم من إقامة نفس الدعوى أمام قضاء الموضوع لكن هذا بشرط أن لا تتم هذه الأعمال فلو تمت تصبح الدعوى هنا منع التعرض وليس وقف الأعمال الجديدة.

والحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة في دعوى وقف الأعمال الجديدة يكون مشمول بالنفاذ المعجل بقوة القانون طبقا للمادة 303 من ق إ م إ.

وقاضي الموضوع إذا تبين له أن الأعمال الجديدة تمت فانه يكيف الدعوى على أنها تعرض ويقضي فيها على هذا الأساس أما القاضي الاستعجالي فيقضي بعدم الاختصاص لأنه أصلا غير مختص بنظر دعوى منع التعرض.

ولا يجب على القاضي الا استعجالي أن يتعرض للفصل في الملكية وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها¹ الذي جاء فيه مايلي: " متى كان من المقرر قانونا أن الأوامر التي تصدر في المواد المستعجلة لا تمس أصل الحق، ولما كان المجلس الذي أمر عن طريق الاستعجال بوقف الأشغال المتنازع فيها تعرض للفصل في الملكية بين الطرفين فانه بهذا القضاء يكون قد مس الموضوع وخرق القانون " ².

ومنه وعلى هذا الأساس فالقاضي الاستعجالي عند نظره لدعوى وقف الأعمال الجديدة يجب عليه:

أن لا يتطرق لأي نقطة تمس بالموضوع لأن ذلك ليس من اختصاصه، ويفقد الدعوى الاستعجالية إحدى شروطها وهو عدم المساس بأصل الحق.

الفرع الثالث: القاضي الاستعجالي ودعوى منع التعرض

تنص المادة 823 من ق م: «الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك».

فالحيازة المادية متى توافرت شروطها من هدوء واستقرار وظهور ووضوح فممت أثبت الحائز أن له الحيازة المادية تمسك بذلك قرينة على الحيازة القانونية.

إثبات الحيازة المادية، يكون بجميع طرق الإثبات التي تستلزم إجراءات تحقيق موضوعية، لا يتسع لها نطاق اختصاص القضاء المستعجل، كما أنه في ثبوت الحيازة القانونية ما يشير في الغالب إلى صاحب الملكية ومن ثم يكون في ثبوت تلك الحيازة من عدمه مساس بأصل الحق، الأمر الذي استقر عليه القضاء أنه لا ولاية للقضاء المستعجل في الفصل في دعاوى منع التعرض، لأن الحكم فيها يمس الحق موضوع النزاع.

¹ - قرار بتاريخ: 1985/03/06، نحت رقم الملف: 33252، م ق م ع، ع 4، س 1989، ص 34.

² - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والحكمة العليا، دار هومة، س 2005، ص 132.

إذ يجب للفصل فيها التحقق من توافر شروط وضع اليد الذي يخول المدعي رفع الدعوى، وحقوق المتعرض على العقار موضوع النزاع بحيث لا يبقى بعد الفصل فيها نزاع موضوعي¹. عليه فان قاضي الأمور المستعجلة لا يختص بنظر دعوى منع التعرض لمساسها بأصل الحق وذلك لاستلزام الفصل فيها وسائل تحقيق موضوعية لتحديد من له الحيازة القانونية هذه لا يتسع لها نطاق القضاء الاستعجالي كما أن في تحديده مساس بالحق موضوع النزاع.

وقد اعتبرت المحكمة العليا أن دعوى منع التعرض دعوى موضوعية بحكم طبيعتها لا يتسع لها اختصاص القضاء الاستعجالي و هذا في عدة قرارات صادرة عنها، منها القرار² الذي جاء فيه: «حيث أنه من المقرر قانوناً أن الاستعجال هو الضرر المحدق بالحق والمطلوب رفعه بإجراء وقي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية مع عدم المساس بأصل الحق عملاً بالمادة 183 من ق إ م إ». وحيث أنه بالرجوع إلى القرار المنتقد يتضح منه أن قضاة الموضوع تمسكوا باختصاصهم على أساس أن ما قضى به لا يمنح الحق لطرف دون آخر وإنما هو إجراء وقي وحتى لا تبقى الأرض بدون حرث مع أن الدعوى في نزاع الحال تتعلق بمنع التعرض، وهي إحدى الدعاوى الثلاثة المقررة قانوناً لحماية الحيازة العقارية، وبالتالي فهي دعوى موضوعية بحكم طبيعتها لا تدخل أصلاً في اختصاص قاضي الاستعجال، لأن الفصل فيها يستوجب البحث عن واضع اليد وعناصر الحيازة وشروطها ومدة وضع اليد، وهذه جميعها مسائل تحقيق موضوعية لا يتسع لها نطاق القضاء المستعجل علاوة على أنه بتحديد من له الحيازة القانونية مساساً حتماً بأصل الحق موضوع النزاع باعتبار أن الحيازة قرينة على الملكية³.

¹ - مصطفى مجدي هرجه، التنظيم القانوني الجديد لمنازعة الحيازة، س 1993، ص 180.

² - قرار بتاريخ: 2000/01/26 تحت رقم الملف: 226217، م ق م ع، ع 1، س 2001، ص 254.

³ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والحكمة العليا، المرجع السابق، ص 130 و 131.

الفصل الثاني:

مدى تدخل القضاء الإداري

في حماية حق الملكية

العقارية الخاصة

إذا كان القاضي العقاري يفصل بين مصلحتين شخصيتين، فإن القاضي الإداري مطالب بالتوفيق بين مفهوم هذه المصلحة الفردية، ومفهوم الصالح العام الغامض المعالم والجوانب في الكثير من الأحيان، و الذي تتحرك الإدارة أي الدولة بموجبه و تعلن عن أغراضها، وتأتي أعمالها التي فيها امتيازات السلطة العامة، أي التنفيذ المباشر لقراراتها دون أي ترخيص بذلك من أي سلطة أخرى، و لا تخضع في أعمالها إلا لسلطان القانون حفاظا على مبدأ المشروعية المفروض دستوريا عليها، لتفادي استبدادها وهيمنتها، والذي بموجبه تخضع لرقابة القاضي الإداري في الأنظمة التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء.

إن هذه الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري تصعب في الكثير من المواقف في الميدان العقاري الشاسع، أين تكثر تدخلات الإدارة لتنظيمه و ضبط التعامل فيه باعتباره مجالا حيويا وحساسا إلى أقصى درجة، إذ أنه كثيرا ما تتضارب فيه المصلحة العامة، مع الحقوق الفردية و الخاصة للأفراد والجماعات، خاصة إذا علمنا إن الإدارة تستر دائما وراء هدف تحقيق الصالح العام، وملائمة القاضي الإداري الذي ينحصر دوره في تقدير مدى مشروعية القرارات الإدارية¹.

على هذا الأساس يؤدي القاضي الإداري في مجال الملكية العقارية الخاصة دورا هاما للغاية، كون أنه مكلف بإيجاد التوازن ما بين حقوق الأفراد من جهة و احترام صلاحيات السلطة الإدارية نازعة الملكية الرامية لتحقيق المنفعة العمومية، فتمثل بذلك الرقابة القضائية أحد أقوى الضمانات وأضححت السلاح الحقيقي و الفعلي بيد الأفراد لمواجهة السلطات العامة، ومن هنا يطرح الإشكال بخصوص دور القاضي الإداري و مدى فعاليته و سلطاته في مجال تصرفات الإدارة بخصوص الملكية العقارية الخاصة؟ كإقبال الإدارة على نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية أو استيلاءها الشرعي على هذه الملكية؟ وهل أن القاضي الإداري يمثل فعلا ضمانا حقيقيا للأفراد قصد حماية حقوقهم المتروعة؟

¹ - بوضوف موسى، دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، م م د، ع 2، س 2002، ص 28.

وعليه، سنتناول من خلال هذا الفصل دراسة نقطتين أساسيتين و هما نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية كمبحث أول، ثم نعرض في النقطة الثانية على الاستيلاء الشرعي على الملكية العقارية الخاصة كمبحث ثاني.

المبحث الأول: دور القضاء الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة

بنزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية

إذا كانت حياة الجماعة تقتضي وتحتاج إلى أكثر مما يحتاجه الفرد الذي تطغى عليه الأنانية وحب الذات الفردية، فحياة الجماعة تحتاج تضحية من الأفراد في سبيل راحة المجموع، ولأجل ذلك ورد على حق الملكية العقارية الخاصة مجموعة من القيود يتم إعمالها بتوافر ظروف معينة تتعلق بالحياة الجماعية للأفراد تبررها وتبيحها، منها قيد نزع الملكية للمنفعة العامة.

من هذا المنطلق لا بد من الوقوف والإجابة على إشكالية مدى صمود حق الملكية العقارية

الخاصة في مواجهة نزعها للمنفعة العامة؟

إنه و بالنظر لخطورة هذا الإجراء على الحقوق الفردية الذي بموجبه تكرر امتيازات استثنائية لفائدة السلطات العمومية، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الضمانات وضعها في قانون شرع لهذا الغرض¹، ومن هنا يظهر دور القاضي الإداري الذي قد يضطر إلى التعقيب على سلوك الإدارة حيال لجوئها إلى نزع الملكية العقارية الخاصة.

و يظهر لنا من خلال التشريع أنه تم إعطاء أهمية بالغة للإجراءات الواجب احترامها من طرف الإدارة عند لجوءها إلى هذا التصرف، كما حدد المشرع الدور الذي يمكن أن يؤديه القضاء الإداري لفض المنازعات التي تنجم عن هذا القيد.

¹ - قانون 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتضمن نزع الملكية للمنفعة العمومية المتمم و كذا المرسوم التنفيذي له رقم 86/93 المؤرخ في 1993/07/27 المتضمن تحديد كفاءات تطبيقه.

إن دراسة قيد نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية يقتضي منا دراسة مفهومه وإجراءاته كمطلب أول، ثم نتطرق في المطلب الثاني إلى تحليل الدور الذي يقوم به القضاء الإداري من خلال الرقابة الممنوحة له بمقتضى القانون سواء السابقة أو اللاحقة على هذا القيد.

المطلب الأول: مفهوم نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وإجراءاته

الأصل أن تلجأ الإدارة لأجل استفاء حاجياتها من العقار حسب القاعدة العامة في التعاملات إلى العقد، إلا أنه استثناء من هذه القاعدة و نظراً لطبيعة غرض العملية المتعلقة بالمنفعة العامة من جهة و لفشل محاولة الاقتناء بالتراضي من جهة أخرى، تلجأ الإدارة بصفة استثنائية إلى إجراءات نزع الملكية حيث يتم حرمان المالك من عقاره جبراً عن إرادته، و يعتبر هذا الأسلوب في نزع الملكية من أساليب التنازل الجبري الذي يكره من خلاله ملاك العقارات الخواص أو أصحاب الحقوق العينية العقارية على التخلي عن أملاكهم العقارية للإدارة في سبيل تحقيقها الصالح العام، مقابل حصولهم على التعويض¹.

لذلك كان من الواجب ضبط هذا الأسلوب الذي تمارسه الإدارة من خلال الوقوف على تحديد مفهومه و التطرق إلى دراسة إجراءاته.

الفرع الأول: مفهوم نزع الملكية

إن دراسة مفهوم نزع الملكية العقارية الخاصة للمنفعة العمومية يقتضي أولاً، تحديد تعريف شامل لنزع الملكية وفقاً لما حدده فقهاء القانون الإداري في هذا المجال، ثم كنقطة ثانية لا بد علينا من تمييزه عن بعض الأوضاع المشابهة له.

أولاً: تعريف نزع الملكية:

حسب الأستاذة J.M AUBRY فإن نزع الملكية «وسيلة مخرولة للأشخاص الإدارية، يمكن اللجوء إليها لاكتساب ملكية الأشياء العقارية والمادية، وهي تتمثل بصفة جوهرية في رفع يد الحائز

¹ - حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، س 2004، ص 360.

نهائيا وكليا وبصفة متتابعة، لنقل ملكية هذه العقارات مقابل دفع تعويض محدد وذلك من أجل المنفعة العامة».

ويعرفها الفقيه A.DE LAUBADERE بأنها: «العمل الإداري الذي تستطيع الإدارة بمقتضاه أن تجبر مالك العقار على التنازل على ملكيته العقارية، وذلك بهدف تحقيق المنفعة العامة وفي مقابل تعويض عادل ومسبق»¹.

و نجد الأساس القانوني لهذه الوسيلة الإدارية الخطيرة الماسة بحق الملكية في مختلف المواثيق والدساتير، إذ نصت عليها المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بنصها «باعتبار أن الملكية حق مصون ومقدس لا يمكن أن يتزع من أحد، إلا في حالة الحاجة العمومية المثبتة قانونا، تتطلب بصفة مؤكدة ذلك وبشرط تعويض عادل ومسبق»².

كما نص عليه دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية في مادته 20 بقولها «لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون، ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف».

ثانيا: تمييز نزع الملكية عن بعض الأوضاع المشابهة له:

إن هذه العملية متميزة عن إجراء الاستيلاء الإداري والتأميم الذي قد يختلط مفهومهما بما كما يلي:

- ❖ تسمى هذه العمليات بعمليات اكتساب المال العام، ويمكن التمييز في كثير من الأوجه.
- ❖ إن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة كعملية الاستيلاء تعتبران أعمال إدارية، وهذه الأخيرة تكون خاضعة للرقابة القضائية عكس عملية التأميم التي تعتبر عمل من أعمال السيادة فلا تخضع بالتالي للرقابة القضائية.

¹ - هذه التعاريف واردة عند محمد عبد الغني مهملات، الاستملاك و رقابة القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، بدون تاريخ، ص 22 و 23.

² - ناصر لباد، دساتير و مواثيق سياسية، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، دستور الجمهورية الفرنسية و دستور الولايات المتحدة الأمريكية، ط 1، لباد، سطيف، س 2007، ص 153.

❖ إن عملية نزع الملكية للمنفعة العامة تنصب على العقارات، في حين الاستيلاء ينصب على خدمات الأشخاص وكذلك على الأموال المنقولة والعقارية، في حين أن التأمين محله مشروعات اقتصادية.

❖ إن هذه العمليات المنصبة على الملكيات تكون تحقيقا لمتطلبات المصلحة العامة في ظروف مختلفة، فترع الملكية للمنفعة العامة يكون لإشباع الحاجات العامة في الظروف العادية. أما الاستيلاء فهو إجراء إداري تتطلبه ظروف معينة تميزها الضرورة والاستعجال، في حين أن التأمين يكون تحقيقا لسياسة اقتصادية عليا في الدولة، إذ تحتاج الدولة في ظروف اقتصادية معينة إلى إدخال مشروعات اقتصادية للقطاع العام لأهميتها.

❖ يترتب على نزع الملكية للمنفعة العامة وكذلك على التأمين حرمان صاحب الملكية من ملكه مدى الحياة، عكس الاستيلاء الذي يكون لوقت يحدد بانتهائه فتعود الأملاك لأصحابها، وهذه العمليات تتم مقابل تعويض عادل يدفع لأصحاب هذه الملكيات.

بناء على ما سبق نقول أن حق الملكية العقارية الخاصة من الحقوق الطبيعية المقدسة، وهو حق مصون قانونا في المواثيق الدولية ودرساتير الدول، غير أنه قد ترد عليه قيود لا تبررها سوى إثثار المصلحة العامة، ولما كان التأمين من أعمال السيادة فإن مسألة مناقشته أمام القضاء لا تثار، عكس نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء، ولما كان هذا الأخير مؤقت فانه يترتب عليه مساس مؤقت بحق الملكية، وبالتالي فان خطورته تكون مؤقتة، عكس عملية نزع الملكية للمنفعة العامة التي تعتبر من أخطر العمليات الإدارية على حق الملكية الخاصة، لأنه يترتب عليها فقدان دائم للمالك ملكه، ففي هذا المجال ظهرت رقابة الموازنة كأداة يسلطها القاضي الإداري للموازنة بين فكرة المصلحة العامة وبين أحد أهم الحقوق وهو حق الملكية.

الفرع الثاني: إجراءات نزع الملكية

تتم عملية نزع الملكية وفق إجراءات شكلية و محددة بنصوص قانونية تختلف من دولة لأخرى، ففي الجزائر و بالرجوع إلى أحكام القانون 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بتزع الملكية للمنفعة العامة، نجد أنه لا يتم اللجوء إلى هذه الوسيلة التي اعتبرها القانون استثنائية، ولا تكون إلا بعد فشل التفاوض الودي¹ طبقا للمادة 2 من القانون 11/91 المشار إليه أعلاه، كما حددت المادة 3 منه خضوع نزع ملكية العقارات أو حقوق عقارية من أجل المنفعة العامة لإجراء مسبق يشمل:

- التصريح بالمنفعة العامة.
- تحديد كامل للأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها، وتعريف هوية المالكين وأصحاب الحقوق الذين تنتزع منهم هذه الملكية.
- تقرير عن تقييم الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزعها.
- قرار إداري بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- يجب أن توفر الاعتمادات اللازمة للتعويض القبلي عن الأملاك والحقوق المطلوب نزعها.
- ثم يفصل القانون في كليات تطبيق هذا الإجراء من خلال ضرورة إجراء تحقيق مسبق كمرحلة أولى، ثم التصريح بالمنفعة العمومية كمرحلة ثانية، لينتهي في الأخير بصدور قرار إداري خاص بقابلية التنازل عن الأملاك و الحقوق المطلوب نزع ملكيتها.

أولاً: التحقيق المسبق

يكون التصريح بالمنفعة العامة مسبقاً بتحقيق يرمي إلى إقرار بثبوت هذه المنفعة، ويكون هذا التحقيق بـ:

¹ - رمزي حوحو / محمد لمعيني، النظام القانوني لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ع 6، أبريل 2009، ص 75.

1- تكوين ملف التحقيق

تقوم الإدارة المستفيدة من إجراء نزع الملكية بتكوين ملف يشمل:

- تقريراً يسوغ اللجوء إلى إجراء نزع الملكية ويبرز النتائج السلبية التي تمخضت عنها محاولات الاقتناء بالتراضي.
 - تصريحاً يوضح الهدف من العملية وينبغي أن يهدف هذا التصريح إلى أداة التعمير أو التهيئة العمرانية أو التخطيط المرتبط بذلك.
 - مخططاً للوضعية يحدد طبيعة الأشغال ومدى أهميتها و موقعها.
 - تقريراً بيانياً للعملية وإطار التمويل.
- ثم يرسل الملف إلى الوالي المختص الذي يمكنه أن يطلب جميع المعلومات أو الوثائق التكميلية التي يراها مفيدة لدراسة الملف¹.

2- لجنة التحقيق

فبعد دراسة الملف يقوم الوالي بتعيين لجنة تحقيق تتكون من ثلاثة أشخاص يكون أحدهم رئيساً لها لإجراء تحقيق بقصد إثبات فاعلية المنفعة العامة، ويتم اختيار هؤلاء الأشخاص المذكورين من قائمة وطنية يضبطها كل سنة وزير الداخلية والجماعات المحلية استناداً إلى القوائم التي تعدها كل ولاية، ويشترط في المحققين الانتماء إلى الجهة الإدارية نازعة الملكية وعدم وجود علاقة تنطوي على مصلحة مع المتروك ملكيتهم.

3- إجراء التحقيق المسبق

يفتح التحقيق المسبق بقرار من الوالي يذكر فيه وجوباً ما يلي:

- الهدف من التحقيق.
- تاريخ بدأ التحقيق.

¹ - رمزي حوحو/ محمد لمعيني، النظام القانوني لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، المرجع السابق، ص 76 وما بعدها.

- تاريخ انتهاء التحقيق.
 - شكلية اللجنة (أسماء وألقاب الأعضاء وصفاتهم).
 - كفاءات عمل اللجنة (أوقات وأماكن استقبال الجمهور، ودفاتر تسجيل الشكاوى وطرق الاستشارة وملف التحقيق).
 - الهدف البين من العملية.
 - مخطط الوضعية لتحديد طبيعة الأشغال المزمع إنجازها وموقعها، ويجب أن يكون هذا القرار قبل خمسة عشر يوما من تاريخ فتح التحقيق مشهرا بمركز البلدية المعنية، منشورا في يوميتين وطنيتين.
- وفضلا عن ذلك ينشر في مدونه القرارات الإدارية للولاية، ويتم وضع ملف التحقيق تحت تصرف الجمهور، وتختول لجنة التحقيق سماع أي شخص والحصول على أية معلومات ضرورية لأعمالها وإعداد استنتاجاتها، كما يجب على اللجنة عدم البوح بأي سر يتعلق بالوثائق والمعلومات التي يطلعون عليها أثناء أداء مهمتهم، ثم تقدم اللجنة للسلطة الإدارية المختصة التي عينتها في أجل خمسة عشر يوما من تاريخ انتهاء التحقيق، تقريرا ظرفيا فيه استنتاجاتها بشأن طابع المنفعة العامة المزمع القيام بها¹.

ثانيا: التصريح بالمنفعة العمومية

يبين القرار المتضمن التصريح بالمنفعة العامة تحت طائلة البطلان ما يلي:

- ✓ أهداف نزع الملكية المزمع تنفيذه.
- ✓ مساحة العقارات و موقعها ومواصفاتها.
- ✓ مشتملات الأشغال المزمع القيام بها.
- ✓ تقدير النفقات التي تغطي عمليات نزع الملكية.

¹ - المواد من 5 إلى 9 من القانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية المتمم.

كما يجب أن يبين القرار الأجل الأقصى المحدد لإنجاز نزع الملكية، ولا يمكن أن يتجاوز هذا الأجل أربع سنوات ويمكن تجديده مرة واحدة بنفس المدة إذا تعلق الأمر بعملية كبرى ذات منفعة وطنية¹.

