

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة ابن خلدون - تيارت



ملحقة السوق

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة : الحقوق

التخصص : القانون العقاري

بعنوان :

عقد البيع العقاري

تحت إشراف الأستاذ:

الدكتورة : صافة خيرة

من إعداد الطالبين :

- قايد مصطفى

- شعيب عبدالقادر

لجنة المناقشة

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر (أ)	بلنقنشي الحبيب
مشرفا مقررا	أستاذة محاضرة (أ)	صافة خيرة
عضو مناقشا	أستاذ محاضر (أ)	بلفضل محمد

السنة الجامعية 2018 - 2019



قال تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾

المائدة الآية 01.

شكر و عرفان

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات نحمده حمدا كثيرا عدد ما ذكره الذاكرون وغفل

عن ذكره الغافلون والحمد لله الذي أعانني على إنجاز هذا العمل المتواضع

بداية أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذتي الفاضلة "صاففة خيرة" التي

تفضلت بإشراف على هاته المذكرة، والتي كانت عوناً بإرشاداتها وتوجيهاتها

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى الأساتذة المناقشين على رأسهم الأستاذ الدكتور

"بلقثيشي حبيب" رئيساً والأستاذ الدكتور "بلفضل محمد" مناقشاً.

كما نتقدم بالشكر إلى كل من ساعدنا من قريب أو بعيد.

إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل إلى من قرن الله سبحانه وتعالى عبادته وطاعته بالإحسان إليهما
برهما إلى روح أمي الغالية والعزيزة التي ربنتي على حب العلم والفضيلة وإلى والدي
أطال عمره.

إلى أعز الناس إلي أختي وأخواتي وإلى زملائي وزميلاتي الذين رافقوني طوال المسار
الدراسي.

إلى من ساعدوني بوقوفهم معي منهم الدكتورة "صافا خيرة" والدكتورة "بوحريز
عائشة" والدكتورة "فايد ليلى" على دعمها ومساعدتها لإنجاز هذا البحث

مقدمة

المقدمة

باعتبار أن عقد البيع العقاري من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية والتصرفات القانونية للملكية العقارية، ومن أهم التصرفات القانونية المكتسبة للملكية العقارية فنجد أن عقد البيع وحده كان معروفا منذ القدم باعتباره من أهم المسائل المدنية الناس كانوا يتعاملون فيما بينهم في البيع والشراء على شتى أنواع ومنذ القدم ومن خلال الفقه الإسلامي وسائر الحضارات وحتى القانون الروماني وهذا العقد.

البيع يعتبر أكثر شيوعا وتدولا بين الناس ومنذ القدم وليس من الآن، وكان الرومان يسمونه الشراء والبيع، ولقد نفع عن المقايضة عند ظهور النقد كمقياس مشارك للقيمة فأخذ الناس يفضلون المبادلة الشيء بالنقد الذي هو الثمن عوضا من مبادلته بشيء آخر قد لا يكون بحاجة إليه في حين أنهم يستطيعون الحصول على حاجياتهم من أشياء مختلفة مما يقبضون من الثمن، وكان البيع في الأصل يتم نقدا، عندما ظهرت الحاجة إلى نقل ملكية المبيع بالثمن المؤجل كان لابد من إنشاء عقد يحقق هذا الأثر فيرتب على التعاقد بين الالتزامات القابلة للتنفيذ في وقت لاحق هو التزام بنقل الملكية المبيع بالمسبة للبائع والالتزام بأداء الثمن بالنسبة للمشتري.

أما البيع في الشريعة الإسلامية هو مبادلة مال بمال فلا يشترط فيه أن يكون المقابل مبلغا من النقود، وذلك يتسع ليشمل مبادلة مال بثمن والأكثر تداولاً وهذا هو البيع في القانون الوضعي، ومبادلة المال بمال هي المقايضة ومبادلة النقود بالنقود هو الصرف، وشراء ثمن الأجل بثمن عاجل وهذا هو عقد التسلم. وهو عقد أول عقود المسماة التي تناولها المشرع الجزائري أحكامها بالتفصيل بأحكام الباب السابع من التقنين المدني الذي عنوانه عقود متعلقة الملكية.

قد وردت هذه العقود في قانون الفرنسي في الباب الأول من الباب الثاني بالعقود المسماة ويقصد بها تلك العقود التي نظمها المشرع الجزائري في النصوص القانونية ونظمها، وبينها في أحكامها خاصة نظرا لاستقرار قواعدها ولكثر تداولها مثل: عقد البيع فنجد أحكامه أنه لم يترك الأمر في شأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام بل نظمها تنظيما كاملا خاصا لا يخرج في تلك الأموال العامة، وذلك حتى يسير على المتعاقدين ويغنيهم عن

المقدمة

الدخول في التفاصيل ولكن ذلك أحكام يؤخذ بها فقط عند سكوت المتعاقدين عن ذكرها ما يخالفها إذا كان المشرع الجزائري لا يستطيع أن يحيط علما بكل العقود التي تبرم رضائيا بين المتعاقدين تطبيقا لمبدأ الرضائية، فإننا نصادف طائفة كبيرة من هذه العقود غير المسماة التي لم يتناولها المشرع الجزائري في تنظيم خاص، وإنما ترك الأمر في شأنها للقواعد العامة في نظرية الالتزام، وإن كنا نجد بض النصوص القانونية والتشريعية المنظمة لهذه العقود قي قوانين متفرقة، كما في القانون حماية أكثر بالنسبة للعقود الناقلة الملكية.

له أهمية من ناحية الاقتصادية والاجتماعية نظرا لحاجة المجتمع لهذا العقد لأن الحياة مبنية على بيع والشراء لقضاء حاجاتهم لأنفسهم كذا بالنسبة لهذا العقد أي العقد البيع العقاري من ناحية الاقتصادية له دور جبائي مما تحصل عليه دولة من قيمة هذا العقد يودع لدى الخزينة العمومية، وكذا من ناحية الاجتماعية لاحتياجات الناس في المجتمع لاقتناء أغراضهم.

لأن الحياة تقتضي كثير من الأعمال والتصرفات في حياتهم اليومية لإشباع حاجتهم ورغبتهم في شتى المجالات ومن أهم ما يميز هاته الرغبات هي حب التملك، والذي يقتضي القيام بما هو واجب لأجل نيله والمحافظة عليه فالملكية قديما وحديثا تمثل شغل الكثيرين، مما جعل الشرائع والقوانين موليتها عناية لازمة، ومن بين القوانين وضبط المعاملات وذلك لأجل حماية الحقوق والحفاظ على هذه الثروة هي الملكية العقارية، فتقدم العصر خاصة في مجال الاقتصادي، جعل من انتقال الملكية موضوعا ههما وخصبا للدراسات والأبحاث من طرف أصل الاختصاص.

كذا أورد المشرع الجزائري أحكاما تفصيلية بخصوص الحقوق والالتزامات ذات أهمية كبيرة وذلك كله بهدف ضمان حقوق المشتري، وتحقيق الاستقرار المعاملات، وبعث الاطمئنان والثقة في النفوس بالنسبة للمشتريين ولعل أهم الالتزام تقع على عاتق البائع هو نقل الملكية وقيام بالتسليم وضمن التعرض الاستحقاق والعيوب الخفية وهناك الالتزامات مضافة أخرى مستحدثة كالالتزام البائع بإعلام والمطابقة والعقد البيع العقاري نظرا أنه عقد شكلي وله خاصية به، نظرا لأن الملكية العقارية لديها أهم وظيفة وهي وظيفة الاجتماعية

المقدمة

لدى المجتمع فهو إيجابي بالنسبة كبيرة وتكون في إجراءات ومراحل قانونية لنقل الملكية المبيع (العقار) حتى يسبقه إجراءات أخرى التوثيق والتسجيل حتى آخر إجراء إلي هو الشهر.

كما يمثل العقد بذلك الوسيلة المثلى على المستوى العملي لضمان التطور الاقتصادي والأداة الأنجع للأشخاص في مبادلاتهم للسلع والأموال وضمان الخدمات المختلفة وغير من أمور الحياة الكثيرة، فالعقد البيع العقاري يعتبر أشهر العقود الناقلة للملكية خاصة في هذا العنصر في جميع المجالات ويكتسب عقد البيع العقاري الذي يكون محله العقار أهمية خصوصية في مجال دراية وتطبيق على سواء، وذلك لما يمثله العقار مكن ثروة قديما وحديثا، ويتداخل في هذا التصرف القانوني عدة المراحل تسبقها الإجراءات المختلفة تتخذ جميعا لأجل إنتاج أثر القانون المتمثل في نقل ملكية العقارية من البائع إلى المشتري ولعل أبرز ما يميز عقد البيع العقاري هو ضرورة إفراغه قالب الرسمي لدى الموثق، في حالة إخلال هذا الكن المهم في العقد البيع العقاري يكون مآله البطلان المطلق، ويجب شهره لدى المحافظة العقارية المختصة، وذلك لإنتاج آثاره كاملة بين المتعاقدين.

وكذا مما يوفر من حماية للمتعاقدين باعتباره أنه عقد شكلي لديه خصوصية عن باقي التصرفات القانونية الأخرى وبالتالي يوفر الاستقرار في المعاملات العقارية في مجال عقد البيع العقاري، مما يوفر لا ثقة والائتمان بين هذين المتعاقدين، فهو عقد من نوع خاص ويتطلب لإبرامه إجراءات والمراحل القانونية لابد على المتعاقدين احترامها، لكي يبرم العقد صحيحا ويرتب آثاره القانونية كاملة والالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقدين باعتبار المالك الأصلي للملكية العقارية سواء كانت أرضا أم دار التي تكون محل البيع، وأما الطرف الثاني الذي هو المشتري يقع عليه أهم الالتزام الذي هو التسلم ودفع المقابل النقدي الذي لابد أن يكون ثمنا نقديا.

فعقد البيع العقاري أكثر انتشار باعتباره الوسيلة الشخص في التصرف ما زاد عن حاجته، والتزويد مما يرغب في تملكه، واستئثار أو الانتفاع، وباعتباره أيضا وسيلة الاتصال بين الإنتاج والاستهلاك ويعد وسيلة تبادل بين السلع والبضائع على مستوى دولي

المقدمة

سبب سهولة المواصلات، الأمر الذي أدى إلى إبرام اتفاقيات دولية في هذا شأن فأهمية تزداد يوماً، واهتم المشرع بتنظيمه وأدرجه في قائمة العقود المسماة، متصدراً قائمة العقود الناقلة للملكية وكما وصفه البعض أنه: "قوام الحياة المدنية والتجارية".

قد كان في الحديث عن ملكية العقارية بالخصوص الأهمية البالغة حتى أن القوانين المنظمة له تصدر إتباعاً لما للموضوع من خصوصية وخطورة في نفس الوقت فانتقال الملكية في الحقوق العينية العقارية ليس كمثله من الحقوق الأخرى فهو يتم بإجراءات القانونية وبطنها في الكثير من الأحيان مما يحتاجه من استعداد وتحضير وتدخل أكثر من عنصر لكي يتم وينتج أثاره القانونية كاملة سواء من طرفه أو اتجاه الغير.

اختير هذا الموضوع لأسباب موضوعية نظراً لأهمية هذا العقد الناقل للملكية العقارية وفي تخصص عقاري ولأسباب شخصية لكثرة التعاملات بهاته العقود في الحياة اليومية.

لذلك سيتم الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي؛ فهذا الأخير يعتمد على الأسس القانونية والمنهج التحليلي يقوم على تحليل المواد القانونية ومن الجزء للكل.

تكمن الصعوبة هي هذه الدراسة من حيث قلة المراجع فيما يخص الموضوع عقد البيع العقاري وحده خاص به هذا الموضوع خصوصاً وليس عقد البيع بوجه عام، وكما تمت الإشارة إليه، فطالما أن العقد البيع العقاري من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية والطرق القانونية المهمة المكسبة للملكية العقارية وهناك من يرى أن عقد البيع العقاري أنه عقد يتميز بنوعية من الخصوصية.

هناك من يسميه عقد شكلي وليس رضائي وهو يعتبر قيد من القيود القانونية أو القيد الوارد على حرية التعاقد بصفة عامة طالما بأن المتعاقدين البائع والمشتري فهم في حماية قانونية ما توفره الشكلية لهما في حالة نشوب نزاع فيما بينهم فالها دور في الحماية في المعاملة العقارية بين المتعاقدين، وعقد البيع العقاري عقد مركب من بيع وعقار الذي هو ثروة من ثروات الدولة.

المقدمة

ومن خلال ذلك سيتم التطرق إلى تحديد إشكالية موضوع بحثنا فيما يلي:

الإشكالية:

إلى أي مدى عالج المشرع الجزائري المراحل والإجراءات القانونية لنقل الملكية العقارية في عقد البيع العقاري؟

سيتم معالجة موضوع بحثنا في خطة منظمة وقسمة إلى فصلين:

- الفصل الأول: الإطار الموضوعي لعقد البيع العقاري.

مقسم إلى مبحثين المبحث الأول مفهوم عقد البيع العقاري من الجانب القانوني نظرا تناول عدة نصوص قانونية وإلى الجانب الفقهي عدة تعريفات أما المبحث الثاني أركان عقد البيع العقاري التي يجب ان تتوفر لانعقاده صحيحا .

- الفصل الثاني: الإطار الإجرائي لعقد البيع العقاري.

مقسم إلى مبحثين المبحث الأول نقل ملكية الشيء المبيع (العقار) التي يجب أن يمر عبر المراحل الإجرائية القانونية لنقلها، أما المبحث الثاني أنظمة الشهر العقاري هناك نظامين لشهر الشهر الشخصي والشهر العيني لأن العبرة لانتقال الملكية العقارية بشهر .

الفصل الأول

الإطار الموضوعي لعقد البيع العقاري

إن عقد البيع العقاري باعتباره من العقود الناقلة للملكية العقارية وكطريق من الطرق القانونية لاكتساب الملكية العقارية، يتطلب لإبرامه أن تكون لديه شروط صحيحة، ولا يشوبه عيب من العيوب، وكذا يستوفي أركانه كاملة بدون نقص أو فراغ، والشرط لصحة قد ما يترتب على وجوده الوجود ولا ينعدم من عدمه لا يدخل في ماهية، وأما الركن ما يترتب على وجوده الوجود ولا ينعدم من عدمه يتدخل في ماهية الشيء ويجب على العقد أن يستوفي عليها إلا يكون مآلها البطلان المطلق الذي هو من النظام العام وجزء لا يتجزأ لكي يترتب آثاره القانونية كاملة بدون نقصان، قبل الشروع في إجراءاته فالعقد البيع العقاري هو عقد شكلي لأن استثناء على مبدأ الرضائية يجب أن يستوفي الشكلية، تعتبر كركن في العقد وفي حالة انعدامها يترتب عليها البطلان المطلق، فالعقد البيع العقاري له عدة التعريفات فقهية لأنه مركب من كلمتين بيع وعقار لذلك يتطلب فيه تفصيل أكثر والتطرق لكل واحد على حدى.

إن العقد يعتبر مصدر من مصادر الالتزام الذي هو الرابطة القانونية التي تربط بين شخصين أحدهما دائن وآخر المدين والالتزام مقسوم إلى اثنين بين حق وقانون لأن الحق والقانون وجهان لعملة واحدة فالعقد ركن وشرط لصحته وحتى يرتب آثاره القانونية كاملة وصحيحة لا بد أن يستوفي على جميع أركانه كاملة وإلا كان باطلا بطلان مطلق فالركن قوام الشيء ما يترتب على جوبه الوجوب وينعدم من عدمه العدم يدخل في ماهية الشيء إذا تخلف فيترتب عليه البطلان المطلق الذي هو من النظام العام وهو جزء لا يتجزأ من العقد أما الشرط لا يدخل في قوام الشيء وهو ما يترتب على وجوده الوجود ولا ينعدم من عدمه العدم لا يدخل في ماهية الشيء ويترتب عليه البطلان النسبي الذي يمكن تصحيحه ليس من النظام العام عكس البطلان المطلق، فللعقد البيع من العقود المسماة نظمها المشرع الجزائري في نصوص قانونية منظمة فالمشرع الجزائري لم يقم بتعريف عقد البيع إنما تناوله بآثاره أي تطرق للالتزامات التي تقع على عاتق البائع والمشتري، وأي عقد لا بد من خصائص تميزه عن العقود الأخرى فأن العقد البيع العقاري باعتباره عقد الشكلي لديه مجموعة من الخصائص الخاصة وكذا الأركان الخاصة التي تميزه عن العقود الأخرى لذا سيتم التطرق إلى مبحثين وكل مبحث إلى مطلبين من خلال ما يلي:

المبحث الأول مفهوم عقد البيع العقاري وبدوره قسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع.

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع العقاري.

أما المبحث الثاني أركان عقد البيع العقاري وبدوره قسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: الأركان العامة للعقد البيع العقاري.

المطلب الثاني: الرسمية في عقد البيع العقاري.

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع العقاري

إن عقد البيع العقاري ليس له مفهوما واضحا فالمشرع الجزائري ترك الأمر للفقهاء الذي طالما تناط له مهمة التعريف وباعتباره مصدر تفسيري إعطاء مجموعة من الآراءات ووجهات النظر لذا سيتم التطرق إلى مطلبين كل مطلب إلى فرعين:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع

يظهر من خلال التسمية أن عقد البيع العقاري مركب بكلمتين البيع والعقار وبالتالي سيتم التطرق إلى ما يلي:

الفرع الأول: لغة واصطلاحا

أولا: لغة واصطلاحا

يعتبر عقد البيع من العقود القديمة التي تعامل بها الإنسان في المعاملات اليومية والمدنية، ومن هنا سيتم التطرق له لغة واصطلاحا:

1. لغة: البيع

مصدر بيع هو المبادلة المال بالمال، والشراء والبيع هما من الأسماء الأضداد فيطلق الشراء على البيع كقوله تعالى: ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ دَرَاهِمَ مَعْدُودَةٍ وَكَانُوا فِيهِ مِنَ الزَّاهِدِينَ﴾¹. الآية رقم 20 سورة يوسف دراهم أي باعوه، ويطلق البيع على الشراء كقوله صلى الله عليه وسلم: " لا بيع أحدكم على أخيه أي لا يشتري، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع وهو إخراج الذات من الملك².

ومعناه في معجم اللغة والقاموس المصباح والمغرب واللسان مادة "البيع" والحصاب: كما يتعدى فعل باع بنفسه إلى مفعولين فيقال: بعث الدار، وقد يزداد مع الفعل لتوكيد حرف (من) أو (اللام) فيقال: بعث لفلان أو فلان، أما قولهم: باع لفلان كذا، فهو فيما بيع من ماله دون رضاه.

¹ سورة يوسف، الآية 20.

² دريدي شنيبي، الدليل القانوني للوكيل العقاري، دار هومة للنشر، الجبلي، برج بوعريريج، بدون طبعة، ص 55.

البيع: جمع البيوع "باع" ثم بيع كل السلع، تعريفها إعطاء السلع وأحد مقابلها الثمن والابتياح مفرد، مصدر ابتاع، البيع المفرد وجمع بيوع كذلك
بيعه: مفرد: جمع بيعات: اسم مرة من باع معناها مبيعة إعطاء العهد بقبول ولاية أو خلافة.

هناك ابتياح مفرد:

مصدر ابتياح أي يتبايع تبايعا فهو متبايع: تبايع الرجلان عقدا بيعا باع كل واحد منهما الآخر.

وكذلك معناه مقابلة الشيء على وجه المعاوضة، فهو المقابلة المال بالمال، كذا البيع مصدر باع يبيع بيعا مبيعا وهو شاذ وقياسه مباعا والابتياح الاشتراء وهو الشراء ضدان، واستقر العلماء اللغة أن الألفاظ المشتركة بين المعاني المتضادة، وأن عرف الناس والفقهاء قائم على تخصيص البيع، بجانب باذل السلعة وتخصيص الشراء بجانب باذل الثمن، فالمبادلة المال للمال هي الأصل اللغوي للبيع¹.

2. اصطلاحا:

اختلف العلماء حول تعريف عقد البيع في الاصطلاح الفقهي، والثابت لديهم أنه المبادلة المال بالمال:

الحنفية يرون أن البيع مبادلة مال بمال بشرط التراضي الطرفين، فقد جاء في شرح فتح القدير: مبادلة مال بمال بتراضي الطرفين باكتساب.

أما المالكية عرفوا البيع أنه عقد المعاوضة على غير المنافع، جاء في المواهب الجليل: دفع عوض في معوض: عقد معاوضة على غير منافع.

كما يرى الشافعية يرون أن البيع هو المعاوضة مالية يؤدي إلى ملك عين أو منفعة مباحة علي التأييد، جاء في حاشية قيلوبي:....."عقد معاوضة مالية يقيد مالك عين أو منفعة على التأييد لا على وجه التحريم".

¹ محمد أبو بدر عبد القادر الرازي، كتاب مختار الصحة، دار البشائر الإسلامية للنشر، لبنان، المستشارية القانونية، بدون طبعة، ص 29.

وبالنسبة للحابلة عرفوا البيع بأنه مبادلة مال بمال أو منفعة مباحة على التأبيد في مقابل عوض مالي، جاء في كتاب الوجيز نقلا عن الإنصاف.
"تمليك عين مالية أو منفعة مباحة على التأبيد بعوض المالي"¹.

اختلفت عبارات الفقهاء في التعريف البيع، إلا أن المعنى واحد وهو المبادلة مال بمال عن طريق التراضي.

ثانيا: التعريف القانوني والفقهي

لعقد البيع تعريف قانوني عن طريق المادة 324 من قانون المدني الجزائري² وكذا باعتبار الفقه كمصدر تفسيري عن طريق إعطاء تعريفات والحلول والأراءات، ومنه سيتم التطرق إلى التعريف القانوني والفقهي.

1- التعريف القانوني:

اختلفت التسميات في عقد البيع فكل عرفه على خاصية معينة فنجد أن المشرع الجزائري في نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري³.

الذي جاء في نص المادة: "عقد يلتزم بمقتضاه بأن ينقل ملكية الشيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي، كما جاء في نص المادة 1582 من قانون المدني الفرنسي على أنه:

"اتفاق يلتزم بموجبه أحد الطرفين تسليم الشيء، ويلتزم الطرف آخر بدفع ثمنه".

أما المشرع المصري فقد تناوله في نص المادة 418 متمن القانون المدني المصري:
"عقد يلتزم البائع بأن ينقل المشتري ملكية شيء أو حق مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي".

وعرفه المشرع الكويتي كذلك في المادة 454 من قانون المدني الكويتي:

"عقد تمليك الشيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي"⁴

¹ دريدي شنينتي، المرجع نفسه، ص56.

² الأمر: 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد78 المؤرخة في 1975/09/30.

³ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات القضائية وفقهية، دار أمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص13.

من خلال التعريفات المقارنة هناك تعريف للمشرع اللبناني: من قانون الموجبات والعقود:

"عقد يلتزم فيه البائع من يتفرع فيه عن ملكية شيء ويلتزم فيه الشاري أن يدفع ثمنه".¹

فلاحظ من خلال التعريفات المقارنة أن المشرع الجزائري ركز على خاصية الثمن النقدي، كما جعل الملكية في البيوع العقارية واردة على العقارات والحقوق العينية الأخرى تخضع لعملية الشهر، أما المنقولات إذا كانت معينة بالذات تنتقل بمجرد العقد، وإذا كانت معينة بالنوع تنتقل بالفرز المبيع.

2- التعريف الفقهي:

باعتباره أن مهمة الفقه هي التعريف كمصدر التفسيري يتولى شرح النصوص القانونية والتنظيمات بغرض تقريب وجهات النظر وإذا كان هناك غموض واللبس فيحاول الفقه تقريب وجهات النظر المختلفة لإعطاء حلول، ومجموعة من الآراء الفقهية التي لم يحاول المشرع التطرق إليها، وبالتالي ظهرت عدة التعريفات مختلفة وكثيرة جدا حسب ما يتم التطرق إليه:

يرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري:

"عقد ملزم لجانبين إذ يلزم البائع بنقل المشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر، ويلزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابل ذلك ثمنًا نقدياً"²
كما عرفه الدكتور جميل الشرقاوي بأنه:

"عقد يتم الاتفاق على نقل حق الملكية من البائع إلى المشتري نظير المبلغ من النقود يسمى الثمن يؤديه المشتري."

¹ دريدي شنيبي، المرجع السابق، ص62.

² عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني "البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار احياء التراث العربي، ص21

أما الأستاذ غانم إسماعيل فعرفه:

"أنه عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم أحدهما وهو البائع أن ينقل الملكية شيء، أو حق مالي آخر في مقابل الالتزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمن نقدي.¹

كما أجمع العلماء على جواز البيع لحاجة الناس عليه في كل العصور في الزمان ومكان والحكمة تقتضيه لإشباع حوائجهم عن طريق البيع والشراء مع الآخرين، وكما أن في السنة النبوية أحاديث كثيرة دالة على ذلك:

هي سئل النبي صلى عليه وسلم: أي كسب أطيب فقال:

"عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور" أي لا غش فيه ولا خيانة.

كما تعرف الشريعة الإسلامية أن البيع:

يقيد بأن البيع ينقل الملكية بذاته ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية أو التزام بتسليم المبيع.

الفرع الثاني: تعريف العقار

حتى يتضح مقصود كلمة "العقار" لذلك سوف يتم التطرق إلى تعريفه وخصائصه وأنواعه:

أولاً: العقار

بالرجوع إلى نص المادة 683 من قانون المدني الجزائري من خلال ما يلي:

" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

فالعقار إذن هو شيء الثابت المستقر في مكانه غير قابل للحركة والنقل، وهذا خلافاً للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلاً للنقل والحركة إلا أن القانون جعل بعض المنقولات عقاراً بتخصيص بحسب المال.²

¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 09.

² - محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 206.

ومن هنا يتضح التمييز بين العقار والملكية العقارية التي تحول السلطة المباشرة لصاحب العقار (استعمال، الاستغلال، التصرف) ضمن الحدود والأنظمة المعمول بها حسب نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي:

" الملكية هي حق التمتع والتصرف المعمول بها، شرط أن لا تستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة".

وهو نفس التعريف تقريباً الذي ورد في قانون التوجيه العقاري.¹

وعليه يتضح أن العقار خصائص يتسم بها، والتي تميزه عن المنقول خاصة فتجعل الأحكام التي تسري على العقار تختلف عن التي تسري عن المنقول أهمها:

- ترتب على العقار حقوق كحق ارتفاق وحق الرهن الرسمي وحق التخصيص والتي لا تترتب على المنقول.

يمكن تنظيم إجراءات التسجيل والقيود بالنسبة للعقار لأن مقره ثابت، ولا يمكن ذلك بالنسبة للمنقول لأنه غير ثابت فتسري عليه قواعد الحيابة.

فيجوز تملك العقار بالشفعة، بينما لا شفعة في المنقول، وكذا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الاختصاص المحلي يكون للمحكمة التي يوجد بدائرتها العقار.

ثانياً: أنواع العقارات

باعتبار العقار من الذمة المالية للشخص فإن أنواعه تختلف كما يلي:

1- العقارات بطبيعتها:

حسب نص المادة 683 من القانون المدني الجزائري

هي كل أشياء المادية التي لها بالنظر إلى كيانها موقع ثابت غير مستقل، فتشمل الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار من مباني والنباتات وأشجار.

الأرض سواء كانت للزراعة أو البناء تعتبر من العقارات بطبيعتها، كطرقات والأنفاق العلوية، والمباني تعتبر عقارات بطبيعتها، وتتمثل جميع أنواع المنشآت المقامة عليه، سواء على السطح الأرض أو تحتها كالمسكن، الجسور، المصانع. البنايات المتصلة

¹ - تنص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري 25/90 المؤرخ في 18/نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بالأمر 26/95 المؤرخ في 25/12/1995 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 55: "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو حقوق عينية من أجل استعمال الأملاك وفقاً لطبيعتها أو غرضها."

بالأرض ما تبنى على السطح الأرض يعتبر عقارا بطبيعته مادام أنه متصل بالأرض سواء نباتات الصغيرة أو أشجار باعتبار النباتات يشترط فيها أن تمتد جذورها في الأرض بحيث تتصل بالأرض اتصالا لا يحول دون إمكانية نقلها"¹.

2- العقارات بحسب موضوعها:

ورد في نص المادة 684 من القانون المدني الجزائري على أنه²:

"تعتبر مالا عقاريا كل حق على عقار بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق العيني على العقار".

والحقوق العينية الأصلية كحق الملكية والحقوق المتفرعة عن الملكية وكذا الحقوق العينية تعتبر عقارا إذا كان موضوعها عقار، غير أنها تعتبر منقولا إذا كان موضوعا منقولا³.

