

جامعة زيان عاشور الجلفة  
كلية الحقوق و العلوم السياسية  
قسم الحقوق

# أحكام الوضع الظاهر في السجل العيني

مذكرة نهاية الدراسة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر

تخصص قانون عقاري

تحت إشراف :

الدكتورة لبيض ليلى

من اعداد الطالبة:

جريدان فاطمة رجاء

أعضاء لجنة المناقشة

الاستاذة: علي خوجة خيرة.....رئيس

الدكتورة: لبيض ليلى.....مقرا

الدكتور : شنوف العيد.....مناقشا

السنة الجامعية 2015/2014

## الإهداء

إلى من كان أبا لي

حكمتي..... و علمي

إلى روح جدي الدكتور **ليبيض محمد** - رحمه الله- الذي اختار لي درب الحقوق و اراد ان أكمل فيه .

إلى سندي ، قوتي و قدوتي .... إلى من دفعني إلى العلم و بها ازداد افتخارا ... أمي حفظها الله

إلى من سعدت برفقته و كان معي على طريق النجاح ... أخي الاستاذ **ليبيض جلول**

إلى إخوتي و افراد عائلتي

و إلى من شاركني و آتسني في المشوار الدراسي ..... اصدقائي

أهدي هذا العمل المتواضع

# الشكر

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد... وقبل أن نمضي تقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة... إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة... إلى جميع أساتذتنا الأفاضل.....

و جزيل الشكر الى من تفضلت علي بالإشراف على هذا البحث  
و قدمت لي يد العون  
الدكتورة ليلى

و نتوجه بالشكر أيضا إلى كل من لم يقف إلى جانبنا ، ومن وقف في طريقنا وعرقل مسيرة بحثنا، وزرع الشوك في طريق بحثنا فلولا وجودهم لما أحسسنا بمتعة البحث ، ولا حلاوة المنافسة الإيجابية، ولولاهم لما وصلنا إلى ما وصلنا إليه فلهم منا كل الشكر.....

مقدمة

## مقدمة :

طبيعة العيش في مجتمع يستوجب دخول الاشخاص في معاملات ذات طبيعة مالية أو غير مالية مع بعضهم البعض ، و يهدف القانون إلى تنظيم العلاقات بشكل يتحقق فيه التوازن بين المصالح إن تعارضت ، و بما يتناسب مع الافكار السائدة ، و ظروف المجتمع الاقتصادية و الاجتماعية ، و في هذا الاطار يهدف النظام القانوني إلى تحقيق الاستقرار و الصالح العام للمجتمع .

ولعلنا نتقبل اجتماعيا احيانا امور لا تعبر عن الحقيقة المجردة، فإذا كان الاصل اتفاق تصرفات الافراد مع الحقيقة إلا ان ليس كل ما نفعله بالضرورة يتفق معها ... بل يقر القانون بعض الظاهر بهدف استقرار المعاملات ومن أمثلة ذلك نظرية الوضع الظاهر.

فنظرية الوضع الظاهر التقليدية هي علاقة ثلاثية الاطراف ، يمثل جانبا منها صاحب الحق والجانب الثاني صاحب الوضع الظاهر وهو من يظهر بمظهر صاحب الحق ، والاخير هو الشخص الذي تصرف له الظاهر و يطلق عليه الغير. و بذلك فإن العلاقة تقوم على أساس الظاهر و ينتج عنه تعارض المصالح بين صاحب الحق و الغير الذي تصرف اليه الظاهر ، و من الطبيعي أن يتمسك صاحب الحق بحقه ، و كذلك يتمسك الغير بالظاهر من أجل حماية الحق الذب اكتسبه هذا الاخير.

ومفاد هذه النظرية التي ابتدعها القضاء من أجل تحقيق الاستقرار في المعاملات هو التضحية بصاحب الحق من أجل حماية الغير الذي تعامل مع الظاهر اعتقادا منه أنه صاحب مركز قانوني . و لقد تعددت فروض الظاهر ، فنجد أمثلة للظاهر في القانون المدني ، و الظاهر في قانون المرافعات و كذا في القانون التجاري، مما يثير التساؤل حول مدى وجود تطبيقات لهذه النظرية في القانون العقاري بوجه عام وفي السجل العيني بوجه خاص.

وعلى هذا الأساس تم الأخذ بالبحث والدراسة لمجال وأحكام الوضع الظاهر في السجل العيني وهو النظام الذي أخذ به المشرع الجزائري كحال العديد من التشريعات من أجل تنظيم الملكية العقارية على أسس ثابتة ، و هذا بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العيني ومراسيمه التنفيذية.

يعتبر نظام الشهر العيني (السجل العيني) النظام الكفيل لحماية حقوق المتصرفين لما يتميز به من خصائص و محاسن ، فيتم الشهر على أساس العقارات و هذا يتطلب إجراء مسح عام للأراضي بغرض التأكد من الوضعية القانونية للعقارات على اختلاف أنواعها و التي تعتبر دعامة مادية لتأسيس السجل العيني . غير أن عدم الانتهاء من أعمال المسح منذ سنة 1975 ، أدى بالمشرع إلى اللجوء إلى آليات موازية تعمل على تأسيس السجل العيني في المناطق التي لم تفتتح فيها أعمال المسح ، فتعمل كلها على ترقيم العقارات باسم الحائزين أو المالكين الظاهرين التي يشغلونها وفق إجراءات دقيقة

و منه نطرح الاشكالية التالية :

**– هل أخذ المشرع الجزائري بأحكام نظرية الوضع الظاهر في تنظيمه للسجل العيني؟**

**– أهمية البحث:**

الفضول كان السبب وراء اختياري لهذا الموضوع ، فالأخذ بهذه النظرية يترتب عليه نفاذ تصرف مبرم بين وضع ظاهر و الغير في مواجهة صاحب الحق الاصلي . وبذلك يتم التضحية بهذا الاخير من أجل تحقيق التوازن بين الحفاظ على الحقوق من جهة و حماية الغير من جهة أخرى ، نزولا على مقتضيات الامن الاجتماعي وتحقيق استقرار للمعاملات . وهذا أمر يجذب أي باحث للتعرف على أصول هذه النظرية وضوابط إعمالها . و بجانب هذا الدافع الشخصي فللموضوع أهمية كبيرة تتمثل في :

- 1 - النزاع الذي يثيره الظاهر أمرا ليس نادرا ، و هذا ما يظهر في المنازعات القائمة بشأن وجود أوضاع ظاهرة مخالفة للحقيقة أمام القضاء .
- 2 - لهذه النظرية أهمية كبيرة في تحقيق الاستقرار في المعاملات و تحقيق الائتمان العقاري ، إلا أنها لم تأخذ حقا .
- 3 - و إن كان منشأ هذه النظرية هو القضاء و طبقها في عدة مناسبات ، إلا أنها لم ترقى لتصبح قاعدة عامة يقرها المشرع صراحة.

لذا فقد بذلت جهدي من أجل تقديم هذا العمل المتواضع راجية من المولى عز و جل التوفيق.

## أسلوب و خطة البحث:

الاسلوب الغالب الذي اعتمدته في الدراسة هو الاسلوب الوصفي ، اضافة إلى المنهج التحليلي و المنهج المقارن متى تطلب الأمر ذلك.

و للإجابة عن الاشكالية المطروحة تم تقسيم هذا البحث إلى فصلين ، خصص الفصل الأول لدراسة السجل العيني بوجه عام والسجل العقاري المأخوذ به في الجزائر بموجب الأمر 74/75 وخصص الفصل الثاني لنظرية الوضع الظاهر ومجالها في السجل العيني.

اختيار العنوان: تنصب الدراسة حول البحث في مدى إعمال نظرية الوضع الظاهر في السجل العيني ولقد تم اختيار العنوان على الوجه المذكور على الرغم من أنه قد يثور التساؤل حول اعتماد عبارة السجل العيني بدلا من السجل العقاري، وهو المصطلح الذي اعتمده المشرع الجزائري بموجب اصداره للأمر رقم:74/75 المؤرخ في:12/11/1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام والسجل العقاري.

استعمل المشرع الجزائري عبارة السجل العقاري وهي في نظري تشمل السجل العيني والشخصي أي تتضمن نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي في آن واحد.

يبدو أن عبارة السجل العيني التي اعتمدها في عنوان المذكرة هي أدق وأشمل وأنسب للموضوع ذلك لأن نظرية الوضع الظاهر تنطبق أحكامها على السجل العيني المرتبط بنظام الشهر العيني أكثر من غيره.

الفصل الاول

السجل العيني



## الفصل الأول : السجل العيني

يوجد نظامان اساسيان للشهر العقاري يسودان دول العالم ؛ نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني . فنظام الشهر الشخصي من نظم شهر المعاملات العقارية ، الذي يتخذ من اسماء المتصرفين محورا تركز عليه عمليات القيد في السجلات ، حيث يتم شهر التصرفات العقارية طبقا لأسماء الاشخاص في سجلات شخصية . أما السجل العيني فيتم على أساس العقارات، و يطلب هذا الشهر العيني اعداد سجلات خاصة بكل قسم مساحي منظمة على أسس قانونية، حيث يفرد لكل عقار يقع داخل القسم بطاقة عقارية. تصف هذا العقار وصفا دقيقا من حيث موقعه ، مساحته، طبيعته و الحقوق الواردة عليه و كذا أسماء اصحاب هذه الحقوق .

و بما ان الدراسة تتعلق بتطبيق بأحكام الظاهر في السجل العيني فبعد التطرق في المبحث التمهيدي لنظرية الوضع الظاهر من خلال تحديد مفهومها و اساسها القانوني ، فإنه من الضروري الاخذ بالدراسة و التحليل لأحكام السجل العيني و كيفية اعداده من خلال الاجراءات التي اقرها المشرع بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12 المتعلق بإعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التنفيذية . و كذا الاليات الموازية التي اقرها هذا الأخير بغرض الاسراع في تأسيس السجل العيني و منه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

**المبحث الأول : اعداد السجل العيني بموجب الامر 74/75**

**المبحث الثاني : الاليات الموازية لتأسيس السجل العيني**

## المبحث الأول : اعداد السجل العيني بموجب الامر 74/75

اخذ المشرع بنظام الشهر العيني في الجزائر بموجب الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ومراسيمه التنفيذية ، و جاء هذا نتيجة للانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي من اجل تطهير الملكية العقارية فيه يتم الشهر بناء على العقارات دون الاعتبار بأسماء الاشخاص ، و يقوم على مجموعة من المبادئ:

- 1 - مبدأ القوة المطلقة : حيث تعتبر البيانات المقيدة في السجل عنوانا للحقيقة ، فإذا قيد الحق باسم شخص معين ، تثبت ملكيته ثبوتا مؤكدا ولا يستطيع ان ينازعه احد في هذه الحجة ، و ان كان مخالفا للحقيقة . وبالتالي فهو من المبادئ الاساسية في نظام الشهر العيني ، فالقيود تعتبر دليلا على مشروعية الحق و ان كان من غير المالك <sup>1</sup>.
- 2 - مبدأ التطهير (المشروعية) : مضمون هذا المبدأ ، هو اجراء مراقبة عامة و سابقة لجميع الوثائق التي تكون محلا للإيداع من اجل شهرها ، حتى لا يقيد في السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا ، و بالتالي تجنب الادعاءات المشكوك فيها التي لا تستند إلى أساس قانوني سليم <sup>2</sup>.
- 3- مبدأ التخصيص : يتم تسجيل كل عقار وفقا لنظام السجل العيني على حدة ، حيث يخصص لكل عقار بطاقة عينية تشمل بياناته الخاصة ، و مجموع البطاقات يكون السجل العيني .
- 4 - مبدأ حظر التملك بالتقادم : عندما تقوم الحيازة و تتوفر أكارنها و شروطها فإنها تكسب الحائز الحق العيني العقاري أي يكتسب العقار بالتقادم ، <sup>3</sup> و بما ان السجل يتمتع بحجية مطلقة فإن التقادم المكسب يتعارض مع مبدأ الحجة .
- 6 - مبدأ الحماية الجنائية : هذا ينص على عقوبة جنائية ، لكل من يتوصل قيد محرر في السجل لسلب عقار ملوك غيره أو لترتيب حق عليه <sup>4</sup>.

و لكن المشرع لم يأخذ بهذا النظام بصفة مطلقة و هذا ما سنوضحه في هذه الدراسة و الاخذ بهذا النظام يستوجب المسح كأساس مادي له وهذا وفقا للمادة 2 من الأمر 74/75 : " ان مسح الاراضي العام يحدد

1 - عصام انور سليم ، التملك بالتقادم على خلاف الثابت في السجل العيني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ، ص22.

2 - رامول خالد ، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب، البلدة ، الجزائر ، 2001 ، ص 23.

3 - عبد الله محمد اسماعيل علام ، المرجع السابق ، ص99.

4 - و هذا ما نصت عليه المادة 65 من قانون السجل العيني المصري ، و كذا المادة 38 من القانون رقم 2 لسنة 1988 الليبي

محمد سعد خليفة ، السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1996 ، ص 24

ويعرف النطاق الطبيعي للعقارات ، و يكون اساسا ماديا للسجل العقاري " و يعد السجل العيني أساس قانوني له وهذا حسب ما جاءت به المادة 3 من الأمر السابق.

و منه سنتطرق إلا المسح العام و اجراءاته و الذي نظمه المشرع الجزائري بموجب المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الاراضي العام ، و بناء عليه يتم اعداد السجل العيني المنظم بالمرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، و هذا ما سنفصله فيما يلي :

**المطلب الأول : اجراءات المسح العام**

**المطلب الثاني : تأسيس السجل العيني**

## المطلب الأول : اجراءات المسح العام

المسح هو عملية فنية تتولاها السلطات الادارية المختصة بغرض التأكد من العقارات على اختلاف انواعها و ما يترتب عليها من حقوق ، و تحديد طبيعة الاملاك و اصحاب الحقوق العينية على العقارات<sup>1</sup> . و تتطلب عملية المسح مسح كل بلدية من بلديات الوطن الواحدة تلو الاخرى .

فالمسح هو عملية فنية : باعتباره يقوم علة اسس تقنية و فنية لا يمكن القيام بها إلا بتدخل مختصين تقنيين ، و عملية ادارية : حيث ان العمليات امسحية تفتتح في كل بلدية بناء على قرار اداري صادر من الوالي المختص ، اضافة إلى اعتماده على وثائق ادارية اضافة إلى انه تشرف عليها العديد من الهيئات الادارية على رأسها الوكالة الوطنية لمسح الاراضي ، اضافة إلى كونه عملية قانونية على اعتبار انه يستند في جميع مراحل و اجراءاته إلى اسس قانونية أقرها المشرع ، و كذا تنتج عنها العديد من المراكز القانونية التي تمس المراكز القانونية .

و تتعلق عملية المسح بوجه عام بجميع العقارات سواء المبنية أو غير المبنية ، الريفية أو الحضرية<sup>2</sup> .

و تبدأ هذه العملية بعد افتتاح عمليات المسح و اثر ذلك يتم انشاء لجنة مكلفة بوضع حدوده البلدية المعنية بهذا القرار ، و من ثم تتم عملية المسح و التي هي عملية تقنية محضة<sup>3</sup> .

و تتمثل عملية المسح العام في افتتاح اعمال المسح العام و التي تليها مجموعة من الاعمال التحضيرية و الميدانية و الختامية ، كل هذا تمهيدا لإعداد السجل العيني و هذا ما سنتطرق اليه في الفروع التالية :

### الفرع الأول : افتتاح عملية المسح

### الفرع الثاني : الاعمال التقنية (التحضيرية )

1 - عمار يوضياف ، "المسح العقاري و اشكالاته القانونية في الجزائر" ، مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية ، مجلة سداسية

متخصصة و محكمة ، المركز الجامعي العربي التبسي ، العدد التحريبي ، افريل 2006 ، ص 30

2 - نعيمة حاجي ، المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر ، 2009 ، ص 21-22

3 - جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، المدية ، 2006 ، ص 126

## الفرع الأول : افتتاح عملية المسح

يتم افتتاح عملية المسح بقرار من الوالي المختص ، يبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر هذا القرار .

ويتم نشره في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية و في مجموع القرارات الادارية للولاية المعنية ، و كذلك في الجرائد اليومية و يبلغ إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني . حسب المادة 2 من المرسوم 62/76 .

ويتم الاعلان عنه باللصق في اجل 15 يوما قبل افتتاح المسح و هذا وفقا لنص للمادة 3 من المرسوم 62/76 .

و التي جاء بها : " يعلم الجمهور بهذه العمليات عم طريق لصق الاعلانات في مقر الدائرة و البلدية المعنية و البلديات المجاورة ، و ذلك في اجل خمسة عشر يوما قبل افتتاح هذه العمليات "

بمجرد افتتاح عملية المسح تؤسس لجنة المسح و التي تتكون من اعضاء دائمين و آخرين غير دائمين وتتكون حسب المادة 7 من المرسوم السابق من :

### 1 - اعضاء دائمين :

- قاض من المحكمة ، يعينه رئيس المجلس القضائي ، رئيسا .
- رئيس المجلس الشعبي البلدي ، أو ممثله . نائبا للرئيس .
- ممثل المصالح المحلية لإدارة الضرائب المباشرة، يعينه مدير الضرائب .
- ممثل المصالح المحلية للأموال الوطنية والشؤون العقارية ، يعينه مدير املاك الدولة .
- ممثل لوزارة الدفاع الوطني، من اجل تحديد المناطق التابعة لقطاعه .
- ممثل مصالح التعمير الولائية ، من اجل تحديد المناطق العمرانية .
- موثق تعينه الغرفة الجهوية للموثقين ، لا بداء رأيه في المنازعات التي تثور اثناء عملية المسح العام .
- مهندس خبير عقاري ، يستعان به عملية المسح .
- المحافظ العقاري المختص أو ممثله ، للإدلاء برأيه في كل المنازعات المطروحة اثناء سير عملية المسح .
- ممثل عن الوكالة الوطنية للمسح ، كاتباً .

## 2 - الاعضاء غير الدائمين:

- ممثل عن مديرية الثقافة في الولاية ، ليقدم توضيحات بشأن المناطق المحمية على مستوى البلدية كالمناطق السياحية ، الاثار والمتاحف ... عندما يشمل المسح مناطق محمية.
- ممثل عن المصالح المحلية للفلاحة ، وممثل عن مصالح الري عند وجود مستثمرات تابعة للدولة ، خارج المناطق الحضرية ، من اجل حمايتها والحفاظ عليها.

### مهام اللجنة :

تقوم هذه اللجنة :

- بجمع كل الوثائق والبيانات من اجل اعداد الوثائق المساحية .
- التثبت عند الاقتضاء من اتفاق المعنيين حول حدود عقاراتهم ، وفي حالة عدم وجود اتفاق ؛التوفيق بينهم ان امكن.
- البت بالاستناد إلى جميع الوثائق العقارية ولاسيما السندات و شهادات الملكية المسلمة اثر عمليات المعاينة لحق الملكية المتممة في نطاق الثورة الزراعية ، وفي جميع المنازعات التي لم يمكن تسويتها بالتراضي

وتجتمع هذه اللجنة بناء على طلب مسؤول الولاية لمسح الاراضي ، وبناء على دعوة من رئيسها و يجرون محاضر مفصلة عن مداوات اللجنة التي تتخذ قراراتها بأغلبية الاصوات ، و يجب ان يكون على الاقل ثلثا اعضائها الحاضرين ، و يرجح صوت الرئيس عند تساوي الأصوات<sup>1</sup> . وهذا حسب ما جاءت به المادة 9 و 10 من المرسوم 62/76.

## الفرع الثاني : الاعمال التقنية (التحضيرية)

تلي عملية الافتتاح الاعمال التقنية التي بها ثلاث مراحل. و هي:

### أولا : المرحلة التحضيرية

تقوم اللجنة أولا بجمع كل الوثائق و البيانات من خرائط أو مخططات للبلدية المعنية من اجل تسهيل اعداد الوثائق المساحية و يتم ذلك ب:

#### أ - جمع الوثائق :

و يتعلق الأمر بكل الوثائق القديمة الموجودة و المتعلقة بالبلدية و التي النص عليها في التعليم رقم 16<sup>1</sup>. و كذا الوثائق الخاصة بتعيين حدود البلدية و هذا من اجل معرفة المحيط الاقليمي البلدي.<sup>2</sup> اضافة إلى ذلك هناك وثائق تعد ضرورية لعمليات المسح العام و المتعلقة بالاملاك التابعة للدولة و البلدية ، اضافة إلى قائمة الملاك الذين لهم حقوق مشهورة ، وكذا السجل الجبائي المتواجد على مستوى المصالح الجبائية. وهذا من اجل:

- تحديد الملاك و من ثم استدعائهم

- التمييز بين الاملاك المعروف اصحابها لوجودها في القوائم ، غير انهم لم يحضروا يوم التحقيق و بين تلك التي لم يتمكن من تحديد اصحابها.

- تقريب المعلومات الناتجة عن التحقيق مع تلك التي اخذت من ارشيف المحافظة العقارية<sup>3</sup>.

#### ب - اعداد المخطط البياني للحدود

بعد عملية جمع الوثائق يتم اعداد مخطط للبلدية و يؤشر عليه:

- الحدود الموضوعية في اطار التحديد الكارتوغرافي للبلدية.

- اسماء البلديات المجاورة أو الولايات و الدوائر.

- حدود القطع الارضية التابعة لأملاك الدولة و البلدية طبق لقانون المجلس المشيخي ، حدود

الاراضي الناتجة عن الثورة الزراعية.

1-التعليم 16 المؤرخة فب 1998/05/24 المتعلقة بتسيير عمليات مسح الاراضي و الترقبم العقاري

2 - يتعلق الأمر بالوثائق المعدة للقانون رقم 03/84 المتضمن التنظيم الاقليمي للبلاد ، وكذا مخططات الوحدات الادارية القديمة و هما ضروريتان لتحديد الاقليم البلدي

3 - ليلي لبيض ، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري ،(اطروحة دكتوراه) ، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2011/2012 ص 56

- الحدود المعروفة للغابات و ملحقات الاملاك العمومية.
- حدود الاراضي التي كانت موضوع تحقيقات وفقا للقوانين العقارية السابقة .
- حدود المجموعات ذات طبيعة عرش.
- حدود المناطق القابلة للمسح.
- حدود المناطق الغير قابلة للمسح.
- اعادة التنظيم الفلاحي للقطاع العام.1.

### ج- تجزئة البلدية إلى اقسام: sections

- حيث يتم تقسيم الاقليم البلدي إلى اقسام مساحية و هي رقعة جغرافية جزء من البلدية ، حدودها عبارة عن فواصل ثابتة كالطرق و العابر...
- و الاقسام المساحية تضم مكان مسمى ، و هو مجموعة من اجزاء الملكيات في نفس القسم و الذي اعتاد السكان تسميتها
- و الاماكن المسماة إلى اجزاء ملكية (وحدة عقارية)؛ تتكون من مجموع الاملاك المتجاورة من قطع اراضي التي تعود لمالك واحد أو إلى شيوخ واحد<sup>2</sup>.

### - ترقيم الاقسام:

ترقم الاقسام بالنسبة إلى كل بلدية انطلاقا من وحدة تصاعدية بصفة مستمرة ، و يعطى الرقم الأول للقسم الذي يقع في شمال غرب البلدية و يتجه الترقيم نحو الشرق و إلى غاية الحدود ثم نحو الغرب بشكل تعرجي . و من ثم نقلها على المخطط البياني للحدود . و بهذا الطريقة تشكل خريطة لأقسام البلدية معدة في نسختين، تستعمل واحدة في الاشغال الميدانية و أخرى في التحقيق و التحسين.<sup>3</sup>

### - تعيين المناطق الصعبة و ترتيبها:

تقوم مصالح المسح بدراسة و تحديد الاقسام التي من شأنها ان تشكل صعوبة و تعرقل اشغال المسح العام و تبعده مؤقتا ، و يتم ترتيب الاقسام من حيث صعوبتها فتقدم المناطق السهلة من احل البدء بها في عملية المسح و من بعدها الاقسام التي تشكل صعوبة و منه تأتي المرحلة الميدانية

1 - للتفصيل انظر ليلي لبيض ، المرجع السابق ، ص 57-58.

2 - حسب المادة 15 من المرسوم 62/76.

3 - نعيمة حاجي ، المرجع السابق ، ص 68.



## ثانيا : المرحلة الميدانية

التحقيق الميداني من اهم مراحل المسح العقاري و يقصد به خروج الفرق التقنية إلى اقسام البلدية لإجراء تحقيقات عقارية . يباشر الاعمال الميدانية رئيس مكتب المسح ، حيث يتم وضع حدود لإقليم البلدية على أساس الوثائق الرسمية المتحصل عليها و يحرر في محضر ليوافق عليه الوالي . أما إذا كانت البلدية محل المسح مجاورة لولاية اخرى أو دولة اخرى فيجب الموافقة عليها من طرف وزير الداخلية.

ويتم فيها تحديد العقارات من الملاك أو ممثليهم ، وكذا الاملاك التابعة للدولة بمساعدة ممثل املاك الدولة ، و الذي يقوم أيضا بالدفاع عن املاك الدولة إذا امتدت ادعاءات الملاك المجاورين إليها.

## ثالثا : مرحلة التحقيقات العقارية

### التحقيق العقاري:

هي آخر مرحلة من الاعمال التقنية ، حيث يخرج موظف من المحافظة العقارية و موظف من مصلحة المسح ، و آخر من البلدية و من مصالح أملاك الدولة. من اجل التحقيق و بقيادة رئيس الفرقة ، و يلتزمون ب :

- تنفيذ الاعمال المسندة لعناصرها بروح مهنية عالية .

- توفير الرعاية و الدقة اللازمتين اثناء العملية .

- عدم اغفال الرقابة المستمرة و التطبيق الصارم للتعليمة 16.

- المسك النظامي للحقوق .<sup>2</sup>

و يقومون بفحص سندات الملكية و الوثائق الاخرى المؤيدة لها ، جمع التصريحات الاقوال ، الادعاءات و إثارة كل الاراء و الملاحظات .

ويتم إثبات التحقيق بواسطة السندات المنصوص عليها في التشريع المعمول به ،<sup>3</sup>

1 - ليلي لبيض، المرجع السابق ، ص 59-62.

2 - نعيمة حاجي ، المرجع السابق ، ص 72.

3 - و يقصد به السندات المثبتة للملكية الرسمية كسندات الملكية المعدة من ادارة املاك الدولة و العقود الرسمية و غير الرسمية و التي يعترف و التي يعترف لها التنظيم بصفة القوة المطلقة وهي العقود العرفية المحررة قبل 1971/1/1 و هذا حسب ما جاءت به المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

وعند غيابها يتم إثبات الحقوق بواسطة التحقيقات و التحريات.<sup>1</sup> أي جمع المعلومات المهمة لإثبات الحيازة ،  
فالقانون يحميها كما يحمي الملكية بواسطة احكام خاصة ، ذلك ان القانون يفترض مبدئيا ان الحائز هو المالك ،  
أي ان الحيازة سند للملكية إلا غاية إثبات العكس.<sup>2</sup>

و منه تنطوي هذه المرحلة على تعيين اصحاب الحقوق و حقوقهم العينية و كذا تحديد الملكية ان كانت على  
الشيوع أو غير ذلك ، وهذا اضافة إلى التحقيق في وقائع الحيازة . و على فرق المسح الالتزام بما سبق ذكره ذلك  
لأن نتائج المسح حاسمة، في حين يتم الاعتماد عليها في القيد . حيث يتم الترقيم بناء على بيانات ووثائق المسح . و  
يطبق هذا على جميع العقارات بدون استثناء.<sup>3</sup>

وينتج عن هذه المرحلة :

- جدول الاقسام و سجل لقطع الاراضي حيث ترتب فيها مخلف العقارات حسب الترتيب  
الطوبوغرافي.

- سجل مسح الاراضي؛ تسجل فيه العقارات المتجمعة من قبل المالكين أو المستغلين و ذلك حسب  
الترتيب الابجدي لهؤلاء.