وينشر حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أو في مدونة القرارات الإدارية الخاصة بالولاية، ويعلق في مقر البلدية التي يقع فيها الملك المطلوب نزع ملكيته طوال شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، وفي كل الحالات يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العامة أمام القضاء الإداري في أجل شهر من تاريخ تبليغ القرار أو نشره، وريثما تفصل المحكمة المختصة في الطعن يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العامة، ويجب على المحكمة أن تفصل في الطعن في أجل شهرين من تاريخ الطعن ويعتبر الحكم القضائي النهائي حضوري بالنسبة لكل شخص سواء كان طرفا في الخصام أم لا².

يترتب على التصريح بالمنفعة العمومية جعل نزع الملكية ممكنا و ليس إلزاميا، إذ تستطيع الإدارة دائما التخلي أو العدول عن مشروعها³.

ويتم طوال الفترة التي حددها قرارا التصريح بالمنفعة العامة تحديد الأملاك والحقوق العقارية، وهوية المالكين وأصحاب الحقوق المطلوب نزع ملكيتهم، ويتم لهذا الغرض إجراء تحقيق جزئي. يهدف هذا التحقيق الجزئي إلى إعداد مخطط جزئي وقائمة للمالكين وأصحاب الحقوق الآخرين، و إلى تحديد محتوى الممتلكات والحقوق العقارية المذكورة تحديدا دقيقا وحضوريا.

¹ - المادة 10 من القانون 11/91 المؤرخ في 11/04/1991 المذكور أعلاه.

² - المواد 6 و 11 و 13 و 14 و 15 من نفس القانون.

³ - مقداد كروغلي، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، م ق م ع، ع 2، س 1996، ص 39.

يسند التحقيق الجزئي إلى محافظ محقق¹ يعين من بين الخبراء العقاريين المعتمدين لدى المحاكم، ويجب أن يبين قرار تعيين المحافظ المحقق تحت طائلة البطلان مقر عمله والأجل المحدد لتنفيذ مهمته، وينشر هذا القرار حسب الحالة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية أو مدونة القرارات الإدارية للولاية المعنية.

يتضمن التصميم الجزئي في مخطط نظامي للأراضي والبناءات المطلوب نزع ملكيتها، و يرفق التصميم الجزئي بقائمة المالكين وأصحاب الحقوق العينية². يرسل المحافظ المحقق إلى الوالي المختص إقليميا وفي حدود الأجل الذي يحدده الوالي نفسه ملف التحقيق الجزئي الذي يشمل على ما يلي:

- المخطط الجزئي.
- المحضر النهائي وكذلك جميع الوثائق المشتملة أو المعدة أثناء التحقيق.
- قائمة العقارات كما هو منصوص عليها في المادة 27 من المرسوم التنفيذي رقم 186/93 المؤرخ في 1993/07/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بتزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.
- تقرير تقييم الأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها³.

تعد مصالح إدارة الأملاك الوطنية تقريرا تقييما للأملاك والحقوق العقارية المطلوب نزع ملكيتها بعد إخطارها بواسطة ملف يشتمل على القرار المصرح بالمنفعة العامة وعلى التصميم

¹ - يهدف التحقيق الجزئي إلى تحديد الممتلكات تحديدا دقيقا من خلال تحديد طبيعتها ما إذا كنت أرضا فضاء أو أرضا مبنية كان يكون عليها بنايات أو محلات تجارية، و السلطة الوحيدة المخولة قانونا بتعيين المحافظ المحقق هي السيد الوالي عملا بالمادة 12 من المرسوم التنفيذي 186/93 المؤرخ في 1993/07/27.

² - المواد من 16 إلى 19 من نفس القانون.

³ - رمزي حوحو / محمد لمعيني، النظام القانوني لتزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

الجزئي المرفق بقائمة المالكين وذوي الحقوق المنصوص عليهم في المادتين 18 و 19 من القانون رقم 11/91¹.

ثالثاً: القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها

يحرر القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل عن الأملاك و الحقوق المطلوب نزع ملكيتها، بناء على تقرير التعويض الذي تعده مصالح إدارة الأملاك الوطنية، ويشمل قائمة العقارات والحقوق العينية الأخرى المزمع نزع ملكيتها، ويبين في كل حالة تحت طائلة البطلان هوية المالك أو صاحب حق الملكية العقارية الخاصة، كما يعين العقارات اعتماداً على التصميم الجزئي مع بيان مبلغ التعويض المرتبط بذلك وقاعدة حسابه.

يبلغ القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل إلى كل واحد من الملاك أو ذوي الحقوق العينية أو المتفعين، كما يرفق كلما أمكن باقتراح تعويض عيني يحل محل التعويض النقدي. ويرفع الطرف المطالب الدعوى أمام الجهة القضائية المختصة في غضون شهر من تاريخ التبليغ إلا إذا حصل اتفاق بالتراضي، ويودع مبلغ التعويض الممنوح للمعني لدى الهيئة المختصة في الوقت نفسه الذي يتم فيه التبليغ².

يحرر قرار إداري لإتمام صيغة نقل الملكية في الحالات التالية:

- إذا حصل اتفاق بالتراضي.
- إذا لم يقدم أي طعن خلال المدة المحددة في المادة 26 من القانون.
- إذا صدر حكم قضائي نهائي لصالح نزع الملكية، يبلغ الوالي قرار نزع الملكية للشخص المتزوجة ملكيته وللمستفيد من نزع الملكية، ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التحويل العقاري، وعندئذ يلزم المعينون بإخلاء الأماكن³.

¹ - وقد حددت المادتين 21 و 22 شروط و كيفيات التعويض.

² - رمزي حوحو/ محمد لمعيني، النظام القانوني لنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

³ - المواد من 23 إلى 30 من نفس القانون.

و من هنا يمكن القول أن النظام القانوني لتزع الملكية للمنفعة العامة في الجزائر يتميز في كون إجراءاته تسيطر عليها الإدارة العامة، و يعتبر لجوء هذه الأخيرة إلى هذا الأسلوب مظهرا من مظاهر سيادة الدولة و يبرز الأهمية التي تكتسيها العملية في إنجاز مشاريع تحقق المصلحة العامة، و الإدارة هنا مقيدة عند وضع يدها على الأملاك و الحقوق العينية العقارية بتقديم تعويض عادل و منصف لمالك العقار أو الحق العيني كمقابل عن حرمانه من ملكيته، و يلزم أن يكون دفع هذا التعويض قبل صدور القرار النهائي بتزع الملكية للمنفعة العمومية. كما نجد أن منازعاتها يختص بها القضاء الإداري.

وإننا لنرى أن النظام القانوني الجزائري أكثر انسجاما بتوحيد اختصاص القضاء الإداري في كافة منازعات نزع الملكية، لما يحقق في ذلك من تجنب إرهاب المتقاضين من خلال توزيع نزاعهم بين هرمين قضائيين أحدهما عادي والآخر إداري، ومن جهة أخرى لاعتبار القاضي الإداري قاضي الإدارة العامة فهو الأصلح للفصل في منازعاتها.

المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري حول نزع الملكية للمنفعة العمومية.

يظهر الدور الخطير الذي يؤديه القضاء الإداري من خلال مراقبة أعمال الإدارة و التأكد من مشروعيتها، فيفحص ما إذا كان القرار أو الإجراء المتخذ مشروعاً و يجيزه القانون، مما قد يضطره إلى التعقيب على أعمال الإدارة متى تجاوزت سلطتها في التمسك بالإجراءات القانونية¹. و نخصّ الذكر في هذا المطلب على نقطتين أساسيتين في مجال نزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية من خلال رقابة القضاء على إجراءات إثبات المنفعة العمومية كفرع أول، ثم نخصص الفرع الثاني لدراسة رقابة القضاء على الإجراءات اللاحقة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية.

¹ - قاسم العيد عبد القادر، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلد 10، ع 1، الجزائر، س 2000، ص 38.

الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على إجراءات إثبات المنفعة العمومية:

بالرجوع لأحكام القانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 والمرسوم التنفيذي 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 المطبق له حدد المشرع بدقة الإجراءات الواجب إتباعها من طرف الإدارة قبل إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية، وقد وردت أغلب النصوص بصيغة الوجوب مما يجعل الإدارة ملزمة باحترامها، وتتضمن هذه المرحلة إصدار عدة قرارات وتنفيذ عدة تدابير قبل اتخاذ قرار التصريح بالمنفعة العمومية.

وإذا كانت المادة 13 من القانون رقم 11/91 قد نصت على تدخل القاضي الأول مرة لفرض رقابته من خلال الدعاوى التي ترفع إليه للطعن في شرعية قرار التصريح بالمنفعة العمومية، فإن هذا لا يمنع الطاعن من أن يؤسس طعنه في قرار التصريح بالمنفعة على عدم احترام الإجراءات الجوهرية السابقة له¹ ويراقب القاضي من خلال هذه الدعوى الدفع المتعلقة بالاختصاص والآجال واحترام الإجراءات وكذا التحقق من وجود المنفعة العمومية، و هنا يتجلى مبدأ المشروعية الذي يعني خضوع جميع الهيئات العامة في الدولة للقانون، حكاما كانوا أو محكومين بهدف حماية حقوق الأفراد و حرياتهم، و هنا يلجأ الأفراد إلى القضاء من أجل كبح الأعمال الإدارية التي قد تلحق أضرارا بهم، و بالتالي تسمح هذه الرقابة بتطبيق مبدأ المشروعية.

أولاً: مجال الرقابة القضائية

يقصد بالجهة صاحبة الاختصاص بإصدار قرارات نزع الملكية للمنفعة العمومية، الشخص المعنوي العام الذي يعطيه القانون الحق في الشروع و مباشرة إجراءات نزع الملكية عن طريق التصرفات القانونية بناء على طلب الجهة صاحبة الحق بنزع الملكية، وهو أول ما يجب أن يتحقق منه القاضي الإداري لأنه وحده المختص طبقاً لأحكام المواد 800 و 801 من ق إ م إ، و في هذه

¹ - الغرفة الإدارية للمحكمة العليا ألغت قرار نزع الملكية في ظل التشريع السابق (الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 ماي 1976) لان قرار المحافظ المحقق في مدى فعالية المنفعة العمومية لم يبلغ للشخص الذي انتزعت ملكيته قرار صادر بتاريخ 1987/02/18 تحت رقم الملف 80812، غير منشور.

المرحلة وفي إطار الطعن في شرعية قرار التصريح بالمنفعة العمومية هو أن مصدر قرار التصريح بالمنفعة العمومية مختص قانونا بإصداره أي الوالي إذا تعلق الأمر بأمالك أو حقوق عينية عقارية تقع على تراب ولاية واحدة أو قرار وزاري إذا تعلق الأمر بأمالك تقع على أكثر من ولاية لأههما السلطتين الوحيدتين المخولتين قانونا كما ورد في أحكام المادة 10 من المرسوم 186/93 لإصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية. أما إذا صدر القرار عن جهة أخرى غير هاتين الجهتين وجب التصريح ببطلانه لأنه معيب بعيب عدم الاختصاص.

المسألة الثانية التي يتعين على القاضي أن يتحقق منها هي نشر وكذا تعليق وتبليغ القرار المطعون فيه لكل واحد من المعنيين بالأمر طبقاً لأحكام المادة 11 من القانون رقم 11/91 وهذا شيء جديد فرضه المشرع إذ نص على النشر والتعليق والتبليغ تحت طائلة البطلان خلافاً لما كان معمول به في ظل التشريع السابق الذي كان وفقاً للأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 ماي 1976 الذي لم يكن يلزم الإدارة بتبليغ قرار التصريح بالمنفعة العمومية، بل يكفيها تبليغ قرار نزع الملكية وحتى ذلك لم يكن منصوص عليه تحت طائلة البطلان، علماً أن القضاء الجاري لمجلس الدولة الفرنسي مثلاً لا يلوم الإدارة بتبليغ قرار التصريح بالمنفعة العمومية ويكتفي بالنشر وتسري آجال الطعن ابتداءً من تاريخ النشر باعتبار أن قرار التصريح بالمنفعة العمومية لا يمس بحقوق الأطراف ويمكن للإدارة التراجع عنه في أي وقت.

أما المشرع الجزائري فلم يترك مجالاً للشك أو المناقشة إذ نص على وجوب التبليغ تحت طائلة البطلان للمعنيين بالأمر، ذلك أن العلم بالقرارات الإدارية يلزم التفرقة ما بين العلم بها الذي يتم عن طريق النشر إذا كانت قرارات تنظيمية، و العلم بها عن طريق التبليغ إذا كانت قرارات فردية، ومادام الأمر يتعلق بقرار نزع الملكية الفردية فهنا و عملاً بالمادة 11 من القانون 11/91 فلا بد من تبليغه لكل واحد من المعنيين، أما النشر فيخص الغير ممن لهم مصلحة وقد أكدت المادة

13 من القانون رقم 11/91 على أن آجال الطعن محددة بشهر ومعناه أن تخلف هذا الإجراء يلزم القاضي بالتصريح بالبطلان دون التطرق لمسائل أخرى¹.

فإذا تحقق القاضي من أنه مختص وأن الجهة التي أصدرت القرار مختصة بإصداره بغض النظر عن الاستفادة من نزع الملكية، وأن القرار نشر وعلق وبلغ للمعنيين به طبقاً للقانون وأن الطاعن رفع دعواه في الآجال القانونية يتعين عليه التحقق من أن السلطة النازعة احترمت الإجراءات الجوهرية الأخرى التي سبقت إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية وتتلخص هذه الإجراءات في ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى: يلتزم القيام بها الاستفادة من نزع الملكية، علماً أن الاستفادة قد يكون شخص اعتباري يحكمه القانون العام وقد يكون خاضعاً لأحكام القانون الخاص بغض النظر عن كونه مؤسسة عمومية أو خاصة إذ يمكن تكليف مؤسسة خاصة بتسيير منشآت عمومية أو إنجاز أشغال عمومية كبرى، فقد نصت المادة 2 من المرسوم رقم 186/93 على أنه يتعين على الاستفادة أن يقوم بإعداد ملف يوجهه إلى الوالي المختص يبين فيه أنه اتبع الإجراءات التي نصت عليها المادة 2 من القانون رقم 11/91 والمتمثلة في إثبات أنه سعى للحصول بالطرق الودية على الأملاك المطالب بتزعمها ولم يتمكن من ذلك، بالإضافة إلى كل الوثائق المتعلقة بالمشروع المراد إنجازها والتي

¹ - علماً أن الاجتهاد المستقر للغرفة الإدارية للمحكمة العليا وبعدها لمجلس الدولة يعتبر أن النشر لا يعني على التبليغ إلا إذا تعلق الأمر بقرارات فردية تمس مراكز قانونية معينة علماً أن قرار التصريح بالمنفعة العمومية لا يمس بصفة مباشرة الحقوق العقارية المراد نزعها كما هو الحال بالنسبة لقرار نزع الملكية، قرار تحت الرقم 91487 مؤرخ في 24 ماي 1992 بين عبدون محمد ووالي ولاية تيزي وزو: كان يجب تبليغ القرار للطرف المراد نزع ملكيته، وأن هذه الشكلية لم تحترم في دعوى الحال. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر 2003، ص 307.

تبرر اللجوء إلى نزع الملكية للمنفعة العمومية وعليه أن يثبت أيضا توفر الغلاف المالي لانجاز المشروع وتغطية مصاريف نزع الملكية¹.

المرحلة الثانية: هي التي يقوم بها الوالي المختص إقليميا بعد تلقيه ملف المستفيد وهي المرحلة التي نصت المواد 4 و5 و6 من القانون رقم 11/91 والتي يصدر فيها الوالي قرار فتح التحقيق وقرار تعيين اللجنة المكلفة به ويتحقق القاضي في إطار الرقابة التي يمارسها إذا كان تعيين أعضاء اللجنة قد تم طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 5 من القانون ومن ضمن القائمة التي ضبطها المرسوم رقم 186/93 كما عليه أن يتحقق من أن قرار التحقيق وقرار التعيين قد تم نشرهما وتعليقهما بالأماكن المخصصة لذلك بالبلدية.

من صلاحيات القاضي أيضا التحقق من أن قرار التحقيق قد اشتمل على ما نصت عليه المادة 6 من القانون 11/91 تحت طائلة البطلان وان ملف التحقيق وضع تحت تصرف الجمهور لتسجيل التظلمات وشمل كل الوثائق، وقد نصت المادة 6 من المرسوم التنفيذي على أن قرار فتح التحقيق يجب أن يصدر 15 يوم قبل فتح التحقيق وحددت ما يجب أن يذكر فيه وجوبا وبالتالي فالإخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات يؤدي حتما إلى إبطال القرار المصرح بالمنفعة العمومية اللاحق لها².

أما المرحلة الثالثة فإن إجراءاتها تنفذها اللجنة المكلفة بالتحقيق وقد حددت المواد 7 و8 و9 من القانون 11/91 كيفية عملها وألزمته بتحرير تقرير تفصح فيه عن رأيها في مدى فاعلية المنفعة العمومية كما أكدت ذلك المادة 9 من المرسوم التطبيقي 186/93.

¹ - توفر الغلاف المالي يضمن حق التعويض ويثبت جدية المشروع المراد انجازه وخرق هذا الأجراء يرتب مسؤولية الإدارة النازعة وليس مسؤولية المستفيد لأنها هي المسؤولة على احترام الإجراءات.

² - ما يلاحظ في الحياة العملية أنه نادرا ما يطعن في قرار بالتصريح بالمنفعة العمومية وأن أغلب النزاعات تنصب على قرار نزع الملكية أو قرار قابلية التنازل.

ويتبين مما سبق ذكره أن القاضي ملزم بالرد على كل الدفوع المتعلقة بالإجراءات المذكورة أعلاه التي قد تثار أمامه، والإخلال بأي إجراء من هذه الإجراءات الجوهرية التي أوردها المشرع بصيغة الوجوب يؤدي حتما لإبطال قرار التصريح بالمنفعة العمومية، علما أن احترام كل هذه الإجراءات لا يضيء بالضرورة الشرعية على قرار التصريح بالمنفعة العمومية لان صلب الموضوع في هذه الدعوى هو التحقق من مدى فاعلية المنفعة العمومية، لكن هل يملك القاضي الإداري اليوم كل الوسائل ولاسيما المادية والتقنية التي تمكنه فعلا من ممارسة كل الصلاحيات المخولة له بموجب هذا القانون¹، السؤال يبقى مطروح خاصة إذا تعلق الأمر بالتحقق من مدى فعالية المنفعة العمومية².

ثانيا: سلطة القاضي في مراقبة مدى فعالية المنفعة العمومية

إن أهم ما جاء به قانون رقم 11/91 بالمقارنة مع الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 أفريل 1976 هو أنه نص على أن نزع الملكية لا يكون ممكنا إلا إذا لم يؤد اللجوء للوسائل القانونية الأخرى إلى نتيجة ايجابية هذا من جهة، ومن جهة أخرى اشترط أن يهدف نزع الملكية إلى تنفيذ عمليات ناتجة عن تطبيق أداة من أدوات التعمير أو التهيئة والتعمير تتعلق بانجاز تجهيزات جماعية ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية³ وهذا خلافا لما كان معمول به من قبل، إذ كانت المبادرات التي تقوم بها المؤسسات الاقتصادية العمومية تعتبر منفعة تجيز وتبرر نزع ملكية الأفراد.

¹ - على كل وحتى لو افترضنا أن الوسائل متوفرة للقاضي فان الواقع يبين أن الجهات القضائية الإدارية تتعامل مع المنازعات المتعلقة بتزع الملكية كما يتعامل القاضي العادي مع الأطراف أي يكتفي بما يقدم له من دلائل وكثيرا ما يحال النزاع على خبير في مجال رقابة يملك القاضي فيه كل الصلاحيات والوسائل لحسمه دون اللجوء إلى خبرة.

² - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة بالمنفعة العمومية، م.م.د، ع 3، س 2003،

³ - وقد أكدت المحكمة العليا الغرفة الإدارية هذا المبدأ في القرار رقم 157362 مؤرخ في 23 فيفري 1998 بين فريق بن عبد الله ووالي ولاية المسيلة، م ق م ع، ع 1، سنة 1998، ص 188.

ويترتب عن ذلك أن القاضي يراقب أيضا مدى توفر شروط المادة 2 من القانون رقم 11/91 غير أن ذلك لا يعني أن هذه المادة نصت على كل الحالات التي يمكن فيها نزع الملكية وعلى سبيل الحصر لان بعض القوانين الخاصة تنص على إمكانية نزع الملكية لاستغلال الثروات الطبيعية التي هي بحكم المادة 17 من الدستور من الأملاك الوطنية العمومية وعليه يعتبر استغلالها منفعة عمومية، وقد نص قانون الغابات على إمكانية نزع الملكية لتوسيع الثروة الغابية وأكد ذلك قانون الأملاك الوطنية، ونص قانون المياه وخاصة المادة 91 من المرسوم رقم 41/94 المؤرخ في 29 جانفي 1994 على إمكانية نزع الملكية إذا انفجرت مياه معدنية في ملك خاص ولم تستغل أو تؤجر من طرف المالك، ونص قانون استغلال المناجم على إمكانية نزع ملكية سطح الأرض لاستغلال الثروات الباطنية أو إنشاء ارتفاعات عليها حتى لفائدة الخواص المستفيدين من رخص استغلال المناجم¹.

وفي كل هذه الحالات يجب التحقق أن المنفعة العمومية المتمسك بها إما تدخل ضمن إحدى الحالات التي نصت عليها المادة 2 من القانون رقم 11/91 أو أن المشرع نص عليها بقانون خاص، وعلى كل يجب أن تكون لتحقيق منفعة عمومية تدخل في إطار إنشاء أو استغلال الأملاك الوطنية العامة أو تسييرها لأنه مبدئيا لم يعد مسموح للإدارة نزع ممتلكات الأفراد لفائدة الأملاك الوطنية الخاصة² شريطة أن تحترم الإدارة الإجراءات الخاصة الواردة في القانون 11/91 في كافة الحالات طبقا لأحكام المادة 33 التي تنص على أن كل نزع ملكية يتم خارج الحالات والشروط التي حددها هذا القانون يكون باطلا وعدم الأثر.