3- عقارات بالتخصيص:

إن العقارات بالتخصيص هي المنقولات منحت على سبيل إيجاز صفة العقار لأنها أعدت لخدمته أو استغلاله أو خصصت له بما وجد في نص المادة 2/683 من قانون المدني الجزائري⁴.

"غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار مملوك له رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

فالمشرع يهدف من إيجاد العقارات بالتخصيص إلى المحافظة على الوحدة الاقتصادية التي نشأت بين العقار والمنقول بالتخصيص المنقول لخدمة العقار يترتب عليه حسن استغلال وهذا العقار والمحافظة على قيمته، وهناك شروط لاعتبارها المنقول عقارا بالتخصيص:

- أن يكون للمنقول طبيعته وعقارا بطبيعته.
- أن يكون مالك العقار هو مالك منقول في الوقت نفسه.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 207.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ بريجة نصيرة، عقد البيع العقاري، مذكرة ماستر تحت إشراف دكتور قنفود رمضان، جامعة يحي فارس المدية، سنة

2013/2014، ص 07.

⁴ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

- أن ترصد هذه المنقولات لخدمة العقار.
- توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رابطة بين المنقول والعقار.¹

المطلب الثاني: خصائص عقد البيع العقاري

من خلال نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري² السالفة الذكر أن للعقد البيع عدة الخصائص وسيتم التطرق إلى الفرعين:

الفرع الأول: الخصائص العامة والخاصة لعقد البيع العقاري

يتضح أن لكل عقد خصائص يتميز بها، فأى عقد يتسم بهاته الخصائص لأن العقود المسماة نظمها المشرع الجزائري في نص قانوني وله خصائص كل عقود تتميز بها، وله خصائص أخرى تميزه على باقي العقود الأخرى.

أولاً: الخصائص العامة لعقد البيع العقاري

للعقد بيع العقاري خصائص عامة مما تتميز به سائر العقود الأخرى فمعظم العقود الملزمة لجانبين تتسم بهاته الخصائص العامة التراضي وعقد ملزم لجانبين.

1- التراضي:

إن التراضي الذي يتوصل إليه مرحلة المفاوضات أو التفاوض شأن العقد، والذي ينتهي بصدور الإيجاب والقبول من الآخر³

أما العقد الشكلي هو العقد الذي لا يكفي لانعقاد الرضائية، وإنما يجب أن يفرغ في شكل قالب الرسمي والذي يعتبر ركن من أركان العقد إذا تخلف يكون مآله البطلان المطلق.⁴

ويسمى التراضي عن طريق تطابق الإيجاب والقبول ولا يسمى الرضا لأنه الرضا يكون صادراً من جانب واحد فأغلب هاته الخصائص هي خصائص عامة لعقد البيع العقاري التي تتميز أغلب العقود المدنية.

¹ حمدي باشا، نقل ملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الطبعة الثانية، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002، ص 08.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، دار النشر والعلوم بعلي، بدون طبعة، تبسة، الجزائر، ص 15.

⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول، التصرف القانوني العقد والإرادة والمنفردة، طبعة الثالثة، 2004، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر، ص 47.

2- عقد البيع ملزم لجانبين:

عقد البيع ملزم لجانبين يولد لكل المتعاقدين التزامات تقع عليهما، وهي الالتزامات المتبادلة بين الأطراف العقد التي ترتب الآثار القانونية، ويكون كل طرف ملزم اتجاه الآخر لتنفيذ ما وجب عليه حسب اتفاق الأطراف المتعاقدة فيما بينهم فالبائع ملزم بنقل ملكية المبيع والتسليم والمشتري بدوره دفع الثمن المقابل النقدي لأن الثمن يعتبر ركن في عقد البيع العقاري من أركان العقد البيع العقاري كما ذكرنا سابقا في نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري: الذي تناوله بآثاره المترتبة على المتعاقدين، وحتى هذا يكون الاتفاق الأطراف على مكان وزمان التسليم ونفقاته حسب المتعاقدين من أجل إبرام عقد البيع العقاري.¹

ثانيا: الخصائص الخاصة بعقد البيع العقاري

يعتبر عقد البيع العقاري من العقود الشكلية كقيد من القيود القانونية على حرية التعاقد التي تتطلب لانعقاده يتميز بخاصية تميزه على العقود الأخرى في إبرامه وسيتم التطرق إلى ما يلي:

1- عقد ناقل للملكية أو منشئ للالتزام بنقلها:

يعتبر عقد البيع العقاري من العقود الناقلة للملكية العقارية ومن الطرق القانونية لاكتسابها، والتناقل بين الأيدي دلالة على التمليك، فلهذا الأحكام مختلفة تختلف عن باقي العقود الأخرى، فهو لا يقتصر على البيع على حق الملكية بل يرد على سائر حقوق الذمة المالية العينية والشخصية والذهنية غير أن بعض أحكامه تختلف باختلاف طبيعة حق البيع.² كما أن الحقوق العينية الأصلية يجوز فيها للمالك أن يبيع حق في الملكية ويتصرف فيها كما يشاء كبيع، كما بالنسبة لحق الانتفاع باعتباره حق متفرع عن حق الملكية يجوز له البيع بالنسبة للمنتفع، كما أن البائع مالك الأصلي للملكية ولا يمكن البيع ملك الغير أو التصرف في، فالعقد البيع العقاري ناقل للملكية وبالتالي لا تنتقل ملكية العقارية إلا بالشهر حسب المادة 793 من قانون المدني الجزائري.

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص48.

² يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر، 2016، الجزائر، ص46.

"لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

فالتسجيل يكون بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أما القيد يكون بالنسبة للحقوق العينية التبعية أما الشهر لا يعتبر ركنا في العقد البيع العقاري، وإنما يعتبر إجراء لنقل الملكية العقارية كما قلنا سابقا العبرة في انتقال الملكية العقارية هي العبرة بالشهر.¹

2- دفع الثمن من طرف المشتري "المقابل النقدي"

يعتبر الثمن ركن من أركان العقد البيع العقاري كما سبق أن قلنا أن يكون ثمنا نقديا لا يكون مقابلا آخر، كما يقول الفقيه الروماني أولبرونيس: " لا وجود للبيع دون الثمن" فتخلفه لا يمكن إضفاء صفة البيع عليه، فالعقد البيع العقاري من العقود المعاوضة يكون المقابل فيه نقديا، ولا يكون فيه شيئا آخر لأنه إذا كان شيئا أحر نكون أمام عقد المقايضة أو المبادلة التي تتطلب مبادلة الشيء بالشيء عكس عقد البيع عقاري الذي يتطلب فيه الثمن نقديا، كما يرى جانبا من الفقه أنه في حالة تحديد طبيعة العقد تأخذ بالعنصر الغالب فإذا كان المبلغ هو العنصر الغالب كما كان العقد بيعا، فالثمن التزام يقع على عاتق المشتري لدفعه للبائع وهذا الأخير يشترط فيه أن يكون حقيقيا لا يكون تافها ولا بخسا ولا صوريا حتى يعتبر لبيع بيعا.²

وجدية الثمن هو تلك قيمة التي يقدرها المتعاقدان للمبيع، بحيث يجب أن يكون هذا الثمن مناسبا مع قيمة المبيع، كما قد يكون هناك زيادة أو نقصان في قيمة الثمن على قيمة المبيع ومع ذلك يبقى الثمن جديا.³

فالقانون لا يعتد بها بالاختلاف الموجود بين الثمن وقيمة المبيع إلا في حالتين:

- حالة استغلال عبارة عن اختلال فاحش في الأداءات نتيجة استغلال متعاقد بما في متعاقد الثاني من ضعف النفسي ويشترط فيه:

¹ عمار علوي، المرجع السابق، ص8

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص28.

³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص8.

تواجد عنصرين:- عنصر المادي: عدم تعادل الأداءات، عنصر المعنوي الطيش البين والهوى الجامح ونية استغلال حسب نص المادة 90 من قانون المدني الجزائري¹ بالنسبة للعنصر المادي عدم تعادل الأداءات يتصور ذلك في بيع بثمن باهظ أو بثمن بخس ومثال ذلك البيع بالبثمن باهض أو ثمن البخس ويتصور هذا الاختلال في الأداءات في عقود التبرع عند البعض فقط وإن صعب ذلك، على اعتبار أن ميزة التبرع أن طرف ما يتنازل عن شيء دون مقابل مما يجعل طبيعة العقود هذا هو الاختلال في الأداءات. أما الاختلال الفاحش في الأداءات:

لما كان عدم تعادل الأداءات لا يكاد يخلو منه فإن الواجب توافره إذن أن يكون ذلك الاختلال فادحا على أن الإشكال يظهر حتما سواء تقدير اختلال الثمن اختلال الفاحش ذلك حسب المعيار المستعمل، إما أن يكون موضوعيا بحسب النظر نتيجة الأداءات بحسب سعر السوق أو أن يكون المعيار شخصا يرجع في تقويم الأداءات إلى طرف المستغل ولعل الأقرب إلى التحقيق الاستقرار المعاملات هو الأخذ بالمعيار الأول. أن تقع الاختلال في الأداءات وقت إبرام العقد: هذا الشرط واضح على اعتبار أن الاختلال الذي يقع بعد إبرام العقد وإنما نجد حله في نظرية الظروف الطارئة².

- العنصر المعنوي وهو يمثل هذا في عنصرين هاميين:

- الطيش البين والهوى الجامح:

فالطيش البين عبارة خفة اندفاع في الشخص يؤدي به إلى سوء تقدير وعدم الاكتراث للتصرف الذي يبرمه، أما الهوى الجامح فهو شدة التعلق بشخص معين، أو شخص معين، لابد أن يكون ذلك الدافع إلى إبرام العقد.

- نية الاستغلال:

أي يكون لدى المستغل تلك النية الخبيثة في الاستفادة من الضعف الذي في الطرف المستغل، سواء كان طيشا بينا أو هوى جامحا.

¹ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص29.

² بلحاج العربي، المرجع السابق، ص258.

- حالة الغبن في البيع العقاري المملوك لكامل الأهلية أو لناقصها:

يقصد بالغبن اختلال التوازن الاقتصادي في عقد المعاوضة نتيجة عدم التعادل بين ما يأخذه كل ما يأخذه فيه وما يعطيه، فهو خسارة التي تلحق بأحد المتعاقدين، في ذلك العقد، فهو بهذا يعتبر المظهر المادي للاستغلال.

جعل المشرع الجزائري معيار الغبن في البيع العقاري نصف الثمن المثل المادة 358 من قانون المدني الجزائري وهو حكم مستمد من الفقه الإسلامي، كما أن البيع العقاري بغبن يزيد عن الخمس.

ويجب التقدير الغبن في مجال البيع العقاري بحسب قيمته وقت المبيع 358 من قانون المدني الجزائري¹ وتسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن سبب الغبن إذا انقضت 3 سنوات من يوم انعقاد البيع 1/359 من قانون المدني الجزائري وبالنسبة لعديمي الأهلية من يوم انقطاع سبب العجز 2/359 من القانون المدني الجزائري² ولا يلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية إذا كان كسبا حقا عينا على العقاري المبيع 3/359 من قانون المدني الجزائري غير أن هلا يجوز الطعن بالغبن في بيع ثم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون المادة 360 من قانون المدني الجزائري.³

- أن يزيد الغبن على الخمس.

- أن ترفع الدعوى في أجلها لمدة 3 سنوات من يوم إبرام العقد.

- أن تشهر هذه الدعوى على مستوى المحافظة العقارية عملا المادة 85 من المرسوم

التنفيذي 63/76 تأسيس السجل العقاري⁴.

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 134.

⁴ تنص المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، جريدة الرسمية عدد 30 المؤرخة في 1976/04/13: " إن دعوى القضاء الرامية التي النطق مسح أو إبطال أو نقض عن حقوق ناتجة عن الوثائق ثم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14 الأمر 74/57: ما إذا تما إثبات الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري، أو تقديم النسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار"

وكذا المادة 17 من القانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08.¹ أما أساس الغبن يرجع الفقهاء الفرنسيين إلى العيب في الرضا سواء العيب غلطا أو تدليسا أو إكراها، وأن معيار الغبن عندهم شخصي، والجزاء في حالة الغبن أنه البطلان النسبي لمصلحة البائع، بينما يعتبر الفقه المصري أن معيار الغبن المادي هو أن يقل الثمن على أربعة أخماس قيمة الشيء المبيع، أما الاستغلال معياره كما يرى أنه شخصي وهو أن يستعمل المشتري في البائع هوى أو طيشا، واستغلال غير وارد في القانون الفرنسي، ومع ذلك فإن طائفة من الفقهاء الفرنسيين الحديثين فرقت بين الغبن واعتبرت أساسه ماديا، وبيت الاستغلال واعتبرت أساسه شخصيا، على أن القابلين في الفقه الفرنسي بإرجاع الغبن إلى رضا، يقولون أن البائع ليس مطالباً في دعوى الغبن بإثبات أنه وقع في الغلط أو كان ضحية الغش أو إكراه بل يكفي أن يثبت توافر شروط الغبن فتقبل دعواه ويقول مازو أنه ثمة قرينة قانونية قاطعة على وجود عيب في الرضا متى وصل عدم التناسب بين ثمن العقار وقيمه إلى حد المنصوص عليه في القانون. أما موضوع الدعوى في القانون المدني والجزائري هو تكملة الثمن، وتهدف في دعوى أساسا في القانون الجزائري، كما في القانون المدني المصري إلى حمل المشتري على تكملة الثمن، ويعتبر المبلغ المحكوم به جزءا من الثمن فتطبق عليه كافة القواعد الخاصة بالالتزام بدفع الثمن فيكون مضمونا بامتياز البائع على العقار المبيع، وللبائع أن يحبس المبيع إن لم يكن المشتري قد تسلمه إلى أن يتم الوفاء بالثمن كله بما في ذلك الغدر المحكوم به.²

يكون للبائع طلب الفسخ إذا تخلف المشتري عن الوفاء بذلك الغير، لأن المحكوم به جزء من الثمن وليس مجرد التعويض، ولا تسقط دعوى الغبن، وتسمى دعوى الفسخ، وتهدف أساسا إلى الفسخ يمضي سنتين من يوم العقد وبأن المشتري وأن ينفي الفسخ إذا أكمل الثمن إلى تسعة أعشار فمعه المبيع، وإذا حكم بفسخ البيع طبقت القواعد الفسخ العادية وأعيد الطرفان إلى ما كان عليه قبل التعاقد. وكذلك مقارنة بين دعوى تكملة الثمن ودعوى الاستغلال تتضح من مقارنة بالنصوص القانونية في القانون المدني الجزائري والقانون

¹ الأمر 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 2008/04/23.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 73.

المدني المصري والفروق الآتية ودعوى الاستغلال دعوى إبطال على أن للقاضي ألا بحكم الإبطال مكنها بإنقاص الالتزامات التعاقد الذي وقع عليه الاستغلال كما يجوز للطرف الأخر أن ينفي الإبطال إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

كذلك دعوى تكملة الثمن فهي ليست دعوى الإبطال وليس للقاضي سلطة إنقاص التزامات البائع، فليس له أنه ينقص من القدر المبيع لكي يعيد التعادل بين قيمة المبيع والثمن وإنما يتعين على القاضي أن يحكم للبائع بمبلغ عادل الفرق بين أربعة أخماس قيمة العقار وقت البيع وبين الثمن الذي اتفق عليه في العقد، ودعوى تكملة الثمن لا تؤدي إلى إبطال العقد بأي حال، ولكنها قد تؤدي إلى الفسخ العقد، إذا لم يقم المشتري بالوفاء بالمبلغ المحكوم به.¹

الفرع الثاني: تمييز عقد البيع العقاري عن غيره من العقود

عقد البيع العقاري باعتباره عقد الشكلي يتميز عن باقي العقود الأخرى من حيث الإجراءات إبرامه تتطلب مراحل القانونية التي يمر بها وكذا من حيث نوع أنه بمقابل لأن توجد العقود التبرع وهناك ما يسمى التبرعات بدون المقابل، عكس العقود بالمقابل التي سيتم التطرق إليها كالآتي:

أولاً: عقد البيع العقاري وعقد المقايضة والإيجار

عقد البيع العقاري عقد الشكلي ففي إجراءاته القانونية لتسجيل نفسها التي تترتب على عقد المقايضة أو عقد المبادلة وتخضع لإجراءات التسجيل والشكلية، إلا أن عقد البيع العقاري يكون الالتزام الذي يقع على المشتري هو دفع الثمن النقدي عكس عقد المقايضة وهي مبادلة شيء بشيء، وهذا ما يميزه عن عقد البيع العقاري.²

عقد البيع العقاري وعقد الإيجار عقد البيع العقاري عقد شكلي يتطلب في الرسمية وإلا يكون مآله البطلان المطلق، وأما عقد الإيجار حق الشخصي لعلاقة دائنية بين المؤجر والمستأجر هو عقد مكتوب وليس رسمي، الإيجار قد يلتبس بالبيع بحيث قد يتشابهها وخاصة في بعض الأنواع العقود وعندما يتعلق الأمر ببيع المنفعة هي الثمار المستقبلية وهو عملية

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص75.

² محمد حسنين، المرجع نفسه، ص95.

الإيجار بصفة العامة ولم نعرفه المشرع الجزائري تمكين من الانتفاع شرطا أساسيا بحيث يعتبر الالتزام الإيجابي بأن الأولى فيجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة لتمكين المستأجر من الانتفاع بها فنجد أن قانون 05/07 في المادة المعدلة بتاريخ 2007/05/13 على أنه "عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل الإيجار معلوم"¹ وكذلك بالنسبة للمقايضة نصت عليها المادة 415 من قانون المدني الجزائري² بقولها: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح بطبيعة مقايضة"³ وأقرت المحكمة العليا في قرار لها رقم 255411 بتاريخ 2002/02/06 منشور مجلة المحكمة العليا عدد 01-2004 مبدأ مفاده يقرر وجوبا عقد المقايضة في الشكل الرسمي.

وفي قرار لها رقم 274325 بتاريخ 2007/04/21 منشور في مجلة المحكمة العليا عدد 02 لسنة 2004 ص 287 أقرت المحكمة العليا مبدأ مفاده الصلح منصب على العقار يخضع للرسمية.⁴

ثانيا: عقد البيع العقاري وعقد الرهن

عقد الرهن من الحقوق العينية التبعية وهي تقيد أما بالنسبة للحقوق العينية العقارية تسجل يقوم بتسجيلها المحافظ العقاري لدى المحافظة العقارية وعقد البيع العقاري من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية، ومن أهم عقود مكتسبة للملكية العقارية من التصرفات القانونية، أما عقد الرهن يكون ضمان للدين وللوفاء بالدين، لذا هو من التأمينات العينية.⁵ لا يختلط الرهن بالبيع العادي وغير أنه يتفق في البيع أن يكون للبائع في خلال مدة معينة حق استرداد العين المباعة بمقابل رد الثمن الذي دفعه المشتري مضافا إليه المصروفات التي أنفقها المشتري على المبيع أثناء وجوده في حيازته ويسمى هذا العقد البيع بالوفاء وفي لببيع الوفاي تنتقل الملكية إلى المشتري معلقة على شرط الفاسخ هو استعمال

¹ قانون 05/07 المؤرخ في 2005/05/13 يعدل ويتم الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 31.

² الأمر 58/75 المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ الأمر 58/75 المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

⁴ يوسف دلاندة، المرجع السابق، ص 49.

⁵ محمد حسنين، المرجع نفسه، ص 15.

البائع لحقه في الاسترداد ورد الثمن والنفقات في خلال المدة المعينة المتفق عليها فإذا استعمل البائع حقه في الاسترداد تسقط الحيازة ويأخذ البيع نهائيا وانتقلت الملكية للمشتري في مقابل الثمن الذي دفعه.

ثالثا: عقد البيع العقاري والهبة والوصية

عقد البيع العقاري من العقود الناقلة للملكية للعقارية بمقابل أي مقابل ثمن نقدي أما عقد الهبة من العقود الناقلة للملكية للعقارية بدون عوض من عقود التبرعات هناك من يسميها عقود الاحتفالية أو عقود الاحتفائية تصرف بين الأحياء، وكلاهما يخضع لمراحل التسجيل ويجب استيفاء الشكلية كركن في العقد وإلا كان باطلا بطلان المطلق.

فالبائع يتخذ ستارا للهبة، فيذكر فيه عوضا على أنه ثمن ثم يهب البائع الثمن إلى المشتري مثل ذلك العقد في طبيعة الهبة، مكشوفة معنى أن نية التبرع واضحة في العقد. والبيع يكون دائما بمقابل في حين أن الهبة تتم بدون المقابل، إذ هذا الأخير الذي يميز هذين العقدين، إلا أنه قد تكون الهبة بالعوض بما يسمى بالهبة المستترة الظاهر أنه عقد هبة إلا في الباطن أنه عقد البيع وليس هبة ومثال ذلك إذا أعطى الشخص دارا في مقابل أوراق النقدية أو سبائك الذهبية فهل يعتبر المقابل بمثابة نقد أم لا فالإجابة على هذا التساؤل هو السبكة الذهبية أو الورقة المالية إلى مبلغ النقدي لأن العبرة فيه على طبيعة المقابل وقت العقد.¹

أما عقد البيع العقاري والوصية فالعقد البيع العقاري يقوم بإبرامه البائع والمشتري والوصية ليست عقد وإنما تصرف مضاف إلى ما بعد الوصية، وهي تبرم بين الموصي والموصى له لديها أحكام خاصة بها منصوص عنها في القانون المدني والقانون الأسرة، وكلاهما يجب أن يكون شكليا وإلا يكون مآله البطلان المطلق، وكذلك الوصية من التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية وكذلك هي من العقود الاحتفالية أو عقود الاحتفائية.²

¹ دريدي شنيبي، المرجع السابق، ص 64.

² حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة والوصية والوقف، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة جديدة، الجزائر، ص 07 و 55.

فالببيع والوصية هما تصرفان قانونيان ناقلان للملكية العقارية وكذلك الاختلاف بينهما كبير فالبيع عقد يحتاج إلى توافق إرادتين، والوصية تصرف وليست عقد أي تصرف بالإرادة المنفردة الموصى للطرف الآخر، أو الشخص آخر يسمى الموصى له والبيع العقاري تعاقد بين البائع والمشتري على قيد الحياة أما الوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت، فالوصية تصرف في التركة مؤجل ما بعد الموت وهي تصرف التبرعي بدون مقابل أو بدون عوض، والبيع العقاري يكون بالمقابل أو بما يسمى بالعوض نقدي لأن الثمن هو ركن في العقد البيع العقاري يجب أن يكون نقدي، وكذلك التحقق والتدقيق فيما يظهر أنها وصايا قد يحصل عملاً ويكون وصفه بأنه من البيوع، فمثلاً نجد أن شخصاً ما باع لآخر مالا من أمواله ووضع شرطاً في العقد يفقد البيع العملية بالنسبة للمشتري أو يؤجل المنفعة مع الاحتفاظ لنفسه مزايا الملكية كأن يشترط حقه في حيازة المبيع والانتفاع به طيلة حياته، وأن المشتري لا تنتقل إليه بالمبيع إلا بعد وفاته وبهذا الشرط يحتفظ لنفسه باستعمال المال واستغلاله ويمنع المشتري من التصرف به مدى الحياة البائع والبائع من ذلك هو التهرب من قواعد الميراث الأمانة وحرمان ورثته من هذا المال إلا أن المشرع الإماراتي ما يلي:

"إذا تصرف شخص لأحد ورثته واحتفظ بحيازة العين التي تصرف فيها ويحقه الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضاف إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية ما لم يقدّم دليل خلاف ذلك "

لكن هذه القرينة مبنية على نية الإيصال بسيطة قابلة لإثبات العكس.¹

فالعقد البيع العقاري هو عقد شكلي الذي يتطلب الشكلية لإبرامه إلا كان باطل بطلان المطلق ويكون بمقابل وهو نون من العقود المعاوضة لا بد أن يكون بعوض ثمن النقدي بمقابل وإلا كان من عقود التبرعات وهناك من يسميها التبرعات وهي التسمية الصحيحة فالهبة والوصية من التبرعات بدون عوض من العقود الاحتفالية أو العقود الاحتفالية.

¹ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 35 و 36.

المبحث الثاني: أركان عقد البيع العقاري

لكل عقد أركان وشروط لإبرامه، كما يجب أن للعقد البيع العقاري أركان صحيحة حتى يرتب آثاره القانونية كاملة لا يشوبها عيب من العيوب الإرادة، لكي يقوم كلا الطرفين بالتزاماته كاملة التي تقع عليهما فلعقد البيع عقد شكلي، ويمتاز بنوع من الخصوصية لأنه عقد يمر بعدة مراحل وإجراءات قانونية، وان يتوفر على كامل أركانه كاملة لأن الركن يدخل في ماهية الشيء وقوامه ما يترتب على وجوده الوجود وينعدم من عدمه العدم في حالة إخلاله يترتب عليه البطلان المطلق، الذي هو جزء لا يتجزأ ومن النظام العام يمكن للقاضي إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى كما يمكن لأطراف إثارتها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، فالشروط الموضوعية للعقد تتمثل في التراضي، المحل، السبب، والثمن المقابل النقدي، والشروط الشكلية لإبرام العقد من توافر الشكلية التي يفرغ العقد في شكل معين لا بد أن يحزر من طرف أشخاص مخول لهم قانونا ولهم كامل الصالحية في اختصاصهم وسلطاتهم مع مراعاة الأوضاع القانونية والأشكال القانونية.

كما سبق أن قلنا أن لكل عقد شروط موضوعية له، لإبرامه التراضي الذي هو توافق الإرادتين بطابق الإيجاب والقبول لإحداث الأثر قانوني والأهلية وأن تكون صالحة المباشرة تصرف القانوني للمتعادين 19 سنة كاملة غير محجور عليه والإرادة غير مشيية بعيب من العيوب كالإكراه والاستغلال والتدليس والغلط التي تدخل في إبطال العقد وأهلية أداء لكلا من البائع والمشتري، وكذلك بالنسبة للمحل الشيء الذي هو العقار الذي يكون موجودا وقابلا للوجود ويكون مشروعاً غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ولا يكون ملك من أملاك الدولة التي لا يجوز التصرف فيها كالبيع ولا يكون العقار الذي يباع محل نزاع أمام القضاء وكذلك البيع ملك الغير لا يجوز بيعة الغير للعقار ملك شخصاً آخر إلا بإقرار، وكذلك السبب هو الدافع والباعث الذي أدى دفع بالمتعاقدين إلى التعاقد، وكذلك الثمن المقابل النقدي يجب أن يكون حقيقياً وجدياً لا يكون تافهاً ولا بخساً، والأركان الخاصة للعقد البيع العقاري هي الشكلية التي تعتبر ركناً في العقد البيع العقاري، كما قلنا سابقاً عقد البيع العقاري يمر بعدة مراحل الإجراءات القانونية حتى آخر إجراء يودع لدى المحافظة

العقارية يقوم بها الموظف العمومي هو المحافظ العقاري معين بموجب قرار وزاري من طرف وزير المالية.

لذا سيتم التطرق في هذا المبحث الثاني إلى مطلبين المطلب الأول الأركان العامة لعقد البيع العقاري والمطلب الثاني الرسمية في العقد البيع العقاري:

المطلب الأول: الأركان العامة للعقد البيع العقاري

أركان العامة للعقد البيع العقاري لسائر العقود تتوافر ملزم لجانبين يكون التراضي ومحل الشيء العقاري، والسبب الدافع الباعث الذي دفع المتعاقدين إلى إبرام العقد، والتمن كركن في العقد يكون جديا وحقيقيا لا تافها ولا بخسا.

لذا سيتم التطرف إلى فرعين:

الفرع الأول: التراضي والمحل

توافق إرادتين بتطابق الإيجاب والقبول لإحداث أثر القانوني ومحل العقار يكون موجود وقابلا للوجود ومعينا وقابلا للتعين.

أولاً: التراضي

التراضي هو ركن الأول في عقد البيع العقاري، ويقصد بالتراضي اتجاه الإرادة على أحداث الأثر القانوني المطلوب¹

كما أنه يلزم لانعقاد عقد البيع العقاري التراضي بين البائع والمشتري على العناصر الأساسية وهي المبيع والتمن وطبيعة العقد، أما المسائل الأخرى هي المسائل القانونية لكيفية التسليم وزمان التسليم ونفقات التسليم لاتفاق الأطراف فيما بينهما².