- المخططات المساحية المطابقة لقطع الارض.<sup>4</sup>

عند الانتهاء من الاشغال التقنية يتم ارسال هذه الوثائق إلى مقر البلدية ، من اجل فتح المجال للإطلاع عليها و  
الطعن فيها و تعمل اللجنة على انهاء الخلافات المتعلقة بتعيين الحدود بين المعنيين وديا .<sup>5</sup>  
وعند فشل التوفيق ، يحرر محضر بذلك و تعلمهم اللجنة بأن لهم اجل 3 أشهر من اجل الاتفاق على حدودهم  
و ابلاغ لجنة المسح بذلك في خلال هذه المهلة . أو من أجل اللجوء إلى القضاء المختص ، و إذا انتهت المدة  
و لم يتخذ الاطراف أيا من الخيارين السابقين ، فإن تصبح الحدود نهائية<sup>6</sup> .

وبعد هذه المرحلة يتم ايداع المسح في المحافظة من اجل شهر الحقوق العقارية . ومنه فإن المحافظ العقاري يقوم  
بتقييم العقارات بناء على وثائق المسح و هذا دون دراسة أو تحقيق وهذا لنا تتمتع به محاضر المسح من حجية ، و

1 - في غياب السندات فإن التحقيق يتم عن طريق اجراءات التحري التي ترمي إلى جمع كل العناصر الضرورية لتقرير الحيازة ، و هذا  
يبته المالك الظاهر بأي وثيقة كالشهادات الجبائية أو أي وثائق اخرى و كذا شهادات الملاك المجاورين أو أي شخص يمكنه الافادة.

2 - نعيمة حاجي ، المرجع السابق ، ص 77

3 - لبيض ليلي، المرجع السابق ، ص 60-62

4 - وفقا للمادة 1 من المرسوم 62/76

5 - وهذا من اجل ربح الوقت و توفير مصاريف اللجوء إلى القضاء و اتعاب المحامين.

6 - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للاشغال التربوية، الطبعة الاولى، 2003، ص 110

لا يجوز الرجوع عنها أو إعادة النظر فيها إلا في حالتين استثنائيتين نص عليهما المشرع في المادة 2/14 من المرسوم 62/76 و هما : الغلط المادي و ظهور المالك الحقيقي.

### الغلط المادي :

لم يفسر المشرع المقصود بالغلط المادي و لا عن كيفية تصحيحه ، و امام هذا التصور يتعين الرجوع و البحث في القانون المقارن.

حيث ان القانون اللبناني يقصد بالغلط المادي في المادة 15 المعدلة من القرار 188 الاغلاط الكتابية. و نصت كذلك انه من قبيل الخطأ المادي الغلط في خريطة المساحة نتيجة سهو ، و تصحيح هذه الاخطاء من اختصاص أمين السجل العقاري<sup>1</sup>.

و بالرجوع إلى القانون المصري فإنه اجيز لمكتب التسجيل تصحيح الاخطاء المادية سواء بطلب من اصحاب الشأن أو من تلقاء نفسه بعد اخطار ذوي الشأن<sup>2</sup>.

### ظهور المالك الحقيقي:

وهو صاحب المركز القانوني حيث له الحق في الطعن في البيانات الواردة في الجمل العيني الذي سجل العقار بإسم الظاهر وهو عكس ما أخذ به المشرع اللبناني الذي يمنع أي طعن فإذا تم تسجيل عقار بإسم الظاهر فإنه يصبح مالكا من يوم التسجيل و لو كان السند الذي جرى عليه المسح باطلا و ان كان العقار من الاملاك العامة ، حيث قيود السجل لها قوة ثبوتية مطلقة.<sup>3</sup>

1 - حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري، منشورات حلبي ، 2007 ، 194-195

2 - حسن عبد الباسط جمبيعي ، الشهر العقاري في النظام القانوني المصري، جامعة القاهرة ، 2004/2005، ص139

3 - حيسن عبد اللطيف حمدان ، المرجع السابق، 197

## المطلب الثاني: إعداد السجل العيني

نظمت عملية المسح بموجب المرسوم 63/76 كيفية اعداد السجل العيني و الذي أولى هذه المهمة إلى المحافظات العقارية<sup>1</sup>، و التي على رأسها المحافظ العقاري - و الذي هو إداري يشبه محافظ الرهون الذي اخذ به المشرع الفرنسي<sup>2</sup> - الذي يقوم بإعداد السجل العيني بناء على وثائق المسح و كذا بشهر العقود الرسمية التي اوجب المشرع شهرها. و يتم هذا في قسم خاص على مستوى المحافظة و هو قسم العقارات المسووحة، حيث يقوم بمتابعة ايداع عملية المسح، و المساهمة في التحقيقات العقارية، و كذا متابعة المنازعات الناتجة عن الترقيم العقاري و كذا له دور في اعداد و تسليم الدفتر العقاري بعد الانتهاء من عمليات المسح.<sup>3</sup>

### الفرع الأول : الشهر بناء على وثائق المسح

يتم ايداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية عن طريق محضر يجرحه المحافظ العقاري<sup>4</sup>، وفقا لنص المادة 4 من امرسوم 63 /76 و يصرح فيه بتاريخ الايداع وكذا اقسام واسم البلدية والأماكن المذكورة التي تم مسحها. ويتم اعلان هذا المحضر في أحل ثمانية (8) أيام من تاريخ ايداع الوثائق و لمدة أربعة اشهر بكل وسيلة أو دعامة مناسبة،<sup>5</sup> وهذا طبق لنص المادة 9 من المرسوم السابق و هذا يهدف إلى اعلام المالكين الظاهرين و ذوي الحقوق العينية العقارية الاخرى حول تأسيس السجل العيني، و تمكينهم من استلام وثيقة تشهد بحقوقهم على العقارات المسووحة.<sup>6</sup>

**ترقيم العقارات :** يقوم المحافظ العقاري بمجرد استلامه وثائق المسح بترقيم العقارات ن ونميز 3 حالات، :

- ترقيما مؤقتا لمدة 4 اشهر

- ترقيما مؤقتا لمدة سنتين

- ترقيما نهائيا

1 - المحافظة العقارية هي مصلحة عمومية تابعة لمديرية الحفظ العقاري على مستوى الولاية، تحت وصاية المديرية العامة للأموال الوطنية، على مستوى وزارة المالية وفقا للمرسوم 65/91 المؤرخ في 1991/03/25 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لاملاك الدولة و الحفظ العقاري.

2- Marie-Noëlle Jobard- bachellier, Vincent Brémond, Suretés, publicité foncière, 16<sup>eme</sup> édition, DALLOZ, 2009, p 202.

3 - خالد، رامول، المرجع السابق، ص 94-95

4 - المحافظ العقاري : يسير المحافظة العقارية حسب المادة 4 من المرسوم 63/76 و هو موظف عمومي تابع لوزارة المالية، يتولى اساسا تأسيس السجل العقاري و مسكه. وفقا للمادة 11 من الأمر 74/75.

5 - يعلن المحضر في الجرائد اليومية و عن طريق اللصق في مقر المحافظة و المجلس الشعبي البلدي و في الاماكن السكنية و بأي وسيلة

6 - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 134

### أولاً : الترتيم المؤقت لمدة 4 اشهر

الترتيم المؤقت لمدة اربع اشهر يكون في حالة وجود وثائق تثبت الحياة كالعقود التوثيقية المشهورة و التي تتضمن معلومات غير كافية و غير دقيقة لتعيين العقار أو تتعلق بالتنازل عن حقوق ميراثية مقدرة و غير دقيقة و كذا شهادة الحياة و الاحكام القضائية التي تخص العقار محل الترتيم و تثبت حيازته لمدة 15 سنة على الاقل تثبت الحياة ، اضافة إلى انه يعتد بالعقود العرفية ثابتة التاريخ كإثبات للحياة. و هذا وفقا لما جاءت به المحكمة العليا في القرار الصادر في 2008/05/14.<sup>1</sup>

يبدأ في سريان هذه المدة من يوم الترتيم ، و يكون كذلك في العقارات التي **لمالكيها الظاهرين** سندات ملكية قانونية والذين يمارسون حيازة تسمح لهم بإكتساب الملكية العقارية بأحكام التقادم المكسب وهذا بناء على ما ورد في وثائق المسح .

ويفتح المجال في هذه المدة لتقديم أي اعتراض يخص العقار المسح و هذا حسب نص المادة 1/13 من المرسوم 63/76. ويصبح الترتيم نهائيا إذا انتهت المدة دون تقديم اعتراضات أو إذا تم سحبها طبقا للمادة 2/13 من المرسوم السابق.

### ثانيا : الترتيم المؤقت لمدة سنتين

ترقم العقارات ، ترقيما مؤقتا لمدة سنتين في حالة حيازة العقار بدون سند كاف كسند عرفي ثابت التاريخ بعد 1970/12/31

أو عند الحياة العقارية بدون سند ، وعلى التحقيق الميداني إثبات أنه يجوز هذا العقار قبل عمليات المسح. وبالتالي تستفيد العقارات بترتيم مؤقت لمدة سنتين للعقارات التي ليس **لمالكيها الظاهرين** سندات كافية و عموما لا يمكن للمحافظ العقاري ان يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية ، ويصبح كذلك نهائيا ، عند انتهاء المدة ، أو إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ بالتثبت بصفة مؤكدة من ان الحقوق العينية واجب شهرها في السجل.<sup>3</sup>

يمكن الاعتراض طول هذه الفترة حسب نوع الترتيم ، وللمحافظ العقاري السلطة في المصالحة بين الاطراف و تحرير محضر بذلك يتمتع بالإلزامية ، وإذا فشلت محاولة المحافظ يجر محضر عدم مصالحة ويبلغه للأطراف و للمدعي مهلة 6 أشهر للجوء إلى القضاء المختص ، وتكون هذه الدعوى محل شهر في المحافظة. وفقا للمادة 15 من المرسوم 63/76

1 - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثالث ، لسنة 2010 ، ص 107 .

الملحق رقم 01 ، في البحث.

2 - نفس المرجع السابق ، ص 138

3 - و هو ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم 63/76 .

## ترقيم العقارات مجهولة المالك:

هي من أهم المشاكل التي تواجه عملية المسح العان و تأسيس السجل العقاري و يقصد بها تلك الاراضي أو القطع التي أثبت التحقيق العقاري أثناء عملية المسح العام ان مالكةا غير معروف أي مجهول ، و ذلك بعد استنفاد جميع طرق التحقيق سواء مستوى المحافظة العقارية أو على المستوى الميداني . و لهذا اشكالية كبيرة تتمثل في كون ان نسبة الاراضي المجهولة مرتفعة كثيرة ، و هذا ما اثبتته عمليات المسح العام على مستوى التراب الوطني<sup>1</sup> .

اذ بعد استكمال عمليات المسح يتم تسليم سائر الاوراق الناتجة عن التحقيق العقاري إلى المحافظة العقارية ، و بعد دراسة المحافظ العقاري لكافة الوثائق و اتصاله بالإدارات المعنية ، فإذا تبين انه لا وجود لمعلومة عن هذا العقار ، فيرقمها ترقيما مؤقتا لمدة سنتين بإسم الدولة ، فإذا انتهت المدة بدون اعتراض تصبح القطعة الارضية تابعة لاملاك الدولة إذا لم يرد اعتراض علة ذلك خلال المدة المخصصة لذلك . و تتحول من ارض مجهولة المالك إلى ارض معلومة المالك ، إلا و هو الدولة.

### ثالثا: الترقيم النهائي

ترقم العقارات التي يحوز مالكوها سندات أو أي وثيقة تثبت الملكية طبق للتشريع المعمول به طبقا لنص للمادة 12 من المرسوم 62/76 : " يعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود أو كل الوثائق الاخرى المقبولة ، طبقا للتشريع المعمول به ، لإثبات حق الملكية" و لا يجوز الطعن فيه إلا امام القضاء المختص. والذي لم يحدده المشرع بمدة معينة طبقا للمادة 16 من المرسوم السابق : " لا يمكن اعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب احكام المواد

12،13،14 إلا عن طريق القضاء " فيمكن رفع دعوى الغاء الترتيم المؤقت امام القضاء الاداري<sup>1</sup> ، ومنه نلاحظ ان هذا اخلال بمبدأ من مبادئ نظام الشهر العيني إلا و هو ميدا القوة الثبوتية المطلقة. وبالتالي فإن المالك وان استفاد من ترقيم نهائي يخوله الحصول على دفتر عقاري الذي يعتبر السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية فهو ليس في مأمن من الغاء دفتره في أي وقت. و هذا عكس ما هو مرجو من الاخذ بالنظام العيني

## الفرع الثاني: اجراء الشهر العقاري

اوجد المشرع قاعدتين اساسيتين اشترطهما في جميع العقود و الوثائق الخاضعة لعملية الشهر و هما :

### قاعدة الرسمية :

و يكون هذا في العقود التي اشترط فيها المشرع الشكلية ركنا للانعقاد ، و يقصد بها ا فراغ العقود في قالب رسمي تحت طائلة البطلان المطلق .

وتشمل هذه القاعدة كل عقد من شأنه نقل ، تعديل ، انشاء ، تصريح ... حق من الحقوق العينية العقارية و ذلك بإثبات هذه التصرفات في محرر ينجزه موظف ، ضابط عمومي ، شخص مكلف بخدمة عامة . و تبع لذلك فكل الاحكام و القرارات القضائية سندات رسمية ، كذلك الحال بالنسبة للعقود التي يجرها مدراء املاك الدولة<sup>2</sup> ، والعقود التي يجرها الموثقين<sup>3</sup> .

### قاعدة الاثر النسبي للشهر (الشهر المسبق) :

نظام الشهر العيني يؤمن الاستقرار اللازم للتصرفات العقارية ، و مقتضى الاثر النسبي للشهر هو عدم السماح لمن يرغب في شهر أي تصرف أو حكم قضائي أو دعوى ، من التصرفات و الاحكام ان يشهر ايا منها ، ما لم يكن المتصرف أو صاحب الحق الاخير قد شهر حقه فالمقصود هو تحقيق دقيق لتسلسل الحقوق العينية ، تجنباً للتغرات التي قد تتغلغل انتقال الحق ، و تحول بدورها دون علم الاطراف بالحقوق المتعلقة بالعقار موضوع التصرف.<sup>4</sup>

1 - العتروس البشير ، " الشهر العقاري في القانون الجزائري " ، مجلة الاحتهاد القضائي ، للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، 2004 ، ص 22

2 - مجيد خلفوني ، المرجع السابق ، ص 82-83

3 - اغلب الوثائق المودعة قصد شهرها يجرها الموثق ، و قد حدد المشرع العقد الرسمي و محتواه بموجب القانون 02/06 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

4 - سالم حماد شعبان الدحوح ، الطبيعة القانونية للتسجيل و أثر تخلفه في البيع العقاري ، (رسالة دكتوراه غير منشورة) جامعة الاسكندرية ، مصر ،

لذا فلا يمكن للمحافظ العقاري اجراء شهر أي تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي على اساسه تم التصرف في العقار بأي شكل من الاشكال ، وهذا ما جاءت به المادة 88 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري : " لا يمكن القيام بأي اجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود اشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو شهادة الانتقال عن طريق الوفاة ، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الاخير "

واستثنى المشرع الجزائري صراحة حالتين لا يتم فيها الاعمال بقاعدة الاثر الاضافي للشهر في نص المادة 89 من المرسوم السابق : " وتستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الاولى من المادة 88 اعلاه :

- عند الاجراء الاولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد 8-18 من هذا المرسوم (وثائق المسح) .

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الاخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل اول يناير 1971 " .

اضافة إلى الاستثناءات السابقة استثنى أيضا:

**شهادة الحياة :** ما تناولته المادة 39 من قانون 25/90 المعدل و المتمم و المتضمن قانون التوجيه العقاري والمتعلقة باستحداث نظام يتمثل في شهادة الحياة من اجل تطهير الملكية العقارية و تسوية وضعية العقارات.

**عقد الشهرة :** كذا فيما سنه المشرع الجزائري من اجراءات قانونية لإثبات التقادم المكسب و ذلك بإعداد عقد الشهرة لك حائز في بلدية لم تشملها عملية المسح بموجب المرسوم 352/83 و الذي تم الغاؤه لكثرة المنازعات التي أثارها . و هذا بموجب القانون 02/07

**اكتساب الملكية العقارية الفلاحية بالاستصلاح :** و اخيرا استثنى عقد الملكية المحرر من طرف مدير املاك الدولة المحرر بمناسبة اكتساب الملكية العقارية الفلاحية بالاستصلاح حسب قانون 18/83 حيث تكتسب القطعة ويشهر لدى المحافظة ، ولا يخضع إلى قاعدة الاثر النسبي.<sup>1</sup>



## اجراءات الشهر العقاري :

تتطلب عملية الشهر تدخل المعنيين المباشرين بالوثائق محل الشهر ، و المحافظ العقاري ، أو تدخل جهة اخرى و هي مكاتب التوثيق . وتتم عملية الشهر أولا بإيداع الوثائق المراد شهرها في المحافظة العقارية ثم اجراء الشهر.

### أولا : الايداع

لقد حدد المشرع آجال الايداع حسب نص المادة 90 من المرسوم 63/76 و التي جاء فيها : " ينبغي على الموثقين ، كتاب الضبط ، و السلطات الادارية ان يعملوا على الاشهار و المحررة من قبله أو بمساعدتهم ز ذلك ضمن الاجال المحددة " .

وتختلف هذه الاجال بحسب الوثائق و بالنظر إلى مدى الزامية شهره حيث ان الشهر جوازي في قيد الحقوق العينية التبعية و التي لا تكون مقيدة بأجل معين طالما ان الدين لازال قائما . و الاجال هي :<sup>1</sup>

- بالنسبة للشهادات الموثقة 3 أشهر من تاريخها ، و يرجع الاجل إلى 5 اشهر إذا كان احد المعنيين يسكن بالخارج .

- بالنسبة لأوامر نزع الملكية 8 أيام من تاريخها .

- القرارات القضائية 3 أشهر من التاريخ الذي اصبحت فيه نهائية . حيث يتم شهرها وهذا ليكون حجة على من ترتب لهم حقوق عينية ابتداء تاريخ تسجيل الدعوى<sup>2</sup> .

- العقود الاخرى شهران من يوم تاريخها .

والجزء المترتب عن الاخلال بالآجال يتمثل في غرامة مقدرة بـ 1000 دج يتحملها الموثق و كتاب الضبط و السلطات الادارية التي حررت العقد.<sup>3</sup>

ويتم قيد عملية الايداع في سجل الايداع يوميا بيوم حسب الترتيب العددي لتسليمات الوثائق بمقابل سند استلام يشار فيه إلى مراجع الايداع .

ويقوم المحافظ العقاري بمراقبة الوثائق المودعة و فحصها سريريا ، فإذا تأكد من خلال فحصه السريع ان الوثائق المودعة و المراد شهرها منتظمة فإنه يقبل الايداع و يؤشر بع في سجل الايداعات .

1 - الاجال منصوص عليها في المادة 99 من المرسوم 63/76 و معدلة بموجب المادة 353 من قانون المالية لسنة 1999

2 - اسامة احمد شنتات ، تعليمات الشهر العقاري و التوثيق ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2005، ص 10.

3 - تم رفع مبلغ الغرامة بموجب المادة 31 من قانون المالية 1999.

وإذا توفرت حالة من الحالات المنصوص عليها في المادة 100 من المرسوم 63/76 ، للمحافظ ان يرفض الايداع.

### ثانيا : الاجراء

بعد ان يتأكد المحافظ من الايداع القانوني للوثائق العقارية الخاضعة للشهر ، يتولى عملية الشهر خلال 15 يوم من ايداعها و الذي ينتج عنها دفتر عقاري يسلم للمالكين .

فيقوم المحافظ العقاري بعملية فحص دقيقة و متعمقة للوثائق المراد شهرها ، فإذا كانت الوثائق كاملة و مستوفية شروطها ، يتم شهرها .

وينتج عن عملية الشهر بطاقات عقارية (شخصية تخص العقارات التي لم يطأها المسح ، و عينية تخص المناطق التي مسها المسح ) وفي الاخير يسلم دفتر عقاري و يتم ضبطه كل مرة يتم فيها التصرف في العقار المقيد فيه ، و الذي يودعه المالك عند التصرف للتأشير عليه بالتصرف و يسلم إلى المالك الجديد.<sup>1</sup>

اما إذا وجد المحافظ احد الحالات المنصوص عليها و التي ترتب رفض الاجراء حسب المادة 101 من المرسوم السابق التي جاءت بـ : " عندما يقبل المحافظ الايداع و يسجل الاجراء في سجل الايداع ، فإنه يوقف تنفيذ الاجراء و يباشر في عملية التسوية المنصوص عليها ف المادة 107 ، عندما على الخصوص:

- تكون الوثائق المودعة و الاوراق المرفقة بها غير متوافقة .
- يكون مرجع الاجراء السابق المطلوب بموجب المادة 95-1 غير صحيح .
- يكون تعيين الاطراف و تعيين العقارات أو الشرط الشخصي كما هو في المادة 65 غير متوافق مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية .
- يكون التحقيق العقاري المنصوص عليه في المادة 104 يكشف بأن الحق غير قابل للتصرف .
- يكون العقد الذي قدم للإشهار مشوبا بأحد اسباب البطلان المشار إليها في المادة 105.
- يظهر وقت التأشير على الاجراء بأن الايداع كان من الواجب رفضه . "

## المبحث الثاني: الآليات الموازية لإعداد السجل العيني

ادركت السلطات العمومية صعوبة في تحقيق نتائج معتبرة في اعمال المسح العام و هذا لصعوبة العملية في حد ذاتها ونقص الامكانيات المادية و البشرية وحادثة التجربة في هذه المرحلة . الأمر الذي استدعى التفكير في آليات أخرى موازية تتضمن تسليم سندات تساعد في سير عملية اعداد السجل العيني ، وهو ما أدى المشرع إلى سن المرسوم 352/83 الذي يسن اجراء لإثبات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية .

وفي مرحلة لاحقة تم اللجوء إلى آلية جديدة أخرى هي شهادة الحيازة و هذا بموجب المرسوم 254/91 المحدد لكيفيات اعداد شهادة الحيازة و تسليمها ، بهدف تسليم سند حيازي يضمن تفعيل القواعد الجديدة للحيازة العقارية وتكوين السجل العقاري .

وبسبب النقائص التي جاء بها عقد الشهرة ، بادر المشرع إلى صياغة آلية أخرى جديدة تطبق بالتوازي مع سير عملية المسح العام للأراضي و، تسمح اختياريا و في آجال قصيرة للأشخاص من معاينة حقوق الملكية العقارية الخاصة و تسليم سندات ملكية و ذلك بموجب القانون 02/07 المتضمن تأسيس اجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري .  
ومنه سنتطرق لكل هذه الوسائل في المطلبين التاليين :

- المطلب الأول : عقد الشهرة (بموجب المرسوم 352/83) و التحقيق العقاري (بالقانون 02/07)
- المطلب الثاني : شهادة الحيازة ( بالمرسوم 254/91)

## المطلب الأول : عقد الشهرة و التحقيق العقاري

سنتطرق بإيجاز إلى عقد الشهرة و ان كان ملغى فنزاعاته لازالت قائمة إلى حد الان ، والذي استبدل بالتحقيق العقاري بموجب القانون 02/07. و هذا ما دفعني إلى التطرق لهما في نفس المطلب ، و فتناولت عقد الشهرة المنصوص عليه بموجب المرسوم 352/83 في الفرع الأول ، و التحقيق العقاري الذي جاء به القانون 02/07 في الفرع الثاني .

### الفرع الأول: عقد الشهرة

عقد الشهرة هو محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته و اختصاصه ، يتضمن اشهار الملكية على أساس التقادم المكسب وبناء على تصريح طالب العقد.<sup>1</sup> وبالتالي إذا توافرت حيازة قانونية ، أي هادئة ، علنية ، مستمرة و لا التباس فيها<sup>2</sup> ، وقامت بركنيها المادي و المعنوي<sup>3</sup> ، و امكن الاكتساب بالتقادم بالرجوع إلى القواعد العامة ، فيمكن لحائز عقار يقع في بلدية لم تخضع لعملية المسح أن يحصل على عقد الشهرة بعد تقديم طلب للموثق المختص.<sup>4</sup> و يشترط من طالبها:

- ان لا يكون مالكا لعقود رسمية تتعلق بالعقار المراد إثبات ملكيته .
- ان لا يكون قد خضع لإجراءات الأمر 74/75 المتضمن اجراء المسح العام و اعداد السجل العيني .
- ان لا يكون العقار موضوع الطلب من الاموال العامة .
- ان يقدم كل المعلومات اللازمة عن العقار و ما يثبت حيازته.

1 - حمدي عمر باشا ، محررات شهر الحيازة (عقد الشهرة ، شهادة الحيازة) ، دار هومه ، 2004 ، ص 13  
 2 - ابتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، (البليدة: قصر الكتاب) ، ص 216  
 3 - يتمثل الركن المادي في مجموع الاعمال المادية التي يمارسها الحائز والتي تعبر عن مدى سيطرة الحائز على العقار، و الركن المعنوي هو القصد أو النية لدى الحائز في ممارسة حق عيني العقار محل الحيازة .  
 عبد الله محمد اسماعيل ، المرجع السابق ، ص 28 و 33.  
 4 - كان اختصاص الموثق اقليميا أي هو من يقع في دائرة اختصاصه مكان وجود العقار محل عقد الشهرة ، إلا انه يصدر قانون 27/88 المؤرخ في 1988/06/22 المتضمن تنظيم التوثيق اصبح للموثق اختصاص وطني .

و منه يقوم الموثق بالالتماس من رئيس المجلس الشعبي البلدي و نائب مدير الشؤون العقارية و مدير املاك الدولة تحديد وضعية العقار .<sup>1</sup> ، و سكوت هؤلاء و عدم الادلاء بأرائهم يعتبر اقرارا ضمينا بعدم تبعية العقار إلى املاك الدولة العامة و الخاصة .<sup>2</sup>

وحسب نص المادة 4 من المرسوم فيجب اعلانه:

- عن طريق اللصق في مقر البلدية مدة 4 اشهر.

- ان ينشر طلب اعداد عقد الشهرة في الصحافة الوطنية و الجهوية ، و هذا قصد اطلاع العامة لهذا الاجراء ، واثارة الاعتراضات المحتملة .

وفي حالة عدم تقديم أي اعتراض في الآجال المحددة يحرر الموثق عقد شهرة المتضمن الاعتراف بالملكية دون تعطيل ، بحضور الطالب و شاهدين . بعد التأكد الموثق من صحة المعلومات و الوثائق المقدمة اليه ، و يحرر في نسختين تسلم احدهما للمعني بعد اتمام اجراءات التسجيل التي اوجبها القانون امام مصلحة التسجيل و الاشهار في المحافظة ،<sup>3</sup> بالكيفيات التي حددها المشرع.

و تجب الاشارة إلى انه قد اعفي من وجوب توافر الاشهار المسبق ، هذا لأن الاشهار خاص بعقد الشهرة اجراء أولي و بالتالي لا يبنى على اشهار سابق. حسب نص المادة 38 من المرسوم 63/76 المتعلق بالسجل العقاري . وهذا بالرجوع للمادة 793 من القانون المدني<sup>4</sup> و المادة 1/15 من الأمر 74/75 ،<sup>5</sup> فهذا العقد لا وجود له إلا بعد اشهاره.

1 - عبد الحفيظ بن علبدة ، إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومه ، 2003 ، ص 102-106.

2 - وفقا لنص المادة 07 من المرسوم 352/83 المتضمن اعداد عقد الشهرة.

3 - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 108 .