¹ - القانون رقم 10/01 المؤرخ في 03 جويلية 2001 المواد 134 وما يليها (ج ر 2001/35) المتعلقة بالأنشطة المنجمية، كما نص القانون 01/02 المؤرخ في 05 فيفري 2002 المتعلق بإنتاج الكهرباء وتوزيع الغاز عن طريق الأنابيب (ج ر ج رقم 2002/08) على إمكانية نزع الملكية لفائدة هذا النشاط.

² - وقد أكدت التعليمات الوزارية المشتركة رقم 0007 مؤرخة في 11 ماي 1994 المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية المفهوم الضيق للمنفعة العمومية طبقا للمفهوم الذي تبنته النظرية التقليدية للنظام الليبرالي.

وبالتالي فإن القاضي يملك الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية بغض النظر عن ما توصلت إليه لجنة التحقيق المكلفة بالتحقق في مدى فاعلية المنفعة العمومية، كما يمكن إبطال القرار الذي صرح بالمنفعة العمومية إذا ثبت أن المشروع المراد انجازه يخالف تشريع آخر كحماية البيئة أو فيه خطر على صحة وسلامة المواطنين كما أخذ بذلك القضاء الجاري في بلدان أخرى، بالرجوع لاجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة نلاحظ أنه وحتى في ظل التشريع القديم حاول القضاء دائما التحقق من وجود المنفعة العمومية فعلا وألغى قرارات صرحت بالمنفعة العمومية واعتبرها مشوبة بعيب الانحراف بالسلطة سيما إذا ثبت لديه أنها اتخذت بغرض تحقيق منفعة فردية ضيقة.

لكن السؤال المطروح هل يذهب القاضي إلى الأخذ بالنظرية التقييمية يتحقق بموجبها من أن المشروع المراد انجازه يرتب منافع تفوق مساوئه بالمقارنة مع المساس بالملكية الفردية وقيمة الانجاز والأضرار الاجتماعية المنجزة عنه كما فعل مجلس الدولة الفرنسي عن طريق تكييف الوقائع؟ مبدئيا ليس هناك ما يمنع ما دام القاضي لا يتدخل في الملائمة ولا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة، وعلى كل فانه لا يمكن للإدارة أن تتمسك بالسلطة التقديرية وانفرادها بالملائمة للخروج عن المبادئ العامة التي تحكمها والتي تتمثل في استعمال صلاحيات السلطة العامة فقط لتسيير المرافق العامة وتحقيق النفع العام، ومن حق القاضي الإداري أن يراقب مدى احترام هذه المبادئ خاصة في هذا المجال بالذات، وعلى كل فان المسألة تعد محسومة ما دام المنشور الوزاري المشترك رقم 007 المؤرخ في 11 ماي 1994 المذكور أعلاه قد تبني النظرية التقييمية في تعريفه للمنفعة العمومية.

ومن الأحكام التي تبناها المشرع في القانون رقم 11/91 هو أنه خرج عن القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمتعلقة بآجال الطعن¹ وإجراءات الفصل في الطعون وكذا توقيف تنفيذ القرارات الإدارية بمجرد رفع الدعوى.

ثالثا: الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية والآثار المترتبة عنه:

من الضمانات المهمة التي وردت في أحكام القانون رقم 11/91 و المقررة لحماية حقوق الأفراد ما أورده المادة 13 منه التي نصت على أن الطعن أمام القضاء في قرار التصريح بالمنفعة العمومية يوقف تنفيذه ويوقف استمرار الإجراءات اللاحقة له وهذا خروجاً عن القاعدة العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية والتي تجيز للقاضي أن يأمر بوقف تنفيذ القرارات الإدارية بناءً على طلب الطرف المعني و هو ما جاء في المادة 833 من ق إ م إ، ويفهم من نص المادة 13 المذكورة أعلاه أن خرق هذا المبدأ من طرف الإدارة يترتب عنه بطلان قراراتها أو تصرفاتها اللاحقة ويرتب مسؤوليتها في التعويض.

ونظراً لما قد يترتب عن هذا الإجراء من عرقلة سير المرفق العام فان المشرع خرج عن القواعد العادية التي تحكم المنازعات الإدارية ونص على آجال قصيرة لحسم النزاع، فيقوم المتقاضى برفع دعواه في خلال شهر من تاريخ تبليغ أو نشر القرار المطعون فيه حسب الحالة خروجاً عن الآجال العادية الواردة في أحكام المادة 829 من ق إ م إ و المحددة بأربعة أشهر من تاريخ التبليغ أو النشر.

كما أن المادة 14 من القانون رقم 11/91 ألزمت الجهة القضائية المختصة بالفصل في الطعن خلال شهر من رفعه إليها ويترتب عن ذلك أن المشرع ألغى التظلم المسبق الواجب احترامه طبقاً لأحكام المادة 830 من ق إ م إ قبل رفع الطعن بالإلغاء أمام المحكمة إذا ما تعلق الأمر بقرار

¹ - حددها المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بأربعة أشهر من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي.

فردى¹، كما أنه ودائما طبقا لأحكام المادة 14 فإنه وفي حالة استئناف قرار صادر عن الغرفة الإدارية لدى المجلس تعين على مجلس الدولة أن يبت فيه خلال شهرين من رفعه إليه.

وقد نصت المادة 15 من القانون رقم 11/91 من جهتها على أن الحكم القضائي النهائي يعتبر حضوريا بالنسبة لكل شخص سواء كان طرفا فيه أم لا، ويستنتج من أحكام هذه المادة أن الأحكام القضائية التي تفصل في مدى شرعية قرار التصريح بالمنفعة العمومية تكون غير قابلة للطعن فيها لا بالمعارضة ولا باعتراض الغير الخارج عن الخصومة، وهذا خروجا عن القاعدة العامة يمليه الأثر الموقوف للطعن القضائي وذلك لتفادي عرقلة سير المرفق العام ولأن الحقوق الفردية المتعلقة بالملكية في هذه المرحلة لم يقع بعد المساس بها.

كما يفهم من أحكام المادة 14 المذكورة أعلاه أيضا أن الإدارة لا يمكنها الاستمرار في إجراءات نزع الملكية اللاحقة إلا بحصولها على قرار قضائي نهائي أي أن الاستئناف يوقف تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية خروجا عن القاعدة العامة المكرسة بأحكام المادة 833 من ق إ م إ ويفهم هذا الاستثناء من الآجال القصيرة الممنوحة لمجلس الدولة للبت في الاستئناف مما يضيف على كل هذه الإجراءات الطابع الاستعجالي، وهذا قصد إيجاد نوع من التوازن بين المصلحة العمومية المتمثلة في نشاط السلطة الإدارية والحقوق الفردية المتعلقة بضمان الملكية الخاصة المكرسة دستوريا بحكم المادة 52 من الدستور والمادة 20 منه التي لا تجيز نزع الملكية الخاصة إلا في إطار احترام القانون وبتعويض عادل ومنصف وقبلي.

¹ - وهذا طبقا لأحكام المادة 10 من المرسوم رقم 186/93 المؤرخ في 27 جويلية 1993 المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أفريل 1991 المحدد لقواعد نزع الملكية للمنفعة العمومية التي نصت على أن قرار التصريح بالمنفعة العمومية يصدر بقرار وزاري مشترك إذا تعلق الأمر بمشروع يمتد على تراب ولايتين أو عدة ولايات (ج ر رقم 1993/51).

فإذا حصلت الإدارة على حكم نهائي أو انقضت آجال الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية دون الطعن فيه من طرف من لهم مصلحة في ذلك جاز لها الاستمرار في الإجراءات اللاحقة وهو ما سنتعرض له في الفرع الثاني¹.

الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الإجراءات اللاحقة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية
إنّ المرحلة اللاحقة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية هي أهم مرحلة في إجراءات نزع الملكية للمنفعة العمومية لأنها تمس مباشرة حقوق الأفراد، إذ تتعلق بالتحقيق الجزئي وتقييم الأملاك والحقوق المراد نزعها وتنتهي بقرار قابلية التنازل وما يترتب عنه من دعاوى تستدعي تدخل القاضي الإداري لحماية هذه الحقوق.

كما أن المشرع لم يسمح للإدارة بوضع اليد على الأملاك المراد نزعها قبل صدور قرار نزع الملكية إلا في حالات استثنائية وبإذن من القاضي، بالإضافة إلى أنه ألزم المستفيد من نزع الملكية باحترام الآجال التي حددها للبدء في الأشغال لإنجاز المشروع الذي نزعت من أجله الأملاك وإلا جاز لذوي الحقوق المتروعة المطالبة باسترجاع أملاكهم كما سيأتي شرحه، فضلا عن مسائل أخرى سوف نتطرق لها، أهمها المطالبة بالترع التام للملكية التي لم ينظمها القانون بدقة.

أولا: الدعاوى المتعلقة بقرار قابلية التنازل

بالرجوع لأحكام القانون 11/91 يمكننا القول أن كل الإجراءات اللاحقة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء إلا في إطار الدعاوى المتعلقة بقرار قابلية التنازل سواء تعلق الأمر بدعوى البطلان أو الدعاوى الأخرى الخاصة بالمنازعة في التقييم أو طلب الترع التام باعتبار أن هذه المرحلة تتضمن اتخاذ قرارات تحضيرية غير قابلة للطعن، الهدف منها تحديد الأملاك والحقوق المراد نزعها ومعرفة أصحابها وتقدير التعويض المستحق، لكن هذا لا يمنع من له

¹ - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 19-20.

مصلحة إثارة دفعات تتعلق بالإجراءات السابقة لقرار قابلية التنازل للحصول على إبطال هذا الأخير.

يراقب القاضي مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بالتحقيق الجزئي أو القطعي المنصوص عليه في المادة 17 من القانون رقم 11/91 والموضح في المادة 12 من المرسوم رقم 186/93 لأنها وردت تحت طائلة البطلان، سواء بالنسبة لآجال تنفيذ مهمة المحقق ومقر عمله ونشر قرار تعيينه طبقاً لأحكام المادة 11 من القانون رقم 11/91 كما نصت على ذلك المادة 17.

بالإضافة إلى طريقة عمله وعلاقته بكل من له مصلحة لأن التحقيق الجزئي هام جدا كونه يهدف إلى تحديد المساحات والحقوق العينية الواجب نزعها لتنفيذ المشروع والبحث عن الملاك وأصحاب الحقوق، وفي حالة انعدام السندات فهو الذي يحدد أصحاب الحقوق بإثبات أركان الحيابة القانونية وبمساعدة مصلحة الأملاك الوطنية، كما يتولى تحديد هوية أصحاب الحقوق بدقة ويسمح لهؤلاء بإبداء آرائهم والمنازعة في ضرورة نزع الأملاك المعنية لانجاز المشروع وتقديم دفعاتهم¹.

كما أنه يمكن الطعن بالإلغاء في قرار قابلية التنازل لأنه اعتمد على تحقيق جزئي مردود لأسباب شرعية أو أن المحقق لا تتوفر فيه الشروط القانونية، غير أن السؤال المطروح هل يمكن الاعتماد على هذه الدفعات أمام القضاء الجزائري علما أن القانون رقم 11/91 خلافاً للتشريع الفرنسي يلزم الإدارة بتبليغ قرار التصريح بالمنفعة العمومية للمعنيين بالأمر تحت طائلة البطلان،

¹ - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 21.

الأرجح أن من بلغ له القرار المصرح بالمنفعة العمومية ولم يطعن فيه في الآجال المحددة له لا يمكنه التمسك بعدم شرعيته بعد أن يصبح نهائياً لأنه يتحصن بانقضاء آجال الطعن فيه¹.

قرار قابلية التنازل يشمل أيضاً قيمة الأملاك والحقوق المراد نزاعها وهذا التقييم حسب المادة 20 من القانون رقم 11/91 تقوم به مصالح أملاك الدولة ويشترط القانون أن يكون التقييم منصفاً ويغطي كل الأضرار استناداً للقيمة الحقيقية للأملاك حسب طبيعتها وموقعها واستعمالها، كأن تكون أرض فلاحية أو معدة للبناء، أو أرض مستغلة أم لا، أو تكون مبنية أو فضاء، سنة قبل التصريح بالمنفعة العمومية وهو ما جاء في المادة 21 من القانون رقم 11/91، أما السعر فيقدر حسب قيمة الأرض في اليوم الذي تقوم فيه مصلحة الأملاك الوطنية بالتقييم².

مسألة المنازعة في التقييم تدخل ضمن اختصاص القضاء الكامل ويراقب القاضي من خلالها كيفية التقييم، وقد بينت المواد 31 وما يليها من المرسوم رقم 186/93 العناصر والأسس التي يجب الاستناد عليها لتحديد التعويض، لكن الجديد الذي جاء به المرسوم التنفيذي هو ما أورده المادة 34 منه والمتعلقة بإمكانية إعفاء الإدارة من دفع التعويض نقداً إذا قامت بدلا عنه بإسكان مستأجري المحلات السكنية والمهنية والتجار والحرفيين والصناعيين بالإضافة إلى منح تعويض الترحيل للمستأجرين، فإذا كان هذا النص هو تطبيقاً لأحكام المادة 25 من القانون 11/91 التي تنص على اقتراح تعويض عيني وكذا المادة 517 من ق م التي تلزم الإدارة النازعة بتعويض المستأجرين لتحرير المؤجر من ضمان حق البقاء للمستأجر فإن المادة 34 من المرسوم تجاوزت أحكام القانون الذي يتكلم على اقتراح تعويض عيني أي ترك المجال للمعني بالأمر رفضه بينما نص

¹ - رغم أن الاجتهاد القضائي لم يحسم هذه المسائل بعد إلا أن التمسك بعدم شرعية قرار التصريح بالمنفعة العمومية لإلغاء قرار قابلية التنازل لا يمكن قبوله إذا سبق تبليغه بهذا الدفع ولم يطعن فيه، فالإدارة يمنع عليها الاستمرار في الإجراءات إلا بعد تحسن قرار التصريح بالمنفعة العمومية بعدم الطعن فيه في الآجال المحددة.

² - غير أن مجلس الدولة في القرار رقم 199301 الصادر بتاريخ 06 نوفمبر 2001 بين والي ولاية شلف وفريق صدوقي (منشور في مجلة مجلس الدولة العدد 2-2002) عين خبير وكلفه بتقييم التعويضات المستحقة حسب الأسعار المطبقة عند وضع اليد على الأراضي المتنازع عليها علماً أنه في هذه الحالة وضع اليد وقع منذ أكثر من 20 سنة وبدون تعويض.

المرسوم على تحرير الإدارة من التعويض النقدي إذا عرضت تعويضا عينيا فكيف يكون موقف القضاء إذا رفض المتقاضى التعويض العيني؟

المسألة الثانية التي أضافها المرسوم التنفيذي والتي لم ينص عليها القانون هي تلك التي أوردتها المادة 38 من المرسوم والتي تلزم المعنيين بقرار قابلية التنازل أن يقدموا للإدارة بعد تبليغهم بالتعويض المقترح عليهم اقتراحاتهم في خلال 15 يوما، ويفهم من هذا النص أنه إذا لم يقدم المعنيون اقتراحاتهم للإدارة قبل الطعن في قرار قابلية التنازل فلا يمكنهم المنازعة في قيمة التعويض أمام القضاء وهذا مخالف للقانون رقم 11/91 الذي يجيز للمعنيين بالأمر الطعن في قرار قابلية التنازل خلال شهر من تبليغه لهم دون التطرق لمسألة اقتراح مبلغ من طرفهم، فكيف يكون موقف القضاء الجاري فيما يخص هذه الإضافات التي جاء بها المرسوم، هذا ما سنعرفه مستقبلا¹.

لكن يمكن القول مبدئيا أن المادتين 34 و 38 من المرسوم تجاوزت ما جاء به القانون رقم 11/91 ويمكن للقضاء استبعاد تطبيقهما في كل حالة تعرض عليه ويتبين منها المساس بحقوق الملاك أو أصحاب الحقوق العينية الأخرى كما جرت العادة بالنسبة للنصوص التطبيقية المخالفة لأحكام نص قانوني خاصة وأن الأمر يتعلق بحق الملكية المحمي دستوريا.

الدعوى الأخيرة التي يمكن أن ترفع أمام القضاء بخصوص قرار قابلية التنازل هي تلك المتعلقة بطلب الترع التام الذي ورد بأحكام المادة 22 من القانون رقم 11/91 التي تنص على أنه: "إذا كان نزع الملكية يعني جزء من العقار يمكن للمالك أن يطلب الاستيلاء على الجزء الباقي الغير مستعمل".

نلاحظ أن القانون لم يبين كيفية ممارسة هذا الحق إذا رفضت الإدارة المنازعة الاستجابة له، كما أن المرسوم التنفيذي والتعليمتين الوزاريتين رقم 57 المؤرخة في 26 جانفي 1993 و 0007 المؤرخة في 11 ماي 1994 التي تشكل الإطار التنظيمي الحالي لتطبيق قانون نزع

¹ - المحكمة العليا الغرفة الإدارية أصدرت بتاريخ 27 جويلية 1997 قرار رقم 163356 اكتفت فيه بتأييد القرار المستأنف الذي قضى بعدم قبول الدعوى لأن المنازعة في التقييم جاءت بعد انقضاء أجل شهر.

الملكية للمنفعة العمومية لم تتطرق إطلاقاً لهذه المسألة، وهذا خلافاً لما كان منصوص عليه بالأمر رقم 48/76 الذي وضع بدقة في المادة 23 منه الحالات التي يمكن فيها طلب الترع التام والآجال التي يرفع فيها الطالب دعواه أمام القضاء ونصت صراحة على أنه عندما يستجيب القاضي لطلب الترع التام ويقرر نزع ملكية الجزء الباقي فإن حكمه يكون بمثابة سند ملكية وهو الشيء المعمول به في بلدان أخرى.

أمام هذا الفراغ كيف سيحسم القضاء مثل هذه المنازعات هل يطبق ما كان معمولاً به سابقاً أمام سكوت القانون أم أنه يكتفي بتطبيق المادة 22 فقرة 2 من القانون رقم 11/91 التي تضمن في كل الحالات عن النقصان في القيمة من جراء نزع الملكية الجزئي بتقييم التعويض وكأن الأمر يتعلق بترع تام دون الحكم به احتراماً لمبدأ عدم إعطاء أوامر للإدارة¹.

يستنتج مما سبق ذكره أن قرار قابلية التنازل يثير عدة منازعات وإشكالات ينتظر من القضاء الحسم فيها، وآخر ما يمكن قوله هو أن الطعن في قرار قابلية التنازل سواء بالإلغاء أو للمنازعة في المسائل الأخرى المتعلقة بالتعويض أو الترع التام أو التمسك بالملكية أو أي حق آخر يجب رفعه في خلال شهر من التبليغ طبقاً لأحكام المادة 26 من القانون رقم 11/91 وهو أجل استثنائي بالمقارنة مع القاعدة العامة المكرسة بالمادة 829 من ق إ م إ، وهذا لكون الطعن في هذا القرار لا يسمح للإدارة بوضع اليد على الأموال المراد نزعها إلا في حالات استثنائية وبإذن من القاضي.

ثانياً: إلزامية اللجوء إلى القضاء

من أهم ما أورده القانون رقم 11/91 هو أنه وخلافاً لما كان معمول به في ظل الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 ماي 1976 لم يسمح للإدارة النازعة بوضع اليد على الأموال المراد نزعها تلقائياً حتى بعد صدور قرار قابلية التنازل وإيداع مبلغ التعويض لدى هيئة مختصة وتبليغ الإيداع للمعنيين بالأمر، لأن المادة 29 منه تنص على أن قرار نزع الملكية لا يتم تحريره إلا بعد

¹ - وهو ما يعرف بمبدأ حضر توجيه أوامر للإدارة من قبل القضاء.

صدور قرار قضائي نهائي لصالح نزع الملكية أو عدم الطعن في قرار قابلية التنازل بعد شهر من التبليغ أو الحصول على اتفاق بالتراضي، ويفهم من ذلك أن الطعن في قرار قابلية التنازل له أثر موقف وهذا ما أكدته المادة 30 من نفس القانون إذ نصت على أن إخلاء الأمكنة المتروعة لا يتم إلا بعد صدور قرار نزع الملكية وتبليغه للمعنيين بالأمر وهذا كله جديد لان أحكام التشريع السابق كانت تسمح بتحرير قرار نزع الملكية ووضع اليد على الأموال في جميع الحالات بمجرد إيداع التعويض بمؤسسة مختصة.

لم يسمح بذلك القانون رقم 11/91 حتى في حالة الضرورة إذ اشترطت المادة 28 منه أن تلجأ الإدارة في حالة الضرورة إلى القضاء للحصول على ترخيص باستلام الأموال المتروعة ولا يمكن لها ذلك إلا بعد إتمام كل الإجراءات السابقة لقرار قابلية التنازل وإيداع مبلغ التعويض المقترح من طرفها¹ وهي ملزمة بإثبات حالة الضرورة التي تفرض الاستلام الفوري للأموال. يراقب القاضي مدى توفر الضرورة المتمسك بها، إذ أن الأمر لا يتعلق بمجرد إسهاد باستلام الأموال كما جاء في النص العربي للمادة 28 من القانون رقم 11/91 الذي يختلف عن النص الوارد باللغة الفرنسية «Un envoi en possession prononcé selon les procédures d'urgence» وهو الأصح لأن الطلب حسب النص يرفع أمام قاضي الاستعجال وهذا الأخير لا يمكنه أن يتمسك باختصاصه إلا بعد التحقق من توفر حالة الضرورة التي يجب على المدعي (أي الإدارة النازعة) أن يثبتها أمامه للحصول على أمر باستلام الأموال.