1- الاتفاق على المبيع والتمن وطبيعة العقد:

إن الاتفاق على المبيع من الوسائل الجوهرية أي اتجاه الإرادتين على أحداث الأثر قانوني على المبيع، ويمثل أن يقبل المشتري الشراء هذا العقار، ويجب أن يكون هذا الاتفاق منصبا على ذات العقار الذي اتفق عليه، فقد يريد أحد المتعاقدين أن يبيع دارا لع فيعد المتعاقد الآخر بيعها له بتمن وفي مدة معينة ويقبل هذا الأخير لأنه يرى أن يشتري دار

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص57.

² عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص15

بثمن يريدتها بخصائصها، فيجب أن يتطابق الإيجاب والقبول على المبيع تطابقاً تاماً لكي ينعقد العقد تاماً وصحيحاً، فالوعد بالبيع يعني به الوعد بالتعاقد للاتفاق على المسائل الجوهرية.¹

أما الاتفاق على الثمن، فلا بد من توافق الإرادتين على الثمن فلا ينعقد عقد البيع إذا عرض أحد المتعاقدين ثمن معين فقبل الآخر الشراء بثمن أقل، كما أنه يجب أن يكون نقداً على شيئاً آخر.²

فمثلاً: فلو طلب البائع في العقار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا باستعماله لم يتم البيع بثمن معين يتفق عليه الطرفين، كما أنه يجب أن يتم التطرق إلى حالتين:

فالحالة الأولى: أن المشتري وقع في غلط لما قبل الشراء بأزيد مما طلبه البائع، أن ينعقد أنه يقبل الشراء بثمن الذي طلبه البائع ثم تبين له الثمن الذي طلبه البائع أقل من ذلك.

أما الحالة الثانية هي أن يكون المشتري قد قصد أن يزيد في الثمن الذي طلبه البائع لاقتناعه بأن المبيع يساوي هذه الزيادة، والحل الذي يذهب إليه الشراح هو يصدق في حالة الأولى أي حالة وقوع المشتري في غلط فينعقد البيع بالثمن الذي سماه البائع أي بالثمن الأقل، أما إذا فرض أن طالب الشراء هو البادئ، إذ عرض الشراء بثمن معين فأجابته الآخر أي البائع بأن المبيع لك بأقل الثمن، فإن الإجابة تعتبر إيجاباً جديداً لأن الإيجاب الذي يتمحض لمصلحة المشتري، فلا يحتاج لقبول منه ويعتبر العقد منعقداً بأقل الثمن.³

وبالتالي لا بد من توافر الإرادتين على الثمن فلا ينعقد البيع إذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين قبل الطرف الآخر الشراء بثمن الأقل، ولما قلنا أنه لو طلب البائع في الدار ألفاً ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا تسعمائة لم يتم البيع لأن المتعاقدين لم يتفقوا على الثمن.⁴

أما اتفاق على طبيعة العقد بالإضافة إلى اتفاق على المبيع والثمن، يجب أن يتفقا على طبيعة العقد أي نتيجة الإرادة البائع وإرادة المشتري إلى الشراء.

¹ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري، على ضوء التشريع والقضاء، دار هومة انشر والتوزيع، الجزائر، ط2016، ص42.

² جمال بدري، المرجع نفسه، ص13.

³ دريدي شنيبي، المرجع السابق، ص70.

⁴ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص43.

وطبيعة عقد البيع العقاري أن ينشئ التزاما بنقل الملكية ولذا لا يكفي كل العقد لا يقصد به حقيقة إنشاء هذا الالتزام لا يعتبر بيعا، كما قضت المحكمة النقض المصرية في هذا الشأن بأنه لا ينعقد عقد البيع إلا إذا اتفق الطرفين على طبيعة العقد الذي يقصد في إبرامه بحيث يتوافر الإيجاب والقبول على حصول البيع¹.

2- شروط صحة الرضا:

حتى يصدر التراضي صحيحا لا يشوبه عيب من العيوب، ويجب أن يتوفر على هاته الشروط:

أ- الأهلية:

يجب لصحة التراضي، أن يكون صادرا من ذي أهلية، وعقد البيع من التصرفات القانونية الدائرة بين النفع والضرر، ولذا يشترط لصحته توافر الأهلية الأداء. فإن قام ناقص الأهلية بتصرف قانوني يكون قابلا للإبطال وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري:

"من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لنص المادة 43 من قانون المدني الجزائري:

"تكون التصرفات نافذة إذا كانت ناقصة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، ويتوقف على إجازة الولي، أو الوصي فيما كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يدفع الأمر إلى القضاء. وسن التمييز طبقا لنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري هو 13 سنة أما بين سن الرشد فهو 19 سنة كاملة، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من قانون المدني الجزائري.

ب- سلامة الإرادة من العيوب:

كما يشترط لصحة عقد البيع العقاري خلو الإرادة من العيوب كما قلنا سابقا، أي لابد أن تكون الإرادة صحيحة لا يشوبها عيب ولا نقصان.²

¹ دريدي شنيبي، المرجع السابق، ص71.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص112 و113.

وتجدر الإشارة أن المشرع الجزائري في عقد البيع العقاري وضع أحكاما خاصة بحالة الغبن في بيع العقار غبنا يزيد عن الخمس قيمة المبيع وقت البيع، وذلك في القانون المدني الجزائري¹.

ج- العلم الكافي بالمبيع:

اشتراط المشرع الجزائري في عقد البيع العقاري ضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا، ويتم ذلك عن طريق رؤية المبيع ومعاينته، لو أن تشمل عقد البيع العقاري على بيان كامل أوصافه الأساسية والعقار تعيينه تعيينا كافيا نافيا للجهالة، وإذا أقر المشتري في عقد البيع العقاري بأنه علم بالمبيع يسقط حقه في طلب إبطال العقد بحجة العلم الكافي بالمبيع إلا إذا أثبت غش البائع².

ثانيا: المحل في عقد البيع العقاري

إن البيع عقد ملزم لجانبيه فهو عقد يرتب جملة من الالتزامات تقع على البائع والمشتري، وأهم التزام يقع على عاتق البائع هو نقل ملكية الشيء المبيع العقار لصالح المشتري، وهذا الأخير يدفع الثمن النقدي الذي هو الالتزام مهم يقع على عاتق هذا الأخير فالمحل في عقد البيع العقاري هو محل مزدوج يتكون من عقار وثمان:

1- العقار المبيع:

العقد البيع العقاري يجب أن يكون العقار هو المبيع لأن المحل فيه هو العقار الذي يعتبر محل الشيء يكون ركنا في عقدا وبالتالي سيتم التطرق إلى ما يلي:

أ- تعريف المبيع:

يقصد بالمبيع الذي يرد على الشيء من الأشياء كحق الملكية الواردة على العقار والذي هو حق عيني أصلي³

وباعتبار أننا بصدد دراسة عقد البيع العقاري فالمبيع هو العقار فهذا الأخير تناوله المشرع الجزائري في نص المادة 386 من قانون المدني الجزائري:

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص133.

² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص72.

³ فاطمة الزهرة جدو، المدخل العلوم القانونية نظرية الحق، دار بلقيس لنشر، بدون طبعة، الجزائر، بدون تاريخ، ص46.

"كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه لا يمن نقله دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو منقول"

2- شروط المبيع:

لم يرد في قانون المدني الجزائري ولم يسبق للمشرع الجزائري تناوله أي ينص خاص بشروط الواجب التوافر في المبيع فهنا يجب عليه الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بشروط محل العقد بصحة العامة وبالتالي الشروط منصوص عليها قانون هي:

أ- وجود العقار أو قابلية الوجود في مستقبل:

تقتضي القاعدة العامة أنه يجب لانعقاد العقد أن يكون محل موجود وبالتالي إذا لم يكن موجودا يقع العقد باطلا لانعدام محله، إلا أن المادة 92 من القانون المدني الجزائري: "يجوز أن محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا". ومن الأمثلة على بيع الأشياء المستقبلية بيع لشخص لمنزل قبل بنائه وهو ما يسمى بالبيع بالتصاميم، وقد شاع هذا البيع في وقت الحاضر، وذلك للفوائد الكثيرة التي تحققها للمشتريين وللمرقي العقاري الذي يتولى عملية البناء هذه السكنات لفائدة المشتري¹.

ب- تعيين العقار المبيع:

يجب أن يكون العقار معيناً حتى يمكن أن يرد الاتفاق، ويعتبر العقار من الأشياء القيمة أي الأشياء المعينة بالذات، وهي التي تتميز عن غيرها بصفات الخاصة تعينه تعينا ذاتيا غيره لا يقوم مقامه في الوفاء، وستعين العقار يكون يذكر موقعه وحدوده ومساحته ورقمه إذا اشتمله المسح العام للأراضي فيجب أن يكون التعيين واضحا نافيا للجهالة.

ج- جواز التعامل في العقار المبيع:

هناك عقارات تخرج من التعامل بحكم القانون كالعقارات الموقوفة والعقار الموقوف والمال المحبوس عن تملكه والتصرف فيه وجعله على جعله من وجوه البر والإحسان². كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية والحقوق المتنازع فيها والتعامل في الأملاك العامة للدولة حيث ورد في نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري:

¹ مجيد خلفوني، الشهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر التوزيع، الجزائر، طبعة الثالثة 2017، ص 99.
² سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 73 و 74.

"لا يجوز التصرف في الأموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم".

د. أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع:

فالبائع لا يستطيع أن ينقل الغير أكثر مما يملك، وعلى إذا كان البائع غير مالك للمبيع، فلا يستطيع أن يملكه إلى المشتري، وهذا شرط اقتضته طبيعة المبيع، لأنه كما سبق أن قلنا أن عقد البيع من عقود الناقلة للملكية العقارية بذاتها معين بالذات كما أن يكون للبائع مالكا لشيء المبيع لا يجوز له لبيع ملك الغير¹.

3- الثمن:

تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري²: على ما يلي:

على البيع أنه: " عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر بمقابل الثمن النقدي".

أ- تعريف الثمن:

حسب المادة 351 من القانون المدني الجزائري³ أن الثمن مبلغ من النقود يدفعه البائع في مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية المبيع إليه هو ركن في العقد البيع لا ينعقد بدونها، فالإتفاق على الثمن يقتضي بطبيعة الحال تعيين هذا الثمن، وبيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره⁴.

ب- شروط الثمن:

تتمثل شروط الثمن فيما يلي:

- **الثمن مبلغ من النقود:** تمييز البيع عن المقايضة بأن يكون مقابل البيع نقودا، فإذا كان الثمن غير النقود فالعقد هنا المقايضة⁵.
- **الثمن معين أو مقابل للتعيين:** تعين الثمن وتقديره بتعيين مبلغ محدد للشيء المبيع من طرف المتعاقدين معا بهدف الحماية مصلحتها لعدم وقوعها في الغبن⁶.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص60.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص79.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص29.

⁶ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص134.

والتقدير قد يكون فورياً أو بالاختصار على الإشارة على الأسس التي ستقدر الثمن بناء عليها بعد إبرام العقد¹.

والثمن في بيع العقار أخضعه المشرع الجزائري لعدة إجراءات نظراً لأهمية العقار باعتبار ثروته من ثروة الدولة لذلك أوجب الخمس ثمن المبيع أمام الموثق الذي يعتبر الضابط العمومي محرر للعقد².

فوجب أن يكون نقداً وليس شيئاً آخر كما يجب أن يكون حقيقي وجدي

- يجب أن يكون الثمن حقيقياً وجدياً:

من شروط صحة الثمن أن يكون حقيقياً وجدياً وهو الذي تتجه إليه إرادة حقيقية باعتباره مقابلاً حقيقياً للمبيع³.

مقابلاً للحقيقة لا رمزياً، ويكون الثمن غير حقيقي إذا كان صورياً أو تافهاً أو بخساً أما الثمن البخس هو الثمن الحقيقي الذي ينعقد به العقد ولو أنه يخول للبائع عن نفس الأحوال حق تكملة الثمن⁴.

أما الثمن الصوري هو الثمن الذي لا يطابق الحقيقية ما اتفق عليه الطرفان أو أنه الثمن الذي لم يعقد البائع أن يقتضي من المشتري وإنما ذكره في العقد استيفاء للشكل فقط وهي تثبت بأن الثمن الصوري فإن العقد لا يكون بيعاً ولكنه يكون هبة مستترة في صورة البيع المستفيدة من ظروف المحيطة بالطرفين وتصبح هبة دون حاجة إلى ورقة رسمية والصورية تكون مطلقة ونسبية.

الصورية المطلقة تكون عندما يتفق الطرفان على أن لا يلتزم المشتري بأي شيء من الثمن.

الصورية النسبية هي مخالفة للعقد المسمى في العقد حقيقة على أن يدفعه المشتري فعلاً زيادة أو نقصاناً، وفي هذه الحالات فإن إثبات اقتضاء الثمن يقع على عاتق البائع⁵.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 168.

² دوة أسيا، المرجع السابق، ص 37.

³ جمال بدري، المرجع السابق، ص 43.

⁴ دريدي شنتي، المرجع السابق، ص 23.

⁵ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 116.

أما الثمن التافه فيلحق بالثمن الظاهرة صورته فهو لا يقوم دليلا على أن المتعاقدين قصدا أم لا يلتزم المشتري بدفعه ولكنه قليلا إلى حد يجعل التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية مفقودة تماما. فمثلا: بيع دار كبيرة 10.000 دج فمن فله هذا الثمن وتفاهته بالنسبة إلى قيمة المبيع يحول دون عده ركنا صحيحا في العقد البيع، فلا يكون العقد بيعا بل هبة ولأن الثمن تافه لا يعقد به أصلا فإن ذكره في عقد البيع لا يكفي حتى لإعطاء العقد صورة البيع الذي يستتر الهبة، ويعتبر العقد في هذه الحالة هبة مباشرة ولا يصح بهذا الوصف إلا كان محررا في ورقة رسمية، ولا مثل الذي عرض عليه القضاء المصري.¹

أما الثمن البخس هو الثمن جدي، لكن بينه وبين المبيع تفاوت كبير، وهو مختلف عن الثمن الصوري وتافه، إذ حصول وعلى الثمن البخس كان الدافع للبائع نقل الملكية المبيع إلى المشتري، ففي هذه الحالة ينعقد عقد البيع بالثمن البخس يصفه طالما كان التفاوت عن الخمس فإن للبائع حق المطالبة المشتري تكملة الثمن أو فسخ العقد وهو ما يسمى "بالغبن الفاحش".²

وردت هذه القاعدة للعقار دون سواء من المبيعات الأخرى نظرا لقيمة العقار ورغم أنه يؤخذ على هذه المادة حصر هذه الحماية على العقارات دون المنقولات رغم وجود بعض المنقولات التي تفوت قيمة العقارات مثل: المجوهرات، والسيارات الفخمة.³ كما نصت المادة 358 من القانون المدني الجزائري.⁴

"إذا بيع عقار يزيد عن الخمس فالبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب تقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار حسب قيمته وقت المبيع".

الفرع الثاني: السبب

السبب تمت الإشارة إليه سابقا هو الدافع الذي أدى بالمتعاقدين إلى إبرام العقد لذا سيتم التطرق إلى تعريف السبب وأولا وثانيا شروط واجب توافرها في السبب.

¹ دريدي شنيطي، المرجع السابق، ص91.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص930.

³ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص133.

⁴ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

أولاً: تعريف السبب

لم يعرف المشرع الجزائري السبب في العقد واكتفى بالنص عليه في المادة 97 من قانون المدني الجزائري
"إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف لنظام العام والآداب العامة كان العقد باطلاً".

كما عرف ركن السبب نظرتين:

1- النظرية التقليدية:

للسبب الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراء التزامه فالبايع مثلاً: يقصد بتحملة نقل ملكية المبيع أن يتحمل المشتري بدفع الثمن.

2- النظرية الحديثة:

فينعقد بالسبب الدافع، وهو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الالتزام فمن يشتري منزلاً قد يكون الدافع له على الشراء والالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل أو أن يخصص لسكانه أو أن يجعل منه محلاً لعمله، ومن ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الآتية:

وهو الشيء الخارجي عن العقد، شيء ذاتي الملتزم، وهو الشيء المستعير¹.

فسبب الالتزام كل المتعاقد هو التزام المتعاقد الآخر فمثلاً: سبب الالتزام البائع تسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن إذن بسبب الالتزام عند الفقيه دوماً يختلف عن الدافع إلى التعاقد الذي يعبر عن رغبة البائع في سداد ما عليه من الدين أو في شراء شيء آخر².

فالواقع أن الفقه الحديث وكذلك التشريع الجزائري يميز بين ما يمكن تسمية العقد وبين سبب الالتزام وتتم التفرقة بين سبب العقد هو الباعث من وراء إبرام العقد أي الهدف البعيد. أما سبب الالتزام فهو الباعث على إبرام العقد لكن الباعث القريب، بهذه الطريقة يتضح الباعث البعيد هو الاستثمار في مثالنا السابق، والباعث القريب هو بالتالي يمثل

¹ دريدي شنيبي، المرجع السابق، ص 96.

² سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 126.

حصول على الثمن من وراء هذا الالتزام الذي يقع على المتعاقد هذا المشتري أهم الالتزام الذي تقع على المشتري أهم الالتزام يتمثل في دفع الثمن المقابل النقدي.¹

ثانياً: توافر الشروط السبب

يجب أن يكون السبب في عقد البيع العقاري موجوداً، وصحيحاً كما يجب أن يكون مشروعاً بمعنى أنه غير مخالف للنظام العام والآداب العامة.

1- أن يكون السبب موجوداً:

يتصرف هذا الشرط إلى السبب القسدي، وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها وفي عقد البيع العقاري يكون سبب الالتزام هو أن البائع يقوم بنقل الملكية العقارية وهو يرتقب الحصول على الثمن من طرف المتعاقد آخر وهو المشتري، بحيث إذا تخلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه وهذا هو الدفع بعدم تنفيذ بعد انعقاد العقد كان للأخر أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ كما له أن يفسخ ليتخلص من العقد نهائياً، وإذا أصبح الالتزام مستحيلًا ينقضي الالتزام وينفسخ العقد من تلقاء نفسه.²

لذلك أن السبب الالتزام كما قلنا محل الالتزام الطرف المقابل وهذا إذا تعلق الأمر بعقد ملزم لجانبيين كالعقد البيع العقاري.

2- أن يكون سبب صحيحاً:

يجب أن يكون السبب صحيحاً، فإذا كان موهوماً أو صورياً، فيكون السبب غير صحيح فإذا تعهد الخلف العام أو الخلف الخاص وجاء الدين سلفه ثم اتضح أن هذا الدين انقضى، هذا يكون السبب موهوماً لأن المتعاقد وقع في الغلط بشأن وجود السبب ويبطل العقد، ويكون السبب يكون صورياً إذا كان يخفي سبباً آخر غير مشروعاً.

أ- في حالة ما إذا كان لم يكف السبب المذكوراً في العقد:

هنا يفترض المشرع الجزائري أن الالتزام سبباً موجوداً، وأن العقد مشروع، وعلى المدعي أن ما يثبت ما يدعيه بكافة الطرق الإثبات إذ ليس هناك الكتابة تقيده المادة 98/ 1 من قانون المدني الجزائري.

¹ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 42.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 43.

كما نجد أن المشرع الجزائري وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سببا مشروعاً ولم يذكر هذا السبب فإن ذكر السبب في العقد حالة تعبير السبب الحقيقي الذي قبل المدين أن يلتزم من أجله وإن ادعى المدين صورية السبب المذكورة في العقد، كان عليه أن يقوم بدليل القانوني بالكتابة على هذه الصورية السبب، كان على من يدعي أن للالتزام سببا آخر غير مذكور في العقد.

ب- في حالة ما إذا كان السبب مذكوراً في العقد:

وفيهما أقام المشرع قرينة بمقتضاها أن السبب المذكور حقيقي حتى يقوم دليل على ما يخالف ذلك، فإذا قام دليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن الالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه غير أنه لا يجوز إثبات عكس كتابة إلا بكتابة أخرى.

أما حين يدعي المدين أن يسبب العقد غير المشروع، فيكون له أن يثبت ذلك بكافة الطرق إذ يجوز إثبات عدم المشروعية لكافة الطرق الإثبات وهذا مع ملاحظة أنه لا بد من إثبات علم الدائن بعدم مشروعية السبب.¹

3- أن يكون السبب مشروعاً:

ينصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم إلى ترتيب الالتزام في نمته، كما يكون السبب غير المشروع مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وبالتالي يكون باطلاً بطلان المطلق مع الملاحظة أن الباعث غير المشروع لا يؤدي إلى البطلان التصرف إلا إذا كان الطرف الذي لم يكن لديه هذا الباعث على علم به.

ولو أننا نعتقد أنه يكفي أن يكون الباعث غير المشروع حتى يبطل العقد، يستوي أن يعلم الطرف الآخر بذلك أو لا يعلم طالما وفكرة الباعث الدافع قد أخذ بها القضاء الجزائري.²

وكل التصرف يجب أن يكون الدافع إليه مشروعاً غير مخالفاً للنظام العام والآداب العامة وأغنى المشرع الجزائري طرفي العقد من غناء إثبات هذا الشرط إذ وضع قرينة قانونية بسيطة تقتضي مشروعية العقد على كل من يدعي العكس إثبات ذلك بكل الطرق إذ

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 163.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 77.

الأمر هنا يرتبط بالغش فجاز إثبات بكل الوسائل ولا يجب الفقيه أن يكون كلا الطرفين مالم يكن مشروعاً بل يكفي سوء النية أحدهما فقط، إذ الأمر هنا مرتبط بمصلحة العامة فوجب تعليلها على المصالح الخاصة على مصلحة حسن النية¹.

كما إذا كان غير مشروع كما قلنا سابقاً يكون مآله البطلان المطلق، كما يظهر أن الركن في العقد هو الباعث الدافع الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، ويشترط في القضاء الجزائي أن يكون مشروعاً حتى يثبت العكس، قد أغفل المشرع الجزائي ذكر الشرط الذي قالت به النظرية التقليدية، والذي يتطلب في السبب أن يكون صحيحاً أي مطابقاً للواقع، ذلك أن هذا الشرط في حقيقة يندرج تحت الشرطين آخرين وقد يكون على شرط المشروعية يدل على أنه لا يوجد السبب في القانون الجزائي إلا شرطاً واحداً هو أن يكون مشروعاً، وأن المقصود لا مجرد القرض المباشر المعهود في العقد ويشترط فيه شرطان: أحدهما يتعلق بذاتية أن يكون مشروعاً، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة والآخر يتعلق باستقرار التعامل، ووقاية العقد بحسن النية في بطلان العقد كان اطمئنان إلى صحته ونظام علاقته على أساس وجوده².

المطلب الثاني: الرسمية في عقد البيع العقاري

إن الأصل في إبرام العقود تبرم رضائياً وهذا ما يعرف بمبدأ الرضائية لأن العقد فيه الأركان (التراضي، المحل، السبب) فيلتزم ذلك ويرتب أثره القانونية كاملة، إلا أن هناك استثناء وهذا مبدأ العام لرضائية حتى يستوفي جميع أركانه كاملة فيرتب أثره القانونية كاملة وصحيحة يجب إضافة على هذه أركان التي ذكرنا يجب أن يضاف إليها الرسمية التي تعتبر ركناً في العقد لإعطاء الشكل أو النموذج الشكلي يحرر من طرف ثلاث أشخاص هم الموظف العمومي، وضابط العمومي، وشخص مكلف بخدمة العامة المعين بموجب القرار أو عقد إداري، ويخول لهؤلاء الأشخاص كامل الصالحية لمراعاة الأوضاع القانونية والأشكال القانونية³.

¹ عبد الرزاق دربال، المرجع السابق، ص 42.

² العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 169.

³ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 87 و 88.

فإذا تخلف ركن الرسمية في العقد البيع العقاري يكون عقد باطلا بطلان مطلق، الذي بإمكان الخصوم إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى¹.

ولذلك باعتبار أن العقد البيع العقاري شكلي يحتاج إلى عدة إجراءات القانونية والمراحل القانونية، لانتقال الملكية العقارية، لأمن العبرة بانتقال الملكية العقارية هي الشهر الذي يعتبر كإجراء لنقل الملكية العقارية وليس كركن، وهو إجراء قانوني ونظام القانوني تجمع فيه كافة التصرفات القانونية الواردة عليه، فيعتبر عقد البيع العقاري كطريقة من طرق كسب الملكية العقارية².

قبل إجراء الشهر يجب أن يستوفي عقد البيع العقاري هاته الرسمية التي تعتبر كركن في العقد كما ذكرنا سابق، وكما يعتبر عقد البيع العقاري من العقود الناقلة للملكية العقارية لأن البيع والشراء وتناقل بين الأيدي دلالة على التملك فلا إجراء هو إفراغ هذا العقد في قالب الرسمي³.

لذلك سيتم التطرق في هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: مفهوم الرسمية

لقد تما التطرق سابقا أن لهذه التصرفات القانونية الواردة على العقار التي يستوجب فيها الركن الآخر هو الشكلية يجعل كوسيلة لإبرام العقد أمام الموثق، وكل العقد والتصرفات القانونية أن يكون في صحته الرسمية⁴.

أولاً: تعريف الرسمية

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 324 من قانون المدني الجزائري "العقد الرسمي يثبت فيه الموظف العمومي، وضابط العمومي، أو شخص المكلف بالخدمة العامة، ما يتم لديه أو ما يتلقاه من ذوي شأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

¹ عبد الزراق دربال، المرجع السابق، ص49.

² عمار علوي، المرجع السابق، ص152.

³ جمال بدري، المرجع السابق، ص65.

⁴ شرايس زكرياء، المرجع السابق، ص62.

وفي قانون 14/88 المؤرخ في 1988/05/03¹ كما يلي:

الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها الموظف العمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي شأن وذلك طبقاً لأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه".

ما يلاحظ على المادتين المذكورين هو أن المشرع استبدل مصطلح الورقة الرسمية بمصطلح العقد الرسمي وهو تعديل محله، ومراد ذلك اللبس الواقع عند تسمية الورقة المثبتة للتصرف القانوني، والتي كثيراً ما يصطلح عليه بالعقد.

الذي يقصد به في الأصل كل الورقة تصرف القانوني يتم اتفاق بإرادتين التي يسري فيها ذوي شأن ما تم الاتفاق عليه فيما بينهم، فقد يكون التصرف وكلمة عقد الرسمي تعتبر غير صحيحة فيمكن القول الورقة الرسمية لأن مصطلح الورقة أعم من العقد فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة، ضمن الأفضل أن تستعمل كلمة المحرر كما ورد في بالغة الفرنسية ص *acte authentique*².

ولذلك أوسع وأشمل وما يجدر الإشارة عنه هنا أن الفوارق بين الكتابة والرسمية كشرط لإثبات وكتابة الرسمية كشرط لانعقاد التصرف القانوني³.

فالكتابة الرسمية التي يقتضيها القانون الضرورية وملزمة لإنشاء عقد البيع العقاري وهذا تحت طائلة البطلان المطلق، وبالتالي تدوينها لا ينعقد العقد ولا يجوز للأطراف اتفاق مخالفتها هي قاعدة الأمرة من النظام العام وليست مكملة التي يجوز الأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفتها⁴.

ثانياً: التمييز بين الشكل الرسمي والشكل العرفي

تطرق المشرع الجزائري إلى الشكل الرسمي والشكل العرفي في الباب السادس تحت العنوان "إثبات الالتزام" الفصل الأول "الإثبات الكتابة" إلا أنه عند تعريفه لكتابة الرسمية والعرفية استعمل كلمة "العقد" وقلنا سابقاً هذه الكلمة غير صحيحة لا يمكن أن

¹ القانون 14/88 المؤرخ في 3 مايو 1988 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 88/18 صادر بتاريخ 4 مايو 1988.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 57.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 29.

⁴ تيرش بعلسل لويزة، المرجع السابق، ص 56.

نقول عقد يمكن القول كلمة محرر وهناك من يسميها السندات لأن كلمة سند وهو الشيء الذي يركز عليه الشيء، فالأحرى بنا أن نقول مصطلح محرر هو الأقرب للصواب.¹

ف نجد نص المادة 324 من قانون المدني الجزائري تنص على ما يلي:

"العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف العمومي وضابط العمومي أو شخص مكلف بالخدمة العمومية ما تم لديه من ذوي شأن وذلك طبقا لأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصه".