4 - تنص المادة 793 من القانون المدني: " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الاخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين ام في حق الغير إلا إذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

5 - في نص المادة 15 من الأمر 74/75 : "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير الامن تاريخ يوم اشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير ان نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة اصحاب الحقوق العينية

ولكن الاجراءات الواردة في نص 1983 سريعة و بسيطة فعلا و لا تستدعي تدخل أي ممثل عن السلطات العمومية في الميدان . اذ كما سبق و تطرقنا فهو يحرر عقد الشهرة استنادا إلى مجرد تصريحات طالبه ،مؤكدة بشهادة شاهدين من اختياره ،<sup>1</sup> ادى إلى ظهور الكثير من المنازعات<sup>2</sup> ، مما ترتب عليه الغاء العديد من عقود الشهرة ، وهذا ما فرض ضرورة توقيف العمل بأحكامه وذلك بموجب المادة 24 من المرسوم التنفيذي 147/2008<sup>3</sup> المؤرخ في 2007/02/27 و استبداله بالتحقيق العقاري L'enquête foncière

- 1 - بيوت نذير ، "معاينة حق الملكية و تسليخ سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري" ، مجلة الحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث ، ص 19.
- 2 - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، المرجع السابق ، ص 291،296،286.  
من أمثلة ذلك في ملحق البحث ،. الملحق رقم 2 ، 3 ، 4.
- 3 - تنص المادة 24 من المرسوم 147/2008 : " دون الاخلال بأحكام المادة 19 من القانون 02/07 يلغى المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 8 شعبان عام 1403 الموافق ل 21 مايو 1983 الذي يبين اجراء لإثبات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية "

## الفرع الثاني : التحقيق العقاري

يتم تسليم سندات ملكية وفقا للقانون 02/07 بإتباع إجراءات التحقيق العقاري و معاينة حق الملكية ، ينتج عنه تسليم سندات ملكية .

### أولا : التحقيق العقاري

ويكون اما بطلب من أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة عقار سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر أو يجوز سند ملكية يعود قبل مارس 1961 ، و هذا حسب المادة نص 2 من القانون 02/07. أو يكون عن طريق هيئات الدولة ان تبادر بالتحقيق الجماعي في اطار انجاز برنامج بناء أو تهيئة عقارية ، ريفية أو حضرية ، من أجل تسليم سندات الملكية لشاغلي المناطق المعنية بهذا البرنامج ، و منه تميز صورتين في التحقيق

العقاري : - التحقيق العقاري الفردي

- التحقيق العقاري الجماعي

### 1 - التحقيق العقاري الفردي :

يتم بناء على طلب أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة على عقار بنفسه مباشرة أو بواسطة الغير أو يجوز سند ملكية بتاريخ ثابت يعود إلى 1961/3/1 ، أن يطلب فتح تحقيق عقاري لمعاينة حق الملكية و تسليمه سند ملكية.

حيث يوجه طلب إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي وفقا للفقرة 3 من المادة 4 من القانون السابق ، و يبين فيه البيانات المنصوص عليها<sup>1</sup>.

ويخضع التحقيق العقاري لإشهار واسع حسب نص المادة 8 من نفس القانون ، حيث يرسل مقرر فتح التحقيق العقاري إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي قصد الصاقه بمقر بلدية لمدة 15 يوما قبل تنقل المحقق العقاري. ويتم تحت سلطة ومراقبة مسؤول الحفظ العقاري الولائي ، الذي يعين المحقق العقاري من ضمن سلك مفتشي املاك الدولة . أو يعينه الوزير من المعني من الاعوان اتابعين للأسلاك المعادلة<sup>2</sup>.

1 - البيانات الوجب توفرها منصوص عليها في مص المادة 3 من المرسوم 147/2008: " يبين في طلب فتح تحقيق عقاري فردي ، الموجه

إلى مدير الحفظ العقاري الولائي ، مقابل تسليم وصل استلام ، ما يأتي :

- الاسم و اللقب و اسم الاب و تاريخ و مكان الولادة و الجنسية و المهنة و عنولن صاحب الطلب .
- الصفة التي يتصرف بها صاحب الطلب اما حائز و إما مالكا فرديا أو مالكا في الشيوخ .
- كل الاعباء و الارتفاقات الايجابية أو السلبية التي قد تثقل العقار محل التحقيق حسب صاحب الطلب.

و يرفق الطلب بما يأتي :

- مخطط طوبوغرافي للعقار و تلحق به بطاقو وصفية يعدهما مهندس خبيرعقاري على نفقة صاحب الطلب
- كل وثيقة من شأنها ان يسمح لصاحب الطلب بإثبات حقه بما "

2 - وفقا للمادة 9 من القانون 02/07 .

ويتمثل التحقيق في البحث عن كل المعلومات ، التصريحات أو الوثائق الضرورية لتحديد حق الملكية العقارية وجمعها ودراستها في عين المكان ، على مستوى مصالح الحفظ العقاري و مسح الاراضي و املاك الدولة والضرائب ، وعند الحاجة لدى أي مصالح أخرى حسب المادة 10 من المرسوم 147/2008 .  
و بعد المعاينة يقوم المحقق العقاري بتسجيل وقائع الحيازة و التحقق منها وفقا للمادة 11 من المرسوم السابق .

## 2 - التحقيق العقاري الجماعي :

يتم فتح تحقيق عقاري جماعي من طرف الدولة عن طريق هيئاتها (الولاية ، البلدية ) ، فيتخذ الوالي قرار بمباشرة منه أو من رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص يتضمن فتح تحقيق عقاري جماعي بعد أخذ إذن رأي كل من مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي و حسب الحالة ، مسؤول البناء أو المصالح الفلاحية وفقا للمادة 07 من القانون 02/07 .

ويهدف هذا الاجراء إلى تفادي عرقلة انجاز البرامج و تسوية وضعية العقارات ، وعند الاقتضاء تطبيق قواعد نزع الملكية من اجل المنفعة العامة .

يقوم المحقق بفحص الوثائق و الاقوال و الشهادات المقدمة له مستعينا بالتحريات التي قام بها ، فإذا تبين ان صاحب الطلب يمارس حيازة من شأنها ان تسمح له بالحصول على حق ملكية عن طريق التقادم المكسب ، فيعترف له بأحقية على العقار محل التحقيق . بموجب محضر مؤقت .

و بعد تنقل المحقق العقاري إلى عين المكان و يسجل نتائج التحقيق ، تكون نسخة من المحضر محل نشر عن طريق اللصق لمدة 30 يوما في مقر بلدية موقع العقار ، قصد اطلاق الجمهور عليه و تقديم احتجاجات أو اعتراضات محتملة .

فإذا قدمت احتجاجات اثناء المدة المفتوحة لذلك ، يحدد المحقق العقاري جلسة للصلح خلال 8 أيام على الاكثر . فإذا أفضت محاولة الصلح إلى اتفاق في الحين يجرر محضر الصلح و يستأنف الجراء التحقيق العقاري . أما إذا باءت المحاولة بالفشل يجرر المحقق محضر بعدم الصلح يسلمه للأطراف و يبين فيه ان اجراء التحقيق العقاري موقوف و للأطراف مهلة شهرين للجوء إلى القضاء المختص<sup>1</sup> .

و اما اذا لم تقدم أي اعتراضات في الاجل فعلى المحقق ان يجرر احضرا نهائيا ، ويعد المهندس الخبير العقاري كذلك محضر بوضع معالم حدود العقار و المخطط الطوبوغرافي و يسلمه للمحقق<sup>2</sup> .  
و في الاخير يجرر المحقق العقاري محضر نهائي تدرج فيه جميع نتائج التحقيق العقاري .

1 - وفقا للمواد 12-14-15-16-17-18-19 . من المرسوم 147/2008 .

2 - حسب نص المادة 13 من المرسوم السابق .



## ثانيا : معاينة حق الملكية

إذا نتج عن التحقيق العقاري ان صاحب الطلب يمارس حيازة من شأنها ان تسمح له بالحصول على حق الملكية ، يصدر مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي ، على أساس المحضر النهائي<sup>1</sup> ، مقررًا يتعلق بالترقيم العقاري باسم المالك المعني للعقار محل التحقيق العقاري و يرسل إلى المحافظ قصد التنفيذ .

يقوم المحافظ بالترقيم العقاري و ذلك بالشهر في السجل العقاري ، و يرسله بدوره إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري ليسلمه للمعني. وفقا للمادة 16 من القانون.: " يقوم المحافظ العقاري بالترقيم العقاري ، وذلك بشهر الحقوق المعاينة أثناء التحقيق العقاري في السجل العقاري.

بعد إثر تنفيذ هذا الاجراء سند الملكية الذي بواسطته يرسله إلى مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي ، لغرض تسليمه إلى المعني "

و بالتالي فالتحقيق العقاري جاء بديلا عن عقد الشهرة الذي الغي بسبب كثرة المنازعات التي ثارت حوله ، وهذا من اجل السير في عملية اعداد السجل العيني و تطهير الملكية العقارية.

## المطلب الثاني : شهادة الحيازة

الحيازة هي التمتع الفعلي و المستمر بالشيء<sup>1</sup> . و يظهر فيها الحائز كما لو كان مالكا . و جاء المشرع بهذه الالية من اجل أثبات الحيازة بموجب المادة 39 من قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري و المرسوم 254/91.

شهادة الحيازة هي شبه عقد أو مقرر اداري يكتسب طابعا رسميا و هو على اية حال محرر رسمي يثبت للحائز حق الحيازة على العقار محل الشهادة ، بعد اتمام اجراءات تسجيلها و شهرها ، و ان هذه الشهادة لا ترقى لان تكون سند للملكية ، ولكن يمكن ان تكون سند قوا لاكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب.<sup>2</sup>

### الفرع الأول : اجراءات الحصول على شهادة الحيازة

عملا بنص المادة 39 من القانون 25/90 فإنه يجوز لكل حائز عقار لم يحرر عقد رسمي بشأنه من العقارات الخاصة غير العمومية ، يقع في بلدية لم تخضع أراضيها لإجراءات المسح ، حيازة قانونية منذ سنه على الاقل قبل تقديم الطلب لشهادة الحيازة.

يقدم الطلب في عريضة تتضمن البيانات المتعلقة بالعقار ( طبيعته ، مكانه ، مساحته ، حدوده و وضعيته ... ) و تعيين الحائز أو الحائزين . و ترفق هذه العريضة بالوثائق المنصوص عليها في المادة 6 من المرسوم 254/91. وقد يكون طلب شهادة الحيازة اما من شخص حائز في اطار الاجراء الفردي أو من مجموعة الاشخاص الحائزين لعقار واحد ، أو في اطار الاجراء الجماعي لإعداد شهادة الحيازة وفقا لبرنامج التحدث الريفي أو الحضري ، ذات المنفعة العامة أو برنامج اعادة التجميع العقاري الذي يقرره الوالي ، عملا بالمادة 3 و ما يليها من المرسوم 254/91.

و الفرق بينهم يتمثل في كون الحائز ملزم بتقديم الطلب في مهلة شهرين من تاريخ اول نشر لقرار الوالي في الصحافة و إلا سقط حقه في الحيازة هذا بالنسبة للإجراء الجماعي ، في حين انه في الاطار الفردي فالطالب غير مقيد ولا يسقط حقه<sup>1</sup>.

1- Fr éderic DANOS , propriété ,possession et opposabilité ,economica, 2007 , p 89

2 - عبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، 133.

و يتم الاجراء الجماعي لإعداد شهادة الحيازة حسب ما يلي:

- 1 - يصدر الوالي قرار يتضمن الشروع في الاجراء الجماعي و يحدد مجاله .
- 2 - يودع القرار لدى البلدية المعنية أو البلديات المعنية بالإجراء .
- 3 - يعلن عن ايداع القرار بالملصقات في مقر البلدية المعنية و في الاماكن العمومية لمدة شهرين ، و يبين في الملصق ان كل شخص يمارس حيازة بلا سند على عقار من الملكية الخاصة ، يلزم تحت طائلة سقوط حقه بتقديم العريضة المتعلقة بتسليم شهادة الحيازة في اجل شهرين اعتبارا من تاريخ اول نشر في الصحافة و ينشر كذلك في احد الجرائد الجهوية أو الوطنية بمعدل 4 نشرات تجدد كل 15 يوما. و تودع العريضة المتضمنة طلب شهادة الحيازة لدى المصلحة المختصة بإستلامها.<sup>1</sup>

وفقا لنص المادة 7 و ما يليها من المرسوم 254/91 يقوم رئيس المجلس الشعبي البلدي بفتح سجل خاص يرقمه و يوقع عليه رئيس المحكمة المختصة اقليميا ، يسجل في تاريخ ايداع العريضة و التسلسل الزمني لتقديمها ، و يسلم بالمقابل وصل يشير فيه إلى بيانات مرجع تسجيل العريضة.

و على رئيس المجلس الشعبي البلدي ان ينشر مستخلص من العريضة عن طريق اعلان يلصق بمقر البلدية ، و اماكنها العمومية لمدة شهرين.

و كذلك على هذا الاخير ان يخطر مدير الاملاك الوطنية لتوضيح الوضعية القانونية للعقار موضوع طلب شهادة الحيازة ، و على هذا الاخير ان يبلغ رأيه في اجل شهرين من اخطاره ، و قفي حالة الاعتراض يحيل رئيس المجلس الشعبي البلدي الاطراف إلى التقاضي امام الجهة المختصة مع حفظ الطلب.

و إذا لم يقدم أي اعتراض في الاجال المحددة في المواد 10 و 11 من المرسوم 254/91 ، يحرر رئيس المجلس الشعبي البلدي خلال 8 أيام من انقضاء الاجل محضر يثبت فيه عدم وجود أي اعتراض<sup>2</sup>.

و يقوم بإعداد شهادة الحيازة وفقا للنموذج الملحق بالمرسوم التنفيذي ، والتي تكون على شكل مقرر اداري.

1 - وفقا لنص المادة 3 و 4 من المرسوم 254/91.

2 - غبد الحفيظ بن عبيدة ، المرجع السابق ، ص 138.

## الفرع الثاني: آثار شهادة الحيابة :

يترتب على شهادة الحيابة تمكن الحائز من :

- استغلال العقار ، ادارته و الانتفاع به ، و له الحق في الحصول على رخص التعمير .
  - تكوين رهن عقاري من الدرجة الاولى لفائدة هيئات القرض ، ضمانا للقروض المتوسطة و الطويلة الامد.
  - اللجوء إلى القضاء في حالة حدوث أي نزاع بشأن العقار بصفته حائز.<sup>1</sup>
  - اثاره اكتساب الملكية بالتقادم المكسب قصير المدى بناء على شهادة الحيابة .
- وتعتبر شهادة الحيابة اسمية لا يمكن بيعها أو نقلها إلى الورثة بقوة القانون عند وفاة الحائز ، ولكن يمكن للورثة ان يطلبوا تسليم شهادة باسمهم على أساس الفريضة في خلال سنة من وفاة الحائز .
- والاهم تعتبر سنداً صحيحاً يساعد لجنة المسح عندما يشرع في اجراءات عمليات المسح على مستوى البلدية ، ذلك باعتبار العقار محل شهادة الحيابة خاضع بالضرورة لعملية المسح من طرف اخصائي ، ووضع بشأنه مخطط و رسم بياني يوضحه.

1 - لم يجعل المشرع من شهادة الحيابة شرطاً لممارسة دعاوى الحيابة الخاضعة لإحكام المواد 817 وما بعدها من القانون المدني و المواد 524 و ما يليها من قانون الاجراءات المدنية و الادارية .

القرار ملحق رقم 5 في البحث

مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، عدد خاص ، الجزء الثالث ، لسنة 2010 ، ص 137

## خلاصة الفصل الأول:

وفي خلاصة هذا الفصل نرى ان المشرع الجزائري عند اخذه بنظام الشهر العيني بموجب الأمر رقم: 74/75 فإنه قام بعملية المسح العام و التي شملت العديد من بلديات الوطن ، إلا ان تكاليف المسح الباهظة و تطلبه لإمكانيات مادية و بشرية معتبرة ادى إلى تباطؤ السير في اعمال المسح .

اضافة إلى عوامل اخرى كعدم أداء فرق المسح لأعمالهم على اكمل وجه و تقصيرهم ، وكذا عدم النشر الكافي لافتتاح عمليات المسح أدى إلى ايجاد عقارات كثيرة مسجلة باسم مجهول وهذا عكس ما هو في واقع .

وعدم انتهاء اعمال المسح منذ 1975 و عدم السير فيها، لجأ المشرع إلى عدة حلول من اجل تسريع عملية انشاء السجل العيني ، وهي آليات تخص العقارات التي تقع في بلديات لم تطأها عملية المسح. فكانت اول محاولاته عقد الشهرة و الذي الغي بموجب القانون 02/07 الذي يهدف لإجراء معاينة لحق الملكية العقارية و تسليم سندات ملكية عن طريق التحقيق العقاري ، و كذا شهادة الحياة التي جاء بها بموجب المادة 39 من قانون 25/90 .

و منه نلاحظ أن الاجراءات التي اقراها المشرع في اعداد السجل العيني مع تقصير هذا الاخير في عدم الاخذ بمبادئ نظام الشهر العيني بصفة مطلقة ساعد بقوة في ايجاد الوضع الظاهر في السجل العيني ، و يترتب على ذلك عدم نجاعة هذا النظام و عدم تحقيق النتيجة المرجوة منه الا وهي تطهير الملكية العقارية و تحقيق الاستقرار ، إلا انه عند ترك مجال لإلغاء الدفتر العقاري ، والذي يعتبر اقوى سند لإثبات الملكية العقارية . و عدم تحديد مدة الالغاء قد سبب اللاستقرار في مجال الملكية العقارية .

## الفصل الثاني

نظرية الوضع الظاهر في السجل العيني

## الفصل الثاني : الظاهر في السجل العيني

بما ان الدراسة تتعلق بالبحث في أحكام الظاهر في السجل العيني و علاقة نظرية الاوضاع الظاهرة بالسجل العيني فإنه يستوجب التطرق لهذه النظرية و التعريف بها ، بأصولها و اساسها القانوني و اركان الظاهر بشكل عام قبل التطرق لأحكام الظاهر و علاقته بالسجل العيني .

تعتمد فكرة الظاهر على ظهور شخص في الحياة القانونية امام الكافة على انه صاحب حق أو سلطة بينما في الواقع ليس كذلك ، وبذلك يجوز قانوني يمكنه من اكتساب حق ، التصرف فيه ،....

وقد جاءت هذه النظرية أساسا لحماية الغير الذي قد يتعامل مع صاحب الظاهر اعتقادا منه انه صاحب حق أو سلطة. ومنه سنتطرق إلى مفهوم النظرية التقليدية و أركانها و تأريخها و تأصيلها.

و بتطبيق القضاء لهذه النظرية تم تغليب مصلحة الغير في مواجهة صاحب الحق أي صاحب المركز القانوني.

وبعد التطرق إلى السجل العيني و أحكامه في الفصل الأول ، فإن هذا الفصل سيخصص لنظرية الاوضاع الظاهرة التقليدية وهذا للاجابة عن الاشكالية المطروحة و التي مفادها مدى وجود الظاهر في السجل العيني ؟ وما هي تطبيقات نظرية الوضع الظاهر في هذا الاخير؟

وهذا ما يتم التطرق له في المبحثين التاليين :

**المبحث الأول : نظرية الوضع الظاهر التقليدية**

**المبحث الثاني: مجال نظرية الوضع الظاهر في السجل العيني و حجيتها**

## المبحث الأول: نظرية الوضع الظاهر التقليدي

لقد جاءت نظرية الوضع الظاهر من اجل حماية الغير و استقرار المعاملات ، و هذا على حساب صاحب المركز القانوني ، و لقد ابتدع القضاء هذه النظرية و تبنها القانون في مختلف فروعها ، و بما ان دراسية تنصب حول البحث في احكام الاوضاع الظاهرة في السجل العيني، فنه ينبغي التعريف بنظرية الاوضاع الظاهرة من حيث مفهومها و أركانها و كذا من حيث البحث في تاريخ نشأتها و تأسيسها القانوني ة تأصيلها ، قبل التطرق لتطبيقاتها و مجالها في السجل العيني ، و منه سوف يقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول : مفهوم الوضع الظاهر و أركانه

المطلب الثاني: التاريخ و التأصيل



## المطلب الأول : مفهوم الوضع الظاهر و أركانه

تعددت آراء الفقهاء في تحديد مفهوم دقيق للوضع الظاهر و هذا باختلاف المنظور الذي ينظر اليه هؤلاء ، فالوضع الظاهر مركب من كلمتين هما : **الوضع ، الظاهر** ، و قبل التعريف بمفهوم الوضع الظاهر ، يجب تعريف كل من كلمة الوضع و كلمة الظاهر لغة و فقها. و يقوم الظاهر على ركنين اساسيين : مادي يتصل بصاحب الظاهر و معنوي يتصل بالغير . و سنتطرق إلى ذلك في الفرعين التاليين

### الفرع الأول : مفهوم الوضع الظاهر

للوضع الظاهر عدة مفاهيم لغوية منها و فقهية و منه سوق اتعرض لمدلولة اللغوي ثم إلى بعض ما توصل اليه الفقه من مفاهيم فقهية و هذا فيما يلي :

#### أولا : المدلول اللغوي

**الوضع** : من الفعل وضع ، يضع ، ضع ، وضعاً ، واضع ، موضوع .وهنا الوضع هو الحالة.<sup>1</sup>  
**الظاهر** : من الفعل ظهر ، يظهر ، ظهوراً ، ظاهر ، مظهر . أي بدا و اتضح و تبين وجوده.<sup>2</sup>  
 و قد ورد لفظ الظاهر في عدة مواضع في القرآن الكريم ، في بعضها كان معنى الظاهر ضد الباطن و هذا في قوله تعالى : « **هُوَ الْأَوَّلُ وَالْآخِرُ وَالظَّاهِرُ وَالْبَاطِنُ ۗ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ** »<sup>3</sup> . أي ان الله ظاهر بمخلوقاته الدالة على وجوده و باطن بذاته سبحانه أي لا تدركه الحواس.

وكذا قوله تعالى : « **يَعْلَمُونَ ظَاهِرًا مِّنَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَهُمْ عَنِ الْآخِرَةِ هُمْ غَافِلُونَ** »<sup>4</sup> و مفاد ذلك أن المكذبون بالله يعلمون امور دنياهم في تدبير معيشتهم ولكنهم لا يفكرون في أمور آخرتهم.  
 ولفظ *apparence* في اللغة الفرنسية مستعار من اللغة اللاتينية التقليدية و أصله *apparere* بمعنى وجود ، و المظهر الخارجي المرئي ، ثم اشتق منها لفظ *apparentia* الذي يعني المظهر الخارجي المرئي ، ثم تم استخدامها في اللغة الفرنسية في القرن الثالث عشر و كان يقصد بها ما هو مرئي و مدرك. اما في القرن السادس عشر اصبحت الكلمة تعطي دلالة المظهر الخارجي الذي يتميز عن حقيقته ؛ بل يتعارض مع حقيقة الشيء.<sup>5</sup>

1- [www.almany.com](http://www.almany.com) , 09/03/2015 , 15 :55

2 - نفس المرجع السابق.

3 - سورة الحديد، الاية 13.

4 - سورة الروم، الاية 7.

5 - شوقي محمد صلاح ، نظرية الظاهر في القانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2002 ، ص -27.

ولفظ الظاهر يقابله بالفرنسية : apparence

- Aspect conforme ou non a la réalité sous lequel quelque chose ou quelqu'un apparait a la vue.
- Celui qui apparait a la surface des choses par opposition a ce qui est en profondeur essentiellement<sup>1</sup>.

بمعنى ان الظاهر : مظهر قد يتوافق مع الواقع أو لا و التي بموجبها شيء أو شخص يظهر بالعين.

- ما يظهر على سطح الأشياء على عكس ما هو عميق في الاساس.

و بالتالي فللظاهر معنيين :

- معنى مادي : بحيث يكون ظاهرا ما يرى، أي ما يقع تحت النظر و ذلك بالمقابلة مع ما هو خفي .
- معنى معنوي : بحيث يفهم الظاهر بأنه ليس كما يبدو و انه خادع trompeur و ذلك بالمقابل مع ما هو حقيقي<sup>2</sup>.

### ثانيا : المدلول الفقهي للظاهر

عرف الفقهاء الوضع الظاهر ؛ فقال فيه عبد الباسط جميعي : " أن الظاهر الذي نقصده ليس هو المحسوس

الذي يجسد و يعبر عن الواقع الباطن أي ما يصطلح عليه بالمركز القانوني ؛ و انما هو المحسوس المخالف

للحقيقة و الذي يوهم الغير بأنه مركز قانوني يحمي القانون"<sup>3</sup>.

فالأول يعبر عن مركز قانوني نتيجة واقعة قانونية تمنح لصاحب هذا المركز حق أو سلطة أو ولاية ، وله الحق المباشر لممارسة السلطات والمكينات و المزايا التي يمنحها القانون . و مثال على مركز قانوني المالك لعقار و بناء على هذا المركز له حق الاستعمال والاستغلال و التصرف في عقاره ، و كذا يعطيه القانون العديد من المزايا كالحصول على رخص التعمير ، الاستفادة من قرض ... ، كذا يمنح القانون للمالك - صاحب المركز القانوني - حماية في مواجهة الغير. اما النوع الثاني فله حيابة على مركز قانوني ليس له<sup>4</sup> ، أي يمارس مكينات و مزايا هذا المركز دون الاستناد إلى قانون بل مستندة إلى واقع ، وهو المركز الفعلي.

1- [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr) , 12/04/2015 , 08 :39 .


2 - نعمان محمد خليل جمعة ، اركان الظاهر كمصدر للحق ، مطابع سجل العرب ، القاهرة ، 1977 ، ص5


3 - المرجع نفسه ، ص 6


4 - محمد سعيد عبد الرحمن ، نظرية الاوضاع الظاهرة في قانون المرافعات ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2008 ، ص 10

ومن هنا فإنه إلى جانب المراكز القانونية *situation de droit* التي تنشأ و تتكون في اطار القانون وتحظى بحمايته ، هناك مراكز فعلية *situation de fait* تنشأ و تتواجد في الواقع .  
 وقد عرفه ماجد راغب الحلوب : " المركز الواقعي الذي يتخذ صورة المركز الحقيقي رغم انه ليس كذلك و يستتبع غلطا بشأنه " . و من هذا التعريف فإن الظاهر – صاحب المركز الفعلي – يظهر امام الناس كأنه صاحب حق أو مركز قانوني و قد يوقع الناس في غلط و بذلك قد يتمكن من اكتساب حق أو قد يتصرف للغير على انه صاحب حق.  
 وفي نفس الصدد يرى محسن البيه بأن الظاهر المخادع المخالف للأوضاع القانونية الصحيحة و المتولدة عن ممارسة شخص لسلطات أو مميزات مركز لا صفة له في شغله قانونا "  
 وهنا نرى ان ممارسة شخص لمجموعة من السلطات أو المكينات التي تعود لمركز قانوني ما قد توهم الغير بأنه صاحب الحق.

اما مصطفى عبد السيد الجارحي يرى ان الظاهر انواع:

الظاهر اصلا 

الظاهر عرضا 

الظاهر فرضا 

ومن هذا الظاهر من قد يكون مطابقا للحق أو لا، **فالظاهر اصلا**: في مجال الحقوق العينية ان الحياة العادية قرينة على الحياة القانونية ، والحياة القانونية قرينة على الحق ؛ و هذا قد يكون مطابق للحق أو مخالف له.  
**الظاهر عرضا** ؛ المشتري مالك و لكن قد يبطل عقده أو يكون العقد باطلا بأثر رجعي و قد صادرا من غير المالك.

**الظاهر فرضا** : أي بمقتضى قرينة قانونية فيحتمل ان يكون مطابق للحق و قد لا يكون و قد لا يكون حتى إذا اصبحت القرينة قاطعة ، فإن المشرع قد حسم النزاع لصالح الظاهر و جعله مركز قانوني ، هذا التدخل فرضه المشرع لاستقرار المعاملات و حماية الغير فإذا لم يشأ المشرع وضع قرينة مؤقتة لصالح الظاهر و بالتالي لحماية الظاهر مؤقتا و كذا حماية المتعاملين مع الظاهر .<sup>1</sup>

1 - مصطفى عبد السيد الجارحي ، احكام الظاهر في السجل الغيني ، دار النهضة العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1988 ، ص7.