نصت نفس المادة على أنه يجب قيد هذا الأمر في المحافظة العقارية دون المساس بالموضوع وبالتالي لا يعقل أن يكون مجرد إسهاد باستلام ويمكن لقاضي الاستعجال أن يرفض الطلب إذا

¹ - علما أن المادة 677 من القانون المدني التي صدرت في ظل التشريع السابق تنص على أنه: " لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف وعادل، وإذا وقع خلاف في مبلغ التعويض وجب أن يحدد هذا المبلغ بحكم قضائي إلا أن تحديد مبلغ التعويض يجب أن لا يشكل بأي حال مانعا لحيازة الأملاك المنتزعة"، الفقرة الأخيرة من هذه المادة تعتبر ضمينا ملغاة لأنها مخالفة لأحكام المادة 20 من الدستور وأحكام القانون 11/91.

ثبت لديه عدم توفر حالة الضرورة للشروع الفوري في الأشغال لتحقيق مصلحة عمومية عاجلة لا تحتمل الانتظار أكثر، علما أن أغلب التشريعات تجيز الاستلام الفوري للأمالك قبل إتمام الإجراءات المنصوص عليها قانونا كلما تعلق الأمر بظروف طارئة أو ما يسمى بحالة الاستعجال أو الاستعجال القصوى أو عندما تتعلق المشاريع المراد إنجازها بحالة الدفاع الوطني، غير أن هذه التشريعات تبين نوع الأشغال التي تخضع لإجراءات خاصة وكذلك تحدد كيفية الإسراع في الإجراءات الهادفة لزرع الملكية في الظروف الطارئة وتقليص الآجال للسماح بوضع اليد على الأموال كما ورد بأحكام المادة 49 من الأمر رقم 48/76 المؤرخ في 25 ماي 1976 المتعلق بزرع الملكية في ظل التشريع السابق إذ نصت على أنه: "خلال 24 ساعة من صدور قرار عن وزير الدفاع يسمح بوضع اليد على الأموال المصرح بمنفعتها لانجاز مشاريع تتعلق بالدفاع الوطني". القانون رقم 11/91 نص في المادة 12 منه على أنه: "يمكن إصدار قرار التصريح بالمنفعة العمومية دون إجراء تحقيق مسبق كلما تعلق الأمر بالعمليات السرية الخاصة بالدفاع الوطني"، وأحال على أحكام تنظيمية سوف تصدر لتبين كيفية تطبيق هذه المادة، غير أنه وبعد مرور أكثر من 25 سنة على صدور هذا القانون لم تصدر هذه النصوص، إضافة إلى أن المادة 12 لا تتطرق لحالة الاستعجال ولا لإجراءات الوضع الفوري على الأموال في ظروف استثنائية تتعلق بالدفاع الوطني وإنما تنص فقط على سرية الأشغال، وبالتالي فإن هذا التنظيم على فرض صدوره سوف يأتي ليحدد الإجراءات الممكن إتباعها لإثبات بالمنفعة العامة دون الإعلان عنها ولا يتعلق الأمر بالإجراءات المطبقة في الظروف الاستثنائية.

نظرا للفراغ القانوني يبقى دور القاضي الإداري حاسم لتحديد حالات الاستعجال وكيفية التعامل معها دون مخالفة القانون وأحكام المادة 20 من الدستور التي تشترط التعويض العادل والمنصف والقبلي في نزع الملكية الخاصة.

ربما أن المشرع لم ينص على هذه الإجراءات لأنه اعتبر أن القواعد المطبقة في نزع الملكية تعتبر إجراءات استعجالية في حد ذاتها ولا يمكن السماح للإدارة بعدم احترامها مهما كانت المبررات، لكن بعض الحالات الاستثنائية الطارئة لا يمكن للإجراءات الواردة في القانون رقم 11/91 التكفل بها¹.

إن الإجراءات التي نص عليها القانون رقم 11/91 والتي سبق التطرق لها غير كافية في نظرنا لحسم المنازعات التي سوف تثار حتما على القضاء في حالة وضع اليد الفوري على الأموال المراد نزعها في الظروف الطارئة، فكيف سيتعامل معها؟ وما هو التكييف الذي سوف يعطيه لتصرف الإدارة في هذه الحالات؟ علما أن المادة 33 من القانون رقم 11/91 كيفت وضع اليد على الأموال قبل إتمام كل الإجراءات المنصوص عليها قانونا بأنه تعدي يرتب كل الآثار التي كرسها الاجتهاد القضائي في حالة التعدي.

يبقى الإشكال مطروحا بالنسبة لحالة الظروف الطارئة التي قد تفرض وضع اليد الفوري على الأموال المراد نزعها وتحويل دون اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا.

لم ينظم القانون رقم 11/91 حالة الاستعجال القصوى عدا ما أورده المادة 28 التي سبق التطرق إليها وهي لا تترجم حالات الظروف الاستثنائية كالحرب أو أشغال عاجلة لا تحتل الانتظار لضمان أمن أو سلامة الأشخاص، هذه الحالات نظمتها تشريعات بلدان أخرى في قوانين خاصة وعليه يجد القضاء نفسه أمام حالة فراغ قانوني يجب أن يحسمه باجتهاداته، القضاء الجاري الفرنسي يميز عادة بين التعدي والاستيلاء الغير شرعي الذي تمليه ظروف طارئة والتميز بينهما يكمن فيما يلي:

- التعدي حسب تعريفه في الاجتهاد القضائي (الجزائري والفرنسي) هو خطأ جسيم ترتكبه الإدارة إما بالمساس بالحريات الفردية وإما بحق الملكية بشكل يفقد التصرف الصادر عن الإدارة

¹ - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 24 و 25

طابعه الإداري ويجعله في حكم القرار المنعدم وتعامل الإدارة بشأنه لا بصفتها سلطة تتمتع بصلاحيات السلطة العامة وإنما تعامل معاملة الأفراد. وعليه أخضعها المشرع الفرنسي لاختصاص القاضي العادي الذي يمكنه توجيه أوامر أليها وإيقاف تنفيذ قراراتها وحتى طردها، كما أن التعويض يكون أكثر أهمية ويشمل كل الأضرار، في حين أن الاستيلاء الغير شرعي (Emprise Irrégulière) يختلف عن التعدي كونه لا ينصب إلا على العقارات دون الحقوق الأخرى¹. الاستيلاء الذي يهمننا هو الاستيلاء النهائي بقصد نزع الملكية وليس الاستيلاء المؤقت الذي تحكمه المواد 671 إلى 681 مكرر من ق م أو الشغل المؤقت الذي تحكمه قوانين خاصة لأنه لا يدخل ضمن هذه الدراسة.

بالنسبة لما هو معمول به في الجزائر فان أحكام المادة 800 و المادة 801 من ق م إعطي الاختصاص للقاضي الإداري سواء تعلق الأمر بالتعدي أو بالمنازعات الأخرى كما أن المادة 921 من ق م إعطي لم تفرق بين التعدي والاستيلاء عندما حددت صلاحيات قاضي الاستعجال الإداري، في حين أن القضاء الإداري طبق في اجتهاداته النتائج التي توصل إليها القضاء العادي في فرنسا كلما كيف تصرف الإدارة على أنه تعدي. فنجد مثلا في قضية كانت تجمع مواطن ضد والي ولاية عنابة ورغم أن القرار صادر في ظل التشريع السابق (04 فبراير 1978) فان الغرفة الإدارية للمحكمة العليا كيفت وضع اليد على الأموال قبل إيداع مبلغ التعويض بأنه مجرد اعتداء مادي، ولم تأخذ بالدفوع المثارة من طرف الإدارة التي كانت تتمسك بحالة الاستعجال غير أنه بالرجوع لحديث القرار يتبين أن القاضي اعتبر التمسك بحالة الضرورة غير مجدي لان الإدارة لم تثبت أن

¹ - القضاء الفرنسي يميز عادة بين التعدي والاستيلاء الغير الشرعي لأن النتائج المترتبة عن التكيف لها أهميتها من حيث الجهة القضائية المختصة للنظر في النزاع من حيث قيمة التعويض المستحق حسب الحالة وكذا السلطات الممنوحة للقاضي المختص، ويعرف القضاء الفرنسي الاستيلاء غير الشرعي على أنه كل مساس بالملكية العقارية التابعة لأحد الخواص تم في ظروف لا يكون فعلا من أفعال التعدي كوضع اليد الفوري على الأموال في ظروف استثنائية حالت دون السماح للإدارة باتخاذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا فيكون القاضي الإداري هو المختص وتلزم الإدارة بتسوية الإجراءات لاحقا.

Voir convention européenne des droits de l'homme; application par le juge français, P 261 et suivante. Edition litec cour de cassation Française, 1998.

حالة الاستعجال حالت دون إيداع مبلغ التعويض ويفهم من هذا أنه لو أثبتت الإدارة أن هناك ظروف طارئة منعتها من احترام الإجراءات لكيف القاضي وضع اليد تكييفاً آخراً¹.
 نعتقد أن وضع اليد على الأموال المراد نزعها في ظروف طارئة لم تسمح للإدارة بإتمام الإجراءات المنصوص عليها قانوناً في أحكام المادتين 28 و33 من القانون رقم 11/91 لا يمكن للقاضي أن يكيفه على أنه تعدي وإنما يجب أن يكيف على أنه استيلاء غير شرعي، يسمح للمالك بالمطالبة بالتعويض عن ضرر شريطة أن تشرع الإدارة بصفة فورية في إتمام الإجراءات القانونية، وهذا حتى لو تم وضع اليد على الأملاك دون اللجوء إلى القضاء، ويتعين فقط على الإدارة النازعة أن تثبت حالة الضرورة القصوى التي لم تسمح لها باحترام الإجراءات والقاضي يملك كل الصلاحيات للتحقق من مدى توفر القوة القاهرة مادام أنه بصدد فراغ قانوني².

ثالثاً: الدعاوى المتعلقة بقرار نزع الملكية ودعوى استرجاع الأملاك المتروعة

بالرجوع لأحكام المادة 29 من القانون رقم 11/91 يتبين أن عملية نقل الملكية للأملاك المتروعة والحقوق الأخرى يتم بموجب قرار إداري، وقد نصت نفس المادة على أن إصدار القرار الإداري يتم بعد أن يصبح قرار قابلية التنازل نهائياً إما بحصول اتفاق بالتراضي وأما ضمناً في حالة عدم الطعن فيه في الآجال القانونية أو عندما يصدر قرار نهائي قضائي لصالح نزع الملكية، ونصت المادة 30 من نفس القانون على أن هذا القرار يجب أن يبلغ إلى الشخص المتروعة أملاكه وإلى المستفيد منه ويخضع للشكليات المطلوبة في مجال نقل الملكية العقارية ولم ينص المشرع فيما إذا كان بإمكان الأطراف الطعن في هذا القرار أمام القضاء، لكن مادام الأمر يتعلق بقرار إداري فهو قابل للطعن فيه أمام القضاء الإداري طبقاً للقواعد العامة، إذا صدر بدون احترام أحكام القانون

¹ - قرار نشر في:

Le recueil de jurisprudence administratif de R. kheloufi et H.Bouchahda publié par l'institut de droit , d'Alger 1999 et a fait l'objet d'un commentaire détaillé de Ramdane Babadji.

² - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 26-27.

رقم 11/91 مثلاً قبل الحصول على حكم قضائي نهائي لصالح نزع الملكية أو شمل أملاك لم ترد في قرار قابلية التنازل¹، لكن المشكل المطروح يتعلق بآجال الطعن فيه هل تطبق الآجال العادية الواردة في المادة 829 من ق إ م إ أي 4 أشهر من التبليغ أم تطبق الآجال الاستثنائية الواردة في القانون رقم 11/91²؟

السؤال الثاني يتعلق بإخلاء الأمكنة، فهل الطعن في قرار نزع الملكية يوقف تنفيذه أم لا؟ خاصة إذا كان الطعن صادر من صاحب حق انتفاع أو عقد إيجار في قرار نقل الملكية ناتج عن اتفاق بين الإدارة النازعة ومالك الرقبة أو المؤجر؟ هل يحق للإدارة وضع اليد مباشرة على الأموال بعد صدور قرار نزع الملكية أم أنها مجبرة على اللجوء إلى القضاء لطلب طرد الشاغلين الذين يرفضون الإخلاء؟ مبدئياً يجب تطبيق القواعد الاستثنائية الواردة في القانون رقم 11/91 سواء فيما يتعلق بالآجال أو بالأثر الموقوف للطعن، أما فيما يخص الطرد فهو من صلاحيات القاضي وحده ولا يمكن للإدارة الحصول عليه دون اللجوء إلى القضاء، ويمكن للإدارة النازعة في هذه الحالة رفع دعوى استعجاليه إذا تعسف الشاغل بغير وجه حق وتمسك بالبقاء في الأمكنة بعد استلامه مبلغ التعويض، أما إذا تعلق الأمر بسبب جدي فيحق للجهة التي يرفع إليها النزاع أن تتخذ أي إجراء مؤقت أو نهائي لحماية الطرف المتضرر، وعلى كل فإن القضاء الجاري في المستقبل هو الذي سوف يحسم كل هذه التساؤلات³.

¹ - إذا أخذنا بعين الاعتبار إن المحكمة العليا في ظل التشريع السابق الفت قرار نزع الملكية لعدم تبليغه للمعنيين به يمكننا القول إن القرار لا يتحصل إلا بعد انقضاء الآجال المنصوص عليها قانوناً للطعن فيه (قرار رقم 91487 بتاريخ 24 ماي 1992 بين عبدون محمد ووالي ولاية تيزي وزو).

² - المحكمة العليا في القرار رقم 163356 المؤرخ في 27 جويلية 1997 المذكور أعلاه صرحت بعدم قبول الطعن في قرار نزع الملكية بعد انقضاء أجل شهر المنصوص عليه في المادة 26 من قانون رقم 11/91، لكن حسب موضوع الدعوى في المادة المشار إليها الأمر يتعلق بقرار قابلية التنازل وليس قرار نزع الملكية.

³ - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 26 و 27.

الدعوى الأخيرة التي يمكن أن ترفع أمام القضاء بخصوص نزع الملكية هي الدعوى المتعلقة باسترداد الأملاك والحقوق المتروعة التي أوردها المادة 32 من القانون رقم 11/91 التي تنص على أنه: "إذا لم يتم الانطلاق الفعلي في الأشغال المزمع إنجازها في الآجال المحددة في العقد و القرارات التي ترخص بالعمليات المعنية يمكن أن تسترجع ملكية العقار بناء على طلب من المتروغ منه أو أصحاب الحقوق."

ويستنتج من هذا النص أنه وخلافا للأمر 48/76 لم يحدد القانون الجديد صراحة المهلة التي يجب أن تنجز فيها الأشغال التي انتزعت من أهلها الأملاك والتي كان التشريع السابق يحددها بـ 5 سنوات من تاريخ نزع الملكية ويجيز للمتروغ منه رفع دعوى للمطالبة باسترجاع هذه الأملاك في خلال 15 سنة.

القانون رقم 11/91 لم يتطرق لكل هذه المسائل واكتفى بالقول بأنه يمكن طلب الاسترجاع إذا لم تنطلق الأشغال فعليا في المهلة المحددة في القرارات التي رخصت بالعملية، أي أن المدة الإدارية هي التي تقررها فما الموقف لو لم تحدد هذه المدة صراحة؟ وكيف يمكن التحقق من الانطلاق الفعلي للأشغال ومدى فاعلية هذا الانطلاق؟ يبق المشكل إذا مطروح حول كيفية تطبيق المادة 32 من القانون رقم 11/91 خاصة وان المرسوم التنفيذي رقم 186/93 والتعليمتين الوزاريين المشار إليهما أعلاه لم تتطرق لهذه المسألة، كما أن القانون لم يحدد آجال معينة لتقديم طلب الاسترداد ولا الجهة التي يوجه إليها، علما أن المال المتروغ قد يكون في ذمة شخص آخر غير الإدارة النازعة، بالإضافة إلى حالة تحويل الأموال المتروعة لمشروع آخر غير الذي انتزعت من اجله دون إصدار قرار جديد لتصريح بالمنفعة العمومية¹، إذا كل هذه المسائل تنتظر إجابات من

¹ - مبدئيا فيما يخص تحويل المشروع عن الغرض المخصص له أن القضاء قرر إبطال قرار نزع الملكية إذا ثبت لديه ذلك ولتعلية الوزارة المشتركة رقم 0007 المذكورة أعلاه نصت على ضرورة إجراء تحقيق جديد لإثبات المنفعة العمومية في هذه الحالات.

القضاء في المستقبل، يبقى أن القاضي يملك صلاحيات واسعة أمام سكوت المشرع، ويتعين عليه استعمالها لضمان الحماية التي أقرها الدستور للملكية الخاصة.

وعملا بالقواعد العامة وما كان معمول به في ظل التشريع السابق وفي دول أخرى يمكن القول أنه يتعين على من له حق المطالبة باسترجاع الأموال أن يوجه طلبه إلى الإدارة النازعة خلال 15 سنة من تاريخ نزع الملكية وهي آجال تقادم الدعوى وتقادم الحقوق طبقا لأحكام القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وفي حالة الرفض يرفع دعواه أمام القضاء للمطالبة بالاسترجاع وعليه أن يثبت أن الأشغال لم تنطلق فعلا في الآجال المحددة لها أو أن الإدارة لم تستعمل الأموال للغرض المحدد في التصريح بالمنفعة العمومية، وإذا استجاب القاضي للطلب يتعين عليه تعيين خبير لتقييم الأملاك المطالب باسترجاعها طبقا للمعايير المستعملة عند نزع الملكية مع الأخذ بعين الاعتبار القيمة الحقيقية للأملاك وقت الاسترجاع طبعاً.

الغريب في الأمر أن المحكمة العليا أصدرت بتاريخ 17 جانفي 1993 قرار يحمل رقم 04308 بين مواطن من العاصمة ضد والي ولاية الجزائر قضت فيه بقبول دعوى إلغاء قرار نزع الملكية للمنفعة العمومية بعد مرور أكثر من 15 سنة من صدوره في إطار دعوى طلب استرداد الأملاك المتزوعة وأمرت في نفس الوقت بإعادة بيع الأملاك المتزوعة للطاعن وهذا يعد تناقضا لأنه إذا ألغي قرار نزع الملكية فإن الأطراف يعادون إلى الحالة التي كانوا عليها قبل صدوره ولا حاجة للأمر بإعادة البيع، إضافة إلى أن طلب الاسترداد هو نتيجة لعدم استعمال الأموال للغرض الذي انتزعت من أجله الأملاك وفي الآجال المحددة ولا يؤدي حصوله إلى إلغاء قرار نزع الملكية، فلسنا ندري إذا كان هذا الاجتهاد سوف يستقر عليه مجلس الدولة أم أنه قرار شاذ¹.

¹ - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 28.

المبحث الثاني: الاستيلاء الشرعي على الملكية العقارية الخاصة

يمثل قرار الاستيلاء الشرعي وسيلة الإدارة في الحصول على ملكية الأفراد وخدماتهم بما يحقق الصالح العام. فيشترط لمشروعيته، استفاء أركانه القانونية بأن يصدر من مختص في الشكل الذي يحدده القانون، مستندا في ذلك إلى أسباب تبرره ومحل قائم ومشروع مبتغيا تحقيق المصلحة العامة. قد يصدر هذا القرار، في ظل اختصاص مقيد أو اختصاص تقديري للإدارة، فتخضع بذلك لرعاية القضاء الإداري الذي تكمن مهمته الرئيسية في مجابهة تجاوزات الإدارة عند ممارستها سلطتها التقديرية.

وتبدو أهمية التعرض لهذا الموضوع في تحديد معالم نظرية الاستيلاء الشرعي في ظل التشريع الجزائري خاصة وان الاجتهادات القضائية في هذا الخصوص قليلة، بالرغم من لجوء الإدارة إلى هذا الإجراء في معظم تصرفاتها في الحالات العادية وغير العادية، لذلك كان لا بد من التعرف على هذا النوع من الإجراءات التي تلجأ إليه الإدارة مرارا وتكرارا حتى لا يتحول الاستيلاء الشرعي إلى غضب أو تعدي، فنتهك بذلك حقوق الأفراد المحمية دستوريا. إذن ما هو الاستيلاء الشرعي؟ ومتى يمكن للإدارة اللجوء إليه؟ وكيف يمكن للأفراد حماية حقوقهم عند لجوئها إليه؟

إن الإجابة على هذه التساؤلات تقتضي تتبع عملية الاستيلاء الشرعي من حيث تحديد أساسها القانوني وتعريف لها وأهم الخصائص التي تميزها عن التصرفات الأخرى المشابهة لها مرورا بشروط اللجوء إلى هذه العملية التي تعتبر استثناء من القاعدة العامة التي تقضي بأن حقوق الأفراد وحرياتهم يحميها القانون، لنصل إلى أنواع عمليات الاستيلاء الشرعي التي تقوم بها الإدارة وأهم الفروق بين هذه الأخيرة والتصرفات الأخرى المشابهة لها التي تقوم بها الإدارة.

المطلب الأول: ماهية الاستيلاء الشرعي:

ارتأينا في تحديد مفهوم الاستيلاء الشرعي إلقاء الضوء على تحديد معناه مبرزين ما يتسم به من خصائص وذاتية عن التصرفات الأخرى التي تقوم بها الإدارة، منتهين إلى إبراز شروطه

وأنواعه، وقبل كل ذلك تحديد الأسس والمصادر القانونية والتي تجعل من عملية استيلاء الإدارة العامة على ممتلكات الأفراد عملاً مشروعاً متى توفرت ظروف معينة وذلك على مدار الفروع الآتية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لعملية الاستيلاء الشرعي

تجد فكرة الاستيلاء الشرعي قواعدها وأحكامها في أسس ومصادر قانونية متنوعة منها:

أولاً: التشريع الأساسي

يشكل الدستور التشريع الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية، ويضفي الشرعية على ممارسات السلطات، ويكفل الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية¹، وحماية لحقوق الأفراد وحرياتهم، ولقد جاء في نص المادة 35 من دستور 1996: « يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية» كما جاء في نص المادة 52 من نفس الدستور أن الملكية الخاصة مضمونة، فمن خلال هاتين المادتين يتضح أن القاعدة العامة تقضي أن الملكية الخاصة أهم الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الأفراد وأن الدستور يكفلها لهم، إلا أنه استثناء وفي ظروف تستدعي ذلك فإنه يحق للإدارة العامة أن تزع الأفراد حقوقهم كما هو الحال في مسألة نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية التي سبق دراستها ضمن المبحث الأول من هذه الرسالة، والاستيلاء الشرعي وذلك مقابل تعويض أو أجر.