كما نصت المادة 327 من القانون المدني الجزائري² على ما يلي:

"يعتبر العقد العرفي صادرا ممن واقعة ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، أما وراثته (خلف العام) ويطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن كل من كتابة الرسمية، والعرفية شكلا من أشكال العقود والتصرفات وإلى هناك أوجه الاختلاف فيما يلي:

1- الفرق من حيث الشكل:

إن كتابة الرسمية يجب إخضاعها يختص بتحريرها الأشخاص الثلاثة المخول لهم قانونا في حدود اختصاصهم وسلطاتهم الموظف العمومي، ضابط العمومي، الشخص المكلف بالخدمة العامة.³

أما الكتابة العرفية فيحررها الأطراف فيما بينهم أي معنى الأشخاص العاديين إلا أن العنصر الوحيد الذي يهم المحرر العرفي فهو التوقيع.⁴

2- الفرق من حيث الحجية في الإثبات:

شكل المحررات الرسمية، والمحررات العرفية حجة على الكافة، من حيث صدورها ومن حيث موقعها، ولكن محتوى المحرر الرسمي لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير نظرا لأهمية القانونية لمحرر الرسمي لدى الأطراف لحمايتهم وكذا الغير الذي يرتب عليه الأثر⁵

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص56.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ حمدي باشا، نقل ملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة، 2011 الجزائر، ص154.

⁴ حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر، 2003، الجزائر، ص12.

⁵ شرايس زكرياء المرجع السابق، ص62.

أما المحررات العرفية فيجوز الطعن ما جاء فيها بإثبات العكس، ويستوي الأمر بين ما قرر الموقع المحرر العرفي وما قرره لدى الغير، كما يضاف إلى ذلك أن تاريخ المحررات الرسمية تعتبر صحيحة حتى يطعن فيه بالتزوير، أما المحررات العرفية يكون حجة على موقعها أما لدى الغير لا يكون ذلك إلا ابتداء من يوم التسجيل أو من ثبوتها مضمونها في عقد آخر حرره الضابط العمومي، أو من تأشير على السند من طرف الضابط العمومي، أو من يوم الوفاة أحد الذين وقعوا كما لا يفوتنا في هذا الصدد أن تشير إلى هناك عقود العرفية المسجلة فيما يلي:

بعد 1961/03/01 إلى غاية 1971/01/01

أ- من حيث قوة التنفيذ:

المحررات الرسمية لها حجية لا تقبل مواجهتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير فنصت المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية:

"الإدعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات توثيق أو تعبير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات أو إضافة معلومات المزورة إليه..."

أما المحررات العرفية لا تحوز القوة التنفيذية تخضع لإجراء آخر هو اللجوء إلى القضاء، ودعوى التزوير توقع على الشكل والموضوع لأنها ليست لها الصفة الرسمية، وتكتسب هذه الأخيرة من خلال الحكم القضائي المادة 175 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08¹:

"إذا طعن بالتزوير بطلب الفرعي، في محرر العرفي أثناء سير الخصومة، تتبع الإجراءات المنصوص عليها في المادة 165 وما يليها.²

ب- جزاء تخلف شروط صحة الشكل الرسمي في التشريع الجزائري:

إذا استوفى عقد البيع العقاري جميع أركانه بما فيه الشكلي الرسمي يكون صحيحا ويرتب آثاره القانونية كاملة باستثناء أثر الناقل حتى ينتهي بالشهر الذي يعتبر كإجراء لنقل الملكية العقارية، لكن إذا اختل ركن من أركانه خاصة الركن الشكلي يكون مآله البطلان

¹ الأمر 09/08 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، المصدر السابق.

² حمدي باشا، المرجع السابق، ص39.

المطلق، باعتباره جزء لا يتجزأ هو من النظام العام ولكن ما يهمننا في هذا الصدد هو التفرقة بين البيانات الجوهرية والبيانات غير الجوهرية.

1- البيانات الجوهرية في المحرر الرسمي:

يتمثل في اسم ولقب موثق، وأصحاب الشأن والشهود والمترجم عند الاستعانة به عند توقيعاته، كما يجب أن يتم تحرير بالغة العربية، إثبات حضور الشاهدين أثناء توقيعها، ذكر مكان وتاريخ المحرر باليوم والشهر والسنة، وتبيان محرر ويجب الوضع الختم الخاص بالموثق على الصور التنفيذية والنسخ والخلاصات، وفي حالة الإنابة لابد من الإشارة على ذلك على كل أصل العقد.¹

2- البيانات غير الجوهرية:

فلا يترتب عنها البطلان المحرر الرسمي، مثل عدم الدفع الرسوم والحقوق أو وجودا إضافات أو كتابة بين الأسطر، وهي التي لا تؤثر على صحة ومحتوى العقد وغيابها لا يؤثر على العقد، وعليه فإن المحرر الذي لم يراع في تحريره الأوضاع القانونية ويرتب ذلك عيب الجوهرية في السند الذي أدى تقوية الغرض أو الغاية التي أرادها القانون من اشتراطه لهذا الوضع، فإن السند هذا لا يكتسب صفة الرسمية ويعد باطلا مثل عدم التوقيع لأحد أطراف العقد، وإذا كان السند باطلا، فإن البطلان يتمثل المحرر بكامله، ولكن ذلك لا يؤدي إلى البطلان تصرف القانوني إذا ثبت شروط إبرامه ولكن ما يلاحظ من التصرف يشترط الشكلية في عقد البيع العقاري هذا ما يجب الإشارة إليه وهو بطلان ورقة العقد يؤدي حتما إلى البطلان العقد في حد ذاته.²

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل الرسمي

إن القضاء باعتباره الحلقة الأخيرة الذي يقوم بصفة إصدار الأحكام وقرارات قضائية، وباعتبار تقديم الاجتهادات القضائية في الكثير من المسائل متعلقة بالمعاملات العقارية طالما كثرت المسائل المدنية بالبيع العقاري فدور القضاء يظهر من إعطاء

¹ شرايس زكرياء، المرجع السابق، ص57.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص57.

مجموعة من الاجتهادات القضائية كحلول والآراءات لمجمل المنازعات واردة على الملكية العقارية لذا سيتم التطرق إلى ما يلي:

أولاً: موقف القضاء قبل 1997/02/18

كما قيل سابقاً أن الأحكام السلطة القضائية تعتبر أقوى السندات القضائية الرسمية إذا فصلت هذه الأحكام في الخصومات العقارية¹.

كما أنه استمدت المعاملات العقارية قبل صدور أول القانون التوثيق في 1970/12/31 بالطابع العرفي، الذي تما تمديد العمل به بموجب القانون الصادر في

1962/12/31 حسب ما كانت تعتبر العقود العرفية الواردة على العقارات الصحيحة²

وحتى وإن تما إفراغها في شكل الرسمي ما هو إلا شرط لإجراء الشهر وهذا ما جاء

في المرسوم المؤرخ في 1955/01/40 المتعلق بالشهر العقاري³.

غير أنه تما صدور أول قانون للتوثيق رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15

المتضمن مهنة التوثيق⁴ الذي بدأ سريان العمل به من 1971/01/01.

أوجبت المادة 12 من القانون التوثيق منه صراحة الكتابة الرسمية في جميع

المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق، فأصبح لزاماً إفراغه في شكل قالب

الرسمي للمعاملة المنصبة على العقارات في قالب الرسمي⁵.

فأصبح الأمر بالنسبة للمعاملات العقارية لا يعتمد على الرضائية وهذا بالنسبة

للمحاكم الابتدائية القسم العقاري ومجالس القضائية الغرفة العقارية وكرسه المجلس الأعلى

للدولة محكمة العليا حالياً عدة مرات عديدة وقررت عدم صحة العقود العرفية إلا أن

¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص88.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص77.

³ حمدي باشا، المرجع السابق، ص15.

⁴ الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/09/15 متضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 70/107 صادر بتاريخ

1970/09/25 المعدل والمتمم قانون 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14،

الصادرة في 2006/03/08.

⁵ عمار علوي، المرجع السابق، ص153.

الاجتهاد القضائي خضع للتحويلات جديدة بصدور الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 من القانون المدني الجزائري وما بعدها¹.

أحكام عقد البيع وما يليها 351 من قانون المدني الجزائري ومخصصة نص المادة 792 و793 والشروط الواجبة لتوافرها في عقد البيع العقاري من أجل الشهر².

كما أن المشرع الجزائري أخذ بالشهر كإجراء لنقل الملكية العقارية بالنسبة للتصرفات القانونية في النصوص القانونية واضحة، ولكن نجد أن القضاء بقي متناقضا في تطبيق مقتضيات النصوص القانونية حيث أنه وعلى مستوى المحكمة العليا نجد اختلاف في الرأي إزاء الشكلية الرسمية، وذلك بين الغرفة المدنية والغرفة التجارية فاعتبرت هاته الأخيرة أن البيوع الواردة على المحلات التجارية قبلها وتصرح بصحتها وترتب عليها الآثار العقد الرسمي، وكذا نجد أنها تؤيد المحاكم التي تقتضي فيما يخص عقد البيع العقاري بإبرام البائع يتوجه إلى الموثق ضابط العمومي من أجل إلزامية المواصلة الإجراءات القانونية إتمام البيع النهائي مع المشتري، وعند امتناعه يقوم الحكم مقام العقد.

ثانيا: موقف القضاء بعد 1997/02/18

نظرا لاختلاف حول مدى صحة العقد العرفي الواقع على التصرفات المنصوص عليها بموجب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بين كل من القضاة الغرفة التجارية والبحرية وقضاة الغرفة المدنية أثناء عرض الملف رقم 136156 على الغرف المختلطة فقررت هذه الأخيرة إحالة الملف على الغرف المجتمعة بغية الفصل فيه، وبالفعل صدر قرار في 18/02/1997 الذي ضرورة الرسمية كركن لانعقاد بل ذهبت الغرفة المجتمعة إلى أكثر من ذلك³.

كذلك جاء في القرار رقم 210419 المؤرخ في 26/02/2000، مجلس الدولة،

الغرفة الثالثة:

¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص55.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، نفس المصدر

³ قرار الغرفة المجتمعة المؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية، العدد 01، 1997، ص10.

"حيث أن عقد البيع العقاري لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا قرر أمام الموثق¹. وكذا أكدت الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا بعد تردد كبير في القرار 136156

المؤرخ في 1997/02/18، المرسوم التنفيذي 1997، عدد01، ص10:

"من المقرر قانوناً أن البيع اختياري أو وعد بالبيع، وبصفة أعم كل تنازل عن المحل التجاري ولو كان معلقاً على الشرط، أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً.

من المقرر أيضاً أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقارية، أو حقوق عقارية، أو محلات عقارية، أو صناعية، أو كل عنصر من عناصر يجب أن يحزر على الشكل الرسمي.

ومن المقرر أيضاً أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله.

زمن ثم الغرفة العقارية المحكمة العليا في القرار رقم 148541 المؤرخ في 1997/05/23، المرسوم التنفيذي 1997، عدد01، ص183: " من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها لشكل الرسمي، يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان، ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون ولم يخلف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136156 المؤرخ في 1997/02/18، المكرس بموجب المادة 324 مكرر01 فيما يخص العقود العرفية.

وأن القضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع العقد العرفي القطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين، فإنهم طبقوا صحيح القانون".

كذا في صدد المحكمة العليا:

أنه من المقرر عرفاً أن عقد الليف وهو عقد عرفي يحزر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف الشهود ومن ثم القضاة ما يخالف هذا المبدأ ينعدم فيه الأساس القانوني، أن القضاة الموضوع يأخذون بعقد الليف يعتبر عقد رسمي دون التوفر على

¹ حمدي باشا، المرجع السابق، ص26 و30.

الشروط المنصوص عليها يكونون قد خرقوا القانون فقرار الغرفة العقارية بتاريخ 1990/10/21، الملف 68467 المنشور في المجلة القضائية، العدد رقم 01، لسنة 1992، ص 84¹.

وفي قرار المحكمة العليا جاء فيه:

"حيث أن العقد المؤرخ في 1985/10/13 ليس عقدا رسميا ورغم تحريره بواسطة الموثق لأنه اكتفى يقيد الاتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيل أو شهره، وليس له رقما تسلسليا، ولا يحمل رقم الفهرس فالأمر يتعلق بمجرد عقد الليف الذي يعتبر بمثابة عقد العرفي².

قرار الغرفة العقارية بتاريخ 1994/02/07 الملف رقم 113840 المنشور في المجلة القضائية العدد 02، سنة 1994، ص 198.

حيث ترى القيمة القانونية للورقة الرسمية إذا توافرت إلى ثلاث شروط المتقدمة في المحرر أو الورقة الرسمية اكتسبت هذه الورقة الصفة الرسمية، فأصبحت لها ذاتية في الإثبات وحجية مطلقة، حيث لا يطلب ممن يحتج بها أن يثبت صحتها إذا كان على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها وعليه نسبة المحرر الرسمي الصحيح السليم في مظهره قرينتان قرينة سلامته المادية، وقرينة صورته لمل جاء فيه إلا بعد إقراره، والورقة الرسمية تبقى قائمة ولا يجوز إقامة الدليل من خلافها إلا بطريق واحد وهو الطعن فيها بالتزوير، وهنا أيضا على خلاف الورقة العرفية فإنها لا تتمتع بالقوة الذاتية في الإثبات بل إن حجيتها في الإثبات متوقفة على عدم إنكارها من الخصم الذي يحتج بها عليه، فإن إنكارها كان على من يحتج بها أن يثبت محررها من خصمه، غير أن الورقة الرسمية التي تتمتع بالقوة الذاتية بالإثبات يجب أن يكون مظهرها الخارجي سليما من العيوب حيث الحيلة الشك وإبهام فإن اشتمل على العيوب المادية الظاهرة كالكشط والشطب والمحور التمزيق فإنه يجب المصادقة والتأشير على هذه التحشيرات والإضافات من قبل الموظف الذي يحررها.

¹ حمدي باشا، المرجع السابق، ص 30.

² حمدي باشا، المرجع نفسه، ص 31.

إذا خلت من التصديق صدرت منه جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمتها في الإثبات وتحكم على بطلانه، كما أنها تنقص في قيمتها الإثبات فنأخذ بها على سبيل الاستدلال لا غير كما يجوز لها أن تقوم بتحقيق بشأنها وذلك لتأكيد عن صحتها دون إتباع الإجراءات الطعن بالتزوير وللخصوم أصحاب الشأن المحتجين بالورقة الرسمية يجوز لهم أن يتنازلوا عم هذا الاحتجاج عن هذه الورقة رغم تسميتها لأنها ليست إلا وسيلة أعطاه القانون لصاحب الحق لإظهار حقه، فإن أراد التنازل عنها فله ذلك.

بالرغم من الحجية المطلقة للورقة الرسمية فإنه بإمكان القاضي أن يقوم بتفسيرها ولا يعد ذلك مساسا بحجيتها لأن البحث في نية المتعاقدين، والاتفاق المبرم بينهما يقتضي تفسيراً من طرف القاضي في الحدود المبينة قانوناً.

تجدر الإشارة على أنه قد يرد في الورقة الرسمية خطأ، أو أخطاء المادية ومع ذلك لا يمكن إجراء التصحيح عليها سواء بطريق الإداري، أو بطريق القضائي والقيمة القانونية للحجية مضمون الورقة الرسمية ما بين المتعاقدين والغير. كما تنص المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري¹.
تنص على ما يلي:

"اعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى تثبت تزويره يعتبر نافذا عبر كامل التراب الوطني" وتنص المادة 324 مكرر6 من القانون المدني الجزائري².
"يعتبر العقد المحرر الرسمي حجة على المحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة ووراثتهم وذوي الشأن".

يفهم من هاتين المادتين أن الورقة الرسمية أو المحرر الرسمي يعتبر حجة على صحة المدون فيها على كامل التراب الوطني ولا يمكن دحضه هذه حجة إلا في حدود ضيقة الإجراءات صارمة وهي الطعن بالتزوير، مع وجود الإثبات طبقاً لطرق الإثبات الإجرائية، وحجية العقد الرسمي يمتد أثارها على ذوي الشأن وخلفائهم، فتكون حجة على الطرفين، وعلى الغير أيضاً أي على الخلفاء العاميين وذوي الشأن أجمعين دون استثناء

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر نفسه.

وكما يجب الإشارة إليه نص المادة 326 من قانون المدني الجزائري: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم الانعدام الكفاءة، أو الانعدام الشكل كمحرر العرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف" ومن هذا النص تبين أنه إذا تخلف الشرط أو أكثر من الشروط المحرر بصفته الرسمية، فإنه يترتب عليه قانون البطلان هذا المحرر من حيث الشكل، ومن حيث الإثبات يبقى لهذا المحرر الرسمي الباطل شرط أن يكون موقعا من قبل أطرافه لأن التوقيع بيان مهم للأوراق الرسمية بالنسبة للسندات التوثيقية. وهناك عدة نصوص قانونية تنص عليها في القانون المدني الجزائري¹.

يتضح من خلال ما سبق أن عقد البيع العقاري هو من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية، ومن أهم التصرفات القانونية من طرق اكتساب الملكية العقارية، فلا تنتقل الملكية العقارية إلا بالشهر أي لا تنتقل بمجرد الإبرام العقد من مرور بعدة الإجراءات القانونية والمراحل القانونية منصوص عليها قانونا، لأن هناك قاعدة العامة لإجراء إلا بالنص فالعبر في انتقال الملكية العقارية هي العبرة بالشهر فيعتبر الشهر كإجراء أخير يكون لدى المحافظة العقارية لكن قبل ذلك كما رأينا أنه يجب أن يقوم بالتسجيل لدى الموثق ويأخذ قيمة عقد البيع منه مصلحة التسجيل ولأنه هو الذي لديه صلاحية والاختصاص، وكذا أن العقد البيع العقاري من العقود الرسمية تتطلب فيه الرسمية كركن لانعقاد وفي حالة تخلفها يكون مآلها البطلان المطلق الذي هو جزء لا يتجزأ من النظام العام فلا بد عليه أن يستوفي هذا الركن المهم هو الرسمية، ونظرا لأهميتها من الحماية للمتعاقدين ويكون هناك استقرار في المعاملات العقارية والائتمان والثقة بين المتعاقدين من أجل تنظيم التصرفات القانونية المكسبة للملكية العقارية².

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² غالم كهينة، المرجع السابق، ص 63.

الفصل الثاني

الإطار الإجرائي لعقد البيع

العقاري

يعتبر عقد البيع العقاري من أهم العقود المدنية التي تتطلب فيها الشكلية لنقلها وبالتالي لا بد من المرور بعدة إجراءات قانونية، منصوص عليها في عدة القوانين فالعبرة في نقل عقد البيع العقاري هو الشهر، قبلها يقع عليها التزامات تقع على عاتق البائع والمشتري لا بد عليهما أن يقيما بتسجيليه لدى الموثق باعتبارها ضابط العمومي مخول له قانونا إجراء التسجيل لإفراغه في شكل رسمي ويقع على عاتق كلاهما التزامات قانونية المذكورة في النصوص القانونية، لا بد من احترامها إلا يكونا قد أخلا بالالتزامات على كلاهما لأن الالتزامات القانونية في حالة خرقها يكون مآلها البطلان وهو البطلان المطلق، كما تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني والعبرة في الشهر في نقل الملكية العقارية، واعتبار أن الشكلية كركن لانعقاد في العقد البيع العقاري والشهر كإجراء لنقل الملكية العقارية. فالمشرع الجزائري تبنى الشهر العيني لكن ليس على سبيل الإطلاق في نقل الملكية العقارية، الذي يقوم على أساس تحديد العقار تحديدا كافيا نافيا للجهالة.

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي لعقد البيع العقاري

إجراءات نقل الملكية العقارية منصوص عليها قانوناً، أي لا إجراء إلا بالنص فلا بد أن يقوم الالتزام بنقل الملكية وإجراء التسجيل ثم الشهر لدى المحافظة العقارية باعتبارها ذلك المرفق العام يقوم بتسيير، وتنظيم إداري عن طريق المحافظ العقاري مقين بموجب القرار الوزاري من طرف الوزير المالية، فهذه الإجراءات القانونية والمراحل لإبرامها لا من إبرامه فلا بد على كلا المتعاقدين أن يقوموا بتسجيل لدى الموثق التي من واجبه أن يقوم بتسجيل العقد لأنه في حالة عدم قيام بتسجيله للعقد البيع العقاري تترتب عليه مسؤولية التصيرية لأنه الالتزام القانوني لا بد أن يقوم به واجبه بما يسمى الواجبات الموثق، وكذا بالنسبة للمتعاقدین فهم ملزمين بإبرام عقد البيع العقاري وتسجيله أمام الموثق الذي هو ضابط العمومي لديه ختم الرسمية، وهذه الإجراءات القانونية فالتسجيل كأول إجراء قانوني لا بد عليهم من تسجيل عقد البيع العقاري، فالتوثيق والتسجيل إجراءان مهمان في العقد البيع العقاري وبعد القيام بهاته الإجراءات يقوم الضابط العمومي الذي هو الموثق لديه واجبات والحقوق، وكذا من واجباته يودع قيمة من المبلغ لدى مصلحو التسجيل لضرائب وبعد القيام بعملية المسح الذي هو الإجراء قانوني وفني والتقني هدفها تعيين الحدود الملكية العقارية فإذا تكلمنا عن المسح فنحن بصدد النظام الشهر العيني الذي تبناه المشرع الجزائري ليس على سبيل الإطلاق، لأن عبرة بانتقال الملكية العقارية هي الشهر.

وبالتالي سيتم التطرق في هذا الفصل إلى مبحثين في المبحث الأول نقل ملكية

الشيء المبيع إلى مطلبين المطلب الأول نقل ملكية العقار والمطلب الثاني نقل ملكية بالتسليم والمبحث الثاني أنظمة الشهر العقاري إلى مطلبين المطلب الأول نظام الشهر الشخصي العيني والمطلب الثاني موقف المشرع الجزائري.

المبحث الأول: نقل الملكية الشيء المبيع

إن نقل الملكية العقارية العقار يحتاج لإجراءات القانونية والإجراء الأول الذي هو التوثيق كشرط لانعقاد البيع، والتسجيل كشرط ناقل للبيع وبالتالي لا بد مرور على هاته هاته الإجراءات القانونية.

المطلب الأول: نقل ملكية العقار

سيتم التطرق إلى فرعين: الفرع الأول سيتم دراسة الفرع الأول التوثيق كشرط لانعقاد أما الفرع الثاني سيتم تناول فيه التسجيل كشرط ناقل للملكية.

الفرع الأول: التوثيق كشرط لانعقاد البيع

نجد أن أول قانون التوثيق 91/70 المؤرخ في 1970/12/15¹ وحسب نص المادة 12 من قانون التوثيق منه تنص على ما يلي: " زيادة العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل لاسيما فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية أو محلات التجارية، بحيث تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل الرسمي مع دفع الثمن إلى الموثق" وهذا تما نقله حرفيا في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري وبعد إلغاء المر 91/70 بقانون 02/06 الذي ينظم مهنة التوثيق² كما أن هاته النصوص تستوجب تحرير بعض العقود كعقد البيع العقاري³.

فالتوثيق هو عملية يقوم بها ضابط العمومي الذي يتلقى كل الأشكال للمحركات والعقود التي يشترط فيها القانون الطابع الرسمي⁴.

فالموثق يقوم بتحرير هاته العقود وفقا حدود اختصاصه، وسلطاته، ووفقا الأوضاع والأشكال القانونية التي يقررها القانون، كما أن يقوم باحترام الأوضاع القانونية وأن يحرر باللغة العربية، حسب نص المادة 26 من ق 02/06 الذي ينظم مهنة التوثيق ينص على ضرورة تحديد مضامين العقود، في نص واحد وأوضح باللغة العربية، مع كتابة التوقيع والسنة والشهر والمبالغ بالأحرف، تحت طائلة البطلان، فإذا استوفت كامل الشروط تكون

¹ الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² قانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 2006/03/08.

³ دريدي شنيطي، المرجع السابق، ص 97.

⁴ دوة أسيا، المرجع السابق، ص 26.

صحيحة وإذا لم تستوف جميع الشروط تكون غير صحيحة . كما نجد أن تصرفات التي على العقار يجب توثيقها وإلا كانت باطلة، وأن المشرع استلزم الشكلية كركن في التصرفات فعقد البيع العقاري عقد الشكلي وبالتالي يتطلب التوثيق لانعقاده.¹

أولاً: شروط صحة العقد:

- أن يكون العقد محرر لدى الموثق.
 - أن يتفقا المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية للعقد لكي ينشأ صحيحاً.
 - أن يكون مبرما من طرفين يحوزان على الأهلية كاملة وبالغين 19 سنة كاملة وغير محجور عليهم طبقاً لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري.
 - تعيين العقار تعييناً دقيقاً مع مراعاة إجراءات الشكلية المنصوص عليها 324 مكرر 2.
 - توقيع من قبل الموثق والطرفين المتعاقدين والشهود.
- وهناك البيانات يجب أن يتضمنها العقد الموثق نصت عليها المادة 29 من قانون 02/06 المذكور سالفاً².

تتضمن مهنة التوثيق كما يلي:

- اسم واللقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم.
- اسم واللقب وصفة وموطن وتاريخ وكان ولادة الشهود عند الاقتضاء .
- اسم واللقب المترجم عند الاقتضاء.
- تحديد موضوعه.
- المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه.
- وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.
- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية التشريعية الخاص المعمول به.
- توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء.³

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 60.

² قانون 02/06 المتضمن قانون التوثيق، المصدر السابق.

³ سي يوسف حورية، الواضح في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، 2014، الجزائر، ص 150.

ثانيا: وظيفة التوثيق

- استكمال ركن من أركان العقد لينشأ صحيحا.
- حصول المشتري على سند التنفيذ بغية رفع دعوى صحة التعاقد، باعتبار أن العقد الرسمي عنوانا للحقيقة لتحريه أمام الموثق.
- يعتبر ما ورد في العقد حجة على كافة حتى يثبت العكس بالتزوير ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.
- تنبيه المتعاقدان على خطورة التصرف المقبلان على إبرامه.
- إن أحكام العقد البيع تترتب بمجرد التوثيق العقد، عدا الأثر العيني المتمثل في انتقال إلى المشتري، الذي يتراخى إلى حين تسجيل العقد.¹

الفرع الثاني: التسجيل كشرط ناقل للملكية

جاء في قانون التسجيل مجموعة من المبادئ والتنظيمات التي تسير الحقوق التسجيل على أساس وقائع القانونية ينشأ منها الحق كالتصرفات القانونية، فتداول هاته الأموال سواء كانت أموال العقارية أو منقولة يتم إتباع إجراءات القانونية وتنظيمية من بينها التسجيل كمرحلة القانونية أولى لنقل الملكية.

فالتسجيل هو إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل الرسمي يمسكه موظفون التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا.

أولاً: مراحل التسجيل

إن عملية التسجيل التي يقوم بها الموظف العام في هيئة عمومية بواسطته يحفظ أثر العملية القانونية التي يقوم بها الأشخاص الطبيعية و الأشخاص المعنوية، والتي ينجم عنها دفع الضريبة تسمى حق التسجيل.

1- التسجيل لدى مصلحة الضرائب:

إضافة إلى تحرير العقد الشكلي، فتشترط القانون التسجيل الصادر بتاريخ : 1976/12/09 بموجب الأمر 105/76 على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى

¹ حمدي باشا، نقل ملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، بدون طبعة، 2004، ص112.

مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً، جاء في نص المادة 75 في فقرتها الأولى على ما يلي: "يجب تسجيل عقود الموثقين في أجل الشهر ابتداء من تاريخها".
وقد نصت المادة 10 من قانون 02/06 الذي ينظم مهنة التوثيق¹ الذكور سالفاً تنص على ما يلي: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو تسليمها لإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لاسيما التسجيل وإعلان ونشر وبشهر العقود في أجل المحددة قانوناً، في حالة التأخر يتعرض الموثق للعقوبات الجبائية دون نزع الصيغة الرسمية على العقد"².

2- الأهمية القانونية لتسجيل العقارات:

كما يضاف إلى دور الجبائي الذي يلعبه تسجيل العقارات، وهو دور أساسي أهمية أخرى قانونية حيث يعتبر التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية وهو يتوسط بمرحلة التوثيق والإشهار العقاري، كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن الحقوق التسجيل يدفع قيام بهذا الإجراء تطبيقاً لنص المادة 393 من القانون المدني الجزائري: "نفقات التسجيل والطابع والرسوم والإعلان العقاري والتوثيق وجبرها تكون على المشتري مالم تكن هناك نصوص القانونية تقضي بغير ذلك"³.

أ- الأهمية من حيث الشكل:

إضافة إلى الدور الجبائي الذي يلعبه تسجيل العقارات وهو دور أساسي فله أيضاً أهمية قانونية حيث يعتبر إجراء التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية وهو يتوسط مرحلة التوثيق والإشهار العقاري كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن الحقوق التسجيل تدفع قبل قيام بهذا الإجراء وهذا ما نصت عليه المادة 81 الفقرة الأولى من قانون التسجيل: "إن الرسوم العقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات محددة بموجب هذا القانون"⁴ ومن بينها إجراء التسجيل لدى مصلحة التسجيل.