والظاهر بالمعنى المتقدم لا ينحصر في نوع معين من المراكز دون غيرها فقد يشمل حقا ، ولاية أو سلطة تمنحه امتيازات و مكينات بموجبها يبرم الظاهر تصرف أو عمل من اعمال الادارة.<sup>1</sup>

وفي الاصل ان كل تصرف صادر من الظاهر هو باطل و لكن الواقع قد يفرض نفسه و بالتالي فقد جاءت هذه النظرية اصلا لاستقرار المعاملات و لحماية الغير الذي يتعامل مع الظاهر .

ومثال على ذلك من اشترى عقارا و سجله و تصرف فيه إلى الغير ثم زالت ملكيته بأثر رجعي لسبب أو لآخر فما حكم الغير الذي تعامل مع الظاهر و جعله هذا الاخير يعتقد اعتقادا مشروعاً انه صاحب الحق ؟ و هل سيتم اهدار حق الغير لان سلفه قد زالت ملكيته أو يتم الابقاء عليه؟

ومن هنا ثار الصراع بين صاحب الحق من جهة و الغير الذي تعامل مع الظاهر من جهة اخرى ؛ أي بين القانون والواقع الذي يخالف القانون.

وانقسم الفقه في هذا الصدد ، فهناك من تعلق بأهداب التيار الفردي (الكلاسيكي) الذي يقيم النظام القانوني على اساس نشاط الفرد و مصالحه و حقوقه المكتسبة<sup>2</sup> فهذا الرأي رجح ابطال حق الغير لبطلان حق السلف. ومن زاوية العدالة ليس لأحد أن يناقش الاعتبارات الواقعية ، لأن ذلك يعمي تعطيل حكم القانون ، و القانون واجب الاحترام ، و الاخذ بالواقع ولو جزئياً يعني المساس بالنظام القانوني .

واستطرد الفقه في هذا الاتجاه في كون أن القاضي ليس مشرعاً و ليس له أن يضحى بالقانون في سبيل العدالة ، بل هو ملزم بتطبيق القانون، و تفضيل الغير المتعامل مع الظاهر يعني اهدار حق الملكية الذي يعتبر حقا دائما و مطلقا ، و لا يمكن المساس به إلا للمنفعة العامة.

و في حكم الغير المتعامل مع الظاهر يرى اتجاه آخر معاكس بإبقاء حق الغير ، هو التيار حديث و له بصماته على القانون المعاصر ، و نقصد بذلك التيار الاجتماعي ، الذي يهتم بالمجتمع و ينظر اليه نظرة شاملة.

فهم يرون أن القانون ليس الها يسيطر على الكون و يحتويه ، و قواعده ليست نصوص مقدسة ، بل يجب أن تخضع للمناقشة ، فهي قواعد تقويمية وليست تقريرية و هي من اجل المجتمع ولن تحقق اهدافها اذا بقيت جامدة ، فالواقع يحتاج مرونة في تطبيق القاعدة و تنوع الحلول بقدر تنوع الواقع و المشاكل.<sup>3</sup>

1 - فنيحة قرّة ، النظرية القضائية المستحدثة للاوضاع الظاهرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص 11.

2 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 14

3 - المرجع نفسه ، ص 15

والعدالة تعتبر اهم ما يهدف اليه القانون و يسعى لتحقيقه ، فالعدالة في نظر البعض تقضي بضرورة حماية الغير الذي تعامل بحسن نية مع الظاهر اعتقادا منه انه يتعامل مع ذي صفة و خاصة اذا كان اعتقادا مبرر .

وبالتالي فهذا الاتجاه تعلق بالتيار الاجتماعي الذي يهتم بالمجتمع و ينظر اليه نظرة شاملة ، دون التقييد بالمبادئ و القيم المستقرة و المتوارثة تبريرا لنظرية الوضع الظاهر وهذا من اجل حماية المصلحة العامة و من اجل تحقيق الائتمان .

وقد قال ايمانويل ليفي لحسم هذا النزاع الحق يكون مشروع بقدر قبول المجتمع و رضاه عنه ، و الغير الذي يتلقى حقا من صاحب الوضع الظاهر تكون ارادته مشروعة اذا كان الظاهر يوحي بالثقة المشروعة أي المقبولة موضوعيا و ينخدع بها الرجل المتوسط . و باختصار فإن الحق هو ما نعتقد انه حق.<sup>1</sup>

التعريف اللغوي و الفقهي لا يكفيان للتعبير عن المفهوم القانوني الخاص بالوضع الظاهر فهذا الاخير يستمد عناصره المكونة له من الواقع ونلاحظ ان المشرع الجزائري لم ينص على الاخذ بهذه النظرية و كذلك لم يرد لفظ الوضع الظاهر صراحة ، وذلك لان اصل وجودها هو الواقع وتطبيقاتها قضائية بحتة . ولكن يمكن الاستبيان انه قد أخذ بأحكامها في بعض النصوص القانونية دون استعمال لفظ الوضع الظاهر في حالتين اساسيتين نجدهما في القانون المدني وهما : **الحيازة سند للملكية<sup>2</sup>** ، و **اكتساب الحقوق بالتقادم**، فحسب هذه الاخيرة فيمكن لصاحب الوضع الظاهر اكتساب حق و بالتالي يتحول من مركز واقعي إلى مركز قانوني إذا حاز عقارا أو منقولاً أو حقا عينيا لمدة معينة بدون انقطاع و هذا حسب ما نصت عليه المواد 827 ، 828 ، 829 من القانون المدني الجزائري.<sup>3</sup>

1 - نعمان محمد جمعة ، المرجع السابق ، ص 18

2 - تنص المادة 835 من الأمر 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم: " من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقا عينيا على منقول فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته..."

والحيازة في ذاتها قرينة على وجود السند الصحيح وحسن النية ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك"  
3 - نصت المادة 827 من القانون المدني الجزائري: " من حاز عقارا أو منقولاً أو حقا عينيا منقولاً كان أو لعقار دون أن يكون مالكا له صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع."

جاءت المادة 828 : " إذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب عشر سنوات .

و لا يشتط حسن النية إلا وقت تلقي الحق"

و المادة 829 من نفس القانون : " لا تكتسب في جميع الاحوال الحقوق الميراثية إلا إذا دامت ثلاثا و ثلاثين سنة ."

## الفرع الثاني : أركان الظاهر

يقوم الظاهر على ركنين : ركن مادي و ركن معنوي .

### أولا : الركن المادي

المركز الفعلي موازٍ للمركز القانوني و بالتالي فهما يتشابهان في عناصر الوجود او الممارسة او في كليهما . فالمركز القانوني قد يستدل عليه بعقد بيع صحيح و كذلك بممارسة المالك لمكناات الملكية من استعمال ، استغلال تصرف .

والمركز الفعلي للظاهر قد تكون عبارة عن عقد بيع باطل او مزور ،... و قد تكون عبارة عن ممارسة المكناات الممنوحة لصاحب المركز القانوني <sup>1</sup> .

فقد يكون الركن المادي واقعة منشئة او مقررة للمركز ، و هذه قد تكون تصرفا اراديا او واقعة مادية او قرارا إداريا او حكما قضائيا . اضافة الى ذلك مظاهر حيابة صاحب المركز الظاهر . فالحيابة هي ايضا عبارة عن مكناات او امتيازات او سلطات او اختصاصات يمنحها مركز معين .

باختصار فإن العناصر المكونة للركن المادي للظاهر تأخذ صوراً عديدة و متنوعة .

فقد يتمثل في تصرف باطل او منعدم ؛ كتصرف صادر من منعدم الاهلية كالمجنون . ة قد يتمثل الركن المادي في حكم قضائي يتضح فيما بعد فساده لخطا او لاستناده على وقائع غير صحيحة او سند مزور .

كذلك يصلح ركنا مادي للظاهر شهر التصرف او تخلفه و مثال على ذلك قيد الرهن ثم عدم شطبه بعد ثبوت بطلانه او زواله من الاسباب . و كذلك تسجيل البيع ثم عدم التأشير عليه بالبطلان او فسخ البيع يعتبر ركنا مادي للظاهر الذي هو المشتري <sup>2</sup>

ويكون الشهر عنصرا مادي فقط في الاحوال التي يكون فيها الشهر الزاميا <sup>3</sup> .

1 - فتيحة قرّة، المرجع السابق، ص 35

2 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق، ص 59،60

3 - يكون الزاميا شهر جميع : - العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية.

- جميع العقود و القرارات القضائية و الخاضعة للاشهار العقاري بمقتضى التشريع المعمول به ، وكذا الرهون أو الامتيازات.. و هذا حسب المادة 14 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح عام و تأسيس الجل العقاري .

و ايضا يصلح ركنا ماديا للظاهر الحيازة بمعناها الواسع الذي يشمل وضع اليد على شيء و ممارسة مكناات او سلطات تكون عادة لمركز قانوني معين. و هنا يجدر بنا التوقف عند موضوع الحيازة ؛ فالمواجهة بين الظاهر و صاحب الحق تشبه المواجهة بين الحائز و صاحب الحق.

وإن كانت الحيازة هي مركز يحميه القانون ، فإذا توافر في الحيازة ركنيها المدلي و المعنوي وكانت الحيازة مستمرة وهادئة وعلنية وغير ملتبسة اصبح الحائز جديرا بالحماية القانونية<sup>1</sup> . و هذا من اجل الاستقرار وعدم قيام العنف و ليست مثل الظاهر مركزا واقعيا يحتاج الى حماية من القضاء بأحكام تحتاج الى تبرير و تأصيل. ورغم وجود بعض الاختلافات بين الحائز و صاحب الظاهر إلا أنهما متصلين فقد تتوافر في الحيازة شروط الظاهر و تصبح كافية لقيام ركنه المادي ، فإذا تعامل مع الغير يتم نفاذ هذا التصرف بإعمال نظرية الوضع الظاهر او بالاعتداد بالحائز كصاحب مركز فعلي<sup>2</sup> .

ومنه فإن الحيازة هي ظاهر محض ، وجوهرها هو وضع اليد المعلن .

1 - عبد الله محمد اسماعيل علام ، الحيازة في العقار ، ( اطروحة الدكتوراه ) جامعة اسيوط ، 2001 ، ص 67.

2 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 61.

## ثانياً: الركن المعنوي للظاهر

الركن المعنوي يشترط في الغير لإعمال هذه النظرية ، من أجل أن يبرر حمايته وهو يتمثل في حسن النية المبرر أو المشروع ، ويستوجب هذا ثلاث شروط:

- أن يكون امتعاض مع الظاهر من الغير ، أي اجنبياً عن التصرف أو الواقعة التي انشأت الوضع الظاهر، فلا يعتبر من الغير من ساهم في وجود التصرف أو الواقعة.
- أن يكون هذا الغير حسن النية ، و يقصد بذلك أن يرغب هذا الغير في إبرام تصرف معين يسعى من خلاله إلى الحصول على حق أو ميزة ، مع عقد عزمه أن لا يخرج عن حكم القانون.
- الغلط الشائع : و يقص به اعتقاد الكافة بأن الظاهر هو صاحب المركز القانوني ، أي أن يولد غلطا لدى الكافة.

ويكون الغلط مبرراً إذا كان الوضع الظاهر مما يخدع الرجل المعتدل المتوسط<sup>1</sup>.

ومن هنا إذا توافر الركنان المادي والمعنوي للظاهر انتج أثره ، وتم الإعمال بهذه النظرية.



## المطلب الثاني: التأريخ و التأصيل

المجتمعات القديمة لم يتمتع فيها الظاهر بوجود مؤثر لسببين هامين هما :

- محدودية المعاملات حجما و اشخاصا و موضوعا ، مما يتعذر معه حيازة شخص لصفة ليست له أو مباشرة قدرات او سلطات غيره.

- التصرفات كانت محاطة بقدر كبير من الشكلية التي تتسم بالعلانية .  
مع هذا فأنا نجد تطبيقات لها في القانون الروماني و كذا في الشريعة الاسلامية .

و لقد ساهم التطور التاريخي لنظرية الوضع الظاهر في تطور فكرة تأصيلها من اجل ايجاد اساس قانوني يبرر وجودها لما لها من تأثير معاكس و مخالف لما استقرت عليه القواعد التقليدية . و على هذا الاساس سوف يتم التطرق لنشأة نظرية الوضع الظاهر؛ أي تأريخها و هذا في الفرع الأول ، ثم الى اساسها القانوني في الفرع الثاني.

### الفرع الأول : نشأة و تطور نظرية الوضع الظاهر

لقد نشأت نظرية الظاهر و تطورت عبر العصور الى أن وصلت الى ما هي عليه الان ، فعرفها القانون الروماني ، و توجد لها تطبيقات في الشريعة الاسلامية و هذا ما سنتطرق له فيما يلي :

#### اولا : الظاهر في القانون الروماني

نظرية الوضع الظاهر ليست نظرية مستحدثة كما يرى البعض ، وإنما الظاهر الذي ينشئ حقا وجد في المجتمعات القديمة ، فتم الاعمال بها في القانون الروماني ؛ الذي اجاز تصرفات صدرت من غير ذي صفة و هذا حماية للغير حسن النية.

ففي هذا القانون نجد مثالين شهيري الأول هو قانون "برباريوس فيليبوس " حيث صحح القانون الروماني و اجاز كل التصرفات التي صدرت من " برباريوس " عند توليه منصب قضائي ، و كانت هذه التصرفات باطلة لصدورها من غير ذي صفة لان المنصب كان يمنح للحر فقط ، و تبين بعد ذلك أن هذا الاخير كان عبدا و المجتمع انتخبه على هذا الاساس.

اما المثال الثاني هو اجازة و اقرار عقد القرض الصادر من القاصر متى كان مظهر هذا الاخير يقنع الكافة انه كامل الاهلية ، و كان تطبيق هذه النظرية كحل في حالات استثنائية ، و لم يكن قاعدة عامة نص عليها القانون الروماني . ولكن وجدت فيما بعد قاعدة عامة تقليدية نسبت الى القانون الروماني وهي قاعدة :

« **error communis facit jus** » التي تفيد بأن الغلط الشائع ينشئ الحق . و التي مفادها ان الظاهر يمكن ان يتولد عنه تصرفات دون استنادها حق ، و هذه القاعدة استمدت منها عدة نصوص قانونية منها المادة 1240 ، 2008 ، 2009 من القانون المدني الفرنسي .<sup>1</sup> ولكن القاعدة في الاصل هي ليست رومانية بل هي من ابداعات بعض الفقهاء الفرنسيين القدماء.<sup>2</sup> ولكن حسب الفقيه مازو فإن هذا لم يكن قاعدة عامة و انما وجدت تطبيقات له فقط، فقال : أن هذا وجد بروحه وليس بحرفيته

« Il y était lien dans son esprit ; mais pas dans sa lettre»

### الفرع الثاني : احكام الظاهر في الشريعة الاسلامية:

تتميز الشريعة الاسلامية بأنها صالحة لكل زمان و مكان ، فهي في النهاية تحاية مطاف الشرائع الاسلامية ، و جاءت وافية بحاجات البشر و مصالحهم .

ولقد ورد لفظ الظاهر بعدة معان في القرآن الكريم منها ما يتفق مع مفهومه في النظرية محل الدراسة أي ما يعني الامر الواضح و البين عكس الباطن.

هذا وقد عرفت الشريعة الاسلامية تطبيقات لفكرة الظاهر : فيثبت النسب في حالة الزواج الفاسد فإذا تبين أن عقد الزواج غير صحيح لفقدانه شرط من شروط الصلاحية يتم الحاق الولد بأبيه لعدم تضييعه<sup>3</sup> .

و هناك ايضا من حالات الاعتداد بالظاهر : حالة الوارث الظاهر ، و التي تتمثل في عودة المفقود حيا بعد الحكم باعتباره ميتا ، فلا يسترد إلا ما تبقى من اموال تحت يد الورثة ، فهو لا يستطيع أن يسترد هذه الاموال ممن اكتسبها بحسن نية<sup>4</sup> .

1- HENRI ET LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD , FRANCOIS CHABAS, Leçons de droit civil, biens , droit de propriété et ses démembrements , 8 eme edition , Montchrestien ,paris ,1994 , p 179

2 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص23

3 - و مثال عن الزواج الفاسد عدم حضور شاهدي العقد ، بشرط ام لا يعلم الزوجان وقت العقد بضرورة هذا الشرط.

4 - محمد صلاح شوقي ، المرجع السابق ، ص 32.

## الفرع الثاني : الاساس القانوني للوضع الظاهر

جاءت هذه النظرية لحماية الغير اساسا و لاستقرار المعاملات و بالتالي حاول الفقه ايجاد اساس قانوني يبرر التضحية بصاحب الحق او صاحب المركز القانوني لصاحب المركز الفعلي .  
و من هنا اختلف القضاء في ايجاد اساس و تأصيل لهذه النظرية ، ولكن الفقه واجه صعوبة في ايجاد اساس مناسب ، حيث أن النظرية فيها شقين :

1 خفدان صاحب الحق حقه

2 -اكتساب الغير هذا الحق

والذين هما نتيجتان للوضع الظاهر ، فقبل كسب الغير لهذا الحق لا بد أن يخرج من ذمة صاحب الحق ، و من هنا لا يمكن لهما وضع اساس مشترك<sup>1</sup> .

وكعادته الفقه في مجال التأصيل ، اذا كان بصدد حالات تتطلب حكم يفتقد لأساس يدخله في مبدأ قانوني مستقر فظهرت وتعددت النظريات منها من نادى بها الفقه و منها ما جاءت من القضاء .  
وهناك من الاتجاهات ما استقر عليه الفقه وهي :

✚ فكرة النيابة

✚ فكرة الصورية

✚ نظريات المسؤولية

و منها بعض المحاولات الحديثة لتأسيس الظاهر :

✚ استقرار المعاملات

✚ الكفاية الذاتية للظاهر

✚ الغلط الشائع

و اخيرا جاءت نظرية مقترحة لتأصيل هذه النظرية و هي **الغلط المزدوج** و سنعرض هذه الاتجاهات بهذا الترتيب .

## أولاً: فكرة النيابة

كان من الطبيعي أن يتجه الفقه في القرن التاسع عشر الى فكرة النيابة لتبرير نفاذ تصرف الظاهر في مواجهة صاحب الحق ، و ولاية الشخص في التصرف تستند الى امرين :

**اولهما : صفة صاحب الحق**

**ثانيهما : صفة كئائب عن صاحب الحق**

وبما أن الظاهر ليس صاحب الحق فالنيابة هي الفرصة الوحيدة لتبرير تصرفه<sup>1</sup>.  
ولقد اختلف الفقه في هذا الاساس فهناك من رجعها الى فكرة الوكالة الصريحة او الوكالة الضمنية ، و هناك من يرى انها نيابة قانونية و آخرون يرجعونها الى فكرة النيابة المستمدة من الفضالة<sup>2</sup>.  
و لكن هذا الاساس انتقد كون أن النائب يتصرف باسم و لحساب الاصيل ، و فكرة الظاهر تتضمن تصرف الظاهر باسمه و لحسابه بل هو ضد مصلحة صاحب الحق ، و بالتالي هذا الاساس يخالف هذه النظرية .  
وانتقد ايضا كون أن النيابة لا تقوم إلا بإرادة صاحب الشأن اذا كانت اتفافية ؛سواء تم التعبير عن الارادة بشكل صريح او ضمني. و لا وكالة بغير هذه الارادة او خارجة عن الحدود التي قررتها<sup>3</sup>.  
اما اذا اعتبرناها نيابة قانونية ،فلا توجد إلا بنص من القانون كما هو الحال في النصوص التي تخص الولي، الوصي، القيم،...<sup>4</sup> وهذا ايضا لا يوافق الظاهر .

اما اذا تأسست على فكرة الفضالة ، فهي تكون فقط اذا قام شخص فضولي بشأن عاجل لحساب و لمصلحة آخر بغير علمه و بالتالي الفضالة تقتضي حالة الضرورة ، و هذا غير موجود في تصرف الظاهر.  
في حين ان القضاء الفرنسي ابتدع فكرة النيابة الظاهرة والتي هي تطلب عند انعدام النيابة او تجاوز حدودها في بعض الحالات ، حيث فيها يعمل النائب باسم الاصيل ولكن دون انابة سواء لانتفاء تلك الانابة ، بطلانها او لانقضائها او لتجاوز حدودها ... عندئذ يترتب على تلك الانابة ما يترتب على النيابة الحقيقية من آثار مع

1 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق، ص31

2 - فتيحة قرّة ، المرجع السابق ، ص16

3 - نفس المرجع السابق، ص17

4 - و هذا حسب ما نص عليه القانون في المواد التي تخص النيابة القانونية في المواد 81 و ما يليها من القانون 84-11 المتضمن قانون الاسرة

التفرقة في ما اذا كان النائب سيء النية فلا يرجع عليه بشيء<sup>1</sup>.  
و قد اقر بما الفقه والقضاء من اجل استقرار المعاملات و هذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية بدوائرها المجتمعة  
في 1962/12/13<sup>2</sup>، وكذا المشرع المصري ف المادة 107 من القانون المدني المصري اخذ بأحكام النيابة  
الظاهرة.<sup>3</sup>  
ولكن قد لا تصلح لأن تكون اساس ؛ فنظرية الوضع الظاهر اوسع و اشمل مجالا، و كذلك يختلفان في النيابة  
الظاهرة يبرم النائب التصرف بصفته نائبا عن صاحب الحق و لحسابه اما في نظرية الاوضاع الظاهرة فيتم تصحيح  
التصرف وكأنه صدر من صاحب الحق<sup>4</sup>.  
وبالتالي فإننا نرى أن فكرة النيابة غير ناجعة و لا تصلح لأن تكون اساسا يبرر الظاهر.

### ثانيا : فكرة الصورية

نادى الاتجاه الآخر من الفقه بالصورية كأساس لفكرة الظاهر و الصورية هي الارادة المنفردة او العقد الذي اتجهت  
الارادة الى عدم ترتيب كل آثاره او بعضها  
فالصورية تتضمن ارادتين احدهما معلنة و الثانية مستترة و تقوم الاخيرة بتعطيل كل او بعض اثار الارادة المعلنة ، و  
ينبغي على هذا ان تكون الصورية مطلقة ان كان التصرف الظاهر يخفي عدما أي تعطل كل آثار الارادة الظاهرة  
وتكون الصورية نسبية إذا كانت الارادة الباطنة تعطل بعض آثار الارادة الظاهرة أو تعدلها ، و للصورية النسبية  
عدة فروض جاء بها الفقه ؛ فهي صورية بالتستر إذا كان التصرف الحقيقي يختلف عن التصرف الظاهر في نوعه و  
طبيعته ، كأن يكون الظاهر هبة و المستتر هبة .  
و صورية بالتسخير إذا كان التصرف الحقيقي شخص غير الذي ذكر في التصرف الظاهر .  
ولقد نص المشرع الجزائري على صورية العقد في المادة 199 من القانون المدني ، و كذا اعطى حق التمسك  
بصورية العقد و هذا حسب المادة 198 من نفس القانون

1 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 39-41

2- HENRI ET LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD , FRANCOIS CHABAS, Op  
cit , p 185.

3 - شوقي محمد صلاح، المرجع السابق، ص 185

4 - نفس المرجع السابق ، ص 195

ويرى الفقه ان الصورية التي تنطبق على احكام الظاهر هي الصورية بالتسخير ؛ حيث ان المتعاقد الظاهر ليس إلا مسخرا لاسمه في مواجهة الغير ة بالتالي فهو يحوز مركز و صفة ليسا له.<sup>1</sup> ولكنهما يختلفان في كون ان احكام الظاهر وفقا للقضاء الفرنسي هو محسوس استقر ضد مصلحة صاحب الحق دون علمه أو رغم ارادته ، بينما الصورية تعني اتفاق صاحب الحق و صاحب الظاهر على التصرف الصوري الذي يوهم الغير على خلاف الحقيقة، أي ان صاحب الحق يعلم بالوضع الظاهر و راض عنه بل هو من ساهم في وجوده ، و كذلك فرق الفقه في كون ان الصورية تتضمن اخفاء للحقيقة أي ان التعاقدين اتفقا على ايهام و خديعة الغير ، فهي إلى حد ما غش.

في حين ان الظاهر لا يتضمن حتما الاخفاء الارادي للحقيقة .<sup>2</sup>

و بهذه الاختلافات فهل تصلح الصورية اساسا للظاهر؟

هنا يرى الدكتور نعمان محمد جمعة ان الصورية لا تصلح لأن تكون اساسا للظاهر ، فالظاهر مجاله أكثر اتساعا ، و فروضه أكثر تعددا ، فلا يدخل في فكرة الصورية حالات كثيرة اهمها المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي، و لا يعقل تأسيس حكم على حكم قانوني آخر اضيق منه مجالا.<sup>3</sup>

### ثالثا : المسؤولية كأساس للظاهر

رأى جانب من الفقه المسؤولية التقصيرية أساس للظاهر فصاحب الحق له اثر بارز في إيجاد الوضع الظاهر ، و من هنا تتحقق مسؤوليته لأن الغير ما كان ليكتسب حقا لولا ان صاحب الحق فقده ، و من ثم يلتزم بتعويض الغير حسن النية الذي قد يتعامل مع الظاهر و خير تعويض هو تصحيح تصرف الظاهر و جعله نافذا لمصلحة الغير . و من هنا انقسمت الآراء ، فذهب جانب من الفقه إلى ان المسؤولية المبنية على الخطأ هي الاساس القانوني للظاهر ؛ و تتمثل هذه الفكرة في كون ام صاحب الحق الحقيقي لم يقيم بإتخاذ ما يلزم للحفاظ على حقه مما أدى إلى نشوء و استقرار وضع ظاهر ، ولكن هذا الرأي انتقد كون ان الاوضاع الظاهرة عديدة و لا تنطبق عليها هذا الاساس ، أي انه لا يوجد دائما خطأ ثابت ، و مثال على ذلك الوارث الحقيقي الذي جرد من نصيبه بموجب حكم نهائي ثبت فيما بعد انه غير صحيح لاستناده على وثائق مزورة.

وكذلك الاعمال بهذه المسؤولية يمكن صاحب الحق من الاعفاء بإثبات السبب الأجنبي ، وهذا لا يتوافق مع الوضع الظاهر .<sup>4</sup>

1 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 34.

2 - فنيحة قرّة ، المرجع السابق ، ص 19

3 - نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 35

4 - المرجع نفسه ، ص 39-41

هناك جانب من الفقه و القضاء من يرى ان المسؤولية الموضوعية أساس للظاهر حيث ان الخطأ لا يصلح أساسا للنظرية ، و وفقا لهذه النظرية فإن صاحب الحق يعد مخطئا لأنه خدع و ضلل الغير منتهكا الثقة المشروعة الضرورية و المفترضة في العلاقات القانونية.<sup>1</sup> وكذلك هذه النظرية تم انتقادها لأن هذا يتطلب وجود علاقة سببية بين موقف صاحب الحق الايجابي أو السلبي والغلط الذي وقع ضحيته الغير ، و من هنا هذا أيضا لا يغطي حالات الظاهر . وغالبا ما يكون اغتصاب الحق تم دون علم صاحبه أو ارادته.

واتجاه آخر رأى بنظرية المخاطر Théorie de risque أو تحمل التبعة ؛ ويقصد بها ان صاحب الحق عليه ان يتحمل المخاطر التي ينطوي عليها التعامل ، و حسب هذه النظرية فالمخاطر لا تقتصر على الحوادث المفاجئة أو القوة القاهرة ، بل كذلك ما تحويه الحياة الاجتماعية من تعقد و تشابك المصالح ، وقد جاءت هذه النظرية من اجل استقرار المعاملات<sup>2</sup>. ولكن هذه النظرية كذلك كانت محل انتقاد فهذه النظرية تعتبر مهجورة فقها، وكذا اعرض عنها الفقهاء في العديد من المناسبات ، و يتعارض هذا الاساس مع جواز رجوع صاحب الحق على الظاهر متى توافرت سوء النية.