وفيما يخص عملية الاستيلاء الشرعي فإنه لم يرد نص في الدستور يسمح للإدارة باللجوء إلى مثل هذا النوع من التصرفات، بيد أن نصوص أخرى متفرقة تناوله سيأتي بيانها².

¹ - ديباجة دستور 1989، ودستور 1996، ص 4.

² - ليلي زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، المرجع السابق، ص 13.

ثانيا: التشريع العادي

جاء النص على فكرة الاستيلاء الشرعي في المصادر القانونية الآتية:

- القانون المدني في المواد من 679 إلى 681 مكرر 3.
 - قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية من المادة 921.
 - قانون البلدية رقم 90-08 في المادة 72، وتقابلها المادة 91 من القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22-06-2011 والمتعلق بالبلدية.
 - قانون الولاية رقم 90-09 في المادتين رقم 99، 101، وتقابلها المادتان 116، 119 من القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21-02-2012 والمتعلق بالولاية.
- ولا يخفى على أحد أن هذه النصوص القانونية تحدد فقط صور الاستيلاء الشرعي إن كان يقع على الأشخاص أو الأموال ولم تحدد إجراءات الاستيلاء الشرعي ولا شروط اللجوء إليه.

ثالثا: التشريع الفرعي:

ويتمثل في التنظيم الذي تصدره هيئات و أجهزة الإدارة العامة من قرارات تنظيمية تتعلق بأوضاع ومراكز عامة ومن أمثلتها المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09-02-1992 المتضمن حالة الطوارئ- والذي تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 11-01 المؤرخ في 23-02-2011 والمتضمن رفع حالة التطور- والذي يخول- بموجب المادة السادسة منه- لوزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي على امتداد تراب ولايته، تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة الإضراب الغير مرخص به أو غير شرعي، ويشمل هذا التسخير المؤسسات العمومية أو الخاصة للحصول على خدمات ذات منفعة عامة.

الفرع الثاني: تعريف الاستيلاء الشرعي

الاستيلاء الشرعي لغة لفظ مأخوذ من اللغة اللاتينية Requisition من الفعل Requière وهو في بعض الأحيان مرادف للدعاء والالتماس Requête حتى للطلبات المتبادلة في استعمالات خاصة

جدا، وعلى وجه الخصوص في قانون العقوبات، أما اصطلاحا فستتعرف عليه من خلال موقف الفقه والقضاء والتشريع.

إنّ في تعريف عملية الاستيلاء الشرعي أهمية كبيرة تكمن في تحديد شروط اللجوء إليه والسمات التي تميزه عن غيره من التصرفات المشروعة وغير المشروعة التي تقوم بها الإدارة، كترع الملكية من أجل المنفعة العمومية والغصب والتعدي والتأميم وغيرها.

إنّ أقدم صورة للاستيلاء كانت في شكل الاستيلاء الشرعي العسكري الذي ظهر في فرنسا بموجب قانون الثالث من جويلية 1877، الذي يسمح للجيش بالاستيلاء الشرعي في فترة الحرب على أموال الغير، ثم تطور مفهومه نحو نظام الاستيلاء الشرعي المدني، بموجب القانون الصادر في 11-07-1938 المتمم بالأمر 59-63 المؤرخ في 06-01-1959.¹

أولا: موقف الفقه

حاول فقهاء القانون وضع تعريف جامع مانع للاستيلاء ومن هذه المحاولات لدينا: الاستيلاء الشرعي إجراء جبري تلجأ إليه الإدارة للحصول على الأموال المنقولة وكذلك التمتع بالأموال العقارية².

الاستيلاء الشرعي عملية أحادية الجانب تفرضه سلطة مدنية أو عسكرية حسب الحالات، وفقا لأنظمة مختلفة على شخص سوف يعرض عليه لاحقا، لتقديم خدمة أو حاجات منقولة أو التخلي عن التمتع بعقار من أجل تأمين عمل المرافق العامة أو الحاجات العمومية³، ومن أمثلتها:

- طلب القوة المسلحة أو ما يعرف بتسخير القوات المسلحة للحفاظ على النظام العام.
- مصادرة أو تسخير الأشخاص.

1- Code Administratif, Dalloz, 23ème édition, Paris, 1994, P1505.

2- Philippe George, Droit Public, 72ème édition, Paris, 1989, P431.

3 - أوافية هاميل/ ترجمة منصور القاضي، المعجم الدستوري، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، بيروت، س1996، ص 705 أنظر خاصة:

- معجم المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، ط 2، قصر الكتاب، البلدة، س2001، ص 66.

كما عرف على أنه إجراء قانوني مؤداه إمكانية استيلاء الإدارة مؤقتاً على العقارات المملوكة للأفراد في الحالات الطارئة والمستعجلة، بعد إتباع إجراءات معينة في مقابل تعويض عادل¹.
وعرف أيضاً على أنه إجراء استثنائي تلجأ إليه الإدارة للحصول على الأموال والخدمات من الأفراد في حالات الضرورة والاستعجال، وذلك عندما لا تسمح طرق القانون المألوفة بتحقيق الغاية المرجوة².

«La Réquisition est un procédé forcé qui permet a l'administration de se procurer la propriété et l'usage des biens mobiliers, L'usage des biens immobiliers, le service d'entreprises ou de personnes la procédure est très simplifiée par rapport a l'expropriation mais³L'utilisation est très limitée ».

في الواقع بالرغم من تعدد محاولات إيجاد معنى واضح ودقيق لعملية الاستيلاء الشرعي، فإن هذا التصرف يختلف من نظام قانوني إلى آخر، حسب النظام السائد بكل دولة، فكل نظام يحدد موضوعه وإجراءاته و شروط اللجوء إليه، والشئ المشترك والذي تتفق عليه الأنظمة المقارنة هو إمكانية لجوء الإدارة إلى مثل هذا النوع من التصرفات في ظل ظروف استثنائية أو استعجالية بطرق مشروعة.

وعلى هذا الأساس يمكننا تعريف الاستيلاء الشرعي على أنه ذلك الإجراء الاستثنائي المؤقت الذي تلجأ إليه الإدارة بموجب نص في القانون بالاستيلاء الشرعي على الأموال العقارية أو المنقولة أو بتسخير مؤسسات أو أفراد لضمان استمرارية المرافق العامة، وذلك في الحالات التي تقتضيها الظروف الاستثنائية أو الاستعجالية.

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء و الأموال، المرجع السابق، ص 620.

² - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 392.
3- Gustave Peiser, Droit Administratif, 15ème Edition, Dalloz, Paris, 1996, p138.

ثانيا: موقف القضاء

سواء تعلق الأمر بأحكام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا سابقا أو مجلس الدولة حاليا، أو أحكام المحاكم الإدارية، فإن فكرة الاستيلاء الشرعي موجودة والصور الأكثر شيوعا هي عمليات الاستيلاء الشرعي على الأماكن المخصصة فعلا للسكن أو حالات التسخير الواقعة على الأفراد والمؤسسات، ويلاحظ ندرة الأحكام الصادرة بشأن الاستيلاء على الأموال - سواء كانت عقارات أو منقولات - وذلك لعدم ورود قضاء من هذا النوع على القضاء الإداري الجزائري. و فيما يتعلق بتحديد القضاء الإداري معنى دقيق لعملية الاستيلاء الشرعي، فإن هذا الأخير يكتفي بالحكم على قرارات الاستيلاء الشرعي بكونها مشروعة أو غير مشروعة من دون أي تفصيل حول هذه المشروعية ومن أمثلة هذه القرارات القضائية لدينا:

❖ قرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 20-10-1984 الذي يقضي بـ: «من المقتضي قانونا إن نظرية الشغور مبنية على أسس محددة قانونا كالمعاينة والتصريح بالشغور، ومن ثم فإن القرار المتخذ من الإدارة بالاستيلاء الشرعي على عقار دون استيفاء الإجراءات القانونية لحالة الشغور يكون مشوبا بتجاوز السلطة.

ولما كان من الثابت في قضية الحال أن رئيس لدائرة قد قرر من جانب واحد الاستيلاء الشرعي على المحل لصالح شخص طبيعي، معتقدا أن مجرد الإشارة إلى التشريع الخاص بالأموال الشاغرة، دون الإتيان بدليل على توفر حالة الشغور وحده كاف لتأسيس قراره، فإنه بتصرفه على النحو المذكور كان قراره مشوبا بتجاوز السلطة، ومتى الأمر كذلك استوجب إبطال أمر الاستيلاء الشرعي على المحل المتنازع فيه¹.

❖ وفي قرار آخر لنفس الغرفة الإدارية للمحكمة العليا المؤرخ في 12-07-1996 قضت بأنه: " لا يجوز الاستيلاء الشرعي بأي حال من الأحوال على المحلات المخصصة فعلا

¹ - م ق م ع، ع 1، سنة 1990، غ، إ، قرار رقم 38213 مؤرخ في 20/10/1984، ص 200.

للسكن وإلا يعتبر مشوباً بعيب خرق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال، إن السكن المتنازع عليه مشغول من قبل الطاعنين وان الشقة المتنازع عليها غير مصرح بشغورها، من ثم فإن قرار والي ولاية عنابة المتضمن الاستيلاء الشرعي على هذا السكن لا يستند إلى أساس قانوني، ذلك أن المادة 679 من ق م تنص في فقرتها على أنه لا استيلاء بأي حال من الأحوال على المحلات المخصصة فعلاً للسكن و لما كان الأمر كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه لكونه مشوب بعيب خرق القانون¹.

تجدر الإشارة إلى أن هذه القرارات وغيرها لا تحدد معنى واضح للاستيلاء بل تقدر مدى مشروعيته من خلال تحديد العيب الذي يشوب أحد أركان قرار الاستيلاء الشرعي، إضافة إلى أنها تقر بأنه إجراء استثنائي حوله القانون للإدارة في حالات تقدرها الإدارة نفسها، وأي مخالفة ستؤدي إلى إبطال القرار المطعون فيه.

ثالثاً: موقف التشريع:

عرف المشرع الاستيلاء الشرعي من خلال نص المادة 679 من ق م، كما حدد الشروط الأساسية الواجب توافرها حتى يعتبر هذا التصرف استيلاءً، بالإضافة إلى الإجراءات الواجبة الإلتزام المنصوص عليها في المواد من 680 إلى 681 مكرر من نفس القانون.

أما فيما يخص بقية التشريعات الخاصة الأخرى كقانون الانتخابات أو قانون البلدية أو الولاية وغيرها من النصوص القانونية فإن المشرع لم يعرف الاستيلاء الشرعي بل اكتفى بتحديد الموضوعات التي ينصب عليها الاستيلاء الشرعي، والظروف التي تخول الأشخاص المؤهلين قانوناً لإصدار قرار الاستيلاء الشرعي، ومن أمثلة ذلك لدينا:

¹ - م ق م ع، ع 1، سنة 1990، غ، قرار رقم 42136 بتاريخ 1986/07/12، ص 168.

❖ المادة 46 من قانون الانتخابات التي تخول الوالي إصدار قرار تسخير مصالح الأمن لمساعدة أعضاء مكتب التصويت¹، وتقابلها المادة 41 من القانون العضوي رقم 01-12 المؤرخ في 12-01-2012 والمتضمن نظام الانتخابات.

❖ المادة 91 من قانون البلدية التي تخول رئيس المجلس الشعبي البلدي، في إطار مخططات التنظيم وتقديم الإعانات، بتسخير الأشخاص والأماكن².

❖ المادة 116 من قانون الولاية التي تخول الوالي تسخير الشرطة والدرك الوطني المتمركز في إقليم الولاية، عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك، وفي المادة 119 نجدها حولت الوالي تسخير الممتلكات إلى جانب الأشخاص³.

المطلب الثاني: خصائص وشروط الاستيلاء الشرعي

نتناول الحديث في هذا المطلب على دراسة الخصائص التي يتميز بها هذا الإجراء و كذا الشروط الواجب توافرها حتى تقبل السلطة العامة على الاستيلاء الشرعي للممتلكات.

الفرع الأول: خصائص الاستيلاء الشرعي

للاستيلاء جملة من السمات الذاتية المتميزة التي تكسبه طبيعة خاصة عن سائر التصرفات التي تقوم بها الإدارة العامة، هذه السمات تسمح بتحديد طبيعتها القانونية وأنواعها، ومن بين هذه السمات لدينا:

¹ - تنص المادة 46 من الأمر 97-07 المؤرخ في: 06/03/1997 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات "يمكن أن يساعد أعضاء مكتب التصويت المتنقل في مهامهم عناصر مصالح الأمن بناء على تسخير من الوالي".

² - المادة 91 من القانون 11-10 المتضمن قانون البلدية.

³ - المادة 116، 119 من القانون 12-07 المتضمن قانون الولاية.

أولاً: الاستيلاء الشرعي إجراء استثنائي

باستقراء نص المادة 679 من ق م، نجد انه لا يمكن اللجوء إلى هذا الإجراء إلا في الحالات الاستثنائية¹ والاستعجالية، إلا أن مفهوم هذه الأخيرة يبقى مرناً ويخضع لسلطة الإدارة التقديرية باعتبارها أدرى بالظروف المحيطة بها.

مما يعني انه إذا تبين للإدارة أن ظروفًا معينة تعيق قيامها بالتزاماتها وتحويل دون تحقيقها في ظل الظروف العادية، فإن ذلك يسوغ لها التحرر من التقيد بالقوانين العادية، وإيقاف العمل بها بالقدر الذي يجعلها قادرة على قيامها بواجباتها، والملاحظ إن أصحاب هذا الرأي استندوا إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي المتعلق بالظروف الاستثنائية، الذي يؤخذ عليه باعتبار أن الالتزام بالمحافظة على النظام العام لا يقتصر تحقيقه على الظروف غير العادية.

كما أن سير المرافق العامة هو في الحقيقة من أهم الغايات التي ترمي إليها نظرية الظروف الاستثنائية، وبالنسبة لموقف القضاء الإداري الجزائري فإنه لم يحدد مفهومًا واضحًا للحالة الاستثنائية بل اكتفى بالإشارة إليها فقط، كما حدث في قضية والي ولاية ميلة ضد الشركة الوطنية للمحاسبة²، إذ اكتفى مجلس الدولة في هذه القضية بالإشارة إلى أنه لا يمكن للوالي أن يأمر بتسخير الأموال والخدمات إلا في حالتين هما: الحالة الاستثنائية والحالة الاستعجالية، وأنه ينبغي على قرار الوالي أن يكون مسببًا، وأن ضرورة تسخير المحل لتستغله غرفة التجارة بميلة ليس بحالة استثناء أو استعجال، حتى ولو كانت الشركة الوطنية للمحاسبة قد أهملت الحل الممنوح لها³.

وقد ذهب كل من الفقه والقضاء الإداريين إلى أنه لا يكفي تعذر مواجهة الإدارة للظرف الاستثنائي بما تتيحه القوانين العادية، إذ لا بد من مراعاة مدى تناسب الإجراء المتخذ مع الظرف

¹ - تفيده عبد الرحمن، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة عنابة، 1990، ص 49.

² - قرار تحت رقم الفهرس 688، الغرفة الأولى، مجلس الدولة، غير منشور.

³ - في هذه القضية نحن بصدد مخالفة القانون (مخالفة نص المادة 679 من القانون المدني) وعيب السبب لانعدام الحالة الاستعجالية أو الاستثنائية، وقرار التسخير بالتالي غير مشروع.

الاستثنائي، لان عدم ملائمة السلطات المستعملة للإجراء المتخذ قد يؤدي إلى إبطال هذا الأخير، ولتجنب ذلك، على الإدارة أن تقتصر على القدر الضروري واللازم لمواجهة مخاطر الظرف الاستثنائي عملاً بقاعدة الضرورة تقدر بقدرها، وعليه فان عنصر الملائمة شرط من الشروط التي يجب ان تراعى حين التفكير في اللجوء إلى تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية¹.

هذا فيما يخص خاصية الاستعجال، أما خاصية التأقيت فإنها صفة تميز الاستيلاء الشرعي عن نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، لأنه إذا كان الاستيلاء الشرعي دائماً فانه يتحول إلى عملية نزع ملكية من أجل منفعة عمومية.

ثانياً: الاستيلاء الشرعي طريق جبري وشرعي

يعتمد الاستيلاء الشرعي على امتيازات السلطة العامة المعهودة للإدارة العامة، ونتيجتها المساس الشرعي بالملكية الخاصة²، إذ تلجأ الإدارة كلما استدعت الظروف الاستثنائية والاستعجالية ذلك، أو لضمان السير الحسن للمرافق العامة، للاستيلاء على ممتلكات الأفراد. بموجب أمر يصدر من السلطة المختصة قانوناً، أو بتسخير المؤسسات أو الأشخاص أنفسهم مقابل أجر أو تعويض أو الاثني معاً، وهو إجراء قانوني باعتبار أن أحكامه وقواعده منظمة بمقتضى المواد من 679 إلى 681 مكرر من ق م.

ثالثاً: القصد منه تحقيق المنفعة العمومية

ضماناً لاستمرارية المرافق العامة وتحقيق المنفعة العامة، فانه يجوز اللجوء إلى طريق الاستيلاء الشرعي ضمن شروط معينة منصوص عليها في أحكام القانون المدني، مما يعني أنه يمنع على الإدارة استخدام الاستيلاء الشرعي إذا كان الغرض منه الانحراف بالسلطة أي تحقيق فائدة خاصة سواء للأفراد أو للإدارة نفسها (موظفيها).

¹ - أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، س1996، ص 521.

² - لأن الملكية التابعة للدولة لا يمكن المساس بها إلا عن طريق التخصيص Effectuation أو عن طريق التحويل Transfert

رابعاً: إلزامية التعويض

لما كان في الاستيلاء الشرعي مساس بحق الملكية الخاصة، فإن المشرع الجزائري أخضعه لجملة من القيود، كتحديد طريقة إجراءاته وكيفية تعويض من استولت الإدارة العامة على أملاكهم أو أجورهم في حال قيامها بتسخيرهم، ولا يخفى على أحد بإمكان أن إجراء الاستيلاء الشرعي لا يتطلب تعويضاً مسبقاً كما هو الحال بالنسبة لعملية نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، ففي بعض الأحيان تلجأ الإدارة إلى استبدال نزع الملكية بالاستيلاء الشرعي، غير أن القضاء الحالي تصدى لهذا العمل واعتبره انحرافاً بالإجراءات¹.

وتتعدد صور الاستيلاء الشرعي حسب الموضوعات التي ينصب عليها، فبالرجوع لنصي المادتين 679 و680 من ق م يتضح أن الاستيلاء الشرعي ينصب على الأموال والخدمات، وعلى هذا الأساس يمكن تقسيم الاستيلاء الشرعي إلى الصور الآتية:

1- الاستيلاء الشرعي على الأموال

ويقصد بالأموال هنا الأموال المنقولة والعقارية²، وقد عرفت المادة 683 من ق م على أن العقار هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف وكل ماعدا ذلك من شيء فهو منقول، وهنا نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يكن لهذه الأموال مالك أو هي لأشخاص متوفين لا وارث لهم، أو الذين تمهل تركتهم، ففي هذه الحالة هي أموال شاغرة وبالتالي هي ملك للدولة ويحق لها الاستيلاء الشرعي عليها من دون توفر أي شرط من شروط اللجوء إلى إجراء الاستيلاء الشرعي.

الحالة الثانية: وهي حالة وجود ملاك لهذه الأموال، مما يستدعي ضرورة مراعاة الإدارة شروط وإجراءات الاستيلاء الشرعي بكل عناية مع تعويض ملاكها، لأن الأمر يتعلق بحق الملكية المحمي دستورياً.

¹ - أحمد رحمان، نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 4، ع 2، س 1994، الجزائر، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، ص 5.

2- تسخير الأشخاص والخدمات

نصت المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 09-02-1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، على جواز تسخير العمال في حالة الإضراب غير المرخص به، وكذا تسخير المؤسسات العمومية بهدف استمرار الخدمات العامة¹.

وكذلك حالة تأطير سير الانتخابات الذي تستند عليه المواد 40، 41، 39 من القانون العضوي رقم 12-01 المؤرخ في 12-01-2012 المتعلق بنظام الانتخابات، إذ أجازت مسألة تسخير الموظفين كأعضاء لمكاتب التصويت بمقتضى أمر تسخير من الوالي، كما أجازت إمكانية الاستعانة بالقوة العمومية لحفظ النظام العام وطرده كل شخص يخل بالسير العادي لعمليات التصويت داخل مكتب التصويت، وفي نص المادة 41 من نفس القانون نجد أنها أجازت إمكانية تسخير أماكن مرضية تتوفر فيها شروط الأمن لإيواء الصناديق والوثائق الانتخابية بسبب البعد أو لأسباب أخرى.