¹ القانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق، المصدر السابق.

² دوة آسيا، المرجع السابق، ص20.

³ دوة آسيا، المرجع نفسه، ص31.

⁴ الأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81، المؤرخة في 1977/12/18. الملغى.

ب- الأهمية من حيث الموضوع:

كما أن التسجيل العقاري دور في إثبات العقود العرفية التي يقوم بتحريها الأطراف فيما بينهم من التسجيل من جانب الموظف العمومي والضابط العمومي إلا أن يكون العقد العرفي وحجية للغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ للعقد تاريخا ثابتا ابتداء من يوم التسجيل فإن التسجيل العقاري أهمية كبيرة ذلك له دور الجبائي في التمويل الخزينة العمومية ودور القانوني في الاقتصاد الحر وتطور الوظيفة الدولة في توسيع وتوزيع أساليب الجبائية العقارية.

ج- حقوق التسجيل في عقد بيع العقارات:

يخضع عقد البيع العقاري لإجراءات القانونية والمتمثلة في آراء مزدوج بحيث يتم التسجيل لدى مصلحة التسجيل إشهار البيع لدى المحافظة العقارية، يتم تحديد الوعاء الضريبي عن طريق السعر المعبر عنه في العقد بإضافة إلى جميع التكاليف وأيضا التعويضات لصالح المتنازل، يحق للإدارة ممارسة حق الرقابة اللاحقة التي تسمح عند إرساء الحقوق القسمة الحقيقية للعقار إذا كانت القسمة المصرح بها للعقد.

وتخضع عمليات البيع في العقارات الحق التسجيل النسبي 5% يتحملها أطراف البيع التضامن وينقل تأشيرة التسجيل على العقد التسجيل ويبين فيه مفتش التسجيل على العقد المسجل ويبين فيه مفتش التسجيل بالأحرف تاريخ ورقم ومبلغ الرسوم المدفوعة غير أن الدولة وجماعتها العمومية تعتبر معفية من الرسم.¹

لابد من إجراء التسجيل بالنسبة التصرفات التي أخضعها القانون التسجيل، تثبت الملكية الخاصة لأمالك العقارية والحقوق العينية بعقد الرسمي تخضع لقواعد الإشهاري العقاري، فالهدف من التسجيل وهدف المالي، والاقتصادي، الاجتماعي.

ثانيا: القواعد والشروط المتبعة في عملية تسجيل العقارات:

إن عملية التسجيل باعتبارها إجراء جبائي وقانوني لابد أن تستوفي على بعض الشروط التي يستوجبها القانون إجباريا، وكذلك القواعد التي تنظم عملية التسجيل فلا بد

¹ مقني بن عمار، القواعد المتعلقة بتسجيل تصريحات العقارية في ضوء قانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، بدون طبعة، 2008، ص26.

احترامها بمراحلها كاملة لدى مصلحة التسجيل. فالقاعدة العامة هي التعاقد طبقا للقانون الجزائري هي رضائية والعقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد التبادل التراضي بين المتعاقدين دون حاجة إلى شكل معين، فيكفي تطابق إرادتين لإنشاء العقد غير أنه استثناء على الأصل يكون عقد شكليا وركنا لانعقاد العقد مثل موضوعنا العقد البيع العقاري، وهذه التصرفات أوجب المشرع الجزائري إفراغها قالب الرسمي، والعقد الوارد على العقار لا يرتب أي أثر فيما بين المتعاقدين إلا منذ شهره بالمحافظة العقارية ويقصد الشكلية توثيق العقد، وذلك بأن يتقدم أطراف العقد أمام مكتب التوثيق لإفراغ عقدهما في قالب للرسمي وهو ركن الجوهري في التعاقد يترتب عند تخلفه البطلان المطلق للعقد، وهو ما تشير إليه المادة 324 مكرر 01 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري¹:

"زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية العقار أو الحقوق عقارية في شكل الرسمي".

وتعتبر العقود التي تحررها الموثق سندات الرسمية التنفيذية ولها حجية ما تضمنتها ما لم يطعن فيها بالتزوير وأكد المشرع على ضرورة توافر القاعدة الرسمية في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو تصريح حق من الحقوق العينية العقارية.²

1- قاعدة الرسمية يقصد بها إفراغ التصرف القانوني في شكل معين من طرف أشخاص مختصين أقر لهم القانون هذه الصفة، هذا ما أكدته المادة 324 مكرر 1 من قانون المدني الجزائري وكذا من المادة 12 من قانون 91/70 من قانون التوثيق³ السالف الذكر أنه يشترط في التصرفات النصوص عليها أن تحرر في شكل الرسمي وإلا كانت باطلة ويدفع الثمن للموثق.⁴

كما أن الرضائية في العقود هي القاعدة العامة المطبقة في القانون الجزائري، إلا أن لكل قاعدة استثناء ذلك أن المشرع أخضع بعض التصرفات ومنها الواردة على العقارات

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² مجيد خلفوني، الرجوع السابق، ص 86.

³ الأمر 91/70 المتضمن مهنة التوثيق، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

⁴ عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر العقار، دار هومة للطباعة والنشر الجزائر، الطبعة الثامنة 2017، ص 153.

إلى المبدأ الشكلية العقود، ويعد الشكل ركن من الأركان العقد وتخلفه يجعل العقد باطل بطلان المطلق كما أن يشترط أن يكون المحرر الذي أفرغ فيه العقد الرسمي، والرسمية هي أن يتم انجاز المحرر من طرف موظف أو ضابط العمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة طبقا المادة 324 من قانون المدني الجزائري. ومنه فإن الرسمية تثبت حتى الأحكام القضائية، فالرسمية أوجبها القانون الشهر في كل العقود التي يراد شهرها في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي، واشترط قانون العقاري الرسمية في العقود له عدة المزايا تلمسها عدة جوانب سواء بالنسبة الأطراف أو المحرر في حد ذاته وحتى الدولة.¹

أ- الأشخاص المؤهلين قانونا لإعداد المحررات الرسمية:

إن القاعدة الرسمية لها مكانة خاصة في النظام القانوني الجزائري على النصوص في النظام الإثبات القائم على أساس على الكتابة، إلا أنه إضافة إلى الرسمية التي اشتراطها المشرع في بعض المعاملات، يجب أن يتم من قبل ما يلي:

1- الموظف العمومي:

هو شخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين حيث بمجر تثبيت في المنصب يبدأ فعلا المسار الوظيفي للموظف مثل: مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة للأملاك الدولة وكذلك بالنسبة للوالي بالنسبة لإذنه ببيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة التي تما إلغاء تخصيصها.²

كما أن يقوم بتحريرها لتحرير هذه الأوراق في حدود اختصاصه ومهامه مع مراعاة الأوضاع القانونية.

2- الضابط العمومي:

هو كل شخص حامل الأختام الدولة وله الصلاحيات إعداد مختلف المحررات حيث تكتسب الصفة الرسمية مثل: المحاضر والأوراق التي يعدها المحضر القضائي.³

¹ سرايش زكرياء، المرجع السابق ص57.

² دوة أسيا، المرجع السابق، ص35

³ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط الثامنة 2013، ص57.

3- الأشخاص المكلفون بخدمة العامة:

ومثاله المكلفين بخدمة العامة كالخبراء المقبلون الذين تعينهم المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون، والحراس القضائيون.¹

الشخص المكلف بالخدمة العامة هو الشخص يعين بموجب قرار للقيام بخدمة عامة سواء كانت بمقابل أو بدون مقابل.

بالنسبة للأطراف والغير:

ذلك أن استناد مهمة تحرير العقد من طرف أحد الأشخاص المذكورين في نص المادة 324 من قانون المدني الجزائري يعد حماية للأطراف ذلك بإعلامهم وتنبيههم بمدى خطورة التصرف المقدمين عليه، وكذلك اطلاعهم على أحكام القانونية التي تحكمها انتقال الملكية العقارية من صاحبها إلى الغير، يستوجب علينا التعرض لشروط العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية، والتسجيل ولتعريف عقد الرسمي الناقل للملكية العقارية نرجع إلى قانون المدني الجزائري 324²: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف العام أو ضابط العمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً لأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه" وللموظف العام والضابط العمومي والشخص مكلف بالخدمة العامة وعلماً أن الشهود العقد الرسمي ثلاثة أنواع شهود التعريف والشهود الإثبات والشهود التأكيد فالشهود التعريف وهم الشهود الذي يضمنون هوية المتعاقدين وحضورهما في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف ويكثر اللجوء إليهم في حالة عدم حيازة طرفي العقد على بطاقة الهوية وما يثبت حالتها المدنية والجنسية وكان الموثق لا يعرفهما، لذلك يكون أو يصحح العبارة يجوز للموثق تحرير عقد البيع بدون حضور والشهود الإثبات فالأمر الذي يتعلق بإثبات هوية الأطراف متعاقدين ومسألة الحضور مجلس العقد ليست إجبارية في حالة تقع في الميدان الواقع وهي جهل أو صعوبة معرفة الموثق هويتهم بالنسبة للمتعاقدين، وأما الشهود العدل شهود العقد وهم الذين يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه وشهاداتهم واجبة في العقود الاحتفالية تحت طائلة البطلان

¹ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط الرابعة، 2014، ص87.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

وهنا حضورهما ضروري في العقد، وأما الشهود التشریف وليس لهم أية قيمة قانونية في العقد، وإنما يحضرون على سبيل التشریف ليس إلا.

وكذا التسجيل لدى مصلحة التسجيل والطابع وهذا من أجل التحصيل للدولة الجانب الضريبي لمصالح الخزينة العمومية ومشهر لدى المحافظة العقارية كي تنتج العقد أثره العيني المتمثل في نقل الملكية.¹

- بالنسبة للمحركات:

اكتساب المحركات حجية ذلك لأن البيانات التي تتضمنها صحيحة إلى أن يتم إثبات العكس عن طريق الطعن فيها بالتزوير، وكما تضمن تحرير العقد وفقا للشروط الشكلية القانونية الخاصة بتعيين الأطراف والعقار وإشهارها بالمحافظة العقارية في الأجل القانونية.

- بالنسبة للدولة:

قاعدة الرسمية تمكن الدولة من فرض وبسط رقابتها على السوق العقارية وذلك للتدخل للتقليل والحد من المضاربة الغير المشروعة في المعاملات العقارية وتمكينها من تحصيل المستحقات الخزينة العمومية وذلك بفرض رسوم التسجيل والشهر فيشترط في قانون التسجيل الصادر في 1976/12/09 بموجب الأمر 105/76² " على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع".

ب- الشروط القانونية الواجب توافرها في الوثائق الرسمية:

أهمها إعطاء تاريخ ثابت للتصرفات القانونية، والتصرفات على الحقوق العقارية من جهة، ومن جهة أخرى تتصل بالرسوم التسجيل على هذه التصرفات، من أجل التحقيق هذه الأهداف كما من الضروري التحقق من كل الوثائق الرسمية الخاضعة للتسجيل العقارات تتضمن معلومات صحيحة، توضح لنا حقيقة التصرفات القانونية القائمين بها.³

¹ حمدي باشا، المرجع السابق، ص158.

² الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل، الملغى، المصدر السابق.

³ دوة أسيا، المرجع السابق، ص44.

1- الشروط المتعلقة بتعيين العقارات:

قانون التسجيل لم ينص صراحة على كيفية تعيين العقارات في إجراءات في صفة التسجيل، ولكن بالرجوع إلى القواعد العامة، من المتعارف عليه أن تكون التصرفات المنصبة على العقارات في قالب الرسمي من طرف الموثق يجب أن يذكر كل المعلومات، كذلك تحديد قيمة الثمن هذه العقارات، حيث يمكن من خلال اقتطاع نسبة الرسوم المفروضة على العقود على تحديد الرسوم ويختلف من عقد إلى آخر فالثمن في عقد البيع العقاري يعتبر الضروري لاقتطاع حقوق التسجيل.

2- وظيفة التسجيل:

إضافة إلى تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة فوظيفة التسجيل في القانون الجزائري يمكن تجسيدها في النقاط التالية: ذ
تحصيل الدولة الجانب الضريبي جاء في نص المادة 28 من القانون 27/88¹: "يحصل الموثق الحقوق والرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها وتدفع مباشرة بقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بصدد الضريبة وفضلا عن ذلك فيتعين عليه فتح حساب خاص لدى الخزينة ليودع فيه المبالغ التي يحوزها"
ويقوم الموثق بهذه المهمة المسندة إليه عن طريق تسجيله لمختلف العقود التي يحررها وهناك عقود تخضع لرسم التسجيل الثابت ومنها ما يخضع لرسم التسجيل النسبي أو التصاعدي وهذا ما أكدته المادة 02 من القانون التسجيل²: "تكون الرسوم التسجيل ثابتة ونسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقد ونقل الملكية الخاضعة لنفس الرسوم"
وجاء في نص المادة 03 من نفس القانون³: "يطبق الرسم الثابت على العقود التي لا يثبت نقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع مدى الحياة أو لمدة غير محدودة لأموال المنقولة أو العقارية ولا حصة في الشركة ولا قسمة الأموال المنقولة أو العقارية وبصفة عامة تطبيق هذا الرسم على جميع العقود الأخرى التي تقدم طواعية لإجراء التسجيل حتى ولو كانت معفاة عنه ويحصل هذا الرسم حسب المعدلات المحددة"

¹ قانون 27/88 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² الأمر 105/76 متضمن قانون التسجيل، الملغى، المصدر السابق.

³ الأمر 105/76 متضمن قانون التسجيل، الملغى، المصدر نفسه.

والجدير بالمحافظة أ، المشرع الجبائي في مادة الحقوق التسجيل لا تهمة صحة المعاملة من عدم رسميتها، ومن صحتها أو بطلانها لذلك نصت المادة 90 الفقرة الأولى:¹

"لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق أو العقود التي تما إبطالها أو فسخها فيما بعد".²

المطلب الثاني: نقل الملكية بالتسليم

إن التزام البائع بتسليم المبيع من مقتضيات عقد البيع العقاري بل هو أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد العقد ولو لم ينص عليه فيه. إذ يكفي أن تنتقل الملكية المبيع إلى المشتري، بل لا بد من حيازته للمبيع كلية حتى يتمكن من الانتفاع، ذلك لأن حق الملكية تتضمن الانتفاع، هو لا يكون إلا عن طريق الحيازة المباشرة أو غير المباشرة.³

ف نجد أن المشرع الجزائري يبين تبعة الهلاك والتسليم، وجعل هلاك المبيع قبل التسليم على البائع وبعد تسليمه على المشتري، وقد حدا في ذلك و القانون المصري والقوانين العربية التي تربط الهلاك بحيازة، فقد نصت المادة 369 قانون المدني الجزائري⁴ تقابلها المادة 437 من قانون المدني المصري على أنه إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا بد على للبائع فيه يسقط المبيع ويسترد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع وحكمه يجعل تبعة الهلاك على البائع على أنه ملزم بتسليم المبيع إلى المشتري بحالته التي كان عليها يوم العقد، ولقد أخذ القانون الموحد البيع المنقولات المادية دوليا الصادر في أول يونيو 1964 تقع اتفاقية لاهاي بوجهة النظر، ويلاحظ أن القانون الفرنسي يقضي بأن بيعة هلاك المبيع بعد العقد وقبل التسليم يقع على عاتق المشتري باعتباره المالك وكماله الحق في ثمار المبيع ونمائه من يوم العقد فإن عليه في مقابل ذلك أن يتحمل تبعة هلاكه.⁵

لذلك أن يحكم بنصوص القانونية المذكورتين أعلاه اللتان جاء بهما المشرع الجزائري في قانون الشهر العقاري، أن عقد البيع العقاري ناقل للملكية العقارية باعتباره من أهم

¹ الأمر 105/76 متضمن قانون التسجيل، الملغى، المصدر السابق.

² الأمر 105/76 متضمن قانون التسجيل، الملغى، المصدر نفسه.

³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 104.

⁴ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

⁵ دريدي شنيطي، المرجع السابق، ص 99.

العقود أكثر انتشار بين الناس، فإن عدم مراعاة هذا الإجراء القانوني يوقع عقد البيع العقاري تحت طائلة بطلان المطلق لأن المشرع الجزائري اعتبره من النظام العام لما له من دور فعال في حماية الملكية العقارية وما يتعلق من الحقوق، فالعقد البيع العقاري غير مسجل لدى المحافظة العقارية، لا ينشأ، ولا يعدل، ولا ينقل حق عيني عقاري، ولا يمكن لصاحبه الاحتجاج به لدى الغير، ولا يولد التصرف العقاري، ولا يرتب أي آثار القانونية بين المتعاقدين والغير ما لم يتم بنشره في مجموعة البطاقات العقارية، وخروجا عن هذه القاعدة قرر التشريع الجزائري المتعلق بمادة الشهر العقاري، وكما أن هناك الاستثناء يتمثل في النظام القانوني رتب الحق لمن بيده التصرف العرفي الوارد على العقار، على الحق العيني العقاري يحتج به لدى الغير الطرف الذي تعاقد معه متى ثابت التاريخ، كما أن الانتقال أو نقل الملكية بمعنى التسليم العقار مصدر التصرف المبرم المتمثل في العقد البيع العقاري باعتبار استعمال هذا الحق العقاري مصدره مراعاة الإجراءات الإشهار العقاري وذلك بتسجيل عقد البيع العقاري.¹ إن تدخل المشرع الجزائري يستوجب مراعاة الشكلية لتصرفات العقارية، يعتبر مدخلا نافعا لكلا المتعاقدين، يتحلى هذا النفع بينه وبين البائع أو المتصرف في العقار لخطورة التصرف العقاري الذي هو مقدم على إبرامه، ويتجلى أيضا في حماية التصرف له المشتري لتأمين حقه العقاري محل التصرف فيه، فالورقة الرسمية المسجلة بالإدارة الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية يجعل صاحبها في المركز القوي يتسلح بها للدفاع في حقه المالي، وفي حالة الإدعاء الشخص، أو الإدعاء التصرف ذاته بخلاف ما تتضمنه هذه الورقة تعتبر حجة على ما ورد على كلا المتعاقدين ما لم يطعن فيها بالتزوير حسب نص المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري² الفقرة الثالثة: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا عبر كامل التراب الوطني".

صدر عن قمة الهرم القضائي عدة القرارات القضائية تؤكد ما سبق عرضه في مادة عقد البيع كسند من السندات المثبتة للملكية العقارية في القانون المصري، الالتزام نقل ملكية

¹ مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثالثة 2017، ص28.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

العقارية يترتب على عقد البيع صحيح، وتجعل عبء نقل هذه الملكية على ذمة البائع، وهذا الالتزام مصدره العقد المبرم مع المشتري وما استفاد من القانون المصري¹

الفرع الأول: التسليم

يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع (العقار) باعتباره إجراء الذي يتعهد به تمكين المشتري من المبيع بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته كمالك دون أن يمنعه من ذلك أي عائق كما يمكن تعريفه:" بأنه وضع المبيع تحت التصرف المشتري ليتمكن من قبضه والانتفاع بدون عائق"².

كما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/367 من قانون المدني الجزائري³: "على أنه يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته بدون عائق ولو لم يسلمه تسليمًا ماديًا مادام البائع أخبره بذلك".

كما أنه يلتزم البائع بتسليم المبيع الشيء المبيع عقار، كما أن المشرع الجزائري قد ربط بين تبعة الهلاك وجعل هلاك المبيع قبل تسليمه على البائع، وبعد تسليمه يقع تبعة الهلاك على المشتري، وفي ذلك حذو في القانون المصري والقوانين العربية التي تربط التبعة الهلاك للحيازة كما نصت المادة 369 من القانون المدني الجزائري" على أنه إذا هلك المبيع قبل تسلمه بسبب لا بد للبائع فيه سقط المبيع واسترد المشتري الثمن، وإلا وقع الهلاك على البائع أنه ملزم بتسليم المبيع للمشتري بحالة التي كان عليها يوم العقد"

ونلاحظ أن القانون المدني الفرنسي يعطي بأنه التبعة هلاك المبيع بعد العقد تقع على عاتق على المشتري باعتباره مالكا، يتم تنفيذ البائع لالتزامه بتسليم المبيع لا يقتضي أن يتسلم المشتري المبيع فعلا فالعقد البيع العقاري تنتقل إلى حيازته، حتى تتمكن من حيازته أو الانتفاع بها بدون عائق فإذا وجد عائق يحول بين المشتري والبائع وحيازة المبيع والانتفاع به، فإن البائع لا يكون قد نقل التزامه بالتسليم سواء كان العائق راجعا إلى فعل البائع أو فعل الغير، وهذا الحكم يسري إذا كانت العين المبيعة محملة بحق الانتفاع.⁴

¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص26.

² سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص177.

³ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص108.

أما الإعلام البائع للمشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه، ولا يلزم بعقد الإعلام، ولا يلزم فيه الإعلام الرسمي بل يكون بكافة الطرق بمجرد علم المشتري يكون تحت تصرفه بل يجب أن يكون هذا العلم ناتجا عن الإخطار البائع له، وإذا توافر هذان العنصران فإن البائع فقد نفذ التزامه بالتسليم.¹

أولاً: عناصر التسليم

من خلال المادة سالفة ذكر، يتضح عناصر التسليم كما يلي:

1- وضع المبيع تحت التصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون مانع ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري وإنما يكفي أن يوضع المبيع تحت التصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته ماديا والانتفاع به دون عائق فإذا وجد عائق بين المشتري وبين انتفاعه بالمبيع فلا يتوفر عنصر من عناصر التسليم.

2- إعلام المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه، إذ لا يكفي مجرد وضع الشيء تحت تصرفه، بل يجب على البائع أن يعلمه بذلك، منعا لكل ليس حول حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه ولم يشترط المشرع أي شكل للإخطار، إذ يمكن أن يحصل بأي طريق معين في صورة إنذار رسمي أو في صورة خطاب موصي عليه يعلم الوصول ويمكن أن يتم شفاهة.²

إذن التسليم العقاري يكون بتخلي عن حيازته للمشتري وعدم مباشرة أي حق من الحقوق التي خولتها الملكية للمالك وعلى ذلك إذا كان المبيع في المباني فعليه إخلاؤه ونقل بما فيه من أمتعة وإذا كان أرضا زراعية فيجب عليه الامتناع عن زراعتها ولكف عن جني محصولها، وإذا كان العقار مؤجرا فعليه إخراج المستأجر إلا إذا كانت الإجازة الواجبة النفاذ في مواجهة المشتري، وفي هذه الحالة يمتنع بتعيين على البائع قبض الأجرة، والتخلي عن الحيازة إن كان كافيا في بعض الحالات لتتمام التسليم كما لو كان المبيع أرض جرداء يملكها البائع بمضي المدة. إلا أنه في الحالات أخرى يعتبر التسليم ناقصا إذا لم تصحب

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص 109.

² دريدي شنيطي، نفس المرجع، ص 100.

تنحية المفاتيح البناء أو الأرض أو التسليم المستندات التي تثبت ملكية البائع للمبيع وقت البيع.¹

أما أنواع التسليم هي:

1- التسليم القانوني:

وهو وضع المبيع تحت التصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه الاستيلاء ماديا، ويرى البعض أن التسليم القانوني هو الفعلي كما هو الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري إلا أنه في الواقع التسليم القانوني ليس هو التسليم الفعلي لأن هذا الأخير يشترط حيازة المشتري للمبيع حيازة مادية، بينما في التسليم القانوني لا يشترط ذلك بل يتم بوضع المبيع تحت التصرف المشتري وإعلامه بذلك، وتختلف الطريقة وضع المبيع تحت تصرف المشتري باختلاف الشيء المبيع مثلا تسليم الأرض يكون بإخلائها وبالتخلي عن حيازتها وعدم مباشرة أي فعل عليها، وتمكين المشتري من الاستيلاء عليها والتسليم البناء تقتضي فوق ذلك تسليم مفاتيح حتى يتمكن من دخوله بسند الملكية وإذا كان الاتفاق على أن يتولى البائع إرسال إلى المشتري، فالأصل بأن التسليم لا يعتبر قد تما بمجرد تسلّم المشتري، لأن المشتري تنتقل له الملكية بإجراءات القانونية قد يتطلبها القانون.

2- التسليم الحكمي:

وهو يعني تغيير صفة الحائز القانونية للشيء دون تغيير في الحيازة الفعلية لشيء المبيع التسليم منصوص عليه في نص المادة 2/367 من قانون المدني الجزائري² وذلك يكون بمجرد التراخي المتعاقدين على البيع، وهذا التسليم الحكمي حسب المذكرة الإيضاحية للقانون المصري بالتسليم المعنوي ويكون ذلك الاتفاق على التعبير صفة الحيازة، فالتسليم الحكمي الاتفاق، أو التصرف القانوني وليس بفعل مادي.³ وهذا تطبيقا لنص المادة 812 من القانون المدني الجزائري⁴: "على أن يجوز نقل الحيازة دون التسليم

¹ سي يوسف زاهية، نفس المرجع، ص148.

² الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص109.

⁴ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

المادي إذا استمر الحائز واضعاً يده لحساب من يخلفه في الحيازة، وقد يستمر الخلف واضعاً يده، ولكن لحساب نفسه.

فالتسليم الحكمي له صورتان:

الصورة الأولى: إذا كان المشتري يحوز المبيع قبل البيع حيازة عرضية باعتباره مستأجراً بمجرد الاتفاق على البيع تتغير صفة حيازته فتصير حائزاً بصفته مالكا عن طريق الشراء. الصورة الثانية: هي صورة البائع الذي يظل حائزاً للمبيع بعد البيع على سبيل الإيجار أو العارية أو الانتفاع أو الرهن أو الوديعة فتعتبر الصفة حيازته من حائز لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشتري. والحالتين يعتبر التسليم قد يتم للمشتري بمجرد العقد، وأورد في القانون العراقي تعتبر كصورة ثالثة للمشرع العراقي فيمكن للمشرع الجزائي يعتبرها كصورة الثالثة للتسليم الحكمي، ومصر لأنها تطبق القواعد العامة فحسب القانون العراقي إذا أجري المبيع قبل تسليمه للشخص آخر غير البائع، أو إرجاعه، أو هبته، أو رهنه، أو تصرف آخر يستلزم التسليم للمتعاقد الآخر فعلاً تاماً، هذا التسليم مقام الاستلام المشتري، فقد يكون المشتري قد استلم المبيع حكماً، فالتسليم الحكمي بصورته الأولى وصورة الثانية كما تمت الإشارة إليه آنفاً.

ثانياً: زمان ومكان التسليم ونفقاته

1- مكان تسليم:

هو المكان الذي يوجد فيه المبيع حسب نص المادة 282 قانون المدني الجزائي "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد مركز مؤسسة إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه المؤسسة".

طبقاً للقواعد العامة مكان التسليم هو مكان الذي يوجد المبيع وفقاً للعقد إذا كان المبيع معيناً بذاته، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، أو العرف يقضي بخلاف ذلك وجاء في مكان التسليم في حالة الاتفاق على أن يقوم البائع بتصدير المبيع إلى المشتري إنما هو المكان الذي اتفق معه عليه.¹

¹ سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتب الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2009، مصر، ص 345.

2- زمان تسليم:

إذا لم يتفق على تأجيل التسليم، فأصل أن على البائع تنفيذ التزامه فور نشوئه والتي ينص على أن يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزامات نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلاف ذلك حسب نص المادة 1/281 من قانون المدني الجزائري: " أنه يجب فور انعقاد البيع ولو كان هناك اتفاق إلى تأجيل التزام المشتري بدفع الثمن ويلاحظ ما قد يقضي به العرف بمنح البائع مهلة للتسليم بعد انعقاد العقد، ولم يتضمن القواعد الخاصة عقد البيع العقاري حكما يتعلق بزمان التسليم الذي يجب الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بزمان التسليم فوفقا للقواعد العامة فإن التسليم يتم فورا بمجرد انعقاد العقد وهذا إذا لم يتفق المتعاقدان على الميعاد معين يتم فيه التسليم وهناك عرف يقضي بالتسليم المبيع في ميعاد معين أو اقتضت طبيعة المبيع شيئا وقت تسليمه أو أمهل القاضي البائع بتسليم المبيع إلى وقت معين بوجود أسباب تبرره على الانتقال إذا لم يكن هناك ضررا جسيما في القانون المدني الجزائري¹ يمتنع عن التسليم إذا كان الأجل التسليم هو نفسه أجل دفع الثمن، أو امتنع المشتري عن دفعه.