والنقد الاخر الذي هو ان من يتحمل التبعة (صاحب الحق) يفترض انه يملك سلطة رقابة أو يستطيع ان يقيد من اعمال المخطئ وهذا لا يتوافر في علاقات الظاهر<sup>3</sup>.

وبصفة عامة المسؤولية المدنية تختلف في جوهرها عن الظاهر و بالتالي فلا تصلح اساسا له ، و هذا ما استقرت عليه محكمة النقض الفرنسية في حكمها الشهير الصادر في 1962/12/13 ، فنقطة البداية في المسؤولية المدنية تكمن في وقوع ضرر محقق تسعى لتعويضه و يكون التعويض مساو تماما لقدر الضرر. فلو انتهينا إلى ان المسؤولية المدنية هي أساس احكام الظاهر فأين الضرر المحقق؟ وما هو التعويض و ما مقداره؟

فلو اجيز التصرف المبرم مع الغير لكان هذا تفاديا لضرر محتمل بالنسبة للغير و ليس تعويضا لضرر محقق اصابه<sup>4</sup>. عليه فإن المسؤولية المدنية لا تصلح لأن تكون أساسا للضرر، فهدفها هو جبر الضرر في حين ان الهدف من الاخذ بأحكام الوضع الظاهر هو استقرار المعاملات.

1 - انظر محمد صلاح شوقي ، المرجع السابق ، ص183

عن Emmanuel LEVY , responsabilité et contrat , revue critique Leg et juris 1899 , p 361 et suiv : « j' ai trompé par action ou par la confiance dont autrui avait besoin ; je suis responsable »

2 - نعمان محمد جمعة ، المرجع السابق ، ص39

عن CREMIEU .L , Responsabilité et risque , rev , trim , de droit civil , 1910 , p 79

3 - شوقي محمد صلاح ، المرجع السابق ، ص185

4 - المرجع نفسه ، ص 195

وبما ان النظريات السابقة التي طرحناها انتقدت ، خرج الفقه عن نطاق النظريات القانونية المستقرة و جاء بأفكار أخرى من اهمها :

### - أولا : استقرار المعاملات

الانتقادات التي وجهت إلى الاسس المستمدة من النظريات المستقرة في القانون ادت بالفقه إلى البحث عن أساس آخر مستوحى من فلسفة القانون .

يذهب demogue إلى ان الامان الحركي *la sécurité dynamique* ، هو من اهم الاهداف التي يرمي القانون إلى تحقيقها ، و ان الاستقرار و ان كان لازما للحقوق المكتسبة ، فهو أيضا ضروري للمعاملات ، و ان الحقوق عنده تخضع لقانون الحركة و السكون و يترتب على ذلك أن امان هذه الحقوق و استقرارها نوعان :

- الأول : أمان ثابت *la sécurité statique* و يقصد به استقرار الاوضاع التي تكفل لصاحب

الحق الثقة في ثبات حقه ، و تؤمنه من اعتداء الغير عليه أو انتزاعه منه

- الثاني: الامان المتحرك و يقصد بها تحقيق الامان الحركي في استقرار المعاملات ، حيث تتوافر الفعالية في التعاملات مع اطمئنان الافراد إلى عدم تعرضهم لمفاجآت عدم صحة هذه التعاملات . و بهذا إذا اعطى الظاهر القدر الكافي للاعتقاد الجدي انه صاحب الحق ؛ فالاستقرار الحركي يتطلب ان يكون للظاهر نفس الآثار التي يرتبها الحق نفسه في مجال التصرفات المبرمة مع الغير حسن النية .

ومن هنا يجب تحقيق توازن بين الاستقرار - الامان الثابت- (الحق القائم) و الحركة في التعامل - الامان المتحرك- . وذلك بحماية الحقوق المكتسبة للغير، هذا إذا اوهم الغير بأنه حقيقة حينئذ يكون من مصلحة المجتمع تفضيل مصلحة الحركة وبذل الاعتراف بآثار التصرفات التي بنيت على المركز الواقعي<sup>1</sup>

ولقد واجهت هذه النظرية عدة انتقادات اهمها:

- ان هذه الفكرة تقوم على امور اقتصادية تتعلق بفلسفة القانون ، و لا ترقى لأن تكون في مرتبة النظريات القانونية.

- هذه النظرية أيضا لا تشمل كل حالات الظاهر كالوارث الظاهر فلا يمكن تفضيل مصلحة الغير على الوارث الحقيقي.

1 - شوقي محمد صلاح، المرجع السابق، ص 193 عن



ويرون ان هذه النظرية مناسبة أكثر لعلاقات القانون التجاري من القانون المدني .  
و ان كان القضاء الفرنسي قد اخذ بها ، وكذلك الفقه حاول تبرير الظاهر بمصطلحات مختلفة يجمعها مفهوم واحد وهو استقرار المعاملات ، المصلحة العامة ، المنفعة الاجتماعية ، الامن الاجتماعي .<sup>1</sup>

### - ثانيا : الكفاية الذاتية لنظرية الظاهر

حسب هذا الرأي فنظرية الظاهر مثلها مثل النظريات الاخرى في القانون كالعقد ، المسؤولية ، الاثراء بلا سبب ،.. فلا احد يتساءل لماذا يلتزم المتعاقد بالعقد الذي ابرمه و هكذا في باقي النظريات فلا نبحت لها عن أساس أو مبرر ، فهي تحمل في طياتها مبررات تطبيقها و بالتالي فإن الصفات التي يتميز بها الظاهر المخالف للحقيقة بجانب ظروف التصرف المبرم هي التي تتأسس عليها النظرية .

ولكن هذا الاتجاه اعيب عليه ان القائلين به لم يكلفوا أنفسهم عناء البحث عن أساس لهذه النظرية ، سواء في النظريات القانونية التي استقر عليها الفقه أو من خلال مبررات اجتماعية وفلسفية .

يقول محمد صلاح شوقي في هذا الصدد : " قبل الاطلاع على هذا مضمون هذا الرأي توقعت ان اصحابه سيذهبون إلى اعتبار استقرار تطبيقات الظاهر في مختلف فروع قد اصبح من الرسوخ و القوة بما يكفي لحمله على تطبيقاته دون ثمة حاجة للتساؤل عن اساسه ، مثله مثل النظريات القانونية العتيقة . إلا انه باستقراء ما ورد بالرأي تبين استناده لعدة مبررات تشكل كل منها أساسا للظاهر نادى به جانب من الفقه ، فقد اشار الرأي إلى ان فكرة الظاهر تتفق مع مقتضيات العدالة و ترتبط باستقرار المعاملات ، وأنها تحقق التوازن بين المصالح المتعارضة ، وهي أيضا تراعي أثر حسن النية ، فتطبق عندما يقع الغير في غلط بشأن قانونية مركز صاحب الوضع الظاهر . و بالتالي فإن هذا الاتجاه يستند لآراء شتى ، ومنه النظرية في ذاتها لا تصلح اساسا .<sup>2</sup>

### - ثالثا : الغلط الشائع

هذه الفكرة نادى بها جانب من الفقه الفرنسي ، وأرجعوا أصلها التاريخي إلى القانون الروماني ، وان كانت غير مكتوبة فيه إلا انه تم الاخذ بها و اعتبروا الغلط الشائع شرح و تبرير لقاعدة الظاهر.<sup>3</sup>

1 - محمد صلاح شوقي ، المرجع السابق ، ص 195

2 - انظر نعمان محمد خليل جمعة ، المرجع السابق ، ص 47 ، فتيحة قره ، المرجع السابق ، ص 27 .

3 - محمد صلاح شوقي ، المرجع السابق ، ص 200 ، عن

وتم اكد ذلك مجلس الدولة الفرنسي سنة 1807 بإصداره رأس تفسيري قال به أنه " في جميع الازمان ، وجميع التشريعات الغلط الشائع و حسن النية يكفيان لتصحيح التصرفات غير الصحيحة و الاحكام التي لم يستطع الاطراف دفعها او توقعها.

وبالتالي رأى الفقه انها تصلح لأن تكون اساس للوضع الظاهر . و منه فالظاهر لا يكون محميا ما لم يتم بخداع الغالبية ، فإذا وصل هذا الغلط لهذا الحد كان من الواجب حماية النتائج المترتبة عليه ، و أن الغلط الشائع يعد معيارا لهذا الحد ، كان من الواجب حماية النتائج المترتبة عليه ، وأن الغلط الشائع يعد معيارا موضوعيا و ليس شخصا للاعتداد بالظاهر.

وكغيرها من النظريات تم توجيه لها مجموعة من الانتقادات :

- هذه الفكرة في حد ذاتها تفتقر الى الاساس القانوني فكيف لها أن تبس نظرية أخرى
- وأن نظرية الغلط الشائع من الصعب تطبيقها فلا توجد وسيلة لقياس الغلط الشائع
- وبما أن هذا المعيار يبرر الاثر المنشئ للحق أي اكتساب الغير لحق ، فهو لا يبرر الاثر المسقط للحق المتمثل في فقدان صاحب الحق لحقه.
- و من هنا يمكن اعتبار أن الغلط الشائع هو شرط اساسي لتطبيق النظرية و لكنه لا يرقى أن يكون اساسا.<sup>1</sup>

#### - رابعا : الغلط المزدوج كأساس للظاهر

حاول الفقه و القضاء مما سبق تقديم أساس قانوني لنظرية الوضع الظاهر ، ولكن كل المحاولات اعيب عليها و انقدت ، وهذا يرجع كون أن هذه النظرية تشمل فروعاً متعددة ز من الصعب تغطيتها.

وكذلك نجد في هذه النظرية البحث عن شيئين متناقضين الأول : تبرير فقدان صاحب الحق لحقه . و الثاني : هو اكتساب الغير حقا من الظاهر . و من الصعب جمعهما بأساس واحد.

ومن هنا فإن فكرة الغلط المزدوج هي اساس مقترح للظاهر و يقصد بها الجمع بين غلط الغير الشخصي في قانونية مركز الظاهر ، و غلط شائع بجانبه .

وفي اطار هذه النظرية فإن الغير يقع في غلط في قانونية مركز صاحب الوضع الظاهر ( فيعتبره صاحب مركز قانوني) و يترتب نظرا للغلط الشائع الذي يولده هذا الاخير نفاذ التصرف المبرم بين الغير و الظاهر في مواجهة صاحب الحق.

ويشترط هنا:

- أن يكون الغلط الذي وقع فيه الغير معبرا عن اعتقاد شخصي يصاحبه في نفس الوقت اعتقاد شائع بقانونية الظاهر.
- أن لا يقدم صاحب الحق بأي جهد لإجهاض هذا الوضع او منع انشائه
- أن يقوم الغير بواجب الاستعلام و التحري اللازمين وفقا لمعيار الشخص العادي في البحث عن قانونية صاحب الوضع الظاهر (أي من يتعامل معه).
- و منه اذا تحققت هذه الشروط فأن العقد الذي ابرمه الظاهر مع الغير يصبح نافذ افي مواجهة صاحب الحق.
- في هذه الحالة حسن نية الغير مقترحة ، و يقع على عاتقه اثبات الغلط المزدوج ، وذلك بكافة الشواهد المادية ، و اذا دفع صاحب الحق بأن الغير كان يعلم بحقيقة الظاهر ، فعلى الأول أن يثبت ذلك، اما اذا دفع بعدم القيام بواجبه في الاستعلام عن التصرف المقبل عليه فهنا على الغير اثبات عدم تقصيره ، والا فإن شرط من شروط تطبيق النظرية يسقط و لا يرتب اثره بنفاذ العقد<sup>1</sup>

## المبحث الثاني : مجال الظاهر في السجل العيني و حجيته

بعد التطرق الى احكام نظرية الوضع الظاهر التقليدية و إلى كيفية اعداد السجل العيني ، فإنه و باستقراء مبادئ السجل العيني يصعب تخيل وجود الظاهر ، إلا ان تقصير المشرع و عدم أخذه بالنظام العيني بصفة مطلقة ، أدى إلى عدم تفعيل هذا النظام بالكيفية المرجوة و في رأينا فقد ساهم في وجود الظاهر ، وهذا ما سنفصله لاحقا ، فسنبين وجود الظاهر في السجل العيني أولا ، و من ثم حجيته ، و منه قسمنا هذا المبحث إلى :

المطلب الأول : مجال الظاهر في السجل العيني

المطلب الثاني : حجية الظاهر في السجل العيني

### المطلب الأول : مجال الظاهر في السجل العيني

من السهل تصور ان الظاهر هو مركز واقعي مخالف لبيانات السجل العيني ، و لكن نضيف أيضا انه من الممكن ان يكون الظاهر هو المركز القائم في السجل العيني .

والظاهر في السجل نوعان :

ظاهر ايجابي : يعني ان له حقوقا اثبتها السجل لغير اصحابها الحقيقيين .

ظاهر سلبي : يقصد به وجود حقوق قد اغفل السجل عن اثباتها لأصحابها الحقيقيين .

وجود الظاهر في السجل ليس مستبعدا ، بل و محتمل جدا ، خاصة بإجراءات إعداد السجل العيني التي اخذ بها المشرع الجزائري ، و منه سنتطرق إلى وجود الظاهر بنوعيه الايجابي و السلبي. و هذا ما سنفصله في ما يلي :

## الفرع الاول : الظاهر الايجابي

الظاهر الذي نقصده ليس هو المحسوس الذي يجسد و يعبر عن الواقع الباطن ، و انما هو عبارة عن مباشرة شخص لمكثات و مزايا مركز ليس له <sup>1</sup> . و الظاهر الايجابي هو وجود هذا الاخير في السجل العيني أي انه تم الاعتراف لهذا الظاهر بحقوق مقيدة في السجل العيني .

من امثلة الظاهر الايجابي المتصرف اليه بعقار و الذي ابطل بأثر رجعي، فلا يرجع صاحب مركز قانوني بل ظاهرا وقد يكون وارثا ظاهرا ، نتصوره عند النطق بالموت الحكمي للمفقود و تقسيم التركة ، و بعدها يظهر المفقود حيا فلا يسترد إلا ما بقي من التركة و يعد وراثته ورثة ظاهرون ، وهذا من اجل حماية الغير الذي يتعامل مع هؤلاء . و هذا هو جوهر نظرية الوضع الظاهر .

اما بالرجوع إلى القواعد المأخوذ بها في تأسيس السجل العيني ، فقد يسجل عقار بإسم الظاهر ، و بالتالي للظاهر ان يكتسب عقارا بإسمه ، أي له ان يكتسب حقا . و هذا ما جاءت به المواد 13 و 14 من المرسوم 63/76 .

جاء في نص المادة 13 : " يعتبر التقييم مؤقتا لمدة أربعة اشهر ، يجري سريانها ابتداء من التقييم بالنسبة للعقارات التي ليس **لمالكها الظهري** سندات ملكية قانونية ، و الذين يمارسون حسب وثائق المسح حيازة تسمح لهم بإكتساب الك= ملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب طبقا للأحكام القانونية المعمول بها في هذا المجال "

وباستقراء هذه المادة نرى ان المشرع بعبارة **مالكها الظهري** ، لم يفرق و كون هذا المالك الظاهر مطابق للحقيقة و هو المالك الحقيقي (صاحب المركز القانوني ) أو هو مخالف ولا يطبق الواقع و هو صاحب المركز الظاهر (الواقعي) .

و بالتالي فقد فتح المجال للوضع الظاهر و ان كان مخالفا للحقيقة لاكتساب حق. فإذا اثبت الظاهر حيازة بأي سند يستفيد من تقييم مؤقت لمدة 4 اشهر ، و بعد انتهاء المدة يصبح تقيما نهائيا و يشهر حقه في مجموع البطاقات العقارية ، و عند اكتسابه حق يرجع الظاهر صاحب مركز قانوني بناء على بيانات السجل .

وقد نتصور أكثر وجود الظاهر فيما ورد في نص المادة 14 : " يعتبر ترقيمًا مؤقتًا لمدة سنتين ، يجري سريانها من يوم اتمام هذا الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس **لمالكها الظاهرين** سندات إثبات كافية ، و عندما لا يمكن للمحافظ ان يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية .

ويصبح هذا الترقيم المؤقت نهائيا ، عند انقضاء المدة المحددة في الفقرة السابقة إلا إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ العقاري بالتثبت بصفة مؤكدة من ان الحقوق العينية الواجب شهرها في السجل و يكون قد اطلع عليها في غضون ذلك عن طريق أي شخص معني."

وبالتالي فمجال اكتساب الظاهر هنا أوسع ، فيمكن لأي كان ان يدعي **حيازة عقار** و حتى ان لم يكن له أي سند يثبت ذلك فإن العقار يستفيد من من **ترقيم مؤقت لمدة سنتين** ، وكذلك يرجع نهائيا بإنتهاء المدة دون تلقي الي اعتراضات .

و يرجع أساس الترقيم المؤقت للعقارات بالنسبة للمالكين الظاهرين إلى أحكام اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب و المنصوص عليها في المواد 829،828،827 من القانون المدني الجزائري .

و بالتالي يستفيد الظاهر من ترقيم مؤقت لأربعة اشهر إذا اثبت حيازته و التي لم يكن له سند قانوني و هذا وفقا لنص المادة 828 من القانون المدني . أما إذا لم يكن له أي سند يثبت الحيازة فيستفيد من ترقيم لمدة سنتين وفقا لنص المادة 827.

و أكثر من ذلك فقد ذهب القضاء الى الاعتراف بأحكام الحيازة و اكتساب الملكية العقارية بالتقادم وفقا لأحكام المادة 827 حتى في وجود دفتر عقاري ، و الذي يعتبر السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية و هذا حسب ما جاء في القرار الصادر في 2008/07/16.<sup>1</sup>

في رأبي أن هذا يعارض مبدأ حظر اكتساب الملكية العقارية بالتقادم و كذا مبدأ القوة الثبوتية للدفتر العقاري. و كذا فقد عارض القضاء نفسه في القرار الصادر بتاريخ 2004/04/21 و الذي لم يأخذ بأحكام اكتساب الملكية بالتقادم باعتبار ان نفس العقار محل النزاع له دفتر عقاري و الذي هو سند قانوني يكتسب القوة الثبوتية بعد استكمال الاجراءات المنصوص عليها التشريع المعمول به<sup>2</sup>

وليس مجال الظاهر مقتصر على ما جاء به الأمر 74/75 ، فوفقا لما سبق التطرق اليه من آليات مساعدة جاء بها المشرع من اجل مساعدة عملية المسح و التي يعتد بها في اعداد السجل العيني هو وارد أيضا.

1 - مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، المرجع السابق ، ص 274.

القرار في ملحق رقم : 06

2 - المرجع نفسه ، ص 257

القرار في الملحق رقم 07 .

فقد تم تسليم عقود شهرة كثيرة لأصحاب اوضاع ظاهرة و هذا لسهولة اجراءات منح هذه العقود فيكفي لتحريره شاهدين أمام الموثق و بناء عليها تم اكتساب هؤلاء لحقوق اثبتها السجل ، و ان كان قد الغي لحد الان لا زالت توجد نزاعات حول ابطال عقود شهرة بل و اكثر من ذلك الغاء دفاتر عقارية أنجرت بناء عليها. كذلك نفس الأمر بالنسبة لشهادة الحيازة و التي يعتد بها كسند صحيح اثناء عملية المسح و ما سهل من هذا المدة القصيرة التي اوجبتها للحصول على هذه الشهادة .

اما فيما يخص التحقيق العقاري الي جاء بموجب القانون 02/07 ، يشابه عملية المسح العام فقد نجد الظاهر اما بناء على تصريحات كاذبة أو ممن كان حائزا للعقار برخصة من المالك ...

و تعتبر هذه الاليات السابقة كافية للحصول على ترقيم مؤقت لمدة اربعة اشهر و بالتالي فقد يكتسب الظاهر حقا بناء على الاجراءات التي يتم بها اعداد السجل العيني ، وهذا له مجال واسع في الواقع ، حيث تثور عدة نزاعات حول اشخاص اكتسبوا حقا بموجب عملية المسح العام و اعداد السجل العيني التي جاء بها الأمر 74/75 و تحصلوا على دفاتر عقارية و الذي يفترض انه خاضع لمبدأ المشروعية . الذي بمقتضاه لا يقيد في السجل إلا الحقوق المشروعة فعلا .<sup>1</sup>

## الفرع الثاني : الظاهر السلبي

و يقصد بالظاهر السلبي ان هناك بيانات قد اغفل السجل عنا ، وهذا يكون فقط في الحقوق التي اوجب المشرع شهرها ، فلا يمكن تصور ظاهر سلبي إلا إذا كان حقه واجب الشهر كما هو منصوص عليه في المادة 14 ن ت الأمر 74/75.

وبالتالي فالظاهر السلبي هو نتيجة عدم قيد حق واجب الشهر ، وقد يكون ذلك اراديا من صاحبه أو سهوا .و هذا الاخير اعتبره القانون المقارن من قبيل الغلط المادي و الذي نص عليه المشرع في المادة 14 من المرسوم 62/76 ، ولكن المشرع الجزائري لم يحدد كيفية تصحيح هذا الغلط.

و من الامثلة الشائعة للظاهر السلبي ؛ سقوط حق احد الملاك الشائعين سهوا أو احد الورثة إذا تعلق الأمر بشهر حقوق ميراثية .

و في رأينا انه يمكن اعتبار من استفاد من ترقيم مؤقت لمدة سنتين باسم مجهول ، و هذا لام ما نتج عن عملية المسح هو نسبة كبيرة من العقارات المرقمة باسم مجهول و هو في اغلب الأمر عكس ذلك أي له مالكا ظاهرا. و بالتالي يعتبرا ظاهرا سلبي لان السجل قد اغفل عن بيانات ، فرقم باسم مجهول في حين ان الواقع غير ذلك . و في رأينا بما ان المشرع قد وضع نصوصا جاءت بتصحيح اغفال السجل عن بيانات فقد توقع ذلك مسبقا . فإذا تم القيد بناء على محاضر المسح فإن المشرع في نص المادة 14 من المرسوم 62/76 فقد اورد استثناءات على الحجية التي تتمتع بها محاضرهم في حلة وجود غلط مادي أو عند ظهور المالك الحقيقي ، وهذا يعتبر تأكيدا على وجود مالك ظاهر في محاضر المسح. و كذا اعطى اجالا للاعتراض عند الترتيم المؤقت و كذا الحال بالنسبة لحالة ترقيم العقارات باسم مجهول فإذا تم الاعتراض اثناء الاجال المحددة لذلك ، اذا اثبت المعارض ملكيته بوثيقة رسمية حسب التشريع المعمول به ، فإن المحافظ العقاري بعد الاطلاع على هذه الوثائق و فحصها يسجل العقار باسم مالكة أي يحصل على ترقيم نهائي. اما إذا لم يكن للمعارض أي وثيقة رسمية كعقد عربي غير ثابت التاريخ مثلا (و هذا ما هو منتشر ) ، هنا رجوعا إلى الاجراءات الادارية المعمول بها نميز طريقتين :

**- قبل 2004/09/04 :** إذا تقدم المعارض لدى المحافظ العقاري بالسند الغير رسمي ، يكون على

المحافظ رفض هذا الاعتراض و يوجه إلى القضاء خلال مدة 6 أشهر<sup>1</sup>.



- بعد 2004/09/04 : نظرا لارتفاع نسبة الاراضي المجهولة ووجهت مديرية الاملاك الوطنية مذكرة الزمت

الادارة لإجراء تحقيق عقاري معمق للتأكد من توافر عناصر الحيازة على الاقل من يوم الشروع في اعمال المسح ، فإذا اثبت ذلك و بشاهدين امام الموثق ، و بعد أخذ رأي مصالح املاك الدولة و ثبوت عدم تبعية العقار لها ، يتم تسجيل العقار بإسم الظاهر.

اما إذا انتهت اجمال الاعتراض فحسب المادة 14 من المرسوم 63/76 فإن هذا الترقيم يصير نهائيا بعد انقضاء ندة سنتين دون تسجيل أي اعتراض باسم الدولة بصفة نهائية . و هنا ما على الظاهر اللجوء إلى القضاء من اجل الغاء الترقيم النهائي ، و لكن هذا ليس بالأمر السهل فالأمر يتعلق بمنازعة بين فرد و ادارة املاك الدولة ، فليس من السهل اخراجه من املاك الدولة.<sup>1</sup>

أما بخصوص الاليات التي أخذ بها المشرع من أجل تسريع عملية الاخذ بنظام الشهر العيني (عقد لشهرة ، سندات الملكية المسلمة بموجب القانون 02/07 ، و شهادة الحيازة ) ، فيشترط فيها ان يكون هذا الاجراء في بلدية لم تخضع لعملية المسح المنصوص عليه في الأمر 74/75 ، و بالتالي فالنظام العقاري المعمول به هو نظام الشهر الشخصي ، الذي لازال يعمل به إلى غاية انتهاء اعمال المسح ، مما يساعد في اغفال السجل العقاري لبيانات و مثال على ذلك القرار الصادر من المحكمة العليا بتاريخ 2006/01/18 ، و الذي جاء فيه تحرير شهادة حيازة و إشهارها للمطعون ضدهم ، بالرغم من وجود عقد رسمي لنفس العقار ، و في قضية الحال فإن السجل قد أغفل عن المالك الحقيقي ( الظاهر السلي) .<sup>2</sup>

و كذلك نص المشرع على آلية تصحيحها و ذلك بتركه حق اللجوء للقضاء من أجل ابطالها مفتوحا ، إذا لم يكن الاعتراض في الاجال المحددة لذلك. كذلك الأمر بالنسبة لعقد الشهرة يمكن ابطاله باللجوء إلى القضاء المختص . و بالنسبة إلى سندات الملكية المسلمة بناء على التحقيق العقاري المنصوص عليه في القانون رقم : 02/07 . وقد ذهب إلى أكثر من ذلك و اعطى حق الغاء الدفتر العقاري امام القضاء الاداري ، و لم يحدد المشرع اجالا لرفع دعوى الالغاء .

ومنه و إن كان للظاهر مجال في ظل نظام الشهر العيني ، فهو أوسع في ظل نظام الشهر الشخصي ، و منه الظاهر لازال له وجود بسبب بقاء الاعمال بنظام الشهر الشخصي في البلديات التي لم يفتح فيها أعمال المسح. و إلى غاية تفعيل نظام الشهر العيني على كافة التراب الوطني

1 - نعيمة حاجي ، المرجع السابق ، ص 139

2 - القرار في الملحق رقم 08

مجلة المحكمة العليا ، المرجع السابق ، ص 128.