الفرع الثاني: شروط الاستيلاء الشرعي

باستقراء نص المادة 679 من ق م، يتضح أنه لا يمكن اللجوء إلى الاستيلاء الشرعي إلا إذا ورد به نص قانوني يخول من يكون مختصا قانونا بإصدار هذا النوع من القرارات، ضمن الظروف التي يحددها القانون أو الظروف التي تخضع لتقدير الإدارة نفسها إذا لم ينص القانون عليه، ومن بين هذه الشروط لدينا:

أولاً: توفر ظروف استثنائية واستعجالية

لابد من توفر ظروف تعيق الإدارة العامة عن قيامها بواجباتها أو التزاماتها، وتحويل دون تحقيقها في ظل القوانين العادية، كما هو الحال في حالة الانتخابات أو الحصار أو الكوارث الطبيعية، أو حتى الحرب، غير أن مسألة الحفاظ على النظام العام وضممان حسن سير المرافق العامة

¹ - مسعود شيهوب، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، ج 01، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، س1999، ص65.

- شارل ديباش، القانون الإداري، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج3، المرجع السابق، ص394.

بانتظام لا يقتصر تحقيقه على الظروف غير العادية، بل في كثير من الأحيان تلجأ السلطة المختصة قانوناً بإصدار أوامر تسخير أو استيلاء في ظل ظروف استثنائية لكنها ليست خطيرة ولا تهدد النظام العام، مثل ما هو الحال بالنسبة لتسخير الأمن في فترة امتحانات طلبة البكالوريا، أو في فترة الانتخابات.

ثانياً: عدم وجود طريق قانوني آخر

إذا وجد طريق قانوني عادي، فإن الإدارة مجبرة على سلوكه، فإن لم يكن فإنه يمكن للإدارة استعمال أموال أو خدمات الأفراد في ظل ظروف معينة، فباستقراء نص المادة 679 من ق م نجد أن الإدارة المستفيدة مجبرة أولاً أن تتفق بشكل رضائي مع مالك الأموال كقاعدة، إلا أنه استثناء وفي حالة إذا لم تصل إلى اتفاق وكانت في حاجة ماسة إلى هذه الأموال أو الخدمات لضمان استمرار خدمات المرفق العام، فإنها تلجأ للاستيلاء عليها وفق إجراءات نص عليها القانون ومقابل تعويض.

وفي هذا الخصوص صرحت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا - في سنواتها الأولى للاستغلال أين كان التشريع الفرنسي هو الساري المفعول. بمناسبة قرارها الصادر في 1965/07/02 في قضية شركة عين فيكارين والدولة - بان الاستيلاء الشرعي لا يكون مشروعاً إلا عند عدم وجود طريق آخر يؤدي إلى تحقيق نفس الحاجات، وفي قضية الحال فإن الاستيلاء الشرعي استعمالاً لتمكين ديوان الترقية والتسيير العقاري من حيازة الأرض التي صدر بشأنها قرار بترع الملكية، ومن ثم فإن الاستيلاء الشرعي غير مشروع لأن الإدارة تملك طريقاً آخر يحقق نفس الأهداف وهو نزع الملكية، واستعمالها للاستيلاء كان بمثابة انحراف بالسلطة وبالإجراءات¹.

¹ - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج3، المرجع السابق، ص 394.

ثالثا: عدم الاستيلاء الشرعي على المحلات المخصصة فعلا للسكن:

لا يمكن للإدارة بأي حال من الأحوال الاستيلاء الشرعي على المحلات المخصصة فعلا للسكن حتى ولو وجدت ظروف طارئة تمس مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام، وهذا شرط مقيد للإدارة، وعمليا يلاحظ أن غالبية عمليات الاستيلاء الشرعي تقع على المحلات المخصصة فعلا للسكن ويتبين ذلك من خلال أحكام وقرارات القضاء الجزائري¹.

¹ - أنظر:

- الغرفة الأولى، مجلس الدولة، ملف رقم 6460، جلسة يوم: 2002/09/23، قرار غير منشور.
- م ق م ع، ع 4، سنة 1990، غ، قرار رقم 42136، مؤرخ في: 1986/07/12، ص 168.

الخاتمة

إنّ الملكية العقارية الخاصة في الجزائر لها مكانة مهمة في التشريع، بل ومن أهميتها صار تكريسها بنص الدستور، مما جعلها من بين المقدسات الثابتة بنص الدستور وجملة النصوص القانونية المختلفة و المتعددة، لتكريس قدسيته تارة، و تقييدها في بعض الحالات تارة أخرى، والتي تهدف إلى الإلمام بمختلف الجوانب القانونية للملكية العقارية الخاصة في الجزائر.

من خلال هذه الرسالة يتضح لنا أن الملكية العقارية الخاصة في الجزائر لا تثبت وفق القوانين الجزائرية إلا بموجب سندات عقارية تتمثل في: السندات الرسمية التي هي أنواع ثلاث: السندات التوثيقية والإدارية و السندات القضائية، إلى جانب بعض من السندات العرفية وفي الأخير تسليم سندات الملكية عن طريق إجراء تحقيق مع معاينة حق الملكية العقارية الخاصة.

إن ما شهدته الجزائر في مجال الملكية العقارية الخاصة من مراحل تشريعية مختلفة ومتعددة اتسمت أحيانا بالمرونة و أحيانا أخرى بالتعقيد، أدى إلى بروز إشكاليات معقدة على مستوى أقسام محاكمنا أعجزت القضاء عن إيجاد الحلول العادلة لها أحيانا، و من هنا وجب على الباحث في الملكية العقارية الخاصة أن يعرف جيدا تواريخ القوانين و تواريخ سرياتها ونفاذها، لأنها المرجع في إضفاء الصبغة القانونية لكل تصرف يتعلق بالملكية العقارية الخاصة، ومن هنا وجب على الدولة إنشاء محاكم عقارية متخصصة تكون مهمتها النظر و الفصل في المنازعات العقارية بمختلف أنواعها مع ضرورة تكوين إطارات قضائية تختص في المادة العقارية وتوفير وثائق العمل اللازمة لها، لأن التخصص أصبح اليوم ضرورة ووسيلة أساسية لتكوين القاضي، و بالتالي ضمان فعالية أكثر للجهاز القضائي، المكلف بالتدخل في أحد أهم المجالات التي تشهد تطورات مستمرة.

كما يتعين على الدولة و بالخصوص السلطة التشريعية أن تعمل على إعادة النظر في مجمل القوانين التي تحكم العقار في بلادنا، من خلال جعل هذه القوانين مواكبة للتطورات الجارية، و بالتالي المساهمة في إيجاد القوانين الملائمة التي تساعد في تسريع عملية التطهير العقاري الجارية

والتي تعتبر الوسيلة الفعالة في تسوية وضعية العقار و التي من خلالها يمكن تجسيد مشروع التوثيق العام تماشياً مع إرادة الدولة في التحكم في الفضاء العقاري.

كما أن إسقاط فكرة التعسف في استعمال الحق في الملكية العقارية الخاصة، يؤدي إلى الانحراف بهذا الحق عن غايته ويصبح فكرة دقيقة وواضحة إذا ما قيدناه بمعايير التعسف، ذلك لأن التعسف في هذا الحق ما هو إلا استثناء من الأصل و هو مشروعية الاستعمال، فيفترض حسن النية و المصلحة المشروعة في استعماله، و لهذا كانت لمعايير التعسف أهمية كبيرة في حصر هذا الاستثناء و ضبط النظرية الذي يجعلها فكرة قانونية.

ثم إن للإطار القانوني في ضبط التصرفات العقارية أهمية بالغة سواء تعلق الأمر بدور التسجيل العقاري الذي له أهمية بالغة و كبيرة من حيث الدور التمويلي من جهة أو من الناحية القانونية من جهة أخرى، مع ضرورة إعادة النظر في قانون التسجيل الحالي كونه قانون لم يواكب التطورات الاقتصادية و لم يتم تعديله منذ مدة طويلة سوى ببعض التعديلات بموجب قوانين المالية، الأمر الذي جعله لا يتماشى مع متطلبات الحياة الاقتصادية و الاجتماعية الحالية.

كما أن نظام الشهر العقاري الذي يقوم على أسس متينة تضمن استقرار الملكية العقارية الخاصة و تدعم الثقة في التصرفات الواردة عليها لا تتجسد إلا من خلال إقدام الدولة على الإسراع في تنشيط عملية المسح العقاري مع تحديد آجال لتنفيذها، و هذا كله من أجل تعزيز عملية شهر الأملاك العقارية.

إنّ المجال العقاري يعد من المجالات التي كثرت فيها النزاعات العقارية، ويعود ذلك أساساً إلى عدم وجود مسح شامل للأملاك العقارية و التي تحدد ملكية الأفراد، و في غياب هذا المسح ووجود نصوص قانونية عديدة منها ما تسمح باكتساب الأملاك العقارية عن طريق البيع و الشراء و منها من تعترف بأحكام الحيازة زد إلى ذلك الانقسام بين الهيئات القضائية حول تطبيق القوانين

الخاصة. تمثل هذه المنازعات أدت إلى انتشار العديد من القضايا وكثرتها و التي تؤول كلها إلى القضاء.

زيادة على ذلك عدم احترام الهيئات الإدارية للقوانين وإصدار قرارات مخالفة للقانون تمس بمصلحة الأفراد، كل هذه المعطيات توجب على المشرع ضرورة تبسيط ما اعترى القوانين العقارية من تناقض وتضخم وعدم التجانس، الأمر الذي جعلها صعبة الفهم والتطبيق، وجعل من المنازعات العقارية، سواء أمام القضاء العقاري أو القضاء الإداري، تطول وتتضارب في الحلول المهتدى إليها، الشيء الذي جعل من إشكالية العقار في الجزائر، من أكبر المعضلات التي تعيشها البلاد، و كل محاولات تطهيره باءت بالفشل، فلم تحقق سياسات إصلاحه إلا نتائج محتشمة، وكان من المفروض، توخي الدقة و الحيطه في سن القوانين المنظمة لهذا الميدان الهام إلى أقصى درجة لأنه يمس بأعلى ما يملك أو يصبو إلى امتلاكه، ضمانا لحياته و حياة خلفه، و هو العقار، أرضا كان أم مسكنا، فيهما و منهما يعيش و يعمل و ينمو.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب والمؤلفات باللغة العربية:

أ- الكتب والمؤلفات العامة:

1 جمال الدين ابن منظور:

- لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع،

2 ادوارد عيد:

- الحقوق العينية الأصلية، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، سنة 1979،
موسوعة أصول المحاكمات والإثبات والتنفيذ، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، سنة
1993،

3 أويفية هاميل، ترجمة منصور القاضي:

- المعجم الدستوري، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت،
سنة 1996،

4 بلحاج العربي:

- أبحاث ومذكرات في القانون والفقہ الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية،
الجزائر، سنة 1996،

5 حسن كيرة:

- المدخل الى علم القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1989،

6 حمدي باشا عمر:

- القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار
هومة، سنة 2005،

- القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار هومة،
الجزائر، سنة 2003،

- حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، سنة 2002،
- نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، سنة 2003،
- (7) حمدي باشا عمر، ليلي زروقي:
- المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2003،
- المنازعات العقارية، ط 10، دار هومة، الجزائر، سنة 2008،
- (8) حسين عثمان محمد عثمان:
- أصول القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، سنة 2004،
- (9) دربال عبد الرزاق:
- الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، سنة 2004،
- (10) رمضان أبو السعود:
- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، سنة 1992،
- (11) سعيد عبد الكريم مبارك:
- موجز أحكام القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، سنة 1996،
- (12) سليمان مرقس:
- المسؤولية المدنية في تقنيات الدول العربية، أركان المسؤولية، معهد الدراسات العربية بجامعة الدول العربية، سنة 1972،
- (13) شارل ديباش:
- القانون الإداري، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، دون سنة طبع، دون مكان نشر،

14) عبد الرزاق السنهوري:

- الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، سنة 1967،
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 1998،
- الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، دار إحياء التراث العربي، دون رقم الطبعة، دون سنة نشر،

15) عباس العبودي:

- شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 1999،

16) علي فيلاي:

- الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، سنة 2010،

17) علي علي سليمان:

- النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 03، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992،
- شرح القانون المدني الليبي، الحقوق العينية الأصلية والتبعية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، سنة 1999،

18) عمر زودة:

- الإجراءات المدنية على ضوء آراء الفقهاء وأحكام القضاء، دار هومة، دون سنة طبع، الجزائر،

- 19) عبد الحفيظ بن عبيدة:
- إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، سنة 2003،
- 20) غني حسون طه:
- حق الملكية، مطبوعات جامعة الكويت، سنة 1997،
- 21) فتحي الدربشي:
- النظريات الفقهية، الطبعة الرابعة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، سنة 1997،
- 22) فريدة زواوي:
- النظرية العامة للحق، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر سنة 2000،
- 23) فليسيان شالاي، ترجمة صباح كنعاني:
- تاريخ الملكية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، دون رقم الطبعة، دون سنة نشر،
- 24) فاضلي ادريس:
- الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009،
- 25) فتيحة يوسف المولودة عماري:
- أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، سنة 2007،
- 26) كرم عبد الواحد:
- معجم مصطلحات الشريعة والقانون، مكتبة النهضة وعالم الكتب، بيروت، لبنان، سنة 1997-1998،
- 27) محمد حسنين:
- الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1985،

28) محمد صبري السعدي:

- الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، سنة 2008-2009،
- شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الواقعة القانونية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، سنة 1991-1992،

29) ميدي أحمد:

- الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، سنة 2008،

30) محمد زهدور:

- الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، دون مكان النشر، سنة 1991،

31) محمد حسن قاسم:

- القانون المدني، العقود المسماة، البيع، التأمين (الضمان)، الإيجار، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2005،
- أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2003،

32) مصطفى العوجي:

- القانون المدني، المسؤولية المدنية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2008،

33) مصطفى السباعي:

- شرح قانون الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، سوريا، سنة 1996،

34) محمد أحمد سراج:

- الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 1997،

35) محمد وحيد الدين سوار:

- حق الملكية في ذاته في القانون المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة 2010،

36) مسعود شيهوب:

- النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999،

- المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1999،

37) نزيه محمد الصادق المهدي:

- الملكية في النظام الإشتراكي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون رقم الطبعة، دون سنة نشر،

38) ناصر لباد:

- دساتير ومواثيق سياسية، الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، دستور الجمهورية الفرنسية ودستور الولايات المتحدة الأمريكية، الطبعة الأولى، سطيف، سنة 2007،

ب- المراجع الخاصة:

1- أحمد عبد التواب محمد بهجت:

- المسؤولية المدنية عن الفعل الضار بالبيئة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2008،

2- أحمد محمود سعد:

- استقراء لقواعد المسؤولية المدنية في منازعات التلوث البيئي، طبعة أولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1994،

3- أحمد مدحت علي:

- نظرية الظروف الاستثنائية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، سنة 1996،

4- ادوارد عيد:

- الأنظمة العقارية، التحديد والتحرير، السجل العقاري، الطبعة الثانية، مطبعة المثني، لبنان، سنة 1996،

5- جمال بوشنافة:

- شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة 06، دار الخلدونية، سنة 2006،

6- حسن عواضة:

- المالية العامة، دراسة مقارنة، موازنة النفقات والواردات العمومية، الطبعة الرابعة، دار النهضة، بيروت، سنة 1978،

7- ديب عبد السلام:

- عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، الطبعة الأولى، سنة 2001،

8- رشيد شمشيم:

- التعسف في استعمال الملكية العقارية، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار الخلدونية، الجزائر، بدون سنة طبع،

9- رمول خالد، دوة آسيا:

- الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2008،

- 10- رمول خالد:
- المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، سنة 2001،
- 11- زهدور محمد:
- الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، دون مكان نشر، سنة 1991،
- 12- سماعيل شامة:
- النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دراسة وصفية وتحليلية، دار هومة، سنة 2004،
- 13- عمار علوي:
- الملكية والنظام العقاري في الجزائر، العقار، الطبعة الخامسة، دار هومة، سنة 2009،
- 14- عطا سعد محمد حواس:
- المسؤولية المدنية عن أضرار التلوث البيئي في نطاق الجوار، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2001،
- 15- عبد الرحمن علي حمزة:
- مضار الجوار غير المألوفة والمسؤولية عنها، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2006،
- 16- عبد الوهاب عرفة:
- الشامل في حق الملكية والحقوق العينية الأصلية والتبعية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، سنة 2010،
- المرجع في الحيازة المدنية وحمايتها الجنائية، طبعة 2007، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007،

17- عمر قليمي:

- الدليل العملي في التسجيل والطابع، معهد الإقتصاد الجمركي والجبائي الجزائري التونسي،
القليعة، سنة 1990 ،

18- عز الدين الدناصوري:

- الحيازة المدنية وحماتها الجنائية في ضوء الفقه والقضاء، دون مكان النشر، سنة 1993،

19- غسان محمد مناور أبو عاشور:

- الأساس القانوني لمسؤولية المالك عن مضار الجوار غير المؤلف في القانون المدني الأردني
والفقه المقارن، مكتبة الجامعة الأردنية، مركز الرسائل والأطروحات، بدون سنة نشر،

20- فتحي الدريني:

- نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة
1977،

21- فاروق بكداش:

- دروس في مادة التسجيل، المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، الجزائر، دون سنة طبع،

22- ليلي زروقي:

- التقنيات العقارية، العقار الفلاحي، الجزء الأول، الطبعة الثانية، الديوان الوطني للأشغال
التربوية، الجزائر، سنة 2001،

23- الحسين بن الشيخ أث ملويا:

- المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة، سنة 2006،

24- مجيد خلفوني:

- نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية،
الجزائر، سنة 2002،

25- محمودي عبد العزيز:

- آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغداددي، سنة 2009،

26- محمد أبو زهرة:

- التعسف في استعمال الحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1963،

27- مروان كساب:

- المسؤولية عن مضار الجوار، الطبعة الأولى، طباعة جون كلود أنطوان الحلو، الأشرقية، لبنان، سنة 1998،

28- مراد محمود حسن حيدر:

- التكييف الشرعي والقانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن مضار الجوار غير المألوفة، دراسة تحليلية مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2009،

29- محمدي سليمان:

- الرهن الرسمي، جامعة الجزائر، سنة 2001/2000،

30- محمد فاروق عبد الحميد:

- التطور المعاصر لنظرية الأموال العامة في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1988،

31- ميم بشير، قوادري علي:

- دور المحافظ العقاري في نظام السجل العقاري المؤسس بالأمر 74-75 المؤرخ في: 1975/11/12، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية، المعهد الوطني للمالية، القليعة، سنة 1995،

32- مصطفى مجدي هرجه:

- التنظيم القانوني الجديد لمنازعة الحيازة، سنة 1993،

33- نزييم نعيم شلالا:

- دعاوى التعسف وإساءة استعمال الحق: دراسة مقارنة من خلال الفقه والإجتihad والنصوص القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2006،

34- وسيلة وزاني:

- وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دراسة قانونية تحليلية، دار هومة، الجزائر، سنة 2009،

35- ياسر محمد فاروق المياوي:

- المسؤولية المدنية الناشئة عن تلوث البيئة، دار الجامعة الجديدة، الأزراطة، سنة 2008،

36- ياسين غانم:

- القضاء العقاري، الطبعة الثانية، مطبعة كرم، سوريا، سنة 1994،

ج- المقالات:

1) أحمد الصويعي شليبيك:

- التعسف في استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة في الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، عدد 38، سنة 2009،

2) أمين بركات سعود:

- آثار القيد في السجلات العينية، دراسة مقارنة، م ق م ع، ع 2، سنة 1995،

3) أحمد رحمان:

- نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 4، العدد 2، سنة 1994،

4) العتروس بشير، ترجمة أمقران عبد العزيز:

- الشهر العقاري في القانون الجزائري، الاجتihad القضائي للغرفة العقارية، الجزء 01، سنة 2004،

5) بيوت نذير، ترجمة أمقران عبد العزيز:

– عقد الشهرة من خلال الاجتهاد القضائي، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني،
سنة 2004 ،

6) بيوت نذير:

– معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري: بخصوص
القانون 02/07 المؤرخ في: 2007/02/27، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء
الثالث، سنة 2010،

7) بلحاج العربي:

– مفهوم التعسف في استعمال الحق في القانون المدني الجزائري، مجلة الشرطة، العدد 44 سنة
1990،

8) بورويس زيدان:

– الطرق والإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، الجزء 05، مجلة الموثق، سنة 2002،

9) بوصوف موسى:

– دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، سنة 2002،

10) رمزي حوحو ومحمد لمعيني:

– النظام القانوني لترع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة المنتدى القانوني، قسم الكفاءة
المهنية للمحاماة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 06،
أفريل 2009،

11) صالح باي محمد شريف:

– مكانة الحيابة في القانون المدني، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، سنة
2004،

12) عريشي اعمر:

- القواعد القانونية التي تحكم الأنظمة العقارية في الجزائر، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، سنة 2003،

13) علاوة بوتغرار:

- نظرات في قانون التسجيل، مجلة الموثق، العدد 13، سنة 2005،

14) عمر زيتوني:

- حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 03، سنة 2001،

15) عمر زودة:

- قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 04، سنة 1992،

16) عمار بوضياف:

- الاختصاص القضائي في إلغاء الدفاتر العقارية، عدد خاص، اليوم الدراسي الأول حول القضاء العقاري والمنازعات العقارية، منشورات المركز الجامعي، سوق أهراس، 2004،

17) قاسم العيد عبد القادر:

دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مجلد 10، العدد 01، الجزائر، 2000،

18) ليلي زروقي:

- نظام الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، مجلة مجلس الدولة، الجزائر، العدد 02، سنة 2002،

- دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بتزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، العدد 03، سنة 2003،

19) لعروم مصطفى:

– الشفعة في القانون المدني، مجلة الموثق، العدد 06، الغرفة الوطنية للموثقين 1999،

20) محي الدين عواطف:

– الملكية الخاصة للعقار الفلاحي من خلال قانون التوجيه العقاري، مجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، العدد رقم 07، سنة 2009،

21) موالك بختة:

– المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وتطبيقها على البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية و الإقتصادية، العدد 4، سنة 1993،

22) مقداد كروغلي:

– نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 02، سنة 1996،

23) محمد تقيّة:

– الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، مجلة الموثق، العدد 09، 1998،

24) محمد بوركي:

التوثيق والإشهار العقاري، الجزء الثاني، مجلة الموثق، العدد 06، الجزائر، 1999،

25) محمد بغداددي:

– المنازعات العقارية المتعلقة بأملاك الدولة، أملاك الخواص، الندوة الوطنية للقضاء العقاري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، زرالدة، 1993،

26) وناس علي:

– تسجيل عقود المبادلة، مجلة الموثق، العدد 06، سنة 1999،

د- الرسائل:

1- حبار محمد:

- نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه دولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، جامعة بن عكنون، الجزائر، سنة 1987،

2- محمد عبد الغني مهملات:

- الإستملاك ورقابة القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة دمشق، بدون تاريخ،

3- عبد الوهاب محمد عبد الوهاب محمود:

- المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن تلوث البيئة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1994،

4- فتحي الدريني:

- الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ونظرية التعسف في استعمال الحق بين الشريعة والقانون، رسالة مقدمة لجامعة الأزهر لنيل درجة الدكتوراه في الشريعة الإسلامية، ط 1، مطبعة جامعة دمشق، سوريا، سنة 1967،

5- سماعين شامة:

- الأدوات القانونية للسياسة العقارية في الجزائر منذ 1990، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1999،

6- بومعزة رشيد:

- الشكلية الرسمية في العقود المدنية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باتنة، سنة 2004-2005،

7- بسكري أنيسة:

- تأسيس السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، البليدة،
2001،

8- تفيدة عبد الرحمن:

- نظرية الظروف الإستثنائية في النظام القانوني الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق،
جامعة عنابة، 1990،

9- زواوي محمود:

- الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، مذكرة للحصول
على درجة الماجستير في العقود والمسؤولية، معهد الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة الجزائر،
بدون سنة،

10- عمر صدوق:

- شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، معهد الحقوق والعلوم
الإدارية، جامعة الجزائر، 1999،

11- شويحة ادريس:

- "الجباية العقارية"، مذكرة نهاية الدراسة، الدراسات العليا في المالية، المدرسة الوطنية
للضرائب، القليعة، سنة 1991-1995،

12- كساح عبد العزيز، وافي مراد:

- العقارات وجبايتها في الجزائر، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الدراسات العليا في المالية،
المدرسة الوطنية للضرائب، القليعة، سنة 1994-1998،

هـ- النصوص والقوانين:

❖ القوانين الأساسية:

- دستور 1989 الجمهورية الجزائرية، (ج ر ج ج، العدد 09، لسنة 1989)،
- دستور 1996/11/28، مع تعديل 2002، (ج ر ج ج، العدد 25، الصادرة بتاريخ 2002/04/14)،

❖ القوانين:

- القانون رقم 157/62 الصادر بتاريخ 1962/12/31 المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ: 1962/12/31 (ج ر ج ج، العدد 2، السنة 2، الصادرة بتاريخ 1963/01/11)،

- القانون رقم 91/70 الصادر بتاريخ 1970/12/15 يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج، العدد 107، السنة 7، الصادرة بتاريخ: 1970/12/25)،

- القانون رقم 01/81 الصادر بتاريخ 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/86 المؤرخ في 1986/04/04، (ج ر ج ج، العدد 06، لسنة 1981)،

- القانون رقم 18/83 الصادر بتاريخ 1983/08/13 يتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية، (ج ر ج ج، العدد 34 لسنة 1983)،

- القانون رقم 11/84 الصادر بتاريخ 1984/07/09 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم (ج ر ج ج، العدد 24، السنة 21، الصادرة بتاريخ: 1984/07/12)،

- القانون رقم 12/84 الصادر بتاريخ 1984/06/23 المتضمن النظام العام للغابات المعدل والمتمم بالقانون رقم 20/91 المؤرخ في 1991/12/02،

- القانون رقم 27/88 الصادر بتاريخ 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق (ج ر ج ج، العدد 28، السنة 25، الصادرة بتاريخ 13/07/1988)،
- القانون رقم 25/90 الصادر بتاريخ 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم (ج ر ج ج، العدد 49، السنة 27، الصادرة بتاريخ: 18/11/1990)،
- القانون رقم 29/90 الصادر بتاريخ 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير (ج ر ج ج، العدد 52، السنة 27، الصادرة بتاريخ: 02/12/1990)،
- القانون رقم 30/90 الصادر بتاريخ 01/12/1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم (ج ر ج ج رقم 52 لسنة 1990)،
- القانون رقم 03/91 الصادر بتاريخ 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي،
- القانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ 27 أبريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف (ج ر ج ج، العدد 21، السنة 28، الصادرة بتاريخ: 08/05/1991) المعدل والمتمم بالقانون رقم 07/01 المؤرخ في 22 مايو لسنة 2001 (ج ر ج ج، العدد 29، السنة 38، الصادرة بتاريخ: 23/05/2001) المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/02 الصادر بتاريخ 14/12/2002 (ج ر ج ج، العدد 21، السنة 45، الصادرة بتاريخ: 23/04/2002)،
- قانون رقم 11/91 الصادر بتاريخ 27/04/1991 المحدد للقواعد المطبقة بترع الملكية من أجل المنفعة العامة (ج ر ج ج، العدد 21، الصادرة بتاريخ 08/05/1991)،
- القانون العضوي رقم 02/98 الصادر بتاريخ 30-05-1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية (ج ر ج ج، العدد 37، الصادرة بتاريخ 01/06/1998)،
- قانون رقم 06/2000 الصادر بتاريخ 23/12/2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2001 (ج ر ج ج، العدد 80، الصادرة بتاريخ: 24/12/2000)،
- القانون رقم 10/01 المؤرخ في 03/07/2001 المتضمن قانون المناجم (ج ر ج ج، العدد 35، الصادرة بتاريخ 04/07/2001)،

- القانون رقم 01/02 المؤرخ في 05/02/2002 المتضمن إنتاج الكهرباء و توزيع الغاز عن طريق الأنابيب (ج ر ج ج، العدد 08، لسنة 2002)،
- القانون رقم 22/03 الصادر بتاريخ 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004 (ج ر ج ج، العدد 83، الصادرة بتاريخ 28/12/2003)،
- القانون رقم 05/04 الصادر بتاريخ 14/08/2004 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 176/91 المؤرخ في 28/05/1991 يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء المطابقة ورخصة الهدم، (ج ر ج ج، العدد 26، الصادرة بتاريخ 15/08/2004)،
- القانون رقم 06/04 الصادر بتاريخ 14/08/2004 يتضمن إلغاء بعض أحكام المرسوم التشريعي رقم 07/94 الصادر بتاريخ 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري،
- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 الصادر بتاريخ 20/06/2005، يعدل ويتمم الأمر 58/75 الصادر بتاريخ 26/09/1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم (ج ر ج ج، عدد 44، سنة 42، الصادرة في 26/06/2005)،
- القانون رقم 02/06 الصادر بتاريخ 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق (ج ر ج ج، العدد 14، السنة 43، الصادرة بتاريخ 08/03/2006)،
- القانون رقم 03/06 الصادر بتاريخ 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (ج ر ج ج، العدد 14، السنة 43، الصادرة بتاريخ 08/03/2006)،
- القانون رقم 02/07 الصادر بتاريخ 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري (ج ر ج ج، العدد 15، الصادرة بتاريخ 28/02/2007)،

- القانون رقم 05/07 الصادر في 2007/05/13 يعدل ويتمم الأمر 58/75 الصادر في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني (ج ر ج ج، العدد 31، سنة 44، الصادرة في 2007/05/13)،
- القانون رقم 09/08 الصادر في 2008/02/25 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر ج ج، العدد 21، السنة 45، الصادرة في 2008/04/23)،
- القانون رقم 14/08 المؤرخ في: 2008/07/20 المعدل و المتمم للقانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 و المتضمن قانون الأملاك الوطنية، (ج ر ج ج، العدد 44، الصادرة بتاريخ 2008/08/03)،
- القانون رقم 16/08 المؤرخ في 2008/08/03 المتضمن التوجيه الفلاحي،
- القانون رقم 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 والمتعلق بالبلدية،
- القانون العضوي 12/11 مؤرخ في 2011/07/26 المحدد لتنظيم المحكمة العليا وعملها واختصاصها (ج ر ج ج، العدد 42، السنة 48، الصادرة في 2011/07/31)،
- القانون رقم 07/12 المؤرخ في 2012/02/21 والمتعلق بالولاية،
- ❖ الأوامر:
- الأمر رقم 102/66 المؤرخ في 1966/05/06 يتضمن انتقال الأملاك الشاغرة إلى الدولة، (ج ر ج ج، عدد 36، سنة 1966)،
- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 1966-05-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/01 (ج ر ج ج، عدد 47، السنة 3، الصادرة في 1966/06/09)،
- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون العقوبات (ج ر ج ج، العدد 49، السنة 3، الصادرة في 1966/05/11)،

- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19/02/1970 المتعلق بالحالة المدنية، (ج ر ج ج، العدد 21، السنة 7، الصادرة في 27/02/1970)
- الأمر رقم 73/71 مؤرخ في 08 نوفمبر سنة 1971 يتضمن الثورة الزراعية، (ج ر ج ج، عدد 97 ، لسنة 1971)،
- الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 20/02/1974 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لصالح البلديات ، (ج ر ج ج، عدد 19، لسنة 1974)،
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، (ج ر ج ج، عدد 78 ، سنة 12، الصادرة بتاريخ 30/09/1975)،
- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري الصادر (ج ر ج ج، العدد 92، الصادرة بتاريخ 18/11/1975)،
- الأمر 48/76 مؤرخ في 25/04/1976 المتضمن تحديد قواعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية (ج ر ج ج، عدد 30، سنة 76)،
- الأمر رقم 105/76 مؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، (ج ر ج ج، العدد 81، لسنة 1976)،
- الأمر رقم 01/85 مؤرخ في 13/08/1985 يحدد انتقاليا قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها وحمايتها، (ج ر ج ج، عدد 34، لسنة 1985)،
- الأمر رقم 26/95 المؤرخ في 25/09/1995 المعدل والمتمم للقانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، (ج ر ج ج، العدد 55، الصادرة سنة 1995)،
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27/02/2005 يعدل ويتمم القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة، (ج ر ج ج، العدد 15، لسنة 42، الصادرة بتاريخ 27/02/2005)، الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج ر ج ج، العدد 46 ، السنة 43، الصادرة بتاريخ 16/05/2006)،

❖ المراسيم:

- المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 معدل ومتمم بالمرسوم رقم 400/84 المؤرخ في 1984/12/24 والمرسوم رقم 138/92 المؤرخ في 1992/04/07 يتعلق بتأسيس السجل العقاري (ج ر ج ج، العدد، السنة 13، الصادرة بتاريخ 1976/04/13)،
- مرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 والمعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، (ج ر ج ج، العدد 30، السنة 13، الصادرة بتاريخ 1976/04/13)،
- المرسوم رقم 41/77 المؤرخ في 1977/02/19 المتضمن التصديق على التوقعات،
- المرسوم رقم 331/82 المؤرخ في 1982/11/06 الذي يحدد كيفية ضبط أسعار المحلات ذات الاستعمال السكني القابلة للتنازل عنها في إطار القانون 01/81 المؤرخ في 1981/02/07،
- المرسوم التنفيذي رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يسن إجراء إثبات التقادم المكتسب وإعداد عقد شهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، (ج ر ج ج، العدد 21، لسنة 1983)،
- المرسوم رقم 724/83 المؤرخ في 1983/12/10 يحدد كيفية تطبيق القانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية،
- المرسوم رقم 212/85 المؤرخ في 1985/08/13 المحدد لشروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضى عمومية أو خصوصية كانت محل عقود أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها، وشروط إقرار حقوقهم في التملك والسكن، (ج ر ج ج، العدد 34، لسنة 1985)،

- مرسوم تنفيذي رقم 234/89 المؤرخ في: 1989/12/19 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 63/92 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية لمسح الأراضي المؤرخ في 1992/02/12، (ج ر ج ج، العدد 54 ، لسنة 1989)،
- مرسوم رقم 334/90 المؤرخ في 1990/10/27 المتضمن القانون الأساسي الخاص بالعمال التابعين للأسلاك الخاصة بالإدارة المكلفة بالمالية (ج ر ج ج، العدد 46، مؤرخة في 1990/10/31)،
- المرسوم التنفيذي رقم 405/90 المؤرخ في 1990/12/22 المحدد قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين، وتنظيم ذلك، (ج ر ج ج، عدد 56، لسنة 1990)،
- المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 1991/05/28 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، (ج ر ج ج، عدد 21، لسنة 1991)،
- المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 المحدد لكيفيات إعداد شهادة الحيازة وتسليمها، المحدث بموجب المادة 39 من القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، (ج ر ج ج، العدد 36، الصادرة سنة 1991)
- المرسوم التنفيذي رقم 454/91 المؤرخ في 1991/11/23 المحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها وضبط كيفيات ذلك، (ج ر ج ج، العدد 60، لسنة 1991)،
- المرسوم التنفيذي رقم 120/92 المؤرخ في 1992/03/14 يحدد قائمة المناصب العليا في الهياكل المحلية للإدارة الجبائية وتصنيفها وشروط التعيين فيها (ج ر ج ج، العدد 21، المؤرخ في 1992/03/18) المعدل بموجب المرسوم رقم 214/98 المؤرخ في: 1998/06/24 المتضمن تحديد قائمة المناصب العليا في الهياكل المحلية للإدارة الجبائية وتصنيفها وشروط التعيين فيها،

- مرسوم رقم 134/92 المؤرخ في: 1992/04/07 المعدل والمتمم للمرسوم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، (ج ر ج ج، عدد 26، مؤرخة في 1992/04/08)،
- المرسوم التنفيذي رقم 289/92 المؤرخ في 1992/07/08، (ج ر ج ج، العدد 55، لسنة 1992)،
- مرسوم تنفيذي 86/93 المؤرخ في 1993/07/27 الذي يحدد القواعد المتعلقة بتزع الملكية من أجل المنفعة العامة، (ج ر ج ج، العدد 51، سنة 1993)،
- المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 1994/05/18 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، (ج ر ج ج، العدد 32، لسنة 1994)،
- مرسوم تنفيذي رقم 54/95 مؤرخ في 1995/02/15 المحدد لصلاحيات وزير المالية (ج ر ج ج، عدد 15، مؤرخة في 1995/03/19)،
- مرسوم تنفيذي رقم 55/95 مؤرخ في 1995/02/15 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية (ج ر ج ج، عدد 15، مؤرخة في 1995/03/19)،
- مرسوم رقم 87/96 مؤرخ في 1996/02/24 يتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المعدل والمتمم، (ج ر ج ج، عدد 15، الصادرة في 1996/02/28)
- مرسوم رقم 484/97 مؤرخ في 1997/12/15 المتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية، (ج ر ج ج، العدد 83، الصادرة في 1997/12/17)،
- مرسوم رقم 490/97 مؤرخ في 1997/12/20 يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية (ج ر ج ج العدد 84، الصادرة في 1997/12/21)،
- المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية وحمايتها وكيفيات ذلك الصادر (ج ر ج ج، العدد 90، لسنة 1998)،

- المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26/11/2002 يتعلق بالوظيفة القنصلية، (ج ر ج ج العدد 79، السنة 39، الصادرة في 01/12/2002)،
- المرسوم الرئاسي رقم 407/02 المؤرخ في 26/11/2002 يحدد صلاحيات رؤساء المراكز القنصلية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (ج ر ج ج، العدد 79، سنة 39، 2002، الصادرة في 01/12/2002)،
- مرسوم تنفيذي رقم 364/07 مؤرخ في 28/11/2007 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية،
- مرسوم رقم 147/08 مؤرخ في 19/05/2008 يتعلق بعملية التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية.

ثانيا: الكتب والمؤلفات باللغة الفرنسية:

A – Ouvrages généraux:

1) Alex Weill:

- Droit Civil, les biens, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, Paris, 1974.

2) Colin et Capitant:

- Traité de droit civil français, tome2, Paris, 1959, par Juliot De Lamorandière.

3) François terre et Philippe Simler:

- Précis de droit civil, les biens, 6^{ème} édition, Dalloz.

4) Gérard Cornu:

Droit civil, les biens, 13^{ème} édition, Montchrestien, Paris, 2007.

5) George Ripert:

- La règle morale dans les obligations civiles, 4^{ème} édition, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1949.

- Geneviève Viney - Patrice Jourdain:

- Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, édition Delta, Paris, 1998.
- 6) Gustave Peiser:**
 - Droit Administratif, 15^{ème} Edition, Dalloz, Paris, 1996.
- 7) Ibtissem Gerame:**
 - Terminologie juridique dans la législation Algérienne - lexique Français – Arabe, Palais des livres, Alger, 1998.
- 8) Jean Louis Bergel - Marc Bruschi- Sylvie Cimamonti:**
 - Traité de droit civil, les biens, 4^{ème} édition librairie générale de droit et de jurisprudence, 2000, Paris, France, 2000.
- 9) Mazeaud. H,L ET J:**
 - Leçons de droit civil, tome 2, les obligations, théorie générale, 9^{ème} édition, par F. CHABAS, Montchrestien, Delta, 2000.
- 10) MAZEAUD H.L.J,F. CHABAS:**
 - Leçons de droit civil, Obligations, tome 2, 1ere volume, 9^{ème} édition, Paris, Montchrestien,1998.
- 11) Pierre –Joseph Proudhon:**
 - Qu'est – ce que la propriété ? ou recherche sur le principe du droit et du gouvernement, première mémoire, Garnier, Flammarion, Paris,1966.
- 12) Philippe Malaurie, Laurent Aynés:**
 - Droit civil, les biens, 3^{ème} édition, 2007, Defrénois.
- 13) Philipe George:**
 - Droit Public, 72 Emme édition, paris, 1989,
- 14) René Chapus :**
 - Droit Administratif Général, tome 2.
- B-Articles:**
 - 1) Frédérique Cochet - Cordy, Betty Laborrier, Jacques Lafond:**
 - Ventes d'immeubles, droit immobilier, 2^{ème} édition, Litec, Paris,2007.
- C-Thèses:**
 - 2) Ahmed Rahmani:**
 - Domaine économique, et unité national, Thèse de Doctorat D'état, Université d'Alger, 1988.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

2	مقدمة
18	الباب الأول: الشروط التشريعية لحق الملكية العقارية الخاصة
21	الفصل الأول: إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع
23	المبحث الأول: سندات إثبات الملكية العقارية الخاصة
24	المطلب الأول: مدى فعالية السندات الرسمية لإثبات الملكية العقارية الخاصة
26	الفرع الأول: السندات التوثيقية لإثبات الملكية العقارية الخاصة
26	أولاً: ماهية مهنة الموثق
26	1- تعريف الموثق
27	أ- شروط الإلتحاق بمهنة التوثيق
29	ب- مهام الموثق
33	2- أنواع المحررات التي يحررها الموثق
33	أ- العقود الرسمية
33	ب- العقود الاحتفالية
36	ثانياً: حجية السندات التوثيقية في إثبات حق الملكية العقارية الخاصة
36	1- حجية السندات التوثيقية بالنسبة للأطراف
39	2- حجية السندات التوثيقية بالنسبة إلى الغير
40	الفرع الثاني: السندات الإدارية
40	أولاً: السندات الإدارية المحررة خلال فترة الاستعمار الفرنسي
	1- السندات المحررة والمسلمة تبعا لإجراءات التحقيقات الكلية والعامّة المنصوص عليها
41	بالقانون المؤرخ في: 26/07/1873 المسمى قانون فارني المتمم بقانون 1887 ..