3- النفقات:

القواعد العامة بأن النفقات تنفيذ الالتزام تقع على عاتق المدين به إلا إذا اتفق على غير ذلك حسب نص المادة 283 من قانون المدني الجزائري. " على أنه تكون النفقات الوفاء على المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، وتتمثل النفقات كل ما يلزم لوضع المبيع تحت التصرف المشتري وإعلامه بذلك، أما نفقات التسليم المبيع فهي تقع علة عاتق المشتري المادة 395 من قانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي:

"على أن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك، ومن ثم فلا يلزم البائع بالمصاريف اللازمة بنقل المبيع من مكان التسليم إلى مكان آخر مع ملاحظة نص المادة 365 من قانون المدني الجزائري التي تنص: على أنه إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

يخالف ذلك¹ تقتضي القواعد العامة أن النفقات تتقيد بالالتزام تقع على عاتق المبيع به إلا إذا اتفق على غير ذلك، أما النفقات تسلم المبيع على عاتق المشتري كما نصت عليه المادة 395 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أن النفقات التسليم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بخلاف ذلك ومن ثم فلا يلزم البائع بمصاريف اللازمة لنقل المبيع.

الفرع الثاني: محل الالتزام بالمبيع

إن محل الالتزام بالتسليم المبيع وملحقته:

أولاً: المبيع وملحقته

فالمبيع هو ملكية أو أي حق مالي، كما سبقت الإشارة إليه أما الملحقات فهي الأشياء المخصصة لاستعمال الشيء بصفته الدائمة، فلم يتطرق المشرع الجزائري إلى هاته الملحقات ونأمل أن يراعي هذا الفراغ التشريعي، ولكن هذا لا يعني أنه تجاهل الملحقات الضرورية لاستعمال المبيع بصورة دائمة بل يجب أن تلحق بالمبيع وإلا انعدم، ويرى الفقه أمثلة تعتبر الملحقات كبيع المنزل يشمل الأشياء المبنية فيه والعقارات بتخصيص والآلات الزراعية مالم يتفق على غير ذلك².

فالمبيع هو الملكية أو حق مالي أما الملحقات هي الأشياء كما سبقت الإشارة إليه، ويرى أيضا بعض الفقهاء محاولين إعطاء مثال الأفران المبنية في المطابخ، والمغاسل المبنية في الحمامات وبيع الأرض التي تشمل البناء المقام عليها والعقارات بالتخصيص والآلات الزراعية ما لم يقضي بخلاف ذلك أو يتفق بخلاف ذلك، وبيع الحديقة المثمرة يدخل في ملحقاتها الأشجار المغروسة والثمار التي لم تنضج، ومن خلال الأمثلة السابقة يمكن تعريف الملحقات الأشياء التي يدونها لا يمكن الانتفاع المشتري بالمبيع ولا يشمل الملحق أي هي منقولات التي مكن نقلها دون تلف كالمرايا والثريات المعلقة³.

ويرى الفقيه السنهوري أن الملحقات تتميز عن الأجزاء الشيء التي هي أصل الشيء فالملحقات ليست من أصل الشيء بل هي تنشأ مستقلة عن الأصل غير متولدة عنه وكنها

¹ سي يوسف زاهية، الرجوع نفسه، ص192.

² دريدي شنيبي، الرجوع نفسه، ص102.

³ سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص189.

أعدت بصفة دائمة لا بصفة مؤقتة وتكون تابعة دائما لأصل، أما إذا أعدت هذه الأشياء بصفة وقتية ولا بصفة دائمة، إذا استأجر المالك الآلات الزراعية أرضية فإنها لا تعتبر ملحقات إذا وجد اتفاق على اعتبار الشيء على الملحقات وجب اعتباره كذلك، ويجب أن يشمل التسليم، أما إذا لم يوجد الاتفاق وجب الإتيان بالعرف وطبيعة الأشياء مع الاستهداء بالتطبيقات المختلفة، وإذا كان المبيع أرض زراعية دخل في ملحقاته حقوق الارتفاق والمزروعات غير الناضجة دون المزروعات الناضجة.

ثانيا: حالة المبيع

تنص المادة 364 من قانون المدني الجزائري على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم المبيع حالة التي كان عليها وقت المبيع عند الاتفاق" ويفهم من هذا النص أن يتصرف إلى المبيع معين بالذات لأنه هو الذي يمكن تسليمه بحالته من المبيع إن الالتزام البائع بالتسليم المبيع بحالة التي كان عليها وقت البيع أمر منطقي، لأن حالة المبيع وقت المبيع هي التراضي عليها الطرفان. مثلا: البائع ملزم بتسليم العقار المبيع بحالته التي كان عليها وقت انتقال الملكية، وإذا أحدثت الزيادة على هذا العقار تعتبر المحكمة أن هذه الزيادة في الأرض مملوكة لغيره، إذن لا يقتصر الالتزام بالتسليم على المبيع ذاته بل يشمل ملحقاته، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال الشيء المبيع بل ترك تحديد ذلك إلى اتفاق والعرف والطبيعة الأشياء وأخيرا يمكن القول أنه لا يكفي التزام البائع بالتسليم المبيع وملحقاته بل يلتزم بتسليم المبيع والملحقات بالحالة التي كان عليها وقت المبيع وبالمقدار المتفق عليه في العقد وهذا النص الاتفاق على الحالة التي يجب فيها تسليم المبيع أما إذا لم ينص الاتفاق على الحالة التي يجب التسليم المبيع وعليه وجب الإتيان ما يلي:

إذا كان المبيع قيميا وجب تسليمه بالحالة التي كان عليها وقت البيع لأن المبيع القيمي المعين بالذات الذي بصفاته وحالتها التي هو عليها وقت انعقاد العقد ولذلك وجب على البائع أن يحافظ عليه لأن ملزم أن يحافظ عليه حين تسليمه، لأنه ملزم في حالة التي كان عليه وقت المبيع حتى ولو كان على حالة لأن المفروض يرى المبيع أو يعلم به علما كافيا، إذ يقع على عاتق البائع الالتزام بالمحافظة على الشيء المبيع وأن يبذل بذل عن هذا الالتزام عناية الشخص العادي (المعتاد)، ويستطيع البائع أن يتخلص عن الالتزام متى أثبت أنه يدل على المحافظة على المبيع بعناية الرجل العادي¹.

¹ سي يوسف زاوية حورية، المرجع السابق، ص 193.

فإذا كان المبيع قد هلك رغم ذلك تحمل البائع تبعه هلاكه إذا وقع في فترة بين العقد والتسليم ما لم يثبت أن هلاك التلف راجع إلى خطأ المشتري ويتفرع عن هذا الالتزام أي المحافظة على الشيء المبيع، على أنه لا يجوز للبائع أن يحدث تغييرا في المبيع، فالعقار لا يجوز له البناء عليه وتغيير من أجزاءه الثابتة لأن من المفروض وواجبه المحافظة عليه كما هو لا يمكن له تغيير، ففي حين مخالفة البائع لهذا الالتزام جاز للطرف الثاني أي هو المشتري حول له القانون تلك الحماية المتمثلة في المطالبة البائع بإعادة المبيع في حالة التي كان عليها وقت التعاقد "البيع" وإذا تعذر ذلك كان له أن يرفض الاستلام أي التسلم وكما تما الإشارة إليه له الحق في المطالبة بالفسخ للاختلال الذي وقع على البائع فالفسخ أن هناك الفسخ الاتفاقي فالسلطة القاضي مقيدة لا يجوز له التدخل، فالفسخ القضائي السلطة التقديرية للقاضي هو يقدر التعويض يحكم به لصالح المشتري ضد البائع، ومثال ذلك في حالة التغيير المبيع أو القيام بتصرف ما بعد المبيع وهما يكون تجاوز حدود قد أخل كما تمت الإشارة إليه أنفا، فهنا البائع قد أخل التزاما مهما المحافظة على شيء مهم جدا عدم مجاوزته فبمجرد تسلم الشيء المبيع (العقار) يتمكن من الحيابة الشيء المبيع الذي هو العقار هنا انتقلت الملكية فأصبح المالك الجديد المشتري الذي لديه كامل حق الملكية لتصرف فيها كما يشاء طبعاً في التشريع الجزائري مع متابعة المراحل والإجراءات القانونية التي تفرض على كلا المتعاقدين البائع والمشتري لأن العبرة بالانتقال الملكية العقارية هي الشهر وليس بمجرد إبرام العقد فالتسليم في العقار يكون يتمكن المشتري من الشيء المبيع (العقار) بعد ما يحصل عليه بإجراءات والمراحل القانونية المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري لابد الإتياع هاته المراحل التي استلزامها المشرع الجزائري¹.

¹ سي يوسف زاوية زاوية حورية، المرجع السابق، ص193.

المبحث الثاني: أنظمة الشهر العقاري

إن عبء بالانتقال الملكية العقارية بالشهر، فالعقد البيع العقاري من التصرفات القانونية من خلال مروره بإجراءات القانونية المنصوص عليها في المواد إلا أنه عرف نظامين مختلفين لذلك سيتم التطرق إلى مطلبين الأول سيتم التطرق إلى النظام الشهر الشخصي والمطلب الثاني: النظام الشهر العيني لكن كما يجب معرفته والنظام الشهر العقاري.

الشهر العقاري عمل فني إلى التسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، إظهارا بوجودها ليكون الجميع على البينة من أمرها.¹

كما يرى مصدر الحق العيني العقاري وليس الإرادة الأطراف المتعاقدة أي أثر بالنسبة لنقل الملكية العين المبيع مطلقا، وهذا الإشهار هو مولد للآثار القانونية، سواء فيما بين الأطراف أو في مواجهة الغير.²

كما يعرف أن مجموعة القواعد القانونية التي تفرض تحت طائلة العقوبة، عدة إجراءات الإشهار على أصحاب الحقوق متعلقة بالعقارات³

فالغرض الأساس من الشهر العقاري هو إعلام الغير ما يرد على العقارات من الحقوق العينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية لأن يتم إعلام التصرفات التي ترد على العقارات.⁴

¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص.14

² مجيد خلفوني، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2017، ص.37.

³ عمار علوي، المرجع السابق، ص.151

⁴ محمد حسنين، المرجع السابق، ص.87.

المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي والعيني

باعتبار أن الشهر نظام تبين كافة التصرفات الواردة على التصرفات القانونية لنقل الملكية العقارية، وهناك نظامين:

الفرع الأول: الإطار القانوني لنظام الشهر الشخصي

إن نظام الشهر الشخصي من أقدم الأنظمة الشهر العقاري، في هذا النظام تنشئ في البلد الواحد سجل العام، أو عدة سجلات في مراكز كل إقليم بوجودها الإدارة للشهر العقاري يرصد بها كل التصرفات المنشئة لحقوق العينية العقارية يتم جرد كافة التصرفات الواردة على العقارات باسم الشخص التصرف في العقار¹.

أولاً: تعريف الشهر الشخصي

فوظيفته العلانية فقط ليس له أية قوة بثبوت إذ شهر التصرف كما هو دون الاهتمام بصحة الحق الذي يرمي إلى إنشائه أو نقله ويتم الشهر على أساس الأسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات، ولذلك لا يكفي ليطمئن من يريد الشراء العقار من شخص معين أن يجد اسم هذا الشخص المذكور في السجلات كمتصرف إليه من آخر².

فإن النظام الشهر الشخصي يتم القيد باسم المتصرف، حيث تعد فهارس من مرتبة بأسماء المتصرفين حتى تستطيع الغير الاطلاع عليها متى استدعت الضرورة لذلك، بناء على طلب يقدمه المعني إلى المحافظ العقاري. وهو أول نظام السائد في العالم وأخذت به فرنسا وحاولت تطبيقه في الجزائر على الأراضي واسمه يدل عليه، فالشخص فيه محل اعتبار إذ يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على الأسماء القائمين بها ويتم ذلك حسب التسجيل يمك حسب الترتيب الأبجدي وسجل الآخر يمك على الأساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد الشهر.

غير أن التصرفات التي تشهر في هذا النظام ليست لها قوة ثبوتية مطلقة فالموظف المكلف بالشهر يلعب دوراً سلبياً ولا يملك الصلاحيات تفحص العيوب العالقة بالإجراء أو التصرف ويتعين لكل ذي مصلحة الاعتراض على التصرف ويطالب بإبطاله ورغم شهره

¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 13.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 93.

عليه يبقى المكتسب الحق مهدد فإذا كان تصرف الشخص الذي تنازل له معيب، أو إذا باع له ملك الغير، فلا يمنع من الشهر دعوى الاستحقاق ممن اكتسب بالتقادم مثلا، لأن الشهر كإجراء ناقل للملكية العقارية لا يضيف شيئا للحق ذاته فلينتقل الحق بالعيوب العالقة به وليس للشهر أثر مطهر فهو عبارة عن وسيلة إعلام للغير وبهذا التصرف لتمكين من له مصلحة من استعمال حقه في المعارضة.¹

ثانيا: خصائص نظام الشهر الشخصي

لا تقتصر وظيفة إلا من إعلام الجمهور بما ورد على العقار من حقوق، حيث إلا أثر للشهر العقاري في إنشاء الحق العيني، ذلك أن الحق العيني ينشئ صحيحا بمجرد العقد ومراعاة الشكل الذي يقرره القانون ويظل صحيحا إلا أن يصبح أو يقرر بطلانه. فيتميز نظام الشهر الشخصي بجملة من المميزات التي تميزه من غيره من الأنظمة، ولعل أبرز ما يميزه الخصائص الآتي ذكرها:

أ- أساس الشهر في هذا النظام، هو أسماء الأشخاص الذي تصدر عنهم التصرفات بغض النظر عن العقار المتصرف فيه، ومن هذه الخاصية استمد هذا النظام تسميته.

ب- لهذا النظام وظيفته العلانية، فالملكية، والحقوق العينية وسواء كانت أصلية أو التبعية تنتقل بمجرد التراضي الطرفين²

كما أن هي تقتصر بخاصيتين أساسيتين الأولى هي أساس الشهر هو أسماء الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات التي يتم شهرها، وتتم عمليات الشهر فيه في نوعين من السجلات يتم القيد فيها طبقا للترتيب الزمني لتقديم المحررات الشهر وسجلات أخرى يتم القيد فيها طبقا للحروف الأبجدية لأسماء الأشخاص ولهذه الخاصية هي قوام وأساس ونظام الشهر الشخصي، ومنها استمد اسمه أما الخاصية الثانية فهي أن الشهر ليست له القوة الثبوتية، بل هو مجرد إجراء بهدف العلانية فقط دون أن يكون له أي أثر على الحق المشهر، فصاحب الحق لا ينقل إلى خلفه إلا الملكية أو الحقوق العينية التي

¹ ليلي زروقي حمدي باشا، المرجع السابق، ص46.

² جملة زايدي، إجراءات في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة الماجستير العقود المدنية، تحت إشراف مراد كامل، كلية الحقوق، جامعة العربي بلمهيدي، أم البواقي، 2011/2012، ص96.

يملكها هو نفسه، ذلك أن الشهر في هذا النظام لا يظهر التصرف من العيوب التي قد تكون سببا في طلب إبطاله أو فسخه بدعوى لاحقة على الشهر، كما ترجع الجذور التاريخية لنظام الشهر الشخصي إلى القانون الفرنسي قانون الثورة إذ جاءت مختلف النصوص في تلك الفترة لتضع قواعد صلبة لهذا النظام ليشهد بعد ذلك تطورا وتغيرا مستمرا كانت الحماية علة المشرع الفرنسي المعطيات والظروف، خاصة منها الاقتصادية والاجتماعية لاسيما حركة البناء والتشييد التي أعقبت الحرب العالمية الأولى والثانية وانتشار القروض البنكية العقارية وكانت بدورها تتطلب ضمانات أكبر من المقترضين، والتي غالبا ما كانت تتمثل في شكل رهون عقارية.

كذلك من أهم ما يميزه أيضا من مبادئ هو ما يلي:

- أسماء الأشخاص أساس الشهر عملية الشهر تتم على أساس أسماء الأشخاص.
- ليس للشهر قوة ثبوتية مطلقة بمجرد الشهر التصرف لا يدل قطعا على صاحب الحق محل التصرف هو فعلا مالكة الحقيقي.
- للشهر دور مدعم للحق وليس له دور مانح للحق حيث يهدف عموما إلى تحقيق الائتمان العقاري وإحاطة التجارة العقارية بالثقة والائتمان، بالنظام الشهر الشخص الذي يقوم على فكرة على إعطاء الشهر بمجرد دور مدعم للحق.
- ليس للشهر أثر ناقل للحقوق فيكتفي دور الشهر في إعلام الغير.
- جواز التملك الحق المشهر عن طريق الغير بالتقادم.
- الشهر قرينة بسيطة على صحة الحق ينشئ قرينة قانونية على صحة التصرف وعلى كسب الحق من طرف المتصرف إليه.
- للشهر طابع إداري وليس له طابع قضائي تشرف عليها مصالح وهيئات إدارية تخضع لموظفين تابعين لمصالح وزارة المالية.
- التصرفات وفقا لهذا النظام تشهر كما هي، دون أن يظهر العيوب التي تشوب الحق الذي هو الموضوع التصرف، كأن يكون قابلا للإبطال أو الفسخ مثقلا بأعباء عينية¹.

¹ - جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 96.

- نظام الشهر الشخصي أقدم أنظمة من نظام الشهر العيني، لذلك أغلب الدول في تشريعاتها القديمة انتهجت هذا النظام في عملية شهر الحقوق والتصرفات كما هو عليه الحال في القانون الفرنسي وقوانين مملكة العربية السعودية ومصر.

ثانياً: تقييم نظام الشهر الشخصي

لنظام الشهر الشخصي هو أقدم الأنظمة فلا يخلو من العيوب والمحاسن الذي له دور كبير هو الإعلام الجمهور.

1- عيوب نظام الشهر الشخصي:

أن المالك العقار من خلال بتصرفه لا منح الضمانات كافية للمتصرف إليه بثبوت حقه في ملكيته للعقار مما قد يكون مصدراً لعدة منازعات قضائية بشأنه¹. كما أنه لا يكون له أي أثر على الحق المشهر وهو لا يظهر التصرف من العيوب التي قد تكون سبباً في طلب إبطاله أو فسخه بدعوى لاحقة على الشهر². كما يعاب عليه أنه لا يعطي للمتصرف إليه ضماناً لثبوت الحق للمتصرف فيه بصفة نهائية بل يعرضه للمنازعة في أي وقت والحكم بزوال هذا الحق³. وأيضاً هناك عدم الثقة في المعاملات العقارية مما يؤدي إلى المضاربة⁴. ونظراً للانتقادات العديدة التي تما توجيهها لنظام الشهر الشخصي وقلة مزاياه وهي كالاتي:

2- محاسن نظام الشهر الشخصي:

بالرغم من أن الشهر الشخصي عيوب إلا أن هناك بعض بالمحاسن التي يختص بها تتمثل كالاتي:

¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص15.

² ويس فتحي، الشهر العقاري وأثاره في مجال التصرفات العقارية دراسة مقارنة، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف زناكي جميلة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011، ص47.

³ جميلة زايد، المرجع السابق، ص97.

⁴ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص85.

أنه بمجرد شهر التصرفات يعد قرصنة على ملكية العقارية من طرف الشخص الذي يسجل التصرف حتى إن كانت قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس ، وهذا لا يعني أن النظام الشهر الشخصي يؤدي دور هام هو إعلام الجمهور¹.

جواز الطعن في التصرفات المشهورة كما توفر الحماية المال الحقيقي من التصرف الغير في ملكه.

أن نظام الشهر الشخصي لا يتطلب عملية المسح الأراضي العام، لأن هذه العملية تكلف مبالغ المالية باهضة، لا يستطيع الكثير من الدول تحملها خاصة الدول المتخلفة. اتخاذ اسم المتصرف أساسا أي أسماء المتصرفين في حال التعامل في التصرفات القانونية، كالبيع مثلا².

كذلك من أهم محاسنه هو سهوله تطبيقه، حيث لا يستلزم لقيامه ما يستلزمه لنظام الشهر العيني من إجراءات لتفادي نفقات باهضة.

كما المتعامل فرصة الاطلاع على مستندات ملكية من يريده، ووضعها والتحقق من مدى سلامتها وكفايتها.

كما لا يتطلب عملية المسح الأراضي مقارنة بنظام الشهر العيني الذي يجعلها شرط لقيامه.

الفرع الثاني: الإطار القانوني لنظام الشهر العيني

أولاً: تعريف نظام الشهر العيني:

إن النظام الشهر العيني يتم فيه تحديد العقارات تحديدا كافيا نافيا للجهالة وأول دولة عرفت هذا النظام هي أستراليا يعود الفضل إلى ذلك إلى نظام تورانس المتعلق بتنظيم الملكية العقارية، ومختلف الحقوق المتعلقة بها.

وانتهى بالتصويت على المشروع القانون القديم إلى البرلمان أطلق عليه اسم قانون

تورانس ذلك عام 1858³.

¹ محمد حسنين، المرجع السابق، ص99.

² غالم كهينة، تنظيم عملية الشهر العقاري في الجزائر في الجزائر، مذكرة ماستر قانون الأعمال القسم الحقوق، تحت إشراف وداعي عز الدين، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015، ص26 2016.

³ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص16.

وبعد ذلك تسابقت الدول في اقتباس المبادئ هذا النظام من أجل الانتقال إلى تطبيق أحكامه، إن كانت هذه الدول قد اختلفت وتباينت قوانينها ومذاهبها إلا أن ادخال نظام السجل العيني في التشريعات المختلفة لم يكن أمرا سهلا بالنسبة لجميع الدول فهو يقوم على أساس تحديد العقار تحديدا كافيا نافيا للجهالة¹.

وفي هذا النظام يمسك السجل الخاص لدى مصلحة الشهر، يخصص فيه صفحة أو أكثر خاصة بكل عقار يثبت فيها كافة التصرفات التي ترد على تحديد موقعه، مساحته، رقمه، حدوده، إذ بمجرد إطلاع على هذه الصفحة يمكن معرفة تاريخ ملكية هذا العقار والملاك الذين تعاقبوا عليه إنشاء السجل التصرفات التي صدرت من كل منهم ومن المالك الأخير وما إذا كانت ملكيته تامة وخالية من الحقوق العينية، فهي بمثابة بطاقة تعريفه².

هذا النظام يركز في الشهر التصرفات العقارية على العين تعيينها أي العقار محل التصرف وتمييز يمسك سجل الخاص لدى المصلحة الشهر تخصص فيه صفحة أو أكثر لكل العقار تدون فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه، ومساحته ورقم الحدود ويسمى العقار المعنى ب"الوحدة العقارية" وتعتبر البطاقة العقارية المخصصة له بمثابة بطاقة تعريفه، ويسمى هذا السجل في التشريع الجزائري مجموعة بطاقات العقارية ضمن أراد الاطلاع على حالة العقار ومعرفة الحقوق والالتزامات والارتفاقات التي تثقله بإمكان أن يطلب هذه المعلومات من مصلحة الشهر، فلأشخاص القائمين بالتصرفات الأهمية كبرى لهم، وقد تظهر هذا النظام الأول أستراليا وعرف باسم المبتكر "سيرروبارتورانس" وأصبح يطلق عليه في الدول التي أخذت به النظام تورانس³.

ثانيا: خصائص نظام الشهر العيني

يتميز هذا النظام بعدة خصائص خلافا ما يميزه به النظام الشهر الشخصي هو كالاتي:

كما يعرفها بعض الشراح بمبادئ النظام الشهر العيني:

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص138.

² جميلة زايدي، المرجع السابق، ص98.

³ زروقي ليلي حمدي باشا، المرجع السابق، ص48.

1- مبدأ التخصيص ومبدأ المشروعية:

يتميز هذا النظام السجل العيني بأن أساس التسجيل والشهر في السجلات هو العقار أو الوحدة العقار.

محل التصرف، وذلك بخلاف نظام الشهر الشخصي حيث تتم عملية الشهر في الدفاتر المختلفة على أساس الأشخاص الذين تصدر منهم التصرفات¹.

وهو أن يعطي للقيود القوة بثبوت مطلقة أو ما يعرف بالثقة العامة في السجل العيني². كما يرى أن مفاد هذه القاعدة أنه يخصص لكل تصرف وارد على عقار سواء كان منشأ أو معدلاً أو ناقلاً لحق الملكية العقارية بطاقية عقارية عينية، يفيد فيها جميع المعاملات الواردة عليه³.

وبمعنى أن كل تصرف وارد على عقار، سواء كان هذا التصرف وتقيدها فيها جميع التصرفات الواردة على العقار ومجموعة هذه البطاقات تكون ما يعرف بالسجل العيني الذي استند منه نظام الشهر العيني تسميته⁴.

أو كل تصرف وارد على العقار سواء كان عيني أو تبعي، فإنه يؤشر به على البطاقة العقارية المخصصة لذلك لضمان التطابق بين البيانات المدونة بالبطاقة العقارية⁵.

وأما مبدأ المشروعية مضمون المبدأ هو إجراء المراقبة العامة، ومراجعة السابقة لجميع الوثائق التي يكون محل الإيداع من أجل شهرها، حتى لا يقيد في السجل العقاري إلا الحقوق المشروعة فعلاً، وبالتالي اجتناب شهر الادعاءات المشكوك فيها التي لا تشييد إلى أساس القانوني تسليم بناء على تمكين المحافظ العقاري من مراقبة الشروط القانونية الأولية الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة لعملية الحفظ ويتسع النطاق مبدأ المشروعية ليشمل كل ما من شأنه تجنب القيد الحقوق التي لا يستند إلى أساس القانوني يسلم حيث يجب أن

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص 90.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص 90.

³ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 23.

⁴ جميلة زايد، المرجع السابق، ص 100.

⁵ غالم كهينة، المرجع السابق، ص 24.

يشمل الفحص الدقيق والرقابة الحديثة السابقة على القيد¹ وكذلك أن مبدأ التخصيص أي تخصيص صفحة أو عدة الصفحات من البطاقات العقارية لكل الوحدة العقارية.

ومبدأ المشروعية مقتضاه وجوب التحقق والرقابة والمراجعة الدقيقة السابقة على إجراء القيد في السجل العيني حتى لا يفيد أي حق عيني عقاري إلا بعد تنحيته من كل شائبة².

كما أنه تحقيقاً لمبدأ المشروعية الإشهار العقاري، يناط بالمحافظ العقاري دور إيجابي مهم ومميز بحيث أوجب المشرع الجزائري بالتدخل من أجل المراقبة مدى استيفاء المحررات المراد شهرها على مستواها شروطها في جانبها الشكلي والموضوعي³. كما أنه يقتضي على أنه يجب على الموظف المكلف بالشهر في السجل العيني والتأكد والتحقق كي لا يشهر إلا الحقوق المشروعة⁴ وكذلك مفاده أن يتحقق المحافظ العقاري من كل التصرفات المراد شهرها بدقة لا تهدر حقوق الناس نظراً للقوة الثبوتية للقيد.

2- مبدأ القيد المطلق أو الشهر المطلق ومصدر الحق العيني:

في ظل النظام السجل العيني لا تكون الحقوق العينية العقارية موجودة ويمكن الاحتجاج بها في مواجهة الكافة إلا إذا كانت مقيدة في السجل العيني، وبهذا الشكل لا بد من إخضاع جميع الوقائع والاتفاقيات والتصرفات التي من شأنها إنشاء أو نقل أو تقرير أو تعديل أو زوال أي حق من هذه الحقوق أو تغيير صاحبه أو تعديل أي شرط من شروط قيده لإلزامية الشهر في السجل العيني ومن ثم فإنه لا يكون لهذه الحقوق وجود قانوني شرعي إلا إذا تم قيدها في السجل وهذا ما يطلق عليه مبدأ القيد المطلق.

إن مبدأ القيد المطلق أو القوة الثبوتية يقوم على مبدأ التطهيري للنظام الشهر العيني لأن الغرض من إحداثه، هو إعطاء القوة والمثابة للسند العقاري لدعماً للائتمان بين

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص163.

² محمد حسنين، المرجع السابق، ص91.

³ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص25.

⁴ غالم كهينة، المرجع السابق، ص24.

المتعاملين على العقارات، وتسهيل تداوله للسند العقاري، بشكل يجعل من الاستحالة الإهدار أو زعزعة الحقوق الثابتة بالسجل العقاري، وتشكل بياناته عنوان حقيقة¹.

كما أنه يعتبر مكملاً لمشروعية التسجيل فالتصرف الذي يتم تسجيله بعد التحري عن صحته لها حجية كاملة ومطلقة، إذ تنتقل الملكية والحقوق العينية بمجرد القيد، فإن القيد بصفته مالكا أو صاحب حق على الوحدة العقارية كان له ذلك وحتى لو كان التصرف باطل أو معيب².