## المطلب الثاني : حجية الظاهر في السجل العيني

- بعد تحديد الظاهر الايجابي الذي أقر به السجل العيني والظاهر السلبي الذي اغفل السجل عن حقوقه .  
 سنبحث عما إذا كان لهذا الظاهر حجية حتى يتمسك به الغير ، و ذلك لان السجل العيني يقوم على مبدأ  
 الحجية المطلقة (مبدأ القوة المطلقة للقيود ) الذي يعتبر حجر الزاوية للنظام ، و معناه ان كل ما هو مقيد في  
 السجل العيني ، هو حقيقة بالنسبة للغير. و لا يرقى إليها الطعن .  
 ومن ثم قسمنا هذا المطلب إلى :

### الفرع الأول : حجية الظاهر الايجابي في السجل العيني

### الفرع الثاني : حجية الظاهر السلبي في السجل

## الفرع الأول : حجية الظاهر الايجابي في السجل

"القاعدة في هذه الحالة هي ان الظاهر الايجابي حجة للغير و حجة عليه"<sup>1</sup> ومنه سنتطرق أولا إلى هذه القاعدة الفقهية و ما مدى اخذ التشريعات المقارنة بها ، ثم سنرى ما اخذ به المشرع الجزائري في هذا الصدد

### أولا : الظاهر الايجابي حجة للغير

ويقصد به ان للغير ان يتمسك به لصالحه ، وهذه قاعدة اساسية في السجل العيني و تعرف بمبدأ الثقة في بيانات السجل العيني أو مبدأ القوة الثبوتية . فحسب بعض الفقهاء في شرح هذا المبدأ ان : " كل ما هو مقيد في السجل العيني هو حقيقة بالنسبة للغير " ، و " إن الحق المسجل في السجل العقاري يعتبر حقيقة بلا زيادة و لا نقصان " . و يقول السنهوري في هذا الصدد : " في السجل العيني للقيد حجية مطلقة في حق جميع الناس "<sup>2</sup> . و تهدف هذه القاعدة إلى اعطاء الامان لكل من يتعامل بالمال العقاري وفقا للنظام العيني . ولا توجد حاجة للغير للتمسك بتلك الحجية إلا إذا زال حق صاحب الظاهر بأي طريق نتيجة تمسك صاحب المركز القانوني بحقه . وهذا يخالف المبادئ التقليدية التي مؤداها " فاقد الشيء لا يعطيه " . وبالتالي فالتضحية بتلك المبادئ القديمة اصبح قناعة كل رجل قانون في سبيل حماية الغير ، أي ان ترك تلك المبادئ ليس المقصود به فقط حماية الغير الخاصة بل و كذا المصلحة العامة في استقرار المعاملات العقارية . و رأى الفقه وجوب تحديد شروط لإعمال تلك الحجية و تطبيق نظرية الاوضاع الظاهرة من اجل حماية الغير<sup>3</sup> وهي :

### 1 - شروط تتعلق بالقيد محل الظاهر

ويقصد بهذا الشرط ان لا يكون القيد معيبا أو شابه تزوير ، و ان يكون قد تم وفقا للأوضاع القانونية المنصوص عليها .

ولا يقصد بالعيب ان يكون القيد في ذاته معيبا و لا بالتصرف و انما تلحق القرار الذي بني عليه القيد ومثال على ذلك القيد بناء على قرار اداري معيب بعدم الاختصاص أو تجاوز السلطة... وكذا لا يتمسك الغير بحجية الظاهر إذا كان القيد قد شابه تزوير ، في حين انه إذا كان القيد قد تم بناء على مستندات مزورة فحجية الظاهر الايجابي تظل قائمة لصالح الغير .

1 - مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص 79

2 - هيد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، أسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، دار النهضة العربية ، 1992 ، ص

136.

3 - للتفصيل أنظر مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص 50-61.

## 2 - شروط تتعلق بالحق محل الظاهر

لكي يتمسك الغير بالظاهر الايجابي من السجل العيني يجب إلا يكون ذلك مخالفا للنظام العام . فلا يجوز ان يكون الحق المقيد من الاملاك العامة . أو كان الحق محل الظاهر جاء من غير سببه القانوني فهو عيب جوهري في الظاهر يؤثر على حجيته و مثال على ذلك إذا قيد الشخص حق ارثه باعتبار ان شخصا قد مات ثم تصرف إلى الغير فالغير لا يمكنه ان يتمسك بحجية الظاهر إذا ابطال . فالظاهر في الارث يجب ان يقوم على موت فعلي أو حكمي على الاقل.

و من المتفق عليه ان يكون حق الظاهر الايجابي واجب الشهر لكي يتمسك به الغير .

## 3 - : شروط تتعلق بسند الغير

حتى يتمسك الغير بالحجية يجب ان يكون قد ترتبت له حقوق و اثبتت لمصلحتهم بموجب بيانات السجل ، و كذا يشترط ان لا يكون سند الغير باطلا بطلانا مطلقا لأن هذا من النظام العام و يجوز لأي كان التمسك به و في مقدمتهم صاحب المركز الحقيقي .

ولا ان يكون عقدا صوريا و إلا سيرجعنا إلى القواعد العامة.<sup>1</sup> في حين انه يتم الاخذ بهذه الحجية إذا كان سند الظاهر صوريا ، فيظل الغير يتمتع بحماية في السجل.

## 4 - شروط تتعلق بالغير

محل التساؤل هو هل يلزم ان يكون الغير حسن النية ؟ و إذا كان ذلك مفترض ، فهل يجوز إثبات سوء نية الغير ؟ وهل يفقد الغير ميزة التمسك بحجية السجل ؟  
تطرقنا فيما سبق ان حسن نية الغير المبرر أو المشروع هو ركن واجب من أجل اعمال نظرية الوضع الظاهر و هذا في نظام الشهر الشخصي حسن نية الغير شرط لحمايته و بقاء حقوقه التي تلقاها من الظاهر ، و بالتالي إذا كان الغير سيء النية فإن حقه يزول بزوال حق الظاهر.

1 - نرجع إلى احكام المواد 198 و 199 من القانون المدمي الجزائري المتعلقة بالعقد الصوري .

أما نظام الشهر العيني المرجو ان تكون الحماية على اسس فنية في السجل العيني الذي يراد منه ان يكون المصدر الوحيد للحالة القانونية للعقار ، و الذي يهدف اساسا إلى استقرار التعامل العقاري ، و هي مصلحة عامة لا تتعلق بالعنصر الشخصي للغير دون ان ننسى انه من أهدافه أيضا تحقيق مصلحة خاصة و هي حماية الغير ،<sup>1</sup> و منه فهل يشترط حسن نية الغير لإعمال النظرية ؟

بالنظر إلى التشريعات العربية المقارنة نرى انه تم الاخذ بحسن النية كشرط للتمسك بحجية الظاهر الايجابي في السجل ، و من ذلك ؛ القانون المغربي حيث نص في الفصل 2/66 من ظهير 9 رمضان 1331 هـ : " لا يمكن في أي حال التمسك بإبطال هذا التسجيل في مواجهة الغير ذي النية الحسنة " .<sup>2</sup>

وبالمفهوم المعاكس نستنتج انه يمكن التمسك بإبطال التسجيل في مواجهة الغير ذي النية السيئة. و بالتالي لا يكفي العلم البسيط بالتصرف بل يجب من اجل التمسك بإبطال التسجيل ثبوت العلم الاكيد المصحوب بالتواطؤ بينه وبين الظاهر .

وفي القانون التونسي تنص المادة 2/305 من مجلة الحقوق العينية : " ابطال الترسيم لا يمكن بأي حال أن يعارض به الغير الذي يكون حسن النية " و كذلك نفس الأمر في القانون السوري في المادة 13 من القرار الصادر في 15 آذار 1926 و المتعلق بإنشاء السجل : " كل من يكتسب حقا في مال غير منقول مستندا في ذلك إلى قيود و بيانات في السجل العقاري أقر في مكتسبه و لا تسري عليه اسباب نزع هذا الحق الناشئة عن الدعاوى المقامة ... و لا يمكن للأحكام المثبتة من هذه الدعاوى ان تقرر الغاء الحق المكتسب و المقيد حسب الاصول .

غير انه لا يمكن ان يتذرع بمفعول القيود الاشخاص الاخرون الذين عرفوا قبل اكتساب الحق بوجود العيوب أو الاسباب التي تدعو إلى الغاء الحق "

ومنه نرى ان المشرع السوري اعطى حجية للسجل ، وذلك بأنه منع الغاء أي حق مكتسب و مقيد في السجل متى كان ذلك حسب الاصول ، أي إذا قيد الغير حقه لا يمكن بأي حال من الاحوال الغاؤه إلا انه استثنى في الفقرة الثانية من كان يعلم بوجود عيب أو سبب من اسباب الغاء الحق و بالتالي فإن وجدن سوء النية فلا يمكن الاعتماد بحجية الظاهر في السجل .<sup>3</sup>

1 - مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص 56

2 - محمد خيرى ، الملكية و نظام التحفيظ العقاري في المغرب ، مكتبة دار المعارف ، الرباط ، 1986 ، ص 531.

3 - مصطفى عبد السيد الجارحي ، المرجع السابق ، ص 85.

أما فيما يخص المشرع المصري ففي ظل نظام الشهر الشخصي حسن النية ضرورة من اجل بقاء حقوق و حماية الغير ، وبالتالي تتم مراعاة العنصر الشخصي له و لا يمكن الاحتجاج بيد الظاهر في السجل العيني إلا إذا كان حسن النية. ويكفي العلم البسيط لإيجاد سوء النية ولو لم يصل إلى حد الغش و التواطؤ . وفقا للمادة 17 من قانون 1946 .

اما في نظام الشهر العيني ن فالمشرع المصري لم يحدد شرط حسن النية أو سوء النية لأعمال حجية الظاهر في السجل العيني. و من خلال المادة 35 من قانون السجل فإنه نفهم انه يكون حجة على من ترتب له حقوق عينية قبل التأشير سواء كان حسن أو سيء النية .

## 5 - شروط تتعلق بصاحب المركز القانوني

صاحب المركز القانوني الذي يترك الظاهر يقوم في السجل العيني لا شك انه مقصر في حق نفسه. و من غير الممكن ان يقوم الظاهر في السجل و يكتسب حق إلا إذا فقد صاحب المركز القانوني حقه.<sup>1</sup> اخذا بفكرة المسؤولية واجمع الفقه انه لا يمكن بأي حال من الاحوال ان يثبت السبب الأجنبي لوجود الظاهر و تنفى مسؤوليته ، وذلك لان الاخذ بهذا المبدأ يضعف من حجية السجل و يعارض مبدأ الحجية و بالتالي يؤدي الى عدم الاستقرار .

وأخذا بفكرة بمبدأ العدالة فإنه لا يمكن لصاحب المركز الحقيقي ان يطالب بحقه الذي اكتسبه الظاهر ولما في ذلك من تعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للسجل.

ويرى عبد السلام الذهني ان على صاحب المركز القانوني ان يتحمل تبعه ظروفه اخذا بفكرة المخاطر -التي سبق التطرق إليها- لأنه من المتعين على كل انسان في الحياة ان يتحمل وحده مخاطر عمله و مخاطر ظروفه و ما يحيطه من ملايسات مختلفة .<sup>2</sup>

1 - فقدان صاحب الحق لحقه قد يكون بفعله الايجابي أو السلبي .

2 - عبد السلام الذهني ، في الغش و التواطؤ التدليسي و التسجيل في نقد النقض ، مكتبة النهضة المصرية ، 1944 ، ص 42 .

## نطاق الحجية :

بقولنا ان الغير له ان يتمسك بالظاهر الايجابي فهذا يعني :

- 1 - الهدف من هذه الحجية هو التفضيل بين صاحب المركز القانوني و الغير الذي يتعامل مع الظاهر ، وليس الغرض منه منع الطعن في حق الغير ، فيمكن ان يطعن الظاهر ببطلان التصرف الصادر منه إلى الغير .
- 2 - تمسك الغير بالحجية لا يمنع صاحب المركز القانوني من الاستمرار في دعواه من الظاهر ، فله ان يرفع دعوى استحقاق و ان نجحت الدعوى يلتزم الظاهر بإعادة الحال إلى ما كان عليه ، و بما ان هذا مستحيل يلتزم بالتعويض .  
اما إذا كان الحق متفرع عن حق الملكية فإن نجاح دعواه ضد الظاهر يؤدي إلى عودة الملك إلى صاحب المركز القانوني مثقلا بما عليه من حقوق للغير .
- 3 - اذ لم يسجل الغير حقه في السجل فإن صاحب المركز القانوني يسترجع و لا يمكن للغير ان يتمسك بالحجية ، ومثال على ذلك من ابرم عقد ايجار يفوق 12 سنه و لم يقيده ن فهذا يؤدي إلى عدم امكان التمسك بحجية الظاهر.
- 4 - الحجية المقررة لصالح الغير و الناتجة عن تطبيق نظرية الوضع الظاهر ليس من النظام العام و يمكن التنازل عنها، و بالتالي متى تبين للغير ان المتصرف ليس مالكا فإنه يمكن ان يطلب ابطال سندده رغم ان الحجية تحميه .
- 5 - الحجية تعمل لصالح الغير سواء كان تلقي المال بعوض أو بتبرع دون تفرقة.  
هذه الحجية لا تقوم على نظرية الوضع الظاهر العامة أو التقليدية، التي تستند إلى ركن مادي و معنوي. بل مصدرها أو اساسها هو بيانات السجل.<sup>1</sup>

## ثانيا : الظاهر الايجابي حجة على الغير

بما ان حجية الظاهر الايجابي لا تنجزاً فإذا كان للغير ان يتمسك بتلك الحجية لصالحه فإنه من المنطقي انه يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك في مواجهته بنفس الحجية ، و يترتب على ذلك :

- ان الغير يتلقى الحق مثقلا بما عليه من حقوق عينية مقيدة قبل قيد حقه و كذا بالإيجارات المقيدة.
  - يتلقى الغير الحق الذي اكتسبه مثقلا بدائي التركة الذين اشروا بذلك في السجل ، و إذا تم التنفيذ على العقار ، فللغير ان يرجع على المتصرف ( الظاهر ) .
  - وكذلك يتلقى الحق مهددا بكل الدعاوى التي تم التأشير بها طبقا للقانون قبل قيد حقه.
- وبالتالي فرأي الفقه واضح ، فكل ما هو مقيد في السجل هو حجة على الغير كما هو حجة له.<sup>1</sup>

ومنه بعد تبيان ما جاء به الفقه في حجية الظاهر الايجابي في السجل العيني و كذا الشروط التي حددها لتطبيق نظرية الوضع الظاهر و منه حماية الغير ، نرى ان المشرع الجزائري أيضا قد اخذ بحجية الظاهر في السجل العيني و يظهر ذلك في المادة 86 من المرسوم 63 /76 :

" ان فسخ الحقوق العينية العقارية أو ابطالها أو الغائها أو نقضها عندما ينتج اثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر . إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقص قد تم اشهاره مسبقا أو كان هذا الفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقص بقوة القانون "

و لقد رأينا ان المشرع قد فتح باب منازعة الحقوق المشهورة إلا انه اولى الغير حماية خاصة بشروط محددة، الشيء الذي يثير عدة تساؤلات حول شروط هذه الحماية و مداها، فباستقراء المادة السابقة

1-مصطفى عبد السيد الجارحي، المرجع السابق ، ص62.



الحماية قد اولها المشرع للخلف الخاص ، و المقصود بالخلف الخاص : مو شخص تلقى عن سلفه ملكية عين محددة أو حقا عينيا عليها ، فالمشتري خلف خاص للبائع ، و الموصى له خلف خاص للموصي ...<sup>1</sup>

المقصود بصاحب الحق المهدر هو من اكتسب حقا و كان منتجا لآثاره ، و لكنمه ابطل أو الغي أو فسخ أو نقض بأثر رجعي .

و بتطبيق النظرية محل دراستنا فإن صاحب الحق المهدر هو الظاهر الايجابي الذي اكتسب حقا في السجل العيني و زال بأثر رجعي . اما الخلف الخاص فهو الغير الذي يتعامل مع الظاهر

و لكن اشترط المشرع حسب نص المادة السابقة ، أن يكون هذا الالتزام معلق على شرط ( واقف أو فاسخ )

مشهر حتى يتمكن الغير من التمسك بحجية الظاهر ، وأن لا يكون زوال سند الظاهر بحكم القانون. حتى لا

يكون الخلف الخاص مهدد بزوال سند السلف أو صاحب الحق المهدر .

و نلاحظ كذلك ام المشرع الجزائري على عكس التشريعات التي سبق و تطرقنا إليها لم يفرق في كون هذا الخلف

الخاص أو الغير حسن أو سيء النية من اجل التمسك بحقه.<sup>2</sup>

1 - عبد الله محمد اسماعيل علام ، المرجع السابق ، ص 89.

2 - كان رأي الفقه و القضاء في هذا الصدد متفاوت بين مؤيد و معارض في الاخذ بحسن أو سوء النية من اجل التمسك بحقه ، إلا انه استقر على عدم التمييز بين حسن أو سوء النية لإعمال نظرية الظاهر. و هذا بموجب القرار الصادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ

..2011/11/12

و بذلك نلاحظ ان المشرع الجزائري لم ينص صراحة على الاخذ بنظرية الوضع الظاهر التقليدي صراحة إلا ان هذا يستشف من المادة السابقة ، انه أخذ بأحكامها إلا انه حصر هذه الحماية في وجوب شهر الشرط الذي حصل بموجبه ذلك الفسخ أو الابطال أو النقض أو الالغاء .

و بالتالي يمكن ان نستخلص ان شروط حماية الغير الذي يتعامل مع الظاهر هي :

- وجود ظاهر في السجل العيني (صاحب الحق المهدر )
  - وجود خلف خاص لصاحب الحق المهدر و هو الغير الذي يتعامل مع الظاهر .
  - وجود سند منتج لآثاره (مشهر ) ويتعلق بالتزام معلق على شرط (واقف أو فاسخ ) مشهر كذلك.
  - زوال آثار هذا التصرف بأثر رجعي اما بالفسخ أو الابطال أو الالغاء أو النقض.
- فإذا توافرت الشروط السابقة يحظى الغير أو الخلف الخاص المتعامل مع الظاهر بحماية من زوال سند السلف<sup>1</sup>

1 - ترى ليلي لبيض في هذا الصدد ان موقف المشرع غير واضح ، ففي حالة ما إذا كان الشرط غير معلق على شرط ، فهل يتأثر الخلف بزوال سند السلف ؟ و بالتالي هو قصور في المادة وجب على المشرع اعادة النظر فيه.

## الفرع الثاني : حجية الظاهر السلبي في السجل العيني

الهدف من البحث عن حجية الظاهر السلبي في السجل العيني هو معرفة مدى امكانية الغير من التمسك بالظاهر من أجل حماية الحق الذي آل إليه.

في ظل نظام الشهر العيني ، لا حجية لأي تصرف واجب الشهر إلا من يوم اشهاره في مجموع البطاقات العقارية ، و منه فلا يمكن الاحتجاج بجميع التصرفات و الاحكام المنشئة ، الناقلة ، المغيرة ، المسقطة لحق الملكية و الحقوق العينية الاخرى ، سواء كانت أصلية أو تبعية ، إلا من تاريخ قيدها في السجل .<sup>1</sup>

و بالتالي لا يمكن للغير ان يحتج أو يتمسك بأمر ليس ظاهرا في السجل العيني ، إلا ان هذا مقيد بالحقوق و المحررات الواجب شهرها و التي نص عليها الأمر 74/75 في نص المادة 15: " كل حق للملكية و كل حق عيني يتعلق بعقار لا وجود له إلا من تاريخ يوم اشهارها في مجموعة البطاقات العقارية .

غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية." و كذا في نص المادة 16 : " أن العقود الارادية و الاتفاقات التي ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون لها اثر حتى بين الاطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"

اضافة إلى ذلك اوجب المشرع شهر عقد الايجار التي تكون لمدة 12 سنة ، و إلا تنعدم آثاره حتى بين الاطراف ، و لا يحتج بها الغير عند عدم إشهارها ، و هذا طبق لنص المادة 17 من نفس الأمر .

وبالتالي ما دام ان الامر يتعلق بحقوق واجبة الشهر ، و لم تشهر إما بإرادة الظاهر أو بغير ارادته ، فلا يمكن الاحتجاج بها لحماية الغير .

ويميل الفقه إلا عدم التوسع في التمسك بحجية الظاهر السلبي و هذا لأنه لا يجوز للغير التمسك بحقوق غير مقيدة في السجل العيني وهي واجبة الشهر ولو كان بحسن نية<sup>1</sup> . و إلا تلاشت حجية التسجيل المطلقة التي يتمتع بها السجل العيني .

اما إذا كان الأمر يتعلق بحقوق غير واجبة الشهر فإنه يسري في حماية الغير القواعد العامة .

## خلاصة الفصل الثاني:

مما سبق نستخلص ان الاجراءات التي اخذ بها المشرع الجزائري في اعداد السجل العيني ساهمت في وجود نوعين من الظاهر في السجل :

ظاهر ايجابي وظاهر سلبي و منه ثار التساؤل حول حق الغير في التمسك بحجية الظاهر من اجل حماية حقه، فعندما يتعلق الأمر بالظاهر الايجابي في السجل و الذي يكتسب حقا و له حجية بناء على السجل العيني ، فإن المشرع لم يأخذ بحماية الغير الذي يتعامل مع الظاهر بصفة مطلقة ، بل قيدها ببعض الشروط وهذا ما نستخلصه من نص المادة 86 من المرسوم 63/76.

وبالرجوع إلى ما أخذ به المشرع الجزائري نرى ان المشرع قد ترك المجال مفتوحا لصاحب المركز الحقيقي أو صاحب الحق في استرجاع حقه أولا أعطى له الحق في الطعن في محاضر المسح و هذا وفقا لنص للمادة 14 من المرسوم 62/76 ، وثانيا أعطى له الحق الاعتراض على الظاهر عند استفادة الظاهر من ترقيم مؤقت (لمدة 4 اشهر لو لسنتين).

وأخيرا ترك المشرع المجال مفتوحا لصاحب المركز الحقيقي الحق في الغاء الدفتر العقاري امام القضاء الاداري ، وهذا لم يقيده المشرع بمدة محددة ، و في رأينا هذا يتعارض مع مبدأ الحجية المطلقة المفترض بعد الأخذ بنظام الشهر العيني.

اما الظاهر السلبي الذي اغفل السجل عن حقوق له ، فإنه لا يمكن للغير التمسك بحجيته عملا بمبادئ نظام الشهر العيني ولكن يمكن لهذا الاخير ان يصحح هذا الإغفال بنفس الطرق السابقة .

الخلاصة

## الخاتمة :

إن استقرار المعاملات في المجتمع ضرورة تهدف إلى تحقيقها السلطات المختلفة في الدولة ، فهي حاجة تسبق العدالة فالمعامل الذي يطمئن لوضع معين فيه من المظاهر يكفي لتولد الاعتقاد المشروع لقانونية مركز الطرف الآخر للتصرف ، فإن حمايته تصبح مسايرة للأهداف العامة للقانون، وإن كانت الحقيقة هي الواقع الذي يحميه ويقره القانون ويمثلها مراكز تنشأ في ظل القانون. فإنه توجد مراكز أخرى فعلية لا تتفق مع القانون وفي الأصل لا ترتب الاثار التي يربتها المركز القانوني .

وبما أنه يجب أن يخضع الواقع للقانون وفقا لذلك أن يظل الظاهر أولى بالرعاية في مواجهة صاحب المركز القانوني وهذا من متطلبات التطور الذي تشهده الحياة الاجتماعية.

فنظرية الوضع الظاهر الذي استحدثها القضاء من أجل حماية الغير حسن النية ، واختلف الفقه في تحديد أساس قانوني لها ؛ فهناك من أسسها على النظريات التقليدية كالنيابة والصورية ، وهناك من ذهب أبعد من ذلك و لجأ إلى فلسفة القانون من أجل عسى ان يجد فيها أساسا لذلك.

وفي رأبي الخاص أن أساس هذه النظرية في السجل العيني هو حجية السجل المفترضة حسب مبادئ النظام العيني الذي تطرقنا اليه في الفصل الأول ووضحنا فيه كيفية اعداد السجل العيني في التشريع الجزائري.

وبدراسة ما أخذ به المشرع من إجراءات و آليات لإعداد السجل العيني ، و هذا فضلا عن عدم أخذه بمبادئ نظام الشهر العيني بصفة مطلقة " مبدأ القوة الثبوتية المطلقة " و " مبدأ حظر الاكتساب بالتقادم " ، رأينا أن هذا ساهم بقوة في ايجاد وضع ظاهر في بيانات السجل العينين وقد يكون هذا الظاهر اكتسب حقا في السجل العيني (ظاهر ايجابي) بموجب الاجراءات المأخوذ بها في تحديد الملاك الظاهرين والمنصوص عليها في المواد 13 و 14 من المرسوم 63/76 أو قد يكتسب بالآليات الموازية التي اقرها المشرع من أجل تسريع عملية مسح الاراضي وتطهير الملكية العقارية.

وقد يكون الظاهر سلبيا أي اغفل عنه السجل العيني ، وهذا وارد ، حتى المشرع قد توقع ذلك وهذا يظهر من خلال تركه حق الطعن في بيانات السجل مفتوحة لتصحيح هذا الاغفال.

ومنه تطرقنا إلى حجية هذا الظاهر في السجل العيني من أجل أن يتمسك به الغير وهذا تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر، فوجدنا أن هذا الظاهر الايجابي حجة للغير وحجة على الغير واستطردنا في تحديد شروط تطبيق نظرية الوضع الظاهر من خلال وجهة نظر الفقه حتى يحظى الغير بحماية حقوقه.

وقد أقر المشرع الجزائري بأحكام لحماية الغير الذي يتصرف مع الظاهر وهذا نجده باستقراء المادة 86 من المرسوم 63/76 وإن كان هذا تطبيقاً لنظرية الوضع الظاهر، إلا ان المشرع قد ضيق من مجال تطبيقها وأخضع مجموعة من الشروط وهذا بهدف استقرار المعاملات.

أما الظاهر السلبي لا يمكن التمسك به من أجل حماية الغير بناء على مبادئ النظام العقاري المأخوذ به لأن في ذلك مساس بحجية السجل.

ومنه نستخلص أن نظرية الوضع الظاهر في السجل العيني تختلف عن النظرية التقليدية في كون أن الاولى يشترط لإعمالها ركن مادي وركن معنوي ، فيمكن اعتبار ان هذه نظرية بأحكام خاصة .

فالركن المادي في النظرية محل الدراسة يتمثل في بيانات السجل ، فيكون بذلك القيد له حجية إيجابية وعدم القيد له حجية سلبية.

ولا محل للركن المعنوي المتمثل في حسن نية الغير في هذه النظرية ، فلم يفرق النظام العيني المأخوذ به بحسن أو سوء نية الغير من أجل إعمالها وهذا عكس النظرية التقليدية.

وبالتالي فنظرية الوضع الظاهر بإحكامها الخاصة لا تمنع التمسك بحجية الظاهر طبقاً للنظرية التقليدية.

والله ولي التوفيق

الملاحق



## ملف رقم 448006 قرار بتاريخ 2008/05/14

قضية (م.س) ضد (ب.ه)

الموضوع : حيازة ، عقد عرفي

قانون مدني : المادة 827

المبدأ : لا يحول التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع عقار ، دون استثناس قضاة الموضوع به ، لإثبات الحيازة ، باعتبارها واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق .

إن المحكمة العليا

في جلستها المنعقدة بمقرها شارع 11 ديسمبر 1960، الايبار ، بن عكنون ، الجزائر

بعد المداولة القانونية اصدرت القرار الاتي نصه :

بعد الاطلاع على المواد 231-271 من قانون الاجراءات المدنية

بعد الاطلاع على مجموع اوراق الملف ، و على عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ 2006/06/14 و على مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده .

بعد الاستماع إلى السيد /الطيب محمد الحبيب المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد هياني ابراهيم المحامي العان و تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن .

حيث ان الطاعن (م.س) طعن عن طريق النقض بتاريخ 2006/06/14 بواسطة عريضة قدمها محاميه الاستاذ

آيت سالم عميروش المعتمد لدى المحكمة العليا ، ضد القرار الصادر عم مجلس قضاء تلمسان بتاريخ

2004/03/29 القاضي بإلغاء الحكم المستأنف عن محكمة الرمشي بتاريخ 2002/11/13 و تصديا من

جديد للدعوى ، التصريح بسقوطها بالتقادم طبقا للمادة 102 الفقرة الاخيرة من القانون المدني و القرار بتثبيت

حيازة المستأنف للقبو موضوع النزاع ، طبقا لأحكام المادة 827 من القانون المدني .

حيث ان الاستاذ آيت سالم عميروش آثار في حق الطاعن وجهين للنقض .

حيث أن المطعون ضده (ب.هـ) قد بلغ بعريضة الطعن و أودع مذكرة جواب بواسطة محاميه الاستاذ تواتي عبد - الرحيم.

### و عليه فإن المحكمة العليا

في الشكل : حيث أن الطعن بالنقض جاء مستوفيا الشروط الشكلية المنصوص عليها بالمواد 235 إلى 243 من قانون الاجراءات المدنية مما يتعين قبوله .