2- السندات المحررة والمسلمة تبعا لإجراءات التحقيقات الجزئية والجماعية المنصوص

- 42 عليها بالقوانين المؤرخة في 16-02-1897 و 04-08-1926
- 43 ثانيا: السندات الإدارية المحررة بعد الاستقلال
- 43 1- عقود التنازل
- 45 2- عقود الاستصلاح
- 45 ثالثا: حجية السندات الإدارية
- 46 الفرع الثالث: السندات القضائية
- 47 أولا: حكم رسوالمزاد
- 47 ثانيا: حكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري
- 48 ثالثا: الحكم القاضي بقسمة مال شائع
- 49 رابعا: الحكم الذي يكرس الملكية على أساس التقادم المكسب
- 50 المطلب الثاني: مكانة السندات العرفية في إثبات الملكية العقارية الخاصة
- 51 الفرع الأول: الطبيعة القانونية للسندات العرفية وشروط صحتها
- 51 أولا: الطبيعة القانونية للسندات العرفية
- 51 1- تعريف السندات العرفية
- 52 2 - شروط صحة السندات العرفية
- 52 أ - الكتابة
- 53 ب - التوقيع
- 53 ثانيا: حجية السندات العرفية في إثبات الملكية العقارية

- 1- حجية المحرر العرفي بالنسبة للأطراف 54
- 2- حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير 54
- 3- ما هي العقارات التي تقبل الإثبات بالسندات العرفية؟ 55
- الفرع الثاني: أنواع السندات العرفية 57
- أولاً: مرحلة ما قبل 01-01-1971 57
- ثانياً: مرحلة ما بعد 01-01-1971 60
- الفرع الثالث: الآثار القانونية المترتبة عن المحررات العرفية 61
- أولاً: البطلان 61
- ثانياً: الحيابة والتقدم المكسب 62
- المطلب الثالث: التحقيق العقاري 63
- الفرع الأول: مفهوم وأهداف معاينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق تحقيق عقاري... 65
- أولاً: مفهوم معاينة الملكية العقارية الخاصة عن طريق تحقيق عقاري 65
- 1- أوجه الاتفاق ما بين الإجراء المنصوص عليه في المرسوم 352/83 والإجراء المنصوص عليه في القانون 02/07 66
- 2- أوجه الاختلاف ما بين الإجراء المنصوص عليه في المرسوم 352/83 والإجراء المنصوص عليه في القانون 02/07 67
- ثانياً: أهداف معاينة الملكية العقارية عن طريق تحقيق عقاري 68
- 1- معالجة السلبات الجوهرية التي نتجت عن العمل بعقد الشهرة 69
- 2- الاستجابة لتمويل المشاريع الاستثمارية باللجوء إلى عمليات القرض العقاري والرهنى.. 69
- 3- تحديد الوضعية العقارية الحالية لحاملي سندات الملكية المحررة قبل 01-03-1961... 70

- 4- تفعيل عملية المسح العام للأراضي 70
- الفرع الثاني: شروط تطبيق إجراء التحقيق العقاري 71
- أولاً: الشروط الخاصة بالعقار 71
- 1- يجب أن يكون العقار واقعا في بلدية غير ممسوحة 71
- 2- يجب أن يكون العقار بلا سند أوله سند ملكية محرر قبل 01-03-1961 72
- 3- يجب أن يكون العقار تابعا للأملاك العقارية الخاصة 72
- ثانياً: الشروط الخاصة بالحيازة 73
- 1- وجوب مراعاة قواعد الحيازة القانونية الصحيحة للاعتراف بالملكية 73
- 2- وجوب استكمال مدة الحيازة المؤدية لاكتساب الحقوق العينية العقارية 74
- الفرع الثالث: إجراءات تسليم سند الملكية 75
- أولاً: التحقيق المتعلق بالأفراد 75
- ثانياً: التحقيق الجماعي 76
- المبحث الثاني: الحدود القانونية لتصرفات الأشخاص في الملكية العقارية الخاصة** 77
- المطلب الأول: الطبيعة القانونية للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 79
- الفرع الأول: مفهوم التعسف في استعمال الحق 79
- أولاً: المفهوم اللغوي لمصطلح التعسف 79
- ثانياً: المفهوم القانوني لمصطلح التعسف 80
- ثالثاً: ارتباط التعسف في استعمال حق الملكية العقارية بطبيعة هذا الحق وغايته 81
- 1- الملكية العقارية الخاصة حق مطلق 82
- 2- الملكية العقارية الخاصة حق ذو وظيفة اجتماعية 83

- 84 الفرع الثاني: التطور التاريخي لنظرية التعسف
- 85 أولاً: نظرية التعسف في التشريعات القديمة
- 85 1- نظرية التعسف في القانون الروماني
- 87 2- نظرية التعسف في القانون الفرنسي القديم
- 89 ثانياً: نظرية التعسف في التشريعات الحديثة
- 1- دور القضاء في إرساء نظرية التعسف في استعمال الحق رغم عدم وجود النصوص القانونية 89
- 2- استقرار نظرية التعسف في التشريعات الحديثة 90
- ثالثاً: التكيف الفقهي الحديث لنظرية التعسف 91
- 1- نظرية التعسف في استعمال الحق مستقلة عن نظرية الفعل غير المشروع 91
- 2- التعسف تطبيق من تطبيقات المسؤولية التقصيرية 92
- المطلب الثاني: النظام القانوني للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة
- في التشريع 93
- الفرع الأول: المعايير العامة للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 94
- أولاً: المعايير العامة للتعسف في القانون الجزائري 94
- 1 - استعمال الحق بنية الإضرار بالغير 95
- 2 - انعدام التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر الذي يلحق بالغير 96
- أ- هدم الحائط الفاصل 96
- ب- الالتصاق بالعقار 97

- 3- عدم مشروعية المصلحة التي يرمي صاحب الحق لتحقيقها 98
- ثانيا: إثبات وجزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 99
- 1- إثبات التعسف في استعمال الملكية العقارية الخاصة 99
- 2- جزاء التعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 100
- أ - الجزاء العلاجي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 100
- ب- الجزاء الوقائي للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 101
- الفرع الثاني: المعايير الخاصة للتعسف في استعمال حق الملكية العقارية الخاصة 102
- أولاً: معيار مضار الجوار غير المؤلف (معيار الضرر الفاحش) 103
- 1- مفهوم مضار الجوار غير المؤلف 103
- أ- مفهوم الجوار 104
- ب- مفهوم الضرر غير المؤلف 106
- 2- التكييف الفقهي للمسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف 107
- أ- المسؤولية عن مضار الجوار غير مؤلفة على أساس شخصي 108
- ب- المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف على أساس موضوعي 109
- 3- موقف المشرع والقضاء من المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف 110
- أ- موقف المشرع من المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف 110
- ب- موقف القضاء من المسؤولية عن مضار الجوار غير المؤلف 111
- ثانيا: معيار عدم استثمار الأراضي الفلاحية 113
- 1- الرقابة الإدارية للدولة عند الإمتناع عن استغلال العقار الفلاحي 114
- أ- لجنة اثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية 115
- ب- الديوان الوطني للأراضي الفلاحية 116

118	2- تدخل الدولة عند ابرام معاملات عقارية مخالفة للمادة 55 من قانون التوجيه العقاري
118	أ- حالات التعسّف
120	ب- اجزاء القانوني المقرّر لحالات التعسّف
125	الفصل الثاني: الإطار القانوني في تنظيم التصرفات العقارية
127	المبحث الأول: دور التسجيل في ضبط التصرفات العقارية
127	المطلب الأول: ضبط الفكرة القانونية لمفهوم تسجيل العقارات
127	الفرع الأول: تعريف تسجيل العقارات وأهميته
127	أولا : تعريف تسجيل العقارات وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له
127	1- تعريف تسجيل العقارات
128	2- تمييز التسجيل عن المفاهيم المشابهة له
129	أ- تمييز التسجيل عن القيد
129	ب - تمييز التسجيل عن الرسم
130	ج- تمييز التسجيل عن الضريبة
130	د- تمييز التسجيل عن التوثيق
131	ثانيا : أهمية تسجيل العقارات
131	1- تمكين الدولة من تحصيل الضريبة
132	2- إثبات تاريخ العقود العرفية
132	الفرع الثاني: الجهة المختصة قانونا بتسجيل العقارات
133	أولا : تعريف مفتشية التسجيل والطابع
134	ثانيا : الطبيعة القانونية لمفتشية التسجيل والطابع

134	الفرع الثالث: تنظيم مفتشية التسجيل والطابع
135	أولاً : التنظيم الداخلي لمفتشية التسجيل والطابع ودور مفتش التسجيل
135	1- التنظيم الداخلي لمفتشية التسجيل والطابع
135	أ- التنظيم الداخلي بالنسبة لولايات الجزائر- وهران- قسنطينة
135	ب- التنظيم الداخلي بالنسبة للولايات الأخرى
136	2- مفتش التسجيل
137	ثانياً: صلاحيات مفتشية التسجيل والطابع
138	المطلب الثاني: إجراءات عملية تسجيل العقارات
138	الفرع الأول: الوثائق والآجال القانونية اللازمة لإيداعها
139	أولاً : البيانات اللازمة في الوثائق المودعة بمصلحة التسجيل
139	1- الكشف الإجمالي
140	2- النسخ الأصلية
140	3- الملخصات
141	ثانياً: الآجال القانونية لإيداع الوثائق
141	1- التصرفات الخاضعة لرسم ثابت
141	2- التصرفات الخاضعة لرسم نسبي
142	الفرع الثاني: المكاتب المؤهلة قانوناً لعملية التسجيل
142	أولاً: التصرفات المبرمة داخل الوطن
143	ثانياً: التصرفات المبرمة خارج الوطن
143	الفرع الثالث: تنفيذ إجراءات تسجيل العقارات
144	أولاً: نقل الملكية العقارية الخاصة بعوض

- 144 1- حالة نقل كل الملكية العقارية الخاصة
- 144 أ- عقد البيع
- 146 ب- عقد المقايضة
- 147 2- حالة نقل جزء من الملكية العقارية الخاصّة
- 148 أ - الإيجار
- 148 ب- حق الانتفاع وملكية الرقبة
- 149 ثانيا: نقل الملكية العقارية الخاصة بدون عوض
- 149 1- حالة نقل الملكية العقارية الخاصة بين الأحياء
- 150 2- حالة نقل الملكية العقارية الخاصة بسبب الوفاة
- 150 المطلب الثالث: الجزاءات المترتبة عن الإخلال بتسجيل العقارات
- 151 الفرع الأول: العقوبات الجبائية
- 151 أولا: العقوبات المقررة بالنسبة للمكلف الحقيقي
- 152 ثانيا: العقوبات المقررة بالنسبة للمكلف القانوني
- 153 الفرع الثاني: الامتيازات والضمانات الممنوحة للدولة
- 154 أولا: الرهن القانوني كضمان للدولة
- 154 ثانيا: الشفعة كامتياز للدولة
- 155 الفرع الثالث: سلطات الإدارة وطرق الطعن الممنوحة للمكلفين بالضريبة
- 155 أولا: سلطات الإدارة
- 156 1- وسائل التدخل: وتهدف وسائل التدخل لضمان تحصيل الضريبة
- 156 أ- التحصيل

156	ب- إجراءات التقويم
157	2- المتابعات
157	ثانيا: طرق الطعن الممنوحة للمكلفين بالضريبة
157	1- الطعن القضائي
158	2- الطعن الولائي
159	المبحث الثاني: دور نظام الشهر العقاري في ضبط التصرفات العقارية
160	المطلب الأول: التمييز ما بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني
160	الفرع الأول: مفهوم نظام الشهر الشخصي
160	أولاً: مضمون نظام الشهر الشخصي
162	ثانيا: مبادئ نظام الشهر الشخصي
162	ثالثاً: تقييم نظام الشهر الشخصي
162	1- عيوب نظام الشهر الشخصي
164	2- مزايا نظام الشهر الشخصي
164	الفرع الثاني: مفهوم نظام الشهر العيني
164	أولاً: ميلاد نظام الشهر العيني
165	ثانيا: مبادئ نظام الشهر العيني
166	1- مبدأ التخصيص
166	2- مبدأ القيد المطلق
166	3- مبدأ المشروعية
166	4- مبدأ القوة الإقناعية للقيد في السجل العقاري
167	5- مبدأ عدم سرعان التقادم

167	ثالثا: تقييم نظام الشهر العيني
167	1- محاسن نظام الشهر العيني
170	2- عيوب نظام الشهر العيني
171	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظاما الشهر
172	أولا: الطابع العيني والشخصي
172	ثانيا: الطابع الإلزامي للشهر العقاري
173	ثالثا: الطابع الإداري للشهر العقاري
174	المطلب الثاني: إجراءات شهر حقوق الملكية العقارية الخاصة
175	الفرع الأول: إجراءات تأسيس السجل العقاري
175	أولا: إعداد مسح الأراضي العام
175	1- إفتتاح عمليات المسح وإنشاء لجنة مكلفة بذلك
177	2- التجسيد الميداني لعملية المسح
177	أ- تحديد إقليم البلدية
178	ب- تحديد العقارات الموجودة في إقليم البلدية
179	ثانيا: الإيداع والترقيم
181	الفرع الثاني: شروط عملية الشهر
181	أولا: الرسمية إلزامية في المحررات موضوع الشهر
182	ثانيا: قاعدة الشهر المسبق
182	1- تعريف قاعدة الشهر المسبق
183	2- الاستثناءات الواردة على قاعدة الشهر المسبق
		أ- الاستثناءات الواردة في المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في: 25-03-1976 المتعلق
184	بتأسيس السجل العقاري

185	ب- الاستثناءات المنصوص عليها في التشريعات العقارية الأخرى
187	الفرع الثالث: مراقبة الشروط المتعلقة بالأطراف والعقارات
187	أولاً: التحقيق في هوية الأطراف
187	ثانياً: التحديد الدقيق للعقارات
188	المطلب الثالث: دور المحافظة العقارية في إجراءات الشهر العقاري
188	الفرع الأول: تعريف المحافظة العقارية وأساسها القانوني
188	أولاً: تعريف المحافظة العقارية
189	ثانياً: الأساس القانوني للمحافظة العقارية
191	الفرع الثاني: مهام المحافظة العقارية
191	أولاً: مسك السجل العقاري
191	1- بطاقة عقارية شخصية
192	2- بطاقة عقارية لقطع الأراضي
192	3- بطاقة عقارية حضرية
192	أ- بطاقة عامة للعقار
192	ب- بطاقة الملكية المشتركة
193	ثانياً: تسليم الدفتر العقاري
195	الباب الثاني: الآليات القضائية لحماية حق الملكية العقارية الخاصة
197	الفصل الأول: دور القضاء المدني في حماية حق الملكية العقارية الخاصة
198	المبحث الأول: مدى فعالية دعاوى الملكية في حماية حق الملكية العقارية الخاصة
199	المطلب الأول: دعوى الاستحقاق

199	الفرع الأول: ماهية دعوى الاستحقاق
199	أولاً: محل و أطراف دعوى الاستحقاق
199	1- محل دعوى الاستحقاق
200	2- أطراف دعوى الاستحقاق
200	ثانياً: خصائص دعوى الاستحقاق
201	1- دعوى الاستحقاق دعوى عينية
202	2- دعوى الاستحقاق لا تسقط بالتقادم
202	الفرع الثاني: إثبات حق الملكية العقارية الخاصة في دعوى الاستحقاق
203	أولاً: طرق الإثبات في نظام الشهر الشخصي
203	1 - طرق الإثبات ذات الدلالة اليقينية
206	2- طرق الإثبات ذات الدلالة الظنية
207	ثانياً: إثبات حق الملكية العقارية الخاصة في نظام الشهر العيني
209	ثالثاً: صعوبة إثبات حق الملكية العقارية الخاصة أثناء رفع دعوى الاستحقاق
209	1- المقصود بالصعوبة في الإثبات
210	2- موقف القضاء الجزائري من هذا الإشكال في الإثبات
210	- الاتجاه الأول: موقف القضاء العادي
211	- الاتجاه الثاني: موقف القضاء الإداري
212	الفرع الثالث: آثار دعوى الاستحقاق
213	أولاً: تغير حالة العقار
213	1- المصروفات الضرورية

213	2- المصروفات النافعة
214	3- المصروفات الكمالية
214	ثانيا: حالة تلف العقار
214	1- الحائز حسن النية
215	2- الحائز سيء النية
215	المطلب الثاني: دعوى منع التعرض
217	الفرع الأول: التعرض المادي
218	الفرع الثاني: التعرض القانوني
219	المطلب الثالث: دعوى وقف الأعمال الجديدة
220	الفرع الأول: الشروط الخاصة لرفع دعوى وقف الأعمال الجديدة
220	أولا: وقوع تعرض مستقبلي
221	ثانيا: رفع الدعوى قبل إتمام العمل
222	ثالثا: وقوع الأعمال الجديدة في عقار المدعى عليه:
222	الفرع الثاني: آثار الحكم في دعوى وقف الأعمال الجديدة
223	أولا: منع استمرار الأعمال
223	ثانيا: الإذن باستمرار الأعمال
224	المبحث الثاني: أهمية دعوى الحيازة في حماية حق الملكية العقارية الخاصة
224	المطلب الأول: قاعدة عدم جواز الجمع بين دعوى الحيازة ودعوى الملكية
225	الفرع الأول: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم المدعي
225	أولا: المدعي يرفع دعوى الحيازة ويستند فيها إلى أصل الحق
226	ثانيا: المدعي يرفع دعوى الحيازة و قبل الفصل فيها يرفع دعوى الملكية
227	ثالثا: المدعي يرفع دعوى الملكية ثم دعوى الحيازة

- 227 الفرع الثاني: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم المدعى عليه و القاضي
- 228 أولا: عدم جواز التمسك بالدفوع المستمدة من أصل الحق
- 228 ثانيا: عدم جواز رفع دعوى الملكية قبل الفصل في دعوى الحيازة وتنفيذ الحكم
- 229 ثالثا: قاعدة عدم جواز الجمع تلزم القاضي
- 230 المطلب الثاني: مدى حجية الحكم الصادر في دعوى الحيازة بالنسبة لدعوى الملكية ...
- 232 المطلب الثالث: مدى اختصاص القضاء الاستعجالي في دعاوى الحيازة
- 232 الفرع الأول: القاضي الاستعجالي ودعوى استرداد الحيازة
- 234 الفرع الثاني: القاضي الاستعجالي ودعوى وقف الأعمال الجديدة
- 235 الفرع الثالث: القاضي الاستعجالي ودعوى منع التعرض
- 238 الفصل الثاني: مدى تدخل القضاء الإداري في حماية حق الملكية العقارية الخاصة
- المبحث الأول: دور القضاء الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بترع الملكية العقارية الخاصة بالمنفعة العمومية
- 239 المطلب الأول: مفهوم نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية وإجراءاته
- 240 الفرع الأول: مفهوم نزع الملكية
- 240 أولا: تعريف نزع الملكية
- 241 ثانيا: تمييز نزع الملكية عن بعض الأوضاع المشابهة له
- 243 الفرع الثاني: إجراءات نزع الملكية
- 243 أولا: التحقيق المسبق
- 244 1- تكوين ملف التحقيق
- 244 2- لجنة التحقيق
- 244 3- إجراء التحقيق المسبق

- 245 ثانيا: التصريح بالمنفعة العمومية
- ثالثا: القرار الإداري الخاص بقابلية التنازل عن الأملاك والحقوق المطلوب نزع ملكيتها 248
- 249 المطلب الثاني: رقابة القضاء الإداري حول نزع الملكية للمنفعة العمومية
- 250 الفرع الأول: رقابة القضاء الإداري على إجراءات إثبات المنفعة العمومية
- 250 أولا: مجال الرقابة القضائية
- 254 ثانيا: سلطة القاضي في مراقبة مدى فعالية المنفعة العمومية
- 257 ثالثا: الطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية والآثار المترتبة عنه
- الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على الإجراءات اللاحقة لقرار التصريح بالمنفعة العمومية 259
- 259 أولا: الدعاوى المتعلقة بقرار قابلية التنازل
- 263 ثانيا: إلزامية اللجوء إلى القضاء
- 268 ثالثا: الدعاوى المتعلقة بقرار نزع الملكية ودعوى استرجاع الأملاك المتروعة
- 272 **المبحث الثاني: الاستيلاء الشرعي على الملكية العقارية الخاصة**
- 272 المطلب الأول: ماهية الاستيلاء الشرعي
- 273 الفرع الأول: الأساس القانوني لعملية الاستيلاء الشرعي
- 273 أولا: التشريع الأساسي
- 274 ثانيا: التشريع العادي
- 274 ثالثا: التشريع الفرعي
- 274 الفرع الثاني: تعريف الاستيلاء الشرعي

275	أولاً: موقف الفقه
277	ثانياً: موقف القضاء
278	ثالثاً: موقف التشريع
279	المطلب الثاني: خصائص وشروط الاستيلاء الشرعي
279	الفرع الأول: خصائص الاستيلاء الشرعي
280	أولاً: الاستيلاء الشرعي إجراء استثنائي
281	ثانياً: الاستيلاء الشرعي طريق جبري وشرعي
281	ثالثاً: القصد منه تحقيق المنفعة العمومية
282	رابعاً: إلزامية التعويض
282	1- الاستيلاء الشرعي على الأموال
283	2- تسخير الأشخاص والخدمات
283	الفرع الثاني: شروط الإستيلاء الشرعي
283	أولاً: توفر ظروف استثنائية واستعجالية
284	ثانياً: عدم وجود طريق قانوني آخر
285	ثالثاً: عدم الاستيلاء الشرعي على المحلات المخصصة فعلاً للسكن
287	الخاتمة
291	قائمة المراجع
318	فهرس الموضوعات

الملخص:

ظلت الملكية العقارية الخاصة ولفترة طويلة من الزمن، من أهم الحقوق التي لا يمكن المساس بها باعتبارها من أبرز مظاهر حرية الإنسان واستقلاله.

من هذا المنطلق، حاول المشرع الجزائري ومنذ الاستقلال ضبط نظام الملكية العقارية الخاصة، من خلال سعيه إلى توفير الإطار القانوني السليم لهذا الحق من جهة، وهذا من خلال تحديد الشروط التشريعية لهذا الحق، مع ضبط الإطار التنظيمي لها والذي لا بد أن تخضع له الملكية العقارية الخاصة، ومن جهة أخرى، أووجد الآليات القانونية الكفيلة بحمايته من خلال تفعيل دور القضاء في حماية هذا الحق.

الكلمات المفتاحية: الملكية العقارية الخاصة- التسجيل العقاري- الشهر العقاري- السندات الرسمية،

السندات العرفية، السندات القضائية- التحقيق العقاري- الحيازة، التشريع الجزائري- القضاء الجزائري.

Résumé:

La propriété immobilière privée est demeurée durant une longue période, parmi les plus importants droits, car elle était considérée comme un corollaire de la liberté.

De là, le législateur algérien a tenté, dès l'indépendance de régler le régime de la propriété immobilière privée.

Il a aussi encadré le volet réglementaire auquel la propriété immobilière privée est assujettie. D' autre part des mécanismes légaux sont mis en place pour sa protection à travers le renforcement du rôle du juge.

Mots clés : propriété immobilière privé, enregistrement foncier, publication foncière, titres authentiques, titres sous seing privé, titres judiciaires. Enquête foncière, possession, législation algérienne, justice algérienne.

Abstract:

Private property ownerships remained, for a long period of time, among the largest untouchable rights because it is considered an important aspect of freedom and human independence.

from the above, the Algerian legislature has attempted independence, to adjust the regime of private property ownership, by the assurance of adequate legal framework for this right, and adjust the regulatory framework to witch private property ownerships is subject, on the other hand the found the appropriate legal mechanisms for protection by updating the role of justice in the protection of this right.

Keys words: private property ownership, landed registration, landed publication, authentic titles, titles under private signature, legal titles, landed instruction, possession, Algerian legislation, Algerian justice.