كما أن الحقوق العينية لا تنشأ، ولا تنتقل، ولا تتغير، ولا تزول إلا بالقيد³.

وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري، ومن هذا تكتسب هذه الحقوق قوة الإثبات المطلقة في مواجهة الكافة⁴ وكذلك مبدأ المطلق معناه أن القيد أو الشهر هو مصدر الحقوق العينية من كل التصرفات المراد شهرها بدقة حتى لا تهدر حقوق الناس نظرا للقوة الثبوتية للقيد.

أما الشهر العقاري مصدر الحق العيني مفادها أن الحق العيني العقاري لا ينشأ، ولا يزول، ولا ينقل إلا ينقل إلا إذا أخضع لعملية الإشهار العقاري الذي يترتب عليه مبدأ عدم قابلية الاحتجاج بغير الحقوق المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية فالحق العيني غير مشهر يكون غير موجودا قانونا، ولا يمكن الاحتجاج به سواء بين المتعاقدين أم في مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهاره، ولهذا الثقة العامة مظهران أولهما السلبي وثانيهما إيجابي السلبي هو أنه لا يحتج على الغير أن الحق العيني العقاري غير مقيد في السجل الإيجابي هو وهو أنه ينتج على الغير أن الحق العيني العقاري مقيد في السجل.

كذلك بالنسبة للأحكام القضائية والقرارات القضائية المثبتة لهذه التصرفات والحقوق فعدم شهرها ينجم عنه عدم إمكانية الاحتجاج بها الغير إذ تهدف عملية الشهر إلى الاحتجاج بالعقد ونفاذه، فلا يتعلق الآخر بصحته وانعقاده⁵.

¹ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 25.

² غلم كهينة، المرجع السابق، ص 25.

³ محمد حسين، المرجع السابق، ص 91.

⁴ جميلة زايدي، المرجع السابق، ص 102.

⁵ زايدي الجميلة، المرجع السابق، ص 101.

3- مبدأ عدم سريان التقادم ضد صاحب الحق المشهر والأثر المنشئ الناقل:

يترتب على القيد الحقوق في السجل العيني أن أصحاب هذه الحقوق يكونون في مأمن من كسب الغير لها بالتقادم، وهذه الخاصية ناشئة عن الحجية المطلقة، للحقوق والبيانات المقيدة في السجل العيني إذ لا يجوز في ظل هذا النظام الأخذ بالتقادم، فالنظام السجل العيني لا يعرف مالكا أو صاحب حق عيني خلافا للمالك أو صاحب حق المقيد، فالاعتداد بالتقادم كطريق كسب الملكية والحقوق العينية إنما يتعارض مع ما يعطيه نظام السجل العيني المقيد من قوة ثبوت المطلقة.¹

كما سنرى أن معظم التشريعات العالمية التي تأخذ بنظام الشهر العيني، وضعت قواعد قانونية خاصة تفيد بأن العقارات التي تشملها عملية المسح العام لأراضي يحدد الوضع المادي والخوض له، لهذا أوجب العقار وبناء على الوثائق المسح ثم التأسيس السجل العقاري وإذا كان التقادم سببا من أسباب اكتساب الملكية العقارية في النظام الشهر الشخصي فإنه ليس كذلك في ظل النظام الشهر العيني، فلا يمكن للوضع اليد على العقار منها حال اكتسابه، له أن يطالب بتملكه، إذا كان سند للملكية، عدم شهره على مستوى المحافظة العقارية، لأن ذلك يتعارض مع القاعدة الثبوتية المطلقة للملكية التي هي الثابتة بالقيد في هذا النظام.²

وبالتالي مبدأ الحظر التقادم المكسب حيث لا يعرف النظام السجل العيني مالكا أو صاحبا الحق العيني بعدم سريانه في مواجهة صاحب الحق المقيد ولا يجوز لأي الشخص أن يدعي حقوقا عينية ليست مقيدة في السجل العيني مهما طال مدة حيازته لها.³

وأما الشهر أثر المنشئ وناقل يترتب على القيد في السجل العيني أثر المنشئ للحقوق التي يجب قيدها بحيث إذا لم يتم القيد فلا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى الغير وقد عبرت عن هذا المبدأ التشريعات التي تأخذ بنظام السجل العيني وفي هذا شأن يمكن القول أنه لا يكفي لنشأة الحق بمجرد الصحة التصرف المصدر الحق، وإنما لابد من إخضاع هذا التصرف لإجراءات الشهر، وأن أي التصرف حتى ولو كان صحيحا

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص165.

² زايدي جميلة، المرجع السابق، ص102.

³ محمد حسنين، المرجع السابق، ص91.

لا تنشئ الحقوق العينية العقارية ما لم يخضع لإجراء الشهر وهذا ما يجعل بعض الفقهاء يقولون بالزامية الشهر العقاري في الأنظمة التي تأخذ بهذا المبدأ الأثر المنشئ أو الناقل¹. فإذا كان التقادم سبب من أسباب اكتساب الملكية في نظام الشهر الشخصي، فإنه مستبعد في النظام الشهر العيني فلا يمكن للواضع اليد على العقار مهما طال اكتسابه بالتقادم أن يطالب بتملكه إذا كان سند الملكية فيه مشهر لأنه يتعارض مع مبدأ القوة الثبوتية المطلقة ولأن الحيازة هي قرينة على الملكية والملكية الثابتة بالقيود في هذا النظام.

ثانياً: تقييم نظام الشهر العيني

نظام الشهر العيني الذي يقوم على أساس تعيين العقارات، وحد من المضاربة والنزاعات والاستقرار في المعاملات العقارية والثقة لمعرفة الملك الحقيقي عن طريق تأسيس السجل العقاري إلا هذا النظام لا يخلو من العيوب التي تكلف الدولة للقيام بعملية المسح التي تشمل كامل القطر الوطني.

1- مزايا النظام الشهر العيني:

من مزايا هذا النظام حماية المتعاقدين في التصرفات المنصبة على العقارات لأن كل حق يتمتع بالحصانة التامة، وكل تصرف قبل قيده يخضع لرقابة المكلف بالشهر ومما يسهل فيه أيضاً التصرف على الحالة القانونية للعقار وأصل الملكية فيه وكل أعباء التي تثقله، ولا يمكن بذلك إخفاؤه وتجنب حظر اكتساب بالتقادم أو التعارض سندات الملكية، أو تشابه أسماء المالكين مما يرفع في قيمة العقار ويسهل التعامل فيه وتوقيع رهن عليه للحصول على قروض وتنمية الاستثمارات².

كما أن ضبط وتثبيت المركز القانوني الحقيقي للعقار عملاً بالنظام السجل العيني ومبدأ التخصيص الذي تميزه، فإن كل عقار تخصص له صحيفة في السجل الكبير تدون فيها كل البيانات المتعلقة به ومنع التعارض في سندات الملكية وتجنب المخاطر تشابه الأسماء لأن سند الملكية أو الحق العقاري هو صورة من الصحيفة العقارية المأخوذة من

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص169.

² حمدي باشا ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة ونشر التوزيع، الطبعة 2016، الجزائر، ص50.

السجل الممسوك لمكاتب الشهر ولا يوجد أي الشهادات أو الصور التي تأخذ من هذه الصحيفة لا بد أن تكون مطابقة¹.

كما أنه الحد من المنازعات العقارية إن تطبق الشهر العيني في أي بلد يستدعي ضبط مواقع ومساحة وحدود كل العقارات بمختلف أصنافها وهو ما يتم عن طريق أعمال المسح العام وكذا التأمين الملاك، وأصحاب الحقوق المشهورة من حظر التقادم المكسب إذ يعتبره الفقهاء من المزايا التي تميز نظام الشهر العيني، نلخص القول بأن النظام الشهر العيني، يعتبر النظام الأمثل الذي يؤمن المالك مما قد يتعرض له من مضايقات عند مزاوله حقوقه على عقاره من استعمال واستغلال والتصرف وهو النظام الأمثل كذلك.

كما يقول الأستاذ عبد الوهاب: "نظام السجل العيني كتجربة ببعض القرى والأقاليم والمحافظات، فيتم شهر الحقوق العينية العقارية وفقاً للمواقع الأعيان وليس بحسب أسماء الأشخاص كما هو الحال في النظام السجل العيني".

وفي سجل يعرف بالسجل العيني العقاري، حيث يخصص لكل عقار صفحة تعرف والصفحة العقارية أو صحيفة في السجل العيني، تفيد فيها كافة التصرفات والحقوق التي ترد على العقار وأصحاب هذه الحقوق والقيود والتغيرات التي تطرأ عليها².

كما أن تما ارتفاع قيمة العقارات كنتيجة طبيعية أو وجود مبادئ للشهر العيني وتحفيز المتعاملين العقاريين³.

¹ ويس فتحي، المرجع نفسه، ص174.

² مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص21.

³ غالم كهينة، المرجع السابق، ص28.

2- عيوب النظام الشهر العيني:

هذا النظام له عيوب فهو نظام مكلف للغاية ويتطلب في تطبيقه نفقات باهضة تتمثل في عملية المسح كل الأراضي إلى جانب توفير رجال متخصصين في عمليات المسح ويمكن أن يكون وسيلة غصب للملكية الخاصة في القيد الأول بعد المسح بالنسبة لأراضي التي تكن لها عقود والبعض يعيب عليه أيضا أنه يؤدي إلى تنقيب الملكية¹.

كما انتقد الدكتور منصور وجيه هذا النظام الأخير قائلا: " أن أول عيب للنظام الاختياري هو تخصيص إدارة خاصة للشهر لكل من النظامين، ونتيجة ذلك توجد مصلحتان مختلفتان وفتتان من السجلات الكثيرة بالأرشفيف".

تعريض الملاك الحقيقيين للخطر لأن تطبيق مبدأ القوة المطلقة للقيد الذي يميزه نظام السجل العيني يعني أن لكل ما هو مقيد في السجل العيني من الحقوق، والتصرفات وتنقيب الملكية العقارية التخصيص البطاقة العقارية، أو عدة بطاقات لكل وحدة العقارية أمر صعب التطبيق في البلدان التي تتجراً فيها الملكية إلى أجزاء كثيرة وصعوبة تطبيقه في الدول العربية بمعنى أنه لا يصلح إلا للبلاد الحديثة التي لا تزال في دور التكوين حيث لا يوجد فيها أي تنظيم العام للملكية العقارية².

كما يتعين الأخذ بهذا النظام يتطلب المسح العقارات البلد وإعطاء العقارات هاته رقما خاصا بها وتخصيص إحدى الصفحات السجل له، وهذا العمل يقتضي وقتا كثيرا³.
التعدي على الحقوق العينية المالك الحقيقي حيث يمكن لشخص ما أن يقيد حق العيني لا يملكه حقيقته فيصبح هو المالك الحقيقي، ولا يمكن للمالك الحقيقي أن يقوم بمنازعة ذلك الشخص، ومما أنه أيضا الإجراءات الأولية الواجب اتخاذها من أجل شهر الحقوق العينية العقارية⁴.

¹ حمدي باشا ليلي زروقي، المرجع السابق، ص50

² ويس فتحي، المرجع السابق، ص183.

³ جميلة زايدي، المرجع السابق، ص103.

⁴ غالم كهينة، المرجع السابق، ص29.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري

الشهر النظام القانوني الذي يعتمد فيه التسجيل كافة التصرفات القانونية الواردة على هاته عملية المدنية تتمثل في العقد البيع العقاري فهو يعتبر إجراء لنقل الملكية العقارية بالشهر لدى المحافظة العقارية فلعبرة لانتقال الملكية العقارية هي الشهر وبعد انتهاء من جميع الراحل والإجراءات القانونية ومن عملية المسح يسلم الحافظ العقاري الدفتر العقاري الذي هو قرار إداري يسلم لأصحاب العقارات الثابتة حقوقهم بصفة نهائية بعد انتهاء من عملية المسح ويعتبر كسند قوي لإثبات الملكية العقارية فنجد نظام الشهر العقاري فيه نظامين نظام الشهر الشخصي الذي يقوم على أساس تحديد الأسماء الأشخاص المالكين العقارات يقوم عليها هذا النظام فبعد الاستقلال كانت الجزائر تعمل بهذه القوانين الفرنسية ما لم يكن يعارض السيادة الوطنية فمن خلال هاته الفترة الزمنية كانت الجزائر تأخذ بنظام الشهر الشخصي إلى غاية صدور أول قانون 1975 بأمر 74/75 إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري فعملية المسح هي العملية القانونية التقنية الفنية هدفها تعيين حدود الملكية العقارية من المعالم والمساحة والحدود ففي هذه الفترة تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني الذي هو نظام يقوم على أساس تحديد العقارات تحديدا نافيا كافيا للجهالة تسلم فيه البطاقة العقارية وفيه الحقوق العينية الأصلية تسجل أما الحقوق العينية التبعية تقيد فنجد أن المشرع الجزائري أخذ بالنظام الشهر العيني التي على أساس تأسيس السجل العقاري ولكن ليس على سبيل الإطلاق لأنه لم يأخذ بالأثر التطهيري على إطلاقه و إنما أخذ بالأثر المنشئ، فإن المشرع الجزائري قد سلك منذ فترة سابقة نظام الشهر الشخصي باعتباره النظام الأول، إلى غاية صدور الأمر 74/75 متعلق بإعداد المسح العام لأراضي وتأسيس السجل العقاري¹.

فعرف نظامين من خلال ما ذكرناه هذا ما سيتم التطرق إليهم خلال الفرعين:

¹ الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 متضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 18/11/1975

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من النظام الشهر الشخصي

نظام الشهر الشخصي باعتباره نظام يقوم على تحديد الأشخاص فقد صدر قانون الشهر العقاري المذكور آنفاً، كان يتبنى هذا النظام كان يطبق منذ وجود الاستعماري في بلادنا والذي مدد العمل به حتى الاستقلال، وهذا بمقتضى المادة الأولى من الأمر 157/62 المؤرخ في 1962/12/31¹ والتي بموجبها، تما التمديد العمل بالتشريعات الفرنسية إلا ما كان يتعارض مع السيادة الوطنية، وذلك نظراً للظروف والأوضاع الصعبة التي كانت تعيشها الجزائر في ذلك الوقت².

وكذلك في انتظار تعميم عملية المسح في الأراضي الجمهورية، وذلك بالحصص الدقيق الملكيات العقارية، فإن المشرع الجزائري وضع قواعد خاصة وشروط تهدف إلى تنظيم عملية الإشهار العقاري، وتسيره والحفاظ على استقرار الحقوق العينية العقارية، ومن أجل ذلك تقضي المادة 27 من الأمر 74/75 يمتد العمل بنظام الشهر الشخصي، بحيث أن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص العقارات أو حقوقاً العينية الريفية موجودة في البلديات لم يعد المسح الأراضي، الفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات العقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقاً لكيفيات تحدد بموجب المرسوم وبمجيء إلى المرسوم التنفيذي 63/76 المتضمن التأسيس السجل العقاري³.

ثم تقرير أحكام انتقالية في الباب السادس تتضمن صراحة تمديد العمل بالنظام الشهر الشخصي، حيث يقوم المحافظين العقاريين بمسك البطاقات العقارية في الأراضي التي لم يشملها عملية المسح الأراضي وتتم إشهارها باسم المالكين العقارات وهو ما يشير إليه في المادة 113 والمادتين 19 و26 من هذا المرسوم⁴.

¹ قانون 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن تمديد العمل بقوانين الفرنسية إلا ما تعارض مع السيادة الوطنية

² زايدي جميلة، المرجع السابق، ص104

³ المرسوم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد30، سنة 1976.

⁴ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص35.

وبعد الاستقلال مباشرة اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر الشخصي وهذا لعدة الامتيازات أهمها صدور القانون الذي يقضي بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما كان منها مخالفا للسيادة الوطنية بالإضافة إلى الأوضاع الصعبة التي عرفت الجزائر¹

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العيني

بصدور الأمر 74/75² السالف الذكر نقول أن المشرع الجزائري، قد تبنى النظام الشهر العيني الذي يقوم على أساس تحديد العقارات وتعيينهم تعينا كافيا نافيا للجهالة، كما يضاف لهذا الأمر 62/76³ المتضمن المسح الأراضي العام المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 134/92 المؤرخ في 1992/04/07 والرسوم التنفيذية 63/76⁴ المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن التأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بموجب المرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 والرسوم التنفيذية 123/95 المؤرخ في 1993/05/15⁵.

كما أن القانون المدني الجزائري لا يتم نقل الملكية سواء فيما تعلق بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد اتخاذ إجراءات التسجيل أو الشهر العقاري⁶. وقد نصت المادة 792 من قانون المدني الجزائري على ما يلي:

"تنتقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان شيء مملوكا للمتصرف طبقا للنص المادة 164⁷ والمادة 165⁸ وبعد ذلك المادة 793 من القانون المدني المدني الجزائري⁹:"

¹ غالم كهينة، المرجع السابق، ص22.

² الأمر 74/75، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، المصدر السابق.

³ المرسوم 62/76، المتضمن المسح الأراضي العام، المتضمن إعداد مسح العام للأراضي، الجريدة الرسمية العدد 30 سنة 1976 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 134/92، المؤرخ في 1992/04/07، الجريدة الرسمية العدد 26، المؤرخة في 08 أبريل 1992.

⁴ المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، المصدر نفسه المعدل و المتمم بالمرسوم 210 /80 المؤرخ في 1980/01/13 و المرسوم التنفيذي 93-123 المؤرخ في 1/05/1993، الجريدة الرسمية العدد 34 المؤرخة في 23 ماي 1993.

⁵ زايدي جميلة، المرجع السابق، ص105.

⁶ محمد حسنين، المرجع السابق، ص96.

⁷ المادة 164 من القانون المدني: يصدر المدين بعد إعداره طبقا للمادتين 180 و181 عن تنفيذ التزامه تنفيذا عينا متى كان ذلك ممكنا.

⁸ المادة 165 من القانون المدني: الالتزام الملكية أو حق العيني آخر من شأنه أن ينتقل لحكم قانون الملكية أو حق عيني فإذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات بملكية الملتزم وذلك مع مراعاة مصلحة المتعلقة بالإشهاد العقاري"

⁹ المادة 793 من القانون المدني: لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي تنص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقاري.

لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري¹.

فإن المشرع الجزائري أخذ بالنظام الشهر العيني من خلال القانون الشهر العقاري السالف الذكر والمراسيم المطبقة له، ولكن كما سبق أن قلنا أن هذا النظام لا يمكن أن يطبق إلا إذا تما المسح كل الأراضي التراب الوطني، ذلك أنه إذا كان العقد في السجل العقاري يمكن التعرف على أنه مجموع الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت الأصلية والتبعية المنشئة والكاشفة الناقلة أو مزيلة، فإن هذه القواعد لا يمكن تنفيذها إلا بعد المسح الذي يتكفل بتحديد معالم الأرض وتقسيمها آلة الوحدات الملكية وإعطائها أرقام الخاصة ورسم مخططاتها².

كما تحدد حقوق الملكية ومختلف الحقوق العينية الأخرى بناء على الوثائق مسح الأراضي المودعة لدى المحافظة العقارية وشهرها بالسجل العقاري بحيث لا يمكن لأي شخص الادعاء بوجود حق على العقار ما لم يكن السند بيده مشهرا كما يستفاد من نص المادتين 15 و16 من الأمر 74/75 وبعد انتهاء من عملية المسح الأراضي والترقيم العقارات الممسوحة من قبل المحافظ العقاري يسلم للمالك دفتر العقاري الذي يعتبر قرار إداري يسلم لأصحاب.

الملكية العقارية الثابتة حقوقهم بصفة نهائية بعد انتهاء من عملية المسح التي تعتبر إجراء تقني وفني هدفه تحديد حدود الملكية العقارية كما أنه يعتبر الدفتر العقاري سند قوي لإثبات الملكية يلغى بموجب دعوى إلغاء أمام القضاء الإداري المختص³.

وبالتالي فإن نظام الشهر العقاري في الجزائر بعد صدور الأمر 74/75 هو نظام مزدوج إلى غاية الانتهاء من هاته العملية القانونية الفنية التي تهدف إلى تحديد الملكية

¹ الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

² حمدي باشا، ليلي زروقي، المرجع السابق، ص51.

³ مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص34.

العقارية كما ذكرنا سابقا عبر كامل التراب الوطني فالنظام كأصل العام، وكاستثناء كمرحلة انتقالية المؤقتة¹.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالأثر المنشئ للشهر ما يستنتج من المواد السابقة السالفة الذكر، بل أكثر دلالة من لفظ "لا أثر له" الذي جاء في المادة 16 والذي يفهم منه ضمنا من نص المادة 793 من قانون المدني الجزائري وجمع النصوص الثلاثة المتقدمة وقراءتها نجد أن المشرع الجزائري جعل من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية، إذا لا وجود لهاته الحقوق ولا أثر لهاته التصرفات في إنشائها أو نقلها أو تقريرها أو انقضائها إلا من يوم الشهر، فبدون الشهر يظل الحق على ما هو عليه في حالته السابقة للتصرف، وعدم الأخذ المشرع الجزائري بالأثر التطهيري للشهر فإن إمكانية الطعن في الحقوق التي سبق شهرها قائمة بناء على ما يفهم مادة 85 من المرسوم التنفيذي 63/76 من ضمن التأسيس السجل العقاري على ما يلي:

"على أن الدعاوى القضاء إلزامية التي تنطق بالفسخ أو الإلغاء أو النقض الحقوق الناتجة من الوثائق تما شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تما شهرها مسبقا"².

فالمشرع الجزائري أخذ بهذا النظام الشهر العيني وهذا الأمر واضح لعدة القوانين والمراسيم التطبيقية له، لكن وكما سبق أن قلنا أن هذا النظام لا يمكن أن يطبق إلا إذا تمت عملية المسح كل الأراضي عبرة كامل التراب الوطني، ذلك أنه إذا كان القيد في السجل العقاري يمكن أن يعرف بأنه:

"أنه مجموع الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت أصلية أو التبعية المنشئة أو الكاشفة الناقلة أو المزيلة، فإن هذه القواعد لا يمكن تقييدها إلا ببعد عملية المسح الذي يتكفل بتحديد المعالم للأرض وتقسيمها إلى وحدات ملكية وإعطائها أرقام الخاصة ورسم مخططاتها.

¹ غالم كهيبة، المرجع السابق، ص29.

² ويس فتحي، المرجع السابق، ص463.

غير أن المسح رغم البدء فيه منذ سنة 1971 عند تطبيق الثورة الزراعية¹ إلا أنه لم يتقدم كثيرا إذ مازالت المساحات الشاسعة من الأراضي غير ممسوحة والأخرى لم تحرر عقودها رغم تشجيع السلطات الحائزين لأراضي التي لم تشملها عملية المسح للحصول على السندات الملكية عن طريق إعداد عقد الشهرة لأحكام المرسوم 352/83 المؤرخ في 21/05/1983² والذي تما تعويضه بسند الملكية الذي يسلم في الإطار التحقيق العقاري طبقا للقانون 02/07 المؤرخ في 27/02/2007 المتضمن تأسيس إجراء المعاينة حق الملكية العقارية وتسليم السندات لملكية عن طريق التحقيق العقاري. ومنح الشهادات الحيازة من طرف رؤساء البلديات في المناطق التي لم تشملها عملية المسح طبقا لأحكام المادة 39 من قانون التوجيه العقاري 25/90³ في انتظار تكريسهم كملاك بعد عملية المسح فيعتبر القيد في السجل العقاري لإثبات الملكية العينية العقارية إلا أنه إذا أجاز الطعن في قرارات المحافظ العقاري أمام القضاء دون تحديد المدة لذلك مما يجعل القوة الثبوتية للقيد غير مطلقة كما يلعب المحافظ العقاري دور أساسي في النظام الشهر العيني سواء عند تأسيسه من خلال الصلاحية الواسعة التي يتمتع بها والرقابة التي يفرضها على كل التصرف أو إجراء يقدم للشهر⁴.

ويتضح من خلاله أن المشرع الجزائري تبني نظام الشهر العيني ولكن ليس على سبيل الإطلاق فقد نجد أن المشرع الجزائري تطرق لهذه الوضعية القانونية بالنسبة لأراضي التي لم تشملها عملية المسح الذي هو كما قلنا هو الإجراء التقني والفني والقانوني هدفه تعيين الحدود الملكية العقارية من حيث الحدود، والمعالم، والأوصاف وبحيث تعيين العقار أو الملكية العقارية تعينا كافيا نافيا للجهالة فأخذ المشرع الجزائري بالنظام الشهر العيني ليس على سبيل الإطلاق وأخذ بالأثر المنشئ وليس الأثر التطهيري لأن الأثر التطهيري تصرف خاضع للشهر من كل العيوب والنقصان لذلك أخذ المشرع

¹ قانون 73/71، المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية، العدد 97، السنة 1971.

² المرسوم 352/83، لإعداد عقد الشهرة، المتضمن بالاعتراف بالملكية، المؤرخ في 21/05/1983، الجريدة الرسمية، عدد 21، سنة 1983.

³ قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، المصدر السابق.

⁴ ليلي زروقي حمدي باشا، المرجع السابق، ص 52.

الجزائري بالأثر المنشئ أي ينقل تصرف من جديد فالعبرة بالانتقال الملكية العقارية العبرة بالشهر وليس بالإبرام كما في القانون الفرنسي تنقل الملكية العقارية بمجرد الإبرام و بعد عملية الترقيم المؤقت والترقيم النهائي إذا لم يحصل أي اعتراض في الترقيم المؤقت نكون أمام القضاء العادي وإذا حصل الاعتراض في الترقيم النهائي نكون أمام القضاء الإداري¹ وفي ما إذا لم يحصل أي اعتراض لدى الغير يسلم المحافظ العقاري بموجب القرار الإداري بما يسمى دفتر العقاري عبارة عن قرار الإداري الذي يسلم لأصحاب أملاك العقارية الثابتة حقوقهم بصفة نهائية بعد انتهاء من عملية المسح.²

¹ غالم كهيبة، المرجع السابق، ص 64.
² ليلي زروقي، حمدي باشا، المرجع نفسه، ص 53.

يستنتج أن انتقال عقد البيع العقاري بالشهر الذي لا يعتبر ركنا من أركانه لأن الشكلية تعتبر ركن من أركان عقد البيع العقاري في حين تخلفها يعد باطل بطلان المطلق أما الشهر فالعبرة بانتقال الملكية العقارية قبل الإجراءات السابقة يجب أن يمر بمراحل السابقة لا إجراء إلا بالنص إلى غاية الشهر لدى المحافظة العقارية فالشهر يعتبر إجراء لنقل الملكية العقارية، كذلك الآثار القانونية تقع على عاتق البائع والمشتري مع اتفاقهما ما يقضي القانون بخلاف ذلك.

العبرة بالانتقال للملكية هي العبرة الشهر كما نجد أن المشرع الجزائري أنه تبنى نظام الشهر العيني ليس على سبيل الإطلاق نجد أن المشرع الجزائري يأخذ بالشهر العيني، ولكن في بعض المواد في المرسوم التنفيذي 63/76 تأسيس السجل العقاري بالنسبة لأراضي التي لم يشملها المسح العام الأراضي تمنح لهم البطاقة العقارية، وبالتالي لم يأخذ المشرع الجزائري على سبيل الإطلاق، بالاعتبار عقد البيع العقاري عقد الشكلي لابد أن يمر على هاته كامل المراحل والإجراءات القانونية التي لابد احترامها كاملة بالوصول إلى المرحلة الأخيرة وهي الشهر لدى المحافظة العقارية، عن طريق المحافظ العقاري لديه مجموعة من مهام مخولة له قانونا فهو معين من طرف الوزير المالية قبل عدة المراحل تمر بها عن طريق الترقيم المؤقت.

وبعد الترقيم النهائي وبعد تسليم الدفتر العقاري الذي يعتبر سنداً قويا لإثبات الملكية، وأته يعتبر أنه عقد من نوع خاص نظرا للإجراءات القانونية كما قلنا أن الترقيم المؤقت الاعتراض لدى الغير يكون النزاع أمام القضاء العادي وهو المختص للفصل في هذا النزاع أما إذا كان الترقيم النهائي يكون الاختصاص الإداري المعيار العضوي الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري إذا كان أحد الأطراف شخص من أشخاص القانون العام، وبالتالي يكون عن طريق دعوى التي ترفع ضد القرار الإداري التي تعتبر دعوى الموضوعية، فالقرار الإداري يعتبر من أهم الامتيازات السلطة العامة، فهو العمل القانوني الإداري الإنفرادي الإرادي يحدث الأثر القانوني في الإنشاء والتعديل والإلغاء مركز القانوني الجديد الذي هو

المالك الجديد وفي حالة عدم وجود الاعتراض لدى الغير، ويكون الترقيم النهائي لدى الغير.