في الموضوع : حيث يتبين من القرار موضوع الطعن ان الطاعن رفع دعوى ابطال عقد عرني كان أبرمه ضده بخصوص عقار ، فيما هذا الاخير دفع بسقوط دعوى البطلان و بالتقادم المكسب .

حيث قضت المحكمة بمطلب من الطاعن و هو الحكم الملغى بموجب القرار موضوع الطعن .

### عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة قاعدة جوهرية في الاجراءات :

بدعوى ان القرار موضوع الطعن فصل على أساس الحيازة في دعوى أساسها الملكية و هو ما يخالف المادة 418 من قانون الاجراءات المدنية ، اضافة إلى أنه أعاد الدعوى بالضرر على الطاعن الذي رفعها.

لكن حيث اضافة إلى انعدام أي علاقة بين المادة المذكورة و دعوى الحال، فإنه يتعين على الطاعن مراجعة وقائع و اجراءات الطعن الملخصة في القرار موضوع الطعن و الحكم المستأنف و التي مفادها أن الدعوى التي رفعها الطاعن كانت ترمي منذ منطلقها إلى ابطال العقد المبرم بين الطرفين لا غير و بالتالي ليست دعوى ملكية ، و لا وجود لأي مخالفة للمادة المذكورة ، اما بخصوص عدم جواز الفصل بما يضر المدعي الاصلي فهو دفع بتجاهل شرعية الطلب المقابل المطعون ضده و الذي فصل فيه القرار المنتقد طبقا للمواد 4- 96- 148 قانون الاجراءات المدنية و عليه فالوجه غير جدي و يستوجب بالتالي الرفض .

### عن الوجه الثاني : المأخوذ من الخطأ في تطبيق القانون

بدعوى أن القرار موضوع الطعن خالف المادة 828 من القانون المدني التي تنص على أن "السند الصحيح الذي يصدر عن غير مالك شيء المراد اكتسابه بالتقادم " في حين ان العقد موضوع الدعوى ابرمه الطاعن و هو

المالك الحقيقي للعقار موضوع النزاع . مما لا يبقى محالا لتطبيق مبدأ الحيازة في دعوى الحال . اضافة إلى ان القرار خالف نص المادة 103 التي تنص على بطلان العقد العربي.

لكن حيث لا شيء في القرار موضوع الطعن يفيد اعتماد قضاة الموضوع على نص المادة 828 من القانون المدني و على السند الصحيح ، بل أشارت حيثيات القرار إلى نص المادة 827 من القانون المدني.

حيث رفض قضاة الموضوع دعوى الطاعن بناء على المادة 2/102 من القانون المدني ، التي تنص على سقوط دعوى البطلان المطلق للعقد العربي بمرور خمسة عشر سنة ابتداء من تاريخ العقد . و هو الشرط الذي شهد قضاة الموضوع على توفره في دعوى الحال.

حيث رفع المطعون ضده طلبا مقابلا يرمي إلى الاشهاد له بإكتساب العقار موضوع النزاع بالتقادم طبقا للمادة 827 ، و استجاب قضاة الموضوع لطلبه ، بعدما شهدوا على توفر شروط المادة المذكورة ، باعتباره قرينة على الدخول في الحيازة وليس باعتباره عقدا صحيحا .

و عليه فإن قضاة الموضوع طبقوا صحيح القانون و الوجه التالي هو الاخر غير جدي مما يجعل الطعن غير مؤسس و يستوجب الرفض.

حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطاعن.

### لهذه الأسباب

في الشكل: قبول الطعن

في الموضوع: رفضه

و بإبقاء المصاريف على الطاعن .

بذا صدر القرار و وقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من شهر ماي سنة الفين و ثمانية من قبل المحكمة العليا – الغرفة العقارية – القسم الثان\*ي و المشكله من السادة :

رئيس الغرفة رئيسا	آيت قرين شريف
مستشارا مقرا	الطيب محمد الحبيب
مستشـارا	بوشليق علاوة
مستشـارا	بلمكر الهادي
مستشـارا	سعادة بوبكر

و بحضور السيد هياني ابراهيم المحامي العام ،

و بمساعدة السيدة هيشور فاطمة الزهراء أمين الضبط

ملف رقم 251665 قرار بتاريخ: 2003/09/24

قضية (ي.ب) ومن معه ضد (م.أ) .

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب - عقد شهرة.

قانون رقم: 83-352.

المبدأ: عقد الشهرة، حتى وإن كان عقدا رسميا، عقد تصريحي يحرر اعتمادا على تصريحات المستفيد منه لا غير .  
يمكن دحض ماورد فيه بالدليل العكسي .  
يتعين على القضاة، في هذه الحالة، التحقق من الحيازة الأحق بالترتيب .

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقد بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، بن عكنون الجزائر .  
بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 257، 244، 239، 231، 233 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 19/أفريل/ 2000

بعد الاستماع الى السيد/ بلعربية فاطمة الزهراء رئيسة القسم المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب، والى السيد/ فلو عبد الرحمان النائب العام المساعد في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن المسمى (ي.ب) ومن معه طعنا بطريق النقض بتاريخ: 19/أفريل/ 2000 بواسطة محاميها الأستاذ عوام جيلالي محامي معتمد لدى المحكمة العليا، في القرار الصادر عن مجلس قضاء أدرار بتاريخ: 05/02/2000، الذي

بناء على استئنافهما الحكم الصادر عن محكمة تيميمون المؤرخ في: 04/10/1999، قضى بتأييد الحكم المعاد،

الذي بناء على دعوى مرفوعة من طرف (م.أ)، حكم بالزامهما بإخلاء القطعة الارضية الكائنة بقصر قدور

عيسى بلدية قصر قدور، البالغ مساحتها 15000م<sup>2</sup> والتي يحدها من الشرق ملك (ع.ق) ومن الجنوب ملك

(ع.ل) ومن الغرب ملك (أ.ب) ومن الشمال ملك (ا.ب) ...

حيث وتدعيما لطنعتهما اودع الطاعنان بواسطة محاميها عريضة تتضمن وجهين...

حيث أن النيابة العامة قدمت بتاريخ: 16/07/2003 طلباتها الرامية إلى رفض الطعن.

## وعليه فإن المحكمة العليا

### في الشكل:

حيث أن الطعن بالنقض استوفى اوضاعه القانونية فهو مقبول شكلاً.

### في الموضوع:

حيث أن الطاعنان تدعيما لضعفهما إثبات وجهين.

### الوجه الأول: مأخوذ من خرق القانون والخطأ في تطبيقه:

من حيث أن القضاة تأسسوا على عقد شهرة باطل لم يجر من طرف موثق مختص، وهذا خرقاً للمادتين 1 و2 من المرسوم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21. ذلك لأن عقد الشهرة حرر بغرداية، في حين أن العقار يقع بأدرار.

من حيث أن الموثق لم يحترم مقتضيات المادتين 3 و4 من المرسوم المشار إليه أعلاه، وأن المحضر الاستوحي المقدم، أثبت بأن رئيس البلدية التي يقع العقار بدائرة اختصاصها لم يتم إخطاره.

### الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

من حيث أن القضاة لم يتحققوا مما إذا كان المدعي عليه في الطعن بالنقض قد مارس الحيازة على القطعة أم لا، في حين أن الطاعنين أثبتا أنهما مارسا الحيازة عن طريق تقديم شهادات حيازة مشهورة.

### عن الوجهين معا لتكاملهما:

حيث أن الدعوى المرفوعة من طرف المدعي عليه في الطعن بالنقض هي دعوى استرداد بصفته مالكا للقطعة المتنازع عليها بموجب عقد شهرة، ترمي إلى طرد المدعين في الطعن في هذه القطعة. وأن المدعين في الطعن بالنقض قدما طلبا مقابلا يرمي إلى ابطال عقد الشهرة الذي يتنازعان في صحته لكونه حرر من طرف موثق غير مختص اقليميا، وقدما شهادتي حيازة مؤرخة في 1999/10/05 بالنسبة للمدعو (ب.ي) وفي 1999/10/17 بالنسبة للمدعو (ع.م) تثبتان تطبيقا للمادة 2 من المرسوم 254/91 المؤرخ في: 1991/07/27 بأن المدعين في الطعن بالنقض يمارسان الحيازة على القطعة المتنازع عليها بالنسبة للأول على الأقل منذ 1998/10/05 وبالنسبة للثاني على الأقل منذ 1998/10/17 وأنهما نازعا في حيازة المدعي عليه في الطعن بالنقض التي تأسس عليها عقد الشهرة المثار.

حيث أن قضاة الموضوع استجابوا لطلب الطرد بسبب ما يلي:

" حيث أن عقد الشهرة المقدم تم اشهاره واكتسب الصفة الرسمية الدالة على الملكية العقارية لفائدة (م.ا) وحيث انه لا يمكن مخالفة ما نصت عليه الوثيقة الرسمية ما لم يطعن فيها بالتزوير مما يجعل ملكية (م.ا) للأرض عن طريق عقد الشهرة ثابتة وقائمة..."

## وعليه فإن المحكمة العليا

### قضت المحكمة العليا وفصلا في القضايا العقارية:

بقبول الطعن بالنقض شكلا وفي الموضوع بنقض وابطال القرار عن مجلس قضاء ادرار بتاريخ: 2000/02/05 واحالة القضية والاطراف إلى نفس المجلس مشكلا من هيئة اخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. بترك المصاريف على عاتق المدعي عليه في الطعن بالنقض. وامرت بتبليغ هذا النص برمته إلى الجهة القضائية التي اصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب بهامش الاصل بواسطة كتابة الضبط.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع والعشرون من شهر سبتمبر سنة الفين وثلاثة ميلادية من قبل المحكمة العليا - الغرفة العقارية - القسم الثاني المشكلة من السادة:

رئيسة القسم مقررة	بلعربية فاطمة الزهراء
المستشارة	بوتارن فائزة
المستشار	آيت قرين الشريف
المستشار	بوشليق علاوة
المستشار	فريمش اسماعيل
المستشار	بلمكر الهادي

وبحضور السيد: فلو عبد الرحمان النائب العام المساعد،  
وبمساعدة السيد: شرقي بديع معاون أمين ضبط.

ملف رقم 565212 قرار بتاريخ: 2009/12/10

قضية (ع.ب) ضد (ح.س) ومن معه.

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب - عقد شهرة.

قانون مدني: المادة: 827.

قانون التوجيه العقاري: المادة 39.

المبدأ: يعد قضاء مخالفًا للقانون، القضاء ببطان عقد شهرة لاحق، لوجود عقد شهرة سابق، منصبين على نفس العقار، مادام إعداد عقد الشهرة متوقفاً على مدى توفر شروط الملكية عن طريق التقادم المكسب. يستدعي في مثل هذه الدعاوى، البحث عن الحائز الحقيقي وعن مدى توفر حيازته على الشروط المقررة قانوناً.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقد بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، بن عكنون الجزائر .

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 349 الى 360 و 377 إلى 378 و 557 الى 581 من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 2008/05/26 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع الى السيد/ بودي سليمان رئيس القسم مقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد/ بن سالم محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى الرفض .

حيث أن الطاعن (ع.ب) طعن بطريق النقض بتاريخ: 2008/05/26 بواسطة عريضة قدمها محاميه الاستاذ صاري محمد الطاهر المعتمد لدى المحكمة العليا، ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء تلمسان بتاريخ: 2008/02/27، القاضي بإلغاء الحكم المستأنف الصادر عن محكمة ندرومة بتاريخ: 2007/12/08 فهرس رقم 07/0679 في جميع ما قضى به، وحال التصدي من جديد، الغاء عقد الشهرة المحرر باسم المدعو (ع.ب) المحرر من طرف الاستاذة فرحات حسينة الموثقة بندرومة بتاريخ: 1993/07/28 والمشهر بالمحافظة العقارية في 1994/05/30 حجم 01 رقم 156 المتضمن قطعة ارض مساحتها ألف وثلاث مائة واثنين وعشرين متر مربع ستمتر ( 1322.40 ) كائنة بالمكان المسمى أولاد محمد.



حيث ان المطعون ضده (ح.ر) قد بلغ بعريضة الطعن وأودع مذكرة جواب بواسطة محاميه الاستاذ صفاحي محمد مفادها أن الطعن غير مؤسس.

حيث أن الأستاذ/ صاري محمد الطاهر أثار في حق الطاعن ثلاثة أوجه للنقض.

الوجه الاول: مأخوذ من مخالفة وإغفال قاعدة جوهرية في الإجراءات:

الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام وقصور الأسباب ويتفرع الى فرعين:

الفرع الاول: مأخوذ من خرق المادتين 6 و 7 من المرسوم 352/83.

الفرع الثاني: مستمد من خرق المادتين 01 و 2 من المرسوم 352/83.

الوجه الثالث: مستمد من انعدام الاساس القانوني للحكم.

### وعليه فإن المحكمة العليا

عن الوجه الثالث المستمد من انعدام الأساس القانوني الذي يتعين فحصه:

من حيث أن الطاعن يعيب على القرار المطعون فيه انه قضى بإبطال عقد الشهرة المتمسك به، على أساس ان العقار موضوع النزاع انتقلت ملكيته الى المطعون ضدهم كون عقد الشهرة الخاص بهم مشهر مسبقا، مع ان الطاعن قد اثبت حيازته القانونية للقطعة الارضية محل التداعي، والتمس اللجوء الى خبرة لتحديد الحائز الفعلي وتاريخ بداية حيازته، إلا ان المجلس لم يلتفت لهذه الدفوع.

وبهذا يكون القرار المطعون فيه مخالف للأسس القانونية، الأمر الذي يعرضه للنقض والابطال.

حيث انه يتضح من تلاوة القرار المطعون فيه ومن الاطلاع على سائر اوراق الطعن، ان النزاع في دعوى الحال ينصب حول ابطال عقد شهرة خاص بالمدعي في الطعن. ويتعلق الامر بثلاث قطع ارضية وان الطاعن دفع بأن عقد الشهرة هو عقد رسمي وقد مر قبل اعداده بعدة مراحل ولم يتم الاعتراض عليه. علاوة على ذلك فإن تقرير الخبرة المأمور به جاء في صالحه.

وحيث انه، وبالرجوع الى الاسباب التي ساقها القرار المطعون فيه، يتضح ان قضاة الموضوع اقاموا قضاءهم اساسا على ان القطعة الارضية التي تضمنها عقد الشهرة، موضوع الابطال هي جزء من قطعة ارضية كبر مسماة" دار متغري" ملك للمطعون ضدهم بموجب عقد شهرة، محرر بوهران بتاريخ: 1994/03/30 ومشهر لدى المحافظة العقارية بالجزوات في: 1994/04/23 حجم 01 رقم 33.

وانه اذا كان المشرع قد اجاز لكل شخص ان يكتسب عن طريق التقادم المكسب، الا انه أوجب ان يكون العقار في منطقة لم تشملها عملية المسح، وأن لا يكون قد حرر بشأنه عقد رسمي، عملا بالمادة 39 من قانون التوجيه العقاري.

وبما ان عقد الشهرة موضوع دعوى الحال جاء لاحقا لسند المستأنفين فإنه جاء مخالفا للأحكام التشريعية المذكورة مما يتعين ابطاله.

لكن حيث فضلا على ان المسح الذي اشترطه المشرع لمنع اعداد عقد الشهرة على الاراضي التي كانت محلا له، هو ذلك المسح الذي تم وفقا لمقتضيات الأمر 75/74 المتضمن مسح الاراضي واعداد السجل العقاري، فإن المادة 39 من قانون التوجيه العقاري لم تخطر اطلاقا التملك عن طريق التقادم المكسب، الذي تحكمه المادة 827 وما بعدها من القانون المدني. وهي المواد التي نص الأمر المتعلق باعداد عقد الشهرة على مراعاتها. وحيث انه متى كان ذلك، وكان عقد الشهرة هو مجرد عقد تصريحي يجد سنده في المواد 827 وما بعدها من القانون المدني، فإنه كان على قضاة الموضوع، وبما لهم من سلطة تقديرية، البحث عن الحائز الحقيقي ومدى توفر شروط حيازته عملا بالمادة المذكورة. ومن ثم وعلى ضوء النتائج المتوصل اليها، الفصل في الطلب الاصلي سواء بالسلب او الايجاب.

وبما انهم لم يعتقدوا الى ذلك، واقاموا قضاءهم بابطال العقد الاحق على اساس الاسبقية في الشهر، مع ان القانون لم ينص على ذلك اطلاقا، فإنهم يكونون قد أعابوا قرارهم بانعدام الاساس القانوني وعرضوه للنقض والابطال، وذلك دون حاجة لمناقشة باقي الأوجه.

### فلهذه الاسباب

### قررت المحكمة العليا :

قبول الطعن شكلا وموضوعا، نقض وابطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاة تلمسان بتاريخ: 2008/02/27، واحالة القية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون وابقاء المصاريف القضائية على المطعون ضدهم. وامرت بتبليغ هذا النص الكامل برمته إلى الجهة القضائية التي اصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب على هامش الاصل بواسطة كتابة الضبط. بدا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ العاشر من شهر ديسمبر سنة الفين وتسعة ميلادية من قبل المحكمة العليا - الغرفة العقارية - القسم الرابع والمشكلة من السادة:

رئيس القسم مقرر

مستشار

مستشار

مستشار

مستشار

بودي سليمان

العابد عبد القادر

عميور السعيد

فريمش اسماعيل

بوجان علي

ملف رقم 258062 قرار بتاريخ: 2003/12/17

قضية (ب.م) ضد (ب.ب) .

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب - عقد شهرة.

قانون رقم: 83-352 المادة 5.

المبدأ: تتعلق مدة أربعة أشهر، المنصوص عليها في المادة 5 من المرسوم 83-352، بالفترة التي يقوم الموثق، بعد انقضائها، باعداد عقد الشهرة. لا يترتب عن فواتها سقوط الحق في رفع دعوى بطلان عقد الشهرة أمام القضاء المختص.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقد بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، بن عكنون الجزائر .  
بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناء على المواد 257، 244، 239، 231، 233 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 2000/07/25.

بعد الاستماع الى السيد/ بلعربية فاطمة الزهراء رئيسة القسم المقررة في تلاوة تقريرها المكتوب، والى السيد/ فلو عبد الرحمان النائب العام المساعد في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

الوجه الأول: مأخوذ من انعدام الاساس القانوني:

الوجه الثاني: مأخوذ من قصور وانعدام الاسباب:

الوجه الثالث: مأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه

عن الوجهين الأول والثالث معا دون الحاجة لفحص الوجه الثاني:

حيث أن الطلب المقدم من طرف المدعي في الطعن بالنقض كان يرمي إلى ابطال عقد الشهرة المحرر في 1994/07/26 لفائدة المدعي عليه في الطعن والمنصب على قطعة ارضية مشتراة في حالة شيوع بعقد توثيقي مؤرخ في: 1989/01/16.

حيث أن قضاة الاستئناف رفضوا طلبه بسبب انه، وتبعاً لقسمة حصلت بين المالكين في الشيوع، باع المدعي حصته لأحد اخوته. وانه نظراً للمانع الادبي لم يتم اعداد اي عقد. وان المدعي عليه في الطعن قام بحسن نية باعداد عقد الشهرة محل النزاع لفائدته.

حيث انه خلافا لما سبق، فإن الأسباب التي اعتمدها قضاة الاستئناف لم تستند إلى اي عنصر من عناصر الملف. وان القضاة اكتفوا بالقول بوجود قسمة دون تحديد تاريخها. كما انهم اعتبروا بان بيع المدعي في الطعن بالنقض لحصته ثابت بالرغم من عدم اعداد اي عقد وانه لا يجوز نقل الملكية الا عن طريق عقد توثيقي تطبيقا للنصوص القانونية ولا سيما مقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني كما لا يمكن الاستناد للمانع الادبي في مجال نقل ملكية الحقوق العينية العقارية، وانه وزيادة على ماسبق، تمسك قضاة الموضوع بحسن نية المدعي عليه في الطعن بالنقض، في حين أن مقتضيات المرسوم رقم 352/83 المؤرخ في: 1983/05/21 لا تنص على حسن أو سوء نية الشخص الذي يسعى إلى اعداد عقد الشهرة، واخيرا اعتبر القضاة بأنه لا يجوز للمدعي في الطعن بالنقض الاعتراض على اعداد عقد الشهرة بعد انقضاء اجل اربعة اشهر في حين أن هذا الاجل ممنوح للموثق قصد اعداد عقد الشهرة ولا يمكن أن يعتمد عليه في حساب آجال سقوط حق المدعي في الطعن بالنقض في رفع دعواه الرامية إلى ابطال عقد الشهرة المحرر اضاراً بحقوقه. وانه بالنتيجة لما سبق، وعلاوة على أن القضاة لم يعطوا لقرارهم أساساً قانونياً، فإنهم خرقوا القانون ولا سيما مقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 وبالتالي فإن قرارهم يستوجب النقض لانعدام الاساس القانوني ومخالفة القانون.

حيث أن المصاريف تقع على عاتق المدعي عليه في الطعن بالنقض طبقاً للمادة 270 من قانون الاجراءات المدنية.

### لهذه الاسباب

#### قضت المحكمة العليا وفصلاً في القضايا العقارية:

#### في الشكل:

بقبول الطعن بالنقض شكلاً

في الموضوع: نقض وابطال القرار عن مجلس قضاء باتنة بتاريخ: 2000/02/16، واحالة القضية والاطراف إلى نفس المجلس مشكلاً من هيئة اخرى، وبترك المصاريف القضائية على عاتق المدعي عليه في الطعن بالنقض. وامرت بتبليغ هذا النص برمته إلى الجهة القضائية التي اصدرت القرار المطعون فيه بسعي من السيد النائب العام ليكتب بهامش الاصل بواسطة كتابة الضبط.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السابع عشر من شهر ديسمبر سنة الفين وثلاثة ميلادية من قبل المحكمة العليا - الغرفة العقارية - القسم الثاني المشكلة من السادة:

رئيسة القسم مقررة  
المستشارة  
المستشار  
المستشار

بلعربية فاطمة الزهراء  
بوتارن فائزة  
آيت قرين الشريف  
بوشليق علاوة  
وبحضور السيد: فلو عبد الرحمان النائب العام المساعد،  
وبمساعدة السيد: شرقي بديع معاون أمين ضبط.

## ملف رقم 386808 قرار بتاريخ: 2007/02/14

قضية (ع.م) ومن معه ضد (ق.م) ومن معه.

الموضوع: حيازة - شهادة الحيازة - دعوى الحيازة.

قانون رقم: 25-90 المواد: 30 و 39 وما يليها.

مرسوم رقم: 254-91.

المبدأ: لم يجعل المشرع من شهادة الحيازة شرطا لممارسة دعاوى الحيازة الخاضعة لأحكام المواد 817 وما بعدها من القانون المدني والمواد 413 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية ( المادة 524 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية والادارية).

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقد بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، بن عكنون الجزائر .  
بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي:

بناء على المواد 257، 244، 239، 231، 233، وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 2005/02/26 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضدهم.

بعد الاستماع الى السيد/ عدالة الهاشمي رئيس القسم المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد/ بهياني ابراهيم المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض الطعن.

حيث أن المسمى (ع.م) ومن معه طعنوا بطريق النقض بتاريخ: 2005/02/26 في القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل بتاريخ: 2004/11/28، القاضي بتأييد الحكم المستأنف الصادر عن محكمة الطاهير بتاريخ: 2004/01/10 القاضي باعتماد الخبرة المنجزة من طرف الخبير فرحات قسوم وبحسبها الزام الطاعنين بالخروج من القطعة الأرضية المسماة " طبة عدير أقتنا" البالغ مساحتها 6800م، التابعة للمطعون ضدهم مع الزامهم بأن يدفعوا لهم مبلغ 20.000 دج جبرا للضرر.

حيث انه وتدعيما لطعنهم أودع الطاعنون بواسطة وكيلهم الاستاذ/ شريف بواب عريضة تتضمن وجها

الوجه الوحيد: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

وفي بيانه يذكر الطاعنون أن قضاة الموضوع اسسوا قرارهم على القطعة الارضية محل النزاع تعود حيازتها للمطعون ضدهم، مستنديين في ذلك إلى شهادة الشهود وبطاقة التصريح بالاقامة. مع أن النزاع الحالي يتعلق بعقار وان كل التصرفات الواردة على العقارات يجب اخضاعها تحت طائلة البطلان المطلق للرسمية باتباع الاجراءات المنصوص

عليها قانونا لاسيما في قانون التوثيق والقانون المدني، في المواد 324 مكرر والمواد 808 الى 828 منه وكذلك أحكام القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري لاسيما المواد 39، 40، 41، 42، 46 منه...  
وحيث أن الأستاذ/ بلحيرش حسين محام معتمد لدى المحكمة العليا أودع مذكرة جواب في حق المطعون ضدهم مفادها أن الطعن غير مؤسس.

وحيث تم تبليغ الملف الى النيابة العامة وفقا للمادة 248 من قانون الاجراءات المدنية فالتمسست رفض الطعن.

### وعليه فإن المحكمة العليا

#### في الشكل:

- حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.  
في الموضوع:

#### عن الوجه الوحيد: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني:

لكن حيث من جهة، وبالرجوع الى القرار المطعون فيه والى الحكم الابتدائي المؤيد بموجبه، فإن الدعوى هي دعوى حيازة تهدف الى منع التعرض، وقد تم التصدي لها هذا الاساس، بدليل استناد الحكم الى المادة 820 من القانون المدني. وبذلك فإن قضاة الموضوع لم يخلطوا دعوى الحيازة بدعوى الملكية، ولم يخالفوا بالتالي أحكام المادة 418 من قانون الاجراءات المدنية، كما ذهب اليه الطاعنون. كما أن تمسك الطاعنين بأحكام المادة 828 من القانون المدني على النحو الذي ابدوه لا يستقيم، كون هذه المادة انما تتعلق بالتقادم المكسب كوسيلة من وسائل اكتساب الملكية.

وحيث والحال كذلك، فلا مجال للتمسك بأحكام المادة 324 مكرر من القانون المدني وأحكام قانون التوثيق التي انما تخص المعاملات بشأن العقارات، ولا علاقة لها بالتالي بدعوى الحيازة.

وحيث من جهة اخرى، وبخصوص نعي الطاعنين على القرار المنتقد عدم مراعاة احكام المواد 39 الى 42 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري والمادة 46 منه، فإنه مردود عليه لأن المشرع، وإن كان قد نص في المادة 30 من هذا القانون على انه " يجب على كل حائر لملك عقاري أو شاغل اياه أن يكون لديه سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل " قاصدا بذلك شهادة الحيازة التي نصت عليها المواد 39 وما بعدها من نفس القانون. وهي الوثيقة التي حدد المرسوم 254/91 المؤرخ في: 1991/07/27 كيفية اعدادها وتسليمها وذلك بغية تسوية الحائر او الشاغل لوضعيته القانونية ازاء العقار الذي يحوزه أو يشغله، في سياق ما نصت عليه المادة 47 من القانون المذكور. إلا انه (المشرع) لم يجعل من هذه الشهادة شرطا لممارسة دعوى الحيازة التي تخضع لأحكام المواد 817 وما بعدها من القانون المدني والمواد 413 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

وحيث بهذا فإن الوجه الوحيد المثار غير مؤسس، يتعين رفضه ومعه رفض الطعن.

وحيث ان المصاريف تقع على عاتق المدعين في الطعن تطبيقا لمقتضيات المادة 270 من قانون الاجراءات المدنية.

فلهذه الاسبابقررت المحكمة العليا :

قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وعلى الطاعنين المصاريف.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الرابع عشر من شهر فيفري سنة ألفين وسبعة ميلادية من قبل المحكمة العليا - الغرفة العقارية - القسم الثاني المشكلة من السادة:

رئيس القسم مقرر	عدالة الهاشمي
المستشار	آيت قرين الشريف
المستشار	بوشليق علاوة
المستشار	الهادي بلمكر
المستشار	الطيب محمد الحبيب

وبحضور السيد: بهياني ابراهيم الخامي العام،

ومساعدة السيد: هيشور فاطمة الزهراء أمينة ضبط رئيسية.