وبعد الانتهاء من عملية المسح التي تعتبر عملية الفنية والتقنية التي تهدف إلى تحديد حدود الملكية العقارية من حيث الحدود الأوصاف والمساحة والمعالم، فإذا تكلمنا عن المسح نكون أمام النظام الشهر العيني وفي حالة عدم وجود المسح نكون أمام النظام الشهر الشخصي هو النظام الأقدم نظام الذي تبينه كافة الدول.

كما سبق الإشارة أن الانتقال الملكية العقارية بمجرد الشهر كإجراء القانوني لعقد البيع العقاري يتطلب مراحل القانونية والإجراءات قانونية لابد عليهما المتعاقدان أن يحترما بنود العقد فالشهر كإجراء ناقل للملكية العقارية وليس كركن للعقد البيع العقاري لأن الرسمية هي ركن من أركانه العقد البيع العقاري وكذا يرتب الآثار القانونية فالآثار هي الشهر الناقل للملكية العقارية، وكذا تبنى المشرع الجزائري الأثر المنشئ لإنشاء تصرف جديد للملك العقار الجديد، كافة السلطات حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف كاملا، ولذلك لم يأخذ بالآثار التطهيري الذي بدوره تطهير من كافة التصرفات القانونية من كافة العيوب والنقصان، ونجد أن الدولة أستراليا تأخذ بالآثار التطهيري على سبيل الإطلاق وليس على سبيل التقييد عكس المشرع الجزائري أخذ بالآثار المنشئ الذي ينشأ تصرف جديد، فنجد أن المشرع المغربي مسك العصا من الوسط أخذ بالآثار المنشئ والآثار التطهيري.

أما المشرع الفرنسي بمجرد الإبرام العقد البيع العقاري تنتقل الملكية العقارية، لا يحتاج لإجراء الشهر الذي هو الإجراء القانوني الناقل للملكية العقارية في الجزائر، وأما المشرع المصري أخذ بالنظام الشهر الشخصي الذي يقوم على أساس تحديد الأسماء الأشخاص المالكين للعقار، فهذا النظام غير مكلف ماليا وفيه إجراءات بسيطة إلا أنه لا يخلو من العيوب فهذا النظام فيه نوع من الفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات العقارية ونية المضاربة وعدم الثقة بين المتعاقدين عكس الشهر العيني الذي هو نظام المكلف ماليا بالنسبة عملية المسح عبر كامل التراب الوطني، فيبقى أفضل من النظام الشهر الشخصي بكثير، فالدور الكبير الذي يقوم به المحافظ العقاري في إعطاء كافة المعلومات للغير

ومعرفته للمالك الحقيقي من خلال التصرفات القانونية التي يبرمها عن طريق بما يسمى البطاقة العقارية تعتبر هوية لمعرفة كل مالك للعقار وكل التصرفات المبرمة التي يبرمها هذا الشخص، فعملية المسح مهمة جدا من ناحية القانونية والفنية التي تهدف إلى تعيين كافة الحدود الملكية العقارية من حيث الأوصاف والحدود والمساحة والأوصاف، فالدور المحافظ العقاري في نظام الشهر العيني دوره الإيجابي في مراقبة التصرفات.

أما في النظام الشهر الشخصي دوره سلبيًا لذلك حاول المشرع الجزائري إلى سن جملة من القوانين في المجال العقاري من أجل السعي إلى تنظيم الملكية العقارية وتحقيق الائتمان العقاري من أجل تسهيل عملية القانونية وهي البيع العقاري.

خاتمة

الخاتمة

في الأخير يستنتج أن هذه الدراسة ألقت الكثير من الجوانب القانونية التي تتميز بها وهي من أهم التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية التي تلزم لإبرام عقد البيع العقاري الإجراءات القانونية لابد من المتعاقدين مرور من هاته المراحل المنصوص عليها قانونا، وكما أنه ساهم العقد البيع العقاري لتنشيط التحولات الواقعة على العقارات وبالتالي إنعاش السوق العقارية بصفة عامة، لديه خصوصية تميزه عن باقي العقود الأخرى.

هذا التصرف القانوني له طبيعة خاصة التي تمثل أنه عقد تام وشكلي مستقل بذاته يحتاج لانعقاده جميع أركانه كما هو الحال في بعض العقود، وفي هذا الإطار رأينا أنه عقد الشكلي وبالتالي لا يكفي مجرد التراضي على العناصر الأساسية لكي ينعقد فينتج آثاره بل لابد من إفراغه في قالب رسمي تحت طائلة البطلان كما نص ذلك القانون، كما يستخلص أن عقد البيع العقاري إلى ضرورة الشهر لأن الشهر إجراء قانوني ناقل للملكية العقارية فالعبارة الشهر وليس مجرد الإبرام.

كما يمكن أن يستنتج ما يلي:

- تسوية وضعية العقار في بلادنا لم يكون إلا بتطهير الملكية العقارية في إطار ما يعرف بمشروع التوثيق العام تماشيا مع إرادة الدولة التي تحكم القضاء العقاري كما أن مشكلة الملكية العقارية الشغل الشاغل لإدارة، سواء الإدارة الاستعمارية التي كانت ترمي وراء ذلك إلى إخضاع الملكية العقارية للقانون الفرنسي فحين أن الإدارة الجزائرية كانت تهدف إلى مراقبة الملكية العقارية وحركات التصرفات الواردة عليها.

- لا وجود للسوق العقارية ولا لتداخل على الملكية العقارية بدون وضوح مسألة السندات العقارية المثبة للملكية العقارية، وهو ما يحاول المشرع عبر قانون التوجيه العقاري معالجة وتستوفيه بأحكام القانونية صارمة.

- إثبات ملكية العقارية بواسطة السندات العرفية مرتبطة بالتطور النظام القانون الجزائري إلى غاية 1971/1/1 تاريخ دخول حيز التنفيذ للقانون التوثيق قانون 91/70.

لكن المشرع الجزائري تبنى نظام الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر 74/75 المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري جعل السلطة التنفيذية تتدخل

الخاتمة

ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة بتاريخ، أما بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ فلا يمكن إثبات حجتها إلا عن طريق القضاء، والسندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية هي تلك المحررات التي تقوم بإعدادها الموثق بصحته ضابط العمومي عقود الرسمية فهو العقد البيع العقاري.

كما أن مشكل العقار المرهون في الجزائر مرهون بعنصرين أساسيين هما: الجرد العام والمسح العقاري لأراضي بحيث أن تمام هاتين العمليتين سوف يسمح للدولة من إحصاء أملاكها، وإحصاء استعمالاتها، وذلك سوف يمكنها لا محال من التسيير ومراقبة حركة هذه الأملاك.

- تدعيم هاتين العمليتين الجرد والمسح بالوسائل المادية والبشرية اللازمة لإنجاحها، كما يجب توعية الإدارة العمومية لهاته العملية للمساهمة للنجاح للوصول لحل شامل لملكية العقار.

- هناك من يرى أن تكوين القضاة المتخصصين في القانون العقاري مهم جدا على مستوى جميع الدرجات في المحكمة، المجلس القضائي، والمحكمة العليا.

- إنشاء معهد وطني للدراسات العقارية مشاركة كل وزارات التعليم العالي والبحث العلمي ووزارة العدل، وزارة الفلاحة، وزارة السكن، وزارة الداخلية، وجماعات المحلية، ووزارة المالية.

- يكلف بدراسة القانون العقاري العقار الحضاري، والعقار الريفي، والعقار الصناعي، وكذا المنازعات العقارية.

- فالعقد البيع العقاري ضرورة شهره لكن سبقه وعد البيع الذي نص المشرع الجزائري لدى المحافظة العقارية حرصا منه على تأكيد ذلك الحماية التي تكملنا عنها وليس الحرص على تحصيل الجبائي والضريبي الذي يدل عليه وجود ذلك النص في قانون المالية بالذات .

رأيت الفائدة الموجودة من هذا الإجراء المتمثلة أساسا في إعلام الغير بوجود التصرف وهو ما سيلعب دورا في تلك الحماية خلال الفترة الوعد من التصرفات الضارة التي يقوم بها الواعد على العقار الموعود له.

الخاتمة

وقد بترتب عن وعد البيع العقاري والتي تظهر من خلال فترتين يكون إبداء الموعود له رغبته في الشراء من عدمه فاصلا بينهما، وهي من أهمية بما كان بحيث يرتب حقوقا والالتزامات تختلف من طرف إلى آخر فقبل إبداء الموعود له الرغبة في إبرام العقد النهائي تنتج آثار تختلف عن تلك التي تنتج بعد إبداء الرغبة في الشراء، ولما كان الوعد بالبيع العقاري ممهدا إلى عقد البيع النهائي بيت الطرفين فإنه من المنطق لا يتميز إلى ما لا نهاية، وإلا كنا بصدد عدم الاستقرار المعاملات التي تؤثر علة استقرار المجتمع.

ذلك ما جعل دراسة الطرف انقضاء العقد أهمية بالغة في هذا الموضوع ورأينا أنه كما ينقضي الوعد البيع العقاري بأسباب انقضاء الالتزام عامة فإن له كذلك أسباب الخاصة في الانقضاء.

والاقتراحات التي يمكن أن تخفف مشكل الملكية العقارية:

- إنشاء محاكم عقارية تكون متخصصة في المنازعات في فصل منازعات القضايا العقارية بمختلف.
- تكوين إطرارات قضائية المختصة في مادة العقارية والتوفير وثائق العمل لازمة بها لأن التخصص أصبح اليوم وسيلة لتكوين القاضي وبالتالي لضمان فعالية أكثر للجهاز العدالة المكلف بالتدخل لأحد أهم المجالات التي تشهد التطورات المستمرة.
- إنشاء لجنة وطنية دائمة تنظر في مجمل القوانين التي تحكم العقار في بلادنا، من باب إعادة النظر في روح القوانين حتى توافق التطورات الجارية وبالتالي والمساهمة في إيجاد القوانين الملائمة التي تساعد في تشريع عملية التطهير العقاري الجارية
- إعادة تنشيط عملية المسح العقاري مع تحديد الآجال تنفيذها، وهذا من أجل تقرير عملية الشهر الممتلكات العقارية، لتوفير أكثر الأراضي لغرض البناء.
- إذا نظرنا من بين المحاور التي لا بد أن يعاد النظر فيها هي كما يلي:
- ضرورة تعديل المادة 11 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

المادة 105 من المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن تأسيس السجل العقاري لأن المادة 11 تخول للمحافظ العقاري كموظف صلاحية مسك

الخاتمة

وتأسيس السجل العقاري، والمادة 105 تخول صلاحية الواسعة التي تمنح له نص قانوني إلا صلاحية للقاضي، يمكن فحص مشروعية السندات العقارية وهي مسألة موضوعية.

كما يستحسن على المشرع الجزائري على إحداث آليات القانونية تجعل المحافظ العقاري التأشير ليباشر مهامه تحت إشراف كأحد القضاة يتم تعيينه بموجب قرار وزاري مشترك بين وزارة العدل ووزارة المالية بهدف تأسيس السجل العقاري ومسكه بعناية فائقة مع تحديد الالتزامات كل منهم.

إضافة مادة قانونية لأمر 74/75 يفيد صراحة حظر التقادم المكسب كطريق لكسب الملكية العقارية في الأراضي التي شملتها عملية المسح لتعارضها مع المبادئ الشهر العيني أو السجل العقاري.

- وضع قانون الأساسي خاص بالمحافظين العقاريين يتضمن حقوقهم وواجباتهم.
- إدخال تعديل على الإطار القانوني للمادة 85 من المرسوم 63/76 التي تتضمن عدم قبول دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو إبطال أو إلغاء، أو نقص الحقوق إلى اتجاه عن الوثائق تما إظهارها إلا إذا خضعت إلى عملية الإشهار.

- إلغاء المادة 16 من المرسوم 63/76 بهد إعطاء القوة الثبوتية المطلقة للبيانات المدونة في السجل العقاري استنادا إلى الوثائق المسح العام لأراضي إقليم كل بلدية إن هذه المادة تسمح بإعادة النظر إلى الحقوق المدونة بهذا السجل عن طريق القضاء حتى يقضي بمضي أجل طويل لتسليم أصحاب العقارات المسوحة دفاتر العقارية، مما ينجم دون شك عدمن استقرار مع ضرورة تزويد المحافظات العقارية بإمكانيات المادية لاسيما منها أجهزة الإعلام الآلي لتسهيل المهام التي أنيطت بها بالإضافة إلى تكوين الأعوان وتكثيف اللقاءات بينهم عن طريق عقد ملتقيات الدورية.

- ضرورة أن يخصص المشرع الجزائري أحكاما خاصة بالعقد الوعد بالبيع سواء تعلق الأمر بالمنقول أو العقار.

- ضرورة أن يخصص المشرع فقرة أو نص خاصا شهر الوعد بالبيع العقاري كما هو الحال في الإيجار لمدة 12 سنة أو المخالصات.

الخاتمة

- ضرورة النص على الشهر دعوى الموعود له في المحافظة العقارية إذا لجأ القضاء من أجل استصدار حكم بمقام العقد في الحالة نكول الواعد تنفيذ وعده.
 - ضرورة تعديل نص المادة 72 من القانون المدني الجزائري لإضافة عبارة إذا حاز الحكم قوة الشيء المقضي فيه، لأن النص الحالي يعتبر ناقصا بدونها.
 - النص على إمكانية أن يكون غير مالك لمحل العقد عند انعقاد العقد بشرط أن يقدم ضمانات على أن سيكون مالكا عند إبرام عقد البيع نهائي، وهو الأمر الذي سيسمح من تسهيل إبرام العقود الوعد وعدم تعقيدها.
 - نص على اعتبار رصد على الغبن العقاري تكون عند الانعقاد عقد البيع العقاري وليس عند انعقاد عقد الوعد به.
 - لابد من الوصول من الانسجام بين الواقع والقانون، وذلك ضامنا أكبر للحقوق وتقليل من النزاعات سبيل الأمتل لاستقرار المجتمع.
- هذا النظام يعكس الحقيقة للعقار المراد التعامل فيه، وبالتالي تفادي الكثير من النزاعات التي يمكن أن تثار في موضوع مستقبلا ويستدعي الشهر العيني تعينا دقيقا للعقار من حيث مساحته، حدوده، وموقعه، الأمر الذي يسهل على الدولة تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة الصحيحة.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم:

رواية حفص عن نافع

أ. المصادر:

النصوص الرسمية:

الأوامر والقوانين:

1. الأمر 91/70 المؤرخ في 15/09/1970 متضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 70/107 صادر بتاريخ 25/09/1970.
2. الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30/09/1975.
3. الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 متضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 18/11/1975.
4. الأمر 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية العدد 81، المؤرخة في 18/12/1977، ملغى.
5. الأمر 09/08 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23/04/2008.
6. قانون 73/71، المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية، العدد 97، السنة 1971.
7. قانون 14/88 المؤرخ في 3 مايو 1988 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975، الجريدة الرسمية عدد 88/18 صادر بتاريخ 4 مايو 1988.
8. قانون 27/88 المؤرخ في 12/07/1988، يتضمن مهنة التوثيق، جريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة 13/07/1988.
9. قانون 25/90 متضمن التوجيه العقاري المؤرخ في 18/11/1990 المعدل والمتمم 26/95 المؤرخ في 25/12/1995 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 55.

قائمة المصادر والمراجع

10. قانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14، الصادرة في 08/03/2006.

11. قانون 05/07 المؤرخ في 13/05/2005 يعدل ويتمم الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 31.

النصوص التنظيمية:

1. المرسوم 62/76، المتضمن إعداد مسح العام الجريدة الرسمية العدد 30 سنة 1976 المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي 134/92، المؤرخ في 07/04/1992، الجريدة الرسمية العدد 26 المؤرخة في 08 أبريل 1992.

2. المرسوم 63/76، المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 30، سنة 1976 المعدل والمتمم بالمرسوم 210/80 المؤرخ في 13/01/1980 ومرسوم تنفيذي 123/93 المؤرخ في 19/05/1993، الجريدة الرسمية العدد 34 المؤرخة 23 ماي 1993.

3. المرسوم 352/83، لإعداد قد الشهرة، المتضمن بالاعتراف بالملكية، المؤرخ في 21/05/1983، الجريدة الرسمية، عدد 21، سنة 1983.

ب. المراجع:

أ. القواميس والمعاجم:

1. محمد أبو بدر عبد القادر الرازي، كتاب مختار الصحة، دار البشائر الإسلامية للنشر، لبنان، المستشارية القانونية، بدون طبعة، .

أ.الكتب:

1. جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري، على ضوء التشريع والقضاء، دار هومة انشر والتوزيع، الجزائر، طبعة 2016.

2. حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2003، الجزائر.

قائمة المصادر والمراجع

3. حمدي باشا، عقود التبرعات (الهبة والوصية والوقف)، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة جديدة، الجزائر.
4. حمدي باشا، نقل ملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2002.
5. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتب الوفاء القانونية، الطبعة الأولى 2009، مصر.
6. سي يوسف حورية، الواضح في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الثانية 2014، الجزائر.
7. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دراسة مقارنة ومدعمة باجتهادات القضائية وفقهية، دار أمل للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
8. عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثامنة، 2013.
9. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في الشرح القانون المدني "البيع والمقايضة"، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي.
10. عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر (العقار)، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، الطبعة الثامنة، 2017.
11. مجيد خلفوني، الشهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2017.
12. مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون العقاري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2014.
13. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
14. مقني بن عمار، القواعد المتعلقة بتسجيل تصريحات العقارية في ضوء قانون الجزائري، دار، بدون طبعة، 2008.

قائمة المصادر والمراجع

15. دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، دار النشر والعلوم بعلي، بدون طبعة، تبسة، الجزائر.
16. دريدي شنيبي، الدليل القانوني للوكيل العقاري، دار هومة للنشر، الجيطلي، برج بوعريريج، بدون طبعة.
17. يوسف دلاندة، الوجيز في الملكية العقارية الخاصة الشائعة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2016.
18. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد والإرادة والمنفردة)، طبعة الثالثة، 2004، الساحة المركزية بن عكنون الجزائر.
19. تيرش بعسل لويزة، مدخل إلى العلوم القانونية الوجيز في نظرية القانون، دار هومة للطباعة والنشر، بدون الطبعة، الجزائر، 2018.
20. فاطمة الزهرة جدو، المدخل العلوم القانونية نظرية الحق، دار بلقيس لنشر، بدون طبعة، الجزائر.
- قرارات المحكمة العليا:**
1. قرار الغرفة المجتمعة المؤرخ في 18/02/1997، المجلة القضائية، العدد 01، 1997.
- الرسائل الجامعية:**
1. ويس فتحي، الشهر العقاري وأثاره في مجال التصرفات العقارية دراسة مقارنة، مذكرة دكتوراه في القانون الخاص، تحت إشراف زناكي جميلة، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2010/2011.
2. جميلة زايدي، إجراءات في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة الماجستير العقود المدنية، تحت إشراف الدكتور مراد كاملي، كلية الحقوق، جامعة العربي بلمهيدي، أم البواقي، 2011/2012.
3. بربيحة نصيرة، عقد البيع العقاري، مذكرة ماستر تحت إشراف دكتور قنفود رمضان، السنة 2013/2014 جامعة يحي فارس المدية.

قائمة المصادر والمراجع

4. غالم كهينة، تنظيم عملية الشهر العقاري في الجزائر في الجزائر، مذكرة ماستر قانون الأعمال القسم الحقوق، تحت إشراف وداعي عز الدين، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2015.

فهرس

الموضوعات

بسملة	
شكر وتقدير	
إهداء	
مقدمة	أ

الفصل الأول: الإطار القانوني للعقد البيع العقاري

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع العقاري	04
المطلب الأول: تعريف عقد البيع	04
الفرع الأول: لغة واصطلاحا	04
أولاً: لغة	04
ثانياً: التعريف لقانوني والفقهي	06
الفرع الثاني: تعريف العقار	08
أولاً: العقار	08
ثانياً: أنواع لعقارات	09
1- العقارات بطبيعتها	09
2- العقارات بحسب موضوعها	10
3- عقارات بالتخصيص	10
المطلب الثاني: خصائص عقد البيع العقاري	11
الفرع الأول: الخصائص العامة والخاصة لعقد البيع العقاري	11
أولاً: الخصائص العامة لعقد البيع العقاري	11
التراضي	11

فهرس الموضوعات

12	عقد البيع ملزم لجانبين
12	ثانيا: الخصائص الخاصة بالعقد البيع العقاري
12	1- عقد ناقل للملكية أو منشئ للالتزام بنقلها
13	2- دفع الثمن من طرف المشتري "المقابل النقدي"
17	3- تمييز عقد البيع العقاري عن غيره من العقود
17	أولا: عقد البيع العقاري وعقد المقايضة والإيجار
18	ثانيا: عقد البيع العقاري وعقد الرهن
19	ثالثا: عقد البيع العقاري والهبة والوصية
21	المبحث الثاني: أركان عقد البيع العقاري
22	المطلب الأول: الأركان العامة للعقد البيع العقاري
22	الفرع الأول: التراضي والمحل
22	أولا: التراضي
22	1-الاتفاق على المبيع والثمن وطبيعة العقد
24	2- شروط صحة الرضا
24	أ-الأهلية
24	ب-سلامة الإرادة من العيوب
25	ج-العلم الكافي بالمبيع
25	ثانيا: المحل في عقد البيع العقاري
25	1-العقار المبيع
25	أ- تعريف المبيع

فهرس الموضوعات

26	2- شروط المبيع
26	ا- وجود العقار أو قابلية الوجود في مستقبل
26	ب- تعيين العقار المبيع
26	جواز التعامل في العقار المبيع
27	- أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع
27	3- الثمن
27	ا- تعريف الثمن
27	ب- شروط الثمن
27	ج- الثمن مبلغ من النقود
27	الثمن معين أو مقابل للتعيين
28	يجب أن يكون الثمن حقيقيا وجديا
29	الفرع الثاني: السبب
30	أولا: تعريف السبب
30	النظرية التقليدية
30	النظرية الحديثة
31	ثانيا: توافر الشروط السبب
31	1- أن يكون السبب موجودا
31	2- أن يكون سبب صحيحا
32	ا- في حالة ما إذا كان لم يكف السبب مذكورا في العقد
32	ب- في حالة ما إذا كان السبب مذكورا في العقد

فهرس الموضوعات

- 3- أن يكون السبب مشروعاً 32
- المطلب الثاني: الرسمية في عقد البيع العقاري 33
- الفرع الأول: مفهوم الرسمية 34
- أولاً: تعريف الرسمية 34
- ثانياً: التمييز بين الشكل الرسمي والشكل العرفي 35
- الفرق من حيث الشكل 36
- الفرق من حيث الحجية في الإثبات 36
- أ- من حيث قوة التنفيذ 37
- ب- جزاء تخلف شروط صحة الشكل الرسمي في التشريع الجزائري 37
- البيانات الجوهرية 38
- البيانات غير الجوهرية 38
- الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل الرسمي 38
- أولاً: موقف القضاء قبل 1997/02/18 39
- ثانياً: موقف القضاء بعد 1997/02/18 40

الفصل الثاني: الإطار الإجرائي لعقد البيع العقاري

- المبحث الأول: نقل الملكية شيء المبيع 48
- المطلب الأول: نقل ملكية العقار 48
- الفرع الأول: التوثيق كشرط لانعقاد البيع 48
- أولاً: شروط صحة العقد 49
- ثانياً: وظيفة التوثيق 50

فهرس الموضوعات

50	الفرع الثاني: التسجيل كشرط ناقل للملكية
50	أولاً: مراحل التسجيل
50	التسجيل لدى مصلحة الضرائب
51	أهمية القانونية التسجيل العقارات
51	أ- أهمية من حيث الشكل
52	ب- أهمية من حيث الموضوع
52	حقوق التسجيل في عقد البيع العقارات
52	ثانياً: القواعد والشروط المتبعة في عملية تسجيل العقارات
54	أ- الأشخاص المؤهلين قانوناً لإعداد المحررات الرسمية
54	1- الموظف العمومي
54	2- الضابط العمومي
55	3- الأشخاص المكلفون بخدمة العامة
56	بالنسبة للمحررات
56	بالنسبة للدولة
56	ب- الشروط القانونية الواجب توافرها في الوثائق الرسمية
57	1- الشروط المتعلقة بتعيين العقارات
57	2- وظيفة التسجيل
58	المطلب الثاني: نقل الملكية بالتسليم
60	الفرع الأول: التسليم
61	أولاً: عناصر التسليم

فهرس الموضوعات

62	أنواع التسليم
62	1-التسليم القانوني.....
62	2-التسليم الحكمي.....
63	الصورة الأولى.....
63	الصورة الثانية.....
63	ثانيا:زمان ومكان التسليم ونفقاته
63	مكان تسليم
64	زمان تسليم
64	النفقات
65	الفرع الثاني: محل الالتزام بالمبيع.....
65	أولا: المبيع وملحقته.....
66	ثانيا: حالة المبيع.....
68	المبحث الثاني: أنظمة الشهر العقاري.....
69	المطلب الأول: نظام الشهر الشخصي والعيني.....
69	الفرع الأول: الإطار القانوني لنظام الشهر الشخصي.....
69	أولا: تعريف الشهر الشخصي.....
70	ثانيا: خصائص نظام الشهر الشخصي.....
72	ثانيا: تقييم نظام الشهر الشخصي.....
72	1-عيوب نظام الشهر الشخصي.....
72	2-محاسن نظام الشهر الشخصي

فهرس الموضوعات

73	الفرع الثاني: الإطار القانوني لنظام الشهر العيني
73	أولاً: تعريف نظام الشهر العيني
74	ثانياً: خصائص نظام الشهر العيني
75	مبدأ التخصيص ومبدأ المشروعية
76	مبدأ القيد المطلق أو الشهر المطلق ومصدر الحق العيني
78	مبدأ عدم سريان التقادم ضد صاحب الحق المشهر والأثر المنشئ الناقل
79	ثانياً: تقييم نظام الشهر العيني
79	1-مزايا النظام الشهر العيني
81	2-عيوب النظام الشهر العيني
82	المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري
83	الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من النظام الشهر الشخصي
84	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العيني
ز	خاتمة
90	قائمة المصادر والمراجع
96	الفهرس

ملخص:

عقد البيع العقاري من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية، ومن أهم التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية، فلكل عقد أركان كالعقد البيع العقاري لديه أركان عامة لكل العقد، ولديه أركان خاصة فهو عقد شكلي الذي يقوم بتحريه الموثق الذي لديه سلطة والاختصاص التي خول له القانون في حدود اختصاصه ، وسلطته مع مراعاة الأوضاع والأشكال القانونية وإلا كان مآله البطلان المطلق فالجانب الإجرائي أو جانب التطبيقي لا بد بالمرور بمراحل لا يرامه كالتوثيق والتسجيل ولا ينقل لبيع العقاري إلا بالشهر لدى المحافظة العقارية فيما يقوم المحافظ العقاري بإعطاء كافة المعلومات وإرفاق ومسك البطاقة العقارية وبعد يسلم لدى المالك الجديد الذي نقل إليه التصرف القانوني الجديد بما يسمى الدفتر العقاري كسند قوي لإثبات الملكية العقارية.

يستنتج أن للعقد البيع العقاري أركان خاصة فهي الرسمية، لا بد أن تكون محررة من طرف الأشخاص مخول لهم قانونا لتحريه هاته العقود الناقلة للملكية العقارية، وكذا التسجيل والتوثيق كشرط لانعقاد لدى مصلحة المختصة، وفي الأخير حتى ينتقل عقد البيع العقاري لا بد من شهره لدى المحافظة العقارية وليس بمجرد إبرام العقد، فالعبرة بالانتقال للملكية العقارية هي عبرة بالشهر.

كلمة المفتاحية:

التسجيل، الشهر، المحافظة العقارية، المحافظ العقاري، الدفتر العقاري، السجل العقاري، البطاقة العقارية، عملية المسح.

Abstract:

The contract of real estate sale is one of the most important contracts for real estate ownership, and one of the most important legal acts that convey real estate ownership. Each contract has the general elements of the contract, and it has special elements. It is a formal contract which is edited by a notary who has the authority and competence that the law confers on him And its authority, taking in to consideration the legal situations and forms. Otherwise, it would be null and void. The procedural side or the applied side must be passed through stages such as documentation, registration, and transfer to real estate sales only during the month.

We conclude that the contract sale of real estate special elements are official, must be liberated by the persons authorized to legally to these contracts of ownership of real estate, as well as registration and documentation as a condition to be held with the competent authority, and finally until the contract of sale of real estate must be the month of the province real estate and not Once the contract is concluded, the transfer of real estate ownership is a matter of the month.