ملف رقم 423822 قرار بتاريخ: 2008/07/16

قضية ورثة (ب.ر) ضد (ب.خ)

الموضوع: ملكية - حيازة - تقادم مكسب.

قانون مدني : المادة 827.

المبدأ: من الثابت قانونا أن كل من حاز عقارا أو منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاصا به، صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع.  
لا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقد بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، بن عكنون الجزائر .  
بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي:

بناء على المواد 257، 244، 239، 231، 233 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى، وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة بتاريخ: 2006/01/30 وعلى مذكرة الرد التي تقدم بها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع الى السيد/ العابد عبد القادر المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد/ بن سالم محمد المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى رفض القرار.

حيث أن الطاعن ورثة (ب.ر) طعنوا بطريق النقض بتاريخ: 2006/01/30 بواسطة عريضة قدمها محاميهم

الأستاذ/ مسعودي خالد المعتمد لدى المحكمة العليا ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء جيجل

بتاريخ: 2005/11/16، القاضي بتأييد الحكم المستأنف مبدئياً وتعديلاً له جعل رفض الدعوى استناداً إلى التقادم

المنصوص عليه بالمادة 827 من القانون المدني بدلا من المادة 828 من القانون المدني.

حيث أن المطعون ضده (ب.خ) قد بلغ بعريضة الطعن وأودع مذكرة جواب بواسطة محاميه الأستاذ/ خشمون بوزيد مفادها أن الطعن غير مؤسس.

حيث أن الطعن بالنقض قد استوفى شروطه القانونية فهو مقبول شكلاً.

حيث أن الاستاذ/ مسعودي خالد أثار في حق الطاعن وجهين للطعن.

### الوجه الاول: المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه:

وحاصله أنه من المقرر قانونا طبقا للمادة 29 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري، أن الملكية العقارية تثبت بسند رسمي مشهر، وأن المدعين في الطعن قدموا بين يدي القاضي سندا رسميا مشهرا هو الدفتر العقاري لذي يجوز الحجية المطلقة والقوة الثبوتية. وهو وحده الدليل المنتج في دعاوى استحقاق الملكية بالنسبة للأراضي المشمولة بإجراء المسح عملا بأحكام الأمر رقم 74/75 والمرسوم رقم: 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. وأن المشرع تبنى، على إثر المرسوم 69/76، نظام الشهر الذي يقوم على الحجية المطلقة للشهر ولا يجوز نقض مضمون الدفتر العقاري إلا على إثر دعوى إلغاء مشهرة وفقا للمادة 85 من نفس المرسوم. وعليه فإنه لا يجوز التمسك بالتقدم المكسب في مواجهة المالك الحائز للدفتر العقاري.

ومن جهة أخرى، فإنه يعاب على القرار المطعون فيه أنه منح العقد العربي الحجية في مواجهة المدعين في الطعن وجعله بداية لحيازة المدعي عليه في الطعن التي اعتبرها أساس التقدم المكتسب مخالفا بذلك المواد 12 من قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والمادة 29 من القانون رقم 25/90 المحتج به غير ناقل للملكية وعدم الأثر فضلا على أنه غير قابل للشهر طبقا للمادة 61 من المرسوم رقم 63/76 التي تنص على أن: " كل عقد موضوع شهر أو إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي " وبذلك يكون المدعي عليه في الطعن شاغلا للقطعة الأرضية محل النزاع بدون سند وكان على قضاة المحكمة والمجلس إلزامه بإحالتها.

### الوجه الثاني: مأخوذ من القصور في التسبيب:

وحاصله أن المدعين في الطعن دعموا دعواهم بدفع موضوعي مشتق من المادة 397 من القانون المدني بكونهم المالكين الأصليين للقطعة الأرضية محل النزاع. وبناء عليه فإن عقد الشراء الذي اكتسب بموجبه المدعي عليه في الطعن الملكية غير ناجز في حقهم وعدم الأثر تطبيقا لفكرة أثر العقد في حدود العلاقة بين عقائده. فضلا على أنه غير مشهر وليس له حجية لا بالنسبة للمتعاقدين ولا بالنسبة للغير عملا بالمادة 793 من القانون المدني. ولكن المجلس أهمل ذلك وأحجم عن مناقشة هذا الدفع الموضوعي الجدي الذي يتوقف عليه مصير النزاع في جزء معتبر منه. وبذلك يكون المجلس قد قصر في إعطاء قراره التسبيب الكافي مما يستوجب نقضه وإبطاله.

### وعليه فإن المحكمة العليا

### عن الوجه الأول: المأخوذ من مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه:

والذي يعيب فيه الطاعنون على القرار المطعون فيه، أنه منح العقد العربي الخاص بالمدعي عليه في الطعن، المؤرخ في: 1987/10/02، الحجية في مواجهة المدعين في الطعن، وجعله بداية لحيازة المدعي عليه في الطعن التي اعتبرها أساسا للتقدم المكسب، مخالفا بذلك المادة 12 من قانون التوثيق والمادة 324 مكرر 01 والمادة 29 من القانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري.

لكن حيث يتضح من القرار المطعون فيه، وخلافا لمزاعم المدعين في الطعن أن قضاة الموضوع لم يأخذوا بالعقد العربي كدليل إثبات مقدم من المدعي عليه في الطعن، إنما أشاروا إليه عند حساب مدة حيازة المدعي عليه في طعن للأرض محل النزاع، وذكروا لتأسيس قضائهم، أن الثابت من الحكم المستأنف أن المحكمة رفضت الدعوى الرامية لاسترجاع الملكية لتقادمها، ولتوافر التقادم في مواجهة المدعين في الطعن، مادامت الحيازة ثابتة وبجسنة ولمدة تجاوزت 15 سنة من تاريخ رفع الدعوى الذي هو 2006/12/01، في حين أن الحيازة بدأت من تاريخ 1987/01/02، حسب شهادة البيع المقدمة من طرف المدعي عليه في الطعن.

ولم يثبت طوال هذه المدة أي منازعة للمدعي عليه في الطعن، حتى أُنجز مسكنه من طابقين، حسب دفعه الذي لم ينكره المدعين في الطعن. وبالتالي يكون دفع المدعين في الطعن بأن حق الملكية المستند إلى دفتر عقاري مشهر لا يسقط، غير مؤسس لأن المادة 827 من القانون المدني تحول للمدعي عليه في الطعن الدفع بالتقادم المكسب. هذا من جهة ومن جهة أخرى فإنه لا يوجد أي نص قانوني ينص على منع الدفع بالتقادم المكسب طبقا للمادة 827 من القانون المدني. وعليه تكون المواد القانونية المثارة من المدعين في الطعن لا تجد مجالا للتطبيق في قضية الحال. ومن هنا يكون القضاة قد طبقوا صحيح القانون وطبقوا المادة 827 من القانون المدني تطبيقا صحيحا وبالتالي فالوجه غير مؤسس ويرفض.

### عن الوجه الثاني : المأخوذ من القصور في التسبيب:

حيث أن مضمون هذا الوجه هو عبارة عن تكرار لما جاء في الوجه الأول، وقد سبقت الإجابة عليه ومناقشته. وعليه فهو غير مؤسس ويرفض، ومعه يرفض الطعن بالنقض. حيث أن من خسر الدعوى يتحمل المصاريف القضائية طبقا للمادة 270 من قانون الإجراءات المدنية.

### لهذه الأسباب

### قررت المحكمة العليا:

قبول الطعن شكلا ورفضه موضوعا وإبقاء المصاريف على الطاعن.

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ السادس عشر من شهر جويلية سنة ألفين وثمانية من قبل المحكمة العليا - الغرفة العقارية - القسم الرابع والمشكلة من السادة:

الرئيس القسم رئيسا

بودي سليمان

مستشارا مقررا

العابد عبد القادر

مستشارا

عميور السعيد

مستشارا

فريمش اسماعيل

مستشارا

بومجان علي

وبحضور السيد: بن سالم محمد، المحامي العام،

وبمساعدة السيد: قندوز عمر، أمين الضبط.

ملف رقم 259635 قرار بتاريخ: 2004/04/21

قضية (ي.ر) ضد (ب.أ)

الموضوع: ملكية - اثبات الملكية - دفتر عقاري.

أمر رقم: 74/75 المادة: 19.

مرسوم رقم: 62/76

المبدأ: يتم تسليم الدفتر العقاري، باعتباره سنداً للملكية، بعد استكمال التحقيق والإجراءات المقررة قانوناً وليس بالاعتماد على مجرد تصريحات.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقد بها بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي:

بعد الاطلاع على المواد ( 257، 244، 239، 231، 233) وما يليها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الاطلاع على مجموع أوراق ملف القضية وعلى عريضة الطعن بالنقض المودعة يوم: 2000/09/02 وعلى

مذكرة الرد التي قدمها محامي المطعون ضده.

بعد الاستماع الى السيد/ بوجمان علي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب، والى السيد/ عبيودي رابح المحامي

العام في تقديم طلباته المكتوبة الرامية إلى نقض القرار.

حيث أن المسمى ( ي.ر) طعن بطريق النقض بتاريخ: 2000/09/02 في القرار الصادر عن مجلس قضاء البويرة

بتاريخ: 2000/04/30، القاضي باعتماد الخبرة المحررة من قبل الخبير حركات ميلود واعتماد التحقيق الذي أجراه

المجلس، وبحسبها إلغاء الحكم المستأنف الصادر بتاريخ: 1996/10/01 ورفض الدعوى الأصلية التي رفعها

الطاعن.

حيث وتدعيما لطعنه، أودع الطاعن بواسطة وكيلته الاستاذة قارة نورة عريضة تتضمن وجهين للطعن.

حيث أن الاستاذ/ محمد براهيمى اودع مذكرة جواب في حق المطعون ضده مفادها رفض الطعن.

حيث أن الطعن بالنقض استوفى اوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

حيث أثار الطاعن وجهين للطعن.

الوجه الاول: المأخوذ من القصور وتناقض الاسباب:

بدعوى أن المطعون ضده دفع بملكية القطعة محل النزاع. ولما تبين أن عقوده لا تنطبق على الارض المتنازع عليها تراجع ودفع بالحيازة والتقدم المكسب. كما تناقض المجلس في أسبابه عندما أكد أن المطعون ضده مالك للأرض محل النزاع بموجب عقود، ومن جهة أخرى اعتبره حائزاً مالكا بالتقدم المكسب. وهو تناقض يؤدي الى نقض القرار. كما أن القضاة اعتبروا الدفتر العقاري سنداً للملكية وهذا خطأ لأن الدفتر العقاري حرر على أساس تصريحات المطعون ضده وليس على أساس عقد الملكية. وبالتالي لا يعد في مفهوم القانون سنداً للملكية.

### الوجه الثاني: مأخوذ من انعدام الأساس القانوني للقرار:

ومفاده أن القرار محل الطعن أجاز للمطعون ضده أن يدفع بالملكية حسب المادة 677 من القانون المدني وفي نفس الوقت بالحيازة والتقدم المكسب طبقاً للمادة 827 من القانون المدني. مما يعد أيضاً تناقضاً في الأسباب الامر الذي يتعين معه نقض القرار وإبطاله.

### وعليه فإن المحكمة العليا

### عن الوجهين مجتمعين لتكاملهما ووحدة موضوعهما والمأخوذ من تناقض الأسباب

### وانعدام الأساس القانوني:

بدعوى أن المطعون ضده دفع بملكية القطعة محل النزاع ثم تراجع ودفع بالحيازة والتقدم المكسب. لكن حيث أنه بالرجوع الى القرار محل الطعن، فإن الدعوى الأصلية التي اقامها الطاعن هي دعوى ملكية. وقد رد المطعون ضده أنه يملك القطعة محل النزاع بموجب عقد رسمي وقد حازها منذ سنة 1947. وحيث تبين من القرار المطعون فيه، ان القضاة ناقشوا الدعوى على أساس الملكية ومن صم لم يقعوا في التناقض كما ذكره الطاعن .

وحيث أن ما ينعاه الطاعن أيضاً عن القرار موضوع الطعن، أن القضاة أخطئوا عندما اعتبروا الدفتر العقاري سنداً للملكية، لكونه حرر بناء على تصريحات المطعون ضده وليس على أساس عقد الملكية. لكن حيث انه من الثابت أن القانون ينص على خلاف ذلك. فبالرجوع إلى المرسوم رقم: 62/76 المؤرخ في: 25 مارس 1976 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام، فإن المطعون ضده تحصل على الدفتر العقاري للقطعة الأرضية محل النزاع بعد التحقيق وبعد استكمال الإجراءات والشكليات والآجال المنصوص عليها في المرسوم السالف الذكر. مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية.

وحيث أنه خلافاً أيضاً لما يذكره الطاعن، فإن المادة 19 من الأمر رقم: 74/75 المؤرخ في: 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تنص: " أن الدفتر العقاري يعد سنداً للملكية" ومن ثم فإن السند القانوني وعليه فالوجهين غير مؤسسين ويتعين رفض الطعن لعدم تأسيسه. حيث أن المصاريف القضائية يتحملها الطاعن.

## لهذه الأسباب

### تقضي المحكمة العليا:

في الشكل: التصريح بقبول الطعن.

في الموضوع: التصريح برفض الطعن لعدم التأسيس مع تحميل المدعي في الطعن بالمصاريف القضائية. هذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الواحد والعشرين من شهر مارس سنة ألفين وأربعة ميلادية من قبل المحكمة العليا - الغرفة العقارية - المشكلة من السادة:

الرئيس	بيوت نذير
المستشار المقرر	بوجمان علي
المستشارة	مرابط سامية
المستشار	معزوزي الصديق
المستشار	العابد عبد القادر

وبحضور السيد: عيبودي رايح المحامي العام،  
وبمساعدة السيد: عنصر عبد الرحمان أمين الضبط.

# قائمة المراجع



## قائمة المراجع:

### أولا : المصادر و المراجع باللغة العربية

#### المصادر:

- القرآن الكريم

#### المؤلفات :

- 1 - أسامة أحمد شتات ، تعليمات الشهر العقاري و التوثيق ، دار الكتب القانونية ، الجزائر ، 2004 .
- 2 - جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، المدية ، 2006 .
- 3 - حسن عبد الباسط جمعي ، الشهر العقاري في القانون المصري ، جامعة الكتب القانونية ، مصر ، 2005/2004 .
- 4 - حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري ، منشورات حلبي ، 2007 .
- 5 - همدي عمر باشا ، محررات شهر الحيازة ، (عقد الشهرة ، شهادة الحيازة ) ، دار هومه ، الجزائر ، 2004 .
- 6 - خالد رمول ، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة، الجزائر، 2001 .
- 7 - عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومه ، الجزائر ، 2003 .
- 8 - عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، اسباب كسب الملكية ، الجزء التاسع ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1992 .
- 9 - عبد السلام الذهني ، في الغش و التواطؤ التدليسي و التسجيل في نفاذ النقض ، مكتبة النهضة المصرية ، مصر ، 1944 .

- 10 - عصام أنور سليم ، التملك بالتقادم على خلاف الثبت في السجل العيني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002.
- 11 - فتيحة قره ، النظرية القضائية المستحدثة للأوضاع الظاهرة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر .
- 12 - مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003.
- 13 - محمد خيرى ، الملكية العقارية و نظام التحفيظ العقاري في المغرب ، مكتبة دار المعارف ، الرباط ، المغرب ، 1986.
- 14 - محمد سعد خليفة ، السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1996
- 15 - محمد سعيد عبد الرحمن ، نظرية الاوضاع الظاهرة في قانون المرافعات ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، مصر ، 2008.
- 16 - محمد صلاح شوقي ، نظرية الظاهر في القانون المدني ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، 2002.
- 17 - مصطفى عبد السيد الجارحي ، أحكام الظاهر في السجل العيني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، 1988.
- 18 - نعمان محمد خليل جمعة ، أركان الظاهر كمصدر للحق ، مطابع سجل العرب ، القاهرة ، مصر ، 1977.
- 19 - نعيمة حاجي ، المسح العام و تأسيس السجل العقاري في الجزائر ، دار الهدى ، الجزائر ، 2003.
- 20 - وجدي شفيق فرج ، الوسيط في شرح قانون السجل العيني ، حيدر جروب للإصدارات القانونية ، مصر ، 2009 .

## الرسائل الجامعية :

- 1 - سالم حماد شعبان الدحدوح ، الطبيعة القانونية للتسجيل و أثر تخلفه في البيع العقاري ، (رسالة دكتوراه غير منشورة) جامعة الاسكندرية ، مصر ، 1997 .
- 2 لجيلي لبيض ، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري ،(اطروحة دكتوراه) ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2011/2012.
- 3-عبد الله محمد اسماعيل علام ، الحياة في العقار ،( اطروحة الدكتوراه ) ، جامعة اسبوط ، 2001.

## المقالات :

- 1 - البشير العتروس ، " الشهر العقاري في القانون الجزائري " ، مجلة الاجتهاد القضائي ، للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، 2004.
- 2 - عمار بوضياف ، " المسح العقاري و اشكالاته القانونية في الجزائر " ، مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية ، مجلة سداسية متخصصة و محكمة ، المركز الجامعي العربي التبسي ، العدد التحريبي ، افريل 2006 .
- 3 - بيوت نذير ، " معاينة حق الملكية و تسليح سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري " ، مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث .

## القواميس :

- 1 - إبتسام القرام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري ، (البليدة : قصر الكتاب ) .

## المجلات :

- 1 . مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الأول ، 2004.
- 2 . مجلة المحكمة العليا ، عدد خاص ، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ، الجزء الثالث .
- 3 . مجلة العلوم الاجتماعية و الانسانية ، مجلة سداسية متخصصة و محكمة ، المركز الجامعي العربي التبسي ، العدد التحريبي ، افريل 2006 .

## ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية

### Les ouvrages :

- 1- HENRI et LEON MAZEAUD, JEAN MAZEAUD ,  
FRANCOIS CHABAS, Leçons de droit civil, biens , droit de  
propriété et ses démembrements , 8 eme édition ,  
Montchrestien ,paris ,1994 .
- 2- Marie-Noëlle Jobard- bachellier ,Vincent Brémont , Suretés,  
publicité foncière, 16 eme édition , DALLOZ , paris , 2009 .
- 3- Fr éderic DANOS , propriété ,possession et opposabilité ,  
economica ,France , 2007 .

### Revue :

- Recueil Dalloz ,n°12 ,du 24 mars,2011

## ثالثا: قائمة النصوص القانونية

### الاورام و القوانين :

- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر 74/75 المؤرخ في 8 ذي القعدة 1395، الموافق لـ 12 نوفمبر 1975 يتضمن اعداد  
مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري.
- القانون 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة. المعدل و المتمم.
- القانون 25/90 المؤرخ في 1 جمادى الاولى عام 1411 الموافق لـ 15 نوفمبر 1990، يتضمن  
التوجيه العقاري المعدل و المتمم.

- القانون 02/07 المؤرخ في 9 صفر 1428 الموافق ل 27 فبراير 2007 يتضمن تأسيس اجراء لمعاينة حق الملكية العقارية و تسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.
- القانون 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية
- Code civil français 2015, édition Lexis Nexis.

#### المراسيم و التعليمات :

- المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الاراضي العام / معدل و متمم بالمرسوم 400/84 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984 و المرسوم 134/92 المؤرخ في 7 ابريل 1992.
- المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العيني ، المعدل و المتمم بالمرسوم 123/93 المؤرخ في 19 مايو 1993.
- المرسوم 352/83 المتضمن اعداد عقد الشهرة .
- للمرسوم 65/91 المؤرخ في 25/03/1991 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري.
- المرسوم 254/91 المؤرخ في 27 يوليو يحدد كفيات اعداد شهادة الحيازة و تسليمها .
- التعليمات 16 المؤرخة في 24/05/1998 المتعلقة بتسيير عمليات مسح الاراضي و الترقبم العقاري.
- المرسوم 147/2008 المؤرخ في 19 مايو 2008 يتعلق بعمليات التحقيق العقاري و تسليم سندا الملكية.

#### المواقع الالكترونية :

- [www.almany.com](http://www.almany.com) .
- [www.larousse.fr](http://www.larousse.fr)

الفهرس

## الفهرس

الموضوع :

01..... مقدمة

### الفصل الأول

5..... الفصل الأول : السجل العيني

7..... المبحث الأول : اعداد السجل العيني وفقا للامر 74/75

9..... المطلب الأول : اجراءات المسح العام

10..... الفرع الاول: افتتاح عملية المسح

12..... الفرع الثاني : الاعمال التقية ( التحضيرية )

17..... المطلب الثاني : تأسيس السجل العيني

17..... الفرع الاول : الشهر بناء غلى وثائق المسح

20..... الفرع الثاني : اجراء الشهر العقاري

24..... المبحث الثاني : الاليات الموازية لاعداد السجل العيني

25..... المطلب الأول : عقد الشهرة بموجب المرسوم 352/83 و التحقيق العقاري بالقانون 02/07

25..... الفرع الاول: عقد الشهرة

28..... الفرع الثاني : التحقيق العقاري

31..... المطلب الثاني: شهادة الحياة بالمرسوم 254/91

31..... الفرع الاول: اجراءات الحصول على شهادة الحياة

33..... الفرع الثاني : آثار شهادة الحياة

34..... خلاصة الفصل الأول

## الفصل الثاني

35..... الفصل الثاني : نظرية الوضع الظاهر في السجل العيني

37..... المبحث الأول: نظرية الوضع الظاهر التقليدي

38..... المطلب الاول: مفهوم الوضع الظاهر و اركانه

39..... الفرع الاول: مفهوم الوضع الظاهر

43..... الفرع الثاني: اركان الظاهر

46..... المطلب الثاني: تأريخ و تأصيل النظرية

46..... الفرع الاول: نشأة و تطور النظرية

48..... الفرع الثاني: الاساس القانوني للوضع الظاهر

57..... المبحث الثاني : مجال الظاهر في السجل العيني

57..... المطلب الأول: مجال الظاهر

58..... الفرع الأول : الظاهر الايجابي

61..... الفرع الثاني: الظاهر السلبي

63..... المطلب الثاني : حجية الظاهر في السجل العيني



64.....	الفرع الأول : حجية الظاهر الايجابي في السجل العيني.....
72.....	الفرع الثاني : حجية الظاهر السلبي في السجل العيني.....
73.....	خلاصة الفصل الثاني :
74.....	خاتمة .....
77.....	الملاحق.....
101.....	قائمة المراجع .....
107.....	الفهرس .....

المملخص

## ملخص

المركز القانوني هو ذلك المركز الذي يتوافق مع القانون و ينشأ بموجبه ، إلا اننا نجد مراكز واقعية (اوضاع ظاهرة ) تتخذ صورة المركز القانوني ، رغم انها ليست كذلك و تنشأ غلطا بشأها.

و لقد أقر القانون بالظاهر في بعض المجالات من أجل تحقيق الاستقرار في المعاملات من جهة ، و حماية الغير حسن النية الذي يتعامل مع الظاهر اعتقاداً منه أنه صاحب الحق من جهة أخرى. و منه تم ايجاد نظرية الوضع الظاهر التي تضحى بصاحب المركز القانوني ، و تصحح التصرف تصرف الظاهر فيكون مرتباً لأثاره و كأنه صدر من صاحب الحق .

و لتطبيق هذه النظرية يشترط توافر ركنين :

الأول : مادي يتعلق بالظاهر و يشبه عناصر وجود أو ممارسة المركز القانوني

الثاني : ركن معنوي يتعلق بالغير و يتمثل في حسن النية المبرر.

و منه فهل للظاهر وجود في القانون العقاري و بالخصوص في السجل العيني؟

باستقراء المبادئ العامة لنظام الشهر العيني ، يبدو أنه من المستحيل ايجاد مركز ظاهر مخالف للحقيقة في بيانات السجل. في حين ان عدم اخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني بصفة مطلقة ، و عدم الانتهاء من عملية اعداد السجل العيني منذ 1975 مع الابقاء على نظام الشهر الشخصي ، ساعد و بقوة على إنشاء أوضاع ظاهرة في السجل مخالفة للواقع .

فنجد في السجل إما وضعاً ظاهراً أقر به السجل (ظاهر ايجابي ) أو ظاهراً أغفل عنه السجل (ظاهر سلبي).

و بالمقابل توقع المشرع ذلك و أقر بآليات من أجل تصحيح هذه الاوضاع المخالفة للحقيقة .

و الاشكال المطروح يكون عند تصرف الغير مع هذا الظاهر ، فهل لنظرية الوضع الظاهر أعمال لحماية هذا الحق

الذي آل إلى الغير في السجل العيني؟

بالرجوع إلى نص المادة 86 من المرسوم 63/76 نلاحظ أن المشرع قد أخذ بأحكام هذه النظرية ولكن وضع شروطاً ضيقة لتطبيقها.

و منه نستخلص أن أحكام الظاهر في السجل العيني تختلف عن أحكام النظرية التقليدية ، فالركن المادي هو السجل العيني ، اما الركن المعنوي فلا محل له و لم يفرق المشرع في حسن أو سوء نية الغير ليستفيد من حماية حقه.

إلا ان الهدف هو واحد إلا وهو تحقيق الاستقرار في المعاملات و كذا حماية الغير الذي يتعامل مع الظاهر.

## Résumé

Le statut juridique est une situation née conformément à la loi et elle lui est fidèle.

Or on peut rencontrer des situations de fait qui sont qualifiées de situation juridique .malgré qu'elles ne le sont pas, ce qui prête à confusion.

Mais dans certains cas le législateur a admis la situation juridique de fait pour une stabilité des Transactions d'une part et pour préserver le droit des tiers de bonne foi qui agissent selon les faits apparents ,d'autre part.

De là est née la théorie de la "situation apparente " qui sacrifie le droit du détenteur de la qualité juridique et remédie à l'acte apparent chargé de toutes ses conséquences comme émanant d'un détenteur d'un droit.

Pour la mise en œuvre de cette théorie, deux conditions s'avèrent nécessaires:

1°) une condition matérielle concernant l'apparence et, relative aux éléments d'existence et de jouissance du statut juridique.

2°)une condition morale relative au tiers et son motif de bonne foi.

De là se pose la question suivante:

-Y a- t -il une place à l'application de la "théorie de l'apparence" en droit foncier et spécialement au registre immobilier?

L'analyse des principes généraux du régime de publicité immobilière démontre qu'il est impossible de trouver un aspect apparent contraire à

la réalité dans les renseignements du livre foncier; et ce au moment où l'on constate que le législateur algérien n'a pas opté pour le système de publicité immobilière d'une manière complète puisqu'il a maintenu le système de publicité personnelle tout en n'ayant pas clôturé l'opération du livre foncier depuis 1975. c'est état de fait a beaucoup facilité l'émergence de situations juridiques de fait dans l'enregistrement immobilier, situations contraires à la réalité. Dans certains cas on peut rencontrer dans le livre foncier des situations apparentes affirmées (situations positives) ou des situations apparentes omises (apparences négative) d'où l'appréhension du législateur qui a admis des procédés pour palier à ces situations contraires à la réalité.

La difficulté ou la problématique qui se pose apparaît quant à l'attitude d'une tierce personne (tiers) vis à vis de cette situation apparente considérant qu'elle est dans son droit. d'où le questionnement :

La théorie de la situation apparente a-t-elle place quant à la préservation de ce droit qui s'est transféré à autrui?

En se référant à l'article 86 du décret 76/63 on constate que le législateur a opté pour cette théorie en posant des conditions étroites pour son application.

On peut conclure que les conditions de la théorie de l'apparence dans l'enregistrement immobilier diffèrent de celles connues dans la théorie traditionnelle puisque la condition matérielle est le livre foncier et que la condition morale devient alors sans objet. Le législateur n'a pas pris en compte la bonne ou mauvaise foi du tiers pour qu'il puisse bénéficier de la protection de son droit malgré que le but recherché est le même, soit

la stabilité des transactions et aussi la protection des tiers qui agissent  
selon l' état apparent.

=====